

ISSN: 1303-5495
E-ISSN: 2717-7483

SOSYAL BİLİMLER DERGİSİ

HUKUK SAYISI



İSTANBUL TİCARET
ÜNİVERSİTESİ

YIL: 20 SAYI: 41 YAZ 2021/2

Istanbul Commerce University
Journal of Social Sciences



T.C. İSTANBUL TİCARET
ÜNİVERSİTESİ

ISSN: 1303-5495
E-ISSN: 2717-7483

SOSYAL BİLİMLER DERGİSİ

HUKUK SAYISI

Yıl: 20 Sayı: 41 YAZ 2021/2

Istanbul Commerce University
Journal of Social Science

İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER DERGİSİ

ISTANBUL COMMERCE UNIVERSITY JOURNAL OF SOCIAL SCIENCES
Yıl:20 Sayı:41 2021 /2 Yaz

Sahibi

İstanbul Ticaret Üniversitesi Adına Rektör Prof. Dr. Yücel OĞURLU

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL	İstanbul Ticaret Üniversitesi
Prof. Dr. Münevver TURANLI	İstanbul Ticaret Üniversitesi
Prof. Dr. Serkan ÇANKAYA	İstanbul Ticaret Üniversitesi
Prof. Dr. Murat YALÇINTAŞ	İstanbul Ticaret Üniversitesi
Doç. Dr. Başak ERDEM	İstanbul Ticaret Üniversitesi

Hukuk Sayısı Editörü: Doç. Dr. Ebru ŞENSÖZ MALKOÇ

Hukuk Sayısı Editör Yardımcısı: Dr. Öğr. Üyesi Zehra BADAĞ

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü: Yasin DEMİRBAŞ

Mizanpaj ve Teknik Sorumlu: Onur Yaşar KARAKOL

İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi hakemli bir dergidir; yılda üç kez; Bahar, Yaz (Hukuk Sayısı) ve Güz aylarında yayımlanır.

Bu dergide yayımlanan makalelerin telif hakları İstanbul Ticaret Üniversitesi'ne aittir. Bu yayımla ilgili olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan her türlü hak saklıdır. Tanıtım için yapılacak alıntılar dışında Üniversitenin yazılı izni olmadan çoğaltılamaz. Bu dergide yayınlanan makalelerdeki görüşler yazarlarına aittir. Üniversite bu görüşler nedeniyle herhangi bir sorumluluk kabul etmez.

ISSN: 1303-5495 E-ISSN: 2717-7483

Elektronik ortamda erişim:

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

<https://ticaret.edu.tr/tr/Sayfa/Akademik/itud/iusbd2>

İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi

Örnektepe Mah. İmrahor Cad. No: 88/2 Z-42 Beyoğlu/ 34445, İstanbul

Tel: 444 0 413

e-posta: sosyaldergihukuk@ticaret.edu.tr; sosyaldergi@ticaret.edu.tr

İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi TR-DİZİN tarafından indekslenmektedir.

TR DİZİN

Business
Source
Ultimate
EBSCOhost

OpenAIRE

ProQuest

SÖBIAD

HAKEM LİSTESİ

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ Prof. Dr. Mehmet Altunkaya **ALTINBAŞ ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Şükran Şıpka, **ANKARA ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Gülin Güneysu Güngör, Prof. Dr. Rıfat Erten, Doç. Dr. K. Sedat Sirmen, Dr. Öğr. Üyesi Neva Övünç Öztürk, Prof. Dr. Necla Türkoğlu, **ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ**, Prof. Dr. Oğuz Sadık Aydos, Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Ekinci, **ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Mustafa Serdar Özbek, Prof. Dr. Hayrünnisa Özdemir, **İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Ebru Ceylan **BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. A. Can Tuncay, Doç. Dr. Burak Huysal, Doç. Dr. Fatma Burcu Savaş, Dr. Öğr. Üyesi Melis Taşpolat Tuğsavul, Dr. Öğr. Üyesi Begüm Şermet Süzen, Dr. Öğr. Üyesi Tuğba Semerci Vuraloğlu, **BAKIRÇAY ÜNİVERSİTESİ** Dr. Öğr. Üyesi Cumhuriyet Boyacıoğlu **BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ**, Prof. Dr. Rıza Ayhan **BEYKENT ÜNİVERSİTESİ** Dr. Öğr. Üyesi Elif Yavuz **BİLKENT ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu, Prof. Dr. Erdal Onar, Doç. Dr. Arif Barış Özbilen, Doç. Dr. Gülüm Bayraktaroglu Özçelik, **ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Zeki Okur **DOĞUŞ ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Abdullah Dinçkol, Prof. Dr. İnci Kaner, **FATİH SULTAN MEHMET VAKIF ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Selçuk Öztek, Dr. Öğr. Üyesi Nazlı Hilal Çelik, **GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu, Prof. Dr. Ercüment Erdem, Prof. Dr. Erdoğan Bülbül, Prof. Dr. Vesile Sonay Evik, Prof. Dr. Güray Erdönmez, Prof. Dr. Emre Öktem, Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ, Prof. Dr. S. Anlam Altay, Prof. Dr. Tolga Ayoğlu, Doç. Dr. Serap Amasya, Doç. Dr. İlhan Yılmaz, Doç. Dr. Pınar Memiş Kartal, Doç. Dr. Fülürya Yusufoglu, Doç. Dr. Nur Bolayır, Doç. Dr. Zeynep Ceren Pirim Kızılca, Dr. Öğr. Üyesi Balca Çelener, Dr. Öğr. Üyesi H. Ali Dural, Dr. Öğr. Üyesi Sedef Koç Tangün, Dr. Öğr. Üyesi Mehtap İpek İşleten, **HATAY MUSTAFA KEMAL ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Mehmet Kahraman, **İBN HALDUN ÜNİVERSİTESİ**, Prof. Dr. Şükrü Yıldız Prof. Dr. Ali Yeşilirmak, Prof. Dr. Yusuf Çalışkan, Doç. Dr. Ömer Çınar, **İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. B. Bahadır Erdem, Prof. Dr. Günseli Öztekin Gelgel, Prof. Dr. Emre Esen, Prof. Dr. Mehmet Helvacı, Prof. Dr. Saibe Oktay-Özdemir, Prof. Dr. Işıl Pekdemir, Prof. Dr. Zehra Şeker Öğüz, Prof. Dr. M. Tufan Öğüz, Prof. Dr. Melikşah Yasin, Prof. Dr. Emine Yazıcıoğlu, Prof. Dr. Azra Arkan Serim, Prof. Dr. Bilgehan Çetiner, Prof. Dr. Zehreddin Aslan, Prof. Dr. Başak Baysal, Doç. Dr. F. Kerem Giray, Doç. Dr. Abdurrahman Savaş, Dr. Öğr. Üyesi Mine Tan Dehmen, Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Elif Uslu, Dr. Öğr. Üyesi Birce Arslandoğan, Dr. Öğr. Üyesi Abdullah Batuhan Baytaç, **İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ** Dr. Öğr. Üyesi Cüneyt Süznel, **İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Merih Kemal Omağ, **İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Kayıhan İçel, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi, Prof. Dr. Zafer Gören, , Prof. Dr. Yücel Oğurlu, Prof. Dr. Ali Cem Budak, Prof. Dr. Şahin Akıncı, Prof. Dr. Emin Zeytinoğlu, Prof. Dr. Ayhan Ceylan, Prof. Dr. Muzaffer Şeker, Prof. Dr. Asuman Yılmaz, Prof. Dr. Uğur Yiğit, Prof. Dr. Figen Yıldırım, Doç. Dr. Ebru Şensöz Malkoç, Dr. Öğr. Üyesi Abdülkadir Akıl, Dr. Öğr. Üyesi Zehra Badak, Dr. Öğr. Gör. Armando Aliu, **İZMİR EKONOMİ ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Huriye Kubilay, **KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ**, Doç. Dr. Ceyda Süral, Dr. Öğr. Üyesi Ekin Hacibekiroğlu, Doç. Dr. Nilay Arat, Dr. Öğr. Üyesi Deniz Ugan Çatalkaya, **KIBRIS BİLİM ÜNİVERSİTESİ** Doç. Dr. Tuğba Bayzıt, **KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ** Dr. Duygu Koçak Diker, Dr. Öğr. Üyesi Muzaffer Eroğlu, **KOÇ ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Tankut Centel, Prof. Dr. Zeynep Derya Tarman, **MALTEPE ÜNİVERSİTESİ** Dr. Öğr. Üyesi Zeynep Çalışkan, Dr. Öğr. Üyesi Hulusi Alphan Dinçkol, **MARMARA ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Pınar Akan, Prof. Dr. Gökhan Antalya, Prof. Dr. Talat Canbolat, Prof. Dr. Bihterin Dinçkol, Prof. Dr. Serap Helvacı, Prof. Dr. Sibel Özel, Doç. Dr. Mustafa Erkan, Doç. Dr. Fulya Erlüle, Doç. Dr. Ercüment Özkaraca, Doç. Dr. İpek Sağlam, Doç. Dr. Meltem Sarıbeyoğlu Skalar, Doç. Dr. Birgül Sopacı Öztuna, Dr. Öğr. Üyesi Rabia Eda Giray, Dr. Öğr. Üyesi Deniz Tekin Apaydın, Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin Melih Çakır, **MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. İbrahim Subaşı Prof. Dr. Şaban Kayıhan, **MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Cevdet Yavuz, Prof. Dr. Yücel SAYMAN, Prof. Dr. Serdar KALE, **MEF ÜNİVERSİTESİ** Dr. Öğr. Üyesi Fatma Beril Özcanlı, **NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ** Dr. Öğr. Üyesi Mahmut Kızır, Dr. Öğr. Üyesi Mahmut Kızır, Dr. Öğr. Üyesi Banu Bilge Sarıhan, **OKAN ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Hamdi Yasaman, Prof. Dr. Pervin Somer, Dr. Öğr. Üyesi Evra Çetin, Dr. Öğr. Üyesi Hande Deniz, **ÖZYEGİN ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Yener Ünver, **SELÇUK ÜNİVERSİTESİ** Doç. Dr. Alper Uyumaz, **TÜRK-ALMAN ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız, Doç. Dr. Hamide Özden Özkaya Ferendeci, **ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ** Dr. Öğr. Üyesi Oğuz Caner, Dr. Öğr. Üyesi Ayşegül Şahin Caner, Prof. Dr. Sabahattin Yürekli, **ULUSLARARASI KIBRIS ÜNİVERSİTESİ** Dr. Öğr. Üyesi Uğur Bulut, **YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Nevzat Koç, **YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, **YENİYÜZYIL ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Güzin Üçışık, Prof. Dr. Fehim Üçışık.

EDİTÖRDEN

Değerli İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Okurları,

Bu yıl, 20. yaşına giren İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi (ISSN: 1303-5495 E-ISSN: 2717-7483), TR Dizin-ULAKBİM’de taranan, DergiPark üzerinden makale başvurularını kabul eden, Bahar, Yaz ve Güz olmak üzere yılda üç defa çıkartılan ve elektronik ortamda da yayımlanan, hakemli bir dergidir.

Önceki yıllarda olduğu gibi bu yıl da Dergimiz, alanında uzman bilim insanlarının değerli araştırmaları ile akademik alanda merak edilen konuları tartışmaya açmıştır.

Tüm Dünya’da etkileri halen hissedilen pandemi sebebiyle hayatın olağan akışında, bir kısmı kalıcı olacağı görünen, pek çok değişikliği tecrübe etmişken, akademide, hem geçmişten gelen sorunlar tartışılmaya devam edilmiş hem de bu sorunların gelecekte ne yöne verileceğine dair yeni fikirler ortaya atılmaya başlanmıştır. Dergimizin bu son sayısında da gerek kamu hukuku gerek özel hukuk alanında ele alınan konuların bu yönde çeşitlendiğini izlemek mümkün olmuştur. Bu sayımızda hukukun en eski konularından biri olan insanoğlunun temel haklarından, en güncel konularından biri olan yapay zeka uygulamalarına kadar pek çok farklı tema işlenmiştir. Yine bu geniş konu seçkisi içerisinde şirketler hukukunda son yıllarda giderek daha fazla tartışılan sürdürülebilir şirket kavramı yanında, eskiden beri tartışma konusu olan çeekte sorumluluk, miras sebebinde istihkak, ticaret unvanının marka hükümlerine göre korunması gibi konular ele alınmıştır. Güncel yargı kararları ile birlikte tartışılan medeni ve usul hukuku konuları da dergimizin arşivine zenginlik katan çalışmalar olarak bu sayımızda yerini almıştır. Bu geniş seçkiden oluşan 12 makaleyi İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi’nin 2021/2 Yaz sayısı kapsamında siz değerli okurlarımızla buluşturmaktan onur duymaktayız.

Bu sayımızda, her zaman olduğu gibi, Üniversitemiz içinden ve dışından bizlerle özenli çalışmalarını paylaşan yazarlara, hakemlik sürecine titiz çalışmaları ile katkıda bulunan değerli akademisyenlere ve derginin hazırlanmasında emeği geçen çalışma arkadaşlarımıza teşekkürlerimizi sunarız.

Dergimizin bu sayısının, hukuk camiasında tartışılan bir kısım sorunların çözümü için faydalı olmasını umar, 2022 yılı Eylül ayında yayımlanacak bir sonraki sayımızda yazar ve okuyucularımızla buluşmak üzere başarılı bir yeni akademik yıl dileriz.

Doç. Dr. Ebru ŞENSÖZ MALKOÇ
İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal
Bilimler Dergisi
Hukuk Sayısı Editörü

Dr. Öğr. Üyesi Zehra BADAĞ
İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal
Bilimler Dergisi
Hukuk Sayısı Editör Yardımcısı

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

MAKALELER / ARTICLES

ARAŞTIRMA MAKALELERİ / RESEARCH ARTICLES

1. Zafer GÖREN

TEMEL HAKLARIN VARLIĞI VE ÖNEMİ
EXISTENCE AND IMPORTANCE OF FUNDAMENTAL RIGHTS.....746-764

2. Yiliyaer ABUDUREYIMU / Yücel OĞURLU

YAPAY ZEKÂ UYGULAMALARININ KİŞİSEL VERİLERİN KORUMASINA DAİR
DOĞURABİLECEĞİ SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ
*PROBLEMS AND SOLUTIONS ABOUT ARTIFICIAL INTELLIGENCE AFFECTING THE
PROTECTION OF PERSONAL DATA*.....765-782

3. Sinem CAMCI / Muzaffer ŞEKER

SÖZLEŞMEYE KATILMA ANLAŞMASINDA ŞEKİL VE ŞEKLE AYKIRILIĞIN YAPTIRIMI
*FORM IN THE AGREEMENT TO JOIN THE CONTRACT AND SANCTION OF VIOLATION OF
FORM*.....783-806

4. İlhan YILMAZ

THE IMPROVEMENT OF PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP IN THE TURKISH HEALTH
LAW
TÜRK SAĞLIK HUKUKUNDA KAMU ÖZEL ORTAKLIĞININ GELİŞİMİ.....807-852

5. Hatice Kübra KANDEMİR

SÜRDÜRÜLEBİLİR ŞİRKETLER VE HUKUKİ ÇERÇEVESİ
SUSTAINABLE COMPANIES AND ITS LEGAL FRAMEWORK.....853-876

6. Ciğdem Mine YILMAZ

“MEPHİSTO” KARARI ÇERÇEVESİNDE POSTMORTAL DÖNEMDE KİŞİLİK HAKKININ
KORUNMASI
*THE PROTECTION OF PERSONAL RIGHTS IN POSTMORTAL PERIOD WITHIN THE SCOPE
OF “MEPHISTO” DECISION*.....877-897

ARAŞTIRMA MAKALELERİ / RESEARCH ARTICLES

7. Hanife AYDIN / Zehra BADAĞ

ÇEKİN ÖDEME İÇİN İBRAZINDA MUHATAP BANKANIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ
*OBLIGATIONS OF A DRAWEE BANK ON CHEQUE SUBMISSION FOR THE
PAYMENT*.....898-923

8. Nermin Merve YALÇINKAYA

TÜRKİYE'DE KIYI ALANLARINDA YAŞANAN SORUNLAR ÇERÇEVESİNDE HUKUKİ
SÜREÇLERİN İNCELENMESİ
*THE STUDY OF LEGAL PROCESSES WITHIN THE FRAMEWORK OF PROBLEMS
OCCURRING IN COASTAL AREAS IN TURKEY*.....924-950

9. Selvi Nazlı GÜVENC ULUCLAR

MİRAS SEBEBİYLE İSTİHKAK DAVASININ (HEREDİTATİS PETİTİO) ROMA
HUKUKUNDAKİ GELİŞİMİ VE MODERN KANUNLARA AKTARILMASI SÜRECİ
HAKKINDA BİR İNCELEME
*AN EXAMINATION ON THE DEVELOPMENT OF THE ACTION FOR RECOVERY OF
PROPERTY BY REASON OF INHERITANCE (HEREDİTATİS PETİTİO) IN ROMAN LAW AND
THE CODIFICATION PROCESS INTO MODERN LAWS*.....951-971

10. Fatma Nur TEKCE BARUT

BOŞANMA SEBEBİNDE TERDİT
GRADUAL CLAIMS IN THE REASON OF DIVORCE.....972-983

11. Muhammet Mekin DURCEYLAN

TİCARET UNVANININ TÜRK TİCARET KANUNU'NA VE SİNAİ MÜLKİYET
KANUNU'NUN MARKA HÜKÜMLERİNE GÖRE KORUNMASI
*THE PROTECTION OF TRADE NAME ACCORDING TO TURKISH COMMERCIAL LAW AND
THE TRADEMARK RULES OF INDUSTRIAL PROPERTY LAW*.....984-1014

12. Nursena ÇETİNGÜL

CEZA SORUMLULUĞU BAKIMINDAN YAPAY ZEKÂNIN HUKUKİ
STATÜSÜNÜN TARTIŞILMASI
*DELIBERATIONS ON THE LEGAL STATUS OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN TERMS OF
CRIMINAL LIABILITY*.....1015-1042

Geliş Tarihi:

21.07.2021

Kabul Tarihi:

18.08.2021

Yayımlanma Tarihi:

30.09.2021

Kaynakça Gösterimi: Gören, Z. (2021).
Temel hakların varlığı ve önemi. *İstanbul Ticaret
Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 20(41), 746-764.
doi: 10.46928/iticusbe.973632

TEMEL HAKLARIN VARLIĞI VE ÖNEMİ

Araştırma

Zafer Gören 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

İstanbul Ticaret Üniversitesi

zgoren@ticaret.edu.tr

Zafer Gören, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Anayasa Hukuku profesörüdür. Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Türk Anayasa Hukuku lisans dersleri ve Anayasa Teorisi, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru yüksek lisans derslerini vermektedir.

TEMEL HAKLARIN VARLIğI VE ÖNEMİ

Zafer Gören
zgoren@ticaret.edu.tr

ÖZET

Bugün dünyada temel hakların gittikçe artan öneminin, gelişim ve ilerlemenin temel bir göstergesi olduğunu kabul etmek zorunludur. Anayasanın demokrasisi, her şeyden önce siyasal birlik oluşumu ve devlet etkinliği sürecinin objektif düzen ögesi olarak temel hak fonksiyonuna dayanmaktadır. Aynı şekilde temel haklar, anayasanın hukuk devleti düzeninin temellerini içerir ve hukuk devleti ilkelerini normlandırır. Bu düzenin ögeleri olarak sosyal devlet ödevlerinin yerine getirilmesinin amaç, sınır ve türlerini belirler. Anayasanın temel hakları, ilke olarak ne birey için sınırsız bir doğal özgürlüğe, ne de doğal ve prensipte her şeye kadir bir devlet iktidarına izin verir. İnsan hakları ve vatandaş haklarıyla garanti edilmiş özgürlük ve eşitlik haklarını kabul etmeyen bir düzen meşruluk iddiasında bulunamaz.

Amaç: Her ne kadar devletin görevi temel hakları korumak ise de, devlet temel hakları somutlaştırmakla yükümlendirilebilir ve temel hakları sınırlandırmakla yetkilendirilebilir. Ama temel haklarla garanti edilen bireysel özgürlük ve eşitlik statüsü bu yetki dışında tutulmuş ve bu statü devlet iktidarına karşı garanti edilmiştir. Makalede Anayasaya uygun devlet iktidarının, pozitif ve negatif yetki normları ile başlangıçtan itibaren belirlenmiş ve sınırlanmış ve yalnız bunlarla çizilen bir çerçevede hukuka uygun bir şekilde yetki kullanması gerekeceğine dikkat çekilmiştir.

Yöntem: Makale hazırlanırken kara Avrupası hukuku ve özellikle F. Almanya Anayasa Hukuku ile karşılaştırmalar yapılmıştır.

Özgünlük: Temel hakların objektif düzenin ögeleri olarak çok yönlü anlamları, odak noktasını toplum içinde kendini serbestçe geliştiren kişi ve onurunun oluşturduğu bir objektif değer düzeni veya değer sistemi olarak anlaşılabilirliğiyle sınırlanmış olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Temel Haklar, İnsan Hakları, Vatandaş Hakları, Kurumsal Garantiler, Hukuk Devleti

JEL Sınıflaması: K10

EXISTENCE AND IMPORTANCE OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

It is imperative to recognize that the growing importance of fundamental rights in the world today is a fundamental indicator of development and progress. The democracy of the constitution, first of all, is based on the fundamental right function as the objective order element of the process of political unity and state effectiveness. Likewise, fundamental rights contain the foundations of the rule of law of the Constitution and norm the principles of the rule of law. As the elements of this order, they determine the purpose, limits and types of the fulfillment of social state duties. The fundamental rights of the constitution allow neither in principle unlimited natural freedom for the individual, nor natural and in principle omnipotent state power. An order that does not accept the rights of freedom and equality guaranteed by human and citizen rights cannot claim legitimacy.

Purpose: Although the state's duty is to protect fundamental rights, the state can be obliged to embody fundamental rights and be empowered to limit fundamental rights. However, the status of individual freedom and equality guaranteed by fundamental rights was excluded from this authority and this status was guaranteed against state power. In the article, it is pointed out that the constitutional state power will have to exercise its authority in accordance with the law within a framework that has been determined and limited from the beginning by positive and negative authority norms and drawn only with these.

Methodology: While preparing the article, comparisons were made with the continental European law and especially the F. German Constitutional Law.

Authenticity: The multifaceted meanings of fundamental rights as elements of the objective order will be limited to their understanding as an objective value order or value system, the focal point of which is the person who freely develops himself in society and his dignity.

Keywords: Fundamental Rights, Human Rights, Citizen Rights, Institutional Guarantees, Rule of Law

JEL Classification: K10

I. TEMEL HAKLARIN İKİ ÖZELLİĞİ

Temel haklar bir yandan **sübjektif hakları**, yani bireyin sadece dar anlamda insan ve vatandaş haklarını (örneğin Anayasa md.10, 24, 25, 26, 33, 34), ama aynı zamanda bir hukuk kurumunu veya bir yaşam alanı özgürlüğünü (örneğin Anayasa md. 41, 35, 27) garanti ederken, diğer yandan **devletin objektif düzeninin** temel öğelerini oluştururlar (Hesse, 1999).

A. Objektif Düzenin Öğeleri Olarak Temel Haklar

Bireyi devlete dahil eden, objektif düzenin statü belirleyen, statü sınırlayan ve statü garantileyen öğeleri olarak temel haklar, bir devletin hukuk düzeninin temel ilkelerini oluştururlar.

Temel hakların bireyin **sübjektif savunma hakları olarak anlamları** ile onların devlet iktidarı için “*negatif yetki normları*” olarak **objektif hukuksal anlamları** birbirine uyum gösterirler (Pieroth & Schlink, 1986).

Negatif yetki normları olarak temel haklar, devletin eylem ve karar serbestliğini sınırlarlar. Her ne kadar devletin görevi, temel hakları korumak ise de, devlet temel hakları **somutlaştırmakla** yükümlendirilebilir ve temel hakları **sınırlandırmakla** yetkilendirilebilir. Ama temel haklarla garanti edilen bireysel özgürlük ve eşitlik statüsü bu yetki dışında tutulmuş ve bu statü devlet iktidarına karşı garanti edilmiştir.

Negatif yetki normları niteliklerine karşın temel haklar, bireyin sübjektif hakları olarak kalırlar ve sadece perspektifleri değişir. Temel haklar bireye karar ve eylem serbestisi olarak verdiklerini, objektif olarak yani bireyin iddia edip etmemesinden bağımsız olarak devletten alırlar.

Temel haklardan objektif düzenin öğeleri olarak söz edildiğinde öncelikle bu perspektif değişimi amaçlanmaktadır (Pieroth & Schlink, 1986).

Bu nedenle örneğin basın özgürlüğünün veya dernek kurma ve toplantı özgürlüğünün düzenlenmesi yetkisi, basın özgürlüğünü, dernek kurma ve toplantı özgürlüğünü ortadan kaldırmak ve zedelemek, gelir vergisine ilişkin yasama yetkisi, eşit olmayan bir vergi yükümü koymak yetkisini kapsamaz. Aynı şekilde Anayasanın temel hakları ilke olarak ne birey için sınırsız bir doğal özgürlüğe, ne de doğal ve prensipte her şeye kadir bir devlet iktidarına izin verir.

Anayasaya uygun devlet iktidarı, pozitif ve negatif yetki normları ile başlangıçtan itibaren belirlenmiş ve sınırlanmış ve yalnız bunlarla çizilen bir çerçeve içinde hukuka uygun bir şekilde yetki kullanılabilir.

Temel hakların işlevselliğini garanti eden **sübjektif haklar** olarak anlamları onların; birey statüsünün düzenlendiği, sınırlandırıldığı ve korunduğu bir devlet içindeki tüm hukuk düzeninin öğeleri olarak objektif hukuksal anlamlarına uygundur.

Bu anlam kendi yönünden temel hakların sübjektif haklar olarak canlanması ile gerçekleşir. Bu

anlamda temel haklar, anayasada yer alan garanti normlarıyla bu düzenin temel içeriğini belirlerler. Demokrasi ve hukuk devleti düzenleri bu içerikle şekillenirler.

Eğer anayasal demokratik düzen, seçimlerle siyasal iradenin oluşumuna ve şekillenmesine doğrudan doğruya serbest ve eşit katılım; siyasal yöneticilerin özgürce onaylanması; azınlığın bir gün çoğunluk olma konusunda eşit şansa sahip olması; serbest ve açık bir siyasal sürecin garanti edilmesi ile oluşuyorsa, bu olgu temel hakların normlandırılması sonucu gerçekleşecektir. Modern demokrasinin temel koşulları olarak serbest ve eşit seçimler ve siyasal yöneticilerin onaylanması, **seçim ilkelerinin** garanti edilmesine; kamu oyunun ve siyasal iradenin oluşumu, **düşünce, toplantı ve sözleşme özgürlüğüne** dayanır.

Azınlığın eşit şansa sahip olması, seçim ilkeleri, siyasal partilerin şans eşitliği, düşünce, toplantı hak ve özgürlükleri ile garanti edilmiştir.

Aynı şekilde siyasal süreç özgürlüğü, Anayasa md. 25, 26, 33, 34'ün temel hak normları ile mümkün kılınmış ve garantilenmiştir.

Anayasanın demokrasisi, her şeyden önce, siyasal birlik oluşumu ve devlet etkinliği sürecinin objektif düzen ögesi olarak **temel hak fonksiyonuna** dayanmaktadır (Hesse, 1999).

Temel haklar Anayasanın **hukuk devleti** düzeninin temellerini içerir ve hukuk devleti ilkelerini normlandırır.

Bu düzenin ögeleri olarak **sosyal devlet** ödevlerinin yerine getirilmesinin amaç, sınır ve türlerini belirlerler.

Hukuk devleti ilkeleri olarak devlet iktidarı için bağlayıcıdır (Anayasa md.11). Devletin objektif hukuksal düzeninin ögeleridirler.

Temel haklar, devlet yaşamının dar kapsamlı anlamları ötesinde, daha başka objektif hukuksal temelleri ve devlet düzeninin temellerini düzenlerler. Evlilik ve aileye ilişkin garantilerde (md.41) mülkiyet ve miras hakkında (md.35), özel hukuk düzeninin temellerini garanti ederler.

Temel hakların, objektif düzeninin ögeleri oldukları görüşü, temel hakka dayalı özgürlük koşullarını yaratan ve garanti eden *modern sosyal devletin ödevleri* bakımından artan bir önem kazanmaktadır.

Temel haklar, siyasal iradeyi temsil eden organların özgürlük içinde oluşumunu sağlayacak koşulların yaratılması ve planlanması için direktif ve kriterler içerirler.

F. Almanya Anayasa Mahkemesine göre, **temel hakların objektif düzenin ögeleri olarak çok yönlü anlamları, odak noktasını toplum içinde kendini serbestçe geliştiren kişi ve onurunun oluşturduğu bir objektif değer düzeni veya değer sistemi olarak anlaşılabilirliğiyle sınırlanmış olacaktır** (BVerfGE 7,198/265; 35,79/114.).

B. Sübjektif haklar Olarak Temel Haklar

Sübjektif ve statü oluşturan haklar olarak temel haklar, bireyin insan ve vatandaş olarak, anayasal radikal haklarıdır.

F.Almanya Anayasa Mahkemesine göre, bu temel haklar, kendilerine özgü objektif değerlerini, batının anayasalı devletlerinde *pozitif üstü hukuk ilkeleri* ve hukuk bilincinin temel öğeleri haline gelmiş “*insan ve vatandaş hakları geleneğinde*” var olmaları ile kazanırlar (BVerfGE 1, 208/233,243: 6,84/91).

İnsan hakları ve vatandaş haklarıyla garanti edilmiş, özgürlük ve eşitlik haklarını kabul etmeyen bir düzen meşruluk iddiasında bulunamaz.

“İnsan hakları” belirli bir kişi çevresine ait olmayan haklardır.

(Örneğin Anayasa md.17 f. I: “**Herkes** yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir”; Md.18 f.: “**Hiç kimse** zorla çalıştırılmaz.” kurallarını içermektedir.

Vatandaş hakları ise, Türklere tanınmış temel haklardır (Örneğin md. 67, 68, 72, 73, 74). Anayasa anlamında kimin Türk olduğu, md.66’da düzenlenmiştir.

Anayasa doğal kişiler için md. 67 ve md. 76’daki seçme ve seçilme yaşı dışında açık ayrımlar öngörmemektedir.

II. TEMEL HAK SAHİPLİĞİ VE TEMEL HAK YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sübjektif haklar olarak temel haklar, kural olarak hak sahiplerine yükümlü olandan bir şeyi yapmama, olabirlik ölçüsünde bir şeyi yapma veya bir şeye katlanmayı isteme erkini verirler.

Temel hakların etkilerinin bu genel tanımlaması öncelikle **temel hak sahibi ve temel hak yükümlüsünün** kim olduğu sorusunu ortaya çıkarmaktadır.

Bir hukuk kuralı ile hak sahibi olan “**aktif**”; Bir hukuk kuralı ile yükümlendirilen “**pasif**” olarak adlandırılmaktadır.

“Temel hak sahipliği” ile birlikte “temel hak yeterliliği” ve “temel hak taşıyıcısı” kavramları da kullanılmaktadır (Pieroth & Schlink, 1986).

Yükümlülük yerine anayasamız 5. maddede “görev” kavramını kullanmaktadır. F. Almanya Anayasasında ise “bağlılık” terimi kullanılmıştır (F. Almanya Anayasası md.1 f. III).

A. İnsan Hakları ve Vatandaş Hakları

İnsan hakları olarak hak sahipliği için kişisel açıdan hiçbir özel sınırlama öngörülme, yani tüm insanlara ait olan haklar anlaşılmaktadır.

Bu tür temel haklar örneğin şöyle ifade edilmektedir:

“Herkes..... hakkına sahiptir”.

(Anayasa md.12, 17, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 33, 34, 35, 36, 40, 48, 49, 56, 60, 73) ya da “hiç kimse, kimse, kimsenin.....” (Anayasa md.18 f.I, 21 f.I, 37 f.I, 38 f.I,V, 42 f.I, 50 f.I); Vatandaş hakları olarak, sadece Türklere ait olan haklar anlaşılmaktadır. (Örnek: Anayasa md.66 f. IV, 67 f.I, 68 f.I, 70 f.I, 72,74 f.I.).

İnsan hakları ve vatandaş hakları ayırımından yabancıların sadece insan haklarına ilişkin olarak temel hak sahibi oldukları sonucu çıkmaktadır.

Anayasanın 16. maddesine göre temel hak ve özgürlükler yabancılar için uluslararası hukuka uygun olarak yasa ile sınırlanabilir.

Maddenin gerekçesinde, ülkede bulunan yabancıların hak ve özgürlüklerinin gereken durumlarda, vatandaştan farklı olarak düzenlenip sınırlanabilmesinin, bir yabancıнын ülkeye giriş yahut ülkede seyahat ve yerleşme özgürlüğünün ve basın özgürlüğünün vatandaşlarınkinden farklı olmasının olağan olduğu belirtilmektedir. Bu farklılık kendisini özellikle siyasal haklar konusunda göstermektedir. Ancak vatandaş ve yabancı arasında yapılan bu ayırım Uluslararası Hukuka uygun olmalıdır (Polatcan,1989, md.16, s. 89).

Anayasa Mahkememiz de bir kararında “Anayasanın bu maddesi ile yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin gerektiğinde vatandaştan farklı olarak düzenlenip sınırlanabileceği ilkesi getirilmiştir” şeklinde açıklama yapmıştır. Temel hak ve özgürlükler konusunda yabancılar yönünden getirilecek sınırlamalar ancak yasa ile yapılmalı ve sınırlama uluslararası hukuka uygun olmalıdır.

Uluslararası hukuk burada sınırlamanın sınırını oluşturmaktadır.

Uluslararası hukuk, devletlerin taraf oldukları iki ya çok taraflı antlaşmalar, uluslararası teamüller (örf ve adet), uygar uluslarca kabul edilen ve temel hukuk ilkelerinden olan iyi niyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğü ilkeleri ve yardımcı kaynak sayılan bilimsel ve yargısal içtihatlardır (E. 1984/14, K.1985/7, k.t. 16/3/1984, AMKD S.21, s.13 vd; (RG 24.8.1985, S.18852).

Türk yabancılar hukukunun genel ilkelerinden olan karşılıklılık kuralı, antlaşma ile ya da yasayla olabilir. Hukukumuzda yasal karşılıklı davranış, yabancı gerçek kişilerin ülkemizde taşınmaz edinme ve miras hakları konusunda da aranmaktadır. (E. 1986/18, K.1986/24, k.t. 9/10/1986, AMKD S.22, s.233 vd.; (RG 31.1.198, S.19358).

B. Ölümünden Önce ve Sonra Temel Haklara Sahip Olma

Doğal kişilerin temel haklara sahip olmaları kuralından, temel hakların yaşayanlar için geçerli olduğu sonucu çıkmaktadır. Özel hukuk normlarıyla tanınmış olan haklar ve yükümlülükler de bu anlamda sınırlıdır. MK md. 8'e göre ” Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler.”

MK md. 28'ye göre ise "Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder."

BGB'de de buna paralel bir kural vardır: "İnsanın hak ehliyeti doğumun tamamlanması ile başlar (BGB Prf. 1) ölümle sona erer" (Pieroth & Schlink, 1986).

Ancak temel hak sahipliği bu tür anayasa altı normlarla bağlayıcı olarak saptanamaz. Bunun bağımsız olarak anayasadan ötürü belirlenmesi gerekir.

Temel hakların sadece yaşayanları hak sahibi yapabilmesi kuralını birçok olgu haklı çıkarmaktadır: -Ne henüz doğmamış insan, ne de ölü bir düşüncüyü açıklayabilir (Anayasa md.26), toplanabilir (Anayasa md.34), dernek kurabilir (Anayasa md.33), çalışabilir (Anayasa md. 48). Ancak her iki yönde de temel hakların objektif içeriği açısından istisnalar tanınmıştır.

F. Almanya Anayasa Mahkemesinin (Mephisto) kararına göre ölü, insan onurunun dokunulmazlığı garantisini nedeniyle hak sahibi olmalıdır (BVerfGE 30,173/194).

Onura, kişi olması nedeniyle sahip olan insanın bu genel saygı isteği dolayısıyla, ölümden sonra aşağılanması, tüm temel hakların temelinde yatan insan onurunun dokunulmazlığı konusundaki anayasal yasak ile bağdaşmayacaktır.

Buna uygun olarak F. Almanya Anayasası md.1 f. I' deki insan onuruna yapılacak saldırılara karşı korumaya ilişkin tüm devlet organlarının yükümlülüğü garantisinin ölümle sona ermeyeceği, F. Anayasa md.1'in ölümden sonra da devam eden etkisinin, ölümlerden organ almanın (transplantasyon) yasallığı bakımından da önem taşıdığı ileri sürülmüştür (Pieroth & Schlink, 1986).

Burada kişinin ölüm halinde organ alımına, henüz sağken izin verip vermediği kriter oluşturmaktadır.

İradesine ölümden sonra da saygı gösteriliyorsa onun insan onurundan çok maddi ve manevi varlığının serbestçe geliştirilmesi hakkında kaynaklanan serbest karar verme özgürlüğü, iradesi, inanç ve vicdanından kaynaklanıyorsa, kişinin din ve vicdan özgürlüğü hesaba katılmış olacaktır.

F. Almanya Anayasa Mahkemesi gebeliğe son verilmesine ilişkin olarak (BVerfGE 39,1/36 vd.) F. Almanya Anayasası md.2 f. II C.2 kuralını ("yaşam ve beden bütünlüğü üzerindeki hakka yasa ile müdahale edilebilir") daha doğmamış insana (Embryo, nasciturus) uygulamıştır.

İnsan yaşamı güvenilir biyolojik-psikolojik verilere göre herhalde döllenmeden 14 gün sonra var kabul edilmektedir (nidation, individuation). Ancak burada mahkeme embriyonun kendisinin temel hak taşıyıcısı olup olmadığı konusuna açıklık getirmemiştir.

III. TEMEL HAKLARA UYGUN YORUM

Yargı ve yürütme organları, hukukun genel ilkelerinin ve belirsiz hukuk kavramlarının yorumunda ve uygulanmasında anayasa kuralları ve temel haklarla bağlı oluşları nedeniyle temel haklara uygun bir takdir serbestisine sahiptirler.

Söz konusu temel haklara uygun yorum, “*anayasaya uygun yorum*”un bir alt olgusunu oluşturmaktadır.

F. Almanya Anayasa Mahkemesinin birçok olası yorumdan anayasanın değer yargısına daha uygun olan yorumun öncelik taşıyacağına ilişkin anayasaya uygun yorum ilkesinin (BVerfGE 8, 210/221, 46,166/184.) “temel haklara uygun yorum” için de aynı şekilde geçerli olacağı kabul edilmelidir.

Anayasamız md. 138 f. I deki” Hakimler anayasaya ... göre hüküm veririler “ve anayasa md. 11’deki, “Anayasa hükümleri.....yürütme ve yargı organlarını ve idare makamlarını... bağlayan temel hukuk kurallarıdır” kurallarında anayasaya uygun yorum ilkesi yer almaktadır. Bu anayasa ve temel haklara uygun yorum, öncelikle devlet saldırısına karşı koymaya ilişkin temel hak fonksiyonu için geçerlidir. Fakat anayasa md.11’de “Anayasa hükümlerinin kişileri de bağlayan temel hukuk kuralları olduğu” ilkesi yer almaktadır.

F. Almanya’da da anayasaya ve temel haklara uygun yorum daha da ileri götürülerek temel hakların klasik fonksiyonları içinde tümüyle ilgili olmadıkları alanlarda da yani özel kişiler arasındaki ilişkilerde de etkili oldukları kabul edilmektedir. Demek ki temel hakların objektif hukuksal anlamı onlara özel hukukun yorum ve uygulamasında da uyulmasını sağlamaktadır (BVerfGE 66, 116,135) Bununla beraber F. Almanya’da temel hakların objektif hukuksal anlamının bir sonucu olarak bu yayılma etkisi daha az kesindir ve klasik savunma fonksiyonundan daha zayıf bir koruma sağlamaktadır.

IV. TEMEL HAKLAR VE KURUMSAL GARANTİLER

Temel hakların klasik fonksiyonlarına göre yapılan ayırım sonucu ortaya çıkan Jellinek’in üç temel hak türüne, sonraları dördüncü bir katagori olarak “**kurumsal garantiler**” (objektif hukuk kurumlarını garanti etmek) eklenmiştir.

Buna göre gerçek haklar ile salt garantiler (kurumsal garantiler ve kurum garantileri) ayırımı yapılmaktadır. Kurumsal garantiler, anayasa kuralları içinde bireysel hakların garantisini değil, belli kurumların garantisini amaçlayan kısa ve özlü açıklamalardır. Bu garantiler içeriklerini tüm ayrıntıları ile belirlemeden, kurumu anayasada kurallaştırarak garantilerler (Pieroth & Schlink, 1986) (Maunz, 1968).

Örnek :

Evlilik ve aile (md. 41)

Özel haberleşmenin gizliliği (md.22) Mülkiyet ve miras (md.35)

Yerinden yönetim (md.127 f. II)

Yasal yargıç güvencesi (md.37)

Çok defa özel hukuk kurumları “kurum garantileri”, buna karşılık kamu hukuku kurumları, “kurumsal

garantiler” olarak tanımlanmaktadır.

Bazı temel haklar hem sübjektif haklar garantilemekte, hem kurumsal garanti içermektedirler. (kurumları garanti etmektedirler).

Örneğin, basın ve radyo-televizyon ile düşünceyi açıklama özgürlüğü “negatif statü hakkı“, hem basın ve radyo- televizyon ile düşünceyi açıklama sübjektif hakkını, hem basın ve radyo- televizyon kurumları garantisini içermektedir.

Buna uygun olarak:

-Yalnız sübjektif hakları garanti eden;

-Aynı zamanda objektif kurumlar garanti eden temel haklar ayırımı yapılabilir.

Kurumsal garantiler özel hukuk ve kamu hukuku kurumlarını garanti ederler ve yasa koyucunun tasarruf yetkisi dışında kalırlar.

Örnek:

Yasa koyucu;

Evlilik ve aileyi (md. 41) Mülkiyet ve mirası (md.35) ilga edemez.

Söz konusu kurallar aynı zamanda sübjektif hakları da içerirler: Evlilik ve ailenin kurulması, mülkiyetin edinilmesi, kullanılması ve miras edinilmesi sübjektif hakları (Pieroth & Schlink, 1986) (Maunz, 1968).

V. TEMEL HAKLARLA BAĞLILIK

Temel hak yükümlülüğü, kimin temel haklarla ödevlendirileceği sorusuna cevap verir.

Anayasa md. 11 bu konuda açık bir kural içermektedir. “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.”

Demek ki yükümlü olarak anayasa, yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları içinde **devleti**, yani **kamu iktidarını** belirlemektedir.

Ayrıca bu maddeye göre, özel kişiler de temel haklarla bağlıdırlar.

Yargının temel haklarla bağlılığı ayrıca 138. maddenin I. fıkrasının 2. cümlesinde vurgulanmıştır: “Hakimler,... Anayasaya... göre hüküm veririler.”

Anayasa md. 11 f. I' e göre temel hakların yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlaması, temel hakların **program hükümleri** olmadığına açık bir göstergesidir (Anschütz, 1933,1929) (Pieroth & Schlink, 1986). Temel hak genel doktrini, yasa koyucu için salt programlar veya zorlayıcı olmayan amaçlar koyan temel hak kuralları ile doğrudan doğruya uygulanır hukuk olan, temel hak normlarını birbirinden ayırmıştır (Maunz, 1968).

Buna göre temel hak normlarının program nitelikli etkisi ve eylemsel etkisi ayırımı yapılabilir.

Program hükümlerinin

-bağlayıcılığı yoktur;

-hukuksal yaptırımlar içermezler:

-zedelenmeleri yargı önüne getirilmez (Pieroth & Schlink, 1986).

Ancak Anayasa md. 11 f. I, Anayasa md. 138 f. I C 2 ile birlikte değerlendirildiğinde, maddenin bu ayırımı bir pozitif hukuk normu ile ortadan kaldırmak istediği görülmektedir. Anayasa md. 11 f. I' in açık sözü karşısında salt program hükümleri, yani hukuksal açıdan bağlayıcı olmayan, tavsiye niteliğinde kurallar Anayasamızda bulunmamaktadır.

Anayasa md. 11 f. I ile tüm anayasa kurallarının, bu bunlar arasında temel hakların, devlet gücünü, içerdikleri haklara saygı gösterme ve tüm tedbirlerinde onları göz önünde tutma konusunda bağladığı pozitif hukuk açısından belirlenmiştir.

Onlar ne yasamanın ne de yürütmenin tasarrufunda değildirler. Anayasa koyucunun pozitif hukuksal tercihine göre, devlet tasarrufları için onlara riayet edilmesini, bireyin Anayasa md. 36'ya dayanarak sağlayabileceği düsturlardır.

Hakim, Anayasa md.11 f. I ve md. 138 f. I C 2'deki anayasa emrine dayanarak, uygulayacağı maddi hukuk kurallarının “ temel hak kriterleri” ile etkilenmiş ve onlara uygun olup olmadığını araştırmak zorundadır.

Bu kriterleri göz önünde tutmayacak ve kararlarında bu anayasal etkiyi ihmal edecek olursa, yalnız objektif anayasa hukukuna aykırı davranmakla kalmayacak (temel hak norm içeriğini, objektif norm olarak tanımamak), kamu gücünün taşıyıcısı olarak, verdiği kararlarla vatandaşın riayet edilmesi konusunda anayasal bir talep hakkına sahip olduğu bir temel hakkı da zedelemiş olacaktır. (Kırş. BVerfGE 7, 206 vd., 34, 280).

Anayasa md. 11 f. I, anayasa normlarının sadece doğrudan doğruya uygulanabilirliğini değil, aynı zamanda bireye, kamu gücü karşısında şüpheli durumlarda dayanabilmesi konusunda anayasa koyucunun iradesini de dile getirmektedir.

Anayasa kurallarına ters düşen böyle bir karara karşı Anayasamıza 12.9.2010 anayasa değişikliği ile dahil edilen bireysel başvuru yolu açıktır. (md.148 f. I) Kırş. (BVerfGE 7, 206 vd., 18, 92; 21, 216 ; 22, 98, 280).

VI. TEMEL HAKLARDAN VAZGEÇME

İnsan haklarının vazgeçilmez oluşu, 17.ve 18. yüzyıllar içinde gelişen insan hakları doktrini ile ortaya atılmıştır. İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin Başlangıç bölümünde yer alan insan haklarının bu vazgeçilmez özelliği, Anayasa md 12 f. I 'de yer almaktadır.

“Herkes ...vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.”.

Temel haklardan vazgeçme söz konusu olduğunda, temel hak sahipliği üzerinde bireyin tasarruf edip edemeyeceği ya da ne derece tasarruf edebileceği önem taşımaktadır.

Devletin temel hakların koruma alanına yapacağı saldırılardan hangilerinin ilgilinin rızası ile meşru olacağı sorusu, *temel haklardan vazgeçme* kavramı altında tartışılmıştır.

Örnek :

Bir kimsenin hakim kararı olmadan polis tarafından evinin aranmasına izin vermesi (Anayasa md. 21); anayasal bir dayanak olmadığı halde kendi isteği ile kendisini polis nezaretine bırakması (Anayasa md. 19 f. III, f. IV) ; sağlıklı bir tutuklunun hapishane hastanesinde kendi üzerinde tıbbi analizler yapılmasına izin vermesi (Anayasa md. 17 f. II); seçmenin oy pusulasını gizli dolduracak yerde açık doldurması (Anayasa md. 67 f.II) Temel hak sahibinin *eylemsel olarak* temel hakkını kullanmaması bir temel haktan vazgeçme sorunu oluşturmamaktadır.

Örneğin bir toplantıya katılmaması (Anayasa md. 34), bir derneğe üye olması (Anayasa md.33) gibi.

Gerçekleşmiş bir temel hak saldırısına karşın bir kimsenin yargı mercilerine başvurmaması durumunda da bu tür eylemsel bir kullanmama söz konusu olur (Anayasa md. 36 f. I). Mahkemeye başvuru süresinin geçmesinden sonra ortaya çıkan hak kaybı ilgilinin isteğine bakılmaksızın yasadan kaynaklanırken, yargı mercilerine başvuru süresi dolmadan, hukuksal açıdan bağlayıcı olarak mahkemeye başvurmadan vazgeçmesi durumunda, ilgilinin bu davranışı bir temel haktan vazgeçme oluşturacaktır.

Temel haktan vazgeçmenin kabulü doğrudan bir hukuksal sonuç doğurmamakta yani vazgeçme, devlet saldırısını her zaman anayasaya uygun bir hale getirmemektedir. Diğer taraftan ilgilinin rızasının genellikle önemsiz olmadığı da, anayasa metninin temel haktan vazgeçme konusunu açıkladığı nadir durumlarda vazgeçmenin yasallığını düzenlemesinden anlaşılmaktadır.

Örnek: Kişinin *rızası* ile tıbbi deneylere tabi tutulması (Anayasa md.17 f. II C.2). Din kültürü ve ahlak öğretimi... dışındaki din eğitimi ve öğretiminin kişilerin kendi *isteğine*, küçüklerin de kanuni temsilcisinin *talebine* bağlı olması (Anayasa md. 24 f. IV, C.3)

Anayasamız 12. maddedeki *felsefi anlatım* dışında temel haktan vazgeçmenin meşruluğu ya da meşru olmadığı konusunda genel anlamda bir dayanak noktası vermemektedir. Bu konuda temel hakların fonksiyonu konusundaki genel görüşlere başvurmak gereklidir.

-“Klasik temel hak anlayışı”, temel hakları, bireyin devlete karşı bireysel özgürlük hakları olarak görür. Buradan yola çıkarak temel hak statülerinden vazgeçmek özgürlüğün bir kullanım biçimi olarak görülebilir. “ Bu düşünceye göre temel haktan *vazgeçme bir temel hak kullanımudur* (Dürig, 1956).

-Daha yeni bir temel hak anlayışı, temel haklar içinde (bunun ötesinde) tüm hukuk düzeninin değer yargısı niteliğini taşıyan ilke normlarını görür (temel hakların objektif hukuksal fonksiyonu).

Bu görüşe göre temel haklar vatandaşları korumaktan öteye giden içerikleri nedeniyle bu kişilerin tasarrufunda ve vazgeçilebilir değildirler (Pieroth & Schlink, 1986) (Sturm, 1974). Temel hareket noktaları açısından her iki görüşün de hatalı yönleri vardır ve düzeltilmeleri gerekir.

-Birinci görüşe göre temel hak üzerindeki bireysel tasarruf, *insan onuru* zedelendiğinde sınırlanmalıdır.

Örnek: bir kişinin ilaç etkisinde ifade vermeğe rıza göstermesi durumunda;

-İkinci görüşe göre örneğin çalışma özgürlüğünün ve mülkiyet hakkının koruma alanında (Anayasa md. 49 ve md. 35) kişiye kendini bir sözleşme ile bağlama olanağı tanınması temel haktan vazgeçme yasağına ters düşmektedir.

Temel haklar sadece bireye tanınmış savunma hakları değildirler. Aynı zamanda objektif düzenin ögeleridirler. Temel haktan vazgeçme probleminin çözümünde temel hakkın sadece bir tek fonksiyonu değil, temel hakların her iki etki biçimi de göz önünde tutulmalıdır.

-Bu nedenle bireyin tasarruf yetkisi tümünden bir vazgeçme anlamına gelecek kadar öteye girmemelidir.

-Öte yandan devlet müdahalelerini rıza veya icazet ile etkileme olanağı baştan itibaren yasaklanmayarak bireye yeterince serbestlik sağlanmalıdır.

Temel haktan vazgeçmenin meşruluğu için koşul, daima vazgeçmenin belirgin bir şekilde anlaşılabilir ve serbest irade ile yapılabilmesidir. Yani baskı ve hile sonucu yaratılmış olmamalıdır. Aksi halde temel hakların özgürlük garantisi tehlikeye düşecektir.

Ayrıca temel hakların fonksiyonuna göre bir ayırım yapılmalıdır; Bir temel hak kişiliğin serbestçe geliştirilmesi özgürlüğüne hizmet ettiği oranda, vazgeçmenin meşruluğu yönünde bir hipotez vardır. Buna karşılık temel hak, siyasal irade oluşumu süreci için önemli ise, bu durum vazgeçmenin meşru olmadığına bir göstergesidir.

Örnek: F. Almanya İdare Mahkemesine göre meslek özgürlüğü ve mülkiyet hakkı alanında vatandaş ile kamu gücü arasındaki sözleşmeler geniş bir kapsamda meşrudur (Krş. Prf. 54 vd. VwVfG) ve bununla bağlantılı olarak bu temel haklardan doğan garantilerden de vazgeçme meşrudur (Krş. BVerwGE 30, 65, 42, 331).

Burada **vazgeçmenin sınırı** özel hukukun sözleşmelere ilişkin kurallarına paralel olarak ölçsüz ve ahlaka aykırı bağlantılardır (Pieroth & Schlink, 1986) (Krş. BGB md.138, 242; BK md.27 (6068 sayılı 4.2.2011 tarihli BK md 27: “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”).

Kural olarak konut dokunulmazlığı, posta ve haberleşmenin gizliliğine ilişkin kişisel verilerin anayasal korumasından vazgeçme, meşru olarak değerlendirilebilir (Krş. BVerfGE 65,1/41 vd.; BayObLG, DVBL,1974. 598: OVG Bremen NJW 1980, 606; BVerwGE, NJW1982, 840),

Buna karşılık vatandaş oyunu gizli kullanmaktan vazgeçemez Krş. (OVG Koblenz AS 3, 394; OVG Lünebug, DÖV 1964, 355; OVG Münster, OVGE 14 257)

Bir temel haktan vazgeçmenin meşruluğunun değerlendirilmesi konusunda başka bakış açıları da söz konusu olabilir:

-Saldırının ağırlığı ve devamı;

-Vazgeçme olanağının kötüye kullanılması tehlikesi göz önünde tutulmalı;

-Serbestçe geri alınabilen bir vazgeçme ile nadir durumlarda gelecek için bağlayıcı nitelikteki bir temel haktan vazgeçme arasında ayırım yapılmalıdır.

Örnekler:

Eğer ilgili karar verilmiş veya somut içeriği ile tahmin edilebiliyorsa yasa yollarına başvurmadan vazgeçme meşru kabul edilebilecektir (BVerfGE 9, 194/199).

Buna karşılık gelecekteki kararlar için peşinen yasa yollarından vazgeçme meşru olmayacaktır. Tedaviye izin verilmesi durumunda meşru bir temel haktan vazgeçme varken, sağlıklı bir kişinin bedeni üzerinde tıbbi denemelere izin vermesi farklı yorumlanmalıdır.

Bağımlılık ve otorite ilişkilerinde temel haklardan vazgeçme sorunu da önem taşımaktadır. Memur, öğrenci ve kamu kurumlarının diğer mensuplarının kendi rızaları ile dahil oldukları otorite ilişkisi süresince, temel haktan vazgeçmeleri söz konusu mudur?

Örnek:

-Bir derneğe giren ya da bir toplantıya konuşmacı olarak katılan bir memur ya da öğrenci, kendi hizmet, ya da kurum ilişkisinin gerektirdiği özel ödevlerin şart koştuğu sınırlamalar altındadır.

Anayasa md. 68 f V' göre, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri için siyasi partilere üye olma yasağı konulmuştur.

Fakat özel otorite ilişkilerine ilişkin bu pozitif hukuksal düzenlemelerin temel hak sınırlaması mı, yoksa temel haktan vazgeçme mi oluşturduğu sorusu açıktır.

Bununla beraber bu düzenlemelerin sadece devlet tarafından tanınan temel haklarda uygulanabilecekleri kesindir.

Devlet üstü temel haklardan kural olarak özel otorite ilişkisine dahil olma halinde vazgeçmek olanaksızdır.

F. Almanya Anayasa Mahkemesine göre, “devlet tarafından kanunla düzenlenen temel haklarda da olsa olsa yerleşme özgürlüğüne, dernek kurma ve toplantı özgürlüğüne uygulanabilir (BVerfGE 15, 288). Ancak serbest meslek seçimine, konut dokunulmazlığına, dilekçe hakkına ve asla din inanç özgürlüğüne uygulanamaz. Yine de bunlar anayasaya uygun bir kuralın istisnaları olarak dar yorumlanmalı ve kurum otoritesine tabi olma ihtiyatla incelenmelidir. Bu tür özel ilişkilerde

duraksama halinde hak ve özgürlükler lehine ve onların sınırlanmaları ve istisnaları aleyhine yorum yapılmalıdır.

Bir hukuk düzeni ne kadar *yoğun hukuk devleti nitelikli* ise kurum ilişkisinin temel hakları delebilmesine ilişkin şüpheli kuram o oranda geri plana itilmek zorundadır (Maunz, 1968).

VII. TEMEL HAKLARA İLİŞKİN BAZI GÜÇLÜKLER VE TEMEL HAKLARIN YORUMU

Hukuksal normların yorumu çeşitli açılardan güçlükler doğurmaktadır. Belirgin, yalın ve anlaşılabilir bir biçimde kaleme alınmış süre, şekil ve usul kuralları dışında, çeşitli anlamlara gelebilen ve zamanla, yargısal içtihatlarla uygulanabilirlik kazanabilecek olan *hukukun genel ilkeleri* mevcuttur.

Temel haklar de her ne kadar bazen Anayasa md. 19’da olduğu gibi bazı şekil ve usul kuralları içerirlerse de çoğunlukla o derece kısa fakat kapsamlı bir biçimde ifade edilmişlerdir ki (Örn. Anayasa md.35 “herkes mülkiyet ve miras hakkına sahiptir”; Anayasa md.23: “herkes yerleşme ve seyahat özgürlüğüne sahiptir”) çoğu kere **hukukun bir genel ilkesi** etkisini uyandırır. Bu nedenle temel hakların yorumunda yargısal içtihatların ve onları hazırlayan ve geliştiren temel hak dogmatığının (temel hak genel teorisinin) rolü küçümsenemez.

Anayasanın bir parçası olarak temel haklar, yasalar ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile yürütme ve yargının tüm somut işlemleri karşısında yüksek dereceli normlardır. Bu demektir ki anayasa altı hukukun tümü ve ona dayalı tüm somut işlemler anayasaya uygun olmalıdırlar ve anayasanın bir parçasını oluşturan temel hak normlarıyla bağdaşır olmadıkça, anayasaya aykırıdırlar ve kural olarak geçerli değildirler.

Fakat burada temel hakların içeriğinin *anayasa altı hukuk* tarafından düzenlenebilir oluşu bir ek zorluk doğurmaktadır. Bu nedenle “*hukukun yarattığı temel haklar*” dan söz edilmektedir. Örneğin yasa koyucu anayasanın mülkiyet garantisi ile bağlıdır. Ancak mülkiyetin ne olduğu, yasa koyucu tarafından belirlenmek zorundadır. Bu durum yasa koyucunun anayasaya bağlılığı ilkesi ile nasıl bağdaştırılabilir?

Bunun dışında, örneğin vatandaşa, devletin neden olduğu hak zedelenmelerinde yargı yolu açık tutulmuşsa (Anayasa md. 36, md. 40) bu olgu mahkemelerin kurulması ve yapılmasını şart koşturmaktadır ki bu da yasa koyucu tarafından gerçekleştirilebilecektir.

Bütün bunların ötesinde temel hakların tarihsel ve aktüel açıdan *politika* ile özel bir yakınlığı olduğunu da gözden uzak tutmamak gerekir. Temel haklar siyasal açıdan uğruna savaşılarak elde edilmek zorundadırlar ve anayasanın bir parçası olarak bağlayıcı hukuk oluştursalar da çoğu kere daha önceki siyasal uğraşlar sonucu geçerlilik kazanmışlardır. Yorum ve uygulamaları yine siyasal kavga içinde gerçekleşir.

Bu durum bazen anayasanın ve özellikle temel hakların yorumunun politika yapmaktan başka bir şey olmadığı ve Anayasa Mahkemesinin gerçek anlamda içtihat üretmediği yolunda yanlış kanılara neden

olmaktadır.

Hukuksal yorum, üzerinde genel bir fikir birliği sağlanmış olan belirgin bir metoda uygun olmalıdır. Ancak genel olarak hukukta olduğu gibi anayasa hukukunda da metot sorunu üzerinde tartışılmakta, hangi belirgin yorum metodunun uygulanacağı konusunda g6r6ř birliği bulunmamaktadır. Bu durum bir yandan klasik yorum metodlarına s6rekli bir uygulanabilirlik kazandırırken, diğer yandan Anayasa Mahkemesine Anayasa hukukunun yorumu ve geliştirilmesinde b6y6k bir serbestlik sağlamaktadır (Pieroth & Schlink, 1986).

KAYNAKÇA

Anschütz, G. (1933,1929). *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, Berlin.

Dürig, G. (1956). *Der Grundsatz von der Menschenwürde, Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes AöR 81*,vol 42, Heft 2, Tübingen.

Gönül, M. (1987). *Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı* (Cilt 2), İstanbul: Anayasa Mahkemesi Yayınları No:17.

Hesse, K. (1995). *Bestand und Bedeutung, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, New York.

Hesse, K. (1999). *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Karlsruhe.

Pieroth B. & Schlink B., (1986). *Grundrechte, Staatsrecht, Schwerpunkte, Bd. II*, Heidelberg.

Polatcan, İ. (1989). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Gerekçeler, Anayasa Mahkemesi Kararları, Bilimsel Görüşler*, İstanbul.

Maunz, T. (1968). *Deutsches Staatsrecht*, München. Robbers, G. (JuS 1985). *Der Grundrechtsverzicht*.

Smend, R. (1928). *Verfassung und Verfassungsrecht*, München, Leipzig.

Sturm, G. (1974). *Probleme eines Verzichts auf Grundrechte, Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung, Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag, hrsg. von Gerhard Leibholz*, Tübingen.

KISALTMALAR

AMKD	Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
Abs	Absatz :fikra
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts:dergi
Art	Artikel:madde
B	bası
BayObLG	Bayerischen Obersten Landes Gericht :Bavyera Eyalet Yüksek Mahkemesi
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch: Federa Almanya Medeni Kanunu
BK	Borçlar Kanunu
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kararları
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts: Federal Almanya İdare Mahkemesi Kararları
Bd	band: cilt
C	cümle
DöV	Die öffentliche Verwaltung: dergi
DVBL	Deutsches Verwaltungsblatt: Dergi
E	esas
f	fikra
GG	Grundgesetz: Federal Almanya Anayasası
Heft	sayı, fasikül
Hrsg	Herausgeber: yayımcı
JuS	Juristische Schulung : Dergi
K	karar
krş	karşılaştırınız
k.t.	karar tarihi

KN	kenar notu
md.	madde
NJW	Neue Juristische Wochenschrift: dergi
OVG	Ober Verwaltungsgericht : Yüksek İdare Mahkemesi
OVGE	Oberverwaltungsgerichtsscheidungen: Yüksek İdare Mahkemesi Kararları
Prf	paragraf: madde
RG	Resmi Gazete
S	sayı
s	sayfa
t	tarihli
vd	ve devamı
vol	Volume: band (cilt)
Vorb	Vorbemerkung: ön açıklama
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz: İdari Yargılama Kanunu

Geliş Tarihi:

18.01.2021

Kabul Tarihi:

21.01.2021


Yayımlanma Tarihi:

30.09.2021

Kaynakça Gösterimi: Abudureyimu, Y., & Oğurlu, Y. (2021). Yapay zekâ uygulamalarının kişisel verilerin korunmasına dair doğurabileceği sorunlar ve çözüm önerileri. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 20(41), 765-782. doi:10.46928/iticusbe.863505

YAPAY ZEKÂ UYGULAMALARININ KİŞİSEL VERİLERİN KORUMASINA DAİR DOĞURABİLECEĞİ SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ*


Araştırma

Yiliyaer Abudureyimu 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

İstanbul Ticaret Üniversitesi

aliyarlaw@gmail.com

Yücel Oğurlu 

İstanbul Ticaret Üniversitesi

yogurlu@ticaret.edu.tr

Dr. Yiliyaer Abudureyimu, Uluslararası Ticaret ve Avrupa Birliği Hukuku doktora derecesine sahiptir. Başlıca araştırma alanları arasında; uluslararası ticaret hukuku, Avrupa Birliği hukuku, kişisel verilerin korunması hukuku, robot hukuku, yapay zekâ ve hukuk ilişkileri bulunmaktadır.

Prof. Dr. Yücel Oğurlu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı profesörüdür ve İstanbul Ticaret Üniversitesi'nde Rektörlük görevini yürütmektedir. Uzmanlık alanları olan İdare Hukuku, İdari Ceza Hukuku, İmar Hukuku, İnsan Hakları Hukuku ve Avrupa Birliği Hukuku alanlarında akademik yayınları yanında, belirtilen sahalarda Lisans ve lisansüstü öğrencilerine dersler vermektedir.

* Makale Yazarın İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü Uluslararası Ticaret ve AB Hukuku Doktora Programı, “Karşılaştırmalı Örnekler Üzerinden Yapay Zekâ ve Kişisel Verilerin Korunması” isimli doktora tez çalışmasından uyarlanmıştır.

YAPAY ZEKÂ UYGULAMALARININ KİŞİSEL VERİLERİN KORUMASINA DAİR DOĞURABİLECEĞİ SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Yiliyaer Abudureyimu
aliyarlaw@gmail.com
Yücel Oğurlu
yogurlu@ticaret.edu.tr

ÖZET

Günümüzde hayatımızın ayrılmaz bir parçası haline gelen yapay zekâ teknolojileri, bireylerin davranışları, tercihleri ve özel hayatları hakkında farklı yöntemler ile veri toplayıp, doğrulanamayan çıkarımlar ve tahminler yapabilmektedir. Bu verilerin toplanması, işlenmesi, değiştirilmesi, aktarılması ve çıkarım yapılması süreçleri, muhtelif hukuki sorunlara sebep olabilmektedir. Özellikle kişisel verilerin korunması kapsamında yapay zekâ teknolojileri büyük risk ve sorunlar oluşturmaktadır. Yapay zekâ çeşitli ve zengin kişisel verilerden yararlanarak ayrımcı, önyargılı ve “istilacı” kararlar verebilmektedir. Fakat günümüzde kişisel veri koruma kanunları, insanların yalnız kalma hakkı başta olmak üzere insanların mahremiyetini, kimliğini ve özerkliğini korumak için tasarlanmasına rağmen yapay zekâ teknolojilerinin getirdiği risklerinden ilgili kişileri korumada eksik kalmaktadır.

Amaç: Çalışmada yapay zekâ uygulamalarının kişisel verilerin korunmasına dair doğurabileceği sorunları bulmak ve genel anlamda çözüm önerileri ortaya çıkarmak amaçlanmıştır.

Yöntem: Çalışma betimleme yöntemine dayalı niteliksel bir çalışmadır.

Bulgular: Yapay zekâ döneminde, kişisel verilere yönelik ihlallerin niteliği ve ağırlığında da esaslı farklılıklar olmuştur. Kişisel verilerin korunması, kişilik haklarını, özel hayatın gizliliğini, kişilerin manevi bütünlüğünün, şeref ve onurlarının korunması gibi diğer temel haklarla yakın ilgisi olan bir konudur. Yapay zekâ çağında hassas veriler ile hassas olmayan veriler arasındaki nitelik farklılığının azalması; aynı şekilde, anonimleştirilmiş veri ile kişisel veri arasındaki farklılığın da azalması söz konusudur. Bunlara ek olarak, çıkarımların niteliği sorunu ve çıkarımların sebep olduğu önyargı ve ayrımcı kararlar da diğer ciddi bir problemdir. Yapay zekâ algoritmaların kara kutu ve şeffaflık sorunları, teknik açıdan çözülmeyi bekleyen sıradaki problemler arasındadır. İhlal failinin belirlenmesinin güçlüğü ve ihlalin delillerinin elde edilmesinin teknik olarak kolay olmaması ve yüksek maliyetli olması, yapay zekâ döneminde kişisel verilerin koruma kapsamında ortaya çıkan temel problemler arasında yer almaktadır. Bu sorunlar karşısında yapılması gerekenler ise verinin sadece toplanma aşamasında düzenlemelere tabi tutulmayıp, verilerden türetilen çıkarımların da kişisel verilerin korunması kapsamında değerlendirilmesidir. Kişisel veya kişisel olmayan ve hassas veya hassas olmayan verilerin güncel olmayan, etkisiz ve akışkan sınıflandırmalarından vazgeçilmelidir.

Özgünlük: Türkiye’de yapılan ilgili çalışmalara bakıldığında, kişisel verilerin korunması sorunu, yapay zekâ uygulamalarının doğurabileceği sorunlar ve çözüm önerilerini hukuk perspektifinden inceleyen çalışma özgün niteliktedir.

Anahtar Kelimeler: Yapay Zekâ, Kişisel Veri Koruma, Mahremiyet

JEL Sınıflandırması: K22

PROBLEMS AND SOLUTIONS ABOUT ARTIFICIAL INTELLIGENCE AFFECTING THE PROTECTION OF PERSONAL DATA

ABSTRACT

Artificial intelligence technologies, which have become an integral part of our daily lives today, can collect data about the behaviors, preferences and private lives of individuals with different methods and make non-intuitive and unverifiable inferences and predictions. These data collection, processing, modification, transfer and inference processes can cause various legal problems. Artificial intelligence technologies pose great risks and problems, especially in the scope of protecting personal data. Artificial intelligence is able to make discriminatory, prejudiced and invasive decisions by making use of diverse and rich personal data that have unforeseen great value. However, although the personal data protection laws are designed to protect the privacy, identity and autonomy of the people, especially the right to be alone, they fall short in protecting the relevant people from the risks brought by Artificial Intelligence technologies.

Objective: In the study, it is aimed to find the problems that artificial intelligence applications may cause regarding the protection of personal data and to reveal solutions in general terms.

Method: Method: The study is a qualitative study based on the descriptive method.

Findings: In the era of artificial intelligence, there have also been fundamental differences in the nature and severity of violations of personal data. Protection of personal data is an issue closely related to other fundamental rights such as personal rights, privacy, moral integrity, honor and dignity of individuals. Decreasing the quality difference between sensitive data and non-sensitive data in the age of artificial intelligence; likewise, the difference between anonymized data and personal data is reduced. In addition to these, the problem of the quality of the inferences and the bias and discriminatory decisions caused by the inferences are another serious problem. Black box and transparency problems of artificial intelligence algorithms are among the next problems waiting to be solved from a technical point of view. The difficulty of identifying the perpetrator of the violation and the technical difficulty and high cost of obtaining the evidence of the violation are among the main problems that arise within the scope of protection of personal data in the era of artificial intelligence. What needs to be done in the face of these problems is that the data is not only regulated during the collection stage, but also the inferences derived from the data are evaluated within the scope of the protection of personal data. Outdated, ineffective and fluid classifications of personal or non-personal and sensitive or non-sensitive data should be abandoned.

Originality: Looking at the related studies conducted in Turkey, the study examining the problem of protection of personal data, the problems that may arise from artificial intelligence applications and solution proposals from the perspective of law is original.

Keywords: Artificial Intelligence, Personal Data Protection, Privacy

JEL Classification: K22

GİRİŞ

Günümüzde teknolojilerin gelişmesi insana temas eden her sektörde belirli düzeyde etki oluşturmaktadır. Bilişim ve İletişim Teknolojileri (BİT)'in yaygın kullanılmasıyla beraber, verilerin otomatize edilmiş sistemler vasıtasıyla hızlı, verimli bir şekilde işlenmesi ve uzun süreli saklanması mümkün hale gelmiştir. Yeni bilgisayar teknolojileri, hayatın birçok alanında dijitalleşme süreçlerini başlatmıştır. (Okur, 2010, s. 2) Hukukun her alanı bu yeniliklerden payını almaya başlamıştır.

Şimdi de yeni bilgisayar teknolojilerinin ulaştığı yepyeni bir aşama olan yapay zekâ sayesinde gerçekleşen verilerin otomatik işlenmesiyle beraber, veriler arası korelasyon ile dağınık verilerin ilişkilendirilip anlamlandırılması da kolay hale gelmiştir. Biz hukukçulara ilk bakışta yabancı gibi duran bu yeni aşama da hukukun birçok alanında değişiklikleri doğurmaya başlamıştır.

Yapay zekâ, genel anlamda kendi deneyimlerinden öğrenebilecek ve muhtelif durumlarda karmaşık problemleri çözebilecek veri sayar sistemlerini tanımlamak için kullanılan bir kavramdır. (Norvig & Russell, 2016, s. 3) Bir diğer ifadeyle, yapay zekâ, daha önce sadece insana özgü olduğunu düşündüğümüz belirli yetenekleri gerçekleştirmeyi hedeflemektedir. Her geçen gün yaşanan şaşırtıcı gelişmelerle bu uzak hedefe adım adım yaklaşılmaya çalışılmaktadır.

Yapay zekâ döneminin en önemli dayanağı, hatta bu motorun yakıtı niteliğinde olan “veri”, sahip olanlar bakımından gücü de üretmektedir. Bu güç gerek devletler gerekse özel sektör açısından diğerleriyle rekabet için oldukça önemlidir. Bunun farkına varan kurumlar ve özel teşebbüsler, bir şekilde toplanan kişisel verileri kullanarak muhatap veya hedef kitleye daha kolay ulaşmak isterler. Kurumlar veya özel teşebbüsler, muhatap kitleyi kolaylıkla tespit etmeyi, onlara sundukları hizmetin kalitesini artırmayı ve bazen de bu verileri satarak ticarî kazanç elde etmeyi hedeflemişlerdir. Bu durum, bazılarına göre insanların sadece mahremiyetlerinin ihlali değil, belki de hayati sorunları da içeren başka alanları ilgilendirmektedir. (Varkonyi, 2018, s. 3)

Yapay zekâ döneminde, kişisel verilere yönelik ihlallerin niteliği ve ağırlığında da esaslı farklılıklar olmuştur. Kişisel verilerin korunması, kişilik haklarını, özel hayatın gizliliğini, kişilerin manevi bütünlüğünün, şeref ve onurlarının korunması gibi diğer temel haklarla yakın ilgisi olan bir konudur.

I. KİŞİSEL VERİ KORUMASINDA YAPAY ZEKÂ DÖNEMİNİN OLUŞTURDUĞU SORUNLAR

Yapay zekâ teknolojilerinin risk getirdiği alanlardan birisi, veri sahipleri/ilgili kişilerin bilgi mahremiyeti, yani gizlilik hakkıdır. Bu hakkın ihlali, kişisel verilerin kullanılması ile gerçekleşmektedir. Sanal dünyanın kişilik kavramı üzerindeki olumsuz etkileriyle mücadelede klasik hukuki araçlar etkili olamamıştır. (Civelek, 2011, s. 3) Özellikle kişiyi tanımlayan ve belirleyen kişisel verilerin aktarılması, saklanması, değiştirilmesi, sınıflandırılması ve aranmasına ilişkin alternatiflerin artışı temel hak ve özgürlüklere zarar vermeksizin korunmalarının nasıl sağlanacağı sorusunu gündeme taşımıştır. (Civelek, 2011, s. 6) Çünkü bu kapsamda, kişisel verilerin korunması

sorunu yaşanırken, verilerin sadece miktarının değil, aynı zamanda niteliğinin de değişime uğradığı görülüyor. (Cukier, 2014) Klasik anlayışın bu değişimi yakalayabilmesi için, temel yaklaşıp ve değerleri koruyarak ancak yeni araçlara uyum sağlayacak bir esneklik kazanması gerekir.

Avrupa Birliği (AB) “*Genel Veri Koruma Tüzüğü*” madde 4’te belirtilen kişisel veri tanımında, bu kavramın *bilgi, kişiye ilişkin olma ve kimliği belirli veya belirlenebilir bir kişi* olmak üzere üç temel unsurdan oluştuğu söylenebilir. Bu üç unsur, Madde 29 Çalışma Grubu tarafından yayımlanmış olan kişisel veri kavramına ilişkin belirsizlik ve yaklaşım farklılığını bertaraf etmek amacı taşıyan görüş metnini ile de örtüşmektedir. (European Commission, 2007, s. 6)

Yapay zekâ döneminde kişisel verilerin korunması konusunda muhtelif düzenlemeler yapılmış ve yapılmaya devam etmektedir. Genel olarak bakıldığında, bu tür düzenlemelerin iki gruba ayrıldığını görebilmekteyiz. Bunlardan ilk grup olan Kara Avrupası Hukuk Sisteminde kişisel verileri sosyal ve hümanist bir yaklaşımla temel insan hakları ve/veya kişilik hakkı kapsamında değerlendiriliyor. Bu yaklaşımda kişisel veri kavramı, anayasal anlamda bir temel hak (insan hakkı) olarak nitelendirildiğinde dahi, korunma altında olan değerın özel hayatın gizliliği (mahremiyet) olduğu görülmektedir. Özel hayatın gizliliği ise medeni hukuk terminolojisinde de var olan “kişilik hakkı” kapsamındaki kişisel değerler çerçevesinde bir terimdir. (Hatemi, 2018, s. 66) AB’nin kişisel veri koruma modeli, birleşik bir kişisel veri koruma kanununun çıkarılması ile karakterize edilebilir. Bu sebeple de birleşik model olarak da adlandırılır. AB çerçevesinde Almanya başta olmak üzere, üye ülkelerde yeknesak veri koruma kanunları yayımlanmıştır. (Hanhua, 2018, s. 79-80) Bu durum, Birliğe üye devletlerin hukuk sıztemlerini uyumlaştırmak zorunda olmalarının sonucudur.

İkinci grup olan Anglo-Sakson Hukuk Sistemlerinde kişisel verilerin korunması düzenlemelerinin diğer bir boyutunun ön plana çıktığı görülmektedir. Bu yaklaşıma göre, kişisel verilerin korunması konusu, ekonomik ve iktisadi bir yaklaşım ile mülkiyet ve/veya fikri haklar kapsamında değerlendirilmektedir. (Aksoy, 2008, s. 215) Nitekim, bu yaklaşımda kişisel veri, yalnızca sahibinin kişiliğinin bir uzantısı olmayıp aynı zamanda ilgili kişiliğin bir ürünü olarak da kabul edilmektedir. (Akkurt, 2020, s. 21) Diğer bir ifadeyle, Anglo-Sakson modelinin kişisel verilerin korunması yaklaşımında bir yandan kişilik hakkı kapsamında korunma amaçlanırken diğer yandan da kişiliğin dışında olan ve ona bağlı olarak ortaya çıkan bir ürün olarak düşünölmektedir.

Bu iki grubun yaklaşımlarını karşılaştırdığımızda, AB müktesebatı çerçevesinde gelişen kapsamlı yasama modeli, kişisel verilerin yeknesak kanuni düzenlemelerle korunmasına odaklanmakta ve kişisel verilerin korunması için oldukça açık standartlar ortaya koymaktadır. Fakat bu yaklaşım, kişisel veri haklarının özel nitelik ve içeriğini özel haklar açısından doğrulayamamıştır. Bu yaklaşımın, devletin kamu iktidarının rolünü vurguladığı için soyut kurallar, katı denetim ve yönetim vb. sorunlar ortaya çıkardığı düşünölmektedir. (Lingjie, 2019, s. 167-168)

Amerika Birleşik Devletleri (ABD) düzenlemelerinin piyasa odaklı olduğu, konuya ticaret ve sanayinin ihtiyaçlarına göre pragmatik yaklaştığını, bunun da kişi güvenliği ve kişisel verilen

korunmasının felsefi ve hukuki dayanakları bakımından rahatlıkla eleştirilebilir olduğunu ifade etmek gerekir.

İster AB'deki gibi tek bir yasa ile kişisel verilerin korunmasını amaçlayan düzenlemeler olsun isterse ABD'deki gibi sektörel bazda kişiyi tanımlayan bilgilerin korunmasını ön planda tutan rejimler olsun, yapay zekâ döneminde beklenmedik hukuki ve fiili sorunlar ile karşılaşmaktadır. Bu sorunların bazıları hukuk sisteminin ilkelerinden kaynaklanmaktaysa da bazılarının teknik ilerlemelerden ve uluslararası rekabetten kaynaklandığı görülmektedir.

A. Kişinin Paylaşım İradesi Her Zaman Gerçek mi?

1950'li yıllarda henüz sınırlı sayıda verinin olduğunu ve internet ortamı gibi verilerin hızlı dolaşımı imkânlarının olmadığı dönemlerde kişilerin veri güvenliği konusu günümüzdeki kadar yaygın bir problem alanı oluşturuyordu. Ancak günümüzde verilerin yeni bilgisayar teknolojileri kanalıyla Büyük Veri kapsamında yaygınlaşması, insanların gönüllü veya gönülsüz olarak bilgilerini paylaşmak zorunda kalmaları, büyük muammalara yol açmıştır.

Cep telefonları ya da kişisel bilgisayarlar üzerinden kullanmak istenilen herhangi bir programın kullanıcıdan bir dizi sıralı erişim onayı olmaksızın kullanıma izin verilmemesi, bu programları kullanmak zorunda olan belirli kullanıcıların gönülsüzce ve zorunlu olarak verilerini paylaşmaya mecbur kılmaları gerçeği ortaya çıkmaktadır. İşte tam da bu noktada, kişilerin verilerinin kullanıma açılmasında, onların özgür iradelerini ne kadar kullanılabildikleri hususu temel bir problemdir. İnsanın iradesi üzerinde, ister hileli yollarla isterse onun kullanmak zorunda olduğu bir programa erişmek için ilgili-ilgisiz birçok kişisel verisini kullanmaya mecbur bırakmak bazen hukuki, bazen de ahlaki bir sorun olarak önümüzde durmaktadır.

Bir bilgisayar programını mutlaka kullanmak zorunda olan kişilerin verdikleri bu gönülsüz rıza en azından onların iradelerinin sakatlanması boyutunda olmasa bile mecazi anlamda iradelerinin gölgelenmesi olarak düşünülebilir. Yapay zekâ döneminde tartışılması gereken bu problem gün geçtikçe daha ileri aşamalarda yaşanacaktır.

B. Hassas Veri Sorunu

Yapay zekâ döneminde ihdas edilen kişisel veri düzenlemelerine bakıldığında, hassas veriler ile hassas olmayan veriler arasındaki farkın azalmasından kaynaklanan risklerin ortaya çıktığı görülmektedir. Günümüzde en katı kişisel veri koruma kanunu niteliğinde olan “*Genel Veri Koruma Tüzüğü (Tüzük)*” sağlık, etnik köken veya siyasi inançlar gibi özellikleri tanımlayan “özel kategoriler” için daha fazla koruma sağlamıştır. Örneğin, söz konusu verilerin kullanılması izni için daha yüksek standartlar ve sınırlı izin verilen kullanımlara imkân tanımıştır. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) da bir genel mahkeme kararında Tüzük'ün 9'uncu maddesinin uygulanmasını, veri sorumlusunun hassas verilere ulaşma niyetinin olması ve toplanan verilerin ilgili kişi hakkındaki çıkarımları ortaya çıkarmak için göreceli olması ile sınırlamıştır. (Kathleen Egan, Margaret Hackett ve Avrupa

Parlamentosu, 2012) Her iki şart da yapay zekâ döneminde kişisel verilerin korunması için birer risk oluşturmaktadır.

Bu konuda, ABAD ile Madde 29 Çalışma Grubu farklı yorum sergilemektedir. Madde 29 Çalışma Grubunun yorumuna göre hassas veriler, yalnızca doğası gereği hassas bilgiler içeren verileri değil, aynı zamanda kişiye ilişkin hassas bilgilerin çıkarılabileceği verileri de kapsamaktadır. (Kathleen Egan, Margaret Hackett ve Avrupa Parlamentosu, 2012) Bir diğer ifade ile, belli hassas olmayan verileri işleyerek ilgili kişi ile ilgili hassas veriler çıkarılabiliyorsa, giriş yapılan veriler artık hassas veri niteliği kazanacaktır. Zarsky'nın görüşünde her şey potansiyel olarak hassas veri olabilmekte, sadece bizim onu henüz hassas veri olarak bilmiyor olmamız bu korumaya engel olabilmektedir. (Zarsky, 2017, s. 47) Nitekim, günümüz yapay zekâ teknolojisinde hassas olmayan verilerin işlenmesi sonucunda kişiye özel hassas verilerin üretilebilmesi kolayca gerçekleştirilebilen bir işlemdir. Kısacası yapay zekâ teknikleri, hassas olmayan verilerin, kolaylıkla hassas verilerin ihlali sonucunda oluşacak riskleri oluşturabilmesini mümkün hale getirmiştir. Facebook, Wechat ya da herhangi biri gibi sosyal medyadaki iletişim/eğlence aracının size ait bütün veriler üzerinden sanal kimlikler oluşturması, alışkanlık, ilgi ve beklentilerinizi izlemesi ve bundan ticari ya da başka amaçlarla yararlanması ihtimali her zaman vardır.

Örnekleri biraz daha artırırsak işin daha farklı boyutları da ortaya çıkar. Nesnelerin İnterneti, akıllı şehirler aracılığıyla gerçekleştirilen veri işlemleri, bağlantılı verilerin öncülüne dayanmaktadır. Akıllı şehirlerde, sensör verileri, WiFi verileri ve konum verileri insanların yavaş faaliyetleri hakkında dahi veri topluyor. Ağ bağlantılı sensörlere sahip otomobillerin sürücüleri, yolculuk verilerine göre davranışsal profillemeye tabi tutuluyor. (Wachter, The GDPR and the Internet of Things: A Three-Step Transparency Model, 2018, s. 10) Bu tür teknolojiler tarafından üretilen veriler, bireylerin davranışları, tercihleri ve özel yaşamları hakkında sezgisel olmayan ve doğrulanamayan çıkarımlar ve tahminler yapmak için kullanılabilir. Bu çıkarımlar, öngörülemeyen değere sahip oldukça, çeşitli ve zengin özelliklere sahip verilere dayanır ve genellikle bireylerin özel hayatlarının hassas özelliklerine dayanan ayrımcı, önyargılı ve saldırgan kararların ortaya çıkmasına zemin hazırlayan bir risk ortamı oluşturabiliyor. (Wachter, Normative Challenges of Identification in the Internet of Things: Privacy, Profiling, Discrimination, and the GDPR, 2017, s. 34)

Öte yandan ilgili kişilerin özel hayatlarını tanımlayan hassas veriler, kullanıcıların davranışlarını ve karşılanmamış ihtiyaçlarını ortaya çıkarmak için giderek daha fazla yaygın şekilde toplanabilir, paylaşılabilir ve analiz edilebilir veriler olarak görülmektedir. (Wachter, Data Protection in the Age of Big Data, 2019, s. 6)

Özetle, yapay zekâ döneminde bir yandan ilgili kişinin haberi olmaksızın daha fazla sayıda hassas veri toplanabilirken, diğer yandan da hassas olmayan veriler aracılığıyla türetilen yeni veriler, hassas veri niteliği taşıyabilmektedir.

Halbuki yukarıda bahsi geçen Tüzük, sadece sınırlı kapsamdaki verilerin hassas veri olduğunu belirlemiş, çıkarımların hassas veri niteliğinde olduğu durumları ihmal etmiştir. Halbuki bu çıkarımların, yapay zekâ teknikleri kullanılarak gerçekte ilişkisi olmayan sanal üretimlerinin en az hassas veriler kadar korunmaya layık olduğunu, hatta gerçeği yansıtmayacak içerik üretimlerinin ortaya çıkabileceği de dikkate alınırca daha büyük bir kişilik hakkı ihlaline sebep olabileceği unutulmamalıdır.

C. Çıkarımların Niteliği Meselesi

Yapay zekâ döneminde önemli sorunlarından bir diğeri de çıkarımların kullanılmasının yaygınlaşmasıdır. Gün içinde kullandığımız sosyal medya platformlarından medikal cihazlara kadar farklı araçlarla kolaylıkla toplanan veriler, çıkarımlar elde etmede “ekonomi klas veri” olarak değerlendirilmektedir. Çıkarımların kullanımı konusunda örnek vermek gerekirse, Netflix’in kullanıcıların ırklarına göre çıkarımlarda bulunup onlara “ırksal hedefleme” yolu ile film afişlerini tasarlaması ve tavsiyelerde bulunması (Arnold, 2018); Facebook’un LGBT kullanıcılarının verilerinden yaptığı “çıkartım”larla “eşcinsel tedavisi” reklamlarını önermesi (Cook H. H., 2018); Amazon’un sadece öksürük sesine dayanarak ne zaman hasta olacağını tahmin edebilen ve ilaç tavsiye edebilen yeni Alexa sürümünü geliştirmesi (Cook J. , 2018) ilginç güncel örnekler olarak verilebilir.

Çıkarımların temel sorunu, çıkartım işleminden ötürü, çıkartım sebep olabilecek olan ayrımcılıktan kaynaklanmaktadır. Çıkarımlar, kişilerin işsiz kalmasına, ırkı, dinî, felsefî düşüncesini dolaylı olarak aşağılayan davranışlara maruz kalmasına neden olabilir. Bu tür sorunların çözülmesi, çıkartım mekanizmasının nasıl işleyeceği ile ilgilidir. Bir başka deyişle, bu konu, çıkartım probleminin teknik açıdan çözülmesi gereken kısmıdır. Konunun kullanılan algoritmaların önyargıya sebep olacak yollarının öngörülerek engellenmesiyle ilgili olduğunu söylemeliyiz. Çıkarımlardan kaynaklanan ayrımcılık, önyargılı kararlar sorun oluştururken, çıkarımların niteliği konusunda da bir muğlaklık göze çarpmaktadır.

Nitekim ABAD, çıkarımların, kişisel veri tanımı kapsamına girip girmediği konusunda açık bir karara varmamıştır. 2014 yılındaki verilen bir kararında (YS ve Diğerleri, 2014), çıkarımları kişisel veri kapsamı dışında tutarken, 2017’deki bir kararda (Peter Nowak v Data Protection Commissioner, 2018) çıkarımları kişisel veri olarak tanımlamıştır. Fakat sonraki bir davada ABAD, kişisel veri ile ilgili tüm hakları ilgili kişiye tanımamış ve veri koruma kanununun bireylerin nasıl değerlendirileceği konusunda bir hak içermediğini açıkça belirtmiştir. Sonuçta Tüzük’ün, sadece girdi verilerinin yasal olarak elde edilmesini sağlamak, tanımlamak ve korumak için tasarlandığı anlaşılıyor. Daha önceki örneklere baktığımızda, çıkarımların kişisel veri sayılıp sayılmayacağı ve nasıl korunacağı hakkında ABAD ve Madde 29 Çalışma Grubunun farklı yorumlarının olduğu görülmektedir. Bu farklı görüşleri burada Tablo 1’de görebiliriz:

Tablo 1. Çıkarımların Niteliği Hakkında Görüşler

<i>Madde 29 Çalışma Grubu'nun Görüşü</i>	<i>ABAD'nın Görüşü</i>
Kişisel verilerdir	Kişisel verilerin olup olmadığı belirsizdir
Tüzük haklarının çoğu için geçerlidir	Haklar yalnızca amaca göre geçerli olabilir.
Karar verme aşamasını (Decision- Making) daha şeffaf ve hesap verebilir kılmak için veri korumasından yararlanabilir.	Veri korumanın amacı içeriğe bağlı karar verme sürecini düzenlemek değildir. (CPDP, 2019)

Kaynak: Yazar Tarafından Oluşturulmuştur.

Madde 29 Çalışma Grubu'nun görüşüne göre kişisel veriler üç basamaklı model ile belirlenebilir: Bir kişi hakkındaki veriler (içerik); bir kişiye erişmek için kullanılan veriler (amaç); bir kişiyi etkileyen veriler (sonuç). Çalışma gurubu, sübjektif bilgileri, görüşleri ve değerlendirmeleri de kişisel veri olarak değerlendirdiği için çıkarımlar açık şekilde kişisel veri niteliğini kazanmış olacaktır. (Article 29 Data Protection Working Party, 2018) ABAD'nın konu hakkında verdiği kararlar değerlendirildiğinde, kişilerle ilgili yapılan hukuki analizleri, kişisel veri kapsamında değerlendirmede görülmemektedir. ABAD, Nowak kararında da Madde 29 Çalışma Grubunca buna benzer bir yorumlama yapmış olsa da bu hukuki analizin kişisel veri niteliği kazanması, onunla ilgili bütün haklardan yararlanılabileceği anlamına gelmeyeceği vurgulanmıştır. (Peter Nowak v Data Protection Commissioner, 2018) Kanımızca, bu durumda, hukuki savunmalar ve hukuk süreçlerinde ortaya çıkan hukuki değerlendirmeler içeren veriler, ilk bakışta kişisel veri koruması içinde görülmeyebilir. Fakat bu verilerin kişilerin özel hayatlarına dair mahrem bilgiler olması halinde, rızaları dışında paylaşılacakları gerekir.

Çıkarım ile ilgili bir diğer mesele de, yapay zekâ tarafından yapılan çıkarımlar ile ticari sır arasındaki ilişkiden kaynaklanmaktadır. Yapay zekâ teknoloji şirketleri, ilgili kişilerin verilerinden türetilen çıkarımların ticari sır kapsamındaki verilerin gizli tutulması gerektiği savunulmuştur. (Protalinski, 2011) Örneğin Facebook, bu konuda ticari sır kapsamında ilgili kişi ile alakalı olan çıkarımların ilgili kişiye verilme talebini reddetmiştir. Halbuki, şirketlere ait olan verilerin onların rızası olmadan bu şekilde paylaşılması, aleyhinde sonuçlar ve algı doğurabileceğinden bu izinsiz paylaşımlar veri güvenliğinin ihlali anlamına gelmektedir.

Özetle, yapay zekânın hızlı ilerlemesi ile beraber, sadece hassas veriler değil, kişisel veriler ya da henüz kişisel veri niteliği kazanmayan verilerden, yapay zekâ tarafından çıkarılan çıkarımlar da kişisel veriler gibi korunma kapsamındaki hukuki değerleri ihlal edebilmektedir.

D. Anonimleştirilmiş Veri Sorunu

Yapay zekâ döneminde hassas veri ile hassas olmayan verilerin ayrımı zor olduğu gibi kişisel veri ile kişisel olmayan veri arasındaki ayrımın uygulanabilir olup olmadığı da diğer bir problem

oluşturmaktadır. Yapay zekânın geldiği ileri seviye göz önüne alındığında, teknik bakımından anonimleştirilmiş verilere (kişisel veri niteliği olmadığı varsayılan verilere) dayanarak işlenen ve doğrudan veri sahiplerini belirlenebilir kılan tahmini çıkarımlar karşısında ilgili kişinin nasıl korunacağı belirsizlik teşkil etmektedir. (Özdaş, Akıncı, & Türkkân, 2020, s. 230) Anonimleştirilmiş veri tekniği Yapay zekâ döneminde etkisiz durumda kalmıştır. Nitekim, teorik açıdan bütün anonimleştirilmiş veriler içeriklerinin tersi yönünde kullanılabilir ve bir kişiyle ilgili hale getirilebilmektedir. (Ohm, 2009, s. 1758)

Diğer yandan, Tüzük'teki ilgili kişilerin haklarının hiçbirisi anonim veriler için geçerli olmadığından yapay zekâ döneminde diğer bir sorun daha ortaya çıkmaktadır. Çünkü anonimleştirilmiş olan veriler bile kullanıcı profilleri oluşturmak için kullanılabilir ve bu nedenle, belirli bir kişiyi tanımlamaya gerek kalmadan gizlilik ihlali ve ayrımcılık riskleri meydana çıkabilir. (Hildebrandt, 2018, s. 320) Bu noktada Tüzük'ün, verilerin nasıl kullanıldığına; ilgili birey ve gruplar üzerinde veri toplama aşamasının etkisine odaklandığını söyleyebiliriz. (Mittelstadt, 2017, s. 482) Yani Tüzük'ün en büyük eksikliklerinden birisinin de bütün düzenlemeleri veri toplama aşamasına yönelik kurgulaması olduğunu söyleyebiliriz.

E. Algoritmik Önyargı, Kara Kutu ve Şeffaflık Sorunu

Şeffaflık konusu yalnızca özel sektörde şirketler için değil, çok daha fazlasıyla devletler ve İdare için de geçerlidir. Ticari sırlar ve devlet sırları hariç tutulursa, şeffaf yönetim, başarı ve güvenlik için aranan bir ön şarttır.

İdarenin şeffaf olması, kamu yönetimi ve idare hukuku açısından önemli bir araçtır ve “6 Sigma” kuralları arasında yer alır. Şeffaflık, idareye güven bakımından önemli olduğu kadar, kişilerin toplanan kişisel verilerinin İdare tarafından nerede ve ne amaçla kullanılacağına bilinmesini de gerektirir. Bu yönüyle, kamu kurumlarıyla paylaşılan kişisel verilerin mutlaka ilgililerin rızası olarak paylaşılması, onlardan habersizce başkalarının eline geçmesine izin verilmemesi gerekir.

Yapay zekâ denildiğinde en temel araç olarak akla algoritma gelir. Nasıl ki veriler yapay zekânın temelini oluşturuyorsa, algoritmalar da yapay zekânın özüdür. Geçmişte geleneksel algoritmalar, izlenecek kurallar ve belirli veri noktalarına eklenecek parametreler, “elle” programlanıyordu. Yapay zekâ döneminde ise algoritmalar, modellerin veri kümelerinden çıkarılma şeklini ve öngörülerin yapılma yöntemlerini büyük ölçüde değiştirmiştir. (Otterlo, 2013, s. 46) Nitekim artık sadece “elle” değil, algoritma bizzat bunu yapabilmektedir. Fakat açıkça söylemek gerekir ki, insan denetiminden yoksun kalan yapay zekâ algoritmalarının önyargı veya ayrımcılıkla hareket edebildikleri gözlemlenmektedir. Yapay zekâ, otomatik karar çıkarmak istiyorsa verilerin beslenmesine ihtiyaç duyar. Verilerin kendisinde önyargı veya ayrımcılık varsa, yapay zekâ otomatik karar verme doğal olarak önyargı veya ayrımcılıkla dolu olacaktır. Bunun dışında, verilerin bazen sosyal gerekçelerle zayıf kesimler lehine pozitif ayrımcılıkla değerlendirilmesi gereken konularda nötr karar vermesi de istenilen sonuçları doğurmayacaktır.

Örneğin, 2016 yılında yapılan ilk “Yapay Zekâ Uluslararası Güzellik Yarışması”nda yapay zekâyı eğitmek için kullanılan fotoğraflar içerisinde belli oranda siyahi yüzler yer almadığı için, yarışı kazananların büyük çoğunluğu beyazlar olmuştur. (Bates & Blackmore, 2017) Beyaz ya da siyah tercihinde, belli bir algoritmanın bu tür önyargı oluşturabilecek veriler ile beslenerek eğitilmesi, toplum düzeyinde düşünüldüğünde daha ciddi seviyede önyargı ve ayrımcılığa yol açabilmektedir. Bir diğer ayrımcılık örneği Google’ın fotoğraf uygulamasında ortaya çıkmıştır. Dijital fotoğraf albümlerindeki resimleri etiketleyen yapay zekâ otomatik etiketleme sistemi, siyahların görüntülerini “goriller” olarak sınıflandırmıştır. (The Economist, 2016, s. 18) Bu da farkında olunsun veya olunmasın açık ve ciddi bir saldırıdır. Kısacası, insanların deri renkleri geleneksel anlamda kişisel veri kategorisine girmese de başka veriler ile birleştirildiğinde, biyometrik veri sınıfına bile dâhil edilebilecek kadar büyük ayrımcılık riskleri taşıyabilmektedir.

ABD’de, IBM, Amazon ve Microsoft gibi şirketler polisler farklı düzeylerde yapay zekâ yüz tanıma yazılımları sağlamaktaydı. Bu tür araçlar sayesinde polisler, sokaklarda devriye gezerken cep telefonu kameralarındaki resimleri hızlı bir şekilde karşılaştırabilir ve bunları polis veri tabanındaki yüz binlerce fotoğrafla eşleştirebiliyordu. Bu yapay zekâ yüz tanıma yazılımları polisin yeteneğini güçlendirmekle birlikte algoritmik önyargıya sebep olabilmektedir. Bu sebeple, Haziran 2020 de, IBM, Amazon ve Microsoft art arda polisler yüz tanıma teknolojisi sağlamayacakları konusunda açıklamalar yapmıştır. Bunların arasında Amazon, yüz tanıma yazılımlarının polisler satışını bir yıl boyunca askıya alacağını söylemişken, Microsoft, durdurma süresini yüz tanıma teknolojisini düzenleyen federal yasanın yürürlüğe girmesinden sonraya uzatmıştır. IBM yapay zekâ yüz tanıma yazılımı sağlamayı kalıcı olarak durdurduğunu açıklamıştır. (Oktay, 2020)

Algoritmik Adalet Birliği'nin kurucusu Joy Buolamwini 2017 senesinde IBM, Microsoft ve Despise adlı üç şirketin yapay zekâ yüz tanıma algoritmaları üzerinde bir önyargı testi yapmıştır. Üç Afrika ülkesinden ve üç Avrupa ülkesinden yüz fotoğrafları toplamış. Araştırmada kadınların doğru tanıma oranının erkeklere göre daha düşük, siyahi ırkların tanıma oranının beyazlardan daha düşük olduğu ortaya çıkmıştır. Bunların arasında IBM'in algoritmasının en büyük hata oranına sahip olduğu ortaya çıkmış; beyaz tenli erkekler ve siyahi tenli kadınlar için hata oranı %34,4 olmuştur. (Yangyang, 2020) Bu problemin önleyici kolluk önlemleri kapsamında yaygınlaştırılmasının, bütün diğer ülkelerde de benzer problemler doğurması kaçınılmazdır. Çünkü, eldeki fotoğrafların benzerliği üzerine kurulu bir algoritmanın, aynı ırk veya milletten farklı ancak benzeyen kişileri kategorik olarak suçlu olarak teşhis etmesi riskli ve onur kırıcıdır.

Algoritmik önyargı aslında yapay zekânın bir diğer sorunu olan kara kutudan kaynaklanmaktadır. Yapay zekâ birçok katmanda karmaşık karar verebilse de geliştiricilerin kararlarının arkasındaki mantıksal ilkeleri tanımlamaları veya açıklamaları kolay değildir. Yapay zekâ algoritmasının giriş katmanı ve çıktı katmanı arasında “kara kutu” oluşmaktadır. (Nott, 2017) Bu sebeple, belli bir veri kümesinden işlenip ortaya çıkan ve sonucu beslenen veriler ile açıklamak zor oluyor. Algoritmanın

neden bu tür sakıncalı çıkarımlar yaptığı sorusu yapay zekâyı geliştiren uzmanlar tarafından bile cevaplanamamaktadır. Ayrıca, saldırıların ortaya çıkardığı derin sinir ağlarının kırılabilirliği, bu yöntemlerin temelindeki öğrenilmiş karar verme süreçlerine şüphe uyandırmaktadır. (Kızrak, 2020) Sonuçta, yapay zekânın otomatik karar vermede ayrımcılık ve kara-kutu sorunları kişisel verilerin korunması için daha karmaşık zorluklar oluşturmaktadır.

Özetle, yapay zekâ döneminde önyargı ve ayrımcılık problemleri, kişisel verilerin korunması konusunda engeller oluşturmaktadır. Nitekim, kişisel veriler ile eğitilip önyargılı olmayan ve ayrımcılık yapmayan yapay zekâ oluşturmak teknik açısından hiç de kolay değildir. Çünkü kişisel verilerin veri kümelerine göre, kendinden kaynaklanan potansiyel önyargı ve ayrımcılık olabilmektedir. Hukuki açıdan yapay zekâ ile işlenen kişisel verilerin nasıl bir düzenleme altında önyargıya ve ayrımcılığa yol açmayacağı da kolay çözülecek bir problem değildir. Algoritmaların neden önyargılı kararları ele alacağını anlamak, algoritmik kara kutu üzerinde iyi çözümü belirlemek ve algoritmaların zararının sorumluluğunu paylaşmak da aynı şekilde kolayca çözülebilecek bir iş değildir. (Ishii, 2019, s. 516) Yapay zekâ döneminde bu konuların çok boyutlu ve geniş bir bakış açısıyla ele alınması gerekmektedir.

Bazı veri bilimcileri, ilgili kişilerin kullanılan modeli veya kuralları tanınmasına ve algoritmaları incelemesine izin vermek için algoritmaların şeffaf olması gerektiğini, böylece bir yapay zekâ sistemi tarafından verilen yanlış kararın araştırılabilir ve ilgileri sorumlu tutulabilir hale getireceğini savunmaktadır. (House of Commons, Science and Technology Committee, 2016, s. 17-18) Ancak, günümüzde çoğu yapay zekâ sistemleri, belirli bir karara varmak için bir neden sağlamak üzere kurulmamaktadır. Örneğin, Google DeepMind'in AlphaGo'su son derece sıra dışı bir hamle yaparak insan rakibini yendiğinde, AlphaGo ekibi bu hareketi neden yaptığını açıklayamamıştır ve şu anda insanlar yapay zekânın mantığını tam olarak anlayamamış veya çözememiştir. (House of Commons, Science and Technology Committee, 2016, s. 17) Viktor Mayer ve Kenneth Cukier'e göre günümüzde yapay zekâ teknolojileri, insanları “nedensel” olarak düşünmekten “korelasyon” şeklinde düşünmeye zorlamaktadır. (Schönberger & Cukier, 2013, s. 57) Bu görüşe göre artık, bütün bilgi edinme yöntemleri nitelik açısından değişime uğrayacaktır. Klasik yöntemlerden tamamen uzaklaşarak, yani nedensellikten uzaklaşarak, korelasyon aracılığıyla karar vermeye zorlayacağı belirtilmiştir. Sonuçta, alınan kararların bir nedeni olmayacak bu kararın sadece bir korelasyon sonucu olduğu açıklaması ile yetinilecektir. Google AlphaGo örneğinde, yapay zekânın yaptığı hamle, nedensel bir açıklama ile cevaplanmadığından o hamlenin rakibi yenme ile olan korelasyon ilişkisi ile cevaplamak daha mantıklı olacaktır. Bu tip sistemler, karar verilirken veri kümelerindeki korelasyonlardan faydalanmaktadır. (Kızrak, 2020) Sonuçta büyük şeffaflık problemlerine yol açabilmektedir.

Şeffaflık sorunundan dolayı ilgili kişi, verilerindeki hataları bulamaz ve bu hatalar üzerinden ayrımcı sonuçlara maruz kalırsa “algoritmik kara kutu” sorunu çözülemediği sürece -profil oluşturma da dahil- veri işleme sürecine karşı çıkamayacaktır. Bu şekilde kişisel verilerinin nasıl kullanıldığı ve

daha da önemlisi, ilgili kişi hakkındaki kararların nasıl alındığına dair bilgilere erişemeyecektir. (Buttarelli, 2016) Bu sebeple, ilgili kişilerin verilerinin kullanımına uygun bir şekilde izin vermesi/rıza göstermesi imkânsız hale gelmesi yapay zekâ döneminde kişisel verilerin korunması konusundaki önemli engellerdendir.

F. İhlal Failini Belirleme, Delil Elde Etme Sorunu

Gelişmiş ülkelerin hemen hepsinde hukuk kişisel verilerin ihlaline karşı kişiler korur ve bu verilerin kişilerin rızası olmaksızın paylaşılması yasaklanır. Günümüzden yaklaşık 20-30 yıl kadar öncesine kadar bu genel ve klasik koruyucu yaklaşım, kanuni düzenlemeler ve sıkı bir uygulama ile ihtiyaçları karşılayabiliyor iken “Büyük Veri” aşamasına geçilmesiyle artık işin boyutları ve ölçekleri de değişmiştir. Yine aynı durum, kişisel verilerin korunması ile ilgili “mahremiyet” kavramının nasıl algılanması gerektiği ile ilgili bir meseleye dönüşmektedir.

Geleneksel yöntemlerde kişisel verilerin toplanması çoğu zaman yüz yüze gerçekleştirilir ve bu sebeple veri işleyeninin bulunması daha kolaydır. Sonuçta, veri ihlali gerçekleştiğinde ihlal öznesinin belirlenmesi hiç de zor değildir. Fakat, yapay zekâ döneminde veri ihlalini yapan öznenin bulunması artık eskisi kadar kolay olmamaktadır. Yapay zekâ üretici ve operatörlerinin belirlenebilmesi durumunda, haksız fiil sorumluluğu kuramına göre, yapay zekâ üreticisi ve operatörü, haksız fiil sorumluluğundan sorumlu tutulabiliyor. Sorumluluk konusunda yapay zekânın hayali kişilik (Legal Fiction Said) olarak değerlendirilebileceği ve kendisinin haksız fiil sorumluluğunu taşıyabileceğine dair bir görüş vardır. Fakat, yapay zekânın kendisinin hayali kişilik olarak kabul edilip edilemeyeceği de tartışmalı konudur. (Weigang, 2020, s. 169) Doğal olarak bu durumda ihlal eden özneyi belirlemenin hukuki kişilik bağlamında olduğu kadar sorumluluk konusu bakımından da zor olduğunu söyleyebiliriz.

Fakat, günümüzde yapay zekâ üreticileri ve operatörlerinin bulunması, pratikte ayrı bir güçlük oluşturabiliyor. Mesela, internette çevrimiçi olduğunuz sürece, kullanıcıya yönelik çeşitli bağlantı noktaları bulunabiliyor. Ne zaman, nerede ve hangi verileri topladıklarını, kimin topladığını belirlemek kişiler bakımından hiç de kolay değildir. Hayatımızın her köşesinde yer almaya başlayan kamera ve mikrofonların kişilerin verilerini toplayıp nerelere ilettiği, bu verilerin nasıl ve hangi amaçlarla işlendiği sorunlarının cevabını bulmak, devletler ve büyük şirketler için kolay olabilse de kişiler açısından neredeyse imkansızdır.

Kişisel verilerin işleme amacı yapay zekâ döneminde takibi ve kaynaklarını bulma bakımından tamamen belirsizleşti. Veri ihlali konusunda delil elde etmek de diğer bir problemi oluşturmaktadır. Çünkü ihlal öznesi gerçek veya tüzel kişi değil, çeşitli elektronik bağlantı noktaları ve teçhizatlar ile gerçekleştirilmektedir. Elektronik bağlantı noktaları, kişisel verileri gözetlemek için yapay zekâ teknolojisini kullanabilir. Bu durum, doğal bir şekilde delil elde etmeyi zorlaştırıyor ve ihlalin delili elde edilse bile maliyeti oldukça yüksek oluyor. Gerçekleşen veri ihlali ortada olsa bile, hangi bağlantı noktasından toplandığı, saklandığı, işlendiği ve aktarıldığı belli olmayan verilerle gerçekleştiğini

araştırıp bulmak yüksek maliyetli olabilir. Ellerinde veri toplamak için kullanılan bağlantı noktaları hariç hiçbir teknoloji desteğe sahip olmayan mağdurlar, delil elde etme bakımından oldukça pasif bir durumda kalabilecektir.

Yukarıda belirtilen zorluklar yapay zekâ döneminde kişisel verilerin korunması düzenlemelerinin önünde engel teşkil edebilmektedir. Bu engelleri teknik açıdan çözmeye çalışırken, hukuki boyutlarıyla değerlendirme çalışmaları da ihmal edilmemelidir. Günümüzde başta AB olmak üzere, yapay zekâ etiği, yapay zekâ düzenlemeleri konusunda çalışmalar sürdürülmektedir. Fakat bütün bu çalışmaların disiplinler arası, diğer bir ifadeyle bilişimciler ile hukukçuların ortak çalışmalarıyla yapılması gerekir.

SONUÇ

Teknolojinin hızlı ilerlemesi ile beraber, yapay zekâ gibi teknolojiler hayatımızda kolaylıklar sağlamıştır. Bu kolaylıklar karşısında, hukuki alanda ortaya çıkan birçok teknik problem kadar hukuki ihtilafla da karşılaşmaktayız. Yapay zekâ döneminde en sıkı karşılaşılan problemlerden biri, kişisel verilerin korunması sorunudur. Günümüzde mukayeseli hukuktaki kişisel verilerin korunması düzenlemelerine bakıldığında yapay zekâ döneminde bazı eksikliklerin ortaya çıktığı görülür.

Hassas veriler ile hassas olmayan veriler arasındaki nitelik farklılığının yapay zekâ tekniği aracılığıyla azalması; aynı şekilde, anonimleştirilmiş veri ile kişisel veri arasındaki farklılığın da azalması söz konusudur. Bunlara ek olarak, çıkarımların niteliği sorunu ve çıkarımların sebep olduğu önyargı ve ayrımcı kararlar da diğer ciddi bir problemdir. Yapay zekâ algoritmaların kara kutu ve şeffaflık sorunları, teknik açıdan çözülmeyi bekleyen sıradaki problemler arasındadır. İhlal failinin belirlenmesinin güçlüğü ve ihlalin delillerinin elde edilmesinin teknik olarak kolay olmaması ve yüksek maliyetli olması, yapay zekâ döneminde kişisel verilerin koruma kapsamında ortaya çıkan temel problemler arasındadır.

Bu sorunlar karşısında yapılması gerekenler, verinin sadece toplanma aşamasında düzenlemelere tabi tutulmayıp, verilerden türetilen çıkarımların da kişisel verilerin korunması kapsamında değerlendirilmesidir. Nitekim yapay zekâ teknolojileri, verileri direk kullanmaktan ötürü, ileride farklı amaçlarla tekrar kullanabilme ve yaptığı çıkarımlardan yine çıkarımlar yapabilme riskini oluşturmaktadır.

Kişisel veya kişisel olmayan ve hassas veya hassas olmayan verilerin güncel olmayan, etkisiz ve akışkan sınıflandırmalarından vazgeçilmelidir. Bu kategoriler, yalnızca toplandıkları andaki verilerin niteliğini yansıtır. Fakat, daha sonraki kullanımını ve olası dönüşümlerini (örneğin, cinsel yönelim, sağlık durumu veya cinsiyet çıkarımı) göz ardı etmektedir. Anonim hale geldiğini zannettiğimiz veriler yapay zekâ teknolojileri yardımıyla, paylaşılması halinde kişilerde rahatsızlık uyandıracak verilere dönüşmesi halinde hassas veriler kategorisine bile girebilecektir. Sonuç olarak, kişisel veri koruma düzenlemelerinin anonimleştirilmiş veri tuzağına düşmemesi ve türetilen çıkarımlar ve

onların yeniden kullanılmasıyla çıkarılabilecek yeni aktif verilerin kullanılmasının kişisel veri kapsamında korunması kadar, kişi haklarının ve mahremiyetinin de korunması kapsamında yeni baştan dikkate alınması gerekir.

KAYNAKÇA

Akkurt, S. S. (2020). Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış. *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 2(5).

Aksoy, H. C. (2008). The Right to Personality and It's Different Manifestations as the Core of Personal Data. *Ankara Law Review*, 5(2).

Arnold, B. (2018, 10 22). *Netflix User Anger over 'racial Targeting' of Movie Posters*. 01 05, 2021 tarihinde Yahoo: <https://www.yahoo.com/entertainment/netflix-users-anger-racial-targeting-movie-posters-104325948.html> adresinden alındı

Article 29 Data Protection Working Party. (2018). *Guidelines on Personal data breach notification under Regulation 2016/679*. Brussels: European Commission.

Bates, R., & Blackmore, N. (2017). The Privacy Challenges of Big Data and Artificial Intelligence. *KennedysLaw*.

Buttarelli, G. (2016). *A Smart Approach: Counteract The Bias in Artificial Intelligence*. 12 05, 2020 tarihinde Europa: https://edps.europa.eu/press-publications/press-news/blog/smart-approach-counteract-bias-artificial-intelligence_en adresinden alındı

Civelek, D. Y. (2011). *Kişisel Verilerin Korunması ve Bir Kurumsal Yapılanma Önerisi*. Ankara: Bilgi Toplumu Dairesi Başkanlığı.

Cook, H. H. (2018, 08 25). *Facebook Accused of Targeting Young LGBT Users with 'gay Cure' Adverts*. 01 05, 2021 tarihinde telegraph: <https://www.telegraph.co.uk/news/2018/08/25/facebook-accused-targeting-young-lgbt-users-gay-cure-adverts/> adresinden alındı

Cook, J. (2018, 10 09). *Amazon Patents New Alexa Feature That Knows When You're Ill and Offers You Medicine*. 12 08, 2020 tarihinde telegraph: <https://www.telegraph.co.uk/technology/2018/10/09/amazon-patents-new-alexa-feature-knows-offers-medicine/> adresinden alındı

CPDP. (2019, 02 11). *Profiling, Microtargeting and A Right to Reasonable Algorithmic Inferences*. youtube: https://www.youtube.com/watch?v=nN_sGuNhaOM adresinden alındı

Cukier, K. (2014, 6). *Big Data is Better Data*. 01 08, 2021 tarihinde TED: www.ted.com/talks/kenneth_cukier_big_data_is_better_data adresinden alındı

European Commission. (2007). *Article 29 Working Party Opinion 4/2007 on the Concept of Personal Data*. Brussels: European Commission.

Hanhua, Z. (2018). *Kişisel Bilgilerin Korunması Kanunu (Uzman Öneri Taslağı) ve Mevzuat Araştırma Raporu (个人信息保护法(专家建议稿)及立法研究报告)*. Pekin: Kanun Yayınları.

Hatemi, H. (2018). *Kişiler Hukuku*. İstanbul: On İki Levha.

Hildebrandt, M. (2018). Profiling and the Identity of the European Citizen. In profiling the european citizen. *Springer Dordrecht*, 303–343.

House of Commons, Science and Technology Committee. (2016). *Robotics And Artificial Intelligence: Fifth Report of Session*. <https://www.publications.parliament.uk/pa/cm201617/cmselect/cmsctech/145/145.pdf> adresinden alındı

Ishii, K. (2019). Comparative Legal Study on Privacy and Personal Data Protection for Robots Equipped with Artificial Intelligence: Looking at Functional and Technological Aspects. *AI & Soc*(34), s. 509 – 533.

Kathleen Egan, Margaret Hackett ve Avrupa Parlamentosu, T-190/10 (Genel Mahkeme'nin (Beşinci Daire) 5 28, 2012).

Kızrak, A. (2020, 12 05). *Açıklanabilir, Sorumlu ve Güvenilir Yapay Zekâ*. Medium: <https://ayyucekizrak.medium.com/a%C3%A7%C4%B1klanabilir-sorumlu-ve-g%C3%BCvenilir-yapay-zeka-bece897c5ea9> adresinden alındı

Lingjie, K. (2019). *Kişisel Veri Gizliliğinin Korunması (个人资料隐私的法律保护)*. Wuhan: Wuhan Üniversitesi Yayınları.

Mittelstadt, B. (2017). From Individual to Group Privacy in Big Data Analytics. *Philosophy & Technology*, 475–494.

Norvig, P., & Russell, S. J. (2016). *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. New Jersey: Prentice Hall.

Nott, G. (2017). Explainable Artificial Intelligence': Cracking Open the Black Box of AI. *Computer World*.

Ohm, P. (2009). Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization. *UCLA Law Review*, 1701–1777.

Oktay, M. (2020, 06 11). *Amazon'dan Yüz Tanıma Teknolojisinin Polis Tarafından Kullanımına Erteleme Kararı*. AA: <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/amazondan-yuz-tanima-teknolojisinin-polis-terafindan-kullanimina-erteleme-karari/1872922> adresinden alındı

Okur, N. (2010). Anayasa Hukuku Açısından Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması. *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi*.

Otterlo, V. (2013). A machine learning view on profiling. *Privacy, Due Process and The Computational Turn: Philosophers of Law Meet Philosophers of Technology* (s. 41–64). London: Routledge.

Özdaş, M., Akıncı, A., & Türkkân, A. (2020). Yapay Zeka ve Hukuk 4.0: Yapay Zekanın Hukuk Uygulamalarına Etkisi. M. K. İyigün içinde, *Oyun Değiştiren Yapay Zeka*. İstanbul: Beta Yayıncılık.

Peter Nowak v Data Protection Commissioner, C-434/16 (ABAD 02 26, 2018).

Protalinski, E. (2011, 10 12). *Facebook: Releasing Your Personal Data Reveals Our Trade Secrets*. zdnet: <https://www.zdnet.com/article/facebook-releasing-your-personal-data-reveals-our-trade-secrets/#:~:text=ZDNet%20Academy-,Facebook%3A%20Releasing%20your%20personal%20data%20reveals%20our%20trade%20secrets,trade%20secrets%20and%20intellectual%20property> adresinden alındı

Schönberger, V. M., & Cukier, K. (2013). *Büyük Veri: Yaşama, Çalışma ve Düşünme Şeklimizi Dönüştürecek Bir Devrim*. İstanbul: Paloma Yayınları.

The Economist. (2016). Artificial Intelligence: Ethics, Frankenstein's Paperclips.

Varkonyi, G. G. (2018). Robots with AI: Privacy Considerations in the Era of Robotics. *Law 4.0* (s. 1-12). Győr: Széchenyi István University.

Wachter, S. (2017). Normative Challenges of Identification in the Internet of Things: Privacy, Profiling, Discrimination, and the GDPR. *Computer Law Security Review*, 436–449.

Wachter, S. (2018). The GDPR and the Internet of Things: A Three-Step Transparency Model. *Law Innovation Technol*, 266-294.

Wachter, S. (2019). Data Protection in the Age of Big Data. *Nature Electronics*, 6-7.

Weigang, L. (2020). 人工智能时代对个人数据法律保护的挑战 (Yapay Zeka Çağında Kişisel Verilerin Yasal Olarak Korunmasının Önündeki Zorluklar). *法制博览*, 168 – 171.

Yangyang, W. (2020, 06 19). *IBM 宣布退出人脸识别，是道德楷模还是商业投机？*. Sina: <https://tech.sina.com.cn/i/2020-06-19/doc-iircuyvi9289158.shtml?cref=cj> adresinden alındı

YS ve Diğerleri, C-141/12 (ABAD 07 17, 2014).

Zarsky, T. (2017). Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data. *Seton Hall Law Review*, 47(4(2)).

Geliş Tarihi:

31.07.2021

Kabul Tarihi:

23.08.2021

Yayımlanma Tarihi:

30.09.2021

Kaynakça Gösterimi: Camcı, S., & Şeker, M. (2021). Sözleşmeye katılma anlaşmasında şekil ve şekle aykırılığın yaptırımı. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 20(41), 783-806. doi: 10.46928/iticusbe.976805

SÖZLEŞMEYE KATILMA ANLAŞMASINDA ŞEKİL VE ŞEKLE AYKIRILIĞIN YAPTIRIMI*


Araştırma

Sinem Camcı 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

İstanbul Ticaret Üniversitesi

sinem.camci@yahoo.com.tr

Muzaffer Şeker 

İstanbul Ticaret Üniversitesi

mseker@ticaret.edu.tr

Sinem Camcı, İstanbul Ticaret Üniversitesi'nde özel hukuk doktora öğrencisidir. Özel hukuk alanında yayımlanmış makaleleri bulunmaktadır. Medeni hukuk alanında uzmandır. İstanbul Barosu'na kayıtlı avukattır. Prof. Dr. Muzaffer Şeker, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesidir. Medeni hukuk alanında uzmandır. Lisans ve lisansüstü öğrencilerine çeşitli dersler vermektedir.

* Bu makale, İstanbul Ticaret Üniversitesi Özel Hukuk Doktora öğrencisi Sinem Camcı tarafından hazırlanan “Sözleşmeye Katılma” isimli doktora tezinden üretilmiştir.

SÖZLEŞMEYE KATILMA ANLAŞMASINDA ŞEKİL VE ŞEKLE AYKIRILIĞIN YAPTIRIMI

Sinem Camcı
sinem.camci@yahoo.com.tr
Muzaffer Şeker
mseker@ticaret.edu.tr

ÖZET

818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında yapılabilen sözleşmeye katılma, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 206'da hüküm altına alınmış ve böylece mevcut sözleşme ilişkisine yabancı üçüncü bir kişinin hangi şartlarla bu sözleşme ilişkisine dahil olacağına ilişkin kurallar somut hale gelmiştir. Katılmaya konu mevcut sözleşme tarafları ile katılan arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran üç taraflı, kendine özgü (sui generis) bir anlaşma olan sözleşmeye katılma, şekil serbestliğinin kural olduğu sözleşmeler hukukunda bu serbestliğin tanınmadığı; geçerliliği için belli bir şekle uymanın zorunlu olduğu anlaşmalardan biridir. Nitekim Türk Borçlar Kanunu, kuruluşu itibariyle fer'i nitelik gösteren sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerliliğini, bu anlaşmanın, katılımın gerçekleştiği mevcut sözleşmenin şekline uygun olarak yapılması şartına bağlı kılmıştır. Bu çalışmada, Türk Borçlar Kanunu md. 206'da düzenlenen sözleşmeye katılma anlaşmasının şekli ve bu şekle aykırılığın yaptırımını incelenmektedir.

Amaç: Çalışmada, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu döneminde sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında yapılan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise md. 206'da üç fıkra halinde düzenlenerek isimli sözleşmeler arasına dahil olan sözleşmeye katılma anlaşmasının şekline ilişkin TBK md. 206/f.3 hükmünün ayrıntılı olarak incelenmesi amaçlanmıştır.

Yöntem: Çalışmada, sözleşmelerde şekil konusu genel olarak ele alınmış ve bu kapsamda, geçerlilik şekli ve ispat şekli hakkında ayrıntılı açıklama yapılmıştır. Daha sonra ise sözleşmeye katılma anlaşmasında şekil konusu ele alınmış ve şekle aykırı davranılması halinde, sözleşmeye katılma anlaşmasına uygulanacak geçersizlik yaptırımının hukuki niteliği incelenmiştir.

Bulgular: Sözleşmeye katılma anlaşmasının şekline ilişkin Türk Borçlar Kanunu md. 206/f.3 düzenlemesine göre, katılımın gerçekleşeceği mevcut sözleşmenin bir geçerlilik şekline tabi kılındığı hallerde, sözleşmeye katılma anlaşmasının da aynı şekilde yapılması gerekmekte ve bu hükmün varlığı, sözleşmeye katılma anlaşmasında şekle bağlılığın kural; şekil serbestliğinin ise istisna olduğunu göstermektedir.

Özgünlük: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile hüküm altına alınan sözleşmeye katılma anlaşmasına ilişkin bir tane yüksek lisans tezi ve birkaç tane makale dışında bu konuda yapılmış bir çalışma bulunmamaktadır. Bu bağlamda, çalışma, sözleşmeye katılma anlaşmasının şekli konusunda araştırma yapmak ve bilgi sahibi olmak isteyenler için özgün bir makaledir.

Anahtar Kelimeler: Sözleşmelerde Şekil, Geçerlilik Şekli, İspat Şekli, Şekle Aykırılık, Sözleşmeye Katılma Anlaşmasında Şekil, Türk Borçlar Kanunu

Jel Sınıflandırması: K12

FORM IN THE AGREEMENT TO JOIN THE CONTRACT AND SANCTION OF VIOLATION OF FORM

ABSTRACT

Joining a contract, which can be made within the scope of the principle of freedom of contract in the old Code of Obligations No. 818, was stipulated in Article 206 of the Turkish Code of Obligations No. 6098, and thus the rules regarding the conditions under which a foreign third party would be included in this contractual relationship became concrete. It is not recognized in the law of contracts where freedom of form is a rule, joining the contract, which is a three-sided, unique agreement made between the parties to the existing contract and the participant, which results in the participant having the rights and obligations of the party he is with; it is one of the agreements in which it is obligatory to comply with a certain form for its validity. As a matter of fact, the Turkish Code of Obligations has made the validity of the agreement to participate in the agreement, which is an accessory due to its establishment, on the condition that this agreement is made in accordance with the form of the current agreement in which the participation took place. In this study, the form of the agreement to join the contract regulated in article 206 of the Turkish Code of Obligations and the sanction of violating this form are examined.

Purpose: In this study, it is aimed to examine in detail the provision of article 206 paragraph 3 of the Turkish Code of Obligations No. 6098 regarding the form of the agreement to join the contract, which was made within the scope of the principle of freedom of contract in the period of the old Code of Obligations No. 818.

Method: In this study, the subject of form in contracts is discussed in general and in this context, a detailed explanation is made about the form of validity and the form of proof. Then, the issue of form in the agreement to join the contract was discussed and the legal nature of the invalidity sanction to be applied to the agreement to join the contract in case of violation of the form was examined.

Findings: According to the Turkish Code of Obligations Article 206 paragraph 3 regulation regarding the form of the agreement to join the agreement, in cases where the existing agreement to participate in is subject to a form of validity, the agreement to join the agreement must be made in the same way and the existence of this provision means that adherence to the form in the agreement to join the agreement is a rule; shows that shape freedom is an exception.

Originality: Except for one master's thesis and a few articles on the agreement to join the contract, which is governed by the Turkish Code of Obligations No. 6098, there is no study on this subject. In this context, the study is an original article for those who want to research and have information about the form of the agreement to participate in the contract.

Keywords: Form of Contracts, Form of Validity, Form of Proof, Irregularity, Form in The Agreement to Join The Contract, Turkish Code of Obligations

Jel Classification: K12

GİRİŞ

İsviçre Hukuku ve Alman Hukukunda bağımsız bir sözleşme olarak düzenlenmeyen ve 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında yapılabilen sözleşmeye katılma anlaşması, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) md. 206'da üç fıkra halinde hüküm altına alınmış ve bu itibarla deyim yerindeyse kimlik kazanarak isimli sözleşmeler arasına katılmıştır.

Mevcut bir sözleşmeye yabancı olan üçüncü bir kişinin, mevcut sözleşmenin taraflarından birinin yanında yer almak ve yanına katıldığı tarafın hak ve borçlarına onunla birlikte sahip olmak amacıyla mevcut sözleşmenin tarafları ile anlaşması suretiyle kurulan sözleşmeye katılma kurumu, üç taraflı kendine özgü (sui generis) bir anlaşmadır. Kurulabilmesi için katılmaya konu mevcut bir sözleşmenin varlığına ihtiyaç duyan ve bu itibarla klasik sözleşmelerin aksine ikincil nitelikte bir anlaşma olan sözleşmeye katılma anlaşması, mevcut sözleşmeye katılımın taraflarca yasaklanmadığı veya işin niteliğinden katılıma engel bir durumun var olmadığı her durumda, üçüncü bir kişinin (katılan) mevcut sözleşme ilişkisine katılmasına olanak sağlayan bir kurumdur. Sözleşmenin kurulmasıyla birlikte sözleşmeye katılan ve yanında yer aldığı tarafın müteselsil alacaklı ve borçlu olduğu (anlaşmada aksi kararlaştırılabilir) bu anlaşmanın geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için taraf iradelerinin, katılmaya konu mevcut sözleşmenin şekil kuralına uygun olarak yapılması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerliliği bakımından şekil serbestliğini tanımamış; anlaşmanın geçerli olarak kurulabilmesi için belli bir şekle uyulmasını gerekli kılmıştır.

Bu çalışmada, sözleşmeye katılma anlaşmasında şekil ve şekle aykırılığın yaptırımını incelenmiştir. Konunun daha rahat anlaşılabilmesi açısından öncelikle sözleşmelerde şekil konusuna (geçerlilik ve ispat şekli) genel olarak değinilmiş, daha sonra ise sözleşmeye katılma anlaşmasının şekli ve bu şekle aykırılığın yaptırımını TBK'nın ilgili hükümleri çerçevesinde ele alınmıştır.

I. Sözleşmelerde Şekil

A. Genel Olarak

İrade beyanlarının iletilmesinde kullanılan bir araç olan şekil (Tuğ, 1994: 3; Arsebük, 1950: 319; Akıncı, 2019: 77) irade beyanının dış kalıbıdır (Deliduman, 2000: 427). Nitekim bir hukuki işlemin kurucu unsurunu oluşturan irade beyanının sözle, yazıyla veya başka bir davranış ile açıklanabiliyor (Akipek ve Küçükgüngör, 2002: 33; Şeker, 2008: 49; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 99; Özbilen, 2016: 28; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 2008: 270) olması, her türlü irade beyanının bir şekil içinde ortaya çıktığını gösterir (Ermenek, 2000: 3; Oğuzman ve Öz, 2020: 146). Bu bağlamda, sözleşmelerde şekil, sözleşmenin kurucu unsurlarını oluşturan öneri ve kabul beyanlarının belirli bir şekilde açıklanmasının, bu sözleşmenin geçerliliğini nasıl etkilediğine ilişkin bir konudur (İnan ve Yücel, 2014: 207; Tekinay vd., 1993: 99).

Sözleşmeler hukuku alanında kural, şekil serbestliğidir. Bu husus, TBK md. 12/f.1 hükmünde “sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, şekil serbestliği kural olmakla birlikte her hukuki işlemin belli bir şekle bağlı olmaksızın yapılabilmesi mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, irade beyanının sonuç doğurmasının belli bir şekle bağlandığı hallerde şekil serbestliğinden bahsedilemeyecektir. İşte hukuki işlemin belli bir şekilde yapılması zorunluluğunun kanundan veya taraf iradelerinden doğması durumunda şekil serbestliği değil; şekle bağlı işlemler söz konusudur (Deliduman, 2000: 428). Kanun veya taraf iradeleri dışında örf adet hukuku veya TMK md. 1 kapsamında hakim yarattığı hukuk ile bir şekil şartının getirilmesi ise mümkün değildir (Altaş, 1998: 48).

Sözleşme taraflarının irade beyanlarının kanun veya taraf iradelerince bir şekle bağlanması durumunda şekil, yapılan sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmasına hizmet edebileceği gibi, yapılan sözleşmenin ispatına ilişkin bir gereklilik olarak da ortaya çıkabilir. İlk halde, geçerlilik şekli (örneğin taşınmaz satış sözleşmesi TBK md. 237/f.1 gereğince resmi şekilde; alacağın devri TBK md. 184/f.1 gereğince yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz) ; ikinci halde ise ispat şekli (örneğin hüküm ve sonuçları TBK md. 299 vd. düzenlenen kira sözleşmesi için bir geçerlilik şartı öngörülmemiş olmakla birlikte ispat kolaylığı açısından bu sözleşmenin yazılı şekilde yapılmış olması halinde, söz konusu şekil kuralı ispat şekli olarak kabul edilecektir) söz konusu olur. Sözleşmenin şekli konusunda kanunda öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Bu konu TBK md. 12/f.2’de şu şekilde hüküm altına alınmıştır: “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.*” Bu kapsamda, bir sözleşme için kanunda bir şekil şartının öngörüldüğü hallerde söz konusu şekil şartının TBK md. 12/f.2 hükmü gereğince geçerlilik şartı olduğu konusunda bir duraksama bulunmamaktadır. Bununla birlikte, sözleşme kanunda bir şekle bağlanmamış olsa da sözleşme taraflarının kendi iradeleriyle söz konusu sözleşme için bir şekil kuralı öngörmeleri ve bu suretle sözleşmeyi geçerlilik şekline bağlamaları mümkündür.

B. Geçerlilik Şekli

1. Kanuni Şekil

Türk Borçlar Kanunu’nda sözleşmeler, kural olarak, hiçbir şekle bağlı değildir. Diğer bir ifadeyle, kanunda kendisi için bir şekil kuralının öngörülmediği bir sözleşmenin taraflarca sözlü, yazılı veya resmi şekilden herhangi birinin tercih edilmesi suretiyle yapılması mümkündür. Ancak bir sözleşmenin çeşitli nedenlerle kanunda bir geçerlilik şartına bağlandığı hallerde, kanunda öngörülen şekil kuralına uyulması zorunludur. Nitekim tarafları sözleşme yaparken daha dikkatli davranmaya teşvik etmek (Berkin, 1946: 1183) , taraf iradelerine açıklık sağlamak (Kılıçoğlu, 2020: 150), ispat kolaylığı sağlamak (Antalya, 2019: 528), üçüncü kişilerin korunması ve hukuki güvenliğin sağlanması gibi nedenlerle bir hukuki işlemin geçerlilik şekline bağlandığı hallerde (Özbilen, 2016: 42 vd.), kanunun belli bir şekle uyulmasına ilişkin olarak getirdiği kurallar emredici niteliktedir ve

bu şekil kuralına aksine bir düzenlemenin sözleşme ile kararlaştırılması mümkün değildir (Yavaş, 2009: 119). Şu halde, kanuni şekle bağlanmış sözleşmelerin söz konusu şekil kuralına uyulmaksızın yapılması durumunda, sözleşmenin geçersiz/hükümsüz olacağı konusunda bir duraksama bulunmamaktadır (Kılıçoğlu, 2020: 130 vd.; Özbilen, 2016: 177 vd.). Bu itibarla kanuni şekle bağlanmış sözleşmelerin öngörülen şekilde yapılıp yapılmadığı, taraflarca ileri sürülmemiş olsa dahi, bir uyumsuzluğun söz konusu olması halinde hakim tarafından res' en dikkate alınmalıdır (Yargıtay HGK, E. 2014/3-8, K. 2015/10, T. 14.01.2015, www.sinerjimevzuat.com.tr; Yargıtay 14.HD, E. 2008/4333, K.2008/13167, T.07.11.2008, www.lexpera.com.tr).

Belli bir şekil şartına uyulmasının zorunlu kılındığı diğer bir ifadeyle geçerliliği bir şekle bağlanmış hukuki işlemlerin yapılış tarzı üç başlık altında incelenebilir (Tuğ, 1994: 33 vd.; Altaş, 1998: 68 vd.). Bunlar; adi yazılı şekil, nitelikli adi yazılı şekil ve resmi şekildir. Bununla birlikte doktrinde TBK'da sözleşmeler için adi yazılı şekil ve resmi şekil olmak üzere iki şekil öngörüldüğünü savunan yazarlar (Oğuzman ve Öz, 2020: 148) olduğu gibi, geçerlilik şeklini sözlü ve yazılı (adi yazılı/nitelikli yazılı/resmi yazılı) şekil olmak üzere iki kategoride inceleyen yazarlar (Kılıçoğlu, 2020: 155-157) da vardır.

Adi Yazılı Şekil

Yazıya dökülen taraf iradelerine ilişkin metnin borç altına giren şahıs tarafından imzalanması ile gerçekleştirilen adi yazılı şekil şartına bağlanan sözleşmelerde (örneğin TBK md. 184/f.1 gereğince alacağın devri, TBK md. 237/f.3 gereğince önalım (şu' a) sözleşmesi, TBK md. 288/f.1 gereğince taşınır için bağışlama sözü verme (vaadi) sözleşmeleri adi yazılı şekilde yapılır), bu şekil bakımından önem arz eden husus irade beyanında bulunan kimseyi belirlemeye yarayan bir işaret olan imzanın (imza atamayanlar, TBK md. 16/f.1 gereğince, imza yerine usulüne göre onaylanmış olması koşuluyla parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür kullanabilirler), TBK md. 15/f.1'de yer alan düzenleme gereğince, üzerine borç alan kimsenin (Eren, 2020: 310; Oğuzman ve Öz, 2020: 152; Akıncı, 2019: 81) veya adi yazılı şekle bağlı tasarruf işlemi yapanın el yazısı (örf ve adet var olduğu hallerde ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanmasında, TBK md. 15/f.2 hükmü kapsamında imzanın el yazısı dışında bir araçla atılması mümkündür) ile yazılmasıdır (Hatemi ve Gökyayla, 2017: 49). Bu kapsamda adi yazılı şekil şartına bağlanan bir hukuki işlemin geçerliliği, borç altına giren tarafından imzalanmış bir belge ile gerçekleştirilmektedir (Tuğ, 1994: 34; Özdemir Kocasakal, 2003: 219; Hatemi ve Gökyayla, 2017: 49; Tunçomağ, 1976: 221; Tekinay vd., 1993: 113; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2008: 276). İnternet üzerinden kurulan sözleşmelerde (Şeker, 2012: 127 vd.) yazılı şekil şartının sağlanabilmesi ve bu sözleşmelerin bağlayıcı olabilmesi ise elektronik imza ile gerçekleşmektedir. Ancak bununla birlikte her sözleşmenin elektronik imza ile kurulması mümkün değildir (Camcı, 2020: 1025).

Bunun dışında, sözleşmenin metin kısmına ilişkin olarak özellikle dikkat edilmesi gereken bir durum bulunmamaktadır. Nitekim geçerliliği için adi yazılı şekil şartının arandığı sözleşmelerde, metnin

tarafardan biri veya üçüncü bir kişi tarafından yazılmasının sözleşmenin geçerliliği üzerinde bir etkisi olmadığı (von Tuhr, 1983: 234; Antalya, 2019: 535) gibi metnin elle, bir başka organla, bilgisayarla veya daktiloyla yazılmış olması ya da matbaada basılmış, teksir edilmiş olması da sözleşmenin metin unsurunun oluşturulması noktasında bir farklılık yaratmamaktadır (Oğuzman ve Öz, 2020: 149).

Nitelikli Yazılı Şekil

Geçerliliği için nitelikli yazılı şekil şartının arandığı sözleşmelerde, sözleşmenin sadece yazılı şekilde yapılması yeterli olmamakta ayrıca yazılı sözleşmenin kapsamına ilişkin olarak kanunda belirtilen koşulun da sağlanması gerekmektedir (Altaş, 1998: 77). Örneğin, kefalet sözleşmesi yazılı geçerlilik şekline tabidir. Ancak bu sözleşmenin yazılı olarak yapılması tek başına yeterli değildir. TBK md. 583/f.1 hükmü gereğince sözleşmenin geçerliliği için kefilin sorumlu olacağı azami miktarın, kefalet tarihinin ve varsa kefaletin müteselsil olduğunun el yazısı ile belirtilmesi zorunludur.

Resmi Şekil

Bir sözleşmenin geçerliliği için resmi şekil şartının arandığı durumlarda (örneğin taşınmaz mülkiyetini nakil borcu doğuran sözleşmeler, taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kurmaya yönelik sözleşmeler, taşınmaz rehni (ipotek) kurmaya yönelik sözleşmeler resmi şekle tabi sözleşmelerdir), sözleşmenin yazılı olarak yapılması yapılan işlemin geçerliliği için tek başına yeterli olmamakta; resmi bir memur ya da makamın bu sözleşmeye resmi nitelik kazandırması gerekmektedir (Tuğ, 1994: 64 vd.; Özbilen, 2016: 109 vd.; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2008: 303; Tekinay vd., 1993: 126). Yapılacak olan işleme resmiyet kazandıracak olan memur ya da makamın belirlenmesi ise o sözleşmenin geçerliliğinin resmi şekle bağlı olduğunu düzenleyen kanuna bakılarak tayin edilmektedir (Kocayusufpaşaoğlu vd., 2008: 277).

Resmi şekil “onama” şeklinde gerçekleşebileceği gibi “düzenleme” şeklinde de gerçekleştirilebilir. Taraflarca hazırlanan sözleşme metninin altındaki imzaların onlara ait olduğunun resmi olarak onaylanması halinde “onama şeklinde gerçekleşen resmi şekil” (Nart: 2007: 220; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2008: 302); sözleşme metninin başından sonuna kadar resmi memur tarafından düzenlenmesi ve yine onun tarafından onaylanması durumunda ise “düzenleme şeklinde gerçekleşen resmi şekil” söz konusu olur (Nart, 2007: 220; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2008: 302). Bu bağlamda, düzenleme şeklinde gerçekleşen resmi şekilde resmi memur, onama şeklinde yapılan resmi şeklin aksine, sözleşmenin kurulmasına yönelik tüm aşamalarda aktif olarak yer alır. Doktrinde yetkili oldukları konularda noterlerin imza tasdiki (onama) ile yaptıkları senetlerin (Noterlik Kanunu md. 90 vd.) geçerlilik şartı olan resmi şekilde gerçekleştirilemeyeceği ancak ispat açısından bu şekilde oluşturulan senetlerin resmi senet olduğu ifade edilirken (Oğuzman ve Öz, 2020: 160); re’sen düzenleme şekline uyarak düzenledikleri noter senetlerinin (Noterlik Kanunu md.84 vd.) geçerlilik şartı olan resmi şekli gerçekleştirdikleri kabul edilmektedir (Oğuzman ve Öz, 2020: 160).

2. İradî Şekil

Kanunda geçerlilik şekline tabi tutulmayan bir sözleşmenin tarafların iradesi ile geçerlilik şekline bağlanması halinde, iradi şekle bağlanmış bir sözleşmenin varlığı söz konusu olur (Yargıtay 19. HD, E. 2017/3101, K.2019/5049, T. 7.11.2019 www.kazanci.com). Bu bakımdan tıpkı kanuni şekil gibi iradi şekil de şekil serbestisinin istisnasını oluşturur. Zira iradi şeklin kararlaştırıldığı bir durumda, kanuni şekle bağlanmamış bir sözleşme tarafların iradesi ile bir şekle bağlanmakta ve bu sözleşme taraflarca belirlenen şekil kuralına uygun yapılmadığı takdirde geçersiz/hükümsüz olmaktadır (Şeker, 2008: 49; İnan ve Yücel, 2014: 212; Tunçomağ, 1976: 236; Tekinay vd., 1993: 102; Altaş, 1998: 69; Özbilen, 2016: 137). Bu husus TBK md. 17/f.1'de şu şekilde ifade edilmiştir: “ *Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz.*”

Kanuni şekle bağlı olmayan bir sözleşmenin tarafların iradesi ile bir şekle bağlanması durumunda, söz konusu iradi şeklin geçerlilik şekli olarak kabul edilebilmesi için şekil kuralına ilişkin belirlemenin en geç sözleşmenin kurulması anına kadar yapılması gerekir (Vardar, 2009: 61; Antalya, 2019: 530). Nitekim sözleşmenin kurulmasından sonra tarafların şekle ilişkin bir belirleme yapmaları, sözleşmenin geçerliliği bakımından değil ispatı açısından önem arz eder (Oğuzman ve Öz, 2020: 168).

C. İspat Şekli

İspat şekli, bir hakkın veya hukuki işlemin ispatını kolaylaştıran şekildir. Bu bağlamda, somut vakıaların iddia edildiği gibi olduğu konusunda hakimde kanaat uyandırmak üzere yapılan bir inandırma (ikna) faaliyeti olan ispat (Atalay, 2001: 5) şekli, bir hukuki işlemin ve dolayısıyla sözleşmenin geçerliliğini etkilemez ancak herhangi bir uyuşmazlık durumunda, bu uyuşmazlığın bertaraf edilmesine olanak sağlar. Bu nedenle, ispat şekli olarak kararlaştırılan yazılı şekil, geçerlilik şekli olarak kararlaştırılan yazılı şekilden farklı bir amaca hizmet eder.

Türk Borçlar Hukukumuzda kural olarak şekil serbestliği ilkesi kabul edildiği için taraflar bir sözleşme için kanuni şeklin öngörülmediği hallerde, söz konusu sözleşmeyi diledikleri şekilde yapma özgürlüğüne sahiptirler. Bununla birlikte tarafların kanuni şekle tabi olmayan bir sözleşmeyi iradi şekle bağlamak suretiyle o sözleşmeyi kendi iradeleriyle bir geçerlilik şekline bağlamaları mümkündür. Kanuni şeklin öngörülmediği veya iradi şeklin kararlaştırılmadığı hallerde ise hukuki işlemin ve bu anlamda sözleşmenin sözlü olarak yapılmasının önünde hukuki bir engel bulunmamakta ve bu haliyle sözleşme geçerli olarak kurulabilmektedir. Ne var ki bir sözleşmenin sözlü olarak yapılması durumunda sözleşmenin geçerliliği konusunda bir sorunla karşılaşılsa da ispat edilmesi noktasında bir uyuşmazlıkla karşılaşılması her zaman olanaklıdır. İşte sözleşmenin sözlü olarak kurulması durumunda ortaya çıkacak uyuşmazlıkların bertaraf edilebilmesi için, yazılı bir belgenin varlığı, ispat şekli bakımından kolaylık sağlar ve sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına değil, bu sözleşmeye yönelecek ihtilafların çözülmesi amacıyla hizmet eder. Zira gerek yazılı belgenin inkarının

zor olması (Taşpınar Ayvaz, 2012: 327) gerek belirli bir değerin üzerindeki hukuki işlemlerin ancak senetle ispat edilebilmesi (HMK md. 200'e göre ikibinbeşyüz Türk Lirası üzerindeki hukuki işlemler kural olarak senetle ispat kuralına tabidir.) gerekse yazılı şeklin tarafları bir kez daha düşünmeye sevk etmesi (Göksu, 2011: 54) gibi çeşitli nedenlerle sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması ispat hukuku bakımından önemlidir.

Sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına değil, bu sözleşmeye yönelecek ihtilafların çözülmesi amacıyla hizmet eden ispat şekli, geçerlilik şeklinden farklı olarak, emredici değildir (HMK md. 193). Dolayısı ile taraflar, belirli şartların varlığı halinde ispat şeklinden vazgeçebileceği (Yargıtay 13. HD, E. 2016/26553, K. 2019/10770, T. 4.11.2019 www.kazanci.com) gibi bir delil sözleşmesi yapmak suretiyle senetle ispat zorunluluğunu bertaraf edebilirler (Konuralp, 2009: 58).

II. Sözleşmeye Katılma Anlaşmasında Şekil

A. Genel Olarak

TBK md. 206'da üç fıkra halinde düzenlenen sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran üç taraflı, kendine özgü (sui generis) bir anlaşmadır (Çabri, 2011: 3912; İnan ve Yücel, 2014: 542; Akyiğit, 2015: 202; Kılıçoğlu, 2020: 1055). Bu anlaşmanın yapılması ile birlikte sözleşmeye katılan ile yanında yer aldığı taraf, anlaşmada aksi kararlaştırılmamışsa, TBK md. 206/f.2 gereğince sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsilen alacaklı ve borçlu olurlar. Klasik sözleşmelerden farklı olarak, katılmaya konu mevcut bir sözleşmenin varlığına ihtiyaç duyan ve bu itibarla kuruluşu itibarıyla fer'i (Develioğlu, 2004: 305; Reisoğlu, 1992: 67; Acar, 2015: 23) nitelik gösteren sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerliliği, bu anlaşmanın TBK md. 206/f.3 gereğince katılımın gerçekleştiği mevcut sözleşmenin şekline uygun olarak yapılması şartına bağlıdır. Bu bağlamda, katılmaya konu mevcut sözleşmenin bir şekle bağlı olduğu her durumda, sözleşmeye katılma anlaşması bakımından şekle bağlılık, kural; şekil serbestisi ise istisna olarak kabul edilecektir.

B. Kural: Şekle Bağlılık

Sözleşmeye katılma anlaşması, şekil serbestliğinin ilke olarak benimsendiği TBK'da, geçerliliği katılmaya konu sözleşmenin şekline bağlı kılınan anlaşmalardan biridir. Diğer bir ifadeyle, TBK'da sözleşmeye katılma anlaşmasının şekli konusunda, şekil serbestliği ilke olarak benimsenmemiştir. Nitekim kanun, kuruluşu itibarıyla fer'i nitelik gösteren ve bu anlamda deyim yerindeyse ancak katılmaya konu mevcut bir sözleşmenin varlığı halinde hayat bulan sözleşmeye katılma anlaşmasının şekli konusunda hüküm altına alındığı TBK md. 206/f.3'te bu hususu şu şekilde düzenlemiştir: “*sözleşmeye katılmanın geçerliliği, katılma konusu sözleşmenin şekline bağlıdır.*” Buna göre, katılmaya konu teşkil eden sözleşme hakkında şekil serbestisinin söz konusu olmadığı her durumda,

sözleşmeye katılma anlaşmasının da şekle tabi olduğu ve katılmaya konu sözleşmenin şeklinde yapılmadıkça geçerli olmayacağı tereddütsüz olarak kabul edilecektir.

Sözleşmeye katılma anlaşmasının şeklinin düzenlendiği TBK md. 206/f.3 hükmünde bu anlaşmanın, katılımın gerçekleşeceği sözleşme ile aynı geçerlilik şartına tabi olduğu ifade edilmiş buna karşılık sözleşmeye katılma anlaşmasının yapılış tarzına (adi yazılı şekil, nitelikli yazılı şekil, resmi şekil) ilişkin bir belirleme doğal olarak yapılmamıştır. Zira klasik sözleşmelerden farklı olarak ikincil nitelikte olan ve bu kapsamda, kurulabilmesi için kendisinden önce kurulmuş bir sözleşmeye ihtiyaç duyan sözleşmeye katılma anlaşması bakımından, katılmaya konu sözleşmenin şekli konusunda tek tip bir belirleme yapma imkanı bulunmamakta; sözleşmeye katılma anlaşmasının şekli, katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin şekline göre değişiklik göstermektedir. Buna göre, katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin kanuni şekle bağlı olması halinde, sözleşmeye katılma anlaşmasının kanuni şekilde; katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin iradi şekle bağlı olması halinde, sözleşmeye katılma anlaşmasının iradi şekilde yapılması zorunludur. Burada kanun koyucunun, TBK md. 206/f.3 düzenlemesini, katılımın gerçekleşeceği mevcut sözleşmenin bir şekle bağlanmasında hakim olan düşüncelerle –özellikle şeklin uyarma ve koruma fonksiyonu- hüküm altına aldığı konusunda bir duraksama bulunmamaktadır.

Sözleşmeye katılma anlaşmasının şeklini, katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin şekline bağlı olarak iki alt başlık altında ele almak, konunun daha iyi anlaşılmasına hizmet edecektir. Bu başlıklar: Katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin kanuni şekle bağlı olması, katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin iradi şekle bağlı olması.

1. Katılımın Gerçekleşeceği Sözleşmenin Kanuni Şekle Bağlı Olması

Bir hukuki işlemin ve bu kapsamda sözleşmenin, tarafları koruma amacı başta olmak üzere çeşitli nedenlerle bir şekle tabi tutulması halinde, söz konusu sözleşmenin öngörülen şekilde yapılması, o sözleşmenin geçerli şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için zorunludur. Bu bağlamda, katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin kanuni şekil şartına tabi bir sözleşme olması durumunda, bu sözleşme ancak kendisi hakkında öngörülen şekil kuralına (adi yazılı şekil, nitelikli yazılı şekil, resmi şekil) uygun olarak yapılması durumunda hüküm ve sonuçlarını geçerli olarak doğuracaktır.

Katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin kanuni şekil şartına tabi bir sözleşme olmasının sözleşmeye katılma anlaşması bakımından anlamı ise, söz konusu şeklin TBK md. 206/f.3 gereğince sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerliliği için de aranacak olmasıdır. Bu kapsamda, sözleşmeye katılma anlaşmasının, katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin yapılış tarzına (adi yazılı şekil, nitelikli yazılı şekil, resmi şekil) uygun olarak yapılması zorunludur. Bu bağlamda, örneğin, TBK md. 237/f.1 gereğince kat karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekilde yapılması zorunludur. Arsa sahibi (A) ile yüklenici (B), kat karşılığı inşaat sözleşmesini kurmaya yönelik iradelerini resmi şekilde açıkladıkları anda bu sözleşme geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur. (A) ile (B) arasında kurulan bu sözleşmeye (K)'nın, (A) veya (B) yanında yer almak üzere yaptığı sözleşmeye katılma anlaşmasının

geçerli olarak kurulabilmesi için bu sözleşmenin TBK md. 206/f.3 gereğince resmi şekilde kurulması gerekir. Diğer bir ifadeyle, resmi şekle uyulmadan yapılan bir kat karşılığı inşaat sözleşmesine katılma anlaşmasının geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurması mümkün değildir. Nitekim gerek kanunun belli bir şekil şartına uyulmasına ilişkin olarak getirdiği kuralların emredici niteliği gerekse TBK md. 206/f.3 hükmünün sözleşmeye katılma anlaşmasının şekli konusunda aksine bir düzenleme yapılmasına izin vermeyen emredici yapısı, katılımın gerçekleşeceği sözleşme için belirlenen geçerlilik şekline uygun olarak sözleşmeye katılma anlaşmasının yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin kanuni şekil şartına tabi bir sözleşme olması halinde, TBK md. 206/f.3 gereğince sözleşmeye katılma anlaşmasının da aynı şekilde yapılacağı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, sözleşmeye katılma anlaşması taraflarının TBK md. 206/f.3 hükmünün aksine bir belirleme yapmak suretiyle söz konusu kanuni şeklin geçerlilik şartı olmadığını kararlaştırmaları veya sözleşmeyi bu şekilden daha hafif bir geçerlilik şartına bağlamaları mümkün değildir. Örneğin, yayım sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için TBK md. 488 gereğince adi yazılı şekilde yapılması zorunludur. Bu kapsamda, katılmaya konu mevcut yayım sözleşmesine katılma anlaşmasının adi yazılı şekil yerine sözlü olarak yapılması ve böylece sözleşmeye geçerlilik kazandırılması mümkün değildir. Buna karşılık, sözleşmeye katılma anlaşması taraflarının bu anlaşmayı, katılımın gerçekleşeceği sözleşme için belirlenen şekilden daha ağır bir şekil şartına bağlamalarının önünde bir engel bulunmamaktadır (Oğuzman ve Öz, 2020: 168). Yukarıda verdiğimiz örnek üzerinden devam edersek sözleşmeye katılma anlaşması taraflarının TBK md. 488 gereğince adi yazılı şekilde yapılması gereken bir yayım sözleşmesini resmi şekilde yapmaları mümkündür.

2. Katılımın Gerçekleşeceği Sözleşmenin İradi Şekle Bağlı Olması

Kanunda geçerlilik şekline tabi tutulmayan bir sözleşmenin tarafların iradesi ile geçerlilik şekline tabi tutulması mümkündür. Bu bağlamda, iradi şekil tıpkı kanuni şekil gibi şekil serbestisinin istisnasını oluşturur. Dolayısı ile tarafların kanunen bir şekle tabi tutulmamış bir sözleşmeyi bir şekle tabi tutmak konusunda anlaşmaları halinde, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz (TBK md. 17/f.1).

Katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin iradi şekil şartına tabi bir sözleşme olmasının sözleşmeye katılma anlaşması bakımından anlamı ise, söz konusu şeklin TBK md. 206/f.3 gereğince sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerliliği için de aranacak olmasıdır. Kanun koyucu bu noktada katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin kanuni veya iradi şekle bağlanmış olması arasında bir fark görmemiş ve sözleşmenin geçerliliği için iradi şeklin kararlaştırılması halinde, bu şekil kuralına bakılmak suretiyle sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerliliğinin tayin edileceğini TBK md. 206/f.3 düzenlemesi ile hüküm altına almıştır. Şu halde, sözleşmeye katılma anlaşmasının, katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin yapılış tarzına (adi yazılı şekil, nitelikli yazılı şekil, resmi şekil) uygun olarak yapılması

zorunludur. Örneğin, kira sözleşmesinin geçerli olarak kurulması için kanunda öngörülen bir şekil şartı bulunmamaktadır. Ancak tarafların aralarında anlaşmak suretiyle kira sözleşmesini bir geçerlilik şartına bağlamaları mümkündür. Buna istinaden tarafların söz konusu kira sözleşmesini resmi şekilde yapmaları halinde, iradi şekle bağlanmış bir sözleşmeden bahsedilir. İşte katılımın gerçekleşeceği kira sözleşmesinin resmi şekilde yapılmış olması varsayımında, bu kira sözleşmesine katılmak için yapılan sözleşmeye katılma anlaşmasının da TBK md. 206/f.3 gereğince resmi şekilde yapılması zorunludur.

Tarafların katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin yazılı veya resmi şekilde yapılmasını kararlaştırmaları ancak bu konuda başka bir kayıt koymamaları halinde, iradi şekil bakımından da kanunun öngördüğü yazılı şekil veya resmi şekil hükümlerine uyulması gerekir. Bu sonuç dayanağını yazılı şekil bakımından TBK md. 17/f.2 hükmünden alırken; aynı esas kıyas yoluyla resmi şekle de uygulanabilir (Oğuzman ve Öz, 2020: 168). Örneğin, katılımın gerçekleşeceği kira sözleşmesi konusunda, tarafların kira sözleşmesinin yazılı yapılacağını kararlaştırmaları ancak bununla birlikte bu konuya ilişkin başka bir belirleme yapmamaları halinde, söz konusu kira sözleşmesi TBK md. 17/f.2 kapsamında adi yazılı şekilde yapılacaktır. Keza bu kira sözleşmesine katılma anlaşması da TBK md. 206/f.3 hükmü gereğince adi yazılı şekilde yapılmak suretiyle geçerli bir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.

3. İstisna: Şekil Serbestisi

Sözleşmeler hukuku alanında kural, şekil serbestliği olmakla birlikte, bir sözleşme için kanunda bir şekil kuralının öngörülmüş olması (kanuni şekil) veya tarafların kendi iradeleri ile sözleşmeyi bir şekle (iradi şekil) bağlamaları mümkündür. Sözleşmenin bu şekilde kanuni veya iradi şekle bağlandığı hallerde, o sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için taraf iradelerinin belirli bir şekilde açıklanması zorunludur (Tekinay vd., 1993: 99; Eren, 2020: 298; Tunçomağ, 1976: 107). Diğer bir deyişle, sözleşmenin belli bir şekilde yapılması zorunluluğunun kanundan veya taraf iradelerinden doğması durumunda, şekle bağlı sözleşmenin belirlenen şekle uygun yapılmadığı takdirde geçerlilik kazanması mümkün değildir. Bununla birlikte, sözleşmenin bir şekle bağlı olmaması da mümkündür. Böyle bir durumda, şekle bağlı olmayan sözleşmenin geçerliliği için taraf iradelerinin belirli bir şekilde açıklanması zorunluluğu bulunmamakta (Eren, 2020; 298); söz konusu sözleşme, “şekil özgürlüğü ilkesi” kapsamında sözlü, yazılı veya resmi şekilde yapılabilmektedir.

Katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin bir şekle bağlı olmamasının sözleşmeye katılma anlaşması bakımından anlamı ise, katılımın gerçekleşeceği sözleşme için kanuni veya iradi şeklin öngörülmediği her durumda; sözlü, yazılı veya resmi şekilden birinin tercih edilmesi suretiyle kurulan katılma konusu sözleşme gibi sözleşmeye katılma anlaşmasının da herhangi bir geçerlilik şekline tabi olmaksızın tercih edilen şekil tarzı (sözlü şekil, yazılı şekil, resmi şekil) içinde açıklanan irade beyanları ile geçerli olarak varlık kazanacak olmasıdır. Bu bağlamda, TBK md. 206/f.3 gereğince geçerliliği katılma konusu sözleşmenin şekline bağlı olan sözleşmeye katılma anlaşmasının istenilen

şekilde yapılması, sadece katılımın gerçekleşeceği sözleşme için şekil zorunluluğunun öngörülmediği hallerle sınırlıdır. Dolayısıyla TBK md. 206/f.3 düzenlemesinde, sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerliliği bakımından şekil zorunluluğunun kural; şekil serbestisinin ise istisna olduğu konusunda bir duraksama bulunmamaktadır.

Katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin şekle bağlı olmaması halinde sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerli olarak kurulabilmesi için uyulması gereken bir şekil şartı olmasa da sözleşmeye katılma anlaşmasının TBK md. 17/f.1 hükmü kapsamında bir şekle bağlanması konusunda hukuki bir engel bulunmamaktadır. Bu kapsamda, tarafların sözleşmeye katılma anlaşmasını bir şekle bağlamaları halinde, bu sözleşmenin belirlenen şekilde yapılması zorunludur. Aksi takdirde belirlenen şekle uygun yapılmayan sözleşmenin geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurması mümkün değildir. Örneğin kira sözleşmesi kanunen bir geçerlilik şartına tabi değildir. Kiracı (A) ile kiralayan (B) arasında yapılan kira sözleşmesinin geçerliliği için taraflarca belirlenmiş bir şekil kuralı da bulunmamaktadır. Şu halde, (A) ile (B) arasında kurulmuş olan kira sözleşmesine katılmak isteyen (C) ile yapılacak kira sözleşmesine katılma anlaşmasının geçerliliği için belirli bir şekil kuralına uyulması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bununla birlikte, (A), (B) ve (C)'nin kira sözleşmesine katılma anlaşmasını TBK md. 17/f.1 hükmü kapsamında bir şekle (adi yazılı şekil, nitelikli yazılı şekil, resmi şekil) bağlamaları mümkündür. Taraflar arasında katılma anlaşmasının şekline ilişkin böyle bir belirlemenin yapılması halinde, bu anlaşmanın belirlenen şekilde yapılması zorunlu olup aksi halin kabulü kira sözleşmesine katılma anlaşmasının şekle aykırılıktan dolayı geçersiz olması sonucunu doğuracaktır.

Burada son olarak değinmemiz gereken konu, aynı zamanda sözleşmenin kuruluşunu da ilgilendiren ancak şekil zorunluluğunun olmadığı durumlara özgü olarak uygulanabilirliğinin kabul edilebilmesi nedeniyle bu bölüm başlığı altında ele almayı uygun gördüğümüz “önceden izin veya sonradan onay mekanizmalarının işletilmesiyle sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerli olarak kurulup kurulamayacağı meselesidir. TBK md. 206 hükmünde, sözleşmeye katılma anlaşmasının izin veya onay mekanizmalarının işletilmesi suretiyle geçerli olarak kurulabilmesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak TBK md. 206’da buna ilişkin bir kurala yer verilmesi de şekil serbestisinin varlığı durumunda, bu anlaşmanın önceden izin veya sonradan onay yoluyla kurulabilmesi olanak dahilindedir (Alaf, 2018: 67). Nitekim katılımın gerçekleşeceği mevcut sözleşmenin herhangi bir şekil şartına tabi olmaması halinde, sözleşmeye katılma anlaşması da herhangi bir şekil şartına tabi olmayacağından, mevcut sözleşmenin taraflarından birinin katılma anlaşmasının kurulması yönündeki iradesini bir şekle tabi olmaksızın önceden izin veya sonradan onay yoluyla bildirmesi, bu anlaşmanın geçerliliği açısından yeterli kabul edilmelidir. Buna karşılık sözleşmeye katılma anlaşmasının bir şekle bağlı olması durumunda, önceden izin veya sonradan onay yoluyla sözleşmeye katılma anlaşmasının kurulması mevcut düzenlemeye göre mümkün görünmemektedir. Zira geçerli olarak kurulması bir şekil şartına bağlanan sözleşmelere katılmada, TBK md. 206/f.3 gereğince katılma anlaşması ancak söz konusu şekil şartının yerine getirilmesi ile hüküm ifade edeceğinden (Çabri, 2011: 3919; Çabri, 2014: 169; Bahadır, 2013: 32) yazılı şeklin kabul edildiği hallere özgü

olarak uygulanabilirliği kabul edilebilirse de özellikle resmi şeklin kararlaştırıldığı durumlarda, bu şekil şartına riayet edilmeksizin açıklanan izin veya onayın, bu anlaşmanın kurulmasını sağlama noktasında bir etkisi olmayacaktır. Örneğin, tapuda resmi şekilde yapılması gereken bir sözleşmeye katılma anlaşmasında, taraflardan birinin tek başına tapu siciline gelerek yapılacak anlaşmaya önceden izin veya sonradan onay verdiğini resmi şekilde beyan etmesinin tapu işlemleri açısından uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Bu bağlamda, yazılı şekle tabi sözleşmeler özelinde izin veya onay mekanizmalarına işlerlik kazandırmak suretiyle şekle tabi sözleşmeleri kendi içinde bir ayrıma tabi tutarak ayrıntılı bir düzenleme yapma imkanı bulunmadığından, sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerliliği için bir şekil kuralına uyulmasının zorunlu olduğu hallerde, mevcut sözleşme taraflarının izin veya onayı ile katılma anlaşmasının geçerli olarak kurulabileceği söylenemeyecektir. Ancak bütün bu açıklamalar sabit kalmak üzere, yazılı şekle bağlı bir sözleşmenin izin veya onay yolu ile kurulması varsayımında, buna ilişkin olarak yapılan itiraz, hakkın kötüye kullanılması olgusuna dayandırılabilirse o taktirde söz konusu katılma anlaşması geçerli kabul edilmelidir.

Bununla birlikte, bir şekle tabi olmaksızın verilecek izin veya onayla sözleşmeye katılma anlaşmasının kurulabilmesine olanak tanınması ve kanunda bu hususta düzenleme yapılması halinde, izin veya onay yolu ile sözleşmeye katılma anlaşmasının kurulabilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

4. İspat İçin Yazılı Şeklin Gerekliliği

Katılımın gerçekleşeceği sözleşme için kanuni şeklin öngörülmediği veya iradi şeklin kararlaştırılmadığı hallerde, sözleşmeye katılma anlaşmasının sözlü olarak da yapılabilmesi ve bu şekliyle geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurması mümkündür. Ancak sözlü olarak yapılan bu sözleşmenin geçerliliği konusunda bir sorunla karşılaşılmasa da ispat edilmesi noktasında bir uyuşmazlıkla karşılaşılması her zaman mümkündür. Bu itibarla, sözleşmenin sözlü olarak kurulması durumunda ortaya çıkacak uyuşmazlıkların bertaraf edilebilmesi için yazılı bir belgenin varlığı ispat şekli bakımından kolaylık sağlayacaktır (Taşpınar Ayvaz, 2012: 327; Göksu, 2011: 54). Bu anlamda, ispat şekli, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına değil, bu sözleşmeye yönelecek ihtilafların çözülmesi amacına hizmet edecektir.

III. Sözleşmeye Katılma Anlaşmasında Şekle Aykırılığın Yaptırımı

Sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerliliği, TBK md. 206/f.3 hükmü gereğince katılma konusu sözleşmenin şekline bağlıdır. Bu düzenlemeye göre, sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerliliği için gereken şekil tarzına (adi yazılı şekil, nitelikli yazılı şekil, resmi şekil) ilişkin bir belirleme yapılmamakla birlikte, katılma konusu sözleşmenin şekline uyulmadan yapılan sözleşmeye katılma anlaşmasının geçersiz olacağı konusunda bir duraksama bulunmamaktadır. Bu bağlamda, sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerliliğinin bir şekil kuralına tabi olduğu diğer bir ifadeyle bu anlaşma için kanuni veya iradi şeklin öngörüldüğü hallerde, belirlenen şekilde yapılmayan katılma anlaşmasına uygulanacak geçersizlik yaptırımının hukuki niteliğinin TBK md. 206/f.3 kapsamında incelenmesi

gerekmektedir. Zira TBK md. 206/f.3 düzenlemesi, hem kanunda öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmelerin “hüküm doğurmayacağını” belirtildiği TBK md. 12/f.2, c.2 hükmünü hem de hakkında iradi şekil kararlaştırılmış ancak bu belirlenen şekilde yapılmayan sözleşmenin “ tarafları bağlamayacağını” düzenlediği TBK md. 17/f.1 hükmünü bünyesinde barındırmaktadır.

Doktrinde tabi olduğu şekil kuralına uygun olarak yapılmayan hukuki işlemlere ve bu anlamda sözleşmelere uygulanacak geçersizlik yaptırımını ile ilgili olarak başlıca beş görüş ileri sürülmüştür. Bunlar; butlan (kesin hükümsüzlük) görüşü, kendine özgü geçersizlik görüşü, yokluk görüşü, eksik borç görüşü ve fiili sözleşme görüşü olarak sıralanabilir.

A. Butlan (Kesin Hükümsüzlük) Görüşü

Bir sözleşmenin kurucu unsurlarının mevcut olmasına rağmen, geçerlilik şartlarından kamu düzenini ilgilendiren hususların gerçekleşmemiş olması halinde butlan (kesin hükümsüzlük) söz konusudur (Şeker, 2019: 67 vd.). Şekil noksanlığı dolayısıyla butlan (kesin hükümsüz) olan sözleşme, yapıldığı andan itibaren hükümsüzdür (Şeker, 2008: 51-52; Özen, 2011: 759; Altaş, 1998: 89; Oğuzman ve Barlas, 2020: 225 vd.). Bu bağlamda, söz konusu hükümsüzlüğe yol açan nedenin ortadan kalkması (Nomer, 2020: 65-66; Oğuzman ve Barlas, 2020: 229) , tarafların teyit veya icazet vermesi (Hatemi ve Gökyayla, 2017: 86), belirli bir zamanın geçmesi (Hatemi ve Gökyayla, 2017: 86; Nomer, 2020: 66) veya ifanın gerçekleşmesi halleri, butlan (kesin hükümsüz) olan işlemi geçerli hale getirmemekte (Şeker, 2008: 51; Altaş, 1998: 106); sözleşme başından itibaren hüküm ve sonuç doğurmamaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, sözleşme şekle aykırı da olsa kurulmakta ancak geçersiz olmaktadır (Duman, 2014: 40).

Somut olayda, butlan (kesin hükümsüzlük) taraflarca ileri sürülmesi bile, sağlık kazanması mümkün olmayan şekil noksanlığı, hakim tarafından yargılamanın her aşamasında re’sen göz önüne alınır (Tekinay vd., 1993: 102; İnan ve Yücel, 2014: 225; Uygur, 2013: 251).

Bu görüşün taraftarlarına göre, şekil noksanlığı dolayısıyla butlan (kesin hükümsüz) olan sözleşme yapıldığı andan itibaren hükümsüz olmakla birlikte, her somut olayın kendi şartları içinde değerlendirilmesi ile özellikle şu iki halden birinin varlığı halinde şekil noksanı nedeniyle hükümsüz olan sözleşme sağlık kazanabilir. Bu kapsamda, birinci hal, tarafların şekle aykırı bir sözleşmeden doğan edimlerini bilerek ve isteyerek ifa etmesi; ikinci hal ise sözleşmenin diğer tarafının aldatılması veya şekil noksanlığına bilerek ve isteyerek sebep olunmasıdır. Nitekim gerek doktrin gerekse Yargıtay şekle aykırılık nedeniyle sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebildiği bir durumda, geçersizlik itirazının kabul görmeyeceğini ve şekle aykırı sözleşmenin geçerli bir sözleşmenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracağını kabul etmektedir (Tandoğan, 2008: 239; İnan ve Yücel, 2014: 225; Hatemi ve Gökyayla, 2017: 53).

Bu görüşü savunanlar tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlanılan edimin ifa edilmesi halinde, geçerli bir sebebe dayanmadan ifa edilen edimin sebepsiz zenginleşme (Şeker, 2008: 61;

Kocayusufpaşaoğlu vd., 2008: 331 vd.; İnan ve Yücel, 2014: 226) veya mülkiyet (istihkak) davası ile geri istenebileceğini; keza tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de taraflardan biri veya her ikisinin şekil noksanlığını bilmeksizin kendisini borçlu zannederek ifada bulunması halinde, aynı davaların edimlerin geri alınmasını sağlayacağını kabul etmektedirler. Bununla birlikte, tarafların sözleşmenin şekle aykırı olduğunu bilmelerine rağmen ifada bulunmaları halinde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanmak suretiyle ifa edilen edimlerin iadelerini istemeleri mümkün değildir (Akyol, 2006: 79; İnan ve Yücel, 2014: 226).

Şu halde bu görüş çerçevesinde, sözleşmeye katılma anlaşması bakımından bir değerlendirme yapıldığında, sözleşmeye katılma anlaşmasının şekle aykırı olarak yapılması varsayımında, şekil noksanlığının ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı düşmesi ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olması durumları hariç olmak üzere- bu geçersizlik hali sözleşmeye katılma anlaşmasının yapıldığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmasına izin vermeyecektir (Oğuzman ve Barlas, 2020: 225 vd.; Alaf, 2018: 50; Oğuzman ve Öz, 2020: 162-163). Burada geçersizlik hali, sözleşmenin tarafları (Antalya, 2016: 139) veya menfaati olan üçüncü kişilerce ileri sürülebileceği gibi hakim tarafından da davanın her aşamasında re'sen dikkate alınacaktır. Yine bu görüşten hareketle şekle aykırı sözleşmeye katılma anlaşmasının tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması durumunda, geçerli bir sebebe dayanmadan ifa edilen edim, sebepsiz zenginleşme veya mülkiyet (istihkak) davası ile; sözleşmeye katılma anlaşmasının tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması durumunda ise şekil noksanlığı olduğunu bilmeksizin kendisini borçlu zannederek ifada bulunan taraflardan biri veya her ikisinin aynı davalar yoluyla edimlerin geri alınmasını sağlayabileceği mümkün kabul edilecektir.

B. Kendine Özgü (Sui Generis) Geçersizlik Görüşü

Kendine özgü (sui generis) geçersizlik görüşüne göre, şekil kurallarının amaçsal yorumundan hareket edildiğinde şekil noksanı nedeniyle sözleşmenin butlan (kesin hükümsüz) yaptırımına tabi olduğunu ileri sürmek, şeklin tarafları koruma amacı ile bağdaşmamaktadır (Merz, 1988: 212 vd.; Sungurbey, 1973: 28 vd.; Altaş, 1998: 143 vd.). Zira bir sözleşmeye ilişkin olarak getirilen şekil kuralının amacı, tarafları korumaktır. Bu anlamda, tarafların bir şekil kuralına bağlanmış bir sözleşmeden doğan borçlarını (edimlerini) tam veya büyük oranda, bilerek ve isteyerek ifa etmeleri varsayımında, şekle riayet edilmeden yapılan geçersiz sözleşme sağlık kazanmalı ve geçerli kabul edilmelidir (Yargıtay 14. HD, E. 2005/9867, K. 2005/10115, T. 21.11.2005 www.sinerjimevzuat.com.tr)

Şekil kuralına uymaksızın yapılan sözleşmenin, şekle aykırılık ileri sürülünceye kadar geçerli bir sözleşmenin sonuçlarını doğuracağını ileri süren (Sungurbey, 1973: 30; Kılıçoğlu, 2020: 208) bu görüşe göre, şekle aykırılık dolayısıyla burada söz konusu olan geçersizlik, sadece sözleşmenin taraflarınca def'i olarak ileri sürülebilir (Altaş, 1998: 135-136). Dolayısı ile tamamen tarafları ilgilendiren bu geçersizlik halinin hakim tarafından re'sen göz önüne alınması mümkün değildir (Eren, 2020: 329).

Bu görüş, şekil kuralına aykırı olmasına rağmen tarafların ifada bulunmaları halinde, söz konusu sözleşmenin sağlık kazandığını ve bu nedenle edimlerin iadesinin talep edilemeyeceğini, şekil kuralının tarafları koruma amacı ile gerekçelendirirken (örneğin taşınmazlarda şekil tarafları korumaktadır. Bu halde, taraflarca bilerek ve istenerek yapılan ifa, söz konusu taşınmaza ilişkin sözleşme şekil kuralına uyulmaksızın yapılsa bile, bu sözleşmeye geçerlilik kazandıracaktır.); Federal Mahkeme ve Yargıtay ise aynı sonucu hakkın kötüye kullanılması ilkesi ile gerekçelendirmektedir (Eren, 2020: 330).

Şu halde bu görüş çerçevesinde, sözleşmeye katılma anlaşması bakımından bir değerlendirme yapıldığında, sözleşmeye katılma anlaşmasının şekle aykırı olarak yapılması varsayımında, bu şekil noksanlığı sözleşmenin sürekli olarak geçersiz kalması sonucunu doğurmayacaktır. Sözleşmeye katılma anlaşması, sözleşmenin taraflarından biri tarafından şekle aykırılık ileri sürülünceye kadar geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Şekle aykırılığın ileri sürülmesi halinde ise sözleşme yapıldığı andan itibaren geçersiz olacaktır. Bununla birlikte, kasdi bir davranışla veya karşı tarafı aldatmak suretiyle şekil noksanlığına sebep olan tarafın, sonradan bu noksanlığa dayanarak sözleşmeye katılma anlaşmasının geçersizliğini dava etme imkanı bulunmamaktadır (Antalya ve Topuz, 2016: 232-233). Yine bu görüşe göre, sözleşmeye katılma anlaşmasının şekle aykırı olarak yapılması varsayımında, sözleşme taraflarının sözleşmeden doğan edimleri ifa etmeleri hali, tarafların şekle bağlı sözleşmenin kendilerine sağladığı korumadan vazgeçtikleri anlamına gelecek ve bu durum ifası gerçekleşen edimlerin iadesinin istenmesine engel olacaktır (Altaş, 1998: 154; Merz, 1988: 214).

C. Yokluk Görüşü

Yokluk görüşüne göre, bir sözleşmenin şekline ilişkin kural, o sözleşmenin kuruluş şartını oluşturduğundan, öngörülen şekilde yapılmayan sözleşme kurulmuş sayılmaz (Altaş, 1998: 93 vd.; Şeker, 2019: 63 vd.) Sözleşme için belirlenen şeklin (kanuni veya iradi şekil) geçerlilik şekli değil, kuruluş şartı olduğunu savunan bu görüşe (Keller ve Schöbi, 1988: 25-26) göre, şekle aykırı olarak yapılan sözleşmeden doğan edimlerin ifasının taraflarca gerçekleştirilmesi halinde söz konusu sözleşmenin ifa ile kurulmuş sayılıp sayılmadığı, kanuni ve iradi şekil bakımından farklı değerlendirilmelidir. Bu kapsamda, kanuni şekle bağlı olmasına rağmen bu şekle uyulmadan yapılan bir sözleşme, bu sözleşmeden doğan edimlerin taraflarca bilerek ve isteyerek ifa edilmesi durumunda kurulmuş sayılmamaktadır. Zira böyle bir durumda zaten kurulmamış bir sözleşmenin ifa ile kurulması mümkün değildir. Buna karşılık, iradi şekle bağlanmış sözleşmeler açısından sözleşmeden doğan edimlerin bilerek ve isteyerek ifa edilmesi, söz konusu sözleşme için taraflarca kararlaştırılan iradi şeklin yine tarafların anlaşması ile ortadan kaldırıldığı anlamına gelecek ve bu durumda sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu kabul edilecektir (Keller ve Schöbi, 1988: 27).

Şu halde bu görüş çerçevesinde, sözleşmeye katılma anlaşması bakımından bir değerlendirme yapıldığında, sözleşmeye katılma anlaşmasının şekle aykırı olarak yapılması varsayımında,

sözleşmeye katılma anlaşması kurulmamış sayılacaktır. Ancak tarafların şekle aykırı olarak yapılan sözleşmeye katılma anlaşmasından doğan edimlerini ifa etmeleri halinde, ifa ile sözleşmenin kurulup kurulmadığının tespiti, sözleşmeye katılma anlaşması için öngörülen şekle bakılmak suretiyle tayin edilecektir. Bu bağlamda, geçerliliği için kanuni şeklin öngörüldüğü ancak bu şekle uyulmadan yapılan sözleşmeye katılma anlaşmalarında, sözleşmeden doğan edimlerin ifası ile katılma anlaşmasının geçerli olarak kurulmadığı kabul edilecek. Buna karşılık iradi şeklin kararlaştırıldığı fakat bu şekle uyulmadan yapılan sözleşmeye katılma anlaşmalarında, tarafların sözleşmeden doğan edimlerini bilerek ve isteyerek ifa etmeleri halinde, bu sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu söylenebilecektir.

D. Eksik Borç Görüşü

Eksik borç görüşüne (Schmidlin, 1986: N. 41 vd.) göre, öngörülen şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler geçersizdir. Zira tasarruf işlemlerindeki illilik (sebebe bağıllık) ilkesi gereğince, öngörülen şekle aykırı olarak yapılan borçlandırıcı işlemdeki geçersizlik, tasarruf işlemi de geçersiz kılacak ve bu anlamda, söz konusu hakların karşı tarafa geçişi mümkün olmayacaktır (Eren, 2020: 332). Bu kapsamda, şekle aykırı bir sözleşmenin varlığına rağmen, bir şekilde söz konusu hakkı devralan taraf, bu hak kendisinin uhdesinde (iyi niyetli bir üçüncü kişiye devretmemiş veya tüketmemiş) olduğu sürece onu devreden tarafa iade ile yükümlü olacaktır. Bununla birlikte doktrinde bir görüş, sözleşme şekle aykırı olarak yapılmasına rağmen sözleşmeden doğan edimin, taraflarca bilerek ve isteyerek ifa edilmesi halinde, söz konusu borcun eksik borca dönüşeceğini ve bu kapsamda ifa edilmiş olan edimlerin iadesinin istemeyeceğini ifade etmiştir (Altaş, 1998: 120). Ancak söz konusu hakkın devralanın elinden çıkması halinde, devreden tarafın görünürdeki malike karşı sadece sebepsiz zenginleşme davası açma imkanı bulunmaktadır (Eren, 2006: 265).

Şu halde bu görüş çerçevesinde, sözleşmeye katılma anlaşması bakımından bir değerlendirme yapıldığında, şekle aykırılık söz konusu katılma anlaşmasının geçersizliğine neden olacaktır. Dolayısı ile geçersiz bir sözleşmeye katılma anlaşmasından herhangi bir borç ve alacak ilişkisi de doğmayacaktır. Ancak şekle aykırılığın varlığına rağmen, sözleşmeden doğan edimlerin taraflarca bilerek ve isteyerek ifa edilmesi halinde, eksik borç niteliği kazanan ifa edilen edimlerin iadesi istenemeyecektir.

E. Fiili Sözleşme Görüşü

Bir sözleşmenin öngörülen şekilde yapılmaması halinde, sözleşmenin tarafları arasında fiili sözleşme ilişkisinin mevcut olduğunu savunan bu görüşe (Eren, 2020: 333) göre, söz konusu sözleşmeye ilişkin olarak TBK md. 27/f.2 hükmünün kıyas yoluyla uygulanması mümkündür. Bu bağlamda, şekle aykırı yapılan sözleşmenin hükümlerine bakılarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu kapsamda, sözleşmenin içerdiği hükümlerin bir kısmının mı yoksa tümünün mü şekle tabi olup olmadığına ilişkin olarak bir belirlemenin yapılması gerekmektedir. Sözleşmenin bazı hükümlerinin bir şekle tabi olması fakat bu şekle uyulmadan yapılması halinde, TBK md. 27/f.2 c.1 düzenlemesinin kıyası

yoluyla sadece şekle aykırı hükümlerin geçersizliğine hükmedilmeli, buna karşılık geriye kalan hükümler geçerli olarak varlığını sürdürmelidir (Altaş, 1998: 107; Guhl, Merz ve Koller, 1991: 119). Ancak sözleşmenin şekle aykırı hükümleri olmaksızın sözleşmenin yapılamayacağı anlaşılırsa, TBK md. 27/f.2 c.2 düzenlemesinin tatbiki ile sözleşmenin tamamı geçersiz/kesin hükümsüz kabul edilmelidir (Altaş, 1998: 107; Guhl, Merz ve Koller, 1991: 119). Sözleşmenin içerdiği hükümlerin tümünün bir şekle tabi olmasına rağmen, bunlardan sadece bir veya bir kaçının öngörülen şekilde yapılmamış olması durumunda ise TBK md. 27/f.2 düzenlemesinin uygulanma kabiliyeti bulunmamakta ve bu durum, söz konusu sözleşmenin tamamen geçersiz olmasına neden olmaktadır (Eren, 2006: 265 ve dn.102’de adı geçen yazarlar)

Şu halde bu görüş çerçevesinde, sözleşmeye katılma anlaşması bakımından bir değerlendirme yapıldığında, bu anlaşmanın hükümleri kapsamında bir değerlendirmenin yapılması ve bu hükümlerin bir şekil şartına tabi olup olmamasına göre anlaşmanın akibeti konusunda bir belirlemenin yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda, anlaşma hükümlerinden bir kısmının şekle tabi olması ancak bu hükümlerin belirlenen şekle uyulmadan yapılması halinde, sadece bu hükümler geçersiz kabul edilecek, geri kalan hükümler ise geçerli kalmaya devam edecektir. Ancak taraflar, bu şekle aykırı hükümler olmaksızın anlaşmayı yapamayacaklarsa, bu durum sözleşmeye katılma anlaşmasının tümüyle geçersiz sayılmasına neden olacaktır. Yine sözleşmeye katılma anlaşması hükümlerinin tümüyle bir şekil şartına tabi olması ancak bu hükümlerden bir veya bir kaçının şekle uygun olarak yapılmaması durumunda da bu katılma anlaşması, tamamen geçersiz kabul edilecektir. Burada son halde yani sözleşmenin hükümlerinin tamamının bir şekil şartına tabi olmasına rağmen bu kurala aykırı olarak sözleşmenin yapılması durumunda, TBK md. 27/f.2 hükmünün uygulama sahası bulunmamaktadır.

F. Görüşümüz

Sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerliliğinin, katılma konusu sözleşmenin şekline bağlandığı TBK md. 206/f.3 hükmü kapsamında bir değerlendirme yapıldığında, katılma konusu sözleşmenin şeklinde yapılmayan sözleşmeye katılma anlaşmasının, geçersiz/hükümsüz olacağı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak bu geçersizlik yaptırımının hukuki niteliğinin ne olduğu sorusuna verilecek cevap, sözleşmeye katılma anlaşmasının kanuni veya iradi şekle bağlı olmasına göre değişkenlik gösterecektir. Bu bağlamda, katılma konusu sözleşmenin ve dolayısıyla sözleşmeye katılma anlaşmasının *kanuni şekle* tabi olması fakat buna karşılık sözleşmeye katılma anlaşmasının bu kanuni şekle uyulmaksızın yapılması durumunda, söz konusu şekle aykırılık “butlan (kesin hükümsüz)” yaptırımını kapsamında değerlendirilmeli ve sözleşmeye katılma anlaşması, dürüstlük ilkesi ve hakkın kötüye kullanılması halleri saklı kalmak kaydıyla, yapıldığı andan itibaren geçersiz/hükümsüz kabul edilmelidir. Buna karşılık, dürüstlük ilkesi veya hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı bir durumun somut olayda tespit edilmesi halinde, şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olan sözleşmeye katılma anlaşmasının sağlıklı bir sözleşmeye dönüştüğü ve bu suretle hüküm ve sonuçlarını

doğurduğu göz önüne alınmalıdır. Katılma konusu sözleşmenin ve dolayısıyla sözleşmeye katılma anlaşmasının iradi şekle tabi olması fakat buna karşılık sözleşmeye katılma anlaşmasının bu iradi şekle uyulmaksızın yapılması durumunda ise, söz konusu şekle uyulmaksızın yapılan bir sözleşmeye katılma anlaşmasındaki şekle aykırılık, “kendine özgü (sui generis) geçersizlik” yaptırım kapsamında değerlendirilmeli ve bu katılma anlaşmasının, şekle aykırılık ileri sürülünceye kadar geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir durumda şekle aykırı yapılan sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerliliği konusunda titiz davranılmalı ve taraflarca ileri sürülen şekle aykırılık iddiası, hakkın kötüye kullanılması yasağı (TMK md.2/2) kapsamında değerlendirilebiliyorsa, bu iddia dikkate alınmamalıdır. Bu kapsamda, iradi şekle bağlı olmasına rağmen bu şekle uyulmadan yapılan katılma anlaşmasında ifanın taraflarca kabul edilmesi halinde, şekle aykırılığın ileri sürülmesi de kabul görmemelidir.

SONUÇ

Mevcut bir sözleşmeye yabancı olan üçüncü bir kişinin, mevcut sözleşmenin taraflarından birinin yanında yer almak ve yanına katıldığı tarafın hak ve borçlarına onunla birlikte sahip olmak amacıyla mevcut sözleşmenin tarafları ile anlaşması suretiyle kurulan sözleşmeye katılma, şekil serbestliğinin ilke olarak benimsendiği Türk Borçlar Kanunu’nda, şekle bağlılığın kural olarak kabul edildiği anlaşmalardan birisidir. Nitekim TBK md. 206/f.3 düzenlemesinde sözleşmeye katılmanın geçerliliğinin, katılma konusu sözleşmenin şekline bağlı olduğu açık bir biçimde hüküm altına alınmıştır. Şu halde, katılmaya konu teşkil eden sözleşmenin bir şekil kuralına bağlı olduğu her durumda, sözleşmeye katılma anlaşmasının da şekle tabi olduğu kabul edilecektir. Bu bağlamda, katılmaya konu sözleşmenin kanuni şekle tabi olması halinde, sözleşmeye katılma anlaşmasının da kanuni şekilde; katılmaya konu sözleşmenin iradi şekle tabi olması halinde, sözleşmeye katılma anlaşmasının da iradi şekilde yapılması, sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerli olarak kurulabilmesi açısından zorunludur. Katılmaya konu sözleşmenin bir şekil kuralına tabi olmaması durumunda ise, taraflar arasında aksine bir kararlaştırma yapılmadıysa, sözleşmeye katılma anlaşmasının bir şekle bağlı olmaksızın yapılması mümkündür. Nitekim katılmaya konu sözleşmenin bir şekle tabi olmadığı varsayımında, tarafların sözleşmeye katılma anlaşmasını bir şekle bağlamak suretiyle bu anlaşmayı bir şekle bağlamaları hukuken geçerlidir.

Şu halde, şekle bağlılığın kural; şekil serbestliğinin ise istisna olarak kabul edildiği sözleşmeye katılma anlaşması bakımından kanuni veya iradi şeklin öngörüldüğü hallerde, belirlenen şekilde yapılmayan katılma anlaşmasına geçersizlik/hükümsüzlük yaptırımının uygulanacağı konusunda bir duraksama bulunmamaktadır. Bu noktada, öngörülen şekilde yapılmayan katılma anlaşmasına uygulanacak geçersizlik yaptırımının hukuki niteliğinin, şekli konusunda tek tipte bir düzenleme yapmanın mümkün olmadığı sözleşmeye katılma anlaşması özelinde incelenmesi önem arz etmektedir. Tabi olduğu şekil kuralına uygun olarak yapılmayan hukuki işlemlere ve bu anlamda

sözleşmelere uygulanacak geçersizlik yaptırımını ile ilgili olarak farklı görüşlerin ileri sürüldüğü doktrinde, kanaatimizce şekle aykırı olarak yapılan katılma anlaşmasına uygulanacak yaptırım türü, bu anlaşmanın kanuni veya iradi şekle bağlı olmasına göre değişkenlik gösterecek ve dolayısıyla şekle aykırı olarak yapılan katılma anlaşmasının nasıl bir yaptırım türü ile karşılaşacağını her somut olay bakımından ayrı olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Bu bağlamda;

Sözleşmeye katılma anlaşmasının kanuni şekle tabi olması fakat buna karşılık bu anlaşmanın öngörülen kanuni şekle uyulmaksızın yapılması durumunda, söz konusu şekle aykırılık butlan (kesin hükümsüz) yaptırımını kapsamında değerlendirilmeli ve sözleşmeye katılma anlaşması, dürüstlük ilkesi ve hakkın kötüye kullanılması halleri saklı kalmak kaydıyla, yapıldığı andan itibaren geçersiz/hükümsüz kabul edilmelidir. Buna karşılık, dürüstlük ilkesi veya hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı bir durumun somut olayda tespit edilmesi halinde, şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olan sözleşmeye katılma anlaşmasının sağlıklı bir sözleşmeye dönüştüğü ve bu suretle hüküm ve sonuçlarını doğurduğu göz önüne alınmalıdır.

Sözleşmeye katılma anlaşmasının iradi şekle tabi olması fakat buna karşılık bu anlaşmanın belirlenen iradi şekle uyulmaksızın yapılması durumunda ise, şekle uyulmaksızın yapılan bir sözleşmeye katılma anlaşmasındaki şekle aykırılık, kendine özgü (sui generis) geçersizlik yaptırımını kapsamında değerlendirilmeli ve bu katılma anlaşmasının, şekle aykırılık ileri sürülünceye kadar geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğuracağı kabul edilmelidir. Bununla birlikte, söz konusu anlaşmanın iradi şekle bağlı olmasına rağmen bu şekle uyulmadan yapılması ancak tarafların anlaşmadan doğan edimlerin ifasını kabul etmeleri halinde, şekle aykırılık iddiası dikkate alınmamalıdır.

KAYNAKÇA

- Acar, Ö. (2015). *Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- Akıncı, Ş. (2019). *Borçlar Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler)*, (11.Baskı), Konya: Sayram Yayınları.
- Akipek, Ş. ve Küçükgüngör, E. (2002). *Sözleşmeler Rehberi (Sözleşmelerin Hazırlanması, Sözleşme Örnekleri, Yargıtay Kararları)*, (2. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.
- Akyiğit, E. (2015). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (4. Baskı), Sakarya: Sakarya Yayıncılık.
- Akyol, Ş. (2006). *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası*, (2. Baskı), İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Alaf, M. (2018). *Sözleşmeye Katılma*, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Altaş, H. (1998). *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Antalya, O. G. (2016). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Antalya, O. G. (2019). *Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.V/1, 1, (2. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Antalya, O. G. ve Topuz, M. (2016). *Medeni Hukuk*, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Arsebük, E. (1950). *Borçlar Hukuku (Birinci Cilt ve İkinci Cilt)*, (3. Baskı), Ankara: Güney Matbaacılık ve Gazetecilik.
- Atalay, O. (2001). *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını.
- Bahadır, Z. (2013). Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XVII (3), 1-37.
- Berkin, N. M. (1946). İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 12 (4), 1175-1192.
- Camcı, S. (2020). İnternet Üzerinden Kurulan Sözleşmelerde Elektronik İmzanın Hukuki Niteliği, *Terazi Hukuk Dergisi*, 15 (165), 1017-1029.
- Çabri, S. (2011). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Sözleşmeye Katılma, *LHD*, Y.9, S.106, 3911-3932.
- Çabri, S. (2014). Borcun Üstlenilmesi-Sözleşmenin Devri-Sözleşmeye Katılma-Borca Katılma, *Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan*, 143-174.
- Deliduman, S. (2000). Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, IV (1-2), 413-435.
- Develioğlu, H. M. (2004). İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi-Borca Katılma Ayrımı, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, Y.3, 1(1), 293-322.
- Duman, İ. H. (2014). *İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kuralının Önemi*, (2. Baskı), Ankara: Seçkin Yayınları.
- Eren, F. (2020). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (25. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.
- Eren, F. (2006). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (9. Baskı), İstanbul: Beta Yayınları.
- Ermenek, İ. (2000). Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), 1-38. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48136/608850>.
- Göksu, M. (2011). 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 53-65.
- Guhl, Merz ve Koller. (1991). *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 8.A., Zürich.

- Hatemi, H. ve Gökyayla, K. E. (2017). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, (4. Bası), İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Keller ve Schöbi. (1988). *Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts*, Basel/Frankfurt, 3. Aufl.
- İnan, A. N. ve Yücel, Ö. (2014). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (4. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kılıçoğlu, A. M. (2020). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (24. Baskı), Ankara: Turhan Kitabevi.
- Kocayusufpaşaoğlu, N., Hatemi, H., Serozan, R. ve Arpacı, A. (2008). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme)*, (4. Bası), İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Konuralp, H. (2009). *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Merz, H. (1988). *Vertrag und Vertragschluss*, Freiburg.
- Nart, S. (2007). Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (1), 207-232.
- Nomer, H. N.. (2020). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (17. Baskı), İstanbul: Beta Yayınları.
- Oğuzman, M. K. ve Öz, M. T. (2020). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1, (18. Bası), İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Oğuzman, M. K. ve Barlas, N. (2020). *Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar)*, (26. Bası), İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Özbilen, A. B. (2016). *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Özdemir Kocasakal, H. (2003). Elektronik İmzanın Geçerliliği ve İspat Gücü Açısından Uluslararası Planda Yaşanan Gelişmeler, *Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan*, 217-251.
- Özen, B. (2011). Kefalet Sözleşmesinde Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırı Kefalet Sözleşmesinin Kefil Tarafından İfa Edilmesi, *Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan* (Derleyen: M. Murat Inceoğlu), İstanbul: Der Yayınları, 747-768.
- Reisoğlu, S. (1992). *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ankara: Ayyıldız Matbaası.
- Schmidlin, B. (1986). *Berner Kommentar, Band VI, Allgemeine Bestimmungen, Art. 11-17 OR*, Bern.
- Sungurbey, İ. (1973). *Medeni Hukuk Sorunları*, C.1, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.
- Şeker, M. (2019). *Yazılmamış Sayılma*, (2. Baskı), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Şeker, M. (2012). 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Kurulması, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 10.Yıla Armağan, Y.11, S. 22, 127-155.
- Şeker, M. (2008). Şekil Noksanı Nedeniyle Sözleşmenin Hükümsüzlüğünden Kaynaklanan Sorumluluk Halleri ve Zararın Tazmini, *LHD*, 6 (61), 49-63.
- Tandoğan, H. (2008). *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Cilt I/1, (5.Basım'dan 6. Tıpkı Basım), İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Taşpınar Ayvaz, S. (2012). Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İmza Atamayanlarla İlgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61 (1), 321-349.
- Tekinay, S. S., Akman, S., Burcuoğlu, H. ve Altop, A. (1993). *Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, (7. Baskı), İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Tuğ, A. (1994). *Türk Özel Hukukunda Şekil*, (2. Baskı), Konya: Mimoza Yayıncılık.

- Tunçomağ, K. (1976). *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, İstanbul: Sermet Matbaası.
- Uygur, T. (2013). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, C. I, (3. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Vardar, G. (2009). Şekle Aykırılığın Hakkın Kötüye Kullanılması Yolu Dışında Kalan Yollarla Aşılması, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S. 59-60, 58-79.
- Von TUHR, A. (1983). *Borçlar Hukuku 1-2* (Çeviren: Cevat Edege), Ankara: Olgaç Matbası.
- Yavaş, M. (2009). *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları*, Ankara: Turhan Kitabevi.

Geliş Tarihi:

08.07.2020

Kabul Tarihi:

05.03.2021

Yayımlanma Tarihi:

30.09.2021

Kaynakça Gösterimi: Yılmaz, İ. (2021).

The improvement of public private partnership in the Turkish health law. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 20(41), 807-852. doi: 10.46928/iticusbe.766600

THE IMPROVEMENT OF PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP IN THE TURKISH HEALTH LAW

Araştırma

İlhan Yılmaz 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

Galatasaray Üniversitesi

iyilmaz@gsu.edu.tr

İlhan Yılmaz, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı'nda doçenttir. Milletlerarası özel hukuk, uluslararası tahkim, uluslararası yatırım hukuku, uluslararası yatırım tahkimi alanlarında lisans, yüksek lisans ve doktora dersleri vermekte olup, bu alanlarda araştırma ve yayınlar yapmaktadır.

THE IMPROVEMENT OF PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP IN THE TURKISH HEALTH LAW

İlhan Yılmaz
iyilmaz@gsu.edu.tr

ABSTRACT

The public–private partnership system has been established in the form of city hospitals for the provision of health services effectively and extensively in line with the needs of modern times. However, there still remains a need for centralised PPP management, familiar with all dimensions of PPP issues that benefit the public while at the same time attracting putative investors for the sustainability of the model.

Objective: This study examines the latest legal situation of the Public Private Partnership in the health sector in Turkey in the light of its historical development and proposes necessary recommendations for a sustainable system for all stakeholders.

Method: The legislation adopted so far in the health sector in Turkey has been reviewed within the scope of judicial decisions. In terms of the relevant law that came into force, the deficiencies of the system on the legal basis were revealed and comparisons were made with other foreign local legislation and international texts.

Findings: It has been determined that public disclosure/transparency is inevitable for the legitimacy of the system, especially in the Public-Private Partnership model in health sector, which needs to be planned considering the public interest. Thus, it is foreseen that the interests of both putative investors and the public can be balanced. As a result, the sustainability of the system can be ensured.

Originality: This article does not only examine the development of the national legislation in its historical scene and the latest legal texts in force, but also examines the works of international organizations that deal with the Public Private Partnership model by comparing other national legislation and practices. Thus, the result puts before us a system that has been tested or is applicable at a global level.

Keywords: Public–Private Partnership, Health PPPs, Turkish PPP Law, City Hospitals, Turkey, Turkish PPPs, Debt Assumption, Settlement of Disputes, International Arbitration, Turkish PPP Projects

JEL Classification: K20, K41

TÜRK SAĞLIK HUKUKUNDA KAMU ÖZEL ORTAKLIĞININ GELİŞİMİ

ÖZET

Türkiye’de özellikle sağlık hizmetlerinin etkin, yaygın ve çağın gereklerine uygun bir şekilde şehir hastaneleri ekseninde sunulması amacıyla kamu-özel ortaklığı sistemi uygulamaya konulmuştur. Ancak, modelin sürdürülebilirliği için bir taraftan kamu yararını diğer taraftan potansiyel yatırımcının haklarını da gözeten ve tüm konulara hâkim bir merkezi KÖİ yönetiminin kurulması ihtiyacı da ortadadır.

Amaç: Bu çalışma, Türkiye’de Kamu Özel Ortaklığının sağlık sektöründeki tarihi gelişimi ışığında gelmiş olduğu son hukuki durumu irdelemekte ve tüm paydaşlar için sürdürülebilir bir sistem için gerekli önerilerde bulunmaktadır.

Yöntem: Türkiye’deki sağlık sektöründe bugüne kadar kabul edilmiş olan mevzuat yargı kararları kapsamında incelenmiştir. Son olarak yürürlüğe giren ilgili kanun bakımından ise, sistemin hukuksal bazdaki eksiklikleri ortaya konularak, yabancı diğer yerel mevzuat ve uluslararası metinlerle karşılaştırmalar yapılmıştır.

Bulgular: Kamu yararının da gözetilerek planlanması gerekli olan sağlıktaki Kamu Özel Ortaklığı modelinde, özellikle kamunun aydınlatılmasının/şeffaflığın sistemin meşruiyeti için gerekli olduğu tespit edilmiştir. Böylelikle hem yatırımcıların hem de kamunun menfaatlerinin dengelenebileceği öngörülmüştür. Bunun sonucu olarak da sistemin sürdürülebilirliği sağlanabilecektir.

Özgünlük: Çalışma sadece ulusal mevzuatın tarih içindeki gelişimi ve yürürlükteki son hukuki metinler üzerinden hareket etmemekte, özellikle Kamu Özel Ortaklığı modelini ele alan uluslararası kuruluşların diğer ulusal mevzuat ve uygulamaları karşılaştıran çalışmalarını da incelemektedir. Böylece, varılan sonuç küresel düzeyde test edilmiş ya da uygulanabilir bir sistemi önümüze koymaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Özel İş Birliği, KÖİ hukuku, Sağlıkta KÖİ, Şehir Hastaneleri, Türkiye, Borç Yüklenimi, Uyuşmazlıkların Çözümü, Uluslararası Tahkim, Türkiye KÖİ Projeleri

JEL Sınıflaması: K20, K41

OUTLOOK

In a public-private partnership (PPP), one or more private sector companies undertake substantial financial, technical, and operational risk to deliver a public project that is funded and operated through a contract partnership with the government. In fact, there is no internationally recognized definition of PPP. The concept is sometimes used to describe any form of association of cooperation between the public and private sectors in order to attain a common goal (APMG 2016, p.11). Therefore, it is preferable to speak of different types of PPP concept. Their designation may vary according to the content, style and legal background in relevant jurisdictions.

The main types may be cited as follows: DBFOM (Design, Build, Finance, Operate and Maintain), DBFM (Design, Build Finance and Maintain), DCMF (Design, Construction, Maintain and Finance), DBFO (Design, Build, Finance and Operate), BOT (Build-Operate-Transfer), BOO (Build-Own-Operate), BO (Build-Operate), BTO (Build-to-Order), ROT (Rehabilitate-Operate-Transfer), TOR (Transfer of Operating Rights), PFI (Private Finance Initiative), BLT (Build-Lease-Transfer). The list may of course be extended according to the type of structure of a specific project in hand. One may also differentiate as user-pays or government-pays PPPs. Another criterion to distinguish PPPs is to make reference to the past use of the site, such as *greenfield projects* (PPPs that include B (Build) functions), *brownfield projects* (infrastructure assets that existed prior to the bid) and *yellowfield projects* (PPPs that involve significant renewal, refurbishment or a substantial expansion of the existing infrastructure)(APMG 2016, p.49).

There are two main drivers for PPPs: (i) enabling the public sector to attract expertise and efficiency that the private sector can bring to services and facilities that are traditionally delivered by the public sector; and (ii) an “off balance sheet” method of financing new or refurbished public sector assets. This may also have other positive effects on the internationalization of trade to the benefit of both countries and international markets.

To improve the environment for PPP projects, the State’s provision of a favourable investment climate in the following areas is essential: (i) Legal, (ii) Economic and (iii) Political. These three aspects are also considered as risk factors for potential private sector investors.

I. COMPARATIVE FRAMEWORK

A. International Arrangements

As PPPs involve large investment on infrastructure projects and also a means of capital flow from developed economies to developing ones, they attract the close attention of the international multilateral

organizations, OECD, UNCITRAL, EBRD and EPEC (APMG 2016, p.49).¹

In the years of 1999 and 2000, OECD published a study entitled “Basic Elements of a Law on Concession Agreement” authored by a group of experts from UNCITRAL, OECD, EBRD, the British Export Credit Guarantee Agency and the Freshfields law offices, as well as eight Eurasian countries.² This is in the form of a guide rather than a model law. It provides for Basic Elements to be considered at national legislation level that are designed to provide a source for the countries in adopting their laws: (i) to propose a starting point for the negotiation of concession agreements; (ii) to establish a basis for advising transition economy countries on concession agreements; (iii) to help improve the harmonization of concession laws with relevant best practice and international standards; and (iv) to promote a common method and language for concession agreements. The OECD Guide is a short, but a clearly drafted document compared to UNCITRAL’s lengthy work on the matter.

Following the OECD Guide, UNCITRAL circulated first a guide and then a model law: the “Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Project” (the PFIP Guide), dated 2001, followed by the “Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Project” (the PFIP Model), dated 2004.³

The aim of the PFIP Guide is to facilitate the establishment of a legal basis favourable to private investments in public infrastructure projects. It contains recommendations for possible legislative acts in order to provide a feasible environment for private investment to enter the public infrastructure. It is suggested that this can be done by keeping a balance between the desire to help and incentivise private investors and public interests of the host country. The PFIP Guide encompasses recommended legislative principles called “*legislative recommendations*” that are aimed at assisting in founding a legislative framework. The drafters intended that the legislatures of host countries should take those recommendations into account when preparing new laws or reconsidering the existing legislation. However, the PFIP Guide does not claim to be a model law. Therefore, the PFIP Guide was followed by the model provisions of the UNCITRAL, referred as “the PFIP Model”.

¹ The European PPP Expertise Centre (EPEC) is a joint initiative of the European Union (EU), the European Investment Bank (EIB) and the member states of the EU.

² As updated at <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/oecd-basic-elements-law-concession-agreements> last accessed 10 December 2019.

³ See the PFIP Guide at <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/pfip-e.pdf> ; and the PFIP Model at https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/03-90621_ebook.pdf last accessed 10 December 2019. These two were updated by the UNCITRAL Model on Legislative Provisions on Public-Private Partnerships at https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-11011_ebook_final.pdf .

The PFIP Model includes not only model provisions, but also a set of general recommended principles as touched upon above. Son states that Model Provisions do not constitute a model law (SON 2012 June). The intention is again to assist the host country in establishing a legislative framework for a better balance between the private investor and the host country where the public infrastructure is to be based. It also comprises notes that offer an analytical explanation of the financial, regulatory, legal, policy and other issues involved in the matter. The PFIP Model deals with the most salient features of drafting legislation in the area of privately financed infrastructure projects. It sets down specific model provisions, together with legislative recommendations and notes, which are advised to be read in combination.⁴

The PFIP Model provisions do not conflict with other branches of law, although those areas of laws such as promotion and protection of investment, property law, security interests, rules and procedures of taking private property, contract law, tax law, environment law, government contracts and administrative law should be borne in mind too.

UNCITRAL's PFIP Guide and PFIP Model had considerable influence on those principles and guidelines subsequently drafted by other international organizations such as EBRD and OECD. EBRD believing that a legislation as proposed in the direction of both the PFIP Guide and the PFIP Model needs to comply with the core principles of international standards and best practice. This need has driven the EBRD to adopt a set of core principles for a modern concession law. The core principles stand as results rather than as processes to be followed. "Core Principles for a Modern Concession Law" (MCL) first appeared on EBRD's site in 2005. The publication of the Core Principles supported the EBRD's initiative towards law reform projects in the area of concessions/PPPs. The main objectives are to promote clearness, fairness, stability, predictability and flexibility in order to protect both investors and the public authority from unfair treatment and abuse. Following the core principles, the EBRD legal transition team prepared and published "EBRD Core Principles for a Modern Concessions Law – Selection and Justification of Principles". The aim of this document is to explain the meaning of the Core Principles and the basis on which those principles were structured (EBRD 2006).

⁴ For instance, the Model Clause on dispute resolution reads:

"V. Settlement of disputes

Model provision 49. Disputes between the contracting authority and the concessionaire (see the *Legislative Guide*, recommendation 69 and chap. VI, paras. 3-41)

Any disputes between the contracting authority and the concessionaire shall be settled through the dispute settlement mechanisms agreed by the parties in the concession contract.⁴⁷

(Note 47) The enacting State may provide in its legislation dispute settlement mechanisms that are best suited to the needs of privately financed infrastructure projects."

As seen, there is a reference to relevant legislative recommendation in the PFIP Guide. To combine it all, the corresponding legislative recommendation 69 reads: "The contracting authority should be free to agree to dispute settlement mechanisms regarded by the parties as best suited to the needs of the project." In the referred ch. VI paras 3-41 there are some 14 pages explaining the issues that may be involved in the settlement of disputes between the host state authority and the private investor concessionaire.

Another document in this regard is the work carried out by the European PPP Expertise Centre (EPEC) as a joint initiative of the EIB, the European Commission, the EU Member States and Candidate Countries for the EU. It is called the “EPEC Guide to Guidance”. The Guide to Guidance recommends that public procurement authorities should consider the use of PPP arrangements available in the market. Following the positive feedback from the industry, EPEC turned the Guide into an interactive web tool rebranded as the “EPEC PPP Guide”, to be regularly updated. It is structured to help public authorities prepare, launch and implement PPP projects in a better environment by way of the Guide’s guidance to understanding the key issues and steps involved in the execution of PPP arrangements.⁵

EU law has no specific legislation governing PPPs. However, public procurement and concession legislation cover PPPs as one method of public sector procurement. There are two procurement directives. The first is the *Public Sector Directive* (later becoming the *Public Procurement Directive*), which sets out provisions defining the procedures for the award of work contracts, public supply contracts and public service contracts.⁶ The second is the *Utilities Directive* that prescribes awarding procedures for the sectors of water, energy, transport and postal services.⁷ *The Concession Directive* may be cited here too.⁸ The European Parliament and Council Regulation 1303/2013 was adopted to govern the use of European funds, commonly referred to as ESI Funds (European Structure and Investment Funds), i.e. in PPP projects.⁹ Despite this legislation, one cannot conclude that the EU has satisfactory legislation covering PPPs in real terms. PPP arrangements by nature involve a long-term contract and are more complex than ordinary public procurement. Thus, certain countries within the EU proposed that specific PPP legislation should be put in place.¹⁰

B. National Jurisdictions

As regards national legislations, both mainstream jurisdictions, i.e. common law and civil law, have divergent approaches to the various issues of PPPs. As PPPs by nature are a public service, so they are governed by administrative law principles in civil law countries. Due to public interest, the public

⁵ <http://www.eib.org/epec/g2g/index.htm> last accessed 12 December 2019.

⁶ (2004/18/EC) Official Journal of the European Union (OJEU) , L 134 20.04.2004, 114. This Directive was repealed by the Directive (2014/24/EU) with effect from 18 April 2016. OJEU 28.03.2014 L 94, 65.

⁷ (2004/17/EC) OJEU, L 134 20.04.2004 p.1. This Directive was repealed by the Directive (2014/25/EU) with effect from 18 April 2016. OJEU 28.03.2014 L 94, 243.

⁸ Directive (2014/23/EU) OJEU 28.03.2014 L94, 1.

⁹ Regulation EU 1303/2013 20.12.2013 L 347, 340.

¹⁰ See Commission (EC), Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions (Green Paper), COM (2004) 327 Final at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1586176331838&uri=CELEX:52004AE1440>; European Parliament (EU), Resolution on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Procurement and Concessions (2006/2043(INI)) at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52006IP0462> 26 October 2006; Concessions (Green Paper), COM; European Commission Guidelines for Successful Public-Private Partnership, 2003 at https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf last accessed 12 December 2019.

authority has unilateral rights, e.g. on early termination of the contract, the right to request changes to the contract etc. Since UK, US and Ireland are common law jurisdictions, common law is the basis for their commercial transactions. Common law jurisdictions thus have a more flexible approach to PPP structure.

In certain countries, specific laws have been enacted: for example, in one of the pioneering developing countries, Brazil (Freire et al 2020). The first specific PPP legislation in the area goes back to 2004. It was introduced as a response to the need to attract private investment in infrastructure projects in the areas of water and sewage, health and hospitals, administrative facilities and logistics, including roads, urban mobility, undergrounds and transportation in general. A specific form of concession has been developed in contrast to the ordinary concessions, whereby the economic–financial feasibility of the project is structured exclusively through tariffs on users of the granted activities (services).

PPPs are rather new in Japan. Concession projects started bidding processes in 2014 for several airports. The Act on the Promotion of Private Finance Initiatives (the PFI Act) was adopted in 1999 to regulate most PPP projects, referred to as private finance initiatives (PFIs). It was revised in 2011, 2013 and 2015 to open the way for the use of concessions and to expand user-pays projects. The Cabinet Office published guidelines in 2015 for PFI/PPPs, for local government to make laws following those guidelines. As a result, 740 PFI projects had been recorded as of 31 March 2019 (Kikuchi and Wakasa 2020).

In France, the PPP legal framework was restructured following the 2014 European directives regarding public procurements and concession agreements. There are two main types of PPPs there: concession agreements aim to implement major infrastructure projects; and partnership contracts follow the style of PFI contracts, both being administrative contracts under French law. The two differ in reference to their payment terms as well: in the partnership contract, the grantor public authority pays a rent to the private investor; whereas in the case of concession agreements, it is the users of the service who pay compensation to the concessionaire. Two Ordinances were adopted to transform the EU Directives into French law. First, regarding partnership contracts, Ordinance No. 2015-899 dated 23 July provided for a new legal framework for procurement contracts and designated the partnership contract as a specific type of public procurement contract. Second, concession agreements were regulated by Ordinance No. 2016-65 of 29 January; the reshaping intended to simplify and unify the existing legislation that applied to PPP contracts, and this new single legal framework applicable to concession agreements came into force on 1 April 2016, replacing the previous legal provisions. Later in 2018 a Public Procurement and Concession Agreements Code was adopted and came into force on 1 April 2019 (Vaissier et al 2020).

In the US, PPPs are limited or unavailable in most states, due to lack of legislation. Thus, to accelerate enactments throughout the US, the Bipartisan Policy Center published a model law in 2015 to enable PPPs. One early success was the Water Resources Reform and Development Act (WIFIA) of 2014. The

Transportation Infrastructure Finance and Innovation Act (TIFIA) was also enacted in 2014, prescribing long-term financing tools to highway and transit projects that required dedicated revenue sources. There are other laws underway in the Senate. There is not one shape to PPP law, but rather in various sectors there are corresponding arrangements. State laws vary in how their legislation enables or restricts PPP. A survey by the National Council for Public-Private Partnerships showed that a total of 36 states and the District of Columbia have introduced legislation allowing some form of PPPs. The Bipartisan Policy Centre published a model law in 2015 so that states who wish to pass laws enabling the use of PPPs for infrastructure projects can use this tool to draft such legislation(Mirchandani and Jacobo 2020).¹¹

In Ireland, the State Authorities (Public Private Partnership Arrangements) Act of 2002 constitutes the legislative basis for the participation of Irish state authorities in PPP projects. The Act clears any ambiguities that may be found in other jurisdictions in terms of the capacity of the public authorities in the *vires* doctrine. Thus, it provides for the powers of the state authorities to enter into PPPs, even to form a joint venture with private parties. In the majority of cases, the public authority keeps the ownership and grants the PPP company a licence to operate. At the termination of the agreement the assets remain the property of the public authority (Parliamentary Budget Office 2018). This is still not considered a fully-fledged PPP legislation as adopted in certain other jurisdictions.

Australia is among the countries that do not have PPP-specific laws. Nevertheless, PPPs have been in operation for almost 30 years. Victoria was a front runner and developed a plan based on the UK's PFI soon after 2000. The federal government introduced the National PPP Policy and Guidelines to harmonise all approaches at state level. In some states the National PPP Policy is supplemented by specific guidelines setting out state-specific requirements of PPPs, e.g. for New South Wales (Griffiths et al 2020).

Last but not least, despite the UK boasting a vast number of projects labelled as PPP, since the early days of PPPs no special legislation has yet been introduced. Nevertheless, the UK has implemented one of the most widespread and successful programmes of PPPs so far among all countries. The first PPP projects were commenced in the early 1990s, in most cases branded as PFI. So, the UK is one of the most mature markets around the world and has always been at the forefront of such developments. Therefore, the number and value of closed PPP projects are at the top of international records. All over the UK there has been substantial delegation to local or municipal level. It follows that local public authorities have an important role in the implementation of PPPs (EPEC 2012; Richards et al 2020). As of March 2018,

¹¹ Public-Private Partnership (P3) Model State legislation, 17 December 2015 at <https://bipartisanpolicy.org/wp-content/uploads/2019/03/BPC-P3-Enabling-Model-Legislation.pdf> last accessed 8 March 2020.

700 PFI and PF2 (the updated PFI model) PPP projects have been delivered across a wide range of sectors (UK Government Report 2018).

II. THE TURKISH LEGAL FRAMEWORK

A. PPPs in Turkey

1. The Constitutional Basis

It is key to any investment, partnership and contractual relationship to assess the particular country's legal framework governing such investment, relationships and contracts.

Turkey's history of enactment of PPPs (Boz 2013; Tansuğ 2001; Orak 2006)¹² goes back even to Ottoman times, despite their primitive forms. One of the first examples in the chronological table below¹³ was the Law on Concessions for Public Benefit, dated 1910 (*Menafii Umumiyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun*). These government contracts were found to be of concessionary nature and thus considered a purely administrative law issue. Therefore, it was not possible, prior to the change in the Constitution, for such PPP contracts to be separated from the sphere of administrative law.

At the time, the high administrative court of Turkey, the equivalent of the Council of State (the "*Danıştay*"), had the absolute authority to make a concession contract valid. According to the then Constitution, Article 155, the *Danıştay* had the authority to "approve" any concession contract that come into force. Additionally, the law on *Danıştay* would also indicate that the *Danıştay* was the appropriate court to hear disputes arising out of concession contracts as a first-tier court. Moreover, the law on administrative procedure had a provision stating that cases involving concession contract disputes were listed as administrative law cases.

Under the circumstances, it was highly unlikely to suggest that any concessionary issue could be considered out of the scope of administrative law, although there were certain attempts to carve out some PPP contracts, such as BOTs (Build Operate Transfers), by including a provision in the BOT Law. In 1994 the legislature adopted the BOT Law (Law on the Procurement of Certain Investments and Services under the Build Operate Transfer Model)¹⁴ such that any BOT agreement or contract under the law is a

¹² The name PPP has various versions as suggested in Turkish doctrine, such as PPC (Public Private Cooperation), PPSC (Public Private Sector Cooperation), PPSP (Public Private Sector Partnership), PPPM (Public Private partnership Model).

¹³ See III A 3supra..

¹⁴ Prior to this attempt, there had been a change in the law authorising the Council of Ministers for privatisation procedures where international arbitration included as a dispute resolution method in Article 3/f. The law numbered 3987 and dated 5.5.1994 at https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/21931_1.pdf last accessed 12 March 2020. This law was annulled by the Constitutional Court as being against the Constitution. For the decision dated 7.7.1994 – 1994/45-2 Decision No, see <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/55d9b012-8828-49d2-84d9-c924bd98dba7?excludeGerekce=True&wordsOnly=False> last accessed 12 March 2020.

private law contract. The BOT Law also maintained that such an agreement did not constitute a concession.¹⁵ As per the law, an implementation council of ministers issued a decree (the “Decree”) with the same provisions.¹⁶ The aim was to make such contracts subject to private law as opposed to administrative law, and thereby have the possibility to choose international arbitration for dispute resolution, as demanded by international investors and finance circles. However, the opposition party brought this attempt before the constitutional court, and the constitutional court annulled this part of the BOT Law in 1995.¹⁷ After the constitutional court annulment, the government introduced another change in the BOT Law that would in essence give effect to the annulled provisions by redefining the part of the Decree that was not subject to the annulment.¹⁸ Once more this amendment was taken to the constitutional court for annulment, and the court annulled the said redefined part of the relevant amendment in 1997.¹⁹ Had the constitutional court not annulled the relevant parts of the BOT Law, it would have been possible for any disputes thereunder to be defined as private law disputes and be considered within the jurisdiction of commercial courts.

It was clear for the government at the time that the only way to have a modern PPP law as part of the private/civil law was to amend the Constitution. In 1999 the Constitution underwent an amendment procedure for certain provisions in order to ensure this, i.e. that certain contracts of a concessionary nature, notably PPPs, could become private law contracts. To this end, a paragraph was added to Article 47 titled “Nationalisation and Privatisation²⁰” which reads: “*Those investments and services which are carried out by the State, State economic enterprises and other public entities which could be performed by or delegated to real persons or legal entities through private law contracts are to be determined by law.*” (Emphasis added.) This new provision explicitly stated that any contract of a concessionary nature (including PPPs) can be made subject to private law. PPPs are also referred to as a “limited concession” by some authors (Karahanoğulları 2011). However, the legislative tool to do so is indicated as “law” in the hierarchy of norms²¹ that is the one that should be adopted or passed by the Turkish Parliament. The

¹⁵ Article 5. For the original form of the BOT Law, see *Official Gazette of Turkey* (OG) 13.6.1994 No 21959 at <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/21959.pdf> last accessed 12 March 2020.

¹⁶ Council of Ministers Decree 1994/5907, OG 1.10.1995 No 22068 at <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22068.pdf> last accessed 12 March 2020.

¹⁷ Constitutional Court (*Anayasa Mahkemesi*) Decision dated 28.06.1995 Decision No 1995/23. OG 20.03.1996 No 22586 at <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e17f7052-45cc-4b4b-9c34-a46e795e5724?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> last accessed 12 March 2020.

¹⁸ The change to the amendment referred to Article 11. For the amending law No 4180 dated 1996 see OG 4.9.1996 No 22747 at <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22747.pdf> last accessed 12 March 2020.

¹⁹ Constitutional Court (*Anayasa Mahkemesi*) Decision dated 26.03.1997 Decision No 1997/40. OG 28.06.2001 No 24446 at <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/206ed189-2343-49ee-9d5c-5e88d72bfba9?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> last accessed 12 March 2020.

²⁰ This second word “*privatisation*” in the title was added by the amendment.

²¹ Under Turkish law, the hierarchy of norms was as follows: 1. Constitution (“*Anayasa*”), 2. International Treaties relating to Basic Rights and Freedoms (“*Temel Hak ve Hürriyetlere İlişkin Milletlerarası Antlaşma*”) 3. Law (“*Kanun*”)/Decree Having the Force of Law (“*KHK*”)/ International Treaty (*Milletlerarası Antlaşma*), 4.

Constitution with this new change made clear the principle of legality. In other words, any such legislation must be in the form of “law” which can only be created by parliament.

By the same token, Article 7 of the Constitution lays down that the authority to legislate belongs to the Grand National Assembly of Turkey (the “Turkish Parliament”) on behalf of the Turkish nation. This authority cannot be transferred. Therefore, it is imperative that any such authorization to regulate a matter in the realm of Article 47 should emanate from a “Law” as defined by the Constitution. It follows from the foregoing that any authorization to become a certain concessionary kind of contract is a private law issue and must be in the form of a law. It cannot be determined by a regulation or by law unless such authority is clearly granted in law and delegated by law.

Having the possibility of a certain concessionary type of contract as a private law matter means that dispute resolution can no longer be an administrative law issue. Civil law dispute resolution has to come into play. When there is a dispute between a relevant public authority and private party investor or sponsor, it becomes an issue for the commercial courts as opposed to the administrative courts or *Danıştay*.

A change in Article 155 was also introduced. The power of *Danıştay* in approving concession contracts was downgraded to “rendering its opinion in two months” (emphasis added). It goes without saying that “rendering opinion” is not of a binding nature, considering that the earlier version was “approval of concession contracts”.

In addition to the above stated changes, one important issue still remained to be addressed: that is the settlement of disputes by *arbitration*. It was not possible until the following change to disputes arising out of concessionary contracts that PPPs could be resolved by arbitration. Administrative courts, mainly *Danıştay*, had the exclusive competence. International investment and finance circles would continuously stress this issue. There were even certain projects that could not see daylight due to not having arbitration for the settlement of disputes.

The legislature also adopted certain other changes in the Constitution to address this question in an explicit manner. Article 125 paragraph 1 would simply state that any and all acts and actions of the administration are subject to judicial review. The second and third sentences were inserted in the

Regulation (“*Tüzük*”), 5. By Law (“*Yönetmelik*”). This pyramid of norms was restructured with the amendment of the Constitution dated 21.1.2017 and published in OG 11.02.2017 No 29976 at <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/02/20170211-1.htm> last accessed 12 March 2020. It has become as follows: 1. Constitution (“*Anayasa*”), 2. International Treaties relating to Basic Rights and Freedoms (“*Temel hak ve Hürriyetlere İlişkin Milletlerarası Antlaşma*”) 3. Law (“*Kanun*”)/Presidential Decree at state of emergency times (“*Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*”)/ International Treaty (*Milletlerarası Antlaşma*), 4. Presidential Decree in relation to Executive (“*Yürütmeye İlişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*”), 5. By Law (“*Yönetmelik*”). For an English translation of the Constitution, see <http://www.lawsturkey.com/law/constitution-of-turkey> last accessed 12 March 2020.

paragraph, which state that the settlement of disputes arising from concession contracts relating to public services can be resolved by arbitration. However, international arbitration may only be resorted to for disputes involving a foreign element. The adoption of these provisions paved the way for arbitration as a means of resolving disputes emanating from PPPs. We should also emphasize that the amendment presupposes that a contract of a concessionary nature does not have to fall into the private law sphere in order to contain an arbitration clause for settlement of disputes arising thereunder. However, if there is a law on a specific PPP area indicating that those contracts are of a private law nature, then it is already assumed *ipso iure* that arbitration is an alternative to private law dispute resolution, i.e. the venue of civil courts including commercial courts. What the change brought to the table is that even disputes under concession contracts can be the subject of arbitration if so agreed by the parties thereto.

In pursuance of the above changes in the Constitution, the Turkish Parliament passed implementing legislation. The relevant amendments were made both to the Law on *Danıştay* and to the Law on Administrative Procedure. In the former, the exclusive competence of *Danıştay* for concession contracts is limited to cases for which no arbitration has been agreed.²² In the latter, an exception was made to the definition of administrative cases of concession contracts. It was laid down that if arbitration is chosen for settlement of disputes under a concession contract, such a case would no longer be considered as an administrative case.²³

In the private law sphere, Parliament has adopted a law which regulates the main principles for resorting to arbitration for disputes arising out of concession contracts in relation to public services. There, for the first time in Turkish private international law, the definition of “foreign element” appeared in the legislation.²⁴ Thereafter, International Arbitration Law (“IAL”) has been adopted regulating the matter of international arbitration in Turkey for the first time.²⁵ It should be noted here that prior to the change in Constitution, Turkey had already acceded to the Washington Convention on the Settlement of International Investment Disputes between States and National of Other States (the “Washington

²² Article 24/1/last paragraph. The Law on Council of State (“*Danıştay Kanunu*”) in OG 20.01.1982 No 1758 at <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2575.pdf> where the amendments can be traced. Last accessed 12 March 2020. For an English translation see <http://www.lawsturkey.com/law/council-of-state-act-2575> last accessed 12 March 2020.

²³ Article 2/1/c. The Law on Administrative Procedural Law (“*İdari Yargılama Usulü Kanunu*”) in OG 20.1.1982 No 17580 at <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2577.pdf> where the amendments can be traced. Last accessed 12 March 2020. For an English translation of the law, see <http://www.lawsturkey.com/law/2577-procedure-of-administrative-justice-act> last accessed 12 March 2020.

²⁴ Article 2/c. The Law on the Principles to be Followed in Resorting to Arbitration for Disputes Arising from Concession Contracts and Charters Relating to Public Services (“*Kamu Hizmetleriyle İlgili Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun*”) in OG 21.01.2000 No 23941 at <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4501.pdf> last accessed 12 March 2020.

²⁵ (“*Milletlerarası Tahkim Kanunu*”) in OG 5.7.2001 No 24453 at <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4686.pdf> English translation at <http://www.lawsturkey.com/law/international-arbitration-law-4686> last accessed 12 March 2020.

Convention”),²⁶ to the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards and to the European Convention on International Commercial Arbitration.²⁷ Moreover, starting from 1965, Turkey has signed numerous bilateral investment treaties where international arbitration, including ICSID arbitration,(Yılmaz 2004 and Yılmaz 2006)²⁸ has been agreed as one of the dispute settlement mechanisms, i.e. for investment disputes involving concessionary contracts and the like.²⁹

To sum up, one can easily acknowledge that the Turkish legal regime for the settlement of disputes involving PPPs is very investor-friendly, in the sense that it adopts the competence of the administrative venue for most cases and places it within the neutral forum of international arbitration. It is presumed that this legal environment will attract in particular foreign investors to take part in PPP projects in Turkey with greater interest.

2. Legal Overview

Turkish legislation in the area of PPP law covers various branches of practice in the field.

In the early stages, Turkey’s aim was to expand investment and provide services in the main supply of infrastructure projects for energy and transportation. To this end, two laws were enacted in those specific areas of vital importance for a strong economy and public comfort that also needed considerable investment. The first law came into existence in 1984, titled the “Law on Empowering the Enterprises other than the Turkey Electricity Institution for the Production, Transportation, Distribution and Trade of Electricity”. The second law was the “Law on Empowering the Enterprises other than the General Directorate of Highways for the Construction, Maintenance and Operation of Highways”, dated 1988. These two laws were pioneers in the field and provided not only the BOT model in the achievement of their aim, but also transferred the operation rights that were already in the hands of the relevant state institutions, in other words privatization(Tan 1992; Akıllı 2013).

Following the relatively limited practices of those two laws, the government had the idea to extend the BOT model to other areas of investment, intending a widespread application. In 1994, the “Law on the Procurement of Certain Investments and Services under Build Operate Transfer Model”³⁰ was adopted,

²⁶ For the law of accession in OG 2.6.1988 No 19830 see <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/19830.pdf> last accessed 12 March 2020.

²⁷ For the laws of accession of both conventions in OG 21.5.1991 No 20877 see <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20877.pdf> last accessed 12 March 2020.

²⁸ ICSID stands for the International Center for Settlement of Investment Disputes established by the Washington Convention. The ICSID or the Center set up for investment disputes between foreign investors and host follows the provisions of the Washington Convention. It provides a kind of international arbitration but is of a special nature that is very much preferred by international investment dispute practitioners.

²⁹ Currently 81 bilateral investment treaties are in force in Turkey. See the list at <https://www.sanayi.gov.tr/anlasmalar/ykttk> last accessed 13 March 2020.

³⁰ For the Official Gazette references see III A 3 supra.

which was subject to certain discussions as aforesaid.

In respect of the BO model as an alternative model, another law was passed in 1997 titled the “Law on Establishment and Operation Electricity Energy Production Plants and Sale of Energy on Build Operate Model”⁴³ regarding electricity energy.

In the case of the transfer of operation rights, the law dated 1984 was the first in the area of electricity energy. Additionally, the law relating to privatization implementations may be cited. The Law on Privatization Implementation⁴³ was adopted in 1994 following the BOT law. As the title suggests, the privatization law is in a general form and covers not only the energy sector but also other sectors that are owned and operated by the state.

Within the framework of the aforesaid legislation in general, BOT, BLT, BO and ORT models are utilized. The main area has for years been the electricity sector. Records state that 221 PPP projects were put in place between 1986 and June 2017, but only 6 in the first part of 2017 (11th Development Plan 2019; Kamu Özel İş Birliği Raporu 2019).

We may conclude here that legislation covering Turkish PPP practice extends beyond conventional areas such as education. The full picture is shown in the table of PPP legislation (Kamu Özel İş Birliği Raporu 2019, p.25).

3. Table of PPP legislation

Model	Year	Law no.	Legislation
Concession	1910	-	Law on Concessions for the Public Benefit ³¹
	1943	4483	Law on Authentication of the Contract for the Purchase of İzmir Tram and Electricity Turkish Joint Stock Company and Operation of This Enterprise ³²

³¹ *Düster, Tertip: 2 Volume: 2 Page: 362 (Menafii Umumiyye Mütellik İmtiyazat Hakkında Kanun)* at <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/0.1.6.pdf> last accessed 13 March 2020.

³² OG 24.7.1943 No 5464 (*İzmir Tramvay ve Elektrik Türk Anonim Şirketi İmtiyazıyla Tesisatının Satın Alınmasına Dair Mükavelelerin tasdiki ve Bu Müessesenin İşletilmesi Hakkında Kanun*) at <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.4483.pdf> last accessed 13 March 2020.

	2000	45 01	Law on the Principles to be Followed in Resorting to Arbitration for Disputes Arising from Concession Contracts and Charters Relating to Public Services ³³
	1924	40 6	Telegram and Telephone Law, as amended by numerous laws in particular for this purpose in 1994 onward. ³⁴
Build Operate Transfer	1984	30 96	Law on Empowering the Enterprises other than the Turkey Electricity Institution for the Production, Transportation, Distribution and Trade of Electricity ³⁵
	1987		By-Laws relating to Empowering the Enterprises other than Turkey Electricity Production Transportation Distribution Joint Stock Company and Turkey Electricity Distribution Joint Stock Company for the Production, Transportation, Distribution and Trade of Electricity ³⁶
	1988		Law on Empowering Enterprises other than the General Directorate of Highways for the

³³ OG 22.1.2000 No 23941 (*Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun*) at <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4501.pdf> last accessed 13 March 2020.

³⁴ OG 21.2.1924 No 59, (*Telgraf ve Telefon Kanunu*) at <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.406.pdf> last accessed 20 March 2020.

³⁵ OG 19.12.1984 No 18610 (*Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun*) <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.3096.pdf> last accessed 13 March 2020.

³⁶ OG 23.2.1987 No 19381 (*Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti Konusunda Görev Verilmesi Esasları Hakkında Yönetmelik*) at <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/3.5.859799.pdf> last accessed 13 March 2020.

			Construction, Maintenance and Operation of Highways ³⁷
	1993		Implementation By-Laws relating to the law on Empowering the Enterprises other than the General Directorate of Highways for the Construction, Maintenance and Operation of Highways ³⁸
	1994	39 96	Law on the Procurement of Certain Investments and Services under Build Operate Transfer Model ³⁹
	2011		Decree on the implementation principles relating to the Law numbered 3996 on the Procurement of Certain Investments and Services under Build Operate Transfer Model ⁴⁰
Build Operate		42 83	Law on Establishment and Operation of Electricity Production Facilities by Build-Operate Model and Arrangement of Energy Sale ⁴¹
			By-Laws on Establishment and Operation of Electricity Production Facilities by

³⁷ OG 2.6.1988 No 19830 (*Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun*) at <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.3465.pdf> last accessed 13 March 2020.

³⁸ OG 14.4.1993 No 21552 (*Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği*) at [https://kms.kaysis.gov.tr/\(X\(1\)S\(tka5o4bhdc0iojicijlt2xvh\)\)/Home/Goster/26232?AspxAutoDetectCookieSupport=1](https://kms.kaysis.gov.tr/(X(1)S(tka5o4bhdc0iojicijlt2xvh))/Home/Goster/26232?AspxAutoDetectCookieSupport=1) last accessed 13 March 2020.

³⁹ OG 13.6.1994 No 21959 (*Bazı yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanun*) at <https://www.mevzuat.gov.tr/M199evzuatMetin/1.5.3996.pdf> last accessed 13 March 2020.

⁴⁰ OG 11.6.2011 No 27961 *Bis* (3996 Sayılı Bazı yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanunun Uygulama usul ve Esaslarına İlişkin Karar) at <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/06/20110611M1-11-1.pdf> last accessed 13 March 2020.

⁴¹ OG 19.7.1997 No 23054 (*Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun*) <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4283.pdf> last accessed 13 March 2020.

			Build-Operate Model and Arrangement of Energy Sale ⁴²
Privatization and Operation Rights Transfer (Lease)	1994	40 46	Law on Privatization Implementation, ⁴³ as amended
	2005	53 35	Law on the Amendments in Certain laws and Decrees Having the Effect of Law, Article 33 for the transfer/lease of operation rights on airports ⁴⁴
	2013/ 2014 (1999)	44 58	Law on Customs, ⁴⁵ Article 218/A, brought by Laws No 6455 and 6552 in 2013/2014 for the transfer/lease of operation rights on customs gates
Build Lease Transfer	2013	64 28	Law on Construction and Renewal of Facilities and Provision of Healthcare Services through Public Private Partnership Model, ⁴⁶ as amended in 2014, 2015, 2016, 2018, 2019 (the “BLT Law”)
	2014		Implementation By-Laws on Law on Construction and Renewal of Facilities and

⁴² OG 29.8.1997 No 23095 (*Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik*) at <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4283.pdf> last accessed 13 March 2020.

⁴³ OG 27.11.1994 No 22124 (*Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun*) at <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4046.pdf>; for an English translation see <http://www.lawsturkey.com/law/4046-implementation-of-privatization-law> last accessed 13 March 2020.

⁴⁴ OG 27.4.2005 No 25798 (*5335 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*) at <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5335.pdf> last accessed 13 March 2020.

⁴⁵ OG 4.11.1999 No 23866 (*Gümrük Kanunu*), Article 218 at <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4458.pdf> last accessed 13 March 2020.

⁴⁶ OG 9.3.2013 No 28582 (*Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*) at <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6428.pdf> last accessed 13 March 2020.

			Provision of Healthcare Services through Public Private Partnership Model ⁴⁷
	2011	65 2	Decree having the effect of Law on the Organization and Duties of the Ministry of National Education, Article 23 ⁴⁸
	2012		By-Laws on Procurement of Education Facilities in return for Lease and Renovation of Services and Areas outside Education Services Areas in return for Operation ⁴⁹
	2010/ 2015/ 2018 (1961)	35 1	Law on High Education Loans and Dorms Services, Article 20 as amended in 2010, 2015 and 2018 ⁵⁰

B. PPPs in the Healthcare Sector

1. PPP Projects in General

The birthplace of PPP projects in the health sector of public services is the UK. After the inception of public private partnerships in 1991, the UK government signed the first PPP deal of its kind for a 1,000-bed hospital. Since the opening of the first PPP hospital in 2001, more than 130 healthcare-related PPP projects have been put in place. The main idea behind this movement was the dichotomy between a rising demand for public healthcare services and limited public financial resources to meet such demand(UK

⁴⁷ OG 9.5.2014 No 6428 (*Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği*) at <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/3.5.20146282.pdf> last accessed 13 March 2020.

⁴⁸ OG 14.9.2011 No 28054 (*Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkından Kanun Hükmünde Kararname*) at <https://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Asp?MevzuatKod=4.5.652&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch> last accessed 13 March 2020.

⁴⁹ OG 8.9.2012 No 28405 (*Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yapıtırılması ile Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanlarının Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik*) at <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/3.5.20123682.pdf> last accessed 13 March 2020.

⁵⁰ OG 22.8.1961 No 10887 (*Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurt Hizmetleri Kanunu*) at <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.4.351.pdf> last accessed 14 March 2020.

Government Report 2018).

Turkey experienced the same dichotomy to a much deeper degree, so was eager to be inspired by the practice in the UK and other countries that followed suit. A concept of “Transition in the Health Sector” was established by the Turkish Ministry of Health, and a PPP department was formed in 2007 within the Ministry. In order to enable such a transition, legislation had been already changed in 2005 by the addition of an article (Supplementary Article 7) to the Health Services Basic Law. Two months later, the relevant by-laws to implement such an additional article paved the way for build lease transfer model PPPs in the health sector.

Whilst legislation evolved in the following years, the Ministry had signed 18 health facility PPP agreements⁵¹ as of March 2020 in various cities in Turkey. These are mostly named as “City Hospitals/(*Şehir Hastaneleri*)”: Adana (1550 beds), Mersin (1294 beds in operation), Isparta (755 beds in operation), Yozgat (475 beds in operation), Kayseri (1607 beds in operation), Manisa (558 beds in operation), Elazığ (1038 beds in operation), Ankara Bilkent (3711 beds in operation), Eskişehir (1081 beds in operation), Bursa (1355 beds in operation), Konya Karatay (1250 beds), Tekirdağ (480 beds), Kütahya (610 beds), Kocaeli (1210 beds), İstanbul İkitelli (2682 beds), Ankara Etlik (3624 beds), Gaziantep (1875 beds), and İzmir Bayraklı (2060 beds). The ones not stated as in operation are planned to be opened by the end of 2021. There are further projects at the stage of tender such as Trabzon (900 beds), İstanbul Sancaktepe (4200 beds), Ordu (900 beds), Denizli (1000 beds), Antalya (1000 beds), Aydın (800 beds), Diyarbakır (750 beds) and Samsun (900 beds).

2. Previous Healthcare PPP Law

One law (Supplementary Article 7) was enacted on 14 July 2005 and the implementing By-Law on 22 July 2006 to regulate PPP in healthcare services in greater detail.⁵² The law introduced the build lease transfer model. In particular, the by-law providing broad authority to the Ministry of Health to determine all details of PPP projects. As the Ministry (of Health) has no authority to pass a law, it regulated these details through by-laws instead of a law passed by Parliament. Following the tender for the Ankara Etlik project, the Turkish Medical Association (*Türk Tabipler Birliği-TTB*) brought an action against the Ministry of Health and the Prime Ministry for the annulment of the tender and demanded:

⁵¹ <https://sygm.saglik.gov.tr/TR,33960/sehir-hastaneleri.html> last accessed 19 March 2020.

⁵² The relevant provision of Supplementary Article 7 was added to the basic Law on Health Services (*Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu*), the provision published in OG 15.7.2005 No 25876 at <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/07/20050715-2.htm> last accessed 20 March 2020. The By-Laws on Procurement of Health Facilities in return for Lease and Renovation of Services and Areas outside Health Services Areas in return for Operation (*Sağlık Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yapıtılması ile Tesislerdeki Tıbbi Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik*), OG 27.7.2006 No 26236 at <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/07/20060722-2.htm> last accessed 20 March 2020.

- i- the annulment and suspension of the execution of the bid and the core provisions of the by-law on the legal basis that these issues can only be determined in law by Parliament, not by the Ministry of Health, pursuant to Articles 2, 7 and 47 of the Constitution;
- ii- the Council of State (*Danıştay*), where the annulment case was filed, to apply to the Constitutional Court for the annulment of Supplementary Article 7.

The Council of State (“*Danıştay*”) ruled that(Sözer 2013):⁵³

- i- they apply to the Constitutional Court for the annulment of Supplementary Article 7 of the Law considering that it might be in contradiction of the Constitution;
- ii- the bid contained provision for the transfer of premises that were not connected to healthcare premises for non-medical commercial services. This is against the law and thus the execution of the bid be suspended.

This decision of suspension by *Danıştay* was given for the three projects (Ankara Etlik, Ankara Bilkent and Elazığ). While the cases were pending, the Turkish Parliament adopted the new law to boost Healthcare PPP projects before the Constitutional Court rendered its judgement on the matter.

The law numbered 6428, called the “Law on Construction and Renewal of Facilities and Provision of Healthcare Services through Public Private Partnership Model” (“New PPP Law” or “BLT Law”) has been enacted⁵⁴. Following the enactment of the New PPP Law, the Constitutional Court on 6 June 2013 ruled that since the subject matter claimed to be unconstitutional, it has been re-enacted by the New PPP Law, so there remains no subject to be decided upon. The suspension of the execution of the previous law was refused on the same grounds.⁵⁵

⁵³ *Danıştay* 13th Chamber E. No 2011/3392 dated 6.7.2012 at <https://www.tb.org.tr/images/stories/file/etlik.pdf> last accessed 20 March 2020. Further to this bid and case, *TBB* also filed identical cases against the tenders for Elazığ and Ankara Bilkent projects. For Elazığ, *Danıştay* 13th Chamber E. No 2011/4233 dated 9.7.2012 at https://www.tb.org.tr/images/stories/file/elazig_karar.pdf last accessed 20 March 2020; and for Ankara Bilkent *Danıştay* 13th Chamber E. No 2011/4558 dated 6.7.2012 at <https://www.tb.org.tr/images/stories/file/bilkent.pdf> last accessed 20 March 2020. As in the Ankara Etlik case, the same chamber of *Danıştay* applied to the Constitutional Court whether Supplementary Article 7 was against the Constitution. It did not repeat the same application regarding the Ankara Etlik and Ankara Bilkent cases, since the decision of the Constitutional Court would be binding for all.

⁵⁴ See footnote 61.

⁵⁵ Constitutional Court Decision E. 2012/105 Decision 2013/71, dated 6.6.2013 at <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/1ad5f2e2-103e-4e10-a315-31fc7c00691b?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> last accessed 12 March 2020. The decision was decided by a majority. The dissenting member of the Court opined that the case must be decided as per the law that was in force when the case was filed. Thus, the Court should have rendered its decision as per the law then in force and reviewed the case on its merits.

3. New PPP Law

a. Coming into Force

The BLT Law as referred to in the above table was promulgated in the Turkish Official Gazette on 9 March 2013 and entered into force on that same day. The main characteristic of the BLT Law is that it clearly stated its private law nature. As explained above, the Turkish Constitution paved the way for the legislature to adopt private laws for the provision of certain public services by private law persons. This was a way towards improvement as far as the former regulatory provision that is Supplementary Article 7 is concerned. The BLT Law emanated from the discussions and practice that hit the supreme courts in terms of whether those project agreements were valid under the then applicable law. There is a clear reference under the BLT Law to its being a private law through its Article 1 which reads “*The purpose of this law is by tender and according to private law provisions under the framework of public private partnership model ... to set relevant procedures and principles.*” Through this explicit definition of the private nature of services to be provisioned under the BLT Law, they could no longer be construed as “*public services*” falling within the ambit of administrative law. This means that all the court practices and difficulties as aforesaid have become history. The Constitutional Court stated its decision that with the addition of paragraph 4 to Article 47 of the Constitution, it is now possible to admit a contract as a private law contract even if such contract contains the features of a concession contract, provided the legislature adopts a law allowing so, which is the case for the BLT Law.⁵⁶

Although one of the parties to the project agreement under the BLT Law is a state body or the administration (in fact the Ministry of Health), the agreement will still be a private law contract, concluded and executed under private law provisions as opposed to administrative law. The BLT Law thereby created a balance between contracting parties, whether administration or private party. Due to the changes as indicated already above, in the legislation there is now no involvement of any administrative court, in particular *Danıştay*, in the formation of a contract or relevant project agreement. Even disputes arising from such a private law contract shall be legal disputes rather than administrative law disputes. It goes without saying that the new BLT Law was a landmark move by the administration, to create a better legal environment for more effective public–private partnership projects in the health sector in Turkey.

b. Transition Provisions

The tenders that have already been initiated as per the earlier law (Additional Article 7) prior to the

⁵⁶ Following enactment of the BLT Law, the Constitutional Court also affirmed the private law nature of agreements concluded thereunder and rejected the claims of a plaintiff for the cancellation of the BLT Law. Constitutional Court decision dated 1.4.2015 published in OG 15.4.2015 – 29327 at <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/04/20150415-27.pdf> last accessed 18 March 2020.

enactment date of 9 March 2013 of the BLT Law shall be completed as per their tender provisions. However, the tender procedure (the one currently used is the Dutch auction method), as set down in Article 3/7 and Article 4/9, regarding amendments to the project agreements and their schedules, with the object of clarifying understanding but not changing the agreement price or provisions relating to servitude rights in the BLT Law, shall also be applicable to those tenders that are pending at tender stage, and even to projects for which project agreements have been signed (Provisional Article 1/1).⁵⁷

Provisional Article 1 paragraph 2 has brought up an essential matter for already completed tenders and for continuing projects (meaning project agreements signed under the earlier law). The provisions in those tender documents which permitted premises outside the Healthcare campus to be used as commercial premises for the benefit of the project contractor shall not be applicable for tenders either pending or completed. Any contracts that have been signed with such provisions shall be valid only without those provisions. In other words, the BLT Law through this provisional article withdrew those rights of project contractors from any project agreement that was already signed under the earlier law. Needless to say, those rights would not be granted to any new project contractor to be signed up under the BLT Law.

Interestingly enough, the BLT law also makes reference to court cases that were rendered according to earlier law by the administrative courts. Paragraph 3 of Provisional Article 1 indicates that the requirements set in those decisions of the administrative courts shall be met either in the tender documentation or in the project agreements, as the case may be. Any works thereunder shall be executed as per those requirements as embodied in the relevant legal document.⁵⁸

The BLT Law contains further provisions for better implementation of the project agreements that had already been signed when the BLT Law came into force. With reference to necessities that appeared during the investment period of signed project agreements, and if those necessities could not be overcome within the relevant variation procedure thereunder, then Provisional Article 2 allows such variation just for once by the decision of the President or the committee that the President delegates at the request of the Ministry of Health. The project contractor's approval is also required for those additional works

⁵⁷ The explanation in the last sentence of this paragraph was added to the BLT Law on 26.2.2014 by the law No 6527 OG 1.3.2014 No 28928 at <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140301-1.htm>, Articles 23 and 24, last accessed 20 March 2020.

⁵⁸ This 3rd paragraph was added to the BLT Law on 26.2.2014 by the law No 6527 *ibid*. Please note that the amendments brought by the law No 6527 to the BLT Law were also challenged in the Constitutional Court for annulment. However, the Constitutional Court rejected those claims by its decision rendered on 28.1.2016 published in OG 6.3.2016 – 29642 at <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/03/20160303-3.pdf> last accessed 20 March 2020.

outside the scope of the project agreement.⁵⁹

As a concluding matter to this section, one should bear in mind that any reference made to the previous law shall be deemed to be made to this new Law.

c. Project Agreement

The BLT Law lays down detailed provisions for agreement governing relations between the parties, i.e. the administration of the Ministry of Health (“MOH”) and the private party contractor, referred to as the “sponsor” in the sector. A project agreement is signed with the bidder, who is granted the project through a joint stock company (*Anonim Şirket*).⁶⁰ Once the project is granted, then the bidder is to establish a special purpose vehicle (SPV) or special purpose company, as the BLT Law defines it, to operate solely in activities falling within the ambit of the project agreement.⁶¹ It may also be referred to as the “project company”.

In reference to earlier explanations above, the provision first reinstates that any agreement is subject to private law provisions, and the duration (operational term/lease term) may be up to 30 years.⁶² In practice, the MOH requires this duration to be 25 years, unless extended or interrupted by the Ministry of Health, in addition to the construction period of the premises (completion term), which the latter may vary with reference to the size of the health premises concerned. The 25-year term is granted for all of the projects indicated herein above. The agreement also includes penalties and compensation provisions for any potential non-performance and losses to be incurred by the administration.

Pursuant to the project agreement, the contractor is under the obligation to prepare the premises, and facilitate the finance, construction, operation, maintenance, performance of the services that are left to the contractor, as well as running the commercial service areas. It goes without saying that the core medical services are to be provided by the administration as the lessee of the premises. The services referred to in the sentence above are listed in the project agreement or its schedules attached thereto. In practice, a project agreement may include voluminous detail.

It is also regulated in the BLT Law that the contractor may transfer or assign all of its rights and obligations to private law third parties, with the approval of the administration, provided that the putative

⁵⁹ This Provisional Article 2 was added to the BLT Law on 2.7.2018 by the Decree having the effect of Law No 703 OG 9.7.2018 No 30403 at <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180709M3-1.pdf> last accessed 20 March 2020.

⁶⁰ Article 4. By-law Article 12. When there is reference to an Article from this footnote onward, it is to the BLT unless otherwise stated.

⁶¹ Article 1/2/o.

⁶² Article 4.

assignee meets the requirements as the contractor under the BLT Law. In fact, by such assignment of the agreement, all other ancillary agreements are deemed assigned as well.⁶³

d. Tender Procedure

Three tender types are possible:

- i) open bidding;
- ii) bid between pre-qualified selected bidders, ending with a Dutch auction, and
- iii) bargaining.

The price proposal with the least cost and with maximum benefit shall be deemed the most economically advantageous proposal. It should be noted here that bargaining is an exceptional tender procedure and can only be done in the following circumstances: in the first two types of tenders if there is no tenderer, if the project is somewhat unique and complex so that technical and financial specifications cannot be attained, or if there is an urgent situation due to pandemic, natural causes or unforeseen circumstances, so that the (completion) works are procured under BLT Law on behalf of the contractor and for the works to be under a certain sum of money.⁶⁴

e. Required Performance Bonds

There are three different performance bonds which are required to be held by the Ministry of Health of Turkey:

- **Bid Bond (temporary)** 3% of either the total fixed investment or the bid value lodged by the bidder at the bidding stage.
- **Construction Term Performance Bond (final)** This bond shall be delivered by the project company on the execution date of the project agreement, and its value shall be 3% (three percent) of the total fixed investment sum. When the construction term performance bond is lodged, or if the tender is not granted, the bid bond is returned by the administration.
- **Operational Term Performance Bond** This bond shall be delivered by the project company on the execution date of the project agreement, and its value shall be 1.5% (one and half percent) of the total fixed investment sum. The value of the operational performance bond is increased every year as per the production price index announced by the Turkey Statistics Institution (*TÜİK*). When the operational term

⁶³ Apart from the provisions referred to herein, both the BLT Law and its implementation By-law contain rather detailed provisions that need to be embodied in the project agreement. Article 4 of the BLT Law and By-law Article 48 onward.

⁶⁴ Article 3 and Article 19 of By-law.

performance bond is lodged, the construction term performance bond is returned by the administration.⁶⁵

f. Financing and Minimum Equity

The contractor shall provide all finance for the project. The minimum equity capital to be provided by the contractors shall not be less than 20% of the total fixed investment. Of course, the sponsor/s may invite financial investors to the project company and complete their portion of the equity as the project company vis-à-vis external financing. Inclusion of financial investors as shareholders of the project company is subject to approval by the administration.⁶⁶

g. Determination of Lease Payment

Lease payments and the project term shall be determined by taking into consideration the PPP project's construction cost according to the following factors:

- value of the project,
- nature of the project,
- whether the Project Company provides medical equipment,
- profits of the Project Company,
- whether it is permitted by the contract to operate other services or commercial service areas of the campus by the Project Company.⁶⁷

h. Starting Date of Lease Payments

The project company shall be entitled to receive lease payments from the Ministry of Health starting from the actual completion and the first operational date of the project up to the end of the operational term. There shall be no payment by the Ministry of Health before the completion date. However, there is an exception to this rule: if any specific agreement contains provisions for phase completions or partial operation, being subject to partial acceptance by the administration.⁶⁸

i. Adjustments (increase) in Lease Payments

The lease payments for the project shall be adjusted at the beginning of every year on the basis of the inflation rate of the previous lease term. For the purpose of the calculation of the new lease term, the arithmetic mean of the CPI ("Turkish Consumer Inflation Rate") and the PPI ("Turkish Production Inflation Rate") announced by the *TÜİK* shall be applied. Moreover, in the event that foreign currency finance is involved, if the increase in foreign currency at the time of increasing the lease is higher than

⁶⁵ Article 3/12 and Articles 37-39 of By-law.

⁶⁶ Article 6 and Article 54 of By-law.

⁶⁷ Article 5.

⁶⁸ Article 5/2.

the increase rate of (CPI+PPI) / 2, it is also added to the lease payment.⁶⁹

j. Lease Payments' Funding

Lease payments are funded not only by the revolving fund mechanism budget, but also by the central budget of the Ministry of Health.⁷⁰ However, in practice the Ministry of Health aims to cover those payments from the revolving fund mechanism. It may well be the case that the Ministry can cumulatively use both. It may be correct to say that all lease payments are under the payment guarantee of the government/treasury by law.

k. Local Procurement Requirement

20% of all medical equipment as listed in the fixed investment, which shall be used for health PPP projects, shall be the product of Turkey. The details shall be determined in the tender documentation.⁷¹

l. Ownership Status of the Land

The site/land of health PPP projects shall be in the full property and ownership of the administration. There shall be no transfer of ownership rights of land to the project company. However, an independent and continuous servitude right without any value may be established and registered to the land registry (*Tapu Sicili*) in favour of the project company for a maximum term of 30 years (covering the operation term) excluding the fixed investment term. The servitude right agreement shall be signed between the project company and National Real Estate Directorate of the Ministry of Finance.⁷²

m. Tax Benefit for Project Companies

Contracts and documents that are signed between the administration and private law persons relating to investments under the BLT Law during the investment period⁷³ are all exempted from stamp tax and duty. Exemption is also valid for the main PPP contract, signed between the Ministry of Health and the project company.⁷⁴

Under VAT law, VAT is exempted from the delivery of goods and services (directly related to the

⁶⁹ Article 5/1. The By-law includes very detailed provisions and formulae for calculating lease payments (Appendixes 1 and 2), calculating net current value (Appendix 3) and determining minimum and maximum lease payment amount (Appendix), over a total of 9 pages.

⁷⁰ Articles 5/5 and 56 of By-law.

⁷¹ Article 3/16.

⁷² Articles 1/1, 1/2/ü, 2/1 and Article 53 of By-law.

⁷³ The “investment period” is defined in the By-law as the period from signing the project agreement and delivering the site until the time when the premises are taken over by the administration following the contractor’s completion of construction and fixing to be ready for operation. By-law Article 4.

⁷⁴ Article 9.

investment) within the project for the duration of the investment period.⁷⁵

n. Transfer at the End of the Term

Just as in classic concession agreements, the contractor is liable to hand over the premises to the administration at no cost, as the counterparty to the agreement, without any debt or undertaking and in good shape and working condition at the end of the contract term.⁷⁶ In fact, by the operation of law, all assets of the project are deemed transferred to the Ministry of Health at the expiry of the contract period. For this reason, the project company is responsible for maintaining all assets of the project in good condition during the operational period. At the end of the operational term, the Ministry of Health and the project company will issue a joint handover and delivery document, which should explain all details and conditions of the project's assets.

o. Debt Assumption

As a means of government support for PPP projects in Turkey, the Turkish Treasury, through the Ministry Treasury and Finance, may assume financial obligations towards the project lenders.⁷⁷ The President of the Republic of Turkey (the "President")⁷⁸ is entitled to grant assumption of the financial burdens (debts) for financing the project, including its derivative debts. In order for this assumption to be realized, the Treasury should have given its approval to the provisions relating to such assumption in the draft agreement, both prior to the tender phase and after tender, but before signing the project agreement. The following requirements must be met too: (a) if the project value is over 500 million TL, (b) it should be agreed in the project agreement that the administration is entitled to take over the operation and assets of the project before its agreed expiration date, (c) official proposal of the Health Minister.

As for the debt assumption by the Treasury in PPP projects under the BLT Law, the minimum investment amount should be 500 million Turkish Liras. The application of this limit for a possible debt assumption shall be in force as of 1 January 2014. Other provisions of debt assumption except the minimum investment limit that are brought by the BLT Law shall be applicable as from 1 December 2012.

We should also emphasize that the By-law for the implementation of the debt assumption law⁷⁹ was

⁷⁵ Value Added Tax Law (*Katma Değer Vergisi Kanunu*) Provisional Article 29 at <https://www.gib.gov.tr/gibmevzuat> last accessed 21 March 2020.

⁷⁶ Article 7 and Article 64 of By-law.

⁷⁷ Debt assumption is regulated under Article 8A of the Law on Regulation of Public Finance and Debt Management (*Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun*) dated 28.03.2002 at <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4749.pdf> last accessed 30 March 2020.

⁷⁸ This power was held by the "Council of Ministers" prior to the amendment becoming law on 2 July 2018.

⁷⁹ See footnote 91 (Debt Assumption Law).

recently amended at the end of 2019.⁸⁰ The By-law has brought the following amendments: i) the coverage of the debt assumption regardless of the fault of the project company in termination is 100% of the principal loan amount plus all the financing costs. Prior to the change, when there was a default by the project company, the coverage was 85%. ii) In the BLT, the equity ratio for the project financing was minimum 20%. With the amendment, only a project with minimum 30% equity ratio can benefit from debt assumption. According to the By-law,⁸¹ the changes referred to above shall be applied to any new debt assumption agreements **still to be executed** after the assumption undertaking is made further to 1 December 2012. Needless to say, any debt assumption agreements already executed remain intact.

p. Lenders' Step-in Rights in case of Default

The project agreement also contains provisions in respect of the right for the project lenders to step in. During both the investment term and the operation term, if any default occurs by the contractor, lenders shall also be notified of that default by the project company. If the project company cannot rectify the default during the reasonable period granted by the administration in the default notice, lenders shall be entitled to modify the shareholding structure of the project company in order either to complete the project during the investment period or to continue the project within the operating term. Of course, the lenders' choice of new shareholding structure for the project company is always subject to the approval of administration.⁸²

Apart from the project agreement where such step-in rights are included, these rights, in practice, are mainly regulated in an agreement called the "Funders Direct Agreement" ("FDA"). This agreement creates a direct relation between the lenders and the administration, and is signed by the lenders, the project company and the administration.

r. Planning Regulation of Health PPP Projects

All planning regulations for the buildings of health PPP projects shall be developed and undertaken by the Ministry of Environment and Infrastructure of Turkey in place of local municipalities which would have had the authority to do so.⁸³

s. Dispute Resolution Procedure – Anticipating Arbitration

As a rule, the Turkish commercial courts rather than the Turkish administrative courts are competent to make a final settlement of any dispute arising out of or relating to the agreement, according to Turkish law. Referring to the history of the provisions allowing agreements to become private law agreements

⁸⁰ The amending By-law was published in the official gazette on 25.12.2019 at <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/12/20191225-37.pdf> last accessed 30 March 2020.

⁸¹ Provisional Article 3 of the By-law.

⁸² Article 4/7 of the BLT and Articles 49/v, 57 and 62 of the By-law.

⁸³ Article 8 and Article 65 of the By-law.

and thus be subject to civil law as opposed to administrative law, this is currently a completely settled matter.

The BLT Law does contain specific provisions for the settlement of disputes.⁸⁴ The law applicable to the disputes is Turkish law. Although there is a choice of law provisions under Turkish private international law provided there is a foreign element in the legal relationship, the BLT Law rules out this possibility.⁸⁵ As regards the judicial authority competent to resolve disputes, the BLT Law states that the courts of the republic of Turkey are competent and have jurisdiction. Again, this provision prevents parties in a legal relationship with foreign elements from agreeing to the jurisdiction of a foreign court as opposed to Turkish courts.⁸⁶

However, the provisions include a kind of salvation clause for the benefit of international dispute resolutions, by saying that the parties may agree that the dispute be resolved by international arbitration in accordance with IAL⁸⁷ provided that the law applicable to the merits of the dispute shall be Turkish law. The BLT Law in its original version required the place of arbitration to be in Turkey. In the amendment that was adopted in 2015, this constraint was lifted. Following the amendment, the parties may freely agree to a place of arbitration outside Turkey. If there is no agreement on the place of arbitration, then it is the arbitrators who decide thereon as per Article 9 of the Turkish IAL. Likewise, as per the arbitration law, the dispute may also be resolved through an arbitration institute even at a place outside Turkey.⁸⁸

The BLT [Build-Lease-Transfer model] does not specify any further clarification as to whether the IAL [International Arbitration Law] shall be applicable as the law governing arbitration proceedings. Under the provisions of the IAL for determining the rules governing arbitral proceedings, it is explicitly stated that the parties can freely agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal, or in determination of such procedure make reference to any law or international or institutional arbitration rules. However, such determination shall always be without prejudice to the mandatory provisions of the law (the IAL). If the parties have not agreed on this issue, then the arbitral tribunal shall conduct the proceedings pursuant to the provisions of the IAL.⁸⁹

Taking a literal interpretation of the IAL, it may be argued that once the parties can have resort to the

⁸⁴ Article 4/11 and Article 67 of the By-law.

⁸⁵ Article 24 of the Law on Private International Law and Procedural Law dated 2007 at <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5718.pdf>; for an English translation see <http://www.lawsturkey.com/law/act-on-private-international-and-procedural-law-5718> last accessed 30 March 2020.

⁸⁶ Ibid., Article 47.

⁸⁷ See footnote 25.

⁸⁸ Ibid., Article 8.

⁸⁹ Ibid., Article 8/A.

IAL for dispute resolution, then as per the foregoing provisions of the IAL they are also entitled to agree on the rules governing the arbitral proceedings by making reference to any other foreign law or international arbitration rules, for instance UNCITRAL [United Nations Commission on International Trade Law] rules, or the rules of any arbitration institute like ICC [International Chamber of Commerce] or SCC [Stockholm Chamber of Commerce], provided, however, that mandatory provisions of the IAL are preserved. Another argument may assert that when reading the relevant provision of the BLT, Article 4/11, the purpose behind letting the parties choose their arbitration as opposed to local Turkish courts is to have the provisions of the IAL's procedural provisions applied instead. Accordingly, it is not the purpose of the lawmaker to free parties to conduct their arbitral proceedings in accordance with other rules of procedures, but those of the IAL. This purposive interpretation of the law may be employed in this regard.

In fact, considering that the provisions of the IAL are inferred from the UNCITRAL model law on arbitration,⁹⁰ they may not be significantly different from those of other national arbitration laws and even international or institutional arbitration rules. It follows that it does not make any notable difference which laws or rules govern the arbitral proceedings once it is settled that the arbitration will be subject to the IAL. What this means ultimately is that as the arbitration is subject to the IAL, any case for annulment of any arbitral award thereunder can and should be filed at competent courts in Turkey as per the provisions of the IAL. It may well be concluded that this is a mandatory provision of the IAL from which the parties cannot opt out.

We should emphasise here that the application of the IAL is not automatic. In order for the IAL to apply, the relationship by which arbitration is agreed as the dispute resolution method must include a foreign element in accordance with Article 2 of the IAL. Additionally, the seat of arbitration must be outside Turkey or else the IAL is either chosen by the parties or by the arbitral tribunal. In our case of PPP [Public Private Partnership] projects or contracts, one party is the state administration, that is the Ministry of Health [MOH] as the owner. The other party must be a joint stock company constituted in Turkey in accordance with Turkish laws for this specific project purpose, namely a Turkish company, pursuant to the provisions of the BLT.⁹¹ Under these circumstances, the criteria that may be applicable to meet the foreign element requirement under the IAL can be one of the following:

- i- where a shareholder of the company that is party to the underlying contract as the subject of the arbitration agreement has brought foreign capital pursuant to the law on the encouragement of foreign investments, or

⁹⁰ For UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with Amendments as Adopted in 2006, see https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf, last accessed 25 January 2021.

⁹¹ Article 4/y.

- ii- in order to implement the underlying contract it should be necessary to formulate loan and/or security agreements for the provision of capital from abroad, or
- iii- the underlying contract or the legal relationship that forms the basis for the arbitration agreement realizes the transfer of capital or goods from one country to another.

Item (i) above covers the situation that a foreign investor forms the company, or a shareholder of the project company signs the project agreement with the MOH. It is known that certain PPP projects have been signed with the project companies that include foreign investors in their partnership combination.

The second possibility suggests that even if no foreign shareholder is involved in the partnership structure of the project company, if the project is financed from abroad, the foreign element requirement of the IAL is met. In practice, we can see that in most of the projects the World Bank and/or European Investment Bank provides finances to implement the project, as well as other financial institutions.

The item (iii) situation embodies the most general criterion of the IAL, to attribute a foreign element to a legal relationship and thereby make it subject to arbitration under the IAL. Very basically, it implies the movement of capital or goods between countries. This criterion may be construed as the most inclusive criterion. It was even rightly argued that this very criterion would have been ample in itself to qualify for giving the foreign element characteristic to a legal relationship (Akıncı 2016, p.63).

As may be seen from the foregoing criteria for a foreign element, it is highly likely that a PPP project relationship may contain a foreign element and thus become the subject of international arbitration under the IAL. Of course, the second requirement of that is either that the place of arbitration is outside Turkey, or that the parties to the arbitration agreement or the arbitral tribunal have chosen the IAL as the applicable law for their arbitration.

In relation to the second requirement, we have already touched on the second limb of the sentence that is the choice of the IAL. The original version of Article 4/11 of the BLT Law has seen a change that lifted the requirement relating to the seat or the place⁹² of arbitration to be in Turkey. This allowed parties to an arbitration under the IAL to have the place of the arbitration outside Turkey, i.e. in a foreign country.

Referring to our above explanations, such a change may have been aimed at providing a neutral place for the arbitral proceedings, since any annulment case will still be subject to the IAL at the competent court in Turkey. This is because of the fact that the BLT Law imposed that the arbitration will be mandatorily governed by the IAL.

The legislature may have thought that for the purpose of neutrality, the court which reviews the

⁹² We used the two words as alternatives to refer to the legal functionality of the words, rather than meaning just the meeting place of a tribunal that may occasionally be changed.

annulment case can be outside Turkey as the place or seat of the arbitration. The reason may have been that under normal circumstances an arbitral award is subject to the annulment case at the competent court of the country where the arbitration takes place, namely the place of arbitration. One of the legal reasons for importance of the place/seat of arbitration (Akıncı 2016, p.172; Belohlavek 2013, p.262) is to determine where a potential case for annulment (setting aside) of the arbitral award is to be filed. Thus, one would think that, as per the BLT's provision, when the parties to the project agreement choose the place of arbitration as a place outside Turkey, the courts of Turkey would not have jurisdiction to hear such an annulment case.

However, although this interpretation or attribution makes legal sense for general understanding, it may not be tenable as far as the purpose of the BLT's provision in making arbitration subject to the IAL is concerned. It may be asserted that the aim of the legislature, by having this mandatory provision regarding the law applicable to the arbitration proceedings, was to have the arbitration as an alternative dispute resolution but be subject still to Turkish courts' assessment when it comes to the annulment case. This interpretation would entail that the competence of the courts in the place of arbitration is not exclusive.

We can support this argument by looking at the provisions of the New York Convention for the enforcement of foreign arbitral awards. Article V of the New York Convention lists the grounds for the refusal of an enforcement. Its paragraph 1/e speaks of the place for setting aside (annulment) the award as being "... *by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made*". The provision in its second part envisages that the courts of the country under the law by which the award is made will have competence to set aside an award. In our case, since the BLT imposes that the arbitration be subject to the IAL as the law applicable to arbitration [*lex arbitri*], then the award so rendered shall be an award rendered pursuant to the IAL and any annulment or setting aside case shall be heard at the competent court as specified by the IAL in Turkey. Besides, the MOH under normal circumstances may not be willing to agree to such a clause of the place of arbitration being outside Turkey, their being the owner of the project and the party with the administrative power.

Additionally, looking from the legal procedural standpoint, the courts at the place of arbitration may have still some intervening and/or assisting powers that can in principle be exercised within the boundaries of the country where the court is located. Choosing a place outside Turkey may naturally avoid the intervention of the Turkish courts, at least during the arbitral proceedings. Therefore, we may conclude here that a change in the BLT may have targeted minimising the intervention of the Turkish courts during the arbitration proceedings.

As this point may need more lengthy discussion; let it suffice to conclude that allowing parties to choose the place of arbitration outside Turkey appears to aim at assuring a neutral place as the seat of arbitration

for the arbitral proceedings, as far as the BLT is concerned.

4. Improving the Efficacy

a. Intervention in the Project Contract

This issue of intervention to PPP contracts or project agreements during the execution phase of the project agreement may stem from the necessities of public interest. The question is whether the government or the owner of the PPP project, the MOH, can later intervene with the contract provisions that have already been agreed and even implemented.

As the BLT stated, PPP contracts are private law contracts and subject to private law provisions, such as the provisions of the Turkish Code of Obligations [TCO].⁹³ The governing tool for PPP projects is by law stated as the use of private contracts, the roots of which can be found in the provisions of Article 47 of the Constitution. Therefore, one cannot question the legality of the contract practice. However, it is also argued that this, on the other hand, amounts to “*the power to rule without Parliament*” (Daintith 1979).

The question can also be rewritten as the intervention of public administration in the freedom to contract. This is so because we speak of an intervention once the relevant PPP contract is properly signed by the parties, i.e. the MOH administration on the one hand and the private party on the other. The intervention may arise when the contract provisions or the result of the contract at the implementation stage prove to be too expensive to bear for the public budget. This may arise in particular if the relevant PPP contract is concluded in foreign currency or with reference to foreign currency. In the event that the local currency experiences constant devaluations against the contracted currency, the cost of the project may become burdensome on the budget. Therefore, the public administration in such circumstances may think of intervening with the contract, claiming public interest. Considering that the Turkish healthcare PPP projects are expressed with reference to foreign currency with certain fiscal guarantees, this question may be at issue in the Turkish case.

The freedom to contract is the main pillar of the Turkish law of contracts. This principle is also included in the Constitution under Article 48, that anyone has the freedom to work and contract in any field they desire. This freedom to contract implies not only the freedom to conclude a contract, but also the prohibition of any intervention from outside. According to the Constitutional Court, it is the state that should grant this constitutional protection to contracting persons.⁹⁴ This freedom can also be subject to

⁹³ At <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6098&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, last accessed 28 January 2021.

⁹⁴ Decision of the Constitutional Court, 08.01.2009, E. 2004/87, K. 2009/5, published in *Official Gazette* 05.03.2009 – 27160, 13.

limitation, but without touching the core of the freedom and its law.⁹⁵ It means that any limitation to the freedom to contract can only be made by law. It follows that any intervention by the administration must derive from a provision of law. In our case, there is no specific law that entitles the administration to intervene with a PPP project in the way that is referred to above.

In fact, the Turkish public law practice, i.e. the Constitutional Court and the Council of State (“*Danıştay*”), have always relied on the dictum of *pacta sunt servanda* [agreements must be kept] as regards boundaries to any intervention by the public to the contracts (Tan 2014). It is also stated that the freedom to contract is not only a formal freedom, but should also include a material content that shapes the freedom. That material content may need to be informed by the values of economic public policy that aims at scrutinizing the market and protecting consumers (Tan 2014). Certain regulatory bodies have already been established to shape the contract freedom in terms of intervention for the benefit of the consumer or competitors, and the public. These independent regulatory agencies [IRA] are established by law and empowered with powers to intervene with the freedom of contract within the framework of the relevant laws.

Once a contract is freely concluded between the administration and the private party, it cannot be altered by a legislative act of the legislature or the administration. In the past, both the Constitutional Court and *Danıştay* refused any attempt by the legislature (the Turkish Parliament) and Council of Ministers as part of the administration to deprive the private parties of their contractual rights by enacting laws or decrees. Both courts explicitly made clear that the principle of the rule of law as embodied in the Constitution prevents the lawmaker from rescinding already signed contracts unilaterally and introducing new provisions for the benefit of the administration, on the ground that it is against the principle of legal security and the dictum of *pacta sunt servanda*. Such laws and decrees brought before both courts were annulled.⁹⁶ Accordingly, it is untenable to suggest that new regulatory arrangements can be a means of intervention in current projects.

Although there is currently no IRA in the healthcare sector, we may cite several of them in various sectors in Turkey: for example, banking, competition, the energy market, data protection, information technology and communication. These authorities are endowed with the powers to regulate the market and practices within their field of application. In certain cases, they are even entitled to propose changes

⁹⁵ Article 13 of the Constitution.

⁹⁶ See e.g. the Constitutional Court Decisions: 13.02.2002, E. 2001/293, K. 2002/28, published in *Official Gazette*, 18.04.2002 – 24730; 31.01.1997, E.1996/66, K. 1997/7, published in *Official Gazette* 28.10.1997 – 23154. Council of State Decisions: 10th Chamber 10.10.1996, E.1995/926 K.1996/5932, *Danıştay Dergisi* (journal of *Danıştay*), 1997, Vol. 93, 494 at <https://drive.google.com/file/d/1hm6vir52SaHcQSCFM37JCd9mCkgwXoli/view>, last accessed 26 January 2021; 10th Chamber, 13.05.2011, E.2010/14697, at <https://www.verginet.net/Dokumanlar/2011/2010-14697.pdf> last accessed 26 January 2021.

to relevant agreements that are already concluded and in use. Their powers may include changes to the agreements the parties already signed. The suggestions of the IRAs can be either directly or indirectly binding on the contracted parties.

This power of intervention no doubt is intended to assist in economic public order. However, when considering agreements or contracts to which a public administration is party, any such suggestion, proposal or order by an IRA to rescind or amend the contract at the implementation phase will be against the freedom to contract and the principle of legal security(Tan 2014).

Following the foregoing discussion, what is left to be examined for a possible intervention to PPP contract projects is a legal case that can be brought to the courts, whether state courts or arbitration courts. If a party to a contract believes that the contract needs to be repealed or amended due to change in circumstances, the parties to the contract can do so amicably. If no amicable solution is reached, then either party has the right to file a case at the competent venue to obtain a decision to that end. As already stated above, for a PPP project contract, the competent venue may be either the courts of Turkey or, if the parties have agreed to arbitration, then the arbitral tribunal so established as per the provisions of the IAL. However, in both cases the law applicable to the disputes or to any such request by either party will be Turkish law.

Therefore, if, for example, the MOH is of the opinion that a project agreement needs to be repealed, partly or wholly, or amended, it should bring this as a legal case at the competent venue. Once it is filed, the court or the tribunal should examine the case as per the substantive provisions of the Turkish laws, in particular the provisions applied to the law of contracts that are embodied in the TCO.

The principle of *pacta sunt servanda* is one of the pillars of the law of contracts. However, in certain circumstances the conditions or economic-legal environment may change during the implementation phase of a contract. Therefore, scholars have created and developed some theories that can be applicable when the circumstances have materially changed. In early ages this exception was worded in Latin as *clausula rebus sic stantibus* [things thus standing], but this was mostly used in public international law. In modern regulations the exception is seen under different names, though with mostly the same result.

In Turkish law, the early and the main provision that would allow the courts to intervene in a contract in use is the principle of *bona fide* [in good faith], which finds its meaning in Article 2 of the Turkish Civil Code.⁹⁷ The provision reads “*everyone has to obey the principles of good faith when utilising their rights and fulfilling their obligations. The legal order does not protect the abuse of rights.*” This general provision was later backed in the newly adopted version of the TCO by adopting a provision in Article

⁹⁷ At <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4721&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, last accessed 28 January 2021.

138 for a specific situation where contracting parties under certain conditions may have resort to the courts to amend or even repeal or terminate their contract due to changed circumstances. This can only be made by a determination of the competent judge/arbitrator in a judgement or award. The Article is titled “*Excessive Difficulty of Performance*”. As the title suggests, when a party claims that their performance under the contract has become excessively difficult, that party can request the court to adapt the contract to the changing circumstances that have made it impossible to perform. If the adaptation is not possible, then a termination of the contract can be demanded.

The provision has prerequisites to allow an adaptation or termination if all of the following requirements have been met:

- i- there must be extraordinary changes between the time when the contract was agreed and the time during the performance of the contract. Such extraordinary changes must have arisen after the contract was agreed;
- ii- such event of difficulty should not be caused by the debtor;
- iii- this event must have changed the situation as it was at the time of the agreement of the contract, and the request for action by the debtor under the new circumstances comes under the principle of good faith due to such change;
- iv- the debtor either has not performed his obligations or has performed them by saving his rights, arising from the excessive difficulty of the performance. The relevant Article 138 says that this provision can be applicable to foreign currency debts.

Since a PPP project agreement is subject to Turkish laws, it is tenable that when the above requirements are met, Article 138 can be applicable; one example could be the MOH claiming that due to economic turmoil and excessive foreign currency fluctuations, it has become excessively difficult for the MOH to perform its obligations under the contract. Although this is possible in theory, we should ask whether this can work in practice. Because if we look at the circumstances under which PPP contracts are concluded, it may not be possible to argue that at least the first requirement above would hold. In fact, circumstances at the time when those PPP contracts were signed have not changed in the sense that they were unforeseeable. The Turkish economy’s performance has not altered, and it was predictable at the time of the conclusion of those contracts. The foreign financing of the projects has been carried out in foreign currency. Thus, since the parties to the PPP projects predicted then that the Turkish Lira would be devalued during the implementation of the project agreement, thus they indexed the payments of the rentals by the MOH to the foreign currency in which the finance is concluded. Hence, any argument under Article 138 would not be a solid base to amend the contract.

There is another provision under Turkish law that might be invoked. Article 27 of the TCO states that if contracts are in breach of mandatory provisions of the law, ethics, *public policy*, personal rights or the

subject of which is impossible, they are definitely null and void. Among other reasons, public policy or public orders may be singled out as providing a base for possible termination of a PPP project contract. The argument might be that the contract even when agreed was against public policy by not meeting or satisfying the general public interest.

The content of public policy in the field of private law and in particular in the application of the above provision is rather limited. First, it is suggested that any definition of public policy for the application of Article 27 of the TCO should reflect the written rules of the legal system (Atasoy 2020, p.147). This is the Constitution at the base of the legislative pyramid. Otherwise, invoking the unwritten rules of law would diminish the main principle of rule of law. It should also be remembered here that Article 48 of the Constitution refers to the very subject matter of the freedom to contract.

The limitation adopted under Article 27 for the grounds of public policy is mostly aimed at balancing the interests and strengths of the contracting parties. When there is an imbalance at the expense of the other contracting parties, then public policy or public order limitation may come into play. Additionally, contract justice may also be cited in this regard (Atasoy 2020, p.105).

There are numerous variations in public policy that can be considered within the application of Article 27. For the sake of this study, we believe that the most relevant ground for the limitation of freedom to contract in interpreting the public policy concept is economic public policy. In a contract it may be that not only the specific interest of a party can be breached, but also a general interest relating to economic order (Atasoy 2020, p. 176). However, this is rather an abstract subject that needs to be suggested by the decision-makers. When the decision-makers try to shape this concept in a concrete way, it must be realised with a clear reference to legal security and freedom to contract. Therefore, one can only speak of such limitation as a last resort [*ultimo ratio*] (Atasoy 2020, p. 212). Likewise, the decision-makers, judges or arbitrators have no mandate to create new obligations for the parties to a contract other than those already agreed at the inception of the legal relationship. This is so even when monitoring contracts for the purposes of social and economic concerns. This is a result of the prevalence of the principle of the rule of law.

Another concept that may come into play is the attainment of public economic peace in order to protect the legal order and to ensure the public interest. However, the concept of public economic peace is more a public or administrative law issue than a law of obligations. The public economic peace notion is a concept that lends itself to the unwritten principles of the legal order. Therefore, when the decision-makers are faced with setting a balance between this notion and the contract that the parties agreed by their own free will, the decisive criterion should be the freedom to contract. The reason is that that notion has yet to be shaped by laws. Thus, in order to avoid any abuse of such limitation and to protect legal security as well as the rule of law, usage of the public policy limitation to contractual freedom should

stay as an ancillary concept(Atasoy 2020, p.254). Additionally, the principle of the freedom to contract as embodied in the Constitution should not be sacrificed for an exceptional and abstract notion. Hence, the decision-makers should look into the provisions of the contract first to find the best solution for the parties if the equilibrium of the contractual obligations is a concern.

Consequently, we believe that public policy or public order limitation may not be utilised to intervene in PPP project agreements. The MOH as one of the parties and representing the administration as the stronger and the more powerful party to the contract is not in a position to rely on this exception in Article 27 of the TCO.

Since we accept that the use of public policy is an exception, we should look into the provisions of the project agreement that is signed by the parties with free will. If any party thereto is of the opinion that the contract has become insupportable due to concerns that cannot be attributed to the other party, then it should first have resort to the agreement itself. From the standpoint of the MOH, if the MOH thinks that a specific project agreement is of that category, then it should try to apply the provisions of the relevant project agreement.

Looking at the provisions of the PPP project agreements, one may conclude that almost all of them have identical provisions. Of these, there are specific provisions for the MOH to have recourse to the termination of the project agreement, in particular in the event of failures by the project company that are specified in project agreements in a very detailed manner. The project agreement, being a mutual contract, can be terminated by both parties' agreement as per the TCO. We should emphasize that the project agreement is not the only agreement signed between the MOH and the project company. The whole bunch of agreements runs to hundreds of pages. Even the creditors or funders have agreements not only with the project company, but also with the MOH as well. In particular, the three parties sign a funders' direct agreement, wherein provisions for certain termination events are also contained.

Any termination or amendment request by the MOH is best dealt with by reference to the provisions of the project agreement. Any unilateral act would run counter to the reputation of the country in terms of the climate for foreign investment. Intervention in the contract through means outside the contractual relationship may also trigger the responsibility of the state, the MOH being a part of thereof, under bilateral investment protection and promotion treaties that Turkey already signed.

b. Legitimacy

In order to pursue a successful PPP scheme, one of the most important factors is the issue of building legitimacy. It is widely accepted that both developing and sustaining PPP applications is profoundly dependent on the concept of legitimacy (Hodge 2006; Jooste et al 2009). The reason is mainly that PPP projects aim at transferring the provision of services that have traditionally been publicly delivered, to

the private sector. Then comes the responsibility to ensure the interests of various groups of stakeholders in this new framework, namely the public sector, private sector and the civic sector. While the first two combine to make a contract to implement the relevant PPP project, the civic sector comprises the users of the services or the assets, local residents, non-governmental civil rights organisations, and most importantly the wider group of taxpayers.

It is evident that the responsibility to ensure and promote the legitimacy of PPP programmes and to protect the interests of user groups lies with the government (Jooste et al 2009). The instances of PPP programmes as deployed at international level proved that the PPP instrument generally lacks legitimacy in the eyes of citizens for which those programmes have been implemented. One example is the New South Wales and Victoria states in Australia which conducted parliamentary inquiries that determined a lack of legitimacy in the eyes of the taxpayers. This still does not mean that it is a public versus private debate. What needs to be done is to provide evidence of better value for money for the public users of the PPP services (Hodge 2006).

However, it takes effort to establish this legitimacy. Government officials may not be equipped to tackle the complexity of PPP projects, at least on a wider spectrum. They may well employ advisers who are competent. But most of the legislature and government support such deals on trust. When it comes to citizens in the civic sector, then we may experience a brick wall of both complexity and commercial confidentiality (Sands 2006; Hodge 2006; Jooste 2009). In fact, these two obstacles are interrelated. The complexity can be easily overcome by giving the civic sector improved accessibility to details of the PPP projects. Otherwise, the government's accountability will be in question. It is an established fact that transparency is the best way to assure legitimacy.

The above-mentioned parliamentary inquiry in Australia made certain suggestions to achieve legitimacy, and democratic legitimacy in particular (Hodge 2006). The first group of recommendations relating to accountability suggested the mandatory publication of PPP documentation. This may not of course include all the documentation, but just the salient features of the contract and summaries. This should also contain the value for money report, which is important in the eyes of taxpayers. The second group suggests that public interest be given a great deal of importance in PPP assessment. The third group of recommendations entails increased policy review systems for disclosure and arrangement of PPPs, which can be done by periodic audits by the government agencies endowed with such competence and powers. It is evident that commercial confidentiality clauses, albeit a necessity from a commercial standpoint, diminish transparency and negatively affect public accountability and thus legitimacy. Additionally, reduced scrutiny has the potential for creating corruption and patronage (Sands 2006).

There is no doubt that the above findings are totally applicable to having a successful PPP programme around the world, including in Turkey. In fact the World Bank, assessing the importance of transparency

in the success of PPPs, have authored a report titled “Disclosure of Project and Contract Information in Public-Private Partnerships” (World Bank Institute 2013, January).

The World Bank Report examined 11 jurisdictions representing 8 countries, including some of their sub-national regions. The objective of the report and the review is to provide emerging practices around the disclosure of information on PPP projects and contracts. It also makes recommendations to government agencies as to how they can transmit more detailed information to their civic sector. The report also found that PPP projects require greater transparency than similar projects implemented by traditional public procurement. PPP projects may by their very nature demand further considerations for disclosure that do not exist in publicly executed projects. It is apparent that considerable disclosure can help PPP programmes to attain better value-for-money (World Bank Institute 2013, January).

In relation to the disclosure arrangements in those 11 jurisdictions, the report determined that certain jurisdictions proactively disclosed a considerable amount of information. In some others, although information was provided by the government through general transparency laws, yet to access that information needed time and lengthy procedures.

For example, the Latin American countries Brasil (Federal), Brasil (Bahia), Brasil (Minas Greais), Chile and Peru apply full proactive disclosure as standard. They also disclose all guarantees included in the PPP contracts too. However, performance and audit reports are not disclosed, with the exception of Peru which discloses performance reports proactively for transport projects (World Bank Institute 2013, January). Australia’s New South Wales and Victoria, widely using PPP projects, the United Kingdom and Canada’s British Columbia make proactive disclosures, but with redactions. The first two also provide a detailed summary. The guarantees in the PPP contracts are provided in these four jurisdictions, but with some limitations. Again, audit reports are proactively disclosed by the four jurisdictions, whereas performance reports are disclosed reactively (World Bank Institute 2013, January). In India, there is proactive disclosure in selected sectors, with all guarantees granted in the contracts. Audit reports are proactively disclosed, whereas performance reports are disclosed reactively (World Bank Institute 2013, January). South Africa adopts a reactive disclosure system for contract disclosures; guarantees are proactively disclosed for new contracts too; guarantees for old contracts are subject to reactive disclosure; performance reports are both proactively and reactively disclosed, depending on the project; audit reports are disclosed proactively (World Bank Institute 2013, January).

The World Bank report in the end believed the disclosure of information relating to PPP contracts suggested approaches for PPP projects and contracts that could be applied in all relevant jurisdictions, including Turkey. However, in order to execute those suggestions, laws and in particular the BLT need to be amended. Alternatively, general legislation to this end may also be enacted which could cover the disclosures of PPP projects and contracts, if not all public contracts. It is also important that such

disclosures include not only the contracts or certain redacted parts of the contract but also guarantees, grants, performance criteria and the reports thereof, including audit reports.

The report concludes that a PPP disclosure policy should ensure that the public is fully informed about:

- i- range of services in the contract, performance levels agreed upon and performance levels attained;
- ii- salient features of the procurement process;
- iii- the government grants guarantees and other financial incentives, together with significant risk-bearing.

This disclosure should be in a way that the competitive position of the company delivering the PPP project is still protected. The report provides detailed tables that include the key elements of proactive disclosure, as well as good practice in terms of disclosure of information regarding PPPs (World Bank Institute 2013, January).

For the sake of a better PPP environment for both the civic sector and the public and private sectors, Turkey should adopt the disclosure system that is articulated in the World Bank report. This will undoubtedly ensure the transparency and thus legitimacy of the PPP healthcare projects. It will also enhance the accountability of the government by creating democratic legitimacy as well. Considering the long-term effects of PPP projects, subsequent governments will also benefit from this legitimacy, as will taxpayers.

It follows from the foregoing that PPPs may work better when commercial confidentiality is not imposed so strictly as to limit the public accessing the information that is necessary to evaluate its legitimacy. This would also provide accountability systems that would discourage any misconduct. Consequently, the social contract would thereby be improved.

OUTCOME

As regards PPPs in the health sector through so-called “City Hospitals” (*Şehir Hastaneleri*), adopting the BLT Law in its sphere has brought a strong legal basis to putative investors/sponsors. The practice of an improved legal environment has meant that numerous contractors have successful bids for projects in the pipeline. With respect to the efficiency and customer satisfaction for the services rendered by the completed projects (in operation), studies (Çınar et al 2017) show a positive reception due to these city hospitals’ state of the art construction and modern facilities, as well as quality of service. If the government succeeds in promoting, encouraging and attracting international health tourism to the city hospitals, the burden on the public budget would be very much lessened if not lifted completely.

On the other hand, it should be stated here that Turkey should ideally have one unifying PPP law to regulate basic principles for all areas that are open to public–private partnership or cooperation. In fact, there was a proposal dated 2006 to that end prepared by the State Planning Organization (*DPT*), which

became statute barred. The need for a unifying law is increasing day by day(100th Year Turkey Plan 2019).⁹⁸ This would save labour and money. It would also guarantee efficiency and maximum utilization of the sources available. More importantly, a unifying law in conformity with other local laws would clarify parties' standings both in the administration and private sectors in a balanced manner and thereby clear the way for a better investment environment. It would also strengthen the legal security and foreseeability that is a *sine quo non* in international investment law from the standpoint of, in particular, the investors. There is no doubt that such a move would strengthen Turkey's hand in international competition for the attraction of quality foreign investors.

Last but not the least, as outlined in the foregoing sections of this study, if a steady and fruitful environment is to be established for the interests of both the private and the public circles, the key solution is to ensure the legitimacy of the public private partnership.

⁹⁸ A centralized PPP unit within the general central administration is also a must for smoother operation. The government believed the same, providing in the 11th Development Plan, which covers years 2019-2023, that “a new framework regulation will be introduced to ensure effectiveness, efficiency and value for money in PPP implementations”.

BIBLIOGRAPHY

- Akıllı, H. (2013). Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap İşlet Devret Yöntemine: Yasal Serüven. (*From the Public Service Concession to the Build Operate Transfer Method*). *Sayıştay Dergisi*, Nisan Haziran, 91-114.
- Akıncı, Z.(2016). Milletlerarası Tahkim,(*International Arbitration*). 4. Bası, İstanbul.
- APMG. (2016). *Public-Private Partnership (PPP) Certification Guide*, Chapter 1 PPP Introduction and Overview (the APMG PPP Guide) at <https://ppp-certification.com/ppp-certification-guide/about-ppp-guide> last accessed 1 October 2019.
- Atasoy, K. (2020). Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı (*Public Policy Limitation of the Freedom of Contract*), İstanbul.
- Belohlavek, A. J. (2013). Importance of the Seat of Arbitration in International Arbitration: Delocalization and Denationalization of Arbitration as an Outdated Myth, *ASA Bulletin*, Volume 31, Issue 2, 262-292, last accessed 25 January 2021.
- Boz, S S. (2013). Kamu Özel İşbirliği(PPP) Modeli” (Public Private Cooperation (PPP) Model), *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4 Sayı:2, 277-332.
- Commission (EC). (2004). *Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions* (Green Paper), COM, 327 Final, 30th April <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1586176331838&uri=CELEX:52004AE1440>
- Comission (EC). (2003). Concessions (Green Paper), COM; *European Commission Guidelines for Successful Public-Private Partnership*, https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf.
- Çınar, N. F., Türkoğlu, Ç., Tütünsatar, A. (2017). ‘Kamu Özel Ortaklığı/İşbirliği Modeli ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda Hizmet memnuniyetinin Ölçülmesi: Entegre Sağlık Kampüsleri (Şehir Hastaneleri) İçin Bir Araştırma’ (*Public Private partnership/Cooperation and Measuring of Service Satisfaction in Provision of Health Services: A Research on Integrated Health Campuses (City Hospitals)*), *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* Sayı 4, 215-232.
- Daintith, T.(1979). ‘Regulation by Contract: The New Prerogative’, *Current Legal Problems*, Vol. 32/1, 41-64.
- EBRD. (2006). *Core Principles for a Modern Concessions Law-Selection and Justification of Principles*, <http://www.ebrd.com/cs/Satellite?c=Content&cid=1395238764510&pagename=EBRD%2FContent%2FContentLayout> last accessed 10 March 2020.
- EPEC. (2015), the EPEC PPP Guide, <http://www.eib.org/epec/g2g/index.htm> last accessed 10 March 2020.
- EPEC. (2012). UK (England) - *PPP Units and Related Institutional Framework*, June, http://www.eib.org/epec/resources/publications/epec_uk_england_public_en.pdf last accessed 4 May 2017.
- European Parliament (EU). (2006, 26 October). *Resolution on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Procurement and Concessions* (2006/2043(INI)), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52006IP0462>.
- Freire, A. L., Sombra, T. L. S., Neto, D. S. R. (2020). Chapter 4 Brazil, in *Public-Private Partnership Law Review*, 35-47. Freire A L, Sombra ST L and Neto RD S (eds).
- Griffiths, A., Carney, N., Goss, A. (2020), Chapter 2 Australia, 10-19. in *Public-Private Partnership Law Review*, Sixth Edition, Freire A L, Sombra ST L and Neto RD S (eds).

- Güneş, S. (2017) İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, (*Arbitration in Concession Contracts*), *MHB*, Cilt:37, Sayı:2, 408-438.
- Hodge, G. (2006). Public Private Partnerships and Legitimacy, *UNSW Law Journal*, Vol. 29(3), 318-327.
- Jooste, S. F., Levitt, R. E., Scott, W. R. (2009). “Capacity, Legitimacy and Interest Toward a Framework for PPP Program Success”, 1-14, at https://www.researchgate.net/publication/228885734_, last accessed 25 January 2021.
- 100th Year Turkey Plan. (2019, 18 July). Eleventh Development Plan (2019-2023), at http://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2020/03/On_BirinciPlan_ingilizce_SonBaski.pdf last accessed 30 March 2020.
- 11th Development Plan. (2019). PPP special experts’ first report of Turkey covering 2019-2023 (*11. Kalkınma Planı (2019-2023) Kamu Özel İşbirliği Özel İhtisas Komisyonu Ön Raporu*), <http://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2019/07/OnbirinciKalkinmaPlani.pdf> last accessed 13 March 2020;
- Kamu Özel İşbirliği Raporu 2018. (2019, Mayıs). (*Public Private Partnership Report*), https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2019/05/Kamu-Ozel_Isbirligi_Raporu-2018.pdf last accessed 13 March 2020.
- Karahanogulları, O. (2011). “Kamu Hizmetleri Piyasasında Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu-Özel Ortaklığı)” (*Limited Concession (Public-Private Partnership): A New Model of Participation of Private Entrepreneurs in the Production of Public Services*), *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 66, No. 3, 177-215.
- Kikuchi, K., Wasaka, K. (2020). “Chapter 8 Japan”, 91-103 in *Public-Private Partnership Law Review*, Sixth Edition, Edited by FREIRE Andre Luiz / SOMBRA T L Santos/ NETO D S Raul.
- Mirchandani, D., Jacobo, A. R. (2020). “Chapter 23 United States”, 275-284 in *Public-Private Partnership Law Review*, Sixth Edition, Freire A L, Sombra ST L and Neto RD S (eds).
- Orak, C. Ç. (2006). Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, (*Arbitration in Public Services Concession Contracts*) Ankara 2006.
- Parliamentary Budget Office. (2018). *An Overview of Public Private Partnerships in Ireland*, p. 17 at https://data.oireachtas.ie/ie/oireachtas/parliamentaryBudgetOffice/2018/2018-03-16_an-overview-of-public-private-partnerships-in-ireland_en.pdf last accessed 5 March 2020.
- Richards, M., Calder, K., Hadrill, A. (2020). “Chapter 22 United Kingdom”, in *Public-Private Partnership Law Review*, Sixth Edition 2020, 252-273, Freire A L, Sombra ST L and Neto RD S (eds).
- Sands, V. (2006). “The Right to Know and Obligation to Provide: Public Private Partnerships, Public Knowledge, Public Accountability, Public Disenfranchisement and Prison Cases”, *UNSW Law Journal*, Vol. 29(3), 334-341.
- Son, S. (2012, June). “Legal Analysis on Public-Private Partnerships regarding Model PPP Rules” , https://www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/public-private-partnerships-2013/20120704_Report_on_PPP_legal_IssuesSon_Seungwoover.11.pdf last accessed 14 March 2020.
- Sözer, A. N. (2013). “Sağlıkta Yeniden Yapılanmanın (Özelleştirmenin) Devamı Olarak Şehir Hastaneleri” (*City Hospitals as a Continuation of Restructuring (Privatisation) in Health*), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt.15, 215-253.
- Tan, T. (1992). “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap İşlet Devret Modeline” (From the Public Service Concession to the Build Operate Transfer Model), *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Sayı 3, 307-325.
- Tan, T. (2014). “Sözleşme Özgürlüğüne Kamunun Müdahalesi”, (*Intervention of the Public to the Freedom of Contract*), 513-524,

http://repository.bilkent.edu.tr/bitstream/handle/11693/52032/Sözleşme_özgürlüğüne_kamunun_müdahalesi.pdf?sequence=1&isAllowed=y , last accessed 26 January 2021.

Tansuğ, Ç. (2001). İdari Sözleşmelerde Tahkim, (*Arbitration in Administrative Contracts*) Galatasaray Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.

UK Government Report. (2018). Private Finance Initiative and Private Finance 2 Projects: 2018 Summary Data, p. 5 at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/805117/PFI_and_PF2_FINAL_PDF1.pdf last accessed 25 May 2020.

UNCITRAL the PFIP Guide at <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/pfip-e.pdf> last accessed 10 December 2019

UNCITRAL aPFIP Model at https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/03-90621_ebook.pdf last accessed 10 December 2019

UNCITRAL Arbitration Model Law. (2006). on International Commercial Arbitration 1985 with Amendments as Adopted in 2006, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf, last accessed 25 January 2021.

UNCITRAL Model on Legislative Provisions on Public-Private Partnerships at https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-11011_ebook_final.pdf

Vaissier, F-G., Laisney, L-J., Le Bars, O., Houires, D., Ruffie, S. (2020). “Chapter 6 France”, 58-77 in *Public-Private Partnership Law Review*, Sixth Edition, Freire A L, Sombra ST L and Neto RD S (eds).

World Bank Institute. (2013, January) Disclosure of Project and Contract Information in Public-Private Partnerships, at <http://documents1.worldbank.org/curated/en/886371506355247197/pdf/119987-PUBLIC-JAN-2013-92p-DisclosureofProjectandContractInformationinPPPs.pdf> last accessed 26 January 2021.

Yılmaz, İ. (2006) “Uluslararası Yatırım Tahkimleri” (*International Investment Arbitrations*), *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, 69-84.

Yılmaz, İ. (2004). Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID (*Settlement of International Investment Disputes by Arbitration and ICSID*) İstanbul.

Geliş Tarihi:

08.06.2021

Kabul Tarihi:

08.08.2021


Yayımlanma Tarihi:

30.09.2021

Kaynakça Gösterimi: Kandemir, H. K. (2021).
Sürdürülebilir şirketler ve hukuki çerçevesi.
İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,
20(41), 853-876. doi: 10.46928/iticusbe.949544

SÜRDÜRÜLEBİLİR ŞİRKETLER VE HUKUKİ ÇERÇEVESİ

Araştırma

Hatice Kübra Kandemir 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi

haticekubra.kandemir@ikc.edu.tr

Hatice Kübra Kandemir, İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi İşletme bölümü, Ticaret Hukuku anabilim dalında Dr. Öğretim Üyesi olarak görev yapmaktadır. Şirketler hukuku, ticaret hukuku ve kurumsal yönetim alanlarında ders vermekte ve bu alanlarda araştırmalar yapmaktadır.

SÜRDÜRÜLEBİLİR ŞİRKETLER VE HUKUKİ ÇERÇEVESİ

Hatice Kübra Kandemir
haticekubra.kandemir@ikc.edu.tr

ÖZET

Sürdürülebilirlik, ekonomik devamlılığının yanı sıra şirketlerin toplumdaki yeri ve etkilerinin belirlenmesi ve anlaşılması açısından da önemli bir yere sahiptir. ‘Negatif dışsallıklar’ olarak ifade edilen sürdürülebilir olmayan pek çok faaliyetin kaynağı, şirketlerin ekonomik faaliyetleri yoluyla ortaya çıkmaktadır. Peki şirketlerin faaliyetlerinin sürdürülebilir amaçlarla örtüşmesinde yasal düzenlemeler nerede duruyor? Bu çalışmada, kamu hukuku ve özel hukuk alanındaki düzenlemelerin sürdürülebilir şirketlere yaklaşımının farklılık gösterdiği savunulmuştur. Diğer yandan, şirketlerin uyum göstermesi gönüllülük esasına bağlı olan yumuşak hukuk kuralları, sürdürülebilirliği teşvik eden ilkelere yer verse de bu hukuki yöntemlerin geleneksel hukuka göre bağlayıcılığının zayıf olmasının en büyük eksiklik olduğu ortaya konmuştur. Bu çalışmada ayrıca, şirketlerin sürdürülebilirlik prensibini benimsemeleri için katı hukuk kurallarının gerekli olup olmadığına ilişkin bir değerlendirmeye yer verilmiştir.

Amaç: Bu makalenin amacı, ‘sürdürülebilir şirketler’ ve ‘sosyal sorumlu şirketler’ kavramlarının şirketler hukuku alanındaki yerini saptamak ve bu kavramların hukuki çerçevesini ortaya koymaktır.

Yöntem: Çalışma kapsamında, sürdürülebilirlik konusunda mevcut yasal düzenlemelere yer verilmiş ve bu hukuki düzenlemeler kamu hukuku - özel hukuk ayrımı altında incelenmiştir. Ayrıca, sürdürülebilir şirketler kapsamında uluslararası standartlar ve kurumsal yönetim ilkelerinde yer alan düzenlemeler yumuşak hukuk kuralları altında ele alınmıştır.

Bulgular: Sürdürülebilirlik kapsamında kamu hukukunda yasaklayıcı ve teşvik edici birtakım düzenlemelere yer verilmesine rağmen sürdürülebilir kalkınma amaçları doğrultusunda bu düzenlemeler tek başına yetersiz görülmektedir. Öte yandan, şirketler hukuku düzenlemeleri, şirketleri sosyal veya çevresel açıdan sorumlu davranmaya zorlayan veya teşvik eden hiçbir hüküm öngörmemiştir. Dolayısıyla, katı hukuk kurallarında sürdürülebilir amaçlar ile ilgili şirket yöneticilerinin sorumluluğuna yer verilmediği söylenebilir. Sürdürülebilirlik anlayışının, kurumsal yönetim kodlarında uyulması zorunlu olmayan ilkeler altında ve uluslararası kılavuzlarda yer aldığı görülmüştür. Bu tür düzenlemeler her ne kadar şirketleri sürdürülebilir faaliyette bulunmaya teşvik edici düzenlemeler olsa da hukuki yaptırım gücünden yoksun olmaları nedeniyle tek başına yetersiz kaldığı görülmüş ve bu alanda katı hukuk kurallarının gerekliliği sorgulanmıştır.

Özgünlük: Bu çalışmada sürdürülebilirlik kavramı, şirketler hukuku boyutu ile hukuki bir çerçeveye oturtulmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda, şirketlerin sürdürülebilirlik ile ilgili özen yükümlülüğü, Türkiye’deki yasal görünüm ışığında değerlendirilmiş ayrıca Avrupa Birliği’ndeki sürdürülebilirlik sorumluluğu ile ilgili öne çıkan gelişmelere de yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sürdürülebilirlik, Kurumsal Sosyal Sorumluluk, Kurumsal Yönetim, Katı Hukuk Kuralları, Yumuşak Hukuk Kuralları

JEL Sınıflaması: G34, K22, M14, Q01

SUSTAINABLE COMPANIES AND ITS LEGAL FRAMEWORK

ABSTRACT

Sustainability has an important place in determining and understanding the place and effects of companies in society as well as the economic continuity of companies. The source of many unsustainable activities named as 'negative externalities' arise through the economic activities of companies. So, where do legal regulations stand in ensuring that companies' activities coincide with sustainable goals? In this study, it has been argued that the regulations in the field of public law and private law differ in their approach to sustainable companies. Although it is important that soft law rules, which are voluntary for companies to comply with, include principles that encourage sustainability, the weakness of this legal method compared to traditional law has been shown as the biggest deficiency. This study also includes an assessment of whether strict legal rules are necessary for companies to adopt the principle of sustainability.

Objective: The aim of this article is to set the scene for the concepts of 'sustainable companies' and 'socially responsible companies' within the field of company law and to determine the legal framework of these concepts.

Method: Within the scope of this study, the current legal regulations on sustainability are provided and these regulations are examined under the division of public law - private law. In addition, soft law regulations under international standards and corporate governance principles are evaluated with respect to sustainable companies.

Findings: There are some incentive and prohibitive regulations available under public law on sustainability, however these regulations alone considered insufficient with regards to sustainable development purposes. Company law regulations in turn, do not stipulate any provision that compel or encourage companies to act socially or environmentally responsible. Therefore, it can be said that the responsibility of company managers for achieving sustainable goals is not regulated under hard law rules. It is seen that the ideology of sustainability appeared in non-mandatory principles of corporate governance codes and in international guidelines. Although such regulations induce companies involving sustainable activities, they are deemed as insufficient on their own due to their lack of enforcement power, and the need of hard law regulations in this field has been questioned.

Originality: In this study, the concept of sustainability has been set in a legal framework from the perspective of company law. In this context, the companies' duty of care on sustainability has been evaluated in the light of the legal outlook in Turkey, and prominent developments regarding sustainability in the European Union have also been touched upon.

Keywords: Sustainability, Corporate Social Responsibility, Corporate Governance, Hard Law, Soft Law

JEL Classification: G34, K22, M14, Q01

GİRİŞ

Şirketler, ekonomik faaliyetleri yoluyla toplumların kalkınmasında önemli bir rol oynar. Bu açıdan bakıldığında, sürdürülebilir kalkınmada şirketlerin yarattıkları ekonomik değer önemsiz addedilemez. Yine de şirketlerin kısa-dönem kâr hedefleri doğrultusunda sadece finansal performanslarına odaklı bir yönetim anlayışının benimsenmesi, ekonomik faaliyetlerinin neden olduğu negatif dışsallıkları göz ardı etmesinden ötürü sürdürülebilirlik amaçlarıyla örtüşmemektedir. Sürdürülebilirlik hedefleri doğrultusunda yeni yaklaşımlar, şirketlerin faaliyetlerinde ve stratejik kararların alınmasında çevreye ve topluma saygılı ve pay sahiplerinin yanında diğer paydaşların menfaatlerini de dikkate alan sorumlu şirketleri gündeme taşımıştır. Sürdürülebilir şirketler anlayışı, şirketlerin finansal performanslarının yanında; çevre kirliliği, iklim değişikliği ve küresel ısınma gibi önemli çevre sorunları ile toplumsal eşitsizlik ve insan hakları ihlalleri gibi meseleler hakkında izledikleri politikaların değerlendirilmesini ve bu konuların raporlanmasını gerektirir. Sürdürülebilirlik konusu, işletme bilimi altında organizasyonel ve kısmen muhasebe alanlarındaki çalışmalara konu edilmiş, ancak bu çalışmalarda konunun hukuki boyutuna yer verilmemiştir. Bunun bir nedeni de mevcut şirketler hukuku düzenlemelerinde sürdürülebilirlik sorumluluğunun yöneticilerin hukuki sorumluluğu kapsamında değerlendirilmemiş olmasıdır.

Bu çalışmada, sürdürülebilir şirketler anlayışının hukuki boyutunu ele alan bir değerlendirmeye yer verilmesi amaçlanmıştır. Bu doğrultuda, öncelikle sürdürülebilirlik kavramının çok yönlü bir tanımlaması yapılacak ardından konunun kurumsal sosyal sorumluluk ile ilişkisi değerlendirilecektir. Daha sonra, 'katı hukuk kurallarında'¹ yer verilen sürdürülebilirlik ile ilgili düzenlemeler kamu hukuku ve özel hukuk alanları bakımından incelenecektir. Kurumsal yönetim ilkelerinde ve uluslararası rehber kılavuzlarda şirketlerin gönüllü olarak uyum gösterdiği sürdürülebilirlik ilkeleri, yumuşak hukuk kuralları düzenlemeleri altında incelenecektir. Son olarak, özellikle Avrupa Birliği'nde (AB) sürdürülebilirlik sorumluluğunda öne çıkan güncel yaklaşımlar değerlendirilecek ve şirketlerin sürdürülebilirlik ile ilgili özen yükümlülüğünün doğabilmesi için katı hukuk kurallarının gerekli olup olmadığı ile ilgili soruya yanıt aranacaktır.

I. SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK KAVRAMI

A. Tanımı

Sürdürülebilirlik, finansal olmayan bilgilerin raporlanması da dâhil olmak üzere işletmelerin sosyal sorumluluğunun sınırlarının çizilmesinde, çevresel etkilerinin analizinde ve genellikle işletmelerin ekonomik devamlılığını açıklamada başvurulan dolayısıyla kullanım alanı oldukça geniş bir kavramdır. Sürdürülebilirlik retoriği finans, organizasyon, yönetim stratejisi ve muhasebe gibi pek çok alanda kendine yer bulmuştur. Bu kadar geniş bir alana hitap etmesinden ötürü sürdürülebilirliğin

¹ Katı hukuk kuralları (*hard law*), özünde yasal olarak bağlayıcılığı olan hukuki yükümlülükleri ve/veya yasaklayıcı işlemleri ifade eder. Hukuk kurallarının "katı" olmasının değerlendirilmesinde yasal hükümlerin kesinliği ve bu kuralların yorumlanmasında ve uygulanmasında mahkemelere verilen yetkiler gibi unsurlar dikkate alınır (Skjærseth vd., 2006, s.104).

tek yönlü bir tanımını yapmak yeterli olmayacaktır. Bu gerekçe ile sürdürülebilir şirketlerin tanımı üç farklı yaklaşım üzerinden yapılacaktır: ekonomik sürdürülebilirlik, çevresel sürdürülebilirlik ve sosyal sürdürülebilirlik.

Ekonomik sürdürülebilirlik, işletmelerin başarılı bir şekilde hayatta kalma ve gelecekte devamlılığını sağlamada kendilerini güvence altına alacak finansmanı edinme becerisi olarak tanımlanabilir (Kuşat, 2012). Şirketlerin uzun dönemde var olma yeteneği ve uzun-dönem strateji geliştirme hedefleri gibi hususlar ekonomik sürdürülebilirlik anlayışı kapsamında değerlendirilir (Kuşat, 2012, s. 228-229). Şirketler hukuku ve kurumsal yönetimin sürdürülebilirlik kavramına yer verdiği alanlarda da genellikle ekonomik sürdürülebilirlik yaklaşımı kastedilir.

Sürdürülebilirliğin çevresel boyutunu ele alan yaklaşıma göre, işletmelerin çevresel meseleleri yönetim mekanizmalarına entegre etmeleri sürdürülebilirliğin bir gereğidir. Bu kapsamda, çevresel sürdürülebilirlik, muhtemel çevresel yükümlülüklerin işletmeler üzerindeki etkisi ve şirketlerin çevresel riskler ile baş etme becerisi üzerine yoğunlaşır (Lambooy vd., 2018, s. 36). 2009 yılında Johan Rockström'ün öncülük ettiği 28 bilim insanından oluşan bir araştırma grubu tarafından, insanlığın gelecek nesiller için de gelişebilmesi ve varlığını sürdürebilmesi için birtakım sınırlara riayet edilmesi gerektiğini öne süren bir çalışma yayımlandı (Rockström vd., 2009). Bu çalışmada, 'gezegensel sınırlar' (*planetary boundaries*) olarak adlandırılan ve Dünya sisteminin istikrarını ve direncini ortaya koyan dokuz süreç tanımlanıp bunlardan yedisi için nicel sınırlar önerildi. Buna göre, örneğin, küresel ısınma, okyanus asitlenmesi, küresel tatlı su kullanımı, arazi sistemi değişikliği ve biyolojik çeşitliliğin kaybolma hızı ile ilgili belirlenen sınırları aşmanın, büyük ölçekli ani veya geri döndürülemez çevresel değişiklikler oluşturma riskini artıracığı ortaya konmuştur (Rockström vd., 2009; Steffen vd., 2015). Muhtemel çevresel değişikliklerin (küresel ısınma gibi) finansal riskler de taşıdığı göz önüne alınacak olursa, şirketlerin de bu doğrultuda gezegensel sınırları dikkate alarak çevresel riskleri tanımlaması ve sürdürülebilirliği hedef alması önerilmektedir.

Yine de gezegensel sınırların dikkate alınmasının tek başına sürdürülebilirliğe ulaşmada yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü gezegensel sınırlar, küresel ısınma ve biyolojik çeşitliliğin kaybolması gibi riskleri içine alan daha çok çevresel kısıtları dikkate almaktadır. Oysa sosyal eşitliğin sağlanması ve insan haklarına saygılı pratiklerin yerleştirilmesi de sürdürülebilirlik için gereklidir. Bu çevresel perspektifi tamamlamak üzere, Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Amaçlarında, sosyal altyapıyı sağlamaya ilişkin insani yaşam koşullarını iyileştirmeyi hedef alan ilkeler benimsenmiştir. (BM, Sürdürülebilir Kalkınma Amaçları). Bu kapsamda temel insan haklarının güvence altına alınması ve sosyal altyapının tesisinde önem arz eden diğer unsurların (adalet vb.) muhafaza edilmesi sosyal sürdürülebilirliğin gereklerini oluşturur (Raworth, 2017).

Tüm bu unsurlar dikkate alındığında, sürdürülebilirlik kavramının kapsamlı bir şekilde tanımlanabilmesi için bu üç yaklaşımı da içine alan çok yönlü bir anlayışa ihtiyaç vardır. Buna göre sürdürülebilirlik, şirketlerin faaliyetlerinin neden olduğu sosyal ve çevresel etkileri de dikkate alan

yeni bir iş modeli benimseyerek (Tokgöz ve Önce, 2009, s. 252), uzun vadeli değer yaratma süreci şeklinde tanımlanabilir (Tüyen, 2020, s. 95). Organizasyonel çalışmalarda aynı zamanda sosyal ve çevresel meseleleri şirketin stratejisine ve iş modellerine dâhil eden süreçleri de içine alan ‘kurumsal sürdürülebilirlik’ kavramından bahsedilmektedir (Yavuz, 2010, s. 64). Örneğin, şirket stratejisine entegre olan sürdürülebilirlik, doğal kaynakların tükenmesi, biyolojik çeşitliliğin ortadan kaldırılması ve çevre kirliliği gibi sorunları ele alırken, aynı zamanda müşteri ihtiyaç ve gereksinimlerini dikkate alan bir stratejik planlama ile bütçenin yönetimine odaklanır (Bonn ve Fisher, 2011). Buna göre, kurumsal sürdürülebilirlik, şirketlerin insanları, gezegeni ve kârı (3P; *people, planet, profit*) temsil eden paydaşlara karşı sorumluluğu olarak tanımlanmıştır (Elkington, 2006). Örgütsel çalışmalarda sürdürülebilirlik ağırlıklı olarak ‘paydaş teorisi’ ile de ilişkilendirilir. Paydaş teorisi, bir organizasyonun hedeflerine ulaşmasında başarısını etkileyen veya başarısından etkilenen tüm tarafların yani paydaşların menfaatlerini de göz önünde bulundurarak faaliyette bulunması gerekliliğini savunur (Freeman, 1984, s. 25). Bu anlayışa göre, paydaşlarla iyi ilişkiler kurmak, şirketin başarısında ve devamlılığında özellikle rakiplerine karşı avantaj sağlamasında önemli bir rol oynar. Kurumsal sosyal sorumluluk (*corporate social responsibility*) kapsamında; şirketler, kurum içi paydaşlar olarak kabul edilen çalışanlar, hissedarlar ve yöneticilere karşı sorumluluklarının yanı sıra, kurum dışı paydaşlar olan müşteriler, tedarikçiler, çevre ve topluma karşı da sorumludur (Aktan ve Börü, 2007, s. 15-16). Kurumsal sosyal sorumluluk anlayışında sürdürülebilirlik, şirket yöneticilerinin aldıkları kararlarda paydaşların menfaatlerinin de dikkate alınması hedefi ile ilişkilendirilebilir (*ayrıca bkz. Bölüm II/B*). Kurumsal yönetim perspektifinden bakıldığında ise sürdürülebilirlik, şirketin uzun dönemde hayatta kalması ve sosyal-çevresel meselelerin doğurduğu riskler ile baş edebilmesi açısından yöneticilerin özen yükümlülüğünün bir uzantısı şeklinde değerlendirilebilir (Tonello, 2010).

B. Sürdürülebilirlik ve Kurumsal Sosyal Sorumluluk (KSS) İlişkisi

KSS hem sürdürülebilirlik terimini içine alan hem de şirketlerin paydaş yönetimi ile gönüllü olarak dâhil oldukları hayırseverlik faaliyetlerini kapsayan bir yönetim anlayışıdır (Smith ve Lenssen, 2009, s. 2). KSS, şirketlerin paydaşlara karşı etik ve sorumlu bir şekilde davranmasını gerektirir (Aktan ve Börü, 2007, s. 13). KSS faaliyetleri kapsamında şirketler gönüllü olarak paydaşları ile birlikte sosyal ve çevresel kaygıları ele alan etkileşimlere dâhil olurlar. Özellikle, işletmelerin yerel toplum ile güçlü bağları olduğu toplumlarda; KSS anlayışı, daha çok hayırseverlik faaliyetleri üzerine kurgulanmaktadır (Demirci, 2018, s. 1486). KSS anlayışı, şirketlerin toplum üzerindeki etkilerinden dolayı topluma karşı sorumlu olduğu görüşünü temel alır (Avrupa Komisyonu, Kurumsal Sosyal Sorumluluk). Bu sorumluluğun karşılığı olarak şirketlerin daha iyi bir toplum ve daha iyi bir çevreye katkıda bulunmaları sosyal sorumluluklarının gereğidir. Buna göre, şirketlerin bu sorumluluğu yerine getirmek üzere bir takım gönüllü sosyal projelere katkıda bulunmaları, toplum tarafından dayatılan ahlaki bir zorunluluk olarak kabul edilir (Carroll, 1999, s. 283-284). Böylece, şirketler içinde buldukları toplumun sürdürülebilirliğine katkıda bulunmuş olacaktır.

Ahlaki zorunluluğun yanı sıra, yasalara ve etik standartlara uyum göstermek ve sorumlu üretim ve yatırım uygulamalarını takip etmek gibi sosyal sorumlu faaliyetler, şirketlerin toplumdaki itibarını pekiştiren uygulamalar olarak kabul edilir. Örneğin, yöneticiler, özellikle tüketici grupları ve sivil toplum kuruluşları gibi dış paydaşları memnun etmek için sürdürülebilirliği gündemlerine alabilirler. Özellikle, şirketin itibarı ve toplumdaki algısı ile ilgili beklentiler; örneğin, yöneticilerin sosyal sorumluluğu, yasalara uyum gösterme ile eş değer kabul etmeleri (Aşçıgil, 2012, s. 240), bu eğilimlerin yönünü belirlemektedir. Dolayısıyla, uzun dönemde şirketin değerine (finansal performansına) zarar verebilecek muhtemel itibar risklerinin, şirketleri sürdürülebilirlik prensibine uymaya teşvik ettiği söylenebilir. Bunun yanı sıra, bu tür uygulamaların uzun dönemde şirketin ekonomik menfaatlerine de katkı sağlayacağı öne sürülmektedir (Strine, 2012, s. 147).

KSS anlayışı, yıllar içinde gelişmiş ve dönüşmüştür. Daha önceleri, KSS çalışmaları, daha çok kavramsal tartışmalara odaklanmıştır². Şirketlerin sosyal düzen içindeki rolleri bağlamında değerlendirildiğinde ise, kurumsal sosyal sorumluluk anlayışının, temelinde şirketlerin amaçlarını ekonomik gerekçeler ile açıklayan monetarist görüşe karşıt olarak yer aldığı söylenebilir. İşletmelerin varoluş amaçları ile ilgili benimsenen ekonomik görüş, şirketler için rekabet dezavantajı yaratacak olması gerekçesiyle, işletmelerin sosyal sorunların çözümünde rol almasına karşı çıkar (Friedman, 1970). Friedman'a (1970) göre, "*şirketlerin sahip olduğu tek sosyal sorumluluk vardır o da aldatma veya dolandırıcılık olmaksızın, açık ve serbest rekabete dayalı olan bir oyunun kuralları dâhilinde kaldığı sürece ekonomik kaynaklarını kullanarak kârını artıracak faaliyetlerde bulunmaktadır.*" Benzer yönde, hukuk yazarları arasında da yöneticilerin tek sorumluluğunun pay sahipleri için kâr elde etmek olduğunu savunan görüşler vardır (Dodd, 1932). İşletmelerin var oluş amaçlarını salt ekonomik perspektiften açıklayan bu yaklaşımın artık geçerliliği zayıflamıştır denilebilir. KSS kapsamında, şirketlerin kârı maksimize etmekten daha fazlasını yapması gerektiği görüşü her geçen gün daha geniş iş çevrelerince kabul görmeye başlamıştır. Örneğin, sürdürülebilir, sorumlu şirketler yaklaşımına, Dünya Ekonomik Forumu'nun Aralık 2019'da yayımladığı Manifesto' da yer verilmiştir. 'Dördüncü Endüstri Devriminde Şirketlerin Evrensel Amacı' başlığı taşıyan bu bildiriye, şirketlerin sadece pay sahiplerinin kârını artırma amacı değil aynı zamanda çalışanların, müşterilerin ve tedarikçilerin memnuniyetini ve içinde buldukları toplumun değerlerini de dikkate alan faaliyetleri teşvik eden 'paydaş kapitalizmi' anlayışı yer almaktadır (Dünya Ekonomik Forumu, 2019). Bunun dışında BM Küresel İlkeler Sözleşmesi, 'sürdürülebilir ve kapsamlı küresel ekonomi' hedefi doğrultusunda şirketlerin stratejilerine ve faaliyetlerine 10 temel ilkeyi yerleştirerek sorumluluk bilinci ile hareket etmeleri çağrısında bulunmuştur³. KSS yaklaşımının destek görmesindeki en büyük etkenlerden

² 1950-1980 yılları arasında yürütülen KSS çalışmalarında temel tartışmanın, terimin tanımlanması üzerinden yürütüldüğü yönünde bkz. Carroll (1999). Ayrıca, KSS tanımlanmasının anlamsal yolculuğu için bkz. Carroll (1999).

³ İlk yayınlandığı tarihte sadece 50 şirketin imza verdiği BM Küresel İlkeler Sözleşmesi, günümüzde her büyüklükten ve her sektörden 9 bin 500'ün üzerinde şirket tarafından benimsenmiştir. <https://www.globalcompactturkiye.org/wp-content/uploads/2019/03/UN-Global-Compact-2018-Rehberi-PDF-1.pdf> ET. 22.04.2021.

birinin, özellikle çok uluslu şirketlerin neden olduğu negatif dışsallıklar olduğu söylenebilir⁴. KSS anlayışı, bu doğrultuda şirketlerin neden olduğu dışsallıkların ve eşitsizliklerin giderilmesinde bir çözüm olarak savunulur (Herrmann, 2004, s. 206). Böylece, her geçen gün daha fazla şirket KSS pratiklerini organizasyonlarında hayata geçirmenin yollarını aramaktadır⁵. Ancak, sürdürülebilirlik sorumluluğunu dar bir perspektiften ele alan hayırseverlik veya bağış faaliyetleri bunun için tek başına yeterli görülmemektedir. Günümüzde, KSS ve sürdürülebilir şirketler hakkındaki tartışmalar, şirketlerin sosyal sorumluluk hedeflerine ulaşmadaki başarılarının değerlendirildiği çevresel, sosyal ve yönetsel (ÇSY) ölçütler⁶ ve bu kriterlerin ölçüm metodları üzerinde yoğunlaşmıştır (Fiaschi vd., 2020). Şirketleri, sürdürülebilirlik hedefleri doğrultusunda KSS uygulamalarına iten unsurlar, öncelikle tüketici talepleri ve diğer paydaşlardan (yatırımcılar, çalışanlar ve toplum) gelen baskılar olarak sıralanabilir (McWilliams ve Siegel, 2001, s. 119). Tüm bunların ışığında, günümüzde özellikle büyük şirketler için ÇSY unsurlarını şirket stratejisine entegre eden bir sosyal sorumluluk ve sürdürülebilirlik stratejisi benimsemeleri beklenmektedir.

II. SÜRDÜRÜLEBİLİR ŞİRKETLERİN HUKUKU ÇERÇEVESİ

A. Katı Hukuk Kurallarında (*Hard Law*) Sürdürülebilirlik Düzenlemeleri

Bir önceki bölümde yer verilen tartışmalardan yola çıkarak öyle anlaşılıyor ki; sürdürülebilirlik, şirketlerin ekonomik devamlılığının yanı sıra iş dünyasının toplumdaki yeri ve etkilerinin belirlenmesi ve anlaşılması açısından da büyük bir öneme sahiptir. Şirketler, çevreye zararlı üretim yöntemleri yoluyla ekolojik çevre üzerinde; vergi kaçırma, yolsuzluk ve çocuk işçi çalıştırma gibi faaliyetleri nedeniyle de toplum üzerinde olumsuz etkileri olan kurumlardır (Sjafjel ve Taylor, 2019). Öyle denilebilir ki, şirketler sürdürülebilir olmayan pek çok faaliyetin kaynağı konumundadır. Peki, şirketlerin faaliyetlerinin sürdürülebilir amaçlarla örtüşmesinde yasal düzenlemeler nerede duruyor? Bir başka ifade ile, şirketleri sürdürülebilir olmayan iş planlarından (veya faaliyetlerinden) alıkoyan veya sürdürülebilir iş planlarını (veya faaliyetlerini) benimsemeyi teşvik eden yasal düzenlemeler mevcut mudur?

Bu sorular, kamu hukuku ve özel hukuk düzenlemeleri açısından değerlendirildiğinde farklı şekilde yanıt bulmaktadır. Şöyle ki, kamu hukukunun bu alanlardaki düzenlemeleri tüm şirketlerin uymakla yükümlü oldukları asgari standartları içerir. Örneğin, şirketlerde çalışanların asgari ücret haklarının temini gibi hususlar bir kamu hukuku alanı olan iş hukuku düzenlemelerine dâhildir. Bunun dışında,

⁴ Örneğin, 20 Nisan 2010 tarihinde Meksika Körfezinde BP tarafından işletilen *Deepwater Horizon* sondaj kulesinin neden olduğu petrol sızıntısı tarihteki en büyük çevre felaketi olarak kabul edilmektedir. İzleyen yılda şirket, sızıntının yol açtığı kirliliği temizlemek için 13 milyar dolardan fazla para harcadığını ve çevresel onarım proje ve faaliyetlerine bir milyar dolara yakın yatırım yapacağını açıklamıştır (Vidal, 2011).

⁵ Tüketicilerin marka tercihlerinde KSS uygulamalarını dikkate almalarından yola çıkarak pek çok şirket bu faaliyetleri özellikle pazarlama stratejilerine dâhil etme yolunu tercih etmektedir (Maignan ve Ferrel, 2004, s. 3).

⁶ ÇSY kriterleri, işletmelerin sosyal ve çevresel meselelerle ilgili konuları (örneğin, iklim değişikliği ile ilgili nasıl tepki verdikleri, çalışanlarına nasıl muamelede buldukları, inovasyonu nasıl teşvik ettikleri ve tedarik zincirlerini nasıl yönettikleri vb.) nasıl ele aldıklarını değerlendirir.

kamu hukuku düzenlemeleri şirketlerin negatif dışsallıklarının (örneğin, doğal kaynakların tahribi, insan hakları ihlalleri vb.) yönetilmesinde rol oynar. Bu tür dışsal problemlerin şirketler hukuku alanına girmediği gerekçesiyle diğer alanlardaki yasal düzenlemeler ile regüle edilmesi gerekliliği kabul görmüştür (Jensen, 2002, s. 236). Örneğin, şirketlerin neden olduğu çevreye zararlı atıklar probleminin şirketler hukuku kuralları yerine çevre kanunları ile düzenlenmesi bu yaklaşıma bir örnektir⁷. Kamu hukuku politikalarında uygulanacak yöntemler yoluyla, örneğin çeşitli sübvansiyonlar veya çevresel fonların oluşturulmasıyla, şirketlerin çevrenin korunması yolunu tercih eden yöntemleri benimsemeleri teşvik edilebilir. Diğer yandan, kamu hukuku eli ile çeşitli çevre vergileri, örneğin emisyon vergisi veya katı atık vergisi gibi zorlayıcı nitelikteki düzenlemeler ile kirlenmeye sebep olan hammaddeler veya üretim yöntemleri sebebi ile şirketlere mali bir yükümlülük getirmek amaçlanabilir (Altınöz, 2015, s. 226-227). Dolayısıyla, şirketleri sürdürülebilir olmaya teşvik eden veya sürdürülebilir olmayan faaliyetlerden alıkoyan caydırıcı yöntemlerin, kamu hukuku düzenlemeleri aracılığıyla uygulanmasının amaçlandığından bahsedilebilir.

Ancak, kirlenmeye sebep olan şirketlerin genellikle bu çevresel vergi maliyetlerini tüketiciye yansıttıkları bilinen bir durumdur. Ayrıca, çevresel vergilerden elde edilen gelirin çevresel tahribatın giderilmesinde kullanılmadığı da bir başka gerçektir (Altınöz, 2015, s. 235-236). Kamu hukuku düzenlemeleri ile ilgili bir başka sakınca ise, şirketlerin sıklıkla başvurduğu bir yöntem olan, hukuka uyum ile elde edilecek faydanın karşısında hukuka aykırı davranışın maliyetini göze alarak hareket etmeleridir. Alman otomobil üreticisi Volkswagen'in zorunlu emisyon kurallarının ihlal edilmesi karşılığında Amerikan dizel araç piyasasında yapacağı satışlardan elde edeceği kârı⁸ düşünerek bu maliyeti göze almış olması bu duruma güzel bir örnek teşkil edebilir⁹. Sonuç olarak, kamu hukuku düzenlemelerinin şirketlerin negatif dışsallıklarını yönetmede tek başına yeterli olmadığı ve dolayısıyla sürdürülebilir şirketler açısından bu kuralların etkinliğinin zayıf olduğu söylenebilir.

Diğer yandan, özel hukuk alanı içerisinde tüm şirketlerin uymakla yükümlü oldukları kanun, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunudur (TTK). TTK hükümleri küçük ve orta büyüklükteki şirketler ile büyük halka açık veya halka kapalı tüm şirketleri bağlayıcı niteliktedir. Ancak TTK her ne kadar şirketlerin kurumsal yönetimine dair birtakım ilkelere yer verse de sürdürülebilirlik ile ilgili hiçbir özel düzenlemeye yer vermemiştir. Bunun nedeni, pay sahipleri dışındaki sosyal grupların (çalışanların, çevrenin ve toplumun) menfaatlerinin şirketler hukuku alanının kapsamına girmediği düşüncesidir. Ekonomi hukukunda kabul edilen görüş, sürdürülebilirlik ile ilgili sorumlulukların şirketler

⁷ 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 1. maddesinde kanunun amacı, “*bütün canlıların ortak varlığı olan çevrenin, sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda korunmasını sağlamaktır*” şeklinde ifade edilmiştir. R.G. Sayı: 18132, 11.8.1983 (Değişik: 26/4/2006-5491).

⁸ Şirketlerin yasal düzenlemeleri ihlalden elde ettikleri kazanç üzerinden cezalandırılmalarını öngören ve rekabet hukukunda teşebbüsün gayri safi gelirin oranlı şekilde belirlenen nispi para cezalarının maktu para cezalarına göre daha adil ve daha caydırıcı bir yöntem olduğu kabul edilmektedir (Arı, 2020).

⁹ Nihayetinde, VW grubuna yatırımcılar tarafından açılan dava silsileleri ve firmaya ve üst düzey yöneticilerine kamu otoriteleri tarafından verilen cezalar bu maliyeti artırmış ve markayı küresel anlamda zora sokmuştur (Schwartz, 2018).

hukukundan ziyade sosyal ve çevresel mevzuat yoluyla ele alınması gerektiğidir (Easterbrook ve Fischel, 1989; Jensen, 2002, s. 236). Siegel (2009) ise, çevresel ve toplumsal meselelere yönelik yöneticilerin sürdürülebilir politikalar benimsemeleri sorumluluğunun ancak bu tür eylemlerin şirketin iş modelini tamamlaması veya teşvik etmesi durumunda doğacağını savunmuştur (Siegel, 2009, s. 5-6). Bir başka ifade ile sosyal ve çevresel kaygılar, sadece şirketin başarısına veya kârlılığına katkı sağlayacağı düşünüldüğünde dikkate alınmalıdır. Bu bakış açısı, şirketin esas amacının hissedar değerini artırma olduğu görüşünü yansıtan hissedar-odaklı yaklaşımı temsil etmektedir (Johnson ve Sjaafjel, 2019, s. 8). Hissedar-odaklı yaklaşım, kurumsal yönetim alanında genel kabul görmüş bir yönetim anlayışıdır (Hansmann ve Kraakman, 2001). Bu görüş doğrultusunda, şirketlerin neden olduğu negatif sosyal ve çevresel dışsallıkların yöneticilerin sorumluluk alanına girmeyeceği savunulur (Easterbrook ve Fischel, 1989).

Benzer yönde, TTK'nun sürdürülebilirlik kavramını, şirketlerin ekonomik anlamda devamlılığı açısından ele aldığı kabul edilmiştir (Ararat ve Eroğlu, 2020, s. 4)¹⁰. Yöneticilerin hukuki sorumluluğu, kanunda; öncelikle şirkete, daha sonra pay sahiplerine ve iflas durumunda da alacaklılara karşı tesis edilmiştir (TTK, madde 553/1)¹¹. Dolayısıyla, bir şirketin yöneticilerinin yasal sorumluluğu, şirketin menfaati doğrultusunda, kanundan ve sözleşmeden doğan yükümlülüklerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle (TTK, madde 369/1) yerine getirmektir. Bunun dışında TTK, şirketlerin sürdürülebilirliği veya sosyal sorumluluğu hakkında yöneticilere herhangi bir görev veya sorumluluk getirmemiştir. Öyle denilebilir ki; sürdürülebilir şirketlere yönelik, şirketlerin sosyal ve çevresel kaygılara ya da pay sahipleri hariç diğer menfaat gruplarına yönelik sorumluluğuna ilişkin, şirketler hukuku altında herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Ancak bunun dışında TTK, yıllık faaliyet raporunun düzenlenmesi ve genel kurula sunulmasını, yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez kanuni görevleri¹² arasında saymıştır (TTK, madde 375/f). Buna göre, yönetim kurulu finansal bilgilerin yanı sıra, şirketin çevresel ve sosyal konularla ilgili faaliyetleri ile ilgili bilgilere yıllık faaliyet raporlarında yer verebilir. Yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri arasında; “*yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi*” de yer almaktadır (TTK, madde 375/1-e). Bu madde, yönetim kurulunun uyum (*compliance*) sorumluluğu olarak ifade edilmektedir (Pulaşlı, 2020, s. 22). Uyum (*compliance*) sorumluluğu kapsamında, şirketlerin uyum göstermesi gereken kurallar arasında iç hukuk düzenlemelerinin yanı sıra, uluslararası antlaşmalar ile insan hakları ve çevrenin korunmasına

¹⁰ Bu görüşün aksine Pulaşlı (2020), şirketlerin uzun vadeli sürdürülebilir şirket politikası benimsemesi ile ilgili, TTK' da açık ya da örtülü bir gönderme yer almadığını belirtir (Pulaşlı, 2020, s. 21).

¹¹ TTK, madde 553/1'e göre, kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlâl ettikleri takdirde hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar.

¹² TTK, madde 369/1'e göre, yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyararak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar.

dair standartlar da sayılabilir (Pulaşlı, 2020, s. 22-23). Ayrıca, eğer şirket başka ülkelerde faaliyet gösteriyorsa, faaliyette bulunduğu ülkenin iç hukukuna da uyum göstermesi gerekecektir. Çok uluslu şirketler açısından, TTK şirketler topluluğu düzenlemeleri madde 203 gereği¹³; hâkim (ana) şirketin¹⁴, bağlı (yavru) şirketlerin yurt dışı faaliyetlerinde insan hakları ve çevrenin korunması standartlarına uygun hareket etmesi talimatı vermesi gerektiği ifade edilmektedir (Pulaşlı, 2020, s. 22)¹⁵.

Özel hukuk alanında, TTK hükümlerine ek olarak halka açık anonim şirketlerin tabi olduğu düzenlemeler 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun yayımladığı tebliğler ve ilave düzenlemelerdir. 2014 yılında güncellenen Kurumsal Yönetim Tebliği'nin (II-17.1) ekinde yer alan Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde sürdürülebilirlik ile ilgili hususlara 'uy ya da açıkla' prensibine tabi olan uyulması gönüllü ilkelerde yer verilmiştir.

B. Yumuşak Hukuk Kurallarında (*Soft Law*) Sürdürülebilirlik Düzenlemeleri

Yumuşak hukuk kuralları, uyulması zorunlu kurallar yerine; normlardan, ilkelerden, yönergelerden veya yol haritalarından oluşan ancak (yasal olarak) bağlayıcı olmayan ve geleneksel hukuka göre biraz daha 'zayıf' olarak tabir edilen yöntemleri tercih eden bir düzenleyici hukuk yöntemi olarak tanımlanabilir¹⁶. Yumuşak hukuk kuralları eliyle şirketlerin sürdürülebilirlik ilkelerine uyması teşvik edilir ancak bu hukuki yöntem, şirketlere herhangi bir uyum zorunluluğu getirmemektedir.

1. Kurumsal Yönetim İlkelerinde Sürdürülebilirlik

Sürdürülebilirlik ilkesine, farklı ülkelerin kurumsal yönetim kodlarında farklı şekillerde yer verilmektedir. Örneğin, Alman Kurumsal Yönetim Kodu (2019) 'sürdürülebilir değer yaratma' unsurundan bahsetmiştir. Buna göre, şirketin yöneticileri şirketin menfaati doğrultusunda sürdürülebilir değer yaratmayı sağlamaktan sorumludur. Bu sorumluluğu yerine getirirken, yönetim kurulu ve denetleme kurulunun, sosyal piyasa ekonomisi ilkeleri doğrultusunda pay sahiplerinin, şirketin çalışanlarının ve şirketle ilgili diğer grupların (paydaşların) çıkarlarını da dikkate alması gerektiği vurgulanmıştır (Deutscher Corporate Governance Kodex, 2019, para. 4.1.1). Benzer şekilde, İtalyan Kurumsal Yönetim Kodu (2020) da yönetim kurulunun görevinin şirketi 'sürdürülebilir başarı' ya ulaştırmak için liderlik etmek olduğundan bahseder. Sürdürülebilir başarı, diğer ilgili paydaşların çıkarlarının dikkate alınarak uzun vadede pay sahiplerinin yararına değer yaratılması olarak tanımlanmıştır (Comitato Corporate Governance, 2020, s. 1).

¹³ Hâkim şirkete tam olarak bağlı olan yönetim kurulu, hâkim şirketin ya da şirketler topluluğunun politikalarına ve talimatlarına uymak zorundadır (TTK, madde 203). Ayrıca, bkz. TTK Gerekeçe, madde 2013, s. 80.

¹⁴ TTK madde 203'e göre, tam hakimiyetin varlığı, bir ticaret şirketinin bir başka ticaret şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahip olması durumunda söz konusu olur (Karataş Durmuş, 2015, s. 74; Yalçın Sırakaya, 2020, s. 364-365).

¹⁵ Bunun dışında, borsa şirketleri açısından, şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşürebilecek risklerin erken teşhis edilmesi, tespit edilen risklerle ilgili gerekli önlemlerin uygulanması ve riskin yönetilmesi amacıyla riskin erken saptanması komitesi kurulması zorunludur (TTK, madde 378).

¹⁶ Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) web sitesi <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/irc10.htm> ET. 01.05.2021.

Türkiye’de ise Kurumsal Yönetim İlkeleri (2014) sürdürülebilirlik kavramına doğrudan yer vermez. Bunun yerine, ‘Kamuyu Aydınlatma ve Şeffaflık’ bölümünde, madde 2.2.2/g’de, şirketin, çalışanların sosyal hakları, mesleki eğitimi ile diğer toplumsal ve çevresel sonuç doğuran şirket faaliyetlerine ilişkin kurumsal sosyal sorumluluk faaliyetleri hakkında bilgiye yıllık faaliyet raporlarında yer vermesi düzenlenmiştir. İlave olarak, ‘Menfaat Sahipleri’ bölümünde ‘etik kurallar ve sosyal sorumluluk’ başlığı altında madde 3.5.2’de, şirketin sosyal sorumluluklarına karşı duyarlı olması, çevreye, tüketiciye, kamu sağlığına ilişkin düzenlemeler ile etik standartlara uyması gerektiğini söylemektedir. Yine aynı maddede, şirketin insan haklarına destek olup saygı göstermesi ve irtikâp ve rüşvet dâhil olmak üzere yolsuzluğun her türlü ile mücadele etmesi gerektiğini ifade eder. Kurumsal Yönetim İlkeleri’nde yer alan sürdürülebilirlik ve sosyal sorumluluk ile ilgili hükümler, uyulması zorunlu olmayan ilkeler arasındadır¹⁷. Dolayısıyla, şirketlerin bu ilkelere uyum gösterme zorunluluğu yoktur. Halka açık şirketler sadece yıllık raporlarında uyumsuzluk hakkında açıklama yapmak ve bu konulardaki genel politikayı açıklamakla yükümlüdür. Buna göre halka açık şirketler, yıllık faaliyet raporlarının ekinde sosyal ve çevresel konulara ilişkin şirketin KSS politikalarını açıklamaları ve bu faaliyetlerini kurumsal yönetim uyum raporunda raporlamaları gerekmektedir (Kurumsal Yönetim Tebliği, Seri II-17.1, madde 8/1)¹⁸. Türk sermaye piyasalarında halka açık şirketleri finansal olmayan bilgileri açıklamaya teşvik amacıyla 2014 yılında BIST Sürdürülebilirlik Endeksi kurulmuştur¹⁹. Endeksin fonksiyonu, küresel ısınma, doğal kaynakların tükenmesi ve istihdam gibi sürdürülebilirliğe ilişkin meselelere dair şirketlerin yaklaşımını faaliyetleri ve kararları doğrultusunda değerlendirilmesini sağlamaktır (borsaistanbul.com).

SPK, 2 Ekim 2020 tarihinde, Kurumsal Yönetim Tebliği’nde bir değişiklik yayımlayarak ‘Sürdürülebilirlik İlkelerine Uyum Çerçevesi’ kapsamında halka açık şirketler için Çevresel, Sosyal ve Kurumsal Yönetim (ÇSY) faaliyetleri hakkında bilginin raporlanmasını gerektiren yeni bir düzenlemeye yer vermiştir (SPK Kurumsal Yönetim Tebliği Değişikliği Seri II-17.1/a). Buna göre, halka açık şirketler yıllık raporlarında sürdürülebilirlik ilkelerine uyumlarını raporlamaları, eğer ilkelere herhangi birine uymadılar ise, uyum sağlamadıkları ilkelerin sosyal ve çevresel etkileri ile ilgili risk yönetimini açıklamaları gerekir (Sürdürülebilirlik Raporlaması, Sürdürülebilirlik Uyum Çerçevesi, Genel İlkeler). Sürdürülebilirlik raporlamasına ilişkin ilkelere uyulması gönüllüdür; ancak, ‘uy ya da açıkla’ prensibince, şirketler, ilkelere aykırılık halinde aykırılığa ilişkin gerekçeli bir açıklamaya yer vermelidir.

¹⁷ Kurumsal Yönetim İlkeleri’nde 24 adet uyulması zorunlu ilke vardır ve bunlar ‘Pay Sahipleri’ ve ‘Yönetim Kurulu’ başlıklı bölümlerde yer alır. ‘Kamuyu Aydınlatma ve Şeffaflık’ ile ‘Menfaat Sahipleri’ başlıklı bölümlerde yer alan ilkeler, halka açık şirketler için uyulması zorunlu değildir.

¹⁸ Türkiye’de Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) düzenlemelerine göre, borsaya kote şirketler, şirketin yıllık faaliyet raporunun ekinde Kurumsal Yönetim İlkeleri’ne uyumlarını gösteren ve varsa eğer uyumsuzluklarını açıklayan bir uyum raporu yayımlamalıdır (Kurumsal Yönetim Tebliği, Seri II-17.1, madde 8/1).

¹⁹ 2020 yılı itibari ile endekste değerlemeye tabi şirketlerin sayısı 61’dir. Borsa İstanbul web sitesi <https://www.borsaistanbul.com/tr/sayfa/165/bist-surdurulebilirlik-endeksi> ET. 24.04.2021.

Sürdürülebilirlik raporlaması, ‘KSS raporlaması’ ve ‘finansal olmayan bilgilerin raporlaması’ ifadeleri ile eş anlamlı olarak da kullanılır. Küresel Raporlama Girişimi (*Global Reporting Initiative, GRI*)²⁰ tanımına göre, sürdürülebilirlik raporlaması, şirketlerin gönüllülük esasına dayanarak, günlük faaliyetlerinin neden olduğu ekonomik, çevresel ve sosyal etkiler hakkında finansal -olmayan²¹ bilgilere yer vermelerini kapsar. Bu doğrultuda, sürdürülebilirlik raporlamasında, işletme başarısı, yalnızca ekonomik unsurlar üzerinden değil, işletmenin faaliyetlerinin yarattığı çevresel ve sosyal değerler üzerinden değerlendirilir (Yanık ve Türker, 2012, s. 298). Esasında, bu raporlama biçimlerinin tümü finansal olmayan bilgi ve performansların analizine yer vererek, şeffaflığın sağlanması ve paydaşları ile iletişim yolunun geliştirilmesi yoluyla şirketleri hesap verebilir kılma amacı taşır (North, 2017, s. 9). Ancak, şirketlerin genellikle toplumdaki imajlarını geliştirmek ve bir meşruiyet kazanmak için bu yolu bir araç olarak gördükleri bilinmektedir (Hess, 2014, s. 5). Örneğin, sürdürülebilirlik raporlamalarında yer verilen açıklamaların kalitesi dikkate alındığında, açıklamaların genelde paydaşların şirket hakkında algısını olumlu yönde etkileyebilecek bilgileri içerdiği dikkat çekmektedir (Kaya vd., 2016, s. 97). Şirketin performansını daha iyi göstermek ve şirketin konumunu olumlu bir şekilde yansıtacak bir raporlama yapmak için, şirket yöneticilerinin güçlü teşviklere sahip oldukları öne sürülmektedir (North, 2017, s. 10). Netice itibarı ile Kurumsal Yönetim İlkeleri kapsamında şirketlerin sürdürülebilirlik uygulamaları ile ilgili uyulması zorunlu herhangi bir düzenlemeye yer vermediğini söyleyebiliriz.

2. Uluslararası Rehber Kılavuzlarda Sürdürülebilirlik

Çok uluslu şirketlerin gelişmekte olan ülkelerin ekonomik büyümelerine bir yandan olumlu katkılar yaparken diğer yandan pek çok olumsuzluklara neden oldukları ifade edilmektedir. Çok uluslu şirketler, ülkelerin kalkınması bakımından ekonomik ve sosyal refaha; yaşam standartlarının yükseltilmesi, temel gereksinimlerin karşılanması, istihdamın artırılması ve doğrudan yatırımlar yoluyla katkıda bulunurlar (Uluslararası Çalışma Örgütü, 2017, Amaç ve Kapsam, madde 1, s. 2). Aynı zamanda, çok uluslu şirketler uluslararası ticaret ve yatırım faaliyetleri ile dünyanın farklı bölgeleri arasında teknoloji transferi ile yerel koşullarda yeni teknolojilerin geliştirilmesini ve bu doğrultuda meslek içi eğitimler aracılığıyla yatırımın yapıldığı ülkelerde insan kaynaklarının gelişmesine de katkı sunarlar (OECD, 2011, Önsöz, madde 4, s. 3-4). Öte yandan, çok uluslu şirketlerin global faaliyetlerinden elde ettikleri avantajlar, ekonomik güç yoğunlaşmasının kötüye kullanılmasına ve ulusal politika hedefleri ile çalışanların çıkarlarının çatışmasına yol açabilmektedir (Uluslararası Çalışma Örgütü, 2017, Amaç ve Kapsam, madde 1, s. 2).

²⁰ Küresel Raporlama Girişimi (GRI) web sitesi <https://www.globalreporting.org/how-to-use-the-gri-standards/> ET. 22.04.2021.

²¹ Finansal ve finansal olmayan performans analizini birleştiren ‘entegre raporlama’ modeli ise bu kapsamda uygulama farklılıklarını gidererek tutarlılığı sağlamak ve karşılaştırılabilirliği temin etmek amacıyla Uluslararası Entegre Raporlama Kurulu (IIRC) tarafından geliştirilmiştir. Bkz. Uluslararası Entegre Raporlama Kurulu (IIRC) web sitesi <https://integratedreporting.org/the-iirc-2/> ET. 22.04.2021.

Çok uluslu şirketlerin neden olduğu dışsallıkları telafi etmede sürdürülebilir kalkınmanın önemli bir rol oynadığı ifade edilmektedir (Herrmann, 2004, s. 208). Sürdürülebilir kalkınma, bugünün ihtiyaçlarının, gelecek nesillerin kendi ihtiyaçlarını karşılama becerilerinden ödün vermeden karşılanması şeklinde tanımlanmıştır (Brundtland Raporu, 1987, s. 30). Bir başka ifade ile sürdürülebilir kalkınma, bugünün ihtiyaçlarının karşılanmasında kullanılan kaynakların günümüz ve gelecek nesiller arasında adil ve verimli bir şekilde paylaşımını gerektirir (Yanık ve Türker, 2012, s. 295). Şirketler hukuku kurallarının sürdürülebilirlik ilkesini dar bir çerçeveden ele almasına rağmen, çok sayıda uluslararası nitelikteki kılavuz, sürdürülebilir kalkınma ilkesini açık bir şekilde benimsemiştir.

Sürdürülebilir kalkınma ilkesini benimseyen uluslararası girişimlerden biri, 2015 yılında BM tarafından ilan edilen ‘Sürdürülebilir Kalkınma Amaçları’ dır. Bu evrensel eylem çağrısında; *“yoksulluğu ortadan kaldırmak, gezegenimizi korumak, tüm insanların barış ve refah içinde yaşamasını sağlamak ve küresel ve yerel sürdürülebilir kalkınmayı gerçekleştirmek”* hedefi kapsamında 17 adet küresel amaç ortaya konmuştur (BM Sürdürülebilir Kalkınma Amaçları). Bir diğer girişim ise, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü’nün (OECD) şirketlerin sürdürülebilir kalkınmaya katkılarını artırmak amacı ile 2011 yılında yayımladığı Çok Uluslu Şirketler Rehberi’dir. Bu rehberde, çok uluslu şirketlerin, faaliyette buldukları ülkelerde mevcut politikaları göz önünde bulundurarak, diğer paydaşların görüşlerini dikkate almaları ve bu doğrultuda ekonomik, sosyal ve çevresel gelişmeye katkıda bulunmaları teşvik edilmektedir (OECD, 2011, Genel Politikalar, madde 1, s. 13). Bu rehberin bağlayıcılığı olmasa da Türkiye’nin de aralarında bulunduğu katılımcı devletler, ‘Ulusal Temas Noktaları’ aracılığıyla, rehberin tanıtılması ve şirketler tarafından uygulanmasından sorumlu tutulmuştur (OECD, 2011, Kavramlar ve Esaslar, madde 11, s. 11). Ancak, hükümetlerin kılavuzda yer alan yönergeleri ihlal eden şirketlere yaptırım uygulama yetkileri yoktur. Yalnız, Ulusal Temas Noktaları, Rehberin uygulanmasına ilişkin ortaya çıkan sorunları çözmek üzere, şirketlere ‘arabuluculuk’ önerir (OECD, 2011, C- Özel Durumlarda Uygulama, madde 2, s. 88). Eğer, taraflardan biri bu yöneme katılım sağlamada gönülsüz davranacak olursa, Ulusal Temas Noktaları kamuoyuna sunmak üzere bir açıklama yayımlayabilir (OECD, 2011, C- Özel Durumlarda Uygulama, madde 3, s. 89). Böylece, şirketlerin sorumluluklarına dair toplumsal algıyı güçlendirmek ve şirketler üzerinde bir itibar baskısı yaratmak amaçlanmıştır (Sjafjel ve Taylor, 2019, s. 56).

Bu tür uluslararası kılavuzların, şirketleri bağlayıcı bir gücü olmasa da şirketlerin faaliyetlerini ve karar alma mekanizmalarını içeren kurumsal yönetimlerinde sürdürülebilirlik ilkesi temelinde bir standart ortaya koyması açısından önemlidir. Ancak, ifade etmek gerekir ki, bu tür uluslararası rehberlere şirketler gönüllülük esasında uyum gösterirler. Yönergelerde yer alan ilkelerden herhangi birinin ihlali karşısındaki yaptırım ise itibar kaybından fazlası olmayacaktır. Dolayısıyla, bu tür girişimlerin en büyük eksikliği şirketler açısından (itibar kaybı dışında) herhangi bir yaptırım güçlerinin olmamasıdır.

III. ‘SÜRDÜRÜLEBİLİR ŞİRKETLER’İN GELECEĞİ: KATI HUKUK KURALLARI GEREKLİ MİDİR?

Sürdürülebilir kurumsal yönetim alanında yöneticilerin görev ve sorumluluklarının katı hukuk kuralları tarafından düzenlenmediğini; şirketler hukuku düzenlemeleri altında yer verilen yönetici sorumluluğun, şirkete ve pay sahiplerine karşı tanımlandığını bir önceki bölümde ifade etmiştik (*Bkz. bölüm III/A*). Yöneticilerin sürdürülebilir şirketler veya sosyal sorumlu şirketler yönünden sorumluluğunun, şirketlerin gönüllü olarak riayet ettikleri kurumsal sosyal sorumluluk altında ve ‘uy ya da açıkla’ prensibi kapsamında Kurumsal Yönetim İlkeleri’nde düzenlendiğine yine bir önceki bölümde yer vermiştik. KSS uygulamaları, esasında şirketlerin gönüllü olarak başvurdukları yöntemlerdir. Bu tür uygulamalara aykırılığın şirketler üzerindeki etkisi genellikle itibaridir, dolayısıyla başka herhangi bir yaptırım gücünden söz edilemez. Kurumsal yönetim kodları ise sürdürülebilirlik anlayışına, özellikle yönetim kurulunun karar verme süreçlerinde diğer paydaşların menfaatlerinin dikkate alınması yönünde prensip düzeyinde kaynaklık eder. Şirketlerin ilkelere uyum zorunluluğu yoktur ancak, aykırılık durumunda bir açıklama yapma yükümlülüğü doğar. Dolayısıyla bu tür düzenlemeler de katı hukuk kuralları olarak kabul edilemez (*Bkz. Bölüm III/B.1*). Uluslararası kılavuzlar ise yaptırım açısından gönüllü uygulamalara göre farklılık gösterir. Özellikle OECD Rehberi, hükümetlere, Ulusal Temas Noktaları aracılığıyla şirketlerin yönergelere uyum sağlamasında bir sorumluluk yüklemiştir. Yine de bu tür rehberlerin katı hukuk kuralları gibi bir yaptırım gücüne sahip olduğundan bahsedemeyiz (*Bkz. bölüm III/B.2*). Bu aşamada, şirketlerin sürdürülebilirlik prensibini benimsemelerinde katı hukuk kurallarının gerekliliği sorgulanabilir.

Bu mevcut hukuki görünüm ışığında Avrupa Komisyonu, sürdürülebilir şirketler amacı doğrultusunda bir takım düzenleyici girişimlere dâhil olmuştur. Avrupa Birliği’ndeki sürdürülebilirlik düzenlemeleri bakımından, sürdürülebilirlik prensibinin Avrupa iç pazarında yer bulmasında temel yasal dayanak, Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Anlaşma’nın 3. ve 11. Maddeleridir (TFEU, C.326/47). TFEU madde 3’te, Avrupa Birliği’nin dengeli ekonomik büyüme ve fiyat istikrarına, tam istihdamı ve sosyal ilerlemeyi hedefleyen son derece rekabetçi bir sosyal piyasa ekonomisine ve çevrenin kalitesinde yüksek düzeyde koruma ve iyileştirmeye dayalı sürdürülebilir kalkınma için çalışacağı ifade edilir. 11. maddede ise, sürdürülebilir kalkınmayı teşvik etmek amacıyla çevre koruma gereklilikleri, Birliğin politikalarının ve faaliyetlerinin tanımına ve uygulanmasına entegre edilmesi düzenlenmiştir.

Avrupa Komisyonun 2018 yılında yayımladığı ‘Sürdürülebilir Büyümenin Finansmanı’ başlıklı Eylem Planı’na göre, özellikle tedarik zincirlerindeki sorumlulukları da dâhil olmak üzere, yönetim kurullarının bir sürdürülebilirlik stratejisi geliştirmesi ve bununla ilgili açıklama yapması gerekliliği gündeme getirilmiştir (Avrupa Komisyonu Eylem Planı, Eylem 10, s. 11). Bu eylem planında öne çıkan başlıklardan biri, şirket yöneticilerinin şirketin uzun dönem menfaatine göre hareket etme yükümlülüğüdür. Avrupa Birliği (AB) ekonomisini sürdürülebilir küresel bir ekonomiye

dönüştürmek üzere, 2019 yılında açıklanan Yeşil Mutabakat (*Green Deal*) planında, AB sera gazı emisyonlarını 2030 yılına kadar %55 oranında azaltmayı ve 2050’de iklim nötr (*climate neutral*) olmayı hedeflemektedir (Avrupa Komisyonu Yeşil Mutabakat, 2019)²². Avrupa Yeşil Mutabakatı, temiz, dögüsel bir ekonomiye geçerek biyoçeşitliliği geri kazandırarak ve kirliliği azaltarak kaynakların verimli kullanımını artırmak için çevre dostu teknolojilere yatırım yapmak, inovasyon için endüstriyi desteklemek ve enerji sektörünün karbondan arındırılması gibi konularda bir eylem planı sunmaktadır. Şirketlerin, ekonominin sürdürülebilir hale dönüştürülmesi ile ilgili rolleri hakkında, AB Komisyonu sürdürülebilirliğin kurumsal yönetim çerçevesine dâhil edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre, yöneticilerin, pay sahiplerinin ve diğer paydaşların uzun vadeli menfaatlerini daha uyumlu hale getirmek amacıyla kısa vadeli finansal performanstan ziyade şirketin uzun vadeli kalkınmasına odaklanması gerektiğinden bahsetmiştir (Avrupa Komisyonu Yeşil Mutabakat, 2019).

Şirketlerin sürdürülebilirlik prensibini kurumsal yönetimlerine entegre edebilmesi, şirketin karar verme süreçlerinde diğer paydaşların menfaatlerini dikkate alması ve şirketin faaliyetlerinin neden olduğu sosyal ve çevresel etkileri gözetmesi ile mümkündür. Tüm bu süreçleri kurumsal yönetime dâhil etmek ise yöneticilerin inisiyatifinde ve sorumluluğundadır. Bu doğrultuda son günlerde, Avrupa Komisyonunda, şirket yöneticilerinin sürdürülebilirlik ile ilgili görevlerinin yeniden tanımlanması gerektiği ile ilgili bir yasama teklifi görüşülmektedir. Buna göre, 2021 yılının sonunda, şirketlerin hesap verilebilirliğini artırmak amacı ile şirketlerin yol açtığı negatif dışsallıklar nedeniyle sorumlu tutulmaları gerekliliği hakkında bir düzenlemeye gideceğinin sinyallerini vermiştir (Avrupa Komisyonu, Sürdürülebilir Kurumsal Yönetim). Bu girişim altında, sürdürülebilir şirketler alanındaki katı hukuk kuralları boşluğunu giderebilmek için iki temel müdahale alanı önerilmektedir; (i) sürdürülebilirlikte gerekli özenin gösterilmesi (*sustainability due diligence*) ve (ii) genişletilmiş yönetici sorumluluğu. Sürdürülebilirlikte gerekli özenin gösterilmesi kapsamında şirketler, faaliyetleri nedeniyle veya tedarik zincirlerinde meydana gelen iklim değişikliği ya da insan hakları alanında oluşan zararlar gibi olumsuz sürdürülebilirlik etkilerini belirleyip negatif etkilerini hafifletecek önlemler almalıdır. Genişletilmiş yönetici sorumluluğu kapsamında ise, yöneticilerin, şirketin hedeflerine ulaşma ve menfaatlerini artırma sorumluluğunun bir parçası olarak, şirketin uzun dönem sürdürülebilirliği ile ilgili tüm paydaşların menfaatlerini de dikkate alması gereklidir (Ernst Young, 2020). Mevcut şirketler hukuku kurallarında yer almayan bu yükümlülükler, Avrupa Komisyonun benimseyeceği regülasyon yöntemine göre, üye ülkelerin şirketler hukuku kurallarında bir değişikliğe gitmesi sonucunu doğurabilir.

²² 21 Nisan 2021’de, AB Parlamento üyeleri, AB Konseyi ile Avrupa Birliği’nin 2050 yılına kadar iklim nötr olma yükümlülüğü getiren ilk İklim Yasası konusunda resmi olmayan bir anlaşmaya varmıştır <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20210419IPR02302/meps-reach-deal-with-council-on-obligation-for-eu-to-be-climate-neutral-by-2050> ET. 23.04.2021.

Benzer doğrultuda, BM İş dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri (2011), çok uluslu şirketlerin tedarik zincirlerinde insan hakları için gerekli özeni göstermeleri gerektiğini ifade etmiştir. İnsan haklarında gerekli özenin gösterilmesi (*human rights due diligence*) olarak ifade edilen bu ilke, özellikle çok uluslu şirketlerin tedarik zincirlerinin faaliyetlerinin insan hakları ihlali yaratıp yaratmadığı ile ilgili özenin gösterilmesini ifade eder. Bu ilke, esasında kurumsal sosyal sorumluluk anlayışının ötesinde bir sorumluluğu yansıtır (Johnson ve Sjaafjel, 2019, s. 14). Tüm bunlara rağmen, BM nezdinde düzenlenen bu ilkenin herhangi yasal bir bağlayıcılığı olmadığından bir yaptırım da içermez, sadece gerekli özenin gösterilmesini (*due diligence*) gerektirir (Keskin, 2017, s. 351-352).

Sonuç olarak, uluslararası düzeyde pek çok rehber ilke, şirketlerin sürdürülebilir faaliyette bulunmalarını teşvik eden düzenlemelere yer vermektedir. Ancak bu düzenlemeler hukuki yaptırım gücü açısından eksik kalmaktadır. Dolayısıyla, çok uluslu şirketlerin (bağlı şirketleri veya tedarikçileri yoluyla) insan hakları veya çevrenin korunması standartlarını ihlal etmesi halinde sorumluluğunun doğabilmesi için, hukuken bağlayıcılığı olan kuralların mevcut olması gerektiği savunulur (Forstmoser, 2012, s. 723; Pulaşlı, 2020, s. 35'ten naklen). O halde, şirketlerin sürdürülebilirliğe aykırı faaliyetleri nedeni ile sorumlu tutulabilmeleri için katı hukuk kurallarının bu alanda düzenleme yapmasına ihtiyaç vardır denilebilir²³.

Ne var ki, son yıllarda, çok uluslu şirketler hakkında başka ülkelerde faaliyette bulunan bağlı şirketlerinin ve tedarikçilerinin insan hakları ve çevre standartlarına aykırı hareket etmeleri nedeniyle pek çok dava açılmıştır²⁴. Bu davaların açılmasında özellikle küresel çapta faaliyet gösteren Greenpeace ve Friends of the Earth gibi çevreci örgütlerin BM'nin 'İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri'nden ilham alarak öncülük ettiği görülmektedir (Pulaşlı, 2020, s. 36). Bu davalardan en önemlisi, çevre örgütü *Friends of the Earth* Hollanda'nın Royal Dutch Shell petrol şirketine yaklaşık 20 yıl boyunca en az 40 (kırk) kez gerçekleşen petrol sızıntısı nedeniyle açtığı davadır²⁵. Davanın açıldığı tarihten 13 yıl sonra, 29 Ocak 2021'de Hollanda mahkemesi, Royal Dutch Shell' in Nijerya'daki bağlı şirketinin (*Shell Petroleum Development Company of Nigeria Limited*) belirli

²³ Yakın zamanda, Hollanda ilk derece mahkemesinin çok uluslu bir enerji şirketi hakkında verdiği karar bu tartışmaların yönünü etkileyeceğe benzemektedir. Royal Dutch Shell enerji şirketi, web sitesinde Paris Çevre Antlaşmasına destek verdiğini açıklayarak karbon emisyon oranlarını 2050 yılına kadar sıfırlamayı hedeflediğini duyurmuştu. Shell web sitesi <https://www.shell.com/energy-and-innovation/the-energy-future/our-climate-target.html#iframe=L3dlYmFwcHMvY2xpbWF0ZV9hbWJpdGlvi8> ET. 8.06.2021. 26 Mayıs 2021 tarihinde, Hague Bölge Mahkemesi (Hollanda), Royal Dutch Shell şirketi ve sayıları 1100'e ulaşan bağlı kuruluşları için karbon emisyonlarını 2030 yılına kadar, 2019 seviyelerine kıyasla %45 oranında azaltmasına karar verdi. Bu karar ile ilk kez, çok uluslu bir enerji şirketinin uluslararası bir çevre antlaşmasına dayanılarak, karbon emisyonlarından sorumlu olduğuna hükmedilmiştir. Bkz. The Hague District Court versus The Royal Dutch Shell PLC, Case number: C/09/571932/HA ZA 19-379 (English version), 26.05.2021 <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339> ET. 08.06.2021.

²⁴ Hükümlere ve diğer organizasyonlara açılan 400'yü aşan davanın yanı sıra, çok uluslu şirketlerin insan hakları ihlalleri ve çevre standartlarına aykırı hareketleri nedeniyle şimdiye kadar 46 dava açıldığı görülmektedir. <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-climate-change-litigation/> ET. 25.04.2021.

²⁵ BBC News, Shell in Nigeria: polluted communities 'can sue in English courts'. <https://www.bbc.com/news/world-africa-56041189> ET. 25.04.2021.

aralıklarla yaşanan petrol sızıntılarının yol açtığı çevre kirliliğinin neden olduğu zararlar için Nijerya çiftçilerine tazminat ödenmesine hükmetmiştir²⁶. Mahkeme tarafından, Hollanda merkezli Royal Dutch Shell' in bakım yapmayarak, petrol sızıntıları ile ilgili gerekli özen (*due diligence*) yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar verilmiştir²⁷. Bu karar, bir ana şirketin bağlı şirketinin yabancı bir ülkedeki faaliyetlerinden sorumlu tutulduğu ilk dava olması nedeniyle önemlidir. Her ne kadar, kararın uygulanması ile ilgili birtakım tereddütler bulunsa da bu karar, diğer çok uluslu şirketler için de bağlı şirketlerinin faaliyetlerinden ötürü sorumluluk riskinin doğabileceğini göstermiştir. Sonuç olarak, özellikle halka açık ve çok uluslu şirketlerin sürdürülebilirlikte gerekli özenin gösterilmesi ilkesi gereği, negatif dışsallıklarını tanımlamaları ve bunlarla ilgili önlem almaları gerekecektir.

Tüm bu gelişmeler ışığında, Avrupa ülkelerinin şirketler hukuku gelişmelerine baktığımızda ise, son yıllarda sürdürülebilirlik prensibini, katı hukuk kurallarına dâhil eden birkaç örnek olduğunu görebiliyoruz. Şirketler hukukunda sürdürülebilirlik prensibinin dâhil edilmesi, genellikle şirket yöneticilerinin sorumluluğunun genişletilmesi perspektifinden ele alınmaktadır. Bu doğrultuda Birleşik Krallık, son yıllarda şirketler hukuku kapsamında, şirket yöneticilerinin toplum ve çevre yönünden sorumlulukları ile ilgili birtakım önemli değişiklikler yapmıştır. En son Aralık 2017'de yapılan değişiklik ile şirket yöneticilerinin şirketin başarısını iyi niyetle gözetirken, bir bütün olarak şirketin diğer üyelerinin menfaatini de dikkate alması gerekliliğine yer verilmiştir (Birleşik Krallık Şirketler Kanunu / UK Companies Act 2006, madde 172/1). Buna göre, şirket yöneticileri bu görevleri ifa ederken diğer hususların yanı sıra, aşağıdaki unsurları da dikkate almalıdır:

- a) herhangi bir kararın uzun vadede olası sonuçları,
- b) şirket çalışanlarının çıkarları,
- c) şirketin tedarikçiler, müşteriler ve diğerleri ile iş ilişkilerini geliştirme ihtiyacı,
- d) şirketin faaliyetlerinin toplum ve çevre üzerindeki etkisi,
- e) şirketin yüksek iş yapma standartları nedeniyle itibarını sürdürmesinin arzu edilirliliği ve
- f) şirket üyeleri arasında adil davranma ihtiyacı, (Birleşik Krallık Companies Act 2006, madde 172/1).

Bu hüküm ile, Birleşik Krallık şirketler hukuku, şirket yöneticilerinin karar verme sürecinde paydaş menfaatlerini dikkate almasını yasal bir zorunluluğa bağlamıştır denilebilir. Bir başka ifade ile; yöneticilerin görevleri kapsamında, şirketin menfaatini gözetmenin bir gereği olarak, paydaşların menfaatlerinin dikkate alınması yükümlülüğünün getirildiği söylenebilir. Bu bakımdan, Birleşik Krallık

²⁶ Friends of the Earth International web sitesi <https://www.foei.org/news/justice-shell-compensate-nigerian-farmers-oil-spill> ET. 25.04.2021.

²⁷ Ödenecek tazminat tutarının daha sonra yapılacak olan hasar değerlendirme raporuna göre belirlenmesi beklenmektedir. Friends of the Earth International web sitesi <https://www.foei.org/news/justice-shell-compensate-nigerian-farmers-oil-spill> ET. 25.04.2021.

şirketler hukukunun ‘hissedar-odaklı’²⁸ yaklaşımı yeniden tanımladığı öne sürülmektedir (Gower ve Davies, 2012, s. 540).

Geçtiğimiz yıllarda yapılan bir diğer önemli değişiklik ise Fransız Medeni Kanunu’nda yapılmıştır. 22 Mayıs 2019 tarihli PACTE yasası ile Fransız Medeni Kanunu’na eklenen paragraf ile şirketlerin, kendi ekonomik menfaatleri doğrultusunda, ticari faaliyetlerinden kaynaklanan sosyal ve çevresel etkilerin dikkate alınarak yönetilmesi hükmüne yer verilmiştir (Loi PACTE 019-486 sayılı Kanun, 2019: Ferrarini, 2020, s. 29’dan naklen). Bu değişiklik ile, sosyal ve çevresel kaygıları dikkate almayan şirket yöneticilerinin yasal sorumluluklarının doğabileceğinden bahsedilmektedir (Ferrarini, 2020, s. 30). Dolayısıyla, sosyal ve çevresel sorumluluklar nedeniyle şirketlerin maruz kalabilecekleri yasal risklerde bir artış söz konusu olabilecektir.

SONUÇ

‘Sürdürülebilir şirketler’ ve ‘sosyal sorumlu şirketler’ kavramları, şirketlerin faaliyetleri nedeniyle ortaya çıkan sosyal ve çevresel etkilerin görünürlüğünün son dönemlerde önemli ölçüde artması ile kurumsal yönetim tartışmalarında öne çıkan başlıklar haline gelmiştir. Her ne kadar sürdürülebilir ekonomilere ulaşmada iş dünyasının önemli bir rol oynadığı kabul edilse de mevcut şirketler hukuku düzenlemeleri, şirketlerin sorumluluğunu sürdürülebilirlik açısından ele almamaktadır; haliyle, yöneticilere sürdürülebilir amaçlar konusunda herhangi bir yükümlülük yüklememektedir. Sonuç olarak, şirketler hukuku altındaki düzenlemelerin şirketleri sürdürülebilir olmaya teşvik ettiği veya zorladığı söylenemez. Diğer yandan, kamu hukukunda sürdürülebilir kalkınma amacı doğrultusunda teşvik edici ve caydırıcı birtakım düzenlemelere yer verilmiş olsa da yürütme kısıtları ve etkisiz caydırıcı yöntemler nedeniyle bu düzenlemeler tek başına yeterli görülmemektedir. Katı hukuk kuralları dışında, sürdürülebilirlik prensibini açıkça benimseyen uluslararası rehber ilkeler, şirketlere sürdürülebilir uygulamaları benimsemelerinde bir yol haritası sunması açısından önemli kabul edilir. Ancak, bu girişimlerin en büyük eksikliği, şirketler üzerinde herhangi bir yaptırım güçlerinin olmamasıdır. Benzer şekilde, kurumsal yönetim kodları, sürdürülebilirlik anlayışına prensip düzeyinde katkıda bulunur ve şirketlerin bu ilkelere gönüllülük esasına göre uyum göstermeleri beklenir.

Sonuç olarak, sürdürülebilir şirketler veya sürdürülebilir kurumsal yönetime doğru kat edilen yolda, bu hukuki boşluğu gidermek üzere, şirketler hukuku düzenlemeleri altında şirketler için kurgulanan amaç ve değer kavramlarının yeniden tanımlanma ihtiyacı doğmuştur. Buna göre, daha önce şirketlerin amacı katı hukuk kurallarında geleneksel olarak ‘şirket menfaati’ olarak yer alırken; yeni

²⁸ Birleşik Krallık Şirketler Kanunu (Companies Act, 2006) madde 172’nin ‘aydınlanmacı hissedar değeri’ (*enlightened shareholder value*) görüşünü yansıttığı savunulur (Harper, 2010, s. 59). Bu görüşe göre, tüm paydaşların menfaatlerini maksimize etmek mümkün değildir, bunun yerine şirketin sosyal ve ekonomik değeri içine alan bütüncül değer yaratması esas alınmalıdır. Bu görüşe göre, şirket değeri, uzun dönemde yaratılan menfaatlerin tümü olarak tanımlanır (Jensen, 2002).

akım, şirketlerin amacının ‘sürdürülebilir değer yaratma’ olarak kabul edilmesi görüşünü savunmaktadır. Benzer şekilde, geleneksel görüş, şirketin performansını pay sahibi getirisinin maksimize edilmesi üzerinden değerlendirirken, yeni eğilim şirket performansını paydaş refahı ile ilişkilendirmeyi tercih etmektedir (Dünya Ekonomik Forumu, 2019).

Bu yeniden tanımlamalar ve trendler, İngiltere ve Fransa örnekleri hariç olmak üzere, henüz katı hukuk kurallarında kendine yer bulamamıştır. Hâlihazırda süregelen tartışmalar, bu yaklaşımların çok yakın zamanda AB kurumsal yönetim düzenlemelerinde kendine yer bulacağı beklentisini doğurmuştur. Bu doğrultudaki beklentiler, şirketler hukuku kurallarında şirketlerin amacının, sosyal ve çevresel sorumluluk açısından yeniden tanımlanması; buna paralel olarak yönetim kurulu ve yöneticilerin özen yükümlülüklerinin kapsamının genişletilmesidir. AB düzeyindeki yasal girişimler, eğer başarılı olacak olursa, özellikle küresel ölçekte faaliyet gösteren şirketler için, sürdürülebilirlik konularındaki sorumluluk risklerinin artması sonucunu doğurabilir. Önümüzdeki günlerde, AB Komisyonu’nun belirleyeceği regülasyon metoduna göre şirketlerin sürdürülebilirlik sorumluluklarının yasal çerçevesinin netleşmesi beklenmektedir.

KAYNAKÇA

- Aktan, C. C. ve Börü, D. (2007). *Kurumsal sosyal sorumluluk*. İstanbul: İGİAD.
- Altınöz, B. (2015). Sürdürülebilir kalkınma sürecinde kamu bütçesinin önemi. *Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 30(1), 223-256.
- Ararat, M. ve Eroğlu, M. (2020). Hukuk ve piyasalar açısından sürdürülebilirlik. I. Bölüm, Sabancı Üniversitesi Kurumsal Yönetim Forumu Politika Notu No:1/2020. Ocak 2020.
- Arı, B. (2020). Karşılaştırmalı hukukta rekabet ihlallerine verilen cezalar. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 161, Ağustos 2020, Ankara.
- Aşçıgil, S. F. (2012). Yöneticilerin sosyal sorumluluk uygulamalarına ilişkin yaklaşımları. *Türk İdare Dergisi*, 475, 229-240.
- Birleşmiş Milletler (BM). İş dünyası ve insan hakları rehber ilkeleri. https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf ET. 23.04.2021.
- Birleşmiş Milletler (BM). Sürdürülebilir kalkınma amaçları. <https://www.tr.undp.org/content/turkey/tr/home/sustainable-development-goals.html> ET. 23.04.2021.
- Bonn, I. and Fisher, J. (2011). Sustainability: the missing ingredient in strategy. *Journal of Business Strategy*, 32(1), 5-14.
- Brundtland Report. (1987). Our common future. Report of the World Commission on environment and development.
- Carroll, A. B. (1999). Corporate social responsibility evolution of a definitional construct. *Business and Society*, 38(3), 268-295.
- Comitato Corporate Governance, January 2020. https://ecgi.global/sites/default/files/codes/documents/2020code_eng.pdf ET. 08.06.2021.
- Demirci, U. (2018). A comparative analysis of corporate social responsibility activities of companies in banking industry: an application from Turkey. *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, 17(4), 1474-1490.
- Deutscher Corporate Governance Kodex, December 2019. https://www.dcgk.de/files/dcgk/usercontent/en/download/code/191216_German_Corporate_Governance_Code.pdf ET. 08.06.2021.
- Dodd, E. M. Jr. (1932). For whom corporate managers as trustees?. *Harvard Law Review*, 45(7), 1145- 1163.
- Dünya Ekonomik Forumu. (2019). Davos Manifestosu: Dördüncü Endüstri Devriminde Şirketlerin Evrensel Amacı. <https://www.weforum.org/agenda/2019/12/davos-manifesto-2020-the-universal-purpose-of-a-company-in-the-fourth-industrial-revolution/> ET. 22.04.2021
- Easterbrook, F. H. and Fischel, D. R. (1989). The Corporate Contract. *Columbia Law Review*, 89(7), 1416-1448.
- Ekonomik ve Kalkınma İş Birliği Örgütü (OECD) (2011). Çok uluslu şirketler rehberi. <https://www.sanayi.gov.tr/assets/pdf/anlasmalar/UTNRehber1.pdf> ET. 23.04.2021.
- Elkington, J. (2006). Governance for sustainability. *Corporate Governance*, 14(6), 522-529.
- Ernst Young (2020). Study on directors' duties and sustainable corporate governance. July 2020. [Study on directors' duties and sustainable corporate governance - Publications Office of the EU \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/europa.eu/study-on-directors-duties-and-sustainable-corporate-governance) ET. 29.04.2021.
- European Commission, (DG Justice, A3 company law unit). Inception Impact Assessment Sustainable Corporate Governance. 30.07.2020 (Avrupa Komisyonu, Sürdürülebilir Kurumsal Yönetim).

- European Commission, A Renewed EU Strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility. COM(2011) 681 final 25.10.2011 (Avrupa Komisyonu, Kurumsal Sosyal Sorumluluk).
- European Commission, Action Plan: Financing Sustainable Growth. COM(2018) 97 final 8.3.2018 (Avrupa Komisyonu, Eylem Planı).
- European Commission, Communication on the European Green Deal. COM(2019) 640 final 11.12.2019 (Avrupa Komisyonu, Yeşil Mutabakat).
- Ferrarini, G. (2020). Corporate purpose and sustainability. ECGI Law Working Paper No:559/2020, December 2020.
- Fiaschi, D., Giuliani, E., Nieri, F. and Salvati, N. (2020). How bad is your company? measuring corporate wrongdoing beyond the magic of ESG metrics. *Business Horizons*, 63(3), 287-299.
- Freeman, R. E. (1984). *Strategic management: a stakeholder approach*. Boston: Pitman.
- Friedman, M. (1970). The social responsibility of business is to increase its profits. *The New York Times Magazine*, September 13.
- Gower and Davies. (2012). *Principles of modern company law*. (9th ed). P. Davies and S. Worthington (eds): Sweet & Maxwell.
- Hansmann, H. and Kraakman, R. (2001). The end of history for corporate law. *Georgetown Law Journal*, 89, 439-468.
- Harper, H. V. E. (2010). Enlightened shareholder value: corporate governance beyond the shareholder-stakeholder divide. *Journal of Corporation Law*, 36(1), 59-112.
- Herrmann, K. K. (2004). Corporate social responsibility and sustainable development: the European Union initiative as a case study. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 11(2), 205-232.
- Hess, D. (2014). The future of sustainability reporting as a regulatory mechanism. Michigan Ross School of Business Working Paper No 1228, March 2014.
- Jensen, M. C. (2002). Value maximization, stakeholder theory, and the corporate objective function. *Business Ethics Quarterly*, 12(2), 235-256.
- Johnson, A. and Sjaafjel, B. (2019). The EU's approach to environmental sustainable business: can disclosure overcome the failings of shareholder primacy?. Nordic and European Company Law Working Paper No:2019-60.
- Karataş Durmuş, N. (2015). Ticaret Kanunu kapsamındaki şirket toplulukları ve bunların vergi hukuku kapsamındaki konumları. *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 1(2), 71-84.
- Kaya, U., Aygün, D., Yazan, Ö. (2016). Yeni bir kurumsal raporlama yaklaşımı olarak entegre raporlama ve dünyadaki uygulama örnekleri üzerine bir araştırma. *KTÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi*, 6(11), 85-101.
- Keskin, F. (2017). Şirket etiği ya da itibar yönetimi projesi: haklar ve hukuk bağlamında kurumsal sosyal sorumluluk. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 130, 341-356.
- Kurumsal Yönetim Tebliği (II.17.1) R.G. Sayı: 28871, 3.1.2014.
- Kurumsal Yönetim Tebliği (II-17.1)'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (II-17.1.A) R.G. Sayı: 31262, 2.10.2020.
- Kuşat, N. (2012). Sürdürülebilir işletmeler için kurumsal sürdürülebilirlik ve içsel unsurları. *Afyon Kocatepe Üniversitesi İİBF Dergisi*, 19(2), 227-241.
- Lambooy, T. E., Argyrou, A. and Tideman, S. (2018). Enabling company boards to create sustainable companies: The connection between sustainability, company leadership and law. *International and Comparative Law Journal*, 13(2), 21-56.
- Maignan, I. and Ferrel, O. C. (2004). Corporate social responsibility and marketing: an integrative framework. *Journal of the Academy of the Marketing Science*, 32, 3-19.

- McWilliams, A. and Siegel, D. (2001). Corporate social responsibility: a theory of the firm perspective. *Academy of Management Review*, 26(1), 117-127.
- North, G. (2017). Corporate sustainability practices and regulation: the existing frameworks and best practice proposals. In J. J. du Plessis and C. K. Low (Ed), *Corporate Governance Codes for the 21st Century*, Switzerland: Springer International Publishing. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2997782> ET. 23.04.2021.
- Pulaşlı, H. (2020). Kurumsal sosyal sorumluluk bağlamında uluslararası insan hakları ve çevre standartlarının çok uluslu şirketlerin merkez yönetim organının hukuki sorumluluğuna etkisi. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.XXXVI, S: 4, 5-37.
- Raworth, K. (2017). *Doughnut economics: seven ways to think like a 21st-century economist*. Chelsea Green Publishing.
- Rockström, J. W. vd. (2009). Planetary boundaries: exploring the safe operating space for humanity. *Ecology and Society*, 14(2), 32.
- Schwartz, J. (2018). VW investors sue for billions of dollars over diesel scandal. *Reuters*, September 10, 2018. <https://www.reuters.com/article/us-volkswagen-emissions-trial-idUSKCN1LQ0W4> ET. 20.04.2021.
- Siegel, D. S. (2009). Green management matters only if it yields more green: an economic/strategic perspective. *Academy of Management Perspectives*, 23(3), 5-16.
- Sjafjell, B. and Taylor, M. (2019). Clash of norms: shareholder primacy vs. sustainable corporate purpose. *International and Comparative Corporate Law Journal*, 13(3), 40-66.
- Skjærseth, J. B., Stokke, O. S. and Wettestad O. (2006). Soft law, hard law, and effective implementation of international environmental norms. *Global Environmental Politics*, 6(3), 104-120.
- Smith, N. and Lenssen, G. (2009). Mainstreaming corporate responsibility: an introduction. In N. Smith and G. Lenssen (Ed), *Mainstreaming Corporate Responsibility*: Wiley.
- Steffen vd. (2015). Planetary boundaries: guiding human development on a changing planet. *Science*, 347(6223), 736.
- Strine, L. E. Jr. (2012). Our continuing struggle with the idea that for-profit corporations seek profit. *Wake Forest Law Review*, 47, 135-172.
- Sürdürülebilirlik Raporlaması: Sürdürülebilirlik uyum çerçevesi. <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1332> ET. 26.04.2021.
- Tokgöz, N. ve Önce, S. (2009). Şirket sürdürülebilirliği: geleneksel yönetim anlayışına alternatif. *Afyon Kocatepe Üniversitesi İİBF Dergisi*, 11(1), 249-275.
- Tonello, M. (2010). Sustainability in the boardroom. The Conference Board Director Notes, No. DN-008, June 2010. <https://ssrn.com/abstract=1626050> ET. 02.05.2021.
- Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) C.326/47 26.10.2012.
- Tüyen Z. (2020). İşletmelerde sürdürülebilirlik kavramı ve sürdürülebilirliği etkileyen etmenler. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 19(37), 91-117.
- Uluslararası Çalışma Örgütü (2017). Çokuluslu şirketler ve sosyal politika ile ilgili ilkeler üçlü bildirgesi. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf ET. 21.04.2021.
- Vidal, J. (2011). BP's PR campaign fails to clean up reputation after Gulf oil spill. *Guardian*, 14 April, 2011. <https://www.theguardian.com/environment/blog/2011/apr/14/bp-pr-campaign-gulf-oil-spill> ET. 22.04.2021.
- Yalçın Sırakaya, E. (2020). Şirketler topluluğunda tam hakimiyet halinde alacaklıların dava açma hakkı. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 11(42), 363-386.

- Yanık, S. ve Türker, İ. (2012). Sürdürülebilirlik ve sosyal sorumluluk raporlamasındaki gelişmeler (tümleşik raporlama). *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 47, 291-308.
- Yavuz, V. A. (2010). Sürdürülebilirlik kavramı ve işletmeler açısından sürdürülebilir üretim stratejileri. *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 7(14), 63-86.

Geliş Tarihi:

08.08.2021

Kabul Tarihi:

23.08.2021


Yayımlanma Tarihi:

30.09.2021

Kaynakça Gösterimi: Yılmaz, Ç. M. (2021).
“Mephisto” kararı çerçevesinde postmortal dönemde
kişilik hakkının korunması. *İstanbul Ticaret
Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 20(41), 877-897.
doi: 10.46928/iticusbe.980408

“MEPHİSTO” KARARI ÇERÇEVESİNDE POSTMORTAL DÖNEMDE KİŞİLİK HAKKININ KORUNMASI

Araştırma

Çiğdem Mine Yılmaz 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

Bursa Uludağ Üniversitesi

cigdemineyilmaz@gmail.com

Çiğdem Mine Yılmaz, Bursa Uludağ Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim dalı öğretim üyesidir. Özel Hukuk alanında doktora yapmış, kişiler, aile, eşya, borçlar hukuku alanında çalışmakta ve ders vermektedir.

“MEPHİSTO” KARARI ÇERÇEVESİNDE POSTMORTAL DÖNEMDE KİŞİLİK HAKKININ KORUNMASI

Çiğdem Mine Yılmaz
cigdemineyilmaz@gmail.com

ÖZET

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 28. Maddesi gereği “kişilik” gerçek kişiler için sağ ve tam doğmak koşulu ile ana rahmine düştüğü an başlar ve ölümle sona erer. Ancak ölüm sonrası kişilik haklarının devamı konusunda kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Kişilik hakkı kapsamında korunan değerlerin ne zaman sona ereceği hususunda yabancı literatür ve yargı kararları farklılık arz etmektedir. Bu değerlerden özellikle “şeref ve haysiyete” yönelik saldırıların ölenin mi yoksa yakınlarının kişilik haklarına mı saldırı teşkil ettiği hususunda tartışmalar mevcuttur. Alman Federal Mahkemesi, Bundesgerichtshof'un (BGH) incelemeye değer teşkil eden BGH, Urt. V. 20.3.1968, I ZR 44/46 sayılı kararında bu husus ele alınmıştır. Yüksek Mahkeme, kişilik haklarının dokunulmazlığının kişi hayatta iken tam anlamıyla yaşanabilmesi ve anlam kazanabilmesi için, kişinin o öldükten sonra da kendi onuruna karşı yapılacak kabaca saldırılara karşı korunacağı inancını taşıyabilmesi ve bu beklentiye sahip olabilmesi ile mümkün olacağını ifade etmiştir. Öte yandan bu kararlar “hukukun güvenilirliği” ilkesinin de merhum kişinin haklarının, özel bir yetkilendirme olmasa dahi, üçüncü kişiler tarafından ileri sürülmesine mani olmayacağını ifade ederek postmortal dönemde kişilik haklarının korunmasını en üst düzeyde sağlanmıştır

Amaç: Çalışmada kişilik hakkının ölüm sonrası dönemde korunmasının kimler tarafından, hangi hukuki çerçevede yapılabileceği saptanmak istenmiştir.

Yöntem: Çalışmada, örnek niteliğinde olan BGH. Kararı incelenmiş, ilk derece ve istinaf mahkemesinin gerekçelerinden yola çıkılmıştır.

Bulgular: Kişilik haklarının dokunulmazlığının kişi hayatta iken tam anlamıyla yaşanabilmesi ve anlam kazanabilmesi için, kişinin o öldükten sonra da kendi onuruna karşı yapılacak kabaca saldırılara karşı korunacağı inancını taşıyabilmesi ve bu beklentiye sahip olabilmesi ile mümkün olacağı tespit edilmiştir.

Özgünlük: Bu çalışma ile “hukukun güvenilirliği” ilkesinin de merhum kişinin haklarının, özel bir yetkilendirme olmasa dahi, üçüncü kişiler tarafından ileri sürülmesine mani olmayacağını ifade ederek postmortal dönemde kişilik haklarının korunmasını en üst düzeyde sağlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kişilik Hakkı, Ölüm Sonrası, Şeref ve Haysiyet, Mephisto

Jel Sınıflaması: K36

THE PROTECTION OF PERSONAL RIGHTS IN POSTMORTAL PERIOD WITHIN THE SCOPE OF “MEPHISTO” DECISION

ABSTRACT

According to Article 28 of Turkish Civil Law Nr. 4721, for natural persons, “personality” begins at the moment of conception on the condition of being born alive and complete and it ends with death. However, there is no legal regulation on the continuity of personal rights after death. Regarding when the values protected within the scope of personality rights will end, there are differences between foreign literature and judicial decisions. Among these values, there is a remarkable debate on if the “assault on reputation” is an assault on the personal rights of a deceased person or those of deceased person’s relatives. This subject was discussed in German Federal Court’s (Bundesgerichtshof) (BGH) decision BGH, Urt. V. 20.3.1968, I ZR 44/46. The Court emphasized that, in order for the full enjoyment and meaning of the immunity of personal rights while the person is alive, a person should believe and expect that he/she will be protected against the disrespectful attacks on his/her reputation. On the other hand, in this decision stating that (even if there is no specific assignment) the rights of a deceased person can be asserted by the third persons in parallel with the principle of “Reliability of Law”, the protection of personality rights in the postmortal period was ensured at the highest level.

Purpose: In this study, it is aimed to determine the protection of the personal right in the post-death period can be carry out by whom and in which legal framework.

Method: In the study, the exemplary decision of BGH. was examined and the reasons of the court of first instance and the appellate court were taken into consideration.

Findings: It has been determined that the inviolability of personal rights can be experienced fully while the person is alive and gaining meaning, if the person believes that she will be protected against rude attacks against her honor after she dies and can have this expectation.

Originality: With this study, it has been stated that the principle of "reliability of law" will not prevent the decedent's rights from being asserted by third parties, even if there is no special authorization, and the protection of personal rights in the postmortal period is ensured at the highest level.

Keywords: Personal Rights, Postmortal, Assault on Reputation, Mephisto

JEL Classification: K36

GİRİŞ

Hayatının sona ereceğini bilen ve bu yaşamsal sorunla baş etmek zorunda olan tek canlı “insanoğlu” dur. Bu sebeple farklı çalışma alanlarındaki bilim insanları, bir muamma olan ölüm ile ilgilenmişlerdir. Filozof ve din alimleri ölümün derin anlamıyla meşgul olmaktadır. Tıp bilimleri de mümkün olduğunca insan hayatını uzatma ve bu şekilde ölüme karşı mücadele etme, bu mücadelenin başarısız olduğu yani ölümün gerçekleştiği durumlarda ise ölümün varlığını kesin olarak tespit edebilme görevi ile uğraşmaktadır. Hukuk literatüründe ise yirminci yüzyılın ortalarına kadar bu konuyla ilgili pek bir şey bulmak mümkün olmamıştır. Zira, ölüm olayı bir sürü hukuki sonucu doğurmuş olsa dahi bu konu bir nevi tabu yani yasaklı konu olarak göz önünde bulundurulmuş ve hukuki analizden muaf tutulmuştur. Ancak ölümün beraberinde getirdiği sorunlar daima toplumsal ve hukuki olduğu için büyük önem kazanmıştır. Bu sorunlar tümüyle temellerini tıp alanında kaydedilen ilerlemelere borçludur.

Hukuk dünyası bugün yeni bir sorunla karşı karşıyadır. Bu sorun, var olan duruma doğru tepkiyi vermek, etik ve normatif olarak ölümün sınırları içerisinde ya da ölümün kıyısında meşru olarak yapılabilecekleri göstermektir. Bu nedenle ölüme bağlı sonuçlar hukuki literatürde de konu edilmeli ve tartışılmalıdır. Hayatın sona ermesine sebep olan ölüm, hukuki anlamda bir sona erme teşkil etmeyebilir. Ortaya çıkardığı pek çok farklı hukuki sonuca rağmen ya da belki de farklı alanlarda hukuki sorunlar doğurduğu için ölüm hukuki bağlamda ancak kısmen ya da belirli sorular üzerine tartışılmış ve incelenmiştir. Ölümle birlikte intifa ve sükna gibi kişiye bağlı olanlar dışındaki malvarlığı hakları mirasçılara geçer. Hukuki literatürde de genellikle cesedin eşya niteliği, ölümün malvarlığına yaptığı etkiler bakımından ele alınırken, ölüm sonrası “*kişilik hakkının*” korunmasının çerçevesi belirlenmemiştir. Nitekim kişiyi ölümden sonra korumanın doğum öncesi korumaya göre daha zor olduğu ifade edilmektedir. (Serozan, 2006:321) Zira doğum öncesine ilişkin Türk Medeni Kanun’u madde 28/II gibi kişiliğin başlangıcını geçmişe dönük kılan bir hüküm bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, ölüm sonrası için geleceğe etkili kişiliği koruyan bir hüküm öngörülmüş değildir.

Kişilik hakkına dahil değerler İsviçre-Türk hukukunda, Alman hukukundan farklı olarak sınırlayıcı biçimde sayılmamıştır. Kişilik hakkının çağın gereklerine göre sürekli değişip gelişen bir hak olması sebebiyle kişinin yaşarken üzerinde tasarruf etmeyi, hatta düşünmediği ihlal söz konusu olabilir. İsviçre-Türk doktrininde postmortal dönemde ölenin şeref ve haysiyetine ya da cesede karşı yapılan saldırının korunması zorunluluğu noktasında bir tartışma bulunmamaktadır. Ancak bu korumanın kim ve hangi hukuki argümanlarla sağlanacağı sorunlarıyla karşılaşmaktadır. Çalışmada öncelikle mevcut düzenlemeler çerçevesinde kişilik hakkı ve korunması, daha sonra da BGH. Kararı çerçevesinde postmortal dönemde kişilik hakkının varlığı ve korunmasının hukuki temelleri ele alınacak ve çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

I. TÜRK HUKUKUNDA KİŞİLİK HAKKI

A. Kişilik Hakkı Kavramı

Kişilik hakkının özünü oluşturan “kişisel özgürlük” ilkesi, şahısların kişiliğini geliştirmeye yönelik her türlü özgürlüğü sağlamayı amaçlamaktadır. Nitekim, T.C. Anayasasının 17. Maddesi ile “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*” denilerek bu özgürlüğe işaret edilmiştir. Anayasanın bu maddesi ile kişilik hakkının en üst düzeyde normla korunması hedeflenmiştir. Yargı kararlarında da anayasal bir düstur olarak bu koruma hedeflenmiş ve anayasa hukuku açısından “*yaşama hakkı*” kendisini diğerlerine karşı belirginleştirmiştir. (Özel, 2002: 57) Anayasanın 17. Maddesi bireysel özgürlüğü sağlamayı temel aldığından, kişilik hakkına yapılan her saldırı da anayasaya aykırılık oluşturur.

Türk hukukunda tanımı yapılmayan kişilik hakkı, Medeni Kanun’un 24., mehz İsviçre hukukunda ise ZGB. Art. 28. ile belirlenmiştir. Bu madde çerçeve niteliğinde olup hakkın genel sınırları çizilmektedir. (Yıldız, 2019: 451) Kişilik hakkı doktrinde “*kişilerin sadece var olmaları sebebiyle tanınan, mutlak biçimde sahip oldukları, hukuk düzeni tarafından korunan hayat, vücut tamlığı, sağlık, şeref ve haysiyet, ad, resim, özel hayat, kişisel veriler özgürlükler gibi değerler üzerindeki haklar*” olarak ettiği kabul edilmektedir. (Tandoğan,1963:12; Kılıçoğlu, 2016: 3; Özsunay,1977:97; Helvacı, 2001; Hatemi, 2020:66; Oğuzman vd., 2020:78; İşgüzar, 1990:857; Dural ve Ögüz, 2020: 149; Erman, 2020: 159; Helvacı, 2017: 103.) Kişilik hakkı, daha geniş bir alanı kapsayacak şekilde “*yaşama, bedensel ve ruhsal bütünlüğe, cinsel dokunulmazlığa, sağlığa, onura, saygınlığa, özel yaşamın gizliliğine, özgürlüklere, söze, resme, sese, isme ve sınırlı biçimde sayılamayacak insani, bireysel kişisel değerlere ilişkin hak olarak kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden değerlerin tümü üzerindeki hak*” olarak da tanımlanmıştır. (Serozan, 2018: 446; Dural ve Ögüz, 2020: 149)

B. Kişilik Hakkı Değerleri

Türk Medeni Kanun’unda kişilik hakkının tanımı yapılmadığı gibi kişilik hakkına dahil olan değerler de tek tek sayılıp belirlenmemiş, bir başka deyimle hakkın içeriği kanun koyucu tarafından açık ve kesin olarak ortaya konulmamıştır. Teknolojinin ilerlemesi, günün gerekleri nedeniyle kişilik değerlerinde hızlı değişme de olabileceğinden hakkın içeriği hususunda sınırlama olmaması son derece yerindedir. Örneğin kanun koyucunun kanunu yaptığı sırada bir kişinin resminin elektronik ortamda milyonlarca kişiye ulaşarak ihlal edilmesini hayal etmesi, düzenlemesi de beklenmemelidir. Kişilik hakkı doktrinde fiziki kişilik değerleri, duygusal kişilik değerleri, sosyal kişilik değerleri ve ekonomik kişilik değeri olarak dört başlık altında da ele alınmaktadır. (Ayan ve Ayan, 2020: 116 vd.) Bu sınıflamadan ayrılarak kişilik hakkına dahil değerler hakkında aşağıda genel olarak açıklanmaya çalışılacaktır.

1. Yaşama Hakkı

Kişinin en önemli maddi –bedensel- değeri “yaşamı”dır. Bu sebeple de TMK. m. 23’te, Kişinin kendisi yaşam hakkından vazgeçemeyeceği gibi başkalarının da bu hakka saygı göstermesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Nitekim ötenaziye kanun koyucunun izin vermemesi de “yaşama hakkını” korumasından kaynaklanmaktadır. Kişinin hürriyetlerinden vazgeçemeyeceği ve onları hukuka ve ahlaka aykırı sınırlayamayacağı da TMK. 23 hükmü ile düzenlenmiş olup, din, vicdan, düşünce, hak arama hürriyeti de kişilik hakkına dahil değerlerdir.

2. Beden Bütünlüğü

Kişinin bedenini oluşturan her bir uzvu ve organın saldırıya uğraması beden bütünlüğünün ihlalini oluşturur. Kişi beden bütünlüğü üzerinde tasarruf hakkına sahiptir. Hukuka uygunluk hallerinin bulunmaması halinde beden bütünlüğünün ihlali hukuka uygundur. Organ nakli, ceset üzerinde bilimsel amaçlı çalışma yapılması da bu başlık altında ele alınır.

3. İsim

Kişiyi başkalarından ayırt etmeye yarayan, kişinin bir aileye aidiyetini ifade eden ya da kısaltılmış, üçüncü kişiler tarafından yakıştırılmış “*isim*” TMK. m. 24’ten ayrı olarak TMK. m. 26 vd. maddelerinde düzenlemiştir. Yine elektronik posta adresleri de isim olarak kişilik hakkına dahil değerlerden kabul edilir. (Helvacı, 2017: 75) Kişilik hakkına dahil değerlerden “*isim*” TMK. 26 ve 27. maddelerinde ayrıca düzenlenmiştir. 26. maddede ismin gasp edilmesi ve ihtilafa sebebiyet vermesi durumunda korunması özel olarak düzenlenirken, ismin şeref ve haysiyete aykırı kullanımı, değiştirilmesi, başka anlamlara sokulması gibi haller 24 ve 25. Madde çerçevesinde korunabilir. (Serozan, 2018: 467)

4. Şeref ve haysiyet

Kişilik hakkı uygulamada çoğunlukla “*şeref ve haysiyet*” değerinin ihlali yoluyla karşımıza çıkmaktadır. Şeref ve haysiyet eleştiri, hakaret, eksik, yanlış hatta doğru iddialarla dahi saldırıya uğrayabilir (Helvacı, 2017: 130). Şeref, kişinin bulunduğu sosyal çevrede saygı görmesini sağlayan niteliklerin tümünü ifade ederken, haysiyet ise sosyal çevresinde saygı görmesini sağlayan, onun toplumsal imajı, mesleki saygınlığı, sanatsal kişiliği, politik duruşu veya diğer insanlarla kurduğu ilişkiler olarak tanımlanabilir (Serozan, 2018: 463; İşgüzar,1990: 857; Kılıçoğlu, 2016:2).

Esasen özel ya da gizli hayata ilişkin olmamak kaydıyla doğru olayların ileri sürülmesi hukuka uygundur. Ne var ki karşı tarafta yanlış izlenimler uyandırır ya da ileri sürülmesinde hukuki yarar bulunmaz ise fiil hukuka aykırı hale gelir. Yalan yanlış suçlamalar, iftira, dedikodu, hakaret, küfür gibi fiillerin yöneltildiği kişi belirlenebilir ise her hâlükârda hukuka aykırı olup, kişilik hakkının ihlalini oluşturur.

Şeref ve haysiyet, kişiye toplum tarafından verilen değerlerin toplamıdır. Bir başka ifadeyle, toplum tarafından değerlendirilmelere tabi tutulan kişiler hakkında değer yargısı oluşur. Bu aynı zamanda

kişinin, toplum içinde sahip olduğu itibar ve saygınlığı da gösteren objektif bir değer yargısıdır. (Kılıçoğlu, 2016: 85) Nitekim Yargıtay'ın bir kararında da “*Şeref ve haysiyetin, toplumun gerekli saydığı ahlaki nitelik ve kriterlere sahip olması nedeniyle kişiye verilen değer yarguları*” olduğu belirtilmiştir. Aynı kararda; herkesin içinde yaşadığı toplumda ve ilişkiler kurduğu çevrelerde kişisel bir onuru, şerefi ve saygınlığının mevcut olduğu ifade edilmiştir. (Yar. HGK. 28.03.2001 t. E.201/2-276, K. 2001/289) Şeref ve haysiyete saldırının gerçekleşmiş sayılması için bu fiile maruz kalan kişinin isminin belirtilmiş olması şart değildir. Tecavüzün, üçüncü kişiler tarafından kime yöneldiğinin herhangi bir şekilde anlaşılır olması yeterlidir. (Helvacı, 2001: 123)

5. Resim ve Ses

Kişilik hakkına dahil değerlerden resim, kişinin fotoğrafı veyahut film, televizyon gibi görsel medyada görünmesi, resmedilmesi ya da karikatürünün çizilmesi olarak kabul edilmektedir. (Oğuzman vd. 135) . Kişinin resminin her ne şekilde olursa olsun izinsiz olarak yayınlanması, hukuka uygunluk sebepleri bulunmadıkça hukuka aykırıdır. Zira resmin izinsiz yayınlanması emredici nitelikte bir kuralla yasaklanmıştır. Ancak bu durum kişinin hiçbir zaman rızası dışı resminin çekilemeyeceği biçiminde algılanmamalıdır.

Resim üzerinde kişilik hakkı 1951 tarihli yürürlükte bulunan 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanun'unda özel olarak düzenlenmiştir. Bu kanunun 86. Maddesinde toplum hayatının gereği, toplumun haber alma ihtiyacı gibi hallerde resmin izinsiz yayınlanabileceğini kabul edilmiştir. Aynı hükme göre; devletin siyasi ve sosyal hayatında rol oynayan kimselerin resimleri, yine kişilerin katıldıkları resmi geçit, resmi tören veya genel toplantıları gösteren resimlerde izin alınmasına gerek yoktur. Ancak bu yayın da amaca uygun olarak yapılmalı, haber verme dışında ticari bir amaçla kullanılması halinde kişilik haklarına saldırı olarak kabul edilmelidir. Resmin hukuka uygun kullanımının da sınırı diğer tüm haklar da olduğu üzere MK. 2'deki dürüstlük kuralı oluşturur. Yargıtay HGK. 1990/275 E., 1990/459 K. No'lu kararında da bir kişinin rastlantı sonucu ayrıntı olarak içinde bulunduğu bir fotoğrafın bir sergide veya sanatla ilgili yayınlarda umuma arz edilmesi halinde resmi kullanılan tarafından izin alınmadığının ileri sürülmesinin “ *hakkın kötüye kullanılması*” şeklinde nitelendirilebileceğini; ancak kişinin dış görünümünün ayrıntı olarak yer alsa bile bulunduğu fotoğrafın ticari amaçlarla veya reklam yoluyla kamuya sunulmasında izin alınmasının zorunlu olduğunu benimsemiştir. Yine yayının amaç dışı kullanılması Yargıtay kararlarında “*saldırı*” olarak kabul edilmiştir. (Örneğin; Yar. HGK. 19.09.2012 t. 2012/392 E. 593 K. Sayılı Karar)

Kişilik değerlerinden bir diğeri de “ses” tir. Kişinin rızası dışında sesinin kayda alınması, bu kayıtların yayınlanması, değiştirilmesi, yok edilmesi kural olarak kişilik hakkına saldırı olarak değerlendirilir.

6. Özel hayat

Kişilik değerlerinden kabul edilen özel hayat, kişinin bizzat kendisinin ancak çok yakınlarınca bilinen alanı, aile hayatı, konutu ve haberleşmesi yoluyla hem başkalarından gizlenen hem de bağımsız tercihler yapıp, kararlar almak suretiyle üzerinde tasarrufta bulunulabilen bir alanı ifade etmektedir. (Özsunay, 1982: 131) Özel hayat, başkaları tarafından öğrenilmenin bilinmenin, sızmanın, ifşanın ve saklamanın sınırı olarak kabul edilmiştir. Kişinin gizlice evine girme, eşyalarını karıştırma, mektup ve diğer belgeleri açma, konuşmaları dinleme yanında gelişen teknoloji ile beraber elektronik ve teknik aletlerle dinleme, gözetleme yapılması özel hayata saldırı olarak kabul edilmektedir.

II. TÜRK HUKUKUNDA KİŞİLİK HAKKININ KORUNMASI

A. Genel Olarak

Kişilik hakkının korunmasına ilişkin Medeni Kanun'un 23, 24 ve 25. Maddeleri ve Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi genel nitelikteki düzenlemelerdir. Bu hükümler dışında bazı özel düzenlemeler de bulunmaktadır. Bunlara Medeni Kanununun 26,27,121,174 ve Borçlar Kanununun 45,46,47,48. maddeleri, Türk Ticaret Kanununun 56. Maddesi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 14-19,70-71,ve 80-83. maddeleri örnek gösterilebilir. Medenî Kanunun 23 ve 24. maddeleri gereğince kişilik hakkının “*hukukî işlemle kişinin kendine karşı korunması*” ve “*üçüncü kişilerin saldırılarına- dışa karşı koruma*” ayrımı yapılmaktadır. Bu ayrıma uygun olarak konu hakkında bilgi verilmeye çalışılacaktır.

B. Kişiliğin İçerisi Karşı Korunması

Türk Medeni Kanunu 23. maddesinde kişinin hak ve fiil ehliyetlerinden, özgürlüklerinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceği, hukuka ve ahlaka aykırı olarak da sınırlandıramayacağını düzenlemiştir. Burada kişinin rızası ile yaptığı hukuki işlemlerin sınırları çizilmiş, kişilik haklarını aşırı derecede kısıtlayan anlaşmaların hükümsüz olduğu belirtilmiştir. Yine bu madde ile kişi belli hakların süjesi olmaktan vazgeçemediği gibi, kendi fiilleri ile hak kazanma ve borç altına girmekten de feragat edemez. Bu madde hükmü gözetildiğinde kişinin kişilik haklarından tamamen feragat etmesi, bu feragatı içeren sözleşmeler yapması mümkün değildir.

C. Kişiliğin Dışarıya Karşı Korunması

Kişilik hakkı çoğunlukla üçüncü kişiler tarafından saldırıya uğrar. Türk- İsviçre özel hukuk sisteminde kişilik hakkı genel bir koruma hükmü ile dıştan gelecek saldırılara karşı korunmuştur. Kişilik hakkına 3. Kişiler tarafından saldırının bir açıklama ya da hareketle gerçekleşebilmesi için açıklama ya da eylemin belli kişi veya kişileri hedef alması gerekir. Kişinin doğrudan adı veya görüntüsü belirtilmesi şart değildir. Kişinin kendi sosyal çevresinin onu teşhis edebilmesi saldırının “eylem” şartını sağlamak için yeterlidir.

D. Kişilik Haklarının İhlali Halinde Açılacak Davalar

Kişilik hakkının ihlali veya ihlal tehdidi altında bulunulması halinde TMK. m. 25/1’de düzenlenmiş bulunan “*saldırımı önleme, saldırımı durdurma, hukuka aykırılığın tespiti*” ile “*maddi tazminat, manevî tazminat ve kazancın iadesi davaları*” yoluyla hakkın korunması istenebilir.

Henüz mevcut olmamakla birlikte bir takım eylem ve belirtilerden çok yakın bir tarihte saldırının gerçekleşeceği veya saldırıya uğranılmış olup da bunun devam edeceği anlaşılıyor ise önleme davası açılır. Niteliği itibarıyla eda davası niteliğinde olan önleme davasında kusur aranmaz. Başlamış olan saldırının ortadan kaldırılması için açılacak dava ise saldırının durdurulması davasıdır. Kişilik haklarına yönelmiş ve halen devam etmekte olan saldırının varlığı gerekli olup şayet saldırı bitmiş veya henüz başlamamışsa durdurma davası açılamaz. Durdurma davası, özellikle kitap basımı, seri halde yapılan yayınlar, internet sitelerindeki saldırılar vb. açısından fayda sağlayacaktır. Saldırının kişilerin zihinlerinde süren kısmının ortadan kaldırılması ise ancak, kararın veya düzeltmenin yayınlanması ya da üçüncü kişilere duyurulması ile mümkün olacaktır. (Erman, 2020: 167; Helvacı, 2017: 160 vd; Dural ve Öğüz, 2020: 152 vd.)

Sona ermiş saldırının etkileri devam etmekte ise, saldırının hukuka aykırılığının tespiti istenebilir. Ancak doktrinde kabul edildiği, uygulamada da görüldüğü üzere saldırıda bulunulması halinde saldırının sona ermesi beklenmeksizin de tespit davası açılmaktadır. (Zevkliler vd. 1999: 529; Helvacı, 2017: 140; Oğuzman vd. 2020, 14) Tespit davası açabilmek için kişinin hukuki yararı bulunmalı, yani tespit davası ile istediği hukuki korumayı diğer dava çeşitlerinden biriyle sağlayamıyor olmalıdır. Bu durumda kişinin eda davası açma imkânı var ise, aynı konuda tespit davası açamaz. Zira her eda davasında, zaten eylemin hukuka aykırılığı tespit olunacaktır.

Kişilik haklarına saldırıda bulunulan kişi yukarıda bahsedilen davalar yanında Medeni Kanun’un 25. maddesi gereğince düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesini ya da yayınlanmasını isteyebilir. Kararın ilanı (yayınlanması) bağımsız bir dava olmadığından ancak diğer davalarla birlikte istenebilir. Hâkim re’sen bu kararı veremez. Böyle bir karar için talep gerekir. (Dural ve Öğüz, 2020: 159) İlan basın yolu ile olmak zorunda değildir. Örneğin afiş basılması şeklinde de olabilir. Ancak BK. 49. maddesi gereği kararın yayımlanmasına hükmedilirse muhakkak basın yolu ile olmak zorundadır. Zira manevî tazminatın türü olarak düzenlenen yayının basın yolu ile yapılacağı da açıkça düzenlenmiştir. Kararın yanı sıra, düzeltmenin de yayınlanıp bildirilebileceği hükmü mevzuatımıza girmiştir. Davacı kendi hazırladığı veya düzelttiği bir metnin yayınlanmasını hâkimden isteyebilir. Mahkemece düzeltme metni incelenerek hâkim onayı ile yayınlanır. Böylece üçüncü kişilerde oluşan yanlış değer yargıları davacının bu düzeltme metninin yayını ile ortadan kalkacaktır. (Dural ve Öğüz, 2020: 159; Helvacı, 2017: 161; Erman 2020: 171)

Kişiliğin korunması yollarından sonuncusu da “*Cevap ve düzeltme hakkı*”dır. Anayasa’nın 32. Maddesi ile kişinin kişilik haklarına saldırı niteliğinde yayın yapılmış, yayınlı kişinin şeref ve haysiyetine saldırılmış ya da yanlış bilgi verilmişse kişi aynı yolla kendini savunma hakkına sahiptir.

Böylece yayının zararlı sonuçları ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır. Anayasal bu hakkın kullanılması ise Basın Kanunu 14. Maddesinde düzenlenmiştir. Mahkemeye başvurmadan direkt olarak sorumlu kişiye başvurmayı gerektiren ve cevap ve düzeltme hakkı yayınlanmazsa mahkemeye başvuru imkânı tanıyan bir düzenleme içermektedir (Erman 2020: 171).

III – KİŞİLİK HAKLARININ ÖLÜM SONRASI KORUNACAĞINA DAİR BGH, Urt. V. 20.3.1968, I ZR 44/46 NO’LU KARARI

A. Karar Hakkında Genel Bilgi

“*Postmortaler Persönlichkeitsschutz*” olarak adlandırılabilir BGH, Urt. V. 20.3.1968, I ZR 44/46 No’lu Karar (BGHZ 50/133, BVerfG NJW1971, 1645) Alman Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvuru konusu olarak değerlendirilmiştir. Söz konusu karar, ölüm sonrası kişilik haklarının korunmasına ilişkin menfaat dengesini ele alan yüksek mahkemece verilen ilk karar olarak uzun zaman emsal karar niteliğinde olmuştur.

Karara konu teşkil eden “Mephisto” isimli romanın yazarı Klaus Mann, 1933 yılında Nazi rejiminden Amsterdam’a kaçmış ve 3 yıl sonra bu romanı yayımlamıştır. Dönemin Nazi rejimine tepki niteliğinde olan romanda her ne kadar karakterlerin birer hayal ürünü olduğu belirtilmişse de bu şahısların gerçek hayattakilerle benzerliği aşikardır. “Kişilik hakkının ihlali” gerekçesiyle davacı olan ise hem oyuncu hem de tiyatro yönetmeni olan Gustav Gründgens’in evlatlığıdır. Uyuşmazlık roman kahramanı olan Höfgen’in gerçek hayattaki Gründgens ile benzerliğinden doğmaktadır. Roman kahramanı olan “Hendrik Höfgen” etik değerleri hiçe sayarak, Hitler yönetimine karşı olmasına rağmen, kariyer edinmeye çalışan bir karakterdir. Yazar, roman kahramanı Höfgen’i gerçek hayatta oynadığı oyunlardan karakterine, fiziksel özellikleri ve bulunduğu devlet makamlarına kadar tasvir etmiş ve sırf kariyer elde etmek uğruna etik değerlere aykırı hareket ederek Hitler yönetimiyle iş birliği yapmasını eleştirel bir tutumla romana aktarmıştır. Gründgens 7 Kasım 1963 tarihinde ölmüştür. Gründgens’in oğlu ise romanı okuyan herkesin aklına ilk olarak babasının geleceğini, bunun yanı sıra romanda çok fazla incitici, yanlış tasvir edilen hususların bulunduğu iddiasıyla 1963 yılında romanın yayım, basım, dağıtımının Anakanun’ya aykırı olduğunu ve kişilik haklarının ihlale uğradığını öne sürmüştür.

İstinaf mahkemesi davacının talebini yerinde bularak yayının basılmamasına ve kişilik haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir. Temyiz başvurusunda bulunan yayınevi bu karara karşı Alman Anakanun Mahkemesi’ne de başvurmuş, ancak sonuç değişmemiştir. Alman Federal Mahkemesi de söz konusu romanın yayınlanması ve dağıtılmasının hukuka aykırı bir şekilde kişilik hakları ihlali teşkil ettiğine kanaat getirilmiştir.

B. Alman Federal Mahkemesi'nin (*Bundesgerichtshof*) Kişilik Hakkına Saldırının Varlığına Dair Gerekçeleri

Davacının, ölen babasının kişilik hakkının ihlal edildiğine dair Alman Federal Mahkemesi'nin esas bakımından değerlendirmesi şöyledir:

1. İstinaf mahkemesinin hatasız ve isabetli olarak tespit ettiği gibi, burada yazar Klaus Mann romanının baş karakterini hiç şüphesiz Gründgens'den esinlenerek yaratmıştır. Gerçek hayatta yaşanmış olan olayların roman içerisinde yeterince yabancılaştırılmamış olduğu görülmektedir. Aksine baş karakterin yaşadıkları, dış görünüşünün tasviri, kariyeri ve hayatında yaşadığı olaylar bakımından açıkça Gründgens'i ifade etmektedir. Tabii ki genç okuyucular yaşanan olaylara tanıklık etmedikleri için Gründgens'i tanımayabilir ve romanı yirmili ve otuzlu yılların tiyatro camiasının genel bir eleştirisi olarak algılayabilirler, Ancak belli bir yaşın üzerinde ve bu romanın asıl hedef kitlesi olan kesim hiç şüphesiz burada bahsedilen kişinin Gründgens olduğunu anlayacaktır. İşte böyle bir okur, romanda gerçek hayatta yaşanan olayların yanı sıra pek çok hayal ürünü ve olumsuz olayla da karşılaştığında, hangisinin gerçek ve hangisinin düzmece olduğunu ayırt edemeyecek, baş karakter ve dolayısıyla Gründgens hakkında gerçekte olduğundan çok daha olumsuz bir yargıya varacaktır.

2. İstinaf mahkemesi ayrıca bu romanın baş karakterinde Gründgens'i gören okuyucular için, son derece olumsuz, gerçek hayata nazaran çarpıtılmış ve hakaret edici nitelikte bir karakter resmedildiğini tespit etmiştir. Bu eser adeta roman şeklinde bir hakaret yazısıdır. Özellikle baş karakterin tamamen hayal ürünü olan bir zenci dansçı ile yaşadığı mazoşist cinsel ilişki onu ahlaksız bir adam olarak göstermektedir. Kendisinden son derece başarılı bir tiyatro oyuncusu olarak bahsedilmekte, Mephisto (şeytan) rolünü çok başarılı bir şekilde oynadığı, çünkü kendinin de gerçek hayatta bir Mephisto (şeytan) olduğu belirtilmiştir. Kendi kişisel çıkarları uğruna Nazilere yanaştığı, evliliğinde fiziksel olarak başarısız olduğu ve daha pek çok sözlü hakaret ifade edilmektedir. Davacı burada yazılan her şeyin Gründgens'in gerçek hayatı ve gerçek karakteri olduğunu iddia ve ispat etmemiştir. Tarihi açıdan bir gerçektir ki, Gründgens –romanda yazılanın aksine – Göring'in (Hitler'in baş yardımcısı) 43. yaş gününde orada bulunmamış ve romanda ifade edildiği gibi bir konuşma yapmamıştır. Klaus Mann kendi çapında Gründgens'in kişisel çıkarları uğruna Nazilerle işbirliği yaptığına inandıysa da, Gründgens Yahudi asıllı oyunculara yardımcı olmak ve onları ülkeden kaçırmak uğruna pek çok defa kendi hayatını tehlikeye atmıştır. Sonuç olarak İstinaf mahkemesi yazarın romanda gerçeklere aykırı bir şekilde, ancak kurmaca olayları gerçekmiş gibi yansıtarak, karalayıcı ve onur kırıcı bir eser meydana getirdiğini, bu içerik sebebiyle de ne ifade özgürlüğü ne de sanat özgürlüğü kapsamında korunamayacağına hükmetmiş, davacının kitabın basılmasının engellemesi talebini §§ 1004, 823 BGB ile Alman Anayasası Grundgesetz (GG) m. 1 ve uyarınca haklı bulmuştur.

3. Bu gerekçeli istinaf kararına karşı çıkan Yayınevinin temyiz talebi de haksız bulunmuştur. Temyiz mahkemesi kararını şu şekilde gerekçelendirmiştir: İnsan onurunun dokunulmazlığı GG. m. 1 ve 2 ile

§ 823 Prg. 1 BGB. uyarınca koruma altında olan hukuki değerlerden biridir. Pek tabii insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi de diğer kişilerin Anayasadan kaynaklanan meşru hak ve özgürlükleri ile hukuka uygun bir şekilde kısıtlanabilir. Hatta insan onurunun dokunulmazlığı hakkının içeriğini tanımlarken bile bunun Anayasanın öngördüğü diğer hak ve özgürlüklerin çizdikleri çerçeveye uygun bir oranla yapılması gerekir. Zira hiçbir hak sınırsız değildir. Bu bağlamda kısıtlayıcı olabilecek en temel hak ve özgürlüklerden biri de düşünce ve ifade özgürlüğüdür (GG. m.5 I). Düşünce ve ifade özgürlüğü özellikle Gründgens gibi tanınmış ve topluma mal olmuş kişilere karşı daha da etkin bir şekilde kullanılabilir (BGHZ 36, 77 – Waffenhaendler; BGH NJW 1964, 1471 – Sittenrichter). Bu kişiler şöhretleri ile kendi davranış ve yaşantılarını toplumun gözü önünde yaşamayı tercih etmiş kişilerdir. Dava konusu olayda ifade özgürlüğü sadece 1933 yılının tiyatro camiasının şartlarını eleştirmeyi değil, bunun ötesinde Gründgens'in karakter özelliklerini de Hitler diktesinin karşıtı olan birisinin gözünden değerlendirmeyi ve eleştirmeyi de kapsamaktadır. Ancak burada yazar Klaus Mann eleştiri hakkının sınırlarını aşarak, hayal ürünü olaylar ve ilişkiler uydurmuştur. Bunlar gerçeklerle bir arada, sanki gerçekten yaşanmışçasına anlatılmıştır. Bu bağlamda özellikle siyahi dansçı kız ile Gründgens arasında yaşanmış gibi anlatılan sapkın ilişkinin düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Romanda, dansçı kız ilişkilerini ifşa etmek istediğinde, baş karakter onun kanun dışı bir şekilde Gestapo tarafından tutuklanıp sınır dışı edilmesini sağlamıştır. Bunun ötesinde romanda, Nazi rejiminin üst düzey yetkilileriyle Gründgens'in hayatında var olmadığı ispat edilmiş yakın ilişkiler uydurulmuş, bu bağlamda baş karakter kendi menfaatlerini korumak uğruna rejimin işlediği suçlara yataklık eden bir kişi olarak tanıtılmıştır. Oysa, bir kimsenin kişiliğini, yaşam tarzını ve yaptıklarını eleştirme hakkı, o kişinin tamamen hayal ürünü ve gerçeklikten uzak, uydurulmuş ve onur kırıcı davranışlar ile donatılarak kötülenmesini kapsamamaktadır. İfade özgürlüğünün sınırı karşı tarafının onurunu zedelemeyecek şekilde çizilmiştir. Hakaret ve iftira ifade özgürlüğü tarafından korunmaz.

c) Gerçeklerin bu derece çarpıtılarak yine de okura gerçekmiş algısı ile sunulması GG. m. 5/III'te düzenlenmiş olan sanat özgürlüğü kapsamında da korunamaz. Pek tabii buradaki eser bu düzenleme kapsamında değerlendirilmesi gereken bir sanat eseridir ki, bu husus ilk derece ve istinaf mahkemeleri tarafından da isabetli bir şekilde tespit edilmiştir. Bu özgürlük ve benzer şekilde bilim özgürlüğü de yalnızca devlete erkine karşı koruma sağlayan bir kamu hukuku kuralı değildir. Bu özgürlükler daha ziyade medeni hukukun genel ilkeleri bağlamında özel kişiler arasında da koruma etkisi gösterebilirler (yatay etki). Zira sanat özgürlüğü hakkı da anayasa koyucu tarafından kişinin en temel ifade özgürlüklerinden birisi olarak etkin bir koruma altında alınmıştır. Özellikle bir sanat eseri olabilecek nitelikte olan ifade biçimleri, bu eşige ulaşamayan, tabir caizse 'basit' düşünce ifadelerine nazaran daha da geniş bir koruma hakkına sahiptirler. Bu bağlamda bir roman pek tabii hayal ürünü unsurlar içerebilir, gerçek hayatta var olan bir kişinin hayatından da esinlenebilir. Ancak bu durumda bu kişinin hayatının gerçeğe uygun bir aktarımı olduğunu iddia etmemeli, hayal ürünü unsurlar da içerdiğini okuyucuya açıkça bildirmelidir. Ancak sanat özgürlüğü hakkı diğer anayasal hakların

üzerinde yer alan, onlardan üstün görülebilecek izole bir hak değildir. Diğer anayasal haklar ile uyum içinde yorumlanmalıdır. Özellikle GG. m. 2’de ifade edilen kişilik haklarına karşı yapılan orantısız bir saldırının gerekçesi olamaz. Mevcut durumda olduğu gibi bir yazar, eserini meydana getirirken açıkça anlaşılabilir şekilde gerçek bir kişiden esinleniyor ve onun hayatını hayal ürünü unsurlarla tamamen olumsuz, sapkın ve ahlaktan yoksun bir biçimde tasvir ederek o kişi hakkında onursuz bir karakter çiziyor ise, ya bu kişiyi okuyucu tarafından tanınmayacak kadar değiştirerek yabancılaştırmalı, ya da hikâyenin hayal ürünü unsurlar içerdiğini açıkça belirtmelidir. Dava konusu olan roman bu koşulları sağlamamaktadır. Hatta Gründgens’in gerçek hayattaki icraatlarının ve karakterinin romanda tasvir edildiğinden oldukça farklı olduğu, yaptıklarına bakılarak onun romanda ifade edildiği gibi çıkarıcı ve vicdansız olmadığı taraflar arasında tartışmasıdır. Burada hayal ürünü olarak eklenen unsurların gerçek hayatta yaşanmış izlenimi uyandıracak şekilde yansıtılması bu nedenle sanat özgürlüğü hakkının sınırlarını ihlal etmektedir.

C. Alman Federal Mahkemesi Kararının Hukuki Temelleri

Alman Federal Mahkemesi söz konusu kararda davacının, merhum babasının kişilik haklarının saldırıya uğradığı yönündeki iddiasını kabul eden kararı onamıştır. Kararının hukuki temellerini ise şu şekilde açıklamıştır: Kural olarak devredilemez nitelikte olan kişilik hakları kişinin ölümüyle sona erer. Zira bu hakların taşıyıcısı ölmüştür. Yine de hukuk düzeni, ölümden sonra da devam eden bir kişilik hakkı koruması tanımaktadır. Merhumun nasıl defnedilmek istediğine dair vasiyetname bırakmasının bağlayıcı olduğu, mezarının muhafaza edilmesi, mezarlık etrafında eğlence yapılamaması, ölen kişinin anısına hakaretin suç teşkil etmesi, yeni delil ortaya çıkması halinde sanık ölmüşse dahi yargılamanın yeniden yapılması kişilik hakkı korumasının ölüm sonrasında da devamını göstermektedir.

Sanatçının ölümünden sonra da eseri üzerindeki fikri hakkının korunması amacıyla ortaya çıkan talepleri merhumun mirasçısı olan davacının taraf olarak takip edebileceği BGH. tarafından kabul edilmiştir. BGH’ nın daha önce , “günlüklerin yayınlanmasında” tespit ettiği gibi, günlük yazarının yazılanlar bağlamındaki korunma hakkı ölümünden sonra da devam etmektedir. Bu husus, genel kişilik hakları için de geçerlidir. Zira kişilik haklarının ölümden sonra korunmaya değer unsurları, ölüm ile sona eren kişiliğin varlığının ötesinde de etkilerini sürdürmektedir. Bu görüş, yargıda ve literatürde büyük ölçüde desteklemiştir. (BGHZ 15, 249- 259 Cosima Wagner; LG München Ufita 20, 230- von Witzleben; Koebel, NJW 58, 936; Nipperday Ufita 30,1,20; Hubmann, Das Persönlichkeitsrech, 1953:245 f sowie in der Anmerkung zu dem Angefochtenen Urteil aaO; Staudinger/Coing BGB, 11. Aufl. , Vorbem. 24 vor 1, vgl. Auch Anm. 151 zu §1922; von Gamm, NJW 1955, 1826; zurückhaltend Bußmann, Gutachten zum 42. Juristentag, 1957: 62). Ancak çalışma konumuz ölüm sonrası eser üzerindeki fikri hakkın korunması olmadığından yalnızca kararın kişilik hakkının “ölüm sonrası” korunmasına ilişkin kısmı önem arz etmektedir.

Şeref ve haysiyetin korunması kişinin ölümü ile birlikte ciddi bir kısıtlamaya uğrar. Bu hususta açıkça düzenleme yapılan Alman Ceza Kanunu Art. 185- 187 ve 189 da bu yöndedir. Zira aktif olarak eylemde bulunan bir kişinin varlığını gerektiren tüm etkiler sona erer. Buna ilaveten kişilik haklarının korunması esnasında 3. Kişilerin hakları ile kefeye konulduğunda, hakkı ihlal edilen öldüğü için elem, acı, ıstırap takdir edilemez. Aynı sebepten de örneğin, özel hayata ilişkin detayların teşhiri hususunda kişilik haklarının zedelenip zedelenmediği, söz konusu ilgili kişinin hayatta olup olmadığına göre farklı bir kıstasla değerlendirilir. Ancak yine de ölen kişinin, geride yalnızca maddi varlıklar bırakmadığı, manevi varlığının da ölümünden sonra devam ettiği ve zedelenebilir olduğu hukuk camiasında genel olarak kabul görmektedir.

Saldırıya uğrayan manevi varlığın tam olarak nelerden oluştuğu ve onun zarar görmesinden ortaya çıkacak taleplerin neler olabileceğinin tamamlayıcı olarak tespit edilmek zorunda olmadığı kararda ifade edilmiştir. Zira burada hukuka aykırı bulunan “*genel hayat biçiminin vahim bir şekilde yanlış yansıtılması*”dır. Dolayısıyla buradaki manevi haklar devam ediyor olmasına rağmen bu bağlamda kişilik haklarının, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar olarak devredilemez ve mirasçılara intikal edemez olması bu durumu değiştirmez. Zira kanun koyucu, belli hukuki değerleri korumak adına, bu değerleri taşıyan kişinin sağ olup olmadığına bakılmaksızın bir takım yasaklar getirebilir. Ve bu bağlamda yasaklanan hakları ileri sürme yetkisini de bu haklara sahip olan kişiden başka bir kişiye verilebilir. Hukuk düzeni bu yönde pek çok örnek öngörmektedir. Örneğin; ölmüş bir kişinin resminin yayınlanması ve dağıtılması yakınlarının onayına bağlı olması. Bu hüküm ile sadece ölen kişinin onurunun korunmadığı daha ziyade ölenin maneviyatının devam ettiği de tartışmasıdır. Strafprozeßordnung (<https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>) ile benimsenmiş iade-i itibar ilkesi, 1949’da yürürlüğe giren Alman Anayasadan önce yürürlüğe konulmuş iken, 1949 tarihli Alman Anayasası da “*insan onurunu koruma*” yolunda oldukça ilerlemiştir. Zira Alman Anayasası 1. maddesinde insan onurunun dokunulmaz olduğunu, 2. maddesinde ise kişilik haklarının önemini vurgulamış ve bu hakların dokunulmazlığının ölümle birlikte sona ereceğine dair bir ifade içermemektedir.

Anayasada bilinçli bir şekilde insan onurunu yaşam süresi ile kısıtlamaksızın, koruma altına alan kanun koyucunun Medeni Kanun’da da böyle bir kısıtlamaya gitmediği görülmektedir. Aksine ölümden sonra koruma altına alınmış olan şeref ve haysiyetin yeterli derecede korunmaması Anayasaya aykırılık teşkil edecektir. Yüksek Mahkeme’ye göre insan onuru ve kişilik haklarının yaşadığı süre içinde layıkıyla gerçekleştirilebilmesi ancak kişinin ölümünden sonra da hayatının kabaca ve onur kırıcı bir şekilde çarpıtılmasının engelleneceğine güven duymasıyla karşılanabilir.

Davalı yayınevi, kişilik haklarının ölümden sonra devam etmiş ve mirasçılar tarafından ileri sürülebilir olmuş olsa dahi, en azından bu hakları yargı önünde savunma kararının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunu ve bu nedenle devredilemeyeceğini savunmuştur. Bir başka deyişle, mirasçılar ancak merhum kişi hayatta iken onlara bu konuda yetki verdi ise –ve ancak bu yetkinin verildiği

ölçüde- ilgili hukuki adımları atabilirler. Örneğin, burada olduğu gibi kitabın dağıtımını engelleyebilirler. Yüksek mahkeme bu savunma karşısında, merhum Gründgen'in bu yetkiyi mirasçısına zaten verdiğini, ancak vermemiş olsaydı dahi davacının bu görüşüne katılmanın mümkün olmadığını ifade etmiştir. Kararda “şayet bu görüş isabetli olsaydı, o zaman ölümden sonra onur kırıcı saldırılara karşı hukuki savunmanın mümkün olup olmayacağı tamamen tesadüfi olacak, örneğin ; saldırı ölümden kısa süre önce gerçekleşirse mümkün, kısa süre sonra gerçekleşirse mümkün olmayacaktır. Davacının ileri sürdüğünün aksine, “*hukukun güvenilirliği ilkesi*” de merhum kişinin haklarının, özel bir yetkilendirme olmasa dahi, üçüncü kişiler tarafından ileri sürülmesine mani değildir. Burada kişisel haklar söz konusu olduğu için hak sahibi tarafından yetkilendirilen kişi de dava açma yetkisine de sahiptir. Ancak kanunda açıkça belirlenmiş durumlar ve bunlara kıyas yoluyla eşdeğer kabul edilebilecek kanun koyucu tarafından düzenlenmemiş benzer durumlarda merhum kişinin yakınlarının da dava açma yetkisine sahip olmaları söz konusu olabilir. Keza zaten çoğunlukla kişilik haklarına yapılan hakaret onları da rencide etmiş olacaktır. Böyle bir durumda, merhumun yakınları/mirasçıları dışında bir kişiye yetki verilmiş ise, birden fazla kişinin dava açma yetkisi olabilir. Yine de her davacının talebini geçerli bir hukuki gerekçeye dayandırması gerekeceğinden, hukukun güvenilirliğini sarsacak derecede fazla kişinin dava açabilmesi söz konusu olmayacaktır. Buradaki davada bu sorunun ayrıca tartışılmasına lüzum da yoktur. Zira merhum Gründgen tarafından haklarını savunmakla yetkilendirilen kişi aynı zamanda evlatlık oğlu olan tek mirasçısıdır.

Yüksek mahkeme kararında, kişilik haklarının dokunulmazlığının kişi hayatta iken tam anlamıyla yaşanabilmesi ve anlam kazanabilmesi için, kişinin o öldükten sonra da kendi onuruna karşı yapılacak kabaca saldırılara karşı korunacağı inancını taşıyabilmesi ve bu beklentiye sahip olabilmesi ile mümkün olacağını ifade etmiştir. Aksi takdirde kişinin onurlu bir hayat sürdürmek için harcayacağı çabanın da anlamı kalmayacağı vurgulanmıştır.

Ölüm sonrası hakların ileri sürülmesi belli durumlarda belirli bir hak düşürücü süreye tabi tutulmuştur. Örneğin telif haklarını düzenleyen kanunun 22. ve 83. maddelerinde ölüm sonrası telifle ilişkin hakların ileri sürülebilmesi bakımından süre öngörülmüştür (https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg Kunst UrhG Art. 22- UrhG Art. 83)). Ancak böyle bir sürenin açıkça düzenlenmemiş olduğu durumlarda da, ölüm sonrası kişilik haklarının ileri sürülmesi çeşitli şekillerde sınırlandırılmıştır. Öncelikle bu hakları yalnızca merhumun kendisinden sonra hayatta kalan yakınları ileri sürebileceklerdir. Ayrıca bu korumanın sağlanması, yani ölüm sonrası kişilik haklarının zedelendiği gerekçesi ile bir hüküm verilebilmesi için, yeterli derece “*hukuki koruma ihtiyacı*” tespit edilmelidir. Bu ihtiyaç ise, merhumun ölümü üzerinden ne kadar çok zaman geçerse o kadar zayıflayacaktır. Kural olarak, bir kişinin ölümü ne kadar uzak geçmişte kalırsa, o kişinin ölüm sonrası korunacak kişilik hakları da bir o kadar azalacak, karşı tarafın ise tarihi bilgileri aktarırken hata yapma ihtimali artacaktır. Ancak burada ölüm olayı henüz gerçekleşmiş ve ölümden hemen sonra ortaya çıkan bu tehdide karşı yasal mirasçının dava açma yetkisine sahip olduğu açıktır.

IV- TÜRK HUKUKUNDA POSTMORTEM /ÖLÜMDEN SONRA DEVAM EDEN KİŞİLİK HAKKININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Kişiliğin Sona Ermesi

Kişiliğin ölümle sona ereceği Medeni Kanun’umuzda da mehzaz İsviçre Kanun’unda da açıkça kabul edilmiştir. TMK. 28/1, Art. 31 Abs. 1 ZGB gereği ölümle kişi hak sahibi olmaktan çıkar. Kişiye bağlı haklar sona erer. Başka bir deyişle kişinin yaşamına bağlı olan bedensel, meslekî ve ekonomik değerleri üzerindeki haklar ortadan kalkar. Parayla ölçülebilen bu haklar, ölümünden sonra mirasçılarına intikal etse de bunlar kişilik hakkının kapsamı dışında kalan değerlerdir.

Kişiliğin sona ermesini ölüm olayına bağlı kılan Medenî Kanun, ölüm anını belirlemeye yönelik bir düzenleme içermemektedir. Doktrinde de bir sisteme bağlı kalınmaması daha doğru bulunmakta ve tıp bilimindeki gelişmelere bağlı olarak, ölüm belirtileri ortaya çıktıktan sonra, ölüme engel olmayı sağlayacak bütün çabaların denenmesine rağmen hastanın hayata dönemeyeceği kesinlikle belirlenmesi durumunda ölümün gerçekleşmiş olacağı kabul edilmektedir. (Arat, 2006; Özel 2002: 56; Zevkliler vd.,1999:502; Oğuzman vd.,1999:17 ;) Doktrinde aksi fikirde olan yazarlar olmasına rağmen (Akıncı, 1996:111) kanaatimce de , kanun koyucunun “ölüm anını tanımlamaktan kaçındığı” bunun nedeni ise yapılan tanımın çok kısa bir süre içinde bilimsel olarak anlamsızlaşacağına yönelik kanun koyucunun öngörüsüdür.

“Ölüm anı” özellikle organ naklinde belirleyici olduğundan, Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanun ve 01.02.2012 tarihli Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinde bir takım düzenlemeler bulunmaktadır. Söz konusu kanunun 2/1/2014 tarihli değiştirilmiş 11. Maddesi “*Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölümün gerçekleştiğine, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verileceği*”ni düzenlemiştir. Yönetmelik Ek. 1 madde 1’de ise, beyin ölümü klinik bir tanı olup, tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kaybı olarak belirlenmiştir. Çalışma konumuz açısından ise yukarıda ifade ettiğimiz üzere “ölüme engel olmayı sağlayacak bütün çabaların denenmesine rağmen hastanın hayata dönemeyeceği kesinlikle belirlenmesi” durumunda ölümü gerçekleşmiş sayılmalıdır.

B. Ölüm Sonrası Kişilik Hakkı

Çalışma konumuza esas olan BGH. Kararı “ölüm sonrası kişilik hakları” nın varlığını kabul etmektedir. Nitekim bu kavram ölen kişinin mirasçıları ve yakınlarının, merhum kişinin isteklerine bağlı kalması sonucu doktrin ve yargı kararlarıyla gelişmiştir. Zira bu yolla ölen kişinin yakınlarına ölenin onurunu ve şerefini müdafaa etme hakkı verilmiş olacaktır. Yabancı literatürde ölüm sonrası kişilik hakkının korunacağı kabul edilirken hukukumuzda tartışmalar mevcuttur. Bu görüşler esas olarak iki ana başlık altında toplanmaktadır.

1. Ölümle Birlikte Kişilik Haklarının Sona Erdiğine Dair Görüş

Ölümle birlikte kişiliğin de sona ereceğini ileri süren yazarlar Medeni Kanun'un ilgili hükmünden hareket etmektedirler. TMK. 28'in lafzına bağlı kalan görüş sahipleri, kanunun kısa bir süre de olsa kişiliğin sürmesini kabul etmediğini ifade etmektedirler. İsviçre doktrinde (Kneillwolf E., 1991:4; Bucher, A. 2009: N.472, Pedrazzani, M. ve Oberholzer, N. 1993: 178) "*Hatırayı Koruma Doktrini*" olarak ileri sürülen bu görüş insanın hak ehliyetini öldüğünde kaybettiği noktasından hareket etmektedir. Kişilik hakkına dahil değerlerden "*beden bütünlüğü*" varlığını "*ceset*" olarak sürdürdüğünü ileri sürmekte ve "*ölü*" artık insan topluluğunun bir üyesi olmadığından, hukuk düzeni de "*yaşayan*" lar için koruma getirdiğinden kişilik hakkına dahil değerlerden şeref, haysiyet, giz alanı gibi değerlerin korunması söz konusu olmaz. Bu sebeple "ölen kişi" değil, ölenin yakınlarının "ölene duyduğu saygı" korumanın kapsamını oluşturmaktadır. (Dural ve Ögüz 2020: 166; Zevkliler vd, 451; Özsunay: 212 vd.) Bu görüş sahiplerinden bir kısmı ise yine ölen kişinin kişilik hakkı bulunmadığını ancak ölen yakınlarının ceset üzerinde "*kendine özgü mutlak bir hakkı*" olduğunu ifade etmektedirler. Mirasçılara ait olan bu hak, mülkiyet hakkına benzer bir etkide ancak suigeneris niteliktedir. Bu hak dolayısıyla yakınlar bizzat kendi kişilik haklarının ihlalini ileri sürebileceklerdir. TMK. 24/1'e merhum adına değil, merhumun yakınları başvurabilir. Bu görüş sahiplerince, ölenin hak ehliyeti olmadığından dava ehliyeti bulunmamakta ve yakınların dava açabilmesinin kabulüyle "yakınların saygı duygusu" korunmuştur (Gezder, Ü. 2007: 212 vd.). Bu görüş sahipleri, ölenin en yakınlarının kendi kişilik haklarına dayanmasını TMK. m. 24'ün bir uygulaması olarak görmektedirler.

Bu görüş de bir yandan ölüye karşı her saldırının her zaman mirasçının öz kişilik hakkına bir saldırı oluşturmayabileceği gerekçesiyle, bir yandan da manevi tazminat istemleri aracılığıyla ölünün sırtından ticaret yapma yolunu açacağı için kanaatimce de haklı olarak eleştirilmiştir (Serozan, 2006: 322). Böyle bir tehlike doktrinde başka yazarlarca da zikredilmiş ve kişiliğin doğumdan önce devlet eliyle korunmasında olduğu gibi ölüm sonrası çıkacak ihlallerin de devlet eliyle korunması gerektiği ileri sürülmüştür (Hatemi, 2005: 77). Yazara göre mirasçılar yararına değil, devlet aracılığıyla bir hayır kurumu yararına bir tür "özel para cezası" niteliğinde manevi tazminat isteminde bulunma yetkisi verilmelidir.

2. Ölüm Sonrası (Postmortal) Dönemde Kişilik Haklarının Devam Ettiğine İlişkin Görüş

Ölüm sonrası kişilik haklarının devam ettiğini ileri süren görüş sahipleri; mevzu hukukumuzda sadece yaşayan insanın hak sahibi olabileceği düşünüldüğü, bir başka deyişle, ölen kişinin hak ve fiil ehliyetinin olmaması sebebiyle böyle bir hakkın sahibi olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedirler. Bu hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olması sebebiyle de mirasçılara geçmeyeceği de aşikardır. Bu konuda sıkça kullanılan "postmortal (ölüm sonrası) kişilik hakkı" nın da yanılığa düşürmemesi gerektiği, *kişinin sadece insan olmasından kaynaklı, irade ile ortadan kaldırılamayacak haklarının olduğunu ve hukuksal kişiliğin, fiziksel kişilikten daha uzun süreceğini savunmaktadırlar*

(Egger 1930). Kişiliğin dolaylı sonucu olan “koruma değerinin varlığı” da yaşamın sona ermesi ile beraber kişilik hakkının sona ermesine yol açmaz.

Ölüm sonrası kişiliğin bitmediğini gösteren Medeni Kanunumuzda açık bir düzenleme bulunmadığı gibi 28. maddeyi dar yorumlamayı gerektiren bir ifade de yoktur. Anayasamızın Başlangıç metninde vatandaşların “*onurlu*” bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu ifade edilmiştir. Öte yandan 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun çeşitli maddelerinde belli sürelerle kişinin ölümünden sonra eser ve fikri haklarının korunacağı düzenlenmiştir.

Doktrinde ileri sürülen ve çalışma konusu olan BGH. Kararı ile de kabul edilen kabul gören bu görüş uyarınca kişiliğin korunması da birtakım sınırlamalara tabi olmalıdır. Bu sınırlamalar korumanın istenebileceği zaman ve korumayı isteyebilecek kişiler açısındandır. Zaman hususunda belirli, sabit bir süre doktrinde reddedilmektedir. (Gezder, 2007:215) Süre açısından her somut olayda üçüncü kişilerin menfaati ile ölenin hatırası karşılaştırılmalıdır. Ölenin hatırası azaldıkça, üçüncü kişilerin menfaati artacaktır. Bir diğer sınırlama ise korumayı isteyebilecek olan kişiler açısındandır. Öncelikle kişi sağken bir kişiye yetki vermiş olabilir. Nitekim BGH. Kararına esas olayda da Gründgens oğluna bu hususta yetki vermiştir. Şayet böyle bir şey yoksa TMK. m. 426’nın kıyasen burada da uygulanması düşünülebilir. 426. Maddesinin 1. Bendine göre de ölen kişi yasal temsilci atayacak durumda olmadığından vesayet makamı bir temsil kayyımı tayin etmelidir. Ölen kişi ile menfaati çatışan bir kişi kayyım olarak atanamayacaktır. Ancak böyle bir durum yoksa ölenin en yakınları kayyım olarak atanır. Dolayısıyla” kişi” açısından sınırlama da bu şekilde karşımıza çıkar.

Türk doktrininde “kişiliğin ölümden sonra da devam ettiği” görüşünü savunanlardan Serozan, kişilik hakkının ölüm sonrasında belirli bir art etki yarattığı fikrindedir. Yazara göre ölümlle kişilik hakkının sona erdiğinin kabulü halinde mirasçılarının birtakım ihlaller dolayısıyla talepleri söz konusu olacaktır. Ölenin defnedilmek istediği yer, otopsi, gen analizlerine izin gibi kimi isteklerinin yerine getirilmemesi haline mirasçılar kendi kişilik haklarının ihlali sebebiyle dava açacak ve böylelikle adeta “ölüyle ticaret yapılması” “ ölü sayesinde yüksek tazminat” elde edilmesi gibi hoş olmayan durum söz konusu olacaktır (Serozan, 1977:109). Serozan’a göre hoş olmayan bu durumu bertaraf etmek için kişilik hakkının ölüm sonrasında belirli ve sınırlı art-etki yarattığı görüşünün kabulü daha yerinde olacaktır. Bu koruma da ölenin kişilik hakkının ihlali halinde kendisi tarafından atanmış olan vasiyeti tenfiz memuru veyahut mirasçıları, ölenin çıkarlarını korumak amacıyla dava açabilirler. Ancak ölenin kişilik haklarının ihlali sebebiyle mirasçıların ya da ilgililerin manevi tazminat yoluyla korunması da anlam ifade etmez. Zira tazminat olarak verilen “nakit” ölenin gönlünü almayacaktır. Bu sebeple tazminattan başka yollarla koruma seçilmelidir. Bir başka deyişle, postmortal dönemde kişilik hakkının korunması amacıyla “*manevi tazminat davası*” açma yoluna kişilik hakkını koruyan bütün hukuki imkanlar tüketildikten sonra başvurulmalıdır. Nitekim BGH. Kararında da “*yayının durdurulması ve toplatılmasına*” karar verilmiştir. Düzeltme, kararın ilanı gibi para dışı manevi

giderim yollarına başvurulmalı ya da saldırı halinde Devlet makamlarına işin niteliğine uygun bir yaptırımı harekete geçirme imkanı tanınmalıdır (Hatemi: 2005, 77).

SONUÇ

Kişinin kişiye bağlı olmayan hakları mirasçılara intikal ederken, kişiye sıkı sıkıya bağlı olanlarının intikali mümkün değildir. Doğum ile kazanılan insan onuru, insanlık değeri, şeref ve haysiyeti ise ölümle son bulmaz, kişiye bağlı olduğu için de mirasçılara intikal etmez. Eşitlik ilkesine göre de herkesin aynı nitelikte sahip olduğu “*insan değeri*” “*insan haysiyeti*” ölümden sonra, sağ kalanların bu “*değere saygı gösterme riayet etme*” yükümü olarak devam etmelidir. Her ne kadar beden ölse de “*hukuksal kişiliğin*” bir süre daha korunması ihtiyacı bireyler tarafından hissedilmekte olup, hukuki güvenlik de bunu gerektirmektedir. Ancak kişilerin ölüm sonrası hukuka güvenlerini korumaya çalışırken bu dengenin adaletin hassas terazisinde nasıl sağlanacağı önemli bir husustur.

Kişilik hakkının ölüm sonrasında belirli ve sınırlı art-etki yarattığı görüşünün kabulü noktasından hareket etmek gerekir. Bu davaların atanmış olan vasiyeti tenfiz memuru, mirasçılar ya da yakınlar tarafından açılması hukuk sistemimizdeki pek çok hükümlerle uyumlu olur. Ancak dava sonucu kişilik hakkının korunması amacıyla “*tazminat*” hükmedilmesi “*hükümün koruma amacı*”nın dışında kalır. Bu sebeple tazminattan başka yollarla koruma seçilmelidir. Yine mirasçılar veya yakınlar dışında ölen kişinin kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu zaman “*devletin*” kendiliğinden bir yaptırım uygulaması da yerinde olur.

Yukarıda olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) bakımından tartıştığımız noktalar dışında bu hususta düzenleme yapılması gereken bir husus daha vardır. Kişinin sağlığında uğradığı saldırıdan dolayı manevi tazminat talebinin mirasçılara geçeceğine ilişkin düzenleme de esasen titizlikle incelenmelidir. Zira hukukumuzda “*davanın açılmış olması*” değil, sadece manevi tazminat davası açacağı yolundaki isteği de davaya “*mirasçılarla*” devam açısından yeterli görülmektedir. Oysa burada kanaatimce ikili bir ayrıma gidilmelidir. Şayet ölen kişi bu isteğini dava yoluyla ileri sürmüştü giderim, tazminat yolu ile olmalıdır. Ancak dava açmamış, dava açacağını zikretmişse bu durumda hakkı saldırıya uğrayan kişi “*ölü*” olduğundan, kişilik hakkının post- art etki yarattığı kabul edilerek ve ölenin duyduğu elem, acının tazminat yerine TMK. 25. maddede öngörülen diğer yollarla giderilmesi daha uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

Akıncı, ş. (1996), *Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ- Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar*, Ankara: Yetkin Yayınevi.

Akkanat, h. (2004), *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*, İstanbul: Filiz Kitabevi.

Arat, a. (2006), Gerçek Kişilerde Kişiliğin Sona Ermesi, *Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 1-2, s. 257-275.

Ayan, M. / Ayan, N. (2020), *Kişiler Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi.

Bucher, A. (2009), *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, Basel: Helbing Lichtenhahn.

Dural, M. ve Öğüz, T. (2020), *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi.

Egger, A. (1930): *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Art. 1-89 ZGB. Personenrecht*, Zürich: Schulthess Verlag.

Erman, H. (2020), *Medeni Hukuk Dersleri*, İstanbul: Der Kitabevi.

Gezder, Ü. (2007), Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi, *İÜHFİM*, C.LXV, Sayı: 1, s. 207-222.

Hatemi, H. (2020), *Kişiler Hukuku*, İstanbul: Oniki Levha Yayınevi.

Helvacı, S. (2001), *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, İstanbul: Beta Yayınevi.

Helvacı, S. (2017), *Gerçek Kişiler*, İstanbul: Legal Yayınevi.

İşgüzar, H. (1990) “Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 47, Sayı: 6, s. 855-876.

Kılıçoğlu, A. (2016), *Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk*, Ankara: Turhan Kitabevi.

Knellwolf, E. (1991), *Postmortaler Persönlichkeitsschutz- Andenkessender Hinterbliebenen*, Diss, Zurich: Schulthess.

Oğuzman, K. / Seliçi, Ö. / Oktay Özdemir, S. (2020) *Kişiler Hukuku Dersleri*, İstanbul: Filiz Kitabevi.

Özel, Ç. (2002), Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.51, Sayı:1, s. 43-77.

Özsunay, E: (1982) , *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi.

Pedrazzani, M. ve Oberholzer, N. (1993) *Grundriss des Personenrechts*, Bern: Stampfli Verlag.

Serozan, R. (1977), Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 11, Sayı: 14, s. 93-112.

Serozan, R. (2006), Doğum Öncesi (Prenatal) ve Ölüm Sonrası (Postmortal) Kişiliğin Korunması, *Prof. Dr. Tuğrul ANSAY'a Armağan*, s. 312- 324.

Serozan, R. (2018) *Medeni Hukuk/ Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Tandoğan, H. (1963) “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XX, Sayı:14, s.12.

Yıldız, O. A. (2019) “Mektup, Hatıra ve Benzeri Yazıların Kişilik Hakkı Kapsamında Korunması” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.25, Sayı: I, s. 450-470.

Zevkliler, A. / Acabey, B. / Gökyayla E. (1999), *Zevkliler Medeni Hukuk, Giriş başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*, Ankara.

https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/20180101/en/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-24-233_245_233-20180101-en-pdf-a.pdf

<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=20.03.1968&Aktenzeichen=I%20ZR%2044/66>

<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=05.05.1964&Aktenzeichen=VI%20ZR%2064%2F63>

<https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>

Geliş Tarihi:

10.05.2021

Kabul Tarihi:

26.05.2021

Yayımlanma Tarihi:

30.09.2021

Kaynakça Gösterimi: Aydın, H., & Badak, Z. (2021).
Çekin ödeme için ibrazında muhatap bankanın
yükümlülükleri. *İstanbul Ticaret Üniversitesi
Sosyal Bilimler Dergisi*, 20(41), 898-923.
doi: 10.46928/iticusbe.935795

ÇEKİN ÖDEME İÇİN İBRAZINDA MUHATAP BANKANIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ*

Araştırma

Hanife Aydın 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

hanife.aydin@vakifbank.com.tr

Zehra Badak 

İstanbul Ticaret Üniversitesi

zbadak@ticaret.edu.tr

Hanife Aydın, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk yüksek lisans öğrencisidir. T.Vakıflar Bankası T.A.O. da Hukuk Danışmanı olarak görev yapmakta ve Ticaret Hukuku ve İcra ve İflas Hukuku alanında araştırmalar yapmaktadır.

Dr. Öğr. Üyesi Zehra Badak, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesidir. Ticari İşletme, Şirketler, Kıymetli Evrak ve Fikri Mülkiyet Hukuku alanlarında çalışmalar yapmaktadır.

* Bu makale, İstanbul Ticaret Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans öğrencisi Hanife Aydın tarafından hazırlanan “Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu” isimli yüksek lisans tezinden uyarlanmıştır.

ÇEKİN ÖDEME İÇİN İBRAZINDA MUHATAP BANKANIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Hanife Aydın
hanife.aydin@vakifbank.com.tr
Zehra Badak
z.badak@ticaret.edu.tr

ÖZET

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 5941 Sayılı Çek Kanunu'nda yer alan düzenlemeler ile çekle ödemelerin teşvik edilmesi, çekin ticari hayatta güvenli kullanımı, karşılıksız çek düzenlenmesinin engellenmesi ve kayıt dışılığın önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Amaç: Bu çalışmanın amacı, Türk Ticaret Kanunu ve Çek Kanunu'nda muhatap bankaya çek anlaşmasında ve çekin ibrazında getirilen yükümlülüklerin incelenmesidir.

Yöntem: Literatür araştırması yöntemine dayanan bu çalışmada, çek kavramı ve ödeme için ibraz kavramı çerçevesinde yasal düzenlemeler ve yargı kararları incelenmiştir.

Bulgular: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 5941 Sayılı Çek Kanunu'nda muhatap bankaya çek anlaşmasında, çekin ibrazında ve çekin karşılıksız çıkmasında bir takım yükümlülükler getirilmiş ve bu yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirilmemesi hâlinde de muhatabın sorumlulukları düzenlenmiştir. Hukukumuzda, Türkiye'de ödenecek çeklerde muhatabın ancak bir banka olabileceği düzenlenmiştir. Bir güven kurumu olan bankanın, tüzel kişiliğe sahip tacir sıfatıyla tüm işlemlerinde olduğu gibi ÇekK ve TTK'da çekle ilgili tüm yükümlülüklerini yerine getirirken basiretli bir tacirden beklenen özen ve dikkati göstermesi gerekir. Muhatap banka kanunda yer alan yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmediğinde hukuki ve cezai yaptırımlarla karşılaşacaktır.

Özgünlük: Bu çalışmada çekteki üçlü ilişkide yer alan muhatap bankanın yükümlülüklerinin, uygulamada da sıklıkla karşılaşılan sorunlar, doktrindeki farklı görüşler ve Yargıtay uygulamaları incelenerek ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Çek, Muhatap Banka, İbraz

JEL Sınıflandırması: K22

OBLIGATIONS OF A DRAWEE BANK ON CHEQUE SUBMISSION FOR THE PAYMENT

ABSTRACT

With the regulations in the Turkish Commercial Code No. 6102 and the Check Law No. 5941, it is aimed to encourage payments by check, to use the check safely in commercial life, to prevent the issuance of bad checks and to prevent informality.

Purpose: The aim of this study is to examine the obligations imposed on the drawee bank in the check agreement and presentation of the check in the Turkish Commercial Code and Check Law.

Method: This article is based on the literature research method, the literature search was carried out with regards to the legal regulations and jurisdiction about check, counterpart bank, legal liability of the addressee bank.

Findings: In the Turkish Commercial Code No. 6102 and the Check Law No. 5941, a number of obligations have been imposed on the drawee bank in the check agreement, presentation of the check and the bounce of the check, and the responsibilities of the addressee in case these obligations are not duly fulfilled. In Turkish law, it is stipulated that the addressee of checks payable in Turkey can only be a bank. The bank, which is a trust institution, must show the care and attention expected of a prudent merchant while fulfilling all its obligations regarding the check in the CheckL and TCC, as in all its transactions as a merchant with legal personality. If the addressee bank does not fulfill its obligations under the law, it will face legal and penal sanctions.

Originality: With this study is that the obligations of the addressee bank in the triple relationship on the check are examined by examining the problems frequently encountered in practice, different views in the doctrine and the applications of the Court of Cassation.

Keywords : Cheque, The Drawee Bank, Submission

JEL Classification: K22

GİRİŞ

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 780 ila 823. maddelerinde düzenlenen çek, diğer kambiyo senetlerinden farklı olarak kredi değil bir ödeme aracıdır. 5941 sayılı Çek Kanunu'nda ileri düzenleme tarihli çeklere ilişkin hükümlerle, çek artık kredi aracı olarak da kullanılmaya başlamıştır. Bu nedenle doktrinde çekin kambiyo senedi olmadığı yönünde görüşler olsa da, çekin TTK'daki düzenleme şekli ile kambiyo senedi olduğunun kabulü gerekir. Çekin aynı zamanda kıymetli evrak olması sebebi ile kanunda kıymetli evrakla ilgili hükümler çek için de geçerlidir. TTK m. 645'te yer alan, "Kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunların içerdikleri hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemediği gibi, başkalarına da devredilemez." hükmü çekler için de geçerlidir.

Çek ekonomik hayatın işleyişinde önemli bir yere sahiptir. Zira borcun nakit olarak ödenmesine nazaran, çek hem hızlı hem de daha güvenli para alışverişi sağlamaktadır. Ülke ekonomisi açısından kayıt dışılığı azaltmaya yardımcı olan çek, bir çok ülkede teşvik edilmektedir. Ülkemizde de ticari hayatta sıkça kullanılan çekle ödeme, bir çok sorunu da beraberinde getirmiştir. Bu sorunların çözümü için TTK'da yer alan düzenlemeler yeterli olmadığından çekler hakkında özel düzenlemelere ihtiyaç duyulmuş ve 1985 yılında 3167 sayılı "Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerin Korunması Hakkında Kanun" yürürlüğe girmiştir. Ne yazık ki çekin kullanımının yaygınlaşması ve beraberinde ekonomik krizlerinde etkisi ile 3167 Sayılı Kanun da ihtiyacı karşılamaktan uzak kalmış ve son olarak 2009 yılında 5941 Sayılı Çek Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Çekte düzenleyen, lehtar ve muhatap olmak üzere üç taraf bulunur. TTK m. 782/1'de "Türkiye'de ödenecek çeklerde muhatap ancak bir banka olabilir" denilmektedir. Çekte muhatap olarak sadece bankaların gösterilebilmesinin sebebi, bankaların mali açıdan yüksek ödeme güçlerinin olması ve güven oluşturmalarıdır. 2010/2 Sayılı Tebliğ ile çek defterlerinin bankalarca bastırılacağı düzenlenmiştir.

Gerek TTK'da gerekse ÇekK'da, muhatap bankaya, çek defteri verirken, çekin ibrazında ve çekin karşılığının olmaması hallerinde çeşitli yükümlülükler getirilmiştir. Bu yükümlülükler genel olarak, sahte ve karşılıksız çekin önlenmesi, kayıt dışı ekonominin önüne geçilmesi, çekte duyulan güvenin sağlanması gibi bir çok nedeni barındırmaktadır. Muhatap banka kanunda yer alan yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmediğinde hukuki ve cezai yaptırımlarla karşılaşacaktır.

Muhatap banka çek bedelini ödemedi evvel, düzenleyen ile arasında bir çek anlaşması olup olmadığı, çekin geçerli olup olmadığı, sahte veya tahrif edilmiş bir çek olup olmadığı, çeki ibraz edenin yetkili hamil olup olmadığı, düzenleyenin çekten cayma beyanı olup olmadığı ve çek hesabında ödemeyi engelleyen bir tedbir kararı, haciz, rehin olup olmadığı gibi hususlarda inceleme yaparak, sonucuna göre ödeme yapmalıdır. Aksi halde muhatap düzenleyen, lehtar veya hamile karşı uğranılan zarardan sorumlu olabilecektir. Bu sorumluluk düzenleyen için çek anlaşmasına , lehtar veya hamil için ise haksız fiil hükümlerine dayanacaktır. Muhatap bankanın kanunda yer alan sorumluluk halleri bazen ağır kusuruna, bazen hafif kusuruna dayalı olmakla birlikte kusursuz

sorumlu olduğu haller de mevcuttur. Bu çalışmamızda muhatap bankanın çekin ödeme için ibrazındaki yükümlülükleri incelenmiştir.

I. TÜRK HUKUKU'NDA ÇEK

Türk Hukukunda çek, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹ (TTK)'nin kambiyo senetlerine ayrılan Dördüncü Kısım'ın Üçüncü Bölümü'nde 780 ilâ 823. maddelerinde düzenlenmiştir. Çek, TTK'nın "Kambiyo Senetleri" başlığını taşıyan Dördüncü Kısım'da düzenlendiğinden, TTK'da "kambiyo senedi" olarak kabul edilmektedir (Özta, 2019, s. 219).

Çek, düzenleyen tarafından çek hesabının bulunduğu muhataba hitaben düzenlenen, belli bir paranın, lehine düzenlenen şahsa (lehtar) ya da ondan usulüne uygun olarak devralan şahsa (hamil) kayıtsız ve şartsız ödenmesi emrini içeren bir havaledir.

Çek hukuki niteliği itibariyle kıymetli evrak niteliğinde poliçe gibi bir havale olup, aynı zamanda da kanunen emre yazılı bir senettir (İmregün, 2003, s. 118-119; Özta, 2019, s. 219; Pulaşlı, 2019, s. 281).

TTK'nın 645. maddesine göre "*Kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunların içerdikleri hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemediği gibi başkalarına da devredilemez.*". Çekin kambiyo senedi olarak kabul edilmesi sebebiyle kambiyo senetlerine özgü hükümler çekler hakkında da uygulama alanı bulacaktır.

Çek, kanunen emre yazılı bir kıymetli evraktır. Çekin üzerinde belirli bir kişinin adının yazılması veya çekte emre kaydının olmaması hâlinde dahi, çek emre yazılı çek olarak kabul edilecektir (TTK m.785/1-a). Fakat çekin kanunen emre yazılı olması, çekin nama veya hamiline keşide edilmesine engel değildir (TTK m.785/1-b-c). Hakkında özel hüküm bulunmadığı ve mahiyetine uygun düştüğü durumlarda nama, emre ve hamile yazılı kıymetli evraka ilişkin genel hükümler çek hakkında da uygulanabilecektir. Emre yazılı senetlerde, senetten doğan hakkın devri alacağın temlik hükümlerine göre değil, ciro ve senedin devri yoluyla yapılır. Alacağın temlikinden (TBK m.162 vd.) farklı olarak ciro yoluyla devirde, borçlu ciro yolu ile senedi devralan hamile karşı, lehtarlar arasındaki temel borç ilişkisinden kaynaklanan def'ileri kural olarak ileri süremez.

Çekte düzenleyen, lehtar ve muhatap olmak üzere üç taraf bulunur. Çekin poliçe gibi zorunlu şekil şartlarına tâbi olması, çeki düzenleyen çekin ödenmemesinden dolayı sorumlu tutulması ve çekle kurulan havale ilişkisinin temel ilişkiden bağımsız olması gibi sebeplerle çekteki havale çifte yetki veren bir havaledir (Bahtiyar, 2019, s. 128; Bozer & Göle, 2018, s. 225; Kendigelen, Çek Hukuku, 2019, s. 45; Kendigelen & Kırca, 2020, s. 274; Korkut, 2019, s. 3); (Özta, 2019, s. 220; Ülgen, Helvacı, Kaya, & Nomer Ertan, 2019, s. 259). Bu havalenin yazılı olması, belli şekil şartlarını haiz olması, kayıtsız ve şartsız bir ödeme emri olması gerekir (Pulaşlı, 2019, s. 281). Bu üçlü ilişkideki düzenleyen, çekle işleyen hesabın bulunduğu bankayı (muhatabı), lehine çek düzenlenen lehtara ya

¹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 27846 sayılı Resmi Gazete.

da çeki ondan usulüne uygun olarak devralan ve çek alacaklısı konumuna geçen hamile, kendi hesabından çek tutarını, kayıtsız ve şartsız muhatap bankadan tahsil etme yetkisi verir (Öztan, 2019, s. 220; Reisoğlu, 2011, s. 37).

Hamilin veya lehtarın çekteki talep hakkını kullanabilmesi için mutlaka muhatap bankaya veya takas odasına çeki süresi içinde ibraz etmesi gerekir. Aksi halde düzenleyene karşı çeke dayalı talep hakkı sona erer (TTK m.808).

Çek diğer kambiyo senetlerinden farklı olarak kredi değil bir ödeme aracıdır. Bu nedenledir ki, çekin bir borcun ifası için verildiği kabul edilir. Nitekim Yargıtay da çekin ödeme aracı olduğunu belirterek, çekin başka bir amaçla verildiğini iddia eden kişinin bu iddiasını ispatla yükümlü olduğunu ifade etmiştir² (Kendigelen, Çek Hukuku, 2019, s. 47; Poroy & Tekinalp, 2019, s. 311-312; Pulaşlı, 2019, s. 282).

Çek bir ödeme aracı olduğundan çekte vade yoktur. Buna karşılık 5941 sayılı Çek Kanunu'nda³ (ÇekK) ileri düzenleme tarihli çeklere ilişkin hükümler sebebiyle uygulamada çek bir kredi aracı olarak da kullanılmaktadır (Gençtürk, 2011, s. 149; Çöl, 2004, s. 198; Yıldırım, 2017, s. 97 ve 105). Doktrinde genel olarak ileri tarihli çek düzenlemenin, çekin teminat veya kredi vasıtası olarak kullanılmasının onun ödeme vasıtası olma vasfını ortadan kaldırmayacağı, sadece ispat yükü açısından çekin ödeme dışında verildiğini iddia eden kişinin bu iddiasını ispatla yükümlü olacağı belirtilmektedir (Bozer & Göle, 2018, s. 226; Kendigelen, Çek Hukuku, 2019, s. 50; Pulaşlı, 2019, s. 2019; Reisoğlu, 2011, s. 40).

Bir senedin çek olarak kabul edilebilmesi için, TTK 780 ve 781. maddelerdeki şartlara uygun olması gerekir. Ayrıca ÇekK 2. maddesinin 5. fıkrasında çek karnelerinin ancak bankalar tarafından bastırılabilmesi öngörülmüştür. Buradaki "Banka" dan kasıt Bankacılık Kanunu⁴'na (BanK) tabi olan kuruluşlardır. Ancak ödeme yeri Türkiye dışında olan çeklerde "banka" terimi o yer hukukuna göre belirlenecektir (Ayli & Yardımcıoğlu, 2015, s. 3199).

ÇekK m. 2/7 ve 8. fıkralarında çek yaprağında yer alacak hususlar belirtilmiş olup, çek yapraklarının burada belirtilen şekilde bastırılması bankalara getirilen mükellefiyetlerdendir (Poroy & Tekinalp, 2019, s. 314).

Çekte şekil şartlarındaki eksiklikler TTK m. 781/2 ve 3 gereğince giderilemiyorsa, çekin varlığından söz edilemez. Bu durumda senet havale olarak kabul edilecek ve sadece delil başlangıcı olacaktır (Bozer & Göle, 2018, s. 239; Poroy & Tekinalp, 2019, s. 314).

15.07.2016 tarihinde yayınlanan 6728 sayılı Kanun⁵ ile TTK 780. maddesinde sayılan unsurlara iki yeni unsur daha eklenmiştir. Bunlar çekin seri numarası ve karekodudur (TTK m. 780/1-f ve g). 6728

² Yargıtay 19.HD 2015/3816 E.- 2016/535 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

³ 5941 sayılı Çek Kanunu, 27438 sayılı Resmi Gazete.

⁴ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, 25983 (Mük.) sayılı RG.

⁵ 09.08.2016 tarih ve 29796 sayılı RG.

sayılı Kanun'un 71.maddesi ile yabancı bankalar tarafından yurt dışında bastırılan çeklerin, karekod ve seri numarası bulunmasa dahi, geçerli olacağı belirtilmiştir. Doktrinde “karekod” ve “seri numarası”nın çekin geçerliliği için zorunlu unsur olarak kabul edilmesinin uygun olmadığı, zira bankalarca yazılması gereken bu kayıtların, banka tarafından yazılan diğer kayıtlardan ayrı olarak (ÇekK m. 2/9), yazılmaması hâlinde çekin geçersizliğine sebep olmasını haklı gösterecek bir gerekçe olmadığı belirtilmektedir (Kendigelen, Çek Hukuku, 2019, s. 141). Bizim de katıldığımız bu görüş gereğince, kanun koyucunun karekod ve seri numarasını çekin geçerliliğini etkileyen TTK m.780'deki zorunlu unsurlara eklemek yerine, ÇekK 2/7 hükmüne eklemesi hukuk mantığına daha uygun bir düzenleme olurdu (Kendigelen, Çek Hukuku, 2019, s. 142; Ülgen, Helvacı, Kaya, & Nomer Ertan, 2019, s. 283).

ÇekK m.2/5 ile çek defterlerinin ancak bankalar tarafından bastırabileceği öngörülmüş ise de, doktrinde bu hükmün elle veya makine ile çek düzenlenmesini engellemediği, TTK m.780'de yer alan zorunlu unsurlara sahip bir senedin çek olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür (Doğanay, 2004, s. 2100; Narbay, 2010, s. 73). Fakat TTK 780.maddeye eklenen bu iki yeni zorunlu unsur ile, fiilen banka haricinde çek düzenlenmesi de imkânsız hale gelmiştir (Narbay & Güney, 2017, s. 53).

II. ÇEKTE MUHATAP

TTK m.782/1'de “Türkiye’de ödenecek çeklerde muhatap ancak bir banka olabilir” denilmektedir. “Banka” ifadesi TTK’da tanımlanmamış olup, bunun için BanK’ya atıfta bulunulmuştur. BanK’da da “banka” tanımı yapılmamış, banka olarak üç tür banka sayılarak bu banka türleri tarif edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.06.1994 tarih ve 1994/11-178 E. 1994/398 K. sayılı ilamında; “Türkiye’de Bankalar Hükümetçe imtiyaz suretiyle verilen bir işi yapan müessese” olarak tanımlanmıştır⁶. Hukukumuzda çekte muhatap olarak sadece bankaların gösterilmesinin sebebi, bankaların mali açıdan yüksek ödeme güçlerinin olması ve güven oluşturmasıdır (Tekil, 1997, s. 3). Kanunda açıkça muhatapın ancak bir banka olması şartının Türkiye’de ödenecek çekler için geçerli olduğu belirtilmiştir. Ödeme yeri Türkiye dışında olan bir ülkede, muhatap sıfatı o yerin mevzuatına göre belirlenecektir (Türcan, 2018, s. 13).

BanK’da türleri sayılan bankalar, mevduat bankaları, katılım bankaları ve kalkınma bankalarıdır.

TTK m. 782/2'de “Diğer bir kişi üzerine düzenlenen çek yalnız havale hükmündedir.” denilerek, muhatapın banka olmaması hâlinde çekin, çek vasfını yitirerek havale hükmünde sayılacağı belirtilmiştir. Çekte muhatap olarak gösterilen bir bankanın hayal ürünü olması, bir başka ifade ile

⁶ “...Bu hükümlerden çıkan sonuca göre, Türkiye’de Bankalar Hükümetçe imtiyaz suretiyle verilen bir işi yapan müesseselerdir. O halde Bankalar, BK.nun 99/2. maddesine tabi kuruluşlardır. Kural olarak BK.nun 100/2 ve 3. maddeleri uyarınca akdi sorumlulukta, sorumsuzluk sözleşmesi yapmak mümkün ise de, BK.nun 99/1. maddesi gereğince ağır kusur halinde baştan (iptidaen) sorumluluktan kurtulma şartı geçersiz olup, sorumluluktan kurtulma şartının ancak hafif kusur halinde geçerli olduğu benimsenmiş ve aynı maddenin 2. fıkrası, Hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilmiş bir sanati icra eden kuruluşlar yönünden hafif kusur halinde dahi sorumluluktan kurtulma şartının mutlak olarak kabul edilemeyeceği kararlaştırılmıştır. O halde mahkemenin kabulünün aksine taraflar arasındaki taahhünamenin 14. maddesinin, bankanın sorumluluğunun ortadan kaldırdığı biçiminde yorumlanamayacağı açık bir gerçektir...” (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-1994-178-k-1994-398-t-15-06-1994>). Erişim Tarihi:13.04.2021.

gerçekte var olmayan bir bankanın muhatap olarak gösterilmesi hâlinde, çekin geçerli olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Doktrinde hâkim görüş hayal ürünü olan bir banka üzerine düzenlenen çekin geçerli olmadığı yönündedir (Bozer & Göle, 2017, s. 167; Domaniç, 1990, s. 546; Göle, 1989, s. 20; Pulaşlı, 2019, s. 315). *Kendigelen* ise çekte muhatap şartı açısından kanunun aradığı “banka” adı altında bir muhatabın gösterilmesini yeterli sayarak, muhatabın hiç olmaması, mevduat kabul etme yetkisinin bulunmaması veya bu yetkinin sonradan kaldırılmış olması veyahut bankanın tasfiye edilmesi, faaliyetinin durdurulması gibi durumlar söz konusu olsa dahi senedin çek vasfının ortadan kalkmayacağını belirtmektedir (Kendigelen, Çek Hukuku, 2019, s. 102; Karayalçın, 1970, s. 268; Kınacıoğlu, 1999, s. 314).

Kanaatimizce sadece çek hamillerini korumak gayesi ile hayali bir banka üzerine düzenlenen çekin geçerli olduğunu kabul etmek mümkün görünmemektedir. Zira çekle ilgili işlemlerin yapılabilmesi için öncelikle çekin muhataba süresinde ibrazı gerekir. Süresinde ibraz edilen çekin muhatap ya da takas odası tarafından karşılığının olup olmadığının tespiti yapılmalı ve karşılıksız olması hâlinde bu durumun çeki şerh düşülmesi gerekir. Ancak bu durumda hamil kambiyo hukukundan kaynaklı müracaat hakkını kullanabilecektir. Hayali bir bankanın muhatap olarak gösterilmesi hâlinde ise, ibraz, karşılıksız işlemler gibi çeki özgü işlemlerin yapılması mümkün olmayacağından çeki geçersiz kabul etmek daha uygun olacaktır. Ayrıca gerek çek defterlerinin bankalarca bastırılmasının zorunluluğu gerekse karekod ve seri numarasının çekte zorunlu unsur olarak düzenlenmesi karşısında bu tartışmaların teorik düzeyde kaldığı söylenebilir.

Çek bedelinin ibrazda ödenebilmesi için, muhatap banka nezdinde düzenleyenin tasarrufta bulunabileceği bir karşılığın bulunması gerektiği, TTK m. 783’de düzenlenmiştir. “Karşılık” kavramının kanunda açıklanmamış olması sebebi ile doktrinde bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar “karşılık” kavramını geniş anlamda yorumlayarak, düzenleyenin üzerinde tasarruf edebileceği, muhatap nezdindeki tüm kıymetlerin karşılık kavramına dâhil olacağını belirtmektedir (Kalpsüz, Erem, & Çelebican, 1974, s. 102). Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre “karşılık”, düzenleyenin muhatap nezdinde bulunan hesabından, kendisine çek keşide etmek suretiyle tasarruf imkânı sağlanan bir miktar paradır (Kendigelen, Çek Hukuku, 2019, s. 66; Tekil, 1997, s. 25; Türcan, 2018, s. 56).

Çek bedelinin, düzenleyenin çekte belirtilen (karşılığın üzerine çekildiği) hesabında bulunması gerekir. Çek keşide edilen hesapta karşılık bulunmaması hâlinde, çek düzenleyenin muhatap bankadaki diğer hesaplarından çek bedelini ödemesi mümkün değildir. Muhatap bankanın, çek hesabında karşılık bulunmaması hâlinde, çek bedelini düzenleyenin banka nezdindeki diğer hesaplarından ödememesi hâlinde hiçbir sorumluluğu bulunmaz. Öte yandan, düzenleyenin, çekin bağlı olduğu hesapta karşılık bulunmaması hâlinde karşılıksız çek işlemine tabi olmaması için düzenleyen ile muhatap arasında yapılan bir anlaşma ile, muhataba diğer hesaplardan çekle işleyen hesaba virman yapılarak çek bedelini ödeme yetkisi tanınabilir (Kendigelen, 2019, s. 67-68; Öztan,

2019, s. 243; Tekil, 1997, s. 26). Unutmamak gerekir ki çekin karşılığının bulunmaması çekin geçerliliğini etkilemeyecektir (Naneli, 2018, s. 548).

Çek anlaşması her iki tarafa da borç yükleyen bir akittir (Öztan, 1997, s. 1088; Ayli, 2019, s. 60; Ülgen, Helvacı, Kaya, & Nomer Ertan, 2019, s. 314). Muhatabın çek bedelini ödeme yükümlülüğü yanında düzenleyenin de muhatap nezdindeki çekle işleyen hesabında, düzenlediği çek bedelinin karşılığını bulundurma yükümlülüğü vardır (Ülgen, Helvacı, Kaya, & Nomer Ertan, 2019, s. 315). Fakat bu yükümlülüklerine ek olarak düzenleyenin, sahteciliği ve tahrifatı önlemek için çek defterini korumak ve çek yapraklarını doldururken özen gösterme yükümlülüğü vardır (Kendigelen, 2019, s. 84).

ÇekK ile çek anlaşmasının kuruluşu esnasında muhatap bankaya özel bir takım yükümlülükler getirilmiştir. ÇekK m. 2/1 gereğince bankalar, çek hesabı açtırmak isteyen kişinin, yasaklı olup olmadığının yanı sıra ekonomik ve sosyal durumunun çek hesabı açmaya elverişli olup b olmadığını da araştırmakla yükümlüdür. Bankalar ÇekK ile kendilerine verilen görev ve yükümlülükleri yerine getirirken gerekli basiret ve özeni göstermekle mükelleftir.

III. ÖDEME İÇİN İBRAZDA MUHATABIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Ödeme İçin İbraz

Çek bir ödeme aracıdır ve görüldüğünde ödenir. Çekin ödenebilmesi için muhatap bankaya ibraz edilmesi gerekir. ÇekK m. 3/1'de çekin, çek hesabının bulunduğu bankanın herhangi bir şubesine ibraz edildiğinde hamilin vergi kimlik numarası tespiti yapılarak çek bedelinin ödeneceği öngörülmüştür. Diğer kıymetli evrak gibi çekteki hak da senetten ayrı olarak dermeyan edilemeyeceği için çekin süresinde muhatap bankaya fiziken ibrazı zorunludur. TTK m. 798 gereğince çekin bir takas odasına ibrazı da ödeme için muhatap bankaya ibraz yerine geçer. Öte yandan takas odasına ibraz ancak muhatap banka dışında başka bir banka tarafından yapılabilir. Takas odasına ibraz elektronik ortamda yapılır.

Muhatap bankanın çeki ödeyebilmesi için ve çekin ibrazına bağlanan sonuçlar bakımından, çekin kanunda belirlenen süreler içinde ibraz edilmesi gerekir. Süresinde ibraz edilmeyen çek kambiyo senedi vasfını yitirecektir. Bu durumda muhatabın ödeme yükümlülüğü sona erecek, düzenleyen cayma hakkını kullanabilecektir. Ayrıca süresinde ibraz edilmeyen çekte, hesapta karşılık bulunmasa dahi karşılıksızdır işlemi yapılamayacak ve hamil düzenleyene ve müracaat borçlularına karşı kambiyo hukukuna özgü haklarını kullanamayacaktır (Bozer & Göle, 2018, s. 368).

TTK m. 796'da ödeme için ibraz süreleri belirtilmiştir. Buna göre, çek düzenlendiği yerde ödenecek ise on gün, aynı kıta üzerinde düzenlendiği yerden başka bir yerde ödenecekse bir ay, farklı kıtada ise üç ay içinde muhatap bankaya ibraz edilmelidir. TTK m.796/2 uyarınca, bir Avrupa ülkesinde düzenlenip de Akdeniz'e sahili bulunan bir ülkede ödenecek olan ve aynı şekilde Akdeniz'e sahili olan bir ülkede düzenlenip bir Avrupa ülkesinde ödenmesi gereken çekler aynı kıtada düzenlenmiş

ve ödenmesi şart kılınmış sayılır. Düzenleme yeri, ancak çekte belirtilen yer olup, çekin fiilen keşide edildiği yerin önemi yoktur. Sürenin hesabında çekte yer alan düzenleme yeri dikkate alınacaktır (Bozer & Göle, 2018, s. 371).

Çekin düzenlendiği yerde ödenmesi hâlinde uygulanacak on günlük sürenin hesabında, “aynı yer” kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüş, “il sınırları” “ilçe sınırları”, “büyükşehir belediye sınırları” gibi kriterler ile aynı yer kavramı açıklanmaya çalışılmıştır (Kendigelen & Kırca, 2020, s. 309)⁷. Bu bakımdan İsviçre hukukunda “yer” kavramının, ülke sınırlarını ifade ettiği, ödeme yeri ve düzenleme yeri İsviçre olan çeklerde ibraz süresinin on gün olduğu belirtilerek, günümüz koşullarında da, Türk hukukunda aynı anlayışın hâkim olması gerektiği, çekin muhatap bankanın herhangi bir şubesine ibraz edilebilmesinin mümkün olduğu, mevcut koşullarda Türkiye’de de banka şubelerine hemen her yerde ulaşmanın da imkân dâhilinde olduğu görüşü de savunulmaktadır (Ülgen, Helvacı, Kaya, & Nomer Ertan, 2019, s. 324)⁸. Genel itibariyle hukukumuzda “aynı yer” kavramı il sınırı olarak kabul edilmiş olup, Yargıtay da bir çok kararında “aynı yer” olarak il sınırlarını esas almıştır⁹.

Ödeme için ibraz süresi, TTK m. 796/3 gereğince düzenleme tarihinin ertesi günü başlar. Ödeme için ibraz süreleri emredici nitelikte olup, taraflar bu süreleri anlaşma yolu ile değiştiremez ve bu hususta çeki yazılacak kayıtlar yazılmamış sayılır. İbraz süreleri hak düşürücü nitelikte (Bozer & Göle, 2018, s. 372; Öztan, 1997, s. 1167; Narbay, 2003, s. 794; Kınacıoğlu, 1999, s. 284) olduğundan, herhangi bir uyuşmazlıkta taraflar ibraz süresinin geçtiğini her zaman ileri sürebileceği gibi hâkim de bunu resen dikkate alacaktır.

B. Ödeme İçin İbraz Yapabilecek Kişiler

1. Nama Yazılı Çeklerde

TTK m. 655/1’de nama yazılı senetlerde ödemenin ancak, senedin hamili bulunan ve senette adı yazılı olan veya onun hukuki halefi olduğunu ispat eden kişiye yapılacağı düzenlenmiştir. Çeklerde de uygulanacak bu hüküm gereğince, muhatap banka ancak maddede yer alan hak sahipliğini kanıtlayan kişiye ödeme yapabilecektir. Aksi halde banka yaptığı ödeme ile sorumluluktan kurtulamayacak ve gerçek hamile de ödeme yapmak zorunda kalacaktır¹⁰. Nama yazılı çekin ciro yolu ile devri mümkün olmadığından, tahsil cirosu da yapılamayacaktır (Bozer & Göle, 2018, s. 377; Korkut, 2019, s. 92-

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Şafak Narbay, “Çekte İbraz Sürelerinin Belirlenmesinde Ölçü Alınan “Yer” Kavramına “De Lege Lata” ve “De Lege Ferenda” Çözüm Önerileri” (Narbay, 2003, s. 802-808); *Yıldırım*’da aynı yer farklı yer değerlendirmesinde en doğru çözümün il sınırlarının esas alınması olduğunu belirtmektedir (Yıldırım, 2014, s. 3466).

⁸ *Kendigelen* de ülke sınırları içerisinde on günlük sürenin olması gereken hukuk açısından uygun olduğunu, ancak mevcut düzenlemede yeknesaklığın sağlanması için il sınırlarının esas alınmasının yerinde olacağını ifade etmiştir (Kendigelen & Kırca, 2020, s. 309).

⁹ “...Somut olayda; dayanak çekin keşide yeri Bursa, muhatap bankanın bulunduğu yer ise Kazlıçeşme/İstanbul olduğundan ibraz süresi bir ay olup, çek de bir aylık süre içinde muhatap bankaya ibraz edilmiştir...” (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-hukuk-dairesi-e-2011-3799-k-2011-19635-t-17-10-2011>). Erişim Tarihi:18.05.2021; “...Somut olayda; takip dayanağı 17.7.2010 keşide tarihli çekin keşide yeri İstanbul, muhatap bankanın bulunduğu yer ise Sefaköy/İstanbul olduğundan ibraz süresi on gün olup, çek, muhatap bankaya 20.7.2010 tarihinde, on günlük süre içerisinde ibraz edilmiştir...” (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-hukuk-dairesi-e-2012-32930-k-2013-4261-t-14-2-2013>). Erişim Tarihi:18.05.2021.

¹⁰ Kötü ödeyen tekrar öder kuralı burada karşılık bulmaktadır (Kendigelen & Kırca, 2020, s. 242); ayrıca bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E: 2003/19-135 K: 2003/105 T: 26.2.2003.

93). Nama yazılı çekin tahsil cirosu ile devri mümkün değil ise de, bu tür çekin tahsile verilmesi, TBK'ya göre tahsil edecek kişiye vekâletname verilmesi ile mümkün olacaktır (Reisoğlu, 2011, s. 191; Bozer & Göle, 2018, s. 344).

2. Emre Yazılı Çeklerde

Çekin hiç devredilmemesi hâlinde, çeki muhatap bankaya ödeme için ibraz edecek olan lehtardır. Bununla birlikte, emre yazılı çekler ciro yolu ile devredilebildiğinden, çek devredilmiş ise bu kez, muhatap bankaya ödeme için ibraz edecek kişi, çeki ciro yolu ile devralan yetkili hamil olacaktır. Bu çeklerde “yetkili hamil” in şeklen yetkili olması yeterli olup, muhatap tarafından hamilin gerçekten alacaklı olup olmadığı araştırılması gerekli değildir. Şeklen yetkili hamilin tespiti için ise, muhatap, cirolar arasında düzenli bir teselsülün olup olmadığını kontrol edecektir (TTK m. 801). Muhatap bankanın, ödeme için ibrazda düzenleyen imzasını kontrol etme yükümlülüğü olmasına rağmen, TTK m. 801 gereğince cirantaların imzalarını kontrol etme yükümlülüğü yoktur. Bu nedenle de hamil çeki iktisabında kötünietli ve ağır kusurlu olmadıkça cirantalardan birinin imzası sahte olsa dahi yetkili hamil olarak kabul edilir (TTK m.792).

3. Hamiline Yazılı Çeklerde

Hamiline yazılı çeklerde ise çeki elinde bulunduran yetkili hamil sayıldığından, ödeme için ibraz eden de yetkili hamil sayılır. Dolayısı ile hamiline yazılı çekin ibrazında muhatap banka sadece vergi kimlik numarası tespiti yaparak¹¹ (ÇekK m. 3/1) ödeme yapabilecektir. Ancak ÇekK m. 2/6 gereğince hamiline yazılı çeklerde “hamiline” kelimesinin matbu şekilde çekte yer alması gerektiğinden muhatabın mutlaka çeki inceleyerek ödeme yapması gerekir (Korkut, 2019, s. 93)¹².

C. İbraz Edilen Çekin Geçerli Olup Olmadığını İnceleme Yükümlülüğü

Bir çekin varlığından söz edebilmek için, TTK m. 780 ve 781’de gösterilen zorunlu unsurlara sahip olması gerekir. Aksi halde ibraz edilen senet çek vasfında olmayacağından, muhatabın bu senedi ödemesi hâlinde düzenleyene karşı sorumluluğu doğacaktır.

Muhatap banka düzenleyen ile aralarındaki çek anlaşması gereğince, çek hesabında karşılık varsa ödeme yapabilecektir. Çek, düzenleyen tarafından muhatap bankaya hitaben düzenlenen ve çek hesabında bulunan karşılığın yetkili hamile ödenmesi emrini içeren bir havale olduğundan, ancak düzenleyen tarafından imzalanan bir çek muhatap banka tarafından ödenebilir. Bu nedenle muhatap bankanın, ibraz edilen çekteki düzenleyen imzasını kontrol etme yükümlülüğü vardır. Çekteki imza

¹¹ Muhatap banka tarafından hamile düzenlenen çeklerde, çeki ibraz eden hamilin kimlik tespiti yapılmasının hamile düzenlenen çekin özelliği ile bağdaşmadığı, hamile yazılı çeklerde hamilin kimliğinin saklı olmasının esas olduğu savunulmaktadır. Bkz. (Can, 2015, s. 178; Kalpsüz, 1984, s. 166; Poroy & Tekinalp, 2019, s. 388).

¹² Yargıtay 12. HD'nin 13.09.2012 tarih ve 7400/26249 sayılı kararında beyaz ciroda da hamilin meşru olup olmadığının ciro silsilesinden anlaşılması gerektiği şu şekilde ifade edilmiştir: “...593. maddesi gereğince kambiyo senedi niteliğinde olan bonodaki hakkın devri ancak ciro ve teslim yoluyla mümkündür. Ayrıca, [e]TTK'nun 595/2. maddesi gereğince lehine ciro yapılan kimsenin ciroda gösterilmesine lüzum olmadığı gibi ciro, cirantanın sadece imzasından ibaret de olabilir. Açıklanan şekildeki ciroya 'beyaz ciro' denilir. Öte yandan, [e]TTK'nun 690. maddesinin göndermesiyle bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı kanunun 598. maddesi uyarınca ise, bonoyu elinde bulunduran kimse, son ciro beyaz ciro olsa dahi kendi hakkı müteselsil ve birbirine bağlı cirolardan anlaşıldığı takdirde s[ah]lahiyetli hamil sayılır...”. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-hukuk-dairesi-e-2012-7400-k-2012-26249-t-13-9-2012>) Erişim Tarihi:21.04.2021.

ile düzenleyen muhatap bankadaki imzalarının farklı olması hâlinde ödeme yapılmamalı ve bu durum çekin arkasına şerh düşülmelidir.

Çekin tüzel kişi vekili veya temsilcisi tarafından düzenlenmesi hâlinde de muhatabın mutlaka vekilin yetki belgesini ve tüzel kişi temsilcisinin de yetkisini içeren ticaret sicil kayıtlarını incelemesi gerekir. Ticaret sicil kayıtları ile düzenleyen kendisine ibraz ettiği yetki belgesinin örtüşmediği durumlarda muhatap çek hamiline ödeme yapmama yoluna da gidebilir. Fakat temsilcinin yetki belgesinin ticaret siciline tescilinin zorunlu olduğu durumlarda muhatap bu kayıtları dikkate alarak işlem yapmalıdır (Bozer & Göle, 2018, s. 385)¹³.

Çek hesabı sahibi gerçek kişi, ÇekK m. 5/3 gereğince kendisi adına çek düzenlemek üzere başka birini vekil veya temsilci olarak tayin edemez. Buna rağmen gerçek kişi vekili veya temsilcisi sıfatı ile çek düzenlenmesi hâlinde çek geçerli olup, bu çekten dolayı hukuki ve cezai sorumluluk çek hesabı sahibine aittir. Muhatap bankada vekil veya temsilcinin tatbik imzası bulunmuyor ise, muhatap çekteki imzanın incelemesini yapamayacağından, çek bedelini de hamile ödememesi gerekir (Korkut, 2019, s. 98).

D. Çeki İbrahim Edenin Yetkili Hamil Olup Olmadığını İnceleme Yükümlülüğü

Muhatab banka çeki ibraz edenin yetkili hamil olup olmadığını çekin nama, emre veya hamile yazılı olup olmadığına göre tespit edecektir. Nama yazılı çeklerde hamilin senette gösterilen gerçek alacaklı olup olmadığını, emre yazılı çeklerde hamilin “şeklen yetkili” hamil olup olmadığını araştırarak, hamiline yazılı çeklerde ise vergi kimlik numarası tespiti ile ödeme yapacak, başka bir araştırma yapmasına gerek bulunmayacaktır. Muhatap bankanın emre veya nama yazılı çeklerde ibraz edenin kimlik tespitini de yapması gerekir. Zira kendisine çeki ibraz eden kişi ile çekte hak sahibi olan kişinin (yetkili ve meşru hamilin) aynı kişi olup olmadığı ancak bu şekilde tespit edilebilecektir.

Nama yazılı çekin devri ancak alacağın temlik ile gerçekleşir. Nama yazılı çekin ciro yoluyla devri mümkün değildir. Nama yazılı çek üzerine yapılan cironun hiçbir hukuki sonucu yoktur. Devir için yazılı devir beyanı ile çekin teslim edilmesi gerekir (Kayar, 2005, s. 173; Özkan & Güner, 2012, s. 6). Bu durumda devrin gerek şekli, gerek hukuki sonuçları bakımından alacağın temlikine ilişkin hükümler (TBK m. 183 vd.) uygulanır. Alacağın temlikine tabi olmanın sonucu olarak, senet borçlusu devredene karşı sahip olduğu tüm def’ileri devralana karşı da ileri sürebilecektir (Bilgili, 2008, s. 33)¹⁴. Nama yazılı çekte çeki bankaya ibraz eden kişinin, senette adı ve soyadı yazılı gerçek hak sahibi

¹³ “...Dava, bonodaki şirket kaşesi altındaki imzanın şirkete temsile yetkili olmayan kişiye ait olduğu, bu nedenle bono ile şirketin borçlu olmadığını tespiti istemine yöneliktir. Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinde yapılan ilana göre H'nin beş yıl süre ile şirket müdürlüklerine getirildiği ve müferriden alacakları imza ile şirkete temsil edebilecekleri belirtilmiştir. Bonoda imzası bulunan H'nin şirkete temsile yetkili olduğu hususu Ticaret Sicil Gazetesinde tescil ve ilan edildiğine göre, temsil yetkisinin sona erdiğinin de tescil ve ilanı gerektiğinden iyiniyetli üçüncü kişilere karşı temsil yetkisinin devam etmekte olduğunun kabulün gerekir...” (Yargıtay 19.HD. T.13.02.2004, 2003/5080 E. 2004/1233 K.) www.sinerji.com.tr . Erişim Tarihi:20.05.2021.

¹⁴ Yargıtay 12. HD'nin 30.03.2010 tarih ve 2009-26703/7666 sayılı kararı şu şekildedir: “...Bu durumda «ciro edilemez» kaydı da «emre yazılı değildir» kaydına benzer kayıtlar arasında sayılabileceğinden çeki nama yazılı hâle getirir. Bu nedenle de çekin alacağın temlik hükümleri çerçevesinde devrini zorunlu kılar. Alacağın temlik yolu ile devir ise yazılı bir temlik beyanını ve zilyetliğin devralana naklini gerektirir. Yine [e]TTK.nun 700/2. maddesine göre anılan durumda alacağın temlik hükümleri uygulanacağından «ciro edilemez» kaydı koyan senet borçlusunun devredene karşı haiz olduğu tüm şahsi def'ilerini devralana karşı herhangi bir sınırlama ile karşılaşmaksızın ileri sürebilme hakkı doğacaktır. Bununla birlikte olarak cironun alacağın temlik şartlarını bünyesinde barındırdığı söyleniyorsa, artık

kişi olup olmadığı veya hak sahibinin temsilcisi/vekili olup olmadığı veyahut çeki temlik yolu ile devralıp almadığının araştırılması gerekir. Temlik senette yer alabileceği gibi ayrı bir temlik sözleşmesi ile de senetteki alacağın temlik edildiği ispatlanabilir. Miras yolu ile intikal eden alacaklarda ise, mirasçının, mirasçılık belgesi ibraz etmesi gerekir (Ayli, 2019, s. 93).

E. İbrazın Süresinde Yapılıp Yapılmadığını İnceleme Yükümlülüğü

Muhatap banka kendisine ibraz edilen çeki, düzenleyen ile arasında bir çek anlaşması varsa ve hesapta da çekin karşılığı bulunuyorsa ödemekle yükümlüdür. Muhatabın bu yükümlülüğü çekin ibraz süresi içerisinde devam eder. Fakat ibraz süresi geçtikten sonra, düzenleyen çekten caymamış ise, muhatap çek bedelini ödeyip ödememe konusunda serbesttir (TTK m. 799/2). Düzenleyenin çekten cayma talimatı ancak ibraz süresi geçtikten sonra hüküm ifade edecektir bu nedenle muhatap banka ibraz süresi geçen çeki ödemediği önce mutlaka düzenleyenin cayma hakkını kullanıp kullanmadığını araştırmalıdır (Korkut, 2019, s. 170).

Çekin süresinde ibraz edilerek karşılığının bulunmaması hâlinde ibraz tarihinin, sürenin tespiti bakımından mutlaka çeki yazılması gerekir. Zira hamil, ancak çekin süresinde ibraz edilmesi hâlinde, kanunda çekin karşılıksız çıkmasına bağlanan sonuçlardan faydalanabilecektir.

F. Çekin Sahte veya Tahrif Edilmiş Olup Olmadığını İnceleme Yükümlülüğü

Muhatap banka kendisine ibraz edilen çekin sahte veya tahrif edilmiş olup olmadığını incelemekle yükümlüdür. Muhatap kendisine ibraz edilen çekin sahte veya tahrif edilmiş olduğunu anlar veya en azından şüphe duyarsa hamile çek bedelini ödememelidir (Bozer & Göle, 2018, s. 390). Muhatap ancak düzenleyene atfedilecek bir kusur bulunması hâlinde, sahte veya tahrif edilmiş çekten dolayı sorumluluktan kurtulabilecektir. Aksi halde muhatap bu tür bir çeki ödemediği takdirde doğan zarardan sorumlu olur (TTK m. 812).

1. Sahte Çek

Çekte sahtecilik, banka çek yaprağının bütünüyle bastırılarak taklit edilmesi ile oluşabileceği gibi, imzaların veya beyanların sahteliği ile de söz konusu olabilecektir (Tekil, 1997, s. 76)¹⁵. Çekteki her türlü imzanın sahteliğinden dolayı muhatap bankanın yaptığı ödemediği TTK m. 812 gereğince sorumlu olup olmadığı hususunun 801. maddedeki ciroların incelenmesi yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Muhatap bankanın TTK m. 812’de yer alan sorumluluğu, düzenleyen ile

çeki devralan kişi çeki dayalı olarak hak sahibi sıfatını iktisap edemeyecek ve kambiyo hukukuna ilişkin hiçbir hukuki imkândan[.] özellikle İİK.nun 170/a-2 uyarınca kambiyo hukuku kapsamında takip hakkından yararlanamayacaktır. (Doç. Dr. A. K. - Çek Hukuku sayfa 130-135). Somut olayda çek arkasında «ciro edilemez» kaydı mevcuttur. Bu kayıt üzerine lehtar tarafından kaşe basılıp imzalanmak suretiyle yapılan ciro beyaz ciro olup[.] bu devir alacağın temlik niteliği taşımamaktadır. Mahkemece yukarıdaki ilkeler ışığında alacaklının takip hakkı bulunmadığı düşünülerek takibin iptaline karar verilmesi gerekirken itirazın reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir. ...”(https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-hukuk-dairesi-e-2009-26703-k-2010-7666-t-30-3-2010) . Erişim Tarihi: 18.03.2021.

¹⁵ Yargıtay bir kararında, “sahte ve tahrif edilmiş çek” kavramı ile, çekin düzenleyen dışında imzalanması durumunun aynı olmadığını, “sahte çek”in banka tarafından bastırılarak çek hesabı sahibine verilmeyen çek olduğunu, “tahrif edilmiş çek”in ise, çek üzerinde elle doldurulan kısımlarda düzenleyenin rızası dışında yapılan değişiklikler olduğunu ifade etmiştir. (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/19-ceza-dairesi-e-2019-35817-k-2020-415-t-27-1-2020) Erişim Tarihi:20.05.2021.

arasında imzalanan çek anlaşmasına dayanmaktadır. Düzenleyen ile muhatap banka arasında imzalanan çek anlaşması ile düzenleyenin tatbik imzaları, yetkili temsilcisi vs tüm gerekli bilgiler muhatap bankaya ibraz edilmektedir. Dolayısıyla muhatap banka çekin ibrazında düzenleyenin imzasını elindeki bu belgeler ile karşılaştırarak imzanın sahte olup olmadığını tespit edebilecektir (Tekil, 1997, s. 79; Kendigelen, 2019, s. 326). Fakat muhatap bankada, cirantaların imzalarının kıyaslanabileceği hiçbir belge veya tatbik imza bulunmaz. Sadece adı soyadı ve imzanın yer aldığı cirodaki imzanın kime ait olduğunun tespiti dahi bazı durumlarda imkânsızken, muhatap bankadan imzanın sahte olup olmadığını tespitinin yapılmasını beklemek mümkün değildir. Bu nedendir ki kanun koyucu muhatap bankanın, cirantaların imzasının geçerli olup olmadığını inceleme yükümlülüğü bulunmadığını hüküm altına almıştır. Dolayısı ile ibraz edilen çekteki ciranta imzasının sahteliği muhatap banka açısından sorumluluk doğurmayacaktır (Kendigelen, 2019, s. 326; Tekil, 1997, s. 79)¹⁶. TTK m. 812’de yer alan sorumluluk “kusursuz sorumluluk“ olup, muhatap banka gereken tüm dikkat ve özeni göstermiş olsa dahi, sahte çeki ödemediği dolay düzenleyenin uğradığı zarardan sorumlu tutulacaktır (Ayli, 2019, s. 113). Fakat, düzenleyene atfedilecek bir kusur olması durumunda, örneğin kanun maddesinde de yer alan, düzenleyenin kendisine verilen çek defterini saklamakta üzerine düşen dikkat ve özeni göstermemiş ve bu yükümlülüğünü kusurlu olarak ihlal etmiş olması hâlinde, düzenleyenin kusuru oranında muhatapın sorumluluğu söz konusu olmayacaktır (TTK m. 812).

Sahte çek düzenlemesi, genellikle, çek hesabı sahibinin imzasının taklit edilmesi suretiyle karşımıza çıkmaktadır (Ayli, 2019, s. 100; İnan, 1981, s. 33).

Düzenleyen ile arasında geçerli bir temsil ilişkisi olmamasına rağmen, hesap sahibinin temsilciymiş gibi düzenlenen çekler de, sahte çek olarak kabul edilir (İnan, 1981, s. 32; Kendigelen, 2019, s. 327; Tekil, 1997, s. 80)¹⁷. TTK m. 678’ de; “*Temsile yetkili olmadığı hâlde bir kişinin temsilcisi sıfatıyla bir poliçeye imzasını koyan kişi, o poliçeden dolayı bizzat sorumludur; bu poliçeyi ödemediği takdirde, temsil olduğu kabul edilen kişinin haiz olabileceği haklara sahip olur. Yetkisini aşan temsilci için de hüküm böyledir.*” denilmektedir. Dolayısı ile buradaki sahtecilik çekin geçerliliğini ve imza sahibinin sorumluluğunu etkilememekle birlikte, muhatapın TTK m. 812 kapsamındaki sorumluluğu ise devam edecektir. Zira yetkisiz temsilci tarafından düzenlenen çek bedelinin, düzenleyenin hesabından ödenmesi halinde düzenleyenin zararı söz konusu olacağından, muhatap bankanın ödeme yükümlülüğü de ortadan kalkacaktır (Kendigelen, 2019, s. 327-328). *Tekil* de,

¹⁶ “...6762 sayılı TTK’nın 724. (6102 sayılı TTK’nın 812.) maddesi gereğince muhatapın sorumluluğuna yol açan sahte çekten kasıt, esasen çek üzerindeki keşideciye izafe edilen imzanın gerçekte keşideciye veya yetkili temsilcisine ait olmamasıdır. Zira 6762 sayılı TTK’nın 713. (6102 sayılı TTK’nın 801.) maddesi gereğince, cirosu kabil bir çeki ödeyecek muhatap, ciroların arasında muntazam bir teselsülün mevcut olup olmadığını incelemeye mecbur ise de ciranta imzalarının geçerliliğini araştırmak zorunda değildir. Dolayısıyla kambiyo ilişkisine dâhil olanlardan sadece keşidecinin (veya temsilcisinin) imzasının sahtelik hâllerinde bir sahte çekten söz edilebilecektir...” (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2017-131-k-2019-1395-t-19-12-2019) Erişim Tarihi:20.05.2021.

¹⁷ “...Bununla birlikte geçerli bir temsil ilişkisi bulunmaksızın hesap sahibinin temsilcisi sıfatı ile keşide edilen çeklerde 6762 sayılı TTK’nın 724. (6102 sayılı TTK’nın 812.) maddesi kapsamında sahte çek olarak kabul edilecektir. Ancak belirtilmelidir ki, imzadaki bu sahtelik, muhatapın ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldıracaksa da, çekin geçerliliğini ve bu anlamda imza sahibinin sorumluluğunu kesinlikle etkilemeyecektir...” (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2017-131-k-2019-1395-t-19-12-2019) Erişim Tarihi:20.05.2021.

düzenleyenin imzasının taklit edilmesi ile temsil ilişkisi olmamasına rağmen temsilciymiş gibi çek düzenlenmenin aynı sonucu doğuracağını belirtmekte ve temsil yetkisini doğrulamamış olan muhatap bankanın düzenleyene karşı TTK m. 812 kapsamında sorumluluğunun devam etmesi gerektiğini ileri sürmektedir (Tekil, 1997, s. 80).

Genel olarak çekin tüm unsurları tam olarak tedavüle çıkarılması aranırken, kanun koyucu TTK m.818/1-c atfı ile tamamen doldurulmamış çekin de sonradan doldurulmak kaydı ile tedavüle çıkarılabileceğini kabul etmiştir. Açık çek olarak nitelendirilen bu çeklerin muhataba ibraz edilmeden önce tüm zorunlu unsurlarının eksiksiz tamamlanması gerekir (Öztaş, 1997, s. 1273)¹⁸. Açık çekte düzenleyenin iradesi, lehtar ile arasındaki anlaşmaya uygun olarak çekin eksik unsurlarının sonradan tamamlanarak muhataba ibraz edilmesi yönündedir. Açık çekte, düzenleyen çekteki zorunlu unsurların biri veya bir kısmını yazmadan, çekin eksik unsurlarının sonradan doldurulacağını bilerek ve isteyerek çeki tedavüle çıkarır. İbrazdan önce eksik unsurları tamamlanarak muhataba ibraz edilen çekin aradaki anlaşmaya uygun olarak doldurulduğu karine olarak kabul edildiğinden¹⁹, böyle bir iddiada bulunan borçlu iddiasını ispatla yükümlüdür. Açık çekin anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğu iddiası ancak anlaşmanın tarafları arasında ileri sürülebilecek bir şahsi def'idir (Çamoğlu, 2019, s. 24)²⁰. Çekin aradaki anlaşmaya aykırı olarak doldurulması hâlinde sahte çek söz konusu olmaz. Bir başka ifade ile düzenleyen tarafından sadece imzalanarak, lehtara boş çek yaprağı verilmesi ve lehtarın anlaşmaya aykırı olarak çeki doldurması hâlinde sahte çekten söz edilemeyecektir (Ayli, 2019, s. 119) ve muhatapın TTK m.812 kapsamında sorumluluğuna da gidilemeyecektir (Kendigelen, 2019, s. 328).

Eksik çekte ise, çekin geçerliliği için kanunun aradığı zorunlu unsurlar tam değildir. Düzenleyenin de çekteki eksik unsurların sonradan doldurulması yönünde bir iradesi yoktur. Açık çek ile eksik çek arasındaki fark bu doldurma yetkisidir. Dolayısı ile eksik çekin sonradan doldurularak muhataba ibrazı halinde, düzenleyenin iradesine aykırılık söz konusu olduğundan sahte çek söz konusu olur. Sahte çekin ödenmesinden dolayı ise muhatapın TTK m.812 kapsamında sorumluluğu doğar.

Temsilcinin yetkisini aşarak düzenlediği çekler de sahte çek olarak kabul edilemez. Zira sahtecilikten bahsedilmek için, çekte ortaya konulan görünümün karşı tarafı aldatmaya yönelik olması gerekir.

¹⁸ "...TTK'nun 730. maddesi yollaması ile aynı Yasa'nun 592. maddesi uyarınca açık çek ihdası mümkün bulunmaktadır. Keşide yeri ve keşide tarihi boş bırakılarak çek düzenlenmesi mümkün olup, bu husus TTK'nun 592. maddesine aykırılık oluşturmaz. Buna göre, dava konusu çekteki keşide yeri ve keşide tarihinin tedavüle çıkarılırken tamamlanmasının çekin kambiyo senedi olma vasfına halel getirmeyeceği gözetilmeksizin, yanlışlı değerlendirmeyle ve yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir..." (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2010-10221-k-2012-1501-t-07-02-2012>). Erişim Tarihi:20.05.2021.

¹⁹ "...TTK. nun 730. maddesi göndermesi ile çeklerde de uygulanması gereken aynı Kanunun 592. maddesi uyarınca açık çek düzenlenmesi mümkündür. Tamamen doldurulmamış çek tedavüle çıkarken anlaşmalara aykırı olarak doldurulduğu yazılı belge ile kanıtlanmadığı sürece, çek üzerinde yazılı tanzim tarihi gerçekliğini ve varlığını korur (Yargıtay HGK 26.02.2003 tarih ve 2003/19-135 esas 2003/105 K sayılı kararı)..." (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-hukuk-dairesi-e-2013-26847-k-2013-35308-t-11-11-2013>). Erişim Tarihi:20.05.2021.

²⁰ Çekteki imza dışında yer alan unsurların düzenleyenin el yazısı ile doldurulması zorunlu değildir. Bu nedenledir ki, düzenleyen sadece çeki imzalayarak diğer unsurların aradaki sözleşmeye uygun olarak doldurulması kaydıyla lehtara teslim edebilir. Düzenleyen çekin aradaki anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğunu lehtara karşı ileri sürebilir ise de, çeki iyiniyetle devralan hamillere karşı bu aykırılığı ileri süremez. Bu durumun istisnası ise, hamilin çeki iktisabında kötünüyetli olması veya iktisabında ağır kusurlu olması hâlidir. Ancak bu halde düzenleyen çekin aradaki anlaşmaya aykırı doldurulduğunu hamile karşı da ileri sürebilecektir. Düzenleyenin bu iddiasını da yazılı delil ile ispatlaması gerekir (TTK m.680). (Oğuz, 2014, s. 42).

Yetki aşımında ise, düzenleyen temsilciyi belirli bir meblağa kadar çek düzenlemeye yetkili kılmıştır, yani ortada bir temsil ilişkisi vardır. Fakat bu temsil ilişkisinde temsilci keşideciye karşı görevini ihlal etmiştir. Dolayısı ile ortada bir sahtecilik değil, görevi ihlal söz konusudur. Bu durumda sahte çek söz konusu olmayacağı için, TTK m. 812 kapsamında muhatap bankanın sorumluluğuna gidilemeyecektir (Kendigelen, 2019, s. 328; Tekil, 1997, s. 81).

Burada takasa ibraz edilen çeklerde muhatap bankanın imza incelemesi yapamaması sebebiyle, sahte çekten sorumlu olup olmadığını da değerlendirmek gerekir. TTK m.798'de, çekin takas odasına ibrazının da ödeme için ibraz yerine geçeceği belirtilmiştir. Hukukumuzda bir çeki ödeme için muhatap banka yerine takas odasına ibraz edebilecekler ise sadece bankalardır. Takas işlemi; bankaların kendilerine çeşitli amaçlarla (genellikle tahsil için) verilen ve muhatabı başka banka olan çeklerin, karşılığının bulunup bulunmadığının araştırılarak, karşılığı var ise hesaben ödeme yapılması ile gerçekleşen işlemlerdir (Ülgen, Helvacı, Kaya, & Nomer Ertan, 2019, s. 336)²¹. Yukarıda bahsedildiği üzere muhatabın TTK m. 812'deki sorumluluğunun kaynağı, düzenleyen ile arasında imzalanan çek anlaşmasına göre, muhatabın çekteki düzenleyen imzasını inceleyebileceği tüm argümanların elinde olması ve tatbik imzalar ile çekteki imzanın karşılaştırılabilmesinin mümkün olmasıdır. Fakat takasa ibraz edilen çeklerde çek aslı muhatap bankaya ibraz edilmemekte (Takasbank'ın faaliyeti elektronik ortamda gerçekleşmekte, çeki alan bankalar çeki muhatap banka ile paylaşmamaktadır (Ülgen, Helvacı, Kaya, & Nomer Ertan, 2019, s. 337), elektronik ortamda işlemler yapılmakta ve çekler banka şubeleri arasında hesaben ödenmektedir. Çek aslı elinde olmayan muhatap bankanın, düzenleyenin tatbik imzaları ile çekteki imzayı karşılaştırma imkânı yoktur. Hal böyleyken yine de muhatap bankanın TTK m. 812 uyarınca sahte çeki ödemesinden dolayı sorumlu tutulup tutulamayacağı sorusunun cevaplanması gerekir.

TTK m. 812'de düzenlenen muhatabın sorumluluğu kusursuz sorumluluk hâlidir. Fakat kanun koyucu muhatap bankayı TTK m.801'de cirantaların imzalarının sahteliğinden dolayı sorumlu tutmamış, muhataba bu imzaların geçerliliğini araştırma yükümlülüğü getirmemiştir. Bize göre bu düzenlemenin sebebi muhatap bankanın cirantaların imzalarının sahteliğini araştırarak elinde tatbik imzaların olmamasıdır. Çek aslını görmeyen bankanın da elindeki tatbik imza ile çekteki imzayı karşılaştırması mümkün olmadığından aynı şekilde takasa ibraz edilen çeklerde de muhatap bankanın sorumlu olmayacağı sonucuna varılabilir. Nitekim doktrinde de bazı yazarlar tarafından takasa ibraz edilen çeklerde muhatap bankanın sahte çekin ödenmesinde kusurlu sayılmayacağı, dolayısı ile

²¹ ÇekK'nın m.8/1 de T.C.Merkez Bankası'nın çeklerin banka şubeleri arasında hesaben ödenmesini sağlayacak tüzel kişiliği haiz sistemi kurmaya ve gözetimi altında yürütmeye yetkili olduğu, T.C.Merkez Bankası'nın bu yetkisini uygun göreceği başka bir kuruluş aracılığı ile de kullanabileceği belirtilmiş, ayrıca aynı maddenin 2.fikrasında da sistemin kuruluş ve işleyişinin T.C.Merkez Bankası tarafından çıkarılacak bir yönetmelik ile düzenleneceği öngörülmüştür. Bu madde uyarınca T.C.Merkez Bankası tarafından hazırlanan "Çek Takas Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik (09.06.2018, 30446 RG)" 02.08.2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir (Bozer & Göle, 2018, s. 408). TCMB tarafından hazırlanan bu yönetmelik ile takas odası faaliyetlerinin yürütülmesi işi 02.07.2018 tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde İstanbul Takas ve Saklama A.Ş.'ye (Takasbank) bırakılmıştır (Ülgen, Helvacı, Kaya, & Nomer Ertan, 2019, s. 336).

meydana gelen zarardan da sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir (Ayli, 2019, s. 101; Pulaşlı, 2019, s. 433). *Kendigelen*, çekin ödenmek üzere takasa ibraz edilmesinde de TTK m.812 hükmünde öngörülen özen ve inceleme yükümlülüğünün ortadan kalkmayacağını, muhatabın sorumluluğunun aynı şekilde devam ettiğini belirtmektedir (Kendigelen, 2019, s. 333). Yargıtay ise bazı kararlarında takasa ibraz edilen çeklerde de muhatap bankanın araştırma yükümlülüğünün bulunduğu ve sahte çekin ödenmesinden dolayı uğranılan zarardan muhatap bankanın sorumlu olacağını ifade etmiştir²². Kanaatimizce takasa ibraz edilen çeklerde de muhatap bankanın araştırma yükümlülüğü devam eder, fakat buradaki araştırma yükümlülüğü muhatap bankanın inceleme yapabileceği alanlarla sınırlı olmalıdır. Örneğin çek bedelinin olağanın dışında bir tutar olması veya çekin ilk bakışta sahte olduğunun anlaşılması hâlinde muhatabın ödemedenden kaçınması gerekir. Düzenleyen tarafından muhatap bankaya çek defterinin çalındığı veya kaybolduğuna dair bir bildirim yapılmasına rağmen, sahte çekin ödenmesi hâlinde muhatap uğranılan zarardan sorumlu olacaktır. Fakat düzenleyen bu konuda muhatap bankaya herhangi bir bildirim yapmamış ise, kusuru oranında muhatabın sorumluluğunda indirimle gidilecektir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de 12.12.2016 tarih, 2015-12087/9466 sayılı kararında, düzenleyen ile muhatap bankanın kusur oranlarının tespiti ile, sonucuna göre muhatap bankanın sorumluluğuna gidilmesi gerektiğini belirtmiştir²³.

2. Tahrif Edilmiş Çek

Tahrifat, önceden meydana gelen bir şeyin, sonradan bozulması, silinmesi veya değiştirilmesi ile orijinalinin bozulması yoluyla meydana gelir. Çekte tahrifat ise, düzenleyen tarafından doldurularak tedavüle çıkarılan bir çekteki imza ve beyanların, ilgililerin rızası dışında sonradan değiştirilmesi, silinmesi veya ekleme yapılmasını ifade eder. Düzenleyen tarafından çekte yapılacak sonraki değişiklikler tahrifat sayılmayacağı gibi, tüm ilgililerin rızası alınarak yapılan değişiklik de tahrifat sayılmaz.

TTK m. 812 gereğince tahrif edilmiş bir çekin ödenmesinden dolayı düzenleyenin uğradığı zarardan muhatap banka sorumludur (Tekil, 1997, s. 82). Çekteki tahrifattan muhatabın TTK m.812 kapsamında sorumluluğuna gidilebilmesi için çekin ödenmesi neticesinde meydana gelen zararın düzenleyene ait olması gerekir. Böyle bir zararın söz konusu olması da ancak, çekin henüz lehtara teslim edilmeden evvel düzenleyenin rızası hilafına elinden çıkması hâlinde mümkündür²⁴. Örneğin

²² "...Hemen belirtilmesi gerekir ki; çekin ödenmek üzere, muhatap bankanın çekle işleyen hesabının bulunduğu şubesinden başka bir şubesine ibraz edilmiş olması da muhatabın 6762 sayılı TTK'nın 724. (6102 sayılı TTK'nın 812.) maddesinde öngörülen özen ve inceleme yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır. Aynı durum çekin takas odasına ibrazı olasılığında da geçerlidir. Dolayısıyla sahte veya tahrif edilmiş çekin takas odasına ibraz edilmesi de muhatabın anılan maddeden kaynaklanan sorumluluğunu bertaraf etmeyecektir..." (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2017-131-k-2019-1395-t-19-12-2019>). Erişim Tarihi:20.05.2021

²³<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2015-12087-k-2016-9466-t-12-12-2016>. Erişim Tarihi:18.05.2021.

²⁴ "...Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; dava konusu çek üzerinde keşide tarihinin yıl bölümünün birler basamağında yazılı "4" rakamının mevcut "3" rakamına dönüştürüldüğü, çekin keşide tarihinde yapılan değişiklikle ilgili bölümün altında atılı bulunan düzeltme imzasının keşideci olan davacı ...'in eli ürünü olmadığını tespit edildiği, ancak keşideci olan davacunun çeki lehtara teslim ettiği, çek keşideci tarafından lehdara teslim edildikten sonra çek çalınır veya kaybolur ise artık keşidecinin lehdara karşı temel ilişkiden dolayı ödemedede bulunması söz konusu olmadıkça zarara uğraması imkanının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve 6762 sayılı TTK'nın 724. maddesi gereğince muhatap bankanın sorumlu olması için sahte bir çekin keşideci hesabından ödenmesi gerekmesine, dava konusu çekin ise davacı

çek lehtara teslim edilmeden önce çekin çalınması veya kaybolması hâlinde, çeki ele geçiren kişi, lehtarın ismini değiştirerek veya lehtarın adının yanına “veya hamiline” ibaresi ekleyerek çek bedelini tahsil edebilir. Bu halde çek lehtara teslim edilmediğinden, lehtar ile düzenleyen arasındaki temel ilişkiden kaynaklanan borç ifa edilmemiş olacaktır. Dolayısı ile lehtar temel ilişkiden kaynaklı alacağını sözleşme hükümlerine göre düzenleyenden talep edebilecektir. Düzenleyenin muhatap nezdindeki çek hesabından hamile ödenen çek bedeli yanında, bir de temel ilişkiye dayalı olarak lehtara aynı tutar ödendiğinden iki kez ödeme yapan düzenleyenin zararı söz konusu olacaktır. Bu zarar sonucunda da, tahrif edilmiş çeki ödeyen muhatap bankanın, düzenleyene karşı TTK m. 812 kapsamında sorumluluğu doğar. Fakat lehtara teslim edildikten sonra, lehtar isminde yapılan tahrifatta düzenleyenin bir zararı olmayacağından (lehtar bu durumda alt ilişkiye dayanarak çek bedelini düzenleyenden talep edemez, zira düzenleyen çeki lehtara teslim ederek temel ilişkideki borcunu ifa etmiştir) muhatap bankanın da sorumluluğu söz konusu olmayacaktır (Ayli, 2019, s. 104; Korkut, 2019, s. 152; Tekil, 1997, s. 82).

Çekte tahrifatın bir diğer şekli olarak çek bedelinde yapılan tahrifat ise, çeki kötüniyetle ele geçiren kişi tarafından veya yetkili hamil tarafından yapılabilir. Tahrifat çek bedelini gösteren rakamda veya yazı hanesinde olabileceği gibi, para biriminin değiştirilmesi şeklinde de gerçekleştirilebilir. Böylece keşidecinin hesabından daha yüksek bir miktar para çekilmiş olur. Bu şekilde tahrif edilmiş çeki ödeyen muhatap banka TTK m. 812 kapsamında kusursuz sorumlu olacaktır. Muhatap banka çek bedelini öderken tüm özen ve dikkati gösterdiğini ispat etse dahi düzenleyenin uğradığı zarardan (her iki bedel arasındaki fark düzenleyenin zararı olarak kabul edilmelidir. Çünkü tahrifattan önceki bedel zaten düzenleyen tarafından ödenmesi gereken meblağ olduğundan muhatap banka ancak tahrifat ile fazla ödenen tutardan sorumlu olacaktır) sorumludur. Fakat burada da düzenleyene atfedilecek bir kusur olması hâlinde (örneğin rakamla yazılı çek bedelinin önü veya arkasında boşluk bırakılarak tutarın önüne veya arkasına eklemeye yapılmasına sebep olmak gibi), düzenleyenin kusuru oranında muhatapın sorumluluğunda indirimde gidilecektir (Kendigelen, 2019, s. 331)²⁵.

Tahrifat düzenleme tarihi veya düzenleme yerinde de yapılabilir. Zira kanunda belirtilen ibraz sürelerinin hesaplanmasında düzenleme tarihi ve düzenleme yeri dikkate alınmaktadır. Bu süreler geçirildiği takdirde çekin tahsil edilme imkânı zorlaşır. Hamil, ibraz süresini geçirdiği bir çekte, düzenleme tarihini veya düzenleme yerini değiştirerek ibraz süresinin geçmediği izlenimini vermeyi amaçlayabilir. TTK m. 812 kapsamında tahrif edilmiş bir çekin muhatap banka tarafından

tarafından keşide edilmesine göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir...” (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2015-9876-k-2015-11669-t-9-11-2015>) Erişim Tarihi:20.05.2021.

²⁵ “...Bununla birlikte zararın doğumuna yol açan sahtelik veya tahrifata ilişkin olarak keşidecinin kusurunun bulunması hâlinde ise muhatapın sorumluluğu bu kusurun ağırlığı ölçüsünde tamamen kalkabilecektir. Başka bir deyişle muhatapın sorumluluktan kurtulabilmesinin tek yolu zarar gören keşidecinin kusurlu olduğunu ispat etmesidir. 6762 sayılı TTK'nın 724. (6102 sayılı TTK'nın 812.) maddesinde keşidecinin kusurlu davranışına örnek olarak, kendisine bırakılan çek defterini iyi saklamaması gösterilmektedir. Anılan maddeden de açıkça anlaşılacağı üzere keşidecinin çek defterini iyi saklamaması, keşideciye yüklenebilecek kusurlardan sadece birisidir. Aynı şekilde çek defterini ya da bazı boş yaprakları kaybeden hesap sahibinin zamanında muhatapı durumdan haberdar etmemesi veya çek yaprağını tahrifata elverişli bir şekilde doldurulması da keşidecinin kusurlu davranışına örnek oluşturur. Zarar gören keşidecinin kusuru muhatapın sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmıyor ise 818 sayılı BK'nın 44. (6098 sayılı TBK'nın 52.) maddesi gereğince zarar görenin müterafik (ortak) kusuru oranında tazminattan indirim yoluna gidilecektir...” (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2017-131-k-2019-1395-t-19-12-2019>). Erişim Tarihi:18.05.2021.

ödenmesinde muhatabın sorumluluğunun tespiti bakımından, düzenleyenin gerçek ibraz süresi sonunda cayma hakkını kullanıp kullanmadığına göre bankanın sorumluluğuna gidilmelidir.

Çekten cayma beyanı, düzenleyen ile muhatap banka arasındaki çek anlaşması çerçevesinde muhataba verilen ödeme yetkisinin geri alınmasıdır. Düzenleyenin çekten cayma beyanını muhataba iletmesi ile birlikte, muhatabın ödeme yetkisi ibraz süresinden sonra sona erecektir. TTK m. 799/1 uyarınca düzenleyenin cayma beyanı ancak ibraz süresi geçtikten sonra hüküm ifade edecektir. İbrahim süresi geçtikten sonra, düzenleyen çekten caymamış ise, muhatap çek bedelini ödeyip ödememe konusunda serbesttir (TTK m. 799/2). Doktrindeki çoğunluk görüşüne göre, cayma hakkının kullanılmaması hâlinde ibraz süresi geçmiş çekte, muhatabın ödeme serbestisi olması nedeniyle, düzenleme tarihi veya düzenleme yerinde tahrifat yapılarak ibraz süresinin geçmediği izlenimi verilen çekin ödenmesinden de muhatabın sorumlu tutulmaması gerekir (Tekil, 1997, s. 83; İnan, 1981, s. 124; Kendigelen, 2019, s. 329; Reisoğlu, 2011, s. 310-311). Kanaatimizce, ibraz süresi geçmesine rağmen çekten cayma hakkı kullanılmamış olsa dahi, muhatabın çek anlaşması gereğince düzenleyene karşı inceleme ve araştırma yükümlülüğü devam etmektedir. Bu halde muhatabın TTK m.812 kapsamında sorumluluğuna gidilemeye de, düzenleyen tarafından, TBK m.112 vd. uyarınca muhatabın sorumluluğuna gidilebilmelidir. Düzenleyenin gerçek ibraz süresi bitiminden sonra muhatap bankaya cayma beyanını iletmediği, muhatabın ise tahrif edilmiş çekteki tarihe bakarak, ibraz süresi içinde yapılan cayma beyanının geçerli olmadığını düşünerek ödeme yaptığı durumlarda ise; uğranılan zarardan dolayı TTK m.812 gereğince muhatabın sorumluluğu söz konusu olur (Kendigelen, 2019, s. 329; Tekil, 1997, s. 83). Zira düzenleyenin cayma beyanı olmasına rağmen, ibraz süresi geçtikten sonra çeki ödeyen banka, düzenleyene karşı sorumludur. Muhatabın, özellikle cayma beyanı olan çeklerin ibrazında, düzenleyen ile irtibata geçerek, çekin ödeme için ibraz edildiğini düzenleyene iletmesi ve böylece düzenleme yeri veya düzenleme tarihinde tahrifat yapıp yapılmadığını ayrıntılı olarak araştırması, kendi sorumluluğunun da önlenmesi bakımından uygun bir davranış olacaktır.

Çizgili çekteki çizgilerin veya “hesaben ödeme” kaydının silinmesi hâlinde de, bu tahrifatı fark etmeden ödeme yapan muhatap banka, düzenleyenin uğradığı zarardan sorumlu olur (Ayli, 2019, s. 107).

TTK m. 812’de muhatap bankanın sahte veya tahrif edilmiş çekin ödenmesinden dolayı düzenleyenin uğradığı zarardan muhatap banka sorumlu tutulmuş ancak düzenleyenin çek defterini iyi saklamamak gibi kendisine atfedilecek bir kusuru olması hâlinde, muhatabın sorumluluğunun kusur oranına göre belirleneceği belirtilmiştir. Öte yandan sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemediği için muhatap banka sadece düzenleyene karşı sorumlu değildir. Düzenleyen yanında lehtar veya hamil de sahte ve tahrif edilmiş bir çekin ödenmesinden dolayı uğradığı zarar için, haksız fiil hükümlerine dayanarak muhatap bankanın sorumluluğuna gidebilir (Ayli, 2019, s. 110).

Düzenleyen ile muhatap banka arasında imzalanan çek anlaşmasında, taraflar muhatabın TTK m. 812'deki sahte ve tahrif edilmiş çekten dolayı sorumluluğunun olmayacağını kararlaştırabilirler (Kendigelen, 2019, s. 334). TTK m. 812 emredici bir hüküm değildir. Fakat TBK'nın 115. maddesinde ;“*Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. [...] Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*” denilmektedir. TBK'da yer alan düzenleme uyarınca muhatap banka ile düzenleyen arasında bankanın ağır veya hafif kusurundan dolayı sorumlu olmayacağına dair yapılan anlaşmalar geçersiz sayılacaktır²⁶. Başka bir ifadeyle çek sözleşmesinde veya taahhütnamesinde muhatabın ağır kusurlu olarak sahte ve tahrif edilmiş çeki ödemesinden dolayı sorumlu olmayacağına dair kayıt yer alsa dahi, TBK m.115 uyarınca muhatap böyle bir çekin ödemesinden dolayı sorumluluktan kurtulamayacaktır. Hafif kusur bakımından ise, bankalar TBK m.115/3'te belirtildiği üzere, Hükümetçe imtiyaz suretiyle verilen bir işi yapan müesseseler olduğundan, muhatap bankanın hafif kusurundan sorumlu olmayacağına yönelik çek sözleşmesine koyacağı sorumsuzluk kaydının da, TBK m.115/1 ve 3 fıkraları ile TBK m.116/3 uyarınca geçerliliği olmayacaktır (Ayli, 2019, s. 121; Kendigelen, 2019, s. 335; İnan, 1981, s. 142)²⁷.

G. Çekle İlgili Mahkeme Kararı Olup Olmadığını Araştırma Yükümlülüğü

Muhataap banka ibraz edilen çek hakkında ödenmesini engelleyecek bir ihtiyati tedbir kararı olup olmadığını araştırmak zorundadır. Tedbir kararı çekin kaybolması veya çalınması hâlinde açılacak bir çek iptal davasında verilebileceği gibi, menfi tespit davası nedeniyle de verilen bir ihtiyati tedbir kararı olabilir. Bu durumlarda banka çekin karşılığı olsa dahi, hamile ödeme yapmayacak, ödememe sebebinin çekin arkasına şerh düşecektir. Banka çeki yazacağı ödememe sebebinde çekin ibraz tarihini ve hesapta karşılığın olup olmadığını da yazmak durumundadır. Meşru hamil çekin süresinde ibraz edildiğini ancak bu şekilde ispat edebilecektir. Tedbir kararı çekin süresinde ibraz edilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmaz (Reisoğlu, 2011, s. 271).

Düzenleyen, lehtara karşı çekin düzenlenmesine esas teşkil eden temel ilişkideki alacağın doğmadığından bahisle, menfi tespit davası açarak mahkemeden çekin ödenmemesi için ihtiyati

²⁶ “...Sonuç olarak sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmiş olması durumunda keşidecinin uğrayacağı zararı 6762 sayılı TTK'nın 724. (6102 sayılı TTK'nın 812.) maddesi gereğince muhatap bankanın tazmin etmesi zorunludur. Muhatabın anılan madde kapsamındaki sorumluluğu objektif bir sorumluluk olup, muhatap, bir kusuru bulunmasa dahi, sahte ve tahrif edilmiş bir çeki ödemiş olmaktan kaynaklanan zarara genel olarak katlanmak zorundadır. Başka bir deyişle muhatap sadece kusursuzluğunu ispat etse dahi bu sorumluluktan kurtulamayacaktır. 6762 sayılı TTK'nın 724. (6102 sayılı TTK'nın 812.) maddesi emredici nitelikte olmadığından taraflar arasındaki çek sözleşmelerine muhatap tarafından konulan sorumsuzluk kayıtları; yukarıda bahsedildiği üzere 818 sayılı BK'nın 99/2. ve 100/3. (6098 sayılı TBK'nın 115/3. ve 116/3.) maddeleri gereğince geçersiz olacaktır...” (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2017-131-k-2019-1395-t-19-12-2019>). Erişim Tarihi:18.05.2021.

²⁷ “...para üzerinde işlem gören ve tacir olmaları itibariyle tedbirli bir iş adamı gibi hareket etmek durumunda olan bankaların kasıt ve ağır kusurları halinde sorumlu olmayacaklarına dair müşterileri ile yaptıkları sözleşmelerde koyulan kayıtlar geçersiz olduğu gibi, kendi uğraşlarında özenle davranmaları beklenen bu gibi ticaret ortaklıklarının hafif kusurdan doğacak sorumluluktan kurtulmalarını önceden belirleyen hükümlerin dahi BK'nın 99. maddesi gereğince geçersiz sayılması icap eder. Çünkü banka işlemleri özel kanunlar ile düzenlenmiş ve kuruluşları Bakanlar Kurulu'nun iznine bağlı tutulmuştur. Gördükleri işler ise, yasal anlamı ile imtiyazdır...” 11.HD., 08.03.1977, E.866, K.1033 (YKD., 1978, S.8, s.1327 vd.); “...Türkiye'de bankalar Hükümetçe imtiyaz suretiyle verilen bir işi yapan müesseselerdir. O halde bankalar BK'nın 99/II. maddesine tâbi kuruluşlardır...” HGK., 15.06.1994, E.11-178, K.398. (YKD, 1995, S.4, s.530 vd.).

tedbir kararı talep edebilir. Mahkemenin bu durumda ancak lehtar tarafından çekin ibraz edilmesine yönelik tedbir kararı vermesi gerekir (Reisoğlu, 2011, s. 270). Zira lehtarın çeki ciro etmesi hâlinde meşru hamile karşı düzenleyen temel ilişkideki def'ileri ileri süremez. Mahkeme kararında sadece davanın tarafları açısından bir tedbir kararı verilmeyerek genel olarak çekin ibrazında ödenmemesine yönelik tedbir kararı verilmesi, muhatabın meşru hamile de ödeme yapmasına engel olacaktır (Korkut, 2019, s. 109). Verilen tedbir kararında “çekin ibrazı hâlinde ödenmemesi” belirtilmiş ise, muhatap banka yasal zorunluluk tutarını da ödemeyecektir (Reisoğlu, 2011, s. 270). Fakat sadece “hesaptan ödenmemesi” şeklinde bir tedbir kararı verilmiş ise, bu kez banka yasal sorumluluk tutarını hamile ödemelidir (Reisoğlu, 2011, s. 270).

Tedbir kararı sebebi ile karşılığı olan bir çekin ödenmemesi hâlinde muhatabın çek bedelini blokeye alarak, tedbir kalktıktan sonra başvuran hamile ödeme yapması gerekir (Reisoğlu, 2011, s. 272). Muhatabın çekin ibrazında sadece tedbir kararının bulunduğu belirterek hesapta karşılık olup olmadığını ayrıca yazmaması hâlinde, çeki düşülen şerh karşılığın olduğu anlamına gelmeyecek, hamil bu durumda çek karşılıksızmış gibi hukuki haklarını kullanabilecektir (Reisoğlu, 2011, s. 273).

Çekle işleyen hesap üzerine, muhatap banka veya üçüncü kişi lehine rehin tesis edilmiş olması veya yine hesap sahibinin borcu sebebiyle çek hesabına üçüncü kişilerce haciz konulması hâlinde de, muhatap banka hesapta karşılık olup olmadığını ve ödememe sebebini çeki şerh düşecektir. Çek hesabına çek defterinin verilmesinden evvel rehin veya haciz konulmuş ise, muhatap banka buna rağmen çek defteri vermesinden dolayı hamile karşı sorumlu olmalıdır. Uygulamada, banka ve müşterisi arasında imzalanan kredi sözleşmeleri ile, müşterinin bankada olan tüm hak, alacak ve mevduatlarının doğmuş ve doğacak tüm borçlarının teminatı olarak bankaya rehnedildiği görülmektedir. Muhatap banka kredi sözleşmesindeki bu hükümler gereğince, çek hesabındaki karşılığın kendisine rehinli olduğunu belirterek ödemedi kaçınırsa, hamile ve keşideciye karşı sorumlu olmalıdır. Özsoy, bankanın söz konusu hesap üzerine çek defteri vermekle yahut çek hesabı olduğunu bildiği bir hesap üzerinde rehin tesis etmekle MK 961/2 kapsamındaki rızasını açıkladığının kabul edilmesi gerektiğini ve diğer şartların da varlığı hâlinde bankanın çek bedelini ödemekle yükümlü olduğunu savunmaktadır (Özsoy, 2020, s. 96). Ayrıca belirtmek gerekir ki, hesaptaki rehin veya haciz muhatap bankanın yasal sorumluluk tutarını ödemesine engel değildir (Bozer & Göle, 2018, s. 442; Kendigelen, 2019, s. 304)²⁸.

Son olarak, son dönemlerde oldukça sık karşılaşılan konkordato davalarında, çeklerde karşılıksız işlemi yapılmasının engellenmesine veya hesapların konkordato komiserliği denetiminde kullanılmasına yönelik tedbir kararları verildiği görülmektedir. Tedbir kararı ile çekte karşılıksız işlemi yapılması engellenmiş ise, muhatap bankanın, mahkeme tedbir kararı gereğince işlem yapılamadığı hususunu, ibraz tarihi ve hesap bakiyesi belirterek çeki şerh düşmesi gerekir. Tedbir

²⁸ Yargıtay 11. HD 15.03.2017, E. 2016/1304, K. 2017/1532 sayılı kararında çekin karşılıksızlık dışında, rehin, haciz, tedbir gibi sebeplerle ödenmemesi hâlinde, bankanın da asgari ödeme yükümlülüğünün doğmayacağı belirtilmiştir. (Karar metni için bkz. Lexpera).

kararının kalkması hâlinde hamil, çek karşılıksız işlemi görmüş gibi, kambiyo hukukundan kaynaklanan haklarını kullanabilecektir. Hesapların konkordato komiseri denetiminde kullanılmasına yönelik tedbir kararında ise muhatap banka konkordato komiserliğinden onay alarak hamile ödeme yapmalıdır. Kanaatimizce konkordato davalarında verilen tedbir kararları da muhatap bankanın sorumluluk tutarını ödemesine engel değildir. Fakat bu konuda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. *Bozer/Göle* hesapta mahkeme tarafından verilen bir ihtiyati tedbir kararı olması hâlinde, tedbirin mahiyetine bakılmaksızın bankanın asgari ödeme zorunluluğunun da olmadığını ileri sürmektedir (Bozer & Göle, 2018, s. 444). *Kırca ve Özsoy* ise, düzenleyenin ödeme gücü ile ilgili verilen tedbir kararlarında (örneğin konkordato talebi hâlinde) bankanın sorumluluğunun devam etmesi gerektiğini, fakat düzenleyenin ödeme gücü ile ilgili olmayan, menfi tespit ve çek iptali gibi davalar sebebi ile verilen tedbir kararlarında ise bankanın asgari ödeme sorumluluğunun ortadan kalkacağını savunmaktadır (Özsoy, 2020, s. 105-107; Kırca, 2018, s. 29-30).

H. Düzenleyenin Çekten Cayma Beyanı Olup Olmadığını Araştırma Yükümlülüğü

Çek, düzenleyen tarafından muhatap bankaya, çekle işleyen hesabında bulunan karşılığın hamile ödenmesine yönelik verdiği bir havale talimatıdır. Çekten cayma ise düzenleyenin bu talimatını geri çekmesi ve muhatap bankaya verdiği ödeme yetkisini geri alması anlamına gelir. Düzenleyenin çekten cayma beyanı ancak ibraz süresi geçtikten sonra hüküm ifade eder. (TTK m. 799/1) Cayma beyanı herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Muhatap bankaya beyanın iletilmesi ile bu hak kullanılmış olur. Düzenleyenin çekten cayması için ibraz sürelerinin geçmesini beklemesine gerek yoktur. İbraz süresi içinde açıklanan cayma beyanı da ibraz süresi geçtikten sonra etkili olacaktır (Korkut, 2019, s. 116). İbraz süresi içinde veya süre dolmadan düzenleyen cayma beyanını muhatap bankaya açıklamış ise, ibraz süresi geçtikten sonra muhatapın çeki ödememesi gerekir. Aksi halde cayma beyanına rağmen, ibraz süresi geçtikten sonra çeki ödeyen muhatap banka düzenleyene karşı sorumlu olacaktır. Düzenleyen çekten cayma talimatı vermemiş ise, ibraz süresi geçtikten sonra çek bedelini ödeyip ödememekte muhatap bankanın takdir hakkı vardır. Muhatapın cayma talimatı olmayan çek bedelini ne zamana kadar ödeyebileceği hususunda kanunda bir düzenleme yer almamaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre , burada süre sınırını çekin zamanaşımı süresi olan üç yıllı sınırlı tutmak isabetli olacaktır (Bozer & Göle, 2018, s. 363; Reisoğlu, 2011, s. 267)²⁹.

²⁹ Aksi görüşte olan *Öztan ve Kınacıoğlu* bu ödemenin TBK'da öngörülen on yıllık zamanaşımı süresi içinde yapılması gerektiğini belirtmektedir (Öztan, 2019, s. 312; Kınacıoğlu, 1999, s. 285). *Kendigelen* ise düzenleyen tarafından muhatap bankaya verilen ödeme yetkisinin herhangi bir zamanaşımına tâbi olmaması gerektiğini savunmaktadır (Kendigelen, 2019, s. 347). Bkz. aynı görüşte (Narbay, 1995, s. 77).

SONUÇ

Hukuki niteliği itibariyle çek, kıymetli evrak niteliğinde olup, poliçe gibi bir havaledir. Çek kanunen emre yazılı bir senettir. Türk Ticaret Kanunu m. 780/1-b’de çekin “*kayıtsız şartsız belirli bir bedelin ödenmesi için havaleyi*” içermesi gerektiği belirtilmiştir.

Çekte üç taraf bulunur. Bunlar düzenleyen, lehtar ve muhataptır. Bu üçlü ilişkideki düzenleyen (keşideci), çekle işleyen hesabın bulunduğu bankayı (muhatapı), lehine çek düzenlenen lehtara ya da çeki ondan usulüne uygun olarak devralan ve çek alacaklısı konumuna geçen meşru hamile, kendi hesabından çek tutarını, kayıtsız ve şartsız muhatap bankadan tahsil etme yetkisi vermektedir. Bu yetkinin kanunda da belirtildiği gibi hiçbir kayıt ve şarta bağlanmaması gerekir.

Çek poliçe ve bonodan farklı olarak, kredi aracı olarak değil ödeme aracı olarak kullanılır. Bu nedenle çekte vade olmadığı gibi, çekin bir borcun ifası için verildiği kabul edilir. Senedin çek vasfında olabilmesi için, TTK 780 ve 781. maddelerdeki zorunlu unsurlara uygun olması gerekir. Ayrıca ÇekK ikinci maddesinin beşinci fıkrasında çek karnelerinin ancak bankalar tarafından bastırılabilceği öngörülmüştür.

TTK m. 782/1’de “Türkiye’de ödenecek çeklerde muhatap ancak bir banka olabilir” denilmektedir. TTK m782/2’de “Diğer bir kişi üzerine düzenlenen çek yalnız havale hükmündedir” denilerek, muhatapın banka olmaması hâlinde çekin, çek vasfını yitirerek havale hükmünde sayılacağı belirtilmiştir.

TTK m. 783’te, çek bedelinin ibrazda ödenebilmesi için, muhatap banka nezdinde düzenleyenin tasarrufta bulunabileceği bir karşılığın bulunması gerektiği düzenlenmiştir. Kanun koyucu muhatap kambiyo ilişkisi dışında tutmuş ve bu nedenle muhataba kabul yasağı getirmiştir. Çek bedelinin ödenmemesinden dolayı hamil veya lehtar muhataba karşı kambiyo hukukuna dayalı olarak talepte bulunamaz.

Çek düzenlenebilmesi için, muhatap banka ile düzenleyen arasında açık veya zımnî bir çek anlaşması olması gerekir. Çek anlaşması; tarafları, aktif çek ehliyetine sahip düzenleyen ile pasif çek ehliyetine sahip muhatap banka olan, düzenleyen tarafından muhatap banka üzerine çekilecek çeklerin, düzenleyenin banka nezdindeki hesabında yer alan karşılıktan ödeyeceğini taahhüt ettiği sözleşmedir. Bu anlaşmanın geçerliliği herhangi bir şekil şartına tabi değildir.

Bankalar ÇekK ile kendilerine verilen görev ve yükümlülükleri yerine getirirken gerekli basiret ve özeni göstermekle mükelleftir.

TTK’da ve ÇekK’da çekin güvenilirliğinin sağlanması, sahte veya karşılıksız çekin engellenmesi, kayıt dışı ekonominin önüne geçilmesi ve çek hamillerinin korunmasını sağlamak gibi çeşitli nedenlerle bankalara yükümlülükler getirilmiş ve bu yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirilmemesi hâlinde, düzenleyen, lehtar veya hamile karşı muhatapın sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

Çalışmamızda açıklanan çeşitli nedenlerle, ödenmemesi gereken bir çekin muhatap banka tarafından ödenmesi hâlinde, düzenleyen uğradığı zararı muhataptan tazmin edebilecektir. TTK. m. 812’de düzenlenen sorumluluk hâli ise kusursuz sorumluluk olup, banka gereken tüm dikkat ve özeni göstermesine rağmen çekin sahte veya tahrif edilmiş olduğunu fark etmeyerek ödeme yapmış ise, düzenleyenin uğradığı zarardan sorumlu olacaktır.

Muhatap, ödeme için ibraz edilen çekin zorunlu unsurlarının olup olmadığını, çekin geçerli olup olmadığını incelemek zorundadır. Bunun yanı sıra sahte veya tahrif edilmiş çekin ödenmesinden dolayı sorumluluk muhataba ait olacağından, ibraz edilen çekin sahte veya tahrif edilmiş olup olmadığını da kontrol etmesi, devir şekline göre çeki ibraz eden kişinin meşru hamil olup olmadığını tespit etmesi, çekin süresinde ibraz edilip edilmediğini, süresinde ibraz edilmeyen bir çekte düzenleyenin cayma beyanı olup olmadığını araştırması ve çek hesabında tedbir, haciz veya rehin gibi ödeme engeli olup olmadığını da inceleyerek ödeme yapması gerekir.

Son yıllarda teknolojik gelişmelere bağlı olarak elektronik ticaretin yaygınlaşması e-ödeme sistemlerinde de yeni öneri ve düzenlemeleri beraberinde getirmiştir. Kağıt çek ile yapılan ödemelerde yaşanan olumsuz durumların önüne geçilmesi amacıyla, mevzuatta elektronik çekle ilgili düzenlemeler yapılması gündeme gelmiştir. E-çek, kâğıt yerine elektronik dokümanların, açık elle atılan ıslak imzaların yerine de anahtar kriptolu imzaların yer alması şeklinde düzenlenir. E-çek, kağıt çekin dezavantajlarını ortadan kaldıran, daha hızlı ve daha güvenilir bir ödeme aracıdır. Mevzuatta yapılacak değişiklikler ile e-çek kullanımının yaygınlaşması, muhatapın hatalı ödemelerini azaltabileceği gibi, sistemsel alt yapı hazırlanarak dolandırıcılık riskleri de azaltılabilecektir.

KAYNAKÇA

- Ayli, A. (2019). *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Ayli, A., & Yardımcıoğlu, D. (2015). Çekte Düzenleme Tarihi ve Önemi. *DEÜHFD*, 16(Özel Sayı 2014), 3195-3239.
- Bahtiyar, M. (2019). *Kıymetli Evrak Hukuku*. Ankara: Beta Yayınları.
- Bilgili, F. (2008). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Bonoda "Ciro Edilemez" Kaydına İlişkin 2007/202 No'lu Kararı Üzerine Bir Değerlendirme. *TBB(78)*, 29-36.
- Bozer, A., & Göle, C. (2017). *Ticari İşletme Hukuku* (4. b.). Ankara.
- Bozer, A., & Göle, C. (2018). *Kıymetli Evrak Hukuku* (8. b.). Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Can, M. (2015). *Kıymetli Evrak Hukuku* (3. b.). Ankara.
- Çamoğlu, E. (2019). Kambiyo Senetlerinde Borçlunun Defileri (Savunmaları). *BATIDER*, 35(3), 5-38.
- Çöl, H. C. (2004). İleri Tarihli Çeke İlişkin Sorunlar. *AÜHFD*, 53(1-4), 195-220.
- Doğanay, İ. (2004). *Türk Ticaret Kanunu Şerhi* (4. b.). İstanbul: Beta Yayınları.
- Domaniç, H. (1990). *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi C.IV*. İstanbul.
- Gençtürk, M. (2011). Çek Kanununda Düzenlenen Yeni Sisteme Göre İleri Tarihli Çekler Üzerine Bir Değerlendirme. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XV(1-2), 120-159.
- Göle, C. (1989). *Çek Hukuku*. Ankara.
- İmregün, O. (2003). *Kıymetli Evrak Hukuku*. İstanbul.
- İnan, N. (1981). *Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk*. Ankara.
- Kalpsüz, T. (1984). Yargıtay 11.Hukuk Dairesinin Çeke İlişkin Kararları, Tartışmalar, I.Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu. Ankara.
- Kalpsüz, T., Erem, F., & Çelebican, G. (1974). *İktisadi ve Hukuki Yönden Çek* (2. b.). Ankara.
- Karayağcın, Y. (1970). *Ticaret Hukuku Dersleri. III.Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)* (4. b.). Ankara.
- Kayar, İ. (2005). *Kıymetli Evrak Hukuku*. Ankara.
- Kendigelen, A. (2019). *Çek Hukuku*. İstanbul: Onikilevha Yayınları.
- Kendigelen, A., & Kırca, İ. (2020). *Kıymetli Evrak Hukuku Genel Esaslar Kambiyo Senetleri* (2 b.). İstanbul: Onikilevha Yayınları.
- Kınacıoğlu, N. (1999). *Kıymetli Evrak Hukuku* (5. b.). Ankara.
- Kırca, İ. (2018). Çek Hesabında Bulunan Paranın Haciz, Rehin veya İhtiyati Tedbir Sebebiyle Ödenemediği Hallerde Banka Kanunen Sorumlu Olduğu Tutarı Ödemekle Yükümlü Müdür? (Yargıtay 11. HD'nin 15.03.2017 Tarih ve E.2016/1304, k. 2017/1532 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi. *BATIDER*, 34(2), 23-32.
- Korkut, Ö. (2019). *Çekte Muhatab Bankanın Araştırma-Bildirim Yükümlülüğü ve Hukuki Sorumluluğu*. Adana: Karahan Kitabevi.
- Naneli, Ö. (2018). Türk Hukukunda Mevduat Üzerine Çek Keşide Edilmesi. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*(12), 537-562.
- Narbay, Ş. (1995). *Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı*. İstanbul.
- Narbay, Ş. (2003). Çekte İbraz Sürelerinin Belirlenmesinde Ölçü Alınan "Yer" Kavramına "De Lege Lata" ve "De Lege Ferenda" Çözüm Önerileri. *Bilgi Toplumunda Hukuk*, I, 793-821.


- Narbay, Ş. (2010, Mart). 5941 Sayılı Çek Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Bunların Değerlendirilmesi. *Terazi Hukuk Dergisi*, 65-97.
- Narbay, Ş., & Güney, Z. (2017). 6728 Sayılı Kanunun Çeke İlişkin Hükümlerinin "Çekte Şekil Şartları" Bakımından Değerlendirilmesi. *Terazi Hukuk Dergisi*, 12(126), 42-61.
- Oğuz, S. (2014, Eylül). Zayi Edilen Boş Çek Yapraklarının Mahkeme Trafından İptaline Karar Verilip Verilemeyeceği Üzerine Bazı Düşünceler. *Bankacılar Dergisi*(90), 33-50.
- Özkan, Ö., & Güner, E. (2012). Çekin Tedavüle Sunulması ve Devri. *Akademik Bakış Dergisi*(32), 1-21.
- Özsoy, A. (2020). *Muhatabın Çek Kanunu'na Dayalı Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul: Onikilevha Yayınları.
- Özcan, F. (1997). *Kıymetli Evrak Hukuku* (2. b.). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Özcan, F. (2019). *Kıymetli Evrak Hukuku* (23 b.). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Poroy, R., & Tekinalp, Ü. (2019). *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Pulaşlı, H. (2019). *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Reisoğlu, S. (2011). *Çek Hukuku*. Ankara.
- Tekil, M. (1997). *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Türcan, M. (2018). Yargıtay Kararları Işığında Çekte Muhatap Bankanın Hukuki, Sorumluluğu. Gaziantep.
- Ülgen, H., Helvacı, M., Kaya, A., & Nomer Ertan, N. (2019). *Kıymetli Evrak Hukuku* (12 b.). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Yıldırım, A. H. (2014). Çek Cezası (TTK 783/3). *DEÜHFD*, 6, 3449-3506.
- Yıldırım, A. H. (2017). Türk Hukuku'nda Vadeli Çek (İleri Tarihli Çek) ve Bunun Doğurduğu Sonuçlara İlişkin Bazı Tespitler. *Gazi Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi*, XXI(4), 91-119.

Geliş Tarihi:
10.08.2021
Kabul Tarihi:
25.08.2021
Yayımlanma Tarihi:
30.09.2021

Kaynakça Gösterimi: Yalçınkaya, N. M. (2021). Türkiye'de kıyı alanlarında yaşanan sorunlar çerçevesinde hukuki süreçlerin incelenmesi. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 20(41), 924-950. doi: 10.46928/iticusbe.980906

TÜRKİYE'DE KIYI ALANLARINDA YAŞANAN SORUNLAR ÇERÇEVESİNDE HUKUKİ SÜREÇLERİN İNCELENMESİ

Araştırma

Nermin Merve Yalçınkaya 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

Çukurova Üniversitesi

nbaykan@cu.edu.tr

Nermin Merve Yalçınkaya, Stratejik Çevresel Değerlendirmenin Türkiye’de yasal uygulama süreci ile ilgili doktora çalışmasını 2019 yılında tamamlamıştır. Temel çalışma alanları arasında Peyzaj Planlama, ÇED, SÇD ve Çevre Hukuku yer almaktadır. Çalışma alanlarıyla ilgili ulusal ve uluslararası projelerde görev almış ve araştırmalar yapmıştır.

TÜRKİYE'DE KIYI ALANLARINDA YAŞANAN SORUNLAR ÇERÇEVESİNDE HUKUKİ SÜREÇLERİN İNCELENMESİ

Nermin Merve Yalçınkaya
nbaykan@cu.edu.tr

ÖZET

Amaç: Bu çalışmanın amacı, Türkiye’de kıyı alanları ile ilgili yürütülen hukuki süreçlerin gerekçeleri, kapsamı ve işleyişine yönelik bir araştırma yürütmektir.

Yöntem: Türkiye’de kıyı alanlarında çevresel dinamikler, mülkiyet sorunu vb. konulara ilişkin gözlenen sorunlar ve yürütülen dava süreçleri, Anayasa Mahkemesi (AYM), Yargıtay Hukuk Daireleri, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) başta olmak üzere ilgili mahkeme dosyaları ve Sayıştay raporları incelenerek tespit edilmiştir. Hukuki süreçler, neden-sonuç ilişkisi gözetilerek değerlendirilmiştir.

Bulgular: Yaklaşık 8.000 km’lik kıyı şeridinde sahip Türkiye’de ülke nüfusunun yaklaşık %60’ına yakını kıyı illerinde yaşamaktadır. Bu nedenle, kıyı alanları sahip olduğu doğal kaynak rezervlerinin yanı sıra, kültürel tabanlı farklı faaliyetler için de yoğun olarak tercih edilmektedir. Kıyı alanlarının etkin ve etkili kullanılmasına dair karar verme süreçleri büyük bir önem arz etmekte; bu süreçlerin altyapısını ise hukuk kuralları, planlama çalışmaları ve geleceğe yönelik dengeli ve uyumlu politikalar oluşturmaktadır. Nitelikli ve çok boyutlu bir çerçevede yönetilmesi gereken kıyı alanlarına ilişkin yaşanan sorunlara yönelik farklı çözüm yollarına başvurulmaktadır. Özel-tüzel kişiler, farklı kamu kurumları, Sivil Toplum Kuruluşları (STK) vb. tarafından farklı gerekçeler ile hukuki süreçler başlatılmakta ve yasal çerçevede çözüm yolları aranmaktadır. Çalışmada, kıyı alanlarındaki uygulamalardan kaynaklanan hukuki sorunların başında mülkiyet hakkı ve çevre hukuku merkezli ihlaller olduğu, bu durumun ise gerek bireysel olarak tapu maliklerine gerekse kıyı alanında yaşayan kent sakinleri ve STK gibi menfaat gruplarına olumsuz olarak yansdığı görülmüştür. Bunun yanı sıra, kıyı alanlarına yönelik yetkinin tek elde toplanmaması ve ortak kıyı mevzuatının bulunmaması da öne çıkmaktadır.

Özgünlük: Türkiye’de kıyı alanlarında yaşanan sorunlar sosyoekonomik açıdan birçok vatandaşı olumsuz etkilemekte, ekolojik açıdan ise çevresel sürdürülebilirlik üzerinde tehdit oluşturmaktadır. Kıyı alanlarında ağırlıklı olarak yaşanan hukuki süreçlere yönelik bu çalışma; görülen davaların nedenlerini, davacıları, dava sonuçlarını ve yetkili mercileri aydınlatan bir perspektif sunmaktadır. İlgili çalışmalara yönelik literatür dayanağı sunan bu çalışmada, aynı zamanda ulusal ve uluslararası perspektifte (AYM, YHGK, AİHM) emsal nitelikteki kararlar ve öncelikli tespit edilen sorunların azaltılmasına yönelik geliştirilen çözüm önerileri yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Türkiye, Kıyı Alanları, Yasal Çerçeve, Koruma-Kullanma Dengesi

JEL Sınıflandırması: K32, P28, Q51

THE STUDY OF LEGAL PROCESSES WITHIN THE FRAMEWORK OF PROBLEMS OCCURRING IN COASTAL AREAS IN TURKEY

ABSTRACT

Purpose: The aim of this study is to conduct a research on the scope, causes and procedures of legal processes related to coastal areas in Turkey.

Method: The problems with the environmental dynamics, property rights, etc. related to coastal areas in Turkey and the litigation processes are examined by considering documents in the case files of Constitutional Court, Supreme Court, Supreme Court Assembly of Civil Chambers, European Court of Human Rights and documents of Court of Accounts. Judicial processes are evaluated in a comprehensive framework by considering the cause-effect relationship.

Findings: Turkey, which has a coastline of approximately 8.000 km, 60% of the population lives in coastal provinces. For this reason, coastal areas are highly preferred for different cultural activities as well as their natural resource reserves. Decision-making processes for the efficient and effective use of coastal areas are very important. The infrastructure of these processes consists of legal rules, planning studies and balanced and harmonious policies for the future. Different solutions are used for the problems experienced in coastal areas that need to be managed in a quality and multidimensional scope. Private-legal person, Non-Governmental Organizations (NGO), etc. legal processes are begun by different reasons and solutions are sought within the legal framework. It is determined as a fundamental findings of the study; legal problems arising from practices in coastal areas violations of property rights and environmental law-based violations. Community of interest such as individual deed owner, city dwellers living in coastal area and NGO are adversely affected accordingly. Furthermore, it is come to fore that the authority for coastal areas is not gathered in one hand and there is no common coastal act.

Originality: The problems occurred in the coastal areas in Turkey negatively affect many citizens in terms of socioeconomics, and pose a threat to environmental sustainability in ecological terms. This study on the legal processes predominantly experienced in coastal areas; it provides information about the reasons for the lawsuits, the plaintiffs, the results of the lawsuits and the competent authorities. In this study, which provides a literature base for related studies, there are also solution proposals have been developed to reduce the problems identified as priority based on preceding decisions at national and international scale.

Keywords: Turkey, Coastal Areas, Legal Framework, Protection-Use Balance

JEL Classification: K32, P28, Q51

GİRİŞ

Türkiye, yer aldığı coğrafi konum itibariyle oldukça geniş kıyı alanına sahip bir ülke konumundadır. Ege Bölgesi'nde 2805 km, Karadeniz Bölgesi'nde 1785 km, Akdeniz Bölgesi'nde 1577 km, Marmara Bölgesi'nde 1089 km ve Adalara ait 1067 km olmak üzere sahip olduğu toplam 8323 km kıyı alanı, çevresel, kültürel ve ekonomik açıdan önemli kaynak değeri niteliği taşımaktadır (Sayıştay, 2006; TUİK, 2021). Yüksek değere sahip bu kaynaklar, yönetilmesi gereken birtakım önemli sorunları da beraberinde getirmektedir. Kıyı alanlarının etkin ve etkili kullanımını adına yürütülmesi gereken çok boyutlu karar verme süreçlerinin altyapısını ise hukuk kuralları, planlama çalışmaları ve geleceğe yönelik dengeli ve uyumlu politikalar oluşturmaktadır.

Tarihsel süreçte kıyı alanları ele alındığında, Sanayi Devrimi'nin bu kullanımların şekillenmesinde kilit rol oynadığı görülmektedir. 20. Yüzyıldan itibaren toplumsal dinamiklerin değişmesi, kıyı alanlarının kullanım tercihleri üzerinde de oldukça etkili olmuştur. Kullanımları ekonomik hedefler doğrultusunda şekillenen kıyı alanlarında konut, turizm, sanayi, ticaret, ulaşım vb. mekânsal boyutu olan sektörel kullanımlar görülmeye başlamış; bu durum günümüz kentlerinin oluşmasında etkin rol oynamıştır (Kırkık, 2010; Solmaz, 2017; Derici, 2018).

1982 Anayasası ve 3621 sayılı Kıyı Kanunu başta olmak üzere birçok kanun metninin içinde kıyıları ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Devletin kıyıları ile ilgili tasarrufunun öncelikli amacı ise, mevzuat ile desteklenen çerçevede "kamu yararı" olarak ifade edilebilir. Ancak kamu yararı amacının gerçekleştirilmesine yönelik yürütülen süreçlerde, kıyı bölgesinde mülkiyeti bulunan kişilerin mülkiyet hukuku kapsamında maliki oldukları taşınmazların varlığı da göz önüne alınması gereken bir gerçekliktir. Karadeniz'den Ege'ye; Ege'den Akdeniz'e uzanan uzun bir kıyı şeridinde sahip olması nedeniyle Türkiye nüfusunun önemli bir bölümünün kıyı alanlarında yaşaması ise, bu süreçte karşılaşılan çeşitli sorunların temel gerekçeleri arasında gösterilebilir. Kişilerin kıyı alanlarında maliki oldukları özel mülkiyetlerinin korunması veya oluşabilecek zararlarının tazmin edilebilmesi hukuk devleti ve onun bir yansıması olarak hukuki öngörülebilirlik ilkesinin gerekliliğidir. Bu doğrultuda ifade edilebilir ki; kıyı alanlarına yönelik yönetim ve planlama kararlarının ve akabinde tasarım uygulamalarının, doğal ve kültürel çevre bileşenleri, mülkiyet hakkı vb. unsurlar gözetilerek yürütülmesi gerekmektedir.

Kıyı alanlarında yürütülecek nitelikli planlama süreçleri, söz konusu alanlarda ekosistem bütünlüğüne yönelik kültürel baskılar, biyotopların tahrip edilmesi, biyoçeşitlilik kayıpları ve deniz seviyesinin yükselmesinden kaynaklanan jeomorfolojik etkiler vb. açıdan mevcut çevresel dengenin korunması ve sürdürülebilirliği adına son derece önemlidir. Söz konusu alanlarda ekolojik tabanlı mevcut durum analizlerinin gereği gibi yürütülmediği, salt ekonomik ve sosyal kaygılarla gerçekleştirilen yatırımlar doğal yapı üzerinde önemli bir tehdit unsuru olmaktadır. Bununla beraber, deniz seviyesinin her geçen yıl yükselme eğiliminde olduğu gözetilmeden belirlenen kıyı politikaları, ilerleyen dönemlerde birçok soruna neden olma potansiyelini taşımaktadır.

Kıyı alanlarında toplum ve kamu yararının gözetilmediği ya da ön planda tutulmadığı uygulamalar sonucunda, gerek bireysel gerek toplu bir şekilde hareket edilerek dava yollarına başvurulmaktadır. İdare mahkemelerinde açılan iptal ve tam yargı davaları ile adli yargı alanında mülkiyet hakkının ihlali gerekçesiyle açılan tazminat davaları azımsanmayacak bir ölçüdedir. Yargıtay ve Danıştay'ın yaşanan hak kayıplarının giderilebilmesi ve ileride benzer durumların yaşanmaması sebebiyle mevcut yasa hükümleri ışığında verdiği kararlar emsal gösterilmektedir. Buna karşılık, adli ve idari yargı içerisinde söz konusu hukuki uyumsuzlığa çözüm bulunmadığını düşünen kişiler AYM'ye bireysel başvuru, sonuç alınamaması halinde ise AİHM' ye başvuru hakkını kullanmaktadır.

Bu çalışmada, öncelikli olarak kıyı alanlarına ilişkin hukuki ve bilimsel çerçevede literatür taraması yapılmış, kıyı mevzuatının geçmişten günümüze gerçekleştirilen düzenlemeler sonucu uğradığı hukuki değişim süreci incelenmiştir. Bunun sonucunda konu ile bağlantılı olarak, kıyı alanları hakkında yapılan çalışmalardan kaynaklanan mülkiyet hakkı ve çevre hukuku merkezli ihlallere ve bu durumun gerek bireysel olarak tapu malikleri gerekse kıyı alanında yaşayan kişiler ve STK gibi menfaat grupları açısından oluşturduğu eksikliklere yer verilmiştir. Çalışmanın sonuç bölümünde ise, mevcut kararlar neticesinde oluşan hukuki uyumsuzluklar ve bunların sebep olduğu davaların gerekçeleri ve neticelerinin emsal nitelikte yargı kararları doğrultusunda değerlendirilmesi yapılmıştır.

KURAMSAL ÇERÇEVEDE KIYI ALANLARI

Kıyı alanlarının ekonomik, coğrafik, jeomorfolojik, sosyal, bilimsel, ekolojik, siyasi vb. kapsamda çok yönlü etkileşime ve değere sahip olmasının etkisiyle, kıyı alanlarına ilişkin yapılan tanımlamalar oldukça çeşitlidir. 3621 sayılı Kıyı Kanunu'nda kıyı, “kıyı çizgisi ile kıyı kenar çizgisi (KKÇ) arasındaki alan” olarak belirtilmiştir. Türk Dil Kurumu (TDK) tarafından “kara ile suyun birleştiği yer” olarak tanımlanan kıyılar (TDK, 2021), doktrin çerçevesinde; “Kıyı çizgisi boyunca uzanan, bu çizgiden sonra da varlığını sürdüren kıyı devinimlerinin oluşturduğu kumluk-çakallık-sazlık-kayalık-taşlık alanlar” ve “devletin egemenlik ve kullanımındaki, toplumun yararlanmasına açık alan” olarak kentin bütüncüllüğü kapsamında ifade edilmiştir (Keleş, 1998; Yardımcı, 2017).

Türk Kıyı Mevzuatının Gelişimi

Türk kıyı mevzuatının geçmişteki düzenlemeleri ve günümüzdeki mevcudiyeti incelendiğinde, kanunlaşma anlamında birlik ve süreklilik sağlanmadığı ifade edilebilir. Bu doğrultuda, Türk hukuk sisteminde kıyılara ilişkin ilk yasal çerçeve 1926 yılında kabul edilen 743 sayılı Medeni Kanun'da yer almıştır (Sayıştay Başkanlığı, 2006). Mülga Medeni Kanun'un 641. maddesinde;

“Sahipsiz şeyler ile menfaati umuma ait olan mallar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Hilafı sabit olmadıkça menfaati umuma ait sular ile ziraate elverişli olmıyan yerler, kayalar, tepeler, dağlar ve onlardan çıkan kaynaklar kimsenin mülkü değildir. Sahipsiz şeylerin ihraz

ve işgali, yollar ve meydanlar, akar sular ile yatakları gibi menfaati umuma ait malların işletilmesi ve kullanılması hakkında ahkâmı mahsusa vazolunur.” denilmek suretiyle kıyıların devlete ait olduğu hüküm altına alınmıştır (743 nolu Kanun, 1926).

Belirtilen çerçevede kıyıların, Türk hukuk sistematığı içerisinde sahipsiz ve kamuya yararlı mal statüsü içerisinde değerlendirildiği görülmektedir.

2290 sayılı Belediye Yapı Yollar Yasası (1933-1957) kapsamında kıyı çizgisinden itibaren 10 metre genişliğe sahip alan kıyı şeridi olarak kabul edilerek koruma altına alınmıştır. 1972 yılına değin yürürlükte olan 6785 sayılı İmar Yasasında yapıların su kenarlarına olan uzaklıklarının mevzuat çerçevesinde belirleneceği hükme bağlanmış ve çıkarılan ilgili tüzükte, imar planı bulunmayan yerlerde özel yapıların su kenarlarına 30 metreden yakın olamayacağı belirtilmiştir (Akça, 2004).

12.1.1970 tarih ve 7/52 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile *“deniz ve göl kıyılarındaki kamuya ait arazi ve arsaların satılması, kamp yeri olarak tahsis edilmesi, irtifak hakkı tesisi suretiyle gerçek ve tüzel kişilere devredilmesi yasaklanmıştır.”* (Sayıştay Başkanlığı, 2006). 11.7.1972 tarih ve 1605 sayılı kanun ek 7. madde ile *“kıyı bölgeleri, imar düzeninin kapsamı içerisine dâhil edilmiştir”*. İlgili değişiklik sahil şeridi genişliğini 10 metre kabul etmesi nedeniyle önem teşkil etmektedir.

Kıyı mevzuatı gelişiminde önemli bir adımın 1982 Anayasası ile atıldığı ve Anayasa'nın 43. maddesi ile kıyıların anayasal güvence altına alındığı görülmektedir. Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevler bölümü içerisinde yer alan madde;

“Kıyılar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Deniz, göl ve akarsu kıyıları ile deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilir. Kıyılarla sahil şeritlerinin kullanım amaçlarına göre derinliği ve kişilerin bu yerlerden yararlanma imkân ve şartları kanunla düzenlenir.” şeklinde düzenleme altına alınmıştır (T.C. Anayasası, 1982).

Madde lafzı incelendiğinde; kıyıların kamunun hüküm ve tasarrufu altında sayılması ile kamu yararı ilkesinin ön planda tutulduğu dikkat çekmektedir.

01.12.1984 tarihli ve 18592 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 3086 sayılı Kıyı Kanunu, kıyı hakkında düzenlemelerin toplandığı bir kanun olması açısından bir ilk özelliği taşımaktadır. İlgili kanun metninde *“deniz, tabii ve suni göl ve akarsularda; imar planlı alanlarda en az 10 m. diğer yerlerde en az 30 m. genişliğinde sahil şeridi”* tanımlanmıştır (Eke, 1995; Sesli ve Akyol, 1999). Buna karşılık, AYM'nin 3086 sayılı kanunun birçok maddesini Anayasa'nın 43. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle soyut norm denetimi gerçekleştirerek iptal ettiği görülmektedir. 3621 sayılı yeni Kıyı Kanunu yürürlüğe girinceye dek yasalarda meydana gelebilecek boşluk Mülga Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nın 15.07.1987 tarih 110 sayılı Genelgesi ile doldurulmaya çalışılmıştır (Sayıştay Başkanlığı, 2006). Kıyıların farklı bilim dalları ile sektörel kullanımlarla olan doğrudan ve dolaylı ilişkileri ve normlar hiyerarşisinde kanunların Anayasadan sonra gelmesi göz

önüne alındığında, Bakanlık Genelgesi ile kıyılara yönelik sorunların çözümlenmesi ciddi bir yetersizlik olarak ifade edilebilir.

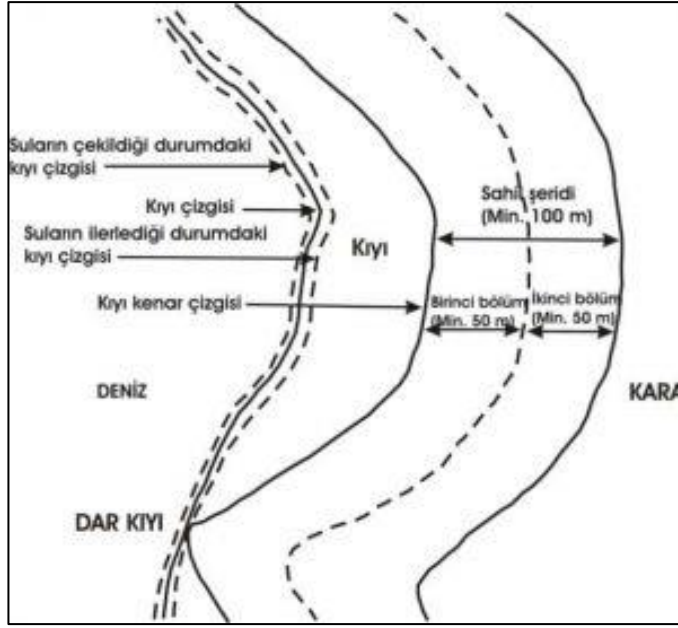
17.4.1990 tarih, 20495 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 3621 sayılı Kıyı Kanunu ile günümüzde kullanılmaya devam edilen yeni bir kanun metni düzenlenmiştir. Kanunun ilk maddesinde kanun amacına yer verilerek *“bu kanun, deniz, tabii ve suni göl ve akarsu kıyıları ile bu yerlerin etkisinde olan ve devamı niteliğinde bulunan sahil şeritlerinin doğal ve kültürel özelliklerini gözeterek koruma ve toplum yararlanmasına açık, kamu yararına kullanma esaslarını tespit etmek amacıyla düzenlenmiştir.”* hükmü yer almıştır. Buna ilaveten; kanun uyarınca deniz, tabii ve suni göl ve akarsularda;

“Uygulama imar planı yapılacak alanlarda yatay olarak en az 20 m, uygulama imar planı bulunmayan belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışındaki yerleşik alanlarda çevre düzeni veya nazım imar planı bulunsun veya bulunmasın yatay olarak en az 50 m, belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışındaki iskân dışı alanlarda çevre düzeni veya nazım imar planı bulunsun veya bulunmasın yatay olarak en az 100 metrelik sahil şeridi tanımlanmıştır.”
(Sesli ve Akyol, 1999).

1992 yılında getirilen değişikliklerin etkisiyle, kıyıların kamu yararına kullanılması amacıyla yapılaşmaya getirilen belirli kısıtlamalar doğrultusunda, kıyı kenar çizgisinden itibaren ilk 50 metrelik şeritte herhangi bir yapı inşasına izin verilmemektedir. Kanun uyarınca; deniz, tabii ve suni göl ve akarsularda; sahil şeridi, KKÇ’den itibaren kara yönünde yatay olarak en az 100 metre genişliğindeki alandır ve bu alan iki bölümden oluşmaktadır. Bu kapsamda, KKÇ’den itibaren ilk 50 metre sahil şeridinin birinci bölümü, birinci bölümün bitiminden itibaren diğer 50 metre ise ikinci bölümü olarak tanımlanmaktadır (Sesli ve Akyol, 1999).

KKÇ, 3621 sayılı Kıyı Kanunu’nda; *“deniz, tabii ve suni göl ve akarsularda, kıyı çizgisinden sonraki kara yönünde su hareketlerinin oluşturulduğu kumluk, çakıllık, kayalık, taşlık, sazlık, bataklık ve benzeri alanların doğal sınırı”* olarak tanımlanmıştır. Kıyı çizgisi ise; *“deniz, tabii ve suni göl ve akarsularda, taşkın durumları dışında, suyun karaya değdiği noktaların birleşmesinden oluşan çizgiyi”* ifade etmektedir (Kıyı Kanunu, 1990).

Kıyı Kanunu kapsamında KKÇ’nin tespiti, kıyı ile ilgili diğer unsurların belirlenmesinde etkin rol oynamaktadır (Uydur, 2012). Şekil 1’de kıyı alanlarına ilişkin temel tanımları gösteren krokiye yer verilmiştir. Sahil şeridinin oluşturulması ise, KKÇ’nin başladığı alandan itibaren hesaplanmaktadır.



Şekil 1. Kıyı alanlarına ilişkin temel tanımları gösterir kroki
Kaynak: Kıyı Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik (KKUY), 1992

Türk kıyı mevzuatının yukarıda açıklanan gelişim sürecinin yanı sıra, kıyılar ile ilgili düzenlemeler içeren birçok kanun çerçevesinde yetkili kılınan farklı kurumlar bulunmaktadır. 2634 sayılı Turizm Teşvik Kanunu kapsamında belirtilen alanlarla sınırlı olmak üzere Kültür ve Turizm Bakanlığı kıyılar üzerinde yetkili kılınmıştır. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, 3348 Sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun kapsamında kıyılar hakkında yetki ile donatılmıştır. Bu kapsamda yer alan diğer örnekler arasında 5393 Sayılı Belediye Kanunu, 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanunu, 5216 Sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ile ilgili kurumların yetkili kılınması gösterilebilir. Bu durum, farklı kurumların ilgili mevzuatları çerçevesinde kıyılar hakkında yetkili kılınması nedeniyle, kıyılara yönelik yetkinin tek elde toplanmadığının bir göstergesidir.

KIYI ALANLARINDA YAŞANAN SORUNLAR

En genel ifadeyle, kara ve denizin kesişim bölgesi olan kıyı alanları, doğal yapı bileşenleri yönünden yüksek değere sahip olmasının etkisiyle antik çağlara uzanan bir perspektifte dünya üzerinde en önemli ve öncelikli görülen kullanım alanları arasında yer almaktadır (Gary ve Klee, 1999; Çelik, 2015; Avcı, 2017). Kıyı alanları denizel bölgelerin yanı sıra diğer sulak alanları da içeren geniş bir kapsama sahiptir. Sulak alan terimi küresel perspektifte kabul gören genel bir ifade olup, Ramsar Sözleşmesi'nde de tanımlanmaktadır. İran'ın Ramsar kentinde 1971 yılında imzalanan Ramsar Sözleşmesi, sulak alanların korunmasını ve akılcı kullanımını hedeflemektedir. Sözleşmede sulak alanlara ilişkin yer verilen açıklama aşağıda sunulmuştur;

“bataklıklar, turbalıklar, taşkın düzlükleri, nehirler, göller, tuzlalar, mangrovlar, deniz çayırı yatakları, mercanlar, gelgit anında altı metreden derin olmayan deniz kıyısı alanları gibi kıyı sulak alanları, atık su arıtım gölcükleri ve rezervuarlar gibi insan yapımı sulak alanlar da sulak alan tanımına dâhildir” (WWF-Türkiye, 2008; Uydur, 2012).

Kıyıların yukarıda belirtilen çevresel ve sosyoekonomik değerlerinin etkisiyle, bireylerin ve toplumların kıyı alanlarına karşı yoğun ilgi ve yönelimi olmaktadır. Ancak bu ilgi ve yönelimin koruma-kullanma dengesi gözetilerek yönetilmesi; bu kapsamda kıyılardan dengeli ve sürdürülebilir biçimde yararlanılması ve muhtemel tahribatların engellenmesi gerekmektedir. Buna karşılık, mevcut durumdan ideal olana ulaşma hedefinin izlenmesi yerine, kıyılarda sürdürülebilir olmayan kullanımların artış gösterdiği gözlenmektedir.

Türkiye’de kıyı şeridinin uzunluğunun etkisiyle ülke nüfusunun yarısından fazlasının kıyı alanlarında yaşaması (TUIK, 2021) ve geriye kalan kısmının da bu alanlara olan yönelimi, kıyı alanları planlama çalışmalarının sürdürülebilirlik hedefi ile yürütülmesi için yasal ve yönetsel (üst ölçekli politika belge kararlarının) sınırlayıcıların ne derece gerekli ve önemli olduğunun bir göstergesidir. Sürdürülebilir olmayan kullanımların, beraberinde çok farklı sorunları ve müdahale süreçlerini getirdiği görülmektedir.

KKÇ Tespit Süreçlerinin Sistemik Yürütülmemesi

Kıyı alanları ile ilgili yaşanan sorunların başında KKÇ’nin tespiti konusuna ilişkin sistemik yürütülme süreci gelmektedir. KKÇ’nin tespiti sahil şeridinin belirlenmesi ve buna bağlı olarak kıyı planlaması yapılabilmesi açısından gereklidir. KKUY’nin 6. maddesinde KKÇ’nin tespit edilme süreci hakkında bilgi verilmiştir. Buna göre, *“KKÇ, valiliklerce, kamu görevlilerinden oluşturulacak en az 5 kişilik bir komisyonca tespit edilir. Bu komisyon; jeoloji mühendisi, jeolog veya jeomorfolog, harita ve kadaströ mühendisi, ziraat mühendisi, mimar ve şehir plancısı, inşaat mühendisinden oluşur.”* Bahsi geçen tespit komisyonlarında her ilin Valilik bünyesinde ve/veya Turizm ve Kültür İl Müdürlüğü’nde görevli ilgili meslek disiplinleri uzmanları yer almalıdır. Süreçlerde şeffaflık ilkesi gözetilmesi ve benzer özelliklere sahip kıyı alanlarına yönelik benzer kararları destekleyecek ilkelerin benimsenmesi oldukça önemlidir.

KKÇ’nin ilk kez tespit edilmesi dışında, onaylı olarak tespit edilmiş KKÇ’lerin de yeniden tespit edilebilmesi mümkündür. KKUY’nin 9/6 maddesinde KKÇ’nin yeniden tespit edilebileceği haller tahdidi olarak sayılmıştır. *“Kıyı kenar çizgisinin suya düşmesi, mükerrer kıyı kenar çizgisinin bulunması, kıyı kenar çizgilerinin kenarlaşmaması, yargı organlarınca kıyı kenar çizgisinin iptali ya da yargı organlarınca ikinci bir kıyı kenar çizgisinin tespit edilmesi”* vb. halleri dışında onaylı KKÇ’ler değiştirilememektedir.

KKÇ’nin belirlenmesinde ve yeniden tespitinde yararlanılmak üzere, ülke genelinde kabul gören ve uygulanan herhangi bir bilimsel ölçüt bulunmamaktadır. Deneysel yerine gözlemsel yöntemler

izlenerek tespit yoluna gidilmektedir. Bununla beraber, konu ile ilgili ortak bir anlayışla oluşturulmuş şeffaf ilkelerin eksikliğinin de karar verme süreçlerini olumsuz etkilediği ve benzer kararların üretilmesini güçleştirdiği ifade edilebilir.

Kadastrosu yapılan alanlarda KKÇ tespitlerinin tamamlanmamış olması ise, üzerinde yoğunlaşılması gereken bir başka konu olarak ifade edilebilir. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü (2020) tarafından yayımlanan Türkiye geneli kadastro durumuna ilişkin rapora göre, Türkiye’de kadastrosu tamamlanan birim yüzdesi 99,48 olarak verilmiştir. KKÇ tespiti ise kadastral alanlara kıyasla daha düşük bir orana sahiptir. Yargıtay, 3261 sayılı Kıyı Kanunu’nun yürürlüğe girmesinin öncesinde (17 Nisan 1990) onaylanan KKÇ’lerin 3621 sayılı kanun hükümleri uyarınca yeniden tespitinin gerektiği şeklindeki kararlar almıştır. 1990 yılı öncesinde onaylanan KKÇ tespitleri yüzde 50’nin üzerinde olup, taşınmazları kıyıda kalan oldukça fazla sayıda kişi bu kararları emsal göstererek yeniden KKÇ tespiti talep etmektedir (Akça, 2004). Mayıs 2011 tarihi itibarıyla, kıyı alanlarının tamamının kadastro çalışmaları tamamlanmasına karşılık kıyı alanlarının yalnızca yüzde 56’sının KKÇ tespiti yapılabilmektedir (İyimaya, 2011). Kadastrosunun tamamlanmış olmasına karşılık KKÇ tespiti yapılamamış kıyı alanlarında çalışmanın devamında üzerinde durulacak özel mülkiyet sorunları ile karşılaşmaktadır.

Kıyılara Yönelimin Salt Kullanma Amaçlı Olması

Toplumlarda, belirli istisnai durumlar haricinde, kıyı alanlarına olan ilginin dönemler boyu oldukça yüksek olduğu ifade edilebilir. Türkiye’nin planlı döneme geçmesinin ardından üretilen uzun vadeli politikalarda, kıyı alanlarına yönelik ekonomik tabanlı politikalar, özellikle turizm ve konut sektörlerinin kıyı alanlarındaki etkinliklerinin artmasını ve bu alanların Gayrisafi Milli Hasıla (GSMH)’ya katkı sağlayıcı nitelikte olduğu görülmektedir (Birinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, 1963). Böylelikle, kıyının kent ve toplum ile bütünleşmesi amacıyla kent merkezleri ve kıyı alanlarına yönelik planlama kararları bütünlük çerçevesinde alınmaya başlanmıştır (Yardımcı, 2017). Buna karşılık, kıyılara yönelik “korunma” amacıyla yürütülen çalışmaların bu derece öne çıktığı söylemek zordur. Kıyılarda ekonomik yatırımlar, ticari kullanımlar ve rekreasyonel alanların yoğunluğu, bu alanlarda koruma-kullanma ilişkisinin “kullanma” yöneliminde olduğunun temel göstergeleri arasındadır.

Kıyı alanları kullanım talepleri/yönelimleri ve taşıma kapasiteleri arasında gözlenen çelişkiler, kıyı alanları planlama süreçlerinde analitik araçlara dayalı bir karar verme mekanizmasının ağırlıklı olarak yürütülmediğinin göstergesi olarak yorumlanabilir. Bu doğrultuda, kıyılarda farklı kullanım taleplerinin neden olacağı olumsuz etki ve riskleri, koruma-kullanma dengesinin gözetildiği somut kararlara dayanan sürdürülebilir kaynak yönetimi ile minimize edebilmek, çelişki oluşturan kullanım taleplerinde optimal bir denge sağlamak adına oldukça önemlidir. Analitik bulgulara dayandırılmayan kararlar sonucunda, “*kıyılarının devletin hüküm ve tasarrufu altında olması*”

gerekçesiyle kıyıların doldurulması yoluna gidilmesi, orta ve uzun vadede oldukça ciddi sonuçlara neden olacaktır.

Kıyı Gelişiminde Jeomorfolojik Süreçlerin Önemi Hakkında Farkındalığın Yeterince Olmaması

Türkiye’de kıyı alanlarındaki ekonomik tabanlı farklı alan kullanımlarının kalkınma dönemi itibariyle önem kazanması ardından gözlenen etkilerden bir diğeri ise jeomorfolojik boyutu olanlardır. Elbette, ülkesel kalkınma süreçlerine katkı sağlamak amacıyla kalkınma dinamiklerinin stratejik yönetilmesi ve yeni kaynak arayışları devletlerin temel politika hedefleri arasındadır. Ancak bu süreçte dikkate alınması gereken önemli bir konu; çevresel dinamiklerin ve doğal kaynakların gözetilmediği kullanımların, kalkınmanın sürdürülebilir tabanlı yönetimini güçleştirdiği ve orta-uzun vadede meydana gelmesi muhtemel olumsuz etkilere neden olduğudur.

Yürütülen farklı araştırmalarda (Erinç, 1973; Koçman, 1981; Erol, 1996; Ertek, 1996; Semenderoğlu, 1996; Tırıl, 2004; Ergürhan, 2008; Turoğlu, 2019), nicel veya nitel araştırma bulgularına dayandırılmadan artan kıyı kullanımlarının ciddi boyutlarda jeomorfolojik etkileri olacağına dikkat çekilmektedir.

Küresel perspektifte değişen çevresel dinamiklerin etkisiyle, dünya denizlerinin geçtiğimiz yüzyılda 10-20 cm arasında yükseldiği kaydedilmiştir. Isıl genişleme, buzulların erimesi ve Grönland ile Batı Antarktika’daki buz kayıpları vb. nedenlerin etkisiyle önümüzdeki yüzyıl için bu artışın yaklaşık 1m olması öngörülmektedir (Erol, 1996; IPCC, 2018; İklimBU, 2021). Söz konusu kıyı hareketlerinin yıllık ortalama 1 mm ya da daha düşük düzeyde gerçekleşmesinin, ortalama insan ömründe somut olarak gözlenebilir derecede olmaması, bu konuda alınan önlemler yetersiz kalmasının bir nedeni olarak açıklanabilir.

Denizlerde göz ardı edilen minimal yükselişler, kıyı alanlarında şiddetli erozyon, taşkın riski, habitat kayıpları, akifer ve tarım topraklarında kirlilik birikimi, lagünlerin denizle bütünleşmesi, denizel ekosistemlerin tahribatı, kumulların geri çekilmesi, farklı alan kullanımları (ulaşım ağları, tarım alanları vb.) önemli sonuçlara neden olmaktadır (Ramsar, 2011). Bunun yanı sıra, farklı coğrafyalarda denizel rüzgârların kıyıya vurmasıyla büyük kasırgaların meydana gelmesi muhtemel olup özellikle alçak kıyı kesimlerinin ciddi boyutta etkilenmesi muhtemeldir.

Bu kapsamda yer alan örnekler arasında İngiltere’de yer alan The Wash Ramsar Alanı’nın yanında konumlanan Freiston Sahili yapay taşkın koruma bendinin bakım ve onarım masraflarının, taşkından koruma sağlamaya yönelik kıyı yönetimi alternatiflerinin oldukça üzerinde bir tutara eşdeğer olması gösterilebilir. Bunun yanı sıra, uygulanan sürdürülebilir çözümlerin, söz konusu bölgelerin diğer doğal karakteristiklerini destekleme yönünden de katkı sunduğu göz önüne alınması gereken bir konudur (Ramsar, 2011).

Türkiye’de kıyı alanları ile ilgili yürütülen saha çalışmaları öncesi ortalama deniz kodu 0 olarak alınmaktadır; ancak planlama süreçlerinde denizin olası yükselme payının göz önünde

bulundurulması gerekmektedir. Bu kapsamda, Karadeniz Bölgesi'nde yer alan İnebolu Limanı, planlama süreçlerinde jeomorfolojik etkilerin göz önüne alınmadığı uygulamalar arasında örnek olarak gösterilebilir (Erol, 1997). Türkiye'nin yer aldığı coğrafyada konumlanan Batman-Hasankeyf, Diyarbakır-Eğil, İzmir-Alliano, Şanlıurfa-Halfeti (Şavaşan Köyü) gibi su altında kalan yerleşim yerleri, sulak alanların kıyısında konumlanan yerleşimler üzerindeki muhtemel riskleri yansıtan örnekler arasında gösterilebilir.

Doğal Sistem Bütünlüğünün Tahrip Edilmesi

Ramsar Sözleşmesinde tanımlandığı üzere, kıyı alanları denizel bölgelerin yanı sıra diğer sulak alanları da içeren geniş bir kapsama sahiptir (Uydur, 2021; WWF-Türkiye, 2008)

Sulak alanlar, fiziki özelliklerinin etkisiyle doğal, sosyokültürel, bilimsel ve ekonomik değerleriyle sürdürülebilirliği desteklenmesi gereken duyarlı ekosistemler arasındadır. Ekolojik temelde bentik ve pelajik bölgelerden oluşan denizel yaşam alanları, biyoçeşitlilik yönünden oldukça zengindir (Balık, 2017; Hervann ve Gascuel, 2020; Uğurlu, 2020). Bu doğal sistem bütünlüğünün korunmasında ve doğal döngülerin sağlanmasında kıyı alanlarının ve bu alanlardaki ekosistemlerin de önemli işlevleri bulunmaktadır; ancak kıyı alanlarındaki kültürel baskılar nedeniyle bu işleyiş olumsuz etkilenmektedir. Kıyı alanlarındaki ve denizel ekosistemler üzerinde doğrudan ve dolaylı oluşan kültürel baskıların, biyotop tahribatına, biyoçeşitlilik kayıplarına ve ekosistem işleyişinin bozulmasına yol açarak, yakın gelecekte önemli ölçüde artış göstereceği muhtemel etkiler arasındadır (WWF, 2008; Connor ve ark., 2020). Kültürel baskılar, alan plastiğinin değişimine yönelik kazı dolgu çalışmaları, yol ve konut inşaatları vb. olarak sıralanabilir. Anayasa'nın 43. Maddesinde belirtildiği üzere;

“Kıyılar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilir. Kıyılarla sahil şeritlerinin, kullanılış amaçlarına göre derinliği ve kişilerin bu yerlerden yararlanma imkan ve şartları kanunla düzenlenir.”

Madde uyarınca; kamu yararı amacı gözetilmeden veya araştırma süreçleri detaylandırılmadan gerçekleşen dolgu, yol çalışmaları vb. uygulamaların kıyı ekosistemlerini olumsuz etkilediği, kamu yararı amacı ile kıyı alanlarına müdahale edilme eğiliminde ölçülülük ilkesinin göz önünde tutulması gerektiği çıkarımı yapılabilir. Bunun yanı sıra, planlanan faaliyetlerde kamu yararı ile elde edilecek menfaatin kıyı ekosistemlerinde meydana gelebilecek olumsuz etki oranından yüksek olması koşulu faaliyetin uygulanabilirliğini hukuki çerçevede kabul edilebilir kılmaktadır.

Kıyı dolgu çalışmaları kapsamında yer alan örnekler arasında, Ege Bölgesi'nde yer alan İzmir-Seferihisar ilçesine bağlı Sığacık Mahallesi'nde gerçekleştirilen kıyı alanı doldurma uygulaması sonucu meydana gelen önemli biyotop parçalanmaları gösterilebilir. Kıyıdaki doldurma faaliyeti ardından, bölgede fauna ve flora varlığı habitatı tahrip edilmiş, doldurulan kıyı alanından başlayan yeni kıyı çizgisinin 0 noktasında yosun ve çamurla kaplı yıllar içinde artış gösteren bir birikim

meydana gelmiştir. Söz konusu örnekte, kamu yararı gözetilmemesi veya optimal çözüm alternatiflerinin üretilmemesi gibi nedenlerle, bugün bu sorunsal halen devam etmektedir. Bölgede, bu ekolojik ve görsel sorunun çözümüne yönelik herhangi bir uygulamanın gerçekleştirilmediği görülmektedir.

Kıyılara yönelik ekosistem servisleri arasında sulak alanların önemli işlevleri bulunur. Çevresel kaliteyi yükseltme üzerinde aktif rol oynayan özellikler; (i) mikro-klima oluşturma, (ii) iklim değişikliğini azaltma ve dengesini destekleme, (iii) hidrolojik döngüyü destekleme ve su kalitesini koruma (iv) habitat ve biyotop sağlayarak biyoçeşitliliği destekleme vb. olarak sıralanabilir. Sosyo-ekonomik değerler üzerinde etkili olan özellikler ise; (i) sel ve taşkın denetimi (ii) rüzgarı yavaşlatma, (iii) erozyonu kontrol etme, (iv) rekreasyon ve turizm alanı sunma (v) yaşam kalitesini yükseltme, (vi) eğitsel ve bilimsel araştırma ortamı sunma vb. olarak sıralanabilir (Tırıl, 2006; WFF, 2011).

Anayasanın belirlediği çerçevede kanun ve yönetmeliklerden alınan yetkiler ile kıyı ekosistemlerini tahrip eden ya da söz konusu ekosistemlerinin doğal sistemler üzerindeki katkılarını azaltan kültürel faaliyetleri en az düzeye getirmek gerekmektedir. Bu aşamalar, Çok Kriterli Karar Verme süreçleri ile desteklenerek geliştirildiği sürece, alınan kararların yerinde ve uygun olması beklenir.

Kıyı Alanlarındaki Yetkinin Tek Elde Toplanmaması

Yukarıdaki bölümlerde de değinildiği üzere; kıyı alanları hakkında hem merkezi yönetim hem de yerel yönetim içinde birden fazla kurum yetkili kılınmıştır. Sayıştay Başkanlığı (2006)'na göre, alan kullanımlarına yönelik planlama ve uygulama aşamaları ile ilgili olarak çeşitli kanunların farklı kurumlara yetki vermesi, kurumlar arasında yargıya intikal eden anlaşmazlıklara neden olabilmektedir. Böylesi durumlarda ise, planlama çalışmalarının aksadığı ve plansız kullanımların arttığı belirtilmiştir. Kıyı Kanunundaki düzenlemede de, kıyılara ilişkin merkezi idare denetimi valiliklere, yerel idare denetimi belediyelere, belediye sınırları dışındaki alanlarda denetim valiliklere bırakılmıştır (Sayıştay Başkanlığı, 2006).

Kıyı alanlarında gözlenen öncelikli sorunlar, bu çalışma kapsamında genel hatlarıyla beş başlık altında toplanmıştır; ancak elbette karşılaşılan sorunlar salt çalışmada belirtilenler ile sınırlı olmamaktadır. Örneğin, kıyı alanları hakkında yasal düzenlemelerin oldukça fazla sayıda olması, kıyılara yönelik karar mekanizmasına farklı birimlerin entegre olmasına yol açmaktadır. Anayasal güvence kapsamında devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kıyı alanlarında yasa ile bağdaşmayan uygulamaların ecrimisil adı verilen haksız işgal tazminatı alınarak sürdürülmesi, planlama ve yatırım kararlarının yeterli saha araştırması yapılmadan verilmesi, yapılan denetimlerin yeterli düzeyde ve amaca uygun olmaması, planlanan faaliyetlere yönelik Çevresel Etki Değerlendirme süreçlerinin yürütülmemesi vb. durumlar da karşılaşılan diğer sorunlar arasındadır.

KIYI ALANLARINDAKİ OLUMSUZ UYGULAMALARIN HUKUKİ BOYUTLARI

Konuya ilişkin Hukuki Uyuşmazlıkların Tarafları ve Konu ile İlgili Haklar

Gelişen Türkiye perspektifinde, kıyı alanları ile ilgili politika kararları ve planlama faaliyetleri de yıllar içinde değişime uğramıştır. Yaşanan bu değişim, kıyı alanları sınırları kapsamında yer alan özel mülkiyete tabi taşınmazların hukuki durumlarını ve vasıflarını da etkilemektedir. Özel mülkiyete tabi taşınmazların malikleri de hukuk devletinin bir gereği olan “*İdarenin yargısal denetimi, temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması, hukuki güvenlik...*” ilkeleri gereği yasal yollar ile haklarını korumaya yönelmektedir (Akyılmaz ve ark., 2006).

Anayasa'nın 125. maddesinde belirtildiği üzere “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*” Kamu kurumu ya da belediyeler gibi ilgili otoritenin gerçekleştirmiş olduğu işlemlerde kamu gücünü elinde tutmasının etkisiyle önemli bir ayrıcalığı bulunmaktadır. Bu ayrıcalık, idarenin yapmış olduğu işlemlerde hukuka uygunluk karinesi imkânı tanımaktadır. “*İdari işlemin aksi ispat edilinceye kadar hukuka uygun varsayılması sonucunu doğuran hukuka uygunluk karinesi, hem bir kamu gücü ayrıcalığı olarak idari işlemin özellikleri arasında yer almakta hem de idarenin kullandığı kamu gücü ayrıcalıklarına meşruiyet sağlamaktadır.*” İlgili yerel otoritelerin, Anayasa'nın 125. maddesi gereği idarenin yapmış olduğu eylem ve işlemlerin yasal denetime tabi olabileceğini göz önüne alarak, uygulamalarını yasal çerçevede belirtilen sınırlarda gerçekleştirmesi gerekmektedir (Uçar, 2016).

Anayasa'nın 43. maddesi ve sair kanunların belirlediği çerçeve içinde kıyı alanları ile ilgili düzenleme yapma yetkisi merkezi ve taşra teşkilatına bağlı konu ile ilgili kamu kurumları ve belediyelerde bulunmaktadır. Bu doğrultuda, dava aşamalarında davalı taraf söz konusu çalışmayı yürüten birimlerdir. Davacı ise, temel hak ve hürriyetlerinin zedelendiğini düşünen tapu malikleri, kıyı alanlarında yaşayan kent sakinleri veya İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/a maddesi gereği menfaat ihlali yaşadığını STK vb. menfaat gruplarıdır.

Dava Konusu olan Hukuki Uyuşmazlıklar

Kıyı alanlarındaki uygulamalardan kaynaklanan hukuki sorunların başında özel mülkiyet sahibi maliklerin yaşadığı hak ihlalleri gelmektedir. Kıyı bölgelerinde taşınmazı olan özel mülkiyet sahiplerinin maruz kaldığı hak ihlallerinin temel nedeni mülkiyet hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Çalışmanın ikinci bölümünde belirtildiği üzere, Türkiye'nin kıyı alanlarında kadastral tespitlerin büyük oranda tamamlanmış olmasına karşılık, KKÇ tespitleri henüz tamamlanmamıştır. Burak ve Şaban (2021), Türkiye'de yürütülen KKÇ tespiti çalışmalarının yerinde ve uygun nitelikte yapılmaması nedeniyle, kadastral tespitler esnasında ve bilimsel esaslar çerçevesinde kıyıda bulunan taşınmazların özel mülkiyet konusu edilerek tapu sicilinde tescillerinin yapıldığını ve sahipleri adına mülkiyet hakkı oluşturulduğunu belirtmiştir.

Yasal prosedür çerçevesindeki ilk uygulamalar incelendiğinde; Cumhuriyetin kurulmasından 1972 yılına kadar kıyıların özel mülkiyete tabi olabileceği ve devlet güvencesi altında özel mülkiyet ile

tapu kaydı oluşturulmasına imkân tanındığı görülmektedir. Devlet güvencesi altında tapu sahibi olan malikler hakkında başta Anayasa'nın 43. maddesi olmak üzere, 3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun 5. ve 6. maddeleri, KKUY'nin 5. maddesi, Türk Medeni Kanunu'nun 715. maddesi, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 79. maddesi, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 16/c maddeleri gerekçe gösterilerek kıyı alanlarında özel mülkiyet söz konusu olamayacağı gerekçesiyle tapularının iptali yoluna gidilmiştir.

Tapuya tescil edilen ilgili taşınmazlar, kıyı alanlarında KKÇ tespiti yapılmasının ardından kıyı ve KKÇ arasında kaldığı gerekçesiyle hukuki ihtilaflara neden olmaya başlamıştır. Uygulamada sık karşılaşılan sorun ile ilgili olarak, defterdarlık tarafından KKUY'nin 10/2. maddesi gereğince, kıyıda kalan taşınmazlar hakkında kamu yararı gözetilerek tapu iptal davası açılması ile tapularının iptal edilmesi yoluna gidilmektedir. Tapusu iptal edilmek istenen malikler ile idare arasında gerçekleşen ihtilafta tartışmaya sebebiyet veren sorun; daha önceki dönemde kıyı alanlarında özel mülkiyet sahibi olma hakkı veren idarenin, daha sonrasında kamu yararı amacıyla mülkiyet hakkına tabi tapular hakkında iptal davası açarak kamu yararı amacını bireysel hak ve menfaatlerin önünde değerlendirmesidir.

Tapu iptal davasının kabul edilmesinin altında yatan hukuki nedenlerden bir diğeri ise TMK'nın 1025. maddesi gereğince özel mülkiyet sahibi kişilerin aynı haklarının tapuya yolsuz olarak tescil edilmesidir. Tapu iptali gerçekleştirilen taşınmazlar hakkında, "kıyı alanlarının hukuki bir bedelinin olmadığına dair 27 Şubat 1980 tarihli YHGK kararı gerekçe gösterilerek, devlete ait olan mülkün kamulaştırılması mümkün olmadığından, davacılara, adlarına düzenlenmiş tapu kaydının silinmesine istinaden tazminat ödenemeyeceğini belirtilmiştir." (Uzun ve Çelik, 2011). Devletin meşru kanunlarının sağlamış olduğu haktan faydalanarak tapu sahibi olan maliklerin tapularının iptal edilmesi yanında tapu iptal davası adı altında gerçekleştirilen tüm yargılama giderlerini de tapu maliklerinin ödemesine karar verilmiştir. Kamulaştırma yapılmaksızın tapu iptali yoluna başvurulmasıyla tapu maliklerine yaşamış oldukları hak kayıplarını tazmin amacıyla herhangi bir tazminat ödemesi yapılmamıştır. Bunun üzerine temel hak ve hürriyetlerden olan ve Anayasa'nın 35. maddesi ile güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlali sebebiyle birçok özel mülkiyet sahibi kişi yasal süreçlere başvurma yolunu tercih etmiştir.

Tapu İptali Sürecini Takip Eden Hukuki Aşamalar

Kıyı alanlarında mülkiyet hakkı kapsamında yaşanan ihtilafların başında KKÇ tespiti ve onaylı KKÇ'nin iptali hususlarının geldiği görülmektedir. Konunun önemine binaen, YHGK 28.11.1997 tarih ve E.1996/5 -K.1997/3 sayılı içtihadı birleştirme kararının analiz edilesi son derece önemlidir. YHGK aşağıda yer verilen 28/11/1997 tarih ve E.1996/5-K.1997/3 sayılı kararında KKÇ'nin önemini açıklamıştır;

“KKÇ, adından esinlenerek sadece, kıyılara ilişkin bir rol üstlendiğini kabul etmek son derece yanlıştır. Gerçekten bu çizginin, kıyıların hukuksal rejimini ortaya koyması ve yukarıda özellikleri açıklanan alanların, belirlenmesi açısından işlev ve önemi çok açıktır. Ne var ki, bu

çizgi, bir taraftan sahipsiz mal niteliğindeki kıyı alanlarının rejimini belirlerken, öte yandan özel mülkiyet konusu, taşınmazların sınırını da çizmektedir. Bu yönden soruna yaklaşıldığında, sözü edilen çizgi özel mülkiyet rejimi alanında da bir işlev görmektedir. KKÇ'nin, fonksiyonu bununla da bitmemekte, kimi durumlarda Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki araziler ile mer'a, yaylak, kışlak gibi kamu orta mallarının sınırını da belirlemektedir. Kıyının diğer sahipsiz kamu mallarıyla farkı gözetildiğinde, bu sorunun da önemi göz ardı edilemez.” (Yargıtay, 1997).

Yukarıda verilen kararda, KKÇ'nin kıyıları ve kıyılara sınır alanlarda mülkiyet hakkı ile ilişkisi belirtilmektedir. Bunun yanı sıra, KKÇ'nin mülkiyetle ilişkileri açısından değil kıyı planları, yapılacak yapıların ruhsatlandırılması, dolgu ve kurutma yoluyla arazi kazanımı gibi idari işlemler üzerinde de etkisi olmaktadır (Solmaz, 2017).

Onaylı bir KKÇ'nin yeniden tespit edilmesinin yollarından bir diğeri ise, mahkeme kararıyla KKÇ'nin iptal edilmesidir. Özel mülkiyet sahibi maliklerin davacı sıfatıyla idareye açacakları davaların hangi mahkemede açılacağı hususunda Türk yargı sistemi içerisinde doğrudan yönlendirici bir ifade bulunmamaktadır. Konunun çözümüne yardımcı olması ve emsal nitelikte kabul edilmesi açısından YHGK tarafından 28.11.1997 tarih ve E.1996/5 -K.1997/3 sayılı içtihadı birleştirme kararının incelenmesi önemlidir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı (YİBK)'nda aşağıda yer alan hüküm verilmiştir;

“mülkiyet hukukundan kaynaklanan tüm uyumsuzlukları çözümlenmenin adli yargının görev alanında olduğu, idare tarafından tespit edilen KKÇ'nin mülkiyet hukuku kapsamında adli yargı mercilerini bağlamayacağı, takdiri delil niteliğinde sayılacağı ve 3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun 9. maddesi uyarınca idare tarafından KKÇ belirlenmiş ve yazılı bildirimle rağmen yasal süresinde idari yargıya başvurulmaması nedeniyle yargı yolunun kapanmış olması veya idari yargı tarafından verilip kesinleşmiş karar bulunması durumlarında, bunlara uygun şekilde KKÇ'nin adli yargı tarafından saptanması gerektiğine, bu sebeple mülkiyet hukuku kapsamında KKÇ tespiti hakkında adli yargının görevli olduğu karara bağlanmıştır.” (Yargıtay, 1997).

YİBK'nin emsal nitelikte olmasından yola çıkılarak kıyı alanlarında taşınmaz sahibi olan maliklerin mülkiyet hukuku kapsamında adli yargı mercilerinde dava açmasında hukuki bir engel bulunmamaktadır.

Kıyı alanlarında açılan ilk tapu iptal davaları sonucunda mülkiyet hakkının ihlal edildiğini düşünen malikler bahsi geçen YHGK kararının konusundan bağımsız olarak ilk derece mahkemesinin kararını temyiz etme yoluna gitmiştir. Temyiz başvurusundan sonuç alamayan malikler tapu iptal davasının sonuçlarını kaldırmayı veya idarenin kendilerinden aldıkları taşınmazlar için tazminat ödemeleri gerekçeleriyle AYM'ye bireysel başvuru yolunu kullanmışlardır. AYM'de, ilk derece mahkemesi ve

Yargıtay ile aynı görüşe sahip olarak tapu iptali davasının kabul edilmesinin Anayasa ve ilgili kanun maddelerine aykırılık teşkil etmemesi gerekçeleriyle yapılan başvuruları kabul edilebilir bulmamıştır.

Türk yargı sistemi içerisinde iç hukuk yollarını tüketen davacılar AİHM'ye başvuru yolunu denemiştir (Tablo 1). Bu konu kapsamında AİHM'ye ilk başvuru 1997 yılında yapılmış, 2005 yılında ise AİHM Türk yargı sistemi içinde görüş değişikliğine sebep olacak kararını vermiştir (N.A. ve diğerleri başvurusu, Başvuru No:37451/97, Karar Tarihi:11/10/2005). AİHM'nin konu ile ilgili ilk kararı incelendiğinde; İkinci Daire tarafından kamu yararı ilkesi doğrultusunda değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Anayasa'nın 43. maddesinde belirtilen kamu yararı ilkesi gereği kıyıda kalan taşınmazların tapularının iptali yoluna gidilmesinde meşru bir amaç olduğu belirlenmiştir. Kararın dayanağını ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokol No:1'de "Mülkiyetin Korunması" başlıklı 1. maddede mülkiyet hakkının kamu yararı sebebiyle sınırlanabileceği oluşturmaktadır.

Tablo 1. Örnek AİHM süreci

Resmi Aşamalar	Dava Bilgileri
AİHM'ye ilk başvuru	30/05/1997
AİHM'nin ilk ihlal kararı	11/05/2005
AİHM'nin ilk tazminat kararı	30/06/2006
Verilen toplam karar sayısı	44
Toplam tazminat miktarı	2.453.849,00 avro
Başvuru Yapılan İller (ve sayısı)	Hatay (27), İzmir (4), Balıkesir (4), Tekirdağ (4), Çanakkale (2), Antalya (1), Muğla (1), Rize (1)

Kaynak: Uzun ve Çelik, 2011

Daire, kararın devamında tapu iptali neticesinde davacılar herhangi bir tazminat ödenmemesini ve mülkiyetin korunması ile kamu yararı arasında kurulması gereken adil dengenin davacılar aleyhine bozulmasını ihlal nedeni kabul etmiştir. Bu doğrultuda, davalı Türk hükümetinin yapması gereken düzenlemenin; kıyı alanlarında taşınmazı bulunan davacıların mülkiyet haklarını tanıyarak tapu iptali yoluna başvurmaması veya davacıların kamu yararı amacıyla mülkiyet hakkından yoksun kalacak olmaları nedeniyle davacılar lehine tazminat vermesi olduğu hüküm altına alınmıştır. Tazminat verilmemesini ihlal nedeni sayan daire, tazminat miktarının tam değerini yansıtmamasının gerekli olmadığını ve bu nedenle davacıların beklentilerini karşılayacak bir bedelin, AİHM'nin götürü usul yöntemi ile belirlenmesi yoluyla karara bağlanacağını ifade etmiştir. Bu duruma örnek olarak, M. başvurusu, Başvuru No: 75606/01, Karar Tarihi:10/05/2007 kapsamında talep edilen tazminat tutarı 78.300,00 avro iken hükmedilen tutar 15.000,00 avro olarak karara bağlanması verilebilir (AİHM, 2021).

AİHM'nin konu ile ilgili verdiği ilk ihlal kararının ardından Türkiye'yi tazminata mahkûm eden kararların sayısında artış yaşandığı görülmektedir. Bu kararlar arasında A. ve Ö. başvurusu, Başvuru No:35973/02, 5317/02, Karar Tarihi: 30/01/2007; K. başvurusu, Başvuru No:41220/07, Karar

Tarihi:03/02/2009; K. ve diğerleri başvurusu, Başvuru No:1318/04, Karar Tarihi:03/06/2008; D. ve A. başvurusu, Başvuru No:1262/02, Karar Tarihi:30/05/2006; G. ve diğerleri başvurusu, Başvuru No:40/02, 41/02, 42/02, Karar Tarihi:18/03/2008; T. ve diğerleri başvurusu, Başvuru No:16858/05, 23953/05, 34841/05, 37166/05, 19638/06, 17654/07, Karar Tarihi:16/12/2008 örnek verilebilir (AİHM, 2021). Bunun üzerine Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 10 Ekim 2007 tarihinde Yargıtay'ın önceki yerleşik uygulamaların aksine içtihat değişikliğine giderek AİHM tarafından verilen ihlal kararlarının önüne geçme noktasında yapıcı bir adım atmıştır. Kararın gerekçesi incelendiğinde; *“kıyıda kalan taşınmazına ait tapu kaydı Hazinece açılan tapu iptali sonucunda iptal edilen taşınmaz malikinın tazminat davası açabileceği”* vurgulanmıştır (Çelik, 2015). Aynı şekilde Yargıtay tarafından 1. Hukuk Dairesi'nin 18.01.2010 tarihli, E:2009/12967, K:2010/165 sayılı kararında, *“davacının tapuya dayalı hakkının korunması gerektiği”* ifade edilmiştir (Yargıtay, 2021).

AİHM'nin Türkiye'yi tazminata mahkûm eden kararları ardından, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu ilgili kararlar incelendiğinde; TMK'nin 1007. maddesinde *“tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devletin sorumludur”* şeklinde düzenlenen Devletin kusursuz sorumluluğu çerçevesinde tazminat kararları verdiği ancak tapuda iptali gerçekleştirilen taşınmazların kamunun hüküm ve tasarrufu altında bulunan kıyılarda bulunması ve davacının bu yeri kullanması göz önüne alınarak eski Borçlar Kanunu'nun 43-44. (TBK 53-54 maddeleri) maddeleri gereği indirim yapılmasına hükmettiği görülmektedir. Aynı dairenin ilerleyen süreçteki kararlarında ise; tapu malikleri tarafından açılan davaların haksız eylem nedenine dayalı maddi tazminat davaları olması nedeniyle mülkiyet hakkından yoksun kalan davacının dava tarihindeki mevcut zararını talep edebileceğine ilişkin hükümler bulunmaktadır (Çelik, 2015).

İlerleyen süreçlerde, AYM'nin konu ile ilgili yapılan bireysel başvuruları AİHM kararları doğrultusunda değerlendirmeye başladığı görülmektedir. Bu kapsamda AYM, H.U. başvurusu, Başvuru No:2018/1901, Karar Tarihi:26/05/2021 kapsamında, AİHM'nin tapu iptali ve mülkiyet hakkı ihlali konusundaki kararlarına gerekçesinde yer vererek konu ile ilgili görüş değişikliğine gitmiştir (AYM, 2021).

Kıyı alanları içinde kalan tapuların iptal yoluna gidilmesi mülkiyet hakkı açısından yargı sistemimizde farklı kararların verilmesine yol açtığı görülmektedir. Kadastro Kanunu'nun 12. maddesine eklenen ek madde ile söz konusu mağduriyetler engellenmeye çalışılmıştır. İlgili maddenin ilk hali *“Bu tutanaklarda belirtilen haklara, sınırlandırma ve tespitlere ait tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak itiraz olunamaz ve dava açılmaz”* şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye 14 Mart 2009 tarihinde yapılan değişiklik sonucu *“Bu hüküm, iddia ve taşınmazın niteliğine yahut Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri dâhil, tarafların sıfatına bakılmaksızın uygulanır”* ibaresi eklenmiştir. Yapılan değişiklik ile kadastro tespitinin kesinleşmesinden itibaren 10 yıl geçmesi halinde tapu iptal davası açılmasının önüne geçilerek mülkiyet hakkı ihlallerini azaltmak hedeflenmiştir. Buna karşılık

Kadastro Kanunu 12/3 maddesinde yapılan değişiklik, AYM tarafından 12.05.2011 gün ve E:2009/31 ve K:2011/77 sayılı karar ile iptal edilmiştir (AYM, 2021).

Tapuya tescil edildiği tarihte yürürlükte bulunan kanun hükümlerine riayet edilerek tapuya güven ilkesi sonucunda kazanılan özel mülkiyet kapsamındaki taşınmazlar hakkında kamu yararı amacı doğrultusunda tapu iptali yoluna gidilmesinin mülkiyet hakkının ihlalinin yanı sıra, tapuya güven ilkesini de olumsuz etkilediği ifade edilebilir. Meşru yollardan faydalanarak tapu sahibi olan kişilerin bu yolla tapularının iptal edilmesinin ise kişilerin nazarındaki adalet anlayışını etkilediği gözlenmektedir. Devletin alımını yasal olarak desteklediği tapu maliki olma durumunun güvenirliğini ve saygınlığını temin etmesi, hukuki süreçler kapsamında AİHM kararlarının Türkiye'nin prestijini etkilemesine de engel olacaktır. Anayasa'nın 35. maddesi ile güvence altına alınan mülkiyet hakkı, Türkiye'nin dâhil olduğu uluslararası sözleşmelerle de koruma altına alınması nedeniyle, kişilerin en önemli temel hak ve hürriyetleri arasında yer alan mülkiyet hakkına müdahalenin uluslararası toplum nazarında olumsuz bir kanaat oluşturması şüphesizdir. Bu doğrultuda ifade edilebilir ki; idare tarafından alınan kararlarda kamu yararı amacı ön planda olsa dahi, geniş kapsamlı ve muhtemel sonuçların öngörüsünün yapıldığı süreçlerin izlenmesi gerekmektedir.

Kıyı Alanlarına İlişkin Topluluk Davaları

Kıyı alanlarında yrtlen planlama süreçlerinin neden olduğu durumlardan bir diğeri, ekosisteme verilen zarar ile doğanın tahrip edilmesidir. Meydana gelen tahribatın, doğal sistem bütünlüğü kapsamında salt ilgili bölgede yaşayan özel mülkiyet sahibi maliklerini değil toplumun tüm kesimlerini etkilediği bilimsel bir gerçektir. Böylesi bir durum kapsamında, toplumun zarar gören kesiminin dava sürecinin nasıl işleyeceği ve ne yönde sonuçlanacağı oldukça önemlidir.

Bu konuda küresel perspektifte yrtlen süreçler kapsamında, Roma İmparatorluğu'nun hüküm sürdüğü tarihlerden günümüzde Avrupa'nın birçok ülkesine kadar toplumun zarar görmesi gerekçesiyle halkın dava açabileceğine ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Kaynağını Roma hukukundan alan "*Actio Popularis*" ilkesi "*halk davası*" anlamına gelmekte; "*bireylerin kendi kişisel haklarının ihlal edildiğini ileri sürmeksizin, toplumun menfaatlerinin ihlal edildiği iddiasını taşıyan ve toplumun menfaatlerini korumayı amaçlayan başvurular*" olarak tanımlanmaktadır (Gökalp Alica, 2018). İdare tarafından yapılan uygulamalar sonucunda bireylerin özel hakkını değil, kamu güvenliğinin korunmasını ön planda tutan bu süreçte, Fransa, İspanya (imar, kıyı, doğal parklar vb. konularda), İrlanda, Portekiz gibi Avrupa'nın belirli ülkelerinde vrenin tahribatına neden olan uygulama ve faaliyetlerde toplu bir şekilde dava açılması kabul görmektedir. Actio popularis kapsamında açılan davalar, halk sağlığı, doğal ve kültürel vre bileşenleri, kentsel yaşam kalitesi gibi unsurlar üzerinde olumsuz etki oluşturan durumlara yönelik incelenmektedir. Böylesi durumlarda, ortak bir amaç doğrultusunda hareket ederek toplu bir şekilde dava açılmasının temel gerekçesi kamu yararıdır (Küçük, 2013; Gökalp Alica, 2018).

Türkiye perspektifinde, kıyı alanlarının görmüş olduğu zarar neticesinde toplu bir şekilde iptal davası açabilmenin dayanaklarından bir tanesi de Anayasa'nın 56. maddesidir. İlgili maddede, “herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.” denilmek suretiyle toplumun tüm kesimine sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı tanınmıştır (T.C. Anayasası, 1982). Anayasal bir güvenceden kaynaklanması sebebiyle de kıyı alanlarının uğradığı tahribat sebebiyle toplumun menfaat ihlaline uğradığı sonucuna varılabilmektedir.

Çevre Kanunu'nun 3/a maddesi ile meslek odaları, birlikler ve sivil toplum kuruluşlarını içine alan bir tasnif yapılmıştır. Anılan madde hükmüne göre; “başta idare, meslek odaları, birlikler ve sivil toplum kuruluşları olmak üzere herkes, çevrenin korunması ve kirliliğin önlenmesi ile görevli olup bu konuda alınacak tedbirlere ve belirlenen esaslara uymakla yükümlüdürler.” şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Çevrenin korunmasında görevli olan meslek odaları, birlik ve STK'ların, kıyı alanlarının idarenin kamu yararı amacı taşımayan veya taşısaya bile kıyılarına verdiği zarar yanında ölçülü olmayan faaliyetleri ile menfaatlerinin ihlal edilmesi halinde idare mahkemelerinde iptal davası açabilecekleri sonucuna varılmaktadır.

Çevrenin zarar görmesi durumunda, idari yargıda iptal davasını kimlerin açabileceği hakkında İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK)'ta iptal davası şartı olarak düzenlenen menfaat ihlali bakımından sorunu irdelemek gerekmektedir. İYUK'un 2/1-a maddesine iptal davasının; “idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılabilmesi” belirtilmiştir. İYUK'un 14/3-c maddesinde ehliyet hususunun ilk inceleme kapsamında var olup olmadığının tespit edileceği, aynı kanunun 15/1-b maddesinde ise ehliyet şartının sağlanmaması durumunda davanın reddine karar verileceği düzenlenmiştir. Davanın açılmasından sonra, ehliyet şartının sağlanması durumunda İYUK'un 31. maddesinin yapmış olduğu atıf ile Hukuk Muhakemesi Kanunu'nun ehliyete ilişkin 50. ve 51. maddeleri uygulanmaktadır (İdari Yargı Mevzuatı, 2019).

İdari yargılama içerisinde idari davaların açılmasında menfaat ihlali ve kişisel hak ihlali olmak üzere ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Üzerinde durulacak olan menfaat ihlali, kişisel hak ihlaline göre daha geniş bir kapsama sahiptir; şöyle ki “İptal davası açabilmek için bir hakkın ihlal edilmesi koşulu değil, idari yargılama hukukuna özgü bir ehliyet kuralı olan menfaat ihlali yeterli sayılmıştır.” (Gökalp Alıca, 2018). Bahsi geçen menfaatin ise davacı açısından meşru, güncel ve kişisel bir menfaat olması gerekmektedir. Kişisel menfaat şartından, ilgili idari işlemin doğrudan veya dolaylı olarak davacının menfaatini ihlal etmesi anlamı çıkartılmamalıdır. İdari işlem dolayısıyla kişisel hakların değil toplumun çıkarının zarar görmesi halinde menfaat ihlalinin oluştuğundan söz edilebilecektir. “Danıştay'ın son kararlarında da menfaat ihlali koşulunu geçmiş uygulamalar aksine geniş tuttuğu görülmektedir.” (Yıldırım, 2010).

Danıştay uygulamalarına bakıldığından menfaat gruplarının İYUK'un 2/1-a maddesine dayanarak iptal davası açabilecekleri hususunda yerleşik bir içtihat bulunmamaktadır. Türkiye özelinde kıyı alanlarında gerçekleştirilen faaliyetler nedeniyle birçok farklı grubun zarar gördüğü bilinmektedir. Bu kapsamda, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun KKÇ'nin iptali gerekçesiyle başvuru dava sürecine yönelik imar planlarına karşı dava açma ehliyeti bulunan Mimarlar Odası'nı iptal davasını açma konusunda da ehliyet sahibi olarak kabul etmesi örnek olarak gösterilebilir (Gökalp Alica, 2018). Bir diğer örnek olarak, baroların kıyılarıdaki ekosistemin ve çevrenin görmüş olduğu zarar dolayısıyla iptal davası açabilme ehliyetinin bulunup bulunmadığı konusunda Danıştay'ın farklı kararları mevcuttur. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 76. maddesinde; baroların insan haklarını savunmak ve korumak görevinin olduğundan bahsedilmektedir. Aynı kanununun 95/21 maddesinde de baro yönetim kurulunun görevleri arasında "*Hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmak*" sayılmıştır (Bağrıaçık, 2016).

Kıyıların görmüş olduğu zararda baroların menfaat ihlalinin Danıştay'ın son kararlarında olduğu gibi geniş olarak yorumlamak gerekmektedir. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun, 7.4.2005, E. 2003/417, K. 2005/234 sayılı hükmü incelendiğinde baroların avukatlık mesleği ile ilgisi olmayan ancak hukukun üstünlüğü ve insan haklarını savunma noktasında görevi olduğundan menfaat ihlali sebebiyle dava açabileceği kabul edilmiştir. Avukatlık Kanunu'nun 76. ve 95/21. maddeleri kapsamında, hukukun üstünlüğü ve insan haklarını koruma noktasında sorumluluğu bulunan baroların kıyılarıda meydana gelen tahribat gerekçesiyle iptal davası açısından ehliyet sahibi sayılmasının önemine yer verilmiştir.

Bu kapsamda gözlenen bir diğer konu ise, plansız ve izinsiz doldurulmuş alanlar vb. bölgelerde kamu yararı gözetmeksizin ve gerekli bilimsel bulgulara dayandırılmadan kıyı alanlarına zarar veren uygulamalar sonucunda menfaat gruplarının yanında ilgili bölgede yaşayan kent sakinlerinin de zarar görmesidir. Kent sakinlerinin mağduriyeti, ihlal konusu bölgeye ne derece yakın olmaları ile doğrudan ilişkilidir. Danıştay'ın konu ile ilgili Zafer Park davası kapsamında, Danıştay 6. Dairesi'nin 16.12.1986 tarih ve E.1986/1323, K.1986/1135 sayılı kararında, kent sakinlerinin menfaat ihlali kapsamında bir araya gelerek dava açmasında hukuka aykırı bir durum tespit edilmediği belirtilmiştir (Danıştay, 2021).

Menfaat ihlali kapsamında dava açma ehliyetlerinin varlığı tartışılacak birçok menfaat grubu bulunmaktadır. Siyasi partiler, dernekler, vakıflar, meslek odaları, barolar vb. farklı grupların kıyı alanlarında yaşanan ihlallerin etkisiyle dava açma yönünden nasıl bir durum içinde bulduklarını incelemek mümkündür. Konuya dair genel bir değerlendirme yapıldığında; merkezi ve yerel yönetimlerin kıyıların kullanımına yönelik ancak amaca aykırı uygulamaları sonucunda kamu yararı açısından misyon edinmiş olan grupların menfaatlerinin ihlal edildiğini kabul etmek yerinde bir çıkarım olacaktır. İlk derece mahkemeleri ile istinaf ve temyiz aşamalarını da içine alacak şekilde menfaat gruplarının dava açma ehliyeti yönünden ortak bir bakış açısının ve karar verme

mekanizmasının geliştirilmesi önem arz etmektedir. Mahkemelerin kıyıların sürdürülebilirliğini olumlu yönde etkileyecek ve zarara uğratılmasını engelleyecek kararları neticesinde yaşanan çelişkilerin son bulacağı kuşkusuzdur.

SONUÇ

Küresel perspektifte Türkiye, coğrafi konumunun etkisiyle birçok ülkeye kıyasla (yüz ölçümüne oranla) oldukça uzun kıyı şeridinde sahip bir ülkedir. Sahip olduğu kıyı alanları, çevresel, kültürel ve ekonomik tabanlı bir zenginlik sunmaktadır. Ülkenin bulunduğu coğrafi konumun zenginliği ve kıyı şeridi uzunluğu göz önüne alındığında, kıyı alanları ülkesel kalkınma ve vatandaşların refahı açısından oldukça önemli fırsatlar sunmaktadır.

Bu çalışmada, doğal ve kültürel çevrenin önemli bir unsuru olan kıyı alanlarına ilişkin yaşanan hukuki süreçler incelenmiştir. Çalışmanın amacı doğrultusunda, geçmişten günümüze henüz sistematik bir çözümü olmayan; kıyı alanlarının kullanımına yönelik ortak mevzuat bulunmaması, bilimsel verilerden uzak menfaat odaklı kıyı çalışmaları, kıyının jeomorfoloji, biyoçeşitlilik vb. unsurlarına yönelik koruma-kullanma dengesinin gözetilmediği uygulamalar vb. gibi sorunların hangi merkezde toplandığı hakkında bilgi verilerek yaşanan sorunların bireysel ve toplu olarak sebep olduğu hukuki ihlallere değinilmiştir. Yaşanan ihlallere ilişkin hukuki süreçler araştırılmış ve somut olaylardan yola çıkılarak sonuç odaklı ve çalışmanın aydınlatılmasına yardımcı olma hedefinde çıkarımlar yapılmaya gayret edilmiştir. Bu doğrultuda, kıyı alanlarına ilişkin yaşanan hukuki sorunların merkezinde çevrenin korunması ile bireysel ve toplu ihlallerin giderilmesine ilişkin kıyı alanlarında hak sahibi olan tapu malikleri ve kıyı alanlarına ilişkin farkındalığı yüksek kıyı sakinleri ve STK'lar tarafından başlatılan yasal süreçlerin yer aldığı ifade edilebilir. Bu süreçlerde hukuki uyuşmazlıklara AİHM müdahalesinin ardından davacıların talep ettikleri dava konusu değeri daha fazla elde ettikleri gözlenmektedir. Bununla beraber ifade edilebilir ki; kıyı alanlarına yapılan haksız müdahaleleri engellemek adına yasama ve yürütme erkinin birlikte oluşturacağı daha etkin ve etkili koruma mekanizmasının varlığı ve sürdürülebilirliği son derece önemli olacaktır. Çalışmada ifade edilen ihlallerin gerçekleşmesinin öncesinde gerekli yasal adımların atılmasıyla, muhtemel sorunların gerçekleşme ihtimalini en az düzeyde tutmak gerekmektedir.

Doğal ve kültürel değerlerin sürdürülebilirliği, nitelikli yürütülen ilgili süreçler ile mümkündür. Ülke vatandaşlarının yaşam standartlarını yükseltmek amacıyla doğal kaynakları kullanma yönelimleri, yasal sınırlayıcılar, bilimsel bulgular ve bireysel farkındalıklar doğrultusunda sürdürülebilir olacaktır. Bu doğrultuda, çalışma kapsamında belirlenen öneriler aşağıda sunulmuştur;

- Türkiye’de kıyıların geleceği, vatandaşların temel hak ve hürriyetleri, doğal sistem bütünlüğü ve kamu yararının zorunluluğu üçgeninde ortak bir anlayış benimsenerek planlanmalıdır. Bu noktada, mutlak çözüm odaklı çalışmalar sürdürülebilirliği destekleyebilir. Anayasa’nın 43. maddesinde

belirtildiği üzere kıyılar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Devleti temsil yetkisine sahip hükümetler, kamu kurum idarecileri, belediye yönetimleri ve devlet altında yaşayan kişi/toplumun devletin emaneti olan kıyıları koruması oldukça önemlidir. Bu doğrultuda ifade edilebilir ki; kıyılar devletin ve devlet altında yaşayan kişilerin hazinesi olarak düşünölmeli, buna bağılı olarak geçmişteki olumsuz örnekleri yinelenmeyen ve geleceğı nitelikli planlayan bir sistem benimsenmelidir.

- Kıyı alanlarının ekonomik, coğrafik, jeomorfolojik, sosyal, ekolojik, siyasi vb. kapsamda çok yönlü etkileşime ve değere sahip olması, bireysel ve toplumsal olarak kıyılarına bu denli yönelimin bir gerekçesi niteliğindedir. Bu nedenle ifade edilebilir ki; önemli bir kıyı şeridine sahip olan Türkiye’de kıyılar hakkında ortak mevzuat çalışmasının yapılması da zaruri bir durum haline gelmiştir. Hukukun belirlediğı sınırlar içerisinde hareket etmenin hata riskini en az düzeyde tutacağından yola çıkılarak, kıyılar ile ilgili söz sahibi olan merkezi ve yerel otoritelerin yararlanacağı ortak kıyı mevzuatının izinsiz, plansız ve kıyı alanlarında kültürel baskı oluşturan uygulamaların önüne geçilebilmesinde etkili olacağı düşünölmektedir. Yapıcı yasaların üzerinde oluşturulan kıyı politikası anlayışı, üstün akıl ve liyakat ile donatılmış yöneticilerin ve bahsi geçen ölçütlere saygılı toplumların varlığı mevcut sorunlara karşı çözüm üretmenin ötesinde geleceğı inşa etme adına önemli bir başlangıç olacaktır.
- KKÇ tespiti süreçlerinde, ilgili bilimsel araştırmalar incelenerek, verilerin ve bulguların göz önüne alındığı ortak bir anlayış benimsenebilir. Bunun yanı sıra, kadastral çalışmaların ve KKÇ tespitinin uyumlu ve birbirini tamamlayan sistematik akış içinde yapılmasının, benzer sorunların çözümünde fayda sağlayacağı düşünölmektedir.
- Kıyı alanları planlama süreçlerinin kısa, orta ve uzun vadeli hedeflere yönelik nitel ve nicel araştırma süreçlerine dayandırılması gerekmektedir. Kalkınmanın sürdürülebilir tabanlı yönetimi, söz konusu çevresel dinamikler ve bu kapsamdaki doğal kaynak rezervleri gözetilerek sağlanmalı, gelecekte meydana gelmesi muhtemel olumsuz etkiler önlenmelidir. Böylelikle kıyı alanlarının etkin ve dengeli kullanımı sağlanabilir.
- Kıyı alanlarına yönelik yürütölen planlama süreçlerinde analitik araçlardan yararlanmak ve koruma-kullanma dengesinin gözetildiğı somut öneriler geliştirmek, birbiri ile çelişen kullanım taleplerinde optimal bir denge sağlayacaktır. Bununla beraber, kıyı kaynaklarının sürdürülebilirliğini destekleyerek, taleplerin neden olabileceğı ekolojik etki ve riskleri en a düzeye indirmek gerekir. Sistematik yürütölen planlama süreçlerine tabi olmayan uygulamalar ve kıyıların “devletin hüküm ve tasarrufu altında olması gerekçesiyle” doldurulma uygulamaları gibi nedenlerle sürdürülebilir olmayan kararların engellenmesi amacıyla çözüm odaklı ilkelerin benimsenmesi oldukça önemlidir. Belirli bir zaman aralığında olması muhtemel deniz seviyesindeki artış göz önünde bulundurularak uzun vadeli çözüm önerileri belirlenmelidir. Bu önerilerin, yerel ve bölgesel ölçekte çözümler sunması, etkin ve yerinde müdahale süreçlerini destekleyecektir.

- Kıyı alanlarına yapılan müdahalelerin doğal sistem bütünlüğü kapsamında fauna ve flora varlığına etkisinin boyutu, göz önüne alınması gereken diğer bir konudur. Koruma-kullanma dengesi gözetmeyen, kıyı ekosistemlerinin zarar gördüğü uygulamaların önüne geçilmelidir. Uygulanan doğal tabanlı çözümler, söz konusu bölgelerin diğer doğal karakteristiklerini destekleme yönünden de ayrıca katkı sunacaktır.

Sonuç olarak ifade edilebilir ki; kıyı planlamalarına yönelik karar verme ve uygulama faaliyetleri kapsamında, salt ekonomik tabanlı değil, ekolojik ve sosyal gereksinim-beklentilerin göz önüne alındığı bütüncül bir yaklaşımın benimsenmesi oldukça önemlidir. Böylelikle, hem çevre bileşenlerinin hem de kamu yararının gözetildiği uygulamaların artması mümkün olacaktır. Türkiye'nin sahip olduğu doğal ve sosyoekonomik açıdan zengin kıyı alanlarına yönelik yoğun ilgi göz önüne alındığında, toplumun büyük bir kesiminin menfaatine uygun ve doğa tabanlı planlama süreçlerinin yürütülmesi zorunlu bir gereksinim olarak ifade edilebilir. 1982 Anayasası ve ilgili kanunların belirlediği “kamu yararı” kriterinin salt lafzi anlamda kalmayarak, ilgili otoriteler tarafından yürütülen uygulamalarda ve düzenlemelerde kendine yer bulması oldukça önemlidir.

KAYNAKÇA

743 nolu Kanun (1926). Türk Kanunu Medenisinin Yürürlükten Kaldırılmış Hükümleri. <<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.743.pdf>> (e.t. 05/06/2021)

AİHM (2021). Case Law, Judgments and Desicions, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22documentcollectionid2%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22> (Erişim Tarihi: 20/05/2021).

Akça, N. (2004). Kıyı Kenar Çizgisinin Tespiti ve Uygulama Sorunları. Türkiye Kıyı ve Deniz Alanları V. Ulusal Konferansı, *Türkiye Kıyıları 04 Bildiriler Kitabı*, s.275-284.

Akdeniz, H. B. ve İnam, Ş. (2021). Türkiye’de Yaşanan Kıyı Kenar Çizgisi-Mülkiyet Sorunlarının Örnek Olaylarla Değerlendirilmesi. *Mühendislik Bilimleri ve Tasarım Dergisi* 9(1), sayfa 139 – 149.

Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2006). *Türk İdare Hukuku*. 7.Baskı, Ankara-İstanbul, Seçkin Yayınevi.

Avcı, S. (2017). Kıyı Alanlarının Kullanımında Beşerî Faktörler. *İçinde Yasal ve Bilimsel Boyutları ile Kıyı*, Jeomorfoloji Derneği Yayını, Sayfa:117-146, İstanbul.

AYM (2021). Anayasa Mahkemesi, Kararlar, Bireysel Başvuru, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 20. 05. 2021).

Bağrıaçık, A. (2016). Danıştay Kararları Işığında İdari Yargıda Menfaat İhlali. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:7 Sayı:2 Yıl 2016.

Balık, İ. (2017). Kent Akademisi. *Kent Kültürü ve Yönetimi Hakemli Elektronik Dergi*, Cilt: 10 Sayı: 29/1, İlkbahar 2017.

Birinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (1963). Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Planlar ve Programlar, Birinci Kalkınma Planı.

Connor, E. O., Hynes, S. ve Chen, W (2020). Estimating the non-market benefit value of deep-sea ecosystem restoration: Evidence from a contingent valuation study of the Dohrn Canyon in the Bay of Naples. *Journal of Environmental Management*, Volume 275, 1 December 2020, 111180.

Çelik, K. (2015). Kıyı Alanlarının Planlanmasında Kıyı Kenar Çizgisinin Önemi. *Küresel Mühendislik Çalışmaları Dergisi*, 2 (1), 36-43.

Çelik, Ö. (2015). Kıyı Mevzuatı Uygulamasında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri. *Gümrük ve Ticaret Dergisi*, Sayı:6, sayfa:99-109.

Danıştay (2021). Danıştay Başkanlığı, Karar Arama, <https://karararama.danistay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 25.05.2021).

Derici, B. (2018). *Bütünleşik kıyı Alanları Yönetiminin (BKAY) göl kıyılarında uygulanabilirliği: Eğirdir Gölü örneği*. Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, 2018.

Eke, F. (1995). Kıyı Mevzuatının Gelişimi ve Planlama. T.C. Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Teknik Araştırma ve Uygulama Genel Müdürlüğü, Yayın no:77, Ankara.

Ergürhan, E. (2008). *Foça'da Kıyı Alanı Kullanımı ve Kıyı Kullanımı Bilincinin Değerlendirilmesi*. T.C Dokuz Eylül Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü Sosyal Alanlar Eğitimi Anabilim Dalı Coğrafya Öğretmenliği Programı Yüksek Lisans Tezi, İzmir, Türkiye.

Erinç, S. (1973). Türkiye'nin şekillenmesinde neotektoniğin rolü ve jeomorfoloji - jeodinamik ilişkileri: *Jeomorfoloji Dergisi*, 5, 15 - 25.

Erol, O. (1996). Türkiye’deki Kıyı Kullanım Sorunlarına Jeomorfolojik Yaklaşım. Ank. Üniv. Türk. Coğ. Araşt. ve Uyg. Merk., III. *Coğrafya Sempozyumu Bildiri Özetleri*, Ankara, 146-148.

Ertek, A. (1996). Karadeniz Kıyılarımızdaki Ayçöreği Şekilli Koylarda Jeomorfoloji-İnsan İlişkileri. Türkiye Coğrafyası Araştırma ve Uygulama Merkezi, III. *Coğrafya Sempozyumu*, Ankara.

Gary, A. ve Klee, A. (1999). *The coastal environment: toward integrated coastal and marine sanctuary development*. Prentice Hall, New Jersey.

Gökalp Alıca, S. S. (2018). Çevrenin Korunmasına İlişkin İptal Davalarında Kişisel Menfaat Kavramı. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Kasım-Aralık 2018, Sayı 139, ss. 165-220.

Hervann, P. Y. ve Gascuel, D. (2020). Exploring the impacts of fishing and environment on the Celtic Sea ecosystem since 1950. *Fisheries Research*, Volume 225, May 2020, 105472.

IPCC (2018). Sea Level Change Supplementary Material. https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/07/WGI_AR5.Chap_13_SM.1.16.14.pdf (Erişim tarihi, 01.06.2021).

İdari Yargı Mevzuatı (2019). 36. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara.

İklimBU (2021). Deniz Seviyesinin Yükselmesi. <http://climatechange.boun.edu.tr/deniz-seviyesinin-yukselmesi/> (Erişim tarihi:01.07.2021)

İyimaya, O. (2011). Türkiye’de Arazi Yönetimine İlişkin Sorunlar. Panel, *Arazi Yönetimi Çalıştayı*, 26-27 Mayıs 2011, İstanbul.

Keleş, R. (1998). *Kentbilim Terimleri Sözlüğü*, 2. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi.

Kırkık, K. P. (2010). *Tarihi Süreç İçerisinde Kıyı Alanlarının Kamusal Kullanımına Kentsel Tasarım Yaklaşımları Haliç Örneği*. T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Mimarlık Anabilim Dalı, Şehircilik Programı.

Kıyı Kanunu (1984) <<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.3621.pdf> > e.t. 13/06/2021.

Kıyı Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik (1992). 03.08.1990 Tarihli ve 20594 Sayılı Resmî Gazete.

Koçman, A. (1981). Yukarı Kura Nehri havzasının genel jeomorfolojik özellikleri ve evrimi : *Jeomorfoloji Dergisi*, 5.1 – 32.

Küçük, E. (2013). *Roma Hukuku Davalar Sisteminde Actio Popularis*. Adalet Yayınevi, Ankara.

Ramsar (2011). Kıyı Çizgisinin Sabitlemesi&Fırtınadan Korunma. Sulak Alan Ekosistem Hizmetleri, https://wwftr.awsassets.panda.org/downloads/ramsar_3.pdf (e.t. 05.05.2021).

Sayıştay Başkanlığı (2006). *Kıyıların Kullanımının Planlanması ve Denetimi*. Performans denetim Raporu, <https://www2.sayistay.gov.tr/tr/Upload/62643830/files/raporlar/diger/K%C4%B1y%C4%B1lar%C4%B1n%20Kullan%C4%B1m%C4%B1n%C4%B1n%20Planlanmas%C4%B1%20ve%20Denetimi%20Performans%20Denetimi%20Raporu.pdf> > (e.t. 02/06/2021).

Semenderoğlu, A. (1996). Kıyı alanlarının ekolojik turizm ve rekreasyon planlamasında fiziki coğrafya ve jeomorfolojik yöntemlerin önemi. *Ank. Üniv. Türk. Coğ. Araşt. ve Uyg. Merk., III. Coğrafya Sempozyumu Bildiri Özetleri*, Ankara, 146-148.

Sesli, F. A. ve Akyol, N. (1999). Türkiye’de Kıyı Alanları Konusunda Geçmişten Günümüze Ulusal Mevzuat. *TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisliği Dergisi*, 86, 101-111.

Solmaz, S. (2017). *Geçmişten Günümüze Türkiye Kıyı Politikaları ve Türkiye Kıyılarında Yaşanan Mülkiyet Sorunları*. T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Uzmanlık Tezi, Ankara.

T.C. Anayasası (1982). Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>, (e.t. 25/04/2021).

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü (2020). Kadastro Dairesi Başkanlığı, Türkiye’nin Güncel Kadastro Durumu, <https://www.tkgm.gov.tr/index.php/teftis-kb/faaliyet-raporlari> (e.t. 04.04.2021).

TDK (2021). Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr> (e.t.18/06/2021).

Tırlı, A. (2006). *Sulak Alanlar*. Oran Yayıncılık, İzmir.

- Turoglu, H. (2019). Geomorphological Identification of Artificial Coasts: The Case of Diliskelesi (Kocaeli, Turkey). *Journal of Geography-Cografya Dergisi*, 11-27.
- Turoğlu, H. (2010). Alçak Kıyılarda Kıyı Kenar Çizgisi Problemi. Ulusal Jeomorfoloji Sempozyumu 2010, Afyon, Turkey, *Bildiri Kitabı* ss. 206-218.
- TÜİK (2021). Güncel nüfus ve GSMH bilgileri. <http://www.TÜİK.gov.tr> (e.t. 28/04/2021).
- Uçar, İ. (2016). İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcalığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XX, Y. 2016, Sa. 3
- Uğurlu, Ö. (2020). Gölbaşı Özel Çevre Koruma Bölgesi Ekosistem Hizmetlerinin Ankara Kenti İçin Öneminin Değerlendirilmesi. *Ankara Araştırmaları Dergisi*. 2020; 8(1): 23-47 | DOI: 10.5505/jas.2020.46338.
- Uydur, H. A. (2012). İzmir-Foça Arasında Kıyı Gelişimi ve Kıyı Alanı Kullanımı. <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>> (e.t. 13/06/2021).
- Uzun, B. ve Çelik, N. (2011). Kıyı Alanlarındaki Kamu Taşınmazlarının Yönetim Sorunları. 7. Kıyı Mühendisliği Sempozyumu, 21-23 Kasım 2011, Trabzon.
- WWF (2011). *Ramsar Sulak Alan Özetleri*. Sulak Alan Ekosistem Hizmetleri Giriş.
- WWF (2018). *Türkiye'deki Ramsar Alanları Değerlendirme Raporu*. WWF-Türkiye (Doğal Hayatı Koruma Vakfı). https://wwftr.awsassets.panda.org/downloads/wwf_turkiye_ramsar_alanlari_degerlendirme_raporu.pdf (e.t. 05.05.2021).
- Yardımcı, M. C. (2017). *Kentsel kıyı alanlarında kıyıya kamu erişimini sağlama ölçütleri "Bakırköy, Yeşilköy-Yeşilyurt Kentsel Kıyı Bölgesi Örneğinde*. Yıldız Teknik Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü.
- Yargıtay (1997). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 28/11/1997 tarih, E.1996/5, K.1997/3 https://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_Hukuk_Genel_Kurulu_IBK_1996_5.php, e.t. 26/06/2021.
- Yargıtay (2021). Yargıtay Başkanlığı, Karar Arama, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (Erişim Tarihi: 22.05.2021).
- Yıldırım, T. (2010). *İdari Yargı*, 2. Baskı, Beta Yayını, 2010, s.387-393.

Geliş Tarihi:

28.05.2021

Kabul Tarihi:

04.06.2021


Yayımlanma Tarihi:

30.09.2021

Kaynakça Gösterimi: Güvenç-Uluçlar, S. N. (2021). Miras sebebiyle istihkak davasının (Hereditatis Petitio) Roma Hukuku'ndaki gelişimi ve modern kanunlara aktarılması süreci hakkında bir inceleme. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 20(41), 951-971. doi: 10.46928/iticusbe.944076

MİRAS SEBEBİYLE İSTİHKAK DAVASININ (HEREDİTATİS PETİTİO) ROMA HUKUKUNDAKİ GELİŞİMİ VE MODERN KANUNLARA AKTARILMASI SÜRECİ HAKKINDA BİR İNCELEME*

Araştırma

Selvi Nazlı Güvenç Uluçlar 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

İstanbul Ticaret Üniversitesi

sguenc@ticaret.edu.tr

Selvi Nazlı Güvenç Uluçlar, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı araştırma görevlisidir. Özel Hukuk alanında, Medeni Hukuk, Borçlar Hukuku ve Fikrî Mülkiyet Hukuku alanlarında çalışmalarını sürdürmektedir.

* Bu makale, İstanbul Ticaret Üniversitesi Özel Hukuk Doktora öğrencisi Selvi Nazlı Güvenç Uluçlar tarafından hazırlanan “Miras Sebebiyle İstihkak Davası” isimli doktora tezinden üretilmiştir.

MİRAS SEBEBİYLE İSTİHKAK DAVASININ (HEREDITATIS PETITIO) ROMA HUKUKUNDAKİ GELİŞİMİ VE MODERN KANUNLARA AKTARILMASI SÜRECİ HAKKINDA BİR İNCELEME

Selvi Nazlı Güvenç Uluçlar
sguven@ticaret.edu.tr

ÖZET

Alman Medenî Kanun'u BGB, 2018-2032, İsviçre Medenî Kanun'u ZGB, 598-600, Türk Medenî Kanunu MK 637-639, maddelerinde düzenlenen "Miras Sebebiyle İstihkak" davası, Roma Hukuku kaynaklı bir miras hukuku davasıdır (Hereditatis Petito). Bu dava ile yasal veya atanmış mirasçı, gerçekte bir miras hakkına sahip olmamakla birlikte mirasçymış gibi tereke veya münferit tereke değerlerini elinde bulunduran davalıdan bunların teslim ve iadesini talep eder. Miras Sebebiyle İstihkak davası, mehzaz kanun ZGB ve TMK'da oldukça kısa özet mahiyetinde üç madde ile düzenlenmiştir. Maalesef, İsviçre ve Türk Hukukunda, kanunî düzenlemelerin yetersizliği, uygulamada, mirasçıya tanınan bu özel hukuki imkânın anlaşılmasını ve gereken ilgiyi görmesini engellemiş görünmektedir. Bu kadim dava hakkına duyulan ihtiyacı ortaya koymak üzere; çalışmada, öncelikle, Roma Hukukundaki tanım ve anlamı, gelişim ve değişimi ile Davanın Modern Hukuklara aktarılması süreci incelenmiştir.

Amaç: Çalışmanın amacı İsviçre ve Türk Hukuklarında birçok yönden tartışmalı bir konu özelliği gösteren miras sebebiyle istihkak davasının Roma Hukuku'ndan süre gelen gelişimi ile modern hukuklara aktarılma sürecinin davanın özelliklerinin ortaya konması bakımından etkileri dikkate alınarak incelenmesidir.

Yöntem: Çalışma kapsamında konuya ilişkin yasal düzenlemeler ve Alman, İsviçre ve Türk Hukuk Literatürleri taranmıştır.

Bulgular: Miras sebebiyle istihkak davası kadim bir dava olarak Roma Hukuku'da ortaya çıkmış ve Müşterek Hukuk vasıtasıyla modern hukuklara aktarılmış özel bir miras hukuku davasıdır. Roma Hukuku kökenli modern Medenî Kanunların çoğunda davaya ilişkin hükümlerin mevcut olduğu görülmektedir. Ancak İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarının dava üçer madde ile düzenlenmiştir. Buna karşın miras sebebiyle istihkak davasına ilişkin Alman Medenî Kanunu'nda on dört madde sevk edilmiştir. Yine ZGB ve TMK'dan farklı olarak ilgili hükümlerin BGB'ye kabul süreci de davanın düzenleme şeklinin yanında davaya ilişkin esasları tespitinden yol göstericidir. Çalışma kapsamında miras sebebiyle istihkak davasına duyulan ihtiyacın ve davanın esaslarının anlaşılmasında Alman Medenî Kanunu'nun ilgili hükümleri ve BGB'yi hazırlayan birinci ve ikinci komisyonlarında yapılan tartışmalar incelenmiştir.

Özgünlük: Çalışmada miras sebebiyle istihkak davasına duyulan ihtiyacı tespit etmek üzere davanın tarihi süreç içinde geçirdiği değişimler ve nihayetinde Modern Medenî Kanun yapıcılarını davayı düzenlemeye sevk eden gerekçeler araştırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hereditatis Petito, Miras Sebebiyle İstihkak Davası, Mirasçılık Davası, Tereke, Mirasçı

JEL Sınıflandırması: K10

AN EXAMINATION ON THE DEVELOPMENT OF THE ACTION FOR RECOVERY OF PROPERTY BY REASON OF INHERITANCE (HEREDITATIS PETITIO) IN ROMAN LAW AND THE CODIFICATION PROCESS INTO MODERN LAWS

ABSTRACT

Action for recovery of property by reason of Inheritance, regulated in articles of German Civil Code BGB, 2018-2032; Swiss Civil Code ZGB, 598-600; Turkish Civil Code TMK,637-639, is an inheritance law case originating from Roman Law (Hereditatis Petito). The legal or appointed inheritor claims from posesor pro herede, the restitution of the estate(heritage) or some estate values through this lawsuit. Action for recovery of property by reason of Inheritance is regulated in ZGB and TMK, with three articles in a very short summary nature. Unfortunately, in Swiss-Turkish Law, the insufficiency of legal regulations seems to prevent this special legal opportunity granted to the inheritor from understanding and getting the necessary attention in practice. In order to better understanding the function of this ancient right to litigation, first of all, the meaning and processes in Roman Law and the codifikation prozess into the Modern Law were examined in the study.

Objective: The aim of the study is to determine the reason for existence and function of the case from the perspective of legal history, by examining the ongoing development of the Lawsuit for Inheritance, which is a controversial subject in many aspects in Swiss and Turkish Laws, and by examining the period of its transfer to modern laws.

Method: Within the scope of the study, legal regulations and German, Swiss and Turkish Legal Literatures were searched.

Findings: Action for Recovery of property by Reason of Inheritance is a special case of inheritance law, which emerged in Roman Law as an ancient case and was transferred to modern laws through Common Law. It is seen that in most of the modern Civil Codes originating from Roman Law, there are provisions regarding the case. However, the case of Swiss and Turkish Civil Codes is regulated by three articles each. However, the case of Swiss and Turkish Civil Codes is regulated by three articles each. On the other hand, fourteen articles were referred to in the German Civil Code regarding the case of remuneration due to inheritance. Again, unlike the ZGB and TMK, the adoption process of the relevant provisions to the BGB is guiding in terms of determining the principles of the case as well as the way the case is organized. Within the scope of the study, the relevant provisions of the German Civil Code and the discussions made in the first and second commissions that prepared the BGB were examined in order to understand the need for a remuneration lawsuit due to inheritance and the principles of the case.

Originality: In the study, in order to determine the need for a remuneration lawsuit due to inheritance, the changes that the case went through in the historical process and finally the reasons that prompted the makers of the Modern Civil Code to organize the case were investigated.

Keywords: Hereditatis Petito, Action for Recovery of Property by Reason of Inheritance, Case of Inheritance, Heritage, Inheritor

JEL Classification: K10

I. DAVANIN TANIM VE KONUSU

Külli intikal prensibinin neticesinde, Miras bırakanın ölümü ile (TMK. md.599), miras bırakanın aktif ve pasif malvarlığı, kendiliğinden (ipso iure) mirasçılarca geçer. İlgili prensip uyarınca, mirasçının hukukî ilişkileri ve bunlara bağlı hakları da mirasçıya intikal eder (Escher:1960, Vorbem. Art.598ff ZGB N.2; Kocayusufpaşaoğlu:1987, s.657; Somm: 1994, s. 41; Schucan: 1943, s.21; Eren: 2016, s.1046; Moshe: 2014, s.312). Bu sebeple mirasçı, terekeye veya münferit tereke konularına üçüncü kişilerce el konulması halinde bu değerlerin terekeye teslimini sağlamak üzere, miras bırakandan intikal eden devri kabil tüm dava haklarından yararlanabilir (Escher:1960, Vorbem. Art.598ff. N.10; Tuor/Picenoni:1964, Vorbem. Art.598ff.ZGB N.17; Gürsoy:1958, s.25; Tandoğan:1955, s.268; Oğuzman:1995, s.309; Akbıyık:2003, s.15; Eren:2016, s.1047; Forni/Piatti:2019, Art.598 ZGB N.1).

Miras bırakandan intikal eden bu davalar, çalışma kapsamında münferit dava hakları olarak (einzel oder sonderklagen des Erben) (mirasçının bireysel, özel, cüzi davaları) olarak ifade edilecektir. Bu terim ile mirasçı tarafından açılacak, istihkak, davası, tapu sicilinin düzeltilmesi davası, zilyetliği koruyan davalar, alacaklara ilişkin davalar gibi her türden dava ifade edilmektedir (Akbıyık:2003, s.15; Eren:2016, s.1046-1047).

Mirasçıya, münferit dava haklarının yanında, TMK md.637 vd. düzenlemeleri ile terekeye veya tereke malına, gerçekte sahip olmadığı bir miras hakkına dayanarak el koyan haksız tereke zilyetlerine (pro herede tereke zilyedi) karşı (Rossel/ Mentha: 1922, s.206; Hatemi:2018, s.171; Ayan: 2020, s.372) karşı yararlanmak üzere miras sebebiyle istihkak davası hakkı tanınmıştır. Miras bırakandan intikal eden dava haklarından farklı olarak, miras sebebiyle istihkak davası, doğrudan mirasçının hukuk alanında doğan (Kocayusufpaşaoğlu: 1987, s.657; Tandoğan: 1955, s.270-271; Eren: 2016, s. 1047; Çabri:2020, s.864; Eren/Aktürk:2020, s.452) küllî nitelikli özel bir miras hukuku davası hakkıdır. Başka bir deyişle miras sebebiyle istihkak davasında, mirasçı üstün mirasçılık hakkına dayanarak tereke veya tereke mallarının iadesini talep eder (TMK md. 637). Öğretide dava, mirasçılık sıfatı ve buna bağlı hakları korumayı amaçlayan mutlak nitelikli bir miras hukuku davası olarak nitelendirilmektedir (Akbıyık:2003, s.116; Eren:2016, s.1050; Dural/Öz: 2021, s.440-441; Çabri: 2020, s.864; Eren/Aktürk:2020, s.455). Miras Sebebiyle İstihkak davası; intikal eden dava haklarından farklı olarak, aynî ikame ilkesi, dava kapsamında kazandırıcı zamanaşımı savunması yapılması yasağı (TMK md.638/2), terekedeki hak ve malların tamamının tek bir dava ile geri istenmesine imkân tanıyan usulî ve maddi anlamda küllî niteliği gibi ayrıcalıklarla donatılmış özel bir dava hakkıdır. (Eren: 2006, s. 1048). Ancak mirasçı, terekeye el koyan pro herede tereke zilyedine karşı miras sebebiyle istihkak davası veya münferit dava açma hususunda seçim hakkına sahiptir (Escher:1960, Vorbem. Art. 598ff. ZGB N 10; Tandoğan:1955, s.271; Somm:1994, s.41; Oğuzman:1995, s.309; Eren: 2016, s.1048; Sutter-Somm/Moshe: 2008, s. 289; Forni/Piatti:2019, Art.598 ZGB N.1). Ancak mirasçının münferit davalara başvurduğu halde, miras sebebiyle istihkak davası hükümleri değil ilgili davaya karşılık gelen genel hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Medenî Kanunumuzda mirasçuya tanınan küllî nitelikli mirasçılık davası, “Miras Sebebiyle İstihkak Davası” olarak ifade edilmiştir (TMK md.637) Öğretide kanunî terim, davanın adi istihkak davası gibi anlaşılmasına sebebiyet verdiği gerekçesiyle eleştirilmekte, İsviçre metninde Art.598 kenar başlığında kullanılan “Erbchaftsklage” terimini karşılamak üzere, miras davası veya mirasçılık davası terimlerinin kullanılması önerilmektedir (Akbiyık:2003 s.149; Serozan/Engin:2018, s.548). Hatemi, davanın, Alman hukukundaki karşılığının “Mirasçılık Davası” olduğunu belirterek, Türk Hukukunda davayı ifade etmek üzere kullanılan istihkak teriminin zilyetliğe haklılık davasında olduğu gibi mirasçının üstün miras hakkını ifade eder şekilde anlaşılması gerektiği ifade etmektedir (Hatemi:2018, s.171).

Biz de yanıltıcı olan istihkak teriminden vazgeçilerek, davanın “süjesinin” mirasçı ve mirasçının sahip olduğu üstün mirasçılık hakkı ve dava konusunun tereke ve münferit tereke değerleri olduğu düşüncesiyle özneye atıfla “mirasçılık davası” teriminin kullanılmasının daha uygun olduğu kanaatini taşıyoruz. Ancak okuyucu ve uygulayıcıya kolaylık olsun diye bu çalışmada kanunî terim olan “Miras Sebebiyle İstihkak Davası” kanunî terimi kullanılmaya devam edilmiştir.

A. Roma ve Müşterek Hukukta Hereditatis Petitio

TMK 637-639 maddeleri arasında düzenlenen miras sebebiyle istihkak davası (Hereditatis Petitio) Roma Hukukuna ait bir kurumdur. Hereditatis Petitio, Müşterek Hukukta¹ da muhafaza edilmiş ve uygulama alanı bulmuştur (Leuch:1912,s.1; Ergüven: 1942, s.7-8; Gürsoy:1958, s.7; Akbiyık:2003, s. 48dv.). Yine Müşterek Hukuk aracılığıyla modern Medenî Kanunlara aktarılmıştır.

Avrupa’da gerçekleşen kanunlaştırma hareketleriyle, Hereditatis Petitio, birçok modern ülke meri hukukunda bazı farklılıklar da olsa mirasçuya tanınmış hali hazırda uygulanmakta olan bir davadır. Özellikle Alman Medenî Kanun’unda (BGB, Burgerliches Gesetzbuch, 1986), Hereditatis Petitio, (Erbchaftsanspruch), 14 madde ile detaylı şekilde düzenlemiştir. (BGB §§2018-2031). İsviçre Medenî Kanun’unda (ZGB, Schweizerische Zivilgesetzbuch,1907), ise dava (Erbchaftsklage) üç madde olarak yer almıştır (ZGB, Art. 598-600). İlerleyen bölümlerde ifade edilmiş olduğu üzere benzer şekilde birçok Avrupa Ülkesi Medenî Kanunlarında da hakkında hükümlere yer verilmiş olan davanın, tarihî kökeninin Hereditatis Petitio olduğu konusunda şüphe yoktur. (Leuch: 1912, s.1; Gürsoy:1958, s.7; Lange/Kuchinke:2001, s. 1046; Mauer:1999, s.1;Koschaker/Ayiter: 1975, s.405; Tuor/Piceni:1964, Vorbem. Art. 598ff. ZGB, N.3; Münchener/Helms:2020, §2018 BGB N.3). Dolayısıyla, Roma Hukuku’nun Hereditatis Petitiolu; modern hukuk sistemlerindeki kanunî düzenlemeler öncelenmek kaydıyla, miras sebebiyle istihkak davasının özelliğinin anlaşılması için bugün için hala yol gösterici niteliktedir (Mauer: 1999, s.1). Davanın birçok yönden İsviçre ve Türk

¹ Tadil edilmiş bir Roma Hukuku olarak nitelendirilen Müşterek Hukuk, mahalli hukuklarla çelişmediği sürece, bu hukuklardaki boşlukları doldurmak üzere özellikle Batı Avrupa’da uygulama alanı bulmuş olan hukuktur. Mahalli hukuklarla Roma Hukuku arasında bir köprü işlevini yerine getirmiştir, detaylı bilgi için bkz. Koschaker, age. s.35-41.

Hukuk Öğretilerinde tartışmalı olduğu dikkate alınır, Hereditatis Petitio'nun Roma ve Müşterek Hukuktaki niteliğinin ve geçirdiği evrelerin incelenmesinin önem ve değeri izaha muhtaç değildir.

Tereke mallarının, diğer malvarlığı değerlerine nazaran, üçüncü şahısların izinsiz müdahalelerine daha açık olduğunu gözeten Romalı Hukukçular tarafından mirasçıya, mirasçının tereke konusunda miras bırakandan daha fazla himaye edilmesi ihtiyacı gözetilerek (Kaser: 1971, s.611vd; V.Lübtow: 1971, s. 1037) ve esasen miras hakkına ilişkin bir ihtilafın olduğu hallerde, tereke veya tereke değerlerinin temini maksadıyla, münferit dava haklarının yanında (Koschaker/Ayiter:1975, s. 403.), doğrudan mirasçının hukuk alanında doğan küllî nitelikli Hereditatis Petitio açma hakkı tanınmıştı (Koschaker/Ayiter:1975, s.403; Siber: 1928, s.393; V.Lübtow:1971, s. 1039; Umur:2011, s, 194).

Bugünden farklı olarak müstakil bir tespit davası kavramının bilinmediği Roma Hukukunda (Mauer:1999, s.2), Hereditatis Petitio ile mirasçının miras hakkı da tespit edilirdi² (Kaser:1971, s. 735). Başka bir anlatımla, Hereditatis Petitio kapsamında, davacı mirasçının miras hakkının tespitine bağlı olarak tereke veya tereke değerlerinin mirasçıya iadesine hükmediliyordu (Kaser,1971, s.735; Siber:1928, s.394). Bu yönüyle, bugünün hukuk anlayışıyla, Hereditatis Petitio, hem tespit davası hem eda davası mahiyetinde karma nitelikli bir dava görünümündeydi.

Hereditatis Petitio açıldıktan sonra intikal eden münferit dava haklarından yararlanılamayacağı gibi, Hereditatis Petitio yerine, istihkak (rei vindicatio) veya alacağa ilişkin münferit bir dava açıldıktan sonra da Hereditatis Petitio açma hakkı tükenmekteydi (Kaser: 1971, s. 739).

Hereditatis Petitio davasının konusu, Roma hukukunda uygulandığı farklı dönemlerde kademeli olarak genişlemiştir. İlk dönemde dava konusunu miras bırakandan intikal eden taşınır ve taşınmaz eşya teşkil ederken sonraki zamanlarda terekenin eşya haricinde hakların da dâhil olduğu bir malvarlığı topluluğu olarak görülmeye başlanmasıyla, terekeye dâhil tüm eşya ve haklar davaya konu edilebilir hale gelmiştir (V. Lübtow:1971, s. 1038; Kaser:1971, s. 736-739; Akbıyık: 2003, s.44-48). Böylece miras bırakanın üzerinde rehin hakkı veya şahsî bir hakka sahip olduğu eşyanın iadesi de Hereditatis Petitio ile talep edilebilmekteydi. (Koschaker/Ayiter:1975 s. 403; Di Marzo:1959, s. 567; Gürsoy,1958, s.3). Mirasçı olduğunu ileri sürerek, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi sebebiyle, tereke borcunu ifa etmekten kaçınan görünüşte mirasçıya karşı da Hereditatis Petitio açılabilirdi (Kaser:1971, s. 737; Koschaker/Ayiter: 1975, s. 403). Özetlemek gerekirse, mirasçı, münferit davalar kapsamında ileri sürülebileceği terekeye ilişkin tüm talepleri mirasçılık sıfatına dayanarak Hereditatis Petitio kapsamında ileri sürebilirdi (Umur: 2011, s.194).

² Hereditatis Petitis petitionun miras hakkının tespiti ve terekenin teslimi şeklindeki formülü, rei vindicationun formülüne karşılık gelir.İstihkak talebi için de önce mülkiyet hakkının tespiti lüzum göstermekteydi bkz. V. Lübtow, Erbrecht I, s. 1037, dn. 2

Daha sonraki zamanlarda, “pretium succedit in locum rei” (satış bedeli satılan şeyin yerine geçer) prensibinin kabul edilmesiyle birlikte davanın kapsamı iyice genişlemiş ve dava kapsamında modern hukuklara da aktarılmış olan ikame ilkesinin ilk görünümünü ortaya çıkmıştır (V.Lübtow: 1971, s. 1038; Mauer:1999, s.3; Akbıyık:2003, s.241-242; Moshe: 2014, s.5). Ancak Roma hukukunda kabul edilen bu prensip bugün miras sebebiyle istihkak davasında kabul edilen anlamından farklı olarak, mirasçıya, tereke malı yerine elde edilen satış bedelini veya terekedeki meblağ karşılığında elde edilen şeyin kendisine Hereditatis Petitio ile teslimini talep hakkı sağlaması itibariyle şahsî etkiliydi (V.Lübtow:1971, s. 1038; Mauer:1999, s.3).

Roma Hukuku uygulamasında Hereditatis Petitio’ya ilişkin zaman içinde gerçekleşen bir diğer değişiklik davalı sıfatına ilişkindir. Dava kanunî dava usulünde (Legis actio), davacı mirasçının istihkak talebine, münhasıran kendisinin de mirasçı olduğu iddiasıyla karşı çıkan tereke zilyedine (pro herede zilyet) karşı açılabilen bir dava idi (Lange/Kuchinke:2001, s. 1049; Kaser:1971, s. 735). Miras hakkı iddia eden zilyedin, gerçekten miras hakkına sahip olduğuna inanması veya davacıdan daha üstün bir miras hakkı ileri sürmesi önem arz etmeksizin, teslimi talep edilen tereke değerlerine mirasçı olarak sahip olduğunu ileri sürmesi yeterliydi (Kaser:1971, s. 736; Lange,/Kuchinke:2001, s. 1049). Roma Yargılama Hukukunda kanunî dava usulünün cari olduğu dönemde Hereditatis Petitio, zilyetliği için hukuki bir sebep ileri sürmeyen zilyede (possessor pro possessore), örneğin hırsıza karşı açılmazdı. Yine zilyetliğini miras bırakanla sağlığında gerçekleştirdiği bir hukukî işlem neticesinde kazandığı bir hakka dayandıran (Possessor pro titulo singulari) zilyede karşı Hereditatis Petitio açılması kabul edilmemişti (Siber:1928, s. 390; Koschaker/Ayiter:1975, s. 403-404; Gürsoy: 1958, s. 4).

Formula dava usulünde (Schriftformelprozess), davanın possessor pro possessor, yani hukukî bir sebep bildirmeksizin tereke değerini sadece zilyet olma kasdıyla elinde bulunduran ve ayrıca özel bir edinme sebebi ileri sürmeyen zilyede karşı da açılabilirdiği kabul edilmiştir (Di Marzo:1959, s. 569; V.Lübtow:1971, s.1037-1038; Kaser:1971, s. 736; Gürsoy:1958, s. 5). Bu usulde tereke zilyedinin, miras hakkı iddiasında bulunmaksızın, tereke veya tereke değerini iadeden kaçınarak, davacının miras hakkına itiraz etmesi kendisine karşı Hereditatis Petitio açılabilmesi için yeterli görülmüştü (V.Lübtow:1971, s.1037, Mauer: 1999, s.2-3; Umur: 2011, s.194)

Alman Hukukunda Roma Hukukunda davalı sıfatı bakımından gerçekleşen bu genişleme nazara alınmamış, miras sebebiyle istihkak davası davalısı, gerçekte sahip olmadığı bir miras hakkına dayanarak terekeden bir şey elde eden tereke zilyedi (possessor pro herede) olarak kabul edilmiştir (BGB §2018). İsviçre –Türk Hukuk öğretilerinde ihilafli olan davalı sıfatı, kanunî düzenlemelerde (ZGB Art.598, TMK md.637), BGB örneğinde olduğu gibi açıkça ifade edilmemiştir.

Roma hukukunda, mirasçının münferit dava hakları ve Hereditatis Petitio'nun yarıştığı kabul edilmekteyse de(Siber:1928, s. 393; Koschaker/Ayiter:1975, s.403;V.Lübtow:1971, s.1039; Umur: 2011, s.194), seçim hakkına sahip mirasçı, pro herede tereke zilyedine karşı, Hereditatis Petitio yerine miras bırakandan intikal eden münferit bir dava açması halinde, davalıya tanınan bir defii hakkı ile (exceptio ne praeiudicium fiat hereditati- exceptio praeiudicii) Hereditatis Petitio'ya zorlanabilirdi (Koschaker/Ayiter:1975, s. 403-404; Umur: 2011, s. 194). Böylece dava, miras hakkına ilişkin karar verme yetkisine de sahip Centum Mahkemesi'nde (Centumviralgericht) görülecek, münferit davalardan farklı olarak -mirasçılığa ilişkin uyuşmazlık ön sorun olarak ele alındığı için- davacının miras hakkına ilişkin bağlayıcı bir karar da elde edilebilecekti (Koschaker/Ayiter: 1975, s. 403-404; Kaser: 1971, s. 739).

Davalı tereke zilyedine tanınan bu defii hakkının maddi hukuka ilişkin neticesi ise; mirasçı tarafından, iyi niyetli tereke zilyedinin iade yükümlülüğünün kapsamı konusunda daha elverişli hükümler ihtiva eden miras sebebiyle istihkak davası hükümlerinin uygulanmasıdır. Ayrıca böylece, mirasçı tarafından münferit dava açılarak tereke zilyedinin Hereditatis Petitio çerçevesinde sahip olduğu avantajlı hukukî pozisyonun bertaraf edilmesi engellenmiş olmaktadır (Bu doğrultuda, Siber:1928, s. 393; V.Lübtow:1971, s. 1040-1041; Gursky:1990, s.217-218).

Müşterek Hukukta da kendisinden tereke malının iadesi münferit davalar aracılığıyla talep edilen haksız tereke zilyedinin, açılan davada sorumluluğunun miras sebebiyle istihkak davası düzenlemeleri uyarınca tespit edilmesini defii olarak ileri sürebileceği kabul edilmişti. Iustinianus Hukukunda (Justinianischen Recht) ve Müşterek Hukukta da muhafaza edilen bu defii hakkı (Siber:1928, s. 393; V. Lübtow:1971, s. 1040), bugün için Roma Hukukundaki mirasçılığın tespitine ilişkin usulî sonuçlarından ziyade maddî hukuka ilişkin etkileri itibariyle önem arz eder. Ancak Alman Hukuku'ndan farklı olarak (BGB §2020 d.), haksız tereke zilyedinin iade yükümlülüğünün kapsamı, gerek miras sebebiyle istihkak davası(TMK md.638/1) ve gerek adı istihkak davası çerçevesinde zilyetlik hükümlerine(TMK. md.993 vd.) göre belirleneceğinden bu definin ilgili hukuklar anlamında mevcut kanunî düzenlemeler karşısında önemi yoktur.

Hereditatis Petitio, vindicatio hereditatis olarak mirasçının tereke veya terekeyi elinde bulundurana karşı bir istihkak talebi olarak görüldüğünden-ancak bugünün hukuklarında tereke eşya hukuku karakterli bir hakkın konusu olarak kabul edilemez- aynî dava olarak nitelendirilmektedir (Gürsoy:1958, s. 6-7; Koschaker/Ayiter:1975, s. 403-404; Di Marzo:1958, s. 567; Kaser.1971, s.735).

Dava kapsamında tereke zilyedinin sorumluluğu belirlenirken tatbik edilecek esaslar, İmparatorluk döneminde (MS. 129) bir tereke zilyedinin, ihtilaf neticelenmeden tereke değerlerini bir üçüncü kişiye satması hadisesi üzerine, çıkarılmış bir Senato kararnamesi ile (Senatus Consultum Iuventianum) belirlenmiştir (Kaser, 1971, Das Römisches Privatrecht, s. 739; V. Lübtow,1971, s.1038; Koschaker/Ayiter, 1975, s.404). Bu esasların kabulüyle Hereditatis Petitio'nun, istihkak taleplerinin

yanı sıra mirasçı yararına şahsi nitelikli birtakım unsurları da içeren bir dava haline evrildiği söylenebilir (Gürsoy: 1958, s. 7; Koschaker/Ayiter:1975, s. 405).

İlgili kararname ile haksız tereke zilyedinin sorumluluğu, zilyedin iyiniyetli olup olmaması ve dava açıldıktan önceki ve sonraki zamana göre farklı kapsamlarda ele alınmıştır. İyi niyetli tereke zilyedi, davanın başında sadece tereke değeri veya yerine elde ettiği satış bedeli ve elinde mevcut bulunan semereleri iade ile yükümlüdür (Siber: 1928, s.390-392; Gürsoy:1958, s. 7; Kaser:1971, s.738; Koschaker/Ayiter: 1975, s. 405).

İyi niyetli tereke zilyedi, ayrıca tereke için yaptığı giderlerin tamamını mirasçıdan talep edebilir ve kendisine ödenmediği sürece terekeyi alıkoymalıdır (Koschaker/Ayiter:1975, s. 405). Dava açıldıktan sonra ise tereke veya tereke değerine kusuruyla verdiği zarardan da sorumlu tutulmuştur (V. Lübtow: 1971, s. 1039; Koschaker/Ayiter: 1975, s. 405; Mauer:1999, s.3).

İyi niyetli olmayan zilyet, elde ettiği ve elde etmeyi ihmal ettiği tüm semereleri iadeyle yükümlü olduğu gibi, alıkoyma sürecinde tereke malı veya terekeye kusuruyla verdiği zararlardan sorumlu tutulmuştur (Gürsoy:1958, s. 7; Kaser:1971, s.738; Koschaker/Ayiter: 1975, s. 405; Mauer: 1999, s.4). Yaptığı masraflardan ise sadece zorunlu olanları talep edebilirdi. Faydalı masraflar ise ancak iade zamanında şeyde değer artışının devam etmesi şartıyla talep edilebilir ve bunlara ilişkin alıkoyma hakkı kullanılabilirdi (Koschaker/Ayiter:1975, s. 405).

İlgili senato kararname ile değinmiş olduğumuz gibi özel bir hukuki kurum olan ikame prensibi kabul edilmiştir. Buna göre, satılan tereke değerinin yerine geçen satış bedelinin veya terekedeki bir meblağ ile satın alınmış olan malvarlığı unsurları da Hereditatis Petitio ile talep olunabiliyordu (Siber:1928, s.390-392; Kaser: 1971, s. 739; Gürsoy:1958, s. 7). Bu yönden, haksız tereke zilyedinin sorumluluğu rei vindicatio ya kıyasla daha ağırdır(Gürsoy:1958, s. 7).

Roma Hukukunun Hereditatis Petitio'su, Müşterek Hukuk'a (Gemeines Recht) neredeyse değişikliği uğramaksızın aktarılmıştır. Müşterek Hukukta Roma Hukuku'ndan farklı olarak, mirasçının tereke zilyedinden bilgi talep etme hakkı (Auskunftsanspruch) kabul edilmişti (Kipp/Coing: 1990, s. 577; Mauer:1999, s.6; Akbıyık:2003, s.21). Müşterek Hukukta gerçekleşen bir diğer değişiklik, zilyetliğini miras bırakanla gerçekleştirdiği satım veya bağış gibi özel bir hukukî sebep ile açıklayan tereke zilyedine karşı, dayandığı hakkın geçersizliğini bildiği takdirde,posesor pro possesor zilyet sayılarak Hereditatis Petitio açılmasının kabul edilmiş olmasıdır (Staudinger/Gursky: 2010, Vorbem. §§2018-2031 BGB, N. 10; Moshe,2014, s.181) Değinildiği üzere, Roma Hukukunda, zilyetliğini miras bırakanın taraf olduğu bir bağışlama veya satım sözleşmesine dayandıran zilyede karşı sadece adi istihkak davası açılabileceği kabul edilmekteydi (Kaser: 1971, s.736).

B. Modern Hukuklarda Davanın Kanunlaştırılma Süreci

Müşterek Hukuk vasıtasıyla Modern Hukuklara taşınan, Hereditatis Petitio, Avrupa'da başlayan Kanunlaştırma hareketleri ile birlikte Modern Medenî Kanunlarda yerini almıştır. Davaya ilişkin hükümler içeren ilk modern Medenî Kanun 1756 tarihli Bavyera Medenî Kanunudur (Codex Maimilianeus Bavaricus Civile) (Akbiyık:2003, s.17).

Ancak bunu takip eden, 1794 tarihli Prusya Devletleri Genel Kanunu (Preußische Allgemeines Landesrecht- ALR) ve 1804 tarihli, Fransız Medenî Kanunu'nda (Code Civil, CC) ³, Hereditatis Petitio'ya ilişkin düzenlemelere yer verilmemiştir. Buna karşın, hukukî gelenek tarafından tanınan kurum, Fransız Hukukunda öğreti ve yargı kararlarında bağımsız bir miras davası olarak kabul edilerek uygulanmaya devam edilmektedir (V.Lübtow:1971, s.1041; Mauer:1999 s. 9; Akbiyık:2003, s.17; Staudinger/Gursky: 2010, Vorbem. §§ 2018-2031 BGB N.11).

1811 tarihli Avusturya Medenî Kanunu'nda (A.B.G.B, §§823-824) miras sebebiyle istihkak davası, adi istihkak davası hükümlerine atıfta bulunularak düzenlenmiştir (V.Lübtow:1971, s.1041; Staudinger/Gursky:2010, Vorbem §§2018-2031 BGB, N.11). Bu kanunu, 1865'de yürürlüğe giren ve davaya ilişkin detaylı hükümlere yer verilmiş olan Saksonya Krallığı Medenî Kanun'u §§2291-2322 (Sächsisches Bürgerlichen Gesetzbuch) izlemiştir. Alman Medenî Kanunu'nun (Bürgerliches Gesetzbuch) yürürlüğe girmesiyle (1900) bu Kanun, Saksonya eyaletine özgü birtakım hükümleri korunmakla beraber yürürlükten kalkmıştır. (Miras sebebiyle istihkak davasını otuz bir madde ile düzenleyen bu kanunun BGB için model kanun niteliğinde olduğu görüşü için bkz. Moshe: 2014 , s.118-119; Schucan:1943, s.112; Olzen:1989, s.374)

1907 tarihli, İsviçre Medenî Kanun'unda, dava üç madde ile düzenlenmekle yetinilmiştir (ZGB Art. 598-600). 1926 da kabul edilen 743 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda (MK), mehz Kanun ZGB de olduğu gibi miras sebebiyle istihkak davasına ilişkin üç madde sevk edilmiştir(MK md. 577-579). 2001 tarihli 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda dava md. 637-639 hükümleri arasında düzenlenmiştir.

Sayılan Medenî Kanunlar dışında, 1942 tarihli İtalyan Medenî Kanun'unda, (Petizione di eredità, §§533-535), 1940 tarihli Yunan Medenî Kanun'u ve Hollanda Medenî Kanunu'nda da müstakil bir miras sebebiyle istihkak davası yer almaktadır (Detaylı bilgi için bkz. Mauer:1999, s. 9-12; Akbiyık:2003, s. 30-34; Staudinger/Gursky: 2020, Vorbem. §§2018-2031 BGB, N.11)

Özet olarak ifade edilirse, tereke değerine veya terekeye geçerli bir neden olmaksızın el konulması hukukî probleminin çözümünde yararlanılacak hukukî bir kurum olarak Hereditatis Petitio, Roma Hukukundan günümüze kadar, Roma Hukuku kökenli modern hukuklar (bölgesel ortaçağa dayanan geleneğin üzerinde gelişen Anglo-Sakson Hukuklarında, mirasın intikali de farklı prensiplere tabidir

³Ancak Fransız Medenî Kanunu'nda, 1977 de yürürlükten kaldırılan md. 137'de gaiplik çerçevesinde, gaibin mirasının diğer mirasçılarca paylaşılması haline münhasır olarak (verschollenheitsrecht) mirasçılık davasından bahsedilmiştir bkz. Mauer, s. 9; Staudinger/Gursky, §§2018-2031, N. 11

ve ayrıca bağımsız bir mirasçılık davası kurumu mevcut değildir bkz. Mauer:1999, s. 8) vasıtasıyla ulaşılmış, gerek birtakım değişikliklerle Medenî kanunlarda açıkça düzenlenmiş gerek ise yargı kararları ve öğretice kabul edilen bir kurum olarak varlığını devam ettirmiştir (Gürsoy: 1958,s. 7-8; Mauer:1999, s. 8; Akbıyık:2003, s.34).

Davanın BGB, ZGB ve TMK'da kanunlaştırılma süreci, hazırlık komisyonlarında gerçekleşen tartışmalar ve bunların neticesinde varılan sonuçlar, güncel öğretilerde devam eden tartışmalı hususlar yönünden de kanun koyucunun iradesinin anlaşılmasını sağlayarak yol gösterici olacaktır. Bize göre, birtakım öğretici yazarları tarafından da sorgulanan, mirasçının miras bırakandan intikal eden münferit dava hakları mevcut iken mirasçıya ayrıca miras sebebiyle istihkak davası adı altında özel ayrıcalıklarla donatılmış yeni bir dava hakkının tanınmış olmasının gerekli olup olmadığı sorusu, (bkz. Acemoğlu,K.,1962, Roma Hukuku'nun Bir Kalıntısı, İHFM, Cilt XXVIII, s.215-219; Serozan/Engin: 2019, s.549,)özellikle, kurumun kabulüne ilişkin BGB'yi hazırlayan birinci ve ikinci komisyon da yapılan tartışmalar ışığında cevaplandırılabilir.

C. Alman Medenî Kanun'unda (Bürgerliches Gesetzbuch) (BGB) Miras Sebebiyle İstihkak Davasının (Erbschaftsanspruch) Kabulü

1. BGB'de Miras Sebebiyle İstihkak Davası Düzenlemelerinin Kabulü

BGB' nin yapılış sürecinde birinci ve ikinci komisyonlarda, mirasçının küllî halef olarak sahip olduğu münferit dava haklarının yanında, ayrıca bir miras hukuku davası düzenlemesine ihtiyaç olup olmadığı hususu, davanın işlevselliği ve bu bağlamda miras sebebiyle istihkak davasının BGB'de düzenlenmesinin vazgeçilebilir olup olmadığı detaylı şekilde tartışma konusu yapılmıştır (Motive V:1888, s.576 vd; Protokolle V:1899, s. 701; Mauer:1999, s.6-7). Özellikle, Hereditatis Petitio'nun, Müşterek Hukukta muhafaza edilmiş olmakla birlikte, aynı dönemde yürürlüğe giren Fransız ve Prusya Medenî Kanunlarında müstakil bir miras sebebiyle istihkak davasının düzenlenmemiş olması, Alman Kanun Koyucusunu, BGB'de müstakil bir mirasçılık davası düzenlenmesinin yerindeliğini çok dikkatle değerlendirmeye sevk etmiştir (V.Lübtow: 1971, s. 1041; Mauer: 1999, s. 6-8; Staudinger/Gursky: 2010, Vorbem. §§2018-2031BGB, N.12).

Komisyonlarda mirasçının kendisine miras bırakandan intikal eden münferit dava hakları ile yeterince korunmuş olup olmadığı tartışılmıştır(MotiveV, 1888, s. 577; Protokole V:1889, s. 701 vd; Mauer:1999, s.6; Moshe:2014, s. 10). Bu tartışmaların nihayetinde her iki komisyonda da gerçekte sahip olmadığı bir miras hakkına dayanarak terekeden mirasçıyı uzaklaştıran tereke zilyedi(possessor pro herede) ile gerçek mirasçı arasındaki hukukî ilişkinin, tümlük arz eden (ein einheitliches Universal Schuldverhältnis) özel nitelikli bir borç ilişkisi e olduğu dikkate alınarak, genel hükümlerden ziyade bütünlük arzeden bir özel bir norm dizisi ile düzenlenmesi gerektiği görüşü ağır basmıştır(Protokolle V:1889, s. 701; V.Lübtow: 1971, s. 1041; Mauer:1999, s. 7).

Miras sebebiyle istihkak davası kapsamında mirasçının, aynî ikame prensibi (BGB §2019), mirasçıya tanınan genişletilmiş bilgi talep etme hakkı (BGB §§2027,2028) ve tereke veya tereke malından elde edilen ürünlere ilişkin genel düzenlemelerden daha geniş kapsamlı ve aynî nitelikli bir talep hakkının(BGB §2020) kabul edilmesi gibi ayrıcalıklı hükümlerle tatmin edici şekilde korunmuş olacağı sonucuna varılmıştır (Mauer,199, s. 7; V.Lübtow: 1971, s. 1041; Motive V:1888, s. 576-578, Moshe:2014, s.10).

Böylece, miras sebebiyle istihkak davası (Erbschaftsanspruch) başlığı altında, mirasçıya, tereke, tereke değerleri, ikame değerler ve terekeden elde edilen ürünlerin iadesine yönelik aynî nitelikli talep hakları (BGB§2018, §2019, §2020) tanınmakla birlikte, iadenin yerine getirilemediği durumlarda, sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil temelinde özel şahsî tazmin talepleri de (§§2021-2026) kabul edilmiştir (Staudinger/Gursky: 2010, Vorbem. §§2018-2031 BGB, N.20; Münchener/Helms:2020, §2018 BGB, N.8).

Diğer taraftan, BGB §2022/1'de, tereke zilyedinin her türlü gideri talep edebileceği kabul ederek genel hükümlere nazaran hukukî durumu iyileştirilmiştir(Gürsoy: 1958, s.12; Mauer:1999, s.7;).

Mirasçı ve tereke zilyedi arasındaki hukukî ilişkinin, Alman Kanun Koyucusu tarafından bütünlük arz eden hukuki ilişki olarak değerlendirilmiş olduğu, davaya ilişkin kanunî düzenlemelerle açıkça ortaya konmuş görünmektedir. Bu bakımdan en temel örnek, tereke zilyedinin, mirasçıya karşı sebepsiz zenginleşme (BGB §2021) kuralına göre tazmin ile yükümlü olduğu miktarı aşan giderleri talep edebileceği kabul edilmiş olunmasıdır(BGB §2022/1). Zira münferit davalarda, giderler veya sebepsiz zenginleşmeden doğan karşılıklı alacakların mahsubu ancak aynı tereke değeri için söz konusu olabilecektir. Ancak ilgili hüküm gereğince mirasçının sebepsiz zenginleşmeden doğan alacağı ile haksız tereke zilyedinin giderler sebebiyle doğan alacağı mahsup edilebilecektir. Ayrıca haksız tereke zilyedi, hangi tereke değeri yönünden gider alacağı doğmuş olması önem arz etmeksizin kendisine tüm giderler ödendiği zaman iade ile yükümlü olacaktır (V. Lübtow:1971, s. 1042; Protolle V: 1889, S.702; Moshe:2014, s. 10).

BGB yapılırken, münferit davaların yanı sıra bir mirasçılık davası düzenlemesi kabul edilmesini gerektiren maddî hukuka ilişkin gerekçeler olup olmadığı da tartışılmıştır. Bu bağlamda, münferit davaların etkisiz kaldığı ve mirasçı tarafından sadece miras sebebiyle istihkak davasından yararlanılabilecek durumların mevcut olup olmadığı araştırılmıştır. 2.komisyonunda bu husus bir örnek üzerinden tartışılmış ve komisyon çoğunluğunca, tartışılan örnek, özellikle tereke mallı taşınmazlara ilişkin zilyetlik davası açılmasındaki güçlükler dikkate alınarak, özel bir mirasçılık davasına duyulan ihtiyacı ortaya koyan bir gerekçe olarak değerlendirilmiştir. (Protokol V: 1889, s.701, Gursky: 1990, s.213-214).

Tartışılan somut olay, miras bırakanın üzerinde aynî hak sahibi olmaksızın sadece zilyedi bulunduğu bir eşyanın, mirasçı olduğunu iddia eden A tarafından, bir başka possesor pro herede zilyede teslim edilmesi halinde, mirasçı veya mirasçılar tarafından, genel nitelikli zilyetlik hükümleri uyarınca

iadesinin talep edilip edilemeyeceğidir. Komisyon çoğunluğunca, örnek olay, bağımsız bir mirasçılık davasına ihtiyacı gösteren bir mesnet olarak değerlendirilmiştir (Protokolle V: 1889, s. 701; V. Lübtow:1971, s. 1041; Mauer:1999, s. 7; Gursky: 1990, s.213-214).

Mirasçı ve tereke zilyedi arasındaki hukuki ilişkinin özel hükümlerle düzenlenmesi gereği kabul edildikten sonra komisyonlarda tartışılan bir diğer husus ise bunun nasıl gerçekleştirileceği olmuştur. Bu konuda ileri sürülen, münferit davalarda birtakım uyarlamalar yapılması veya küllî ve bağımsız bir dava hakkı kabul edilmesi seçeneklerinden, her iki komisyon çoğunluğunda küllî bir mirasçılık davasının kabul edilmesi görüşü hâkim olmuştur (Motive V: 1888, s.575-578; Protokolle V:1889, s. 701; Mauer:1999, s.7).

Miras sebebiyle istihkak davasının, küllî nitelikli bağımsız bir dava hakkı olarak düzenlenmesinde, Alman Kanun Koyucusu tarafından, mirasçı ve tereke zilyedi arasındaki karşılıklı ilişkinin bütünlük arz eden bir yapı olarak ele alınmasının yanı sıra aynî ikame prensibinin küllî mahiyette bir dava kapsamında uygulanabilecek olması olgusu etkili olmuştur (Staudinger/Gursky: 2010, Vorbem. §§2018-2031 BGB, N.12). Genel hükümlerde mirasçının pro herede karşı terekeye ilişkin teslim talebi yönünden bir takım değişiklikler yapılmasından ziyade mirasçıya bağımsız bir dava hakkı tanınmasında, küllî bir dava ile terekenin tamamının tek bir dava ile talep edilebileceği ve böylece mirasçının her bir tereke değeri için, görevli ve yetkili mahkemelerde ayrı ayrı dava açma yükümünden kurtulmuş olacağı da dikkate alınmıştır. (Protokolle V,1889, s.702; Mauer,1999, s.7-8; Staudinger/Gursky: 2010, Vorbem. 2018-2031, N.12; Moshe, 2014, s.10)

Komisyonlarda yapılan tartışmalar ve sonrasında davaya ilişkin kabul edilen hükümler, Alman Kanun Koyucusu tarafından, ciddi şekilde tartışılmış olmakla birlikte, miras sebebiyle istihkak davasının, Hereditatis Petitio modeline sadık kalınarak kabul edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Nihayetinde BGB 2018vd. düzenlemeleri ile terekenin mirasçıya teslimini sağlamak üzere hem usul hem maddi hukuku anlamında küllî nitelikli kapsamlı bir miras hukuku davası düzenlenmiştir(Bkz. Motive V: 1888, s.577-578; Protokole V: 1889, s.702; Kipp/Coing:1990, s. 577; Staudinger/Gursky:2010, Vorbem §§2018-2031BGB, N. 13; Moshe:2014, s.10).

2. BGB’de Düzenlenen Miras Sebebiyle İstihkak Davasının(Erbschaftsanspruch) Hereditatis Petitio ile İlişkisi

Yukarıda da değinildiği gibi BGB§2018vd.hükümleri Roma Hukukunun Hereditatis Petitiosu’nun bir uyarlamasıdır (Motiv V:1888, s.576; Mauer:1999, s.1; Staudinger/Gursky:2010, §§ 2018-203, N. 10; Kipp/Coing:1990, s.576).Alman Hukuku’nda miras sebebiyle istihkak davası, Hereditatis Petitio gibi terekenin tamamı, münferit tereke unsurları veya tereke değeri yerine elde dilen ikame değerlerin gerçek mirasçıya teslimi amacına yönelmiş bağımsız ve küllî nitelikli bir miras hukuku davasıdır. (bkz.Lange/Kuchinke:2001, s.1052; V.Lübtow: 1971, s.1042-1045).

Belirtilmesi gerekir ki; Alman Kanun koyucusu tarafından, Hereditatis Petitio modeli her unsuruyla BGB'ye aktarılmış değildir. Öncelikle miras sebebiyle istihkak davasının davalı çevresine ilişkin Roma Hukukunda tarihsel süreç içinde gerçekleşen genişleme BGB'de takip edilmemiştir. Alman Kanun Koyucusu tarafından davanın temel görünümü esas alınarak, miras sebebiyle istihkak davasının, gerçekte sahip olmadığı bir miras hakkına dayanarak terekeden bir şey elde eden kimseye (Erbschaftsbesitzer) karşı açılacağı kabul edilmiştir (BGB §2018). Dolayısıyla, Hereditatis Petitio'nun ilk şeklinde olduğu gibi, zilyetliği için hiçbir hukukî sebep ileri sürmeyen possesor pro possesor zilyede ve özel edinme sebebi ileri süren zilyede karşı BGB §2018 uyarınca miras sebebiyle istihkak davası açılmaz (Mauer: 1999, s. 70; Erman/Horn: 2014, §2018 BGB, N.4).

Diğer taraftan, Roma Hukuku'nda, utilis dava olarak, terekeyi satın alan kişiye Hereditatis Petitio davası açılmasının kabul edildiği gibi (Kaser: 1971, s. 736); BGB §2030'de, terekeyi bir geçerli bir sözleşme ile elde eden kişinin, mirasçı karşısında terekeyi devreden possesor pro herede tereke zilyedi gibi olduğu düzenlenmesine yer verilerek, terekeyi bir bütün olarak elde eden üçüncü kişilere (erbschaftserwerbers) karşı miras sebebiyle istihkak davası açılacağı pratik neticeleri dikkate alınarak istisnai olarak kabul edilmiştir(Detaylı bilgi için bkz. Mauer: 1999, s.228vd.)

BGB 2018 dikkate alındığında, miras sebebiyle istihkak davası, konusu itibariyle, Hereditatis Petitio gibi mirasçılığın tespitine bağlı olarak davalının tereke değerlerinin iadesine mahkûm edildiği iki konulu bir dava görünümünde değildir. İlgili hükümde, yasal veya atanmış mirasçının, gerçekte sahip olunmayan bir miras hakkı zannıyla terekeden bir şeyler elde etmiş herkesten bunların teslimini talep edebileceği ifade edilmiştir. Her ne kadar, BGB yapılırken, 1. Komisyonunda, miras sebebiyle istihkak davasının mirasçının, mirasçılığını tespit fonksiyonunu da haiz olduğu ifade edilmişse de (Motive V:1888, s. 596), kanunî düzenlemeye yansımayan bu görüş (Ergüven:1942, s.19) öğretilerde de kabul görmemiştir. Aksine, öğretilerde, miras sebebiyle istihkak davası davasının münhasıran bir eda davası olarak nitelendirilmektedir. Bu husus izah edilirken de Alman Hukuku'ndan Roma Hukuku'nda n farklı olarak tespit davasının bilindiği ifade edilmektedir(Mauer:1999, s.7). Alman Hukuku'nda İsviçre ve Türk öğretilerinden farklı olarak, miras hakkına ilişkin bağlayıcı karar elde etmek isteyen mirasçının bunu, miras sebebiyle istihkak davası ile birlikte veya öncesinde, bir tespit davası açarak elde edebileceği görüşü ittifakla kabul edilmektedir (Staudinger/Gursky, :2010, Vorbem §§2018-2031 BGB, N.23; Soergel/Dieckman: 2002, Vorbe §§2018-2031BGB, N.5; Münchener/Helms:2020, §2018 BGB, N.31).

Ayrıca, Roma Hukukunda olduğu gibi Alman Hukukunda da, miras sebebiyle istihkak davasının, mirasçının münferit dava haklarına başvurmasını engellemediği, mirasçıya bu konuda bir seçim hakkı verildiği kabul edilmektedir (Kipp/Coing:1990, s. 577-578; Erman/Horn; 2014, §2018BGB, N.4; Soergel/ Dieckman: 2002, Vorbem§§2018-2031, N.1). Bununla birlikte, Roma Hukuku'nda kabul edilen, exceptio praeiudicii defisinin bir görünümü BGB §2029'da düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre; mirasçı, pro herede tereke zilyedine karşı, miras sebebiyle istihkak davası

açabilecekken, münferit davalar örneğın istihkak veya taşınır davası açtığı halde, tereke zilyedinin sorumluluğunun kapsamı, miras sebebiyle istihkak davası hükümlerine göre belirlenecektir (BGB§2029). Roma Hukuku'nda da davalı praedicii defiiisini kullanarak; açılan münferit davada kendisi için daha avantajlı olan Hereditatis Petitio hükümlerinin uygulanmasını sağlayabiliyordu (Siber:1928, s. 393; V.Lübtow:1971, s. 1040-1041; Gursky: 1990, s.217-218). Aynı sonuç, BGB de, davalı tereke zilyedine tanınan bir defii hakkıyla değil, hâkim tarafından resen dikkate alınacak kanunî bir düzenleme ile garanti edilmiştir (Koschaker/Ayiter: 1975, s.406; V.Lübtow: 1971, s. 1040).

Ortak olan diğeri bir önemli bir husus, BGB'de, miras sebebiyle istihkak davasında, tereke zilyedinin, Roma Hukuku'nda, Senatus Consultum Iuventianum ile kabul edilmiş olduğu gibi tereke vasıtasıyla zenginleşmesinin hiçbir durumda caiz görülmiş olmamasıdır. Miras sebebiyle istihkak davası kapsamında haksız tereke zilyedi, haksız zilyetliğin iadesi hükümlerinden farklı olarak, iyi niyetli olunması önem arz etmeksizin tereke vasıtasıyla elde etmiş olduğu tüm yararlanmaları iade ile yükümlüdür (BGB §2020). Yine aynı Senato Kararnamesi ile ilk kez Roma Hukuku'nda kabul edilmiş olan şahsi nitelikli ikame prensibi (ersatzsprinzip), miras sebebiyle istihkak davası kapsamında BGB §2029'da, hukuki işlem ile tereke değeri feda edilerek elde edilmiş değerlerin terekeye aidiyeti sonucunu doğuracak şekilde aynı etkili olarak kabul edilmiştir.

Sonuç olarak, Alman Hukukunda, miras sebebiyle istihkak davasının, büyük ölçüde Hereditatis Petitio modeline sadık kalınarak ve detaylı hükümlerle düzenlenmiş olduğu görülmektedir.

D. İsviçre Medenî Kanun'unda (Schweizerisches Zivilgesetzbuch) (ZGB) Miras Sebebiyle İstihkak Davasının (Erbschaftklage) Kabulü

İsviçre'de Hukukun merkezileştirilmesi amacına yönelik Federal bir Medenî Kanun hazırlanması, Hukukçular Birliği'nin (Schweizerischen Juristenvereins) bu konuda öncülük etmesi ile mümkün olmuştur. Bu amaçla, İsviçre Medenî Kanunu'nun mimari olan Eugen Huber'e, Kanton özel hukuklarının araştırılması görevi verilmiştir. Bu araştırma sonrasında Eugen Huber, "System Und Geschichte des schweizerischen Privatrecht" isimli çalışmasını yayımlamıştır. Daha sonra ZGB'nin redaktörü olacak olan Huber'in bu çalışması, İsviçre Medenî Kanunu'nun hazırlığına ilişkin olarak, İsviçre Özel Hukukunun Kanton Hukukları özelinde bütünlük içinde incelenmesine fırsat veren bir ön çalışma niteliğindedir (Schucan: 1943, s. 108-109).

ZGB öncesinde, bağımsız bir miras sebebiyle istihkak davası, yedi kanton hukukunda bilinmekle beraber, bunlardan sadece dört tanesinde (Solothurn ,621 – 624 CG; Graubünden, 485 CG; Waadt, Art. 720 CC; Freiburg, Art. 973 CC), müstakil hukukî bir kurum olarak düzenlenmişti (Leuch:1912, s.112; Tuor/Piceni:1964, Vorbem Art.598ZGB, N.4; Somm:1993, s.3; Akbiyık: 2003, s. 6-7; kanton hukuklarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Gürsoy:1958, s.9-11; Moshe: 2014, s.116). Diğeri üç Kanton Kanununda ise (Zürich, 939-940 PG; Schaffhausen,1878,1879 PG; Zug, 285PG) müstakil bir mirasçılık davası kurumu düzenlenmiş olmamakla birlikte, iyi niyetli tereke zilyedi yönünden,

istihkak davası hükümlerine nazaran zamanaşımı ve tereke konularının zamanaşımı ile kazanılmasına ilişkin daha avantajlı düzenlemeler kabul edilmişti (Escher: 1960, Vorbem Art.598ZGB, N.2; Schucan:1943, s.112; Akbıyık:2003, s.7; Moshe:2014, s.116). Sayılan yedi kanton dışında bağımsız bir miras sebebiyle istihkak davası bilinmemekteydi (Moshe: 2014, s.116).

ZGB'deki, miras sebebiyle istihkak davası düzenlemelerinin dayanağı bir taraftan Roma ve Müşterek Hukuk'un Hereditatis Petiosu iken diğer taraftan müstakil bir mirasçılık davasına Kanunlarında yer veren Kanton Hukuklarıdır (Leuch,1912, s. 1; Schucan: 1943, s.112; Tuor/Picenoni:1964, Vorbem Art.598 ZGB N.4; Piotet:1981, s. 744; Akbıyık:2003, s.7; Moshe: 2014, s. 116). ZGB yapılırken, daha önce yürürlüğe girmiş olan BGB'nin dikkate alındığı da bir gerçektir (Ergüven:1942, s.7; Akbıyık: 2003, s.7; Örneğin, Kantonal düzenlemelerde mevcut olmayan kazandırıcı zamanaşımı ileri sürme yasağı BGB §2026 model alınarak ZGB Art. 599/2(TMK, 638/2)de düzenlenmiştir, bkz. Moshe:2014, s. 117, dn. 993). ZGB'de miras sebebiyle istihkak davası; davanın şartları, davanın etkileri (hükümleri) ve zaman aşımı kenar başlıklarıyla, özet mahiyetinde madde ile düzenlenmiştir (ZGB Art.598-600). ZGB yapılırken, özellikle Kanton Hukuklarında mevcut yüzeysel düzenlemelerin esas alınmış olması (Gürsoy; s.163-164), maalesef davanın anlaşılmasına ve uygulama kazanmasına hizmet etmemiştir (Ergüven:1912, s.11-12; Schucan:1949, s. 108-109; Gürsoy:1958, s.164; Moshe: 2014, s.119).

ZGB'nin miras sebebiyle istihkak davası düzenlemeleri(ZGBArt.598-601) İsviçre öğretisinde de, özellikle, davalı sıfatının belirsiz bırakılmış olması, davanın kabulü halinde, muhtemel pratik sonuçlarının, BGB'de olduğu gibi detaylı olarak düzenlenmemiş olması ve bu konuda, uygulama alanı taşınır taşınmaz eşya ile olan zilyetlik hükümlerine kanunî atıf yapılmakla yetinilmiş olması(ZGB Art. 599/1, TMKmd. 638/1), davada uygulanacağı kabul edilen aynî ikame ilkesinin yasal dayanağa kavuşturulmamış olması ve mirasçıya bilgi talep etme hakkı tanınmış olmaması gibi çeşitli yönlerden eksik bulunarak eleştirilmektedir (Tuor/Picenoni:1964,Vorbem Art.598 ZGB, N.6;Escher:1960, Vorbem. Art.598 ZGB, N.2a; Schucan:1943, s.112; Somm, s.6; Moshe, 2014,s.119).

Öğretideki eleştiriler haklıdır. Zira ZGB Art.598'de, miras sebebiyle istihkak davasında aktif ve özellikle pasif dava ehliyeti açıkça düzenlenmemiştir. Yasal veya atanmış mirasçının üstün mirasçılık hakkına dayanarak miras sebebiyle istihkak davası açabileceği ifade edilmekle yetinilmiştir. Bu husus öğretide davaya ilişkin ihtilafli hususların başında gelmektedir.

Daha önce ifade edildiği gibi, miras sebebiyle istihkak davasının kapsamlı konusu dikkate alındığında, davanın pratik sonuçları düzenlenmek, üzere miras sebebiyle istihkak davası kabul olduğunda tereke veya tereke malının mirasçıya zilyetlik hükümlerine göre verileceği düzenlemesinin yetersiz olduğu ilk bakışta görülmektedir.. Bu sebeptendir ki, ZGB'nin Almanca Rapörtörü Huber'in, açıkça miras sebebiyle istihkak davası davalısının tazmin yükümlülüğü konusunda, Roma ve BGB örneğinden farklı olarak sebepsiz zenginleşme esasının benimsenmediği

ifade etmesine karşın, İsviçre Öğretisinde, eski öğretiden farklı olarak güncel öğreti yazarları tarafından, miras sebebiyle istihkak davası kapsamında iadenin mümkün olmadığı durumlarda, tereke zilyedinin sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca tazim yükümlülüğü altında olduğu kabul edilmektedir (Piotet: 1081, s.779; Somm: s.31; 1999; Moshe: 2014, s.123)

Miras sebebiyle istihkak davasının ZGB'ye kabulü de BGB'den farklı şekilde gelişmiştir. İlgili hükümler, Uzmanlar Komisyonunda kabul edildiği şekliyle değiştirilmeksizin kanunlaştırılmıştır (Schucan: 1943, s.108; Moshe:2014, s.118). Bu sebeple, ZGB'ye ilişkin kanunî materyal davanın özelliklerini ortaya koymada yol gösterici değildir. Komisyonlarda sorulan sorulara karşılık ZGB'nin Almanca ve Fransızca Metin Raportörleri tarafından verilen cevaplar ve görüşmeler sırasında davaya ilişkin yapılan açıklamalar yetersiz hatta kimi açıklamalar tutarsız görünmektedir.

Örneğin, Huber'in Uzmanlar Komisyonu'nda, miras sebebiyle istihkak davasını, özel bir dayanağı olan ve özel bir zamanaşımı süresi ile düzenlenmiş bir istihkak davası olarak nitelendirmesi (Akbiyık:2003, s.39, dn.91), özellikle ZGB'nin ilk yürürlüğe girdiği dönemde, davanın münferit dava hakları yanında, bağımsız bir dava olduğu hususunda şüphe doğurmuş ve öğretilerde de eleştirilmiştir (Bkz.Tuor/Piceni: 1963, Vorbem Art.598ZGB, N.7; Schucan: 1943, s.14).

ZGB'NİN metin raportörlerin açıklamalarında birtakım çelişkiler olsa da İsviçre Kanun koyucusunun, mirasçıya bağımsız ve külli nitelikli bir miras davası hakkı tanımak istediği anlaşılmaktadır. Zira Gottfrey'in, mirasçının, adi istihkak davasında ikame değerlere ilişkin talepte bulunulamayacağını ifade etmesi de (Gottfrey'in miras sebebiyle istihkak davası hakkında izahları için, Akbiyık: 2003, s. 16) bu sonucu desteklemektedir. İsviçre öğretisinde de en başından itibaren davanın bağımsız yapısı ve külli niteliği öğretilerde çoğunlukla kabul görmüş görünmektedir. Ancak miras sebebiyle istihkak davasına ilişkin sevk edilen sınırlı düzenlemeler, davanın esaslarının aydınlatılmasına yeterli olmamıştır. Dava öğretilerde hakkında görüş birliğine varılamamış bir kurum olarak uygulamada etkinlik sağlayamamış görünmektedir.

E. Türk Medenî Kanun'unda Miras Sebebiyle İstihkak Davası (TMK.md. 637-639)

17/2/1926 tarihinde 743 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun kabulü ile, miras sebebiyle istihkak davası, Türk Hukukuna girmiştir. 743 sayılı Medenî Kanun'un (MK), 577-580 maddeleri arasında "Miras sebebiyle İstihkak Davası" başlığı altında yer alan düzenlemeler, İsviçre Medenî Kanun'unun 598-601 maddelerin tercümesinden ibaretti. Dava; 22/11/2001'de kabul edilen 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 637-639 maddeleri arasında yine ayrı bir ayırında "Miras Sebebiyle İstihkak Davası" başlığı altında düzenlenmiştir.

4721 sayılı TMK'da, öğretinin eleştirisi ve tavsiyeleri dikkate alınarak, davayla ilgili hükümlerde bazı değişiklikler yapılmıştır. Eski MK. md.580'de, miras sebebiyle istihkak başlığı altında düzenlenmiş olan vasiyet alacaklısının istem hakkına ilişkin hükmün, bu ayırımdan kaldırılarak, vasiyet alacaklarına ilişkin hükümler arasında TMK md.602'de düzenlenmesi yerinde bir değişiklik olmuştur. Usul ekonomisi düşüncesiyle, TMK md.637 ikinci fıkrası olarak eski MK md. 577'de

olmayan, “*Bu davada hakim, mirasçılık sıfatıyla ilgili uyuşmazlıkları da çözer*” hükmü eklenmiştir. Bir diğer değişiklik; TMK md. 639/2’de, miras sebebiyle istihkak davasının kötü niyetli zilyede karşı geçerli olan 30 senelik zamanaşımı süresinin, 20 sene olan taşınmazların olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı süresi (TMK md.713) ile uyumlu hale getirilerek 20 sene olarak düzenlenmiş olmasıdır. Ayrıca 4721 sayılı TMK. md.559/1 ve md.571/1’de iptal ve tenkis davalarının iyi niyetli davalıya karşı geçerli olan 5 senelik zamanaşımı süreleri, miras sebebiyle istihkak davasının iyi niyetli zilyede karşı geçerli olan 10 senelik zamanaşımı süresi ile uyumlu hale getirilmiştir ki bu da yerinde olmuştur (aynı doğrultuda Akbıyık:2003, s.290).

SONUÇ

Kanaatimizce, miras sebebiyle istihkak davası, öğretilerde de ifade edildiği gibi, Alman sisteminin takip ve mirasçılığa özel bir dava hakkı tanınmasının zorunlu olduğu düşüncesiyle, ZGB’ de düzenlenmiş görülmektedir (Ergüven: 1942, s.11). İsviçre Hukukunda konuyla ilgili yayınlanan son monografik kitabın yazarı Moshe de dava ilgili hükümlerin derinlemesine tartışılmaksızın kabul edilmesini, İsviçre Kanun Koyucusunun yabancı bir kurumun düzenlenmesine ilişkin isteksizliği olarak değerlendirmekte ve bunun sebebinin kısa ve anlaşılır hükümler sevk etme gayesi değil yetersiz Kanton Hukuklarının esas alınmış olması ve dolayısıyla tarihi birikim eksikliği olduğunu ifade etmektedir (Moshe: 2014, s.119). Yazar bu değerlendirmesinde yalnız değildir, zira başka yazarlarca da ZGB’ nin miras sebebiyle istihkak davası düzenlemeleri eksik olduğu gerekçesiyle eleştirilmekte ve tarihi birikim eksikliği ile gerekçelendirilmektedir.

Bütün bunların bir sonucu olarak, miras sebebiyle istihkak davasının geçen uzun süreye rağmen İsviçre Hukuku’nda yeterinde uygulanamadığı görülmektedir (Sutter-Somm/Moshe: 2008, s.268; Moshe: 2014, s.119; aynı doğrultuda, Schucan:1943, s.125).

Türk öğretisinde konuyu inceleyen Ergüven ve Gürsoy tarafında da Medenî Kanun’da davaya ilişkin sevk edilen hükümlerin yetersiz olduğu tespit edilmektedir. Akbıyık, ilgili hükümlerin ıslah edilmesine gerek olmadığını mevcut düzenlemelerin davanın anlaşılıp uygulanması için yeterli olduğu görüşünü ifade etmekle birlikte özellikle aynı ikame ve davanın sonuçları itibarıyla sadece haksız zilyetliğin iadesi hükümlerine atıf yapılmakla yetinilmesi sebebiyle eksik olduğunu tespit etmektedir.

Değindiğimiz üzere, 4721 sayılı TMK ile önemli miras sebebiyle istihkak davası hükümlerinde yerinde eklemeler yapılmakla birlikte, davanın tartışmalı hususlarında en temel eksiklikler tamamlanmış görünmemektedir. Nitekim dava, İsviçre’de olduğu gibi Türk Hukuku’nda da aradan geçen uzun süreye rağmen arzu edilen ölçüde uygulama alanı bulamamıştır. Buna karşın Alman Hukukunda miras sebebiyle istihkak davası uygulamada da yer tutan bir davadır.

Kanaatimizce, Roma Hukukundan beri var olan mirasçılığa münferit dava haklarının yanında, mirasçılık sıfatı nedeniyle tanınan mutlak ve küllî nitelikli bu özel miras hukuku davasının, hak ettiği

değeri görmesi ve uygulamaya kazandırılması, mevcut hükümlerin daha açık ve detaylı şekilde düzenlenmesi ile mümkün olabilir. Özellikle, aktif ve pasif dava ehliyeti, aynî ikame ilkesi ve davanın pratik sonuçlarına ilişkin BGB'nin birbiri ile uyumlu ve yerinde düzenlemeleri bu konuda yol gösterici olmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akbıyık, C. (2003). Miras Sebebiyle İstihkak, İst.
- Ayan, M. (2020). Miras Hukuku,4. Bası, Ank.
- Çabri, S. (2020). Miras Hukuku Şerhi (TMKm.575-639), Cilt II, İst.
- Di Marzo, S. (1959). Roma Hukuku, (çev.Umur, Z.),2. Bası, İst.
- Dural, M., ve Öz, T. (2021), Türk Özel hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, 16.Bası, İst.
- Eren, F. (2016). Miras Sebebiyle İstihkak Davası, İstihkak, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s.1045-1061.
- Eren, F., ve Y. Aktürk, İ. (2020), Türk Miras Hukuku,3. Bası, Ank.
- Ergüven, N. (1942). Miras Sebebiyle İstihkak Davası, İst.
- Erman/Horn,CH.(2014). Hand Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Band II,14.Bearb.
- Escher, A. (1960). Zürcher Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch,Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang(Art.537-640),3.Auf.Zürich.
- Forni,R.,ve Piatti,G. (2019). Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, (Art.457-977) ,6.Auf.
- Gursky, K.H. (1990). Zur Rechtsnatur des Erbschaftsanspruch, Tradition und Fortentwicklung im Recht, 3. Festschrift zum 90. Geburtstag von Ulrich Von Lübtow am 21 August, s. 211-229, Berlin.
- Gürsoy, K.T. (1958). Miras Sebebiyle İstihkak Davası, Ank.
- Hatemi, H. (2018). Miras Hukuku,8.Bası, İst.
- Kaser, M. (1971). Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische, und klassische Recht, 2. Auf., München
- Kocayusufpaşaoğlu, N. (1987). Miras Hukuku, Değiştirilmemiş 3. Bası, İst.
- Koschaker, P., ve Ayiter,K. (1975). Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ank.
- Lange, H., ve Kuchinke, K. (2001). Erbrecht, 5Auf., München
- Von Lübtow, U. (1971). Erbrecht, Band I, Berlin
- Mauer, R. (1999). Das Verhältnis Zwischen Erbe und Erbschaftsbesitzer-der Erbschaftsanspruch,Diss.Resenburg.
- Moshe, A. (2014). Die Erbschaftsklage im Schweizerischen Zivilgesetzbuch (in einer Gegenüberstellung mit dem deutschen Erbschaftsanspruch des bürgerlichen Gesetzbuches),Basel
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerliches Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band V, Erbrecht,1888
- Münchener/Helms. (2020). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11, Erbrecht,8Auf., München.
- Oğuzman, M.K. (1995). Miras Hukuku, 6.Bası, İst.
- Piotet, P. (1981), Erbrecht, Schweizerische Privatrecht, Vierter Band IV/2, Basel und Stuttgart
- Protokolle Der kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band V,1889
- Rossel, V., ve Mentha,F.H.(1922). Manuel du droit civil suisse,Band II,2.Auf.Lausanne/Genf
- Schucan,Max A.(1943). Die Erbschaftsklage des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zürich
- Serozan, R., Engin,B.İ. (2018), Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları,5. Bası, Ank.
- Siber, H. (1928), Römische Recht II, Römische Recht, Berlin.

Soergel/Dieckman. (2002). Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 21, Erbrecht 1 (§§1922-2063), 13. Aufl. Stuttgart.

Somm, P. (1994). Die Erbschaftsklage des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 598-600 ZGB), Diss., Bern.

Sutter-Somm, T., ve Moshe, A. (2008). Die Erbschaftsklage des ZGB (Art. 598-600 ZGB), Successio, 4/2008, s. 268-298

Tandoğan, H. (1955). Miras Sebebiyle İstihkak Davası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 1-2.

Tuor, P., ve Piconi, V. (1986), Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Art. 537-640 ZGB), Bern.

Umur, Z. (2011). Roma Miras Hukuku'nun Ana Hatları Hatları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt: 31 s. (1-4), s. 159-195.

Geliş Tarihi:

11.07.2021

Kabul Tarihi:

23.08.2021

Yayımlanma Tarihi:

30.09.2021

Kaynakça Gösterimi: Tekçe-Barut, F. N. (2021).
Boşanma sebebinde terdit. *İstanbul Ticaret Üniversitesi
Sosyal Bilimler Dergisi*, 20(41), 972-983.
doi: 10.46928/iticusbe.969758

BOŞANMA SEBEBİNDE TERDİT*

Araştırma

Fatma Nur Tekçe Barut 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

İstanbul Ticaret Üniversitesi

fntekce@ticaret.edu.tr

Fatma Nur Tekçe Barut, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku araştırma görevlisidir. Bu alanda çalışmalar yapmakta ve doktora tez aşamasındadır.

*Bu çalışma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı kapsamında, Fatma Nur TEKÇE BARUT tarafından hazırlanan ve Prof. Dr. İbrahim AŞIK danışmanlığında yürütülen “Medenî Usul Hukukunda Terditli Talep Yığılması” konulu doktora tezinden üretilmiştir.

BOŞANMA SEBEBİNDE TERDİT

Fatma Nur Tekçe Barut
fntekce@ticaret.edu.tr

ÖZET

Davacının aynı davalıya karşı aynı dava dilekçesinde birden fazla talebini aslîlik-ferîlik ilişkisi içerisinde ileri sürdüğü dava “terditli dava” olarak tanımlanmaktadır.

Amaç: Talepler arasında aslî ve ferî olarak bir sınıflandırılma yapılabilmesi için aralarında hukukî veya ekonomik bir bağlantı olması gerekir. Bu tanım çerçevesinde özellikle davanın esaslı unsurlarından olan davanın sebebi kavramını açıklamaya yarayan teoriler ele alınarak bir değerlendirme yapılarak terditli davanın kapsamı belirlenmelidir. Çünkü HMK madde 111’deki ifade şekli terditli davanın sadece talep sonucu bakımından geçerli olduğunu göstermektedir.

Yöntem: Dava sebebi kavramı ve terditli dava kavramları arasındaki ilişki, terdit ilişkisi, ilmî içtihatlarla konu olan uyuşmazlıklardaki çözüm şekli bakımından bir inceleme yapılmasını gerekli kılmaktadır. Bu nedenle öncelikle dava sebebi açıklanmalıdır. Dava sebebini açıklayan teoriler, boşanma sebeplerinin terditli olarak ileri sürülüp sürülmemesi noktasında da yol gösterici olacaktır. Türk Medenî Kanunu’nda düzenlenen özel ve genel boşanma sebeplerinin birlikte aslîlik-ferîlik ilişkisi içerisinde ileri sürülmesi o davayı terditli dava olarak nitelendirmek için kâfi bir gerekçe olup olmadığı tartışılmalıdır.

Bulgular: Özellikle Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin özel ve genel boşanma sebeplerinin birarada aslîlik-ferîlik ilişkisi içerisinde ileri sürülmesini terditli dava olarak tespit eden içtihatları değerlendirildiğinde hukukî sebepte kurulan terdit ilişkisi terditli dava olarak nitelendirildiği görülmektedir.

Özgünlük: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi özel ve genel boşanma sebepleri arasında terdit ilişkisi kurarak terditli dava olarak nitelendirdiği kararlar hukukî sebep bakımından terditli davanın mümkün olabildiğini göstermektedir. Ancak dava sebebini açıklayan teoriler ele alındığında da hukukî sebepte kurulan terdit ilişkisinin terditli dava olarak tanımlanıp tanımlanamayacağı belirlenmelidir.

Anahtar Kelimeler: Terditli Dava, Terdit İlişkisi, Dava Sebebi, Hukukî Sebep, Boşanma Sebepleri

JEL Sınıflaması: K41

GRADUAL CLAIMS IN THE REASON OF DIVORCE

ABSTRACT

The lawsuit in which the plaintiff puts forward more than one claim in the same petition against the same defendant in the relationship of primary and secondary is defined as "action with gradual claims".

Objective: In order for a classification to be made between the demands as primary and secondary, there must be a legal or economic connection between them. Within the framework of this definition, the scope of the tentative case should be determined by making an evaluation by considering the theories that help explain the concept of the cause of the case, which is one of the essential elements of the case. Because the wording in HMK article 111 shows that the action with gradual claims is valid only in terms of the outcome of the demand.

Method: Theories explaining the cause for the lawsuit will also guide in terms of whether the reasons for divorce should be put forward in a timely manner. It should be discussed whether arguing the specific and general grounds for divorce regulated in the Turkish Civil Code together in the relationship of substantiveness is sufficient justification for qualifying that case as an action with gradual claims.

Findings: When the case law of the 2nd Civil Chamber of the Supreme Court of Appeals, which determines that the causes for specific and general divorce are put forward, it is seen that the action with gradual claims may also depend on legal reasons.

Originality: The 2nd Civil Chamber of the Supreme Court of Appeals, by establishing a temporary relationship between the private and general divorce grounds, and the decisions that it defines as an action of gradual claims, show that it is possible to make an action of gradual claims in terms of legal reasons. However, when the theories explaining the reason for the lawsuit are taken into consideration, it should be determined whether the gradual relationship established in the legal reason can be defined as a litigation.

Keywords: Action with Gradual Claims, Gradual Claims, Causes of Divorce

JEL Classification: K41

GİRİŞ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 111 terditli davayı düzenlemiştir. Bu hüküm şu şekildedir: *“(1) Davacı, aynı davalıya karşı birden fazla talebini, aralarında aslîlik -ferîlik ilişkisi kurmak suretiyle, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Bunun için, talepler arasında hukukî veya ekonomik bir bağlantının bulunması şarttır. (2) Mahkeme, davacının aslî talebinin esastan reddine karar vermedikçe, ferî talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz.”*

Mülga HUMK döneminde terditli davaya ilişkin kanunî bir düzenleme bulunmamakta idi. Ancak ilmî ve kazaî içtihatlar ile terditli davanın caiz olduğu kabul edilmişti. HMK’da İkinci Kısımda dava çeşitleri hükümlerine yer verilmiş ve talep sonucunun birden fazla olduğu davalar da ayrı ayrı düzenlenmiştir. Türk hukukunda davaların yığılması, terditli dava, seçimlik dava gibi dava çeşitleri ayrı hükümler ile düzenlenmiştir. Böylece terditli davanın kanunî temeli oluşturularak şartları ve özelliği hakkında düzenleme yapılmıştır. HMK’da tercih edilen “terditli dava” terimi ve Kanunun düzenleniş biçimi davanın çekirdek unsuru olan talep sonucu bakımından terditli davanın mümkün olabileceğini göstermektedir. Dolayısıyla tek unsurlu çekirdek teorisini esas alarak düzenlenen HMK madde 111’deki düzenlemeye karşılık gelebilecek Alman Usul Kanunu’nun 260. maddesindeki düzenleme “Anspruchshäufung” başlığı altında düzenlenmiş ve birden çok talebin aynı davada ileri sürülebileceğini ancak aynı mahkemede ileri sürülebilme şartıyla mümkün olduğunu ifade etmektedir. Açıkça Kanun’da terditli davadan bahsedilmemiş olsa da terditli davadan hatta daha doğru bir tercüme ile terditli talep yığılmasının kabule şayan olduğu aşikârdır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki terditli davanın sadece talep sonucu bakımından değil aynı zamanda taraflar veya dava sebebi bakımından şartları mevcutsa oluşup oluşamayacağı sorunu bir an akla gelebilir. Ancak taraflar bakımından terditli davanın mümkün olup olmadığı meselesi bu çalışmanın kapsamı dışında kalacaktır. Dava sebebi bakımından terditli davanın caiz olup olmadığı meselesi ise özellikle Türk hukukunda ve Alman hukukunda ileri sürülen görüşler çerçevesinde yani vakıalara dayandırma teorisi ve ferdileştirme teorisi çerçevesinde izah edilerek tespit edilmelidir. Dava sebebinde terditli davadan söz edebilmek için öncelikle terditli davadan ve boşanma davalarında dava sebebi kavramına atfedilen husus ve aslında dava sebebi kavramının usul hukuku bakımından tespit edilerek boşanma sebebinde terditli davanın, hatta kavram karmaşası yaşanmaması açısından, boşanma sebebinde terdidin mümkün olup olmadığı üzerinde durulacaktır. Bu tespitler yapılırken özellikle Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından verilen kararlar esas alınarak boşanma sebebinde terditten bahsedilip bahsedilemeyeceği değerlendirilecektir.

I. Terditli Dava ve Terdit İlişkisi Kavramları

Terditli dava, davacının davalıya karşı birden fazla talebini, birincinin reddedilmesi veya kabulü hâlinde takip eden diğer talebine hükmedilmesi imkânını veren taleplerin kademelendirilmesi olarak tanımlanmaktadır. (Merle, 1970) (Alangoya, Yıldırım, & Deren Yıldırım, 2011).

Terditli dava, ileri sürülen talebin kabul edilmemesi durumunda, incelenmek üzere diğer talebin aynı davada ileri sürüldüğü ve taleplerden ilk önce birisinin, bu olmadığı takdirde diğer talebin karara bağlanmasının talep edildiği veya muhtelif davacılardan ilk önce birisinin; bu olmadığı takdirde diğerinin edilmesinin istendiği dava çeşidi olarak daha geniş bir şekilde tanımlanmaktadır. (Yılmaz, 2011). Bu şekilde yapılan tanım bakımından terditli davanın kapsamı daha geniş tutulmuş ve terditli objektif dava yığılması ile birlikte terditli sübjektif dava yığılması da kabul edilmektedir. Terditli sübjektif dava yığılması ise aynı yargılama içerisinde davacı ve davalı tarafta birden fazla tarafın aslîlik-ferîlik ilişkisi içerisinde ileri sürülmesi olarak izah edilebilir (Alangoya, Yıldırım, & Deren Yıldırım, 2011).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yukarıda yer verdiğimiz 111. maddesinde ifade edildiği şekilde terditli dava tanımlanmaktadır (Kuru, 2021; Pekcanitez Hakan/Muhammet Özekes/Hülya Taş Korkmaz/Mine Akkan, 2017). Ezcümle davacının aynı davalıya karşı aralarında hukukî veya ekonomik bir bağlantı bulunmak şartıyla birden fazla talebini aynı dava dilekçesinde aslîlik-ferîlik ilişkisi içerisinde ileri sürmesi terditli dava olarak ifade edilmektedir.

Terditli davaya ilişkin yapılan tanımlar, terditli davanın sadece talep sonucu bakımından mümkün olduğu anlamını çıkarsa da doktrinde çoğunlukla çifte unsurlu dava konusu kabul edildiğinden yani davanın unsurlarını vakıa ve talep sonucu oluşturduğundan bahisle terditli davanın vakıalar bakımından da geçerli olacağı bir ihtimal düşünülebilir. Buna karşılık HMK madde 111'deki düzenleme biçimi tek unsurlu dava konusu yani sadece talep sonucunu kabul eden anlayışla düzenlenmiştir. Bu düzenleme şekli vakıalar bakımından terditli davanın kurulamayacağını bir ihtimal gösterebilir. Ancak özellikle kazaî içtihatlarda vakıalar bakımından terditli davanın da kurulabileceği ifade edilmektedir. Aralarında hukukî veya ekonomik bağlantı olmak kaydıyla aslîlik-ferîlik ilişkisi kurularak ileri sürülen talepler bakımından terditli dava mümkündür anlamı çıkabilir. Özellikle farklı vakıaların terditli olarak ileri sürülüp aynı talep sonucuna yöneldiği davalar bakımından değerlendirme yapmak gerekecektir. Çünkü bu noktada farklı vakıalar birden fazla hukukî sebebin oluşmasına neden olacak ve hukukî sebepler arasında terditli davanın caizliği tartışılacaktır. Bu başlık altında farklı vakıalar veya hukukî sebep kavramlarından ayrı olarak aslında çalışmamızda esas tespit edilmesi gereken dava sebebi bakımından terditli davadan bahsedilip bahsedilemeyeceğidir.

Yukarıda da izah edildiği gibi talep sonucu bakımından bile terditli dava yerine terditli talep yığılması sebepleri arasında kurulan aslîlik-ferîlik ilişkisi kurulduğunda bu durum kavram bakımından karışıklığa yol açmaması nedeni ile terditli dava yerine terdit ilişkisi olarak nitelendirilmelidir.

Çoğunlukla uygulamada terditli dava teriminin talep sonucu ile birlikte dava sebebi kavramı için de kullanılması terditli dava olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan hâllerde terditli davaya cevaz verilmesine ve ilmî içtihatlar bakımından terditli davanın düzenlenme amacının dışına çıkmasına sebep olmaktadır.

Netice itibariyle, talep sonuçları arasında kurulan terdit ilişkisi HMK madde 111 bakımından terditli davayı, hatta daha doğru bir ifade ile, terditli talep yığılmasını oluşturmaktadır. Buna karşın, dava sebebinde HMK madde 111’de yer alan şartları taşımak kaydıyla terditli dava olarak ifade edilmemelidir.

Bu açıklamalara ek olarak, Alman Hukuku’nda terditli talep yığılması terimi için Eventualklagenhäufung, terdit ilişkisi için ise Eventualverhältnis terimlerinin kullanıldığının ve her terditli davanın terdit ilişkisini oluşturduğunu; her terdit ilişkisinin ise terditli dava olmadığıнын belirtmek kavram karışıklığına bir çözüm oluşturabilir.

Burada yapılan kavram bakımından yapılan açıklamalar özellikle Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin “boşanma sebebinde terditli dava” hakkında vermiş olduğu kararları değerlendirirken yardımcı olacaktır.

II. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin Boşanma Sebebinde Terditli Davaya İlişkin Kararları

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından verilen kararlar terditli dava bakımından tartışılmaya açıktır. Şöyle ki; 2. Hukuk Dairesi’nin verdiği kararlara konu olan olaylarda “zina, olmadığı takdirde haysiyetsiz hayat sürme, olmadığı takdirde evlilik birliğinin sarsılması” hukukî sebeplerine dayanılarak boşanmaya karar verilmesi talep edildiğinde bu davanın terditli dava olarak nitelendirildiği görülmektedir. TMK madde 161- 166 arasında düzenlenen özel ve genel boşanma sebepleri arasında yaratılan terditli dava nitelendirmesi Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin içtihatı hâlini almıştır.

Benzer şekilde maddî hukukçular tarafından yapılan değerlendirmelerde de özel boşanma sebebinin şartları gerçekleşmiş ise, davacının genel boşanma sebebine dayanabileceği ve her iki boşanma sebebinin yarışmalı veya terditli olarak da ileri sürebileceği ifade edilmektedir. (Hatemi, 2021) Terditli davada olduğu gibi terditli boşanma davasından söz edilebilmek için talepler arasında hukukî bağlantı bulunması ve aynı dava dilekçesinde ileri sürülmesi gerektiği de belirtilmektedir. (Gençcan, 2021) Yargıtay 2. Hukuk Dairesi kararlarında aslî talep hakkında esastan karar verilmedikçe ferî talebin incelenmeyeceği de belirtilerek boşanma davasında ileri sürülen zina sebebi (aslî talep) hakkında bir karar verilmeden genel boşanma sebebi (ferî talep) esas alınarak hüküm verilmesi yerinde bulunmamıştır (Yargıtay 2. HD., 09.03.2017, E. 2015/22586, K. 2017/2179, karararama.yargitay.gov.tr). Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir başka kararda ise (Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 17.02.2020, E. 2019/3924, K. 2020/1132, Kazancı İçtihat Bankası), karşı davacı- davalı kadının evlilik birliğinin sarsılması, zina (TMK m.161), hayata kast pek kötü veya onur

kırıcı davranış (TMK m. 162) ile suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (TMK m.163) hukuki sebeplerine dayalı taleplerini birlikte ileri sürdüğü gerekçesi ile terditli dava olarak nitelendirilmiştir. Bu dava sonucunda ilk derece mahkemesinin karşı davacı-davalı kadının davası bakımından evlilik birliğinin temelden sarsılması hukukî sebebine istinaden boşanma talebinin kabul edilmesi üzerine ferî olarak ileri sürülen diğer talepler hakkında hüküm verilmemiş olması ve bölge adliye mahkemesi ayrı sebeplere ilişkin karşı davalar yönünden ayrı ayrı hüküm kurulmamasını doğru bulmamış ancak gerekçede yasal koşulların mevcut olmadığı belirtilmiş olduğundan bu konuya yönelik istinaf talebini yerinde görmemiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ise, “karşı davacı- davalı kadının bu yöne ilişkin istinaf talebinin kabul edilerek inceleme yapıldığının anlaşıldığını, bölge adliye mahkemesince yapılan yargılamaya uygun olarak; kadının davasının terditli olarak açıldığının denetlendiği ve bu denetlemeye bağlı olarak kadının özel boşanma sebeplerine dayalı talepleri hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesi gerekirken; kadının özel boşanma sebeplerine dayalı davalarının reddine yönelik istinaf itirazını da kapsar şekilde esastan ret kararı verilmesi doğru görülmeyp bozmayı gerektirmiştir.” şeklinde hüküm tesis etmiştir. Bir başka kararda da ise karşı davacı-davalı erkeğin terk, olmazsa evlilik birliğinin sarsılması hukukî sebeplerine dayanarak açmış olduğu boşanma davası da terditli dava olarak nitelendirilmiştir (Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 24.02.2021, E. 2020/2658, K. 2021/1627, kararama.yargitay.gov.tr). Bu kararlarda görüleceği üzere, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi talebin tek (boşanma talebi), ileri sürülen boşanma sebeplerinin (hukukî sebeplerin) “özel boşanma ve genel boşanma sebepleri” arasında terdit ilişkisi kurularak terditli dava olarak nitelendirildiği görülmektedir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin özel ve genel boşanma sebepleri arasında kurduğu ilişkinin terditli dava olarak nitelendirilmesi kanaatimce mümkün değildir. Bunun sebebini açıklamadan evvel öncelikle dava sebebi kavramı ve dava sebebini açıklayan teoriler üzerinde durmak gerekir.

III. Dava Sebebi

A. Vakıalara Dayandırma Teorisi ve Ferdileştirme Teorisi Bakımından Dava Sebebi

Dava sebebi davanın taraflarının ileri sürdüğü taleplerin gerekçelendirilmesinde önem arz etmektedir. Bu nedenle dava sebebi kavramının ferdileştirilmiş hukukî ilişki mi yoksa bir vakıalar bütünü mü olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Dava sebebinin vakıalar ya da ferdileştirilmiş hukukî ilişki kavramlarını karşıladığı konusunda ileri sürülen görüşler, dava sebebi kavramının usul hukuku bakımından önemini göstermiştir.

Alman ve Türk hukuklarında dava sebebi olarak vakıayı açıklayan görüşler ferdileştirme ve vakıalara dayandırma teorilerine dayanarak değerlendirme yapmıştır.

Ferdileştirme teorisine göre davada dayanılan hukukî ilişki davayı ferdileştirir. Buna göre vakıaların değiştirilmesi dava değişikliği sayılmayacaktır. Ancak davacının dayandığı hukukî ilişkinin sonradan değiştirilmesi dava değişikliğine yol açacaktır. Bu teoriye göre hayat olayı yani vakıa dava

dilekçesinde olması gereken zorunlu unsur değildir. (Muşul, Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, 2009; Üstündağ, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi ve Genişletilmesi Yasağı, 1969). Ayrıca, davanın ferdileştirilebilmesi için hukukî sebeple birlikte fiilî vakıaların da ileri sürülmesi gerektiğini ileri süren bir görüş de bulunmaktadır. (Üstündağ, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi ve Genişletilmesi Yasağı, 1969)

Vakılara dayandırma teorisi ise talep sonucunu temellendirmek için ileri sürülen vakıaları dava sebebi olarak izah etmektedir (Muşul, Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri , 2009). Vakılardan herhangi biri eksik olursa talep sonucunun temellendirilmesi yani dava sebebi de eksik olacaktır. Bu nedenle vakıaların dava dilekçesinde açık bir şekilde yer alması gerekmektedir. Türk Hukuku'nda dava açılırken dava sebebini oluşturan vakıaların açık özetlerinin dava dilekçesinde yer alması gerektiği ifade edildiğinden vakılara dayandırma teorisi kabul edilmiştir.

B. Dava Sebebinin Terditli Dava Oluşturup Oluşturamayacağı

Hukukî sebep ve vakıa kavramları birbirleriyle iç içe geçmiş olduğundan terdit ilişkisinin salt hukukî sebepte ya da vakıa bakımından kurulabileceğini ileri sürmek pek de mümkün gözükmemektedir. Dava sebebinin terdit ilişkisine konu olup olamayacağı ise dava sebebini açıklamaya yarayan ferdileştirme ve vakılara dayandırma teorileri çerçevesinde tespit edilmeye çalışılacaktır.

Vakılara dayandırma teorisini ileri süren müelliflere göre, hukukî sebeplerin terditli olarak ileri sürülmesinde davacının bir menfaati bulunmamaktadır; çünkü dava dilekçesinde yer alan vakıaya karşılık gelen hukukî sebep dava dilekçesinde yer almasa bile hâkim hukuku re'sen uygular ilkesi uygulanacaktır. Dolayısıyla hukukî sebeplerin terditli olarak ileri sürülmesine gerek yoktur (Üstündağ, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi ve Genişletilmesi Yasağı, 1969) (Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, 2000) (Muşul, Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri , 2009). Dava değiştirme yasağının kapsamında hukukî sebep olmadığından, hukukî sebepler serbestçe değiştirilebilecek ya da genişletilebilecektir (Muşul, Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri , 2009).

Her durumda hâkimin hukukî sebebi re'sen nazara alacağı kabul edildiğinde hukukî sebep bakımından terdit ilişkisinin kurulamayacağı ifade edilebilir. Buna karşılık, hâkim hukuku her zaman re'sen nazara almayabilir, bu durumda taleple bağlılık ilkesinin sadece talep sonucunu kapsadığı ve hukukî sebebin bu ilkenin kapsamında olmadığı görüşü kabul edildiğinde hukukî sebebin mahkeme tarafından re'sen nazara alınacağı ve hukukî sebep bakımından terdit ilişkisinin kurulmasına gerek olmadığı bir görüş tarafından ileri sürülmektedir (Muşul, Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri , 2009). Bir başka görüş ise talep kavramının hem talep sonucunu hem de talebin dayanağı olan hukukî sebep kavramını kapsadığını dolayısıyla hâkimin hukukî sebeple bağlı olduğunu ve hukukî sebep bakımından terdit ilişkisinin mevcut olacağı ifade edilmektedir (Muşul, Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri , 2009).

Davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü talep sonucunun birden fazla hayat olayına dayanması hâlinde ve bu hayat olaylarının hiç ya da hatalı olarak tavsif edilmesi halinde hâkim hukuku re'sen uygulayacaktır. Eğer davacı söz konusu davada uygulanmasını talep ettiği hukukî sebebi doğru tespit etmiş; ama söz konusu olaya başka bir hukukî sebebin de uygulanması mümkün ise hâkim hukuku re'sen uygulamayacaktır (Muşul, Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri , 2009). Ancak hukukî sebeplerin değiştirilmesi dava değiştirilmesi vasfını haiz değildir (Muşul, Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri , 2009).

Taleplerin yarışması söz konusu olduğunda ferdileştirme teorisi taraftarlarına göre hukukî sebepte terdit mümkün olacaktır; ama vakılara dayandırma teorisine göre hukukî sebepte terdit ilişkisine başvurmak mümkün olmayacaktır (Üstündağ, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi ve Genişletilmesi Yasağı, 1969).

Terditli talep yığılmasında aynı vakılardan farklı talepler ya da aynı talep farklı vakılardan çıkarılabilmektedir (Üstündağ, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi ve Genişletilmesi Yasağı, 1969; Bilge Necip /Ergun Önen, 1978; Kuru Baki, 2001; Muşul, Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri , 2009; Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, 2000; Bolayır, 2019). Gerçek terditli talep yığılmasında ileri sürülen ve aralarında hukukî ve/veya ekonomik bağlantı olan aslî ve ferî taleplerden biri hakkında hüküm verilmesi mahkemeden talep edildiği için taleplerin aynı vakıya dayanması hâlinde uygulanacak olan hukukî sebepler farklı olabilir (Bolayır, 2019).

Talep sonucunun farklı vakılara dayanması hâlinde bir görüşe göre usulî talep çokluğu söz konusu olacağından vakıaların terditli olarak ileri sürülmesi halinde hâkim ileri sürülen sıralama ile bağlı olacaktır. Bu durum ise usul ekonomisine aykırılık oluşturabilir; çünkü hükme etkisi olmayan ilk sıradaki vakıanın değerlendirilmesi ve delil incelemesi yapılması ile zaman bakımından yargılamanın uzamasına neden olabilecektir (Muşul, Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri , 2009). Böylece, vakıaların terditli olarak ileri sürülmesi kural olarak mümkün olmayacaktır (Muşul, Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri , 2009). Eğer vakılar terditli olarak ileri sürülürse sanki terdit yokmuş gibi mahkeme vakıaları inceleyebilecektir. Aksi hâlde terditli olarak ileri sürülen vakıalar da hükme esas alınmak zorunda kalacaktır. Buna karşılık Alman Hukuku'nda vakıaların terditli olarak ileri sürülmesi neticesinde buna başvuran tarafın üstün menfaati bulunuyorsa vakılara ilişkin terdidin geçerli sayılacağı ifade edilmiştir.

C. Değerlendirme

Vakılara dayandırma teorisine göre dava sebebi olarak vakılar birden fazla olduğunda ve aralarında aslîlik-ferîlik ilişkisi kurulduğunda “terdit ilişkisi” mevcut olacaktır. Aralarında terdit ilişkisi kurulan vakılar bakımından kanaatimizce de “terditli davanın” olduğundan bahsetmek mümkün değildir. (Pekcanitez Hakan/Muhammet Özekes/Hülya Taş Korkmaz/Mine Akkan, 2017). Maddî hukuk bakımından özel ve genel boşanma sebepleri usul hukukunda hukukî sebep olarak nitelendirilir. (Akkaya, 2017) HMK madde 33 uyarınca hâkim hukuku re'sen uygular. Bu nedenle Kanunun 119.

maddesinde dava dilekçesinde olması gereken unsurlar zorunlu ve ihtiyarî olmak üzere ayrıma tâbi tutulmuş ve hukukî sebep ihtiyarî unsur olarak sayılmıştır. Boşanma davası birden fazla boşanma sebebine dayanılarak açılabilir. Ancak birden fazla sebebe boşanma davalarında boşanma kararı verilebilmesi için boşanma sebeplerinin çelişkili olmaması gerekir. (Akkaya, 2017)

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından verilen kararlara konu olan boşanma davasında birden fazla boşanma sebebi ileri sürülmekte ve aralarında kurulan terdit ilişkisi terditli dava olarak nitelendirilmesini mümkün kılmaz. Boşanma sebepleri hukukî sebeptir ve hukukî sebepler arasında terditli dava kurulamaz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda karşı oy yazısı boşanma talebine ilişkin olarak birden fazla hukukî sebebin ileri sürülmesini terditli dava olarak nitelendirmemiştir. Kararın karşı oy yazısında; Kanunda düzenlenen "özel" ve "genel" boşanma sebeplerine dayalı olarak ayrı ayrı boşanma davası açılabileceği gibi; aynı boşanma davasında birden fazla hukuki sebebe dayanılarak boşanma talep edilebileceği ve aynı dava ile birden fazla boşanma sebebine dayanılmış ise; hukuki sebep birden fazla olmakla birlikte, tek bir davanın mevcut olduğu ifade edilmiş ve aynı davada dayanılan hukuki sebepler arasında bir terdit ilişkisinin mevcut olmadığı gerekçesi ile dayanılan hukuki sebeplerden biri incelenmeden diğerinin incelenmemesi gibi bir durumun söz konusu olmadığı ifade edilmiştir (Yargıtay 2. H.D, 14.11.2013, E. 2013/12112, K. 2013/26481, legalbank.net.)

SONUÇ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 111. maddesinde düzenlenen terditli davanın, TMK madde 161 vd. hükümlerinde düzenlenen boşanma sebeplerinin aynı davada aslîlik-ferîlik ilişkisi kurularak ileri sürülmesi neticesinde meydana gelip gelmediği bu çalışmanın ana inceleme konusudur.

Çalışmada öncelikle terditli dava ve terdit ilişkisi kavramları üzerinde durularak dava sebebi bakımından terdit ilişkisi ifadesinin kullanılmasının daha isabetli olduğu sonucuna varılmıştır. Ancak dava sebebi kavramının izahı noktasında doktrinde ileri sürülen vakıalara dayandırma ve ferdileştirme teorileri ele alınarak bir değerlendirme yapılmıştır. Söz konusu teoriler dava sebebi kavramının terdit ilişkisi içerisinde ileri sürülüp sürülemeyeceği noktasında da ayrılmaktadır. Vakıalara dayandırma teorisi hukukî sebeplerin hâkim tarafından re'sen uygulanacağını ve dava değiştirme yasağının kapsamında olmadığını ileri sürerek hukukî sebepler bakımından terdit ilişkisinin kurulamayacağını belirtmektedir. Bu görüş kanaatimce doğrudur. Çünkü HMK madde 119'da düzenlenen dava dilekçesinde olması gereken unsurlar arasında sayılan hukukî sebep ihtiyarî unsur olarak değerlendirilmekte ve yine Kanunun 33. maddesinde yer alan düzenleme gereği hâkim hukuku re'sen uygulayacağından hukukî sebepler bakımından aslîlik – ferîlik ilişkisi kurularak terdit ilişkisinden hatta HMK madde 111 anlamında terditli davadan bahsetmek yerinde değildir. Bu nedenle Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından verilen kararlarda TMK madde 161 vd. hükümlerinde düzenlenen özel ve genel boşanma sebepleri arasında yapılan aslîlik-ferîlik ilişkisinin terditli dava olarak

nitelendirmek doğru değildir. Hatta özel ve genel boşanma sebepleri arasında terditli dava olduğunu kabul edip, HMK madde 111/f. II uyarınca “aslî talep esastan reddedilmedikçe ferî talep incelenemez.” hükmü esas alınarak davacının veya karşı davacının boşanma talep ettiği bir davada ileri sürdüğü özel boşanma sebebi hakkında hüküm tesis etmeden ferî sebep olarak gösterilen bir diğer özel boşanma sebebi veya TMK madde 166’da düzenlenen evlilik birliğinin temelden sarsılması genel boşanma sebebine dayanılarak boşanma kararının verilmesi doğru bulunmamaktadır. Oysaki HMK madde 111/f. II’de yer alan düzenleme aslî ve ferî talep bakımından incelenme sırasını esas alan bir hüküm olup taleplerin her biri hakkında verilecek hükmün ayrı zamanlarda verildiği anlamını doğurmamaktadır. Sadece mahkemenin talep sırasıyla bağlı olarak öncelikle aslî talep sonrasında ferî talebin inceleneceği noktasında bir düzenleme getirmektedir. Aslî ve ferî talepler hakkında davaya bakan hâkim aynı anda nihai kararını verir ve davadan elini çeker. Ayrıca mahkemenin mutlaka aslî talep hakkında hüküm tesis etmesi gerektiği sonucu da HMK madde 111/ f. II hükmünden anlaşılmaktadır. Aksi hâlde davanın tarafları aslî talep hakkında karar verilmediği gerekçesi ile HMK madde 305/A uyarınca hükmün tamamlanmasını talep edebilir yahut kanun yoluna müracaat edebilir. HMK madde 111/f. II’de terditli dava için kabul edilen talep sırası ve aslî talep hakkında hüküm tesis edilmesi gerekliliği Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin kararlarında da ifade edilmiştir. Ancak yapılan tespitler boşanma davasında ileri sürülen hukukî sebepler bakımından yapıldığı için hukuka uygun bir tespit olduğunu söylemek kanaatimce doğru değildir.

Sonuç olarak hukukî sebepler bakımından terdit ilişkisi kurulamaz ve terditli davanın varlığından söz edilemez. Bu nedenle Yargıtay 2. Hukuk Dairesi kararlarına konu olan özel ve genel boşanma boşanma sebepleri bakımından terdit ilişkisinden ve terditli davadan bahsedilemez.

KAYNAKÇA


- Berkin Necmeddin. (1969). *Medeni Usul Hukuku Esasları*. İstanbul : Hamle Matbaası.
- Akkaya, T. (2017). *Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Alangoya Yavuz. (1999). , *Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü)*. İstanbul.
- Alangoya, Y., Yıldırım, K., & Deren Yıldırım, N. (2011). *Medenî Usul Hukuku Esasları*. İstanbul: Beta Yayınevi.
- Bilge Necip /Ergun Önen. (1978). *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri*.
- Bolayır, N. (2019). *Medenî Usûl Hukuku'nda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık .
- Gençcan, Ö. U. (2021). *Boşanma Davaları Bağlamında Medenî Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Hatemi, H. (2021). *Aile Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Kuru Baki. (2001). *Hukuk Muhakemeleri Usulü*. İstanbul.
- Kuru, B. (2021). *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı* . Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Merle, W. (1970). Zur eventuellen Klagenhaeufung. *ZZP*, 436-467.
- Muşul, T. (2009). *Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Muşul, T. (2009). *Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri* . Ankara: Yetkin Yayınları.
- Pekcanıtez Hakan/Muhammet Özokes/Hülya Taş Korkmaz/Mine Akkan. (2017). *Medenî Usûl Hukuku*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları.
- Üstündağ, S. (1969). *İddia ve Müdafaa'nın Değiştirilmesi ve Genişletilmesi Yasağı*. İstanbul.
- Üstündağ, S. (2000). *Medeni Yargılama Hukuku*. İstanbul: Alfa.
- Yılmaz, E. (2011). *Hukuk Sözlüğü*. Ankara: Yetkin Yayınevi.
- karararama.yargitay.gov.tr
- Kazancı İçtihat Bankası
- Legalbank

Geliş Tarihi:
26.05.2021
Kabul Tarihi:
05.08.2021
Yayımlanma Tarihi:
30.09.2021

Kaynakça Gösterimi: Durceylan, M. M. (2021).
Ticaret unvanının Türk Ticaret Kanunu'na ve
Sınai Mülkiyet Kanunu'nun marka hükümlerine
göre korunması. *İstanbul Ticaret Üniversitesi
Sosyal Bilimler Dergisi*, 20(41), 984-1014.
doi: 10.46928/iticusbe.943298

TİCARET UNVANININ TÜRK TİCARET KANUNU'NA VE SINAI MÜLKİYET KANUNU'NUN MARKA HÜKÜMLERİNE GÖRE KORUNMASI

Araştırma

Muhammet Mekin Durceylan 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

Eskişehir Barosuna kayıtlı avukat

mekin-d@hotmail.com

Muhammet Mekin Durceylan, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programında yüksek lisans yapmakta olup aynı zamanda Eskişehir Barosuna kayıtlı olarak serbest avukatlık yapmaktadır.

TİCARET UNVANININ TÜRK TİCARET KANUNU'NA VE SINAI MÜLKİYET KANUNU'NUN MARKA HÜKÜMLERİNE GÖRE KORUNMASI

Muhammet Mekin Durceylan
mekin-d@hotmail.com

ÖZET

Ticaret unvanı, tacirin işletmesine ilişkin işlemlerini yürütürken kullandığı addır. Ticaret unvanı temel olarak taciri tanıtmaya ve diğer tacirlerden ayırma işini görmektedir. Ticaret unvanının, işletme ve tacir için maddi ve manevi değeri bulunmaktadır. Ticaret unvanının önemi sebebiyle korunması büyük önem arz etmektedir. Nitekim üçüncü kişiler tacirin unvanından haksız olarak yararlanmak isteyebilir. O halde tacirin ticaret unvanını hangi yasal yollarla koruyacağını bilmesi önem arz eder. Ticaret unvanı ve marka farklı kavramlar olsa da iki kavram arasında fonksiyonel benzerlikler bulunmaktadır. Bu benzerlik nedeniyle iki işaret arasında hak ihlalleri ve tecavüzler yaşanabilmektedir. Bu nedenle bu çalışmada kısaca ticaret unvanı ve marka kavramları üzerinde durulmuş ve ticaret unvanının korunması Türk Ticaret Kanunu ve Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında incelenmiştir.

Amaç: Bu çalışmanın amacı, ticaret unvanının benzer kavramlarla ilişkisini açıklamak ve ticaret unvanının korunması bakımından TTK ve SMK'nın ilgili hükümlerini incelemektir.

Yöntem: Literatür araştırması yöntemine dayanan bu çalışma, veritabanları ve yazılı kaynakların taraması yapılarak gerçekleştirilmiştir.

Bulgular: Ticaret unvanı işletmeler açısından önemli bir değer olup ihlallerle karşılaşabilmektedir. 6102 sayılı TTK ile ticaret unvanını koruma imkânları arttırılmıştır. Öte yandan ticaret unvanının, marka ile benzerliği sebebiyle bu iki işaret arasında sıkça ihtilaflar yaşandığı görülmüştür. SMK'da ticaret unvanının korunması ve ihtilafların çözümü bakımından bir takım düzenlemeler içermektedir.

Özgünlük: Bu çalışmanın özgün yanı, ticaret unvanının korunmasına ilişkin düzenlemelerin, yeni mevzuat ve güncel yargı kararları ele alınarak incelenmesidir. Doktrin görüşlerine de yer verilerek güncel gelişmeler ve uygulamada yaşanan sıkıntılar irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ticaret Unvanı, Ticaret Unvanının Korunması, Marka

Jel Sınıflaması: K10

THE PROTECTION OF TRADE NAME ACCORDING TO TURKISH COMMERCIAL LAW AND THE TRADEMARK RULES OF INDUSTRIAL PROPERTY LAW

ABSTRACT

The trade name is the name used by the merchant while carrying out one's business transactions. The trade name mainly functions as a commercial promotion and differentiate a merchant from the other merchants. The trade name has material and moral value for the business and the merchant. Due to the significance of the trade name, it is very important to protect it. As a matter of fact, third parties may want to take advantage of the trade name. In this case, it is important for the merchant to know by which legal means he will protect his trade name. Although trade name and trademark are different concepts, there are functional similarities between these two concepts. Due to this similarity, violations of rights and violations may occur between the two signs. For this reason, the current study briefly focuses on the concepts of trade name and trademark and the protection of the trade name is examined within the scope of the Turkish Commercial Code and Industrial Property Law.

Objective: The objective of this study is to explain the relationship between the trade name and similar concepts and to examine the relevant provisions of the Turkish Commercial Code and Industrial Property Law in terms of the protection of the trade name.

Method: The current study, which is based on the literature research method, was carried out by scanning databases and written sources.

Findings: Trade name is an important value for businesses, but it is prone to encountering violations. With the Turkish Commercial Code numbered 6102, the possibilities of protecting the trade name have been increased. On the other hand, due to the similarity of the trade name with the trademark, it has been seen that there are frequent conflicts between these two signs. Turkish Commercial Code contains some regulations in terms of protecting the trade name and settling disputes.

Originality: The original aspect of this study is the examination of the regulations on the protection of trade names by considering the new legislation and current jurisdictional decisions. The current developments and the problems experienced in practice were scrutinized by including the views of the doctrine.

Key Words: Trade Name, Protection of the Trade Name, Trademark

Jel Classification: K10

GİRİŞ

Tacirin ticari faaliyetlerini sürdürebilmesi için bir takım ayırt edici işaretleri kullanmaya ihtiyacı vardır. Bu işaretlerden önem arz edenlerinden bir tanesi de ticaret unvanıdır. Ticaret unvanı kullanımı tacirler bakımından bir ihtiyaç olduğu kadar Türk Ticaret Kanunu (TTK) kapsamında bir zorunluluktur. Tacir, ticari işletmesine ilişkin işlemleri ticaret unvanı ile yürütmek zorundadır. Ticaret unvanının nasıl oluşturulması gerektiği TTK'da emredici kurallarla belirlenmiştir. Ancak tacir kanuna uygun olmak şartı ile unvana eklemeler yapabilmektedir. Bu eklemeler unvanın ayırt ediciliğini arttırabilir.

Ticaret unvanının ayırt etme fonksiyonu yanında reklam ve garanti fonksiyonları bulunmaktadır. Bu nedenle ticari işletme için büyük değere sahiptir ve haksız müdahale ve ihalelerle karşı etkin bir biçimde korunması gerekmektedir. Ticaret unvanlarının korunmasına ilişkin temel düzenleme TTK'da yapılmıştır. Ancak bazı özel kanunlarda da ticaret unvanının korunmasına ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Bunlardan en önemli ve kapsamlı olanı Sınai Mülkiyet Kanunu'dur (SMK). Nitekim marka ve ticaret unvanı farklı kavramlar olsa da aralarında işlevsel benzerlikler bulunmaktadır. Bu nedenle iki işaret arasında iltibas, hakka tecavüz ve tescil çatışmaları yaşanabilmektedir.

Bu makale kapsamında ilk olarak ticaret unvanının temel kavramları incelenmiş daha sonrasında ticaret unvanının benzer kavramlarla bilhassa marka ile ilişkisi açıklanmıştır. Devamında unvanın korunmasına ilişkin TTK hükümleri ve SMK hükümleri incelenmiştir.

I. TİCARET UNVANI KAVRAMI

Ticaret unvanı, Türk Hukukunda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun¹ 39-52. maddeleri arasında, Ticaret Sicil Yönetmeliği'nde² ve Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ'de³ düzenlenmiştir.

Ticaret unvanı, tacirin, ticari işletmesine ilişkin faaliyetleri yürütürken kullandığı isimdir (Arkan, 2018, s.278; Bozer ve Göle, 2017: 159; Hırş, 1948: 144). Ticaret unvanı, taciri tanıtmaya ve diğer tacirlerden ayırt etmeye yaramaktadır (Arkan, 2018, 278; Çeker, 2012: 82; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, 2015: 391). Tacir, ticari işletmesine ilişkin işlemleri yürütürken seçtiği ticaret unvanını kullanmak zorundadır. Ticaret unvanı kullanma hakkı ve zorunluluğu sadece tacir olan kişilere aittir (Boyacıoğlu, 2006: 13; TTK 18. md.). Tacir olmayan kişiler örneğin esnaflar ticaret unvanı kullanamazlar.

Ticaret unvanı üzerindeki hak mutlak bir haktır (Ayhan, 2012: 46). Bu sayede ticaret unvanı hakkı herkese karşı ileri sürülebilir ve hak sahibine hakkın kullanılmasında tekelci bir yetki sağlar (Ayhan, Özdamar ve Çağlar, 2016: 306; Arseven, 1951:368). Ticaret unvanının bu mutlak hak niteliği, özellikle gerçek kişi tacir bakımından şahsiyet haklarına ilişkin ögeleri ve fikri mülkiyet haklarına ilişkin ögeleri içinde barındırır. Bu anlamda karma nitelikte bir hak olma özelliğine sahiptir (Şener,2016:499).

¹ 14/2/2011 Tarih 27846 sayılı R.G

² 27/1/2013 tarih ve 28541 sayılı R.G.

³ 14.02.2014 tarih ve 28913 sayılı R.G

Ticaret unvanı temel olarak; ayırt etme fonksiyonu, garanti fonksiyonu ve reklam fonksiyonları vardır (Ayhan vd.,2016: 307).

Ticaret unvanı temel olarak taciri tanıtmaya ve diğer tacirlerden ayırma işlevi görse de işletmeler için önemli bir değer olabilmektedir. İşletmenin gayrimaddi bir unsuru olan ticaret unvanı tek başına bir değer taşımamakla birlikte kullanıldığı ticari işletme ile maddi ve manevi olarak değer kazanmaktadır (Özbey, 2014, 11). Tacir, bu unvan ile bilinirlik kazanır, müşterilerine ulaşır ve itibar kazanır. Bazı hallerde ise ticaret unvanı ve işletme adı aynı ismi taşıyabilir veya ticaret unvanı aynı zamanda işletme adı olarak kullanılabilir. Bu durumda ticaret unvanının ayırt etme fonksiyonu daha fazla önem kazanacaktır (Yongalık, 2002: 5).

Ticaret unvanının oluşturulması bakımından temel olarak üç farklı sistem kabul edilmiştir. İlki “tam serbestlik sistemi”dir. İngiliz ve Amerikan hukukunda uygulanan bu sistemde gerçek kişi veya tüzel kişi tacirler, hiçbir kısıtlamaya tabi olmadan unvanlarını serbestçe seçebilirler (Arkan, 2018: s, 277; Karayalçın, 1968: s.371; Kayar, 2008:192). Bu sistemde tacirler kendilerini dilediği gibi tanıtabilir ve unvanın, ticari işletme hakkında gerçekçi bilgiler içermesi gerekmez (Edgü, 1964: 110; Hirş, 1948: 146; İmregün, 1995: 80). İkinci sistem “tam gerçeklik sistemi”dir. Fransa’da uygulanan bu sistemde ticaret unvanı tamamen gerçeğe uygun bir şekilde düzenlenmek zorundadır (Bilgili ve Demirkapılı, 2019: s.112; Karahan, 2012: s.148). Meydana gelen değişikliklerin ise derhal ticaret unvanına yansıtılması gerekmektedir. Bu nedenle ticari işletmenin devri veya miras yoluyla intikali durumunda unvanın devri mümkün değildir (Ayhan vd., 2016:307; İmregün, 1995: 80; Kayar, 2008:192). Üçüncü sistem “karma sistem”dir. Türk ve Alman hukukunda kabul edilen bu sisteme göre ticaret unvanının ilk oluşumunda gerçeklik sistemi uygulanır yani unvanda gerçek dışı bilgiler kullanılamaz ancak sonradan meydana gelebilecek değişikliklerde (devir, intikal vs.) unvanın devamlılığını sağlamak adına unvanın değiştirilmesi zorunlu kılınmamıştır (Arkan,2018: 278; Ayhan, 2012: 46; Bilgili ve Demirkapılı,2019: s.112; Dinç, 2016: 237; Oğuz,2019: 2336).

A. Ticaret Unvanının Oluşturulması ve Unsurları

Türk Ticaret Kanunu’na göre ticaret unvanının oluşturulmasında temel olarak kamu düzeninin korunması ve üçüncü kişilerin yanıltılmaması ilkeleri benimsenmiştir (Şener,2016:500).

Ticaret unvanının nasıl oluşturulacağına yönelik TTK’da ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre ticaret unvanı çekirdek ve ek olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır (Kayar, 2008: 193).

1. Çekirdek

Çekirdek ticaret unvanının zorunlu bir unsuru olup unvanın içermesi gereken asgari hususları ifade eder. Unvanın geçerli olabilmesi için çekirdeğin kanunun emredici hükümlerine uygun olarak oluşturulması gerekmektedir (Arkan, 2018: 278; Boyacıoğlu, 2006: 137; Oğuz, 2019: 2335)

Çekirdek, tacirin gerçek kişi veya tüzel kişi olup olmamasına ve tüzel kişiliğin hukuki yapısına göre farklılık gösterecektir.

Gerçek kişi tacirlerin ticaret unvanının çekirdek kısmı tacirin adı ve soyadından oluşmaktadır (Bozer ve Göle, 2017: 159; İmregün, 1995: 81; Teoman, 2011: 460). Ad ve soyad kısaltılmadan aynen ve bütün olarak kullanılmalıdır (TTK 41. md.). Doktrinde bazı yazarlar, gerçek kişi tacirin birden çok öz adının bulunması halinde bu adlardan en az birini kısaltmadan unvanda yazmasının yeterli olduğu diğer öz adların kısaltılabileceğini savunmuştur (Boyacıoğlu, 2006: 140; Karayalçın, 1968: 378; Poroy ve Yasaman, 2018:478). Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Nitekim TTK 41. maddesinde açıkça ayırım yapmaksızın tacirin ad ve soyadının kısaltılmadan yazılması gerektiğini hüküm altına almıştır (Aynı görüş bkz. Şener; 2016:502). Önemle belirtmek gerekir ki gerçek kişi ticaret unvanı her ne kadar tacirin ad ve soyadından oluşsa da ileride bahsedeceğimiz üzere medeni addan farklı bir hukuki statüye sahiptir. Gerçek kişi tacirin kendisine ait birden çok ticari işletmesi var ise tüm ticari işletmelerinde aynı unvanı kullanabileceği gibi her ticari işletmesinde çekirdek unsuru korumak kaydıyla farklı ekler ile farklı unvan oluşturabilir (Çağlar ve Özdamar, 2006:121).

Tüzel kişilerin ticaret unvanlarının çekirdek unsurunun nasıl oluşturulması gerektiğine dair düzenleme TTK 42-44. maddeleri arasında yapılmıştır. Hukukumuzda unvana ilişkin şahıs unvanı ve konu unvanı olarak ikili bir ayırım yapılmıştır. Çekirdek kısım bir şahsın ad ve soyadından meydana geliyorsa şahıs unvanı, bir şirketin iştiğal alanından oluşuyor ise konu unvanı olarak adlandırılmaktadır (Bilgili ve Demirkapı: 2019: 112; Dinç, 2016: 238; Hırş, 1948: 147-148; Kayar, 2008: 192; Teoman, 2011: 555).

Bahsi geçen düzenlemeye göre kolektif şirketlerin ticaret unvanı, bütün ortakların veya ortaklardan en az birinin adı ve soyadıyla şirketi ve türünü gösterecek, yani şirketin kolektif bir şirket olduğu belirten, bir ibarenin yer alması gerekmektedir (TTK42/1). Kolektif şirketlerde ortak sayısı ikiyi geçtiği takdirde ise unvanda ortaklardan birinin adı ve soyadına yer verilmek suretiyle “ortakları” ibaresi ile kullanılabilir (Arkan, 2018: 279 Kayar, 2008: 199).

Komandit şirketlerin ticaret unvanında, komandite ortaklardan en az bir tanesinin adı ve soyadı bulunması ayrıca şirketi ve türünü gösteren bir ibare bulunması zorunludur (TTK 42/2). Komandit şirketler yönünden önemli olan husus komanditer ortakların ad ve soyadlarının unvanda bulunmasının yasak olmasıdır. Aksi halde ismi ticaret unvanında yer alan komanditer ortak komandit ortak gibi sınırsız sorumlu olacaktır (TTK 320 ve 52. maddeleri; Bozer ve Göle, 2017: 162). Ticaret Sicil Yönetmeliği'nin (TSY) 43/6. maddesine göre komandit şirketin, adı komandit şirket mi yoksa sermayesi paylara bölünmüş şirket mi olduğunun gösterilmesi gerekmektedir. Öte yandan öğretide TTK'da yer alan düzenlemelerde komandit ortaklık ibaresinin adı komandit ortaklığı kastettiği ve TSY 43/6. maddesinin kanuna uygun olmadığı savunulmuştur (Şener, 2016:507). Kanımızca TTK 42. maddesi açıkça “adi veya sermayesi paylara bölünmüş şirketler” ifadesini kullandığı için TSY 43/6. maddesi kanuna aykırılık oluşturmamaktadır.

Anonim, limited ve kooperatif şirketler yönünden ticaret unvanının çekirdek unsuru, işletme konusunu gösteren ibare ve şirket türünü gösteren (anonim, limited, kooperatif) ibareden oluşur. Anonim limited veya kooperatif şirketlerin unvanlarında gerçek bir kişinin ad ve soyadının yer alması halinde şirket türü herhangi bir şekilde kısaltılarak (Ltd., a.ş., koop. gibi) yazılamaz (TTK 43. md.). Bu düzenleme ile üçüncü kişilerin dikkatinin şirket türüne çekilerek adı ticaret unvanında yer alan kişinin şirket ilişkilerinde şahsen sorumlu olacağına dair izlenimin önüne geçilmek istenmiştir (Karayalçın, 1968: 382; Kayar, 2008: 200). Buna karşılık unvanda gerçek kişinin adı ve soyadı yer almıyorsa şirket türü kısaltılarak yazılabilir. Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ'in (TUHT) 4/5. maddesinde ticaret unvanında işletme konularından en az birinin yer alması zorunlu ve yeterli olup işletme konusunu gösteren ibarelerde kısaltma yapılamaz. Ancak öğretilerde, işletme konusunu gösteren ibarelerde kısıtlama yapılamayacağına yönelik düzenlemenin TTK'da yer almaması nedeniyle Tebliğ'in ilgili hükmünün geçersiz olduğu savunulmuştur (Arkan, 2018: 281). Kanımızca da ilgili hükmün kanun ile düzenlenmesi gerekmektedir. Amaçlarına ulaşmak adına bir ticari işletmeye sahip olan dernek ve vakıfların ticaret unvanı kendi adlarından oluşturulur (TTK 44/1).

Donatma iştiraklerinde ticaret unvanının çekirdek kısmı, ortak donatanlardan en az birinin adı ve soyadını veya deniz ticaretinde kullanılan geminin adını içermelidir. Soyadları ve gemi adı kısaltılamaz. Ticaret unvanında ayrıca donatma iştirakini gösterecek bir ibare de bulunmalıdır (TTK 44/2).

Son olarak belirtmek gerekir ki ticari işletme sahibinin veya bir ortağın ticaret unvanında yer alan adı kanunen değişir veya yetkili makamlarca değiştirilirse unvan olduğu gibi kalabilir. Buna ek olarak kollektif, komandit ve donatma iştiraklerinde yeni ortakların şirkete girmesi hâlinde ticaret unvanı değiştirilmeksizin olduğu gibi kalabilir. Bu şirketlerde ticaret unvanında adı olan ortağın ölümü üzerine mirasçıları onun yerine geçerek şirketin devamını kabul edebilir veya şirkete girmese dahi ismin kullanılması bakımından yazılı izin verdiği takdirde şirket unvanı olduğu gibi kalabilir. Benzer şekilde şirketten ayrılan ortağın adı da ayrılan ortaktan yazılı izin alınarak şirket unvanında bırakılabilir (TTK 47. md.; Dinç, 2016: 244).

2. Ek

“Ek” ticaret unvanının ikinci unsurunu oluşturur. Ticaret unvanının zorunlu yani çekirdek kısmına ilave olan ibareler ticaret unvanının ek kısmını oluşturur. Kural olarak ek kullanımı zorunlu olmayıp ihtiyaridir (Boyacıoğlu, 2006: 153-154; Bozer ve Göle, 2017: 167; Özkan, 2018: 245). Tacir, ticaret unvanına ticari işletmenin özelliklerini gösteren, unvanda yer alan kişilerin kimliklerini gösteren veya hayali isimlerden eklemeler yapabilir (Bilgili ve Demirkapılı, 2019: 116; Bozer ve Göle, 2017: 159; Çeker, 2012: 121; Oğuz, 2019: 2336).

Ekin seçiminde serbestlik sistemi geçerlidir (Bilgili ve Demirkapılı, 2019: 116). Ancak ek kullanımı ister ihtiyari olsun ister zorunlu ekin seçiminde bir takım kısıtlamalar mevcuttur. Bu kapsamda tacirin seçeceği ekler; *“tacirin kimliği, işletmesinin genişliği, önemi ve finansal durumu hakkında, üçüncü*

kişilerde yanlış bir görüşün oluşmasına sebep olacak nitelikte” bulunmaması, gerçeğe ve kamu düzenine aykırı olmaması gerekmektedir (TTK46/1. md; Bozer ve Göle, 2017: 159; Dinç, 2016: 239; İmregün, 1995: 82) . Örneğin gerçekte marka vekili olmayan kişinin ticaret unvanında marka vekili ibaresini kullanması veya küçük bir tamirhanenin fabrika ibaresini kullanması kanuna aykırılık teşkil edecektir. Yargıtay bir kararında tek bir ticari işletmeye sahip olan tacirin unvanına birden fazla ticari işletmesi varmış gibi “müesseseleri” ibaresinin eklenemeyeceğine karar vermiştir⁴. Benzer şekilde tek başına ticari faaliyetler yürüten gerçek kişi tacir, ticaret unvanına bir şirketin var olduğuna dair izlenim yaratacak şekilde eklemeler yapamayacaktır (Bahtiyar, 2017: 114; TTK 48/2; TST 18 md.). Bazı eklerin kullanımı ise izne tabi tutulmuştur. Örneğin; “Türk”, “Türkiye”, “Cumhuriyet” ve “Millî” ibarelerinin ticaret unvanının da kullanımı ancak Bakanlar Kurulu izni ile gerçekleştirilebilir (TTK 46/3 md).

Bahsettiğimiz üzere ek kullanımı kural olarak ihtiyari olsa da kimi hallerde kanun koyucu ek kullanımını zorunlu tutmuştur (Özkan, 2018: 246; Bozer ve Göle, 2017: 159 vd.). Temel olarak 3 halde ek kullanılması zorunludur;

İlk durum ayırıcı eklerdir. Tescil edilmek istenen ticaret unvanı Türkiye’nin herhangi bir sicil dairesinde daha önce tescil edilmiş bulunan diğer bir unvandan ayırt edilebilmesi için gerekli ekleri alması zorunludur (TTK 45. md; Dinç, 2016: 238; Kayar, 2008: 208; Hırş, 1948: 150). Böylece ticaret unvanının diğer ticaret unvanları ile karıştırılmaya yol açması önlenmeye çalışılmıştır.

İkinci durum şube ekleridir. Her şube, *“kendi merkezinin ticaret unvanını, şube olduğunu belirterek kullanmak zorundadır”* (Vakıfbank Sütlice Şubesi gibi). Ancak bu unvana şube ile ilgili ekler yapılması mümkündür (TTK 48/1. md.). Yine merkezi yabancı bir ülkede bulunan ticari işletmenin Türkiye’deki şubesinin ticaret unvanında, merkezin ve şubenin bulunduğu yerin ve şube olduğunun gösterilmesi gerekmektedir.

Üçüncü durum tasfiye halini bildiren eklerdir. Tasfiye haline giren şirket ve kooperatiflerin ticaret unvanına “tasfiye halinde” ibaresinin eklenmesi zorunludur(TTK 269, 533. md). Böylece üçüncü kişiler şirketin tasfiye haline girdiğinden haberdar olacaktır.

B. Ticaret Unvanının Tescili ve Kullanma Zorunluluğu

Tacir, ticari işletmesini açtığı günden itibaren on beş gün içerisinde ticari işletmesi ile birlikte seçtiği ticaret unvanını, ticari işletmesinin bulunduğu yerdeki ticaret sicilinde tescil ve ilan ettirmeye mecburdur (TTK 40.md). Bu durumda ticaret unvanının tescili, ticari işletmenin tescili ile birlikte yapılır.

Belirtmek gerekir ki, ticaret unvanının tescili ve ilanı kurucu nitelikte değildir (Ayhan, 2012: 46; Bozer ve Göle, 2017: 172; Bilge/Karasu/ Altıntaş/Kolçak, 2019: 796; Kayar, 2008: 209). Nitekim ticari unvan kullanma yükümlülüğü tacir sıfatının doğması ile yani tacirin, ticari işletmesini işletmeye başlaması ile doğmaktadır (Ayhan vd, 2016:322; Şener, 2016:527). Bu yönden tescil ve ilan tacir için hukuki bir

⁴ Yargıtay 11. H.D 29.11.1973 T. 4778 E., 4768 K., Karahan, Ticari İşletme Hukuku, s. 152

zorunluluktur TTK 33. maddesi gereği, tacir on beş gün içinde ticaret unvanını tescil ettirmemiş ise sicil müdürü taciri tescile davet eder. Tacir bu sürelerle de uymazsa idari yaptırımlarla karşı karşıya kalacaktır.

Ticaret unvanının usulüne uygun tescil ve ilan edilmesi ile birlikte unvanın kullanma hakkı sadece sahibine ait olacaktır (TTK 50. md). Usulen tescil ve ilan olan ticaret unvanları üzerinde tacirin tekel hakkı oluşacaktır (Ayhan, 2016: 323; Bozer ve Göle, 2017: 175; Kayar, 2008: 212; Kürkçüler, 1960: İmregün, 1995: 89; 64-65; Teoman, 2011: 134; Ülgen vd., 2015: 419-420). Aynı zamanda usulüne uygun olarak tescil edilen ticaret unvanı TTK 52. maddesi hükmü kapsamında özel olarak korunacaktır (Oğuz, 2019: 2337; Poroy ve Yasaman, 2018: 482).

Ticaret unvanının kullanımı tacirler için hem bir hak hem bir yükümlülüktür (TTK 18. md.; Bozer ve Göle, 2017: 173). Zira tacirler ticari işletmesi ile ilgili işlemleri, ticaret unvanı ile yürütmeye, işletmesi ile ilgili senet ve belgeleri bu unvan altında imzalamaya mecburdur (Hırş, 1948: 150). Tacir, ticaret unvanını, ticari işletmenin görülebilecek bir yerine okunaklı bir şekilde yazmakla da sorumludur (TTK 39/2).

Ticaret unvanının kullanımı kamu düzenini ilgilendirmesi ve ticari işlerin sağlıklı yürümesi amacıyla kanun koyucu; tüm mahkemeleri, memurları, ticaret ve sanayi odalarını, noterleri ve Türk Patent ve Marka Kurumunu, görevlerini yaparken bir ticaret unvanının tescil edilmediğini, kanun hükümlerine aykırı olarak tescil edildiğini veya kullanıldığını öğrenmeleri halinde bu durumu yetkili makamlara bildirmekle yükümlü kılmıştır (TTK 51/1. md.).

II. TİCARET UNVANININ BAZI BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A. Medeni Ad ve Ticaret Unvanı

Medeni hukukun, kişiler hukuku kısmında düzenlenen medeni ad bir kişiyi toplum içinde öteki kişilerden ayırmaya yarayan bir işarettir. Medeni ad içinde öz ad ve soy adını barındırır. Ad kişiyi toplum içerisinde bireyselleştirir. Gerçek kişiler öz ad ve soyadı taşımaya mecbur olup kişiye öz adını vermeye ana ve babası yetkilidir (Zevkliler ve Havutçu, 2003:132).

Medeni adın ve ticaret unvanının temel benzerliği her iki işaretilerinde sahibini tanıtmaya ve ayırma amacını taşıması ve sahibine herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir hak sağlamasıdır (Karayağçın, 1968: 369). Aynı zamanda her iki işaretin kullanımı zorunludur (Boyacıoğlu, 2006: 42-43). Ancak belirtmek gerekir ki ticaret unvanı kullanımı sadece tacirler yönünden zorunludur.

İki işaret arasında bazı temel farklılıklar da mevcuttur. Ticaret unvanının devri mümkün olup kullanımına ve oluşturulmasına ilişkin sınırlar kanunda belirlenmiştir (TTK 41 vd., 49. md). Medeni ad ise devredilemediği gibi kullanımı ve oluşturulması yönünde sıkı şekil şartlarına bağlanmamıştır (Kurt,2016: 124).

Her iki işaret yönünden dikkat edilmesi gereken husus, gerçek kişinin öz ad ve soy adını ticaret unvanı olarak kullanmasıdır. Bu durumda öz ad ve soy ad farklı hukuki statüye kavuşacaktır (Hirş, 1948: 145; Özdemir, 2008: 568). Ancak unutulmamalıdır ki gerçek kişi tacir öz ad ve soy adına “ek” yaparak ticaret unvanını oluşturabilir. Bu halde ticaret unvanı medeni addan daha geniş bir kavram olacaktır (Karayalçın:1968:369). Gerçek kişi sadece ticari faaliyetleri ile sınırlı olarak ticaret unvanını kullanacaktır. Medeni adın kullanımı ise oldukça geniştir (Özdemir,2008: 592).

B. İşletme Adı ve Ticaret Unvanı

İşletme adı, işletme sahibinden bağımsız olarak doğrudan işletmeyi tanıtmak ve benzer işletmelerden ayırt etmek için kullanılan adlardır(TTK 53. md.). Tacir, işletme adı ile bir yandan işletmesini tüketiciye tanıtır ve dikkatini çeker diğer yandan kendini benzer işletmelerden ayırmaya çalışır (Şener, 2016:562).

Temel olarak her iki işaret de bir tanıtmaya amacı görür ve sahibine mutlak haklar sağlar. İşletme adının da ticaret unvanı gibi ekonomik bir değeri bulunur ancak bu iki işaret arasında farklılıklar mevcuttur. Şöyle ki; ticaret unvanı taciri tanıtmaya işlevi görürken işletme adı işletmeyi tanıtmaya amacı görmektedir ve kullanılması tacirler için zorunludur. Ancak işletme adı işletmeleri birbirinden ayırt etmeye yarar ve hem esnaflar hem de tacirler tarafından kullanılabilir, kullanımı ihtiyaridir (Arkan,2018: 290; Hirş, 1948: 145)

Ticaret unvanının oluşturulması kanun koyucu tarafından emredici hükümlere bağlanmıştır. Tacir işletme adının oluşturulmasında ise daha serbesttir. Ancak yine de bunun sınırsız bir serbestlik olarak algılanmaması gerekir. Seçilen işletme adının üçüncü kişileri aldatıcı, yanıltıcı veya kamu düzenine ve ahlaka aykırı olmaması gerekmektedir (Şener, 2016:563)

Son olarak, ticaret unvanını düzenleyen TTK 38, 45, 47, 50, 51 ve 52. maddeleri işletme adları hakkında da uygulanır.

C. Marka ve Ticaret Unvanı

Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işarettir (6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu⁵-SMK 4. md.).

Marka hakkı; soyut olup maddi bir varlığı veya eşya niteliği yoktur. Para ile ölçülebilen gayri maddi bir malvarlığıdır. Marka üzerinde somutlaştığı mal ve hizmetten farklı olup, ayrı bir hakkın konusuna girmektedir(Yasaman,2002:159). Marka hakkı, taşınır ve taşınmaz eşya gibi mülkiyet ve zilyetliğe konu olamaz. Bu nedenle markanın maliki veya zilyedinden söz edilemez. Ancak “Marka hakkı sahibinden”

⁵ 10.01.2017 Tarihli 29944 Sayılı R.G

söz edilebilir(Uzunallı,2019:22). Marka hakkı, fikri mülkiyet hakları arasında yer alır ve sınai haklar grubunun bir parçasıdır.

Marka hakkı mutlak bir haktır(Tekinalp,2002:324). Bu nedenle herkese karşı ileri sürülebilir ve hakkın üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet kurulmasını sağlar. Bu sayede marka hakkı sahibi üçüncü kişilere karşı hukuki korumalara sahip olur (Çolak,2018:11).

Marka hakkı, sahibine inhisari yetkiler sağlar. Bu bakımdan marka sahibi, markasını kullanmak suretiyle veya başkasının kullanmasına izin vererek ekonomik yararlar elde edebilir (Eminoğlu,2016: 231). İnhisari yetkinin müspet ve menfi yönü vardır. Müspet yönü hak sahibine marka üzerinde istediği gibi hukuki tasarrufta bulunma hakkı verir. Menfi yönünde ise, marka sahibinin izni olmaksızın üçüncü kişilerce marka hakkına yönelik haksız girişim, tasarruf ve müdahalenin önlemeye yönelik olarak yetkiler sağlar(Çağlar,Yıldız ve İmirlioğlu,2019: s.68).

Marka hakkı sahibi, TÜRK PATENT'e marka tescil başvurusunda bulunduğu tarihten itibaren on yıllık bir korumaya sahip olur. Bu koruma süresi onar yıllık periyotlar halinde sınırsız olarak yenilenebilir (SMK 23. md.).

Marka iki unsurdan oluşmaktadır. Marka olmaya uygun bir işaretin bulunması ve bu işaretin ayırt edici nitelikte olmasıdır. Markadan söz edebilmek için bu iki unsurun bulunması gerekmektedir.

Markanın dört temel fonksiyonu bulunmaktadır. Bunlardan ilki kaynak gösterme fonksiyonudur. Kaynak gösterme fonksiyonu markaların ilk kullanımından beri en önemli fonksiyonlarından biridir. Marka, kullanılan mal veya hizmetin kaynağını, onu piyasaya süren şirketi ve işletmeyi ifade eder. Bir ürün veya hizmet ile belirli bir işletme arasındaki bağlantıyı gösterir.

Bir diğer fonksiyonu ise ayırt etme fonksiyonudur. Ayırt etme fonksiyonu bir işletmenin ürettiği mal veya sunduğu hizmeti diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırmaya yarar ve tüketicinin arz edilen mal ve hizmetleri ayırmasına yardımcı olur (Tekinalp, 2002: 322).

Üçüncü fonksiyonu olarak sayılabilecek reklam fonksiyonu, marka sahibine, ürünlerini tanıtmaya, ürünleri hakkında tüketiciyi bilgilendirme ve tüketici ile arasında bağ kurmasına yardımcı olur. Geniş tüketici kitlelerine ulaşma imkânı sağlar. Bu sayede marka sahibi, faaliyet gösterdiği pazarı etkileme gücüne haiz olur (Tekinalp, 2002: 322).

Son olarak garanti fonksiyonu, tüketici satın aldığı mal veya hizmeti tekrar almayı düşündüğü takdirde beğenme veya tercih etme sebeplerinin korunacağı hatta daha iyisi olabileceği düşüncesiyle aynı markayı tercih etmesini ifade eder. Tüketici nezdinde, hizmetin veya malın kalitesinin her zaman belli bir standartta olacağını bilmesi güven ve tercih sebebi olacaktır (Güneş, 2009: 124).

Marka ve ticaret unvanı mutlak haklardan olup her iki işaret de temel olarak tanıtmaya ve ayırma vasıtası görmektedir. Tacirlerin, ticaret unvanını veya unvanın ek kısmını aynı zamanda marka olarak kullanması uygulama karşılaşılan bir durumdur. Hatta kimi hallerde üçüncü kişilerce haksız yararlanma

kastı ile markanın ticaret unvanı olarak kullanılması veya ticaret unvanının marka olarak kullanılması ile karşılaştırılabilir.(Aydoğan, 2013: 28)

Ticaret unvanı; ayırt etme fonksiyonu, garanti fonksiyonu ve reklam fonksiyonlarını yerine getirmesi bakımından markanın fonksiyonları ile benzerlik göstermektedir (Ayhan vd.,2016: 307). Ancak bu benzerliklere rağmen ticaret unvanının ve markanın birbiri yerine geçebileceği veya tam anlamıyla birbirlerinin fonksiyonlarını yerine getireceğini ifade etmek mümkün değildir. İki işaret arasında temel farklılıklar bulunmaktadır.

Marka, markanın sahibi ve markanın kullanıldığı ürün veya hizmet arasında bir ilişki olup marka sahibinin ürün ve hizmetlerini diğer ürün ve hizmetlerden ayırmaya yarar. Ticaret unvanı ise tacir ve ticaret unvanı arasındaki bağlantıyı gösterir ve taciri diğer tacirlerden ayırmaya yarar⁶.

Ticaret unvanını sadece tacirler kullanabilir. Markayı ise herkes kullanabilir. Ticaret unvanının tacirler yönünden kullanma zorunluluğu vardır ancak marka kullanımı ihtiyaridir.

Ticaret unvanının nasıl oluşturulacağı kanun koyucu tarafından emredici kurallara bağlanmıştır. Ticaret unvanının geçerliliği için belli şekil şartlarını taşıması gerekmektedir. Ancak marka olabilecek işaretler oldukça geniştir. Bu anlamda işaretin ayırt edici olması ve sicilde gösterilebilir olması yeterlidir (SMK 4.md.).

Ticaret unvanından farklı olarak marka işletmeden ayrı olarak devri mümkündür (SMK 148. md.).

Son olarak, Türk Hukuku'nda marka hakkı 6769 sayılı SMK'da oldukça kapsamlı ve detaylı düzenlenmiştir. SMK bilhassa tescilli markanın korunması bakımından etkin hükümler içermektedir. Markaya ilişkin uyuşmazlıklar, ihtisas mahkemelerinde görülmektedir (bkz. SMK 156. md.). Ticaret unvanına ilişkin düzenlemeler ise temel olarak TTK'da yapılmıştır. Dolayısıyla kural olarak ticaret unvanının korunması ve uyuşmazlıkların giderilmesi TTK 4. ve 5. hükümleri çerçevesinde asliye ticaret mahkemelerinde görülecektir⁷.

III. TİCARET UNVANININ KORUNMASI

Ticaret unvanının korunmasına ilişkin temel düzenleme TTK'da yer almaktadır. Mülga 6762 sayılı Ticaret Kanunu'nda⁸ unvan sahibine sağlanan koruma, sınai ve fikri haklara sağlanan korumalar ile karşılaştırıldığında oldukça yetersiz kalmaktaydı. Bu durum dikkate alınarak yeni TTK'da unvan sahibine tanınan haklar oldukça genişletilmiştir (Arkan, 2018:288; Ayhan, 2012: 46, Ülgen vd., 2015: 423).

⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 21.02.2019 T., 2017/119 E., 2019/187 K. (www.legalbank.net) e.19.05.2021.

⁷ Yargıtay 11. H.D 10.10.2018 T. 2016/14721 E., 2018/6179 K. (www.legalbank.net) e.17.05.2021.

⁸ 09.07.1956 Tarihli, 9353. Sayılı R.G.

Unvanın korunmasına ilişkin temel düzenleme TTK'da yer alsa da kimi durumlarda ticaret unvanının korunması farklı hukuki sebeplere dayalı olabilir. Bu hukuki sebepler; TMK'nın⁹ ismin korunmasına ilişkin hükmü (TMK 26. md.), TTK'nin haksız rekabete ilişkin hükümleri (TTK 54-63. md.), SMK ve FSEK'ten¹⁰ kaynaklanabilir.

A. Ticaret Unvanının TTK Hükümleri Çerçevesinde Korunması

1. TTK 50-52. Maddelerine Göre Ticaret Unvanının Korunması

Usulüne uygun şekilde tescil ve ilan edilmiş olan ticaret unvanını kullanma hakkı sadece sahibine aittir (TTK 50. md.). Bu hükümden anlaşılacağı üzere unvan sahibi, ticaret unvanını usulüne uygun tescil ve ilan ettirmesi halinde ülke çapında unvanını kullanma tekelini sahip olacaktır. Tacire tanınan kullanma hakkı mutlaklıdır. Zarar veya zarar görme tehlikesi hakkın korunması bakımından aranmayacaktır (Poroy ve Yasaman, 2018: 482). Tekel hakkı, tacir sıfatının herhangi bir şekilde sona emesi ile sona erer (Karahana, 2012:162). Tacir sıfatının sona ermesi ile birlikte, ticaret sicilinde unvana ilişkin kayıtlar silinir. Ancak kaydın silinmemiş olması tekel hakkının devam ettiği anlamına gelmemektedir. Kaydın silinmesi gerektiği an itibarıyla tekel hakkı sona erecektir (Karahana, 1996: 116 vd.; Karayalçın, 1968: 393; Özbey, 2014).

TUHT'nin 4/8. maddesinde, "ticaret sicilinden silinen bir ticaret unvanı, unvanın silinmesine ilişkin ilanın Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlandığı tarihten itibaren beş yıl geçmedikçe başka bir tacir adına yeniden tescil edilemez" hükmü yer almaktadır. Öğretide bu düzenlenmenin tacirin, ticaret unvanı hakkında tekel hakkının ve koruma süresini beş yıl süreyle genişlettiğini bu düzenlemenin kanunun ilke ve esaslarına aykırı olduğunu dolayısıyla normal hiyerarşisine de aykırılık teşkil ettiğini savunmuştur (Şener, 2016: 543). Kanaatimizce de bu düzenleme normlar hiyerarşisine aykırıdır. Ancak kanun koyucu bu düzenleme ile tacirin haklarını korumak ve genişletmekten ziyade kamu düzenini ve üçüncü kişilerin yanılmasını önleme amacını taşıdığı düşüncesindeyiz. Nitekim tacirin, ticareti terkenden sonra aynı ticaret unvanının diğer tacirler tarafından kullanılmak istenmesi halinde üçüncü kişiler tacirin kimliği konusunda yanılabilir. Bu durum ticaret unvanının ayırt etme fonksiyonu zedeleyecektir. Bu nedenle ilgili hüküm gerekli olsa da kanun eliyle düzenlenmesi gerekmektedir.

Tacirin, ticaret unvanı üzerinde tekel hakkı devam ettiği sürece, üçüncü kişiler Türkiye'nin herhangi bir yerinde, bu unvandan ayırt edilmesi için gerekli olan ekleri yapmadan ticaret unvanını tescil edemeyecektir (TTK 45. md.; TUYT 5/1. md.). Bu halde ilk tescil yaptırmanın öncelik hakkı olacaktır ve tescili önleyebilecektir (Teoman, 2011: 462). Üçüncü kişinin ticaret unvanını tescil edebilmesi için önceki tarihli bir ticaret unvanı ile karıştırılmaya (iltibas) yol açmaması gerekmektedir (Çağlar ve Özdamar, 2006: 121; Bozer ve Göle, 2017: 176; Teoman, 2011: 556-795-1104).

⁹ 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, : 8.12.2001 Tarihli ve 24607 Sayılı R.G

¹⁰ 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, 13.12.1951 Tarihli ve 7981 Sayılı R.G

Yargıtay bir kararında¹¹, ayırt edici unsurları “gama” ve “gamma” olan ticaret unvanları arasında iltibasın oluşacağına karar vermiştir:

“Yine TTK'nın 45. maddesi uyarınca, bir ticaret unvanına Türkiye'nin herhangi bir sicil dairesinde daha önce tescil edilmiş bulunan diğer bir unvandan ayırt edilmesi için gerekli olduğu takdirde, ek yapılı. Her ne kadar, Bölge Adliye Mahkemesince taraf şirketlerin iştiğal alanlarının farklı olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de, her iki şirketin ticaret unvanında ayırt edici unsur "Gama" ve "Gamma" ibareleridir. Ticaret unvanında yer alan "Gamma" ibaresinin, davacının "Gama" ibaresi ile iltibas yaratacak derecede benzer olduğu dikkate alındığında, davalı şirketin ticaret unvanına bu ayırt edici unsurun yanına ek unsur olarak aldığı kabul edilen diğer ibarelerin esasen ticaret unvanının ayırt edici eki niteliğinde olmayıp, faaliyet konusuyla ilgili ek niteliğinde bulunduğundan yazılı gerekçeyle davanın reddi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.”

Bu noktada iltibas kavramını kısaca incelemekte fayda vardır. İltibas kavramı kanunda açıkça zikredilmemiş olmakla birlikte yargı kararlarında ve doktrinde yer almıştır (Ayhan ve Özdamar, 2006: 124 vd.; Poroy ve Yasaman, 2018: 484 vd.; Şener, 2016: 548 vd.; Teoman, 2011: 94-462).

Bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir marka davasında, iltibasa ilişkin açıklamaları ticaret unvanı içinde uygulanabilir¹²:

“...Karıştırılma ihtimali, hem bir tescil engeli, hem de bir tecavüz eylemidir. Karıştırılma ihtimali kavramı tecavüz yönünden ele alındığında, özelliklerini şöyle sıralayabiliriz: Karıştırılma ihtimalinin varlığı için, müteceviz tarafından kullanılan işaretin tescil edilmiş markanın aynısı veya onun benzeri olması ve tescil edilmiş markanın, tescil edildiği mal ve hizmetlerle aynı veya benzer mal ve hizmetlerde kullanılması şarttır. Bu ikisi bir arada bulunmalıdır. Bunun yanı sıra, karıştırma halk yönünden olmalıdır...”

Özetle belirtmek gerekirse, ticaret unvanlarının barındırdığı işaretler (kelimeler) birbirleri ile karıştırılarak ayırt etme işlevlerini doğru şekilde gerçekleştirmemesi halinde iltibas oluşacaktır (Bilge, 2015: 9; Teoman, 2011: 135).

İltibasın gerçekleşmesi için ticari işletmelerin aynı veya benzer faaliyetleri yürütmesi ya da aynı müşteri çevresine hitap etmesi gerekmektedir (Poroy ve Yasaman 2018: 484). Yargıtay'ın da içtihatları bu doğrultudadır¹³:

“...Birinin vakıf üniversitesi, diğerinin şirket olması bu ticari olguyu değiştirmeyecektir. TTK'nın 57/1-5 anlamında davacının, üzerinde öncelik hakkı bulunan "A..." ibaresinin davalı yanca ticari unvan

¹¹ Yargıtay 11. H.D, 12.020.2020 T. 2019/1319 E., 2020/1319 K.12.02.2020 (www.legalbank.net) E.17.05.2021

¹² Yargıtay HGK.,2013/1521 E. , 2015/852 K. (www.legalbank.net) E.17.05.2021

¹³ Yargıtay HGK., 12.12.2007 T. 2007/11-965 E., 2007/961 K. (www.legalbank.net) E.17.05.2021

olarak tescili; aynı ibarenin aynı hizmetler için her iki tarafça da kullanılması nedeniyle, iltibas gerçekleşmiştir... ”.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, her iki ticari işletmenin sadece fiili olarak yürüttüğü faaliyetler değil şirket ana sözleşmesinde hükümlerinde göz önüne alınması gerekmektedir¹⁴ (Poroy ve Yasaman, 2018: 484).

TTK'nın 52. maddesi, tacirin tescilli ticaret unvanının, üçüncü kişiler tarafından “ticari dürüstlüğe aykırı biçimde” kullanması halinde, tacirin ileri sürülebileceği talepleri düzenlenmiştir.

6102 sayılı TTK 52. maddesinde, mülga 6762 sayılı TTK 54 maddesinde yer alan “kanuna aykırı olarak bir başkası tarafından kullanılan” ibaresi yerine “ticari dürüstlüğe aykırı biçimde bir başkası tarafından kullanılan” ibaresi kullanılmıştır. Bu kapsamda “ticari dürüstlüğe aykırı kullanım”, “kanuna aykırı kullanıma” göre daha geniş bir kavramdır (Nomer Ertan, 2012: 84; Şener, 2016: 549). Dolayısıyla ticari teamüllere aykırı ve dürüst bir biçimde olmayan kullanımlar TTK 52. maddesi kapsamında değerlendirilir.

Ticari dürüstlüğe aykırılık halleri genellikle iltibas yoluyla oluşmaktadır. Ticaret unvanları arasından iltibasın varlığı halinde tacir, TTK 52. maddesine göre ticaret unvanını kullanan üçüncü kişinin davranışını engelleyebilir ve ortaya çıkan zararını giderebilir. Yargıtay bir kararında¹⁵, tescilli ticaret unvanı kullanımının tecavüz ve haksız rekabet oluşturmayacağını kabul etmişse de sonraki tarihli ticaret unvanının, iltibasa sebebiyet vermesi halinde sicilden terkin edilebileceğine karar vermiştir:

“Somut olayda saatçilik alanında faaliyet gösteren davacının unvanı, 'Konyalı Saat Ticaret A.Ş.dir. Anılan unvan, 28.5.1993 tarihinde ticaret siciline tescil edilmiştir. Davalı şirket de aynı alanda faaliyette bulunmakta olup, 'Konyalı Optik Saat ve Sarraflık Sanayi Ticaret Ltd. Şti.' ibareli unvanını 19.6.1997 tarihinde tescil ettirmiş bulunmaktadır. Davacı ile davalının faaliyet alanları aynı olup, davacının kuruluş ve tescil önceliği nedeniyle ülke genelinde bir hak elde ettiği, her iki tarafın unvanların çekirdek unsurunun 'KONYALI' ibaresi olduğu, karışıklığa neden olması ve unvana tecavüz teşkil etmesi olarak kullanılmaktadır. Dolayısıyla tescilli ticaret unvanının sicilden terkin edilmeleri anına kadar kullanmalarında her hangi bir usulsüzlük olmadığından bu dönem içinde unvana tecavüzden ve haksız rekabetten bahsedilemez. Fakat, mahkemece, talep edilmesine rağmen, 'Konyalı' ibaresinin davalının ticaret unvanından terkinine karar verilmemiştir. Ancak, anılan karar bu yönüyle davacı vekili tarafından temyiz edilmemiştir. O halde, davalının usulüne uygun olarak tescilli unvanını kullanması, sicilden terkin edilmediği müddetçe haksız rekabet teşkil etmeyeceğinden yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.”

¹⁴ Yargıtay 11. H.D 24.1.2006 T. 2005/562 E. 2006/477 K. (www.legalbank.net) E.17.05.2021

¹⁵ Yargıtay 11. HD., T. 6.7.2004 E. 2003/13467 K. 2004/7561 (www.legalbank.net) E.17.05.2021

TTK 52. madde kapsamında tescilli ticaret unvanı ticari dürüstlüğe aykırı olarak kullanılan kişinin açabileceği davalar şunlardır:

- Unvanının, başkası tarafından ticari dürüstlüğe aykırı şekilde kullanıldığının tespiti
- Unvanının, başkası tarafından ticari dürüstlüğe aykırı şekilde kullanılmasının yasaklanmasını,
- Haksız tescil edilen unvanın kanuna uygun şekilde değiştirilmesini ya da silinmesini,
- Tecavüzün sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını (tecavüze vücut veren araçların ve ilgili malların imhası da talep edilebilir),
- Maddi ve manevi tazminat(maddi tazminatla ilgili olarak, tecavüz sonucunda tecavüzü gerçekleştiren kişinin, elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da hükmedebilir.)
- Yukarıdaki hakların kullanımı sonucu, mahkemede davayı kazanan tarafın isteği üzerine hükmün ilanı.

Tacir, kural olarak ticaret unvanı üzerindeki hakkı ihlal edildiği süre zarfında, TTK 52. maddesi dâhilinde hukuki imkânlarını kullanabilir. Ancak öğretide (Poroy ve Yasaman, 2018:486; Şener, 2016: 557) ve Yargıtay içtihatlarında¹⁶ unvana tecavüze dayalı taleplerin, unvanı tecavüze uğrayan kişi tarafından uzun bir süre boyunca ileri sürülmemesi halinde hakkın kötüye kullanımının gerçekleşebileceği ve bu nedenle sessiz kalma yoluyla hak kaybı yaşanabileceği benimsenmiştir (TMK 2. md.).

Sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşebilmesi için öncelikle tecavüz edenin korunmaya değer bir yararı olmalı ve iyi niyetli olmalıdır. Bunun yanında tecavüze maruz kalan da duruma uzun süre sessiz kalmalıdır. Sessiz kalma yoluyla hak kaybı hâkim tarafından resen dikkate alınır¹⁷.

Sessiz kalmanın ne kadar bir süre devam etmesi gerektiğine ilişkin bir kural yoktur. Yargı kararlarında somut olayın özelliklerine göre karar verilmektedir. Örneğin, Yargıtay bir kararında¹⁸, üç buçuk yıllık süreyi sessiz kalma yönünden yeterli bulmuştur:

“davacı İbrahim ile davalı şirketin kurucu ortaklarından’nun evvelinde birlikte çalıştıkları, daha sonra....’nun davacı ile olan birliktelikten ayrılarak davacı işletmeyle aynı adreste faaliyet göstermek üzere 04.07.2007 tarihinde davalı şirketi kurduğu, davanın ise 24.02.2011 tarihinde açıldığı anlaşılmaktadır. Davacı ile aynı adreste (... Organize Sanayi Bölgesi sok.) 3,5 yıldan fazla bir süre faaliyette bulunan davalı şirketin ticaret unvanında yer alan ... ibaresinin kullanıldığı davacı tarafından bilindiği halde bu kullanıma karşı anılan süre içinde her hangi bir ihtar, açılmış bir dava veya muaraza çıkarılmamış olması karşısında davacı tarafından anılan ibarenin kullanılmasının benimsediğinin kabulü gerekir. Bu kadar yakın ilişki içinde bulunulduğu halde 3,5 yıllık bir süre içinde

¹⁶ bkz. Yargıtay HGK., 09.12.2020 T., 2020/532 E., 2020/1011 K. (www.legalbank.net) E.17.05.2021

¹⁷ Yargıtay HGK 26.02.2020 T., 2017/27 E. 2020/255 K. (www.legalbank.net) E.17.05.2021

¹⁸ Yargıtay 11. H.D 10.02.2015 T. 2014/4099 E. 2015/1628 K. (www.legalbank.net) E.17.05.2021

... ibaresine ilişkin her hangi bir itirazda bulunulmaması sessiz kalmak suretiyle hak kaybına uğramak için yeterli bir süredir”.

Kanaatimizce, sessiz kalma yoluyla hak kaybı TTK’da açıkça düzenlenmeli ve sınırları belirlenmelidir. Örneğin, marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin SMK’nın 25/6 maddesinde açıkça düzenleme yapılmıştır. Buna göre, “Marka sahibi, sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalmışsa, sonraki tarihli marka tescili kötü niyetli olmadıkça, markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez”. Benzer bir düzenlemenin TTK’da ticaret unvanı yönünden de yapılmasında fayda vardır. Böylece hak sahiplerine ticaret unvanlarını daha etkili bir biçimde koruma imkânı sağlanacaktır.

2. Ticaret Unvanının Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması (TTK 54. md.)

Haksız rekabet, dürüst rekabeti tehlikeye sokan veya rekabetten beklenen olumlu sonuçların elde edilmesini önleyen davranışlar bütünü olarak tanımlanabilir. Dürüst rekabetin temel amacı, tarafların başarıya haksız bir nedenle veya karşı tarafa hukuk dışı davranma yoluyla değil dürüst bir şekilde ulaşmasının sağlanmasıdır (Arkan, 2018: 343).

Ticari nitelikte uygulamın, aldatıcı veya dürüstlük kuralına aykırı olarak rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkilemesi halinde haksız rekabet hükümleri hakkı zayı olan kişinin başvurabileceği genel bir yoldur (Domaniç, 1988: 197-198)

Tacir, TTK 55/4 maddesine, “başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak” dayanarak tacir ticaret unvanının korunmasını talep edebilecektir (Teoman,2011: 796).

Usulüne uygun olarak tescil edilmiş ticaret unvanı sahibi, ticaret unvanına ilişkin haksız girişimlerin varlığı halinde ister TTK 52. md. hükümleri çerçevesinde ister TTK’nın haksız rekabet hükümleri çerçevesinde hukuki başvuru imkânlarını kullanabilir (Domaniç, 1988: 195)

Bahsettiğimiz üzere ticaret unvanının tescili kurucu nitelikte değildir. Bu nedenle tacir ticaret unvanını tescil etmeden kullanıyor olabilir. Ticaret unvanı tescil edilmemiş olsa dahi tacirin unvan üzerinde hakları vardır. Bu nedenle ticaret unvanını haksız rekabet hükümleri çerçevesinde koruyabilir (Bozer ve Göle, 2017: 177; Karayalçın, 1968: 394; Oğuz, 2019: 2338; Teoman, 2011: 460 vd.). Ancak TTK 52. maddesinde ticaret unvanları hakkında özel olarak düzenlenen korumadan yararlanamayacaktır.

Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek ticaret unvanı sahibi:

- filin haksız olup olmadığının tespitini,
- haksız rekabetin men’ini,
- haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını,
- haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini,

- tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını,
- kusur varsa zarar ve ziyanın tazminini,
- TBK'nın 58. maddesinde öngörülen şartların varlığında manevi tazminat verilmesini talep edebilecektir. (TTK 56. md.)

B. Ticaret Unvanının Sınai Mülkiyet Kanununun Marka Hükümleri Çerçevesinde Korunması

Her ne kadar marka ve ticaret unvanları birbirlerinden farklı kavramlar ve işaretler olsa da aralarındaki fonksiyonel benzerlik nedeniyle ticari faaliyetlerde birbirlerinin yerine geçecek şekilde kullanılabilir (Bozgeyik, 2019: 99). Bu durumlarda da iki işaret arasında hukuki ihtilaflar yaşanabilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, marka ve ticaret unvanının birbirlerine karşı bir üstünlük veya öncelik hakkı bulunmamaktadır (BİLGE, 2015: 7; Korkut, 2008: 396; Teoman, 2011: 796).

Ticaret unvanı olarak kullanılan bir işaret, üçüncü kişiler tarafından marka olarak tescil edilmek veya kullanılmak istenebilir. Benzer şekilde marka olarak kullanılan bir işaret, ticaret unvanı olarak tescil edilmek istenebilir. Bu haller iyi niyetli veya kötü niyetli olarak gerçekleşebilir.

SMK'nın markaya ilişkin hükümlerinin temel amacı marka hakkının korunmasını sağlamaktadır (SMK 1/1. md.). Ancak belirttiğimiz ihtimaller nedeniyle kanun koyucu marka hukukuna ilişkin esasları düzenlerken ticaret sırasında kullanılan işaret, fikri ve sınai hak sahiplerinin haklarının korunması için SMK'da bir takım düzenlemeler yapmıştır.

1. SMK 6/3. Maddesi Kapsamında Koruma

SMK'nın 6. maddesi, marka tescilinde nispi ret nedenlerini düzenlemektedir. Nispi ret nedenleri, herhangi bir işaret üzerinde, üçüncü bir kişinin herhangi bir sebebe dayalı hakkı bulunması nedeniyle bir markanın tescilinin mümkün olmadığı halleri içerir (Tekinalp, 2002: 356). Kısacası nispi ret nedenleri işaret üzerinde üçüncü bir kişinin hakkının olmasından doğmaktadır. Nispi ret nedenleri TÜRKPATENT Kurumu tarafından resen incelenmemektedir. Bu nedenle ilgili kişinin tescil başvurusuna itirazı gerekmektedir.

SMK'nın 6/3. maddesine göre, “başvuru tarihinden veya varsa rüçhan tarihinden önce tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret için hak elde edilmişse, bu işaret sahibinin itirazı üzerine, marka başvurusu reddedilir.”

Hükümde, yer alan “işaret” kavramı geniş yorumlanmalıdır. İşaret kavramına sadece markalar değil ticarete kullanılan diğer tüm tanıtmaya işaretleri girmektedir (Arkan, 2002: 103). Dolayısıyla bu hüküm ticaret unvanlarını da kapsamaktadır (Arslan, 2008: 35; Aydoğan: 2013: 34). Ayrıca bu işaretlerin tescil edilmemiş ve haksız rekabet hükümlerine göre korunan işaretler olması gerekmektedir. Bu nedenle tescilsiz ticaret unvanları bu maddeden yararlanabileceklerdir (Arkan, 1997: 109).

Hükümde yer alan “hak elde etme” teriminden tam olarak ne anlaşılması gerektiği açık değilse de genel kanı ticaret unvanının ilgili; bölge, piyasa veya kullanıcı grubunda bilinir hale gelmesidir (Bilge, 2015: 18; Korkut, 2008: 393-394). Bu anlamda genel ve yüksek bir tanınmışlığa gerek yoktur. İşaretin ilgili çevrede bilinmesi dolayısıyla ayırt edicilik kazanması (maruf hale gelmesi) yeterlidir. Mülga 551 sayılı Markalar Kanununda¹⁹ bir markayı ilk defa tescil ettiren kişiyi markanın gerçek sahibi olarak kabul etmiştir (551 sayılı MarK. 15. md.). Ancak üçüncü bir kişi, aynı emtia için aynı markayı daha önce fiilen ihdas ve istimal ettiği ve piyasada mâruf hale getirdiği iddiasını marka sahibine karşı dava yoluyla ileri sürme hakkına sahipti (bkz. Teoman, 2011: 887). Bu noktada 551 sayılı Mülga kanunundan da yola çıkarak işaret üzerinde hak elde edilebilmesi için işaretin ticaret sahasında salt kullanımının yeterli olmayacağı işaretin kullanım sonucu maruf hale getirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

İşaretin tescil engeli olabilmesi için aranan diğer bir şart işaretin, “ticaret sırasında” kullanılmasıdır. Doktrinde kimi yazarlar, ticaret sırasında kullanım ifadesinin markasal kullanımı kast ettiğini SMK 6/3 maddesi kapsamında işaretin tescil engeli olarak kabul edilebilmesi için marka hukukuna özgün kullanımın gerektiğini savunmaktadır (Bilge, 2015: 18; Tekinalp, 2002: 360). Yargıtay’ın bazı kararlarında da, ticaret sırasında kullanma ile kastedilenin markasal kullanım olduğu yönündedir²⁰. Diğer görüşe göre ise, işaretin ticaret unvanı olarak kullanılması yeterli olup ayrıca markasal kullanımın gerekmediği yönündedir (Arkan, 2002, 104). Kanaatimizce işaretin markasal kullanımının gerektiğinin kabulü kanunun, önceki tarihli işarete verdiği öncelik hakkına ters düşecektir. Zaten işaretin tescil engeli olabilmesi için önceki tarihli işaretin ilgili çevrede bilinir olması dolayısıyla ayırt edicilik kazanması aranmaktadır. Kanun koyucu iki işaret arasında oluşabilecek iltibas ve haksız rekabeti önleme amacını taşıdığı düşüncesindeyiz. Bu nedenle işaret ilgili çevrede bilinirlik ve ayırt edicilik kazanmış ise kanaatimizce ayrıca markasal kullanım aranmasına gerek yoktur.

Ticaret unvanı sahibi eskiye dayalı kullanım hakkını hangi mal veya hizmet sınıflarda (tacirin faaliyet gösterdiği alan) elde etmişse sadece aynı veya benzer mal ve hizmet sınıfları yönünden tescile engel olabilecektir. Bu nedenle marka tescil başvurusu birden çok sınıfta yapılmış ise ancak ilgili sınıflar yönünden ticaret unvanı, marka tescil engeli olacaktır (Çolak,2018: 334; Korkut, 2008: 395).

Yargıtay 11. H.D 26.10.2002 T. 2000/7064 E. 2000/8215 K. sayılı bir kararına konu olayda, MNG Holding A.Ş’nin, “MNG” işaretinin kendi unvanlarının bir parçası olduğunun belirterek, hazır giyim markası olan MNG’nin marka tescil başvurusuna itiraz etmiş bu itiraz TPE tarafından kabul edilmiştir. Ancak Yargıtay MNG Holding’in inşaat sektöründe faaliyet gösterdiği, MNG’nin ise giyim sektöründe faaliyet göstermesi sebebiyle TPE’nin kararını iptal etmiştir (Tekinalp, 2002:359).

¹⁹ 12.03.1965 Tarih ve 11951 Sayılı R.G

²⁰ Yargıtay 11. H.D 12.06.2006 T. 2005/6657 E., 2006/6747 K.

2. SMK 6/6. Maddesine Göre Koruma

SMK 6/6. maddesi izah edildiği üzere marka tescilinde nispi ret nedenlerini düzenleyen hükmüdür. Buna göre, “tescil başvurusu yapılan markanın başkasına ait kişi ismini, ticaret unvanını, fotoğrafını, telif hakkını veya herhangi bir fikri mülkiyet hakkını içermesi hâlinde hak sahibinin itirazı üzerine başvuru reddedilir.”

556 sayılı Markanın Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin²¹ 8/5. maddesinde, “Tescil için başvurusu yapılmış markanın, başkasına ait kişi ismi, fotoğrafı, telif hakkı veya herhangi bir sınai mülkiyet hakkını kapsamaması halinde, hak sahibinin itirazı üzerine tescil başvurusu reddedilir” düzenlemesi mevcuttu. Hükümde yer alan “sınai mülkiyet hakkı” kavramı ticaret unvanlarını da kapsıyordu. Ancak 6769 sayılı SMK'da açıkça “ticaret unvanı” kavramına yer vermiştir.

SMK'nın 6/6. maddesi usulüne uygun tescil edilmiş ticaret unvanları yönünden marka tesciline itiraz hakkı sağlamaktadır. Tescilsiz işaretler bu hükümden yararlanamamaktadır. İtiraz hakkının ilk şartı ticaret unvanı ve tescil edilmek istenen markanın ayırt edici yani esas unsurları birbirleri aynı veya benzer olmalıdır (Çolak,2018: 409).

Her ne kadar hüküm metninde yer almasa da tescilli ticaret unvanının, marka başvurusuna tescil engeli olabilmesi için marka tescil başvurusunun yapıldığı mal veya hizmet sınıfının ticaret unvanının faaliyet gösterdiği sektörle aynı veya benzer olması gerekmektedir (Bilge, 2015: 19; Çolak, 2018: 409). Aksi bir düşünce SMK'nın genel mantığına aykırıdır. Nitekim kanun koyucunun iradesi işaretler arasında karıştırmanın önüne geçmektedir. Aynı işaretli markaların farklı sınıflarda tescil olabileceği de düşünüldüğünde farklı sınıflarda/sektörlerde yer alan unvanın, marka başvurularında tescil engeli olamayacağı kanaatindeyiz.

SMK 6/6. maddesi tescilli ticaret unvanları yönünden itiraz hakkı sağladığına göre ticari şirketler faaliyet gösterdiği sektör, şirket ana sözleşmesinden tespit edilebilmektedir. Ancak ticari işletmeler şirket ana sözleşmesinde faaliyet alanlarını çok geniş tutmaktadırlar. Şirket faaliyet konusunun ana sözleşmede yer almasına rağmen şirketin ilgili faaliyeti yürütmemesi ve faaliyeti ileride yapacağını dair bir hazırlığın olmaması halinde marka tesciline engel olmak istemesi başta TMK'nın dürüstlük ilkesine aykırı olacaktır²² (Bilge, 2015: 20). Öte yandan Mülga 6762 sayılı TTK'da yer alan 137. madde²³ 6102 sayılı TTK'da yer verilmemiştir. Bu nedenle ticari şirketler şirket ana sözleşmesinde yer almayan konularda da faaliyet gösterebilecektir (Alışkan, 2012: 215) Ticaret unvanının tescilli olmasına rağmen yürüttüğü faaliyetin şirket ana sözleşmesinde yer almaması halinde kanaatimizce tacir yine itiraz edebilecektir. Ancak bu durumda SMK 6/3. madde kapsamında itirazın gerçekleştirilmesi

²¹ 27/6/1995 Tarih ve 22326 nolu R.G

²² Yargıtay 11. HD., T. 30.05.1988, 1988/626 E., 1988/3513 K. (www.legalbank.net) E. 18.05.2021

²³“Ticaret şirketleri hükmi şahsiyeti haiz olup şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler. Bu husustaki kanuni istisnalar mahfuzdur.”

gerekmektedir. Gerçek kişi tacirler bakımından ticari faaliyet konusunu ticaret unvanında gösterme zorunluluğu bulunmamaktadır. Kaldı ki gerçek kişi tacir faaliyet konusunu değiştirilmesi bakımından da bir kısıtlamaya tabi değildir. Kanımızca bu noktada çıkabilecek ihtilafların baştan önlenmeye çalışılması en doğru yol olacaktır. Bu kapsamda ticaret unvanı sahiplerine SMK 6/3 ve 6/6. maddeleri uyarınca tanınan marka tescillerine itiraz hakkı, marka sahiplerine de tanınmalıdır. Marka sahibinin, tescil başvurusu yapılan ticaret unvanı başvurularını denetleyebileceği ve itiraz edebileceği etkili bir sistem oluşturulmalıdır. Aksi halde marka hakkı sahibi ancak unvanın tescilden sonra unvanın varlığından haberdar olabilecektir. Bu kapsamda sicil müdürlüklerinin sistemleri ile TÜRKPATENT sicillerinin entegre edilmesi yararlı olacaktır.

Ticaret unvanının marka tesciline engel olabilmesi bakımından markasal olarak kullanılmasının gerekip gerekmediği öğretide tartışmalıdır. İlk görüş, unvanın tescile engel olabilmesi için markasal olarak kullanılmasının gerekli olduğu unvansal kullanım ile marka tescilinin engellenemeyeceği yönündedir (Bilge, 2015: 19; Güneş, 2015: 137). Diğer görüşe göre ise de SMK 6/6. maddesinde belirtilen şartların olması yeterli olup ayrıca markasal bir kullanımın aranmaması gerektiği yönündedir (Karasu, Suluk ve Nal, 2019: 201). Yargıtay 11. H.D bir kararında, “556 sayılı KHK.’nin 8/5. maddesindeki koşulların varlığı halinde, aynı veya benzer sınıflarda markasal bir kullanım olup olmadığına bakılmaksızın, fikri veya sınai hak sahiplerinin kendilerinden izinsiz olarak başkaları tarafından yapılan marka başvurusuna itiraz etme ya da dava açma” haklarının mevcut olduğuna karar vermiştir²⁴. Kanaatimizce de SMK 6/6 maddesi kapsamında tescilli ticaret unvanı sahibinin marka başvurusuna itiraz edebilmesi için markasal kullanımının bulunmasına gerek yoktur. Hükümden de böyle bir anlamda çıkmamaktadır. Ayrıca nasıl ki hüküm de yer alan başkasına ait isim, telif hakkı ve fotoğraf sahiplerinin itirazında markasal kullanım aranmıyor veya aranmıyorsa ticaret unvanına dayalı itirazlarda da markasal kullanım aranmaması gerektiği kanaatindeyiz.

3. SMK 25. Maddesine Göre Ticaret Unvanının Korunması

SMK 25. maddesi markanın hükümsüzlük hallerini düzenlemektedir. Markanın tescilinden itibaren var olan bazı hallerin varlığı halinde markanın hükümsüzlüğü söz konusu olabilecektir. Hükümsüzlük hallerini SMK 5. maddesinde düzenlenen mutlak ret nedenleri ile SMK 6. maddesinde düzenlenen nispi ret nedenleri oluşturur.

Ticaret unvanı sahibi, SMK 6/3 ve 6/6 maddeleri kapsamında marka tescil başvurusuna itiraz hakkı olmasına rağmen hakkını kullanmamış veya kullanamamış olabilir. İşte bu hallerde ticaret unvanı sahibi SMK 25. maddesine dayanarak tescil edilmiş bulunan markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesini mahkemeden isteyebilecektir (Aydoğan, 2013: 34). Yargıtay da bir kararında²⁵, 556 sayılı KHK’nın 8/5.

²⁴ 27.2.2006 T. 2005/2014 E. 2006/1948 K. (www.legalbank.net) E. 18.05.2021

²⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 31.10.2016 T., 2015/11531 E., 2016/8536 K. (www.legalbank.net) E. 18.05.2021

(SMK6/6. md.) maddesinin aynı zamanda hükümsüzlük nedeni olduğunun dikkate alınarak bu hususunda tartışılması gerektiğine karar vermiştir:

“Davacı tarafça, uyuşmazlık konusu "... " ibaresinin tescilli ticaret unvanı olduğu, bu ibare üzerinde davalıya nazaran öncelik hakkı bulunduğundan bahisle davalı markasının hükümsüzlüğüne karar verilmesi istenmiştir. Mahkemece, davacı tarafça "... ibaresinin markasal kullanımının bulunmadığı ve davalının markasını kötü niyetle tescil ettirdiğinin ispat edilemediği gerekçesi ile dava reddedilmiştir. Davacı şirket ticaret siciline 05.04.2010 günü tescil edilmiş olup, ticaret unvanının ayırt edici kelimesi "... ibaresidir. 556 sayılı KHK'nın 8/5. maddesine göre tescil için başvurusu yapılmış markanın, başkasına ait kişi ismi, fotoğrafı, telif hakkı veya herhangi bir sınai mülkiyet hakkını kapsamaması halinde, hak sahibinin itirazı üzerine tescil başvurusu reddedilir. Bu durum, aynı zamanda 556 sayılı KHK'nın 42/1-b maddesi uyarınca hükümsüzlük nedenidir. Bu itibarla, davacının 2010 yılında tescil olunan ticaret unvanının kılavuz sözcüğü içerisinde "... ibaresinin de bulunduğu dikkate alınarak, 556 sayılı KHK'nın 8/5 ve 42/1-b maddeleri kapsamında davacı şirketin tescil tarihi itibarıyla anasözleşmesinde belirtilen iştiğal alanında kalan mal ve hizmetler ile dava konusu markanın tescilli olduğu 9. sınıf mallar bakımından aynı yada benzer türden olmaları halinde dava konusu markanın hükümsüzlüğünü talep edebileceği gözetilmek suretiyle uyuşmazlığın 556 sayılı KHK'nın 8/5 ve 42/1-b maddeleri çerçevesinde tartışılarak bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.”

Unvan sahibinin hükümsüzlük davasını açabilmesi için ilk tescil başvurusuna itiraz etmiş olmasına gerek yoktur (Karasu, 2008: 32). Ancak marka tesciline itiraz edilmiş ve itiraz nihai olarak TÜRKPATENT tarafından reddedilmişse bu karara karşı iptal davası açılarak kararın iptali ve markanın hükümsüzlüğü istenebilir (SMK 20. md).

SMK 6/3 ve 6/6 maddelerine dayalı olarak markanın hükümsüzlüğü ancak ticaret unvanının tescilli olduğu veya kullanıldığı sınıflarla sınırlı olacaktır (Tekinalp, 2002, 400). Yani marka birden çok sınıfta tescilliye sadece ilgili sınıflar yönünden hükümsüzlüğe karar verilebilecektir. Ancak marka örneğini değiştirecek şekilde hükümsüzlüğe karar verilemez (SMK 25/5).

SMK 25. maddesi gereğince markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi durumunda hükümsüzlük kararı marka başvuru tarihinden itibaren etkili olup, markaya SMK ile sağlanan koruma hiç doğmamış sayılır (SMK 27. md.).

4. SMK 7/5. Maddesine Göre Ticaret Unvanının Korunması

SMK 7. maddesinde marka hakkını ihlal eden ve marka sahibinin yasaklayabileceği haller düzenlenmiştir. Aynı zamanda 29. maddenin yollamasıyla bu kullanımlar marka hakkına tecavüz oluşturacaktır.

SMK 7/5. maddesinde ise, marka sahibinin, “üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde”, “gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi”, “malların veya hizmetlerin türüne,

kalitesine, miktarına, kullanım amacına, değerine, coğrafi kaynağına, üretim veya sunuluş zamanına ya da diğer niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunulması” ve “özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde kullanılmasını” engellenemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki mülga 556 sayılı KHK'nın 12. maddesinde, gerçek kişiler ve tüzel kişiler hükmün kapsamındaydı. SMK md. 7/5. maddesinde ise sadece gerçek kişiler hükmün kapsamına alınmıştır. Bu nedenle sadece gerçek kişi adlarının yer aldığı ticaret unvanları SMK 7/5 kapsamından yararlanacaktır. Tüzel kişi ticaret unvanları ise dürüst kullanılsa dahi SMK 7/5 kapsamında değerlendirilmeyecektir (Çolak, 2017: 219).

Kural olarak marka sahibi markasını tescil ettirerek SMK ile sağlanan korumadan yararlanmaya başlar ve marka üzerinde tekel hakkı elde eder. Ancak SMK 7/5. maddesine göre gerçek kişilerin adlarının, “dürüstçe” ve “ticari hayatın olağan akışı içinde” kullanması engellenemeyecektir. Hükümde geçen “ad” kavramı ticaret unvanını da kapsamaktadır (Arkan,1997: 32). Dolayısıyla ticaret unvanı sahipleri de bu hükümden yararlanabileceklerdir.

Dürüst kullanım her şeyden önce ticaret unvanının amacına uygun kullanılmasıdır. Yani işaret unvensal olarak kullanılıyor olmalıdır. Markasal olarak kullanım dürüst kullanım olarak kabul edilemeyecektir (Bilge, 2015: 16, Çolak, 2018: 653). Öğretide, ticaret unvanının unvensal olarak kullanılmasına rağmen kendiliğinden markasal etkiler doğurması halinde unvanda ihtilaf oluşturan kısmın zorunlu olup olmamasına göre ayırım yapmıştır (Bilge, 2015: 16). İşaretin unvanda kullanımını zorunlu olması halinde unvanın terkinin istenemeyecektir. Ancak unvana ek yapılması talep edilebilecektir.

Ticari işletmenin hukuki yapısı da tacirin, ticaret unvanını seçerken dürüst davranıp davranmadığı yönünde fikir verebilir (Bilge, 2015: 16-17). Nitekim bahsettiğimiz üzere, gerçek kişi tacirlerin unvanının çekirdek kısmı tacir öz ad ve soyadından oluşmak zorundadır. Tacirin bu konuda seçim özgürlüğü yoktur. Sermaye şirketlerinde ise tacirin hareket özgürlüğü yüksektir. Bu rağmen tacir önceki tarihli bir marka ile iltibas yaratıyor ise dürüst olmadığı düşünülebilir. Kollektif ve komandit şirketlerde ortaklardan en az birinin ismi olması gerektiği ve hangi ortağın isminin olacağına dair bir zorunluluk olmadığına göre bu şirketlerde somut olayın özelliğine göre durum hakim tarafından takdir edilmelidir.

Dürüst kullanım konusunda değerlendirilebilecek diğer bir husus tacirin, önceki tarihli markadan haberdar olup olmadığı ve o marka ile kendi unvanının iltibas oluşturduğunu bilip bilmemesidir (Bilge,2015: 17). Ancak kanaatimizce tacirin markayı bilmediğine veya iltibas görmediğine dair savunmasına itibar edilmemesi gerekmektedir. Nitekim tacirin ticari faaliyetlerini yürütürken basiretli davranma yükümlülüğü vardır (TTK 18/2). Dolayısıyla tacir, ticaret unvanını seçerken basiretli davranmak zorundadır.

5. SMK 7/3-e Maddesinin Değerlendirilmesi

SMK öncesi dönemde markanın ticaret unvanı olarak kullanılması marka sahibinin önleyebileceği kullanımlar arasında yer almamaktaydı. Ancak mülga KHK'nin 9/II-d maddesinde yer alan, “işaretin teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarına kullanılması” hükmü, markanın ticaret unvanı olarak kullanılmasına da engel olma hakkını kapsamaktaydı (Korkut, 2008: 395).

Mülga 556 sayılı KHK'dan farklı olarak SMK açıkça tescilli bir markanın, üçüncü bir kişi tarafından izinsiz şekilde ticaret unvanı olarak kullanılmasını marka hakkına tecavüz olarak kabul etmiştir (Suluk,2018: 34).

SMK'nın 7/3. fıkrasında işaretin “ticaret alanında” kullanılması halinde 2. fıkra hükmü uyarınca yasaklanabileceği haller düzenlenmiştir. Dolayısıyla ticaret unvanı kullanımının marka hakkına tecavüz oluşturabilmesi için SMK'nın 7/2. bendinde gösterilen şekilde kullanılması gerekmektedir.

Mülga 556 sayılı KHK döneminde Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında ticaret unvanının tescil amacına uygun bir şekilde ve ticaret unvanı işleviyle kullanılmasının marka tecavüzü oluşturmayacağı yönündeydi²⁶:

“Mahkemece, yukarıda özetlendiği üzere, davacının tescilli markasına, davalının ticaret sicilinde kayıtlı ticaret unvanının tecavüz ettiği gerekçesiyle, marka hakkına tecavüzün tespiti ile davalının ticaret unvanının sicilden terkinine karar verilmiştir. Oysa, Dairemizin yerleşik içtihatlarına göre, 6762 sayılı TTK'nın 52. maddesi uyarınca usulen tescil ve ilan edilmiş olan ticaret unvanını kullanma hakkı, münhasıran sahibine ait olup, tescilli bir ticaret unvanının terkin edilinceye kadar kullanılması marka hakkına tecavüz teşkil etmez. Somut olayda, davalı, ticaret unvanını tescilli olduğu şekilde kullanmış olup, bu durum marka hakkına tecavüz teşkil etmediğinden, bu çerçevede davacı markasına davalının ticaret unvanının tecavüz ettiğinin tespiti ve buna dayalı maddi-manevi tazminat taleplerinin reddi gerekirken yanılığlı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetli görülmediğinden, kararın davalı yararına bozulması gerekmiştir.”

Öte yandan Yargıtay, ticaret unvanı tescilli olsa dahi tescilli olduğu şekliyle değil de, unvanın bir kısmının ön plana çıkarılarak (kılavuz kelimeni; farklı boyut, renk, karakterde yazılması gibi) ve mal ve hizmetleri ayırt etmek amacıyla kullanılması halinde markasal bir kullanım olması nedeniyle bu kullanımın marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmekteydi²⁷:

“Öte yandan tescil edilen ticaret unvanının, tescilli markanın kapsamında bulunan mal ve hizmetleri yönünden kullanılacağı da bilinmemektedir. O nedenle, ticaret unvanının, ancak tescilli markanın kapsamında bulunan mal ve hizmetler yönünden markasal olarak kullanımı halinde marka hakkına

²⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 18.04.2016 T. 2015/15242 E. 2016/4266 K. (www.legalbank.net) E.19.05.2021

²⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 05.11.2020 T. 2020/1670 E. 2020/4793 K. (www.legalbank.net) E.19.05.2021; ayrıca bkz. Yargıtay HGK. 12.12.2007 T. 2007/11-965 E. 2007/961 K. (www.legalbank.net) E.19.05.202

tecavüz söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda ise ticaret unvanının tescilli olması, marka hukuka uygunluk sebebi olmayacak ve marka hakkına tecavüzü ortadan kaldırmayacaktır. Diğer türlü, tek başına ticaret unvanının tescil edilmiş olması marka hakkına tecavüz söz konusu olmayacaktır.”

SMK 7/3-e maddesi düzenlemesinden sonra tescilli ticaret unvanı kullanımının her durumda marka hakkına tecavüz oluşturup oluşturmayacağı henüz netlik kazanmamıştır. Öğretide, kanunda açıkça ticaret unvanı kullanımının marka hakkına tecavüz sayılan haller arasında yer alması ve SMK 7/5-a maddesinde tüzel kişilerin kapsam dışı bırakılması nedeniyle tecavüz davaları bakımından tescilli ticaret unvan savunmasının zayıfladığı savunulmuştur (Çolak, 2018: 673) .

Kanaatimizce ticaret unvanı, usulüne ve amacına uygun kullanılsa dahi markanın kaynak gösterme fonksiyonunun zarar görmesi halinde marka hakkına tecavüz oluşturacaktır (Çolak, 2018: 447). Ancak yasa metninin bu kadar katı uygulanması olumsuz sonuçlara yol açabilecektir. Bu nedenle öğretide, tecavüz incelemesi yapılırken; markasal kullanımın olup olmadığı, markanın fonksiyonlarından birine zarar verilip verilmediği, ticaret unvanını aşan bir kullanım olup olmadığının da incelenmesi ve marka tecavüzü için aranan temel koşulların da somut olayda aranılması gerektiği savunulmuştur(Çolak,2018: 555). Kanımızca da ticaret unvanının her durumda marka hakkına tecavüz oluşturduğunun kabulü uygulamada sorunlara yol açabilecektir. Bu nedenle marka hakkına tecavüzün değerlendirmesinde esas alınan diğer koşullarında somut olayda gerçekleşmesi gerekmektedir. Örneğin bir markanın ve markayı içeren ticaret unvanının faaliyetlerinin çok farklı olması yani farklı sınıflarda kullanılması durumlarında marka hakkına tecavüz oluşmayabilir.

6. SMK 155. Maddesinin Değerlendirilmesi

Sınai hakların özel olarak korunması kural olarak tescille gerçekleşmektedir (Arıkan,2007: 154). Tescille birlikte sınai haklar diğer işaretlere karşı üstünlük kazanır. Ancak bazı hallerde tescillerin çatışması gündeme gelebilecektir. Örneğin tescilli ticaret unvanın, üçüncü bir kişi tarafından marka olarak tescil edilmesi mümkündür. Bu durumda ticaret unvanına tecavüz iddiasıyla açılan bir davada, markanın tescilli olmasının ticaret unvanına tecavüzü ortadan kaldırıp kaldırmayacağı önem taşımaktadır.

SMK 155. maddesinden önce tescilli bir işaretin diğer tescilli işarete karşı tecavüz davası açabilmesi için öncelikle diğer tescilli işaretin hükümsüz kılınması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay'ın da yerleşik içtihatlarında tescilli bir işaretin kullanımının hukuka uygun olduğu dolayısıyla tecavüzün gerçekleşmediği yönündeydi²⁸:

“Mahkemece, davalı adına 2005/13674 sayılı ile tescilli "... İtimat" markasının hükümsüzlüğüne ve sicilden terkinine, davalının "... İtimat" markasının hükümsüzlüğünün tespiti nedeni ile bu markanın üretim araçları, ürün, evrak ve reklam tabelasında kullanılmasının önlenmesine, bunların

²⁸ Yargıtay 11. H.D., 21.12.2017, 2016/6803 E., 2017/7532 K. (www.legalbank.net) E. 18.05.2021

toplanmasına, hükmün kesinleşmesine müteakip imhasına karar verilmiştir. Ancak, sadece markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi bu markanın üretim araçları, ürün, evrak ve reklam tabelasında kullanılmasının önlenmesine, bunların toplanmasına ve imhasına karar verilmesini gerektirmez. Davalının markası tescilli bulunduğu süredeki kullanımı haksız olarak nitelendirilmeyeceğinden ilgili markayı taşıyan ürün ve evrakların toplatılmasına ve imhasına karar verilmesi yerinde görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.”

Yargıtay uygulamalarında tescilin kötü niyetle yapıldığı durumlarda dahi tescilli işaretin kullanımını marka hakkına tecavüz olarak kabul etmemekteydi (Çolak, 2018:670). Yine tescilin terkininden sonra açılan marka hakkına tecavüz ve tazminat davaları da ret olarak sonuçlanmaktaydı²⁹:

“556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 6 ncı maddesi hükmüne göre de, tescilli marka tescilli olduğu sürece koruma altında olup, terkin ve iptal edilinceye kadar tescil edilmiş şekilde kullanılmasında bir usulsüzlükten bahsedilemez.”

Yargıtay'ın bu uygulamaları gerçek hak sahibini mağdur etmekte ve uzun süren hükümsüzlük davaları süresince üçüncü kişilerin işareti haksız kullanımı söz konusu olmaktadır. Süreç sonunda gerçek hak sahibi haklı çıkarsa dahi zararını tazmin edemiyordu.

Kanun koyucu uygulamadaki sorunlar, doktrindeki görüşler ve yargı kararları ışığında, SMK 155. maddesi ile, “başkasının sınai mülkiyet hakkına tecavüz ettikleri tespit edilen kişilerin, o sınai mülkiyet hakkından daha sonraki bir tarihte kendi adlarına yapılan tescile dayanmalarının önü kapatılmıştır. Sonraki tarihli tescil, bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemiştir. Böylece aradaki kullanımların şartları gerçekleşmişse hakka tecavüz oluşturacağı ve her ne kadar davalı taraf adına tescil mevcut olsa da bu dönemdeki kullanım için de şartları varsa tazminat sorumluluğunun doğacağı kabul edilmiştir.” (SMK 155. madde gerekçesi).

Bu düzenleme ile ilerleyen süreçlerde Yargıtay içtihatlarının değişikliğe uğrayacağı düşüncesindeyiz. Nitekim bir İstinaf Mahkemesi kararlarında³⁰ SMK 155. maddesi dikkate alınarak davacının ihtiyati tedbir talebinin kabulüne karar vermiştir:

“...davalının önceye dayalı hak iddiasının yargılamayı gerektirdiği gözönüne alınarak, davacı vekilinin ... markalı kablo bağları ürünlerine el konulması ve internet sitesinde kullanımının önlenmesi talebinin reddi kararı yerinde olmakla birlikte, davacının tescilli markasının eski tarihli oluşu ve davalının internet sitesinde "nylon kablo bağları" satışı yapıldığı gözönüne alınarak, SMK 155. Madde ve SMK 159/2-c maddesi gereğince davacının zarara uğrama ihtimaline binaen ters tedbir kararı verilmesinin yerinde olacağı kanaatiyle, davacı vekilinin istinaf talebinin kısmen kabulüne, ilk derece mahkemesinin

²⁹ Yargıtay 11. H.D 12.02.2004T., 2003/6316 E., 2004/1183 K. (www.legalbank.net) E. 18.05.2021; Benzer şekilde bkz. Yargıtay HGK, 16.07.2008 T., 2008/11-501 E. 2008/507 K (www.legalbank.net) E. 18.05.2021

³⁰ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. H.D., 8.2.2019 T. 2019/191 E., 2019/279 K. (www.lexpera.com) E. 18.05.2021

tedbir red kararının kaldırılarak, ihtiyati tedbirin kısmen kabulüne kısmen reddine, davalı-karşı davacı tarafın 50.000 TL teminat yatırmasına karar verilmiştir.”

SMK 155. madde düzenlemesi sonraki tarihli marka, patent ve tasarım tescillerine karşı önceki tarihli hak sahiplerinin açacağı tecavüz davaları ile ilgilidir. Ticaret unvanları madde metninde geçmemektedir. Ancak TTK 52. maddesinde, “Ticaret unvanının, ticari dürüstlüğe aykırı biçimde bir başkası tarafından kullanılması hâlinde hak sahibi, bunun tespitini, yasaklanmasını; haksız kullanılan ticaret unvanı tescil edilmişse kanuna uygun bir şekilde değiştirilmesini veya silinmesini, tecavüzün sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını ve kusur durumuna göre maddi ve manevi tazminat isteyebilecektir.” Bu nedenle sonraki tarihli haksız tescil edilen işaretin marka, patent, tasarım veya ticaret unvanı olup olmadığına bakılmaksızın şartları olduğu takdirde tazminata hükmedilebilir (Çolak, 2018: 671; Şehirli Çelik, 2018: 72-73)

SONUÇ

Ticari hayatta sıklıkla kullanılan marka ve ticaret unvanı arasında hukuki ihtilaflar yaşanmaktadır. Bu nedenle makale kapsamında SMK ve TTK hükümleri ticaret unvanının korunması yönünden incelenmiştir.

Mülga Ticaret Kanununda ticaret unvanının korunması özellikle fikri hakların korunması ile karşılaştırıldığında oldukça yetersiz kalmaktaydı. Bu durum da dikkate ticaret unvanının korunmasına ilişkin imkânlar arttırılmıştır. Kanaatimizce bu düzenleme ticaret unvanlarının etkin olarak korunması bakımından yerinde olmuştur.

Ticaret unvanı TTK'nın 50 ve 52 maddelerinde özel olarak korunmaktadır. Ticaret unvanının sonraki tarihli markaya karşı korunması ise SMK 3/3, 3/6, 7/5 ve 25. madde hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu maddelerin uygulanması ile ilgili temel tartışma konusu ticaret unvanının marka tesciline engel olabilmesi veya markanın hükümsüzlük nedeni olabilmesi için markasal olarak kullanılmasının gerekip gerekmediği yönündedir. Bu konuda doktrinde ve yargı kararlarında farklılar mevcuttur. Bu nedenle markasal kullanım hususunun kanunda düzenlemesi uygulamada sorunları gidermesi bakımından yararlı olacaktır.

6769 sayılı kanununla ilk defa düzenlenen SMK'nın 155. maddesi uygulamadaki sorunları çözmek bakımından oldukça yerinde bir düzenleme olmuştur. Böylece marka, patent veya tasarım hakkı sahibi, kendi hakkından önceki ticaret unvanı sahiplerinin açmış olduğu tecavüz davasında, sahip olduğu sınai mülkiyet hakkını savunma gerekçesi olarak ileri süremeyecektir.

SMK 6/3 ve 6/6. maddeleri uyarınca ticaret unvanı sahiplerine, marka tescillerine karşı itiraz hakkı tanınmıştır. Buna rağmen marka hakkı sahiplerinin tescil başvurusu yapılan ticaret unvanı başvurularına karşı itiraz edebileceği veya denetleyebileceği etkin bir sistem bulunmamaktadır. Bu nedenle marka sahibi tescilden sonra ticaret unvanının varlığından haberdar olabilmektedir. Uygulamada doğabilecek

sorunların önüne geçmek adına marka hakkı sahibine, SMK örneğindeki gibi itiraz hakkı tanınması ve sicil müdürlüklerinin sistemleri ile TÜRKPATENT sicillerinin entegre edilmesi yararlı olacaktır.

KAYNAKÇA

- Alışkan, M., (2012), “İşletme Konusu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Temsili”, MÜHFD, 2012, C. 18, Sa. 2, s. 207-219.
- Arıkan, A. S., (2007), “Avrupa Topluluğu'nda Fikri-Sınai Mülkiyet Hakları Ve Son Gelişmeler”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 7, Sa.1, s.149-173.
- Arkan, S., (1997),“Marka hukuku”, C.I-II, Ankara.
- Arkan, S., (2002), “556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’nın 8/III Maddesi İle İlgili Bir İnceleme”, Batıder, C. 21, Sa.4, s. 101-108.
- Arkan, S., (2018), “Ticari İşletme Hukuku”, 24.bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.
- Arseven, H., (1951), “Firmanın İptali”. İBD. C.25, Sa.6, s. 365-369.
- Arslan İ., (2008), “Tescilsiz Markaların Korunması”, SÜHFD, C. 16, Sa. 1 s. 29-46.
- Aydoğan, F.(2013), “Markanın Ticaret Unvanına Karşı Korunması, Mevcut Hukukî Durum – Değişiklik (Madde) Önerisi – İtiraz Yolu ve/veya Alternatif Çözüm Yolu Önerisi”, İÜHFM, C. 71, Sa. 1, s. 27-50.
- Ayhan, R., (2012), “Ticari İş - Ticari İşletme – Tacir - Ticaret Sicili – Ticaret Unvanı – Haksız Rekabet”, EÜHFD, C. 16, S. 3–4, s. 31-53.
- Ayhan, R. & Özdamar, M. & Çağlar H., (2016), “Ticari İşletme Hukuku,”. 9.Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara.
- Bahtiyar, M., (2017), Ticari İşletme Hukuku, İstanbul.
- Bilge M. E & Karasu R. & Altıntaş A. & Koçak H., (2019), “Ticaret Unvanlarının Tescili Aşamasında Ortaya Çıkan Sorunlar Ve Çözüm Önerileri”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 77 Sa. 2, s. 773-812.
- Bilge, M. E., (2015),“Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2015/2.
- BİLGE, M. E., (2014), “Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi”, Yetkin, Ankara.
- Bilgili F., & Demirkapılı, E., (2019),“Ticaret Hukuku Bilgisi”, 15. baskı, Dora Yayınları.
- Boyacıoğlu, C., (2006), “Ticaret Unvanı”, Nobel Yayınevi, Ankara.
- Bozer, A.& Göle, C., (2017), “Ticari İşletme Hukuku”, 4. bası, İstanbul.
- Bozgeyik, H., (2019), “Marka Hakkının Korunması”, 2.Baskı, Ankara, On iki Levha.
- Çağlar H. & Özdamar M., (2006), “Ticaret Unvanının Korunması”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14,Sa. 2, s. 119-150.
- Çağlar, H. & Yıldız, B. & İzmirlioğlu D., (2019), “Marka Vekilliği Sınavına Hazırlık”, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Çolak, U. (2018), “Türk Marka Hukuku”, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Çolak, U., (2017), “Avrupa Birliği Yeni Marka Tüzüğü ile Yapılan Başlıca Düzenlemeler”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul.
- Dinç, S., (2016), “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Unvanı”, İzmir Barosu Dergisi, Sa.1, s.235-251.
- Domaniç H., (1988), “Türk ticaret kanunu şerhi”, C.1, Temel Yayınları, İstanbul.
- Edgü, F.,(1964), “Ticaret hukuku Umumi Hükümler”, C.1, Ankara
- Eminoğlu, C., (2016),“Marka Sahibinin Tekliği İlkesi Ve Bu İlkenin Markanın Devri Bağlamında İncelenmesi (Anayasa Mahkemesi’nin 556 Sayılı Khk’nın M. 16/5 Hükümünü İptal Eden Kararı Bağlamında Bir Değerlendirme)”, YBHD., Sa.1, s.229-259.

- Güneş, İ., (2009), “Uygulamada Sınai Mülkiyet Ceza Hukuku”, Adalet Yayınevi. Ankara.
- Güneş, İ., (2015), “Marka Hukukunda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler”, 2. baskı, Ankara.
- Hirş, E., (1948), “Ticaret Hukuku Dersleri”, 3. bası, İsmail Akgün Matbaası. İstanbul.
- İmregün, O., (1995), “Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri”, 3. bası, Filiz Kitapevi, İstanbul.
- Karahan S., (2012), “Ticari İşletme Hukuku”, 23. Bası, “Mimoza Yayınevi”, Konya.
- Karahan, S., (1996), “Ticaret Unvanının Tescilinde Kullanma Amacı veya Unvanda Teklik İlkesi”, Şakir Berki’ye Armağan, Konya.
- Karasu R. & Suluk, C. & Nal, T., (2019), “Fikri Mülkiyet Hukuku”, 3. Baskı, Ankara.
- Karasu, R. (2008), “Spekülyasyon ve Engelleme Markaları”, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi, Sa.3, s. 11-44.
- Karayalçın, Y., (1968), “Ticaret Hukuku, giriş-ticari işleme”, 3.baskı, Ankara.
- Kayar, İ., (2008), “Ticari İşletme Hukuku”, 6. baskı, Detay Yayıncılık, Ankara.
- Korkut, Ö., (2008), “Ticaret Unvanı Kullanımıyla Marka Hakkına Tecavüz Hakkında Bir İnceleme”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.24 Sa.3, s. 389-399.
- Kurt, E., (2016), “Türk Hukukunda Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar Ve Hukuki Sonuçları”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 15, Sa. 2, s. 121 – 187.
- Kürkçüer, O., (1960), “Ticaret Unvanının Himayesi”, Ankara barosu Dergisi, Sa.3, s. 63-66.
- Nomer Ertan, N. F. (2012), “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Ticaret Unvanı ve İşletme Adına İlişkin Olarak Yapılan Değişiklikler”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, İstanbul, s. 71-88.
- Oğuz, S., (2019), “Gerçek Kişi Ticaret Unvanının Korunma Sisteminden Kaynaklanan Sorunlar Üzerine Bazı Düşünceler”, Terazi Hukuk Dergisi, C.14, Sa.160, s.2333-2339
- Özbey, C., (2014), “Ticaret Unvanı ve Ticaret Unvanının Korunması”, Seçkin, Ankara.
- Özdemir, H., (2008), “Türk Ve İsviçre Medenî Hukukunda Ad Üzerindeki Hak Ve Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S.3, 561-598.
- Özkan, A. F., (2018), “Ticaret Unvanlarında Ek Kullanımı”, Ticaret Ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 4, Sa. 2, s. 239-262.
- Poroy, R. & Yasaman, H., (2018), “Ticari İşletme hukuku”, 17. Bası, Vedat, İstanbul.
- Suluk C., (2018), “6769 sayılı sınai mülkiyet kanununun getirdiği yenilikler”, Ticaret Ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2018, C. 4 Sa. 1, s.91-109.
- Şehirli Çelik, F. H., (2018), “Sınai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine SMK md. 155 Vesilesiyle Bir İnceleme”, BATİDER, C. 34, Sa.2, s.33-90.
- Şener, O., H., (2016), “Ticari İşletme Hukuku”, Seçkin.
- Tekinalp, Ü., (2002), “Fikri Mülkiyet Hukuku”, 2. Bası, Vedat, İstanbul.
- Uzunallı S., (2019), “Marka Hukuku”, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Teoman, Ö., (2011), “Ticaret Unvanları Arası İltibas”, Hukuki Mütalaalar C.I: 1982-1991, Vedat kitapçılık, İstanbul, s. 92-96.
- Teoman, Ö., (2011), “Ticaret Unvanı-İltibas”, Hukuki Mütalaalar C.I: 1982-1991, Vedat kitapçılık, İstanbul, s. 131-138.
- Teoman, Ö., (2011), “Ticaret Unvanlarında İltibas”, Hukuki Mütalaalar C.I: 1982-1991, Vedat kitapçılık, İstanbul, s. 457-462.

Teoman, Ö., (2011), “ Ticaret Unvanları Arası İltibas”, Hukuki Mütalaalar C.I: 1982-1991, Vedat kitapçılık, İstanbul, s. 554-559.

Teoman, Ö., (2011), “ Marka ile Ticaret Unvanı Arasındaki İltibas”, Hukuki Mütalaalar C.I: 1982-1991, Vedat kitapçılık, İstanbul, s. 792-799.

Teoman, Ö., (2011), “ Marka Hakkının İhlali ”, Hukuki Mütalaalar C.I: 1982-1991, Vedat kitapçılık, İstanbul, s. 883-890.

Teoman, Ö., (2011), “ Ticaret Unvanı- İltibas”, Hukuki Mütalaalar C.I: 1982-1991, Vedat kitapçılık, İstanbul, s. 1097-1110.

Ülgen, H. & Helvacı M. & Kendigelen A. & Kaya, A. & Nomer Ertan, N., F., (2015), “Ticari İşletme Hukuku”, 5. baskı, XII Levha.

Yasaman, H., (2002), “Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Kararı Üzerine Düşünceler”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, Sa.2, s.151-158.

Yongalık, A., (2002), “Ticaret Unvanı Alanında Yeni Gelişmeler-Türk Hukuku Açısından Bir Değerlendirme”, Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi”, C. 21, Sa.3, ss. 5-30.



Zevkliler, A. & Havutçu A., (2003), “Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk Temel Bilgiler”, 4. baskı, Seçkin.

Geliş Tarihi:
05.08.2021
Kabul Tarihi:
03.09.2021
Yayımlanma Tarihi:
30.09.2021

Kaynakça Gösterimi: Çetingül, N. (2021).
Ceza sorumluluğu bakımından yapay zekânın hukuki
statüsünün tartışılması, *İstanbul Ticaret Üniversitesi
Sosyal Bilimler Dergisi*, 20(41), 1015-1042.
doi: 10.46928/iticusbe.979344

CEZA SORUMLULUĞU BAKIMINDAN YAPAY ZEKÂNIN HUKUKİ STATÜSÜNÜN TARTIŞILMASI

Araştırma

Nursena Çetingül  

Sorumlu Yazar (Correspondence)

ncetingul@protonmail.com

Nursena Çetingül, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunudur. İkinci üniversite kapsamında, İstanbul Üniversitesi Yönetim Bilişim Sistemleri öğrencisidir. Akademik yazım ve çeviri faaliyetlerini bağımsız araştırmacı olarak sürdürmektedir. İlgili alanları arasında Yapay Zekâ, Transhümanizm, Kuantum Mekaniği ve Kelâmî konular bulunmaktadır.

CEZA SORUMLULUĞU BAKIMINDAN YAPAY ZEKÂNIN HUKUKİ STATÜSÜNÜN TARTIŞILMASI

Nursena Çetingül
ncetingul@protonmail.com

ÖZET

Teknolojinin gelişmesiyle beraber, yapay zekâyâ sahip ürünlerin kullanımı oldukça yaygınlaşmıştır. Bu ürünlerin giderek artan otonomlukları, ortaya çıkabilecek bazı hukuki problemleri de beraberinde getirmektedir. Bu varlıkların bilimkurgu eserlerde sıkça ele alınmaları, bir takım otonomluklar kazanmış olmaları ve zekice hareket etmeleri, kendilerine özel bir hukuki statü verilmesi gerektiğine dair doktrinde tartışmalara yol açmıştır. Bu tartışmalarla beraber, yapay zekaya yönelik farklı sorumluluk türleri önerilmektedir.

Amaç: Yapay zekanın hukukla ilişkisini ele alan akademik çalışmaların sıklıkla popüler söylemler etkisinde kaldığının fark edilmesi üzerine bu çalışmada amaçlanan; bilimkurgu ile gerçekliğin ileride geç kalınmaması adına şimdiden ayrıştırılması, hukukçuların bilimkurgu senaryoları ve popüler söylemlerden etkilenmeden konuyu multidisipliner ve profesyonel bir şekilde ele almaları ve tavsiyelerini ferasetli bir şekilde yapmaları gerektiğini vurgulamaktır.

Yöntem: Bu çalışmada, ulusal ve uluslararası literatürdeki görüşlere müracaat edilerek “*zeka, makinelerin düşünebilmesi*” gibi kavramlar sorgulanmış, yapay zekalardaki otonomluğun sorumluluğa etkisi ve “*makinelerin cezalandırılabilirliği*” meseleleri ele alınmıştır. Bu çalışmada özellikle ceza hukuku bakımından literatürde önerilen sorumluluk türleri ve yapay zekaya hukuki statü verilmesine dair meseleler tartışılmış ve nihayet konunun bütüncül bir değerlendirmesi yapılmıştır.

Bulgular: Çalışma neticesinde, yapay zekayı insan zekasıyla karşılaştırmanın doğru olmadığı, bilimkurgu senaryolarında anlatılan birtakım tahminlerin gerçekle bağdaşmadığı, yapay zekaya hukuki statü verilmesine ihtiyaç bulunmadığı, hukuki statü verilmesi durumunda önerilen müeyyidelerin ceza hukukunun amacı ve doğası ile bağdaşmayacağı, yapay zekanın sebep olacağı suçlarda yapay zekanın arkasındaki üretici, yazılımcı, kullanıcı gibi kişilerin kast/taksir durumlarına göre cezalandırılması gerektiği, bu konuda multidisipliner çalışma yapmanın gerekliliği, kanunlarda yapılacak özel ve detaylı düzenlemelerle muhtemel sorunların önüne geçilebileceği sonucuna varılmıştır.

Özgünlük: Çalışma, yapay zekaya hukuki statü verilmesine dair yapılan tartışmalara yeni bir perspektif getirmeye çalışması, konuyu bilimkurgu senaryolarının ötesinde, kanıta dayalı sağlam bir zeminde ve psikoloji bilimi ile felsefeden destek alarak tartışması, bilhassa popüler dili kullanmaktan kaçınmasıyla farklılık arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yapay Zekâ, Yapay Zekânın Hukuki Statüsü, Yapay Zekânın Cezai Sorumluluğu, Makine Düşünmesi, Bilimkurgu ve Gerçeklik

JEL Sınıflandırması: K14, K15

DELIBERATIONS ON THE LEGAL STATUS OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN TERMS OF CRIMINAL LIABILITY

ABSTRACT

Along with the development of technology, AI products have become quite common. The increasing autonomy of these products brings along some probable legal problems. The frequent handling of AI products in science fiction works, their gaining autonomy, and their intelligent behavior led to discussions in the doctrine that whether they should be given a special legal status. Along with these discussions, different types of responsibility for artificial intelligence are proposed.

Purpose: Upon realizing that academic studies dealing with the relationship of artificial intelligence with the law are often under the influence of popular discourses, this study emphasizes to make it separated science fiction and reality in advance, in order not to be late in the future, and also emphasizes that legists should consider the issue in a multidisciplinary and professional manner without being affected by science fiction scenarios and popular discourses, and legists' recommendations should be sagacious.

Method: In this study, concepts such as "*intelligence, machine thinking*" were questioned by referring to the opinions in the national and international literature, and the effects of autonomy in artificial intelligence on responsibility, and the issues of "*punishability of machines*" were discussed. In this study, especially in terms of criminal law, the types of liability proposed in the literature and the issues regarding the legal status of artificial intelligence have been discussed and finally, a holistic evaluation of the subject has been made.

Findings: As a result of the study, the following conclusions have been reached; the comparison of artificial intelligence with human intelligence is not meaningful, some predictions in sci-fi scenarios are not compatible with reality, there is no need to give a legal status to artificial intelligence, and if the legal status will be given, the proposed sanctions will have been unsuitable in accordance with the criminal law & its nature, and individuals such as manufacturers, software developers, users should have been punished according to their intent/negligence in crimes caused by AI. Multidisciplinary studies on this issue are required. Probable problems can be prevented by special and detailed regulations to will be made in the laws.

Originality: The study differs from others with its style that tries to bring a new perspective to the debates on the legal status of artificial intelligence, tends to make a discussion of the subject on a solid evidence-based ground beyond science fiction scenarios, also takes support from psychology and philosophy, and especially avoids using popular language.

Keywords: Artificial Intelligence, Legal Status of Artificial Intelligence, Criminal Liability of Artificial Intelligence, Machine Thinking, Science Fiction and Reality

JEL Classification: K14, K15

GİRİŞ

Bilim ve teknolojideki gelişmeler, günümüz dünyasında baş döndürücü bir hıza ulaşmış ve artık her alanda varlığını hissettiren bir hale gelmiştir. Mutfak robotlarından uzay mekiklerine kadar bu teknolojiler sürekli kendini geliştirmekte ve sonuçları itibariyle de insanoğlunu etkilemektedir. Teknolojideki bu gelişmeler neticesinde, yapay zekâlı varlıkların kullanım alanları da gün geçtikçe artmaktadır. Askeriye, sanayi ve hizmet sektörlerinde, ayrıca tıp ve hukuk dünyasında da yapay zekânın kullanımına oldukça sık rastlanmaya başlanmıştır. Yapay zekâ kullanımının bu denli yaygınlaşması, iş gücü, kaynak ve vakitten de tasarruf edilmesini sağlamıştır. Bununla beraber, bu denli artan kullanım, cevaplanması gereken bazı soruları da beraberinde getirmektedir.

Hukuk, insan davranışlarını düzenleyen bir sistem olduğu için bu gelişmeler kuşkusuz hukukun da ilgi alanına girmekte, fakat hukuk, teknoloji dünyasında akıl almaz bir hızla ilerleyen bu gelişmelere, çoğunlukla aynı hızda tepkiler geliştirememektedir. Gelişen teknolojiyi doğru yerde konumlandırabilmek ve ileride meydana gelecek olası problemlere çözümler bulabilmek adına doktrinde çeşitli tartışmalar yapılmaktadır. Teknolojiyi konu edinmesiyle bilinen bilim kurgu eserlerinin ise, esasında hukukun alanına giren fakat henüz cevaplandırılmamış bazı konuları hukuktan önce ele aldığı görülmektedir. Oldukça popüler hale gelen ve işlediği konular etrafında adeta bir kamuoyu oluşturmaya doğru ilerleyen bu eserlerin etkisi, hukuk makalelerinde dahi bu tarz eserlerden atıflar yapılması suretiyle iyice hissedilmeye başlanmıştır. Ancak ayakları en çok yere basması gereken bilim dallarından birinin hukuk olduğu da aşikardır. Dolayısıyla bizi bu kadar yakından ilgilendiren ve teknolojik gelişme hızı bakımından ilk sıralarda yer alan yapay zekânın, hukukçular tarafından ciddiyle ele alınması artık bir zorunluluk olmuştur. Nitekim teknolojik AR-GE çalışmalarının ilerleyebilmesi ve bu çalışmaların “*yer altına itilip, kim olduğu belirsiz grupların farklı niyetlerine hizmet eder şekilde*” yapılmaması için hukuki çalışmaların bu sahalara odaklanması yerinde olacaktır (Ünsal, 2019, ss.64).

Bu çalışmada öncelikle yapay zekânın kavramsal tanımı, hukuki statüsüne dair yapılmış ulusal ve uluslararası tartışmalar ve nihayet neden olacağı sonuçlardan kimlerin sorumlu tutulabileceği hususları incelenmeye çalışılacaktır.

I. ZEKÂ VE YAPAY ZEKÂ KAVRAMI

Yapay zekânın ne olduğunu tartışmadan önce, zekânın ne olduğunun anlaşılması gerekmektedir. Psikologlar genellikle insan zekâsını tek bir özellik ile değil, birçok farklı yeteneğin birleşimi ile karakterize ederler (Copeland, 2021, para.3). Psikiyatrlar ise zekânın belli başlı bir tanımı olmadığını, ancak “beynin öğrenme gücü” tabirinin bir ölçüde açıklayıcı olduğunu ifade etmektedirler (Beyninizi Doğru Kullanmanın İpuçları, 2013, para.3). Zekânın bir başka tanımında yer alan “içsel bilgi” ifadesi de dikkat çekicidir. Kişinin kendisini bilmesi, ihtiyacını hissedebilme yeteneği ve daha da önemlisi, ne

bildiğini bilmesi, üzerine düşündüğü şeyin ne olduğunun farkında olması şeklinde açıklanan içsel bilgi, zekânın başlıca unsurlarından sayılmıştır (Schank, 1987, ss.60).

Zekâ türlerinin kendi içinde çok değişkenlik gösterebileceği kabul edilmektedir. Howard Gardner'ın 1983'te önerdiği "Çoklu Zekâ Kuramı"na göre, sekiz farklı zekâ türü bulunmaktadır (Gardner, 1999). Gardner bu zekâ türlerini, "*Sözel-dilsel, Mantıksal-matematiksel, Görsel-uzaysal, Müziksel-ritmik, Bedensel-kinestetik, Sosyal, İçsel ve Doğacı*" olarak sınıflandırmıştır (Özkan, 2008, ss.334).

Mevcut zekâ testlerinin ise ancak mantıksal zekâ türünü ölçebildiği bilinmektedir (Prof. Dr. Nevzat Tarhan'dan beyni doğru kullanmanın ipuçları, 2013, para.6). Günümüzde zekâ tanımında –belki de ölçülebilen tek tür olduğu için- IQ'nun baz alındığı gözlenmektedir. Oysa bir insanda, Intelligent Quotient (IQ)'dan çok daha fazlası vardır. Aslında zekâyı oluşturan şey 3 Q'dur: Mantıksal Bölüm (IQ), Duygusal Bölüm (EQ) ve Manevi Bölüm (SQ) (Mtambalike, 2021, para.7). IQ, akademik beceri ve zihinsel potansiyeli; EQ, hem bireyin kendi duygularını hem de başkalarının duygularını anlayıp anlamlandırarak ilişkileri yönlendirme yeteneğini; SQ ise, EQ ve IQ'nun bulunduğu bilgi, içgüdü ve hislerin harmanlanarak iyi ve kötüyü ayırt etme becerisini ifade etmektedir (Roberto Murat Özdemir, 2020, para.3-6-8). Dolayısıyla yapısı gereği insan zekâsı, içinde farklı türleri de barındıran karmaşık bir sistem olduğu için, onu bütüncül anlamıyla ölçmedeki yetersizliğimiz düşünüldüğünde, zeka hakkında konuşurken iddialı bir tavır takınmak pek sağlıklı görünmemektedir.

Yapay zekâ kavramı (AI), insan gibi düşünebilme ve insan eylemlerini taklit etme üzerine programlanmış makinelerde, insan zekâsının bir simülasyonunu ifade etmektedir. Bu deyim, öğrenme ve problem çözme gibi insan zihnine ait özellikleri olan tüm makineleri kapsamaktadır. Yapay zekânın en belirgin karakteristik özelliği, belli bir hedefe ulaşmak için en yüksek olasılığı içeren eylemleri rasyonelleştirme ve gerçekleştirme kabiliyetidir. Fakat yapay zeka kavramı için üzerinde ittifak edilmiş bir tanımın varlığından bahsetmek mümkün değildir (İçer & Buluz, ss.4).

Makine öğrenmesi ise, yapay zekânın bir alt kümesi olarak incelenmektedir. Makine öğrenmesi, bilgisayar programlarının insanların yardımına ihtiyaç duymadan, otomatik olarak yeni verilerden öğrenmesi ve yeni verilere adapte olabilmesi anlamına gelmektedir. Bu derin öğrenme şekli; metin, görüntü veya video gibi büyük miktarda yapılandırılmamış verinin emilmesi yoluyla gerçekleşen otomatik bir öğrenme tekniğidir (Frankenfield, 2021, para.2).

Yapay zekâ alanında en eski ve belki de en önemli çalışma, 20. yüzyılın ortalarında İngiliz matematikçi ve bilgisayar öncüsü Alan Mathison Turing tarafından yapılmıştır (Copeland, 2021, para.21). Turing, ilk olarak bir makinenin düşünme becerisine sahip olup olamayacağı problemini ele almıştır. Bununla ilgili olarak, bir düşünce deneyi üzerine yoğunlaşmıştır. Kendi adıyla bilinen meşhur Turing Testi bu şekilde ortaya çıkmıştır. Bu deneye göre, bir insan önce bir makineyle sonra da başka bir insanla yazışacaktır. Her biri ayrı seferlerde gerçekleşen bu sohbette kiminle konuştuğuna dair kendisine hiçbir bilgi verilmeyecektir. Konuştuğu kişinin insan mı makine mi olduğunu, aldığı geri dönüşlere göre

tahmin etmesi istenecektir. Kişi tutarlı bir şekilde, insan olanı tespit edemezse, makine Turing testini geçmiş sayılacaktır. Basitçe söylemek gerekirse, makine bu testi geçtiğinde, karşısındaki insanı aldatmış, kendisinin bir insan olduğuna deneydeki gerçek insanı inandırmış olacaktır. Turing Testi’ni bugüne kadar hiçbir makine geçememiştir (Has the Turing Test Been Passed?, 2021).

John Searle¹ ise Turing Testi’nin güvenilirliğini sorgulamak üzere, “Çin Odası” olarak bilinen başka bir deney önermiştir (Searle, 1984). Deneyi kısaca anlatmak gerekirse; kilitli bir odada kaldığımızı hayal edin. Odanın içinde Çince birtakım yazılar var, fakat siz Çince bilmiyorsunuz. Odadaki bir geçitten size devamlı Çince mesajlar geliyor. Sizin de elinizde, Çince ifadelerin yine Çince karşılığını gösteren bir kural kitabı var. Size gelen Çince mesajları, Çince karakterlerin şekillerine bakarak eşleştiriyor ve çıktı şeklinde odadaki diğer bir geçitten dışarı gönderiyorsunuz. Dışarıdaki insanlar Turing Testi’nin bir versiyonunu oynuyor olsunlar. Sizin gönderdiğiniz çıktıları bakarak, odada her kim/ne varsa Çince bildiğine ikna oluyorlar. Hâlbuki siz tek kelime dahi Çince bilmiyorsunuz. Yalnızca belli birtakım yönergeleri takip ediyorsunuz ki bilgisayar programlarının yaptığı da tam olarak budur. İşte siz, bu uygulamayı yaparken aslında ne yaptığımızı bilmiyorsunuzdur. Searle buna dayanarak, makinelerin birtakım davranışları kopyalamasının ve uyumlu çıktılar üretebilmesinin onların akıllı olduğu anlamına gelemeyeceği görüşündedir (Searle, 1984, ss.28-41; Solum, 1992, ss.1236). Alan Turing de, 1950’de yayınlanan o meşhur makalesinde şu ifadeleri kullanmıştı:

“Makineler düşünebilir mi!” Bunun tartışmaya değmeyecek kadar anlamsız olduğuna inanıyorum. Fakat bu yüzyılın sonunda, kelimelerin kullanım şekli ve genel olarak eğitilmiş kesimin fikirleri öyle bir evrim geçirecek ki, işte o zaman makinelerin düşünebilmesinden bahsediyor olacağız.”(sy.442).

Bilgisayar biliminin kurucusu sayılan matematikçi Alan Turing, makinelerin düşünmesinin anlamsız oluşu fikrini uzmanlık alanlarına dayanarak belirtmiştir, fakat hemen sonra felsefe ve dilbiliminin alanına giren başka bir iddiada bulunmuş, insanoğlunun kelimeleri kullanma şeklinin büyük bir değişime uğrayacağından bahsetmiştir. MIT’de 60 yıl görev yapan dilbilimci Profesör Noam Chomsky ise bu ikinci iddiaya itiraz etmektedir:

“Böyle bir şey gerçekleşmedi ve öngörülebilir bir gelecekte gerçekleşeceğini de hiç sanmıyorum. O her ne düşünüyorsa, biz doğaya dair bu tür bir sezgi kazanamadık.” (Chomsky, 2013, 11:11-11:37)

Bouzenita (2018), insan zekası ve yapay zekayı karşılaştırmak için üst düzey bir turnusol testi olmadığı, vicdanlı hiçbir bilim insanının beyin veya zekanın nasıl çalıştığını bildiğini iddia edemeyeceği, ayrıca düşünme sürecinin tamamını beyne atfetmenin çok indirgemeci olabileceği görüşündedir. *“Sıfır ve bir*

¹ Kaliforniya Üniversitesi, Berkeley’de görev yapan profesör. Amerikalı felsefeci. 1980’de yayınladığı Çin Odası Argümanı, yakın felsefe tarihinin en bilinen argümanlarından. Daha geniş bilgi için bkz: “The Chinese Room Argument”, Stanford Encyclopedia of Philosophy Web Sitesi, (son erişim 22 Nisan 2021), <https://plato.stanford.edu/entries/chinese-room/>

dizilerinden ibaret olan algoritmaların insan düşüncesinin karmaşık sürecini yaklaşık olarak bile tahmin edemeyeceğini” belirtmektedir (sy.211).

Bazı gelecekbilimciler tarafından, yeryüzünü insanoğluluyla paylaşacak zeki yaratıklardan oluşan *Machina Sapiens* türünün doğacağı (Türk Ceza Hukuku Derneği, 2019, 6:04; Değirmenci, ss.9), yapay zekanın 2029 yılı itibariyle insan zekasına ulaşıp 2045 yılı itibariyle de insan zekasını çoktan geride bırakmış olacağı iddia edilmektedir (ABC News Australia, 2011, 1:03-5:00) . Hatta makinelerin bilinç kazanarak tekillğe (singularity)² ulaşacakları iddiası da günümüzde oldukça popülerdir. Fakat Noam Chomsky(2013)’nin bir röportajında dediği gibi:

“Teknolojik Tekillik (Singularity) fikri, bilim kurgudan ibarettir. Buna inanmak için hiçbir geçerli neden göremiyorum. Ama oyun oynamak istiyorsanız, sorun değil (19:09-19:26).

Tüm bu bilgiler ışığında, makinelerin düşünebildiği ve ileride insanoğlunu geçeceği iddiası, sanılanın aksine, ispatı hiç de kolay olmayan bir meseledir.

Pratikte insan zekasını ve yapay zekayı karşılaştıracak olursak ise; şayet yapay zekâya verilen görevler dar ve özelleşmiş olursa, yapay zekâ bununla rahatça baş edebilir. Yapay zekâ modellerinin sorumluluk alanlarının dışında kalan veya üzerinde eğitim aldıkları verilerden farklı olan bir örnekle karşılaştıkları anda son derece mantıksız ve olağanüstü şekilde başarısız oldukları birçok örnekte kanıtlanmıştır. Yapay zekânın etki alanı ne kadar geniş olursa, uzmanlaşabilmesi için o kadar fazla veriye ihtiyacı vardır. Eğitildiği verilerin kapsamına girmeyen ve yapay zekânın başarısız olmasına neden olacak uç durum ve senaryolar ise her zaman olacaktır. Örneğin yapay zekâ uygulamalarının en kapsamlı hallerinden biri sayılan sürücüsüz otomobiller, bir insanın uzman bir sürücü olması için ihtiyaç duyduğundan çok daha fazla, on milyonlarca kilometre yol kat etmelerine rağmen, hala daha tam otonom olabilmiş değildirler (Dickson, There’s a huge difference between AI and human intelligence—so let’s stop comparing them, 2018, para.15). Yine, bir insan yavrusu, çok küçük yaşta nesnelere kullanmayı öğrenir. Bir yapay zekânın, aynı görevi öğrenmesi ise, yüzlerce yıllık eğitim gerektirmektedir (Knight, 2021, para.1).

İnsanlar ise, bilgisayarların aksine bilgi depolama ve işleme konusunda çok kötüdür. İnsan hafızasını silmek çok zordur. Ne kadar denenirse denensin, kötü anılar kolay kolay unutulmaz. Oysa bu, bilgisayarlar için, bir dosyayı silmek kadar kolaydır. Ancak insanlar içgüdü, sağduyu ve kıt bilgiye dayalı olarak verilmesi gereken soyut kararlarda oldukça iyidirler.

² Singularity ya da diğer ismiyle, Teknolojik Tekillik. Yapay zekalı varlıkların gelecekte bir zamanda, insan zekasının çok üstüne çıkarak, hem uygarlıkları hem de insan doğasını radikal bir değişime uğratacağını ifade eden bir hipotez.

Singularity’nin son derece dramatik değişimlere sebep olacağı, günümüzdeki insani faaliyetleri sona erdireceği iddiası bulunmaktadır. *“Ekonomi, hükümet, hukuk, devlet gibi tüm kurumların mevcut haliyle kalamayacağını; insan olma, yaşam, bilinç, toplumsal düzen gibi kavramların kökten değişeceğini”* savunur. Daha geniş bilgi için bkz: Shanahan, M. (2015). *The Technological Singularity*. The MIT Press.

Görüldüğü gibi, aslında yapay zekâ ve insan zekâsını karşılaştırmak yanıltıcıdır, çünkü işlevleri bazen örtüşse de, amaçladıkları tamamen farklı şeylerdir. Yapay zekâ (AI), sınırları açıkça tanımlanmış, verilerle temsil edilebilen ve tekrarlayan görevlerde iyidir. Kısıtlı bilgi kullanımı ve sezgiye dayalı karar verme gerektiren geniş görevlerde ise kötüdür. Buna karşılık, insan zekâsı sağduyuya ve soyut kararlara ihtiyaç duyulan ortamlar için iyidir. Anlık yoğun hesaplama ve veri işleme gerektiren görevlerde ise kötüdür (Dickson, There's a huge difference between AI and human intelligence—so let's stop comparing them, 2018, para.24-25).

II. YAPAY ZEKÂNIN BAZI KULLANIM ALANLARI

Günümüzde yapay zekâ kullanılan alanlar, birçoğumuzun tahmininin ötesindedir. Bu gelişmiş teknoloji pek çok farklı alana uygulanabilmektedir.

Yapay zekâ, hastalardaki ilaç dozajının ayarlanması, değişik tedavilerin belirlenmesi konularında, ameliyathanelerde cerrahi birtakım metotlarda kullanılabilir. Finans endüstrisindeki olağan dışı banka kartı kullanım hareketlerinin saptanması ve yüksek hesap mevduatları gibi bankacılık ve finans faaliyetlerinin saptanması da yapay zekânın kullanım alanları arasında sayılmaktadır. AI (Yapay Zekâ) uygulamaları, ticareti kolaylaştırmak için de kullanılmaktadır. Ticaretteki kullanımı ise, menkul kıymetlerin arz, talep ve ücretlendirilmesinin tahmin edilmesini kolaylaştırmak amacıyla yapılmaktadır (Frankenfield, 2021, para.9-10). Yapay zekâ, akıllı telefonlarda kişisel asistan olarak, sosyal medyada ve video oyunları, e-ticaret gibi daha pek çok alanda kullanılmaktadır (Biswal, 2021, para. 5,6,13,14,16).

Kuşkusuz, yapay zekânın kullanım alanları bunlarla sınırlı değildir. Yapay zekâ, günlük hayatımızda hiç düşünmediğimiz kadar bizimledir. Arama motoruna bir arama terimi yazmaya başladığımızda aralarından seçim yapabileceğimiz önerilerin otomatik olarak oluşturulması, satın alma alışkanlıklarımızı takip eden e-ticaret sitelerinin bize yaptığı ürün önerileri, haritalar ve yol tariflerini içeren navigasyon hizmetleri gibi örneklerde yapay zekâ yoğun şekilde kullanılmaktadır. Yapay zekânın bu gibi durumlarda yanılması sonucunda uğrayabileceğimiz olası hasar nispeten sınırlıdır. Fakat yapay zekânın doğrudan insan hayatını ilgilendiren kritik işlerde de kullanımı oldukça yaygındır. New York Times'ın haberine göre; yakın zamanda pilotlarla bir anket yapılmış ve “Boeing 777”leri kullanan pilotların tipik bir uçuş için yalnızca yedi dakika uçaklarını manuel kullandıkları belirtilmiştir. “Airbus” uçaklarını kullanan pilotlarsa bundan daha düşük bir zaman diliminde manuel uçak sürmektedirler (Markoff, 2015). Yalnızca bu örnek bile, farkında olmadan yapay zekânın ne kadar hayatımızın içinde olduğu ve güvenimizi kazandığının anlaşılması bakımından çarpıcıdır.

Yapay zekâ kullanılan ürünlerin başka misalleri açısından, satranç oynayan bilgisayarlar ve otonom arabalar da sayılabilir. Bu makinelerin her biri, yaptıkları bütün eylemlerin sonuçlarını hesaplamalıdır, zira gerçekleştirdikleri her bir eylem, kesin sonuçları etkileyecektir. Satranç gibi oyunlarda kesin sonuç,

oyunu kazanabilmektir. Sürücüsüz otomobiller için ise, bilgisayar sistemleri tüm dışsal verileri hesaplamalı ve olası bir çarpışmayı önlemeye yönelik davranabilmelidir (Biswal, 2021, para.14).

III. YAPAY ZEKÂNIN NEDEN OLDUĞU KONUSU SUÇ TEŞKİL EDEN BAZI VAKALAR

1979'da Michigan'da bulunan Ford Motor'un döküm tesislerinden birinde robot bir kol kullanılıyordu. Bu robot kol, yüksek yoğunluklu depolama raflarından dökümleri almak için tasarlanmıştı. Robot, hatalı envanter okumaları vermeye başlayınca, tesiste çalışan işçi Robert Williams'tan parçaları manuel olarak alması, bunun için raflara tırmanması istendi. Robert bu işi yaparken, robot kol da kendi işine devam ediyordu. Fakat robot kol bir süre sonra, Robert'e yaklaşarak kafasına vurdu. Robert Williams o anda öldü. Robot ise çalışmaya devam etmişti. Meslektaşları Robert'in cansız bedenini ancak yarım saat sonra bulabilmişti. Böylelikle, Robert Williams, tarihte bir robot tarafından öldürülen ilk insan olmuştu. Olayda işçiyi koruyacak bir önlem alınmış değildi. Robot kol yaklaştığında haber veren bir alarm sistemi yoktu. Mezkur yapay zekâ, böyle bir ölümü önlemek için yeterince kompleks değildi. Michigan'da davaya bakan bir jüri, bu tarz sonuçları önleyebilmek adına robotun yeterince iyi tasarlanmadığına, gereken özenin gösterilmediğine hükmetti. Fabrika işçisinin ailesine, üretici firma tarafından 10 milyon dolarlık bir tazminat ödenmesi kararlaştırıldı (Around the Nation; Jury Awards \$10 Million In Killing by Robot , 1983, para.3).

Yine bir robotun sebep olduğu bir sonraki ölüm vakası, iki yıl kadar sonra Japonya'da yaşandı. Fabrikadaki robot kol, çalışan işçilerden birini algılayamadı ve ölümüne sebep oldu.

İlerleyen yıllarda robotikçiler, bilgisayar bilimciler ve yapay zekâ uzmanları, robotların insanlara zarar vermeden nasıl güvenli bir şekilde etkileşime girebileceği sorunuyla mücadele etmeye girişmişlerdir (Young, para.6).

Bu noktada, yapay zekânın otonomluk derecesi gündeme gelmektedir. Günümüz uygulamasında buna en iyi örnek olarak, sürücüsüz araçlar verilebilir. Kabaca sürücüsüz araçlar, tam otonom ve yarı otonom şeklinde ikiye ayrılır. Amerikan Otomotiv Mühendisleri Birliği (SAE International) ise, arabaları altı sınıfa ayırmaktadır:

- ✓ Otomasyonun hiç bulunmadığı sürücünün yalnızca insan olduğu **sıfırıncı seviye** (otomasyon yok) ;
- ✓ İnsan sürücüye eşlik eden aracın hızlanıp yavaşlaması ya da direksiyon kontrolü gibi birtakım sürüş desteklerinin bulunmasıyla beraber, bütün sorumluluğun sürücüye verildiği **birinci seviye** (asistan seviyesi) ;
- ✓ Hem direksiyon kontrolü hem de aracın hızlanıp yavaşlamasını sağlayan sürüş desteklerinin sayısının çoğalmasıyla beraber yine bütün sorumluluğun sürücüye verildiği **ikinci seviye** (kısmi otomasyon) ;

- ✓ Dinamik sürüş görevini yerine getirecek şekilde otomatik sürüş desteği sağlamakla beraber, uyarı halinde insan sürücünün müdahil olmasını gerektiren şartlı otomasyon sağlayan **üçüncü seviye** (yüksek otomasyon) ;
- ✓ İnsan sürücünün müdahalesi için uyarı verildiği ve insan sürücünün cevap vermediği hallerde dahi her açıdan dinamik sürüş görevinin tek başına yerine getirilmesini sağlayan **dördüncü seviye** (tam otomasyon) ;
- ✓ Tüm çevre ve yol koşullarında insan sürücüye ihtiyaç duymadan dinamik sürüş görevinin yerine getirilmesinin sağlandığı **beşinci seviye** (otomasyon sınıflandırılması yapılmamış) (Surface Vehicle Information Report, 2014)³.

Otonom araçlar için yapılan bu sınıflandırma, doğabilecek sonuçlar bakımından ceza hukuku sorumluluklarının belirlenmesi noktasında yol gösterici niteliktedir. Mevcut Türk hukuk sisteminde otonom araçlar bakımından bu anlamda bir düzenleme bulunmamaktadır. Pekmez (2018)'e göre, bu tür araçlar için Karayolları Trafik Kanununda tanım ve seviyelerini kapsayacak şekilde bir düzenleme yapılması ve bu düzenlemede üçüncü ve dördüncü seviyedeki araçları kullananların Karayolları Trafik Kanunu bakımından *sürücü* sayılmaları ve beşinci seviyedeki araçları kullananların ise *sürücü hükmünde* sayılması gerekmektedir (ss.193).

Yapay zekâli varlıkların karıştığı kazalar arasında en son gündeme gelen Uber ve Tesla'nın sürücüsüz otomobillerinin yaptığı kazalardır. 2018 yılında Uber'in otonom sürüş modundayken çarptığı bisikletli kadın hayatını kaybetmişti. Açılan dava halen devam etmektedir fakat Uber'in cezai hiçbir sorumluluğunun bulunmadığına karar verildi. Uber'in neden cezai olarak sorumlu tutulmayacağı ise açıklanmadı. Uber bu konuda BBC'ye hemen bir cevap vermedi. (Uber 'not criminally liable' for self-driving death, 2019, para. 5, 11). Uber sürücüsünün duruşmasının ise 2021 Şubat ayında yapılacağı belirtildi (Uber's self-driving operator charged over fatal crash, 2020, para.15).

Tesla'nın Model S aracı ise, 2016 yılında otonom modda yol alırken bir römorka arkadan çarpmıştı. Sürücünün hayatını kaybettiği kazada, şirket resmi blogunda şu açıklamaya yer verdi:

“Sürücüler Otopilotu etkinleştirdiğinde, onay kutusu, Otopilotun "ellerinizi her zaman direksiyon simidinde tutmanızı gerektiren bir yardımcı özellik" olduğunu ve "aracınızın kontrolünü sağlamanız ve sorumluluğunu almanız gerektiğini" açıklar. Ek olarak, Otopilot her devreye girdiğinde, araç sürücüye “Ellerinizi her zaman direksiyonda tutun. Gerektiği zaman devralmaya hazır olun.” uyarısında bulunur.” (The Tesla Team, 2016, para.3).

Mart 2018'de de Tesla'nın Model X aracı beton bariyerlere çarptı. Apple'da yazılımcı olan sürücüsü hayatını kaybetti. ABD Ulusal Ulaşım Güvenliği Kurulu (NTSB) aracın o esnada yarı otonom

³ Daha detaylı bilgi ve söz konusu kategori tablosu için bkz: “Surface Vehicle Information Report, Ocak 2014, PDF Dosyası, https://www.sae.org/standards/content/j3016_201401/preview/

kullanıldığını söyledi (Tesla Autopilot crash driver was playing video game, 2020, para.2). Bu bilgiler ışığında Tesla araçlarının otonomluk seviyesinin SAE tarafından yapılan sınıflandırmada 2. seviyede olduğunu söyleyebiliriz (Dickson, Sorry, Elon: Fully Autonomous Tesla Vehicles Will Not Happen Anytime Soon, 2020, para.6).

Yapay zekâ bazı hallerde etik ikilemlerle de karşılaşabilmektedir. Otonom aracın kaza yapmasının kesin olduğu senaryolarda, kimin/kimlerin menfaatinin ihlal edileceği noktası insanlar için de kafa karıştırıcı olabilmektedir. Örneğin otonom aracın ölümcül bir kazaya karışmasının kesin olduğu bir senaryoda, direksiyonu kırması gerektiğinde, gençlerin olduğu tarafa mı, yaşlıların olduğu tarafa mı, yoksa içindeki sürücünün ölmesi pahasına bariyerin olduğu tarafa mı kırmalıdır? MIT bu senaryoları konu alan bir anket çalışması yürütmektedir. Amaçlarını ise “*bireylerin zorlu ahlaki dilemmalardaki yargılarını anlamak*” şeklinde açıklamaktadırlar (Moral Machine, 2021). Bu anketten sağladıkları tercihlerle, bölgesel ve dünya çapındaki konsensusu dikkate alarak yazılımlarını geliştirecek olmaları muhtemeldir. Dolayısıyla yapay zekâlı varlıkların karşılaşabileceği bu etik dilemmalarda, yapacağı değerlendirmeyi yazılımcı önceden verdiği karara göre ayarlamaktadır (Feridun Yenisey Hukuk İhtisas Seminerleri, 2020, 12:44-13:51; 17:50).

Konuya farklı bir açıdan bakmak gerekirse de, farklı kültürdeki insanların değer yargıları farklı olduğu için, makine öğrenmesiyle sağlanan veriler de datanın alındığı kültür çevresinde yararlı olacak, bambaşka bir ortama geçirilmek istediğinde bu yapay zekâ adapte olamayacaktır.

Yapay zekâyâ dair ceza hukuku bağlamında özel yasal düzenlemeler yapılmamıştır. Amerika'nın Nevada Eyaleti bunun istisnasıdır. Eyalette, kusur boyutuna göre yazılımcı/operatörün sorumluluğuna gidilecek şekilde bir ceza hukuku normu düzenlenmiştir (CHAPTER 482A - AUTONOMOUS VEHICLES). Uygulaması ise henüz gerçekleşmemiştir. Esasen, yapay zekânın sebep olacağı vakalarda sorumluluğun kime ait olduğundan ve varsa verilmesi gereken cezadan bahsedebilmek için öncelikle tartışılması gereken konu, yapay zekânın hukuki bir statü kazanıp kazanamayacağıdır.

IV. YAPAY ZEKÂNIN HUKUKİ STATÜSÜ

Hukuki açıdan bir sorumluluktan bahsedebilmek için ilk önce hak sahibi olmak gerekmektedir. Hak ve borca ehil olabilmek için ise kişilik sahibi olmak şarttır, çünkü yalnızca kişiler hak sahibi olabilmektedir. “*Hak ehliyetine sahip olmakla kişi (şahıs) sayılmak aynı anlama gelir. Bu iki kavramı birbirinden ayırmak imkânsızdır* (Ayan & Ayan, 2016, ss.50). Bu yüzden *kişi* kavramı hukuk biliminin en önemli kavramlarından sayılmaktadır (Ayan & Ayan, 2016, ss.29).

Kişi (şahıs) denildiğinde akla ilk önce insanlar gelir. Fakat hukuk düzeni, *belirli şartlar altında*, bazı insan ve mal topluluklarına da kişilik vermiştir. İnsanlar fiziki varlıkları olduğu için gerçek kişilerdir. İnsan ve mal topluluklarından oluşan tüzel kişilerin ise gerçek hayatta fiziki bir varlıkları

bulunmamaktadır. Bunlar için eski Medeni Kanun'da *hükmi şahıs* tabiri kullanılmıştır. Doktrin ve uygulamada ise yaygın şekilde tüzel kişi tabiri tercih edilmiştir.

Yapay zekâlı ürünler ile etkileşimimizin giderek artması ve yapay zekânın, insanların özel hayatlarının gizliliğini, şeref ve haysiyet gibi kişilik haklarını tehdit etme potansiyeli ve maddi/manevi zararlara da sebep olabileceği (Akkurt, 2019, ss.43), hatta insanların hayatını, beden bütünlüğünü tehdit edebileceği gerçeği, hukukçuları yapay zekânın hukuki statüsünü tartışmaya itmiştir.

Yapay zekânın hukuki statüsü hakkında doktrinde rastlanan başlıca görüşleri özetlemek gerekirse bunlar; “eşya”, “köle”, “tüzel kişi” ve “elektronik kişi” statüleridir (Akkurt, 2019, ss.44).

A. Eşya ve Köle Statüsü

Bu görüşe göre, yapay zekânın bir hak süjesi değil, sadece kişilerin mülkiyet kurabileceği nesnelere oldukları kabul edilmektedir. (Alexandre, 2017). Bu görüşe göre, yapay zekânın otonomluğu dolayısıyla meydana çıkabilecek zararlar, yapay zekâyâ özel bir hukuki statü tanınarak giderilmek mecburiyetinde değildir (Kılıçarslan, 2019, ss.378). Böyle durumlarda ancak, yapay zekâyı sevk ve idare eden kişilerin hak ve sorumlulukları olabilir. Doktrinde bu görüşü savunan yazarlardan bazılarının gerekçesi şu şekildedir:

“Kanımızca yapay zekâyla işleyen robotik sistemleri hukuken, hak ve borç sahibi olabilen kişi olarak kabul etmemek gerekir. İnsan olmayan varlıklara tüzel kişilik tanınmış olması, robotların da kişi olarak kabul edilmesinin gerekçesi olmamalıdır. Çünkü tüzel kişiler çeşitli saiklerle her ne kadar bağımsız birer kişi olarak kabul edilseler de, insan iradesine muhtaçtırlar, insan iradesi olmadan kurulamaz, karar alamaz ve uygulayamazlar. Tüzel kişiler bu anlamda; kuruluş, işleyiş ve sona erme aşamalarında şeffaf ve kontrole açıktırlar. Ancak yapay zekâyla çalışan robotların eğer insan gibi ve hatta daha fazla zekâyâ sahip olarak çalıştıklarını kabul edersek, varlıklarını elde ettikten sonra bağımsız karar alma ve uygulaması söz konusu olabilecektir. Bu davranış modeli insani bir simülasyon olsa da, onları insan gibi hak sahibi kabul etmek öngörülemeyen riskleri de beraberinde getirebilecektir. Satan, imal eden vb. kişilerin dışında sorumluluk için robotik sistemleri e-kişi olarak kabul etmek, sorumluluğun karşılığı olarak hak sahipliğini, özellikle mal varlığına ilişkin hakların da tanınması sonucunu doğuracaktır.” (Zeytin & Gençay, 2019, ss.47)

Yukarıda zikredilen sebepler kanaatimizce de çok haklı gerekçelerdir. Fakat bu gerekçede katılmadığımız husus, yapay zekânın insan zekâsını aşması ihtimali üzerinden değerlendirme yapılmış olmasıdır. En baştan belirtmek gerekir ki, robot zekâsı ile insan zekâsının karşılaştırılması, salt IQ bazlı bir karşılaştırmayı gerekli kılmaktadır. Oysa insan zekâsının IQ'dan ibaret olmadığı, ehil çevrelerce kabul edilen bir olgu durumuna gelmiştir. Robotların duygularının dahi olmadığını düşünenecek olursak, bir robotun bütüncül bir şekilde insan zekâsını geçmesinden bahsetmek, gerçeği yansıtmayacaktır.

Yapay zekânın kişi olamayacağını savunan diğer bir görüş, kölelik görüşüdür. Bu görüşe göre, yapay zekâ bir eşyadır fakat alelade bir eşya değildir. Nitekim Roma’da hürriyet durumlarına göre insanlar hür ve köle olarak ikiye ayrılırdı. Hak ehliyetine sahip olabilmek için ilk şart köle olmamaktı (Akıncı, 2016, ss.161). Roma Hukuku’nda köleler kişi sayılmazdı. Hakkın süjesi değil, objesi kabul edilmekteydiler. Kısaca, efendilerinin mülkündeki bir mal mesabesindeydiler. Efendi kölesiyle ilgili maddi tasarrufta bulunabiliyordu. Kölesini dilediği işlerde çalıştırabiliyor, suç işlerse cezalandırıyor, hatta kölesini öldürebiliyordu. İşte efendinin bu mutlak hâkimiyetine “*domenica potestas*” deniyordu (Akıncı, 2016, ss.165).

Bu görüş, aslında eşya statüsünden farklı olmadığı ve politik olarak da sıkıntılı bir dil içerdiği için eleştirilmektedir (Akkurt, 2019, ss.45).

B. Tüzel Kişilik Statüsü

Bu görüş, otonom özellikleri bulunan yapay zekâları basit birer makine olarak adlandırmayı, (Kılıçarslan, 2019, ss. 378) dolayısıyla eşya/köle görüşünü reddeder ve yapay zekânın kişi olabileceğini, ancak “*epistemolojik ve ontolojik nedenlerle*” gerçek kişi anlamıyla değil, tüzel kişi mahiyetinde ele alınması gerektiğini savunur.

Tüzel kişiler, insan olmamalarına rağmen kişi statüsünde değerlendirilirler. Fakat bunlar, “*belirli bir amaca özgülenmiş kişi ya da mal toplulukları*”dır. Tüzel kişilerin sahip olduğu haklar, gerçek kişiler kadar geniş değildir. Hak ehliyetlerine bazı sınırlamalar getirilmiştir. “*Tüzel kişinin hak ehliyeti amacıyla sınırlıdır.*” Topluluk hakları olarak isimlendirilen yalnızca tüzel kişilere mahsus birtakım haklar mevcuttur (Ayan & Ayan, 2016, ss.206). Buna rağmen, “*Tüzel kişilerin (...) zamanla aşırı güç kazanma, insanları tembelleğe sevk etme, özgürlükleri belirli bir ölçüde de olsa yok etme, siyasal karışıklıklara sebep olma gibi sakıncalarının*” (Ayan & Ayan, 2016, ss.201) gözlenebileceğinden bahsedilmektedir.

Yapay zekânın tüzel kişiliği olması gerektiğini savunanlar, yapay zekâ ile onu üreten ve yöneten kişiler arasında, dernekler ile yönetim kurulunu andıran bir ilişki olduğunu dile getirmektedir. TMK m.56 derneği tanımlarken, “*kazanç paylaşma dışında belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarıdır*” ifadesini kullanmaktadır. Bu tarife göre, yapay zekâyı üreten ve onu yöneten kimselerle yapay zekânın ortak bir amaç taşıdığından bahsetmek, en azından teknik anlamıyla, mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla yapay zekâyı ve üreticilerini dernek ve dernek yönetim kurulu ile benzeştirmek uyumlu durmamaktadır. Ayrıca yapay zekâya kişilik verilmesi demek, otonom fiillerinden ötürü bizatihi yapay zekâyı sorumlu tutmak anlamına gelir ki bunun gerçekleşebilmesi için de yapay zekâyı ayrı bir malvarlığı tahsis edilmesi söz konusu olacaktır. Böyle bir durum ise, derneklerin “*kazanç paylaşma dışında amaç*” unsurunu kaldırabileceği gibi, yapay zekâları yalnızca dar bir kesimin ve belli bir gelir düzeyinin üstünde olan işletmelerin kullanmasına sebep olabilir (Akkurt, 2019, ss.45).

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu meselesini ele alacak olursak, bu konudaki tartışmalar hala devam etmektedir. İlk önce, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun olamayacağı gündeme geldi. Ancak ticari şirketlerin gittikçe artan etkisi bu konularda düzenleme yapılmasını gerekli kıldı. Ticari şirketlerin yol açtığı suçların artışından dolayı, Avrupa Konseyi bir Tavsiye Kararı (Council of Europe, 1990)⁴ yayınlamak zorunda kaldı. Bu kararın çıkma nedeni, toplulukların karmaşık yapısı içinde suçtan sorumlu gerçek kişilerin tespitinin güç olmasıdır (Altunc, 2019, ss.13). Bu karar sonrası Fransa, Belçika, Danimarka gibi bazı devletler iç hukuklarında düzenleme yapma ihtiyacı duymuş ve tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun olabileceğini benimsemişlerdir. Türkiye, İspanya, İtalya ve Almanya gibi devletler ise tüzel kişilerin ceza hukukunda fail olamayacağını savunmuşlardır. Zira tüzel kişiler, dış dünyada herhangi bir değişiklik meydana getirebilmek için daima bir gerçek kişiye ihtiyaç duymaktadırlar. Tüzel kişi hukuksal bir kurgudur. Bu yüzden fail olamamaktadır (Değirmenci, ss.10).

Şirketler kurulurken, en başından beri, kişisel sorumluluktan kaçınmanın bir yöntemi olarak düşünülmüşlerdir. Şirket ortakları kuruluşta belirledikleri bir miktarı riske atmayı kabul eder, bu miktardan fazlasını ise hiçbir şekilde kaybetmezler (Pop, 2006, ss.50-51). Fakat şirketler bir takım zararlara da yol açabilecek bağımsız tüzel kişilerdir. Tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun kısıtlı olması,⁵ faaliyetlerinden mağdur olanların ise her zaman bir hukuk davası açacak mali güçlerinin bulunmaması (Pop, 2006, ss.50-51) toplumdaki adalet duygusunu zedelemektedir. Üstelik şirketlerin mevcut hukuki ve idari sorumlulukları da yeterli değildir (Pop, 2006, ss.52).

C. Elektronik Kişilik Statüsü

“Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu” Ocak 2017’de bir tavsiye raporu yayınlamıştır (Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics Report, 2017)⁶. Parlamentoda, robotlarla ilgili sorumluluk meselesinin hali hazırdaki kanunlarla çözülüp çözülemeyeceği, yeni bir kategorinin oluşturulmasının gerekli olup olmadığı tartışılmıştır. Uzun vadede robotlara verilebilecek “elektronik kişilik” kavramı önerilmiştir⁷. Tüzel kişiliklere benzer bir model olarak, kendilerine ait özel sicil numaralarının belirlenmesi düşünülmüştür.

Raporda, mevcut yasal çerçeve kapsamında, robotların üçüncü şahıslara zarar veren eylemler veya ihmallerden tek başlarına sorumlu tutulamayacağı, robotun eylem veya ihmalinin sebebi olarak bunu

⁴ Mezkur karar için bkz: “Liability of enterprises for offences Recommendation, No. R (88) 18”, Council of Europe, (son erişim 22 Nisan 2021), <https://rm.coe.int/16804c5d71>

⁵ Haklarında “ceza yaptırımlarının değil, kanunda öngörülmiş güvenlik niteliğindeki yaptırımların” uygulanması söz konusudur. (TCK m.20/2)

⁶ Rapor metni için bkz: “Report with Recommendations to The Commission on Civil Law Rules on Robotics”, European Parliament Web Sitesi, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html

⁷ Orijinal metin, “(...) creating a specific legal status for robots in the long run, so that at least the most sophisticated autonomous robots could be established as having the status of electronic persons responsible for making good any damage they may cause, and possibly applying electronic personality to cases where robots make autonomous decisions or otherwise interact with third parties independently; (...)” şeklindedir.

öngörüp engelleyebileceği halde yapmayan imalatçı, operatör, ürün sahibi veya kullanıcı gibi bir insan temsilcinin mevcut sorumluluk hükümlerine göre sorumlu tutulacağı vurgulanmıştır. Buna ek olarak, kusursuz sorumluluk (*strict liability*) hükümlerine göre sorumlu tutulabilecekleri de raporda yerini almıştır⁸. Fakat robotun otonom kararlar aldığı senaryolarda geleneksel kuralların yeterli gelmeyeceği de vurgulanmaktadır⁹. Mevcut yasal çerçevenin, yeni nesil robotların neden olabilecekleri hasarları karşılamak için yeterli olmayacağından, belirli bir derecede öğrenme yetenekleri ile donatılabildikleri sürece robotların davranışlarında öngörülemezlik olacağından, zira robotların kendi değişken deneyimlerinden öğreneceği ve çevreleriyle benzersiz ve öngörülemeyen bir şekilde etkileşime girdikleri için özerk bir yapıları olabileceğinden bahsedilmektedir¹⁰. Raporda özel bir statü olarak elektronik kişiliğin önerilmesinin sebebi budur. Raporda yine kurulacak özel bir fondan bahsedilmiş ve yapay zekânın verebileceği zararlar için hükmolunacak tazminatın bu fondan karşılanacağı öngörülmüştür. Bu fona katkı sunmaları halinde üretici, programcı, ürün sahibi ve kullanıcının sınırlı sorumluluktan (*limited liability*) yararlanmalarına izin verilmesi ön görülmektedir¹¹.

Mezkûr kişilik tanımı için yapılan öneri ve çalışmalar dikkate alınınca, tüzel kişilere yakın bir statüde oldukları, hak ve sorumluluklarda benzer nitelikte oldukları görülmektedir (Aksoy, 2021, ss.16). Dolayısıyla tüzel kişiliklerin sorumlulukları noktasındaki belirsizliklerin ve tüzel kişilerin sebep olduğu zararların karşılanmasında – mevzuat yetersizliği de dâhil olmak üzere – gerçek kişilerin mağduriyetlerine yol açabilen uygulamaların, elektronik kişilik modeli için de geçerli olacağı kuşkusuzdur.

Doktrinde, bahsi geçen bu türlerden hariç olarak, “yapay insan (Aksoy, 2021, ss.16) insan olmayan kişi (Kılıçarslan, 2019, ss.378), yapay vekil, cenin (Aydemir, 2018, ss.50)” gibi başka statülerin de tartışıldığı görülmektedir.

⁸ Orijinal metin, “(...) *whereas under the current legal framework robots cannot be held liable per se for acts or omissions that cause damage to third parties; whereas the existing rules on liability cover cases where the cause of the robot’s act or omission can be traced back to a specific human agent such as the manufacturer, the operator, the owner or the user and where that agent could have foreseen and avoided the robot’s harmful behaviour; whereas, in addition, manufacturers, operators, owners or users could be held strictly liable for acts or omissions of a robot; (...)*” şeklindedir.

⁹ Orijinal metin, “(...) *whereas in the scenario where a robot can take autonomous decisions, the traditional rules will not suffice to give rise to legal liability for damage caused by a robot, since they would not make it possible to identify the party responsible for providing compensation and to require that party to make good the damage it has caused; (...)*” şeklindedir.

¹⁰ Orijinal metin, “(...) *whereas, notwithstanding the scope of the Directive 85/374/EEC, the current legal framework would not be sufficient to cover the damage caused by the new generation of robots, insofar as they can be equipped with adaptive and learning abilities entailing a certain degree of unpredictability in their behaviour, since those robots would autonomously learn from their own variable experience and interact with their environment in a unique and unforeseeable manner; (...)*” şeklindedir.

¹¹ Orijinal metin, “(...) *allowing the manufacturer, the programmer, the owner or the user to benefit from limited liability if they contribute to a compensation fund, as well as if they jointly take out insurance to guarantee compensation where damage is caused by a robot; (...)*” şeklindedir.

V. YAPAY ZEKÂNIN CEZAİ SORUMLULUĞUNA DAİR GÖRÜŞLER

Sorumluluk kavramı daha çok özel hukuka özgü bir kavramdır. Özel hukukta, haksız fiil sorumluluğu, tazminat sorumluluğu gibi yerleşmiş kavramlar kullanılmaktadır. Ceza hukukunda sorumluluktan bahsettiğimiz zaman, aslında neticenin faile isnat edilebilmesinden bahsetmiş oluruz. Dolayısıyla yapay zekâlı sistemlerin hareketlerinin ceza hukuku bağlamında fiil sayılıp sayılmayacağını belirleyebilmek adına, bu sistemlerin suç faili olarak görülüp görülemeyeceği konusunu aydınlatmak gerekmektedir (Pekmez, 2018, ss.182) .

Neticenin faile isnat edilebilirliği hususunda doktrinde çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Bunların başlıca türleri, “doğrudan sorumluluk”, “araç olarak kullanılma/dolaylık faillik”, “taksirle sorumluluk”, “hayvan sahibinin sorumluluğu” görüşleridir.

A. Doğrudan Sorumluluk

Bu sorumluluk türüne göre, konusu suç oluşturan fiillerden dolayı yapay zekâlı varlığın bizatihi kendisinin sorumlu tutulması gündeme gelmektedir. Bir yapay zekânın bizzat kendisini otonom fiillerinden dolayı sorumlu tutabilmek için hukuki olarak onu bir *kişi* olarak tanımak gerekecektir (Akkurt, 2019, ss.44). Hukukumuzda ve yabancı devletlerin hukuklarında¹² yapay zekâyâ bu şekilde bir statü verilmiş değildir.

Yapay zekâyâ verilecek bir kişilik hakkı, onu yargılayabilme sonucunu getirdiği kadar, kendisine diğer birçok hakkın tanınması gerekliliğini de beraberinde getirmektedir. Zira hukukta nimet külfet dengesi benimsenmiştir.¹³

Bu görüşü doğru bir düzlemde tartışabilmek adına, ceza hukukumuzun temel unsurlarını kısaca ele almak gerekmektedir. Ceza hukukuna göre: “Hareket olmadan suç olmaz.” (Akbulut, 2020, ss.114). Suçun maddi unsurlarından sayılan hareket yeteneğine ancak gerçek kişiler sahiptir. Ancak irade sahibi olan gerçek kişiler hareketi gerçekleştirebilir. Tüzel kişi ve derneklerin doğal anlamda bir iradesi olmadığından, bunların hareket yetenekleri olduğundan bahsedilemez (Akbulut, 2020, ss.117). Fakat ceza hukukunda tüzel kişiler için birtakım güvenlik tedbirleri ön görülmektedir. Öngörülen bu güvenlik tedbirleri ise tüzel kişiliğin cezalandırılması anlamı taşımamaktadır. Zira ceza hukukunda “kusursuz ceza olmaz” prensibi geçerlidir. Kusurun var olmadığı hallerde ceza verilememekte, ancak güvenlik tedbirlerinin uygulanması mümkün olmaktadır (Akbulut, 2020, ss.218). Güvenlik tedbirlerinin iki ana

¹² Suudi Arabistan tarafından robot Sophia'ya 2017 yılında vatandaşlık verilmesi günümüz hukuku açısından bir istisna niteliğindedir. Nitekim Ünsal (2019)'a göre bu resmi bir vatandaşlık da değildir. Sophia'nın, adeta bir medya ikonu haline getirilmesine karşın, GitHub'daki açık kaynak kodlarına bakıldığında, akıllı bir makine yerine bir “chatbot”dan ibaret olduğu anlaşılmaktadır(ss.68).

¹³ AYM, 01.03.2017 tarihli E.2017/34, K.2017/24 sayılı kararında: “Hukuk sistemi kendi içerisinde elbette ki nimet-külfet muvazenesine uygun olarak düzenleme ihdas eder. İtiraza konu idari işlem açısından bu husus somutlaştırılacak olur ise kanun koyucu demek kurma hakkı ve bu bağlamda derneğin taşınmaz edinme hakkını hukuk düzeni içerisinde tammiş ve bu hususta taşınmaz edinme nimetine mukabil bildirim külfeti ihdas etmiş ve bildirim yapılmaması durumunda külfetin gereğini yapmayan demek için idari para cezası takdir etmiştir.” ifadelerine yer verilmiştir. Karar metni için bkz: https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2017-24.pdf

amacı olduğu söylenebilir. Bunlardan biri suçluyu ıslah etmek, diğeri yeniden suç işlenmesini önleyerek toplumu korumaktır (Doğan, para.2). Tüzel kişiler fail olmadıklarına göre, bunlar hakkında verilen güvenlik tedbiri, ancak tehlikelilik hallerinin yaptırıma tabi tutulması dolayısıyla toplumun korunması olmalıdır.

Yine, bayılarak yere düşen birinin o esnada bir eşyaya zarar vermesi örneğinde, bir hareketten bahsedilemez. İnsan vücudunun “mekanik bir kütle” gibi hareket ettiği, “ruh ve zihnin herhangi bir şekilde katkısının bulunmadığı” durumlarda hareketten söz edilemeyecektir (Akbulut, 2020, ss.118).

Bu noktada yapay zekânın bir ruh ve bilince sahip olmadığı açıktır. Yapay zekânın yakın gelecekte insanlıktan daha zeki olacağını öne süren birtakım yazarlar, insan zekâsının yalnızca analitik ve mantıksal yönünü dikkate alıyor olmalıdır. Fakat insan, hem zekâsı itibarıyla, hem de sezgi ve ruhsal boyutuyla bundan çok daha fazlasıdır. Yapay zekânın veri işleme, bu verilerden doğru çıkarımlar yapma gibi konularda hız ve kapasite itibarıyla insanı çoktan geçtiği bilinen bir gerçektir. Bu teknoloji harikası makineleri nihayetinde yine insanlar icat etmektedir. Nitekim “En gelişmiş yapay zekâ dahi, yazılımcısı kadar zekidir.” (Feridun Yenisey Hukuk İhtisas Seminerleri, Aralık 2020, 6:40) Fakat bir makine zekâsı, Çin Odası düşünce deneyinde de bahsedildiği gibi, insan zekâsının bir simülasyonundan fazlası değildir. Bize zekice gelen davranışlarının kaynağı, sahip olduğu gerçek bir zekâ değil, bilakis ona zekâ taşıdığı izlenimi kazandıracak şekilde programlayan gerçek zekâyâ sahip olan bir insandır.

Bütün bu açıklamalar bir yana konulacak olsa bile, insan olmayan bir varlığı cezalandırmaya başlamak, 14.yy Ortaçağ Avrupa’sına geri dönmek demektir (Feridun Yenisey Hukuk İhtisas Seminerleri, Nisan 2020, 52:40). Örneğin, Ortaçağda bazı kümes hayvanları mitolojik öğelerle ilişkilendirilip cezalandırılmaktaydı (Feridun Yenisey Hukuk İhtisas Seminerleri, Aralık 2020, 9:29).

Hayvanları yargılama fikri bu denli ilkel iken, canı dahi olmayan makinelerin yargılanması fikrine nasıl sıcak bakılabilir? Doğrusu, günümüz ceza hukukunda da yalnızca gerçek kişilerin cezalandırılması prensibi benimsenmiştir. Yani, suçun faili yalnızca insan olabilmektedir.

B. Araç Olarak Kullanılma ve Dolaylı Faillik

Yapay zekâyâ sahip makineler ceza hukukunda fail olarak kabul edilmemekle beraber, suç işlenmesi için araç olarak kullanılabilirler. Yapay zekâ bu saikle kullanılırsa cezai sorumluluk gündeme gelecektir (Aksoy, 2021, ss.20). Askeri alanda doğrudan silah amacıyla kullanılan yapay zekâların varlığı bilinmektedir. Bunun yanında, silah amacıyla üretilmese de bu amaçla kullanılması halinde TCK m.6/1-f’de geçen “Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile filen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler” tanımı gereği, silah sayılması mümkündür. Yapay zekâyı silah kategorisinde değerlendirmemiz neticesinde, bir araç olarak kabul edilmesi mümkündür. “Bomba yüklü

insansız hava aracına bilerek ve istenerek yanlış koordinatların girilerek insanların ölümüne sebebiyet verilmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir.” (Aksoy, 2021, ss.20).

Yapay zekâ teknolojisi kullanılarak işlenmesi günümüzde belki de en yaygın olanları, TCK dokuzuncu bölümde sayılan özel hayatın gizliliğine ilişkin suçlardır. İletişimin büyük bir kısmının sosyal medya uygulamaları kullanılarak yapıldığı günümüzde bu içerikleri paylaşmak suretiyle “*haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi*”; drone gibi sistemlerle kişinin konutunun gözetlenmesi, fotoğraflarının çekilmesi suretiyle “*özel hayatın gizliliğini ihlal*” suçları işlenebilmektedir. Bu durumlarda da fail yapay zekâyı suç için araç olarak kullanmaktadır.

Mezkûr suçlar için cezai sorumluluk, doğrudan bu fiilleri gerçekleştiren (programcı, kod yazarı, kullanıcı gibi) gerçek kişilere ait olmaktadır.

Yapay zekâyı suçta araç olarak kullanmanın başka bir yorumu ise, suç işlenirken akıl hastaları ve çocukların kullanılması örneğidir (Kadish, 1985, ss.370).¹⁴ Yapay zekâ bu anlamda, kusur yetenekleri olmayan insanlara benzetilmektedir. Bu insanlara suç işletildiğinde fail, suçu işleten kişidir (Hallevy, 2010, ss.179).

Fakat bu kez doğrudan değil, dolaylı faillik ortaya çıkacaktır. Yapay zekâ, bu görüşe göre, suçta araç olarak kullanılan bir insan gibidir. Yapay zekâyı suçta kullanan programcı veya kullanıcı gerçek kişi, bu görüşe göre, TCK m. 37/2¹⁵ gereği dolaylı fail sayılmaktadır (Altunc, 2019, ss.8).

C. Taksirle Sorumluluk

Yapay zekâlı varlığın programcısı veya kullanıcısı, onu suç işlemekte bir araç olarak kullanma kastında olmasa ve fakat bu yapay zekâlı varlık suça sebep olsa, bu durumda programcı veya kullanıcının taksir sorumluluğu gündeme gelecektir (Altunc, 2019, ss.9). Zira bu yazılımın arkasındaki gerçek kişiler, suç işlemeyi kast etmiş değillerdir, fakat gereken dikkat ve özeni göstermedikleri için istenmeyen bir sonuç doğmuştur. TCK m. 23/2’de geçen “*Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülemez olarak gerçekleştirilmesidir.*” tanımı gereği, bu durumda taksirli davranış söz konusu olacaktır. Dikkat ve özen yükümlülüğü; kanuna, sözleşmeye, norma dayanabilir. Özen yükümlülüğü genelde yüksek riskli faaliyetler bakımından gündeme gelir. Bünyesinde risk barındıran faaliyetlerle uğraşan kişilerin bu riski minimuma indirmesi gerekmektedir. Örneğin kanun, araçların trafiğe çıkmasına izin verir. Bunun için “*izin verilen risk*” deyimini kullanılır (Feridun Yenisey Hukuk İhtisas Seminerleri, Aralık 2020, 15:50). Kanun, izin verdiği bu riski asgari düzeye çekmek için de belirli kurallar öngörmüştür (2918 sayılı Karayolları Trafik

¹⁴ “Innocent Agency Doctrine” hakkında daha geniş bilgi için bkz: KADISH, Sanford H., Complicity, Cause and Blame: A Study in the Interpretation of Doctrine, California Law Review Dergisi, Cilt:73 Sayı:2 ,1985, s. 369-385.

¹⁵ “Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar arttırılır.”

Kanunu, 1983)¹⁶. Fakat söz konusu risklere nereye kadar izin verilecektir? İstenmeyen sonuçların meydana geleceğinin öngörüldüğü noktalarda, gereken tedbirler alınarak riskli faaliyetlere belli ölçüde devam edilebilir, fakat artık neticelerin öngörülemeyeceği bir noktaya gelindiğinde, söz konusu risklere izin vermeye son verilmelidir (Feridun Yenisey Hukuk İhtisas Seminerleri, Aralık 2020, 30:52).

Yapay zekâlı varlık, daha önce bahsi geçtiği üzere, bazen etik dilemmalarla karşı karşıya kalabilir. Böyle durumlarda yapay zekânın yapacağı tercih, yazılımcısı tarafından belirlenmiştir. Zira öncesinde, bir hukuksal değer kesin olarak ihlal edileceği programcı/yazılımcı tarafından öngörülmüş ve o anda yapay zekânın seçimini ne yönde yapacağı kodlanmış bulunmaktadır. Bu durumda, taksirin tanımında yer alan, “neticenin öngörülememesi” söz konusu değildir. Dolayısıyla böyle dilemmalarda yazılımcının taksirle değil, en azından *olası kast* ile hareket ettiğini söyleyebiliriz (Feridun Yenisey Hukuk İhtisas Seminerleri, Aralık 2020, 18:05).

Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, 2018 yılında yayınladığı “*Yapay Zekâyı Kutudan Çıkarmak: İnsan Haklarını Korumak için 10 Adım*” isimli tavsiye raporunda şu ifadeler yer vermiştir:

“Yapay zekâ sistemlerinin, makine öğrenimi ya da benzer teknikler sayesinde insan müdahalesinden bağımsız karar alabildiği durumlarda dahi, her zaman insan kontrolü altında kalmalıdır. Üye devletler, yapay zekâ sistemlerinin çeşitli fazlara geçebildiği bu döngüde, ortaya çıkabilecek insan hakları ihlallerini önlemek için, sorumluluk sınırlarını net bir şekilde belirlemelidir. Yapay zekâ sistemleri, geliştirilirken, konuşlandırılırken ya da kullanılırken meydana gelebilecek insan hakları ihlallerinde sorumluluk ve mesuliyet, operatör veya sorumlu amirin doğrudan talimat vermediği durumlarda bile, her zaman gerçek veya tüzel kişilere ait olmalıdır.” (Commissioner for Human Rights, 2019) ¹⁷

Dolayısıyla bu rapora göre de gerçek veya tüzel kişiler, kasıtları olmasa dahi, öngöremedikleri neticeden sorumlu tutulmaktan kurtulamamaktadırlar.

Taksirle işlenebilecek fiiller bakımından cezalandırılabilme koşulları da TCK m. 22/1’de “*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.*” şeklinde kanunun sınırlamasına tabi tutulmuştur¹⁸.

¹⁶ Karayolları Trafik Kanunu’nda kanunun amacı, “(...) karayollarında, can ve mal güvenliği yönünden trafik düzenini sağlamak ve trafik güvenliğini ilgilendiren tüm konularda alınacak önlemleri belirlemektir.” şeklinde belirtilmiştir. İzin verilen riski azaltmak adına kanunda detaylı maddeler düzenlenmiştir. (KTK m.1)

¹⁷ Orijinal metin, “*AI systems must always remain under human control, even in circumstances where machine learning or similar techniques allow for the AI system to make decisions independently of specific human intervention. Member states must establish clear lines of responsibility for human rights violations that may arise at various phases of an AI system lifecycle. Responsibility and accountability for human rights violations that occur in the development, deployment or use of AI Systems must always lie with a natural or legal person, even in cases where the measure violating human rights was not directly ordered by a responsible human commander or operator.*” şeklindedir.

¹⁸ TCK 85, 89, 162, 171, 173, 180, 182, 329 ve 336. maddelerinde taksirle işlenebilecek bazı fiiller sayılmıştır.

D. Hayvan Sahibinin Sorumluluğu

Bu görüşe göre, yapay zekânın öngörülemeyen davranışının suç oluşturması durumunda, TCK m. 177 aydınlatıcı olabilir. Buna göre, “Gözetimi altında bulunan hayvanı başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırakan veya bunların kontrol altına alınmasında ihmal gösteren kişi, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

Türk doktrininde bu görüş üzerinde fazla durulmamasına rağmen, özellikle otonom araçların kaza yapması durumunda gidilebilecek sorumluluk şekli (*canine liability*) bakımından Amerika’daki bazı yazarlar tarafından ciddi şekilde ele alındığı görülmektedir. 2013 yılında yayınlanan bir makalede, otonom araçların yönetiminde köpek sahipliğini düzenleyen yasaların iyi bir dayanak olabileceği açıklanmıştır (Duffy & Hopkins). Otonom araçların da, köpeklerin de sahibinden bağımsız hareket etme yetenekleri olduğu vurgulanmış, bu yüzden doğabilecek yaralanma veya mülke zarar verme sonuçlarının benzerliğine dikkat çekilmiştir. Hayvanların da tıpkı yapay zekâlar gibi bir tüzel kişilikleri olmadığı için doğrudan sorumlu tutulamayacakları söylenmiştir. Dolayısıyla hayvanların neden olduğu hasarlardan sahiplerinin sorumlu olduğuna dikkat çekilmiştir. Yaya veya sürücülerin olduğu bir yolda, bir köpekle yürümenin otonom araç sürmekle büyük benzerlik gösterdiği iddia edilmektedir. Yine her ikisinin de insanların hizmetinde olmaları açısından benzer amaçlar taşıdığı söylenmektedir. Örnek olarak şöyle bir durum verilmiştir:

Örneğin, köpeğini yürüyüşe çıkararak bir köpek sahibi hayal edin. Köpek geçmişte hiç şiddet eğilimi göstermemiştir. Onu provoke edecek herhangi bir harekette bulunmadan yoldan geçmekte olan birini ısırır. Şimdi, içinde sürücü olmayan bir otonom aracı hayal edin. Yolda, bir sistem arızası, aracın sensörlerini bozar ve sonrasında, karşıdan karşıya geçen bir yayayı tanıyamaz. Araba yayaya çarpar ve ciddi yaralanmalara neden olur. Her iki durumda da, (...) mağdurların maruz kaldığı yaralanmalardan mal sahibi sorumludur (Duffy & Hopkins, 2013, ss.472).

Duffy ve Hopkins, otonom araç sahiplerinin kusursuz sorumluluğunun benimsenmesiyle beraber, otonom araç üreticilerinin sektöre teşvik edilmesinin sağlanacağı belirtmektedirler. Ceza hukukunda “kusursuz ceza olmaz” prensibi geçerli olduğundan dolayı, (Akbulut, 2020, ss.218) bu görüşün daha çok medeni hukuktan kaynaklı uyumsuzluklar için yol gösterici olarak önerildiği söylenebilir. Ayrıca Türk doktrininde bu görüşü ele alan Sarı (2020), hayvan bulunduranın özel bir sorumluluk türü olduğunu ve kıyas yoluyla yapay zekânın neden olduğu zararlara uygulanamayacağını savunmaktadır (ss.273).

Doktrinde sorumluluğa dair bahsi geçen diğer görüşler ise, TCK m.175’teki “Akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali” ve TCK m. 176’daki “İnşaat veya yıkımla ilgili emniyet kurallarına uymama” olarak sayılabilir (Türk Ceza Hukuku Derneği, 2019, 1:21:01).

VI. TARTIŞMA

Çoğu insanın yapay zekâ terimini ilk duyduğunda, genellikle düşündüğü ilk şey insansı robotlardır. Bu durumun sebebi, dünyayı kasıp kavuran yüksek bütçeli filmlerin ve romanların insan benzeri makinelerle ilgili hikâyeleri konu alması olabilir (Safari, Hosseini, Taheri, & Meghdari, 2021; Mubin & Sandoval, 2015). Yapay zeka tanımı için bizde uyandırılan bu intiba, halkın bilimkurgu senaryolarındaki handikaplara alışması ya da medyanın ve hatta hukukçuların mevzuyu popüler haliyle incelemekten öteye gidemeyişindedir (Ünsal, 2019, ss.65).

Halbuki “düşünen makine” fikrinin çelişkili olduğuna dair daha önce değindiğimiz bazı kuvvetli eleştiriler mevcuttur. Bilgisayarlar da dâhil olmak üzere makineler, temelleri soğuk mantığa dayandığı için, insanlar kadar anlayışlı ve yaratıcı olamayacaklardır.

Fakat doktrine bakıldığında, yapay zekâlı varlıkların otonom özelliklerinin artmasıyla gelecekte bilinç kazanacaklarını düşünenlerin sayısı ilginç bir şekilde fazlacadır. Hâlbuki yapay zekânın bize zekice gelen davranışlarının bile, Çin Odası düşünce deneyinde olduğu gibi, gerçek bir “anlayış” ürünü olması konusu netleşmiş değildir.

Karar verme, insanın yaptığı bir faaliyettir. Karar vermenin özünde, vicdani kanaatlerimiz yatmaktadır (Feridun Yenisey Hukuk İhtisas Seminerleri, Aralık 2020, 28:35). Vicdani kanaat kavramının, ceza muhakemesi hukuku bakımından da son derece önemli bir rolü bulunmaktadır. CMK m.217’de “hâkimin vicdanî kanaati” ifadesi geçmektedir. Ceza muhakemesi kanununa göre, hâkimin kararını delillere dayandıracağı, önüne getirilen delilleri takdir ederken ise, vicdani kanaatine göre hareket edeceği esas alınmıştır. Karar vermek, zihinde varılan sonucun doğruluğuna inanmayı da gerektiren insani bir faaliyettir.

Oysa yapay zekâ, yazılımcısının komutlarını yerine getiren bir nesnedir. Dolayısıyla ceza hukukunun sùjesi olması mümkün değildir. Nitekim tüzel kişi ya da insan haricindeki başka canlıların ceza sorumluluklarının kabul edilmeyişindeki başlıca neden, özgür iradeye dayalı hareket edemeyişleridir. İnsanı suçun fail yapan şey onun özgür iradesidir (Pekmez, 2018, ss.184). Ceza hukukunda kusur prensibi benimsenmiştir. Bir kimsenin kusur yeteneğinden bahsedebilmemiz için, geçmişte verdiği kararları etik olarak değerlendirebilmesi ve bunun sonucunda rahat veya rahatsız bir vicdanı olması gerekmektedir (Feridun Yenisey Hukuk İhtisas Seminerleri, Aralık 2020, 12:20).

Tüm bu bilgiler ışığında, yapay zekânın adeta bir “yapay insan” haline geleceği fikri ciddiye alınmaması gereken bir iddiadır. Zira insanın, zekâ bakımından bile IQ’dan ibaret olmadığı açıktır. Yapay zekânın bilinç kazanacağı iddialarını bir kenara bırakıp neden olabileceği sonuçlardan kimin sorumlu tutulacağına yoğunlaşmamız kanaatimizce uygun olandır.

Bu durumda, yapay zekâyâ özel bir hukuki statü verilmesi meselesi gündeme gelmektedir. Bu görüşü savunanlar, başlıca tüzel kişilik ve elektronik kişilik seçenekleri üzerinde durmaktadır. Ancak görüldüğü

üzere, mevcut tüzel kişilerin cezai sorumluluklarını belirlemek günümüzde dahi oldukça tartışmalı bir konudur ve bünyesinde birçok eksik düzenleme içermektedir. Baş döndürücü bir hızla gelişen ve yakın gelecekte ne gibi sonuçlar doğuracağı pek de öngörülemeyen yapay zekânın zaten sorun yaşanan bir statüye dâhil edilmesi çözüm olmak yerine, mevcut mağduriyetlere daha ciddi vakalar eklenmesine sebep olabilir. Avrupa Parlamentosu tarafından önerildiği üzere kurulacak bir fon, mağdurlara tazminat ödemekten öteye geçemeyecektir. Bu yaptırım şekliyle, ceza hukukunun görevini yerine getirebileceği noktasında ciddi şüpheler bulunmaktadır. Zira ceza hukuku, niteliği itibariyle kamuyu ilgilendirmektedir. Böyle bir durumda cezalandırmanın amacı karşılanabilecek midir? Çünkü cezalar, suçluyu ıslah etmek ve suçtan caydırmak ve sarsılan toplum güvenini onarmak amacıyla verilmektedir. Yapay zekâlar için kurulacak ve şirketlerin kaynak sağlayacağı bir fonla mağduriyetleri gidermeye çalışmak, müeyyidesi para cezası olmayan suçlar bakımından mağdur veya ailesinin intikam ihtiyacını karşılayabilecek midir?

Onur ve haysiyet sahibi olan insanoğlunun acı çekmesine, hatta onun yaşam hakkının ihlaline neden olan bu hissiz makineleri üreten gerçek kişileri cezalandırmak yerine, bu makinelere hukuki bir statü vermek suretiyle ancak birtakım kısıtlı müeyyideler uygulamak, hakkaniyete ne kadar uygun düşecektir? Sorumluluğun kendisi üzerinden kaldırılıp hukuken kişilik verilmiş robotlara döndürüleceğini hatırında tutan üretici/programcı/yazılımcıların kendilerinden beklenenden çok daha az dikkat ve özen sorumluluğu gösterme riski doğmayacak mıdır? Bu soruların cevabı göz ardı edilerek, popüler söylemlere kulak vermek, gerçeklikten kopmak olacaktır.

Ayrıca, nimet-külfet dengesi gereğince, yapay zekâyâ hukuki bir statü verilmesi durumunda onu faaliyetlerinden dolayı kısıtlı da olsa sorumlu tutmak, dolayısıyla ona birtakım külfetler yüklemek, yapay zekânın aynı düzeyde nimetlere sahip olma hakkını da gündeme getirecektir. Yapay zekâyâ tanınacak hak, elbette ki elektronik devrelerden ibaret olan bir makineye değil, aslında onun arkasındaki gerçek veya tüzel kişilerin menfaatine hizmet edecektir. Kurulması planlanan fon ile bir suç oluşması durumunda şirketler, söz konusu yaptırımı yalnızca ekonomik olarak hissedecektir. Fakat şirketlerin bu haklardan orantısız bir şekilde yararlanması gündeme gelebilecektir. Yapay zekâlı varlığın arkasındaki gerçek veya tüzel kişileri sorumlu tutmak yerine, doğrudan veya dolaylı olarak yapay zekânın kendisinin sorumlu tutulması tartışılacaksa, nimet-külfet dengesinin hukuki bir zorunluluk olduğu da, asla gözden kaçırılmamalıdır.

Fakat yapay zekâlı varlıklara hukuki statü verilmesine ilişkin yapılan tartışmalar, bugün ulaşılan mevcut teknoloji açısından faydasızdır. Otonomluk seviyeleri dolayısıyla gündemimizi en çok meşgul etme potansiyeli bulunan sürücüsüz araçlar bugün SAE'ye göre henüz 2. seviye düzeyindedir (Dickson, Sorry, Elon: Fully Autonomous Tesla Vehicles Will Not Happen Anytime Soon, 2020, para.6). Yakın gelecekte ise otonomluk düzeylerinin artacağı kuşkusuzdur, fakat en çok tartışma oluşturabilecek konu olan etik dilemmalar hususunda bile, aslında bir belirsizlik bulunmamaktadır. Böyle bir etik dilemmada aracın hangi ihtimali tercih edeceği programcısı tarafından belirlenmekte, dolayısıyla arkadaki gerçek kişinin en azından olası kastla hareket etmiş olacağı anlaşılmaktadır.

Suçta araç olarak kullanılma, taksirle sorumluluk ve hayvan sahibinin sorumluluğunu esas alan görüşler, somut olaya göre değişecek şekilde benimsenebilecek farklı görüşlerdir. Bunlardan hayvan sahibinin sorumluluğuna götüren görüş, savunucuları tarafından da ifade edildiği üzere, sorumluluğu tamamen mal sahibine yüklemek suretiyle yapay zekâ şirketlerinin faaliyetlerini teşvik eden bir görüş olmasıyla dikkat çekmektedir.

Dolayısıyla yapay zekâyâ özel hukuki statü verilmesini savunan ve doğrudan sorumluluğu esas alan görüşler, fail ancak gerçek kişi olabileceği için, mevcut hukuk düzeninde zaten mümkün görünmemektedir. Esasen bu görüşler, gelecekte düşünülmesi için de hiçbir geçerli neden bulunmayan, yalnızca bilimkurgunun -adeta- hukuka dayatmaya çalıştığı görüşlerdir.

SONUÇ

Modern ceza hukuku, insanın kötü iradesini cezalandırmaktadır. Bu nedenle makineye ceza verilmesi söz konusu olamaz. Böyle bir ihtimal, hiç düşünülmemesi gereken bir senaryodur. Zira böyle bir durumda, ceza hukukunun bütün temelleri sarsılır. Ancak yalnızca, yapay zekâlı varlığın arkasında onu tasarlayan, üreten, piyasaya süren veya kullanan insanların kast/taksir durumlarına göre cezalandırılmalarından bahsedilebilir. Yani, yapay zekâlı varlığın “*tehlikelilik halinin*” yaptırıma tabi tutulması (durdurulması, fişinin çekilmesi, parçalarının sökülmesi, programının iptal edilmesi) kesinlikle ceza olarak değil, bir güvenlik tedbiri olarak düşünülebilir. Yoksa bu tarz yaptırımları yapay zekâlı varlığa verilecek birer ceza olarak değerlendirmek, bizi Ortaçağ Avrupa’sına geri döndürür (Feridun Yenisey Hukuk İhtisas Seminerleri, Nisan 2020, 52:44).

Bir yapay zekâ, ancak yazılımcısı kadar zekidir. O, insan emeği ile ortaya çıkan bir üründen ibarettir. Hem ulusal hem uluslararası kanunlarla birincil şekilde hamiliği yapılan hukuk süjesi, ancak ve ancak gerçek kişidir. İnsan eliyle üretilmiş bir yapay zekânın bu hamilikten yararlanmasına müsaade edilmemelidir. Zira sosyal yaşantımızı düzenleyen, yeterince belli olmayan fakat yeterince tesirli olan *dini, hukuki ahlaki ve etik kurallara* bu yapay zekâların riayet etmesini beklemek (Zeytin & Gençay, 2019, ss.48) ya da bu kuralların muhatabı olduklarını düşünmek faydasız olacaktır. Yapay zekâ, insana has özelliklerle bezense de, asla gerçek bir insan olamayacaktır (Kılıçarslan, 2019, ss.378). Dolayısıyla yapay zekâ, kişilerin malik olduğu bir eşya mesabesinden öteye geçirilmemelidir. Zira ne kadar özelleşirse özelleşsin, insanın taşıdığı ruh ve bilince asla sahip olamayacaktır. Bunun yanında günümüz teknolojisinin büyük bir hızla yol kat ettiği ve yapay zekâlı varlıkların otonomluk seviyesinin şaşırtıcı boyutlara ulaştığı da bir gerçektir. Bunun sonucu olarak, gelecekte ortaya çıkabilecek sorunların çözümünde, amaca uygun hukuki düzenlemelerin yapılabilmesi adına, “*multidisipliner çalışma grupları ile holistik bir yaklaşım izlenmesi; tanım ve amaçların doğru belirlenmesi*” (Ünsal, 2019, ss.64), kanunlarda yapay zekâlı varlıklara dair özel ve detaylı bölümlerin açılması bir usul olarak benimsenebilir.

Bilimkurgu senaryolarının hukukçuları gerçeklikten uzaklaştırıp yönlendirmesine izin verilmemeli, bunun yerine, yerküre üzerinde binlerce yıllık geçmişi olan insanoglunun sağduyusuna kulak verilmelidir.

KAYNAKÇA

(2021, Nisan 22). Moral Machine: <https://www.moralmachine.net/> adresinden alındı

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu. (1983, 10 13).

ABC News (Australia). (2011, Nisan 29). *Kurzweil foresees a human/machine singularity* [Video Dosyası].<https://www.youtube.com/watch?v=555bsnvbAwA> adresinden alındı

Akbulut, B. (2020). *Türk Ceza Hukuku*. Ankara.

Akıncı, Ş. (2016). *Roma Hukuku Dersleri*. Konya.

Akkurt, S. S. (2019). Yapay Zekanın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 39-59.

Aksoy, H. (2021). Yapay Zekalı Varlıklar ve Ceza Hukuku. *Uluslararası Ekonomi Siyaset İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, 10-27.

Alexandre, F. M. (2017, Haziran 12). The Legal Status of Artificially Intelligent Robots: Personhood, Taxation and Control. Tilburg University. doi:<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2985466>

Altunc, S. (2019, Ekim). *Robotlar, Yapay Zeka ve Ceza Hukuku*. Researchgate: https://www.researchgate.net/publication/336406393_Robotlar_Yapay_Zeka_ve_Ceza_Hukuku adresinden alındı

Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 2017/34, K.2017/24 (AYM Mart 1, 2017).

Around the Nation; Jury Awards \$10 Million In Killing by Robot . (1983, 08 11). 04 22, 2021 tarihinde The New York Times. adresinden alındı

Ayan, N., & Ayan, M. (2016). *Kişiler Hukuku*. Ankara.

Aydemir, M. (2018). Yapay Zekalı Robotların Cezai Sorumluluklarının Araştırılması. *Suç ve Ceza*(4), 1-97.

Beyninizi Doğru Kullanmanın İpuçları. (2013, Aralık 20). Temmuz 30, 2021 tarihinde ePsikiyatri Nöropsikiyatri Portalı: <https://www.e-psikiyatri.com/beyninizi-dogru-kullanmanin-ipuclari> adresinden alındı

Biswal, A. (2021, Temmuz 10). *AI applications: Top 10 Artificial Intelligence Applications*. SimpliLearn: <https://www.simplilearn.com/tutorials/artificial-intelligence-tutorial/artificial-intelligence-applications> adresinden alındı

Bouzenita, A. I. (2018). "The Most Dangerous Idea?" Islamic Deliberations on Transhumanism. *Darulfunun İlahiyat*, 201-228. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/darulfunun/issue/40844/505720> adresinden alındı

CHAPTER 482A - AUTONOMOUS VEHICLES. (tarih yok). Nisan 22, 2021 tarihinde Nevada Legislature: <https://www.leg.state.nv.us/NRS/NRS-482A.html> adresinden alındı

Chomsky, N. (2013, Ekim 5). Noam Chomsky on AI: The Singularity is Science Fiction! (N. Danaylov, Röportaj Yapan) <https://www.youtube.com/watch?v=0kICLG4Zg8s> adresinden alındı

- Cole, D. (19, Mart 2004). *The Chinese Room Argument*. Stanford Encyclopedia of Philosophy: <https://plato.stanford.edu/entries/chinese-room/> adresinden alındı
- Commissioner for Human Rights*. (2019, Mayıs 14). Nisan 22, 2021 tarihinde Council of Europe Portal: <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/unboxing-artificial-intelligence-10-steps-to-protect-human-rights> adresinden alındı
- Copeland, B. (2021, Nisan 22). *Artificial Intelligence*. Encyclopedia Britannica: <https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence> adresinden alındı
- Council of Europe. (1990). *Liability of enterprises*. Committee of Ministers of the Council of Europe , Publications and Documents Division, Strasbourg.
- Değirmenci, O. (tarih yok). Yapay Zeka ve Ceza Sorumluluğu. Eylül 03, 2021 tarihinde Academia: https://www.academia.edu/42794137/Yapay_Zeka_ve_Ceza_Sorumlulu%C4%9Fu adresinden alındı
- Dickson, B. (2018, Ağustos 21). *There's a huge difference between AI and human intelligence—so let's stop comparing them*. TechTalks: <https://bdtechtalks.com/2018/08/21/artificial-intelligence-vs-human-mind-brain/> adresinden alındı
- Dickson, B. (2020, Temmuz 16). *Sorry, Elon: Fully Autonomous Tesla Vehicles Will Not Happen Anytime Soon*. PCMag: <https://www.pcmag.com/opinions/sorry-elon-fully-autonomous-tesla-vehicles-will-not-happen-anytime-soon> adresinden alındı
- Doğan, B. (tarih yok). *Güvenlik Tedbiri Nedir?* Nisan 22, 2021 tarihinde Av. Baran Doğan Hukuk Bürosu: <https://barandogan.av.tr/blog/ceza-hukuku/guvenlik-tedbiri-karari-nedir.html> adresinden alındı
- Duffy, S. D., & Hopkins, J. P. (2013). Sit, Stay, Drive: The Future of Autonomous Car Liability. *Science and Technology Law Review*, 16(3), 453-480.
- Feridun Yenisey Hukuk İhtisas Semineri. (2020, Nisan 23). *Sinan Altunç-Yapay Zeka ve Ceza Hukuku (22.4.2020)* [Video Dosyası]. https://www.youtube.com/watch?v=T7bCKms_wQk adresinden alındı
- Feridun Yenisey Hukuk İhtisas Semineri. (2020, Aralık 2017). *Yapay Zeka Kullanımından Doğan Ceza Hukuku Sorumluluğu – Dr Zehra Başer Doğan (16 Kasım 2020)* [Video Dosyası]. <https://www.youtube.com/watch?v=hfxvcoaOMgA> adresinden alındı
- Frankenfield, J. (2021, Nisan 22). *Artificial Intelligence (AI)*. Investopedia: <https://www.investopedia.com/terms/a/artificial-intelligence-ai.asp> adresinden alındı
- Gardner, H. (1999). *Intelligence Reframed: Multiple Intelligences for the 21st Century*. . New York: Basic Books.
- Hallevey, G. (2010). The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities - from Science Fiction to Legal Social Control. *Akron Intellectual Property*, 4(2), 171-201.
- Has the Turing Test Been Passed?* (2021, Nisan 22). <https://isturingtestpassed.github.io/> adresinden alındı
- İçer, Z., & Buluz, B. (tarih yok). *Yapay Zekanın Ceza Muhakemesindeki Rolü ve Geleceği*. Eylül 03, 2021 tarihinde Academia: https://www.academia.edu/41074795/YAPAY_ZEK%C3%82NIN_CEZA_MUHAKEMES%C4%B0_NDEK%C4%B0_ROL%C3%9C_VE_GELECE%C4%9E%C4%B0 adresinden alındı

- Kadish, S. H. (1985). Complicity, Cause and Blame: A Study in the Interpretation of Doctrine. *California Law Review*, 73(2), 369-385.
- Kılıçarslan, S. K. (2019). Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar. *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*(2), 363-389.
- Knight, W. (2021, Nisan 22). *An AI-driven robot hand spent a hundred years teaching*. MIT Technology Review : <https://www.technologyreview.com/2018/07/30/240365/artificial-intelligence-driven-robot-hand-spends-a-hundred-years-teaching-itself-to-rotate/> adresinden alındı
- Markoff, J. (2015, Nisan 6). *Planes Without Pilots*. Nisan 22, 2021 tarihinde New York Times: https://www.nytimes.com/2015/04/07/science/planes-without-pilots.html?_r=0 adresinden alındı
- Mtambalike, J. R. (2021, Nisan 22). *Intelligence Quotient (IQ), Emotional Quotient (EQ) and Spiritual Quotient (SQ). The power of self realization*. Medium: <https://afuturist.medium.com/intelligence-quotient-iq-emotional-quotient-eq-and-spiritual-quotient-sq-c4907f38dd95> adresinden alındı
- Mubin, O., & Sandoval, E. B. (2015, Aralık 4). *The technology in science fiction is not always what we want in the real world*. The Conversation: <https://theconversation.com/the-technology-in-science-fiction-is-not-always-what-we-want-in-the-real-world-51196> adresinden alındı
- National Transportation Safety Board. (2018, Mart 23). Collision Between a Sport Utility Vehicle Operating With Partial Driving Automation. *National Transportation Safety Board, Public Meeting of February 25, 2020*. <https://www.nts.gov/news/events/Documents/2020-HWY18FH011-BMG-abstract.pdf> adresinden alındı
- Özkan, H. H. (2008). Çoklu Zeka Kuramı ve Eğitim Programı Öğleri İlişkisi. *e-Journal of New World Sciences Academy*, 3(2), 332-344.
- Pekmez, T.K. (2018). Otonom Araçların Kullanımından Doğan Ceza Sorumluluk: Türk Hukuku Bakımından Genel Bir Değerlendirme. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 173-195.
- Pop, A. I. (2006). Criminal Liability of Corporations—Comparative Jurisprudence. *Michigan State University School of Law Student Scholarship Collection*. doi:<http://dx.doi.org/10.17613/r0v9-yk21>
- Prof. Dr. Nevzat Tarhan'dan beyni doğru kullanmanın ipuçları*. (2013, Aralık 19). Nevzat Tarhan: <https://www.leg.state.nv.us/NRS/NRS-482A.html> adresinden alındı
- (2017). *Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics Report*. European Parliament. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html adresinden alındı
- Roberto Murat Özdemir. (2020, Mayıs 14). *Q'larınıza Dikkat Edin: IQ, EQ, SQ, CQ, AQ*. Temmuz 30, 2021 tarihinde <https://www.robertomurat.com/post/our-top-rookies-for-the-upcoming-season> adresinden alındı
- Safari, E., Hosseini, . S., Taheri, A., & Meghdari, A. (2021). “Does cinema form the future of robotics?”: a survey on fictional robots in sci-f movies. *SN Applied Sciences*. doi:<https://doi.org/10.1007/s42452-021-04653-x>
- Sarı, O. (2020). Yapay Zekanın Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk. *TBB Dergisi*, 251-312.
- Schank, R. C. (1987). What is AI Anyway? *AI Magazine*, 8(4), 59-65. doi: <https://doi.org/10.1609/aimag.v8i4.623>
- Searle, J. (1984). *Minds Brains and Science*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Shanahan, M. (2015). *The Technological Singularity*. The MIT Press.

Solum, L. B. (1992). Legal Personhood for Artificial Intelligences. *North Carolina Law Review*, 70(4), 1231-1287.

<https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=3447&context=nclr> adresinden alındı

(2014). *Surface Vehicle Information Report*. SAE International. Temmuz 30, 2021 tarihinde https://www.sae.org/standards/content/j3016_201401/preview/ adresinden alındı

Tesla Autopilot crash driver was playing video game. (2020, Şubat 26). Nisan 22, 2021 tarihinde BBC News: <https://www.bbc.com/news/technology-51645566> adresinden alındı

The Tesla Team. (2016, Haziran 30). *A Tragic Loss*. Tesla: <https://www.tesla.com/blog/tragic-loss> adresinden alındı

Turing, A. (1950). Computing Machinery and Intelligence. *Mind*, 59(236), 433-460.

Türk Ceza Hukuku Derneği. (2019, Ocak 21). *Yapay Zeka ve Robot Eylemlerinden Doğan Cezai Sorumluluk – Av. M. Gökhan Ahi* [Video Dosyası]. <https://www.youtube.com/watch?v=5k0EE1L8A7o> adresinden alındı

Uber 'not criminally liable' for self-driving death. (2019, Mart 6). Nisan 22, 2021 tarihinde BBC News: <https://www.bbc.com/news/technology-47468391> adresinden alındı

Uber's self-driving operator charged over fatal crash. (2020, Eylül 16). Nisan 22, 2021 tarihinde BBC News: <https://www.bbc.com/news/technology-54175359> adresinden alındı

Ünsal, B. (2019). Yapay Zeka, Robotlar, Hukuki Düzenlemeler. *İstanbul Barosu Dergisi*, 64-74.

Young, B. (tarih yok). *The First Killer Robot Was Around Back in 1979*. Nisan 22, 2021 tarihinde Howstuffworks: <https://science.howstuffworks.com/first-killer-robot-was-around-back-in-1979.htm> adresinden alındı

Zeytin, Z., & Gençay, E. (2019). Hukuk ve Yapay Zeka: E-kişi, Mali Sorumluluk ve Bir Hukuk Uygulaması. *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 39-70. doi:<https://dergipark.org.tr/tr/pub/tauhfd/issue/50341/651748>