



T.C. MALTEPE ÜNİVERSİTESİ
“Düşüncede Özgür, Eğitimde Çağdaş, Bilimde Evrensel”

Hukuk Fakültesi Dergisi

Yıl: 2019 / Sayı: 2



T.C. MALTEPE ÜNİVERSİTESİ

“Düşüncede Özgür, Eğitimde Çağdaş, Bilimde Evrensel”

Hukuk Fakültesi Dergisi

Sahibi / Owner _____

Maltepe Üniversitesi Adına Rektör
Prof. Dr. Şahin KARASAR

Genel Yayın Yönetmeni / Representative of Publication _____

Prof. Dr. İbrahim ŞAHBAZ, Dekan V.

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Director _____

Prof. Dr. Devrim ULUCAN

Kapak ve Sayfa Tasarımı / Cover and Layout Design _____

Emre KIZMAZ

Yazışma Adresi / Editorial Office _____

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Marmara Eğitim Köyü 34857
Başbüyük Maltepe / İSTANBUL
Tel: 0216 626 10 50 / 2304
Faks: 0216 626 11 29

Yayıncı / Publisher _____

Seçkin Yayıncılık A.Ş. (Sertifika No: 45644)
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13
Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30
Faks: 0312 435 24 72

ISSN 1303-5630

e-ISSN 2687-2633

Basım Tarihi ve Yeri / Date and Place of Publishing _____

Kasım 2020

Vadi Grafik Ltd. Şti. (Sertifika No: 47479)
İvedik Organize Sanayi Bölgesi 1420 Cad. No: 58/1
Yenimahalle / ANKARA
Tel: 0312 395 85 71

Yayın Kurulu / Board of Editors

Prof. Dr. Devrim ULUCAN, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Yıldray SAK, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Bahadır APAYDIN, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi İ. Serdar KOYUNCU, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Betül AKTAŞ, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Melike Ezgi YETİMOĞLU, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Abdulhamid ONUŞ, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Damla TİMUR, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Mehmet AKAD, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Cemal Bali AKAL, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Ziya AKINCI, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Yusuf AKSAR, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Vehbi Selim ATAERGİN, Birleşik Krallık
Prof. Dr. Rona AYBAY, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. İlias BANTEKAS, Katar
Prof. Dr. Nur CENTEL, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Yusuf ÇALIŞKAN, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Ayfer UYANIK ÇAVUŞOĞLU, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Aysel ÇELİKEL, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Abdullah DİNÇKOL, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Bihterin DİNÇKOL, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Osman DOĞRU, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Cem EROĞUL, Ankara/Türkiye
Prof. Dr. Malcolm D. EVANS, Birleşik Krallık
Prof. Dr. Öner EYRENCİ, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Kadir Emre GÖKYAYLA, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Ayferi GÖZE, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Alper GÜMÜŞ, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Pelin GÜVEN, Kocaeli/Türkiye
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Serap HELVACI, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Kayıhan İÇEL, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Korkut KANADOĞLU, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Işıl KARAKAŞ, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Rayegan KENDER, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Serap KESKİN KIZIROĞLU, İstanbul/Türkiye

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR, Ankara/Türkiye
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Merih Kemal OMAÇ, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Sibel ÖZEL, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Etem Saba ÖZMEN, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ, İzmir/Türkiye
Prof. Dr. Nihal SABAN, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Pervin SOMER, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Mustafa ŞENTOP, Ankara/Türkiye
Prof. Dr. Şükran ŞIPKA, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Aziz Can TUNCAY, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Devrim ULUCAN, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Oktay UYGUN, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Samim ÜNAN, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Yener ÜNVER, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Gül ÜSTÜN, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Yıldızhan YAYLA, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Emine YAZICIOĞLU, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Feridun YENİSEY, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Turan YILDIRIM, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Kamil YILDIRIM, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Lerzan YILMAZ, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Dilek YILMAZCAN, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Sevtap YOKUŞ, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Hamide ZAFER, İstanbul/Türkiye
Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK, İstanbul/Türkiye
Doç. Dr. İsa DÖNER, Kocaeli/Türkiye
Doç. Dr. Sevtap METİN, İstanbul/Türkiye
Doç. Dr. Meltem SARİBEYOĞLU SKALAR, İstanbul/Türkiye
Doç. Dr. Ahmet YAYLA, İstanbul/Türkiye
Doç. Dr. Canan YILMAZ, İstanbul/Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi Sabah ALTAY, İstanbul/Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi Aysun ALTUNKAŞ, İstanbul/Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi Asiye Selcen ATAÇ, İstanbul/Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi Gülşah Sinem AYDIN, Tekirdağ/Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi Rana İZCİ CONNELLY, Birleşik Krallık
Dr. Öğr. Üyesi Melda KÖSE, İstanbul/Türkiye
Dr. Akasya KANSU KARADAĞ, İstanbul/Türkiye

Derginin Amacı

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2002 yılından itibaren yılda iki sayı yayımlanan hakemli ve bilimsel bir dergidir. Derginin amacı, hukukun çeşitli alanlarına ilişkin özgün ve nitelikli akademik çalışmaların uluslararası yayıncılık ilkeleri ışığında yayımlanmasıyla gerek ulusal gerekse uluslararası literatüre katkı sağlamak, hukuk bilimine hizmet etmektir.

Derginin Kapsamı

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, amacına uygun olarak bilimsel nitelikteki çalışmaları yayımlamaktadır. Bu bağlamda hukukun çeşitli alanlarına ilişkin olarak akademisyenler, hukuk uygulayıcıları ve araştırmacılar tarafından kaleme alınan bilimsel makaleler, karar incelemeleri, çeviriler vb. yayınlar hakem denetiminden geçirilerek Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanmaktadır.

MALTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002 yılından itibaren yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergidir.
2. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009 yılından itibaren TÜBİTAK – ULAKBİM tarafından taranmaktadır.
3. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.
4. Dergi'nin yazı dili Türkçe'dir. Bununla birlikte yabancı dilde yazılan makalelere de yer verilmektedir. Dergi'ye gönderilen yazı hangi dilde yazılmış olursa olsun, yazının Türkçe ve İngilizce başlığının, en az 150, en çok 200 kelimeden oluşan Türkçe ve İngilizce özetinin ve her iki dilde beşer anahtar kelimenin yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir.
5. Çevirilerin, yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ve çalışma sahibinin izni ile birlikte gönderilmesi gerekir.
6. Çalışmalar, Yayın Kurulu'na bir nüsha çıktı ile birlikte CD'ye kaydedilerek veya hukukdergi@maltepe.edu.tr adresine elektronik ileti şeklinde gönderilmelidir. Çalışma sahibine ait iletişim bilgileri (ad, soyad, unvan, çalıştıkları kurum, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, telefon numarası, ORCID ID), çalışmanın son sayfasına eklenmelidir.
7. Çalışma sahibi, çalışmasındaki yazım hatalarını düzeltip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür. Dergiye gönderilen çalışmaların son kontrollerinin yapılmış olduğu, yazarın gönderdiği şekliyle çalışmasını basıma verdiği kabul edilir. Yazım yanlışlarının fazlalığı, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması çalışmanın Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir.
8. Yayın Kurulu tarafından ilk incelemesi yapılan çalışmalar, değerlendirilmek üzere, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden yazarın unvanına göre daha üst unvanlı bir hakeme gönderilir. Hakemin “gözden geçirilmesi gerekmektedir” şeklinde değerlendirdiği çalışmaların Dergi'de yayımlanabilmesi için, yazarın hakem raporunda belirtilen değişiklikleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi Yayın Kurulu'na vermesi gerekmektedir. Bu halde, düzeltilmiş çalışmalar tekrar hakem denetiminden geçirilecektir.
9. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'ne gönderilen çalışmaların yayımlanması uygun görüldüğü takdirde tüm yayın hakları Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'ne aittir. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların yazarları, çalışmalarının elektronik ortamda da yayımlanmasına rıza göstermiş sayılır. Yayımlanan çalışmalardan alıntı yapılması halinde kaynak gösterilmesi zorunludur. Çalışmanın tamamının kullanılması Dergi'nin iznine bağlıdır.
10. Dergi'de yayımlanan çalışmaların içeriklerinden yazarları sorumludur. Yayın Kurulu'nun çalışmaların içeriklerinden aslen veya müteselsilen hiçbir sorumluluğu bulunmamaktadır.
11. Dergi'de yayımlanan çalışmalar karşılığında yazarlara herhangi bir ücret ödenmez.

12. Dergi'ye yazı gönderenler Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkelerini kabul etmiş sayılırlar.
13. Dergi'ye gönderilen çalışmaların Dergi'nin belirlediği yazım kurallarına uygun olması gerekir.
14. Dergiye gönderilen çalışmalarda kaynakçaya yer verilmesi zorunlu olup, kaynakça Dergi Yazım Kurallarına uygun olarak düzenlenmelidir.
15. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, etik ilkeler ve kurallar konusunda 'Yayın Etiği Komitesi'nin (Committee on Publication Ethics - COPE (<https://publicationethics.org/>)) yönergesini esas almıştır.

Yazım Kuralları:

1. Yazı, word formatında, 1.5 satır aralığında, ana bölümlerinde 12 punto; dipnot, öz gibi bölümlerinde ise 10 punto harf büyüklüğünde ve Times (New Roman) karakterinde yazılmalıdır.
2. Yazının giriş ve sonuç bölümlerine başlık numarası verilmemelidir. İzleyen başlıkların numaralandırılmasında ise izlenmesi gereken sistem şöyledir: Tüm başlıklar 12 punto olarak yazılmalıdır. Birinci derece başlıklar BÜYÜK HARF ile yazılmalı ve roma rakamı sırası ile (I., II., III., ...) numaralandırılmalıdır. İkinci, Üçüncü ve Dördüncü alt başlıklarda kelimelerin ilk harfi BÜYÜK HARFLE, devamı küçük harflerle yazılmalıdır. İkinci derece alt başlıklar alfabetik sıra içinde BÜYÜK HARF ile (A., B., C., ...) numaralandırılmalıdır. Üçüncü alt bölüm başlıkları sayma sayıları ile (1., 2., 3., ...), dördüncü alt bölüm başlıkları ise alfabetik sıra içinde küçük harf kullanılarak (a., b., c., ...) numaralandırılmalıdır. Tüm başlıklar bold (koyu) karakterler ile yazılmalıdır.

Yollamalar, Dipnot ve Kaynakça:

1. Yazar dipnot yerine metin içinde yollama yapmayı tercih edemez.
2. Dipnotlar, çalışma içerisinde sayfa altında, usulüne uygun bir şekilde gösterilmelidir. Aşağıda farklı nitelikteki kaynakların metin içindeki yollamalarda yazılış biçimleri örneklerle gösterilmiştir. Derginin bütünlüğü açısından aşağıda gösterilen örneklere uyulmalıdır.

a) Tek yazarlı kitap:

Aydın Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Bölüm)*, 13. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 15.

b) Çeviri kitap:

Anthony Giddens, *Modernliğin Sonuçları*, (çev. E. Kuşdil), 2. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998, s. 25.

c) İki yazarlı kitap:

Kemal Oğuzman / Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler; Cilt: 1*, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 124.

d) Üç veya daha fazla yazarlı kitap:

Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 11. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 100.

e) Yüksek Lisans ve Doktora Tezi:

Elif Seda Gürkan, *Yabancıların Türkiye’de Çalışma Hakları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014, s. 48.

f) Kurum Yayını:

Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD), *Yargılama Düzeninde Kalite*, İstanbul, 1998, s. 58.

g) Makale:

*** Dergide yer alan makale:**

Cem Akbıyık, ‘*Anayasa Mahkemesinin Soybağı Hukuku Alanındaki Kararlarının Toplu Bir Değerlendirmesi*’, T.C Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2012/1,Yıl: 2012, İstanbul, s. 214.

*** Armağanda yer alan makale:**

Necip Kocayusufpaşaoğlu, ‘*İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?*’, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ a Armağan, İstanbul, 2000, s. 510.

h) İnternet kaynağı:

Mehmet Tezcan, *Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004, acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/302/594.pdf (erişim tarihi 22.11.2011), s. 6.

i) Derleme:

Yusuf Çalışkan, “Dispute Settlement in International Investment Law”, Yusuf Aksar (der.), *Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanisms*, Martinus Nijhoff, Lieden, Boston, Holland/USA, 2011, s. 123.

j) Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için:

Yazarın Soyadı/Kurum Adı, (Aynı yazara ait birden fazla ise) Eser adı, sayfa numarası.

Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 141.

Giddens, Modernliğin Sonuçları, s. 45.

TÜSİAD, s. 56.

3. Kullanılan kaynaklar “Kaynakça” başlığı altında gösterilerek, aşağıdaki örneğe uygun şekilde düzenlenmeli ve alfabetik olarak sıralanmalıdır.

KAYAR, İsmail, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2015.

MALTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW PUBLICATION PRINCIPLES

1. Maltepe University Faculty of Law Review is a peer-reviewed and semi annually published journal since 2002.
2. Maltepe University Faculty of Law Review is recognized as a national journal in the National Law Database of TÜBİTAK – ULAKBİLİM since 2009.
3. All scientific studies sent to the Review should not have been previously published or sent to be published elsewhere.
4. The Review publishes articles written in Turkish or in foreign languages. In any language articles should contain Turkish and English titles, an abstract of 150-200 words and 5 keywords, both in Turkish and English.
5. Translations should be sent together with the original text and the permission of the author.
6. Articles are submitted to the Editorial Board either by a printed copy together with a copy saved on a CD or via e-mail to hukukdergi@maltepe.edu.tr. The author should indicate contact information (name, title, institution, adress, e-mail adress, telephone number, ORCID ID) on the last page of the article.
7. Author takes responsibility in submitting the article after having corrected all typing and grammatical errors. Editorial Board accepts the submitted article as a final text to be published. Editorial Board reserves the right to decline articles that have excessive typing and grammatical errors or that are incompatible with the academic writing criteria.
8. After being subject to a preliminary examination by the Editorial Board, articles are sent to the referee for an evaluation. In order to be published, articles that are evaluated as “should be revised” should be revised in accordance with the suggestions proposed in the Evaluation Report. Revised articles are sent to the referee for a re-evaluation.
9. Maltepe University Faculty of Law Review holds all publication rights of the articles that are approved by the Editorial Board. Authors consent to the on-line publishing of their articles. Any other publications using some parts of articles published in the Review as quotations should refer to the Review. Full text of the articles cannot be used without a permission from the Review.
10. The responsibility of the published articles belongs to the authors. All opinions in the articles cannot be attributed to the Maltepe University Faculty of Law Review.
11. Authors are not entitled to any payment for the published articles.
12. Having submitted their articles, authors accept the publication principles of the Review.
13. All articles should comply with the Writing Rules/ References and Footnotes of the Review.
14. All articles should contain a bibliography which complies with the Writing Rules/ References and Footnotes.
15. Maltepe University Faculty of Law Review is based on the directive of the “Publication Ethics Committee” (Committe on Publication Ethics - COPE (<https://publicationethics.org/>)) on ethical principles and rules.

Writing Rules:

1. Text should be written in Word format, Times New Roman character with 1,5 line spacing and 12 point size in the main section, in other sections (footnotes, abstract etc.) it should be written in 10 point size.
2. Introduction and conclusion of the Text should not be given a title number. The headings should comply with the numbering system as follows: All titles should be written in 12 point size. First titles should be written in all UPPERCASE letters and should be numbered in Roman numerals (I., II., III., ...). In the second, third and fourth degree subtitles, the first letter of each word should be in UPPERCASE letters, others should be written in lowercase letters. Second degree subtitles should be numbered in alphabetical order with UPPERCASE letters (A., B., C., ...). The third sub-section headings should be numbered with counting numbers (1., 2., 3., ...) and the fourth sub-section headings with lowercase letters in alphabetical order (a., b., c., ...). All titles should be written in bold characters.

References, Footnotes and Bibliography:

1. All references should be shown in footnotes.
2. In order to maintain a textual integrity within the Review, authors should apply the below-mentioned citation methods.

a) Books with single author:

Aydın Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Bölüm)*, 13th Edition, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, p. 15.

b) Translated books:

Anthony Giddens, *Modernliğin Sonuçları*, (Trans. E. Kuşdil), 2th Edition, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998, p. 25.

c) Books with two authors:

Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1*, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Extended 9th Edition, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, p. 124.

d) Books with three or more authors:

Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 11th Edition, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, p. 100.

e) Master or Doctorate Thesis:

Elif Seda Gürkan, *Yabancıların Türkiye'de Çalışma Hakları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014, p. 48.

f) Other Publications:

Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD), *Yargılama Düzeninde Kalite*, İstanbul, 1998, p. 58.

g) Articles:

*** Journal Articles:**

Cem Akbıyık, '*Anayasa Mahkemesinin Soybağı Hukuku Alanındaki Kararlarının Toplu Bir Değerlendirmesi*', T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. 2012/1, 2012, İstanbul, p. 214.

*** Articles in Memoriams:**

Necip Kocayusufpaşaoğlu, '*İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?*', Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul, 2000, p. 510.

h) Electronic Resources:

Mehmet Tezcan, *Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004, acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/302/594.pdf (access date 22.11.2011), p. 6.

i) Edited Work:

Yusuf Çalışkan, "Dispute Settlement in International Investment Law", Yusuf Aksar (ed.) *Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanisms*, Martinus Nijhoff, Lieden, Boston, Holland/USA, 2011, p. 123.

j) To make a second reference to the same resource:

Author's Surname/Name of the institution, (If cited more than one) Name of the work, page number.

Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, p. 141.

Giddens, Modernliğin Sonuçları, p. 45.

TÜSİAD, p. 56.

3. Resources used in the article should be listed in alphabetical order under the title "Bibliography" and should be as follows:

KAYAR, İsmail, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2015.

İçindekiler / Content

>> Kamu Hukuku / Public Law

193 İnsan Hakları: Hukuk ile Ahlak Arasında

Human Rights: Between Law and Morals

Dr. Öğr. Üyesi Şule ŞAHİN CEYLAN

223 Düşün İşçileri Açısından Sınıf Bilinci ve Örgütlenme Arasındaki İlişki

The Relationship Between Class Consciousness and Association in Terms of Thought-Workers

Arş. Gör. Tefvik Can PEKER

>> Özel Hukuk / Private Law

257 İfa Edilmiş Bağışlama Sözleşmesinde Geri Alma Hakkının Hukukî Niteliği

The Legal Concept of the Right of Revocation in the Performed Donation

Dr. Öğr. Üyesi Gülşah VARDAR HAMAMCIOĞLU

275 Fransız Banka Hukukunda Müşteri Sırrını Saklama Yükümlülüğü ve Özel Hayatın Korunması ile İlişkisi

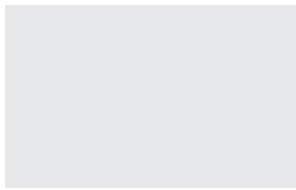
The Obligation to Keep a Customer's Secret and Its Relation to the Protection of Privacy in French Banking Law

Arş. Gör. Dr. İlknur KAYA

293 Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 155. Maddesi Karşısında Marka Tescili Üzerine Düşünceler

Some Reflections on the Trademark Registration vis-à-vis Article 155 of Industrial Property Code

Arş. Gör. Mahmut Arif KOÇAK



Kamu Hukuku

Public Law

İnsan Hakları: Hukuk ile Ahlak Arasında

Human Rights: Between Law and Morals

Dr. Öğr. Üyesi Şule ŞAHİN CEYLAN^(*)

Öz:

İnsan hakları, Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'nde duyurulmuş ve zamanla iç hukuklarda da yer edinmiştir. Evrensel, devrolunamaz, hukuki düzenleme ve konvansiyonel normlardan bağımsız oldukları düşünülmektedir. İnsanların bu haklara sahip olmasının sebebi, insan doğalarıdır. “Doğa” kavramı, eski bir geleneği, onyedinci ve onsekizinci yüzyılların doğal haklarını çağırıştırır; fakat, “insan” a vurgu modern ardılında daha güçlüdür. Doğal haklar ile insan hakları arasında doğrudan ve kesin bir bağlantı kurmak kolay değilse de, her ikisi de hukuk sistemlerinden bağımsız ahlaki normlar olarak betimlenebilir. Aynı zamanda oldukça tartışmalı bir soruya işaret eder: İnsan hakları, ahlaki haklar mıdır? Bu makale, insan hakları düşüncesini geniş bir perspektifte açıklama, hukuki ve ahlaki haklar arasındaki statüsünü ortaya koyma yönünde bir girişim olup, haklar, hukuki haklar, ahlaki haklar kavramları ve insan haklarının çift yanlı yapısı ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Haklar, Hukuki Haklar, Ahlaki Haklar, İnsan Hakları.

Abstract:

Human rights have been announced in Universal Declaration of Human Rights and have found a place in domestic laws over time. They are thought to be universal, inalienable, and independent from legal enactments, and conventional norms. It is believed that all humans have these rights, just because of their human nature. The concept of “nature” reminds us of an old tradition, natural rights of the seventeenth and eighteenth centuries; but the emphasis on “human” is much stronger in their modern successors. Even it is not easy to build a direct and unquestionable connection between natural rights and human rights, one can at least define both of them as moral norms independent of legal systems. This also points to a very controversial question: Are human rights moral rights? This paper is an attempt to explain the idea of human rights from a wide perspective and to propound its status between legal and moral rights. With this purpose in mind, the concept of rights, legal rights, moral rights, and the bilateral structure of human rights will be examined.

Keywords:

Rights, Legal Rights, Moral Rights, Human Rights.

^(*) T.C. Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi.

E-posta: suleshn@gmail.com.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-5618-2793>.

Makale Gönderim Tarihi: 28.07.2020.

Makale Kabul Tarihi: 27.10.2020.

GİRİŞ

İnsanlık tarihi kadar eski olan şeylerden birinin de talepler olduğu, insanların karşılıklı taleplerini dile getirmek için farklı zamanlarda, farklı kavram ve söylem biçimlerinden yararlandığı söylenebilir. Bunlar, kimi zaman felsefi etkinlik ve eylemle özgün bir şekilde üretilirken, kimi zaman da mevcut kavramlardan türetilmekte veya gündelik dilden ödünç alınmaktadır.¹

Serüvenine ne zaman ve nasıl başladığına, neleri kapsayıp neleri dışladığına, kimleri hangi sebeple koruduğuna, kaynağının ne olduğuna ilişkin tartışmalar ciltlerden, kitaplardan taşan haklar, farklı talepleri dile getirmenin etkin araçlarıdır. Konuya çeşitli nedenlerle ilgi duyan meraklılarını, hukuk, ahlak ve siyaset felsefelerinin geniş ve etkileşimli alanına davet eder; üzerinde en fazla düşünülen, konuşulan, tartışılan meselelerden biri olarak güncel literatürde yerini alır. Haklar, somut bir gerçeklikten yoksun olduğu, gündelik dilde ve hukukta semantik bir içeriği bulunmadığı halde,² pek çok olasılığı karşılamak için kullanılmakta ve her kullanım yeni tartışmaların önünü açmaktadır.

Bilhassa insan haklarının bu bahisteki önemi büyüktür. Hakları, hukukla sınırlayan görüşler, insan haklarını da ancak pozitif hukuklardaki yeri nispetinde kabul eder. Ondokuzuncu yüzyılın pozitivist akımların zaferi olduğunu söylemekte sakınca yoktur. Hukuk sadece yürürlükteki hukuktur ve haklar sadece hukuken tanınmış haklardır. 1933 sonrasında Batı dünyası, totaliter rejimlerin yol açtığı olumsuz sonuçlarla yüzleşir ve hukuk adı altında oldukça katı düzenlemeler yapılabileceğini fark eder. Bu, pozitivist akımların hukuk ve politik felsefedeki gücünün zayıflaması, doğal hakların yeniden gündeme gelmesi, insanların hukuktan bağımsız ve üstün haklarının bulunduğu yaygın kanı haline gelmesiyle yakından ilişkilidir.³

Fransız Bildirgesi'nin armağanı "*rights of man*"ın politik bileşenleri değişir; yerine, mensubu olunan politik topluma karşı da ileri sürülebilen ve hatta özellikle "o topluma" karşı sürülen, insan hakları geçer. Bu haklar, Batının ahlaki ve politik referans noktasına, medeniyetin yeniden tanımlandığı zemine dönüşür. Ulus devletin rolünü, mensubu olunan uluslararası toplum alır.⁴

Aynı hak türünü betimlerken kullanılan değişik kavramların bazı incelikli farkları, birbirleri karşısında avantaj ve dezavantajları mevcuttur. Doğal haklar, insan doğasına dayanır ve doğal hukuk geleneğine gönderme yapar. Fakat, medeni ve politik hakların arka metnine sızan doğal hukuk referansı ve insana doğa

¹ Timothy Stanton, '*Natural Rights*', Mark Bevir, Encyclopedia of Political Philosophy, Sage Publications, California, 2010, ss. 937-940, s. 937.

² Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 9. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2011, s. 136.

³ Maurice Cranston, '*Are There Any Human Rights?*', Daedalus, Vol. 112, No. 4, Human Rights (Fall, 1983), ss. 1-17, s. 6.

⁴ Anthony Pagden, '*Human Rights, Natural Rights, and Europe's Imperial Legacy, Political Theory*', Vol. 31, No. 2, (April 2003), ss. 171-199, s. 191-192.

tarafından bahşedilen haklar fikri, metafiziksel niteliğiyle suyu bulandırmaktadır. “*Rights of man*” ibaresi ise hakların kaynağına insanı, daha karmaşık ama aydınlatıcı bir kavramı yerleştirir. Bu haliyle insan, sadece doğal değil aynı zamanda rasyonel ve ahlakidir. Yine de, ideolojik ve cinsiyetçi⁵ çağrışımlar içerir. Üçüncü bir yol olan insan haklarıyla, diğer ikisinin olumsuz yanları bertaraf edilmiştir. Tıpkı *rights of man* gibi haklar, tartışmalı bir ahlaki kavram olan insanlıktan türetilmektedir. Dezavantajı, insanlarca sahip olunan tüm hakların insan hakkı olduğu yanlışlığına sürükleyebilmesidir. Oysa insan hakları, insanların, insan olmaktan kaynaklanan belirli tipteki haklardır. İnsan hakları ifadesinden çıkarılabilecek bir başka hatalı anlam, bu hakları tesis eden veya tanıyan kişilere, diyelim ki yetkililere, insancılık ya da yardımseverlik gibi sıfatların yakıştırılmasıdır. Elbette tamlamadaki “insan” oluş, hakları düzenleyen veya tanıyanları değil, onları da kapsar şekilde hak sahiplerini niteler ve istisnasız tüm insanların bu haklara resmi tanınmadan önce dahi sahip olduğu düşünülür. Sayılan olumsuzluklarına rağmen, insan hakları diğerlerine nazaran daha az kusurludur.⁶ Nitekim, doğal hakların ardındaki doğal hukuk çağrışımı, Tanrı’yı veya kozmosun ahenkli düzenini akla getirirken, insan haklarıyla birlikte “insan”, tikel değil ama evrensel bir insan kabulü tabloya eklenir. Hakların öznesi, diğer herkesle aynı haklara sahip ve bu hakların garanti altına alındığı bir toplumda yaşayan “insan” veya “insanlar”dır.⁷

Evrensellik, iç hukuklardan bağımsızlık, koşulsuzluk gibi güçlü iddialara ve tüm şatafatına rağmen insan hakları, pek çok eleştiriyi karşı karşıyadır. Genelde ahlaki haklar, özelde ahlaki hak olarak insan haklarına yönelen eleştiriler ya kapsamlı ya da kısmi kuşku düzeyindedir. İlk seçenek, insan haklarının ahlaki niteliğini reddetmektir. Kapsamlı kuşkuculuk diyebileceğimiz bu eleştiriler, insanın insan olmaktan ötürü sahip olduğu haklarına, değer yargılarının yalnızca bireysel tercihlerin ifadesi olabileceği, bu tip yargıların rasyonel biçimde gerekçelendirilemeyeceği veya rasyonel olmadığı, değerlerin evrensel değil kültürel olabileceği gibi gerekçelerle karşı çıkar. Diğerleri ise ahlaki haklara ya da ahlaki haklar olarak insan hakları düşüncesinin bütününe değil, bazı özelliklerini, kapsamını, söylemi veya uygulamalarını hedef alır.⁸ Metinde de değinileceği üzere, insan haklarının kuramsal temelleriyle ilgili birbirleriyle zıtlaşıp örtüşen pek çok yo-

⁵ Ayrıca bkz. Linda Hajjar Leib, *Human Rights and the Environment - Philosophical, Theoretical and Legal Perspectives*, Brill, Leiden, 2011, s. 44.

⁶ Jack Donnelly, ‘*Human Rights as Natural Rights*’, *Human Rights Quarterly*, Vol. 4, No. 3 (Summer, 1982), ss. 391-405, s. 391-392, 1. Dipnot.

⁷ Amos Nascimento, ‘*İnsan Hakları ve Kozmopolitik Paradigmaları: Haklardan İnsanlığa*’, Matthias Lutz-Bachmann, Amos Nascimento (Derleyenler), *İnsan Hakları, İnsan Haysiyeti ve Kozmopolit İdealler*, (Çev. Akın Emre Pilgir), Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, ss. 99-128, s. 121.

⁸ William Twining, *General Jurisprudence-Understanding Law From a Global Perspective*, Cambridge University Press, New York, 2009, s. 186-187.

rum mevcuttur. Hatta bu hakların felsefi dayanaklarına dair kafa yoran ne kadar düşünür varsa, o sayıda kuram ve ayırım olduğu söylenebilecektir. İlk çala mübalağalı görünse bile, bilhassa yirminci yüzyılın ikinci yarısını yansıtan, gerçeğe çok yakın harita sunan bir iddiadır bu.

Her bir eleştiriyi anlamak, yanında ya da karşısında saf tutmak ve bazen de bilinçlice kayıtsız kalmak için yapmamız gereken ilk şey hakların, ikincisi ise hukuki haklar ile ahlaki haklar arasındaki ayrımın niteliğini kavramaktır. Ancak kavramları birbirlerinden ayırt ettikten sonradır ki, insan haklarına, hukuk ve/veya ahlak çerçevesinde bir konum biçebilir, maddi niteliğine dair gerekçeli bir görüş geliştirebiliriz. Bu makalede söz konusu olasılığa küçük de olsa bir katkı sağlamak amaçlanmaktadır. Sırasıyla haklardan, hukuki haklardan, ahlaki haklardan ve insan haklarının bu iki hak türüyle ilişkisinden bahsedilecektir.

I. HAKLAR

Olağan yaşantıda sıklıkla başvurduğumuz “haklı”, “haksız”, “hak etmek”, “hak yemek”, “hakkını vermek”, “hakkını teslim etmek” gibi kelime veya kelime grupları, hukuk diline farklı bir ciddiyete bürünerek geçer. Artık ahlaki yargı bildirmenin ötesinde, bir talebi dile getirmenin hukuki ve bu yönüyle meşru dayanağı, bireyi çevreleyen koruma kalkanıdır. Hak kavramının sahip olduğu anlam zenginliği, bir yandan kökleşmiş önemini bize hatırlatırken, diğer yandan karmaşık ve tartışmalı niteliğine dair ipucu vermektedir. Gerçekten de bu husustaki kuramsal tartışmalara girmeden evvel, sözlük anlamına bakmak bile nasıl geniş bir içerikle karşı karşıya olduğumuzu gösterir. Türk Dil Kurumu hakkı şöyle tanımlar: “Adalet. Adaletin, hukukun gerektirdiği veya birine ayırdığı şey, kazanç. Dava veya iddiada gerçeğe uygunluk, doğruluk. Verilmiş emekten doğan manevi yetki. Pay. Emek karşılığı ücret. Doğru, gerçek.”⁹ İkinci ve üçüncü anlamları doğrudan hukuka, diğerleri hukukun ötesinde ahlaki bir sahaya gönderme yapar. Sözlük karşılığından hareketle, hakkın ahlaki değerler alanının eşsiz bir üyesi, fakat aynı zamanda hukuka sıkı sıkıya bağlı bir kavram olduğunu söyleyebiliriz. Osmanlıca-Türkçe sözlük de bolca seçenek içerir: “Allah, tanrı. Doğruluk ve insaf. Bir insana ait olan şey. Dava ve iddiada hakikate uygunluk; doğruluk. Geçmiş, harcanmış emek. Pay, hisse. Doğru, gerçek. Layık, münasip.”¹⁰ Burada da ahlak sahasına referans, hukuka olduğundan daha fazladır. “Hakk” kavramının çoğulu olan hukuk ise “haklar, hakikatler, kanunların verdiği haklar, hakim ve avukat yetiştiren mektep” anlamına gelir.¹¹ Üçüncü anlamından yola çıkarak, hakkın, yasalarla düzenlenmesi halinde hukuka dönüştüğünü söyleyebiliriz.

⁹ Türk Dil Kurumu, *Büyük Türkçe Sözlük*, www.tdk.gov.tr. Erişim: 13.03.2017.

¹⁰ Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, 13. Baskı, Aydın Kitabevi, Ankara, 1996, s. 314.

¹¹ Devellioğlu, s. 379.

Hukuk ile hak arasındaki kuvvetli irtibat, Latince ve dolayısıyla Roma hukukunda da mevcuttur. *Ius* kavramı, *ius commune*, *ius civile* veya *ius gentium* örneklerinde hukuka, *ius dominii*, *ius crediti*’de hakka karşılık gelir.¹² Bu ikilik Roma Hukuku’nu kabul eden ülke dillerine de sirayet eder.¹³ Fransızca *droit*, Almanca *recht* ve İtalyanca *diritto* hem hukuka hem de hakka denk düşmekte, aralarına bir hat çizebilmek için objektif ve sübjektif ayrımından yararlanılmaktadır. Hukuk “*droit objectif*”, “*objectives recht*” ve “*diritto oggettivo*”, haklar ise “*droit subjectif*”, “*subjectives recht*” ve “*diritto soggettivo*” tamlamalarıyla ifade edilmektedir.¹⁴ Hukukun ve hakkın tek kavramda birleşmesinin ardında, aynı meseleye farklı açılardan yaklaşılması aranabilir. Hukuk kuralının devlet tarafından kontrol edilmesi hukukun, kişilerce edilmesi hakların getirisidir. İki koşulda da belirli biçimde davranması beklenen, hukukun ve hakkın muhatabı, ödevle yüklü birileri vardır.¹⁵

Çağdaş hak literatürünün önemli bir membarı olan İngilizcede ise hukuka *law*, haklara *right* denilmektedir. Tıpkı Türkçedeki hak gibi *right* da “doğru oluş” anlamına gelir ve ahlaki bir koşula dikkat çeker. Hal böyle olunca, hukuki ve politik söylemde edindiği anlam, *right* yerine çoğuluyla, yani *rights* ile ifade edilmektedir.¹⁶

Türkçeye geri dönelim. Gündelik dilde ve dolayısıyla sözlükteki çeşitliliği bir kenara bırakıp hukuk metinlerine bakarsak, hakkın çoğu kez hukukla ve bu sahada kazandığı dar anlamla sınırlandığını görürüz. Bunlardan bir kısmı hakların kişiye sağladığı imkanlara, hukuk düzenince tanınan yetki veya ayrıcalık oluşuna,¹⁷ bir kısmı ise hukuk tarafından neyin korunduğuna yani hukuken koru-

¹² Andreas B. Schwarz, *Roma Hukuku Dersleri, Birinci Cilt*, (Çev. Türkan Rado), 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1945, s. 215.

¹³ Ziya Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 147.

¹⁴ Schwarz, s. 216. Batı dilleri etkisi, Türkiye Cumhuriyeti’nin ilk yıllarındaki metinlerde açıkça görülmektedir. Örneğin, Abdülhak Kemal Yörük objektif hukuk ve sübjektif hukuk ayrımını kullanmıştır. Abdülhak Kemal Yörük, *Hukuk Felsefesi Dersleri, 2. Tab’ı*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1958, s. 225 vd.

¹⁵ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 148.

¹⁶ Kavramın İngilizcedeki farklı anlamları için bkz. Andrew Vincent, *The Politics of Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2010, s. 6-10.

¹⁷ “Hukuk düzeninin kişiye tanıdığı ve koruduğu bazı ayrıcalıklar.” Selahattin Keyman, Haluk Toroslu, *Hukuka Giriş*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 139; “Düzenleyici hukuk kurallarının fertlere bir mal üzerinde veya diğer kişilerin davranışları üzerinde tanıdığı yetkiler.” Turhan Esener, *Hukuka Giriş*, 10. Baskı, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 149; “İrادی bir işlemle veya doğrudan yasa tarafından, yararlanmaların lehine, gereğinde vazgeçilebilen, yetkiler taniyan hukuka uygun olarak yaratılmış durumlar.” Cevdet Atay, *Hukuka Giriş*, Sentez Yayıncılık, Bursa, 2012, s. 22; “Bir kimseye hukuk düzeni tarafından tanınmış bir yetki.” Aydın Aybay, Rona Aybay, Ali Pehlivan, *Hukuka Giriş*, 13. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017, s. 165; “Hukuksal ilişkinin birinci ögesini oluşturan ve bir kişiye

nan menfaate (çıkâr)¹⁸ odaklanmaktadır. Bazıları yetki ve menfaat unsurunu birleştirerek, hukukun korunan menfaatlerden, hukukun tanıdığı yetkiler aracılığıyla yararlanılmasını hak olarak tanımlamaktadır.¹⁹ Bir başka tutum ise hak sahibinin iradesi ile korunan menfaati bir araya getirmektir.²⁰

Karşımızda, sıklıkla başvurulanan dört temel kavram vardır: Menfaat (çıkâr), irade, ayrıcalık ve yetki. Bunlardan ilk ikisi, İngilizce literatürde “hakların doğası” veya “hakların işlevi” başlığıyla yürütülen tartışmanın esas aktörleridir. En kaba haliyle, menfaat kuramının taraftarları hukukun korunan menfaat, irade ku-

izafe edilen bir davranış imkanı, bir yetki.” Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 210; “Hukukun kişilere tanıdığı ve koruduğu yetki.” A. Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 38. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 177; Halil Can, Semih Güner, *Hukukun Temel Kavramları*, 3. Baskı, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2006, s. 205; “Bir şeyi yapmak veya başkalarından belirli bir şekilde davranmayı veya bir şeyi yapmayı isteme yetkisi.” Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 17. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2016, s. 49; “Hukuk düzeninin kişilere tanıdığı yetki.” Erol Cansel, Çağlar Özel, Mehmet Yüksel, *Hukuk Başlangıcı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 209.

¹⁸ “Hukuk kuralına dayanan, devletin hukuk düzenince koruma altına alınmış ve kişinin serbest iradesiyle yararlanabileceği menfaat, başka bir deyişle avantajlı, ayrıcalıklı hukuki konum.” İlyas Doğan (Edt.), *Hukuka Giriş*, Astana Yayınları, Ankara, 2017, s. 122; “Hukuk düzeni tarafından kişiye tanınan, hukukun korunan ve hakkın sahibi olan kişiye bu korumadan yararlanma yetkisi veren bir çıkâr.” İsmail Kayar, İlhan Üzülmöz, *Hukukun Temel Kavramları*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 333; “Kişilerin hukuk düzeni tarafından tanınan ve korunan menfaatleri.” Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, Genişletilmiş 14. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2017, s. 413. “Genel olarak kişinin yararına uygun olarak özgürce davranma özerkliğine sahip olduğu alan” Ahmet Gürbüz, *İnsan Haklarının Filozofik Temelleri*, HFSA, 20. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2010, ss. 68-83, s. 69, “(Hukuk) düzen(i) tarafından korunan menfaat” M. Kemal Oğuzman- Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 140. “Hukuk düzeni’nin koruması ve sağlaması altında olan menfaat”, Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuk’a Giriş*, 4. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 116.

¹⁹ “Hukuk düzeninin saptadığı ve koruma altına aldığı ve sahibine bu korumadan yararlanma amacıyla bazı yetkileri tanıdığı meşru çıkâr.” Ömer Anayurt, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 271; “Hukuk düzeni tarafından korunan ve bu korumadan sahibine yararlanma yetkisi tanınan her türlü menfaat (çıkâr).” Bu tanım uyarınca sadece kişiler, yani hak ve borçlara ehil varlıklar haklardan yararlanmak için harekete geçebileceğinden, hak sahipliği gerçek ve tüzel kişilere özgü olup, insanlar dışındaki canlılar hakkın süjesi olamaz. Hayvanlara ilişkin düzenlemeler, hak vasfı taşımayıp onları korumaya yönelik tedbir ve kurallardan ibarettir. Örneğin bir kuşa, vasiyetle miras bırakılamaz veya hayvanlar aynı hak edinemez. Şaban Kayıhan, *Hukukun Temel Kavramları*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 259-260. “Hukuk kuralının koruduğu çıkâr ve çıkardan yararlanma konusunda kişiye tanıdığı yetki.” Yılmaz Aslan, Doğan Şenyüz, *Hukuka Giriş*, 9. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016, s. 151.

²⁰ “Hukukun korunan ve faydalanılması sahibinin iradesine bağlı bulunan çıkâr.” Enver Bozkurt, *Hukukun Temel Kavramları*, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 220. “Hukukun korunan ve yararlanılması hak sahibinin iradesine bırakılan menfaat.” Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, *Hukukun Temel Kavramları*, 12. Baskı, Dora Yayınları, Bursa, 2016, s. 109.

ramınıninkiler ise hukuken tanınan irade gücü olarak niteler hakları.²¹ Sonraları ortaya çıkan ve Leif Wenar'ın ünlü makalesinde açıklıkla ifade edilen karma görüş, irade ve menfaat unsurlarını ustalıkla birleştirir,²² ki yukarıda değinilen Türkçe tanımlardan bir kısmı da bu yöndedir.

Wenar'dan yüzyıl kadar geriye gidersek, hak literatürünün mübalağasız en önemli ismiyle, Wesley Newcomb Hohfeld'le rastlaşırız. Hohfeld, 1900'lerin başında hukuki hakların kavramsal analizine odaklanan sade ve net bir makale yazar. Hukuki haklara yüklenen farklı anlamları ayıklamaya yönelik bu çalışma, karmaşayı bir nebze dindirir. Birbirleriyle denklik veya zıtlık ilişkisiyle temasta bulunan sekiz temel hukuki kavramı ve dört tür hukuki ilişkiyi bir şemada birleştirir. Bu kavramlar, hak, imtiyaz, yetki (güç), muafiyet, ödev, hakkın olmaması, sorumluluk, yetkisizliktir. Hakları tanımlarken sıklıkla ilk dört kavrama başvurulsa da dar anlamıyla hakka denk düşen ilişki taleptir.²³ İşte Türkçe hukuk literatüründe karşımıza çıkan ayrıcalık ve yetki, aslen bu şemanın mensuplarıdır.

Konuya biraz yukarıdan bakmak, hakları tanımlamanın o kadar da kolay olmadığı, hukuki hakların meselenin sadece bir cephesini yansıttığı kanaatini uyandırabilir. Gerçekten de öyledir. Hakların ne olduğuna ilişkin tartışma uzun, derin ve bulanıktır; çok sayıda kavram, sınıflandırma biçimi iç içe geçer. Sözelimi, menfaat ile irade hakların işlevlerine, ayrıcalık ve yetki ise kavramsal analizine dair daha büyük dizgelerin parçasıdır. Bu yüzden hakların tasnifinde kullanılan farklı usullere değinmek, konunun hangi boyutuyla ele alınacağını netleştirmek ve diğer olasılıkları geride bırakırken çalışmanın esas zemininden kopmamak, bir tanım vermek kadar önemlidir. Hatta herhangi bir metnin dağılımadan yazılabilmesinin önkoşulu gibi görünmektedir.

²¹ Atay, s. 22. Mehmet Ayan, Nurşen Ayan, *Medeni Hukuka Giriş*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, 101-102. Mustafa Dural, Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku*, Cilt 1, 5. Baskı, Filiz, İstanbul, 2010, s. 120-121. Leif Wenar, 'Rights', The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2020 Edition), Edward N. Zalta (Ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/rights>, 01.06.2020.

²² Leif Wenar, 'The Nature of Rights', Philosophy & Public Affairs, Vol. 33, No. 3, (Summer 2005), ss. 223-252. Wenar, irade ve menfaat kuramlarının karılabileceği iki farklı yoldan bahseder. İlki herhangi bir olay kuramı (any incident theory), diğeri farklı işlevler kuramı (several funtions theory)dir.

²³ Wesley Newcomb Hohfeld, 'Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning', 23 Yale Law Journal, November 1913, ss. 16-59. Türkçe literatürde Hofheld üzerine ayrıntılı bir çalışma için bkz. Nazime Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, Oniki Levha, İstanbul, 2015. Ayrıca Şule Şahin Ceylan, 'Wesley Newcomb Hohfeld'in Temel Hukuk Kavramlarına Kısa Bir Bakış', Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009/1, ss. 9-27. Beysan Türkçeye aktarırken hukuki denklemler, hukuki zıtlar yerine hukuki bağılılıklar, hukuki karşıtlıklar ifadelerini tercih etmektedir.

Hakların sınıflandırılmasında kullanılan yollardan ilki, hukuk düzeni içinde yer bulan haklara odaklanır; kamu hukuku ile özel hukuk ayrımının²⁴ uzantısıdır. Kamu hukukundan doğanlar kendi içinde negatif statü, pozitif statü ve aktif statü hakları olmak üzere üçe ayrılır. Aslen Jellinek'e ait olan bu ayrım,²⁵ kişinin devlet karşısındaki konumuyla, devletten ne bekleyebileceğiyle alakalıdır. Negatif statü hakları, devletin aşamayacağı, müdahale edemeyeceği özgürlükler alanını çizer ve koruyucu haklar, özgürlük hakları ya da kişisel haklar olarak adlandırılır. Pozitif statü hakları bahsinde, devletin özgürlüklere dokunmaması yeterli değildir; eğitim veya sağlık gibi alanlarda bir takım olumlu ödevleri vardır. Kişilere devletten talepte bulunma imkanı sağladığı için isteme veya talep hakları denir. Öte yandan, sosyal devletin getirisi olduğu düşünülerek hizmet hakları veya sosyal haklar olarak da nitelenir. Aktif statü hakları ise kişiye devlet yönetimine katılma, politik alanda söz söyleme yetkisi verir; katılım hakları veya politik haklar adını alır.²⁶ Özel hukuktan kaynaklanan, diğerlerinden talepte bulunma imkanı sağlayan ve karşılığında ödev ya da yükümlülük doğuran haklara ise özel haklar denir. Hak sahibinin ne tür yetkileri bulunduğuna göre mutlak haklar veya nispi haklar olarak sınıflandırılır. Mutlak haklar, herkese karşı ileri sürülebilen, sahibine istediğince yararlanma imkanı tanıyan haklarken, nispi haklar, özel borç ilişkisinden doğan ve bu yüzden belli kişilere karşı öne sürülebilenlerdir.²⁷

Bahsi geçenlerle sınırlı olmayan, sadece hukuki hakları konu edinmeyen farklı tasnif biçimleri ve izlenebilecek çok sayıda yol vardır. Kimin hak sahibi olduğunun iddia edildiğine (örneğin insanların, kadınların, çocukların, hayvanların hakları), öne sürülen hakkın hangi eylem, durum veya nesneyle ilgili olduğuna (örneğin ifade özgürlüğü hakkı, mahremiyet hakkı, mülkiyet hakkı), hak sahibinin neden o hakka sahip olduğuna yani hakların kaynağına (örneğin ahlaki haklar ahlaki gerekçelere dayanırken, hukuki hakların toplumun hukukundan ve geleneksel hakların yerel

²⁴ Kamu hukuku- özel hukuk ayrımı, Roma hukukunda, devlete ilişkin hukuk ile bireysel menfaatlere ilişkin hukuk farklılığına işaret eder ama hukukun bütünlüğünü bozduğuna ilişkin inanç, Roma devletinin henüz egemenlikle birlikte düşünülmemesi gibi nedenlerle diğer sınıflandırma biçimlerinin gölgesinde kalır. Kamu hukuku ile özel hukukun bugün anladığımız şekilde ayrılması modern dönemi bulur. Kendi kendini organize eden, bütünsel toplum anlayışından, insanın özerk bir varlık, birey olarak kabul görmesine geçişle yakından ilişkilidir. Oya Boyar, *Anayasa ve Özel Hukuk*, Oniki Levha, İstanbul, 2019, s. 9-16.

²⁵ Jellinek'in hak ve devlet görüşüyle ilgili olarak bkz. Birden Güngören Bulgan, *Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı*, Oniki Levha, İstanbul, 2020.

²⁶ Kemal Gözler, *Hukukun Temel Kavramları*, 17. Baskı, Ekin, Bursa, 2019, s. 154-156, 157.

²⁷ Mutlak haklar kendi içinde, mallar üzerindeki mutlak haklar (a. Maddi mallar üzerindeki mutlak haklar aa. Mülkiyet hakkı ab. Sınırlı ayni haklar b. Gayri maddi mallar üzerindeki mutlak haklar) ve kişiler üzerindeki mutlak haklar (a. Kişinin kendi şahsı üzerinde sahip olduğu mutlak haklar- kişilik hakları b. Kişinin başkalarının şahsı üzerindeki mutlak hakları. Günümüzde, kişinin malın konusu değil sahibi olabileceğinden hareketle, bunlar velayet ve vesayet haklarıyla sınırlıdır) üzere ikiye ayrılır. Gözler, *Hukukun Temel Kavramları*, s. 158-161.

konvansiyonlardan türemesi), iddia edilen hakkın hak sahibinin eylemlerinden nasıl etkilenebileceğine (örneğin devredilemez yaşama hakkı, yoksun kalınabilen özgürlük hakkı, feragat edilebilen sözlerin tutulması hakkı) göre sınıflandırılabilir.²⁸

Bir başka yol ise hakların irade veya tercihe, söylemde karşıladıkları işleve, kişinin hak sahibi olmakla ne yapabileceğine veya diğerlerinden ne bekleyebileceğine, denklik ilişkisinde olduğu kavramlara ve maddi içeriğine göre tasnif edilmesidir.²⁹

Her ayırım ve kategori, kendi içinde alt başlıklara ayrılır, farklı çalışmaların konusu olmaya namzettir. Bu metinde, diğer seçenekler dışarıda bırakılarak, hakların maddi içeriğine yani hukuki veya ahlaki oluşuna yönelen ayırım esas alınacaktır. Adı üstünde hukuki haklar, hukuk tarafından inşa edilen veya tanınan hak kategorisini simgelerken, ahlaki olanlar, hukuktan bağımsız şekilde var olduğu düşünülen haklardır. Örneğin, kadınlara seçme ve seçilme hakkının hukuken tanınmadığı bir sistemde, insan olmaları ve ahlaki eşitlik ilkesi gereğince bu yöndeki haklarının varlığından bahsedilebiliyorsa, bu, ahlaki haklarla ilgilidir.³⁰ Hukuki ve ahlaki hakların yanına eklenebilecek bir diğer başlık politik haklardır; hakların politik bir birliğe, devlete bağlı olduğu varsayımına dayanır. Bu birliğe üyelik, vatandaşlık aracılığıyla. Konuya buradan yaklaşıncı haklar ve devlet iç içe geçmektedir. Haklar ancak insan ilişkilerinin üstünde, yetki ve şiddet tekeline ifade eden o yapıyla, devletle birlikte var olup uygulanabilmektedir.³¹ “Politik oluş”u, daha geniş çerçevede insan etkileşiminin zorunlu parçası olarak ele alır ve Aristotelesçi kabulden yola çıkarsak, hem hukuki hem de ahlaki haklar politik nitelik arz edebilir. Bu sebeple, hukuki ve ahlaki haklar ayırımı üzerinden ilerlenecektir.

²⁸ Wenar, ‘Rights’.

²⁹ **Menfaat ile iradeye göre:** “Hakların Doğası” başlığıyla da anılmakta; ayırım, faydacı kuramla özdeşleştirilen menfaat ile neo-Kantçı çizginin benimsediği irade arasında yapılmaktadır. Menfaat kuramı, haklar aracılığıyla hak sahibinin menfaatinin korunduğunu ve karşı tarafa ödev yüklediğini savunur. İrade veya tercih kuramı ise, Kantçı düşüncenin uzantısıdır; kişinin tercihini, kontrolünü veya özerkliğini dikkate almaktadır. **Söylemdeki işlevine göre:** Bu ayırım, asıl meselenin, menfaat ile irade arasındaki bir seçimle değil, hakların ayırt edici işlevleriyle ilgili olduğuna dayanır; Hohfeld’in şemasıyla uyumludur. Haklar, dilbilimsel, gramatik ve mantıksal kullanıma dair bir tartışma üzerinden okunmakta ve zaten Hohfeld buna epey elverişli, paradigmatik bir mantıksal sistem sunmaktadır. Bu eğilim, hukuksal pozitivizmle de birleşmektedir. **Kişinin hak sahibi olmakla ne yapabileceği veya diğerlerinden ne bekleyebileceğine göre:** Aktif ve pasif haklar, pozitif ve negatif haklar, eylemde bulunmaya ve almaya ilişkin hakları, seçimlik ve seçimlik olmayan haklar, *in rem* ve *in personam* haklar, genel ve özel haklar ayırımı bu başlıkla ilintilidir. **Denklere göre:** Haklar ile ödevler arasında denklik olduğu ve hakların, ödevlere göre sınıflandırılabileceği ileri sürülmüştür. Hak-ödev denkliğini hepten reddeden veya tüm ödevlerin hak doğurmadığını savunan düşünürlerin de bulunduğu dikkate alındığında, çok sık başvurulanan bir yol olmadığı söylenebilecektir. **Maddi içeriğe göre:** Hakların politik, ahlaki veya hukuki oluşuna göre sınıflandırılmasıdır. Vincent, s. 16 vd.

³⁰ Joel Feinberg, ‘In Defence of Moral Rights’, Oxford Journal of Legal Studies, Summer 1992, Vol. 12, ss. 149- 169, s. 149-151.

³¹ Vincent, s. 26.

II. HUKUKİ HAKLAR

Hukuki haklar, hukuk kuralları ve kurumlarınca düzenlenen, nesnel bir biçimde erişilmesi, öğrenilmesi ve uygulanması mümkün olan haklara verilen isimdir. Varlıklarına veya niteliklerine ilişkin şüpheyne düşölmesi halinde, somut kaynaklara başvurularak tespit edilebilirler.³² Bu kaynaklar, belirli bir toplumda, belirli bir zamanda yürürlükte olan hukukun unsurlarıdır. Dolayısıyla, hukuki haklar, pozitif hukuk düzenince tesis edilmekte ve bunların yine hukuk aracılığıyla kaldırılması, değıştirilmesi, kapsamının genişletilmesi ya da daraltılması mümkün olmaktadır. Bu anlamda, hukuki hakların varlığı veya yokluğu, ilgili hukuk sisteminde işgal ettikleri yerle sınırlıdır. Hukuk aracılığıyla var edilen bu haklar, yine hukuk tarafından ortadan kaldırılabilir. Kaldı ki, hukuki metinlerde yer alan bir hakkın mevcudiyeti başka, etkin bir şekilde uygulanması başka bir meseleye denk gelir. Bir hakkın hukuk düzenince tanınması çoğu kez yetmemekte, yargı teşkilatı, kolluk kuvveti gibi kurum ve araçlarla da desteklenmesi gerekmektedir.³³

Hukuki haklar, hukuk kültüründe en azından iki farklı rol oynar. İlki, hukuki sürecin sonuçlarının bunlarla açıklanmasıdır. Mesela, kazanılan bir davanın sonucu, ilgili hakkın mahkemece tanınması ve varlığının kanıtlanması biçiminde yorumlanabilmektedir. Diğeri, üstün bir gerekçelendirme faaliyetinin ifadesi olarak kullanılmaları, hukuki müzakerede mutlak ve zorlayıcı bir güç sağlamalarıdır. Örneğin, İngiliz hukukuna göre herkesin mülkiyet veya kendini ifade hakkı olduğunu söylemek, böyle bir gerekçelendirmenin sonucudur.³⁴

Dworkin hakları, arka plan haklar ve kurumsal haklar olarak ikiye ayırır. Arka plan haklar “siyasi kararlara soyut meşruluk”, kurumsal haklar “bir karara belli ve özel bir kurum vasıtasıyla meşruluk” kazandırır. Yaşamsal gereksinimi olan kişilerin diğelerinin malları üzerinde hakları olduğunu iddia etmek ilkinde, hukuken düzenlenen seyahat özgürlüğü hakkı ise kurumsal olanlara örnektir.³⁵ Dworkin’in kurumsal haklarını, dar anlamıyla hukuki haklar olarak da nitelendirmek mümkündür. Hukuki ve kurumsal hakların temel özelliğı, yetkili mercii tarafından “var” veya “yok” kılınabilmeleridir. Bu kaynak, bir meclis veya komite olabileceğı gibi, bir kral, hatta diktatör bile olabilir.³⁶

Hukuki haklara ilişkin en ayrıntılı ve güncelliğini koruyan analiz 1917 yılında Wesley Newcomb Hohfeld tarafından yapılmıştır. Hukuki realizmden ve analitik hukuk felsefesinden etkilenen düşünür, insanlar arasındaki hukuki ilişkilerin yapı-

³² Joel Feinberg, *Social Philosophy*, Prentice Hall, New Jersey, 1973, s. 84.

³³ Beysan, s. 6-7.

³⁴ Pavlos Eleftheriadis, *Legal Rights*, Oxford University Press, New York, 2008, s. 1.

³⁵ Ahmet Ulvi Türkbağ, ‘*Haklar, Hakkaniyet, Bütünlük ve Adalet*’, HFSA, 9. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2004, ss. 88-95, s. 91.

³⁶ Raanan Gillon, ‘*Rights*’, *British Medical Journal*, Vol. 290, No. 6485, (22 June 1985), ss. 1890-1891, s. 1890.

sını ve mahkemelerdeki işleyişini, hukuki gerçeklikten kopmadan kavramsal beraklıkla ortaya koyar. Farklı hukuki ilişkilerin sıklıkla ve hatalı bir şekilde hak olarak adlandırıldığını, bunun yanlış uygulamalara yol açtığını belirtir.³⁷ Gerçekten de hak kavramından, farklı koşulları betimlemek için yararlanılmaktadır. Herhangi bir şey yapma, başkası tarafından yapılmasını veya yapılmamasını talep etme, belirli bir durumda olma veya belirli bir tutum alma yönündeki haklar örnek verilebilir.³⁸ Sadece hukuki olanlara baktığımızda bile, farklı ve bazen ayırt edilmesi güç kullanımlarla karşılaşabiliriz. Bir menfaat ve hukukun bu menfaati korumak için geliştirdiği araçlar (genel talepler), hak ve ödevleri yaratma, sonlandırma ve değiştirme kapasitesi (yetki), bir hukuki muafiyet hali (özgürlük) kastedilebileceği gibi belirli bir durumda neyin adil olduğu da hak kavramıyla ifade edilebilir.³⁹

Hohfeld, farklı durumları tasnif eder ve hukuki ilişkilerin ilk bakışta görüldüğü kadar karışık olmadığını öne sürer. Bulanıklığın asıl nedeni, tüm hukuki ilişkileri “haklar” ve “ödevler” üzerinden açıklama eğilimidir. Oysa hakların içsel yapısı, birbirleriyle zıtlık ve denklik ilişkisi bulunan, hukuki ilişkilerin “en küçük ortak payda”sı diye betimlediği sekiz temel kavramla açıklanabilir.⁴⁰ Sistematik ilişki içindeki bu kavramlar, her türlü hukuki meseleyi hatta en karmaşık olanları bile betimleyecek, çözüme kavuşturacak güçtedir. Hukuki bir hakla kastedilen hak, imtiyaz, yetki (güç), muafiyetten herhangi biri olabilir. Yine de aralarında dar anlamıyla hakkı karşılayan tek kavram “talep”tir.

Talep, “hakkın olmaması”nın zıttı, ödevin dengidir: “... *hak kavramı, pek çok davada, herhangi bir ayırım gözetmeksizin, dar anlamıyla haklardan ziyade imtiyaz, yetki veya muafiyetleri karşılamak üzere kullanılmaktadır...*”⁴¹ Oysa, “*eğer, X’in Y’ye karşı bir hakkı varsa ... dengi, Y’nin X’e karşı ödevinin bulunmasıdır... Bu sınırlı ve doğru anlamıyla “hak”la eşanlamlı bir kavram aramamız gerekiyorsa, en iyi sonucu “talep” verecektir.*”⁴² Başka bir deyişle, hak her zaman bir talebin öne sürülmesidir.⁴³ Bu, “*iki kişi arasındaki ilişkide, diğer tarafın yerine getirmesi istenen (eylem veya kaçınma) uygulanabilir bir talep*”tir.⁴⁴ Böylece

³⁷ Mark Tebbit, *Philosophy of Law - An Introduction*, 2. Baskı, Routledge, New York, 2005, s. 111.

³⁸ Alan R. White, *Rights*, Clarendon Press, New York, 1984, s. 13.

³⁹ Roscoe Pound, ‘*Legal Rights*’, *International Journal of Ethics*, Vol. 26, No. 1, Oct. 1915, ss. 92-116.

⁴⁰ Hukuki Denkler: Hak-Ödev, imtiyaz-hakkın olmaması, yetki (güç)- sorumluluk, muafiyet-yetkisizlik. Hukuki Zıtlar: Hak-hakkın olmaması, imtiyaz-ödev, yetki- yetkisizlik, muafiyet-sorumluluk. Hohfeld, s. 30. Şahin Ceylan, s. 12.

⁴¹ Hohfeld, s. 30.

⁴² Hohfeld, s. 32.

⁴³ Albert Kocourek, ‘*The Hohfeld System of Fundamental Legal Concepts*’, 15 *Illinois Law Review*, Vol. 24, (1920-1921), s. 36.

⁴⁴ Arthur Corbin, ‘*Legal Analysis and Terminology*’, *The Yale Law Journal*, Vol. 29, No. 2 (Dec., 1919), ss. 163-173.

Hohfeld’le birlikte, dar anlamıyla haklar benzer kavramlardan ayırt edilmekte ve taleplerle karşılanmaktadır. Ayrıca, herhangi bir haktan bahsedildiği durumlarda ilişkinin karşı tarafı açısından da bir ödevin var olduğu, hak ile hakkın olmamasının ise aynı hukuki ilişkide, aynı anda bulunamayacağı kabul görmektedir.

Hohfeld’in biçimsel analizi bir yana, bir başka tasnif de Cranston tarafından, hakların içeriğine ve kime, hangi avantajları sağladığına göre yapılmaktadır: *Genel pozitif hukuki haklar*: Belirli bir hukuk düzeninde yaşayan herkesçe sahip olunan ve mahkemelerce güvence altına alınan haklardır. *Geleneksel hukuki haklar*: Belirli bir toplum üyelerinin alışık olduğu ancak yeni bir rejimle ilga edilmiş veya zayıflatılmış haklardır. *Sözde hukuki haklar*: Anti demokratik devletlerin anayasalarında bile yer alan ama kullanılmamaları yönünde baskı yapılan ifade, seyahat veya toplantı özgürlüğü gibi haklardır. Sadece kağıt üstünde var oldukları için gerçek pozitif hukuki haklar sayılmazlar. *Belirli insan gruplarının pozitif hukuki hakları*: Yukarıdaki üç hak türünden farklı olarak, herkesin değil yalnızca belirli sıfatları taşıyanların haklarıdır. Milletvekillerinin, polis memurlarının, doktorların hakları örnek verilebilir. Çoklukla pozitif hukukça tanımlanan bu haklar, bazı ödevlerden muaf tutulmakla ilgilidir. İmtiyaz yerine hak olarak sınıflandırılmalarının sebebi de ödevlerle bağlantılı olmalarıdır. *Belirli bir kişinin pozitif hukuki hakları*: Cumhurbaşkanı’nın sahip oldukları gibi sınırlı örneği bulunan haklardır.⁴⁵

III. AHLAKİ HAKLAR

Hukuki haklar bahsinde çığır açan Hohfeld, yukarıda söz edilen dört hak türünü ve denklik ya da zıtlık ilişkisinde oldukları diğer kavramları ahlaki haklara uyarlamamış, aynı şemayla açıklanabileceklerinden bahsetmemiştir. Bundan, yalnızca hukuki hakların varlığını onadığı ve ahlaki olanları reddettiği sonucu doğrudan çıkmaz.⁴⁶ Ahlaki hakları değil hukuki olanları incelemeyi seçtiğini söyleyebiliriz.

Hohfeld temel kavramları birbirinden ayırdığı, dar anlamıyla hakları taleplerle açıkladığı halde, bir arada bulundukları ve örtüştikleri haller mevcuttur; bu da bazı düşünürlerin onun analizini genişletmesine sebep olmuştur. Örneğin, bir evin sahibi olmakla ilgili hukuki talep, üzerinde tasarrufta bulunma yetki-siyle, başkalarını rahatsız etmeyecek surette istediğini yapma özgürlüğüyle veya mülkiyet hakkına yönelen müdahalelerden muaf olmakla da açıklanabilir. Böyle yaklaşınca, Hohfeld’in temel kavramlarını, ahlaki haklara ve dahi insan haklarına taşımak mümkün görünmektedir.⁴⁷ Mercier, insan haklarının ancak ödevlerle birlikte düşünülmesi gerektiğini, özgürlükten veya onurdan farklı olduğunu söyler.

⁴⁵ Cranston, s. 9-10.

⁴⁶ Tebbit, s. 111.

⁴⁷ Vincent, s. 18.

Ahlaki haklar ve bilhassa insan hakları bahsinde, özgürlükle aralarına böyle bir hat çizilmesi önemlidir. Zira, çoğul anlamıyla özgürlük sık sık haklarla karıştırılmak ve sanki aynı şeylermiş gibi kullanılmaktadır.⁴⁸

Hohfeld şemasının ahlaki haklara da uyarlanıp uyarlanamayacağı sorusu, çok daha büyük bir tartışmanın kıyısında yer alır. Ahlaki haklar var mıdır?

Pek çok düşünür hukuki haklara ilaveten ahlaki hakların da bulunduğu kanaatindeyken, kimileri bu kategoriye kuşkuyla yaklaşır. Ahlaki haklara ilişkin kuşkucu görüşler dört gruba ayrılabilir: (i) Sadece ahlaki hakların varlığını reddetmekle kalmayan ve mevcut olsalardı olumlu bir değer katmayacaklarını (ii) Ahlaki hakların varlığını reddeden ve bunu iyi bir şey olarak yorumlayan, mevcut olsalardı açıkça değersiz olacaklarını (iii) Ahlaki hakların var olduğunu ama iddia edildiği gibi olumlu bir değer taşımadığını (iv) Ahlaki hakların var olduğunu ama zararlı sonuçlarının bulunduğunu ve olumsuz değer taşıdıklarını düşünenler. Ahlaki hakların gerçekte değersiz olduğunu düşünenler ile iddia edildiği gibi pozitif bir değer taşımadığını düşünenleri, daha geniş başlıkta iki kola ayırabiliriz.⁴⁹ Eğer hakların sadece hukuki olanlardan ibaret olduğu, hukukça tanınırsa var, tanınmazsa yok olduğu kanaatindeyseniz, ahlaki haklar, ahlaki hak olarak insan hakları veya doğal haklar üzerine kafa yormak da anlamsız hale gelir. Tartışma hukukun sınırları içinde yürür. Bu yaklaşımın en bildik ismi Jeremy Bentham, hukuktan kaynaklanmayan bir hakkın tamamen kurgu ürünü olduğunu ateşle savunur.⁵⁰ Haklar hukuki olanlarla sınırlanınca, bütün çağrışımları ve görünümeleriyle birlikte ahlaki hak kavramı da yadsınmış olmaktadır. Açıktır ki böylesi bir kabul, hukuki hakları, “doğal” sıfatı alan ve

⁴⁸ André Mercier, ‘İnsan Haklarının Temelleri’, İonna Kuçuradi (Yayına Hazırlayan), İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, 4. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2016, ss. 25-37, s. 26-27. Benzer şekilde Shue da Hohfeld şemasını ahlaki haklar alanına uygular. Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, 2. Baskı, Princeton University Press, Princeton, 1996, s. 19. Ayrıca bkz. Henry Shue, ‘Temel Hakların Evrenselliği’, İonna Kuçuradi (Yayına Hazırlayan), İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, 4. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2016, ss. 39-65. Bir başka örnek, Michael Lockwood, ‘Rights’, *Journal of Medical Ethics*, 1981, 7, ss. 150-152.

⁴⁹ Joel Feinberg, ‘The Social Importance of Moral Rights’, *Philosophical Perspectives*, Vol. 6, *Ethics* (1992), ss. 175-198, s. 175-176.

⁵⁰ Bentham, doğal hakları eleştirirken hukuktan kaynaklanmayan herhangi bir hakkın olamayacağını söyler ve bunu alaylı, öfkeli şekilde dile getirir. “*Hak*, maddi anlamıyla *hak*, hukukun çocuğudur: *gerçek* yasalardan *gerçek* haklar, *hayali* yasalardan yani şairler, hatipler, ahlaki ve entelektüel zehir tacirlerince düşünip icat edilen doğa yasalarından ise *hayali* haklar, canavarların gayri meşru çocuğu, ‘korkunç gorgon ve kimeralar’ doğar. Böylece *hukuki haklardan* hukukun evladı ve barışın arkadaşları, *hukuka aykırı haklardan* hukukun fani düşmanları, hükümet yıkıcılar ve güvenlik katilleri doğar.” Jeremy Bentham, ‘*Anarchical Fallacies: being an examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution*’, Jeremy Waldron (Edt), ‘Nonsense Upon Stilts’, London, Methuen, 1987 (First published in 1987), ss. 46- 69, s. 69.

devlet öncesinde de bulunduğu varsayılan hakların kodifikasyonundan ibaret görenlerce şiddetle reddedilmektedir.⁵¹

Hukuki ve ahlaki haklar ilişkisindeki meselelerden biri de bu hakları aynı üst başlıkta birleştirme, jenerik bir hak tanımına ulaşma imkanımızın bulunup bulunmadığıdır. Bu soruya verilebilecek yanıtları iki genel kategoriye ayırabiliriz. Jenerik bir hak tanımının mümkün olduğunu düşünenlerden bir kısmı, ahlaki haklardan hareket eder. Bunların analitik ve tarihsel bakımdan hukuki haklardan önce geldiği, aralarındakinin bir benzerlik ilişkisi olduğu ve aynı başlıkta incelenebileceği düşünülmektedir. İrade ve menfaat kuramı gibi hakların doğasına, hak sahipliği sorununa yönelen ilginin ardında, her iki hak türünün de aynı kavramla açıklanabileceği fikri yatar.⁵² Jenerik bir kavrama ulaşmanın diğer yolu, aralarındaki farkları unutmaksızın, başlangıç noktasına hukuki hakları koymak ve diğerlerinin özelliklerini bunlardan türetmektir.⁵³

İkinci yanıt ise, hakları tek başlıkta birleştirmek yerine ayırmaktır. Pozitivist bir tutum seçenler, hukuki bir hak ile ahlaki hakkın aynı niteliği taşımadığını, “hak” kavramının, iki farklı rolü karşılamak için kullanıldığını belirtmektedir. Böylece hukuki haklar, ahlaki bir zorunluluk içermeyen hukuki ilişkilerle tanımlanmış olmaktadır. Daha ılımlı bir görüşe göreyse, ahlaki hakların hukuki kavramlarla ifade edilemeyen, onu aşan bir kapsamı vardır.⁵⁴ Bu tutumu doğrular biçimde Feinberg, ahlaki hakların, kurumsal bir temele, anayasa ve yasa yapım sürecine, bildirgelere bağlı olmadığını, hukuki haklardan farklı ve geniş bir alana gönderme yaptığını belirtir.⁵⁵

Kanaatimce, kişiye sağladığı olanaklar benzer olsa bile hukuki ve ahlaki hakların maddi içeriği farklıdır; iki ayrı sahayı işaret eder. Hukuki haklar, hukuk tanıdıkça vardır ve bunlara sahip olmanın getirisini yani nelerin yapılmasına imkan verdiklerini, diğer kişileri nasıl sınırladıklarını belirlemek kafidir. Asıl problem, ahlaki haklarla ilgilidir. Ahlaki haklar var mıdır? Kişiye tanıdığı imkanlar, hukuki olanlara benzer mi? Hukuken tanınmamış ve hatta yasaklanmış bile olsa, ahlaki haklardan bahsedilebilecek midir? Gündelik yaşantıda dahi varsayımda bulun-

⁵¹ Tebbit, s. 110. Bazıları bu şemanın, hakların mevcut politikadaki kullanımına doğrudan ampirik referansta bulunduğunu düşünebilir. Bazıları ise Hohfeld’in çalışmasını genişletip uyarlama gereksinimi duymamakta, hakları kavramak bakımından mükemmel bir mantıksal yapı oluşturduğunu düşünmektedir. Bu görüşe göre, “Hohfeld’in çalışmasını anlamanın yolu, ampirik veya maddi değil, analitik bakımdan saflaştırıcı ve tanımlayıcı olduğunu kabul etmektir...Şeması, ahlaki eleştirilere veya ampirik çürütmelere müsait değildir”. Vincent, s. 19.

⁵² Eleftheriadis, *Legal Rights*, s. 6.

⁵³ Ann R. Cacoullous, *Thomas Hill Green: Philosopher of Rights* Twayne Publishers, New York, 1974, s. 90.

⁵⁴ Eleftheriadis, *Legal Rights*, s. 6.

⁵⁵ Feinberg, ‘*In Defence of Moral Rights*’, s. 149-150.

madan cümle kuramadığımız düşünüldüğünde,⁵⁶ ilk soruya olumlu yanıt vererek ilerleyeceğim. Hukuki haklarla benzerliklerine dair ikinci soru, bu çalışmanın amaçları dahilinde olmayıp hakların işlevleriyle bağlantılıdır. İlk soruya verilen yanıt olumluysa, metin içerisinde sınanmak üzere bir varsayım daha üretmek gerekir: Hukuki ve ahlaki haklar, hiyerarşik bir ilişkiyle irtibatlanmamış iki farklı kategoridir. Böylece, üçüncü sorunun da yanıtının müspet olduğu varsayılacaktır. Peki ahlaki haklardan ne anlamalıyız?

Shue, ahlaki bir hakkı “(1) bir özden yararlanmanın (2) genel tehditlere karşı toplumca güvence altına alınması (3) haklı isteminin ussal temeli”⁵⁷ olarak açıklar. Kişinin bir hakkı varsa, o hakkın özünden yararlanabileceği şekilde, diğerlerinden bir şeyler isteyebilmesi ve tehditlere karşı güvence beklemesi için haklı gerekçeleri de vardır. Bir başka deyişle, haklı talebinin ussal temelini kuran, o yöndeki ahlaki hakkıdır. Shue’nun hakkın özüyle kast ettiği, bir şeyden yararlanma hakkının kendisidir; mesela özgürlük hakkının bulunması, özgürlüğe sahip olmak anlamına gelir. Shue, toplumca güvence altına alınmayı, bir hakkın belki de en önemli yönü olarak niteler. Zira, kişinin hakları karşısında diğerlerinin ödev yüklenmesini gerektirir. Çoğunlukla bir hakkın özüne sahip olmak, tek kişinin gücünün yettiğinden fazlasına muhtaçtır. Fiziksel güvenlik hakkı örneğinde, kendimize özgü tedbirler alsak bile, hukuk aracılığıyla veya değil, toplumun etkili düzenlemeler yapmasını bekleyeceğimiz surette haklı istemimiz vardır. Söz konusu düzenlemeler, ancak o hakka sahip olan herkesin yararlanmasını sağlayacak şekilde yapılırsa, güvenceye alınmaktan bahsedilebilir.⁵⁸ Kişinin haklı istemi başkaları açısından ödev doğurur; böylece, Hohfeld şemasındaki talepleri ve dengi olan ödevleri, ahlaki haklar bahsinde de görmüş oluruz.

Shue ahlaki haklara “haklı istemin ussal temeli” derken, Feinberg ahlaken geçerli taleplerden bahseder. Feinberg’e göre, bir hakka sahip olmak, bir şey yönünde ve birine karşı bir talebi bulunmak anlamına gelir. Bu talep, hukuki haklar bahsinde hukuk kuralları, ahlaki haklar söz konusuysa ahlak ilkeleri veya aydınlanmış bir bilincin ilkeleri tarafından tanınır. Dolayısıyla, ister ahlaki ister hukuki olsun, tüm haklar geçerli taleplere denk düşer. Hukuki haklar hukuken geçerli taleplerken, ahlaki haklar, ahlak ilkeleri veya aydınlanmış bir bilincin ilkeleri gereğince geçerli taleplerdir.⁵⁹

Tanınmamış, bir değer yüklenmemiş, ampirik olarak sınanmamış ya da saygı görmemiş bile olsa, hukuki veya ahlaki ilkeler aracılığıyla geçerlilik kazanan

⁵⁶ Çetin Balanuye, *Spinoza’nın Sevinci Nerden Geliyor?- Reddedilemeyecek Bir Felsefi Teklif*, 4. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, s. 16.

⁵⁷ Shue, ‘*Temel Hakların Evrenselliği*’, s. 40.

⁵⁸ Shue, ‘*Temel Hakların Evrenselliği*’, 40-45.

⁵⁹ Joel Feinberg, ‘*The Nature and Value of Rights*’, *The Journal of Value Inquiry*, 4, 1970, ss. 243-260, 255.

herhangi bir talep, Feinberg literatüründe haklara karşılık gelir. Yasamadan, açık ya da örtülü biçimde anayasa koyucu tarafından ilan edilmeden önce de var olan, yasakoyucunun, toplumsal konvansiyonların veya pratiklerin ürünü olmayan, insan iradesiyle değiştirilip kaldırılamayan haklar, ahlaki haklardır.⁶⁰ Ahlaken geçerli bir talebin tanınmasının doğurduğu sonuç, bir hak olduğunun onanmasıdır; yoksa bu sayede hakka dönüşmez. Yani zaten bir hak mevcuttur ve hak inşa edici süreç, tanınma değildir.⁶¹

Ahlaki hakları, herhangi bir hukuki veya kurumsal düzenlemeden önce ya da bağımsız şekilde var olan hakları kapsayan genel başlık olarak nitelersek, hukuki veya kurumsal olmayan, olması gerekmeyen tüm hakları, cins ve tür ilişkisiyle bu kategori içine yerleştirebiliriz. Feinberg ahlaki hakların dört türünden söz eder: *Konvansiyonel bir hak*: Hukuken tanınıp tanınmadığı bir tarafa, yerleşik gelenek ve beklentilerden türeyen haklardır. Trene binen yaşlı kadının, bir delikanlının oturduğu koltuk üzerindeki hakkı örnek verilebilir. *İdeal Hak*: Gerçek bir hak olması zorunlu değildir. Neyin pozitif, yani kurumsal veya konvansiyonel bir hakka dönüşmesi gerektiğine işaret eder. *Vicdani Hak*: Geçerli biçimde tanınması, gerçek veya ideal kurallara ve konvansiyonlara değil, aydınlanmış bireysel vicdanın ilkelerine bağlı olan taleplerdir. *Bir Kullanım Hakkı*: Böyle isimlendirilmesine rağmen aslında dar anlamıyla bir hak değil, başka türde bir hak kullanılırken yapılan ahlaki gerekçelendirmedir. “Mülkiyet hakkından yararlanmaya hakkı var.” cümlesindeki ikinci hak, örnek verilebilir. İşte Feinberg’e göre, ahlaki bir haktan bahsedildiğinde, cins olarak ahlaki haklar ya da yukarıda sayılan türlerden biri kastediliyor olabilir.⁶²

Ahlaki haklardan bir kısmına insan hakları denilmekte; bazen ideal, bazen vicdani haklar olduğu ve kimi zaman da iki kategoriye birden girdiği düşünülmektedir. Verili bir insan hakkı ideal bir haksa, sahipleri, ahlaki haklarının hukuki hakka dönüştürülmesini talep edecektir. Şayet vicdani haksa, belirli bir muamele görme talebi olarak diğer kişilere karşı öne sürülecektir. Bu talep, pozitif hukukun ne gerektirdiğinden bağımsızdır ve şimdiki zamana ilişkindir.⁶³

Ahlaki hakların tasnifinde Cranston’un seçtiği yol ise içerikleri veya sağladıkları olanaklar yerine hak sahipliğini esas almaktır: *Sadece bir kişinin ahlaki hakları*: Belirli bir işi yapmaktan, rolü üstlenmekten, ödemedede bulunmaktan veya göreve getirilmekten kaynaklanan kişiye özgü haklardır. Bazıları, aynı zamanda hukuki haklardır. Fakat, ahlaki hak sayılmalarının nedeni hukukça tanınmaları değil, bir şekilde kazanılmış olmalarıdır. Cranston’un örneği, “Evimde neler ol-

⁶⁰ Feinberg, ‘In Defence of Moral Rights’, s. 149-150.

⁶¹ Rex Martin, ‘Human Rights and Social Recognition Thesis’, Journal of Social Philosophy, Vol. 44, No. 1, Spring 2013, ss. 1-21, s. 3.

⁶² Feinberg, *Social Philosophy*, s. 84-85.

⁶³ Feinberg, *Social Philosophy*, s. 85.

duğunu bilmeye hakkım var.” cümlesinde geçen haliyle haklardır. Diğerlerinin bu haklardan yoksun oluşu, hak sahibinin elini güçlendirmekte, farkındalığını arttırmaktadır. *Belirli bir grup insanın ahlaki hakları*: Bir rolün üstlenilmesiyle varlık kazanan haklardır. Cranston ebeveynlerin haklarından örnek verir. Mesela İngiliz mahkemeleri, ebeveynlerin, reşit olmayan kızlarına refah devletinin tıbbi kurumlarınca sağlanan doğum kontrol araçları hakkında bilgi edinme hakkının olmadığına hükmetmiştir. Hukuki haklarının yokluğuna rağmen pek çok ebeveyn, ahlaki haklarının bulunduğu öne sürmüştür. Bunlar, ahlaki ilkelerle veya doğal hukukla ilişkilendirilebilecek haklardır. *Tüm insanların tüm durumlarda sahip olduğu ahlaki haklar*: İnsan haklarına denk gelen bu hakların sahibi olmak için herhangi bir konumu veya rolü işgal etme, ödevlerden muaf olma şartı yoktur.⁶⁴

Daha dar bir çerçevede, evrensel ahlaki haklar ile özel ahlaki haklar ayrımı yapılabilir; bu durumda, “sadece bir kişiye” veya “belirli bir insan grubuna” ait olanlar, özel ahlaki haklar adıyla birleşecektir. Evrensel haklar, tüm insanlara aitken, diğerleri belirli sayıda insanla sınırlıdır. Özel hakların kaynağı, A’nın B’ye söz vermesi gibi önceki eylemler veya çocukların ebeveynlerinden bakım alması gibi özel toplumsal ilişkiler olabilir.⁶⁵

“Amerika’da ücretsiz tıbbi bakım hakkı yok.” ve “Amerika’da ücretsiz tıbbi bakım hakkı var.” cümlelerinin aynı anda, birbirleriyle çelişmeksizin kurulabilmesinin nedeni, hukuki ve ahlaki haklar arasındaki ayrımdır. İlk ifade, mevcut Amerikan sisteminde ücretsiz tıbbi bakıma yönelik hukuki bir hakkın, bundan kaynaklı ödev ve yükümlülüklerin yokluğunu, diğeri ise aynı kapsamda ahlaki bir hakkın, dolayısıyla ödev ve yükümlülüklerin varlığını ifade eder. Ahlaki ve hukuki hakların mevcudiyeti, birbirlerinden bağımsızdır. Hukuki bir hakkın tanınmış olması, ahlaki bir hakkın da bulunduğu anlamına gelmez. Benzer şekilde ahlaki bir hakkın varlığı, hukuki olanları garantiye almaz. Örneğin kürtajı destekleyen hukuki bir hak, fetüsün yaşama yönündeki ahlaki hakkıyla çelişebilir. Benzer şekilde, kadının öz bedeni üzerinde karar vermesine ilişkin ahlaki hakkına rağmen, kürtajın yasaklanması ve hukuki bir hak tanınmaması mümkündür.⁶⁶ Hukuki ve ahlaki hakların birbirlerinden bağımsız varlığını kabul etmek, her hukuki hakkın ahlaki, her ahlaki hakkın ise hukuki bir karşılığının olmadığı, aralarında hiyerarşik veya zorunlu bir bağın bulunmadığı anlamına gelir.

İster evrensel ister özel, ister ideal ister vicdani olsun, hakların hukuki olanlardan ibaret sayılamayacağı, ahlaki hakların da var olduğu iddiasının temelinde,

⁶⁴ Cranston, s. 11.

⁶⁵ Evrensel hakların, diğerlerine ödev yüklediği kolaylıkla kabul edilirken, herkesin eylemde bulunmasını gerektiren evrensel bir hak olup olamayacağı tartışmalıdır. Örneğin yaşama hakkını evrensel bir hak olarak alırsak, diğerlerinin öldürmeme ödevinden bahsedebiliriz. Peki bu hak, pozitif eylemde bulunarak kişiyi canlı tutma gibi bir ödev de doğurur mu? Gillon, s. 1891.

⁶⁶ Lockwood, s. 151.

yaygın bir ahlaki sezgi yatar. Ahlaki haklar sayesinde ki kişiler, kendilerinden daha güçlü diğerlerine, bilhassa yasa yapma ve uygulama yetkisi bulunanlara karşı koyma kudretini bulabilir. Öldürmeye, köleleştirmeye veya mallara el koymaya imkan tanıyan despotik bir rejimin muhatapları, o ahlaki sezgiye dayanarak öldürülmeme, köleleştirilmeme veya mallarının gasp edilmemesi yönünde bir hakka, hukukun karşısına dikilen ahlaki haklara yaslanabilirler. Bu tip ahlaki sezgilerin geçerliliğinin kabulü, ahlaki hakların varlığına delalet eder.⁶⁷ Örneğin, devlet ve hukuk öncesinde, varsayımsal doğa durumunda bile ebeveynin çocuklarına bakma, koruma yükümlülüğünün ve karşılığında çocuğun bir talep hakkının bulunduğu bahsediyorsak, artık ahlaki haklar alanına girmişiz demektir. Hukuktan veya örf adetten bağımsız ahlaki ödev ve yükümlülüklerin bulunduğu, ilişkinin karşı tarafındakine menfaat sağladığı, onun lehine işlediği düşünülmektedir.⁶⁸

IV. İNSAN HAKLARI

Hukuki ve ahlaki haklardan bahsedince, karşımıza insan haklarının çıkması kaçınılmazdır. Zira, bu ayrımın dışlamadığı, her ikisiyle de ilişkilendirilebilen tek kategori insan haklarıdır. Ahlaki hak olarak insan haklarının ardındaki en büyük iddia, insan olmak dışında ek bir koşul gerektirmemesidir. Bunlara hukukilik veya yarı hukukilik statüsünü kazandıran, uluslararası belge ve sözleşmelerde yer almaları, iç hukuklara sirayet etmeleridir. Söz konusu statüleri nedeniyle, hukuksal pozitivistler dahi insan haklarının varlığını onayabilmekte, uluslararası toplumca inşa edildiklerini düşünmektedir.⁶⁹

Bunlar, tüm toplumlarda ulaşılabilen, en azından ulaşılması arzulanan ideal haklar olarak kabul görür. Uluslararası kurumlarca hazırlanmaları ve uluslar üstü nitelikleri, devletlerin iç hukuklarına dahil edilerek bağlayıcı sayılmalarının önünü açar. Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi bir denetim ve yaptırım öngörmemesine rağmen, iç hukuka sirayetleri halinde salt ahlaki olmaktan çıkıp hukuki değer ve uygulama kazanırlar.⁷⁰ Ahlaki haklar olarak insan hakları ile pozitif insan haklarını yani insan hakları hukukundan kaynaklanan hakları ayırmak, insan haklarının hukuk ile ahlak arasındaki konumunu anlamayı kolaylaştırır. Aralarındaki yakın ilişkiye rağmen, iki farklı kavram, iki farklı tarihçe ve iki farklı kuram mevcuttur. John Tasioulas'ın "insan haklarını insan hakları hukukundan kurtarmak"⁷¹ deyişi, dikkat çekici olmasının yanı sıra bu metinde de duyulan bir ihtiyaca işaret eder.

⁶⁷ Gillon, s. 1890.

⁶⁸ Lockwood, s. 151-152.

⁶⁹ Martin, s. 1-2.

⁷⁰ Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol, Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, 13. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017, s. 251-252.

⁷¹ John Tasioulas, 'Saving Human Rights From Human Rights Law', *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 52, 2019, ss. 1167-1173.

İnsan haklarının hukuki korunmaya alınması, II. Dünya Savaşı sonrasındaki uluslararası belgeler aracılığıyla. Üç temel belgeye, Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi, Medeni ve Politik Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'ne, işkence ve diğer zalimane, gayri insani, küçültücü muamele veya cezaya, kadınlara, her türlü ırk ayrımcılığına karşı metinler ile mültecilerin, çocukların ve zihinsel engellilerin haklarını düzenleyen diğerleri eklenmiştir. Bazı insan haklarının *ius cogens*'e dahil edilmesi, bölgesel ve ulusal düzenlemeler yapılması da insan hakları hukukuna katkı niteliğindedir.⁷² Irk, kürtaj, işkence, terör, dil, din, uluslararası ticaret, kadınların ve çocukların statüsü, açlık, politik özgürlükler, toplumsal cinsiyet gibi pek çok mesele, insan hakları başlığıyla hukukun gündemindedir. İnsan hakları hukukunu inşa eden belgelerden alınan güç, söyleme de yansır. Bir yandan uluslararası belgeler ve mahkemeler aracılığıyla pozitif insan hakları, diğer yandan eylemcileri, sivil toplum örgütleri ve coşkun literatürüyle ahlaki hak olarak insan hakları gelişmektedir.⁷³ “İnsan hakları endüstrisi”nin⁷⁴ her iki ayağı da devletin sınırlandırılması, görev alanının belirlenmesi tartışmalarında hatırı sayılır rol oynar. Böylece, bu haklar, farklı görüşlere mensup kişilerin sıklıkla yararlandığı güçlü politik araçlara dönüşür.

İnsan haklarına yönelen rağbetin ardında, hakların en etkileyici özelliği, herhangi bir meselenin farklı ve bazen çelişen boyutlarına aynı anda uyarlanabilmesi yatar. Sınırlı konuda anlaşabilen menfaat grupları dahi politik tartışmaların vazgeçilmez silahı olduğunda uzlaşmakta; pek çok iddia haklar söylemiyle güçlendirilmektedir.⁷⁵ Dworkin'in “koz olarak haklar”dan bahsedışı boşa değildir: Haklar, doğru bir şekilde talep edilmeleri halinde, politik kararlara zemin sağlayan uygunluk, etkililik ve toplumsal fayda gibi her tür gerekçe karşısında koz olarak üstündür. Hak sahibi olmak, devlet görevlilerinin toplumun iyiliği adına bile müdahale edememesi anlamına gelir. Örneğin kişinin pornografik yayın yapma hakkı varsa, pornografinin yasaklanmasının toplumun bütünü için daha iyi bir politik karar olduğuna inanılsa ve bu haklı bir inanç olsa bile, memurlar, hiçbir gerekçeyle o hakkı ihlal edemezler. Zira haklar, toplumun bütününe ilgilendiren her amacın karşısındaki kozdur.⁷⁶

⁷² Twining, s. 178.

⁷³ Paul Marshall, ‘Two Types of Rights’, Canadian Journal of Political Science, (Revue Canadienne de Science Politique), Vol. 25, No. 4, Dec. 1992, ss. 661-676, s. 661.

⁷⁴ Dallas Miller, ‘The Motivation to Protect and Advance Human Rights: A Faith-Based Approach’, Angus J. L. Menuge, Legitimizing Human Rights: Secular and Religious Perspectives, 2. Baskı, Routledge, Oxon, 2016, ss. 179-198, s. 188.

⁷⁵ L. W. Sumner, *The Moral Foundations of Rights*, Oxford University Press, New York, 2004, s. 8.

⁷⁶ Ronald Dworkin, ‘Rights as Trumps’, Jeremy Waldron, *Theories of Rights*, Oxford University Press, New York, 1984, ss. 153-167, s. 153.

Böyle bakınca pek çok derdin devasıymış gibi görünen haklardan ve özelde insan haklarından herkes aynı şeyi anlıyor olsaydı, vaat ettiği tilsımı taşıdığını rahatlıkla söyler ve geriye çekilebilirdik. Oysa problem tam da burada başlar. İnsan haklarından ne anlaşılması gerektiği belirsizdir. Örneğin, otuz dünya liderinin Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği kanalıyla yaptığı bir açıklamaya göre, “istediği sayı ve aralıkla çocuk sahibi olmaya karar vermek” ebeveynlerin temel insan haklarından. Bu durumda Çin’in tek çocuk politikası bir insan hakkı ihlali midir? Haklarımızın ne kadar geniş kapsamlı olduğu, mesela devletin, vücut organlarımızı satmamızı engellemesinin bir hak ihlali sayılıp sayılmayacağı tartışılabilir. Önerilen bu hak, genel kabul gören bir insan hakkından, yani kişinin güvenlik hakkından farklı değildir. Yine de kişinin güvende olması, vücuduna ilişkin her şeye onun karar vereceği anlamına gelmez.⁷⁷

Bu anlamda, insan haklarının doğru veya yanlış kullanımına ilişkin bir değerlendirme ölçütü, düşünürlerin veya politikacıların benimsediği bir mutabakat yoktur. Belirsizlik sorunu, örnekler üzerinde genel bir uzlaşmanın bulunduğu onyedinci ve onsekizinci yüzyıl doğal haklarında daha az öne çıkmaktadır. O dönemde özellikle dikkat isteyen sorun, otokratik yasa koyucular olduğu için, geniş çerçevede medeni ve politik haklara dair çözüm aranmaktadır. Ancak yirminci yüzyılla ve insan haklarıyla beraber, uzlaşma tarihe karışmıştır. Kavramın genişletilip yayılarak kullanımı, hak enflasyonuna ve tartışmalara neden olmaktadır.⁷⁸

Konuyu hararetlendiren ve bir o kadar karışık hale getiren etkenlerden ilki, aynı kavramı kullanarak atıfta bulunduğumuz potansiyel hak sahiplerinin, ikincisi olgu ve pozisyonların çeşitliliğidir. Hak sahipliği başlığı altında insanların, hayvanların, fetüsün, gelecek nesillerin ve dahi doğanın haklarından bahsedilirken, kişilere farklı alanlarda tanıdığı olanaklara mülkiyet, çalışma, yaşama, işkence görmeme, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama örnek verilebilir. Bu hak kategorilerinden bir kısmı sadece iddia düzeyinde kalmakta, diğerleriye hukuk alanında kendilerine yer edinebilmektedir. Her koşulda, nasıl sınıflandırıldıklarından ya da adlandırıldıklarından bağımsız olarak, haklar ve hak söyleminde gerçek bir patlamadan bahsetmek mümkündür. Hakların gün be gün artıyor oluşu, üç farklı yönelimle doğrudan bağlantılıdır. İlki, ahlak felsefecilerinin önceden duyulmamış ahlaki haklar üretme çabasıdır. Bunların ya tamamen yeni olduklarını ya da zaten mevcut oldukları halde henüz keşfedilebildiklerini iddia etmektedirler. İkincisi, yeni hukuki hakların üretilmesi ve duyurulmasıdır. Diğerlerinin uzantısı olan üçüncüsü ise, hakların dilinin, politik söylemde hızla yayılması ve güçlenmesidir.⁷⁹

⁷⁷ James Griffin, ‘Human Rights, the Incomplete Idea’, James Griffin, on Human Rights, 2008, Oxford Scholarship Online, www.oxfordscholarship.com, 21 Kasım 2013, s. 14.

⁷⁸ Griffin, s. 14, 17.

⁷⁹ Carl Wellman, *The Proliferation of Rights - The Moral Progress or Empty Rhetoric?*, Colorado, Westview Press, (1999), s. 2-6. Irk, cinsel kimlik, çevre, yaş, engellilik gibi esaslara dayanan

Neredeyse her ahlaki talebin ardına “hak” ibaresinin eklenmesi, zamanında bilimin farklı disiplinlere dokunan sihirli değneği gibi, haklara da aynı yüceltilmiş pozisyonu bahşetmekte, pozitivizm çağı kapanmışken “haklar çağı” başlamaktadır. Böyle çok seçenek olunca, hukuk ve siyaset dünyamız bir yandan inkar edilemez şekilde zenginleşirken, diğer yandan bulanıklaşmakta ve zaten zor olan sınırlarını belirleme faaliyeti daha da içinden çıkılmaz hale gelmektedir. Bazı haklar sadece iddia düzeyinde kalmakta, diğerleri hukuk dahilinde yer edinebilmektedir. İkinci olasılığı şimdilik bir kenara bırakarak, ahlaki hak olarak insan haklarına dönelim. Nitekim daha büyük karmaşa ve münakaşa, onların niteliğini, kavramsal ve pratik sınırlarını kavrama çabasından çıkmaktadır.

Paul Marshall, pozitif insan haklarını gerekçelendirmek için ahlaki, doğuştan gelen veya politika öncesi haklara atıf yapmayı zorunlu saymaz. Doğuştan gelen haklar fikrinin, pozitif insan haklarının içeriği, varlığı veya cazibesine katkısı cüz’idir.⁸⁰ Ona göre, doğuştan gelenler, sıklıkla doğal haklar, içkin haklar, öznel haklar, ahlaki haklar, politika öncesi haklar olarak adlandırılmakta veya bu kapsama dahil edilmektedir. Bu haklar, bir şekilde insanlara içkin olan, diğerlerinden ve dahi devletlerden korunmaları ya da bu yönde gerekli önlemleri almaları için yetki veren haklardır. Oysa pozitif insan hakları, pozitif hukukta yer alan güvenceler olup, hukuki bir talebi öne sürme imkanı tanır. Bazen bu iki hak türüne aynıymış gibi yaklaşılsa da yaygın görüş, zaruri ve yakın bir bağla ilişkilenen farklı kavramlar olduklarıdır.⁸¹

Benzer şekilde Twining, insan hakları hukukuyla ilgili kuramlaştırmada kaçınılması gereken iki hatadan bahseder. İlki, uluslararası, bölgesel veya yerel insan hakları rejimlerinin, insan doğası veya etik normlar gibi tutarlı bir felsefe veya ideolojiye dayanmasının zorunlu sayılmasıdır. Böyle bir evrenselcilik, uluslararası veya bölgesel insan hakları rejiminin geçmişiyse, mevcut durumuyla veya gidişatıyla uyumlu değildir; nitekim insan hakları tarihi, aynı seyirde ilerleyen evrimsel bir gelişmenin tarihi değildir, ki bu bakış açısı olası değişmelere de olanak tanımaz. İlkiyle bağlantılı diğer hatalı varsayım ise, ahlaki hak olarak insan haklarının, insan hakları hukukundan eski olduğudur. Bu kabul, ahlaki hak olarak insan haklarının ve ahlaki fikirlerin, insan hakları hukukunu diğer her şeyden fazla yönlendirdiği anlamına gelir, ki kısmen doğrudur. Ahlak kuramının insan

yeni hakları gündeme getiren hukuki ve politik reformlar, övgülere ilaveten yergilerle de karşılanmıştır. Haklar bazen geleneksel kültürel formlardan bazen de yeniliklerden yana olanları hayal kırıklığına uğratmaktadır. Hakların meşru temelden yoksun olduğu, zıtlasma ve toplumsal çatışmayı tetiklediği, hukuka saygıyı azalttığı, anlaşılmasız ve belirsiz olduğu, toplumla ve sorumluluklarla örtüşmediği öne sürülen gerekçelerden bazılarıdır. Martha Minow, “Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover”, 96 Yale Law Journal, 1986-1987, ss. 1860-1915, s. 1860.

⁸⁰ Marshall, s. 661.

⁸¹ Marshall, s. 665.

hakları hukukunu öncelediği, insan hakları söyleminde kendine esaslı yer bulan bir iddia olmakla birlikte, insan hakları hukukunu, çoğulculuğa ve çeşitliliğe yer verecek şekilde yorumlamanın yolları da vardır. Örneğin üzerinde uzlaşmış bir *consensus*a dayanan insan hakları söylemi, norm, süreç ve kurumsal düzenlemeler bakımından değişim ve çeşitliliğe imkan tanıyan bir temel sağlayabilir. Bu bakış açısıyla, yerel ve ulus üstü haklar rejiminin olası kapsamı, temel veya ahlaki haklara ilişkin maddi bir kuramın sağlayabileceğinden oldukça geniştir. Hatta haklar kavramının pozitif hukukta somutlaşması, içerik, kapsam ve tadil bakımından, zamansız ahlaki veya politik kuramlara göre daha esnek ve açık uçludur. Uluslararası insan hakları rejimi zamanla gelişmiş, politik eylem, müzakere, öğrenme, toplumsallaşma ve baskı biçimleriyle, tek ve tutarlı bir kuramın kapsayabileceği alanı aşmıştır. Nitekim, insan hakları hukuku ile ahlaki hak olarak insan haklarının eş kapsamlı olması zorunlu değildir. Nasıl ki tüm ahlaki haklar pozitif hukukta yer almıyorsa, insan hakları hukuku rejimi de asgari ahlakın dışında genişleyebilir. Tutarlı bir ahlaki insan hakları kuramı, o esnada uygulanabilir, talep edilebilir veya başka gerekçelerle hukukileştirilebilir nitelikte olmayabilir. Hukuki alana taşımamak için politik veya pragmatik gerekçeler bulunabileceği gibi, politik bir *consensus*da verili bir haklar rejiminin (örneğin refah hakları veya çalışanların hakları) kapsam, uygulama veya ayrıntılar bakımından genişlemesine gerekçe sağlayabilir. Hukuki sahanın değerlerinden biri, gerçek olgu ve hikayelerin algımızı değiştirebilmesi, bazen soyut kuramlarla tasarlanabileceklerin çok ötesindeki taleplerin tanınarak insan haklarına dönüşmesidir. Dolayısıyla, ahlaki haklara hukukilik kazandıran kriter ile ahlaki hakların belli bir inanç sisteminde belirlenme kriteri birbirlerinden farklıdır. İnsan hakları hukuku ile ahlaki haklar eş kapsamlı olmadığı gibi, kuramsallaştırılmaları da ayrıdır. Tüm insan haklarının hukuka dahil edilmesi zorunlu değildir ve hatta hukuki hakların, ahlak kuramının gerektirdiğinden daha geniş bir kapsamının bulunması dahi mümkündür.⁸²

İnsan hakları hukukunu bir yana ayırarak, doğal haklar, doğuştan haklar, bireysel haklar, temel haklar, temel insan hakları, subjektif haklar, subjektif kamu hakları, temel özgürlükler, kamu özgürlükleri gibi isimlerle anılan hak ve özgürlüklerin aynı yere gönderme yaptığını söyleyebiliriz: Ahlaki haklar. Tüm insanların, toplumsal, ekonomik, siyasi, ideolojik, kültürel veya cinsel konularına bakılmaksızın, sadece insan olmaktan kaynaklı ahlaki hakları vardır ve bunlar hukuk sisteminde güvence altına alınmalıdır. Peki neden insan olmak, hak sahipliğinin koşulsuz gerekçesidir? Burada devreye “insan haysiyeti” kavramı girer. İnsan haysiyet sahibi varlıktır ve haysiyet hakları zorunlu kılar. Kulağa hoş gelmekle birlikte haysiyet soyut ve belirsiz bir kavramdır; “insan ihtiyaçları” yardımı yetişir. Böylece insanın haysiyetli bir hayat sürebilmesi için gereken ihtiyaçların, insan haklarının tanınması ve korunması sayesinde mümkün olduğu

⁸² Twining, s. 180-182.

savunulabilecektir.⁸³ Ancak bu sefer de ihtiyaçların belirlenmesi ve tanımlanması, hangi ihtiyaçların zorunluluk arz ettiği sorunu doğacaktır. Bu karmaşadan kaçınmanın bir yolu, hakları, felsefi değil ancak hukuki ve siyasi bir mesele olarak değerlendirmekse de, bizi sınırlı alana kısıtır.⁸⁴ İnsan haklarını hukukla sınırlayan görüşlerin hareket ve dahi varış noktaları, ulusal ve uluslararası hukuktaki norm ve düzenlemelerdir. Hem insan haklarını betimleme hem de gerekçeleştirme faaliyeti, devletler tarafından kabul edilmiş belgelere atıfla yapılmaktadır.⁸⁵ Oysa ahlaki hak sayan yaygın görüş, hukuktan bağımsız şekilde var olduklarıdır; insan hakları bildirge ve sözleşmeleri yeni haklar yaratmaz.⁸⁶ Zaten var olan hakların, tanınıp duyurulduğu, hukuk aracılığıyla cisme büründüğü fikri hakimdir. Kabul bu olunca, hukuki metinlerinin ancak insan haklarının varlığına delalet ettiği, yoksa temeli sayılamayacağı inancı da ardından gelir. Böylece, II. Dünya Savaşı sonunda bir uzlaşım sağlanmasaydı bile insan haklarının var olacağı söylenebilmektedir. Bu yaklaşım, toplumdan, herhangi bir *consensus* ya da hukuki düzenlemeden önce ve bağımsızca var olan, salt insan olmaktan kaynaklı haklar kümesinin mevcudiyetini onamaktadır.⁸⁷

Kuçuradi de insan haklarının hukuk değil, hukukun türetileceği temel öncüller ve dolayısıyla kamu işlerinin yönetimini belirleyecek normlar olduğunu savunur. İnsan hakları, bazı özellikleri ve doğal olanakları bulunan insan türünün üyesi olduğumuz için, bu olanakları hayata geçirebilmemize imkan verecek şekilde özel bir muamele görmemiz gerektiği düşüncesidir. Hukukun insan hakları normlarına dayanması halinde, bu normların talep ettiği muamele güvence altına alınmış ve çok sayıda olanağı gerçekleştirmemizin önü açılmış olur. Hukuken düzenlenme, devletin insan hakları ihlallerini veya girişimlerini yasalar aracılığıyla önlemek, ihlal halinde dengeyi sağlamak üzere sahaya inmesine imkan verir. En azından böyle bir vaadi barındırır. Fakat, insan haklarının pozitif hukukta yer alması, saygı gösterileceğinin veya etkin uygulamanın garantisi değildir.⁸⁸ İnsan haklarını sadece hukukun konusu saymak, daraltıcı bir bakış açısidir ve pek

⁸³ İnsan ihtiyaçları ile haklar arasındaki yakın ilişki için bkz. Johan Galtung, *İnsan Hakları - Başka Bir Açıdan Bakış*, (Çev. Müge Sözen), 2. Baskı, Metis, İstanbul, 2013, 84-146.

⁸⁴ Cemal Bali Akal, *Varolma Direnci ve Özerklik - Bir Hak Kuramı için Spinoza'ya*, 2. Baskı, Ankara, Dost Kitabevi, 2010, s. 127-128.

⁸⁵ Kuçuradi, uluslararası insan hakları belgelerinin hukuk değil söz edimi olduğunu, böyle bir belgeyi imzalamakla devletin, diğer devletlere ve kendi yurttaşlarına evrensel insan hakları normlarına uygun düzenleme yapmak için söz verdiğini düşünür. İonna Kuçuradi, *'Etik İlkeler ve Hukukun Temel Öncülleri Olarak İnsan Hakları'*, İonna Kuçuradi, İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları, 4. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2018, ss. 55-68, s. 61.

⁸⁶ Peter Jones, *Rights-Issues in Political Theory*, Macmillan, London, 1994, s. 82.

⁸⁷ Marie-Bénédicte Dembour, *'What are Human Rights? Four Schools of Thought'*, *Human Rights Quarterly*, Vol. 32, No. 1 (Feb., 2010), ss. 1-20, s. 5-6.

⁸⁸ Kuçuradi, *'Etik İlkeler ve Hukukun Temel Öncülleri Olarak İnsan Hakları'*, s. 56-61.

çok felsefi problemin dışlanması anlamına gelir. Yine de ahlaki boyutunun hiçe sayılmadığı, belgelerde yer alan hakların etik ilkeler gözetilerek somut koşula uyarlandığı durumlarda, pozitif insan hakları, ahlaki talepleri görünür ve etkili kılmanın önemli araçlarıdır.⁸⁹

Hukuki ve siyasi rakiplerini gölgede bırakacak etki ve güçte olması, farklı menfaat türleri ve menfaat gruplarının kavramın koruyucu şemsiyesi altına doludurulmasına, soyut niteliği gereği zaten belirsiz olan ‘haklar’ın, bir nebze daha belirsiz hale gelmesine yol açar. Ancak bu belirsizlik, yakın anlamdaki kelimeleri seçerek veya temel özelliklerini listeleyerek bir “insan hakları” tanımı yapmamızı zorunlu kılmaz. Hak kavramının bile bu şekilde tanımlanabilir olduğu kuşkuludur. Bazı kavramların anlamının belirli olması, tanımlanabilir olmalarından ziyade doğru ve yerleşik kullanımlarından kaynaklanır. Oysa insan haklarının büyük ölçüde oturmamış bir kullanılagelişi ve farklı tarihçelerle desteklenen farklı dayanakları vardır.⁹⁰ Belirsizliğin bir kısmı da bundan kaynaklanır.

İnsan haklarını felsefi bir problem olarak ele alan kuramların bir kısmı bu hakların korunmasına yönelik mekanizmalar geliştirmeye ve var olanları yeniden yapılandırmaya, bir kısmı da yeni ve kapsamlı bir temel inşa etmeye çalışır. Kuramlar, hangi amacın öne çıktığına bağlı olarak farklılaşır; ki ekseriyetle ilk amacı güdenler, insan haklarının mevcudiyetini haklı kılacak gerekçeler bulmaya ve ahlaki bir temel kurmaya yönelir. İnsan haklarını ahlaki bir temele dayandırmak, tüm zamanlarda ve her yerde yaşayan insanları kapsayacak surette evrensel ve koşulsuz olduğunu, olumsuz siyasi, hukuki ve toplumsal koşullarla sınırlanamayacağını, bunlara tabi kılınamayacağını göstermek yönünde bir çabadır. İnsan haklarını ahlaki haklar olarak betimlemek, onu siyasetin ve toplumun üstüne çıkarır, pozitif araçlarla sınırlanmasını ve göreceli olduğunun iddia edilmesini güçleştirir, ahlaki görev ve iddialara atıf yapar. Böylece sadece iyi gerekçelendirilmiş ahlaki iddialar değil aynı zamanda insanlar arası ilişkilerde, yasaların, geleneklerin veya siyasetin ne gerektirdiğinden bağımsız, ödevler de gündeme gelir.⁹¹ Hatırlayalım, Hohfeld dar anlamıyla hakları talepler ve dengi olan ödevlerle açıklıyordu. İnsan hakları bahsinde, öncelikli ödev kaynağı evrensel ahlaki normlardır.

İnsan haklarının ahlakiliği savı, özellikle üç niteliği temellendirme, güçlendirme amacını taşır. İlki, insan haklarının belli bir siyasi düzenin temellerinden ve kurucu ön koşullarından bağımsız olmasıdır. İkincisi, belirli bir devletin somut düzenleme ve uygulamaları bakımından, insan haklarının güvenceye alınmasının

⁸⁹ Gülriz Uygur, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, 2. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2016, s. 120-123.

⁹⁰ Griffin, s. 17.

⁹¹ Andreas Niederberger, ‘İnsan Hakları Ahlaki Haklar mıdır?’, Matthias Lutz-Bachmann, Amos Nascimento (Derleyenler), *İnsan Hakları, İnsan Haysiyeti ve Kozmopolit İdealler*, (Çev. Akın Emre Pilgir), Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, ss. 73-96, s. 73-77.

makul ve gerekli olduğunun, siyaset ve hukukun bu bakış açısıyla biçimlenmesinin öneminin vurgulanmasıdır. Sonuncusu ise, insan haklarının ahlaki görev ve iddialarla ilgili olması vesilesiyle, bu hakların ihlali halinde eyleme geçme yükümlülüğünün sadece hükümetlere ve uluslararası örgütlere değil tüm insanlara ait olduğu, dolayısıyla hukuk gerektirmese bile ahlaki ödevlerin belli bir eylem sorumluluğunu gerektirdiği fikrinin güçlendirilmesidir.⁹²

Nitekim, 1945 sonrasının mübalağasız en etkili kozudur insan hakları. Bilhassa Batı dünyasında, dağıtıcı adalet, ortak iyi gibi diğerlerini geride bırakarak kamusal ahlaki söylemin en baskın figürüne dönüşür.⁹³ Bobbio’yu “haklar çağı”,⁹⁴ Wellman’ı “hakların üremesi”,⁹⁵ Kuçuradi’yi “yirminci yüzyılın en önemli başarısı”⁹⁶ ve Douzinas’ı “insan haklarının zaferi”⁹⁷ ifadelerini yazmaya neyin sevk ettiğini tam da burada aramak gerekir. Baxi’nin Birleşmiş Milletler genel sekreteri Boutros Ghali’den yaptığı alıntı oldukça açıklayıcıdır: “İnsan hakları artık, insanlığın ortak dilidir.”⁹⁸ Uluslararası toplumun paylaştığı varsayılan norm ve değerlere dayanan bir ahlaka ihtiyaç vardır; insanlığı birleştiren bu zemin, insan haklarıdır.⁹⁹

SONUÇ

Elli yılı aşkın süredir, insan hakları söylemiyle çevrelenmiş durumdayız. Siyasete, hukuka ve ahlaka ilişkin fikirlerimiz bu hakların gölgesinde değişip dönüşürken, devletten ve birbirimizden talep ettiklerimizi yine aynı kavramın gücüyle pratiğe dökabiliyor, gündelik yaşantımızı biçimlendirebiliyoruz. İnsan olduğumuza dair bilgi, bu statüden kaynaklı haklarımızı da beraberinde getiriyor. İnsan olmak, insan haklarına sahip olmakla eş sayılıyor. Haklarımızla korunuyoruz; korunduğumuza inanıyoruz.

⁹² Niederberger, s. 79-81.

⁹³ Twining, s. 173.

⁹⁴ Norberto Bobbio, *The Age of Rights*, (Çev. Allan Cameron), Polity Press, Oxford, 2005.

⁹⁵ Wellman, *The Proliferation of Rights - The Moral Progress or Empty Rhetoric?*.

⁹⁶ Kuçuradi, Etik İlkeler ve Hukukun, s. 55.

⁹⁷ Costas Douzinas, *İnsan Haklarının Sonu*, (Çev. Kasım Akbaş, Umre Deniz Tuna,) Dipnot Yayınları, Ankara, 2015, s. 15.

⁹⁸ Twining, s. 173.

⁹⁹ Romuald R. Haule, ‘*Some Reflections on the Foundation of Human Rights - Are Human Rights an Alternative to Moral Values?*’, A. von Bogdandy; R. Wolfrum (eds.), Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 10, 2006, ss. 367-395, s. 369. “Tek tek insan hakları, insan onurunun pratikteki gerektirdikleridir; bütün kişilerden insanın değerini -evrendeki yerini- koruyan bir muameleyi diğer bütün kişilere göstermelerini talep ederler. Bu nedenden ki, açık kavranılmış insan hakları “evrensel” normlardır.” İonna Kuçuradi, ‘*İnsan Onuru Kavramı ve İnsan Hakları*’, İonna Kuçuradi, İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları, 4. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2018, ss. 69-76, s. 73.

Yine de diğerlerinin ve devletin müdahalesinden muaf, bireysel bir alanda haklarla çevrelendiğimizi düşünmek, kavramsal kargaşadan kaçınmaya yetmemektedir. Zira, bir hakkın sahibi olmak ile o hakkın gerçekte ne olduğunu, hangi işlevleri karşıladığını bilmek aynı şey değil. Hohfeld bize, yüzyıl geriden seslenerek, hak adıyla nitelediğimiz her şeyin “hak” olmadığını söyler. Muafiyetlerimiz, imtiyazlarımız, yetkilerimiz ve taleplerimiz mevcuttur; çoğu kez aynı kavramı kullansak bile dar anlamıyla haklar, bunlardan sadece birini, talepleri simgeler. Hohfeld sayesinde hakların biçimsel unsurlarını ayırt ederken yararlanabileceğimiz işlevsel bir araç edinsek bile, insan haklarının mahiyetini çözmek için hakların maddi içeriğine dair bir başka ayrıma ihtiyaç vardır. Bu, hukuki ve ahlaki haklar arasındadır.

Hukuk tarafından düzenlenen, pozitif bir hukuk sisteminde yer alan haklara, hukuki haklar denir, ki zaten Hohfeld’in analizinin asıl odağını bu haklar teşkil eder. Hukuk sisteminde varsa vardır, yoksa yoktur diyebildiğimiz hukuki haklar, insan hakları bahsinde kısmen işimize yarar. Çünkü insan haklarının ardındaki iddia, hukuk metinlerini, hukuk sistemlerini, ulusal hukukları aşar; bizi ahlaki haklar alanına çağırır. Pozitif hukuklar tanımasa, düzenlemese ve hatta varlığını reddedip kullanımını yasaklasa bile, her insanın sadece insan olmaktan kaynaklanan, vatandaşlıkları ve hudutları zorlayan haklarını onadığımız noktada, ahlaki haklarla ve ahlaki hak olarak insan haklarıyla karşılaşırız. Bu, tüm düşünürlerce kabul edilen bir hak tanımı değildir elbette. Kimileri sadece hukuka sıkı surette bağlı hakları sayar ve insan haklarını da ancak bu kayıtlı kabul ederken, daha fazla sayıda isim, insan haklarının, uluslararası belgeleri ve iç hukukları aşan yanına, ahlaki boyutuna odaklanır. İnsan haklarını, insan hakları hukukundan ayırmak ve ahlaki hak olduğunu tasdik etmek, daha geniş bir perspektiften bakmanın ve insanlığı ortak bir paydada buluşturmanın yolunu açar: İnsan hakları, hukuken tanınmasa da vardır; evrensel ahlaki hakların bu yüzyıldaki karşılığı, bütün insanların haklarıdır.

KAYNAKÇA

- AKAD**, Mehmet / **DİNÇKOL**, Bihterin Vural / **BULUT**, Nihat, *Genel Kamu Hukuku*, 13. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017.
- AKAL**, Cemal Bali, *Varolma Direnci ve Özerklik- Bir Hak Kuramı için Spinoza'yla*, 2. Baskı, Ankara, Dost Kitabevi, 2010.
- ANAYURT**, Ömer, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- ASLAN**, Yılmaz / **ŞENYÜZ**, Doğan, *Hukuka Giriş*, 9. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016.
- ATAY**, Cevdet, *Hukuka Giriş*, Sentez Yayıncılık, Bursa, 2012.
- AYAN**, Mehmet / **AYAN**, Nursen, *Medeni Hukuka Giriş*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- AYBAY**, Aydın / **AYBAY**, Rona / **PEHLİVAN**, Ali, *Hukuka Giriş*, 13. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017.
- BALANUYE**, Çetin, *Spinoza'nın Sevinci Nerden Geliyor? - Reddedilemeyecek Bir Felsefi Teklif*, 4. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul.
- BENTHAM**, Jeremy, 'Anarchical Fallacies; being an examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution', Jeremy Waldron (Edt), 'Nonsense Upon Stilts', London, Methuen, 1987 (First published in 1987), ss. 46- 69.
- BEYSAN**, Nazime, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, Oniki Levha, İstanbul, 2015.
- BİLGE**, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- BİLGİLİ**, Fatih / **DEMİRKAPI**, Ertan, *Hukukun Temel Kavramları*, 12. Baskı, Dora Yayınları, Bursa, 2016.
- BOBBIO**, Norberto, *The Age of Rights*, (Çev. Allan Cameron), Polity Press, Oxford, 2005.
- BOYAR**, Oya, *Anayasa ve Özel Hukuk*, Oniki Levha, İstanbul, 2019.
- BOZKURT**, Enver, *Hukukun Temel Kavramları*, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- BULGAN**, Birden Güngören, *Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı*, Oniki Levha, İstanbul, 2020.
- CACOULOS**, Ann R., *Thomas Hill Green: Philosopher of Rights* Twayne Publishers, New York, 1974.
- CAN**, Halil / **GÜNER**, Semih, *Hukukun Temel Kavramları*, 3. Baskı, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2006.
- CANSEL**, Erol / **ÖZEL**, Çağlar / **YÜKSEL**, Mehmet, *Hukuk Başlangıcı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- CEYLAN**, Şule Şahin, 'Wesley Newcomb Hohfeld'in Temel Hukuk Kavramlarına Kısa Bir Bakış', Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009/1, ss. 9-27.
- CORBIN**, Arthur, 'Legal Analysis and Terminology', The Yale Law Journal, Vol. 29, No. 2 (Dec., 1919), ss. 163-173.

- CRANSTON**, Maurice, 'Are There Any Human Rights?', *Daedalus*, Vol. 112, No. 4, Human Rights (Fall, 1983), ss. 1-17.
- DEMBOUR**, Marie-Bénédicte, 'What are Human Rights? Four Schools of Thought', *Human Rights Quarterly*, Vol. 32, No. 1 (Feb., 2010), ss. 1-20.
- DEVELLİOĞLU**, Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, 13. Baskı, Aydın Kitabevi, Ankara, 1996.
- DOĞAN**, İlyas (Edt.), *Hukuka Giriş*, Astana Yayınları, Ankara, 2017.
- DONNELLY**, Jack, 'Human Rights as Natural Rights', *Human Rights Quarterly*, Vol. 4, No. 3 (Summer, 1982), ss. 391-405.
- DOUZINAS**, Costas, *İnsan Haklarının Sonu*, (Çev. Kasım Akbaş, Umre Deniz Tuna,) Dipnot Yayınları, Ankara, 2015.
- DURAL**, Mustafa / **SARI**, Suat, *Türk Özel Hukuku, Cilt 1*, 5. Baskı, Filiz, İstanbul, 2010.
- DWORKIN**, Ronald, 'Rights as Trumps', Jeremy Waldron, *Theories of Rights*, Oxford University Press, New York, 1984, ss. 153-167.
- ELEFThERiADiS**, Pavlos, *Legal Rights*, Oxford University Press, New York, 2008.
- ESENER**, Turhan, *Hukuka Giriş*, 10. Baskı, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2012.
- FEINBERG**, Joel, 'In Defence of Moral Rights', *Oxford Journal of Legal Studies*, Summer 1992, Vol. 12, ss. 149- 169.
- FEINBERG**, Joel, 'The Nature and Value of Rights', *The Journal of Value Inquiry*, 4, 1970, ss. 243- 260.
- FEINBERG**, Joel, 'The Social Importance of Moral Rights', *Philosophical Perspectives*, Vol. 6, *Ethics* (1992), ss. 175-198.
- FEINBERG**, Joel, *Social Philosophy*, Prentice Hall, New Jersey, 1973.
- GALTUNG**, Johan, *İnsan Hakları - Başka Bir Açıdan Bakış*, (Çev. Müge Sözen), 2. Baskı, Metis, İstanbul, 2013.
- GILLON**, Raanan, 'Rights', *British Medical Journal*, Vol. 290, No. 6485, (22 June 1985), ss. 1890- 1891.
- GÖZLER**, Kemal, *Hukuka Giriş*, Genişletilmiş 14. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2017.
- GÖZLER**, Kemal, *Hukukun Temel Kavramları*, 17. Baskı, Ekin, Bursa, 2019.
- GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 38. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- GRIFFIN**, James, 'Human Rights, the Incomplete Idea', James Griffin, on Human Rights, 2008, Oxford Scholarship Online, www.oxfordscholarship.com, 21 Kasım 2013.
- GÜRBÜZ**, Ahmet, 'İnsan Haklarının Filozofik Temelleri', HFSA, 20. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2010, ss. 68-83.
- GÜRİZ**, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, 17. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2016.
- GÜRİZ**, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, 9. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2011.
- HATEMİ**, Hüseyin, *Medeni Hukuk'a Giriş*, 4. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2010.

- HAULE**, Romuald R., ‘*Some Reflections on the Foundation of Human Rights - Are Human Rights an Alternative to Moral Values?*’, A. von Bogdandy; R. Wolfrum (eds.), Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 10, 2006, ss. 367-395.
- HOHFELD**, Wesley Newcomb, ‘*Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*’, 23 Yale Law Journal, November 1913, ss. 16-59.
- JONES**, Peter, *Rights-Issues in Political Theory*, Macmillan, London, 1994.
- KAYAR**, İsmail / **ÜZÜLMEZ**, İlhan, *Hukukun Temel Kavramları*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- KAYIHAN**, Şaban, *Hukukun Temel Kavramları*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- KEYMAN**, Selahattin / **TOROSLU**, Haluk, *Hukuka Giriş*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- KOCUREK**, Albert, ‘*The Hohfeld System of Fundamental Legal Concepts*’, 15 Illinois Law Review, Vol. 24, (1920-1921).
- KUÇURADI**, İonna, ‘*Etik İlkeler ve Hukukun Temel Öncülleri Olarak İnsan Hakları*’, İonna Kuçuradi, İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları, 4. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2018, ss. 55-68.
- KUÇURADI**, İonna, ‘*İnsan Onuru Kavramı ve İnsan Hakları*’, İonna Kuçuradi, İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları, 4. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2018, ss. 69-76.
- LEIB**, Linda Hajjar, *Human Rights and the Environment - Philosophical, Theoretical and Legal Perspectives*, Brill, Leiden, 2011.
- LOCKWOOD**, Michael, ‘*Rights*’, Journal of Medical Ethics, 1981, 7, ss. 150-152.
- MARSHALL**, Paul, ‘*Two Types of Rights*’, Canadian Journal of Political Science, (Revue Canadienne de Science Politique), Vol. 25, No. 4, Dec. 1992, ss. 661-676.
- MARTIN**, Rex, ‘*Human Rights and Social Recognition Thesis*’, Journal of Social Philosophy, Vol. 44, No. 1, Spring 2013, ss. 1-21.
- MERCIER**, André, ‘*İnsan Haklarının Temelleri*’, İonna Kuçuradi (Yayına Hazırlayan), İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, 4. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2016, ss. 25-37.
- MILLER**, Dallas, ‘*The Motivation to Protect and Advance Human Rights: A Faith-Based Approach*’, Angus J. L. Menuge, Legitimizing Human Rights: Secular and Religious Perspectives, 2. Baskı, Routledge, Oxon, 2016, ss. 179-198.
- MINOW**, Martha, “*Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover*”, 96 Yale Law Journal, 1986-1987, ss. 1860-1915.
- NASCIMENTO**, Amos, ‘*İnsan Hakları ve Kozmopolitik Paradigmaları: Haklardan İnsanlığa*’, Matthias Lutz-Bachmann, Amos Nascimento (Derleyenler), İnsan Hakları, İnsan Haysiyeti ve Kozmopolit İdealler, (Çev. Akın Emre Pilgir), Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, ss. 99-128.
- NIEDERBERGER**, Andreas, ‘*İnsan Hakları Ahlaki Haklar mıdır?*’, Matthias Lutz-Bachmann, Amos Nascimento (Derleyenler), İnsan Hakları, İnsan Haysiyeti ve Kozmopolit İdealler, (Çev. Akın Emre Pilgir), Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, ss. 73-96.

- OĞUZMAN**, M. Kemal / **BARLAS**, Nami, *Medeni Hukuk*, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- PAGDEN**, Anthony, 'Human Rights, Natural Rights, and Europe's Imperial Legacy, Political Theory', Vol. 31, No. 2, (April 2003), ss. 171-199.
- POUND**, Roscoe, 'Legal Rights', International Journal of Ethics, Vol. 26, No. 1, Oct. 1915, ss. 92-116.
- SCHWARZ**, Andreas B., *Roma Hukuku Dersleri, Birinci Cilt*, (Çev. Türkan Rado), 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1945.
- SHUE**, Henry, 'Temel Hakların Evrenselliği', İonna Kuçuradi (Yayına Hazırlayan), İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, 4. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2016, ss. 39-65.
- SHUE**, Henry, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, 2. Baskı, Princeton University Press, Princeton, 1996.
- STANTON**, Timothy, 'Natural Rights', Mark Bevir, Encyclopedia of Political Philosophy, Sage Publications, California, 2010 içinde, ss. 937-940.
- SUMNER**, L. W., *The Moral Foundations of Rights*, Oxford University Press, New York, 2004.
- TASIOULAS**, John, 'Saving Human Rights From Human Rights Law', Vanderbilt Journal of Transnational Law, 52, 2019, ss. 1167-1173.
- TEBBIT**, Mark, *Philosophy of Law - An Introduction*, 2. Baskı, Routledge, New York, 2005.
- TÜRK DİL KURUMU**, *Büyük Türkçe Sözlük*, www.tdk.gov.tr. Erişim: 13.03.2017.
- TÜRKBAĞ**, Ahmet Ulvi, 'Haklar, Hakkaniyet, Bütünlük ve Adalet', HFSA, 9. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2004, ss. 88-95.
- TWINING**, William, *General Jurisprudence-Understanding Law From a Global Perspective*, Cambridge University Press, New York, 2009.
- UMUR**, Ziya, *Roma Hukuku Ders Notları*, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 147.
- UYGUR**, Gülriz, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, 2. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2016.
- VINCENT**, Andrew, *The Politics of Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2010.
- WELLMAN**, Carl, *The Proliferation of Rights - The Moral Progress or Empty Rhetoric?*, Colorado, Westview Press, 1999.
- WENAR**, Leif, 'Rights', The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2020 Edition), Edward N. Zalta (Ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/rights>, 01.06.2020.
- WENAR**, Leif, 'The Nature of Rights', Philosophy & Public Affairs, Vol. 33, No. 3, (Summer 2005), ss. 223-252.
- WHITE**, Alan R., *Rights*, Clarendon Press, New York, 1984.
- YÖRÜK**, Abdülhak Kemal, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 2. Tab'i, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1958.

Düşün İşçileri Açısından Sınıf Bilinci ve Örgütlenme Arasındaki İlişki

The Relationship Between Class Consciousness and Association in Terms of Thought-Workers

Arş. Gör. Tevfik Can PEKER^(*)

Öz:

Bu makalenin temel amacı, bugüne kadar çeşitli şekillerde isimlendirilmiş düşün işçilerinin sınıfsal konumlarını belirleyerek onların sosyal haklara erişme konusunda örgütlenme özgürlüğünü kullanırken karşılaştıkları engellerin sebeplerini ortaya koymaktır. Yöntem olarak öncelikle, işçi sınıfının doğuşu ve sosyal hakları kazanma süreçlerini tarihsel gelişimi içerisinde inceleyeceğiz. Devamında ise doğuşu ve gelişimi açısından işçi sınıfı ile aynı yolda ilerleyen ve aynı sömürü mekanizmaları içerisinde çalışan düşün işçilerinin, hak taleplerini ortaya koymakta yaşadıkları engellerin çözümü için gerekenleri işçi sınıfının verdiği mücadeleler üzerinden ele alacağız. Bu açıdan, klasik anlamda işçi sınıfı ile düşün işçileri arasında, ortaya çıkışları ve üretim biçimi içerisinde bulundukları konuma bakıldığında bir aynılık ilişkisi vardır. Ancak düşün işçileri, kendi çıkarları ile sermayenin çıkarlarının kesiştiğini düşünmektedir. İçinde bulundukları bu “*yanlış bilinç*” durumu ise onları hak taleplerini güçlü bir şekilde ortaya koyacak örgütlenmeler oluşturmaktan alıkoymaktadır. Bunun yanında onların ortaya çıkmasına ve önem kazanmasına neden olan teknoloji ile değişen iş ilişkileri ve çalışma biçimleri onların içinde bulundukları durumu sürdürmelerine neden olmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Beyaz Yakalılar, İşçi Sınıfı, Sınıf Bilinci, Örgütlenme Özgürlüğü, Sosyal Haklar.

Abstract:

The main objective of this article is to identify the social-class position of thought workers who were named divergently and present the obstacles they face during the use of freedom of association while accessing to the social rights. In order to accomplish that, as a method, first it is going to be analysed the working classes (proletariat) process of gaining social rights in its historical process. Furthermore, the uniformness between proletariats and thought workers in terms of their emergence, struggles on accessing to the social rights and their position in the exploitation dynamics of the process of production is going to be assessed. The thought workers are still regarding as their interests lies

^(*) Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi.

E-posta: tevfikcan.peker@stu.khas.edu.tr.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-3729-2126>.

Makale Gönderim Tarihi: 05.05.2020.

Makale Kabul Tarihi: 25.06.2020.

within the interest of the capital. This state of “*false consciousness*” is the very factor that withholds them from forming an association that can strongly claim their rights. Also, the changes in the employment relationships due to the developments in the technology, cause them to sustain this state of false consciousness.

Keywords:

White-Collar Workers, Working Class, Class Consciousness, Freedom of Association, Social Rights.

GİRİŞ

Bugün ‘*sosyal haklar*’ olarak andığımız hakların doğuşu, Sanayi Devrimi ile değişen üretim ilişkileri sonucunda ortaya çıkan işçi sınıfı ve burjuva sınıfı arasındaki çatışma ve mücadelelerin bir sonucudur. Bu haklar, ileride de inceleyeceğimiz üzere uzun bir süreç ve kanlı mücadeleler sonucu elde edilmiş değerli birer kazanımdır. Bu hakların kazanılmasında işçinin, üretim sürecine katılan ve işverene boyun eğmiş bireyden ziyade ortak sorunları ve ortak istekleri olan bir sınıf olarak sahneye çıkmasının rolü büyüktür. Sosyal haklara ulaşma konusunda bugün yaşanan sorunların, karşılaşılan engellerin aşılabilmesi için bu noktanın iyi kavranması gerekmektedir. Makalemizin temel amacı da bu kazanımların tarihsel süreç içerisindeki yerini ve gelişim çizgisini belirleyerek, günün koşullarında etkili bir örgütlenme ile hak arayışı sürecine giden yolda karşılaşılan engelleri aydınlatmaya çalışmak olacaktır. Bunu yaparken işçi sınıfının ve üretim ilişkilerinin değişen niteliği de göz önünde bulundurulacaktır.

Makalemizin kapsamı içerisinde öncelikle tarihsel süreç içerisinde işçi sınıfının doğuşunu ve devamında sosyal hak taleplerinin ortaya çıkışını ele alacağız. Sonrasında ise örgütlenme özgürlüğünün sendikal örgütlenme özgürlüğü boyutu anayasal düzenlemeler, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı ile uluslararası belgelerdeki düzenlemeler birlikte ele alınarak örgütlenme özgürlüğünün işçi sınıfının sosyal haklarının bir güvencesi olarak nasıl bir işleve sahip olduğu ve aralarındaki ilişki incelenecektir.

Kavram seçimi açısından bir açıklama yapmak gerekirse yazında sıklıkla; “beyaz yakalılar”, “zihin emekçileri”, “zihinsel emek”, “kafa işçileri” ya da “bilgi işçisi” gibi çeşitli adlarla anılmalarına rağmen bu adlandırmalar ileride daha detaylı olarak ele alacağımız üzere özellikle örgütlenme hakkının kullanımı ve düşün işçilerinin sınıfsal ve hukuki konumu hakkında yeterli bir nitelemede bulunamamaktadır.¹ Sıklıkla kullanılan “beyaz yakalı” adlandırması, bu grubu, be-

¹ “Beyaz yakalı” tanımı için bkz.: Ahmet Utku Erdayı, ‘*Beyaz Yakalıların Tanımlanması Üzerine*’, “İŞ, GÜÇ” Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, Sayı: 2012/3, Yıl: 2012 Bursa, s. 78-79; bilgi işçileri tanımı için bkz.: Thomas H. Davenport, *Düşünerek Yaşayanlar*, (çev. V. Karatay), Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 3-8; “zihin emekçileri”

densel emeğine dayanarak çalışan “mavi yakalılardan” diğer bir deyişle klasik anlamda işçi sınıfından ayırmak için kullanılmaktadır. Diğer adlandırmalar ise daha çok harcanan emeğin kaynağına dayanan bir ayrımı belirtmek amacıyla kullanıldıkları halde yine de bu kişilerin sınıfsal ve hukuki konumlarını yeterince niteleyememektedirler. Son olarak “bilgi işçisi” kavramı ise özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası gelişen teknoloji ve mühendislik gibi alanlarda ortaya çıkan ve aldığı eğitimden kaynaklanan bilgisini üretim süreçlerine yansıtabilecek çalışanları nitelemek üzere ortaya çıkmıştır. Kavram tanımlanırken genellikle, bilgi işçilerinin endüstriyel işçilerden farkı üzerinde durulmuştur. Bu farklılaşma, eğitim düzeyi, çalışma şartları ve harcadıkları emeğin kaynağı ve teknoloji ile ilişkisi üzerinden tanımlanmıştır.²

Zihinsel emeği ile çalışan işçileri adlandırırken kullanılan kavramlardan biri de “*cognitary*” kavramıdır. Özellikle teknolojik gelişmeler ve 1970 sonrası üretim süreçlerinde yaşanan değişiklik sonucunda maddi olmayan emeğin üretim süreçleri içindeki önemi artmıştır. Bu adlandırma da üretim sürecine katılırken harcadıkları emeğin zihinsel kaynağı ve üretim süreci sonucu ortaya çıkan ürünün çoğu zaman maddi olmayan niteliğinden dolayı, maddi emek ve maddi olmayan emek ayrımı üzerinden bu işçileri niteler.⁴ Lazzarato’ya göre maddi olmayan emek, üretilen metanın “*bilgisel*” ve “*kültürel*” içeriğini üreten emek türüdür. Maddi olmayan emeğin iki yönü vardır. Bunlardan birincisi, bilgisel içerik, teknolojinin gelişmesiyle endüstriyel alanda çalışan işçilerin üretim süreçlerinde yaşanan değişimi, kültürel içerik ise emeğin tanımının genişleyerek daha öncesinde iş olarak nitelenmeyen, insanlar arası ilişkiler ve iletişim gibi etkinliklerin de bu kapsamda işin bir parçası hâline gelmesini imler.⁵

Genel olarak bakıldığında kavramların tanımlanması, klasik anlamda işçi sınıfı ile düşün işçileri arasındaki farklılaşma ve karşıtlıklardan hareketle yapılmıştır. Ancak farklılaşmaya ve karşıtlıklara dayanılarak yapılan tanımlar üretim sürecinde birbirine eşdeğer konumlar işgal eden bu iki grup arasında da sınıf

kullanımı için bkz.: Aksu Bora / Necmi Erdoğan / Tanıl Bora / İlknur Üstün, “*Boşuna mı Okuduk*” *Türkiye’de Beyaz Yakalı İşsizliği*, 6. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, s. 5; “kafa işçileri” TDK tanımı için bkz.: “Beyin gücü ile ortaya eser koyan, araştıran, inceleyip eleştiren kimse.” (www.tdk.gov.tr) (erişim tarihi: 24.04.2020).

² Daha detaylı bilgi için bkz.: Peter F. Drucker, *The Age of Discontinuity: Guidelines to our Changing Society*, William Heinemann Ltd, Londra, 1969, s. 248- 252.

³ Kavramın kullanımı için bkz.: Utku Özmakas, ‘*İnsan Sermayesinin Kaynağı: Maddi Olmayan Emek*’, *Toplum ve Bilim*, Sayı: 135/2015, Yıl: 2015, İstanbul, s. 19.

⁴ Daha detaylı bilgi için bkz.: Özmakas, s. 14-19.

⁵ Detaylı bilgi için bkz.: Maurizio Lazzarato, ‘*Immaterial Labor*’, *Radical Thought in Italy*, Ed.: Paolo Virno / Michael Hardt, (çev. P. Colilli / E. Emory), University of Minnesota Press, Minnesota, 2006, s. 132; Michael Hardt / Antonio Negri, *İmparatorluk*, (çev. A. Yılmaz), Beşinci Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2003, s. 304-306.

sal konum ve çıkarların kavranabilmesi açısından bir ayrılığa yol açmaktadır.⁶ Özellikle düşün işçilerinin ortaya çıkışı ve sınıfsal konumunun tam olarak ortaya koyulabilmesi için makalemizin kapsamı içerisinde karşıtlıklara olduğu kadar ayrınlıklara da odaklanılacaktır.

Düşün işçileri, aldıkları eğitim sonucu edindikleri bilgi ve uzmanlığı kullanarak üretim sürecine katılırlar. Bu katılım maddi bir ürün ortaya çıkartabileceği gibi ortaya çıkan ürün maddi olmayan bir ürün de olabilecektir. Üretim sürecine sağlanan katılım ise sadece işçinin bilgisini ve teknoloji kullanımını içermemektedir. Çoğu zaman bu sürece işçinin kişisel yaratıcılığının ve becerilerinin yansıtılması, ortaya çıkan ürüne üretenden bir parçanın da katılması ve ürünün, onun düşünsel üretim süreçlerinin bir sonucu olması bu grubu adlandırırken düşün işçileri kavramını kullanmamızın nedenidir. “Düşün” sözcüğü, “*zihinsel olarak tasarlanan, biçim verilen nesne ya da olayları*” anlatmak için kullanılmaktadır.⁷ Bu açıdan “düşün” sözcüğü hem bu kişilerin üretim sürecine katılırken harcadıkları emeğin kişiye özgü kaynağını hem de bu emek sonucu ortaya çıkan ve her zaman somut bir şekilde görülemeyen ürünü nitelemek için seçilmiştir. “İşçi” sözcüğü ise hem sınıfsal bir konumu hem de hukuki bir statüyü belirten bir kavram olması nedeniyle bu kişilerin sınıfsal konumlarını belirlemek ve tarihsel süreç içinde devamı ve parçası oldukları klasik anlamda işçi sınıfı ile aralarındaki bağlantıyı nitelemek açısından önemlidir. Bu nedenle üretim sürecine, her bireyin kendisine özgü maddi olmayan emekleri ile katıldığı, emeklerini bir ücret karşılığında sermayeye sunan ve onun için ortaya bir artı değer çıkartan bu grup makalemizin kapsamı içerisinde “düşün işçileri” olarak anılacaktır.

Sanayi Devrimi sonrası hızla değişen ve değişmeye de devam eden⁸ sosyal ilişkiler içerisinde bu sınıfın durduğu konumu tespit etmek, bu sınıfın sosyal haklarla olan ilişkisini de belirleyebilmek için bize yardımcı olacaktır. Bu grubun

⁶ Karl Marx’ın, görüşleri için bkz.: “*Değişik emek türlerini ve dolayısıyla zihin emeği ile kol emeğini - ya da bunlardan birinin daha hakim olduğu emek türlerini - birbirlerinden ayırmak ve farklı insanlar arasında dağıtmak, kapitalist üretim tarzının gerçekten ayırdedici özelliğidir. Ancak bu maddi ürünün, bu insanların ortak ürünü olmasını ya da maddi zenginlik içinde yer alan ortak ürünleri olmasını önlemez, [kapitalist üretimin emek türlerini ayırması -ç.] o insanların, sermayenin ücretli emekçisi olma ilişkisini ve öncelikli anlamında, sermayenin üretken emekçisi olma ilişkisini ne ölçüde engeller ya da değiştirirse ancak o kadar. Tüm bu insanlar, yalnızca maddi zenginliğin üretimine doğrudan katılmakla kalmazlar, üstelik emeklerini doğrudan, sermaye olan parayla değiştirir ve dolayısıyla, ücretlerine ek olarak kapitalist için bir artı değeri yeniden üretirler. Emekleri, ödenmiş emeği artı ödenmemiş artı-emeği içerir.*” Daha detaylı bilgi için bkz.: Karl Marx, *Artı Değer Teorileri, Birinci Kitap*, (çev. Y. Fincancı), Sol Yayınları, Ankara, 1998, s. 385.

⁷ TDK’ye göre “düşün”: Duyularla değil, zihinsel olarak tasarlanan, biçim verilen, canlandırılan nesne veya olay. <https://sozluk.gov.tr/?kelime=D%C3%83%C5%93%C3%85%C2%9E%C3%83%C5%93N> (erişim tarihi: 24.04.2020).

⁸ Eric Hobsbawm, *The Age of Revolution 1789-1848*, Random House, New York, 1996, s. 29.

hangi sınıfa ait olduğunu belirlemek için tarihsel gelişim sürecinden, hukuki statüsünden ve üretim süreci içerisindeki konumlanmasından faydalanacağız. Sınıfsal konumlarından yola çıkarak ise sosyal haklara ve örgütlü bir mücadeleye erişimlerinin önünde duran engellerin neler olduğunu ele alacağız.

Düşün işçilerinin de kendilerinden önce ortaya çıkan klasik anlamda işçi sınıfı gibi gelişen teknoloji ve değişen üretim ilişkilerinin sonucunda ortaya çıktığı akılda tutulmalıdır. Düşün işçileri, günümüz üretim ilişkilerinin içinde her geçen gün artan sayıları ile sistemin itici gücü konumunda bulunmaktadır. Buna rağmen, sosyal hak talepleri ve sosyal haklara erişim açısından kendilerinden önce ortaya çıkan klasik işçi sınıfına oranla daha geride kalmış gözükmektedirler. Bunun en önemli nedenlerinden biri de şüphesiz öncelikle bir sınıf bilincine sahip olmamaktır. Ancak içinde bulunduğu sömürü düzeninin farkına varabilmiş bir kitle ile örgütlü mücadele bilincine sahip olunabilecektir. Bu açıdan, sınıf bilinci ile örgütlü mücadele arasındaki bağın netleştirilmesi, üretim ilişkileri içerisinde önemli bir yer işgal ettiği halde işçi sınıfının Sanayi Devrimi sonrası içine düştüğü insanlık dışı koşullara benzer biçimde, bir başka deyişle, *modern bir sefalet* ve sömürü düzeni içinde sıkışan düşün işçilerinin içinde bulundukları durumu değiştirebilecek biricik hareket noktası olacaktır.

I. 1789 FRANSIZ İHTİLALİ VE SANAYİ DEVRİMİ

Yakın dönemlerde meydana gelen ve sonuçları itibarıyla birbirini besleyen 1789 Fransız İhtilali ve Sanayi Devrimi, işçi sınıfının tarih sahnesine çıkmasını sağlamıştır. Sanayi Devrimi, kendisinden önceki üretim ilişkilerini değiştirerek üretimi küçük atölyelerden büyük fabrikalara taşımış ve buralarda çalışacak büyük bir iş gücü talebine neden olmuştur. Bu ekonomik değişimin siyasal alanda karşılığını oluşturacak olan toplumsal hareket ise Fransız İhtilali ile ortaya çıkacaktır. İşçi sınıfının ortaya çıkışını ve hak taleplerini incelemeden önce Fransız İhtilali'nin toplumsal sınıflar üzerinde yarattığı değişimi incelememiz gerekmektedir.

Fransız İhtilali öncesi mutlak monarşi ile yönetilen Fransa'da halk; din adamları, soylular ve diğer iki zümreye dahil olmayan herkesten oluşan insanlar olmak üzere üç zümreye ayrılmış durumdaydı.⁹ Ruhban ve soylular zümrelerinin sıradan halktan farklı olarak vergi muafiyeti ya da özel kanunlara tabi olma gibi ayrıcalıkları bulunurken halkın çoğunluğunu oluşturan zümrenin hiçbir ayrıcalığı bulunmamaktaydı.¹⁰ Ancak bu üçüncü zümre, içinde sıradan halktan ayrılan ve Fransız İhtilali'ne karakterini verecek bir sınıf barındırıyordu: Burjuvazi.¹¹ Feo-

⁹ Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Beta Yayınları, Gözden Geçirilmiş 17. Bası, İstanbul, 2017, s. 240.

¹⁰ Göze, s. 240.

¹¹ Emanuel-Joseph Sieyes, *Political Writings*, (çev. M. Sonenscher), Hackett Publishing Company, Indianapolis, 2003, s. 94-95.

dal dönemin toprağa bağlı ve aristokratların kontrolünde olan ekonomisinin yanında ticaretle uğraşan ve özellikle kıtalararası ticaretin gelişmesiyle güçlenen burjuva sınıfı da bu üçüncü zümrenin içinde giderek aristokrasiye yakın bir servet ve güç kazanmaktaydı.¹² Gelişme döneminde burjuvazi; Orta Çağ'ın parçalı iktidar yapısına karşı monarşileri destekleyerek monarşiler döneminin başlamasını, monarşiler de karşılığında merkantilist politikalar izleyerek burjuvazinin güçlenmesini sağlamıştır.¹³ Kentlerde ticaretle gelişen ve tarıma dayalı, kapalı ekonomi anlayışına kıyasla gücünü giderek arttıran burjuvazinin artık elindeki ekonomik güce dayanarak siyasal iktidardan da pay talep etmesi kaçınılmayacak bir sonuçtu.¹⁴ Fransa, Amerikan Bağımsızlık Savaşı sırasında İngiltere'ye karşı Amerika'yı desteklemiş ve bu destek sonucunda ekonomisi iflasın eşiğine gelmişti.¹⁵ Bu ekonomik bunalım anında kralın kararıyla États Généraux toplantıya çağrıldı. Üçüncü zümrenin temsilcileri olarak 578 kişiyle burjuvazi de bu toplantıda yerini aldı ve Fransız İhtilali'ne giden süreç böylece resmen başlamış oldu.¹⁶ Fransız İhtilali'nin konumuzu ilgilendiren en önemli etkisi ise ilerleyen dönemde Avrupa'nın büyük bir kısmında feodal düzenin ortadan kaldırılması olmuştur.¹⁷ Feodal düzen içinde toprağa ve dolayısıyla feodal beylere bağlı olarak yaşayan serfler için bu düzenin ortadan kaldırılması hareket serbestisi anlamına geliyordu. Bu hareket serbestisi ise onlara, yüzyıllardır bağlı oldukları topraklarından çıkıp kentlerde Sanayi Devrimi ile ortaya çıkmaya başlayan iş gücü talebinde ücretli işçi olma "fırsatını" sağlayacak en önemli gelişmeydi.¹⁸

İki devrimin sonuçlarını birlikte ele almadan önce Sanayi Devrimi'ni ve onu oluşturan şartları incelemeye geçelim. Sanayi Devrimi ilk önce on sekizinci yüzyılın ikinci yarısında İngiltere'de başlamıştır. Bu dönemde Sanayi Devrimi'nin başlangıcına ev sahipliği yapmak için İngiltere'de gerekli şartlar oluşmuştu. 1640 İngiliz Devrimi ile başlayan süreç sonunda kralın mutlak gücü sınırlanmış, toplum içindeki sınıflı yapı kabul edilerek parlamentoya da yansıtılmıştı.¹⁹ Kâr elde etmek ve ekonomik gelişme devlet tarafından ana amaç olarak kabul edilmiş, toprak ticari amaçlar güden toprak sahipleri tarafından tekelleştirilmiş ve kiracı

¹² Alâeddin Şenel, *Siyasal Düşünceler Tarihi*, Kısaltılmış ve Gözden Geçirilmiş 4. Basım, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 2013, s. 303.

¹³ Tarık Gümüş, *Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 20.

¹⁴ Şenel, s. 303.

¹⁵ Hobsbawm, s. 58.

¹⁶ Mehmet Ali Ağaoğulları / Duygu Türk / Ayhan Yalçınkaya / Zafer Yılmaz / Filiz Zabcı, *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler*, 6. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, s. 603.

¹⁷ Hobsbawm, s. 153.

¹⁸ Hobsbawm, s. 153.

¹⁹ Gümüş, s. 45.

çiftçilere kiralanmış ve topraksız köylüler de bu kiracı-çiftçiler tarafından tarımda iş gücü olarak kullanılmaya başlanmıştı.²⁰ Çitleme Yasası²¹ ile büyük toprakların tarım için kullanılmak yerine hayvancılık için otlaklara dönüştürülmesiyle de İngiltere’de tarımda çalışan serflerin büyük bir kısmı da artık topraklarından çıkarılmış oluyordu.²² Sanayi Devrimi ile üretimi daha verimli hale getirmek için atölyelerde ve fabrikalarda bir iş bölümü içinde çalışacak işçilere gereksinim ortaya çıkmış ve bu gereksinim de artık toprağa bağlı olmayan serflerden karşılanmış, toprağa bağlı serfler Sanayi Devrimi’nin ücretli işçilerine dönüşmeye başlamıştı.²³

Sanayi Devrimi gelecek yüzyılın ekonomik anlayışını şekillendirirken Fransız İhtilali de ortaya çıkardığı düşüncelerle bu yüzyılı politik olarak şekillendirecekti.²⁴ Fransız İhtilali’nin hazırlanmasında Aydınlanma Çağı düşüncelerinin payı her ne kadar inkâr edilemezse de ekonomik olarak güçlenen burjuva sınıfının siyasal yapıyı kendi ekonomik gelişimleri için daha elverişli hale getirme motivasyonları devrim sonrası siyasal yapının karakterini belirleyecektir.²⁵ Fransız İhtilali, eski rejimin, feodalitenin ayrıcalıklı sınıflarına karşı burjuva sınıfının başta eşitlik talebi olmak üzere çeşitli taleplerle toplumun büyük çoğunluğunu oluşturan insanları arkasına alarak gerçekleştirdiği bir harekettir.²⁶ Bu eşitlik iddiası bu hareketin en önemli unsurlarında biri olmuştur. Toplumun çoğunluğunu oluşturan halk tabakaları, ayrıcalıklıların hükmüne son vermek ve toplumsal yapı içinde yükselmeye eşitliği sağlayabilmek adına ihtilalin eşitlik söylemine sıkıca sarılmışlardır.²⁷ Eşitlik söylemi, Fransız Yurttaş ve İnsan Hakları Bildirisi’nin²⁸ birinci maddesinde ifadesini bulmuş, tüm insanların hür ve eşit doğduğuna hükmedilmişti.

Ancak bu eşitlik söyleminin uygulamada nasıl bir şekil aldığının incelenmesi gerekmektedir. Bu inceleme sonraki bölümünde sosyal hakların ortaya çıkışı ele alınırken gerçekleştirilecektir.

²⁰ Hobsbawm, s. 31.

²¹ Çitleme Yasası ile ilgili daha detaylı bilgi için bkz.: Karl Marx, *Kapital Kapitalist Üretimin Eleştirel Bir Tahlili, Cilt 1*, (çev. A. Bilgi), Onuncu Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 2011, s. 681-684.

²² Şenel, s. 305.

²³ Şenel, s. 304-305.

²⁴ Hobsbawm, s. 53.

²⁵ Ağaogulları / Türk / Yalçinkaya / Yılmaz / Zabcı, s. 597.

²⁶ Gümüş, s. 23.

²⁷ Emre Ekinci, ‘Devrimden Günümüze Fransız Siyasal Sisteminin Evrimi’, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 2016/1, Yıl: 2016, Kırıkkale, s. 157.

²⁸ Bildirinin İngilizce tam metni için bkz.: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/rightsof.asp (erişim tarihi: 29.04.2020).

II. SOSYAL HAK TALEPLERİNİN DOĞUŞU VE GELİŞİMİ

1789 Bildirisi tüm insanları hukuken eşit ilan etmiş ancak bu eşitliği uygulamalarına yansıtmaktan geri durmuştur. Üçüncü maddesinde bildiri, egemenliğin kaynağının ulus olduğunu belirtmiştir. Bildiri, özgürlüğü, başkasına zarar vermeyecek her şeyi yapabilme olarak tanımlamış ve sınırını da yasa ile çizmiştir. Bildirinin altıncı maddesi ise her türlü rütbeye, makama ya da göreve erişebilmek için eşit olan insanlar arasında ayırım yapabilecek tek şeyin *erdem* ve *yetenekleri* olduğunu açıkça belirterek eski ayrıcalıklılar düzeninin yıkıldığını müjdeliyordu. Ancak oy hakkı, yine de halkın tamamından esirgenmiş ve sadece mülk sahiplerine tanınmıştı. 1789 Bildirisi, mülkiyet hakkını ikinci maddesinde doğal ve zamanaşımı ile kaybedilemeyen bir hak olarak ele almış ve on yedinci maddesinde bu hakkı tekrar kutsal olarak nitelendirme ihtiyacı hissetmiştir. Bu ihtiyaç 1789 İhtilâli ile gelen yeni düzende ekonomik liberalizmin konumunu bize hatırlatmaktadır.²⁹ Fransız İhtilali eski rejimin ayrıcalıklılarına karşı eşitlik sloganı ile yola çıkmış ancak eski ayrıcalıklı sınıfın yerini bu sefer de mülkiyet hakkına sahip bulunan sözde tüm yurttaşlardan oluşan ama gerçekte bu hakkı neredeyse tekelleştirircesine elinde bulunduran burjuva sınıfı almıştır.

İnsanların mülkiyet hakkına sahip olduğunu ilan etmek ile insanların bu hakka erişimini sağlamak birbirinden çok farklı konulardır. 1789 İhtilali sonucunda ortaya çıkan manzara da tam olarak bu farklılığı yansıtır. 1789 İhtilali politik alanda burjuvazinin zaferi ile sonuçlanmış ve burjuvazi iktidardan istediği payı almıştı. Siyasi temsil olanağına sahip olan burjuvazinin yapılacak yasaları kendi çıkarlarına uygun bir şekilde tasarlamasının önünde artık bir engel kalmamıştı.³⁰ Eski rejimin feodal düzeni ile güçlenen burjuvazi arasındaki çatışma nihayete ermişti. Artık başka bir çatışmanın çağı başlamaktaydı. Sanayi Devrimi ile üretimin ana merkezi haline gelen fabrikalarda çalışmak üzere Fransız İhtilali'nin toprak reformu ile toprağa olan bağlarından özgür kıldığı serfler artık ücretli işçiler olarak kırsaldan kentlere doğru akmaya başlamışlardı.³¹ Artık kentlerdeki fabrikaların etrafında toplanan ve burada yaşayan yeni bir sınıf olan işçi sınıfı ile burjuvazi arasındaki çatışma başlıyordu.

Tüm bu şartlar altında, klasik liberal anlayışın ekonomik alanda devlet müdahalesine sıcak bakmayan duruşu ile tam olarak bir eşitlik elde edilemeyeceği, bireylerin sadece kendi şahsi yetenekleri ile içine doğdukları sosyal eşitsizlik ortamından kurtulamayacakları anlaşılmaya başladı.³² Gerçekten de kentlerdeki fabrikalarda kol emeğine dayalı bir iş gücü olarak ortaya çıkan işçi sınıfı, burjuvazinin sözünü ettiği eşitlikten yararlanmaktan

²⁹ Mehmet Akad, 'Küreselleşme Sürecinde Siyasal Kültür', Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2005/1, Yıl: 2005, İstanbul, s. 10.

³⁰ Akad, Küreselleşme Sürecinde Siyasal Kültür, s. 11-12.

³¹ Mehmet Akad, 'Küreselleşme Sürecinde Bir Genel Değerlendirme', Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2004/1, Yıl: 2004, İstanbul, s. 24.

³² Ayferi Göze, *Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet*, 8. Baskı, Beta Yayınları İstanbul, 2016, s. 42-43.

uzaktı. Ağır çalışma koşulları, uzun çalışma saatleri, düşük ücretler, konut problemi gibi konular hesaba katıldığında işçi sınıfının durumu insanca bir yaşamdan hayli uzaktadır.³³ İşçi sınıfı ile burjuvazi arasında bir uzlaşının başlangıcı olacak olan 1848 Anayasası'na kadar iki sınıf arasında büyük çatışmalar yaşanmış, işçiler sosyal haklarını kazanabilmek için örgütlü mücadeleye girişmeye başlamışlardı.³⁴ Özellikle 1848 Devrimlerine kadar giden süreçte kendi çıkarlarına uygun bir politika izlenmesi için burjuvazinin yaptığı çalışmalar ve gelişen teknolojiyle birlikte sayısında ciddi bir artış olan yeni işçi sınıfının insan onuruna yaraşır bir yaşam sürmek ve haklara eşit şekilde ulaşmak olarak özetlenebilecek talepleri iktidarları korkutmuş ve iktidarların daha çok liberal ve burjuvazinin çıkarlarına hizmet eden politikalar izlemelerine neden olmuştur.³⁵

Yirminci yüzyıl ise Batı'da sosyal devlet ya da refah devleti kavramlarının ortaya çıktığı, devletin sosyal adaletin sağlanması yolunda pozitif yükümlülükler yüklenmeye başladığı bir dönem olmuştur.³⁶ 1929 Büyük Buhran sürecinde işsizliğin ve sosyal adaletsizliğin artması sonucunda İngiltere'de Keynes'in çözüm önerileri ile devletin ekonomik alana müdahalesi öngörülmüş, benzer bir yöntem Roosevelt dönemi Amerika Birleşik Devletleri'nde de uygulanmış ve bu müdahalelerin krizin etkilerini hafiflettiği görülmüştür.³⁷ Bu dönemde ulusal seviyedeki korumaların yanı sıra sosyal haklar uluslararası belgelerde de düzenlenme alanı bulmuştur.

Eğitim hakkı, sendikal haklar, sosyal güvenlik hakkı gibi hakların bireylere bir *lütufan* ziyade bir hak olarak tanınması ve uluslararası seviyede korunması İkinci Dünya Savaşı sonrası özellikle Birleşmiş Milletler organları tarafından hazırlanan (İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi,³⁸ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi³⁹ ve Uluslararası Çalışma Örgütü⁴⁰ tarafından hazırlanan) belgelerde ifadesini bulmuştur.⁴¹

³³ Ali Güzel / Ali Rıza Okur / Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 16. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 15.

³⁴ Akad, Küreselleşme Sürecinde Siyasal Kültür, s. 13.

³⁵ Oral Sander, *Siyasi Tarih İlkçağlardan 1918'e*, 31. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2016, s. 184.

³⁶ Bülent Kara, 'Sosyal Devletten Küresel Devlete: Türkiye'de Kamu Çalışanları ve Temel Haklar', Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi, İdari Bilimler Dergisi, Sayı: 2009/1, Yıl: 2009, Isparta, s. 371.

³⁷ Ali Güzel, "Sosyal Devlet ve Sosyal Haklar" (tebliğ) Anayasal Sosyal Haklar ve Avrupa Sosyal Şartı, Marmara Üniversitesi, Fransa Ankara Büyükelçiliği ve İstanbul Fransa Başkonsolosluğu Avrupa Konseyi Sosyal Haklar Komitesi, İstanbul Fransız Anadolu Araştırmaları Enstitüsü, Montesquieu Üniversitesi (Bordeaux IV), Limoges Üniversitesi işbirliğiyle düzenlenen Türk-Fransız Toplantısı, 15-16 Ekim 2009, s. 283-284.

³⁸ Bildiri Türkçe tam metni için bkz.: http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/h_rigths_turkce.pdf (erişim tarihi: 24.04.2020).

³⁹ Sözleşme tam metni için bkz.: http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin134.pdf (erişim tarihi: 24.04.2020).

⁴⁰ UÇÖ Anayasası için bkz.: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms_412382.pdf (erişim tarihi: 24.04.2020).

⁴¹ Gümüş, s. 303.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi⁴² ve Avrupa Sosyal Şartı⁴³ sosyal haklar konusunda Avrupa Konseyi düzeyinde düzenlemeler içeren belgelerdir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi birinci nesil hakları içermesine rağmen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile sözleşme maddelerine getirilen yorumlar sayesinde sözleşmenin koruma alanı sosyal hakları da kapsayacak şekilde genişletilmiştir.⁴⁴

III. ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜ

Konumuz açısından büyük önemi bulunan örgütlenme özgürlüğü bu makalenin sınırları kapsamında sendikal örgütlenme özgürlüğü olarak ele alınacaktır. Sendika kavramı, işçi sınıfının doğuşu ve içinde bulunduğu insanlık dışı çalışma koşullarına verilen tepkiyle bağlantılı olarak ortaya çıkmış ancak zamanla tüm çalışanları kapsayacak şekilde genişlemiştir.⁴⁵ İşçi-işveren ilişkilerinde *sözleşme serbestisi* ilkesinin uygulandığı dönemde üretim araçlarına ve sermayeye sahip olan işveren karşısında güçsüz durumda bulunan işçiler açısından bu ilke olumlu sonuçlar ortaya çıkartmaktan ziyade işçinin bireysel olarak işveren karşısındaki konumu nedeniyle işçinin aleyhine işverenin ise lehine olan koşulların işçiye dayatılmasını sağlamıştır.⁴⁶ Bu durum karşısında işçi-işveren ilişkilerini düzenleyebilmek adına iki yol bulunuyordu; devletin ekonomik hayata müdahale ederek çalışma şartlarını düzenlemesi ve işçilerin birleşerek kendi haklarını koruması.⁴⁷ Bu tarihsel şartlar içerisinde ortaya çıkan sendikalaşma hakkı, ortaya çıktığı zamandan bugüne kadar olan gelişimiyle işçi-işveren ilişkileri açısından önemini kanıtlamıştır.⁴⁸

Sendikal hakların taşıdığı önemi gösterebilmek adına bu hakların ulusal ve uluslararası düzeyde nasıl korumalara sahip olduğunu anayasa, uluslararası belgeler ve yargı kararları açısından inceleyeceğiz.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 51. maddesi Anayasa'nın Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler başlığı altında *sendika kurma hakkını* düzenlemiştir.⁴⁹

⁴² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türkçe tam metin için bkz.: <http://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf> (erişim tarihi: 24.04.2020).

⁴³ Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı Türkçe tam metin için bkz.: <https://www.tbmm.gov.tr/komiyon/kefe/docs/sosyalsart.pdf> (erişim tarihi: 24.04.2020).

⁴⁴ Tuğçe Duygu Köksal, '*AIHM'in Sosyal Haklara Bakışı ve Yorum Metodu*', İş Hukukunda Güncel Sorunlar 5, Ed.: Ali Güzel / Deniz Ugan Çatalkaya / Hande Heper, İstanbul, 2015, s. 55-56.

⁴⁵ Hamza Güneş, '*Sendikal Haklar ve Ülkemizde Kamu Görevlileri Sendikacılığının Gelişimi*', ÇSGB Çalışma Dünyası Dergisi, Sayı: 2013/1, Yıl: 2013, Ankara, s. 63.

⁴⁶ Nuri Çelik / Nurşen Caniklioğlu / Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, 31. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2018, s. 4-5.

⁴⁷ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 5.

⁴⁸ Güneş, s. 77.

⁴⁹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası tam metni için bkz.: https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2018.pdf (erişim tarihi: 24.04.2020).

Madde metni, çalışanlar ve işverenler için sendika kurmanın amacını tarafların ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak olarak açıklamıştır. Sendikaya üye olma ve üyelikten ayrılma konuları ise hiçbir zorlamaya maruz kalmadan bireyin serbest iradesine bağlanmış ve işverenlerin, çalışanları üzerinde sendikal haklarının kullanımı sebebiyle baskı kurmasının önü kapatılmak istenmiştir. Maddenin ikinci fıkrası ise sendikal hakların sınırlanma rejimini belirtmiş ve bu hakkın sadece *milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması* sebebiyle ve *kanunla* sınırlanabileceğini belirtmiştir. Ayrıca aynı maddenin beşinci fıkrası sendikaların faaliyetlerinin *Cumhuriyet'in temel nitelikleri ve demokrasi-nin esasları* ile uyum içerisinde olması gerektiğini belirtmiştir. Anayasa 53. maddesinde işçiler ve memurlar için toplu sözleşme ve toplu iş sözleşmesi hakkını, 54. maddesinde ise işçiler açısından toplu iş sözleşmesi görüşmeleri sürecindeki uyuşmazlıklar için grev hakkını tanımıştır. 54. maddenin ikinci fıkrasında ise grev hakkının iyi niyet kurallarına bağlı olarak, toplum ve milli servet zararına olmayacak şekilde kullanılacağını belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi (AYM) 2017 yılında verdiği bir kararında⁵⁰ sendika kurma hakkının örgütlenme özgürlüğünün bir biçimi olarak demokratik bir toplumun temeli olduğunu ve çalışanların bir araya gelerek kolektif bir şekilde bireysel ve ortak çıkarlarını korumanın bir aracı olduğunu belirtmiştir.⁵¹ Mahkeme yine aynı kararında Anayasa md. 51/1'de belirtilen *sendikaya serbestçe üye olma hakkının* işçinin sendikaya üye olmasından önce gerçekleşen *bilgilendirilme ve ikna edilebilme serbestisini* de kapsadığını belirtmiştir.⁵² Kararın devamında AYM, sendikal hakların kullanılması hususunda çalışanların uğrayabileceği müdahalelerin sadece devlet tarafından değil üçüncü kişiler tarafından da gerçekleştirilebileceğini belirterek, devletin bu konuda sadece hakka müdahale etmeme gibi negatif bir yükümlülüğünün bulunmadığını buna ek olarak üçüncü kişiler tarafından gelebilecek müdahalelere karşı da itirazların dile getirilebileceği ve müdahalenin sonuçlarının giderilebileceği caydırıcı ve etkin koruma sağlayan hukuksal mekanizmalar oluşturulmasının gerekliliğinin altını çizmiştir.⁵³

Sendikal hakların sınırlanma rejimine ilişkin bir başka kararında⁵⁴ ise AYM, sendika hakkının sınırlanabilir bir hak olduğunu, sınırlama sebeplerinin Anayasa md. 51/2 ve devamı maddelerinde gösterildiğini, ancak sınırlama sebeplerinin

⁵⁰ AYM Kararı tam metni için bkz.:

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/15627?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=15627> (erişim tarihi: 24.04.2020).

⁵¹ Başvuru No.: 2014/15627, 5.10.2017, para. 34.

⁵² Başvuru No.: 2014/15627, 5.10.2017, para. 35.

⁵³ Başvuru No.: 2014/15627, 5.10.2017, para. 36-37.

⁵⁴ Başvuru No.: 2013/8464, 30.12.2014.

sınırı konusunda Anayasa md. 13'te düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejiminin esas alınması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁵ Buna göre AYM, öncelikle hakka bir müdahalenin varlığının bulunup bulunmadığını daha sonra da müdahalenin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığını tartışmıştır. Müdahalenin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığını incelerken *ise müdahalenin kanuniliği, meşru amaç ve demokratik bir toplumda gerekli olma ve ölçülülük* kriterlerini kullanmıştır. Mahkeme olayı incelerken *demokratik toplum* ölçütünden ne anlaşılması gerektiğini ele almış, bu kavramın *çağdaş ve özgürlükçü* şekilde ele alınması gerektiğini belirterek AİHS'nin bu ölçütü kullandığı 9., 10. ve 11. maddelere atıfla bu ölçütün *çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik* temelinde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁶ Mahkeme devamında sendika hakkının siyasal demokrasiyi somutlaştıran etmenlerden biri olduğundan bahisle *şiddete teşvik etme veya demokratik değerlerin reddi söz konusu olmadığı sürece* ifade edilen görüşlerin veya ifade edilme biçimlerinin *yetkili makamların gözünde kabul edilemez dahi olsa* örgütlenme ve sendikal özgürlükleri ortadan kaldıracak ya da kullanımı zora sokacak tedbirlerin demokratik bir toplumda kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.⁵⁷ AYM ölçülülük ve demokratik bir toplumda gereklilik ölçütleri arasında sıkı bir ilişki olduğuna dikkat çektikten sonra AİHM içtihadına atıfla gereklilik kavramının *zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca* karşılık geldiğini ve amaç ile araç arasında bir orantı bulunması gerektiğini belirterek her ne kadar başvurucuya sendikal faaliyeti sebebiyle verilen ceza hafif bir ceza olsa da insanları sendikal faaliyetlere katılmaktan caydırabilecek nitelikte olması sebebiyle olayda sendikal hakların ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁵⁸

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadı açısından konuyu ele almak gerekirse sendikal faaliyetler Sözleşmenin 11. maddesinde özel olarak belirtilmiş ve Mahkeme'nin içtihadı ile içeriği genişlemiştir. AİHM'nin içtihadı sendikal hakların korunması hususunda aşamalı bir gelişim sergiler.⁵⁹ AİHM'in konuya bakış açısını anlamak için Demir ve Baykara/Türkiye Kararı'nı⁶⁰ ele alabiliriz. Söz konusu uyuşmazlık kapsamında, sendikal hakların kısıtlanması ile ilgili olarak Hükümet AİHS md. 11/2 uyarınca bu hakkın *devletin idare mekanizmasında çalışanlara uygulanmayacağı* iddiasında bulunmuş ancak AİHM, konu ele alınırken, AİHS md. 11/2 hükmünün dar olarak yorumlanması ve hakkın var-

⁵⁵ Başvuru No.: 2013/8464, 30.12.2014, para. 39.

⁵⁶ Başvuru No.: 2013/8464, 30.12.2014, para. 51.

⁵⁷ Başvuru No.: 2013/8464, 30.12.2014, para. 53.

⁵⁸ Başvuru No: 2013/8464, 30.12.2014, para. 57-65.

⁵⁹ Konu hakkında daha detaylı bilgi için bkz.: Olgun Akbulut, "Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri", Sibel İnceoğlu (der.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 381-423.

⁶⁰ Demir ve Baykara/Türkiye, Başvuru No: 34503/97, Büyük Daire Kararı, 12.11.2008.

lığı değil kullanılması hususunda hakkın özüne halel getirmeden uygulanması ve kısıtlamanın yasal ve gerekli olduğunun ispatı hususunun devlet tarafından ispatlanması gerektiğini belirtmiştir.⁶¹ AIHM ayrıca kararında, Avrupa devletlerinin uygulamalarında ve uluslararası belgelerde de bu konuda fikir ve uygulama birliği olduğundan bahisle Ekonomik, Sosyal ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, UÇÖ Sözleşmesi no. 87'ye ve Avrupa Sosyal Şartı'nın 5. maddesine atıfta bulunmuştur.⁶² Mahkeme, eski içtihadını değerlendirek 11. madde kapsamında görmediği toplu görüşme ve toplu sözleşme haklarının iş hukukunun gelişimi de göz önünde tutularak yeniden değerlendirilmesi gerektiğini ve bu hakların 11. maddenin temel unsurları haline geldiğini belirtmiştir.⁶³

Türkiye tarafından 12 Temmuz 1993 tarihinde yürürlüğe konan 87 No.lu Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunması Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi⁶⁴ de çalışanların örgütlenme hakkı üzerine güvenceler içermektedir. Sözleşmenin ikinci maddesi işverenler ve çalışanlar arasında hiçbir ayırım yapmadan kuruluşlar kurulabileceğini beşinci maddesi ise işveren ve çalışanların örgütler kurma ve bunlara üye olma hakları olduğunu belirtmektedir. Örgüt kelimesinden ne anlaşılması gerektiği Sözleşmenin 10. maddesinde, çalışanların veya işverenlerin çıkarlarına hizmet etmeyi veya bunları savunmayı amaçlayan her türlü kuruluş olarak ifade edilmiştir. Sözleşmenin dokuzuncu maddesi, sözleşme ile sağlanan hakların silahlı kuvvetler ve polis mensuplarına ne şekilde uygulanacağını takdirini ulusal makamlara bırakmıştır. Ancak ikinci fıkrasında halihazırda verilmiş olan hakların bu sözleşmeden etkilenmeyeceğini belirtmiştir. On birinci madde ise örgütlenme özgürlüğünün serbestçe kullanılabilmesi için üye devletleri önlem almakla yükümlü kılmıştır. 98 No.lu Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi⁶⁵ bu konuda koruma sağlayan başka bir sözleşmedir. Sözleşmenin birinci, ikinci ve üçüncü maddeleri, işçilerin sendika özgürlüklerine halel getirecek her türlü ayrımcı davranışı, işçilerin sendikaya özgürce üye olma hakkını, sendikal faaliyetleri sebebiyle işten çıkarılmalarını ve işçi sendikalarının işleyişine özellikle işveren ve işveren kuruluşları tarafından müdahale edilmesi durumlarına karşı işçileri korumaktadır. Dördüncü madde ise çalışma şartlarının toplu sözleşme ile belirlenmesi ve toplu pazarlık hakkının gelişmesi için gerekli şartların oluşturulması gerektiğini belir-

⁶¹ Demir ve Baykara/Türkiye, Başvuru No: 34503/97, Büyük Daire Kararı, 12.11.2008, para. 97.

⁶² Demir ve Baykara/Türkiye, Başvuru No: 34503/97, Büyük Daire Kararı, 12.11.2008, para. 98-103.

⁶³ Demir ve Baykara/Türkiye, Başvuru No: 34503/97, Büyük Daire Kararı, 12.11.2008, para. 153-154.

⁶⁴ Sözleşme Türkçe tam metni için bkz.: https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377261/lang--tr/index.htm (erişim tarihi: 24.04.2020).

⁶⁵ Sözleşmenin Türkçe tam metni için bkz.: https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377267/lang--tr/index.htm (erişim tarihi: 24.04.2020).

tir. Sözleşmenin beşinci maddesi ise sözleşme hükümlerinin silahlı kuvvetler ve polis mensuplarına ne şekilde uygulanacağını ulusal yasalarla belirleneceğini ancak halihazırda faydalananları etkilemeyeceğini belirtir.

Gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın beşinci maddesi çalışanların ve işverenlerin ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak için ulusal ve uluslararası düzeyde örgütlenme özgürlüğüne sahip olduğunu düzenler. Devamında ulusal yasaların bu özgürlüğün kullanılmasını sağlayacak biçimde düzenlenmesi gerektiğini belirterek devletlere bir pozitif yükümlülük yükler. Yine UÇÖ sözleşmelerine paralel olarak maddenin ikinci fıkrası bu haktan güvenlik güçlerinin ne şekilde yararlanacağını takdirini ulusal makamlara bırakmıştır. Altıncı maddesi ise birinci ve ikinci fıkralarında işçi ve işveren kuruluşları arasında çalışma koşullarının belirlenmesi için ortak ve toplu görüşmeleri teşvik ederken dördüncü fıkrası toplu sözleşme hükümlerinden doğacak anlaşmazlıklar için toplu eylem ve grev hakkının tanındığını belirtmiştir.

Genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, sendikal hak talepleri işçi sınıfının ortaya çıkması ile doğmuş ve gelişimleri işçi sınıfının gelişimi ile paralellik göstermiştir. Bugün geldiğimiz noktada ulusal düzeyde anayasalar ve uluslararası belgeler ile sendikal haklar geniş bir korumaya kavuşturulmuştur. Güvenlik güçlerinin sendikal haklardan faydalanması hususunda ise hem sözleşme metinleri hem de yargı kararları açıkça göstermektedir ki bu kesimlerin sendikal haklardan faydalanıp faydalanamayacağı tartışması yersiz bir tartışmadır. Bu kişilerin de diğer çalışanlar gibi bu özgürlüklerden yararlanacakları açıktır. Ulusal makamlara tanınan yetki bu kesimlerin hassas konuları sebebiyle verilmiş hakkın özüne dokunmadan hakkın kapsamını belirleme yetkisidir. Gerek sözleşme metinleri gerek de yargı kararları devletin sendikal hakların korunması konusundaki pozitif yükümlülüklerine gönderme yapmaktadır. Sendikal haklar söz konusu olduğunda devletin sadece negatif bir karışmama yükümlülüğü olduğunu söylemek yerinde olmayacaktır. Devletin sendikal hakların üçüncü kişilere özellikle de işverenlere karşı korunması hususunda pasif değil aktif bir tutum izlemesi ve hakkın gereği gibi kullanılabilmesi için yasal düzenlemeler ya da koruma mekanizmaları oluşturmak gibi pozitif nitelikte eylemlerde bulunması gerekmektedir. Ayrıca ulusal makamların sendikal haklar konusunda karar verirken bu hakkın örgütlenme özgürlüğü kapsamında işçilerin ekonomik ve sosyal hakları hakkında görüşlerini kolektif bir şekilde ifade ettikleri bir araç olduğunu unutmadan şiddet eylemleri içermeyen bu ifade karşısında daha toleranslı davranmaları gerekmektedir. Sendikalar aynı zamanda bir baskı grubu olarak siyasal iktidar ile diyalog içine girerek iktidarı kendi çıkarları ve hak talepleri çerçevesinde yönlendirme işlevi görürler.⁶⁶

⁶⁶ Mustafa Öztürk, 'Sendikal Demokrasinin Örgütlü Hareketler Açısından Önemi', Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı: 2013/2, Yıl: 2013, Isparta, s. 271-272.

Sosyal haklar söz konusu olduğunda talep konusu işçinin, işvereninden ya da devletten talep ettiği bir haktır. Konu sadece bir hakkın talebi boyutuyla da değil halihazırda var olan hakkın hiç ya da gereği gibi kullanılamaması durumlarında da işçinin korunması boyutuyla düşünülmelidir. İşçiyi tek başına ve içinde bulunduğu sınıftan ayrı bir birey olarak ele aldığımızda ise işçi gerek elinde sermayeyi bulunduran işvereni karşısında gerekse devlet karşısında güçsüz bir konumda bulunmaktadır. Ancak, işçiyi kolektif bir hareketin parçası olarak ele aldığımızda ise işçi - işveren ya da işçi-devlet arasındaki dezavantajlı konum işçi lehine bozulmaya başlar. İşçilerin hak taleplerini örgütlü olarak kolektif bir şekilde iletebilmesi taraflar arasında sağlanmak istenen eşitliğin en önemli ögesi durumuna gelmektedir. Sosyal hakların elde edilmesi süreci düşünüldüğünde bu hakların işçilerin örgütlü mücadelesi sonucu elde edildiği unutulmamalıdır. Bu açıdan örgütlenme özgürlüğü işçiler açısından sadece bir sosyal hak değil aynı zamanda işçinin sahip olduğu diğer sosyal hakların da güvencesi konumundadır.

IV. DÜŞÜN İŞÇİLİĞİNİN SINIFSAK KONUMU VE HUKUKİ STATÜSÜ

Makalemizin bu kısmında öncelikle düşün işçiliğinin ortaya çıktığı tarihsel süreci kısaca inceleyecek ve daha sonra onların sınıfsal konumunu çözümlemeye çalışacağız. Düşün işçilerinin sınıfsal konumlarını belirlerken üzerinde önemle durmamız gereken bir başka konu da düşün işçilerinin hukuki statüsü olacaktır. Hukuki statünün tespit edilmesi, düşün işçilerinin örgütlü mücadele ve hak talepleri sürecinde hem *hakkın öznesi* olma konumlarının hem de işveren ile aralarındaki hukuki ilişkinin niteliğinin belirlenmesi hususunda önemli bir yer tutmaktadır.

Sınıfsal konumun belirlenmesi de önemli bir noktadır. Ancak tek başına yeterli değildir. Bir sınıfın üyesi olmak ile bir sınıf olarak kolektif bir eylem gerçekleştirmek iki ayrı durumdur. Bunun kökenini *kendi içinde sınıf* ve *kendisi için sınıf* ayrımında bulabiliriz. Buna göre, kendi içinde sınıf, ortak bir sınıfın üyesi olma ve sınıfın diğer üyeleriyle ortak şartlarda yaşadığının bilincinde olma durumu olarak tanımlanabilir. Kendisi için sınıf ise; ortak bir yazgıyı paylaşma farkındalığının bir adım ötesine geçerek o yazgının kontrolünü kendi ellerine alma ve bir sınıf olarak, içinde bulunulan koşulları değiştirmek için kolektif bir eylem gerçekleştirebilme durumu olarak tanımlanabilir.⁶⁷

A. Düşün İşçilerinin Sınıfsal Konumu

Klasik işçi sınıfı, kendisi için sınıf olma bilincine ulaştıktan sonra hak taleplerini daha gür bir sesle dile getirmeye başlamıştır. Aynı yazgıyı paylaştığının farkına varan kitleler bir araya gelmiş ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla

⁶⁷ Karl Marx / Friedrich Engels, *Alman İdeolojisi*, (çev. S. Belli), Üçüncü Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 1992, s. 91-94.

içinde bulundukları sömürü düzenine karşı mücadele etmişlerdir. Aslında düşün işçileri de içinde bulundukları sömürü koşullarının farkındadırlar. Ancak onları kolektif bir şekilde eyleme geçmekten alıkoyan iki önemli sebep bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, içinde bulundukları koşulların, yaptıkları işin bir niteliği ve gerekliliği olarak sunulması ve bu şartlara katlandıkları takdirde yükselebilecekleri, “sınıf atlayabilecekleri” algısının kendilerine dikte edilmiş olmasıdır. İkinci sebep ise, aslında ilk sebebin somutlaşmış bir görünümü olarak istihdam tiplerinin, iş yeri kavramının ve işçi- işveren arası ilişkilerinin niteliğinin değişimidir. Bu sebeple, düşün işçileri açısından sınıfsal konumlarının belirlenmesi, onların ortak çıkarlarını savunmak adına eyleme geçmelerine giden yolun sadece ilk adımı olacaktır.

Düşün işçilerinin ortaya çıkışı ve Sanayi Devrimi sonrası ortaya çıkan yeni üretim biçimi arasında sıkı bir ilişki vardır. Sanayi Devrimi sonrası ortaya çıkan yeni üretim modeli her işçinin üretim sürecinin belli bir kısmında uzmanlaştığı bir iş bölümü gerektiriyordu. Gelişen teknoloji ile bu iş bölümü sonucunda üretimde artık kol emeğinden ziyade kafa emeğine duyulan ihtiyaçta bir artış yaşanmaya başladı. Öncelikle gelişen teknolojiyle kol gücüne olan ihtiyacın azalması daha ucuz iş gücü arayışı kol gücü gerektiren işleri önce şehrin sonra da ülkenin dışına itince kentlerde onlara ayrılan yerleri *finans* ve *hizmet* sektörleri gibi yeni sektörler aldı ve bu yeni sektörlerde çalışacak yeni işçilere diğer bir deyişle düşün işçilerine olan ihtiyaç ortaya çıktı.⁶⁸ Bu yaşanan artışın sonucu olarak belli bir alanda eğitim görmüş ve uzmanlaşmış kişilere gereksinim duyulmaya başlandı. Yeni üretim süreçleri, işçilerden, kas gücünden ziyade yenilikçilik, yaratıcılık gibi özellikler talep etmeye başladı ve sermaye birikiminin artışı ile düşün işçileri zamanla bazı yönetsel işleri de üstlenmeye başladılar.⁶⁹

Düşün işçilerinin sınıfsal konumunu belirlerken öncelikli olarak yapılması gereken onların üretim biçimi içindeki yerini tespit etmek olacaktır. Üretim süreçlerine hangi noktada dahil olduklarının tespiti bize onların sınıfsal konumlarını belirlemek açısından yardımcı olacaktır.⁷⁰ Özellikle sınıfsal konumlar belirlenirken yapılan gelir düzeyi, statü gibi kriterler göz önünde bulundurularak farklılaşmaya dayalı sınıfsal belirlemeler ve buna bağlı olarak ortaya çıkan ancak içeriği ve sınırları tam olarak belirlenemeyen *orta sınıflar*⁷¹ kavramı bizim konuyu ele alış biçimimiz açısından kullanılmayacaktır. Düşün işçilerinin sınıfsal konumunu belirlerken temel yaklaşımımız üretim ilişkileri içerisindeki konumlar

⁶⁸ Nevzat Evrim Önal, *Bilmiyorlar, Ama Yapıyorlar: Beyaz Yakalı Varoluşa Dair Denemeler*, 2. Baskı, Yazılama Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 38-39.

⁶⁹ Erday, *Beyaz Yakalıların Tanımlanması Üzerine*, s. 72.

⁷⁰ Korkut Boratav, *1980'li Yıllarda Türkiye'de Sosyal Sınıflar ve Bölüşüm*, 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2016, s. 17.

⁷¹ Boratav, s. 16.

ve sömürü ilişkisi olacaktır. Çalışanların sınıfsal konumunu belirlerken kişilerin çalıştıkları meslek türlerine dayanarak yapılan ayırım onların üretim sürecine katılırken harcadıkları emeğin sömürü dinamikleri içindeki yerini gizlemektedir.⁷² Üretim süreçlerine katılım açısından baktığımızda, üretime kol emeği ile katılan işçiler için sürece olan katkıları daha somut olarak görülebilir bir durumdadır ancak düşün işçileri için durum bundan biraz daha karışıktır keza onların üretim sürecine olan katılımları çoğu zaman daha soyut bir şekilde olmaktadır.⁷³

Yaptıkları iş karşılığında aldıkları ücret bakımından kol gücüne dayalı olarak çalışan işçilerden ayrılırlar. Aldıkları ücret onlardan daha fazladır, görece daha iyi yaşam koşullarına sahiptirler ve diğerlerinden farklı olarak bir gün üst sınıfa geçebilme şanslarının daha fazla olduğunu düşünürler.⁷⁴ Ancak sorunun en temelinde indiğimizde bir iş sözleşmesi karşılığında işverene emeklerini satan birer işçidirler. Sattıkları emek düşünsel bir sürecin ürünüdür ancak yine de genellikle işverene bağlı olarak çalışırlar. Üretim ilişkisi içerisinde sermayenin sahibi olan taraf işverenin kendisidir, düşün işçilerinin bu üretim süreci içindeki görevi işverenin sermayesini uzmanlaştığı alandaki becerileriyle arttırmaktır. İşveren vekili gibi pozisyonlara geldiklerinde dahi üretim süreci içerisindeki konumları değişmemektedir. Bu açıklamaların yanında konunun bir de hukuki boyutu vardır.

B. Düşün İşçilerinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi

4857 Sayılı İş Kanunu'nun⁷⁵ *Tanımlar* kenar başlığını taşıyan ikinci maddesinin birinci fıkrasına baktığımızda düşün işçilerinin hukuki statüsünü daha iyi kavrayabiliriz:

***Madde 2-** Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir. İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir.*

Kanun metninden hareketle şu sonuca varabiliriz, hukuki olarak bir kişinin statüsünün işçi olabilmesi için, kişinin bir iş sözleşmesine dayanarak başka bir kişi yani işveren adına çalışması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, kişinin işçi sayılabilmesi için iş ilişkisinin, iş sözleşmesinden kaynaklanması gerekmektedir.⁷⁶ Gerçek kişi eğer kanunda belirtilen bir iş sözleşmesine dayanarak, bağımlı ve

⁷² Erik Olin Wright, *Class Structure and Income Determination*, Academic Press, New York, 1979, s. 114-118.

⁷³ Önal, s. 30-31.

⁷⁴ Önal, s. 57.

⁷⁵ 4857 Sayılı İş Kanunu, 10.06.2003, RG: 2534.

⁷⁶ Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri I*, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 96.

ücret karşılığı iş görme unsurlarını taşıyorsa bu kanun kapsamında işçi sayılır. İş görme edimini yerine getirirken harcanan emeğin bedensel ya da zihinsel çalışmaya dayanması, kişinin hukuki açıdan işçi statüsünde olup olmadığı belirlenirken dikkate alınacak bir unsur değildir.⁷⁷ İşçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinin temel amacı ise işçinin işveren adına *mal* veya *hizmet* üretmesidir. Aynı kanunun sekizinci maddesinin birinci fıkrası ise bize iş sözleşmesinin tanımını ve unsurlarını vermektedir:

Madde 8- *İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. İş sözleşmesi, Kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tâbi değildir.*

İş sözleşmesinin en temel unsurlarından biri ortada bir iş görme borcu olmasıdır. Ancak bu iş görme borcunun bedensel emeğe mi yoksa zihinsel emeğe mi dayandığı noktası yani niteliği önemli değildir.⁷⁸ İş sözleşmesi iki tarafa da karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmedir. İşçiye işveren adına iş görme borcu yüklerken işverene de görülen işin karşılığında bir *ücret* ödeme borcu yükler. Ancak bizim konumuz açısından ele alınması gereken nokta, iş sözleşmesinin *bağımlılık* unsurudur. Aslında düşün işçilerinin hem hukuki statüsünü hem de sınıfsal konumunu belirlemede bağımlılık unsurunu tanımlamak bize yardımcı olacaktır. Sınıfsal konumu belirlemede kullandığımız üretim ilişkisi içerisindeki konum meselesi bağımlılık unsurunun açıklanması ile daha da anlam kazacaktır.

Bağımlı çalışma unsurunu incelerken kullanacağımız ölçüt ise üretim araçlarına sahip olmak olacaktır.⁷⁹ Üretim için gerekli araçlar bağımlı çalışma ilişkisi içerisinde işveren tarafından sağlanır. İşçinin üretim süreci sonucunda elde ettiği ürün işçinin değil işverenin mülkiyetinde olacaktır ve işçi doğrudan işverenin müşterileri için değil işveren adına üretim sürecine katılmış olacaktır.⁸⁰

İş sözleşmesini konusu iş görme borcu olan diğer sözleşmelerden ayıran asıl unsur, bağımlılık unsurudur. Burada '*bağımlılık*' kavramı ile anlatılmak istenen işçinin, iş görme edimini gerçekleştirdiği sırada işverenin '*emir*' ve '*talimatları*' ile bağlı olmasıdır. İşveren, işçi üzerindeki *yönetim*, *denetim* ve *gözetim* yetkilerine dayanarak sözleşmede kararlaştırılan işin ne şekilde görüleceğine dair işçiye

⁷⁷ Öner Eyrenci / Savaş Taşkent / Devrim Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 25-26.

⁷⁸ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 164.

⁷⁹ Ali Güzel, '*Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme*', İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Sayı: 1997/2, Yıl: 1997, Ankara, s. 97.

⁸⁰ Güzel, *Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme*, s. 98.

talimat verme hakkına sahiptir.⁸¹ Bağımlı ve bağımsız çalışma arasındaki fark da tam olarak işçi ve işveren arasındaki bu hiyerarşik ilişkiye dayanmaktadır.⁸²

Aslında bağımlılık ilişkisi bedensel emeğe dayanarak çalışan işçiler açısından ayırt edilmesi daha kolay bir ilişkidir. Ancak düşünsel süreçler işe dahil olduğunda bu ayrımı yapmak her zaman o kadar da kolay olmamaktadır. Düşün işçileri söz konusu olduğunda bazen harcadıkları emek sonucunda ortaya çıkan ürün sadece düşün işçisinin kendi bilgisinden, eğitiminden ve uzmanlığından kaynaklanmaktadır. Örneğin bağımlı çalışan bir mimar ya da avukat için durum çoğunlukla bu şekildedir. Ancak üretim sürecinin sonunda ortaya çıkan ürünün mülkiyeti bağımlı çalışan avukat ya da mimara değil onların bağımlı çalıştıkları kişiye, *sermaye sahibine* diğer bir deyişle *işverene* aittir. Onların, üretim sürecindeki katkılarından dolayı aldıkları bir ücret vardır. Muhasebeciler yahut insan kaynakları çalışanları gibi gruplar için durum bundan daha da karmaşıktır. Onların üretim sürecine katkısı şirketlerin performans çıktıları gibi raporlarda görünen rakamlardan ve şirketin dolayısıyla da işverenin sermayesindeki artıştan ibarettir.⁸³

Düşün işçilerinin hukuki statüsü bakımından ele almamız gereken bir başka önemli kavram da *işyeri* kavramıdır. Değişen iş ilişkileri ve ilerleyen teknoloji sayesinde çalışma ortamı, artık sadece işverenin sağladığı dört duvar ve üstünde bir çatıdan oluşan mekanları aşmış bulunmaktadır.⁸⁴ Klasik anlamda işçi sınıfı ortaya çıktığında, gerçekleştirdikleri iş gereği işverenin onlara sağlayacağı araçlara ve bu araçları kullanabilecekleri çalışma ortamına gereksinim duymaktaydılar. Ancak gelişen teknoloji sonucu özellikle düşün işçilerinin çalıştıkları alanlarda, yaptıkları işin de niteliği gereği işverenin sağlamakla yükümlü olduğu araçlara ve çalışma ortamına duyulan gereksinim azalmıştır. Artık, işçinin çalışma saatlerini, işverenin gözetimi altında sınırları belli bir işyerinde geçirdiği çalışma şekli, söz konusu olan çalışan grubu düşün işçileri olduğunda her zaman baskın çalışma biçimi olarak gözükmemektedir.

Klasik anlamda işçi sınıfı için gelişen teknoloji nasıl iş bölümüne yol açmışsa düşün işçileri açısından da işin *bireyselleşmesine* sebep olmuştur. Örneğin, bir otomobil fabrikasında çalışan işçi her ne kadar otomobil üretiminin belli bir kısmından sorumlu olsa da kendisi gibi diğer işçilerle aynı işyerini paylaşmakta ve onlarla belli bir etkileşime girmektedir. Ancak düşün işçileri açısından, örneğin bir şirketin tasarım işlerini yapan tasarımcı açısından ise benzer bir durum her zaman söz konusu değildir. Bir tasarımcının işini yapabilmek için gereksinim

⁸¹ Narmanlıoğlu, s. 99.

⁸² Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 58.

⁸³ Önal, s. 31-32.

⁸⁴ Ahmet Nizamettin Aktay / Kadir Arıcı/, Emine Tuncay Senyen Kaplan, *İş Hukuku*, 6. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013, s. 39.

duyduğu araçlar çoğu zaman bir bilgisayar ve belli başlı programlardan ibarettir. Yaptığı işin, nitelik olarak, işverenin sağladığı araçlara işyerine ya da kendisi gibi diğer işçilere duyduğu gereksinim çok daha azdır. Bu bireyselleşme, günün belirli saatlerinde, belirli bir ortamda diğer işçilerle birlikte iş görme edimini yerine getiren işçilere oranla düşün işçileri arasında kolektif bir hareketin gelişme ihtimaline de ket vurmuştur. Bireyselleşmenin bir sonucu da çalışma şartlarının giderek işçi ve işveren arasındaki eşitsiz ilişki sonucu şekillenmesi, kolektif hareketin önünün kesilmesi ve dolayısıyla da işçinin emeğinin işveren tarafından daha rahat sömürülmesi olacaktır. Çağdaş İş Hukuku öncesi dönemi andıran bu ilişki içerisinde tarihsel süreçte genel anlamda işçinin elde ettiği tüm kazanımlar bu şekilde zayıflatılmış ve tekrar işverenin iş ilişkisinin kuruluşunda ve devamının iradesini dikte ettirebildiği bir hal almıştır.⁸⁵

Aynı zamanda bu durum, işveren tarafından verilen işi yapan ancak bunu yaparken belli bir işyerinde çalışmayan kişilerin işçi sayılıp sayılmayacağı konusunda da soru işaretleri uyandırmaktadır. Belirtmek gerekir ki kişinin doğrudan işverene bağlı bir işyerinde çalışmıyor olmasının hukuki statüsü üzerinde bir etkisi yoktur. Çünkü kişi, sınırları belli bir iş yerinde çalışmasa bile işverenin talimatlarına bağlı bir şekilde iş görme borcunu yerine getirmekte ve işverene bağımlı olarak çalışmaktadır.⁸⁶

Belli sınırları olmayan bir işyerinde, işverenin denetim yetkisine daha az maruz kaldığını düşünen bir işçi için içinde bulunduğu koşullarda kolektif bir eylem gerçekleştirmek klasik anlamda işçiye göre daha zordur. İşverenin yönetim yetkisinin daha az hissedilmesi, ilk bakışta işveren ve işçi arasındaki bağımlılık ilişkisinin de azaldığı ya da klasik iş ilişkilerine göre daha zayıf olduğu izlenimi uyandırabilir. Ancak bu durum bir yanıltmacadır. İşçi, iş görme edimi süresince, işverenin otoritesi altındadır ve işverenin talimatlarına uymak zorundadır. İşverenin yetkileri içerisinde, yönetim yetkisi en geniş uygulama alanı olan yetkilerden biridir ve sadece işyerine özgü değil aynı zamanda iş ilişkisinden kaynaklanan bir yetkidir.⁸⁷

Kısaca durumu özetlemek gerekirse, düşün işçilerinin ortaya çıkış süreci ile kol emeğine dayanan klasik anlamda işçi sınıfının ortaya çıkışı arasında bir paralel-

⁸⁵ Richard Mitchell / Joel Fetter, *The Individualisation of Employment Relationships and the Adoption of High Performance Work Practices Final Report*, Centre for Employment and Labour Relations Law, Law School of the University of Melbourne, s. 4-5.

Raporun İngilizce tam metni için bkz.:

<https://pdfs.semanticscholar.org/763b/2300f5488a85e2b290ec794245b10353a642.pdf> (erişim tarihi: 26.04.2020).

⁸⁶ Narmanlıoğlu, s. 97-98.

⁸⁷ Ali Güzel, 'İş Hukukunda "Yetki" ve "Özgürlük"', İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2016/1, Yıl: 2016, İstanbul, s. 96-98; Erbil Beytar, *İşçinin Kişiliğinin ve Kişisel Verilerinin Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 77.

lik ilişkisi gözlemlenmektedir. Gerek hukuki statüleri gerekse sınıfsal durumları itibarıyla düşün işçileri de eğitim ve uzmanlaşma sonucu kazandıkları bilgiden kaynaklanan emeği işverenin hizmetine sunmaktadırlar. İşveren ise hem üretim sürecinin sonucunda ortaya çıkan ürünün mülkiyetine hem de bu üründen kazanılan değere el koymakta ve karşılığında da düşün işçisine bir ücret ödemektedir. Aslında sınıfsal konumun belirlenmesinde ortaya çıkan güçlüğü temel sebebi klasik anlamdaki işçi sınıfı ve işveren arasındaki çıkar çatışması durumunun düşün işçileri konusunda diğerine kıyasla daha zor belli olmasıdır. Kendisine sürekli farklı ve özel olduğu söylenen ve bir gün sınıf atlamak gibi hayalleri bulunan düşün işçileri hizmet ettikleri işverenin çıkarları ile kendi çıkarlarını çoğu zaman aynı görmekte ve bu durum örgütlü bir mücadele için gereken kolektif hareket bilincinin önünü kesmektedir. Bu durum makalemizin sonraki bölümünde daha detaylı olarak incelenecektir.

V. DÜŞÜN İŞÇİLERİNİN HAK TALEBİ VE ÖRGÜTLÜ MÜCADELE

A. Örgütlenmenin Önündeki İdeolojik Engeller

Bir sınıf olarak düşün işçilerinin örgütlü mücadele yollarını ve bu mücadelenin gelişimini incelemeyi önce onların sayısını ve üretim süreci içerisindeki önemlerini arttıran şartların ele alınması gerekmektedir. Aslında düşün işçileri her zaman üretim sürecinin bir parçası olmuşlardır. Ancak daha önce bahsettiğimiz teknolojinin gelişmesi ve kol emeğine duyulan ihtiyacın azalması sonucu üretim süreçlerinde, öncelikle mühendislik gibi alanlarda, başlayan değişim ve hizmet ve finans sektörleri gibi alanların gelişmesi sonucunda sermayenin biçim değiştirmesi, düşün işçilerinin sayılarının da giderek artmasına neden olmuştur.⁸⁸

Endüstri sektöründe istihdamın azalması veya ülke dışına kayması, hizmet sektörünün giderek genişlemesi ve gelişen teknoloji ile çalışanlardan beklenen niteliklerin değişmesi, çalışanların taleplerinin de değişmesine neden olmuştur.⁸⁹ Her ne kadar düşün işçilerinin kamuda çalıştıkları dönemlerde bazı güçlü ve örgütlü yapılar görülsede⁹⁰ kamuda istihdamın azalması ve düşün işçilerinin daha çok özel sektörde çalışmaya başlaması bu örgütlülüğü azaltmıştır. Özellikle neo-liberal politikaların geçerlilik kazanması ile sosyal hakların bir güvencesi konumunda bulunan sosyal devlet anlayışı da giderek güç kaybetmekte ve devletin ekonomik alandaki rolü giderek kısıtlanmaktadır.⁹¹ Sosyal devlet anlayışının za-

⁸⁸ Charles Wright Mills, *White Collar the American Middle Class*, 50. Yıldönümü Baskısı, Oxford University Press, New York, 2002, s. 68-69.

⁸⁹ Yücel Yel, s. 62.

⁹⁰ Ertuğrul Bilir, *Beyaz Yakalı İşçilerin Çalışma İlişkilerine Bir Örnek: İmalat Sanayinde Mühendisler*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s. 29.

⁹¹ Güzel, Sosyal Devlet ve Sosyal Haklar, s. 285-286.

yıflaması hem kamu istihdamını azaltmakta hem de sosyal hakların korunmasını zorlaştırmaktadır. Bunun sonucunda çalışanları ise giderek *güvencesizleşen* bir çalışma ortamı beklemektedir.⁹²

Sınıfsal konumları açısından baktığımızda da düşün işçilerinde sınıfsal bir bilincin daha doğrusu işverenin çıkarları ile kendi çıkarlarının çatıştığını görmelerinin daha zor olmasının nedenlerinden biri de onlara verilen *yükselebilmek* vaadidir.⁹³ Özellikle 1980’lerin icadı olan “*yuppie*” kavramı düşün işçilerini tanımlarken karşımıza çıkar ve “*genç, kentli, yükselmeye açık profesyonel*” anlamına gelir.⁹⁴ Bir başka deyişle, neo-liberal ekonomi politikalarının güç kazandığı dönemde artık elimizdeki iş gücü; “*eğitim düzeyi yüksek, bireysel kariyer hedefleri olan, vasıf çeşitliliğine sahip, dayanışma bilinci ve sendikal ortak değer ve amaçlara bağlılığı zayıf*”⁹⁵ bir profil sergilemektedir. Ayrıca düşün işçilerinin çalışma ortamları da diğer işçilerden ayrı ve daha çok yönetici kademeye sadece fiziksel değil algısal olarak da yakın şekilde konumlandırılmıştır.⁹⁶ Bu yakınlığın nedenlerinden biri ise gelişen sermaye birikimi ve teknoloji ile yönetim görevleri de gelişmesi ve bu yönetim görevlerinin bir kısmını da düşün işçileri üstlenmeye başlamasıdır.⁹⁷

Düşün işçilerinin kendi çıkarlarını sermayenin çıkarları ile bütünleşik olarak görmesi içinde bulundukları “*yanlış bilinç*”⁹⁸ durumunun bir sonucudur. Kendi çıkarını sermayenin çıkarında arayan düşün işçileri için sermayeye karşı girişilecek bir örgütlenme, kendi çıkarları zararına giriştikleri bir eylem olarak görülmektedir. Bunun sonucu ise emeğin sömürülmesinin *katlanılması gereken* bir durum olarak kabul edilmesidir. Yukarıdaki tanımda gördüğümüz üzere, neo-liberal ekonomik politikalar sonucu gelişen ve kendi *bireysel* kariyerine odaklanan iş gücü için, sınıfsal bir çıkardan çok bireysel çıkarların öne çıkacağı açıktır. Bunun sonucunda da bireysel çıkarları korumak için sermayeye karşı girişilecek kolektif bir hareket yerine sermayenin isteklerine uyarak onunla uzlaşma ve kendi çıkarını sermayenin çıkarları ile eş tutma anlayışı güçlenecektir.

⁹² Yücel Yel, s. 61.

⁹³ Önal, s. 57.

⁹⁴ Önal, s. 46.

⁹⁵ Ahmet Selamoğlu, ‘*İşçi Sendikacılığında Yeniden Yapılanma ve Örgütlenme Modeli*’, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 2003/ 2, Yıl: 2003, Kocaeli, s. 68.

⁹⁶ Ahmet Utku Erday, *Beyaz Yakalı İşçilerde Örgütlenme: Türk Bankacılık Sektöründe Bir Alan Araştırması*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012, s. 126.

⁹⁷ Erday, *Beyaz Yakalı İşçilerde Örgütlenme: Türk Bankacılık Sektöründe Bir Alan Araştırması*, s. 72.

⁹⁸ Kavram hakkında daha detaylı bilgi için bkz.: Georg Lukacs, *History and Class Consciousness Studies in Marxist Dialectics*, (çev. R. Livingstone), The Merlin Press Ltd, Cambridge, 1971, s. 49-51.

Düşün işçilerinin örgütlenmesinin önünde duran engellerden biri de yedek emek ordusu kavramı üzerinden açıklanabilir. Sermayenin büyümesi ve teknolojinin gelişmesi ile ortaya çıkan işsizlik, yedek emek ordusunu besleyen bir artı nüfusun oluşmasına neden olur.⁹⁹ Yedek emek ordusunun büyümesi, düşün işçilerinin haksız çalışma şartlarına boyun eğmesine ve örgütlü bir mücadeleye girişmemesinde önemli bir rol oynar.¹⁰⁰ Sayıları hızla artan düşün işçilerinin karşılaştıkları güçlüklerden biri de her an “harcanabilir” bir konumda bulunmalarıdır. Her ne kadar düşün işçilerinin çalıştığı alanlar eğitim ve uzmanlık gerektiriyorsa da özellikle sayılarında yaşanan artış sonucu her zaman aynı eğitim seviyesinde olan ancak işsizlikle yüzleşen ya da aldığı eğitime göre daha alt pozisyonlarda çalışan kişiler, aktif olarak çalışanların yerini almak için beklemektedir. Yedek emek ordusu, her yıl üniversitelerden mezun olan binlerce yeni asker ile beslenerek işçi- işveren ilişkisinde işverene büyük bir avantaj sağlamak ve düşün işçilerinin üstünde Demokles’in kılıcı gibi sallanmaktadır.¹⁰¹ Düşün işçileri en ufak bir sosyal haklara erişme ya da daha insani şartlarda çalışma isteğinin karşısında, her an yerlerinin doldurulabilecek olduğu gerçeğiyle yüzleşirler.

Bu etmenler bir araya geldiğinde aslında bize neden düşün işçileri arasında etkili bir örgütlenme yapısı kurulamadığını göstermiş oluyor. Kariyer odaklı ve yükselme hedefi olan bir grubun işverene yakın olarak konumlandırılması ve kendi çıkarları ile işverenin çıkarlarını aynı doğrultuda görmesi aslında çatışma halinde bulunan sınıfsal çıkarları maskeleymektedir. Aynı zamanda sürekli genişleyen yedek emek ordusu da işçinin içinde bulunduğu duruma karşı eyleme geçmemesini sağlayacak bir araç olarak işverenin elinde bulunmaktadır. Bu durum, örgütlenme konusunun birinci problemini oluşturmaktadır. İkinci problemi ise yukarıda Boratav’a atıfla bahsettiğimiz “orta sınıf” yanlılığı oluşturmaktadır. Bu konuya açıklık getirmek gerekirse kendini tüketim alışkanlıkları ve gelir düzeyi

⁹⁹ Marx, Kapital, s. 600-603.

¹⁰⁰ Marx’ın bu konudaki görüşleri için bkz.: “Bir yandan, işçi sınıfının çalışan kesiminin aşırı çalışması yedek ordunun saflarını şişirirken, öte yandan da bu yedek ordunun rekabet yoluyla çalışanlar üzerindeki artan baskısı, bunları, aşırı-çalışmaya boyun eğmek ve sermayenin diktası altına girmek zorunda bırakır. İşçi sınıfının bir kesiminin aşırı çalışmayla diğer kesimi zorunlu bir işsizliğe mahkum etmesi ve bunun tersi, bireysel kapitalistleri zenginleştirmenin bir aracı halini aldığı gibi, aynı zamanda da, yedek sanayi ordusu üretimini, toplumsal birikimin ilerlemesine uygun düşecek ölçüde hızlandırır.” Marx, Kapital, s. 606-607.

¹⁰¹ Korkut Boratav Cumhuriyet Gazetesi’ne verdiği bir röportajda bu durumu şu sözlerle açıklar: “Öğrenciler tümüyle yarınki işçi sınıfının yedek emek ordusudur; üniversiteyi bitirdikleri anda yedek emek ordusunu besler; adım adım da aktif emek ordusuna katılırlar. Dolayısıyla onlar yarının işçi sınıfıdır.” Röportajın tam metni için bkz.: <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/korkut-boratav-bugunku-islamci-bir-fasizm-1194448> (erişim tarihi: 15.06.2020); Antonio Negri / Carlo Vercellone, ‘The Capital-Labor Relation in Cognitive Capitalism’, From the Factory to the Metropolis, Essays Volume 2, (çev. E. Emery), Ed.: Federico Tomasello, Birinci Baskı, Polity Press, Oxford, 2018, s. 19.

üzerinden dolayısıyla da sahip olduğu *statü* üzerinden tanımlayan bir gruptan sınıfsal bir refleks göstermesini beklemek doğru olmayacaktır. Tüketim toplumunun bize sunduğu ve tüketim alışkanlıklarımızın yani tükettiğimiz ürünlerin bizim statümüzü gösterdiği bir toplumsal anlayış içerisinde¹⁰² sınıfsal bir bilince sahip olmak ve sınıfa dayanan bir kolektif hareket üretmek çok olası değildir. Bu durum aynı zamanda klasik anlamda işçi sınıfı ile düşün işçileri arasındaki farklılık anlayışını güçlendirerek bu iki grup arasındaki ayrılığı derinleştirmekte ve ortak sorunlara karşı ortak bir eylem ortaya koyabilme kapasitesini ise azaltmaktadır.

Özellikle maddi olmayan emeğin 1970’li yıllardan itibaren önem kazanması çalışma biçimlerini de değiştirdi. Buna bağlı olarak izlenen politikalarla sürekli istihdam anlayışının terk edilmesi ve *esnek* çalışma modellerinin gelişmeye başlamasıyla belli saatler arasında belli bir işyerinde çalışma olarak adlandırabileceğimiz klasik çalışma biçiminde hem de işçilerin statüsünde değişiklikler olmuş ve bu değişimlerin sonucunda sendikal etkinlikler zayıflamıştır.¹⁰³ Esnek çalışma düzeninin yaygınlaşması işçi üzerinde bir bağımsızlık illüzyonu oluştururken gelişen teknoloji ise gerçekte işverenin yeni denetim yolları ile işçiyi sürekli denetim altında tutmasının önünü açmıştır. Ayrıca bu durum, işçiyi hem giderek güvencesizleştirmiş hem de sermayenin işçinin emeği üzerindeki sömürsünü güçlendirmiştir. Esnekleşen çalışma, klasik işyeri anlayışını da değiştirerek düşün işçisinin üretim sürecini bireyselleştirmiş ve onu tek başına bırakarak sermaye karşısında zayıflatmıştır.¹⁰⁴

Düşün işçilerinin hukuki statüsünü belirlerken işverenin otoritesi altında çalışma kısmında bahsettiğimiz işin bireyselleşmesi konusunda burada da değinmemiz gerekmektedir. Düşün işçileri açısından işin bireyselleşmesi, sadece hukuki bir tartışmayı değil düşünsel bir sorunu da beraberinde getirmiştir. İşverenin, işçi üzerindeki otoritesinin azaldığı yanılgısı, işçi-işveren arasındaki sömürü dinamiklerini de maskeleymiştir. İşverenin otoritesi altında olmadığını düşünen ve görece bir bağımsızlık durumu içinde olan işçi için sömürü dinamiklerinin kavranması zorlaşmaktadır. Bireyselleşme süreci neo-liberalizmin temel dayanaklarından biridir.¹⁰⁵ Yapılan işin bireyselleşmesi işveren karşısında aynı sorunları yaşayan, sömürü mekanizması içerisinde ortak bir konum işgal eden düşün

¹⁰² Daha detaylı bilgi için bkz.: Nil Esra Dal, ‘Tüketim Toplumu ve Tüketim Toplumu Yöneltilen Eleştiriler Üzerine Bir Tartışma’, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 2017/19, Yıl: 2017, Burdur, s. 9-11.

¹⁰³ Şükriye Yücel Yel, *Neoliberalizm ve Küreselleşme Ekseninde Beyaz Yakalı Emeğin Dönüşümü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Aydın, 2014, s. 60.

¹⁰⁴ Lazzarato, s. 136-137; Özmakas, s. 17.

¹⁰⁵ Pierre Bourdieu, *The Social Structures of the Economy*, (çev. C. Turner), Polity Press, Cornwall, 2005, s. 11-12.

işçilerinin arasında bir ortaklaşma bilincinin önünü kesmiştir.¹⁰⁶ Bu açıdan, esnek çalışma anlayışı ile değişen ortak bir işyerinde çalışma anlayışı ile bireyselleşme sonucu gelişen ortaklaşma ve dayanışmanın işçiler arasında azalmaya başlaması kendi içinde sınıf farkındalığına erişilebilse dahi kendisi için sınıf durumuna geçme ve kolektif harekete geçebilme kapasitesini önemli ölçüde zora sokmuştur.

B. Bir Bütün Olarak İşçi Sınıfının Farklılıkları ve Ortaklıkları

Klasik anlamda işçi sınıfının ortaya çıktığı dönemde katlanmak zorunda kaldığı çalışma koşullarını kısaca hatırlayalım. İşçi sınıfının ortaya çıktığı dönem, çalışma ilişkileri bakımından ekonomik liberalizmin dolayısıyla sözleşme serbestisi ilkesinin egemen olduğu zamana rastlar. İşveren karşısında zayıf konumda bulunan işçiler içinse durum; uzun çalışma süreleri, sefalet ücretleri, sağlıksız ve güvencesiz çalışma ortamları ile bir felaket tablosunu andırmaktaydı.¹⁰⁷

Bu dönemde çalışma süreleri günde on altı saate kadar uzaması alışılmamış bir durum değildir. İşçiler bu dönemde çalışma ortamlarının yani fabrikaların bulunduğu şehirlerde toplanmaya ve yaşam alanları oluşturmaya başlamışlardı. Bu yaşam alanları her ne kadar aynı şehirde ya da fabrikalara yakın alanlarda olsa da aldıkları ücret ve yaşam koşulları düşünüldüğünde bu yaşam alanlarının şehir merkezlerinde olduğunu düşünmek doğru olmaz. Aslında durum şudur, işçiler günlerinin üçte ikisini çalışarak geçirdikten sonra kalan zamanlarının önemli bir bölümünü de evlerine ulaşmak için yolda geçirmekte ve sonra aynı uzun yolu geri dönerek yeni iş gününde çalışmaya devam etmektedirler.¹⁰⁸ Düşün işçileri için bahsedebileceğimiz güvencesizlikler ya da sosyal hak talepleri, işçi sınıfının diğer kesimleriyle düşük ücretler veya uzun çalışma saatleri gibi konularda aynılık gösterir ancak birbirinden ayrıştıkları husus ise düşün işçilerinin iş ilişkisi sırasında uğradıkları bazı haksızlıkların “işin niteliğinden” kaynaklandığının düşünülmesidir. Örneğin; çalışması bedensel emeğine dayanan bir işçinin mesai saati bellidir; belli bir saat sınırı içinde, emeğini çoğunlukla işverenin denetimi altında ve mesai saatleri dışında gerçekleştirmesinin çok da olası olmadığı bir eylemi yaparak geçirir. Ancak düşün işçilerinin üretim sürecine katılımı düşünsel bir nitelik taşır ve çoğu zaman fiziksel bir eylem gibi kesilip belli saatlere sıkıştırılma olanağı bulunmamaktadır.¹⁰⁹

Düşün işçileri açısından baktığımızda da durum Sanayi Devrimi sonrası işçi sınıfının yaşadıklarından farklı değildir. Düşün işçilerinin durumu bu sefa-

¹⁰⁶ Anlam Filiz, ‘Underemployment, Unemployment, Gender and Changing Conditions of (Non) Work under Neoliberalism, Journal of Economy Cultur and Society’, Sayı: 2020/1, Yıl: 2020, İstanbul, s. 4.

¹⁰⁷ Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, Genişletilmiş 15. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 4.

¹⁰⁸ Paul Lafargue, *Tembellik Hakkı*, (çev. I. Ergüden), 11. Basım, Kırmızı Kedi Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 20-21.

¹⁰⁹ Önal, s. 31.

letin modern bir versiyonunu andırır. Onlar için çalışma saatleri günün belirli bir aralığıyla kısıtlanamayacak cinstendir. Bu sebeple her daim işveren tarafından gelebilecek talep ve talimatlara karşı hazırda beklemeleri gerekmektedir. Gerçekten de gelişen iletişim teknolojisi sonucunda artık günün herhangi bir saatinde istediğimiz bir kişiye ulaşmak eskiye oranla çok daha kolaydır. Söz konusu işçi ve işveren ilişkileri de bu gelişmelerden doğrudan etkilenmektedir. Artık işveren açısından işçiye emir ve talimat vermek, bu talimatların görülüp görülmediğini kontrol etmek çok daha basittir. Bu sebeple işverenin, iş sözleşmesinin bağımlılık unsuruna ve yönetim yetkisine dayanarak çalışma saatleri dışında da işçiye ulaşması, özellikle de düşün işçileri gibi ortaya koydukları emek, kaynağı nedeniyle mekânsal ve zamansal olarak sınırlandırılmıyorsa inkâr edilemez bir gerçek olarak karşımıza çıkıyor. Sonuç olarak da işverenin yönetim yetkisi ve dolayısıyla işçinin çalışma saatleri, işçinin özel hayatını da içine alacak şekilde genişliyor.¹¹⁰

Düşün işçilerinin çalışma ortamları, şehirlerde fabrikalardan boşalan alanları doldururken düşün işçileri de kendilerinden öncekilere benzer bir yazgıya doğru ilerlemektedir. Şehir merkezlerindeki yüksek kira bedelleri ve giderek artan nüfus sebebiyle bu bölgelerin giderek karmaşıklaşması ve güvensizleşmesi sonucunda özellikle düşün işçileri için yine idari olarak aynı şehrin sınırları içerisinde kalan ancak bir hayli şehrin dışında bulunan yeni, güvenli ve etrafı duvarlarla çevrilmiş yaşam alanları ortaya çıkmaktadır. Güvenli ve konforlu bir hayat sunan bu yeni yaşam alanlarından işyerine yani şehir merkezine ulaşmak ise büyük şehirlerin trafik şartları içerisinde saatler sürebilen yolculuklara denk düşmektedir. Bu açıdan on dokuzuncu yüzyılda yaşayan bir işçi ile çağımızın bir düşün işçisi arasındaki tek fark yolculuk yaptıkları araçların teknolojik gelişmişliğidir demek yerinde olacaktır.

Gerçekten de klasik anlamda işçi sınıfının ortaya çıkması ile düşün işçilerinin ortaya çıkması ve gelişmeleri arasındaki aynılıklar sadece teknolojik gelişmelerin ve üretim biçimlerinin değişmesiyle sınırlı kalmamaktadır. Sosyal hak talepleri, gelişen teknoloji ve aradan geçen zaman sonrasında farklılaşmış gibi gözüktense de temel olarak uğradıkları hak ihlalleri de aynılık göstermektedir. Bu noktadan hareketle, aslında işçileri nitelerken harcadıkları emeğin kaynağına dayanarak yapılan ayırımın kendisinin, işçilerin örgütlü mücadelesinin önünde bir engel olabileceğini belirtmek gerekir. Harcadıkları emeğin kaynağı ne olursa olsun işçilerin üretim ilişkileri içerisinde işgal ettikleri konum aynıdır.

Bu açıdan bakıldığında düşün işçilerinin diğer işçilerden ayrı bir konuma yerleştirilmesi bir noktadan sonra aynı sömürü şartları içerisinde çalışan işçile-

¹¹⁰ Deniz Ugan Çataalkaya, 'Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin, İşverence "Ulaşılabilir Olmama" Hakkı', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Özel Sayı, Yıl: 2016, İstanbul, s. 741-743.

ri birbirleriyle etkileşime geçmekten alıkoymaktadır. Zihinsel emeğe atfedilen önem ve onu bedensel emek karşısında yücelten tutum aynı zamanda düşün işçilerinin sömürü dinamikleri içerisinde bulundukları konumu kavramalarına ve kendilerini gerçekten oldukları gibi yani işçi olarak görmelerine engel olan bir mekanizma işlevi görerek sosyal haklara erişim konusunda örgütlü mücadeleden önünü kesmektedir. Özellikle sosyal hak taleplerini dile getirmek için oluşturulan örgütlenmelerin gücünü belirleyen en önemli unsurlardan birinin sayı unsuru olduğu düşünülürse bu konunun önemi daha açık bir şekilde görülebilecektir.

Düşün işçilerinin hak talepleri ve örgütlü mücadele konusunda göz önünde bulundurmamız gereken bir nokta daha bulunmaktadır. Düşün işçileri ve klasik işçi sınıfının ortaya çıkışları ve hak talepleri arasında bir aynılık ilişkisi olduğunu belirtmiştik. Ancak çağımızda, işçi-işveren arasındaki iletişimi daha sağlıklı hale getirmek ve işçilerin hak taleplerini daha etkili ve hızlı bir şekilde işverene iletmelerini sağlamak için klasik işçi örgütlenmelerinden daha farklı örgütlere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu açıdan “*sosyal diyalog*” kavramı üzerinde durulması gereken bir konudur. Uluslararası Çalışma Örgütü’ne göre sosyal diyalog; “... *hükümet, işveren ve işçi temsilcileri arasında, ekonomik ve sosyal politikayı ilgilendiren ortak bir çıkar üzerine yapılan her türlü pazarlık, danışma ve bilgi alış-verişi...*”¹¹¹ olarak tanımlanmıştır. Ekonomi politikalarındaki 1980 sonrası dönüşümlerle istihdam biçimlerinin değişmesi, sendikaların güç kaybetmesi ve bireyselleşme sonucunda işçi-işveren arası iletişimi geliştirme ihtiyacı sosyal diyalogu ortaya çıkartan sebeplerdir. Sosyal diyalog aslında çoğulcu-demokratik toplumun bir gereği olarak ekonomik ve sosyal politikalardan etkilenen grupların bir araya gelerek bu politikaların şekillenme sürecine katılması olarak da ele alınabilir.¹¹² İşçi-işveren arası diyalogu sağlama noktasında ise işyerlerinde kurulacak kurullar ya da temsilcilikler aracılığıyla işyeri içindeki sorunları daha yakından tanıyan işveren ve işçi temsilcilerinin bir arada olması ve sürekli bir diyalog sağlanması sorunların çözümü için ideal olmasa da etkili bir yol olarak gözükmektedir. Ayrıca bu sayede bir sendika tarafından temsil edilemeyen işçiler için de bir temsil edilme ve hak arama imkânı doğacaktır.¹¹³

¹¹¹ Orijinal İngilizce tanım için bkz.: <http://www.ilo.org/ifpdial/areas-of-work/social-dialogue/lang-en/index.htm> (erişim tarihi: 25.04.2020).

¹¹² Murat Engin, *İşgücünün Temsili ve İşyerinde Sosyal Diyalog*, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 5-6; Erdem Cam, ‘*İşyerinde Sosyal Diyalog ve Katılmalı Yönetim Üzerine Bir İnceleme ‘Öz Gıda-İş Sendikası Endüstri İlişkileri Kurulu’ Uygulaması: Çatışmadan Uzlaşmaya Giden Yolda Kazanımlar*’, PARADOKS Ekonomi, Sosyoloji ve Politika Dergisi, Sayı: 2012/1, Yıl: 2012, Bursa, s. 64-66.

¹¹³ Türkiye’de benzer bir uygulama için bkz.: Cam, s. 71-75.

SONUÇ

Makalemize işçi sınıfının doğuşu, sosyal hak talepleri ve örgütlenme özgürlüğünün kapsamı ve gelişimini inceleyerek başladık. Bunun temel nedeni, düşün işçilerinin doğuşu, hak talepleri ve örgütlenmeleri ile düşün işçilerinin izlediği ve izleyeceği yol arasındaki ortaklıkları açığa çıkartmaya çalışmaktır. Nasıl Sanayi Devrimi sonrası ortaya çıkan kapitalist üretim modeli ile değişen sömürü mekanizmaları işçi sınıfının doğmasına yol açmışsa bu sömürü mekanizmalarının gelişimi ve değişimi de bugün anladığımız şekliyle düşün işçilerinin ortaya çıkmasını ve konumlarının belirginleşmesini sağladı. Üretim biçiminde yaşanan gelişmelerin sonucunda düşün işçileri, işçi sınıfının bir parçası olarak sömürü dinamikleri içinde konumlanmış bulunmaktadır. Sosyal haklar, işçi sınıfına bir lütuf olarak verilmemiş, devrimler ve mücadeleler sonucu elde edilmişlerdir. Bu açıdan talep edilen bir hakkın kazanılması konusunda örgütlü mücadelenin önemi büyüktür. Bir hakkı kazanmak konusunda örgütlü mücadelenin ne kadar büyük bir önemi varsa kazanılmış olan hakların korunması için de örgütlü mücadele ve örgütlenme özgürlüğü o kadar önemli bir rol oynamaktadır. Örgütlü mücadeleye başlayabilmenin ön şartı ise bir sınıf bilincine sahip olmaktır. Sınıf kavramı, üretim ilişkilerine hâkim olan sömürü dinamikleri içerisinde nerede konumlandığımızı, sınıf bilinci ise aynı dinamikler içinde yer aldığımız diğer insanlarla kolektif bir eyleme geçebilme kabiliyetimizi belirtir.

İşçi sınıfının ve sosyal hak taleplerinin ortaya çıktığı dönemde bireysel olarak sermaye sahibi işveren karşısında zayıf konumda bulunan işçiler nasıl yanlış bilinç durumu içerisinde işverenin iradesine boyun eğmek zorunda kalmışlarsa bugün düşün işçileri açısından da şartlar farklı değildir. Ancak gelişen teknoloji ve yaşanan değişimler sonucu iş ilişkileri de değişmiştir. İş ilişkilerinde yaşanan değişim örgütlenme düzeninde de bazı değişimlerin yaşanmasını gerektirmektedir. Bu değişimlerin yaşanabilmesi için öncelikli şart ise düşün işçilerinin üretim süreçleri içerisinde bulundukları konumun farkında olmalarıdır. Ancak bu yeterli değildir. Ortak yazgısının farkında olan kitlelerin, içinde bulundukları yanlış bilinç durumundan çıkmaları ve bir sınıf olarak sermayenin karşısına çıkmaları gerekmektedir.

Sanayi Devrimi ile başlayan üretim ilişkilerinin değişmesi süreci özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası hızlanan teknolojik gelişmelerden ayrı değerlendirilmemelidir. Günümüzde de değişmeye devam eden üretim ilişkileri sürecinde, neo-liberalizmin ortaya çıkışı ve güçlenişi düşün işçilerinin içinde bulundukları durumun nedenlerini kavramak açısından önemlidir. Neo-liberalizm ile ortaya çıkan esnek çalışma anlayışı ve çalışmanın bireyselleşmesi süreci bir arada ele alındığında, bu iki etmen, düşün işçilerinin içinde bulunduğu yanlış bilinç durumunun devamlılığında önemli bir rol oynamaktadır. İşverenden bağımsız olma illüzyonu sömürü dinamiklerini maskeleyiği gibi, çalışmanın bireyselleşmesi ile

birleştiğinde kolektif eyleme geçme bilincini de ortadan kaldırmaktadır. Bireyselleşme bu açıdan sadece çalışmanın bireyselleşmesi olarak değil, işçinin çıkarının bireyselleştiği algısı olarak da ele alınabilir. Kendisine sürekli farklı olduğu söylenen ve bir yükselme vaadi ile üretim süreci içerisinde sömürü dinamiklerine katlanması beklenen düşün işçileri açısından bu durumun üzerinde durulmalıdır. Bu yükselebilmekle vaadinin bir özelliği de bunu başarabilecek olan kişi sayısının sınırlı olmasıdır. Bu sınırlılığın sonucu ise düşün işçileri arasında ortaya çıkan bireysel rekabet ortamıdır. Bireysel rekabet ortamı, düşün işçilerini bir araya gelmekten çok ayrılmaya sürüklemektedir. Bu ayrışma, düşün işçilerinin, sermayenin çıkarlarını savunmayı kendi çıkarlarını savunmak olarak görmeleri ve kendi uğradıkları haksızlıklara sessiz kalmaları sonucunu doğurmaktadır. Düşün işçileri, kendilerine dayatılan, içinde bulundukları şartlardan bireysel olarak kurtulabilecekleri yanılgısı nedeniyle de birbirlerinden uzaklaşmış, sonuç olarak sermaye karşısında bireysel olarak zayıf bir konuma itilmişlerdir. Bu zayıf konum ise hem onları kendi çıkarlarını sermayenin çıkarlarının içinde aramak zorunda bırakmış hem de yanlış bilinç durumlarını sürdüren bir etken olmuştur.

Üretim ilişkilerinin değişmesi, üretim süreçlerinde enformasyonun ve otomasyon öneminin artması ile niceliksel işgücüne olan ihtiyacın azalması, sayıları sürekli artan düşün işçilerini de etkilemiş ve karşılıklarına sürekli büyüyen bir yedek emek ordusu çıkartmıştır. Bu durumda çalışanlar hem birbirleri ile bireysel bir rekabetin hem de yedek emek ordusu ile bir rekabetin içinde sıkışmışlardır. Bu açıdan yedek emek ordusu, sermaye için eşi bulunmaz bir baskı aracı niteliği göstererek düşün işçilerinin hak taleplerinin önünü her an yerinin doldurulabileceği tehdidi ile kapatmıştır.

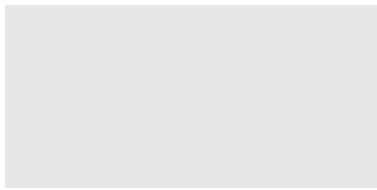
Son olarak ise, işçi sınıfının parçaları olan iki grup arasındaki ayrılığı sürdüren nedenlerden biri de bu iki grubun sınıfsal konumları yerine sosyal statüleri temel alınarak tanımlanmasıdır. Düşün işçileri, gelir düzeyi ya da yaşam standartları açısından klasik anlamda işçi sınıfından farklılıklar gösterse de bu durum yine de üretim süreçleri içerisinde iki grubun aynı konumu işgal ettiği gerçeğini değiştirmemektedir. Aynı zamanda bu durum iki grup arasındaki farklılık illüzyonunun da devamlılığını sağlamaktadır. İşçiler arasında düşün işçisi-kol emekçisi şeklinde iki grubun sahip olduğu sosyal statüye dayanarak yapılan ve bir tarafın emeğini diğerine göre daha değerli sayan ayrımın kendisi hem düşün işçilerinin örgütlenme özgürlüğünün kullanılması hem de hak taleplerinin kaynağının ve niteliğinin belirlenmesi açısından sorunludur. Ancak yaşadıkları ortak sorunların ve parçası oldukları emek sömürüsü düzeninin bilincinde olan ve bu durumu değiştirmek için kolektif bir eyleme girişme iradesi gösterebilen diğer bir deyişle içinde bulunduğu yanlış bilinç durumundan sıyrılarak kendisi için sınıf olma durumuna erişmiş bir işçi sınıfı, güçlü bir örgütlenme içerisinde sosyal haklara ulaşma mücadelesi verebilecektir.

KAYNAKÇA

- AĞAOĞULLARI**, Mehmet Ali / **TÜRK**, Duygu / **YALÇINKAYA**, Ayhan / **YILMAZ**, Zafer / **ZABCI**, Filiz, *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler*, 6. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015.
- AKAD**, Mehmet, *'Küreselleşme Sürecinde Bir Genel Değerlendirme'*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2004/1, Yıl: 2004, İstanbul, ss. 23-50.
- AKAD**, Mehmet, *'Küreselleşme Sürecinde Siyasal Kültür'*, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2005/1, Yıl: 2005, İstanbul, ss. 9-35.
- AKBULUT**, Olgun, "Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri", Sibel İnçeoğlu (der.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.
- AKTAY**, Ahmet Nizamettin / **ARICI**, Kadir / **SENYEN KAPLAN**, Emine Tuncay, *İş Hukuku*, 6. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013.
- BEYTAR**, Erbil, *İşçinin Kişiliğinin ve Kişisel Verilerinin Korunması*, Birinci Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- BİLİR**, Ertuğrul, *Beyaz Yakalı İşçilerin Çalışma İlişkilerine Bir Örnek: İmalat Sanayinde Mühendisler*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011.
- BORA**, Aksu / **ERDOĞAN**, Necmi / **BORA**, Tanıl / **ÜSTÜN**, İlknur, "Boşuna mı Okuduk" *Türkiye'de Beyaz Yakalı İşsizliği*, 6. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017.
- BORATAV**, Korkut, *1980'li Yıllarda Türkiye'de Sosyal Sınıflar ve Bölüşüm*, 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2016.
- BOURDIEU**, Pierre, *The Social Structures of the Economy*, (çev. C. Turner), Birinci Baskı, Polity Press, Cornwall, 2005.
- CAM**, Erdem, *'İşyerinde Sosyal Diyalog ve Katılmalı Yönetim Üzerine Bir İnceleme 'Öz Gıda-İş Sendikası Endüstri İlişkileri Kurulu' Uygulaması: Çatışmadan Uzlaşmaya Giden Yolda Kazanımlar'*, PARADOKS Ekonomi, Sosyoloji ve Politika Dergisi, Sayı: 2012/1, Yıl: 2012, Bursa, ss. 59-80.
- ÇELİK**, Nuri, *İş Hukuku Dersleri*, Genişletilmiş 15. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.
- ÇELİK**, Nuri / **CANIKLIOĞLU**, Nurşen / **CANBOLAT**, Talat, *İş Hukuku Dersleri*, 31. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2018.
- DAL**, Nil Esra, *'Tüketim Toplumu ve Tüketim Toplumu Yöneltilen Eleştiriler Üzerine Bir Tartışma'*, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 2017/19, Yıl: 2017, Burdur, ss. 1-21.
- DAVENPORT**, Thomas H., *Düşünerek Yaşayanlar*, (çev. V. Karatay), 1. Basım, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.
- DRUCKER**, Peter F., *The Age of Discontinuity: Guidelines to our Changing Society*, 1. Baskı, William Heinemann Ltd, Londra, 1969.
- EKİNCİ**, Emre, *'Devrimden Günümüze Fransız Siyasal Sisteminin Evrimi'*, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 2016/1, Yıl: 2016, Kırıkkale, ss. 149-172.
- ENGİN**, Murat, *İşgücünün Temsili ve İşyerinde Sosyal Diyalog*, Birinci Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.

- ERDAYI**, Ahmet Utku, *'Beyaz Yakalıların Tanımlanması Üzerine'*, "İŞ, GÜÇ" Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, Sayı: 2012/3, Yıl: 2012 Bursa, ss. 65-80.
- ERDAYI**, Ahmet Utku, *Beyaz Yakalı İşçilerde Örgütlenme: Türk Bankacılık Sektöründe Bir Alan Araştırması*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012.
- EYRENCİ**, Öner / **TAŞKENT**, Savaş / **ULUCAN**, Devrim, *Bireysel İş Hukuku*, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- FİLİZ**, Anlam, *'Underemployment, Unemployment, Gender and Changing Conditions of (Non) Work under Neoliberalism'*, Journal of Economy Cultur and Society, Sayı: 2020/1, Yıl: 2020, İstanbul, ss. 1-13.
- GÖZE**, Ayferi, *Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet*, 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.
- GÖZE**, Ayferi, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Beta Yayınları, Gözden Geçirilmiş 17. Bası, İstanbul, 2017.
- GÜMÜŞ**, Tarık, *Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- GÜNEŞ**, Hamza, *'Sendikal Haklar ve Ülkemizde Kamu Görevlileri Sendikacılığının Gelişimi'*, ÇSGB Çalışma Dünyası Dergisi, Sayı: 2013/1, Yıl: 2013, Ankara, ss. 62-79.
- GÜZEL**, Ali / **OKUR**, Ali Rıza / **CANIKLIOĞLU**, Nurşen, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 16. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.
- GÜZEL**, Ali, "Sosyal Devlet ve Sosyal Haklar" (tebliğ) Anayasal Sosyal Haklar ve Avrupa Sosyal Şartı, Marmara Üniversitesi, Fransa Ankara Büyükelçiliği ve İstanbul Fransa Başkonsolosluğu Avrupa Konseyi Sosyal Haklar Komitesi, İstanbul Fransız Anadolu Araştırmaları Enstitüsü, Montesquieu Üniversitesi (Bordeaux IV), Limoges Üniversitesi işbirliğiyle düzenlenen Türk-Fransız Toplantısı, 15-16 Ekim 2009.
- GÜZEL**, Ali, *'Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme'*, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Sayı: 1997/2, Yıl: 1997, Ankara, ss. 83-126.
- GÜZEL**, Ali, *'İş Hukukunda "Yetki" ve "Özgürlük"'*, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2016/1, Yıl: 2016, İstanbul, ss. 93-126.
- HARDT**, Michael / **NEGRI**, Antonio, *İmparatorluk*, (çev. A. Yılmaz), Beşinci Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2003.
- HOBSBAWM**, Eric, *The Age of Revolution 1789-1848*, 1. Basım, Random House, New York, 1996.
- KARA**, Bülent, *'Sosyal Devletten Küresel Devlete: Türkiye'de Kamu Çalışanları ve Temel Haklar'*, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi, İdari Bilimler Dergisi, Sayı: 2009/1, 2009, Isparta, ss. 369-386.
- KÖKSAL**, Tuğçe Duygu, *'AİHM'in Sosyal Haklara Bakışı ve Yorum Metodu'*, İş Hukukunda Güncel Sorunlar 5, Ed.: Ali Güzel / Deniz Ugan Çataalkaya / Hande Heper, İstanbul, 2015, ss. 55-70.
- LAFARGUE**, Paul, *Tembellik Hakkı*, (çev. I. Ergüden), 11. Basım, Kırmızı Kedi Yayınevi, İstanbul, 2018.

- LAZZARATO**, Maurizio, '*Immaterial Labor*', *Radical Thought in Italy*, Ed.: Paolo Virno / Michael Hardt, (çev. P. Colilli / E. Emory), Birinci Baskı, University of Minnesota Press, Minnesota, 2006, ss. 132-146.
- LUKACS**, Georg, *History and Class Consciousness Studies in Marxist Dialectics*, (çev. R. Livingstone), 1. Baskı, The Merlin Press Ltd, Cambridge, 1971.
- MARX**, Karl, *Artı Değer Teorileri, Birinci Kitap*, (çev. Y. Fincancı), Birinci Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 1998.
- MARX**, Karl, *Kapital Kapitalist Üretimin Eleştirel Bir Tahlili, Cilt 1*, (çev. A. Bilgi), Onuncu Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 2011.
- MARX**, Karl / **ENGELS**, Friedrich, *Alman İdeolojisi*, (çev. S. Belli), Üçüncü Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 1992.
- MILLS**, Charles Wright, *White Collar the American Middle Class*, 50. Yıldönümü Baskısı, Oxford University Press, New York, 2002.
- MITCHELL**, Richard / **FETTER**, Joel, *The Individualisation of Employment Relationships and the Adoption of High Performance Work Practices Final Report*, Centre for Employment and Labour Relations Law, Law School of the University of Melbourne.
- NARMANLIOĞLU**, Ünal, *İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri I*, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012.
- NEGRI**, Antonio / **VERCELLONE**, Carlo, '*The Capital-Labor Relation in Cognitive Capitalism*', *From the Factory to the Metropolis Essays Volume 2*, (çev. E. Emery), Ed.: Federico Tomasello, Birinci Baskı, Polity Press, Oxford, 2018, ss. 102-111.
- ÖNAL**, Nevzat Evrim, *Bilmiyorlar, Ama Yapıyorlar: Beyaz Yakalı Varoluşa Dair Denemeler*, 2. Baskı, Yazılama Yayınevi, İstanbul, 2018.
- ÖZMAKAS**, Utku, '*İnsan Sermayesinin Kaynağı: Maddi Olmayan Emek*', *Toplum ve Bilim*, Sayı: 135/2015, Yıl: 2015, İstanbul, ss. 8-26.
- ÖZTÜRK**, Mustafa, '*Sendikal Demokrasinin Örgütlü Hareketler Açısından Önemi*', *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Sayı: 2013/2, Yıl: 2013, Isparta, ss. 269-285.
- SANDER**, Oral, *Siyasi Tarih İlkçağlardan 1918'e*, 31. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2016.
- SELAHOĞLU**, Ahmet, '*İşçi Sendikacılığında Yeniden Yapılanma ve Örgütlenme Modeli*', *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı: 2003/2, Yıl: 2003, Kocaeli, ss. 63-98.
- SIEYES**, Emmanuel-Joseph, *Political Writings*, (çev. M. Sonenscher), 1. Baskı, Hackett Publishing Company, Indianapolis, 2003.
- ŞENEL**, Alâeddin, *Siyasal Düşünceler Tarihi*, Kısaltılmış ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 2013.
- UGAN ÇATALKAYA**, Deniz, '*Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin, İşverence "Ulaşılabılır Olmama" Hakkı*', *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Özel Sayı*, Yıl: 2016, İstanbul, ss. 737-755.
- WRIGHT**, Erik Olin, *Class Structure and Income Determination*, 1. Baskı, Academic Press, New York, 1979.
- YÜCEL YEL**, Şükriye, *Neoliberalizm ve Küreselleşme Ekseninde Beyaz Yakalı Emeklin Dönüşümü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Aydın, 2014.



Özel Hukuk

Private Law

İfa Edilmiş Bağışlama Sözleşmesinde Geri Alma Hakkının Hukukî Niteliği

The Legal Concept of the Right of Revocation in the Performed Donation

Dr. Öğr. Üyesi Gülşah VARDAR HAMAMCIOĞLU^(*)

Öz:

Yenilik doğuran hak, tek taraflı irade beyanıyla bir hukukî işlemi kuran, değiştiren veya sona erdiren hak olarak tanımlanır ve bir yenilik doğuran hakkın kullanılma-sı Kanun'da yazılı sebebin gerçekleşmesine bağlıdır. Benzer söylemle yenilik doğuran haklar belirli şartlar dairesinde kullanılabilir. Örneğin sözleşmeden dönme hakkı, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede temerrüt halinde kullanılabilecek hak niteliğindedir (TBK. m. 125) İşte geri alma hakkı da elden bağışlama ve ifa edilmiş bağışlama sözü bakımından TBK. m. 295 hükmünde sayılan sebeplerin varlığı halinde kullanılabilecek bir yenilik doğuran hak olarak düzenlenmiştir.

TBK. m. 295 uyarınca bağışlanan, bağışlayan veya yakınlarına karşı ağır bir suç işlemişse, bağışlayan veya onun ailesinden bir kişiye karşı kanundan doğan yükümlülük-lerine önemli ölçüde aykırı davranmışsa ve yine yüklemeli bağışlamada haklı bir sebep yokken yüklemeyi yerine getirmemişse, bağışlayan geri alma hakkını kullanabilir.

İfa edilmiş bağışlama sözleşmesi ve elden bağışlama bakımından geri alma hakkı, bir yenilik doğuran haktır. Ancak bu hakkın hangi tür yenilik doğuran hak olduğu tartışmalı olup, bu çalışmanın yapılma amacı bu hakkın türüne ilişkin tartışmaların ortaya konulmasıdır.

Anahtar Kelimeler:

Bağışlama Sözleşmesi, İfa Edilmiş Bağışlama, Tek Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme, Geri Alma Hakkı, Yenilik Doğuran Hak.

Abstract:

The formative right is defined as the right to establish, change or terminate a legal transaction with a unilateral declaration of will and the use of the formative rights depends on the realization of the reason written in the Code. With similar discourse, the formative right can be used under certain conditions. For example, the right of rescission can be used in default of debtor in synallagmatic contracts (CO Art. 125). Here is the revocation right is regulated as a right, in terms of donation, that can be used in the presence of the reasons listed in CO Art. 295.

^(*) T.C. Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi.

E-posta: gulsahhamamcioglu@maltepe.edu.tr.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-8589-6296>.

Makale Gönderim Tarihi: 01.07.2020.

Makale Kabul Tarihi: 30.10.2020.

In accordance with CO Art. 295, donor can use the right of revocation, if donee has committed a serious crime against donor or donor's relatives; if donee has acted significantly against the obligation arising from the law donor or donor's family member; if donee has not perform the restraint of donation without justifiable reason.

In terms of performed donation, the revocation right is a formative right. But it is controversial the type of this formative rights and the purpose of this study is to reveal the discussions about the type of this right.

Keywords:

Donation, Performed Donation, Unilateral Contract, Revocation Right, Formative Right.

I. GENEL OLARAK GERİ ALMA HAKKI

Geri alma hakkı, Türk Borçlar Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde düzenlenmiş bir yenilik doğuran hak olup bu hak, sürekli borç ilişkilerini sona erdiren fesih hakkından ve anî edimli sözleşmeleri sona erdiren dönme hakkından farklı bir haktır. Bununla birlikte Kanun'da geri alma hakkı, farklı hukukî işlem türleri için farklı anlamlara gelecek şekilde kullanılmıştır. Bu nedenle geri alma hakkı doktrinde '*dar anlamda geri alma hakkı*' ve '*geniş anlamda geri alma hakkı*' şeklinde sınıflandırılmaktadır.¹

Dar anlamda geri alma hakkı, bir irade beyanının etkili olmasına yani irade beyanının hukukî sonuç doğurmasına engel olur.² Örneğin TBK³ m. 3 uyarınca kabul için süre belirleyerek sözleşme yapma önerisinde bulunan taraf, bu sürenin sona ermesine kadar önerisiyle bağlıdır yani önerisini geri alma hakkına sahip değildir. Ancak sürenin sona ermesinden sonra önerisini geri alabilir. Benzer şekilde temsil yetkisinin geri alınmasında da dar anlamda geri alma hakkı vardır. İşaret edelim ki dar anlamda geri alma hakkının kullanılması sebebe ihtiyaç duymaz. Buna karşılık devam eden açıklamalarımızda yer vereceğimiz üzere bağışlamanın geri alınması, sebebe ihtiyaç duyan bir hak olarak ortaya çıkar.⁴

Geniş anlamda geri alma hakkına ise tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler alanında örneğin konumuzu oluşturan bağışlama sözleşmesinde rastlamak mümkündür.⁵ Geniş anlamda geri alma hakkı, bir hukukî işlemi ortadan kaldırır ve Kanun tarafından düzenlenmiş bir yenilik doğuran haktır. Tekrar belirtelim ba-

¹ Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul 2007, s. 124; Çağlar Özel, *Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Korumaya Geri Alma Hakkı*, Ankara 1998, s. 75.

² Serozan, s. 124; Özel, s. 75.

³ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, RG: 4.2.2011/27836.

⁴ Walter Heinrich Meier, *Der Widerruf von Schenkungen im schweizerischen Recht*, Winterthur 1958, s. 58.

⁵ Serozan, s. 126 vd.; Özel, s. 75.

ğışlamaya ilişkin düzenlenen bu hak, sebebe ihtiyaç duyan bir haktır. Başka bir ifadeyle Kanun'da yer alan geri alma hakkının doğması, yine Kanun'da yer alan geri alma sebebinin varlığına bağlıdır.

Bağışlama sözleşmesinde geri alma hakkı iki farklı şekilde düzenlenmiştir: İfa edilmiş bağışlama sözleşmesinin -elden bağışlayanın ve ifa edilmiş bağışlama sözü vermenin- geri alınması ve ifa edilmemiş bağışlama sözü vermenin geri alınması. Bizim çalışma konumuz ifa edilmiş ve elden bağışlamada geri alma hakkının hukukî niteliği olup, bu iki geri alma hakkı birbirinden farklıdır. Zira ifa edilmemiş bağışlama sözü vermede yerine getirilmiş bir edime rastlanmazken, elden ve ifa edilmiş bağışlamada yerine getirilmiş bir edim vardır. Bu nedenle ifa edilmiş bağışlama sözü vermenin ve elden bağışlayanın geri alınmasında iade yükümlülükleri gündeme gelir. Aslında bir borç ilişkisi, kural olarak ifa ile sona erer ve ifadan sonra ortaya çıkan sebeplerle borç ilişkisi sonlandırılmaz. Ancak bağışlayanın geri alınmasında adeta bu genel kuraldan sapma vardır ve ifa edilmiş borç ilişkisinin sonlandırılmasına izin verilmiştir.⁶

II. BENZER KAVRAMLARDAN AYRILMASI

Geri alma hakkı, borç ilişkisini sona erdirmeye etkisine sahip bir yenilik doğuran hak olduğundan, bu hakkın hukukî niteliğinin ortaya konulabilmesi için hakkın borç ilişkisine etki eden diğer yenilik doğuran haklarla karşılaştırılması gerekir. Özellikle ifa edilmiş bir sözleşmede söz konusu olan geri alma hakkı ve bu hakkın kullanılması nedeniyle ortaya çıkan iade yükümlülükleri, geri alma hakkının sözleşmeden dönme hakkıyla karşılaştırılmasını zorunlu kılar. Diğer yandan bu hakkın aynı zamanda sürekli edimli sözleşmelerde söz konusu olan fesih hakkıyla, irade sakatlıkları halinde söz konusu olan iptal hakkıyla, bozucu koşul kurumuyla, vekâlet sözleşmesine ilişkin tek taraflı sona erdirmeye hakkıyla ve yine Tüketici Hukuku'nda yer alan yer cayma hakkıyla karşılaştırılması gerekir.

A. Dönme Hakkından Ayrılması

Geri alma hakkı, dönme hakkına benzerlik gösterse de dönme hakkından farklıdır ve bu iki hak, özellikle işlevleri bakımından birbirinden ayrılır.⁷ Dönme hakkının temel işlevi karşılıklı sözleşmelerde tarafların çatışan menfaatlerini dengelemek, temerrüt, ayıplı ifa gibi ifa engelleri karşısında ifa engelinden zarar gören tarafı sözleşme ilişkisinden kurtarmaktır.⁸ Geri alma hakkının temel işlevi ise sözleşme ilişkisinin başından itibaren özel korumaya ihtiyaç duyan tarafın, bu

⁶ Meier, s. 48; Karşılaştırmalı Hukuk düzenlemeleri için bkz. Ahmet Türkmen, *Bağışlayanın Geri Alınması*, Ankara 2019, s. 68 vd.

⁷ Ayrıca bkz. Serozan, s. 124 vd.; Vedat Buz, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Ankara 1998, s. 90 vd.; Ayrıca bkz. Meier, s. 38; Dönme hakkından farklı olsa da bu hakkın iptal ve feshe nazaran, en çok dönme hakkına benzediği yönünde bkz. Meier, s. 58.

⁸ Serozan, s. 124; Özel, s. 109.

sözleşme ilişkisini sonlandırmasını sağlamaktır. Görüldüğü üzere dönme hakkı tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olurken, geri alma hakkı tek taraflı hukukî işlemlerde veya tek tarafa borç yükleyen hukukî işlemlerde söz konusu olur.

Karşılıklı sözleşmelerde dönme hakkı her iki tarafa da tanınırken geri alma hakkı, çoğu zaman özel olarak korunmaya ihtiyacı olan tarafa verilmiştir.⁹ Ancak her ne kadar geri alma hakkı çoğu zaman korunmaya layık tarafa sebepsiz ve tazminatsız bir yetki verse de¹⁰ bağışlama sözleşmesine ilişkin bağışlayana bahşedilmiş geri alma hakkı, tazminatsız olsa da sebepsiz değildir. Kanun'da bağışlayanın geri alma hakkı belirli nitelikte ve ağırlıkta bir takım olayların gerçekleşmesine bağlanmıştır.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından önce ihtar, süre verme gibi bir takım koşullar (TBK. m. 125) öngörülmüş olmasına rağmen geri alma hakkında durum farklıdır. Özellikle bağışlama sözleşmesinde geri alma hakkının kullanılması, sebeplerden birinin varlığına ihtiyaç duyar yoksa kendisine geri alma hakkı verilmiş bağışlayan ihtar, ihbar ya da süre vermesine gerek olmaksızın bu hakkını kullanabilir. Sadece yüklemeli bağışlamada, yüklemenin yerine getirilmemesi nedeniyle geri alma hakkını kullanmak isteyen bağışlayanın bağışlanana süre vermesi gerekebilir.

SEROZAN'a göre dönme hakkı ve geri alma hakkı, hakkın kullanılması sonrası ortaya çıkan geri verme yükümlülükleri bakımından da birbirinden ayrılır. Yazara göre dönme hakkında geri verme yükümlülükleri sözleşmesel nitelik taşırken, geri alma hakkında geri verme yükümlülükleri sebepsiz zenginleşmeye dayanır.¹¹

Biz de sözleşmeden dönme halinde, ifa edilmiş edimlerin iadesinin sözleşmesel nitelikte olduğunu savunduğumuzdan,¹² yani dönüşüm teorisinden yana olduğumuzdan, sözleşmeden dönme ve geri alma hakkının farklı iade yükümlülükleri doğurduğundan yanayız. Özellikle bağışlama sözleşmesinin geri alınmasında bu iki yenilik doğuran hakkın farklı iade yükümlülüklerini ortaya çıkardığı daha da açık şekilde görülmektedir. Zira ifa edilmiş bağışlama sözleşmesinin geri alınmasında TBK. m. 295/I açıkça, iade talebinin bağışlananın istem tarihindeki zenginleşmesi ölçüsünde olduğunu düzenleyerek, sebepsiz zenginleşmeye dayalı iadeye işaret etmiştir.

⁹ Ayrıca bkz. Serozan, s. 124.

¹⁰ Serozan, s. 125.

¹¹ Serozan, s. 125; Ayrıca bkz. Özel, s. 111.

¹² Bu konuda ayrıca bkz. Gülşah Vardar Hamamcioğlu, *Medenî Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı*, İstanbul 2014, s. 156 vd.; Ayrıca bkz. Gülşah Vardar Hamamcioğlu, *Bağışlama Sözleşmesi*, Ankara 2020, s. 452 vd.

Diğer yandan doktrinde Kanun'da yazılı sebeplerin varlığı halinde bağışlayanın geri alma hakkının değil dönme hakkının söz konusu olduğu da belirtilir.¹³ Bu görüşe göre ifa edilmiş bir sözleşmenin geri alınmasından bahsetmek mümkün değildir ve bu ihtimalde sözleşmeden dönme söz konusu olur.

SEROZAN,¹⁴ bu görüşe karşı çıkar. Yazara göre bağışlama sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen karşılıklı bir sözleşme olmadığından, kural olarak bu sözleşmede dönme hakkından söz etmek doğru değildir. Yazar aynı zamanda sözleşmeden dönmeye ilişkin dönüşüm teorisini savunduğundan, geri alma hakkında bir sebepsiz zenginleşme sorumluluğunun, sözleşmeden dönmeye ise sözleşmesel sorumluluğun olduğunu belirtir. Yazara göre dönmedeki ağır hukukî sonuçlar geri alma hakkının kullanılması halinde uygulanmaz. Zira bağışlama sözleşmesi karşılıksız bir kazandırmadır ve bağışlananın, belki de tükettiği bağışlama konusuna ilişkin sözleşmeye dayalı bir iade borcunun olduğu savunulamaz. Yine sebeplerden birinin varlığı halinde bağışlanan, bağışlamanın geri alınması halinde kendi malvarlığından fedakârlıkta bulunmak zorunda değildir, o sadece elinde kalanla ve zenginleştiği oranda sorumlu olur.

Kanımızca bağışlama sözleşmesi nedeniyle hiç bir borç altına girmeyen bağışlananın, geri alma hakkının kullanılması nedeniyle sözleşmeden dönmeye olduğu gibi sözleşmesel bir borcun borçlusu olduğunu kabul etmek mantıklı değildir. Zira bağışlanan, bağışlama sözleşmesinin kurulduğu ve fakat henüz ifa edilmediği aşamada hiçbir borç altına girmez. Bu aşamada bir borcu olmayan bağışlananın, geri alma hakkı sonrası sözleşme kaynaklı bir borcunun olduğunu savunmak oldukça güçtür. Hatta ifa öncesi sözleşmesel bir borcu olmayan bağışlananın, geri alma sonrası evleviyetle sözleşmesel bir borcundan bahsedememek gerekir. Belirtelim ki klasik dönme görüşünün, yani gerek dönme gerekse geri alma halinde iadenin sebepsiz zenginleşmeye dayandığını savunan görüşün, geri alma hakkıyla sözleşmeden dönme hakkı arasındaki farkı ortaya koyamamaları doğaldır. Ancak dönme halinde dönüşüm teorisinin benimsenmesi, geri alma hakkı ile dönme hakkı arasındaki farkı daha iyi ortaya koymaktadır.

¹³ Erzan Erzurumluoğlu, *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, Ankara 2019, s. 88; İbrahim Belen, *Şartlı ve Mükellefiyetli Bağışlama*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2005, s. 41 vd.; Ali Yeldan, *Bağışlamadan Dönme*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2002, s. 60 vd.; Herman Becker; *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht*, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551, Bern 1934, Art. 249, N. 2; Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger; *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, I. Teil (Halbband)*: Art. 184-418, Zürich 1936, Art. 249, N. 3 (Bir çeşit iptal); Aynı nitelikte olduğu yönünde Alfred Koller, *Anfang und Ende der Schenkung*, Liber Amicorum Nedim Peter Vogt, Basel 2012, s. 206; Kanunda kullanılmış olan 'geri alma' teriminin doğru olmadığı, bunun yerine 'dönme' teriminin kullanılması gerektiği yönünde bkz. Murat Aydoğdu / Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, Ankara 2019, s. 336.

¹⁴ Serozan, s. 129.

Öte yandan eBK. m. 244 ve m. 245’de kullanılan ‘rücu’ terimi TBK. m. 295 ve m. 296’da kullanılmamış olup kanun koyucu ‘bağışlamanın geri alınması’ terimini kullanarak buradaki hakkın dönme hakkından farklı olduğuna işaret etmiştir. Dolayısıyla kanun koyucu geri alma hakkını açıkça dönme hakkından ayırt etmiş durumdadır.

Ayrıca sözleşmeden dönme halinde zarar tazmini söz konusu olurken geri alma hakkını kullanan bağışlayanın, geri alma hakkının yanında bağışlanandan tazminat talep etmesi mümkün değildir. İşte bu nedenle sözleşmeden dönmeye dayalı iadenin sözleşmesel nitelikte olduğu kabul edilirken, geri alma hakkıyla birlikte tazminat talebine yer olmadığından iade tartışmalı olmakla birlikte¹⁵ sebepsiz zenginleşmeye dayanır.

B. Fesih Hakkından Ayrılması

Fesih, sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olan ve sürekli borç ilişkisini ileriye etkili biçimde sona erdiren, yenilik doğuran haktır. Sürekli borç ilişkisi niteliğindeki bir sözleşmenin fesihle sona erdirilmesi taraflar arasındaki sözleşmeden ya da Kanun’da yer alan sebeplerden kaynaklanabilir (TBK. m. 126). Fesih sürekli borç ilişkisini ileriye etkili biçimde sona erdirdiğinden, fesih anına kadar yapılmış edimler fesihden etkilenmez.¹⁶

Fesih, her ne kadar fesih anına kadar ifa edilmiş edimlere dokunmasa da fesih sonrası yine bir takım iade yükümlülükleri gündeme gelebilir ve bu iade yükümlülükleri sözleşme kaynaklıdır. Nitekim bu iade yükümlülükleri sadece ilişkinin fesihle sona ermesinde değil, örneğin ilişkinin sürenin dolması nedeniyle sona ermesinde de yine sözleşmesel niteliktedir.¹⁷ Diğer yandan feshin sürekli borç ilişkilerini sona erdiren bir hak olması, geri almanın ise çoğu zaman anî edimli sözleşmelerde söz konusu olması, bu iki hak arasındaki fark olarak göze çarpar.

C. İptal Hakkından Ayrılması

İptal hakkı, bir yenilik doğuran hak olup irade sakatlığı nedeniyle veya aşırı yararlanma nedeniyle geçersiz olan sözleşmelerde, iradesi sakatlanan veya aşırı yararlanmaya maruz kalan tarafa verilmiş bir haktır (TBK. m. 39; m. 28). Aslında iptal hakkının, borçlanma işlemi ve bu işlem nedeniyle ifa edilmiş edimlere etkisi doktrinde tartışmalıdır.¹⁸

‘Geçersizlik teorisi’ olarak adlandırılan teoriye göre gerek irade sakatlığı gerekse aşırı yararlanma halinde işlem, daha baştan itibaren geçersizdir. Ancak iptal

¹⁵ Bkz. aş. IV.

¹⁶ Serozan, s. 118; Özel, s. 113; Ayrıca bkz. Meier, s. 40.

¹⁷ Serozan, s. 119; Ayrıca bkz. Vardar Hamamcıoğlu, *Bağışlama*, s. 456.

¹⁸ Bu tartışmalar ve görüşler için bkz. Vardar Hamamcıoğlu, s. 135 vd.; Ayrıca bkz. Meier, s. 41.

hakkına sahip taraf, bu hakkını süresinde kullanmadığında işlem baştan itibaren geçerli hale gelmektedir. Dolayısıyla iptal hakkında, hak sahibi hakkını kullandığında iade talebi istihaktır.¹⁹

‘İptal edilebilirlik teorisi’ olarak adlandırılan teoriye göre, irade sakatlığına rağmen borçlanma işlemi ve tasarruf işlemi en başından itibaren geçerlidir ancak iptal hakkıyla borçlanma işlemi sona ermektedir. Dolayısıyla bu teoriye göre, iade talebi iptal hakkı sonrası sebepsiz zenginleşmeye dayanmaktadır.²⁰

İptal hakkı, geçersizlik teorisinde hakkın kullanılması sonrası iade talebinin istihkak olması bakımından geri alma hakkından ayrılır. Geri alma hakkı sonrası iade talebi sebepsiz zenginleşmedir ve geçersizlik teorisinin benimsenmesi ile iptal ve geri alma hakkı arasındaki fark da bu noktada ortaya çıkar. Zira bu teoriye iptal sonrası iade yükümlülükleri istihkak veya bu mümkün olmadığı hallerde sebepsiz zenginleşmeye dayanırken, geri alma hakkı sonrası iade doğrudan sebepsiz zenginleşmeye dayanır.

Ancak irade sakatlığı bakımından iptal edilebilirlik teorisi benimsendiğinde, iptal hakkı sonrası ve geri alma hakkı sonrası iadenin sebepsiz zenginleşmeye dayandığı söylenebilecektir.

Diğer yandan iptal hakkı, her türlü hukukî işlemde bu anlamda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ya da tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde veyahut da tek taraflı hukukî işlemlerde söz konusu olabilir. Geri alma hakkı ise çoğu zaman tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de söz konusu olur. Bununla birlikte iptal hakkının kullanılması için de tıpkı geri alma hakkında olduğu gibi ihtara, ihbara veya süre vermeye gerek yoktur.²¹

Geri alma hakkıyla iptal hakkı arasında benzerlik olarak kabul edilebilecek nokta, geri alma hakkının sadece sözleşmede korunması gereken tarafa ait olması iptal hakkının da sadece iradesi sakatlanan tarafa ait olmasıdır.

D. Bozucu Koşuldan Ayrılması

Hukukî işlemin bozucu koşula bağlı olduğu hallerde bozucu koşul kendiliğinden hüküm ve sonuç doğurur ve hukukî işlem kendiliğinden sona erer. Geri alma hakkının bağışlama sözleşmesine etki etmesi ise bu hakkın bağışlayan tarafından kullanılmasına bağlıdır. Zira bağışlayan geri alma sebebinin varlığına rağmen bu hakkını kullanmak zorunda değildir. Ancak bozucu koşula bağlı hukukî işlemde, koşul kendiliğinden sonuç doğurur.

¹⁹ Diğer görüşler için bkz. Vardar Hamamcıoğlu, s. 140 vd.

²⁰ Bu tartışmalar için bkz. Vardar Hamamcıoğlu, s. 135 vd.

²¹ Serozan, s. 129; Özel, s. 115.

Bozucu koşul sonrası tartışmalı²² olmakla birlikte edimlerin tasfiye düzeni, taraflar arasındaki sözleşmenin kendisi iken geri alma hakkının kullanılması sonrası iade yükümlülüğü sebepsiz zenginleşmedir. Ancak iradî bozucu koşulun varlığı halinde, taraflar arasında sebepsiz bir geri alma hakkının yaratıldığı nitelendirmesi yapılabilirse de, geri alma hakkının bir sebebe dayanması gerektiği unutulmamalıdır.

E. Vekâlet Sözleşmesine İlişkin Tek Taraflı Sona Erdirme Hakkından Ayrılması

Vekâlet sözleşmesine ilişkin TBK. m. 512 uyarınca “*Vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir. Ancak, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*”.²³ Bir sözleşmenin kural olarak, taraflardan birince dilediği zaman tek taraflı irade beyanıyla sona erdirilmesi mümkün değildir. Ancak vekâlet sözleşmesinin temelinden yer alan güven unsuru, bu sözleşme türü bakımından taraflara sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmeye hakkı verilmesine neden olmuştur. Vekâlet sözleşmesinin tek taraflı sona erdirilmesi hakkı geri alma hakkından farklı olarak sebebe ihtiyaç duymayan hak niteliğini haizdir. Ancak geri alma hakkı Kanun’da yazılı sebeplerinden birine zorunlu olarak ihtiyaç duyar.

Vekâlet sözleşmesi bakımından TBK. m. 512 uyarınca sözleşmenin tek taraflı sona erdirmeye hakkı uygun olmayan zamanda kullanılmış ise hakkı kullanan, diğer tarafın zararını tazmin etmek zorunda kalır. Bağışlamanın geri alınmasında bu şekilde bir sınırlama söz konusu olmayıp, geri alma hakkı tazminatsız olarak kullanılabilir.

Diğer yandan kural olarak vekâlet sözleşmesi bakımından ücret zorunlu unsur değildir, yani bu sözleşme karşılıksız (ivazsız) olarak yapılabilir (TBK. m. 502). Bağışlama sözleşmesi ise niteliği gereği karşılıksız bir sözleşmedir. Ancak vekâlet sözleşmesinde söz konusu olan tek taraflı sona erdirmeye hakkı sözleşmenin kural olarak ivazsız olması niteliğine bağlı da değildir. Zira vekâlet sözleşmesi karşılıklı da olsa TBK. m. 512 hükmü uygulama alanı bulur. Eş söylemle vekâlet sözleşmesine ilişkin tek taraflı sona erdirmeye hakkının temelinde taraflar arasındaki güven ilişkisi yer alırken; bağışlama sözleşmesine ilişkin geri alma hakkının temelinde sözleşmenin ivazsız olması yer alır.

²² Sinan Okur, ‘Roma, Türk-İsviçre ve Avrupa Sözleşme Hukukunda Koşul (Şart) Kavramı ve Hukuki Sonuçları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme’, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2019, C. 14, S. 1, s. 31-101; Ayrıca bkz. Vardar Hamamcıoğlu, *Bağışlama*, s. 457.

²³ İsviçre Borçlar Kanunu m. 404 hükmünde TBK. m. 512 karşılığı yer almaktadır. Bu hükümde “Widerruf” tabiri kullanılmıştır. Benzer şekilde İBK. m. 249 hükmünde bağışlamanın geri alınması için “widerrufen” tabiri kullanılmıştır. Her iki hükümde de aynı terim kullanılmış olsa da, vekâlet sözleşmesine ilişkin tek taraflı sona erdirmeye hakkının bağışlamanın geri alınması hakkından farklıdır. Vekâlet bakımından kullanılmış olan “widerruf” tabirinin eleştirisine ilişkin bilgi için bkz. Özel, s. 95, dn. 397. Ayrıca bkz. Serozan, s. 131.

F. Cayma Hakkından Ayrılması

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında, tüketicinin taraf olduğu çeşitli sözleşme türleri bakımından cayma hakkı düzenlenmiştir. Cayma hakkı da aynı geri alma hakkı gibi yenilik doğuran hak niteliğini haiz olup sözleşmede korunması gereken taraf olan tüketiciye sözleşmeden kurtulma imkânı vermektedir.²⁴ Aynı geri alma hakkı gibi cayma hakkı da hak sahibine tazminatsız bir şekilde sözleşmeden kurtulma imkânı vermekte olup, bu açıdan iki hak birbirine benzetilmektedir.

Ancak geri alma hakkından farklı olarak, cayma hakkının kullanılması sebebe bağlı olmayıp tüketici hiçbir sebep olmaksızın cayma hakkını kullanma hakkına sahiptir. Geri alma hakkının kullanılması ise Kanun'da yer alan sebeplerin veyahut da sözleşmesel geri alma sebebinin varlığına bağlıdır. Hatta tüketici işleminin karşılıklı bir işlem, bağışlamanın karşılıksız bir işlem olduğu nazara alındığında, cayma hakkının tüketiciye, onun korunması gereken taraf da olduğu nazara alınarak, daha sözleşmenin başında sebepsiz ve tazminatsız olarak verildiği görülmektedir.²⁵

Cayma hakkı sonrası iade talepleri bakımından bugün baskın görüş iadenin sözleşmeden dönme hakkına da benzer şekilde sözleşme kaynaklı olduğunu savunmaktadır.²⁶ Ancak aşağıda analiz edileceği üzere bağışlamanın geri alınmasında ifa edilmiş edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşme kurallarına göre olur.

III. HUKUKÎ NİTELİĞİ

Geri alma hakkının bir hukukî ilişkiyi tek taraflı irade beyanıyla etkileyen bir hak olmasından dolayı, bu hakkın bir yenilik doğuran hak olduğuna şüphe yoktur. Ancak ifa edilmiş bağışlama sözleşmesindeki geri alma hakkının hukukî niteliği birçok açıdan tartışmalıdır.²⁷ Acaba bu hak, bozucu yenilik doğuran hak mıdır yoksa değiştirici yenilik doğuran hak mıdır? Geri alma hakkı, ifa edilmiş bağışlama sözleşmesini geçmişe etkili mi yoksa ileriye etkili mi ortadan kaldırır? İfa edilmiş bağışlama sözleşmesinde geri alma hakkının kullanılması halinde bağışlayanın iade talebi, sebepsiz zenginleşmeye mi, istihkaka mı yoksa yasal borç ilişkisine mi dayanır?

²⁴ Emine Aslı Küçükaydın, Tüketiciyi Koruyucu Nitelikli Geri Alma Hakkı, İstanbul 2018, s. 38; Cayma hakkının yenilik doğuran hak niteliği genel olarak kabul edilmekle birlikte bu hakkın da bozucu yenilik doğuran hak mı değiştirici yenilik doğuran hak mı olduğu tartışmalıdır. Tartışma için bkz. Leyla Müjde Kurt, 'TKHK Açısından Kapıdan Sözleşmelerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı', Ankara Barosu Dergisi, Y. 2011, S. 2, s. 57.

²⁵ Ayrıca bkz. Özel, s. 110.

²⁶ Bkz. Özel, s. 196.

²⁷ Tartışmalar için ayrıca bkz. Türkmen, s. 95 vd.

Tartışmalardan önce şu hususu belirtelim ki geri alma hakkı yenilik doğuran bir hak olduğundan ve en azından bu hususta bir tartışma olmadığından geri alma beyanı, varması gereken tek taraflı irade beyanı niteliğindedir. Diğer yandan TBK. m. 295 hükmüne karşılık gelen eBK. m. 244 hükmünde yer alan ‘... iadesini dava edebilir’ ifadesine yeni hükümde yer verilmemiş olması oldukça isabetlidir. Bu yolla geri alma hakkının mutlaka dava açarak kullanılmasının gerektiği yönündeki tartışmalar ortadan kaldırılmış ve bu hakkın yenilik doğuran hak niteliği şüpheye mahal vermeyecek şekilde ortaya çıkmıştır.

A. Geri Alma Hakkının Bozucu Yenilik Doğuran Hak Olduğunu Kabul Eden Görüş

Doktrinde yer alan bir görüşe göre ifa edilmiş bağışlama sözleşmesinde, Kanun’da sayılı sebeplerin birinin varlığı halinde bağışlayanın sahip olduğu geri alma hakkı, bozucu yenilik doğuran hak niteliğindedir.²⁸ Buna göre sebebin ortaya çıkması sonrası geri alma hakkının kullanılmasıyla bağışlama sözleşmesi sona erer.

Bu noktada bozucu yenilik doğuran hakkın ifa edilmiş bağışlama sözleşmesini geçmişe etkili mi yoksa ileriye etkili mi ortadan kaldırdığı tartışması devreye girer.

İfa edilmiş bağışlama sözleşmesinde bağışlayana bahsedilmiş geri alma hakkının bozucu yenilik doğuran hak olduğunu ve geçmişe etkili olduğunu savunan görüş, geri alma halinde iadenin istihkaka dayandığını savunmaktadır.²⁹

Diğer grup yazar ise geçmişe etkiyi savunmakla birlikte iadenin sebepsiz zenginleşmeye dayandığını ileri sürmektedir.³⁰

²⁸ Cevdet Yavuz / Faruk Acar / Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 2014, s. 364; Aydın Zevkililer / Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara 2019, s. 178; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2019, s. 205; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri*, Cilt V/1, 1, İstanbul 2019, N. 201; Pierre Cavin, *Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht-Besondere Vertragsverhältnisse*, Basel 1977, s. 196; Eugen Bucher, *Obligationenrecht, Besonderer Teil*, Zürich 1988, s. 159; Markus Müller-Chen / Claire Huguenin, (Hrsg); *CHK-Hand Kommentar zum Schweizer Privatrecht*, Vertragsverhältnisse Teil I: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184-318, Zürich Basel Genf 2016, Art. 251, N. 2; Sandra Maissen, *Der Schenkungsvertrag im schweizerischen Recht*, Freiburg 1996, N. 402. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK. 1986/2-382 E, 1987/122 K, 25.2.1987 T; 16. HD, 2008/10317 E, 2009/704 K, 13.2.2009 T (www.kazanci.com).

²⁹ İadenin istihkaka dayandığı yönünde, Cavin, s. 196 (Yazara göre geri alma hakkının kullanılmasıyla zilyetlik haksız zilyetliğe, tescil yolsuz tescile dönüşür).

³⁰ Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Cilt 1/1, İstanbul 2008, s. 377; Fahrettin Aral / Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara 2019, s. 250; Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul 1992, İçinde: Serozan, s. 150; Serozan, s. 129; Koller, *Amicorum* 2012, s. 209. Sözleşmenin geriye yürüt biçimde ortadan kalktığı yönünde bkz. Yargıtay HGK. 1986/2-382 E, 1987/122 K, 25.2.1987 T; 1. HD, 2002/4200 E, 2002/4921 K, 17.4.2002 T; Geri alma hakkının

ARAL/AYRANCI, burada geri alma hakkının bozucu yenilik doğuran hak olduğuna ve bu hakkın geçmişe etkili olduğuna işaret ederek, geri alma hakkının aynı etkili bir hak olarak düzenlenmesi gerekirken, metnin kaleme alındığı sırada soyut aynı sözleşme görüşünün etkisiyle, iade borcunun sebepsiz zenginleşme hükümlerine tâbi tutulduğunu belirtmiştir.³¹

BUCHER, ifa edilmiş bağışlama sözleşmesinde geri alma hakkının bozucu yenilik doğuran hak olduğunu ancak bu hakkın ileriye etkili olduğunu belirtmektedir. Ancak bu yöndeki olası ileriye etkili sona erme görüşünün iade talebini istihkaka dayandırması kanımızca oldukça hatalı olacaktır. Bu olası görüş mutlak surette iadenin sebepsiz zenginleşmeye ya da sözleşmeye dayalı olması gerektiğini savunmalıdır.

MAISSEN, geri alma hakkının bozucu yenilik doğuran hak ve geçmişe etkili olduğunu savunmakla birlikte bu hakkın etki bakımından sözleşmeden dönme hakkına benzediğini ve geri alma hakkı sonrası iade taleplerinin sözleşmesel iade talebine dayandığını savunmaktadır.³² Oysaki sözleşmeden dönmenin etkisini sözleşmesel iade talebine dayandırmak için bu hakkın bozucu değil değiştirici yenilik doğuran hak olduğunu kabul etmek mantık kuralları gereğidir. Bu nedenle bizce bu görüş kendi içinde çelişki barındırmaktadır.

B. Geri Alma Hakkının Değiştirici Yenilik Doğuran Hak Olduğunu Kabul Eden Görüş

İfa edilmiş bağışlama sözleşmesinde bağışlayana bahşedilmiş geri alma hakkının hukukî niteliğine ilişkin doktrinde yer alan bir diğer görüş bu hakkın değiştirici yenilik doğuran hak niteliğinde olduğunu savunur.³³ Buna göre geri alma beyanı bağışlanan tarafın hukuk sahasına ulaştığı anda ileriye etkili şekilde bağışlama sözleşmesinin içeriğini değiştirir ve bağışlanan bağışlama konusunu iade borcu altına girer.

Belirtelim ki geri alma hakkının değiştirici yenilik doğuran hak olduğunu savunan bu görüş bununla paralel olarak iadenin Kanun'dan kaynaklanan bir borç ilişkisine dayandığını, geri alma hakkının kullanılmasıyla taraflar arasında yasal bir borç ilişkisinin oluştuğunu kabul eder. Elbette burada iadeye ilişkin hüküm

geçmişe etkili olduğu, geri alma sebebinin sözleşmenin ifasından sonra ortaya çıktığı, bu nedenle bağışlananın elinde kalan miktarı geri vermekle yükümlü olduğu yönünde bkz. 1. HD, 2003/357 E, 2003/2202 K, 4.3.2003 T (www.kazanci.com).

³¹ Aral / Ayrancı, s. 250.

³² Maissen, N. 404.

³³ Ferih Bedii Tongsir, *Bağışlama*, İstanbul 1953, s. 111. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)*, Cilt I, İstanbul 1980, s. 374 (Dolaylı olarak); Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2019, N. 1016; Türkmen, s. 99; Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand (Hrsg); *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, Basel Genf München 2015, Art. 249, N. 14 (İleriye etkili olduğu yönünde).

bulunmayan hallerde sebepsiz zenginleşmeye/haksız zilyetlikte iadeye dayalı hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Bu görüşün savunulmasının nedeni İsmK. m. 249 hükmünün başlığının ‘*Bağışlananın geri verilmesini isteme/Rückforderung der Schenkung*’ olması ve yine hükümde yer alan ‘*geri istenebilir/zurückfordern*’ ifadesidir. Ancak TBK. m. 295 “... *bağışlananın istem tarihindeki zenginleşmesi ölçüsünde, bağışlama konusunun geri verilmesini isteyebilir*” şeklindeki ifadesi ile kanımızca geri almanın taraflar arasında yasal bir borç ilişkisi yarattığı yönündeki görüşten ayrılmış ve iadenin sebepsiz zenginleşmeye dayandığına işaret etmiştir.

GÜMÜŞ’e göre ifa edilmiş bağışlama sözleşmesi ifa edilmekle sona ermiştir.³⁴ Bu nedenle geri alma hakkı bozucu değil kurucu yenilik doğuran hak niteliğindedir ve bu hak kullanıldığı anda, ifa ile sona ermiş bağışlama sözleşmesindeki bağışlama konusunun bağışlanan tarafa iadesine yönelik yasal borç ilişkisi kurulur. Bu yasal borç ilişkisi bağışlayana sadece kişisel bir talep sağlar ve bağışlama konusunun mülkiyeti kendiliğinden bağışlayana dönmaz. Yazar devamla bu ihtimalde iade talebinin teknik anlamda sebepsiz zenginleşmeye dayanmadığını, yasal borç ilişkisine dayandığını, bu nedenle iadeye ilişkin zamanaşımının TBK. m. 146 uyarınca on yıl olduğunu savunmaktadır.³⁵

IV. GERİ ALMA HAKKI SONRASI İADE TALEPLERİ

A. İadenin Sebepsiz Zenginleşmeye Dayandığını Kabul Eden Görüş

İfa edilmiş bağışlama sözü verme ve elden bağışlananın TBK. m. 295’te yer alan sebeplerden birine dayalı olarak geri alınması halinde bir görüş, bağışlayanın iade taleplerinin sebepsiz zenginleşmeye dayandığını kabul eder. Zira TBK. m. 295/I bağışlayanın, bağışlananın istem tarihindeki zenginleşmesi ölçüsünde bağışlama konusunu geri isteyebileceğine işaret etmiş ve iade talebini sebepsiz zenginleşmeye dayandırmıştır.

SEROZAN,³⁶ geri alma hakkının kullanılması halinde geri verme taleplerinin sebepsiz zenginleşmeye dayandığına işaret eder. Yazara göre bağışlama sözleşmesinin geri alınmasında ağır hukuksal sonuçların kabul edilmemesi gerekir zira

³⁴ Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 2013, s. 219.

³⁵ Gümüş, s. 219.

³⁶ Serozan, s. 128-129; Benzer yönde Turgut Öz, *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme*, İstanbul 1990, s. 104; Yavuz / Acar / Özen, s. 364; Becker, Art. 249, N. 5; N. 7; Oser / Schönerberger, Art. 249, N. 4; Meier, s. 108 vd.; İadenin ilk önce sebepsiz zenginleşmeye dayandığı, sonrasında taşınmazın iadesinin TMK (4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu, RG. 8.12.2001/24607) m. 1025’e dayalı gerçekleşeceği yönünde bkz. Belen, s. 53, 56; İade talebinin, geri alma hakkının kullanılması halinde sebepsiz zenginleşme benzeri olduğu yönünde bkz. Heinrich Honsell (Hrsg), *Kurzkomentar Obligationenrecht*, Art. 1-529, Basel 2014, Art. 249, N. 3; CHK OR-Schönerberger, Art. 248, N. 7.

bağışlama sözleşmesi karşılıksızdır. Dolayısıyla yazara göre bağışlananın aykırı davranışı karşısında kullanılan geri alma hakkıyla, uzun zaman önce yapılmış bir bağışlamanın sözleşmesel sorumlulukla iadesinin talep edilmesi karşılıksız kazandırma amacıyla bağdaşmaz. Bu durumda iyilikbilmez bağışlanan bu tutumunun cezasını, bağışlama konusunun malvarlığına yaptığı değerden karşılamalı yoksa bu değeri aşan bir fedakârlık altına girmemelidir. Yine yazara göre, bu işlemde bağışlayanın karşılık beklemeksizin tamamen gözden çıkardığı malvarlığı değerinin iadesi talebinde özel bir korumaya da ihtiyacı yoktur.

B. İadenin İstihkaka Dayandığını Kabul Eden Görüş

İfa edilmiş bağışlama sözleşmesinin TBK. m. 295'te yer alan sebeplerden birine dayalı olarak geri alınması halinde bir görüş bağışlayanın iade taleplerinin istihkaka dayandığını kabul eder.³⁷ Bu görüş uyarınca geri alma hakkının kullanılmasıyla zilyetliğin geri devrine ve tescilin terkinine gerek olmadan bağışlama konusu kendiliğinden bağışlayanın malvarlığına geri döner. Geri alma hakkının kullanılmasıyla bağışlanan, haksız zilyet olur ve taşınmaza ilişkin tescil kendiliğinden yolsuz hale gelir. Bu yolla aynen iadenin sağlanmadığı hallerde ise iade talebi haksız zilyetlikte iadeye ilişkin hükümler uyarınca sağlanır.

C. İadenin Yasal Borç İlişisine Dayandığını Kabul Eden Görüş

İfa edilmiş bağışlama sözleşmesinde geri alma hakkının değiştirici yenilik doğuran hak olduğunu kabul eden görüş bu durumda iadenin de Kanun'dan kaynaklanan bir borç ilişkisine dayandığına işaret eder. Geri alma hakkını kurucu yenilik doğuran hak olarak nitelendiren GÜMÜŞ, geri alma hakkının taraflar arasında yasal borç ilişkisi yaratacağından bahisle iade taleplerine ilişkin zamanaşımın TBK. m. 146'da yer alan on yıllık süre olduğuna işaret eder.³⁸

MAISSEN, ifa edilmiş bağışlamanın geri alınmasının geçmişe etkili olduğunu, sözleşmenin tamamen ortadan kalktığını, bundan sonra sözleşmesel iade talebinin gündeme geldiğini, iadenin istihkaka ya da sebepsiz zenginleşmeye dayanmadığını belirtmektedir.³⁹ Yine yazar tıpkı sözleşmeden dönmede olduğu gibi geri alma hakkının kullanılmasından itibaren iade taleplerinin on yıllık zamanaşımına tâbi olduğunu belirtmektedir.⁴⁰

³⁷ Cavin, 196; Doktrinde ÖZ, geri alma hakkının kullanılması halinde iade talebinin taşınırılar bakımından sebepsiz zenginleşmeye dayandığını, ancak taşınmazlar bakımından istihkaka dayandığını, geri alma hakkı sonrası ikame edilmesi gereken davanın tescile zorlama davası (TMK. m. 716) değil yolsuz tescilin düzeltilmesi davası (TMK. m. 1025) olduğu yönünde görüş bildirmiştir. Öz, s. 104, dn. 98.

³⁸ Gümüş, s. 220; Türkmen, s. 100; Benzer şekilde Maissen, N. 405.

³⁹ Maissen, N. 413, 414.

⁴⁰ Maissen, N. 414.

TÜRKMEN⁴¹ göre bağışlama sözleşmesinde bağışlanan, kusuruyla geri alma sebebinin ortaya çıkmasına neden olmuşsa, geri alma sonrası iadenin sebepsiz zenginleşmeye dayanmamasını gerektirir. Yazara göre kanunda sebepsiz zenginleşmeye yapılan atıf, sadece tasfiyenin nasıl yapılacağı hususunda yol göstericidir yoksa geri alma sonrası iade talepleri taraflar arasındaki sözleşmeye dayanır.

SONUÇ VE KANAATİMİZ

Bize göre ifa edilmiş bağışlama sözleşmesine ilişkin geri alma hakkı bozucu yenilik doğuran hak niteliğindedir.⁴² Zira bu hakkın kullanılmasıyla birlikte taraflar arasındaki bağışlama sözleşmesi ortadan kalkar. Ancak bu hakkın bozucu yenilik doğuran hak olması işlemin geçmişe etkili şekilde ve hiç yapılmamış gibi ortadan kalması anlamına gelmez. Başka bir anlatımla geri alma hakkının bozucu yenilik doğuran hak olduğunu kabul etmek aynı zamanda zorunlu olarak bağışlama sözleşmesinin baştan itibaren ortadan kalktığını savunmayı gerektirmez. Geri alma hakkının geçmişe etkili olduğunu kabul etmek aynı zamanda bağışlayan tarafa haksız zilyetlikten doğan haksız zilyetlikten doğan tazminat talebi vermek anlamına gelir. Bağışlama sözleşmesi, geri alma hakkı kullanılana kadar tüm hüküm ve sonuçlarını doğurur. Yani borçlanma işlemi ve bu borçlanma işlemi nedeniyle yapılan tasarruf işlemi geçerlidir. Örneğin taşınır mülkiyeti veya taşınmaz mülkiyeti bağışlanan tarafından geçerli bir şekilde kazanılmıştır ve geri alma hakkının kullanılması geçmişe etkili olacak şekilde bu kazanımları geçmişten bu yana sebepsiz hale getirmez. Bu nedenle geri alma hakkı ileriye etkili sonuç doğurur.

Belirtelim ki özellikle ifa edilmiş bir sözleşmenin herhangi bir nedenle sona ermesi ve ifa edilen edimin iadesi meselesi Borçlar Hukuku'nun en zor ve tartışmalı konularından biridir. İster kuruluş aşamasında ister ifa aşamasında veya ifa sonrasında ortaya çıkan bir olgu nedeniyle sözleşmede arzu edilen sonucun doğmaması kurumu doktrinde '*akamete uğrayan sözleşme*' kavramı ile ifade edilmektedir.⁴³ Akamete uğrayan ve tasfiyeye yol açan durumlar ise sadece sözleşmenin kuruluşu ve ifası aşamasında değil bozucu koşulun gerçekleşmesi veya bağışlama sözleşmesinde geri alma hakkının kullanılması gibi yerine getirilmiş edimin iadesi noktasında da ortaya çıkmaktadır.⁴⁴ Ancak akamete uğrayan sözleşmeler bakımından Türk-İsviçre Hukuk'larında uygulanacak genel nitelikli bir

⁴¹ Türkmen, s. 100.

⁴² Ayrıca bkz. Vardar Hamamcıoğlu, *Bağışlama*, s. 458 vd.

⁴³ Vedat Buz, '*Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin Tasfiyesi*', Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt I, İstanbul 2010, s. 613.

⁴⁴ Buz, *Serozan'a Armağan 2010*, s. 614; Ayrıca bkz. Tuba Akçura Karaman, '*Sona Ermiş veya Geçersiz Sözleşmelerde Tarafların İfa Ettikleri Edimlerin İadesi*', Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1, s. 287.

hüküm olmadığı gibi tasfiye bakımından sebepsiz zenginleşme, haksız zilyetlikte iade, vekâletsiz işgörme ihtimalleri gündeme gelmektedir. Hatta sözleşmeden dönme halinde, dönüşüm teorisi tasfiyenin dönülen sözleşmeye göre yapılması gerektiğine işaret etmektedir. Bu karmaşık tasfiye rejimi ise uyumsuzlukları daha da içinden çıkılmaz bir hale sokmaktadır. Dolayısıyla bugün bu konuda ortak esasların oluşturulması gerektiği şüphesizdir. Ancak olan hukuk bakımından irdeleme yapmak gerekirse geri alma hakkı sonrası iade talebinin sebepsiz zenginleşmeye dayandığını kabul etmek gerekir.

Bilindiği üzere sebepsiz zenginleşme TBK. m. 77 vd. hükümlerinde düzenlenmiş olup TBK. m. 77/son fıkra uyarınca ‘geçerli olmayan sebebe dayanan’, ‘gerçekleşmemiş sebebe dayanan’ ya da ‘sona ermiş sebebe dayanan’ zenginleşme şeklinde ortaya çıkar. Bağışlama sözleşmesinde geri alma hakkının kullanılmasıyla zenginleşmenin ‘sona eren sebebe dayalı zenginleşme’ olduğu kabul edilmelidir. Zira bağışlama konusu taşınır mülkiyeti, taşınmaz mülkiyeti, bağışlama sözleşmesinin ifa edilmesiyle bağışlanan tarafından geçerli bir şekilde kazanılmıştır. Eş söylemle hem borçlanma işlemi hem de tasarruf işlemi başlangıçta geçerlidir. Ancak geri alma sebebinin ortaya çıkması ve bu hakkın bağışlayan tarafından kullanılmasıyla başlangıçta geçerli olan ve tasarruf işleminin hukukî sebebinin teşkil eden borçlanma işlemi sona erer. Sona eren bu borçlanma işlemi nedeniyle yapılan tasarruf işlemi sonucu kazanılan bağışlama konusu ise geri alma hakkının kullanılmasıyla bağışlananın malvarlığında sebepsiz zenginleşme teşkil etmeye başlar. Eş söylemle başta geçerli olan borçlanma ve tasarruf işlemi sonrası, geri alma hakkı kullandığında geçerli borçlanma işlemi geçerli tasarruf işleminin altından adeta çekilir ve tasarruf işlemiyle kazanılanlar bağışlanan tarafın malvarlığında sebepsiz zenginleşme teşkil etmeye başlar.

Diğer yandan TBK. m. 295 hükmünde açıkça ‘bağışlananın istem tarihindeki zenginleşmesi ölçüsünde’ denilmek suretiyle iade talebinin sebepsiz zenginleşmeye dayandığına işaret etmiştir. Bu açık ifade karşısında artık iadenin sözleşmeye ya da yasal borç ilişkisine dayandığını savunmak kanımızca mümkün değildir.

Geri alma hakkı sonrası iadenin istihkaka dayandığını savunmak ise tıpkı sözleşmeden dönmenin aynî etkisinin kabul edilmesi gibi Eşya Hukuku ilkeleri karşısında oldukça sakıncalıdır.

KAYNAKÇA

- AKÇURA KARAMAN**, Tuba, 'Sona Ermiş veya Geçersiz Sözleşmelerde Tarafların İfa Ettikleri Edimlerin İadesi', Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1, s. 285-333.
- ANTALYA**, Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri*, Cilt V/1, 1, İstanbul 2019.
- ARAL**, Fahrettin / **AYRANCI**, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara 2019.
- AYDOĞDU**, Murat / **KAHVECİ**, Nalan, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, Ankara 2019.
- BECKER**, Herman, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht*, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551, Bern 1934.
- BELN**, İbrahim Belen, *Şartlı ve Mükellefiyetli Bağışlama*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2005.
- BUCHER**, Eugen, *Obligationenrecht, Besonderer Teil*, Zürich 1988.
- BUZ**, Vedat, 'Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin Tasfiyesi', Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt I, İstanbul 2010, s. 611-662 (Buz, Serozan'a Armağan 2010).
- BUZ**, Vedat, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Ankara 1998.
- CAVİN**, Pierre, *Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht-Besondere Vertragsverhältnisse*, Basel 1977.
- EREN**, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2019.
- ERZURUMLUOĞLU**, Erzan, *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, Ankara 2019.
- FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin, *Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)*, Cilt I, İstanbul 1980.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 2013.
- HATEMİ**, Hüseyin / **SEROZAN**, Rona / **ARPACI**, Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul 1992.
- HONSELL**, Heinrich (Hrsg), *Kurzkommentar Obligationenrecht*, Art. 1-529, Basel 2014.
- HONSELL**, Heinrich / **VOGT**, Nedim Peter / **WIEGAND**, Wolfgang (Hrsg), *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Basel Genf München 2015 (BSK-İşleyen).
- KILIÇOĞLU**, Ahmet, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2019 (KUKO-İşleyen).
- KOLLER**, Alfred, 'Anfang und Ende der Schenkung', Liber Amicorum Nedim Peter Vogt, Basel 2012, s. 201-211.
- KURT**, Leyla Müjde, 'TKHK Açısından Kapıdan Sözleşmelerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı', Ankara Barosu Dergisi, Y. 2011, S: 2, s. 43-68.
- KÜÇÜKAYDIN**, Emine Aslı, *Tüketiciyi Koruyucu Nitelikli Geri Alma Hakkı*, İstanbul 2018.
- MAISSEN**, Sandra, *Der Schenkungsvertrag im schweizerischen Recht*, Freiburg 1996.

- MEIER**, Walter Heinrich, *Der Widerruf von Schenkungen im schweizerischen Recht*, Winterthur 1958.
- MULLER-CHEN**, Markus / **HUGUENIN**, Claire (Hrsg), *CHK-Hand Kommentar zum Schweizer Privatrecht*, Vertragsverhältnisse Teil I: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184-318, Zürich Basel Genf 2016 (CHK-İşleyen).
- OKUR**, Sinan, 'Roma, Türk-İsviçre ve Avrupa Sözleşme Hukukunda Koşul (Şart) Kavramı ve Hukuki Sonuçları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme', Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2019, C. 14, S. 1, s. 31-101.
- OSER**, Hugo / **SCHÖNENBERGER**, Wilhelm, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Das Obligationenrecht, I. Teil (Halbband): Art. 184-418, Zürich 1936.
- ÖZ**, Turgut, *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme*, İstanbul 1990.
- ÖZEL**, Çağlar, *Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı*, Ankara 1998.
- SEROZAN**, Rona, *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul 2007.
- TANDOĞAN**, Haluk, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Cilt 1/1, İstanbul 2008.
- TONGSİR**, Ferih Bedii, *Bağışlama*, İstanbul 1953.
- TÜRKMEN**, Ahmet, *Bağışlamanın Geri Alınması*, Ankara 2019.
- VARDAR HAMAMCIOĞLU**, Gülşah, *Bağışlama Sözleşmesi*, Ankara 2020 (Vardar Hamamcioğlu, *Bağışlama*).
- VARDAR HAMAMCIOĞLU**, Gülşah, *Medenî Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı*, İstanbul 2014.
- YAVUZ**, Cevdet / **ACAR**, Faruk / **ÖZEN**, Burak, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 2014.
- YELDAN**, Ali, *Bağışlamadan Dönme*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2002.
- ZEVKLİLER**, Aydın / **GÖKYAYLA**, Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara 2019.

Fransız Banka Hukukunda Müşteri Sırrını Saklama Yükümlülüğü ve Özel Hayatın Korunması ile İlişkisi^(*)

The Obligation to Keep a Customer's Secret and Its Relation to the Protection of Privacy in French Banking Law

Arş. Gör. Dr. İlknur KAYA^(**)

Öz:

Fransız hukukunda müşteri sırrının saklanması yükümlülüğü 14.12.2000 tarih ve 2000-2013 sayılı Para ve Finans Kanunu'nun (Code monétaire et financière, CMF) "mesleki sır" başlıklı L. 511-33. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddede; kredi kuruluşu ve finansman şirketlerinin yönetim veya gözetim kurulu üyeleri, bu şirketlerin herhangi bir şekilde yönetimine katılanlar veya bu kuruluşlarda çalışanlar müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne tâbi olan kişiler olarak sayılmıştır. Ayrıca aynı maddede sırrın açıklanabileceği hâllerle ilgili önemli bazı istisnalara da yer verilmiştir. Ancak maddede sır saklama yükümlülüğünün ihlâli hâlinde uygulanacak yaptırımlarla ilgili bir düzenleme bulunmadığından, genel hükümlerde yer alan düzenlemelerin dikkate alınması gerekmektedir. Hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde sırrın saklanması ile özel hayatın korunmasının bağlantılı olduğu kabul edilmektedir. Fransız hukukunda özel hayatın korunması ile ilgili temel düzenleme ise Fransız Medeni Kanunu'nun (Code Civil, CC) 9. maddesinde yer almaktadır. Maddeye göre; herkes özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Hâkim özel hayatın mahremiyetine dair saldırıyı durdurmak veya engellemek için yediemine tevdi, el koyma gibi gerekli tüm tedbirlere karar verebilir. Eğer bir zarar meydana gelmişse bu zararın haksız fiil hükümlerince tazminine ve kararın yayımlanmasına da karar verilebilir. Biz bu çalışmada genel hükümler kapsamında yer alan özel hayatın korunması hükümlerinin müşteri sırrı ile ilişkisini inceleyeceğiz.

Anahtar Kelimeler:

Sır, Müşteri Sırrı, Banka Sırrı, Fransız Hukuku, Özel Hayatın Korunması.

Abstract:

The obligation to keep the customer's secret in French law is governed by the article L. 511-33 titled as "professional secret" of the Monetary and Financial Law (Code

^(*) Bu çalışma Yazar'ın "Banka Hukukunda Müşteri Sırrını Saklama Yükümlülüğü (Fransız İsviçre ve Türk Hukukunda)" adlı doktora tezine dayanmaktadır.

^(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi.

E-posta: ilknurkaya@anadolu.edu.tr.

Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0002-9218-5473>.

Makale Gönderim Tarihi: 26.06.2020.

Makale Kabul Tarihi: 22.10.2020.

monétaire et financière, CMF) dated 14.12.2000 and numbered 2000-2013. In this article, the members of the administrative or supervisory board of the credit institutions and financing companies, those who participate in the management of these companies in any way or those who work in these organizations are deemed as persons subject to the obligation to keep the customer secret. In addition, some important exceptions are included in the same article regarding the cases in which the secret can be disclosed. However, since there is no regulation on the sanctions to be applied in case of violation of the obligation to keep secrets in the article, the regulations contained in the general provisions need to be taken into account. In almost all judicial systems, it is acknowledged that the keeping of the secret and the protection of privacy are linked. The basic regulation for the protection of privacy in French law is the Article 9 of the French Civil Code (Code Civil, CC). According to the article, everyone has the right to ask that his/her privacy be respected. A judge may decide on all necessary measures, such as intrust or distraintment, to stop or prevent a violation on the privacy. If a loss has occurred, it may be decided that the damages will be compensated per the tort provisions and that the decision will be published. In this study, we investigate the relationship between the protection of privacy provisions within the scope of the general provisions and the customer secret.

Keywords:

Secret, Customer Secret, Bank Secret, French Law, Protection of Privacy.

GİRİŞ

Bankalar yürüttükleri mesleki faaliyet dolayısıyla gerek müşterileri gerekse üçüncü kişiler hakkında şahsi ve ekonomik nitelikte çok sayıda bilgiye sahip olurlar. Bu bilgilerin banka nezdinde kaldığı sürece, yetkili olmayan kurum veya kişilerle paylaşılmaması gerekmektedir. Müşteri sırrı niteliğinde olan bilgilerin korunması, banka müşterilerinin ve bankanın hakkında bilgi sahibi olduğu üçüncü kişilerin gizlilik alanının korunmasını sağlamaya hizmet etmektedir. Müşteri sırrını saklama yükümlülüğü ise, müşterinin veya bankayla iş bağlantısı bulunan üçüncü kişinin, gizli nitelikteki bilgilerin açıklanmayacağına ilişkin bankaya duyduğu güvenin neticesinde doğmuştur. Böylece, mesleki bir faaliyet yürüten bankalara duyulan güven sarsılmadığı gibi, bankaların faaliyetlerinin devamı sağlanarak, ekonomik istikrar da dolaylı olarak güvence altına alınmaktadır.

Türk hukukunda kişinin maddi, manevi, ticari ve ekonomik alanları Türk Medeni Kanunu'nun kişiliğin korunmasına ilişkin 24 ve 25. maddeleri ile korunmaktadır. Kişinin gizli alanının da aynı hükümler kapsamında yer aldığı kabul edilmektedir. Fransız Medeni Kanunu'nda ise (Code civil, CC) kişinin gizlilik alanının korunması "özel hayata saygı" ilkesi çerçevesinde düzenlenmiştir.

Bu çalışmada Fransız banka hukukunda müşteri sırrının saklanması yükümlülüğünün, genel hükümler kapsamında yer alan özel hayatın korunmasına dair CC art. 9 hükmü ile ilişkisi incelenecektir.

I. MÜŞTERİ SIRRINA İLİŞKİN TEMEL HUKUKİ DÜZENLEME

Fransız banka hukukunda müşteri sırrı 14.12.2000 tarih ve 2000-2013 sayılı Para ve Finans Kanunu'nun (Code monétaire et financière, CMF)¹ “mesleki sır” başlıklı L. 511-33. maddesiyle² korunmaktadır.³ Belirtilen maddede müşteri

¹ Kanun için bkz., <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072026> (erişim tarihi: 19.04.2019).

² “I. Kredi kuruluşu ve finansman şirketleri ile Kanun'un L. 511-6 maddesinin 5. ve 8. bendinde sayılan kuruluşların yönetim veya gözetim kurulu üyesi olan veya herhangi bir şekilde yönetime katılan veya bu kuruluşlarda çalışan kişiler mesleki sır saklama yükümlülüğüne tâbidir. Mesleki sır, İhtiyati Denetim ve Çözümleme Kurumu'na, Fransa Merkez Bankası'na, Fransa Deniz Aşırı Bölgesi Merkez Bankasına, ceza soruşturması veya yargılamasını yürüten makama, 17.11.1958 tarih ve 58-1100 sayılı Parlamenterler Meclisi'nin İşleyişi'ne Dair Kararname'nin 6. maddesince açılan meclis soruşturma komisyonuna karşı ileri sürülemez.

Kredi kuruluşu ve finansman şirketleri mesleki sır kapsamındaki bilgileri, kredi derecelendirme kuruluşlarıyla derecelendirme işlemlerinin yapılması amacıyla paylaşabilir. Ayrıca söz konusu bilgiler aşağıda sayılan işlemlerin yapılması için zorunlu olduğu takdirde, kendisiyle görüşme yapılan, sözleşme imzalanan veya işlemi gerçekleştirilen kişilerle paylaşılabilir.

1. Doğrudan veya dolaylı olarak bir veya daha fazla kredi kuruluşu veya finansman şirketince gerçekleştirilen kredi işlemleri

2. Finansal araçlara ilişkin işlemler, kredi rizikosu için yapılan teminat veya sigorta işlemleri

3. Bir kredi kuruluşu veya finansman şirketinde yönetim hâkimiyetini sağlayan veya sermayenin çoğunluğunu temsil eden payların devri

4. Aktiflerin veya ticari işletmenin devri

5. Alacağın veya sözleşmenin devri

6. Önemli bazı işlemlerin yapılmasının üçüncü kişilere bırakıldığı hizmet sözleşmeleri

7. Müşteriyile ilgili banka işlem ve sözleşmelerinin, şirketler topluluğunca incelenmesi ve hazırlanması

Finansman sözleşmeleriyle ilgili olarak Avrupa Birliği'ne üye olmayan bir Devletin mevzuatı gereği, veri depolama merkezine bildirimin zorunlu olduğu hâllerde, kredi kuruluşu veya finansman şirketi, mesleki sır kapsamında yer alan bilgileri paylaşabilir. Bu bilgiler, 06.01.1978 tarih ve 78-17 sayılı Bilişim, Veri Kayıt Sistemi ve Özgürlüklere İlişkin Kanun'a göre kişisel veri niteliğindeyse, bildirim söz konusu Kanun'da öngörülen şekilde gerçekleştirilir.

Yukarıda belirtilen hâller dışında, kredi kuruluşları ve finansman şirketleri, mesleki sır kapsamında yer alan bilgileri, her somut olayda ve ilgili kişilerin bu yöndeki onayı ile paylaşabilir.

Yukarıda belirtilen işlemler gerçekleşmiş olsun veya olmasın, mesleki sır kapsamında yer alan bilgileri öğrenen kişiler, bu bilgileri gizlilikle saklamalıdır. Ancak işlem gerçekleşmiş olursa, söz konusu kişiler mesleki sır kapsamında yer alan bilgilerin tümünü, bu maddede sözü edilen kişilerle ve aynı koşullarda paylaşabilirler.

II. İhtiyati Denetim ve Çözümleme Kurumu'nun denetimine tâbi kredi kuruluşu, finansman şirketi, saf finansal holding şirketi, karma finansal holding şirketi ve finansman şirketinin ana işletmelerinin çalışanları ile bunların hizmet sağlayıcılarının çalışanları, potansiyel veya kesin ihlalleri 26.06.2013 tarih ve 575/2015 sayılı, 15.05.2014 tarih ve 600/2014 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüklerine ve bu Kanun'un birinci kitabının mevcut bölümü ile III. bölümlerinde yer alan düzenlemelere uygun olarak Kurum'a bildirmelidir. Bildirimler yazılı olarak yapılmalı ve vakıanın aydınlatılması için gerekli tüm unsurlar bildirimde eklenmelidir.

sırrını saklamakla yükümlü olanlar sayılmıştır. Kredi kuruluşu ve finansman şirketlerinin yönetim veya gözetim kurulu üyeleri, herhangi bir şekilde yönetimine katılanlar ile belirtilen şirketlerde çalışanlar müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne tâbi olan kişilerdir.

Ayrıca aynı maddede sırrın açıklanabileceği bazı banka işlemleri de sıralanmış ve yine bazı yetkili kurumlara karşı müşteri sırrına ilişkin hükmün ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir. Buna göre sır saklama yükümlülüğü İhtiyati Denetim ve Çözümleme Kurumu'na, Fransa Merkez Bankası'na, Fransa Deniz Aşırı Bölgesi Merkez Bankasına, ceza soruşturması veya yargılamasını yürüten makama, meclis soruşturma komisyonuna karşı ileri sürülemez.

Ancak kredi kuruluşu ve finansman şirketleri sır kapsamındaki bilgileri, kredi derecelendirme kuruluşlarıyla derecelendirme işlemlerinin yapılması amacıyla paylaşabilir.

Bankaların sözleşme öncesi görüşme yaptığı, sözleşme imzaladığı veya işlemini gerçekleştirdiği kişilere, söz konusu işlem veya sözleşmenin yapılması için zorunlu olarak verilmesi gereken bilgiler sebebiyle, müşteri sırrı hükümleri ihlâl edilmiş olmayacaktır. Maddede tahdidi olarak sayılan işlem veya sözleşmeler; doğrudan veya dolaylı olarak bir veya daha fazla kredi kuruluşu veya finansman şirketince gerçekleştirilen kredi işlemleri, finansal araçlara ilişkin işlemler, kredi rizikosuna için yapılan teminat veya sigorta işlemleri, bir kredi kuruluşu veya finansman şirketinde yönetim hâkimiyetini sağlayan veya sermayenin çoğunluğunu temsil eden payların devri, malvarlığının veya ticari işletmenin devri, alacağın veya sözleşmenin devri, önemli bazı işlemlerin yapılmasının üçüncü kişilere bırakıldığı hizmet sözleşmeleri, müşteriyle ilgili bankacılık işlem ve sözleşmelerinin, şirketler topluluğunca incelenmesi ve hazırlanması işlemleridir.

II. MÜŞTERİ SIRRININ TANIMI

CMF art. L. 511-33'te müşteri sırrı tanımlanmamıştır. Hükmün madde başlığında ve metninde “mesleki sır (secret professionnel)” kavramı yer almakla

İhtiyati Denetim ve Çözümleme Kurumu, kendisine yapılan bildirimler için, bildirimde bulunan kişinin korunması, özellikle kimliğinin öğrenilmemesi ve bildirimle ilgili diğer kişilerin kişisel verilerinin korunması için gerekli tüm tedbirleri alır.”

³ Bununla birlikte CMF'nin yürürlüğe girmesinden önce de, bankaların banka sözleşmesinden kaynaklanan sır saklama yükümlülüğünün olduğu kabul edilmekteydi. Ayrıca Ceza Kanunu'nun (Code pénal, CP) 378. maddesinde doktorlar, eczacılar ve avukatlar için öngörülen sır saklama yükümlülüğünün bankacılar için de uygulanabilir olduğu ifade edilmekteydi. Joseph Hamel, *Banques et Opérations des Banques*, Ed. Rousseau, Paris, 1933, s. 141; Anatole Sacker, *Le Secret Professionnel du Banquier*, Ed. Rousseau, Paris, 1933, s. 9; Paris İstinaf Mahkemesi de 17.10.1931 tarihli eski bir kararında, bankaların müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün bulunduğuna işaret etmiştir. Jérôme Lasserre-Capdeville, *Le Secret Bancaire*, Banque & Droit, Hors Series, 30 Ans de Loi bancaire, mars 2014, s. 16.

birlikte, mesleki sır saklama yükümlülüğünün konusunu bankanın müşterilerine veya hakkında bilgi sahibi olduğu üçüncü kişilere ait sırlar oluşturmaktadır.⁴ Bir başka deyişle bankanın müşteri sırrını (secret bancaire)⁵, saklama yükümlülüğü, mesleki sır saklama yükümlülüğünün özel bir türüdür.⁷

Buradan hareketle *Farhat* müşteri sırrının, bankacılık faaliyetinin yürütülmesi sırasında öğrenilen bilgilerden ibaret olduğunu ifade etmiştir.⁸

Alavi müşteri sırrını; bankanın yönetici, temsilci ve çalışanlarının mesleki faaliyetlerini yürütürken öğrendikleri, müşteri veya bankayla işbağlantısı olan ki-

⁴ Alexandre Alavi, *Le secret bancaire Etude de Droit Comparé (France-Suisse)*, Thèse Doctorat, Paris, Université Paris Est, 2017, s. 10; Jérôme Lasserre-Capdeville, *Le Secret Bancaire, Etude de Droit Comparé (France, Suisse, Luxembourg)*, Aix En Provence, Presses Universitaire D'aix-Marseille, 2006, s. 31; Raymond Farhat, *Le Secret Bancaire: Etude de Droit Comparé (France, Suisse, Liban)*, LGDJ, Paris, 1980, s. 11.

⁵ Fransız hukukunda bankanın müşterileri ve hakkında bilgi sahibi olduğu üçüncü kişilerle ilgili sırlar için “secret bancaire” kavramının kullanıldığı görülmektedir. Esasen bu kavramın kelime karşılığı “banka sırrı”dır. Ancak kavram müşterilerin ve üçüncü kişilerin sırlarının saklanmasıyla kullanılmakta ve bankanın kendi sırları ise “iş sırrına (secret des affaires)” ilişkin hükümlerle korunmaktadır. Yani Türk hukukundan farklı olarak Fransız hukukunda, bankanın kendisine, bir başka deyişle iç işleyişine dair sırlar için “banka sırrı” kavramı kullanılmamakta ve “bankanın iş sırrı” denmekle yetinilmektedir. Alavi, s. 14; Jérôme Lasserre-Capdeville, *Le Secret Bancaire: Approche Nationale et Internationale*, Edition Revue Banque, Paris, 2013, s. 15; Anne Teissier, *Le Secret Professionnel du Banquier*, Aix En Provence, Presses Universitaire D'aix-Marseille, 1999, s. 18.

⁶ Türk hukukunda ise Bankacılık Kanunu’nun “sırların korunması” başlıklı 73. maddesinde, “banka ve müşterilere” ait sırları öğrenenlerin söz konusu sırları saklamakla yükümlü oldukları hükme bağlanmıştır. Madde metninde iki farklı sır türünün düzenlenmiş olması doktrinde “banka sırrı”, “bankacılık sırrı” ve “müşteri sırrı” gibi kavramların benimsenmesine sebep olmuştur. Bir görüşe göre, geniş anlamda “banka sırrının” kapsamında hem bankaya hem de müşterilere ait sırlar yer almaktadır. Ünal Tekinalp, *Banka Hukukunun Esasları*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 411; A. Sait Yüksel / Aslı Yüksel / Ülkü Yüksel, *Bankacılık Hukuku ve İşletmesi*, 10. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2004, s. 193; Pınar Çağla Kandıralıoğlu, *Türk Hukukunda Bankaların Sır Saklama Yükümlülüğü*, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 84; İbrahim Kaplan, “Banka Gizliliği-Bankanın Sır Saklama Borcu”, *Batider*, Cilt: 15, Sayı: 4, Yıl: 1990, Ankara, s. 4; Faruk Erem / Akın Altınok / Haluk Tandoğan, *Bankalar Kanunu Şerhi*, 7. Baskı, BTHAE Yayınları, Ankara, 1989, s. 176; Doktrinde bir başka görüşe göre ise, bankanın kendisine ait olan sırlar için “banka sırrı” müşterilerine ait olan sırlar için “müşteri sırrı” kavramını kullanmak gerekmektedir. Seza Reisoğlu, *Bankacılık Kanunu Şerhi*, 2. Cilt, 2. Baskı, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2015, s. 1498; Ulusoy ise; banka sırrı kavramının bankaya ait sırları, müşteri sırrının müşteriye ait sırları, bankacılık sırrının ise, her iki sır türünü de kapsayan üst kavram olduğunu söylemektedir. Erol Ulusoy, “Bankacılık Sırrı Kavramı, Hukuki Niteliği ve Korunması, Ersin Çamoğlu’na Armağan, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 509-511; Biz çalışmamızda, bankanın müşterilerine dair sırlarına karşılık olarak “banka sırrı” değil “müşteri sırrı” kavramını kullanıyoruz.

⁷ Alavi, s. 10; Lasserre-Capdeville, s. 31.

⁸ Farhat, s. 65.

şiler hakkındaki kişisel veya ekonomik özellikli ve gizli nitelikteki bilgiler olarak tanımlamıştır.⁹

Lasserre-Capdeville'e göre ise müşteri sırrı; kredi kuruluşlarının yönetim, denetim organı üyeleri ile kuruluşun çalışanlarının mesleki faaliyetlerini yerine getirirken üçüncü kişilerden öğrendikleri, gözlem ya da sonuç çıkarma yoluyla edindikleri veya kendilerine açıklanmış olan, müşterilerle veya bankayla aralarında sözleşmesel ilişki bulunmayan üçüncü kişilerle ilgili belirli ve kamuya açıklanmamış olan bilgilerdir.¹⁰

III. MÜŞTERİ SIRRI KAPSAMINDA YER ALAN BİLGİLER

Fransız hukukunda müşteri sırrını saklama yükümlülüğü bankacılık mesleğinin/faaliyetinin ifası sırasında öğrenilen gizli nitelikteki bilgilerle ilgilidir. Doktrinde bazı yazarlar, gizli nitelikteki bilgilerin teker teker sayılarak gösterilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Böylece, sır saklama yükümlülüğü kapsamında yer alan bilgilere ilişkin sıralama oluşturmuşlardır. Bu kapsamda; müşterinin kimlik bilgileri, hesaplarının durumu ve sayısı, hesap hareketleri, menkul kıymetlerle ilgili işlemleri, banka hesabının açılması veya kredi sözleşmeleri ile ilgili olarak başvuruyu yapan müşterinin ekonomik durumu hakkında bir başka banka veya müşteri tarafından verilen bilgiler, şirketin cirosu, mal veya hizmet sağlayıcıları, iskonto veya ödenen kambiyo senetlerinin toplamı ve mahiyeti, kasa kirasına ait bilgiler, müşteri tarafından yapılan ödemeler ve havale talimatları, şahsi ve ayni teminat sözleşmeleri, müşterinin bankacılık işleminin karşı tarafı olan üçüncü kişilerin kimlik ve hesap bilgileri, üçüncü kişilerin bir başka banka aracılığı ile gerçekleştirmiş oldukları işlemler neticesinde banka tarafından elde edilen bilgiler, ticari sır ilişkili bilgiler, işletmenin organizasyonu, üretim yöntemi, buluş, diğer işletmelerle ilgili sözleşme veya anlaşma, işletmeyle ilgili finansal projeler, müşteri sırrı sayılmıştır.¹¹

Sözü edilen yöntem, müşterilerle ilgili bilgilerin belirlenmesine yardımcı olmakla beraber, tek başına tüm belirsizlikleri ortadan kaldıramayacağı gerekçeyle eleştirilmektedir. Bankacılık sektörünün hızlı gelişimi karşısında, müşterilerin gerçekleştirebileceği işlemlerin tamamının teker teker sayılması neredeyse imkânsızdır.¹² O hâlde, müşteri sırrı niteliğinde olan bilgilerle ilgili genel ölçüt-

⁹ Alavi, s. 38.

¹⁰ Lasserre-Capdeville, s. 416.

¹¹ Farhat, s. 84; Sacker, s. 19.

¹² Lasserre-Capdeville, s. 257; Teissier, s. 81; Olivier Jerez, *Le Secret Bancaire*, Revue Banque, Paris, 2000, s. 52; Üstelik müşteri sırrı kapsamında yer alan bilgilerin sıralanması yöntemi ilk kez Alman hukukundaki yazarlar tarafından önerilmiş olmakla birlikte, Alman hukukunda da bu yöntemden vazgeçilmiştir. Bunun yerine, genel ölçüt olarak, “iş bağlantısı dolayısıyla öğrenilen” ve “gizli kalmasında müşterinin menfaatinin” olduğu bilgiler müşteri sırrı olarak kabul edilmiştir. Aurélia Joyce Rappo, *Le Secret Bancaire, Sa Portée Dans Le Temps, Dans L'espace et Dans Les Groupes De Sociétés*, Staempfli, Berne, 2002, s. 118.

lerin belirlendiği bir yöntemi tercih ederek, müşteri sırrının konu bakımından kapsamını belirlemek gerekmektedir. Söz konusu yöntemle göre; “mesleki faaliyet dolayısıyla öğrenilmiş olan”, “gizli olan” ve “belirli nitelikte olan” bilgiler müşteri sırrıdır.

A. Mesleki Faaliyet Dolayısıyla Öğrenilen Bilgi

Müşteri sırrı kapsamındaki bilgi mesleki faaliyet dolayısıyla¹³ öğrenilmiş olmalıdır. Nitekim Fransız hukukunda, CMF art. L. 511-33’ün müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesi hâlinde uygulanacak ceza yaptırımları konusunda atıf yaptığı Ceza Kanunu’nun (Code pénal, CP) 226-13. maddesine göre; *“bir durum, meslek, sürekli veya geçici görev nedeniyle gizli nitelikteki bilgileri saklayan, söz konusu bilgileri açıklarsa, bir yıl hapis cezası ve 15.000 Avro para cezası ile cezalandırılır”*.

Fransız doktrini ve mahkemelerince, mesleki faaliyet neticesinde öğrenilen bilgilerin ne şekilde elde edilmesi gerektiği hususu uzun yıllar tartışılmıştır. Gerçekten Eski CP art. 378’de *“verilen bilgiler”* ifadesi yer almış, doktrinde ve mahkeme kararlarında ilgili madde dar yorumlanmış ve yalnızca “müşterinin iradesi ile bankacıya verdiği” bilgilerin gizli bilgi olduğu kabul edilmiştir.

Tarihsel süreç içinde bilgilerin kapsamı, *“gözlemleme, sonuç çıkarma ve üçüncü kişilerden öğrenme”* şeklinde elde edilmiş tüm bilgileri kapsayacak şekilde genişlemiştir.¹⁴ Bu durum *“mesleki faaliyet”* sebebiyle müşteriyle veya üçüncü kişilerle ilgili bilgilerin, diğer bankalardan, bankanın istihbarat biriminden veya üçüncü kişilerden öğrenilmesinin mümkün olmasıyla açıklanmıştır. Zira banka çalışanı müşteri tarafından kendisine açıkça teslim edilen bilgilerden, eriştiği finansal raporlardan, müşterinin tüm ticari ve bireysel işlemlerini de inceleyerek sonuç çıkarabilecektir.¹⁵ Fransız Kanun Koyucusu da, CP art. 226-13’te bir değişiklik yaparak, *“verilen bilgi”* yerine *“gizli nitelikteki bilgiler”*¹⁶ ifadesini getirerek Fransız mahkeme kararlarına ve doktrinine uygun bir düzenleme yapmıştır.¹⁷

¹³ Bununla birlikte, bankacının müşterilere ait gizli bilgileri, mesleğinin ifası sebebiyle değil de şahsi (arkadaş veya akraba) ilişkileri neticesinde öğrenmiş olduğu iddia ediliyorsa, sorumluluktan kurtulmak için bu iddianın ispat edilmesi gerekecektir. Lasserre-Capdeville, s. 261; Rappo, s. 119.

¹⁴ Sacker, s. 19; Farhat, s. 27 ve s. 86; Teissier, s. 75.

¹⁵ Lasserre-Capdeville, s. 259.

¹⁶ Konuyla ilgili olarak Senato’da Yasa Hazırlama Komisyonu’ndan gelen rapor üzerine, *“verilen, görülen, dinlenen ya da anlanan gizli bilgi”* şeklinde daha belirgin bir düzenleme yapılması önerilmiştir. Ancak düzenleme teklifi reddedilmiştir. Yine de Komisyon’un, “gizli” kavramı ile “sır” kavramının kapsamına katkıda bulunduğu ifade edilmektedir. Lasserre- Capdeville, s. 260.

¹⁷ Lasserre-Capdeville, s. 259.

B. Gizli Bilgi

Herkesin bildiği veya gazetelerde yayımlanmış vakıalar gizli nitelikte değildir. Ticari işletmeler, anonim veya limited şirketlerle ilgili herkese açık olan ve talep hâlinde ticaret sicili müdürlüklerince verilen belge ve bilgiler gizli değildir. Müşteri sırrının saklanması yükümlülüğünün ihlali, açıklanma anına kadar kimse-
nin bilmediği bilgileri açıklamaktan ibaret de değildir. Bazı bilgiler genel hat-
ları ile biliniyor, fakat ayrıntılar hakkında kamuya açıklama yapılmamış olabilir.
Bu son durumda da, müşteri sırrının saklanması gerekmektedir.¹⁸

Banka çalışanı bir müşterisi hakkında bazı kişilerce ortaya atılan söylentileri, kamuya açıklanmış olduğu gerekçesiyle olumlu veya olumsuz şekilde cevapla-
yamaz.¹⁹ Belirtilen husus müşteri sırrının korunması açısından önem arz etmekte-
dir. Zira aksinin kabulü söz konusu bilgilerin tartışılmalı hâle getirilerek kamuya
açıklanması yolunun kullanılmasına sebep olabilir. Bir basın kuruluşu tarafından
kamuya açıklanan bilgilerle ilgili banka çalışanınca bilgi verilmesi, müşteri sır-
rına dair kanunla öngörülme-
yen bir istisnanın yaratılması anlamına gelecektir.²⁰

C. Belirli Bilgi

“*Belirli bilgi*” kavramı doktrinde, “özel ve ekonomik hayatın gizliliğine dair belirli veriler” olarak tanımlanmaktadır.²¹ Yani yapılan işlemin türünü, isim ve sayısal verilerini içeren bilgiler gizli olarak kabul edilmektedir.²² *Belirli bilgi*’nin açıklanması; banka işlemlerinin ayrıntıları ile açıklanması ya da ilgili tüm diğer işlemlerle birlikte açıklanarak bir hesabın varlığının onaylanması şeklinde gerçek-
leşebilir. Daha somut bir örnekle Fransız Yargıtay’ının 21.02.2012 tarihinde verdiği bir kararla belirtmek gerekirse; bir tescil kaydının veya bir tüzel kişinin merkezi-
nin açıklanması, banka tarafından gerçekleştirilen bir havale işleminin alıcısı olan
müşterisinin açıklanmasına neden oluyorsa müşteri sırrının ihlali söz konusudur.²³

¹⁸ Benzer şekilde işletme hesapları ve şirket bilançoları da açıklandıkları andan itibaren sır kapsamında yer almayacaktır. Lasserre-Capdeville, s. 272.

¹⁹ Fakat Angers İstinaf Mahkemesi 19.09.1989 tarihli kararında; “kredi borcunu ödemeyen bir müşterisinin durumu ile ilgili bilgileri basın kuruluşlarına açıklayan bankacının sorumluluğunun bulunmadığına hükmetmiştir. Zira söz konusu bilgiler daha önce yayımlanan bir gazete röportajında bizzat müşteri tarafından açıklanmıştır. Lasserre-Capdeville, s. 272.

²⁰ Lasserre-Capdeville, s. 272.

²¹ Francis Cr  dot, *Le Secret Bancaire Son   tendue et Ses Limites. Les Petites Affiches*, no: 35, 1994, s. 10.

²² Paris İstinaf Mahkemesi bir kararında; bankacının müşterisi ile ticari ilişkileri bulunan ve müşterisine dava açmaya hazırlanan bir şirketin yönetim kurulu başkanına, müşterisi ile banka işlemlerini gerçekleştirirken yaşamış olduğu sıkıntıları anlatan mektup yazmasını, müşteri sırrının ihlali olarak değerlendirmiştir. Ancak mahkeme, kararda “*belirli bilgi*” kavramına yer vermemiştir. Lasserre-Capdeville, s. 275.

²³ Lasserre-Capdeville, *Le secret bancaire*, s. 36.

Dolayısıyla belirli bilgi niteliğinde olmayan müşterinin “*genel mali durumu ile ilgili bilgiler*” gizli bilgi olarak kabul edilmemektedir. Genel nitelikte kabul edilen bu bilgilerden bazıları düzenli ödemeler, ödenmemiş çekler vs. olabilir.²⁴ Genel nitelikli bilgilerin bankalar arası bilgi paylaşımı için kullanılması noktasında bir tereddüt bulunmazken, banka çalışanının bir müşterisini bilgilendirmek, tavsiyelerde bulunmak üzere bir başka müşterisiyle ilgili gizli bir bilgiden yararlanıp yararlanamayacağı konusu özellik arz etmektedir. Yani banka çalışanının sır saklama yükümlülüğü ile aydınlatma yükümlülüğünün çatışmasında, hangi müşterinin menfaatine üstünlük tanınması gerektiği önemlidir. Belirtmek gerekir ki, banka çalışanının bilgi verme yükümlülüğü ile müşteri sırrını koruma yükümlülüğü arasındaki çatışmanın, her somut vakıada tarafların menfaatleri- menfaat dengeleri göz önünde bulundurularak çözülmesine gerek yoktur. Zira düzenli ödemeler, ödenmemiş çekler gibi bir müşteriyle ilgili genel nitelikteki bilgilerin üçüncü kişilerle paylaşılması mümkündür. Sözü edilen bilgiler gizli bilgi olarak kabul edilmezler.²⁵

Gizlilik kapsamında yer alan belirli bilgiler çoğunlukla; hesap işlemleri, portföy, kredi işlemleri gibi çeşitli banka işlemleri türleri ile ilgilidir. Benzer şekilde, müşterinin mali durumu ile ilgili açıklamalar, ödemeleri, para çekme işlemleri, havale talimatları, hesap hareketleri, hesap türü, hesap numarası da bu kapsamda yer almaktadır. İşlemin gerçekleşmiş olmasının gizliliğe etkisi bulunmamaktadır. Örneğin kredi başvurusu ile ilgili görüşmeler neticesinde öğrenilen bilgiler de, görüşmeler bir sonuca ulaşmış olmasa da bankacının sır saklama yükümlülüğü kapsamında yer alacaktır.²⁶ Müşterinin gerçekleştirmiş olduğu işlemin ulusal veya uluslararası olmasının bir önemi bulunmamaktadır.²⁷ Müşterinin ticari sırlarına, işletmenin organizasyonuna, üretim yöntem ve süreçlerine, müşterilerin ve sağlayıcılarının banka hesapları ve yatırım projelerine dair bilgiler de müşteri sırrı bağlamında korunan gizli bilgilerdendir.²⁸

Müşteri sırrı olarak kabul edilen bilgiler yalnızca malvarlığı değerleri ile sınırlı değildir. Müşterinin ailesi, sağlığı ve özel hayatıyla ilgili bilgiler bu kapsamda yer almaktadır. Bankacı, kendisine sözleşme ile bağlı olmayan bir kişinin veya müşterisinin “*özel hayatını etkileyecek bilgilerin anlamlandırılmasına ola-*

²⁴ Sacker, s. 24.

²⁵ Aynı husus, Fransız Yargıtay’ının “kredi kuruluşlarının, müşterinin ödeme gücüyle ilgili bilgiler dışındaki bilgileri açıklamamakla” yükümlü olduklarına hükmettiği 18.09.2007 tarihli kararında da vurgulanmıştır. Paris Asliye Ceza Mahkemesi 1975 tarihli bir kararında; “bankacının dava konusu çekle ilgili olarak, bir gerçek veya tüzel kişinin, bankanın müşterisi olup olmadığına dair sorulan soruyu cevaplamasının müşteri sırrına aykırılık teşkil etmeyeceğine hükmetmiştir. Lasserre-Capdeville, s. 275.

²⁶ Lasserre-Capdeville, s. 273.

²⁷ Teissier, s. 75.

²⁸ Lasserre-Capdeville, s. 274.

nak sağlayan sayısal verileri” açıklamama yükümlülüğüne tâbidir.²⁹ Örneğin bir kişinin düzenli ödemelerinin olup olmadığı sorusunu cevaplamak Fransız hukuku açısından mümkün iken; evli bir müşteri tarafından evlilik dışı çocuğuna yapılan düzenli ödemelerin öğrenilmesine sebep olacak şekilde açıklama yapmak müşteri sırrına dair hükümlerin ihlal edildiği anlamına gelmektedir. Benzer şekilde müşterinin bir siyasi partiye sağladığı fonları açıklamak da müşteri sırrının saklanması yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder.³⁰

IV. MÜŞTERİ SIRRININ ÖZEL HAYATIN KORUNMASI HÜKÜMLERİYLE İLİŞKİSİ

CMF art. L. 511-33’te, kredi kuruluşu ve finansman şirketlerinin yönetim veya gözetim kurulu üyesi olan veya herhangi bir şekilde yönetime katılan veya bu kuruluşlarda çalışan kişiler müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne tâbi olan kişiler olarak sayılmıştır.

CMF art. L. 511-33’te, sır saklama yükümlülüğüne tâbi olanların hukuka aykırı olarak sırrı açıklamaları durumunda uygulanacak yaptırımlarla ilgili bir düzenleme bulunmadığından,³¹ genel hükümlerde yer alan hükümlerin dikkate alınması gerekecektir.

Fransız hukukunda özel hayatın korunmasına ilişkin olarak Anayasa’da açık bir hüküm bulunmamaktadır.³² Ancak özel hayatın uluslararası alanda pek çok bildirge ve sözleşme ile güvence altına alınmış olduğuna işaret edilir.³³ Konuya ilişkin temel ulusal düzenleme ise Fransız Medeni Kanunu’nun 9. maddesinde bulunmaktadır. Maddeye göre;³⁴ *“herkes özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Hâkim özel hayatın mahremiyetine dair saldırıyı durdurmak veya engellemek için yediemine tevdi, el koyma gibi gerekli tüm tedbirlere karar*

²⁹ Sacker, s. 20; Lasserre-Capdeville, s. 274; Farhat, s. 85.

³⁰ Lasserre-Capdeville, s. 274.

³¹ Bununla birlikte CMF’nin ceza yaptırımlarına dair art. L. 571-4’ü, CP art. 226-13’e atıf yapmaktadır. CP art. 226-13’e göre; *“bir durum, meslek, sürekli veya geçici görev nedeniyle gizli nitelikteki bilgileri saklayan, bu bilgileri açıklarsa, bir yıl hapis cezası ve 15.000 Avro para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca, çalışanın fiilinden sorumlu olan kredi kuruluşu da, sırrın açıklanmasından zarar gören kişinin zararını tazmin etmelidir”*.

³² Alavi, s. 36.

³³ Uluslararası bildirge ve sözleşmelerin özel hayatın korunmasıyla ilgili hükümleri şu şekilde sıralanmaktadır: 10.12.1948 tarihli “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin” 12. maddesi, 04.11.1950 tarihli “İnsan Hakları ve Temel Hakların Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’nin” 8. maddesi, 16.12.1966 tarihli “Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin” 17. maddesi ve 07.12.2000 tarihli “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın” 7. maddesi. Lasserre-Capdeville, s. 89 vd.

³⁴ CC art 9 hükmü “Vatandaşların Kişisel Haklarının Güçlendirilmesine Yönelik 17.07.1970 tarih ve n. 70-643 sayılı Kanun (Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens)” ile getirilmiştir. Kanun için bkz., <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000693897> (Erişim tarihi: 02.07.2019).

verebilir. Eğer bir zarar meydana gelmişse bu zararın haksız fiil hükümlerince tazminine ve kararın yayımlanmasına da karar verilebilir”.

Çalışmamız kapsamında yer alan temel sorun müşteri sırrı niteliğindeki bilgilerin özel hayatın bir parçası olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve mahkemece CC art. 9’da yer alan tedbirlere karar verilip verilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Kişilerin maddi ve manevi bütünlüğüne, sağlığına, onuruna, özel yaşamın gizliliğine dair bilgilerin kişilik haklarının kapsamında yer aldığı konusunda tartışma bulunmamaktadır. Fakat *malvarlığına dair bilgilerin*, kişilerin gizlilik alanı içinde olup olmadığı ve bu bilgilerin hukuka aykırı olarak açıklanmasının kişilik haklarının ihlali anlamına gelip gelmediği hususunda uzun yıllar görüş birliği sağlanamamıştır. Önceleri bankanın müşterisi ile yapmış olduğu işlemi açıklamasının, sır saklama yükümlülüğünün ihlali anlamına geldiği ve fakat aynı açıklamanın kişilik haklarına aykırılık teşkil etmesinin istisnai bir durum olacağı ifade edilmiştir. Belirtilen istisnai duruma bankanın, evli bir müşterisi tarafından evlilik dışı çocuğuna yapılan düzenli ödemeleri açıklaması örnek olarak gösterilmiştir. Söz konusu bilginin verilmesi kişinin özel hayatına dair mahrem bilgilerinin onayı olmadan açıklanması anlamına geleceğinden, sır saklama yükümlülüğüne dair hükümlerle birlikte CC art. 9’un da ihlal edilmiş olacağı söylenmiştir.³⁵

Oysa gizlilik alanının tespiti ve kişilik haklarının ihlali nedeniyle meydana gelen zarar, çoğu kez verilen örnekteki kadar belirgin değildir. Fakat malvarlığı yönetimi veya malvarlığı ile ilgili işlemler gerçekleştiren bankalar gibi meslek grupları için mesleki sır saklama yükümlülüğünün düzenlenmiş olduğu açıktır. Bu faaliyetleri yürüten kişiler için kanuni düzenlemelerle ceza yaptırımları da öngörülmüştür. Ayrıca kişisel verilerin korunması ile ilgili düzenlemelerden biri olan “Veri Kayıt Sistemi Hakkında Kanun”un³⁶ 1. maddesinde yer alan “... gerçek kişilerin *malvarlığı unsurları* ve özel hayatları ilgili diğer bilgileri içeren veri kayıt sistemi...” hükmü bu yöndeki görüşü güçlendirmiştir.³⁷

Malvarlığına dair bilgilerin özel hayatın bir parçası olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu Fransız mahkeme kararlarında da tartışılmıştır. Fransız Yargıtayı Hukuk Dairesi bazı kararlarında, kişilerin malvarlığına dair bilgilerin özel

³⁵ Lasserre-Capdeville, s. 274.

³⁶ “Loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives” için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=3DA3918B1389C13FBFAC47442565E30A.tpdjo16v_3?cidTexte=JORFTEXT000000322519&dateTexte=19940228 (erişim tarihi: 07.07.2019).

³⁷ Lasserre-Capdeville, s. 101; Teissier, s. 43-44; Azınlıkta kalan bir görüşe göre; CC art. 9, açıkça özel hayatın korunmasını hedeflemektedir. Müşterilerin malvarlığı değerleri bu korumanın kapsamı dışında kalmaktadır. Üstelik söz konusu değerler çoklukla ticari sırların korunmasına dair hükümler kapsamında yer almaktadır. Reda Abdel Hamid, *Le Secret Bancaire: Étude De Droit Comparé. France, Egypte*, Université de Rennes 1, Thèse de doctorat, 1989, s. 37-38.

hayatın bir parçası olduğuna,³⁸ bazı kararlarında söz konusu bilgilerin açıklanmasının kamu yararı gerektirdikçe ve bu yararla orantılı oldukça mümkün olduğuna, politika ve iş dünyasından kişilerle ilgili bilgilerin öğrenilmesinin kamu yararına olduğuna³⁹ hükmetmiştir.

Fransız Yargıtayı Ticaret Dairesi 08.07.2003 tarih ve 00-11.993 sayılı kararında,⁴⁰ malvarlığına ilişkin bilgilerin özel hayatın korunması kapsamında yer aldığına karar vermiştir. Karara konu olan olayda; müşteri banka tarafından ödenen çeklerin arka yüzlerinin fotokopisinin teslimini istemiştir. Talebi reddedilen müşteri bankaya karşı sorumluluk davası açmış ve çekin hukuka uygun şekilde ödenmiş olup olmadığının anlaşılması için çeklerin mahkemeye teslimini talep etmiştir. Nimes İstinaf Mahkemesi, “çekin arka yüzünde yer alan üçüncü kişilerle ilgili bilgilerin gizli nitelikte olmadığına” karar vermiştir. Yargıtay Ticaret Dairesi söz konusu kararı bozmuştur. Mahkeme, CMF art. L. 511-33, CC art. 10⁴¹ ve CPC art. 11⁴² ile birlikte özellikle CC art. 9’a atıf yaparak; “bankanın, üzerinde üçüncü kişilerin kimlik ve hesap numarası bilgileri bulunan çekin arka yüzünü davacıya ve mahkemeye⁴³ teslim edemeyeceğine, aksi takdirde müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olacağına” karar vermiştir. Çekin arka yüzünde, lehtarın ismi, imzası ve ödemeler çoğunlukla hesaba ödeme şeklinde olduğu için lehtarın *banka hesap numarası* yer almaktadır. Bu yönüyle karar açık şekilde; malvarlığı değerlerinin özel hayatın korunması kapsamında yer aldığına işaret etmektedir.⁴⁴

Fransız Yargıtayı Ticaret Dairesi 15.05.2019 tarih ve 18-10.491 sayılı kararında da⁴⁵ “çekin arka yüzünde yer alan kimlik ve hesap numarası bilgilerinin özel hayatın korunması kapsamında yer aldığına karar vermiştir. Karara konu olan olayda müşteri, banka tarafından ödenen dört adet çekin fotokopisinin teslimini talep etmiştir. Talebi reddedilen müşteri bankaya karşı sorumluluk davası açmış ve çekin hukuka uygun şekilde ödenmiş olup olmadığının anlaşılması için çeklerin mahkemeye teslimini talep etmiştir. Bordeaux İstinaf Mahkemesi; CMF

³⁸ Kararlar için bkz., Cass. civ. 1, 29.05.1984, 82-12.232 ve Cass. civ. 1, 31.05.1988, 87-11772.

³⁹ Kararlar için bkz., Cass. civ. 1, 19.12.1995, 93-18.939 ve Cass. civ. 1, 28.05.1991, 89-19.818.

⁴⁰ Karar için bkz., Cass. com. 08.07.2003, 00-11.993.

⁴¹ CC art. 10 hükmü şöyledir: “*Herkes gerçeğin ortaya çıkarılması için yargılama makamlarına yardımcı olmakla yükümlüdür. Hukuki neden bulunmaksızın, mecbur olduğu halde yükümlülüğünden kaçınanlar bunu yerine getirmeye mecbur edilebilir*”.

⁴² Fransız Medeni Usul Kanunu’nun (Code de procédure civile, CPC) 11. maddesi şöyledir: “ *taraflar koruma tedbirlerinin yerine getirilmesine yardımcı olmalıdır*”.

⁴³ CMF art. L. 511-33 müşteri sırrının ceza soruşturma ve yargılmasını yürüten makama karşı ileri sürülemediğini düzenlemektedir. Ancak sırrın hukuk mahkemesinde ileri sürülebilmesi hususu tartışmalıdır. Tartışmalar için bkz. Alavi, s. 169 vd.

⁴⁴ Alavi, s. 37.

⁴⁵ Karar için bkz. Cass. com. 15.05.2019, 18-10.491.

art. L. 511-33 ve CC art. 9’a atıf yaparak “bankanın çekin arka yüzünde ismi yazılı olan üçüncü kişilerle ilgili bilgileri mahkemeye teslim edemeyeceğine aksi takdirde müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olacağına” hükmetmiştir. Yargıtay Ticaret Dairesi de; CMF art. L. 511-33 ve CC art. 9’a uygun olarak bankanın çekin arka yüzünde yer alan üçüncü kişilerle ilgili tüm bilgileri saklamakla yükümlü olduğuna, bu yükümlülüğünün hukuk mahkemesine karşı da ileri sürülebileceğine karar vermiştir. Ancak aynı kararda mahkeme; müşteri sırrının korunması hükümlerinden *müşteri ve üçüncü kişilerin yararlanabileceğine, bankanın bu korumadan yararlanmasının mümkün olmadığına*, dolayısıyla *bankaya karşı açılan sorumluluk davasında* müşteri sırrının saklanması yükümlülüğünün ileri sürülemeyeceğine hükmetmiştir.

Doktrinde ise çekte yer alan bilgilerin malvarlığı değerlerinden sayılıp sayılamayacağı hususunda ikili bir ayırım yapılmıştır. Eğer emre yazılı çek söz konusu ise, banka çekin ön yüzünün fotokopisini çeki düzenleyene teslim edebilir. Bu hâlde banka, müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne aykırı hareket etmemektedir. Zira çeki düzenleyen lehtarın kimliği hakkında bilgi sahibidir. Ön kısmının fotokopisinin alınması çekin ödendiği konusunda delil teşkil edecektir. Çekin arka yüzü içinse, içerdiği bilgiler nedeniyle aynı sonuca ulaşılması mümkün değildir. Yani lehtarın banka hesabına dair bilgiler, çeki düzenleyen tarafından en başta bilinmediği için, gizli niteliktedir ve bir uyuşmazlık hâlinde çeki düzenleyene verilemez. Sonuç olarak, çeki düzenleyen çekin arka yüzünün fotokopisini almak istiyorsa, ismini bildiği lehtarın yazılı iznini almalıdır.⁴⁶

Hamiline yazılı çeklerde, müşterinin kimlik bilgileri gizli nitelikte bilgi olarak kabul edilmektedir. Zira çeki düzenleyen hamili tam anlamıyla tanımıyor olabilir. Üstelik çekin arka yüzünde cirantanın imzası olduğu gibi hesap numarası da olabilir. Crédot ve Gerard’a göre artık tedavüle çıkmış olması dolayısıyla hesap numarasının müşteri sırrı kapsamında olmadığı düşünülmelidir. Üstelik bu bilgiler ilgili kişi tarafından kanuni bir zorunluluk olmadan yazılmaktadır.⁴⁷ Lasserre- Capdeville’e göre ise; hamiline yazılı çeklerin ön ve arka yüzlerinin fotokopilerinin verilmesinin müşteri sırrının saklanmasına dair hükümleri ihlal edeceği açıktır. Zira hamil, hamiline yazılı çekin sağladığı avantajdan yararlanarak, kimliğinin çeki düzenleyen tarafından bilinmesinin önemi olmadığını ileri

⁴⁶ Lehtar söz konusu çeki teslim almadığını ileri sürerse, bankada bulunan çekin fotokopisinin çeki düzenleyene verilmesine itirazı olmayacaktır. Bu hâlde, çekin lehtar dışında üçüncü bir kişi tarafından bulunup veya çalınıp tahsil edildiği varsayılabilir. Ayrıca, hastalık seyahat vb. sebeplerle lehtarın izninin alınmasının mümkün olmaması durumunda banka çeki düzenleyene, çekin önyüzünde ismi bulunan lehtar lehine belirli tarihli çek düzenlenmiş olduğunu ve çekin banka tarafından ödendiğini gösteren bir belge verebilmelidir. Lasserre-Capdeville, s. 252; Lasserre-Capdeville, *Le secret bancaire*, s. 32.

⁴⁷ Francis Crédot ve Yves Gerard, *Observations Sous Cour d’appel de Nîmes, 9 Decembre 1999*, *Revue de Droit Bancaire et Financier*, n. 3, 2001, s. 151.

sürebilecektir. Üstelik hamilin çekin arkasına hesap numarasını yazmasının nedeni, hakkındaki bilgilerin banka tarafından açıklanması için değil, çekin ödenmesi içindir. Yani çekin arkasında hesap numarası bulunan kişi, bilgilerinin açıklanmasını onaylamadığı sürece bu bilgilerin üçüncü kişilere verilmemesi gerekir.⁴⁸ Bununla birlikte çeki düzenleyen, çeki ödeme için ibraz eden hamilin ismini biliyorsa, kendisinden müşteri sırrının sağladığı korumanın sona ermesi için, yazılı izin talep edebilir.⁴⁹ Ancak, çekin çalınması veya kaybolması sonrasında, ödemenin gerçekleşmiş olması nedeniyle, hamilin izninin alınması mümkün olmayabilir. Bu durumda çeki düzenleyenin, çekteki tahrifatı tespit ettirme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir⁵⁰

Fransız hukukunda tüzel kişi müşterilere ait gizli nitelikteki bilgilerin de CC art. 9 kapsamında yer alıp almayacağı tartışılmıştır. Azınlıkta kalan bir görüşe göre tüzel kişilere ait ticari sırların özel hayata dair hükümlerle korunması mümkün değildir. CC'in amaçlarından biri "vatandaşlarının" kişisel haklarının güçlendirilmesine yönelik olmasıdır. Buradan yola çıkarak, tüzel kişilerin özel hayatlarının CC art. 9 kapsamında olmayacağı söylenebilir. Zira Kanun gerçek kişilerin fiilleri, kişisel ve ailevi durumları ile ilgilenmektedir. Üstelik Anayasa Mahkemesi'nin 11.10.1984 tarihli kararında⁵¹ "basın işletmelerinin şeffaflığına dair bir kanunun, bazı kişilere işletmenin hesaplarını inceleme hakkını vermesinin anayasal değerlere ilişkin kurallara aykırılık teşkil etmeyeceğine" hükmedilmiştir.⁵²

Doktrinde hâkim olan görüşe göre ise, tüzel kişilerin müşteri sırlarının CC art. 9 kapsamında yer alamayacağına dair açık bir ifade bulunmamaktadır. Ayrıca CC'nin yalnızca gerçek kişilerin fiilleri, kişisel ve ailevi durumlarını düzenlediği görüşü, gerçek kişilerin malvarlıkları ile bilgilerinin de art. 9 kapsamı dışında kalacağı sonucunu doğurabilir. O hâlde tüzel kişiler de, tıpkı gerçek kişiler gibi, sırlarına, isim, şeref ve itibarlarına saygı gösterilmesini talep hakkına ve belirtilen hakkın korunması için CC art. 9'dan yararlanma hakkına sahiptir. Zira tüzel kişilerin iç işleyişlerine dair hayatları olabilir, bu hayatları dış dünyaya açık olan hayatlarından bağımsız olduğundan CC art. 9 kapsamında yer alabilir.⁵³

Tüzel kişilerin özel hayatlarının CC art. 9 kapsamında korunabileceğine dair mahkeme kararları mevcuttur. Bir derneğin şubesine dinleme cihazı yerleştirmek suretiyle, özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğine dair Limoges İstinaf

⁴⁸ Lasserre-Capdeville, s. 248.

⁴⁹ Lasserre-Capdeville, 253; Lasserre-Capdeville, Le secret bancaire, s. 32.

⁵⁰ Lasserre-Capdeville, s. 253.

⁵¹ Anayasa Mahkemesi'nin (Le Conseil constitutionnel) kararı için bkz. CC. 11.10.1984, 84.181.

⁵² Abdel-Hamid, s. 37-38.

⁵³ Alavi, s. 37; Lasserre-Capdeville, s. 117-118.

Mahkemesi'nin 04.03.1988 tarihli kararı ile tüzel kişilerin adları veya iç işleyişlerine yönelik saldırıların CC. art. 9 kapsamında yer aldığına dair Aix-en-Provence İstinaf Mahkemesi'nin 10.05.2001 tarihli kararı belirtilen görüş yönündedir.⁵⁴

Ayrıca Paris Ticaret Mahkemesi 12.02.2004 tarihinde verdiği Louis Vuitton kararında da⁵⁵ tüzel kişi şirketin, şeref, haysiyeti ve saygınlığına yönelik saldırılar karşısında CC art. 9 kapsamında koruma altında olduğuna hükmetmiştir. Karara konu olayda; Morgan Stanley Yatırım Bankası'nın bir yöneticisi, Financial Times ile gerçekleştirdiği röportajında, "Louis Vuitton Moët Hennessy Anonim Şirketi'nin (LVMH) mali durumuyla ilgili, yanlış bilgilerle yapılan finansal analizleri açıklamıştır. Açıklamada rakip şirket "Gucci" ile karşılaştırma da yapılmıştır. Üstelik bankanın finansal analizleri dünya genelinde yayın yapan başka bir dergide de yayımlanmıştır. Mahkeme; bankanın yatırım danışmanlığı ve finansal analiz hizmetlerini birlikte yürüttüğüne, bu durumun yatırımcıların karar alma süreçlerini doğrudan etkilediğine, bankanın rakip şirket "Gucci" ile 1999-2002 yılları arasında iş bağlantısının olduğuna, bu yönüyle yapılan finansal analizlerin objektif olmaktan uzak olduğuna, bankanın finansal analizlerini tarafsız şekilde yapma yükümlülüğü ile analize konu olan verilerin güncelliğini, doğruluğunu kontrol etme yükümlülüğüne aykırı hareket ettiğine karar vererek, 30.000.000 Avro manevi tazminata hükmetmiştir. Kararda yapılan analizlerden LVMH'nin kredibilitesi ile saygınlığının önemli ölçüde etkilendiği ve şirketin saygınlığının korunması için pahalı iletişim yöntemlerine başvurulmak zorunda kaldığı vurgulanmıştır.⁵⁶ Söz konusu karar Paris İstinaf Mahkemesi'nce de onanmıştır.⁵⁷

Fransız doktrininde hâkim olan görüş ve mahkeme kararları incelendiğinde hem gerçek kişilerin hem de tüzel kişilerin isim, şeref ve itibarlarına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip oldukları ve bu hakkın korunması için CC art. 9'un uygulanacağı anlaşılmaktadır. Müşteri sırrının da, gerçek ve tüzel kişiler ayrımı yapılmadan, sahip olunan gizlilik alanı ile ilişkilendirilerek özel hayatın korunması bağlamında değerlendirildiği görülmektedir.

⁵⁴ Alavi, s. 37; Lasserre-Capdeville, s. 117-118.

⁵⁵ Paris Ticaret Mahkemesi'nin 12.01.2004 tarihli kararı için bkz., <https://www.dalloz.fr> (erişim tarihi: 03.06.2019).

⁵⁶ Karara ilişkin değerlendirme için bkz., Nicolas Rontchevsky, *Du Coût D'un Conflit D'intérêts Non Révélé: Le Tribunal De Commerce De Paris Condamne Une Banque D'affaires À Payer Des Dommages-Intérêts Considérables À Une Société Cotée Pour Avoir Manqué Gravement Et À De Multiples Reprises À Ses Devoirs D'indépendance, D'impartialité Et De Rigueur Dans Ses Analyses Financières*, Revue trimestrielle de droit commercial, 2004(2), s. 337-348.

⁵⁷ Karar için bkz., CA, 30.06.2006, 04/060308; Karara ilişkin değerlendirme için bkz., Nicolas Rontchevsky, *LVMH C/Morgan Stanley: Retour À L'orthodoxie Juridique: La Cour D'appel De Paris Infirme Sur L'essentiel Le Jugement Du Tribunal De Commerce De Paris Du 12 Janvier 2004*, Revue trimestrielle de droit commercial, 2006 (4), s. 875-887.

SONUÇ

Fransız hukukunda müşteri sırrının saklanması yükümlülüğü CMF art. L. 511-33'te düzenlenmiştir. Maddede kredi kuruluşu ve finansman şirketlerinin yönetim veya gözetim kurulu üyelerinin, herhangi bir şekilde bu şirketlerin yönetimine katılanların veya bu kuruluşlarda çalışanların müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne tâbi olan kişiler olduğu düzenlenmiş ve aynı maddede sırrın açıklanabileceği hâllerle ilgili istisnalara yer vermiştir.

Fakat CMF art. L. 511-33'te, sır saklama yükümlülüğünün ihlâli hâlinde uygulanacak yaptırımlarla ilgili hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple genel hükümlerde yer alan düzenlemelerin dikkate alınması gerekmektedir.

CC art. 9'daki; *“herkes özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Hâkim özel hayatın mahremiyetine dair saldırıyı durdurmak veya engellemek için yediyemine tevdi, el koyma gibi gerekli tüm tedbirlere karar verebilir. Eğer bir zarar meydana gelmişse bu zararın haksız fiil hükümlerince tazminine ve kararın yayımlanmasına da karar verilebilir”* hükmü kişilerin gizlilik alanına dâhil olan maddi, manevi veya ekonomik bilgilerinin tümüne uygulanabilir. Zira müşteri sırrının kapsamında, belirli olmak kaydıyla kişinin özel hayatıyla, ailesiyle, sağlığıyla ve malvarlığıyla ilgili bilgileri yer almaktadır. Ayrıca banka müşterisinin gerçek veya tüzel kişi olması arasında da fark bulunmamaktadır. Tüzel kişiler de gerçek kişiler gibi gizlilik alanlarına yapılan hukuka aykırı saldırılar nedeniyle manevi zarara uğrayabilir. Söz konusu zararın mahkemece verilen karar ile giderilmesi mümkündür.

KAYNAKÇA

- ABDEL HAMİD**, Reda, *Le Secret Bancaire: Étude De Droit Comparé. France, Egypte*, Université de Rennes 1, Thèse de doctorat, 1989.
- ALAVI**, Alexandre, *Le secret bancaire Etude de Droit Comparé (France-Suisse)*, Thèse Doctorat, Université Paris Est, Paris, 2017.
- CRÉDOT**, Francis / **GÉRARD**, Yves, *Observations Sous Cour d'appel de Nîmes, 9 Décembre 1999*, Revue de Droit Bancaire et Financier, 2001, n. 3, s. 151-153.
- CRÉDOT**, Francis, “*Le Secret Bancaire Son Étendue et Ses Limites. Les Petites Affiches*”, 1994, no: 35, s. 8-15.
- EREM**, Faruk / **ALTINOK**, Akın / **TANDOĞAN**, Haluk, *Bankalar Kanunu Şerhi*, 7. Baskı, BTHAE Yayınları, Ankara, 1989.
- FARHAT**, Raymond, *Le Secret Bancaire: Etude de Droit Comparé (France, Suisse, Liban)*, Paris, LGDJ, 1980.
- HAMEL**, Joseph, *Banques et Opérations des Banques*, Ed. Rousseau, Paris, 1933.
- JEREZ**, Olivier, *Le Secret Bancaire*, Revue Banque, Paris, 2000.
- KANDIRALIOĞLU**, Pınar Çağla, *Türk Hukukunda Bankaların Sır Saklama Yükümlülüğü*, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- KAPLAN**, İbrahim, “*Banka Gizliliği-Bankanın Sır Saklama Borcu*”, Batider, Cilt: 15, Sayı: 4, Yıl: 1990, s. 3-22.
- LASSERRE-CAPDEVILLE**, Jérôme, *Le Secret Bancaire*, Banque& Droit, Hors Series, 30 Ans de Loi bancaire, mars 2014, s. 16-20. (Anılış: Le secret bancaire).
- LASSERRE-CAPDEVILLE**, Jérôme, *Le Secret Bancaire, Etude de Droit Comparé (France, Suisse, Luxembourg)*, Presses Universitaire D'aix-Marseille, Aix En Provence, 2006.
- LASSERRE-CAPDEVILLE**, Jérôme, *Le Secret Bancaire: Approche Nationale et Internationale*, Paris, Edition Revue Banque, 2013.
- RAPPO**, Aurélia Joyce, *Le Secret Bancaire, Sa Portée Dans Le Temps, Dans L'espace et Dans Les Groupes De Sociétés*, Staempfli, Berne, 2002.
- REİSOĞLU**, Seza, *Bankacılık Kanunu Şerhi*, Cilt: 2, 2. Baskı, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2015.
- RONTCHEVSKY**, Nicolas, “*Du Coût D'un Conflit D'intérêts Non Révélé: Le Tribunal De Commerce De Paris Condamne Une Banque D'affaires À Payer Des Dommages-Intérêts Considérables À Une Société Cotée Pour Avoir Manqué Gravement Et À De Multiples Reprises À Ses Devoirs D'indépendance, D'impartialité Et De Rigueur Dans Ses Analyses Financières*” Revue trimestrielle de droit commercial, 2004(2), s. 337-348.
- RONTCHEVSKY**, Nicolas, “*LVMH C/Morgan Stanley: Retour À L'orthodoxie Juridique: La Cour D'appel De Paris Infirme Sur L'essentiel Le Jugement Du Tribunal De Commerce De Paris Du 12 Janvier 2004*”, Revue trimestrielle de droit commercial, 2006 (4), s. 875-887.

- SACKER**, Anatole, *Le Secret Professionnel du Banquier*, Ed. Rousseau, Paris, 1933.
- TEISSIER**, Anne, *Le Secret Professionnel du Banquier*, Presses Universitaire D'aix-Marseille, Aix En Provence, 1999.
- TEKİNALP**, Ünal, *Banka Hukukunun Esasları*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- ULUSOY**, Erol, “*Bankacılık Sırrı Kavramı, Hukuki Niteliği ve Korunması*”, Ersin Çamoğlu’na Armağan, Cilt: 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 509-543.
- YÜKSEL**, A. Sait / **YÜKSEL**, Aslı / **YÜKSEL**, Ülkü, *Bankacılık Hukuku ve İşletmesi*, 10. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2004.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 155. Maddesi Karşısında Marka Tescili Üzerine Düşünceler

Some Reflections on the Trademark Registration vis-à-vis Article 155 of Industrial Property Code

Arş. Gör. Mahmut Arif KOÇAK(*)

Öz:

Bu çalışmada, Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 155'inci maddesi karşısında marka tescili ve marka sicilinin işlerliği üzerine eğileceğiz. Marka tescili ve buna bağlı olarak oluşturulan marka sicili, temelinde bir hukuki güvenlik ihtiyacından doğmuştur. Fakat gelinen noktada, marka sicilinin bu ihtiyaca cevap olmakta yetersiz kaldığı rahatlıkla gözlemlenebilir. İşte yukarıda anılan madde, marka sicilinin şeffaflaştırılması noktasında önemli bir adım olmuştur. Bu bağlamda, ilk olarak marka tescilinin tarihine inilerek, tescile neden ihtiyaç duyulduğu ortaya çıkarılacaktır. Akabinde, marka tescilinin fonksiyonları analiz edilecek ve son olarak, maddenin marka sistemine etkisi marka sicili temelinde incelenecektir.

Anahtar Kelimeler:

Marka, Tescil, Marka Sicilinin İşlerliği, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 155, Önceki Hakların Etkisi.

Abstract:

In this study, we will focus on trademark registration and functionality of trademark registry against article 155 of Industrial Property Code. Trademark registration and the registry have emerged from a legal security need. However, it can be easily observed that the trademark registry is insufficient to respond to this need. The above mentioned article has been an important step in making the trademark registry transparent. In this context, first of all, it will be pointed out why the trademark registration is required by going down to the history of trademark and its registration. Subsequently, the functions of the trademark registration will be analyzed. Finally, the effect of the article on the trademark system will be examined on the basis of the trademark registry.

Keywords:

Trademark, Registration, Functionality of Trademark Registry, Article 155 of Industrial Property Code, Effect of Previous Rights.

(*) İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi.

E-posta: ma.kocak25@gmail.com.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-6570-0014>.

Makale Gönderim Tarihi: 10.06.2020.

Makale Kabul Tarihi: 30.10.2020.

GİRİŞ

Bu çalışmamızda, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun¹ 155'inci maddesi karşısında marka tescili üzerine eğileceğiz.

“Önceki tarihli hakların etkisi” başlıklı maddeye göre, “(m)arka, patent veya tasarım hakkı sahibi, kendi hakkından daha önceki rüçhan veya başvuru tarihine sahip hak sahiplerinin açmış olduğu tecavüz davasında, sahip olduğu sınai mülkiyet hakkını savunma gerekçesi olarak ileri süremez.” Buna göre, sonraki tarihli marka sahibi, önceki tarihli marka sahiplerinin açmış olduğu marka tecavüzü davasında, tescile dayalı kullanım savunmasını² ileri süremeyecek ve önceki tarihli marka sahiplerinin müdahalesi ile karşı karşıya kalacaktır.³

Görüleceği üzere, marka tesciline yüklenen anlam bir yandan sağlamlaştırılmış, öte yandan ise zayıflatılmıştır. Gerçekten, önceki tarihli marka sahipleri, mutlak haklarını kendisinden sonraki *herkese* karşı ileri sürebilir konuma gelirken, sonraki tarihli marka sahipleri ise tescilin sağladığı savunma olanaklarından önceki tarihli marka sahiplerine karşı faydalanamaz kılınmıştır. Maddenin, ilk bakışta, detaya inmeden ortaya çıkardığı bu sonuç, önceki tarihli marka sahibi ile sonraki tarihli marka sahibi arasındaki menfaat çatışması, bu menfaat çatışmasının önceki tarihli marka sahibi lehine çözülmesinin yerindeliği çalışmamızın konusu değildir.

Çalışmamızın amacı, marka tesciline dürbün tutmak, bu bağlamda tescilin fonksiyonlarına, tescil sisteminde çatışan menfaatleri ortaya koymak ve madde ile getirilen düzenlemenin, uzun vadede marka sistemine getireceği işlerliğe işaret etmek ve maddeye ilişkin eleştiri ve öneriler sunulurken pek göz önünde bulundurulmadığını düşündüğümüz birtakım hususları gün yüzüne çıkarmaktır.

¹ RG, T. 10.01.2017, S. 29944. Bundan böyle “SMK” olarak anılacaktır.

² Tescile dayalı kullanım savunması hakkında bkz. Cahit Suluk, ‘Sınai Mülkiyet Hukukunda Tescil ‘Güvenli Liman’ mıdır?’, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013, ed. Tekin Memiş, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2015, s. 404-430; Türkay Alica, ‘6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nda Önceki Tarihli Hakların Etkisi’, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu 9-10 Mart 2017, ed. Feyzan Hayal Şehirali Çelik, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017, s. 673-736; Feyzan Hayal Şehirali Çelik, ‘Tescilli Tasarım Sahibine Karşı Tecavüz Davası Açılabilir mi? -Yeni Bir Karar, Yeni Bir Ufuk’, FMR, C. 12, S. 1, 2011, s. 39-69. Tescile dayalı kullanım savunmasına yönelik Yargıtay kararları için bkz. Suluk, s. 410 vd.; Alica, s. 674, dn. 2.

³ Hükmün gerekçesi bu hususu açıkça ortaya koymaktadır: “Madde, sınai mülkiyet haklarına ilişkin yürürlükteki Kanun Hükmünde Kararnamelerden yalnız 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede bulunan bir maddedir. Doktrindeki görüşler ve yargı kararları ışığında, anılan düzenlemenin markalar ve tasarımlar için de uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır. Maddeyle, başkasının sınai mülkiyet hakkına tecavüz ettikleri tespit edilen kişilerin, o sınai mülkiyet hakkından daha sonraki bir tarihte kendi adlarına yapılan tescile dayanmalarının önü kapatılmıştır. Sonraki tarihli tescil, bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemiştir. Böylece aradaki kullanımların şartları gerçekleşmişse hakka tecavüz oluşturacağı ve her ne kadar davalı taraf adına tescil mevcut olsa da bu dönemdeki kullanım için de şartları varsa tazminat sorumluluğunun doğacağı kabul edilmiştir.” (Ünal Tekinalp / Ersin Çamoğlu, *Sınai Mülkiyet Kanunu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 240).

I. MARKA VE MARKA TESCİLİNE TARİHİ BİR BAKIŞ

Marka kavramının temeli Antik Çağ'a kadar uzanmaktadır.⁴ Fakat marka kavramına yüklenen anlam ve marka sisteminin işleyişi, toplumların sosyoekonomik yapısının değişimine paralel olarak zaman içerisinde farklılaşmıştır. İşte marka tescilinin ortaya çıkışı, bu sosyoekonomik yapı değişiminin bir neticesidir.

Eski çağlarda marka olarak kabul edebileceğimiz işaretler, bilhassa eşyaların, nesnelerin veya üretilen ürünlerin bir gruba veya bir kimseye aidiyetini göstermek amacıyla kullanılmakta idi.⁵ Orta Çağ'da ise, lonca sisteminin şekillendirdiği ekonomik yapı sebebiyle marka kullanımı yaygınlaşmıştır. Loncaların denetimi altındaki kişilere, ürettikleri ürünler üzerinde, ürünün kendisinden sadır olduğunu gösteren bir işaret kullanmayı zorunlu kılması sayesinde marka kullanımı bir hayli artmıştır.⁶

Modern manasıyla marka kavramının ve tescil olgusunun ortaya çıkışı ise Fransız İhtilali ve Sanayi Devrimi ile kesişmektedir. Fransız İhtilali'nin yeşerttiği eşitlik düşüncesi loncaları ve sahip olduğu ayrıcalıkları silerken, Sanayi Devrimi ile ilkel üretim yöntemleri yerini modern-seri üretim yöntemlerine terk etmiştir.⁷ Bu gelişmeler ticareti belirli bir kesimin tekelinden çıkararak daha geniş kitlelere yaymış ve ticaretin evrensel boyutlara ulaşmasının, hızlanmasının yolunu açmıştır. Ticaretin gelişmesi ile üretici ve tüketici arasındaki fiziki bağ ortadan kalkmış

⁴ Eugène Pouillet, *Traité des Marques de Fabrique et de la Concurrence Déloyale en Tout Genres*, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Marchal, Billard et Cie, Imprimeurs-Éditeurs, Paris, 1875, s. 1-2; Philippe Dunant, *Traité des Marques de Fabrique et de Commerce*, Ch. Eggiman & Cie Éditeurs, Cenevre, 1898, s. 1; Paul Reynoard, *Précis Théorique et Pratique des Marques de Fabrique*, Dunod, Paris, 1939, s. 1; Haydar Arseven, *Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1951, s. 2; Sidney A. Diamond, 'The Historical Development of Trademarks', TMR, Vol. LXV, No. 4, 1975, s. 266; Sabih Arkan, *Marka Hukuku*, C. I, AÜHFY, Ankara, 1998, s. 1; Andrée Puttemans, *Droits Intellectuels et Concurrence Déloyale*, Bruylant, Brüksel, 2000, s. 76; Arslan Kaya, *Marka Hukuku*, Arkan Yayınları, İstanbul, 2006, s. 4; Joanna Schmidt-Szalewski, 'Marque de Fabrique, de Commerce ou de Service', Répertoire de Droit Commercial, Dalloz, 2006, N. 16; Jacques Azéma / Jean-Christophe Galloux, *Droit de la Propriété Industrielle*, 8. Édition, Dalloz, Paris, 2017, N. 1549.

⁵ Diamond, s. 266-267; Puttemans, s. 81; Salvatore Di Palma, *L'Histoire des Marques depuis l'Antiquité jusqu'au Moyen Âge*, Société des Écrivains, Paris, 2014, s. 17. İnsanların kişisel eşyalarını/mallarını soygun riskine karşı korumak (rôle de police) saikiyle işaretler kullandığına dair bkz. Azéma / Galloux, N. 1549; Schmidt-Szalewski, N. 16. Söz gelimi, devekuşu yumurtalarının belirli bir gruba ait olduğunu işaret etmek üzere yapılan çizimler (Di Palma, s. 18), kavanoz, vazo, tabak, porselen, çanak, çömlek üzerine konulan çeşitli desenler (Pouillet, s. 2; Dunant, s. 4; Diamond, s. 267; Kaya, *Marka*, s. 4; David Bainbridge, *Intellectual Property*, 5. Edition, Pearson Longman, Essex, 2002, s. 531), hayvanların kimin olduğunu teşhis etmek için kullanılan damgalar (Arseven, s. 2; Diamond, s. 266-267).

⁶ Pouillet, s. 9; Dunant, s. 9; Reynoard, s. 1; Puttemans, s. 77; Azéma / Galloux, N. 1550; Schmidt-Szalewski, N. 17.

⁷ Arseven, s. 3; Azéma / Galloux, N. 1551; Schmidt-Szalewski, N. 18; Benoit Heilbrunn, 'Histoire et Fonctions des Marques', La Marque, ed. Benoit Heilbrunn, Presses Universitaires de France, Paris, 2010, N. 2.

ve bu bağı temine yarayan bir enstrüman ihtiyacı hasıl olmuştur.⁸ İşte bu (hayali) bağın merkezinde “marka” kavramı modern anlamıyla ortaya çıkmıştır.

Markanın iktisadi hayatın ayrılmaz bir parçası olmaya başladığı bu son dönemde “hukuki güvenlik” endişeleri baş göstermiştir. Bir yandan yeni marka kullanmak isteyen teşebbüsler halihazırda kullanılan markaları tespit edebilmek ve seçimlerini ona göre yapabilmek isterken, öte yandan markalarını uzun süredir kullanan kişilerin bu “öncelik hakkını” rahatlıkla ispat edebilmeye duydukları ihtiyaç ekseninde kanunlaşma faaliyetleri başlamış ve tescil kavramı ortaya çıkmıştır.⁹ Hatta giderek tescil, marka hakkının elde edilmesinde tek imkân olarak sunulur hale gelmiş ve “ilk kullanma” ile marka hakkının elde edilmesine dayalı sistem terk edilmek zorunda kalınmıştır.^{10, 11} Nitekim, bugün başta Kıta Avrupası olmak üzere birçok ülkede marka koruması tescil ile elde edilebilmektedir.¹²

⁸ Diamond, s. 280-281; Puttemans, s. 78.

⁹ Schmidt-Szalewski, N. 23. Bu meyanda bkz. Ali Paşlı, *Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 35-40. Marka korumasının şekillenmesinde korunmaya değer 3 temel unsur yatmaktadır: marka sahiplerinin korunması, muhtemel teşebbüslerin korunması ve kamunun korunması (International Trademark Association (INTA), *The Need for Trade-Mark Protection and what the Patent Office can do to Furthur It*, TMR, S. 36, 1946, s. 58).

¹⁰ Pattishall’a göre tescil sistemi, ilk kullanım sistemine kıyasla daha etkili, daha basit, daha kesin ve daha belirli bir sistem oluşmasına hizmet etmektedir (Beverly W. Pattishall, *The Use Rationale and the Trademark Registration Treaty*, ABAJ, Vol. 61, No. 1, 1975, s. 83). Benzer şekilde Callman da, güvenliğin ve adaletin temini için, bir işaretin korunması noktasında tescilin zorunlu olması gerektiğini belirtmektedir (Rudolf Callman, *Registration and Use in the Trademark Laws of Different Countries*, Section of International and Comparative Law Bulletin, Vol. 2, No. 2, 1958, s. 23). Bunların yanında, Amerika’da tescilli olmayıp kullanımında bulunan markaların dahi kayıt altına alınmasını önerenler vardır (INTA, s. 59). Buna karşın önemle belirtmek gerekir ki, marka korumasının temelinde tescil olgusu yatsa da, birçok ülke tescilli olmayan markalara da göreceli bir koruma sahası bahşetmektedir (Robert Burrell, *Trade Mark Bureaucracies*, The University of Queensland, TC Beirne School of Law Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 07-25, 2007, <http://ssrn.com/abstract=1027504> (erişim tarihi, 7 Haziran 2020), s. 3. Bu çalışma aynı zamanda şu kaynakta yayımlanmıştır: Trademark Law & Theory: A Handbook of Contemporary Research, ed. Mark D. Janis, Graeme B. Dinwoodie, Edward Elgar, UK, 2008, s. 95-131).

¹¹ Bütün bu açıklamalarımızı tevsik eder nitelikte, 1857 tarihli Fransız Fabrika ve Ticaret Markaları Hakkında Kanun (Loi du 23 juin 1857 sur les Marques de Fabrique et de Commerce)’da tadil yapılmasına dair komisyon raporundan bir alıntı yapalım: “*Il est évident que la législation devenait insuffisante, car il était bien difficile de s’assurer qu’une marque déterminée n’avait pas déjà fait l’objet d’un dépôt au greffe de l’un des nombreux Tribunaux de Commerce de France. Par surplus, la loi de 1857 laissant le dépôt facultatif et ne le rendant obligatoire qu’avant des poursuites en contrefaçon, il devenait matériellement impossible à un industriel de savoir si une marque n’existait pas déjà quelque part. Ce seul inconvénient suffisait à justifier un remaniement de la loi.*” (M. Henri Bastit, *Projet de Loi Portant Modification de la Loi du 23 juin 1857 sur les Marques de Fabrique et de Commerce Rapport Présenté au Nom de la Commission d’Initiative*, Typographie et Lithographie Bablatier, Marsilya, 1907, s. 4).

¹² Pattishall, s. 83; Ellen P. Winner, *Trademark Registration - What’s the Use*, IDEA: The Journal of Law and Technology, UNH Franklin Pierce School of Law, Vol. 23, No. 2, 1982 s. 25.

Sonuç itibarıyla, marka tesciline duyulan ihtiyacın temelinde, tarihsel süreç içerisinde ekonominin ve ticaretin gelişmesinin beraberinde getirdiği çeşitlilikten kaynaklanan “güvensizliğin” ortadan kaldırılması ve marka sistemindeki yapı bozukluğunu giderme amaçları yatmaktadır.¹³ Şimdi bu “hukuki güvenlik” şemsiyesinin altında, marka tescilinin fonksiyonlarını teşhis edelim.

II. MARKA TESCİLİNİN FONKSİYONLARI

Marka tescili olgusunun altında işleyen “hukuki güven” kaygısı çeşitli meselelere dair olabilir. İşte marka tescili bu kaygıları gidermek noktasında çeşitli fonksiyonlar ile donatılmıştır.

A. Tanımlama Fonksiyonu

Marka tesciline duyulan ihtiyacın ilk sebebi, bir yandan marka hakkının konusu olan işaretin ve işarete sağlanan korumanın kapsamını belirleyecek olan mal veya hizmetlerin tanımlanması/belirlenmesi¹⁴ iken, öte yandan hakkın sahibinin kim olduğunun tespitine yönelik ihtiyaçtır.¹⁵

Marka hakkı, mutlak bir haktır¹⁶ ve sahibine marka olarak tescil edilen işareti, tescile konu mal veya hizmetler (ve benzerleri) nazarında kullanma ve üçüncü kişilerin kullanımını engelleme konusunda inhisari (tekelci) bir yetki bahşeder.¹⁷ Marka hakkının bu mutlak ve inhisari niteliği, belirli işaretlerin belirli mal veya

¹³ Benzer yönde bkz. Rebecca Tushnet, ‘*Registering Disagreement: Registration in Modern American Trademark Law*’, Harvard Law Review, Vol. 130, No. 3, 2017, s. 871-872.

¹⁴ Marka olarak tescili talep edilen işaretin sicilde açık ve kesin olarak gösterilmesi zaruretinin de tescilin tanımlama fonksiyonuna hizmet ettiği yönünde bkz. Robert Burrell / Michael Handler, ‘*Making Sense of Trade Mark Law*’ IPQ, No. 4, 2003, s. 393; Burrell, s. 18. Benzer yönde bkz. CJUE, C-273/00, 12 Aralık 2002, Ralf Sieckmann, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=47585&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=2921368> (erişim tarihi, 6 Haziran 2020), para. 48.

¹⁵ Şehirali Çelik, tescilin işlevini hakkın konusu ve süjesi bakımından ikiye ayırarak “hakkın konusu ve kapsamına ilişkin bilgi işlevi” ve “hak sahibini teşhis ve yetkilendirme işlevi” olarak iki başlık altında incelemektedir (Feyzan Hayal Şehirali Çelik, ‘*Sinai Mülkiyet Hakkının Tescilinin Anlamı Üzerine -SMK m. 155 Vesilesiyle Bir İnceleme-*’, BATİDER, C. XXXIV, S. 2, 2018, s. 36-45).

¹⁶ Arseven, s. 15; Kaya, *Marka*, s. 39; Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 11; Sevilay Uzunallı, *Marka Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 23; Hayrettin Çağlar, *Marka Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 34; Hakan Karan / Mehmet Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 28; Hamdi Yasaman / Sıtkı Anlam Altay / Tolga Ayoğlu / Fülürya Yusufoglu / Sinan Yüksel, *Marka Hukuku: 556 Sayılı KHK Şerhi*, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s. 175; Ivan Cherpillod, *Le Droit Suisse des Marques*, CEDIDAC, Lozan, 2007, s. 169; François Dessemontet, *La Propriété Intellectuelle*, CEDIDAC, Lozan, 2000, s. 229.

¹⁷ Kaya, *Marka*, s. 37; Çolak, s. 11; Uzunallı, s. 23; Çağlar, s. 35; Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksel, s. 176; Şehirali Çelik, SMK m. 155, s. 64-71; Cherpillod, s. 160.

hizmetler nazarında topluma kapatılması sonucunu doğurduğundan, hangi işaretin hangi mal veya hizmetler tahtında topluma kapatıldığının tanımlanması/teşhisi/belirlenmesi büyük önem arz eder.¹⁸ Zira ancak konusu ve kapsamı (sınırları) belirli olan bir hak, sahibine inhisari yetkiler bahsedebilir.

Marka tescilinin hakkın konusu ve kapsamını tanımlama işlevine SMK'nın sair hükümlerinde temas edilmiştir. Söz gelimi, SMK'nın "marka olabilecek işaretleri" tanımlayan 4'üncü maddesinde, marka olarak tescili talep edilen işaretin "*marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması*" gerektiği vurgulanmakta ve tescilin hakkın konusu olan işareti teşhis noktasındaki fonksiyonu ortaya konulmaktadır.¹⁹ Yine benzer şekilde, SMK'nın başvuru şartlarını düzenleyen 11'inci maddesinde, marka başvurusunun "marka örneğini ve başvuruya konu mal veya hizmetlerin listesini" göstermesi gerektiği serdedilerek, tescilin tanımlama fonksiyonunun işlerliği sağlanmaktadır. Antrparantez, bu örneklerde zikredilen düzenlemeler yalnızca markanın tanımlama fonksiyonunu işler kılmak için değil, aynı zamanda aşağıda yer vereceğimiz bürokratik fonksiyon ve bilgi fonksiyonunu da çalışır kılma amacına hizmet eder.

Öte yandan, tanımlama fonksiyonu sayesinde hakkın sahibinin teşhisi de mümkün kılınmaktadır.²⁰ Fakat önemle belirtmek gerekir ki, tescilin hakkın sahibini tanımlama fonksiyonu, sicilde hak sahibi gözüken kişiye şekli bir hak sahipliği kazandırmaktadır.²¹ Daha açık bir deyişle, sicilde hak sahibi gözüken kişi maddi anlamda hak sahibi olmayabilir. Nitekim SMK m. 155 hükmü bu hususu açıkça ortaya koyar niteliktedir.

Marka tescili, tanımlama fonksiyonu sayesinde marka olarak korunan işareti ve bu korumanın kapsamını teşhise olanak sağlar ve marka hakkının sahibine sağladığı korumayı "hukuki güvenlik" ilkesi ekseninde şekillendirir. Son olarak, ifade etmek gerekir ki, marka tescilinin tanımlama fonksiyonu aşağıda zikredeceğimiz diğer iki fonksiyonun temelini teşkil eder. Marka tescilinin tanımlama fonksiyonu ne denli açık, kesin ve doğru bir şekilde yerine getirilmişse tescilin diğer fonksiyonları da bu nispette işler kılınabilecektir.

¹⁸ Bu meyanda eşya hukukuna (aynı haklara) hâkim olan belirlilik (muayyenlik) ilkesi de aynı ihtiyaçtan kaynaklanmaktadır. Bu ilke hakkında bkz. A. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 32 vd. Fakat eşya hukukundaki belirlilik ilkesi, eşyanın "somut" bir varlığının olması sebebiyle hakkın konusu noktasında tam bir kesinlik sağlamaktadır.

¹⁹ Benzer yönde bkz. Şehirli Çelik, SMK m. 155, s. 39.

²⁰ Şehirli Çelik, SMK m. 155, s. 41-42; Şehirli Çelik, Tescilli Tasarım, s. 42; Alıcı, s. 677; Tushnet, s. 876.

²¹ Bu hususta etraflıca bilgi ve örnekler için bkz. Şehirli Çelik, SMK m. 155, s. 42-45; Alıcı, s. 687. SMK m. 7.2. hükmü bu husus şöyle ifade eder: "*Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir.*"

B. Bürokratik Fonksiyon

Marka tescilinin bürokratik fonksiyonu ile ifade etmeye çalıştığımız husus, tescilin idari ve adli makam ve otoritelerin önüne gelen uyuşmazlıklarda/değerlendirmelerde marka siciline bakarak hakkın konusu ve kapsamını net bir şekilde tayin edebilmelerine imkân sağlamasıdır.²² İşte, marka tesciline duyulan ihtiyacın altında yatan ikinci sebep idari ve adli otoritelerin incelemelerini kolaylaştırmak ve süreçleri hızlandırmaktır.

Bu meyanda, marka başvurularının değerlendirilmesinden, yayıma itiraz prosedürlerinin işler kılınmasına; marka tecavüzünden hükümsüzlük uyuşmazlıklarının incelenmesine kadar geniş bir yelpazeyi marka tescilinin bürokratik fonksiyonu kapsamına dahil etmek mümkündür. Görüldüğü üzere marka tescili, başta TÜRK-PATENT²³ olmak üzere idari makamlar ve adli makamların önüne gelen uyuşmazlıklarda inceleme konusu olan marka hakkının konusunu ve kapsamını rahatlıkla belirleyebilmesine olanak tanımakta ve inceleme süreçlerinin kolaylaşmasına ve hızlanmasına yardımcı olmaktadır. Söz gelimi, marka olarak tescil edilen işaretin ayırt edici unsurları değiştirilmeden kullanımı SMK m. 9 bağlamında markanın kullanımı olarak mütalaa edilmekte ve marka korunmaktadır (SMK m. 9.2.a).²⁴ İşte markanın kullanılıp kullanılmadığına ilişkin bir uyuşmazlıkta, ilk olarak incelenecek hususlardan biri markanın tescil edildiği biçimiyle kullanılıp kullanılmadığıdır. Bu noktada, tescilin bürokratik fonksiyonu devreye girmektedir.

Tescilin bürokratik fonksiyonunun işler kılınması, ancak marka olarak tescili talep edilen işaretlerin ve tescile konu mal veya hizmetlerin açık, kesin, anlaşılabilir olması ile mümkündür.²⁵

C. Bilgi Fonksiyonu

Marka tesciline duyulan ihtiyacın altında çalışan üçüncü ve son sebep, kamunun ve bilhassa muhtemel rakiplerin/piyasa aktörlerinin mevcut markalar hakkında bilgi sahibi olma isteğidir.²⁶

Marka tescili, kamunun ve muhtemel rakiplerin marka olarak korunan işaretiler ve bunlara bahsedilen korumanın kapsamına dair bilgi edinmesine hizmet

²² Burrell / Handler, s. 393; CJUE, C-273/00, para. 50.

²³ Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 358 uyarınca Türk Patent ve Marka Kurumu'nun kısa adıdır.

²⁴ SMK m. 9.2 hükmü aynen şöyledir:
“Aşağıda belirtilen durumlar da birinci fıkra anlamında markayı kullanma kabul edilir:
a) Markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla kullanılması...”

²⁵ Bu meyanda yukarıda zikrettiğimiz SMK m. 5 ve 11 hükümleri ile sair hükümler bu amaca hizmet etmektedir.

²⁶ Callman, s. 23.

eder.²⁷ Potansiyel bir yatırımcı/teşebbüs faaliyetlerini yürütürken kullanacağı bir işaret seçmek zorundadır.²⁸ İşte bu kişi, bir işaret seçmek ve kullanmak istediği zaman, halihazırda mevcut ve seçilmiş işaretleri ve bunların kapsamını bilmek isteyecektir ki, farklı bir işaret seçebilsin ve markanın temel fonksiyonu olan ayırt edicilik fonksiyonunu²⁹ işler kılabilinsin.³⁰

Mevzunun bir de tüketiciler açısından cari olan boyutu vardır. Şöyle ki, markanın bilgi işlevi sayesinde tüketiciler marka sahiplerini rahatlıkla teşhis edebilmekte³¹ ve markanın arkasındaki teşebbüse karşı haklarını rahatlıkla kullanabilmektedir. Tüketiciler bir de dolaylı olarak, markanın bilgi işlevinden etkilenmektedir. Zira, markanın bilgi işlevi sayesinde tescile konu markalar birbirinden farklılaşmakta ve markaların ayırt edicilik işlevi etkin kılınarak markada teklik ilkesi³² ekseninde tüketicilerin arzu ettikleri ürünlere (markalara) ulaşımı engellenmemiş olmaktadır.

Sonuç olarak, marka tescilinin bilgi fonksiyonu ve marka sicilinin aleni olması³³ kamunun ve üçüncü kişilerin, marka sisteminde faaliyet gösteren aktörleri

²⁷ Burrell / Handler, s. 393; Burrell, s. 5; Tushnet, s. 876-877; Şehirali Çelik, SMK m. 155, s. 36 vd.; Şehirali Çelik, Tescilli Tasarım, s. 42; Alıca, s. 677; CJUE, C-273/00, para. 51. Bununla birlikte, patent ve tasarımın tescil edilmesinin altında, marka hakkının aksine, yeni teknolojilerin kamunun bilgisine sunulması idesi olduğu yönünde bkz. Burrell, s. 6.

²⁸ Hemen belirtelim, bu yönde hukuki bir zorunluluk söz konusu değildir. Daha ziyade, günümüz iktisadi hayatının getirdiği maddi bir zorunluluktan bahsedilebilir. Bununla birlikte marka kullanımının kamu düzeni gerekçesiyle zorunlu tutulması mümkündür (551 sayılı Markalar Kanunu, m. 3). Bu meyanda bkz. Schmidt-Szalewski, N. 39-40.

²⁹ Markanın ayırt edicilik fonksiyonu hakkında bkz. Arseven, s. 7; Kaya, *Marka*, s. 60; Arkan, *Marka*, s. 38; Çolak, s. 17; Çağlar, s. 33; Uzunallı, s. 20; Cherpillod, s. 60; Bainbridge, s. 533; Schmidt-Szalewski, N. 31.

³⁰ Burrell, s. 5. Bu meyanda tescilin, muhtemel mütecavizlere yönelik “örtülü ve caydırıcı bir ihtar/uyarı” niteliğinde olduğu hususunda bkz. Tushnet, s. 877.

³¹ Modern marka hukukunun temelinde tüketicileri karışıklıktan korumak düşüncesinin yattığı yönünde bkz. Tushnet, s. 873. Bu görüşe biz de katılmaktayız. Gerçekten de, marka hukukunun temelinde tüketicilerin korunması düşüncesi yatmaktadır. Söz gelimi markalar arasında karıştırılma ihtimalinin olup olmadığının tespiti, tüketicinin nazarından yapılan bir değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır (SMK m. 6.1).

³² Markanın tekliği ilkesi uyarınca, bir markanın ancak bir tek sahibi olabilir; aynı marka farklı kişiler tarafından ayrı tescillere konu edilemez (Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoglu / Yüksel, s. 189; Arkan, *Marka*, s. 76; Çolak, s. 424; Cafer Eminoğlu, ‘*Marka Sahibinin Tekliği İlkesi ve Bu İlkenin Markanın Devri Bağlamında İncelenmesi: Anayasa Mahkemesi’nin 556 Sayılı KHK’nın m. 16/5 Hükmünü İptal Eden Kararı Bağlamında Bir Değerlendirme*’, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, C. I, S. 1, 2016, s. 231). Bununla birlikte, SMK ile markanın tekliği ilkesinin esnetildiğini belirtmek gerekir. SMK m. 5.3 hükmü uyarınca marka sahibinin muvafakati ile kendi markası ile aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer ikinci bir markanın tescili mümkündür. Bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. Tekinalp / Çamoğlu, s. XIX-XX; Sabih Arkan, ‘*Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 5.3. Maddesiyle İlgili Bazı Düşünceler*’, BATİDER, C. XXXIII, S. 3, 2017, s. 10-11.

³³ SMK m. 22.3 hükmü bu hususu açıkça tevsik eder: “*Sicil alenidir. Talep edilmesi ve ücretinin ödenmesi şartıyla sicil örneği verilir.*”

ve bunların sahip olduğu hakkın konusu ve kapsamı konusunda bilgilendirilmesine hizmet etmektedir.

III. MARKA TESCİL SİSTEMİ TAHTINDA ÇATIŞAN MENFAATLER

Marka tescilinin fonksiyonlarını ortaya koyduktan sonra, bu başlık altında incelemeyi arzu ettiğimiz husus şudur: Marka tescil süreci (prosedürü) zikrettiğimiz bu fonksiyonları temin noktasında nasıl bir etkiye sahiptir ve giderek marka tescil prosedürü hangi menfaatler arasındaki konkurun etrafında şekillenmektedir?

Bir işaretin marka olarak tescili, tescil sürecinde öngörülen aşamalar ve bu aşamalarda yerine getirilen denetim faaliyetleri temelde iki menfaat arasındaki çatışmanın tezahürünü yansıtmaktadır. Bir yanda, yeni marka başvurusu yapacak olanların marka siciline girişini kolaylaştırma ve bu sayede markalaşmayı korumadaki menfaat; diğer yanda ise hali hazırda tescilli marka sahiplerinin, sahip olduğu işaret üzerindeki tekel hakkının korunması ve bu sayede marka fonksiyonlarının icra edilebilirliğinin zedelenmemesi menfaati. İşte bu iki menfaat arasındaki çatışma, tescil sistemlerinin sıklığını/zorluğunu şekillendirmekte ve giderek marka tescilinin yukarıda zikrettiğimiz fonksiyonlarının işlerliğini artırıp/azaltmaktadır.

Türk hukukunda, marka tescil sisteminde, işaretin daha önce kullanımının şart olarak öngörülmemesi ve giderek kullanma niyetinin dahi aranmaması, Nis Sınıflandırmasında yer verilen ve esasen markada belirlilik ilkesini layıkıyla yerine getirmekten son derece uzak olan geniş ve muğlak terimleri içeren mal veya hizmet listelerinin kabul edilmesi gibi hususlar yeni marka başvurusunda bulunacak kişileri korumayı amaçlamaktadır. Zira değindiğimiz bu kolaylıklar sayesinde, marka başvurusu yapacak olan kişiler ciddi emek ve mesai harcamaksızın, sadece başvuru için öngörülen cüzi ücreti ödeyerek sınırları muğlak ve son derece geniş bir mal veya hizmet listesi kapsamında marka hakkına sahip olabilmektedir ve markayı henüz kullanmasa dahi bir “teminat” elde etmektedir.

Bununla birlikte, çatışan bu iki menfaatten mülhem olarak, marka tescil süreçlerinin temelinde ülkenin iktisadî gelişmişliğinin ve ticari hayatın dinamikleşmesinin de etkili olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bilhassa, Türkiye gibi gelişmekte olan ülkeler, iktisadî gelişmelerini hızlandırmak ve yatırımcıları teşvik etmek amacıyla marka tescilini kolaylaştırma yolunda tercihler sergilemektedirler. Yine benzer şekilde, Türkiye ekonomisinin özgünlükten ziyade taklide/iltibasa dayalı yapısı, marka tescilini kolaylaştırma ve tescilli bir markaya geniş bir koruma sağlası sağlama tercihini beraberinde getirmiştir.³⁴ Fakat, bu tercihler uzun vadede marka sisteminin işlerliğini zedelemektedir.

³⁴ Bu yönde bilgi için bkz. Arslan Kaya, *'Tartışmalar'*, Fikrî ve Sınai Haklar Sempozyumu, ed. Ayşe Kübra Altıparmak, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 114-116.

Nitekim, marka tescilinde sağlanan bu kolaylık, marka siciline girişleri kolaylaştırırken, *tescilin temel fonksiyonlarını yerine getirmesine mâni olarak marka sisteminin işleyişini zedeleyecek sarsıntılara sebep olmaktadır*.³⁵ Zira, marka sicili uzun vadede, aynı veya benzer çok sayıda işaretin aynı veya benzer mal veya hizmetlere yönelik tescil edildiği bir ortam haline gelmektedir.³⁶ Böyle bir marka sisteminin hem yeni marka başvurusu yapacak olanları hem halihazırda marka sahibi olanları olumsuz etkilemesi yanında, tüm üçüncü kişileri olumsuz etkileyecek sonuçları olmaktadır.^{37, 38}

Öte yandan, altını çizerek önemle değinmek gerekir ki, marka siciline girişin kolay olduğu sistemlerde, sistemin işlerliğini gözetim yükümlülüğü halihazırda sicile kayıtlı olan tescil sahiplerine yüklenmiş iken, aksi senaryoda, yani sicile girişin zor olduğu sistemlerde ise, bu gözetim yükümlülüğü *a priori* marka başvurusu yapacak kişilere yüklenmiştir.³⁹

³⁵ Benzer yönde Burrell, s. 2, 7. Aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer işaretlerin, aynı ve aynı türdeki mal veya hizmetlere yönelik tescilini engelleyen SMK m. 5.1.ç hükmü marka sicilinin işlerliğini ve tescilin bilgi fonksiyonunu korumaya yönelik önlem olarak kabul edilebilir. Ancak bu madde bağlamında yapılan inceleme işaretlerin “aynı” olması üzerinde şekillendiğinden ve benzer olmasını (karıştırılma ihtimali bulunmasını) inceleme dışı bıraktığından (SMK m. 6.1) etkisinin sınırlı olduğu rahatlıkla savlanabilir.

³⁶ Tescile dayalı kullanım savunması sebebiyle, tasarım ve faydalı model açısından benzer sorun için bkz. Suluk, s. 414. Nitekim, bu durumun marka hukukundaki en somut örneği, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin çok sık uygulanır olmasıdır. Esasen temelini dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağından alan bu ilkenin, SMK ile pozitif düzenlemeye kavuşturulmuş olması (SMK m. 25.6), marka hukukunda aynı veya benzer işaretler üzerinde ne denli fazla kişinin hak sahibi olduğu işaret etmektedir.

³⁷ Bu meyanda kamunun ne denli olumsuz etkilenebileceğini ilişkin güzel bir örnek için bkz. John H. Lewis, ‘*The Need for Trademark Laws*’, Legal Chatter, Vol. 2, No. 10, 1939, s. 24. Marka tescili prosedürlerinin, marka sisteminin işlerliği noktasında büyük bir önemi haiz olduğuna ilişkin etraflıca bir çalışma için bkz. Tushnet, s. 867-941.

³⁸ Bu durumun yarattığı olumsuzluklara bu başlık altında ayrıca yer verilmemiştir. Zira son başlık (IV) altında SMK m. 155 hükmünün ortaya çıkaracağı olumlu sonuçlar belirtilirken, esasen burada bahsedilen olumsuzluklara da dolaylı olarak işaret edilmiştir.

³⁹ Bu meyanda marka tescilini zorlaştırma noktasında Türk kanun koyucusunun geçmişte yapmış olduğu bir değişikliği zikretmek yerinde olacaktır. 551 sayılı Markalar Kanunu döneminde, mal veya hizmetler arasındaki benzerlik incelemesi “aynı emtia” düzeyinde kalmakta idi (m. 5.c). Söz gelimi, bir işaret “su” emtiası için tescilli iken aynı işaret “soda” için de başkası tarafından tescil edilebilmekteydi. Bu durumun, marka başvurularını bir hayli kolaylaştıracağı rahatlıkla söylenebilir. Böyle bir tescil sisteminde marka tescilinin yukarıda zikrettiğimiz fonksiyonları taşıyamayacağı aşikardır. Zira birbiriyle aynı tür denilebilecek emtialar nazarında tescilli çok sayıda aynı işaret, markaların temelinde yatan ayırt etme fonksiyonunu zedeleyecek ve tescilin bilgi fonksiyonunu olumsuz etkileyecektir. Nitekim, Türk kanun koyucusu 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname ile benzerlik incelemesinin kapsamını genişleterek (m. 7.1.b; 8.1), bu soruna çözüm bulma noktasında önemli bir adım atmıştır. Benzerlik incelemesinin kapsamının genişlemesi, haliyle yeni marka başvurusu yapacak olanların mal veya hizmet listesini

Türk hukukundaki marka tescili sürecinde cari olan yayıma itiraz aşaması ve iptal müesseseleri halihazırda sicile kayıtlı olanların üstlendiği gözetim yükümlülüğünün en somut örnekleridir. Zira, yayıma itiraz aşaması tescilli marka sahiplerini, her marka bültenini inceleme aynı veya benzer marka başvurularının olup olmadığını tespit etme ve böyle bir durum varsa masrafi üzerine alarak buna itiraz etme yükümlülüğü yüklemektedir. Diğer bir deyişle, halihazırda markasını tescil ettirmiş olan kişiler, bu haklarını koruyabilmek için ciddi araştırma masraflarına, külfetine katlanmak zorunda kalmaktadır.⁴⁰

İşte, marka tescil sisteminin altında yatan aşamalar, zikrettiğimiz bu iki menfaat arasındaki çatışmanın gölgesinde şekillenmektedir. SMK m. 155 hükmünün yürürlüğe girmesine kadar olan dönemde (ayrık bir-iki içtihadı⁴¹ saymaz isek), bu gözetim yükümlülüğü sicilde tescilli marka sahiplerine yüklenmiş idi. SMK m. 155 hükmü ise bu durumu tersine çevirmiştir.

IV. SMK m. 155 HÜKMÜNÜN ETKİSİ ÜZERİNE KISA TESPİTLER

SMK m. 155 hükmü ile markanın tescil edilmiş olması, önceki tarihli marka sahipleri karşısında bir savunma aracı olmaktan çıkarılmıştır. Dolayısıyla artık, markanın tescil ettirilmiş olması, marka sahiplerine bir güvence sağlamayacaktır. İşte, bu durumun uzun vadede marka tescil sisteminin işlerliğini ve fonksiyonlarını güçlendireceğini ve marka sicilini daha şeffaf kılacağını düşünmekteyiz.

SMK m. 155 hükmünden önceki dönemde, işaret bir kere tescil edildiği takdirde hükümsüz kılınana kadar, marka sahibi tecavüz davalarına karşı korunmaktaydı. Bu durum, marka başvurusu yapacak olan kişileri tabir caiz ise, rehavete sevk etmekte ve marka başvurusunun alelade bir prosedür olarak görülmesine sebebiyet vermekte idi. Çünkü, marka başvurusu yapacak olan kişiler, marka sicilini alelade bir incelemenin ötesinde etraflıca inceleyip, gerekirse marka vekillerinden, TÜRKPATENT'ten bu konuda yardım alma zorunluluğu hissetmemekte

belirlerken daha fazla masraf ve mesai yapmasına sebep olmuştur. Bu süreç hakkında bilgi için bkz. Önder Erol Ünsal, *Markaların Tescili Konusunda Uluslararası Nis ve Viyana Sınıflandırmaları: Amaç, İşleyiş ve Uygulamaya İlişkin Değerlendirmeler*, Uzmanlık Tezi, Türk Patent Enstitüsü, Ankara, 2001, s. 53-55.

⁴⁰ Hemen belirtelim, yayıma itiraz sürecinin marka tescil sisteminin işlerliğini temin noktasında yeterli ve ölçülü bir enstrüman olmadığı kanaatindeyiz. Kanaatimizce, tescilli marka sistemine girmek isteyenler karşısında halihazırda bu sisteme dahil olanlara daha büyük önem atfedilmeli ve bu iki menfaat arasındaki çatışma halihazırda tescilli marka sahipleri lehine enstrümanlar getirilerek dengelenmelidir. İşte, SMK m. 155 hükmü bu minvalde getirilmiş bir enstrüman olarak görülmelidir. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aş. IV. Türk marka hukukunda TÜRKPATENT incelemesinin sadece mutlak ret nedenleri ile sınırlı olduğu ve yayıma itiraz süresinin kaçırılması halinde esasen tescil edilemeyecek markaların kolaylıkla tescil edilebildiği yönünde bkz. Alica, s. 696. İptal müessesesi hakkında bkz. aş. dn. 48.

⁴¹ Yargıtay 11. HD, T. 19.04.2002, E. 2001/9903, K. 2002/3699 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

idi. Zira, işaret bir kere hasbelkader marka olarak tescil edilirse önceki tarihli marka sahiplerine karşı korunur konuma gelmekte idi.⁴²

SMK m. 155 hükmü ile, bu durum tam tersine dönmüştür. Hükmün, sonraki tarihli marka sahiplerinin arkasına sığındığı tescil perdesini (belirli kişilere karşı) aralaması ve tamamen ortadan kaldırması, marka başvurusu yapacak kişileri artık daha nitelikli ve kapsamlı bir araştırma yapmaya sevk eder konuma getirmiştir. Zira, artık markanın tescili ile tabir caiz ise, *rahat bir soluk alma* söz konusu olmayacak, sonraki tarihli marka sahibi önceki marka sahiplerinin müdahale tehdidi ile karşı karşıya kalmaya devam edecektir. Bu sebeple, *yeni marka başvurusu yapacak olan kişiler, artık daha ihtimamlı hareket etmek ve tescilini talep edecekleri işareti ve ilgili mal veya hizmetleri büyük bir titizlikle seçmek ve belirlemek mecburiyetindedirler*.

İşte, SMK m. 155 hükmü etkisini, marka tescil sisteminin işlerliğini gözetim yükümlülüğünü yeni marka başvurusu yapacakların üzerine atmak noktasında göstermektedir. Giderek denilebilir ki, tescili talep edilen işaretin marka olabirliğinin denetimi daha başvurudan önceki aşamada doğrudan olası başvuru tarafından yapılmaktadır.⁴³ Hükmü ile marka başvurusu yapacak kişilere *zımnen* yüklenen bu özen ve dikkat yükümlülüğü uzun vadede marka sicilini daha şeffaf kılmanın yanında bir dizi olumlu sonuca da sebebiyet verecektir. Şimdi yeni marka başvurusu yapacak olanlara yüklenen bu yükümlülüğün ortaya çıkaracağı olumlu sonuçları kısaca belirtelim.

A. Daha Şeffaf Marka Sicili

Marka başvurusu yapacak kişilere yüklenen araştırma ve inceleme yükümlülüğü arttıkça, yeni yapılan marka başvuruları ile önceki tarihli markalar arasındaki *çatışma ve hak ihlalleri asgari seviyeye* inecektir.⁴⁴

⁴² Burrell şöyle yazar: “*Although there is a need for more empirical research to be conducted into how different types of business use registered trade mark systems, the evidence that is available suggests that many small and medium-size enterprises undertake few formal steps to check for the existence of prior conflicting trade marks. Rather, firms often assume that registration of a business or company name provides immunity from a claim of trade mark infringement, reflecting considerable confusion about the rules of both trade mark acquisition and trade mark infringement. The fact that small and medium-size enterprises often have little understanding of the mechanics of trade mark protection casts further doubt on the usefulness of the register as a source of information*” (Burrell, s. 8-9).

⁴³ Burrell bu noktada şöyle yazar: “*In the trade mark context, however, deferring questions of validity in this way would largely remove the benefits of registration for both third parties and owners*” (Burrell, s. 7).

⁴⁴ Bu husus ise başlı başına, tescil sisteminin benimsenmesinin altında yatan ihtiyacın tatminine hizmet eder. Zira marka hakkının tescille kazanıldığı ve tescilden önce kullanımın şart olmadığı sistemlerde temel amaç, müstakbel teşebbüslerin rahat bir şekilde ve başkalarının marka haklarına tecavüz edemeyeceğini bilerek yatırım yapmalarının kolaylaştırılmasıdır (Winner, s. 53).

Marka başvurusu yapacak kişiler, önceki tarihli marka sahiplerinin haklarını mümkün olduğunca ihlal etmemeye odaklanacak ve daha farklı, daha ayırt edici, daha özgün işaretler seçmeye ve daha detaylı mal veya hizmet listeleri belirlemeye özen gösterecektir.⁴⁵ Haliyle, böyle markalar sicilde çoğaldıkça, uzun vadede sicilin şeffaflığı ve fonksiyonları işler kılınacaktır. Söz gelimi marka tescilinin tanımlama fonksiyonu, özellikle hakkın süresi ve kapsamı konusunda daha nitelikli ve gerçeğe daha uygun bir görüntü sergiler olacaktır.⁴⁶ Bununla birlikte, ayrıca değinmek gerekir ki, tescil edilmiş fakat uzun süredir kullanılmayan markalar sebebiyle sicilin marka “mezarlığına” döndüğü inkâr edilemez bir gerçektir.⁴⁷ Öte yandan, markanın tescili kolay olduğu için, bilhassa büyük şirketlerin kullanma niyeti olmaksızın yalnızca daha geniş koruma alanı elde etmek amacıyla çok sayıda marka tescili talebinde bulunduğu ve bu durumun uzun vadede birçok işaretin (kullanılmasa dahi) topluma kapatılması ve giderek “marka feodalleri” oluşması sonucunu doğurduğu rahatlıkla savlanabilir. Böyle bir ortamda, *marka siciline girişlerin kolay olması kullanılmayan marka sorununu iyice artırmakta* ve tescilin bilgi fonksiyonunu önemli ölçüde işlevsiz kılmaktadır. İşte, SMK m. 155 hükmü getirilen zımni inceleme yükümlülüğü uzun vadede marka sicilini kullanılmayan marka probleminden tamamen olmasa da, kısmen kurtaracak ve bilgi fonksiyonunu işler kılacaktır.⁴⁸

Markanın tescilinin tanımlama fonksiyonuna getirilen bu işlerlik/şeffaflık, marka sisteminde faaliyet gösteren teşebbüsler başta olmak üzere, tüketicileri de

⁴⁵ Öğretide marka korumasının temelinde, markaların ayırt ediciliğinin muhafazası olduğu da savlanmaktadır (Tushnet, s. 875).

⁴⁶ Marka sicilinin, gerçek hak durumunu yansıtmaması durumunda marka sisteminin daha işler olacağı yönünde bkz. Burrell s. 7.

⁴⁷ Bu durumu önlemek amacıyla marka iptali müessesesi öngörülmüştür (Hanife Dirikkan, ‘Tescilli Markayı Kullanma Kulfeti’, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 1998, s. 222-223; Gizem Coşgun, *Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Markanın Kullanılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 28; Numan Sabit Sönmez, ‘6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılmaması Neticesinde Ortaya Çıkan Sonuçlar’, İÜHFİM, C. LXXVI, S. 1, 2018, s. 279; Eric Meier, *L’obligation d’Usage en Droit des Marques*, Schulthess Juristische Medien AG, Lozan, 2005, s. 8; Dessemontet, s. 48).

⁴⁸ Bununla birlikte, marka her ne kadar kullanılmaması durumunda iptal yaptırımı ile karşı karşıya kalıyor olsa da, iptal edilmediği müddetçe sicilde kayıtlı kalmaya devam etmektedir. Yine, bu aşamada da sicili kullanılmayan markalardan temizleme görevi başta tescilli marka sahipleri olmak üzere üçüncü kişilere yüklenmiştir. Haliyle, marka iptali müessesesinin marka sicilini kalabalıklaştırmaktan korumak noktasındaki işlevi son derece cüzidir. Bunu gören Türk kanun koyucusu, bir nebze de olsa olumsuzlukları gidermek için SMK ile kullanmama def’i kurumunu ittihaz etme ihtiyacı hissetmiştir. Kullanmama def’i hakkında bkz. Çolak, s. 685-687; Sönmez, s. 290-294. Burrell, kullanılmayan markaların yarattığı olumsuzluğu ve etkisini şöyle ifade eder: “*In the period between a mark being entered on to the register and it being removed at the conclusion of cancellation proceedings, it will be capable of generating false positive results that will shape the decisions of parties searching the register.*” (Burrell, s. 17).

olumlu etkileyecektir. Halihazırda faaliyet gösteren teşebbüsler daha az ihlalle ve tecavüzle karşılaşacak, böylelikle faaliyetlerini daha emin bir şekilde yerine getirecek, markasını en iyi şekilde piyasada konumlandırabilecek ve giderek emeklerinin karşılığını alabilecektir. Tüketiciler ise markalar birbirinden farklılaştıkça arzu ettikleri markalara aldanmadan rahatlıkla ulaşabilecek ve markanın tekliği prensibi gerçek anlamda işler kılınacaktır.

Öte yandan, hükmün kullanımı engellenmiş ve fakat sicilden terkin edilmiş bir markalar yığını oluşturacağı da savlanabilir.⁴⁹ Fakat, maddenin marka başvurusu yapacak olanlara yüklediği zımni araştırma yükümlülüğü sayesinde, uzun vadede ortaya çıkacak olumlu etkinin, bu endişeleri gölgede bırakacağı kanaatindeyiz.

Sonuç olarak, denilebilir ki, SMK m. 155 hükmünün getirdiği yeni düzen sayesinde, korunmaya daha değer olan işaretler korunur konuma gelecektir.

B. Daha Az Uyuşmazlık

SMK m. 155 hükmünün *uzun vadede* getireceği bir diğer avantaj, gerek idari gerekse adli süreçlerde ortaya çıkan uyuşmazlıkların azalması olacaktır.⁵⁰

Bu düşüncemizin altında da, yeni marka başvurusu yapacak olanların, önceki tarihli marka sahiplerinin haklarına riayet etmek noktasında göstermek zorunda oldukları azami özen yatmaktadır. Yeni marka başvuruları ne kadar dikkatli bir inceleme ile yapılırsa, önceki tarihli marka sahiplerinin haklarını ihlal etme olasılığı o denli azalacaktır. Haliyle, hem mutlak ret nedenlerine ilişkin inceleme hem de yayıma itiraz aşamalarında daha az uyuşmazlık gündeme gelecektir. Hiç şüphesiz, yargı kanadının yükünün azalacağı da rahatlıkla söylenebilir.

SONUÇ

Marka tescili temelde “hukuki güvenlik” ihtiyacının bir neticesi olarak ortaya çıkmıştır. Bu hukuki güvenlik ihtiyacı tescilin (i) tanımlama, (ii) bürokratik ve (iii) bilgi fonksiyonları yardımıyla karşılanmaktadır.

Tanımlama fonksiyonu sayesinde, marka sistemi içerisinde korunan işaretlerin, bunlara bahşedilen korumanın kapsamının ve hak sahiplerinin teşhisine yönelik ihtiyaç -tam olmasa da- giderilmektedir. Bürokratik fonksiyonu sayesinde, idari ve adli otoritelerin inceleme ve değerlendirme yaparken ihtiyaç duydukları rahatlık temin edilmektedir. Son olarak, bilgi fonksiyonu sayesinde, en genel

⁴⁹ Ali Paslı, ‘Marka Hukukunda Tescil - Kullanım İlişkisi’, Fikrî ve Sınai Haklar Sempozyumu, ed. Ayşe Kübra Altıparmak, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 114.

⁵⁰ Tescile dayalı kullanım savunması sebebiyle önceki tarihli hak sahipleri, sonraki tarihli hak sahiplerine karşı tecavüz davası açmadan önce veya tecavüz davası ile birlikte hükümsüzlük davası açmak zorunda kalıyor idi. Bu noktada özellikle yargılamaların uzun sürmesi ve yıpratıcı olması önceki hak sahiplerini zor duruma sokmakta idi. Bu meyanda bkz. Suluk, s. 415.

anlamıyla üçüncü kişilerin marka olarak korunan işaretler, koruma kapsamı ve sükeleri hakkında bilgi edinmesi ihtiyacı karşılanmaktadır.

Marka tescilinin bu fonksiyonlarının işlerliği marka tescil süreçlerinin zorluğu nispetinde şekillenmektedir. Marka tescilinin kolay olduğu bir sistemde, aynı veya benzer işaretler, aynı veya benzer mal veya hizmetler nazarında birden çok kişi tarafından tescil edilmektedir. Haliyle, marka tescili tanımlama fonksiyonunu layıkıyla yerine getirmekten uzaklaştığı gibi, bürokratik fonksiyon ve bilgi fonksiyonu da arzu edilen ihtiyaca cevap olamaz konuma gelmektedir. Marka sicili, markanın tekliği ilkesinin gereklerini karşılamaktan bir hayli uzaklaşmakta ve birçok uyuşmazlığa kapı aralar konuma gelmektedir.

İşte, SMK m. 155 hükmü tescile dayalı kullanım savunması imkanını ortadan kaldırarak, *yeni marka başvurusu yapacak olan kişilere zımnî bir araştırma/inceleme yükümlülüğü* getirmektedir. Zira artık markayı bir kere tescil ettiren kişiler, kim gelirse gelsin tescil perdesinin arkasına sığınamayacaktır. Bu sebeple, artık marka başvurusunda bulunulurken daha ihtimamlı hareket etmek gerekmektedir.

Bu sayede, marka sicili uzun vadede birbirinden farklı, özgün, nitelikli markalara ev sahipliği yapar konuma gelecek ve markanın tekliği ilkesi azami derecede işler kılınacak, daha şeffaf bir marka sicili ekseninde tüm aktörlerin menfaatine bir tablo ortaya çıkacaktır.

Bütün bu sebeplerle, hükmün marka tescilini daha işler kılmak noktasında son derece isabetli olduğunu, özellikle bazı ortamlarda dile getirildiği gibi sonrakı tarihli marka sahibinin “kötüniyetli” olup olmadığına göre sonuca gidilmesi veya hükmün bu yönde tadil edilmesi gerektiği yönündeki şifahi görüşlerin hükmün zikrettiğimiz bu olumlu etkilerini ortadan kaldıracağını düşünmekteyiz. Son olarak eklemek gerekir ki, çalışmamız boyunca yaptığımız incelemeler marka sicilinin daha güvenilir kılınabilmesi için ciddi mesafe kat edilmesi ve yeni reformların gündeme alınması gerektiğini göstermektedir.

KAYNAKÇA

- ALICA**, Türkay, '6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Önceki Tarihli Hakların Et-kisi', 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu 9-10 Mart 2017, ed. Feyzan Hayal Şehirali Çelik, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017.
- ARKAN**, Sabih, 'Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5.3. Maddesiyle İlgili Bazı Düşünceler', BATİDER, C. XXXIII, S. 3, 2017.
- ARKAN**, Sabih, *Marka Hukuku*, C. I, AÜHFY, Ankara, 1998 ("Marka" olarak kısaltılmıştır).
- ARSEVEN**, Haydar, *Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1951.
- AZÉMA**, Jacques / **GALLOUX**, Jean-Christophe, *Droit de la Propriété Industrielle*, 8. Édition, Dalloz, Paris, 2017.
- BAINBRIDGE**, David, *Intellectual Property*, 5. Edition, Pearson Longman, Essex, 2002.
- BASTIT**, M. Henri, *Projet de Loi Portant Modification de la Loi du 23 juin 1857 sur les Marques de Fabrique et de Commerce Rapport Présenté au Nom de la Commission d'Initiative*, Typographie et Lithographie Bablatier, Marsilya, 1907.
- BURRELL**, Robert, 'Trade Mark Bureaucracies', The University of Queensland, TC Beirne School of Law Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 07-25, 2007, <http://ssrn.com/abstract=1027504> (erişim tarihi, 7 Haziran 2020).
- BURRELL**, Robert / **HANDLER**, Michael, 'Making Sense of Trade Mark Law' IPQ, No. 4, 2003.
- CALLMAN**, Rudolf, 'Registration and Use in the Trademark Laws of Different Count-ries', Section of International and Comparative Law Bulletin, Vol. 2, No. 2, 1958.
- CHERPILLOD**, Ivan, *Le Droit Suisse des Marques*, CEDIDAC, Lozan, 2007.
- COŞGUN**, Gizem, *Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Markanın Kullanılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- ÇAĞLAR**, Hayrettin, *Marka Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- ÇOLAK**, Uğur, *Türk Marka Hukuku*, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- DESSEMONTET**, François, *La Propriété Intellectuelle*, CEDIDAC, Lozan, 2000.
- DI PALMA**, Salvatore, *L'Histoire des Marques depuis l'Antiquité jusqu'au Moyen Âge*, Société des Écrivains, Paris, 2014.
- DIAMOND**, Sidney A., 'The Historical Development of Trademarks', TMR, Vol. LXV, No. 4, 1975.
- DİRİKKAN**, Hanife 'Tescilli Markayı Kullanma Külfeti', Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Ar-mağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 1998.
- DUNANT**, Philippe, *Traité des Marques de Fabrique et de Commerce*, Ch. Eggiman & Cie Éditeurs, Cenevre, 1898.
- EMİNOĞLU**, Cafer, 'Marka Sahibinin Tekliği İlkesi ve Bu İlkenin Markanın Devri Bağ-lamında İncelenmesi: Anayasa Mahkemesi'nin 556 Sayılı KHK'nın m. 16/5 Hükmünü İptal Eden Kararı Bağlamında Bir Değerlendirme', Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, C. I, S. 1, 2016.

- HEILBRUNN**, Benoit, *'Histoire et Fonctions des Marques'*, La Marque, ed. Benoit Heilbrunn, Presses Universitaires de France, Paris, 2010.
- INTERNATIONAL TRADEMARK ASSOCIATION (INTA)**, *'The Need for Trade-Mark Protection and what the Patent Office can do to Furthur It'*, TMR, S. 36, 1946.
- KARAN**, Hakan / **KILIÇ**, Mehmet, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- KAYA**, Arslan, *'Tartışmalar'*, Fikrî ve Sınai Haklar Sempozyumu, ed. Ayşe Kübra Altıparmak, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- KAYA**, Arslan, *Marka Hukuku*, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2006 (*"Marka"* olarak kısaltılmıştır.).
- LEWIS**, John H., *'The Need for Trademark Laws'*, Legal Chatter, Vol. 2, No. 10, 1939.
- MEIER**, Eric, *L'obligation d'Usage en Droit des Marques*, Schulthess Juristische Medien AG, Lozan, 2005.
- PASLI**, Ali, *'Marka Hukukunda Tescil - Kullanım İlişkisi'*, Fikrî ve Sınai Haklar Sempozyumu, ed. Ayşe Kübra Altıparmak, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- PASLI**, Ali, *Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- PATTISHALL**, Beverely W., *'The Use Rationale and the Trademark Registration Treaty'*, ABAJ, Vol. 61, No. 1, 1975.
- POUILLET**, Eugène, *Traité des Marques de Fabrique et de la Concurrence Déloyale en Tout Genres*, Imprimerie et Libraire Générale de Jurisprudence Marchal, Billard et Cie, Imprimeurs-Éditeurs, Paris, 1875.
- PUTTEMANS**, Andrée, *Droits Intellectuels et Concurrence Déloyale*, Bruylant, Brüksel, 2000.
- REYNOARD**, Paul, *Précis Théorique et Pratique des Marques de Fabrique*, Dunod, Paris, 1939.
- SCHMIDT-SZALEWSKI**, Joanna, *'Marque de Fabrique, de Commerce ou de Service'*, Répertoire de Droit Commercial, Dalloz, 2006.
- SİRMEN**, A. Lale, *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- SÖNMEZ**, Numan Sabit, *'6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılmaması Neticesinde Ortaya Çıkan Sonuçlar'*, İÜHFM, C. LXXVI, S. 1, 2018.
- SULUK**, Cahit, *'Sınai Mülkiyet Hukukunda Tescil 'Güvenli Liman' mıdır?'*, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013, ed. Tekin Memiş, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2015.
- ŞEHİRALİ ÇELİK**, Feyzan Hayal, *'Sınai Mülkiyet Hakkının Tescilinin Anlamı Üzerine -SMK m. 155 Vesilesiyle Bir İnceleme-*', BATİDER, C. XXXIV, S. 2, 2018 (*"SMK m. 155"*).
- ŞEHİRALİ ÇELİK**, Feyzan Hayal, *'Tescilli Tasarım Sahibine Karşı Tecavüz Davası Açılabilir mi? -Yeni Bir Karar, Yeni Bir Ufuk-*', FMR, C. 12, S. 1, 2011, s. 39-69 (*"Tescilli Tasarım"*).

TEKİNALP, Ünal / **ÇAMOĞLU**, Ersin, *Sınai Mülkiyet Kanunu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

TUSHNET, Rebecca, ‘*Registering Disagreement: Registration in Modern American Trademark Law*’, Harvard Law Review, Vol, 130, No. 3, 2017.

UZUNALLI, Sevilay, *Marka Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

ÜNSAL, Önder Erol, *Markaların Tescili Konusunda Uluslararası Nis ve Viyana Sınıflandırmaları: Amaç, İşleyiş ve Uygulamaya İlişkin Değerlendirmeler*, Uzmanlık Tezi, Türk Patent Enstitüsü, Ankara, 2001.

WINNER, Ellen P., ‘*Trademark Registration - What’s the Use*’, IDEA: The Journal of Law and Technology, UNH Franklin Pierce School of Law, Vol. 23, No. 2, 1982.

YASAMAN, Hamdi / **ALTAY**, Sıtkı Anlam / **AYOĞLU**, Tolga / **YUSUFOĞLU**, Fülür-ya / **YÜKSEL**, Sinan, *Marka Hukuku: 556 Sayılı KHK Şerhi*, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.

www.curia.europa.eu.

www.kazanci.com (“*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*”).

www.ssrn.com.