

İSTANBUL HUKUK MECMUASI

Cilt Volume 79 Sayı Number 1 Yıl Year 2021 ISSN 2636-7734 E-ISSN 2667-6974

ISTANBUL LAW REVIEW



İSTANBUL
ÜNİVERSİTESİ
YAYINEVİ



İstanbul Hukuk Mecmuası

Cilt 79, Sayı 1, 2021

ISSN: 2636-7734

E-ISSN: 2667-6974



Dizinler / Indexing and Abstracting

Web of Science - Emerging Sources Citation Index (ESCI)

ULAKBİM TR Dizin

Ulusal Hukuk Veritabanı

Sahibi / Owner

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

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

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager

Prof. Dr. Halil AKKANAT

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

Yazışma Adresi / Correspondence Address

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,
İstanbul Üniversitesi, Beyazıt Kampüsü, 34116 / İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 444 00 59 / 15130
E-mail: ilr@istanbul.edu.tr / iuhfdergiler@istanbul.edu.tr
<http://mecmua.istanbul.edu.tr>
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm>

Yayıncı / Publisher

İstanbul Üniversitesi Yayınevi / Istanbul University Press
İstanbul Üniversitesi Merkez Kampüsü, 34452 Beyazıt,
Fatih / İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 440 00 00

Baskı ve Cilt / Printing Office

Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2 Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İstanbul
Tel: +90 (212) 269 30 00
Sertifika No: 20179
Basımı ve dağıtımı On İki Levha Yayıncılık A.Ş. tarafından yürütülmüştür.

Dergide yer alan yazılardan ve aktarılan görüşlerden yazarlar sorumludur.
Authors bear responsibility for the content of their published articles.

Yayın dili Türkçe ve İngilizce'dir.
The publication languages of the journal are Turkish and English.

Mart, Haziran, Eylül and Aralık aylarında, yılda dört sayı olarak yayımlanan uluslararası, hakemli,
açık erişimli ve bilimsel bir dergidir.
*This is a scholarly, international, peer-reviewed and open-access journal published quarterly in March, June,
September and December*

DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT

Baş Editörler / Editors-in-Chief

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

Prof. Dr. Ali PASLI

Baş Editör Yardımcısı / Co-Editor in Chief

Arş. Gör. Mustafa AHİOĞLU, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Arş. Gör. Ahmet ÖZSOY, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Arş. Gör. Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Dil Editörleri / Language Editors

Elizabeth Mary EARL – İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksek Okulu, İstanbul, Türkiye
elizabeth.earl@istanbul.edu.tr

Alan James NEWSON – İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksek Okulu, İstanbul, Türkiye
alan.newson@istanbul.edu.tr

DANIŞMA KURULU / ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Vedat BUZ, Bilkent Üniversitesi, Ankara

Prof. Dr. Nuray EKŞİ, Özyeğin Üniversitesi, İstanbul

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Prof. Dr. Serap HELVACI, Marmara Üniversitesi, İstanbul

Prof. Dr. İsmail KIRCA, TOBB Ekonomi Üniversitesi, Ankara

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ, Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara

Prof. Dr. Carsten GERNER-BEUERLE, University College London, United Kingdom

Doç. Dr. Ivana BAJAKIĆ, University of Zagreb, Croatia



İÇİNDEKİLER / CONTENTS

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma makalesi/Research article

Alacağın Teminaten Devri

Assignment of Right for The Purpose of Guarantee..... 1

Elif Beyza Akkanat Öztürk

Araştırma makalesi/Research article

**Cinsiyet Eşitliği ve Çocuğun Üstün Yararının Kesişim Noktası Olarak
Boşanmada Velayetin Düzenlenmesi**

Allocation of Child's Custody After Divorce as the Junction Point of
Gender Equality and the Child's Best Interest 27

Özgün Çelebi

Araştırma makalesi/Research article

**İngiliz Hukukunda Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması ve Türk
Hukuku ile Karşılaştırılması**

Minority Shareholders' Protection under English Law and a Comparison
with Turkish Law 79

Meltem Karatepe Kaya

Araştırma makalesi/Research article

**Kişisel Verilerin Yabancı Unsurlu Sözleşmelere Aykırı Olarak İşlenmesinden veya
Korunmamasından Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti**

The Applicable Law to Disputes Arising From Processing or Non-Protection
of Personal Data Due to The Violation of Contracts Having Foreign Elements..... 135

İlyas Arslan

Araştırma makalesi/Research article

Ziyet Eşyalarının İadesi Davasında İspat Yükü

Burden of Proof in the Cases of Return of Jewelry Items 193

Vildan Peksöz

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma makalesi/Research article

Fahiş Fiyat Artışlarına Karşı İdari Yaptırım Uygulanmasında Yetki Çatışması

Conflict of Competence in the Application of Administrative
Sanctions For Price Gouging..... 211

Yasin Söyler

Araştırma makalesi/Research article

**Hukuksal Ampirizmin Hukuk Disiplini Yöntemi Olarak Ortaya Çıkışı ve
Erken Gelişim Dönemi: Petrazycki ve Ehrlich'in Görüşleri**

Appearance and Early Development Period of Legal Empiricism as the
Method of the, Discipline of Law: Views of Petrazycki and Ehrlich 249

Şefik Taylan Akman



Araştırma makalesi/Research article

Koruma Tedbirlerinde Orantılılık İlkesi

The Principle of Proportionality in Protection Measures 273

Recep Kahraman

Araştırma makalesi/Research article

**Peoples' Right to Self-Determination: From a Political Ideal to an
Ever-Evolving Legal Right**

Halkların Kendi Kaderini Tayin Hakkı: Politik Bir İdealden Sürekli

Gelişen Hukuki Bir Hakka 301

Oğuzhan Bekir Keskin

Araştırma makalesi/Research article

Uluslararası Siber Güvenlik Normları ve Sorumlu Siber Egemenlik

International Cybersecurity Norms and Responsible Cyber Sovereignty 345

Tuba Eldem

EDİTÖRDEN MEKTUP

Değerli Bilim İnsanları ve Kıymetli Hukukçular,

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Türk hukuk camiasına sunduğu en önemli katkılardan biri ve ülkemizin varlığını sürdüren eski hukuk dergisi olan İstanbul Hukuk Mecmuası'nın 2021/1 sayısını sizlerle buluşturmanın mutluluğunu yaşıyoruz.

Hukuk, sürekli bir değişim ve gelişim hâlinde bulunan, sosyal hayattan bağımsız şekilde değerlendirilmesi ve durağanlaştırılması mümkün olmayan bir disiplindir. İşte bu nedenle, her ne kadar küresel salgının çalışmayı ve üretmeyi zorlaştırdığı bir dönemde bulunuyor olsak da, İstanbul Hukuk Mecmuası olarak hukukun ihtiyaç duyduğu devamlılığı ve modern dünya ile entegrasyonu en üst düzeyde sağlamak adına uluslararası geçerliliği olan bilimsel çalışmaları yayımlamak, öncelikli hedefimiz olacaktır. İşte bu hedef doğrultusunda, Mecmuamızın her geçen gün güçlenen adımlarla 1 asıra yaklaşan tarihinde ilk defa geçtiğimiz sene, bir yıl içerisinde dört sayı olarak yayına çıkmıştır. Yılın her bir çeyreğinde olmak üzere senede dört sayı olarak yayına çıkma uygulamasına devam edeceğimizi belirterek, gelecek sayılarımızın da en kısa sürede siz değerli okuyucularımızla buluşacağını müjdelemek isteriz.

Dergimizin bu sayısı da -geleneğe uygun bir şekilde- özel hukuk ve kamu hukuku ana başlıkları altında tasnif edilmiş birbirinden değerli on makale içermektedir. Dergimizde yalnızca İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mensuplarının değil, yurt içinden ve dışından diğer birçok değerli akademisyen ve uygulayıcının çalışmalarının da gün ışığına çıkartılması için çaba sarf edilmiştir. Bu bağlamda daha önceki sayılarda benimsemiş olduğumuz genişletilmiş İngilizce özet kısmına makalelerde yer verilmiş, ayrıca OSCOLA atf kurallarına, bu sayımızda da riayet edilmiştir.

Büyük bir kıvançla belirtmekteyiz ki dergimizde akademik çalışma yayımlamaya yönelik talep, her sayımızda katlanarak artmaktadır. Tüm yayın sahiplerinin gerek bu gerçeği gerek de hakem incelemesi aşamasının her makalede farklı ve uzun bir zamana yayılabileceğini göz ardı etmeyeceklerini umut ediyoruz. Ulusal ve uluslararası endekslerde taranmanın yanı sıra, Mecmua'nın köklü geçmişi ve şüphesiz ki İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin kadim geleneği ile kurumsallığı andığımız yoğun talebin sebebidir. Bu yoğunluk karşısında, makale yayım sürecinin şeffaf ve sağlıklı bir

şekilde yürütülmesi gerekliliğinin bilincinde olan Kurulumuzca, sürecin en iyi ve objektif şekilde yürütülmesinin sağlanması ve yüksek standarttaki makalelerin yayımlanması noktasındaki özenin sürdürülmesi adına, yayın kurallarımızda çeşitli güncellemeler yapılmıştır. Anılan kuralların güncellenmiş versiyonu işbu sayımızda okuyucularımız ve yazarlarımız ile paylaşılmıştır. Mecmua’da yayımlanacak tüm çalışmalarda -en azından- doktora ve doçentlik tezleri standardında bir eserin/ürünün ortaya konulması ve bu yoğunlukta bir emeğin okuyucuya yansması, ulaşmayı arzuladığımız noktadır.

COVID-19 Küresel Salgını’nın ülkemizi ve dünyamızı etkisi altına aldığı ve bizleri “yeni normal”e alıştırdığı şu günlerde, dergimizin yayımlanabilmesi için ciddi bir uğraş veren editör ekibine ve bu sayıda hakemlik görevini yerine getiren Fakülte bünyesi içindeki ve dışındaki tüm akademisyenlere/hukukçulara teşekkür ediyoruz. Nihayet dergimizin işbu sayısına çok değerli yazıları ile katkı veren tüm yazarlara samimi desteklerinden ötürü şükranlarımızı sunuyoruz. Bir sonraki sayıda, sağlıklı görüşmek dileğiyle.

İstanbul Hukuk Mecmuası Baş Editörleri

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

Prof. Dr. Ali PASLI



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 27.04.2020
Revizyon Talebi: 21.05.2020
Son Revizyon: 01.01.2021
Kabul: 31.03.2021

Alacağın Teminaten Devri

Elif Beyza Akkanat Öztürk*

Öz

Bugün hukuki ilişkilerin çoğu karmaşıklaşmış ve hukuki işlemler, sınırötesi niteliğe bürünmüştür. Bu sebeple bir hukuki ilişkide alacaklının, ifa menfaatlerinin borçlusu tarafından korunacağı hususundaki “güveni” azalmıştır. Buna mukabil ekonomik hayatta varlığını devam ettirebilmesi, hukuki ilişkilerin sürdürülebilmesine bağlıdır. Söz konusu sürdürülebilirliğin temini için akla ilk gelen çözüm her zaman alacaklının kendini güvende hissetmesini sağlayacak araçlara (teminat araçlarına) başvurulmasıdır. Bu çalışma kapsamında da *sui generis* nitelikteki “alacağın teminaten devri” mercek altına alınmış ve bu ilişkinin tabi olduğu esaslar izah edilmiştir. Söz konusu ilişkide teminatın kapsamı ve teminaten devredilen alacağın (güvence teşkil eden değer) ne olduğu belirlenmiştir. Alacağın inanca işlem yoluyla bir üçüncü kişiye devredilmesinin gündeme geldiği bu hukuki ilişkiler için de TBK m. 20-25 arasında düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin denetimin de sıklıkla gündeme geleceğine dikkat çekilmiştir. Bu kapsamda özellikle geniş kapsamlı teminat taahhütlerinin TBK m. 20-25 karşında geçerliliği tartışma konusu edilmiş ve çalışmanın tamamında örnek bir sözleşme hükmünden hareket edilerek teminaten devrin sonuçları ve hükümleri açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler

İnançlı işlem, Tasarruf işlemi, Şarta bağlılık, Teminat amaçlı işlemler, Genel işlem koşulları

Assignment of Right for The Purpose of Guarantee

Abstract

Today, most legal relations are complicated and legal transactions have become cross-border transactions. The trust of the creditor regarding the protection of his benefits by a debtor has diminished. However, survival in economic life depends on maintaining legal relations. The first solution that comes to mind for ensuring the above-stated sustainability is to always use guarantees that will make the creditor feel safe. Within the scope of this study, the assignment of right for the purpose of guarantee are examined and the principles of this relationship are explained. In this legal relationship, the scope of the guarantee and what constitutes the assurance value are determined. It is also noted that these legal relations, which are a type of *fiducia*, are subject to the supervision of the standard terms control, regulated between articles 20-25 of the Turkish Code of Obligations. In this context, the validity of comprehensive commitments against articles 20-25 of the Turkish Code of Obligations is discussed, and the results and provisions of the assignment are explained by acting on a sample contract provision throughout the study.

Keywords

Fiducia, Act of disposal, Contingency, Assignment of right for the purpose of guarantee, Standard terms

* Sorumlu Yazar: Elif Beyza Akkanat Öztürk (Arş. Gör.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Karşılaştırmalı Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: eba@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-4856-9733

Atrf: Akkanat-Ozturk EB, “Alacağın Teminaten Devri” (2021) 79(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 1. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.1.0001>



Extended Summary

The primary expectations of the contracting parties from their legal relationship to which they are parties are the performance. However, it is a fact that it is not always possible for the parties to fulfill their contractual debts in accordance with the provisions of the law and their contract. The creditor wishes to trust that the debtor will behave in line with his debt or at least have mechanisms to eliminate the negative consequences of the potential breaches. Otherwise, people avoid being a party to a legal relationship. Considering the “*distance/ignorance*” of the parties to legal relations today, the creditor needs tools/guarantees against the possibility of a breach of contract.

In the case of breaching contractual debt, the possibilities may not adequately protect the interests of the creditor in the case of a concrete event. For such cases, the contract parties provide a special order regarding the non-performance of the contract due to the principle of freedom of contract. Thus, the parties both try to prevent the breach and protect themselves against the economic consequences of the breach. The assignment of rights for the purpose of guarantee is an important suretyship instrument that ensures that the creditor feels safe in the face of the possibility of non-performance of debt. In this study, this secured transaction will be examined within the framework of the principles prevailing the Turkish suretyship law system, including the content, the problems it causes in practice, especially the assignment for future rights.

Fiduciary transactions that find their foundations in Roman Law and are based on trust are transactions that are not regulated in the Turkish Law of Obligations but do not face validity problems due to the principle of freedom of contract. It is one of the contracts that are frequently encountered in practice. The debtor transfers the ownership of a right or property to a creditor for a certain purpose or for a certain period of time. The debtor is obliged to use the right/property in accordance with the fiduciary agreement in this process and to return the property, or the right to receive the property, to the creditor in accordance with the provisions of the contract when the time comes. Fiduciary transactions serve many purposes that the parties wish to achieve. The subject of this study is the legal transactions that are preferred and established to provide assurance to the creditor in cases where real guarantees, such as personal or pledge rights (surety) are unsuitable or insufficient for the parties for various reasons.

Generally, the debtor transfers the debt he either owns or will own to the creditor in order to guarantee a debt or to establish a debt relationship (*such as a loan agreement*). The assignment of rights for the purpose of guarantee is also subject to the provisions of TCO Art. 183 and its continuation. Therefore, for a valid transfer, there must first

be a credit right. However, the transfer of future receivables is considered valid. The most common problem encountered in assignments of rights for the purpose of guarantee is the determination of the scope and conditions of the indemnity. In assignments of rights for the purpose of guarantee, it is necessary to resolve the issue, considering that the transfer provisions are mostly standard terms. It should not be forgotten that provisions and transfer transactions that do not qualify as standard terms will be evaluated on the basis of the provisions of TCO Art. 27, TCC Art. 2 and 23. As a result of this evaluation, instead of accepting that the transaction is completely invalid, the terms and consequences of the transfer should be limited, the part that breaks the balance between the parties should be deemed invalid, and the relationship should be kept as long as possible.

Alacağın Teminatın Devri

Giriş

Sözleşme taraflarının ilgili hukuki ilişkiden öncelikli beklentileri kararlaştırdıkları edimin/edimlerin ifasıdır. Fakat şu da bir gerçektir ki tarafların sözleşmeden doğan borçlarını kanun ve sözleşme hükümlerine uygun bir şekilde ifa etmeleri her zaman mümkün olmaz. Alacaklı borçlunun borcuna uygun davranacağına güvenmeyi yahut en azından aykırılık halinde aykırılığın olumsuz sonuçlarını bertaraf edecek mekanizmalara sahip olmayı arzu eder. Aksi halde hukuki ilişkinin tarafı olmaktan imtina edilir. Bugün hukuki ilişkilerin taraflarının birbirine olan “*mesafesi/bilgisizliği*” dikkate alındığında alacaklı ihlal ihtimaline karşı bir araca/güvenceye ihtiyaç duyar¹.

Sözleşmeden doğan borç ihlal edildiğinde, sahip olduğu imkânlar somut olay özelinde alacaklının menfaatlerini yeteri kadar korumuyor olabilir. Bunun gibi haller için sözleşme tarafları sözleşme serbestisi vesilesiyle gereği gibi ifa edilmeme haline ilişkin özel bir düzen öngörür. Böylece taraflar hem ihlali *önlemeye çalışır* hem de ihlalin özellikle ekonomik sonuçlarına karşı kendilerini koruma altına alır.

Alacağın teminat amaçlı inançlı temlik² de bu minvalde alacaklının borca aykırılık ihtimali karşısında kendisini güvende hissetmesini temin eden önemli teminat/güvence araçlarından biridir. Bu çalışmada sözleşme özgürlüğü prensibinin (*TBK m. 26*) bir ürünü olan söz konusu teminat ilişkisi; içeriği, uygulamada doğurduğu sorunlar (*özellikle temlikin gelecekteki alacaklara yönelik yahut gelecekteki alacakları da kapsayacak toptan temlikler*), Türk teminat hukuku sistemine hâkim ilkeler çerçevesinde irdelenecektir.

I. Alacağın Devrinin Yeniden Ele Alınması: Teminat Amaçlı Temlik

Alacağın devri, bir alacağın bütün hak ve ödevleriyle (*vecibeleri ile*) birlikte alacaklının malvarlığından çıkartılarak başka bir kişinin malvarlığına geçmesini sağlayan hukukî işlemdir³ (*TBK m. 183*). Alacak devri, temlike konu alacak hakkı

¹ Günümdüzde hukuki ilişkiler karmaşıklaşmış ve işlemler sınırlaması etkileri haiz olmaya başlamıştır. Bu sebeple bir hukuki ilişkide alacaklının ifa menfaatlerinin borçlusu tarafından korunacağı hususundaki *güveni* azaltmıştır. Ancak ekonomik hayatta varlığın devam ettirilebilmesi, hukuki ilişkilerin sürdürülebilmesine bağlıdır. Söz konusu sürdürülebilirliğin temini için akla ilk gelen çözüm her zaman alacaklının kendini güvende hissetmesini sağlayacak araçlara (*teminat araçlarına*) başvurulmasıdır. Bkz. Frederique Dahan and John Simpson, *Secured Transactions Reform and Access to Credit* (Edward Elgar Publishing, 2008) 141.

² Uygulamada teminat amaçlı işlemlerin çoğu alacağın teminat amaçlı inançlı devri niteliğindedir. Pratik ve alacaklı için güvenli oluşu gerek bankacılık işlemlerinde gerekse tüketici kredilerinde bu teminat aracının tercih edilmesinde en önemli etkenlerdir. Bkz. Rona Serozan, “Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması ve Teminatın Temlik” Hayri Domaniç (ed), *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı* (Beta, 1999) 987. Özellikle büyük inşaat işlerinde müteahhitler inşaatı tamamlamak için ihtiyaçları olan finansmanı bankadan kredi çekmek suretiyle temin ederler. Söz konusu kredi ilişkisinde ise banka lehine teminat olarak o inşaatın yapımı sırasında veya sonrasında elde edecekleri hakları (*genelde hakediş alacaklarını*) devreder.

³ M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2* (16. Bası, Vedat Kitapçılık, 2018); 559; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. Bası, Yetkin Yayınları 2018) 1248; Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (1976) 1074; Ergun Özsunay, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968) 183; Andreas von Tuhr and Arnold Escher, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band. II* (1974) 329 vd.

üzerinde doğrudan doğruya etki meydana getirir. Bir diğer ifadeyle alacağın devri alacak hakkının bir malvarlığından başka bir malvarlığına geçmesini sağladığı için “*tasarruf işlemi*” niteliğindedir⁴. Bir alacak hakkının teminat amacıyla devri de devrin tâbi olduğu hükümler açısından alelade alacağın devrinden farksızdır⁵. Bir diğer ifadeyle devir hangi maksatla gerçekleştirilse gerçekleştirilsin Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine tabidir⁶.

Bununla beraber işlemin gerçekleştirilme amacı (*teminat*) devrin sonuçlarında birtakım farklılıklar meydana getirir. Alacaklıya teminat sağlama maksadıyla devredilen alacak, teminat sağlama ihtiyacı ortadan kalktığı oranda ve anda devredene iade edileceği “*inancıyla*” temlik işlemine konu edilir⁷. Bir diğer ifadeyle teminat amacıyla gerçekleştirilen alacak devirleri nitelikleri gereği birer inançlı işlemdir⁸. Şu hâlde alacağın teminat amacıyla devrinin mahiyeti ve hükümlerinin anlaşılması teminat ve inançlı işlem kavramlarına yakından bakılmasını gerekli kılar.

A. Teminat Kavramı ve Klasik Teminat Araçlarının “Yetersizliği”

Teminat/güvence⁹ araçları geleneksel sınıflandırmada şahsî teminatlar ve real teminatlar¹⁰ olmak üzere iki farklı gruba ayrılır. Taraflar kanunda öngörülen teminat

⁴ Kemal Dayınlarlı, *Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki*, (Dayınlarlı Yayıncılık, 1993) 59.

⁵ Burada da devrin konusu malvarlığında bir alacak niteliği taşıyan değerlerdir. Bir hukuki ilişkinin niteliği gereği bağımsız olarak temlike elverişli olmayan veya paraya çevrilmesi mümkün olmayan hak ve alacakların teminatın temlike de konu edilmesi söz konusu olamaz. Keza bir hakkın devri, kanunen yasaksa ilgili hakkın teminatın devri de yapılamaz (örneğin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu uyarınca eser sahibinin eseri üzerindeki manevi haklarını devretmesi mümkün değildir). Alacak kavramı ve temlike konu edilebilecek haklar ilgili Bkz Baki İlkay Engin, *Alacağı Devredenin Garanti Sorumluluğu*, (Seçkin Yayıncılık, 2002) 6; Haluk Nomer, *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları*, (Beta, 2002) 34.

⁶ Mercan Yüksel Orhun, *Teminat Amacıyla Alacağın Devri*, (Ankara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2017) 96.

⁷ Hans Bergmaier, *Die Sicherungszession im Schweizerischen Recht*, (1945) 54 <[https://archive.org/search.php?query=Die%20Sicherungszession%20im%20Schweizerischen%20Recht%20hans%20berghmeier&sin=TXT&and\[\]=languageSorter%3A%22German%22%203%20April%202020%20;Saibe%20Oktay%20Özdemir,%20Teminat%20Amaçlı%20Mülkiyet%20Devri%20Sözleşmeleri%20\(1999\)%2057\(1-2\),%20IÜHFMD%20265,%20269.](https://archive.org/search.php?query=Die%20Sicherungszession%20im%20Schweizerischen%20Recht%20hans%20berghmeier&sin=TXT&and[]=languageSorter%3A%22German%22%203%20April%202020%20;Saibe%20Oktay%20Özdemir,%20Teminat%20Amaçlı%20Mülkiyet%20Devri%20Sözleşmeleri%20(1999)%2057(1-2),%20IÜHFMD%20265,%20269.)

⁸ Ezgi Turan Fühner, *Alacağın Teminat Amaçlı Devri*, (İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2016) 23; Şirin Aydınçık, “Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temliki”, (2006) 64(1) IÜHFMD 131, 139; Özsunay (n 3) 58.

⁹ Teminatın güvence ile eş anlamlı kullanılmasında da bir sakınca yoktur. Aynı yönde bkz Bilgehan Çetiner, *Taşınmaz Teminatı*, (Filiz Kitapevi, 2015) 14. Zira teminat bir hukuk kuralına dayanılmak suretiyle bir borcun ifası için güvence verilmesi yöntemi olarak tanımlanabilir Hüseyin Murat Develiöğlü, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, (Vedat Kitapçılık, 2009), 9. Bu güvence kavramının ifade ettiklerinin tümü için “geniş anlamda teminat” isimlendirilmesinin yapılacağı anlamına gelir. (*Tandoğan*’a göre feri teminat yükümlülükleri yahut cezai şart: “teminat sözleşmesi kategorisine bağımsızlık ve borçlu dışında birinin temin etme özelliklerini taşımamaları dolayısıyla dahil değildir. Zira bu kurumlar borçlunun borcunu genişletiyorsa da sorumluluğunu (*ile sorumluluk-alacaklının malvarlığına el koyma imkânını*) genişletmez (*farklı bir malvarlığına başvuru imkânı bahsetmez.*” Bkz Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*, (5. Bası, Vedat Kitapçılık, 2010) 687). Buna ek olarak zarar giderim yükümlülüğünün bir sözleşme ile iradi olarak üstlenilmesini için ise teminat sözleşmeleri yahut dar anlamda teminat isimlendirilmesi yapılabilir (Çetiner (n 9) 14). Doktrinde teminat ve güvence kelimelerine muhtelif anlamlar atfedilse de bu çalışma kapsamında izah edildiği şekliyle güvence ve teminat kavramları eş anlamlı olarak kullanılacaktır.

¹⁰ Türk hukukunda real teminat kavramı yerine “*aynî teminat*” kavramı tercih edilmekteyse de mezkur kavram alacak hakkı üzerinde kurulan hukuki ilişkilerin dışında kalması sonucunu beraberinde getirmektedir. Bu sebeple Çetiner’in ifade ettiği gibi aynî teminat yerine Alman ve İsviçre hukukunda yaygın ve Türkçe karşılığı “*real teminat*” olan terimi kullanmak daha isabetli olacaktır. Ayrıntısı için bkz Çetiner (n 9) 15 vd. Konu özelinde bir aynî hak devri içermeyen alacak devrinin de real teminatlar grubuna dahil olduğu ifade edilebilir. Böylelikle alacağın teminatın temlikinin bir aynî teminat olup olmadığı tartışması da son bulmuş olur (Tartışmanın ayrıntısı için bkz Aydınçık (n 8) 141 vd.).

türlerinden birini seçmekte serbesttir. Ancak bu sınırlı teminat vasıtaları¹¹ piyasanın tüm ihtiyaçlarına (*kredi temini*) cevap vermede zaman zaman yetersiz kalır¹². Örneğin, şahsî teminatların en klasiği kefalet sözleşmesi ile kredi alacaklısının zarara uğrama rizikosuna¹³ her zaman engel olunamadığı gibi güvenilebilecek ve mali durumu sağlam bir kefil bulabilmek de kolay değildir¹⁴. Aynî teminatlardan (*real teminatların bir türü olarak*) taşınmaz rehni sadece taşınmazları olan kişiler için bir kredi ve teminat vasıtası olmasının yanında; yine rehni paraya çevrilmesi aşaması zordur¹⁵. Teslim şartlı taşınır rehni ise hükmen teslim yolunun kapalı olması ve zilyetliğin devrine ilişkin sıkı şartlar nedeniyle genellikle tercih edilmez¹⁶. Zira zikredilen teminat türü için öngörülen hukukî yapı kredi sağlamak isteyeninin menfaatlerine¹⁷ yeteri kadar hizmet etmez¹⁸.

¹¹ Dar anlamda teminat araçları anlamında teminat araçları ifadesine yer verilmiştir.

¹² Çetiner (n 9) 373; Oktay Özdemir (n 7) 267; Klasik anlamda teminat kavramı ve türleri hakkında geniş bilgi için bkz Erden Kuntalp, “Teminat Kavramı Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, *Reha Poroy’a Armağan*, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1995) 263. Bununla beraber şu husus da ifade edilmelidir ki *Kuntalp*’ın savunduğu klasik görüşün aksine “*bir zararın ya da kaybın meydana gelmesini engelleyen ve alacaklıya kanuni imkânlarından daha fazlasını bahşeden her türlü hukuki aracın teminat fonksiyonu*” olduğu gözden kaçırılmamalıdır Aynı yönde bkz Sevgi Kayak, *Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt*, (Vedat Kitapçılık, 2008) 25 vd. Teminat/güvence kavramını sadece bir üçüncü kişinin malvarlığına başvurma imkânı bahşeden ilişkilerle sınırlı tutulmamalıdır. Aksi takdirde borcuna karşılık borçlunun kendi taşınmazı üzerinde ipotek tesis etmiş olmasının da teminat kavramı içerisinde yer alması bir çelişki meydana getirir. Şu hâlde nasıl ki ipotek alacaklıya alacağını tahsil için kolay bir yol (*örneğin rehni paraya çevrilmesi yoluyla icra takibi yoluna başvurma*) sağlıyorsa; borca aykırılık için kararlaştırılmış bulunan cezai şart, ayıp halinde gündeme gelen ek hukuki imkânlar yahut ödemezlik defii de alacaklının alacağını tahsilini kolaylaştırır. Bu sebeple zikredilen kurumların hepsi güvence/teminat kavramına dahil kabul edilmelidir (Aynı yönde bkz Çetiner (n 9) 14 vd.).

¹³ Güvence/teminat ilişkilerinin tanımlanmasında sıklıkla “*riziko, risk, tehlike*”, kavramları kullanılır. Tehlike, “*büyük zarar veya yok olmaya yol açabilecek durum*” veya “*gerçekleşme ihtimali bulunan fakat istenmeyen sancıncalı durum*” dur. <http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bd8b94f3a2c7.99505169>09 April 2020. Doğal afet ihtimali, ekonomik olumsuzluk ihtimali vb. tehlikeye örnek olarak verilebilir. Tehlike tek başına bir irade barınmaz; ancak tehlikeli olan bir işe kişinin bilinçli bir davranışla atılması “*risk*” teşkil eder (Zafer Kahraman, *Saf Garanti Taahhütleri*, (Vedat Kitapçılık, 2017) 13). Örneğin enflasyonun artış riskine rağmen ticarete giren bir kişi risk almıştır. Riziko ise gelecekte gerçekleşmesi şüpheli ve gerçekleştiği ihtimalde ekonomik açıdan zarara sebep olan olaylardır (Kayak, 148). Şu halde riziko ve tehlike eş anlamlıymiş gibi kullanılsa da aralarında büyük bir fark bulunur. Tehlike, korkulan olayın gerçekleşmesi olasılığı iken riziko bu olayın kendisine verilen isimdir. Bkz Tekin Memiş, *Yangın Sigortasında Riziko*, (Seçkin Yayıncılık, 2001) 21. Bu sebeple bu çalışmada riski de kapsayan “*tehlike*” kavramı güvence ilişkisi kapsamında üstlenilen ve gerçekleşmesinden korkulan her türlü olumsuzluğa ifade etmek için; riziko ise üstlenilen olumsuzluğun kendisini ifade etmek için kullanılacaktır.

¹⁴ Kaldı ki kefalet sözleşmesi için öngörülmüş bulunan şekil ve ehliyet şartlarında bir eksiklik halinde (*ki oldukça kapsamlı hükümlerdir*) geçersizlik yaptırımının gündeme gelecek olması; kefilin koruyucu hükümler dikkate alındığında kefile başvurularak alacağın tahsil edilmesinin oldukça meşakkatli olması da alacaklının kefalet türünden bir teminatı arzu etmemesi için kafidir.

¹⁵ Bunun yanında kişinin teminat olarak gösterebileceği bir taşınmazı olmayabilir yahut taşınmazın teminat olarak gösterilmesinin için katlanması icap eden masrafları karşılayamayacak durumda olabilir (Turan Fühner (n 8) 25).

¹⁶ Fahrettin Aral, “Topyekün Temlik”, (1991-1992) 42 (1-4) AÜHFHD 93, 97; Oktay Özdemir 267.

¹⁷ Doktrinde *Oktay-Özdemir*, devreden, devralanın borçlu olduğu bir alacağı, kendisine devredemeyeceğini; zira böyle bir devirle devrettiğinde alacaklı ile borçlu sıfatı tek kişide birleşmiş olacağından alacağın/borcun sona ereceğini ifade eder (*TBK m. 135/1, BK m. 116*). Bkz Oktay-Özdemir (n 3) 276. Ancak bu görüşe iştirak edilmesi mümkün değildir. Öncelikle kişinin kendi alacağını devralması mümkündür. Bunun sonucu olarak borcunun sona ermesi de bir güvence teşkil ettiği gibi; devrin şarta bağlı olduğu dikkate alındığında, lehine teminat gösterilen alacak sona erdiğinde *TBK m. 135/2* gereği (*BK m. 116/2*) borç varlığını sürdürmeye devam edecektir.

¹⁸ Taşınır rehniinde kanun koyucu taşınırın zilyetliğinin hükmen teslim yoluyla devrini yasaklamıştır (*taşınmazın teslim edilmesi suretiyle zilyetliğinin devri icap eder bkz TMK m. 766, m. 943*). Şu halde taşınırına ihtiyaç duyan borçlunun, taşınırını teminat olarak göstermek istememesi olağandır (bkz Aydınçık 139; Turan Fühner 25).

B. Teminat Araçlarının Çeşitlenmesi: Alacağın Teminat Amaçlı Devri

Pozitif hukuk kurallarının tasarladığı teminat araçların yetersiz kaldığı yerlerde, pratik hayat daima kendisine uygun hukukî çözümler bulur ve bunları geliştirir. TBK m. 26 uyarınca kabul edilmiş sözleşme özgürlüğü ilkesi de bu çözümlerin bir geçerlilik sorunu ile karşılaşmamasını temin eder. Kişilere hukuki ilişkilerini, arzu ettikleri gibi düzenleme imkânını bahşeden irade özgürlüğünün, sözleşmeler hukukundaki görünümü “*sözleşme serbestisidir*”¹⁹.

Sözleşme serbestisinin yardımıyla hukuk düzeni tarafından tanınan klasik teminat araçları aşılmıştır. Teminat araçlarıyla istenilen amaca ulaşılamaması ya da işlemlerin çeşitli zorluklar içermesi, bir alacağın ya da bir şeyin teminat amaçlı devri için *inançlı işlemler yapılmasını*, tercih edilen teminat türlerinden birisi haline getirmiştir²⁰. Böylece inançlı işlemler teminat temini için de kullanılmaya başlanmıştır²¹.

Borçlu aldığı krediye karşılık taşınmazı üzerinde ipotek tesis etmek yerine, taşınmazın mülkiyetini ya da malvarlığında yer alan alacağını kendi alacaklısına devreder; alacaklı ile de borcunu ödediğinde taşınmazının veya alacağının kendisine iade edileceği konusunda bir inanç anlaşması yapar²². Böylelikle alacağı devralanın borçlusu durumunda olan temlik eden, TMK m. 868 vd. uyarınca borcuna teminat olarak sahip olduğu alacak hakları²³ üzerinde rehin tesis etmek yerine²⁴; söz konusu alacak hakkını TBK m. 183 vd. hükümlerine göre alacaklısına devreder²⁵. Bu devrin sebebi alacaklıya teminat sağlamaktır. Bu çerçevede alacağı devralanın, devredenle arasındaki borç ilişkisi sona erince, söz konusu alacağı devredene iade etmesi icap

¹⁹ Bu ilke Türk Borçlar Kanunu’nda “sözleşmenin içeriği/sözleşme özgürlüğü” başlıklı 26. maddede kendisine şu şekilde yer bulur: “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*” Madde sözleşme özgürlüğünü yalnızca, akdedilecek sözleşmenin içeriği/konusu açısından ele alır. Ancak maddenin atf yaptığı ilke sözleşenlerin, kurulacak sözleşme ilişkisinin taraflarını, içeriğini, sözleşmenin tipini ve şeklini belirlemeyi, kurulan sözleşmeyi değiştirmesi yahut ortadan kaldırmasını da kapsayan çok daha geniş ve kapsamlı bir ilkedir (bkz Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, (7. Bası, Filiz Kitapevi, 2017) 503; Eren 305). Temelini Anayasamızın 48. maddesinde bulan sözleşme serbestisi, hukukun güncel gelişimlere açık olmasını temin ettiği gibi taraf iradesinin önemini vurgular.

²⁰ Turan Fühner (n 8) 25; Bergmaier (n 7) 20; Oktay-Özdemir (n 3) 267.

²¹ Aydınçık (n 8) 135.

²² Turan Fühner (n 8) 18; Bergmaier 54; Gautschi 269; Oktay Özdemir (n 3) 269; İlhan Helvacı, *Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria (mürtehinin merhunu temellük) Yasağı*, (Alfa Yayıncılık, 1997) 117; Aydınçık (n 8) 136.

²³ Uygulamada alacağın teminat amaçlı devrinin adeta alacak rehlinin yerini aldığı ifade edilebilir (bkz Turan Fühner (n 8) 24; Bergmaier (n 7) 20).

²⁴ Alacağın üzerinde rehin tesis edilmesi halinde rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takiple uğraşmaktansa teminatın temlik edilen alacaktan doğrudan alacağı tahsil edebilme imkânı bu tercihin sebebi olarak gösterilir (von Tuhr and Escher (n 3) 201 vd.; Özsunay (n 3) 211). Tarafların rehin konusu hak yahut taşınmazı paraya çevirme yetkisini alacaklıya bırakabileceği hakkında Bkz Haluk Nami Nomer ve M. Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, (7. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2019) N 1384; Orhan Emre Konuralp, “Alacaklıya Rehni Özel Yoldan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi” (2014) 16 (Özel Sayı) DEÜHFD 2855, 2858.

²⁵ Teminat devir/temlik, teminat alanın iflasi ihtimali düşünüldüğünde dezavantajlı bir araç olarak nitelendirilebilir. Çünkü teminat alan iflas ederse teminat amaçlı sahip olunan hak da iflas masasına dahil olur. Teminat amaçlı devredenin ise alacağı masadan alma hakkı bulunmaz. Bu da inançlı teminat sözleşmelerinin en zayıf yanıdır. Bkz Oktay-Özdemir (n 3) 268.

eder²⁶. Teminat amaçlı devirlerin *sui generis* sözleşmeler grubuna dahil bir isimsiz sözleşme türü olduğu kabul edilir²⁷.

C. Teminaten Devrin Teşhisi

Alacağın iradî yoldan temlikinde, temlik işleminin kapsamını belirleme yetkisi temlik sözleşmesinin taraflarına aittir. Hatta temlik işleminin devir konusu alacağın tamamına mı yoksa bir kısmına mı sâri olacağını belirleme yetkisi de taraflara aittir. Bu sebeple yapılan bir temlikin kapsam ve niteliğinin ne olduğunu açıklığa kavuşturabilmek için devrin şartlarına²⁸ bakılması zorunludur²⁹.

Devir sözleşmesi içeriğinin belirlenmesinde, temlik işleminin yapıldığı tarih itibarıyla taraflar arasında bir başka ilişkinin bulunup bulunmadığı kontrol edilmelidir³⁰. Bu durum söz konusu temlik işlemlerinin amacı hakkında ipucu verecek en önemli hususlardandır. Uygulamada sıklıkla bankaların müteahhide kredi vererek sağladığı finans desteğine karşılık müteahhidin hakediş alacaklarını temlik almasına rastlanır. Bu noktada özellikle vurgulamak gerekir ki tarafların beklenen bir alacak hakkını devre konu etmiş bulunmaları; muaccel olmamış bir borcun tahsilini temin amacını güttüklerine işaret eden ifadelerle yer vermeleri, temlikin “*teminat amaçlı*” gerçekleştirildiğine işaret eder³¹.

²⁶ Teminat amaçlı alacağın devrinin yanında bir taşınmazın mülkiyetinin inanca işlem yoluyla (alacaklıya teminat sağlamak için) devredilmesi de oldukça yaygındır. Fakat taşınmaz mülkiyetinin nakli için gerekli olan tescilin şarta bağlanamaması (Tapu Sicili Tüzüğü m. 11/2), inanca devrin tapuda resmi şekilde yapılamaması (Yargıtay içtihatlarıyla bu geçerlilik sorunu aşılmıştır. Bkz Yargıtay HGK, 14-688/34, 01.02.2012) ve inanca devrin tapuya şerh verilememesi sebebiyle teminat sağlama borcunun sona ermesi halinde inananın iade borcunu yerine getirmediğinde taşınmazın inananın iadesini temin oldukça meşakkatlidir. bkz Çetiner (n 9) 384; M. Kemal Oğuzman ve Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, (21. Bası Filiz Kitapevi, 2018) 380.

²⁷ Özsunay (n 3) 121; Kuntalp (n 12) 282; Oktay-Özdemir (n 3) 273; Dieter Zobl, *Berner Kommentar Art. 888-915 ZGB Das Fahrnispfand mit kurzem Überblick über das Versatzpfand*, (Stämpfli Verlag, 1996) N 1508.

²⁸ Örneğin taraflar bir genel kredi sözleşmesi akdetmiş ve şayet kredi veren banka lehine teminat olması maksadıyla inşaat işiyle uğraşan kredi alan hakediş alacaklarını devretmiş bulunabilir. Taraflar aralarındaki temlik anlaşmasında: “*X Belediyesi için inşaa edeceği Y İnşaatı işinden tahakkuk etmiş ve edecek hak edişlerinin 50.000.000.-TL (Elli milyon Türk Lirası) şini avans ödemeleri de dahil olmak üzere her ne ad altında olursa olsun bana ödenmesi gereken tüm para ve gelirleri, Borçlar Kanunu 183. ve temlikte ilgili müteahhip maddelerine uygun ve gayri kabili rücu olarak T Bankası’ndan kullandığım/kullanacağım kredilerden doğmuş ve doğacak her türlü borçlarım nedeniyle şimdiden temlik ettiğimi ve bu alacaklarımı temlikli sonucu bankaca tahsilat yapıldığı ve borca mahsup edildiği oranda borcumun sona ereceğini, temlik ettiğim alacaklarımı ilgili ödemeye yerinden talep, tahsil ve ahzu kabza temlikte oranda bankasının yetkili olduğunu beyan ve kabul ederim.*” şeklinde bir hüküm kaleme almış bulunabilir (Bu çalışma kapsamında teminaten temlikin uygulamada gündeme getirebileceği sonuçlar işbu örnek temlik hükmü ekseninde izah edilecektir).

²⁹ Turan Fühner (n 8) 17.

³⁰ ibid 33.

³¹ Teminaten temlikin benzer kurumlarla kıyası bu çalışmanın kapsamını aşmakla beraber ifa uğruna/yerine temlik ile farkına değinilmesi icap eder. Borcun konusundan başka bir edimde bulunulurken asıl alacağın ifası hedef tutulmuşsa tarafların anlaşmasına göre ya ifa yerine edim ya da ifa uğruna edimin varlığından bahsedilir. İfa yerine edim işlemi ile alacaklıya borcun konusu olan şeyden başka şey verilmek suretiyle borç sona erdirilirken ifa uğruna temlikte alacaklıya verilen şey paraya çevrilerek borç sona erdirilir. Bkz Baki İlkay Engin, “İfa Uğruna Edim”, Hayri Domaniç (ed), *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı*, (Beta 1999) 847. Gerek ifa yerine edim gerekse ifa uğruna edimde ifa maksadıyla hareket edilirken (borçlanılan edimden başkasıyla ifa) teminat amaçlı temlikte amaç ifa değil, alacaklıya bir teminat sağlamaktır. İfa uğruna edim, bir ifa teşebbüsü olarak alacaklıya borçlunun yerine getirdiği edimi paraya çevirme yükümlülüğü yüklerken ve borç, ancak paraya çevirme ile sona ererken, teminat amaçlı temlikte tarafların ilk hedefi paraya çevirerek asıl borcun ödenmesi değil, sadece asıl borcu teminat altına almaktır. Şüphesiz teminat amaçlı temlikte de paraya çevirme gündeme gelebilir (bkz dn 24’ de yer alan sözleşme metni). Ancak ilk hedef bu değildir (Oktay-Özdemir (n 3) 273; Turan Fühner (n 8) 35).

II. Teminatın Temlikin/Devrin Mahiyeti ve Hükümleri

A. Devrin İnançlı İşlem Olması

İnançlı devir bir kimsenin (*inanana*) malvarlığında bulunan eşya/hakkı, inanç anlaşmasında öngörülen amaç çerçevesinde genelde teminat amaçlı yahut yönetilmek üzere başka bir kimseye (*inanılan*) devretmesidir³². Türk Borçlar Kanunu'nda inançlı işlemler hakkında doğrudan bir düzenleme yer almaz. Ancak TBK m. 26 sayesinde inançlı işlemler kural olarak bir geçerlilik sorunuyla karşılaşmaz. İnançlı devirde inanılan, inanç konusu (*temlikin konusu hak yahut eşya*) şeyi inançlı işlemin konusuna ve amacına uygun olarak kullanmakla yükümlüdür³³.

Bir alacağın teminat amaçlı temlik ise bir kişinin (*inananın*) başka bir kişiye (*inanılana*) sahibi olduğu bir alacak hakkını ona karşı olan borcunu teminat altına almak maksadıyla devrettiği³⁴; devralan inanılanın da bu hakkı teminat amacına uygun kullanmayı devredene (*inanana*) üçüncü kişiye karşı üstlendiği sözleşmedir³⁵. Doktrinde inanılanın (*devralanın/temellük edenin*) temlik sonucu “*her istediğini yapmaya muktedir, ancak yetkili olmadığı*”³⁶ ifade edilir³⁷.

Gelinen noktada teminat amaçlı alacak devri, alacağın rehninde farklı olduğu ifade edilmelidir. Alacak rehni hak sahibine alacağı ödenmediği takdirde rehin hakkını icra vasıtasıyla paraya çevirerek alacağını alma hakkı bahşeden *real güvencedir*. Alacak üzerinde tesis edilen rehin ile hak sahibi hakkının özünü kaybetmez; rehinli alacaklı sadece alacağı paraya çevirme yetkisi elde eder³⁸. Alacağın teminatın devrindeyse alacak, devralanın malvarlığına dahil olur; onun tasarrufuna bırakılır³⁹. Taraflar arasındaki inanç anlaşması devralan için devredilen hakkı teminat amacı uygun

³² Özsunay (n 3) 1, Aydınçık (n 8) 131; Eren (n 3) 365; Turan Fühner (n 8) 18; Yargıtay HGK, 14-249/323, 13.05.1992; Yargıtay 14 HD, 14251/3161, 23.03.2010; (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası -04 April 2020); Yargıtay 13 HD, 11603/22904, 7.12.2016, (Lexpera İçtihat- 04 April 2020).

³³ Turan Fühner (n 8) 27; Aydınçık (n 8) 132; Özsunay (n 3) 1; von Tuhr and Escher (n 3) 198; Çetiner (n 9) 374. Fiducia ve bu işlemin günümüz hukukundaki yansımaları olan inançlı işlemlerin kaynağını örf ve âdet hukukundan aldığı yönünde bkz Melik Şeker, *Roma Hukuku'nda Fiducia (İnançlı İşlem) ve Türk Hukuku Üzerindeki Etkisi*, (On İki Levha, 2019) 88.

³⁴ “...Bu sözleşme ile teminat amaçlı olsa da alacak devredildiğinden, tam bir devrin hukuki sonuçları meydana gelir. Böylece hukuki görünüş olarak alacağı devralan kişi aslında bir rehin hakkı sahibinden daha kuvvetli bir durumda bulunduğundan, teminat olarak rehin alsaydı bulunacağı durumdan daha avantajlı bir hale gelmiş olmaktadır. Çünkü rehin hakkı sahibi, sadece sınırlı aynı hak sahibi olarak bu hakkın tanıdığı tasarruflarda bulunabileceken, alacağı garanti amaçlı devralan kişi her türlü tasarruf hakkına sahip görünmektedir...” (bkz Oktay-Özdemir (n 3) 270).

³⁵ Teminat amaçlı temlik sözleşmeleri isimsiz sözleşme (*sui generis*) olarak nitelendirilir (bkz Oktay-Özdemir (n 3) 274; Özsunay (n 3) 171).

³⁶ Kuntalp (n 12) 283; Oktay-Özdemir (n 3) 270; Eraslan Özkaya, *Açıklamalı-İçtihatlı İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları*, (7. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2017) 12; Özsunay (n 3) 1.

³⁷ Şu hâlede inançlı işlemler inanç anlaşması ve devir işlemi (*alacağın devri*) olmak üzere iki unsurdan müteşekkildir. İnanç anlaşması niteliği itibarıyla bir borçlandırıcı işlem, devir işlemi ise (*alacağın devri işlemi*) hakkın inanılanın malvarlığına intikal edebilmesi için yapılan tasarruf işlemidir. bkz Oktay-Özdemir (n 3) 277; inançlı işlemin unsurları ve türleri ile ilgili tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için bkz Turan Fühner (n 8) 18 vd.

³⁸ Lale Sirmen, *Alacak Rehni*, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1990) 5; Oğuzman ve Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 26) 805. Tarafların paraya çevirme yetkisini alacaklıya bırakabileceği hakkında Bkz dn 24.

³⁹ Oktay-Özdemir (n 3) 271. Keza rehin hakkı, rehin hakkının sahibine alacağı ödenmediği ihtimal için mutlak suretle rehni paraya çevirerek alacağını elde etme yetkisi bahşeder. Teminatın devirde tarafların alacağın ödenmemesi ihtimalinde devre konu alacağın akıbetinin ne olacağını tayin edebilirler. Bkz Özsunay (n 3) 150; Oktay-Özdemir (n 3) 271.

kullanma yükümlülüğü doğurur. Üçüncü kişilere karşı tam hak iktisabı geçerli olduğundan, onlara karşı inanç anlaşmasından doğan bu yükümlülüğe aykırılığın ileri sürülmesi mümkün değildir⁴⁰.

Teminat amaçlı devirlerle ilgili açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer nokta ise; işlemin (*inanç anlaşması*) ani edimli mi yoksa sürekli edimli bir borç ilişkisi mi meydana getirdiğidir. Bu noktada teminat amaçlı devirlerin unsurları üzerinden hareket edilmelidir. (1) Devir sözleşmesi yapıldığı anda malvarlığında üzerinde doğrudan etki meydana getiren bir tasarruf işlemidir. Devrin bu yönü esas alınırsa ani edimli bir ilişki olduğu düşünülebilir. (2) Ancak teminatın kapsamı dahilinde olan alacaklar için bu devrin taraflar arasında bir kök ilişki teşkil ettiği atlanmamalıdır. Keza alacaklı, belirli vadelerdeki ihtiyacının karşılanmasında bu devre olan sürekli güveni olduğu unutulmamalıdır. Bu sebeple taraflar arasındaki ilişkinin ani edimli borç ilişkisinden ziyade sürekli borç ilişkisine yakın olduğu tespit edilmelidir⁴¹.

B. Temlikin “Şarta Bağlılığı” ve Bunun Sonuçları

Teminat maksadıyla temlik, devralana rehinli alacaklının durumundan daha iyi ve pratik⁴² bir teminat teşkil eder⁴³. Zira devralan, rehinin paraya çevrilmesi usulüne takılmadan, devraldığı alacağı doğrudan tahsil ederek kendi alacağına mahsup etme imkânı elde eder⁴⁴. Bu takdirde alacağı devralan kişi, devralınan alaktan, kendi alacağının tamamını tahsil/mahsup edip artan kısmı devredene *iade etmek ile yükümlüdür*⁴⁵. Teminat amaçlı gerçekleştirilen alacağın temliki işlemlerini, alade alacağın temlikinden ayıran unsur da budur. Zira başkasından olan alacağımı teminat amaçlı olarak kendi alacaklısına devreden kişi, alacağın tamamının devralana

⁴⁰ Roma hukukundaki *fiducia* kavramıyla bugün hukukumuzda yer alan inançlı işlemlerin tam anlamıyla örtüştüğü yönünde bkz Şeker (n 33) 7 vd.

⁴¹ Oktay-Özdemir, teminaten temlikler için sürekli borç doğuran sözleşmelere ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiğini savunur. Bkz Oktay-Özdemir (n 3) 292. Bu nitelendirme teminat süresinin belirlendiği hükümlerin değerlendirilmesi üzerinde doğrudan etkilidir.

⁴² Söz konusu pratiklik doktrinde inançlı işlemlerin “*sadeleştirme fonksiyonu*” şeklinde ifadesini bulur. Bu minvalde kastedilen inançlı işlemlerde inanılanın “*daha güçlü ve emin bir hukuki statüye*” kavuşmasıdır (bkz Özsunay (n 3) 31).

⁴³ Turan Fühner (n 8) 18; Özsunay (n 3) 31; Aydıncık (n 8) 132.

⁴⁴ Dayınlarlı (n 4) 97. Alacaklıya rehnedilen alacağı doğrudan tahsil ve borç miktarını muhafaza imkânının tanınabileceği kabul edildiği takdirde tarafların neden inançlı temlik yolu tercih ettiğinin de izahı gerekir. İnançlı temlikte rehinden farklı olarak hakka ilişkin tasarruf yetkisi de devralan inanılındadır. Şu hâlde alacaklının hakkı tahsil yetkisindense hakkın tam tasarruf yetkisine sahip olmayı tercih etmesi olağandır.

⁴⁵ Ali Şafak, *Teminat Amaçlı Alacağın temliki* (Legal, 2011) 177; Oktay-Özdemir (n 3) 270.

geçmesi maksadıyla hareket etmez⁴⁶. Hatta alacağı teminat amaçlı olarak devralan da bu tür bir sonucu istemez. Bilakis devreden ve devralan, devreden borcuna karşılık gelen kısmın, bu borcun zamanında ifa edilememesi *bozucu şartına bağlı olarak devralana* geçmesini arzu ederler⁴⁷.

Devralan, alacağına denk düşen kısmından fazlasını devralınan alacağın borçlusundan tahsil edip uhdesinde tutamaz ve fazla olan kısmı asıl alacaklıya (*devreden alacaklı*) iade ile yükümlü olur. Bilindiği üzere teminat, alacaklının uğraması muhtemel zarar rizikosunu bertaraf etmek için vardır⁴⁸ ve hiçbir zaman için alacaklı bakımından bir zenginleşme aracı olarak kullanılamaz⁴⁹. Şu hâlde teminat amaçlı temlikler esasında devralan alacaklıya teminat fonksiyonuna uygun olarak *şarta bağlı* bir talep imkânı bahşeden hukukî işlemlerdir. Kendi alacağı muaccel olmasına rağmen, borçlusu tarafından tatmin edilmeyen/edilemeyen alacaklı, devralmış bulunduğu alacağın borçlusuna başvurma imkânına sahip kılınmış olur. Başkasından olan alacağını borcuna teminat gösteren kişi, teminata konu borcunu ifa etmişse temlik hüküm ifade etmez hale gelir (*bozucu şart gerçekleşmiştir*)⁵⁰ ve teminatın temlike konu edilen alacak, esasında temlik eden alacaklının malvarlığına kendiliğinden geri döner⁵¹. Bu tespit devre konu edilen alacağın müstakbel alacak olduğu ve borçlusundan tahsil edilmediği anlar için hayati önemi haizdir. Çünkü devreden alacaklı sıfatını yeniden kazandığı ihtimalde devralanın, alacakla bağlantısı kesilir. Bu takdirde alacağın borçlusundan tahsili devreden alacaklı tarafından gerçekleştirilebilir.

⁴⁶ Türk ve İsviçre hukukunda hakim görüş olan “*tam hak iktisabı teorisi*”ne (*Die Theorie des vollen Rechtserwerbs*) göre, inaçlı devirle inanan, inaç konusu üzerindeki hakkı tam olarak elde eder; üçüncü kişilere karşı olduğu gibi inanılana karşı da devredilen hakkın sahibi/şeyanın maliki olduğudur (Özsunay (n 3) 171 vd.; Aydınçık 138; Hüseyin Altaş ve Leyla Müjde Kurt, “İnaçlı İşlemler”, (2011) 2(2) İÜHFD 1, 11; İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir bkz BGE 961179; JdT 1971 1 329; BGE 117 11429; JdT 1992 1 399). Bu görüşe göre rizikonun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belli olmadığı dönem için inanan devre konu hak/şey üzerinde tam hak sahipliğini sürdürür. Bu evrede örneğin alacağın bir üçüncü kişiye inanan tarafından devredilmiş bulunduğu hallerde inanan sadece inaç sözleşmesine aykırı davranan inanan (*devralandan*) borca aykırılık hükümleri çerçevesinde tazminat talep etme imkânını haiz olur. Devralan bu süreçte tam hak sahibi olduğundan üçüncü kişiye yapılan devir geçerlidir (bkz Aral (n 16) 38; Bergmaier (n 7) 31 vd.; Oktay-Özdemir (n 3) 270). Hatta devrin teminat amaçlı yapıldığı bilen üçüncü kişilere karşı bile inananın tam hak iktisabının geçerli olduğu ifade edilir (Oktay-Özdemir (n 3) 270, dn 12). Bununla beraber devrin şarta bağlı olup olmadığı sorusuna verilecek cevap rizikonun gerçekleştiği yahut gerçekleşmeyeceğinin kesinleştiği hallerde devreden sahip olduğu haklar bakımından önemini korur. Zira tam hak iktisabı teorisi uyarınca (1) teminatın devredilen alacağın devri işlemi teminat sağlanmak istenen hukuki ilişkinin akıbetinden ve bu alacağın varlığından bağımsızdır. (2) Bu sebeple rizikonun gerçekleşmediği/gerçekleşmeyeceği hallerde (*ör: borç gereği gibi ödendiğinde*) alacak kendiliğinden devreden malvarlığına dönmeyeceği ancak inananın alacağı devretmesi (*tekrar bir tasarruf işlemi gerçekleştirilmesi*) icap eder (bkz Oktay-Özdemir (n 3) 270; Turan Fühner (n 8) 76; Altaş ve Kurt (n 46) 11; Yüksel Orhun (n 6) 45; Bergmaier (n 7) 26 vd.; Özsunay (n 3) 171; Eren (n 3) 384; Oğuzman ve Öz (n 3) 133 vd.; Tandoğan (n 9) 547).

⁴⁷ Şafak (n 45) 177.

⁴⁸ Tandoğan (n 9) 804; Kahraman (n 13) 7 vd.

⁴⁹ Şafak (n 45) 184.

⁵⁰ Bu görüş ilk olarak Alman hukuk tarihçisi *Schultze* tarafından ileri sürülmüştür. Buna göre inaçlı işlem konusu hak ya da alacağın *inanılana devri bozucu şarta* bağlıdır. Şart gerçekleşinceye kadar inanan, inaç konusu üzerinde tam hak sahibidir. Bununla beraber şartın gerçekleşmesi aynı bir etki meydana getirir ve inaç konusu, başkaca hiçbir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden (*ipso iure*) inananın malvarlığına geri döner. Inanan bu sayede yeniden hak sahibi sıfatını kazanır. Görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Turan Fühner (n 8) 76 vd.

⁵¹ Mütteahhidin T bankasına olan kredi borcunu ödemiş olması halinde T bankası teminata konu alacak hakkı sona erdiği için artık hakediş alacağının alacaklısı değildir.

Devre konu alacak, teminat altına alınan alacağın ifa zamanından önce devralan tarafından tahsil edilmişse, devredenin kendi borcunu ödediği ihtimalde devralanın devren konu alacağı, devredene iade etmesi icap eder (*şahsi iade borcu*). Bu ihtimal için iadenin/iade talebinin dayanağı tayin edilmelidir. Teminatın temlik/devir, bozucu şarta bağlı kabul edildiğinde, şartın gerçekleşmesiyle ilişki kural olarak ileriye etkili sona erer (*TBK m. 173/3*). Şu hâlde tahsil edilmiş alacağın iade talebi de sözleşmesel bir taleptir. Zira devre konu alacak, borçlusu tarafından ifa edildiği takdirde hak sona erer⁵².

İfade edilmelidir ki devrin (*tasarruf işleminin*) değil; sadece borçlandırıcı işlemin şarta bağlı olduğu kabul edildiğinde (*yahut borçlandırıcı işlemde iade borcunun geciktirici şarta bağlı olduğu kabul edildiğinde*), teminata konu edilen borcun ifasıyla, devralanın alacağı tahsil etmiş olsun olmasın bir iade yükümlülüğü altında olması söz konusu olacaktır. Bu iade yükümlülüğü de sözleşmeye (*inanç anlaşması*) dayanır. Bu görüş ekseninde iade sözleşmesel bir borç teşkil eder⁵³. Ancak teminatın gerçekleştirilen devirlerin amacına da uygun olarak bu tür ilişkilerde tasarruf işlemi olan devrin bozucu şarta bağlı olduğunu kabul etmek ilişkinin muhteviyatına daha uygundur. Kaldı ki alacağın devrinin sebebe bağlı bir işlem olduğu kabul edildiği takdirde devre sebep teşkil eden ilişkideki aksaklıklar doğrudan tasarruf işlemi olan devre de sirayet edecektir.

Teminat amaçlı gerçekleştirilen temliklerde, temlik alan kişi, devralınan borcun borçlusundan sadece kendi alacağına karşılık gelen meblağın kendisine ödenmesini talep edebilir. Zira söz konusu işlemin amacı, kendi alacağını temlik edenden tahsil edemeyen devralanı (*temellük eden şahsi*) tatmin etmektir. Bu sebeple devralan kişi, temlik borçlusundan, kendi alacağının tahsil edemediği kısmını doğrudan talep edebilme imkânını haiz kabul edilir. Bir diğer ifadeyle alacağın tamamını talep etmek zorunda değildir. Devre konu alacağın tamamı tahsil edildiği takdirde lehine teminat gösterilen alacak miktarını aşan kısım devredene iade edilmelidir⁵⁴. Ayrıca

⁵² Teminatın devredilen alacak hakkının para alacağı olması ihtimalinde ifa ile alacak hakkı sona erdiği gibi; para alacaklının (*devralan*) mülkiyetine dahil olacak ve iadesi ancak sözleşmeye dayanan iade talebiyle temin edilebilecektir. Devre konu edilen alacağın konusu bir taşınır mülkiyetinin devrini talep imkânı olması halinde ise sona eren alacağın yerini ifa edilen şeyin (*taşınır*) alması (*aynı ikame*) düşünülebilir. Ancak aynı ikame ancak kanunun öngördüğü hallerde gündeme gelir. Bu sebeple teminatın devrin bu yönüyle borçlu için elverişsiz olduğu savunulabilir.

⁵³ Teminat amaçlı devir bu çerçevede ele alındığında devrin sebebi olan borçlandırıcı işlemin (*inanç anlaşması*) tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Şayet alacağın devreden malvarlığına kendiliğinden dönmeyeceği kabul ediliyorsa (*şarta bağlı devir görüşünün aksine*) bu takdirde inanca işlem eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak nitelendirilmelidir.

⁵⁴ Nitekim Yargıtay inanca işlemi uyumsuzluk konusu olduğu bir kararında: "...İnanç sözleşmesine ve buna bağlı işleme alacaklı olan taraf, ödeme günü gelince alacağını elde etmek için dilerse; teminat için temlik edilen şeyi "ifa uğruna edim" olarak kendisinde alıkoymaya çalışması gibi; o şeyi, açık artırma yoluyla veya serbestçe satın satış bedelinden alma yoluna da başvurabilir. Bu sonuçlar kendine özgü bu akdin tabiatında mevcuttur." (bkz Yargıtay 1 HD, 18632/10845, 5.12.2016, Lexpere İçtihat-12 April 2020) demek suretiyle devrin ifa uğruna gerçekleştirilmiş bulunduğu işlemin mahiyetinden ileri geldiği vurgulanmıştır. Bu takdirde taraflar özel olarak kararlaştırmadıkça alacak teminat amaçlı devre konu edildiğinde ve teminata başvurma ihtiyacı hasıl olduğunda bu ifa yerine değil ifa uğruna edim niteliğindedir. Tarafların önceden asıl borcun ifa edilmediği ihtimalde teminat amaçlı devredilen alacağın devralanda kalacağı hususunda anlaşmış olması ise "*lex commissoria*" yasağına aykırılık teşkil ettiği için geçerli olmaz. Borcun ödenemeyeceğinin anlaşılması halinde devre konu alacağın ifa yerine edim olarak teklif edilmesinde ise söz konusu teklif kural olarak bir geçerlilik sorunuyla karşılaşmaz.

vurgulamak gerekir ki teminat amaçlı temlikin hukukî sebebinin teşkil eden inanç anlaşması da “*teminat altına alınan alacağın, inanan tarafından var ise fer’ileri ile birlikte tamamen ifa edilmesi veya inanılanın başka bir şekilde tatmin edilmesi ile güdülen amaç gerçekleşmiş olur*⁵⁵ ve işlem sona erer⁵⁶”.

Teminaten temlikin⁵⁷ sebebinin teşkil eden alacağın ifa edilmeksizin sona ermesi yahut alacağın doğduğu hukukî ilişkideki sakatlık sebebiyle geçersiz hale gelmesi (*yahut baştan itibaren geçersiz olması*) durumunda da teminat amacıyla yapılan devrin akıbetinin ne olacağı tartışmalıdır. Bu tartışma teminaten temlikin, lehine teminat gösterilen alacak ile ilişkisine dair yapılacak nitelendirme ile doğrudan ilgilidir⁵⁸. İsaletli olan lehine teminat gösterilen alacağın varlığının teminaten devre etkisi ele alınarak bir sonuca varılmasıdır. Devrin sebebi teminat vermek olduğu halde (*bunun için bir inanç anlaşması yapılmış olduğu ihtimalde*) teminat verme ihtiyacının ortadan şu veya bu sebeple kalkmış olması devrin sebebinin de ortadan kalmış olması anlamına gelir. Bu takdirde lehine teminat gösterilen alacağın varlığı doğrudan devrin sebebine etki eder. Sonuç itibariyle alacağın devri de lehine teminat gösterilen alacağın/hakkın ortadan kalmasından etkilenir. Böylece devir hiç gerçekleşmemişçesine devir konusu (*inanç konusu*) inananın malvarlığına geri döner⁵⁹ yahut devir baştan itibaren hüküm ve sonuçlarını zaten doğurmamıştır⁶⁰.

⁵⁵ Şafak (n 45) 196.

⁵⁶ Örneğin yukarıdaki sözleşme hükmü (*dn 28*) ele alındığında T Bankası’nın müteahhitten alacağı, 4.500.000 TL tutarında olduğu buna karşın müteahhidin X belediyesine karşı sahip olduğu hakediş alacağının 4.500.000.-TL’den fazla olması ihtimalinde, T Bankasının kendi alacağından fazla olan kısmı talep/dava etmemesi fazla olan kısmın önceden T bankasına temlik edilmiş olması gerekçesi ile sona erdiği kabul ve iddia edilemez. Belirtildiği gibi T Bankası, tahsil edeceği miktarı kendi alacağına kolaylıkla mahsup edebilmek amacı ile hakediş alacaklarını temellük etmiş olduğundan, alacağı kadar hakediş alacağını tahsil ettiği anda teminaten temlikin yapılması ile güdülen amaç gerçekleşmiş ve dolayısıyla inanç anlaşması sona ermiş olur. Bu ihtimalde, T Bankasının gerçek alacağından fazla olan hakediş alacağı müteahhidin malvarlığından hiçbir zaman çıkmamış sayılır ve o kısma ilişkin dava ve talep hakkının da müteahhit tarafından kullanılması icap eder. Nihayetinde hakediş alacağının borçlusunu konumundaki X Belediyesi, müteahhidin toplam hakediş alacağından sadece 4.500.000 TL’lik kısmı T Bankasına ödemek zorunda olur; bakiyeyi ise müteahhide ödemekle yükümlü kalmaya devam eder.

⁵⁷ Alacağın devri, devreden bakımından tasarruf işlemi iken devralan bakımından bir kazandırıcı işlemdir. Bkz Özcan Günergök, *Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu*, (Vedat Kitapçılık, 2014) 53. Her kazandırma gibi bu kazandırmanın da temelinde bir sebep (*causa*), genellikle bir borçlandırıcı işlem bulunur. Buna devreden ile devralan arasındaki borç ilişkisinin hukukî sebebi denir. Bunlar, Roma hukukundan bu yana esas olarak bağışlama sebebi (*causa novandi*), ifa sebebi (*causa solvendi*), alacak sebebi (*causa credendi*) olarak üç başlık altında incelenir (bkz Eren (n 3) 1253). Teminat amacının/sebebinin ise bu sebeplerden hiçbirine dahil olmadığı ve 4. bir sebep olarak ayrıca ele alınması gerektiği ifade edilir. “*Causa garantii*” kavramı için bkz Kayak (n 12) 200.

⁵⁸ bkz dn 47.

⁵⁹ Örneğin müteahhidin T bankasıyla arasındaki kredi sözleşmesi (*müteahhidin bir anlık bir tüzel kişi olduğunu düşünelim*) müteahhit adına işlem yapmaya yetkili olmayan bir kişi tarafından imzalanmışsa sözleşme kendisini bağlamaz. Bununla birlikte alacağın devrini yetkili bir kişi (*imzaya yetkili müdür*) yapmış olsa da söz konusu alacağın devri kredi sözleşmesinden doğan alacaklar için hüküm ifade etmeyeceğinden banka bu sözleşmeye dayanarak devredilen alacakta hak sahipliği iddiasında bulunamaz. Bununla beraber alacağın devri de kredi sözleşmesinin bir hükmü niteliğinde ise devir de bu yetkisizlikten etkilenerek ve bankanın alacaklı sıfatını kazanmasına engel olacaktır (*tasarruf işlemi hüküm ifade etmesi için gereken koşullarını taşımadığı için*).

⁶⁰ Doktrinde alacağın devri sebebe bağlı bir işlem olarak kabul edilmekle beraber, bu sebep sadece inançlı işlemin kendi geçerlilik unsurlarıyla sınırlı ele alınır (bkz dn 47; Eren (n 3) 1257 vd.; Aral (n 16) 94). Ancak bu değerlendirme tarafların devir iradesiyle uyumsuzdur. Zira taraflar teminat amacıyla ve teminat ihtiyacının varlığı boyunca devri gerçekleştirir.

III. Teminat Amaçlı Devirlerde Devredilen Alacağın İçeriği ve Teminatın Kapsamı

A. Devre Konu Edilen Alacağın Ne Olduğu Sorunu

Bir hak üzerinde tasarruf edilebilmesi için o hakkın kural olarak mevcut olması gerekir. Bununla beraber müstakbel alacakların devrinin mümkün olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Konuya ilişkin ilk görüş olmayan hak üzerinde kural olarak tasarruf edilemeyeceği yönündedir⁶¹. Bu hukukî duruma gerekçe olarak ise tasarruf işlemlerinin niteliği gösterilir. Tasarruf işlemi, konu edindiği hakka doğrudan tesir eder ve bir malvarlığından çıkıp başka bir malvarlığına geçmesi sonucunu doğurur⁶². İşlemin yapıldığı tarih itibarıyla tasarrufa konu edilebilecek bir hakkın bulunmadığı durumlarda, tasarruf işlemi yapılmak istense de bu işlemde doğrudan doğruya etkilenecek olan bir hak bulunmadığı için işleme bağlanan hukukî sonucun gerçekleşmesi mümkün olmadığı ifade edilir. Böylece bir alacağın devre konu edilebilmesi için devir ânında mevcut olması veya en azından temlike konu alacak hakkının doğumuna kaynaklık edecek hukukî ilişkinin kurulmuş bulunması (*yahut en azından bir temelinin bulunması*) aranır⁶³. İşte bu son ihtimalde “*mevcut bir hukukî işlem kapsamında doğması beklenen bir alacak hakkı*” bulunacağı için temlikin de geçerli bir şekilde yapılabileceği kabul edilir. Beklenti niteliğini dahi haiz olmayan henüz doğmamış haklara ilişkin tasarruf işlemi, işlemin konusu belirli olmadığı için geçerli kabul edilmez⁶⁴. Söz konusu görüş uyarınca bu devirlerin ancak tahvil yoluyla devir vaadi (TBK m. 184/II) sayılarak ayakta tutulması ihtimali gündeme getirilebilir⁶⁵.

Bununla birlikte doktrinde alacak hakkının doğumuna kaynaklık edecek temel ilişkinin mevcut olmadığı hallerde dahi ilgili (*gelecekteki*) ilişkiden doğacak hakkın/hakların devre konu edilebileceği savunulur⁶⁶. Önceden tasarruf ilkesine dayanarak, devir ânında devre konu hakkın temelini teşkil edecek bir ilişki olmasa da devrin geçerli olduğu savunulur⁶⁷. İlgili görüş, tasarruf işleminin yapıldığı an ile hüküm ve sonuçlarını doğuracağı anın birbirinden ayrılması esasına dayanır. Her tasarruf işleminde bu iki anın birlikte bulunması zorunlu değildir. Bu çerçevede, henüz temel ilişki mevcut olmasa bile gerçekleştirilen devir geçerlidir. Ancak söz konusu devir hükümlerini, alacak varlık kazandığı andan itibaren kendiliğinden doğurur⁶⁸.

⁶¹ Oğuzman ve Öz (n 3) 456; Oktay-Özdemir (n 3) 285.

⁶² Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, (16. Bası Filiz Kitapevi, 2018) 211.

⁶³ Şafak (n 45) 98; Oktay-Özdemir (n 3) 285 (*Doğmuş yahut doğacak bir hukukî ilişkiye dayanan alacağın temlikî geçerli kabul edilir. Ör: Kira sözleşmesi kurulmadan bu sözleşmeden elde edilecek kira gelirleri, ancak sözleşmenin yakın gelecekte kurulacağına belirli olması halinde devre konu edilebilir*).

⁶⁴ Oğuzman ve Öz (n 3) 456; Dayınlarlı (n 4) 113.

⁶⁵ Oğuzman ve Öz (n 3) 456.

⁶⁶ Nomer (n 5) 107.

⁶⁷ Nomer (n 3) 109; Engin (n 3) 28.

⁶⁸ Orhun Yüksel (n 6) 135.

Temlike konu edilecek alacak hakkının “belirli” (veya en azından belirlenebilir) olması⁶⁹ zorunluluğu da yine alacağın devrinin tasarruf işlemi niteliği taşımasının bir sonucudur⁷⁰. Belirlilik ilkesi uyarınca tasarrufa konu edilecek hakkın belli olması aranır. Bir diğer ifadeyle üzerinde tasarrufta bulunulan hakkın hangisi olduğu, tasarruf işleminden tereddüde yer vermeyecek derecede anlaşılabilir olmalıdır⁷¹. Tasarruf işlemi de yine bu durumun bir gereği ve sonucu olarak sadece açıkça devre konu edilmiş bulunan alacak hakkı üzerinde etkili olur. Tasarruf işleminin kapsamına dahil edilmiş olmayan bir alacak hakkının, söz konusu tasarruf işleminden etkilenmesi, halihazırda bulunduğu malvarlığının içerisinden çıkararak devralanın malvarlığına geçmiş sayılması imkân ve ihtimal dahilinde değildir⁷². Alacağın temlikinde, temlik işleminin kapsamını (yani devir sözleşmesine nelerin dahil olacağını veya olmayacağını) belirleme yetkisi taraflara aittir. Hatta devir işleminin alacağın tamamına mı yoksa bir kısmına mı ait olacağını belirleme yetkisi de taraflara aittir⁷³.

Alacağın devri, niteliği gereği devre konu edilen alacak hakkıyla sınırlı bir etki meydana getirir. Devir, devre konu alacağın doğduğu ilişkinin, taraflarına bahşettiği hak ve yükümlülüklerin tamamı üzerinde etkili olmaz. Özellikle de alacağın devriyle bu hukuki ilişkide bir taraf değişikliği yaşanmaz. Alacağın temlikinde, temlik edenin devir iradesinin kapsamını aşan alacaklar, devredenin alacağı olarak kalmaya devam eder. Alacağın temlikine hâkim olan “belirlilik ilkesi”⁷⁴ de bundan başka bir şey

⁶⁹ Belirlenebilirliğin karşılığı ve kapsamı müstakbel alacağın devrine ilişkin tercih edilecek görüş uyarınca şekillenecektir.

⁷⁰ Dural ve Sarı (n 62) 212; Dayınlarlı (n 4) 113.

⁷¹ Nomer (n 5) 108.

⁷² Temlike konu alacağın kapsamının ne olduğuna ilişkin taraf iradesinin tespiti her zaman kolay olmaz. Bu durum özellikle toptan temlik hallerinde gündeme gelir. Toptan temlik alacakların kalem kalem belirtilmesi suretiyle yapılan devir yerine; (örneğin Haziran ve Temmuz ayı kira bedelleri) bütün var olan ve/veya doğacak alacakların toplu olarak devredildiği temlik türüdür (Ayrıntılı bilgi için bkz Aral 93). Örneğin A taşınmazını B’ye konut olarak kullanması için 1 yıl süreliğine kiralar. A ilgili kira sözleşmesinden doğan kira bedeli alacaklarını K bankasından kullandığı ihtiyaç kredisine teminat olması için K bankasına temlik eder. Kira sözleşmesi kiracı fesih bildiriminde bulunmadığı ve 1 sene uzadığı ihtimalde K bankasının sözleşmenin yenilendiği dönemde tahakkuk edecek kira alacakları bakımından da alacaklı sıfatını haiz olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu noktada şayet taraflar sözleşmede kira sözleşmesinin süresini de belirterek (yahut sözleşme metnini devre ek mahiyetinde eklemişler) kira bedellerini devir işlemine konu etmişse sadece sözleşme süresi esas alınarak devredilen alacağın miktarı tespit edilmelidir. Bununla beraber kira sözleşmesinin süresine atıf yapılmadığı takdirde kira sözleşmesinin devam ettiği süre zarfı teminat ihtiyacının da devam etmesi kaydıyla K bankasının kira bedelleri bakımından alacaklı olacağı süreye de eşit olup olmadığı TBK m. 23 esas alınarak belirlenmelidir (bkz III/B.).

⁷³ Örneğin dn 28’de yer alan devir hükmünde T bankasının alacaklı sıfatını haiz olduğu hakediş meblağı açık olarak belirtilmiştir (50.000.000- TL). Bu halde alacağın devreden müteahhidin X belediyesine karşı sahip olduğu hakediş alacaklarının tamamı değil sadece bu kısmı (50.000.000- TL) bakımından T bankası alacaklıdır.

⁷⁴ Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (17. Bası Beta, 2020) s. 493

değildir. Temlik konusu yapılmak istenen alacak hakkı (*en azından belirlenebilir şekilde*⁷⁵) devir işlemi içerisinde yer almalıdır⁷⁶.

Bu kapsamda İcra İflas Kanununda yer alan bir hükme de temas edilmelidir ki o da m. 294/6'dır⁷⁷. İlgili hüküm uyarınca: “*Konkordato mühletinin verilmesinden önce, müstakbel bir alacağın devri sözleşmesi yapılmış ve devredilen alacak konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğmuş ise, bu devir hükümsüzdür.*” İlgili hüküm teminat amaçlı temlikler için de geçerlidir⁷⁸. Bu hükümlerle beraber devredilen müstakbel alacağın muacceliyet anı değil⁷⁹ doğum anı esas alınarak devrin hukukî sonuçlarını

⁷⁵ Örneğin (dn 28'de yer alan sözleşme hükmü) müteahhit sahip olduğu bir hakediş alacağını bankaya temlik edebilir. Müteahhidin hakediş alacağını elde ettiği inşaat sözleşmesinin kurulması aşamasında iş sahibine çoğu zaman bir teminat mektubu da verecektir. Hakediş alacağının devredilmiş/temlik edilmiş olması verilen teminat mektubunun haksız bir şekilde paraya çevrilmesinden kaynaklanan alacağın da bankaya geçmesi anlamına gelmez. Zira zikredilen alacak (haksız paraya çevirmeden ileri gelen) “*asıl borç ilişkisine bağlı, ancak ondan bağımsız bir hukukî ilişkiden kaynaklanan bir alacak*” özelliği taşır. Her ne kadar bu tür bir teminat ilişkisinden kaynaklanan alacağın temlik edilmesine hukuken bir engel bulunmasa da bu durum alacağın ayrı bir temlik sözleşmesine konu edilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.

⁷⁶ Gelinek noktada devre konu alacak dışında nelerin “kendiliğinden” devrin kapsamında olduğu sorusu ortaya çıkar: ¹. Öncelikle teminat amaçlı devirler de TBK m. 183 vd anlamında alacağın devridir ve bu hükümlere tabidir. TBK m. 189 uyarınca: “*Alacağın devri ile devreden kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçer*”. Bu takdirde örneğin devre konu alacak için icra takibi yapma yetkisi de devredene geçer. Keza şayet devre konu alacak İcra İflas Kanunu m. 206'da sayılan imtiyazlı alacaklardansa devredildikten sonra da aynı imtiyaz sırasını koruyacaktır (bkz Orhun Yüksel (n 6) 239).

². Fer'i haklarsa (*kefalet, rehin*) devredilen alacağın genişlemesine ya da teminat altına alınmasına hizmet eden haklardır. Söz konusu haklar, devirle birlikte başka bir işlem gerekmezsin devralana geçer (Orhun Yüksel (n 6) 239; Bergmaier (n 7) 167).

³. Alacağın fer'i niteliğinde olan faizi ise ayrı ele almak icap eder. Zira konuya ilişkin TBK m. 189 özel hüküm ihtiva eder. Buna göre: (TBK m. 189/2) “*Asıl alacakla birlikte işlemiş faizler de devredilmiş sayılır.*” Şu halde temerrüt faizi de dâhil işlemiş ve fakat henüz tahsil edilmemiş/edilememiş faizler devralana aittir (bkz von Tuhr and Escher 854). Devir esnasında henüz işlememiş fakat borç, ifa edilene kadar işleyecek faizler yeni alacaklının malvarlığında doğmuş kabul edilir (*şayet teminata başvurulması icap ederse*) devralanın malvarlığında doğar. (Her halde devralanın malvarlığında doğacağı –tak hak sahipliği teorisi uyarınca- yönünde bkz Orhun Yüksel (n 6) 240; Oğuzman ve Öz (n 3) 576). Meğerki (işlemiş yahut işlememiş faizler) devrin kapsamı dışında tutulmuş olsun (bkz Orhun Yüksel (n 6) 240).

⁴. Cezai şart da asıl alacağın fer'i niteliğinde olan bir diğer alacaktır. Cezai şartın devrin kapsamında alacakla birlikte devralana geçeceği (TBK m. 189/1) ifade edilir (bkz Orhun Yüksel (n 6) 239; Bergmaier (n 7) 166). Bununla beraber cezai şartın devrin haricinde tutulabileceği her zaman kararlaştırılabilir.

⁷⁷ Bu madde 28.02.2018 tarihli ve 7101 sayılı Kanunun 22. maddesiyle değiştirilmiştir. Hükümün gerekçesine bakıldığında: “*...Maddenin altıncı fıkrasıyla, İsviçre İcra ve İflas Kanununun konkordato mühleti verilmesinden evvel yapılan ve ileride doğacak alacağın devrine ilişkin olan sözleşmelerin devredilen alacağın konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğması halinde hükümsüz olacağı hakkındaki mehz Kanunun 297 nci maddesinin dördüncü fıkrasıyla uyumlu bir düzenleme yapılmaktadır. Bu hükmün amacı borçlunun konkordato alacaklılarının müracaat edebileceği malvarlığını korumaktır.*” ifadelerine yer verilir (çevrimiçi, Lexpera -09.03.2019). Söz konusu maddeyle “*...borçlu tarafı olduğu müstakbel temliklerin kendisi için yaratacağı olumsuzluklardan rahatlıkla kurtulabileceği, daha uygun koşullarda bozulan mali yapısını düzeltebileceği için.*” borçlunun mali durumunu “iyileştirme dostu” olduğu ifade edilir (Serdar Kale, “7101 Sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişikliği Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflas Dışı Adı Konkordato”, (2018) 5/1 İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 213, 235; Güray Erdönmez, “Tartışmalar”, Muhammet Özekes (ed) 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler (On İki Levha Yayıncılık, 2018) 189.

⁷⁸ Erdönmez (n 77) 189.

⁷⁹ Murat Atal, “Konkordato Kesin Mühlet ve Sonuçları”, Muhammet Özekes (ed) 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler (On İki Levha Yayıncılık, 2018) 101; İlgili hüküm mehz kanunda da (SchKG, Artikel 297/4) “doğmuş olma (*Entstehungszeitpunkt der Forderung*)” şeklinde ifadesini bulur. Doktrinde de alacağın muacceliyet (*Fälligkeit*) anının değil doğum anının esas alınacağı ifade edilir. bkz Brigitte Umbach Spahn and Stephan Kesselbach and Stefan Bossart, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, (4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2017) Artikel 297/4, N 9.

doğurup doğurmadığı⁸⁰ ve alacaklının kim olduğunun belirlenmesi gerekir. Şu husus da atlanmamalıdır ki hüküm lafzıyla ele alındığında, hükmün öngördüğü sonuç, amacıyla bağdaşmaz. Zira devre konu müstakbel alacak uygulamada çoğu zaman hali hazırda doğmuş ve fakat muaccel olmamış alacaklardır⁸¹.

Hükmün amacı ise “*borçlunun durumunu iyileştirebilmesini temin için bir çare olabilmektedir*”⁸². Fakat borçlunun devre konu ettiği alacağı çok nadiren “*konkordato mühletinin verilmesinden sonra*” doğmuş bir alacak niteliğini haiz olur⁸³. Bu sebeple söz konusu hükmün, ihdas amacına uygun tekrar kaleme alınması gerektiği savunulabilir⁸⁴.

Hüküm içerisinde yer alan “*müstakbel bir alacağın devri sözleşmesi yapılmış ve devredilen alacak konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğmuş ise*” ifadesinin tam olarak anlaşılabilmesi için “*alacağın temlik*”ne dair sözleşmenin ne tür bir hukuki işlem (*borçlandırıcı-tasarruf*) olduğunun belirlenmesi gerekir. Burada kanun koyucunun “*geçersizlik*” müeyyidesini uygulamak istediği alacağın temlikine dair sözleşmenin, konkordato mühletinin verilmesinden önce kurulmuş ve sözleşmenin kurulduğu an itibarıyla doğmamış bir alacak hakkını konu edinmesi gerektiği kuşkusuzdur. Müstakbel alacakların devri bağlamında yapılan açıklamalar dikkate alındığında, burada “*devir konusu alacağın doğumuna kaynaklık edecek hukukî ilişkinin dahi mevcut olmadığı bir alacak*” anlamında müstakbel alaktan söz ediliyor olması düşünülemez. Bu tür bir alacak temlik sözleşmesi için “*geçersizlik*” müeyyidesi getirmeye zaten ihtiyaç da yoktur. Zira bu ihtimalde temlik sözleşmesi esasen “*konusunun bulunmaması/belirli olmaması*” sebebiyle geçersizdir.

Zaten geçersiz olan bir temlik sözleşmesinin İİK m. 294/6 hükmü ile tekrar geçersizliğinin beyan edilmesinin bir anlamı da olmaz. Şu hâlde İİK m. 294/6 hükmünün, konkordato süresi verilmeden önce kurulan ve müstakbel bir alacak hakkının devrini konu edinen temlik sözleşmelerinin hukukî durumunu düzenlemek üzere sevk edilmiş bir hüküm olamaz.

⁸⁰ Bunun yanında madde metninde yer alan “*hükümsüzdür*” ifadesi madde başlığı (*Kesin mühletin alacaklılar bakımından sonuçları*) ve mehzaz kanunda hüküm sonuçlarının ne olduğuna ilişkin değerlendirmeler dikkate alınarak yorumlanmalıdır. Şu hâlde maddenin öngördüğü “*hükümsüzlük*” alacağın devrinin “*kesin hükümsüz*” haline geldiği anlamına gelmez. Bilakis devir işleminin nisbi etkisiz (*geçersiz*) hale geleceği kabul edilmelidir. Nisbi etkisizlik bir işlemin tarafları arasında hüküm doğuruyor olmasına rağmen bu işlemin hukuki sonuçlarının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi olarak tanımlanabilir (*Özellikle bir tasarruf işleminin neticesi olarak gündeme gelen hak devrinde bazı sebepler göz önüne alınarak işlemin sonuçlarının ileri sürülebileceği çevre sınırlanır*—Örneğin: *TBK m. 186- bkz Dural ve Sarı (n 62) 229*). Bu takdirde alacak devredilmemişçesine borçlunun malvarlığında kalmaya devam edecektir.

⁸¹ Örneğin sözleşme hükmü (*dn 28*) ele alındığında müteahhide konkordato mühleti verilmesi halinde (*geçici yahut kesin fark etmeksizin*) T Bankası’nın devralmış bulunduğu alacak müstakbel alacak niteliğinde olduğundan, mühletten sonra muaccel olarak hakediş ödemeleri bakımından müteahhit hak sahibi kalmaya devam edecektir. Çünkü inşaat sözleşmenin kurulmasıyla birlikte (*taraflar özel olarak borcun doğumuna ilişkin bir belirleme yapmadıkça*) müteahhidin alacak hakkı doğar ve fakat muaccel değildir.

⁸² dn 78.

⁸³ Örneğin bir kira sözleşmesinden doğan kira bedeli alacağı kira süresi boyunca toptan temlik edilmişse her kira bedeli ilgili ayın kararlaştırılan günü doğacağı için “*konkordato mühletinin verilmesinden sonraki*” bir döneme tekabül eden kira bedelleri devredilmemiş gibi muamele göreceklerdir.

⁸⁴ Bu doğrultuda alacağın doğum tarihi değil muacceliyet (*talep edilebilir olduğu an*) esas alınarak devrin akibetinin belirlenmesi esasının getirilmesi gerektiği pek tabii savunulabilir.

Konkordatoya ilişkin hükümler, kendisine konkordato mühleti verilmiş olan bir borçlunun, konkordato mühleti verildiği an itibariyle malvarlığında bulunan alacak hakları bakımından uygulanabilir. Kendisine konkordato mühleti verilmiş olan bir şahsa ait alacak haklarının, temlike dair bir işleme konu edilmiş bulunmalarına rağmen malvarlığında kalmaya devam etmeleri, ancak ve sadece alacağın temlik sözleşmesine değil “*alacağın temlik vaadi sözleşmesi*”ne konu edilmiş olmaları ihtimalinde mümkün olabilir. Zira alacağın temlik ile temlik vaadi sözleşmesi arasındaki en önemli fark, konu alacak hakkı üzerindeki etkileri bakımındandır. Bu durumda İİK m. 294/4 hükmünü sevk etmek suretiyle kanun koyucunun, konkordato mühletinin verilmesinden önce kurulmuş bulunan alacağın temlik sözleşmesinin durumunu değil “*alacağın temlik vaadi sözleşmesi*”nin hukukî durumunu düzenlediği savunulabilir. Zira alacağın temlik vaadini içeren sözleşme de borç doğurucu bir sözleşme niteliği taşır ve taraflar hem mevcut hem de müstakbel alacak haklarının temlikini geçerli bir şekilde vaad edebilirler. Hatta sözleşmenin kurulduğu an itibariyle mevcut olmayan bir alacak hakkı temlike konu edilmek istendiğinde, başvuru yolu alacağın temlik değil; alacağın temlik vaadi sözleşmesi kurulmasıdır. Bu tür bir amaca uygun sözleşme alacağın temlik vaadini içeren sözleşmedir. Şu hâlde İİK m. 294/4 düzenlemesi ile bir alacağın devri vaadini hükümsüz kılınabilmesi için devri vaad edilen alacağın müstakbel bir alacak olarak nitelendirilebilmesi ve bu alacağın konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğmuş olması zorunludur.

Alacağı devir sözünün verildiği (*temlik vaadi sözleşmesinin kurulduğu*) anda mevcut olmayan bir alacağın devri sözü verilmiş olması ve bu alacağın doğumunun konkordato mühleti verilmesinden sonraki bir tarihe denk gelmesi gereklidir. Hüküm bu şekilde ele alındığı takdirde amacıyla ve konkordatonun mahiyetiyle de bağdaşır bir anlam da kazanmış olur.

B. Geniş Kapsamlı Devirler ve Teminatın Kapsamı

Alacağın devriyle *devre konu alacak*, ilk alacaklının malvarlığından çıkmış ve devralanın malvarlığına girmiş olur. Alacağın temlik eden kişi, ***bu alacak ve fer’ileri*** üzerindeki “*alacaklı*” sıfatını kaybeder. Bu sebeple devredenle borçlu arasında *devre konu alacağın ifası* yönünden bir bağ kalmaz. Artık alacağın konusu olan edimin ne ifasını talep edebilir, ne de kendisine yöneltilen ifa teklifini kabul edebilir⁸⁵. Dolayısıyla alacağın kendisine ödenmesini sağlayacak şekilde dava ve takip hakkı da kalmaz. Alacak devralanın malvarlığına geçmiş olduğundan, artık borçlunun muhatabı da yeni alacaklıdır. Bu sebeple o, yeni alacaklı sıfatı ile devredilen alacağın borçlusuna karşı olan hakları ileri sürebilir. Hiç şüphe yoktur ki yeni alacaklının borçluya karşı ileri sürebileceği (*veya sahip olduğu*) haklar alacağa sahip olmaktan

⁸⁵ Turan Fühner (n 8) 138.

kaynaklanan haklardır⁸⁶. Bu tür hak ve yetkiler bir başkasına devri için alacağın devri değil; *sözleşmenin devri*⁸⁷ yoluna başvurulması gerekir. Sözleşmenin devri ile alacağın devri⁸⁸ arasındaki en önemli fark da budur⁸⁹.

Uygulamada en büyük sorun teminat amacıyla yapılan devrin⁹⁰ devralanın hangi alacak hakkını/haklarını kapsamına aldığıın tespiti noktasındadır⁹¹. Öncelikle şu husus netleştirilmelidir ki uygulamada teminaten devir, devralan (*genellikle banka*) tarafından hazırlanmış metinlerin imzalanması suretiyle gerçekleşir. Bu sebeple devrin esaslarının belirlendiği (*teminat miktarı, devrin kapsamı, konu, içerik, devir şartları vs.*) hükümler çoğu zaman genel işlem koşulu niteliğindedir⁹². Genel işlem

⁸⁶ Bilhassa vurgulamak gerekir ki temellük eden/devralan, temlik edenin temlikten önceki hukukî durumunu elde etmiş veya onun hukukî durumuna halef olmuş kabul edilemez. Bir diğer ifadeyle söz konusu alacak hakkının devredilmesi, devralana temlik edilen alacağa kaynak teşkil eden borç ilişkisinin tarafı olmaktan ileri gelen hakları kullanma yetkisi vermez. Örneğin kira veya satış bedeli yahut ücret alacağı üzerinden elde edilen alacak hakkı temlik ile yeni alacaklıya geçmiş olsa bile kira, satış veya iş görme sözleşmesinden doğan kiralayan, satıcı veya iş gören nitelikleri ve bu arada özellikle hukukî ilişkinin kapsadığı yenilik doğuran haklar yeni alacaklıya geçmiş olmaz. Zira bu hak ve yetkiler sözleşmeye taraf olmaktan kaynaklanan hak ve yetkilere (Ayrıntısı için bkz Dayınlarlı (n 4) 223 vd).

⁸⁷ Sözleşmenin taraflarından birisi, sözleşmeye taraf olmaktan kaynaklanan tüm hak, yetki ve sorumluluklarını, kendisine halef olmayı kabul eden üçüncü bir kişiye devretmesi sözleşmenin devri olarak adlandırılır. Bu suretle devreden, borç ilişkisinin dışına çıkar; onun yerine üçüncü bir şahıs geçer. Alacağın temlikinde ise sadece mevcut veya belirlenebilir bir alacağın fer'ileri ile birlikte yeni alacaklıya devri söz konusudur. Bir diğer ifadeyle alacağın temlikinde sadece alacaklı sıfatı devralana geçmiş olur. Sözleşmenin devrinde ise “*sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı*”nın olduğu gibi devralana geçmesi söz konusudur. Yine sözleşmenin devrinin alacağın temlikinden farklı bir özelliği ise şekle bağlılık yönündendir. Sözleşmenin devri TBK m. 205/ III hükmünün bir gereği olarak, devredilen sözleşmenin bağlı olduğu şekil kuralına uygun olarak yapılmalıdır. Alacağın temlikinin ise TBK m. 184 gereği adi yazılı şekilde yapılması gerekli ve yeterlidir. Alacağın temlik ile sözleşmenin devri arasındaki en önemli farklardan birisi de alacağın temlik için borçlunun onayına ihtiyaç bulunmaz iken; sözleşmenin devri için karşı tarafın onayına ihtiyaç bulunmasıdır (TBK m. 205); bkz Dayınlarlı (n 4) 223 vd.

⁸⁸ Mesela, özellikle taahhüt işlerinde “*iş bitirme belgesi isteme hakkı*”, sözleşmeye taraf olan yüklenici tarafından kullanılacak bir haktır. Yüklenicinin hakediş alacağını devralmış olan banka, hakediş alacağını devralması sebebiyle söz konusu iş bitirme belgesinin kendisi adına düzenlenmesini talep edemez.

⁸⁹ Yargıtay 15 HD, 1603/5594, 20.11.2003: “...Yüklenici Muharrem, davalı arsa sahipleri ile sözleşme yapan kişi olup eser sözleşmesinin tarafı durumundadır. Sözleşmeden doğan bir kısım alacaklarını üçüncü kişilere temlik etmiş olması, kendisini sözleşmenin tarafı olmaktan çıkartmaz. Sözleşmeden doğan başkaca hakları varsa arsa sahibinden talep edebileceği gibi arsa sahipleri dahi sözleşmeye dayanarak kendisi hakkında talepte bulunabilirler...”; Aynı yönde Yargıtay HGK, 23-220/2024, 30.09.2015: “...sözleşmenin tarafı olmayan davacının bu sözleşmeden dolayı hak talep edebilmesi, yani davada taraf (davacı) sıfatına sahip olup olmayacağını belirlenmesi için sözleşmenin tarafı olan dava dışı ... ile arasında düzenlenmiş olan yazılı bir temliknamenin sunulmasına imkân tanınarak neticesinde taraf sıfatının kazanılması halinde davaya devam edilmesi aksi halde taraf (davacı) sıfatı yokluğundan davanın esastan reddi yoluna gidilmesi...” (Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası -15 April 2020).

⁹⁰ Verilen örnek sözleşme metninde (dn 28): “...**T Bankası'dan kullandığım/kullanacağım kredilerden doğmuş ve doğacak her türlü borçlarım nedeniyle şimdiden temlik ettiğimi...**” şeklinde beyanıyla müteahhit T Bankasına hakediş alacaklarını temlik etmiştir. Alacağın devrinde bir meblağ sınırı olmak ile birlikte bu meblağ kapsamında yer alan alacak türlerinin neler olabileceği ise oldukça belirsizdir. Bir diğer ifadeyle T bankasına verilen teminatın kapsamını oldukça geniş tayin edilmiştir.

⁹¹ Özellikle bankalar (*örnekte de görüleceği üzere bkz dn 28*) taahhüdün kapsamını oldukça geniş belirlemektedir.

⁹² TBK m. 20 uyarınca: “*Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulları, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.*” Bunun yanında şayet taraflar arasındaki hukukî ilişki bir tüketici işlemi niteliğinde ise bu takdirde TKHK m. 4’ün açık lafzı gereği ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılma amacı aranmaksızın tek taraflı oluşturulan tüm sözleşme metinleri TBK m. 20 vd. uyarınca genel işlem koşulları denetimine tabi olur.

koşulu niteliğindeki hükümlerin TBK m. 20-25 uyarınca: (1) öncelikle yürürlük⁹³, (2) yürürlükte ise içerik⁹⁴ ve (3) son olarak yorum denetiminden⁹⁵ geçirilmek suretiyle taraflar arasında uygulanma kabiliyetleri tayin edilir. Buna göre:

1. Devrin teminat teşkil edeceği alacağın (*alacak hakkı devri anında hali hazırda doğmuş bulunsun yahut doğacak alacak niteliğinde olsun fark etmeksizin*) ne olduğu noktasında devreden aydınlatılmalıdır⁹⁶. Devreden gereği gibi bilgilendirilmediği takdirde devrin tümünün geçersiz olacağının kabul edilmesi gerektiği savunulur⁹⁷. Ancak burada isabetli olan teminatın kapsamının bu ölçüde geniş tutulduğu hallerde devreden devir sırasında teminatın kapsamında dahil olduğunu öngörebileceği miktar için devri geçerli kabul etmektir⁹⁸. Bu takdirde örneğin bir genel kredi sözleşmesinden doğan kredi borcu için sözleşme metnine ek olarak yapılan devir işleminde, teminatın kapsamı bu kredi ilişkisindeki kredi borcuyla sınırlı kabul edilmelidir⁹⁹.

2. Devreden, devrin kapsamıyla ilgili gerekli düzeyde bilgilendirilmiş olabilir¹⁰⁰. Bu durum teminatın kapsamının belirlendiği şekliyle taraflar arasında hüküm ifade edeceği anlamına gelmez. Zira bu takdirde teminatın kapsamının belirlendiği hükmün devreden durumunu **“dürüstlük kuralına aykırı biçimde”**

⁹³ Yürürlük denetimi TBK m. 21 uyarınca bir sözleşme hükmünün sözleşmenin taraflarına bir yükümlülük yükleyip yüklediğinin belirlenmesidir. Bir diğer iadeyle hükmün sözleşme kapsamında yer alıp almadığının belirlenmesidir. Kanun koyucu yürürlük denetimini geçmenin şartlarını: “*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesi*” olarak belirlemiştir. Aksi takdirde, genel işlem koşulu niteliğindeki bu hükmün yazılmamış sayılacağı ifade eder. Ayrıca “(2) *Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.*” Yazılmamış sayılmanın hükümsüzlük teorisinde hangi hükümsüzlük türüne denk geldiği doktrinde tartışmalıdır (bkz Mustafa Arıkan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması Kavramı ve Bunun Sözleşmeye Etkisi”, (2012) 7 (3) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19, 20).

⁹⁴ TBK m. 25 uyarınca: “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.” Aksi takdirde ilgili hüküm kesin hükümsüz olur.

⁹⁵ TBK m. 23 uyarınca: “*Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyen aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.*”

⁹⁶ TBK m. 21/f. 1 uyarınca yapılması öngörülen bilgilendirme rizikonun ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı hususunda devreden yeterli kadar aydınlatılmış olmasına bağlıdır. Uygulamada bankaların bu aydınlatma şartını yerine getirmiş olmak için teminatın kapsamında yer alan hususları oldukça geniş tutarak yürürlük denetiminden sıyrılmaya gayret ettikleri görülür. Örneğin Vakıfbank Tüketici Kredisi Borçlanma ve Rehin Sözleşmesi madde 14 uyarınca: “*Müşteri ve/veya Rehin Veren, gerek bu sözleşmeden, gerekse Bankayla imzalamış bulunduğu başka sözleşmelerden ve/veya herhangi bir nedenden doğmuş/doğacak borçlarının teminatı olarak aşağıda belirtilen nakit, mevduat, döviz tevdiat hesabı, repo, devlet tahvili, hazine bonosu, yatırım fonu, Eurobond vb. hesaplarının Banka’ya rehnedildiğini kabul ve taahhüt ederler.*” <http://www.vakifbank.com/documents/tuketici_kredisi_borclanma_ve_rehin_sozlesmesi.pdf> 20 April 2020; Bilgehan Çetiner, “Geniş Kapsamlı Teminat Amacı Açıklamalarının Geçerliliği Sorunu” (2016) 22 (3) Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 803, 819; bundan sonra “Geçerlilik” olarak anılacaktır.

⁹⁷ Oktay-Özdemir (n 3) 289.

⁹⁸ Çetiner (n 94) 820.

⁹⁹ Nitekim bu değerlendirme taraf iradelerine de uygun bir değerlendirme olacaktır (bkz Çetiner (n 94) 820).

¹⁰⁰ Örneğin banka: “*...gerek yurt içinde, gerekse yurt dışındaki tüm şubeleri tarafından adı geçenler lehine açılmış ve açılacak her türlü krediler ve YTL ve yabancı para ve/veya yabancı para ölçüsüyle döviz endekslili kredilerle verilmiş ve verilecek teminat mektuplarından ve kontrgarantilerden, ithalata dair poliçelere bankaca konulan aval ve kabul şerhlerinden adı geçenlerin keşideci, ciranta ve kefil sıfatıyla imzalamış olduğu ve imzalayacağı kambyo senetlerinden, yine adı geçenlerin alacaklı bankaya vermiş olduğu ve vereceği kefalete dayalı taahhütlerinden, velhasıl sebep ve ciheti ne olursa olsun, adı geçenlerin alacaklı bankaya doğmuş ve doğacak tüm borçlarından 120.000.-YTL’na kadar olan kısmının*” teminatın kapsamını teşkil ettiğini devir sözleşmesinde açıkça yazmak suretiyle geniş belirlenmiş olabilir (Çetiner (n 94) 816).

ağırlaştırıp ağırlaştırmadığı kontrol edilmelidir. Eğer devredenin durumunu (*dn 88 yer aldığı gibi*) ağırlaştırılan adeta ekonomik özgürlüğüne/ekonomik geleceğini tayin hakkına müdahale niteliğinde hükümlerin teminatın kapsamı¹⁰¹ belirlenirken içerik denetimine¹⁰² takılacağı ifade edilmelidir¹⁰³. Bu gibi hallerde de teminatın devir tamamen geçersiz kabul edilmemelidir¹⁰⁴. Bunun yerine teminatın kapsamı lehine teminat gösterilen alacak ve kapsamı ile sınırlı ele alınmalıdır¹⁰⁵.

3. Son olarak devir işleminde tarafların ne şekilde anlaşılacağı hususunda tereddüt yaşadığı noktalar sözleşmeyi/şartları hazırlayan tarafın aleyhine olan anlam tercih edilerek yorumlanır. Örneğin bir belirli süreli konut kirası sözleşmesinden doğan kira bedeli alacağının kredi borcuna teminat olması için bankaya devredilir. Taraflar devir sözleşmesinde kira sözleşmesinin süresine doğrudan yahut dolaylı olarak atıf yapmaz. Bilindiği üzere TBK m. 347 gereği sözleşmenin süresi, tarafların kira sözleşmesinde belirlenen süreyle sınırlı değildir¹⁰⁶. Bu hükme (TBK m. 347) göre kiracı fesih bildiriminde bulunmadığı sürece sözleşme ilişkisi 1 yıl daha uzar. Bu uzama, uzama sürelerinin de teminatın kapsamına dahil olup olmadığı sorusunu gündeme getirir. TBK m. 23 bu gibi hallerde devreye girer ve teminatın kapsamı

¹⁰¹ İsviçre Federal Mahkemesi rehlin kapsamının belirlenmesinin uyumsuzluk konusu olduğu bir kararında (*BGE 51 II 281 vd.*) bu nevi hükümlerin varlığı halinde rehlin veren için “*mevcut borçlarını ödedikten sonra bile rehlin konusu şeyi geri alması mümkün olmayacağı, çünkü davalının (bir banka) aralarındaki doğrudan iş ilişkisi kesilmiş olsa da gelecekte bir üçüncü kişi alacaklıdan sağlayacağı kazanımla tekrardan ona karşı bir alacak sahibi olması imkân dahilinde*” olduğunu ifade etmiştir (bkz Çetiner (n 94) 822). Şu hâlde teminatın kapsamını belirleyen hükümün bu kadar geniş kaleme alınması ve bir zaman sınırlaması içermemesinin “*lex commissoria yasağı*”nı ihlal edeceği ifade edilmelidir (Çetiner (n 94) 822).

¹⁰² Çetiner (n 94) 821.

¹⁰³ Teminatın temlikin şartlarıyla ilgili “*lex commissoria yasağı*”nı ihlal edebilecek hükümlerden/şartlardan biri de tarafların alacağın (asıl alacak/örneğin bankaya olan kredi borcu) ödenmediğinde teminat olarak devredilen hakkın tamamen devralana geçeceğine ilişkin olanlardır (TMK m. 949). Bu gibi hallerde “*lex commissoria yasağını*” ihlal eder (bkz Oktay-Özdemir (n 3) 280; Helvacı (n 22) 123; Özsunay (n 3) 140; Özkaya (n 36) 40; Atiye B. Uygur, “Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler” 2006 10 (1-2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 171, 190; Yargıtay HGK, 1-202/315, 25.03.1990, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası 21 April 2020). Ancak bu gibi hallerde devrin kendisinin değil yalnızca alacağın hak sahipliği için öngörülen bu şart geçersiz kabul edilmelidir.

¹⁰⁴ Doktrinde Oktay-Özdemir’in, toptan temliklerle ilgili görüşü: “...*Toptan temlikin bir sınırının da BK. m. 21/TBK m. 28 de düzenlenmiş olan gabin olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır. Çünkü eğer toptan temlik yapılmak suretiyle, inanana aşırı bir garanti verilmiş olduğu söylenebiliyorsa edimler arasında oransızlık söz konusu olacak demektir. Toptan temlik belirli sınırlamalar taşıdığı için geçerli olsa bile, diğer şartların varlığı halinde gabinin varlığı düşünülebilir*” yönündedir. Bkz Oktay-Özdemir (n 3) 289. Ancak teminat amaçlı devirlerde yapılan inanç anlaşması (*borçlandırıcı işlem*) en fazla eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme olduğu savunulabilir (*şayet devrin şarta bağlı olduğu görüşü benimsenmiyorsa*). Şu hâlde Oktay-Özdemir’in görüşünde hangi edimler arasında aşırı orantısızlık olduğu sorusu cevapsız kalır. Teminatın yapılan toptan temlik ile uğruna teminat verilen hukuki ilişki olan örneğin kredi ilişkisi arasında gabinin şartlarının değerlendirilebilmesi ise mümkün değildir. Burada esasında aşırı teminatlandırma (*Übersicherung*) söz konusudur. Gabin hükümlerinin kıyasen uygulanacağı ise savunulamaz. Zira gabin, ahlaka aykırılığın özel bir görünümüdür. Bkz Hüseyin Hatemi, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı), (Sulhi Garan Matbaası Kollektif Şirketi, 1976) 109. Şu hâlde aşırı teminatlandırmanın varlığı ahlaka aykırılık teşkil edebilir. Keza aşırı teminatlandırma ekonomik geleceği sarsıyorsa kişilik hakkına aykırı hale gelir. Bu durumda TMK m. 23 vd. devreye girer. Hepsinden öte TBK m. 20 vd. hükümleri (*Genel İşlem Koşulları Denetimi*) çoğu uyumsuzluğun teminat verenin lehine çözülmesini temin eder. Zira günümüzde teminat ilişkilerinin çoğu Genel İşlem Koşulu niteliğini taşıyan sözleşme hükümlerinden müttesekkindir.

¹⁰⁵ Nitekim bu değerlendirme taraf iradelerine de uygun bir değerlendirme olacaktır (bkz Çetiner (n 94) 821).

¹⁰⁶ TBK m. 347: “*Konut ve çatılı işyeri kiralarda kiracı, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az onbeş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır. Kiraya veren, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez. Ancak, on yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir.*”

bankanın aleyhine olan yorum esas alınarak belirlenir¹⁰⁷. Bu takdirde teminatın kapsamında yer alan kira bedelleri 1 yıllık kira bedelleridir¹⁰⁸.

Uygulamada teminatın kapsamının geniş belirlenmesinin yanında teminatın süresi de belirlenmez. Özellikle bankalar teminatın kapsamının belirlendiği hükümlerde teminata konu olabilecek gelecek ilişkileri de kapsamına alacak/ucu açık hükümler kaleme alır¹⁰⁹. Borçlunun ekonomik geleceğini belirleme yetkisini adeta elinden alan¹¹⁰ bu hükümler, kaleme alındıkları şekliyle geçerli kabul edilemez. İlgili hüküm/hükümler öncelikle rizikonun gerçekleşme ihtimalinin bulunduğu süre zarfı için geçerli kabul edilmelidir¹¹¹. Bunun yanında teminatın devrin sebebi alacak sona erse bile devir hükmünün lafzı gereği devralan ile devreden arasında “*ilişki doğma ihtimali*” olduğu sürece teminat veren/devreden sorumluluğu devam edeceğinin öngörülmesi mümkün değildir¹¹². Ancak bu nevi hükümler sebebiyle devir işleminin TBK m. 27/1 uyarınca kesin hükümsüz olduğu sonucuna da varılmamalıdır¹¹³. Bunun yerine sözleşmeyi ayakta tutacak bir yol aranmalı (*favor contractus*) ve taraflar arasında teminat ilişkisinin kurulmasına sebep teşkil eden alacağın/ilişkinin varlık süresi esas alınarak teminat süresi belirlenmelidir¹¹⁴.

¹⁰⁷ Devir sözleşmesi genel işlem koşulu niteliğinde hüküm/hükümler içermese dahi TMK m. 23 ve TMK m. 2 uyarınca hükümlerin kişilik haklarına ve dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı mutlak suretle gözetilecektir (bkz Oktay-Özdemir 287; Nil Karabağ Bulut, Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi (On İki Levha Yayınları, 2014) 349.

¹⁰⁸ İlgili sonuca Yargıtay’ın kira sözleşmesine kefil olunması halinde kefilin sorumluluğunun mevcut kira süresiyle sınırlı olduğu ve uzama sürelerinin kefilin ayrıca (miktarını da göstererek) ve açıkça üstlenmedikçe sorumluluğunu gündeme getirmeyeceği yönündeki yerleşik içtihadından kıyasen de ulaşılabilir. Bahsi geçen olaylarda Yargıtay: “...Kira süresinin, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’un 11. maddesi gereğince uzadığı hallerde, uzayan kira süresi bakımından kefilin sorumluluğunun devam edebilmesi için; öncelikle bu hususun (kefilin sorumluluğunun uzayan dönem için de devam edeceğinin) sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olması gerekir. Bunun yanında, kefilin uzayan dönemdeki sorumluluğunun azami hangi süreyle ve hangi miktarla sınırlı olacağını açıkça gösterilmiş olması da şarttır. Eş söyleyişle, ne kadar uzayacağı belirsiz bir kira süresine ilişkin olan ve kefilin sınırsız bir sorumluluk altına sokan sözleşme hükümleri geçerli değildir...” şeklinde hüküm tesis eder (bkz Yargıtay 6 HD, 11116/14593, 14.12.2011; aynı yönde bkz Yargıtay 6 HD, 1448/4813, 26.3.2012; Yargıtay 6 HD, 5646/7610, 28.9.2015; Yargıtay 6 HD, 10299/5208, 7.9.2016, Lexpera İçtihat, 21 April 2020).

¹⁰⁹ Bkz dn 99; İsviçre Federal Mahkemesi isabetli olarak bu nevi hükümleri “*lex commissoriana* yasağına” aykırı olarak nitelendirir (bkz dn 102).

¹¹⁰ Dolayısıyla bu nevi hükümlerin TMK m. 23’ e aykırılık teşkil ettiği tespiti yapılmalıdır.

¹¹¹ Bkz II/B.

¹¹² Zira ilgili hükümün bu haliyle kişilik haklarına aykırı olduğu (TMK m. 23) ve TMK m. 25 kapsamında içerik denetimine takılacağı aşikardır (Aynı yönde bkz Çetiner (n 94) 824).

¹¹³ Çetiner (n 94) 825.

¹¹⁴ Çetiner (n 94) 825.

Sonuç

Bu çalışma kapsamında ulaşılan sonuçlar şu şekilde özetlenebilir:

1. Temellerini Roma Hukuku'nda bulan ve güven esasına dayanan inançlı işlemler, Türk Borçlar Hukuku'nda düzenlenmeyen fakat sözleşme özgürlüğü prensibi vesilesiyle geçerlilik sorunuyla karşılaşmayan ve uygulamada sıklıkla başvuru alan işlemlerdir. İnançlı işlem ile inanan, belirli bir amaç ya da belirli bir süre için inanılana bir hakkın yahut eşyanın mülkiyetini (*inanç konusu*) devreder.
2. İnanılan ise bu süreçte hakkı/eşyayı inanç anlaşmasına uygun kullanmak ve zamanı geldiğinde inanç anlaşması gereği eşyanın mülkiyetini veya alacak hakkını inanana iadeyle yükümlüdür.
3. İnançlı işlemler, tarafların ulaşmayı arzu ettiği pek çok amaca hizmet eder. İşbu çalışmanın konusunu oluşturan teminat amaçlı temlikler, kefalet gibi şahsî, rehin hakları gibi aynî/real teminatın çeşitli sebeplerle taraflar için elverişli ya da yeterli bulunmadığı durumlarda, tercih edilen ve alacaklıya güvence sağlamak için kurulan hukuki işlemlerdir. Genellikle bir borcun teminatı olması amacı ile ya da bir borç ilişkisi kurulması için (kredi sözleşmesi gibi) borçlu (inanan) sahibi olduğu yahut olacağı alacağı alacaklıya devreder.
4. Alacağın teminat amaçlı temlik de TBK m. 183 vd. hükümlerine tabidir. Bu sebeple geçerli bir devir için öncelikle bir alacak hakkı mevcut olmalıdır. Bununla beraber müstakbel alacakların da devrinin geçerli olduğu kabul edilir.
5. Alacağın temlik ile *temlik konusu alacak*, ilk alacaklının malvarlığından çıkmış ve temellük edenin malvarlığına girmiş olur. Alacağını temlik eden kişi, bu alacak ve fer'ileri üzerindeki "*alacaklı*" sıfatını kaybeder. Bu sebeple temlik edenle borçlu arasında *temlike konu alacağın ifası* yönünden bir bağ kalmaz. Artık alacağın konusu olan edimin ne ifasını talep edebilir ne de kendisine yöneltilen ifa teklifini kabul edebilir.
6. Ancak teminat amaçlı temlikler esasında devralan alacaklıya teminat fonksiyonuna uygun olarak *bozucu şarta bağlı* bir talep imkânı bahşeder. Kendi alacağı muaccel olmasına rağmen, borçlusu tarafından tatmin edilmeyen/edilemeyen alacaklı, temlik aldığı alacağın borçlusuna başvurma imkânına sahip kılınmış olur. Şayet başkasından olan alacağını borcuna teminat gösteren kişi, söz konusu borcunu ifa etmişse temlik hüküm ifade etmez ve teminatın temlik amaçlı olan alacak, temlik eden alacaklının malvarlığına rücu eder.
7. Bununla beraber rizikonun (*teminat verilme sebebi*) gerçekleşme ihtimali borcun ifası dışında bir sebeple ortadan kalmışsa; alacağın devrinin de yine hüküm ifade etmeyeceği kabul edilmelidir. Keza teminat amaçlı gerçekleştirilen temliklerde,

devrin niteliği gereği devralan kişi, devralınan borcun borçlusundan sadece kendi alacağına karşılık gelen meblağın kendisine ödenmesini talep edebilir. Zira söz konusu işlemin amacı, kendi alacağını, temlik edenden tahsil edemeyen devralanı (*temellük eden şahsı*), tatmin etmek içindir. Bu sebeple devralan kişi, temlik borçlusundan, kendi alacağının tahsil edemediği kısmını doğrudan talep edebilme imkânını haiz kabul edilir.

8. Uygulamada teminat amaçlı temliklerde en sık karşılaşılan sorun, teminatın kapsamı ve şartlarının tespitidir. Teminat amaçlı temliklerde, devir hükümlerinin çoğunlukla genel işlem koşulu niteliğinde olduğu dikkate alınarak söz konusu sorunun çözümlenmesi icap eder. Genel işlem koşulu niteliğinde olmayan hükümlerin ve devir işlemlerinin ise TBK m. 27, TMK 2, 23 hükümleri esas alınarak değerlendirilmeye tabi tutulacağı atlanmamalıdır.
9. Bu değerlendirmenin sonucunda işlemin tamamen geçersiz olduğunun kabulü yerine devrin hüküm ve sonuçlarının sınırlandırılması, taraflar arasındaki dengiyi bozan kısmının geçersiz addedilip ilişkinin mümkün olduğunca ayakta tutulmalıdır. Unutulmamalıdır ki devir teminat amaçlı gerçekleştirildiğinden işlemin ayakta kalması sadece devralanın değil, devreden menfaatlerine de hizmet eder.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Altaş H ve Kurt LM, “İnançlı İşlemler”, (2011) 2(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-28.
- Aral F, “Topyekün Temlik”, (1991-1992) 42, (1-4) AÜHF 93-140.
- Arıkan M, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması Kavramı ve Bunun Sözleşmeye Etkisi”, (2012) 7(3) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19-28.
- Atalı M, “Konkordato Kesin Mühlet ve Sonuçları”, Muhammet Özeker (ed), *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler* (On İki Levha Yayıncılık, 2018) 85-110.
- Aydıncık Ş, “Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temliki”, (2006) 64(1) İÜHF 131-194.
- Bergmaier H, *Die Sicherungszession im Schweizerischen Recht* (Aarau 1945).
- Çetiner B, *Taşınmaz Teminatı* (Filiz Kitapevi, 2015).
- Çetiner B, “Geniş Kapsamlı Teminat Amacı Açıklamalarının Geçerliliği Sorunu”, (2016) 22 (3) Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 803-826.
- Dahan, F and Simpson, J, *Secured Transactions Reform and Access to Credit*, Northampton (Edward Elgar Publishing, 2008).
- Dayınlarlı K, *Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki* (Dayınlarlı Yayıncılık, 1993).
- Develioğlu HM, *Keşfet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri* (Vedat Kitapçılık, 2009).
- Dural M ve Sarı S, *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri* (16. Bası, Filiz Kitapevi, 2018).
- Engin Bİ, “İfa Uğruna Edim”, Hayri Domaniç (ed), Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı (Beta 1999) 839-862.
- Engin Bİ, *Alacağı Devredenin Garanti Sorumluluğu* (Beta, 2002).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. Bası, Yetkin Yayınları, 2018).
- Gautschi G, “Die Causa fiduziarischer Rechtsübertragungen”, 1958, 54 SJZ 245-253.
- Günergök Ö, *Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu* (Vedat Kitapçılık, 2014).
- Hatemi H, *Hukuka ve Ahlakı Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı)* (Sulhi Garan Matbaası Kollektif Şirketi, 1976).
- Helvacı İ, *Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria (mürtehinin merhunu temellük) Yasağı* (Alfa Yayıncılık, 1997).
- Kahraman Z, *Saf Garanti Taahhütleri* (Vedat Kitapçılık, 2017).
- Karabağ Bulut N: *Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi* (On İki Levha Yayınları, 2014).
- Kale S: “7101 Sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişikliği Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflas Dışı Adi Konkordato”, (2018) 5/1 İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 213-269.
- Kayak S, *Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt* (Vedat Kitapçılık, 2008).
- Kocayusufpaşaoğlu N: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme* (7. Bası, Filiz Kitapevi, 2017).

- Kuntalp E, “Teminat Kavramı Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, 1995 Reha Poroy’a Armağan 263-289.
- Memiş T, *Yangın Sigortasında Riziko* (Seçkin, 2001).
- Nomer HN, *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları* (Beta, 2002).
- Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (17. Bası, Beta 2020).
- Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku* (21. Bası, Filiz Kitapevi, 2018).
- Oğuzman MK ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (15. Bası, Vedat Kitapçılık, 2020).
- Oktay-Özdemir S, “Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri”, (1999) 57(1-2) İÜHF 265-299.
- Özkaya E, *Açıklamalı-İçtihatlı İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları* (7. Bası, Seçkin Yayıncılık 2017).
- Özsunay E, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968).
- Serozan R, “Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması ve Teminaten Temlik”, Hayri Domaniç (ed), Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı (Beta, 1999) 987-1014.
- Sirmen L, *Alacağın Rehni* (Banka ve Ticaret Araştırmaları Enstitüsü Yayınları 1990).
- Şafak A, *Teminat Amaçlı Alacağın Temliki*, (Seçkin 2017).
- Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*, (5. Bası, Vedat Kitapçılık 2010).
- Tunçomağ K, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, (1976).
- Turan Fühner E, *Alacağın Teminat Amaçlı Devri*, (İstanbul Üniversitesi SBE, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2016).
- Umbach Spahn B, Kesselbach S and Bossart S, *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG* (4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG) 2017.
- Uygur AB, “Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler”, 2006 10 (1-2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 171-195.
- von Tuhr A and Escher A, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band. II* (1974).
- Yüksel Orhun M, *Teminat Amacıyla Alacağın Devri*, (Ankara Üniversitesi SBE, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2017).

Elektronik Kaynakça

- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>)
- Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi (<https://www.lexpera.com.tr/kullanici-profil>)
- [https://archive.org/search.php?query=Die%20Sicherungszeession%20im%20Schweizerischen%20Recht%20hans%20bergheimer&sin=TXT&and\[\]=languageSorter%3A%22German%22](https://archive.org/search.php?query=Die%20Sicherungszeession%20im%20Schweizerischen%20Recht%20hans%20bergheimer&sin=TXT&and[]=languageSorter%3A%22German%22)
- <http://www.tdk.gov.tr>
- <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/300/2806.pdf>



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 22.05.2020
Revizyon Talebi: 25.07.2020
Son Revizyon: 13.08.2020
Kabul: 29.12.2020

Cinsiyet Eşitliği ve Çocuğun Üstün Yararının Kesişim Noktası Olarak Boşanmada Velayetin Düzenlenmesi

Özgün Çelebi*

Öz

Boşanma sonrasında çocuğun velayetinin kimin tarafından icra edileceği sorunu evrensel bir ilke olan çocuğun üstün yararı ilkesi çerçevesinde çözümlenmektedir. Ancak her ne kadar görünürde cinsiyetsiz bir ilke olsa da, kavramın belirsizliğinin yarattığı sakıncalardan birinin, anne ile baba arasında cinsiyete dayalı ayrımcı çözümlere kapı açması olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle velayet konusu, gittikçe artan biçimde kadın-erkek eşitliği ile ilişkisi çerçevesinde gündeme gelmekte, velayet hukuku ile cinsiyet eşitliği arasındaki ilişki hem kadın haklarına hem de çocuk haklarına ilişkin uluslararası belgelerde karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmada, boşanma sonrası velayetin düzenlenmesi sorunu bağlamında, cinsiyetsiz bir kural gibi görünen çocuğun üstün yararı ilkesinin yorumlanma biçimlerinin cinsiyet eşitliği ile ilişkileri incelenecektir. Bu çerçevede, çocuğun üstün yararı ilkesini somutlaştırmak için farklı hukuk sistemlerinde ve ülkemizde uygulanan veya uygulanması önerilen anne şefkatine muhtaç olma ölçütü, birincil bakıcı ölçütü ve ortak velayet çözümünün cinsiyet eşitliği amacını gerçekleştirmeye yakın olup olmadıkları irdelenecektir. Elde edilen bulgular çerçevesinde çocuğun üstün yararı ilkesi ile cinsiyet eşitliği hedeflerini bağdaştırabilecek bir velayet hukukunun mümkün olup olmadığı tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Velayet, Çocuğun üstün (Yüksek) yararı, Cinsiyet eşitliği, Anne şefkatine muhtaç olma, Ortak velayet

Allocation of Child's Custody After Divorce as the Junction Point of Gender Equality and the Child's Best Interest

Abstract

Allocation of a child's custody after divorce relies upon the universal principle of the child's best interest. Nevertheless, it is argued that despite its seemingly gender-neutral nature, one of the shortcomings caused by the uncertainty of such a principle is that it paves the way for gender discrimination. As a result, the topic of child custody has increasingly been mentioned in the framework of equality between men and women, as shown by references made to the relationship between custody law and gender equality both in international instruments relating to women's rights and in those relating to children's rights. In this paper we analyze the relationship between different interpretation methods of the seemingly gender-neutral principle of the child's best interest and gender equality in the context of allocation of custody after divorce. We go through the tender years, primary caretaker and joint custody concepts, which are the methods used or proposed to be used to concretize the principle of the child's best interest in different law systems and in Turkish law and contemplate whether they enable to achieve the goal of gender equality. On the grounds of these findings we discuss whether it is possible to achieve a child custody law which can reconcile the principle of the child's best interest with gender equality.

Keywords

Custody, Best interest of the child, Gender equality, Tender years doctrine, Joint custody

* **Sorumlu Yazar:** Özgün Çelebi (Dr. Öğr. Üyesi), Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: ozgcelebi@ku.edu.tr ORCID: 0000-0003-0610-6992

Atrf: Çelebi O, "Cinsiyet Eşitliği ve Çocuğun Üstün Yararının Kesişim Noktası Olarak Boşanmada Velayetin Düzenlenmesi" (2021) 79(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 27. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.1.0002>



Extended Summary

The problem of allocation of a child's custody after divorce of the parents is resolved following the universal principle of the child's best interest. This standard has a high level of popularity due to its flexible character, allowing for consideration of specific circumstances of each concrete case. Nevertheless, such flexibility is also a source of uncertainty and unpredictability. It is argued that one of the shortcomings of its uncertain character is that it creates a large margin of discretion for the courts and such discretion may lead to discrimination between men and women. Indeed, in disputes relating to custody, prejudices regarding social roles of men and women may shape the decisions in a way to disfavor fathers or mothers. As a result, custody law related questions are increasingly correlated to problems of gender equality. International conventions and policy instruments more and more frequently refer to the connection between gender equality and parental responsibility. In this regard, the goal of ensuring equality between men and women appears to have become one of the main issues that must be carefully reflected upon while shaping the custody law and determining how to interpret the child's best interest in custody disputes.

In order to overcome the shortcomings caused by the breadth of the concept of the child's best interest, some legal systems have adopted presumptions, where a certain solution is accepted to be in the best interest of the child as a general rule. Although it is no longer consecrated by lawmakers, the "tender years doctrine", giving the priority to mothers when it comes to the custody of young children is still being applied under the best interest standard. "Primary caretaker doctrine", which is based on the idea of according the custody to the parent who has acted as the primary caretaker of the child during the marriage has also been applied as a general rule in some legal systems. In the recent years, these solutions have begun to lose their attractiveness and yield to the more modern concept of joint custody, which is usually regulated in the form of a presumption. Joint custody is embraced as a general solution to the problem of custody and is currently argued to be the best solution, not only from the perspective of the child's interest, but also from the perspective of equality between the parents. In its commonly accepted form, as can be observed in continental law systems, such presumption of joint custody creates a situation of shared parenting which is independent from the past decision-making and caregiving patterns. The American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution depart from this conception by putting forward the "approximation rule", which is also based on a conception of shared parenting but which presumes that the best interest of the child resides in the continuation of the past parenting patterns.

This paper addresses the custody law and especially the seemingly gender-neutral principle of the child's best interest in custody disputes after divorce from the perspective of gender equality. It analyzes the relationship between the above-

mentioned presumptions regarding the best interest of the child and equality between parents. To this effect, first, we explain the importance and relevance of such problems by presenting the legal framework regarding the connection between gender equality and children's rights. Then we present the function of the best interest standard in custody disputes together with the criticism of this standard from a gender perspective. We undertake a comparative law study, englobing continental law systems and American law, where we detect different solutions, usually in the form of presumptions, brought by foreign legal systems to provide a certain level of predictability to the best interest standard and analyze the impact of such presumptions on the goal of ensuring shared responsibility between mother and father. The situation in Turkish law, where the tender years doctrine is still applied by the courts and where joint custody has recently begun to come to the surface is also explained and analyzed from a gender perspective. A study of different models of interpretation of the child's best interest leads us to the conclusion that the sole presumptive solution which can have a positive impact in terms of gender equality is the presumption of joint custody which perpetuates the past parenting patterns, as proposed by the American Law Institute. However, we find that the solution proposed by the American Law Institute is faced with practical difficulties of implementation and may thus not provide the benefits expected. As a result, we find that a custody law which efficiently promotes shared parenting should focus on drawing a non-discriminative guideline and presenting a method of reasoning for courts, rather than having recourse to presumptions, which cannot effectively combat gender-based considerations in the field of custody.

Cinsiyet Eşitliği ve Çocuğun Üstün Yararının Kesişim Noktası Olarak Boşanmada Velayetin Düzenlenmesi

Giriş

Hukukumuzda velayetin kimin tarafından icra edileceğinin belirlenmesinde temel ayrım noktası anne ve babanın evli olup olmamasıdır. Türk Medeni Kanunu (TMK), anne ve babanın evli olmaması halinde velayetin kural olarak anneye ait olacağını öngörmüştür (TMK m 337/I); anne ve babanın evli olması halinde, evlilik devam ettiği sürece anne ve baba velayeti birlikte kullanacaklardır (TMK m 336/I). Eşlerin boşanması halinde ise ortak hayat nihai olarak sona ermekte, o zamana kadar ortak biçimde kullanılan velayetin, bundan sonra ne şekilde kullanılacağını belirleme gereği hâsıl olmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun konuya ilişkin düzenlemesinden kanun koyucunun, velayetten doğan yetkilerin kullanımı ile çocuğun fiili bakımının üstlenilmesi konularını yakın ilişki içinde gördüğü anlaşılmaktadır (TMK m 336/III)¹. Nitekim kanun koyucu, bir ebeveyn den fiziksel olarak ayrılmanın velayetin de o ebeveyn den koparılması sonucuna götüreceğini düşünerek hâkime anne ile babadan birini velayeti bundan sonra icra edecek kişi olarak belirleme görevi yüklemiş görünmektedir².

Hukukumuz da dâhil olmak üzere, çağdaş hukuk sistemlerinde boşanma sonrasında velayetin anne veya babadan hangisine verileceği meselesi, 20 Kasım 1989'da New York'ta kabul edilen Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (Çocuk Haklarına Dair Sözleşme)'nin de etkisiyle evrensel bir ilke haline gelmiş olan “çocuğun üstün (yüksek) yararı” (*best interest of the child*) ilkesine göre çözümlenmektedir³. Bununla beraber, dünyadaki gelişmeler, anne ve babanın çocuğa karşı hak ve yükümlülüklerinin, bu arada velayet ilişkisinin, cinsiyet eşitliğine ilişkin bir sorun olarak da algılanmaya başlandığını göstermektedir. Bunun en net ifadesini, asli amacı cinsiyet eşitliğini sağlamak olan hukuk kurallarının ve politika belgelerinin ebeveyn-çocuk ilişkilerini bu perspektif dâhilinde zikreder hale gelmiş olmasında görüyoruz. Bu evrensel gidişat hukukumuzu da etkilemektedir. Hukukumuz açısından bağlayıcı kurallara bakıldığında öncelikle Anayasa'nın 41. maddesinde ailenin “eşler arasında eşitliğe” dayalı olduğunun ifade edildiği görülmektedir. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin (KKAÖS) 4 16. maddesinde, taraf devletlerin kadınlara karşı ayrımcılığın önlenmesi ile yükümlü oldukları konular sayılmıştır. Bunlar arasında kadına ve erkeğe evlilik süresince ve evliliğin son

¹ “Velayet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.”

² 336. maddenin üçüncü fıkrasının lafzından yola çıkan ve hukukumuzda boşanma sonrasında velayetin ebeveynlerden biri tarafından tek başına kullanılması gerektiği sonucuna götüren bu geleneksel önerme tartışmalıdır; hukukumuzda ortak velayetin mümkün olup olmadığı konusundaki görüşler ve uygulama için bkz aş III-A.

³ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin onaylanmasına ilişkin 94/6423 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile sözleşme metni 27 Ocak 1995 tarihli, 22184 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁴ Sözleşmeye katılmamızın onaylanmasına ilişkin 85/9722 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ve sözleşme metni 14 Ekim 1985 tarihli, 18898 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

bulmasında aynı hak ve sorumlulukların tanınması (c) ve her durumda çocukların menfaatleri en ön planda gözetilmek üzere, medeni durumlarına bakılmaksızın, çocuklarla ilgili konularda ana ve babanın eşit hak ve sorumluluklarının tanınması (d) da bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 7 numaralı protokolün⁵ “Eşler arasında eşitlik” kenar başlıklı 5. maddesi, eşlerin evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde özel hukuka tabi haklar ve sorumluluklar bakımından eşit olmaları gerektiğini öngörmüştür. Hukuk sistemimizin parçası olan bu kurallar, doğrudan doğruya kadın-erkek eşitliğini sağlama amacı üzerine yükselmekte ve ebeveyn sorumluluğunda eşitliği bu perspektif kapsamında düzenlenmektedirler. Öte yandan çocuk hakları ve çocukların korunmasına ilişkin politikalar da gittikçe artan biçimde kadın erkek eşitliği sorunu ile iç içe geçmiş biçimde karşımıza çıkmakta⁶, hatta çocukların menfaatlerini korumayı birincil amaç olarak benimseyen uluslararası belgelerde dahi cinsiyet eşitliğinin ikincil, ancak bağımsız bir amaç olarak yer aldığı görülmektedir. Avrupa Konseyi'nin çocukların korunmasına ilişkin bazı kararlarında tam da bu yönde bir yönelim hâkimdir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi nin (84) 4 sayılı Anne ve Babanın Sorumlulukları Hakkında Tavsiye Kararı'nda ebeveyn sorumluluklarının her iki ebeveyne ortak biçimde ait olduğu ilkesi benimsenmiştir (5 numaralı ilke)⁷. Buna göre ayrılık veya boşanma halinde karar organının sorumlulukları anne ve baba arasında paylaşması veya anne ve baba buna rıza gösterirlerse sorumluluklarını birlikte yerine getirmeleri yönünde karar vermesi gerekmektedir (6 numaralı ilke). İlgili tavsiye kararında, çocuğun üstün yararına göre karar alınması temel ilke olarak benimsenmekle beraber, anne ve baba arasında eşitliğin korunmasına dikkat edilmesi ve ayrımcılık yapılmaması gerektiği de açık olarak belirtilmiştir (2 numaralı ilke). Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin 2079 sayılı Eşitlik ve Paylaşılmış Ebeveyn Sorumluluğu: Babaların Rolü isimli ilke kararında ise çocuğun doğumundan itibaren anne ve baba arasında eşitliğin sağlanması gerektiğine vurgu yapılmıştır⁸. Bu gereklilik bir yandan her iki ebeveynin de çocuğun yetiştirilmesine katılmalarının çocuk üzerindeki olumlu etkisine, diğer yandan ortak sorumluluğun kadına ve erkeğe ilişkin kalıplaşmış rollerin aşılmasına yardımcı olmasına dayandırılmıştır. Kararda

⁵ Protokolün onaylanmasının uygun bulunduğu dair 6684 sayılı kanun 25 Mart 2016 tarihli ve 29664 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁶ Örneğin, Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin 2207 numaralı kararında tek ebeveynli ailelerde aile reisinin büyük ölçüde kadınlar olduğu, çocuk nafakasının belirlenmesine ve ödenmemesinin sonuçlarına ilişkin kuralların kadınları orantısız biçimde etkilediği, bu nedenle çocuk nafakası konusunun cinsiyet eşitliğinden bağımsız bir konu olmadığı belirtilmiştir (PACE, 'Gender Equality and Child Maintenance' (2018) Resolution No 2207, <<https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=24534&lang=en>> Erişim Tarihi 11.05.2020). Parlamenter Meclisi, 1921 sayılı kararında da kadın ve erkeğin, çocuk bakımı da dâhil olmak üzere aile içi sorumlulukları paylaşmaları gerektiği yönündeki farkındalığın özel hayat ile çalışma hayatını bağdaştırmanın şartlarından biri olduğunu belirtmiştir (PACE, 'Gender Equality, Reconciliation of Private and Working Life and Co-Responsibility' Resolution No 1921, <<https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=19478&lang=en>> Erişim Tarihi 11.05.2020).

⁷ Council of Europe Committee of Ministers, 'Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on Parental Responsibilities', Recommendation No R (84) 4, <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804de2e4> Erişim Tarihi 11.05.2020.

⁸ PACE, 'Equality and Shared Parental Responsibility: The Role of Fathers' (2015) Resolution No 1468, <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=22220>> Erişim Tarihi 11.05.2020.

cinsiyet eşitliği ve paylaşılmış sorumluluk meselesine, annelerin durumundan ziyade babaların maruz kaldığı önyargılar ve bu önyargıların babaları çocuklarıyla kalıcı bir ilişki sürdürme imkânından mahrum etmesi açısından yaklaşılmış olması da dikkat çekicidir. Belirtelim ki Parlamenter Meclisi bu kararda babaların haklarını zikrederken, babaların çocuğun doğumundan itibaren sorumluluk yüklenmelerinin ve devletlerin babaların da kullanabilecekleri ebeveynlik izni sistemlerini yürürlüğe koymalarının gerektiğinin altını çizmiştir⁹. Böylece sorumluluk paylaşımında sadece boşanma sonrasında geçerli olacak bir eşitlik anlayışı yerine anne ve babayı aile ilişkisinin tüm aşamalarında eşit kılan bütüncül bir yaklaşım benimsenmiş olmaktadır. Anne ve babayı eşit hak ve sorumluluklara sahip kılma yönündeki bu uluslararası ilkesel eğilim, Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde işaret edildiği gibi, ancak kadınları şiddete karşı koruma amacı çerçevesinde geri plana atılmakta, şiddet unsurunun eşit hak ve sorumluluk paylaşımını bertaraf edici etkisinin olması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰. Bununla beraber, kadınları şiddete karşı koruma amacı güden düzenlemelerin amaçları arasında, sadece kadınların bireysel dokunulmazlık alanlarının korunması değil, şiddet eylemi veya tehdidi ile yapılan baskının ve bu yolla yaratılan cinsiyetler arası eşitsizliğin ortadan kaldırılması da bulunmaktadır¹¹. Bu uzun vadeli hedef dikkate alındığında, çocuk ile ebeveyn ilişkilerindeki eşitlik idealinde şiddet nedeniyle yapılması kabul edilen esnemelerin de esasında kadın-erkek eşitliğini sağlama amacıyla uyum içinde olduğu söylenebilir.

Bu düzenlemeler ışığında görülmektedir ki kadın ile erkek arasındaki doğrudan ilişkiler kadar anne ve babanın çocukla kuracağı ilişkilerin de kadın-erkek eşitliği hedefinin kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Gerek velayetin iki ebeveyn tarafından ne şekilde kullanılacağı, gerekse birlikte kullanılmadığı hallerde hangi ebeveyn tarafından kullanılacağı belirlenmesi, bu eşitlik hedefini de göz önüne almayı zorunlu kılmaktadır.

Ancak çocukları etkileyecek kararların verilmesi gereken bu hallerde, kadın-erkek eşitliğinin tek, hatta birincil parametre olarak ele alınmayacağı ortadadır.

⁹ Erkeklerin bakım sorumluluğu üstlenmeye teşvik edilmeleri, Avrupa Konseyi'nin cinsiyete dayalı kalıplarla mücadele çerçevesinde ele aldığı noktalardan biridir; bkz Council of Europe, 'Gender Equality Strategy 2018-2023' 16-19, <<https://rm.coe.int/strategy-en-2018-2023/16807b58eb>> Erişim Tarihi 11.05.2020.

¹⁰ Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi)'nin amaçları arasında kadınların her türlü şiddetten korunması, kadınlara yönelik şiddetin ve aile içi şiddetin önlenmesi, kovuşturulması ve ortadan kaldırılması bulunmaktadır (m 1 (a)). Sözleşme taraf devletlere velayet ve ziyaret haklarının düzenlenmesinde şiddet eylemlerinin göz önünde bulundurulmasını ve bu hakların kullanımının mağdurun veya çocukların haklarını ve güvenliğini tehlikeye düşürmemesini sağlamak üzere gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünü yüklemektedir (m 31); 'Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence' (2011) Treaty No 210, <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008482e>>, Erişim Tarihi 11.05.2020. Sözleşmeye katılmamızın onaylanmasına ilişkin 2012/2816 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ve sözleşme metni 8 Mart 2012 tarihi, 28227 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

¹¹ İstanbul Sözleşmesi'nde amaçlar arasında sadece kadınların şiddete karşı korunmalarının değil, aynı zamanda kadınlarla yönelik ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına katkıda bulunulmasının ve kadınların güçlendirilmesi yoluyla eylemler kadın-erkek eşitliğinin sağlanmasının da zikredilmiş olması (m 1 (b)), cinsiyete dayalı şiddet ile cinsiyete dayalı toplumsal hiyerarşi ve ayrımcılık arasındaki bağı vurgulamakta ve kadına karşı şiddetle mücadelenin ayrımcılıkla mücadelenin ayaklarından biri olduğunu ortaya koymaktadır.

Bu, asli amacı kadın haklarının korunması olan belgelerde bile özellikle altı çizilen bir noktadır¹². Nitekim çocukların menfaatlerinin devreye girdiği hallerde çocuğun üstün yararı ilkesi, yine hukuki bağlayıcılık taşıyan ve diğer temel ilkeleri arka planda bırakabilecek güce sahip bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda esasında çocukları korumaya yönelmiş olan velayet konusunun neden cinsiyet eşitliğinin sağlanması amacı ile ilişkilendirilmeye başlandığı sorusunu cevaplamak gerekir. Nitekim burada eşitlik düşüncesi ile izlenen amacın münhasıran çocuğun menfaatlerine yönelik olmadığı, eşler arasındaki ayrımcılığın önlenmesinin çocuğun yararının korunmasını sağlayan araçlardan biri olmanın ötesinde, çocuğun yararı değerlendirilirken mümkün olduğu kadar dikkate alınması gereken bir amaç olarak benimsendiği açıktır.

Kanımızca velayet konusunun cinsiyet eşitliği ile ilişkilendirilmesinin sebebini çocuğun üstün yararı kavramının genişliğinde ve sübjektif niteliğinde, dolayısıyla başka amaçlara ulaşılmak için kolaylıkla araç haline getirilebilir olmasında bulmak mümkündür. Çocuğun yararı kavramına tanınan meşruiyet, kavramı uygulamaya koyan mercilerin bu kavramı nasıl kullanabilecekleri veya ona nasıl bir anlam yükleyebilecekleri hususunda sınır koymamaktadır¹³. Çocuğun yararını tespit ederken ulaşmaya çalıştığımız amaçlar çeşitlilik gösterirler ve bazen birbirleriyle çelişirler. Çocuğun yaşam koşullarında istikrarın sağlanması, duygusal ve fiziksel sağlığının gözetilmesi, güvenliğinin sağlanması, akademik başarısının desteklenmesi, iyi bir vatandaş olarak yetiştirilmesi ve buna benzer amaçların her biri çocuğun yararı ile gerekçelendirilebilir ve somut bir olayda bunlar velayet açısından aynı çözüme işaret etmeyebilir¹⁴. Karar alan kişinin kişisel öncelikleri ve değer yargıları sürece ister istemez etki etmekte ve bu değer yargıları bazen çocuğun yararı kisvesi altında başka bazı toplumsal değerleri veya başka kişilerin hukuki menfaatlerini öncelemekte veya zedelemektedir. Yapısı itibarıyla farklı cinsiyetteki iki kişiyi karşı karşıya getiren velayete ilişkin ihtilaflarda en çok zedelenmeye müsait değerler de eşitliğe ilişkin değerler olmaktadır; nitekim karar alma organının cinsiyet rollerine ilişkin kişisel fikirleri, çocuğun yararının nerede olduğuna ilişkin yargısını da şekillendirebilmektedir¹⁵. Dolayısıyla velayet hukukunun nasıl düzenlendiği ve bu çerçevede çocuğun üstün yararı belirlenirken ne tür bir yorum yapıldığı, bir yandan kadına ve erkeğe yüklenen rol paylaşımını yansıtmakta, öte yandan rol paylaşımını etkileyici işlev görmektedir. Başka bir deyişle velayete ilişkin kurallar

¹² Örneğin bkz KKAÖS m 16 (d).

¹³ Françoise Dekeuwer-Defossez, 'L'intérêt (supérieur) de l'enfant : consensus, instrumentalisation ou subversion ?' iç Emmanuel Putman, Marie-Ève Pancrazi, Michel Buy, Bertrand Fages, Anne Laude, Dominique Velardocchio, *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, (LGDJ 2019) 346; Angela Marie Caulley, 'Equal Isn't Always Equitable: Reforming the Use of Joint Custody Presumptions in Judicial Child Custody Determinations' (2018) 27 (2) Boston University Public Interest Law 403, 417.

¹⁴ Katherine T Bartlett, 'Child Custody in the 21st Century: How the American Law Institute Proposes to Achieve Predictability and Still Protect the Individual Child's Best Interests', (1999) 35(3) Willamette Law Review 467, 468.

¹⁵ Erika R Schwarz, 'When Neutral Doesn't Really Mean Neutral: Louisiana's Child Custody Laws - An Attempt to Erase Gender Bias in the Name of Neutrality' (1996) 42 Loyola Law Review 365; Caulley (n 13) 418.

ve kararlar, kadın ile erkeğin sosyal rollerine ilişkin kalıpların hem aynası hem de üreticisi olmaktadır¹⁶. Tam da bu sebeple velayet hukuku, anne ve babaların cinsiyet temelinde gruplandığı ve bu grupların kendi menfaatlerini çocuğun yararı kılıfına büründürdüğü bir savaş alanı olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁷. Anne ve baba gruplarının çocuğun yararına ilişkin birbiriyle bağdaşmaz argümanları karşısında karar organı, kendi kişisel fikirlerine göre çocuğun yararının nerede olduğunu tespit etmektedir¹⁸. İşte bu nedendir ki, hukukumuzda da etki doğuran evrensel velayet hukuku ilkeleri bir yandan çocuğun yararını üstün ilke olarak esas almakta, öte yandan bu ilkenin uygulanma biçiminin cinsiyet eşitliğine uygunluğunu sağlamanın, daha açık bir ifadeyle ilkenin cinsiyet ayrımcılığına kılıf olmasının önüne geçmenin yollarını aramaktadırlar.

Cinsiyetsiz kurallar hukuki eşitliğin sağlanması için bir başlangıç noktası teşkil ederler. Ancak kuralın cinsiyetsiz biçimde formüle edilmesi, ayrımcı itkilerin hâkimlerin kişisel görüşleri vasıtasıyla karar alma sürecine dâhil olmasının da yolunu açabilir; bu nedenle cinsiyetsiz kuralların uygulanma biçimlerine ve doğurdıkları sonuçlara da dikkat edilmesi zorunludur¹⁹. Bu çalışmada, boşanma sonrası velayetin düzenlenmesinde, cinsiyetsiz bir kural gibi görünen çocuğun üstün yararı ilkesinin yorumlanma biçimlerinin cinsiyet eşitliği ile ilişkisi ortaya konulacak, her biri çocuğun üstün yararına dayandığı iddiasında olan farklı velayet modelleri cinsiyet eşitliği ile ilişkileri bağlamında incelenecektir²⁰. Bu amaçla öncelikle velayetin düzenlenmesinde çocuğun üstün yararı kavramına değineceğiz (I). Ardından kavrama getirilen eleştirilerin işaret ettiği sakıncaları aşmak amacıyla, velayette çocuğun üstün kavramının kapsamının daraltılmasına ilişkin uygulanan veya uygulanması önerilen hukuki modeller cinsiyet eşitliği ile olan ilişkileri çerçevesinde incelenecektir (II). Akabinde Türk hukukunda velayete ilişkin ihtilaflarda çocuğun üstün yararı

¹⁶ Benzer yönde Amélie Dionisi-Peyrusse ve Marc Pichard, 'L'autorité parentale et la persistance des inégalités de genre' içi Stéphanie Hennette Vauchez, Marc Pichard, Diane Roman (edr), *La loi et le genre, Études critiques de droit français* (CNRS 2014) 485.

¹⁷ Herma Hill Kay, 'No-Fault Divorce and Child Custody: Chilling out the Gender Wars' (2002) 36 (1) *Family Law Quarterly* 27, 30; Dekeuwer-Defossez (n 13) 350.

¹⁸ Dekeuwer-Defossez (n 13) 351; bazı yazarlara göre bu nedenle çocuğun yararına ilişkin unsurların şeffaf hale getirilmesi ve eleştirel bir bakışa tabi tutulması, kavramın içeriğinin disiplinler arası ve daimi bir diyalog halinde belirlenmesi gerekir, bkz Andrea Büchler ve Rolf Vetterli, *Ehe Partnerschaft Kinder* (3. Bası, Helbing Lichtenhahn 2018) 244.

¹⁹ Cinsiyetsiz kanunlar önyargıları ortadan kaldırmayı amaçlarken yargısal sonuçların tam da bu önyargıları yansıttığı yönünde, bkz Schwarz (n 15) 365.

²⁰ Her ne kadar boşanma sonrası velayet konusu ile evlilik dışı doğan çocuğun velayeti konusu genel olarak birlikte düşünülse ve ortak velayeti benimseyen hukuk sistemlerinde benzer kurallara tabi tutulsa da, fikrimizce bu iki mesele cinsiyet eşitliği açısından farklı dinamikler barındırmaktadır. Evlilik dışı doğan çocukların velayetinde çocukla ebeveynler arasında doğumdan itibaren geçerli olacak bir ilişkinin doğru biçimde tesis edilmesinin yolları aranmaktadır. Çocuğun doğumundan itibaren geçerli olacak eşitlikçi bir görev dağılımı, anne ve babanın çalışma hayatına görece eşit biçimde katılmalarını teşvik edebilir ve kadınlar ve erkekler arasında aile dışında da geçerli olan eşitsizliklerin törpülenmesini sağlayabilir. Boşanma sonrasında velayetin düzenlenmesinde ise o zamana kadar belirli bir şekilde süregelen ilişki sonradan değişmektedir; ebeveynler arasında eşitliğin ilk defa bu noktada kurulmaya çalışılması, o ana kadar çocuğun bakımını fiilen üstlenmiş kişinin, hem aile dışı hayatta aktif olma imkânını, hem de bu bakım ilişkisinden kaynaklanan avantajlarını kaybetmesine yol açabilir. Aile içi görev dağılımında gerçekleştirilememiş eşitliğin, ayrılık sonrası kurulmaya çalışılmasına kadın-erkek eşitliği ilkesinin özü ve amacı ile ne kadar bağdaştığı tartışma götürür. Bu iki konunun kendi iç dinamiklerine göre ele alınması gerektiğini düşündüğümüzden, çalışmanın hacmini arttırmamak için evlilik dışı doğan çocukların velayeti konusu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

kavramının nasıl yorumlandığı yine cinsiyet eşitliği ilkesi ile ilişkisi çerçevesinde tanıtılacaktır (III).

I. Velayetin Düzenlenmesinde Çocuğun Üstün Yararı Kavramının Rolü

Türk Medeni Kanunu, velayetin eşlerden birine bırakılmasına ilişkin hükümlerinde hâkimi sınırlandırıcı herhangi bir parametre koymamış, hâkime geniş bir takdir yetkisi tanımıştır²¹. Kanunda çocuklara ilişkin kararların ne şekilde alınacağını belirten genel nitelikte bir hüküm de bulunmamaktadır²². Bununla beraber, bu konuda esas alınacak ölçütün “çocuğun yararı” olduğu şüphe götürmez²³. Çocuğun üstün yararının gözetilmesi gereği, her şeyden önce anayasal bir ilkedir²⁴. Anayasa’nın 41. maddenin ikinci fıkrası “*Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar*” hükmünü içermektedir. Maddeye 2010 yılında eklenen üçüncü fıkra ile “*Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir*” kuralı getirilmiştir. Bu kural ile çocuklar, üstlerinde velayet ve kişisel ilişki hakları icra edilen varlıklar olmaktan çıkarılmış, çocukları ebeveynleri ile olan ilişkilerinde hak sahibi ve bunlara karşılık gelen yükümlülüklerin yararlanıcıları olarak gören çağdaş anlayış benimsenmiştir²⁵. Bu yeni düzenleme ile birlikte yine çağdaş anlayışı yansıtan çocuğun üstün yararı ilkesi de anne ve baba

²¹ Bilge Öztan ve Fırat Öztan, ‘Boşanmada Velayetin Tevdii’ (2016) 1 (2) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 473, 484; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve M Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku* (14. Bası, Filiz Kitabevi 2019) 144; Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku-Çocukların Hakları ve Korunması*, (6. Bası, Pegem Akademi 2018) 231. Türk Medeni Kanunu’nda hâkimlere geniş bir takdir yetkisi tanınmış olsa da hukukumuzda aile içi şiddetin önlenmesine ilişkin düzenlemelerin velayetin ve kişisel ilişkinin düzenlenmesinde şiddet unsurunun dikkate alınmasına ilişkin bir çerçeve çizdiğini ve böylece takdir yetkisinin sınırlarını daralttığını belirtmek gerekir. 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun (Kanun Numarası: 6284, Kabul Tarihi: 08.03.2012, RG 20.03.2012/28239), şiddet uygulayan kişilere ilişkin olarak hâkimin alabileceği önleyici tedbirler arasında velayete ve kişisel ilişkiye ilişkin düzenleme yapmaya yönelik yetkileri de saymıştır (m 5/I ç, m 5/III). Bu yetkiler, şiddet mağdurunun çocuğun kendisi değil, diğer ebeveyn olduğu hallerde de kullanılabilir (Mehmet Günay, ‘6284 Sayılı Kanuna Göre Korumaya ve Önleyici Tedbirler’ (2012) 3 (4) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 650, 666). Böylece kanun koyucu, aile içi şiddetin varlığı halinde, şiddetin devamına olanak sağlayan ilişkilerin kaldırılması için gerekirse velayet ve kişisel ilişkiye ilişkin konularda da karar alınmasını öngörmüş, bu kararlarda şiddet unsurunun, mağduru ister çocuk ister ebeveyn olsun birincil önemde dikkate alınması gerektiğini ortaya koymuştur. Bu kanuni düzenlemenin, çocuğun velayetinin ve kişisel ilişkilerinin düzenlenmesinde genel bir ilke getirdiğinin kabulü gerekir. 6284 sayılı kanun ve dayandığı İstanbul Sözleşmesi’nin izledikleri amacın yerine gelebilmesi için söz konusu ilkenin sadece 6284 sayılı kanun çerçevesinde yapılan talepler çerçevesinde değil, çocuğun velayetinin düzenlenmesini gerektiren diğer hallerde de uygulanması gerekmektedir.

²² İlknur Serdar, ‘Birlikte Velayet’ (2008) 10 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 155, 166. TMK’da belirli bazı konularda çocuğun yararının veya menfaatinin esas tutulması gereğini zikreden hükümler bulunmaktadır; velayetin kapsamına ilişkin m 339/İ ile kişisel ilişkinin düzenlenmesine ilişkin m 182/II bunlar arasındadır. Hukukumuzda çocuğun yararı kavramına değinen diğer hükümler için Öztan ve Öztan (n 21) 481.

²³ Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku, İkinci Cilt*, (21. Bası, Beta 2019) 311; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan Kitabevi 2015) 778-779; Öztan ve Öztan (n 21) 484-485; Hayrünnisa Özdemir ve Ahmet Cemal Ruhi, *Çocuk Hukuku (Ders Kitabı)* (3. Bası, On İki Levha 2019) 316; Akyüz (n 21) 231. Hukuki metinlerde ve öğretilerde kullanılan çocuğun yararı, üstün yararı, güvenliği, menfaati terimlerinin içerik bakımından farklılık içermediği yönünde, Gülçin Elçin Grassinger, *Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler* (On İki Levha 2009) 57-58.

²⁴ Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (İkinci basıdan tıpkı bası, Vedat Kitapçılık 2017) 65.

²⁵ Öztan ve Öztan (n 21) 474-475; çocuğun hak süjesi olarak tanınmasına ilişkin olarak, bkz Fulya Ertlüle, *İsviçre Medeni Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet* (Yetkin Yayınları 2019) 48 vd.

ile ilişkilerde gözetilmesi gereken bir anayasal bir ilke olarak tanınmış olmaktadır. İç hukukumuzun parçası olan²⁶ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme de yine bu ilkenin hukukumuzda genel bir kural olarak uygulanmasını sağlamaktadır²⁷. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3. maddesinin 1. fıkrası uyarınca "*Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.*"²⁸ Böylece, bu sözleşme çerçevesinde, çocuğun yararına uygun çözümün bulunması, çocukları ilgilendiren diğer konularda olduğu gibi, velayetin boşanan eşlerden birine bırakılması konusunda da hem kanun koyucunun hem de yargı organının esas almakla yükümlü olduğu temel saik olmaktadır²⁹. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi, çocuğun üstün yararının birinci planda dikkate alınması hakkına ilişkin 14 numaralı Genel Yorum'da (Genel Yorum)³⁰, çocuğun üstün yararı kavramının sözleşme ile tanınmış tüm hakların tam ve etkin biçimde kullanılmasını ve çocuğu bütünsel gelişimini amaçlayan bir ilke olduğunu (4 numaralı paragraf), bu ilkenin çocuğun menfaatinin diğer menfaatlerle eşit düzeyde tutulmamasını, çocuk için en iyi olan çözüme ağırlık verilmesini gerektirdiğini belirtmiştir (39 numaralı paragraf). Bu çerçevede yine ülkemizin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin de çocuğun menfaatinin üstün tutulması konusunda etki doğuran bir uluslararası belge olduğunun altı çizilmelidir. Nitekim her ne kadar sözleşme metninde yer almasa da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi verdiği kararlarda çocuğun üstün yararını taraf devletlerce hesaba katılması gereken bir değer olarak belirlemiştir³¹.

²⁶ Bkz yuk n 3.

²⁷ Çocukların korunmasına ilişkin diğer uluslararası sözleşmeler için bkz Sevgi Usta, *Velayet Hukuku* (On İki Levha 2016) 62 vd; Öztan ve Öztan (n 21) 476 vd; Serozan (n 24) 54-59.

²⁸ Serdar (n 22) 168. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin doğrudan uygulanabilirliği konusuna ilişkin tartışmalar için, bkz Usta (n 27) 76-80. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların içerdikleri kuralların soyut ve programatik niteliği, kanun koyucu tarafından somutlaştırılmadan mahkemelerce doğrudan uygulanabilirliklerini güçleştirmektedir; bu konuda bkz Serozan (n 24) 47 vd. Ancak uygulamada Yargıtay'ın velayete ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararlarında Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin çocuğun yararının öncelikli olmasına ve çocuğun görüşünün alınmasına ilişkin hükümlerini uygulamakta tereddüdü bulunmamaktadır; yakın tarihli örnekler için bkz Yargıtay 2. HD, 4398/12754, 24.12.2019; 2. HD, 2205/258, 16.1.2019; 2. HD, 4268/9711, 20.09.2018, <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 11.05.2020.

²⁹ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin çocuğun velayeti ve kişisel ilişki kurma hakkı ile ilintili diğer hükümleri arasında, çocuğun kendi üstün yararına aykırı olmadıkça, anne ve babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkını tanıyan 9. maddesinin 3. fıkrası, anne ve babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkını düzenleyen 7. maddesinin birinci fıkrası, taraf devletlerin, "*çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı*" göstereceklerini öngören 18. maddesinin birinci fıkrası ile çocuğun karar alma sürecine katılımını düzenleyen 12. maddesi bulunmaktadır.

³⁰ UN Committee on the Rights of the Children, 'Right of the Child to Have His or Her Best Interests Taken as a Primary Consideration' (2013), General Comment No 14, <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CR%2fC%2fGC%2f14&Lang=en> Erişim Tarihi 11.05.2020.

³¹ Bu konuya değinen ilk kararlardan biri, 1994 yılında verilmiş olan *Hokkanen v Finlandiya* kararıdır. Kararda baba ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasını kolaylaştırmak için alınması gereken önlemler çerçevesinde zorlama tedbirlerine başvurulurken tüm ilgililerin haklarının, özellikle de çocuğun üstün yararının gözetilmesi gerektiği belirtilmiştir; bkz *Hokkanen v Finland* App no 19823/92 (ECtHR, 23.09.1994), <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%7B%22001-57911%22%7D%7D>>, Erişim Tarihi 11.05.2020. Mahkemenin konuya ilişkin ilkelerini açıkladığı yakın tarihli bir kararı için, bkz *YI v Rusya* App no 68868/14 (ECtHR, 25.02.2020), <<https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22itemid%22:%7B%22001-201326%22%7D%7D>> Erişim Tarihi 11.05.2020)

Böylece görülmektedir ki çocuğu ilgilendiren kararların onun üstün yararına uygun biçimde alınması gereği, hukukumuzda hem anayasal düzeyde bağlayıcılık içeren, hem de uluslararası sözleşmeler yoluyla iç hukukumuzun parçası haline gelmiş olan genel nitelikte bir ilkedir. Demek ki yargı organları, velayet konusu da dâhil olmak üzere, çocukları ilgilendiren kararlarda bu ilkeyi temel düşünce olarak almak zorundadırlar. Kullanılacak standardın çocuğun ihtiyaçlarına odaklanmış biçimde belirlenmesi, kendini gereği gibi ifade edemeyen çocuğun bu zayıf durumunun dengelenmesini sağlamaktadır³². Nitekim Genel Yorum'da belirtildiği gibi, çocuklar, bağımlılık, olgunluk, hukuki statü açılarından yetişkinlere nazaran eksiklik içindedirler. Kendi menfaatlerini savunma konusunda yetişkinlerden daha az imkâna sahip olmaları çocukların menfaatlerinin altının çizilmesini gerektirmektedir; aksi halde bu menfaatler görünmez hale gelebileceklerdir (37 numaralı paragraf).

Çocukları ilgilendiren tüm alanlarda olduğu gibi, velayete ilişkin kararların da çocuğun üstün yararına göre şekillenmesi gerektiği konusunda herkes hemfikirdir³³; asıl sorun bu menfaatin nasıl tespit edileceğidir. Çocuğun üstün yararı da tüm belirsiz standartlar gibi hepimizde bir fikir uyandırmakta, ancak somutlaştırılması güçlükler yaratabilmektedir.

Kavramın bu esnek niteliği aslında kullanılmasındaki avantajı ve bu kadar uzun ömürlü olmasını açıklayan temel etmen olarak karşımıza çıkar. Hukuk sistemlerinin bazı konularda bu tür açık uçlu standartları tercih etmelerinin altında, çözüm gerektiren ihtilafın altındaki olguların çok karmaşık ve çeşitli olabileceği hallerde, somut olaya göre verilecek kararın önceden konulan genel kurallara göre yapılan değerlendirmeden daha adil sonuca götüreceği düşüncesi yatmakta ve standardın yarattığı belirsizliğe bu nedenle tahammül edilmektedir³⁴. Başka bir deyişle adil çözüm ancak somut faktörlere göre belirlenebiliyorsa bu çözümü bulma görevi, geniş bir standart çerçevesinde hâkime bırakılır. Velayete ilişkin sorunlarda da çocuğun üstün yararı ilkesinin herhangi bir daraltıcı etmen olmaksızın kullanılması bu kabulün bu alanda da geçerli olduğunu göstermektedir. Bu alan özelinde hâkime tanınan geniş takdir yetkisi, tüm çocuklar veya ortalama çocuk için neyin faydalı olduğuna göre değil, belirli bir çocuğun durumuna göre karar verilmesini sağlar³⁵;

³² Usta (n 27) 137; Evgen Gülçin Elçin, 'Çocuğun Menfaati Gereği Çocukla İlgili Uyuşmazlıklarda Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar' iç Evgen Gülçin Elçin-Arzu Genç Arıdemir (edr), *Çocuk Hakları Çalışmaları-1* (On İki Levha 2017) 7; Öztan ve Öztan (n 21) 482.

³³ Bartlett (n 14) 467. Bu ilkeyi yaygınlaştıran Çocuk Haklarına Dair Sözleşme çok geniş bir coğrafyaya yayılmış biçimde uygulanmaktadır. Sözleşmeyi imzalayan ve onaylayan ülkeler için, bkz <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtidsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en>, Erişim Tarihi 11.05.2020. Amerika Birleşik Devletleri, sözleşmeyi imzalamış fakat onaylamamıştır. Ancak sözleşme ile benimsenen değerlerin Amerika Birleşik Devletleri yargı organlarında da benimsenen değerler olduğu belirtilmektedir (Elaine E Sutherland, 'Child Custody and Cognate Concepts: The Challenges' iç Barbara Stark, Jacqueline Heaton (edr), *Routledge Handbook of International Family Law* (Routledge 2019) 128, dn 3.)

³⁴ Elizabeth S Scott ve Robert E Emery, 'Gender Politics and Child Custody: The Puzzling Persistence of the Best-Interest Standard' (2014) 77 *Law and Contemporary Problems* 69, 74.

³⁵ Bartlett (n 14) 470; Sutherland (n 33) 134.

böylece sıra dışı durumların ve ihtiyaçların eşik altında kalmasına engel olur. Genel Yorum'da da çocuğun üstün yararı kavramının karmaşıklığına dikkat çekilmiş, ancak erdemnin de esnekliğinde ve ihtiyaçlara göre şekillenebilen dinamik niteliğinde yattığı belirtilmiştir: Bu niteliği sonucu çocuğun üstün yararı kavramı, çocuğun bireysel durumuna göre adapte edilebilen bir karar alma mekanizması sağlamaktadır (32 ve 34 numaralı paragraflar).

Ancak bu esneklik çeşitli sorunları da beraberinde getirmektedir. Çocuğun üstün yararı ilkesinin hâkime verdiği yetkinin genişliği, belirli bir velayet davasında çıkacak sonucu tamamen belirsiz ve öngörülmez kılmaktadır. Sonucun öngörülmezliğinin yarattığı sorunlar içinde en çok dile getirilenler husumet ortamının tırmanması ve ayrımcı çözümlere kapı açılmasıdır³⁶. Çocuğun üstün yararı standardı çerçevesinde her iki tarafın da velayeti elde etme ihtimali bulunmaktadır. Böylece her iki taraf da karşı tarafı kötileyici iddialar geliştirmek ve karşı tarafla iş birliği yapmaktan kaçınmak yönünde cesaret bulmakta, taraflar uzlaşmacı davranışa teşvik edilmemektedir³⁷. Husumetin bu şekilde tırmanması ise ebeveynleri ileride çocuğun da zararına olacak şekilde birlikte hareket edemez hale getirmektedir. Bu ihtilaf ortamı velayet konusunun başka talepleri bertaraf etmek için koz olarak kullanılabilmesi imkânını da doğurmaktadır. Velayet açısından kazanma ihtimali olan ebeveyn, aslında velayeti almak istemese de, bu unsuru kullanarak diğer ebeveyni başka alanlarda taviz vermeye zorlayabilmektedir. Bu durumda çocuğun velayetini almaya en istekli olan tarafın bu uğurda ekonomik taleplerinden vazgeçmesi sonucu doğabilmektedir³⁸. Keza çocuğun üstün yararı standardının genişliği, karar organının, velayet sorunu özelinde hâkimin, bilerek veya bilmeyerek kendi önyargılarını bu sürece dâhil etmesine, bireysel inançların kararı etkilemesine olanak sağlamaktadır³⁹. Bu çerçevede anne ile baba konumundaki kişilerin farklı ebeveynlik standartlarına tabi tutulmaları söz konusu olabilmektedir. Ayrıca, esasında toplumdaki cinsiyet ayrımcılığına dayalı olarak gelişen, kadın ve erkek arasında çocuğun bakımı için gerekli imkânlarla ulaşma konusundaki eşitsizlik, çocuğun üstün yararı görüntüsü

³⁶ Ayrıca, hangi ebeveynin daha iyi bir ebeveyn olduğuna yönelik bir değerlendirmede iddia edilen olguların ispatına ilişkin güçlükler, bu iddiaların manipüle edici etkileri ve kanun yollarının işlevsiz hale gelmesine yönelik çekinceler için bkz Scott ve Emery (n 34) 74 vd; benzer yönde Susan Beth Jacobs, 'The Hidden Gender Bias Behind the Best Interest of the Child Standard in Custody Decisions' (1997) 13 Georgia State University Law Review 845, 855; Dekeuwer-Defossez (n 13) 349. Bunun yanı sıra hâkimlerin destek aldıkları uzman personelin çocuğun üstün yararını doğru biçimde saptamaya muktedir olup olmadıkları da tartışma konusudur. Bir görüşe göre değerlendirmenin disiplinler arası bir ekiple yapılması gerekir; bkz Büchler ve Vetterli (n 18) 244; Genel Yorum (94 numaralı paragraf). Ancak, kısa süreli temaslarda gerçek ailevi durumun anlaşılabilmesi riskinin hâkim için olduğu kadar bu kişiler için de mevcut olduğu ve uzman görüşüne başvurulurken de ölçülü biçimde davranılması, özellikle uzman görüşünün velayetin kimde olması gerektiğine ilişkin çıkarsama içermemesi gerektiği yönünde, bkz Scott ve Emery (n 34) 94.

³⁷ Scott ve Emery (n 34) 69, 72; Bartlett (n 14) 470; Sutherland (n 33) 134.

³⁸ Bartlett (n 14) 470. Velayeti alma tehdidinin, aslında velayeti almaya istekli olmayan tarafça nafaka yükümlülüğünü azaltmak için koz olarak kullanıldığı yönünde, Kay (n 17) 34; Schwarz (n 15) 383. Bu yazarlara göre ekonomik açıdan kadınların zararına çalışan ve çocukla yakın olmak için ekonomik taleplerden vazgeçmeye zorlayan bu kural, kadınlara karşı ayrımcılık yaratmaktadır.

³⁹ Kathy T Graham, 'How the ALI Child Custody Principles Help Eliminate Gender and Sexual Orientation Bias from Child Custody Determinations' (2001) 8 (1) Duke Journal of Gender Law 323, 325.

altında cinsiyet ayırımına dayalı veya bu ayrımı perçinleyen kararların alınmasına yol açabilmektedir⁴⁰. Örneğin, taraflardan hangisinin ekonomik kaynaklarının daha fazla ve istikrarlı olduğuna dayalı bir değerlendirme, kadının daha az kaynağa sahip olmasının evlilik sırasındaki iş bölümünün sonucu olabileceğinin hesaba katılmaması anlamına gelir⁴¹. Benzer şekilde, kimin çocukla daha çok vakit geçirebileceğine dayalı bir değerlendirme, çalışan anneleri çalışan babalar karşısında dezavantajlı duruma sokabilir; nitekim çalışan annelerin yetkinliği geleneksel anne modeline göre, çalışan babaların yetkinliği de geleneksel baba modeline göre ölçülmektedir⁴².

Bu eleştiriler çerçevesinde velayete ilişkin uyumsuzluklarda çocuğun üstün yararı kavramının içeriğinin öngörülebilir biçimde belirlenmesinin mümkün olup olmadığı ve bu tür belirlemelerin kavramdan beklenen faydaları ne şekilde etkileyeceği sorusu karşımıza çıkmaktadır. Hukuk sistemlerindeki gelişmelere bakıldığında çocuğun üstün yararı kavramını öngörülebilir hale getirme ihtiyacının öteden beri kuvvetle hissedildiği ve bunun çocuğun üstün yararı değerlendirilirken bazı etmenlerin özellikle ön plana çıkmasına neden olduğu görülmektedir. Bazı sistemlerde annenin çocuk bakımında oynadığı rol halen birincil önemde sayılmakta ve çocuğun üstün yararının anne ile kalmasında olduğu karine olarak kabul edilmektedir⁴³. Bununla beraber velayet hukukunda gittikçe daha yaygın olarak benimsenen eğilimlerden biri, çocuğun her iki ebeveynle de ilişkisinde devamlılığın sağlanmasıdır⁴⁴. Bu yaklaşım anne ayrıcalığının kırılmasına ve ortak velayete ilişkin karine niteliğinde çözümlerin yaygınlaşmasına neden olmuştur⁴⁵. Bunlara ilaveten, anne gruplarının aile içi şiddete ve baba gruplarının çocukların anneler tarafından babalarına yabancılaştırılmalarına yaptıkları vurgular ilgili tehlikeyi yaratan ebeveyn velayetin verilmemesinin de velayet hukukunun temel politikaları arasında yer alması sonucunu doğurmuştur⁴⁶.

Böylece çocuğun üstün yararının saptanmasında belirlilik ve öngörülebilirlik sağlamak üzere, çocuğun üstün yararına hizmet ettiği düşünülen çözümlerin bazen kanun koyucu tarafından genel kural olarak benimsendiği, bazen de yargı organları tarafından fiilen genel kural olarak uygulandığı görülmektedir. Bu noktada dikkat çeken hususlardan biri, birbirleriyle çelişkili sonuçlara götüren bu kuralların tamamının çocuğun üstün yararı kavramı üzerine kurulu olmalarıdır. Bu durum, çocuğun üstün yararına ilişkin mevcut ampirik çalışmaların yetersizliğini ortaya koymakta, bu çalışmaların farklı toplumlar ve özellikle farklı toplumsal katmanlar

⁴⁰ Jacobs (n 36) 849, 857.

⁴¹ ibid 857-858.

⁴² Geleneksel baba modelinde babaların gündelik işlere katılmasının beklenmediği, böylece babanın ev işlerine katılımla ilgili en ufak çabasının önemli bir adım olarak görüldüğü yönünde, ibid 867.

⁴³ Bkz aş II A 1.

⁴⁴ Scott ve Emery (n 34) 83; Sutherland (n 33) 134; Caultley (n 13) 448.

⁴⁵ Sutherland (n 33) 135.

⁴⁶ Susan B Boyd, 'Can Child Custody Law Move Beyond the Politics of Gender' (2000) 49 University of New Brunswick Law Journal 157, 158 vd; Scott ve Emery (n 34) 70- 71.

ve gelir düzeyleri üzerinden çeşitlendirilmesi gerektiğini düşündürmektedir⁴⁷. Konumuz açısından öncelikli olan mesele ise bu kuralların anne ve baba arasındaki eşitliğin sağlanması açısından ne anlama geldikleri, daha genel bir sorun olan kadın-erkek eşitliği kavramı altında nerede durduklarıdır. Bu açıdan da çocuğun üstün yararı standardını öngörülebilir hale getirme çabalarının ilginç sonuçlar doğurduğu söylenebilir. Nitekim çocuğun üstün yararı standardının öngörülmezliğinin sakıncalarından biri ayrımcılığa kapı açması iken, aşağıda açıklanacağı gibi, öngörülebilirlik sağlayan kuralların bazıları ayrımcılığı daha da derinleştirici rol oynamaktadırlar. Başka bir deyişle, bazı kurallar ayrımcılığı risk olmaktan çıkarıp doğrudan doğruya öngörülebilir bir sonuç haline getirmektedirler.

II. Velayetin Düzenlenmesinde Çocuğun Üstün Yararının Belirlenmesine İlişkin Ölçütler

Çocuğun üstün yararının belirlenmesine ilişkin uygulanmış ve uygulanmakta olan sistemlerin iki ana grup altında toplanmaları mümkündür. Bazı sistemler, velayetin tek başına kullanılması esasına dayanmakta olup, çocuğun hangi ebeveyn ile hayatını devam ettirmesinin onun üstün yararına daha uygun bir çözüm teşkil ettiğine ilişkin kurallar geliştirmişlerdir. Bazı sistemlerde ise çocuğun üstün yararının boşanma sonrasında da velayetin birlikte icra edilmesinden geçtiği kabul edilmiştir; ancak bu noktada velayetin “birlikte” icrasının ne anlama geldiği konusunda önemli ayrımlar bulunmaktadır.

A. Tek Başına Velayet

1. Anne Şefkatine Muhtaç Olma Ölçütü

Küçük yaştaki çocukların “anne şefkatine muhtaç” oldukları yönündeki düşünce, velayet konusunda önceliğin anneye verilmesini sağlamaktadır (*tender years doctrine*)⁴⁸. Anne ile küçük yaştaki çocuk arasında özel bir bağ olduğuna ve annenin “doğal olarak” çocuğun bakımı ile yükümlü ve yetkili olduğu varsayımına dayalı olan bu düşünce, 20. yüzyılın başlarında yaygınlık kazanmaya başlamış ve çocuklar üzerindeki haklarda önceliği babaya veren önceki kuraldan kopuş sağlamıştır⁴⁹. Böylece velayet düzenlemesinde babayı tercih eden bir sistemden anneyi tercih eden bir sisteme geçiş gerçekleşmiştir.

⁴⁷ Amerika Birleşik Devletleri’nde ebeveynlik ilişkilerine ilişkin hukuk kurallarının farklı sosyal ve kültürel sınıflar açısından taşıdığı anlam ve doğurduğu sonuçlar üzerine bir inceleme için, bkz June Carbone ve Naomi Cahn, ‘The Triple System of Family Law’ (2013) Michigan State Law Review 1185.

⁴⁸ Graham (n 39) 324; Sutherland (n 33) 135.

⁴⁹ İsviçre için bkz Büchler ve Vetterli (n 18) 239; Anglosakson hukuk sistemi için bkz Lynn Dennis Wardle, William C Duncan ve Laurence C Nolan, ‘United States of America’ iç Walter Pintens (ed) *International Encyclopaedia of Laws: Family and Succession Law* (Wolters Kluwer 2018) 184; Darya Hakimpour, ‘Distributing Children as Property: The Best Interest of the Children or the Best Interest of the Parents’ (2017) 37 (1) Children’s Legal Rights Journal 128, 130; Jacqueline W Yee, ‘Child Custody Decisions: Should the Best Interests of the Child Standard Be the Primary Determinant’ (2019) 65 (1) Wayne Law Review 175, 177; James Herbie DiFonzo, ‘Dilemmas of Shared Parenting in the 21st Century: How Law and Culture Shape Child Custody’ (2015) 43 (4) Hofstra Law Review 1003, 1004-1006, Caulley (n 13) 413.

Anglosakson hukuk sistemlerinde bu kuralın öncelikle başlı başına bir velayet hukuku kuralı olarak uygulandığı görülmektedir⁵⁰. Ancak toplumsal cinsiyet eşitliği söylemi ve baba hareketlerinin büyümesi bu doktrini zayıflatmış ve anne ve baba, velayeti alma konusunda eşit adaylar olarak görülmeye başlanmıştır⁵¹. Böylece anne şefkatine muhtaç olma ölçütü resmî bir kural olmaktan çıkmış, yerini cinsiyet açısından tarafsız görünen kurallara bırakmıştır⁵². Bunlardan en kalıcı ve yaygın olanı da⁵³ çocuğun üstün yararı (*best interest*) ilkesi olmuştur⁵⁴.

Bununla beraber, başta da ifade edildiği gibi, cinsiyet açısından tarafsız görülen bu kuralın esnekliği, kanun koyucuların ortadan kaldırır gibi gördükleri ayrımların yargısal yorum yoluyla geri dönmesini sağlayabilmektedir. Nitekim anne şefkatine muhtaç olma ölçütünün terk edildiği sistemlerde çocuğun üstün yararı ilkesine geçişin velayetin anneye verilmesi yönündeki tercihi ortadan kaldırmadığı gözlemlenmiştir. Anne şefkatine muhtaç olma ölçütü, çocuğun üstün yararı kavramının içeriğinin daraltılmasını ve yargı kararlarında öngörülebilir bir örüntü yaratılmasını sağlamakta, velayetin öncelikli olarak anneye verilmesinin gerekçelendirilmesi işlevini görmektedir⁵⁵. Aşağıda göreceğimiz gibi, Yargıtay da velayete ilişkin uyuşmazlıklarda çocuğun üstün yararı ilkesinin yorumlanmasında esas olarak bu ölçütü kullanmaktadır⁵⁶.

Çocuğun yararının tespit edilmesinde anne şefkatine muhtaç olma ölçütünün bir karine gibi uygulanmasının çocuğun yararına ilişkin olarak yaratabileceği temel sakınca, bunun babanın çocuğun hayatında hiçbir söz sahibi olmamasına ve çocuğun babasına yabancılaşmasına neden olabilecek olmasıdır. Ancak bu sakınca velayetin eşlerden birine verildiği hallerin tümü için geçerlidir. Ebeveynlerin saygı gösterecekleri, genişletilmiş bir kişisel ilişki hakkının kurulması ile çocuğun hayatında istikrar sağlanması ve babadan uzaklaşma riskinin asgariye indirilmesi

⁵⁰ Hakimpour (n 49) 131-132.

⁵¹ Amerika Birleşik Devletleri'nde kuralın terk edilmesinin nedenleri için bkz Wardle, Duncan ve Nolan (n 49) 185.

⁵² Wardle, Duncan ve Nolan (n 49) 127.

⁵³ Bu kuralın yerine geçen kavramlardan biri de birincil bakıcı ölçütüdür; ancak bu kavram çocuğun üstün yararı kavramından daha az cazip görülmüştür; bkz aş II A 2.

⁵⁴ Jacobs (n 36) 853; Graham (n 39) 324; Wardle, Duncan ve Nolan (n 49) 126.

⁵⁵ Amerika Birleşik Devletleri'nde eyaletlerin çoğunun çocuğun üstün yararı ilkesini uyguladığı, ancak araştırmaların annenin çocuğa bakım ve duygusal destek sağlamada ideal ebeveyn olduğu varsayımına dayalı anne şefkati öğretisinin çocuğun üstün yararı ilkesinin uygulanmasını etkilediği yönünde, Yee (n 49) 179; DiFonzo (n 49) 1007; ayrıca bkz Caulley (n 13) 417-418.

⁵⁶ Bkz aş III B. İsviçre hukukunda da 1990'lara kadar bu görüşün öncelikli olduğu görülmektedir; anneye öncelik verilmesi yönündeki federal mahkeme kararlarına örnekler için bkz BGE 111 II 225; BGE 109 II 193, kararlar için <<https://www.bger.ch/index.htm>> Erişim Tarihi 11.05.2020. Daha sonraları cinsiyete dayalı bir avantaj sağlanmaması için bakım ilişkisinin devamlılığına dayanan birincil bakıcı ölçütüne göre çocuğun yararının yorumlandığı belirtilmektedir (Büchler ve Vetterli (n 18) 239). Ortak velayetin kural şekline büründüğü yasal değişiklikten önce, çocuğun yüksek menfaatine göre tek başına velayete karar verilmesini gerektiren İsviçre sisteminde annenin kendiliğinden öncelik sahibi olmadığını açıkça ifade eden bir karar için, bkz BGER 5A_375/2008, 11. 08.2008, para 3.1.4, <http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?highlight_dodid=aza%3A%2F%2F11-08-2008-5A_375-2008&lang=de&type=show_document> Erişim Tarihi 11.05.2020.

mümkündür⁵⁷. Dolayısıyla çocuğun menfaati açısından uygun olup olmadığına bakıldığında, genişletilmiş bir kişisel ilişki ile birleşmiş bir anne şefkatine muhtaç olma ölçütünün, çocuğun ilişkilerdeki devamlılık yönündeki ihtiyacına cevap verebilecek nitelikte olduğu savunulabilir. Anne şefkatine muhtaç olma ölçütü esasında çocuğun menfaatlerinden ziyade anne ve babaların menfaatlerini korumada yetersiz kaldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu kuralın olayların büyük çoğunluğunda velayetin anneye verilmesini sağladığı iddiasında olan baba grupları açısından bu durum -ve fiilen bu sonuca götürdüğü hallerde çocuğun üstün yararı ölçütü- babanın çocuğun hayatından hem hukuki hem de duygusal olarak çıkmasına neden olmaktadır ve bu yönüyle cinsiyet eşitliğine aykırı görünmektedir. Duruma anneler açısından bakıldığında da esasında bu ölçütün yarattığı fiili üstünlüğün son derece kırılğan olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim çocuğun anne şefkatine muhtaç olması nedeniyle anneye bırakılması kuralı, ancak belirli bir olaydaki anne, geleneksel anne modeline uygun olduğu hallerde kadını koruyucu işlev görmektedir. Sistemin anne lehine yarattığı avantaj, annenin çocuğun velayetini üstlenmeye uygun olmadığı düşünülmesi hallerde kolaylıkla ortadan kalkmaktadır. Özellikle annenin çalıştığı için çocuğa bakamayacağı düşüncesi veya yaşam tarzına dayalı ahlaki mülhazalar kuralın uygulanmasına engel olabilmektedir⁵⁸. Ayrıca çocukların anne şefkatine muhtaç olduğu yönündeki anlayışın, ortak çocuklardan kadınların sorumlu olduğu ve erkeklerin sorumlu olmadığı yönündeki yerleşik inancı güçlendirdiği⁵⁹ ve bu durumun anne ve babaya toplumun yönelttiği beklentilerdeki farklılıkların muhafaza edilmesine hizmet ettiği de söylenebilir. Bu ise yine annenin geleneksel, evde oturan anne modelinden ayrılması halinde velayeti icra etmeye uygun olmadığı inancına götürebilecek ve velayetin kendisine verilmemesine sebep olabilecektir. Görüldüğü gibi anne şefkatine muhtaç olma ölçütü, bir karine biçiminde uygulandığında bir yandan babaların çocuğun gelişiminde üstlenebilecekleri işlevi göz ardı ederek erkekleri belirli bir rol içine sıkıştırmakta, öte yandan anneleri de ancak geleneksel kalıplara uygun davrandıkları ölçüde korumakta, dolayısıyla yerleşik cinsiyet rollerini perçinleyici işlev görmektedir.

2. Birincil Bakıcı Ölçütü

80'li yıllarda bazı Amerikan eyaletlerinde ortaya çıkmış başka bir kural ise, velayeti icra etmeye uygun olmadığı ispatlanmadığı sürece, velayetin çocuğun bakımını geçmişte sağlamış olan ebeveyne, başka bir ifadeyle birincil bakıcıya (*primary caretaker*) verilmesi yönündedir⁶⁰. Bu kural da yerini çocuğun üstün yararı ölçütüne

⁵⁷ Bu varsayımın ikna ediciliğinin, kişisel ilişkinin düzenlenme biçimine göre bir sistemden diğerine değişebileceğinin altını çizmek gerekir. Örneğin hukukumuzda kişisel ilişki ebeveyne çocukla fiziksel olarak temas kurma dışında hiçbir yetki tanımazken İsviçre Medeni Kanunu'nun 275a maddesi velayet hakkına sahip olmayan ebeveynin bilgi alma hakkını, çocuğun gelişimini etkileyecek kararlardan önce dinlenilme hakkını, çocukla ilgili olarak üçüncü kişilerden bilgi alma hakkını düzenlemektedir.

⁵⁸ Schwarz (n 15) 383; Graham (n 39) 324; Boyd (n 46) 163.

⁵⁹ Schwarz (n 15) 383.

⁶⁰ Sutherland (n 33) 135; Bartlett (n 14) 473.

birakmış olsa da halen çocuğun yararının saptanmasında dikkate alınan etmenlerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır⁶¹.

Bu kural, çocuğun bakımını öncelikli olarak gerçekleştirmiş kişinin çocukla daha yakın bir bağının olduğu ve ebeveynlik yetisinin daha gelişmiş olduğu varsayımına dayanır ve hâkimin ebeveynlerden hangisinin geçmişte çocukla daha fazla vakit geçirdiğini saptamasını gerektirir⁶². Birincil bakıcı ölçütü de bir karine gibi uygulandığı hallerde çocuğun yararının saptanmasında öngörülebilir bir çözüm getirmekte ve ihtilaf alanını daraltmaktadır⁶³. Çocuğun velayetinin ona daha çok ilgi gösteren ebeveyne verilmesini sağladığı için, tek başına velayetin benimsendiği hallerle sınırlı olarak, çocuğun hayatındaki istikrarın korunmasına değer verdiği ve bu açıdan onun yararını korumaya yöneldiği söylenebilir. Ayrıca velayetin tayininde cinsiyete dayalı bir ayırım yapmadığından ve sadece geçmiş ilişki pratiğine odaklandığından ebeveynlere çocuğun velayetini alma konusunda eşit olanak sağlamak⁶⁴ ve anne şefkatine muhtaç olma ölçütünden farklı olarak belirli bir cinsiyete mensup kişiyi cinsiyeti nedeniyle avantajlı hale getirmemektedir. Birincil bakıcıya öncelik verilmesi, bir yandan evlilik içinde çocuğun bakımına katkı sağlamak açısından her iki ebeveyni de cesaretlendirici olmakta, öte yandan çocuğun üstün yararının cinsiyet ayrımcılığını tetikleyebilecek gelir dengesizliği, iş güvenliği, hayat tarzı seçimleri gibi unsurların devre dışı kalmasıyla belirlenmesini sağlamaktadır⁶⁵. Bu nedenle bu kuralın tek başına velayetin benimsendiği hallerde cinsiyet eşitliği ilkesine en uygun çözüm olduğu söylenebilir. Ancak toplumsal yaşamda, evde bakım yükümlülüğünü gerçekleştirenler çoğunlukla anneler olduğundan, bu kuralın da fiilen annelere öncelik tanınması sonucunu doğurduğu açıktır⁶⁶. Buna istinaden kuralın örtülü biçimde anneleri koruyucu bir kural olduğu söylenmektedir⁶⁷. Bununla beraber bu durum annelerin cinsiyete dayalı olarak değil, kadınların çocuk bakımında birincil rolü üstlenmiş veya buna itilmiş olmalarının sonucu olarak karşımıza çıkmakta⁶⁸, uygulanan kuralın kadınlar lehine bir önyargı tesis ettiği anlamına gelmemektedir⁶⁹.

Ancak bu kural da kendine has sorunlar içermektedir. Velayetin birincil bakıcıya verilmesi, her ailede ebeveynlerden birinin birincil bakıcı olduğu veya olması gerektiği

⁶¹ Caulley (n 13) 416. Birincil bakıcı ölçütü, Batı Virjinya eyaletinde bağımsız bir velayet kuralı olarak kabul edilmiş ancak daha sonra aşağıda göreceğimiz ALI İlkeleri'nin önerdiği model ile değiştirilmiştir. Bugün ise bazı eyaletlerde çocuğun velayetinin düzenlenmesinde dikkate alınan etmenlerden biri olarak kullanılmaktadır (Wardle, Duncan ve Nolan (n 49) 186; DiFonzo (n 49) 1007).

⁶² Bartlett (n 14) 473; Jacobs (n 36) 826; Hakimpour (n 49) 133; Wardle, Duncan ve Nolan (n 49) 186; Caulley (n 13) 414-415.

⁶³ Caulley (n 13) 415.

⁶⁴ Jacobs (n 36) 826.

⁶⁵ ibid.

⁶⁶ Wardle, Duncan ve Nolan (n 49) 186; Caulley (n 13) 416.

⁶⁷ Sutherland (n 33) 135; Scott ve Emery (n 34) 81; Hakimpour (n 49) 133.

⁶⁸ Wardle, Duncan ve Nolan (n 49) 185.

⁶⁹ Bartlett (n 14) 473.

varsayımına dayanmaktadır. Ebeveynler arasında bu tür bir ayırımın yapılamayacağı aile tiplerinde bu kural işlememektedir. Örneğin eşlerin çocuğun bakımına aşağı yukarı eşit katkıda bulunduğu, bir bakıcının veya diğer aile fertlerinin yardımına başvurulduğu hallerde bu kural somut duruma adapte olmakta başarısız olmaktadır.⁷⁰ Ayrıca kural, tek başına velayeti esas aldığından, eşler arasında bakımı üstlenme açısından küçük farklılıklar velayetin tayininde büyük farklılıklara yol açmaktadır; bu da hem adaletsiz sonuçlara götürebilecek hem de ihtilafı tetikleyebilecek bir etmendir.

B. Ortak Velayet

1. Ortak Velayet Kavramı

Ülkemizde de son yıllarda sıklıkla gündeme gelmeye başlamış olan ortak velayet kavramı, hem çocuğun yararı açısından, hem de kadın-erkek eşitliği açısından doyurucu bir çözüm olarak düşünülmekte ve pek çok hukuk sisteminde kabul görmektedir. Bir zamanlar çocuğun yararına uygun olmadığı gerekçesiyle kategorik olarak reddedilen ortak velayet⁷¹, artık olası seçeneklerden biri olmanın da ötesinde, çocuğun yararına en uygun çözüm olduğu varsayımıyla norm haline gelmiştir. Öyle ki artık bazı hukuk sistemleri boşanmanın velayete etkisinin olmayacağını kural olarak kabul etmiş ve tek başına velayeti istisna olarak benimsemişlerdir. Anne ve babanın boşanmadan sonra velayeti birlikte icra etmeye devam etmelerinin temel gerekçesi olarak çocuğun ebeveynlerle olan ilişkilerinde devamlılığın sağlanmasına ilişkin yararı ileri sürülmektedir. Ortak velayet modelinin çocuğun üstün yararına uygunluğu, her bir ebeveynin çocuğun gelişimine kendi biçimleriyle katkıda buldukları ve çocuk için eşit derecede önemli oldukları ana fikrine dayandırılmaktadır. Ayrıca ortak velayet genel kural olarak benimsendiğinde, muğlak üstün yarar ölçütünü belirli ve öngörülebilir hale getiren bir işlev de görmektedir. Öte yandan ortak velayet, eşitlikçi bir çözüm olduğu gerekçesiyle de kabul görmektedir. Bu görüş çerçevesinde ortak velayet halinde anne ve baba eşit sorumluluklar yüklenmekte ve haklarla donatılmakta, ebeveynlerden birinin çocuğun hayatı üzerinde söz sahibi olma imkânı elinden alınmamış olmaktadır. Eğer çocuğun bakımı da ebeveynler arasında paylaşırlıyorsa, ortak velayet boşanmış babaların çocuktan uzaklaşması

⁷⁰ ibid 475.

⁷¹ Amerika Birleşik Devletleri'nde 70'li yıllara kadar hâkimler ebeveynlerin ortak talebi olsa dahi ortak velayet taleplerini reddetmişlerdir. O zamanlar bu durum çocuğun bir kişinin yönettiği tek bir evde olmanın vereceği istikrara ihtiyaç duyduğu, çocuğu bir ebeveyninden diğerine sürüklemenin ona bir kavganın merkezinde bulunduğunu sürekli olarak hatırlatacağı ve kalıcı hasar vereceği varsayımına dayandırılmıştır (DiFonzo (n 49)1008). İsviçre'de aşağıda göreceğimiz yasal değişikliklerden önce, Federal Mahkeme boşanmış ebeveynler bu konuda anlaşmış olsalar da ortak velayete karar verilemeyeceği, kanun koyucunun tek başına velayeti çocuğun üstün yararına ilişkin bir varsayımına dayalı olarak tesis ettiği ve bu durumu da ancak kanun koyucunun değiştirebileceği yönünde kararlar vermiştir (BGE 117 II 523; BGE 123 III 445; <<https://www.bger.ch/index.htm>> Erişim Tarihi 11.05.2020). Fransız temyiz mahkemesi de Fransız hukukundaki aşağıda değinilecek değişikliklerden önce verdiği bir kararda, ebeveynlerin çocuğun on beş günlük sürelerle her birinin evinde kalmasına ilişkin anlaşmalarının çocuğun hayatındaki istikrarı zedelediği için onaylanmaması gerektiği yönünde hüküm kurmuştur (Cass Civ 2, 21.03.1983, 82-11742, <<https://www.legifrance.gouv.fr/>> Erişim Tarihi 11.05.2020)

riskini azalttığı gibi boşanmış annelerin üzerindeki aşırı bakım yükünü hafifleten ve çalışmalarına imkân sağlayarak boşanma sonrası fakirleşmeyi de engelleyen bir sosyal-hukuki mühendislik aracı görünümüne bürünmektedir⁷². Böylece, ileri sürülen bu argümanlar çerçevesinde, ortak velayet ile velayet hukukunda birincil amaç olan çocuğun üstün yararına uygun çözüm sağlandığı gibi buna nazaran ikincil nitelikteki eşitlik amacına da ulaşılmış olduğu düşünülmektedir.

Her ne kadar öncelikli olarak çocuğun üstün yararına dayalı gibi görünse de⁷³, boşanmada ortak velayet düşüncesinin ne zaman, kimler tarafından ortaya atıldığına ilişkin araştırmalar, buradaki gelişimin de çocuğun yararından ziyade bir cinsiyetler çatışmasına dayalı olarak ortaya çıktığını ve korunan menfaatin asli olarak babaların menfaatleri olduğunu göstermektedir. Ortak velayet yönündeki talepler, çocuğun üstün yararının anne şefkatine muhtaç olma ölçütü çerçevesinde yorumlandığı, velayetin çoğunlukla annelere verilmesine neden olan uygulamaya tepki olarak, bir yandan çocuğun yararı, öte yandan cinsiyet eşitliği argümanları çerçevesinde, çoğunlukla babalar tarafından geliştirilmiştir⁷⁴. Başka bir deyişle bu noktada cinsiyet eşitliği talebi alışılanın aksine kadınlardan çok, büyük ölçüde erkeklerden gelmiştir⁷⁵. Nitekim aile içindeki görev dağılımına bakıldığında, boşanma aşamasında babaların kendilerini annelerden daha avantajlı kılabilecek bir tek başına velayet modelini kabul ettirmeleri zordur, hâlbuki ortak velayet geleneksel olarak annelere ait görülen bir alanda babalara yer açmakta ve çocuğun hayatının yönetilmesinde eşitlik sağlamaktadır. Bu eşitliğin çocuğun bakımına da yansımaları durumunda iştirak nafakasını azaltıcı etkiye sahip olması da baba grupları açısından ortak velayetin cazibesini arttırmaktadır⁷⁶.

⁷² Denyse Côté, 'La garde partagée des enfants: nouvelles solidarités parentales ou nouveau patriarcal ?' (2004) 23 (3) Nouvelles Questions Féministes 80, 81.

⁷³ Çocuk gelişimi açısından ortak velayeti olumlu veya olumsuz gören görüşlerin özeti için, bkz Nurten İnce, 'Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet' (2018) 9 (4) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 189, 196-200; Erlüle (n 25) 114 vd. Türkiye açısından ortak velayet tecrübesi henüz çok yeni olduğundan tecrübelerin aktarımına dayalı ampirik çalışma şartları oluşmamıştır. Boşanan ebeveynlerin hipotetik olarak tercihlerinin sorgulandığı bir araştırma için, bkz Müge Kiremitçi Öztürk, 'Boşanma Sürecinde Ortak (Müşterek) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı', iç Evgen Gülçin Elçin-Arzu Genç Arıdemir (edr), *Çocuk Hakları Çalışmaları-1* (On İki Levha 2017) 59 vd. Almanya açısından, bu konudaki ampirik çalışmaların tatmin edici sonuçlar vermediği yönünde, Kerima Kostka, 'Elterliche Sorge und Umgang bei Trennung und Scheidung - unter besonderer Berücksichtigung der Perspektive des Kindes' (2005) Familie Partnerschaft Recht 89, 91.

⁷⁴ Boyd (n 46) 158.

⁷⁵ Scott ve Emery (n 34) 70; Kay (n 17) 36; Boyd (n 46) 162; Fransa için bkz Dequeuer-Defossez (n 13) 351.

⁷⁶ Scott ve Emery (n 34) 77. Baba haklarını savunan grupların ortak velayete ilişkin söylemlerinde çocuk ile birlikte oturmamanın babanın çocuğun bakımına katkı sağlamasının bir sorun olarak tanıtıldığını görüldüğü yönünde, Boyd (n 46) 162; hukuk sisteminin çocukla fiilen geçirilen zaman ile iştirak nafakası miktarı arasında bağlantı kurduğu hallerde, bazı ebeveynlerin çocukla daha fazla zaman geçirme taleplerinin saikleri üzerinde soru işaretlerinin doğduğu yönünde, Sutherland (n 33) 137.

Ortak velayet, kural olarak anne ve babanın velayeti eşit yetkilerle ve aralarında uzlaşarak kullanmaları anlamına gelmektedir⁷⁷. Bununla beraber, boşanan eşlerin yaşam alanlarının ayrılması, velayetin içeriğine dâhil sayılan yetkilerin tamamının beraberce kullanılmasında pratik imkânsızlıklara yol açar. Bu nedenle ortak velayet, velayet kavramı içinde bir parçalanmaya götürür. Ortak velayet modelini benimseyen hukuk sistemleri, çocukla ilgili önemli kararların alınması yetkisi ile çocuğun günlük bakımını gerçekleştirmeye yönelik çocuğun himayesini ve bunun gerektirdiği işler için karar alma yetkisini birbirinden ayırma⁷⁸ yoluna gitmişlerdir⁷⁹. Böylece ortak velayet, ayrıntıları itibarıyla bir sistemden diğerine farklılık gösterebilse de, ana hatlarıyla ebeveynlerin çocukla ilgili “önemli” konularda birlikte karar almalarına hasredilmiş bir model olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁰. Çocuğun himayesine dayalı yetkilerin kimin tarafından kullanılacağı ve dolayısıyla çocuğun günlük bakımının kimin tarafından gerçekleştirileceği ise ortak velayetin kabul edildiği hallerde karşımıza çıkan ilave bir sorundur. Bu konuda çocuğun dönüşümlü olarak her bir ebeveynin evinde yaşaması, sürekli olarak tek bir ebeveynde yaşaması veya çocuğun sabit bir yerleşim yerinde kalması ve ebeveynlerin dönüşümlü olarak bu evde yaşaması uygulanma ihtimali olan seçeneklerdir⁸¹. Eşler arasında bakım yükümlülüğü açısından tam bir eşitlik sağlayacağı düşünülen, çocuğun bir evden diğerine gittiği dönüşümlü himaye modeli, henüz ortak velayet kadar çekici hale gelmemiş olsa da gittikçe artan biçimde gündeme gelmektedir. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi’nin 2079 sayılı Eşitlik ve Paylaşılmış Ebeveyn Sorumluluğu: Babaların Rolü isimli kararında da üye devletlere ebeveynlerin ayrılması sonrasında çocuğun ebeveynleri ile dönüşümlü olarak yaşaması ilkesini benimsemeleri yönünde çağrı yapılmıştır (*principle of shared residence*)⁸².

Anne ve babanın sadece önemli kararları birlikte aldığı, çocuğun himayesine ilişkin yetkilerin ise genellikle görüldüğü üzere anneye bırakıldığı hallerde velayetin birlikte icrası, ileride daha ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere, dayandığı tutamak

⁷⁷ Leyla Müjde Kurt, ‘Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velâyet’ (2018) 9 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 157, 158; benzer tanımlar için bkz Eylem Apaydın, ‘Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği’ (2018) 9(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 445, 447; Serdar (n 22) 162; İnce (n 73) 195; Özdemir ve Ruhi (n 23) 298; hukukumuzda velayetin bir bütün olarak verilmesi gerektiği yönünde, Öztan ve Öztan (n 21) 485. Ancak bazı hukuk sistemleri, ortak velayet halinde bazı yetkilerin paylaştırılarak kullanılmasını kabul ederler. Almanya örneği için bkz Heike Hennemann, ‘BGB § 1671’ iç Dieter Schwab, *Münchener Kommentar zum BGB, Band 10* (8. Basi, C H Beck 2020) para 20.

⁷⁸ İsviçre hukukunda ortak velayete ilişkin yeni düzenlemeler ışığında çocuğun himayesi (*Obhut/garde*) kavramı yeni bir anlam kazanmıştır, bu konuda bkz aş II B 2 a. Amerikan hukukunda da ortak velayet, hukuki velayet (*legal custody*) ve fiziksel velayet (*physical custody*) ayrımına götürmüştür (Caulley (n 13) 420). Ancak bu sistemde de yaşanan kavramsal değişiklikler sonucu hukuki velayet kavramının karar verme otoritesi (*decision-making authority*), fiziksel velayetin ise ebeveynlik zamanı (*parenting time*) ifadeleri ile değiştirilmekte olduğu belirtilmektedir (ibid 421).

⁷⁹ Türkçe terminolojide *Obhut/garde* ifadelerinin karşılığı olarak “çocuğun himayesi” kavramının (örneğin bkz Erlüle (n 25) 235) yerine “alıkoyma” kavramının da kullanıldığı görülmektedir (örneğin bkz Tuba Birinci Uzun, ‘Türk Medeni Kanunu’na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli’ (2016) 6 Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 135, 148).

⁸⁰ Kurt (n 77) 159.

⁸¹ Bu modeller hakkında bkz Erlüle (n 25) 183-185.

⁸² PACE, ‘Equality and Shared Parental Responsibility: The Role of Fathers’ (2015) Resolution No 1468, bkz yuk n 8.

noktalarından biri olan eşitlik kavramı açısından eleştirilere tabi tutulmuştur. Bazı yazarlara göre, sadece hukuki yetkiler anlamında sonuç doğuracak biçimde ortak velayet talebi, esasında sorumlulukta paralel bir artış olmadan hak ve kontrol yetkisi talebi anlamına gelmektedir. Babanın çocuğun gündelik yaşamına katılmadan velayetin icrasına dâhil olması, çocuğun bakımına ilişkin hak ve yükümlülüklerin eşit biçimde dağıtılmasını sağlamamaktadır, çünkü fiziksel bakıma ilişkin sorumluluk olmaksızın karar alma gücü sağlamaktadır⁸³. Karar alma yetkisi ile birlikte çocuğun himayesine ilişkin yetkilerin de dönüşümlü olarak kullanılması ise, çocuğun bakımına ilişkin sorumluluğun daha dengeli biçimde paylaşılmasını sağlayarak boşanma sonrasında daha eşitlikçi bir görüntü çizmektedir. Ancak eğer çocuğun bakımı ortak yaşam sırasında birlikte gerçekleştirilmediyse, babanın kimliği çalışma hayatı üzerinden, annenin kimliği ise münhasıran annelik üzerinden kurulduysa, sonradan getirilen bu eşitliğin anne ve baba arasındaki eşitliğe gerçekten hizmet edip etmediği tartışılması gereken bir husus olmaktadır. Ayrıca bu sistem çocuğun yararı açısından da eleştirilmektedir. Bu noktada en çok değinilen husus, çocuğun bir evden diğerine gittiği durumlarda, sabit yerleşim yerinin olmamasının ve sürekli taşınma durumunun çocuğun gelişimi üzerinde yaratabileceği sakıncalardır⁸⁴. Bu sakıncaların azaltılması için ebeveynlerin iş birliği içinde davranmaya gönüllü olmaları, her birinin çocuğun maddi ve manevi ihtiyaçlarını bağımsız olarak giderebilmelerini ve evler arasında yakınlık kurabilmelerini sağlayan gelir düzeyine sahip olmaları gerekir⁸⁵. Keza şiddet eğilimlerinin de bu tür dönüşümlü bir modele karar verilmesinde birincil önemde görülmesi gerekir; aksi takdirde çocuğun himayesi yetkisinin paylaşılmakta olması şiddet eğiliminde olan tarafın bu eğilimini sürdürmesi için zemin sağlayacaktır⁸⁶.

Yukarıda işaret edilen veriler çerçevesinde ister sadece önemli yetkilerde paylaşımaya dayansın, isterse bunun yanında çocuğun himayesinde de paylaşım sağlasın, ortak velayet sisteminin de çocuğun yararını ayrımcılıktan uzak biçimde gerçekleştirmeye her zaman muktedir olmadığı anlaşılmaktadır. Bununla beraber çeşitli ülkelerde geliştirilen ortak velayet sistemleri bazı ortak noktalar barındırmalarına rağmen farklı noktalar da içermektedirler. Bu çerçevede Kıta Avrupası'nda benimsenen sistemlerden bazıları⁸⁷ ile bunlardan farklılaşan Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün geliştirdiği ortak velayet modelinin ana hatları aşağıda açıklanacaktır.

⁸³ Anne Marie Delorey, 'Joint Legal Custody: A Reversion to Patriarchal Power' (1989) 3 (33) Canadian J Women & Law 33, 38-39'dan aktaran Kay (n 17) 37.

⁸⁴ Scott ve Emery (n 34) 70; Dekeuwer-Defossez (n 13) 352; Caulley (n 13) 424.

⁸⁵ Benzer yönde, Caulley (n 13) 445.

⁸⁶ ibid 446; Boyd (n 46) 166.

⁸⁷ Bu çalışmada yer verilmeyen hukuk sistemlerini de içeren karşılaştırmalı hukuk bilgileri için bkz Kudret Güven, 'Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet' (2018) 4 (1) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11, 13 vd.

2. Kıta Avrupası'nda Ortak Velayet Örnekleri

a. Fransız Hukukunda Ortak Velayet

Fransız hukukunda 11 Temmuz 1975 tarihli kanun (n 75-617) ile velayetin boşanan eşlerden hangisine bırakılacağıнын tayininde boşanmada kusurun etkisi tamamen ortadan kaldırılarak çocuğun yararı velayetin tayininde tek kıstas haline getirilmiş, bunun üzerine velayetin büyük ölçüde annelere verilmeye başladığı gözlemlenmiştir⁸⁸. Bu durum karşısında, 80'li yıllardan itibaren, çocuklarının hayatlarından çıkarılmış olduklarını iddia eden babalar tarafından ortak velayete yönelik talepler yoğunlaşmaya başlamıştır⁸⁹. Bu taleplerin ve eşitlik söylemlerinin etkisiyle ortak velayet kurumu peyderpey hukuk düzenine girmeye başlamıştır; Fransa bu kurumu ilk aşamada tarafların anlaşmasına dayalı olarak, daha sonra anlaşma olmadan da uygulanacak bir kural olarak kabul etmiştir⁹⁰.

Hâlihazırda yürürlükte olan Fransız Medeni Kanunu (*Code Civil/CCiv*) hükümlerine göre, çocuğun yararını sağlamaya yönelmiş haklar ve görevler bütününi ifade eden velayet (CCiv m 371-1/I), anne ve baba tarafından birlikte kullanılır (CCiv m 372/I) ve anne babanın ayrılması bu durum üzerinde etki doğurmaz (CCiv m 373-2/I). Böylelikle ortak velayetin çocuğun menfaatine en uygun çözüm olduğu düşüncesi kanun koyucu tarafından benimsenmiş olmaktadır⁹¹. Hâkim, ancak çocuğun yararı (*l'intérêt de l'enfant*) bunu gerektiriyorsa velayeti anne ile babadan sadece birine verebilir (CCiv m 373-2-1/I). Kanun koyucu, aşağıda göreceğimiz İsviçre ve Alman sistemlerinden farklı olarak, ortak velayet çerçevesinde ortak karar alma gereğine sınırlama getirmemiştir; çocukla ilgili karar alınması gereken her durumda ebeveynlerin birlikte hareket etmesi gerekir. Ancak kanun koyucu iyi niyetli üçüncü kişilerin her bir ebeveynin velayete ilişkin olağan işlemleri diğerinin rızasıyla yaptığını varsayabileceği yönünde bir kural getirmiştir (CCiv m 372-2). Bu durumda çocukla birlikte yaşayan kişiye tek başına karar alma yönünde fiili bir üstünlük tanınmış olmaktadır⁹².

Kanun koyucu, çocuğun gündelik yaşamının düzenlenmesi ve fiili bakımı meselesini, çocuğun yerleşim yerine (*résidence*) ilişkin özel bir düzenlemeyle velayetten ayırmıştır. Hâkim, çocuğun ikametini dönüşümlü olarak belirleyebilir veya çocuğun münhasıran ebeveynlerden biri ile ikamet edeceğini kararlaştırabilir (CCiv m 373-2-9/I); bu durumda diğer ebeveynin ziyaret hakkı düzenlenecektir

⁸⁸ Dekeuwer-Defossez (n 13) 351.

⁸⁹ ibid.

⁹⁰ ibid 362; Dionisi-Peyrusse ve Pichard (n 16) 489.

⁹¹ Bu değişiklikten önce ortak velayet talepleri çocuğun yararı gerekçesiyle reddedilirken yapılan kanuni değişikliğin gerekçesinin de yine çocuğun yararı olduğu, taban tabana zıt sonuçların tamamının çocuğun yararı gerekçesine dayandırıldığı yönünde, bkz Dekeuwer-Defossez (n 13) 352.

⁹² Dionisi-Peyrusse ve Pichard (n 16) 491.

(CCiv m 373-2-9/III). Bu yönde karar alırken hâkimin dikkate alacağı etmenler ise 373-2-10 ve 373-2-12 maddeleri arasında sıralanmıştır. Anne ve baba da velayetin icrasına ilişkin hususları, bu arada çocuğun kimin yanında kalacağını, hâkimin onayına tabi bir anlaşma ile belirleyebilirler; hâkim iradelerin serbest olmadığını veya yapılan anlaşmanın çocuğun yararına uygun olmadığını tespit ederse anlaşmayı onaylamayacaktır (CCiv m 373-2-7).

Böylece Fransız hukukunda boşanmanın velayet üzerinde etki doğurmayacağı ve ortak velayetin, hâkim çocuğun yararının aksini gerektirdiğini tespit etmediği süreçte uygulanacak bir kural olarak benimsenmiş olduğu görülmektedir. Çocuğun kimin yanında kalacağı meselesinde ise kanun koyucu genel bir kural koymamış, hâkime sorunu somut olaya göre, dönüşümlü ikamete de karar verebilecek şekilde çözüme görevi verilmiştir. Fransız hukukunda benimsenen ortak velayet modelinin en çok eleştirilen kısmı da çocuğun himayesi boyutuna, yani dönüşümlü ikamet çözümüne ilişkindir. Bazı yazarlar dönüşümlü ikamet çocukları sabit bir yaşam örutüsünden mahrum bıraktığını ileri sürmüştür⁹³. Bir diğer görüşe göre, kanunda belirtilen ölçütler (CCiv m 373-2-10 - 373-2-12) çocuğun yerleşim yerinin annenin yerleşim yeri olarak belirlenmesine yönlendirmekte, bu durum cinsiyet rollerine ilişkin yerleşik yapıyı güçlendirmekte, eşitlikçi bir yapı ise dönüşümlü ikamet senaryolarının sıklaşmasını gerektirmektedir⁹⁴. Başka bir görüşe göre ise dönüşümlü ikamet, ancak üstlendikleri roller açısından birbirlerine yakın, mesleki aktivite açısından görece eşit konumdaki ebeveynler için sağlıklı bir çözüm teşkil edebileceğinden, dönüşümlü ikamet bu unsurlardan bağımsız olarak benimsenmesi eşler arasında eşitlik yaratmaya muktedir bir adım teşkil edememektedir⁹⁵.

b. İsviçre Hukukunda Ortak Velayet

İsviçre hukukunda 1 Ocak 2000'de yürürlüğe giren boşanma hukuku revizyonu sonrasında önceden kategorik olarak reddedilen⁹⁶ ortak velayet mümkün hale getirilmiş, ancak ebeveynlerin ortak talepte bulunmaları ve çocuğun bakımına ve masraflarına katılımı ilgili anlaşma yapmış olmaları aranmış, hâkime de bu anlaşmanın çocuğun yararına uygun olduğunu denetleme görevi verilmiştir⁹⁷. Bu şartlar çerçevesinde ortak velayete ilişkin anlaşmalar kapsamında çocuğun dönüşümlü

⁹³ Dekeuwer-Defossez (n 13) 352.

⁹⁴ Dionisi-Peyrusse ve Pichard (n 16) 499-500. Yazarlara göre, çocuğa ilişkin kararların birlikte alınması gerekmesine rağmen, iyiniyetli üçüncü kişiler karşısında her bir ebeveynin diğerinin rızasıyla işlem yaptığı yönündeki yasal karine (CCiv m 372-2) nedeniyle, genellikle çocukla yaşayan kişi olan anneye üstünlük tanınmış olmakta ve böylece babaların menfaatlerini feda edilmektedir (491).

⁹⁵ Michelle Cottier, Eric Widmer, Myriam Girardin, Sandrine Tornare, 'La garde alternée' (2018) Die Praxis des Familienrechts 297, 305.

⁹⁶ Bkz yuk n 71.

⁹⁷ Guillaume Choffat, 'Réflexions sur la réforme de l'autorité parentale conjointe: une promesse déçue?' (2015) 2 La semaine judiciaire 167, 168; Heinz Hausheer, Thomas Geiser ve Regina Aebi-Müller, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, (6. Bası, Stämpfli Verlag 2018) 198; Erlüle (n 25) 211. Mahkemelerin çocuğun üstün yararını belirlerken kullandıkları bazı ölçütler için bkz Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 97) 197.

olarak himaye edilmesine ilişkin anlaşmalar da mahkemelerin onayından geçmiştir⁹⁸. 1 Temmuz 2014'te yürürlüğe giren değişiklikler sonucu ise boşanmanın velayet üzerindeki etkisi ortadan kalkmış ve boşanma halinde velayetin birlikte kullanılması kural haline getirilmiştir⁹⁹.

İsviçre Medeni Kanunu'nun (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch/ZGB*) 298. maddesine göre hâkim, boşanma halinde ancak çocuğun yararı (*Kindeswohl/bien de l'enfant*) bunu gerektiriyorsa velayeti eşlerden birine verebilecektir. Başka bir deyişle, boşanma evlilik esnasında ortak biçimde kullanılan velayet üzerinde etki doğuran bir olgu olmaktan çıkmıştır¹⁰⁰. Ancak bu noktada ebeveynlerin anlaşması tek başına anlam ifade etmemekte ve mahkemenin her halükarda velayetin ne şekilde kullanılacağına karar vermesi gerekmektedir¹⁰¹. Sistemdeki yenilik, ortak velayetin anlaşmaya dayalı bir istisna olmaktan çıkıp kural haline getirilmiş olmasıdır. Paradigma tamamen tersine dönmüş, tek başına velayet, çocuğun bu yöndeki yararı ile gerekçelendirilmesi gereken, istisnai bir çözüme dönüşmüştür¹⁰². Böylece tıpkı Fransız hukukunda olduğu gibi, İsviçre hukukunda da ortak velayetin çocuğun yararına en uygun çözüm olduğu kanun marifetiyle benimsenmiş olmaktadır¹⁰³. Kanunda tek başına velayetin ne zaman çocuğun yararına uygun çözüm olarak kabul edileceğine ilişkin gösterge bulunmamaktadır. Öğretide ve uygulamada tek başına velayete karar verilebilmesi için velayetin kaldırılması şartlarının bulunmasının gerekmediği görüşü benimsenmektedir¹⁰⁴. Federal Mahkeme, anne ve baba arasında önemli ve süreklilik arz eden iletişim problemlerinin varlığı halinde, eğer bu durum çocuğun yararı açısından olumsuz sonuç doğuruyorsa ve tek başına velayetin durumu düzeltebileceği anlaşılabiliriyorsa tek başına velayete hükmedilebileceğini belirtmiştir. Ancak mahkeme bunun her ailede özellikle boşanma sonrasında meydana gelebilecek anlaşmazlıklar halinde söz konusu olmayacağını, tek başına velayetin istisna olarak kalması gerektiğinin de altını çizmiştir¹⁰⁵. Öte yandan kanunda tarafların velayete ilişkin ortak taleplerinin ve mümkün olduğunca çocuğun fikrinin dikkate alınması gerektiği de öngörülmüştür (ZGB m 133/II).

⁹⁸ Choffat (n 97) 175.

⁹⁹ Erlüle (n 25) 217; Olivier Guillod ve Sabrina Burgat, *Droit de la famille*, (4. Bası, Collection Neuchateloise Helbing Lichtenhahn 2016) 148.

¹⁰⁰ Büchler ve Vetterli (n 18) 241.

¹⁰¹ ibid; Erlüle (n 25) 217-218; Andrea Büchler ve Sandro Clausen, 'Art. 298' iç Ingeborg Schwenzer ve Roland Fankhauser (edr), *FamKommentar Scheidung Band I: ZGB* (3. Bası, Stämpfli Verlag AG 2017) 436-437.

¹⁰² Choffat (n 97) 178; Büchler ve Vetterli (n 18) 242; Erlüle (n 25) 218.

¹⁰³ Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 97) 198; Büchler ve Clausen (n 101) 406; Choffat (n 97) 176; Cottier, Widmer, Girardin, Tornare (n 95) 314.

¹⁰⁴ Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 97) 411; Büchler ve Vetterli (n 18) 241; Cottier, Widmer, Girardin, Tornare (n 95) 315-16; Büchler ve Clausen (n 101) 419-420; Bu yönde bir karar için, bkz BGE 141 III 472, <<https://www.bger.ch/index.htm>> Erişim Tarihi 11.05.2020.

¹⁰⁵ BGE 5A-923/2014, 27.08.2015, <<https://www.bger.ch/index.htm>> Erişim Tarihi 11.05.2020. Aynı görüşte, bkz Büchler ve Vetterli (n 18) 242. Tek başına velayet kararını haklı gösterebilecek durumlara örnekler için bkz Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 97) 412.

Ortak velayet kural olarak çocukla ilgili tüm kararların birlikte alınmasını gerektirmektedir, ancak çocuğa fiilen bakan ebeveyne günlük veya ivedi kararlar açısından ve diğer ebeveyne makul bir çaba ile ulaşmanın mümkün olmaması hallerinde tek başına karar alma yetkisi tanınmıştır (ZGB m 301). Böylece fiilen çocukla birlikte yaşamayan ebeveynin, karar alma ayrıcalığını diğer ebeveynin hareket alanını kısıtlamak için kullanmasına engel olunmaya çalışılmıştır¹⁰⁶. Belirli bir konunun günlük hayata ilişkin karar alma yetkisinin kapsamına girip girmediği, amaca uygun bir yorumla, kararın etkilerine göre ve çocuğun hayatının gidişatına ilişkin temel nitelikteki noktalara temas edip etmemesine göre değerlendirilecektir¹⁰⁷. Federal Mahkeme ise birlikte karar alınması gereken halleri çocuğun hayatını şekillendirici yol ayrımları ile sınırlı tutmuş ve böylece günlük hayata ilişkin kararların çerçevesini oldukça geniş biçimde çizmiştir¹⁰⁸.

Ortak velayetin genel kural olarak benimsenmiş olması ile çocuğun yaşamını fiilen kimin yanında devam ettireceği meselesinin velayetten ayrılması gerekmiş ve çocuğun himayesi kavramı (*Obhut/garde*) da değişikliğe uğramıştır¹⁰⁹. Çocuğun yerleşim yerini belirleme yetkisi çocuğun himayesinden ayrılarak velayetin birlikte icrası kapsamına giren bir yetki haline gelmiş, çocuğun himayesi, çocuğun belirli bir ev yaşantısı çevresinde fiili bakımının gerçekleştirilmesine ilişkin işlemlere indirgenmiştir¹¹⁰. Kanun koyucu çocuğun himayesinin nasıl icra edileceği konusunda genel kural koymamış, bunu belirleme yetkisini hâkime bırakmış, 1 Ocak 2017’de yürürlüğe giren çocuk nafakası revizyonu sonrasında hâkimin başvurabileceği çözüm yollarına dönüşümlü himaye de eklenmiştir (ZGB m 298/II)¹¹¹. Bu konuda ortak velayette olduğu gibi genel bir kural söz konusu olmayıp, durumun gereklerine göre, çocuğun menfaatleri açısından uygun olan çözümün tespit edilmesi söz konusudur¹¹². Ebeveynlerin anlaşması¹¹³ ve çocuğun rızası hâkimi bağlayıcı değildir¹¹⁴. Hâkim, münhasıran çocuğun yararı ölçütüne dayalı olarak ve gerekçesini soyut varsayımlara değil, somut olaydaki verilere

¹⁰⁶ Guillod ve Burgat (n 99) 150.

¹⁰⁷ Büchler ve Vetterli (n 18) 248.

¹⁰⁸ BGer 5A_609/2016, 13.02.2017, <<https://www.bger.ch/index.htm>> Erişim Tarihi 11.05.2020.

¹⁰⁹ Cottier, Widmer, Girardin, Tornare (n 95) 298. Kavramın eski sistemdeki anlamı ve revizyon sonrası anlamı için bkz Erlüle (n 25) 235-236.

¹¹⁰ Büchler ve Vetterli (n 18) 246; Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 97) 415; Büchler ve Clausen (n 101) 406.

¹¹¹ Federal Mahkeme, bu düzenlemeden önce de mahkemenin dönüşümlü himayenin çocuğun yararına en uygun çözüm olup olmadığını değerlendirmesi gerektiğini ve bunun tarafların anlaşmasını da gerektirmediğini ifade etmiştir (BGE 142 III 612, BGer 5A_425/2016, <<https://www.bger.ch/index.htm>> Erişim Tarihi 11.05.2020).

¹¹² Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 97) 419. Ortak velayetten günlük bakımın da ortaklaşa gerçekleştirileceğine dair bir kural çıkarılmayacağı yönünde, Büchler ve Clausen (n 101) 407. Ancak yazarlar, kanun değişikliğinin amaçlarından birinin çocuk bakımına giderek daha fazla katılmakta olan babaların hukuki konumunu iyileştirmek olduğunu, bu nedenle babaların günlük hayattaki varlığının güçlendirilmesi gerektiğini belirtmektedirler; Büchler ve Clausen (n 101) 407.

¹¹³ Büchler ve Vetterli (n 18) 246; Cottier, Widmer, Girardin, Tornare (n 95) 298; Büchler ve Clausen (n 101) 414.

¹¹⁴ Büchler ve Clausen (n 101) 414.

dayandırarak karar vermek durumundadır¹¹⁵. Çocuğun bakımına fiilen katılma konusunda görece eşit rol dağılımının nasıl sağlanacağı duruma göre değişebilir; ancak dönüşümlü himayeden bahsedilebilmesi için ebeveynlerin velayeti birlikte kullandıkları ve çocukla aşağı yukarı eşit zaman aralıklarıyla dönüşümlü olarak ilgilendikleri bir yapının kurulması gerekir¹¹⁶.

Her ne kadar kanun koyucu tarafından diğer seçenekler kadar olası bir çözüm gibi düzenlenmiş olsa da, İsviçre öğretisinde dönüşümlü himaye modelinin çocuğun yararına uygun bir çözüm olarak karşımıza çıkmasının çok sınırlı sayıda olayda söz konusu olabileceği belirtilmektedir. Öncelikle çocuğun her bir ebeveyninden her ayrılışında yaşayacağı duygusal kayıp ve güvensizlik duygusunu aşabilmesi için belirli bir duygusal ve bilişsel olgunluğa sahip olmasının aranması gerekir¹¹⁷. Keza eğer dönüşümlü himaye çocuğun hayatında istikrarın sağlanması amacına hizmet ediyorsa, geçmiş ilişki yapısının da dikkate alınması gerekecektir, nitekim dönüşümlü himayenin istikrar beklentisine ancak ebeveynler evlilik sırasında da çocuğa birlikte bakmışlarsa cevap vereceğine dikkat edilmesi lazımdır¹¹⁸. Ebeveynler arasındaki iş birliği düzeyi ve aralarındaki uyumsuzlukları çözme biçimleri de dikkate alınması gereken temel etmenlerdendir¹¹⁹. Öte yandan çocuğun sürekli biçimde yaşayacağı fiziksel değişikliklerin günlük hayatında yol açacağı istikrarsızlığın etkilerinin azaltılması için ciddi bir organizasyon gereklidir. Bu organizasyon anne ve babanın hem çocuğa zaman ayırabilme ve eğitim verebilme, hem de çocuğun maddi ihtiyaçlarını karşılayabilme açısından görece birbirine eşit imkânlarla sahip olmalarını gerektirir. Eşyaların, kıyafetlerin ikişer tane olması, evlerin birbirine yakın olması, her iki ebeveynin çocukla ilgilenebilecek şekilde esnek çalışma şartlarına sahip olması gibi önlemlerle çocuğun ilişkilerinde ve okul hayatında belirli bir devamlılık içinde olması sağlanabilir¹²⁰. Ancak bunun için gerekli maddi olanakların anne babanın değiştirmelerinin güç olduğu maddi ve yapısal koşullara bağlı olduğu da unutulmamalıdır. Örneğin anne ve babanın yaptıkları işlerin yakın düzeyde gelir getiriyor olup olmaması, çocukların bakımını sağlayabilecek aile dışı yapıların ulaşılabilirliği, sosyal yardımın erişilebilir olup olmaması gibi etmenler dönüşümlü himayenin başarısını koşullandıran etmenler olarak karşımıza çıkmaktadır¹²¹. Bu şartlar açısından birbirine yakın olan anne ve babalar ise çoğunlukla evlilik ilişkisi içinde de çocuğun bakımını ortaklaşa gerçekleştiren, yüksek gelir ve eğitim seviyesine sahip anne babalar olmaktadır. Böylece dönüşümlü velayetin ancak sosyal

¹¹⁵ Dönüşümlü himayenin çocuğun yararına uygun olup olmadığı değerlendirilirken somut olayın şartlarına bakılacağı, belirli bir himaye modelinin lehinde veya aleyhinde sonuçlara varan psikolojik veya psikiyatrik çalışmalardan çıkarımda bulunulamayacağı yönünde bkz BGE 142 III 612, <<https://www.bger.ch/index.htm>> Erişim Tarihi 11.05.2020.

¹¹⁶ Cottier, Widmer, Girardin, Tornare (n 95) 301.

¹¹⁷ ibid 311.

¹¹⁸ Büchler ve Clausen (n 101) 409.

¹¹⁹ ibid 413; Büchler ve Vetterli (n 18) 246.

¹²⁰ Cottier, Widmer, Girardin, Tornare (n 95) 312.

¹²¹ ibid 311-312.

açıdan avantajlı çevrelerde, belirli bir aile içi iş bölümü biçiminin devamı olarak başarı sağlayan bir model olarak kabul görebileceği ortaya çıkmaktadır¹²².

c. Alman Hukukunda Ortak Velayet

Alman Medeni Kanunu'nda (*Bürgerliches Gesetzbuch/BGB*) da boşanmanın ebeveynlerin o zamana kadar birlikte icra ettikleri velayet üzerinde etkisinin olmayacağı, böylece ortak velayetin kural olarak boşanmadan sonra da devam edeceği öngörülmüştür (BGB § 1671)¹²³. Tek başına velayet kararı verilebilmesi için ebeveynlerden birinin mahkemeden bu yönde talepte bulunması gerekir. Eğer diğer ebeveyn de buna razı ise ve on dört yaşını tamamlamış olan çocuk bu anlaşmaya itiraz etmezse eşlerden biri velayeti tek başına icra edecektir. Bu şartların yerine gelmesi durumunda mahkeme ebeveynlerin tek başına velayet üzerinde anlaşmalarının çocuğun yararına uygun olup olmadığını kontrol edemeyecektir¹²⁴. Bu durumda hâkimin anlaşmaya müdahalesi ve çocuğun yararına uygunluk açısından değerlendirme yapabilmesi, çocuğun fiziksel, zihinsel veya psikolojik yararlarının veya malvarlığının tehlikeye girmesi halinde hâkimin müdahalesini düzenleyen BGB § 1666'nın uygulama alanına giren bir halin bulunmasına bağlıdır¹²⁵. Ebeveynlerin tek başına velayet üzerinde anlaşamamaları veya on dört yaşını doldurmuş çocuğun anlaşmaya itiraz etmesi halinde mahkeme tek başına velayete karar verilmesi yönündeki talebi çocuğun yararına göre değerlendirecek ve çocuğun yararı açısından en uygun çözüm olduğuna kanaat getirirse tek başına velayet yönünde karar verebilecektir (BGB § 1671/I). Bu sistemde ortak velayet ile tek başına velayet arasında bir kural-istisna ilişkisi olmadığı, nitekim şüphe halinde çocuğun menfaatine en uygun olan çözümün ortak velayet olarak benimsendiğini gösteren kanuni bir emare olmadığı kabul edilmektedir¹²⁶. Bununla beraber, boşanmanın velayet üzerinde karar almayı kanun gereği zorunlu kılacak bir olgu olmaktan çıkarılmış olması ve taraf

¹²² ibid 322. İsviçre'de erkekler ile kadınlar arasında, iş hayatında farklı yönelimler izlemeleri nedeniyle gelir eşitsizliği bulunduğu, çocuklu her iki çiftten birinde erkeğin tam zamanlı, kadının yarı zamanlı çalıştığının görüldüğü, özellikle üst gelir düzeyinden olmayan çevrelerde, iş piyasasındaki eşitsiz yapı nedeniyle dönüşümlü velayetin gerektirdiği eşit maddi olanaklara sahip olma şartının sağlanmasının çok zor olduğu yönünde, ibid 324. Yazarlar ayrıca bu çevrelere mensup kadınların, tam zamanlı iş sahibi olsalar bile nafaka olmaksızın kendilerinin ve çocuklarının ihtiyaçlarını gideremediklerini belirtmektedirler, ibid 324.

¹²³ Bu konuda Alman hukukunun gelişimi için, bkz Kostka (n 73) 89-91.

¹²⁴ Harald Vogel, 'Ausgewählte Probleme aus dem Recht der elterlichen Sorge bei getrennt lebenden Eltern' (2005) *Familie Partnerschaft Recht* 65, 69; Christiane Lang, 'Elterliche Sorge' iç Klaus Shnitler (ed), *Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht* (5. Bası, C H Beck 2020) para 191. Ebeveynlerin anlaşması halinde tek başına velayeti tamamen ebeveynlerin takdirine bırakan ve gerekçelendirme yükümü getirmeyen bu düzenleme eleştirilmektedir; bkz Eva Schumann, 'Gutachten, B 32 f. (= These 1); weitere Reformideen bei Hammer', *FamRZ* 2018, 229 (231 ff)'dan aktaran Marina Wellenhofer, 'Gemeinsam getragene Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung' (2018) *Neue Juristische Wochenschrift* 2758, 2759.

¹²⁵ Vogel (n 124) 69; Lang (n 124) para 191.

¹²⁶ Vogel (n 124) 69; Jürgen Schmid, 'BGB § 1687' iç Werner Schulz ve Jörn Hauß (edr), *Familienrecht, Handkommentar*, (3. Bası, Nomos 2018) para 2; Dagmar Kaiser, 'Elternwille und Kindeswohl - für das gemeinsame Sorgerecht geschiedener Eltern' (2003) *Familie Partnerschaft Recht* 573; Hennemann (n 77) para 13; Lang (n 124) para 203, ancak yazar, evli olmayan kişilerin ortak velayet sahibi olmalarına ilişkin düzenlemeden bu yana en azından ortak velayetin çocuğun yararına aykırı olmadığına ilişkin bir kanuni varsayım bulunduğunu ifade etmektedir. Bu gelişmeler ışığında yazara göre artık ortak velayetin kural olarak anlaşılması gerekir.

anlaşmalarının mahkeme önüne gidilmesini engelleyici etkisi, o ana kadar geçerli olan ortak velayetin de fiilen devamını sağlamaktadır¹²⁷. Başka bir deyişle ortak velayetin kural olarak kabulü, mahkemenin velayete ilişkin karar almasını gerektiren alanın daraltılmasıyla gerçekleştirilmiş olmaktadır.

Yargı kararlarında tek başına velayete karar verilmesini haklı gösteren sebeplerden biri olarak ebeveynlerden birinin çocuğu yetiştirme kabiliyetine sahip olmaması ölçütü önemli yere sahiptir (*Erziehungsfähigkeit*). Bu çerçevede alkol problemi, diğer eşe şiddet uygulanması, cinsel istismar, çocuğun diğer ebeveynle iletişimine engel olunması bir ebeveynin çocuğu yetiştirme kabiliyetine sahip olmadığını gösteren emareler olarak görülmüştür. Ayrıca, çocuğu ilgilendiren konularda sürekli fikir ayrılığına düşülmesi, ebeveynlerin iletişim kuramamaları ve iş birliğine yanaşmamaları, çocuğun iki ebeveyn arasında kalması gibi unsurlar da ortak velayetin çocuğun yararına uygun olmadığı sonucuna götürmektedir¹²⁸.

Velayetin boşanmadan sonra birlikte icra edilmesi halinde görev ve yetki paylaşımın nasıl yapılacağı konusunda kanun ebeveynlerin ayrı yaşamasını dikkate alacak biçimde düzenleme yapmıştır. Buna göre ebeveynlerin ancak çocuk için önemli nitelikteki kararları birlikte almaları gerekmektedir; çocuğun yerleşim yerinin, okulunun ve eğitim biçiminin, dini eğitiminin seçilmesi, önemli risk taşıyan tıbbi müdahalelere karar verilmesi gibi konular örnekler arasında gösterilmektedir¹²⁹. Çocuğun ebeveynlerin anlaşması veya mahkeme kararı sonucu yanında yaşadığı ebeveyn, gündelik hayata ilişkin konularda tek başına karar alma yetkisine sahiptir. Bu konular, sıklıkla karşılaşılabilen ve çocuğun gelişiminde geriye döndürülmesi güç etkiler doğurmayacak nitelikteki konular olarak tanımlanmıştır (BGB §1687). Keza kanunda çocukla yaşamakta olan ebeveynin, çocuğun fiilî bakımına ilişkin konularda da tek başına karar alabileceği belirtilmiştir (BGB § 1687). Bu ebeveyne tek başına karar alma yetkisi tanınması ile bir yandan çocukla birlikte yaşamayan ebeveynin çocukla ilgili meselelere sürekli olarak müdahil olmasına ve böylece yeni uzlaşmazlık alanlarının yaratılmasına engel olunması¹³⁰, öte yandan bir ebeveyn ile çocuk arasındaki coğrafi uzaklığın ortak velayete engel olacağı yönündeki endişelerin bertaraf edilmesi amaçlanmıştır¹³¹.

Boşanma sonrası çocuğun bakım sorumluluğunun nasıl paylaşılacağı ise bu hükümlerde düzenlenmemiştir, ancak kanun koyucunun ebeveynler arasındaki

¹²⁷ Vogel (n 124) 69.

¹²⁸ ibid 65-66; ayrıntılı bilgi için bkz Hennemann (n 77) para 95-139; Schmid (n 126) para 8 vd. Orantılılık ilkesi çerçevesinde, taraflar arasındaki sorunlar tek başına velayeti gerektirmediği sürece tek başına velayet yerine ortak velayet çerçevesinde çocuğun taraflardan sadece biri ile yaşaması yönünde karar verilmesi gerektiği yönünde, bkz Vogel (n 124) 69.

¹²⁹ Kaiser (n 126) 575; Dagmar Kaiser, 'Gemeinsame elterliche Sorge und Wechselmodell' (2008) Familie Partnerschaft Recht 143; ayrıntılı örneklendirme için bkz Heike Hennemann, 'BGB § 1687' iç Dieter Schwab, *Münchener Kommentar zum BGB, Band 10* (8. Bası, C H Beck 2020), para 13 vd; Lang (n 124) para 173.

¹³⁰ Hennemann (n 129) para 1.

¹³¹ Vogel (n 124) 67; benzer yönde Kaiser (n 126) 576.

yetki paylaşımını düzenlerken esas aldığı modelin “*Rezidenzmodell*” olarak bilinen, çocuğun belirli bir ebeveynin yanında sürekli olarak yaşadığı ve diğeri ile ziyaret hakkı çerçevesinde görüştüğü model olduğu anlaşılmaktadır¹³². Kanun koyucu çocuğun nerede yaşayacağına ve bakımının nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin boşanmaya özel bir karar alma tekniği belirlememiştir. Ancak ebeveynlerin anlaşmasının bu konuda da öncelikli olarak geçerli olacağı konusunda şüphe yoktur, nitekim çocuğun korunması hükümlerine istinaden müdahaleyi haklı kılan bir durum olmadıkça ortak velayetin nasıl icra edileceği konusunda ebeveynlerin ortak kararına riayet edilmesi velayet hukukunun genel kuralıdır. Bu çerçevede ebeveynler, çocuğun ağırlıklı olarak belirli bir ebeveynle yaşaması (*Rezidenzmodell*), çocuğun aynı evde yaşaması ama ebeveynlerin dönüşümlü olarak bu evde kalması (*Nestmodell*) ve çocuğun birbirine yakın zaman aralıklarıyla her bir ebeveynin evinde dönüşümlü olarak yaşaması (*Wechselmodell*) seçeneklerinden birini seçebilirler¹³³. Kanunun açık düzenleme yapmamış olması karşısında, tarafların anlaşamaması halinde hâkimin dönüşümlü himaye yönünde bir bakım modeline karar verip veremeyeceği ise tartışılan bir konudur¹³⁴.

3. Amerikan Hukuk Enstitüsü’nün Ortak Velayet Modeli

Amerikan Hukuk Enstitüsü (*American Law Institute*), Amerika Birleşik Devletleri’nde hukuku uyumlulaştırma ve reform önerileri getirme konularında çalışmalar yapan bir kuruluştur. Enstitü, resmî aile ilişkisinin sona ermesinde uygulanması gereken kurallara ilişkin olarak kanun değişikliği önerilerini içeren ilkelerini (*Principles of the Law of Family Dissolution*) 2000 yılında kabul etmiştir¹³⁵. Ülkede birincil bakıcı kuralının ve Kıta Avrupası’ndakine benzer yapıdaki ortak velayet kuralının¹³⁶ yanında baskın şekilde uygulanan çocuğun üstün yararı ölçütünün açık uçlu niteliğinin yarattığı sakinçalar¹³⁷, özellikle oluşan belirsizliğin çocuğun

¹³² Lang (n 124) para 167; benzer yönde Hennemann (n 129) para 4; Kaiser (n 129) 143. Kanun koyucunun çocukla yaşayan kişiye tek başına karar alma yetkisi tanımış olmasından tek başına himaye modelini esas aldığı ortaya çıkmaktadır (Lang (n 124) 167). Keza sosyal yardım ve vergi hukuku kurallarının da çocuğun tek bir ebeveynle yaşaması modeline göre yapılandırılmış olduğu belirtilmektedir (Wellenhofer (n 124) 2758).

¹³³ Lang (n 124) para 167.

¹³⁴ Bu konuda bkz Hennemann (n 77) para 30, Wellenhofer (n 124) 2760. Dönüşümlü himaye modelinin anlaşma ile kararlaştırılabileceği kabul edilmekle beraber (Hennemann (n 77) para 28), uygulamada yaygın bir model olmadığı (Argiris Balomatis, ‘Das Wechselmodell in Europa’ (2016) Neue Zeitschrift für Familienrecht 833) ve kural şeklinde yasalaştırılmasının da düşünülmediği (Wellenhofer (n 124) 2760) belirtilmektedir.

¹³⁵ İlkeler bağlayıcı nitelik taşımayıp çağdaş aile hukuku anlayışı çerçevesinde iyi uygulama örnekleri sunmayı amaçlamaktadır (Marygold S Melli, ‘The American Law Institute Principles of Family Dissolution, the Approximation Rule and Shared-Parenting’ (2005) 25 (3) Northern Illinois University Law Review 347, 348). Bu ilkelerle güdülen amaçlar için genel olarak bkz James Herbie DiFonzo, ‘Toward a Unified Field Theory of the Family: The American Law Institute’s Principles of the Law of Family Dissolution’ (2001) Brigham Young University Law Review 923, 924.

¹³⁶ Amerika Birleşik Devletleri eyaletlerinde ortak velayet kuralının uygulanmasına örnekler bkz Caulley (n 13) 433-434. Yazar, politik gelişmelerin ve kamuoyundaki söylemlerin ortak velayetin kural olarak kabulünün yaygınlaşarak gelişeceğini gösteren veriler içerdiğini belirtmektedir (434 vd). Amerika Birleşik Devletleri’de ortak velayetin kural olarak uygulanmasının eleştirisi için, bkz Caulley (n 13) 437 vd.

¹³⁷ Robert F Kelly ve Shawn L Ward, ‘Allocating Custodial Responsibilities at Divorce: Social Science Research and The American Law Institute’s Approximation Rule’ (2002) 40 (3) Family Court Review 350.

yararına aykırı biçimde husumeti tırmandırmakta olması¹³⁸ karşısında Enstitü, daha fazla öngörülebilirlik sağlama amacıyla yeni bir velayet modeli geliştirmiştir.

Söz konusu ilkeler de (ALI İlkeleri) Kıta Avrupası'nda yaygın olan eğilime paralel olarak ortak velayet modelini kural olarak benimsemekte ve hukuki karar alma yetkisi ile günlük bakım işlevleri arasında bir ayrıma gitmektedirler. İlkeler, eğer ebeveynlerin her ikisi de daha önceden makul şekilde ebeveynlik işlevleri icra etmişlerse ortak karar alma yönündeki bir uygulamanın devamının çocuğun yararına en uygun çözüm olacağı fikrinden yola çıkmaktadır¹³⁹. Çocuğun hayatına ilişkin konularda karar alma yetkisi, çocuğun yararı aksini gerektirmedikçe birlikte kullanılacak¹⁴⁰, bu durumun çocuğun yararına uygun olup olmadığı belirlenirken geçmişte her bir ebeveynin çocukla ilgili kararlara katılım düzeyine ve ebeveynlerin bu konuda geçmişte gösterdikleri beceriye ve iş birliği düzeyine bakılacaktır¹⁴¹. Çocuğun bakımına ilişkin işlevler (*care taking functions*) ise, “*çocukla iletişimi içeren veya başkalarının sağladığı iletişimi veya bakımı planlamayı ve denetlemeyi içeren işlevler*” olarak tanımlanmıştır. Buna örnek olabilecek hallerin tüketici olmayan bir listesi verilmiş, bu listede çocuğun yemeğinden eğitimine, sağlık ihtiyaçlarından etik yönlendirmeye, gerekiyorsa bakıcı temin etmeye kadar uzanan geniş bir çerçeve çizilmiştir (ALI İlkeleri Bölüm 2.03)¹⁴². Çocuğun bakımına ilişkin bu işlevlerin kimin tarafından yerine getirileceğine ilişkin olarak ise iki aşamalı bir yaklaşım benimsenmiştir.

İlk aşamada konuyu anne ve babanın anlaşma ile çözmeleri için getirilen yasal teşvik mekanizmaları devreye sokulmaktadır. ALI İlkeleri, taraf anlaşmalarına ve uzlaşmacı çözüme büyük önem vermektedir. Buna göre, öncelikle tarafların ortaklaşa biçimde veya anlaşmıyorlarsa bireysel olarak hazırladıkları ebeveynlik planını mahkemeye sunmaları gerekmektedir¹⁴³. Bu plan(lar)da tarafların çocukla geçmiş bakım ilişkilerini tanımlamaları ve gelecek için de bir bakım planı önerisi getirmeleri aranmaktadır¹⁴⁴. Hâkimin ayrıca ebeveynlere bir eğitim programı takip etme yükümlülüğü yükleme veya arabuluculuk hizmeti almalarını önerme yönünde yetkisi vardır¹⁴⁵. Tarafların bir plan üzerinde anlaşmaya varmaları halinde, hâkimin tarafların iradesinin sağlıklı olduğunu¹⁴⁶ ve çocuğun yararının zedelenmediğini tespit ettiği ölçüde bu planı onaylaması gerekmektedir¹⁴⁷. Hâkimin anlaşmayı reddetme

¹³⁸ Melli (n 135) 352.

¹³⁹ Caulley (n 13) 430.

¹⁴⁰ Graham (n 39) 328; Melli (n 135) 349.

¹⁴¹ Caulley (n 13) 430 dn 210.

¹⁴² Kay (n 17) 43; Melli (n 135) 349 dn 5.

¹⁴³ Graham (n 39) 323, Kelly ve Ward (n 137) 352.

¹⁴⁴ Bartlett (n 14) 479; Melli (n 135) 350.

¹⁴⁵ Bartlett (n 14) 479.

¹⁴⁶ Kay (n 17) 41.

¹⁴⁷ ibid; Bartlett (n 14) 479.

gerekçelerinin sınırlandırılmış olması, ALI İlkeleri'nin, taraf anlaşmalarının hâkim tarafından onaylanmalarını çocuğun üstün yararına uygun olmalarına bağlayan geleneksel yaklaşımdan ayrıldığını göstermektedir¹⁴⁸. Bu plan, sadece çocuğun himayesine ilişkin sorumlulukların paylaşılmasına ve bu konudaki gelecek anlaşmazlıkların nasıl çözüleceğine odaklanmakta ve ekonomik konularda anlaşma içermemektedir. Bu nedenle nafaka yükümlülüğünü azaltmak için velayet üzerinden pazarlık yapılmasını engelleyici bir yöntem olduğu da düşünülmektedir¹⁴⁹.

Anne ve baba anlaşmaya varamazlarsa çocuğun himayesine ilişkin hak ve görevler ebeveynlerin çocukla daha önceki ilişkilerine göre paylaşılacaktır (*approximation rule*)¹⁵⁰. Bu kuralın özelliği, belirli bir aile ilişkisi içinde çocuğun bakımına ilişkin benimsenmiş olan iş bölümünün ayrılık sonrasında da devam etmesini sağlamasındadır¹⁵¹. Böylece çocuğun üstün yararının o aile içindeki geçmiş bakım örüntüsünün devamında olduğu kural biçiminde benimsenmiş olmaktadır. Bununla beraber bu genel kuralın uygulanmayacağı veya yumuşatılacağı haller de mevcuttur. Örneğin her bir ebeveyn için asgari bir görüşme zamanı ayrılmakta, kendini ifade edebilecek çocukların tutarlı ve makul tercihleri de göz önünde tutulmaktadır¹⁵². Bunun yanında (i) kendi refahları için gerekli görülüyorsa kardeşlerin bir arada tutulması, (ii) çocuğun ebeveynleriyle olan bağlarında veya ebeveynlerin çocuğun ihtiyaçlarını karşılama yetilerinde yüksek ölçüde oransızlık varsa çocuğun zarar görmesinin önlenmesi, (iii) uygulanması önemli derecede güçlük çıkaracak veya çocuğun istikrar ihtiyacına önemli derecede aykırı gelecek uygulamalardan kaçınılması ve (iv) çocuğa esaslı ve hemen hemen kesin bir zararın gelmesinin önlenmesi gibi amaçlarla da mahkeme geçmiş bakım örüntüsünden ayrılan bir plan benimseyebilir¹⁵³. Keza ALI İlkeleri, eşlerden birinin çocuğa veya diğer eşe şiddet uygulama eğiliminde olduğu veya aşırı alkol veya uyuşturucu madde kullanımı içinde olduğu hallerde bu ebeveynin çocuğa erişimine sınırlar getirmektedir¹⁵⁴.

Böylece görülmektedir ki ALI İlkeleri ile ortaya konulan çözüm, çocuğun hayatına etki edecek esaslı konularda karar alma yetkisini ebeveynlerin her ikisine de vermesi açısından Kıta Avrupası'nda benimsenen ortak velayet modeline yakın bir anlayışa dayanmaktadır. Ancak bu sonucun doğması için daha önceden de her bir ebeveynin makul ölçülerde bu karar alma sorumluluğunu yerine getirmiş olması aranmaktadır.

¹⁴⁸ Melli (n 135) 350-351.

¹⁴⁹ Kay (n 17) 41.

¹⁵⁰ Bartlett (n 14) 478; Scott ve Emery (n 34) 71; Graham (n 39) 326; Sutherland (n 33) 138; Kay (n 17) 42; Kelly ve Ward (n 137) 350; Caultley (n 13) 419.

¹⁵¹ Graham (n 39) 326. Bu yaklaşımın, Elizabeth S Scott'ın 1992'de yaptığı öneri esas alınarak geliştirildiği ve ebeveynlerin anlaşamaları halinde benimsenecek yedek kural olarak önerildiği yönünde, Kay (n 17) 39. Elizabeth S Scott'ın konuyla ilgili çalışması için bkz Elizabeth S Scott, 'Pluralism, Paternal Preference, and Child Custody' (1992) 80 California Law Review 615.

¹⁵² Bartlett (n 14) 478-479.

¹⁵³ ibid; Sutherland (n 33) 138; Melli (n 135) 355-356.

¹⁵⁴ Bartlett (n 14) 478-479; benzer yönde Sutherland (n 33) 138.

Daha çarpıcı bir farklılık çocuğun günlük yaşamının düzenlenmesi aşamasında ortaya çıkmaktadır. Bu alanda ALI İlkeleri ayrıntılı bir taraf anlaşması yapılmasına yönelik teşvik mekanizmaları ve anlaşma olmaması halinde yetkileri geçmiş ilişkilerle orantılı olarak paylaşmalarını ile farklılaşmaktadır.

Çocuğun menfaatleri açısından bakıldığında bu düzenlemenin bir yandan geçmiş ilişkilerinin devamlılığına dayandığı, dolayısıyla istikrar odaklı olduğu¹⁵⁵, öte yandan da bu istikrarın her bir ailenin kendi dinamiklerine dayalı olarak belirlendiği, her tür aile modelinin kapsanmış olduğu görülmektedir¹⁵⁶. Çocukla olan geçmiş ilişkilerin velayetin tayininde keskin bir çizgi olarak kullanılmasındansa anne ile baba arasındaki hak ve yetki paylaşımının oranını tayin edici bir ölçüt olarak kullanılmalrı, bu modeli, velayeti tek başına birincil bakıcıya veren modelden ayırmaktadır¹⁵⁷. Çocuğun menfaatinin değerlendirilmesinde niceliksel verilere dayanması ve varılacak çözümü bu yolla öngörülebilir kılması da bu sistemin ihtilaf konusu olabilecek hususları ve böylece çocuğun husumetten zarar görmesi ihtimalini azaltmasını sağlamaktadır¹⁵⁸.

ALI İlkeleri'ne cinsiyet eşitliği açısından bakıldığında, öncelikle hâkimin takdir alanını sınırlandıran, önceki ilişki örüntüsüne dayalı objektif bir temel ölçütün varlığının hâkimin çocuğun yararını belirlerken cinsiyete dayalı önyargılara göre hareket etmesi olasılığını azalttığı söylenebilir¹⁵⁹. Öte yandan bu kural, çocuğun bakımına katkı sağlamak yönünde her iki ebeveyn için de teşvik edici bir yapı kurmaktadır¹⁶⁰ ve babaların çocuk bakımındaki rolü arttıkça daha da cazip hale gelebilir¹⁶¹. Kıta Avrupası'nda benimsenen şekliyle ortak velayet kuralının böyle bir teşvik sağladığı söylenemez, nitekim Avrupa'da benimsenen sistemlerde çocuğun günlük bakımına ilişkin görev paylaşımının takdiri hâkime bırakılmış ve böylece evlilik içindeki görev paylaşımından tamamen bağımsız olarak düzenlenebilmesi kabul edilmiştir. Oysa önceki bakım ilişkisine dayalı bir paylaşım, boşanma sonrası çocuğun bakımında daha aktif biçimde yer almak isteyen babalara, boşanma öncesinde de sorumluluğu paylaşmaları gerektiği yönünde bir mesaj göndermekte ve böylece eşitlikçi bir rol paylaşımına yönlendirmektedir¹⁶². Bir ebeveyn bu kurallar doğrultusunda çocukla daha fazla zaman geçirme imkânını elde ediyorsa bu durum

¹⁵⁵ Sutherland (n 33) 138; Bartlett (n 14) 482-483; Caulley (n 13) 431; Scott ve Emery (n 34) 101.

¹⁵⁶ Bartlett (n 14) 482-483.

¹⁵⁷ Sutherland (n 33) 138.

¹⁵⁸ Scott ve Emery (n 34) 71; benzer yönde Bartlett (n 14) 482; Graham (n 39) 327. Geçmiş bakım örüntüsünün ne olduğu, hangi ebeveynin daha iyi annelik veya babalık yapmaya muktedir olduğunun belirlenmesinden daha kolaydır. Bu kural çerçevesinde ilk etapta dikkate alınacak deliller, ailenin bakım pratiğini ve rutinlerini ortaya koyan davranışlar olacaktır, meğerki şiddet veya madde bağımlılığı gibi, geçmiş bakım örüntüsünden ayrılmayı gerektiren sebepler bulunsun. İspatın konusunun ve delil aralığının daraltılmasının, mahkemeye başvurma ihtiyacını ve eşlerin birbirlerinin kusurlarına odaklanma eğilimlerini azaltarak prosedürü kolaylaştıracağı düşünülmektedir (Scott ve Emery (n 34) 102).

¹⁵⁹ Graham (n 39) 32; Bartlett (n 14) 481.

¹⁶⁰ Bartlett (n 14) 481.

¹⁶¹ Scott ve Emery (n 34) 71.

¹⁶² Graham (n 39) 331; Kay (n 17) 35.

mahkemenin cinsiyete dayalı ayrımcılığından değil, ebeveynlerin çocuğun bakımıyla ilgili daha önceden yaptıkları tercihlerden ötürü olmaktadır¹⁶³. Ayrıca eğer her bir ebeveyn çocuğun bakımına belirli ölçülerde katılmışsa hiçbiri çocuğu ziyaret eden taraf konumuna indirgenmemiş olmaktadır¹⁶⁴. Öte yandan kural, her türlü aile yapısına saygı duymakta ve her birinin içsel dinamiklerini dikkate alacak şekilde velayet ilişkisini yapılandırmaktadır. Böylece eşlerin daha önceki sorumluluk paylaşımının uzatılmasına dayalı bu düşünce, ailenin boşanma öncesindeki içsel dinamiklerini yansıtmayan kalıplaşmış velayet kurallarından farklı etkiler doğurabilmektedir¹⁶⁵.

Bu modele ilişkin de eleştiriler gündeme getirilmiştir. Bunlar arasında kuralın geriye bakan ve gelecekte ihtiyaçların değişebileceğini göz önüne almayan bir kural olması ve çocukla fiilen geçirilen zamanın çocukla kurulan duygusal ilişkiyi yansıtmayabileceği sayılabilir¹⁶⁶. Keza, ebeveynlerin çocuğun bakımına görece eşit biçimde katıldıkları hallerde, bu durumun boşanma sonrasında da devamının sağlanması, çocuğun farklı evlerde kalmasını gerektirebileceğinden, Kıta Avrupası sistemlerinde ortak velayetin düzenlenmesi biçimlerinden olan dönüşümlü himayede karşımıza çıkabilecek sorunlar burada da geçerli olacaktır. Bu tür bir uygulamanın ebeveynler arasındaki iş birliğine dayandığı açıktır¹⁶⁷. Yine yukarıda dönüşümlü himaye bahsinde işaret edildiği gibi çocuğun ev değiştirmesi gereken hallerde sistemin işlemesi için eşlerin çocuğun ihtiyaçlarını karşılama konusunda görece eşit imkânlarla sahip olmaları gerekir. Bununla beraber anne ve babanın evlilik içinde çocuğa eşit biçimde baktıkları ve boşanma sonrasında da bu örüntünün devam ettirildiği ailelerde, eşlerin gelir elde etme açısından da birbirine yakın imkânlarla sahip oldukları ve maddi olanaklar açısından eşitliğin evlilik düzeni içinde de zaten oluşmuş olduğu söylenebilir.

III. Türk Hukukunda Velayetin Düzenlenmesi

Hukukumuzda boşanma sonrasında velayet ve kişisel ilişki konuları TMK'nın 336. ve 182. maddelerinde düzenlenmiştir. Her iki konuda da esas alınacak ölçüt çocuğun üstün yararı olacaktır¹⁶⁸. Velayetin düzenlenmesinde çocuğun üstün yararının tespitinde karşımıza çıkan sorunlardan biri boşanan ebeveynlerin velayeti birlikte icra etmeye devam etmelerinin çocuğun üstün yararına en uygun çözüm olarak dikkate alınıp alınmayacağıdır. Yine çocuğun üstün yararının tespitine ilişkin bir diğer mesele hâkimin tek başına velayete karar verdiği hallerde çocuğun üstün yararını tespit etmesine yarayan öngörülebilir eğilimler bulunup bulunmadığıdır.

¹⁶³ Kay (n 17) 43.

¹⁶⁴ Scott ve Emery (n 34) 103.

¹⁶⁵ Graham (n 39) 330.

¹⁶⁶ Sutherland (n 33) 138; Kay (n 17) 46-47.

¹⁶⁷ Kay (n 17) 45.

¹⁶⁸ Bkz yuk n 23'te anılan yazarlar. Çocuğun yararı kavramına ilişkin olarak bkz Öztan ve Öztan (n 21) 482; Elçin Grassinger (n 23) 57 vd. Aile için şiddetin önlenmesi amacıyla etkisi için bkz yuk n 21.

A. Çocuğun Üstün Yararının Tayininde Ortak Velayet Çözümünün Mümkün Olup Olmaması

TMK'nın 336. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “*Velâyet, (...) boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*” hükmünden ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Bu hükmün tek başına velayeti zorunlu kılıp kılmadığı konusunda çeşitli görüşler ortaya atılmıştır.

Bazı yazarlara göre hüküm tek başına velayet düzenlemesini zorunlu kılmakta, ortak velayete izin vermemektedir¹⁶⁹. Bu görüş benimsenirse ortak velayet seçeneğinin çocuğun üstün yararı değerlendirmesine hiçbir şekilde dâhil edilmemesi, ebeveynlerin anlaşması ve çocuğun görüşünün bu yönde olması gibi etmenlerin de sonucu değiştirmemesi gerekir. Hukukumuzdaki durumu bu şekilde saptayan yazarlardan bazıları, olması gereken hukuk açısından düzenlemeye eleştiriler yöneltmişler ve öneriler getirmişlerdir¹⁷⁰.

Bazı yazarlar ise hükmün ortak velayete engel olmadığı ve yeni bir düzenlemeye gidilmeksizin de hâkimin ortak velayet ihtimalini çocuğun yararına uygun çözümün saptanmasında dikkate alabileceği fikrindedir. Bu görüşteki yazarlar vardıkları sonucu farklı gerekçelere dayandırmışlardır. Koçhisarlıoğlu, TMK m 336'da boşanmada velayet kime tevdi edilmiş ise ona ait olduğunun anlatılmak istendiğini, hükümde velayetin illa ki eşlerden birine tevdiinin gerektiği yönünde mutlak bir ifade yer almadığını, burada belirleyici olanın “*taraf/eş*” ifadesi olmadığını belirtmektedir. Yazara göre bu ifadenin tekil olarak kullanılmasının nedenini, boşanma ile tek başına velayete yönelik bir karar verilmesi ihtimalinin doğmasında aramak gerekir¹⁷¹. Bu çerçevede yazar, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin anlaşmada ortak velayete yönelik düzenleme yapılabileceği gibi, hâkimin kendisinin doğrudan çocuğun tevdi konusunda karar vermesi ihtimalinde de aynı sonucun geçerli kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur¹⁷². Bazı yazarlar ise ortak velayetin mümkün olduğu sonucuna konuyla ilgili kanun boşluğu olduğu görüşünden yola çıkarak ulaşmışlardır. Bu görüşteki

¹⁶⁹ Dural, Öğüz ve Gümüş (n 21) 143; Serozan (n 24) 255; Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku*, (7. Bası, On İki Levha 2019) 131.

¹⁷⁰ “*BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ışığında yorumlanacak olan TC Anayasasının eşitlik ilkesi, çocuğun kişiliğini oluşturup geliştirme hakkı ve ana baba hakkı karşısında*”, TMK'nın 336. ve 337. maddelerinin Anayasa'ya aykırılığının def'i yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınması gerektiği yönünde, Serozan (n 24) 256.

¹⁷¹ Cengiz Koçhisarlıoğlu, *Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması* (Turhan Kitabevi 2004) 104-106. Yazar ayrıca boşanmanın velayetin birlikte yürütülmesini imkânsız hale getirdiği ve bu nedenle ancak tek başına velayetin söz konusu olabileceği yönündeki görüşlere de katılmamaktadır: “*(...) boşanmanın birlikte velayeti sona erdirmeye gibi bir etkisi olamaz. Boşanmanın, ne analık, ne babalık ve ne de velayet ile doğrudan bir bağlantısı kurulabilir. Vê, nasıl ki, analık ve babalık boşanma ile sona ermemekte, süregitmektedir, aynı şekilde velayet de boşanma ile süregider/süregitmelidir diyoruz.*” (ibid 108).

¹⁷² Koçhisarlıoğlu (n 171) 106. Benzer şekilde, 336/III hükmünün kanunun mantığı ve getiriliş amacı kapsamında yorumlandığında hâkimin takdir yetkisini kısıtlayan bir hüküm olduğu sonucuna ulaşamayacağı, boşanma sonrasında velayetin hâkimin takdir yetkisi ile belirleneceği ve hâkimin takdir yetkisinin sınırının ise çocuğun yararı olduğu yönünde, Serdar (n 22) 184. Yazara göre kanunun mantığı mümkün olduğu kadar ana babanın velayeti birlikte kullanmalarını sağlamak olup, boşanma sonrasında hâkime kuraldan ayrılma ve velayeti ana babadan birine verebilme yönünde bir imkân sağlanmaktadır, Serdar (n 22) 180. TMK hükümlerinden velayet hakkının yalnız bir eşe verileceğinin kesin olarak çıkarılamayacağı yönünde, Ebru Ceylan, “Türk Velayet Hukukunda Yeni Gelişmeler” (2018) 16 (181) *Legal Hukuk Dergisi* 35, 55.

Öztan'a göre TMK m 336/III'ün amacı, çocuğun yararının en iyi şekilde korunması olup, hükmü tek başına velayeti zorunlu kılar şekilde yorumlamak hükmün amacından ayrılmak anlamına gelmektedir. Buna göre bu örtülü boşluğun doldurulması için hüküm amaca uygun olarak sınırlandırılmalı ve bu durum çocuğun yararına ise anne ve babaya velayetin ortak biçimde verilmesi yoluna gidilmelidir¹⁷³. Yazara göre en azından anlaşmalı boşanmalarda, tarafların anlaşmasına ve çocuğun yararına uygun ise ortak velayet hâkim tarafından karara bağlanabilmelidir¹⁷⁴. Yine kanun boşluğu yaklaşımından yola çıkan bazı başka yazarlara göre kanunda kanun koyucunun ilgili düzenlemeyi yaparken ortak velayet kurumunun varlığını bilmemesinden kaynaklanan gerçek bir boşluk bulunur ve hâkimin TMK m 1'e göre boşluğu doldururken ortak velayete karar vermesi mümkün olmalıdır¹⁷⁵. Hukukumuzda ortak velayetin mümkün olduğu sonucuna Anayasa m 90 V hükmünün son cümlesi yardımıyla varılabileceği de savunulmaktadır. Hüküm uyarınca “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*” 2016'dan bu yana iç hukukumuzun parçası olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 7 numaralı protokolün 5. maddesine göre “*Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar.*” Bazı yazarlara göre, bu düzenlemenin iç hukukumuzda dâhil olması ile birlikte, tek başına velayeti öngören TMK m 336/III, Anayasa m 90 marifetiyle bertaraf edilebilir hale gelmiştir¹⁷⁶.

¹⁷³ Öztan (n 23) 1090-1091; benzer şekilde Akyüz (n 21) 235; Erlüle (n 25) 292.

¹⁷⁴ Öztan (n 23) 1091.

¹⁷⁵ Apaydın (n 77) 457-459.

¹⁷⁶ Akıntürk ve Ateş (n 23) 313 ve 409; Ömer Uğur Gençan, ‘Ortak Velayet’ (8.3.2017 Özel Sayısı) İzmir Barosu Dergisi 24, 26. Aynı yönde, protokolle birlikte Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3, 7. ve 18. maddelerine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m 8'e de dayanarak, Kurt (n 77) 174. Protokol hükmünün amacından çocuğun üstün yararının gerektirdiği durumlarda ortak velayete karar verilebileceğinin anlaşıldığı, çocuğun üstün yararının gözetilmesi gerektiği ve evlilik birliğinin sona ermesinde anne baba eşitliğinin devam etmesi gerektiği dikkate alındığında TMK hükmünün ilga edildiği sonucuna varılması gerektiği yönünde, bkz Özdemir ve Ruhi (n 23) 345. Protokolün 5. maddesinin ilgili TMK hükümlerini ortadan kaldırmadığı ancak onlarla birlikte uygulanabilir bir hüküm olduğu yönünde, Güven (n 87) 40. Belirtilmelidir ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Cernecki v Avusturya* kararında o dönemde boşanma sonrasında birlikte velayete olanak tanımayan Avusturya hukukunu protokolün 5. maddesine aykırı bulmamıştır (*Cernecki v Austria* App no 31061/96 (ECtHR, 11.07.2000)). Karara konu olan olayda, Avusturya mahkemeleri, eşlerin anlaşmalı boşanma çerçevesinde ortak çocukların velayetini birlikte kullanmaya devam etmelerine ilişkin anlaşmalarını, Avusturya Medeni Kanunu'nun o dönemde yürürlükte olan ve boşanmada taraf anlaşmalarında eşlerin ancak velayetin içlerinden birine verilmesini kararlaştırabileceklerini öngören hükmünü dayanak göstererek onaylamamış ve velayeti anneye vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 5. maddenin taraf devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel olmadığı yönündeki ikinci cümlesinden yola çıkarak, birlikte velayete engel olan Avusturya hukuku normunun, eşler arasında velayetin fiilen birlikte kullanılmasına engel olmadığını, anlaşmazlık çıkması halinde oluşabilecek belirsizliğin giderilmesi için açık bir çözüm öngörülmesi amacına ve böylece çocuğun korunması amacına hizmet eden bir çözüm olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre olayda uygulanan medeni hukuk normu çerçevesinde boşanmadan sonra çocukla ilişkileri açısından eşler farklı şekilde konumlandırılmakta ve bu durum eşitlik ilkesine müdahale anlamına gelmektedir; ancak bu müdahale, velayete ilgili olarak açık bir çözüm öngörme çocuğu korumak amacına dayandığından orantılıdır. Ancak dikkat edilmelidir ki bu kararda kanun koyucunun boşanmadan sonra birlikte velayet ihtimalini ortadan kaldırmasının protokolün 5. maddesinin ihlali olarak görülmesine etki eden etmenlerden biri, olaya uygulanan hukuk sisteminin, velayete sahip olmayan ebeveynde de görülmeye, bilgi alma ve bazı önemli kararlarda görüşüne başvurulması gibi haklara da tanınmasıdır. Dolayısıyla kanımızca bu karar, bu hakları tanımadan sadece ziyaret imkânı tanıyan bir hukuk sisteminde de müdahalenin orantılı görüleceğine dair bir gösterge teşkil etmez. Karar için bkz <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%7B%22Cernecki%22%7D%22itemid%22:%7B%22001-5362%22%7D%7D>; Erişim Tarihi 11.05.2020.

Ortak velayete karar verilmesinin *de lege lata* mümkün olduğu veya *de lege feranda* mümkün olması gerektiği kabul edildiğinde, ortak velayetin sistemimize nasıl entegre edilmesi gerektiğine ilişkin yeni bir sorunla karşılaşırız. Bu noktada mesele, ortak velayet ile tek başına velayet seçeneklerinden birinin genel kural olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. Bu açıdan da öğretide ortak velayetin kural, tek başına velayetin istisna olması¹⁷⁷, ortak velayetin istisna olması¹⁷⁸ veya sadece gönüllülük esasına dayalı olarak kabul edilmesi¹⁷⁹ ve bu tür bir ilişkilendirme yapmak yerine somut olaya göre hâkimin çocuğun yararına olan çözümü benimsemesi gerektiği yönünde¹⁸⁰ görüşler ileri sürülmüştür.

Yargıda ise ortak velayet kurumu yakın zamana kadar adeta bir tabu olarak algılanmış, Türk hukukunun uygulandığı uyuşmazlıklar şöyle dursun, yabancı hukuk sistemlerinin ortak velayete ilişkin düzenlemeleri dahi mahkemeler tarafından kabul edilemez görülmüştür. Yabancı mahkemelerin ortak velayete ilişkin kararları kamu düzenine aykırı bulunmuş ve tenfiz talepleri reddedilmiştir¹⁸¹. 2017 senesinde ise Yargıtay, olaya uygulanması gereken yabancı hukuk sistemindeki ortak velayet düzenlenmesinin¹⁸² ve ortak velayet çözümünü öngören yabancı mahkeme kararının¹⁸³ Türk kamu düzenine “açıkça” aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısını ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemenin mümkün olmadığı yönünde kararlar vererek önceki içtihadından ayrılmıştır¹⁸⁴. Bu gelişmeler Türk hukukunun velayete ilişkin çözümüne ilişkin tartışmaları yeniden canlandırmış ve Türk hukukunun uygulandığı ihtilaflarda da ortak velayetin önünü açan kararlar verilmeye başlanmıştır. Artık velayete ilişkin ihtilaflarda Bölge Adliye Mahkemeleri’nin ortak velayet çözümünü de ihtimaller arasında değerlendirdiği görülmektedir. Tespit edebildiğimiz kararlarda ortak velayetin gönüllülük esasına dayandığı yönünde bir anlayışın genel olarak kabul edildiği, eşlerin anlaşmasına dayalı olarak kabulünün

¹⁷⁷ Koçhisarlıoğlu (n 171) 86 ve 149; Apaydın (n 77) 472; Gençcan (n 176) 27, ancak yazar, tek başına velayetin istisna olması gerektiğini belirtmekle beraber, ortak velayetin gönüllülük esasına dayalı olduğunu, velayetin eşlerden birine verilmesi istemi varsa çekişmelere neden olacağı için mahkemece ortak velayet düzenlemesinin yapılmaması gerektiğini ifade etmektedir.

¹⁷⁸ Özdemir ve Ruhi (n 23) 305, ancak yazarlar, birlikte velayeti gönüllülük esasına dayandırmamakta, çocuğun üstün yararı gereğince mahkeme tarafından re’sen de birlikte velayete hükmedilmesi gerektiğini ifade etmektedirler.

¹⁷⁹ Boşanan eşlerin çocuğun yararına olarak ana baba sorumluluğunu beraberce devam ettirmeye istekli ve hazır olduğu hallerde birlikte velayetin istisnai olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde, Cem Baygın, *Soybağı Hukuku*, (On İki Levha 2010) 268; birlikte velayetin “seçimlik bir hak” olarak düzenlenmesi gerektiği yönünde, M Erdem Aybay ve C Bülent Şen, ‘Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velayet Sorunu’ (2016) 15(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 589, 597; ortak talep olmadan birlikte velayete hükmedilmesinin amaçlanan faydayı sağlamayacağı yönünde, Güven (n 87) 44-46.

¹⁸⁰ Kurt (n 77) 175; İnce (n 73) 221-222; Birinci Uzun (n 79) 157-158.

¹⁸¹ Ebru Şensöz Malkoç, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (On İki Levha 2017) 442.

¹⁸² Yargıtay 2. HD, 15771/1737, 20.2.2017, <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 11.05.2020.

¹⁸³ Yargıtay 2. HD, 18674/13800, 04.12.2017, <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 11.05.2020.

¹⁸⁴ Genel bilgi için bkz Şensöz Malkoç (n 181) 441 vd.

mümkün olduğunun benimsendiği görülmektedir¹⁸⁵. Söz konusu kararlarda ortak velayetin hukukumuzda uygulanabilirliğine dayanak olarak da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 7 numaralı protokolün 5. maddesi ve eşler arasında eşitliği öngören bu hükmün Anayasa m 90 marifetiyle doğrudan uygulanabilir olması gösterilmektedir.

TMK m 336/III'ün taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelere uygun biçimde yorumlanması sonucu ortak velayetin de hâkimin benimseyebileceği çözümlerden biri haline geldiğini kabul etmek gerekir. Böylece hâkim, tek başına velayet yanında ortak velayete de hükmedebilmelidir. Elbette bu yolun açılması olması, ortak velayete hangi şartlarda karar verilebileceğine ve fiilî bakım ilişkisinin nasıl düzenleneceğine ilişkin soruları da beraberinde getirir. Kanımızca tek başına velayeti mutlak kural olarak benimseyen bir hukuk sisteminin en eleştiri götürür tarafı, ebeveynler anlaşmış olmasına ve durumun çocuğun yararına da uygun olduğunun görünmesine rağmen ortak velayetin yine de olanaksız kabul edilmesidir. Hâkimin ortak velayete hükmedebilme yetkisinin tanınması ile bu hallerde ortak velayetin uygulamaya konulması mümkün hale gelecektir. Bu noktada çocuğun görüşüne de Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesinin öngördüğü şekilde gereken ağırlık verilmelidir¹⁸⁶. Ancak toplumumuzdaki uzlaşma kültürünün zayıflığı, ilk etapta gönüllülük esasına dayalı bir uygulamanın benimsenmesini, hâkimin tarafların ortak rızası hilafına bu yola gitmemesini gerektirmektedir; aksi durum ortak velayetten beklenen faydalara ulaşamaması sonucunu doğuracaktır. Esasen yabancı ülkelerde de ortak velayet uygulaması aşamalı şekilde gelişmiş, ilk aşamada taraf anlaşmasına dayalı ortak velayet sistemi benimsenmiştir. Bizim hukukumuz açısından da bu yol benimsenmeli ve ortak velayetin re'sen karar verilebilen bir kurum haline gelip gelmeyeceği oluşacak tecrübeler ışığında belirlenmelidir. Fiilî bakım ilişkisinin düzenlenmesinde de dönüşümlü himaye yönünde bir çözümün ilk etapta ebeveynlerin bu yöndeki anlaşmasına dayalı olarak ve elbette çocuğun üstün yararına en uygun çözüm olarak görünüyorsa benimsenmesi gerekir. Kanımızca taraf anlaşmasına dayalı olarak benimsenebilecek ortak velayet ve bu kapsamda dönüşümlü himaye çözümlerinin yerindeliğini değerlendirirken hâkimlerin kadın-erkek eşitliğine ilişkin bağışlarımızı da göz önünde bulundurmaları, tarafların üzerinde anlaşıkları çözümün bu açıdan da taraf menfaatlerini zedeleyici olup olmadığına dikkat etmeleri aranmalıdır.

¹⁸⁵ Örneğin, evlilik dışı doğan çocuğun velayetini birlikte kullanma yönündeki anlaşmanın taraflarca bildirilecek deliller serbestçe değerlendirilerek ve uzman görüşü alınarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde, İstanbul 38 BAM, 2733/537, 12.04.2019; ancak boşanma davasında eşler arasında bu yönde anlaşma olmaması halinde ortak velayete hükmedilmemesi gerektiği yönünde, İstanbul 10 BAM, 226/9, 07.01.2019; Ankara 2 BAM, 3530/158, 05.02.2019, İzmir 2 BAM , 3781/179, 05.02.2019; kararlar için <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 11.05.2020.

¹⁸⁶ UN Committee on the Rights of the Children, 'The Right of the Child to Be Heard' (2009) General Comment No 12, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CR%2FC%2fGC%2f12&Lang=en Erişim Tarihi 11.05.2020.

B. Tek Başına Velayette Çocuğun Üstün Yararının Belirlenmesi

Ortak velayetin kabulü mümkün hale gelmiş olsa da hukukumuzda ezici olarak uygulanmaya devam edilen model tek başına velayet modelidir. Tek başına velayet modeli çerçevesinde alınan kararlarda velayetin anne ile babadan hangisine verileceği ve bu çerçevede çocuğun üstün yararının nasıl saptanacağı hususu, velayetin ilk defa taraflardan birine verileceği boşanma davalarında olduğu gibi, velayetin değiştirilmesine yönelik davalarda da tartışılmaktadır. Her ne kadar kanun koyucu hâkimin takdir yetkisini sınırlandırıcı parametreler koymaktan kaçınmış olsa da¹⁸⁷ Yargıtay kararları incelendiğinde uygulamada bu konuda bazı genel değerlerin kullanıldığı ve velayetin düzenlenmesinde belirli bir örüntünün bulunduğu görülmektedir. Tespit edebildiğimiz kararlarda, bu açıdan velayetin boşanmayı takiben ilk defa düzenlenmesi ile ebeveynlerden birine verilmiş olan velayetin sonradan diğer ebeveyne verilmesi halleri arasında benzerlikler bulunmakta, iki durumda da velayete ilişkin karar alınırken çocuğun yararı kavramı benzer ilkeler çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Yargıtay'ın bazı kararlarında velayetin düzenlenmesine ilişkin genel ilkeler ortaya konulmaktadır. Örneğin, yakın tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararına göre, “*Ana ve babanın çocukların kişiliklerine ilişkin hak ve ödevleri, özellikle çocuklarına bakmak, onları görüp gözetmek, geçimlerini sağlamak, yetiştirilmelerini ve eğitimlerini gerçekleştirmektir. Bu bağlamda sağlayacağı eğitim ile istenilen ölçüde dürüst, kötü alışkanlıklardan uzak, iyi ahlâk sahibi, çalışkan ve bilgili bir insan olarak yetiştirmek hak ve yükümlülüğü bulunmaktadır. (...) Ayrılık ve boşanma durumunda velâyetin düzenlenmesindeki amaç, küçüğün ileriye dönük yararlarıdır. Başka bir anlatımla, velâyetin düzenlenmesinde asıl olan, küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır.*”¹⁸⁸ Böylece görülmektedir ki, temel nitelikte olan çocuğun üstün yararı ölçütünün uygulamaya konulmasında çocuğun “*ileriye dönük yararları*”na vurgu yapılmakta ve çocuğu “*dürüst, kötü alışkanlıklardan uzak, iyi ahlâk sahibi, çalışkan ve bilgili bir insan olarak yetiştirmek*” vazifesini eşlerden hangisinin yerine getirebileceği hususunun incelenmesi gerekmektedir. Bazı kararlarda bu ölçütler daha da somutlaşmış biçimde karşımıza çıkmaktadır. Bu yöndeki kararlara göre, “*(...) velayetin belirlenmesi ve düzenlenmesinde, çocuğun cinsiyeti, doğum tarihi, eğitim durumu, kimin yanında okumakta olduğu, talepte bulunanın çocuğun eğitim durumu ile ilgilenip ilgilenmediği, sağlığı, sağlık durumuna göre tedavi olanaklarının kimin tarafından sağlanabileceği gibi özel durumuna ilişkin hususlar ile ana babadan kaynaklanan özelliklerin de dikkate alınması kaçınılmazdır. Bu nedenle, mahkemece çocuğu başkasına bırakma, ihmal etme, kaçırma, iradi olarak terk etme, yönlendirme hususları ile tarafın velayet talebinin olup olmaması, şiddet uygulaması,*

¹⁸⁷ Aile içi şiddet konusunda bkz yuk n 21.

¹⁸⁸ Yargıtay HGK, 1072/185, 21.02.2019; aynı şekilde, HGK, 483/1356, 27.9.2018; HGK, 2069/1179, 06.06.2018; HGK, 1567/1132, 23.05.2018, kararlar için bkz <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 11.05.2020.

sadakatsizliği, ekonomik durumu, mesleği, yaşadığı ortam, kötü davranışı, alkol bağımlılığı, sağlığı, dengesiz davranışları dikkate alınmalıdır."¹⁸⁹ Bu çerçevede mahkemelerin hem olumlu hem de olumsuz yönde dikkate alabilecekleri unsurlar belirlenmiş olmaktadır. Bununla beraber, Yargıtay çocuğun yararına yönelik bütüncül bir değerlendirme yapılması ve bu unsurlardan hiçbirinin tek başına değerlendirilmeye alınmaması gerektiğini, "Ana ve babanın yararları; ahlâki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur" ifadeleriyle istikrarlı biçimde belirtmektedir¹⁹⁰.

Bu genel parametreler, anne ile babanın velayetin dağılımında eşit imkâna sahip olduğu izlenimi verse de, Yargıtay'ın çocukların velayetinin anne bakım ve şefkatine muhtaç olmaları gerekçesiyle anneye verilmesi gerektiği kabulü ile hareket ettiği görülmektedir¹⁹¹. Nitekim Yargıtay'a göre, "Yaşça küçük olan çocukların, anne şefkat, bakım ve ilgisini yaşayabilmeleri için, annenin bu görevi üstlenmesine engel bir durumu bulunmadıkça velayetin anneye verilmesi tercih edilmelidir"¹⁹². Bu ilke, "mahkemece ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği"¹⁹³ sürece uygulanmaktadır. Yargıtay'ın, kardeşlerin üstün yararları gerektirmediği sürece ayrılmaları gerektiği yönündeki içtihadı¹⁹⁴ uyarınca da çocuklardan birinin velayetinin anne şefkatine muhtaç olması nedeniyle anneye verilmesi halinde yaşı daha büyük çocukların da anneye bırakılmaları ihtimali yüksek olmaktadır.

Babanın maddi durumunun daha iyi olmasının tek başına velayetin değiştirilmesini gerektirmeyeceğine¹⁹⁵, kadına boşanma davasıyla ilgili olarak yüklenilen kusurlu davranışların¹⁹⁶, bu arada sadakat yükümlülüğüne aykırılığın¹⁹⁷ annenin velayet görevini üstlenmesine engel bir durum oluşturmayacağına, anne bakım ve şefkatine muhtaç çocuk açısından, annenin velayet hakkından feragat etmesinin, çocuğun

¹⁸⁹ Yargıtay HGK, 1567/1132, 23.05.2018, <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 11.05.2020.

¹⁹⁰ Yargıtay HGK, 2066/15, 17.01.2019; HGK, 2069/1179, 06.06.2018, <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 11.05.2020.

¹⁹¹ Öğretideki yaklaşım açısından, küçük çocuk ile anne arasındaki duygusal ilişkilerde yoğunluk olduğu gerekçesiyle küçük çocuklarda annenin tercih edilmesi gerektiği yönünde, bkz Öztan ve Öztan (n 21) 486.

¹⁹² Yargıtay 2. HD, 9516/23409, 10.10.2013; 2. HD, 23744/9051, 04.05.2015; 2. HD 17775/15016, 04.06.2012; 2. HD, 23151/15842, 06.06.2013; 2. HD, 1767/22890, 20.12.2011; 2. HD, 16387/7820, 18.04.2016; kararlar için bkz <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 11.05.2020.

¹⁹³ Yargıtay 2. HD, 17775/15016, 04.06.2012; 2. HD, 23744/9051, 04.05.2015, <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 11.05.2020.

¹⁹⁴ Velayet düzenlemesine konu birden fazla çocuk bulunduğu takdirde, çocukların kardeşlik duygusunu yaşayabilmeleri için üstün yararları gerektirmediği sürece velayetlerinin aynı ebeveyn verilmesinin tercih edilmesi gerektiği yönünde, bkz Yargıtay 2. HD, 9516/23409, 10.10.2013; benzer şekilde, bkz 2. HD, 23744/9051, 04.05.2015; 2. HD, 17775/15016, 04.06.2012; 2. HD, 1767/22890, 20.12.2011; 2. HD, 16387/7820, 18.04.2016. Nitekim Yargıtay'a göre "Kardeşlerin birbirinden ayrılmasının onların gelişmelerine olumsuz etki yapacağı açık"tır, bkz 2. HD 23151/15842, 06.06.2013; kararlar için bkz <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 11.05.2020.

¹⁹⁵ Yargıtay HGK, 1567/1132, 23.05.2018, <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 11.05.2020.

¹⁹⁶ Yargıtay 2. HD, 14540/9974, 07.06.2011, <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 11.05.2020.

¹⁹⁷ Yargıtay 2. HD, 1767/22890, 20.12.2011 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 11.05.2020.

menfaatleri dikkate alındığında sonuç doğurmayacağına¹⁹⁸ ilişkin kararlar da anne şefkatine muhtaç olma ölçütünün kuvvetini göstermektedir. Yargıtay, velayetin anneye verilmesine engel bir hususun ispatlanamadığını tespit edip anne şefkatine muhtaç olma gerekçesine dayanmaya karar verdiğinde, aksi yöndeki uzman görüşüne¹⁹⁹ ve çocuğun görüşüne²⁰⁰ itibar edilmemesi gerektiği yönünde de hüküm kurmuştur.

Hangi faktörlerin bu kuralın uygulanmamasına sebep olacağına ilişkin olarak verilebilecek bir örnek, yabancı literatürde “yabancılaştırma” olgusu olarak ifade edilen, annenin çocuk ile baba arasında ilişki kurulmasına engel olması halidir. Buna ilişkin bir kararında Yargıtay, boşanma davası sırasında tedbir kararına istinaden geçici olarak velayeti tek başına icra eden annenin çocuğun baba ile görüşmesine engel olarak velayet hakkını kötüye kullandığını kabul etmiş ve bu durumu, çocuğun üstün yararı çerçevesinde, velayetin dava sonucunda babaya verilmesini haklı gösteren bir olgu olarak görmüştür.²⁰¹ Öte yandan, dikkate alınabilecek tüm faktörlerin babayı işaret etmesi durumunda velayetin babaya verilmesinin kabul görmesi de olasıdır. Yargıtay bu çerçevede “*alınan sosyal inceleme raporuna göre çocukların velayetlerinin babaya verilmesinin uygun olduğu, annenin velayet talebinden vazgeçtiği, kaldı ki ortak çocukların babanın yanında fiilen yaşamaya başladıkları, babanın yanındaki yaşam koşullarına alıştıkları ve babaları ile kalmak istediklerini beyan ettikleri*” tespitlerinden yola çıkarak ve “*değişen koşullara göre her zaman velayet düzenlemesi yapılabileceğinden*”, ortak çocukların velayetlerinin babaya bırakılmasına karar verilmesini isabetli bulmuştur²⁰².

Soyut ve uzun vadeli bir perspektiften bakıldığında anne şefkatine muhtaç olma ölçütünün genel kural haline getirilmesinin eşitlikçi bir çözüm olmadığına yukarıda değinilmişti²⁰³. Ancak bilindiği gibi toplumumuzda evlilik içinde çocuk bakımını ezici biçimde anneler üstlenmekte, aile içindeki bu yerleşik iş bölümü, kadınların çalışma hayatındaki olanaklarını önemli ölçüde kısıtlamaktadır. Çocukların bakımını kadınların yaptığı bir toplumsal düzende hem çocuğun gerçekten anneye daha yakın

¹⁹⁸ Yargıtay 2. HD, 6082 /17993, 26.06.2013 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 11.05.2020.

¹⁹⁹ Yargıtay 2. HD, 22443/18362, 02.07.2012, <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 11.05.2020.

²⁰⁰ Yargıtay 2. HD, 16387/7820, 18.04.2016. Çocuğun üstün yararı gerektirdiği takdirde dinlenilmemesi veya görüşünün aksine karar verilmesi mümkündür. Velayet konusuna ilişkin bir kararında mahkemenin çocuğun görüşünü dikkate almama gerekçesi olarak taraflardan birinin çocuğu diğer ebeveyne yabancılaştırması ve böylece çocuğun iradesinin serbestçe oluşmasına ilişkin haklı şüphelerin oluşmasına dayandığı görülmektedir. Karara konu olan olayda çocuk, babaannesi ve dedesi ile mutlu olduğunu ve velayetin babada kalmasını istediğini beyan etmiş olmasına rağmen, çocuğun anne bakım ve şefkatine muhtaç olması nedeniyle velayetin anneye verilmesine karar verilmiş, bu sonuca varılırken çocuğu “*baştan beri dede ve babaannenin sahiplenmeye çalışarak anne ile görüşüp aralarında olumlu bir ilişki gelişmesine izin verilmemesi*” de göz önüne alınmıştır; bkz Yargıtay 2. HD, 23744/9051, 04.05.2015, <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 11.05.2020.

²⁰¹ Yargıtay 2. HD, 17842/13832, 17.10.2016, 04.05.2015, <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 11.05.2020. TMK’nın 324. maddesinde, anne veya babanın diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlü oldukları ve yükümlülüğün ihlalinin kişisel ilişki kurma hakkının reddedilmesi sonucuna götürebileceği öngörülmüştür. İşaret edilen kararda bu ilke velayetin tevdiine ilişkin olarak uygulanmış olmaktadır.

²⁰² Yargıtay 2. HD, 4980/12318, 16.12.2019, <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 11.05.2020.

²⁰³ Bkz yuk II A 1.

olması, hem de annenin kimliğinin esas olarak bu işlevi üzerinden kurulmuş olması karşısında, evlilik sona erdiğinde velayetin anneye verilmesi olağan görünmektedir. Dolayısıyla ülkemizdeki toplumsal yapı dikkate alındığında bu kuralın soyut açıdan eşitlikçi olmamakla birlikte haklı ve makul gerekçelere dayandığı söylenebilir. Ancak anne şefkatine muhtaç olma ölçütünün somut durumun özelliklerinden bağımsızlaştırılarak, genel kural biçiminde uygulanmaya devam edilmesinin uzun vadede kadınların eşitlik taleplerinin aleyhine rol oynayacağı da görülmektedir. Anne şefkatine muhtaç olma ölçütü, babaların çocuk bakımına katılmasını teşvik edici nitelikte olmadığından mevcut aile içi dinamiklerini yeniden üretme sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca, kadınların çalışma hayatına daha aktif biçimde katılmaya başlaması ile bu ölçüt, kadınların aleyhine sonuç doğurabilecek hale gelebilecek, aktif bir çalışma hayatı olan kadınların anne şefkatini veremeyecek durumda oldukları yönünde haksız bir izlenim oluşabilecektir. Keza anne şefkatine muhtaç olma ölçütünün hâlihazırda bilimsel verilere dayandırılmıyor olması ve hangi yaş aralığında uygulandığının belirsiz olması da bu kuralı keyfi değerlendirmelere açık hale getirmektedir. Kanımızca her ne kadar mevcut toplumsal yapıda görece adaletli görünebilse de, anne şefkatine muhtaç olma ölçütünün uygulanması için gereken şartların çerçevesinin çizilmesi ve ezbere uygulanan bir ölçüt olmasından çıkarılması, özellikle kadın ve erkek arasındaki iş bölümünün eşitlikçi biçimde yapılandırıldığı aile tiplerinde duruma daha geniş bir perspektiften bakılması gerekir. Kuralın bilimsel verilerden, toplumsal gelişmelerden ve ailelerin iç dinamikleri ile geçmiş ilişkilerden soyutlanarak uygulanması geleneksel iş bölümü anlayışının tasdik edilmesine hizmet etmektedir.

Değerlendirme ve Sonuç

Boşanma sonrasında velayetin düzenlenmesine ilişkin hukuk kuralları, herkesin hemfikir olduğu şekilde, çocuğun üstün yararına uygun çözümün bulunmasını hedeflemektedirler. Çocuğun üstün yararı kavramı, sağladığı esnekliğin ve kararları bireyselleştirme imkânının korunması için hukuki tanımlamaların uzağında tutulmaktadır. Ancak bu esneklik, belirsizliği ve öngörülmezliği de beraberinde getirmektedir. Bu durumun yarattığı sakıncalardan birinin cinsiyet ayrımcılığına kapı açması olduğu düşünülmektedir. Ayrımcılık kendisini, karar organına annelik ve babalık rolleri hakkında kişisel değer yargılarını ön plana çıkarma yolunun açılması şeklinde göstermektedir. Cinsiyet rollerine ilişkin önyargılar, velayete ilişkin uyuşmazlıklarda bazen kadınların, bazen erkeklerin aleyhine rol oynamakta, çocuğun yararının diğer menfaatlerden üstün tutulması gereği de ayrımcı uygulamaların gerekçesi olarak sunulabilmektedir. Bu nedendir ki velayet hukukunda çocuğun yararı öncelikli amaç olmakla beraber, tek amaç olmaktan çıkmış, hukuk kuralları kadın-erkek eşitliğine ilişkin sorunların kapsamına annelik ve babalık vazifelerini de dâhil eder hale gelmiştir. Gelineen noktada kabul edilmelidir ki, çocuğun yararı üstün

nitelikte olmakla beraber, olası çözümlerden kadın-erkek eşitliğine uygun olanın kabul edilmesi, varılan sonuçların bu açıdan da değerlendirmeye tabi tutulması gerekir.

Velayete ilişkin düzenlemeler ve uygulamalar, bu alanda çeşitli kuralların uygulandığını göstermektedir. Bu kuralların amacı, çocuğun üstün yararı ilkesini öngörülebilir kılarak öngörülmezliğin yarattığı sakıncaları bertaraf etmektir. Ancak bu kurallara münhasıran cinsiyet eşitliği açısından bakıldığında bazılarının öngörülmezliğin risklerinden biri olan ayrımcılığa çözüm bulmanın çok uzağında kaldıkları, tam tersine kadın ve erkek arasındaki geleneksel rol paylaşımını ve bundan doğan eşitsizlikleri destekledikleri görülmektedir. Bu noktada incelediğimiz konu açısından önemli olan soru, anne ve baba arasındaki rol dağılımına eşitlikçi biçimde yaklaşan ve ayrımcılık riskini en aza indiren bir genel kural koymanın mümkün olup olmadığıdır.

Eşitlikçi yaklaşımın kilit noktalarından biri sorumluluk paylaşımının etkin biçimde teşvik edilmesidir. Anne ve babayı çocuğun doğumundan itibaren eşitlikçi biçimde görev paylaşımı yapmaya yönlendiren bir uygulamanın kadın-erkek eşitliğine olumlu katkıda bulunacağı açıktır. Bu noktada dikkat edilmelidir ki ebeveyn-çocuk ilişkilerinde eşitliğe vurgu yapan bazı uluslararası belgeler de eşitliği sadece ayrılık sonrasına hasreder biçimde ele almamakta, anne ve babanın çocuğun doğumundan itibaren eşit biçimde çocuğun bakımına katılmaları gerektiğinin altını çizmektedirler²⁰⁴. Bu açıdan bakıldığında, annenin sadece cinsiyete dayalı olarak velayete sahip olması sonucunu doğuran anne şefkatine muhtaç olma ölçütünün, sorumluluk paylaşımını teşvik edici olduğu söylenemez; bu ölçüt kadın ve erkek arasındaki geleneksel rol dağılımının devamını desteklemektedir. Birincil bakıcı ölçütü cinsiyete dayalı bir ayrıma dayanmadığı için babaları bakıma katılmaya teşvik etmektedir; ancak son tahlilde ebeveynlerden birinin, çoğunlukla annenin tek başına velayeti alması sonucuna götürmesi ve diğer ebeveynin, çoğunlukla babanın, çocuğun bakımına esaslı biçimde katılması halinde dahi velayeti tamamen kaybetmesi sonucunun doğabilmesi bu kuralın sorumluluk paylaşımını teşvik edici etkisini azaltmaktadır. Kanımızca ortak velayet çözümü de, ister sadece hukuki yetkilerin paylaşımına, ister bunun yanında bakım yükümlülüğünün de paylaşımına dayansın, sorumluluk paylaşımını teşvik edici bir çözüm değildir. Boşanma sonrası aniden ve genel kural biçiminde gelen eşitlik, aile içindeki görev dağılımını değiştirmeye yönelik hiçbir teşvik yaratmamaktadır. Ortak velayetin kural olarak kabulü, eşitlik ilkesi açısından teşvik sorunu dışında da sorunlar barındırmaktadır. Evlilik birliği devam ederken çocuğa ilişkin sorumluluk yüklenmemiş tarafın, çoğunlukla babanın, boşanma sonrasında hak sahibi kılınmasının, o ana kadar çocuğun bakımını sağlamış

²⁰⁴ PACE, 'Equality and Shared Parental Responsibility: The Role of Fathers' (2015) Resolution No 1468, bkz yuk n 8; PACE, 'Gender Equality, Reconciliation of Private and Working Life and Co-Responsibility' (2013) Resolution No 1921, bkz yuk n 6.

olan ve meslek sürdürme imkânını ve dolayısıyla ekonomik kaynaklara erişimini bu nedenle ikinci plana atmış olan taraf, çoğunlukla anne açısından eşitlikçi bir düzenleme olduğu kabul edilemez²⁰⁵. Ortak velayet, sadece hukuki yetkilerin birlikte kullanılması anlamına geliyorsa, ebeveynlerden birine sadece müdahale yetkisini muhafaza etme hakkı tanınmış olmaktadır. Durum, bakım yükümlülüğünün de paylaşılması anlamına geliyorsa yine bu noktada gelen eşitliğin, evlilik sırasında bakım yükümlülüğünü üstlenmiş olan tarafın durumunu olumlu biçimde değiştirdiği söylemek güçtür. Bilakis bakım yükümlülüğünün boşanma sonrasında dönüşümlü hale gelmesinin, o zamana kadar bakım yükümlülüğünü üstlenmiş kişinin, çoğunlukla annenin fakirleşmesine sebep olduğu gözlemlenmektedir. Nitekim bakım yükümlülüğünün boşanma sonrasında aniden eşit biçimde bölünmesi halinde, önceden iş hayatında olan kişi, çoğunlukla baba, çalışma zamanını azaltarak çocuğa bakım zamanı yaratabilmektedir, ancak hiç çalışmayan ya da diğerinden daha az çalışan taraf, çoğunlukla anne, çocuk bakımını paylaşarak tasarruf ettiği zamanda çalışma hayatına katılma imkânını artıramamaktadır²⁰⁶. Keza, dönüşümlü himayenin masraflara simetrik biçimde katlanılmasına sebep olması²⁰⁷ düşük gelirli tarafı boşanmanın ekonomik sonuçlarıyla daha da sert biçimde yüz yüze getirmektedir. Bu nedenlerle çocuğun bakımının boşanma sonrasında paylaşılması, temelde devamlı biçimde çalışma hayatında olan, baba ile ev içi iş bölümünü daha önceden de yerleştirmiş olan ve babanın bakım ve eğitim yetilerine güven duyan anneler açısından baba ile benzer şekilde hayata devam etme imkânı sağlamakta²⁰⁸ ve bu çerçevede eşitlikçi bir çözüm olabilmektedir.

Bu durum karşısında ortak velayete yönelik bir çözümün, fiilî ve kapsayıcı bir eşitlik amacına hizmet edebilmesi için, evlilik içinde çocuk bakımına eşit katılmaya, dolayısıyla her iki eşe de çalışma hayatında bulunma açısından fırsat yaratmaya teşvik edecek şekilde yapılandırılması gerekir. Ebeveynlerin çocuğun doğumundan itibaren sorumluluk almaya teşvik edilmeleri ise, boşanma sonrasındaki durumun, evlilik sırasındaki görev paylaşımının uzantısı olarak düşünülmesini gerektirir. Bu konuda yukarıda açıkladığımız, ALI İlkeleri'nce getirilmiş öneriler bize göre görece en sağlıklı çözümleri sunmaktadır²⁰⁹. ALI İlkeleri, hem karar alma yetkisinin hem de bakım sorumluluğunun paylaşılmasında geçmişteki ilişki yapısının devamlılığına dayalı bir sistem kurarak, çocuğun hayatında var olmak isteyen ebeveyne bu varlığı evlilik ilişkisi içinde de göstermesi gerektiği yönünde bir mesaj vermektedirler. Özellikle fiilî bakım sorumluluğunun paylaşılmasında geçmiş bakım örüntüsünün

²⁰⁵ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 2235 sayılı kararında belirtildiği gibi, ekonomik alandaki ayrımcılık biçimleri ev içi cinsiyete dayalı eşitsizliklerle bağlantı içindedir; eşitsizlik türleri irdelenirken ve çözüm üretilirken bu bağlantı her zaman akıldan tutulmalıdır (PACE, 'Empowering women in the economy' (2018) Resolution No 2235, para 8), <<https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=25023&lang=en>> Erişim Tarihi 11.05.2020.

²⁰⁶ Wellenhofer (n 124) 2762.

²⁰⁷ Côté (n 72) 88.

²⁰⁸ ibid 87.

²⁰⁹ Bkz yuk II B 3.

devamlılığına yönelik bir velayet düzenlemesi, çocuğun himayesine sahip olmak için aile içinde de bakıma katılmayı, dolayısıyla eşitlikçi bir aile içi iş bölümünü teşvik etmektedir. Ancak fiilî bakım açısından geçmiş bakım örüntüsünün devam ettirilmesi, daha önce de belirtildiği gibi, ebeveynler arasında yüksek seviyede bir iletişimin yanı sıra her bir ebeveynin çocuğun maddi ve manevi ihtiyaçlarını çocuğun yaşantısındaki istikrarı zedelemeyecek şekilde karşılayacak finansal olanaklara sahip olmasını gerekli kılar. Bu da eşitlikçi bir velayet çözümünün çocuğun menfaatine uygun biçimde işleminin ancak belirli bir sosyal sınıfa ait aileler arasında, azınlıkta kalan bir çözüm olarak kabul edilebilmesi anlamına gelir²¹⁰. Pratik engeller nedeniyle bu devamlılığın sağlanamadığı veya babanın çocuğun fiilî bakımına zaten hiç katılmamış olduğu hallerde, geçmiş bakım örüntüsüne dayalı, yani eşit sorumluluğu teşvik eden bir ortak velayet sisteminde dahi sadece hukuki karar alma yetkisi açısından devamlılık sağlanabilmekte ve böylece hukuki müdahale yetkisine sahip kılınan bir ebeveyn, çocuğa fiilen bakma açısından bütün sorumlulukların dışına çıkmış olmaktadır²¹¹. Görüldüğü gibi, en eşitlikçi görünen düzenleme çerçevesinde bile, ortak velayetin genel kural olarak kabulü eşitlikçi bir rol paylaşımını genel biçimde desteklememektedir. Uyumlu bir birlikte ebeveynlik ilişkisinin başka biçimlerde de elde edilebileceği göz önüne alındığında²¹², ortak velayetin çocuğun menfaatine kural olarak en uygun çözüm olduğunu kabul etmek için de sebep bulunmamaktadır.

Görüldüğü gibi, boşanma sonrasında bakım yükümlülüğünün de cinsiyetten bağımsız olarak paylaşılmasının sağlandığı istisnai haller dışında genel kural niteliğindeki çözümlerin genel biçimde eşitlikçi çözümler getirdiğini iddia etmek güçtür. Bu kurallar, çocuğun üstün yararı standardının belirsizliğinin yarattığı diğer bazı sorunlara çare olabilirler, ancak hiçbiri anne ve baba arasındaki eşitliği sağlamak açısından, somut olayın şartlarından soyutlanmış biçimde, genel olarak kabulü mümkün bir çözüm sağlamamaktadır.

Çocuğun üstün yararı standardının yarattığı belirsizliğin ayrımcı uygulamalara açtığı kapının daraltılması için benimsenebilecek bir diğer çözüm, bu standardı somut olaya uygulayan karar organına, uygulayacağı yöntemle ilgili sınırlar çizmek olabilir. Çocuğun üstün yararı ilkesinin esnekliğini olumlu yanı olarak belirleyen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi Genel Yorumu'nda bu esnekliğin manipülasyona da kapı açabileceği belirtilmiş, verilen örneklerde anne ve babaların velayet davalarında çocuğun üstün yararı kavramını kötüye kullanmalarına ve

²¹⁰ Çözümün yaygınlaşması için ortak sorumluluğun daha genel nitelikteki aile politikaları ile desteklenmesi ve ebeveynlere finansal destek sağlanması gerektiği yönünde, Cottier, Widmer, Girardin, Tornare (n 95) 331.

²¹¹ Eşitlik ilkesine uygun olmayan bu durumun etkilerinin yumuşatılması, ancak birlikte karar alma yetkisinin de yeniden yapılandırılması, birlikte kullanılacak yetkilerin alanının birlikte yaşayan ebeveynlere göre daha dar çizilmesi, çocuğa fiilen bakan kişiye görece geniş bir hareket alanı bırakılması ile mümkün olabilir. Bu açıdan ancak çocuğun hayatını geri dönüşü olmayan biçimde şekillendirecek kararların birlikte velayete konu olması gerekir.

²¹² Cottier, Widmer, Girardin, Tornare (n 95) 309.

kendi menfaatlerini savunmalarına değinilmiştir (34 numaralı paragraf)²¹³. Ancak Genel Yorum'da çocuğun üstün yararı kavramına ilişkin baştan belirlenecek karine niteliğindeki çözümlerin çocuğun yararını belirlemeye hizmet edemeyeceğinin, bunlardan kaçınılması gerektiğinin altı çizilmiş, kavramın içeriği belirlenirken izlenmesi gereken bir yöntemsel çerçeve belirlenmiş ve bu yolla öngörülebilirlik sağlanmaya çalışılmıştır. Buna göre,

i. Çocuğun üstün yararı belirlenirken belirli bir olayda anlamlı olan tüm etmenlerin birbirleri ile tartılmaları, bu tartımın çocuğun üstün yararına yönelik değerlendirmenin amacının sözleşmede çocuklara tanınan hakların tam ve etkin kullanımını ve çocuğun bütünsel gelişimini sağlamak olduğu unutulmadan yapılması gerekir (82 numaralı paragraf).

ii. Değerlendirme yapılırken çocuğun durumunun değişeceği unutulmamalıdır. Karar organları nihai ve geri dönüşsüz kararlar yerine değiştirilebilen veya uyarlanabilen türden kararlar almalıdır. Bunun için sadece karar anındaki fiziksel, duygusal, eğitimsel ve diğer nitelikteki ihtiyaçlar değil çocuğun gelişiminin muhtemel senaryoları da değerlendirilmeli ve bunlar kısa ve uzun vadede analiz edilmelidir. Bu bağlamda kararlar çocuğun şimdiki ve gelecekteki durumunun devamlılığını ve istikrarını sağlamalıdır (84 numaralı paragraf).

iii. Çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerinin çocuğun haklardan yararlanması önlemleriyle ilintili biçimde değerlendirilmesi gereken hallerde çocuğun yaşı ve olgunluğu yol gösterici olmalıdır (83 numaralı paragraf).

iv. Çocukla birlikte çalışma deneyimi olan ve alınan bilgiyi objektif biçimde değerlendirebilecek çocuk psikolojisi, çocuk gelişimi ve diğer sosyal gelişim uzmanları ile birlikte hareket edilmesi, çocuğun üstün yararının mümkün olduğu ölçüde disiplinler arası bir ekip tarafından değerlendirilmesi gerekir (94 numaralı paragraf).

v. Alınan kararın gerekçesi tüm olgusal şartları içermeli, bunlardan hangilerinin çözüm açısından anlamlı bulunduğuna, bunların çocuğun üstün yararı belirlenirken ne şekilde tartıldığına ilişkin açıklama yapılmalı, varılan sonuç çocuğun taleplerinden ayrılıyorsa bunun sebebi açıkça belirtilmelidir (97 numaralı paragraf).

Genel Yorum'da bu genel ilkelerin yanında ebeveynlik sorumluluklarının anne ve baba arasında paylaşılmasının genellikle çocuğun üstün yararına uygun olduğu belirtilmiş, ancak alınacak kararlarda temel ölçütün belirli bir çocuğun üstün yararının nerede olduğunun belirlenmesi olduğu da ifade edilmiştir. Genel Yorum'a göre, kanunların bu sorumlulukları otomatik olarak tek bir ebeveyne veya her ikisine ortak

²¹³ UN Committee on the Rights of the Children, 'Right of the Child to Have His or Her Best Interests Taken as a Primary Consideration' (2013), General Comment No 14, bkz yuk n 30.

vermesi çocuğun yararlarına aykırıdır²¹⁴. Çocuğun üstün yararını değerlendirirken hâkimin çocuğun her iki ebeveynle de ilişkilerini muhafaza etme hakkını o belirli olayda anlamı olan diğer faktörlerle birlikte göz önünde tutması gerekir (67 numaralı paragraf).

Görülmektedir ki Genel Yorum'a göre çocuğun üstün yararına ilişkin doğru kararın alınması, genel varsayımlar türetilmesinden değil, her somut olayda belirli bir karar alma yöntemi izlenilmesinden geçmektedir. Genel Yorum, çocuğun üstün yararı kavramına ilişkin olduğundan doğal olarak bu kavramı esas alan bir yöntemsel çerçeve çizilmiştir. Anne baba arasındaki eşitliğin de ulaşılmaya gereken amaçlardan biri olduğu dikkate alındığında, bu yöntemin içine eşler arasında bakım sorumluluğuna ilişkin adaletin sağlanması ve cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmaması yönünde ilkeler de eklenmelidir. Kanımızca hâkimlerin bu anlamda dikkate almaları gereken ilkeler arasında (i) çocukla geçmişteki ilişkiler ve bakım sorumluluğunun geçmişte ne şekilde paylaşıldığı (ii) velayete ilişkin varılacak sonucun tarafların çalışma hayatına katılmasını olanaklı kılıp kılmayacağı, (iii) velayete ilişkin varılacak sonucun ekonomik açıdan zayıf olan tarafın fakirleşmesi sonucunu doğurup doğurmayacağı unsurları da yer almalı, hâkimler ayrıca alınan kararlarla verilen mesajların aile içinde eşit rol paylaşımını teşvik edici etkisi olup olmadığı konusunda da farkındalıkla hareket etmelidirler. Hâkimlere bu yönde bir çerçeve çizilmesi, somut olaya ilişkin kararları bu çerçeve doğrultusunda gerekçelendirme yönünde bir gereklilik yaratacak, böylece hem ezbere uygulamaların azaltılması sağlanabilecek, hem de kanun yolunda denetimin yapılabilmesi için daha fazla veri içeren kararlar alınması mümkün olabilecektir. Bu yaklaşım nihai yetkiyi yine hâkime vermekte ve dolayısıyla ayrımcılık ihtimalini tamamen ortadan kaldırmamaktadır, ancak karar alma sürecini şeffaf hale getirerek varılan sonuçları tartışılabilir hale getirebilir.

Son kertede, çocuğun üstün yararını, anne ve baba arasındaki eşitliğin sağlanması hedefiyle bağdaşacak şekilde gözeten iki sistem bulunduğunu görüyoruz. Ortak velayetin kural olarak benimsenmesi, ancak bakım sorumluluğunun da eşit biçimde dağıtılmasını sağladığı ve bu yönde bir ailevi yapının kurulmasını teşvik ettiği ölçüde eşitlikçi bir çözümdür. Bu çözümün uygulamaya konulmasındaki güçlükler, bu tür bir ortak velayet sisteminin kural biçiminde benimsenmesi yerine, çocuğun üstün yararının karinelere uzak bir standart olarak tutulması ve çözümün somut olaya göre belirlenmesini zorunlu kılabilir. Bu durumda ise çocuğun üstün yararı görüntüsü altında cinsiyet ayrımcılığı yapılmasının önüne geçilmesi için hâkimlerin izlemesi gereken yöntem belirlenmeli, kararları bu yöntem çerçevesinde gerekçelendirme yönünde zorunluluk getirilmelidir.

²¹⁴ Benzer biçimde PACE, 'Gender Equality, Reconciliation of Private and Working Life and Co-Responsibility' (2013) Resolution No 1921, bkz yuk n 6.

Kadınlara ve erkeklere hem kamusal hem de özel alanda bireysel tercihlerine uygun seçenekler sağlayan yasal teşviklerin gelişmesi tüm hukuk alanlarının diyalog içinde hareket etmesini gerektiren bütüncül bir sorundur. Anne ve baba arasında eşitlik de bu bütüncül sorunun parçalarından biri olarak ele alınmalıdır. Fırsat eşitliğini önceleyen bir hukuk düzeninin gelişmesi ile toplumsal kadın ve erkek rolleri arasındaki ayırım bulanıklaşacak, böylece hem annelere hem de babalara karşı önyargılar da azalacaktır. Çocuklara ilişkin kararların gerçekten çocukların menfaatine hizmet eder hale gelmesi de bu önyargıların aşılması ile mümkün olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku, İkinci Cilt*, (21. Bası, Beta 2019).
- Akyüz E, *Çocuk Hukuku-Çocukların Hakları ve Korunması*, (6. Bası, Pegem Akademi 2018).
- Apaydın E, 'Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği' (2018) 9(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 445-476.
- Aybay ME ve Şen CB, 'Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velayet Sorunu' (2016) 15(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 589-615.
- Balomatis A, 'Das Wechselmodell in Europa' (2016) *Neue Zeitschrift für Familienrecht* 833-836.
- Bartlett KT, 'Child Custody in the 21st Century: How the American Law Institute Proposes to Achieve Predictability and Still Protect the Individual Child's Best Interests', (1999) 35(3) *Willamette Law Review* 467-483.
- Baygın C, *Soybağı Hukuku*, (On İki Levha 2010).
- Birinci Uzun T, 'Türk Medeni Kanunu'na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli' (2016) 6 Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 135-166.
- Boyd SB, 'Can Child Custody Law Move Beyond the Politics of Gender' (2000) 49 *University of New Brunswick Law Journal* 157-168.
- Büchler A ve Clausen S, 'Art. 298' iç Ingeborg Schwenzer ve Roland Fankhauser (edr), *FamKommentar Scheidung Band I: ZGB* (3. Bası, Stämpfli Verlag AG 2017), 403-444.
- Büchler A ve Vetterli R, *Ehe Partnerschaft Kinder* (3. Bası, Helbing Lichtenhahn 2018).
- Carbone J ve Cahn N, 'The Triple System of Family Law' (2013) *Michigan State Law Review* 1185-1229.
- Caulley AM, 'Equal Isn't Always Equitable: Reforming the Use of Joint Custody Presumptions in Judicial Child Custody Determinations' (2018) 27 (2) *Boston University Public Interest Law* 403-460.
- Ceylan E, 'Türk Velayet Hukukunda Yeni Gelişmeler' (2018) 16 (181) *Legal Hukuk Dergisi* 35-68.
- Choffat G, 'Réflexions sur la réforme de l'autorité parentale conjointe: une promesse déçue?' (2015) 2 *La semaine judiciaire* 167-186.
- Côté D, 'La garde partagée des enfants : nouvelles solidarités parentales ou renouveau patriarcal?' (2004) 23 (3) *Nouvelles Questions Féministes* 80-95.
- Cottier M, Widmer E, Girardin M ve Tornare S, 'La garde alternée' (2018) *Die Praxis des Familienrechts* 297-332.
- Council of Europe Committee of Ministers, 'Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on Parental Responsibilities', Recommendation No. R (84) 4.
- Council of Europe, 'Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence' (2011) Treaty No 210.
- Council of Europe, 'Gender Equality Strategy 2018-2023'.
- Dekeuwer-Defossez F, 'L'intérêt (supérieur) de l'enfant : consensus, instrumentalisation ou subversion ?' iç Emmanuel Putman, Marie-Ève Pancrazi, Michel Buy, Bertrand Fages, Anne Laude, Dominique Velardocchio, *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, (LGDJ 2019) 345-359.
- DiFonzo JH, 'Dilemmas of Shared Parenting in the 21st Century: How Law and Culture Shape Child Custody' (2015) 43 (4) *Hofstra Law Review* 1003-1022.

- DiFonzo JH, 'Toward a Unified Field Theory of the Family: The American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution' (2001) Brigham Young University Law Review 923- 960.
- Dionisi-Peyrusse A ve Pichard M, 'L'autorité parentale et la persistance des inégalités de genre' iç Stéphanie Hennette Vauchez, Marc Pichard, Diane Roman (edr), *La loi et le genre, Études critiques de droit français* (CNRS 2014) 485-503.
- Dural M, Ögüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku* (14. Bası, Filiz Kitabevi 2019).
- Elçin EG, 'Çocuğun Menfaati Gereği Çocukla İlgili Uyuşmazlıklarda Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar' iç Evgen Gülçin Elçin-Arzu Genç Arıdemir (edr), *Çocuk Hakları Çalışmaları-I* (On İki Levha 2017) 1-25.
- Erlüle F, *İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet* (Yetkin Yayınları 2019).
- Gençcan ÖU, 'Ortak Velayet' (8.3.2017 Özel Sayısı) İzmir Barosu Dergisi 24-31.
- Graham KT, 'How the ALI Child Custody Principles Help Eliminate Gender and Sexual Orientation Bias from Child Custody Determinations' (2001) 8 (1) Duke Journal of Gender Law 323-331.
- Grassinger GE, *Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler* (On İki Levha 2009).
- Günay M, '6284 Sayılı Kanuna Göre Koruyucu ve Önleyici Tedbirler' (2012) 3 (4) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 650-651.
- Güven K, 'Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet' (2018) 4 (1) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11-64.
- Guillod O ve Burgat S, *Droit de la famille*, (4. Bası, Collection Neuchateloise Helbing Lichtenhahn 2016).
- Hakimpour D, 'Distributing Children as Property: The Best Interest of the Children or the Best Interest of the Parents' (2017) 37 (1) Children's Legal Rights Journal 128-167.
- Hatemi H, *Aile Hukuku*, (7. Bası, On İki Levha 2019).
- Hausheer H, Geiser T ve Aebi-Müller R, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, (6. Bası, Stämpfli Verlag 2018).
- Hennemann H, 'BGB § 1671' iç Dieter Schwab, *Münchener Kommentar zum BGB, Band 10* (8. Bası, C H Beck 2020).
- Hennemann H, 'BGB § 1687' iç Dieter Schwab, *Münchener Kommentar zum BGB, Band 10* (8. Bası, C H Beck 2020).
- İnce N, 'Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet' (2018) 9 (4) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 189-229.
- Jacobs SB, 'The Hidden Gender Bias Behind the Best Interest of the Child Standard in Custody Decisions' (1997) 13 Georgia State University Law Review 845 -901.
- Kaiser D, 'Gemeinsame elterliche Sorge und Wechselmodell' (2008) Familie Partnerschaft Recht 143-148.
- Kaiser D, 'Elternwille und Kindeswohl - für das gemeinsame Sorgerecht geschiedener Eltern' (2003) Familie Partnerschaft Recht 573-578.
- Kay HH, 'No-Fault Divorce and Child Custody:Chilling out the Gender Wars' (2002) 36 (1) Family Law Quarterly 27-47.

- Kelly RF ve Ward SL, 'Allocating Custodial Responsibilities at Divorce: Social Science Research and The American Law Institute's Approximation Rule' (2002) 40 (3) Family Court Review 350-370.
- Kiremitçi Öztürk M, 'Boşanma Sürecinde Ortak (Müşterek) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı', iç Evgen Gülçin Elçin-Arzu Genç Arıdemir (edr), *Çocuk Hakları Çalışmaları-I* (On İki Levha 2017) 59-117.
- Koçhisarlıoğlu C, *Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması* (Turhan Kitabevi 2004).
- Kostka K, 'Elterliche Sorge und Umgang bei Trennung und Scheidung - unter besonderer Berücksichtigung der Perspektive des Kindes' (2005) Familie Partnerschaft Recht 89-95.
- Kurt LM, 'Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velâyet' (2018) 9 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 157-186.
- Lang C, 'Elterliche Sorge' iç Klaus Shnitzler (ed), *Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht* (5. Bası, C H Beck 2020).
- Melli MS, 'The American Law Institute Principles of Family Dissolution, the Approximation Rule and Shared-Parenting' (2005) 25 (3) Northern Illinois University Law Review 347-362.
- Özdemir H ve Ruhi AC, *Çocuk Hukuku (Ders Kitabı)*, (3. Bası, On İki Levha 2019).
- Öztan B, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan Kitabevi 2015).
- Öztan B ve Öztan F, 'Boşanmada Velayetin Tevdii' (2016) 1 (2) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 473-495.
- PACE, 'Equality and Shared Parental Responsibility: The Role of Fathers' (2015) Resolution No 1468.
- PACE, 'Gender Equality, Reconciliation of Private and Working Life and Co-Responsibility' (2013) Resolution No 1921.
- PACE, 'Gender Equality and Child Maintenance' (2018) Resolution No 2207.
- PACE, 'Empowering women in the economy' (2018) Resolution No 2235.
- Schmid J, 'BGB § 1687' iç. Werner Schulz ve Jörn Hauß (edr), *Familienrecht, Handkommentar*, (3. Bası, Nomos 2018).
- Schwarz ER, 'When Neutral Doesn't Really Mean Neutral: Louisiana's Child Custody Laws - An Attempt to Erase Gender Bias in the Name of Neutrality' (1996) 42 Loyola Law Review 365-390.
- Scott ES ve Emery RE, 'Gender Politics and Child Custody: The Puzzling Persistence of the Best-Interest Standard' (2014) 77 Law and Contemporary Problems 69-108.
- Scott ES, 'Pluralism, Paternal Preference, and Child Custody' (1992) 80 California Law Review 615- 672.
- Serdar İ, 'Birlikte Velayet' (2008) 10 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 155-197.
- Serozan R, *Çocuk Hukuku* (İkinci basıdan tıpkı bası, Vedat Kitapçılık 2017).
- Sutherland EE, 'Child Custody and Cognate Concepts: The Challenges' iç Barbara Stark, Jacqueline Heaton (edr), *Routledge Handbook of International Family Law* (Routledge 2019) 127-143.
- Şensöz Malkoç E, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (On İki Levha 2017).
- UN Committee on the Rights of the Children, 'The Right of the Child to Be Heard' (2009) General Comment No 12.

UN Committee on the Rights of the Children, 'Right of the Child to Have His or Her Best Interests Taken as a Primary Consideration' (2013), General Comment No 14.

Usta S, *Velayet Hukuku* (On İki Levha 2016).

Vogel H, 'Ausgewählte Probleme aus dem Recht der elterlichen Sorge bei getrennt lebenden Eltern' (2005) *Familie Partnerschaft Recht* 65-70.

Wardle LD, Duncan WC ve Nolan LC, 'United States of America' iç Walter Pintens (ed) *International Encyclopaedia of Laws: Family and Succession Law* (Wolters Kluwer 2018).

Wellenhofer M, 'Gemeinsam getragene Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung' (2018) *Neue Juristische Wochenschrift* 2758-2762.

Yee JW, 'Child Custody Decisions: Should the Best Interests of the Child Standard Be the Primary Determinant' (2019) 65 (1) *Wayne Law Review* 175-196.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 11.09.2020
Revizyon Talebi: 30.11.2020
Son Revizyon: 25.02.2021
Kabul: 23.03.2021

İngiliz Hukukunda Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması

Meltem Karatepe Kaya

Öz

İngiltere’de azınlık pay sahiplerinin korunmasına ilişkin çalışmalar 1843 yılındaki Foss v Harbottle davasından beri var olmuş ve sürekli gelişim göstermiştir. 2006 yılında yürürlüğe giren İngiliz Şirketler Kanunu (Companies Act) ile uygun çözümler sunuluncaya kadar, azınlık pay sahiplerinin korunması konusunda İngiliz hukuku, anglo sakson hukuk sistemi (common law) ve çeşitli yasal düzenlemeler çerçevesinde çok sayıda reform ve gelişme geçirmiştir. Mahkeme içtihatları ile pay sahiplerinin karşılaşılabileceği sorunlar ortaya konularak bu sorunların çözümü için hangi yollara başvurulabileceği düşünülmüş ve bunun sonucu olarak da azınlık pay sahiplerine tanınan temel kanuni haklar ortaya çıkmıştır. İngiltere’de azınlık pay sahiplerinin korunmasının, teorik ve varsayıma dayalı önerilerden ziyade, pratik ve gerçek olaylara dayandığı ve bu doğrultuda çözümsel önerileri içerdiği söylenebilir. Birçok koruma mekanizması pay sahipleri için koruma sağladıklarından emin olmak için kapsamlı bir şekilde test edilmiştir. İngiliz hukukunda pay sahibine bireysel olarak bahsedilmiş olan hakların yanı sıra azınlık pay sahiplerinin korunması büyük ölçüde dava yollarına dayanmaktadır. Bu makalede temel olarak İngiliz Şirketler Hukukunda mevcut olan ve azınlık pay sahiplerine mahkemeye başvurma hakkı tanıyan üç hak üzerinde durulacaktır; “türev davalar (derivative actions)”, “haksız ayrımcılık davası (unfair prejudice petition)”, ve “tasfiye davası (the winding up)”. Ayrıca Türk hukukunda azınlık pay sahiplerinin şirketlerde karşılaştığı benzer sorunların nasıl çözüldüğü analiz edilerek, iki hukuk sistemi arasındaki benzerlik ve farklılıklar ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler

İngiliz şirketler kanunu, Haksız ayrımcılık davası, Fesih davası, Türev dava, Azınlık pay sahiplerinin korunması, Haklı sebeple fesih davası

Minority Shareholders’ Protection under English Law and a Comparison with Turkish Law

Abstract

This article will focus on the UK’s minority shareholder protection system. The case of Foss v. Harbottle (1843) established the principle of the protection of minority shareholders. That principle underwent numerous reforms and developments under common law and regulations until proper remedies were established in 2006 under the Companies Act. Many issues have been examined in the caselaw, and the remedies and rights for minority shareholders have been subsequently codified. As a result, it can be stated that the protection of minority shareholders in the UK includes practical and real-life suggestions from a business setting rather than theoretical and hypothetical suggestions. Many mechanisms have been extensively tested to ensure that they offer genuine protection for shareholders. Therefore, the paper will provide some background on the development of UK company law related to protection of minority shareholders. Furthermore, this part of the research will set out the current doctrinal position with regard to minority shareholder protection. Some attention will also be given to important cases. The paper will also analyze the main remedies available to minority shareholders in the UK, which are the statutory “derivative action,” “unfair prejudice petition,” and winding-up order.”

Keywords

UK companies act, Derivative action, Unfair prejudice petition, Winding-up order, Minority shareholders’ protection, Company dissolution, Just causes

* **Sorumlu Yazar:** Meltem Karatepe Kaya (Öğr. Gör. Dr.), İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: meltemkaratepe.kaya@medeniyet.edu.tr ORCID: 0000-0003-3428-0293

Atf: Karatepe-Kaya M, “İngiliz Hukukunda Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması” (2021) 79(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 79. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.1.0003>



Extended Summary

This article will focus on the UK's minority shareholder protection system. It will discuss its development from a historical perspective. Therefore, this section will essentially concentrate on these legal actions: derivative action, unfair prejudice action, and the winding-up remedy. The UK's minority shareholder protection system experienced significant developments after a number of corporate law reforms. The current company law in the UK has gone through several stages of development, and the protection of minority shareholders has progressively improved at every stage, culminating in the UK Companies Act 2006. The protection of minority shareholder model in the UK heavily relies upon judicial protection. Therefore, this article will address the English law on the protection of minority shareholders and will assess whether the 2006 Companies Act has made some improvements in the area.

According to the decision in *Foss v. Harbottle*, a corporation is a legal person separate from its shareholders and owners with separate legal personality. The rule from *Foss v. Harbottle* is divided into two main principles: the proper claimant principle and the internal management principle. The meaning of "proper claimant" is that if a company has suffered harm, or a breach of duty has been owed to a corporation, then the proper plaintiff in those circumstances is the company itself (which reinforces the idea that a company is a separate legal entity). As a result of the proper claimant rule, even if any wrong is committed against the company, and it affects a shareholder's financial or judicial position, the shareholders cannot bring an action against the offending legal entity. Only the company has the right to sue. This situation is unfair for minority shareholders because it is the management of the company that has the authority to decide whether or not to sue someone. This is especially problematic when a majority shareholder has done a wrong to the company, in which case he will obviously not want the company's management to decide to bring an action against him. This and similar problems bring us to the reason for the existence of the derivative action under UK company law.

Despite attempts to use the rule of *Foss v. Harbottle* to prevent minority shareholders from bringing unnecessary actions related to the wrongs done to the company, the rule has nevertheless improved the majority shareholders' power over company decisions. This power has allowed majority shareholders to ratify their conduct even if their actions damage the interests of the minority. It is for this reason that certain exceptions to the rule of *Foss v. Harbottle* emerged. These exceptions were outlined by the Court of Appeal in *Edwards v. Halliwell* to restrict the power of the majority shareholders and offer the minority shareholders the ability to make a derivative claim and to litigate on behalf of the company in particular situations. As can be seen, in the United Kingdom, derivative action has been shaped by court decisions through deep analysis.

Accordingly, in the first part of this article, an attempt will be made to observe and examine the developments and processes that have led to the derivative action regulated under sections 260–264 of the UK Companies Act 2006.

In the second part of this article, the research will consider the unfair prejudice petition set out in section 994 of the Companies Act 2006. This remedy allows shareholders to approach the courts directly where they have experienced unfairly prejudicial conduct. This remedy is not new to the Companies Act 2006, but it has been developed under it. Previously, in the Companies Act 1948 (section 210), this provision for shareholders was formulated as the “oppression remedy.” However, the Companies Act 2006 now offers the most efficient and practical protection to minority shareholders via updated provisions.

The unfair prejudice petition will be described, and some special issues will be discussed such as who may bring this petition, the meaning of some phrases used in the unfair prejudice provision, and the petition’s appearance and frequency of application in quasi-partnerships. UK caselaw regarding the unfair prejudice petition will be analyzed to show how unfair conduct and petitioners are determined by the court. The third part will analyze the winding-up remedy. Actual issues with the legal framework of protection of minority shareholders in Turkey will also be identified, and it will be explained how English law deals with a similar problem and the extent to which a similar solution can be achieved. Finally, the article will end with a conclusion.

İngiliz Hukukunda Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması ve Türk Hukuku İle Karşılaştırılması

Giriş

İngiltere’de azınlık pay sahiplerinin korunmasına ilişkin çalışmalar 1843 yılına *Foss v Harbottle*¹ davasına dayanmaktadır. Azınlık hissedarlarının korunması prensibi *Foss v Harbottle* davasından beri var olmuş ve sürekli gelişim göstermiştir. 2006 yılında yürürlüğe giren İngiliz Şirketler Kanunu (İKŞ),² uygulamada ortaya çıkan sorunlara uygun çözümler sunmak için çok sayıda reform geçirmiştir. Mahkeme içtihatları ile pay sahiplerinin karşılaşabileceği sorunlar ortaya konularak bu sorunların çözümü için yasal çareler düşünülmüş ve bunun sonucu olarak da azınlık pay sahiplerine tanınan temel kanuni yollar ortaya çıkmıştır. İngiltere’de azınlık pay sahiplerinin korunmasının, teorik ve varsayıma dayalı önerilerden ziyade, pratik ve gerçek olaylara dayandığı ve bu doğrultuda çözümsel önerileri içerdiği söylenebilir. Birçok koruma mekanizması pay sahipleri için koruma sağladıklarından emin olmak için kapsamlı bir şekilde test edilmiştir.

İngiliz hukukunda pay sahibine bireysel olarak bahşedilmiş olan hakların yanı sıra azınlık pay sahiplerinin korunması büyük ölçüde dava yoluyla korumaya dayanmaktadır. Bu makalede temel olarak İngiliz Şirketler Hukukunda mevcut olan ve azınlık pay sahiplerine mahkemeye başvurma hakkı tanıyan üç dava türü üzerinde durulacak ve bu davalar ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Bunlar, İngiliz Şirketler Kanununda (İŞK) madde 260’ta yer alan “türev davalar (derivative actions)”³, madde 994’de yer alan “haksız ayrımcılık davası (unfair prejudice petition)”⁴, ve İngiliz İflas Yasasında (İİY) madde 122’de yer alan “tasfiye davası (the winding up)”⁵ şeklindeki kanuni yollardır.

2006 yılında yürürlüğe giren İngiliz Şirketler Kanunu 260. maddesi ve devamında düzenlenen “derivative action” bu makalede “türev dava” olarak Türkçeye çevrilmiştir. Bunun en temel sebebi makalenin ilerleyen kısımlarında daha detaylı olarak açıklanacağı üzere anılan dava hakkının her ne kadar pay sahiplerine tanınan bir hak olsa da pay sahibinin bu hakkı türevsel olarak kullanmasıdır. Nitekim pay sahibinin mahkemeye yapmış olduğu başvuru ile eğer mahkeme izin verirse yöneticilere karşı sorumluluk davası şirket adına açılmış olacak ve yargılama devam edecektir. Yani her ne kadar eylemde bulunup davayı mahkemeye taşıyan pay sahibi olsa da yöneticilere karşı dava açma hakkı şirkete aittir.

¹ *Foss v Harbottle* [1843], 67 ER 189.

² 2006 İngiliz Şirketler Kanunu.

³ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 260.

⁴ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 994.

⁵ 1986 İngiliz İflas Yasası; madde 122.

İngiliz Şirketler Kanunu 994. maddesinde düzenlenen “unfair prejudice petition”,⁶ ise bu makalede “haksız ayrımcılık davası” olarak Türkçeye çevrilmiştir. Makalenin ilerleyen bölümlerinde de bahsedileceği üzere, her ne kadar bu dava hakkı içeriği itibariyle 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) 531. maddesinde düzenlenen “haklı sebeplerle fesih” davasına benzese de sonuçları itibariyle bu davadan farklılaşmaktadır. En önemli ayırım belki de yargılama sonunda TTK 531’e göre mahkeme tarafından verilebilecek olan fesih kararının haksız ayrımcılık davasında verilemeyecek olmasıdır⁷. Ayrıca kavramın İngilizcesi de haklı sebeple fesih çevirisine karşılık gelmemektedir. Ancak belirtmek gerekir ki TTK madde 531’e dayanarak açılan davalar, bu davalardaki taraf gerekçeleri ve Yargıtay kararları incelendiğinde her ne kadar terimsel bir benzerlik bulunmasa da İŞK madde 994’te incelenen haksız ayrımcılık davası ile aralarında bir bağ ve benzerlikler bulunduğu söylenebilir⁸. Bu husus detaylı olarak makalemizde anlatılacaktır.

1986 tarihli İngiliz İflas Yasasında yer alan “just and equitable winding up”⁹ davası ise “haklı gerekçelere dayanan tasfiye davası” olarak çevrilebilir. Ancak bu makalede karışıklık yaşanmaması adına “tasfiye davası” olarak kullanılacaktır. Bu dava her ne kadar TTK madde 531’de düzenlenen haklı sebeple fesih davası ile terim olarak ve sonuçları itibariyle benzerlik taşısa da İngiliz hukukunda şu an haksız ayrımcılık davasının olumsuz sonuçlandığı hallerde başvuru bir dava yoludur. Ayrıca İflas Kanunda düzenlenmiş olması hasebiyle de şirketler hukukunun düzenleme alanına giren haklı sebeple fesih davasından farklılaştığı ve bir şirketin tamamen sona yaklaştığı durumda başvuru bir dava hakkı olduğu söylenebilir. Aslında özü itibariyle bakıldığında İŞK madde 994 düzenlenen haksız ayrımcılık davası ile İY 122. maddede düzenlenen tasfiye davası birlikte düşünüldüğünde ancak TTK madde 531’de yer alan haklı sebeple fesih davasına karşılık geldiği söylenebilir¹⁰. Yani bizim hukukumuzda bir madde ile düzenlenen hususlar İngiliz hukukunda farklı kanunlarda ve iki farklı dava hakkı şeklinde düzenlenmiştir¹¹.

Bu dava haklarına ek olarak, 2006 yılında yürürlüğe giren İngiltere Şirketler Kanunu kapsamında, her bir azınlık pay sahibinin kendilerine bir tür koruma sağlayan belirli yasal haklara sahip olduğu belirtilmelidir. Bu haklar pay sahiplerinin mahkemeye başvurmasına gerek kalmaksızın onlara şirketle alakalı hususlarda koruma sağlayan haklardır.

⁶ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 994.

⁷ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi aşağıda verilecektir.

⁸ Cem Veziroğlu, ‘Buy-Out of the Oppressed Minority’s Shares in Joint Stock Companies: A Comparative Analysis of Turkish, Swiss and English Law’ (2018) 19 *European Business Organization Law Review* 527, 533.

⁹ 1986 İngiliz İflas Yasası; madde 122.

¹⁰ Veziroğlu (n 9) 533.

¹¹ Bu hususla ilgili ayrıntılı bilgi makalenin devamında verilecektir.

İŞK ile sahip oldukları pay oranına bakılmaksızın, her pay sahibine sağlanan haklar;

- 2006 yılı İŞK 306. maddede düzenlenen pay sahibinin mahkemeden genel kurulu toplantıya çağırmasını isteme hakkı¹²,
- 310. maddede düzenlenen genel kurula ilişkin bilgilendirilme hakkı¹³,
- 431. maddede düzenlenen yıllık mali tablonun bir kopyasına sahip olma hakkı¹⁴,
- 116. madde 2. fıkrada düzenlenen pay sahipliği kaydını ve pay sahipliği isminin indeksini ücretsiz olarak inceleme hakkı ve ücret talep edildikten sonraki 10 gün içinde pay sahiplerinin sicilinin bir kopyasını talep etme hakkı şeklinde sıralanabilir¹⁵.

Ayrıca, İŞK’da belli bir pay oranına sahip olmak şartı ile pay sahiplerine verilen birtakım haklar da mevcuttur. Örneğin; İŞK madde 303 uyarınca şirketteki oy haklarının en az yüzde 10’unu temsil eden pay sahiplerinin (12 aydan daha uzun süredir bir genel kurul toplantısı yapılmadığı takdirde bu oran yüzde 5 azalır) genel kurulu toplantıya çağırma hakkı vardır¹⁶. Yine, madde 314 uyarınca şirkette yüzde 5 payı temsil eden her bir pay sahibinin yazılı bir açıklama yapma hakkı vardır¹⁷. Ayrıca 306. madde ile İŞK şirkette yüzde 10’dan fazla payı temsil eden her bir pay sahibine şirketin yıllık hesaplarını denetleme hakkı vermiştir¹⁸. Ek olarak madde 283’e göre şirkette yüzde 25’ten fazla payı temsil eden her bir pay sahibinin, şirketin ana sözleşmesinde değişiklik yapılması gibi özel sayı gerektiren kararları engelleme hakkı vardır¹⁹.

Görüldüğü üzere İngiliz hukukunda azınlık pay sahiplerine tanınan bazı haklar için belli oranda bir paya sahip olma şartı aranırken, birçok hak için bu şart aranmamış ve sahip olduğu payların oranına bakılmaksızın tüm pay sahiplerine bu haklar tanınmıştır. Pay sahiplerinin herhangi bir sorunla karşılaştıklarında başvurabileceği olası kanuni yollardan olan “türev davalar”, “haksız ayrımcılık davası” ve “tasfiye davası” için de herhangi bir pay sahipliği oranı şart koşulmamıştır. Her bir pay sahibi şirkette sahip olduğu pay oranına bakılmaksızın bu dava yollarına başvurabilir ve mahkemede hakkını arayabilir.

¹² 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 306.

¹³ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 310.

¹⁴ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 431.

¹⁵ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 116/2.

¹⁶ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 303.

¹⁷ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 314.

¹⁸ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 306.

¹⁹ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 283.

Bu makalenin ilk kısmında öncelikle İngiltere’de azınlık pay sahiplerinin korunmasına ve gelişim sürecine ilişkin genel bir bilgi verilecek ve devamında İŞK 2006’nın 260-264 maddelerinde düzenlenen bir kanun yolu olan “türev dava (derivative action)”²⁰, incelenecek ve bu hakkın ortaya çıkışına yol açan gelişmeler ile İngiliz hukukundaki süreçler gözlemlenmeye ve değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Bölümün ikinci kısmında ise İŞK’nın 994. maddesinde belirtilen “haksız ayrımcılık davası (unfair prejudice petition)”²¹, ele alınacaktır. Bu dava kapsamında pay sahiplerine, şirket içinde kendilerine yönelik haksız ve baskıcı davranışlarla karşılaşmaları halinde doğrudan mahkemeye başvurma hakkı tanınmaktadır. Bu çözüm yolu her ne kadar isim olarak 2006 yılında yürürlüğe giren İngiliz Şirketler Kanunu için yeni olsa da aslında kurum olarak daha önce, Şirketler Kanunu 1948’de (madde 210), pay sahiplerine yönelik baskıcı tutumlar karşısında bir çözüm olarak yolu olarak formüle edilmiştir. Ancak 2006 tarihli Şirketler Kanununda yer bulan “haksız ayrımcılık davası”, azınlık pay sahipleri için daha kapsamlı, daha etkin ve pratik korumayı sağlayan kanuni bir çözüm sunmaktadır. Bölümde, ayrıca, İngiliz hukukunda azınlık pay sahiplerine tanınan bir çözüm yolu olan haksız ayrımcılık davasına ilişkin olarak detaylı analiz yapılacak ve bu hakkı kimlerin, ne şekilde, hangi hallerde kullanabileceği ve bu talebe yönelik mahkemenin nasıl bir karar vereceği gibi sorulara örnek karar tahlilleri de kullanılarak cevap aranacaktır.

Üçüncü kısımda pay sahiplerine tanınan bu iki hakkın arasındaki farklılıklar analiz edilirken, dördüncü kısımda ise “tasfiye davası (the winding up)”²² analiz edecektir. Son olarak da Türk hukukunda azınlık pay sahiplerine tanınan dava hakları belirtilecek ve kıyaslama yapılarak öneriler sunulacaktır. Belirtmek gerekir ki bu makalede kıyaslama yapılan şirketler, İngiltere’de yer alan ve davalara konu olan halka açık olmayan şirketler ve Türkiye’de yer alan halka açık olmayan anonim şirketlerdir.

1. İngiliz Hukukunda Azınlık Pay Sahiplerinin Başvurabileceği Hukuki Yollar

1.1. Ortak Hukuk Kuralları Çerçevesinde Azınlık Pay Sahiplerine Tanınan Dava Hakkı

İngiliz hukukunda hem “common law” (ortak hukuk), hem de “Companies Act”(şirketler kanunu) açısından azınlık pay sahipleri çoğunluğun şirket içerisindeki eylemlerine karşı korunmuştur. İngiltere’de azınlık pay sahiplerinin korunması için farklı mekanizmalar bulunmaktadır. Bunlar aşağıda sırasıyla incelenecektir²³.

²⁰ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 260.

²¹ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 994.

²² 1986 İngiliz İflas Yasası; madde 122.

²³ Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer and Robert W.Vishny, ‘Law and Finance’ (1998) 106 *Journal of Political Economy*, 1129.

Olası bir sorunda, pay sahiplerinin hakları kişisel olarak ihlal edildiğinde yahut askıya alındığında, pay sahiplerince başvurulabilecek çözüm yollarından biri “personal action” yani kişisel davadır²⁴. Pay sahiplerinin haklarının ihlali halinde kendilerini korumaları için doğrudan başvuru hakları saklıdır. İngiliz Şirketler Kanununda ve ortak hukukta kişisel hakların genel bir tanımını bulmak mümkün değildir. Her bir mevcut vaka için mahkeme kişisel hakkın tanımını yapmaktadır. Böylece zamanla farklı eylemlerin kişisel dava gerekçesi olarak değerlendirilmesi sonucu içtihatlar ortaya çıkmıştır²⁵. Ancak, *Prudential Assurance Co Ltd ve Newman Industries Ltd*.²⁶ davasında (No. 2) görülebileceği gibi, azınlık hissedarlarına kişisel dava açma izni mahkeme tarafından sadece şirketi ilgilendirmeyen ve şirkete ilişkin bir zararın söz konusu olmadığı hususlarda verilmiştir²⁷.

İkinci olarak, şirketin menfaatlerine yönelik bir saldırı var ise yahut şirketin işleyişinde bir zarar meydana gelirse hissedarlar mahkemeye türev dava açma talebiyle başvurabilirler. Bu başvuru hakkı ile kanun koyucu, azınlık pay sahiplerine kendi paylarının değerini etkileyen bir durumdan dolayı şirket adına ve hesabına yargılama yöntemlerine başvurabilmelerine olanak sağlamıştır. Kural olarak azınlık pay sahiplerinin şirket adına ve hesabına yönetim kurulu kararı olmaksızın mahkemeye başvurma hakkı yoktur. Ancak, ileride inceleneceği üzere mahkemelere intikal eden olaylar ve bunlara ilişkin verilen kararlar bu kuralın bazı istisnalarını getirmiştir. Buna göre, şirkete karşı verilen bir zararda bu zarar azınlık pay sahibinin paylarını da etkileyeceği için eğer şirket herhangi bir nedenle yargı yoluna gitmezse, şirket adına mahkemeye gitme hakkını azınlık pay sahibi kullanabilmektedir²⁸. Esasen, azınlık pay sahibi mahkemeden şirket adına davaya devam edilebilmesi için izin istemektedir. Her ne kadar iddiayı pay sahibi mahkemeye taşımış olsa da mahkemenin davanın devamına “permission” yani izin vermesi halinde artık dava şirket adına ve hesabına devam etmektedir. Örneğin, şirket hesaplarında bir oynama halinde yahut şirkete ait bir gayrimenkulün devrinde dolandırıcılık yapıldığı gerekçesi ile; eğer ki kusuruyla şirkete zarar verdiği iddia edilen şahıslar aynı zamanda şirketi kontrol edenlerse ve bu yolla şirketin dava açması engelleniyorsa, her bir pay sahibi mahkemeye başvurarak şirket adına dava açılmasını ve bu olası

²⁴ Bknz Smith v Croft No. 2 [1988], Ch. 114; Prudential Assurance Co. Ltd v Newman Industries Ltd [1982], Ch. 204.

²⁵ J. Paul Sykes, ‘The continuing paradox: a critique of minority shareholder and derivative claims under the Companies Act 2006’ (2010) 29 *Civil Justice Quarterly* 205-234, 210.

²⁶ Prudential Assurance Co. Ltd v Newman Industries Ltd [1982], Ch. 204.

²⁷ Alan Dignam, Andrew Hicks ve S.H. Goo, *Hicks & Goo’s Cases and Materials on Company Law* (Oxford University Press 2011), 426.

²⁸ Burada kastedilen şirketin uğramış olduğu zarar neticesinde pay sahiplerinin karşı karşıya kalacağı yansıyan bir diğer ifade ile dolaylı zarardır. Türk hukukunda kanun koyucu belli bir oy oranı aranmaksızın tüm pay sahiplerine doğrudan sorumluluk davası açma hakkı tanımıştır. Şöyle ki, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 555 kapsamında yönetim kurulu üyelerinin eylemleri dolayısıyla şirketin uğramış olduğu zarardan dolayı, tazminatın şirkete ödenmesi şartıyla pay sahipleri doğrudan mahkemeye başvurarak yönetim kurulu üyelerinin aleyhine sorumluluk davası açabilirler. Türk hukukuna ilişkin ayrıntılı açıklama ilerleyen bölümlerde yapılacaktır.

olayların araştırılmasını talep edebilir²⁹. Ancak belirtilmelidir ki her ne kadar bu hak pay sahiplerine verilmiş olsa da mahkemenin davaya şirket adına ve hesabına devam edilmesine izin verdiği haller oldukça sınırlıdır³⁰.

Üçüncü çözüm yolu olarak, 2006 tarihli İŞK madde 994 ile düzenlenen “haksız ayrımcılık davası” söylenebilir³¹. Her bir pay sahibi, şirket işlerinin haksız bir şekilde yürüdüğü veya yürütüldüğü ve bu durumun genel olarak bütün şirket hissedarlarının veya sadece bazı hissedarlarının (en azından kendisinin) çıkarlarına zarar verdiği gerekçesiyle, 994. maddede yer alan haksız ayrımcılık davasını açabilir. Bu davanın en yaygın örnekleri bir azınlık hissedarının şirketin yönetiminden dışlanması veya şirket tarafından çoğunluğa aşırı bir ücret ödenmiş olduğu gerekçesiyle açılan davalardır.

Son olarak, azınlık pay sahipleri “tasfiye davası” açarak mahkmeden şirketin tasfiyesine karar verilmesini talep edebilirler. Bu başvuru yolu “haksız ayrımcılık davası” hükümlerinin ortaya çıkmasından sonra azınlık pay sahiplerince oldukça seyrek başvurulan bir yol olmuştur. Nitekim her iki iddia da başvuru sebepleri bakımından benzer olsa da “haksız ayrımcılık davası” sonucunda mahkeme tarafından verilebilecek kararlar göz önünde bulundurulduğunda hem daha pratik hem de şirketin tasfiyesine kadar varmayan yapıcı çözüm yolları içermektedir³².

Aşağıda İngiliz hukukunda azınlık pay sahiplerinin korunmasının daha iyi anlaşılabilmesi için Foss V Harbottle kuralı ve istisnaları analiz edilecektir

1.1.1 Foss V Harbottle Kuralı ve İstisnaları

Azınlık pay sahipleri için koruma mekanizmaları İngiltere’de ortak hukuk kuralları çerçevesinde yıllardır mevcuttur. Şirket tüzel kişiliği ve şirket yönetim kurulu üyelerinin sınırlı sorumluluğu gibi kavramların doğumu İngiliz mahkemelerince verilen Salomon v Salomon & Co Ltd.³³ davasına dayanmakta iken, Foss v Harbottle³⁴ davası da azınlık pay sahiplerine verilen dava haklarının doğumu açısından önem arz etmektedir. Zira bu dava neticesinde bir şirket ayrı bir tüzel kişilik olarak kabul edildi, yani üyelerinden (pay sahipleri ve yöneticilerden) ayrı yasal haklar ve sorumluluklarla donatılmış bir ‘tüzel kişi’ haline geldi³⁵. Foss v Harbottle davasında

²⁹ İngiliz şirketler hukukunda ve ortak hukukta, azınlıkların korunması anlamında oldukça önemli bir yeri olan türev davaya ilişkin detaylı incelemeler ilerleyen bölümlerde yapılacaktır.

³⁰ David Kershaw, ‘The Rule in Foss v Harbottle is Dead: Long Live the Rule in Foss v Harbottle’ (2015) *Journal of Business Law*, 274.

³¹ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 994.

³² Anthony O. Nwafor, ‘The unfair prejudice remedy - a relief for the minority shareholders’ (2011) 22 *University of Botswana Law Journal* 37, 39.

³³ Salomon v Salomon & Co Ltd [1897] AC 22 (HL).

³⁴ Foss v Harbottle [1843], 67 ER 189.

³⁵ A.J Boyle, John Birds ve diğerleri., *Boyle & Birds’ Company Law* (9. Bası, Jordan Publishing 2014), 58.

verilen karara göre, bir şirket pay sahiplerinden ve yöneticilerinden ayrı bir tüzel kişidir. Foss v Harbottle kuralı iki ana ilkeye ayrılmıştır: “proper claimant principle” ve “internal management principle”³⁶; yani “uygun davacı ilkesi” ve “iç yönetim ilkesi”. Uygun davacı ilkesinin anlamı, eğer bir şirket zarar gördüyse veya şirkette yöneticilerin görev ihlali söz konusu ise o zaman bu koşullarda uygun davacı yani davayı açmakla yetkili kişi şirketin kendisidir. Uygun davacı ilkesinin bir sonucu olarak, şirketi ilgilendiren işlerde, şirket aleyhine hukuka aykırı bir eylem veya işlem yapılmış olsa ve bu eylem veya işlem pay sahiplerinin mali veya hukuki pozisyonunu etkilese bile örneğin; yönetim kurulu üyelerinin kusurlu eylem ve işlemleriyle şirkete zarar vermeleri halinde bile pay sahipleri bu hatayı yapan kişiye karşı şirket adına dava açamazlar³⁷. Dava açma hakkı yalnızca şirkete aittir. Bu durum azınlık hissedarları için haksızlıktır, çünkü şirket adına ve hesabına dava açmaya karar verme yetkisi şirketin yönetim kurulundadır. Bu durum, pay oranı olarak çoğunluğu temsil eden hâkim ortaklar şirkete karşı kusurlarıyla hukuka aykırı eylem ve işlem yaptığında, şirket yönetiminin bu ortağa karşı bir dava açılmasına karar vermesi ve harekete geçmesi pratikte zor olduğu için özellikle azınlık pay sahipleri bakımından zor bir durumdur³⁸. İşte bu ve benzeri sorunların çözümüne yönelik atılan adımlar İngiltere şirket hukukunda azınlık pay sahiplerinin mahkemeye türev dava izni başvurusunda bulunabilmesi için basamak olmuştur³⁹.

Foss v Harbottle davası aynı zamanda çoğunluk payı elinde bulunduran hâkim ortakların şirket kararları üzerindeki gücünü arttırmak suretiyle şirketler hukukunda “çoğunluk kuralının”⁴⁰ ortaya çıkmasına sebep olmuştur⁴¹. Bu kurala göre, genel kurula katılan pay sahiplerinin çoğunluğu şirketle ilgili herhangi bir konuda nihai kararını verme yetkisine sahiptir ve pay sahiplerinin çoğunluğu şirketin iradesini kontrol eder⁴². Çoğunluk kuralı, bir şirket içindeki karar alma gücünün, genel kurul toplantısında veya yönetim kurullarında oyların yarısından fazlasını kontrol edenlere ait olduğu sonucunu ortaya çıkarır. Bu kurala göre çoğunluğun kararları ve seçimleri her zaman azınlığın kararlarının üzerinde olacaktır⁴³. Çoğunluk payı elinde bulunduran ortakların bu kuraldan aldıkları güç ile şirketteki eylemleri azınlığın çıkarlarına zarar

³⁶ Bknz Edwards v Halliwell [1950], 2, All ER 1064; Lord Davey’in Burland v Earle [1902], AC 83 davasındaki görüşü.

³⁷ Uygun davacı ilkesinin bir özelliği de *Percival v Wright* davasında anıldığı üzere yöneticilerin dikkat ve özen yükümlülüğünün şirket ortaklarına yani pay sahiplerine karşı değil şirkete karşı olmasıdır. Dava, yöneticilerin dikkat ve özen yükümlülüğünün pay sahiplerine değil şirkete olduğunu vurgulamış ve aynı zamanda temsil görevinin de yalnızca şirkete karşı olması gerektiğini ortaya koymuştur. Bknz Ben G. Pettet ve diğerleri, *Pettet’s Company Law* (1. Bası, Pearson Longman 2009), 216.

³⁸ Kershaw (n 31) 274.

³⁹ ibid.

⁴⁰ İngiliz hukukunda “majority rule” olarak ifade edilmektedir.

⁴¹ Kenneth A. Kim, P. Kitsabunnarat-Chatjuthamard ve John R. Nofsinger, ‘Large Shareholders, Board Independence, and Minority Shareholder Rights: Evidence from Europe’ (2007) 13 *Journal of Corporate Finance* 859, 862.

⁴² Arad Reisberg, ‘Derivative Claims under the Companies Act 2006: Much Ado about Nothing?’ [2009]; ‘Rationality in Company Law: Essays in Honour of D.D. Prentice’, J. Armour, J. Payne, Hart Publishing, 2009; University College London Law Research Paper No. 09-02<Erişim SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1092629>> Erişim tarihi 06/12/2020.

⁴³ Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku* (13. Bası, Beta 2014), 192.

verse bile davranışlarının şirket tarafından onaylanmasına izin verilmiştir. Buna göre şirket yöneticileri yapmış oldukları usulsüzlük neticesinde azınlık pay sahiplerine veya şirkete zarar verse bile pay sahiplerinin yöneticiler aleyhine dava açma hakkı yoktu. Şirketin kendisi uygun davacıydı ve bu hukuksuz eyleme karşı dava açıp açmayacağına karar verme yetkisi sadece şirkete aitti. Tek yol şirket organlarında karar alınarak şirket adına ve hesabına mahkemeye başvurulmasıydı.

Zamanla azınlık pay sahipleri bu prensipler neticesinde mağduriyetler yaşamış ve azınlık pay sahiplerinin karşılaştığı bu mağduriyeti bertaraf etmek için Foss v Harbottle davasında oluşturulan bu kurallara bazı istisnalar ortaya çıkmıştır. Bu istisnalar, çoğunluk payı elinde bulunduran pay sahiplerinin şirketteki gücünü kısıtlamak için azınlık pay sahiplerine mahkemeye türev dava açmak için başvuruda bulunulmasına izin vermeyi kapsamaktadır. Böylece şirket adına belirli durumlarda mahkemeden dava açılmasına izin alınması hakkının azınlık pay sahiplerine verilmesi için Edwards v Halliwell⁴⁴ davasında Temyiz Mahkemesi tarafından ana hatlarıyla belirtilmiştir⁴⁵.

Edwards v Halliwell davasında⁴⁶ Jenkins LJ, Foss v Harbottle davasında ortaya çıkan kurala yönelik, pay sahiplerinin doğrudan ve dolaylı zararlarının varlığında mahkemeye başvurularına olanak sağlayan dört istisna belirledi. Buna göre eğer şirketin amacı ve işletme konusu dışında yapılan bir işlem varsa⁴⁷, ağırlaştırılmış nisap gerekli ise⁴⁸, şikayet edilen eylem pay sahiplerinin kişisel haklarını pay sahipliği sıfatına yönelik olarak ihlal ediyorsa ve azınlık pay sahiplerine yönelik yapılan hileli bir davranış varsa ve bu davranışın kaynağı şirketi yöneten çoğunluksa⁴⁹ bu durumlarda şirketin tüzel kişilik perdesi kaldırılarak pay sahipleri mahkemeye başvurma hakkına sahip olabilir⁵⁰. Jenkins LJ azınlığa karşı ortada şirket aracılığıyla yöneticilerin eylemleri sonucu ortaya çıkan bir dolandırıcılık eylemi var ise bu durumun ancak Foss v Harbottle davasındaki kurala istisna olabileceğini ve ancak bu durumda azınlık pay sahiplerinin mahkemeye başvurabileceğini savunmuştur. Çünkü sadece bu halde azınlık pay sahiplerinin haklarının ihlali şahsi değil şirketi ilgilendirmektedir ve yöneticiler bu ihlali şirketi kullanarak yapmışlardır.

⁴⁴ Edwards v Halliwell [1950], 2, All ER 1064.

⁴⁵ Prabirjit Sarkar, 'Common law vs. Civil law: which system provides more protection to shareholders and promotes financial development?' (2017) 2 *Journal of Advanced Research in Law and Economics* 143, 151.

⁴⁶ Edwards v Halliwell [1950], 2, All ER 1064.

⁴⁷ Bknz Hutton v West Cork Railway Co. Ltd (1883), 23, Ch. D 654 (ultra vires); and Oregum Gold Mining Co. v Roper [1892], AC 125.

⁴⁸ Bknz Edwards v Halliwell [1950], 2 All ER 1064.

⁴⁹ Nitekim Cook v Deeks davasında yöneticilerin ve çoğunluk hissedarların azınlık pay sahiplerine yönelik hileli eylemleri sonucu azınlık pay sahipleri yöneticilere karşı dava açma hakkını kullanmıştır.

⁵⁰ Pettet ve diğerleri (n 38) 216.

Yine Jenkins LJ'a göre diğer 3 istisna sonucu pay sahipleri şirket adına ve hesabına mahkemeye başvuramaz ancak kendileri şahsi olarak yöneticilere yahut diğer sorumlulara karşı dava açabilirler⁵¹.

Sonuç olarak ortak hukukta davalar neticesi ortaya çıkan azınlık pay sahiplerinin başvurabileceği iki farklı yol vardır. Bunlardan biri şahsi dava hakkıdır. MacDougall v Gardiner⁵² davasında, Mellish LJ'nin kararında da belirtildiği gibi, her bir pay sahibi, hakkı ihlal edildiğinde eğer doğrudan ve kişisel bir zarar görüyorsa dava açma hakkına sahiptir⁵³. Pay sahiplerine tanınan kendi adına dava açma hakkının dayanağı şirketin ana sözleşmesinden veya şahsen taraf olduğu bir sözleşmeden kaynaklanabilir. Örneğin, kâr payı ilan edilmiş ancak hissedarlara ödenmemişse ödemenin yapılması için pay sahipleri dava açabilirler⁵⁴. Görülebileceği gibi, pay sahipleri yalnızca şirketin faaliyetleri nedeniyle doğrudan ve şahsi olarak zarar görmeleri halinde mahkemeye şahsi hak talebinde bulunabilirler⁵⁵. Bunun yanında mahkemeye şirket adına davaya devam etme izni almak için türev dava açabilirler.

1.1.2 Ortak Hukuk Kuralları Çerçevesinde Azınlık Pay Sahiplerine Tanınan Türev Dava Hakkı

2006 İngiliz Şirketler Kanunu kapsamında değiştirilerek yeniden düzenlenen türev dava hakkı, 2006'dan önce ortak hukuk kuralları çerçevesinde uygulama alanı buluyordu. Ancak bu hak karmaşık prosedürü ve ağır başvuru şartları nedeniyle azınlık pay sahipleri tarafından pek tercih edilmiyordu. Bu nedenle bu hakka dayanarak mahkemeye yapılan başvurular nadirdi. Ayrıca azınlık pay sahipleri yüksek yargılama giderlerini kendileri ödemek zorunda kaldılar ve bu mali yükümlülük hakkın kullanımını azalttı⁵⁶.

Ortak hukukta bir azınlık tarafından türev dava açılması iddiasıyla mahkemeye gidilebilmesi için davacı pay sahibinin hem aleyhine yapılmış hileli davranışları hem de bu davranışların şirkette payların çoğunluğunu elinde bulunduran şirket yöneticileri tarafından yapıldığını kanıtlaması gerekiyordu. Ayrıca bu hakkın amacı azınlık pay sahiplerinin değil, şirketin menfaatlerinin korunması idi⁵⁷. Bir kişi türev dava açmak için mahkemeye gittiği zaman haklı görülse ve mahkeme davanın devamına karar verip davayı onaylasa bile zararın giderilmesi amacıyla davalılarca ödenen tazminat

⁵¹ Derek French, Stephen W. Mayson ve Christopher L. Ryan, *Mayson, French & Ryan On Company Law* (30. Bası, Oxford University Press 2013), 559.

⁵² MacDougall v Gardiner (1875), 1, Ch. D 13.

⁵³ Alan J. Dignam ve John P. Lowry, *Company Law* (8. Bası, Oxford 2014), 190.

⁵⁴ Bknz Wood v Odessa Waterworks Co. (1889), 42, Ch. D 636.

⁵⁵ D Kershaw (n 31) 280.

⁵⁶ Arad Reisberg, 'Funding Derivative Actions: A Re-Examination of Costs and Fees as Incentives to Commence Litigation' (2004) 4 *Journal of Corporate Law Studies* 346, 348.

⁵⁷ Julia Tang, 'Shareholder remedies: demise of the derivative claim?' (2012) 1 (2) *UCL Journal of Law and Jurisprudence* 178, 180.

şirkete ödeniyordu⁵⁸. Bu durum Chadwick tarafından *Cooke v Cooke*⁵⁹ davasında şu şekilde ifade edilmektedir: eğer bir azınlık pay sahibi türev dava açmak istiyorsa ancak ve ancak şirket adına “temsil kapasitesini haiz” bir kişi olması şartıyla davayı açabilir. Dava konusu olay neticesinde zarar görmüş olsa dahi yargılamanın sonunda kendi kişisel durumunda doğrudan bir iyileştirme mümkün değildir⁶⁰. Bu durumda, davacı azınlık pay sahibi şirket adına, şirket temsilcisi gibi hareket etmiş ve şirket için tazminat talep etmiştir⁶¹.

Davacının şirket adına davaya devam edebilmesi için şirkette kontrolü elinde bulunduran pay sahiplerinin yaptıkları hileli işlem veya davranışları ispat etmeleri gerekmektedir⁶². Ancak, ortada iddia edildiği gibi hileli bir işlem veya davranış olsa dahi iddia edilen hususların yönetim kurulu veya genel kurul üyelerince üzerinin kolaylıkla kapatılabileceği ve dolayısıyla kanıtlanmasının çok kolay olmadığını ifade etmek gerekir⁶³. İkinci bir husus da davacı pay sahibi tarafından iddia edilen hileli işlem veya davranışların, şirketi kontrol eden biri tarafından yapıldığının kanıtlanması gerekmektedir⁶⁴.

Bu, davacı pay sahibinin şirkette haksız bir işlem yapıldığını ve bu haksızlıkların şirketi kontrolü altında tutan kişilerce yapıldığını ve bu haksız eyleme karşı şirket tarafından dava açılmasının aynı kişilerce engellendiğini kanıtlaması gerektiği anlamına gelmektedir⁶⁵. Bu durum *Burland v Earle* davasında da belirtilmektedir⁶⁶.

Bu iki zorluğun yanında ortak hukuk kuralları çerçevesinde türev dava açma yoluna başvurulmasının nadiren karşılaşılan bir durum olmasının altında yatan başka sebepler de vardı. Bunlardan biri ve belki de en önemlisi, türev dava açma talebiyle mahkemeye başvurarak, şirket adına davaya devam etme izni isteyen azınlık pay sahiplerinin ödemek zorunda kaldığı yüksek dava giderleriydi⁶⁷. Nitekim eğer mahkeme kanıtları yeterli görmez ve davaya şirket adına devam edilmesine

⁵⁸ Mahmoud Almadani, ‘Derivative actions: does the Companies Act 2006 offer a way forward?’ (2009) 30 *Company Lawyer* 131, 132.

⁵⁹ *Cooke v Cooke* [1997], 2 BCLC 28.

⁶⁰ French, Mayson ve Ryan (n 52) 560.

⁶¹ Aslında burada söz konusu olan TTK madde 555’te olduğu gibi dolaylı zararların varlığında pay sahibinin, tazminatın şirkete ödenmesi şartıyla dava açmasıdır.

⁶² Nicholas Bourne, *Bourne on Company Law* (6. Bası, Routledge 2013), 229.

⁶³ *Cook v Deeks* [1916], 1 AC 554.

⁶⁴ *Burland v Earle* [1902], AC 83; Edwin C. Mujih, ‘The new statutory derivative action: a delicate balancing act: Part 1’ (2012) 33 (3) *Company Law*, 76; Victor Joffe, *Minority Shareholders* (1. Bası, Oxford 2008), 34.

⁶⁵ Andrew Keay and Joan Loughrey, ‘Something old, something new, something borrowed: an analysis of the new derivative action under the Companies Act 2006’ (2008) 124 *The Law Quarterly Review* 469, 475.

⁶⁶ *Burland v Earle* [1902], AC 83. Davadaki ifadeler şu şekildedir: “...But an exception is made to the second rule, where the persons against whom the relief is sought themselves hold and control the majority of the shares in the company, and will not permit an action to be brought in the name of the company. In that case the courts allow the shareholders complaining to bring an action in their own names.”

⁶⁷ Reisberg, ‘Funding Derivative Actions: A Re-Examination of Costs and Fees as Incentives to Commence Litigation’ (n 57) 348.

izin vermez ise yargılama giderlerinin tamamının mahkemeye başvuran azınlık pay sahibi tarafından karşılanması gerekiyordu. İkincisi, davacının mahkemeye taşıdığı olaylarda bir kusuru olmamalıydı⁶⁸.

İngiliz Şirketler Kanununu hazırlayan Hukuk Komisyonu da bu prosedürlerin “karmaşık ve uzun” olduğunu bildirmiştir.⁶⁹ Bu prosedürün ve gerekliliklerin dava süresini uzattığını ve ayrıca dava giderlerini artırdığını iddia etmiştir. Bu nedenle Komisyon, hissedarlar için daha pratik ve erişilebilir olan yenilenmiş ve modern bir türev dava açma yolunun kurumunun yasada düzenlenmesini önermiştir⁷⁰. Bununla birlikte, doktrinde de görüşlerin ortak hukuk çerçevesinde başvuru olan türev dava açma yolunun zor bir prosedür olduğu konusunda hemfikir olduğu belirtilmelidir⁷¹. İşte tüm bu sorunlar 2006 İŞK madde 260 ve devamında yeni bir türev dava hakkı düzenlenmesine sebebiyet vermiştir⁷².

1.1.3 İngiliz Şirketler Kanununda Azınlık Pay Sahiplerine Tanınan Dava Hakları

1.1.3.1 İngiliz Şirketler Kanunu Çerçevesinde Türev Dava Hakkı (Statutory Derivative Action)

Azınlık pay sahiplerine yöneticilerin eylemlerini denetleyebilme imkânı tanıyan türev dava hakkı 2006 tarihli İngiliz Şirketler Kanunu ile ilk kez İngiltere’de bir kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. 2006 tarihli İngiliz Şirketler Kanununun 260-264 maddelerinde⁷³ düzenlenen bu yeni türev dava azınlık pay sahiplerinin korunmasını önemli ölçüde arttırmıştır⁷⁴.

İngiltere Hükümeti’nin 2006 Şirketler Kanunu’nda türev dava hakkını düzenlemekteki amacı, makul istekleri olan ancak gereksiz davalardan kaçınmak isteyen pay sahiplerine bir koruma sağlamaktır. 2006 tarihli Şirketler Kanununun 260. maddesine göre, şirkette belli bir pay oranı aranmaksızın her bir pay sahibi; ihmal, temerrüt, görev ihlali veya eski veya mevcut görevde olan bir müdürün güven ihlali

⁶⁸ Bu durum İngiliz hukukunda “clean hands” olarak ifade edilmektedir.

⁶⁹ Law Commission, ‘Shareholder Remedies’ (Law Com. No. 246, 1997), para. 6.4.

⁷⁰ Law Commission, ‘Shareholder Remedies’ (Law Com. No. 246, 1997), para. 16.1.

⁷¹ Brenda Hannigan, *Company Law* (4. Bası, Oxford 2013), 418.

⁷² 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 260 vd.

⁷³ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 263.

⁷⁴ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 260.

(1) This Chapter applies to proceedings in England and Wales or Northern Ireland by a member of a company— (a) in respect of a cause of action vested in the company, and (b) seeking relief on behalf of the company. This is referred to in this Chapter as a “derivative claim”. (2) A derivative claim may only be brought— (a) under this Chapter; or (b) in pursuance of an order of the court in proceedings under section 994 (proceedings for protection of members against unfair prejudice). (3) A derivative claim under this Chapter may be brought only in respect of a cause of action arising from an actual or proposed act or omission involving negligence, default, breach of duty or breach of trust by a director of the company. The cause of action may be against the director or another person (or both). (4) It is immaterial whether the cause of action arose before or after the person seeking to bring or continue the derivative claim became a member of the company...

dahil olmak üzere kasti veya ihmalden kaynaklanan bir eylem gerekçesiyle şirketin lehine ve menfaati için davaya şirket adına devam edilmesini talep etmek amacıyla mahkemeye türev dava açabilir⁷⁵. Türev dava, yöneticilere karşı açılabileceği gibi yönetici olamamalarına rağmen davranış ve ya işlemleriyle şirkete zarar veren yönetici olmayan kişilere karşı da açılabilir⁷⁶.

İngiliz Şirketler Kanununun 260 (3) maddesinde tanımlandığı üzere, davacı, ihmal de dahil olmak üzere yöneticilerin görevlerini ihlali halinde de mahkemeye başvurabilir⁷⁷. Bu durum yeni yasa ile düzenleme altına alınan türev davanın kapsamının olarak ihmalden doğan eylemleri içermeyen eski davadan daha geniş olduğunu göstermektedir⁷⁸. Davacının bu tali iddiayı mahkemeye taşıyabilmesi ve davaya şirket adına devam etme izni alabilmesi için şirket yöneticisinin yapmış olduğu şirkete zarar veren eylemden dolayı herhangi bir menfaati olmasına gerek yoktur. Ayrıca, yeni haliyle davacının iddia ettiği eylemlerin varlığını kanıtlamasına ilk aşamada gerek yoktur⁷⁹.

1.1.3.1.1 Davanın Tarafları

1.1.3.1.1.1 Davacı

2006 Şirketler Kanununun 260. maddesine göre türev dava açmak için mahkemeye başvuran davacının şirketin pay sahiplerinden biri olması gerekmektedir⁸⁰. İŞK 260 (5) (c) hükmünde pay sahibi sıfatının şirket hisselerinden bir kısmını hukuken devralmış olan kişileri de kapsayacağı ifade edilmiştir⁸¹. Buradan hareketle örneğin payları miras yoluyla yahut cebri icra ile iktisap eden kişilerin de davacı olabilecekleri söylenebilir.

Bir pay sahibi, şirkette paya sahip olmadan önceki dönemde meydana gelen olaylar gerekçesiyle de türev dava açabilir⁸². Davaya konu olan fiilin veya işlemin davaya devam etmek isteyen kimsenin pay sahibi olmasından önce veya sonra ortaya çıkmasının bir önemi yoktur. Zira burada korunan davacı pay sahibinin değil şirketin menfaati olduğu için, pay sahibinin pay sahipliğinden önceki eylem ve işlemler gerekçesiyle de dava açabilmesi kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir. Ancak

⁷⁵ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 260(3).

⁷⁶ Joffe (n 65) 35.

⁷⁷ Deirdre Ahern, 'Directors' Duties: Broadening the Focus beyond Content to Examine the Accountability Spectrum' (2011) 33 *Dublin University Law Journal* 116-118; Bourne (n 63) 230.

⁷⁸ Mujih (n 65) 76.

⁷⁹ Joffe (n 65) 35.

⁸⁰ Reisberg, 'Funding Derivative Actions: A Re-Examination of Costs and Fees as Incentives to Commence Litigation' (n 57) 348.

⁸¹ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 260(5)(c).

⁸² Seaton v Grant (1867), LR 2, Ch. App. 459; Stephen Griffin, 'Alternative Shareholder Remedies Following Corporate Mismanagement - Which Remedy to Pursue?' (2017) 281 *Company Law Newsletter* 1, 2.

*Birch v Sullivan*⁸³ davasında da belirtildiği gibi davacı talebini mahkemeye taşıdığı zaman şirkette pay sahipliği sıfatını kazanmış olmalıdır⁸⁴.

Pay sahibi burada mevcut olan bir dolaylı zararı gerekçesiyle dava açmakta ve bu davayı şirket adına ve hesabına açmaktadır. Bu husus türev dava ile pay sahiplerinin doğrudan zararlarının tazmini amacıyla açmış oldukları sorumluluk davasını ayıran en önemli husustur. Yalnız unutulmamalıdır ki, davacı pay sahibinin başvurusu üzerine mahkeme tarafından pay sahibine davaya şirket adına devam edilebilme için izni verilmelidir⁸⁵. Ek olarak tekrar belirtilmelidir ki, bu hakka başvurabilmek için pay sahiplerinin belli bir oranda paya sahip olmalarına gerek yoktur⁸⁶. Her bir pay sahibi oy oranına bakılmaksızın bu hakkı kullanabilir.

Burada akla gelen sorulardan biri şirkette payların çoğunluğuna sahip olan ve dolayısıyla şirketin kontrolünü elinde bulunduran pay sahiplerinin mahkemeye türev dava açabilme hakkına haiz olup olmadıklarıdır. Hannigan,⁸⁷ İŞK 260. maddesinde şirketin her bir pay sahibinin türev dava açmak için mahkemeye başvurabileceğini belirtile bile, bu ifadeden yalnızca azınlık pay sahiplerinin algılanması gerektiğine dikkat çekmektedir. Teknik olarak, şirketi kontrol eden ve çoğunluğu temsil eden pay oranına sahip olan pay sahiplerinin madde 260 kapsamında mahkemeye başvurmalarının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak, anılan pay sahiplerinin bu davayı mahkemeye taşıması türev davanın düzenlenme amacına uygun değildir. Çünkü çoğunluğu elinde bulunduran pay sahibi zaten şirket üzerindeki kontrol gücü nedeniyle böyle bir başvuruya gerek duymadan sorunlarını çözebilecektir⁸⁸. Ancak eklemek gerekir ki, *Cinematic Finance Ltd v Ryder*⁸⁹ davasında mahkeme, çoğunluğu temsil eden pay oranına sahip olan pay sahiplerinin çok istisnai durumlarda türev dava açabilmesinin mümkün olabileceğini karara bağlamıştır. Nitekim her durumda payların çoğunluğunu elinde bulunduran kişilerin aynı zamanda şirketin kontrolüne de sahip olduğu söylenemez.

1.1.3.1.1.2 Davalı

2006 tarihli İŞK 260 (3) maddesi uyarınca türev dava bir yöneticiye karşı veya şirkete zarar veren üçüncü bir kişiye karşı yahut her ikisine karşı birlikte açılabilir. İŞK 260/5 uyarınca, yönetici ifadesinden görevi sona eren eski bir yönetici veya

⁸³ *Birch v Sullivan* [1957], 1 WLR 1247.

⁸⁴ Reisberg, 'Funding Derivative Actions: A Re-Examination of Costs and Fees as Incentives to Commence Litigation' (n 57) 348.

⁸⁵ Bu nedenle "derivative action" kanuni yolu aslında iki aşamadan oluşmaktadır. Bu aşamalar ilerleyen bölümlerde incelenecektir.

⁸⁶ Hannigan (n 87) 422.

⁸⁷ *ibid* 423.

⁸⁸ *ibid* 423.

⁸⁹ *Cinematic Finance Ltd v Ryder and others* [2010], EWHC 3387 (Ch).

yönetici sıfatı bulunmamakla birlikte perde gerisinde ortaklığı yöneten kişiler diğer bir tabirle gölge yöneticiler de anlaşılabilir. Örneğin eski bir yönetici, şirkette yönetimde olduğu sırada şirketin imkanlarını kullanarak haksız bir menfaat elde etmişse bu eski yönetici aleyhine türev dava açılabilir. Ayrıca, 2006 Şirketler Kanunu dışarıdan bir kişiye karşı türev dava açılmasına da izin vermektedir. Burada amaç yöneticinin görevini ihlal etmesine yardımcı olarak şirkete zarar veren bir kişiye karşı da dava açılabilmesidir⁹⁰. Dahası, bu kişi şirketin mallarını elinde bulundurduğunda yöneticinin eylemleri hakkında bilgisi olan herhangi biri olabilir⁹¹.

1.1.3.1.2 Davanın Usulü

2006 İŞK öncesinde yani türev dava yasalaşmadan önceki dönemde, ortak hukuk hükümlerine göre, türev dava açmak için mahkemeye başvuran pay sahibinin, “azınlık pay sahibine karşı yapılan hileli eylemi”⁹² ve “hukuka aykırı hareket eden kişilerin şirketin kontrolünü elinde bulundurduğunu”⁹³ ispat etmesi bekleniyordu. Hukuk Komisyonu’nun raporunda da belirttiği gibi, bu prosedür oldukça belirsiz ve karmaşıktı ve bu dava hakkının kullanım alanını daraltıyordu.⁹⁴ Bu nedenle, hukuka aykırı hareket eden kişilerin yönetim kurulunu kontrol ediyor olduğu gerekçesiyle dava açılabilmesi oldukça zordu. İşte bu zorluklar dolayısıyla Hukuk Komisyonu, şirket adına davaya devam edilmesine karar verme yetkisinin şirket yönetim kurulları yerine mahkemelere verilmesini tavsiye edilmiştir⁹⁵. Bunu yapmak, hem azınlık pay sahibini ağır ispat yükünden kurtaracak hem de mahkemeye davaya şirket adına devam edilmesine karar verilebilme yetkisi vererek aynı zamanda şirketleri de gereksiz davalardan koruyacaktı.

2006 tarihli İŞK madde 261’de⁹⁶ yer alan türev davanın bu iki aşaması aşağıdaki bölümde analiz edilecektir.

1.1.3.1.2.1 Davanın İlk Aşaması

2006 tarihli İŞK ile türev davanın yargılama sürecinin ilk aşaması olarak davaya şirketin katılımıyla devam edebilmek için mahkemeden izin alma zorunluluğu getirilmiştir⁹⁷. Burada amaç mahkeme tarafından davaya edilebilmesi için izin verilmesi halinde davanın davacı pay sahibinin yerine şirket adına ve hesabına

⁹⁰ Hannigan (n 87) 426.

⁹¹ Law Commission, ‘Shareholder Remedies’ (Law Com. No. 246, 1997), para. 6.35; Hannigan (n 87) 423.

⁹² ‘fraud on the minority’

⁹³ ‘wrongdoer control’

⁹⁴ Law Commission, ‘Shareholder Remedies’ (Law Com. No. 246, 1997) para. 1.4.

⁹⁵ ibid para. 6.73.

⁹⁶ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 261.

⁹⁷ Andrew Keay and Joan Loughrey, ‘Derivative Proceedings in a Brave New World for Company Management and Shareholders’ (2010) 3 *Journal of Business Law* 151, 153.

devam etmesidir⁹⁸. Yönetim kurulu ve genel kurul, genellikle çoğunluk payı elinde bulunduran pay sahipleri tarafından kontrol edildiğinden dava açma veya davaya katılma yetkisinin şirkete bırakıldığı hallerde azınlık pay sahiplerinin mağdur olduğu görülmüştür⁹⁹. Bu iki aşamalı dava usulüyle ayrıca davacı pay sahibinin bu dava ile şirket için gereksiz harcamaya veya zaman kaybına neden olup olmayacağını mahkeme tarafından takdir edilmesi ve davaya buna göre devam edilmesi amaçlanmaktaydı¹⁰⁰. Mahkeme bu aşamada sadece davacı pay sahibinin sunduğu delilleri dikkate alır ve incelemeyi dosya üzerinden delilleri değerlendirerek yapar. Davacının sunduğu deliller dışında ilk aşamada mahkeme şirketten veya davalıdan yeni delil talep edemez¹⁰¹.

Bir türev davada, birinci aşamayı geçip davaya şirketin katılımıyla devam edebilmek için davacının bu davayı açmakta menfaati olduğunu ve davanın devam etmesi halinde mahkemeyi kanıtlarıyla ikna edebileceğini göstermesi gerekir. Eğer mahkeme başvurunun ve başvuran tarafından sunulan delillerin davaya devam edebilmek için yeterli olmadığına kanaat getirirse davayı reddeder¹⁰².

Mahkeme ayrıca, 2006 Şirketler Kanununun 261. maddesi uyarınca dava ile ilgili uygun gördüğü herhangi bir kararı verebilir. Davacı pay sahibinin davaya devam izni almak için mahkemeye kanıt sunması gerekmektedir¹⁰³. Eğer mahkeme ilk aşamada başvuruyu reddetmezse mahkeme davacıdan yahut şirketten yeni kanıt talep edebilir¹⁰⁴.

Örnek mahkeme kararlarına bakıldığında *Cullen Investment Ltd v Brown*¹⁰⁵ davasında mahkeme ilk bakışta bunun haklı bir başvuru olduğuna hükmederek davaya şirket adına devam edilmesine izin verdi. Bunun aksine, *Bridge v Daley*¹⁰⁶ davasında mahkeme, davacı pay sahibi tarafından ileri sürülen delillerin yeterli olmadığına kanaat getirip, davaya devam etme izni vermeyi reddederek, yargılama giderlerinin davacı pay sahibi tarafından ödenmesine karar verdi¹⁰⁷. Anılan davada, davacı yöneticilerin yapmış oldukları hukuka aykırı işlem ve eylemler nedeniyle şirket adına yöneticilere karşı davaya devam etme izni talep ediyordu.

⁹⁸ Dignam ve Lowry (n 54) 190.

⁹⁹ Paul von Nessen, S.H. Goo and Chee Keong Low, 'The statutory derivative action: now showing near you' (2008) 7 *Journal of Business Law* 627, 648.

¹⁰⁰ Andrew Keay, 'Applications to continue derivative proceedings on behalf of companies and the hypothetical director test' (2015) 34 (4) *Civil Justice Quarterly* 346, 348.

¹⁰¹ *Iesini v Westrip Holdings Ltd* [2009], EWHC 2526 (Ch).

¹⁰² Keay, (n 101) 348.

¹⁰³ Mujih (n 65) 76; Joffe (n 65) 80.

¹⁰⁴ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 261/3; Dignam ve Lowry (n 54) 190.

¹⁰⁵ *Cullen Investment Ltd v Brown* [2015], EWHC 473 (Ch).

¹⁰⁶ *Bridge v Daley* [2015], EWHC 2121 (Ch).

¹⁰⁷ David Milman, 'Shareholder Law: Recent Developments in Practice' (2015) 378 *Company Law Newsletter* 1, 3.

Mahkeme, davacı tarafından ileri sürülen iddiaların şirket adına bir türev dava açılmasını haklı kılmadığını, hatta davacının iddialarının İŞK madde 994¹⁰⁸ kapsamında açılacak olan bir haksız ayrımcılık davası ile değerlendirilmesinin daha doğru olacağını ifade etmiştir¹⁰⁹.

1.1.3.1.2.2 Davanın İkinci Aşaması

İzin prosedürünün ikinci aşaması, mahkemenin davaya devam etmek için izin verilip verilmeyeceğini belirleyeceği bir duruşmayı içerir. Mahkemenin bu noktada geniş bir takdir yetkisi vardır. 2006 Şirketler Kanunu 261(4)¹¹⁰ maddesine göre, mahkeme için üç seçenek vardır: davacının mahkemenin uygun olduğunu düşündüğü koşullarla davaya devam etmesine izin vermek; davaya devam edilmesine izin vermeyi reddetmek, ya da yargılamaların ertelenmesi ve mahkemenin uygun gördüğü şekilde davanın esasına ilişkin karar vermesidir. Bu mesela mahkemenin şirket genel kurulunun toplanmasına karar vermesi şeklinde olabilir¹¹¹.

Mahkeme, davacının türev davayı mahkemeye getirirken iyi niyetle hareket edip etmediğini değerlendirmelidir¹¹². Eğer davacı tarafından davalının ihmal ettiği belirtilen görevi İngiliz Şirketler Kanununun 172. maddesine dayanan bir eylemse yani yöneticilerin temel görevine (şirketin başarısı için çalışmak)¹¹³ göre hareket etmediği iddia ediliyorsa mahkeme izin vermekten kaçınmalıdır¹¹⁴. Çünkü yöneticilerin şirketin başarısını arttırmak için çalışma görevi ancak şirkete karşıdır ve şirket tarafından açılacak bir sorumluluk davasına konu edilebilir. İkinci olarak belirtilmesi gereken husus ise eğer davanın gerekçesi olan, şikâyete konu eylem şirket tarafından sonradan onaylanmışsa¹¹⁵ veya aslında şirket tarafından yetkilendirilerek yapılmışsa mahkeme davaya devam etme izni vermektan kaçınmalıdır¹¹⁶.

¹⁰⁸ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 994.

¹⁰⁹ Milman (n 108) 3.

¹¹⁰ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 261/4.

¹¹¹ Joffe (n 65) 46.

¹¹² Griffin (n 83) 2.

¹¹³ Promote the success of the company (şirketin başarısını arttırmak için çalışmak); 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 172.

¹¹⁴ Paul L. Davies ve Sarah Worthington, *Gower & Davies Principles of Modern Company Law* (9. Bası, Sweet & Maxwell 2012), 656.

¹¹⁵ If the cause of the case arises from an existing or proposed act or omission which has been ratified or authorized by the company.

¹¹⁶ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 263(2).

1.1.3.1.3 Davaya İlişkin Analiz Edilmesi Gereken Hususlar

1.1.3.1.3.1 Yargılama Giderleri

Davacı azınlık pay sahibi, şirketten şirket adına hareket etmek için harcadığı yargılama giderlerinin kendisine geri ödenmesini talep edebilir¹¹⁷. Ancak bu talepte bulunabilmesi için davacı pay sahibinin şirketin çıkarlarına uygun olarak iyi niyetle hareket etmesi gerekmektedir.¹¹⁸

*Wallersteiner v Moir (No 2)*¹¹⁹ davasında da mahkeme tarafından, davacı azınlık pay sahibinin yargılama giderleri ile ilgili şirketten tazminat talep etme hakkı olduğu vurgulanmıştır¹²⁰. Bu davada verilen karar nedeniyle yargılama giderlerinin şirket tarafından ödenmesi talebi “Wallersteiner order” yani Wallersteiner emiri olarak da adlandırılmaktadır. Ancak Walton J, *Smith v Croft*¹²¹ davasında mahkeme farklı bir bakış açısı sunmuştur. Mahkeme, davacı azınlık pay sahibinin yapmış olduğu yargılama giderlerinin kendisine ödenmesini şirketten talep edebilmesi için türev davanın açılmasının gerekli olduğunun kanıtlanması gerektiğine karar vermiştir. Buna göre, mahkeme tarafından davacının giderlerinin şirket tarafından kendisine geri ödenmesine karar verilebilmesinin çok kolay olmayacağı ortadadır. Kaldı ki bu kararın davanın erken bir aşamasında verilmesi daha da güç olacaktır. Zira, mahkemenin davacının açmış olduğu türev davanın gerekliliğine karar verebilmesi için sunulan tüm delilleri göz önünde bulundurarak esasa ilişkin inceleme yapması gerekmektedir¹²².

Smith v Croft kararı¹²³, yargılama giderlerinin şirket tarafından ödenmesi talebinin reddedilmesi nedeniyle birçok eleştiri aldı. Wallersteiner emiriyle¹²⁴ uyuşmayan ve giderlerin şirket tarafından ödenmesi için daha kısıtlayıcı olan *Smith v Croft* kararının, *Faybird Group Ltd v Greenwood*¹²⁵ davasında mahkeme tarafından desteklenmediği belirtilmelidir. Bu konuda en çok eleştirilen, mahkemenin erken aşamada davaya ilişkin net bir fikir sahibi olamayacağı ve dolayısıyla nihayetinde masrafların yine davacı tarafından ödenmesinin bu hakkın kullanımını sınırlayacağı hususuydu. Ayrıca başka bir husus da şudur ki, mahkeme yargılama giderlerinin şirket tarafından karşılanmasına karar verdikten sonra dava reddedilirse şirketin mağduriyeti söz konusu olacaktır. Bu nedenle, öğretilerde önerildiği gibi, temel ilke,

¹¹⁷ Boyle ve Birds ve diğerleri (n 36) 676.

¹¹⁸ Quigxiu Bu, ‘The indemnity order in a derivative action’ (2006) 27(1) *Company Law*, 4.

¹¹⁹ Wallersteiner v Moir [1974], 1 WLR 991.

¹²⁰ Jennifer Payne, ‘Sections 459–461 Companies Act 1985 in Flux: The Future of Shareholder Protection’ (2005) 64 *The Cambridge Law Journal* 647, 658.

¹²¹ Smith v Croft (No.2) [1988], Ch. 114.

¹²² Payne (n 121) 658.

¹²³ Smith v Croft (No.2) [1988], Ch. 114.

¹²⁴ Wallersteiner v Moir [1975], QB 373.

¹²⁵ Faybird Group Ltd v Greenwood [1986], BCLC 319 327.

azınlık pay sahibinin yargılama giderlerini şirkete rücu edebilmesi olmalıdır. Ancak, alternatif olarak, davanın sonucunun pay sahipleri için de faydalı olması durumunda, işlemlerin sonunda yargılama giderlerinin ortak ödenmesine karar verilebilir¹²⁶.

1.1.3.1.3.2 Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar

2006 İŞK ile kanuni olarak düzenlenen türev dava hakkı, ortak hukuk kuralları çerçevesinde başvurulmuş eski haline göre özellikle ispat bakımından daha esnek ve daha az kısıtlayıcı olsa da hala bazı sorunlar içermektedir¹²⁷. Şirketin ayrı tüzel kişiliği bulunması sebebiyle şirket adına iş ve işlem yapma hakkı da şirkete aittir ve bu hakkı şirket organları aracılığıyla kullanır. Bu nedenle, davacının türev dayaya şirket adına devam edebilmek için mahkemeden izin alınması prosedürü her ne kadar anlaşılabilir olsa da bu hakkın kullanımını pay sahipleri açısından öngörülmecek derecede belirsiz hale getirmektedir¹²⁸. Nitekim 2006 tarihli İŞK davacı pay sahibine bir türev davaya şirket adına devam etme izni alabilmesi için uzun bir prosedür sunmaktadır. Hukuk Komisyonu'nun da belirttiği gibi, bu adımlar pratik değildir ve süreci yavaşlatmaktadır, bu da hakkı etkisiz ve kullanılamaz hale getirmektedir.

Söylemek gerekir ki, bir pay sahibinin türev dava açmak için mahkemeye başvurması, yargılama giderleri ve davanın karmaşık prosedürü düşünüldüğünde davacıya ağır yükümlülükler getirmektedir. Dava sonunda verilecek olan kararın yalnız şirket adına ve hesabına bir çözüm olması ve başvuran pay sahibini dolaylı olarak etkilemesi de ayrıca hakkın kullanımını için pay sahipleri bakımından bir çekince oluşturmaktadır.

Görülmektedir ki 2006 tarihli İŞK'nın 11. bölümünde düzenlenen yasal prosedürün uygulamaya konulması azınlık hissedarların korunma alanını genişletmek adına birçok iyileştirme içermesine rağmen bazı endişeleri de barındırmaktadır¹²⁹. Mahkemenin takdir yetkisi davanın açılması ve devamı için oldukça geniştir ve şu ana kadar İngiliz hukukundaki örneklerine bakıldığında hâkimlerin davaya şirket adına devam edilmesi tercihini çok nadir yaptığı görülmektedir. Bunun yanında azınlık pay sahiplerine bahsedilen ve 2006 İŞK 994. maddesinde düzenlenen "haksız ayrımcılık davası"¹³⁰ pay sahipleri için daha esnek ve kapsayıcı çözümler sunmaktadır. Bu davaya ilişkin bilgiler geçmeden önce bir sonraki bölümde Türk hukukunda yönetim kurulu ve yöneticiler aleyhine açılacak olan sorumluluk davalarının ne şekilde düzenlendiği incelenecektir.

¹²⁶ Reisberg dava giderleri hususunda açık bir düzenleme olmaması nedeniyle hala azınlık pay sahiplerinin bu hakkı kullanmaktan kaçındığını ve giderlerin şirket tarafından da katlanması için bir düzenleme yapılması ve böylece pay sahiplerinin türev dava açmak için mahkemeye başvurmaya teşvik edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bknz Reisberg, 'Funding Derivative Actions: A Re-Examination of Costs and Fees as Incentives to Commence Litigation' (n 57) 348.

¹²⁷ Law Commission, 'Shareholder Remedies' (Law Com. No. 246, 1997), para. 6-4.

¹²⁸ Alistair Alcock, John Birds ve Steve Gale, *Companies Act 2006* (1. Bası, Jordan Publishing 2009).

¹²⁹ İngiliz hukukunda azınlık pay sahiplerine verilen bu iki hakkın farkları ilerleyen bölümlerde incelenecektir.

¹³⁰ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 994.

1.1.3.1.4 Türk Hukukunda Sorumluluk Davası

Türk Ticaret Kanunu (TTK) madde 553¹³¹ uyarınca anonim şirket yönetim kurulu üyeleri kanun ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurları ile ihlal etmeleri halinde doğan zararlar sebebiyle şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı sorumludurlar. Şirketin uğramış olduğu zararın tazmini için TTK madde 555 ve 556'da düzenlenen şartlarda şirketin yanı sıra pay sahipleri ve şirketin iflası halinde şirket alacaklıları da sorumluluk davası açabilir. Şirketin uğradığı zararın tazminini, şirket ve pay oranına bakılmaksızın her bir pay sahibi isteyebilir¹³².

İngiliz hukukunun aksine, Türk hukukunda TTK madde 555 ile tazminatın şirkete ödenmesi koşuluyla şirketin uğradığı zararlardan dolayı şirketin yanında pay sahiplerine de doğrudan dava açma hakkı verilmiştir. İngiliz hukukunda uygulanan iki aşamalı sistem bizim hukukumuzda uygulanmamaktadır. Burada pay sahibinin talep edeceği zarar doğrudan değil dolaylı yani yansıyan bir zarardır. Yani burada söz konusu olan şirketin uğradığı zararın pay sahibine pay sahipliği dolayısıyla yansımaları neticesinde ortaya çıkan zarardır¹³³. Kanun koyucu burada anonim şirket malvarlığında yönetim kurulu üyelerinin eylemleri dolayısıyla meydana gelen azalmaların, pay sahiplerinin pay değerlerinde de bir azalma meydana getireceğini göz önünde bulundurarak pay sahiplerine de bu hakkı tanımıştır¹³⁴. Dolaylı zarara örnek olarak, şirkete ait makinaların yönetim kurulu üyelerinin şahsi işlerinde kullanılması,¹³⁵ mal girişi olmamasına rağmen şirketin bono vererek borçlandırılması,¹³⁶ şirket defterlerinin usulüne uygun hazırlanmaması yahut şirket adına çekilen kredinin şahsi işlerde kullanılması verilebilir. Yine, yönetim kurulu üyelerinin anonim şirket malvarlığında azalmaya sebebiyet vermeleri halinde meydana gelen zarar şirket açısından doğrudan zarar olarak kabul edilmeliyken, pay sahipleri ve alacaklılar için dolaylı zarar kabul edilmelidir¹³⁷.

Yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacak olan sorumluluk davalarında yeni kanun kapsamında en tartışmalı konulardan biri şirket adına dava açılabilmesi için genel kurul kararının gerekli olup olmadığıdır. Kanun koyucu, mülga 6762 sayılı TTK'da madde 341 kapsamında genel kurul kararıyla şirket yönetim kurulu üyelerinin aleyhine dava açılabilirliğini düzenlemiştir. Ancak şu an yürürlükte olan 6102 sayılı TTK'da böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide de bu konu tartışmalı olup

¹³¹ Türk Ticaret Kanunu; madde 553. *Companies Act 2006* (1. Bası, Jordan Publishing 2009).

¹³² Yargıtay 11 HD, 6410/14405, 09.06.2016.

¹³³ Haluk Tandoğan, 3. *Şahsın Zararının Tazmini [Mesuliyet]* (1. Bası, Ankara 1963) 98; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri* (20. Bası, Seçkin 2016) 287.

¹³⁴ Poroy, Tekinalp ve Çamoglu (n 44) 604.

¹³⁵ Yargıtay 11 HD, 642/1273, 22.02.2012.

¹³⁶ Yargıtay 11 HD, 10318/9813, 13.05.2013.

¹³⁷ Mehmet Çelebi Can, 'Pay Sahiplerinin veya Alacaklıların Doğrudan Zararlarının Tazmini Amacıyla İkame Edilen Sorumluluk Davalarında TTK m.1534'ün Etkisi' (2017) 21 *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD)* 4, 10-12.

bazı yazarlarca¹³⁸ şirket adına dava açabilmek için hala genel kurul kararına ihtiyaç duyulduğu savunulmaktadır. Buna karşılık, yeni kanunda genel kurul kararından doğrudan bahsedilmemiş olmasının bilinçli bir tercih olduğunu ve dolayısıyla şirket adına dava açabilmek için genel kurul kararına ihtiyaç olmadığını savunan yazarlar da vardır¹³⁹. Yargıtay ise anonim şirket tarafından yönetim kurulu aleyhine açılacak olan sorumluluk davalarında genel kurul kararının gerekli olduğunu içtihat etmiştir¹⁴⁰.

Bir çözüm yolu olarak genel kurul kararı yerine İngiliz hukukunda olduğu gibi davanın pay sahiplerinin başvurusu üzerine mahkemece şirket adına açılması düşünülebilir. Ancak zaten Türk hukukunda pay sahipleri tarafından da bizzat sorumluluk davası açılabilir. Mahkemeye başvurup dava açma izni almalarına gerek yoktur. Yalnız belirtmek gerekir ki, mahkemenin pay sahibine türev davaya devam etme izni vermesi neticesinde davacı bizzat şirket olacağı için yani dava şirket adına ve hesabına açılmış olacağı için yönetim kurulu üyelerine karşı kusurlarının ve şirkete verdikleri zararın ispatı daha kolay olacaktır¹⁴¹. Nitekim

6762 sayılı mülga TTK'nın 336 ve 339. maddelerine göre yönetim kurulu üyelerinin kusurlu oldukları kabul ediliyordu ve onlardan kusursuzluklarını ispat etmeleri bekleniyordu. Bir başka deyişle yönetim kurulu üyelerinin kusurlu olduklarına ilişkin bir karine mevcuttu ve bu karineye göre davacıların yönetim kurulu üyelerinin kusurlarını ispat etme yükümlükleri yoktu¹⁴². Ancak 6102 sayılı yeni TTK madde 553 hükmünde böyle bir karineye yer verilmediği için kusurun varlığının ispat yükümlülüğünün davacıya ait olduğunu anlıyoruz¹⁴³. Ancak ispat için kullanılacak olan şirket belgeleri yönetim kurulunun kontrolünde olduğundan yönetim kurulunun sorumluluğunun ispatı zor olabilir. İngiliz hukuk sistemine göre açılmış olan türev dava her ne kadar pay sahibince mahkemeye taşınsa da zaten şirket adına olduğundan ispat bakımından kolaylık olacağı düşünülebilir. Nitekim, 2006 İngiliz Şirketler Kanunu öncesinde ortak hukuk hükümlerine göre, türev dava açmak için mahkemeye başvuran pay sahibinin ispat yükünün hafifletilmesi amacıyla Hukuk Komisyonu, şirket adına davaya devam edilmesine karar verme yetkisinin şirket yönetim kurulları yerine mahkemelere verilmesini tavsiye etmişti¹⁴⁴. Ayrıca böyle bir uygulamanın şirketleri pay sahiplerince açılan anlamsız ve sayıca

¹³⁸ Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (3. Bası, On İki Levha 2016), 308; Erdoğan Moroğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (Başlangıç Hükümleri, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak ve Son Hükümler) Değerlendirme ve Öneriler* (7. Bası, On İki Levha 2012) 323; Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku* (3. Bası, Seçkin 2017) 423.

¹³⁹ Poroy, Tekinalp ve Çamoglu (n 44) 601; Mehmet Helvacı, 'Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül' (2013) Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu, 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD) 78.

¹⁴⁰ Yargıtay 11 HD, 5386/14890, 30.09.2014; Yargıtay 11 HD, 7487/6166, 02.06.2016.

¹⁴¹ Hayri Domanıç, *Anonim Şirketler* (1. Bası, Eğitim 1978), 292.

¹⁴² Pulaşlı (n 265) 715 vd.

¹⁴³ Himmet Koç, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Sorumluluklarına Genel Bir Bakış, (2020) *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NEÜHFD)* 1, 3.

¹⁴⁴ Law Commission, 'Shareholder Remedies' (Law Com. No. 246, 1997) para. 6.73.

yoğun dava yükünden kurtaracağı düşünülüyordu. Ancak son durumda İŞK madde 260 kapsamında pay sahibince türev dava iddiasıyla mahkemeye başvurulduğunda davanın ilk aşamasının geçilip mahkemeden davaya devam edilmesi için izin alınabilmesi için de başvuran pay sahibinin davaya devam etmekteki menfaati ispat etmesi gerekmektedir. Düşünüldüğünde henüz davaya devam etme izni alınmamışken yönetim kurulu üyelerinin ya da diğer davalıların şirkete verdikleri kusurun ve zararın pay sahibi tarafından ispatı daha zor olacaktır. Kaldı ki yukarıda da ifade edildiği gibi mahkeme ilk aşamada davacının gösterdiği delillerle bağlıdır. Mahkeme ikinci aşamaya gelene kadar davalıdan veya şirkette ek delil talep edemez¹⁴⁵.

Dahası, İngiliz hukukunda pay sahiplerini türev dava açmaktan alıkoyan en önemli sebeplerden birisi birinci aşamada davanın mahkemece reddi halinde yargılama giderlerinin pay sahibi tarafından bizzat ödenmesinin gerekliliği iken; Türk hukukunda TTK ‘da madde 555(2) uyarınca pay sahibinin açtığı davayı hukuki ve maddi sebepler haklı gösterdiği takdirde, mahkeme, dava giderleriyle avukatlık ücretini, bu giderler davalıya yükletilemediği hâllerde, davacı pay sahibiyle şirket arasında, hakkaniyete göre paylaştırılmasına karar verebilir¹⁴⁶. Burada amaç dolaylı zararın varlığında açılan sorumluluk davalarında pay sahibinin şirket hesabına bu davayı açmaya teşvik edilmesidir. Nitekim davanın kazanılması halinde tazminat hakkı şirkete ait olduğundan, hakkaniyet uyarınca davanın kaybı durumunda da dava için yapılan masrafların şirket ve pay sahibi arasında paylaşılması öngörülmüştür¹⁴⁷.

Burada ayrıca türev davaların şirket yöneticilerinin yanında 3. kişilere karşı da açılmasının mümkün olduğunu,¹⁴⁸ buna karşılık Türk hukukunda sadece TTK madde 553 kapsamında sayılmış olan kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler¹⁴⁹ ve tasfiye memurlarına karşı sorumluluk davasının açılabileceğini belirtmek gerekiyor. İngiltere’de açılmış olan türev dava örneklerine bakıldığında görülecektir ki bu davalarda da davalı genellikle yöneticilerdir. Ancak bu durum 3. kişilere karşı da 2006 İŞK madde 260 kapsamında türev dava açılabilmesinin mümkün olduğu gerçeğini değiştirmez. Dolayısıyla azınlık pay sahiplerinin hukuka aykırı eylem veya

¹⁴⁵ Dignam ve Lowry (n 54) 190.

¹⁴⁶ 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekeşi (<http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/TURK%20TICARET/madde%20gerek_e.doc> Erişim tarihi 30 Kasım 2020.

¹⁴⁷ Ancak burada Yargıtay’ın her zaman yargılama giderlerini şirket ve davacı pay sahibi arasında paylaşmadığını eklemek gerekir. Nitekim bazı kararlarında Yargıtay dolaylı zarardan kaynaklanan sorumluluk davasında yargılama giderlerinin sadece davacı pay sahibi tarafından ödenmesine şirketle paylaşılmasına karar vermiştir. Bknz Moroğlu (n 139) 346; Ayrıca bakınız, Yargıtay 11 HD, 5587/10164, 23.05.2016; Yargıtay 11 HD, 16826/7902, 04.11.2014. Yargıtay bir nevi HMK m.326’de yer alan davada giderler haksız çıkan tarafa yükletilir prensibini esas almaktadır. Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku* (14. Bası, Yetkin 2013), 153.

¹⁴⁸ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 260(3).

¹⁴⁹ Yanlı, burada yönetici ifadesiyle kastedilenin sadece özel olarak belirlenmiş yahut görevlendirilmiş kişiler olmadığını bu kapsama şirketin temel faaliyetlerine yön veren kişilerin de dahil olabileceğini ifade etmektedir. Bknz Veliye Yanlı, ‘Şirkete Verilen Zarar Sebebiyle Sorumluluk Bağlamında “Yönetici” Kavramı ve Genel Kurul Kararı Gerekliliği Sorunu’ (2019) 141 *Terazi Hukuk Dergisi* 51, 46-57, 48.

işlemleri ile şirkete zarar veren çoğunluk paya sahip hissedarlar aleyhine türev dava açabilmeleri mümkündür.

Sonuç olarak söylenebilir ki; İngiliz hukukunda İŞK madde 260 ve devamında yer alan türev dava ile Türk hukukunda TTK madde 555'te düzenlenen yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacak sorumluluk davası kıyaslandığında aralarında birçok farklıklar olduğu görülecektir. İngiliz hukuk sisteminde yer alan iki aşamalı türev dava her ne kadar yöneticilere karşı açılan gereksiz davaların sayısını azaltsa da kendi içerisinde sorunlar barındıran ve hem masrafları dolayısıyla hem de prosedürü dolayısıyla pek tercih edilmeyen bir davadır.

1.1.3.2 Haksız Ayrımcılık Davası (Unfair Prejudice Petition)

1.1.3.2.1 Dava Hakkının Ortaya Çıkışı

Ortak hukukta görülebileceği gibi, *Foss v Harbottle*¹⁵⁰ davasında ortaya çıkan kural pay sahiplerinin haklarını daraltmıştır¹⁵¹. Zira bu dava neticesinde bir şirket ayrı bir tüzel kişilik olarak kabul edildi, yani üyelerinden (pay sahipleri ve yöneticilerden) ayrı yasal haklar ve sorumluluklarla donatılmış bir 'tüzel kişi' haline geldi¹⁵². İşte bu kural nedeniyle ortaya çıkan sorunların üstesinden gelebilmek için 1948 tarihli İngiliz Şirketler Kanununun 210. maddesinde¹⁵³ "oppression remedy" adında yeni bir düzenleme oluşturulmuştur. Azınlık pay sahiplerine tanınan bu hak, aynı zamanda pay sahiplerinin şirket yönetiminden dışlanma yahut şirketin kötü yönetimi gibi sebeplerle başvurabilecekleri tek yol olan ve pay sahibine şirketin iflasını isteyebilme hakkı tanıyan tasfiye davasına¹⁵⁴ alternatif olarak düzenlenen ilk haktr.

İŞK 1948'in 210.maddesinde¹⁵⁵ düzenlenen "oppression remedy", 2006 tarihli İŞK madde 994'te düzenlenen ve İngiliz hukukunda azınlık pay sahiplerine rahatlama sağlayan temel haklardan biri olan haksız ayrımcılık davasına başvurmanın temeli olarak görülmektedir. Nitekim, baskı anlamına gelen "oppression" ifadesi *Scottish Co-operative Wholesale Society v Meyer*¹⁵⁶ davasında 'külfetli, sert ve yanlış' olarak yorumlanmış ve belirsiz bulunmuştur. Bu konuda açıklık sağlamak için "unfair prejudice" teriminin kullanılması önerilmiş ve terim 1980 tarihli Şirketler Kanunu 75. maddede¹⁵⁷ yer bulmuştur. Bu yeni düzenlemenin 1948 tarihli yasaya göre daha

¹⁵⁰ *Foss v Harbottle* [1843], 67 ER 189.

¹⁵¹ *Dignam, Hicks and Goo* (n 28) 225.

¹⁵² *Boyle ve Birds ve diğerleri* (n 36) 58.

¹⁵³ *Companies Act 1948; Sarah Worthington ve Len Sealy, Sealy's Cases and Materials in Company Law* (9. Bası, Oxford University Press 2016), 647.

¹⁵⁴ 1986 İngiliz İflas Yasası; madde 122.

¹⁵⁵ 1948 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 210.

¹⁵⁶ *Scottish Co-op. Wholesale Society v Meyer* [1959], A.C. 324

¹⁵⁷ 1980 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 75.

kapsayıcı olduğu ifade edilmiştir¹⁵⁸. 1980 tarihli düzenleme, 1985 tarihli Şirketler Kanunu madde 459'da¹⁵⁹ da küçük değişiklikler yapılarak korunmuştur. Ve nihayet haksız ayrımcılık davası hem başvuru sebepleri hem de mahkemenin dava sonucu verebileceği kararlar dolayısıyla pay sahipleri için en önemli dava haklarından biri olarak 2006 İŞK madde 994'te¹⁶⁰ düzenlenmiştir.

1.1.3.2.2 Dava Hakkının Genel Analizi

İngiliz hukukunda bir azınlık pay sahibi, şirkette çoğunluk payı elinde bulunduran pay sahiplerince yahut yöneticilerce baskı altına alındığında şirketin adil ve hakkaniyete dayanarak tasfiyesi için “tasfiye davası” açabilir¹⁶¹. Ancak, özellikle şirket kârlı bir şirket ise, azınlık pay sahibi bu tür bir işlem yapmak konusunda isteksiz olabilir¹⁶². İşte bu gibi durumlarda pay sahipleri alternatif bir çözüm olarak “haksız ayrımcılık davası” iddiasıyla mahkemeye başvurabilirler. Bu hak, İŞK 2006'nın 994. maddesinde düzenlenmiştir¹⁶³.

2006 İŞK 994. madde uyarınca, şirketin her bir pay sahibi, şirket işlerinin tamamının yahut bir kısmının, kasten veya ihmâl yoluyla kendi menfaatlerine zarar verecek şekilde yürütülmesi halinde mahkemeye başvurarak haksız ayrımcılık davası açabilir¹⁶⁴.

Bu dava yoluna başvuru oranı, borsada işlem görmeyen küçük ve orta ölçekli şirketlerde daha yüksektir. Zira halka açık bir şirkette, bir pay sahibinin diğer pay sahipleriyle veya şirket yönetimiyle ilgili bir sorunu varsa yahut şirkette haksız bir ayrımcılık hissediyorsa, hisselerini piyasada satabilir ve sorununu çözebilir. Tabi ki her

¹⁵⁸ John McMullen, 'Minority Protection and Section 75 of the Companies Act 1980' (1983) 42 *The Cambridge Law Journal* 204, 205.

¹⁵⁹ 1985 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 459.

¹⁶⁰ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 994.

¹⁶¹ Bu hak 1986 tarihli İngiliz İflas Yasasınının 122. Bölümünde düzenlenen “winding up the company on the basis that it is just and equitable” hakkıdır.

¹⁶² Charlie Newington-Bridges, 'A Practical Guide to Unfair Prejudice Petitions and their Interaction with Derivative Claims' (*Stjohnschambers.co.uk*, 2016) <<https://www.stjohnschambers.co.uk/wp-content/uploads/2018/07/Unfair-prejudice-petitions-and-derivative-actions.pdf>> Erişim Tarihi 06 Ocak 2021.

¹⁶³ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 994.

“Petition by company member

(1) *A member of a company may apply to the court by petition for an order under this Part on the ground —*

(a) *that the company's affairs are being or have been conducted in a manner that is unfairly prejudicial to the interests of members generally or of some part of its members (including at least himself), or*

(b) *that an actual or proposed act or omission of the company (including an act or omission on its behalf) is or would be so prejudicial.*

(1A) *For the purposes of subsection (1)(a), a removal of the company's auditor from office —*

(a) *on grounds of divergence of opinions on accounting treatments or audit procedures, or*

(b) *on any other improper grounds, shall be treated as being unfairly prejudicial to the interests of some part of the company's members.]*

(2) *The provisions of this Part apply to a person who is not a member of a company but to whom shares in the company have been transferred or transmitted by operation of law as they apply to a member of a company.*

(3) *In this section, and so far as applicable for the purposes of this section in the other provisions of this Part, “company” means —*

(a) *a company within the meaning of this Act...”*

¹⁶⁴ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 994.

zaman ve her şartta halka açık şirketlerde paylar satılmak istendiğinde kolaylıkla satış yapılabilir ve sorunlar çözülebilir demek doğru olmayacaktır. Nitekim İngiliz kanun koyucu da bu durumu gözeterek halka açık şirketlerin pay sahipleri için 2006 Şirketler Kanunu'nda bu hakka başvuru noktasında herhangi bir kısıtlama getirmemiştir. Buna rağmen, bu şirketlerde “haksız ayrımcılık davası” açma yoluna başvurulması yahut açıldıktan sonra başarılı olunması oldukça nadirdir. Bunun yanında çoğunluk payı elinde bulunduran pay sahipleri için de haksız ayrımcılık davası açma noktasında kanuni bir engel bulunmamaktadır. Ancak yine onlar açısından da bu davayı açma oranı ve dava sonunda mahkeme tarafından olumlu karar verilmesi ihtimali oldukça düşüktür¹⁶⁵.

1.1.3.2.3 Davanın Tarafları

2006 İŞK madde 994 şirketteki her bir pay sahibinin başvuruda bulunduğu sırada pay sahibi olması şartıyla “haksız ayrımcılık davası” açabileceğini içermektedir¹⁶⁶.

İŞK 994.¹⁶⁷ madde uyarınca üyelik kavramının iki anlamı daha vardır. Bunlardan birincisi, payların devredildiği ancak pay siciline işlenmediği hallerde de pay sahipliği geçerli kabul edilir. Payların devredilmesi ifadesinden, hukuka ve prosedüre uygun olarak söz konusu payların devralan kişiye geçirilmesi örneğin; pay senetlerinin teslimi anlaşılmalıdır¹⁶⁸. Sadece taraflar arasında pay devri anlaşması olması yeterli değildir¹⁶⁹. İkinci anlamı ise hisselerin hukuken aktarıldığı fakat henüz pay sahiplerinin isimlerinin sicile girmediği hallerde de üyelik geçerli kabul edilir ve davacı olunabilir¹⁷⁰. “Hukuken aktarılan” terimi, yasal unvanın geçtiği yasal bir prosedür gerektirir. Örneğin, bir üyenin ölümü üzerine hisseleri davacıya miras bırakabilir veya davacı, kişisel temsilci veya iflas halinde yediemin olabilir¹⁷¹. Ayrıca madde 994 kapsamında şirketin eski pay sahipleri de dava açabilir. Nitekim eski bir pay sahibi, pay sahipliği sona erdikten sonra, pay sahibi olduğu sırada aleyhinde haksız bir eylemin gerçekleştirildiğini öğrenirse, o kişi davacı olabilir¹⁷².

Haksız ayrımcılık davasının daha iyi anlaşılabilmesi için bu davaya başvuru koşullarının analiz edilmesi gerekmektedir. İŞK madde 994 uyarınca davaya konu olan eylem, mahkemeye başvuran pay sahibinin, pay sahipliğinden kaynaklanan menfaatlerine haksız yere zarar vermektedir¹⁷³.

¹⁶⁵ Re Ravenhart Service (Holdings) Ltd [2004], 2 BCLC 376.

¹⁶⁶ Robert A.G. Monks, ‘Modern Company Law for a Competitive Economy: The Strategic Framework’ (2000) 8 *Corporate Governance: An International Review* 16, 18.

¹⁶⁷ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 994.

¹⁶⁸ Bknz Re a Company (No. 003160 of 1986) [1986], BCLC 391

¹⁶⁹ Re a Company (No 003160 of 1986) [1986], BCLC 391; Re Quickdome Ltd [1988], BCLC 370.

¹⁷⁰ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 994/2.

¹⁷¹ Re McCarthy Surfacing Ltd; Hecquet v McCarthy [2006], EWHC 832 (Ch).

¹⁷² Davies ve Worthington (n 115) 682.

¹⁷³ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 994/1; Sealy ve Sarah (n 154) 691.

Ayrıca davacının şikayetçi olduğu davranış şirket üyesinin ayrımcı tutumunun bir sonucu olmalıdır¹⁷⁴. Bu husus yargıç Jonathan Parker J tarafından *Re Blackwood Hodge*¹⁷⁵ davasında ifade edilmiştir. Buna göre, davacı yalnızca yöneticilerin görevlerini ihlal etmelerinden kaynaklı olarak haksızlığa uğradığını değil aynı zamanda söz konusu ihlallerin yöneticilerin ayrımcılığa varan haksız davranışları neticesinde olduğunu göstermelidir¹⁷⁶.

İŞK madde 994’de haksız ayrımcı davranıştan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir açıklama olmamasına rağmen, içtihatlarda bazı açıklamalar bulmak mümkündür¹⁷⁷. İchtihatlara göre kıstas, makul bir kişi tarafından bu davranış neticesinde azınlık hissedarlarının çıkarlarının haksız yere ayrımcı davranışlarla ihlal edildiğinin değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir¹⁷⁸. Davacının, şirketteki çoğunluk paya sahip olan pay sahiplerinin kötü niyetle hareket ettiklerini veya kendisine haksız muamele etme niyetinde olduklarını kanıtlaması gerekmemektedir. *O’Neill v Phillips*¹⁷⁹ davasında, yargıç Lord Hoffmann tarafından haksız davranışın tespitinde “adil” davranış kriterinin aranması gerektiği ifade edildi. Ayrıca “geleneksel ve genel” olarak şirket içinde yapılmaması gereken bir davranışın davacıya karşı davalılarca yapılmış olması halinde de yine haksız ayrımcılık davası açılabilmesinin mümkün olduğu belirtildi.

O’Neill v Phillips davası İngiliz hukukunda azınlık pay sahiplerinin korunması için oldukça önem arz etmektedir. Anılan davada, davalı Phillips, şirkette çoğunluk hisseye sahip, şirket işleri ve binalardan sorumlu bir şirketin yöneticisiydi. O’Neill isimli bir çalışana, kârın %50’si ile birlikte şirkette %25 hisse sözü verdi. Phillips ayrıca O’Neill’i şirkete yönetici olarak da atadı. Phillips’in yöneticilikten ayrılmasından sonra, O’Neill şirkette tek ve fiili yönetici oldu. Ancak şirketin işleriyle ilgili sorun çıkmaya başladığında Phillips, O’Neill’i suçlayarak şirketin kontrolünü tekrar ele almak için kendini yönetici olarak atadı. Ayrıca daha önce yaptıkları kar paylaşımı sözleşmesini kendi adına feshettiğini söyleyerek O’Neill’e söz verdiği daha fazla hisseyi verme vaadini gerçekleştirmeyeceğini söyledi. O’Neill, kâr paylaşımı anlaşmasının sona ermesi ve kendisine şirkette daha fazla pay sağlayacak olan düzenlemenin tek tarafı olarak feshedilmesi gerekçesiyle Phillips’e dava açtı. Her iki çözüm yolu için de başvurdu;¹⁸⁰ adil ve eşitlikçi bir şekilde şirketin tasfiyesi¹⁸¹ veya haksız ayrımcılık gerekçesiyle paylarının satılarak bedelinin kendisine ödenmesi¹⁸².

¹⁷⁴ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 994; Re BSB Holdings Ltd (No 2) [1996], 1 BCLC 155; Irvine v Irvine (No 1) [2007], 1 BCLC 349; Re Southern Counties Fresh Foods Ltd [2008], EWHC 2810 (Ch).

¹⁷⁵ Re Blackwood Hodge [1997], 2 BCLC 650, 673.

¹⁷⁶ Re Sunrise Radio, Kohli v Lit [2010], 1 BCLC 367.

¹⁷⁷ Dignam ve Lowry (n 54) 237.

¹⁷⁸ Newington-Bridges (n 163) 1.

¹⁷⁹ O’Neill v Phillips [1999], 2 BCLC 1.

¹⁸⁰ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 994; Dignam ve Lowry (n 54) 239.

¹⁸¹ 1986 İngiliz İflas Yasası; madde 122.

¹⁸² Dignam ve Lowry (n 54) 239.

Lordlar Kamarası tarafından yapılan yargılama sonucunda, taraflar arasındaki anlaşmanın resmi bir anlaşma olmadığı ve dolayısıyla davacıda hisse payının artırılacağı yönünde meşru bir beklentinin bulunamayacağı gerekçesiyle O'Neill'in haksız olduğuna karar verildi. Lord Hoffmann, burada İŞK madde 994'ün uygulama alanında bulunan bir sorun olduğunu düşündüğü için şirket pay sahipleri arasında dürüstlük kuralına aykırı olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklar dolayısıyla haksız ayrımcılık davasının açılabileceğini belirtti. Bu dava sonucunda, azınlığa yapılan haksızlığın, davalının hukuka aykırı eylemleri yanında, kendi menfaati için dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde yapmış olduğu eylemler dolayısıyla da ortaya çıkabileceği kabul edildi. *Grace v Biagiol*¹⁸³ davasında mahkemenin verdiği karar O'Neill davasına paraleldi ve Lord Hoffmann'ın görüşünü doğruladı¹⁸⁴.

2006 tarihli İŞK madde 994 uyarınca açılan bir haksız ayrımcılık davasında davacının şikâyet ettiği davranışın, kurumsal bir işlem veya eylemden kaynaklanan 'şirket işleri' ile ilgili olması gerekmektedir¹⁸⁵. "Şirket işleri" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin yasada herhangi bir açıklama mevcut değildir. Bu hususta, içtihat hukukuna baktığımızda *Re Legal Costs Negotiators Ltd*¹⁸⁶ davasında verilen karar dikkat çekmektedir. Anılan davada, mahkeme, şirket pay sahipleri arasındaki bir uyuşmazlıktan dolayı dördüncü pay sahibinin paylarının diğer üç hissedara satılması talebini reddetti ve bu davaya konu olacak haksız eylemin şirket tarafından yapılması¹⁸⁷ gerektiğine örneğin, şikâyete konu işlem veya eylemin yönetim kurulu veya şirket genel kurulu kararıyla haksız olarak ortaya çıkması gerektiğine hükmetti¹⁸⁸.

Özetlemek gerekirse, davacı şikâyetine konu olan işlem veya eylemin hem haksız olduğuna hem de ayrımcı davranışlarla yapıldığına dair mahkemeyi ikna etmelidir¹⁸⁹. Mahkeme de yargılama süresince dava ile ilgili unsurları değerlendirirken objektif olmalı ve madde 994 çerçevesinde bir karar verebilmek için haksız davranışın kaynağının şirketi kontrol edenlerin baskıcı ve ayrımcı tutumuna dayandığı konusunda ikna olmalıdır¹⁹⁰.

¹⁸³ *Grace v Biagiol* [2006], 2 BCLC 70.

¹⁸⁴ French, Mayson ve Ryan (n 52) 572.

¹⁸⁵ Hannigan (n 87) 490.

¹⁸⁶ *Re Legal Costs Negotiators Ltd* [1999], 2 BCLC 171.

¹⁸⁷ Ayrıca burada not düşmek gerekir ki eğer şirket yönetiminde bulunan ve şirketin kontrolünü elinde bulunduran kişi tarafından davacıya karşı bir haksız ve baskıcı eylem varsa "unfair prejudice petition" hakkının uygulanabilirliği düşünülebilir; Dignam ve Lowry (n 54) 488.

¹⁸⁸ Dignam ve Lowry (n 54) 228.

¹⁸⁹ *Nicholas v Soundcraft Electronics Ltd* [1993] BCLC 360, *Sikorski v Sikorski* [2012], EWHC 1613 (Ch).

¹⁹⁰ *Re RA Noble & Sons Clothing Ltd* [1983], BCLC 273, *Fisher v Cadman* [2006], 1 BCLC 499, *Wilson v Jaymarke Estates Ltd* [2007], UKHL 29.

1.1.3.2.4 Davaya Konu Olabilecek Uyuşmazlıklar ve İngiliz İçtihat Hukukundan Örnekler

İngiltere’de, mahkemeler, bazen yapılan yargılamanın sonunda 2006 İŞK madde 994 kapsamında karar vermeyi reddetmiş olsalar bile uygulayıcı ve akademisyenlerin ilgili maddeyi daha iyi anlamalarına yardımcı olmak için ayrıntılı analizler yapmış ve gerekçeli kararlarıyla literatüre katkı sağlamışlardır.

Şirket yönetiminden dışlanma, şirketin hatalı ve pay sahibine zarar verebilecek şekilde yönetimi, yöneticilerin temsil yetkisini kötüye kullanması, şirketin işleyişine ilişkin hususlarda pay sahibine danışmama veya bilgi verememe, ana sözleşmenin veya pay sahipleri arasındaki sözleşmelerin ihlali, kâr payı ödenmemesi gibi hususlar İŞK madde 994 kapsamında açılacak olan haksız ayrımcılık davasının gerekçelerine örnek olarak sayılabilir. Davacıların haksız ayrımcılık davasına en çok başvurduğu haller aşağıda incelenecektir.

1.1.3.2.4.1 Şirket Yönetiminden Dışlanma

Haksız davranışın en önemli örneklerinden biri, özellikle küçük ölçekli şirketlerde pay sahibinin yönetimden dışlanması veya yönetim kurulundan haksız yere çıkarılmasıdır¹⁹¹.

Yönetimden dışlanma iddialarının, “haksız ayrımcılık davası” kapsamında haksız eylem olarak değerlendirilerek hüküm verilmesi olasılığı halka açık şirketlerde veya üyelerin çoğunluğunun yabancı yatırımcı olduğu şirketlerde daha düşüktür¹⁹². Çünkü yabancı yatırımcıların beklentileri genellikle yatırımlarından daha fazla gelir elde etmektir. Ancak, küçük ölçekli ve halka kapalı şirketlerde, üyeler arasında resmiyetten ziyade karşılıklı güven ve anlayışa dayalı kişisel bir ilişki görmek mümkündür. Bu tür şirketlerde pay sahipleri çoğunlukla yönetici pozisyonunda da olurlar.

Davacı eğer şirket yönetiminden dışlandığını iddia ediyorsa, ortada yönetimden dışlanmaya dayalı haksız bir davranışın olup olmadığına karar verebilmek için her dava kendi koşullarına göre değerlendirilir ve mahkeme genellikle davacının olaydaki meşru beklentilerini¹⁹³ araştırır. *Re Tottenham Hotspur plc.*¹⁹⁴ davasına konu olan olayda Terry Venables şirketteki görevinden alınca kendisine haksızlık yapıldığı iddiasıyla madde 994 kapsamında mahkemeye başvurdu. Terry Venables, halka açık bir şirket olan Spurs futbol kulübünün CEO’suydu. Mahkeme bu davayı Terry Venables’in şirkette yönetici olarak devam etmek için meşru bir beklentisi olamayacağı gerekçesiyle reddetti¹⁹⁵.

¹⁹¹ Bourne (n 63) 234.

¹⁹² Re Posgate & Denby (Agencies) Ltd [1986], 2 BCC 99.

¹⁹³ Legitimate expectation

¹⁹⁴ Re Tottenham Hotspur Plc [1994], 1 BCLC 655.

¹⁹⁵ Dignam ve Lowry (n 54) 241.

Bunun aksine, *Re RA Noble & Sons (Clothing) Ltd*¹⁹⁶ davasında, pay sahibinin şirketten dışlanması sebebiyle mahkeme davacıyı haklı kabul ederek madde 994 kapsamında bir hüküm vermiştir. Yönetimden dışlanmanın haksız davranış kabul edilerek davacının haklı bulunduğu ve mahkemenin madde 994 kapsamında bir çözüm yolunda karar kıldığı davalardan biri de *Re London School of Electronics Ltd.*¹⁹⁷ davasıdır¹⁹⁸. Anılan davada, Mr Lytton bir eğitim şirketinde %25 paya sahip bir pay sahibi ve aynı zamanda yönetici olarak şirket yönetiminden dışlandığını iddia etmiştir. Davacı, şirket yönetiminden dışlanmasının gerekçesinin diğer yöneticilerin kendi aleyhindeki haksız ve ayrımcı davranışları olduğunu savunmuştur. Diğer yöneticiler ise Lytton'ın, şirket aracılığıyla, öğrencileri kendi kurduğu eğitim kurumuna yönlendirdiğini ve bunun kabul edilemez bir durum olduğunu söylemişlerdir. Mahkeme ilgili kanun hükmünde davacının davayı açarken kusuruz olması gerektiğine (temiz ellerle gelmesi gerektiğine) dair bir ibare olmadığını dolayısıyla davacının iddiasını kanıtlaması halinde kusuru olsa bile bu madde kapsamında lehine hüküm verilebileceğini belirtmiş ve davacının hisselerinin diğer hissedarlar veya şirketin kendisi tarafından uygun bir bedelle satın alınarak davacının şirketten çıkmasına karar vermiştir¹⁹⁹.

Örneklerden de anlaşılacağı üzere, yönetimden ve şirket işlerinden dışlanma gerekçesiyle açılan davalarda başarılı bir sonuca ulaşma oranı küçük ölçekli şirketlerde hatta özellikle İngiltere'de “quasi-partnership” olarak adlandırılan şirketlerde daha yüksektir. Bu şirketler, pay sahipleri arasındaki kişisel ilişkilerin özellikle güven ilişkisinin ve karşılıklı anlayışın ön planda olduğu şirketlerdir. Genellikle bu tür şirketlerde pay sahipleri aynı zamanda yönetici pozisyonunda da bulunurlar. Belirtmek gerekir ki, mahkemenin değerlendirmesi her dava için farklı olacaktır. Anılan türden bir şirkette pay sahibi olan davacının şirket yönetiminden dışlandığı iddiasıyla açtığı dava her zaman davacı lehine sonuçlanır denilemez²⁰⁰.

1.1.3.2.4.2 Kötü Yönetim

İŞK madde 994 kapsamında değerlendirilebilecek haksız davranışın en önemli örneklerinden biri şirketin kötü yönetilmesi halidir²⁰¹. Yönetim kurulu şirketin yönetimini gerektiği şekilde yerine getirmese ve sermaye kaybına veya şirketin zarar etmesine neden olursa ve bunun neticesinde pay sahipleri de zarar görmüşse burada haksız davranışın varlığından söz edilebilir²⁰².

¹⁹⁶ Re RA Noble & Sons Clothing Ltd [1983], BCLC 273.

¹⁹⁷ Re London School of Electronics Ltd [1986], Ch. 211.

¹⁹⁸ Dava tarihinde geçerli olan kanun itibarıyla dava 1980 tarihli Şirketler Kanununun 75. maddesine dayanarak açılmıştır.

¹⁹⁹ Bourne (n 63) 235.

²⁰⁰ Bourne (n 63) 234.

²⁰¹ Hannigan (n 87) 427.

²⁰² Robin Hollington, *Hollington on Shareholders' Rights* (8. Bası, Sweet & Maxwell 2016).

Burada belirtilmeli ki bazen davacı, şirkette kötü yönetim olduğunu kanıtlamak için kanıt sunsa bile, mahkeme, şirket yöneticilerinin kararlarının davacıya karşı haksız ayrımcılık içerdiği konusunda karar vermekte isteksiz olabilmektedir²⁰³. Mahkemenin isteksizliği iki gerekçeye dayanmaktadır²⁰⁴.

Bunlardan ilki, yönetim kurulunun şikâyet konusu olayda iyi niyetle ve şirketin faydasına olacağını düşünerek bir karar almış olmasıdır. İkincisi ise şirketler hukukunun doğasına uygun olarak, şirket yönetim kurulu tarafından alınan kararların bir soruna yol açması her zaman mümkündür²⁰⁵. Nitekim “business judgement rule” yani bizim ifade ettiğimiz şekilde iş adamı kararı ilkesi uyarınca, yönetim kurulu üyeleri, üyelik sıfatlarına dayanan ve ortaklığın olağan iş ve faaliyetlerini gerçekleştirmekten kaynaklanan seçimlerinin sonuçlarından dolayı sorumlu tutulamazlar ve bu faaliyetlerden dolayı yargılanamazlar²⁰⁶. Bu nedenle, şirketin işleyişinde aksaklıklara neden olmuş olsa bile yöneticilerin yapmış olduğu işlemler hakimler tarafından madde 994 kapsamında haksız davranış olarak değerlendirmeyebilir²⁰⁷. Ancak takdir hakkı yine mahkemelerdedir.

Şirketin kötü yönetildiği iddiasıyla açılan davalarda sorun çoğunlukla pay sahipleri ve yöneticiler arasındaki ticari politika farklılıklarından kaynaklanmaktadır. Mahkemenin şirketin kötü yönetimi gerekçesiyle madde 994 kapsamında davacı lehine bir karar verebilmesi için ortada yöneticilerin özen yükümlülüklerinin dışına çıktıklarını veya görevlerini ihlal ettiklerini gösteren kanıtlar bulunmalıdır²⁰⁸. Genel olarak hangi faktörlerin şirketin kötü yönetiminin göstergesi olacağını içeren bir düzenleme yahut bir mahkeme kararı yoktur. Mahkeme, *Re Elgindata Ltd*²⁰⁹ davasında, şirket yöneticileri şirkette payların çoğunluğuna sahip ve şirketi yönetirken hatalar yapmış kişiler olmasına rağmen, şirketin yönetim kurulu tarafından verilen kararların haksız ayrımcılık davasında başarılı bir sonuca ulaşmak için gerekçe olamayacağını belirtti²¹⁰.

Bununla birlikte İŞK madde 994²¹¹ kapsamında verilen mahkeme kararlarından biri olan *Re Macro (Ipswich) Ltd*²¹² davasında, yöneticilerin şirketi kötü yönetimi

²⁰³ Kershaw (n 31) 274.

²⁰⁴ Joffe (n 65) 290.

²⁰⁵ Re Elgindata Ltd [1991], BCLC 959.

²⁰⁶ Stephen Radin, *The Business Judgement Rule – Fiduciary Duties of Corporate Directors* (5. Baskı, Aspen Law and Business 1998).

²⁰⁷ Oak Investment Partners XII, Limited Partnership v Boughtwood [2009], 1 BCLC 453; Joffe (n 65) 291.

²⁰⁸ Stuart Sime ve Margot Taylor, *Company Law in Practice* (12. Baskı, Oxford University Press 2017), 188.

²⁰⁹ Re Elgindata Ltd [1991], BCLC 959.

²¹⁰ Dignam ve Lowry (n 54) 244; Sealy ve Sarah (n 154) 729.

²¹¹ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 994.

²¹² Bknz Re Macro (Ipswich) Ltd [1994], 2 BCLC 354; Anılan davada ilişkili iki şirkette de müdür olan şirketin yöneticilerinden birinin uzun yıllar şirketteki görevlerini ihmal etmesi sonucu, çalışanlar, şirketin emlakçıları tarafından kazanılan komisyonları çalarak şirket varlıklarını köttüye kullanmışlardır.

nedeniyle bir şirketin büyük bir mali kayba uğraması neticesinde, mahkeme, azınlık pay sahibi olan davacının hisselerinin uygun bir bedel karşılığı (bu bedel belirlenirken şirketin yöneticilerin ihlalleri neticesi sebep oldukları zarar da göz önünde bulundurulmak suretiyle)²¹³ payların çoğunluğuna sahip hissedarlar veya tek başına bir yönetici tarafından satın alınmasına karar vermiştir²¹⁴.

Özet olarak söylenebilir ki, yöneticilerin şirkette yol açtıkları sorunlar ve görevlerini ihlal ederek şirketi kötü yönetmeleri yani şirketi zarara uğratmaları halinde mahkemenin İŞK madde 994 kapsamında karar verebilmesi için basit bir görev ihlali yerine şirkete daha ciddi zararlar vermiş bir kötü yönetim olmalıdır²¹⁵. Bunun yanında eğer ki davacının başvurulabileceği başka bir yol varsa, yöneticilerin görevden alınmasını sağlamak gibi, davacı sorununu çözmek için öncelikle o yolu tercih etmelidir²¹⁶.

1.1.3.2.4.3 Yöneticilerin Görevlerini Kötüye Kullanması

Küçük ölçekli bir şirketin dava konusu edildiği *Re London School of Electronics Ltd*²¹⁷ davasında, aynı zamanda şirkette payların çoğunluğuna da sahip olan yöneticiler, şirketin varlıklarını kendi sahip oldukları başka bir şirkete kullandırmak suretiyle görevlerini kötüye kullanmış ve davacı azınlık pay sahibinin başvurusu üzerine mahkeme 994. madde kapsamında davacı lehine karar vermiştir. Yine bu madde kapsamında davacının lehine karar verilen davalardan olan *Gerrard v Koby*²¹⁸ davasında, davacı tarafından yöneticilerin şirket fırsatlarını kendi hesaplarına kullanarak görevlerini kötüye kullandıkları iddia edilmiştir.

Özetlemek gerekirse, bir yöneticinin güvene dayalı görevlerini kötüye kullanması İŞK madde 994 kapsamında her zaman haksız davranış teşkil etmez. Ancak, böyle bir iddia söz konusuysa, mahkeme bu durumu dikkatle değerlendirmelidir. Nitekim bazen özellikle küçük ölçekli şirketlerde ve yöneticilerin aynı zamanda şirkette payların çoğunluğuna sahip hissedarlar olduğu durumlarda haksız ayrımcılık davası²¹⁹ hükümleri kapsamında karar verilebilir²²⁰.

1.1.3.2.5 Dava Sonucu Mahkemenin Alabileceği Kararlar

2006 tarihli Şirketler Kanununun 996 (1) maddesi uyarınca, bir pay sahibinin “haksız ayrımcılık davası” hükümleri kapsamında, şirkette haksız ve baskıcı

²¹³ French, Mayson ve Ryan (n 52) 585.

²¹⁴ Dignam ve Lowry (n 54) 243.

²¹⁵ Kershaw (n 31) 280.

²¹⁶ Hannigan (n 87) 427.

²¹⁷ *Re London School of Electronics Ltd* [1986], Ch 211.

²¹⁸ *Re Baumler (UK) Ltd Gerrard v Koby and another* [2004], All ER (D) 139.

²¹⁹ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 994.

²²⁰ *Cook v Deeks* [1916], 1 AC 554; *Joffe* (n 65) 306.

davranışlara maruz kaldığı gerekçesiyle dava açması halinde, mahkeme pay sahibinin sorununu çözecek bir hüküm vermelidir²²¹.

İŞK madde 996 (2) uyarınca, mahkeme; şirketten şikayet edilen davranıştan kaçınılmasını ve bir daha aynı davranışın tekrar edilmemesini;²²² davacının talep ettiği işlemin şirket yöneticilerince yapılmasını; davacı tarafından şirket adına mahkemeye talepte bulunulmasına izin verilmesini;²²³ ve en çok başvurulmuş çare olarak davacı pay sahibinin hisselerinin şirket²²⁴ ve ya diğer pay sahipleri tarafından satın alınarak bedelinin davacıya ödenmesini isteyebilir²²⁵. Özellikle İŞK madde 994 kapsamında en çok verilen karar olan davacı pay sahibinin paylarının satılarak şirketten ayrılması çözüm yolu bu hakka bir sonlandırma(exit) hakkı niteliği kazandırmıştır²²⁶.

Aşağıda İngiliz hukukunda azınlık pay sahiplerine bahşedilmiş önemli dava haklarından biri olan tasfiye davası incelenecektir.

1.1.3.3 Tasfiye Davası (Winding Up Order)

1986 yılında yürürlüğe giren İngiliz İflas Yasası madde 122/1 uyarınca²²⁷ göre azınlık pay sahipleri, adil bir gerekçeyle şirketin feshini talep etmek için mahkemeye başvurma hakkına sahiptirler. Bu yol daha çok hissedarlar arasında güven kaybının olduğu şirketlerdeki pay sahipleri için faydalı olabilir. Uygulamada, bir şirketin adil gerekçelerle feshedilmesinin tipik olduğu üç önemli durum söz konusudur. İlk olarak, genellikle küçük ortaklıklarda ortaya çıkan pay sahibinin yönetimden dışlanması durumudur²²⁸. Nitekim azınlık hissedarının çoğunluk paya sahip hissedarların etkisiyle şirketteki yöneticilik pozisyonundan çıkarılması, şirketteki tüm menfaatlerini kaybetmesine sebep olmaktadır. Bu hakkın kullanımına verilebilecek en önemli örneklerinden biri *Ebrahimi v Westbourne Galleries Ltd.*²²⁹ davasıdır.

İngiliz şirketler hukukunda *Ebrahimi v Westbourne Galleries Ltd* davasının önemi büyüktür. Bu davada, bir hissedarın “quasi-partnership” olarak kurulmuş olan bir şirketin yönetiminden haksız bir şekilde çıkarılması söz konusudur²³⁰. Bu davayı önemli kılan nokta ise davada Lord Wilberforce başkanlığındaki mahkeme tarafından,

²²¹ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 996/1.

²²² 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 996/2.

²²³ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 996/2; Karar örneği için bkz O’Neill v Philips [1999], 1 WLR 1092.

²²⁴ Davacının hisselerinin şirket tarafından satın alınması durumunda, mahkeme şirket sermayesinin azaltılmasına karar verebilir.

²²⁵ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 996/2.

²²⁶ Ruth Redmond-Cooper, ‘Management Deficiencies and Judicial Intervention: A Comparative Analysis’ (1988) 9(8) *Company Lawyer*, 169.

²²⁷ 1986 İngiliz İflas Yasası; madde 122.

²²⁸ Hollington (n 203) 38.

²²⁹ *Ebrahimi v Westbourne Galleries Ltd* [1973], AC 360.

²³⁰ Joffe (n 65) 284.

İngiliz İflas Yasası'nın 122. maddesi²³¹ kapsamında şirketin tasfiyesi istemiyle açılan bir davada, pay sahibinin şirket yönetiminden dışlanması adil gerekçe olarak kabul edilip edilemeyeceğinin gerekçeli olarak analiz edilmiş olmasıdır.

Anılan davada, Mr. Ebrahimi ve Mr Nazar “quasi partnership” şeklinde kurulmuş olan bir şirketin hissedarları ve aynı zamanda yöneticileriydi. İki de şirkette eşit hisse oranına sahiptiler. Bu iki ortağın şirket yönetimindeki pozisyonları ve güçleri aynı seviyedeydi²³². Daha sonra 1958’de işi daha profesyonel bir şekilde yürütmek için özel bir şirket kurmaya karar verdiler ve yine bu şirkette de ikisi birlikte yönetici oldular. Mr Nazar’ın oğlu da şirketin müdürü olarak atandıktan sonra onların baba-oğul pay oranları ve şirketteki güçleri Mr Ebrahimi’ye göre daha fazla oldu. Nitekim genel kurulda oy çokluğuna sahip oldular. Kendisine karşı yapılan şirketten ve yönetimden dışlama eylemlerine daha fazla dayanamayan Mr Ebrahimi 1964 yılında, 1948 Şirketler Yasası'nın 210. maddesi uyarınca sorunun çözülmesi aksi halde şirketin tasfiye edilmesi için mahkemeye başvurdu. Bu davada mahkeme tarafından şirketin veya diğer hissedarların eylemleri neticesinde pay sahibine karşı adil hak ve yükümlülükler ve meşru beklentiler ihlal edilmişse şirketin tasfiye edilebileceği kabul edilmiştir²³³.

Lord Wilberforce’un dava hakkındaki görüşleri ve değerlendirmeleri azınlık pay sahiplerinin sahip olduğu yasal çözüm yollarını ve bunlar arasındaki ilişkiyi netleştirdi. Nitekim onun “adil hak ve yükümlülüklerin şirketin tasfiyesine varabilecek kadar ihlal edilmiş olması” noktasındaki yaklaşımını *Re A Company*²³⁴ davasında yargıç Hoffmann J da benimsedi.

*Ebrahimi v Westbourne Galleries Ltd*²³⁵ davasında Mr Ebrahimi şirkette kendisi üzerinde baskı olduğunu iddia ediyor ve bu durumu bertaraf edebilmek için 1948 tarihli İŞK madde 210²³⁶ kapsamında çözüm yolu arıyordu. Ayrıca alternatif olarak sorunun çözülememesi halinde şirketin tasfiyesini talep etmişti. Mahkeme yargılama sonunda 1948 tarihli İŞK madde 210 kapsamında ortada haksız bir davranış bulunmadığına hükmederek davayı reddetti. Ancak burada, Dignam’ın da belirttiği gibi mahkemenin Mr Ebrahimi’nin şikâyetlerini dikkate alarak, paylarının başka bir pay sahibine yahut şirketin kendisine devredilmesi suretiyle davacının ortaklıktan ayrılmasına karar vermesi daha uygun olacaktı²³⁷.

²³¹ 1986 İngiliz İflas Yasası; madde 122.

²³² French, Mayson ve Ryan (n 52) 70.

²³³ Dignam, Hicks ve Goo (n 28) 442.

²³⁴ Re a Company (No. 00477 of 1986) [1986], BCLC 376.

²³⁵ Ebrahimi v Westbourne Galleries Ltd [1973], AC 360.

²³⁶ 1948 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 210.

²³⁷ Dignam, Hicks ve Goo (n 28) 442.

Bununla birlikte İngiliz hukukunda davanın koşullarına göre mahkemelerin çeşitli çözüm yolları ürettiği görülmüştür. Nitekim mahkeme bazen *Loch v John Blackwood Ltd*²³⁸ davasında olduğu gibi şirket üyeleri arasında güven kaybının davacı tarafından kanıtlandığı durumlarda şirketin feshine karar vermiştir. *Re Yenidje Tobacco Co Ltd*²³⁹ davasında olduğu gibi bazen de şirketin işlerinin yürütülmesinin durdurularak tabiri caizse şirketin kilitlenmesi gerekçesiyle açılan davalarda şirketin feshine karar vermiştir²⁴⁰.

Belirtmek gerekiyor ki, 1986 İngiliz İflas Yasasının 125 (2) maddesi²⁴¹ uyarınca, eğer davacının şirketteki pozisyonunu düzeltmek için başvurabileceği başka bir yol varsa mahkeme tasfiyeden önce o çözüm yoluna gitmelidir. Yani şirketin tasfiyesi son çaredir²⁴².

Uygulamaya bakıldığında, genellikle davalı tarafın davacının hisselerini almayı teklif ettiği ve dolayısıyla davacının İngiliz İflas Yasası 122 (1) maddesi²⁴³ kapsamına girme girişiminin durdurulduğu görülecektir. Davacı şirketin tasfiyesinde ısrar ederse başka bir çözüm yolu olmadığını ve bu tüzel kişiliğin sona erdirilmesinin adil olduğunu ispat etmelidir²⁴⁴.

Burada iki hukuk yolu bakımından bir fark olduğu görülmektedir. Zira, davacı İflas Yasası madde 122 kapsamında mahkemeye başvurduğunda sonuca ulaşabilmek için şirketin tasfiyesinin adil ve hakkaniyete uygun olduğunu ispat etmek zorundayken; 2006 İŞK madde 994 uyarınca bir çözüme ulaşabilmesi için şirkette davalıların haksız davranışlarına maruz kaldığını ispat etmesi yeterlidir. Bu durum göstermektedir ki İŞK madde 994'te düzenlenen haksız ayrımcılık davası daha geniş bir kapsama ve dolayısıyla azınlık pay sahipleri için daha geniş bir korumaya sahiptir. Kaldı ki, gerekçeleri neredeyse aynı olan bu iki kanun yolundan tasfiyenin seçilmesi hem şirket için hem de şirketle alakalı diğer kişiler yani pay sahipleri, alacaklılar, kredi verenler için daha ağır sonuçlara yol açabilecektir. Davacı pay sahibinin sorunlarının çözümünü için paylarının devralınarak şirketten ayrılması çoğu zaman yeterli olacaktır²⁴⁵.

²³⁸ *Loch v John Blackwood Ltd* [1924], AC 783.

²³⁹ *Re Yenidje Tobacco Co. Ltd* [1916], 2 Ch. 426.

²⁴⁰ *Dignam ve Lowry* (n 54) 242.

²⁴¹ 1986 İngiliz İflas Yasası; madde 125.

²⁴² *Boyle ve Birds ve diğerleri* (n 36) 675.

²⁴³ 1986 İngiliz İflas Yasası; madde 122.

²⁴⁴ *Pettet ve diğerleri* (n 38) 231.

²⁴⁵ *Robin Hallington, 'Oppression of Minority Shareholders: Reflections on Blisset v Daniel' (2007) 19 Denning Law Journal* 5, 8.

2. Türk Ticaret Kanunu’nda Düzenlenen Haklı Sebep Fesih Davası ve Bu Davanın İngiliz Hukukunda Azınlığa Tanınan Davalarla Karşılaştırılması

2.1. Haklı Sebep Fesih Davasının İngiliz Hukukundaki Davalarla Karşılaştırılması

Türkiye’de ne eski 6762 sayılı kanunda ne de yeni 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda (TTK), 2006 İŞK 994. maddesindeki haksız ayrımcılık davasıyla tamamen aynı olan bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, yargılama sonunda verilen tasfiye kararı, davacının paylarının satılarak bedelinin davacıya ödenmesi suretiyle pay sahibinin şirketten çıkarılması ve davanın başvuru koşulları gibi hususlar birlikte düşünüldüğünde, İngiliz İflas Yasası 1986’nın 122 (1) (g) maddesinde yer alan ve yukarıda analiz edilen tasfiye davası ve İŞK 994’te düzenlenen haksız ayrımcılık davasının birlikte TTK madde 531’de düzenlenen haklı sebep fesih davasına karşılık geldiği söylenebilir.

Madde metni lafzen yorumlandığında ve Yargıtay’ın TTK 531. madde kapsamındaki kararları incelendiğinde, her ne kadar anılan maddenin yapımında teorik olarak İsviçre Borçlar Kanunu’nun²⁴⁶ 736 (4). maddesinden esinlenilmiş olsa da, uygulamada İŞK 994’de yer alan haksız ayrımcılık davasına benzediği görülecektir²⁴⁷.

TTK madde 531 uyarınca hâkim, fesih yerine, payların bedelinin davacı pay sahibine ödenerek davacı pay sahibinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar verebilir. Burada hâkime tanınan seçim hakkı düşünüldüğünde alışıl gelmiş İsviçre hukuk sisteminin aksine hâkime geniş bir takdir yetkisi verildiği görülecektir. Nitekim hâkim davacının fesih talebiyle bağlı değildir. Bu yönüyle TTK madde 531’in hâkime geniş bir takdir yetkisi tanıyan İngiliz hukukuna yakın olduğu söylenebilir²⁴⁸. Sadece takdir hakkı bakımından değil aynı zamanda TTK madde 531’de “*Mahkeme, fesih yerine, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir.*” ifadesi de İŞK 994. maddesi ile benzerlik taşımaktadır. Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu’nun²⁴⁹ 736 (4). maddesinde yalnızca “diğer çözümlere” atıfta bulunmaktadır. Ancak İŞK madde 994’ün devamı olan 996. maddesinde de açıkça davacı pay sahibinin paylarının satılarak pay sahibinin şirketten çıkarılması düzenlenmektedir²⁵⁰.

²⁴⁶ İsviçre Borçlar Kanunu; madde 736/4.

²⁴⁷ Veziroğlu (n 9) 533.

²⁴⁸ ibid 534.

²⁴⁹ İsviçre Borçlar Kanunu; madde 736/4.

²⁵⁰ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu <[https:// www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/996](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/996)> Erişim Tarihi 06/12/2020.

Yeni TTK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte 531. maddeye ilişkin olarak Yargıtay tarafından verilen karar örneklerine bakıldığında görülecektir ki, Yargıtay'ın şirketin feshine karar vermesi için şirketin mali durumunun gerçekten çok kötü olması ve artık toparlanamayacak durumda olması gerekmektedir²⁵¹. Mahkeme feshine karar verilebilmesi için yeterli haklı sebeplerin varlığında davacı pay sahibinin paylarının satılmasına karar verebilmektedir²⁵². İngiliz hukukunda da İŞK 994. madde kapsamında mahkeme tarafından en çok tercih edilen çözüm paylarının satılarak davacı pay sahibinin şirket pay sahipliğinden çıkarılmasıdır²⁵³.

TTK madde 531 ile İŞK madde 994 arasında birtakım farklılıklar da bulunmaktadır. Bunlardan birincisi İngiliz hukukunda haksız ayrımcılık davası açabilmek için belli bir pay sahipliği oranı aranmamaktadır. Yukarıda da anlatıldığı üzere pay oranına bakılmaksızın şirketin her bir pay sahibi İŞK 994. madde kapsamında mahkemeye başvurabilir²⁵⁴. Buna karşılık Türk Ticaret Kanunu 531. maddesi uyarınca, anonim şirketin haklı sebeple feshi davasında, davacı sıfatına haiz olabilmek için pay sahiplerinin halka kapalı anonim şirketlerde sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden paylara sahip olması gerekmektedir²⁵⁵. Bu düzenleme ile kanun koyucu davacı sıfatının kim yahut kimlere ait olduğunu açıkça belirtmiştir. Bu yönüyle kanun koyucu davayı açmak için haklı sebebin varlığını yeterli görmemiş ve davayı açmak için menfaati olan kişilerden sadece bazılarının TTK madde 531 kapsamında davacı olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir²⁵⁶. Belirtilmelidir ki söz konusu dava maddede önerilen oranda paya sahip tek bir pay sahibi tarafından açılabilir²⁵⁷ gibi bu orana sahip birden fazla pay sahibi tarafından toplu olarak da açılabilir²⁵⁸.

Türk Ticaret Kanunu incelendiğinde, 531. maddede haklı sebeple fesih davası açabilmek için davacıda aranılan azami pay sahipliği oranının şirketteki pay sahiplerinden gelen şirketin feshine yönelik gereksiz talepleri önlemeye ve şirketin yönetiminde istikrarı korumaya yönelik olduğu söylenebilir. Nitekim gereksiz ve çok sayıda yapılan haklı sebeple fesih talepleri şirketin işleyişini etkileyecek ve aksamalara sebebiyet verebilecektir. Özellikle bu taleplerin sonunda mahkeme tarafından “şirketin feshi” kararının verilebilecek olması hususu bu davaya şirketler

²⁵¹ Bknz Yargıtay 11 HD, 8840/17428, 06.07.2015; Yargıtay 11 HD, 10302/6768, 12.10.2015; Yargıtay 11 HD, 13242/6721, 14.12.2015; Yargıtay 11 HD, 5272/2552, 11.10.2017.

²⁵² Yargıtay 11 HD, 2015/8166, 11.07.2015; Yargıtay 11 HD, 12331/17416, 19.11.2015.

²⁵³ French, Mayson ve Ryan (n 52) 695.

²⁵⁴ 1986 İngiliz İflas Yasası; madde 122.

²⁵⁵ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu; madde 531.

²⁵⁶ Emel Hanağası, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Medeni Usul Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi”, (2016) 32 *BATİDER* 1, 207.

²⁵⁷ Bu husus Türk Ticaret Kanunu m.531'in gerekçesinde de belirtilmektedir. Bknz ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi madde 531’ (Ticaretkanunu.net, 2018) <<http://www.ticaretkanunu.net/wp-content/uploads/2010/04/Turk-Ticaret-Kanunu-Madde-Gerekceleri.pdf>> Erişim tarihi 26 Aralık 2020.

²⁵⁸ Ayşe Şahin, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi* (1. Bası, Vedat 2013).

hukukunda ayrı bir önem atfetmektedir. Nitekim şirketin feshine karar verilmesi halinde sonuçları şirketin pay sahiplerini, kendi tüzel kişiliğini ve hatta şirket alacaklılarını dahi etkileyecektir.

Pay oranının şirket ana sözleşmesi ile indirilip indirilemeyeceği hususu öğretilerde tartışmalıdır. Bu oranın arttırılamayacağı hususunda ise genel olarak bir fikir birliği mevcuttur. TTK'da azınlık pay sahibi olabilmek için gerekli olan yasal pay sahipliği sınırı konusunda bir değişiklik yapıp yapılamayacağı hususunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak TTK madde 340 uyarınca esas sözleşme ile kanunda düzenlenen anonim şirketlere ilişkin hususlarda bir değişiklik yapılabilmesi için Kanunda buna açıkça izin verilmiş olması gerekmektedir²⁵⁹. Ve yine TTK madde 411 uyarınca esas sözleşmeyle genel kurulu toplantıya çağırma hakkı daha az sayıda paya sahip pay sahiplerine tanınabilir. Burada kanun koyucu normalde sadece şirket sermayesinin en az onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahiplerine tanınan bu genel kurulu toplantıya çağırma hakkını esas sözleşmede kararlaştırılması kaydıyla daha az oranda paya sahip pay sahiplerine de tanımıştır²⁶⁰. İşte bu TTK'nın bu iki maddesi, 340 ve 411, birlikte düşüldüğünde, öğretilerde bazı yazarlar pay oranının esas sözleşme ile düşürülerek madde 531 kapsamında haklı sebeple fesih davası açılabilmesi için de aynı m.411'de olduğu gibi açık bir hüküm bulunması gerektiğini savunmaktadır²⁶¹. Buna karşılık, Helvacı²⁶² ve Bahtiyar²⁶³ gibi, madde 531'de aranan söz konusu pay oranının esas sözleşme ile değiştirilebileceğini dolayısıyla bu oranın arttırılması söz konusu olmasa da daha düşük bir oranın pay sahipleri arasında kararlaştırılabileceğini savunan görüşler de mevcuttur.²⁶⁴ Erdem de 411. Maddenin azınlık hakları konusunda genel bir düzenleme getirdiğini ve dolayısıyla diğer azınlık hakları bakımından da esas sözleşme pay oranının indirilmesinin m.340 anlamında izin verilen bir durum olduğunu savunmaktadır. Kanaatimizce, TTK madde 531'e başvurmak için aranan pay sahipliği oranının esas sözleşme ile arttırılamaması ancak indirilebilmesi azınlık pay sahiplerinin haklarının korunmasını genişletecektir ve faydalı olacaktır. Ancak her ne kadar TTK madde 531'in gerekçesinde de bu duruma cevaz verilmiş olsa bile TTK madde 340'ta bu hususta emredici hüküm bulunduğunun ve dolayısıyla bu oranın esas sözleşme ile

²⁵⁹ Rauf Karasu, 'Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tıp Anonim Şirketler ve Limited Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri' (2015) *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 1, 116.

²⁶⁰ Seda Güngör, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Kapsamında Anonim Şirketlerde Azınlığa Tanınmış Olan Haklar' (2015) *Tekirdağ SMMM Odası Sosyal Bilimler Dergisi*, 4, 4.

²⁶¹ Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri* (6. Bası, Dora 2018) 302; Füsün Nomer Ertan, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davası- TTK m. 531 Üzerine Düşünceler' (2015) 23 *İstanbul Hukuk Mecmuası* 421, 424. Nomer Ertan also argues that it is not possible to reduce the legal shareholding threshold with the articles of association in the remedy of dissolution of the company for just causes under Article 531 of TCC.

²⁶² Mehmet Helvacı, *Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı*, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan (Beta, 1998) 297.

²⁶³ Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku* (10. Bası Beta 2014) 286.

²⁶⁴ Helvacı, *Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı* (n 263) 297; Bahtiyar (n 264) 286; Güngör (n 261) 4; Hasan Pulaşlı, 'Şirketler Hukuku Şerhi' (3. Baskı, Adalet 2018), 2005.

indirilmesinin ancak TTK'da açıkça öngörülmesi durumunda²⁶⁵ mümkün olduğunun kabulü gerekmektedir.

Haklı sebeple fesih davasına başvurmak için aranılan pay sahipliği oranına ilişkin değinilmesi gereken bir diğer husus da davayı açabilmek için pay sahibinin sahip olması gereken pay oranının davanın açıldığı tarihte var olması²⁶⁶ ve dava boyunca korunmasının gerekliliğidir²⁶⁷. Dolayısıyla, anonim ortaklığın haklı sebeple feshine ilişkin mahkemeye talepte bulunulmasından mahkemenin kararı kesinleşinceye kadar davacı, kapalı anonim ortaklıklarda yüzde 10'luk(halka açık şirketlerde ise yüzde 5'lik) gerekli pay oranına sahip olunmalı ve bu oranı korumalıdır²⁶⁸. Ayrıca, temyize gidilmesi halinde davacı temyiz kararı mahkeme tarafından verilene kadar hisselerini en az yüzde 10 oranında tutmalıdır²⁶⁹. Buna göre kanunda belirlenen orandaki pay sahipliği sıfatı, hem haklı sebeplerin ortaya çıktığı anda hem de dava esnasında mevcut olmalıdır. Davanın başında mevcut olan oranın çeşitli sebeplerle düşmesi yahut kaybedilmesi halinde, Pulaşlı'ya göre, davacının haklı sebeple fesih davası açmakta menfaati kalmayacağından ve bu dava hakkı şahsa bağlı yenilik doğuran bir dava hakkı olduğundan ve bu nedenle payları devralana geçmediğinden dava düşer²⁷⁰. Yine Hanağası, payların oranının dava sırasında düşmesi halinde davanın dava şartı yokluğundan reddedilmesi gerektiğini savunmaktadır²⁷¹. Bu gibi hallerde bazı yazarlar tarafından davayı reddetmeden önce en azından gerekli miktarda pay oranına ulaşmak için davacıya bir süre verilmesi önerilmektedir²⁷². Ancak, bu öneri mahkeme tarafından uygulanırsa bile, söz konusu pay oranı hissedarların bu başvuruya başvurmaları için bir engel olmaya devam etmektedir.

Bu durumun bir diğer sonucu olarak, eğer ki azınlık pay sahipleri TTK 531'inci maddeye dayanarak mahkemedен bir talepte bulunmuş ise dava boyunca, hatta hüküm kesinleşinceye kadar şirketteki payları için iyi bir teklife sahip uygun bir alıcı bulsa bile paylarının tamamını yahut herhangi bir kısmını satamaz. Dahası, paylarının belli bir kısmını satmış olması neticesinde pay oranının yüzde 10'un altında kalmış olması halinde haklı sebeplerin varlığı ve dava açmaktaki menfaati şirkette sahip

²⁶⁵ Aynı görüş için bkz Nomer Ertan (n 262) 424.

²⁶⁶ Şahin (n 259) 346.

²⁶⁷ Pulaşlı (n 265) 2423; Şahin (n 259) 346; Abuzer Kendigelen, 'İptal Davası Açma Hakkı ve Pay Sahipliği Sıfatının Cüz'i Halefiyet (Payların Devri) Sonucu Değişmesi' (2001) 1 Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, 307-331, 319; Nuri Erdem, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi* (2. bası, Vedat 2019) 180; Murat Oruç, '6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıktan Haklı Sebeple Fesih İstemine Bağlı Çıkarılma' (2011) 27 *Banka Huk. Dergisi*, 209.

²⁶⁸ Öğretideki bir görüşe göre TTK m.531'de yer alan "en az" ifadesinden dolayı esas sözleşme ile daha düşük bir oran öngörülebilir. Bknz madde Gerekçesi; ayrıca Mehmet Emin Bilge, 'Anonim Şirketin Sona Ermesi ve Tasfiyesi' (2012) 16 *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, 261, 272; Pulaşlı (n 265) 576; Ayşe Sümer, 'Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi' (2012) 18 *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 2, 839-850; *Bu orana karar verilirken esas alınması gereken değer "payların itibari değerinin esas sermaye oranı" olmalı ve sermaye bakımından da başlangıç sermayesi veya artırılmış sermaye dikkate alınmalıdır*; Hanağası (n 257) 207.

²⁶⁹ Şahin (n 259) 297.

²⁷⁰ Pulaşlı (n 265) 2423.

²⁷¹ Hanağası (n 257) 216.

²⁷² Pekcantez, Atalay ve Özkes (n 148) 429.

olduğu mevcut paylar için devam ediyor olsa dahi 531. madde kapsamında fesih talebine devam edemez²⁷³.

İfade etmek gerekir ki haklı sebeple fesih hakkı 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile pay sahiplerine verilen en önemli haklardan biridir. Kapsam olarak da pay sahipleri için oldukça önemli bir oranda koruyuculuk içermektedir. Ancak bu hakka başvurulabilmek için pay sahiplerinde aranılan pay sahipliği oranıyla ilgili olarak ortaya çıkan sorunlar hakkın kullanım alanını daraltmakta ve dolayısıyla azınlık pay sahipleri için sağlanan yasal korunmayı sınırlamaktadır. İngiliz Şirketler Kanunu 994. maddesinde olduğu gibi herhangi bir pay sınırı aranmaksızın bu hakka bütün pay sahiplerince başvurulabilmesi ihtimali düşünülebilir. Nitekim bu hakkın pay oranına bakılmaksızın pay sahiplerinin hepsine tanınması durumunda davanın amaçlarından biri olan azınlık pay sahiplerinin korunması daha geniş sağlanacaktır. Nitekim her ne kadar haklı sebeple fesih anonim ortaklığın sona erme sebeplerinden biri olarak görülse de esasen davanın amacı çoğunluk pay sahiplerinin şirket içinde kötüye kullanım teşkil eden davranışlarına karşı azınlığa etkin bir şekilde korunmanın sağlanmasıdır²⁷⁴. Ancak her hâlükârda dikkat etmek gerekir ki bu dava İŞK 994'te düzenlenen haksız ayrımcılık davasından farklı olarak şirketin feshi ile sonuçlanabilecek bir davadır. İşte dava sonucunda mahkeme tarafından verilebilecek ve şirketin feshine dahi varabilecek olan kararların ağırlığı düşünüldüğünde dava şartı olarak belli bir paya sahip olunma şartının aranılıyor olması kabul edilebilir bir durumdur. Nitekim her ne kadar fesih kararı "ultima ratio" yani son çare olarak görülse de mahkemenin yargılama sonucu vereceği fesih kararı sadece davacıyı değil şirketi, şirket pay sahiplerini, şirketin alacaklılarını ve şirket çalışanlarını topluca ilgilendirmekte ve etkilemektedir²⁷⁵. Şirketler hukukunda azınlık pay sahiplerinin korunması önem arz etse de şirketin varlığının devam ettirilebilmesi daha önceliklidir. Pay oranına bakılmaksızın haklı sebeple fesih davası açma hakkının bütün pay sahiplerine tanınması şirketin feshi ile sonuçlanması bile şirkete karşı açılan fesih davalarının sayısını ve dolayısıyla şirketler hukukunda mahkemenin şirketin iç ilişkilerine müdahalesini arttıracaktır. Kanun koyucu madde 531 ile mahkemeye ve azınlık pay sahibine oldukça geniş yetkiler vermiştir. İşte aranılan bu pay oranı bir anlamda bu geniş yetkilerin pervasızca ve kötü niyetle kullanılmasının önüne geçebilmek için getirilmiş bir koşuldur²⁷⁶. Şu durumda şirkette ancak belirli bir sermayeye sahip olan pay sahipleri menfaatlerinin ihlal edildiğini düşündükleri hallerde mahkemeye başvurabilirler ve ancak bu halde mahkemenin şirkette gerçekleşen bir haklı sebep dolayısıyla şirkete bu dava aracılığıyla müdahalesi söz konusu olur.

²⁷³ Hanağası (n 257) 216.

²⁷⁴ Şahin (n 259) 47.

²⁷⁵ Hamdi Yasaman, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Hâkimin Genişleyen Rolü' (2009) 25 *BATIDER* 4, 92; Ersin Çamoğlu, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshinde Hakimin Takdir Yetkisi' (2015) 31 *BATIDER* 1, 9; Bilge (n 269) 273-274; Sümer (n 269) 839-850; Pulaşlı (n 265) 1789; Şahin (n 259) 326-335; Erdem (n 268) 201.

²⁷⁶ Şahin (n 259) 47.

6102 sayılı TTK madde 531 ile ilgili olarak değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da maddede anılan ve dava açma şartı olarak aranılan “haklı sebeplerin varlığı” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğidir. Kanun koyucu 531. maddede hâkime geniş bir takdir yetkisi vermektedir²⁷⁷. Bu durum pay sahipleri ve şirket bakımından bir belirsizliğe yol açabilir. Nitekim 531. maddede yer alan “haklı sebepler” kavramına ilişkin ortak bir anlayış yoktur. Ayrıca, anılan madde kapsamında mahkeme fesih yerine, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir²⁷⁸. Bu durum benzer “haklı sebeplerin” değerlendirilmesinin aynı kriterlerle yapılmasına rağmen bu sebeplerin varlığında farklı sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilmektedir. TTK 531. madde kapsamında yapılan başvuruda, hâkim haklı sebeplerin varlığını değerlendirecek ve var olduğu kanısına vardığında şirketin feshine yahut diğer uygun çözüm yollarından birine karar verecektir. Mahkeme öne sürülen haklı sebeplere ilişkin değerlendirme yaparken bu sebeplerin feshine gerekçe olup olmayacağını değerlendirmektedir. Eğer davacı tarafından iddia edilen haklı sebepler 531. madde kapsamında şirketin feshine sebep olabilecek gerekçeler içermiyorsa mahkeme davayı reddedecektir. Mahkeme ancak şirketin feshini haklı kılan olayların varlığında bu sorunları düzeltmek için karar verilebilecektir. Sonuç olarak haklı sebebin tespitinde, yargılama sonucu verilecek kararların ağırlığına göre yapılan bir değerlendirmeye yer verilmemektedir²⁷⁹. Esasen mahkemenin verebileceği farklı kararların şirketi ve pay sahiplerini etkileme oranına göre haklı sebeplerin varlığının değerlendirilmesi farklılık içermelidir. Şirketin feshine gerekçe olabilecek haklı sebepler ile fesih yerine pay sahibine paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenerek davacı pay sahibinin şirketten çıkarılmasına karar verilmesine gerekçe olabilecek haklı sebepler farklı kriterle tespit edilmelidir. Bu durumda, mahkeme haklı sebebin var olmadığı ve dolayısıyla şirketin dağılmasına gerek olmadığı gerekçesiyle başvuranın talebini baştan reddedemez.

Türk hukukunda, İsviçre ve İngiliz hukuklarında olduğu gibi,²⁸⁰ dava açılırken davacı pay sahibi tarafından fesih yerine belli bir çözümü istiyorsa bunu açıkça dava dilekçesine yazması zorunluluğu yoktur. Davacı tarafından özellikle bir çözüm yolunun talep edilmesi halinde de sorun yoktur. Mahkemenin takdir yetkisi oldukça geniştir ve talep edilen çözüm yolundan başka bir çözüme karar verebilir. Yani hâkim taleple bağlı

²⁷⁷ Çamoğlu (n 276) 8.

²⁷⁸ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Madde 531.

²⁷⁹ Veziroğlu (n 9) 531.

²⁸⁰ İngiliz Hukukunda İŞK 994. madde kapsamında mahkemeye başvuran davacı dava dilekçesinde dava sonucu hangi çözümü istediğini belirtmelidir. Mahkemeler de davacının talep ettiği çözümün şikâyet ettiği davranışa uygun olması şartıyla davacının bu isteğiyle bağlıdır. Karar verirken davacının talebini dikkate alarak karar verir. Bknz Re J E Cade and Son Ltd [1992] BCLC 213, p 223; Sarah Worthington, *Sealy and Worthington's Text, Cases and Materials in Company Law* (11. Baskı, Oxford University Press 2016) 726.

değildir²⁸¹. Burada kanun koyucunun amacı hâkimin sadece feshe karar vermesi yahut davayı reddetmesini önlemek ve onu bu ikilemden kurtararak somut olayın şartlarına uygun düşen, kabul edilebilir ve ölçülü bir karar vermesini sağlamaktır²⁸².

TTK madde 531 kapsamında tartışma konusu olan hususlardan biri de mahkemenin fesih dışında bir karara hükmedebilmesi için davacı azınlık tarafından ileri sürülen sebeplerin şirketin feshini gerektirir nitelikte olmasının gerekip gerekmediğidir. Bazı yazarlar, davacı tarafından ileri sürülen sebebin haklı olmasının yetmeyeceğini aynı zamanda bu sebebin şirketin feshini gerektirecek kadar ağır nitelikte bir sebep olması gerektiğini savunmaktadır²⁸³. Buradan varılan sonuca göre TTK madde 531 kapsamında açılan bir davada, mahkeme, haklı sebebin şirketin feshini gerektirecek nitelikte olmadığına karar verirse duruma uygun düşecek diğer çözüm yollarını değerlendirmeksizin davayı reddedecektir. Kanaatimizce, şirketin haklı sebeple fesih davasıyla sadece kötü yönetimden dolayı işlemez hale gelen ve amacını gerçekleştirmekte zorlanan şirketin fesih yoluyla sona ermesi değil, aynı zamanda azınlığın çoğunluk karşısında hak ihlallerine karşı korunmasının amaçlandığı düşünüldüğünde; haklı sebep feshe gerekçe olabilecek nitelikte olmasa bile dava doğrudan reddedilememelidir. Mahkeme, alternatif çözüm yollarının davacının sorununu çözüp çözemeyeceğini değerlendirmeli ve eğer uygunsa fesih yerine bu çözüm yollarından birine karar vermelidir. Tekinalp de mahkemenin alternatif çözümü uygun görmesi halinde haklı sebebin feshi gerektirecek kadar ağır olmasına gerek olmadığını belirtmiştir²⁸⁴. Nitekim, feshe gerekçe olabilecek bir sebeple, örneğin, payların satılmasını gerekçe olabilecek bir sebebin aynı ağırlıkta olmayacağı ortadadır. Her iki çözüm yolu için de aynı standartlar ölçüsünde değerlendirme yapılırsa çoğunluğun şirket içinde azınlığa karşı sergilemiş olduğu baskıcı tutum ortadan kaldırılamayacak ve davanın amaçlarından birine ulaşılamamış olacaktır²⁸⁵.

2.1 Türk Ticaret Kanunu madde 531'e Yönelik Öneriler

Anonim şirketlerde kar elde etmek amacıyla bir araya gelmiş çok sayıda pay sahibi bulunur. İşte bu şirketlerde geçerli olan çoğunluk ilkesi, bazen azınlık pay sahiplerinin

²⁸¹ Ünal Tekinalp, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Feshi Davasının Bazı Usulî Sorunları', Ersin Çamoğlu'na Armağan (1. Bası, Vedat 2013), 214.

²⁸² Cengiz Erten, 'Anonim Şirketlerde Haklı Sebeplerle Fesih Hakkının Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (2019) 13 *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 187-211, 199; Tekinalp, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Feshi Davasının Bazı Usulî Sorunları* (n 282) 213.

²⁸³ Aytakin Çelik, *Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma*, (3. Bası, Seçkin 2016); Erten (n 283) 187-211, 199; Oruç (n 268) 227; Çamoğlu (n 276); Şahin (n 259) 125.

²⁸⁴ Ünal Tekinalp, 'Türk Ticaret Kanunundaki Boşluk: Anonim Ortaklığın Feshi, Çoğunluk Gücünün Kötüye Kullanılmasına Karşı Etkili Bir Araç' (1974) 21 *İktisat ve Maliye Dergisi* 8, 321-326.

²⁸⁵ Bazı yazarlarca feshe karar verilmesini gerektirmeyen bir ağırlığa ulaşmayan haklı sebeplerin varlığında davacının şirketten çıkmasına karar verilmesinin TTK m. 531'de düzenlenen bu dava hakkının azınlık tarafından ortaklıktan çıkma aracı olarak kullanılması sonucunu doğuracağı savunulmaktadır. Ancak eğer fesih ve alternatif çözüm yolları için haklı sebebin varlığının tespitinde aynı standartlar uygulanırsa, şu haliyle m.531'in azınlık pay sahiplerinin şirketteki haklarının korunması adına pek başvurulan bir yol olmayacağı ortadadır. Karşıt görüş için bkz Çelik (n 284) 14.

haklarının çoğunluğun aldığı kararlar nedeniyle ihlal edilmesine yol açabilir. İşte bu gibi hallerde başvurulabilmesi için kanun koyucu azınlığa haklı sebeple fesih davası açma hakkı tanımıştır. 6102 sayılı TTK madde 531 ile azınlık pay sahiplerine tanınan haklı sebeplerin varlığında fesih davası açma hakkı, TTK'da yer alan azınlık pay sahiplerinin sahip olduğu en koruyucu ve en önemli haklardan biridir. Bizim hukukumuzda anonim şirketlerde çıkma veya çıkarılma hakkının bulunmadığı göz önünde bulundurulduğunda bu hakkın önemi daha da artmaktadır²⁸⁶.

Ancak belirtmek gerekir ki, yukarıda anılan davaya ilişkin sorunlar nedeniyle haklı sebeple fesih davası açma hakkı uygulamada azınlığa henüz beklenen korumayı sağlayamamaktadır. Kanaatimizce, özü gereği fesih sonucuna bağlanmış olması bu dava hakkının uygulanabilirliğini zorlaştırmaktadır. Öncelikle dava açmak için gerekli olan pay sahipliği oranı ve bu oranın dava boyunca korunmasının gerekliliği yasal oranı karıştılamayan pay sahiplerinin şirket içinde sorun yaşasalar dahi bu hakka başvurmalarına engel olmaktadır. Yukarıda da açıklandığı gibi sonucu sadece davacıyı ya da şirketi değil aynı zamanda şirketin yöneticilerini, diğer pay sahiplerini ve hatta alacaklılarını dahi etkileyebilecek olan böyle bir davada, davacıda başvuru şartı olarak belli bir pay oranının varlığının aranması kabul edilebilir bir durumdur. Yargılama sonunda mahkeme tarafından verilecek anonim ortaklığın feshi kararı doğurduğu ekonomik ve sosyal sonuçlar dolayısıyla 3. kişilerin menfaatlerine dahi etki eden hukuki sonuçlar doğurabilmektedir²⁸⁷. Bunun yanında, haklı sebeplerin neler olacağı konusunda TTK madde 531'de açıkça tanım yahut herhangi bir örnek bulunmaması nedeniyle uygulamada sorunlar çıkabilmektedir. Her ne kadar öğretilerde²⁸⁸ ve Yargıtay²⁸⁹ kararlarında alternatif çözüm yolları tartışılmaksızın feshe karar verilmesinin bozma sebebi olduğu kabul edilse de haklı sebebin feshi gerektirecek kadar ağır nitelikte olmadığı durumlarda diğer çözüm yolları düşünülmezsizin davanın reddedilecek olması bir sorun teşkil etmektedir.

TTK madde 531 kapsamında haklı sebebin içeriğinin nasıl belirleneceği, hangi hallerin haklı sebep teşkil edip hangilerinin etmeyeceği de yine incelenmesi gereken bir husustur. Davacı tarafından sunulan sebeplerin TTK madde 531 kapsamında haklı sebep olarak değerlendirilebilmesi için anonim ortaklığın devamının tehlikede olması²⁹⁰ ve neticede davacı pay sahipleri dışında kalan diğer menfaat sahiplerinin menfaatlerinin (örneğin; diğer pay sahiplerinin, çalışanların, 3. kişilerin menfaatlerinin) şirket ayakta kalırsa daha fazla etkilenecek olması

²⁸⁶ Erten (n 283)188.

²⁸⁷ Şahin (n 259) 117.

²⁸⁸ Aytrkin ÇELİK, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na göre Anonim Şirketlerin Haklı Sebeple Feshi' (2009) 25 *BATIDER* 4, 578; Erdem (n 268) 252.

²⁸⁹ Yargıtay 11 HD, 9088/2352, 03.03.2016.

²⁹⁰ Tekinalp, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Feshi Davasının Bazı Usuli Sorunları* (n 282) 218.

gerekmektedir²⁹¹. Öğretide kabul edilen genel görüşe göre pay sahipleri arasındaki çekişmeler istisnai olarak haklı sebep kabul edilebilecektir²⁹². Pay sahipleri arasındaki ilişkilerin haklı sebep kabul edilebilmesi için ortaklar arasındaki güven ilişkisinin tamamen sarsılmış olması yahut ortaklar arasında çok ciddi ve yargıya intikal etmiş geri dönülemeyecek şekilde anlaşmazlıkların ortaya çıkmış olması gerekmektedir²⁹³. Yargıtay da olayda haklı sebebin var olup olmadığını değerlendirirken şirketin pay sahiplerinin arasındaki kişisel ihtilafları ve söz konusu şirketin aile şirketi olup olmadığını araştırmaktadır²⁹⁴. Esasen, pay sahipleri arasındaki kişisel ilişkilerin, anonim ortaklıklar gibi sermayenin bir araya gelmesiyle kurulmuş olan ve pay sahiplerinin kişiliğinden bağımsız olan ortaklıklarda fesih sonucuna sebebiyet verebilmesi nedeniyle şirketler hukuku açısından bakıldığında mümkün olmamalıdır²⁹⁵. Ancak, yukarıda da anıldığı gibi haklı sebeple fesih davasının azınlık pay sahiplerini çoğunluğa karşı koruma fonksiyonu göz önünde bulundurulduğunda bu ilişkilerin haklı sebep olarak değerlendirilmesi istisnai olarak düşünülebilir. Nitekim haklı sebeple fesih davası sadece fesihle sonuçlanan bir dava değildir. Kişisel ilişkilerinden dolayı bu davayı açan ortağın paylarının satın alınarak şirketten çıkarılması düşünülebilir.

Yine, haklı sebeple fesih davasında çoğunluk pay sahiplerine karşı da husumet yöneltilmesi ve bunun neticesinde mahkeme tarafından davacının paylarının çoğunluk pay sahiplerince satın alınmasına karar verilemeyeceği kabul edilmektedir. Acaba özellikle kişisel ilişkilerde bozulmaların görüldüğü, azınlığın yönetimden dışlandığını düşündüğü için dava açtığı durumlarda, davalı olarak çoğunluk pay sahipleri de kabul edilse ve davacının paylarının İŞK 996. maddesinde²⁹⁶ düzenlendiği gibi çoğunluk tarafından satın alınmasına karar verilse nasıl olur? Burada, söz konusu olan çoğunluk pay sahiplerinin davalı olarak kabul edilmesi olduğundan kanaatimizce davaya taraf olmayan bir pay sahibinin pay almaya zorlanması gibi bir durum söz konusu olmayacaktır²⁹⁷. Ancak yine madde 531'in isminde dahi yer aldığı şekilde şirketin feshiyle sonuçlanabilecek bir dava olduğu düşünüldüğünde çoğunluğa yöneltilmiş olan husumetin bir anlamı olmayacaktır. Eğer davanın içeriğinde fesih hakkı olmasaydı, kanun koyucu sadece

²⁹¹ Nomer Ertan (n 262) 426; Erdem (n 268) 102.

²⁹² Nomer Ertan (n 262) 426; Şahin (n 259) 114; Özge Ayan, 'Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi Davası (531. Madde)' (2011) 9 *Legal Hukuk Dergisi* 102, 2244.

²⁹³ Erten (n 283) 196.

²⁹⁴ Yargıtay 11 HD, 18024/12808, 01.12.2015; Yargıtay 11 HD, 4504/12980, 23.12.2015; Yargıtay 11 HD, 5994/13820, 11.10.2017; Yargıtay 11 HD, 2552/5272, 16.11.2018.

²⁹⁵ Tekinalp, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Feshi Davasının Bazı Usulî Sorunları* (n 282) 426.

²⁹⁶ 2006 İngiliz Şirketler Kanunu; madde 996.

²⁹⁷ Ertan, çoğunluk pay sahibine ilgili azınlık payları satın alması konusunda bir teklif götürülebileceğini ancak davada taraf olmayan bir pay sahibinin mahkeme kararı ile dahi "pay" satın almaya zorlanmasının mümkün olmayacağını savunmaktadır. Bknz Nomer Ertan (n 262) 426. Aynı görüş için bknz Tekinalp, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Feshi Davasının Bazı Usulî Sorunları* (n 282) 215; Bilge (n 269) 277; Şahin (n 259) 352; Hanağası (n 257) 223.

Bizim önerimize göre çoğunluk pay sahipleri zaten şahsen ya da şirketle birlikte davalı olacağı için mahkeme davayı bu şekilde değerlendirecek ve dolayısıyla pay almaya zorlanmaları gibi bir durum olmayacaktır.

payların satılmasından ve diğer alternatif çözümlerden bahsetseydi bu öneri kabul görebilirdi²⁹⁸.

Haklı sebeple fesih davasına ilişkin yukarıda anılanlar ve bunlara benzer sorunlar, tartışmalar yıllardan beri mevcuttur. Kanaatimizce TTK madde 531 kapsamında ortaya çıkan sorunların çözümünü uygulamaya bırakmak yerine bazı köklü değişiklikler yapılabilir. İngiliz hukukunda olduğu gibi 531. maddenin iki farklı kanun yolu şeklinde düzenlenmesi düşünülebilir. Yukarıda da andığımız gibi yargılama sonunda verilen tasfiye kararı, davacının paylarının satılarak bedelinin davacıya ödenmesi suretiyle pay sahibinin şirketten çıkarılması ve davanın başvuru koşulları gibi hususlar birlikte düşünüldüğünde, İngiliz İflas Yasası 1986'nın 122 (1) (g)²⁹⁹ maddesinde yer alan ve yukarıda analiz edilen tasfiye davası ve İŞK 994'te düzenlenen haksız ayrımcılık davasının birlikte TTK madde 531'de düzenlenen haklı sebeple fesih davasına karşılık gelmektedir. Türk hukukunda da bir şirketin işini yapma veya karar verme şeklinden rahatsız olan yahut kişisel ilişkilerden kaynaklı bir haklı sebebi bulunan pay sahiplerine şirketin feshine dayanmayan daha esnek ve daha koruyucu bir hak tanınabilir. Yine haklı sebeplerin varlığında şirketin feshi hakkı da ayrı bir madde ile TTK 'da veya İngiltere'de olduğu gibi İcra ve İflas Kanunda düzenlenebilir. Mevcut sistemde kural olarak, haklı sebeple fesih davasından önce yönetim kurulu sorumluluk davası veya iptal davası gibi başka davalarla çözüm yolu aranması veya diğer azınlık haklarına başvurulmuş olması zorunluluğu yoktur³⁰⁰. İngiliz İflas Kanununun 125 (2) maddesine³⁰¹ göre ise eğer davacının şirketteki pozisyonunu düzeltmek için yahut şikâyetlerini giderebilmek için başvurabileceği başka bir yol varsa mahkeme tasfiyeden önce o çözüm yoluna gitmelidir. Yani şirketin tasfiyesi son çaredir³⁰². Bizim önerdiğimiz sistemde getirilecek olan iki farklı dava için de aynı şart aranabilir. Yani haklı sebeplerle fesih davası açabilmek için fesih yerine payların satılarak bedelinin davacıya ödenmesi ya da diğer bir uygun çözüm içeren dava hakkının kullanılması şartı aranabilir.

Şu hâlde davacı fesih talebiyle dava açtığında fesih kararına hükmedilebilmesi için şirketin tasfiyesine dayanak teşkil edebilecek nitelikte haklı sebepleri bulunduğunu ispat etmek zorundayken; fesih içermeyen diğer dava hakkı için şirkette pay sahipliğinin devamının zor olduğunu, kâr payını uzun süredir alamadığını ya da mesela çoğunluk tarafından şirketin yönetiminden dışlandığını ispat etmesi yeterli olacaktır. Her ne kadar iki dava birbirine benzer görünse ve gerekçeleri benzer olsa da fesih içermeyen kanun yolunun hem azınlık pay sahiplerinin korunması için daha kapsamlı

²⁹⁸ İngiliz hukukunda 994. madde ve devamında düzenlenen haksız ayrımcılık davası sonunda fesih kararı verilebilecek bir dava değildir. O nedenle husumetin çoğunluğa karşı da yönetilmesi sorun teşkil etmemektedir.

²⁹⁹ 1986 İngiliz İflas Yasası; madde 122.

³⁰⁰ Sümer (n 269) 839-850; Pulaşlı (n 265) 127; Oruç (n 268) 215; Nomer Ertan (n 262) 428.

³⁰¹ 1986 İngiliz İflas Yasası; madde 125.

³⁰² Boyle ve Birds ve diğerleri (n 36) 675.

olduğu hem de şirketin devamlılığı ve yatırımcılara güven verilebilmesi için daha güvenilir olduğu ortadadır. Nitekim fesih içermeyen bu dava hakkı daha kapsamlı ve koruyucudur azınlık için çünkü ispat yükü hafiflemiştir. Yukarıda anılan TTK madde 531'e yönelik ortaya çıkan sorunlardan biri olan paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilmesi için bile haklı sebebin feshi gerektirecek ağırlıkta olması ve bunun davacı tarafından ispat edilmesi zorunluluğu ortadan kalkacaktır. Şirkette pay sahipliğinin devamının zor olduğunu, çoğunluk tarafından şirketin yönetiminden dışlandığını ya da örneğin şirket yönetiminin sorunlu olduğunu ispat etmesi ve bu nedenle pay sahipliğinden ayrılmak istediğini ya da sorunun mahkeme tarafından ortadan kaldırılmasını talep etmesi yeterli olacaktır. Nitekim artık haklı sebeple fesih davasında mevcut olan fesih tehlikesi bu yeni davada mevcut değildir dolayısıyla dava sonucu hem şirket için hem de şirketle alakalı diğer kişiler yani pay sahipleri, alacaklılar, kredi verenler için daha ağır sonuçlara yol açmayacaktır. Zaten çoğu zaman davacının sorunlarının çözümü için çoğu zaman paylarının devralınarak şirketten ayrılması yeterli olacaktır.

Önerildiği şekilde düzenlenen fesih içermeyen dava hakkına başvurabilmesi için İngiliz hukukunda olduğu gibi dava şartı olarak belli bir pay oranının aranılmaması düşünülebilir. Bu durumda şirket için fesih gibi ağır bir netice ile karşılaşılması sorunu olmayacaktır. Bu durum payları için iyi bir bedel bulamayan pay sahiplerinin dava açarak paylarını sattırma yoluna gitmelerine ve dolayısıyla dava sayısının artmasına ve mahkemenin şirketin işleyişine müdahale etmesine yol açabilir. Ancak mevcut hukuk sistemimizde TTK madde 553-555'te düzenlenen yönetim kurulu sorumluluk davası ya da TTK madde 445'te düzenlenen genel kurul kararlarının iptali davası da aynı şekilde riskler içermelerine rağmen davacıda başvuru şartı olarak belli bir pay oranının varlığının aranmadığı davalardır. Söz konusu hakkın pay oranı aranmaksızın tüm pay sahiplerine verilmesi halinde bu hak ile Türk hukukunda azınlık pay sahiplerine tanınan korumanın kapsamı oldukça genişleyecektir.

Mevcut düzenlemede madde 531 kapsamında pay sahipleri şirketi feshe götürebilecek kadar önemli bir hakka sahip olduğu için bu hak teoride azınlık hissedarlarının korunması için ideal görünse de pratikte öyle değildir. Şirketin feshi hukuki olarak şirketin artık mal varlığına hak ve yükümlülüklerle sahip olamaması ve hatta şirketin sözleşmelerinden doğan hak ve yükümlülüklerinin sona ermesi gibi sonuçlara sebebiyet verebileceği için mahkemeler haklı olarak madde 531 kapsamında karar verirken oldukça ince düşünmekte ve çoğu zaman davayı feshi gerektirecek bir haklı sebebin bulunmadığı gerekçesiyle reddetmektedir.³⁰³ Bu durum uygulamada nitelikli haklı sebeplerin varlığında dahi azınlık pay sahiplerinin haklı sebeple fesih davası açmaktan kaçınmalarına yol açmaktadır.

³⁰³ Hanağası (n 257) 251.

1848 yılında yürürlüğe giren Anonim Şirketleri Tasfiye Yasasından bu yana İngiltere’de yasal bir çözüm olarak haklı gerekçelere dayanan tasfiye davası³⁰⁴ mevcuttur. Bu davayla ilgili temel sorun çözüm yolu olarak şirketi sona erdiren tasfiye kararını içeriyor olması ve mahkemenin bu davalarda bu kadar önemli bir kararı vermekte çekingen olmasıydı. Cohen Komitesi’nin tavsiyeleri³⁰⁵ doğrultusunda şirkette baskı gören, ayrımcı davranışlarla karşılaşan davacının hisselerinin satın alınması gibi alternatif çözümler içeren yeni bir dava hakkı İngiliz hukukuna 1947 İngiliz Şirketler Kanununun 9.maddesinde düzenlenen ‘Baskı Durumlarında Tasfiyeye Alternatif Çözüm’³⁰⁶ başlığı altında getirildi. Daha sonra yürürlüğe giren İngiliz Şirketler Kanunlarında (1948, 1980 ve 1985), tasfiye davası ve alternatif çözümler içeren bu yeni dava hakkı aynı kanunlarda düzenlenmiştir³⁰⁷. Ancak bu iki dava arasındaki bağlantı alternatif çözüm yollarına başvurulmasını zorlaştırıyordu. Nitekim tasfiye dışında bir karara hükmedilebilmesi için de davacının şirketin tasfiye edilmesinin haklı ve adil olduğunu kanıtlaması gerekiyordu³⁰⁸. İşte bu noktada, Jenkins Komitesinin önerileri doğrultusunda 1980 İngiliz Şirketler Kanununun yürürlüğe girmesiyle bu bağlantı ortadan kaldırıldı ve şirketi tasfiyesini haklı göstermeye gerek kalmadan alternatif çözüm yollarına izin verildi³⁰⁹. Ve en nihayetinde, tasfiye davasının iflas hukukunun konusu altında incelenmesi gereken bir dava olduğuna karar verilerek, bu dava hakkı Şirketler Kanunundan çıkarılarak 1986 İngiliz İflas Yasası’nın 122/1-g maddesinde düzenleme altına alındı. Tasfiye davası açılabilmesi için şirketin devamlılığını sürdürmeyecek kadar işlerinin kilitlenmiş olması ve tasfiye kararı verilmesinin haklı gerekçelere dayandığının davacı tarafından ispat edilmesi gerekmektedir. Ayrıca İngiliz İflas Kanunu 125/2 maddesine eklenen bir düzenleme ile madde 122 kapsamında tasfiye davası açılabilmesi için ve diğer dava yollarının tüketilmiş olması şartı getirilmiştir.

Ayrıca önerilen şekilde TTK madde 531’in iki farklı dava hakkı olarak düzenlenmesi durumunda fesih hakkını içermeyen dava hakkının çoğunluk pay sahiplerine karşı da kullanılması mümkün olabilir. Yukarıda da bahsedildiği gibi 531. madde kapsamında açılan bir davada davalı sadece şirket olabilir. Dolayısıyla da dava sonunda mahkeme tarafından payların satılmasına karar verilse dahi bu payları satın alacak olan sadece şirketin kendisidir. Yargıtay’ın çoğu kararı da bu yöndedir³¹⁰. Fesih sonucu içeren bir davada böyle olması kabul edilebilir bir durumdur. Ancak fesih hakkını içermeyen bir davada çoğunluğa karşı da haklı sebeplerin varlığında dava açılabilmesi veya dava

³⁰⁴ just and equitable winding up

³⁰⁵ Board of Trade, ‘Report of the Committee on Company Law Amendment’ (Cmd 6659, 1945) (Cohen Report, 1945).

³⁰⁶ Alternative Remedy to Winding Up in Cases of Oppression

³⁰⁷ Veziroğlu (n 9) 532.

³⁰⁸ Birds ve diğerleri 2014, 659.

³⁰⁹ Board of Trade, ‘Report of the Company Law Committee’ (Cmnd 1749, 1962).

³¹⁰ Yargıtay 11 HD, 211/8872, 17.11.2016; Yargıtay 11 HD, 9088/2352, 03.03.2016; Yargıtay 11 HD, 3669/10238, 02.06.2014; Yargıtay 11 HD, 4504/12890 03.12.2015; Yargıtay 11 HD, 17416/12331, 19.11.2015; Yargıtay 11 HD, 14221/3922, 20.06.2017; Yargıtay 11 HD, 2552/5272, 11.10.2017; Yargıtay 11 HD, 4245/6420, 22.11.2017.

sonunda çoğunluk pay sahiplerince azınlığın paylarının iktisabına karar verilmesi düşünülebilecektir.

Anıldığı üzere anonim şirketin haklı nedenle feshi davasının temel işlevlerinden birisi de çoğunluk ilkesinin geçerli olduğu anonim şirketlerde çoğunluğun elinde bulundurduğu gücü kötüye kullanmasına karşı azınlığı korumak ve pay sahipleri arasındaki menfaat ihtilaflarını çözümlenerek şirketin işleyişini sürdürmesini sağlamaktır³¹¹. Önerildiği şekilde, madde 531'in fesih içeren ve içermeyen iki farklı dava olarak düzenlenmesi durumunda fesih içermeyen yeni dava hakkının en temel işlevi ve amacı çoğunluk pay sahiplerinin gücünü kötüye kullanması ihtimaline karşı azınlığın korunması olacaktır. Nitekim amacını gerçekleştirmekte zorlanan şirketin fesih yoluyla sona ermesi artık fesih içeren dava hakkının işlevi olacaktır. Önerildiği gibi davaların tekrar düzenlenmesi halinde, fesih hakkı içermeyen dava hakkının daha çok küçük ölçekli ve hissedarları arasında kişisel ilişkiler bulunan şirketlerdeki pay sahiplerince kullanılacağı söylenebilir. Nitekim daha büyük ölçekli şirketlerdeki hissedarların paylarını arzu ettikleri bedelle uygun bir alıcıya devretmeleri daha kolaydır. Dolayısıyla bu davayı açma gereksinimleri olmayacaktır.

Belirtmek gerekir ki, bu makalede yer alan öneriler oldukça köklü değişiklikler gerektirmektedir ve daha ayrıntılı tartışmalarla ve analizlerle desteklenmesi gerekmektedir. Bu da ancak bu hususta yapılacak olan yeni çalışmalar ile mümkün olacaktır.

Sonuç

Bu makalede İngiltere'de azınlık pay sahipleri için sağlanan yasal koruma yolları tarihsel süreçleri ve dava örnekleri de kapsayacak şekilde analiz edilmiştir.

İngiliz hukukunda azınlık pay sahiplerinin korunmasının gelişiminin yıllar aldığı ve bu gelişim sürecinin hala devam etmekte olup birtakım sorunların mevcut olduğu bu makalede ortaya konulmuştur. Nitekim azınlık pay sahipleri kendilerine tanınan yasal koruma yollarına başvururken bir takım karmaşık prosedürlerle karşılaşmakta ve yargılama giderlerinin kendilerine yüklenmesi gibi zorluklar ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar 2006 tarihli İngiliz Şirketler Kanunu ile yazılı düzenleme alanı bulan “türev dava” ve yeniden düzenlenen “haksız ayrımcılık davası” azınlık pay sahiplerine şirket içerisinde karşılaştıkları sorunlara karşı önemli ölçüde hukuki koruma sağlıyor olsa da hala bir takım belirsizlik ve sorunlarla karşılaşabildiği ortadadır. İngiliz dava hukukunda her geçen gün yeni içtihatlar ile mahkemeler bu sorunların çözümüne katkı sağlamaktadır.

³¹¹ Özlem İlbasmış Hızlısoy, *Anonim Şirketin Haklı Sebep Feshi* (1. Bası, Adalet 2016) 37-40.

Bu makalede ayrıca Türk hukuku ile İngiliz hukuku arasında azınlık pay sahiplerine tanınan dava hakları temelinde bir kıyaslama yapılmış ve Türk hukukunda azınlık pay sahiplerine tanınan haklara ilişkin değerlendirmeler yapılarak bazı öneriler sunulmuştur. Bu bağlamda, öncelikle TTK'da düzenlenen yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk davası, İŞK 260 ve devamında yer alan türev dava ile kıyaslanmış ve devamında TTK madde 531'de düzenlenen haklı sebeple fesih davası analiz edilerek bu davanın İngiliz hukukunda doğrudan bir karşılığının bulunmadığı ifade edilmiştir. Ancak yargılama sonunda verilen tasfiye kararı, davacının paylarının satılarak bedelinin davacıya ödenmesi suretiyle pay sahibinin şirketten çıkarılması ve davanın başvuru koşulları gibi hususlar birlikte düşünüldüğünde, İngiliz İflas Yasası 1986'nın 122 (1) (g) maddesinde yer alan tasfiye davası ve İŞK 994'te düzenlenen haksız ayrımcılık davasının birlikte TTK madde 531'de yer alan haksız sebeple fesih davasına karşılık gelebileceği ifade edilmiştir. Yine bu değerlendirmelere istinaden haklı sebeple fesih davasıyla ilgili uygulamada karşılaşılan sorunlar analiz edilmiş ve bu azınlık hakkına ilişkin öneriler sunulmuştur.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Ahern D, 'Directors' Duties: Broadening The Focus Beyond Content To Examine The Accountability Spectrum' (2011) 33 *Dublin University Law Journal* 116-152.
- Alcock A, J Birds ve S Gale, *Companies Act 2006* (1. Bası, Jordan Publishing 2009).
- Almadani M, 'Derivative actions: does the Companies Act 2006 offer a way forward?' (2009) 30 *Company Lawyer* 131.
- Ayan Ö, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi Davası (531. Madde)' (2011) 9 *Legal Hukuk Dergisi* 102.
- Bahtiyar M, *Ortaklıklar Hukuku* (10. Bası Beta 2014).
- Bilge M E, 'Anonim Şirketin Sona Ermesi ve Tasfiyesi' (2012) 16 *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, 261-294.
- Bilgili F ve Demirkapı E, *Şirketler Hukuku Dersleri* (6. Bası, Dora 2018).
- Birch v Sullivan [1957], 1 WLR 1247.
- Boyle A.J, Birds J ve Diğerleri, *Boyle & Birds' Company Law* (9. Bası, Jordan Publishing 2014).
- Bourne N, *Bourne on Company Law* (6. Bası, Routledge 2013).
- Bridge v Daley [2015], EWHC 2121 (Ch).
- Burland v Earle [1902], AC 83.
- Can M Ç, 'Pay Sahiplerinin veya Alacaklıların Doğrudan Zararlarının Tazmini Amacıyla İkame Edilen Sorumluluk Davalarında TTK m.1534'ün Etkisi' (2017) 21 *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD)* 4, 10-12.
- Cinematic Finance Ltd v Ryder and others [2010], EWHC 3387 (Ch).
- Cook v Deeks [1916], 1 AC 554.
- Cooke v Cooke [1997], 2 BCLC 28.
- Cullen Investment Ltd v Brown [2015], EWHC 473 (Ch).
- Çamoğlu E, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshinde Hâkimin Takdir Yetkisi' (2015) 31 *BATIDER* 1.
- ÇELİK A, *Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma*, (3. Bası, Seçkin 2016).
- Davies P.L ve Worthington S, *Gower & Davies Principles of modern company law* (9. Bası, Sweet & Maxwell, 2012).
- Dignam A ve Lowry J P, *Company Law* (5. Bası, Oxford University Press 2009).
- Dignam A ve Lowry J P, *Company Law* (8. Bası, Oxford University Press 2014).
- Dignam A, Hicks A ve Goo S H, *Hicks & Goo's Cases and Materials on Company Law* (Oxford University Press 2011).
- Domaniç H, *Anonim Şirketler / Joint Stock Companies* (1. Bası, Eğitim 1978).
- Ebrahimi v Westbourne Galleries Ltd [1973], AC 360.
- Erdem N, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi* (2. baskı, Vedat 2019).
- Edwards v Halliwell [1950], 2, All ER 1064.
- Erten C, 'Anonim Şirketlerde Haklı Sebeplerle Fesih Hakkının Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (2019) 13 *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 187-211.
- Faybird Group Ltd v Greenwood [1986], BCLC 319 327.
- Fisher v Cadman [2006], 1 BCLC 499.

- Foss v Harbottle [1843], 67 ER 189.
- French D, Mayson S ve Ryan C, *Mayson, French & Ryan On Company Law* (30. Bası, Oxford University Press 2013).
- Grace v Biagioli [2006], 2 BCLC 70.
- Griffin S, 'Alternative Shareholder Remedies Following Corporate Mismanagement- Which Remedy To Pursue?' (2017) 281 *Company Law Newsletter* 1-4.
- Güngör S, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Kapsamında Anonim Şirketlerde Azınlığa Tanınmış Olan Haklar' (2015) Tekirdağ SMMM Odası Sosyal Bilimler Dergisi, 4, 4.
- Hecquet v McCarthy [2006], EWHC 832 (Ch).
- Helvacı M, 'Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül' (2013) Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu, 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD).
- Hannigan B, *Company Law* (4. Bası, Oxford University Press 2013).
- Hallington R, 'Oppression of Minority Shareholders: Reflections on Blisset v Daniel' (2007) 19 *Denning Law Journal* 5.
- Helvacı M, *Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı*, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan (Beta, 1998).
- Hollington R, *Hollington on Shareholders' Rights* (8. Bası, Sweet & Maxwell 2016).
- Hutton v West Cork Railway Co. Ltd (1883), 23, Ch. D 654.
- Iesini v Westrip Holdings Ltd [2009], EWHC 2526 (Ch).
- Irvine v Irvine (No 1) [2007], 1 BCLC 349.
- İlbasım Hızlısoy Ö, *Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi* (1. Bası, Adalet 2016).
- Joffe V, *Minority Shareholders: Law, Practice and Procedure* (1. Bası, Oxford University Press 2008).
- Karasu R, 'Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tip Anonim Şirketler ve Limited Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunlar Ve Çözüm Önerileri' (2015) *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 1.
- Keay A ve Loughrey J, 'Derivative Proceedings in A Brave New World For Company Management And Shareholders' (2010) 3 *Journal of Business Law* 151.
- Keay A ve Loughrey J, 'Something old, something new, something borrowed: an analysis of the new derivative action under the Companies Act 2006' (2008) 124 *The Law Quarterly Review* 469.
- Keay A, 'Applications to continue derivative proceedings on behalf of companies and the hypothetical director test' (2015) 34 (4) *Civil Justice Quarterly* 346-365.
- Kendigelen A, 'İptal Davası Açma Hakkı ve Pay Sahipliği Sifatının Cüz'i Halefiyet (Payların Devri) Sonucu Değişmesi' (2001) 1 Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, 307-331.
- Kendigelen A, *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (3. Bası, On İki Levha 2016).
- Kershaw D, 'The Rule in Foss v Harbottle is Dead: Long Live the Rule in Foss v Harbottle' (2015) *Journal of Business Law* 274.
- Kim K, Kitsabunnarat-Chatjuthamard P ve Nofsinger J, 'Large Shareholders, Board Independence, and Minority Shareholder Rights: Evidence From Europe' (2007) 13 *Journal of Corporate Finance* 859.
- Koç H, 'Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca

- Sorumluluklarına Genel Bir Bakış' (2020) 3 Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NEÜHFD), S.1.
- La Porta R, Lopez-de-Silanes F, Shleifer A ve Vishny R, 'Law And Finance' (1998) 106 *Journal of Political Economy* 1113.
- Law Commission, 'Shareholder Remedies' (Law Com. No. 246, 1997), para. 6.4.
- Law Commission, 'Shareholder Remedies' (Law Com. No. 246, 1997), para. 16.1.
- Loch v John Blackwood Ltd [1924], AC 783.
- MacDougall v Gardiner (1875), 1, Ch. D 13.
- McMullen J, 'Minority Protection and Section 75 Of The Companies Act 1980' (1983) 42 *The Cambridge Law Journal* 204-206.
- Milman D, 'Shareholder Law: Recent Developments in Practice' (2015) 378 *Company Law Newsletter* 1.
- Monks R.A.G, 'Modern Company Law for A Competitive Economy: The Strategic Framework' (2000) 8 *Corporate Governance: An International Review* 16-24.
- Moroğlu E, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (Başlangıç Hükümleri, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak ve Son Hükümler) Değerlendirme ve Öneriler (7. Bası, On İki Levha 2012).
- Mujih E C, 'The new statutory derivative claim: a delicate balancing act: Part 1' (2012) 33 (3) *Company Law* 76.
- Nessen P, Goo S.H. ve Low C.K, 'The statutory derivative action: now showing near you' (2008) 7 *Journal of Business Law* 627-661.
- Newington-Bridges C, 'A Practical Guide To Unfair Prejudice Petitions And Their Interaction With Derivative Claims' (*Stjohnschambers.co.uk*, 2016) <<https://www.stjohnschambers.co.uk/wp-content/uploads/2018/07/Unfair-prejudice-petitions-and-derivative-actions.pdf>> Erişim Tarihi 06/01/2021.
- Nicholas v Soundcraft Electronics Ltd [1993] BCLC 360.
- Nomer Ertan F, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Davası- TTK m. 531 Üzerine Düşünceler' (2015) 23 *İstanbul Hukuk Mecmuası* 421.
- Nwafor A, 'The unfair prejudice remedy - a relief for the minority shareholders' (2011) 22 *University of Botswana Law Journal* 37.
- Oak Investment Partners XII, Limited Partnership v Boughtwood [2009], 1 BCLC 453.
- O'Neill v Phillips [1999], 2 BCLC 1.
- Oregum Gold Mining Co. v Roper [1892], AC 125.
- Oruç M, '6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıktan Haklı Sebep Fesih İstemine Bağlı Çıkarılma' (2011) 27 *Banka Huk. Dergisi* 209.
- Payne J, 'Sections 459-461 Companies Act 1985 In Flux: The Future of Shareholder Protection' (2005) 64 *The Cambridge Law Journal* 647.
- Pekcanitez H, Atalay O ve Özkes M, *Medeni Usul Hukuku* (14. Bası Yetkin 2013).
- Percival v Wright [1902], 2, Ch. 401.
- Pettet B G ve diğerleri, *Pettet's Company Law* (1. Bası, Pearson Longman 2009)
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku* (13. Bası, Beta 2014).
- Prudential Assurance Co. Ltd v Newman Industries Ltd [1982], Ch. 204.
- Radin S, *The Business Judgement Rule – Fiduciary Duties of Corporate Directors* (5. Bası, Aspen

- Law and Business 1998).
- Redmond-Cooper R, 'Management Deficiencies and Judicial Intervention: A Comparative Analysis' (1988) 9(8) *Company Lawyer* 169.
- Reisberg A, 'Derivative Claims Under the Companies Act 2006: Much Ado About Nothing?' [2009] *Rationality In Company Law: Essays In Honour of dd Prentice, J. Armour, J. Payne*, Hart Publishing, 2009; University College London Law Research Paper No. 09-02 <<https://ssrn.com/abstract=1092629>> Erişim tarihi 06/12/2020.
- Reisberg A, 'Funding Derivative Actions: A Re-Examination Of Costs And Fees As Incentives To Commence Litigation' (2004) 4 *Journal of Corporate Law Studies*, 346.
- Re a Company (No. 003160 of 1986) [1986], BCLC 391.
- Re a Company (No 003160 of 1986) [1986], BCLC 391.
- Re Blackwood Hodge [1997], 2 BCLC 650, 673.
- Re BSB Holdings Ltd (No 2) [1996], 1 BCLC 155.
- Re Baumler (UK) Ltd Gerrard v Koby and another [2004], All ER (D) 139.
- Re Elgindata Ltd [1991], BCLC 959.
- Re London School of Electronics Ltd [1986], Ch. 211.
- Re Macro (Ipswich) Ltd [1994], 2 BCLC 354.
- Re Posgate & Denby (Agencies) Ltd [1986], 2 BCC 99.
- Re Quickdome Ltd [1988], BCLC 370.
- Re RA Noble & Sons Clothing Ltd [1983], BCLC 273.
- Re Ravenhart Service (Holdings) Ltd [2004], 2 BCLC 376.
- Re Southern Counties Fresh Foods Ltd [2008], EWHC 2810 (Ch).
- Re Sunrise Radio, Kohli v Lit [2010], 1 BCLC 367.
- Re Yenidje Tobacco Co. Ltd [1916], 2 Ch. 426.
- Sarkar P, 'Common law vs. Civil law: which system provides more protection to shareholders and promotes financial development', (2017) 2 *Journal of Advanced Research in Law and Economics* 143.
- Sealy ve Worthington S, *Sealy's Cases and Materials in Company Law* (9. Bası, Oxford University Press 2010).
- Seaton v Grant (1867), LR 2, Ch. App. 459.
- Sikorski v Sikorski [2012], EWHC 1613 (Ch).
- Sime S ve Taylor M, *Company Law in Practice* (12. Bası, Oxford University Press 2017).
- Sykes J.P, 'The continuing paradox: a critique of minority shareholder and derivative claims under the Companies Act 2006' (2010) 29 *Civil Justice Quarterly* 205-234.
- Smith v Croft No. 2 [1988], Ch. 114.
- Sümer A, 'Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi' (2012) 18 *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 2, 839-850.
- Şahin A, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi* (1. Bası, Vedat 2013).
- Şener O H, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku* (3. Bası, Seçkin 2017).
- Tandoğan H, 3. Şahsın Zararının Tazmini [Mesuliyet] (1. Bası, Ankara 1963) 98; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri* (20. Bası, Seçkin 2016).
- Tang J, 'Shareholder remedies: demise of the derivative claim?' (2012) 1 (2) *UCL Journal of Law*

and Jurisprudence 178.

Tekinalp Ü, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Feshi Davasının Bazı Usulî Sorunları', Ersin Çamoglu'na Armağan (1. Bası, Vedat 2013).

Tekinalp Ü, 'Türk Ticaret Kanunundaki Boşluk: Anonim Ortaklığın Feshi, Çoğunluk Gücünün Kötüye Kullanılmasına Karşı Etkili Bir Araç' (1974) 21 *İktisat ve Maliye Dergisi* 8, 321.

UK Companies Act 2006 <[https:// https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/996](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/996)> Erişim Tarihi 06/12/2020.

Veziroğlu C, 'Buy-Out of the Oppressed Minority's Shares in Joint Stock Companies: A Comparative Analysis of Turkish, Swiss and English Law' (2018) 19 *European Business Organization Law Review* 527.

Wallersteiner v Moir [1974], 1 WLR 991.

Wilson v Jaymarke Estates Ltd [2007], UKHL 29.

Wood v Odessa Waterworks Co. (1889), 42, Ch. D 636.

Worthington S, Sealy and Worthington's Text, Cases and Materials in Company Law (11. Bası, Oxford University Press 2016).

Yanlı V, 'Şirkete Verilen Zarar Sebebiyle Sorumluluk Bağlamında "Yönetici" Kavramı ve Genel Kurul Kararı Gerekliliği Sorunu' (2019) 141 *Terazi Hukuk Dergisi* 51, 46-57.

Yasaman H, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Hâkimin Genişleyen Rolü' (2009) 25 *BATIDER* 4, 73.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 04.09.2020
Revizyon Talebi: 23.10.2020
Son Revizyon: 04.12.2020
Kabul: 04.12.2020

Kişisel Verilerin Yabancı Unsurlu Sözleşmelere Aykırı Olarak İşlenmesinden veya Korunmamasından Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti

İlyas Arslan*

Öz

Kişisel veriler, veri süjesi gerçek kişi ile veri sorumlusu konumundaki karşı taraf arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde işlenebilmektedir. Bu veriler, genellikle bir sözleşmenin kurulmasına veya sözleşmenin ifasına ilişkin olarak işlenmektedir. Kişisel verilerin işlenmesi ve bu verilerin korunması gereği, benzer şekilde yabancılık unsuru içeren sözleşmeler bakımından da ortaya çıkabilir. Dolayısıyla, kişisel verilerin taraflar arasındaki yabancı unsurlu sözleşmeye aykırı olarak işlendiği veya korunmadığı iddiaları Türk mahkemelerinin önüne gelebilir. Bu durumda Türk mahkemelerinin, öncelikle söz konusu uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukuk kurallarını, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun hükümleri uyarınca tespit etmesi gerekecektir. Bu çalışmanın temel amacı, henüz yabancı unsurlu sözleşmeler çerçevesinde incelenmemiş olan kişisel verilerin işlenmesi ve/veya korunması ile Türk kanunlar ihtilafı kuralları arasındaki ilişkiyi genel hatlarıyla izah etmektir. Bu itibarla, yabancı unsurlu sözleşmeler çerçevesinde elde edilen kişisel verilerin işlenmesinden veya korunmamasından kaynaklanan sözleşmeden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun, MÖHUK hükümleri uyarınca nasıl tespit edilmesi gerektiği meselesi ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Kişisel verilerin işlenmesi, Kişisel verilerin korunması, Yabancı unsurlu sözleşmeler, Sözleşmenin kurulması, Sözleşmenin ifası, Uygulanacak hukuk

The Applicable Law to Disputes Arising From Processing or Non-Protection of Personal Data Due to The Violation of Contracts Having Foreign Elements

Abstract

Personal data can be processed within the framework of a contract concluded between a natural person who is a data subject and the counterparty of the contract, who is the data controller. These data are generally processed for the establishment or the performance of the contracts. Similarly, the need to process and/or protect personal data may also arise in cases of contracts with foreign elements. Therefore, claims that personal data are processed in violation of contracts between the parties, or the personal data processed under the contract between the parties are not protected, may be the subject of an action before the Turkish courts. At this stage, Turkish courts should first determine the law to be applied to these disputes arising out of contracts in accordance with the provisions of the Code on Private International Law and International Civil Law no. 5718 (CPIL). The main purpose of this study is to explain the relationship between processing and/or protection of personal data, which have not yet been examined within the framework of contracts containing foreign elements in Turkish private international law and Turkish conflict of laws rules in general terms. In this respect, this study addresses the issue of determining which law is to be applied to contractual responsibility arising from processing or non-protection of personal data in violation of contracts containing foreign elements in accordance with the provisions of CPIL.

Keywords

Personal data processing, Personal data protection, Contracts containing foreign elements, Establishment of the contract, Performance of the contract, Applicable law

* **Sorumlu Yazar:** İlyas Arslan (Dr. Öğr. Üyesi), Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yalova, Türkiye. E-posta: ilyas.arslan243@gmail.com ORCID: 0000-0002-1567-2630

Atrf: Arslan I., "Kişisel Verilerin Yabancı Unsurlu Sözleşmelere Aykırı Olarak İşlenmesinden veya Korunmamasından Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti" (2021) 79(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 135. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.1.0004>



Extended Summary

Personal data can be processed within the framework of a contract concluded between a natural person who is a data subject and the counterparty of the contract. These data are generally processed for the establishment or the performance of the contracts. Similarly, the need to process and/or protect personal data may also arise in cases of contracts with foreign elements. Therefore, claims that personal data are processed in violation of contract between the parties, or the personal data processed under the contract are not protected, may be the subject of an action before the Turkish courts. In this case, the substantive law rules to be applied to such claims of breach of contract will be determined in accordance with the conflict of laws rules in Arts. 24–29 of the CPIL. The questions of whether the counterparty is under an obligation to process or protect the personal data obtained for the establishment or performance of the contract and whether the scope and conditions of such an obligation are related to the substance of the contract fall within the scope of Arts. 24–29. Which of the conflict of laws rules contained in Arts. 24–29 shall apply may vary depending on the nature and the parties to the contract. If the contract falls within the scope of the special conflict of laws rules in Arts. 25–29, the law applicable to the dispute arising from the contract will be determined in accordance with the relevant rule. Otherwise, Art. 24, which is a general conflict of laws rule regarding contracts, shall be applied.

The majority of contracts requiring the processing, or the protections, of personal data of natural persons by the counterparty of the contract, take the form of consumer and employment contracts nowadays. Therefore, the law applicable to such contractual disputes arising from the processing or non-protection of personal data shall be determined in accordance with Art. 26 and Art. 27. Both articles are designed to protect consumers and workers who are deemed to be the weaker parties to the contract. Accordingly, the parties to consumer and employment contracts have been given a limited choice of law. The choice of law will only be valid if the chosen law provides more protection than the minimum protection provided by the mandatory provisions of the law of the country where the customer's habitual residence and the employee's habitual workplace are located. In the absence of a choice of law, the customer's habitual residence law and the employee's habitual workplace law will apply, respectively. In cases where the employee does not have a habitual workplace, the employer's main workplace law will apply (Art. 27(3)). In addition, if there is a law that is more closely related to the employment contract than the employee's habitual workplace (or the employer's main workplace), this law can be applied to the contract (Art. 27(4)).

Natural persons can also conclude contracts within the framework of their commercial or professional activities, and their personal data must be processed for the establishment or performance of such contracts. The law applicable to disputes

arising from such contracts that do not fall within the scope of Arts. 25–27 of the CPIL due to unlawful processing or non-protection of personal data shall be determined in accordance with Art. 24. Accordingly, the parties may choose the applicable law within the limits stipulated in Arts. 24(1)–(3). In the absence of a choice of law, the Turkish court shall apply the law most closely connected with the contract in accordance with Art. 24(4). The determination of the law most closely connected with the contract may differ depending on whether the contract is established within the framework of a commercial or professional activity. Where the contract is established within the framework of a commercial or professional activity, this law shall be the law of the place of business of a characteristic performance obligor, and where there is no such place of business, the law of her/his domicile, and where the characteristic performance obligor has more than one place of business, the law of the place of business most closely connected with the relevant contract. Otherwise, the law of the habitual residence of the characteristic performance obligor shall apply to the contract. However, where there exists a law more closely connected with the contract under all existing circumstances, the contract shall be governed by this law (Art. 24(4)).

Where it is determined that foreign law will be applied to the contract, the Turkish courts can prevent the application of the substantive law rules of foreign law in two cases. First, the substantive law rules of foreign law only apply insofar as these rules do not constitute a clear violation of Turkish public policy (Art. 5 of CPIL). Second, it may not be possible to apply foreign law due to the application of overriding mandatory rules of Turkish law or the overriding mandatory rules of the third country closely connected with the contract.

Kişisel Verilerin Yabancı Unsurlu Sözleşmelere Aykırı Olarak İşlenmesinden Veya Korunmamasından Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti

Giriş

Kişisel verilerin korunması, 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği¹ ile Türk hukukunda AY m.20²’de anayasal olarak düzenlenen bir hak haline gelmiş, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK)² ile birlikte özel bir düzenlemeye sahip olmuştur³. KVKK ile kişisel verilerin hangi hal ve şartlar altında işlenebileceği özel olarak düzenlenmiş, böylece verileri işlemek suretiyle bireylerin kişilik haklarına müdahalede bulunan, başka bir deyişle kişisel verileri işleyen kişilerin hukuki, idari ve cezai sorumluluğuna ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Şüphesiz, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesinin, ilgili bireylerin kişilik haklarının ihlal edilmesi ve bu ihlal nedeniyle maddi veya manevi zararların ortaya çıkması gibi özel hukuka yönelik sonuçları da ortaya çıkabilir. Esasen, bireylerin kişisel verilerinin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğramaları halinde zararın giderilmesini talep etme hakkına sahip ve bireylerin genel hükümlere göre tazminat haklarının saklı olduğunu hükme bağlayan KVKK, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesinden doğacak zararlardan sorumluluk bakımından genel hükümlerin uygulanacağını ortaya koymaktadır⁴. Buna göre, Türk vatandaşı bir gerçek kişi, kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak işlendiği gerekçesiyle veri sorumlusu konumundaki Türk kamu kurumları veya Türk gerçek veya tüzel kişilerine karşı kişilik haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle dava açabilecektir.

Peki, kişisel verileri hukuka aykırı olarak işlenen/işlendiğini ileri süren kişi yabancı bir devlet vatandaşı ise, böyle bir davada nasıl hareket etmek gerekecektir? İster kanun gereği isterse sözleşmenin kurulması veya ifasına ilişkin olsun, kişisel verileri işleyen ve bu verilerin güvenliğini sağlamakla yükümlü olan kişiler, yabancı devlet veya devlet kurumu veya yabancı devlet kanunlarına göre kurulmuş bir özel

¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5982, Kabul Tarihi: 7.5.2010, RG 13.5.2010/27580.

² Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Kanun Numarası: 6698, Kabul Tarihi: 24.3.2016, RG 7.4.2016/29677.

³ Kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak ulusal düzenlemeler sadece bunlarla sınırlı olmadığı gibi, bu konuda pek çok uluslararası düzenleme kaleme alınmıştır. Türkiye’nin imzalayıp 2016 tarihi itibarıyla iç hukukunda yürürlüğe koyduğu ve Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi buna örnek verilebilir. (RG 17.3.2016-29656). Bunun dışında AB üyesi ülkelerde kişisel verilerin korunması konusunda yeknesak bir standardı oluşturmak amacıyla AB bünyesinde pek çok düzenleme yapıldığı görülmektedir. Bunlardan ilkinin, KVKK’nın hazırlanmasında esas alınan 95/46/EC sayılı Veri Koruma Yönergesi olmaktadır. Söz konusu yönerge 2018 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 2016/679 Sayılı Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü ile ortadan kaldırılmış, böylece Tüzük yönergeden farklı olarak üye devletlerin iç hukuklarının bir parçası haline gelerek doğrudan uygulanma gücüne sahip olmuştur.

⁴ Hayrunnisa Özdemir, *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması* (Seçkin 2009) 95; Hüseyin Can Aksoy, *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması*, (Çakmak 2010) 80ff; Mine Kaya, *Elektronik Ortamda Kişilik Hakkının Korunması*, (Seçkin 2015) 305; Damla Gürpınar, ‘Kişisel Verilerin Korunmamasından Doğan Hukuki Sorumluluk’, (2017) 19(Özel Sayı) DEÜHFD (Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan), 679, 689.

hukuk tüzel kişisi ya da yabancı bir gerçek kişi olabilir. Yabancılık unsuru, kişisel verinin muhafaza edildiği veya paylaşıldığı yerin yabancı bir devletin ülkesinde bulunmasından da kaynaklanabilir. Kısacası kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi suretiyle gerçekleşen zararlardan doğan özel hukuk davalarının, veri sorumlusunun veya verileri işlenen kişinin tabiiyeti nedeniyle yabancılık unsuru ihtiva etmesi mümkün ve muhtemeldir. Acaba kişisel verilerin işlenmesi nedeniyle ortaya çıkan ve birden fazla ülkeyle irtibatlı olan bu tür uyuşmazlıklar bakımından, milletlerarası yetkiye sahip bir Türk mahkemesinin nasıl hareket etmesi gerekecektir? Bu tür davalarda da, yetkili Türk mahkemesinin, ister bir sözleşmenin ifası veya kurulmasıyla ilgili olsun isterse olmasın, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenip işlenmediğini veya korunup korunmadığını tespit etmek için belirli bir yasal düzenlemeye istinat etmesi gerektiği bir gerçektir. Acaba, yabancılık unsuru içeren bu tür bir davada KVKK hükümleri veya genel hüküm mahiyetindeki Türk Medeni Kanunu (MK)⁵ ve Türk Borçlar Kanunu (BK)⁶ hükümleri mi uygulanacaktır? Kişisel verilerin işlenmesinin aynı zamanda taraflar arasındaki sözleşmenin kurulmasını veya ifasının bir gereği olarak da ortaya çıkabilir. Acaba böyle bir durumda, verisi işlenen taraf ilgili sözleşmenin niteliğine göre Türk maddi hukuk kurallarına mı istinat etmelidir yoksa 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)⁷ hükümleri uyarınca tespit edilen hukukun mu uygulanması gerekecektir? MÖHUK hükümlerinin uygulanması gerektiği hallerde, hangi kural veya kuralların tatbiki gerekecektir?

Çalışmamızda yukarıdaki sorulara Türk milletlerarası özel hukukuna ilişkin kurallar ışığında cevap bulmaya çalışacak, böylece Türk hukukunda anayasal, idari, cezai ve özel hukuk yönleriyle sıkça ele alınan kişisel verilerin işlenmesi veya korunmaması nedeniyle ortaya çıkabilecek yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarının kanunlar ihtilafı boyutunu ele alacağız. KVKK birlikte yeni bir boyut kazanan kişisel verilerin işlenmesi ile verilerin işlenmesiyle ortaya çıkabilecek yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıkları oldukça çeşitlilik ve farklılık arz edebilir. Türk milletlerarası özel hukukunda kişilik haklarının korunması meselesinin, günümüze kadar genellikle kişilik haklarına yönelik müdahalede kullanılan internet veya medya araçları gibi

⁵ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

⁶ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

⁷ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007/26728.

vasıtalar bakımından⁸ veya sadece uygulanacak hukukun tespitiyle sınırlı olarak⁹ ele alındığı görülmektedir. Diğer yandan, kişisel verilerin işlenmesi ve bu verilerin korunması, çoğunlukla bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde gerçekleşmektedir. Dolayısıyla, sözleşme ilişkisi çerçevesinde elde edilen kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlendiğini düşünen taraf, söz konusu kişisel verilerin işlenmesinin veya korunmamasının sadece kişilik haklarının değil, aynı zamanda sözleşmeye aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla da Türk mahkemelerinde dava açabilir. Kısacası, kişisel verileri işleyen veya korumak durumunda olan ilgili tarafın sözleşmeden doğan sorumluluğuna gidilebilir. İşte bu çalışmada, kişisel verilerin işlenmesinde kullanılan yöntem veya vasıtalar bakımından herhangi bir ayrıma gidilmeksizin, yabancılık unsuru içeren sözleşmelerin kurulması veya ifasıyla ilgili elde edilen kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlendiği gerekçesiyle açılan yabancı unsurlu özel hukuk davalarının çözümünde uygulanacak hukukun ne şekilde tespit edilmesi gerektiği meselesi üzerinde duracağız. Bu çalışmada temel gayemiz, Türk milletlerarası özel hukuk literatüründe genellikle kişilik haklarının ihlali boyutuyla ele alınan, henüz yabancı unsurlu sözleşmeler çerçevesinde incelenmemiş olan kişisel verilerin işlenmesi ve/veya korunması ile Türk kanunlar ihtilafı kuralları arasındaki ilişkiyi genel hatlarıyla izah etmektir. Başka bir deyişle, milletlerarası karakterli sözleşmeler çerçevesinde elde edilen kişisel verilerin işlenmesi veya korunmaması nedeniyle sözleşmeden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun hangi hükümlere istinaden ve ne şekilde tespit edilmesi gerektiği meselesi genel olarak analiz edilecektir. Şüphesiz, kişisel verilerin işlenmesinin ve korunmasının sözleşmelere ilişkin Türk kanunlar ihtilafı hukuku boyutun genel olarak izah etmeden evvel, uygulanacak hukukun tespiti bakımından önem arz eden kişisel veri ile kişisel verilerin işlenmesi kavramlarının anlamı ve kapsamını ele almak konumuzun anlaşılması bakımından yararlı olacaktır.

I. Kişisel Veri ve Kişisel Verilerin İşlenmesi

Kişisel verilerin işlenmesinin hukuka aykırı olup olmadığının, dolayısıyla verileri işlenen kişinin kişilik haklarının ihlal edilip edilmediğinin tespiti için öncelikle kişisel veri kavramının kapsamına nelerin girdiğinin tespiti gereklidir. Bu tespit aynı zamanda kişisel verilerin işlenmesiyle ortaya çıkan yabancı unsurlu davalarda uygulanacak hukukun tespiti bakımından da önem arz eder. Zira Türk hukukunda kişisel veri

⁸ Bkz Sibel Özel, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Haklarının Korunması* (Seçkin 2004) 23ff; Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, 'İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk' (2002) 22(2) MHB (Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan) 967, 967ff; Sibel Özel, 'İnternet Yoluyla Kişilik Hakkı İhlallerinde Uygulanacak Hukuk Meselesi' (2004) 24(1-2) MHB 609, 609ff; Sibel Özel, 'İmalâtçının Sorumluluğu ve Kitle İletişim Araçları Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinde Uygulanacak Hukuk' *Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2: Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Aktiller ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri* (Legal 2010) 219, 219ff

⁹ Bkz Fatma Esenyel Hanaz, *Kişilik Haklarının İhlalinde Sorumluluk ve Uygulanacak Hukuk* (Doktora Tezi İstanbul Üniversitesi 2018) 1ff; Seçil Etilioğlu Erçetingöz, 'İnternet Ortamında Şeref ve Haysiyetin Korunmasında Uygulanacak Hukuk' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2019) 1ff

kavramının anlamı ve kapsamı, dolayısıyla kişisel verilerin korunması konusundaki yaklaşım, Türk kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili kılınan yabancı hukuktan daha farklı, daha geniş veya dar olabilir. Dolayısıyla, bu tür davaların muhatabı olan bir Türk mahkemesinin kişisel veri ve/veya kişisel verinin işlenmesi kavramlarının anlamı ve kapsamını göz önünde bulundurması da gerekecektir.

Kişisel veri, en genel anlamıyla *kişinin şahsi, ailevi, mesleğine ilişkin ayırt edici özelliklerini ve niteliklerini göstermeye yarayan her türlü bilgi*¹⁰ olarak ifade edilmektedir. Başka bir tanıma göre ise, *“bir kişinin belirlenebilir kılınması, verilerin doğrudan ya da dolaylı olarak bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle kişinin tanımlanabilmesi, yani şahsın o şahıs olduğunu ortaya çıkarılabilmesi özelliğidir”*¹¹. Kişisel veri kavramının KVKK’nın hazırlanmasında esas alınan 95/46/EC sayılı Veri Koruma Yönergesi m.2(a)’da belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilgili her türlü bilginin kişisel veri anlamına geldiği belirtilmektedir. Belirlenebilir kişi ise, doğrudan veya dolaylı olarak, özellikle kişinin kimlik numarası veya fiziksel, psikolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğine özgü bir veya birden fazla faktöre istinaden belirlenebilen kişi olduğu ifade edilmektedir. Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi m.2(a) ve KVKK m.3(d)’de ise kişisel veri *“kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi”* olarak tanımlanmıştır¹².

Kişisel veri kavramının tanımından yola çıkılarak, bir bilginin kişisel veri olarak nitelendirilebilmesi için için dört temel unsura sahip olması gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre, veri olarak nitelendirilecek bir bilginin var olması, söz konusu verinin bir gerçek kişiye ait olması ve ilgili verinin söz konusu gerçek kişiye ilişkin/gerçek kişiyle ilişkili olması gerekmektedir. Son olarak, verinin kimliği belirli veya belirlenebilir nitelikte olan bir kişiye ait olması gerekmektedir¹³. Bu noktada, bir verinin bir gerçek kişiyi belirlenebilir kılması doğrudan ya da dolaylı olarak gerçekleşebilir¹⁴.

KVKK’da kişisel veri kavramının tanımına yer verilmekle beraber kapsamına nelerin girdiğine yer verilmemiştir. Kişisel veri kavramının içeriğinin çok geniş

¹⁰ Ersan Şen, ‘Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı’nın Anayasa ve Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi’ (2009) 83(3) İBD 1197, 1197; Çiğdem Ayözger Öngün, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, (2.Bası, Beta 2019) 6.

¹¹ Nilgün Başalp, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması* (Yetkin 2004) 16.

¹² Benzer bir ifadeyle, kişilere ait sağlık bilgilerine özgü olarak Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik m.4(1)(ğ) hükmünde de yer verilmiştir. Bkz Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik, RG 20.10.2016/ 29863).

¹³ 95/46/EC sayılı Avrupa Birliği Veri Koruma Yönergesi m.29 uyarınca kurulmuş ve kişisel verilerin korunması hususunda Avrupa Birliği bünyesinde bağımsız danışma organı olarak faaliyet gösteren Article 29 Data Protection Working Party tarafından hazırlanan “Opinion 4/2007 on the concept of personal data” adlı çalışmada kişisel veri kavramının dört temel unsura sahip olduğu ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz Aksoy (n 4) 13ff; Şehriban İpek Aşıkoğlu, *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri* (Oniki Levha 2018) 5ff; Furkan Güven Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması* (Oniki Levha 2017) 26ff

¹⁴ Kişisel veri kavramının söz konusu temel unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 4/2007 on the concept of personal data, <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf> s.6 Erişim Tarihi 20 Ocak 2020.

olduğu ve sınırlarının net bir şekilde çizilemediği belirtilmekle birlikte¹⁵, Türk mevzuatı, doktrin ve mahkeme kararlarından yola çıkarak kavramın kapsamına gerçek kişilere ait hangi bilgilerin girdiği tespit edilebilir. Örneğin, mülga Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik¹⁶ m.3'te “*tanımlanmış ya da doğrudan veya dolaylı olarak, bir kimlik numarası ya da fiziksel, psikolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel ya da sosyal kimliğinin, sağlık, genetik, etnik, dini, ailevi ve siyasi bilgilerinin bir ya da birden fazla unsuruna dayanarak tanımlanabilen gerçek ve/veya tüzel kişilere ilişkin herhangi bir bilgi*” kişisel veri olarak nitelendirilmiştir. Yine, Anayasa Mahkemesi bir kararında, kişinin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, hobileri, tercihleri, etkileşimde bulunduğu kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm verileri kişisel veri olarak nitelendirmiştir¹⁷.

Bunlara ilaveten, doğrudan veya dolaylı olarak bir kişi ile ilişkilendirilerek, kişinin kimliğini belirli kılan veya kılabilen olan kimlik, etnik köken, fiziksel özellikler, sağlık, istihdam, eğitim, ikamet, emniyet, kredi kartı bilgileri, başkaları ile gerçekleştirilen haberleşmeler, telefon numarası, telefon rehberi, telefon mesajları, kişisel inanç ve ideoloji, alışveriş alışkanlıkları, maaş bordrosu, vergi mükellefiyetine ilişkin bilgiler, yüz, iris, gen izi, yazı, ses tanıma gibi yöntemlerle elde edilen verileri, kan grubu, parmak izleri, mesleği, vakıf, dernek, sendika üyelikleri, adli sicil kayıtları, ekonomik bilgileri, banka hesap numaraları, medeni durumu, sağlık bilgileri, cinsel tercihleri, sosyal medya hesapları, kişisel blog sayfasında paylaştığı yazılar gibi bilgilerin kişisel veri niteliğinde olduğu yaygın olarak kabul edilmektedir¹⁸. Bunların dışında kişi hakkında önemsiz sayılan veriler ve açık kaynaklarda yayınlanmış olan verilerin de aslında birer kişisel veri niteliğinde olduğu belirtilmektedir¹⁹.

KVKK kapsamında kişisel verilerin özel nitelikli kişisel veri veya özel nitelikli veriler dışında kalan veriler şeklinde bir ayrıma tabi tutulduğu görülmektedir²⁰.

¹⁵ Aksoy (n 4) 12; Ayözger Öngün (n 10) 5; Ian J. Lloyd, *Information Technology Law* (6th edn Oxford University Press 2011) 39; M. Volkan Dülger, ‘Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması (Ceza Normu)’ (2016) 2(3) İMÜHFD 101, 102.

¹⁶ Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik, RG 16.2.2004/25365. Diğer yandan, bu yönetmelik yerine yürürlüğe konan Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik (RG: 24.7.2012/28363) m.3(h)’de ve bu yönetmeliği yürürlükten kaldıran Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik (RG: 4.12.2020/31324) m.4(f)’de kişisel veri kavramının KVKK m.3(d) hükmüne paralel bir şekilde “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” olarak tanımlandığı görülmektedir.

¹⁷ Anayasa Mahkemesi, 2013/122 2014/74, 9.4.2014 (RG 26.7.2014/29072).

¹⁸ Özdemir (n 4) 123-124; Ayözger Öngün (n 10) 6-7; Aksoy (n 4) 1, 11ff; Dülger (n 15) 102; Nafiye Yücedağ, ‘Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri’ (2017) 75(2) İÜHF 765, 768.

¹⁹ Özdemir (n 4) 24.

²⁰ Söz konusu ayırım sadece KVKK’da değil, bazı farklılıklarla birlikte 95/46/EC sayılı Veri Koruma Yönergesinde de benimsenmiştir.

Aynı zamanda hassas veri olarak da ifade edilen özel nitelikli kişisel veri ile normal kişisel veri arasında ayırım, söz konusu verilerin işlenmesi şartları bakımından aranan hukuka uygunluk şartları bakımından önem arz etmektedir²¹. Özel nitelikli kişisel veriler, esas itibarıyla bir kişisel veri olmasına rağmen kişisel verilerin daha fazla koruma sağlanan küçük bir grubu olarak nitelendirilebilir²². KVKK m.6'da kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli veri kabul edilmiştir. Söz konusu maddede yer alan kişisel verilerin sınırlı sayıda olduğu ve kapsamının genişletilemeyeceği ve sadece kanunda sayılan istisnai hallerde işlenebileceği için, bu veriler bakımından kesin işleme yasağı mevcuttur²³. Bunlar dışında kalan kişisel veriler ise, 5.maddede yer alan hukuka uygunluk şartlarının karşılanması kaydıyla işlenebilecektir.

Kişisel verilerin işlenmesi kavramı ile veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemlerin kastedildiğini söylemek mümkündür. KVKK m.3(e) uyarınca kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi her türlü işlem kişisel verinin işlenmesi olarak ifade edilmiştir. Örneğin, bir bankayla kredi sözleşmesi yapılması sırasında bankanın, o kişiye ait maaş bordrosunu, tapu kayıtlarını, icra borcu olmadığına dair belgeyi edinmesi bir veri işleme faaliyetidir. Bir şirketin çalışanına maaş ödeyebilmesi için banka hesap numarası, evli olup olmadığı, bakmakla yükümlü olduğu kişiler, eşinin çalışıp çalışmadığı, sosyal sigorta numarası gibi bilgileri edinmesi de buna örnek verilebilir²⁴. Yine, kişisel verilerin sadece bir hard diskte, CD'de veya sunucuda depolanması, anılan verilerle başkaca hiçbir işlem yapılmassa da bir veri işleme faaliyeti niteliğindedir²⁵. Kanunda mehz düzenlemeden esas alınarak işlemin otomatik veya otomatik olmayan yollarla yapılabileceği öngörülmüş, böylece verinin işlenme şeklinin veya işlemede kullanılan aracın önemli olmadığı vurgulanmıştır. Bu bakımdan, nitelik olarak veri işleme kapsamına giren eylemler sınırlı sayıda olmayıp,

²¹ Kişisel verilerin korunması hukukunda böyle bir ayırma gidilmesinin sebebi, bu verilerin kamusalallaştıkları takdirde bireylerin toplumdaki yerini ve diğer insanların kişiye bakış açısını değiştirme özelliğine sahip olmalarıdır. İçeriğinde inanç, politik düşünce, cinsel tercih, etnik köken, kılık kıyafet gibi unsurları bulunduran bu verilerin açıklanması kişinin "ötekileştirilmesi" sonucunu doğurabileceği için "hassasiyet" taşıdığı belirtilmektedir. Bkz Türkay Henkoğlu, "Hassas Bilgi Varlıklarının ve Kişisel Verilerin Hukuksal Düzenlemeler ile Korunması ve Bu Kapsamda Üniversiteler İçin Bilgi Güvenliği Politikasının Geliştirilmesi" (Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi 2015) 18-19, 205.

²² Özdemir (n 4) 126; Cemil Kaya, "Avrupa Birliği 1995/46 EC Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi" (2011) 69(1-2) İÜHF 317, 318.

²³ Özdemir (n 4) 127; Yücedağ (n 18) 768; Taştan (n 13) 41.

²⁴ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, *Madde ve Gereği ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü* (KVKK Yayınları 2019) 19.

²⁵ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, *6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Sıkça Sorulan Sorular* (KVKK Yayınları 2018) 31.

veri işleme kişisel verilerin ilk defa elde edilmesinden başlayarak veriler üzerinde gerçekleştirilen tüm işlem türlerini ifade etmektedir²⁶.

II. Kişisel Verilerin İşlenmesi Suretiyle Gerçekleşen Yabancı Unsurlu Özel Hukuk Uyuşmazlıkları Bakımından Taleplerin Yarışması ve Uygulanacak Kanunlar İhtilafı Kurallarının Tespiti

Kişisel veri kavramını, unsurlarını, türlerini ve kapsamına bireylere ait ne tür bilgilerin girdiği ile kişisel verilerin işlenmesinin ne anlama geldiğini ana hatlarıyla ele almış bulunmaktayız. Çalışmamızda kişisel verilerin işlenmesinin kanunlar ihtilafı boyutunun sadece sözleşmelere ilişkin kısmını ele aldığımızdan, hukuka aykırı olarak işlendiği ileri sürülen bir kişisel verinin hangi konuda veya alana ilişkin olduğu veya özel nitelikli bir veri mahiyetinde olup olmadığı esasen konumuz bakımından bir önem arz etmemektedir. Çalışmamızın asıl konusunu, bir kişinin belirli bir alana (örneğin sağlık alanına) ilişkin, ister genel isterse hassas veri niteliğinde olsun, sözleşmenin bir tarafını oluşturan gerçek kişiye ait olan ve sözleşmenin kuruluşu veya ifasıyla ilgili kişisel verilerinin sözleşmenin karşı tarafını oluşturan ve veri sorumlusu konumundaki tarafça işlenmesinin veya işlenen bu verilerin korunmamasının sözleşmeye aykırılık teşkil edip etmediği meselesi oluşturmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, kişisel verilerin işlenmesinin veya korunmamasının taraflar arasındaki sözleşmeye aykırılık teşkil edip etmediğine ilişkin yerel karakterli bir davada, işlenen verinin bir kişisel veri niteliğinde olup olmadığından, işlemenin hukuka uygunluk şartlarını sağlayıp sağlamadığı gibi kişisel verilerin özel hukuk hükümlerine göre korunmasına ilişkin pek çok husus hakkında Türk maddi hukuk kuralları uygulanacaktır. Bununla birlikte, uyuşmazlığın yabancılık unsuru ihtiva etmesi halinde, kişisel verilerin işlenmesine veya korunması meselesi, bir yönüyle bireylerin kişilik haklarıyla yakından ilgili olması nedeniyle, uyuşmazlığın bir kişilik hakkına aykırılık veya sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği meselesini de beraberinde getirmektedir. Bu da, yapılacak nitelendirmeye bağlı olarak uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralının, dolaylı olarak uygulanacak hukukun değişiklik arz etmesine neden olabilecektir.

Türk hukukunda kişisel verilerin, hukuki niteliği itibariyle şahsın varlığına ilişkin haklardan olduğu kabul edilmektedir. Kişisel veriler, genel olarak bireylerin kişilik haklarının kapsamına giren maddi ve manevi değerlerden oluşması itibariyle Türk maddi hukukunda kişiler hukuku alanında mütalaa edilmektedir. Kişiler hukuku alanında mütalaa edilen kişisel değerlere yönelik hukuka aykırı bir saldırı ise, haksız fiil teşkil eden bir eylem mahiyetindedir. Kısacası, kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleşen kişilik haklarının ihlali bir haksız fiil şeklinde ortaya çıkabilecektir. Dolayısıyla, kişisel veriler, Türk hukukunun kişilik haklarına karşı sağlamış olduğu

²⁶ KVKK, *Sorular* (n 22) 31; Başalp (n 11) 30-31; Özdemir (n 4) 135; Ayözger Öngün (n 10) 131.

geniş korumadan faydalanacaktır²⁷. Bu bakımdan, kişisel verilerin işlenmesi suretiyle kişilik hakları saldırıya uğrayan kişi, MK m.24-25 hükümleri uyarınca söz konusu saldırının önlenmesi, sürmekte olan saldırının sonlandırılmasını veya saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilecektir. Bunun yanı sıra kişilik haklarına yönelik yukarıdaki haksız fiil niteliğindeki eylemler nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmini amacıyla maddi veya manevi tazminat talebinde de bulunulabileceği kabul edilmektedir.

Yabancı unsurlu bir uyumsuzlukta, yani verisi işlenenin yabancı devlet vatandaşı olduğu veya veri sorumlusunun başka bir devletin tabiiyetinde olduğu hallerde ise Türk mahkemesi, veri işleme faaliyetinin hukuka uygunluğunu, dolayısıyla kişilik haklarının ihlal edilip edilmediğini MÖHUK hükümlerine istinaden uygulanacak hukuk olarak tespit etmiş olduğu ülke hukukuna göre karara bağlamak durumunda kalacaktır. Türk milletlerarası özel hukukunda da kişilik haklarına yönelik müdahalenin haksız fiil niteliğinden yola çıkılarak, MÖHUK m.35 hükmünde kişilik haklarının ihlalinin bir haksız fiil olarak vasıflandırıldığını²⁸ söylemek hatalı olmayacaktır. Gerçi, MÖHUK m.35 hükmü, kişilik haklarının her türlü ihlaline değil, sadece medya ve kitle iletişim araçları vasıtasıyla gerçekleşen kişilik hakları ihlalleri ile kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerine uygulanacak hukuka ilişkindir. Ancak, söz konusu hükmün Kanun sistematüğindeki yeri, kişilik haklarının ihlalinin Kanun Koyucu tarafından haksız fiil olarak vasıflandırıldığını dolaylı olarak göstermektedir. Başka bir ifadeyle, medya veya kitle iletişim araçlarıyla veya kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleşen kişilik haklarına yönelik eylemler, bir haksız fiil olarak vasıflandırılmış, böylece söz konusu haksız fiil türü bakımından MÖHUK m.35'te özel bir kanunlar ihtilafı kuralına yer verilmiştir²⁹. Demek ki, kişisel verilerin işlenmesinin kişilik haklarına yönelik haksız bir eylem mahiyetinde olduğu, bu nedenle kişilik haklarının ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü yabancı unsurlu bir davada uygulanacak hukuk MÖHUK m.35 uyarınca tespit edilecektir.

Bir kişiye ait verilerin işlenmesi, kişisel verilerin kişilik haklarından olması itibarıyla kişilik haklarına yönelik bir müdahale niteliğinde olduğundan, veri işleme

²⁷ Ayözger Öngün (n 10) 52-53.

²⁸ Türk hukukunda vasıflandırma (bağlama konusu ve bağlama noktasının vasıflandırılması) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Aysel Çelikel ve B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15.Bası Beta 2020) 74ff; Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (22.Bası, Beta 2018) 96ff; Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7.Bası, Beta 2019) 45-46, 49ff; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (4.Bası, Savaş 2016) 179; Rona Aybay ve Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)* (2.Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008) 47ff; Gülören Tekinalp ve Ayfer Uyanık-Çavuşoğlu, *Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları* (11.Bası, Vedat 2011) 40ff

²⁹ 5718 sayılı MÖHUK öncesi dönemde de kişisel değerlere yönelik saldırıların, hususen kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleşen saldırıların/kişilik hakkı ihlallerinin bir haksız fiil olarak vasıflandırılması gerektiği ifade edilmekteydi. Bkz Özel, *Medya* (n 8) 82-83; Günseli Öztekin Gelgel, *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi* (Beta 2006) 133-134. Buna göre, her ne kadar kişilik haklarının ihlali kişisel değerlerin korunması ile ilgili olsa da, bu meselenin tek tarafı olarak kişilik hakkı ihlal edilen kişinin kişisel statüsü dikkate alınarak söz konusu kişinin milli hukukuna göre çözülmesi yerinde olmayacaktır. Zira ister medya yoluyla isterse kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleşsin, kişilik hakkının ihlaline ilişkin yabancı unsurlu bir davada iki taraf arasında bir menfaat çatışması vardır ve çatışan menfaatlerin denkleştirilmesi, uyumsuzluğun bir haksız fiil olarak vasıflandırılmasını gerekli kılmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Özel, *Medya* (n 8) 82.

faaliyetinde bulunan kişinin söz konusu eylem nedeniyle haksız fiil sorumluluğuna gidilebileceği bir gerçektir. Diğer yandan, veri işleme faaliyetinin verisi işlenen kişi ile veri sorumlusu olarak ifade ettiğimiz kişi arasında var olan bir sözleşmesel ilişkiye dayanması ihtimali de bulunmaktadır³⁰. Hatta kişilik haklarından olduğunu kabul ettiğimiz bir kişisel verinin işlenmesi, veri işleme faaliyetinde bulunan kişilerin kimi hallerde sözleşme öncesi görüşmelerden doğan (culpa in contrahendo) sorumluluğu dahi gündeme gelebilir. Zira kişisel verilerin işlenmesi, genellikle bir sözleşmesel ilişkinin kurulmasından önce veya sözleşmesel ilişki çerçevesinde ve sözleşmenin kurulmasına veya sözleşmenin ifasına ilişkin olarak elde edilmesi ve kullanılması hallerinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin, işverenin işçi adayına ait başvuru formu, özgeçmiş, iletişim bilgisi diploma, sertifika, sağlık raporu gibi işçinin kişisel verileri niteliğindeki kimi bilgi ve belgeleri edinmesi ve bunları iş ilişkisi kurulsun veya kurulmasın belirli şartlar dâhilinde saklaması mümkündür. İşverenin bu verileri işçinin rızası olmaksızın üçüncü kişilerle paylaşması, verisi işlenen işçinin veya işçi adayının kişilik haklarına saldırıda bulunması anlamına gelecektir. Böyle bir durumda iş ilişkisinin işçi yönünden sürdürülmesinin işçi bakımından çekilmez hale gelmesi, iş sözleşmesinin haklı nedenle fesih nedeni sayılabilir³¹. Yine, bir kişi ile bir özel hastane arasında akdedilen tıbbi tedavi ve bakım sözleşmesi kapsamında hastane tarafından elde edilen hastanın sağlık durumuna ilişkin kimi bilgilerin hastanın rızası alınmaksızın reklam amacıyla umuma yayılması, hastanenin sözleşmeden kaynaklanan hastanın kişisel verileri koruma yükümlülüğüne aykırı olabilir. Bunların yanı sıra, bir gerçek kişinin ticari veya mesleki faaliyetlerini gerçekleştirmek amacıyla sözleşme akdetmesi de mümkündür. Örneğin, bir avukatın bürosunda kullanmak üzere mobilya siparişi vermesi veya mesleğini ifa ederken kullanmak üzere içtihat ve mevzuat bilgi bankalarına abone olması söz konusu olabilir. Bu tür sözleşmelerin gerek kurulabilmesi gerekse ifası amacıyla avukata ait kişisel veri niteliğindeki bilgilerin sözleşmenin karşı tarafınca kullanılması gerekecektir.

Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere, veri süjesi gerçek kişi ile veri sorumlusu konumundaki karşı taraf arasında bir sözleşmenin kurulması veya ifasına ilişkin olarak elde edilen kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi halinde veri sorumlusunun sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğu doğabilir. Bu tür sözleşmesel ilişkilerin çeşitli maddi veya hukuki unsurları itibarıyla birden fazla hukuk düzeni ile irtibatı söz konusu olabilir. Yukarıda değindiğimiz örnekten yola çıkacak olursak, tıbbi tedavi sözleşmesinin tarafı olan gerçek kişi yabancı bir devletin vatandaşı olabilir. Haliyle, hastanenin yabancı gerçek kişiye ait sağlık verilerinin kullanmasının hukuka aykırı olduğu, bunun aynı zamanda hastanenin yabancı unsurlu sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğüyle bağdaşmadığı Türk mahkemelerinde tartışma konusu olabilir. Benzer bir durum,

³⁰ Taştan (n 13) 75ff

³¹ İlke Gürsel, *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı* (Adalet 2016) 420.

yabancı devlet vatandaşı işçinin kişisel verilerinin işveren tarafından iş ilişkisinden kaynaklanan kimi yükümlülüklerine (örneğin sır saklama yükümlülüğüne) aykırı bir şekilde kullanılması halinde de söz konusu olabilir. Dolayısıyla, kişisel verilerin işlenmesi suretiyle ortaya çıktığı ileri sürülen kişilik haklarına aykırılık, aynı zamanda taraflar arasında var olan ve yabancılık unsuru içeren bir sözleşmenin ihlali anlamına gelebilir. Böyle bir durumda, kişisel verilerin sözleşmenin bir tarafınca, genellikle veri sorumlusu sıfatına sahip olan tarafça işlenmesinin taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerle aykırılık teşkil edip etmediği, prensip olarak doğrudan Türk hukukuna göre karara bağlan(a)mayacaktır. Artık burada, yabancılık unsuru içeren bir sözleşmesel ilişkiden kaynaklanan borca aykırılık söz konusu olduğundan, Türk mahkemeleri kişisel verilerin işlenmesi eyleminin sözleşmeye aykırılık teşkil edip etmediğini sözleşmelere uygulanacak hukuku gösteren MÖHUK m.24 vd. hükümleri uyarınca tespit edilecek ülke hukukuna göre karara bağlayacaktır. Aksi takdirde yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarında Türk kanunlar ihtilafı kurallarının re'sen uygulanması gerektiğini öngören m.2(1) hükümlerine riayet edilmemiş olunacaktır.

Diğer yandan, sözleşmesel ilişki kapsamında elde edilen kişisel verilerin işlenmesi eylemi, yukarıdaki ifadelerden de anlaşılacağı üzere, aynı zamanda hem haksız fiil hem de sözleşmeye aykırılık teşkil edebilir³². Maddi hukukta benimsenen haksız fiilden kaynaklanan talepler ile sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan taleplerin yarışması meselesi, varlığını kanunlar ihtilafı hukukunda da muhafaza etmektedir³³. Türk maddi hukukunda bir eylemin hem mutlak bir hakkın ihlali nedeniyle haksız fiil hem de borca aykırı davranma nedeniyle sözleşmeye aykırılık teşkil edebileceği, böyle bir durumda haksız fiili sorumluluğu ile akdi sorumluluğun yarışma halinde olduğu ve birbirini dışlamadığı anlayışı hâkimdir³⁴. Böyle hallerde, söz konusu eylem nedeniyle zarar gören taraf, tazminat alacağını ister haksız fiil isterse sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine göre talep edebilecektir. Türk milletlerarası özel hukukunda da zarar gören tarafın/davacının bu gibi durumlarda dilediği hükme dayanabileceğinin kabul edilmesi gerektiği, davacının yaptığı hukuki nitelendirmenin esas alınması gerektiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, hem haksız fiil teşkil eden hem de sözleşmeye aykırılık teşkil eden ve yabancılık unsuru içeren bir eylem nedeniyle açılan davada, davacı iddialarını sözleşmeye dayandırmışsa, uygulanacak hukuk sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir. Davacının iddialarını haksız fiile dayandırması halinde, uygulanacak hukukun haksız fiillere uygulanacak hukuku gösteren kurallara göre belirleneceği kabul edilmektedir³⁵.

³² Taştan (n 13) 191.

³³ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 323.

³⁴ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22.Bası, Yetkin 2017) 1166ff; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22.Bası, Turhan 2018) 581-582.

³⁵ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 323.

Buna göre, kişisel verilerin işlenmesi ve/veya korunmaması eyleminin hem kişilik haklarına yönelik haksız fiil niteliğinde bir eylem olduğu hem de veri işleme faaliyetinde bulunan kişinin sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu iddiasında olan taraf, davasını haksız fiil olarak nitelendirerek söz konusu eylemin/saldırının önlenmesini, tespitini veya uğradığı zararın tazminini isteyebilecektir. Uyuşmazlığın yabancılık unsuru ihtiva etmesi halinde, söz konusu yabancı unsurlu kişisel verilerin işlenmesi nedeniyle ortaya çıkan yabancı unsurlu kişilik hakkı ihlaline ilişkin davada uygulanacak hukuk, yukarıda bahsettiğimiz MÖHUK m.35(3) uyarınca tespit edilecektir³⁶.

Davacı, davasını kişisel verilerinin işlenmesinin yabancılık unsuru içeren sözleşme hükümlerine aykırılık teşkil ettiği iddiasına da dayandırabilir. Bu durumda, veri işleme faaliyetinin sözleşmeye aykırılık teşkil edip etmediği, bu bağlamda sözleşme kapsamında edinilen kişisel verilerin işlenmesinin (korunmamasının) hukuka uygun olup olmadığı meselesi, MÖHUK m.24-29 ve 32’de yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili kılınan ülke hukukuna göre belirlenecektir. Aşağıda bir gerçek kişinin tarafı olduğu yabancı unsurlu bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde edinilen kişisel verilerin işlenmesinin ve/veya korunmamasının sözleşmeye aykırılık teşkil edip etmediği iddiası hakkında uygulanacak hukukun MÖHUK m.24 vd. hükümlerine göre ne şekilde tespit edilmesi gerektiğini ele alacağız.

III. Kişisel Verilerin İşlenmesi veya Korunmaması Nedeniyle Doğan Sözleşmesel Sorumluluğa Uygulanacak Hukukun Tespiti

A. Genel Olarak

Davacı, davasını kişisel verilerinin işlenmesi suretiyle kişilik haklarının ihlal edildiğini ileri sürmek yerine, veri sorumlusu olan sözleşmenin karşı tarafının aralarında var olan ve yabancılık unsuru içeren sözleşme hükümlerine aykırılık teşkil ettiği iddiasına dayandırabilir. Bu durumda, veri işleme faaliyetinin sözleşmeye aykırılık teşkil edip etmediği, bu bağlamda sözleşme kapsamında edinilen kişisel verilerin işlenmesinin/korunmasının hukuka uygun olup olmadığı meselesi, sözleşmelerden kaynaklanan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku gösteren MÖHUK m.24-29’da yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili kılınan ülke hukukuna göre belirlenecektir. Bu halde, MÖHUK m.24-29’da yer alan kanunlar ihtilafı kurallarından hangisinin uygulama alanı bulacağının tespiti gerekmektedir. Hangi kuralın uygulanacağı ise, büyük ölçüde taraflar arasındaki sözleşmenin niteliğine ve taraflarına bağlı olarak belirlenecektir.

³⁶ Daha önce de zikrettiğimiz üzere, çalışmamızın kapsamı, kişisel verilerin işlenmesi veya korunması faaliyetinin herhangi bir sözleşmesel ilişki kapsamında gerçekleştirilen hallerle sınırlandırıldığından, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlendiği gerekçesiyle açılan yabancı unsurlu kişilik hakkı ihlallerine uygulanacak hukukun tespiti ele alınmayacaktır.

MÖHUK'ta sözleşmelerden kaynaklanan borç ilişkileri bakımından ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Bunlardan MÖHUK m.24 yabancı unsurlu sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku gösteren genel kanunlar ihtilafı kuralı niteliğinde iken, MÖHUK m.25-29 arasında ise bazı sözleşme türleri bakımından özel kanunlar ihtilafı kurallarına yer verilmiştir. Buna göre, MÖHUK m.25-29 hükümlerinin kapsamında giren sözleşmelere uygulanacak hukuk ilgili özel kanunlar ihtilafı kuralına göre belirlenecek, bu hükümlerin kapsamına girmeyen sözleşmelerin tabi olacağı hukuk ise MÖHUK m.24'e göre belirlenmektedir³⁷.

Sözleşme kapsamında kişisel verileri işlenen, yani kişisel verileri elde edilen, kaydedilen, depolanan, değiştirilen, açıklanan, aktarılan veya devranılan ya da elde edilebilir hale getirilen, dolayısıyla kişisel verilerinin sözleşmeye aykırı bir şekilde işlendiğini ileri süren taraf, doğal olarak ve sadece bir gerçek kişi olacaktır. Bu bakımdan, MÖHUK m.24-29 hükümleri, her türlü yabancı unsurlu sözleşmeye değil, en az bir tarafının gerçek kişi olduğu yabancı unsurlu sözleşmeler çerçevesinde kişisel verilerin sözleşmeye aykırı bir şekilde işlendiği veya korunmadığı iddiaları bakımından uygulama alanı bulacaktır. Aşağıda anlatacağımız üzere, gerçek kişilerin tarafı olduğu ve genellikle karşı tarafın bu kişiye ait kişisel verilerini –sözleşme gereği- işlemek ve korumak durumunda olduğu sözleşmelerin büyük bir kısmını tüketici sözleşmeleri ile iş sözleşmelerinin oluşturduğunu söyleyebiliriz. Zira yukarıdaki örneklerden de anlaşılacağı üzere, genellikle tüketici veya iş sözleşmesinin tarafı olan gerçek kişilere ait kişisel verilerin, sözleşmenin karşı tarafı olan satıcı/ sağlayıcı veya işveren tarafından sözleşmesinin kurulması ve/veya ifası amacıyla kullanılması gerekecektir. Dolayısıyla, tüketici/işçi söz konusu verilerin hukuka aykırı olarak işlendiğini, bu kişilerin aynı zamanda söz konusu sözleşmeye aykırı davrandığını ileri sürülebilir. Bu itibarla, –sırasıyla- yabancı unsurlu tüketici ve iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku gösteren MÖHUK m.26 ve m.27 hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Bunun dışında kalan, gerçek kişilerin tarafı olduğu ancak MÖHUK m.26 ve m.27'nin kapsamına girmeyen yabancı unsurlu sözleşmelerden bakımından, daha doğrusu söz konusu sözleşmelerden doğan yükümlülüklerle aykırı olarak gerçekleşen veri işleme faaliyetinden doğan sözleşmesel sorumluluğa uygulanacak hukuk, genel hüküm mahiyetindeki MÖHUK m.24 uyarınca belirlenecektir. Örneğin, bir tüketici veya işçi sıfatına sahip olmayan bir gerçek kişiye ait kimi kişisel verilerini sözleşmenin karşı tarafınca –sözleşmenin kurulması veya ifasına ilişkin elde edilmiş olmak kaydıyla- hukuka aykırı olarak kullanılmış veya aktarılmış olması söz konusu olabilir. İşte bu başlık altında, kişisel verilerin işlenmesinin taraflar arasındaki sözleşmeye aykırılık teşkil ettiği iddialarına uygulanacak hukukun MÖHUK m.24 vd. hükümlerine göre ne şekilde tespit edilmesi gerektiğini ele alacağız. Şüphesiz

³⁷ Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe (n 28) 272; Çelikel ve Erdem (n 28) 394-395.

bu, fikri mülkiyet haklarına ilişkin ve eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelerin bir tarafının gerçek kişi olmayacağı ve bu gerçek kişiye ait kişisel verilerin karşı tarafça hukuka aykırı olarak işlenmeyeceği/korunmayacağı anlamına gelmemektedir. Ancak, bu sözleşmeler bakımından uygulanacak hukukun tespiti ile MÖHUK m.24'ün kapsamına giren sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti arasında, karakteristik edim borçlusunun Kanun koyucu tarafından bu maddelerde açıkça belirlenmiş olması dışında büyük bir benzerlik bulunmaktadır. Dolayısıyla, kişisel verilerin işlenmesinden kaynaklanan sözleşmesel sorumluluğa uygulanacak hukuka ilişkin genel kural niteliğindeki MÖHUK m.24'e ilişkin açıklamalarımız MÖHUK m.28 ve m.29'un kapsamına giren sözleşmeler bakımından da geçerli olacaktır.

B. Kişisel Verilerin Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerine Aykırı Olarak İşlenmesi veya Korunmaması Halinde Uygulanacak Hukukun Tespiti

1. Kişisel Verilerin İşlenmesi veya Korunması ile Tüketici Sözleşmeleri Arasındaki İlişki

Kişisel verilerin işlenmesi, genellikle bir sözleşmesel ilişkinin kurulmasından önce veya sözleşmesel ilişki çerçevesinde ve sözleşmenin kurulmasına veya sözleşmenin ifasına ilişkin olarak elde edilmesi ve kullanılması hallerinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin, bir kişi ile banka veya bir telekomünikasyon kurumu arasında kredi sözleşmesi veya abonelik sözleşmesi kurulabilmesi için banka veya kurum, söz konusu kişinin anne kızlık soyadı da dâhil kişisel bilgileri, iş bilgileri, mali durumu veya sağlık durumu hakkında çeşitli bilgileri sözleşmenin kurulması için isteyebilmektedir. Yine, internetten satın alınan bir malın, satıcı tarafından teslim edilebilmesi için adres ve iletişim bilgilerinin istenmesi de sözleşmenin ifasıyla ilgilidir. Örnek kabilinden verdiğimiz bu ve benzeri pek çok durumda, gerçek kişiler ile kredi veren, satıcı, sağlayıcı gibi kişiler arasında akdedilen sözleşmelerin çoğu tüketici sözleşmesi niteliğindedir. Dolayısıyla, tüketici sözleşmesinin kurulması veya ifasıyla doğrudan ilgili olan kişisel verilere bu kişilerce erişilmesi, belirli bir süre depo edilmesi veya kullanması ya da bunların saklanması veya aktarılması sözleşmenin bir gereği olarak ortaya çıkabilir.

İşte, tüketiciye ait kişisel bilgilerin satıcı, sağlayıcı veya hizmet veren tarafından sözleşmeden kaynaklanan borcun tam ve doğru bir şekilde ifa edilmesi amacıyla işlenmesi veya bu verilerin korunması, sözleşmeden kaynaklanan bir yan yükümlülük olarak ortaya çıkabilir³⁸. Zira doktrinde kişisel verilerin işlenmesinin, sözleşmeden kaynaklanan asli yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlayan, ifaya yardımcı bir yan yükümlülük niteliğinde olduğu belirtilmektedir³⁹. Örneğin, elektronik haberleşme

³⁸ Taştan (n 13) 104ff

³⁹ Taştan (n 13) 106.

sektöründe faaliyet gösteren bir şirket, abonelerine karşı olan asli yükümlülüklerini abonelere ait kişisel verileri işlemek suretiyle yerine getirmektedir. Söz konusu kişisel verilerin amaç dışı yetkisizce veya yanlış bir şekilde işlenmesi halinde de hukuka aykırı bir işleme, dolayısıyla ifaya yardımcı yan yükümlülüğün ihlali gündeme gelecektir. Bu da, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi anlamına gelmektedir⁴⁰. Sözleşmeye aykırılık, aynı zamanda sözleşme ilişkisi çerçevesinde edinilen kişisel verilerin, KVKK anlamında veri sorumlusu olan satıcı/sağlayıcı tarafından korunmaması halinde de ortaya çıkabilir. Bir kira sözleşmesinde kiraya verenin sözleşme ilişkisi dolayısıyla kiracıya ilişkin edindiği verileri ifşa etmemesi buna örnek verilebilir. Yine, mobil uygulamalı satış sözleşmesinde, satıcının tüketicinin cihazında bulunan ve satım sözleşmesiyle veya uygulamayla ilgili olmayan kişisel verilerini edinmemesi ve zarar vermemesi, bir yan yükümlülük olan kişisel verileri koruma yükümlülüğün bir gereğidir⁴¹.

Bu tür sözleşmeler, bir tarafını yabancı bir gerçek kişinin veya satıcı veya sağlayıcının yabancı olması itibariyle ya da sözleşme konusu edim(ler)in yabancı ülkede ifa edilecek olması itibariyle yabancılık unsuru ihtiva edebilir. Dolayısıyla, tüketici karşısında satıcı/sağlayıcı konumunda olan taraflarca kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi veya elde edilen kişisel verilerin korunmaması halinde, yabancı unsurlu bu tüketici sözleşmesinden doğan uyumsuzluğun hangi ülke hukukuna göre karara bağlanacağı meselesi doğacaktır. Bu bağlamda, satıcı/sağlayıcı konumunda olan tarafın, yukarıda birbirinden farklı nitelikte olan yükümlülüklerine aykırı davranıp davranmadığı, sözleşmeye aykırılığın hangi hal ve şartlar altında söz konusu olabileceği, sözleşmeye aykırılık halinde tüketicinin ne tür haklara sahip olduğu gibi meseleler, tüketici sözleşmesine uygulanacak hukuk uyarınca karara bağlanacaktır.

2. Uygulanacak Hukukun Tespiti

a. Uygulanacak Kanunlar İhtilafı Kuralının Tespiti

Türk hukukunda yabancı unsurlu tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusunda MÖHUK m.26'da özel bir kanunlar ihtilafı kuralına yer verildiği görülmektedir. Kişilerin tüketici sıfatıyla yaptıkları sözleşmeler bakımından, sözleşmenin karşı tarafına nazaran daha tecrübesiz ve zayıf konumda oldukları varsayımından hareketle maddi hukukta benimsenen tüketicinin korunması gerektiğine yönelik bakış açısı, yabancı unsurlu tüketici sözleşmeleri bakımından

⁴⁰ Özdemir (n 4)105; Ayözger Öngün (n 10) 231.

⁴¹ Taştan (n 13) 106-107.

da muhafaza edilmiştir⁴². Bu bakımdan, tüketicinin korunması gerektiğine yönelik anlayışın kanunlar ihtilafı boyutunu bu hükmün oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Bununla birlikte, kişisel verilerin işlenmesini veya korunmasını gerektiren bir tüketici sözleşmesinin MÖHUK m.26'nın kapsamına giren bir sözleşme niteliğinde olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Zira “tüketici sözleşmeleri” başlığını taşıyan MÖHUK m.26 hükmü incelendiğinde, maddenin her türlü yabancı unsurlu tüketici sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulmayacağı anlaşılmaktadır⁴³. Bu nedenle, MÖHUK m.26'nın kapsamına giren tüketici sözleşmeleri ile söz konusu maddenin kapsamına girmeyen tüketici sözleşmeleri şeklinde bir ayırmadan hareket ederek uygulanacak hukuku tespit etmek sistematik olarak daha uygun olacaktır. Buna göre, MÖHUK m.26'nın kapsamına giren tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk, bu maddede yer alan kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilecek, MÖHUK m.26'nın kapsamına girmeyen tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk MÖHUK'daki diğer hükümlere göre belirlenecektir. Dolayısıyla, kişisel verilerin işlenmesinin/korunmamasının yabancı unsurlu bir tüketici sözleşmesine aykırılık teşkil edip etmediğine uygulanacak hukukun tespiti bakımından böyle bir ayırmadan hareket edilmesi gerektiğini söyleyebiliriz.

b. Tüketici Sözleşmesi Kavramı ve Vasıflandırılması

Yabancı unsurlu tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun yukarıda değindiğimiz hükümlere göre tespiti için öncelikle taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin bir tüketici sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı belirlenmelidir. Kişisel verilerin işlenmesini veya korunmasını gerektiren böyle bir sözleşmenin bir tüketici sözleşmesi niteliğinde olup olmadığının tespiti, hangi kanunlar ihtilafı kuralının uygulanacağı konusunda belirleyici olacaktır. Diğer yandan, ilginç bir şekilde MÖHUK m.26(2)'de “mesleki veya ticari olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri” şeklinde bir tanıma da yer verildiği görülmektedir. Acaba Türk mahkemesi, kişisel verilerinin tüketici sözleşmesine aykırı bir şekilde işlendiği gerekçesiyle dava açan veri süjesinin nitelendirmesinden farklı olarak, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkinin bir tüketici sözleşmesi niteliğinde

⁴² Nitekim MÖHUK m.26'nın gerekçesinde de “Devletin ekonomik ve sosyal politikasının önemli bir unsuru olan tüketici, bu sözleşmenin nitelendirilmesini geniş ölçüde etkilemektedir. Bu sebeple, maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen şartlar altında yapılan tüketici sözleşmelerinde, karşı tarafa nazaran daha zayıf ve tecrübesiz olan tüketicinin korunması ekonomik ve sosyal dengenin sağlanmasında önemli unsurlardan birini teşkil etmektedir.” ifadesiyle bu husus ortaya konmuştur. Bkz Günseli Öztekin Gelgel ve B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun* (5.Bası, Beta 2016) 91. Milletlerarası özel hukukta tüketicinin korunması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Çelikel ve Erdem (n 28) 416; Gülin Güngör, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması* (Yetkin 2000) 55ff; Zeynep Çalışkan, ‘5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 26. Maddesine Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk’ (2008) 28(1-2) MHB 28ff

⁴³ Çelikel ve Erdem (n 28) 405; Nomer (n 28) 350-351; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe (n 28) 299; Ali Gümrah Tokar, ‘5718 Sayılı MÖHUK’ta Düzenlenen Tüketicinin Korunmasına Yönelik Hükümler’ (2016) 81(3) İzmir Barosu Dergisi 11, 17.

olup olmadığını nasıl belirleyecektir? Türk hukukunda tüketici işlemi/sözleşmesi kavramına verilen anlam ve içerik ile MÖHUK m.26'da verilen tanım birbiriyle örtüşmekte midir?

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, kişisel verilerin işlenmesinin/korunmamasının yabancı unsurlu tüketici sözleşmesine aykırı olup olmadığını tespit etmek durumunda olan bir Türk mahkemesi, uyumsuzluğa MÖHUK m.26'nın uygulanıp uygulanmayacağını tespit etmeden evvel, vasıflandırma ile somut uyumsuzluğun bir tüketici sözleşmesi niteliğinde olup olmadığını belirlemelidir. Taraflar arasındaki uyumsuzluğun kaynağını oluşturan sözleşmenin bir tüketici sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı, bu bağlamda tüketici sözleşmesinin ne anlama geldiği, Türk hukuku (*lex fori*) uyarınca yapılacak vasıflandırma ile belirlenecektir⁴⁴. Buna göre Türk mahkemesi, önüne gelen böyle bir uyumsuzlukta tüketici sözleşmesini Türk (maddi) hukuku uyarınca öngörülen hukuki kalıba oturtacaktır. Bu konuda, Türk hukukunda tüketicinin tarafı olduğu işlemlerin hukuki rejimini düzenleyen 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)⁴⁵, kimlerin tüketici olarak nitelendirileceği ile hangi tür sözleşmelerin tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği konusunda yol gösterici olacaktır.

TKHK m.3(k)'de ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi tüketici olarak tanımlanmıştır. Kanunda tüketici sözleşmesi de oldukça geniş tutularak, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve işlem tüketici işlemi olarak nitelendirilmiştir (m.3(l)). Dolayısıyla, taraflardan birinin tüketici diğer tarafın satıcı/sağlayıcı veya mesleki faaliyeti gereği gelir elde etmek için bu işi yapan kişi olması halinde taraflar arasındaki sözleşme tüketici sözleşmesi olarak kabul edilecektir. Bu bakımdan, taraflar arasındaki sözleşmenin niteliğinin ve adının önemi bulunmamaktadır⁴⁶.

Türk maddi hukukunda yapılan bu nitelendirmenin, MÖHUK m.26(1)'de yer alan "mesleki veya ticari olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri" tanımıyla da örtüştüğünü söyleyebiliriz⁴⁷. Zira TKHK m.3(k)'da tüketici olarak tarif edilen kişinin ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden bir kişi olması gerektiği zaten vurgulanmıştır. Dolayısıyla, bir kişinin kâr elde etmek amacı olmaksızın kendisi veya ailesi için yapmış olduğu mutad tüketime ilişkin mal, hizmet veya kredi sağlanmasına yönelik bir sözleşme, yabancılık unsuru da ihtiva etmesi halinde MÖHUK m.26(1) anlamında bir tüketici

⁴⁴ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 299 dn.454; Tokar (n 43) 16-17.

⁴⁵ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 7.11.2013, RG 28.11.2013/28835.

⁴⁶ Bu konuda bkz Aydın Zevkliler ve Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (Seçkin 2016) 77ff; Murat Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri* (Seçkin 2015) 58ff

⁴⁷ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 299 dn.354; Zeynep Derya Tarman, 'Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması' (2019) 39(1) PPIL 325, 330.

sözleşmesi sayılacaktır⁴⁸. Buna göre, bir mesleğin ifası için gerekli olan bir aracın temin edilmesine veya hizmetin sağlanmasına, örneğin bir avukatın bürosu için mobilya satın alması veya içtihat ve mevzuat bilgi bankalarına abone olması halinde bu sözleşmeler tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilemeyecektir. Keza, iki tacir arasında veya üreticiler arasında bir malın tedarik edilmesine ya da aracın temin edilmesine ilişkin sözleşmeler de tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilemeyecektir.

Yine, MÖHUK m.26(1)'deki tanımda tüketici sözleşmesinin mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik olması gerektiği belirtilmektedir. Burada yer alan “mal”, “hizmet” veya “kredi” sağlanması kavramlarının vasıflandırılması (hukuki nitelendirilmesi) da Türk hukukuna göre yapılacaktır⁴⁹. Böylece, tüketici sözleşmesinin konusunun bir malın veya hizmetin ya da kredinin sağlanmasının oluşturup oluşturmadığı TKHK'da söz konusu kavramların anlamı ve içeriği dikkate alınarak belirlenecektir. TKHK'daki tüketici işlemine konu olabilecek mal ve hizmet kavramları⁵⁰ ile kredi sözleşmesi⁵¹ kavramının oldukça geniş bir kapsama sahip olduğu göz önüne alındığında, MÖHUK m.26(1)'deki tüketici sözleşmesi tanımının TKHK'dan çıkan tüketici sözleşmesi tanımını fazlasıyla karşıladığını söyleyebiliriz⁵².

Sonuç olarak, bir kişinin mesleki veya ticari olmayan amaçlarla, yani kendisi veya ailesi için yapmış olduğu mal teminine veya hizmet sunulmasını ya da kredi sağlanmasına yönelik akdetmiş olduğu her türlü sözleşme tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilecektir. Bu bakımdan, TKHK hükümleri karşısında MÖHUK m.26'da yer alan tüketici sözleşmesine ilişkin tanımın maddenin tatbiki bakımından herhangi bir farklılık arz etmediğini söyleyebiliriz. Ayrıca, tüketici sözleşmesi kapsamında sözleşmenin kurulmasına veya ifasına yönelik kişisel verileri işlenecek olan veya verileri korunması gereken kişilerin sadece gerçek kişi tüketiciler olacağı da unutulmamalıdır. Her ne kadar TKHK'da tüzel kişiler de tüketici olarak kabul edilmişse de, KVKK uyarınca veri süjesi, yani kişisel verileri işlenen kişiler sadece gerçek kişiler olabilecektir. Zaten MÖHUK m.26'da uygulanacak hukukun tespitinde tüketicinin mutad meskeninin esas alınmış olması, söz konusu düzenlemede gerçek kişi tüketicinin esas alındığını dolaylı olarak ortaya koymaktadır⁵³.

⁴⁸ Nomer (n 28) 350; Tarman, *Tüketici* (n 47) 329-330.

⁴⁹ Toker (n 43) 19.

⁵⁰ TKHK m.3(h)'de mal kavramı “Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallar” şeklinde tanımlanmışken, m.3(d)'de ise hizmet Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu” ifade etmektedir.

⁵¹ TKHK'da kredi sağlanmasına yönelik sözleşme veya kredi sözleşmesi ifadeleri yer almamakla beraber, TKHK m.22(1)'de tüketici kredisi sözleşmesi tanımına yer verildiği görülmektedir. Buna göre, “kredi veren tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya kredi vermeyi taahhüt ettiği sözleşme” tüketici kredisi sözleşmesi olarak tanımlanmıştır.

⁵² Bu nedenle, MÖHUK m.26(2)'deki tanımın TKHK'daki tüketici sözleşmesi tanımının bir tekrarı mahiyetinde olduğu, ayrıca söz konusu maddede böyle bir tanıma yer verilmiş olmasının gereksiz olduğu da belirtilmektedir. Bkz Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 299 dn.454.

⁵³ Bu yönde bkz Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 299 dn.450; Sedat Sirmen, *Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Tayini* (Yetkin 2016) 163; Hatice Selin Pürselim, ‘Milletlerarası Özel Hukukta Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk’ iç Sibel Özel ve Mustafa Erkan (edr), *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler* (Oniki Levha 2018) 73, 78.

c. MÖHUK m.26 Kapsamına Giren Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tespiti

aa. MÖHUK m.26'nın Kapsamı ve Uygulama Alanı

Tüketici sözleşmesinin karşı tarafına nazaran daha zayıf ve tecrübesiz olan tüketicinin korunması ihtiyacını dikkate alan Kanun Koyucu, bu amaçla MÖHUK m.26'da özel bir kanunlar ihtilafı kuralına yer vermiştir. MÖHUK m.26 genel olarak incelendiğinde, akdi borç ilişkilerine ilişkin diğer MÖHUK hükümleri ile kıyaslandığında tüketici sözleşmeleri bakımından tüketicinin korunması amacıyla sınırlı bir hukuk seçimine izin verildiği görülmektedir. MÖHUK m.26(2)'de öngörülen objektif bağlama kuralı uyarınca tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanacağı öngörülmüş, ancak tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanması için tüketici sözleşmesinin belirli özellikler ihtiva etmesi şartı aranarak tüketicinin kendi yaşadığı yerin standartları ile korunması amaçlanmıştır.

MÖHUK m.26'nın kapsamına giren tüketici sözleşmelerinin kurulması veya ifasına ilişkin olarak gerçek kişi tüketiciye ait kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi veya bunların korunmaması nedeniyle tüketici sözleşmelerine aykırılık teşkil edip etmeyeceği meselesine uygulanacak hukuk, MÖHUK m.26(1) ve (2)'de yer alan subjektif ve objektif bağlama kuralları uyarınca belirlenecektir. Bu kurallar uyarınca yetkili kılınan hukuk, öncelikle tüketici sözleşmesiyle karşı tarafın sözleşmenin kurulması veya ifası amacıyla gerçek kişi tüketiciler tarafından sunulan bilgilerin işlenmesi ve/veya korunması şeklinde bir yükümlülük altına girip girmediği hakkında karar verecektir. Ayrıca, kişisel verileri işleme ve/veya koruma yükümlülüğünün asli veya yan yükümlülük niteliğinde olup olmadığı, söz konusu yükümlülüğün ihlalinin aynı zamanda sözleşmenin ihlali sonucunu doğurup doğurmadığı meseleleri de bu hukuka tabi olacaktır. Bununla bağlantılı olarak, kişisel verileri işleme ve/veya koruma yükümlülüğüne aykırı davranan satıcı/sağlayıcı vb. kişilere karşı tüketicinin maddi veya manevi tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı ve bunun şartlarının neler olduğu gibi hususların da MÖHUK m.26(1)-(2)'nin kapsamına girmektedir.

MÖHUK m.26(3) hükmünde ise, tüketici sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukuka ilişkin yukarıdaki hükümlerden farklı olarak, tüketici sözleşmesinin şekline ilişkin özel bir kanunlar ihtilafı kuralı getirilmiştir. Buna göre, tüketici sözleşmesinin şekli geçerliliğinin tüketicinin mutad meskeni hukukuna tabi olacağı öngörülmüş ve böylece diğer taraf karşısında zayıf taraf konumunda olduğu varsayılan tüketicinin aşına olmadığı hukuklara tabi kılınarak istismar edilmesinin engellenmesi amaçlanmıştır⁵⁴. MÖHUK m.26'nın son fıkrasında ise, uygulanacak hukukun tespitine ilişkin değil, maddenin kapsamına giren tüketici sözleşmelerine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. MÖHUK m.26'nın, paket tur sözleşmeler hariç olmak

⁵⁴ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Toker (n 43) 45-46.

üzere, taşıma sözleşmeleri ile tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan sözleşmelere uygulanmayacağı belirtilmiştir.

bb. Yetkili Hukukun Taraflarca Belirlenmesi (Hukuk Seçimi)

MÖHUK m.26(1) hükmüyle Kanun Koyucu, yabancı unsurlu tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun taraflarca serbestçe belirlenebileceğini öngörmüştür. Buna göre, tüketici sözleşmeleri, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tabidir. Hukuk seçiminin ne şekilde yapılacağı konusunda MÖHUK m.26(1)'de herhangi bir açıklık yoktur. Ancak, MÖHUK m.26(1)'de düzenlenmesi de, sözleşmelere uygulanacak hukuku gösteren genel hüküm niteliğindeki MÖHUK m.24'te yer alan hukuk seçimine ilişkin kuralları MÖHUK'daki sözleşmelere ilişkin özel kanunlar ihtilafı kuralları bakımından da uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir⁵⁵. Dolayısıyla, ister MÖHUK m.26'nın kapsamına girsin ister girmesin, taraflar tüketici sözleşmesine uygulanacak hukuku MÖHUK m.24(1)-(3) hükümleriyle getirilen koşul ve sınırlamalar çerçevesinde serbetçe belirleyebilecektir. Bu bakımdan, aşağıda MÖHUK m.24(1)-(3) hükümleri için söyleyeceğimiz hususlar MÖHUK m.26'nın kapsamına giren tüketici sözleşmeleri bakımından da aynen geçerli olacaktır⁵⁶.

MÖHUK m.26(1)'de tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun taraflarca belirlenebileceği öngörülmekle birlikte, seçilen hukukun tüketici sözleşmesinden kaynaklanan uyumsuzluğa uygulanmasının, seçilen hukukun tüketicinin mutad meskeni hukukuna nazaran tüketiciye daha fazla koruma sağlanması halinde mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Zira Kanun Koyucu, aynı zamanda MÖHUK m.26(2)'de objektif bağlama kuralı olarak da öngörülen tüketicinin mutad meskeni hukukunun sağladığı korumayı, MÖHUK m.26(1)'de düzenlenen hukuk seçimi açısından asgari düzey olarak belirlemiştir. Böylece, sözleşmenin diğer tarafına karşı daha zayıf konumda bulunduğu varsayılan tüketici aleyhine olabilecek bir hukuk seçiminin dayatılabileceği düşüncesiyle, tüketici sözleşmeleri bakımından sınırlı etkiye sahip bir hukuk seçimine imkân tanınmıştır⁵⁷. Gerçekten, tüketicinin mutad meskeni hukuku, tüketicinin en iyi bildiği veya en azından aşına olduğu, bu sebeple tüketiciyi en iyi koruduğu kabul edilen hukuktur⁵⁸. Dolayısıyla, hukuk seçiminin, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun tüketiciye sağladığı korumadan daha üst seviyede bir koruma sağlıyorsa, geçerli kabul edileceği belirtilmektedir. Buna karşın tüketicinin mutad meskeni hukukunun tüketiciye sağladığı koruma, seçilen hukuktan

⁵⁵ Çalışkan (n 42) 41; Toker (n 43) 35; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 275.

⁵⁶ Tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun hukuk seçimi yoluyla tespiti hakkında bkz Toker (n 43) 31-40.

⁵⁷ Çelikel ve Erdem (n 28) 419; Toker (n 43) 32; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 300.

⁵⁸ Çelikel ve Erdem (n 28) 419.

daha üst seviyede ise hukuk seçimi geçerli olmayacaktır⁵⁹. Şüphesiz ki, taraflarca seçilen devlet hukukunca da tüketicileri korumak üzere gerek kamusal gerekse özel hukuk karakterli bir takım emredici kurallara yer verilmiş olabilir. Zaten, taraflarca seçilen hukukun gerek emredici gerekse tamamlayıcı ve yorumlayıcı kurallarıyla birlikte, bir bütün olarak sözleşmeye uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁰.

Bununla birlikte, taraflarca seçilen hukukun hükümlerinin, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümlerinden farklı olduğu gerekçesiyle uygulanmaması yoluna gidilemeyeceği, hükümlerin birbirinden farklı olmasının önemli olmadığı da unutulmamalıdır. Bu noktada, hangi hükümlerin tüketicinin lehine olduğunun tespitinde, kural olarak sadece münferit hükümlerin karşılaştırılması gerekmektedir⁶¹. Bir örnekle açıklamak gerekirse, tüketicinin mutad meskeni olan Türk hukukunda tüketiciye ait kişisel verilerin satıcı tarafından üçüncü kişiyle paylaşılması/pazarlanması bu konuda tüketicinin açık rızasına bağlıdır. Tüketici sözleşmesine uygulanmak üzere seçilen hukuk düzeninde tüketiciye ait kimlik ve iletişim bilgilerinin üçüncü kişilere paylaşımı için böyle bir şartın aranmaması halinde, yapılan veri işleme faaliyeti (veri aktarımı) hukuka aykırı olarak nitelendirilmeyecek, dolayısıyla satıcının kişisel verileri koruma yükümlülüğü söz konusu olmadığından tüketici sözleşmesine aykırılıktan bahsedilemeyecektir. Böyle bir durumda seçilen yabancı hukukun tüketicinin korunmasına ilişkin mevzuatta sözleşmeye aykırılık halinde tüketiciye –Türk hukukuna nazaran- daha fazla seçimlik hak tanımış olması, söz konusu hukukun tüketiciyi daha fazla koruduğu anlamına gelmeyecektir.

cc. Hukuk Seçimi Yapılmayan Hallerde Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Tespiti (Objektif Bağlama Kuralı)

Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku sözleşmeden doğan uyuşmazlığa uygulanacaktır (MÖHUK m.26(2)). Bununla birlikte, tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için maddede bazı şartlar getirilmiş ve bu şartlardan en az birinin gerçekleşmiş olması halinde tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür. MÖHUK m.26(2) uyarınca tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için aranan şartlar şunlardır:

⁵⁹ Nomer (n 28) 351; Çelikel ve Erdem (n 28) 419; Güngör Gülin, 'Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku–Düşünsel Temeller' (2008) 57(2) AÜHFD 115, 124-125; Tarman, *Tüketici* (n 47) 339.

⁶⁰ Güngör (n 59) 127.

⁶¹ Nomer (n 28) 351; Toker (n 43) 33.

a) Tüketici sözleşmesinin tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilan sonucunda kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gereken hukuki fiiller bu ülkede yapılmış olmalıdır⁶² veya

b) Tüketici sözleşmesinin diğer tarafı veya temsilcisi, tüketicinin siparişini tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede almalıdır⁶³ veya

c) Taraflar arasındaki ilişkinin bir satım sözleşmesi olması halinde, satıcı tüketiciyi ikna etmek üzere bir gezi düzenlemiş ve tüketici de bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka bir ülkeye gidip siparişini orada vermiş olmalıdır.

Görüldüğü üzere, yabancılık unsuru içeren her türlü tüketici sözleşmeleri MÖHUK m.26(2)'nin kapsamına girmemektedir. Buna göre, tüketici sözleşmesi ya satıcının tüketiciye (pasif tüketiciye) yönelmesi neticesinde tüketicinin yaşadığı sosyal ve hukuki çevre içerisinde kurulmuş olmalı (home deal) ya da tüketicinin (aktif tüketici) sözleşmenin karşı tarafının düzenlemiş olduğu bir geziye katıldığı ve bu gezi ile sözleşme yapmak üzere götürüldüğü ülkede kurulmuş (traveller's deal) olmalıdır. Böylece, tüketicinin yaşadığı yerin standartları ile korunması amaçlanmış ve bu amacı gerçekleştirmek açısından en uygun bağlama noktasının tüketicinin mutad meskeni olduğu sonucuna varılmıştır⁶⁴. Bu bakımdan, MÖHUK m.26 ile her türlü tüketici sözleşmelerinin değil, sadece milletlerarası özel hukukun koruma amacına giren tüketicilerin korunmasının hedeflendiğini, diğer tüketici sözleşmeleri bakımından tüketicinin kendi mutad meskeni hukukunca korunmasına gerek duyulmadığını söylemek mümkündür⁶⁵.

Sonuç olarak, tüketici sözleşmesinin kurulması veya ifasıyla ilgili olarak elde edilen gerçek kişi tüketiciye ait kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi veya bunların korunmaması nedeniyle ileri sürülecek tüketici sözleşmelerine aykırılık iddialarının tüketicinin mutad meskeni hukukuna göre karara bağlanabilmesi için sözleşmenin yukarıda üç koşuldan/özelliğinden birine sahip olması gerekmektedir. Örneğin, mutad meskeni yabancı ülkede olan bir kişiyle Türkiye'de saç ekimi

⁶² Örneğin, üretici veya satıcı basın, radyo veya televizyon gibi medya yoluyla veya katalog dağıtım yoluyla türünün reklamını tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede yapmışsa ve tüketici de sözleşmenin kurulması için gerekli hukuki fiilleri bu ülkede yapmışsa, tüketici sözleşmesi MÖHUK m.26(2)(a) kapsamına girecektir. Örnek için bkz Tokar (n 43) 42-43. Bu bendin kapsamına, posta yoluyla siparişler ile kapıdan yapılan satışların da girdiği hakkında bkz Nuray Ekşi, 'Avrupa Birliği Konvansiyonuna Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk' (2004) 3(1-2) İKÜHFD 139; Elektronik ortamda düzenlenen tüketici sözleşmelerinin de bu bent kapsamına girdiğine dair bkz Hatice Özdemir Kocasakal, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümüne Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti* (Vedat 2003) 136ff; Gamze Turan, 'Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti' (2008) 77 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 87, 112ff; Pürselim (n 53) 89.

⁶³ Satıcı veya temsilcisinin fuar veya sergi amacıyla tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeye gelmesi ve tüketicinin siparişini bu ülkede alması suretiyle gerçekleştirilen bir tüketici sözleşmesi MÖHUK m.26(2)(b) kapsamına girmektedir. Ancak, bu bendin uygulama alanı bulabilmesi için tüketici sözleşmesinin kurulmuş olması şartı aranmamaktadır. Bkz Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar*, (Beta 2004) 65; Tarman, *Tüketici* (n 47) 337.

⁶⁴ Güngör (n 59) 119; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe (n 28) 301; Tokar (n 43) 42.

⁶⁵ Güngör (n 59) 119; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe (n 28) 301; Tokar (n 43) 42.

tedavisi veya estetik ameliyat hizmeti sunan bir tıp merkezi arasında ve bu kişinin tıp merkezinin yapmış olduğu teklifi kabul etmesi suretiyle tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke akdedilen tedavi veya ameliyat sözleşmesi, MÖHUK m.26(2)(a) kapsamına girmektedir. Sözleşme kapsamına saç ekimi tedavisi alan veya estetik operasyon geçiren bu gerçek kişinin tedavi öncesi ve sonrası fotoğraflarının tıp merkezince reklam amacıyla yayınlanması halinde, söz konusu kişi, kişisel verilerinin rızası olmaksızın kullanıldığı gerekçesiyle sözleşmenin ihlal edildiğini ileri sürebilir. Bu durumda, kural olarak sözleşmeye aykırılığın var olup olmadığı tüketicinin mutad meskeni hukuku uyarınca karara bağlanacaktır.

MÖHUK m.26(2)'deki şartların hiçbirinin gerçekleşmemiş olması halinde, söz konusu tüketici sözleşmesine uygulanacak hukuk MÖHUK m.24 uyarınca belirlenecektir⁶⁶. Başka bir ifadeyle, milletlerarası özel hukukun koruma amacına girmeyen tüketici sözleşmelerinin yukarıdaki gerekçelerle ihlal edildiği iddiaları bakımından ise MÖHUK m.24 hükmü uygulanacaktır.

d. MÖHUK m.26 Kapsamına Girmeyen Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tespiti

Gerek MÖHUK m.26(1)'deki tanım gerekse TKHK hükümleri dikkate alındığında tüketici sözleşmesi niteliğinde olmasına rağmen, Kanun Koyucu tarafından MÖHUK m.26'nın kapsamı dışında tutulan kimi tüketici sözleşmeleri de bulunmaktadır. Taşıma sözleşmeleri ile tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan tüketici sözleşmelerinden doğan uyumsuzlukla bakımından MÖHUK m.26(1)-(2) hükümlerinin uygulanmayacağı MÖHUK m.26(4) hükmü ile ortaya konmuştur. Bununla birlikte, taşıma ve konaklama gibi turistik hizmetlerin birlikte taahhüt edildiği ve tek fiyat uygulamasının olduğu gezilere ilişkin sözleşmeler, yani paket tur sözleşmeler⁶⁷ hakkında MÖHUK m.26 hükmünün uygulanacağı MÖHUK m.26(4)'te açıkça düzenlenmiştir⁶⁸. Buna göre, bir işletmenin sadece konaklama veya ulaşım hizmeti sunmayı taahhüt ettiği tüketici sözleşmeleri MÖHUK m.26'nın kapsamına girmemektedir⁶⁹.

MÖHUK m.26(4) uyarınca kapsam dışında tutulan taşıma sözleşmeleri, mesleki veya ticari olmayan amaçlarla yapılmak kaydıyla, esasen birer tüketici sözleşmesi

⁶⁶ Çelikel ve Erdem (n 28) 420; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 300; Tokar (n 43) 41.

⁶⁷ Paket tur sözleşme ile neyin anlaşılması gerektiği de bir vasıflandırma meselesi olarak Türk mahkemelerinin önüne gelebilir. Paket tur sözleşmeleri TKHK m.51'de tanımlanmıştır. Buna göre, ulaşırma, konaklama veya bunlara bağlı olmayan başka turizm hizmetlerinden en az ikisini içeren ve hizmetin yirmi dört saatten fazla bir süreyi kapsadığı veya gecelik konaklamayı içerdiği sözleşmeler, paket tur sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir.

⁶⁸ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 302; Tokar (n 43) 30; Tarman, *Tüketici* (n 47) 331-332.

⁶⁹ MÖHUK m.26'nın gerekçesinde, bir yandan Türkiye'nin tarafı olduğu çok sayıda milletlerarası anlaşma ile düzenlenmiş olması diğer yandan eşya taşınmasına ilişkin sözleşmeler bakımından MÖHUK m.29'da özel bir düzenlemeye yer verilmiş olması nedeniyle taşıma sözleşmelerinin maddenin kapsamı dışında tutulduğu belirtilmektedir. Madde gerekçesi için bkz Öztekin Gelgel ve Erdem (n 42) 93.

niteliğindedir. Örneğin, bir kargo veya nakliye firması tarafından bir kişiye ait eşyaların taşınmasının veya bir havayolu firması tarafından bir gerçek kişinin taşınmasının taahhüt edildiği sözleşmeler tüketici sözleşmesi niteliğindedir. Bunlardan, eşyaların taşınmasının taahhüt edildiği yabancı unsurlu sözleşmeler bakımından MÖHUK m.29'da özel bir kanunlar ihtilafı kuralına yer verilmiştir. MÖHUK m.29 hükmünde, eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmenin ticari veya tüketici işlemi niteliğinde olması şeklinde bir koşul veya sınırlama getirilmediği de göz önüne alındığında, konusunu eşyanın taşınmasının oluşturduğu yabancı unsurlu tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk MÖHUK m.29 hükümleri uyarınca tespit edilecektir.

Kişilerin taşınmasını konu edinen yabancı unsurlu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku gösteren özel bir kanunlar ihtilafı kuralına MÖHUK'da yer verilmemiştir. Keza, tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanmasının zorunlu olduğu tüketici sözleşmelerine ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu nedenle, kişilerin taşınmasına ilişkin veya tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanmasının zorunlu olduğu tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk sözleşmelere ilişkin genel kural mahiyetindeki MÖHUK m.24 uyarınca tespit edilecektir⁷⁰.

Bunların yanı sıra, hatırlanacağı üzere hukuk seçiminin yapılmamış olması halinde, tüketicinin mutad meskeninin hukukunun uygulanacağı öngören MÖHUK m.26(2)'de tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi, tüketici sözleşmesinin MÖHUK m.26(2)(a)-(c)'de yer alan üç koşuldan birini karşılmasına bağlanmıştır. İşte bu üç koşuldan en az birini karşılamayan, başka bir ifadeyle MÖHUK m.26(2)'de tarif edilen özelliklere sahip olmayan yabancı unsurlu tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlık tüketicinin mutad meskeni hukukuna göre karara bağlanamayacaktır. Dolayısıyla, bu üç koşuldan en az birini karşılamadığından milletlerarası özel hukukun koruma amacına girmeyen tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk, MÖHUK m.24 uyarınca tespit edilecektir⁷¹. Biz bu başlık altında, sadece konusunu eşya taşımalarının oluşturduğu tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun MÖHUK m.29 uyarınca nasıl tespit edileceği meselesini ele alacağız. Aşağıda kişisel verilerin işlenmesi veya korunmaması suretiyle gerçekleşen sözleşmesel sorumluluğa uygulanacak hukuku gösteren genel hüküm niteliğindeki MÖHUK m.24 hükmünü ayrıca ele alacağız. Bu bakımdan, MÖHUK m.24'e ilişkin aşağıda yapacağımız açıklamalar, gereksiz tekrara düşmemek adına, MÖHUK m.26'nın ve m.29'un kapsamına girmeyen tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti bakımından da geçerlidir⁷².

⁷⁰ Çelikel ve Erdem (n 28) 451; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 302, 309; Tokar (n 43) 30.

⁷¹ Çelikel ve Erdem (n 28) 420; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 300; Tokar (n 43) 41.

⁷² Bkz Aşağıda III/ D/ 2.

Yabancılık unsuru içeren ve aynı zamanda tüketici sözleşmesi niteliğinde olan bir eşya taşıma sözleşmeleri ile kişisel verilerin işlenmesi arasında ne tür bir ilişkinin olabileceği konusunda ilk bakışta bir tereddüt yaşanabilir. Dolayısıyla, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesinin veya korunmamasının yabancı unsurlu eşya taşıma sözleşmesine aykırılık teşkil etme ihtimalinin nadiren ortaya çıkacağı veya hiç ortaya çıkmayabileceği de söylenebilir. Bununla birlikte, eşyanın taşınmasını taahhüt eden taşıyıcının (örneğin bir nakliye şirketinin veya denizcilik firmasının) sözleşmenin kurulması veya taşınmanın yapılabilmesi (ifası) amacıyla tüketiciye/taşıtana ait kimi bilgileri (örneğin kimlik, hesap ve iletişim bilgileri) işleme (kaydetmesi, depolaması) ve bunları koruması gerekebilecektir. Bu bakımdan, niteliği itibariyle bir tüketici sözleşmesi olsa da, taşıyıcının tüketiciye/taşıtana ait kişisel verileri işleme/koruma yükümlülüğü altında olup olmadığı, böyle bir yükümlülüğün yerine getirilmemesinin sözleşmeye aykırılık teşkil edip etmediği veya hangi hallerde teşkil edeceği gibi pek çok husus hakkında MÖHUK m.29 hükmü uygulama alanı bulacaktır⁷³. Kısacası, Kanun koyucu tarafından milletlerarası özel hukukun koruma amacına girmediği varsayılan eşya taşımaya ilişkin tüketici sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklar hakkında m.29 uyarınca yetkili kılınan hukuk karar verecektir⁷⁴.

MÖHUK m.29(1)'de eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler tarafların seçtikleri hukuka tabi kılınmıştır⁷⁵. Görüldüğü üzere, MÖHUK m.26(1)'den farklı olarak, konusunu eşya taşımanın oluşturduğu tüketici sözleşmeleri bakımından tüketicilere herhangi bir koruma sağlanmamıştır. Diğer yandan, tıpkı MÖHUK m.26(1)'de olduğu gibi, hukuk seçiminin ne şekilde yapılacağı konusunda madde metninde bir açıklık yoktur. Dolayısıyla, genel hüküm niteliğindeki MÖHUK m.24'te yer alan hukuk seçimine ilişkin kurallar, MÖHUK'da yer alan her türlü sözleşme bakımından da uygulama alanı bulacağından, hukuk seçimine ilişkin MÖHUK m.24(1)-(3)'de getirilen koşul ve sınırlamaların eşya taşınmasına ilişkin tüketici sözleşmeleri bakımından da geçerli olduğunu söylemek mümkündür⁷⁶.

Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde eşya taşıma sözleşmesine MÖHUK m.29(2) uyarınca sözleşmenin kuruluşu sırasındaki taşıyıcının esas işyerinin

⁷³ Bu noktada, Türkiye'nin tarafı olduğu ve konusunu eşyaların taşınmasını oluşturan pek çok uluslararası anlaşmanın bulunduğunu, bu anlaşmalarda taşıma sözleşmelerinden doğan sorumluluğa ilişkin maddi hukuk kurallarına yer verildiği unutulmamalıdır. Dolayısıyla, MÖHUK m.29 hükmü, bir uluslararası anlaşmanın kapsamına girmekle birlikte, söz konusu anlaşmada maddi hukuk kurallarıyla düzenlenmeyen konular bakımından uygulama alanı bulacaktır.

⁷⁴ Taşınmanın ne şekilde yapıldığı, hükmün uygulanması bakımından önem arz etmemekte olup, deniz, hava, demir veya karayoluyla yapılan her türlü yabancı unsurlu taşıma sözleşmesi hükmün kapsamına girmektedir. Bkz Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 309.

⁷⁵ Çelikel ve Erdem (n 28) 450; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 309; Nuray Ekşi, 'Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk (5718 Sayılı MÖHUK md. 29)' *Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2: Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Aktiller ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri* (Legal 2010) 125, 126; Rumeysa Partalçı, 'Eşyanın Taşınmasına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkındaki MÖHUK Madde 29'un Değerlendirilmesi' (2017) 37(2) MHB (Prof. Dr. Yücel Sayman'a Armağan) 945, 962.

⁷⁶ Partalçı (n 75) 962.

bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Ancak, taşıyıcının esas işyeri hukuku, ancak belirli şartların gerçekleşmesi halinde uygulama alanı bulabilecektir. Buna göre, taşıyıcının esas işyeri hukukunun uygulanabilmesi için ya malların yükleme veya boşaltma yeri ya da gönderenin esas işyeri taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu ülke ile aynı olmalıdır⁷⁷. Örneğin, Türkiye’den satın alınan bir miktar mobilyanın Bulgaristan’a taşınması konusunda Bulgar tüketici ile merkezi Türkiye’de bulunan nakliye şirketi arasında yapılan bir sözleşmeye nakliye şirketinin esas işyeri (Türk) hukukunun uygulanabilmesi için, mobilyanın yüklendiği ülkenin Türkiye olması yeterli olacaktır. Gönderenin menfaatinin de gözetilmesi amacıyla getirildiği belirtilen⁷⁸ bu şartlar dikkate alındığında, hükmün esasen ticari karakterli eşya taşıma sözleşmeler bakımından uygulanacağı düşüncesiyle kaleme alındığını söylemek mümkündür.

MÖHUK m.29(3)’de MÖHUK m. 29(2)’deki kanunlar ihtilafı kuralını devre dışı bırakan bir kurala yer verilmiş ve halin bütün şartlarına göre eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmeye bu hukukun uygulanacağı öngörülmüştür. Doktrinde istisna kuralı olarak nitelendirilen⁷⁹ bu hüküm uyarınca, MÖHUK m.29(2)’de yer alan şartları karşılarsa dahi, eşya taşıma sözleşmesinin taşıyıcının esas işyeri hukukuna nazaran daha sıkı ilişkili olduğu bir ülke hukukunun araştırılması gerekecektir.

Taşıyıcının esas işyeri hukukunun uygulanabilmesi için MÖHUK m.29(2)’deki şartların gerçekleşmemesi durumunda nasıl bir yol izlemesi gerektiği konusunda MÖHUK m.29’da bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak, maddenin gerekçesinden taşıyıcının işyeri hukukunun uygulanabilmesi için aranan şartların yokluğu halinde MÖHUK m.24’deki genel kuralın uygulanacağı anlaşılmaktadır⁸⁰. Nitekim doktrinde, taşıyıcının esas işyeri hukukunun uygulanması için gereken şartların gerçekleşmemesi halinde, eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeye uygulanacak hukukun MÖHUK m. 24(4)’deki objektif bağlama kuralı uyarınca belirlenmesi gerektiği savunulmaktadır⁸¹.

⁷⁷ Doktrinde, fiilen yükleme veya boşaltma yapılan yerlerin MÖHUK m.29 bakımından bir öneminin olmadığı belirtilerek, yükleme ve boşaltma limanlarının taşıma sözleşmesinde yer alan limanlar olduğu savunulmaktadır bkz Ekşi, *m.29* (n 75) 127.

⁷⁸ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 310; Tekinalp ve Uyanık-Çavuşoğlu (n 28) 432.

⁷⁹ Çelikel ve Erdem (n 28) 398, 451; Tekinalp ve Uyanık-Çavuşoğlu (n 28) 433.

⁸⁰ Bkz Öztekin Gelgel ve Erdem (n 42) 100.

⁸¹ Çelikel ve Erdem (n 28) 451; Tekinalp ve Uyanık-Çavuşoğlu (n 28) 432; Aybay ve Dardağan (n 28) 269. Bu görüşe göre, eşya taşınmasına ilişkin tüketici sözleşmesine MÖHUK m.24(4) uyarınca sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır. En sıkı ilişkili hukukun tespitinde MÖHUK m.24(4)’de yer alan kriterler uyarınca ticari veya mesleki faaliyet gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri veya yerleşim yeri hukuku, sözleşme ticari veya mesleki faaliyet gereği kurulmayan bir sözleşme söz konusu ise karakteristik edim borçlusunun işyeri hukuku, en sıkı ilişkili hukuk olacaktır. İster ticari veya mesleki faaliyet gereği kurulmuş olsun isterse olmasın, karakteristik edim kavramına ilişkin tanımlar dikkate alındığında eşya taşıma sözleşmelerinde karakteristik edim borçlusunun taşıyıcı olduğu sonucuna varmak mümkündür. Eşya taşıma sözleşmeleri bakımından karakteristik edim borçlusu olan taşıyıcının sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni veya yerleşim yeri/işyeri ya da sözleşmeyle en sıkı ilişkili işyeri hangi ülkede ise, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk da bu ülke hukuku olacaktır. Bu açıklamalarımız, aynı zamanda eşya taşıma sözleşmeleri bakımından taşıyıcının ediminin Kanun Koyucu tarafından karakteristik edim olarak bizzat tespit edilmiş olduğu görüşünü (Bkz Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 310) teyit eder niteliktedir. Bu itibarla, MÖHUK m.24(4) hükmü tatbik edildiğinde, MÖHUK m.29(2)’de yer alan şartları karşılarsın veya karşılamasın, taşıyıcının mutad meskeni/yerleşim yeri/işyeri veya sözleşmeyle en sıkı ilişkili işyeri hukukunun eşya taşımalarına ilişkin tüketici sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulacağını söyleyebiliriz.

Buna mukabil, MÖHUK m.29(2)'nin aksi ispat edilebilen bir karine getirdiği, bu karine uyarınca en sıkı ilişki hukuk olarak taşıyıcının esas işyeri hukukunun öngörüldüğü, MÖHUK m.29(2)'deki şartların gerçekleşmemesi halinde de karinenin çürütülmüş olacağı ve MÖHUK m.29(3) hükmü uygulanarak sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun hal ve şartlara göre tespit edilmesi gerektiği de savunulmaktadır⁸². Buna göre, somut olayın özelliklerine göre eşya taşıma sözleşmesiyle en sıkı ilişkili olduğu tespit edilen hukuk, sözleşmeden kaynaklanan uyumsuzluğa uygulanacaktır.

Esasen, MÖHUK m.29(3) hükmü, MÖHUK m.24(4)'ün son cümlesinde yer alan ve her hâlükârda sözleşmeyle daha sıkı ilişkili hukukun var olup olmadığını araştırma yükümlülüğü getiren istisna kuralının tekrarı mahiyetindedir. Bu itibarla, gerek MÖHUK m.29(2)'deki koşulları karşılayan gerekse karşılamayan eşya taşıma sözleşmeleri bakımından, eşya taşıma sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili hukukun varlığı halinde bu hukuk sözleşmeye uygulanacaktır. Başka bir ifadeyle, MÖHUK m.29(2)'deki şartların yokluğu halinde MÖHUK m.24(4) uyarınca tespit edilen en sıkı ilişkili hukuk (taşıyıcının mutad meskeni/yerleşim yeri/işyeri veya sözleşmeyle en sıkı irtibatlı işyeri hukuku) ile MÖHUK m.29(2) uyarınca tespit edilen taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna nazaran sözleşmeyle daha sıkı irtibatlı hukukun varlığı yine benzer şekilde araştırılıp tespit edilecektir⁸³. Bu nedenle, taşıyıcının esas işyeri hukuku ile eşya taşıma sözleşmesiyle en sıkı ilişkili hukukun birbiriyle örtüşmediği haller bakımından, MÖHUK m.24(4)'ün uygulanması ile MÖHUK m.29(3)'ün uygulanması arasında bir farklılığın bulunmadığı kanaatindeyiz.

C. Kişisel Verilerin Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerine Aykırı Olarak İşlenmesi veya Korunmaması Halinde Uygulanacak Hukukun Tespiti

1. Kişisel Verilerin İşlenmesi veya Korunması ile İş Sözleşmeleri Arasındaki İlişki

Kişisel verilerin işlenmesi faaliyetinin bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde meydana geldiği sözleşme türlerinden bir diğeri de iş sözleşmeleridir. İş sözleşmesinin kurulmasıyla veya işin ifasıyla ilgili olarak işlenmesi gereken kişisel veriler, tüketici sözleşmelerinden farklı olarak çok çeşitlidir ve bunların çoğu, aynı zamanda tarafların sözleşmeden kaynaklanan borçlarının ifasıyla oldukça yakından alakalıdır. Bunların ilk başında, iş görüşmeleri esnasında adaydan talep edilen kimi bilgi ve belgeler gelmektedir. Zira işverenin işe elverişli olup olmadığını belirlemek amacıyla istihdam edeceği kişiye bir takım soruları yönelterek bilgi edinme hakkı bulunmaktadır. Adayın da söz konusu soruları kişisel verilerin korunması hakkını

⁸² Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 310; Ekşi, *m.29* (n 75)126. Benzer yönde bkz Partalçı (n 75) 967.

⁸³ Eşya taşıma sözleşmelerinde daha sıkı ilişkili hukukun ne şekilde tespit edileceği ve bu amaçla dikkate alınabilecek unsurların neler olduğu hakkında bkz Partalçı (n 75) 963.

ihlal etmediği sürece cevaplama, işin ifasını zorlaştıracak veya imkânsız hale getirecek bilgileri açıklama yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekmektedir⁸⁴. Bu bağlamda, sözleşme öncesi görüşmeler esnasında işveren tarafından adaya sorular veya testler yöneltilir, özgeçmiş, sınav evrakı, diploma, sertifika, sağlık raporu gibi kimi belgeler talep edilebilir. Yine, adaya işin niteliği ve ifasıyla ilgili olmak kaydıyla, mesleki tecrübesi, yabancı dil bilgisi, askerlik durumuna ilişkin kişisel sorular yöneltilmesi mümkündür⁸⁵. İşçinin medeni durumuna ve çocuk sayısına ilişkin bilgiler ile eğitim seviyesine ilişkin bilgiler ise, işverenin toplu iş sözleşmelerinden kaynaklanan parasal yükümlülükleri açısından veya seyahat etmeyi gerektiren işler bakımından belirleyici olabilir⁸⁶. Keza, işveren iş sözleşmesi kurulduktan sonra ücret ödeyebilmek veya sigorta kaydını yapabilmek gibi yasal işlemler amacıyla işçinin kimlik ve banka hesap bilgileri isteyebilir.

İşveren, özel uzmanlık gerektiren alanlarda istihdam edilmek üzere adayın üyelik veya sertifika gibi işçinin mesleki eğitimi veya uzmanlığına ilişkin bir takım kişisel verileri işlemek durumunda kalabilir⁸⁷. Mesela, bir doktorun mesleki deneyimini ve sahip olduğu yetkiliğini ortaya koyan bilgiler, bir özel hastane tarafından sadece istihdam edilmesi için gerekli olabileceği kadar, hastanenin kendi reklamını yapabilmek amacıyla doktora ait bu bilgileri kullanması söz konusu olabilir. İşçinin sağlık durumuna ilişkin bilgiler de, iş sözleşmesinin kurulması veya ifasıyla doğrudan ilgili olabilen, hatta yasal zorunluluk gereği edinilmesi gereken bilgiler arasındadır⁸⁸. Adaya ve işçiye ait kişisel sağlık verileri, özel nitelikli (hassas) veri niteliğinde olup, gerek işe alım sürecinde gerekse sonrasında işverenle paylaşılması ve işverenin söz konusu sağlık verilerini saklaması/koruması özel bir önem arz etmektedir⁸⁹. Bu kapsamda, işçinin tedavi edilemeyecek nitelikte olan ve çalışma yeteneğini sınırlandıran veya ortadan kaldıran bir hastalığı olması, sağlık sebeplerine dayanan bir haklı fesih nedeni olduğu için, işçinin sağlık durumuna ilişkin bilgileri işverenle paylaşması gerekmektedir⁹⁰.

Adayın ve işçinin sağlık durumunun yanı sıra, hamileliğine yönelik bilgiler de kişisel veri niteliğindedir ve ancak işin niteliği gereği (hamilelerin çalışmasının yasak olduğu hallerde), işverenin bu konuda bilgilendirilmesi gerekmektedir. Hatta bu durum işverenin işçiyi gözetme ve koruma borcunu yerine getirebilmesi

⁸⁴ Selen Uncular, *İş İşçisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması* (2.Bası, Seçkin 2018) 188-189.

⁸⁵ Gürsel (n 31) 294; Uncular (n 84) 189.

⁸⁶ Gürsel (n 31) 292; Uncular (n 84) 190-192.

⁸⁷ Gürsel (n 31) 294.

⁸⁸ Gürsel (n 31) 300ff

⁸⁹ Uncular (n 84) 197; Gürsel (n 31) 301-302.

⁹⁰ Örneğin, hamşirelik, doktorluk, laboratuvar teknisyenliği gibi iş türlerine başvuranların AIDS hastası olma durumunu veya yakın gelecekte ameliyat gibi iş görmeyi engelleyecek türden tedavilerin varlığını işverene bildirmeleri gerekmektedir. Bkz Gürsel (n 31) 301. Bununla birlikte, işin niteliğiyle ilgili olmayan veya ileride tekrar ortaya çıkma ihtimali bulunmayan hastalık veya engellilik durumunun olup olmadığı sorulamayacağı gibi, adayın ve işçinin bu sorulara doğru cevap verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bkz Gürsel (n 31) 301.

için bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır⁹¹. Benzer şekilde, engellilik durumu da bir kişisel veri niteliğindedir ve engellilerin istihdamı konusunda işverenlere getirilen yasal yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi ve bu yükümlülükleri ifa edip etmediğinin denetimi için adayın veya işçinin engellilik durumu hakkında bilgi edinmesi kaçınılmazdır⁹². Bunların yanı sıra adayın ve işçinin ceza mahkûmiyetine ilişkin bilgiler de kişisel veri niteliğindedir ve işin niteliği bakımından önemli olmak kaydıyla adaya bu konuda sorular sorulabilir. Ayrıca, bu bilgiler aynı zamanda hassas veri niteliğindedir. Örneğin, banka veznedarına bir mali suç işleyip işlemediği veya bir doktora yanlış teşhis ve tedavi nedeniyle cezai mahkûmiyetinin olup olmadığına ilişkin soru yöneltilbilir ve adayın/işçinin de işvereni bu konuda bilgilendirmesi gerekmektedir⁹³. Adaya ve işçiye yöneltilen dini veya felsefi inanca, siyasi görüşe, parti ve sendika üyeliğine ilişkin bilgiler hassas veri niteliğindedir ve bu bilgilerinin edinilmesi amacıyla işveren tarafından soru sorulması, belirli istisnalar ve meşru nedenler dışında, geçerli ve hukuka uygun değildir⁹⁴.

Görüldüğü üzere, yukarıda örnek kabilinden saydığımız kişisel verilerin pek çoğu, iş sözleşmesinin kurulabilmesi ve/veya istihdam edilen/edilecek şahsın çalışma yeteneğinin işveren tarafından tespit edilebilmesini sağlaması itibariyle oldukça önem arz etmektedir. Zira söz konusu kişisel veriler, işverenin iş ilişkisinin kurulması veya devamına yönelik kararını etkileyebilecek niteliktedir. Yukarıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, iş sözleşmesinin kurulabilmesi veya işçinin veya işverenin sözleşmeden doğan edimlerini yerine getirebilmeleri için işverenin işçiye ait kişisel verileri hukuka uygun bir şekilde edinmesi, kullanması ve iş ilişkisinin devam süresince ve iş ilişkisi sona erdikten sonra da saklaması gerekmektedir⁹⁵. Hatta sözleşme kurulmamış olsa dahi, işçi adayının iş sözleşmesinin kurulması amacıyla sunmuş olduğu kişisel verilerin saklanması gerekmektedir⁹⁶. Bu noktada işçiye ait her türlü kişisel verinin değil, sözleşmenin ifası bakımından gerçekten gerekli olan verilerin işveren tarafından işlenmesi gerekmektedir⁹⁷. İşin niteliğiyle veya ifasıyla ilgili olmayan kişisel verileri işlenmesi hukuka aykırı olduğu gibi, işçinin işvereni bu konular hakkında bilgilendirme yükümlülüğü de bulunmamaktadır.

Bu bakımdan, aday veya işçi hakkında işverence bilgi toplanırken işletilmesi gereken temel kuralın elde edilmek istenen bilgi ile işin niteliğinin bağlantılı olması olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla, işverenin işin niteliğiyle ve işin ifasıyla ilgili olarak edinmiş olduğu işçiye veya adaya ait kişisel veri mahiyetindeki bilgileri edinmesi ve kullanması gerek iş ilişkisinin devamı süresince gerekse sonrasında

⁹¹ Uncular (n 84) 204-205.

⁹² Gürsel (n 31) 313-314.

⁹³ Gürsel (n 31) 318-321.

⁹⁴ Gürsel (n 31) 323-324.

⁹⁵ Gürsel (n 31) 244; Uncular (n 84) 150.

⁹⁶ Uncular (n 84) 189-190.

⁹⁷ Gürsel (n 31) 244-245; Uncular (n 84) 151.

koruması gerekmektedir. Aksi halde, kişisel verilerin işverence hukuka aykırı olarak elde edilmesi veya kullanılması, ahlak veya iyiniyet kurallarına uymayan eylem olarak nitelendirilebilir ve işçinin işe devamı objektif iyi niyet kuralları gereğince kendisinden beklenemeyecek durumda ise iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi gündeme gelebilir⁹⁸. İstihdam ettiği doktorun bir hırsızlık suçu işlediğine dair bilgiyi bir şekilde edinen ve bu veriyi doktorun personel dosyasında saklayan bir özel hastanenin, daha sonra bu bilgiyi salt doktorun işyerindeki itibarını zedelemek amacıyla kullanması buna örnek verilebilir.

Daha da önemlisi, işin niteliği ve ifasıyla ilgili olarak edinilen işçiye ait kişisel verilerin üçüncü kişilerle paylaşılması, sadece işçi ve işveren arasındaki güven ilişkisinin zedelenmesine değil, aynı zamanda BK m.417 uyarınca işçinin kişiliğinin ve kişisel verilerinin korunması borucunu da içeren işçinin kişiliğini koruma ve kişiliğine saygı gösterme yükümlülüğüne de aykırı bir sonuca yol açabilir ve bu aykırılık iş sözleşmesinin devamını çekilmez hale getirdiği ölçüde haklı fesih sebebi olacaktır⁹⁹. Ayrıca, işverenin söz konusu eylemi, KVKK m.12(4) uyarınca veri sorumlusu konumunda olan işverenin sır saklama ve kişisel verileri amacı dışında kullanmama yükümlülüğünün de ihlali anlamına gelecektir¹⁰⁰. İşçinin kişisel verilerinin korunması hakkına aykırılık neticesinde, işverene karşı maddi tazminat talebinde bulunabileceği gibi, kişilik değerlerine hukuka aykırı saldırı nedeniyle uğramış olduğu manevi zararın tazminini de talep etmesi mümkündür. Hatta sözleşmenin kurulmadığı hallerde dahi işverenin culpa in contrahendo nedeniyle tazminat sorumluluğu gündeme gelebilir¹⁰¹.

2. Uygulanacak Hukukun Tespiti

a. Uygulanacak Kanunlar İhtilafı Kuralının Tespiti ve Uygulama Alanı

Yukarıda Türk hukukundan örneklerle, iş sözleşmesi kapsamında elde edilebilecek, kullanılabilir, saklanması ve korunması gereken olan kişisel verilerin neler olabileceğini, bunların işin niteliğiyle ve ifasıyla bağlantılı olarak farklılık arz edebileceğini, işçinin kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak işlenmesinin veya korunmamasının ne tür sonuçlar doğuracağını özetlemeye çalıştık. Benzer uyumsuzlukların, işçinin veya adayın yabancı devlet vatandaşı olduğu veya işverenin yabancı bir gerçek veya tüzel kişi olduğu ya da işin ifa yerinin yabancı ülke olduğu, dolayısıyla iş sözleşmesinin yabancılık unsuru ihtiva ettiği hallerde de ortaya çıkması

⁹⁸ Uncular (n 84) 314.

⁹⁹ Gürsel (n 31) 231; Uncular (n 84) 315-316.

¹⁰⁰ Gürsel (n 31) 230-231; Uncular (n 84) 318.

¹⁰¹ Gürsel (n 31) 282. Zira işveren, adaya ait kişisel veri niteliğindeki bilgi ve belgeleri, adayın işe kabul edilmemesi halinde adaya iade etmek ve/veya kişisel verileri silmek, yok etmek veya anonim hale getirmekle, şayet ilerideki işe alımlar için bu belgeleri saklamak isterse adayın açık rızasını almakla yükümlüdür.

kuvvetle muhtemeldir¹⁰². Bir yabancı şirketin istihdam ettiği bir Türk vatandaşı mühendisin sağlık durumuna veya ceza mahkûmiyetine ilişkin bilgileri üçüncü kişilerle paylaşması nedeniyle işçinin işyeri nezdinde itibarının zedelenmesi buna örnek verilebilir. Böyle bir durumda, işçinin kişisel verilerinin iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerle aykırı olarak işlendiği veya korunmadığı Türk mahkemelerinde ileri sürüldüğünde, uyuşmazlığın kaynağını teşkil eden iş sözleşmesi yabancılik unsuru ihtiva ettiğinden söz konusu uyuşmazlığın hangi ülke hukukuna göre karara bağlanacağı meselesi ortaya çıkacaktır.

Türk hukukunda yabancılik unsuru içeren iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak konusunda MÖHUK m.27’de özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu itibarla, işçinin kişisel verilerinin işlenmesinin veya korunmamasının yabancı unsurlu iş sözleşmelerine aykırılık teşkil ettiği iddiası Türk mahkemelerinin önüne geldiğinde, kaynağını iş sözleşmesinden alan bu tür uyuşmazlıkların hangi ülke hukukuna göre karara bağlanacağı, MÖHUK m.27’de yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca belirlenecektir. MÖHUK m.27(1)’de akdi borç ilişkilerine ilişkin diğer MÖHUK hükümleri gibi, sözleşmenin taraflarına hukuk seçimi imkânı tanınmış, hukuk seçiminin yapılmamış olması halinde iş sözleşmesine uygulanacak hukukun MÖHUK m.27(2) veya m.27(3)’te yer alan objektif bağlama kurallarına göre tespit edileceği öngörülmüştür. Maddenin son fıkrasında ise, Türk mahkemelerine objektif bağlama kuralına göre tespit edilen hukuka nazaran iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkiye sahip hukukun uygulanması imkânı tanıyan bir istisna kuralına yer verilmiştir.

Kişisel verileri işleyen veya paylaşan işverenin yabancı unsurlu iş sözleşmesinden doğan gözetme ve koruma borcuna aykırı davranıp davranmadığı, bu aykırılığın iş sözleşmesinin devamını imkânsız hale getirip getirmediği ve dolayısıyla haklı fesih sebebi olup olmadığı, işlenen verinin işin niteliği veya ifasıyla bağlantılı bir veri niteliğinde olup olmadığı gibi hususlar, iş sözleşmesinin esasına yönelik hususlar olması itibarıyla bu konular hakkında MÖHUK m.27 uyarınca tespit edilen ülke hukuku karar verecektir. Bu kapsamda, işçinin kişisel verilerini hukuka aykırı olarak işleyen veya koruma yükümlülüğünü yerine getirmediği tespit edilen işverenin maddi veya manevi tazminat sorumluluğunun doğup doğmadığı ve/veya bu sorumluluğun doğması için gerekli şartların karşılanıp karşılanmadığına ilişkin pek çok meselenin çözümü de, MÖHUK m.27 uyarınca yetkili kılınan hukuka tabidir. Aşağıda bu konuyu ele alacağız.

b. Yetkili Hukukun Taraflarca Belirlenmesi (Hukuk Seçimi)

Yabancı unsurlu tüketici sözleşmeleri bakımından MÖHUK m.26’da benimsenen bakış açısının MÖHUK m.27’de de benimsendiği görülmektedir. İşverene nazaran

¹⁰² Bu konuda farklı örnekler için bkz Zeynep Derya Tarman, ‘Yabancılik Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk’ (2010) 59(3) AÜHFD 521, 526.

ekonomik açıdan daha zayıf konumda olduğu, sözleşmenin müzakeresinde işverenle eşit koşullara sahip olmadığı varsayılan işçilerin korunması ihtiyacını dikkate alan Kanun Koyucunun, MÖHUK m.27'deki düzenlemeyle işçinin işini mutaden yaptığı ülkenin standartları ile korunmasının amaçladığını söyleyebiliriz¹⁰³.

Bu amaçla, ilk olarak MÖHUK m.27(1)'de sınırlı bir hukuk seçimine yer verilmiştir. Buna göre, iş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olduğu asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tabidir¹⁰⁴. Bu hükümle, yabancı unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun taraflarca serbestçe belirlenebileceği öngörülmüştür¹⁰⁵. MÖHUK m.26(1)'de taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmış olmakla birlikte, seçilen hukukun iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığa uygulanması, seçilen hukukun işçinin mutad işyeri hukukuna nazaran işçiye daha fazla koruma sağlanması halinde mümkündür. Zira, aynı zamanda MÖHUK m.27(2)'de objektif bağlama kuralı olarak da öngörülen işçinin mutad işyeri hukukunun sağlamış olduğu koruma, MÖHUK m.27(1) uyarınca yapılan hukuk seçimi bakımından asgari düzey olarak belirlenmiştir. Başka bir deyişle, hukuk seçiminin geçerliliği, seçilen hukukun işçiyi koruyucu hükümlerinin mutad işyeri hukukuna göre daha fazla işçi lehine hükümler içermesi, yani hukuk seçiminin işçinin lehine olması şartına bağlanmıştır¹⁰⁶. Böylece, daha zayıf konumda bulunduğu varsayılan işçinin aleyhine olabilecek bir hukuk seçiminin dayatılabileceği düşüncesiyle, iş sözleşmeleri bakımından sınırlı etkiye sahip bir hukuk seçimine imkân tanınmıştır¹⁰⁷. Dolayısıyla, tarafların seçmiş oldukları hukuk, işçinin mutad işyerinin bulunduğu ülke hukukunun işçiye sağladığı korumadan daha üst seviyede bir koruma sağlıyorsa, yapılan hukuk seçimi geçerli kabul edilecektir. Buna karşın işçinin mutad işyeri hukukunun işçiye sağladığı koruma, seçilen hukuktan daha üst seviyede ise hukuk seçimi nazara alınmayacaktır¹⁰⁸.

¹⁰³ MÖHUK m.27 hükmünün uygulama alanının bireysel iş sözleşmeleri ile sınırlı olduğu kabul edilmektedir. Bkz Doğa Elçin, *Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk* (Adalet 2012) 253ff; Ayşe İpek Sarıöz Büyükalp, 'Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m.27/f.3'ün Uygulanması Sorunu' (2018) 8(2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 195, 199.

¹⁰⁴ İşçinin mutad bir işyerinin bulunmadığı haller de söz konusu olabilir. Böyle hallerde asgari koruma standardının hangi hukuka göre belirleneceği konusunda maddede açık bir hüküm yoktur. Doktrinde, bu konuda ortaya çıkacak tereddüdün, MÖHUK m.27(3) hükmünden hareketle çözümlenebileceği, bu itibarla işçinin mutad işyerinin bulunmadığı hallerde yapılan hukuk seçimi bakımından, işverenin esas işyeri hukukunda yer alan hükümlerin asgari koruma standardı olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 303 dn.461.

¹⁰⁵ MÖHUK m.26(1)'de olduğu gibi, hukuk seçiminin ne şekilde yapılacağı konusunda madde metninde bir açıklık yoktur. Dolayısıyla, genel hüküm niteliğindeki MÖHUK m.24'te yer alan hukuk seçimine ilişkin kurallar MÖHUK'da yer alan her türlü sözleşme bakımından da uygulama alanı bulacağından, hukuk seçimine ilişkin MÖHUK m.24(1)-(3)'de getirilen koşul ve sınırlamaların MÖHUK m.27(1) bakımından da geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Bkz Çelikel ve Erdem (n 28) 431; Vahit Doğan, '5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti', (2007) 11(1-2) GÜHFD 147, 154; Tarman, *İş Sözleşmesi* (n 102) 528.

¹⁰⁶ Doğan, *İş Akdi* (n 105) 153.

¹⁰⁷ Çelikel ve Erdem (n 28) 430; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 303; Nomer (n 28) 345; Tekinalp ve Uyanık-Çavuşoğlu (n 28) 420.

¹⁰⁸ Çelikel ve Erdem (n 28) 430; Nomer (n 28) 345; Doğan, *İş Akdi* (n 105) 153; Tarman, *İş Sözleşmesi* (n 102) 532-533.

Sınırlı hukuk seçimine izin veren Kanun Koyucu, hukuk seçiminin ne zaman ve hangi şartlarda işçinin lehine olacağını tespit etmemiştir¹⁰⁹. İş hukuku alanında ekonomik ve sosyal mülhazaların gereği olarak ortaya çıkan ücrete ve izne, çalışma süresi ve şartlarına, sağlık şartlarına, sosyal güvenliğe, iş ilişkisinin sona ermesine ilişkin kamu hukukuna ait pek çok kurala, gerek seçilen hukukta gerekse işçinin mutad işyeri hukukunda yer verilmiş olabilir. Bu bakımdan, seçilen hukuk ile işçinin mutad işyeri hukukundan hangisinin işçiye daha fazla koruma sağladığı konusundaki değerlendirmenin ne şekilde yapılacağı oldukça önem arz etmektedir¹¹⁰. Bu noktada, somut bir uyuşmazlıkta söz konusu iki hukuk düzeninden hangisinin işçiyi daha fazla koruduğu, her iki hukuka ait yasal düzenlemelerin genel olarak mukayesesi ile değil, uyuşmazlığa uygulanma ihtimali bulunan kanun hükümlerinin münferit olarak değerlendirilmesiyle yapılması gerektiği ileri sürülmektedir¹¹¹. Bununla birlikte, sadece tatbiki gerekli hüküm bazında tek tek karşılaştırılması yerine, davaya tatbik edilmesi gereken hüküm ile bağlantılı olan hükümlerin bir grup olarak dikkate alınması suretiyle, her iki hukukun karşılaştırılması gerektiği de savunulmaktadır¹¹². Örneğin, bir inşaat şirketi, Türk vatandaşı bir inşaat mühendisini Katar'daki ofisinde proje mühendisi olarak çalışmak üzere istihdam etsin ve iş sözleşmesinde sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlıkların Türk hukukuna göre çözümleneceği öngörülmüş olsun. İşe alımdan sonra işveren, mühendisin sosyal medya hesaplarındaki beğenilerinden veya paylaşımlarından yola çıkarak onun siyasi görüşü veya cinsel yönelimine ilişkin bilgiler edinmiş ve bunu tasvip etmediğini belirtmiş veya şantiye sahasında çalışabilen yeteneğini etkilemeyecek olmasına rağmen, cinsel yolla bulaşan bir hastalığının varlığını öğrenmiş ve bu bilgiyi işyerinde üçüncü kişilerle paylaşmış olsun. Bunun üzerine, işveren tarafından itibarının zedelendiğini ve kişilik hakkının ihlal edildiğini düşünen mühendis, Türkiye'de işverene karşı iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi ile maddi ve manevi tazminat davası açmış olsun. Örneğimizde, işçinin mutad işyeri olan Katar hukukunda yukarıda yer alan işçiye ait olan kişisel verilerin işlenmesi ve bunların paylaşılması hukuken mümkün olabilir. Bu itibarla, bu verilerin işlenmesi, söz konusu hukukta işverenin işçiyi gözetme ve koruma yükümlülüğüne aykırı olmayabilir veya aykırı olsa bile bu aykırılık, yasal olarak iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi sebebi olarak öngörülmemiş olabilir. Buna mukabil, taraflarca seçilen hukuk olan Türk hukukunda ise, işçiye ait yukarıdaki bilgiler, hem hassas veri niteliğinde hem de işin niteliğiyle ilgili olmadığından işverence edinilemeyecek veri niteliğindedir. Bu itibarla, Türk hukukunda mühendisin kişisel verilerinin hukuk aykırı olarak işlenmesi ve/veya korun(a)maması, hem iş sözleşmesinden kaynaklanan işçinin kişiliğini gözetme ve koruma borcuna aykırılık teşkil etmekte hem de hem de bu aykırılık, iş sözleşmesinin devamını çekilmez kılması halinde, işçi lehine bir haklı

¹⁰⁹ Doğan, *İş Akdi* (n 105) 153.

¹¹⁰ Bu konuda ayrıntılı ve teorik bilgi için bkz Doğan, *İş Akdi* (n 105) 153-158; Tarman, *İş Sözleşmesi* (n 102) 530ff

¹¹¹ Nomer (n 28) 345.

¹¹² Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe (n 28) 303.

nedenle fesih sebebi sayılmaktadır. Bu örnekten yola çıkacak olursak, seçilen hukuk ile mutad işyeri hukukunun gerek kişisel verilerin korunmasına gerekse bunun iş sözleşmelerine yönelik olan hukuki sonuçlarına ilişkin hükümlerinin bir grup halinde dikkate alınarak bir karşılaştırma yapılması daha yerinde olacaktır.

c. Hukuk Seçimi Yapılmayan Hallerde Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Tespiti (Objektif Bağlama Kuralı)

MÖHUK m.27(2)'de taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması halinde, iş sözleşmesine işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür. Burada yetkili kılınan hukuk, işverenin işyerinin bulunduğu yer değil, işçinin işini yaptığı işyerinin bulunduğu ülke hukukudur¹¹³. Söz konusu işyerinin işçinin işini mutaden yaptığı işyeri olup olmadığına tespitinde, işin belirli bir anda ifa edildiği yerin önem arz etmediği¹¹⁴, iş sözleşmesi bir bütün olarak ele alınarak, işçinin işini nicelik ve nitelik bakımından ve süre olarak hangi ülkede ağırlıklı şekilde yerine getirdiğinin dikkate alınması gerektiği¹¹⁵ belirtilmekte, işin esas kısmının ve ağırlıklı bölümünün mutad olarak yapıldığı yer mutad işyeri olarak kabul edilmektedir¹¹⁶. Bu bağlamda, MÖHUK m.27(2)'de işçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması halinde, bu işyerinin mutad işyeri sayılmayacağı özellikle belirtilmiştir. Mesela, şirket merkezinde çalışmakta olan bir mühendisin Katar'daki şantiyede sadece proje bazlı olarak görevlendirilmesi halinde, bu yer işçinin mutad işyeri olmayacaktır.

İşçinin işini mutad olarak belirli bir ülkede yapmasının mümkün olmadığı haller söz konusu olabilir. Örneğin, uluslararası deniz veya havayolu taşıtlarında çalışmakta olan kişiler veya çeşitli ülkelerde konser veya gösteriler yapan turne toplulukları bakımından, mutad işyeri hukukunun tespit edilmesi her zaman mümkün olmayabilir¹¹⁷. İşçinin işinin farklı ülkelerde ifa ettiği hallerde, sözleşmenin her iki tarafını belirsizliklere karşı korumak üzere¹¹⁸ MÖHUK m.27(3)'de bir diğer bağlama noktasına yer verilmiştir. Buna göre, işçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması halinde, iş sözleşmesinden kaynaklanan uyumsuzluklara işverenin esas işyeri hukuku uygulanacaktır¹¹⁹.

MÖHUK m.27(4)'te, MÖHUK m.27(2) ve m.27(3)'deki kanunlar ihtilafı kurallarını devre dışı bırakan bir istisna kuralına yer verilmiştir. Buna göre, halin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde,

¹¹³ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 305.

¹¹⁴ Elçin (n 103) 123.

¹¹⁵ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 305; Sarıöz Büyükalp (n 103) 206.

¹¹⁶ İşçinin mutad işyeri kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Sarıöz Büyükalp (n 103) 197ff

¹¹⁷ Çelikel ve Erdem (n 28) 432; Elçin (n 103) 144.

¹¹⁸ Bkz Öztekin Gelgel ve Erdem (n 42) 97-98.

¹¹⁹ Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz Doğan, *İş Akdi* (n 105) 161; Tarman, *İş Sözleşmesi* (n 102) 567-568.

sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir. Bu hükümde, MÖHUK'daki akdi borç ilişkileri hakkındaki diğer istisna kurallarından farklı olarak, iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkiye sahip olduğu tespit edilen hukukun uygulanıp uygulanmaması konusunda mahkemenin takdir hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir¹²⁰. Buna göre, Türk mahkemeleri, somut olayın özelliklerine göre, işçinin mutad işyeri hukukuna veya (işçinin mutad işyerinin bulunmaması halinde uygulanma imkânı olan) işverenin esas işyeri hukukuna nazaran iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun var olup olmadığını araştırmak durumunda olduğunu, takdir hakkının ise daha sıkı ilişkili olduğunu tespit ettiği ülke hukukunu uygulayıp uygulamama konusunda olduğunu söyleyebiliriz. Mahkemenin, takdir hakkını kullanırken, ilk olarak işçinin menfaatini gözeterek hareket etmesi gerektiği belirtilmektedir¹²¹. Örneğin, işçinin mutad işyeri olmak dışında iş sözleşmesiyle herhangi bir irtibatı olmayan yabancı hukuk, daha sıkı ilişkili olan Türk hukukuna nazaran işçinin kişisel verilerinin korunması ile işçinin kişisel verilerinin işveren tarafından korunmaması halinde işçiye tanıdığı haklar bakımından daha az koruma sağlamakta ise, Türk mahkemesi daha sıkı ilişkili hukuk olan Türk hukukunun işçinin menfaatine olduğu gerekçesiyle Türk hukukunu sözleşmeye uygulayabilecektir.

D. Kişisel Verilerin MÖHUK m.24'ün Kapsamına Giren Yabancı Unsurlu Sözleşmelere Aykırı Olarak İşlenmesi veya Korunmaması Halinde Uygulanacak Hukukun Tespiti

1. MÖHUK m.24 Kapsamına Giren ve Kişisel Verileri İşlemeyi Gerektiren veya Koruma Yükümlülüğü Doğurabilecek Sözleşmelerden Örnekler

Günümüzde gerçek kişilere ait kişisel veri mahiyetindeki bilgilerin işlenmesini gerektiren sözleşme ilişkilerinin çoğunu tüketici sözleşmesi niteliğindeki sözleşmeler ile iş sözleşmelerinin oluşturduğu söylenebilir. Yalnız, gerçek kişilerin tarafı olduğu sözleşmeler sadece tüketici ve iş sözleşmeleri ile sınırlı değildir. MÖHUK'daki akdi borç ilişkilerine uygulanacak hukuku gösteren özel kanunlar ihtilafı kurallarının kapsamına girmeyen, dolayısıyla MÖHUK m.24'ün kapsamına giren yabancı unsurlu sözleşmeler de söz konusu olabilir ve kişisel verilerin bu sözleşmelerin kurulması veya ifası amacıyla işlenmesi gerekebilir. Bu sözleşmelerin en somut örneğini, milletlerarası özel hukukun koruma amacına girmeyen, dolayısıyla MÖHUK m.26'nın kapsamı dışında tutulan kişilerin taşınmasına ilişkin sözleşmeler ile MÖHUK m.26(2)'deki koşulları karşılamayan tüketici sözleşmeleri oluşturmaktadır. Niteliği itibarıyla bir tüketici sözleşmesi olan ve konusunu kişilerin taşınmasının oluşturduğu bu sözleşmelerin kurulması ve taşınmanın yapılabilmesi, büyük ölçüde

¹²⁰ Tarman, *İş Sözleşmesi* (n 102) 539; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 306.

¹²¹ Nomer (n 28) 349; Doğan, *MÖH* (n 28) 397; Tarman, *İş Sözleşmesi* (n 102) 539; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 306.

ilgili gerçek kişinin kişisel verilerinin işlenmesine bağlıdır. Mesela, bir havayolu taşıma şirketinden bilet satın alan bir kişinin kimlik, adres ve iletişim bilgilerini ve/veya kredi kartı/banka bilgilerini şirket ile paylaşması gerekecektir.

Tüketici sözleşmeleri bahsinde belirttiğimiz üzere, gerçek kişiler, ticari veya mesleki faaliyetlerinde kullanmak üzere mal veya hizmet teminine ilişkin sözleşmeler akdedebilir. Mesela, özel bir muayenehaneye sahip bir diş hekimi ile yabancı bir tıbbi cihaz üreticisi firma arasında tıbbi cihaz satışı, yedek parça ve teknik servis hizmetine ilişkin akdedilen bir sözleşme kapsamında bir önceki örnekte belirttiğimiz bilgilerin burada da işlenmesi gerekecektir. Keza, Türkiye’de saç ekimi uzmanı olan ve kendini Avrupa ülkelerinde de tanıtarak bu ülkelerden de müşteri edinmek isteyen bir doktor, bu amaçla Şampiyonlar Ligi final maçı devre arasında reklamının yayınlanması konusunda söz konusu maçın Avrupa’da yayın haklarını satın alan bir televizyon şirketi ile sözleşme akdetmiş olsun. Bu sözleşme uyarınca yayıncının reklamı hazırlama (yapım) ve yayınlama borcunu ifa edebilmesi, doktorun ismine, mesleğine ve işyerine ilişkin bilgilerin televizyonda görülmesine bağlıdır. Söz konusu reklamın sözleşmede kararlaştırılan süre zarfında veya hiçbir şekilde yayınlamaması halinde, yayıncı sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğunu yerine getirmemiş olacaktır.

Gerçek kişilere ait görüntü, ses veya isim gibi pek çok kişisel verinin kullanılma ve bu verilerin hukuka aykırı olarak işleme ihtimalinin söz konusu olabileceği sözleşmelere bir diğer örnek olarak sponsorluk sözleşmeleri verilebilir. Sponsorun sportif, sanatsal vb. bir alanda faaliyet gösteren bir gerçek kişinin nakdi (belirli bir paranın verilmesi), aynı (malzeme temini) veya hizmet edimleriyle destekleme, desteklenen kişinin ise teşvik aldığı sponsorun tanıtımını yapma borcunu ifa etme, bu kapsamda sponsordan teşvik aldığı faaliyeti icra etme borcu altına girdiği bu sözleşmelerde, sponsorun desteklenen tarafından tanıtımı, kimi hallerde desteklenen gerçek kişinin kişisel veri mahiyetindeki bilgilerinin sponsor tarafından kullanılmasıyla gerçekleşir¹²². Kanunda düzenlenen veya düzenlemeyen pek çok sözleşmenin unsurlarını barındırabilen bu sözleşmelerde taraflar, destekleyenin sponsoru tanıtmaya ve bu kapsamda sponsordan teşvik aldığı faaliyeti icra etme borcunun kapsamını, şartlarını ve sınırlarını belirleyebilir. Örneğin, sponsorun tanıtımı amacıyla desteklenenin imza günü ve reklam faaliyetlerine katılması, desteklenenin adı, imzası, fotoğrafı, markası gibi kişisel veya fikri haklarının kullanımının sponsora bırakılması gibi hususlara sözleşmede yer verilebilir¹²³. Böylece, desteklenenin borcunun kapsamı ile sponsorun desteklenene ait kişisel veri mahiyetindeki bilgileri işleyebilmesinin sınırları sözleşmede çizilebilir. Örneğin, kişisel bakım ve kozmetik

¹²² Sponsorluk sözleşmelerinin hukuki niteliği ile sponsor ve desteklenenin hakları ve borçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gülçin Elçin Grassinger *Sponsorluk Sözleşmesi* (Seçkin 2003) 59ff; Kemal Atasoy, *Spor Sponsorluğu Sözleşmesinin Hukuki Niteliği* (Oniki Levha 2016) 77ff; Ömür Karaağaç, ‘Sponsorluk Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk’ iç Sibel Özel ve Hatice Selin Pürselim Arning (edr), *Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk* (Oniki Levha 2020) 539, 543-552.

¹²³ Bkz. Karaağaç (n 122) 546.

ürünleri alanında faaliyet gösteren bir Türk şirketi, piyasaya yeni sürdüğü bir ürünün tanıtımı amacıyla yabancı bir futbolcu ile bir sponsorluk sözleşmesi yapmış ve bu anlaşma uyarınca futbolcunun adı ve fotoğraflarının yer aldığı reklamın gazete ve televizyonlarda belirli bir süre yayınlanacağı öngörülmüş olsun. Şirketin, bir süre sonra futbolcunun ismini ve fotoğrafını diğer ürünlerine/markalarına ilişkin reklamlarda da kullanmaya başlaması, futbolcuya ait kişisel verilerin sözleşmede kararlaştırılan şekilde kullanmaması, dolayısıyla söz konusu verileri hukuka aykırı olarak kullanması anlamına gelecektir.

MÖHUK m.24 kapsamında mütalaa edilebilecek ve bireylerin kişisel verilerinin işlenmesini konu edinen sözleşme türlerine başka bir örnek bulut depolama sözleşmeleridir. Günümüzde büyük boyutlu belge depolamak, bu belgelere her yerden ulaşmak ve bunların kaybolma/zarara uğrama riskinden korumak isteyen kişiler veya kurumlar, gün geçtikçe yaygınlaşan bulut depolama denilen “sanal dolap”ları tercih etmektedir¹²⁴. Başkalarına ait uzakta bulunan sunucularda veri depolamaya yararayan sistem olarak tanımlanan¹²⁵ bulut depolama, bu hizmeti sunan sağlayıcı (Dpobox, Google Drive, iCloud) ile kullanıcı arasında, kullanıcının kişisel veya kurumsal bilgi, belge ve dosyalarının depolanması, depolanan bu belgelere internet bağlantısı aracılığıyla dilediği zaman ve yerden erişim imkânı sağlanmasına ilişkin bir sözleşmedir¹²⁶. Burada kullanıcı, bir tüketici, tüzel kişi veya kurum olabileceği gibi, bulut depolama hizmetine, ticari veya mesleki faaliyetlerin ifası kapsamında da başvurulabilir¹²⁷. Örneğin, bir avukat, vekaletini aldığı davalara veya müvekkillerine ilişkin ilişkin her türlü bilgiyi (dava/cevap dilekçeleri, deliller, mahkeme kararları, dava kapsamında yapılan seyahat ve konaklama giderlerini gösteren fatura vb.), mesleki bilgilerini (diploma, ruhsat, sertifika vb.) veya mali bilgilerini, sadece bürosunda değil, bu tür bir bulut depolama sistemi üzerinde sanal olarak arşivleyebilir. Benzer şekilde, bir mimar, mesleğine ve mesleki geçmişine ilişkin her türlü bilgiyi (müşteri bilgilerini, tasarımlarını, projelerini vb.) bu tür sistemler üzerinde depolayabilir. İşte bir tarafını gerçek kişilerin oluşturduğu bu tür sözleşmeler çerçevesinde sağlayıcının, borcunu kesinti veya veri kaybı gibi nedenlerle yerine getirmemesi, depolanan verilerin ifşa edilmesi veya sağlayıcının bu verilere kullanıcının izni olmaksızın erişmesi ve üçüncü kişilerle paylaşması gibi konularda uyuşmazlıklar gündeme gelebilir.

Benzer bir durum, ticari veya mesleki amaçlarla yapılan kimi abonelik sözleşmeleri bakımından da ortaya çıkabilir. Örneğin, Türkiye’de mesleğini yürüten bir avukatın yabancı bir yayınevının yayınladığı yabancı hukuk kaynaklarına dijital ortamda

¹²⁴ M. Ece Uyanık, ‘Bulut Depolama Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk’ iç Sibel Özel ve Hatice Selin Pürselim Arning (edr), *Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, (Oniki Levha 2020) 499, 502-503.

¹²⁵ Bkz Eric Johnson, ‘Lost in the Cloud: Cloud Storage, Privacy, and Suggestions for Protecting Users’ Data’ (2017) 69(3) *Stanford Law Review*, 867, 872; Uyanık (n 124) 503.

¹²⁶ Uyanık (n 124) 505.

¹²⁷ Benzer yönde bkz Uyanık (n 124) 505.

erişebilmek amacıyla söz konusu yayıneviyle bir abonelik sözleşmesi akdedebilir. Sözleşme kapsamında yabancı yayınevini, avukatın yayınevine ait siteye/veritabanına erişim sağlama borcunu, avukatın da bunun karşılığında ücret ödeme borcunu yerine getirebilmesi, avukata ait kimlik, iletişim, kredi kartı gibi pek çok bilginin yayınevi tarafından kullanılmasıyla mümkün olabilir. Hatta sözleşme kapsamında, avukatın bilgisayarının IP adresinden sisteme ne zaman ve ne kadar süre giriş yaptığına kadar her türlü bilgiyi edinmesi mümkün olabilir. Bir önceki örnekte olduğu gibi, abonelik sözleşmesinin kurulması veya ifası kapsamında aboneye ait kişisel bilgileri kullanmak durumunda olan yayınevini bu verileri üçüncü kişilerle paylaşması, sözleşmeden kaynaklanan borcunu yerine getirmemesi anlamına gelebilir.

Yukarıdaki örneklerden de anlaşılacağı üzere, gerçek kişilerin tarafı olduğu ve MÖHUK'daki akdi borç ilişkilerine ilişkin özel kanunlar ihtilafı kurallarının kapsamına girmeyen, dolayısıyla MÖHUK m.24'ün kapsamına giren pek çok yabancı unsurlu sözleşmenin kurulması için veya bu sözleşmelerden kaynaklanan edimlerin ifasını sağlamak üzere, gerçek kişiye ait kişisel veri mahiyetindeki bilgileri sözleşmenin karşı tarafınca işlenmesi gerekebilir. Kişisel verilerin işlenmesi ile tüketici sözleşmeleri arasındaki ilişkide olduğu gibi, tüketici konumunda olmayan bir gerçek kişiye ait kişisel verilerin işlenmesi, sözleşmeden kaynaklanan asli yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlayan bir yan yükümlülük niteliğindedir. Bu verilerin amacı dışında veya yanlış bir şekilde işlenmesi, bu kişilerin sözleşmeden kaynaklanan borcunu tam ve doğru bir şekilde ifa edememesi sonucuna yol açabilecektir¹²⁸. Yukarıda verdiğimiz reklam yayın sözleşmesi örneğinden yola çıkacak olursak, doktorun isminin reklamda yanlış yazılmış veya aynı veya farklı alanda başka bir uzman doktorun ismine ya da fotoğrafına yer verilmiş olması, televizyon şirketinin doktora ait kişisel verileri yanlış işlemesi, dolayısıyla sözleşmeden kaynaklanan borcunu gereği gibi ifa etmemesi sonucunu doğuracaktır. Sponsorluk sözleşmesi örneğinde de, şirketin futbolcunun adına ve fotoğrafına sözleşmede kararlaştırılmayan ürünlerin reklamlarında da kullanması, futbolcuya ait olan ve sponsorluk sözleşmesinin ifasıyla doğrudan ilgili olan kişisel verilerin sözleşmeye aykırı bir şekilde işlemesi, dolayısıyla şirketin/sponsorun sözleşmeye aykırı davranması anlamına gelecektir. Yine, bulut depolama sözleşmesi kapsamında sağlayıcının, kullanıcının kişisel verilerine erişebilme hizmetini kısmen veya belirli bir süreliğine kesmiş olması veya verilerin bir kısmının kullanıcıdan kaynaklanmayan bir nedenle kaybolması halinde, sağlayıcı sözleşmeden kaynaklanan kullanıcının kişisel verilerine erişimi sağlama borcuna aykırı davranmış olacaktır.

Sözleşmenin kurulması veya ifası çerçevesinde satıcı, sağlayıcı veya hizmet sunan tarafından işlenen (elde edilen, depolanan, erişim sağlanan) gerçek kişiye ait kişisel verilerin, yine bu kişilerce korunması da gerekmektedir. Buna göre, sözleşmenin karşı tarafının öncelikle gerçek kişiye ait, sözleşmenin kurulması veya ifasıyla ilgili olmayan kişisel verileri edinmemesi, eğer edinmişse bu verilere zarar vermemesi (yok etmesi, anonim hale getirmesi) veya üçüncü kişilerle paylaşmaması, sözleşmeden

¹²⁸ Bu konuda bkz Yukarıda III/ B/ 1.

kaynaklanan bir yükümlülük olan kişisel verileri koruma yükümlülüğünün bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır¹²⁹. Sözleşmenin kurulmasıyla veya ifasıyla ilgili olan kişisel verileri işlemek durumunda olan satıcı, sağlayıcı veya hizmet sunan tarafın, gerçek kişiye ait bu bilgileri, veri süjesinin rızası gibi bir hukuka uygunluk sebebi olmadıkça, üçüncü kişilerle paylaşmamaları da gerekmektedir. Mesela bulut depolama sözleşmesinde kullanıcının kişisel verilerine erişebilmesi sağlamakla yükümlü olan sağlayıcı, aynı zamanda sözleşme kapsamında bu verilere izinsiz bir şekilde erişmeyeceği taahhüdüne aykırı davranarak bu verilerin üçüncü kişiler tarafından erişilebilir olmasını sağlamışsa, kullanıcının kişisel verilerini koruma yükümlülüğüne, dolayısıyla sözleşmeye aykırı davranmış olacaktır.

Gerçek kişilerin ticari veya mesleki faaliyetlerini gerçekleştirmek üzere akdetmiş olduğu, dolayısıyla bu kişilerin sözleşmenin kurulmasıyla veya ifasıyla ilgili olan kişisel verilerinin sözleşmenin karşı tarafında işlenmesini gerektiren bu tür sözleşmeler, kimi örneklerimizde de görüldüğü üzere, sözleşmenin bir tarafını yabancı bir gerçek veya tüzel kişinin oluşturması veya sözleşme konusunun veya ifa yerinin yabancı ülkede olması itibarıyla yabancılik unsuru ihtiva edebilir. Dolayısıyla, veri sorumlusu konumundaki satıcı, sağlayıcı veya hizmet sunan tarafın, kişisel verileri hukuka aykırı olarak işlediği veya elde ettiği verileri koruma yükümlülüğü ihlal ettiği ileri sürüldüğünde, yabancılik unsuru içeren bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlığın hangi ülke hukukuna göre karara bağlanacağı meselesi doğacaktır.

2. Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Uyarınca Tespiti ve Uygulama Alanı

a. Genel Olarak

Bu başlık altında, MÖHUK'daki akdi borç ilişkilerine ilişkin özel kanunlar ihtilafı kurallarının kapsamına girmeyen, dolayısıyla MÖHUK m.24 kapsamına giren ve kişisel verileri işlemeyi gerektiren ve bu verileri koruma yükümlülüğü doğurabilecek olan yabancı unsurlu sözleşmeleri ele alacağımızı yukarıda dolaylı olarak belirtmiştik. Bu tür sözleşmelerden doğan -konusunu kişisel verilerin işlenmesi veya korunması yükümlülüğüne aykırılığın oluşturduğu- uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk MÖHUK m.24 hükmü uyarınca tespit edilecektir¹³⁰.

¹²⁹ Bu konuda bkz Yukarıda III/ B/ 1.

¹³⁰ Dolayısıyla, bu başlık altında MÖHUK'daki akdi borç ilişkilerine dair özel kanunlar ihtilafı kurallarının kapsamına girmeyen sözleşmelere uygulanacak hukukun MÖHUK m.24'ün kapsamına gireceği varsayımından hareket ettiğimizi belirtmeliyiz. Zira yabancı unsurlu bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık Türk mahkemesinin önüne geldiğinde, mahkemenin bu sözleşmeye uygulanacak hukukun MÖHUK m.24-29'da yer alan akdi borç ilişkilerine ilişkin hangi kanunlar ihtilafı kuralına göre tespit edileceğini belirlemeden evvel, uyuşmazlığın kaynaklandığı sözleşmenin hukuki niteliğini belirlemesi, yani vasıflandırma yapması gerekeceği unutulmamalıdır. Türk milletlerarası özel hukukunda da genel kabul edilen yaklaşım, vasıflandırmanın *lex fori*'ye göre yapılacağı yönünde olduğundan, Türk mahkemesi, yabancı unsurlu sözleşmenin Türk maddi hukukunda öngörülen hukuki niteliğini esas alacaktır. Dolayısıyla, yapılacak vasıflandırma sonucunda, uyuşmazlığın kaynaklandığı yabancı unsurlu sözleşmenin MÖHUK m.25 ila m.29'da yer alan borç akidlerine ilişkin özel kanunlar ihtilafı kurallarından birinin kapsamına girmeyen bir sözleşme niteliğinde olmadığı sonucuna varırız, MÖHUK m.24 hükmünü tatbik edecektir.

MÖHUK m.24 uyarınca yetkili kılınan hukuk, öncelikle sözleşmenin karşı tarafını teşkil eden sağlayıcı, sponsor, hizmet sunan vb. tarafın, sözleşmeye taraf olmakla, sözleşmenin kurulması veya ifası amacıyla gerçek kişiler tarafından sunulan bilgilerin işlenmesi ve/veya korunması şeklinde bir yükümlülük altına girip girmediği hakkında karar verecektir. Kişisel verileri işleme ve/veya koruma yükümlülüğünün asli veya yan yükümlülük niteliğinde olup olmadığı, birbirinden farklı bu iki yükümlülüğe aykırılığın, aynı zamanda sözleşmenin ihlali sonucunu doğurup doğurmadığı, sözleşmeye aykırılığın hangi hal ve şartlar altında söz konusu olacağı (hukuka uygunluk sebeplerinin neler olduğu) meseleleri de bu hukuka tabi olacaktır. Bununla bağlantılı olarak, sözleşmeye aykırılık halinde, gerçek kişilerin karşı tarafa yönelik maddi veya manevi tazminat talep etmek hakkına sahip olup olmadığı ile bunun şartlarının neler olduğu gibi meseleler hakkında da karar verecektir.

MÖHUK m.24'te, daha önce incelediğimiz sözleşmelere ilişkin özel kanunlar ihtilafı kurallarında olduğu gibi, uygulanacak hukukun iki şekilde tespit edilebileceğini öngörmüştür. MÖHUK m.24(1)-(3)'de sözleşmeye uygulanacak hukukun taraf iradelerine (hukuk seçimi) istinaden tespit edilebileceği, MÖHUK m.24(4)'te ise hukuk seçiminin yokluğu halinde uygulanacak hukukun objektif bağlama kuralına göre belirleneceği öngörülmüştür.

b. Yetkili Hukukun Taraflarca Belirlenmesi (Hukuk Seçimi)

MÖHUK m.24(1)-(3) hükümleriyle yabancılık unsuru içeren sözleşmelere uygulanacak hukukun taraflarca hukuk seçimi yoluyla belirlenebilmesine ilişkin koşul ve sınırlamalara yer verilmiştir. Buna göre, taraflar, aralarındaki sözleşmeyi açık olarak seçtikleri hukuka tabi kılabilir. Aynı fıkra uyarınca sözleşmenin hükümlerinden ve halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek bir biçimde anlaşılabilen bir hukuk seçiminde de bulunabilecektir¹³¹. Taraflarca seçilen hukuk, gerek emredici gerekse tamamlayıcı ve yorumlayıcı kurallarıyla birlikte, bir bütün olarak sözleşmeye uygulanacaktır¹³². MÖHUK m.24(2)-(3) uyarınca taraflar, seçmiş oldukları devlet hukukunun sözleşmenin bir kısmına veya tamamına uygulanabileceği konusunda anlaşabilecekleri gibi, hukuk seçiminin her zaman yapılabilmesi veya değiştirilebilmesi mümkün kılınmıştır.

¹³¹ Nomer (n 28) 322; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe (n 28) 276; Çelikel ve Erdem (n 28) 395-396; Doğan, *MÖH* (n 28) 366-367; Aybay ve Dardağan (n 28) 255-256; Hacı Can ve Ali Gümrah Toker, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (3.Bası, Adalet 2018) 443-445; Nuray Ekşi, *Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu* (Beta 2004) 100-101; Berk Demirkol, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (Vedat 2011) 139ff; Aslı Bayata Canyaş, 'Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi' (2011) 1(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 110, 110ff; İlyas Arslan, '5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zimni Hukuk Seçimi', (2013) 33(2) MHB 1, 5ff

¹³² Güngör (n 59) 127; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe (n 28) 273.

Tarafların sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri hukukun, beliri bir devlet hukuku olması gerekir¹³³. Bu bağlamda, seçilen hukuk Türk hukuku veya başka bir devletin hukuku olabilir. Bununla birlikte, sözleşmede belirli bir devlet hukukuna ait olmayan, özellikle milletlerarası ticari hayatı ilgilendiren sözleşmelerde UNIDROIT prensiplerini veya milletlerarası ticari örf adet hukuku (lex mercatoria) kurallarının sözleşme metnine dahil edilmesi (incorporation)¹³⁴ ve akdin bir parçası haline getirilmesi mümkündür. Bu kurallar, taraflarca esasa uygulanmak üzere seçilen veya böyle bir seçim yoksa objektif bağlama kuralı uyarınca belirlenen hukukun sınırları ve temelleri üzerinde uygulanacaktır¹³⁵. Yine, hukuk seçimi yapılması halinde, seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının değil, maddi hukuk kurallarının seçilmiş olduğu kabul edilmektedir. Zaten, gerek MÖHUK m.2(3) gerekse m.2(4) hükümleri birlikte ele alındığında, hukuk seçiminin taraflarca seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kuralları değil, sözleşmeye ilişkin maddi hukuk kurallarına yönelik olması gerektiği anlaşılmaktadır¹³⁶.

Bunlara ilaveten, MÖHUK m.24(1)-(3)'de hukuk seçimine ilişkin getirilen sınırlamalar bunlardan ibaret olduğu için, seçilen hukuk ile sözleşmesi arasında objektif olarak herhangi bir bağlantının olmamasının, başka bir deyişle sözleşmeyle hiçbir ilişkisi bulunmayan bir ülke hukukunun seçilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir¹³⁷. Yine, Yargıtay'ın bir kararıyla da ortaya konduğu üzere¹³⁸, objektif açıdan yabancılık unsuru içermeyen bir sözleşmeye uygulanmak üzere tarafların yabancı hukukun uygulanacağı konusunda anlaşmış olmaları, sözleşmeye taraf iradesiyle yabancılık unsurunun katılmasını mümkün ve geçerli kılmaktadır¹³⁹.

c. Hukuk Seçimi Yapılmayan Hallerde Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Tespiti (Objektif Bağlama Kuralı)

Tarafların hukuk seçiminde bulunmamaları halinde sözleşmeye uygulanacak hukukun nasıl belirleneceği MÖHUK m.24(4)'te düzenlenmiştir. Buna göre, taraflarca hukuk seçiminin yapılmamış olması halinde, objektif bağlama kuralı

¹³³ Nomer (n 28) 320; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 279.

¹³⁴ Incorporation hakkında bkz Nuray Ekşi, 'Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation' (1999) 19(1-2) MHB 263, 263ff

¹³⁵ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 279-280. Mesela, uygulanacak hukukun Türk hukuku olduğunu kararlaştıran bir sponsorluk sözleşmesinin tarafları, aynı zamanda ICC'nin Reklamcılık ve Pazarlama İletişim Kodu'nun (ICC Advertising and Marketing Communications Code) "B" Bölümünde yer alan sponsorluğa ilişkin hükümlerin uygulanmasını kararlaştırabilir. Örnek için bkz Karaağaç (n 122) 562.

¹³⁶ Nomer (n 28) 326; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 278.

¹³⁷ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 281.

¹³⁸ Bkz Yargıtay 11HD, 8585/12877 7.12.2006, (<<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 30 Mart 2020). Kararın detaylı analizi için bkz Emre Esen, 'Critique of a Turkish Court of Cassation Decision on the Validity of Choice-of-Law and Choice of-Forum Clauses in an Insurance Agreement', (2010)(59) Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul 365ff; Sibel Özel, 'Sözleşmesel İlişkide Yabancılık Unsuru ve Hukuk Seçimi' iç Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak, Cansu Kaya (edr), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu* (Yetkin 2016) 423, 428.

¹³⁹ Konu hakkındaki teorik tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 283-285; Özel, Hukuk Seçimi (n 138) 423ff

olarak, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır. Maddenin devamında, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun tayininde kullanılmak üzere –emredici nitelikte– bazı karinelere yer verilmiştir¹⁴⁰. Dolayısıyla, Türk mahkemeleri, yabancılık unsuru içeren ve konusunu gerçek kişilere ait kişisel verilerin işlenmesi veya bu verilerin korunmaması nedeniyle ihlal edildiği ileri sürülen sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuku bu karineleri kullanmak suretiyle tespit edecektir. MÖHUK m.24(4) c.2’ye göre, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri, karakteristik edim borçlusunun birden fazla işyeri varsa sözleşmeyle en sıkı ilişkili bulunan işyeri hukuku, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuktur.

MÖHUK m.24(4) hükmü, en sıkı irtibatlı hukukun tespitinde kullanılan karineler bakımından, ticari veya mesleki faaliyet çerçevesinde kurulmuş sözleşmelerle böyle bir faaliyet çerçevesinde kurulmuş olmayan sözleşmeler arasında ayırım yapmaktadır. Bu hüküm uyarınca, karine olarak sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk, ticari veya mesleki faaliyet çerçevesinde kurulmuş sözleşmeler bakımından, karakteristik edim borçlusunun işyeri, işyerinin bulunmaması halinde yerleşim yeri hukukudur. Ticari veya mesleki faaliyet çerçevesinde kurulmayan sözleşmeler bakımından sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk karine olarak, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukudur. Demek ki, söz konusu karinelerin hangisinin uygulanacağını tespiti için, öncelikle sözleşmenin ne zaman ticari veya mesleki faaliyet çerçevesinde kurulmuş sayılacağını tespiti gerekmektedir. Mahkemenin önüne gelen uyuşmazlığa konu sözleşmenin ticari veya mesleki bir faaliyet çerçevesinde kurulmuş olup olmadığı, bir vasıflandırma meselesi olup, Türk hukukuna göre belirlenecektir¹⁴¹. Mesela, yukarıda verdiğimiz örneklerden doktor ile yabancı yayıncı arasındaki reklam yapım ve yayın, diş hekimi ile tıbbi cihaz üretici yabancı firma arasındaki satım, yabancı futbolcu ile Türk şirket arasındaki sponsorluk veya avukat ile yabancı yayınevi arasındaki abonelik sözleşmelerinin ticari veya mesleki faaliyet çerçevesinde yapıldığını söylemek mümkündür. Dolayısıyla, yabancılık unsuru içeren bu tür sözleşmelerin en sıkı ilişkili olduğu hukuk, karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri, bulunmaması halinde yerleşim yeri, birden fazla işyerinin bulunması halinde sözleşmeyle en sıkı ilişkili işyeri hukuku olacaktır.

MÖHUK m.24(4) uyarınca, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun, bu bağlamda maddede yer alan karinelerin doğru bir şekilde uygulanabilmesi, aynı zamanda karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin hangi tarafı olduğunun tespitine

¹⁴⁰ Nomer (n 28) 330; Çelikel ve Erdem (n 28) 398; Doğan, *MÖH* (25) 376; Tekinalp ve Uyanık-Çavuşoğlu (n 28) 365; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 291; Can ve Tokar (n 131) 450; Aybay ve Dardağan (n 28) 260; Demirkol (n 131) 276ff; Ekşi, *Roma* (n 131) 109-110.

¹⁴¹ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 293.

bağlıdır¹⁴². Karakteristik edim kavramının yasal bir tanımı bulunmamaktadır¹⁴³. Ancak doktrinde akdi karakterize eden, akde adını ve ağırlığını veren, akde damgasını vuran ve hukukî özelliğini veren, diğerine nazaran daha rizikolu konumda bulunan edim olarak tarif edilmektedir¹⁴⁴. Bu konuda önerilen bir diğer kriter, para ödenmesine ilişkin edimin karakteristik edim olmayacağıdır¹⁴⁵. Bu açıklamalar ışığında, yukarıda değindiğimiz mesleki veya ticari faaliyet çerçevesinde kurulan sözleşmelerde karakteristik edimin, bu mesleki veya ticari faaliyet sonucu ortaya çıkan edim olduğunu söyleyebiliriz. Yukarıda verdiğimiz bir gerçek kişinin akdettiği havayoluyla taşıma sözleşmesi örneğinde taşıyanın ediminin, tıbbi cihaz satım sözleşmesinde satıcının, bulut depolama sözleşmesinde depolama altyapısının ve/veya yazılımını kullanıcıya sunan sağlayıcının¹⁴⁶, abonelik sözleşmesinde yayınevının ediminin karakteristik edim olduğunu, dolayısıyla bu kişilerin karakteristik edim borçlusu olduğunu söylemek mümkündür. Diğer yandan, tarafların edimleri karşılaştırıldığında bazı sözleşme türleri bakımından karakteristik edimin belirlenmesinin zorluk arz edebilecektir¹⁴⁷. Mesela, sponsorluk sözleşmelerinde tarafların farklı, karmaşık ve salt para ödenmesine dayanmayan karşılıklı edimlerinin bulunması, hangi tarafının ediminin karakteristik olduğunu belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Ancak, sponsorun ediminin sadece para ödenmesi veya aynı ya da hizmet şeklinde bir edim olması karşısında desteklenenin ediminin karakteristik edim olduğu belirtilmektedir¹⁴⁸. Dolayısıyla, desteklenenin işyeri hukuku, birden fazla işyeri varsa sözleşmeyle en sıkı ilişkili işyeri hukuku, işyerinin bulunmaması halinde yerleşim yeri hukuku, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olacaktır¹⁴⁹.

MÖHUK m.24(4) hükmü, bir sözleşmeyle en sıkı irtibatlı hukukun hangisi olduğu sorusunu, aynı maddede yer alan karinelerle cevaplamaktadır. Ancak, bu karinelerin uygulanması suretiyle yetkili kılınan hukukun uygulanmasının mutlak olmadığı, MÖHUK m.24(4)'ün son cümlesinde yer alan istisna kuralından anlaşılmaktadır: “... *halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukunun bulunması halinde sözleşme, bu hukuka tabi olur*”. Demek ki, MÖHUK m.24(4)'deki karineleri uygulamak durumunda olan mahkemenin ulaştığı hukuk, her zaman gerçek anlamda sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olmayabilir ve bu hukuka

¹⁴² Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 293.

¹⁴³ Karakteristik edim kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Fügen Sargın, ‘Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım’ (2001) 50(2) AÜHFD 37, 44ff; Güngör Gülin, *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı* (Yetkin 2007) 171ff; Demirkol (n 131) 217ff

¹⁴⁴ Bkz Nomer (n 28) 331; Sargın (n 143) 45-46; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 293-294; Demirkol (n 131) 217-218.

¹⁴⁵ Nomer (n 28) 331; Ekşi, *Roma* (n 131) 111-112; Ziya Akıncı, *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlemeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 1992) 40.

¹⁴⁶ Bu yönde bkz Uyanık (n 124) 514.

¹⁴⁷ Bu konu hakkında bkz Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 295.

¹⁴⁸ Karaağaç (n 122) 565-566.

¹⁴⁹ Karaağaç (n 122) 567.

kıyasla sözleşmeyle daha sıkı irtibatlı bir hukukun bulunması söz konusu olabilir¹⁵⁰. Dolayısıyla, Türk mahkemeleri somut olayda sadece MÖHUK m.24(4) uyarınca karinelerin uygulamak ve yetkili hukuka ulaşmakla yetinmemeli, en sıkı irtibatlı hukuk olarak tespit edilen bu hukuka nazaran sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir ülke hukukunun var olup olmadığı somut olayın koşullarına göre araştırmalıdır¹⁵¹.

IV. Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk Olarak Tespit Edilen Yabancı Hukukun Tatbikini Engelleyen Haller

Kişisel verilerin işlenmesinden veya korunmamasından kaynaklanan yabancı unsurlu sözleşmeye aykırılık iddialarını karara bağlamak durumunda olan bir Türk mahkemesi, yukarıda değindiğimiz kanunlar ihtilafı kurallarını tatbik ettiğinde davaya ya Türk hukukunu ya da yabancı bir ülke hukukunu uygulamak durumunda kalacaktır. Davaya Türk hukukunun maddi hukuk kurallarının uygulanması halinde, esasen herhangi bir problem ortaya çıkmamaktadır. Zira davaya Türk hukukunun uygulanacağını tespiti halinde mahkeme, artık uyuşmazlığı yerel karakterli bir dava imiş gibi karara bağlayacaktır. Bu bağlamda, kişisel verilerin işlenmesi veya korunmaması nedeniyle sözleşmenin ihlal edilip edilmediği, kişisel verilerin işlenmesini/korunmamasını hukuka uygun kılan herhangi bir sebebin olup olmadığını, tazminat talep edilmesi halinde bunun şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği gibi hususları, Türk hukukuna göre karara bağlayacaktır. Burada, başta bu konuda özel kanun niteliğinde olan KVKK olmak üzere Türk kanunlarını uygulayacaktır.

Davaya yabancı hukukun uygulanması gerektiği sonucuna varılması halinde, aslolan uyuşmazlığın yetkili kılınan yabancı hukukun maddi hukuk kuralları uyarınca çözümlenmesidir. Bununla birlikte, MÖHUK hükümleri uyarınca yetkili kılınan yabancı hukukun uygulanmasını sınırlandıran iki hâl bulunmaktadır. Bunlardan ilki, yabancı hukukun uygulanmasının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmasıdır. Kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleştiği ileri sürülen gerek kişilik hakkının ihlali gerekse sözleşmeye aykırılık iddialarına ilişkin davaya yabancı hukukun uygulanması gerektiği sonucuna varılması halinde, aslolan bu hukukun davaya tatbik edilmesidir. Bununla birlikte, aslolan yetkili yabancı hukukun davaya tatbik edilmesi olsa da, bu mutlak değildir. Zira yabancı hukukun uygulanması, Türk kamu düzenine aykırı olmaması şartına bağlıdır¹⁵². Uygulanacak yabancı hukukun somut uyuşmazlığa ilişkin hükmünün uygulanması Türk kamu düzenine açıkça aykırılık

¹⁵⁰ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 296.

¹⁵¹ Sözleşmeyle en sıkı ilişkili ülke hukukuna nazaran daha sıkı ilişkili hukukun bulunup bulunmadığının tespitinde, hâlin bütün şartlarının dikkate alınması gerekmektedir. Bu çerçevede sözleşmenin ifa veya inikat yerinin, tarafların vatandaşlıklarının, işyerlerinin, mutad meskenlerinin veya yerleşim yerlerinin dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Bkz Tekinap ve Uyanık-Çavuşoğlu (n 28) 367-368; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 297.

¹⁵² Yabancı hukukun tatbikine engel kamu düzeni müdahalesi hakkında bkz Çelikel ve Erdem (n 28) 139ff; Nomer (n 28) 161ff; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 75ff

teşkil edecek ise, bu hükmün uygulanmasına engel olunabilir, gerekli görüldüğü takdirde Türk hukuku uygulanır (MÖHUK m.5).

Burada esas alınacak husus, yabancı hukukun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçtur. Yabancı hukukun uygulanmasıyla ortaya çıkan sonuç, Türk adap ve ahlak anlayışıyla, Türk hukukunun temel prensipleriyle veya temel hak ve özgürlüklerle tahammül edilemez bir şekilde bağdaşmamakta ise, yani kamu düzenini aşikâr bir şekilde ihlal etmekte ise, yabancı hukukun tatbikinden vazgeçilecektir. Dolayısıyla, yukarıda incelediğimiz hükümler uyarınca yetkili kılınan yabancı hukukun somut uyuşmazlığa ilişkin hükmünün uygulanması, Türk kamu düzenine açıkça aykırı bir sonuca yol açmakta ise, bu hükmün uygulanmasına engel olunabilir, gerekli görüldüğü takdirde Türk hukuku uygulanır (MÖHUK m.5). Örneğin, MÖHUK m.27(2) uyarınca işçinin mutad işyeri hukuku olan yabancı hukukun iş kanunu hükümlerinde, işçinin çalıştığı işkolu bakımından haklı sebeple dahi olsa iş sözleşmesini feshetme hakkı tanınmamış olsun¹⁵³. İşveren de, söz konusu işçinin bulaşıcı hastalığına veya cinsel yönelimine ya da ceza mahkumiyetine ilişkin bilgilerini kullanarak şantajda bulunmuş veya bunları işyerindeki diğer işçilerin öğreneceği şekilde sosyal medyada paylaşmış olsun. İşçinin işyeri/toplum nezdinde onurunu ve itibarını zedeleyen ve işçinin kişiliğini (kişisel verilerini) koruma ve gözetme borcuna açıkça aykırı olmasına ve işçinin iş sözleşmesine devam etmesinin kendisinden beklenemeyeceği açıkça anlaşılmasına rağmen, salt yetkili yabancı hukukta işçiye iş sözleşmesini feshetme hakkı tanınmaması nedeniyle işçiye işe devam etme zorunluluğu öngören böyle bir kuralın uygulanması, işçinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkıyla bağdaşmayacağından Türk kamu düzenine açıkça aykırı olarak nitelendirilebilecektir. Yine, sponsorluk sözleşmesine uygulanacak hukuk olarak seçilen yabancı hukukta, sadece sponsora sözleşmeyi fesih hakkı tanınmış olsun. Sponsor bu hakkını kullanmadığı takdirde, öngörülemeden uzun bir süre boyunca sözleşmeyle bağlı kalacak olan desteklenenin kişisel verileri sponsor tarafından kullanılabilir, desteklenenin kişisel ve ekonomik özgürlüğü aşırı derece sınırlanacaktır. Dolayısıyla, seçilen yabancı hukuktaki ilgili hüküm, kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde uygulanmayabilecektir¹⁵⁴.

Sözleşmeye uygulanacak yabancı hukukun maddi hukuk kurallarının uygulanmasını engelleyen bir diğer hâl de doğrudan uygulanan kurallardır. Devletin organizasyonunu tanzim etmek veya mali, ekonomik, sosyal veya kültürel politikalarını gerçekleştirmek üzere çıkardığı kurallar, hukuki işlem veya ihtilafın niteliğine bakılmaksızın doğrudan uygulama alanı bulmaktadır¹⁵⁵. Bu kurallar, kamu menfaatini koruma amacını taşıyarak, yabancı unsurlu olsun veya olmasın,

¹⁵³ Benzer bir örnek için bkz Tarman, *İş Sözleşmesi* (n 102) 545.

¹⁵⁴ Örnek için bkz Karaağaç (n 122) 572.

¹⁵⁵ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 314; Hatice Özdemir Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2001) 8.

ülkeyle irtibatlı her türlü uyumsuzlığa uygulanmaktadır¹⁵⁶. Burada kamu düzeni müdahalesinden farklı olarak, doğrudan uygulanan kurallar, getirdikleri düzenlemeyle sınırlı olmak kaydıyla, kanunlar ihtilafı kurallarının ve bu kurallar uyarınca yetkili kılınan yabancı hukukun uygulanmasını engellemektedir¹⁵⁷. Yukarıda zikrettiğimiz hükümler uyarınca sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak tespit edilen yabancı hukukun maddi hukuk kurallarının uygulanması, kaynağını 5718 sayılı MÖHUK'ta yer alan düzenlemelerden alan doğrudan uygulanan kuralların uygulanması suretiyle engellenebilir.

Bunlardan ilki olan MÖHUK m.6 uyarınca, yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde o kural doğrudan uygulanır. Bunlardan ikincisi olan ve MÖHUK m.6'dan farklı olarak sadece sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkileri bakımından uygulama alanı bulan¹⁵⁸ MÖHUK m.31 uyarınca, sözleşmenin tabi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Türk mahkemesi, söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacını, niteliğini, muhtevasını ve sonuçlarını dikkate alacaktır. Üçüncü olarak, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak tespit edilen yabancı hukukta yer alan doğrudan uygulanan kurallar, MÖHUK m.24 vd. hükümlerinin bir gereği olarak, Türk mahkemelerince uygulanacaktır. Dolayısıyla, kişisel verilerin işlenmesi nedeniyle ortaya çıkan yabancı unsurlu sözleşmeye aykırılık iddiaları hakkında Türk mahkemesi, sözleşmeye uygulanacak yabancı hukukun maddi hukuk kurallarını uygulamadan evvel, yukarıda saydığımız aynı anda üç farklı devletin hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralları uygulamak durumunda kalabilecektir.

Bunlardan, MÖHUK m.24 vd. hükümleri uyarınca yetkili kılınan yabancı hukukun doğrudan uygulanan kuralları, yabancı hukukun bir parçası olarak zaten uygulanacaktır. Bununla birlikte, yetkili kılınan yabancı hukukta gerçek kişilerin tarafı olduğu yukarıda zikrettiğimiz sözleşmeler kapsamında elde edilen kişisel verilerin işlenmesine veya korunması konusunda herhangi bir düzenleme bulunmayabilir. Keza, yabancı hukukta kimi kişisel verilerin sözleşmenin karşı tarafınca -sözleşmenin ifasıyla veya kurulmasıyla ilgili olsun veya olmasın- elde edilmesi, kullanılması, paylaşılması veya transfer edilmesi herhangi bir koşul aranmaksızın mümkün kılınmış olabilir. Bu gibi durumlarda, gerek Türk hukukunun gerekse sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının devreye girmesi söz konusu olabilir. Böylece, kişisel verilerin işlenmesine veya korunmasına ilişkin

¹⁵⁶ Özdemir Kocasakal (n 155) 8; Mustafa Erkan, 'MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış' (2011) 15(2) GÜHFD 81, 84.

¹⁵⁷ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 94.

¹⁵⁸ Türk hukukunun (*lex fori*'nin) doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin MÖHUK m.6 hükmü, her türlü işlem ve ilişki hakkında uygulama alanı bulacak genel bir hüküm iken, MÖHUK m. 31 hükmü sadece sözleşmeden doğan borç ilişkileri hakkında uygulama alanı bulmaktadır. Bkz Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 28) 315.

esnek düzenlemeler getirmesi nedeniyle veri sorumlusu konumundaki sözleşmenin karşı tarafının kişisel verileri işleme veya koruma yükümlülüğüne ilişkin düzenleme getirmeyen veya böyle bir yükümlülük altında bulunmadığı sonucuna yol açan yabancı hukukun maddi hukuk kurallarının uygulanması engellenebilir.

Şüphesiz, bu noktada akla Türk hukukunda var olan ve sözleşmeye uygulanacak yabancı maddi hukuk kurallarının uygulanmasını engelleyen kişisel verilerin işlenmesine ve/veya korunmasına ilişkin kurallardan hangilerinin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu sorusu gelmektedir. Bu soruya verilecek cevap, yukarıda zikrettiğimiz sözleşmelerin niteliğine bağlı olarak değişebileceği gibi, KVKK ile kişisel verilerin korunmasına ilişkin diğer düzenlemelerde yer alan bazı kurallar, her türlü hukuki işlem ve ilişki bakımından Türk mahkemelerince dikkate alınması gereken bir doğrudan kural olarak nitelendirilebilir. Örneğin, özel nitelikli kişisel veriler ile bu verilerin işlenmesi şartlarına ilişkin KVKK m.6 hükmünün bir doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu söylenebilir. Dolayısıyla sözleşme kapsamında işlenen (kullanılan, depolanan, paylaşılan) gerçek kişiye ait kişisel veri, yetkili yabancı hukukta özel nitelikli veri olarak nitelendirmese, hatta bir veri olarak nitelendirilmese dahi, Türk mahkemelerinin bu veriyi bir kişisel veri olarak nitelendirmesi, verinin sözleşmenin karşı tarafınca KVKK m.6'ya uygun olarak işlenip işlenmediğini araştırması gerekecektir.

Yine, kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasını ve bunun için gerekli koşulları düzenleyen KVKK m.9 hükmü de bir doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilebilir. Bu itibarla, akdettiği sözleşmeler çerçevesinde gerek çalışanlarına gerekse tüketicilere ait kişisel verileri yurt dışına aktarmak isteyen bir yabancı veya Türk şirketi, sözleşmeye uygulanacak hukuk hangi ülke hukuku olursa olsun, KVKK m.9'da yer alan koşullara uygun olarak hareket etmelidir. Aksi takdirde, yetkili yabancı hukukta kişisel verilerin işlenmesi (veri aktarımı), sözleşmeye aykırı bir davranış olarak nitelendirilmese, dolayısıyla şirketin kişisel verileri koruma yükümlülüğüne aykırı davranmadığı kabul edilse dahi, Türk mahkemesi veri aktarımının KVKK m.9'daki koşullara uygun yapıp yapılmadığını inceleyebilir ve şirketin sözleşmeye aykırı hareket ettiğine hükmedebilir. Konuyu daha da somutlaştırmak adına, bulut depolama sözleşmeleri üzerinden bir örnek verilebilir. 2019/12 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi¹⁵⁹ ile bilgilerin dijital ortamlara taşınması, dijital altyapıların ve bilgi yönetim sistemlerinin yaygın olarak kullanılması nedeniyle doğabilecek güvenlik risklerini azaltmak amacıyla bilgi ve iletişim güvenliği için tedbirler alınmıştır. Türk hukukun doğrudan uygulanan kurallarından biri olarak nitelendirilebileceği belirtilen¹⁶⁰ bu genelgenin ilk maddesinde, nüfus, sağlık ve iletişim kayıt bilgileri ile genetik ve biyometrik bilgilerin yurt içinde

¹⁵⁹ Bilgi ve İletişim Güvenliği Tedbirleri ile İlgili 2019/12 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi, Genelge Numarası: 2019/12, Kabul Tarihi: 5.7.2019, RG 6.7.2019/30823.

¹⁶⁰ Uyanık (n 124) 526.

depolanacağı düzenlenmiş, kamu kurum ve kuruluşlarının yurt dışındaki sunucularda veri depolaması yasaklanmıştır. Dolayısıyla, söz konusu kişisel verilerin yabancı ülkelerdeki sunucularda depolanmasını ve gerektiğinde kullanılmasını konu edinen bulut depolama sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından, bulut depolama sözleşmelerinin geçerliliğini ve ifasını etkileyebilecek olan bu kural Türk mahkemelerince dikkate alınacaktır.

Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının yanı sıra, yukarıda zikrettiğimiz sözleşmelerle sıkı ilişkili olmak kaydıyla, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları da yetkili yabancı hukukun sözleşmeye ilişkin maddi kurallarının uygulanmasını engelleyebilir. Bulut depolama sözleşmesi örneğinden yola çıkacak olursak, sözleşmeye yabancı bir devlet hukukunun kararlaştırıldığı, ancak sözleşmeye konu verilerin depolandığı sunucunun bulunduğu ülkenin üçüncü bir ülke olduğu hallerde, üçüncü ülkenin sözleşmeyle sıkı ilişki içinde olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla, Türk mahkemesi, sözleşmeyle sıkı ilişki içinde olan üçüncü devletin kişisel verilerin işlenmesine ilişkin genel nitelikteki veya (2019/12 sayılı Genelge gibi) özel düzenlemelerinde yer alan kurallara etki tanıyabilir. Bunun sonucunda verilerin hangi ülkede depolandığını bilmeyen kullanıcılar bakımından bulut depolama sözleşmesinin geçerliliğine veya ifasına ilişkin sürpriz sonuçlar ortaya çıkabilir. Zira kişisel verilerin depolanmasına ilişkin bulut altyapılarının yaygınlaşmasıyla birlikte, pek çok ülke hukukunda 2019/12 sayılı Genelge benzeri düzenlemelere yer verildiği belirtilmektedir¹⁶¹. Bu bakımdan, yetkili yabancı hukukun, çalışma kapsamında incelediğimiz sözleşmelerden kişisel verilerin işlenmesi veya korunmaması nedeniyle kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanması, sözleşmeyle sıkı ilişkili içindeki üçüncü bir devletin kişisel verilerin işlenmesine veya korunmasına ilişkin doğrudan kuralların varlığı nedeniyle mümkün olmayabilir. Ancak, üçüncü devletin söz konusu kurallarına etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacının, niteliğinin, içeriğinin ve sonuçlarının da dikkate alınacağı unutulmamalıdır.

Sonuç

KVKK ile farklı bir boyut kazanan kişisel verilerin işlenmesi ve korunması, Türk kanunlar ihtilafı hukukunda genellikle kişilik haklarının korunması boyutuyla ele alınmıştır. Günümüzde kişisel verilerin işlenmesi ve işlenen bu verilerin korunması gereği, genellikle veri süjesi gerçek kişi ile veri sorumlusu konumundaki karşı taraf arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde işlenen kişisel veriler bakımından da ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda genellikle bir sözleşmenin kurulmasına veya sözleşmenin ifasına ilişkin olarak kişisel verilerin işlenmesi söz konusu olmaktadır.

¹⁶¹ Uyanık (n 124) 528.

Sözleşmesel ilişki kapsamında elde edilen kişisel verilerin elde edilmesi, kullanılması, depolanması, paylaşılması, aktarılması, silinmesi gibi kişisel veriler üzerindeki her türlü eylem, aynı zamanda ilgili gerçek kişinin şahıs varlığıyla yakından ilgilidir. Bu itibarla, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi veya korunmaması, aynı zamanda kişilik haklarına yönelik bir saldırı olması itibariyle haksız fiil olarak da nitelendirilebilmektedir. Türk maddi hukukunda benimsenen haksız fiil sorumluluğu ile akdi sorumluluğun yarışma halinde olduğu ve birbirini dışlamadığı anlayışı Türk kanunlar ihtilafı hukuku bakımından da geçerlidir. Bunun doğal sonucu olarak, yabancı unsurlu sözleşmeler çerçevesinde elde edilen kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi veya bu verilerin korun(a)maması nedeniyle açılan bir davada, hangi kanunlar ihtilafı kuralının uygulanacağı davacının iddialarını haksız fiil veya sözleşmeye aykırılıktan hangisine dayandıracağına bağlı olarak değişecektir. Kısacası, yabancı unsurlu böyle bir davada uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralının tespiti, dolayısıyla hangi ülke hukukunun uygulanacağı, yapılacak böyle bir nitelendirmeye bağlı olarak farklılık arz edecektir. Çalışmamızın kapsamını yabancılık unsuru içeren sözleşmelerin kurulması ve ifasıyla ilgili kişisel verilerin işlenmesi veya bu verilerin veri sorumlusu olan sözleşmenin karşı tarafınca korunmaması nedeniyle ortaya çıkan sözleşmeye aykırılık halleriyle sınırlandırmıştık. Bu itibarla, yabancı unsurlu bu tür sözleşmeye aykırılık iddialarını karara bağlayacak olan Türk mahkemesi, sözleşmeye uygulanacak hukuku MÖHUK m.24-29 ve 32 hükümleri uyarınca belirleyecektir.

MÖHUK m.24-29'da yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edilen hukuk, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo), sözleşmenin kurulması, maddi geçerliliği, içeriği, yorumu, hüküm ve sonuçları, süresi, irade sakatlıkları, ifa ve ifa engelleri gibi konular hakkında yetkili olacaktır. Gerçek kişilere ait kişisel veriler, sözleşmenin kurulması veya sözleşmeden kaynaklanan edimlerin ifası amacıyla sözleşmenin bir tarafınca işlenmektedir. Dolayısıyla, gerçek kişiler tarafından bu amaçla sunulan veya karşı tarafça istenen bu bilgilerin işlenmesi veya elde edilen bu verilerin korunması konusunda karşı tarafın sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülük altında olup olmadığı veya bu yükümlülüğün kapsamı ve koşulları hakkında da MÖHUK m.24-29 ve 32 uyarınca sözleşmeye uygulanacak hukuk yetkilidir. MÖHUK m.24-29 arasında yer alan kanunlar ihtilafı kurallarından hangisinin uygulanacağı ise, gerçek kişiye ait kişisel verilerin işlenmesini ve korunmasını gerektiren sözleşmenin niteliğine ve taraflarına bağlı olarak değişebilmektedir. MÖHUK m.25-29'da bazı sözleşme türleri bakımından özel kanunlar ihtilafı kurallarına yer verilmiş, MÖHUK m.24'te ise özel kuralların kapsamına girmeyen sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku gösteren genel kanunlar ihtilafı kuralına yer verilmiştir. Dolayısıyla, kişisel verilerin işlenmesi veya korunmaması nedeniyle ihlal edildiği ileri sürülen sözleşme, MÖHUK m.25-29'un kapsamına giren bir sözleşme ise, ilgili özel kural uyarınca uygulanacak hukuk tespit edilecektir.

Günümüzde, başta tüketici ve iş sözleşmeleri olmak üzere, gerçek kişilerin tarafı olduğu pek çok sözleşmenin kurulabilmesi veya bu sözleşmeler kapsamında karşı tarafın sözleşmeden doğan borçlarını ifa edebilmesi için, veri süjesi konumundaki gerçek kişiye ait kişisel verilerin elde edilmesi, kullanılması, depo edilmesi veya paylaşılması gerekmektedir. Gerçek kişilerin tarafı olabileceği bu tür sözleşmelerin çoğunlukla, tüketici ve iş sözleşmeleri niteliğinde olabileceği düşüncesiyle, konusunu kişisel verilerin işlenmesi veya korunmamasının oluşturduğu bu tür sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun, MÖHUK m.26 ve m.27 hükümleri uyarınca tespit edileceği sonucuna varılmıştır. MÖHUK m.26 ve m.27 hükümleri analiz edildiğinde, her iki maddedeki kanunlar ihtilafı kuralları, sözleşmenin zayıf tarafı konumunda olduğu varsayılan tüketicileri ve işçileri korumak gayesiyle dizayn edilmiştir. Buna göre, tüketici ve iş sözleşmelerinin taraflarına MÖHUK m.24(1)-(3)'de belirlenen sınırlar dâhilinde hukuk seçiminde bulunma imkânı tanınmıştır. Ancak, hukuk seçimi, seçilen hukukun tüketicinin mutad meskeninin ve işçinin mutad işyerinin bulunduğu ülke hukukunun emredici hükümlerinin sağlayacağı asgari korumaya nazaran daha fazla koruma sağlaması halinde geçerli olacaktır. Hukuk seçiminin yapılmadığı hallerde ise, yabancı unsurlu tüketici ve iş sözleşmelerinden tüketicinin ve işçinin kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak işlenmesi veya korunmaması nedeniyle kaynaklanan uyuşmazlıklara, -sırasıyla- objektif bağlama kuralı olarak tüketicinin mutad meskeni hukuku ve işçinin mutad işyeri hukuku uygulanacaktır. Bu noktada, MÖHUK m.27(3) uyarınca işçinin mutad bir işyerinin bulunmadığı hallerde, bu tür uyuşmazlıklara işverenin esas işyeri hukuku uygulanacaktır. Diğer yandan, MÖHUK m.26'dan farklı olarak, MÖHUK m.27(4)'te yer alan istisna kuralı uyarınca mahkeme, halin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle işçinin mutad işyerine (veya işverenin esas işyerine) nazaran daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmeye bu hukuku uygulayabilecektir.

Gerçek kişilerin tarafı olabileceği, dolayısıyla bu kişilere ait kişisel verilerin elde edilmesi, kullanılması, depo edilmesi, paylaşılması gibi veri işleme faaliyetinin söz konusu olabileceği sözleşmeler sadece tüketici ve iş sözleşmeleri ile sınırlı değildir. Gerçek kişilerin, özellikle ticari veya mesleki faaliyet çerçevesinde kullanmak üzere mal ve hizmet teminine ilişkin pek çok sözleşme akdedebilmeleri mümkün olduğu, satım, sponsorluk, reklam yapım ve yayınlama, abonelik veya bulut depolama sözleşmeleri gibi örneklerle ortaya konulmuştur. Gerçek kişilerin tarafı olduğu ve kişisel verilerin işlenmesinin sözleşmenin kurulması ve ifası için gerekli olduğu bu tür yabancı unsurlu sözleşmelerden kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi veya korunmaması nedeniyle kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk MÖHUK m.24 uyarınca belirlenecektir. Yine, MÖHUK m.26'nın kapsamına girmeyen, ancak niteliği itibarıyla bir tüketici sözleşmesi olan gerçek kişilerin tarafı olduğu eşya taşıma sözleşmelerine uygulanacak hukuk, MÖHUK m.29 hükmü uyarınca; konusunu kişilerin taşınmasını oluşturan sözleşmelerle MÖHUK m.26(2)'deki koşullardan

birini karşılamayan tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk ise, MÖHUK m.24 uyarınca belirlenecektir.

MÖHUK m.24(1)-(3)'te yer alan koşullar dâhilinde tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla, özel kanunlar ihtilafı kurallarının kapsamına girmeyen sözleşmelerden kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi veya korunmaması nedeniyle kaynaklanan uyuşmazlığa seçilen hukuk uygulanacaktır. Taraflarca hukuk seçiminde bulunulmaması halinde Türk mahkemesi, MÖHUK m.24(4) uyarınca sözleşmeye sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuku uygulayacaktır. Sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun tespiti için MÖHUK m.24(4)'te yer alan karinelerin işletilmesi gerekmekte olup, söz konusu karinelerin işletilebilmesi için sözleşmenin ticari veya mesleki faaliyet çerçevesinde kurulmuş olup olmadığı ile karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin hangi tarafı olduğu belirleyici olacaktır. Buna göre, Türk mahkemelerinin bir sözleşmenin ticari veya mesleki faaliyet çerçevesinde akdedilmiş olup olmadığını Türk hukukuna göre vasıflandırılacaktır. Sözleşme Türk hukukuna göre ticari veya mesleki bir faaliyet amacıyla yapılan bir sözleşme niteliğinde ise, en sıkı ilişkili hukuk, karakteristik edim borçlusunun işyeri, işyerinin bulunmaması halinde yerleşim yeri hukuku; aksi takdirde karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukudur (m.24(4)). Karakteristik edim borçlusunu sözleşmenin hangi tarafı olduğu ise, akdi karakterize eden, akde adını ve hukukî özelliğini veren edim olmakla birlikte, kimi sözleşmeler bakımından tarafların edimlerinin eşit ağırlıkta olabileceği ve karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin hangi tarafı olduğunun tespitinin zorluk arz edebileceği unutulmamalıdır. Söz konusu karinelere istinaden en sıkı ilişkili hukuka ulaşılsa dahi, bu hukukun uygulanmasının mutlak olmadığı MÖHUK m.24(4)'ün son cümlesinden anlaşılmaktadır. Türk mahkemelerinin, MÖHUK m.24(4)'ün son cümlesindeki istisna kuralı uyarınca halin bütün şartlarına göre en sıkı ilişkili hukuk olarak tespit ettiği hukuka nazaran sözleşmeyle daha sıkı ilişkili hukukun var olup olmadığı somut olayın koşullarına göre araştırması gerekmektedir.

Yabancı unsurlu sözleşmelerden kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi veya korunmaması nedeniyle kaynaklanan uyuşmazlığa uygulanmak üzere tespit edilen hukuk, ya Türk hukuku ya da yabancı bir ülke hukuku olabilir. Davaya yabancı hukukun uygulanması gerektiği sonucuna varılması halinde, aslolan yabancı hukukun uyuşmazlığa ilişkin maddi hukuk kurallarının uygulanmasıdır. Ancak, iki halde, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak tespit edilen yabancı hukukun uygulanması engellebilir. Bunlardan ilki, yabancı hukukun davaya ilişkin maddi hukuk kurallarının uygulanmasının, Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesidir (MÖHUK m.5). Bu durumda, öncelikle yabancı maddi hukuk kuralları davaya uygulanır. Ancak, ortaya çıkan sonuç, Türk adap ve ahlak anlayışı, Türk hukukunun temel prensipleri ve temel hak ve özgürlüklerle tahammül edilemez

bir şekilde bağdaşmamakta, yani Türk kamu düzenine açıkça aykırı bir sonuca yol açmaktaysa, bu hüküm uygulanmayacaktır.

Yabancı hukukun tatbik edilmesine engel diğer bir hâl de, Türk hukukunun veya sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması nedeniyle yabancı hukukun maddi hukuk kurallarının uygulanmamasıdır. Burada, kamu düzeni müdahalesinden farklı olarak, yabancı maddi hukuk kurallarının uygulanmasıyla elde edilen sonuca bakılmayacaktır. Yetkili kılınan yabancı hukukta yukarıda zikrettiğimiz sözleşmeler çerçevesinde kişisel verilerin işlenmesine veya korunması konusunda herhangi bir düzenleme bulunmayabilir veya bu konuda veri sorumlularına herhangi bir yükümlülük getirilmemiş olabilir. Bu noktada gerek KVKK'da gerekse diğer düzenlemelerde yer alan doğrudan uygulanan kurallar devreye girerek, yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili maddi hukuk kuralları yerine uygulanabilecektir. Tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi, sözleşmeyle sıkı ilişkili olan üçüncü bir devletin hukukunda da kişisel verilerin işlenmesi veya korunmasına ilişkin ve doğrudan uygulanan kural niteliğindeki düzenlemeler bulunabilir. Dolayısıyla, yetkili yabancı hukukun çalışma kapsamında incelediğimiz sözleşmelerden kişisel verilerin işlenmesi veya korunmaması nedeniyle kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanması, sözleşmeyle sıkı ilişkili içindeki üçüncü bir devletin kişisel verilerin işlenmesine veya korunmasına ilişkin doğrudan kurallarına etki tanınması nedeniyle uygulanmayabilir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Akıncı Z, *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 1992).
- Aksoy HC, *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması*, (Çakmak 2010).
- Arslan İ, '5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımnî Hukuk Seçimi', (2013) 33(2) MHB 1-40.
- Aşıkoğlu Şİ, *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri* (Oniki Levha 2018).
- Atasoy K, *Spor Sponsorluğu Sözleşmesinin Hukuki Niteliği* (Oniki Levha 2016).
- Aybay R ve Dardağan E, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)* (2.Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008).
- Aydoğdu M, *Tüketici Hukuku Dersleri* (Seçkin 2015).
- Ayözger Öngün Ç, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, (2.Bası Beta 2019).
- Başalp N, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması* (Yetkin 2004).
- Bayata Canyaş A, 'Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi' (2011) 1(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 110-121.
- Can H ve Toker AG, *Milletlerarası Özel Hukuk* (3.Bası, Adalet 2018).
- Çalışkan Z, '5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 26. Maddesine Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk' (2008) 28(1-2) MHB 27-50.
- Çelikel A ve Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15.Bası, Beta 2020).
- Demirkol B, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (Vedat 2011).
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (4.Bası, Savaş 2016).
- Doğan V, '5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti', (2007) 11(1-2) GÜHFD 147-164.
- Dülger MV, 'Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması (Ceza Normu)' (2016) 2(3) İMÜHFD 101-167.
- Ekşi N, 'Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk (5718 Sayılı MÖHUK md. 29)' *Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2: Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri* (Legal 2010) 125-170.
- Ekşi N, 'Avrupa Birliği Konvansiyonuna Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk' (2004) 3(1-2) İKÜHFD 135-153.
- Ekşi N, *Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu* (Beta 2004).
- Ekşi N, 'Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation' (1999) 19(1-2) MHB 263-291.
- Elçin D, *Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk* (Adalet 2012).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22.Bası, Yetkin 2017).
- Erkan M, 'MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış' (2011) 15(2) GÜHFD 81-121.

- Esen E, 'Critique of a Turkish Court of Cassation Decision on the Validity of Choice-of-Law and Choice of-Forum Clauses in an Insurance Agreement', (2010)(59) *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* 365-375.
- Esenyel Hanaz F, '*Kişilik Haklarının İhlalinde Sorumluluk ve Uygulanacak Hukuk*' (Doktora Tezi İstanbul Üniversitesi 2018).
- Etlioğlu Erçetingöz S, '*İnternet Ortamında Şeref ve Haysiyetin Korunmasında Uygulanacak Hukuk*' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2019).
- Grassinger GE, *Sponsorluk Sözleşmesi* (Seçkin 2003).
- Güngör G, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması* (Yetkin 2000).
- Güngör G, 'Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku–Düşünsel Temeller' (2008) 57(2) *AÜHFHD* 115-133.
- Güngör G, *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı* (Yetkin 2007).
- Gürpınar D, 'Kişisel Verilerin Korunamamasından Doğan Hukuki Sorumluluk', (2017) 19(Özel Sayı) *DEÜHFHD* (Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan) 679-694.
- Gürsel İ, *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı* (Adalet 2016).
- Henkoğlu T, 'Hassas Bilgi Varlıklarının ve Kişisel Verilerin Hukuksal Düzenlemeler ile Korunması ve Bu Kapsamda Üniversiteler İçin Bilgi Güvenliği Politikasının Geliştirilmesi' (Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi 2015).
- Johnson E, 'Lost in the Cloud: Cloud Storage, Privacy, and Suggestions for Protecting Users' Data' (2017) 69(3) *Stanford Law Review*, 867-872.
- Karaağaç Ö, 'Sponsorluk Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk' iç Sibel Özel ve Hatice Selin Pürselim Arning (edr), *Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk* (Oniki Levha 2020) 539-577
- Kaya M, *Elektronik Ortamda Kişilik Hakkının Korunması*, (Seçkin 2015).
- Kaya C, 'Avrupa Birliği 1995/46 EC Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi' (2011) 69(1-2) *İÜHFHM* 317-334.
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22.Bası, Turhan 2018).
- Kişisel Verileri Koruma Kurumu, *Madde ve Gerekçesi ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü* (KVKK Yayınları 2019).
- Kişisel Verileri Koruma Kurumu, *6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Sıkça Sorulan Sorular* (KVKK Yayınları 2018).
- Lloyd IJ, *Information Technology Law* (6th edn Oxford University Press 2011).
- Nomer E, *Devletler Hususî Hukuku* (22.Bası, Beta 2018).
- Özdemir H, *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması* (Seçkin 2009).
- Özdemir Kocasakal H, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2001).
- Özdemir Kocasakal H, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümüne Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti* (Vedat 2003).
- Özel S, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Haklarının Korunması* (Seçkin 2004) Özel S, 'İnternet Yoluyla Kişilik Hakkı İhlallerinde Uygulanacak Hukuk Meselesi' (2004) 24(1-2) *MHB* 609-618.

- Özel S, 'İmalâtçının Sorumluluğu ve Kitle İletişim Araçları Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinde Uygulanacak Hukuk' *Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2: Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri* (Legal 2010) 219-229.
- Özel S, 'Sözleşmesel İlişkide Yabancılaşma Unsuru ve Hukuk Seçimi' iç Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak, Cansu Kaya (edr), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu* (Yetkin 2016) 423-435.
- Öztekin Gelgel G, *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi* (Beta 2006).
- Öztekin Gelgel G, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar*, (Beta 2004).
- Öztekin Gelgel G ve Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun* (5.Bası, Beta 2016).
- Partalçı R, 'Eşyanın Taşınmasına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkındaki MÖHUK Madde 29'un Değerlendirilmesi' (2017) 37(2) MHB (Prof. Dr. Yücel Sayman'a Armağan) 945-986.
- Pürselim HS, 'Milletlerarası Özel Hukukta Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk' in Sibel Özel ve Mustafa Erkan (edr), *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler* (Oniki Levha 2018).
- Sargın F, 'Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım' (2001) 50(2) AÜHFD 37-95.
- Sarıöz Büyükalp Aİ, 'Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m.27/f.3'ün Uygulanması Sorunu' (2018) 8(2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 195-248.
- Sirmen S, *Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Tayini* (Yetkin 2016).
- Şanlı C, Esen E ve Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7.Bası, Beta 2019).
- Şen E, 'Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nın Anayasa ve Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (2009) 83(3) İBD 1197-1214.
- Tarman ZD, 'Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması' (2019) 39(1) PPIL 325-356.
- Tarman ZD, 'Yabancılaşma Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk' (2010) 59(3) AÜHFD 521-550.
- Taştan FG, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması* (Oniki Levha 2017).
- Tekinalp G ve Uyanık-Çavuşoğlu A, *Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları* (11.Bası Vedat 2011).
- Toker AG, '5718 Sayılı MÖHUK'ta Düzenlenen Tüketicinin Korunmasına Yönelik Hükümler' (2016) 81(3) İzmir Barosu Dergisi 11-74.
- Turan G, 'Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti' (2008) 77 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 87-119.
- Uncular S, *İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması* (2.Bası, Seçkin 2018).
- Uyanık Çavuşoğlu A, 'İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk' (2002) 22(2) MHB (Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan) 967-998.
- Uyanık ME, 'Bulut Depolama Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk' iç Sibel Özel ve Hatice Selin Pürselim Arning (edr), *Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk* (Oniki Levha 2020) 499-538.
- Yücedağ N, 'Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri' (2017) 75(2) İÜHFM 765-790.
- Zevkililer A ve Özel Ç, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (Seçkin 2016).



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 24.11.2020
Kabul: 05.01.2021

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Ziynet Eşyalarının İadesi Davasında İspat Yükü

Vildan Peksöz*

Öz

Emare vakıanın ispat edilmesinin ardından tecrübe kurallarına dayanarak bilinmeyen bir başka vakia hakkında hâkim tarafından sonuç çıkarılması ile fiili karineler ortaya çıkar. Fiili karineler ispat faaliyeti için kullanılır. Kanunda yer alan kurallara göre tayin edilen ispat yükü ise fiili karinelere dayanılarak belirlenemez. Ancak Yargıtay uygulamasında fiili karineler kullanılarak ispat yükünün tayin edilmesine rastlanır. Bu anlamda ziyinet eşyalarının iadesi davasında fiili karineler kullanılarak ispat yükü belirlenmektedir. Öyle ki evden ayrılan kadının ziyinet eşyalarını yanında götürmüş olduğu kabul edilir. Bu sebeple ziyinet eşyalarının evde kaldığını/alıkonulduğunu ispat yükünü kadın taşır. Ancak kadın şiddet görerek/terke zorlanarak evden ayrılmışsa ziyinet eşyalarının da evde kaldığı kabul edilir. Bunun yanı sıra kadın ziyinet eşyalarını kocasına vermişse Yargıtay kararlarına göre bu eşyalar rıza ile yahut iade edilmemek üzere verilmiştir. Bu durumda erkek, ziyinet eşyalarını vermekte kadının rızası olduğunu ve bu eşyaların iade edilmemek üzere verildiğini ispat yükünü taşır. Çalışmada, ziyinet eşyaları bakımından fiili karineler kullanılmadan ispat yükünün dağılımının Yargıtay ile aynı doğrultuda yapıldığı olmuştur.

Anahtar Kelimeler

Ziyinet eşyaları, Karine, Fiili karineler, İspat, İspat yükü

Burden of Proof in the Cases of Return of Jewelry Items

Abstract

After the basis of the presumption of fact (indication) is proved, the result of the presumption of fact emerges when the judge draws a conclusion about another unknown fact based on the rules of experience. The presumptions of fact can not be used for determining the burden of proof because the burden of proof is determined according to the rules of law. However, in the application of the Court of Cassation, it is common to determine the burden of proof using the presumptions of fact. In this sense, the burden of proof is determined by using the presumptions of fact in cases for the return of jewelry items. A woman is considered to have taken her jewelry items with her while leaving the house. For this reason, the woman has the burden of proof that the jewelry items are kept/detained (by her husband) at home. However, if the woman leaves the house by being subjected to violence/forced to leave, it is accepted that the jewelry items remain at home. In addition, if the woman gives the jewelry items to the man, it is accepted that these items are given to be returned. In this case, the man has the burden of proof that the woman has consented to give the jewelry items and that these items have been given without return. In the study, without using the presumptions of fact, it is concluded that the burden of proof is determined in line with the Court of Cassation, but there are also contrary opinions.

Keywords

Jewelry items, Presumption, Presumption of fact, Proof, Burden of proof

* **Sorumlu Yazar:** Vildan Peksöz (Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: vildan.peksöz@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-5903-6209

Atf: Peksöz V, "Ziyinet Eşyalarının İadesi Davasında İspat Yükü" (2021) 79(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 193.
<https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.1.0005>



Extended Summary

In this study, the decisions of the Court of Cassation are examined regarding the burden of proof in terms of jewelry items. According to the Court of Cassation, the jewelry items which are put on a wife during the wedding, regardless of who puts them on, jewelry items that are unique to a woman are considered her personal property.

It is accepted that jewelry items, which are easy to hide and carry, are taken with the wife when she leaves the house. If the woman asserts the contrary, she has to prove that the items are at home. However, the burden of proof that the wife left the house due to violence or that she was forced to leave the house belongs to the husband. In this situation the husband must prove that the wife has taken the items with her. Sometimes the wife gives the husband her jewelry items to cover living expenses. In that case, the husband has to prove the wife's consent and that these items have been given without return.

It is seen that the Court of Cassation has used the presumptions of fact while deciding the burden of proof regarding the jewelry items. Presumptions are divided into two categories: presumptions of law and presumptions of fact. It is accepted that presumptions which are disputable, are special rules of the burden of proof. However, the burden of proof can not be distributed according to the presumptions of fact because the burden of proof can be distributed according to the rules of law. The presumptions of facts are not the rules of law as they are based on the rules of experience.

If the facts are not proven, the judge decides according to the rules of burden of proof. The judge decides against the party who carries the burden of proof. The party who carries the burden of proof, the judge decides against him/her. The situation in the presumption of facts is different. A proof activity has actually taken place with the help of the presumptions of the facts. Namely, when the basis of the presumption of fact is proven, the accepted result of the presumption must be regarded as proven. Thus, a judge does not need to use the rules of burden of proof in order to decide.

There is no need to use the presumptions of fact to reach the same conclusions reached by the Court of Cassation. Similar conclusions can be reached with the rule of burden of proof which is part of Civil Procedure Code Article 190. According to this rule, the person who draws legal conclusions in his favor from the facts bears the burden of proof and thereby the burden of proof that the jewelry that remains at home belongs to the wife.

In the cases of the wife having to leave the house, being exposed to violence, and not being taken home, the result of taking the jewelry with her is accepted with the help of the presumptions of fact because when the presumptions of fact are not used, the wife has to prove that the jewelry items are at home. With the help of the presumptions of

fact, when the facts of violence, having to leave the house, etc. are proved, the fact of the jewelry items remaining at home is regarded as proven.

The wife at times gives her husband the jewelry items in order to meet household needs, buy a car, or start a business. If the wife asks for her jewelry items back, the husband has to give her the items back. In such cases, there is a conflict in the interpretation of the contract rather than determining the burden of proof.

Ziynet Eşyalarının İadesi Davasında İspat Yükü

Giriş

Toplumumuzda evlenme sırasında ziynet eşyalarının geline ve damada takılması yönünde yerleşmiş bir uygulama mevcuttur. Bu eşyalar kimi zaman ziynet eşyalarının iadesi davasına konu olur. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan ziynet eşyalarının iadesi davasında, Yargıtay birtakım ispat yükü kuralları benimsemiştir. İspat yükü kurallarına ilişkin Yargıtayın söz konusu kabulünün temelinde ise fiili karinelerin bulunduğu görülmektedir.

Bu çalışmada Yargıtayın ziynet eşyalarına ilişkin ispat yükü uygulaması, fiili karinelerin bu uygulamaya nasıl temel oluşturduğu, fiili karinelerle ispat yüküne ilişkin belirlemelerin yapılmasının mümkün olup olmadığı ve ziynet eşyalarının iadesine ilişkin ispat yükünün belirlenmesinde fiili karineleri kullanmaya ihtiyaç olup olmadığı hususları üzerinde durulmaktadır.

I. Ziynet Eşyası Kavramı ve Ziynet Eşyalarının İadesi Davası

Ziynet eşyası kıymetli madenlerden veya taşlardan yapılan ve süs eşyası olarak kullanılan eşyalar olarak tanımlanabilir¹. Evlenen çiftlere düğün merasimlerinde (yahut bu merasimlere katılmayan konuklar tarafından öncesinde veya sonrasında)² ziynet eşyalarının takılması (ya da ortak bir kutu/bohça/çantaya konulması) Türk toplumunda yaygın bir adettir. Ziynet eşyalarının yanı sıra düğün merasimlerinde çiftlere para takılmasına da sıklıkla rastlanır. Para da ziynet olarak kabul edilir³.

Evli çiftlerin boşanmaya karar vermeleri halinde ziynet eşyalarının iadesi sorunu ortaya çıkabilmektedir⁴. Bu durum yargı kararlarına, kadının kocaya karşı ziynet eşyalarının iadesine ilişkin dava açması şeklinde yansımaktadır. Uygulamada genellikle kadının ziynet eşyalarının iadesi davasını açmasına rastlanmakla beraber kocanın da bu davayı açması mümkündür⁵. Davalı ise diğer eş, genellikle erkek, olabileceği gibi üçüncü bir kişi de olabilir⁶.

¹ Mehmet Akçaal, “Düğünde Takılan Ziynet Eşyasının İadesi” (2019) ERÜHFD, C XIV, S 2, 267; Emrah Kulaklı, “Ziynet Eşyasına İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi” (2019) MÜHFAD C 25, S 1, 263.

² Evlilik merasiminin Yargıtay tarafından sadece resmi nikahla sınırlandırılmadığına, düğün, kına, çeyiz serme esnasında takılan eşyaların da ziynet eşyası olduğuna; genel bir ifadeyle evlilik sebebiyle çiftlere takılan değerli taş ve madenlerin ziynet eşyası olarak kabul edildiğine ilişkin bkz Kulaklı (n1) 264. Resmi nikah olmaksızın yapılmış düğün merasiminde takılan ziynet eşyalarının iadesine ilişkin bkz 4. HD, 25.6.2020, E 2018/5148, K 2020/2290 (Kazancı İçtihat Bankası).

³ Kulaklı (n1) 263. Düğün sebebiyle verilen taşınır ve taşınmaz eşyaların ziynet eşyası olarak kabul edildiğine dair bkz Kulaklı (n1) 263. Düğünde takılan paralara ilişkin dava açılabilirliği yönünde bkz Ömer Uğur Gençcan, *Ziynet ve Eşya Alacağı Davaları* (2019) 56; HGK, 4.3.2020, E 2017/3-1040, K 2020/240 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁴ Ziynet eşyaları kadının kişisel malı olarak kabul edildiğinden söz konusu davanın açılabilmesi için mal rejiminin tasfiyesi gerekmez (Kulaklı (n1) 271). Bu sebeple evlilik birliği devam ederken ziynet eşyalarının iadesine yönelik dava açılabilir (Gençcan (n3) 55; Kulaklı (n1) 271).

⁵ Akçaal (n1) 283; Mehmet Şerif Sağıroğlu, *Ziynet Davaları* (2. Bası 2013) 23.

⁶ Bu durumun şartları için bkz Akçaal (n1) 284. Yargıtay uygulaması için bkz Sağıroğlu (n5) 23 vd. Ayrıca bkz Gençcan (n3) 316 vd.

Ziynet eşyalarının aynen veya nakden iadesi talep edilebilir⁷. Ziynet eşyalarının iadesi davası, eda talebi içerdiğinden HMK m. 105 anlamında bir eda davasıdır. Bu dava, boşanma davasının eki niteliğinde değildir; boşanma davasından bağımsız bir davadır⁸. Ancak boşanma davası ile birlikte ziynet eşyalarının iadesi davasının da açılması mümkündür⁹.

II. Ziynet Eşyalarının İadesi Davasında İspat Yükünün Dağılımına İlişkin Yargıtay Uygulaması

Ziynet eşyalarının iadesi davasında Yargıtay, ispat yükünün dağılımına ilişkin birtakım kurallar belirlemiştir. Yargıtayın kabul ettiği bu kuralların uygulanabilmesi için ziynet eşyalarının varlığının uyuşmazlık konusu olmaması gerekir. Ziynet eşyalarının varlığı konusunda bir uyuşmazlık söz konusu ise öncelikle ziynet eşyalarının varlığı ispat edilmelidir. Bu vakiya ilişkin ispat yükü, ziynet eşyalarının iadesini talep eden davacıdadır¹⁰.

Yargıtayın ziynet eşyalarına yönelik belirlediği ispat yükü kurallarından biri, kim tarafından takılırsa takılsın düğünde kadına takılan ziynet eşyalarının kadına bağışlanmış sayıldığı ve onun kişisel malı olduğudur¹¹. Bu ziynet eşyalarından kadına özgü olanlar, erkeğe takılsa dahi kadına aittir¹². Böylece söz konusu ziynet eşyaları, malların geri alınması ve borçlar madde başlığıyla düzenleme getiren TMK m. 226 dolayısıyla edinilmiş malların tasfiyesi kapsamına dâhil değildir¹³. Ayrıca edinilmiş mallara katılma rejimi devam ederken bu eşyalar kadının tasarrufundadır¹⁴.

Ziynet eşyalarının kadının kişisel malı olduğu görüşünden hareketle Yargıtay, ev ihtiyaçlarının karşılanması, düğün borçlarının ödenmesi, araç alımı gibi sebepler

⁷ Akçaal (n1) 294; Gençcan (n3) 55, 154-155.

⁸ Akçaal (n1) 271; Gençcan (n3) 56; Sağıroğlu (n5) 44-45.

⁹ Akçaal (n1) 282.

¹⁰ Ziynet alacağı davasında davacı kadının öncelikle ziynet eşyalarının varlığını ispat etmesi gerektiğine ilişkin bkz Gençcan (n3) 72-73.

¹¹ “*Düğün sırasında takılan ziynet eşyaları kim tarafından takılırsa takılsın, aksine bir anlaşma bulunmadıkça kadına bağışlanmış sayılır ve artık onun kişisel malı niteliğini kazanır.*” 3. HD, 11.12.2019, E 2019/2763, K 2019/9997 (Kazancı İċtihat Bankası). Aynı yönde bkz HGK, 29.4.2015, E 2013/2-2079, K 2015/1273 (Kazancı İċtihat Bankası, MİHDER C 11, S 32, 2015/3, 131-133). HGK, 03.07.2013, E 2012/6-1849, K 2013/1006, MİHDER, C 10, S 27, 2014/1, 93-97. Yargıtayın ziynet eşyalarını kadının kişisel malı sayan iç̇tihatlarının eleştirisi için bkz Akçaal 271 vd; Ayberk Emirşah Gemicı, “Takı Merasiminde Gelin ve Damada Takılan Ziynet Eşyalarının Kime Ait Olacağı Sorunu (Karar İncelemesi)” ABD (2020/3) 329 vd.

¹² “*Varlığı ispatlanan tel bilezik ve işlenmiş bilezikler kadına özgü ziynet eşyası niteliğinde olup, eşler arasında aksine bir anlaşma veya bu konuda yerel bir adet bulunmadıkça evlilik sırasında hangi eşe takılmış olursa olsun kadın eşe bağışlanmış sayılır ve artık onun kişisel malı niteliğindedir. Ancak varlığı ispatlanan gremse, reşat, tam, yarım, çeyrek, gram altınlar ise kadına özgü ziynet eşyası niteliğinde olmayıp, hangi eşe ait olduğu ispat edilememesi halinde onların eşlerin paylı mülkiyetinde olduğunun kabulü gerekir.*” 8. HD, 24.9.2020, E 2020/949, K 2020/5378 (Kazancı İċtihat Bankası). Düğün merasiminde erkeğe takılan ziynet eşyaları bakımından yöredeki örf ve adet kuralları araştırılmalıdır. Erkeğe takılıp sonra kadına bağışlanan ziynet eşyaları kadına ait olmakla birlikte kadına bağışlanmamışsa erkeğe aittir (Gençcan (n3) 82-83).

¹³ Akçaal (n1) 269; Sağıroğlu (n5) 9; Kulaklı (n1) 264.

¹⁴ Kulaklı (n1) 264.

için kocaya verilen ziynet eşyalarının kadına iadesi gerektiğine karar vermektedir. Şu var ki koca, ziynet eşyalarının iade edilmemek üzere kadının rızası ile kendisine verildiğini ispat ederse ziynet eşyalarını kadına vermekten kurtulur¹⁵.

Yargıtay, ziynet eşyalarının saklanması ve taşınması (yanında götürülmesi) kolay olan eşyalar olduğundan kadının ortak konuttan ayrılırken bu eşyaları yanında götürmesinin hayatın olağan akışına uygun olduğu yönünde karar vermektedir. Bu sebeple kadının ziynet eşyalarının erkekte kaldığını ispat yükü altında olduğunu kabul etmektedir¹⁶. Öyle ki kadının ziynet eşyalarının elinden zorla alındığını, götürülmesine engel olunduğunu, evde kaldığını ispat etmesi hâlinde ziynet eşyalarının iadesine karar verilir¹⁷. Buna karşın şiddet gören ve evi terk etmek zorunda bırakılan kadının ziynet eşyalarını beraberinde götürdüğünü koca ispat etmelidir¹⁸.

III. Ziynet Eşyalarının İadesi Davasında İspat Yükünün Dağılımına İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi

A. Genel Olarak

Ziynet eşyalarının iadesine ilişkin kabul edilen bu kurallar bakımından Yargıtayın karine kavramını kullandığı bazı kararlarına rastlanmaktadır¹⁹. Kanunda bu hususa

¹⁵ “Evlilik birliği içerisinde ortak giderler için bozdurulan ziynetlerin iade edilmemek üzere erkek eşe verildiği vakiasının ispatı halinde, davalı erkek lehine hak çıkacağından, ziynetlerin kadına iade edilmemek üzere bozdurulduğunu kanıtlama yükü de erkek eşe aittir. Öteki deyişle, ziynet eşyalarının iade edilmemek üzere erkek eşe verildiğinin, kadının isteği ve onayı ile bozdurulup ev ihtiyaçları için harcadığının davalı yanca kanıtlanması halinde koca ziynet eşyalarını iade yükünden kurtulur.” HGK, 03.07.2013, E 2012/6-1849, K 2013/1006, MİHDER, C 10, S 27, 2014/1, 93-97; HGK, 12.4.2017, E 2017/2-803, K 2017/715. “Davalı bir kısım ziynet eşyasının ve paranın araç alımı için bozdurulduğunu, bir kısmının ise çaldığını beyan etmiş olmakla bu ziynetler ve para yönünden davada ispat külfeti yer değiştirmiştir. Davalı, söz konusu ziynet eşyalarının ve paranın, davacının kendi isteği ile iade edilmemek üzere verildiğini kanıtlamadıkça iade ve tazmin ile yükümlüdür.” 3. HD., 13.11.2019, E 2019/2381, K 2019/9081 (Kazancı İçtihat Bankası); 3. HD, 14.05.2018, E 2018/1770, K 2018/5131; 3. HD, 19.04.2018, E 2016/12233, K 2018/4285 (Gençcan 105, 108-109). Bu yönde Bölge Adliye Mahkemesi kararı için bkz “Çeşitli sebeplerle (evin ihtiyaçları, düğün borçları, balayı vs) koca tarafından bozdurulan bu altınların karşılığının hibe edilmediği müddetçe kadına iadesi zorunludur. Davalı koca tarafından dava konusu ziynet eşyalarının herhangi bir sebep ile bozdurulduğunun iddia edilmesi halinde, bu defa ispat yükü yer değiştirir ve davalı koca ziynet eşyalarının bir daha iade edilmemek üzere kendisine verildiğini eş söyleyiş ile kendisine bağışlandığını, davacının isteği ve onayı ile ziynet eşyalarının bozdurulup harcadığını kanıtlanması halinde, ancak bu ziynet eşyalarını iadeden kurtulur.” Ankara BAM, 2. HD, 29.1.2020, E 2019/2846, K 2020/119; İzmir BAM, 2. HD, 11.11.2019, E 2018/2695, K 2019/1610 (Lexpera).

¹⁶ “Davalı-karşı davacı kadın, dava dilekçesinde talep ettiği ziynet eşyalarının davacı-karşı davalı erkekte olduğunu iddia etmiştir; erkeğe ise altınların kendisinde olmadığını, altınların kadının annesine ait kasada olduğunu ileri sürmüştür. Davacı-karşı davacı kadın ziynet eşyasının erkekte kaldığını ispat yükü altındadır. Ziynet eşyalarının niteliği gereği, kadının ortak konuttan ayrılırken yanında götürmesi hayatın olağan akışına uygun düşer.” 2. HD., 13.2.2020, E 2020/146, K 2020/1083 (Kazancı İçtihat Bankası). Taşınması olağan olmayan miktardaki ziynet eşyaları bakımından bir istisna kabul edilmiştir. Kadının bir kilogram altını varsa bu miktarı üzerinde taşınması hayatın olağan akışına uygun değildir (Gençcan (n3) 78).

¹⁷ Gençcan (n3) 85 vd.

¹⁸ “Evden şiddete maruz kalarak ayrıldığı sabit olan davacının evden giderken altınları da yanında götürdüğü savunmasının ispat külfeti davalıya ait bulunmaktadır.” 3. HD, 20.05.2015, E 2014/14080, K 2015/9093 (Gençcan (n3) 95). Ayrıca bkz Ankara BAM, 2. HD, 18.1.2017, E 2016/127 K 2017/32 (Lexpera). Ziynet eşyalarının kilitli bir kasada saklanması durumunda, kadının evden ayrılırken bu eşyaları yanında götürmeyeceği yönünde bkz 3. HD, 19.10.2015, E 2014/20305, K 2015/16103 (Gençcan (n3) 140). Ziynet eşyalarının kilitli kasada saklandığını ileri süren kadın bu vakıya ilişkin ispat yükünü taşır (Gençcan (n3) 140).

¹⁹ “Dava konusu ziynet eşyalarının kadının üzerinde olması, evde saklanmış ve muhafaza edilmiş olmasının karine olup davalı tarafça bu hususun aksi ispat edilemediği.” 3. HD, 9.4.2019, E 2018/3595, K 2019/3170; 3. HD, 30.5.2018, E 2016/18279, K 2018/6511; “Ziynet eşyaları, eşler arasında aksine bir anlaşma veya bu konuda yerel bir adet bulunmadıkça evlilik sırasında kim tarafından hangi eşe takılmış olursa olsun kadın eşe ait sayılır. Davalı bu fiili karinenin aksini ispat edememiştir.” HGK, 23.1.2020, E 2017/2-2065, K 2020/46 (Kazancı İçtihat Bankası).

ilişkin düzenlenmiş karine bulunmadığından, kararlarda geçen karinenin fiili karine olduğu ifade edilmelidir²⁰. Bu sebeple Yargıtay uygulaması değerlendirilmeden önce fiili karineler hakkında açıklamalarda bulunulmasında yarar vardır.

1. Fiili Karine Kavramı

Karineler, bilinen bir vakıadan bilinmeyen bir vakıanın, hakkın, hukukî ilişkinin varlığı veya yokluğu sonucunun kabul edilmesini sağlayan kurallardır²¹. Kanunda düzenlendikleri takdirde karineler, kanunî karine olarak adlandırılırlar. Bu karineler aksinin ispat edilebilip edilememesi açısından aksi ispat edilebilen karineler ve aksi ispat edilemeyen karineler olarak incelenirler²². TMK m. 31’de ölüm karinesi madde başlığıyla düzenlenen “*Bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunmamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır.*” hükmü kanuni karine örneğidir. Fiili karineler ise tecrübe kurallarına dayanarak delillerin değerine veya tarafların ileri sürdüğü vakıaların doğruluğuna ilişkin hâkimde kanaat uyandırmaya yarayan kurallar olarak tanımlanabilir²³. Kadının paydaşı olduğu bir taşınmazdaki hisse satışını, kocasının öğrenip kadına söylediği yönünde bir fiili karinenin bulunduğu kabul edilir²⁴.

Fiili karineler, karine temeli ve karine sonucundan oluşur²⁵. Karine temelinde emare vakıalar yer alır ve bu vakıaların karineye dayanan tarafından ispat edilmesi

²⁰ “*Diğünde takılan ziynet eşyalarının kadına ait sayılması gerektiği hususu bir fiili karine olarak kabul edilmektedir.*” 2. HD, 30.1.2013, E 2012/27314, K 2013/2401 (Kazancı İçtihat Bankası).

²¹ Hanns Prütting, *Gegenwartsprobleme der Beweislast* (1983) 75, 82; Mustafa Reşit Belgesay, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Şerhi İspat Teorisi* (3. Bası 1950) 15; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri* (7. Bası 1960) 264; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C II (6. Bası 2001) 2006; Baki Kuru, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, C I (2020) 625; İlhan E Postacıoğlu, *Medenî Usul Hukuku Dersleri* (6. Bası 1975) 528; Necip Bilge/Ergun Önen, *Medenî Yargılama Hukuku* (3. Bası 1978) 505; Oğuz Atalay, *Medenî Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı* (2001) 46; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku* (6. Bası 2020) 393; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2. Bası 2014) 588; Yavuz Alangoya/Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları* (8. Bası 2011) 314; Oğuz Atalay, *Pekcantez Usül Medenî Usül Hukuku* (15. Bası 2017) 1655; Süha Tanrıver, *Medenî Usül Hukuku* (3. Bası 2020) 796; Murat Atal/Ibrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *Medenî Usül Hukuku* (3. Bası 2020) 471; Bilge Umar/Ejder Yılmaz, *İspat Yükü* (2. Bası 1980) 165, 167; Sema Taşpınar, *Medenî Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri* (2001) 152; Ahmet Başözen, *Medenî Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı* (2010) 65, 67; Edwin Rüegg, *Beitrag zur Lehre von der Vermutung im schweiz. Privatrecht* (1947) 16; Gökçen Topuz, *Medenî Usul Hukukunda Karinelerle İspat* (2012) 56; Markus Guggenbühl, *Die gesetzlichen Vermutungen des Privatrechts und ihre Wirkungen im Zivilprozess* (1990) 11; Şanal L. Görgün/Levent Börü/Bariş Toraman/Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usül Hukuku* (9. Bası 2020) 462; Abdurrahim Karşlı, *Medenî Muhakeme Hukuku* (4. Bası 2020) 521; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, *Medenî Usül Hukuku* (3. Bası 2019) 233; Sema Taşpınar, “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü” (1996) AÜHFHD, 1-4, 534; Fatma Tülay Karakaş, “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, (2013), AÜHFHD, C LXII, S 3, 732.

²² Karinelerin türlerine ilişkin ayırım için bkz Ansay (n21) 264; Bilge/Önen (n21) 505-506; Postacıoğlu (n21) 528-529; Umar/Yılmaz (n21) 165; Saim Üstündağ, *Medenî Yargılama Hukukunun Esasları* (7. Bası 2000) 625; Prütting (n21) 61; Taşpınar, *İspat (n21)*, 153; Başözen (n21) 67; Topuz (n21) 55-56; Karşlı (n21) 521; Guggenbühl (n21) 10-12; Atal/Ermenek/Erdoğan (n21) 473; Budak/Karaaslan (n21) 233.

²³ Fiili karinelere yönelik tanımlar için bkz Ansay (n21) 265; Postacıoğlu (n21) 528; Bilge/Önen (n21) 505; Kuru, *C II* (n21), 2006; Kuru, *El Kitabı* (n21), 630; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası (n21) 393; Tanrıver (n21) 802; Atalay, *Pekcantez Usul* (n21), 1655; Karşlı (n21) 522; Taşpınar, *İspat* (n21), 153; Taşpınar, *Fiili Karine* (n21), 536; Rüegg (n21) 16-17; Guggenbühl (n21) 16-17; Topuz (n21) 121; Umar/Yılmaz (n21) 165-166; Başözen (n21) 69-70; Uwe Allner, *Die tatsaechliche Vermutung mit besonderer Berücksichtigung der GEMA-Vermutung* (1993) 65; Atal/Ermenek/Erdoğan (n21) 472; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu (n21) 465; Budak/Karaaslan (n21) 233-234; Tolga Akkaya, *Medenî Usül Hukuku Bakımından Boşanma Davası* (2017) 447; Karakaş (n21) 744.

²⁴ Atalay, *Pekcantez Usul* (n21), 1656.

²⁵ Tanrıver (n21) 803; Topuz (n21) 122 vd; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu (n21) 465.

gerekir²⁶. Emare vakianın ispatı ile davanın neticesi açısından önem arz eden belirsiz asıl vakia ispat edilmiş olur²⁷. Karine sonucu olan bu asıl vakia, fiili karineye dayanan tarafından iddia edilmelidir²⁸. Bunun üzerine hâkim, karine sonucunun varlığını tecrübe kurallarına dayanarak ispat edilmiş kabul eder²⁹.

2. İspat Yükünün Dağılımı Bakımından Fiili Karineler

Davada çekişmeli bir vakıayı taraflardan hangisinin ispat etmesi gerektiğini belirleyen, bu vakianın ispatsız kalması durumunda hâkimin aleyhte kararıyla karşılaşma tehlikesi bulunan kurallara ispat yükü kuralları denir³⁰. HMK m. 190, I'e göre, "İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir."

Aksi ispat edilebilen kanunî karineler, ispat yükü kuralları olarak nitelendirilir³¹. Nitekim HMK m. 190, II'de karineye dayanan tarafın sadece karine temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükü altında bulunduğu ifade edilir. Karine temelinin ispatının ardından karine sonucuna ilişkin çıkarımı kanun yaptığından karine sonucu bakımından ispat yükünden muafiyet sağlanır.

Karinenin aleyhine uygulanmasına engel olmak isteyen taraf, aksini ispat faaliyetinde bulunabilir. HMK m. 190, II'de ifade edilen aksini ispat faaliyetinde, özel bir ispat yükü kuralı sebebiyle bağımsız bir ispat yükü söz konusu olur³².

Fiili karinelerin ispat yükünün dağılımı bakımından dikkate alınıp alınamayacağına ilişkin öğretide tartışmalar mevcuttur. Bir görüşe göre ispat yükünün dağılımını kanun yaptığından fiili karineler ile ispat yükünün kime düştüğü belirlenemez³³. Çünkü fiili karineler ile vakia tespiti yapılarak bir vakianın somut olayda gerçekleşip

²⁶ Allner (n23) 65; Topuz (n21) 123; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu (n21) 465. Karş Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası (n21) 393; Budak/Karaaslan (n21) 234.

²⁷ Allner (n23) 56.

²⁸ Allner (n23) 65; Tanrıver (n21) 803; Topuz (n21) 125.

²⁹ Allner (n23) 65; Tanrıver (n21) 803; Topuz (n21) 125.

³⁰ Leo Rosenberg/Martin Schwab/Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht* (18. Auflage 2018) 697, Nr 1-2; Ansay (n21) 253; Belgesay (n21) 9; Postacıoğlu (n21) 534; Kuru, *El Kitabı* (n21), 615; Umar/Yılmaz (n21) 3; Bilge/Önen (n21) 498-499; Atalay, *Pekanttez Usul* (n21), 1693-1694; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası (n21) 389; Tanrıver (n21) 791; Karşlı (n21) 513; Atalay, *Menfi Vakia* (n21), 9; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu (n21) 460; Taşpınar, *İspat* (n21), 162; Topuz (n21) 35-36; Üstündağ (n22) 613.

³¹ Guggenbühl (n21) 35-40, 54-56; Belgesay (n21) 16; Bilge/Önen (n21) 505; Atalay, *Pekanttez Usul* (n21), 1657, 1660; Atalay, *Menfi Vakia* (n21), 46, 48; Topuz (n21) 91-95, 108; Karakaş (n21) 743; Prütting (n21) 66-72; Rüegg (n21) 17; Başözen (n21) 67. Adi kanuni karineler aksi ispat edilene kadar delil teşkil ederler (Kuru, *C II* (n21), 2013; Karşlı (n21) 521). Bir diğer görüşe göre, kanuni karineler ispat yüküne ilişkin düzenlemeler değildir. Bu karineler ispat yükü konusundaki ana kurala istisna oluşturmaz. İspatın konusunda değişiklik meydana getirirler. Bu yönde bkz Umar/Yılmaz (n21) 174-177; Tanrıver (n21) 798; Taşpınar, *İspat* (n21), 154-155.

³² Atalay, *Menfi Vakia* (n21), 7, 50.

³³ Umar (n21) 585; Bilge/Önen (n21) 505; Üstündağ (n22) 621; Atalay, *Pekanttez Usul* (n21), 1656; Tanrıver (n21) 803; Topuz (n21) 131-132; Akkaya (n21) 447; Taşpınar, *Fiili Karine* (n21), 564 vd. Fiili karine lehine olan tarafın o hususu ispat etmiş sayıldığını yönünde bkz Kuru, *C II* (n21), 2006; Kuru, *El Kitabı* (n21), 630. Fiili karinelerin ispat belirsizliği bakımından bir öneminin olmadığı yönünde bkz Karakaş (n21)744.

gerçekleşmediğine yönelik hâkimin ikna edilmesi söz konusudur³⁴. Öyle ki taraf fiili karine temelinde yer alan vakıaları ispat ettiğinde, hâkim, tecrübe kurallarına dayanarak bilinmeyen vakıaya ilişkin sonuç çıkarır ve bu vakıa ispat edilmiş olur³⁵. Böylece fiili karineye dayanıldığında ispat yükü değişmez; ispatın konusu değişir³⁶.

Diğer bir görüşe göre ise fiili karineler ile olay karineleri ispat yüküne getirdikleri istisna bakımından farklı değildir³⁷. Şöyle ki fiili karineler, maddi hukuk temeline dayalı olay karineler ile aynı işleve sahiptir. Zira fiili karineler kanunda yer almayan, hâkimin hukuk yaratma faaliyeti kapsamında elde edilen ispat yükü kurallarıdır³⁸.

Yargıtay, fiili karinelerin ispat yükünün dağılımını sağladığı yönünde kararlar vermektedir³⁹. Yargıtayın bu belirlemesine, normal duruma göre ispat yükünün dağılımının yapılabileceği yönündeki görüşün etkili olduğu gözlemlenmektedir⁴⁰.

Yargıtay kararlarında kullanılan “*hayatın olağan akışı*” ifadesi ile aslında fiili karineler kastedilmektedir⁴¹. Buna göre davada hayatın olağan akışına aykırı bir vakıaya dayanmak ispat yükünün üstlenilmesine sebep olmakta iken; hayatın olağan akışına uygun bir vakıaya dayanılması bu vakıaya ilişkin ispat yükünden muafiyet sağlamaktadır. Hâlbuki hayatın olağan akışına uygun bir vakıanın iddia edilmesi ile bu vakıa fiili karine sayesinde ispat edilmiş olacağından, belirsizlikten bahsedilemez ve ispat yükü kuralına göre karar verilemez⁴². Şöyle ki ispat yükü üzerinde olan tarafın emare vakıaları ispat etmesi üzerine, tecrübe kuralları esas alınarak başka bir

³⁴ Allner (n23) 56.

³⁵ Atalay, *Pekcanitez Usul* (n21), 1656; Tanrıver (n21) 803.

³⁶ Umar (n21) 585; Üstündağ (n22) 621; Atalay, *Pekcanitez Usul* (n21) 1656; Tanrıver (n21) 803.

³⁷ Başözen (n21) 83-84.

³⁸ Başözen (n21) 83-84.

³⁹ “Belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse, iddiasını ispat etmekle yükümlüdür...Yargıtay’ın ve Dairenin yerleşmiş uygulamalarına göre, eşlerden birinin anne veya babalarından gelen mallar söz konusu olduğunda; satış gösterilse dahi mal başı olarak değerlendirilmektedir. Bu tasarrufi işlem, hayatın olağan akışına göre, fiili karine olarak başı kabul edilmektedir. Bu karinenin aksini, yani parasını vererek gerçek anlamda satın alındığını iddia eden eş iddiasını ispatlamakla yükümlüdür. Kabul edilen bu fiili karine, ispat yükümlülüğü altındaki taraflı değiştirmektedir. Anne yada babadan gelen mala ilişkin tasarrufun başı değil, gerçek anlamda satış olduğunu iddia eden eş, başta satış bedelinin ödendiğine ilişkin ödeme kayıtları olmak üzere iddiasını güçlü ve inandırıcı delillerle ispatlamalıdır.” 8. HD, 10.6.2019, E 2018/13108, K 2019/5636; 8. HD, 12.11.2019, E 2019/3140, K 2019/10197 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁴⁰ “Usul hukuku ilkelere göre normal ve mutad bir duruma dayanan tarafın bu iddiasını ispatlaması gerekmez. Buna karşılık normal durumun aksini ileri süren taraf bunu ispatlamalıdır.” HGK, 7.2.2018, E 2015/22-1591, K 2018/185. “İspat yükünün, normal durumun aksini iddia eden tarafın üzerinde olduğu; başka bir anlatımla, belli olaylardan, belli olmayan bir olay için çıkarılabilen durumlara dayalı fiili karine lehine olan tarafın, ispat yükü altında bulunmadığı, karinenin aksini kanıtlama yükününün bunu iddia edenin üzerinde olduğu, yargılama hukukunun temel ilkelerindedir.” 10. HD, 20.10.2009, E 2009/8955, K 2009/15860 (Kazancı İçtihat Bankası). Normal durumun fiili karineler anlamına geldiği yönünde bkz Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası (n21) 393; Atalay, *Pekcanitez Usul* (n21), 1706; Karşlı (n21) 523. Normal durumun aksini iddia eden tarafın ispat yükünü taşıyacağına ilişkin bkz Belgesay (n21) 10; Bilge/Önen (n21) 503; Ansay (n21) 255; Postacıoğlu (n21) 537; Kuru, *C II* (n21), 1989; Kuru, *El Kitabı* (n21), 622; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası (n21) 391; Karşlı (n21) 519. Normal duruma dayanan kişinin ispat yükünü taşımasının genel kuralın bir istisnası olmadığı yönünde bkz Atalay, *Pekcanitez Usul* (n21), 1706. Somut olayın özelliklerine göre ispat yükününün paylaşılamayacağı, bu görevin hâkime değil; kanuna ait olduğu yönünde bkz Taşpınar, *Fiili Karine* (n21), 556.

⁴¹ Umar (n21) 586; Atalay, *Pekcanitez Usul* (n21), 1656; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası (n21) 393; Tanrıver (n21) 803; Topuz (n21) 55; Karakaş (n21) 744. Uygulamada hayatın olağan akışına uygun vakıaların aksinin ispatının gerekeceği ilkesi için fiili karine kavramının kullanıldığına ilişkin bkz Budak/Karaaslan (n21) 235.

⁴² Umar (n21) 586.

vakıa olan fiili karine sonucu ispatlanmış olur. Bu bakımdan fiili karineler, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi kapsamında, delillerin değerlendirilmesi aşamasında uygulanır⁴³. İspat yüküne göre karar verilmesi ise delillerin değerlendirilmesi aşamasından sonra yapılır⁴⁴. Çünkü delillerin değerlendirilmesi aşamasında deliller yeterli ise artık ispat yüküne göre karar vermeye ihtiyaç kalmaz⁴⁵. Dolayısıyla ispat yüküne göre karar verilmesi gereken aşamaya gelindiğinde, fiili karinelere ilişkin değerlendirmenin tamamlanmış olması gerekir.

HMK m. 190 ispat yüküne ilişkin genel kural olmakla beraber özel olarak ispat yükünün belirlenmesi kanun tarafından yapılmalıdır. Şayet özel nitelikte bir ispat yükü kuralı yoksa HMK m. 190'a göre karar verilmelidir. Böylece ileri sürdüğü vakıanın hukukî sonucundan kendi lehine hak çıkaran kişi ispat yükü altında olmalıdır. Bu kuraldan ayrılmayı gerektiren kanunî düzenlemeler yoksa hâkim somut olayın özelliklerine göre ispat yükü kuralını değiştirmemelidir. Bu yönüyle de hâkimin hukuk yaratma faaliyeti kapsamında fiili karinelerle ispat yükünü belirlediği kabul edilemez. Zira kanunda bir boşluk olmadan hâkim hukuk yaratamaz; HMK m. 190 mevcut olduğundan ispat yükü bakımından bir boşluktan bahsedilemez.

B. Öğretide Yer Alan Görüşler

Ziyet eşyalarının iadesi davasında ispat yükünün dağılımına ilişkin öğretide birtakım değerlendirmeler yapılmıştır. Kadının ziyet eşyalarına zilyet olmasının asıl olduğu, bu eşyaları kadının evi terk ederken yanında götürmüş olduğunun kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Zira kadın, ziyet eşyalarını yanında götürmesine engel olan hususlara ilişkin ispat yükü altındadır⁴⁶.

Öğretide normal durumun aksini iddia edenin ispat yükünü taşıması gerektiği hususuna, ziyet eşyalarının kadının üzerinde taşıması veya evde saklamasının olağan olmasına ilişkin Yargıtay uygulaması örnek olarak gösterilmiştir⁴⁷. Aynı zamanda evlilik sırasında kim tarafından takılırsa takılsın kadına takılan ziyet eşyalarının kadının kişisel malı olduğu ve ona bağışlanmış kabul edilmesi gerektiği yönündeki Yargıtay uygulaması fiili karine örnekleri arasında değerlendirilmiştir⁴⁸.

⁴³ Rosenberg/Schwab/Gottwald (n30) 682, Nr 35; Allner (n23) 58; Umar/Yılmaz (n21) 166; Taşpınar, *Fiili Karine* (n21), 569; Başözen (n21) 77; Rüegg (n21) 17; Akkaya (n21) 447; Karakaş (n21) 744. Fiili karineler delillerin değerlendirilmesi aşamasında vakıaların ispatı için kullanıldığından istinaf kanun yolunda denetlenir (Allner (n23) 75; Topuz (n21) 134-135).

⁴⁴ Atalay, *Menfi Vakıa* (n21), 10.

⁴⁵ Atalay, *Menfi Vakıa* (n21), 10.

⁴⁶ Postacıoğlu (n21) 538. Öğretide bir görüşe göre, ziyet eşyalarının kadın tarafından götürüldüğünün kabul edilerek ispat yükünün kadına ait olduğunun ifade edilmesi hatalı bir yaklaşımdır. Kadın bu şekilde "olağan şüpheli" hâline getirilmemelidir. Ziyet eşyalarının taşınabilir niteliği, onların kadın tarafından götürüldüğü sonucunu doğurmaz. Bu bakımdan HMK m 190 hükmü dikkate alınarak ispat yükünün belirlenmesi gerekir (Akçaal (n1) 290, 295).

⁴⁷ Kuru, *El Kitabı* (n21), 623.

⁴⁸ Kuru, *El Kitabı* (n21), 630. Aynı yönde bkz Tanrıver (n21) 803; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu (n21) 465.

Ziyet eşyalarının iadesinde ispat yüküne ilişkin bir diğer değerlendirmeye göre ziyet eşyalarının evde bırakılmış olduğunu ispat yükünü kadın taşır. Çünkü altınların evde bırakılmış olması, kadının “*istem temelinin bir parçasıdır*”. Zira bırakılmamış eşya için iade istenemez. Ancak kocanın ziyet eşyalarıyla ilgili bir talebi bulunmamakta, o eşyaların evde bırakılmadığını ileri sürerken de bir itiraz yahut def’i ileri sürmemekte ve davacının iddialarını inkâr etmektedir. Bu sebeple ziyet eşyalarının evde bırakıldığının ispat edilmemesi durumunda davacının talebi reddedilir. Dolayısıyla fiili karine kullanılarak kocanın ispat yükünü yerine getirdiğinin kabul edilmesi doğru değildir⁴⁹.

Yargıtay uygulamasına yöneltilen bir diğer eleştiriye göre ziyet eşyalarının kadının rızası hilafına bozduurulduğu vakiasından kendi lehine sonuç çıkaran kadındır. Bu yüzden bu vakiaya ilişkin ispat yükü kadına ait olmalıdır. Edinilmiş mallara katılma rejimi bağlamında ispat hususunu düzenleyen TMK m. 222, I’e göre bir malın eşlerden birisine ait olduğunu iddia eden kişinin ispat yükünü taşıdığı kabul edilmektedir. Nitekim ziyet eşyaları kadının kişisel eşyası olduğundan onun fiili hakimiyeti altındadır ve bu eşyanın kadının rızası olmadan harcanması hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu sebeple Yargıtayın ziyet eşyalarının bozduurulmasında kadının rızası olduğuna ilişkin ispat yükünün kocaya ait olduğu yönündeki içtihadı HMK m. 190’a ve TMK m. 222, I’e aykırıdır⁵⁰.

C. Değerlendirme

Yargıtay evlenme sırasında kim tarafından takıldığı fark etmeksizin kadına özgü olan ziyet eşyalarının kadının kişisel malı olduğunu kabul eden bir yaklaşım benimsemiştir. Bu yaklaşım ile bir fiili karine oluşturmuştur. Zira ziyet eşyasının varlığına ilişkin çekişme söz konusu değilse (*yahut ziyet eşyalarının varlığı ispat edilmisse*), tecrübe kurallarına (*bu hususta ülkemizde yerleşmiş uygulamaya*) dayanarak bu eşyaların kadına ait olduğu sonucunu çıkarmıştır. Ziyet eşyalarının kişisel mal niteliğinden hareketle evden ayrılma vakiasının ispatının ardından veya bu vakıanın çekişmesiz olması hâlinde, kadının ziyet eşyalarının evde kaldığını ispat yükünü taşıdığına karar vermektedir. Burada kadının evden ayrılması, fiili karine temelini teşkil ederken; ziyet eşyalarını beraberinde götürmesi, karine sonucunu oluşturur. Böylece Yargıtaya göre, kadın bu durumun/normal durumun/hayatın olağan akışına uygun olanın aksini iddia ediyorsa bunu (*ziyret eşyalarının evde kaldığı/kocanın ziyet eşyalarını alıkoyduğu vakiasını*) ispat yükü altındadır.

Kocaya ziyet eşyalarının rızaen ya da iade edilmemek üzere verildiğine ilişkin ispat yükünün belirlenmesinde, olağan durumun ne olduğuna ilişkin tartışmalar

⁴⁹ Umar (n21) 586-587. Aynı yönde bkz Umar/Yılmaz (n21) 122.

⁵⁰ Kulaklı (n1) 272. Davalının haksız ziyet olduğunu iddia eden davacının ispat yükünü taşıması gerektiğine ilişkin bkz Gemici (n11) 331.

yapılmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında⁵¹ ziynet eşyalarının iade edilmek üzere verilmesi olağan durum olarak kabul edilmiştir. Buna bağlı olarak koca ziynet eşyalarının iade edilmemek üzere verildiğini ispat yükünü taşır. Karşı oy yazısında ise kadının ziynet eşyalarının iade edilmek üzere ve rızası dışında elinden alındığına ilişkin ispat yükünü taşıması gerektiği, olağan durumun bu eşyaların evlilik birliği içinde harcanması olduğu ifade edilmiştir⁵². Olağan durumun belirlenmesi, fiili karinenin hangi yönde olduğunun tespiti bakımından önem taşır. Buna göre de ispat yükünün dağılımı yapılmaktadır. Böylece kararda kabul edilen ölçüte göre olağan durumu teşkil eden fiili karine sonucu, ziynet eşyalarının iade edilmek üzere kocaya verilmiş olmasıdır.

Fiili karinelere ilişkin yapılan açıklamalarda, bu karinelerin ispat yükünün dağılımını sağlayan kurallar olmadığı üzerinde durulmuştu. Fiili karinelerle ispat faaliyeti yapılabildiği, bunun bir emare ispatı olduğu ifade edilmişti⁵³. Gerçekten de evlilik sırasında takılan ziynet eşyalarına ilişkin kararlarda uygulanan fiili karinelerle ispat yükü dağılımı yapılmak yerine emare ispatının yapıldığı sonucuna varmak uygun olur. Böylece ziynet eşyalarının varlığı çekişmesiz olduğunda hâkim, tecrübe kurallarına dayanarak bu eşyaları kadının üzerinde taşıdığı sonucuna varır. Bu durumda “*kadının ziynet eşyalarını beraberinde götürdüğü*” vakıyası ispatlanmış olur. Aynı şekilde kadının ziynet eşyalarını kocasına verdiğinin ispatının ardından⁵⁴ karine sonucu olarak “*bu eşyaların iade edilmek üzere verildiği*” vakıyası ispat edilmiş kabul edilir.

Kadının ziynet eşyalarının evde kaldığı vakıyasına ilişkin ispat yükünü taşıdığına fiili karinenin dayanak yapılmasına veya olağan durumun belirlenerek⁵⁵ ispat yükünün bu şekilde dağıtılmasına aslında ihtiyaç yoktur. Çünkü HMK m. 190 ile bu sonuç zaten çıkarılır. Öyle ki ziynet eşyalarının evde kaldığı vakıyasından kendi lehine hak çıkaran taraf davacı kadın olduğundan ispat yükünü kadın taşır⁵⁶. Böylece ziynet eşyalarının evde kaldığını ispat edemeyen kadın aleyhine karar verilir; dava reddedilir.

⁵¹ HGK, 3.7.2013, E 2012/6-1849, K 2013/1006 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁵² “Niteliği itibariyle davacı kadında bulunması gereken ziynet eşyalarının aile içerisinde ihtiyaç duyulması halinde bu eşyaları elinde bulunduran eşin rızası ile bozdurulması olağan olandır. Bu durum Türk Medeni Kanununun 185/3 ve 186/3 maddeleri gereğince davacı eş için aynı zamanda bir yükümlülüktür. Bu sebeple somut olayda ispat yükü davacı kadına aittir. Davacı kadının kendisine ait ziynet eşyalarının rızası dışında ve iade şartıyla elinden alınıp bozdurulduğunu ispat etmesi gerekir. Davacı da kendisine ait olan ve kural olarak kendisinde bulunması gereken ziynet eşyalarının rızası dışında veya iade şartıyla davalı tarafından elinden alınıp bozdurulduğunu ispat edememiştir. Somut olayda ispat yükünün davalıda olduğuna ilişkin özel bir düzenleme yoktur. Bu nedenle ispat yüküne ilişkin genel kuraldan ayrılmayı gerektirecek bir sebepte bulunmamaktadır.”

⁵³ Bkz yuk III, A, 2.

⁵⁴ “Kadın, dava konusu ziynet eşyalarının erkek tarafından alındığını, gösterdiği delillerle ispat edememiştir. Davacı kadın, dava konusu ziynet eşyalarının eşi tarafından kendisinden alınarak harcandığını ve bir daha kendisine iade edilmediğini ispat yükü altındadır.” İstanbul BAM, 10. HD, 2.4.2019, E 2017/2964, K 2019/506 (Lexpera).

⁵⁵ “İspat yükü hayatın olağan akışına aykırı durumu iddia eden ya da savunmada bulunan kimseye düşer. Davacı kadın dava konusu edilen ziynet eşyasının davalıda kaldığını ileri sürmüş, davalı koca ise onun tarafından götürüldüğünü savunmuştur. Hayat deneylerine göre olağan olanın bu çeşit eşyanın kadının üzerinde olması ya da evde saklanması, muhafaza edilmesidir. Başka bir anlatımla bunların davalı tarafın ziyetlik ve korunmasına terk edilmesi olağan duruma bağdaşmaz.” 6. HD, 16.01.2012, E 2011/11646, K 2012/78 (Legal MİHBİR, 2012, C 10, S 113, 244).

⁵⁶ Bu hususta bkz Umar (n21) 586-587.

Kadının evden ayrılmak zorunda bırakılması, şiddet görerek ayrılması, eve alınmaması gibi durumlarda, kadının ziyet eşyalarını yanında götürmesi hayatın olağan akışına uygun kabul edilmemektedir. Bu durumlarda ziyet eşyalarının kadının yanında götürdüğüne ilişkin ispat yükünü erkeğin taşıdığı kabulü de fiili karineye dayanır. Öyle ki HMK m. 190 gereğince ziyet eşyalarının evde kaldığını ispat yükü altında olan kadın, kendi lehine sonuç çıkardığı vakıalar olan “şiddet gördüğü”, “evin kapı kilidinin değiştiği”, “evden atıldığı” vakıalarını ispat etmelidir. Bu vakıaların ispatının ardından “kadının ziyet eşyalarını yanına alamadığı/ eşyaların evde kaldığı” sonucunun çıkarılması için fiili karineye ihtiyaç vardır. Böylece davacı kadının lehine olan ve fiili karine sonucunu oluşturan bu vakıa ispat edilmiş olur. Belirsizlik söz konusu olmadığından, bu vakıaya ilişkin ispat yükünün kime ait olduğunu tartışmaya ihtiyaç yoktur.

Ziyet eşyalarının kocaya verildiği ispat edilmişse veya çekişmeli değilse, eşyaların rıza ile iade edilmemek üzere verilir verilmeyi tartışması yapılmaktadır. Bu durumda kadının ziyet eşyalarını kocasına verirken “rızasının olduğu” ile “bu eşyaların iade edilmek üzere verildiği” vakıalarını ayrı değerlendirmek gerekir. Zira kadın, ziyet eşyalarını rızası ile vermesine rağmen bu eşyaları iade edilmemek üzere vermiş olabilir.

Ziyet eşyalarını kadının kendi isteğiyle eşine verdiği vakıasından lehine hukukî sonuç çıkararak kocadır. Bu yüzden ziyet eşyalarının rıza ile verildiğine ilişkin ispat yükü kocaya düşmektedir. Bu sonuca fiili karine uygulayarak veya bir ispat yükü kuralı oluşturarak ulaşılmaya ihtiyaç yoktur. Zira HMK m. 190 bu sonuca ulaşılmaması sağlar.

Ziyet eşyalarının kadına iade edilmek üzere verilir verilmeyi hususunda ise esasında ispat yükü ile çözülebilecek bir sorun yoktur. Şöyle ki, ziyet eşyalarını iade edilmek üzere verdiğini ileri süren kadın, aslında kocasıyla arasındaki sözleşmenin ödünç sözleşmesi olduğunu iddia ediyor demektir. Koca ise bu sözleşmenin bağışlama olduğunu ileri sürmektedir. Bu durumda davacı ödünç sözleşmesine, davalı bağışlama sözleşmesine dayanarak yaptığı vakıalara ilişkin delilleri sunar⁵⁷. Taraflar arasındaki sözleşmenin bağışlama mı yoksa ödünç mü olduğu hususu ispat edilememişse davada belirsizlik olduğu gerekçesiyle hâkim ispat yükü kurallarına başvuramaz⁵⁸. Çünkü burada taraflar arasındaki sözleşmenin yorumuna ilişkin bir

⁵⁷ Murat Sarıkaya, *Sözleşmenin Yorumu* (2019) 342, dn 320.

⁵⁸ Vastıflı ikrar açısından bu hususa yönelik ispat yükü tartışmasında, parayı ödüt verdiğini iddia eden davacının ispat yükünü taşıdığı ifade edilmiştir. Davacı, davalının ikrarına eklediği bağışlama sebebinin mevcut olmadığını ispat ederek, ödünç para verme vakıasına ilişkin ispat yükünü yerine getirebilir. Burada menfi vakıanın ispatı söz konusu olduğundan, delil ikame yükünün karşı tarafa-yani davalıya- geçmesi mümkün olabilir. Dolayısıyla davalı paranın kendi iddia ettiği sebep için gönderildiğine ilişkin onda olması gereken delilleri mahkemeye sunma yükü altında olur. Bu yükü yerine getirmese davacının lehine karar verilebilir (Bu yönde bkz Atalay, *Pekcanitez Usul* (n21), 1643-1646). Ödünç-bağışlama örneğinde davalı davalıya ödünç para verdiğini ispat yükünü taşır (Kuru, *C II* (n21), 2052).

uyuşmazlık vardır⁵⁹. Yorum uyuşmazlığını çözmesi gereken hâkim, ispat yükü kurallarına göre taraflardan birinin aleyhine karar vererek bu sorunu çözemez⁶⁰. Keza davacının ödünç sözleşmesine dayanak yaptığı vakıaları ispat edememesi, sözleşmenin bağışlama olarak nitelendirilmesini gerektirmez⁶¹. Nihayet sözleşmenin niteliğinin belirlenememesi, kocaya yapılan kazandırmanın geçerli bir sebebe dayanmadığı sonucunun kabul edilmesini gerektirir. Böylece sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre koca, ziynet eşyalarını kadına iade etmek zorunda kalır.

Yargıtay aynı sonuca, ziynet eşyalarını kocasına veren kadının iade edilmek üzere bu eşyaları vermesinin olağan olduğunu kabul ederek varır. Başka bir deyişle, fiili karineyi uygulayarak ulaşır. Ziynet eşyalarının kocaya verildiği/ev ihtiyaçları için bozdurulduğu/araba için harcandığı vakıaları ispat edildiğinde, hâkim fiili karine sonucu olarak bu eşyaların iade edilmek üzere verildiği sonucunu çıkarmaktadır. Böylelikle “*ziynet eşyalarının iade edilmemek üzere verildiği*” vakıası ispat edilmiş olur.

Sonuç

Bu çalışma kapsamında evlenme sebebiyle kadına takılan ziynet eşyaları bakımından ispat yüküne ilişkin Yargıtay içtihatları incelenmiştir. Söz konusu içtihatlara göre kim tarafından takıldığı fark etmeksizin kadına özgü olan ziynet eşyaları kadının kişisel malı sayılır. Saklanması ve taşınması kolay olan ziynet eşyalarının kadının evi terk ederken yanında götürdüğü kabul edilir. Ancak kadının şiddet görerek evden ayrılması yahut evi terke zorlanması durumlarında ziynet eşyalarını kadının götürdüğünü ispat yükü kocaya aittir. Koca ayrıca kadının ziynet eşyalarını rızasıyla iade edilmemek üzere ona verdiğini ispat etmelidir.

Yargıtayın bu yöndeki uygulamasında fiili karineleri kullandığı görülmektedir. Ancak fiili karinelerle ispat yükü dağılımı yapılamaz. Bu sebeple söz konusu durumlarda ispat faaliyeti yapıldığının kabul edilmesi uygundur. Böylece karine sonucu olan vakıalar ispatlanmış olur.

Yargıtayın vardığı bazı sonuçlara ulaşmak için fiili karineleri kullanmaya ihtiyaç yoktur. HMK m. 190 ile ileri sürülen vakıaların hukukî sonucundan kendi lehine hak çıkararak kimsenin ispat yükünü taşıdığı kuralıyla da benzer sonuçlara ulaşılabilir. Şöyle ki fiili karine kullanılmadan ziynet eşyalarının evde kaldığına ilişkin ispat yükünün kadına ait olduğu sonucuna varılabilir. Ancak şiddet görerek evden ayrılmak zorunda kalan kadının ziynet eşyalarını yanında götüremeyeceği fiili karine ile kabul edilebilir. Bunun yanında içtihatlarda kadının ziynet eşyalarını iade edilmek üzere verdiği yönünde bir fiili karine oluşturulmuştur. Fakat ziynet eşyalarının iade

⁵⁹ Sankaya (n57) 342, dn 320.

⁶⁰ Sankaya (n57) 342.

⁶¹ Sankaya (n57) 342, dn 320.

edilmek üzere verilip verilmediği hususunda bir yorum uyumsuzluğu vardır. Taraflar ileri sürdükleri sözleşmeye ilişkin ispat faaliyeti yapamadığında ve hâkim sözleşmeyi nitelendiremediğinde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ziyinet eşyalarının kadına iadesi gerekir. Yargıtay bu sonuca olağan olanın kadının iade edilmek üzere ziyinet eşyalarını vermesi olduğunu, kocanın iade edilmemek üzere bu eşyaların verildiğini ispat etmesi gerektiğini içtihat ederek ulaşılmaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Akçaal M, “Düğünde Takılan Ziyet Eşyasının İadesi”, ERÜHFD, C XIV, S 2, (2019) 265.
- Akkaya T, *Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası* (2017).
- Alangoya Y/Yıldırım K/Deren-Yıldırım N, *Medenî Usul Hukuku Esasları* (8. Bası 2011).
- Allner U, *Die tatsaechliche Vermutung mit besonderer Berücksichtigung der GEMA-Vermutung* (1993).
- Ansay S Ş, *Hukuk Yargılama Usulleri* (7. Bası 1960).
- Arslan R/Yılmaz E/Taşpınar Ayvaz S/Hanağası E, *Medenî Usul Hukuku* (6. Bası 2020).
- Atalay O, *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı* (2001) (*Menfi Vakıa*).
- Atalay O, *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku* (15. Bası 2017) (*Pekcanitez Usul*).
- Atalı M/Ermenek İ/Erdoğan E, *Medenî Usûl Hukuku* (3. Bası 2020).
- Başözen A, *Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı* (2010).
- Belgesay M R, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Şerhi İsbat Teorisi* (3. Bası 1950).
- Bilge N/Önen E, *Medeni Yargılama Hukuku* (3. Bası 1978).
- Budak A C/Karaaslan V, *Medenî Usul Hukuku* (3. Bası 2019).
- Gemici A E, “Takı Merasiminde Gelin ve Damada Takılan Ziyet Eşyalarının Kime Ait Olacağı Sorunu (Karar İncelemesi)” ABD (2020/3) 317.
- Gençcan Ö U, *Ziyet ve Eşya Alacağı Davaları* (2019).
- Guggenbühl M, *Die gesetzlichen Vermutungen des Privatrechts und ihre Wirkungen im Zivilprozess* (1990).
- Görgün L. Ş/Börü L/Toraman B/Kodakoğlu M, *Medenî Usûl Hukuku* (9. Bası 2020).
- Karakaş F T, “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar” (2013) AÜHFD, C LXII, S 3, 729.
- Karşlı A, *Medeni Muhakeme Hukuku* (4. Bası 2020).
- Kulaklı E “Ziyet Eşyasına İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (2019) C 25, S I, 262.
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C II (6. Bası 2001) (*C. II*).
- Kuru B, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, C I (2020) (*El Kitabı*).
- Postacıoğlu İ E, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (6. Bası 1975).
- Prütting H, *Gegenwartsprobleme der Beweislast* (1983).
- Rosenberg L/Schwab M/Gottwald P, *Zivilprozessrecht* (18. Auflage 2018).
- Rüegg E, *Beitrag zur Lehre von der Vermutung im schweiz. Privatrecht* (1947).
- Sağiroğlu M Ş, *Ziyet Davaları* (2. Bası 2013).
- Sarıkaya M, *Sözleşmenin Yorumu* (2020).
- Tanrıver S, *Medenî Usûl Hukuku* (3. Bası 2020).
- Taşpınar S, “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, (1996)/1-4,

AÜHFD, 533 (*Fiili Karine*).

Taşpınar S, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri* (2001) (*İspat*).

Topuz G, *Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat* (2012).

Umar B/Ejder Y, *İspat Yüğü* (2. Bası 1980).

Umar B, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2. Bası 2014).

Üstündağ S, *Medeni Yargılama Hukukunun Esasları* (7. Bası 2000).



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 20.08.2020
Kabul: 15.01.2021

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Fahiş Fiyat Artışlarına Karşı İdari Yaptırım Uygulanmasında Yetki Çatışması

Yasin Söyler*

Öz

Covid-19 salgınında ülkemizde mal ve hizmetlerin fiyatlarında ortaya çıkan fahiş artışlarla daha etkin bir şekilde mücadele edebilmek amacıyla *fahiş fiyat artışı* ismini taşıyan yeni bir idari suç ihdas edilmiş ve bu suç idari yaptırıma bağlanmıştır. Bu amaçla gerekli görülen değişiklikler, 2020 yılının Nisan ayında 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen bir ek madde ile gerçekleştirilmiştir. Bu Kanunda, öngörülen idari yaptırımları uygulamakla görevli bir kamu kurumu olarak Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu oluşturulmuştur. Öte yandan hukuk sistemimizde mal ve hizmetlerin fiyatlarında gerçekleşen haksız artışları olağanüstü dönemler de dâhil olmak üzere idari yaptırıma tabi tutan başka kanunlar da vardır. Bu kanunlarda idari yaptırımları uygulamakla görevlendirilen kamu kurumları ise birbirinden farklıdır. Bu çerçevede özellikle fahiş fiyat artışlarına yönelik idari yaptırımlar rekabet hukuku ile tüketici hukuku çerçevesinde ayrıca düzenlenmiş ve bu alanlarda görev yapmak üzere Rekabet Kurumu ile Reklam Kurulu gibi kamu kurumları yetkilendirilmiştir. Makalede, söz konusu kamu kurumlarının fahiş fiyat artışlarına karşı hangi derecede idari yaptırım uygulama yetkisine sahip oldukları ve her bir kamu kurumunun yetkisinin diğeri karşısındaki konumu değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Bu çerçevede yapılan inceleme neticesinde, mal ve hizmetlerin fiyatlarında fahiş artış yapan kişi veya firmalara uygulanacak cezaların bazı hallerde birden fazla kamu kurumunun yetki alanına girdiği tespit edilmiştir. Her bir kamu kurumunun uygulamakla yükümlü olduğu idari yaptırım türleri ile idari para cezası miktarlarının farklılık oluşturduğuna da göz önünde bulundurduğumuzda, fahiş fiyat artışı fiillerine karşı uygulanacak idari yaptırım konusunda kurumlar arası bir yetki çatışması ortaya çıkabilmektedir. Ortaya çıkan bu sorunların hukuki açıdan ne şekilde giderilebileceği, makalede üzerinde durulan önemli konulardan biri olmuştur.

Anahtar Kelimeler

Fahiş fiyat artışı, Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu, Rekabet Kurumu, Reklam Kurulu, Covid-19 salgını

Conflict of Competence in the Application of Administrative Sanctions For Price Gouging

Abstract

In order to more effectively combat excessive increases in the prices of goods and services caused by the Covid-19 outbreak in Turkey, a new administrative offense, price gouging, was introduced to the Turkish legal system; this offense is subject to administrative sanction. For this reason, the legislature altered the Act on the Regulation of Retail Trade (No: 6585) in April 2020 and further regulated this topic with an additional article in the Act. The Act establishes the Unfair Price Evaluation Board as a public agency with the authority to apply prescribed administrative sanctions. Moreover, there are other laws in the Turkish legal system regulating the administrative sanctions of excessive increases in prices of goods and services in normal times as well as states of emergency or extraordinary times. According to these laws, however, the public bodies charged with applying administrative sanctions are also different. As a case in point, in Competition Law No: 4054, the Competition Authority is responsible for applying administrative sanctions for price gouging in the framework of competition law, while Consumer Protection Law No: 6502 gives the same authorization to the Advertising Board in the framework of consumer law. This article aims to clarify these overlapping authority situations of applying administrative sanctions for price gouging and set the boundaries between the authorized public bodies by comparatively assessing their duties and authorities.

* **Sorumlu Yazar:** Yasin Söyler (Doç. Dr.), Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: yasin.soyler@asbu.edu.tr ORCID: 0000-0002-8833-9230

Atf: Söyler Y, "Fahiş Fiyat Artışlarına Karşı İdari Yaptırım Uygulanmasında Yetki Çatışması" (2021) 79(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 211.
<https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.1.0006>



The penalties to be imposed on individuals or companies making an exorbitant increase in the prices of goods and services are sometimes under the jurisdiction of more than one public authority. A conflict of jurisdiction among authorities may arise when considering the differences in administrative sanctions and the amount of administrative fines that public authorities may impose. This article undertakes to demonstrate how these problems can be solved legally.

Keywords

Price gouging, Unfair Price Evaluation Board, The Competition Authority, The Advertising Board, Covid-19 pandemic

Extended Summary

The Covid-19 outbreak has negatively affected Turkey as well as other many countries and has had some negative effects, one of which is the phenomenon of excessive increases in the prices of some goods and services that are urgently needed during the pandemic. In order not to worsen the effects of the pandemic, most countries have taken urgent measures in this regard. In accordance with global practices, Turkish lawmakers have also befittingly taken some precautions against excessive price increases.

One of the most important measures taken against price gouging is the addition of this activity to the Turkish legal system as a new administrative offense. Law No. 6585 on the Regulation of Retail Trade clearly mandates that producers, suppliers and retail businesses cannot make excessive increases in the prices of goods and services, and the newly established Unfair Price Assessment Board has the authority to impose administrative sanctions for noncompliance. In addition, the Unfair Price Assessment Board Regulation, which was enacted for the purpose of implementing the provisions of the law, defines price gouging as follows:

Excessive and unfair price increase without a valid ground such as increase in input prices and other production costs for the goods and services which are mandatory to meet the basic needs of the public such as nutrition, healthy living and protection and which are sold by producers, suppliers and retail businesses during the state of emergency, disaster, economic volatility, and other emergencies.

This type of action is thus regarded as an offense that can only be committed during extraordinary times.

There are presently some other laws in the Turkish legal system that outline price gouging as an administrative offense. Furthermore, additional public agencies have been authorized to apply administrative sanctions for the offenses mentioned in these laws. These related laws include the Act on Protection of Competition (No: 4054), the Act on Consumer Protection (No: 6502), and the Act on Regulation of Trade of Vegetables, Fruits, and Other Goods with Sufficient Supply and Demand Depth (No: 5957).

First, the Act on Protection of Competition provides that excessive price increases violate the order of free competition. The Competition Authority, the implementing authority of this Act, is authorized to charge administrative sanctions for excessive price increases that violate free competition.

Second, there are also provisions for administrative sanctions against excessive price increases in the Act on Consumer Protection. A statement in the first paragraph of the article 62 of the Act relates directly to excessive price increases:

In case of a commercial practice does not suitable for the requirements of professional care; disrupt or has a potential to disrupt significantly economical behavior of average consumer regarding goods and services, is accepted unfair. Especially deceptive and aggressive practices along with applications included in the annex of the regulation are accepted as unfair commercial practices. Unfair commercial practices directed consumers are forbidden.

The Advertising Board is the public agency charged with levying administrative sanctions for excessive price increases under the Act.

Third, the Act on Regulation of Trade of Vegetables, Fruits, and Other Goods with Sufficient Supply and Demand Depth is another law that includes a provision related to excessive price increases. According to this law, merchants are not permitted to make an agreement among themselves or with producers and exploit their dominant situations in order to prevent free competition. It is accepted that this provision also intends to prevent excessive price increases. To enforce this law, municipalities are the public bodies authorized to charge administrative sanctions for these offenses.

In each of these aforementioned laws, the administrative fines and administrative measures taken against excessive price increases and the administrative procedures to prevent these actions are different from each other. In accordance with the principle of duplicate punishment prohibition (the principle of *non bis in idem*), the law cannot punish someone more than once for the same action. Consequently, the question of “which law’s provision must be applied with regard to excessive price increases and which public agency has the authority in this area?” is a significant one. An effort to clarify which law is used in which situation will contribute legal certainty and consequently improve the rule of law. This article attempts to achieve that goal.

Fahiş Fiyat Artışlarına Karşı İdari Yaptırım Uygulanmasında Yetki Çatışması

Giriş

Covid-19 salgınının ülkemizde de etkisini göstermeye başlamasıyla birlikte, tüm dünyada olduğu gibi bu salgının toplumsal yaşantımızda ortaya çıkardığı olumsuz etkilerin ortadan kaldırılması amacıyla devletimiz bazı tedbirleri yürürlüğe koyma mecburiyetinde kalmıştır. Covid-19 salgının toplumsal yaşantımızda ortaya çıkardığı olumsuz etkilerden biri de bazı mal ve hizmetlerin fiyatlarında fahiş artışların gerçekleşmiş olması olduğundan, bu olumsuz etkinin ortadan kaldırılması amacıyla fahiş fiyat artışı yapmak yeni bir idari suç olarak kabul edilmiş ve idari yaptırıma tabi tutulmuştur. Yasa koyucunun bu yaklaşımı, Covid-19 salgınında mal ve hizmetlerin fiyatlarında ortaya çıkmış olan fahiş artışlarla etkin bir şekilde mücadele edilmesine katkı sağlama amacını taşımaktadır ve bu yönüyle kamu yararına hizmet etmektedir. Nitekim tüm dünyada fahiş fiyat artışlarıyla mücadele amacıyla yeni düzenlemeler yürürlüğe konulmuş, bu fiil birçok ülkede idari yaptırıma tabi tutulmuştur.

Yeni bir idari suç olan fahiş fiyat artışının tanımlanması hukuki açıdan önemli bir çaba gerektirir. Fakat makalemizin konusunu esasen bu idari suç tipinin tanımlanması oluşturmamaktadır. Bundan ziyade makalemizde, bu idari suç tipinin özellikle rekabet hukuku ve tüketici hukuku gibi alanlardaki karşılığı ve anlamı ile özellikle bu alanda yetkili kılınmış birbirinden farklı kamu kurumlarının yetkilerinin birbirleri karşısındaki konumlarını değerlendirmeyi amaçlamaktayız.

Makalenin birinci bölümünde genel olarak Covid-19 salgın sürecinde fahiş fiyat artışlarına karşı ülkemizde alınan önlemlere yer verildikten sonra, ikinci bölümde Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun (bundan sonra *Perakende Ticaret Kanunu* olarak anılacaktır)'da yapılan değişiklikle getirilen fahiş fiyat artışı idari suç tipinin kısaca tanımlanmasına çalışılmış, üçüncü bölümde fahiş fiyat artışlarını idari suç olarak düzenleyen diğer başlıca kanun hükümleri incelenmiş ve son olarak dördüncü bölümde ise söz konusu kanun hükümleri arasında ortaya çıkması muhtemel norm çatışmaları ve dolayısıyla kamu kurumları arasındaki muhtemel yetki çatışmaları incelenerek, hukuki öngörülebilirliği sağlamak adına fahiş fiyat artışı idari suç tipine uygulanacak idari yaptırımlar ve bu konuda yetkili olan kamu kurumlarının isabetli bir şekilde belirlenmesine yönelik öneriler geliştirilmiştir.

I. Covid-19 Salgın Sürecinde Fahiş Fiyat Artışına Karşı Ülkemizde Alınan Önlemler

Covid-19 salgın sürecinde fahiş fiyat artışlarına karşı ülkemizde olduğu gibi diğer ülkelerde de ciddi tedbirler alınmıştır.¹ Diğer ülkelerde alınmış olan tedbirlerin incelenmesi apayrı bir çalışma konusudur. Bu nedenle, bu bölümde sadece ülkemizde alınan tedbirler üzerinde genel olarak durulmuştur.

Covid-19 salgınının ülkemizde de etkisini göstermeye başlamasıyla birlikte Devlet bu salgınla baş edebilmek ve salgının getirdiği olumsuz etkilerin ortadan kaldırılması amacıyla birçok hukuki ve sosyo-ekonomik tedbirler almış, bu tedbirler doğal olarak sosyal yaşantımızı olağan dönemlerde görülmediği şekilde etkilemiş ve değiştirmiştir. Ürün fiyatlarını etkilemesi nedeniyle bizi ilgilendirdiği boyutuyla, hukuki açıdan ülkemizde alınan tedbirlerden bazıları şu şekilde sıralanabilir: Bazı malların satışı ve hizmetlerin sunumuna *taban (price floor)* ve *tavan fiyat (price ceiling)* uygulaması getiren düzenlemelerin yürürlüğe konulması,² bazı ürünlere ilişkin ihracatın ön izne bağlanması,³ salgın sürecinde acil ihtiyaç duyulan maskelerin satışının yasaklanması ve Devlet tarafından vatandaşlara temininin ücretsiz sağlanması, fahiş fiyat artışı ve stokçuluk yapan kişi ve firmalara idari para cezası uygulanması ve bu konuya ilişkin yeni düzenlemelerin getirilmesi⁴ vb. Şüphesiz alınan bu tedbirler, sosyal yaşantımızı etkilemenin yanı sıra sahip olduğumuz hak ve özgürlükler üzerinde de çeşitli şekillerde etkiler doğurmuştur. Devletin salgın bir hastalıkla etkin bir şekilde mücadele edebilmesinin aslında bir diğer yönüyle toplumsal yaşantının birer bireyi olarak hepimizin ortak faydasını gerçekleştirmeye yönelik faaliyetler olduğu varsayılır. Gerçeklikte ise zaman zaman birbirleriyle çatışan bu menfaatlerin makul bir

¹ Avrupa ülkeleri ile ABD’de alınan hukuki tedbirlere ilişkin bkz George S Cary, Maurits Dolmans, Bruce Hoffman, Thomas Graf, Leah Brannon, Richard Pepper, Henry Mostyn, Alexis RB Lazda, Savannah Haynes, Kristi Georgieva ve Jan Przerwa, ‘Exploitative abuses, price gouging & COVID-19: The cases pursued by EU and national competition authorities’ (2020) e-Competitions Antitrust Case Laws e-Bulletin <https://www.concurrences.com/pdf_version.api/article-94392.pdf> Erişim Tarihi 23 Haziran 2020. Diğer bazı ülkelerde alınan tedbirler için bkz Willem H Boshoff, ‘The competition economics of excessive pricing and its relation to the Covid-19 disaster period’ (2020) <<https://ssrn.com/abstract=3593292>> Erişim Tarihi 30 Haziran 2020.

² Örneğin Karayoluyla Yolcu Taşımacılığı Alanında Uygulanacak Taban/Tavan Ücret Tarifesi Hakkında Tebliğ ile; 31/7/2020 tarihine kadar uygulanmak üzere karayoluyla yurtiçi yolcu taşımacılığı alanında taban ve tavan ücretler belirlenmiş ve bu ücretlere uyulmaması idari yaptırıma bağlanmıştır. Bkz RG 14.5.2020/31127. Bu düzenleme yasal dayanağını, 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu’nun 11. maddesinden almaktadır.

³ Örneğin İhracı Yasak ve Ön İzne Bağlı Mallara İlişkin Tebliğ (İhracat 96/31)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (İhracat 2020/6) ile; ventilatör, emmo, oksijen konsantratörü, ventilasyon sarfları, hasta devreleri (anestezi/ventilatör devresi), IV kanül, entübasyon tüpleri ve yoğun bakım monitörlerinin ihracatı, Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu’nun ön iznine bağlanmıştır. Bkz RG 26.3.2020/31080. Bu düzenleme hukuki dayanağını, 22.12.1995 tarihli ve 95/7623 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı’yla yürürlüğe konulan İhracat Rejimi Kararı’ndan almaktadır.

⁴ Makalenin inceleme alanını esasen bu konu oluşturmaktadır. Bu konu aşağıdaki bölümlerde ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

denge içerisinde birbirleriyle bağdaştırılması, ciddi bir hukuki mesele olarak ortaya çıkabilmektedir.⁵

Hukuk sistemimizde salgın hastalık durumlarında, Devletin bu hastalıklarla etkin bir şekilde mücadele edebilmesine yönelik birçok hükme yer verilmiştir.⁶ Bu hükümlerin geçerlilik bulabilmesi için olağanüstü hal ilanına da gerek bulunmamaktadır. Gerçi salgın bir hastalık durumundan olağanüstü hal ilan edilmesi ve bu durumun getirdiği sıkı hukuki rejimin uygulanması, toplum üzerinde daha etkili tedbirlerin alınmasına imkân tanıyabilir⁷. Çünkü olağanüstü hal rejiminde temel hak ve özgürlükler, olağan dönemlere göre daha sert bir şekilde sınırlandırılabilir ve hak ve özgürlüklerin kullanılması durdurulabilir. Fakat Covid-19 salgınıyla mücadele için ülkemizde olağanüstü hal ilan edilmesine gerek görülmemiştir. Olağan hukuk rejimine göre Anayasa ve kanunların çizdiği çerçeve içerisinde, salgın hastalıkla mücadele edilmeye çalışılmıştır.

Bütün bu tedbirler içerisinde bizim inceleme konumuzu da oluşturan *fahiş fiyat artışıyla* mücadeleye ilişkin alınan hukuki tedbirler oldukça önem arz etmektedir. Çünkü Covid-19 salgın sürecinde bazı mal ve hizmetlerin fiyatlarında ciddi artışlar olmuştur.⁸

Ticaret Bakanlığı bünyesinde teşkilatlandırılmış olan Reklam Kurulu, Covid-19 salgın sürecinde fiyat artışı yapan kişi ve firmalara yönelik idari para cezaları uygulamış ve bu satışlara ilişkin reklamların durdurulmasına karar vermiştir.⁹ Kurul Başkanlığı tarafından yayımlanan Basın Bülteni'nde, ayrıntıları aşağıda ayrıca ele alınacak olan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (bundan sonra *Tüketici Kanunu* olarak anılacaktır)'a dayalı olarak 50'ye yakın farklı ildeki 200'e

⁵ Tolga Şirin, 'Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş' (2020) 9(17) Anayasa Hukuku Dergisi 43, 74-75. Örneğin ülkemizde Covid-19 salgın sürecinin baş gösterdiği ilk zamanlarda maske fiyatlarının fahiş şekilde artış göstermesinden dolayı hükümet, ilk başlarda ücretsiz maske dağıtımı kararı almış, daha sonra ise maske satışlarını yasaklamıştır. Hükümetin almış olduğu bu kararların toplum sağlığını koruma amacı taşıdığı ve bu açıdan kamu yararına hizmet ettiği şüphesizdir. Fakat öte yandan bu kararlar alınmadan önce, yürütmekte oldukları ticari faaliyet çerçevesinde örneğin eczanelerin satmak amacıyla almış oldukları maskeler hakkında nasıl bir işlem yapılacağı konusunda ciddi belirsizlikler oluşmuştur. Maske satışı yasağından dolayı birçok eczanenin mağdur olduğuna ilişkin iddialar, medyada yer almıştır. Bkz <<https://www.memurlar.net/haber/897756/maske-satisi-tumuyle-yasaklandi-mi.html>> Erişim Tarihi 4 Haziran 2020. Yine maske satışı yasağından dolayı bazı kişiler maske bulmakta zorlanmış, parayla maske almaları da mümkün olamamıştır.

⁶ Bu düzenlemelerden en önemlisi, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'dur. Kanunun güncel hali için bkz <<https://www.mevzuat.gov.tr>> Erişim Tarihi 4 Haziran 2020.

⁷ Şirin (n 5) 54.

⁸ Covid-19 salgınının henüz ortaya çıkmadığı yıllarda, olağanüstü durumların gerçekleştiği ülkelerde acil ihtiyaç duyulan mal ve hizmetlerin fiyatlarında fahiş artışlar gerçekleşmiş olduğu iddiasını bir *efsane (myth of price gouging)* olarak değerlendirip gerçekçi bulmayan ve bu nedenlere özgü *fahiş fiyat artışı (price gouging)* düzenlemelerine ihtiyaç bulunmadığını savunan bir çalışma için bkz Debra Wilson, 'Price Gouging, Construction Cartels or Repair Monopolies? Competition Law Issues Following Naturel Disasters' (2014) 20 Canterbury Law Review 53, 53-54, 55 vd. Yazarın bu iddiası diğer olağanüstü durumlar açısından da oldukça şüpheli olmasının yanı sıra, Covid-19 salgını ekseninde bir değerlendirme yapıldığında en azından ülkemiz bakımından bir anlam ifade etmemektedir. Çünkü Makalemiz boyunca ele alınmış idari ve yargısal kararlardan da anlaşılacağı üzere, Covid-19 salgın sürecinde ülkemizde, gerçekten acil ihtiyaç duyulan birçok mal ve hizmetin fiyatında haksız fahiş artışlar gerçekleşmiştir.

⁹ Diğer ülkelerde benzer yönde fahiş fiyat artışlarından dolayı firmalar hakkında başlatılan soruşturmalar ve alınan idari yaptırım kararları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Rakic Ivana, 'Competition Law in the Age of Covid-19' (2020) LXVII(2) Anali Pravno fakulteta u Beogradu 25, 30-31.

yakın kişi ve firmaya *maske, dezenfektan, kolonya, gıda, ateşölçer* ve *ıslak mendil* fiyatlarında haksız artış yaptıkları gerekçesiyle idari para cezası ile durdurma cezalarının uygulandığı belirtilmiştir.¹⁰ Karar içeriğine bakıldığında verilen cezaların büyük çoğunluğunun maske, dezenfektan ve kolonyaya ilişkin olduğu görülmektedir. Yine söz konusu cezalar ağırlıklı olarak www.n11.com, www.hepsiburada.com ve www.trendyol.com isimli internet siteleri üzerinden satış yapan kişi ve firmalar ile perakende işletmeler ve eczanelere kesilmiştir. Satışı internet üzerinden yapan kişi ve firmalara maktu olarak 104.781 TL, diğerlerine ise yine maktu olarak 10.475 TL olmak üzere idari para cezaları uygulanmıştır.

Covid-19 salgın sürecinde fahiş fiyat artışı konusunda bir açıklama da Rekabet Kurumu'ndan gelmiştir.¹¹ Kurum'un "*Aralarında Zincir Marketlerin de Bulunduğu 29 Teşebbüs Hakkında Soruşturma Başlatıldı*" başlıklı 7 Mayıs 2020 tarihinde yapmış olduğu duyuru şu şekildedir: "*Hatırlanacağı üzere, Kurum, COVID-19 salgını başladığından beri fiyat artışları ve arz zincirindeki birtakım piyasa aksaklıklarına dair uyarılarda ve inceleme duyurularında bulunmuştu. Bu bağlamda, bugünkü Karar'ın yaklaşık bir ayı bulan bir süre zarfında yapılan analizlere göre gıda ve temizlik/hijyen ürünlerinin üretim ve ticareti ile iştilal eden teşebbüslerden bazılarının özellikle fahiş fiyat artışı davranışlarının rekabet hukukunu ihlal eder nitelikte olabileceğine dair ciddi ölçüde kanaate varıldığı anlaşılmaktadır*"¹². Duyurudan da anlaşılacağı üzere Rekabet Kurumu Covid-19 salgınından dolayı gıda ve temizlik/hijyen ürünlerinin üretim ve ticaretini yapan bazı teşebbüslerin fahiş fiyat artışı yapmış olabileceklerini bir rekabet hukuku ihlali olarak değerlendirerek kendi görev alanında görmüş ve buna dayanarak ilgili teşebbüsler hakkında soruşturma başlatmıştır. Rekabet Kurumu daha sonra 14 Mayıs 2020 tarihinde yapmış olduğu duyuruda ise perakende gıda ticareti alanında faaliyet gösteren 23 zincir marketin, su ile yaş meyve ve sebzelerin perakende satış fiyatlarını belirlerken 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (bundan sonra *Rekabet Kanunu* olarak anılacaktır)'un 4. ve 6. maddelerini ihlal edip etmediklerine ilişkin yapılan soruşturmanın sözlü savunma aşamasına gelindiğini, sözlü savunmanın 24 Haziran 2020 tarihinde yapılacağını, konu ile menfaat ilişkisi olan üçüncü kişiler de dâhil ilgili kişilerin söz konusu toplantıya katılabileceklerini duyurmuştur.¹³

¹⁰ <<https://www.ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>> Erişim Tarihi 20 May 2020. Bakanlık açıklaması için bkz <<https://covid19.ticaret.gov.tr/tuketici/duyuru/ticaret-bakani-pekcane-fahis-fiyat-artisi-tespit-edilen-firmalara-verilen-cezalar>> Erişim Tarihi 4 June 2020. Bakanlık tarafından yapılan açıklamaya göre, "*01.04.2020 tarihi itibarıyla gerek 81 Ticaret İl Müdürlüğümüz gerekse Bakanlığımız Reklam Kurulu tarafından denetim altına alınan 7.386 firma ile ilgili yasal süreç devam etmektedir.*" Açıklama için bkz <<https://covid19.ticaret.gov.tr/tuketici/duyuru/haksiz-fiyat-artistarına-iliskin-reklam-kurulunun-karari>> Erişim Tarihi 4 Haziran 2020.

¹¹ Covid-19 salgın sürecinde fiyat artışlarına karşı diğer birçok ülke rekabet kurumu, anılan fiillerin hukuka aykırılık oluşturduğu ve bu fiillerin yaptırma tabi tutulacağı yönünde açıklama yapmıştır. Bkz Rakić (n 9) 28.

¹² <<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/aralarinda-zincir-marketlerin-de-bulundu-8828c79f5f90ea11811a00505694b4c6>> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020. Hakkında soruşturma başlatılan teşebbüsler için söz konusu duyuruya bakılabilir.

¹³ <<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/perakende-gida-ticareti-alaninda-faaliye-4384b022e495ea11811a00505694b4c6>> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020.

Son olarak salgınla mücadelede etkin bir yöntem olacağı düşüncesiyle *fahiş fiyat artışı* ve *stokçuluk*la mücadeleye ilişkin yeni düzenlemeler yürürlüğe konulmuş ve bu düzenlemeleri uygulamakla görevlendirilmiş yeni bir kurul –Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu- idari teşkilatlanmamıza dâhil edilmiştir.

II. Perakende Ticaret Kanununa Göre *Fahiş Fiyat Artışı*

2020 yılının Nisan ayında, Perakende Ticaret Kanunu'nda 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la¹⁴ bir değişiklik yapılarak fahiş fiyat artışı isminde yeni bir idari suç ihdas edilmiş ve bu suça karşı idari yaptırım uygulamakla görevli bir kamu kurumu olarak Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu oluşturulmuştur. Fahiş fiyat artışına ilişkin Perakende Ticaret Kanunu'nun ek 1. maddesinde yer verilen hüküm şu şekildedir: “*Üretici, tedarikçi ve perakende işletmeler tarafından bir mal veya hizmetin satış fiyatında fahiş artış yapılamaz.*” Görüldüğü üzere bu hüküm, sadece fahiş fiyat artışını yasaklamakta, fakat bu fiilin ne anlama geldiğine ilişkin bir açıklamayı içermemekte, maddi unsur açısından fahiş fiyat artışının sadece üretici, tedarikçi ve perakende işletmeler tarafından gerçekleştirilebileceğini, ayrıca bu artışın bir mal veya hizmete ilişkin olabileceğini kayıt altına almaktadır. Bu hükümde, fahiş fiyat artışlarının olağanüstü dönemlerde gerçekleşmiş olması ya da rekabet hukuku ihlallerinden kaynaklanmış olması gibi sınırlandırıcı kayıtlara ise yer verilmemiştir.

Öte yandan anılan Kanunun uygulanması amacıyla yürürlüğe konulan Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği'nde ise fahiş fiyat artışı daha kapsamlı ve açıklayıcı bir şekilde düzenlenmiş ve Perakende Ticaret Kanunu'nda yer almayan bazı unsurları da içerecek şekilde bir fahiş fiyat artışı tanımı yapılmıştır. Söz konusu Yönetmeliğe göre fahiş fiyat artışı, “*Olağanüstü hal, afet ve ekonomik dalgalanma dönemleri ile diğer acil durumlarda üretici, tedarikçi ve perakende işletmeler tarafından satışa sunulan ve kamunun beslenme, sağlıklı yaşama ve korunma gibi temel ihtiyaçlarını karşılamak için zorunlu olan mal ve hizmetlerin fiyatında girdi ve diğer üretim maliyetlerindeki artış gibi haklı bir sebebe dayanmaksızın yapılan aşırı ve adil olmayan artışı*” ifade eder (md 3/1, ç). Bu Yönetmelik hükmünün, Perakende Ticaret Kanunu ile konuya ilişkin diğer kanunlarla olan ilişkisi (IV) numaralı bölümde incelenmiştir.

Ek 1. maddenin üçüncü fıkrasında ise “*Üretici, tedarikçi ve perakende işletmelerin fahiş fiyat artışı ve stokçuluk uygulamalarına yönelik düzenlemeler yapmak, gerektiğinde denetim ve incelemelerde bulunarak idari para cezası uygulamak ve her türlü tedbiri almak amacıyla Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu oluşturulur.*”

¹⁴ RG 17.4.2020/31102.

şeklinde bir hükme yer verildikten sonra anılan fıkranın devamında bu Kurulun ne şekilde oluşacağı, toplantı ve karar yeter sayıları, Kurulun sekreteryaya hizmetlerinin ne şekilde yürütüleceğine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Kurulun fahiş fiyat artışlarına karşı uygulayabileceği idari yaptırımlar ise anılan Kanununun 18. maddesinde “*Diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, bu Kanunun;... Ek 1 inci maddesinin birinci fıkrasına aykırı hareket edenlere on bin Türk lirasından yüz bin Türk lirasına kadar; ikinci fıkrasına aykırı hareket edenlere ise elli bin Türk lirasından beş yüz bin Türk lirasına kadar, idari para cezası verilir.*” şeklinde yer almıştır. Şu halde Perakende Ticaret Kanunu’na göre Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu, fahiş fiyat artışlarına karşı, diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde on bin Türk lirasından yüz bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulama yetkisine sahiptir.

Perakende Ticaret Kanunu’nda, bu Kanun kapsamında fahiş fiyat artışından dolayı verilen idari para cezalarına karşı idari yargı mercilerinin görevli olacağına ilişkin açık bir hükme yer verilmemiş olduğundan, Kabahatler Kanunu’nun 3 ve 27. maddesi gereğince bu kapsamda açılan davaların görüm yeri sulh ceza mahkemeleri olacaktır¹⁵. Ayrıca özel hüküm olması hasebiyle Perakende Ticaret Kanunu’nda yer alan “*Bu Kanuna göre verilen idari para cezaları, tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde ödenir.*” hükmü gereğince, bu Kanun kapsamında fahiş fiyat artışlarından dolayı verilen idari para cezalarının bir ay içinde ödenmesi gerekir.

III. Salgın Öncesi Fiyat Artışlarına İlişkin Yürürlükte Bulunan ve Halen Geçerliliğini Devam Ettiren İdari Suçlar

Covid-19 salgın sürecinde ortaya çıkmış olan fahiş fiyat artışlarına karşı Perakende Ticaret Kanunu’nda yapılan bir değişiklikle, yeni bir idari suç tipi olarak *fahiş fiyat artışı* hukuk sistemimize kazandırılmıştır. Ancak bu konunun tam olarak anlaşılabilmesi ve belirginliğe kavuşturulması, yine fiyat artışı fiillerini idari suç olarak kabul edip idari yaptırıma tabi tutan diğer kanunlardaki hükümlerle birlikte ortak bir değerlendirme yapmayı zorunlu kılar. Bu bölümde yapılan incelemelerden de anlaşılacağı üzere, aslında fiyat artışı fiillerine karşı hukuk sistemimizde öngörülmüş başka idari suçlar da vardır.

Fiyat artışlarını idari suç kabul edip idari yaptırıma tâbi tutan kanunlar sektörel açıdan ele alındıklarında, tüm sektörleri kapsayıcı nitelikte olanlar ile sadece belirli sektörlerde uygulanma imkânına sahip olan kanunlar şeklinde bir sınıflandırmaya tabi tutulabilir. Ayrıca bu kanunlar, başka açılardan da yapılacak sınıflandırmalara göre genel ya da özel nitelikli kanun olma özelliğini taşıyabilirler. Örneğin Rekabet Kanunu,

¹⁵ Kabahatler Kanunu ile özel kanunlar arasındaki ilişkinin bu yönde olduğu hakkında bkz Turgut Tan, *İdare Hukuku* (5. Bası, Turhan Kitabevi 2016) 422. Bu durumun eleştirisi için bkz Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan ve Serkan Seyhan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı* (8. Bası, Seçkin 2019) 738.

sadece rekabet ihlallerinden kaynaklı fiyat artışlarını idari suç kabul ettiğinden, haksız fiyat artışlarının herhangi bir nedenden kaynaklı olarak gerçekleştirilmesini idari suç kabul eden kanunlara göre, bu açıdan daha özel niteliklidir. Bu konuya daha fazla girmeksizin biz aşağıda sektörel açıdan ilk ikisi genel nitelikli, diğeri ise özel nitelikli olmak üzere üç kanun üzerinde durmayı faydalı gördük. Konuya ilişkin sektörel nitelikte başka kanunlar da yürürlükte bulunabilir. Bunların her birini burada tek tek incelemenin ulaşabileceğimiz sonuçlar açısından bir faydası olmadığı düşüncesiyle değerlendirmeye almadık.

Ayrıca bu bölümde, daha genel düzeyde değerlendirmeler yapmayı uygun gördük. Aksi durumda, konunun kapsam alanı oldukça genişleyecek, isabetli ve sağlıklı sonuçlara ulaşmak olanaklı olmayacaktı. Ayrıca ulaşabileceğimiz sonuçlara etkisinin kısmi düzeyde olacağı düşüncesiyle, aşağıda incelenen kanunlarda öngörülen idari yaptırım usulleri üzerinde hiç durmadık. Bu yaklaşımımız, idari usul konusunun önemsiz olmasından değil, sadece ifade ettiğimiz gibi inceleme yöntemimizle ilgilidir.¹⁶

A. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Fahiş Fiyat Artışı

Tüketici Kanunu'nda açık bir *fahiş fiyat artışı* idari suç tipine yer verilmemiştir. Fakat Kanunun 62. maddesinin birinci fıkrasında yer verilmiş olunan, “*Bir ticari uygulamanın; mesleki özenin gereklerine uymaması ve ulaştığı ortalama tüketicinin ya da yöneldiği grubun ortalama üyesinin mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozması veya önemli ölçüde bozma ihtimalinin olması durumunda haksız olduğu kabul edilir. Özellikle aldatıcı veya saldırgan nitelikte olan uygulamalar ile yönetmelik ekinde yer alan uygulamalar haksız ticari uygulama olarak kabul edilir. Tüketicije yönelik haksız ticari uygulamalar yasaktır.*” hükmünün, fahiş nitelikte olanlar da dâhil olmak üzere fiyat artışı fiillerini kapsayıcı nitelikte bir hüküm olduğu kabul edilmektedir.

Bu çerçevede fiyat artışlarının anılan Kanun hükmü kapsamında idari bir suç teşkil edebilmesi için, iki unsurun birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bu unsurlardan

¹⁶ Örneğin idari yaptırımlarda bir usul konusu olarak kişilere savunma hakkının tanınması, doğrudan idari yaptırımın içeriği ile ilgili bir konu olmamakla birlikte idari yaptırım kararlarını ciddi mahiyette etkileyebilecek nitelikte bir usuli ilkedir. Örneğin Rekabet Kanunu'nda savunma hakkı, kişiler için önemli bir hukuki güvence olarak doğrudan tanınmış ve ayrıntılı düzenlemelere tabi tutulmuşken, Perakende Ticaret Kanunu'nda doğrudan böyle bir hakka yer verilmemiş; fakat bu hak, Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği'nin konusunu oluşturmuştur. Bu noktada Rekabet Kanunu'nun usulü hak olarak idari yaptırım sürecinde teşebbüsler açısından oldukça etkin güvenceler sağlamış olduğu belirtilmelidir. Bkz Emin Koç, “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Düzenlenen İdari Para Cezaları İçin Öngörülen İdari Usul” (2012) 98 TBB Dergisi 231, 276.

ilki, bir ticari uygulamanın,¹⁷ *mesleki özenin* gereklerine uymamasıdır. Mesleki özen deyiminin, oldukça geniş bir içeriğe sahip olduğu şüphesizdir. Fiyat artışları bakımından, serbest rekabet koşullarını bozucu eylemlerden kaynaklı fiyat artışları ile tüketicileri sömürücü, aldatıcı, saldırgan veya onların içerisinde bulunduğu zor durumu suiistimal edici nitelikteki fiyat artışları, bu kapsamda değerlendirilebilir. Covid-19 salgın sürecinde ortaya çıkan, salgının getirmiş olduğu zor durumdan faydalanarak ve tüketicilerin bu zor dönemde içerisine düştükleri zor durumu sömürerek kötü niyetli bir şekilde yapılan fahiş fiyat artışlarının, bu kapsamda mesleki özenin gereklerine aykırılık oluşturduğu rahatlıkla söylenebilir.

İkinci unsur ise bir ticari uygulamanın, ulaştığı ortalama tüketicinin¹⁸ ya da yöneldiği grubun ortalama üyesinin mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozması veya önemli ölçüde bozma ihtimalinin olması durumudur. Covid-19 salgın sürecinde ortaya çıkan fahiş fiyat artışları, tüketiciler üzerinde baskı ve zorlama oluşturarak onların acil ihtiyaç duyduğu ürünleri normal dönemlerde hiçbir şekilde vermeyecekleri fiyatlarla elde etmelerine yol açtığından, ortalama bir tüketicinin bu mal veya hizmetlere ilişkin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozucu nitelik göstermiştir. Bu ikinci unsur bakımından da Covid-19 salgın sürecindeki fahiş fiyat artışları, Tüketici Kanunu kapsamında değerlendirilebilecek fiillerdir.

Tüketici Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasında, “*Özellikle aldatıcı veya saldırgan nitelikte olan uygulamalar ile yönetmelik ekinde yer alan uygulamalar haksız ticari uygulama olarak kabul edilir.*” şeklinde bir hükme yer verilerek, haksız ticari uygulamanın aldatıcı veya saldırgan nitelikte olan uygulamalar ile yönetmelik ekinde sayılan uygulamalarla sınırlı olmadığı belirtilmiş olmaktadır. Gerçi Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin ekinde yer verilmiş olunan, *aldatıcı bir ticari uygulama* olarak örnek kabilinden, “*Girdi maliyeti ve döviz kuru artışı gibi fiyat değişimlerinden etkilenmemesine rağmen bu durumlardan etkileniyormuş gibi hareket ederek tüketiciye sunulan mal veya hizmetin satış fiyatında haklı bir gerekçe olmaksızın artış yapmak*” hükmü, kısmen Covid-19 salgın sürecindeki fahiş fiyat

¹⁷ Anılan Kanunda *ticari uygulama*nın neyi ifade ettiğine ilişkin tanımlayıcı nitelikte bir hükme yer verilmemiştir. Bu deyim özellikle, anılan Kanun hükmü kapsamındaki idari suç tipini oluşturacak fiilin neye ilişkin olacağı ve idari suç sayısının tespiti bakımından önem taşımaktadır. Örneğin Covid-19 salgın sürecinde bir işletme bütünlüğü içerisinde yer alan birden fazla ürün fiyatında haksız artış yapılması durumunda, ortaya çıkan bu ihlale karşı tek bir idari para cezası mı yoksa birden fazla idari para cezası mı uygulanacağı sorunu, *ticari uygulama* deyiminin anlamlandırılması ile ilgilidir. Kanaatimizce Tüketici Kanunu'nun 62. maddesi kapsamında haksız ticari uygulamalar idari yaptırıma bağlanırken bir mal ya da hizmetten bahsedilmemiş olduğundan, bu uygulamanın daha geniş bir çerçeveye içerisinde bir mal ya da hizmet bütünlüğüne ilişkin olması da söz konusu olabilir.

¹⁸ Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'ne göre *ortalama tüketici*, “*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden, tüketici işlemi ya da tüketiciye yönelik uygulamaların her aşamasında makul düzeyde bilgiye sahip olan gerçek veya tüzel kişi*”dir. (md 4).

artışlarına da uygulanabilir nitelikte olsa da¹⁹ bu Yönetmelik hükmü kapsamında değerlendirilemeyecek fahiş fiyat artışlarının Tüketici Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrası kapsamında fahiş fiyat artışı olarak değerlendirilmesi mümkündür.

Son olarak belirtmek gerekir ki Tüketici Kanunu'nun kapsam alanına tüketici işlemleri²⁰ ile tüketiciye yönelik uygulamaların tamamı girdiğinden, tüketicileri etkileyen her türlü mal ve hizmet fiyatlarındaki haksız fiyat artışları bu Kanun kapsamında idari yaptırıma tabi tutulabilecek nitelik taşır.

Tüketici Kanunu'nda haksız ticari uygulamalara karşı tüketicileri korumak ve gerektiğinde idari yaptırım uygulamak amacıyla Reklam Kurulu oluşturulmuştur. Reklam Kurulu, Kanunun 62. maddesinde belirtilen yükümlülöklere aykırı hareket edenler hakkında haksız ticari uygulamanın üç aya kadar tedbiren durdurulması veya durdurulması yaptırımı veya beş bin Türk Lirası²¹ idari para cezası uygulama yetkisi ile donatılmıştır (md 77/13). Kanunun 77. maddesinin on üçüncü fıkrasında Kurulun, ihlalin niteliğine göre bu cezaları birlikte veya ayrı ayrı verebileceği belirtilmiş; idari para cezasının, aykırılık ölle genelinde gerçekleşmiş ise elli bin Türk Lirası²² olarak, aykırılığın reklam yoluyla gerçekleştirildiğinin tespiti hâlinde ise Kanunun 77. maddesinin on ikinci fıkrası hükmüne göre uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Mezkûr düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, Tüketici Kanunu kapsamında fiyat artışlarından dolayı idari yaptırım uygulama yetkisi doğrudan Reklam Kurulu'na verilmiştir. Bakanlığın doğrudan bu konuda bir karar alma yetkisi yoktur. Ayrıca anılan Kurula, ihlalin niteliğine göre 77. maddenin on üçüncü fıkrasında öngörölen yaptırımları birlikte veya ayrı ayrı uygulayabilme yetkisi verildiğinden, örneğın Covid-19 salgın sürecinde İnternette yer almış fiyat artışlarından dolayı Reklam Kurulu'nun hem haksız fiyat artışı yapan kişilere karşı idari para cezası uygulaması hem de bu yayınlara ilişkin durdurma kararı alması mümkündür. Kanundaki bu düzenleme, Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinde yer verilmiş olunan, *“Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idarî para cezası öngörölmüşse, en ağır idarî para cezası verilir. Bu kabahatlerle*

¹⁹ Dikkat edilirse Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin ekinde, *“Girdi maliyeti ve döviz kuru artışı gibi fiyat değişimlerinden etkilenmemesine rağmen bu durumlardan etkileniyormuş gibi hareket etme”* şeklinde özel bir unsur yer verilmiştir. Hâlbuki Covid-19 salgın sürecinde ortaya çıkan fahiş fiyat artışlarının büyük kısmı açısından, böylesine özel bir unsur gerçekleşmemiş, fahiş fiyat artışı yapan kişi ya da firmalar tabiri caizse insanların gözünün içine baka baka, onlara içine düştükleri zor durumu sömürdüklerini pişkin pişkin hissettirerek söz konusu fiilleri gerçekleştirmişlerdir.

²⁰ Anılan Kanuna göre *tüketici işlemi*, *“Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi”* ifade eder.

²¹ Yeniden değerlendirme oranlarına göre yapılan artışlarla bu ceza miktarı 2020 yılı için 10.475 TL olarak belirlenmiştir. Bkz 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 77 nci Maddesine Göre 2020 Yılında Uygulanacak Olan İdari Para Cezalarına İlişkin Tebliğ, RG 31.12.2019/30995.

²² Yeniden değerlendirme oranlarına göre yapılan artışlarla bu ceza miktarı 2020 yılı için 104.781 TL olarak belirlenmiştir. Bkz 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 77 nci Maddesine Göre 2020 Yılında Uygulanacak Olan İdari Para Cezalarına İlişkin Tebliğ, RG 31.12.2019/30995.

ilgili olarak kanunda idarî para cezasından başka idarî yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir.” hükmü ile kısmen uyumludur. Kabahatler Kanunu’nda her ne kadar, idari suçlara karşı kanunda öngörülen idari para cezası yaptırımı dışındaki diğer yaptırımların da uygulanacağı emredilmişse de, bu konuda Reklam Kurulu’na takdir yetkisi veren Tüketici Kanunu’nun 77. madde hükmüne, özel nitelikli ve sonraki tarihli bir kanun olması hasebiyle öncelik tanınması gerektiği açıktır.

Tüketici Kanunu’nda, bu Kanuna aykırılığın tespit edildiği tarih itibarıyla bir takvim yılında uygulanan toplam idari para cezası tutarının yirmi beş bin Türk Lirasını aştığı durumlarda, bu miktardan az olmamak ve yüz milyon Türk Lirasını geçmemek üzere toplam idari para cezasını sınırlandırmaya yönelik bir hükme yer verilmiş (md 77/19), fakat aynı hükümde, bu hükmün fiyat artışlarına da ilişkin olabilecek haksız ticari uygulamalardan kaynaklı idari yaptırımları kapsamayacağı belirtilmiştir. Yine Kanunun 77/A maddesinde uzlaşma müessesesi düzenlenmiş, fakat bu maddede de Reklam Kurulu tarafından verilen idari para cezaları uzlaşma kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu hükümler, Tüketici Kanunu’na göre verilecek idari para cezalarının somutlaştırılması bakımından önem taşımakta ve aşağıda da görüleceği üzere fiyat artışlarından dolayı daha ağır ya da daha hafif idari para cezasının tespitine imkân sağlayarak, norm çatışmalarında uygulanacak kanun hükümlerinin belirlenmesine hizmet etmektedir.

Şunu da belirtmek gerekir ki Tüketici Kanunu, fiyat artışlarına ilişkin uygulanacak idari para cezalarının somutlaştırılması bakımından çok isabetli düzenlemeleri bünyesinde barındıramamıştır. Örneğin bu Kanuna göre Covid-19 salgını sürecinde İnternette satışa sundukları ürünler üzerinde fahiş fiyat artışı uygulayan kişi ve firmalara karşı maktu nitelikte tek bir ceza uygulanırken -104.781 TL para cezası-, cezanın maktu nitelikte olmasından dolayı bu fiili İnternet üzerinden gerçekleştiren kişi veya firmaların ekonomik gücü ve büyüklüğü, fiilden elde edilen gelir düzeyi, fiilin yer aldığı İnternet sitesinin ziyaret edilirlilik düzeyi ve fiilin İnternet sitesinde devam etme süresi gibi unsurlar gözetilerek bir ceza uygulaması yöntemine gidilememiştir. Bu durum ise somut adaletin gerçekleştirilmesine tam olarak katkı sağlayamamıştır.²³

Bu başlık altında son olarak, Tüketici Kanunu’na göre verilen idari yaptırım kararlarına karşı idari yargı mercilerinde dava açılabilceğini belirtmemiz gerekir. Bu yönde açık bir kanun hükmüne, anılan Kanunun 78. maddesinde yer verilmiştir. Ayrıca aynı maddede, idare mahkemelerinde açılacak davaların, işlemin tebliğini izleyen günden itibaren otuz gün içinde açılmasına yönelik özel bir dava açma süresi

²³ Belirli sektörleri düzenleyen idari para cezalarının maktu nitelikte belirlenmesinin *ölçülülük ilkesini* ihlal edeceği hakkında bkz Ali D Ulusoy, *İdari Yaptırımlar* (1. Bası, XII Levha 2013) 125-126; Murat Ekinci, ‘Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar’ (2017) 3 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 19, 35.

ile idare mahkemesinde iptal davası açılmış olmasının kararın yerine getirilmesini durdurmayacağı ve bu Kanuna göre verilen idari para cezalarının, tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenmesi gerektiğine ilişkin özel hükümlere yer verilmiştir. Tüketici Kanunu, Kabahatler Kanunu'na göre hem özel nitelikli hem de sonraki tarihli bir kanun olduğundan, söz konusu idari yapıtım kararları hakkında Tüketici Kanunu hükümlerine üstünlük tanınması gerekir.²⁴

B. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Fahiş Fiyat Artışı

Haksız fiyat artışlarını bir idari suç olarak tanımlayan açık bir kanun hükmüne Rekabet Kanunu'nda da yer verilmemiştir. Fakat bu Kanun kapsamında rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylemler ve kararlar ile hâkim durumun kötüye kullanılması yasaklanmış olduğundan, bu çerçevede gerçekleştirilecek haksız fiyat artışlarının bir idari suç teşkil etmesi mümkündür.

İnceleme konumuzla ilgili olarak Rekabet Kanunu'nda yasaklanan faaliyetlerden ilki, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlardır. Kanunun 4. maddesine göre, “*Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar; uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.*” Bu çerçevede bir mal veya hizmetin fiyatında fahiş artışların gerçekleşmesi halinde, anılan Kanun hükmü ihlal edilmiş olacaktır²⁵. Bu tür ihlallerin Covid-19 salgın sürecinde gerçekleşmiş olması da muhtemeldir. Nitekim yukarıda belirtildiği üzere bu süreçte ortaya çıkmış fiyat artışlarından dolayı, anılan Kanun kapsamında Rekabet Kurumu geniş kapsamlı bir soruşturma başlatmıştır.

Rekabet Kanunu'nun 4. maddesinde rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylemler²⁶ ve kararlardan bazılarına örnek kabilinden yer verilmiştir. Bunlar 4. maddede sınırlandırıcı bir şekilde sayılmadığından, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararların sonucu olarak ortaya çıkan fahiş fiyat artışlarını da bu madde kapsamında değerlendirmenin önünde hukuki bir engel yoktur. Kaldı ki anılan maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinde, “*Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tesbit edilmesi*” de bir idari suç türü olarak sayıldığından, fahiş fiyat

²⁴ Aynı yönde bkz Kemal Berkarda, ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki İdari Cezaların Değerlendirilmesi’ (2016) 12(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 62, 84-85. Kabahatler Kanunu ile özel nitelikli kanunlar arasındaki ilişkiyi aynı yönde değerlendiren bir çalışma için bkz Tuğrul Katoğlu, ‘Kabahatler ve Zaman Yönünden Uygulamaya İlişkin Kimi Sorunlar’ <http://repository.bilkent.edu.tr/bitstream/handle/11693/51199/Kabahatler_ve_zaman_y%C3%B6n%C3%BCnden_uygulamaya_ili%C5%9Fkin_kimi_sorunlar.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Erişim Tarihi 23 Haziran 2020.

²⁵ İ. Yılmaz Aslan, *Rekabet Hukuku Dersleri* (7. Bası, Ekin Basın Yayın Dağıtım 2020) 221.

²⁶ *Uyumlu eylem (concerned practices)* deyimi hakkında bkz Alptekin Köksal, ‘Concerned Practices in the Context of EU Competition Law’ <<https://turkishlawblog.com/read/article/122/concerted-practices-in-the-context-of-eu-competition-law>> Erişim Tarihi 2 Temmuz 2020.

artışlarının tespitine yönelik anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar zaten bir rekabet ihlali olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, haksız ya da fahiş fiyat artışlarının rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlardan kaynaklanmaması durumunda, 6. maddesi saklı kalmak kaydıyla Rekabet Kanunu'nun uygulama alanı bulamayacağı konusudur. Bir haksız ya da fahiş fiyat artışı fiiline karşı Rekabet Kanunu'nun 4. maddesine göre idari yaptırım uygulanabilmesi için, mutlaka bir rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem veya kararın bulunması zorunludur.²⁷ Bu çerçevede Covid-19 salgın sürecinde teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı anlaşma yaparak, uyumlu eylemde bulunarak ya da kararlar alarak mal ve hizmet fiyatlarında fahiş artışlara gittiklerinin tespit edilmesi halinde, bu eylemin Rekabet Kanunu'nun 4. maddesi kapsamında rekabeti bozucu bir ihlal olarak kabulü mümkün olacaktır.

Rekabet Kanunu'nda yasaklanan faaliyetlerden bir diğeri ise *hakim durumun kötüye kullanılması*dır. Kanunun 6. maddesine göre “*Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütümünde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.*” 4. maddeye benzer şekilde burada da hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin bazı durumlar, örnek kabilinden sayılmıştır. Örnek olarak sayılan bu durumlar içerisinde haksız fiyat artışlarının bir idari suç teşkil edeceği açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, anılan maddede hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin genel nitelikli düzenlemeden, bu tür fiillerin de madde kapsamında değerlendirilebileceğine ilişkin bir sonuç ortaya çıkmaktadır²⁸. Hakim durumda bulunan firmaların haksız ya da fahiş nitelikteki fiyat artışları, tereddütsüz hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin eylemlerdir. Bu eylemler sektördeki diğer teşebbüsleri *dışlayıcı (exclusionary)* nitelikte olabileceği gibi doğrudan tüketicileri *sömürücü (exploitative)* nitelikte de olabilir.²⁹ Covid-19 salgınında ortaya çıkan fahiş fiyat artışları, tüketicileri sömürücü nitelik taşımaktadır.

Bu çerçevede Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi hükmü kapsamında, bir haksız fiyat artışından söz edilebilmesi için her şeyden önce bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütümünde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasında hakim durumda bulunması şarttır. Hakim durumda bulunmayan teşebbüsler hakkında, yapmış oldukları fiyat artışları her ne kadar fahiş ya da haksız nitelikte de olsa anılan Kanunun 6. maddesi hükmü kapsamında idari yaptırım uygulanması olanaksızdır. Öte

²⁷ Bu yöndeki bir Rekabet Kurulu kararı için bkz Rekabet Kurulu Kararı (Önaraştırma), Karar Tarihi 23.11.2017, Dosya Sayısı 2017-2-31, Karar Sayısı 17-38/609-265 <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=38837a4b-5cc7-43a0-aa4a-be5e0d32886f>> Erişim Tarihi 1 Temmuz 2020.

²⁸ Aslan (n 25) 220-221.

²⁹ Çiğdem Ünal, ‘Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar’ (2010) 11(4) Rekabet Dergisi 111, 145; Eda Şahin, ‘Tüketiciler İçin İyi Haber Mi Kötü Haber Mi?: Aşırı Fiyat Uygulamalarında AB Mahkemelerinin Yeni İstikameti’ (2019) 5(1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 87, 88; Massimo Motta ve Alexandre de Streeck, ‘Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never?’ (2007) The Pros and Cons of High Prices 14, 15.

yandan hakim durumdaki teşebbüsün, sahip olduğu bu gücü kullanarak süreklilik arz edecek şekilde mal ve hizmet fiyatlarında serbest rekabet koşullarında oluşabilecek fiyatın çok üzerinde fiyat uygulaması halinde, diğer şart da gerçekleşmiş olacaktır.³⁰ Bu noktada Rekabet Kanunu'nun 6. maddesinin ihlal edilmesinden kaynaklanan fiyat artışlarının hangi hallerde haksız ya da fahiş nitelikte olacağı belirlenmesi, önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Rekabet Kurulu, bu konuda Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşmanın 102. maddesinde yer alan hüküm ile bu hüküm çerçevesinde gelişmiş Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarını³¹ esas alarak bir uygulama geliştirmiştir.³² Rekabet Kurulu, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın özellikle *United Brands* kararından³³ esinlenerek haksız fiyat oluşumu için bir mal veya hizmetin *ekonomik değerine* göre ne derece artışa tabi kılındığını esas almakta; bir mal veya hizmetin ekonomik değerine göre ortaya çıkan artışın ise fiyat-maliyet kriteri ve bir mal ya da hizmet fiyatının hem kendi seyri hem de diğer mal ya da hizmetler karşısında göstermekte olduğu değişim analizine göre belirlenebileceğine karar vermektedir.³⁴ Fakat bu ikinci unsurun, Rekabet Kurulu kararlarında daha belirleyici olduğu görülmektedir.³⁵ Ayrıca Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın kararlarından esinlenerek³⁶ Rekabet Kurulu genellikle, hakim durumda bulunan bir teşebbüse müdahale edilmesinde pazarın yasal ya da doğal tekel niteliğinde olması ya da diğer nedenlerden kaynaklı olarak pazara giriş engellerinin bulunmasını da bir koşul olarak arayabilmektedir.³⁷ Fahiş fiyat artışlarına müdahalede bu şartın aranması, Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi hükmünün uygulama alanını oldukça daraltmaktadır.³⁸

³⁰ Şahin (n 29) 91; Boshoff (n 1) 2. Rekabet Kurulu kararları da bu yöndedir. Örnek bir karar için bkz Rekabet Kurulu Kararı (Önaraştırma), Karar Tarihi 13.3.2019, Dosya Sayısı 2018-1-83, Karar Sayısı 19-12/137-61 <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=bf885331-0abf-48bf-bec5-e9e8d73ddcb3>> Erişim Tarihi 1 Temmuz 2020.

³¹ Avrupa Birliği rekabet hukukunda, hakim durumda bulunan teşebbüslerin doğrudan tüketicileri sömürücü nitelikteki eylemleri rekabet ihlali olarak kabul edilmekte ve idari yaptırıma tabi tutulmaktadır. Bkz Cary, Dolmans, Hoffman, Graf, Brannon, Pepper, Mostyn, Lazda, Haynes, Georgieva ve Przerwa (n 1) 2-3; Motta ve Streele (n 29) 16.

³² Hamdi Pınar, 'Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi', (2014) 15(2) Rekabet Dergisi 59, 60.

³³ Bu karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Motta ve Streele (n 29) 16; Cary, Dolmans, Hoffman, Graf, Brannon, Pepper, Mostyn, Lazda, Haynes, Georgieva ve Przerwa (n 1) 2-3; Ünal (n 29) 122 vd. Bu karar ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın konuya ilişkin diğer kararlarının ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz Şahin (n 29) 97 vd.

³⁴ Aslan (n 25) 222; Ünal (n 29) 146-147. Bu konuya ilişkin ABAD içtihadı hakkında bkz Motta ve Streele (n 29) 32 vd. Bu yönde verilmiş bazı Rekabet Kurulu kararları için bkz Rekabet Kurulu Kararı (Soruşturma), Karar Tarihi 1.10.2018, Dosya Sayısı 2017/2/3, Karar Sayısı 18-36/584-285, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=8a58df07-f31b-457e-b936-9fa3afd5fdbf>> Erişim Tarihi 1 July 2020. Rekabet Kurulu Kararı (Önaraştırma), Karar Tarihi 13.3.2019, Dosya Sayısı 2018-1-83, Karar Sayısı 19-12/137-61 <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=bf885331-0abf-48bf-bec5-e9e8d73ddcb3>> Erişim Tarihi 1 Temmuz 2020.

³⁵ Bkz Bir üst paragraftaki Rekabet Kurulu kararları.

³⁶ Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın bu konudaki uygulaması hakkında bkz Ünal (n 29) 128-130.

³⁷ Ünal (n 29) 152. Giriş engellerinin bulunduğu pazarlarda ortaya çıkan fahiş fiyat artışlarına müdahale edilmesi gerektiği hakkında bkz Şahin (n 29) 95; Aslan (n 25) 220. Piyasaya müdahale açısından bu koşulların yanı sıra piyasa düzenleyici bir idari otoritenin bulunmaması gerekliliğini de arayan bir çalışma için bkz Motta ve Streele (n 29) 14. Bu Yöndeki Rekabet Kurulu kararları için bkz Rekabet Kurulu Kararı (Soruşturma), Karar Tarihi 1.10.2018, Dosya Sayısı 2017/2/3, Karar Sayısı 18-36/584-285, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=8a58df07-f31b-457e-b936-9fa3afd5fdbf>> Erişim Tarihi 1 Temmuz 2020.

³⁸ Literatürde, serbest piyasa ekonomisinin işleyişini mümkün kılmak amacıyla hakim durumda bulunan firmaların doğrudan tüketicileri sömürücü nitelikteki fiyat artışlarına müdahalenin sıkı şartlara tabi tutulması ve dolayısıyla bu müdahalenin istisnai olması gerektiği yönünde bir eğilim vardır. Bkz Motta ve Streele (n 29) 15, 20.

Covid-19 salgın sürecinde ortaya çıkan haksız fiyat artışlarının Rekabet Kanunu kapsamında aşırı ya da haksız bir nitelik taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde, söz konusu kriterlere başvurulacak bir çözüm ortaya konulması mümkündür.³⁹ Aslında ilk bakışta Covid-19 salgınından kaynaklı fiyat artışlarının kısa vadeli olduğu ve orta vadede serbest piyasa düzeyine gerilediği haller ile pazara giriş engellerinin bulunmadığı piyasalar açısından, Covid-19 salgınından kaynaklı gerçekleşen fahiş fiyat artışlarını Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi hükmü kapsamında değerlendirmenin güç olduğu söylenebilir.⁴⁰ Fakat Avrupa Birliği rekabet hukukunda, mal veya hizmet arzının çok azaldığı bazı hallerde pazara hakim durumda bulunan firmaların bu mal veya hizmetlerin fiyatlarında geçici bir süreliğine olsa bile fahiş artışlara gitmeleri, yaptırıma tabi tutulabilmektedir.⁴¹ Covid-19 salgınında bazı mal ve hizmetlerin temininde ciddi sıkıntılar ortaya çıktığı için, geçici bir süreliğine olsa belirli pazarlarda hakim durumda bulunan teşebbüslerin yapmış oldukları fahiş fiyat artışları, Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında bir idari suç olarak değerlendirilebilir.

Rekabet Kanunu'nda, bu Kanuna aykırılık hallerine ilişkin uygulanabilecek yaptırımlar olarak *idari para cezaları* ile *idari tedbirlere* yer verilmiştir.

Anılan Kanuna göre, bu Kanunun 4. ve 6. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yılsonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yılsonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idari para cezası verilir (md 16/3). Görüldüğü üzere Kanunda öngörülen idari para cezası nispi bir nitelik taşımakta ve hakkında ceza uygulanacak teşebbüsün ekonomik gücüne göre şekillenmektedir. Kanunun bu yaklaşımı, uygulanacak idari yaptırımlarda somut adaletin gerçekleştirilmesi bakımından oldukça yerindedir. Hatta anılan Kanunda somut adaletin tam olarak gerçekleştirilmesine yönelik başka hükümlere de yer verilmiştir. Şöyle ki Kanuna göre Kurul, 16. maddenin üçüncü fıkrasına göre idari para cezasına karar verirken, Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinin ikinci fıkrası bağlamında, fiilin tekrarrüü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, fiilin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate almak zorundadır (md 16/5). Yine anılan Kanuna göre, kanuna aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla Kurumla aktif işbirliği yapan teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri veya bunların yöneticileri ve çalışanlarına,

³⁹ Covid-19 salgın sürecinde rekabet hukuku kurallarının aynen normal dönemlerde olduğu şekilde uygulama alanı bulacağı, bu konuda bir istisnanın bulunmadığı hakkında bkz Rakić (n 9) 28.

⁴⁰ Fahiş fiyat artışının gerçekleştiği sürenin rekabet hukuku kuralları ile *price gouging* düzenlemeleri bakımından taşıdığı önemi tartışan bir çalışma için bkz Boshoff (n 1) 10.

⁴¹ Cary, Dolmans, Hoffman, Graf, Brannon, Pepper, Mostyn, Lazda, Haynes, Georgieva ve Przerwa (n 1) 2.

ışbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak ve gerekçesi açık bir şekilde gösterilmek suretiyle 16. maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında belirtilen cezalar verilmeyebilir veya bu fıkralara göre verilecek cezalarda indirim yapılabilir (md 16/6).⁴² Rekabet Kanunu'nda yer verilen bu hükümler, somut adaletin gerçekleştirilmesi ve idari yaptırımların ıslah edici niteliğinin ön plana çıkarılması açısından kanaatimizce oldukça isabetli düzenlemelerdir.

Rekabet Kanunu'nda öngörülen idari tedbirler ise *ihlale son verme* ana başlığı altında, “*rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir karar*” ile “*nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde (verilecek) geçici tedbirler*” olarak belirlenmiştir.

Son olarak belirtmek gerekir ki Rekabet Kurulu tarafından verilen idari yaptırım kararlarına karşı idare mahkemelerinde dava açılabilir (md 55/1). Rekabet Kanunu'nda yine özel bir hüküm olarak, Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulmasının kararların uygulanmasını ve idari para cezalarının takip ve tahsilini durdurmayaacağına ilişkin açık bir hükme de yer verilmiştir. Bu hüküm, Kabahatler Kanunu karşısından özel hüküm niteliği taşımaktadır ve bu nedenle öncelikle uygulanma kabiliyetine sahiptir.

C. Sebze ve Meyveler İle Yeterli Arz ve Talep Derinliği Bulunan Diğer Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a Göre Fiyat Artışı

Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu, sebze ve meyveler ile arz ve talep derinliğine göre belirlenecek diğer malların ticaretinin kaliteli, standartlara ve gıda güvenilirliğine uygun olarak serbest rekabet şartları içinde yapılmasını, malların etkin şekilde tedarikini, dağıtımını ve satışını, üretici ve tüketicilerin hak ve menfaatlerinin korunmasını, meslek mensuplarının faaliyetlerinin düzenlenmesini, toptancı halleri ile pazar yerlerinin çağdaş bir sisteme kavuşturulmasını ve işletilmesini sağlamak amacıyla yürürlüğe konulmuştur (md 1/1). Görüldüğü üzere maddede belirtilen diğer amaçların yanı sıra Kanunun yürürlüğe konuluş amaçları arasında; Kanun kapsamına alınan malların serbest rekabet şartları içinde yapılması, malların etkin şekilde tedariki, dağıtımını ve satışının yapılması ve üretici ile tüketicilerin hak ve menfaatlerinin korunmasını sağlamak da vardır. Bu amaçların esas alındığı bir kanunda fiyat artışlarını önlemeye yönelik düzenlemelere yer verilmesi muhtemeldir.

⁴² Rekabet Kanunu'nun 16. maddesinde “*Teşebbüs veya teşebbüs birliklerine üçüncü fıkrada belirtilen idari para cezaları verilmesi halinde, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar idari para cezası verilir.*” şeklinde özel bir hükme de yer verilmiştir. Bu hüküm, Kabahatler Kanunu'nun “*Organ veya temsilcinin davranışından dolayı sorumluluk*” başlıklı 8. maddesinde yer alan hükme göre özel nitelikli ve sonraki tarihl bir hüküm olduğundan, öncelikle uygulanma kabiliyetine sahiptir.

Nitekim aşağıda belirtileceği üzere Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu'nda fiyat artışını önlemeye yönelik düzenlemelere de yer verilmiştir. Kanunun amaç maddesinden hareketle konumuz bağlamında bu düzenlemelerin koruduğu *hukuki menfaatlerin*, ekonomik kamu düzeni ile üretici ve tüketicilerin hak ve menfaatleri olduğu söylenebilir.

Kanunda öngörülen amaç kapsamında kanunun kapsam alanı, ürün bazında sebze ve meyveler ile arz ve talep derinliğine göre belirlenecek diğer mallara özgülenmiştir. Mal kavramı Kanunda ayrıca “*Ticarete konu sebze ve meyveler ile arz ve talep derinliğine göre belirlenecek et ve et ürünleri, süt ve süt ürünleri, su ve su ürünleri, bal ve yumurta gibi diğer gıda maddeleri ile kesme çiçek ve süs bitkileri*” olarak tanımlandığından, Kanunun üzerinde uygulanabileceği ürünlerin kapsam alanı daha belirgin hale gelmiştir. Kanunun kapsam alanı işlem bazında ise “*sebze ve meyveler ile arz ve talep derinliğine göre belirlenecek diğer malların her ne şekilde olursa olsun alımı, satımı ve devri*” olarak belirlenmiştir (md 1/2). Böylece her ne şekilde olursa olsun sebze ve meyveler ile arz ve talep derinliğine göre belirlenecek et ve et ürünleri, süt ve süt ürünleri, su ve su ürünleri, bal ve yumurta gibi diğer gıda maddeleri ile kesme çiçek ve süs bitkilerinin alımı, satımı ve devri Kanun kapsamına alınmış olmaktadır. Burada belirtilenlerin dışında kalan ürünler bakımından ise Kanunun uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Bu haliyle Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu, sadece bu Kanun kapsamında belirtilen malların her ne şekilde olursa olsun alımı, satımı ve devrine özgü olarak uygulanabilecek *özel (sektörel) nitelikte bir kanundur*.

Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu, getirmiş olduğu yükümlülüklerin üzerlerinde uygulanabileceği kişileri de sınırlandırmıştır. Kanuna göre, bu Kanunun kapsamına üreticiler, tüccarlar, komisyoncular, perakendeciler ve pazarcılar girmektedir (md 2). Kanunun 2. maddesinde *üretici*, malları üretenler; *tüccar*, malların toptan satışı amacıyla kendi adına ve hesabına çalışan meslek mensupları; *komisyoncu*, malların toptan satışı amacıyla kendi adına ve başkası hesabına komisyon esaslı üzerinden çalışan meslek mensupları; *perakendeci*, malları toptan temin ederek doğrudan tüketicilere perakende olarak satan meslek mensupları; *pazarıcı* ise mallar ile belediyece müsaade edilen diğer gıda ve ihtiyaç maddelerini semt pazarlarında doğrudan tüketicilere perakende olarak satan meslek mensupları olarak, ayrıca *meslek mensubu* deyimini ise malların ticaretiyle iştigal eden ilgili meslek odalarına kayıtlı kişiler olarak tanımlanmıştır. Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu'nda, Kanunun getirmiş olduğu yükümlülüklerle tabi olmak bakımından yer verilmiş olan bu genel düzenlemenin yanı sıra ayrıca, bir alt paragrafta ifade edildiği üzere Kanunla düzenleme altına alınmış olan fiyat artışı idari suç tipinin faili olarak sadece *meslek mensupları* öngörülmüştür. Bu haliyle Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu'nda yer verilmiş olunan fiyat artışı, sadece meslek mensupları tarafından işlenebilecek nitelikte *özü (mahsus) bir idari suç* oluşturur.

Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu'nda yer verilmiş olunan fiyat artışı idari suçunun tanımına gelince, Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu'nda doğrudan *fahif fiyat artışı* deyimine yer verilmemiş ve fakat bu Kanun kapsamında yasak olan bir fiil olarak, meslek mensuplarının serbest rekabeti engellemek amacıyla kendi aralarında veya üreticilerle ticarî anlaşmalar yapamayacakları, uyumlu eylemde bulunamayacakları ve hâkim durumlarını kötüye kullanamayacaklarına dair bir hükme yer verilmiştir (md 6/2). Bu hüküm aslında Kanunun yine 6. maddesinin birinci fıkrasında ifade edilmiş olunan “*Fiyatların, malların arz ve talebine bağlı olarak serbest rekabet şartlarına göre oluşması esastır.*” hükmünü tamamlayıcı nitelikte ve fahif fiyat artışını, sadece meslek mensuplarının serbest rekabeti engellemek amacıyla kendi aralarında veya üreticilerle yapacakları ticarî anlaşmalar, uyumlu eylemler ve hâkim durumların kötüye kullanılarak fiyat artışına neden olmakla sınırlandırmaktadır. Şüphesiz anılan Kanun hükmü sadece fahif fiyat artışlarını değil serbest rekabeti ortadan kaldıran diğer fiyat belirlemelerini de kapsamaktadır. Kanunun bir başka hükmünde, bu sınırlı çerçeve haricinde fiyat artışını sınırlandırıcı nitelikte başka bir hükme yer verilmemiştir. şu halde Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu kapsamında sebze ve meyveler ile arz ve talep derinliğine göre belirlenecek et ve et ürünleri, süt ve süt ürünleri, su ve su ürünleri, bal ve yumurta gibi diğer gıda maddeleri ile kesme çiçek ve süs bitkilerinin alımı, satımı ve devrinde fahif fiyat uygulamasından söz edebilmek için mutlaka meslek mensuplarının, serbest rekabeti engellemek amacıyla kendi aralarında veya üreticilerle ticarî bir anlaşma yapmış olmaları, uyumlu eylemde bulunmaları veya piyasada hâkim durumda olan meslek mensuplarının bu durumlarını kötüye kullanmaları gerekir. Bu koşulların gerçektelemediği hallerde, Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu kapsamında hakkında idari yaptırım uygulanabilecek ya da idari tedbir alınabilecek bir fiyat artışı idari suçundan bahsedilemeyecektir.

Konu, Covid-19 salgın süreci açasından değerlendirildiğinde Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu kapsamında bulunan ürünlerin fiyatlarında ortaya çıkmış olan artışlar açasından meslek mensuplarının, serbest rekabeti engellemek amacıyla kendi aralarında veya üreticilerle ticarî bir anlaşma yapmış olmaları, uyumlu eylemde bulunmaları veya piyasada hâkim durumda olan meslek mensuplarının bu durumlarını kötüye kullanmaları halinde bu Kanun kapsamında idarî para cezası veya idari tedbir yaptırımına tabi tutulabilmeleri mümkün görünmektedir.

Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu'nda fiyat artışlarına karfif çeşitli yaptırımlar öngörölmüştür. Bunlar *idarî para cezası*, *kira sözleşmesinin feshi*, *satış işlemlerinin iptali* ve *tahsisin iptali* yaptırımlarıdır. Kanunda yer verilen idarî para cezası, *maktu*

nitelikte on bin Türk Lirasıdır (md 14/1, f).⁴³ Bu cezayı uygulama yetkisi doğrudan veya Ticaret Bakanlığı'nın talebi üzerine belediye encümenlerine aittir.⁴⁴ Şu halde Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu kapsamında fiyat artışından dolayı meslek mensuplarına Ticaret Bakanlığı'nın idarî para cezası uygulama yetkisi bulunmadığı gibi, belediye encümeni dışında başka bir belediye organının da ceza uygulama yetkisi bulunmamaktadır.

Kanunda bir diğer idari yaptırım olarak ise belediye toptancı hallerinde faaliyet gösteren işletmeler ile pazar yerlerindeki satış yerlerini kullananların kira sözleşmelerinin feshedileceği ya da satış işlemlerinin veya tahsislerinin iptaline karar verileceğine yönelik hükümlere (md 11/6, d) yer verilmiştir.⁴⁵ Dikkat edilirse burada öngörülen *kira sözleşmelerinin feshi* ya da *satış işlemlerinin veya tahsislerinin iptaline* ilişkin yaptırımlar sadece belediye toptancı hallerinde faaliyet gösteren işletmeler ile pazar yerlerindeki satış yerlerini kullananlar için uygulanabilir niteliktedir. Bu nedenle faaliyetleri Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu kapsamında bulunan diğer meslek mensupları, örneğin perakende satış faaliyeti yürüten marketler hakkında, bu Kanun kapsamında söz konusu idarî yaptırımların uygulanması mümkün değildir.

Öte yandan Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu'nda *idari tedbir* uygulaması bakımından genel nitelikli hükümler olarak “*Bakanlık ve belediyeler, serbest rekabetin ortadan kaldırılmasına, engellenmesine ve bozulmasına yönelik eylemleri önlemek için gereken tedbirleri almakla görevli ve yetkilidir.*” (md 6/3), “*Belediyeler, ... tüketicinin korunmasına yönelik tedbirleri almak(la) ... görevlidir.*” (md 7/5), “*Bakanlık (Ticaret Bakanlığı); ... Üretici ve tüketicinin korunması ve sağlıklı bir rekabet ortamının oluşturulması için gerekli önlemleri almaya, ... görevli ve yetkilidir.*” (md 15/1, d) ve “*Bakanlık (Ticaret Bakanlığı); ... Bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak her türlü idari tedbiri almaya, ... görevli ve yetkilidir.*” (md 15/1, e) şeklinde hükümlere de yer verilmiştir. İdari tedbir uygulamasının *kanunilik ilkesi* kapsamında bulunup bulunmadığına ilişkin tartışmaları bir tarafa

⁴³ 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda yer alan “*İdari para cezaları her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilân edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanır. Bu suretle idarî para cezasının hesabında bir Türk Lirasının küsuru dikkate alınmaz. Bu fıkra hükmü, nispi nitelikteki idarî para cezaları açısından uygulanmaz.*” hükmünün gereği olarak Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu'nun bu hükmünde yer alan idarî para cezası miktarı, her yıl yeniden değerlendirme oranında artırılmak zorundadır (md 17/7). Benzer bir hükme Sebze ve Meyve Ticareti ve Toptancı Halleri Hakkında Yönetmelik'te de yer verilmiştir (RG 7.7.2012/28346, md 48/8). Fakat Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu'nun 14. maddesinin uygulanması bakımından, söz konusu hükümlere göre artırılan idari para cezaları Resmî Gazete'de yayımlanmamaktadır. Bu husus, diğer birçok kanunda öngörülmüş olan idari para cezalarının yeniden değerlendirme oranlarına göre ortaya çıkan miktarlarının her yıl Resmî Gazete'de yayımlanan tebliğlerle duyurulduğu da göz önünde bulundurulursa, *hukuki belirlilik ilkesi* bakımından uygun bir yaklaşım olarak değerlendirilemez.

⁴⁴ Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu'nda fiyat artışı fiillerinin *tekerrürüne* ilişkin özel bir hükme de yer verilmiştir. Buna göre, “*Bu maddede öngörülen idarî para cezalarının verilmesini gerektiren fiillerin bir takvim yılı içinde tekrarı hâlinde, idarî para cezaları her tekrar için iki katı olarak uygulanır.*” (md 14/3).

⁴⁵ Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu'na göre, *özel toptancı halinde* faaliyet gösterenlerin kira sözleşmeleri ve satış işlemleri de bu Kanun kapsamında gerçekleştirilen rekabet ihlalleri halinde feshi veya iptal edilebilir (md 11/9). Bu özel durumu makalemiz kapsamında ayrıca değerlendirmeye almıyoruz.

birakarak⁴⁶ anılan Kanun kapsamında, diğer satıcılar için işyerinin kapatılması, işyeri belgesinin iptali veya teşebbüs özgürlüğünü sınırlandırıcı nitelikte idari cezaların uygulanması mümkün olmadığı gibi Kanun kapsamında yer alan satıcılar hakkında geçici nitelikte dahi olsa kira sözleşmesinin feshi ya da satış tahsislerinin iptaline dair kararlar verilmesi de mümkün değildir. Bu kapsamda temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilceğine ilişkin Anayasa'nın 13. maddesinin sağladığı güvence göz önünde bulundurulmak zorundadır⁴⁷. Bu düşünceden hareketle temel hak ve özgürlüklerin doğrudan sınırlandırılması niteliğinde olmayan idari tedbirlerin –ki bu husus her bir somut olay bakımından değerlendirilmeyi gerektirir-, Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu'nun mezkûr idari tedbir uygulamasına ilişkin genel hükümleri kapsamında alınmasının mümkün olduğu hususu ise ayrıca belirtilmelidir⁴⁸.

Bu arada Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu'na göre, bu Kanun kapsamında öngörülen idarî para cezalarının uygulanması, Kanunda öngörülen diğer yaptırımların uygulanmasına engel teşkil etmemektedir (md 14/4). Benzer yönde bir hükme 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinin birinci fıkrasında da yer verilmiştir.

Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu'nda, bu Kanun kapsamında verilen idarî para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli yargı yerini açıkça belirten bir hükme yer verilmediği için 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesi gereğince, verilen idarî para cezalarına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Fakat Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu kapsamında idarî para cezası ile birlikte *kira sözleşmelerinin feshi* ya da *satış işlemlerinin veya tahsislerinin iptaline* ilişkin tedbir kararları da verilmişse, bu durumda yine Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin son fıkrasında yer alan, “*İdarî yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idarî yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idarî yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî yargı merciinde görülür.*” hükmü gereğince idari yargı mercilerinde dava açılması zorunludur.

IV. Yetkilerin Yarışması Ya Da Norm Çatışması

Yukarıdaki bölümden de anlaşılacağı üzere hukuk sistemimizde ürünlerin fiyatlarında meydana gelen artışları önlemeye yönelik birçok farklı kanun bulunmakta, bu kanunların her biri fiyat artışını kısmen birbirinden farklı ama kısmen de aynı yönde tanımlamakta, yaptırımları uygulayacak idari merciler ile uygulanacak idari yaptırımlar, yaptırım usulü ve yaptırımlara karşı başvurulacak yargı yolları ise büyük ölçüde birbirinden farklılık göstermektedir. Bu durumda satıcıların veya hizmet

⁴⁶ Bu yöndeki bir tartışma için bkz Ekinci (n 23) 29.

⁴⁷ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri* (21. Bası, Ekin Basın Yayın Dağıtım 2019) 546.

⁴⁸ Kolluk tedbirleri ile idari yaptırım farkına ilişkin bkz ibid 543-544.

sunanların sattıkları veya sundukları hizmetlerin fiyatlarında artış yapmaları halinde, bu artışların haksız olup olmadığının tespitinin hangi kanuna göre gerçekleştirileceği, dolayısıyla bu konuda hangi kamu kurumunun yetkili olacağı ve ne tür yaptırımların uygulanacağı ciddi bir uğraş olarak karşımıza çıkmaktadır. Mal ve hizmetlerdeki fiyat artışının idari yaptırımlarla baskılanması bahsinde ciddi bir *yetki yarışması*⁴⁹ veya *norm çatışması*nın bulunduğu söylenebilir. Bu tespitimizi aşağıda ortaya koyduğumuz sorularla detaylandırmaya çalışacağız.

Ayrıca idari suç teorisinde kanunların çatışma hali; kişilerin aynı fiillerinden dolayı hangi kanuna göre idari yaptırıma tabi tutulacağı, uygulanan idari yaptırımlara karşı açılan davalarda hangi yargı kolunda bulunan yargı merciinin görevli olacağı ve idari suç işleyen kişilere birden fazla idari yaptırım uygulanıp uygulanmayacağı sorununun ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

A. Perakende Ticaret Kanunu ile Getirilen Düzenleme, Sadece Olağanüstü Durumlarda Uygulanma Niteliği Kazanabilir mi?

(II) numaralı bölümde belirtildiği üzere her ne kadar Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği'nde fahiş fiyat artışı, "*Olağanüstü hal, afet ve ekonomik dalgalanma dönemleri ile diğer acil durumlar*"a özgülenmiş olsa ve dolayısıyla Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu'nun yetki alanı bu dönemle sınırlandırılmış olsa da Perakende Ticaret Kanunu'nda bu yönde bir sınırlandırmaya yer verilmediği için, anılan Kurul olağan dönemlerde de yetkisini sürdürmelidir. Bu durumda Perakende Ticaret Kanunu'nun sadece olağanüstü dönemlerde uygulanacak *özel kanun* olma niteliğine sahip olmadığı söylenebilir. Eğer böyle olsaydı –ki bu sınırlama için Perakende Ticaret Kanunu'nda açık bir hükme yer verilmesi gerekirdi- olağanüstü dönemlerdeki fahiş fiyat artışlarına karşı uygulanacak yaptırımlarda Perakende Ticaret Kanunu'nun öncelikle uygulanacağı sonucuna varılacaktı. Bu anlamda Perakende Ticaret Kanunu özel nitelikli bir kanun olmadığından olağanüstü dönemlerde ortaya çıkan fahiş fiyat artışlarına karşı uygulanacak idari yaptırımlar açısından öncelikle uygulanması gereken bir kanun değildir. Kaldı ki hem Perakende Ticaret Kanunu hem de ilgili diğer kanunlarda yer verilmiş olan norm çatışmalarının çözümüne ilişkin hükümler, zaten çatışma sorunlarının çözümünde çok daha farklı sonuçlara ulaşılmasına neden olmaktadır.

⁴⁹ Kolluk yetkilerinin kullanımında yetkilerin bu şekilde yarışma içerisine girmesinin oldukça muhtemel olduğu ve kolluk alanında *yetki yarışması* deyimine ilişkin bkz Berkarda (n 24) 73; İl Han Özay, *Günışığında Yönetim* (Filiz Kitabevi 2017) 750; Gözler ve Kaplan (n 47) 538. Bu konuyu *hakların yarışması* çerçevesinde ele alan yazarlar da vardır. Rekabet hukuku ile haksız rekabet hukukundan kaynaklanan bir kısım hakların kullanımında bu çerçevede bir yarışma bulunduğu hakkında bkz Pınar (n 32) 72-73.

B. Diğer Kanunlardaki Düzenlemeler Olağanüstü Durumlarda Uygulanma Kabiliyetini Yitirir mi?

Bu başlık altında hiç tartışma açmaksızın, Perakende Ticaret Kanunu'na dayanılarak yürürlüğe konulan Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği'nde fahiş fiyat artışının “*Olağanüstü hal, afet ve ekonomik dalgalanma dönemleri ile diğer acil durumlar*”a özgülenenmiş olmasının, konuya ilişkin diğer kanunların uygulanması üzerinde bir etki doğurmayacağını söyleyebiliriz. Fiyat artışlarına karşı yaptırım uygulamakla görevli Rekabet Kurumu ve Reklam Kurulu gibi kurum ve kuruluşlar, bu yetkilerini doğrudan kanundan almaktadırlar. Bu kanunlara getirilebilecek bir sınırlandırma, ancak yine bir başka kanun hükmüyle gerçekleştirilebilir. Perakende Ticaret Kanunu ile olağanüstü dönemlerde ortaya çıkan fahiş fiyat artışlarına karşı yaptırım uygulama konusunda tek yetkili merciin Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu olduğu yönünde açık bir hüküm getirilmediğinden, bu dönemlerde ortaya çıkan fiyat artışlarına karşı Rekabet Kurumu ve Reklam Kurulu gibi kurum ve kuruluşlar da kendi kanunları çerçevesinde yaptırım uygulama yetkisine sahip olacaklardır. Nitekim yukarıda (I) numaralı bölümde belirtildiği üzere örneğin Covid-19 salgın sürecinde fahiş fiyat artışı yaptığı iddia edilen birçok zincir market hakkında Rekabet Kurumu tarafından soruşturma başlatılmıştır.

Bu noktada Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği'nin geçici 1. maddesinde yer verilmiş olunan, “*16/4/2020 tarihli ve 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 14 üncü maddesinin yürürlüğe girdiği 17/4/2020 tarihinden önce fahiş fiyat artışı uygulamaları hakkında Bakanlığa yapılan başvurular, 7/11/2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve ikincil mevzuatı kapsamında Reklam Kurulu tarafından sonuçlandırılır.*” hükmünün, olağanüstü dönemlerdeki fahiş fiyat artışlarına karşı Reklam Kurulu'nun sahip olduğu yetki üzerinde bir etki doğurup doğurmayacağı konusu üzerinde durulabilir. Söz konusu geçici 1. Madde ile Reklam Kurulu fahiş fiyat artışları konusunda sadece geçici bir dönem için yetkilendirilmiş olduğundan bu geçici dönem haricinde artık bu Kurulun yetkisiz hale mi geleceği şeklinde bir soru karşımıza çıkmaktadır. Geçici 1. maddenin ortaya çıkarabileceği sorunlar üzerinde aşağıdaki bölümlerde ayrıntılı bir şekilde durulacaktır. Fakat burada şunu belirtmek gerekir ki Tüketici Kanunu'nun haksız ticari uygulamalara ilişkin 62. maddesinin birinci fıkrasında yer alan hüküm varlığını koruduğu müddetçe, bir yönetmelik hükmüyle bu Kanun kapsamında faaliyet gösteren Reklam Kurulu'nun görev alanı daraltılamaz. Dolayısıyla anılan Yönetmeliğin geçici 1. maddesine rağmen Tüketici Kanunu'nun 62. maddesi gereğince Reklam Kurulu, olağanüstü dönemlerde de fahiş fiyat artışı nedeniyle idari yaptırım uygulama yetkisini devam ettirmek durumundadır.

C. Perakende Ticaret Kanunu, Diğer Kanunların İlgili Hükümlerini Yürürlükten Kaldırmış mıdır?

Fahiş fiyat artışı idari suç tipinin Perakende Ticaret Kanunu'nun ek 1. maddesine eklendiği 7244 sayılı Kanun'da, bu suçla bağlantılı olarak diğer kanunlarda yer alan hükümlerden herhangi birinin yürürlükten kaldırıldığını açıkça belirten bir hükme yer verilmemiştir. Söz konusu kanunların uygulanması amacıyla çıkarılan yönetmeliklerde de fiyat artışlarına ilişkin idari suç tanımlamaları halen varlığını sürdürmektedir. Örneğin Tüketici Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *“Bir ticari uygulamanın; mesleki özenin gereklerine uymaması ve ulaştığı ortalama tüketicinin ya da yöneldiği grubun ortalama üyesinin mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozması veya önemli ölçüde bozma ihtimalinin olması durumunda haksız olduğu kabul edilir. Özellikle aldatici veya saldırgan nitelikte olan uygulamalar ile yönetmelik ekinde yer alan uygulamalar haksız ticari uygulama olarak kabul edilir. Tüketiciciye yönelik haksız ticari uygulamalar yasaktır.”* hükmü ile Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin ekinde yer alan *“Aldatici Ticari Uygulamalar (burada bu deyim tanımlanıyor ve yasaklanıyor) ... Girdi maliyeti ve döviz kuru artışı gibi fiyat değişimlerinden etkilenmemesine rağmen bu durumlardan etkileniyormuş gibi hareket ederek tüketiciciye sunulan mal veya hizmetin satış fiyatında haklı bir gerekçe olmaksızın artış yapmak.”* hükmü halen yürürlüktedir.

Fahiş fiyat artışlarına ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümlerin *zımnî* olarak yürürlükten kaldırılmış olup olmadıkları ise farklı bir değerlendirme gerektirir. Bu konu bir alt başlıkta incelenmiştir.

Ç. Kanunların Çatışma Halleri

(II) ve (III) numaralı bölümlerde incelendiği üzere mevzuatımızda, genel ya da sektörel nitelikte mal ya da hizmet piyasalarında ortaya çıkan fiyat artışlarını idari yaptırıma tabi tutan birbirinden farklı birçok düzenleme bulunmaktadır. Fahiş fiyat artışlarının idari yaptırıma tabi tutulmasına ilişkin mevzuatımızda yer alan hükümlerin bu şekilde çeşitlilik göstermesi ve dağınık bir görünüm arz etmesi, ister istemez söz konusu hükümler arasında çatışmaların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Fahiş fiyat artışının idari yaptırıma tabi tutulmasında her kanunun, ayrı bir idari teşkilatlanma oluşturması ve birbirinden farklı kamu kurumlarını yetkili kılması, konunun kurumlar arası yetki yarışmasına dönüşmesine de neden olmaktadır. Bu sorunları burada, Covid-19 salgın sürecinin ilk günlerinde Rekabet Kurumu tarafından uygulanan bir idari soruşturma süreci üzerinden örneklendirerek, daha anlaşılır hale getirmeye çalışacağız.

Covid-19 salgın sürecindeki fiyat artışlarından dolayı Rekabet Kurulu, başlangıçta da belirtildiği üzere 29 teşebbüs hakkında soruşturma başlatmıştır. Bu teşebbüsler içerisinde örneğin zincir marketler de vardır. Zincir marketlerin Covid-19 salgını bahanesiyle bir anlaşma ya da uyumlu eylem içerisinde ya da hâkim durumlarını kötüye kullanarak yüksek fiyat artışlarına gitmiş oldukları bir varsayımda; Rekabet Kurulu, zincir marketler hakkında Rekabet Kanunu'nun 4. veya 6. maddesine göre rekabet ihlali soruşturması yapma yetkisine sahip olacaktır. Öte yandan zincir marketler hakkında bu tür fiillerden dolayı Perakende Ticaret Kanunu'na göre Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu da yetki sahibidir. Yine zincir marketlerin aynı türden fiilleri Tüketici Kanunu'na göre Reklam Kurulu'nun yetki alanına da girer. Nihayet bu konuda Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu'na göre belediyelerin de yetki sahibi olduğu belirtilmelidir. Görüldüğu üzere Covid-19 salgın sürecindeki rekabet ihlallerinden kaynaklı fiyat artışları konusunda, birbirinden farklı birçok kamu kurum ve kuruluşu yetkili hale gelebilmektedir.

Bu örnekte yetki yarışmasının yoğunluğunun düşeceği durumların bulunabileceğine ayrıca işaret etmek gerekir. Covid-19 salgın sürecinde özellikle kişi ya da firmaların bir anlaşma ya da uyumlu eylem içerisinde bulunmaksızın ya da piyasada sahip oldukları hâkim durumlarını kötüye kullanmaksızın haksız fiyat artışlarına gitmiş olmaları halinde, rekabet ihlallerinin gerçekleşmesinden kaynaklı haksız fiyat artışlarını soruşturmakla görevli olan Rekabet Kurulu ile belediyeler yetkisiz hale gelecek, bu tür fiiller sadece Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu ile Reklam Kurulu'nun yetki alanında kalacaktır. Fakat görüldüğu üzere bu tür durumlarda Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu ile Reklam Kurulu'nun yetki alanı bakımından net bir ayırım oluşturmak olanaklı görünmemektedir. Yukarıda belirtildiği üzere Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği'nde bu Kurulun olağanüstü dönemlerde görev yapacağına ilişkin bir düzenleme getirildiğinden en azından bu Yönetmeliğe göre anılan bu Kurulun olağan dönemlerde görev yapması engellenerek, bu açıdan görev çatışmasına ilişkin bir çözüm getirilmeye çalışılmıştır. Ne var ki yine yukarıda belirtildiği üzere yönetmelikle yapılan bir düzenlemenin bu amacı gerçekleştirmeye hizmet etmesi oldukça şüpheli olduğu gibi olağanüstü dönemlerde Reklam Kurulu'nun haksız fiyat artışlarına karşı görevinin sona erdiğine ilişkin bir düzenleme yapılmadığından, bu tür dönemlerde anılan iki kurul arasındaki görev çatışmasının tam olarak giderilmiş olduğu da söylenemez.

D. Norm Çatışmalarının Giderilmesi

Hukuk devletinde esas olan, hukuk normlarının birbiri ile çatışmaksızın toplumsal yaşamı anlaşılabilir ve öngörülebilir bir şekilde düzenlemesidir. Ne var ki hiçbir hukuk sistemi, böylesine bir hukuk düzeni kuramamıştır. Çünkü işin doğası gereği günümüzün gelişmiş devletleri, toplumsal hayatı yoğun bir şekilde düzenleme gereksinimi içerisindedirler ve bu gereksinimin karşılanması amacıyla birçok hukuk

normu sisteme dâhil edilmektedir. On binlerce kanun hükümlerinin yürürlükte bulunduğu günümüz hukuk sistemlerinde, normlar arası çatışmaların bulunmaması düşünülemez. Bu nedenle geçmişten günümüze, hukuk sistemlerinde ortaya çıkan bu tür çatışmaların giderilmesine yönelik yorum yöntemleri geliştirilmiştir. Bazen de yasa koyucular, kanunlara açıkça koydukları hükümlerle muhtemel norm çatışmalarını gidermeyi amaçlamaktadırlar. Bu bölüm, haksız fiyat artışlarına uygulanacak idari yaptırımların belirlenmesinde ortaya çıkan norm çatışmalarının, ne şekilde giderilebileceğini tartışmayı amaçlamaktadır.

1. Norm Çatışmalarını Gidermeye Yönelik Öngörülen Normlar

Bu bölümde öncelikle norm çatışmalarını gidermeye yönelik kanun hükümlerine yer verilmiş, daha sonra bu hükümlerin ortaya çıkardığı açmaz üzerinde durulmuştur.

a. Kanunlarda Yer Alış Şekilleri

Fiyat artışlarını idari yaptırıma bağlayan kanunlarda, ortaya çıkması muhtemel norm çatışmalarını önlemeye yönelik bazı açık kanun hükümlerine yer verilmiştir. Bu kanun hükümleri kaynağını, kişilere aynı fiillerinden dolayı mükerrer ceza uygulanamayacağına yönelik evrensel hukuk ilkesi (*non bis in idem*)'nden almaktadır. Kanunlarda yer verilen bu tür normların, iki tür kanun yapım tekniğiyle yazıldığı görülmektedir. Bunlardan ilki, idari yaptırımların “*Diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, ...*” uygulanacağına yönelik yazım tekniğidir. Perakende Ticaret Kanunu ile Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu’na göre, bu kanunlarda öngörülmüş olan idari para cezaları, “*Diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, ...*” uygulanabilecek nitelikte cezalardır (sırasıyla md 18/1, md 14/1).⁵⁰

Bu yazım tekniği, bazı hukuki sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Şöyle ki idari yaptırımlar açısından kanunlarda bu tür hükümlere yer verildiği zaman, diğer kanunlara göre daha ağır bir cezanın başka kamu kurumlarının yetki alanında kalması gibi bir durumla karşılaşılabilir. Örneğin Perakende Ticaret Kanunu’na göre Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu’nun, rekabet ihlali kaynaklı bir fahiş fiyat artışından dolayı ceza vermesi durumu söz konusu olduğunda, bu Kurulun anılan fiilden dolayı idari yaptırım uygularken bu fiile karşı diğer kanunlara göre daha ağır bir cezanın öngörülmemiş olmasını tespit etmesi gerekecektir. Farz edelim ki Rekabet Kanunu ya da Tüketici Kanunu’nda rekabet ihlali kaynaklı bir fahiş fiyat artışından dolayı daha ağır bir ceza öngörülmüşse, bu ağır cezayı Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu

⁵⁰ Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu’nda ayrıca, “(3) Bakanlık ve belediyeler, serbest rekabetin ortadan kaldırılmasına, engellenmesine ve bozulmasına yönelik eylemleri önlemek için gereken tedbirleri almakla görevli ve yetkilidir. 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ilgili hükümleri saklıdır.” şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Maddeden de anlaşılacağı üzere bu hüküm, serbest rekabetin ortadan kaldırılması, engellenmesi ve bozulmasına yönelik eylemleri önlemek için alınması gereken tedbirlerle ilgilidir.

mu verecektir? Yoksa bu Kurul, bu durumda idari para cezası verme yetkisinin kendi görev alanından çıktığı düşünceyiyle, soruşturmasını yapıp bitirdiği şikâyet dosyasını daha ağır ceza vermekle görevli Rekabet Kurulu ya da Reklam Kurulu'na mı gönderecektir? Adli ceza normlarının düzenlenişinden esinlenilerek yazılmış olmaları oldukça muhtemel olan bu tür çatışma gidermeye yönelik normların, idari yaptırım alanında uygulanmasının bu tür ciddi sıkıntuları vardır.

Ayrıca buradaki düzenlemelerin hayata geçirilmesinde, diğer kanunlara göre daha ağır bir cezanın olup olmadığının tespiti de oldukça güçtür. Her şeyden önce bu tespitin somut ya da soyut düzeyde yapılması gibi bir sorun karşımıza çıkmaktadır. Bizim kanaatimiz, idari para cezasının doğru tespiti aşışından somut cezanın esas alınması gerektiği yönündedir. Fakat bu durumda ise özellikle başka bir kamu kurumunun görev alanına giren konularda nispi nitelikteki ya da alt ve üst sınırların belirlenmiş olduğu cezaların, buradaki değerlendirmeyi yapacak kurum tarafından tespit edilmesi gibi bir güçlük söz konusu olacaktır.

Özetle idari yaptırımların uygulanmasında, kanunlarda “*Diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, ...*” şeklinde kayıtlara yer verilmesi, somut idari para cezalarının tespiti aşışından doğru bir yöntem değildir.

İkinci tür yazım tekniği ise idari yaptırım uygulanması bahsinde, hangi kanun hükümlerine öncelik tanınacağını açıkça belirtme şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede Tüketici Kanunu'nda, bu Kanun kapsamında verilecek idari para cezaları ile idari tedbirler aşışından, “*Bu Kanuna göre idari yaptırım uygulanması, diğer kanunlar gereği yapılacak işlemleri engellemez.*” (md 77/20) şeklinde bir hüküm ile “(1) *Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler uygulanır. (2) Taraplardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez.*” (md 83) şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Görüldüğu üzere bu hükümlerle, taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemlerle ilgili olarak her halükarda mezkûr Kanun hükümlerinin uygulanması gerekliliği ortaya konulmuş, ayrıca bu Kanuna göre idari yaptırım uygulanmasının, diğer kanunlar gereği yapılacak işlemleri engellemeyeceği belirtilmiştir. Bu yöntem, yukarıda bahsedilen ilk yönteme göre, idari yaptırımlar konusunda uygulanması gereken kanunun tespiti bakımından daha isabetlidir.

b. Normların Açıması

Bir üst başlıkta yer verilen çatışma giderici normlardan da anlaşılacağı üzere, fiyat artışlarına uygulanacak idari yaptırımların tespiti bakımından kısmen iç içe geçmiş ve zaman zaman birbiriyle çatışan bir norm yumağı söz konusudur. Örneğin ülkenin tamamında birkaç zincir market, Covid-19 salgın sürecinde uyumlu bir

eylem içerisine girerek ve salgın sürecini suiistimal ederek makarna fiyatlarında fahiş bir artışa gittikleri ve bu fahiş fiyatları İnternette reklam olarak yayımladıkları vakit, zincir marketlerin bu eylemleri Perakende Ticaret Kanunu kapsamında bir fahiş fiyat artışı idari suçunu oluşturacağı gibi Tüketici Kanunu, Rekabet Kanunu ve Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu kapsamında da idari yaptırıma tabi tutulacak fiyat artışı idari suçunu oluşturacaktır. Anılan zincir marketlerin bu eylemlerine karşı Perakende Ticaret Kanunu kapsamında Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu'nun bir yaptırım uygulayabilmesi için aynı fiile diğer kanunlarda daha ağır bir idari para cezasının öngörülmemiş olması gerekir. Burada bahsedilen fiile karşı örneğin Tüketici Kanunu kapsamında verilecek idari para cezası miktarı maktu nitelikte 104.000 TL'dir. Bu ceza, Perakende Ticaret Kanunu'na göre daha yüksektir. Çünkü bu kanunda öngörülen ceza, 10.000 TL ile 100.000 TL arasındadır. Dahası aynı fiil kapsamında Rekabet Kanunu'na göre verilebilecek somut ceza muhtemelen daha yüksek düzeyde olacaktır. Çünkü bu Kanunda hakkında ceza uygulanacak teşebbüsün, Kurulun nihai kararından bir önceki mali yılsonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirinin yüzde onuna kadar idari para cezası verilmesi öngörülmüştür.

Bir diğer ilginç nokta, Tüketici Kanunu'na göre fiyat artışlarından dolayı verilecek idari para cezası maktu nitelikte 104.000 TL olarak belirlendiği için bu ceza miktarının her durumda Perakende Ticaret Kanunu'nda öngörülen cezadan daha yüksek olmasıdır. Çünkü Perakende Ticaret Kanunu'nda, fahiş fiyat artışlarından dolayı öngörülen ceza miktarı 10.000 TL ile 100.000 TL arasındadır. Bu Kanunda Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu'nun idari yaptırım uygulama yetkisine ilişkin “*Diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, ...*” şeklinde bir kayda yer verildiği için, fiyat artışlarıyla ilgili olarak söz konusu iki kanun hükümlerinin çatıştığı her durumda Tüketici Kanunu'na göre idari para cezası verilmesi gerekecektir. Bu Kanuna göre idari para ceza verme yetkisi Reklam Kurulu'nda olduğuna göre, Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu'nun hangi fiillere karşı yaptırım uygulama yetkisine sahip olduğu büyük bir soru işareti olarak karşımıza çıkmaktadır.

Öte yandan bir üst başlıkta da belirtildiği üzere Tüketici Kanunu'nda ise bu Kanun kapsamında verilecek idari para cezaları ile idari tedbirler açısından, “*Bu Kanuna göre idari yaptırım uygulanması, diğer kanunlar gereği yapılacak işlemleri engellemez.*” şeklinde bir hükme yer verildiğinden (md 77/20), bu Kanuna göre haksız fiyat artışlarına karşı Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu'nun Perakende Ticaret Kanunu'na dayalı olarak idari yaptırım uygulamasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Yani haksız fiyat artışlarına karşı idari yaptırım uygulanmasında, Perakende Ticaret Kanunu'nun 18. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*Diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde,*” ibaresi ile Tüketici Kanunu'nun 77. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*Bu Kanuna göre idari yaptırım*

uygulanması, diğer kanunlar gereği yapılacak işlemleri engellemez.” hükmü birbiri ile çatışmaktadır. Bu sorunun çözümü bir alt başlıkta ortaya konulmaya çalışılmıştır.

2. Sonraki Tarihli ve Özel Nitelikli Kanun Hükümlerine Tanınan Önceliğe Göre Ulaşılabilecek Sonuçlar

Kanunlar arası norm çatışmalarının giderilmesinde bazı yorum yöntemlerine başvurulmaktadır. Bunlardan en sık başvurulana, normların yürürlüğe konuluş tarihleri ile genel ya da özel nitelikli olmalarına göre yapılan değerlendirmeye dayalı olarak, sonraki tarihli normun önceki tarihli olana göre, özel nitelikli olanın ise genel nitelikli olana göre önceliğe sahip olmasıdır. Sonraki tarihli norm genel, önceki tarihli norm ise özel nitelikli ise bu tür durumlarda daha somut düzeyde bir değerlendirme yapılması ve hakkaniyete dayalı bir çözüm ortaya konulması gerektiği savunulmaktadır. Diğer durumlarda ise her halükarda sonraki tarihli ve özel nitelikli olan norma öncelik tanınması söz konusu olacaktır. Fakat bu yorum yönteminin uygulanabilmesi için her şeyden önce aynı düzeydeki normlar arası bir çatışmanın olması gerekir. Aynı düzeyde olmayan normlar arasındaki çatışmada bu yorum yöntemine göre bir değerlendirme yapılamayacağı gibi, çatışma içermeyen normların uygulanmasında da bu yöntemle başvurulamaz.

(III) ve (IV) numaralı bölümde incelemiş olduğumuz kanun hükümlerinin aynı düzeyde olduğunu ve zaman zaman söz konusu kanun hükümleri arasında çatışmaların bulunduğunu gözlemlediğimizde; ortaya çıkmış olan norm çatışmalarının giderilmesinde burada bahsettiğimiz yorum yöntemine başvurarak çözüme gidilebileceği söylenebilir. Bu çerçevede sadece serbest rekabet ihlallerinden kaynaklı fahiş fiyat artışlarına karşı idari yaptırım öngörmüş olmaları bakımından Rekabet Kanunu ile Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu’nu, Perakende Ticaret Kanunu ve Tüketici Kanunu’na göre özel nitelikli kanun olarak değerlendirmek gerekir. Rekabet Kanunu ile Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu arasındaki norm çözümlenmesinde ise üzerinde fahiş fiyat artışının gerçekleştiği mal ve hizmetlere göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu kapsamda Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu sadece ticarete konu sebze ve meyveler ile arz ve talep derinliğine göre belirlenecek et ve et ürünleri, süt ve süt ürünleri, su ve su ürünleri, bal ve yumurta gibi diğer gıda maddeleri ile kesme çiçek ve süs bitkileri hakkında uygulanabileceğinden, bu tür mallar açısından bu kanun özel nitelikli bir kanundur.

Fahiş fiyat artışlarına idari yaptırım uygulanmasında Perakende Ticaret Kanunu ve Tüketici Kanunu arasındaki ilişkide ise sonraki tarihli olması hasebiyle Perakende Ticaret Kanunu hükümlerinin öncelikle uygulanması gerekir. Fakat bu Kanunda, fahiş fiyat artışlarına karşı uygulanacak idari yaptırımlar konusunda diğer kanunlarda daha ağır bir cezanın öngörülmemiş olması şeklinde bir kayda yer verilmiş olduğundan,

Tüketici Kanunu'na göre somut olarak daha ağır bir cezanın verilmesi gerektiği durumlarda Tüketici Kanunu, diğer durumlarda ise Perakende Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır.

3. Kanunların Korumayı Amaçladığı Hukuki Menfaat Kriterinden Bir Sonuca Ulaşılabilir mi?

Fahiş fiyat artışının gerçekleşmesi halinde bu fiile hangi kanunda yer alan yaptırımın uygulanacağını belirlemek açısından fiyat artışlarını idari suç olarak düzenleyen kanunların korumayı amaçladığı hukuki menfaatlerden hareket edilmesi gerektiği bir düşünce olarak ileri sürülebilir. Soyut bir çerçeve içerisinde ele alındığında rekabetin korunmasını amaçlayan kanunların rekabet düzenini,⁵¹ tüketicinin korunmasını amaçlayan kanunların tüketici haklarını,⁵² haksız rekabetin önlenmesini amaçlayan kanunların rakip kişi ve işletmelerin haklarını, perakende ticaretin düzenlenmesini amaçlayan kanunların ise ticari düzene ilişkin hukuki menfaatleri koruduğu söylenebilir. Ne var ki söz konusu kanunların amaç maddelerinden de anlaşılacağı üzere fiyat artışları ile mücadele bahsinde bu kanunların korumayı amaçladığı hukuki menfaatler arasında burada belirtildiği şekilde net ayrımların oluşturulması her zaman mümkün olamamaktadır. Şöyle ki Rekabet Kanunu'nun serbest rekabet düzenini korumayı amaçladığı muhakkak olmakla birlikte bu Kanunun tüketici haklarını korumayı amaçlamadığı yönünde bir sonuca ulaşmak mümkün değildir.⁵³ Benzer şekilde Perakende Ticaret Kanunu, ülkemizin ticari düzenini sağlamayı amaçladığı gibi serbest rekabet düzeninin sağlanması ile tüketicinin korunmasını da amaçlamaktadır.⁵⁴ Yukarıdaki bölümlerde söz konusu kanunların korumayı amaçladığı hukuki menfaatler üzerinde durulurken, bu kanunların aslında her birinin çeşitli yoğunluklarla da olsa ekonomik kamu düzeninin sağlanması, serbest rekabet koşullarının korunması, rakip kişi ve işletmelerinin haklarının korunması ve tüketici haklarını korunmasına ilişkin oldukları görülmüştür.

⁵¹ Örneğin Amerikan rekabet hukuku hakkında şu şekilde meşhur bir özdeyiş vardır: “*Antitrust law protects competition and consumers, not competitors; it is not a proscription against unfairness.*” Michael Brewer, ‘Planning Disaster: Price Gouging Statutes and the Shortages They Create’ (2007) 72(3) Brooklyn Law Review 1101, 1111. Anılan özdeyiş şu şekilde çevrilebilir: “*Rekabet hukuku rakipleri değil rekabeti ve tüketicileri korur; Rekabet hukukunun amacı rakipler arasındaki haksızlığı önlemek değildir.*”

⁵² Çağlar Özel, ‘Hukuksal Açıdan Tüketicinin Korunması ve Tüketicinin Korunma Gerekliğine İlişkin Bir Değerlendirme’ iç Müberra Babaoğlu ve Arzu Şener (edr), *Tüketici Yazıları (I)* (Hacettepe Üniversitesi Yayınları 2007) 19.

⁵³ Rekabet Kanunu'nun 1. maddesinde Kanun amacının, “... *Mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak*” olarak belirtilmiş olması, bu Kanunun tüketici haklarını korumaya yönelik bir kanun olmadığı şeklinde yorumlanmamaktadır. Rekabetin korunmasının tüketici haklarını da koruyacağı düşüncesinden hareketle, bu Kanunun amaçlarından birinin de tüketici haklarını korumak olduğu söylenebilir. Doktrinde aynı yöndeki görüşler için bkz Ünal (n 29) 118; Aslan (n 25) 5-6. Amerikan hukukunda *Sherman Antitrust Act*'in da aynı amacı taşıdığı hakkında bkz Brewer (n 51) 1108.

⁵⁴ Rekabet hukuku ile haksız rekabet hukukunun da benzer şekilde rekabet düzeninin sağlanması gibi ortak bir amaca hizmet ettikleri hakkında bkz Pınar (n 32) 66-67.

Bu noktada Tüketici Kanunu'nun korumayı amaçladığı hukuki menfaatin tam anlamıyla tüketici hak ve menfaatleri olduğu ve bu nedenle bu kanun açısından korunması amaçlanmış özel bir menfaatin bulunduğu bahsedilebilir. Nitekim Tüketici Kanunu doğrudan ve sadece tüketici işlemleri ile tüketicilere yönelik uygulamaları kapsamına almış ve bu Kanunun amaç maddesinde, sadece tüketici haklarının korunmasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Fakat bu durumda dahi tüketici hak ve menfaatlerini koruyan tek kanunun, Tüketici Kanunu olmadığına dikkat etmek gerekir.

Burada belirtilmiş olan nedenlerle fahiş fiyat artışlarına karşı uygulanacak idari yaptırımların belirlenmesinde hangi kanunun esas alınması gerektiği konusunda, *kanunların korumayı amaçladığı hukuki menfaat kriteri* ancak kısmen belirleyici bir nitelik taşıyabilir.

E. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Verilen Cezalar ile Alınan Şikayetlerin Akıbeti

Norm çatışmasından kaynaklanan sorunları bir tarafa bırakarak –gerçekten bu konuda bir mesafe alabilmek oldukça güçtür- Tüketici Kanunu'na dayanılarak verilmiş idari para cezalarının, Perakende Ticaret Kanunu'na eklenen ek 1. maddenin yürürlüğe girmesiyle birlikte, geçerlilikleri üzerinde bir değişimin ortaya çıkıp çıkmayacağı açıklığa kavuşturulması gereken bir konudur. Çünkü bu cezalar Covid-19 salgın sürecinde Tüketici Kanunu'na dayanılarak Reklam Kurulu tarafından verilmiş, fakat öte yandan salgın süreci devam ederken Perakende Ticaret Kanunu'na ek 1. madde eklenerek fahiş fiyat artışlarına karşı yaptırım uygulama konusunda Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu yetkili kılınmıştır. Ayrıca Ek 1. maddenin uygulanması amacıyla yürürlüğe konulan Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği'nde, Kurul'un görev alanı sadece olağanüstü durumlara özgülenmiştir. Kabahatler Kanunu'na göre idari para cezaları bakımından da geçerliliğe sahip bulunan *lehe kanunun uygulanması ilkesi* bu noktada, verilmiş olan cezaların özellikle yargısal denetimleri aşamasında hangi kanunun uygulanması gerektiği konusunda ciddi bir ölçüt oluşturacaktır. Çünkü fahiş fiyat artışlarına karşı Tüketici Kanunu ile Perakende Ticaret Kanunu'nda öngörülen idari para cezası miktarları birbirinden farklıdır. Yukarıda belirtildiği üzere Tüketici Kanunu'na göre (Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'ne göre) “*Girdi maliyeti ve döviz kuru artışı gibi fiyat değişimlerinden etkilenmemesine rağmen bu durumlardan etkileniyormuş gibi hareket ederek tüketiciye sunulan mal veya hizmetin satış fiyatında haklı bir gerekçe olmaksızın artış yapmak*” niteliğindeki fiyat artışlarına karşı fiilin internet aracılığıyla gerçekleştirilmiş olup olmadığına göre 10.000 TL ile 104.000 TL para cezası uygulanması gerekirken, Perakende Ticaret Kanunu'na göre kişi ve firmalar hakkında 10.000 TL'den 100.000 TL'ye kadar idari para cezası uygulanabilecektir.

Bu sorunun çözümünde yukarıda norm çatışması bölümünde ortaya koymaya çalıştığımız farklı çözümlerin tercihine göre birbirinden oldukça farklı sonuçlara ulaşılabacaktır. Şöyle ki eğer olağanüstü dönemlerde ortaya çıkan fahiş fiyat artışlarına karşı yaptırım uygulama konusundaki yetkinin Perakende Ticaret Kanunu'na eklenen ek 1. madde ile artık Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu'na geçtiği ve bu konuda Reklam Kurulu'nun yetkisinin son bulunduğu kabul edilirse –ki böyle bir kabul, olağanüstü dönemlerdeki fiyat artışlarının Tüketici Kanunu kapsamında bir idari suç olmaktan çıkarıldığı anlamına da gelecektir-, bu durumda Tüketici Kanunu'na göre verilmiş idari para cezaları, Perakende Ticaret Kanunu'na göre verilen idari para cezalarına göre daha yüksek olacağından, bu cezalar hakkında lehe kanun niteliğindeki Perakende Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Görülmekte olan davalarda ilgili yargı mercilerinin lehe kanunun uygulanması ilkesini gözetmesi gerekir.⁵⁵

Tabi bu görüşün benimsenmesi halinde Tüketici Kanunu kapsamında fiyat artışlarına karşı verilmiş olan idari para cezalarına karşı idare mahkemelerinde açılmış olan davalarda; Perakende Ticaret Kanunu'na göre bu mahkemeler görevsiz hale geleceğinden *derhal uygulanırlık ilkesi* gereğince idare mahkemelerinin, davaların çözümü konusundaki yetkinin adli yargı mercilerine geçtiği gerekçesiyle görevsizlik kararları vermeleri gerekecektir.⁵⁶

Ayrıca yine bu görüşün benimsenmesi halinde Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği'nin geçici 1. maddesinde yer verilmiş olunan, “16/4/2020 tarihli ve 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 14 üncü maddesinin yürürlüğe girdiği 17/4/2020 tarihinden önce fahiş fiyat artışı uygulamaları hakkında Bakanlığa yapılan başvurular; 7/11/2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve ikincil mevzuatı kapsamında Reklam Kurulu tarafından sonuçlandırılır.” hükmü, hukuka aykırı hale gelecektir.⁵⁷ Çünkü bu görüş, Perakende Ticaret Kanunu'nun ek 1. maddesinin yürürlüğe girmesiyle birlikte, Tüketici Kanunu kapsamında olağanüstü dönemlere özgü geçerlilik kazanacak bir fiyat artışı idari suç tipinin var olamayacağı kabul etmiş olmaktadır. O halde Perakende Ticaret Kanunu'nun ek 1. maddesinin yürürlüğe girmesiyle birlikte, bu maddenin yürürlüğe girdiği 17/4/2020 tarihinden önce fahiş fiyat artışı uygulamaları hakkında Bakanlığa yapılan başvurular hakkında da karar verme noktasında, Reklam Kurulu yetkisiz hale gelmiş olacaktır.

⁵⁵ Mahkemelerin yargılama aşamasında lehe kanunu gözetmeleri gerekliliğinin bir Danıştay içtihadı haline geldiği hakkında bkz Ulusoy (n 23) 71, 77-78; Aydın Gülan, ‘Kanun Değişikliğiyle İdari Para Cezası Verilmeden Önce ‘Uyarı’ Şartı Getirilmesi, Kimi Durumlarda Görülmekte Olan İptal Davasını Etkileyecek Lehe Bir Düzenleme Sayılabilir mi?’ (2019) 21 D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan) 2953, 2956-2957.

⁵⁶ Usul kurallarının uygulanmasında *derhal uygulanırlık ilkesine* ilişkin aynı yönde bkz Katoğlu (n 24) 1031.

⁵⁷ Bakanlık tarafından yapılan açıklamaya göre, “01.04.2020 tarihi itibarıyla gerek 81 Ticaret İl Müdürlüğümüz gerekse Bakanlığımız Reklam Kurulu tarafından denetim altına alınan 7.386 firma ile ilgili yasal süreç devam etmektedir.” Açıklama için bkz <<https://covid19.ticaret.gov.tr/tuketici/duyuru/haksiz-fiyat-artistarına-iliskin-reklam-kurulunun-kararı>> Erişim Tarihi 4 Haziran 2020.

İkinci bir görüş olarak ise olağanüstü dönemler de dâhil olmak üzere fiyat artışlarına ilişkin Perakende Ticaret Kanunu'na eklenen ek 1. maddenin Tüketici Kanunu kapsamında bu fiili idari suç olmaktan çıkarmadığı kabul edilirse, bu durumda anılan kanunlarda yer verilmiş olan norm çatışmasının çözümüne ilişkin kurallardan hareketle verilmiş olan cezalarda Tüketici Kanunu'nun uygulanmaya devam edileceği sonucuna ulaşılabilecektir. Yukarıda norm çatışması bölümünde belirtildiği üzere bu ikinci görüşün kabulü, Perakende Ticaret Kanunu'nun ek 1. maddesi ile getirilen düzenlemenin uygulanma kabiliyetine sahip olmadığı sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

Ayrıca bu ikinci görüşün kabulü halinde, Tüketici Kanunu'na göre fiyat artışlarından dolayı verilmiş idari para cezalarına ilişkin davaların görülmesinde idari yargı mercilerinin görevli olmaya devam edeceği de kabul edilmiş olunacak; Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği'nin geçici 1. maddesinde yer verilmiş olunan hüküm, hukuka aykırı hale gelmeyecektir.

Sonuç

Makale boyunca ele almış olduğumuz konulardan hareketle Perakende Ticaret Kanunu'nda fahiş fiyat artışının bir idari suç olarak düzenlenmesi ve idari yaptırıma tabi tutulması konusunda *olan hukuk* ve *olması gereken hukuk* bakımından iki ayrı değerlendirme ortaya konulmasında fayda var.

Olan hukuk bakımından;

1. Covid-19 salgınında ortaya çıkmış olan fahiş fiyat artışlarıyla mücadele etmek, devletin üzerine düşen bir görevdir ve bu görevin yerine getirilmesi amacıyla bu tür fiillerin idari suç haline getirilmesi ve idari yaptırıma tabi tutulması doğru ve haklı bir yasama yaklaşımıdır. Bu çerçevede Perakende Ticaret Kanunu'nda yapılan değişiklikle fahiş fiyat artışının yeni bir idari suç olarak ihdas edilmesi, yerinde bir yaklaşım olmuştur.
2. Fakat bu durum, Perakende Ticaret Kanunu'nda tanımlanan fahiş fiyat artışı idari suç tipinin diğer kanunlardaki benzer tanımlamalarla çatışmasını kısmen önleyebilmiştir. Perakende Ticaret Kanunu'ndaki fahiş fiyat artışına ilişkin idari suç tipi, belirli bir ölçüde özellikle Tüketici Kanunu'ndaki tanımlamayla çatışmaktadır. Perakende Ticaret Kanunu'ndaki bu tanım, Rekabet Kanunu ile Sebze ve Meyve Ticareti Kanunu'ndaki tanımlamalarla ise daha dar bir alanda çatışma olasılığını bünyesinde taşımaktadır.
3. Her hukuk düzeninde norm çatışmalarının belirli bir düzeyde varlığının olağan olduğu ve buna saygı duyulması gerektiği kabul edilebilirse de normlar arasında ortaya çıkmış olan çatışmaların giderilmesine yönelik çatışmaları

çözücü normların, gerçekten işlevsel ve sorunları gidermeye yönelik olmaları gerektiği de kaçınılmazdır. Ülkemizde bu konuya ilişkin yürürlüğe konulmuş çatışmaları giderici normlardan sağlıklı sonuçlara ulaşmak çok kolay görünmemektedir.

4. Kanaatimizce Perakende Ticaret Kanunu'na eklenen ek 1. madde ile getirilen düzenleme, en azından teorik olarak bu konuda yetki karmaşası ortaya çıkarabilecek niteliktedir.

Olması gereken hukuk bakımından;

1. Olağanüstü dönemlerden kaynaklanan fiyat artışlarını engellemek amacıyla sırf bu dönemlere özgü bir idari suç tipine yer verilmesi doğru bir yasama yaklaşımıdır. Modern hukuk sistemlerindeki gelişim de bu yöndedir. Fakat bu konuda, yani olağanüstü dönemlerde ortaya çıkması muhtemel fiyat artışlarını soruşturma ve idari yaptırım uygulama konusunda görevli sadece bir kuruluşun olması, kurumlar arası yetki çatışmalarını önleyeceğinden bu dönemlerde ortaya çıkan fahiş fiyat artışlarına karşı daha etkin bir mücadele yönteminin geliştirilmesini sağlayacaktır. Fahiş fiyat artışlarından muzdarip vatandaşlar, fiyat artışlarına karşı sadece muhatap olacakları tek bir kamu kurumu olduğunu bilecekler ve hak taleplerini bu kuruma tereddütsüz iletebilecek ve takip edebileceklerdir. Ayrıca hukuk devleti, olağanüstü dönemlerde dahi temel hak ve özgürlükleri koruyucu nitelik taşıdığından, bahsedilen bu yaklaşım hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasına da hizmet edecektir. Çünkü hukuki öngörülebilirlik de dâhil olmak üzere öngörülebilirliğe en fazla bu dönemlerde ihtiyaç duyulmaktadır. Kişilerin ya da firmaların işlemiş oldukları bir fahiş fiyat artışı fiilden dolayı sadece bir kamu kurumuyla muhatap olacaklarını ve bu fiillerinden dolayı sadece önceden öngörülebilir bir idari yaptırım ile cezalandırılabileceklerini bilmeleri, hukuki güvenlik ilkesi açısından oldukça önemlidir.
2. Perakende Ticaret Kanunu'na eklenen ek 1. madde daha açıklayıcı ve Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu'nun yetkisini sadece olağanüstü dönemlere özgüleyici bir şekilde düzenlemiş olsaydı, bu alanda ortaya çıkması muhtemel yetki çatışmaları daha minimize edilebilirdi. Hatta olağanüstü dönemlerde, bu dönemlerin getirmiş olduğu sıkıntılı durumdan faydalanarak yapılan haksız fiyat artışlarına karşı yaptırım uygulamakla yetkili olacak tek kurumun Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu olacağı kanunda açıkça düzenlenmiş olsaydı, belki de bu konuda hiçbir yetki çatışması ortaya çıkmayacaktı. Maalesef bu düzenlemeler, Perakende Ticaret Kanunu'nun ek 1. maddesinde yapılmamış, Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği'nde yapılarak sorun çözülmeye çalışılmıştır. Ne var ki Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu

Yönetmeliği, bu konuya ilişkin diğer kanunlar karşısında aynı düzeyde bir norm niteliği taşımadığından, diğer kanunların uygulanmasını engelleyememiş ve dolayısıyla salgın dönemlerindeki fiyat artışları konusunda, birden fazla kamu kurum veya kuruluşunun yetkisinin devam etmesine neden olmuştur.

3. Olması gereken hukuk bakımından önerebileceğimiz son husus, haksız ya da fahiş fiyat artışlarına uygulanan idari yaptırımlara karşı açılan davaların adli ve idari yargı gibi birbirinden farklı yargı kollarında değil bu kararların tamamına karşı açılan davaların idari yargı mercilerinde görülmesi gerekliliğidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Aslan İY, *Rekabet Hukuku Dersleri* (7. Bası, Ekin Basın Yayın Dağıtım 2020).
- Berkarda K, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki İdari Cezaların Değerlendirilmesi' (2016) 12(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 62-86.
- Boshoff WH, 'The competition economics of excessive pricing and its relation to the Covid-19 disaster period' (2020) <<https://ssrn.com/abstract=3593292>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2020 1-14.
- Brewer M, 'Planning Disaster: Price Gouging Statutes and the Shortages They Create' (2007) 72(3) Brooklyn Law Review 1101-1136.
- Cary GS, Dolmans M, Hoffman B, Graf T, Brannon L, Pepper R, Mostyn H, Lazda ARB, Haynes S, Georgieva K, Przerwa J, 'Exploitative abuses, price gouging & COVID-19: The cases pursued by EU and national competition authorities', e-Competitions Antitrust Case Laws e-Bulletin, <https://www.concurrences.com/pdf_version.api/article-94392.pdf> Erişim Tarihi 23 Temmuz 2020.
- Ekinci M, 'Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar' (2017) 3 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 19-54.
- Gözler K ve Kaplan G *İdare Hukuku Dersleri* (21. Bası, Ekin Basın Yayın Dağıtım 2019).
- Gülün A, 'Kanun Değişikliğiyle İdari Para Cezası Verilmeden Önce 'Uyarı' Şartı Getirilmesi, Kimi Durumlarda Görülmekte Olan İptal Davasını Etkileyecek Lehe Bir Düzenleme Sayılabilir mi?' (2019) 21 D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan) 2953-2960.
- Katoğlu T, "Kabahatler ve Zaman Yönünden Uygulamaya İlişkin Kimi Sorunlar", <http://repository.bilkent.edu.tr/bitstream/handle/11693/51199/Kabahatler_ve_zaman_y%C3%B6n%C3%BCnden_uygulamaya_ili%C5%9Fkin_kimi_sorunlar.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Erişim Tarihi 23 Temmuz 2020.
- Koç E, '4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Düzenlenen İdari Para Cezaları İçin Öngörülen İdari Usul' (2012) 98 TBB Dergisi 231-282.
- Köksal A, 'Concerned Practices in the Context of EU Competition Law' <<https://turkishlawblog.com/read/article/122/concerted-practices-in-the-context-of-eu-competition-law>> Erişim Tarihi 2 Temmuz 2020.
- Motta M ve Streeck AD, 'Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never?' (2007) The Pros and Cons of High Prices 14-46.
- Sancakdar O, Önüt LB, Us Doğan E, Kasapoğlu Turhan M ve Seyhan S, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı* (8. Bası, Seçkin 2019).
- Tan T, *İdare Hukuku* (5. Bası, Turhan Kitabevi 2016).
- Özay İ, *Günüştüğünde Yönetim* (Filiz Kitabevi 2017).
- Özel Çağlar, 'Hukuksal Açıdan Tüketicinin Korunması ve Tüketicinin Korunma Gerekliliğine İlişkin Bir Değerlendirme' iç Müberra Babaoğlu ve Arzu Şener (edr), *Tüketici Yazıları (I)* (Hacettepe Üniversitesi Yayınları 2007) 15-26.
- Pınar H, 'Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi', (2014) 15(2) Rekabet Dergisi 59-87.
- Rakić I, 'Competition Law in the Age of Covid-19' (2020) LXVIII(2) Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 25-61.
- Şahin E, 'Tüketiciler İçin İyi Haber Mi Kötü Haber Mi?: Aşırı Fiyat Uygulamalarında AB Mahkemelerinin Yeni İstikameti' (2019) 5(1) *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 87-114.
- Şirin T, 'Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş' (2020) 9(17) Anayasa Hukuku Dergisi 43-146.
- Ulusoy AD, *İdari Yaptırımlar* (1. Bası, XII Levha 2013).

Ünal Ç, 'Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar' (2010) 11(4) *Rekabet Dergisi* 111-164.

Wilson D, 'Price Gouging, Construction Cartels or Repair Monopolies? Competition Law Issues Following Naturel Disasters' (2014) 20 *Canterbury Law Review*, 53-90.

İnternet Kaynakları

<<https://www.memurlar.net/haber/897756/maske-satisi-tumuyle-yasaklandi-mi.html>> Erişim Tarihi 4 Haziran 2020.

<<https://www.mevzuat.gov.tr>> Erişim Tarihi 4 Haziran 2020.

<<https://www.ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020.

<<https://covid19.ticaret.gov.tr/tuketici/duyuru/ticaret-bakani-pekcan-fahis-fiyat-artisi-tespit-edilen-firmalara-verilen-cezalar>> Erişim Tarihi 4 Haziran 2020.

<<https://covid19.ticaret.gov.tr/tuketici/duyuru/haksiz-fiyat-artistarina-iliskin-reklam-kurulunun-karari>> Erişim Tarihi 4 Haziran 2020.

<<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/aralarinda-zincir-marketlerin-de-bulundu-8828c79f5f90ea11811a00505694b4c6>> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020.

<<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/perakende-gida-ticareti-alaninda-faaliye-4384b022e495ea11811a00505694b4c6>> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020.

Rekabet Kurulu Kararları

Rekabet Kurulu Kararı (Önaraştırma), Karar Tarihi 23.11.2017, Dosya Sayısı 2017-2-31, Karar Sayısı 17-38/609-265 <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=38837a4b-5cc7-43a0-aa4a-be5e0d32886f>> Erişim Tarihi 1 Temmuz 2020.

Rekabet Kurulu Kararı (Önaraştırma), Karar Tarihi 13.3.2019, Dosya Sayısı 2018-1-83, Karar Sayısı 19-12/137-61 <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=bf885331-0abf-48bf-bec5-e9e8d73ddcb3>> Erişim Tarihi 1 Temmuz 2020.

Rekabet Kurulu Kararı (Soruşturma), Karar Tarihi 1.10.2018, Dosya Sayısı 2017/2/3, Karar Sayısı 18-36/584-285, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=8a58df07-f31b-457e-b936-9fa3afd5fdbf>> Erişim Tarihi 1 Temmuz 2020.

Rekabet Kurulu Kararı (Önaraştırma), Karar Tarihi 13.3.2019, Dosya Sayısı 2018-1-83, Karar Sayısı 19-12/137-61 <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=bf885331-0abf-48bf-bec5-e9e8d73ddcb3>> Erişim Tarihi 1 Temmuz 2020.

Rekabet Kurulu Kararı (Soruşturma), Karar Tarihi 1.10.2018, Dosya Sayısı 2017/2/3, Karar Sayısı 18-36/584-285, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=8a58df07-f31b-457e-b936-9fa3afd5fdbf>> Erişim Tarihi 1 Temmuz 2020.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 23.12.2019
Revizyon Talebi: 22.12.2020
Son Revizyon: 18.01.2021
Kabul: 25-01-2021

Hukuksal Ampirizmin Hukuk Disiplini Yöntemi Olarak Ortaya Çıkışı ve Erken Gelişim Dönemi: Petrazycki ve Ehrlich'in Görüşleri

Şefik Taylan Akman^{ID}

Öz

Liberal hukuk düzenleri Aydınlanma döneminin ve burjuva devrimlerinin ardından ortaya çıkmıştır. 19. yüzyıl kanunlaştırmaları ile biçimlenen liberal hukuk düzenleri içinde hukukçular, hukuka özgülünmüş bir metodoloji geliştirmeye yönelmişlerdir. Farklı hukuki pozitivistlerin doğup geliştiği bu dönemde, hukukun kendi başına ilerleyen ve ayrı bir bilimsel alana dönüştürülmesi amaçlanmıştır. Bu uğraşı 19. yüzyıl hukuk metodolojisini hukuk dışı alanlara kapalı, sadece normatif düzenlemelerle ilgilenen ve hukukçulara has bir çalışma sahası olarak görmüştür. Hukuk düzeni her ne kadar toplumsal alanı ve ilişkileri düzenlemeye yönelmiş bir niteliği haiz olsa da geleneksel hukukçuluk kendisini normatif çerçeveye sınırlandırarak toplumsal olguları görmezden gelmeyi tercih etmiştir. Bu durumun zamanla hukuk düzeni ile toplumsal gerçeklik arasında çatışmalara ve uyumsuzluklara yol açtığı fark edilmiştir. Dolayısıyla hukuksal analizin salt hukuki materyaller ile değil sosyal bilimlerin bulguları ile bir arada değerlendirilmesine yönelik görüşler öne sürülmüştür. Böylece başta ampirik metot olmak üzere hukuk ile sosyal bilimler arasında disiplinler arası araştırmanın imkânları tartışılmaya başlanmıştır.

Çalışmada 19. yüzyıldan 20. yüzyıla geçiş sürecinde hukuk metodolojisindeki bu değişim incelenecektir. 19. yüzyıl hukuki pozitivistlerinin nitelik ve işlevleri genel olarak ele alındıktan sonra hukukta disiplinler arası metodolojilerin imkânı sorgulanacaktır. Bu kapsamda ilk olarak Leon Petrazycki'nin psikolojizm ve hukuk anlayışı, ardından Eugen Ehrlich'in yaşayan hukuk kavramı ampirik yöntemin hukukta kullanımı açısından değerlendirilecektir. Bu iki hukukçunun görüşleri üzerinden hukuksal ampirizmin hukuk disiplini içinde bir yöntem olarak ortaya çıkışı ve erken gelişim dönemi analiz edilecektir.

Anahtar Kelimeler

Hukuk ve sosyal bilimler ilişkisi, Hukukta disiplinler arası çalışmalar, Hukuksal ampirizm, Leon Petrazycki, Eugen Ehrlich

Appearance and Early Development Period of Legal Empiricism as the Method of the Discipline of Law: Views of Petrazycki and Ehrlich

Abstract

Liberal legal systems ensued after the Enlightenment period and bourgeois revolutions. Jurists have been inclined to improve a methodology specific to the law within the liberal legal systems formed by 19th-century codifications. In this period in which different legal positivisms were born and developed, the aim was to transform the law into a separate, self-propelling scientific field. This effort considered 19th-century legal methodology as a field of study for jurists, closed to non-legal areas, and concerned only with normative arrangements. Although the legal system has the characteristics to regulate the social sphere and relations, traditional lawyering has limited itself to the normative framework and ignored social facts. This situation causes conflicts and discrepancies between the legal system and social reality. Accordingly, arguments have been submitted to evaluate the legal analysis together with the outcomes of social sciences, not merely legal materials. Thereby, the possibilities of interdisciplinary research between law and social sciences, especially using the empirical method, have started to be discussed.

This article discusses the alteration in legal methodology throughout the transition period during the 19th-century and early 20th-century. First, the characteristics and functions of the 19th-century legal positivisms in general are scrutinized, and the possibility of interdisciplinary methodologies of law is questioned. Within this scope, first, Leon Petrazycki's

* **Sorumlu Yazar:** Şefik Taylan Akman (Dr. Öğr. Üyesi), Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: taylanakman@hacettepe.edu.tr ORCID: 0000-0002-7809-8664

Atf: Akman ST, "Hukuksal Ampirizmin Hukuk Disiplini Yöntemi Olarak Ortaya Çıkışı ve Erken Gelişim Dönemi: Petrazycki ve Ehrlich'in Görüşleri" (2021) 79(1) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 251. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.1.0007>



understanding of psychologism and law, subsequently Eugen Ehrlich's living law concept, are evaluated in terms of the use of the empirical method in law. Appearance and the early development period of legal empiricism as a method in the discipline of law are analyzed based on the opinions of these two jurists..

Keywords

Relationship of law and social sciences, Interdisciplinary studies at law, Legal empiricism, Leon Petrazycki, Eugen Ehrlich

Extended Summary

The disciplinary relationship of jurists with the social sciences has always been limited. Many jurists have preferred to remain distant from the findings of the social sciences for reasons stemming from the normative structure of law. Accordingly, the field of law is considered a self-enclosed, autonomous area to the social sciences. This assumption has emerged as a founding principle of liberal legal systems. Liberal legal systems historically ensued after the Enlightenment period and bourgeois revolutions. Jurists have been inclined to improve a methodology specific to the law within the liberal legal systems formed by the 19th-century codifications. In this period, legal positivisms were born and developed, and the aim was to transform law into an independent self-enclosed scientific field. Thus, legal topics and studies of liberal legal systems have been accepted as the work of professionals in the unattainable area of jurists. This effort identifies the 19th-century legal methodology as a closed sphere to non-legal disciplines. According to this phenomenon, jurists should only be concerned with normative order as a field of study. Therefore, the jurists' law was formed. Although this law is based on social reality when it regulates social life, it has been detached from that reality because of these methodological concerns regarding the doctrine and the practice. Analyzing formal aspects of normative regulations and sustaining the commitment of objectivity identified with the idea of justice have become jurists' main purposes.

After scrutinizing the characteristics and the functions of the 19th-century legal positivisms in general, this article discusses the alteration in legal methodology during the transition period during the 19th-century and early 20th-century. Within this scope, first, Leon Petrazycki's understanding of psychologism and law and then Eugen Ehrlich's living law concept are evaluated in terms of the use of the empirical method in law. The rise and the early development period of legal empiricism as a method in the discipline of law are analyzed through the endeavors of these two jurists.

Petrazycki wanted to apply Comte's sociological methodology and the social sciences' to law. Through his methodological approach, which he called the science of legal policy, he worked on establishing his theory of law based on empirical-psychological causality. He defined law as a special discipline that aims to ensure the progress and improvement of the existing legal system while promoting the construction of a democratic society. Petrazycki applied scientific objectivity to his legal approach. He separated his conception of law from all traditional understandings. According to him, none of the legal theories of his time, except his approach, had a scientific character and successfully explained the legal reality.

At this point, law established a relationship between the social sciences and psychology. Petrazycki replaced traditional legal methodologies with the empirical

method. In this respect, on the one hand, the field of law was excluded from the normative and the prior assumptions, the formalist logic of positivism, and the dogmatic legal science; on the other hand, it was associated with the social sciences through the extension of experimental and observational processes. Although law was concretized in social reality in this manner, Petrazycki's theory of law was a sociological approach to law that emphasized implementing psychological verities to law. His research on legal analysis focused on individuals' experience of legal phenomena. His approach influenced jurists, and he discussed the relationship between law and society. His approach influenced the development of methodologies based on observation and empirical research in law.

Ehrlich, by contrast, applied his legal approach and established a specific relationship between the positive law and the living law. From this perspective, he concentrated on social and legal norms. Similar to Petrazycki, Ehrlich did not adopt legal positivist arguments and implied that law could be purely studied by using legal apparatus. He accepted legal analysis as an interdisciplinary field and brought empirical methods to the forefront. He tended to establish a new connection between legal studies and the social sciences, particularly between law and sociology, by adopting a scientific perspective. From Ehrlich's standpoint, traditional lawyering degraded legal studies to a relativistic technique that followed variable practical aims for the needs of centralized government and its courts, and this aspect also masked the current social phenomena by means of law. Jurists who adopted traditional methods could understand legal reality only at the superficial level through artificial systemizations and conceptualizations. The reason for the superficial understanding of jurists was that they perceived the social phenomena only within the framework of a legal worldview. They commentated on social phenomena from a purely normative perspective and adjudicated on a matter with this view. According to Ehrlich, jurists should have observed the social phenomena and analyzed them scientifically with reference to the social sciences, especially to sociology. They should have examined the legal topics by establishing a cause-effect relationship between these phenomena.

Consequently, neither Petrazycki nor Ehrlich considered law alone as a normative structure. They associated law with disciplines of the social sciences from a much broader perspective than the hypothesis of legal positivism and the other normative legal theories. Their legal approaches were based on interdisciplinary methodologies. By associating law with the social sciences, Petrazycki and Ehrlich have made observations and empirical inquiries a part of legal studies. For all the aforementioned reasons, they will affect the praxis of many jurists and researchers studying the relationship between law and the social sciences in the upcoming periods of the 20th century.

Hukuksal Ampirizmin Hukuk Disiplini Yöntemi Olarak Ortaya Çıkışı ve Erken Gelişim Dönemi: Petrazycki ve Ehrlich'in Görüşleri

I. Giriş: Geleneksel Hukukçuluk ve Hukuksal Alanın Dışa Kapalılığı

Hukukçuların sosyal bilimlerle disiplin yönünden ilişkisinin her zaman sınırlı bir çerçevede kaldığı, hatta sosyal bilimlerin bulgularıyla, genel anlamda hukukun kendi normatif yapısından kaynaklı nedenlerden dolayı uzlaşmazlık içinde buldukları söylenebilir. Liberal hukuk düzenlerinde bu uzlaşmazlığın ortaya çıkışında özellikle 20. yüzyılın başına kadar hukuksal fenomenleri hukukçular sınıfının dokunulmaz alanında ve meslek mensuplarının kıymeti kendinden menkul bir uğraşısı olarak gören anlayış baskın rol oynamıştır¹. Böylece hukukçuların hukuku oluşmuş ve bu hukuk, toplumsal yaşamı düzenlemeye yöneldiği ölçekte bizatihi olgusal düzeyde bir gerçekliği imlediği halde doktrin ve uygulamanın metodolojik kaygıları neticesinde o gerçeklikten, normatif düzenlemelerin formel görünümüne bağlılık ve adalet idesinin objektiviteyle özdeşleşen tarafsızlık taahhüdünün sürdürülebilmesi gibi kaygılarla uzaklaşmıştır.

Hukuk teorisiyle uygulamasının toplumsal pratiğe yabancılaşması olarak nitelendirilebilecek bu sonucun ortaya çıkış nedeni, hukuksal süreçlerde yer alan aktörlerin toplumsal gerçeklikleri yeteri kadar önemsemeyip hukuksal sorunların çözümünde salt pozitivist kabullerden hareket eden bir metodolojiyi benimsemeleri ve kendilerini sosyal bilimlerin bulgularından -hukukun esasen ayrı ve özel bir konumu, işlevi ve yöntemi olduğu gibi gerekçelerle- izole etmelerinden kaynaklanmaktadır. Böylece kendi içinde kapalı, formalist, bütünü yorum kalıpları ve anlamlandırma süreçleriyle biçimlenmiş bir disiplin olarak hukuk, toplumsal gerçekliklerden uzak ve soyut bir yapıya dönüşmüştür. Hukukun yeniden toplumsal alanın gerçekliğiyle işleyişine ilgi duyması ve aynı zamanda toplum ile ilgili olanı araştırmaya yönelen sosyal bilimlerin disiplinlerini değerlendirmeye başlaması, onlarla ilişkiye geçmesi ancak hukukun sosyolojik cihette bir olgu olduğunun kabul edilmesiyle gündeme gelebilmiştir. Bu aşamada bilhassa sosyolojinin hukuka ve toplum içinde yaşanan hukuksal süreçlere yönelik artan ilgisi, hukukun kendi yapısal niteliği ve toplumsal fonksiyonunun sorgulanmasına yol açmıştır. Hukukun salt formel bir kurallar ve düzenlemeler yığını olmaktan öte toplumsal ve siyasal düzen işlevi gördüğü anlaşılmıştır. Örneğin hukuk sosyolojisi ancak söz konusu aşamadan sonra kendini hukukun içinde özgün bir araştırma sahası olarak kabul ettirebilmiştir. Keza hukukun formalist ve normatif karakterinin ötesinde toplumsal olan yönüyle değerlendirilmesi ve yeniden anlamlandırılması gerektiği düşüncesi, hukukun geçmişi düşünüldüğünde geç bir tarihte, hukuk sosyolojisinin gelişmesiyle koşut bir süreçte olgunlaşabilmiştir. Hukukun sosyolojik perspektiften incelenmesini müteakip gerek

¹ Petrazycki'ye göre de 19. yüzyılın sonuna kadar hukuk biliminin görevi sadece pozitif hukukun incelenmesi ve işleyişinin ortaya konulması olarak anlaşılmıştır. Leon Petrazycki, *Law and Morality* (Hugh W. Babb tr, Harvard 1955), 222.

hukukçuların gerek sosyal bilimcilerin yoğunlaşan ilgileri sonucu, hukuk ile sosyal bilimlerin bulguları arasında bağlantılar oluşturulabilmiş ve hukuka ilişkin, başta sosyoloji olmak üzere sosyal bilimlerde yürütülen araştırmaları da değerlendirmeye yönelen yeni bir metodolojik arayış ilk nüvelerini vermeye başlamıştır.

Hukukun sosyal bilimlerle tanışması, hukukta o zamana kadar tartışılmayan, görülmeyen bir takım sorunlu alanların varlığını gün yüzüne çıkarmıştır. Başta metodolojik araştırmaya ilişkin farklılıklar olmak üzere hukuk ile sosyal bilimlerin yapısal karakterlerindeki ayrılıklar sosyal bilimlerin ortaya koyduğu tespitlerin hukuksal düzeyde karşılık bulabilmesini ve hukukun formalist sistematiğiyle kolayca bütünleşebilmesini engellemiştir. Bu bağlamda gerek hukuk düzeninin işleyişi ve tümelliğinin gerek hukuksal aktörlerin muhafazakâr ve statükocu tutumlarının sosyal bilimler metodolojisinin geniş anlamda hukuksal kurum ve süreçlere nüfuz etmesini frenleyici bir işlev gördüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. Muhafazakârlık, öncelikle yeni metodolojik arayışları aksattığı gibi usul yönünden zenginleşmeyi de kısıtlamış; daha da önemlisi sosyal bilimlerin toplumsal gerçeklik, ekonomik ve politik süreçlerin anlamlandırılmasına yönelmiş bulgularını da hukukun formalist karakterine atf ile hukuksal istikrar ve öngörülebilirliğin bozulmaması gibi gerekçelerle çoğunlukla görmezden gelmeyi yeğlemiştir. Ancak bu eğilimin olumsuz yansımalarının öncelikle hukuksal düzeyde ortaya çıktığı ve hukukun toplumsal bir düzen olarak işleyişinin anlaşılabilirliğine ket vurduğu belirtilmelidir.

Sosyal bilimciler, toplumsal süreç ve olguların anlaşılabilirliği hedefi doğrultusunda hukuk da dâhil olmak üzere bütünsel bir metodolojik arayışı somutlaştırmaya yönelirken, hukukçular, hukukun kapalı yapısı içinde belirli hukuksal sonuçlara ulaşmayı yeterli görmüşlerdir². *Savigny*'den günümüze hukuk dünyasının geleneksel eğilimi hukuksal araştırmaların yöntemini elden geldiğince hukuksal ölçülerle biçimlendirmek, araştırmalarda hukuk dışı öğeleri dar kapsamda değerlendirmek ve araştırmaların yöneldiği özneleri farklı hukuksal yapıların hukukçu olan unsurlarıyla sınırlı bir çerçevede tutmak üzerine kurulmuştur³. Hukukun toplumsallıkla ilişki içinde bulunan yönü hukukun formel ve kurumsal görünümünün ardında perdelenmiş ve

² Elizabeth Mertz, 'Introduction' in Elizabeth Mertz (ed), *The Role of Social Science in Law* (Ashgate 2008) XIII.

³ Richard A. Posner, 'Legal Scholarship Today' (2001-2002) 115 Harv L R 1314, 1314. *Posner* 1960'lı yıllara kadar hukuksal analizin temellerinin mantık, analogi, içtihatlar, emsal kararları takip etmeye ilişkin prensipler ile ortak akla dayandığını, fakat insani ve sosyal bilimlerden nadiren bahsedildiğini belirtir. 1920 ve 1930'lu yıllardaki Realistlerin etkinliğine karşın hukukun sosyal bilimlerden özenle ayrı tutulmaya çalışıldığından ve özerkliğe sahip bir disiplin olarak değerlendirildiğinden söz eder. *Posner'e* göre bu durum, II. Dünya Savaşı'nın ardından 1950'li yıllarda Amerikan siyasal sisteminin içindeki aktörlerin ideolojik yönden birbirlerine yakınlaşmalarından ve radikal sağın izolasyon ve ırkçılık gibi konular, radikal solun ise soğuk savaş nedeniyle itibar kaybetmesinden kaynaklanmaktadır. Bu dönemde Amerika'nın entelektüel hayatı sekülerizm, hümanizm, yurtseverlik ile siyasal ılımlılık -merkeziyetçilik- üzerine kurulmuştu ve açık bir biçimde ideolojik çekişmelerden uzak bir görünüm arz ediyordu. Hukuk fakülteleri ve akademik çevresi de bu atmosferin dışında olmayıp hukuku politik olandan tamamen ayrı otonom bir görüngede tutuyor, sosyal bilimlerle ilişkilendirmeden ve onun aracılığıyla düşünmeden kendi doktrinel yapısı içinde değerlendiriyordu. *Ibid* 1316; Richard Posner, 'The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962 – 1987' (1986–1987) 100 Harv L Rev 761, 765-766. Fakat hukuka yönelik söz konusu algı ve konumlama 1960'lı yılların yoğun politik ve ekonomik gündemi içinde hızla değişmiştir. Hukuk, bir taraftan sosyal bilimlerle daha fazla ilişki içinde olan disiplinler arası bir alan olarak analiz edilmeye başlanmış, diğer taraftan hukukun politik, ekonomik ve toplumsal konularla bağlantılı etkileşimsel süreçlerine daha sıklıkla atf yapılır olmuştur.

hukuksal araştırmann konusu içinde kendisine ancak son sıralarda yer bulabilmiştir. Böylece hukukun toplumsal fonksiyonuna ilişkin incelemeler hukukçulardan ziyade başta sosyologlar olmak üzere sosyal bilimlerin farklı disiplinlerinin araştırmacılarına bizzat hukukçuların irade ve inisiyatifleriyle devredilmiştir. Ancak hukukun sosyal bilimlerin bulgularından imtina etmesinin öncelikli sonucu, bir bütün olarak hukukun düzen fonksiyonu itibarıyla yerine getirdiği toplumsal yönü ağır basan olgusal düzeydeki işlevselliğinin gelişen ve değişen sosyo-ekonomi politik gerçeklikleri takip etme ve gerekliliklerini karşılamadaki yetersizliği şeklinde ortaya çıkmıştır. Hukuk, bir bilim olma yeterliliğine ve kapasitesine iyelik iddiası içinde kendini, toplumsal dönüşümün dinamiklerinden ve bu dönüşümü araştırmaya yönelen metodolojilerden soyutladığı ölçekte içe kapanık dogmatik bir anlatıya dönüşmüştür.

Hukukun, kendini salt hukuksal kurum ve normatif düzenlemelerle sınırlandırarak belirlilik ve kesinliğe ulaşma yönündeki tercihi, bu anlamıyla sosyal bilimlerin verilerinden yararlanmaya dönük isteksizliği, yapısal karakter ve işleyişinin uzun dönemde kendine has bir düzen olarak olgunlaşması neticesini doğurmuştur. Hukukun söz konusu kendine özgü biçimlenmesinin sebepleri; hukuk düzeninin, reel ekonomi politikle süregiden simbiyoz yaşamından, hegemonik iktidar ilişkilerinin uzantısı ve onların süregeliğinin meşruiyet kaynağı olarak hem devletin ideolojik bir aygıtı hem de baskı aygıtının muharrik gücü olmasından⁴ ve doğrudan öznelere yönelmiş potansiyel zorlayıcı - baskıcı niteliğinden kaynaklanmaktadır. Ancak bu noktada bilhassa hukuksal aktörler açısından, son derece girift ve zor bir sürecin varlığından da bahsetmek gerekir. 19. yüzyılda olduğu gibi 20. yüzyılda, hatta günümüzde de özellikle karar verici konumunda bulunan hukukçular açısından bu zor ve girift sürecin, hukukçuların kendilerini çoğunlukla formalist bir uzanımda tutup dünyaya hukuksal çerçeveye sınırlı bir perspektiften bakmaya devam etmelerinin temel mazereti olmaya devam ettiği söylenebilir.

Gerçekten hukukçuların sosyal bilimlerle aralarına koydukları mesafe bir taraftan hukuk eğitiminin formalist ve dogmatik kalıplığından kaynaklanırken diğer taraftan hukukun doğrudan bireylerin hayatları üzerindeki etkinliği, belirleyiciliği ve zorlama gücüyle ilgilidir. Hukukçular sosyal bilimcilere nazaran sadece toplumun ve onu oluşturan bireylerin sistem içindeki konum, alışkanlık ve davranışlarını inceleyerek anlamlandıran ve sınıflandıran kişiler olmayıp, toplumsal yaşam içinde ortaya çıkıp hukukun konusuna giren eylemlerin hâlihazırdaki normatif kurallar sistematigi içindeki karşılığını bulmaya çalışan, gerektiğinde zora dayalı yaptırım süreçlerinin işleminde nihai kararı veren bir yapının, hukuk sistematiginin ve onun uygulamasının yönlendiricileridirler. Dolayısıyla karar verme süreçlerinde buldukları nihai konum onları çoğunlukla halihazırdaki toplumsal gerçeklikten

⁴ Konuyla ilgili daha ayrıntılı bir analiz için bkz. Louis Althusser, *İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları* (Alp Tümetekin tr, İthaki 2003) 69-71.

uzaklaştırarak kurallara atıfla daha statüko yanlısı tercihlere; ama kısmen de olsa önceden öngörülebilen ve tahmin edilebilir sonuçların bulunup serimlenmesine yönelmektedir. Sosyal bilimcilerin bu yönden hukukçularda olmayan imkânlarla sahip olduklarından bahsedilebilir; onlar geri çekilip daha kesin sonuçlara ulaşmak için araştırmalarını yeniden biçimlendirebilirler⁵. Buna karşın hukukçular, ister avukat, ister hâkim ya da akademisyen olsun benzer eğitim süreçlerinden geçmiştirler; evet ya da hayır, suçlu ya da suçsuz gibi kesin hükümleri vermek konusunda sorumluluk almanın baskısı ve sorumluluğu altındadırlar⁶. Bilhassa hüküm verme yetkesine sahip hukukçuların, sosyal bilimler disiplininde çalışan bir araştırmacının aksine, beklemek, her şeyi yeniden değerlendirmek, yanlış yaptıysa seçimini değiştirmek gibi imkânları yoktur⁷. Bu yoksunluk, karar verici konumunda bulunan hukukçuyu her hangi bir hataya düşmemek ve verdiği hükmün meşruiyetinin sağlanabilmesi gibi nedenlerden ötürü var olan toplumsal gerçekliklerden uzaklaştırmakta; salt normatif kurallara dayanmaya ya da farklı kaygılarla da olsa içtihatlar arası uyumsuzluğa sebebiyet vermemek dürtüsüyle önceden verilmiş bir kararı takip etmeye yönelmektedir. Bu durum çoğunlukla hukukçunun niçin normatif alanın dışına çık(a)madığının veya çıkmaması gerektiğinin mazeretini oluşturduğu gibi hukukun muhafazakâr - statükocu uygulaması ve metodolojisini de mütemediyen beslemektedir. Hukuki karar vermenin ağır sorumluluğu altında tercih, vicdanen yerindeliği tartışmalı görünse ve karar veren organ bunun farkında olsa dahi gerektiğinde toplumsal gerçekliklerin göz ardı edilmesi ve normatif düzenin sürdürülmesi şeklinde bir yargısal hükümle sonuçlanmaktadır. Önceden belirlenmiş kurallar ile düzene riayette somutlaşan bu yaklaşım, son kertede hukuksal istikrara bir göndermeyle kendi meşruiyetini kazanıyormuş gibi görünüyorsa da yarattığı sonuçlar itibarıyla bir taraftan hukuk aracılığıyla ekonomi politik sistemin yeniden üretilmesine katkı sunarken diğer taraftan hukuksal olanı toplumsal gerçekliklerden uzaklaştırmaktadır. Hukuksal hüküm verme süreçleri ile sosyal bilimler araştırması neticesinde ortaya çıkan bulguların uygulamaya yansıtılmasındaki tereddütler, hukukun kendi tekdüze kural ve düzen yapısı içinde batinileşmesi ve katılaşmasıyla sonuçlanırken; hukukçular adaleti, normatif kurallara mümkün mertebede riayetin bir uzantısı biçiminde kabul etmeye yönelmekte ve şekli bir fenomen haline getirmektedirler.

II. Hukukun Dışa Açılımı: Disiplinler Arası Metodolojilerin İmkânı

19. yüzyıldan 20. yüzyılın başlarına kadar liberal hukuk düzenlerinde uygulamadan doktrine hukuk dünyasındaki hâkim eğilim, içinde çeşitli farklılıklar ve ayrılıklar taşımakla beraber yukarıda belirtilen çerçevede sosyal bilimler ile mesafeli, hukukun belirli düzeyde soyutlanmasına dayanan hukuki pozitivist bir görünüm arz etmiştir.

⁵ Mertz (n 2) XIV.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

Birbirlerinden esaslı biçimde ayrı noktalardan hareket ederek farklı sonuçlara ulaşan, fakat özünde hukuk ile sosyoloji arasındaki ilk bağlantıları kuran ve modern kapitalist toplum içinde hukukun işlevini sorgulamaya yönelen; bu bağlamda hukuk sosyolojisine ilişkin günümüze kadar uzanan birçok görüş ve harekete ilham kaynağı olan *Durkheim*, *Weber*, *Marx* gibi önemli teorisyenlerin yaklaşımlarının özellikle hukuk uygulaması içindeki etkileri uzun süre cılız kalmıştır. Bununla birlikte hukuk ile sosyoloji arasındaki bağın kurulması ve onun sosyolojik araştırmanın konusu haline gelmesiyle birlikte hukukun toplumsal düzen fonksiyonunun, toplumsal kontrol süreçlerinde oynadığı rol ve araçsal niteliği itibarıyla kavranabilmesi imkânı sağlanmıştır⁸. Bu süreç içinde önce doktrinel düzeyde başlayan hukukun toplumsal boyutuyla da değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin tartışmalar, zamanla hukuk uygulaması üzerinde de etki göstermeye başlamış ve 19. yüzyılın katı formalist kalıplara dayanan geleneksel hukukçuluğunun kabulleri sorgulanır hale gelmiştir.

Bir proje olarak aydınlanma düşüncesinin “ilerlemecilik” ilkesi, toplumun hızla ve sürekli değişen ihtiyaçlarının karşılanabilmesi ve toplumsal ilişkilerin kontrol altına alınabilmesi için geleneksel politik sistemlerin doğrudan kural koyuculuk anlayışının ötesinde hukuk kurallarının da zamanın gereklilikleri doğrultusunda sosyolojik boyutlarıyla değerlendirilmesini zorunlu kılmıştır⁹. Söz konusu zorunlulukların fark edilmesi, hukukun sosyal bilimler ile çok boyutlu ilişkiler kurmasıyla ve farklı disiplinlerin bilgilerinin karşılıklılık sürecinde değerlendirilmek suretiyle analizine dayanan yeni hukuksal metodolojilerin geliştirilmesine odaklanılmasıyla sonuçlanmıştır. Uygulama safhasını da kapsamak üzere hukuksal sorunların sadece hukuksal materyallerle sınırlı bir çerçevede çözülmeye çalışılmasının yetersizliği anlaşılmış ve sosyal bilimlere referansla ve onun kılavuzluğundan yararlanılarak bu sorunların üstesinden gelinmesi fikri güç kazanmıştır¹⁰. Bilhassa Amerikan Realizminin şekillenmesinin ardından hukuk sosyolojine olan ilgi hem doktrinde hem kısa sürede mahkeme kararlarına da yansiyacak biçimde uygulama düzeyinde

⁸ Alan Hunt, ‘The Problematisation of Law in Classical Social Theory’ in Reza Banakar and Max Travers (eds), *An Introduction to Law and Social Theory* (Hart 2002) 16; Huntington Cairns, *Law and the Social Sciences* (Augustus M. Kelley 1969) 149-151.

⁹ Hunt (n 8) 16. Aydınlanmanın politik sistem ve onunla bağlantılı olarak hukuk düzeni üzerindeki asıl önemli etkisi, geleneksel egemenlik anlayışının -Weberyen bir terimle ifade etmek gerekirse- rasyonel ve yasal egemenliğe tahavvülü ile bunun neticesinde insanın doğuştan sahip olduğu kabul edilen bir takım temel hakların hukuk aracılığıyla güvenceye alınması ve hukukun da paralel biçimde rasyonel ve bürokratik nitelikli düzenleyici bir araç haline gelmesidir. Hukuk düzeninin ve normlar sisteminin modern bürokratik yönetimin gerekliliklerini karşılayabilmek için rasyonelleştirilmesi, ayrıca hukukun toplumu denetleme ve toplumsal ilişkileri gerek bireyler gerek birey ile devlet arasındaki düzenlemeye dönük müdahaleciliği, onun geleneksel fonksiyonunun çok daha ötesinde politik ve ekonomik sistemle bütünleşmesi sonucunu doğurmuştur. Ancak söz konusu bütünleşme süreci hukuka atfedilen ve onunla özdeşleştirilen objektivite, tarafsızlık, öngörülebilirlik gibi vasıflar aracılığıyla ve aynı zamanda hukukun meşruiyetin yegâne kıstası haline getirilmesi sayesinde daha az görünür kılınabilmiştir. Bakınız Max Weber, *Economy and Society - An Outline of Interpretive Sociology* (Guenter Roth and Claus Wittich eds, University of California 1978) 868 and 876; Hunt (n 8) 23; Dragan Milovanovic, *An Introduction to the Sociology of Law* (3th edn, Criminal Justice 2003) 65; Dragan Milovanovic, *Weberian and Marxian Analysis of Law: Development and Functions of Law in a Capitalist Mode of Production* (Ashgate 1989) 142.

¹⁰ Cairns (n 8) 3-4. Hukukun sosyal bilimlere referansla yeniden düşünülmesi gerektiğine ilişkin en önemli çıkışlardan biri *François Geny* tarafından yapılmıştır. *Geny*’e göre hukuk sadece normatif düzenlemeler olmayıp hukuk düzeninin temeli ahlaki, ekonomik, fiziki, psikolojik ve politik bir dizi değişkene bağlıdır. Bunlar hukuk bilimi tarafından sosyal bilimlerin verileri aracılığıyla ampirik olarak analiz edilip hukuksal teknik ve kurguların uygulanması suretiyle hukuka eklenirler. Bu nokta geleneksel hukukçuluğun ve hukuksal pozitivistizmin metodolojisiyle tam bir karşıtlık içindedir. Altan Heper, *Serbest Hukuk Akımı -Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk-* (On İki Levha 2016) 37.

artmış; hukuk ile sosyal bilimler arasında kurulan rabıttan hareketle teori ve pratikte sosyo-hukuksal çalışmalara hız verilmiştir. Hukukun sosyolojik nitelikleri itibarıyla değerlendirilmesi gerekliliğinin kavranması ve toplumsal fonksiyonuyla kamusal nitelikli düzen işlevinin daha açık biçimde ortaya konulabilmesi gayesi, hukuksal konularda ampirik araştırmalar yapılması gerektiği yönündeki tartışmaları da başlatmıştır. Böylece süreç içinde hukuk, tedricen, salt normatif anlamda takip edilmesi gereken formel yöntemlerden müteşekkil bir disiplinden toplumsal boyutu da düşünülmesi gereken disiplinler arası bir paradigma ve araştırma sahası haline gelmiştir.

Petrzycki ve *Ehrlich* gibi hukukçuların çalışmaları bu bağlamda bir dönüm noktasına işaret etmektedir. *Durkheim*, *Weber* ve *Marx*'ın aksine, hukuk ile politik ve ekonomik yapı arasında modernleşme ve rasyonelleştirme süreçlerinde ortaya çıkan durumlarla ilgilenmeyen bu hukukçular, hukukun toplumsal niteliği ve sosyal bilimlerle olan ilişkileri gibi hususlara yoğunlaşmışlardır¹¹. Başka bir ifadeyle hukukun gerek normatif düzeyde gerek toplumsal hareketlilik içinde nasıl işlediğinin ortaya konabilmesi ve anlaşılabilmesi özelinde, hukukçuların formalist zihniyetten hareketle izlediği geleneksel pozitivist metodolojiyi, sosyal bilimlerin bulguları ile ampirik araştırmaların sonuçlarının çok boyutlu olarak değerlendirmeye alındığı disiplinler arası bir yöne çevirmek istemişlerdir. Hukuk kavramını ampirik bir tabandan hareketle tartışmaya başlayıp sosyal bilimleri hukuksal analizin parçası haline getirmeye uğraşmışlar; hukuksal pozitivismin hukuku, salt otoritenin emirlerinin uzantısı biçimindeki kabulü yerine daha geniş bir perspektifte toplumsal bir olgu şeklinde nitelendirmeye yönelmişlerdir¹². Hukukun toplumsal boyutunu büyük oranda görmezden gelen dogmatik kavramcı hukuk anlayışına ve hukuksal pozitivismeye yönelik güçlü bir tepkiyi ifade eden hukuka ilişkin bu sosyolojik yönelim içinde *Ehrlich* ve *Petrzycki*'nin yanı sıra *Jhering*, *Geny*, *Lundstedt* gibi isimler de yer almıştır¹³. Bununla birlikte *Petrzycki* ve *Ehrlich*'in çalışmalarının hukukun ampirik teorisinin kurulması aşamasında özel bir önem arz ettikleri belirtilmelidir. Hukukun ampirik teorisinin kurulabilmesi, hukuk sosyolojisi açısından bilhassa hukukun normatif teorisinin aşılması sosyal bilimlerden de yararlanan yeni bir metodolojik anlayışın geliştirilebilmesi yönünden son derece önemli bir aşama olarak karşımıza çıkmaktadır.

III. Leon Petrazycki: Psikolojizm ve Ampirizm

Petrzycki, *Comte*'un sosyoloji ve sosyal bilimler için izlediği yöntemi benzer biçimde hukuka tatbik etmek istemiş; “hukuk politikası bilimi” olarak isimlendirdiği

¹¹ Bakınız Reza Banakar, ‘Sociological Jurisprudence’ in Reza Banakar and Max Travers (eds), *An Introduction to Law and Social Theory* (Hart 2002) 35-37.

¹² Ibid 33-34.

¹³ Klaus A Ziegert, ‘The Sociology Behind Eugen Ehrlich’s Sociology of Law’ (1979) 7(3) *International Journal of Sociology of Law* 225, 226-227.

ve demokratik bir toplumun inşası için özünde mevcut hukuk düzeninin ilerlemesi ve gelişimini sağlamaya dönük özel bir disiplin şeklinde tanımladığı metodolojik yaklaşımı aracılığıyla ampirik - psikolojik nedenselliğe dayanan kendi hukuk teorisinin inşasına çalışmıştır¹⁴. *Petrazycki*, hukuksal yaklaşımının temelini bilimsellik olgusunu koyarak kendi hukuk kavrayışını tüm geleneksel hukuk anlayışlarından ayırmaktadır; ona göre kendi yaklaşımı dışında zamanının hukuk teorilerinin hiç biri bilimsel nitelik taşımamakta ve hukuksal gerçekliği başarılı biçimde açıklayamamaktadır¹⁵.

Petrazycki'nin hukuk politikası bilimi olarak adlandırdığı, tümdengelim ve ampirik doğrulama biçiminde iki boyutu bulunan metodolojik tercihi, özünde psikoloji ile hukuk arasında belirli bir ilişki kurulmasına dayanmakta; böylece temel psikolojik öncüller üzerinden tümdengelimci sonuçlar çıkarılmasını ve bu sonuçların mümkün oldukça tümevarımla doğrulanmasını amaçlamaktadır¹⁶. Başka bir ifadeyle tümdengelimci çıkarımların, başta istatistiki bulgular olmak üzere olgusal girdilerden yararlanmak suretiyle ampirik bir tümevarımsal analizle doğrulanmasına dayanmaktadır¹⁷. *Petrazycki*'nin hukuk politikası olarak adlandırdığı yaklaşımının bir diğer önemli boyutu da, ayrıntılı bir incelemesi her ne kadar bu çalışmanın sınırlarını aşıyorsa da, hukukun sosyal mühendislik işleviyle kullanılmasında ortaya çıkmaktadır. *Petrazycki*, hukuk politikası yaklaşımıyla kendisinden sonra daha sık dillendirilecek olan hukukun sosyal mühendislik işleviyle kullanılmasını açık bir biçimde öneren kişi olmuştur¹⁸. Hukuk, psikoloji ve ampimiz arasında kurduğu bağlantılarla hukukun çok boyutlu ve disiplinler arası perspektiften incelenmesine yönelik ilk hukukçulardan olup ampirik çalışmaların temellerinden biri olarak kabul edilen gözlem olgusu üzerine yoğunlaşmıştır. Onun açısından hukuksal olguların incelenmesi de, fiziksel veya tinsel dünyanın olgularını araştırmaya yönelik çalışmalara benzer biçimde, esasen gözleme dayanan bir metodoloji üzerinden yürütülmelidir¹⁹. Fakat hukukun olgusal niteliği, onun dışsal ya da maddi dünyaya ait bir vakıa olmasından ziyade insanın gözlem, karşılaştırma ve analiz yoluyla kavrayabileceği, varlık olarak insanın tinsel dünyasına ait psişik bir olgu olmasından kaynaklanmaktadır²⁰. Bu bağlamda *Petrazycki* hukukun varoluşunu doğrudan onun

¹⁴ Nicholas S. Timasheff, 'Introduction' in Leon Petrazycki, *Law and Morality* (Hugh W. Babb tr, Harvard 1955) XXII; Hugh W. Babb, 'Petrazhitskii: Science of Legal Policy and Theory of Law' (1937) 17 BUL Rev 793, 797; M A Reisner, 'The Theory of Petrazhitskii: Marxism and Social Ideology' in John N Hazard (ed), *Soviet Legal Philosophy* (Hugh W. Babb tr, Harvard 1951) 75; Adam Podgorecki, 'Unrecognized Father of Sociology of Law: Leon Petrazycki - Reflections based on Jan Gorecki's Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycki' (1980-1981) 15 Law & Soc'y Rev 183, 186.

¹⁵ Timasheff, *Introduction* (n 14) XXVIII.

¹⁶ Babb, *Petrazhitskii: Science* (n 14) 817.

¹⁷ *Ibid* 817-818.

¹⁸ Jan Gorecki, 'Social Engineering through Law' in Jan Gorecki (ed), *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycki* (University of Illinois 1975) 116; Krzysztof Motyka, 'Law and Sociology: The Petrazyckian Perspective' in Michael Freeman (ed), *Law and Sociology - Current Legal Issues - Vol 8* (Oxford 2006) 138.

¹⁹ Petrazycki (n 1) 12.

²⁰ Hugh W. Babb, 'Petrazhitskii: Theory of Law' (1938) 18 BUL Rev 511, 513-514; S A Golunskii and M S Strogovich, 'The Theory of The State and Law' in John N Hazard (ed), *Soviet Legal Philosophy* (Hugh W. Babb tr, Harvard 1951) 415.

toplumsal nitelikli bir özellik göstermesiyle ilişkilendirmeyip daha ziyade insanın varoluşuna dayanan psikolojik bir mahiyet çerçevesinde anlamlandırmaktadır. Başka bir ifadeyle ona göre hukuksal olgular normların değil, insan zihninin birer uzantısı ve deneyiminin özel türüdürler²¹.

Bu doğrultuda *Petryzcki* hukuksal süreçlerin ampirik doğası üzerine düşünerek, hukuku, gerçekliğin bir parçası kabul etmiş, fakat onun gerçekliğinin psikolojik bir nitelik gösterdiğini ve zihinsel süreçlerin iç gözlemine dayanan bir yöntemle²² deneyimlenerek -deneysel olarak serimlenerek- anlaşılabilirliğini savunmuştur²³. Kendi kendine gözlem anlamına gelen iç gözlem yöntemi, ilk olarak deneyimlenen süre boyunca irdelenen tinsel olguya yönelik içsel ilginin yönlendirilmesi ve ardından daha önce deneyimlenmiş eylemin imgesinin ya da düşüncesinin içe dönük gözlemi olmak üzere iki düzeyi kapsamaktadır²⁴. Dolayısıyla *Petryzcki* açısından iç gözlemin hem hâlihazırda kişinin sürekli olarak varlığını ve eylemselliğini zihinsel bir olgu -tinsel bir fenomen- olarak gözlemleyip deneyimlemesi hem de deneyimlediği eylemleri daha sonra imgesel ve zihinsel boyutta tekrar değerlendirmek suretiyle içsel olarak gözlemlemesi şeklinde gerçekleşen iki boyuttan söz edilebilir. Bu yaklaşım *Petryzcki*'nin pozitif hukuk - sezgisel hukuk ayrımının ampirik düzeyde anlamlandırılabilmesi açısından önem arz etmektedir.

Petryzcki, gerçek hukukun ampirik yünden algılanabilmesinin psikolojik araştırmaların sonuçlarıyla ilintili olduğunu söylemiş; buradan hareketle hukuku hem dışsal hem içsel yünden gözlemlenebilen ve deneysel olarak üzerinde çalışabilen özel bir olgu olarak kabul etmiştir²⁵. Keza iç gözleme ilişkin her tür yöntemin hukuksal

²¹ Jan Gorecki, 'Preface' in Jan Gorecki (ed), *Sociology and Jurisprudence of Leon Petryzcki* (University of Illinois 1975) IX; Jan Gorecki, 'Leon Petryzcki' Jan Gorecki (ed), *Sociology and Jurisprudence of Leon Petryzcki* (University of Illinois 1975) 3. Doktrinde *Petryzcki*'nin antinormativist çizgiyi benimsediğine yönelik ortak bir kabul vardır. Bununla birlikte *Gorecki, Petryzcki*'nin normları hukuk teorisinin kavranabilir öznesi saymayarak, normun yerine deneyimi koymaya dönük yaklaşımının kendi içinde bazı çelişkiler barındırdığı düşüncesindedir. *Gorecki*'ye göre *Petryzcki*, hukuksal gerçekliği ve olguları psikolojik ve ampirik bakımdan ele alarak anlamlandırmaya çalıştığı süreçlerde normu bir kenara bırakıyor ve dışlıyorsa da, hukuku sosyal mühendislik işlevi itibarıyla değerlendirdiği zamanlarda normları deneyime nazaran daha fazla ön plana çıkarmaktadır. Ibid 13. *Petryzcki*'nin hukukun sosyal mühendislik işleviyle normları arasında kurduğu ilişkiye ilişkin ayrıntılı bir analiz için bakınız Gorecki, *Social* (n 18) passim.

²² *Petryzcki*'nin hukuk teorisindeki psikolojik yaklaşımının önemli bir boyutunu iç gözlem oluşturmaktaysa da, hukukun neye tekabül ettiğinin açıklanabilmesi için dışsal olguların gözlemlenmesine ve değerlendirilmesine de son derece önem verdiği belirtilmelidir. Aleksander W. Rudzinski, 'Petryzcki's Significance for Contemporary Legal and Moral Theory' (1976) 21 Am J Juris 107, 121.

²³ Timasheff, *Introduction* (n 14) XXIII-XXIV; Petryzcki (n 1) 13-14. Ayrıca bakınız Norman K Denzin, 'Interaction, Law, and Morality: The Contributions of Leon Petryzcki' in Jan Gorecki (ed), *Sociology and Jurisprudence of Leon Petryzcki* (University of Illinois 1975) 68-69; N S Timasheff, *An Introduction to the Sociology of Law* (Harvard University Committee 1939) 53; Reiser (n 14) 75-6.

²⁴ *Petryzcki* (n 1) 13. *Petryzcki*'e göre örneğin kişinin dış ağrısı çekerken kendi dış ağrısını gözlemlemesi dar anlamda kendi kendini gözlemin birinci düzeyiyken, dış ağrısı geçtikten sonra daha önce yaşadığı dış ağrısını hatırlayarak onun imgesel ya da düşünsel düzeyde iç gözlemini yapması ikinci düzeyi ifade eder. Hatta iç gözlem yöntemi için kişiye yönelmiş herhangi bir dış eylem veya etkinin varlığına da gerek yoktur. Kişi hiçbir şey yapmadan iç gözleme dayalı deneysel araştırmaları psikolojik tecrübeleri vasıtasıyla da gerçekleştirebilir. Utanç, gurur, hırs, minnettarlık veya kıskançlık gibi doğuştan gelen tecrübeler, insanın hayal gücü dâhilinde özel durumların birleşimlerine karşılık gelen duyguları hatırlama kapasitesine sahip canlı resimlerdir. Ibid 13-14.

²⁵ Babb, *Petryzcki's Science* (n 14) 807; Rudzinski (n 22) 109.

olguların incelenmesinde de bütünüyle uygulanabilir olduğunu savunmuştur²⁶. Bu noktada *Petrazycki*'nin buyurucu - atfedici deneyimlerin normatif olgulara karşılık gelip gelmedikleri temelinde bir pozitif hukuk - sezgisel hukuk ayırımına yöneldiğinden bahsedilebilir²⁷. Ona göre sezgisel hukuk kavramının oluşumu, her biri bilimsel yöntemlerin yardımı ile ifade edilebilecek, gözlemlenip inceleyebilecek olgularla ilgilidir²⁸. Dolayısıyla sezgisel hukuk pozitif hukuktan ilk olarak entelektüel içeriğe sahip olması ve normatif olgu düşüncesinin yokluğu yönüyle farklılaşır²⁹. Pozitif hukuk, özellikle resmi hukuk³⁰ biçiminde, yığın olarak büyük ya da küçük belirli bir grup insana yönelik bir örnek kural kalıbını sunarken; esnekliği ve sürekliliği sayesinde sezgisel hukukun içeriği, her bireyin karakteri, terbiyesi, eğitimi, toplumsal pozisyonu, mesleği, kişisel tanışıklıkları ve ilişkileri gibi bireyler için değişebilir niteliği haizdir³¹. Sezgisel hukukun sadece bireysel düzlemde ortaya çıktığı da düşünülmemelidir; belirli bir ailenin, camianın, grubun ya da toplumsal sınıfın yani farklı toplumsal katmanların da sezgisel hukukundan bahsedilebilir³². Bu nitelikteki daha geniş sezgisel hukuklar dahi pozitif hukukun aksine tek biçimli ve kalıplaşmış hukuk niteliği göstermezler, zira *Petrazycki*'nin yaklaşımı açısından ne kadar birey varsa o kadar sezgisel hukuk vardır³³. Buradan hareketle sezgisel hukuku, geleneksel hukukçuluğun yukarıdan aşağıya deklare edilen normatif ve tekçi hukuk anlayışından aşağıdan yukarıya yönelmiş hukuksal çoğulluklar olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır.

Petrazycki açısından pozitif hukukun normatif düzeyde geçmişte oluşturulmuş olması ve içeriğinin zamansal olarak geçmişin gerçekliğinde sabitlenmesi, güncel ekonomik ve tinsel yaşamın gerisinde kalarak toplumsal gelişim üzerinde geciktirici etki doğurmasına neden olurken, sezgisel hukuk serbest değişkenlik ve uyarlanabilirliğe sahiptir³⁴. Bu durum, her ne kadar normatif olgu düşüncesi olmasa da ve pozitif hukukla

²⁶ Petrazycki (n 1) 14.

²⁷ Ibid 224. *Petrazycki* hukukun buyurucu - atfedici niteliğinden genel olarak bir tarafın belirli haklara sahip olmasını, diğer tarafın da bu haklar karşısındaki yükümlülüklerini ifade etmektedir. Burada çift taraflı bir ilişki söz konusu olup hak sahibi tarafa belirli bir hakkın atfedilmesi, diğer tarafa ise hakka uygun biçimde davranmasının buyurulması söz konusudur. Ibid 153; Yasemin Işıktaç and Umut Koloş, *Hukuk Sosyolojisi* (İstanbul Bilgi Üniversitesi 2015) 81; Umut Koloş, 'Leon Petrazycki ve Hukukun Gerçekliği Sorunu: Bir Psikolojik Hukuk Kuramı' in Saim Üye et al (eds), *Prof. Dr. Adnan Güriz'e Armağan* (Ankara Üniversitesi 2016) 511-512.

²⁸ Petrazycki (n 1) 224.

²⁹ Ibid 225.

³⁰ *Petrazycki*'nin hukuka ilişkin pozitif hukuk - sezgisel hukuk ayırımının yanı sıra resmi hukuk - resmi olmayan hukuk şeklinde yaptığı bir ayrım daha vardır. Ibid 221.

³¹ Ibid 225; Gorecki, *Leon* (n 21) 8; Koloş (n 27) 517.

³² Petrazycki (n 1) 225.

³³ Ibid 225-226.

³⁴ Ibid 226. *Petrazycki*'ye göre pozitif yasalar -ne kadar güncel olursa olsun- sürekli ve kesintisiz bir şekilde gelişen yaşamın gerisinde kalmaktan kaçınmaz. Ibid.

kiyaslandığında daha basit ve yetersiz bir fikri içeriği sahipse de³⁵, sezgisel hukukun önermelerinin yapısal anlamda daha kapsamlı ve geniş uygulanabilirliğine imkân tanımaktadır³⁶. Gerçekten pozitif hukukta davranış kurallarının bağlayıcı gücü ve işlevi, bağımlı ve otoriter - normatif olgulara dayandırılmış olarak düşünüldüğünden zaman, mekân ve kişiler açısından sınırlılıklarla malûldür; *Petrazycki*'ye göre bu sınırlılıklar ve onların pozitif hukuksal bilinçlilik alanındaki belirleyici önemleri, sınırsız uygulanabilirliği olan sezgisel hukuk bilincine tamamen yabancıdır³⁷. Bu yönüyle pozitif hukuk düzenlemelerindeki yükümlülük ve haklar geçici, yerel ve benzeri yapısal nitelikler gösterirken, sezgisel hukuk evrensel, her zaman ve her yerde var olan bir yapıya sahiptir³⁸. Hukuki güdülenmeyle tanımlandığı ölçüde kişinin kendisinin veya başkasının davranışlarının iç gözlem metodu ile incelenmesi durumunda sezgisel hukukun bireysel davranış ve toplumsal olguların belirlenimi üzerinde ne kadar büyük ve önemli bir rol oynadığı ortaya çıkacaktır³⁹. Pozitif hukuk düzenlemelerinin tümüyle nüfuz etmediği komşuluk, arkadaşlık, akrabalık, tanıdıklık, yoldaşlık ilişkilerinde ya da bireylerin aşk hayatında sezgisel hukukun etkinliğinin başat konumda olduğu görülür⁴⁰. Dolayısıyla bireysel ve toplumsal alanın gündelik etkinliğinin sürekli yeniden üretildiği pek çok ilişki biçiminde sezgisel hukukun pozitif hukuksal alanın belirleyiciliğini aşan bir yürürlüğünden söz edilebilir⁴¹. Keza borçlar hukuku ya da ticaret hukukunun sınırları içinde değerlendirilebilecek, meta mübadelesinin gerçekleştiği pek çok günlük rutin iktisadi ilişkinin hukukun normatif yapısının dışında, sezgisel hukukun özgünlüğü içinde bireysel ve toplumsal gerçekliği inşa ettiği dikkat çeker.

Yukarıdan aşağıya dayatılan pozitif hukukun normatif emrediciliği, aşağıdan yukarıya doğru biçimlenen, bireysel ve toplumsal davranış kalıpları ile kamusal alanı kuşatan sezgisel hukukun karşısında geri çekilmekte; sezgisel hukukun etkinliği,

³⁵ *Petrazycki* sezgisel hukukun her zaman içerik olarak mutlaka pozitif hukuktan daha iyi ya da mükemmel olmadığını da belirtir. Hatta çoğunlukla sezgisel hukukun içeriğinin pozitif yasadan daha düşük kalitede ya da geri nitelikte olması da mümkündür. Bireylerin sezgisel hukuku her ne kadar benzersiz ya da özgün nitelikte olsa da, bu sezgisel hukukun niteliği bireysel gelişimin koşullarına bağlı olduğundan farklılıklar gösterir, dolayısıyla ortaya çıkan sezgisel hukukun yetersiz hatta oldukça kötü olması sonucuyla da karşılaşılabilir. Aynı durum toplumsal grup ya da sınıfların sezgisel hukuku için de söz konusudur. Keza pozitif yasaların içeriği bu bağlamda toplumdaki grup veya sınıfların birçok sezgisel hukukundan daha iyidir. Belirli bir zamandaki belirli bir devletin yasası uyarınca vatandaşların sahip oldukları haklar, belirli toplumsal grup ya da sınıflardaki sezgisel hukukta var olan bireysel haklarla kıyaslandığında daha eşitlikçi bir biçimde inşa edilmiş olabilirler. Örneğin pozitif hukuk ilericisi bir aile hukuku düzeni kurabilir, buna karşın toplumun belli katmanlarının sezgisel hukuku kadının kocasından şikâyetçi olmasını yasaklarken kocanın karısını dövmesine veya eziyet etmesine izin verebilir. Ibid 227.

³⁶ Ibid 227-228.

³⁷ Ibid 228.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid 229.

⁴⁰ Ibid. *Rudzinski*'ye göre *Petrazycki* sezgisel hukuku sadece ahlak ve ideal topluma ilgili felsefi kurguların bir konusu olarak değil, hukukun kendisindeki bir tür hukuksal olgu olarak nitelmiştir. Hukuk kavramını geleneksel hukukçuluğa göre daha geniş bir perspektifte tanımlayarak hukukun kiliselerde, spor müsabakalarında, çocukların odasında ya da mafyanın içinde de var olduğunu belirtmiştir. Rudzinski (n 22) 130. Dolayısıyla sezgisel hukuk hayatın her alanında var olan bir düzen olarak kabul edilebilir.

⁴¹ Ayrıca bakınız *Petrazycki* (n 1) 229.

bireylerin pozitif hukuk ile onun araç ve kurumlarına başvurma tercihleriyle kıyaslandığından niceliksel olarak daha büyük bir kütleli teşkil etmektedir. Gerçekten de *Petrazycki* açısından pozitif hukukun temel karakteristiği normatif niteliği nedeniyle başta biçimsel olmak üzere muhtelif sınırlılıklarla malul olduğu halde, sezgisel hukukun gerek bireyin zihinsel yaşamında gerek farklı toplumsal yapıların işleyişleri içinde süreklilik göstererek insanların eylem ve düşüncelerini yönlendirme gücüne sahip bir etkileyen olarak normatif düzenlemelerin de ötesinde bir anlam kazandığından bahsedilebilir. Bu anlam dünyasının özelliklerinin ve sezgisel hukukun etkinliğinin ortaya konabilmesi ise hukuksal pozitivizmin normu temel inceleme konusu yapan geleneksel yöntemleriyle gerçekleştirilemeyeceği için esasen sosyal bilimlerde kullanılan başta ampirizm olmak üzere metodolojik analizlerin hukuk alanında yeniden değerlendirilmesini ve kullanılmasını zorunlu kılmaktadır.

Petrazycki bu amaç doğrultusunda yeni hukuk biliminin ancak psikolojik bir olgu olarak psikoloji biliminin bulgularından yola çıkarak ve hukukun ampirik yöntemlerle incelenmesi sayesinde kurulabileceğini belirtmiştir⁴². Hukuksal gerçekliğin psikolojik karakterine ve hukukun mevcut toplumsal kültürün -aynı zamanda toplumun kültürel gelişiminin- bir parçası ve sonucu olduğuna dikkat çekmiştir⁴³. *Petrazycki*, psikolojizm olarak nitelendirilen bu yaklaşımda, duygu psikolojisi (emotional psychology) adını verdiği metodolojiyi kullanmak suretiyle hukuku, psikolojik bir olgu kabul etmekte ve realist bir perspektiften hareketle hukuksal normativistlerin tam aksi yönde hukuksal gerçekliğin araştırılmasına yönelerek onu bir vakıa, gerçek dünyanın bir olgusu biçiminde kavramaktadır⁴⁴. Başka bir ifadeyle kendi hukuk teorisini çağdaşlarının aksine devlet hukuku olarak adlandırabilecek normatif kurallar çerçevesinde dar bir alana hapsedmemekte; hukuksal gerçekliğin ancak belirli insan davranışlarının gözlemlenerek anlaşılabilmesi halinde bulunabileceğini belirtmektedir⁴⁵.

Sonuçta *Petrazycki* açısından hukuk biliminin ve hukukçunun temel görevlerinden biri olarak insanın psikolojik olgu dünyasının içinde biçimlenen sezgisel hukukun ne olduğunun iç gözleme dayanan ampirik yöntemlerle incelenmesi zorunluluğu ortaya çıkar. Hukukun sosyal bilimlerle, özel olarak sosyal bilimlerin psikoloji alanıyla buluşması tam da bu noktada, geleneksel hukuk metodolojilerinin yerine ampirizmin ikame edilmesiyle vücut bulmaktadır. Böylece hukuk, normatif önsel kabullerin ve

⁴² Timasheff, Introduction (n 14) XXX; Petrazycki (n 1) 22.

⁴³ Timasheff, Introduction (n 14) XXXVI. *Petrazycki*, hukukun insanlara özgü bir olgu olduğunu vurgularken onun ancak kültürün -aynı zamanda dilsel gelişiminin de- belirli bir evresine ulaştığında ortaya çıktığını belirtmektedir. Petrazycki (n 1) 12.

⁴⁴ Motyka (n 18) 125-126. *Petrazycki*'nin hukuku gerçek bir olgu olarak kavramasının somut örneklerini çeşitli çalışmalarında öne sürdüğü görüşlerde açıkça bulmak mümkündür. *Petrazycki*, Roma hukukunun veya medeni hukukun sosyo-ekonomik perspektiften hareketle yorumlanması gerektiğini önermekte; medeni hukuk kurumlarını ekonomik etkileri ve toplumun kültürel durumunu göz önüne alarak ve bunları birbirleriyle ilişkilendirerek değerlendirmek gerektiğini ifade etmektedir. Ibid 135.

⁴⁵ ⁴⁵ Rudzinski (n 22) 110-111. Ayrıca bakınız Fehmiye Ceren Akçabay, 'Hukuka Uymak ya da Uymamak İşte Tüm Mesele Bu: Psikolojik Hukuk Yaklaşımı Çerçevesinde Hukuka Uyma ve Meşruluk İlişkisi' in Saim Üye et al (eds), *Prof. Dr. Adnan Güriz'e Armağan*, (Ankara Üniversitesi 2016) 44-45.

pozitivizmin formalist kalıpcılığı ile dogmatik bir bilimselliğin ötesinde deneysel ve gözlemsel süreçlerin uzanımında sosyal bilimlerle ilişkilendirilerek toplumsal gerçeklikte somutlaştırılmaktadır. *Petrzycycki*'nin hukuk teorisi sosyolojik bir yaklaşımdan ziyade⁴⁶ psikolojik kabulleri ön plana çıkaran bir görünüm arz etmekteyse de, söz konusu teorisinin bilhassa kendisinden sonra gelen ve hukuk ile toplum arasındaki ilişkileri ele alan hukukçular üzerinde gözlem ve ampirik araştırmaya dayanan metodolojik arayışı teşvik etmesi itibariyle etkili olduğu yadsınmaz.

IV. Eugen Ehrlich: Toplumsalın Ampirik Gözlemi ve Yaşayan Hukuk

Petrzycycki hukuksal analize ilişkin araştırmalarında bireylerin hukuksal olgularla ilgili deneyimleri meselesine odaklanırken, *Ehrlich* daha ziyade pozitif hukuk ile yaşayan hukuk (living law) arasında belirli bir ilişki kurarak toplumsal ve hukuksal normlar konusuna yoğunlaşmıştır⁴⁷. *Ehrlich de Petrzycycki* gibi, hukukun salt hukuksal araçlarla ele alınabileceğine ilişkin hukuki pozitivist argümanları benimsemek yerine hukuki incelemeyi disiplinler arası bir alan kabul ederek ampirik yöntemleri⁴⁸ ön plana çıkarmış⁴⁹; bilimsel bir anlayışı benimseyerek⁵⁰ hukuk ile başta sosyoloji olmak üzere sosyal bilimler arasında yeni bir bağlantı kurmaya yönelmiştir. *Ehrlich* açısından geleneksel hukukçuluk, hukuku, merkezileşmiş bir devletin ve bu devletin mahkemelerinin ihtiyaçlarını temin için değişken pratik amaçları takip eden göreceli bir tekniğe indirgeyerek fiili olgusal durumu maskeleyerek; yapay sistemleştirmeler ve kavramlaştırmalarla hukuki gerçekliği ancak yüzeysel düzeyde kavrayabilmektedir⁵¹. Hukuki gerçekliğin yüzeysel düzeyde kavranabilmesinin sebebi, hukukçuların toplumsal olguları salt hukuksal bir dünya görüşü çerçevesinde normatif bir sınırlandırma ile değerlendirerek hüküm vermesinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten *Ehrlich*'e göre toplumsal olguların gözlemleme suretiyle başta sosyoloji olmak üzere sosyal bilimlerden hareketle bilimsel anlamda analiz edilmesi,

⁴⁶ *Petrzycycki*'nin hukuk teorisinin hukuk sosyolojisi üzerinde her ne kadar çok yönlü etkileri olmuşsa da kendisinin hiçbir çalışmasında hukuk sosyolojisi terimini kullanmadığı dikkat çeker. Podgorecki (n 14) 197.

⁴⁷ Banakar (n 11) 43. Ayrıca bakınız Marc Hertogh, 'From 'Men of Files' to 'Men of the Senses': A Brief Characterisation of Eugen Ehrlich's Sociology of Law', in Marc Hertogh (ed), *Living Law - Reconsidering Eugen Ehrlich* (Hart 2009) 9; Mehmet Yüksel, Zakir Avşar and Kasım Akbaş, *Hukuk Sosyolojisi* (Anadolu Üniversitesi 2013) 176.

⁴⁸ *Ehrlich*'in doğrudan ampirik araştırmalara yöneldiğini de belirtmek gerekir. 1909 yılında üniversitede "yaşayan hukuk semineri" adı altında bir araştırma enstitüsü kurduğu ve öğrencilerle birlikte hukuk uygulamasının nasıl gerçekleştiğine yönelik çeşitli çiftlik, atölye ve ticarethaneleri kapsayan anket usulüne dayanan saha araştırmaları yaptığı bilinmektedir. Bununla birlikte ilk çalışmalarının Tarihçi Hukuk Okulu'nun perspektifini benimseyen bir zeminde geçmiş dönemin hukuksal kalıplarını esas aldığı söylenebilir. Fakat *Ehrlich*, yaşadığı dönemde tekrarlanan insanlar arası ilişkilerdeki hukuki olayların da ampirik araştırmasının yapılabileceğinin farkına varmıştır. Heper, Serbest (n 10) 50-51; ayrıca bakınız *Ibid* 90. Böylece normatif düzenlemelerden çok daha geniş bir uygulama alanı olan yaşayan hukuku incelemeye başlamıştır.

⁴⁹ Bu noktada *Ehrlich* ile birlikte Serbest Hukuk Hareketi içinde ön plana çıkan *Hermann Kantorowicz*'in de hukuksal alanda yürütülecek çalışmalarda, hukuk sosyolojisi alanında gerçekleştirilecek ampirik araştırmaların çok önemli ve faydalı olacağına ilişkin bir yaklaşımı benimsediğini eklemek gerekir. Altan Heper, 'Almanya'da Hukuk Sosyolojisi Dersleri ve Kitapları Konusunda Bir İnceleme' (2015) 2 (3) Hukuk Kuramı 1, 4.

⁵⁰ İrem Burcu Özkan, 'Hukuku Yaşamda Bulmak: Eugen Ehrlich'in Hukuk Sosyolojisi Anlayışında Yöntem' in Yasemin Işıktaç (ed), *Dönüşen Toplum - Dönüşen Hukuk II: Yöntem* (Sümer 2016) 180.

⁵¹ Georges Gurvitch, 'Hukuk Sosyolojisinin Kurucuları ve Bugünkü Cereyanlar' (Hamide Topçuoğlu tr) (1973) 8 (3) AÜHFHD 629, 630-631.

olgular arasında neden - sonuç ilişkisi kurularak incelenmesi bir zorunluluk olarak hukukçuların karşısına çıkmaktadır⁵². Bu noktada *Ehrlich*'in bilim insanı ile sanatçı arasında kurduğu ilişkinin⁵³ bir benzerini hukukçu ya da hukuk sosyoloğu cephesinde de kurmaya çalıştığından söz edilebilir.

Bilim insanı için araştırma yönteminin başlangıç noktası, dış dünyanın insan zihnine sunduğu izlenimler olup idealleştirilmiş dış izlenimlerin alınmasıyla her tündengelim bir tümevarım tarafından öncelenmekte; bu süreçte tümevarım ve izlenimlerin alınması hızlı fakat bilinçli bir amaç olmadan gerçekleşirken sadece tündengelim veya idealleştirmenin ardı sıra gelen süreci bilim insanının zihnine girmektedir⁵⁴. Buradaki zihinsel sürecin öncelikle gözleme dayanmasından hareketle hukuk sosyolojisinin esasen bir gözleme bilimi olduğunu ve metodolojisinin de hukuksal alandaki toplumsal ve hukuki olguların ampirik incelemesine dayanması gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır⁵⁵. Mamafih hukukçuların toplumsal olguların hukuksal analizi ve gözlemlenmesinde kendilerini normatif düzenlemelerle sınırlandırmadan, hukuksal alanın dışındaki toplumsal hayatın kendiliğinden işleyen düzeni içindeki kuralları, yani yaşayan hukuku da göz önünde tutan bir kavrayışla değerlendirmeye yönelmeleri gerekmektedir.

Döneminin egemen hukuk anlayışlarının tersine, hukukun kaynağını sadece pozitif hukuk düzenlemelerinde aramayan ve hukuksal pozitivizmin hukuk tanımını, hukukun toplumsal düzenleyicilik işlevinin anlaşılabilmesini imkânsız kıldığı için eleştiren⁵⁶ *Ehrlich*'e göre yaşayan hukuk, hukuksal düzenlemelerle belirlenmemiş olsa bile yaşamın kendisine hâkim olan hukuktur⁵⁷. Hukukun pozitif hukuk düzeniyle ilişkisini sorgulayan *Ehrlich*, hukuk normunun toplumsal normların içinde bulunabileceğini belirtmekte; bu bağlamda yaşayan hukuku da doğrudan devlet hukukuyla bağlantılandırmayıp farklı toplumsal grup ve birlikliklerin düzenlemeleri içinde aramaktadır⁵⁸. Onun açısından hukuk, yasalara hapsedilemeyecek bir gerçeklik olup ne olduğunun ortaya konabilmesi için hukuk kitaplarında anlatılanların ötesine gidilmeli; hem pozitif hukuk düzenlemelerinin ve yargısal hükümlerin oluşturulmasında toplumun oynadığı rol hem de söz konusu yasa ve hükümlerin

⁵² Heper, *Serbest* (n 10) 80.

⁵³ Bakınız Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, (Walter L. Moll tr, Russell & Russell 1962) 472.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid 473 - 474.

⁵⁶ Ibid 486; Roger Cotterrell, *The Sociology of Law - An Introduction* (2nd edn, Butterworths 1992), s. 26.

⁵⁷ Ehrlich, *Fundamental* (n 53) 493. Özcan'a göre "Ehrlich'in yaklaşımında devletin koyduğu hukukun meşruluk sorunu, bunu yaşayan hukuka uygun olması ölçütüyle çözüme kavuşturulur. Hukukun kültürel cephesine vurgu yapan bu yaklaşım mahkemelerin de devletten çok toplumun organları olduğu görüşüne de gönderme yapar". Mehmet Tefik Özcan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş* (4th edn, On İki Levha 2011) 55.

⁵⁸ Hertogh (n 47) 3; Cahit Can, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi* (2nd edn, Seçkin 2003) 156-157.

toplumsal yaşam üzerinde nasıl etkinlik gösterdikleri açıklanmalıdır⁵⁹. Hatta ona göre pozitif hukukun soyut önermeleri, yaşayan hukukun belirli bir kısmını içerdikleri zamanlarda bile yaşayan hukuku da kapsayan geniş anlamda hukukun en durgun tabakasını teşkil ederler ve her zaman yaşayan hukukla kıyaslandığında daha geride kalan düzenleme biçimleri olarak ortaya çıkarlar⁶⁰. Bu nedenle hukukun toplumsal yaşam içindeki pratikleri incelenmeli, dogmatik hukukun yapısal işleyişinden ziyade *Ehrlich*'in yaşayan hukuk olarak adlandırdığı hukuksal gerçeklik dünyası araştırılmaya başlanmalıdır.

Ehrlich yaşayan hukukun nasıl araştırılacağı ve tespit edileceği hususunda yargı kararları başta olmak üzere modern hukuki dokümanların incelenmesi ile genel anlamda toplumsal yaşamın ve onun işleyişinin gözlemlenmesi şeklinde iki farklı kaynağın kullanabileceğini söyler⁶¹. *Ehrlich*'in modern hukuki dokümanların temeli olarak gördüğü yargı kararlarının önemi, pozitivist hukukçuların kabullerinin aksine, yargısal hüküm tesisinde normatif dayanağın nasıl belirlendiği ya da yorumlandığına ilişkin formalist gerekçelendirme zaviyesinde değil; esasen bu hükümlerin verilmiş olduğu toplumsal yaşam içinde gerçekleşen olguların bir tasvirini yansıtmalarında⁶². Bununla birlikte yargısal kararlar toplumsal yaşam içinde ortaya çıkan tüm ilişki biçimlerini ve gerçekliği, çok azı dava konusu haline geldiği için, asla yeterli düzeyde yansıtamazlar; dolayısıyla yargısal kararların toplumsal olgulara ilişkin içeriklerinden elde edilen sonuçların her zaman sosyolojik yöntemlerin kullanılması suretiyle toplumsal yaşamın gözlemlenmesi aracılığıyla desteklenmesi gerekmektedir⁶³. Dava konusu edilen toplumsal yaşam içindeki olgular genelde menfaat çatışmalarının sadece küçük bir bölümünü yansıttığı gibi karşılıklı mübadele, uzlaşma ve çatışmasız hukuki ilişkilere ilişkin de herhangi bir veri sağlayamayacağından, yaşayan hukukun özellik ve işleyişinin ortaya konulabilmesi için geniş anlamda toplumsal yapı ve ilişkilerin ekonomik, politik ve kültürel içeriklerinin gözlemlenmesine yönelmek gerekecektir.

Yaşayan hukuku anlayabilmek için öncelikle pozitif hukuk düzeninin dışındaki gündelik hayatın, gelenek ve teamüllerin, ticaretin ve yasalar tarafından olumlu veya olumsuz anlamda düzenlenmiş olsun ya da olmasın her türlü birliğin -toplumsal

⁵⁹ David Nelken, 'Ehrlich's Legacies: Back to the Future in the Sociology of Law?' in Marc Hertogh (ed), *Living Law - Reconsidering Eugen Ehrlich* (Hart 2009) 244. Ayrıca bakınız Ülker Gürkan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş* (3rd edn, Siyasal 1999) 60.

⁶⁰ Gurvitch (n 51) 633.

⁶¹ Ehrlich, *Fundamental* (n 53) 493-494.

⁶² Ibid 494.

⁶³ Ibid 495.

grubun- işleyiş pratikleri çok boyutlu olarak gözlemlenmelidir⁶⁴. Burada yukarıda da değinildiği üzere ticaret ve iş yaşamı içinde, taraflar arasında gerçekleştirilen pek çok iktisadi nitelikli ilişkinin irade özgürlüğü ve sözleşme serbestisi gibi temel liberal ön kabullerden hareketle normatif çerçevenin dışına çıkmadan, fakat geniş bir özerklik alanı içinde yaşayan hukukun parçasını oluşturduğu söylenebilir. Yargısal süreçlerin konusu haline gelmeden işleyen iktisadi - hukuksal yaşamda kullanılan sözleşmeler, belgeler veya diğer her tür materyal bu anlamda hukukçunun inceleyip anlamlandırabileceği⁶⁵ temel malzemeyi oluşturduğu gibi diğer toplumsal olguların gözlemlenmesi de günlük yaşamın iktisadi olmayan işleyişinin temel paradigmalarının ortaya çıkartılabilesine imkân tanıyacaktır.

Gözleme sürecinin merkezine hukuk sosyolojisini koyan⁶⁶, böylece maddi gerçekliği bütünsel biçimde serimlemek isteyen *Ehrlich*⁶⁷, sosyolojiyi de kendi hukuksal yaklaşımının olmazsa olmazı yaparak normatif ve uygulamalı bir perspektif yerine ampirik ve açıklayıcı bir yöntemsel tercihte bulunmuş; sosyolojik temelden hareket eden bir hukuk metodolojisinin hukukçuların topluma karşı sorumluluklarını gerçek anlamda yerine getirebilmeleri bağlamındaki önemini vurgulamıştır⁶⁸. İnsanlar arası ilişkileri ya da günlük yaşamı hukuksal normlardan bağımsız görerek⁶⁹ toplum içinde süre giden hukuksal ilişkilerin herhangi bir pozitif hukuk sistemine atıf yapmadan dahi tanımlanabilmesini olanaklı kabul etmiştir⁷⁰. Hukuk her ne kadar sadece norma dayalı bir yapı olarak gösterilmeye çalışılıyorsa da normlar hukukun sonradan türetilmiş formları olup hukukun ilk varoluşu toplumsal ilişkiler içinde biçimlenmiştir⁷¹. Bu nedenle hukuk toplumsal süreçlerin uzanımında sadece normatif düzeyle sınırlandırılmamalı, toplumsal ilişkilerin bir parçası olarak düşünülmesi ve

⁶⁴ Ibid 493. Ayrıca bakınız Ziegert, *The Sociology* (n 13) 250-254. *Ehrlich*'in yaşayan hukuk yaklaşımının pozitif hukuk düzenini tamamen görmezden gelerek yok saydığı düşünülmemelidir. Aksine *Ehrlich* bir toplum içinde bir arada işleyen hukukların hepsinin -yürürlükteki hukuk normları (devlet hukuku), uygulamadaki hukuk (hukukçuların hukuku), toplumsal normlar- değerlendirilmesi gerektiğini belirtir. Örneğin yürürlükteki hukuk normları, gelenek ya da âdet kuralları gibi toplumsal nitelikli normları baskı altına alarak etkisiz kılmış ya da uygulamadaki hukuk pozitif hukuk kurallarından farklılaşmış veya toplumsal normların işlerliği ve gücü yürürlükteki normların etkinliğini zayıflatmış olabilir. Dolayısıyla toplumsal girdilerden beslenen yaşayan hukuk, birbirinden farklı hukukların etkileşim süreçlerinin bir çıktısı şeklinde tanımlanmalıdır. Stefan Vogl, 'Eugen Ehrlich's Linking of Sociology and Jurisprudence and the Reception of his Work in Japan' in Marc Hertogh (ed), *Living Law - Reconsidering Eugen Ehrlich* (Hart 2009) 102. Yürürlükteki hukuk ve uygulamadaki hukuk kavramları ile ilgili olarak bakınız Salif Nimaga, 'Pounding on Ehrlich. Again?' in Marc Hertogh (ed), *Living Law - Reconsidering Eugen Ehrlich* (Hart 2009), s. 161 - 162.

⁶⁵ Ehrlich, *Fundamental* (n 53) 495. Bu bağlamda *Ehrlich* evlilik sözleşmeleri, alım satım sözleşmeleri, hasılat kirası, inşaat kredisi sözleşmeleri, ipotekli borçlar, vasiyetnameler, miras sözleşmeleri, dernek ya da iş ortaklıklarına ilişkin hükümlerden hareketle yaşayan hukukun işleyişine ilişkin çıkarımların yapılabileceği kanısındadır. Ibid.

⁶⁶ *Ehrlich* açısından hukuk sosyolojisinin pratik fonksiyonu toplumsal yaşamın farklı alanlarında işleyen yaşayan hukukun keşfedilebilmesi ve sistematik analizinin gerçekleştirilebilmesi özelinde ortaya çıkmaktadır. Cotterrell, *The Sociology* (n 56) 32.

⁶⁷ Ehrlich, *Fundamental* (n 53) 501; Klaus A. Ziegert, 'World Society, Nation State and Living Law in the Twenty-first Century' in Marc Hertogh (ed), *Living Law - Reconsidering Eugen Ehrlich* (Hart 2009) 230. *Ehrlich*'e göre hukuk düzeninin normatif içeriğe sahip olması hukuk sosyolojisi bağlamında yürütülecek çalışmalar açısından herhangi bir sorun arz etmemektedir. Vogl (n 64) 98.

⁶⁸ K. Alex Ziegert, 'A Note on Eugen Ehrlich and the Production of Legal Knowledge' (1998) 20 Sydney L Rev 108, 112. Ayrıca bkz. Vogl (n 64) 119-121; Ziegert, *World* (n 67) 230.

⁶⁹ Ehrlich, *Fundamental* (n 53) 358-359; Ibid 477.

⁷⁰ Timasheff, *An Introduction* (n 23) 26.

⁷¹ Eugen Ehrlich, 'The Sociology of Law' (Nathan Isaacs tr) (1922-1923) 36 Harv L Rev 129, 143-144.

normlar da toplumsal düzenle uyum içinde olmalıdır⁷². Örneğin mülkiyet, taşınmaz hakları, sözleşmeler, miras gibi olgular salt hukuksal nitelikli kavramlar değildir; özünde belirli bir ekonomik gelişmişlik düzeyinin ürünleridir ve toplumsal yaşam ile ilişki içinde varlıklarını sürdürmektedirler⁷³. Gerçekten söz konusu olgular hâkim üretim biçiminin, piyasa koşullarının ve ekonomik altyapının zorunlulukları ve ihtiyaçları doğrultusunda hukuki düzenlemelerin bir parçası haline gelmekte, belirli sınıfsal konumları, çıkarları ve toplumsal ilişki süreçlerini yansıtmaktadırlar. Bu bakımdan hukuksal anlamlarının çok ötesinde bir ekonomi politik gerçekliğe tekabül etmekte, toplumsal yaşam üzerinde hukukun normatif kalıpcılığıyla tanımlanamayacak derecede etki göstermektedirler.

Ehrlich, hukuk düzeninin ne olduğunun anlaşılabilmesi için hukuk kitaplarına bakılmasından ziyade toplumsal yaşamın *de facto* biçimde toplumsal grup ve ağlar tarafından nasıl organize edildiğinin gözlemlenmesi ve araştırılması gerektiği düşüncesindedir⁷⁴. Hukuksal normlarla bunların müeyyide ve zorlayıcılıklarının etkinliğini, toplumsal yapı içinde varlıklarını sürdüren farklı grup ve kurumları karşılaştırmak suretiyle ortaya koymaya çalışmaktadır⁷⁵. Bu bağlamda farklı etnik ve kültürel grupların gelenek ve alışkanlıklarına dair ampirik araştırmalarda bulunarak pozitif hukuk normlarının etkinliği ile toplumsal düzeydeki işleyişlerinin yanı sıra günlük yaşam içinde hukuksal süreçlerin fiilen nasıl gerçekleştiği meselesine odaklanmaktadır⁷⁶. Birbirinden farklı ve ayrılmış toplumsal kesimlerin yaşantıları içindeki fonksiyonuna yoğunlaşarak hukuku tamamen toplumsal bir olgu olarak değerlendirmekte; onun pozitivist anlamdaki geçerliliğini sorgulamaktadır. Araştırmasını, devletin normatif hukuksal düzeniyle aynı anda mevcut bulunan, tarihsel ve kültürel birikimin sonucu olarak toplumsal ilişki süreçlerinde ortaya çıkan, varlığını bu ilişki düzeyden alarak sürdüren gayri resmi karakterli “diğerlerinin hukuklarına” yöneltmekte; hukukun pozitivist ve formalist çepçevrelerini kırarak çok boyutlu analizinin gerçekleştirilmesini hedeflemektedir. Dolayısıyla *Ehrlich*'in hukuksal yaklaşımının, geleneksel hukukçuluğun hukukun analizine ilişkin normatif dogmatikliğini aşarak onun ötesinde hukuksal olguların ampirik incelemesini ön plana çıkartan ve hukuksal metodolojiyi sosyal bilimlerin bulgularıyla değerlendirip yeniden anlamlandırmaya yönelmiş bir içeriğe sahip olduğu söylenebilir.

V. Değerlendirme

Petrzaychi ve *Ehrlich*'in hukuk teorilerinin hukuk sosyolojisi üzerindeki etkilerini tam olarak betimlemek güç olsa da her iki hukukçunun bilhassa çok hukukluluk ve

⁷² Ibid 144.

⁷³ Ehrlich, *Fundamental* (n 53) 477-478.

⁷⁴ Banakar (n. 11) 43.

⁷⁵ Stewart Macaulay, ‘The New Versus The Old Legal Realism: “Things Ain’t What They Used To Be”’ (2005) *Wis L Rev* 365, 386.

⁷⁶ Banakar (n 11) 43.

onun uzanımında hukuksal çok merkezlilik (legal polycentricity) gibi yönelimler üzerinde etkili olduğu, bunun yanı sıra *Pound*'un uygulamadaki hukuk (law in action) yaklaşımının *Ehrlich*'in yaşayan hukuk kavramıyla paralellikler arz ettiği söylenebilir⁷⁷. *Petrazycki* gibi *Ehrlich*'in de kendilerinden sonraki sosyo-hukuksal çalışmalara asıl katkılarının ise metodolojik yönden olduğu belirtilmelidir. Bu katkı pek çok hukukçu ve sosyal bilimcinin, *Petrazycki* ve *Ehrlich*'in hukuka ilişkin geliştirdikleri sosyo-hukuksal metodolojiden hareketle yeni yaklaşımlar ortaya çıkarabilmelerini sağlamıştır. Örneğin *Petrazycki*'nin önemli takipçileri arasında, aynı zamanda öğrencileri de olan *Gurvitch*, *Sorokin* ve *Timasheff* gibi isimler ön plana çıkarken *Malinowski*'nin de hukuk ile antropoloji arasındaki ilişkileri açıklamaya dönük çalışmalarında *Petrazycki*'nin hukuk anlayışını takip ettiği dikkat çeker⁷⁸. Yine *Pound*'un belirttiği gibi *Petrazycki*'nin, ilk Amerikan Hukuki Realistleri üzerinde doğrudan bir tesiri olmamışsa da daha sonraki Realist hukukçu kuşağı hem hukuk sosyolojisi hem de hukuksal ampirizm araştırmaları dolayısıyla daha yoğun biçimde etkilediği göz ardı edilmemelidir⁷⁹. Buna karşın *Ehrlich*'in hukuk sosyolojisi alanındaki çalışmalar üzerinde daha yoğun ve *Petrazycki* ile kıyaslandığında daha erken dönemlerde görülen bir nüfuzundan bahsetmek mümkündür⁸⁰. Farklı biçimlerde olmakla birlikte görüşleri, öncelikle Almanya'da Serbest Hukuk Okulu'nu (*Freirechtsschule*), 1920'lerde Japon hukukçularını, 1930'lardan itibaren başta *Pound* ve *Llewellyn* olmak üzere Amerikan Realistleri ile İskandinav Realistlerini, 1940'larda hukuk ve antropoloji, daha sonra ise hukuk eğitimi ve daha geniş kapsamda olmak üzere hukuk sosyolojisi üzerine çalışan pek çok kişiyi etkisi altına almıştır⁸¹.

Sonuç olarak her iki hukukçu da hukuku, tek başına normatif bir yapı olarak değerlendirmemiş; hukuksal pozitivizm ve normatif hukuk teorilerinin kabullerinden çok daha geniş bir perspektifte sosyal bilimlerin farklı disiplinleriyle ilişkilendirerek yeni bir konuma yerleştirmişlerdir. Onların hukuku sosyal bilimlerle ilişkilendirmesi, gözlem ve ampirik araştırmaları hukuksal incelemelerin bir parçası haline getirebilmelerine imkân vermiş ve 20. yüzyılın ilerleyen dönemlerinde

⁷⁷ Ibid 46; Motyka (n 18) 128-131. Bununla birlikte *Pound*'un uygulamadaki hukuk kavramı ile *Ehrlich*'in yaşayan hukuk kavramı birbirlerinden bir takım önemli farklılıklar içermektedir. Uygulamadaki hukuk kitaplarında yazan hukuk ile hukuk uygulamalarının güncel pratikleri arasındaki farklılık ve boşluklara odaklanmaktadır. Yaşayan hukuk ise yurttaşların yaşamları içinde toplumun üyesi olarak tabii buldukları zorunluluklara atıf yapmaktadır. Uygulamadaki hukuk yaklaşımı okullarda öğretilen hukukla uygulamada vuku bulan hukuk arasındaki boşluklara yönelmekte, yaşayan hukuk ise yukarıda da değinildiği üzere normlara, bu normların müeyyide ve zorlayıcılıklarına, toplumsal yapı içindeki çeşitli kurumların ve grupların araştırılmasına odaklanmaktadır. Bu yönüyle yaşayan hukuk kavramı daha radikal bir pozisyonu işgal etmekte ve hukuk uygulaması içinde hukukun nasıl işlediğinden ziyade toplumsal yaşam içinde pozitif hukuk düzeninin dışında ortaya çıkan hukukla bağlantılı süreçleri ele almaktadır. Macaulay (n 75) 385-386; Ziegert, *A Note* (n 68), 112 and 121-122; Roger Cotterrell, 'Ehrlich at the Edge of Empire: Centres and Peripheries in Legal Studies' in March Hertogh (ed), *Living Law - Reconsidering Eugen Ehrlich* (Hart 2009) 83-84; Nimaga (n 64) 157-158. Ayrıca bakınız David Nelken, 'Law in Action or Living Law? Back to the Beginning in Sociology of Law' (1984) 4 *Legal Stud* 157, passim.

⁷⁸ Motyka (n 18), 120-121.

⁷⁹ Roscoe Pound, *Jurisprudence - Vol 1* (West 1959) 344.

⁸⁰ Ziegert, *The Sociology* (n 13) 227.

⁸¹ Ziegert, *A Note* (n 68) 109; Ziegert, *The Sociology* (n 13) 227; Vogl (n 64) 95-96; Mathias W Reimann, 'Free Law School' in David S Clark (ed), *Encyclopedia of Law & Society: American and Global Perspectives - Vol 2* (Sage 2007) 605-606.

hukuk ve sosyal bilimler ilişkisi üzerine çalışan pek çok hukukçu ve araştırmacının çalışmalarına da yön vermiştir. *Petrazycki* ve *Ehrlich*'in öncülüğünü yaptığı, hukuku, bireysel ve toplumsal olgulardan hareketle ampirik metotların kullanılması suretiyle analiz yöntemi aynı zamanda hukuk ile sosyal bilimler arasında disiplinler arası metodolojik araştırmaların başlamasının da ilk aşamasını oluşturmuştur. Bu disiplinler arası yaklaşım bilhassa hukukun ne olduğu ya da ne olması gerektiği gibi soruların salt hukuksal dünya görüşünün yarattığı normatif dar çerçevenin dışında yeni bir anlam kazanarak yeniden sorgulanabilmesine imkân tanımıştır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Akçabay FC, 'Hukuka Uymak ya da Uymamak İşte Tüm Mesele Bu: Psikolojik Hukuk Yaklaşımı Çerçevesinde Hukuka Uyuma ve Meşruluk İlişkisi' in Üye S et al (eds), *Prof. Dr. Adnan Güriz'e Armağan*, (Ankara Üniversitesi 2016) 39-71.
- Althusser L, *İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları* (Alp Tümertekin tr, İthaki 2003).
- Babb HW, 'Petrazhitskii: Science of Legal Policy and Theory of Law' (1937) 17 BUL Rev 793-829.
- 'Petrazhitskii: Theory of Law' (1938) 18 BUL Rev 511-578.
- Banakar R, 'Sociological Jurisprudence' in Banakar R and Travers M (eds), *An Introduction to Law and Social Theory* (Hart 2002) 33-49.
- Cairns H, *Law and the Social Sciences* (Augustus M. Kelley 1969)
- Can C, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi* (2nd edn, Seçkin 2003).
- Cotterrell R, *The Sociology of Law - An Introduction* (2nd edn, Butterworths 1992).
- 'Ehrlich at the Edge of Empire: Centres and Peripheries in Legal Studies' in Hertogh M (ed), *Living Law - Reconsidering Eugen Ehrlich* (Hart 2009) 75-94.
- Denzin NK, 'Interaction, Law, and Morality: The Contributions of Leon Petrazycki' in Gorecki J (ed), *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycki* (University of Illinois 1975) 63-82.
- Ehrlich E, 'The Sociology of Law' (Isaacs N tr) (1922-1923) 36 Harv L Rev 129-145.
- *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, (Moll WL tr, Russell & Russell 1962).
- Golunskii SA and Strogovich MS, 'The Theory of The State and Law' in Hazard JN (ed), *Soviet Legal Philosophy* (Babb HW tr, Harvard 1951) 351-425.
- Gorecki J, 'Leon Petrazycki' in Gorecki J (ed), *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycki* (University of Illinois 1975) 1-15.
- 'Preface' in Gorecki J (ed), *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycki* (University of Illinois 1975) IX-XI.
- 'Social Engineering through Law' in Gorecki J (ed), *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycki* (University of Illinois 1975) 115-132.
- Gurvitch G, 'Hukuk Sosyolojisinin Kurucuları ve Bugünkü Cereyanlar' (Hamide Topçuoğlu tr) (1973) 8 (3) AÜHFD 629-642.
- Gürkan Ü, *Hukuk Sosyolojisine Giriş* (3rd edn, Siyasal 1999).
- Heper A, 'Almanya'da Hukuk Sosyolojisi Dersleri ve Kitapları Konusunda Bir İnceleme' (2015) 2 (3) Hukuk Kuramı 1-16.
- *Serbest Hukuk Akımı -Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk-* (On İki Levha 2016).
- Hertogh M, 'From 'Men of Files' to 'Men of the Senses': A Brief Characterisation of Eugen Ehrlich's Sociology of Law', in Hertogh M. (ed), *Living Law - Reconsidering Eugen Ehrlich* (Hart 2009) 1-17.
- Hunt A, 'The Problematisation of Law in Classical Social Theory' in Banakar R and Travers M (eds), *An Introduction to Law and Social Theory* (Hart 2002) 13-31.
- İşıktaç Y and Koloş U, *Hukuk Sosyolojisi* (İstanbul Bilgi Üniversitesi 2015).
- Koloş U, 'Leon Petrazycki ve Hukukun Gerçekliği Sorunu: Bir Psikolojik Hukuk Kuramı' in Üye S et al (eds), *Prof. Dr. Adnan Güriz'e Armağan* (Ankara Üniversitesi 2016) 493-540.
- Macaulay S, 'The New Versus The Old Legal Realism: "Things Ain't What They Used To Be"' (2005) Wis L Rev 365-403.

- Mertz E, 'Introduction' in Mertz E (ed), *The Role of Social Science in Law* (Ashgate 2008) XIII - XXX.
- Milovanovic D, *Weberian and Marxian Analysis of Law: Development and Functions of Law in a Capitalist Mode of Production* (Ashgate 1989).
- *An Introduction to the Sociology of Law* (3th edn, Criminal Justice 2003)
- Motyka K, 'Law and Sociology: The Petrazyckian Perspective' in Michael Freeman (ed), *Law and Sociology - Current Legal Issues - Vol 8* (Oxford 2006) 119-140.
- Nelken D, 'Law in Action or Living Law? Back to the Beginning in Sociology of Law' (1984) 4 *Legal Stud* 157-174.
- 'Ehrlich's Legacies: Back to the Future in the Sociology of Law?' in Hertogh M (ed), *Living Law - Reconsidering Eugen Ehrlich* (Hart 2009) 237-272.
- Nimaga, S, 'Pounding on Ehrlich. Again?' in Hertogh M (ed), *Living Law - Reconsidering Eugen Ehrlich* (Hart 2009) 157-175.
- Özcan MT, *Hukuk Sosyolojisine Giriş* (4th edn, On İki Levha 2011).
- Özkan İB, 'Hukuku Yaşamda Bulmak: Eugen Ehrlich'in Hukuk Sosyolojisi Anlayışında Yöntem' in Işıktaç Y (ed), *Dönüşen Toplum - Dönüşen Hukuk II: Yöntem* (Sümer 2016) 151-184.
- Petrazycki L, *Law and Morality* (Babb HW tr, Harvard 1955).
- Podgorecki A, 'Unrecognized Father of Sociology of Law: Leon Petrazycki - Reflections based on Jan Gorecki's Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycki' (1980-1981) 15 *Law & Soc'y Rev* 183-202.
- Posner R, 'The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962 – 1987' (1986–1987) 100 *Harv L Rev* 761-780.
- 'Legal Scholarship Today' (2001-2002) 115 *Harv L R* 1314-1326.
- Pound, R, *Jurisprudence - Vol I* (West 1959).
- Reimann MW, 'Free Law School' in Clark DS (ed), *Encyclopedia of Law & Society: American and Global Perspectives - Vol 2* (Sage 2007) 605-606.
- Reisner MA, 'The Theory of Petrazhitzkii: Marxism and Social Ideology' in Hazard JN (ed), *Soviet Legal Philosophy* (Babb HW tr, Harvard 1951) 71-82.
- Rudzinski AW, 'Petrazycki's Significance for Contemporary Legal and Moral Theory' (1976) 21 *Am J Juris* 107-130.
- Timasheff NS, *An Introduction to the Sociology of Law* (Harvard University Committee 1939).
- 'Introduction' in Petrazycki L, *Law and Morality* (Babb HW tr, Harvard 1955) XVIII – XXXVIII.
- Vogl S, 'Eugen Ehrlich's Linking of Sociology and Jurisprudence and the Reception of his Work in Japan' in Hertogh M (ed), *Living Law - Reconsidering Eugen Ehrlich* (Hart 2009) 95-123.
- Yüksel M, Avşar Z and Akbaş K, *Hukuk Sosyolojisi* (Anadolu Üniversitesi 2013).
- Weber M, *Economy and Society - An Outline of Interpretive Sociology* (Roth G and Wittich C eds, University of California 1978)
- Ziegert KA, 'The Sociology Behind Eugen Ehrlich's Sociology of Law' (1979) 7(3) *International Journal of Sociology of Law* 225-273.
- 'A Note on Eugen Ehrlich and the Production of Legal Knowledge' (1998) 20 *Sydney L Rev* 108-126.
- 'World Society, Nation State and Living Law in the Twenty-first Century' in Hertogh M (ed), *Living Law - Reconsidering Eugen Ehrlich* (Hart 2009) 223-236.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 25.04.2020
Revizyon Talebi: 02.06.2020
Son Revizyon: 22.09.2020
Kabul: 23.09.2020

Koruma Tedbirlerinde Orantılılık İlkesi

Recep Kahraman^{*}

Öz

Ceza muhakemesi hukukunun amacı, usul kurallarının tatbikini sağlayarak maddi gerçeğe ulaşmaktır. Ceza muhakemesi faaliyetinin amacını gerçekleştirmek için gerekli bazı önlemler alınabilmektedir. Yargılamanın yapılabilmesi, uyumsuzluk konusunda karar verilebilmesi ve kararın uygulanabilmesi için alınan önlemler, koruma tedbirleri olarak ifade edilmektedir. Tedbirlerin tümü, bireyin temel hak ve hürriyetlerini kısıtlamaktadır. Tedbirin uygulanmasının amacı, bireyi cezalandırmak olmadığı için müdahalenin orantılı olması gerekir. Temel işlevi, bireyin sahip olduğu haklara ilişkin güvence sağlamak olduğundan orantılılık ilkesi, tedbirlerin uygulanmasının ön koşuludur. Orantılılık ilkesi, tedbirlerin, insan haklarına uygun şekilde tatbik edilmesi konusunda karar mercilerini zorlamaktadır. Hukuk devletinde bazı hakları sınırlandırmanın şartları gerçekleşse dahi zarar orantılı olmalıdır. Tedbirin amacı, bireye daha az zararı olan bir başka önlem ile elde edilebilecek ise daha ağır tedbire başvurulmamalıdır. Diğer ifadeyle koruma tedbirlerinin uygulanmasının sonucunda bireyin temel hak ve hürriyetlerine yönelik sınırlama ile elde edilecek genel yarar, sınırlamanın neden olduğu bireysel zarardan daha az olmalıdır.

Anahtar Kelimeler

Koruma tedbirleri, Maddi gerçek, Orantılılık, Tutuklama, Adli kontrol, Hakların güvencesi

The Principle of Proportionality in Protection Measures

Abstract

The purpose of criminal procedure law is to reach the material truth by ensuring the application of procedural rules. Some necessary measures can be taken in order to fulfill the purpose of criminal procedure activity. For the purpose of criminal procedure activity, some necessary measures can be taken. The measures taken in order to make the judgment, to decide on the dispute and to implement the decision are expressed as protective measures. All of the measures restrict the individual's fundamental rights and freedoms. Since the purpose of its implementation is not to punish the individual, the intervention of the measure should be proportionate. The principle function of proportionality is a prerequisite for the implementation of measures, as its primary function is to provide assurance of the individual's rights. The principle of proportionality forces decision-makers to enforce measures in line with human rights. Even if the conditions of restricting certain rights are fulfilled in the state of law, the damage should be proportional. If the aim of the measure is to be achieved by another measure with less harm to the individual, more severe measures should not be used. In other words, the general benefit to be obtained by the restriction of the individual's fundamental rights and freedoms as a result of the application of the protection measures should not be less than the individual damage caused by the restriction.

Keywords

Protection measures, Material fact, Proportionality, Arrest, Judicial control, Assurance of rights

* **Sorumlu Yazar:** Recep Kahraman (Dr. Öğr. Üyesi), Necmettin Erbakan Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Maliye Anabilim Dalı, Konya, Türkiye. E-posta: recepkhmrn@gmail.com ORCID: 0000-0002-0991-9692

Atrf: Kahraman R, "Koruma Tedbirlerinde Orantılılık İlkesi" (2021) 79(1) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 275.
<https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.1.0008>



Extended Summary

The measures that ensure the advancement of criminal procedure without delay and the implementation of the decision are expressed as protection measures. Detention, arrest, judicial control, search and seizure, supervising the communication through telecommunication, undercover investigator and appointing a trustee for the administration of a firm can be given as examples of protection measures. The implementation of the measures, has more than one purpose. Measures are taken to protect criminal proceedings against possible dangers, to ensure that the suspect or defendant is present during the trial and to prevent the concealment of evidence. To avoid arbitrary application of the measures, targets should be determined before the measure is implemented.

Considering the importance of the act subject to investigation or prosecution and the penalty or security measure that may be applied, proportionality can be determined. It can be determined whether the protection measure will cause injustice or whether the goal can be achieved by another method. The article contains the proposals for changes, innovations and improvements that we consider necessary in order to better function the principle of proportionality in the protection measures that form the subject of the investigation or prosecution. The article examines what the principle of proportionality really is, its function, its contribution to the protection of rights and freedoms, its legal nature. As a result of the disproportionate application of protection measures, it is aimed to contribute to the elimination of individual grievances and the enforcement of criminal proceedings in accordance with the law.

Protection measures are implemented even though there is no judicial decision. It restricts one's rights and freedom to light or heavy intensity. Therefore, the measures should be proportional to the severity of the damage feared to arise from judgment and the intensity of the probability of this happening. As it is seen, the principle of proportionality is accepted as a precondition for applying, implementing and continuing the measures. The principle of proportionality determines the limit of limiting the basic right within the scope of securing the basic right of the individual. In this context, a heavier measure should not be applied for a purpose that can be achieved by resorting to a milder measure.

In case of violation of the principle of proportionality, the worst grievances are experienced in the arrest measure. Unfair and long arrest periods have become a hotly debated subject in criminal proceedings. These debates are about arrest becoming a means of punishment, out of the measure of purpose. It is possible to say that the arrest institution was used as a means of punishment rather than a measure. Indeed, arrest is a precautionary measure and is a tool used to ensure that criminal procedure reaches its purpose. The arrested person continues to benefit from the presumption

of innocence. No legal order accepts to punish the person whose crime is not fixed by a final judicial decision. According to criminal procedure law, if the conditions requiring arrest occur, a judicial control measure should be applied to the suspect or the defendant. Applying alternative measure to ensure the implementation of a lighter measure should be seen as a requirement of the proportionality principle. For example, taking into account the obligations of not leaving the house, being banned from going to certain places, compelling to apply to certain places, the drawbacks of the arrest can be eliminated. It is expressed in proportionality to find a balance between the benefit desired to be obtained by applying protection measures and the harm that can be caused to the individual as a result of the application of the measure. The extent of the danger, which is the purpose of implementing the measure, and the restrictions on individual freedom should be compared. Thanks to the principle of proportionality, a fair balance is provided between the rights and freedoms of the individual through the proper execution of criminal procedure. Thanks to the principle of proportionality between public and individual interests, while contributing to the principles of protecting both justice and human dignity while contributing to the balance.

In case there is no proportionality in applying protection measures, it is inevitable that contradiction to the principle of justice will occur. Therefore, the authorities applying to the measure must demonstrate that the application is proportionate. Despite the fact that the evidence has been collected, the statements of witnesses, experts and other persons have been taken, it is decided to continue the measure without reason. The decision made on abstract and general grounds indicates that proportionality cannot be proved.

It is not sufficient to accept that the principle of proportionality should be included in the legislation or should be applied in protection measures, for the successful implementation of the measures. Due to the disproportionate application of the measures, there should be an understanding that it harms the rights and freedom of the individual. For this reason, the article aims to contribute to the understanding of the rights and freedoms of the individual besides the effective use of protection measures.

Koruma Tedbirlerinde Orantılılık İlkesi

Giriş

Koruma tedbirleri, delil elde etme ve muhakeme sürecinde adli makamların, delilleri değerlendirebilmesi için bunları muhafaza etme fonksiyonuna sahiptirler.¹ Bu yönüyle ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma amacının gerçekleştirilmesine hizmet ederler.²

Temel hak ve hürriyetler hukuk düzeni içerisinde sınırsız kullanılabilen haklar değildir. Koruma tedbirleri, henüz hüküm verilmemiş olmasına rağmen ceza muhakemesi sürecinin sürdürülebilmesi için temel bir hakkı sınırlar.³ Sınırlamalar hukuken güvence altına alınmış olup karar mercilerine bu konuda keyfiyet vermemektedir.⁴ Bu nedenle sınırlamalar, orantılılık ilkesine aykırı olamaz.⁵

Orantılılık ilkesi, koruma tedbirlerinin uygulanmasının ön koşuludur.⁶ Tedbirlerin orantılı olup olmadığının değerlendirmesinde şüpheli veya sanığa isnat edilen suçun önemi ve ağırlığı, tedbirin uygulanacağı kişinin özellikleri, isnat edilen suçla ilişkin şüphenin yoğunluğu, tedbirin süresi ve niteliği dikkate alınmalıdır.⁷ Tedbirin uygulanmasıyla birlikte sınırlandırılan özgürlüğün, elde edilmek istenen faydadan daha fazla değerde olmaması gerekir.⁸

Koruma tedbirlerinde orantılılık ilkesi amacına uygun kullanılmadığı takdirde kişi hak ve hürriyetleri zarar görmektedir. Bu nedenle çalışmanın amacı, orantılılık ilkesinin koruma tedbirlerindeki hukuki mahiyetini, anlamını, önemini, işlevini ve suç şüphesiyle ilişkisini ortaya koyarak, kavramın ceza muhakemesi hukukunda başvuru koruma tedbirleri açısından anlaşılabilir olmasına katkı sağlamaktır. Çalışmada, Türk ve Alman doktrininde konuya ilişkin görüşlere yer verilmiş olup, Türk ve Alman yargı kararları ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarından yararlanılmıştır.

¹ Wilhelm Degener, *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen* (Duncker & Humblot 1985) 47.

² Stefan Seiler, *Strafprozessrecht* (Facultas 2020) 152.

³ Michael Baumann, *Zweckrationalität und Strafrecht* (VS Verlag für Sozialwissenschaften 1987) 256.

⁴ Jürgen Peter Graf, *Strafprozessordnung: Kommentar* (CH Beck 2019) 641.

⁵ Lutz Meyer-Goßner and Bertram Schmitt, *Strafprozessordnung: Kommentar* (CH Beck 2020) 587.

⁶ Urs Kindhäuser and Kay H Schumann, *Strafprozessrecht* (Nomos 2019) 85.

⁷ Claus Roxin, Hans Achenbach, Christian Jäger and Manfred Heinrich, *Strafprozessrecht* (CH Beck 2019) 56.

⁸ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Beta 2020) 382.

I. Koruma Tedbiri Kavramı

A. Genel Açıklamalar

Ceza muhakemesi hukuku, maddi ceza hukukunun aksine maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasında izlenmesi gerekli olan muhakeme usulünü belirlemektedir.⁹ Muhakemenin amacı olan maddi gerçeğe ulaşabilmesi ise insan haklarına saygılı olarak delillerin muhafaza edilmesine bağlıdır.¹⁰

Amacın elde edilebilmesine yönelik olarak ceza muhakemesi süjelerine ve özellikle şüpheli ya da sanığa zor kullanma gerekli görülmektedir.¹¹ Delillerin toplanması ve korunmasına yönelik bazı tedbirlere başvurulması gereklidir.¹² Delillerin karartılmaması ve hükmün maddi gerçeğe uygun olarak verilebilmesi gereken önlemlerin tümü koruma tedbirleri olarak ifade edilmektedir.¹³

B. Koruma Tedbirlerinin Özellikleri ve Koşulları

Bir suçun işlendiği izlenimini veren halin öğrenilmesinden sonra başvuru koruma tedbirlerinin birtakım özellikleri vardır. İlk özelliği, tedbirlerin araç olmasıdır. Tedbirler, cezalandırmanın öne çekilmesi olarak görülmemelidir.¹⁴ Tedbirler, şüpheli veya sanığa ulaşılmasını, delillerin elde edilip muhafaza altına alınmasını, ileride verilebilecek hürriyeti bağlayıcı cezanın yerine getirilebilmesini sağlayan bir araçtır.¹⁵ İkinci özelliği, tedbirlerin zaman yönünden bir sınırı vardır ve her bir koruma tedbiri bu nedenle sürekli olarak devam etmez. Tedbirler, maddi gerçeğe ulaşılmasına katkı sağlamaktadırlar. Beklenen katkı sağlandığı takdirde tedbirin uygulanması son bulur. Diğer ifadeyle kendisinden beklenen hukuki menfaatin elde edilmesiyle birlikte ortadan kalkar.¹⁶ Üçüncü özelliği, tedbirler, niteliğine göre zorla veya muhatabından gizli tutularak uygulanan önlemlerdir. Uygulanması, ilgilinin rızasına bağlı değildir. Muhatabların, tedbirlere katlanma yükümlülükleri vardır.¹⁷ Son özelliği ise, koruma tedbirlerinin uygulanması zorunluluğu bulunmamaktadır. Somut olayın özelliklerine göre ilgili makamlar tarafından değerlendirilerek uygulanmaktadırlar.¹⁸

⁹ Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Yetkin 2020) 46.

¹⁰ Turhan Tufan Yüce, "Zorlayıcı Önlem Teorisi" (1980) 1 (1) DEÜHFD 67, 70.

¹¹ Degener (n 1) 28.

¹² Mustafa Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (Adalet 2020) 589.

¹³ Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Savaş 2019) 251; Yüce (n 10) 70; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin 2020) 256; Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Sermet 1974) 432; Cumhuriyet Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I* (Seçkin 2011) 197; Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı ve Sesim Soyer Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (Seçkin 2019) 25; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin 2019) 305.

¹⁴ Graf (n 4) 642.

¹⁵ Kunter (n 13) 432.

¹⁶ Şahin (n 13) 201.

¹⁷ Toroslu ve Feyzioğlu (n 13) 251.

¹⁸ Faruk Erem, *Ceza Usul Hukuku* (Sevinç 1970) 415.

Ceza muhakemesi hukukunda, başvuru koruma tedbirlerinin her birinin ayrı ayrı koşulları bulunmasının yanında genelinin birtakım ön şartları bulunmaktadır. Bu durum temel hakların korunmasına müdahale eden tedbirlerin kanuni sınırlara sahip olması gerektiği şeklinde yorumlanabilmektedir.¹⁹ İlk koşul, tedbirlerin uygulanabilmesi için belirli düzeyde suç şüphesi bulunmasıdır. Şüphenin koruma tedbirleri yönünden önemi, “şüphe olmaksızın tedbir uygulanamaz” şeklinde vurgulanmaktadır.²⁰ Suç şüphesi bulunmadan koruma tedbirlerine müracaat edilmesi, bireyin hak ve hürriyetine hukuka aykırı müdahale edilmesi şeklinde yorumlanmalıdır.²¹ İkinci koşul, gecikmede sakınca bulunmasıdır. Koruma tedbirleri, muhakemenin yapılması, kararın verilmesi ve kararın yerine getirilmesi için başvuru önlemlerdir. Bu nedenle, ifade edilen amaçlara ulaşılabilmesi bakımından zorunluluk bulunmadığında başvurulmamalıdır.²² Üçüncü koşul, tedbirlerin uygulanmasının görünüşte haklı olması gerekir. Tedbire müracaat edildiği andaki koşullara göre uygulanma şartlarının mevcut olması, tedbire başvurulmasının haklı görünmesi anlamına gelir.²³ Dördüncü koşul, tedbirinin uygulanmasıyla birlikte güvence altına alınmak istenen yarar ile sınırlanan hak arasında bir orantı olması gerekir.²⁴ Koruma tedbirleri temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanması olduğundan hukuk devletinde yapılacak müdahalenin asgari olması tercih edilmelidir.²⁵

C. Değerlendirme

Ceza muhakemesinde koruma tedbirleri, kişinin suçluluğu yargı kararıyla tespit edilmeden önce temel bir hakkın sınırlandırılması sonucunu doğuran ve amacı muhakemenin yapılabilmesini veya ileride verilmesi muhtemel olan hükmün infazının yerine getirilmesini sağlamak olan muhakeme işlemleridir. Tedbirlerin uygulanmasıyla ulaşılmak istenen temel amaçlar, şüpheli veya sanığın hazır bulunmasını ve delillerin karartılmamasını güvence altına almaktır.

Tedbirlere başvurulmasının ve uygulanmasının mevzuata uygun olması gerekir. Tedbirlerin etkisi doğrudan hak ve hürriyet sınırlandırılması olduğundan, koşullarının somut olayda bulunup bulunmadığının belli bir sıraya göre incelenmesi

¹⁹ Markus Wagner, “Das allgemeine Festnahmerecht gem § 127 Abs1 S1 StPO als Rechtfertigungsgrund” (2011) (6) ZJS 465, 475.

²⁰ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Adalet 2020) 324; Ceza muhakemesinde, delillerin kesinlik ifade etmeyecek biçimde yorumlanmasının sonucunda şüphe ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle şüphe kavramının delile dayanması gerekir. Suçun işlendiğini ortaya koymaktan uzak deliller, koruma tedbirlerinin uygulanması için gereken suç şüphesine gerekçe olamaz. Bu nedenle ceza muhakemesinde, beyan, olay, olgu veya belgelerin suçun işlendiği yönünde şüphe oluşturabilmesi için bunların muhakeme konusuyla bağlantılı olmaları gerekir. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 13) 258.

²¹ Erem (n 18) 420.

²² Degener (n 1) 29.

²³ Yenisey ve Nuhoglu (n 13) 310; Koruma tedbirlerine başvurulmasının haklılığı veya haksızlığı, muhakeme sonunda verilecek karara göre belirlenemez. Tedbirlerin haklı olup olmadığı, tedbirin uygulanma şartlarının, tedbire başvurulduğu andaki koşullara göre değerlendirilmesiyle mümkün olmaktadır. Vahit Bıçak, *Suç Muhakemesi Hukuku* (Seçkin 2011) 569.

²⁴ Degener (n 1) 30.

²⁵ Toroslu ve Fezyoğlu (n 13) 252.

gerekir. İlk incelenmesi gereken başvuru tedbirin kanunda yer alıp almadığı olmalıdır. Daha sonra iddia olunan suçla ilişkin şüphenin belli bir yoğunlukta olup olmadığı incelenmelidir. Tedbire başvurulmasının zorunlu olduğunun tespiti, şüphe değerlendirmesinden sonra yapılmalıdır. Tedbirin gerekliliğine karar verildikten sonra dayandığı olgu ve hukuki iradenin yerinde olduğunun ortaya konması gerekir. Diğer ifadeyle tedbirin uygulanmasının görünüşte haklı olması gerekir. Tedbirlere ilişkin yukarıda yer alan koşulların değerlendirilmesi yapıldıktan sonra uygulanmasının orantılı olup olmayacağını değerlendirilmesi yapılmalıdır. Tüm koşullar gerçekleşmesine rağmen orantılılık bulunmadığı takdirde ilgili tedbire başvurulması mümkün değildir.

II. Koruma Tedbirlerinde Orantılılık İlkesi

A. Genel Olarak Orantılılık İlkesi

Orantılılık ilkesi, kaynağını hukuk devletinden alan, adalet ve birey menfaatlerinin korunmasına hizmet eden, kamu idaresi tarafından gerçekleştirilebilecek sübjektif hak ihlallerini engelleyen işlevi nedeniyle tüm hukuk dalları içinde dikkate alınmaktadır.²⁶

Ceza muhakemesinin işleyişinde kamu ile birey menfaatlerinin çatışması söz konusudur. Orantılılık ilkesi iki tarafın menfaatinin karşılığı arasındaki uyuma katkı sağlar.²⁷ Kişi özgürlüğü ve çıkarlarıyla kamu yararının karşı karşıya gelmesini engellemek amacıyla orantılılık ilkesine uyulması gerekir.²⁸

Orantılılık ilkesi, evrensel hukukun bağlayıcı ilkelerinden olup bir gerekliliktir.²⁹

²⁶ Roxin, Achenbach, Jäger and Heinrich (n 7) 56; Koruma tedbirlerinin uygulanmasında orantılılık kavramı 19. yüzyılın sonlarında, Prusya Yüksek İdari Mahkemesi tarafından geliştirilmiştir. Mahkemeye göre, kolluğun, bireylerle olan ilişkilerinde keyfi hareket etmesine karşı bir denge kurulabilmesi gereklidir. Kişinin uğradığı zarar ve kamu çıkarı arasında herhangi bir orantısızlık olmamalıdır. Juan Carlos Da Silva, Albrecht Stange ve Ali Kemal Yıldız, *Tutuklama ve Adli Kontrol Tedbirleri: Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Projesi* (Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü 2014) 90; Orantılılık ilkesi, 1412 sayılı CMUK'a 18.11.1992 tarihinde kabul edilen 3842 sayılı Kanun ile açıkça eklenmiştir. Kanun'un 4. maddesi ile tutuklamayı düzenleyen CMUK'un 104. maddesi yeniden düzenlenmiş ve şu hükmeye yer verilmiştir: "*Soruşturma konusu fiilin önemi veya uygulanabilecek ceza veya emniyet tedbiri dikkate alındığında tutuklama haksızlığa sebep olabileceksé veya tutuklama yerine başka bir yargılama önemi ile amaca ulaşılabilir ise tutuklamaya karar verilemez*". Yürürlükte olan 5271 sayılı Kanun'da tutukluluk koşullarının düzenlendiği md 100/1'de de orantılılık ilkesine yer verilmiştir. "*Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. Ancak, işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.*"

²⁷ Degener (n 1) 31.

²⁸ Yüce (n 10) 73; Benzer görüşü savunan Fransız Danıştay'na göre, istenen amaçla hak ve özgürlüğün sınırlanması arasında orantı olmalıdır. Özgürlük kuraldır, kolluk tarafından sınırlandırılması ise istisnadır. Tedbirin haklı kılınma sebepleri ile kamu düzenine verebileceği zararlar toplanmalı ve ulaşılan toplamın, mevcut risklere karşı alınan önlem olan toplanma yasağının gerisinde kalıp kalmadığına bakılmalıdır. Konuşmacılar tarafından protesto edilme endişesiyle idare tarafından toplantının yasaklanması önlemleri, gerekli olanın ötesine geçmiştir. Conseil d'État, 17413, 19.05.1933.

²⁹ Jochen Rauber, "Verhältnismäßigkeit und völkerechtliche Systembildung" (2015) 75 ZaöRV 259, 263; Ülke kanunlarında orantılılık ilkesi her ne kadar yer alsın bile ulusal üstü hukuk dinamikleri, orantılılık ilkesinin genişlemesini temsil etmektedir. Michele Caianiello, "Il principio di proporzionalità nel procedimento penale" (2014) (3-4) Diritto Penale Contemporaneo 143, 148.

Hem özgürlükçü hem de kamu düzenini koruyucu niteliktedir.³⁰ Bu nedenle koruma tedbirlerinin uygulanmasını gerekli kılan zor kullanma yetkisine belli bir orantı dahilinde başvurulmalıdır.³¹

Muhakeme süreci devam ederken şüpheli veya sanık hakkında aşırı ve dengesiz önlemlerin alınması, telafisi güç ve imkansız zararlara neden olabilmektedir. Bu nedenle başvurulacak tedbir ile beklenen amaç ve fayda arasında uygun ve hakkaniyetli bir denge olmalıdır. Denge, tedbirin devamı sürecinde de göz önünde bulundurulmalıdır.

B. Koruma Tedbirlerinde Orantılılığın Hukuki Mahiyeti

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, ceza muhakemesinde öncelikli olarak koruma tedbirinin uygulanmasına ihtiyaç olduğuna karar verilir. Daha sonra ise hangi tedbirin şüpheli ya da sanığa daha az zarar verebilir sorusuna cevap aranır. Bu nedenle mahkumiyet kararı olmadan özgürlüğün sınırlandırılması tedbirine başvurmada orantılılık, suçun işlendiğine dair somut deliller bulunduktan sonra dikkate alınmalıdır.³²

Koruma tedbirlerine başvurulmasında orantılılığın bulunmaması halinde adalet ilkesine aykırılığın ortaya çıkması kaçınılmazdır. Bu nedenle tedbirlerin uygulanmasıyla birlikte birey özgürlüğünün aşırı derecede kısıtlanmasının engellenmesi amacıyla orantılılık ilkesi oluşturulmuş olup hukuk kurallarının uygulanmasında ana ölçüt olarak kabul görmektedir.³³

Orantılılık ilkesi, koruma tedbirinin uygulanmasının ön koşulu olarak kabul edilmektedir. İlke, tedbirlerin hukuki temelinde yer aldığından, tedbirlere başvurmada orantılılık koşulunun kanunda açıkça yer alması gerekmez.³⁴ İlgili tedbirin şüpheli veya sanığa uygulanması orantılı olmadığına başta Anayasa olmak üzere 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na aykırılık oluşturmaktadır.³⁵

Genel olarak tüm koruma tedbirlerine başvurulabilmesi ve tedbirin uygulanmasına devam edilebilmesi için gerekli olan ortak şartların bulunmasının yanında ilgili tedbire

³⁰ Tobias Singelstein, "Verhältnismäßigkeitsanforderungen für strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen– am Beispiel der neueren Praxis der Funkzellenabfrage" (2012) (12) JuristenZeitung 601, 607.

³¹ Degener (n 1) 47.

³² Bkz. *Ostendorf v Germany* (2013) 15598/08.

³³ Mahmut Koca, "Tutuklamada Oranlılık İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının Adli Kontrol Tedbirinin Değerlendirilmesi" (2003) 5 (2) DEÜHFD 109, 123.

³⁴ Degener (n 1) 48.

³⁵ Ünver ve Hakeri (n 20) 327; Orantılılık, genel olarak tüm koruma tedbirlerinin ortak şartı olmasına rağmen bazı tedbirlerin hak ve hürriyetlere doğrudan etkisi nedeniyle kanun koyucu orantılılık ilkesini açıkça düzenleme gereği duymuştur. Örneğin 5271 sayılı Kanun md 117'ye göre, şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilmesi, aranan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır. Benzer şekilde md 101'e göre, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının tutuklama talebinde adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere yer verilmesi gerekliliği orantılılık ilkesinin koruma tedbirlerinde varlığını zorunlu kılan yasal hükümlere örnek olarak verilebilir. Şahin (n 13) 199.

mahsus ve kanun koyucunun aradığı özel şartlar da bulunmaktadır. Gerekli olan ortak şartlar ifadesinin yerine genel şartlar ya da ön şartlar ifadesi de kullanılabilir. Bu açıdan bakıldığında orantılılık ilkesi de tüm tedbirler için gerekli olan ortak şartlar arasında olduğundan, tedbirlerin uygulanmasının ön şartı olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle orantılılık ilkesi için örneğin yakalama, gözaltı, adli kontrol vb tedbirlerin uygulanmasının koşulu ifadesi yerine ön koşulu ifadesi kullanılmalıdır.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, esas olan tedbire başvurulmadan ceza muhakemesinin işlemesi olduğuna göre tedbire başvuran mercilerin, başvurunun orantılı olduğunu kanıtlamaları gerekir.³⁶ İlk defa tedbire başvurulmasında deliller henüz toplanmamış olduğu için orantılılığa ilişkin gerekçenin çok yoğun olmaması kabul edilebilir iken tedbirin devamına karar verilmesi halinde, delillerin toplanmış olması beklendiği için gerekçenin daha yoğun ve daha derin olması aranmaktadır.³⁷ Orantılılığın somut olayda bulunduğunu ispat yükü karar veren mercilere aittir. Uygulamada deliller toplanmış, tanık, bilirkişi ve diğer kişilerin ifadeleri alınmış olmasına rağmen delillerin henüz toplanmamış olmasına dayanılarak gerekçesiz şekilde tedbirin sürdürülmesine karar verilmektedir. Soyut ve genel gerekçelerle verilen karar, orantılılığın var olduğunun ispat edilemediğini göstermektedir.

Koruma tedbirleri, cezalandırma olarak görülmediğinden yaptırımlar için geçerli olarak “non bis in idem” kuralına tabi değildirler. Fakat aynı eylemden dolayı yeniden koruma tedbirine başvurulmasında orantılılık ilkesinin, uygulanacak tedbire göre yeniden değerlendirilmesi gerekir.³⁸

Koruma tedbirlerine karar verildikten sonra tedbirin gerekli olup olmadığının belli aralıklarla gözden geçirilmesi, bazı suçlarda bazı tedbirlerin uygulanmasının yasak olması, cezası belli miktarın altında olan suçlarda bazı tedbirlerin yasak olması, tedbirlere başvurulmasında karar vericilere takdir yetkisinin tanınması, orantılılık ilkesinin doğrudan sonuçları arasında sayılabilir.³⁹

Ceza muhakemesi hukukunun maddi gerçeğe ulaşma amacı, muhakeme merciine sınırsız bir yetki tanımamaktadır. Hukuk düzenince korunan bir hakka müdahale söz konusu olduğunda, bu müdahalenin sınırlarının ve uygulanma şartlarının kanunla belirlenmesi gerekir. Diğer ifadeyle koruma tedbirlerinde orantılılığın bulunup bulunmadığına ilişkin verilecek kararlarda, muhakeme konusu olayın koşullarının yanında merciinin takdiri de önemlidir. Karar vericilerin iradeleri birbirinden farklılık

³⁶ Bkz BVerfGE 19, 342; Tedbirin uygulanmasının gerekli ve elverişli olması, orantılı olarak uygulandığını göstermemektedir. Orantılılığın ayrıca değerlendirilmesi ve koruma tedbirlerine başvurma gerekçesinde, tedbirin orantılı olarak uygulandığının açıkça yer alması gerekir. Feridun Yenisey, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Tutuklama” (2016) (33) AYD 213, 221.

³⁷ Koca (n 33) 118.

³⁸ Meyer-Goßner and Schmitt (n 5) 582.

³⁹ Yüce (n 10) 74.

göstermiş olsa da orantılılık prensibini ortaya koyacak asgari koşulların kanun metninde yer alması gerekir.⁴⁰

Orantılılık ilkesinin, koruma tedbirlerinde uygulanmasına yönelik olarak pozitif hukuk kurallarının öngörülmesi, ilkenin uygulanabilirliğine tek başına katkı sağlamaktan uzaktır. Kanun koyucu, pozitif hukuk kurallarının birey için en iyi olanını hazırlamakla ve karar mercileri ise bunları en iyi şekilde uygulamakla yükümlüdür. İlkenin tatbikinde etkin hukukilik denetimini öngörmek, hukuki güvenlik hakkının herkes için istikrarlı ve eşit şekilde korunduğunu gösterebilmek gerekir.

Koruma tedbirlerine başvurulmasında ihtiyarılık prensibinin keyfilik olarak yorumlanmaması gerekir. Yetkinin kullanılmasında orantılılık ilkesi hem kısıtlayıcı hem de denetleyici etkiye sahiptir. Tedbirlerin uygulanmasında karar vericilerin takdir yetkisi bulunmasına rağmen orantılılık ilkesinin somut olayda bulunup bulunmadığına ilişkin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Tedbire başvurulması orantılı olmadığında ilgili tedbirin uygulanması yasaktır.⁴¹

Muhakeme sürecinin uzun tutulması, maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasına hizmet etmekten öte hak ve hürriyete zarar vermektedir. Bu nedenle muhakeme işlemleri için süre sınırı konulması, kamu otoritesini orantılı hareket etmeye mecbur bırakır.⁴² Uygulamada soruşturmalar uzun sürdüğünden, şüphelinin mahkeme karşısına çıkarılmadan uzun süre tutuklu kalabilmesi ihtimalini ortadan kaldırmak

⁴⁰ Bernhard Wiesbauer, Verhältnismäßigkeit im Strafverfahren (Universität Wien 2019) 5; Orantılılık ilkesini, feda edilmesi gereken değerler ile elde edilmesi gerekenler arasındaki ölçü olarak tanımlamak, ilkenin uygulanması için yeterli olmaz. Her somut olayda yorumlanmasında yaşanabilecek sıkıntıları engellemek adına, ilkenin rasyonel uygulanabileceği kriterlerin belirlenmesi gerekir. Baumann (n 3) 255; Benzer görüşü savunan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında karar alınırken başvurulacak orantılılığın meşru biçimi şu yöntemle tespit edilmelidir: a) Ulaşılmak istenen amacın yeterli bir öneme sahip olması gerekir; b) Ulaşılmak istenen amaçla getirilen kısıtlama arasında rasyonel bir bağın bulunması gerekir; c) Başvurulan yöntem ulaşılacak istenen amacın gerektirdiğinden kesinlikle daha fazla olmaması gerekir; d) Söz konusu kamu çıkarlarıyla kişisel çıkarlar arasında adil bir dengein sağlanması gerekir; e) Kişinin suçlu olup olmadığının belirlenmesi bakımından verilecek cezayla başvuru tedbirin, homojen yapı içinde olması gerekir. *Huang v UK* (2007) UKHL 11.

⁴¹ Koca (n 33) 124; Örneğin, tutuklu yargılanmanın makul süre sınırını aşmamasını sağlamak mercilerin görevidir. Bu çerçevede merciler, masumiyet karinesini dikkate alarak kamu düzeni açısından gerçek bir ihtiyacın mevcut olduğu veya olmadığı durumlarda, bireysel özgürlük şartına istisna getirilip getirilemeyeceğini belirlemek için tüm koşulları incelemeli ve tutuksuz yargılanma istemi reddedildiğinde, bunu gerekçelendirmelidir. Yakalanan kişinin suç işlediğine dair şüphelenmek için makul sebeplerin devam ediyor olması, alıkoyma halinin sürdürülmesinin olmazsa olmaz koşuludur. Ancak, bir süre sonra bu da yeterli olmaz. Özgürlükten mahrumiyet tedbirini haklı kılmaya devam edip etmediğini tespit etmesi gerekir. Wiesbauer (n 40) 1; Tutuklama, muhakeme sürecinin esenliğine hizmet etmeli, aksamadan yürütülebilmesine katkı sunmalıdır. Aksi halde kesin hüküm giymemiş kişinin uslandırılmaya ihtiyacı yoktur. İlave olarak tutuklama, kişinin tutuklandığını gören başkalarını suç işlemekten caydırmaya hizmet etmez. Tutuklanmanın ceza önlemi olarak kabul edilmesi orantılılık ilkesine zarar verir. Diğer ifadeyle tutuklama tedbirinin cezanın amaçları için kullanılmaması gerekir. Ortaçağ Avrupası'nda sanığa, sanık olarak getirildiği için ceza verilmekteydi. Buna şüphe cezası denilirdi. Suç işleme ihtimalinden dolayı verilen ceza idi. Günümüzde de orantılılık ilkesine uyulmadan bireyin tutuklanması halinde şüpheden dolayı cezalandırma yolu tercih edilmiş olur ki bu durum bireyin Anayasal hukuki güvenlik hakkını ortadan kaldırmaktadır. Karl-Heinz Posthoff, "Verhaftung und Vorläufige Festnahme" Björn Gercke, Karl-Peter Julius, Dieter Temming and Mark A Zöllner (edr) *Strafprozessordnung: Kommentar* (CF Müller 2019) 586.

⁴² Christoph Herbst and Norbert Wess, "Überlange Verfahrensdauer in (gerichtlichen) Strafverfahren – Voraussetzungen, Rechtsbehelfe und Rechtsfolgen" (2015) NWV 237, 250; Muhakeme işlemlerinin makul sürede bitirilmesi şüpheli, sanık ya da Devlet otoritesine değil sadece adalete hizmet eder. Kai A Otto, *Der Anspruch auf ein Verfahren innerhalb angemessener Zeit* (Centaurus Verlag & Media 1995) 4.

amacıyla tutukluluk hali genellikle soruşturma aşamasında sınırlandırılmıştır. Azami tutukluluk sürelerinin mevcut düzenlemede soruşturma aşaması için ayrıca düzenlenmeyip, muhakemenin tümü bakımından geçerli olması, tutukluluk süresinin uzatıldığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Düzenlemeyle, kişilerin özgürlüklerinin güvence altına alınması, tutuklama sürelerinin soruşturma evresinde orantısız olarak uygulanmasının önüne geçilmesi ve uzun süreli tutuklamalarla soruşturmaların sürüncemede bırakılmasının engellenmesi amaçlanmaktadır.

Orantılılık ilkesi dikkate alınmadan başvuru uzun tutukluluk süreleri, muhakemenin sonunda beraat kararı verilmesinin önünde psikolojik bir engel olmaktadır.⁴³ Düzenli olarak tutukluluğun devamına karar veren bir mahkemenin, mahkumiyet hükmü vermek hususunda kendini mecbur hissetmesi mümkündür. Beraat kararı verilmiş olsa dahi uzun tutukluluk halinin varlığı, kararı meşrulaştırmamaktadır.⁴⁴

Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Muhakemenin makul süre içerisinde bitirilmesi hükmünün tutukluluk süreleri içinde geçerli olması gerekir. Buna göre kişinin makul süre tutuklu bırakılabilmesi gerekir. Bu durum orantılılık ilkesinin sonucudur.⁴⁵ Kişi sayısının çokluğu, isnat edilen suçların ağırlığı, delillerin henüz toplanamaması gibi nedenler, kişinin özgürlüğünden uzun süre mahrum bırakılmasının sebebi olamazlar. Sayılan gerekçelerle kişinin uzun süre özgürlüğünden mahrum bırakılması şüpheli ya da sanığın kabahati değildir. Adli kolluk ya da muhakeme makamlarının sürecin işleyişinde etkin olmaları yasal zorunluluktur.

Bazı koruma tedbirlerine ancak belli suçların işlendiği iddiasıyla başvurulabilmesi, orantılılık ilkesinin sonucudur. Sayılan suçların ağırlığına göre kanun koyucu hangi tedbirin uygulanabileceğini düzenleyerek orantılı hareket edilmesini dolaylı olarak ifade etmiştir.⁴⁶

Ceza muhakemesinin belli bir gayesi bulunur ve her koruma tedbiri de buna hizmet eder. Gayenin gerçekleştirilmesi amacını taşımayan tedbirler kaba kuvvetten farklı değildir.⁴⁷ Orantılılığının değerlendirilebilmesi için tedbirin uygulanmasının

⁴³ Degener (n 1) 130.

⁴⁴ Posthoff (n 41) 586.

⁴⁵ Degener (n 1) 199.

⁴⁶ Sabine Gless, "Heimliche Ermittlungsmaßnahmen im Schweizer Strafprozess" (2012) 124 (2) ZSTW 440, 448; Örneğin 5271 sayılı Kanun md 100/3'te sayılan suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilmektedir. Katalog suçlarda kanun koyucu kaçma şüphesi hakkında yasal karine kabul etmiştir. Ancak bu durum tutuklama kararı vermede ihtiyarılığa zarar vermemelidir. Tuğrul Katoğlu, "Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar" (2011) (4) ABD 19, 22; Katalog olarak sayılan bu suçlarda, tutuklama nedenlerinin açıkça ortaya konulması gerekli olmasa da tedbire başvurulmasında orantılılık ilkesinin yine de dikkate alınması gerekir. Ersan Şen ve Bilgehan Özdemir, *Tutuklama* (Seçkin 2011) 168.

⁴⁷ Degener (n 1) 27.

amacının önceden belirlenmiş olması zorunludur. Amacın belirsiz olması ya da ortadan kalkmasına rağmen tedbirin uygulanmaya devam etmesinde orantılılık yoktur. Örneğin başlangıçtaki tutuklama nedenleri belli bir süreye kadar tutukluluğun devamı için gerekli görülebilirse de bu süre geçtikten sonra, uzatmaya ilişkin kararlarda tutuklama nedenlerinin hala devam ettiğinin gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir. Bu gerekçeler ilgili ve yeterli görüldüğü takdirde, muhakeme sürecinin özenli yürütülüp yürütülmediği de incelenmelidir.⁴⁸ Tedbirlere başvuru amacının ceza muhakemesinin işleyişine doğrudan katkı sağlaması gerekir. Amacın keyfi olarak belirlenmesi, tedbirin uygulanmasının sonucunda bireye verilebilecek zararın da keyfililiğine neden olur. Bu duruma orantılılık ilkesinin gerekçe olarak gösterilmesi adalet duygusuyla çelişir.

İlgili tedbire başvurulmasında kanun koyucunun ek koşullar araması, orantılılık ilkesiyle açıklanmalıdır. Örneğin iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için başka türlü delil elde etme imkanının bulunmaması gerekir. Kanun koyucu, iletişimin denetlenmesinin hak ve hürriyete ciddi şekilde zarar verdiğinin bilincindedir. Bu nedenle karar vericilere, amacın başka ama daha hafif bir tedbirle giderilme ihtimalini araştırma yükümlülüğünü getirmektedir.

Koruma tedbirine başvurma yasağının kabul edilmesi orantılılık ilkesiyle açıklanabilir. Örneğin 5271 sayılı Kanun md 100/4'e göre adli para cezasını gerektiren suçlar ile vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenenler hariç olmak üzere üst sınırı iki yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı tutuklama kararı verilemez. Aynı şekilde 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'na göre, onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında, üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı tutuklama kararı verilemez.⁴⁹

Bazı koruma tedbirlerinde sürenin öngörülmesi orantılılık ilkesiyle açıklanabilir. Kanun koyucunun iradesiyle tedbirin süreli olarak kabul edilmesi, amacın elde edilmesi uğruna hak ve hürriyetin belirsiz şekilde sınırlandırılmasını engellemektedir.⁵⁰ Orantılılık ilkesi, masumiyet karinesine hizmet ettiği için tedbirin makul süre uygulanması, birey üzerinde oluşabilecek suçlu sıfatını da ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle kanun koyucunun, tedbir için süre öngörmesi ve kanunda yer alan süreye karar vericilerin uyması orantılı hareket edildiğini göstermektedir. Ancak ilgili tedbire ilişkin olarak kanunda yer alan sürenin orantılı olup olmadığının da belirlenmesi gerekir. Uygulamada özellikle tutuklama tedbiri için kanunda öngörülen süre, genellikle maddi gerçeğe ulaşma diğer ifadeyle muhakemenin sona ermesi

⁴⁸ Da Silva, Stange ve Yıldız (n 26) 92; Benzer görüş için bkz Anayasa Mahkemesi, 2012/1303, 21/11/2013; Benzer görüş için bkz Alman Federal Anayasa Mahkemesi, BVerfGE 55, 349.

⁴⁹ Ünver ve Hakeri (n 20) 329; Adli para cezasını ve belli miktarı aşmayan hapis cezasını gerektiren suçlarda tutuklama yasağını getirilmesine rağmen güvenlik tedbirlerine başvurulabilecek hallerde tutuklama yasağının kabul edilmemesi orantılılık ilkesine uygun düşmemektedir. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 13) 287.

⁵⁰ Posthoff (n 41) 586.

beklenen tarihe göre hesap edilerek düzenlenmektedir. Bu durum açıkça orantılılık ilkesinin ihlalidir. Tutuklama tedbirlerinde sürenin, delillerin muhafaza edilmesi beklenen zamana göre hesap edilerek kanunda yer alması gerekir.

C. Koruma Tedbirlerinde Orantılılık İlkesini Açıklayan Görüşler

1. Genel Açıklamalar

Hak ve hürriyetin sınırlandırılmasında makul olma şeklinde ifade edilebilecek orantılılık ilkesi, doktrin tarafından ve yargı kararlarında değişik ifadelerle açıklanmaktadır. Bir görüşe göre, koruma tedbirlerinin uygulanmasıyla birlikte muhatabına belli yoğunlukta zarar verilmektedir. Verilen zararın, ilgisine katlanılabilir yükümlülükler getirmesi orantılılık olarak ifade edilmektedir.⁵¹ İkinci görüşe göre, tedbirin uygulanması sonucunda, amaçlanan fayda ile muhatabına verilebilecek zararın dengeli olması orantılılık olarak ifade edilmektedir.⁵² Üçüncü görüşe göre, tedbirin uygulanmasıyla elde edilecek faydanın daha hafif tedbirin uygulanmasıyla elde edilmesi orantılılık olarak ifade edilmektedir.⁵³ Dördüncü görüşe göre, tedbirlerin uygulanmasının gerekliliğine karar verildikten sonra ihtiyaç olan tedbire başvurulması orantılılık olarak ifade edilmektedir.⁵⁴ Beşinci görüşe göre, tedbirlerin uygulanmasında kamu menfaatlerinin öne çıkartılması orantılılık olarak ifade edilmektedir.⁵⁵

2. Orantılılık İlkesini, Zararın Katlanılabilir Olması Olarak Açıklayan Görüş

Orantılılık, başvuru tedbirin katlanılabilir olması şeklinde ifade edilebilir. Koruma tedbirleriyle ulaşılmak istenen amaca katkı sağlayan ve kişilere en az yükümlülük getiren yumuşak araçlar kullanılmalıdır.⁵⁶

Koruma tedbirleri hükmün kesinleşmesiyle ya da mahkûmiyet dışında bir hüküm verilmesiyle birlikte ortadan kalkmaktadır. Buna bağlı olarak denilebilir ki tedbirler,

⁵¹ Thomas Reuter, “Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne – das unbekannte Wesen” (2009) (7) JURA 511, 511; Meyer-Göbner and Schmitt (n 5) 587.

⁵² Wiesbauer (n 40) 4; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 13) 280; Caianiello (n 29) 151; Bıçak (n 23) 569; Baurmann (n 3) 256; Tobias Singelstein, “Zur Konstitutionalisierung im Strafrecht” (2011) (60) *Annales* XLIII 33, 43; Yenisey ve Nuhuğlu (n 13) 309; Yüce (n 10) 73; Toroslu ve Feyzioğlu (n 13) 252; Erem (n 18) 420; Mike Wienbracke, “Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz” (2013) (2) *Zeitschrift für das Juristische Studium* 148, 153; Seiler (n 2) 160; Kindhäuser and Schumann (n 6) 137; Degener (n 1) 116.

⁵³ Da Silva, Stange ve Yıldız (n 26) 11; Kunter (n 13) 453; Şen ve Özdemir (n 46) 168; Yenisey (n 36) 226; Ulrike Busse, *Frühe Strafverteidigung und Untersuchungshaft* (Universitätsverlag Göttingen 2008) 16; Rauber (n 29) 263; Bahri Öztürk, “Tutuklama Sebepleri” (1988) 7 (24) *MBD* 3, 5; Meltem Nizamoglu, “Tutuklama Tedbirinde Orantılılık İlkesi” (2000) 13 (2) *TBB* 481, 481; Nur Centel, “Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler” (1994) 8 (1-3) *MÜHD* 69, 93; Özen (n 12) 596; Centel ve Zafer (n 8) 383; Christian Bertel, Andreas Venier and Alexander Tipold, *Strafprozessrecht* (Manz 2020) 89; Graf (n 4) 656.

⁵⁴ Koca (n 33) 118; Şahin (n 13) 202; Meyer-Göbner and Schmitt (n 5) 586.

⁵⁵ Bkz Anayasa Mahkemesi, 2012/1137, 02/07/2013.

⁵⁶ Reuter (n 51) 511.

suçluluğu henüz sabit olmayan, masum olan kişiye uygulanmaktadır. Bu nedenle tedbirin uygulanmasıyla birlikte amaçlanan şeyin ne olduğu, karar vericiler tarafından doğru belirlenmelidir. Amaç uğruna şüpheli ya da sanığa katlanılamaz yükümlülükler getirmesinin önüne geçilmesi gerekir.⁵⁷

3. Orantılılık İlkesini, Menfaatlerin Dengesi Olarak Açıklayan Görüş

Orantılılık, yöntemle hedefin dengeli olmasıdır.⁵⁸ Başvurulan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.⁵⁹ Koruma tedbirlerine başvurulmasıyla elde edilmek istenen fayda ile tedbirin uygulanmasının sonucunda muhataba verilebilecek zarar arasında bir denge bulunmalıdır.⁶⁰

Tedbirlerin uygulanmasındaki amaç, yakın tehlikenin neden olabileceği riskten ceza muhakemesinin işleyişini korumaktır. Başvurulan araç ise hak ve hürriyetlerde yapılmak zorunda kalınan kısıtlamaların sebebi olan tedbirlerdir.⁶¹ Tedbire karar verilmesinde orantılılığın, temel hak ve hürriyetlere yönelik müdahale ile işin önemi ve muhakeme neticesinde verilmesi beklenen ceza ya da güvenlik tedbirleri arasında bulunması aranmaktadır.⁶²

Orantılılık ilkesi sayesinde, ceza muhakemesinin sağlıklı yürütülmesiyle bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge sağlanmış olur.⁶³ Sanığa isnat edilen suçun niteliği, sanığın ekonomik ve toplumsal durumu, muhakeme sırasında geliştirdiği tutum, uygulanacak tedbirin belirlenmesinde orantılı hareket edildiğini göstermektedir.⁶⁴

⁵⁷ Meyer-Goßner and Schmitt (n 5) 587; Benzer görüş için bkz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. Orantılılık, tedbirin ilgililerle ölçsüz bir yükümlülük getirmemesini ve katlanılamaz nitelikte olmaması gerektiğini ifade etmektedir. *Buck v Almanya* (2005) 41604.

⁵⁸ Seiler (n 2) 160.

⁵⁹ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 13) 280; Caianiello (n 29) 151; Öztürk, Kazancı ve Güleç (n 13) 35.

⁶⁰ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, Öze Sırma ve Yasemin Saygılar, *Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin 2010) 281; Bıçak (n 23) 569; Ünver ve Hakeri (n 20) 327; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 13) 280; Baumann (n 3) 256; Singelstein, "Zur Konstitutionalisierung im Strafrecht" (n 52) 43; Örneğin yakalama tedbirinde kolluk, kişinin kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri almak yetkisine sahiptir. Bu tedbirlerin makul olması gerekir. Benzer şekilde gözaltı tedbiri, her bir bireysel vakada orantılı olduğunun belirlenmesi üzerine uygulanabilir. Tedbir uygulanmadığında delillerin muhafaza edilmesine yönelik tehlike ile kişinin özgürlüğünün sınırlandırılması arasında makul bir dengenin bulunması gerekir. Yenisey ve Nuhoglu (n 13) 324; 5271 sayılı Kanun md 248/1'e göre, kaçığın Cumhuriyet savcısına başvurmasını veya duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla Türkiye'de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına amaçla orantılı olarak elkonulabilir ve gerektiğinde idaresi için kayyum atanır. Uygulanan elkoyma tedbirinin sonucunda ortaya çıkabilecek zararın elde edilebilecek faydadan daha ağır olmaması gerekir. Öztürk, Kazancı ve Güleç (n 13) 207.

⁶¹ Yenisey ve Nuhoglu (n 13) 309.

⁶² Soyaslan (n 9) 334; Başvurulan koruma tedbiri ile işin önemi ve tedbirin muhatabı olan kişiye verilecek muhtemel ceza arasında dengenin bulunması gerekir. Diğer ifadeyle amaçla-arac, yöntemle-hedef arasında orantı bulunmalıdır. Tedbirin tüm yönleriyle göz önünde tutulması koşulu ile somut olayda ulaşılmak istenen hedefe elverişli ve bu hedef için gerekli olmasını ifade eder. Tedbirin gerektirdiği müdahale ile işin önemi ve ortaya çıkan suç işleme şüphesinin yoğunluğu arasında orantının bulunması gerekir. Bu durum hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Yüce (n 10) 73; Benzer şekilde adli kontrol tedbirinin (5271 sayılı Kanun md 109) madde gerekçesinde tedbirin temel amacının, kamu düzeni ile kişi hürriyeti arasında denge kurmak suretiyle tutuklama tedbirinin yerini almak olduğu ifade edilmektedir.

⁶³ Degener (n 1) 116.

⁶⁴ Kindhäuser and Schumann (n 6) 137.

Koruma tedbirlerine orantısız başvurulması yasadışıdır. Karar vericilerin yetkilerini kötüye kullanmalarıdır.⁶⁵ Bu nedenle ilkenin uygulanıp uygulanmadığının somut olayda denetlenebilir olması gerekir.⁶⁶

Kanun koyucunun orantılılık ilkesini kabul etmesi, hak ve hürriyetlerin korunması adına tek başına yeterli olmamaktadır. İlkenin zarar görmemesini engelleyecek, telafi edici ya da tazmin edici hükümler de kabul edilmelidir. Tedbirlerin orantılı olmayan uygulamalarından doğacak zararlardan sorumluluğa gidilebilmesini içeren hükümler bulunmalıdır.⁶⁷

Yargıtay, orantılılık ilkesini, elde edilecek fayda ile bireye verilecek zarar arasındaki denge olarak benimsemektedir. *“Koruma tedbirlerinin araç olma özelliğinin sonucu olarak bu tedbirlere ancak zorunlu hallerde başvurulabileceğinde bir tereddüt bulunmamakta, bu nedenle bu tedbirlere başvurulması sırasında orantılılık ilkesinin gözetilmesi, yani bu tedbirlere başvurmak suretiyle elde edilecek yarar ile bu tedbirlerin kişi üzerindeki sonuçları arasında bir denge, oran bulunması gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır.”*⁶⁸

4. Orantılılık İlkesini, Daha Hafif Tedbiri Uygulama Olarak Açıklayan Görüş

Ceza muhakemesinde delillerin ortaya çıkartılması ve muhafaza edilmesi amacıyla hak ve hürriyetlere asgari müdahale edilmesi masumiyet karinesiyle açıklanmaktadır.⁶⁹ Koruma tedbirleri alanında bu ilke, orantılılık ilkesinin anlaşılmasının ve daha geniş çapta ise herhangi bir suçtan dolayı suçlu bulunmamış kişilerin haklarının kısıtlanması bakımından, özgürlük yanlısı bir yorumun zemininde yer almaktadır.⁷⁰ Özgürlük yanlısı yaklaşım, daima mümkün olan daha az müdahaleci tedbirlerin tercih edilmesine imkân sağlar.⁷¹

⁶⁵ Singelstein, “Zur Konstitutionalisierung im Strafrecht” (n 52) 44.

⁶⁶ Erem (n 18) 420; Denetimin rasyonel bir şekilde yürütülmesi gerekir. Elde edilecek fayda ile bireye verilecek zarar arasındaki denge matematiksel bir süreç değildir. Bu sürecin kişisel, politik veya ahlaki değil, hukuki bir süreç olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle öncelikli olarak tartışılması gereken hukuki pozisyonların, diğer ifadeyle çatışan değerlerin belirlenmesi gerekir. Daha sonra bu değerlerin tartışılmasına geçilir. Tedbirin uygulanmasının amacı olan tehlikenin boyutu ile birey özgürlüğüne getirilecek kısıtlamalar karşılaştırılmalıdır. Birey özgürlüğüne getirilecek kısıtlama ne kadar geniş ise elde edilmek istenen faydanın da o kadar geniş olması gerekir. Yüksel Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?” (2017) (7) SDÜHFD 1, 15.

⁶⁷ Wienbracke (n 52) 153.

⁶⁸ Bkz Yargıtay 5 CD 16791/516, 17.01.2014; Benzer görüş için bkz Anayasa Mahkemesi. *“Başvurucu, milletvekili seçildiği tarihten ... tarihine kadar ... gündür tutukludur. Tutuklama yerine öngörülen adli kontrol hükümlerinin başvuru lehine de uygulanma imkânı ortaya çıkmıştır. Buna rağmen, anılan kararlarda hedeflenen meşru amaçla yapılan müdahale arasında gözetilmesi gereken denge açısından, mevcut adli kontrol tedbirlerinin yeterince dikkate alınmadığı sonucuna varılmıştır. Bu durumda, tutukluluğun devamına karar verilirken yargılamanın tutuklu sürdürülmesinden beklenen kamu yararı ile başvurusunun seçilme ve milletvekili olarak siyasi faaliyette bulunma hakkı arasında ölçülü bir denge kurulmadığı ve bu nedenle tutuklu kaldığı sürenin makul olmadığı sonucuna varılmıştır.”* Anayasa Mahkemesi, 2016/22169, 30.06.2017.

⁶⁹ Friedrich-Christian Schröder and Torsten Verrel, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Çeviren Salih Oktar) (Yetkin 2019) 125.

⁷⁰ Graf (n 4) 656.

⁷¹ Da Silva, Stange ve Yıldız (n 26) 11.

Koruma tedbirine başvurulmasının orantılı olmasından anlaşılması gereken, amaca ulaşmayı sağlayan daha hafif bir tedbir varsa daha ağırına başvurulamamasıdır.⁷² Hukuk devleti, özgürlüğün kısıtlanmasının şartları gerçekleşse dahi bireyin bu kısıtlamadan en az zararlar kurtulmasını hedef tutan bir anlayışa sahiptir.⁷³ Somut olayda ilgili tedbirin koşulları oluşsa dahi muhatabına en az zararı verebilecek olan tedbirin tatbik edilmesi gerekir.⁷⁴ Örneğin, gözlem altına alma kararı gerekli ise uygulanmalıdır. Kişinin akıl hastası olup olmadığı başka türlü ortaya çıkartılabiliyorsa bu tedbire başvurmak orantılılık ilkesine aykırılıktır.⁷⁵

Tedbire karar veren kişi, amaçlanan şeyin hak ve hürriyetlere daha az zararı olabilecek bir başka tedbirle elde edilebileceğini belirlediğinde o tedbire karar vermelidir.⁷⁶ Örneğin adli kontrol, şüpheli veya sanığın, tutuklama koşullarının varlığı ve tutuklama ile ulaşılabilecek amaçlara uygun olduğu takdirde, kanunda sayılı bir veya birkaç yükümlülüğe tabi tutulmasıdır. Ceza muhakemesi hukukuna göre, tutuklanmayı gerektiren koşulların oluşması halinde, şüpheliye veya sanığa tutukluluğa nazaran daha hafif nitelikte bir tedbir uygulanmasını sağlama ve alternatif tedbir olarak adli kontrol kurumunun yaratılması orantılılık ilkesinin gereği olarak görülmelidir.⁷⁷

Adli kontrol hükümlerinin uygulanmasının yetersizliğinden söz edilerek tutuklama kararı verilmemelidir. Orantılılık ilkesinin tutuklamanın bir şartı olduğu dikkate alınarak, adli kontrolün hangi nedenlerle yetersiz kaldığına ilişkin gerekçe gösterme yükümlülüğüne uyulmalıdır. Nedenlerin somut ve olgusal biçimde

⁷² Kunter (n 13) 453.

⁷³ Özen (n 12) 596.

⁷⁴ Şen ve Özdemir (n 46) 168.

⁷⁵ Yenisey (n 36) 226; Daha hafif koruma tedbirine başvurmak her ne kadar orantılılık ilkesinin gereği olarak açıklansa da hafif tedbire başvurulabilmesi için tedbirin kanunda yer alması gerekir. Aksi halde karar mercii, kanun koyucunun iradesinin dışına çıkarak kişi özgürlüğünü keyfi yere kısıtlamaktadır. Koca (n 33) 115; Ceza muhakemesinde koruma tedbirleri kanun ile belirlenmiştir. Muhakeme organlarının, kanunda öngörülme-yen bir tedbire karar vermesi ya da kanunda olan bir tedbire benzetilerek başka tedbirlere karar verilmesi kıyas yapılması olup kanunilik ilkesine aykırı olduğu gibi orantılı da olmamaktadır. Rauber (n 29) 263.

⁷⁶ Toroslu ve Feyizioğlu (n 13) 252; Hüküm kesinleşmeden kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılması haksızlıktır. Ancak kaçmasını, delilleri yok etmesini engellemek de zorunluluk olduğundan tutuklama tedbiri zorunlu haksızlık olarak ifade edilebilir. Tutuklama kararını vermek bu nedenle adli makamların mecbur kaldığı bir durum olarak görülmelidir. Mecbur kalınan bu durumda başka türlü, daha az etkisi olan tedbirle telafi edilmesi mümkün olduğunda bile aynı tedbire başvuru ise sadece haksızlık olarak düşünülmelidir. Erem (n 18) 419.

⁷⁷ Öztürk (n 53) 5; Adli kontrol tedbiri ile tutuklama tedbiri aynı amaca sahip olmalarına karşın karar vericilerin, tedbirin ağırlığını göze alarak tutukluluk halini, öncelikli uygulanması gereken koruma tedbiri olarak düşünmeleri orantılılık ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Nizamoglu (n 53) 481; Adli kontrol tedbiri tutuklamaya göre kişinin özgürlüğüne dolaylı olarak müdahale ettiğinden tutuklama ile elde edilmek istenenler adli kontrol tedbiri ile sağlanabiliyorsa orantılılık ilkesi gereğince, tutuklama kararı yerine adli kontrole hükmetmek gerekmektedir. Centel (n 53) 93; Benzer görüş için bkz Anayasa Mahkemesi. "Somut olayda tutuklamaya karar verilirken tutuklama kararında başvuruçunun oğlunun çocuk olduğunun dikkate alındığına dair herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla başvuruçunun tutuklanmasına karar verilirken uluslararası sözleşme ve belgelerde yer alan ilkelere riayet edildiği, bu bağlamda diğer koruma tedbirlerinin uygulanmasının yetersizliğinden bahsedilirken başvuruçunun yaşının dikkate alındığı söylenemeyecektir. Tutuklama kararında sulh ceza hâkimi tarafından ileri sürülen gerekçeler; tutukluluk tedbirinin -başvuruçunun oğlunun yaşı bakımından- özellikle iç hukukun gerektirdiği üzere son çare olarak kullanıldığının düşünülmesine imkân vermemektedir. Ayrıca tutuklama kararı veren hâkimliğin başvuruçunun tutuklanmasına karar verirken öncelikle tutuklamadan başka tedbirleri öngördüğü anlaşılmamaktadır. Bu gerekçelerle tutuklamanın ölçülü olmadığı sonucuna varılmıştır." Anayasa Mahkemesi, 2015/19167, 10/09/2019.

tutuklama kararında gösterilmesi gerekir. Adli kontrolün yetersizliğine ilişkin yeterli gerekçenin olmadığı noktada, tereddütsüz bir şekilde tutuklama yerine adli kontrole başvurulmalıdır.

“Orantılılık ilkesine uygundur” düşüncesiyle salt adli kontrol kararının verilmesi yeterli değildir. Orantılılık ilkesi, genel bir ilke olup, adli kontrol tedbiri kapsamında yer alan yükümlülükler açısından da geçerli olan bir ilkedir. Yükümlülüklerin de ilgisine orantılı şekilde uygulanması gerekir. Kişi hürriyetini tam manasıyla sınırlandırmamak suretiyle veya daha geniş bir ifade ile kişinin belirlenen yükümlülüklerle uymak kaydıyla toplumsal ve bireysel yaşamını olağan şekilde sürdürmesine olanak sağlanmalıdır. Adli kontrol kararının verildiği hallerde, tutuklama kararının niteliğine ve somut olayın koşullarına göre; şüpheli veya sanık, birey hak ve özgürlüklerine en az müdahaleyi gerektiren yükümlülüklerle ve soruşturma ve kovuşturma konusu suçun niteliğine uygun düşen tedbirlere tabi kılınmalıdır. Bir koruma tedbiri olması nedeniyle, adli kontrol tedbiri de geçici olup, bunu haklı kılan şartlar ortadan kalkınca bu tedbirin de kaldırılması gerekir.

İşlendiği iddia edilen eylemin ağırlığına göre uygulanan koruma tedbirinin ağır olması orantılılık ilkesini ihlal etmez. Eylemin ağırlığına göre tedbir de ağır olabilir. Ancak muhatabına daha az zarar verici tedbirin sonuçlarının aynı olması beklendiğinde bir üst tedbire başvurmak orantılı olmamaktadır.⁷⁸

Adli kontrol, tutuklama tedbirinin şüpheli ya da sanık üzerinde yaratabileceği olumsuzlukları engelleme düşüncesiyle tutuklamanın işlevini görecektir alternatif bir tedbirdir. Adli kontrolün amacı ve hukuki niteliği tutuklamanın amacı ve hukuki niteliği ile benzerdir. Şüpheli veya sanığın kaçmasını veya delilleri karartmasını önlemek, muhakemenin sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilmesini veya muhakeme sonunda verilecek hükmün yerine getirilmesini sağlamaktır. Her iki kurumun da benzer işlevi görmesine rağmen Ceza Muhakemesi Kanunu’nda adli kontrol tedbirinin yer almasının temel sebebi, gereksiz şekilde başvuru ya da uzatılan hatalı tutuklama tedbiri tatbikinin önüne geçmektir.

5271 sayılı Kanun’da yer alan bazı koruma tedbirlerinde kanun koyucu, tedbirin uygulanabilmesi için “başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması” koşulunu aramaktadır.⁷⁹ Sayılan tedbirler, bireyin hak ve özgürlüğüne daha ağır zarar verebileceğinden, delillerin muhafaza edilebilmesi için uygulanabilecek başka tedbirler varsa, bu tedbirlerin uygulanmaması orantılılık ilkesiyle açıklanabilmektedir.⁸⁰

⁷⁸ Busse (n 53) 32; Tedbirin orantılılığı, muhakemenin ilerleyen dönemlerinde yeniden değerlendirilmelidir. Örneğin muhakeme süreci şüpheli ya da sanık lehine değişir ve tedbirin devamına duyulan ihtiyaç, şüpheli ya da sanığa verilebilecek zararın gerisinde kalırsa, uygulanan koruma tedbiri ya geri alınmalı ya da verilebilecek muhtemel zararın dengesinde olan bir başka tedbire karar verilmelidir. Muhakeme süreci şüpheli ya da sanık aleyhine değişir ise bu durumda daha ağır bir tedbire de başvurulabilir. Yenisey ve Nuhoğlu (n 13) 310.

⁷⁹ Bkz Teknik araçlarla izleme (md 140), İletişimin denetlenmesi (md 135), Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (md 139), Bilgisayarlar, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma md 134).

⁸⁰ Centel ve Zafer (n 8) 383.

5. Orantılılık İlkesini, İhtiyaç Olan Tedbire Başvurulması Olarak Açıklayan Görüş

Ceza normuna aykırılık dolayısıyla kamu düzeni ihlal edilir. Düzenin yeniden tesis edilmesi aşamasında koruma tedbirlerine, ihtiyacın gerektirdiği ölçüde başvurulmalıdır. Tedbirin, ihtiyaçla orantılı olması gerekir. İlke, ihtiyaç olan tedbire başvurma konusunda karar vericileri zorlamaktadır. Bu nedenle orantılılık prensibi, hukuk devletinde aşırılık yasağıdır.⁸¹ Örneğin arama yapılan yere zarar verilmesi, koşulları bulunmadan kapalı mekanlarda arama yapılması; delil olarak kullanılacak olandan fazla eşyaya elkonulması halinde orantılılık ilkesi ihlal edilmektedir.⁸²

6. Orantılılık İlkesini, Kamu Yararının Korunması Olarak Açıklayan Görüş

Anayasa Mahkemesi tarafından ileri sürülen görüşe göre, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkında daha ağır basan gerçek bir kamu yararının mevcut olması durumunda koruma tedbirinin uygulanması haklı bulunabilir. Özellikle tutuklama tedbirinde sürenin uzunluğu kamu yararı gerekçe gösterilerek orantılı kabul edilebilir.⁸³

Kamu yararını öne çıkartarak orantılılık ilkesinin tanımlanması doktrin ve yargı kararlarında eleştirilmektedir. Muhakeme süresini daraltmak amacıyla oluşturulan makul süre kavramı keyfi tutumların önüne geçmek amacını taşır.⁸⁴ Koruma tedbirlerine başvurulmasında şüpheli veya sanığa verilecek zarar, topluma sağlayacağı yarardan ağır olduğunda kamu yararının gözetilmesi amacıyla, orantılılığın var kabul edilmesi hukuka aykırıdır. Orantılılık ilkesinin kamu yararı lehine, kişi aleyhine bozulabilmesi yerinde değildir. Özellikle tutuklama koruma tedbirinde kamu yararını gerekçe göstererek birey özgürlüğünü kısıtlamak, kişiyi cezalandırmak olarak kabul edilmelidir.⁸⁵

⁸¹ Meyer-Goßner and Schmitt (n 5) 586.

⁸² Koca (n 33) 118.

⁸³ Bkz Anayasa Mahkemesi, 2012/1137, 02.07.2013.

⁸⁴ Otto (n 42) 167.

⁸⁵ Graf (n 4) 657; Benzer görüşü savunan Yargıtay'a göre kamu yararı gerekçe gösterilerek birey özgürlüğü aleyhine tercihte bulunmak, orantılılık ilkesiyle açıklanamaz. "Ceza yargılamasının bir başka temel dayanağı da, kamu yararı ve birey yararı arasındaki duyarlı dengiyi kollayan ölçülülük ilkesidir. Bu ilke gözetilmez ve kamu yararı birey zararına işletilirse, haklar ve değerler örselenir; birey yararı toplum zararına kayırılsa yargılama kilitlenebilir ve dolayısıyla her iki durumda da hukuk barışı tehlikeye düşer." Yargıtay CGK, 6-322/343, 19.12.1994.

7. Değerlendirme

Koruma tedbirlerinin uygulanmasının temel amacı, maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasını sağlayan delillerin karartılmasını engelleme düşüncesidir. Bu düşünceden yola çıkarak hangi tedbirin uygulanabilir olduğuna orantılılık ilkesi katkı sağlamaktadır. Örneğin tutuklama yerine geçen seçeneklerin değerlendirme dışı bırakılarak şüpheli veya sanığa tutuklama tedbirinin uygulanması orantılı olmamaktadır.

Koruma tedbirlerinde orantılılığı, tedbirin uygulanmasına bağlı olarak kazanımın, tedbirin uygulanacağı kişiye verilebilecek zararlar aynı veya daha ağır olması şeklinde tanımlamak gerekir. Bu nedenle orantılılığın açıklanmasına yönelik olarak doktrinde ve yargı kararlarında yapılan tanımlamalar içerisinde, orantılılığı, menfaatlerin dengelenmesi olarak kabul eden görüş yerindedir. Kamu ve birey menfaatleri arasında, orantılılık ilkesi sayesinde denge kurulurken hem adalet hem de insan onurunun korunması ilkelerine katkı sağlanmış olmaktadır.

D. Koruma Tedbirlerinde Orantılılığın İşlevi

1. Genel Açıklamalar

Orantılılık ilkesine bağlı kalınarak koruma tedbirine başvuru hakkının sınırlandırılması, ilke olarak maddi gerçeğe ulaşmada kesintiye neden olmaz. Masumiyet karinesine uygun olarak birey hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılmasında keyfilik önlenmiş olur.⁸⁶

Orantılılık ilkesinin, tedbirlerin uygulanmasında neden gerekli olduğunu açıklayan doktrin ve yargı kararlarında değişik görüşler bulunmaktadır. İlk görüşe göre orantılılık, koruma tedbirlerine muhatap olan kişilerin sahip olduğu hakların güvencesi işlevini görmektedir.⁸⁷ İkinci görüşe göre orantılılık, özgürlüğün sınırlandırılmasını telafi etme işlevine sahiptir.⁸⁸ Üçüncü görüşe göre orantılılık, özgürlüğün sınırlandırılmasına yönelik olarak verilen kararları meşrulaştırmaktadır.⁸⁹

2. Hakların Güvencesi Olma İşlevi

Orantılılık ilkesi, temel hak ve hürriyetlere yapılan sınırlandırmanın sınırı olarak ortaya çıkmıştır. Buna göre sınırlamalar, öngörüldükleri amaç dışında kullanılamamaktadır.⁹⁰

⁸⁶ Wagner (n 19) 465.

⁸⁷ Busse (n 53) 6; Metin (n 66) 67; Koca (n 33) 124; Yenisey (n 36) 227; Kindhäuser and Schumann (n 6) 138; Graf (n 4) 656.

⁸⁸ Roxin, Achenbach, Jäger and Heinrich (n 7) 57.

⁸⁹ Caianiello (n 29) 163; Da Silva, Stange ve Yıldız (n 26) 12.

⁹⁰ Posthoff (n 41) 593.

Hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasının amacı ile sınırlama önlemi arasında var olan ilişkinin denetlenmesini, hukuk devletinin gerektirdiği rasyonel esaslara bağlayarak, keyfi sınırlamaları önleyici bir fonksiyonu, orantılılık ilkesi yerine getirmektedir.⁹¹

Ceza muhakemesinde tedbirlere başvurulması her ne kadar hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması olarak kabul edilse de orantılılık ilkesi doğru bir şekilde uygulandığında temel hakların etkisinde bir azalma söz konusu olmamaktadır.⁹²

Koruma tedbirlerinde orantılılık ilkesinin uygulanmasıyla birlikte, hukuk devletinin özünü oluşturan hukuka bağlılık ve güven duyguları sağlamlaştırılmaktadır. Bu nedenle orantılılık ilkesi, hukuk devletinin bir gereğidir.⁹³ Ancak orantılılık ilkesi, sadece hukuk devletinin somutlaşmış bir ifadesi sayılmayıp aynı zamanda doğrudan doğruya temel hakların varlığında mündemiçtir. Bu nedenle bireylerin sahip oldukları hak ve hürriyetler kamu otoritesinin güvencesi altındadır.⁹⁴

3. Özgürlüğün Sınırlandırılmasını Telafi Etme İşlevi

Orantılılık ilkesi, hak kaybını telafi edici işleve sahiptir. Orantılılık ilkesi dikkate alınarak tedbire karar verildiğinde daha hafif olana başvurulması gerektiğinden, tedbire başvuru kararı hatalı olsa dahi şüpheli ya da sanığın uğrayabileceği zarar daha hafif olmaktadır.⁹⁵

4. Özgürlüğün Sınırlandırılmasını Meşrulaştırma İşlevi

Ceza muhakemesinde orantılı hareket edilmesi, doğrunun bulunmasına hizmet eder. Usul işlemleri ile koruma tedbirlerinden hangisine başvurulacağı konusunda karar verici olanlara yardımcı olur ve böylece maddi gerçeğe ulaşılmasına doğrudan katkı sağlar.⁹⁶ Orantılılık ilkesine uyulması nedeniyle uygulanan tedbirin

⁹¹ Kindhäuser and Schumann (n 6) 137.

⁹² Metin (n 66) 67.

⁹³ Busse (n 53) 6.

⁹⁴ Graf (n 4) 656; Orantılılık ilkesi esasen suç işleme şüphesi altında bulunan kişiye sağlanan bir güvencedir. Tedbirlere başvurulmasında ilkeye uyulmasıyla birlikte kişi hürriyeti ve güvenliği konusunda bireye güvence verilmektedir. Örneğin adli kontrol kurumunun getirilmesinin amacı tutukluluğun birey üzerinde yarattığı mahkûmiyet duygusunu ortadan kaldırmak olduğuna göre adli kontrol kurumu, orantılılık ilkesini canlandırmak ve vurgulamak amacını taşımaktadır. Bu durum hukuk devletinde bireylerin temel hak ve hürriyetlerine yönelik olarak getirilebilecek sınırlamaların güvencesi olarak kabul edilmelidir. Koca (n 33) 124; Benzer görüş için bkz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. "*Orantılılık ilkesinin temel amaç ve işlevi, koruma tedbirine muhataba olacak kişilerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almak için kullanılacak kamu gücünü, hak ve özgürlükler lehine sınırlandırmak, müdahalelerde aşırılığa gidilmesini ve buna bağlı olarak doğabilecek mağduriyetleri önleyebilmektir.*" Smirnov v Rusya (2007) 71362/01; Benzer görüş için bkz Yargıtay. "*Adli kontrolün amacı tutuklama koruma tedbirinde de genel olarak öngörülen, şüpheli veya sanığın kaçmasını, saklanmasını veya delilleri karartmasını önlemek, tanık ve mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişimine engel olmak ve yargılamanın sağlıklı şekilde yapılmasını sağlamaktır. Amaç, kural olarak kişi hürriyetini tam manasıyla sınırlandırmamak suretiyle veya daha geniş bir ifade ile kişinin belirlenen yükümlere uymak kaydıyla toplumsal ve bireysel yaşamını olağan şekilde sürdürmesine olanak sağlanmasıdır.*" Yargıtay 12 CD, 13444/2705, 16.02.2015.

⁹⁵ Roxin, Achenbach, Jäger and Heinrich (n 7) 57.

⁹⁶ Degener (n 1) 184.

doğru olduğuna yönelik karine oluşur. Bu nedenle orantılılık ilkesi, temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanmasını meşrulaştırmaktadır.⁹⁷

5. Değerlendirme

Orantılılık ilkesi, koruma tedbirlerinden hangisinin uygulanması gerektiği konusunda bir yorumlama ölçütü ve aynı zamanda hangisinin uygulanmaması gerektiği konusunda bir denetim aracıdır. Başvurulan tedbir kararının adaletli olup olmadığı ve toplum vicdanında aldığı tepkinin, yorumlamada dikkate alınması gerekir. Ayrıca tedbirlerin, orantılılık ilkesi açısından denetlenmesiyle birlikte karar mercilerinin sahip olduğu takdir yetkisinin sınırları somutlaştırılmış olmaktadır.

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşma arzusu, kamu menfaatini koruma düşüncesinin sonucudur. Muhakemenin işleyişinde kamu menfaati ile bireylerin çıkarlarının çatışmasında karar mercileri, genellikle kamu menfaatini koruma düşüncesiyle hareket etme eğilimindedirler. Bu amaçla koruma tedbirlerinin uygulanmasında kamu menfaati esas alınabilmektedir. Kamu menfaatini koruma düşüncesiyle bireylerin hak ve hürriyetleri hedef alınmakta ve koruma tedbirlerine başvurulmaktadır.

Orantılılık ilkesi dikkate alınarak uygulanmasına karar verilen koruma tedbiri en uygun olandır. Bu nedenle orantılılık ilkesi, uygulanacak tedbirin başarısız olma ihtimaline değil etkili olmasına katkı sağlar. Etkili olan tedbir, maddi gerçeğe ulaştırır. Maddi gerçeğin ortaya çıkmasıyla birlikte suçun işlendiği iddiası ile bozulan kamu düzeni yeniden tesis edilir ve bu durum kamunun menfaatinedir. Görüldüğü gibi orantılılık ilkesi kamu menfaatlerinin korunmasına da hizmet etmektedir.

Orantılılık ilkesi, bireyin sahip olduğu hak ve hürriyetlerin savunulmasına hizmet etmek amacıyla tedbirin uygulanmasını sınırlandırma, engelleme ya da başka bir tedbire başvurulmasına neden olabilmektedir. Bu yönüyle orantılılık ilkesi bireyin menfaatlerinin korunmasına hizmet etmekte, sahip olunan hak ve hürriyetlerin güvencesi olarak görülmektedir.

E. Suç Şüphesinin Yoğunluğunun Orantılılık İlkesiyle İlişkisi

Ceza muhakemesinin amacı, şüpheliyi yenerek maddi gerçeğe ulaşmak olduğundan muhakeme sürecinin başlatılabilmesi için suçun işlendiğine dair belli

⁹⁷ Caianiello (n 29) 163; Masumiyet karinesinden dolayı, koruma tedbirleri gibi hak ve hürriyete doğrudan etki eden araçlara başvurulmasında genellikle tereddüt bulunmaktadır. Bu nedenle tedbirlere başvururken koşullara ilişkin değerlendirmenin hassas yapılması gerekir. Aksi halde koruma tedbirlerinin uygulanmasında objektif olunmadığı düşüncesine bağlı olarak verilen kararların doğruluğuna yönelik şüphe artarken güven azalır. Posthoff (n 41) 587; Orantılılık ilkesi, belli bir koruma tedbirinin benimsenmesi veya kullanımına izin verilmesi ve izin verilmesi kaçınılmaz olan müdahalenin kapsamı konularında hâkimlere kolaylık sağlar. Da Silva, Stange ve Yıldız (n 26) 12.

yoğunlukta şüphenin varlığı zorunludur.⁹⁸ Şüphenin, delillere dayanması ve ciddi bulunması gerekir. Şüphenin yoğunluğu arttıkça suçun işlendiğine dair belirsizlik de azalmaktadır.⁹⁹

Suçun işlendiğine dair şüphenin yoğunluğuna bağlı olarak maddi gerçeğe yaklaşıldığı kabul edilir. Delillerin toplanması ve muhafaza edilmesi bakımından daha temkinli hareket edilmesi gerekir. Şüpheyeye ulaşan ilgili makam muhakeme sürecinin amaçlandığı gibi ilerleyebilmesi için koruma tedbirlerine başvurulabilir.¹⁰⁰

Ceza muhakemesinde şüphenin derecesi, orantılılık ilkesinin gereği olarak kabul edilmelidir. Suç şüphesinin yoğunluğuna bağlı olarak ilgili tedbirlere başvurulmasıyla orantılılık ilkesi arasında doğrudan ilişki bulunur. Şüphenin yoğunluğu arttıkça delillere zarar verilmesi ihtimali de arttığından başvurulacak koruma tedbirinin ağırlığı da artmaktadır.¹⁰¹ Bu nedenle temel hak ve hürriyetlere daha fazla zarar verebilecek tedbirlere başvurulabilmesi mümkündür. Örneğin tutuklama, iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı tayin etme, teknik araçla izleme vb tedbirler de kanun koyucu açıkça kuvvetli suç şüphesinin varlığını aramaktadır. Bu tedbirlere başvurulmasında şüphenin yoğunluğunun dikkate alınması, orantılı hareket edildiğini göstermektedir.¹⁰²

Koruma tedbirlerinde karine özgür bırakılma lehine olmalıdır. Tedbir orantılı olarak uygulanmadığında, şüphenin sanık lehine yorumlanması genel ilkesinin tersinin uygulandığı ceza muhakemesi sistemi maddi gerçeğe ulaşılmasına hizmet etmez. Tedbirlerin araç olmasını, geçici olmasını gerekçe göstererek tedbirlere orantısız başvurulması, birey temel hak ve hürriyetini sınırlandırmanın yanında muhakeme işlemleriyle bireyin lekelenmeme hakkına da zarar vermektedir.

Suç şüphesinin artmasına bağlı olarak daha ağır koruma tedbirlerine başvurulabilmesinde mevcut delil durumunun da değerlendirilmesi gerekir. Suçun işlendiğine dair yoğun bir şüphe olmasına rağmen işlendiği iddia olunan suçla ilişkin olarak deliller toplanmış olduğunda, koruma tedbirlerine yine de başvurulması orantılılık ilkesinin ihlali olarak kabul edilmelidir.

⁹⁸ Öztürk, Kazancı ve Güleç (n 13) 25; Ceza muhakemesi süreci, kamu düzeni bozan bir fiilin işlendiğine yönelik bir takım emarelerin ortaya çıkması ile başlar. Soruşturma yapmakla görevli organları harekete geçiren şey, suç işlendiğine ilişkin şüphenin ortaya çıkmasıdır. Bertel, Venier and Tipold (n 53) 88.

⁹⁹ Seiler (n 2) 158.

¹⁰⁰ Yenisey ve Nuhoğlu (n 13) 311.

¹⁰¹ Graf (n 4) 644.

¹⁰² Schröder and Verrel (n 69) 97.

Suç şüphesinin, nesnel bir biçimde somut delile dayalı olması gerekir.¹⁰³ Uygulamada, koruma tedbirinin uygulanmasıyla birlikte şüpheli veya sanığın, isnat edilen suçu işlediği şüphesi doğmaktadır. Oysa şüphe var olduğunda ilgili tedbirlere başvurulması gerekirdi. Tedbire bağlı olarak suç işlendiği şüphesinin doğmasının temel sebebi, başvuru koruma tedbirinin ağırlığının, mevcut olan suç şüphesinden fazla olmasıdır.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, ceza muhakemesinde koruma tedbirlerinin en yoğun olarak kullanıldığı aşama, soruşturma aşamasıdır. Bunun nedeni ise kanunda suç olarak tanımlanan eylemlerin tespiti ve failerin eylemleri ile olan ilişkilerinin kanıtlanması bakımından soruşturma evresinde delil toplama amacı ile kullanılmalarıdır.¹⁰⁴ Soruşturma aşamasına, başlangıç şüphesi olan suçun işlendiğine dair basit şüphe ile başlandığı için şüphelinin masum olma ihtimali çok kuvvetlidir. Bu nedenle soruşturma aşamasında delillere ulaşmak amacıyla hak ve hürriyetlere daha fazla zarar verebilecek tedbirlerin uygulanmasından kaçınılması gerekir. Aksi halde tedbirlere başvurulmasında orantılılık ilkesi ihlal edilmiş olur.¹⁰⁵

Henüz iddianame düzenlenmemiş olduğundan soruşturma aşamasında koruma tedbirlerine başvurma açısından suç şüphesinin önemi daha büyüktür.¹⁰⁶ Şüpheyi artıran unsur delildir. Soruşturma aşamasında deliller henüz tam olarak toplanmadığına göre, bu aşamada şüphe kavramı genellikle dağınıktır. Bu nedenle soruşturma aşamasında, başvurulacak koruma tedbirleri konusunda daha temkinli hareket edilmelidir. Tedbirlerin niteliği ve süresinin, kovuşturma aşamasında uygulanacak tedbirlere göre daha hafif olması gerekir. Benzer düzenleme tutukluluk süresine ilişkin olarak 5271 sayılı Kanun md 102/4'te yer almaktadır. Buna göre, soruşturma evresinde tutukluluk süresi, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işler bakımından altı ayı, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işler bakımından ise bir yılı geçemez. Bu durum, başvurulacak koruma tedbirlerinde orantılılık ilkesinin sonucudur.

Sonuç

Koruma tedbirleri, genel olarak ceza muhakemesinin sonunda maddi gerçeğe ulaşılmasını ve bu gerçeğe uygun bir hüküm verilmesini amaçlar. Tedbirler, muhakemenin başvurduğu araçlar olup, ceza soruşturmasında veya kovuşturmasında

¹⁰³ Meyer-Goßner and Schmitt (n 5) 586; Benzer görüş için bkz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. "Mahkeme öncelikle şunu kabul etmekte olduğunu tekrar belirtir ki, özel bilgilerin kullanımı, teröre dayalı şiddetle ve örgütlü terörizmin vatandaşların hayatlarına ve bir bütün olarak demokratik topluma karşı oluşturduğu tehditle mücadele etmek için gereklidir. Ancak bu, her ne zaman belli bir terörizm faaliyetinin meydana gelmiş olduğunu düşünseler (...) soruşturmaları yürüten yetkililerin 5. madde uyarınca istedikleri şüpheliyi sorgulamak için gözaltına almaya sınırsız bir yetkilerinin bulunduğu anlamına gelmemektedir." Murray v UK, (1994) UKHL 56.

¹⁰⁴ Bkz BVerfGE 53, 152.

¹⁰⁵ Da Silva, Stange ve Yıldız (n 26) 24.

¹⁰⁶ Degener (n 1) 94.

kullanılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Tedbirlerin uygulanmasının, muhakemeye olan katkısının yanında, kişi hak ve hürriyetlerini sınırlandırması nedeniyle belli koşullara sahip olması gerekir. Kanunda yer alma zorunluluğu, gecikmede sakınca olması ve görünüşte haklı olması halinde başvurulması, belli bir suç şüphesini içermesi ve uygulanmasının orantılı olması halleri, tedbirlerin ön koşullarıdır.

Uygulamada orantılılık ilkesi, kişi özgürlüğü kısıtlandığı için genel olarak tutuklama tedbiriyle birlikte değerlendirilmektedir. Oysa diğer koruma tedbirlerinde de kavramın bir ön koşul olarak dikkate alınması gerektiği anlayışı oluşturulmalıdır.

Hak ve hürriyetlerin sınırlandırmasında kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir denge bulunmaktadır. Bu nedenle orantılılık ilkesi, koruma tedbirlerinin uygulanmasının mantıki, hukuki ve vicdani doğal sınırını oluşturmalıdır. Birey hak ve özgürlüklerinin, tedbirleri uygulayan merci tarafından sınırlandırılmasında bir denge unsuru olması dolayısıyla, hak ve özgürlükler lehine koruma sağlayan evrensel bir ilke olarak kabul edilmelidir.

Orantılılık ilkesinin uygulanmasıyla birlikte hak ve hürriyetler en üst seviyede korunmaktadır. Uygulanan tedbirin, işlendiği iddia edilen fiilin ağırlığı ve sorumluluk derecesi ile orantılı olmaması halinde “adalet” ilkesine zarar verilmiş olur. Tedbirlere süreli olarak başvurulması, bazı tedbirlerin ancak belli suçlar açısından uygulanabilir olması, tedbirin uygulanması kararlarına karşı itiraz yolunun açık olması, tedbirin zarar vermesi halinde tazminat sorumluluğunun öngörülmesi, alternatif tedbirlerin kanunda yer alması halleri orantılılık ilkesinin sonuçları olarak kabul edilmelidir.

Koruma tedbirlerine başvurmada “ihtiyarılık” prensibinin benimsenmiş olması, takdir yetkisi kullanılırken, tümüyle serbest olunmasını haklı göstermemektedir. Anayasa'nın kişi özgürlüğüne verdiği önem göz önünde bulundurularak, takdir yetkisi koruma tedbirlerinin ruhuna ve amacına uygun olarak kullanılmalıdır. Orantılılık ilkesi, takdir yetkisinin amaca uygun kullanılabilmesi adına yol gösterici olarak değerlendirilmelidir.

Koruma tedbirlerinde orantılılık ilkesine ne ölçüde uyulduğunu denetlemenin en iyi yolu, kararların gerekçelerine bakılmasıdır. Bu nedenle tedbirlere başvurulmasının gerekçesinde, orantılılık ilkesinin dikkate alındığı somut olarak yer almalıdır.

Koruma tedbirlerinin uygulanmasında orantılılık ilkesinin aranmasının gerekliliği, doktrinde ve yargı kararlarında işlenmesine rağmen uygulamada, kavramın gerçek anlamıyla yorumlanmadığı ve bu nedenle birey hak ve özgürlüğünün bu durumdan olumsuz etkilendiği görülmektedir. Bu durumun ana nedeni ise koruma tedbirlerinin amacı ve koşulları konusunda yeterli algının mevcut olmamasıdır. Bu durumun ortadan kaldırılması için orantılılık ilkesinden ne anlaşılması gerektiğinin ve tedbirlerin ön

koşulu olduğunun Ceza Muhakemesi Kanunu'nda açıkça yer alması gerekir. İlave olarak orantılılık ilkesinin ne anlama geldiğinin soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından anlaşılabilmesi amacıyla gerekli eğitimlerin de verilmesi gerekmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Baurmann M, *Zweckrationalität und Strafrecht* (VS Verlag für Sozialwissenschaften 1987).
- Bertel C, Venier A and Tipold A, *Strafprozessrecht* (Manz 2020).
- Bıçak V, *Suç Muhakemesi Hukuku* (Seçkin 2011).
- Busse U, *Frühe Strafverteidigung und Untersuchungshaft* (Universitätsverlag Göttingen 2008).
- Caianiello M, “Il principio di proporzionalità nel procedimento penale” (2014) (3-4) *Diritto Penale Contemporaneo* 143 - 163.
- Centel N, “Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler” (1994) 8 (1-3) *MÜHD* 69 - 100.
- Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Beta 2020).
- Da Silva JC, Stange A ve Yıldız AK, *Tutuklama ve Adli Kontrol Tedbirleri: Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Projesi* (Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü 2014).
- Degener W, *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen* (Duncker & Humblot 1985).
- Erem F, *Ceza Usul Hukuku* (Sevinç 1970).
- Gless S, “Heimliche Ermittlungsmaßnahmen im Schweizer Strafprozess” (2012) 124 (2) *ZSTW* 440 – 457.
- Graf JP, *Strafprozessordnung: Kommentar* (CH Beck 2019).
- Herbst C and Wess N, “Überlange Verfahrensdauer in (gerichtlichen) Strafverfahren – Voraussetzungen, Rechtsbehelfe und Rechtsfolgen” (2015) *NWV* 237 – 262.
- Katoğlu T, “Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar” (2011) (4) *ABD* 19 - 33.
- Kindhäuser U and Schumann KH, *Strafprozessrecht* (Nomos 2019).
- Koca M, “Tutuklamada Oranlılık İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının Adli Kontrol Tedbirinin Değerlendirilmesi” (2003) 5 (2) *DEÜHFD* 109 - 142.
- Kunter N, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Sermet 1974).
- Metin Y, “Temel Hakların Sınırlanması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?” (2017) (7) *SDÜHFD* 1 – 74.
- Meyer-Goßner L and Schmitt B, *Strafprozessordnung: Kommentar* (CH Beck 2020).
- Nizamoglu M, “Tutuklama Tedbirinde Oranlılık ilkesi” (2000) 13(2) *TBBD* 481 - 486.
- Otto KA, *Der Anspruch auf ein Verfahren innerhalb angemessener Zeit* (Centaurus Verlag & Media 1995).
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin 2020).
- Özen M, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (Adalet 2020).
- Öztürk B, “Tutuklama Sebepleri” (1988) 7 (24) *MBD* 3 – 13.
- Öztürk B, Erdem MR, Sırma Ö ve Saygılar Y, *Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin 2010).
- Öztürk B, Kazancı BE ve Güleç SS, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (Seçkin 2019).
- Posthoff KH, “Verhaftung und Vorläufige Festnahme” Björn Gercke, Karl-Peter Julius, Dieter Temming and Mark A Zöllner (edr) *Strafprozessordnung: Kommentar* (CF Müller 2019).
- Rauber J, “Verhältnismäßigkeit und völkerrechtliche Systembildung” (2015) 75 *ZaöRV* 259 - 298.
- Reuter T, “Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne – das unbekanntes Wesen” (2009) (7) *JURA* 511 – 518.
- Roxin C, Achenbach H, Jäger C and Heinrich M, *Strafprozessrecht* (CH Beck 2019).

- Schröder FC and Verrel T, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Çeviren Salih Oktar) (Yetkin 2019).
- Seiler S, *Strafprozessrecht* (Facultas 2020)
- Singelstein T, “Verhältnismäßigkeitsanforderungen für strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen – am Beispiel der neueren Praxis der Funkzellenabfrage” (2012) (12) *JuristenZeitung* 601 – 608.
- Singelstein T, “Zur Konstitutionalisierung im Strafrecht” (2011) (60) *Annales* XLIII 33 – 45.
- Soyaslan D, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Yetkin 2020).
- Şahin C, *Ceza Muhakemesi Hukuku I* (Seçkin 2011).
- Şen E ve Özdemir B, *Tutuklama* (Seçkin 2011).
- Toroslu N ve Feyzioğlu M, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Savaş 2019).
- Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Adalet 2020).
- Wagner M, “Das allgemeine Festnahmerecht gem. § 127 Abs1 S1 StPO als Rechtfertigungsgrund” (2011) (6) *ZJS* 465 – 478.
- Wienbracke M, “Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz” (2013) (2) *Zeitschrift für das Juristische Studium* 148 - 155.
- Wiesbauer B, *Verhältnismäßigkeit im Strafverfahren* (Universität Wien 2019).
- Yenisey F, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Tutuklama” (2016) (33) *AYD* 213 – 229.
- Yenisey F ve Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin 2019).
- Yüce TT, “Zorlayıcı Önlem Teorisi” (1980) 1 (1) *DEÜHFD* 67 – 96.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 05.07.2020
Revizyon Talebi: 17.02.2021
Son Revizyon: 18.02.2021
Kabul: 25.02.2021

Peoples' Right to Self-Determination: From a Political Ideal to an Ever-Evolving Legal Right*

Öğuzhan Bekir Keskin**

Un droit imprécis, voire marqué par la contradiction,
est aussi un droit éminemment évolutif.

Michel Virally

Abstract

The “principle of equal rights and self-determination of peoples” is one of the foundational purposes of the United Nations Charter, codified in Article 1 therein. Notwithstanding its political and legal affirmation by the international community as a whole, self-determination remains a vexed legal construct. This paper offers a historical overview of the evolution of self-determination from a political ideal to a legal principle and to a legal right. It argues that the most constructive understanding of the concept is one that acknowledges its composite nature as both a principle and a right, and it seeks to ascertain which categories of peoples are recognized as having the right to self-determination, whether internal or external, under international law, following a wide range of international legal instruments from the UN General Assembly Decisions to the ICJ Advisory Opinions. Using the case of Kosovo as an illustration of this dynamic, it presents a historical and analytical framework that might assist in (re)conceptualising and critically assessing more recent and future claims for self-determination.

Keywords

Self-determination, Human rights, Internal self-determination, External self-determination, Nationalism, Democratic governance, Kosovo

Halkların Kendi Kaderini Tayin Hakkı: Politik Bir İdealden Sürekli Gelişen Hukukî Bir Hakka

Öz

“Eşit haklar ve halkların kendi kaderini tayin (self-determinasyon) ilkesi” Birleşmiş Milletler Şartı'nın kurucu amaçlarından biri olarak 1. maddesinde düzenlenmiştir. Uluslararası toplumun tamamı tarafından politik ve hukukî olarak onaylanmasına karşın, self-determinasyon tartışmalı bir hukukî yapı olarak varlığını sürdürmektedir. Bu çalışma self-determinasyon kavramının politik bir idealden hukukî bir ilkeye ve oradan da hukukî bir hakka evrilişini tarihsel süreç içerisinde sunmaktadır. Kavramın en doğru ele alınışının onun hem bir ilke hem bir hak olarak dinamik ve birleşik bir doğası olduğunu kabul etmekten geçtiğini savunmakta ve BM Genel Kurul Kararlarından UAD Danışma Görüşlerine uzanan geniş bir kapsamda uluslararası hukuk enstrümanlarını takip ederek uluslararası hukukta hangi halk kategorilerinin içsel veya dışsal anlamda self-determinasyon hakkına sahip olduğunu saptamayı amaçlamaktadır. Kosova'nın bağımsızlığı sorununun bu dinamiğin bir örneği olarak kullanıldığı çalışma, self-determinasyon ilkesi ve hakkının ele alınması ve eleştirel değerlendirmeye tabi tutulmasına yardımcı olmak için tarihsel ve analitik bir çerçeve sunmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Self-determinasyon, İnsan hakları, İçsel self-determinasyon, Dışsal self-determinasyon, Milliyetçilik, Demokratik yönetim, Kosova

* This paper is based on my LL.M. thesis (Leiden University).

** **Corresponding author:** Öğuzhan Bekir Keskin (Dr.), Kocaeli University, Faculty of Law, Department of Constitutional Law, Kocaeli, Turkey. E-mail: oguzhan.keskin@kocaeli.edu.tr ORCID: 0000-0002-3103-1171

To cite this article: Keskin OB, “Peoples' Right to Self-Determination: From a Political Ideal to an Ever-Evolving Legal Right” (2021) 79(1) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 303. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.1.0009>



Extended Summary

Self-Determination is a dynamic concept that constantly evolves. It attaches different legal meanings to different categories of people in accordance with the needs of the international community and the trends in the international system. It started its life as a political ideal, explicitly in the early 20th century, transformed into a legal principle in the immediate aftermath of WWII and was gradually recognized as “people’s right to self-determination”. Today, self-determination exists in a dual form. It is only recognized as a right under certain circumstances. Thus, for other circumstances it still exists as a legal principle.

A similar problem, it may be argued, is the definition of people with regard to the identity of the right-holders of the “people’s right to self-determination”. In international law, this definition too, seems to be of an evolving nature and the attempts of international law bodies to define who constitutes a people is open to debate.

There are four main sections of this paper. After the introduction which lays out the groundwork and the problem, the second section traces the origins of the concept of self-determination. The origins of the concept can be traced back to nationalism and self-government. In its core, it refers to the expression of the free will of the people regarding their political status. The American and French Revolutions may be taken as the early examples of self-determination as a political ideal. In the early 20th century, self-determination was advocated by the Russian revolutionary V. I. Lenin and American president Woodrow Wilson, though with different undertones. The experience of the Paris Peace Conference of 1919 and the Aaland Islands Case attest to the fact that the political ideal did not transform into a legal right and was ignored as a principle for the sake of pragmatism in the context between the two World Wars.

The third section addresses the codification of self-determination as a legal principle in the UN Charter. It fleshes out the tensions in this codification process between Socialist and Third World states on the one hand, and Western states on the other, framing them through the lenses of a clash between the Leninist and the Wilsonian conceptions of self-determination explored in the previous section of the paper. It also provides an overview of the treatment of this concept in chapters XI and XII of the UN Charter.

The *fourth section* addresses the evolution of this concept from a legal principle into a modern right to self-determination. The term “modern” is used to describe the first codifications of the principle of self-determination. The principle hardened into a legal right for 3 kinds of peoples: *colonial peoples*, *people as a whole* and *racial groups* (i.e., people being systematically discriminated based on their race). The strong insistence of the Socialist and developing states led to the 1960

Declaration on the granting of independence to colonial countries and peoples (“Resolution 1514(XV)”), the first legal recognition of the principle; an *external right to self-determination* for colonial people. It is followed by the *right to internal self-determination* for the whole people living in an existing state through Common Article 1 of the “UN Human Rights Covenants”, that is, the International Covenant on Civil and Political Rights (“ICCPR”) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (“ICESCR”). The reaction of the UN to racist regimes led to a racial groups’ right to self-determination, finding support both in the text of the 1970 Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations (“Friendly Relations Declaration”, “1970 Declaration”), and the UN practice towards the racist regimes of South Africa and Southern Rhodesia.

The *fifth section* analyzes the contemporary discussions on the further extension of the right towards *indigenous peoples* and *minorities* or *minority peoples*. It is dubbed a post-modern right as the basis for its claim by these peoples is mainly facilitated by the ever-increasing importance of human rights and democratic governance in the world reshaped after the destruction of the Berlin Wall, followed by the break-up of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (“SFRY”) and the Union of Soviet Socialist Republics (“USSR”, “Soviet Union”). The modern *versus* post-modern dichotomy also symbolizes the challenge of the ramifications of the post-Berlin Wall world and the changing balance between the key concepts of international law (sovereignty *vs* human rights and democratic governance). Consequently, an analysis is put forward in this section in order to determine the relationship of indigenous and minority peoples with the concept of self-determination.

Concerning *indigenous peoples*, their right to self-determination found support in the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (“2007 Declaration”). The analogies drawn between it and Resolution 1514 makes it possible that a right to self-determination for indigenous peoples does exist. The scope of the right is the *internal* right to self-determination. This is evident in the language of the 2007 Declaration. Moreover, the democratic and human rights foundations also point to the same conclusion.

Minorities or *minority peoples* is a concept understood as including any people living in a state other than the dominant people of the said state which constitutes the majority of the population. A lack of sufficient international instruments made it hard to distinguish the legal situation of the concept regarding minorities. Nevertheless, the emerging consensus both in the international judiciary and international legal academia points to the emergence of the legal right to self-determination for minority peoples as well. The scope of self-determination is again *internal* for the

same principle as stated above. Nevertheless, secession as a last resort (“*remedial secession*”) is also recognized by some authors, therefore leaving the door open for *external self-determination*, albeit subject to a very narrow interpretation. This argument was upheld by the Supreme Court of Canada in its Advisory Opinion on *Re Secession of Quebec*.

This section concludes with the case study of the secession of Kosovo from Serbia. After a brief summary of the events which led to Kosovo’s declaration of independence, the Advisory Opinion rendered by the International Court of Justice (“ICJ”) on the matter is analyzed. As the ICJ was asked about the legality of the declaration of independence according to international law, the Court refrained to make comments whether the people of Kosovo had the right to (internal or external) self-determination. Even though, it is open to debate whether the external self-determination of the people of Kosovo was the execution of a principle or a rule, the case still amounts to a valid and important recognition of the remedial secession as external self-determination of a minority people by the majority of the international community.

I. Introduction: Principle-Right Dichotomy & The Evolutive Character of the Concept of Self-Determination

The debate over the characterization of self-determination is one fraught with confusion.¹ The idea of self-determination of peoples “sits uneasily within the state-centric Westphalian system.”² The fundamental concepts of this international legal system, one which to a large extent prevented the recurrence of the horrors of the early 20th century, often clash with the fundamental ideas enshrined in self-determination. On one end of the spectrum are the classical notions of state sovereignty, territorial integrity, and non-intervention. On the other end are concepts such as collective human rights, self-government, and free will. Notwithstanding this apparent dichotomy, as is shown throughout this paper, self-determination is an evolutive idea by its nature and it owes this character to the conflicts and changing balances between these concepts as time and trends progress.

This paper argues that the rigidity of international legal thinking on self-determination, where legal scholarship tends to see self-determination only as a rule,³ is of two orders: First, it fails to take into account the evolutive and composite nature of self-determination as both a legal principle⁴ and a right. In international law, new rights are always in process of generation and self-determination is a perfect example.⁵ It was born as a political ideal, later recognized as a legal principle, and gradually recognised as a right of peoples, which continues to expand as a result of the necessities of the international community and the international legal system. The failure to acknowledge the coexistence of the principle and the right is the product of a static understanding by the international system which would marginalize and limit the capacity (or at least the perception of the capacity) of international law in its quest to maintain international peace and security, the *raison d'être* of the Charter of the United Nations⁶ (“UN Charter”).

Second, the artificial construct that requires that a “people” be identified in order to allow for its “self-determination” seems to, often times, detach international law from reality and therefore affects its credibility and undermines its role to solve the emerging problems of the world. It is argued that international law is perhaps not the best suited venue to determine whether a particular group amounts to a people

¹ Helen Quane, ‘The United Nations and The Evolving Right to Self-Determination’ (1998) 47 *ICLQ* 537, 537.

² Christopher J. Borgen, ‘States and International Law: The Problems of Self-Determination, Secession, and Recognition’ in Başak Çalı (ed), *International Law for International Relations* (OUP 2010) 197.

³ Karen Knop, *Diversity and Self-Determination in International Law* (CUP 2002) 30.

⁴ “Principle of self-determination is in a way “a principle of justification of change”. Harm Hazewinkel, ‘Self-determination, territorial integrity and the OSCE’ (2007) 18(4) *Helsinki Monitor: Security and Human Rights* 289, 289.

⁵ Patrick Thornberry, ‘The Democratic or Internal Aspect of Self-Determination’ in Christian Tomuschat (ed), *Modern Law of Self-Determination* (Martinus Nijhoff 1993) 119, n 52.

⁶ Charter of the United Nations (adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945) <<https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter-all-lang.pdf>> accessed 8 July 2020.

or not. Hence, if minorities or indigenous peoples or any other polity that behaves like a people do not have the legal right to self-determination, this only means that the international legal system has not recognized them as peoples with a right to self-determination yet. As future developments come into being, certain groups may be entitled to self-determination, as this has indeed been the case so far. Moreover, the failure to recognize the progressive nature of the concept of self-determination seems at odds with the Charter which itself refers to the *peoples* of the United Nations *determined* “to reaffirm faith in fundamental human rights” and “to promote social progress and better standards of life in larger freedom”.⁷

As “[e]ach juridical institution is the product of its time”⁸ so is each legal category. The right way to perceive the notion of self-determination, this paper suggests, is to analyze the meanings given to the term in its context in order to identify a pattern, its meaning and value today. As stated in the *Gentini Case*:

“A ‘rule’ ... ‘is essentially practical and, moreover, binding...; there are rules of art as there are rules of government’ while principle ‘expresses a general truth, which guides our action, serves as a theoretical basis for the various acts of our life, and the application of which to reality produces a given consequence.’”⁹

As such, the fundamental importance of a principle derives from the fact that a “principle can serve as a basic *standard of interpretation* in cases when a customary rule is either unclear or ambiguous”¹⁰ and “[it] can be used *in cases not covered by specific rules*.”¹¹ Principles are guides when there is no rule (i.e., legal right), but they are in themselves insufficient because they are not binding on states as such.¹² Consequently, the principle as an abstract notion serves as a ground to create legal rights to respond the emergent problems of the ever-changing world in an ever-developing system. As such, they serve an important and non-negligible function in a legal system.

Going forward, the *second section* of this paper traces the origins of the concept of self-determination which, in its core, refers to the expression of the free will of the people regarding their political status. The concept’s origins can be traced back to nationalism and self-government. The political ideal of self-determination manifested

⁷ *ibid*, Preamble.

⁸ *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo* (Advisory Opinion), Separate Opinion of Judge Cançado Trindade [2008] ICJ Rep 523 [88].

⁹ *Gentini Case (Italy v. Venezuela) M. C. C. (1903) X UNRIAA 556*. This quote from the Gentini case is itself made of two quotes from “Bourguignon & Bergerol’s Dictionnaire des Synonymes” and the original quotes are in French. The English translation used above is cited in Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (CUP 1987) 376.

¹⁰ Antonio Cassese, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal* (CUP 1995) 132.

¹¹ *ibid*

¹² “Even those [principles] which look most like rules do not set out legal consequences that follow automatically when the conditions provided are met.” Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (HUP 1978) 25. For Dworkin’s discussion regarding the importance of principles in a legal system and the difference between a principle and a rule see 22-31.

itself as “self-government” in the context of American Revolution. For the French Revolutionaries it was a criterion with regard to territorial changes. The experiences of the Paris Peace Conference of 1919 and the Aaland Islands Case¹³ attest to the fact that the political ideal did not transform into a legal right and was ignored as a principle for the sake of pragmatism in the context between the two World Wars.

The *third section* addresses the codification of self-determination as a legal principle in the UN Charter. It fleshes out the tensions between Socialist and Third World states on the one hand, and Western states on the other; framing them through the lenses of a clash between the Leninist and the Wilsonian conceptions of self-determination explored in the previous section. It also provides an overview of the treatment of this concept in chapters XI and XII of the UN Charter.

The *fourth section* addresses the evolution of this concept from a principle into a modern right to self-determination. The term “modern” is used to describe the earlier codifications of the principle of self-determination. Here, the principle hardened into a legal right for three kinds of peoples: colonial peoples, people as a whole and racial groups (i.e., people being systematically discriminated based on their race). The strong insistence of the Socialist and developing states led to the 1960 Declaration on the granting of independence to colonial countries and peoples¹⁴ (“Resolution 1514(XV)”), the first legal recognition of the principle as a right to *external self-determination* for colonial peoples. It is followed by the *right to internal self-determination* for the whole people living in an existing state through Common Article 1 of the “UN Human Rights Covenants”, that is, the International Covenant on Civil and Political Rights¹⁵ (“ICCPR”) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights¹⁶ (“ICESCR”). The reaction of the UN to racist regimes led to racial groups’ right to self-determination, finding support both in the text of the 1970 Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations¹⁷, (“Friendly Relations Declaration”, “1970 Declaration”) and the UN practice towards the racist regimes of South Africa¹⁸ and Southern Rhodesia.¹⁹

¹³ ‘Report of the International Committee of the Jurists entrusted by the Council of the League of Nations with the task of giving an Advisory Opinion upon the Legal Aspects of the Aaland Islands Question’ (1920) League of Nations Official Journal Spec Supp 3.

¹⁴ Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, UNGA Res 1514 (XV) (14 December 1960) UN Doc A/RES/1514 (XV).

¹⁵ International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171.

¹⁶ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976), 993 UNTS 3.

¹⁷ Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, UNGA Res 2625 (XXV) (24 October 1970), UN Doc A/RES/2625 (XXV).

¹⁸ See, e.g., UNSC Res 417 (31 October 1977) UN Doc S/RES/417.

¹⁹ See, e.g., UNGA Res 31/154 A (20 December 1976) UN Doc A/RES/31/154A.

The *fifth section* analyzes the contemporary discussions on the further extension of the right towards indigenous peoples and other minorities. It is dubbed a post-modern right as the basis for its claim by these peoples is mainly facilitated by the ever-increasing importance of human rights and the concept of democratic governance in the world reshaped after the destruction of the Berlin Wall, followed by the break-up of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (“SFRY”) and the Union of Soviet Socialist Republics (“USSR”, “Soviet Union”). The modern *versus* post-modern dichotomy also symbolizes the challenge of the ramifications of the post-Berlin Wall world and the changing balance between the key concepts of international law (state sovereignty *vs* human rights and self-government). Consequently, an analysis is put forward in this section in order to determine the relationship of indigenous and minority peoples with the concept of self-determination.

Concerning indigenous peoples, their right to self-determination found support in the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples²⁰ (“2007 Declaration”). The analogies drawn between the 2007 Declaration and Resolution 1514 make it possible that a right to self-determination for indigenous peoples does exist. The scope of the right is the *internal* right to self-determination. This is evident in the language of the 2007 Declaration. Moreover, the democratic and human rights foundations also point to the same conclusion.

Minorities (or minority peoples) is a concept understood as including any people living in a state other than the dominant people of said state which constitutes the majority of the population. A lack of sufficient international instruments made it hard to distinguish the legal situation of the concept with regard to minorities. Nevertheless, the emerging consensus both in the international judiciary and in international legal academia points to the emergence of the legal right to self-determination for minority peoples as well. The scope of self-determination is again *internal* for the same principle as stated above. Nevertheless, secession as a last resort (“remedial secession”) is also recognized by some authors, therefore leaving the door open for *external* self-determination, albeit subject to a very narrow interpretation. This argument was upheld by the Supreme Court of Canada in its Advisory Opinion on *Re Secession of Quebec*.²¹

This section concludes with the case study of the secession of Kosovo from Serbia. After a brief summary of the events which led to Kosovo’s declaration of independence, the Advisory Opinion rendered by the International Court of Justice (“ICJ”)²² on the matter is analyzed. As the ICJ was asked about the legality of the

²⁰ United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, UNGA Res 61/295 (2 October 2007) UN Doc A/RES/61/295.

²¹ *Re Secession of Quebec* [1998] 2 SCR 217 (Canada).

²² *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo* (Advisory Opinion) [2008] ICJ Rep 403.

declaration of independence according to international law, the Court refrained to make comments whether the people of Kosovo had the right to (internal or external) self-determination. Even though, it is open to debate whether the external self-determination of the people of Kosovo was the execution of a principle or a rule, the case still amounts to a valid and important recognition of the remedial secession as external self-determination of a minority people by the majority of the international community.

Finally, the paper concludes with an overview of the evolution of self-determination and its present status with regard to human rights and democratic governance in the international legal system. The transformation of the principle into new rights has been essential for the international legal system to cope with the emergent problems of the international community and to develop smart solutions to address them. It is argued that this flexibility is not only essential to address the multiplicity of rights-warranting situations in an international legal system but also that it will be required to address future realities and ensure the relevance of international law as a system.

II. Self-Determination as A Political Ideal: Origins

A. Prehistory: Luther, the Printing Press and Nationalism

Surprising as it may seem, in order to place the origins of self-determination one has to investigate the concept of “nationalism”.²³ As Thornberry observed, self-determination has exhibited elements of both “nationalism” and “democracy”.²⁴ In practice, before internal self-determination entered the realm of international law, the concept was closer to nationalism than to the idea of democracy. In this sense, “[t]he history of self-determination is a history of the making of nations and the breaking of States.”²⁵

Although the example generally given for the emergence of modern nationalism is the French Revolution, there is a particular example that pre-exists it: The Protestant Reformation. When Martin Luther nailed his 95 Theses to the door of the church of Wittenberg on 31 October 1517, there was already growing discontent among the emerging middle class of Northern Germany – the *burghers*- on account of the heavy taxes imposed on them, the revenues of which were disproportionately sent to the Pope in Italy instead of being kept in the country.²⁶ In Thesis 86, Luther asked:

²³ According to Benedict Anderson, first self-described nations in the modern sense were the newly Independent United States of America and South American states –latter probably influenced by the American Revolution. It could be argued that these states constitute the early examples of *self-determination of peoples*. See Benedict Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism* (Verso 1991).

²⁴ Thornberry (n 5) 105.

²⁵ Alfred Cobban, *The Nation-State and National Self-Determination* (Collins 1969) 42-43.

²⁶ The original name of the 95 Theses is “*Disputatio pro declaratione virtutis indulgentiarum*” and it was written as a criticism to the sale of the indulgences to finance the renovation of the St. Peter’s Basilica in Rome. For the political influence of Luther’s actions and the Protestant Reformation see Alan Ryan, *On Politics: A History of Political Thought from Herodotus to the Present* (Penguin 2012) 321 ff.

“Again: — “Why does not the pope, whose wealth is to-day greater than the riches of the richest, build just this one church of St. Peter with his own money, rather than with the money of poor believers?”²⁷

Even though Luther was later excommunicated by the Pope and declared an outlaw by the Emperor, he was also often protected by the unsettled German princes of the Holy Roman Empire. The growing discontent of the German population with regard to taxation was combined with Luther’s prolific writings in German, which were read by a large segment of the population thanks to the brand-new phenomenon of the printing press. His translation of the Bible (which in turn inspired others to translate the holy book into their own respective languages) and his publishing of the “German Mass” as a response to increasing demands for liturgy in his mother tongue, attest to the influence of the printing press and how it transformed common people into a threat against the old system. The support shown to Luther by German princes culminated in a movement against the Roman Catholic Church and the Holy Roman Empire. It resulted in the creation of the ‘Schmalkaldic League’ as an opposition religious alliance which grew into a territorial political movement and led to the first of many Catholic-Protestant wars.²⁸

Ultimately, even if these events and their impact cannot fully encapsulate the birth of nationalism *per se*, the impact of Luther’s German writings, assisted by the novelty of the printing press and the manner in which it increased and democratized the circulation of ideas amongst the common people made a significant contribution to the formation of the idea of the modern nation.²⁹

B. The impact of the American and French Revolutions

In 2007, a former civil servant of the Dutch Foreign Ministry posited that:

“[E]ven if a case could be made for the American Revolution and the wars of independence in Latin America as early forms of self-determination, these events were far away from Europe, and might perhaps just as well be considered very early forms of decolonisation – a concept that did not exist at that time either.”³⁰

This unfortunate statement underpins a primarily Euro-centric understanding of the concept of self-determination. Benedict Anderson, by contrast, sees the newly independent United States of America and South American states as early examples

²⁷ Martin Luther, ‘Disputation of Doctor Martin Luther on the Power and Efficacy of Indulgences’ in Adolph Spaeth et al. (trs and eds), *Works of Martin Luther*, vol. 1 (A. J. Holman 1915), available at <<http://www.projectwittenberg.org/pub/resources/text/wittenberg/luther/web/ninetyfive.html>> accessed 8 July 2020.

²⁸ Thirty Years’ War, as they came to known, was put an end by the Treaty of Westphalia in 1648, which, in turn, gave birth to the some of the most important principles of international law; such as territorial integrity, legal equality between states and state sovereignty. See Ryan (n 26) 321 ff, 847.

²⁹ For the argument linking printing press to the birth of the nation see Anderson (n 23). Anderson has coined the term “print-capitalism” to explain this phenomenon.

³⁰ Hazewinkel (n 4) 289.

of the emergence of the “nation-state”, an idea introduced in Europe by those coming back from these former colonies.³¹

Extending this argument, it could be said that the US and South American states were in fact early examples of self-determination of peoples. The American Revolution is characterized by the transformation of the monarch's sovereignty to the people's or *popular sovereignty*. This is clearly visible in the constitution of the United States which starts with the phrase “We the people”³², as well as from the writings of the founding fathers³³ and in international legal literature on this subject.³⁴ Self-determination was a political ideal, a postulate in the determination of governance. People, not the monarch, “determined” how and by whom they should be governed.

With the French Revolution, the idea of popular sovereignty was strengthened by the concept of *transfer of territory*. It was declared that territorial changes should be in accordance with the will of the people who lived in that territory.³⁵ Although the principle had its flaws and was subsequently abused by the French revolutionaries themselves, “[t]he right devolved implicitly from the profoundly anti-despotic spirit that inspired the French revolutionaries in the years 1789-92. The modern-day right of peoples to external self-determination has its origins in this early principle”.³⁶ Thus, for the first time, peoples were regarded as the denominator for territorial changes. The political ideal of self-determination manifested itself as a principle regarding the fate of the people living in disputed territories. Judge Dillard's famous quotation to the effect that “[i]t is for the people to determine the destiny of the territory and not the territory the destiny of the people”³⁷ aptly illustrates the importance of the principles of the American and French revolutions combined.³⁸

³¹ Anderson (n 23) (especially see Chapter IV of the book; “Creole Pioneers”)

³² Constitution of the United States of America (created on 17 September 1787, ratified on 21 June 1788).

³³ Especially the following quote from Thomas Jefferson's *A Summary View of the Rights of British America* (1774) available at <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/jeffsumm.asp> accessed 8 July 2020, is a case in point:

“The fictitious principle that all lands belong originally to the king, they were early persuaded to believe real; and accordingly took grants of their own lands from the crown. (...) It is time, therefore, for us to lay this matter before his majesty, and to declare that he has no right to grant lands of himself. From the nature and purpose of civil institutions, all the lands within the limits which any particular society has circumscribed around itself are assumed by that society, and subject to their allotment only. This may be done by themselves, assembled collectively, or by their legislature, to whom they may have delegated sovereign authority; and if they are allotted in neither of these ways, each individual of the society may appropriate to himself such lands as he finds vacant, and occupancy will give him title.” It should also be noted that Thomas Jefferson was the U.S. Ambassador to France between 1785-1789 (including the first days of the Revolution).

³⁴ “The authors of the Declaration apparently believed that the legitimacy of the new Confederation of American States was not made evident solely by the transfer of power from Britain but also needed to be acknowledged by “mankind.” This we may perceive as a prescient glimpse of the legitimating power of the community of nations.” Thomas M. Franck, ‘The Emerging Right to Democratic Governance’ (1992) 86 (1) AJIL 46, 46. Also see Thornberry (n 5) 105: “American revolutionaries cast off an “external” power and proclaimed popular rule.”

³⁵ Cassese (n 10) 11.

³⁶ *ibid* 13.

³⁷ *Western Sahara* (Advisory Opinion), Separate Opinion of Judge Dillard [1975] ICJ Rep 116, 122.

³⁸ A similar quotation from Woodrow Wilson is as follows: “Peoples should not be “bartered about ... as though they were mere chattels and pawns in a game.”” cited in Manley O. Hudson, ‘The Protection of Minorities and Natives on Transferred Territories’ in Edward Mandell House and Charles Seymour (eds), *What Really Happened at Paris: The Story of the Peace Conference, 1918-1919 by American Delegates* (C. Scribner's Sons 1921) 208, cited in Ana Filipa Vrdoljak, ‘Self-Determination and Cultural Rights’ in Francesco Francioni and Martin Scheinin (eds), *Cultural Human Rights* (Martinus Nijhoff 2008), 44.

Before expanding on the evolution of self-determination in the WWI context, a particular feature of the concept of self-determination in France and Europe at large should be noted for the purposes of this paper: While self-determination (even in the absence of the term) was seen as a democratic principle in the US and by the French Revolutionaries themselves, its application both in France and in the rest of Europe was more a form of nation-building which generally overshadowed – if not fully disregarded – the democratic features of the concept. This is evident, for instance, in the annexations of Avignon and Belgium in revolutionary France and, more specifically, in the claim of France over Alsace, based on the idea that “Alsace was French and ought no longer to be ruled by the German princes who claimed sovereignty over the region under the Treaty of Westphalia.”³⁹ Similarly, self-determination as a political ideal was invoked by the Italian political thinker Giuseppe Mazzini in his efforts for the unification of Italy.⁴⁰ And it is arguably fair to make the same observations for the German Unification⁴¹ as well as the independence of the Balkan states from the Ottoman Empire.⁴²

C. Lenin and Wilson: Internationalization of an Ideal

Vladimir Ilyich Ulyanov (best known as Lenin) is credited for his open defense that the right to self-determination be established “as a general criterion for the liberation of peoples”,⁴³ thus taking the issue to a whole new level. According to Cassese, Lenin’s *Theses on the Socialist Revolution and the Right of Nations to Self-Determination*, published in March 1916, “contains the first compelling enunciation of the principle”.⁴⁴ The study of the Soviet declarations concerning self-determination warrants a conclusion that Lenin and the other Soviet political leaders envisioned self-determination as having three components.⁴⁵ These, with Cassese’s elaboration, are:

“First, it could be invoked by ethnic or national groups intent on deciding their own destiny freely. Second, it was a principle to be applied during the aftermath of military conflicts between sovereign States, for the allocation of territories to one or another power. Third, it was an anti-colonial postulate designed to lead to the liberation of all colonial countries. The second component, which prohibited territorial annexations against the will of the peoples concerned, was, for the most part, a reiteration of the principle of self-determination

³⁹ Cassese (n 10) 12 (referring to Merlin de Douai as citing the Alsatian population’s desire to be joined with France).

⁴⁰ *ibid* 13.

⁴¹ Self-determination in this era was more of a means for national unifications like the German empire or the Italian kingdom as a direct outcome of the nationalism ideas spread by French Revolution. Hazewinkel (n 4) 291.

⁴² It is an interesting anecdote that while Serbia was the first country to revolt against the Ottoman Empire in 1804, it only gained full independence in 1878; whereas Greece revolted in 1821 and gained independence in 1832. This discrepancy regarding the dates had probably more to do with the different degree of support these peoples received for their causes rather than their fighting capabilities.

⁴³ Cassese (n 10) 14.

⁴⁴ *Ibid* 15. See Vladimir Ilyich Lenin, *Selected Works* (Lawrence & Wishart 1969) 157.

⁴⁵ Cassese (n 10) 16.

proclaimed by the French Revolutionaries of the late eighteenth century. The first and third components, in contrast, were to a large extent novel.”⁴⁶

It should be stressed, however, that for Lenin, self-determination was only regarded as a step or instrument in the larger path towards socialism. Lenin makes the analogy between the oppression of the poor in the path towards the abolition of classes and the “emancipation” or self-determination of oppressed nations in the process towards the integration of nations:

“In the same way as mankind can arrive at the abolition of classes only through a transition period of dictatorship of the oppressed class, it can arrive at the inevitable integration of nations only through a transition period of the complete emancipation of all oppressed nations, i.e., their freedom to secede.”⁴⁷

Ultimately, the Soviet Union and other Socialist states ignored the first and second components of their own earlier vision (i.e., the incorporation of the Baltic states into the Soviet Union in 1940). On the other hand, their insistence on the third component, concerning anti-colonialism, “had an enormous influence on the foreign policy of the various States and the corpus of international law.”⁴⁸ Their insistence, in fact, turned the political ideal into a legal principle through the incorporation of the concept into the UN Charter which, as discussed below, subsequently evolved into a legal right for particular peoples.

However, around the time Lenin was championing his notion of self-determination based on socialism and heavily focused on the external characteristic of self-determination, the US president Woodrow Wilson was developing his own version. Contrary to Lenin’s ideals, Wilson’s self-determination with an emphasis on its internal character, was based on Western democratic theory,⁴⁹ the American Revolution⁵⁰ and the American Constitution.⁵¹

Wilson also wrote a draft provision to be included in the Covenant of the League of Nations which “required future territorial redistributions to be made with full appreciation of racial, social and political considerations and ‘pursuant to the principle of self-determination’”.⁵² The fact that the draft article was not, however,

⁴⁶ *ibid*

⁴⁷ Vladimir Ilyich Lenin, ‘Thesis’ in Lenin (n 44) 160.

⁴⁸ Cassese (n 10) 19.

⁴⁹ “Thus, Wilson substantially advocated a *fourth potential formulation* of self-determination not considered by Lenin: that the principle required that peoples of each State be granted the right freely to select State authorities and political leaders. Self-determination meant self-government.” Cited *ibid*. Emphasis in the original.

⁵⁰ “To Wilson, self-determination was almost another word for popular sovereignty ... *vox populi was vox dei*.” Cobban (n 25) 63, n 15; *see also* n 34 and 38 above.

⁵¹ “The principles of self-determination put forward by President Woodrow Wilson (...) also proposed democracy, in the light of Wilson’s belief that any universal instruments would be modelled on the Constitution of the United States.” Thornberry (n 5) 106.

⁵² Robert Lansing, *The Peace Negotiations: A Personal Narrative* (Houghton Mifflin 1921) 283 and David Hunter Miller, *The Drafting of the Covenant* (G.P. Putnam’s Sons 1928), vol. 2, 99, cited in Vrdoljak (n 38) 44.

initially included in the Covenant, delayed the transformation of the political ideal into a legal principle.

D. The Paris Peace Conference and the Case of the Aaland Islands

It is interesting how, in the literature, many authors either misanalyse or ignore the fact that the concept of self-determination was just a political ideal which was neither codified nor extensively practiced at the time of the Paris Peace Conference of 1919. There was not enough collective virtue in international actors to legalize and apply a universal principle which would have direct implications on their national interests. The world had to go through a second and a more destructive World War to be wise enough to put interdependence and collective interests ahead of their own national interests for the first time. It is not a coincidence that where the League of Nations was unsuccessful, the system created through the United Nations was able to prevent another world war or a full-scale destruction. As the then British Prime Minister Lloyd George commented on the proceedings of the Conference:

“The task of the Parisian Treaty-makers was not to decide what in fairness should be given to the liberated nationalities, but what in common honesty should be freed from their clutches when they had overstepped the bounds of self-determination.”⁵³

The fact that the victors of WWI decided which populations (i.e., peoples seceding from defeated empires) got to exercise self-determination and which did not,⁵⁴ *prima facie* shows that no *right* to self-determination existed then.⁵⁵ It is further evident that the new states that gained independence were not required to be ruled through the democratic participation of their respective people.⁵⁶ Ultimately, it may be argued that, even the states that were given independence did not exercise a power akin to a *right* to self-determination.

However, it still was not completely disregarded for “other peoples”. For instance, minority rights were introduced as a more acceptable –and limited- substitute to self-determination. In this sense, “[b]y way of a concession, those groups whose exercise of self-determination was thwarted were provided with other, more limited political, social and cultural rights in the form of minority guarantees.”⁵⁷ Although the minority rights system, too, had a very limited and selective scope,⁵⁸ it was later codified into the Covenant of the League of Nations and provided “legal” protection in its time. In

⁵³ David Lloyd George, *The Truth about the Peace Treaties* (Gollancz 1938), vol. 1, 91, cited in Hazewinkel (n 4) 293.

⁵⁴ I.e., Austria wasn't given the right to exercise its self-determination to unite with Germany. Rainer Bauböck, 'Paradoxes of Self-Determination and the Right to Self-Government' in Christopher L. Eisgruber and Andrés Sajó (eds), *Global Justice and The Bulwarks of Localism: Human Rights in Context* (Martinus Nijhoff 2009) 104, n 10.

⁵⁵ Cassese (n 10) 26.

⁵⁶ *ibid*

⁵⁷ Vrdoljak (n 38) 44.

⁵⁸ Cassese (n 10) 26.

the Aaland Islands case,⁵⁹ well-known in the literature due to the report of the League of Nations Committee of Jurists,⁶⁰ it was pointed out clearly that the concept of self-determination was not a positive rule in the realm of international law.⁶¹ Rather surprisingly, however, a second report by the Commission of Rapporteurs alluded to a minority's right to "separation" from the state:

"[W]hile protection of minorities was the only rational and sensible solution for providing safeguards to ethnic and religious groups without disrupting the territorial integrity of States, there might however be cases where minority protection could not be regarded as sufficient. Both bodies [Commission of Rapporteurs and the International Commission of Jurists] asserted that such cases arose when the State at issue manifestly abused its authority to the detriment of the minority, by oppressing or persecuting its members, or else proved to be utterly powerless to implement the safeguards protecting the minority. (...) On the same issue, the Commission of the Rapporteurs (...) stated that, when confronted with the cases at issue, one ought exceptionally to admit the right of "separation" of the minority from the State."⁶²

Although the reports concluded that self-determination was not part of the international legal system yet, it is important that the link between minority rights and self-determination was emphasized in a legal text. Moreover, violation of minority rights, namely "manifest abuse, oppression and persecution" was held as *exceptionally giving a right to separation of the minority from the state*.⁶³ Notwithstanding the different vernacular, it is clear that the essence of what was later affirmed as oppressed peoples' right to self-determination was already acquiring a legal dimension. The next section therefore addresses how self-determination evolved into a legal principle.

III. Self-Determination as A Legal Principle: the UN Charter

As early as 1941, during WWII, the US president Franklin D. Roosevelt and the UK prime minister Winston Churchill issued a "joint declaration" –titled the Atlantic Charter– on the objectives that they thought the post-WWII era should be based on. The second and third points of this eight-point declaration were about self-determination:

SECOND, they desire to see no territorial changes that do not accord with the freely expressed wishes of the people concerned;

⁵⁹ The Islands, which belonged to Finland, were located off the Swedish coast and their inhabitants were Swedish speaking. See Cassese (n 10) 27-31.

⁶⁰ 'Report of the International Committee of the Jurists' (n 13). According to the system under the Covenant of the League of Nations, this report was followed by a second report: *Report presented to the Council of the League by the Commission of Rapporteurs* (16 April 1921), Council Doc. B7/21/68/106.

⁶¹ "Although the principle of self-determination of peoples plays an important part in modern political thought ... it must be pointed out that there is no mention of it in the Covenant of the League of Nations. The recognition of the principle in a certain number of international treaties is not considered as sufficient to put it upon the same footing as a positive rule of the Law of Nations." 'Report of the International Committee of the Jurists' (n 13) 5.

⁶² Cassese (n 10) 31.

⁶³ The argument for separation in this case can be seen as a predecessor of external self-determination of peoples in an existing state.

THIRD, they respect the right of all peoples to choose the form of government under which they live; and they wish to see sovereign rights and self-government restored to those who have been forcibly deprived of them⁶⁴

Clearly, the two points are in line with the Western tradition. “The second point” is taken directly from the French Revolution and “the third point” is taken from Wilson’s version of self-determination with an amendment probably having the Nazi occupations of European territories in mind. There is no mention of colonies, no argument for secession except as a means to restoration of the territory/state. Churchill’s 9 September 1941 speech in the House of Commons also confirms this interpretation.⁶⁵ Nevertheless, when the US, the UK, the USSR, and China gathered to draw sketches for a new world organization, no mention of self-determination (or anything related to the emancipation of oppressed peoples) was to be initially found in the draft Charter.

Another failure -as happened in the Covenant of the League of Nations- was prevented with the insistence of the USSR in the United Nations Conference on International Organization.⁶⁶ After hours of negotiation and amendments it was agreed to express the purpose of the Organization as “to develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace.”⁶⁷ Although no formulation on the scope and application of the principle was devised, self-determination was at least identified as a major objective of the new world organization.⁶⁸

This confusion with regard to the scope and content of self-determination is visible in the reaction of state representatives in the Conference. The Belgian representative, for example, took the principle solely “as a criterion for protecting *nationalities* or *minorities* but even from this angle he dismissed it.”⁶⁹ Colombia openly voiced its confusion in its formal declaration as:

“If [self-determination] means self-government, the right of a country to provide its own government, yes, we would certainly like to be included; but if it were to be interpreted, on the other hand, as connoting a withdrawal, the right of withdrawal or secession, then we should regard that as tantamount to international anarchy, and we should not desire that it should be included in the text of the Charter.”⁷⁰

⁶⁴ Douglas Brinkley and David R. Facey-Crowther (eds), *The Atlantic Charter* (Palgrave Macmillan 1994) xvii.

⁶⁵ See Cassese (n 10) 37.

⁶⁶ *ibid* 38.

⁶⁷ *United Nations Conference on International Organization* (1945), vol. VI, 296.

⁶⁸ See *The microfilmed minutes (unpublished) of the debates of the First Committee of the First Commission of the San Francisco Conference*, 14-15 May and 1 and 11 June 1945, Library of the Palais de Nations, Geneva [hereinafter *Debates*] cited in Cassese (n 10) 38.

⁶⁹ *ibid* 39. (emphasis in the original)

⁷⁰ *Debates* (n 68).

More concerns were raised.⁷¹ As a result of these concerns, it can be concluded that the international community, mainly composed of recently formed nation-states, was not ready to dwell in the democratic reflections of self-determination which automatically disturb the classical understanding of state sovereignty. Hence, the transformation of the political ideal was limited to its emancipation to legal principle, shy of a fully-fledged right, due to a lack of consensus on the exact connotations of the term. As noted by Cassese, while the final text contemplated the need to respect the free will of peoples as regards a system of governance, “the Wilsonian dream of representative governments for all was not contemplated.”⁷²

As a result, the political ideal of self-determination was put in the Charter of the United Nations without clarity to its content, but certainly as an objective of the post-WWII world and its fate had to be determined in the light of the future events and trends. Article 1(2) of the UN Charter therefore reads as follows:

“To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace”⁷³

Through its inclusion in the UN Charter, self-determination *was transformed into a legal principle*, to be a basis for the discussions and attempts to its further transformation into a legal norm. Subsequent UN General Assembly Declarations and Security Council Resolutions, treaties, and reactions of states, transformed the legal principle of self-determination into a legal norm for “defined” peoples. As Crawford rightly put it, “[t]he notion of a right presupposes identification of the subject of the right”, and in our case, that is the definition of a “people”. In other words, the distinction between a principle and a right regarding self-determination “is the determinacy of that subject”.⁷⁴ Herewith, the first scene of evolution in the quest for self-determination was completed. According to Thornberry, the concept was essential to the Charter’s aim for “universal peace”:

“Articles 1(2) and 55 [of the UN Charter] refer to self-determination, in the context of friendly relations among nations and in conjunction with “equal rights” of peoples. The Charter should be read to underline the contribution of the principle to “universal peace” (Article 1.2), impossible without self-determination: the text outlines a comprehensive concept linking interdependent factors of security, stability and human rights.”⁷⁵

As the world progresses, new principles gain weight, some lose importance and ultimately their relative priority changes. As new situations continue to come into

⁷¹ See Cassese (n 10) 38-44.

⁷² *ibid* 41.

⁷³ See also UN Charter, Art. 55 under Chapter IX: International Economic and Social Co-operation.

⁷⁴ James Crawford, *The Creation of States in International Law* (Clarendon 1979) 88, cited in Knop (n 3) 34.

⁷⁵ Thornberry (n 5) 108. Also: *cf* the reference to “the CSCE’s comprehensive concept of security and stability, which includes human rights, political, military, economic and environmental components,” Prague meeting of the CSCE Council, 30-31 January 1992, Summary of Conclusions <<https://www.osce.org/files/f/documents/7/b/40270.pdf>> accessed 8 July 2020 [6].

existence and develop, new discussions arise and if the instances and the discussions matures sufficiently, a legal principle may lead to a new legal norm or right. When self-determination was put in the UN Charter, the horrors of the two World Wars were still alive and thus stability and security had priority in international law. Therefore, it is only natural for a principle like self-determination, which, as stated above, bears often conflicting fundamental rules of international law, to crystallize in a gradual process. Consequently, it is also only natural that self-determination was perceived, in the immediate aftermath of WWII, as more in line with Lenin's view as external and nationalistic, rather than in line with Wilson's more internal and democratic view of self-determination.

It is stated above that self-determination found its place in the UN Charter due to the insistence of the USSR. The Socialist countries, joined by the Third World countries -and with the momentum of anti-colonialism- formed a pushing force that became the harbinger of the first development in the legal principle of self-determination. The increasing number of freshly independent Third World countries were more active than their Socialist counterparts. "They adopted and developed Lenin's thesis that self-determination should first and foremost be a postulate of anti-colonialism."⁷⁶ As Cassese noted, for Third World countries, self-determination mainly meant:

"(1) the fight against colonialism and racism; (2) the struggle against the domination of any alien oppressor illegally occupying a territory (...); (3) the struggle against all manifestations of neo-colonialism and in particular the exploitation by alien Powers of the natural resources of developing countries."⁷⁷

It is obvious from this interpretation that self-determination is heavily linked with independence, state sovereignty and non-intervention. It is not hard to understand why this is the case. These countries were exploited by Western powers for so long that, they tried to shape the legal principle of self-determination according to their interests of survival. For example, as a natural result, these states ignored that minorities should be given the right to self-determination in an existing state.⁷⁸

Western states, by contrast, first tried to oppose and prevent any formulation of the right to self-determination. They insisted that "Article 1(2) of the Charter merely set out broad guidelines for the Organization as such and therefore did not impose any specific obligation on Member States of the UN."⁷⁹ Nevertheless, when Western states realized that it was impossible for such a crucial principle to stay inactive forever in the realm of international law, they revived Wilsonian principles: "According to the Western States, the principle of self-determination enshrined in

⁷⁶ Cassese (n 10) 44.

⁷⁷ *ibid* 45-46.

⁷⁸ *ibid* 46.

⁷⁹ *ibid*.

the UN Charter contemplated (1) *internal* self-determination and (2) *universality* of application.⁸⁰ Therefore it should reflect these ideals. This position was summarized by the US delegate in his statement of 31 March 1952 in the UN Economic and Social Council (“ECOSOC”). He repeatedly emphasized that self-determination meant the “promotion of self-government” and also stressed that “the problem of self-determination is a universal one – one of significance for all States and not only States administering non-self-governing territories”.⁸¹ The West emphasized that “the principle ought to be interpreted as the right of the peoples of every State freely to choose a system of government that fully meets the aspirations of the people.”⁸² For them, “the principle was conceived as the fundamental criterion for the democratic legitimization of governments”⁸³, an understanding bearing little interest, if any, on the side of the Third World and Socialist bloc at the time.

Finally, before going to the next section, which examines how self-determination was applied as a legal right between the infancy of the Charter and the 1990s, it is useful to briefly look at the other Charter provisions referring to its multiple dimensions. Articles under Chapter XI: Declaration Regarding Non-Self-Governing Territories (Articles 73-74) and articles under Chapter XII: International Trusteeship System (Articles 75-85) are of this kind. “Humanitarian and democratic elements in Chapters XI and XII are of high significance, including the injunction in Article 76(c) ‘to encourage recognition of the interdependence of the peoples of the world’, a point sometimes lost when rights are asserted.”⁸⁴

Trust territories, covered by Chapter XII, were the same territories as the mandate system of the League of Nations, with the exception of the states that gained independence in the time between.⁸⁵ Non-self-governing territories, on the other hand, are covered by Chapter XI. According to Article 73, these territories are “territories whose peoples have not yet attained a full measure of self-government” and at first such territories “were identified by the states responsible for them.”⁸⁶ Nevertheless, Spain and Portugal’s refusal to name any of their colonies as non-self-governing led the UN General Assembly to specify certain criteria for non-self-governing territories under Resolution 1541⁸⁷. According to these criteria more territories were

⁸⁰ *ibid.* (emphasis in the original)

⁸¹ 27 *Dept St Bul* (18 August 1952), 269 and 271, cited in Cassese (n 10) 46, n 30.

⁸² Cassese (n 10) 46.

⁸³ *ibid.* 47.

⁸⁴ Thornberry (n 5) 109.

⁸⁵ “In the case of each trust territory, an authority, which could be one or more states or the United Nations itself, administered the territory pursuant to an individual trusteeship agreement. The United Nations supervised the administration of trust territories through a system of reporting by administering authorities, examination of petitions and periodic visits by UN missions. (UN Charter, c. XIII)”. Knop (n 3) 51-52.

⁸⁶ *ibid.*

⁸⁷ Principles which should Guide Members in Determining Whether or Not an Obligation Exists to Transmit the Information Called for under Article 73 e of the Charter, UNGA Res 1541 (XV) (15 December 1960) UN Doc A/RES/1541 (XV).

specified as non-self-governing.⁸⁸ The Charter, whereas envisaged progress towards self-government for the trust and non-self-governing territories, did not spell out self-determination for them. Nevertheless, subsequent development of international law entitled these territories the legal right to self-determination.⁸⁹

IV. Self-Determination as A Modern Right: From the Charter's Infancy to the 1990s

A. Colonial Peoples

As noted above, it was the Socialist and Third World countries' coalition that pushed for the recognition of self-determination in the international legal system. After a brief reluctance from Western states, they also put forward their own views and consequently an agreement was reached in the United Nations regarding non-self-governing territories that they "should have the opportunity freely to choose their international status and about the manner in which their right to self-determination would be implemented."⁹⁰

Three important General Assembly Resolutions were adopted concerning these agreements: Resolution 1514(XV) of 14 December 1960 on "Declaration Granting Independence to Colonial Countries and Peoples"; Resolution 1541(XV) of 15 December 1960 concerning of member states obligations' vis-à-vis non-self-governing territories; and the well-known Resolution 2625 (XXV) of 24 October 1970, adopting the "Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the UN". The first two of these resolutions were presented as "interpretation[s] of the Charter and [are] usually taken to characterize the Afro-Asian account of self-determination."⁹¹ While Resolution 1514 stressed the importance of self-determination of colonial peoples and the Friendly Relations Declaration was significant in broadening the mandate of the norm, Resolution 1541 was the first to enunciate the exercise of the legal right to self-determination.⁹²

Although Resolution 1514 affirms that "All peoples have the right to self-determination", it should not be concluded that the intended scope was universal.

⁸⁸ Knop (n 3) 52.

⁸⁹ *ibid.* See e.g. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (Advisory Opinion) [1971] ICJ Rep 16 [52]-[53]; *Western Sahara* (Advisory Opinion) [1975] ICJ Rep 12 [54]-[59], [61] ff; *East Timor (Portugal v Australia)* [1995] ICJ Rep 90 [29], [31], [37]; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Advisory Opinion) [2004] ICJ Rep 136 [88], [118], [122], [149], [155], [159]; *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (Advisory Opinion) [2019] ICJ Rep 95 *esp* [144]-[161]

⁹⁰ Cassese (n 10) 71.

⁹¹ Thornberry (n 5) 109.

⁹² Joshua Castellino, 'Order and Justice: National Minorities and the Right to Secession' (1999) 6 *Intl J on Minority & Group Rights* 389, 393.

In fact, the non-universal reach of this right becomes apparent from the general context, the title, object, and purpose of the Resolution.⁹³ The legal principle of self-determination was transformed into a legal right for colonial peoples, and colonial peoples only. In other words, international lawmakers defined only the colonial peoples as the people entitled to a right to self-determination. For other “peoples”, self-determination still existed as a political ideal or a legal principle, which constituted an ethical and/or legal basis for their claims, but not an enforceable right. Moreover, state practice before and after the adoption of the Resolution confirms this narrow interpretation.⁹⁴ Nonetheless, the usage of people in general and the broadening of the scope of Resolution 1514 with the Friendly Relations Declaration, as will be seen below, also meant that the legal principle of self-determination had the capacity to generate a legal right to self-determination for other peoples who were not yet entitled to the right in the realm of international law.

According to Thornberry, with its operative paragraph 2, “the Charter principle has become a right”⁹⁵ in Resolution 1514. On the other hand, Quane states that, the *prima facie* non-binding character of the Resolutions, the abstentions of almost all colonial powers in the vote record and an analysis of the statements made at the time of the adoption warrants the conclusion that it did not have a legally binding character.⁹⁶ Nevertheless, in the *Threat or Use of Nuclear Weapons* Advisory Opinion, the ICJ has stated:

General Assembly resolutions, even if they are not binding, may sometimes have normative value. They can, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an *opinio juris*. To establish whether this is true of a given General Assembly resolution, it is necessary to look at its content and the conditions of its adoption; it is also necessary to see whether an *opinio juris* exists as to its normative character.⁹⁷

In the most recent case concerning self-determination, the Advisory Opinion given by the ICJ on the *Separation of The Chagos*, the court held the view that “there is a clear relationship” of the sort necessitated by the *Threat or Use of Nuclear Weapons* Advisory Opinion between the decolonization process and Resolution 1514, which “clarified the content and scope of the right to self-determination.”⁹⁸ What transformed the legal principle into a right for colonial peoples is the fact that states concerned overwhelmingly complied with the Resolutions⁹⁹ and the ICJ in its Advisory Opinion

⁹³ Quane (n 1) 548 (see also corresponding footnotes).

⁹⁴ *ibid*; Cassese (n 10) 72.

⁹⁵ Thornberry (n 5) 110.

⁹⁶ Quane (n 1) 551.

⁹⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion) [1996] ICJ Rep 226 [70]

⁹⁸ *Separation of the Chagos* (n 89) [150].

⁹⁹ See *ibid* [152] ff

on *Namibia*¹⁰⁰ in 1971 and later in its *Western Sahara* Advisory Opinion¹⁰¹ in 1975 concluded that there is a legal *right* to self-determination for non-self-governing territories which are identified as colonial peoples. To be precise, in *Namibia* Advisory Opinion, the Court only speaks of “principle of self-determination” but recognizes “the subsequent development of international law in regard to non-self-governing territories”¹⁰², clearly meaning the above-mentioned resolutions which speaks of the “right to self-determination”. In the *Western Sahara* Advisory Opinion, the Court uses both terms, and in one very important paragraph together: “The principle of self-determination as a right of peoples”¹⁰³ Moreover, we see that in 1966 Spain had defined self-determination as a right with respect to the concerned territory, *Western Sahara*: “In 1966, ..., Spain expressed itself in favour of ... the exercise by the population of the territory of their right to self-determination”¹⁰⁴

Another example to the topic at hand is the *East Timor* case.¹⁰⁵ When it came to 1995, the ICJ, referring mainly to the same resolutions and cases that are stated above, has no question about or need to discuss the “right”-ness of self-determination.¹⁰⁶ Furthermore, in its decision, the ICJ agreed with Portugal’s assertion that “the right of peoples to self-determination, as it evolved from the Charter and from United Nations practice, has an *erga omnes* character”¹⁰⁷

The exercise of the legal right as stated in Resolution 1514 and 1541 was confined to the colonial people as a whole and as such all the ICJ cases stated above are related to non-self-governing territories. This means that the colonial peoples were identified with regards to the colonial boundaries drawn by the imperialist powers. Nonetheless, the inviolability of the colonial boundaries was advocated by developing countries, with support from the Socialist bloc and without the opposition from Western states. Developing countries argued that the possibility of the modification of the boundaries could trigger disruption among the new would-be states creating serious disorder and conflict.¹⁰⁸ The principle of *uti possidetis*¹⁰⁹ was upheld as it was a direct production of the principle of effectiveness reflecting the context which state sovereignty, territorial integrity and non-intervention were paramount without any requirements in return. The operative paragraph 6 of Resolution 1514 proves this comment by

¹⁰⁰ *Namibia* (n 89) [52].

¹⁰¹ *Western Sahara* (n 89) [55].

¹⁰² *Namibia* (n 89) [52]-[53]

¹⁰³ *Western Sahara* (n 89) [55]. See also [57]-[58]

¹⁰⁴ *ibid* [61].

¹⁰⁵ Yet another example that might be given is the Advisory Opinion on *Construction of a Wall* (n 89) as the Court regarded the West Bank akin to non-self-governing territories of the three cases that are examined here. For our present purposes, said 2004 Advisory Opinion repeats the previous jurisprudence of the ICJ.

¹⁰⁶ *East Timor* (n 89) [31], [37]

¹⁰⁷ *ibid* [29]; Reiterated by the Court in *Construction of a Wall* (n 89) [155]-[156]

¹⁰⁸ Cassese (n 10) 72.

¹⁰⁹ See *Frontier Dispute (Burkina Faso/Mali)* [1983] ICJ Rep 554 [20].

noting that “[a]ny attempt aimed at the partial or total disruption of the national unity and the territorial integrity of a country is incompatible with the purposes and principles of the Charter of the United Nations.” Hence, in the evolution of the right to self-determination the concerns of the international community with regards to the classical understanding of sovereignty and territorial integrity weighed more than the full extent of the free will of the colonial populations regardless of the artificial borders.¹¹⁰ In this sense, territorial integrity of a given non-self-governing territory has been regarded as “a corollary of the right to self-determination.”¹¹¹

Lastly, the right only concerned external self-determination, since Resolution 1541 in its Principle VI put down three options for the exercise of the right: Emergence as a sovereign independent State, free association with an independent State or integration with an independent state.¹¹²

B. People as a Whole

The legal right to self-determination of the whole people living in an existing state was introduced into the realm of international law through the International Covenant on Civil and Political Rights (“ICCPR”) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (“ICESCR”) which were adopted by the General Assembly in 1966 and came into force in 1976. They form the treaty law part of the right to self-determination. As of today, 173 states are parties to ICCPR and 171 states to ICESCR. The right to self-determination is set out in the “common article” 1 of each Covenant as follows:

(1) All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.

(2) All peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic co-operation, based upon the principle of mutual benefit, and international law. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence.

(3) The States Parties to the present Covenant, including those having responsibility for the administration of Non-Self-Governing and Trust Territories, shall promote the realization of the right of self-determination, and shall respect that right, in conformity with the provisions of the Charter of the United Nations.

The text of the article uses the same language as Resolution 1514 and the 1970 Friendly Relations Declaration.¹¹³ Article 1(2), however, introduces a novelty as it

¹¹⁰ In *Separation of the Chagos* there seems to be an exception upheld by the Court: “It follows that any detachment by the administering Power of part of a non-self-governing territory, *unless based on the freely expressed and genuine will of the people of the territory concerned*, is contrary to the right to self-determination”. [160] (emphasis added)

¹¹¹ *ibid* (n 89) [160]

¹¹² Resolution 1541 (n 87).

¹¹³ Although the two Covenants were adopted in 1966, they entered into force in 1976, six years after the Friendly Relations Declaration, *see* n 15-16 above.

extends the right over natural wealth and resources. This article was adopted due to the pressure coming from developing countries.¹¹⁴

Although the draft of Article 1, proclaimed, “all peoples *shall have* the right to self-determination”, the final text reads, “all peoples *have* the right to self-determination.” This change was intended “to emphasize the fact that the right referred to is a *permanent one*”¹¹⁵ Thus “[t]he issue of whether the government of a sovereign State is in compliance with Article 1 is a legitimate question, with reference to any State, at any point in time.”¹¹⁶

Moreover, the word *freely* included in Article 1(1) has significance as it refers to freedom from “any manipulation or undue influence from the *domestic* authorities”¹¹⁷ as well as the classical principle of non-intervention. Thus, the Article established the internal self-determination of the whole people, and with the non-intervention principle it obliged the contracting States not to interfere with the independence of other States “in such a manner as to curtail the right of the foreign peoples to self-determination.”¹¹⁸ Hence, in Cassese’s words, “external self-determination was proclaimed in a manner that was markedly different from the traditional approach to this subject” since, previously, it was only understood as concerning the formation of independent statehood.¹¹⁹

Aside from these treaty interpretations, there are two incidents that should be stated in the context of this paper: The first one is the invocation of Article 1 by Western states “as sanctioning a value that should apply to *any State*” regardless of their status as parties to the relevant covenants. This position regarded the provision with “a meaning and a weight which extends far beyond those strictly pertaining to a treaty provision”.¹²⁰ The second one is India’s reservation to Article 1 and the responses it got. The text of the reservation is as follows:

With reference to article 1 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and article 1 of the International Covenant on Civil and Political Rights, the Government of the Republic of India declares that the words ‘the right of self-determination’ appearing in those articles apply only to the peoples under foreign domination and that these words do not apply to sovereign independent States or to a section of a people or nation – which is the essence of national integrity.¹²¹

¹¹⁴ Cassese (n 10) 55-56.

¹¹⁵ *ibid* 54. (emphasis in the original)

¹¹⁶ *ibid* 55.

¹¹⁷ *ibid* 53. (emphasis in the original)

¹¹⁸ *ibid* 66.

¹¹⁹ *ibid*.

¹²⁰ *ibid*. (emphasis added)

¹²¹ India, *Declaration* (10 April 1979) 1132 UNTS 439.

France, the Federal Republic of Germany, the Netherlands, and Pakistan objected to this reservation. Germany, in particular, stated that: “The right of self-determination as enshrined in the Charter of the United Nations and as embodied in the Covenants applies to all peoples and not only to those under foreign domination. All peoples, therefore, have the inalienable right freely to determine their political status and freely to pursue their economic, social and cultural development.”¹²² Cassese argues that the very fact that India entered such a reservation and the responses it received “lend credence to the thesis that peoples living in sovereign States are within its scope.”¹²³

C. Racial Groups (Peoples Being Systematically Discriminated Because of Their Race)

The novelty brought by the Friendly Relations Declaration was the extension of the scope of peoples that have the right to self-determination. The concerning paragraph proclaims that:

The territory of a colony or *other* Non-Self-Governing Territory has, under the Charter, a status separate and distinct from the territory of the State administering it; and such separate and distinct status under the Charter shall exist until the people of the colony *or* Non-Self-Governing Territory have exercised their right of self-determination in accordance with the Charter, and particularly its purposes and principles.¹²⁴

As understood from the term “other Non-Self-Governing” territories, not all non-self-governing territories needed to be colonies. People subjected to foreign occupation were also seen as a category that held the right to self-determination.¹²⁵ As stated in the Declaration:

[A]nd bearing in mind that subjection of peoples to alien subjugation, domination and exploitation constitutes a violation of the principle [of equal rights and self-determination of peoples], as well as a denial of fundamental human rights, and is contrary to the Charter.¹²⁶

Furthermore, the language, drafting history and states’ reactions confirm that the 1970 Declaration aimed a universal tone unlike the limited –decolonization- focus of Resolution 1514. The text reads that there is a right of “all peoples” to self-determination. The ordinary meaning of these words suggest that the principle is universally applicable.¹²⁷ The drafting committee report, in turn, suggests that it was

¹²² Federal Republic of Germany, *Declaration relating to the declaration made upon accession by India* (15 August 1980) 1197 UNTS 407.

¹²³ Cassese (n 10) 60.

¹²⁴ Friendly Relations Declaration (n 17) (emphases added).

¹²⁵ “This notion, which had already been put forward, albeit in rather vague and ambiguous terms, in the 1960 UN Declaration on the Independence of Colonial Peoples, and then implicitly upheld in Article 1 common to the two UN Covenants on Human Rights of 1966, was spelled out in 1970, in the UN Declaration on Friendly Relations.” Cassese (n 10) 90.

¹²⁶ Friendly Relations Declaration (n 17).

¹²⁷ Quane (n 1) 562.

agreed that the Declaration should contain a general statement of the principle, in order to stress its universality.¹²⁸ Individual States also acknowledged the universal character of the principle.¹²⁹

Although no definition of “people” in the universal sense was made in the Declaration, this paragraph –the so-called “the saving clause”-¹³⁰ sheds some light on the issue:

Nothing in the foregoing paragraphs shall be construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples as described above and thus possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction as to race, creed or colour.¹³¹

A contrario, if a government fails to be representative, the territorial integrity and sovereignty of that particular state cannot be held as an excuse. For the first time, the balance between the classical Westphalian norms was tipped in the favor of human rights and democracy in a legal text concerning self-determination.¹³² It can be, furthermore, derived that, in spelling out race, creed and colour, there is an implicit acknowledgment of the fact that in any given State there can be different people(s) besides the whole people of that State. Moreover, although the trilogy of “race, creed and colour” has been identified as a loose formulation to sanction a right¹³³, Cassese makes a case for the discrimination based on race and deems it as crystallized by the subsequent UN practice, while acknowledging that, in the Declaration, “the rights of racial and religious groups subjected to discrimination are subordinate to the principle of territorial integrity” and thus “any license to secede must be interpreted very strictly.”¹³⁴

According to Cassese, secession is implicitly authorized by the Declaration and it must be strictly construed, as with all exceptions. He thus suggests “denial of the basic right of representation does not give rise *per se* to the right of secession”,¹³⁵ requiring instead a gross and systematic suppression of a people’s fundamental rights and the denial of a peaceful settlement of existing disputes. Unfortunately, Cassese’s basis for this argument regarding secession is the “implicit authorization of the Declaration”, a reference which is not supported by the *travaux préparatoires* to the

¹²⁸ *ibid* 25.

¹²⁹ *ibid* 562. “Only India ruled out the possibility that it could apply to independent States.” *ibid*, n 139.

¹³⁰ For the origin of the term and the case for racial groups, *see* Cassese (n 10) 116 and 108-120.

¹³¹ Friendly Relations Declaration (n 15) (emphasis added).

¹³² See Section V.B below for a more detailed discussion.

¹³³ Christian Tomuschat, ‘Self-Determination in a Post-Colonial World’ in Tomuschat, *Modern Law of Self-Determination* (n 5) 10.

¹³⁴ Cassese (n 10) 112.

¹³⁵ *ibid* 119-120.

1970 Declaration. Consequently, Cassese's argument for external self-determination (secession) seems to reflect a *lex ferenda* rather than the *lex lata*, a fact which he himself acknowledges by saying that "[it] has not become customary law."¹³⁶

Nevertheless, his argument for "*internal* self-determination to *racial groups* persecuted by central government" finds support from the UN practice.¹³⁷ According to the author, "it suffices to recall the string of General Assembly resolutions on Southern Rhodesia¹³⁸ and South Africa¹³⁹, as well as a number of significant statements made along the same lines by Western countries."¹⁴⁰ Interestingly, Cassese makes a comparison between the statements of Western states and the statements of developing and Socialist states. Cassese argues –and this paper agrees– that "[t]he weight of [Western states'] statements, as far as proof of the emergence of a customary rule on the matter is concerned, is greater than that of the declarations of developing and socialist countries. With regard to these two classes of States one might contend that [latter class's] stand was primarily motivated by merely political or ideological considerations. *By contrast* Western states were *politically less unfavourable* to Southern Rhodesia and South Africa."¹⁴¹

V. Self-Determination as A Post-Modern Right: Beyond the 1990s

The previous sections outlined three categories of peoples who were entitled to the legal right to self-determination: colonial people, people as a whole (internal self-determination) and people under alien domination. Due to the progress made in human rights law and the constantly developing structure of international law, however, two more peoples became candidates for the entitlements of the legal right to self-determination: minorities and indigenous peoples. Although both groups find the legal basis for their claim in the 1966 ICCPR and ICESCR and in the 1970 Friendly Relations Declaration, the symbolic demolition of the Berlin Wall in 1989 and the consequent break-up of the Soviet Union and the Socialist Federal Republic of Yugoslavia served as a catalyst to this development. With the demise of communism, the Western interpretation of self-determination, which found its cradle in self-government, gained the upper hand and the concept of democracy began to evolve from a choice with regard to a system of governance into a human right in itself.¹⁴² In this section, these two groups of people will be analyzed in this context and it will be determined, with reference to the related cases, how these peoples came to be regarded as holders of the right to self-determination under international law.

¹³⁶ *ibid* 121.

¹³⁷ *ibid* 120-121.

¹³⁸ *See* n 19 above.

¹³⁹ *See* n 18 above.

¹⁴⁰ Cassese (n 10) 120-121.

¹⁴¹ *ibid* 121 (emphasis added).

¹⁴² *See* generally Franck (n 34).

A. Indigenous Peoples

Unfortunately, there is no internationally accepted definition for indigenous peoples at present. Although several organizations like the International Labour Organization (“ILO”) and the World Bank have adopted their own definitions, the often-referred definition¹⁴³ is the “working definition” proposed by the UN Special Rapporteur on discrimination against indigenous populations, Martínez Cobo:

Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those territories, or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems.¹⁴⁴

Even though this definition, too, has been criticized, it is still regarded as the most authoritative amongst all the proposed definitions regarding indigenous peoples.¹⁴⁵ Two important points need to be emphasized in order to talk about a possible legal right of indigenous peoples to self-determination. The first one touches upon the core of the indigenous discourse which is “to ensure that indigenous peoples have a right over their ancestral territories.”¹⁴⁶ Indigenous peoples have a specific relationship to a defined territory and as such they are occasionally referred to as “territorial minorities”¹⁴⁷. The second point is the transformation of the usage of indigenous “populations” into indigenous “peoples”.¹⁴⁸ As Erica Daes, the Chairperson-Rapporteur of the UN Sub-commission on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities, put it, “[i]ndigenous peoples are indeed peoples and not minorities or ethnic groups.”¹⁴⁹ Wiessner adds that “[i]f any traditional criteria of “people” exist, indigenous groupings may very well meet them.”¹⁵⁰

¹⁴³ Joshua Castellino and Jeremie Gilbert, ‘Self-Determination, Indigenous Peoples and Minorities’ (2003) 3 *Macquarie L.J.* 155, 168.

¹⁴⁴ UN Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities, *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations: Final Report (last part) submitted by the Special Rapporteur, Mr. José R. Martínez Cobo* (30 September 1983) UN Doc E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.8 [379].

¹⁴⁵ For debates on a definition of indigenous peoples, see Benedict Kingsbury, ‘Indigenous Peoples in International Law: A Constructivist Approach to the Asian Controversy’ (1998) 92 *AJIL* 414.

¹⁴⁶ Castellino and Gilbert (n 130) 168.

¹⁴⁷ *ibid.*

¹⁴⁸ *ibid.*

¹⁴⁹ UN Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities, *Standard-setting Activities: Evolution of Standards Concerning the Rights of Indigenous People: Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, on the concept of “indigenous people”* (10 June 1996) UN Doc E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2 [47]. Though, this definition differs in its perception of minorities from this paper.

¹⁵⁰ Sigfried Wiessner, ‘Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Analysis’ (1999) 12 *Harv Hum Rts J.* 57, 119.

Article 3 of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (“2007 Declaration”)¹⁵¹ states that “[i]ndigenous peoples have the right to self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.”¹⁵² The declaration was adopted by the General Assembly by a majority of 144 states in favour, 4 against (Australia, Canada, New Zealand and United States) and 11 abstentions (Azerbaijan, Bangladesh, Bhutan, Burundi, Colombia, Georgia, Kenya, Nigeria, Russian Federation, Samoa and Ukraine).¹⁵³ Although General Assembly Resolutions are non-binding instruments, states’ votes in support of them, combined with the fact that opposing states later reversed their position and endorsed or announced to endorse the text, confirms the customary law status of the Resolution. Amongst the 4 votes against -which are very important states for the purposes of indigenous rights since they have a considerable population of them- Australia and New Zealand reversed their positions and endorsed the Declaration. In March 2010, Canada announced that “it would take steps to endorse” the document and, lastly, in April 2010, the United States indicated “that it will also review its position regarding the Declaration.”¹⁵⁴ By the end of 2010, both Canada and the United States have reversed their positions and now endorse the Declaration.¹⁵⁵ This is such an important development considering the fact that the rapid crystallization of Resolution 1514 was due to the high rate of willingness of states to comply with it.

The 2007 Declaration is also important from another angle. Without the Declaration reflecting customary international law, the only internationally binding instrument with regard to the indigenous peoples’ rights is the International Labour Convention No 169. Article 1(3) of the Convention states that, “the use of the term “peoples” in this Convention shall not be construed as having any implications as regards the rights which may attach to the term under international law.”¹⁵⁶ Consequently, in the *status quo*, it is debatable that indigenous peoples qualify as peoples having the right to self-determination, though it is highly probable that the 2007 Declaration could be considered to reflect customary international law, if the history of Resolution 1514 is anything to go by. The repositioning of states with important numbers of indigenous peoples living in them from opposing to endorsing states is a crucial move in this regard.

¹⁵¹ 2007 Declaration (n 20)

¹⁵² *ibid.*

¹⁵³ United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues (UNPFII), ‘United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples’ <<https://web.archive.org/web/20100815064020/http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/en/declaration.html>> accessed 8 July 2020 (captured 15 August 2010).

¹⁵⁴ *ibid.*

¹⁵⁵ UNPFII, ‘United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples’ <<https://web.archive.org/web/20110131214644/http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/en/declaration.html>> accessed 8 July 2020 (captured 31 January 2011).

¹⁵⁶ Convention (No. 169) Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (adopted 27 June 1989, entered into force 5 September 1991) 1650 UNTS 383.

A second question that arises is, once established the abstract right of a group to self-determination, what is the scope of this right? As stated above, (the process of) crystallization or enlargement of the definition of the peoples entitled to self-determination is very much related to the evolutionary character of self-determination. This is visible in the text of the 2007 Declaration. As nationalism was the driving force of the codification of self-determination in decolonization times, Resolutions 1514 and 1541 were products of that context. The legal right to self-determination of the colonial peoples was primarily independence. The other options of association with an independent state or integration into an independent state were included in Resolution 1541 with additional requirements.¹⁵⁷ The free and voluntary choice of peoples were limited to referenda and did not extend to the system of governance as such. On the other hand, the post-Berlin Wall developments emphasized democracy and human rights more and more, according the concept of self-determination with a strong democratic character. The 2007 Declaration reflects this evolution. The Declaration favors a right to *internal* self-determination -in many articles it refers to the term “state” as the independent state which the indigenous people live in and it imposes many obligations on that state to be responsible towards its indigenous people(s).¹⁵⁸ Moreover Article 33(1) provides that indigenous peoples’ rights do not “*impair the right of indigenous individuals to obtain citizenship of the States in which they live.*”¹⁵⁹

Other than the inclusion of the independent state which the indigenous people live in and which has obligations towards them thereto, the rights given to indigenous peoples themselves point to a right to internal self-determination. The Declaration extensively laid down various provisions pointing to that effect, yet perhaps the most important and definitive one is Article 4 which states that:

“Indigenous peoples, in exercising their right to self-determination, have the right to autonomy or self-government in matters relating to their internal and local affairs, as well as ways and means for financing their autonomous functions.”

Furthermore Article 46(1) states that:

“Nothing in this Declaration may be interpreted as implying for any State, people, group or person any right to engage in any activity or to perform any act contrary to the Charter of the United Nations or construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States.”

In various articles between Articles 4 and 46, the Declaration lays down the specific exercises of the right to internal self-determination; some of which are truly

¹⁵⁷ Resolution 1541 (n 87), Principles VII-IX.

¹⁵⁸ Explicit use of the term “state” for the said purpose are in Arts. 11-17, 19, 21-22, 26-27, 29-32, 36-40.

¹⁵⁹ Emphasis added.

far reaching. An example of this kind is Article 34: "Indigenous peoples have the right to promote, develop and maintain their institutional structures and their distinctive customs, spirituality, traditions, procedures, practices and, *in the cases where they exist, juridical systems or customs, in accordance with international human rights standards.*"¹⁶⁰

Article 34 is also crucial for the purposes of this paper as it imposes an obligation, this time on indigenous peoples themselves, to respect and recognize the international standards of human rights while establishing their institutional structures, etc. This is of crucial importance since it reflects a changing perception of the right to self-determination as a democratic human right. A related example that confirms this trend is Article 46(2), which states that any limitations to the rights enshrined in the declaration must be not only necessary, but also limited to what is necessary to ensure, *inter alia*, the achievement of "*just and most compelling requirements of a democratic society.*"¹⁶¹

To sum up, the crystallization of the 2007 Declaration is crucial to be able to clearly define the legal right to self-determination for a historically important segment of peoples, that is, indigenous peoples. Moreover, as it reflects democratic and human rights ideals as intrinsic to the exercise of self-determination, it is momentous in the evolution of self-determination.

B. Minorities (Peoples Living in Existing States)

As already noted, minority rights were introduced in the post-WWI era as rights "short of self-determination". In other words, minority rights were the remedy of a relevant people who could not exercise self-determination due to the international political structures of the time. This "remedy" was not only ineffective, but also was used as an ideological tool, especially by Nazi Germany, in the years leading up to WWII. Consequently, when the UN Charter was being drafted, it was not even debated that the territorial integrity of the independent and sovereign states was inviolable. This principle was upheld in every text regarding self-determination. Nevertheless, the competition between the Western states and the Communist Bloc came to an end with the regime changes following the destruction of the Berlin Wall. Although, without any doubt, territorial integrity and sovereign equality are still amongst the leading principles of international law, they are no longer absolute monolithic rules. Instead, these are now nuanced principles, to be interpreted against (and in conformity with) the evolving catalogue of human rights.¹⁶²

¹⁶⁰ Emphasis added.

¹⁶¹ Emphasis added. See also Art. 46(3): "The provisions set forth in this Declaration shall be interpreted in accordance with the principle of justice, democracy, respect for human rights, equality, non-discrimination, good governance and good faith."

¹⁶² S. James Anaya, 'The Capacity of International Law to Advance Ethnic or Nationality Rights Claims' in Will Kymlicka (ed), *The Rights of Minority Cultures* (OUP 1995), 325.

As such, the balance between territorial integrity and self-determination does not always favor the former anymore. The first proof was given in “the saving clause” of the Friendly Relations Declaration. The Declaration, for the first time, put a requirement to uphold the principle. It stated that the territorial integrity or political unity of sovereign and independent states were only protected for the governments “representing the whole people belonging to the territory without distinction as to race, creed or colour”. In the previous section, peoples who are being systematically discriminated based on their race were counted as a category of people having a legal right to self-determination as the argumentation put forward by Cassese was followed. This subsection concerns the legal position of minorities in relation to self-determination whether they are a “racial group” or not.

Like the absence of a definition for indigenous peoples, an internationally accepted legal definition for minorities failed to come into existence. This notwithstanding, a working definition proposed by the Special Rapporteur for the UN Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities, Francesco Capotorti, was used in the proceedings. It is generally considered to be the most competent definition of minorities in the realm of international law. According to the Special Rapporteur, a minority is:

“[A] group numerically inferior to the rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members –being nationals of the State – possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, religion or language.”¹⁶³

Before the Friendly Relations Declaration, with regard to self-determination, the term “people” was always understood as “people as a whole”. Even in the decolonization context peoples were defined related to the colonial borders drawn by the imperialist powers, with no regard for ethnic, cultural, or linguistic ties. Internal self-determination was only awarded to the whole population of an existing state. The reason lying behind this understanding related to one of the seminal principles of the nation-state: the indivisible unity of the state with its people. The emphasis on indivisibility and the unitary use prevented any legal recognition of distinct peoples within existing states. As a result, the legal instruments that gave rights to minorities preferred the wording “persons belonging to minorities”¹⁶⁴ rather than a clearer term, as the former signified an individual right and not a collective right like the right to self-determination.¹⁶⁵

¹⁶³ UN Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities, *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities by Francesco Capotorti, Special Rapporteur of the Sub-Commission*, UN Doc E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1 (1979).

¹⁶⁴ Such as Art. 27 ICCPR (n 15).

¹⁶⁵ According to Asbjørn Eide, there is no disagreement on the fact that the rights of persons belonging to minorities are individual rights, even though they are enjoyed in a group with other members. See UN Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities, *Commentary to the Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities - Working paper submitted by Asbjørn Eide* (27 April 2000) UN Doc E/CN.4/Sub.2/AC.5/2000/WP.1.

This approach was arguably rational when contextualized against its historical context. The horrors of the two World Wars were still present and the international community was determined to avoid the repetition of any such catastrophes. It is unfair to analyze the past without its proper context¹⁶⁶ and in this context the international community was successful in its cause. Nevertheless, today, it may be argued that there is a relatively more settled system, ever-growing international and regional organizations, and highly interdependent trade ties as sufficient safeguards. In return, it could be argued that it is no longer possible to ignore minority rights as group rights and to not recognize more than one people within an existing state, if need be. According to Tomuschat, such a denial “seems much too harsh as a construction designed to establish a peaceful balance between all the interests at stake.”¹⁶⁷ The definition of self-determination by UNESCO in a statement made to the UN Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and Protection of Minorities is a case in point: The right to self-determination is “a reminder of the ultimate accountability of every State and every political system to the *peoples* who live under its legal jurisdiction.”¹⁶⁸ As discussed, the addition of the requirement of “a government representative of all population” (not only the majority¹⁶⁹) was the first step. The same phrase was included in the Vienna declaration of 1993:

[The right to self-determination] shall not be constructed as authorizing or encouraging any action which could dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples and thus possessed of a Government representing the whole people belonging to the territory without distinction of any kind.¹⁷⁰

The abandonment of the “race, creed or colour” formulation of the Friendly Relations Declaration for the sake of “without distinction of any kind” is a strong indication of a new understanding of yet another variation of the right to self-determination. Truly, the distinctive trait of a people may be, and generally is, a quality other than “race, creed or colour”. Indeed, where one trait is decisive for the existence of a separate people, that same trait may not have any political connotations elsewhere. For example, whereas Bosnian Muslims and Serbs share the

¹⁶⁶ As Judge Cançado Trindade stated in paragraph 88 of his separate opinion attached to the Advisory Opinion on Kosovo's Declaration of Independence (n 8): “Each juridical institution is the product of its time. Social facts tend to come before the norms, and these latter emerge from legal principles, in order to regulate new forms of inter-individual and social relations.”

¹⁶⁷ Tomuschat (n 133) 16.

¹⁶⁸ UN Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities, UNESCO Activities Concerning Prevention of Discrimination and Protection of Minorities: Report (24 July 2007) UN Doc E/CN.4/Sub.2/1992/6 [3(d)], cited in Thornberry (n 5) 101.

¹⁶⁹ C/Higgins, written in 1963: “[Self-determination] refers to the right of a majority within a generally accepted political unit to the exercise of power”: Rosalyn Higgins, *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations* (OUP 1963) 104-105.

¹⁷⁰ Vienna Declaration and Programme of Action (adopted 25 June 1993) UN Doc A/CONF.157/23 (1993) [2] (emphasis added). The same paragraph also stated that: “The World Conference on Human Rights considers the denial of the right of self-determination as a violation of human rights and underlines the importance of the effective realization of this right.”

same ethnicity and more or less the same language, it is their different religion that makes them different “peoples”. By contrast, the same situation (shared ethnicity, different religions) does not produce the same (legal) effects with regard to Muslims and Christians in Albania.

Ultimately, if any group has a distinct cultural identity with regard to another group, with the consciousness and intention of preservation of its distinctiveness, and a feeling of solidarity within itself, it should be regarded as a people, regardless of the source of its distinctiveness such as language, religion or ethnicity. When such peoples constitute minorities of the population in their respective states, they should be recognized as minorities. International law should not say the contrary when a certain group feels that they are a different people from the majority in that same state.¹⁷¹ What international law could do, however, is to determine under which circumstances these peoples, who constitute minorities in their respective states, have the right to self-determination. In the 1990s, Tomuschat stated that international law could attempt to develop a criterion for the self-determination claims for peoples in an existing state, i.e., minorities, and the scope of the right to self-determination is evolving in this direction. Even though a comprehensive formula for all imaginable situations may not be possible, “the main factual configurations are easily identifiable so that the pros and cons of any legal response can be carefully weighed.”¹⁷²

Unfortunately, it remains in doubt whether minorities *qua* minorities are entitled as peoples that have the right to self-determination under international law. The texts from which support for this position is derived are simply not authoritative enough and arguably do not reflect customary international law. Nevertheless, the literature in the past few years agrees with the view that if minorities remain victims of serious oppression and injustices they would be entitled to self-determination as minorities.

This view finds support from other human rights, especially in the “rightification” of cultural integrity. “An emergent right of cultural survival and flourishing” has been included in key international law instruments such as the UN Charter,¹⁷³ the UN Human Rights Covenants,¹⁷⁴ the Convention against Genocide¹⁷⁵ and the UNESCO Declaration of the Principles of Co-operation.¹⁷⁶

¹⁷¹ See [94] of the separate opinion by Judge Cançado Trindade attached to the Advisory Opinion on Kosovo’s Declaration of Independence (n 8): “If we turn to the *causes*, as we ought to, we identify [the] common purpose [of the UN International Administration of Territories]: to safeguard the “peoples” or “populations” concerned (irrespective of race, ethnic origin, religious affiliation, or any other trait) from exploitation, abuses and cruelty, and to enable them to be masters of their own destiny in a temporal dimension.”

¹⁷² Tomuschat (n 133) 8.

¹⁷³ Arts. 13, 55, 57 and 73 UN Charter.

¹⁷⁴ Art. 27 ICCPR (n 15).

¹⁷⁵ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (adopted 9 December 1948, entered into force 12 January 1951) 78 UNTS 277, Art. 2.

¹⁷⁶ Declaration of the Principles of International Cultural Cooperation (4 November 1966) in UNESCO, *Records of the General Conference, 14th session, Paris, 1966, vol. I: Resolutions*, available at <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000114048.page=82>> accessed 8 July 2020, 86. See also Anaya (n 162) 325.

Another support for the view could be found in Crawford's argument that has been put forward as an extension of the scope of non-self-governing territories. Crawford states that when the people belonging to the territories that form distinct political-geographical areas which are arbitrarily excluded from any share in the government, that territory becomes non-self-governing in effect.¹⁷⁷ Judge Wildhaber of the European Court of Human Rights ("ECtHR"), in his Concurring Opinion in *Loizidou v. Turkey*, makes a similar argument, and claims that there is an emergent consensus on the issue:

Until recently in international practice the right to self-determination was in practical terms identical to, and indeed restricted to, a right to decolonization. In recent years a consensus has seemed to emerge that peoples may also exercise a right to self-determination if their human rights are consistently and flagrantly violated or if they are without representation at all or are massively underrepresented in an undemocratic and discriminatory way. If this description is correct, then the right to self-determination is a tool which may be used to re-establish international standards of human rights and democracy.¹⁷⁸

More recently, Judge Cançado Trindade, in his Separate Opinion attached to the Advisory Opinion of the ICJ on the *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo* ("*Kosovo Advisory Opinion*"), stated that: "[W]ith the recurrence of oppression as manifested in other forms, and within independent States, the emancipation of peoples came to be inspired by the principle of self-determination, more precisely internal self-determination, so as to oppose tyranny."¹⁷⁹ He continued in the next paragraph:

"The principle of self-determination has survived decolonization, in order to face nowadays new and violent manifestations of systematic oppression of peoples. ... The fact remains that people cannot be targeted for atrocities, cannot live under systematic oppression. The principle of self-determination applies in new situations of systematic oppression, subjugation and tyranny."¹⁸⁰

In light of such statements, it is fair to conclude, although probably not having fully crystallized, a legal right to self-determination exists also for minorities, as a distinct people living in an existing state. Furthermore, as examples stated above indicate, as well as keeping in mind that self-determination is widely interlinked with human rights and democratic governance in the post-Berlin Wall world,¹⁸¹ it is again fair to conclude that the scope of self-determination in this context is the right

¹⁷⁷ Crawford (n 74) 127.

¹⁷⁸ *Loizidou v Turkey* (Merits) App no 15318/89 (ECtHR [GC], 18 December 1996), Concurring Opinion of Judge Wildhaber, joined by Judge Ryssdal.

¹⁷⁹ Separate Opinion by Judge Cançado Trindade (n 8) [174].

¹⁸⁰ *ibid* [175].

¹⁸¹ "State practice, the practice of international human rights organs, and legal doctrine, seem to be moving towards the notion of internal self-determination. Such a development is in line with a general trend in today's world to downplay State sovereignty, in favour of human rights, popular sovereignty and a democratic system of government." Allan Rosas, 'Internal Self Determination' in Tomuschat, *Modern Law of Self-Determination* (n 5) 229. See also Franck (n 34).

to internal self-determination. For minorities, the right to internal self-determination should be achieved “by establishing constitutional mechanisms that allow the entity in question to pursue its political, economic, social and cultural development within the framework of an existing state.”¹⁸²

External self-determination, in other words secession, is restricted to a very narrow interpretation and still rejected by many authors. Although, as Thornberry rightfully points, “every secession creates fresh complexities and oppositions, new minorities, and has the potential to produce new forms of illiberalism”¹⁸³, it is problematic to prohibit secession when the oppression and injustice towards a minority is so grave and living together becomes virtually impossible. Moreover, this right, which is to be exercised as a last resort, can be subjected to the recognition and implementation of democratic and human rights instruments in the would-be state.¹⁸⁴ In order to be able to exercise external self-determination, there has to be no other realistic solution for the claimant people. Thus, in the literature this is called “remedial secession”.¹⁸⁵

Remedial secession found its way into state practice in *re Secession of Quebec*, the Advisory Opinion issued by the Supreme Court of Canada concerning the legal ramifications of a possible secession of Quebec. The Court concluded that “[a] right to external self-determination (which in this case potentially takes the form of the assertion of a right to unilateral secession) arises only in the most extreme cases and, even then, under carefully defined circumstances”.¹⁸⁶

The example this paper takes as a case study to analyze in this regard is the secession of Kosovo from Serbia. In 1989, Kosovo’s autonomy within Serbian Republic of SFRY was revoked and an increase in human rights abuses followed.¹⁸⁷ In 1992, a small Conference on Security and Cooperation in Europe (CSCE) mission which was operative in Kosovo under a Memorandum of Understanding had to withdraw as a result of a refusal to allow the continuation of the CSCE mission in Kosovo.¹⁸⁸ In 1997 Serbian police and military forces intensified fighting and began detaining known opponents in Kosovo and as a response the Kosovo Liberation Army (KLA) started to attack Serbian forces the same year. Violence escalated throughout 1998.¹⁸⁹

¹⁸² Robert Muharremi, ‘Kosovo’s Declaration of Independence: Self-Determination and Sovereignty Revisited’ (2008) 33 *Rev Central & East Eur L* 401, 416.

¹⁸³ Thornberry (n 5) 104.

¹⁸⁴ See Jean Salmon, ‘Internal Aspects of the Right to Self-Determination’ in Tomuschat, *Modern Law of Self-Determination* (n 5) 279.

¹⁸⁵ Muharremi (n 182) 417.

¹⁸⁶ *Re Secession of Quebec* (n 21) 123.

¹⁸⁷ Independent International Commission on Kosovo, *Kosovo Report* (OUP 2002), 33-49.

¹⁸⁸ UNSC Res 855 (9 August 1993) UN Doc S/RES/855 [2].

¹⁸⁹ Per Sevastik, ‘Secession, Self-determination of “Peoples” and Recognition –The Case of Kosovo’s Declaration of Independence and International Law’ in Ula Engdahl and Pål Wrangé (eds), *Law at War: The Law as It Was and the Law as It Should Be – Liber Amicorum Ove Brिंग* (Martinus Nijhoff 2008) 238-239; see also Muharremi (n 182), 405-414.

The same year the UN Security Council adopted Resolution 1160 and “call[ed] upon the authorities in Belgrade and the leadership of the Kosovar Albanian community urgently to enter without preconditions into a meaningful dialogue on political status issues” and further expressed “its support for an enhanced status for Kosovo which would include a substantially greater degree of autonomy and meaningful self-administration”.¹⁹⁰ In 1999, NATO-initiated Rambouillet Accords¹⁹¹ failed to go through and form a peace agreement as expected as the then Federal Republic of Yugoslavia (FRY) rejected the provision for NATO peacekeeping.¹⁹² This led to the non-authorized bombing campaign against the FRY by NATO. UN Security Council Resolution 1244, passed on 10 June 1999, reaffirmed “the commitment of all Member States to the sovereignty and territorial integrity of the Federal Republic of Yugoslavia” and also reaffirmed “the call in previous resolutions for substantial autonomy and meaningful self-administration for Kosovo”.¹⁹³ The Resolution also established an international and security presence in Kosovo known collectively as the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (“UNMIK”). The military apparatus known as the KFOR was deployed on 12 June 1999 after the withdrawal of the FRY forces from Kosovo.¹⁹⁴

Besides administration, UNMIK also participated in negotiations between the parties for 9 years, which proved inconclusive. In March 2007, the former President of Finland, Martti Ahtisaari, in his capacity as Special Envoy for Kosovo, penned the “Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement”, known as the “Ahtisaari Plan”.¹⁹⁵ It concluded that the reintegration of Kosovo to Serbia was not viable and the UNMIK was not sustainable. The only realistic solution was independence under international supervision.¹⁹⁶

Even then, a final attempt of the continuation of negotiations was made by the EU-US-Russia troika.¹⁹⁷ The attempt failed after 4 months and Kosovo was declared an independent state on 17 February 2008. The UN General Assembly requested the ICJ to render an Advisory Opinion on Kosovo’s Declaration of Independence on 8 October 2008.¹⁹⁸ Since the question was posed as “[i]s the unilateral declaration

¹⁹⁰ UNSC Res 1160 (31 March 1998) UN Doc S/RES/1160 [4]-[5].

¹⁹¹ Rambouillet Accords: Interim Agreement for Peace and Self-Government in Kosovo (7 June 1999) UN Doc S/1999/648, Annex.

¹⁹² Sevastik (n 189) 239.

¹⁹³ UNSC Res 1244 (10 June 1999) UN Doc S/RES/1244.

¹⁹⁴ *Report of The Secretary-General Pursuant to Paragraph 10 of Security Council Resolution 1244 (1999)* (12 June 1999) UN Doc S/1999/672.

¹⁹⁵ *Letter dated 26 March 2007 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council* (26 March 2007) UN Doc S/2007/168 and *Letter dated 26 March 2007 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council – Addendum: Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement* (26 March 2007) UN Doc S/2007/168/Add.1.

¹⁹⁶ UN Doc S/2007/168 (n 195) [10]-[14].

¹⁹⁷ Sevastik (n 189) 240.

¹⁹⁸ *Kosovo Advisory Opinion* (n 22) [1].

of independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo in accordance with international law?”¹⁹⁹ the Court refrained to make comments on whether Kosovo (or in general any minority people that lives in an existing state) had the legal right to (external or internal) self-determination.

The Court delivered its Advisory Opinion on 22 July 2010.²⁰⁰ By a 10/4 split vote, the Court ruled in favour of the legality of Kosovo’s declaration of independence:

The adoption of the declaration of independence of 17 February 2008 did not violate general international law, Security Council Resolution 1244 (1999) or the Constitutional Framework. Consequently, the adoption of that declaration did not violate any applicable rule of international law.²⁰¹

The discussion of Resolution 1244 is worth some attention. It is argued that both in the literature and in the Court, in so far as Resolution 1244 guaranteed the sovereignty and territorial integrity of the FRY (and of its successor, Serbia), the only possible exercise of the right to self-determination was an internal one, rendering secession illegal.²⁰² Nevertheless, the Court considered that Resolution 1244 did not place any reservations on the final determination of the situation of Kosovo and “remained silent on the conditions for the final status of Kosovo.”²⁰³ It further added that “[t]here is no indication, in the text of Security Council resolution 1244 (1999), that the Security Council intended to impose, beyond that, a specific obligation to act or a prohibition from acting, addressed to such actors.”²⁰⁴ The Court concluded that, in this regard, the Resolution’s language was “at best ambiguous” and it should be “understood in its context and considering its object and purpose.”²⁰⁵

Another point worth mentioning is the Court’s decision not to enter into a discussion on self-determination. Although the Court’s obligation was only to render an Advisory Opinion on the question, “the purpose of the advisory jurisdiction is to enable organs of the United Nations and other authorized bodies to obtain opinions from the Court which will assist them in the future exercise of their functions”²⁰⁶. Even though recognition is not a prerequisite for statehood and the act of recognition is a political one, the purpose of any declaration of independence is to seek recognition by the international community. Declarations of independence by entities exercising external self-determination seek recognition far more than any other kind of entities, since recognition is practically essential for the proper exercise of self-determination.

¹⁹⁹ *ibid.*

²⁰⁰ *ibid.*

²⁰¹ *ibid* [122].

²⁰² Muharremi (n 169) 418-419; *Kosovo Advisory Opinion* (n 22) [111].

²⁰³ *Kosovo Advisory Opinion* (n 22) [114].

²⁰⁴ *ibid* [115].

²⁰⁵ *ibid* [118].

²⁰⁶ *ibid* [44].

Dealing with the “declaration of independence” as isolated from “recognition” and Kosovar people’s “right to external self-determination” is arguably an exceedingly “legalistic” or even futile approach. While the Court’s narrow interpretation of the question is perhaps not wrong, it is certainly disappointing. Namely, as observed throughout this paper, the UN and the ICJ could be particularly helpful in dissipating the clouds over the legal right to self-determination in the post-Berlin Wall world; since the former has been the home base for the codification of self-determination, and the latter is the principal judicial organ of the UN.

Nevertheless, the case of Kosovo serves as an example, as it shows that a minority people oppressed in a particular state have the right to exercise self-determination under certain conditions. As stated above, the ICJ did not comment on this point. As a result, although it could be argued that the atrocities were not of a severity justifying remedial secession or that the government of Serbia was willing to yield to the exercise of internal self-determination by the people of Kosovo, the exercise of external self-determination was regarded as the only viable option for the people of Kosovo according to the Athisaari Plan and to the states that followed the arguments of the proposal. From this point of view, therefore, this case still amounts to a valid and important recognition of the right to remedial secession. This said, it is hard to say whether this was the execution of a principle or a rule (i.e., legal right). As argued in this paper, a principle can serve as a guideline and may generate the necessary sympathy of the international community, or some states therein, and thus assist oppressed peoples in reaching their goal of liberation. The undesirability of this, however, is that it requires the attention and willingness of other states and it will not be found every time it is needed. The transformation of the principle into a legal right would ensure that support, as a matter of law, not of comity, as it would be binding on all the states.

VI. Conclusion

Self-Determination is a dynamic concept that constantly evolves. It attaches different legal meanings to different categories of people in accordance with the needs of the international community and the trends in the international system. This paper has shown that self-determination exists in a dual form. It is both a principle and a right. The principle serves as a basis for interpretation and further development.

The principle was very much influenced by nationalism during and in the immediate aftermath of the both World Wars. The world as shaped by the values spread by the French Revolution created a legal norm based on independence, state sovereignty, non-intervention, and territorial integrity. The trend exhibited itself under the principle of effectiveness to ignore the demands of other peoples, namely minorities and indigenous peoples.

Yet, the reaction against racist regimes and, although small and loose, the change of the language towards the above-mentioned concepts proved that there was capacity for further development.

As the world evolved, so did self-determination. Peoples who based their claims on the principle started to gain attention and sympathy as human rights and democracy grew to have stronger implications in the realm of international law in the aftermath of the fall of the Berlin Wall.

The post-Berlin Wall world, however, is not one that welcomes external self-determination (remedial secession). This reflects the current trends since this right's development has been supported on the human rights movement and the concept of democratic governance. In the same line of thought, however, an absolute rejection of a right for external self-determination would be contrary to human rights. Indeed, if the exercise of internal self-determination is not possible or not an actual solution, then as an extension of the human rights ideals (not as related to the ideals of nation-state), a right to external self-determination should be deemed viable. This is also the conclusion of respected international lawyers, as authors and judges.

Of course, especially for minorities and indigenous peoples, the law should be clearer. As shown, the non-binding declarations could lead to the crystallization of the principle into a right. This is owed to great state compliance. Although of course the states themselves are the oppressors of their respective "other peoples", as the evolution process of self-determination proved with colonial peoples and is still proving with indigenous peoples, it could be argued that no state can ultimately stand against the changing system of the international community. The appeal of self-determination not to the individual states as such, but to a greater community, a greater ideal, ensures the transformation of the principle into a legal rule. This is the pattern of the evolution of self-determination. Perhaps in the future, as new trends develop, the principle of self-determination will manifest itself as a different right that goes beyond the presently possible projections, but it is likely that it will continue to serve and constantly get stronger, for the peoples everywhere to ensure their collective human rights, including that to live under a decent governance.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Bibliography

I. Literature

- Anaya SJ, 'The Capacity of International Law to Advance Ethnic or Nationality Rights Claims' in Will Kymlicka (ed), *The Rights of Minority Cultures* (OUP 1995)
- Anderson B, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism* (Verso 1991)
- Bauböck R, 'Paradoxes of Self-Determination and the Right to Self-Government' in Christopher L. Eisgruber and András Sajó (eds), *Global Justice and The Bulwarks of Localism: Human Rights in Context* (Martinus Nijhoff 2009)
- Borgen CJ, 'States and International Law: The Problems of Self-Determination, Secession, and Recognition' in Başak Çalı (ed), *International Law for International Relations* (OUP 2010)
- Brinkley D and Facey-Crowther DR (eds), *The Atlantic Charter* (Palgrave Macmillan 1994)
- Cassese A, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal* (CUP 1995)
- Castellino J, 'Order and Justice: National Minorities and the Right to Secession' (1999) 6 *Intl J on Minority & Group Rights* 389-415
- Castellino J and Gilbert J, 'Self-Determination, Indigenous Peoples and Minorities' (2003) 3 *Macquire L J* 155-178
- Cheng B, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (CUP 1987)
- Cobban A, *The Nation-State and National Self-Determination* (Collins 1969)
- Crawford J, *The Creation of States in International Law* (Clarendon 1979)
- Dworkin R, *Taking Rights Seriously* (HUP 1978)
- Franck TF, 'The Emerging Right to Democratic Governance' (1992) 86 (1) *AJIL* 46-91
- Hazewinkel H, 'Self-determination, territorial integrity and the OSCE' (2007) 18 (4) *Helsinki Monitor: Security and Human Rights* 289-302
- Higgins R, *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations* (OUP 1963)
- Jefferson T *A Summary View of the Rights of British America* (1774) available at <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/jeffsumm.asp>
- Kingsbury B, 'Indigenous Peoples in International Law: A Constructivist Approach to the Asian Controversy' (1998) 92 *AJIL* 414-457
- Knop K, *Diversity and Self-Determination in International Law* (CUP 2002)
- Lenin VI, *Selected Works* (Lawrence & Wishart 1969)
- Luther M, 'Disputation of Doctor Martin Luther on the Power and Efficacy of Indulgences' in Adolph Spaeth et al. (trs and eds), *Works of Martin Luther*, vol. 1 (A. J. Holman 1915), available at <<http://www.projectwittenberg.org/pub/resources/text/wittenberg/luther/web/ninetyfive.html>>
- Muharremi R, 'Kosovo's Declaration of Independence: Self-Determination and Sovereignty Revisited' (2008) 33 *Rev Central & East Eur L* 401-435
- Quane H, 'The United Nations and The Evolving Right to Self-Determination' (1998) 47 (3) *Int'l & Comp L Q* 537-572
- Rosas A, 'Internal Self Determination' in Christian Tomuschat (ed), *Modern Law of Self-Determination* (Martinus Nijhoff Publishers 1993)
- Ryan A, *On Politics: A History of Political Thought from Herodotus to the Present* (Penguin Books 2012)

- Salmon J, 'Internal Aspects of the Right to Self-Determination' in Christian Tomuschat (ed), *Modern Law of Self-Determination* (Martinus Nijhoff Publishers 1993)
- Sevastik P, 'Secession, Self-determination of "Peoples" and Recognition –The Case of Kosovo's Declaration of Independence and International Law' in Ula Engdahl and Pål Wrange (eds), *Law at War: The Law as It Was and the Law as It Should Be – Liber Amicorum Ove Bring* (Martinus Nijhoff 2008)
- Thornberry P, 'The Democratic or Internal Aspect of Self-Determination' in Christian Tomuschat (ed), *Modern Law of Self-Determination* (Martinus Nijhoff Publishers 1993)
- Tomuschat C, 'Self-Determination in a Post-Colonial World' in Christian Tomuschat (ed), *Modern Law of Self-Determination* (Martinus Nijhoff Publishers 1993)
- Vrdoljak AF, 'Self-Determination and Cultural Rights' in Francesco Francioni and Martin Scheinin (eds), *Cultural Human Rights* (Martinus Nijhoff 2008)
- Wiessner S, 'Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Analysis' (1999) 12 *Harv Hum Rts J* 57-128.

II. Official Documents & Jurisprudence

- Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo* (Advisory Opinion) [2008] ICJ Rep 403
- Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo* (Advisory Opinion), Separate Opinion of Judge Cançado Trindade [2008] ICJ Rep 523
- Charter of the United Nations [1945] 1 UNTS XVI
- Convention (No. 169) Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (adopted 27 June 1989, entered into force 5 September 1991) 1650 UNTS 383
- Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (adopted 9 December 1948, entered into force 12 January 1951) 78 UNTS 277
- Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, UNGA Res 1514 (XV) (14 December 1960) UN Doc A/RES/1514 (XV)
- Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, UNGA Res 2625 (XXV) (24 October 1970), UN Doc A/RES/2625 (XXV)
- Declaration of the Principles of International Cultural Cooperation (4 November 1966) in UNESCO, *Records of the General Conference, 14th session, Paris, 1966, vol. 1: Resolutions*
- East Timor (Portugal v Australia)* [1995] ICJ Rep 90
- Federal Republic of Germany, *Declaration relating to the declaration made upon accession by India* (15 August 1980) 1197 UNTS 407
- Frontier Dispute (Burkina Faso/Mali)* [1983] ICJ Rep 554
- Gentini Case (Italy v. Venezuela) M. C. C.* (1903) X UNRIAA 556
- Independent International Commission on Kosovo, *Kosovo Report* (OUP 2002)
- India, *Declaration* (10 April 1979) 1132 UNTS 439
- International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976), 993 UNTS 3

- Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (Advisory Opinion) [1971] ICJ Rep 16
- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Advisory Opinion) [2004] ICJ Rep 136
- Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (Advisory Opinion) [2019] ICJ Rep 95
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion) [1996] ICJ Rep 226
- Letter dated 26 March 2007 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council* (26 March 2007) UN Doc S/2007/168 and *Letter dated 26 March 2007 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council – Addendum: Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement* (26 March 2007) UN Doc S/2007/168/Add.1
- Loizidou v Turkey* (Merits) App no 15318/89 (ECtHR [GC], 18 December 1996), Concurring Opinion of Judge Wildhaber, joined by Judge Ryssdal
- Rambouillet Accords: Interim Agreement for Peace and Self-Government in Kosovo (7 June 1999) UN Doc S/1999/648, Annex
- Re Secession of Quebec* [1998] 2 SCR 217 (Canada)
- 'Report of the International Committee of the Jurists entrusted by the Council of the League of Nations with the task of giving an Advisory Opinion upon the Legal Aspects of the Aaland Islands Question' (1920) League of Nations Official Journal Spec Supp 3
- Report of The Secretary-General Pursuant to Paragraph 10 of Security Council Resolution 1244 (1999)* (12 June 1999) UN Doc S/1999/672
- Report presented to the Council of the League by the Commission of Rapporteurs* (16 April 1921), Council Doc. B7/21/68/106
- Prague meeting of the CSCE Council, 30-31 January 1992, Summary of Conclusions
- UN Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities, *Standard-setting Activities: Evolution of Standards Concerning the Rights of Indigenous People: Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, on the concept of "indigenous people"* (10 June 1996) UN Doc E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2
- UN Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities, *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations: Final Report (last part) submitted by the Special Rapporteur, Mr. José R. Martínez Cobo* (30 September 1983) UN Doc E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.8
- UNGA Res 31/154 A (20 December 1976) UN Doc A/RES/31/154A
- UNGA Res 1541 (XV) (15 December 1960) UN Doc A/RES/1541 (XV)
- UN Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities, *Commentary to the Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities - Working paper submitted by Asbjørn Eide* (27 April 2000) UN Doc E/CN.4/Sub.2/AC.5/2000/WP.1
- UN Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities, *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities by Francesco Capotorti, Special Rapporteur of the Sub-Commission*, UN Doc E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1 (1979)
- United Nations Conference on International Organization* (1945), vol. VI

United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, UNGA Res 61/295 (2 October 2007) UN Doc A/RES/61/295.

United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues (UNPFII), 'United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples'

UNSC Res 417 (31 October 1977) UN Doc S/RES/417

UNSC Res 855 (9 August 1993) UN Doc S/RES/855

UNSC Res 1160 (31 March 1998) UN Doc S/RES/1160

UNSC Res 1244 (10 June 1999) UN Doc S/RES/1244

Vienna Declaration and Programme of Action (adopted 25 June 1993) UN Doc A/CONF.157/23 (1993)

Western Sahara (Advisory Opinion) [1975] ICJ Rep 12

Western Sahara (Advisory Opinion), Separate Opinion of Judge Dillard [1975] ICJ Rep 116



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 22.05.2020
Revizyon Talebi: 06.10.2020
Son Revizyon: 12.01.2021
Kabul: 16.02.2021

Uluslararası Siber Güvenlik Normları ve Sorumlu Siber Egemenlik

Tuba Eldem*

Öz

Başlangıçta, devlet düzenlemesi ve müdahalesinden arınmış kişiler-arası özgür ve açık bir iletişim, haberleşme ve paylaşma alanı olarak tahayyül edilen siber alan kısa sürede ulusal ve küresel siyasetin temel bir konusu haline gelmiştir. 2007'de Estonya'ya, 2008'de Gürcistan'a ve 2010'da İran'a yönelik devlet-destekli olduğu iddia edilen siber operasyonlar, siber güvenliğin ulusal ve uluslararası bir güvenlik meselesine dönüşmesinde önemli rol oynamıştır. Her ne kadar siber diplomasi ve uluslararası hukuk, siber alanın militerleşmesini geriden takip etse de son on yılda uluslararası siber güvenlik normların benimsenmesi amacıyla birçok uluslararası girişim olmuştur. Bu makale, Martha Finnemore ve Kathryn Sikkink (1998) tarafından geliştirilen normların yaşam döngüsü modeli çerçevesinde Birleşmiş Milletler'in silahsızlanma ve uluslararası güvenlik konuları ile ilgilenen Birinci Komitesi'nde yirmi yıldan uzun bir süredir uluslararası güvenlik bağlamında devletlerin siber teknoloji kullanımlarına yönelik sürdürülen müzakerelere odaklanarak uluslararası siber güvenlik normlarının ortaya çıkışına ve siber alana ilişkin uluslararası rejimlerin oluşumunun ilk aşamasına, yani norm yaşam döngüsünün başlangıcına ışık tutmayı amaçlamaktadır. Makale, Birleşmiş Milletler'in Birinci Komitesi altında görev yapan Açık Uçlu Çalışma Grubu'nun 2021 yılındaki nihai raporunun siber alanda sorumlu devlet davranışına ilişkin normların ilk aşamadan ikinci aşamaya geçmesi bakımından kritik öneme sahip olduğunu iddia edecektir.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası siyaset, Uluslararası normlar, Uluslararası siber güvenlik, Birleşmiş milletler, Uluslararası örgütler, Siber alan, Enformasyon güvenliği, Uluslararası hukuk, Siber savaş, Siber normlar, Uluslararası siber güvenlik normları

International Cybersecurity Norms and Responsible Cyber Sovereignty

Abstract

Initially envisioned as a free and open communication space between people, free from state regulation and intervention, cyberspace has become a fundamental subject of national and global politics over the last decade. Allegedly state-sponsored cyber operations against Estonia in 2007, Georgia in 2008 and Iran in 2010 played an important role in turning cybersecurity into a national and international security issue. Although the development of cyber diplomacy and international cybersecurity law were left behind the militarization of cyberspace, nevertheless, there have been many international initiatives to adopt international cybersecurity norms in the past decade. Within the framework of the life cycle model of the norms developed by Martha Finnemore and Kathryn Sikkink (1998), this article aims to shed light on the emergence of international cybersecurity norms by focusing on the negotiations held at the First Committee of the United Nations for more than twenty years. The article argues that those negotiations held under the First Committee dealing with disarmament and international security issues indicate the first stage of the formation of international rules related to cyberspace, and the negotiations to be completed under the UN Open-Ended Working Group in 2021 is critical for the transition of international cybersecurity norms from the first to the second stage.

Keywords

International politics, International norms, International cyber security, United nations, International organizations, Cyberspace, Information security, International law, Cyber war, Cyber norms, International cybersecurity norms

* **Sorumlu Yazar:** Tuba Eldem (Dr. Öğr. Üyesi), Fenerbahçe Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümü, İstanbul, Türkiye - Research Fellow, the Center for Applied Turkey Studies (CATS) of the German Institute for International and Security Affairs (SWP). E-posta: tuba.eldem@fbu.edu.tr ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6264-255X>

Atrf: Eldem T, "Uluslararası Siber Güvenlik Normları ve Sorumlu Siber Egemenlik" (2021) 79(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 347. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.1.0010>



Extended Summary

Cyberspace has increasingly been subjected to highly sophisticated, large-scale, and often allegedly state-sponsored cyber operations. An important question that arises here is how the basic power rivalries that provide this increase in offensive cyber abilities will affect diplomatic efforts to prevent conflict in cyberspace. Over the past decade, many states have begun to develop their national cyber capabilities, defined cybersecurity strategies, and started to establish cyber defense commands within their military structures that can fight in cyberspace. Although the development of cyber diplomacy and the application of international law left behind the militarization of the cyberspace, the international community has, nevertheless, agreed on an international framework comprising four elements: the application of international law to cyberspace, the adoption of the norms of responsible state behavior in times of peace, the development of confidence-building measures as a way to reduce cyber conflict, and capacity building to enable states to better protect themselves from destructive or unbalancing cyber activity. All members of the UN General Assembly have repeatedly reaffirmed this framework, which was included in three consecutive UN Group of Governmental Experts (GGE) reports in 2010, 2013 and 2015. The norms recommended by the UN GGE in 2015 to provide an ‘open, safe, stable, accessible and peaceful cyberspace for all’ were supported by many multilateral and multi-stakeholder international and regional platforms. Disagreements on how to apply international law to cyberspace and the scope of cyber sovereignty prevented the UN GGE from reaching a consensus at its last meeting in 2017, representing a short pause in the life cycle of international cybersecurity norms. Yet, a new process started by the approval of the two rival motions by the UN General Secretariat in 2018 and two different groups [a new GGE and a new Open-Ended Working Group (OEWG)] were established in 2019 with a similar mandate.

The OEWG, which allows all states and stakeholders to participate, has the potential to play a critical role in spreading these norms to wider audiences by producing concrete recommendations on what responsible state behavior in cyberspace means in practice and how they can be implemented. As a matter of fact, diplomatic negotiations within the OEWG may contribute to the formation of an inter-state agreement on what behaviors are considered appropriate in cyberspace. When it comes to the compliance of states with norms, the shared recognition of norms is more important than their official validity. Considering that the effectiveness of the norms depends on how and where these norms are accepted, which actors participate in international interactions and where and how often they interact with, the OEWG with its wide multi-stakeholder structure, has the potential to increase the social recognition and legitimacy of these norms. The literature reveals that acceptance of norms depends on actors being part of the process of building socially structured

meanings of such norms. The negotiations carried out in the OEWG allows more states to become part of the process and participate in the conceptualization and implementation of international cybersecurity norms. The OEWG has, therefore, the potential not only to provide broader international recognition of these norms and principles, but also to increase the degree of legitimacy of these norms depending on the degree of persuasion created by the negotiations. Finally, given the voluntary nature of the existing norms, the lack of a binding framework and an institutional mechanism to oversee the implementation of these norms, their implementation will ultimately depend on political will. Only a belief maintained by the states that it is in their interests will motivate them to allocate the necessary resources to enforce the norms, share their experiences and hold each other responsible.

Uluslararası Siber Güvenlik Normları ve Sorumlu Siber Egemenlik

Başlangıçta, devlet düzenlemesi ve müdahalesinden arınmış kişiler-arası özgür ve açık bir iletişim, haberleşme ve paylaşma alanı olarak tahayyül edilen siber alan kısa sürede küresel siyasetin temel bir konusu ve siyasi, sosyal, ekonomik ve askeri gücün temel unsurlarından biri haline gelmiştir. 2007’de Estonya’ya, 2008’de Gürcistan’a ve 2010’da İran’a yönelik gerçekleştirilen devlet-destekli olduğu iddia edilen siber saldırılar, siber güvenliğin ulusal ve uluslararası bir güvenlik meselesine dönüşmesinde önemli rol oynamıştır. Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü (NATO), Estonya’daki saldırıdan hemen sonra Estonya’nın başkenti Tallinn’de bir Siber Savunma Mükemmeliyet Merkezi kurmuş ve 2016 yılındaki Varşova Zirvesi’nde siber alanı; kara, hava, deniz ve uzaya eşit bir savaş ve etki alanı olarak kabul etmiştir.¹ Böylece, NATO siber saldırıyı içine alan bir siber savunma strateji geliştirirken, üye devletler de askeri yapıları içinde siber alanda savaşabilecek birlikler tesis etmeye başlamışlardır. Bugün, yüzden fazla devlet siber kabiliyetini oluşturmuş ve elliden fazlası ulusal siber stratejilerini tanımlamıştır.² Otuzdan fazla ülke, çoğunlukla “enformasyon operasyonları” ve “enformasyon savaşı” terimlerini kullanarak, siber operasyonlar ve saldırgan siber savaş programları için askeri doktrinler geliştirmiştir.³

Her ne kadar siber diplomasi, siber alanın militerleşmesini geriden takip etse de son on yılda küresel siber normların benimsenmesi amacıyla birçok uluslararası girişim olmuştur. Bu makalenin amacı, Martha Finnemore ve Kathryn Sikkink tarafından geliştirilen norm yaşam döngüsü modeli çerçevesinde siber normların ortaya çıkmasına ve siber alana ilişkin uluslararası rejimlerin oluşumunun ilk aşamasına, yani norm yaşam döngüsünün başlangıcına ışık tutmaktır.⁴ Geçtiğimiz on yılda, uluslararası toplum, uluslararası kurallara dayalı düzenin ve uluslararası hukukun siber alanda devlet davranışına rehberlik etmesi gerektiğini açıkça ortaya koymuştur. Birleşmiş Milletler’in (BM) silahsızlanma ve uluslararası güvenlik konuları ile ilgilenen Birinci Komitesi, bu tartışmalar için erken ve önemli forumlardan biri olmuştur. BM üye devletleri, Birinci Komite altında 1999’dan beri süren müzakerelerde uluslararası hukukun siber alana uygulanabilirliği, barış zamanında gönüllü sorumlu devlet davranış normları, siber olaylardan kaynaklanan çatışma riskini azaltmaya yardımcı olacak güven artırıcı önlemler ve gelişmekte olan ülkelerin siber saldırılara etkin bir şekilde cevap verebilmesi için kapasitelerinin geliştirilmesi üzerine kurulu bir uluslararası çerçeve etrafında giderek daha fazla birleşmiştir. BM Genel Kurulunun

¹ NATO, Warsaw Summit Communiqué: Issued by the Head of States and Governments participating in the meeting of the North Atlantic Council in Warsaw on 8-9 July 2016, Madde 70, https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_133169.htm?selectedLocale=en Erisim Tarihi 20 Kasım 2019.

² Melissa E. Hathaway ve Alexander Klimburg, ‘Preliminary Considerations: On National Cyber Security’, içinde: A Klimburg (der) *National Cyber Security Framework Manual* (NATO CCD COE Publication, 2012) 2.

³ ibid 2; Ronald J. Deibert ve Rafal Rohozinski, ‘Risking Security: Policies and Paradoxes of Cyberspace Security’ (2010) 4 (1) *International Political Sociology* 16, 17.

⁴ Martha Finnemore and Kathryn Sikkink, ‘International Norm Dynamics and Political Change’ (1998) 52 (4) *International Organization* 894-905.

tüm üyeleri, 2010, 2013 ve 2015 yıllarında birbirini izleyen üç BM Hükümet Uzmanları Grubu (*Group of Governmental Experts- HUG*) Raporu'nda yer alan bu çerçeveyi defalarca teyit etmiştir.

Bu makale, BM müzakerelerinin siber savaşa yönelik olan siyasi-askeri eksenini ele alarak, siber alanda sorumlu devlet davranışına ilişkin normların ortaya çıkma sürecine odaklanacaktır. Her ne kadar siber normların tanımı konusunda net bir görüş birliği olmasa da bu makalede, uluslararası siber normlar devletlerin enformasyon ve iletişim teknolojilerini, bir başka deyişle siber teknolojileri, kullanırken uymaları beklenen davranış standartlarını ifade etmektedir. Buradan hareketle, BM Birinci Komitesi altında sürdürülen müzakerelerde ortaya çıkan “sorumlu siber egemenlik” normu, kendi ülkelerindeki siber teknolojiler üzerinde egemenlik yetkisine sahip olan devletleri siber alanda uluslararası yanlış eylemler içine girmemesi ve bu tür eylemler için vekiller kullanmaması konusunda yükümlü kılan bir davranış standardı olarak tanımlanabilir. Her ne kadar var olan uluslararası hukuk kuralları üzerine inşa edilmiş olsa da normun kendisi henüz hukuki bağlayıcılık kazanıp kurumsallaşmamıştır. Bu bağlamda, bu makale, siber alanda sorumlu devlet davranış normlarını geliştirmek için 2019’un sonbaharında başlayan ve BM Hükümet Uzmanları Grubu’na paralel olarak devam eden Açık-Uçlu Çalışma Grubu’nda (*Open-Ended Working Group*) sürdürülen müzakerelerin siber normların yaşam döngüsündeki ilk safhadan ikinci safhaya geçmesinde kritik aşamayı oluşturduğunu iddia edecektir.

Makale, siber alana ilişkin temel kavramların ve çalışmaya rehberlik eden uluslararası normların yaşam döngüsü modelinin tanımlanması ile başlamaktadır. II. Bölüm, Rusya Federasyonu (Rusya) ve Amerika Birleşik Devletleri’ni (ABD) siber alanda iki önemli norm girişimcisi olarak ele alacak ve uluslararası siber güvenliğin iki devlet tarafından farklı şekillerde tanımlandığı üzerinde duracaktır. III. Bölüm, norm girişimcilerinin siber normların ortaya çıkması için etkin bir örgütsel platform olarak kullandıkları BM Birinci Komitesi’nde siber alanın siyasi ve askeri boyutlarıyla ilgili yürütülen müzakerelerin tarihsel bir analizini sunarak siber normların yaşam döngüsünün başlangıcına ışık tutacaktır. IV. Bölüm, 2019 yılında kurulan Açık-Uçlu Çalışma Grubu’nda sürdürülen müzakerelerin siber normların kritik aşamayı geçip genel geçerlilik kazanmasındaki önemi üzerinde duracaktır. Bu bağlamda, makale uluslararası siber güvenlik hukuku alanında Türkçe dilindeki akademik literatüre siber normların ortaya çıkma süreci ve bu normların içeriği hakkında katkı sunmayı hedeflemektedir. Nitekim yeni gelişmeye başlayan söz konusu literatür, siber teknolojilerin savaş ve savunma sektöründeki dönüştürücü etkisini araştırmış,⁵

⁵ Şirin Duygulu, *Dönüşen Savaşların Değişen Araçları* (SETA, 2019).

çeşitli siber güçlerin siber güvenlik stratejilerini incelemiş⁶, siber savaşı uluslararası sistem ve güvenlik açısından⁷ ve hukuki bir terim olarak ele almış⁸ ve uygulanma sorunu üzerinde durmuştur.⁹ Fakat geçtiğimiz son yirmi yıl içinde Birleşmiş Milletler bünyesinde ortaya çıkan birtakım gönüllü, bağlayıcı olmayan uluslararası siber güvenlik normları konusuna değinmemiştir. Bu makale söz konusu literatürdeki bu boşluğu doldurmayı hedeflemektedir.

Uluslararası Siber Normlar ve Kavramlar

Siber alan kavramı, siber hukuk ile ilgili temel unsurdur, çünkü siber normların oluşturulabileceği çerçeveyi ortaya koymaktadır. Her ne kadar günlük dilde internetle ilgili eşanlamlı kullanılsa da aslında siber alan internetten kapsamı daha geniş olan bir kavramdır. Siber alan kavramını, ilk defa William Gibson'ın *Neuromancer* adlı kitabında bilgisayar ağları arasındaki büyük bir bağlantı ağının aracılık ettiği insan-makine ilişkilerinde temel bir dönüşümü tanımlamak için kullanmıştır.¹⁰ Önek olarak siber, elektronik ve bilgisayar tabanlı teknolojiyi ifade etmektedir.¹¹ Dolayısı ile siber alan tüm telekomünikasyon ve bilgisayar ağları, SCADA ve diğer komuta ve kontrol sistemleri gibi donanım ve elektronik aletlerin belirli bir iş yapmasını sağlayan yazılımlar da dahil olmak üzere tüm enformasyon altyapılarını ve bu altyapılar aracılığı ile ortaya çıkan sanal bilgi ve insanlar-arası etkileşim ortamının toplamını ifade etmektedir.¹² Literatür, siber alanı fiziksel, mantıksal ve bilişsel katmanlardan oluşan çok-katmanlı bir alan olarak kavramsallaşmaktadır.¹³ Buna göre mekanik, elektriksel, manyetik ve optik iletişim hatlarını kullanan yönlendiriciler, kablolar, cep telefonu kuleleri ve uydulardan oluşan makineler siber alanın fiziksel

⁶ Şener Çelik, 'Stuxnet Saldırısı ve ABD'nin Siber Savaş Stratejisi: Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanmaktan Kaçınma İlkesi Çerçevesinde Bir Değerlendirme' (2013) 15 (1) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 137-175; Ali Burak Darcılı, "Demokrat Parti Hack Skandalı Bağlamında ABD ve RF'nin Siber Güvenlik Stratejilerinin Analizi", *Uludağ Uluslararası Çalışmalar Dergisi*, Cilt 1, No 1, 2017, s. 1-24.

⁷ Vahit Güntay, 'Uluslararası Sistem ve Güvenlik Açısından Değişen Savaş Kurgusu; Siber Savaş Örneği' (2017) 6 (2) *Güvenlik Bilimleri Dergisi* 81-108.

⁸ Mehmet Yayla, 'Hukuki Bir Terim Olarak —Siber Savaş' (2013) 104 *TBB Dergisi* 177-202.

⁹ Şeyda Türkay, 'Siber Savaş Hukuku ve Uygulanma Sorunsalı' (2013) 71 (1) *Journal of Istanbul University Law Faculty* 1177-1227..

¹⁰ William Gibson, *Neuromancer* (Ace Science Fiction Books, 1984).

¹¹ Tim Maurer, 'Cyber Norm Emergence at the United Nations, – An Analysis of the UN's Activities Regarding Cybersecurity' (2011) *Belfer Center Discussion Paper* #2011-11, 8 <https://www.belfercenter.org/sites/default/files/files/publication/maurer-cyber-norm-dp-2011-11-final.pdf> 20 Kasım 2019

¹² United Kingdom National Security Strategy 2016-2021 75 <https://www.gov.uk/government/publications/national-cyber-security-strategy-2016-to-2021> Erişim Tarihi 20 Kasım 2019; United States National Security Presidential Directive 54/Homeland Security Presidential Directive 23 (NSPD-54/HSPD-23), 2008, 3; United States National Security Council, *Cyberspace Policy Review: Securing America's Digital Future* (Cosimo Incorporated, 2010) 1.

¹³ United States Government, *US Army Joint Publication JP 3-12 Cyberspace Operations*, (CreateSpace Independent Publishing Platform, June 2018) 1-3 https://www.jcs.mil/Portals/36/Documents/Doctrine/pubs/jp3_12.pdf Erişim Tarihi 20 Kasım 2019; Benzer yaklaşımlar için bakınız: Nazli Choucri ve David D. Clark, 'Who Controls Cyberspace?' (2013) 69 (5) *Bulletin of the Atomic Scientists* 21–31; Nazli Choucri ve David D. Clark, *International Relations in the Cyber Age: The Co-Evolution Dilemma* (The MIT Press, 2019); David Clark, 'Characterizing Cyberspace: Past, Present and Future' (2010) MIT/CSAIL Working Paper; Ronald J. Deibert, Rafal Rohozinski ve Masashi Crete-Nishihata, "Cyclones in Cyberspace: Information Shaping and Denial in the 2008 Russia-Georgia War" (2012) 43 (1) *Security Dialogue* 3–24.

altyapı katmanını oluşturmaktadır.¹⁴ DNS ve ISP gibi iletişim trafiğini çalıştıran mantıksal talimatlar ve yazılımlar kod katmanını, “stratejik iletişim” veya askeri alanda “enformasyon operasyonları” olarak adlandırılan videolar, görüntüler, sesler ve metinlerin dolaştığı alan ise fikirsel ya da bilişsel katmanı oluşturmaktadır.¹⁵

Siber operasyon kavramı, siber alan içinde ya da aracılığıyla önceden belirlenen hedeflere ulaşmak için siber alan yeteneklerinin kullanılmasını ifade etmektedir.¹⁶ Bu tür operasyonlar, herhangi bir yazılım, bellek veya donanım kombinasyonu da dahil olmak üzere herhangi bir cihaz, bilgisayar programı veya tekniği aracılığıyla yürütülebilir.¹⁷ Siber alana yönelik operasyonlar, bilgisayar ağ operasyonları aracılığı ile siber alanın fiziksel altyapısı veya enformasyonun saklandığı ağ ve sistemlerden oluşan kod tabakasını hedef alırken, siber alan aracılığı ile gerçekleştirilen enformasyon operasyonları ise siber alanın bilişsel katmanını hedef almaktadır. Saldırgan siber operasyonlar, hedeflenen bilgisayar, enformasyon sistemleri veya ağlarını manipüle etme, erişime engelleme, sekteye uğratma, işlevini bozma veya yok etme amacıyla gerçekleştirilen işlemleri ifade etmektedir.¹⁸ Fiziksel altyapı ve ağları hedef alan bu operasyonlar, kişilerin yaralanması veya ölmesi ile sonuçlanıyorsa veya nesnelere hasar veya tahribat yaratması bekleniyorsa, siber saldırı olarak tanımlanır.¹⁹ Son zamanlarda siber alanın belirgin bir rol oynadığı birçok uluslararası çatışma vakaları yaşansa da bunların hiçbiri uluslararası hukuk altında siber saldırı olarak tanımlanmamış, kınama ve inkar politikaları ile sonuçlanmıştır. Örneğin, Nisan 2007’de Estonya’da, dünyanın dört bir yanından milyonlarca bilgisayar hacklenerek bir botnet olarak bir araya getirilmiş ve bu bilgisayarlar eşzamanlı olarak ülkenin kamu kurumlarına, telekomünikasyon, bankacılık ve finans gibi kritik altyapı sektörlerine yönelik geniş çaplı bir hizmet dışı bırakma (Distributed Denial of Service / DDoS) saldırısı gerçekleştirmiştir.²⁰ 2008’de Gürcistan²¹, 2014’de Ukrayna kinetik savaşa eşlik eden benzer siber operasyonlara tanık olmuştur. Kırım Savaşı sürecinde Ukrayna’nın mobil telefon iletişim ve internet altyapıları saldırıya uğramış ve büyük oranda çökmüş, bürokrat ve milletvekillerine ait akıllı cep telefonlarının tamamı hacklenmiş, silahlı kuvvetler de dahil olmak üzere resmi devlet sitelerine ve medya kuruluşlarına yönelik olarak Estonya ve Gürcistan’dakine benzer hizmet-

¹⁴ Deibert, Rohozinski ve Crete-Nishihata (n 13) 5.

¹⁵ Ibid 6.

¹⁶ United States Government (n 13) vii.

¹⁷ ibid 4

¹⁸ ibid 4

¹⁹ Michael N. Schmitt, *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare* (Cambridge University Press, 2013) 30.

²⁰ Stephen Herzog, ‘Revisiting the Estonian Cyber Attacks: Digital Threats and Multinational Responses’ (2011) 4 (2) *Journal of Strategic Security* 49-60.

²¹ Deibert, Rohozinski ve Crete-Nishihata (n 13).

dışı bırakma saldırıları düzenlenmiştir.²² Diğer yandan, Aralık 2015’de Ukrayna’nın en büyük üç elektrik dağıtım şirketinin kontrol sistemlerine düzenlenen ve ülkede yedi saat boyunca elektrik verilmesini engelleyen siber-fiziksel saldırılar dünyadaki elektrik güç şebekesini hedef alan ilk başarılı siber operasyon olarak tarihe geçmiştir.²³ Siber alanda fiziksel hasara yol açan ilk siber operasyon örneği ise 2010’daki Stuxnet virüsü aracılığı ile İran’ın Natanz’daki ana nükleer zenginleştirme merkezindeki santrifüjlerde fiziksel tahribata yol açan operasyondur ve bu özelliği ile uluslararası hukukta siber saldırı tanımını karşılamaya en yakın adaydır.²⁴

Siber alanın fiziksel altyapısı veya bilginin saklandığı ağ ve sistemlerden oluşan kod tabakasını hedef alan bilgisayar ağ operasyonlarının yanında siber alanının bilişsel ya da fikirselsel katmanını hedef alan enformasyon operasyonlarının sayısı da son yıllarda gittikçe artmaktadır. Siber alan aracılığı ile gerçekleştirilen enformasyon operasyonları, devlet veya devlet dışı organize aktörler tarafından stratejik ve/veya jeopolitik bir sonuç veya rekabet avantajı elde etmek için enformasyon kullanımı ve yönetimini içermektedir.²⁵ Son birkaç yıla baktığımızda bu operasyonların özellikle seçim dönemlerinde ya da referandum süreçlerinde gerçekleştiği görülmektedir. 2016 yılında ABD²⁶ ve 2017 yılında Fransa²⁷ cumhurbaşkanlığı seçimlerinde ve 2016’da İngiltere’de Brexit²⁸ referandum süreçlerinde devlet-destekli olduğu iddia edilen enformasyon operasyonları gerçekleştirilmiştir. Siber alanda veya siber alan aracılığı ile devlet-destekli ve devlet-dışı aktörler tarafından gerçekleştirilen bilgisayar ağ operasyonları ve enformasyon operasyonlarının sayısının artması ve niteliğinin gelişmesi uluslararası toplumda siber alanı düzenlemeye yönelik birtakım normların benimsenmesi yönündeki talepleri arttırmıştır.

Siber normlar, en basit ve geniş haliyle, siber alan için geçerli olan normları ifade etmektedir. Sosyal bilimlerde yaygın olarak kabul edilen görüşe göre, normlar “neyin yapılabildiği neyin yapılamayacağını, neyin onaylanıp, onaylanmadığını belirten sosyal

²² Glib Pakhareno, “Cyber Operations at Maidan: A First-Hand Account”, içinde Kenneth Geers (der.), *Cyber War in Perspective: Russian Aggression against Ukraine (NATO CCD COE Publications, 2015) 59-66*; Azhar Unwala ve Shaheen Ghori, “Brandishing the Cybered Bear: Information War and the Russia-Ukraine Conflict”, (2015) 1 (1) *Military Cyber Affairs*.

²³ Julia E. Sullivan ve Dmitriy Kamensky, ‘How Cyber-Attacks in Ukraine Show the Vulnerability of the U.S. Power Grid’ (2017) 30 (3) *The Electricity Journal*, 30-35.

²⁴ James P. Farwell ve Rafal Rohozinski, “Farwell J P ve Rohozinski R, ‘Stuxnet and the Future of Cyber War’ (2011) 53 (1) *Survival* 23-40; Ryan Jenkins ‘Is Stuxnet Physical? Does It Matter?’ (2013) 12 (1) *Journal of Military Ethics* 68-79, Jon R. Lindsay, ‘Stuxnet and the Limits of Cyber Warfare’ (2013) 22 (3) *Security Studies* 365-404.

²⁵ Robert Chesney ve Danielle Citron, ‘Deepfakes and the New Disinformation War: The Coming Age of Post-Truth Geopolitics’ (January / February 2019) *Foreign Affairs* 147-155; Barrie Sander, ‘Democracy under the Influence: Paradigms of State Responsibility for Cyber Influence Operations on Elections’ (2019) 18 (1) *Chinese Journal of International Law* 1-56.

²⁶ Stephen McCombie, Allon J. Uhlmann ve Sarah Morrison, ‘The US 2016 Presidential Election & Russia’s Troll Farms’ (2020) 35 (1) *Intelligence and National Security* 95-114; Nigel Inkster, ‘Information Warfare and the US Presidential Election’ (2016) 58 (5) *Survival* 23-32.

²⁷ Emilio Ferrara, ‘Disinformation and Social Bot Operations in the Run Up to the 2017 French Presidential Election’ (2017) 22 (8) *First Monday*.

²⁸ United Kingdom Parliament Digital, Culture, Media and Sport Committee, *Disinformation and ‘Fake News’: Final Report, Eighth Report of Session 2017-19*, HC 1791, London: House of Commons, 2019; Philip N. Howard ve Bence Kollan, ‘Bots, #StrongerIn, and #Brexit: Computational Propaganda during the UK-EU Referendum’ (2016) *ArXiv, abs/1606.06356*,

davranış standartlarıdır”.²⁹ Bir başka deyişle, normlar “toplulaşma araçlarındaki koltuğun yaşlılara verilmesi” veya “sinemada gürültü yapılmaması” gibi sosyal beklentilere uygun davranış standartlarını ifade etmektedir. Normlar, ilke ve yasalardan farklıdır. Bir grubun veya kurumun değerlerini ve vizyonunu yansıtan ilkeler, aktörlerin belirli bir hedefe ulaşmak için hangi eylemleri gerçekleştirmeleri gerektiğini tanımlamaz. İlkelerden daha spesifik olan normlar ise aktörleri belirli davranış beklentileri ile ilişkilendirerek bu aktörlerin aktif hesap verebilirliğini teşvik eder. Bir grubun üyelerinin davranışlarını yöneten gayri resmi kuralları ifade eden normlar, resmi bir kuruluşun bir mevzuatın şartlarını uygulama yetkisi ile yürürlüğe koyduğu bağlayıcı ve genellikle yaptırımlarla desteklenen yasalardan farklıdır. Buradan hareketle, uluslararası normlar, uluslararası toplumda “belirli bir kimlik sahibi aktörün uyması beklenen davranış standartlarını” ifade eden ve aktörlerin davranışları hakkında kolektif bir beklenti oluşturarak siyasi sorumluluklarını netleştiren ve yükümlülükler oluşturan politika araçlarıdır.³⁰ Uluslararası normlar, ikili anlaşmalar yoluyla veya devlet grupları veya diğer aktörler tarafından geliştirilebileceği gibi tek taraflı olarak ilan edilebilir ya da devlet ya da diğer uluslararası aktörlerin uygulamalarına bağlı olarak gelişir. Uluslararası normlar, uygulama ve aktarma, içselleştirme, sosyal öğrenme, anayasallaştırma ve yasallaştırma süreçleri ile etkin hale gelir.³¹ Normların yasal kabulü, antlaşma hukuku, teamül hukuku, ulusal ilkeler ve Uluslararası Adalet Divanı kararları gibi uluslararası hukuktaki kaynak ve uygulamalara bağlı olarak gelişse de uluslararası siyasette normlar, usul ve referans çerçeveleri sunan daha geniş bir sosyal bağlamın bir parçası olarak değerlendirilir.³² Uluslararası normların nasıl ve nerede kabul edildiği ve hangi aktörlerin nerede ve ne sıklıkla uluslararası etkileşimlerde bulunduğu söz konusu normların etkinliğini etkilemektedir.³³ Aktörlerin normların sosyal olarak yapılandırılmış anlamlarını inşa etme süreçlerine katılmaları söz konusu normların kabulünü olumlu olarak etkilemektedir. Açık ve kapalı müzakerelere izin veren uluslararası kuruluşlar bünyesinde normlar sosyal tanınma ve ikna süreçleri ile yaygınlaşabilir. Nitekim normların sosyal tanınırlığı, devletlerin normlara uyumunda resmi geçerlilikten daha çok etkili olmaktadır.³⁴ Kara mayınlarına karşı kampanya, kimyasal silah yasağı, balinaların korunması, ırkçılıkla mücadele, soykırımın önlenmesi için müdahale, insan haklarının geliştirilmesi gibi birçok uluslararası normun devlet davranışını etkilediği ve kimi zaman değiştirdiği bir dizi araştırma tarafından ortaya konmuştur.³⁵

²⁹ Cass R. Sunstein, ‘Social Norms and Social Roles’ (1996) 96 (4) *Columbia Law Review* 914.

³⁰ Finnemore ve Sikkink (n 4) 891.

³¹ Antje Wiener ve Uwe Puetter, ‘The Quality of Norms is What Actors Make of It’ (2009) 5 (1) *Journal of International Law and International Relations* 1-16.

³² ibid 5

³³ ibid.

³⁴ Martha Finnemore ve Stephen J. Toope, ‘Constructing Norms for Global Cybersecurity’ (2016) 110 (3) *The American Journal of International Law* 425- 479.

³⁵ Finnemore and Sikkink (n 3); Amitav Acharya, “How Ideas Spread: Whose Norms Matter? Norm Localization and Institutional Change in Asian Regionalism”, (2004) 58 (2) *International Organization* 239–75; Thomas Risse, Stephen C. Ropp ve Kathryn Sikkink, (der.), *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change* (Cambridge University Press, 1999).

Marta Finnemore ve Kathryn Sikkink'in geniş kabul gören "normların yaşam döngüsü" modeline göre, uluslararası normlar, üç aşamalı bir süreçten geçerek kurumsallaşmaktadır. Normların ortaya çıktığı ilk aşamada, "norm liderleri" veya "norm girişimcileri" önemli rol oynamaktadırlar. Norm girişimcileri, örgütsel birtakım platformlardan yararlanarak ve sosyalleşme, itibar referansları, teknik yardım ve eğitim, kapasite oluşturma, adlandırma ve utandırma gibi farklı araçlar kullanarak söz konusu normun benimsenmesi için çalışırlar. Bu örgütsel platformların gerekli bilgi, uzmanlık ve kaynaklara sahip olması, normun kabulünü sağlayacak etkiyi oluşturabilmek adına kritik öneme sahiptir. Eğer norm girişimcileri, belirli bir sayıda devleti normu kabul etmeye ikna ederlerse, söz konusu yeni norm, yaşam döngüsünde kritik bir aşamayı geçerek yaygınlaşmaya başlayacaktır. Normların dönüm noktasını aşarak yaygınlaştığı bu ikinci safhada, devletler, uluslararası toplumun bir üyesi olma, siyasi kimliklerini ispat etme, meşruiyet kazanma ve itibar görme dürtüleri ile bu yeni normları benimseyeceklerdir. Böylece, bir devlet tarafından benimsenen uluslararası normlar, o devletin uluslararası kimliği ve ait olduğu devlet grubunu belirlemede etkin bir rol oynayacaktır. En son safha olan üçüncü safhada ise sosyalleşme, öğrenme, müzakere ve ikna, sosyal baskı gibi süreçlerle geniş ölçüde içselleştirilen normlar evrenselleşecek ve uluslararası geçerlilik kazanacaktır. Daha önce de belirtildiği gibi, normlar yasalara veya yasal olarak bağlayıcı önlemlere zaman içerisinde dönüşebilir. Diğer yandan, uluslararası normlar, yasal statü kazanmadan da özellikle hukukun üstünlüğü ilkesinin güçlü olduğu rejimlerde aktörlerin davranış, tercih ve beklentilerini yapılandıran davranış standartları olarak gelişebilir. Tersine, yaygın olarak paylaşılmayan ve kabul edilmeyen normlar yasalara dahi etkisiz olabilir.

Uluslararası toplumun gündeminde siber alanı düzenlemeye yönelik birçok uluslararası norm, kural, yasa ve ilke yer almaktadır.³⁶ Joseph Nye, küresel siber alan yönetişiminin kapsamına giren yedi farklı alandan bahseder: 1- alan adı adresi (DNS) ve teknik standartlar, 2- suç, 3- savaş / sabotaj, 4-casusluk, 5-çevrimci gizlilik, 6-içerik kontrol, 7-insan hakları.³⁷ Bu alanlarla ilgili olarak siber saldırılarda çekirdek internet altyapısının kamu malı olarak korunması, sivillerin hasar almasının önlenmesi, seçim sistemlerinin korunması, siber suçların önlenmesi gibi birçok farklı norm önerileri sunulmuştur.³⁸ Bu makale, daha önce de belirtildiği gibi BM'nin Birinci Komitesi'nde ele alınan ve devletlerin siber teknolojileri kullanımları konusundaki davranış standartlarını belirten siber normlara odaklanacaktır. Bu bağlamda,

³⁶ Martha Finnemore ve Duncan B. Hollis, 'Constructing Norms for Global Cybersecurity' (2016) 110 (3) *The American Journal of International Law* 425- 479; Jürgen Feick ve Raymund Werle, "Regulation of Cyberspace", içinde Robert Baldwin, Martin Cave, ve Martin Lodge (der.), *The Oxford Handbook of Regulation* (Oxford University Press, 2010) s. 523-547; Milton L. Mueller, *Networks and States: The Global Politics of Internet Governance* (MIT Press, 2010).

³⁷ Joseph S. Nye, The Regime Complex for Managing Global Cyber Activities, *Global Commission on Internet Governance Paper Series*, 2014, 9-11.

³⁸ The Global Commission on the Stability of Cyberspace, *Norm Package Singapore*, Kasım 2018, <https://cyberstability.org/wp-content/uploads/2018/11/GCSC-Singapore-Norm-Package-3MB.pdf> Erişim Tarihi 3 Ocak 2020; Geneva Internet Platform (GIP) Digital Watch, UN GGE and OEWG, 2019, <https://dig.watch/processes/un-gge> Erişim Tarihi 3 Ocak 2020.

aşağıdaki bölüm farklı siber güvenlik anlayışına sahip olan Rusya ve ABD’yi iki önemli norm girişimcisi olarak ele alarak BM Birinci Komitesi’nde uluslararası siber güvenlik alanında yapılan çalışmalarını ve tartışmalarını analiz edecek ve 2019 yılından beri devam eden BM Hükümet Uzmanları Grubu ve Açık-Uçlu Çalışma Grubu’ndaki müzakerelerde karşılaşılabilecek zorlukları tartışacaktır.

Norm Girişimcileri ve Norm Çekişmeleri: Enformasyon Güvenliği mi Siber Güvenlik mi?

Rusya, enformasyon güvenliğinin³⁹ uluslararası güvenlik bağlamında ele alınmasında norm girişimcisi olarak önemli rol oynamıştır.⁴⁰ Uluslararası enformasyon güvenliği konusunda ABD ile sürdürdüğü ikili müzakerenin başarısızlıkla sonuçlanmasından ardından Rusya, BM Genel Kuruluna uluslararası güvenlik bağlamında enformasyon ve iletişim teknolojilerindeki gelişmelere ilişkin bir önerge sunmuştur.⁴¹ BM Genel Kurulu önergeyi 53/70 sayılı kararı ile kabul ederek enformasyon güvenliğinde bilimsel ve teknolojik gelişmelerin olduğunu, ancak potansiyel kötü amaçlı kullanımının da olabileceğinin altını çizmiş ve BM Üye Devletlerinin enformasyon güvenliği konusunda görüşlerini isteyen yıllık önergeyi kabul etmeye başlamıştır.⁴² 2001 yılından itibaren Rusya, enformasyon güvenliği alanında mevcut ve potansiyel küresel tehditleri azaltmak için alınacak önlemler konusunda genel kabul görmüş uluslararası standartlar veya araçlar mevcut olmadığından bu konu üzerine çalışacak bir özel bir hükümet uzmanları grubu kurulmasını önermiştir.⁴³ BM Genel Kurulu 58/32 Sayılı Kararı ile Rusya’nın önergesini kabul ederek Genel Sekreter’den devletlerin enformasyon ve iletişim teknolojilerinin kullanımından kaynaklanan mevcut ve potansiyel tehditleri değerlendirmek ve bunlara karşı ortak önlemlerin belirlenmesi için bir hükümet uzmanları grubunun 2004 yılında kurulmasını ve sonuç raporunu Genel Kurul’a sunmasını istemiştir.⁴⁴ 2004 yılından günümüze kadar altı farklı hükümet uzmanları grubu oluşturulmuş ve bu gruplar 2010, 2013 ve 2015’te siber alanda devlet davranışlarını düzenlemeye yönelik birtakım normlar üzerine uzlaşmaya varmışlardır. BM HUG raporları ve ilgili BM Genel Kurul kararları mevcut

³⁹ Başlangıçta “verilerin gizliliği, bütünlüğü ve kullanılabilirliğinin korunması” olarak tanımlanan enformasyon güvenliği kavramı, Rusya ve Çin gibi devletlerin enformasyonun içeriğinin de siyasal rejimlerinin istikrarı için tehdit olarak algılanmalarından dolayı genişletilerek bu devletler tarafından “bireyin, toplumun, devletin ve bu aktörlerin çıkarlarının enformasyon alanındaki tehditlerden, yıkıcı ve diğer olumsuz etkilerden korunması” olarak tanımlanmıştır: Shanghai Cooperation Organization, Agreement on Cooperation in the Field of International Information Security, 16 Haziran 2009, <https://ccdcoe-admin.aku.co/wp-content/uploads/2018/11/SCO-090616-IISAgreement.pdf> Erişim Tarihi 15 Ocak 2020

⁴⁰ Danielle Flonk, ‘Content Control Contestations: Russia and China as Entrepreneurs of Illiberal Internet Norms’ (2019) Paper for the Authoritarian Politics and International Relations Workshop, Berlin, January.

⁴¹ UN General Assembly, Revised Draft Resolution, Russian Federation, A/C.1/53/L.17/Rev.1, 2 Kasım 1998.

⁴² UN General Assembly Resolution 53/70, Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, A/RES/53/70, 4 Ocak 1999.

⁴³ UN General Assembly Resolution 56/19, Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, A/RES/56/19, 7 Ocak 2002.

⁴⁴ UN General Assembly Resolution 58/32, Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, A/RES/58/32, 8 Aralık 2003.

uluslararası hukukun siber uzayda geçerli olduğunu belirtmiş, devletlerin kendi ülkelerindeki enformasyon ve iletişim teknolojisi üzerinde egemenlik yetkilerinin olduğu ve devletlerin bu alanda uluslararası yanlış eylemler içine girmemesi ve bu tür eylemler için vekiller kullanmaması gerektiğini vurgulamıştır.

Bu normların etkinliğinin artması ve uluslararası hukukun siber alanda uygulanabilmesi, uluslararası toplumdaki bu normların uygulanmasına yönelik görüş ayrılıklarının azalmasına bağlıdır. Son on beş yıl içinde elliden fazla devletin Birinci Komite ve BM HUG bünyesinde katkıda bulunduğu uluslararası siber güvenlik veya enformasyon güvenliği tartışmaları, ABD ve Rusya'nın başını çektiği iki grubun çekişmesine sahne olmuştur. Bu iki grup devlet arasında norm çekişmesinin temeli siber güvenliğin veya enformasyon güvenliğinin tanımı ve kapsamı, siber güvenliği yönelik tehdit algıları, devletlerin siber güvenliğini sağlamadaki yetki ve görevleri ve bu normların uygulanmasına dayanmaktadır. Rusya liderliğindeki Çin, İran, Mısır gibi siber egemenler olarak adlandırılacak birinci grup ülke, ulusal hükümetleri uluslararası siber politikaları tanımlamak ve uygulamak için yegâne aktörler olarak görmektedir. Ulusal siber alanda sınırsız devlet egemenliğini ve içerik üzerindeki katı devlet kontrollerini savunan bu ülkeler, devletlerin “enformasyon alanlarını” koruma hakkını vurgulamaktadır.⁴⁵ Rusya tarafından oldukça geniş ve muğlak şekilde tanımlanan enformasyon alanı kavramı “bireysel ve sosyal bilinç, enformasyon ve iletişim altyapısı ve enformasyonun kendisi de dahil olmak üzere enformasyonun yaratılması, dönüştürülmesi veya kullanılmasını içeren faaliyetlerin yürütüldüğü alanı” ifade etmektedir.⁴⁶ Enformasyon güvenliğini “enformasyon alanında ulusal çıkarların korunması”⁴⁷ olarak tanımlayan Rusya'nın enformasyon güvenliği doktrini hem enformasyon ve iletişim altyapısına hem de enformasyonun kendisine yönelik tehditlerin ortadan kaldırılmasını içermektedir.⁴⁸ Enformasyon içeriğinin gözetimini de kapsayan daha geniş ve bütünlük bir “enformasyon güvenliği” stratejisi izleyen Rusya, sivil ve askeri enformasyon teknolojilerinin dünya çapındaki gelişiminin uluslararası yasal düzenlemelere ihtiyaç duyduğunu vurgulamaktadır. Nitekim, 1999 yılındaki ilk BM kararından bu yana, Rusya'nın siber alana ilişkin öncelikli dış politikası devletlerin siber silah geliştirmesini veya siber alan aracılığı ile diğer devletlerin içişlerine karışmasını yasaklayacak çok- taraflı bir siber silah kontrol antlaşmasının benimsenmesi yönünde olmuştur.⁴⁹

⁴⁵ Hannes Ebert ve Tim Maurer, 'Contested Cyberspace and Rising Powers' (2013) 34 (6) *Third World Quarterly* 1054-1074; Julien Nocetti, 'Contest and Conquest: Russia and Global Internet Governance' (2015) 91 *International Affairs* 111-130.

⁴⁶ Conceptual Views Regarding the Activities of the Armed Forces of the Russian Federation in the Information Space, 2012, <https://eng.mil.ru/en/science/publications/more.htm?id=10845074@cmsArticle> Erişim Tarihi 20 Kasım 2019.

⁴⁷ The Information Security Doctrine of the Russian Federation, 2000, https://www.itu.int/en/ITU-D/Cybersecurity/Documents/National_Strategies_Repository/Russia_2000.pdf Erişim Tarihi 20 Kasım 2019

⁴⁸ ibid.

⁴⁹ United Nations General Assembly, Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, Report of the Secretary-General A/54/213, 10 Ağustos 1999, 9.

Rusya, Şangay İşbirliği Örgütü (The Shanghai Cooperation Organisation- SCO) çerçevesinde ve Çin'in desteğiyle bölgesel düzeyde enformasyon kontrolü normlarını desteklemektedir. SCO üyelerinin 2009 yılında imzaladığı Uluslararası Enformasyon Güvenliği Alanında İşbirliği Anlaşması “diğer devletlerin siyasi, ekonomik ve sosyal sistemini zayıflatmak için enformasyonun kullanılması”, “enformasyon alanında egemenlik veya ulusal kontrol” ve “enformasyon yoluyla yetkisiz sınır aşan etki” gibi Rusya tarafından belirlenen kavram ve tehditleri içermektedir.⁵⁰ Anlaşma, enformasyon güvenliğini oldukça geniş şekilde ve yine Rusya'nın ulusal kavramsallaştırmasına benzer bir şekilde “bireyin, toplumun, devletin ve bu aktörlerin çıkarlarının enformasyon alanındaki tehditlerden, yıkıcı ve diğer olumsuz etkilerden korunması” olarak tanımlamaktadır. Bu anlaşmaya dayanarak SCO'nun altı üyesinden dördü 2011 yılında BM Genel Kurulu'na “Uluslararası Enformasyon Güvenliği Davranış Kuralları” adlı bir sözleşme sunmuştur.⁵¹ Sözleşme, başka bir hükümetin politik, ekonomik ve sosyal sistemine zarar vermeyi amaçlayan enformasyon alanındaki eylemleri ve toplumu istikrarsızlaştırma amacıyla aleyhte yürütülen psikolojik kampanyaları enformasyon alanındaki en büyük tehditlerden biri olarak görmektedir.⁵² Uluslararası insan hakları hukuku kapsamında ele alınan çevrimiçi gizlilik ve serbest bilgi akışı gibi ilkeleri ihlal ettiği için sivil toplum ve batılı devletlerin eleştirilerine maruz kalan Sözleşme kısıtlı olarak revize edilerek, SCO'nun altı üye devleti tarafından 2015 yılında tekrar BM Genel Kuruluna sunulmuştur.⁵³

ABD ve Avrupa ülkelerinin başını çektiği, çok-paydaşlılar olarak adlandırılabilir olan devlet grubu, serbest bilgi akışı ve kullanıcıların etkinliği üzerinde asgari devlet kontrollerinin olduğu kamu ve özel sektör arasında dağıtılmış bir güvenlik ağı tarafından çok-paydaşlı olarak yönetilen açık ve özgür bir siber alanı savunmaktadır. Enformasyon güvenliği kavramının enformasyonun içeriğini de tehdit olarak içermesi yüzünden karşı çıkan bu devletler, siber-fiziksel altyapı ve ağların güvenliğine odaklanan bir siber güvenlik kavramını tercih etmekte ve BM'de uluslararası güvenlikle ilgili yürütülen müzakerelerde ulusal ve küresel siber ağların ve siber alandaki verilerin güvenilirliğini, kullanılabilirliğini ve bütünlüğünün güvence altına alınması ve kritik altyapılara zarar gelmesinin önlenmesi konularında iş birliğinin önemini altını çizmektedirler.⁵⁴ ABD'nin başını çektiği bu devletler enformasyon güvenliği ve/veya siber güvenliğin kapsamı ve odağı hakkında uluslararası ortak bir anlayış olmadığı ve siber teknolojiler çok hızlı geliştiği için birtakım sivil ve /

⁵⁰ Shanghai Cooperation Organization, *Agreement on Cooperation*

⁵¹ Letter dated 12 September 2011 from the Permanent Representatives of China, the Russian Federation, Tajikistan and Uzbekistan to the United Nations addressed to the Secretary-General, A/66/359.

⁵² ibid., Madde 4.

⁵³ Letter dated 9 January 2015 from the Permanent Representatives of China, Kazakhstan, Kyrgyzstan, the Russian Federation, Tajikistan and Uzbekistan to the United Nations addressed to the Secretary-General, A/69/273.

⁵⁴ Eneken Tikk-Ringas, “*Developments in the Field of Information and Telecommunication in the Context of International Security: Work of the UN First Committee 1998-2012*”, (ICT4Peace Publishing, 2012).

veya askeri teknolojilerin geliştirilmesini veya kullanılmasını kısıtlayacak bağlayıcı yasal bir düzenlemeden önce siber alana ilişkin kapsayıcı ilkelerin tüm yönleriyle oluşturulması gerektiğini savunmaktadırlar.⁵⁵ Rusya'nın enformasyon güvenliği alanında yasal olarak bağlayıcı bir silah kontrolü antlaşması için sunduğu öneriyi karşı uluslararası toplumun "gönüllü normlar" geliştirmesi fikrini ortaya atan ABD Dışişleri Bakanlığı, özellikle 2010 yılından sonra aktif bir şekilde barış zamanında siber alanda devlet davranışını düzenleyecek bir takım bağlayıcı olmayan rızaya dayalı uluslararası normların geliştirilmesi konusunda norm liderliğini üstlenmiştir.⁵⁶ ABD ve müttefikleri uluslararası hukukun siber alan için geçerli olduğunu savunmakta ve BM Şartı, mevcut silahlı çatışma antlaşmaları ve insanlık, gereklilik, orantılılık, ayırım gözetme gibi uluslararası insancıl hukukun yerleşik ilkelerinin siber teknolojilerin askeri uygulamalarına uygulanabileceğini öne sürmektedirler. Aşağıdaki bölüm, bu tartışmaların sahne olduğu BM Hükümet Uzmanları Grubunu mercek altına alarak siber alanı düzenleyen gönüllü normların ortaya çıkma sürecine odaklanacaktır.

Birleşmiş Milletler Uluslararası Güvenlik Bağlamında Enformasyon ve Telekomünikasyon Alanındaki Gelişmelerle İlgili Hükümet Uzmanları Grubu (BM HUG)

BM uluslararası güvenlik bağlamında enformasyon ve telekomünikasyon alanındaki gelişmelerle ilgili kurulan Hükümet Uzmanları Grubu (BM HUG), BM'nin Birinci Komitesi altında görev yapan bir çalışma grubudur. 1956 yılından bu yana daimî statüye sahip olan Birinci Komite, BM Genel Kurulunda bulunan altı ana komiteden biridir. Genel Kurulun sözlü kayıtları olan tek ana komitesi olan Birinci Komite, silahsızlanma ve uluslararası güvenlik konularındaki gündem maddelerini belirlemekle yetkilidir. Nükleer, kimyasal, biyolojik ve kitle imha silahlarının yayılmasını önleme, uzayın silahsızlandırılması ve uzayda silahlanma yarışının önlenmesi gibi alanlarda önemli başarılarla imza atan Birinci Komite, uluslararası siber güvenlik tehditlerinin tartışıldığı en üst düzey forumdur. Birinci Komite, son yirmi yılda siber alanda devletlerin sorumlu davranışları, güven artırıcı önlemler ve kapasite geliştirme norm, kural ve ilkelerini göz önünde bulundurarak siber güvenlik konusunu geniş çapta ele almış ve bu konularda özel olarak çalışacak bir hükümet uzmanları grubun kurulmasına fırsat tanımıştır.

BM HUG 'eşit coğrafi dağılım temelinde' oluşmaktadır. Geleneksel olarak, BM Güvenlik Konseyi'nin beş daimî üyesinin tüm HUG'larda temsil edilmekte ve kalan sandalyeler bölgesel gruplara tahsis edilmektedir. İlk üç HUG, 15 üyeden oluşurken,

⁵⁵ Alex Grigsby, 'The End of Cyber Norms' (2017) 59 (6) *Survival* 109-122.

⁵⁶ Tim Maurer, 'A Dose of Realism: The Contestation and Politics of Cyber Norms' (2019) *Hague Journal on the Rule of Law* 1-23.

2014-2015 yıllarında görev yapan dördüncü HUG'da üye sayısı 20'ye, daha sonra ise 25'e çıkarılmıştır. Grubun üye yapının oluşumunu BM Silahsızlanma İşleri Yüksek Temsilciliği Ofisi'nin önerisi üzerine Genel Sekreter belirlemektedir. Genel Sekreter, coğrafi ve politik dengenin yanı sıra aday ülkelerin diğer HUG'larda kaç kere görev aldığı, şu anda farklı bir HUG'da hizmet verip vermedikleri, konuya gösterdikleri ilgi ve merak gibi unsurları göz önüne alınarak üye seçimine karar vermektedir.⁵⁷ Ülkeler belirlendikten sonra, devletlerden HUG'a katılmak için bir uzman tayin etmeleri istenmektedir ve bu uzmanlar genellikle devlet yetkilileri olmaktadır. İlk kurulan HUG'lara katılan enformasyon güvenliği uzmanlarının bazıları diplomatik kökenli, bazılarının ise teknik kökenli olduğu göze çarpmaktadır. Teknik kökenli uzmanlar HUG'a eşlik eden yoğun diplomatik müzakerelerde bazen geride kalabildikleri için yerlerini zamanla diplomatik kökenli uzmanlara bırakmışlardır.⁵⁸ Uzmanlara kimi zaman hukuki danışmanlar eşlik etmektedir, fakat her ülke tek bir uzman tarafından temsil edilmekte, grupta delegasyonlar yer almamaktadır. Nihai Rapordaki kararlar da dahil olmak üzere gruptaki tüm kararlar oy birliği ile alınmakta ve grubun başarısında güçlü bir başkan önemli rol oynamaktadır. Gruba, 2004-2005 ve 2009-2010 yıllarında Rusya Federasyonu, 2012-2013'de Avustralya, 2014-2015 ve 2019-2021'de Brezilya, 2016-2017'de ise Almanya başkanlık yapmıştır. BM Silahsızlanma İşleri Ofisi, siber HUG'ların Sekreteryası olarak görev yapmaktadır. HUG'ların toplantıları kapalı olarak yürütülmekte olup HUG'da temsil edilmeyen diğer devletlerden, sivil toplum kuruluşlarından, özel sektör veya uluslararası kuruluşlardan gözlemciler toplantılara katılamamaktadır.

⁵⁷ The United Nations Institute for Disarmament Research, 'Report of the International Security Cyber Issues Workshop Series' (2016) 4

⁵⁸ ibid 5.

Tablo 1 <i>Uluslararası Güvenlik Bağlamında Enformasyon ve Telekomünikasyon Alanındaki Gelişmelerle İlgili Hükümet Uzmanları Grupları</i>						
Dönem	Üye Sayısı	Grup Başkanı	Kurucu Karar	Toplantı Yeri ve Sayısı	Rapor	Uzlaş
2004/2005	15	Rusya	A/RES/58/32	New York (2) Cenevre (2)	A/60/202	Yok
2009/2010	15	Rusya	A/RES/60/45	New York (2) Cenevre (2)	A/65/201	Var
2012/2013	15	Avustralya	A/RES/66/24	New York (2) Cenevre (2)	A/68/98	Var
2014/2015	20	Brezilya	A/RES/68/243	New York (2) Cenevre (2)	A/70/174	Var
2016/2017	25	Almanya	A/RES/70/237	New York (2) Cenevre (2)	A/72/327	Yok
2019-2021	25	Brezilya	A/RES/73/266	New York (2) Cenevre (2)		

Birinci BM HUG (2004-2005)

2004 yılında kurulan ilk on beş üyeli çalışma grubunun görüşmelerine yukarıda söz ettiğimiz iki grubun arasında uluslararası siber güvenliğin temel unsurlarına yönelik görüş farklılıkları damgasını vurmuştur. Rusya ve ABD'nin başını çektiği iki grup ülke enformasyon içeriğine mi yoksa sadece enformasyon altyapısına mı odaklanması gerektiği konusunda anlaşmaya varamamasından dolayı, nihai bir uzlaşma raporu yayınlamamış ancak usul meselelerine değinen kısa bir rapor yayınlamıştır.⁵⁹ Rusya, Çin, Brezilya ve Beyaz Rusya gibi devletler, devletlerin kendi enformasyon güvenliğini sağlamada sınırsız hak sahibi olduğunu, sınır ötesi enformasyon içeriğinin bir ulusal güvenlik meselesi olarak kontrol edilmesi gerektiği ve enformasyon güvenliğine yönelik yeni bir uluslararası rejimin kurulması gerektiğini savunmuşlardır.⁶⁰ ABD ve Avrupa ülkeleri ise uluslararası siber güvenliğin enformasyon içeriğine değil sadece enformasyon altyapısına uygulanması gerektiğini ve var olan uluslararası hukukun siber alana uygulanabileceğini iddia etmişlerdir.⁶¹ Uluslararası alanda mevcut uluslararası hukukun enformasyon güvenliğine yönelik farklı yorumlarının olduğunu belirten Grup Başkanı Krutskikh, 'uluslararası topluluğun temelde yeni ve hassas problemlerle karşı karşıya kaldığı bir dizi kapsamlı meseleyi dikkate almak için çok sınırlı bir zamana' sahip olduğunu vurgulayarak grubun çalışmalarına devam etmesini önermiştir.⁶² Bu öneriye rağmen, Bush başkanlığındaki ABD Yönetimi'nin 2005-2008 yılları arasında 30 devletin

⁵⁹ Report of the Secretary-General 60/202, Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, A/60/202, New York: United Nations, 5 Ağustos 2005.

⁶⁰ Eneken Tik-Ringas (n 54) 7

⁶¹ The United Nations Office for Disarmament Affairs, Fact Sheet: Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security (2015) 1; Christian Henderson, "The United Nations and the Regulation of Cybersecurity", içinde Nicholas Tsagourias ve Russell Buchan, (der.), *International Law and Cyberspace. Research Handbooks in International Law*, (Edward Elgar, 2015) 474-475.

⁶² United Nations General Assembly, First Committee 13th meeting, A/C.1/60/PV.1, 17 Ekim 2005, 5

ortak sponsor olduğu Rusya'nın önermesine tek başına karşı oy kullanmasından ötürü bu dönemde anlamlı bir ilerleme kaydedilememiştir.

İkinci BM HUG (2009-2010)

İlk HUG'un uzlaşya varamamasının ardından, Rusya'nın 'uluslararası enformasyon güvenliğinin her açıdan ele alınmasına devam edilmesi' önerisini kabul eden BM Genel Kurulu, aynı ilkeler çerçevesinde ikinci bir HUG'un 2009'da çalışmalarına başlamasına karar vermiştir.⁶³ Grup siber alandaki mevcut ve potansiyel tehditlerin yirmi birinci yüzyılın en ciddi zorlukları arasında olduğuna dikkat çeken ilk uzlaşya raporunu 2010'da yayınlamıştır.⁶⁴ Raporda, siber alandaki riskleri azaltmak ve kritik altyapıları korumak için uluslararası normların kabul edilmesi, güven oluşturma ve risk azaltmaya yönelik tedbirlerin geliştirilmesi ve ulusal mevzuat, politikalar ve en iyi uygulamalar hakkında enformasyon alışverişi sağlanması ve siber güvenliği artırmak için devletler, özel sektör ve sivil toplum arasındaki iş birliği ve dayanışmanın tesis edilmesi istenmiştir. Uzlaşya raporunun yayınlanmasında ABD'nin uzun zamandır devam eden muhalif pozisyonunu Obama'nın başkan seçilmesi ile tersine çevirmesi ve Rusya tarafından verilen önergeye ortak sponsor olmayı kabul etmesi önemli rol oynamıştır.⁶⁵ Obama yönetimi altında ABD, pozisyon değiştirerek uluslararası iş birliğine dayalı bir yaklaşım benimsemiş, Rusya ve Çin ile siber güvenlik konusunda ikili görüşmeler yapmaya başlamış ve nihayet Rusya'nın önermesine olumlu oy kullanarak HUG'un ilk uzlaşya raporunu yayınlamasına olanak tanımıştır.

Üçüncü BM HUG (2012-2013)

Üçüncü BM HUG grubu, Genel Kurul'un 2011 yılında kabul ettiği 66/24 sayılı kararı doğrultusunda 2012 ve 2013 yıllarında bir araya gelmiştir.⁶⁶ Grup 2013 yılında siber alan ve uluslararası hukuk arasındaki ilişkiyle ilgili olarak önceki HUG'lardan daha kapsamlı sonuçlara ulaştığı uzlaşya raporunu yayınlamıştır.⁶⁷ Rapor, uluslararası hukukun, özellikle BM Şartı'nın, siber alana uygulanabileceğini,⁶⁸ devlet egemenliği normu ve sorumluluklarının devletlerin siber alandaki faaliyetlerinde ve kendi ülkelerindeki enformasyon ve iletişim altyapısı üzerinde geçerli olduğunu kabul etmiştir.⁶⁹ Devletlerin siber alanda kasıtlı olarak yanlış eylemlerde bulunmak

⁶³ United Nations General Assembly Resolution 60/45, Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, A/RES/60/45, 8 Aralık 2005.

⁶⁴ Note by the Secretary-General 65/201-Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, A/65/201, 30 Temmuz 2010.

⁶⁵ Maurer (n 11) 23-25.

⁶⁶ United Nations General Assembly Resolution 66/24, Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, A/RES/66/24, 2 Aralık 2011.

⁶⁷ Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security A/68/98, 24 Haziran 2013.

⁶⁸ ibid., Madde 19.

⁶⁹ ibid., Madde 20.

için vekiller kullanmaması ve topraklarının devlet-dışı aktörler tarafından bu tür eylemlerde bulunmak için kullanılmamasını vurgulayarak devlet egemenliğinin haklar kadar birtakım sorumluluklar da içerdiğinin de altını çizmiştir.⁷⁰ Siber alanın güvenliğini sağlamak için yapılan çabaların, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı çerçevesinde yürütülmesi gerektiğini⁷¹ ve BM'nin Üye Devletler arasında diyalogu teşvik etmede önemini vurgulamıştır.⁷² Grup, siber güvenliği geliştirmek için güven artırıcı ve kapasite artırıcı önlemler konusunda bazı özel önerilerde de bulunmuştur.⁷³

Dördüncü BM HUG (2014-2015)

68/243 sayılı Genel Kurul kararı ile Aralık 2013'de kurulması kararlaştırılan yirmi üyeli dördüncü HUG⁷⁴, 2014 ve 2015 yıllarında dört kez toplanmış ve Haziran 2015'te oldukça önemli bir uzlaşma raporuna imza atmışlardır.⁷⁵ Önceki raporların aksine, 2015 raporu bir yandan devletlerin egemen eşitliği, uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümlenmesi, devletlerin diğer devletlerin işlerine müdahale etmemeleri gibi bağlayıcı uluslararası hukuk⁷⁶ ile diğer yandan gönüllü, bağlayıcı olmayan normlar⁷⁷ arasında ayırım yaparak bu ilkeleri iki ayrı bölümde değerlendirmiştir. HUG'un 2015 yılındaki uzlaşma Raporu, güvenli, istikrarlı, erişilebilir ve barışçıl küresel bir siber alanı teşvik etmek için gönüllü ve bağlayıcı olmayan sorumlu devlet davranış norm, kural ve ilkelerini on bir maddede ortaya koymuştur.⁷⁸ Bu on bir maddeden, beşi sınırlayıcı karaktere sahip normları, yedisi ise uluslararası güvenlik amacıyla iyi uygulamaları ve olumlu görevleri ifade eden ilkeleri kapsamaktadır. BM Genel Kurulu Aralık 2015'te, HUG raporunu oybirliği ile kabul etmiş ve üye devletlere siber teknolojileri kullanımlarında raporun rehberlik etmesini istemiştir. Buna göre, Raporun III. Bölümünün 13. maddesinde ifade edilen sınırlayıcı normlar şu şekildedir:

- Devletler, kendi topraklarındaki siber teknolojilerin uluslararası yanlış eylemler için kullanılmasına izin vermemelidir (Madde 13/c).
- Devletler, kritik altyapıya kasıtlı olarak zarar veren veya kritik altyapının işletilmesini engelleyen siber faaliyetler içerisine girmemeli veya desteklememelidir (Madde 13/f).

⁷⁰ ibid., Madde 23.

⁷¹ ibid., Madde 21.

⁷² ibid., Madde 13.

⁷³ ibid., Madde 26-33.

⁷⁴ United Nations General Assembly Resolution 68/243, Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, A/RES/68/243, 27 Aralık 2013.

⁷⁵ Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, A/70/174, 22 Temmuz 2015.

⁷⁶ ibid., VI. Bölüm, Madde 24-29.

⁷⁷ ibid., III. Bölüm.

⁷⁸ ibid., III. Bölüm, Madde 13.

- Devletler, son kullanıcıların siber ürünlere olan güvenini koruyabilmek için tedarik zincirinin bütünlüğünü sağlamak konusunda makul adımlar atmalı ve kötü niyetli siber araç ve tekniklerinin çoğalmasını ve zararlı gizli işlevlerin kullanımını önlemeye çalışmalıdır (Madde 13/i).
- Devletler, başka bir Devletin yetkili acil müdahale ekiplerinin enformasyon sistemlerine zarar verecek faaliyetleri yürütmemeli veya bilerek desteklememelidir. Bir Devlet, kötü niyetli uluslararası faaliyetlerde bulunmak için yetkili acil durum müdahale ekiplerini kullanmamalıdır (Madde 13/k).
- Devletler, siber alanın güvenli bir şekilde kullanılmasını sağlarken, ifade özgürlüğü hakkı da dahil olmak üzere insan haklarına tam saygı gösterilmesini sağlamak için internette insan haklarının geliştirilmesi, korunması ve kullanılmasına ilişkin İnsan Hakları Konseyi'nin 20/8 ve 26/13 sayılı kararlarının yanı sıra dijital çağda gizlilik hakkını tanıyan 68/167 ve 69/166 sayılı Genel Kurul kararlarına uymalıdır (Madde 13/e).

Raporun yine 13. Maddesinde listelenen uluslararası siber güvenlik alanındaki iyi uygulama ve olumlu görev ilkeleri şunlardır:

- Devletler, siber teknoloji kullanımında istikrarı ve güvenliği artırmak ve zararlı olduğu kabul edilen ya da uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturabilecek siber uygulamaları önlemek için önlemler geliştirmek ve uygulamak konusunda iş birliği yapmalıdır (Madde 13/a).
- Siber olaylarda, devletler olayın daha geniş bağlamı, siber alanda isnat etme zorlukları ve sonuçların niteliği ve kapsamı da dahil olmak üzere tüm ilgili bilgileri dikkate almalıdır (Madde 13/b).
- Devletler enformasyon alışverişi, birbirlerine yardım etme, siber alanın terörizm ve suç amaçlı kullanımını kovuşturma ve bu tür diğer tehditleri ele almak için iş birliği tedbirleri geliştirmelidir (Madde 13/d).
- Devletler, küresel siber güvenlik kültürünün oluşturulması ve kritik enformasyon altyapılarının korunması ve diğer ilgili kararlar hakkında 58/199 sayılı Genel Kurul kararını dikkate alarak kritik altyapılarını siber tehditlerden korumak için uygun önlemleri almalıdır (Madde 13/g).
- Devletler, kritik altyapısı kötü niyetli siber eylemlere tabi olan başka bir devletin uygun yardım taleplerine yanıt vermelidir. Devletler ayrıca, gerekli özen prensibini dikkate alarak, kendi topraklarından başka bir devletin kritik altyapısını hedef alan kötü niyetli siber faaliyetlerini azaltmak için yapılan uygun taleplere cevap vermelidir (Madde 13/h).

- Devletler, siber güvenlik açıklarının sorumlu bir şekilde rapor edilmesini teşvik etmeli ve siber teknolojiye bağımlı altyapıya yönelik potansiyel tehditleri sınırlamak ve ortadan kaldırmak için bu tür güvenlik açıklarına ilişkin mevcut çözümlerle ilgili bilgileri paylaşmalıdır (Madde 13/j).

Rapor, “uluslararası toplumun beklentilerini yansıtan” bu normların, “sorumlu devlet davranışları için standartları belirlediğini” ve “uluslararası toplumun devletlerin faaliyetlerini ve niyetlerini değerlendirmesine izin verdiğini” ifade etmektedir.⁷⁹ Bu normlar, her ne kadar bağlayıcı olmayıp gönüllü nitelikte olsa da belirli bağlamlarda devlet aktörlerinden hangi davranışın beklendiğini belirtmesi ve devletlerin üstlenmesi gereken “olumlu” eylemleri veya kaçınılması gereken “olumsuz” eylemleri önermesi bakımından yeteri derecede kapsayıcıdır. Genel Kurul tarafından kabul edilen on bir norm ve ilke, G7⁸⁰, G20⁸¹, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT)⁸², ve Güneydoğu Asya Ülkeleri Birliği (ASEAN)⁸³ dahil olmak üzere diğer uluslararası örgütler tarafından onaylanmıştır. Paris Siber Alanda Güven ve Güvenlik Çağrısı,⁸⁴ ve Siber Alanın İstikrarına İlişkin Küresel Komisyon⁸⁵ gibi çok-paydaşlı girişimler de bu normlara atıfta bulunmakta ve desteklemektedir.

Diğer yandan, üzerinde anlaşılan bu normlar ABD’nin başarılı siber diplomasisinin bir ürünü olarak düşünülebilir. Nitekim ABD’nin barış zamanı siber alandaki devlet davranışını düzenlemeye yönelik teşvik ettiği siber terörizm ve siber suç alanlarında iş birliği, kritik altyapıların ve ulusal siber olaylara müdahale ekiplerinin korunmasına yönelik üç norm nihai raporda yer almıştır. ABD’nin bu tür gönüllü tedbirleri geliştirme stratejisi, Rusya’nın görüşüyle bir ölçüde çelişmektedir. Rusya, uluslararası toplumun bu tarz “ahlaki yükümlülükler” konusunda ortak anlaşmaya varmasını yasal olarak bağlayıcı normlar geliştirme sürecinin ilk adım olarak görmektedir.

⁷⁹ ibid., Madde 10.

⁸⁰ G7, Principles and Actions on Cyber, 2016, <https://www.mofa.go.jp/files/000160279.pdf> Erişim Tarihi 8 Ocak 2020

⁸¹ G20, Leaders’ Communiqué Antalya summit, November 15-16 2015, <http://www.g20.utoronto.ca/2015/151116-communicue.html> Erişim Tarihi 8 Ocak 2020

⁸² OSCE, Decision No. 1202, OSCE Confidence-Building Measures to Reduce the Risks of Conflict Stemming from the use of Information and Communication Technologies, 2016, <https://www.osce.org/pc/227281?download=true> (Erişim Tarihi 8 Ocak 2020).

⁸³ ASEAN, Preserving and Enhancing International Cyber Stability: Regional Realities and Approaches in ASEAN Report of the 2nd International Security Cyber Workshop Series, Singapore, September 20-21 2017, <https://unidir.org/files/publications/pdfs/preserving-and-enhancing-international-cyber-stability-regional-realities-and-approaches-in-asean-en-778.pdf> Erişim Tarihi 9 Ocak 2020

⁸⁴ Paris Call for Trust and Security in Cyberspace, 12 November 2018. https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/paris_call_text_-_en_cle06f918.pdf Erişim Tarihi 9 Ocak 2020.

⁸⁵ The Global Commission on the Stability of Cyberspace, Advancing Cyberstability Final Report, Kasım 2019, <https://cyberstability.org/report/#6-norms> Erişim Tarihi 10 Ocak 2020

Beşinci BM HUG (2016-2017)

70/237 sayılı Genel Kurul kararı ile Aralık 2015'te kurulması kararlaştırılan beşinci HUG⁸⁶, 2016 ve 2017 yıllarında bir araya gelmiş fakat Grup, uluslararası hukukun siber alana nasıl uygulanacağı ve siber egemenliğin kapsamı konularında fikir birliği sağlayamamasından ötürü nihai uzlaşma raporunu yayınlamamıştır. Devletlerin uluslararası yanlış eylemlere tepki verme hakkı; meşru müdafaa hakkı, uluslararası insancıl hukukun siber çatışmalara nasıl uygulanacağı, devletlerin siber saldırılara yanıt vermede ne gibi seçeneklere sahip olabileceği konularında görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır.⁸⁷

Siber normların yaşam döngüsünde kısa süreli bir duraksamayı işaret eden bu tıkanma, BM Genel Kurulu'nun Birinci Komitesinin 73. Oturumunda BM'nin Rusya ve ABD'nin başını çektiği iki rakip önergeyi onaylaması ile aşılmış ve siber normlara ilişkin sürdürülen müzakereler yeni bir sürece girmiştir. "Uluslararası Güvenlik Bağlamında Enformasyon ve Telekomünikasyon Alanındaki Gelişmeler" hakkında 73/27 sayılı karar⁸⁸ ve "Uluslararası Güvenlik Bağlamında Siber Alanda Sorumlu Devlet Davranışının Geliştirilmesi" konusunda 73/266 sayılı karar⁸⁹, BM Genel Kurulu uluslararası siber güvenlik hakkında iki paralel süreç oluşturmuştur. Siber alanda mevcut ve potansiyel tehditlerin değerlendirilmesi; kapasite geliştirme, güven artırıcı önlemler; sorumlu devlet davranışları için normlar, kurallar ve ilkeler ve uluslararası hukukun siber alana uygulanması gibi konuları ele alacak olan yeni bir BM HUG'un ve tüm devletlerin katılımına izin veren Açık Uçlu Çalışma Grubunun kurulması siber normların yaşam döngüsünde yeni bir evrenin açılmasının önünü açmıştır.

Altıncı BM HUG (2019-2021)

ABD liderliğindeki 26 ülkenin dahil olduğu grubun önerisini kabul eden 73/266 sayılı Genel Kurul kararı doğrultusunda "uluslararası güvenlik bağlamında siber alanda sorumlu devlet davranışlarının geliştirilmesi" için 2019-2021 yılları arasında görev yapacak yeni bir 25- üyeli HUG Mart 2019'da kurulmuştur. Avustralya, Brezilya, Çin, Estonya, Fransa, Almanya, Hindistan, Endonezya, Japonya, Ürdün, Kazakistan, Kenya, Morityus, Meksika, Fas, Hollanda, Norveç, Romanya, Rusya Federasyonu, Singapur, Güney Afrika, İsviçre, İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri ve Uruguay devlet temsilcilerinin oluşturduğu altıncı hükümet uzmanları grubunun

⁸⁶ United Nations General Assembly Resolution 70/237, Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, A/RES/70/237, 23 Aralık 2015.

⁸⁷ Grigsby (n 54) 114-115; Maurer (n 56) 7-9; GIP Digital Watch, UN GGE and OEWG; Eneken Tikk and Mika Kerttunen, 'The Alleged Demise of the UN GGE: An Autopsy and Eulogy' (2017), Cyber Policy Institute 16-23, <https://cpi.ee/wp-content/uploads/2017/12/2017-Tikk-Kerttunen-Demise-of-the-UN-GGE-2017-12-17-ET.pdf> Erişim Tarihi 10 Aralık 2019

⁸⁸ United Nations General Assembly Resolution 73/27, Developments in the Field of Information And Telecommunications in the Context of International Security, A/RES/73/27, 5 Aralık 2018.

⁸⁹ United Nations General Assembly Resolution 73/266, Advancing Responsible State Behaviour in Cyberspace in the Context of International Security, A/RES/73/266, 22 Aralık 2018.

başkanlığına Brezilya Büyükelçisi Guilherme de Aguiar Patriota seçilmiştir. İlk toplantısını Aralık 2019’da gerçekleştiren Grup, Mart ve Ağustos 2020’de tekrar bir araya gelecek ve Mayıs 2021’de son oturumunu gerçekleştirerek nihai raporunu yayınlacaktır. Başkan, oturumlar arasında tüm BM Üye Devletleri ile gayri resmi istişareler yapacak, ayrıca Afrika Birliği, Avrupa Birliği, Amerikan Devletleri Örgütü, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı ve Güneydoğu Asya Ulusları Birliği Bölgesel Forumu gibi bölgesel kuruluşlarla da istişareler gerçekleştirecektir.⁹⁰ ABD ve müttefikleri, BM HUG’un mevcut normatif çerçevenin uygulanmasıyla ilgili daha teknik konulara bakmayı ve özellikle de uluslararası hukukun siber alana uygulanmasına yönelik devam eden sorunların ve mevcut normların uygulanmasına ilişkin sorunların çözülmesini tercih etmektedir.

Tablo 2
Birleşmiş Milletler Uluslararası Güvenlik Bağlamında Enformasyon ve Telekomünikasyon Alanındaki Gelişmelerle İlgili Hükümet Uzmanları Grupları Üyeleri

	2004-2005	2009-2010	2012-2013	2014-2015	2016-2017	2019-2021
1	Beyaz Rusya	Beyaz Rusya	Arjantin	Beyaz Rusya	Avusturalya	Avusturalya
2	Brezilya	Brezilya	Avusturalya	Çin	Botsvana	Brezilya
3	Çin	Çin	Beyaz Rusya	Kolombiya	Brezilya	Çin
4	Fransa	Estonya	Kanada	Mısır	Kanada	Estonya
5	Almanya	Fransa	Çin	Estonya	Çin	Fransa
6	Hindistan	Almanya	Mısır	Fransa	Küba	Almanya
7	Ürdün	Hindistan	Estonya	Almanya	Mısır	Hindistan
8	Malezya	İsrail	Fransa	Gana	Estonya	Endonezya
9	Mali	İtalya	Almanya	İsrail	Finlandiya	Japan
10	Meksika	Katar	Hindistan	Japonya	Fransa	Urdun
11	Kore	Kore	Endonezya	Kenya	Almanya	Kazakistan
12	Rusya	Rusya	Japonya	Malezya	Hindistan	Kenya
13	Güney Afrika	Güney Afrika	Rusya	Meksika	Endonezya	Moritus
14	Birleşik Krallık	Birleşik Krallık	Birleşik Krallık	Pakistan	Japonya	Meksika
15	ABD	ABD	ABD	Kore Cumhuriyeti	Kazakistan	Fas
16				Avrupa Birliği	Kenya	Hollanda
17				Rusya	Meksika	Norveç
18				İspanya	Hollanda	Romanya
19				Birleşik Krallık	Kore Cumhuriyeti	Rusya
20				ABD	Rusya	Singapur
21					Senegal	Güney Afrika
22					Sırbistan	İsviçre
23					İsviçre	Birleşik Krallık
24					Birleşik Krallık	ABD
25					ABD	Uruguay

⁹⁰ The UN Open-ended Working Group, 2019, <https://www.un.org/disarmament/open-ended-working-group/> Erişim Tarihi 4 Ocak 2020

Birleşmiş Milletler Uluslararası Güvenlik Bağlamında Enformasyon ve Telekomünikasyon Alanındaki Gelişmelerle İlgili Açık Uçlu Çalışma Grubu (2019-2020)

Rusya'nın başını çektiği önerenin BM Genel Kurulu tarafından onaylanmasıyla "Uluslararası Güvenlik Bağlamında Enformasyon ve Telekomünikasyon Alanındaki Gelişmeler" üzerine çalışacak BM HUG'la özdeş yetki ve kaynaklara sahip bir Açık Uçlu Çalışma Grubu (AUÇG) kurulmuştur. BM AUÇG'nin farkı tüm BM üye devletlerinin katılımına açık olması ve BM himayesinde düzenli kurumsal diyalog kurma olasılığını araştırmakla görevlendirilmesidir. Toplantılarına konu ile ilgili tüm paydaşlar (iş dünyası, sivil toplum kuruluşları ve akademi) katılabilecektir. Paydaşların başvuruları BM Silahsızlanma İşleri Ofisi tarafından yönetilecek ve "itiraz yok" esasına göre yani hükümetlerin itirazları göz önüne alınmadan onaylanacaktır. İsviçre Büyükelçisi Jürg Lauber, AUÇG Başkanı olarak seçilmiştir. AUÇG'nin gündeminde mevcut ve potansiyel tehditler; uluslararası hukuk, kurallar, normlar ve ilkeler; düzenli kurumsal diyalog; güven artırıcı önlemler; ve kapasite geliştirme olmak üzere altı önemli konu vardır.⁹¹ Bu gündem çerçevesinde AUÇG'nin raporunu oybirliğiyle kabul etmesi gerekmektedir.

AUÇG çalışmalarına 3-4 Haziran 2019'da başlayarak yaklaşık 100 üye ülkenin temsilcilerini bir araya getiren bir toplantı düzenlemiştir. 9-13 Eylül 2019'da ilk maddi oturumunu ve 2-4 Aralık 2019'da akademi sivil toplum ve özel sektör temsilcilerinin katıldığı ikinci istişare toplantısını gerçekleştirmiştir. 10-14 Şubat 2020 arası ikinci istişare toplantısı ve 6-10 Temmuz 2020 tarihinde de nihai maddi oturumunu gerçekleşmesinin ardından, 15-30 Eylül 2020 tarihinde BM Genel Kurulu'nun 75. oturumunda final raporunu sunacaktır.

AUÇG, tüm üye devletlerin ilk kez BM'de uluslararası güvenlik ve siber teknolojiler ile ilgili önemli tartışmalara girmeleri için tarihi bir fırsat sunmaktadır. Eylül 2019'daki AUÇG'nin ilk oturumuna 117 delegasyonun katılımı ve 70'ten fazlasının söz alması, AUÇG'nin çalışmalarına olan ilgi ve katılımın yüksekliğine ve devam eden diyalog ihtiyacının önemine işaret etmektedir. Daha geniş devlet katılımının yanı sıra özel sektör ve sivil toplum gibi devlet-dışı temsilcilerin katılımına izin veren ve daha şeffaf bir yapıya sahip olan AUÇG, sorumlu devlet davranışı normlarını ve güven artırıcı önemlerin benimsenmesi için çok taraflı anlaşmalar yapma potansiyeline sahiptir. Nitekim ABD'nin de içinde olduğu 27 devlet⁹², Eylül 2019'da BM Genel Kurulu'nda devletlerin siber alanda nasıl davranması gerektiği konusunda fikir birliğini yeniden teyit eden "Siber Alanda Sorumlu Devlet Davranışını Geliştirmek

⁹¹ A/RES/73/27, Para.5.

⁹² Bildiriye imzalayan devletler şunlardır: Avustralya, Belçika, Kanada, Kolombiya, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Almanya, Macaristan, İzlanda, İtalya, Japonya, Letonya, Litvanya, Hollanda, Yeni Zelanda, Norveç, Polonya, Kore Cumhuriyeti, Romanya, Slovakya, İspanya, İsveç, İngiltere ve ABD.

için Ortak Bir Bildiri” yayınlamıştır.⁹³ Devlet ve devlet-dışı aktörlerin, siber alanı giderek kritik altyapıyı ve sivilleri hedefleyen, demokrasileri, uluslararası kurum ve kuruluşları ve küresel ekonomideki adil rekabeti zayıflatan bir platform olarak kullandıklarının altını çizen açıklama, gelecek nesillere ücretsiz, açık ve güvenli bir siber alan bırakabilmek için tüm sorumluluk sahibi devletleri geliştirmekte olan uluslararası çerçeveyi desteklemeye ve bu çerçeveye aykırı hareket eden devletlerin hesap verebilmelerini sağlamak için birlikte çalışmaya davet etmiştir.

AUÇG nihai raporunda, siber alanda sorumlu devlet davranışı normlarının uygulamada ne anlama geldiğini ve devletler ve bölgesel kuruluşlar tarafından bu normların nasıl uygulanabileceği konusunda somut tavsiyeler üreterek bu normların daha geniş kitlelere yayılmasında kritik bir rol oynama potansiyeline sahiptir. Önceki HUG raporları ve AUÇG kurucu kararı, siber normları kabul etmiş olsa da bunların somut devlet eylemine nasıl dönüştürülebileceği konusunda sınırlı rehberlik sağlamaktadır. Bu nedenle AUÇG’nin üzerinde anlaşmaya varılmış normları yaymak ve uygulamak için pratik önlemler önermesi gerekmektedir. Örneğin, enformasyon güvenliği/siber güvenlik ve kritik altyapı gibi anahtar kavramların devletler tarafından farklı tanımlanması ve anlaşılması ve devletlerin bu normların varlığı konusunda farklı farkındalık düzeyleri ve farklı uygulayabilme kapasiteleri söz konusu normların uygulanmasında zorluklar yaratmaktadır. Farklı farkındalık ve kapasite düzeylerinden kaynaklanan bu zorluklar, devletler ve diğer uluslararası aktörlerin normlara uyumunu izlemek ve raporlamak için açık kurumsal mekanizma veya süreçlerin olmaması yüzünden daha da artmaktadır.

Normların etkili olabilmesi için yaygın olarak bilinmesi ve uygulanması gerekir ki eğer AUÇG, bu normların uygulanmasına yönelik birtakım kurumsal adımlar atmazsa, bu normlar tüm üye devletler tarafından onaylanmış olsa bile, küresel siber alanda istikrarı ve güvenliği artırmak için ortak anlayışları güçlendirme hedefine ulaşmada etkisiz kalacaktır. Normların uygulanabilmesinin bir yolu, ulusal siber güvenlik strateji belgeleri ve/veya Avrupa Birliği, AGİT ve ASEAN gibi bölgesel örgütlerin çerçeve belgelerinin devletlerin rapor verdiği uluslararası bir süreç ya da mekanizma aracılığıyla izlenmesidir. Küresel Siber Uzmanlık Forumu ve İnternet Yönetişim Forumu’nun En İyi Uygulama Forumu gibi bazı çok-paydaşlı girişimler, norm uygulaması konusundaki bu eksikliği gidermeye çalışmış ve bunların uygulanmasını değerlendirmek için araştırmalar yürütmüş olsa da kurumsal bir mekanizmanın yokluğunda norm uygulama durumunun tespit edilmesi zor ve düzensizdir.⁹⁴ Dolayısı ile normların uygulanabilirliğine geçilmesi için BM’de devam eden süreçlerin böyle bir mekanizma kurulmasına odaklanması gerekmektedir.

⁹³ Joint Statement on Advancing Responsible State Behavior in Cyberspace, 23 Eylül 2019, <https://nz.usembassy.gov/joint-statement-on-advancing-responsible-state-behavior-in-cyberspace/> Erişim Tarihi 5 Ocak 2020.

⁹⁴ Anriette Esterhuysen, Deborah Brown and Sheetal Kumar, ‘Unpacking the GGE’s Framework on Responsible State Behaviour: Cyber Norms’ (Association for Progressive Communications and Global Partners Digital, 2019) 2.

Uluslararası bir kurumsal mekanizmanın hayata geçirilmesi saldırgan siber operasyonların belirli bir devlete isnat edilmesi konusunda da oldukça önem taşımaktadır. Siber saldırıların kaynağının belirlenmesi teknik, yasal ve siyasi boyutlar içerdiğinden siber alan hukukunun en karmaşık ikilemlerden birini oluşturmaktadır. Bir devletin uluslararası haksız bir fiilden sorumlu tutulabilmesi veya saldırıya uğrayan devletin meşru müdafaa hakkını kullanabilmesi, ancak saldırının o devlete isnat edilebilmesi ile mümkündür. Fakat, siber alanın bazı karakteristik özellikleri, siber eylemlerin bir devlete isnat edilebilirliğini oldukça güç kılmaktadır. Siber operasyonların anonim olarak farklı ülkelerden, farklı bilgisayarlar kullanılarak gerçekleşmesi eylemlerin arkasındaki esas gücün tespitini oldukça zorlaştırmaktadır. Hem HUG raporu⁹⁵ hem de AUÇG'yi kuran karar⁹⁶, saldırının kökeninin gösterilmesinin isnat etme için yeterli olmadığını ve bu suçlamaların kanıtlanması gerektiğini işaret etmektedir. Fakat bu konu ana aktörler arasında tartışma konusu olmaya devam etmektedir. ABD ve müttefikleri şüphelilerin ortak bir kamuoyu açıklaması ile açık olarak ilişkilendirilmesi ve “utandırılması” gerektiğine inanmaktadır. Rusya ve müttefikleri ise böyle bir yaklaşımı, bir grup ülkenin üçüncü bir ülkeyi açık delil olmadan suçladığı sözde-yasal bir kavram olarak görmekte ve kanıta dayalı isnat etmeyi savunarak ret etmektedir.⁹⁷ Dolayısı ile siber saldırıların kaynağının nasıl isnat edileceğine yönelik tartışmalar önümüzdeki yıllarda HUG ve AUÇG'nin gündemini meşgul edecek gibi görünmektedir. Her ne kadar BM Genel Sekreteri siber alanda “hesap verebilirlik kültürünü teşvik etmeyi” savunsa da siber operasyonların kaynağını araştıracak tarafsız bir mekanizmanın yokluğunda devletleri hesap verilebilir kılmak oldukça zor olacaktır.

Sonuç

Siber alan giderek artan şekilde oldukça sofistike ve geniş boyutta ve çoğu zaman devlet-desteği ile yürütülen siber operasyonlara maruz kalmaktadır. Burada gündeme gelen önemli bir soru, saldırgan siber yeteneklerde bu artışı sağlayan temel güç rekabetlerinin siber alanda çatışmayı önlemek için yürütülen diplomatik çabalara nasıl etki edeceğidir. Geçtiğimiz son on yılda, birçok devlet ulusal siber kabiliyetlerini geliştirmeye başlamış, siber güvenlik stratejilerini tanımlamış ve askeri yapıları içinde siber alanda savaşılabilecek siber savunma komutanlıkları tesis etmeye başlamışlardır. Siber diplomasi ve uluslararası hukukun siber alana uygulanması her ne kadar siber alanın militerleşmesini geriden takip etse de son on yılda, uluslararası toplum, siber alanda “uluslararası kurallara dayalı düzen” inşa edebilmek adına, uluslararası hukukun siber alanda geçerliliği, barış zamanlarında devletlerin sorumlu devlet

⁹⁵ A/70/174, Madde 28f.

⁹⁶ A/RES/73/27, Madde 1.2.

⁹⁷ Geneva Internet Platform Digital Watch, How Should Attribution of Cyber Attacks be Conducted, 2019, <https://dig.watch/processes/un-gge> Erişim Tarihi 10 Aralık 2019

davranışı normlarını benimsemesi, siber çatışmaları azaltmanın bir yolu olarak güven artırıcı önlemlerin geliştirilmesi ve devletlerin kendilerini yıkıcı veya dengesizleştirici siber faaliyetlerden daha iyi koruyabilmelerini sağlamak için kapasite geliştirilmesi gibi dört unsurdan oluşan uluslararası bir çerçeve üzerinde antlaşmaya varmıştır. BM Genel Kurulunun tüm üyeleri, 2010, 2013 ve 2015 yıllarında birbirini izleyen üç BM Devlet Uzmanları raporunda yer alan bu çerçeveyi defalarca teyit etmiştir. BM HUG'nin 2015 yılında da herkes için 'açık, güvenli, istikrarlı, erişilebilir ve barışçıl bir siber alan sağlayabilmek için tavsiye ettiği normlar birçok çok- taraflı ve çok-paydaşlı uluslararası ve bölgesel platformlar tarafından desteklenmiştir.

Her ne kadar uluslararası hukukun siber alana nasıl uygulanacağı ve siber egemenliğin kapsamı yönündeki görüş ayrılıkları, HUG'un 2017'deki son toplantısında konsensüse ulaşmasını engelleyerek, siber normların yaşam döngüsünde kısa bir duraksamayı işaret etse de BM'nin 2018'de Rusya ve ABD'nin başını çektiği iki rakip önergeyi onaylaması ile yeni bir sürece girmiştir. Tüm devletlerin ve paydaşların katılımına izin veren AUÇG, siber alanda sorumlu devlet davranışı normlarının uygulamada ne ifade ettiği ve nasıl uygulanabileceği konusunda somut tavsiyeler üreterek bu normların daha geniş kitlelere yayılmasında kritik bir rol oynama potansiyeline sahiptir. Nitekim AUÇG bünyesinde yürütülen diplomatik müzakereler siber alanda hangi davranışların uygun olarak kabul edildiği konusunda devletler-arası bir anlaşmanın ortaya çıkmasına katkıda bulunabilir. Daha önce de belirtildiği gibi devletlerin normlara uyumu söz konusu olduğunda normların ortak tanınırlığı resmi geçerlilikten daha çok önem taşımaktadır. Normların etkinliğinin söz konusu normların nasıl ve nerede kabul edildiğine hangi aktörlerin nerede ve ne sıklıkla uluslararası etkileşimlere girdiğine bağlı olarak değiştiği göz önüne alındığında geniş çok-paydaşlı yapısı ile AUÇG bu normların sosyal tanınırlığının ve meşruiyetinin artmasına sebep olarak etkinliklerini artırma potansiyeline sahip olduğu söylenebilir. Literatür, normların kabulünün, aktörlerin söz konusu normların sosyal olarak yapılandırılmış anlamlarını inşa etme sürecinin parçası olmalarına bağlı olduğunu ortaya koymaktadır. Dolayısı ile AUÇG'da sürdürülen müzakereler daha fazla sayıda devletin siber normların kavramsallaştırılması ve nasıl uygulanacağı konusunda katılımına izin vererek sürecin parçası olmalarını sağlayacaktır. Yalnızca devletlerin bu normların çıkarlarına olduğuna dair bir inanç, onları normları uygulamak, deneyimlerini paylaşmak ve birbirlerini sorumlu tutmak için gerekli kaynakları tahsis etmeye itecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Acharya A, 'How Ideas Spread: Whose Norms Matter? Norm Localization and Institutional Change in Asian Regionalism' (2004) 58 (2) *International Organization* 239–75.
- ASEAN, 'Preserving and Enhancing International Cyber Stability: Regional Realities and Approaches in ASEAN Report of the 2nd International Security Cyber Workshop Series', (2017) September 20-21 2017, < <https://unidir.org/files/publications/pdfs/preserving-and-enhancing-international-cyber-stability-regional-realities-and-approaches-in-asean-en-778.pdf> > Erişim Tarihi 9 Ocak 2020
- Chesney R ve Citron D, 'Deepfakes and the New Disinformation War: The Coming Age of Post-Truth Geopolitics' (January / February 2019) *Foreign Affairs* 147–155.
- Choucri N ve Clark D D, 'Who Controls Cyberspace?' (2013) 69 (5) *Bulletin of the Atomic Scientists* 21–31.
- Choucri N ve Clark D D, *International Relations in the Cyber Age: The Co-Evolution Dilemma* (The MIT Press, 2019).
- Clark D 'Characterizing Cyberspace: Past, Present and Future' (2010) *MIT/CSAIL Working Paper*, < https://projects.csail.mit.edu/ecir/wiki/images/7/77/Clark_Characterizing_cyberspace_1-2r.pdf >
- Çelik Ş, 'Stuxnet Saldırısı ve ABD'nin Siber Savaş Stratejisi: Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanmaktan Kaçınma İlkesi Çerçevesinde Bir Değerlendirme' (2013) 15 (1) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 137-175.
- Darıcı A B, 'Demokrat Parti Hack Skandalı Bağlamında ABD ve RF'nin Siber Güvenlik Stratejilerinin Analizi', (2017) 1 (1) *Ulusa: Uluslararası Çalışmalar Dergisi*, 1-24.
- Deibert R J ve Crete-Nishihata M, 'Global Governance and the Spread of Cyberspace Controls' (2012) 18 *Global Governance* 339-361.
- Deibert R J ve Rohozinski R, 'Risking Security: Policies and Paradoxes of Cyberspace Security' (2010) 4 (1) *International Political Sociology* 15–32.
- Deibert R J, Rohozinski R ve Crete-Nishihata M, 'Cyclones in Cyberspace: Information Shaping and Denial in the 2008 Russia–Georgia War' (2012) 43 (1) *Security Dialogue* 3–24.
- Deibert R, 'The Geopolitics of Cyberspace after Snowden' (2015) 114 (768) *Current History* 9-15.
- Dutton W H ve Peltu M, 'The Emerging Internet Governance Mosaic: Connecting the Pieces' (2017) 12 *Information Polity* 63–81.
- Duygulu Ş, *Dönüşen Savaşların Değişen Araçları* (SETA, 2019).
- Ebert H ve Maurer T 'Contested Cyberspace and Rising Powers' (2013) 34 (6) *Third World Quarterly* 1054–1074.
- Eneken Tikk and Mika Kerttunen, 'The Alleged Demise of the UN GGE: An Autopsy and Eulogy' (2017), Cyber Policy Institute 16-23, < <https://cpi.ee/wp-content/uploads/2017/12/2017-Tikk-Kerttunen-Demise-of-the-UN-GGE-2017-12-17-ET.pdf> > Erişim Tarihi 10 Aralık 2019

- Esterhuysen A, Brown D ve Kumar S, 'Unpacking the GGE's Framework on Responsible State Behaviour: Cyber Norms' (2009) Association for Progressive Communications and Global Partners Digital, < <https://www.apc.org/sites/default/files/UnpackingGGGCyberNorms.pdf> > Erişim Tarihi 18 Ocak 2020
- Farwell J P ve Rohozinski R, 'Stuxnet and the Future of Cyber War' (2011) 53 (1) *Survival* 23-40, DOI: 10.1080/00396338.2011.555586
- Feick J ve Werle R, 'Regulation of Cyberspace' icinde Robert Baldwin, Martin Cave, ve Martin Lodge (der.), *The Oxford Handbook of Regulation* (Oxford University Press, 2010) 523-547.
- Ferrara E, Disinformation and Social Bot Operations in the Run Up to the 2017 French Presidential Election (2017) 22 (8) *First Monday*, <https://doi.org/10.5210/fm.v22i8.8005>
- Finnemore M ve Hollis D B, 'Constructing Norms for Global Cybersecurity' (2016) 110 (3) *The American Journal of International Law* 425- 479.
- Finnemore M ve Sikkink K, 'International Norm Dynamics and Political Change' (1998) 52 (4) *International Organization* 894-905.
- Finnemore M ve Toope S J, 'Alternatives to "Legalization": Richer Views of Law and Politics' (2001) 55 (3) *International Organization* 743-758.
- Flonk D, 'Content Control Contestations: Russia and China as Entrepreneurs of Illiberal Internet Norms' (2019) *Paper for the Authoritarian Politics and International Relations Workshop in Berlin, January*.
- G20, 'Leaders' Communiqué Antalya Summit' (2015) November 15-16 < <http://www.g20.utoronto.ca/2015/151116-communication.html> > Erişim Tarihi 8 Ocak 2020
- G7, 'Principles and Actions on Cyber' (2016) < <https://www.mofa.go.jp/files/000160279.pdf> > Erişim Tarihi 8 Ocak 2020
- Geneva Internet Platform (GIP) Digital Watch, 'UN GGE and OEWG' (2019) < <https://dig.watch/processes/un-gge> > Erişim Tarihi 3 Ocak 2020
- Gibson W, *Neuromancer* (Ace Science Fiction Books, 1984).
- Grigsby A, 'The End of Cyber Norms' 2017 59(6) *Survival* 109-122, DOI: 10.1080/00396338.2017.1399730
- Güntay V, 'Uluslararası Sistem ve Güvenlik Açısından Değişen Savaş Kurgusu; Siber Savaş Örneği' (2017) 6 (2) *Güvenlik Bilimleri Dergisi* 81-108.
- Hathaway M E ve Klimburg A, 'Preliminary Considerations: On National Cyber Security', içinde: A Klimburg (der) *National Cyber Security Framework Manual*, (NATO CCD COE Publication, 2012) 1-43.
- Henderson C, 'The United Nations and the Regulation of Cybersecurity', 'çinde Nicholas Tsagourias ve Russell Buchan, (der.), *International Law and Cyberspace. Research Handbooks in International Law*, (Edward Elgar, 2015) 474-475.
- Herzog S, 'Revisiting the Estonian Cyber Attacks: Digital Threats and Multinational Responses' (2011) 4 (2) *Journal of Strategic Security* 49-60.
- Howard P N ve Kollany B, 'Bots, #StrongerIn, and #Brexit: Computational Propaganda during the UK-EU Referendum' (2016) *ArXiv, abs/1606.06356*, < <https://arxiv.org/abs/1606.06356> >
- Inkster N, 'Information Warfare and the US Presidential Election' (2016) 58 (5) *Survival* 23-32, DOI: 10.1080/00396338.2016.1231527
- Jenkins R, 'Is Stuxnet Physical? Does It Matter?' (2013) 12 (1) *Journal of Military Ethics* 68-79, DOI: 10.1080/15027570.2013.782640

- Joint Statement on Advancing Responsible State Behavior in Cyberspace, (2019) 23 Eylül 2, < <https://nz.usembassy.gov/joint-statement-on-advancing-responsible-state-behavior-in-cyberspace/> > Erişim Tarihi 5 Ocak 2020
- Korzak E, 'The Quest for Cyber Norms' (2016) 72 (5) *Bulletin of the Atomic Scientists* 348-350 DOI: 10.1080/00963402.2016.1216683
- Lindsay J R, 'Stuxnet and the Limits of Cyber Warfare' (2013) 22 (3) *Security Studies* 365-404, DOI: 10.1080/09636412.2013.816122
- Maurer T, 'A Dose of Realism: The Contestation and Politics of Cyber Norms' (2019) *Hague Journal on the Rule of Law* 1-23.
- Maurer T, 'Cyber Norm Emergence at the United Nations, – An Analysis of the UN's Activities Regarding Cyber-security' (2011) *Belfer Center Discussion Paper #2011-11*, < <https://www.belfercenter.org/sites/default/files/files/publication/maurer-cyber-norm-dp-2011-11-final.pdf> >
- McCombie S, Uhlmann AJ ve Morrison S, 'The US 2016 Presidential Election & Russia's Troll Farms' (2020) 35 (1) *Intelligence and National Security* 95-114, DOI: 10.1080/02684527.2019.1673940
- Mueller M L, *Networks and States: The Global Politics of Internet Governance* (MIT Press, 2010).
- NATO, 'Warsaw Summit Communiqué: Issued by the Head of States and Governments participating in the meeting of the North Atlantic Council in Warsaw on 8-9 July 2016, < https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_133169.htm?selectedLocale=en > Erişim Tarihi 5 Ocak 2020.
- NATO CCDCOE UN GGE Report, 'Major Players Recommending Norms of Behaviour, Highlighting Aspects of International Law' (2015) 31 Ağustos, < <https://ccdcoe.org/incyber-articles/2015-un-gge-report-major-players-recommending-norms-of-behaviour-highlighting-aspects-of-international-law/> > Erişim Tarihi 3 Ocak 2020
- Nocetti J, 'Contest and Conquest: Russia and Global Internet Governance' (2015) 91 *International Affairs* 111-130, doi:10.1111/1468-2346.12189
- Nye J S, 'The Regime Complex for Managing Global Cyber Activities' (2014). *Global Commission on Internet Governance Paper Series* < <https://www.cigionline.org/publications/regime-complex-managing-global-cyber-activities> > Erişim Tarihi 3 Kasım 2019
- OSCE Decision No. 1202, 'OSCE Confidence-Building Measures to Reduce the Risks of Conflict Stemming from the use of Information and Communication Technologies' (2016) < <https://www.osce.org/pc/227281?download=true> > Erişim Tarihi 8 Ocak 2020.
- Pakharenko G, 'Cyber Operations at Maidan: A First-Hand Account' içinde K. Geers (der) *Cyber War in Perspective: Russian Aggression against Ukraine*, (NATO CCD COE Publications, 2015) 59-66 < https://ccdceo.org/uploads/2018/10/Ch07_CyberWarinPerspective_Pakharenko.pdf >
- Paris Call for Trust and Security in Cyberspace (2018) 12 November < https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/paris_call_text_-_en_cle06f918.pdf > Erişim Tarihi 9 Ocak 2020
- Risse T, Ropp S C ve Sikkink K (der.) *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change* (Cambridge University Press, 1999).
- Russian Federation, 'Conceptual Views Regarding the Activities of the Armed Forces of the Russian Federation in the Information Space' (2012), < <https://eng.mil.ru/en/science/publications/more.htm?id=10845074@cmsArticle> > Erişim Tarihi 20 Kasım 2019
- Russian Federation, 'Information Security Doctrine of the Russian Federation' (2000) < https://www.itu.int/en/ITU-D/Cybersecurity/Documents/National_Strategies_Repository/Russia_2000.pdf > Erişim Tarihi 20 Kasım 2019.
- Safshekan O, 'Iran and the Global Politics of Internet Governance' (2017) 2 (2) *Journal of Cyber Policy* 266-284 DOI: 10.1080/23738871.2017.1360375

- Sander B, 'Democracy under the Influence: Paradigms of State Responsibility for Cyber Influence Operations on Elections' (2019) 18 (1) *Chinese Journal of International Law* 1–56.
- Schmitt M N, *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*. (Cambridge University Press, 2013).
- Shanghai Cooperation Organization, 'Agreement on Cooperation in the Field of International Information Security' (2009) 16 Haziran < <https://ccdcoe-admin.aku.co/wp-content/uploads/2018/11/SCO-090616-IISAgreement.pdf> > Erişim Tarihi 15 Ocak 2020.
- Sullivan J E ve Kamensky D. 'How Cyber-Attacks in Ukraine Show the Vulnerability of the U.S. Power Grid' (2017) 30 (3) *The Electricity Journal* 30-35, <https://doi.org/10.1016/j.tej.2017.02.006>.
- Sunstein C R, 'Social Norms and Social Roles' (1996) 96 (4) *Columbia Law Review* 903-968.
- The Global Commission on the Stability of Cyberspace, 'Advancing Cyberstability Final Report' (2019) Kasım < <https://cyberstability.org/report/#6-norms> > Erişim Tarihi 10 Ocak 2020.
- The Global Commission on the Stability of Cyberspace, 'Norm Package Singapore', (2018) Kasım < <https://cyberstability.org/wp-content/uploads/2018/11/GCSC-Singapore-Norm-Package-3MB.pdf> > Erişim Tarihi 5 Ocak 2020
- Tikk-Ringas E, 'Developments in the Field of Information and Telecommunication in the Context of International Security: Work of the UN First Committee 1998-2012' (*ICT4Peace* Publishing, 2012) < <https://ict4peace.org/wp-content/uploads/2012/08/Eneken-GGE-2012-Brief.pdf> > Erişim Tarihi 3 Ocak 2020
- Türkey, S 'Siber Savaş Hukuku ve Uygulanma Sorunsalı' (2013) 71 (1) *Journal of Istanbul University Law Faculty* 1177-1227.
- U. N. General Assembly Report of the Secretary-General 60/202 - Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, (5 August 2005), A/60/202, < <https://undocs.org/en/A/60/202>>
- U.N. General Assembly First Committee 13th meeting Sixtieth session (17 October 2005), A/C.1/60/PV.13
- U.N. General Assembly Letter dated 12 September 2011 from the Permanent Representatives of China, the Russian Federation, Tajikistan and Uzbekistan to the United Nations addressed to the Secretary-General, A/66/359, < <https://digitallibrary.un.org/record/710973>>
- U.N. General Assembly Letter dated 9 January 2015 from the Permanent Representatives of China, Kazakhstan, Kyrgyzstan, the Russian Federation, Tajikistan and Uzbekistan to the United Nations addressed to the Secretary-General, U.N. Doc. A/69/273, < <http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/69/723> >
- U.N. General Assembly Note by the Secretary-General 65/201, Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, (30 July 2010), A/65/201 < <https://www.unidir.org/files/medias/pdfs/information-security-2010-doc-2-a-65-201-eng-0-582.pdf> >
- U.N. General Assembly Report of the First Committee, Developments in the Field Of Information and Telecommunications in The Context Of International Security, (13 November 2013), A/68/406 < <https://undocs.org/A/68/406> >
- U.N. General Assembly Report of the Secretary-General, Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security (10 August 1999), A/54/213 < <https://undocs.org/A/54/213>>

- U.N. General Assembly Resolution 53/70-Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, (4 January 1999), A/RES/53/70 < <https://undocs.org/A/RES/53/70> >
- U.N. General Assembly Resolution 56/19, Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, A/RES/56/19, < <https://undocs.org/A/RES/56/19> >
- U.N. General Assembly Resolution 58/32, Developments In The Field Of Information And Telecommunications In The Context Of International Security, (8 December 2003), A/RES/58/32, < <https://undocs.org/A/RES/58/32> >
- U.N. General Assembly Resolution 60/45 “Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security” [on the report of the First Committee (A/60/452)], (8 December 2005), A/RES/60/45, < <https://undocs.org/A/RES/60/45> >
- U.N. General Assembly Resolution 66/24 (2 December 2011), A/RES/66/24 < <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/460/26/PDF/N1146026.pdf?OpenElement> >
- U.N. General Assembly Resolution 68/243 [*On the Report of the First Committee (A/68/406)*], (27 December 2013) , A/RES/68/243 , < <https://undocs.org/A/RES/68/243> >
- U.N. General Assembly Resolution 70/237 [on the report of the First Committee (A/70/455)] 30 December 2015, A/RES/70/237
- U.N. General Assembly Resolution 73/266 [on the report of the First Committee (A/73/505)] Advancing responsible State Behavior in Cyberspace in the Context of International Security, (2 January 2019), A/RES/73/266, < <https://undocs.org/A/RES/73/266> >
- U.N. General Assembly Resolution 73/27. [on the Report of the First Committee (A/73/505)] Developments in the Field of Information And Telecommunications In The Context Of International Security, (11 December 2018), A/RES/73/27 , < <https://undocs.org/A/RES/73/27> >
- U.N. General Assembly Revised Draft Resolution, Russian Federation, A/C.1/53/L.17/Rev.1, 2 Kasım 1998, < <https://digitallibrary.un.org/record/263069> >
- U.N. Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, (24 June 2013), A/68/98, < <https://www.unidir.org/files/medias/pdfs/developments-in-the-field-of-information-and-telecommunications-in-the-context-of-international-security-2012-2013-a-68-98-eng-0-518.pdf> >
- U.N. Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, (22 July 2015), A/70/174, < <https://undocs.org/A/70/174> >
- U.N. Institute for Disarmament Research, Report of the International Security Cyber Issues Workshop Series (2016) < <https://unidir.org/files/publications/pdfs/report-of-the-international-security-cyber-issues-workshop-series-en-656.pdf> > Erişim Tarihi 3 Ocak 2020
- U.N. Office for Disarmament Affairs, Fact Sheet: Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security (2015) < <https://unoda-web.s3-accelerate.amazonaws.com/wp-content/uploads/2015/07/Information-Security-Fact-Sheet-July2015.pdf> >
- U.N. Open-Ended Working Group (2019) < <https://www.un.org/disarmament/open-ended-working-group/> > Erişim Tarihi 4 Ocak 2020
- United Kingdom National Security Strategy 2016-2021 < <https://www.gov.uk/government/publications/national-cyber-security-strategy-2016-to-2021> >

- United Kingdom Parliament Digital, Culture, Media and Sport Committee, Disinformation and ‘Fake News’: Final Report, Eighth Report of Session 2017–19, HC 1791, (House of Commons, 2019) < <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcmds/1791/1791.pdf> >
- United States Government, *US Army Joint Publication JP 3-12 Cyberspace Operations*, (CreateSpace Independent Publishing Platform, June 2018) < https://www.jcs.mil/Portals/36/Documents/Doctrine/pubs/jp3_12.pdf >
- United States International Strategy for Cyberspace (2011) < https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/rss_viewer/international_strategy_for_cyberspace.pdf >
- United States National Security Council, *Cyberspace Policy Review: Securing America’s Digital Future*, (Cosimo Incorporated, 2010).
- United States National Security Presidential Directive 54/Homeland Security Presidential Directive 23 (NSPD-54/HSPD-23),2008, < <https://fas.org/irp/offdocs/nspd/nspd-54.pdf> >
- Unwala A ve Ghorı S, ‘Brandishing the Cybered Bear: Information War and the Russia-Ukraine Conflict’ (2015) 1 (1) *Military Cyber Affairs* DOI: <http://dx.doi.org/10.5038/2378-0789.1.1.1001>
- Uren T, Hogeveen, B ve Hanson F, ‘Defining Offensive Cyber Capabilities’ (2018) *Australian Strategic Policy Institute*, < <https://www.aspi.org.au/report/defining-offensive-cyber-capabilities> > Erişim Tarihi: 17 Subat 2020
- Wiener A ve Puetter U, ‘The Quality of Norms is What Actors Make of It’ (2009) 5 (1) *Journal of International Law and International Relations* 1-16.
- Yayla M, ‘Hukuki Bir Terim Olarak —Siber Savaş’ (2013) 104 TBB Dergisi 177-202.

YAYIN KURALLARI / PUBLICATION PRINCIPLES

1. İstanbul Hukuk Mecmuası, ESCI ve ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) olarak yayımlanır.

Istanbul Law Review is a peer reviewed Journal that is published four times a year (in March, June, September and December) and indexed by ESCI and ULAKBİM.

2. Mecmua’ya gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hususta yazarlardan ayrıca taahhütname talep edilecektir.

The articles sent to be published in our journal should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously even with the purpose of evaluation. In this purpose, the authors shall also be required to sign a letter of undertaking.

3. Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve işbu yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, buradaki kurallar doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, incelenen konu bakımından gerekli olan yerli-yabancı kaynakların tüketilmemiş olması, bilimsellik ölçütlerine ve akademik etik prensiplerine uyulmaması, makale konusunun teori ve/veya uygulama açısından güncel bir değerinin/öneminin bulunmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir.

Articles that are considered as unsuitable with the publication principles by the Editorial Board are sent back to the author without review. It is sufficient for the article to be rejected by the Editorial Board if the spelling errors are extraordinary, the domestic and foreign resources required for the subject being examined are not utilized, the scientific criteria academic ethical principles are not complied with, the article subject does not have an up-to-date significance in terms of theory and-or practice.

4. Yazı, hakemlere gönderilmeden önce özel bilgisayar programları yardımı ile intihal incelemesine tabi tutulur. Dijital benzerlik oranının %20’nin üzerinde çıkması, ilgili yazılım raporunun Editöryel incelemesi kapsamında, yazının reddi için yeterlidir.

Before the article is sent to the referees, it is subjected to plagiarism examination with the help of special computer programs. If the digital similarity rate is above 20%, it is sufficient for the rejection of the article within the scope of the editorial review of the related software report.

5. Mecmua’da yayımlanacak makalenin, en üstün akademik standartlara uygun şekilde kaleme alınmış olması esastır. Bu çerçevede yazarlardan doktora/doçentlik tezi seviyesinde bir entelektüel birikim ve çaba beklenir.

The article to be published in the journal must be written following the highest academic standards. In this context, intellectual background and effort at the level of doctoral or associate professorship thesis are expected from the authors.

6. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Hakem aşamasının asgari ve/veya azami bir süresi yoktur. Bu konunun takibi, münhasıran Editörler Kurulu'na ait bir görev ve yetkidir.

Papers that are approved by the Editorial Board are submitted to reviewers in line with blind peer review principle. Authors are not informed about the identity of the referees. According to the assessments of the referees, the paper may be approved for publication, required to resubmission with amendments or rejected on the basis of inadequate quality. The referee phase does not have a minimum or maximum duration. The follow-up of this issue is a duty and authority exclusively belonging to the Editorial Board.

7. Hakem raporlarının sonucunda yazının/eserin nihai olarak yayımlanıp yayımlanmayacağı ve yayımlanacaksa yazının Mecmua'nın hangi sayısında yer alacağı hususunda nihai takdir yetkisi ve sorumluluğu, Editörler Kurulu'na aittir. Tek bir olumsuz hakem raporunun varlığı, makalenin yayımlanmaması için yeterlidir.

As a result of the referee reports, the final discretion and responsibility regarding whether the article will be finally published and if it will be published, in which issue of the Journal, the editorial board is responsible. The existence of a single rejection-negative referee report is sufficient to prevent the article from being published.

8. Hakem aşamasının tamamlanmış olması, yazarlara makalenin yayımlanacağını gösterir özel/resmi bir belge talep etme yetkisi vermez. Yazarlar, bu konunun bilincinde ve sorumluluğunda olarak makalelerinin Mecmua'da yayımlanması ve hakem incelemesine tâbi tutulması başvurusunda bulunmaktadırlar.

The completion of the referee stage does not give authors the authority to request a private or official document indicating that the article will be published. The authors, with the awareness and responsibility of this issue, apply for their articles to be published in Istanbul Law Review and to be subjected to peer review.

9. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.

Authors, must provide their titles, institutions, correspondence address, phone number and e-mail address.

10. Mecmua'nın yazı dili Türkçe ve İngilizcedir. Makalelerde 250 kelimedenden oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmeli ve en az 5 en çok 15 anahtar kelimenin de Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir. Özetleri takiben Türkçe ve İngilizce dilindeki tüm makaleler için ayrıca 600-800 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır. Yayın başvurusuna konu edilen makalenin -dipnotlar dâhil olmak üzere- en fazla 20.000 kelimedenden oluşması gerekir. Asgari bir kelime sınırı yoktur.

The Review accepts and publishes articles written in Turkish and English. The articles must include Turkish and English abstracts consisting of 250 words and at least five and at most fifteen keywords must be added to the paper in Turkish and English languages. Following the abstracts, there must also be an extended summary of 600-800 words for all the articles both in English and Turkish. The article subject to the publication application must contain a maximum of 20,000 words, including footnotes. There is no minimum word limit.

11. Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir. Atıflar OSCOLA atıf sistemi esas alınarak yapılmalıdır. Aksi takdirde makale hakem ataması yapılmaksızın yazara düzeltmeleri yapması için geri gönderilir. Türkçe makalelerdeki kısaltmalar ve diğer hususların ilan edilen yazım kuralları uyarınca yapılması gerekmektedir. Söz konusu atıf kurallarına <https://dergipark.org.tr/pub/ihm> adresi üzerinden ulaşılabilir.

The main text and footnotes must be written in Times New Roman. Font size for the main text should be 12 with 1,5 line spacing while footnotes are written in font size 10 with 1 line spacing. Footnotes are to be shown at the bottom of the page. Citations must be made based on the OSCOLA citation system. Otherwise, the article is sent back to the author to make corrections without a referee assignment. Abbreviations and other issues in Turkish articles must be made following the announced spelling rules. The mentioned citation rules can be accessed at <https://dergipark.org.tr/pub/ihm>.

12. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir.

Author's name must be written bottom right of the Turkish and English title of the paper and should end with a star symbol. Star footnote should consist of title and institution of the author and correspondence address, phone number and e-mail address.

13. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

The article must consist of a bibliography at the end and references need to be arranged in alphabetical order.

14. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayına kabul edilen makalenin çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal/dijital vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.

To be limited with the copies published by the Faculty; financial rights regarding reproduction, distribution, public performance, derivative works and translation of the papers which are approved for publication are to be transferred to the faculty to be used on the print, auditory, digital etc. media, nationwide and worldwide. Authors accept not to receive any royalty payment.

15. Mecmua'da, makalelerin yanı sıra çeviri de yayımlanabilir. Bu nitelikteki yazılar Editörler Kurulu tarafından kabul edilebilir veya geri çevrilebilir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin (*asıl eser sahibi ve yayınevinin*) muvafakati de iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tâbi tutulur.

Besides articles, also translations may be published in the accepted languages. These papers might be approved or rejected by the Editorial Board. Original text of the translation and consent of the rightful owner are also should be enclosed with the translation. Translations are also subject to the assessment of reviewers.

16. İstanbul Hukuk Mecmuası'nda yayımlanması istenen yazıların iuhfdergiler@istanbul.edu.tr e-posta adresine Microsoft Word yazılımı formatında (*.doc, *.docx) ve işbu yayın kurallarına uygun şekilde gönderilmesi gerekmektedir.

Papers should be sent to iuhfdergiler@istanbul.edu.tr in Microsoft Word (.doc, *.docx) file type.*

17. Bir başvurucunun aynı yayın yılı içerisinde (4 sayılık süreçte) sadece bir makalesi hakem incelemesine konu edilebilir.

Only one article of an applicant in the same publication year (4 issues) could be subject to peer review.

18. Editörler Kurulu, derginin bir sayısında yer alacak makaleleri, Özel Hukuk – Kamu Hukuku dengesini koruma amacı, makalenin Mecmua'ya gönderilme tarihi, hakem aşamasının tamamlanma tarihi, makale konusun güncelliği, yazarların İstanbul Üniversitesi mensubu olup olmaması noktasındaki oransal denge gibi kriterleri gözетerek belirler.

The Editorial Board determines the articles to be included in one issue of the journal by considering criteria such as the purpose of maintaining the balance of Private Law-Public Law, the date of submission of the article to the Journal, the date of completion of the referee stage, the timeliness of the article subject, and the proportional balance on whether the authors are members of Istanbul University.

19. Editörler Kurulu, tüm sayıların mümkün olduğunca eşit sayıda makale ile çıkması noktasında azami gayreti gösterir. Bir sayının çıkma tarihi itibarıyla, mizanpaj aşaması da dahil olmak üzere, yayın için gerekli tüm aşamaları tamamlamış olan bir makale, makale sayısı itibarıyla ilgili sayıda yayımlanamaz ise, ancak bu şartla, ilgili sayıdan belli bir süre sonra Online-First adı verilen sistem çerçevesinde bir sonraki sayı çıkmadan önce dijital olarak yayımlanır.

The Editorial Board makes the utmost effort to publish all issues with the same number of articles as possible. An article that has completed all the necessary steps for publication, including the layout stage, as of the date of publication of an issue, could not be published in the relevant issue in terms of the number of articles, however, after a certain period after the relevant issue, within the framework of the system called Online-First it is published digitally before the issue is released.