

# KIRIKKALE HUKUK MECMUASI

Cilt 1 Sayı 1 | Nisan 2021



Volume 1 Issue 1 | April 2021



## KIRIKKALE LAW JOURNAL

e-ISSN : 2757-9964



KIRIKKALE HUKUK MECMUASI  
Cilt 1 Sayı 1 | Nisan 2021



KIRIKKALE LAW JOURNAL  
Volume 1 Issue 1 | April 2021

## KIRIKKALE HUKUK MECMUASI | KIRIKKALE LAW JOURNAL

### **Sahibi | Owner**

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına  
Dekan  
Prof. Dr. Mustafa Avcı

### **Editörler | Editors**

Doç. Dr. Hamdi Gökçe Zabunoğlu  
Doç. Dr. Yasemin Durak

### **Editör Yardımcıları | Co-Editors**

Arş. Gör. Onur Altunsu  
Arş. Gör. Evrim Haznedaroğlu  
Arş. Gör. Yusuf Berat Baş  
Arş. Gör. Esra Tepe

### **Yayın Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact**

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Beşir Atalay Kampüsü  
Ankara Karayolu 7. km. 71453  
Yahşihan / Kırıkkale  
hukukmecmuasi@kku.edu.tr  
<https://hukukmecmuasi.kku.edu.tr>

KIRIKKALE HUKUK MECMUASI, Nisan ve Ekim aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli elektronik bir dergidir.  
Dergiye yapılan atıflarda KHM kısaltması kullanılmalıdır.

KIRIKKALE LAW JOURNAL is a peer-reviewed review published in electronic media and published two times a year in April, October.  
KHM abbreviations shall be used in reference to the review.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşlerden ve bunlardan doğacak sorumluluk yazarlarına aittir. Fakültenin ve/veya Üniversitenin görüşü olarak değerlendirilemez.

## **Yayın Kurulu | Editorial Board**

Prof. Dr. Mustafa Avcı  
Prof. Dr. Mustafa Özen  
Doç. Dr. Hamdi Gökçe Zabunoğlu  
Doç. Dr. Yasemin Durak  
Doç. Dr. Turan Şahin  
Doç. Dr. Aziz Serkan Arslan  
Dr. Öğr. Üyesi Cengiz Arıkan  
Dr. Öğr. Üyesi Nurdan Orbay Ortaç  
Dr. Öğr. Üyesi Emre Kalender

## **Danışmanlar Kurulu | Advisory Board**

Prof. Dr. Abdurrahman Saygılı – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Ali Akyıldız – Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Ali Murat Özdemir – Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Arif Rıza – Prizren Ukshin Hoti Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kosova.  
Prof. Dr. Aydın Başbuğ – İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Bahadır Erdem – İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Barış Soyer – Swansea University Hillary Rodham School of Law, İngiltere.  
Prof. Dr. Bjorn Arp – American University, Washington Colloge of Law, Amerika.  
Prof. Dr. Cemal Oğuz – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Cumhuri Şahin – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Çağlar Manavgat – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Doğan Soyaslan – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Elif Uzun – Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Erdal Onar – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Fatih Uşan – Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Gül Okutan Nilsson – İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Haluk Hadi Sümer – Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Haluk Emiroğlu – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Hans Lilie – Martin-Luther Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Almanya.  
Prof. Dr. Hayrettin Çağlar – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Hayrunnisa Özdemir – Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. İlhan Üzülmöz – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. İsmail Kırcı – TOBB Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Korkut Özkorkut – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Kudret Güven – Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Lale Sirmen – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Mehmet Turhan – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Mertol Can – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Muharrem Özen – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Muhittin Astarlı – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Murat Doğan – Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Mustafa Ruhan Erdem – Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Nadi Günal – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Nezihe Binnur Tulukçu – Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Rifat Erten – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Ryan Calo – Washington Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, ABD.  
Prof. Dr. Samim Ünan – Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Şafak Narbay – Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal – TED Üniversitesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Talat Canbolat – Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Yaşar Salihpaşaoğlu – Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Zarife Şenocak – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Zeynel Kangal – Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Abdurrahman Savaş – İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Ahmet Kılınc – Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Türkiye.  
Doç. Dr. Ali İbrahim Akkutay – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türkiye.  
Doç. Dr. Ayhan Selçuk Özgen – Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye  
Doç. Dr. Berat Lale Akkutay – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türkiye.  
Doç. Dr. Beşir Fatih Doğan – Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Burçak Yıldız – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Cenker Göker – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Devrim Aydın – Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Elvan Keçelioğlu – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Emel Badur – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Erhan Temel – Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Almanya.  
Doç. Dr. Eşref Küçük – Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Gökhan Güneysu – Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Hakan Albayrak – Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Nilüfer Boran Güneysu – Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Sedat Sirmen – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Şölen Külahçı – Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, KKTC.  
Doç. Dr. Turgay Akalın – Kıbrıs Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, KKTC.  
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Kodakoğlu – Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Dr. Öğr. Üyesi Sezercan Bektaş – Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

## YAYIN POLİTİKASI VE ETİK KURALLARI

- Dergi yayın tarihleri: Bahar sayısı (Nisan) 30 Nisan'da Güz Sayısı (Ekim) 30 Ekim'de elektronik ortamda yayımlanır
- Makale Kabul Tarihleri, Bahar sayısı için 1 Kasım - 15 Mart; Güz sayısı içinse 1 Mayıs - 15 Eylül tarihleri arasındadır.
- Makaleler, dergiye elektronik posta yoluyla gönderilir. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
- Her sayıda bir yazarın sadece bir makalesi yayımlanabilir.
- Çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez. Yazarlar, eserlerini gönderirken yazarlık ve telif hakkı devir formunu doldurarak makale ekinde göndermelidirler.
- Ayrıca, açık erişim sağlama politikaları kapsamında Kırıkkale Hukuk Mecmuası'nda editör ve/veya hakem değerlendirmesinden geçmiş bilimsel yayınlar "Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisans (CC BY-NC-ND 4.0)" ile lisanslanmıştır.
- Dergide yayınlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir. Dergimizde yayınlanan makalelerde araştırma ve yayın etiğine uyulması zorunludur.
- Dergi, Yayın Etiği Komitesinin (COPE) "Dergi Editörleri için Davranış Kuralları ve En İyi Uygulama Rehber İlkeleri" ve "Dergi Yayıncıları için Davranış Kuralları" belgelerini takip etmektedir. COPE'nin belgeleri ile ilgili olarak bkz. <https://publicationethics.org>
- Makaleler, kaynakça hariç, dipnotlar dahil, en az 6.000 en çok 10.000 kelime olmalıdır. Tanıtım ve değerlendirme yazıları ise en az 1.500 kelime en çok 2.000 kelime olmalıdır.
- Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adreslerini, ORCID bilgileri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı, ORCID bilgileri ve e-posta adresi bildirilmelidir.
- Dergide Türkçe, Almanca ve İngilizce makalelere yer verilmektedir.
- Makalelerde -sırasıyla- Türkçe, İngilizce özetler bulunmalıdır.
- Ön inceleme aşamasında makaleler intihal tarama programında taranır. Azami %15 benzerlik oranını (bibliyografik materyaller, alıntılar ve %1 oranındaki küçük kaynaklar hariç tutulmak kaydıyla) aşan makaleler iade edilir.
- Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, kör hakemlik ilkelerine uygun şekilde hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

- Tüm Hakem Raporları, ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Hukuk Veri Tabanı Komitesi tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.
- Dergide hakem incelemesinden geçen çalışmaların yanı sıra çeviri makale, karar incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve kitap eleştirisi gibi yazılara da yer verilir. Bu tür yazıların yayımlanıp yayımlanmaması Yayın Kurulunca kararlaştırılır.

## YAZIM KURALLARI

- Dergiye gönderilecek yazılar, Chicago stiline (Notes and Bibliography / Dipnotlar ve Kaynakça) göre hazırlanmalıdır. (<http://www.chicagomanualofstyle.org/home.html>)
- Makalede Garamond ya da Adobe Garamond Pro yazı karakteri esas alınmalıdır.
- Makaleler “doc” ya da “docx” formatında kaydedilmelidir. A4 boyutundaki beyaz kâğıtta hazırlanmalı, üst ve sol tarafta 4 cm, altta ve sağ tarafta 3 cm kenar boşluğu bırakılmalıdır.
- Metin kısmı 11 punto, 1,15 satır aralıklı, iki yana yaslı, ilk satırlar 1 cm girintili, paragraftan sonra 6 nk boşluk bırakılarak yazılmalıdır. Satır sonlarında kelimeleri heceye bölmek için “-“ işareti kullanılmaz. Bunun yerine MS Word’ün “Otomatik Heceleme” özelliği kullanılır.
- Blok alıntılar, 10 puntoda, ilk satır girintisiz, tırnak işareti kullanılmadan, düz biçimde, soldan 1.25, sağdan girintisiz ve 1,15 satır aralıklı olmalıdır.
- Makale Adı: 14 punto, önce ve sonra 12 nk boşluk, 1,15 satır aralıklı olmalıdır. Makale ortaya yaslı yazılmalı, boşluklarla beraber toplam 100 karakteri aşmamalıdır.
- Öz ve Anahtar Kelimeler: 9 punto, 1.0 (tek) satır aralıklı, ilk satır 1 cm girintili, paragraftan önce ve sonra aralıksız (0 nk) olmalıdır.
- Makalenin 150-300 kelimelik Türkçe ve İngilizce özetine konuyu tanımlayan en az 3 en fazla 5 Anahtar kelime (arada boşluk bırakmaksızın) eklenmelidir.
- Başlıklar: Tüm başlıklar, her sözcüğü büyük harfle başlatarak, metin gövdesi ile başlıklar arasında satır boşluğu bırakılmaksızın kalın yazı tipiyle yazılmalıdır.
- Makale alt başlıkları (Giriş, Alt başlıklar, Sonuç, Kaynakça) koyu biçimde 11 punto, paragraftan önce 6 nk, sonra 6 nk boşluk bırakılarak, soldan 1 cm girintili yazılmalıdır.
- Dipnotlar: 9 punto, 1.0 (tek) satır aralıklı, 0,5 cm asılı (ilk satır diğerleriyle hizalı), iki yana yaslı, paragraftan önce ve sonra aralıksız (0 nk) olmalıdır.
- Kaynakça: 9 punto, 1,0 (tek) satır aralıklı, 1 cm asılı, iki yana yaslı, paragraftan sonra 6 nk boşluk bırakılarak yazılır.

## İÇİNDEKİLER

### • HAKEMLİ MAKALELER

- İSLAM VE OSMANLI CEZA HUKUKUNDA İÇTİMA..... 1**  
AGGREGATION OF OFFENSES IN ISLAMIC AND OTTOMAN CRIMINAL LAW  
Prof. Dr. Mustafa Avcı
- ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARDA KOŞUL VE YÜKLEMELER..... 31**  
CONDITIONS AND CHARGES IN TESTAMENTARY DISPOSITION  
Müjgan Gömeç
- YAPAY ZEKANIN MEYDANA GETİRDİĞİ FİKRİ ÜRÜNLERE İLİŞKİN 5846  
SAYILI FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNUNDAKİ SORUNLAR VE ÇÖZÜM  
ÖNERİLERİ ..... 54**  
PROBLEMS AND SOLUTION PROPOSALS IN THE LAW NO. 5846 ON INTELLECTUAL AND  
ARTISTIC WORKS REGARDING INTELLECTUAL PRODUCTS CREATED BY ARTIFICIAL  
INTELLIGENCE  
Dr. Barış Gözübüyük
- TÜRK HUKUKUNDA KİŞİSEL VERİLERİN YURT DIŞINA AKTARILMASI  
SORUNU: AÇIK RIZA KAPSAMINDA BİR DEĞERLENDİRME..... 82**  
THE ISSUE OF TRANSFER OF PERSONAL DATA TO ABROAD IN TURKISH LAW: AN  
EVALUATION WITHIN THE SCOPE OF OPEN CONSENT  
Sevgi Erarslan
- OECD MODEL ANLAŞMASI KAPSAMINDA ŞOV SANATÇILARININ VE  
SPORCULARIN ELDE ETTİĞİ GELİRLERİN ÇİFTE VERGİLENDİRİLMESİNİN  
ÖNLENMESİ VE TÜRKİYE ÖRNEĞİ ..... 116**  
THE PREVENTION OF DOUBLE TAXATION OF THE INCOME OF ENTERTAINERS AND  
SPORTSPERSONS UNDER THE OECD MODEL CONVENTION AND THE CASE OF TURKEY  
Muhammed Hakan Okçu



**BORÇLUNUN TUTUKLULUĞU VEYA HÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İCRA TAKİBİNE  
ETKİLERİ..... 134**

THE EFFECT OF DETENTION AND CONVICTION OF DEBTOR ON ENFORCEMENT  
PROCEEDINGS

Doç. Dr. Aziz Serkan Arslan

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN ÜÇ AŞAMALI TESTİ ..... 149**

THE THREE PART TEST OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Mehmet Alp Didinmez

• **ÇEVİRİ MAKALE**

**OTONOM AKTÖRLERİN SORUMLULUĞUNUN TEORİK TEMELLERİ ..... 175**

THEORETICAL FOUNDATIONS FOR THE RESPONSIBILITY OF AUTONOMOUS AGENTS

Jaap Hage | Çeviren: Yeşim Yılmaz

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

## İSLAM VE OSMANLI CEZA HUKUKUNDA İÇTİMA

### AGGREGATION OF OFFENSES IN ISLAMIC AND OTTOMAN CRIMINAL LAW

Prof. Dr. Mustafa Avcı\*

#### ÖZ

Suçlar karşılığında öngörülen cezalar, suç tipinin bir kez ihlâl edilmesi ihtimali göz önüne alınarak belirlenmiştir. Bununla birlikte, bir veya birden fazla fiille aynı suç tipinin birden fazla defa yahut farklı suç tiplerinin ihlâl edilmesi mümkündür. İctima kuralları bir kimse tarafından birden fazla suç işlenmesi halinde failin sorumluluğunun ve bu bağlamda verilecek cezanın nasıl belirleneceği sorununa çözüm getirmektedir. İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre ceza verilmeden önce aynı suçun birden fazla işlenmesi halinde tek ceza ile yetinilir. Cezaları farklı türden olan farklı suçlar işlenmişse kural olarak her birinin cezası ayrı ayrı verilir. Önce şahsî hakların baskın olduğu cezadan veya diğer cezaların uygulanmasına imkân vermeyen ölüm cezasından başlanır. Farklı suçların cezası aynı neviden ise en ağır olanın uygulanması ile yetinilir. Bileşik suç olan hırs, bağy ve riddede bunların unsuru olan suçlar ayrıca cezalandırılmaz. Ancak örneğin bağilerin zina ve şübh gibi bağyin unsuru olmayan suçlarında gerçek içtima kuralları uygulanır. Kişilere karşı işlenen suçlarda maddi (gerçek) içtima kurallarının uygulanması esastır. Hadlerde tedahül, birden fazla işlenen had suçundan dolayı bir had cezası ile yetinilmesi halidir. Bir veya daha fazla kimseye bir lafızla veya başka başka lafızlarla zina isnadında bulunan hakkında bunlardan dolayı bir kazif cezası verilir. Bir sözle bir topluluğa kazfeden, aslında mağdur sayısı kadar suç işlemiş olmasına rağmen aynı neviden fikri içtima hükümleri gereği tek suçun cezası ile yetinilir.

**Anahtar Kelimeler** İslam ceza hukuku ~ Osmanlı hukuku ~ suç ~ içtima ~ tedahül

\* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

0000 0002 7453 8431 m.avci@kku.edu.tr



Bu eser Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

## ABSTRACT

The penalties stipulated for crimes are determined by considering the possibility of violating the crime type once. However, it is possible to violate the same type of crime more than once or different types of crimes with one or more acts. Aggregation rules bring solutions to the responsibility of the perpetrator and in this context how to determine the punishment to be given in case of more than one crime committed by a person. According to the majority of Islamic jurists, if the same crime is committed more than once before the penalty is given, one punishment is sufficient. If different crimes with different punishments are committed, as a rule, the punishment of each is given separately. First, the punishment where personal rights are dominant or the death penalty that does not allow the implementation of other punishments is started. If the punishment of different crimes is of the same type, it is contented with the application of the heaviest. The crimes that are the elements of rebellion (bağy), highway robbery (hırab) and apostasy from Islam (ridde) which are compound crimes are not also punished. However, real aggregation rules are applied in the crimes of rebels like committing fornication (zina) and drinking wine (şüreb) which are not elements of rebellion (bağy). It is essential to apply the material (real) aggregation rules in crimes committed against individuals. Tadahul in hadd is the state of being contented with one hadd penalty due to the crimes committed more than once. A punishment of qazif is given to those accused of adultery with one word or another. In fact, although one has committed as many crimes as the number of victims, one is contented with the punishment of one crime in accordance with aggregation provisions

**Keywords** Islamic criminal law - Ottoman law - offense - aggregation of offenses - tadahul

## GİRİŞ

Birleşme, kaynaşma ya da toplanma olarak da adlandırılan içtima<sup>1</sup> suçların ve cezaların içtimaı olarak ikiye ayrılır. Suçların içtimaı, suç genel teorisi içinde yer alan bir kurum olup, içtima eden suçlardan bazılarının cezasının fail hakkında uygulanmamasına yol açar.<sup>2</sup> Günümüzde suçların içtimaını ceza sorumluluğunu etkileyen bir hal olarak gören görüşler terk edilmiş, buna karşılık birleşen suçların birbiri içinde eridiğini ve sonuç olarak tek suça dönüştüğünü kabul eden görüşler ağırlık kazanmıştır.<sup>3</sup>

Cezaların içtimaı ise, aynı fail hakkında tek veya farklı yargılamalarda verilmiş olan birden fazla cezanın bir araya getirilmesine imkan sağlar. Failin birden fazla hareketle, her biri cezalandırılabilen birden fazla ihlale yol açması ve bunun sonunda birden fazla sayıda cezaya mahkum edilmesi halinde cezaların içtimaından bahsedilir.<sup>4</sup>

Cezaların içtimaından söz edebilmek için suçların içtimaı suretiyle çeşitli ihlallerin kaynaşmaması yani faile birden fazla ceza verilmesinin mümkün olması gerekir. Ayrıca bu cezalar, infaz, zaman aşımı, af veya ön ödeme gibi sebeplerle düşmemiş olmalıdır. İçtima ettirilecek cezaların aynı anda işlenen suçlardan kaynaklanması gerekmez. Aksine suçların içtimaı olmadıkça bir kişi hakkında verilmiş bağımsız cezaların içtimaı ettirilmesi mümkündür.<sup>5</sup>

Suçların içtimaı, failin bir suçtan dolayı cezalandırılmadan önce en az iki suç işlemesidir. Fail tek hareketle birden fazla suç; birden fazla hareketle tek suç işleyebilir. Suçların içtimaı suçun hangi hallerde tek, hangi hallerde birden fazla suç olacağını tayin eder.

Mütemadi (kesintisiz), itiyadi ve bir suçun unsuru veya daha ağır cezalandırılmasını gerektiren nitelikli hali olan diğer bir suç (bileşik suç), birden fazla suç kabul edilemez, bunlarda suçların içtimaı söz konusu olmaz. Mütemadi suç, suçun unsurlarının veya bir süre devam etmesi olup bu temadi suçun birden fazla olması sayılmaz.<sup>6</sup> Mesela kişi özgürlüğünü kısıtlamada mağdurun özgürlükten yoksunluğunun bir süre devam etmesi suçun bütün unsurlarının devam etmesi olup failin birden fazla suç sayılmasını gerektirmez.<sup>7</sup> Yaralamada mağdur yaranın

<sup>1</sup> 5237 sayılı TCK m.44'ün "fikri içtima" adlı başlığında da "içtima" kelimesi kullanılmıştır.

<sup>2</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu 11.06.2013 tarihli 296 sayılı kararında Türk ceza sisteminde tedahül (içtima) ilkesinin istisna kabilinden olarak yer aldığını şöyle ifade etmiştir: "Türk ceza adalet sisteminde 'kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza' kuralı geçerlidir. Ancak suç ve cezada orantılılık ilkesi uyarınca bu kuralın, bileşik suç (TCK m.42), zincirleme suç (TCK m.43/1) ve fikri içtima (TCK m.44) diye üç istisnası kabul edilmiştir.

<sup>3</sup> Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku(II)*, İstanbul: Beta Yayınları, 1999, s. 373-374.

<sup>4</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2007, s. 792; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011, s. 628-629.

<sup>5</sup> Fatma Karakaş Doğan, "Türk Ceza Hukukunda Cezaların İçtimaı Kurumunun Düzenlenmesi Gerektiği Üzerine" *Ankara Barosu Dergisi*, 3 (2011), s. 88.

<sup>6</sup> Konu öğretilerde tartışmalıdır. Kimi yazarlar temadi edenin hareket, kimi yazarlar netice, kimi yazarlar ise ihlal olduğunu kabul etmektedir.

<sup>7</sup> Kirkor Zöhrap, *Hukuk-ı Ceza*, İstanbul: Ahmed Saki Bey Matbaası, 1325, s. 206.

acısını bir süre hissetse veya yara izi bir süre kalsa bile bu durum neticenin devamı anlamına gelmediği için, yaralama mütemadi değil; ani suçlardandır.<sup>8</sup>

## I. KAVRAMLAR

İçtima konusuyla ilgili olarak tedahül ve içtima kavramları kullanılmaktadır.

### A. TEDAHÜL

Sözlükte tedahül birbiri içine girme demektir. Terim olarak, ayrı ayrı hükmü bulunan hukuki hadiselerin bir araya gelmesidir.<sup>9</sup> Ceza hukukunda tedahül, aynı türden birden fazla suç işlenmesi halinde her bir suçta ceza vermek yerine tek ceza ile yetinilmesidir.<sup>10</sup>

#### 1. Cinayetlerde Tedahül

Cinayetlerin tedahülü, birden çok insan öldürme ve/veya yaralama suçunun bir suç sayılarak bunlardan birinin cezasıyla yetinilmesi halidir. Mesela bir elini taksirle kestiği kişiyi yara iyileşmeden taksirle öldürse, yalnız öldürmeden dolayı tam diyet ödetilir, el kesmeden dolayı üzerine yarı diyet gerekmez.<sup>11</sup> Fakat yara iyileştikten sonra öldürmüş olsa tedahül carî olmaz; hem el kesmesinden dolayı yarı diyet, hem de katlden dolayı tam diyet gerekir. Birden fazla insanı taksirle öldürenin de her bir insan için tam diyet vermesi gerekir.<sup>12</sup>

#### 2. Hadlerde Tedahül

Hadlerde tedahül, aynı türden birden fazla had suçu<sup>13</sup> işlenmesinden dolayı bir had cezası ile yetinilmesidir. Mesela bir kişi birkaç defa zina etse bir zina haddi veya birkaç hırsızlık yapsa bir hırsızlık haddi ile yetinilir. Bir veya daha fazla kişiye bir sözle veya başka başka sözlerle zina isnadında bulunana bir kazif cezası verilir.<sup>14</sup>

<sup>8</sup> Abdülkâdir Udeh, *et-Teşrîu'l-cinâiyi'l-İsâmî mukârinenbi'l-kânûni'l-vadî (I)* ' , Dâru'l-kitâbi'l-arabî: Beyrut, s. 71.

<sup>9</sup> Hadlerde tedahül, bir cinsten olan birden fazla had suçundan dolayı bir had cezası ile yetinilmesidir. Mesela bir kişi birkaç defa zina veya hırsızlık yapsa hakkında bir had cezası verilir. Cinayetlerde tedahül, birden fazla insan öldürme ve yaralama suçunun bir suç sayılarak bunlardan birinin cezasıyla yetinilmesi halidir. *Türk Hukuk Lügati*, Ankara: Türk Hukuk Kurumu Yayınları, 1991, s. 327-328.

<sup>10</sup> Abdülkâdir Udeh, *et-Teşrîu'l-cinâiyi'l-İsâmî mukârinenbi'l-kânûni'l-vadî (I)* ' , Dâru'l-kitâbi'l-arabî: Beyrut, s. 747.

Birtakım suçların cezalarında tedahül cereyan eder, bunlardan dolayı bir ceza gerekir, cezadan beklenen uyarı ve caydırıcılık bununla elde edilebilir. Ö. Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istulâhât-ı Fıkhiyye Kamusu(I)*, İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1975, s. 295.

Bir suç işleyen fail vaktinde ele geçirilemeyip de bundan dolayı müstahak olduğu cezaya mahkûm edilmeyerek ikinci bir suç işleyecek olursa ikinci suçtan dolayı ağır bir cezaya çarptırılmamalıdır. Çünkü birinci suçtan dolayı cezalandırılıyorsa ihtimal ki çekeceği cezadan âgâh olarak ikinci suçu işlemezdi. Binaenaleyh suçlu suçların içtimasının müstakil sebebi sayılamayacağından hakkında her suç için ayrı ayrı ceza vermek insafa uygun düşmez. Mehmed Aziz, *Osmanlı Ceza Hukuku Mufassal Nazariyyât-ı Ceza*, Haz., Selman Dursun, On İki Levha Yayıncılık: İstanbul, 2020, s. 60.

<sup>11</sup> Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istulâhât-ı Fıkhiyye Kamusu(III)*, No: 42; *Türk Hukuk Lügati*, s. 328.

<sup>12</sup> Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istulâhât-ı Fıkhiyye Kamusu(III)*, No: 333.

<sup>13</sup> Had suçları, yaptırımın türü ve miktarı nasla belirlenmiş suçlardır. İttifakla had suçu kabul edilenler hıra (eşkıyalık), sirket (hırsızlık), zina ve kaziftir (nitelikli hakaret).

<sup>14</sup> *Türk Hukuk Lügati*, s. 327. Had suçlarında tedahül (teaddüd) kuralları uygulanabilir. A. Fethi Behnesi, *el-Mevsuatü'l-Cinaiyyefi'l-Fikhi'l-İslâmî (I)*, Beyrut, 1991, s. 296.

## B. İÇTİMA

Suçların içtimaı, suçların toplanması demektir. Ceza hukuku terimi olarak bir kişinin mahkum olmadan iki veya daha fazla suç işlemesidir.<sup>15</sup>

Ceza hukukunda kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır (gerçek içtima). Yani kural cezaların içtimaı (toplanması)dır.<sup>16</sup> Kişilere karşı işlenen suçlarda gerçek içtima kuralları uygulanır.<sup>17</sup> Dolayısıyla suçların içtimaı (bileşik ve zincirleme suç, aynı ve farklı neviden fikri içtima) failin lehine getirilmiş istisnai düzenlemelerdir.<sup>18</sup>

### 1. Cinayetlerin İçtimaı

Cinayetlerin (insan öldürme ve yaralama suçlarının) içtimaı, bir kişinin bir anda bir fiil ile birden fazla suç işlemesidir. Attığı bir kurşunla bir kaç kişiyi öldürmesi gibi. Fail, mümkün olursa bunların her birinden dolayı sorumlu tutulur. Meselâ bir kimseyi öldürmek maksadıyla atılan kurşun, o kimseyi öldürdükten sonra geçerek taksirle başkasını da öldürse iki suç içtima eder. Birinci suçtan dolayı kısas, diğerinden dolayı da diyet gerekir. Fakat fail, iki kişiyi bir vuruşta kasden öldürse kısasen öldürülür, ayrıca diyet vermesi gerekmez.<sup>19</sup>

### 2. Hadlerin İçtimaı (Hudud-ı Müctemia)

Hadlerin içtimaı, suçlu hakkında farklı türden işlediği suçlardan dolayı verilmesi gereken çeşitli ve miktarı belirli cezalardır ki uygulanması mümkünse hepsi suçlu hakkında uygulanır. Mesela bir kişi kazif, hırsızlık ve şürb suçlarını işlemiş olsa hakkında farklı üç had cezası toplanmış olur, bunlar usulüne uygun infaz edilir. Yine kazif haddi ile zina haddi olarak recm ve diğer hadler içtima etse bir yünden kul hakkı olduğundan önce kazif haddi, sonra recm infaz edilir, diğer hadlerinin fazı mümkün olmaz.<sup>20</sup>

## II. İÇTİMANIN BENZER KURUMLARDAN FARKI

### A. GÖRÜNÜŞTE İÇTİMA

Görünüşte içtima, çeşitli normların aynı fiille ilgili görünmelerine rağmen, bu normlardan sadece birinin uygulanabilmesi halidir. Memura mukavemet ile yaralama, suri (görünüşte) içtimaa örnek oluşturur.<sup>21</sup>

<sup>15</sup> Mehmed Aziz, *Osmanlı Ceza Hukuku Mufassal Nazariyyât-ı Ceza*, s. 57, Zöhrap, *Hukuk-ı Ceza*, s. 205; Hafız Mehmed Ziyaeddin Türzkade, *Osmanlı Hukuk Sözlüğü Mükemmel İstilahat-ı Kavanin Yahut Malumat-ı Kanuniye Hulasası*, Haz., Fethi Gedikli ve İ. Enes Onat, On İki Levha Yayınları: İstanbul, 2017, s. 106.

<sup>16</sup> “İsteyerek şarap içip sarhoş olan ve muhsane Hind’e “orospu” diye kazfeden Zeyd’e şürb ve kazif haddi gerekir.” Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetava*, İstanbul, 1266, s. 146.

<sup>17</sup> Cinayat-ı müteaddide, bir vey a birden fazla kişinin bir veya daha fazla kimse hakkında işledikleri birden fazla suçlardır. Mesela, bir kişi bir insanın önce elini, sonra da başını kesse veya önce bir insanı, sonra da diğer bir insanı öldürse birden fazla suç işlemiş olur, bir kısmında kısas, diyet gibi cezalar tedahül eder, bir kısmında etmez. *Türk Hukuk Lügati*, s. 54.

<sup>18</sup> Mustafa, Özen, “Suçların İçtimaı”, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 2.

<sup>19</sup> Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahât-ı Fıkhiyye Kamusu(III)*, No: 41, s. 330, *Türk Hukuk Lügati*, s. 54.

<sup>20</sup> *Türk Hukuk Lügati*, s. 129.

<sup>21</sup> Muhammed Abdülmün'im Kii, *Nazratü'l-Kur'an ile'l-Cerime ve'l-Ikab*, Kahire, 1988, s. 298.

## B. TEKERRÜR VE İÇTİMA

Kişinin daha önce işlediği suç sebebiyle belli bir cezaya mahkûm veya cezası infaz edilmiş olmasına rağmen, tekrar suç işlemesine tekerrür denir.<sup>22</sup> Cezalandırmadan sonra suçun tekrar işlenmesi halinde aynı ceza tekrar uygulanır. Bununla birlikte tekerrür halinde haddin sayıca olmasa bile nitelik olarak daha şiddetli uygulanabileceği veya had cezasına ilâve olarak suçluya ta'zir cezası da verilebileceği ileri sürülmüştür.

Çaldığı mal kendisinden alınıp sahibine verilmiş ve hırsız tekrar çalmışsa, Ebu Hanife ve Muhammed'e göre ikinci çalmadan dolayı faile had cezası verilmez. Ebu Yusuf ve Şafii'ye göre mal sahibine iade edilmekle tekrar dokunulmazlık kazanır ve tekrar çalınması tekrar had cezasının verilmesini gerektirir.<sup>23</sup>

İlk defa suç işleyen tedavi görmediğinden dolayı hastalığı devam etmekte olan bir hasta; mükerrir suçlu tedavi görüp sağlığına kavuşan, ancak hastalığı nükseden gibidir.<sup>24</sup>

## III. İÇTİMA İLE İLGİLİ NASLAR

### A. AYETLER

1. “Kim kasıtlı veya kasıtsız bir suç işler de sonra onu suçsuz birinin üstüne atarsa muhakkak büyük bir iftira ve apaçık bir suçun günahını yüklenmiş olur (hem iftiranın hem de işlemiş olduğu suçun cezasını çeker).” Nisa, 4/112. Başkasına işlemediğini bildiği bir suç işledi demek (iftira) bir suç olduğu gibi kendi suçunu başkasına atmak da o suça bu ağır suç eklemektir.<sup>25</sup> Bu ayet cezaların toplanması, yani gerçek içtima ilkesinin ifadesidir.
2. İslam hukukçuları kazif suç ve cezasını konu alan ayeti (Nur, 24/4) suçların içtimaının Kur'an'dan dayanağı olarak görmüşler, gerekçe olarak da ayette mağdurların bir kişi veya grup olmaları arasında bir ayırım yapılmadığı, dolayısıyla bir gruba yönelik

<sup>22</sup> Ahmed Ziya, *Kanun-ı Ceza ve Teferruatı Şerhi*, İstanbul, 1329, s. 67. Bir kimse birkaç suç işlediği halde hiçbiri hakkında hüküm verilmemişse suçların içtima ve eğer bu suçlardan biri hakkında hüküm verilmişse suçta tekerrür olur (*recidive*). Hâlbuki bazen bir kimse işlediği suçtan dolayı mahkûm olduktan sonra birkaç suç daha işler de bu suçlardan dolayı mahkûm olmamışsa o halde hem tekerrür ve hem de suçların içtimaı olur. Mehmed Aziz, *Osmanlı Ceza Hukuku Mufassal Nazariyyât-ı Ceza*, s. 58.

<sup>23</sup> Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahât-ı Fıkhiyye Kamusu(III)*, s. 269; Öztekin Tosun, “Müselcel Suçlar”, *İHFM*, XXII/1-4 (1957), s. 124 vd.

<sup>24</sup> Zöhrap, *Hukuk-ı Ceza*, s. 205.

<sup>25</sup> M. Hamdi Yazır, (ö.1942), *Hak Dini Kur'an Dili*, Eser Neşriyat: İstanbul, 1979, III/1463. Zafer oğullarından Tu'me b. Übeyrik, bir gece komşusu Katade b. Nu'man'ın evinden bir torba un içindeki bir zırhı çaldı ve Zeyd b. Semin adlı bir Yahudi'ye emanet bıraktı. Torbanın deliğinden dökülen un izi takip edilerek Zeyd'in evine varıldı. Zeyd torbayı kendisine Tu'me'nin emanet olarak bıraktığını söyledi. Zafer oğullarından bir grup Hz. Peygamber'e hırsızlığı Zeyd'in yaptığını; suçu Tu'me'nin işlemediğini söylediler. Hz. Peygamber zahirde Müslüman olan Tu'me'nin yeminine ve yakınlarının tanıklığına güvenerek Onun suçsuz olduğuna kanaat getirip, Yahudi Zeyd'i cezalandırmaya niyet etmişken Nisa, 4/112-113. ayetleri indi ve gerçek suçlunun Tu'me olduğunu bildirdi. Muhammed b. Muslihiddin Şeyhzade, *Haşiye alâ Tefsiri'l-Kadî Beyzavi(II)*, İstanbul, 1306, s. 166; Yazır, *Hak Dini Kur'an Dili*, III/1458-1459, Sabuni, I/303, Ali Özek, *Kur'an-ı Kerim ve Türkçe Açıklamalı Meali*, Medine, 1992, s. 95.

kazifte de faile bir cezanın uygulanacağını ileri sürmüşlerdir.<sup>26</sup> Yani bir topluluğu bir fiil ile kazfedene tek had uygulanır.<sup>27</sup>

3. “*Kafirlerle... işlediklerinin en kötüsünün cezasını vereceğiz.*” Fussilet, 41/27. Ayet, işlenen suçun en ağır ceza gerektireni baz alınarak cezalandırma anlamına gelen fikri içtimaya delalet etmektedir.

## B. HADİSLER

1. Hz. Peygamber, taş atarak hamile bir kadını öldürene hem kadının diyetini hem de ceninin gürresini ödetmiştir.<sup>28</sup>
2. İfk Hadisesinde Hz. Aişe’ye kazfedenler, aynı zamanda Safvan b. Muattal’a da kazfetmiş olmalarına rağmen, kendilerine bir had cezası verilmiştir.<sup>29</sup>
3. Hz. Peygamber, yanında eşinin Şüreyk b. Sehma ile zina ettiğini söyleyen Hilal b. Ümeyye’ye: “*Ya iddianı ispatlarsın, ya da kazif cezasına çarptırılırsın.*” buyurmuş, bu olayda iki kişi hakkında isnat olmasına rağmen hadiste tek had cezasından bahsedilmiştir.<sup>30</sup>

## C. SAHABE TATBİKATI

1. Hz. Ömer, Muğire’nin zina ettiğine dair tanıklık edenlerden biri tanıklıktan dönünce bir kazif haddi uygulamış, ancak isnada maruz kalan kadın sebebiyle iki ceza uygulamamıştır.<sup>31</sup> Fakihler bu uygulamaların suçların içtimai kurumunun hukuki dayanağı olduğunu söylemişlerdir.<sup>32</sup>
2. Abdullah b. Mesud’dan: “*İdam cezası, diğer bütün cezaları eritir.*” sözü nakledilir. Bu söz, idam cezası alan bir kişinin, işlediği diğer suçların cezasından kurtulacağı, yani cezaların içtima edeceğine delil sayılmıştır.<sup>33</sup>

## D. MÜÇTEHİTLERİN GÖRÜŞLERİ

1. Ebu Hanife’ye göre hırsızın elinin kesilmesine sebep olan suçu dışındaki hırsızlık suçlarından dolayı tazminat sorumluluğu da olmaz. İmameyne göre elinin kesilmesine sebep olan suçun dışındakilerden dolayı tazminat ödemesi gerekir.<sup>34</sup>
2. İmam Şafii’den bir kavle ve Ahmed b. Hanbel’e göre bir kimse, birden fazla kişiye bir söz ile kazfetse hakkında bir had lâzım gelirse de başka başka lâfızlarla kazifde bulunacak olsa bunların her birinden dolayı ayrı ayrı kazif haddi gerekir. Çünkü bu

<sup>26</sup> İbn Kudame, el-Muğni, X/224-226; İbn Kudame el-Makdisi, eş-Şerhu'l-kebir, X/231; Behuti, Keşşafü'l-kına', VI/116.

<sup>27</sup> Serahsi, Ebubekir Muhammed b. Ahmed (ö.1090), *el-Mebsut*, Beyrut, 1986, IX/111, Molla Hüsrev, II/72.

<sup>28</sup> Müslim, Kasame, 36-38, Ebu Davud, Diyat, 19, Nesai, Kasame, 39, Ebu Zehra, el-Ukuba, No:363.

<sup>29</sup> Ebu Davud, *Hudud*, 34; Azimabadi, XII/112-113.

<sup>30</sup> Razi, XVI/522. Hz. Peygamber, Hilal ile eşini mülaaneye tabi tutmuş, ikisi de yemin etmişler, Hilal kazif, eşi ise zina cezasından kurtulmuş; Hilal’e, Şerik’e zina isnadından dolayı ayrıca ceza verilmemiştir. Buhari, *Tefsiru Nur*, 3; Ebu Davud, *Tefsir*, 24; Tirmizi, *Talak*, 26-27; İbn Mace, *Talak*, 27; Ahmed b. Hanbel, I/238-239, Şevkani, VI/323-324.

<sup>31</sup> San’ani Abdurrezzak b. Hemmam, *el-Musannef*, Hindistan, 1970, VII/384, Kal’aci, s. 707.

<sup>32</sup> İbn Kudame, X/224-226.

<sup>33</sup> Sabri Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda İçtima*, Rağbet Yayınları: İstanbul, 2003, s. 74.

<sup>34</sup> Serahsi, IX/177, Molla Hüsrev, II/84, İbn Hümmam, IV/265, Behnesi, I/297.



had, ağırlıklı olarak şahsi hakkı ihlal etmektedir. Bir şahsın hakkı istifa edilmekle diğerlerinin hakları istifa edilmiş olmaz.

3. İmam Malik'e göre defalarca hırsızlık yapmış, ancak henüz yargılanmamış olan faile bütün suçları için tek had cezası verilir.<sup>35</sup>
4. Hanbelilere göre kişilere karşı suçların cezaları tamamen infaz edilir. Ölüm cezasından önce diğer cezalar hafiften ağıra infaz edilir. Çünkü ölüm cezasının infazı ile başlansa diğerleri uygulanamaz. Meselâ: bir kimse bir şahsa kazfetse, bir şahsın kasden elini kesse, diğer bir şahsı da kasden öldürse, önce kazif haddi infaz edilir, sonra kısasen eli kesilir, daha sonra da kısasen öldürülür.
5. Çeşitli had cezaları içtima edince, meselâ bir kişiye ölüm, recm ve organ kesme cezaları verilse, en ağır olan ölüm cezası uygulanır; diğerleri düşer. Çünkü cezalandırmanın amacı, önleme ve caydırma, ölüm cezası verince artık başka zecre ihtiyaç kalmaz.
6. Zahirilere göre bir kimse, had cezasının infazından önce defalarca zina, hırsızlık, şürb, güveni kötüye kullanma ve benzeri suçları işlese, bazı fakihlere göre bunların arasında tedahül carî olarak bir ceza ile yetinilir. Aynı türden birden fazla suçla ilgili bir dava açılrsa hepsinden dolayı bir had cezası verilir. Fakat bunlara ayrı ayrı dava açılıp da bir zaruret bulunmaksızın haddi infaz edilmemiş bulunursa her birinden dolayı ayrıca had cezası gerekir. Önce verilen ceza, ikinci defa işlenen aynı türden suç için yeterli olmaz.<sup>36</sup>

## E. KANUNLAR

Osmanlı ceza kanunlarında suçların içtimasını tarif eden ve terettüb eden ahkamı gösteren bir hüküm yoktur.<sup>37</sup> Ağır suçun cezasının hafif suça ait cezayı içermesi bazı maddelerden çıkarılabilir. Mesela menfaat temin veya vadederek bir suça azmettirmeye dair olan 1858 CK m.81'de işlenen suç rüşvetten daha ağır cezayı gerektirirse yalnız o suçun cezası hükmolunur.<sup>38</sup>

1851 CK Birinci Fasıll m.16: "Kolluk **memurlarına** karşı **silah çekmek** misilli hâlât-ı reddiyyeye cesaret edenler işbu kabahatten başka **memura mukavemet** töhmetiyle de müttehem olacağından cünha derecesine göre iki aydan iki seneye ve silah boşaltmışsa üç aydan üç seneye ve gerek kurşun ve sair âlât-ı câriha ile cerh etmiş olduğu surette iyileşmesine kadar masraflar ondan alınıp kendisi beş aydan beş seneye kadar müddet tayiniyle prangaya konularak süfli hizmetlerde istihdam olunur..."

1858 Ceza Kanunu m.99'a göre: "Evamir-i devletin ve kavaninin tenfiz-i ahkamına, istifa-yı tekalife muhalefet edenler muvakkat hapis cezasıyla mücazat edildiği halde bu yüzden daha ağır cezayı müttelzim bir hal zuhura geldiği halde o ağır ceza hüküm ve icra olunur."

Aynı Kanun m.120: "Mahbûsinin muhafazasına memur olanlardan bir kimse akçe alarak bir mahbus kaçırdığı surette eğer mahbusun cürmü katl ve müebbed kürek veya kalebentlik cezalarından birini mucip olan cinayetten ise aldığı akçenin iki katı nakdî ceza alındıktan başka muvakkaten kürek cezası verilir. Ve

<sup>35</sup> Malik b. Enes, el-Muvatta', *Hudud*, 30.

<sup>36</sup> Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstulâhât-ı Fıkhiyye Kamusu(III)*, s. 529.

<sup>37</sup> Suçların içtimasına ilişkin hüküm içermeyen 1858 CK'nın yürürlükte olduğu devirde Türk hukukçularınca Fransız yazarlarının etkisi altında incelenen içtima kavramı, doktrinde "maddî veya hakiki içtima-ı cerâim" ve "hayalî veya itibarî içtima-ı cerâim" olarak ikiye ayrılmıştır. Bu ayırım bugünkü gerçek içtima-fikri içtima ayrımına karşılık gelmektedir. İçel, s.54.

<sup>38</sup> Zöhrap, *Hukuk-ı Ceza*, s. 205 vd.

eğer mahbusun cürmü bunların mâdûnunda bir cürm ise mürteşî hakkında muayyen olan ceza ile cezalandırılır.”

1858 CK m.202 zeyli: “Nisâ kıyafeti ile makarr-ı nisvan olan yerlere girenler mücerred bu fiilden dolayı üç aydan bir seneye kadar hapsolunurlar ve böyle tebdil-i heyetle girmiş oldukları yerde kanunen işbu cezadan daha ağır bir cezayı gerektiren bir cinayet veya cünhaya iptidar etmiş ise o fiilin cezası ile cezalanırlar.”

Aynı Kanun m.210: “Yalan şahitliğini irtikâb eden şahıs bunun zımında para almışsa teâtî olunan akçenin bir misli dahi istifa olunarak alan ve veren haklarında mürteşî ve raşî cezaları icra olunur.”

Yine fail bir seneden üç seneye kadar hapis gerektiren âdi sahtecilik (m.155), bir haftadan altı aya kadar hapis gerektiren evlenme vaadiyle kızlık bozma (m.200 zeyli) suçlarını işlediği tahakkuk eylese ağır suça ait 155. maddeye göre cezalandırılır; kızlık bozma suçu için başkaca ceza terettüp etmez.

1838 tarihli Askeri Ceza Kanunu Birinci Bent m.7’ye göre: “*Bir kimse töhmet-i şer’iye ve askeriye ile birlikte müttehem olduğunu hakimü’ş-şer’ fark ve temyiz ederse... o töhmetler filvaki cezada müsavi iseler ikisini dahi beraber icra ve eğer birisi diğerinden ağır ise o ağrının cezası icra edilir.*” Bu hüküm TCK m.44’deki fikri içtima kuralını anımsatmaktadır.

1879 Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu m.299/2: “*Birkaç cinayet veya cünha birleşmiş olduğu halde yalnız en ağır cezayı gerektiren suça terettüp eden ceza tayin olunur.*”<sup>39</sup>

## IV. İÇTİMA TÜRLERİ

### A. SUÇLARIN İÇTİMAI

#### 1. Bileşik Suç

Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz (TCK m.42). Yani bileşik suçlarda suçu oluşturan araç suçtan dolayı ayrıca ceza verilemez, dolayısıyla cezaların içtimai hükümleri uygulanamaz (madde gerekçesi). Örneğin hırabe (eşkıyalık), suç işlemek amacıyla örgüt kurma, kamu düzenini ve yol güvenliğini bozma, insan öldürme ve yağma suçlarını içeren bileşik bir suçtur.<sup>40</sup>

1858 CK m.130’a göre yetkisiz resmi kıyafet giymek suçu, m.217’de hırsızlık suçunun ağırlatıcı sebebi olarak yer almıştır.<sup>41</sup>

#### 2. Zincirleme Suç

Bir suç işleme kararıyla kanunun aynı hükmünün değişik zamanlarda ihlali halinde zincirleme suç söz konusu olur. Zincirleme suç, her biri başlı başına bir suç teşkil eden ve fakat aynı suç işleme kararının tatbik ve icrası dolayısıyla hepsi tek suç sayılan fiillerdir.<sup>42</sup> Zincirleme

<sup>39</sup> Geniş bilgi için bkz. Ahmed Ziya, *Kanun-ı Ceza ve Teferruatı Şerhi*, s. 59.

<sup>40</sup> Udeh, *et-Teşrîu’l-cinâiyyi’l-İsâmî mukârinenbi’l-kânûni’l-vadî(II)*, s. 638; Ebu Zehra, *el-Cerime*, No: 95; Muhammed Atıyye Feyturi, *Fıkhu’l-Ukubeti’l-Haddiyye fi’t-Teşrîi’l-Cinâiyyi’l-İslâmi(II)*, Bingazi, 1998, s. 598.

<sup>41</sup> Zöhrap, *Hukuk-ı Ceza*, s. 207.

<sup>42</sup> İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları: Ankara, 2020, s. 619 vd. “*Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir.*” (TCK m.43).

suçun tek suç sayılması, bir suç işleme kararına bağlı olarak icra hareketlerinin farklı zamanlarda aynı kişiye karşı işlenmiş olmasındandır.<sup>43</sup> “*Cürm-i müttehit* (zincirleme suç) *bir suç kasdının cüz cüz, kısım kısım icrasından ibaret olmasına göre aksam-ı muhtelifeyi icra tek suç oluşturur. Nitekim bir evi soymak suçunda muhtelif defalar eve girilip eşya alınması bir hırsızlık oluşturur.*”<sup>44</sup>

Hanefiler zincirleme suç kurallarının failin lehine kabul edilmiş olup aleyhine yorumlanamayacağını açıkça ifade etmiş olmasalar da, bu durumda her bir ihlalin müstakil birer tazir suçu kabul edileceğini söyleyerek değişik bir gerekçe ile aynı sonuca ulaşmışlardır.

### 3. Fikri İçtima

Fikri içtimada bir fiille kanunun birden fazla hükmünü ihlal söz konusu olur. Örneğin hırabeden dolayı cezalandırılan artık insan yaralamaktan dolayı cezalandırılmaz.<sup>45</sup> Ancak had cezası herhangi bir sebeple düşerse, yaralamadan dolayı cezalandırmak mümkündür.<sup>46</sup> Bu örnekte, yaralamanın yaptırımını olan kısas veya tazir cezası ile el ve ayak kesme cezalarından ağır olanla yetinilmesi durumu olan fikri içtima uygulaması görülüyor.

Zahirilere göre bir örgüt faaliyeti çerçevesinde yol kesilir ve sadece yolcular yaralanırsa (mal yağmalanmasa, kimse öldürülme bile) suç hırabedir, had cezası gerekir. Ebu Hanife, Malik ve Zeydilere göre yaralama ile had suçu içtima eder. Yani yağma yapıp insan yaralamış olanlara fikri içtima gereği sadece el-ayak kesme cezası verilir, yaralama cezasız kalır. Şafii ve Ahmed b. Hanbel’e göre ise kısas suçu olan yaralama ile had suçu olan yaralama içtima etmez; hem had cezası, hem de kısas cezası uygulanır.<sup>47</sup>

Haramlığını inkar ederek içki içen, dine dönmezse yalnız ölüm cezası verilir; ayrıca da yak cezası uygulanmaz (fikri içtima). İslâm’a geri dönerse ridde haddi düşer; kendisine şürb cezası uygulanır. Mürted, bir kimseyi öldürse veya birine kazfetse, onun tövbesi ridde suçunun cezasını kaldırsa bile öldürme veya kazif suçunun cezasını etkilemez.<sup>48</sup>

Karısını haksız yere döven hem yaralama suçunu işlemiş, hem de evlilik hukukunu ihlal etmiş (fikri içtima) olur,<sup>49</sup> tek ceza ile yetinilir.

### B. CEZALARIN İÇTİMAYI

Birden fazla hareketin birden fazla ihlale sebep olduğu hallerde cezaların içtimayı (maddi, gerçek içtima) söz konusu olur. İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre infaza kadar aynı

<sup>43</sup> Udeh, *et-Teşrîu'l-cinâiyyi'l-İsâmî mukârinenbi'l-kânûni'l-vadî(I)*, s. 67.

<sup>44</sup> Zöhrap, *Hukuk-ı Ceza*, s. 206-207.

<sup>45</sup> Yol kesenler, insan öldürüp mal almışlarsa en büyük cezayı hak etmiş olduklarından kısas ve organ diyeti (erş) gerektiren yaralama suçlarına bakılmaz. Serahsi, IX/197. Yol kesen haydut, bir kimseyi yaralayıp malını alsa, eli ve ayağı çapraz olarak kesilir. Yol kesenin yaraladığı hederdir (diyeti yoktur.) Çünkü had, Allah hakkı olarak vacip olunca, kulun hakkı olmak üzere nefsin ismeti (dokunulmazlığı) sakıt olur. Molla Hüseyin, II/84vd.

<sup>46</sup> Coşkun Üçök, “Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler-I”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: IV, Sayı: 1 (1947) s. 145; Ekinci, E. Buğra, *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, Arı Sanat Yayınları: İstanbul, 2008, s. 352.

<sup>47</sup> Udeh, *et-Teşrîu'l-cinâiyyi'l-İsâmî mukârinenbi'l-kânûni'l-vadî(II)*, s. 648.

<sup>48</sup> Ali Kari, *Şerhu Ş-Şifa(II)*, Beyrut, 2001, s. 472.

<sup>49</sup> Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Isulâhât-ı Fıkhiyye Kamusu(III)*, s. 322.

suçun (örneğin zina, kazif veya hırsızlık) birden fazla işlenmesi halinde, başkasının hakkına dokunmadığı sürece ve malî hakların karşılanması şartıyla tek ceza ile yetinilir.<sup>50</sup>

Cezaları farklı neviden olan farklı suçlar işlenmişse kural olarak her birinin cezası ayrı ayrı verilir. Önce şahsî hakların baskın olduğu cezadan veya diğer cezaların uygulanmasına imkân vermeyen ölüm cezasından başlanır. Farklı suçların cezası aynı neviden ise en ağır olanın uygulanması yeterli görülmüştür. Ancak İslâm hukukçuları genelde, şahsî haklara ilişkin cezaların ayrıca ve öncelikle uygulanması gerektiği görüşündedirler.<sup>51</sup> Örneğin bekar biri kazif, zina, şürb ve hırsızlık suçlarını işlemiş olsa, kazif cezasıyla başlanır ve hepsinin cezası infaz edilir.<sup>52</sup> Ancak birini öldüren, bir başkasının kolunu keserse kısasen ölüme mahkum edilir, organ kısası imkansız hale geleceğinden kolun diyeti ödetilir.<sup>53</sup>

Bir kimse zina, kazif, şürb ve hırsızlık gibi suçlar işlese, Ebu Hanife, Şafii ve Ahmed b. Hanbel'e göre, her birinin cezası ile cezalandırılır. Malik'e göre ise şürb ve kazif, zina ve kazif gibi suçların cezaları aynı türden (celde) olduğu için içtima hükümleri uygulanır, örneğin hem kazif hem zina suçunu işleyene zinanın cezası olan 100 celde uygulanmakla yetinilir.<sup>54</sup> Aynı şekilde şürb, hırsızlık ve muhsanın<sup>55</sup> zinasında sadece recm infaz edilerek diğer cezalar düşürülür.<sup>56</sup>

### 1. Kısas Cezalarının İçtimaı

Kısas cezalarının içtimasında duruma göre “cezaların toplamı” veya “en ağır cezanın verilmesi” sistemi benimsenmiştir. Bir kişinin kısas gerektiren birden fazla suç işlemesi halinde birden fazla kısas birleşmektedir. Bazı durumlarda fâile işlediği her suç için ayrı ayrı kısas gerekli görülürken bazılarında kısas gerektiren birden fazla fiile karşılık bir defa kısas infaz edilmekte, böylece bütün fiiller için kısas infaz edilmiş kabul edilmekte (tedâhül), bazı durumlarda ise fâile aynı zamanda hem kısas hem diyet sorumluluğu getirilmektedir. İşlediği insan öldürme veya yaralama sebebiyle mahkûm olmadan (basit içtima) veya mahkûm olsa bile henüz ceza infaz edilmeden aynı türden başka suçlar işlemesi halinde (mevsuf içtima) fâile içtima hükümleri, buna karşılık mahkûm olup ceza infaz edildikten sonra işlediği aynı türden suçlara tekerrür hükümleri uygulanmaktadır. Buna göre fâil iki kişiyi kasden öldürmüştü (cinâyât-ı münferide) bu iki suç sebebiyle kısasen öldürülür, ayrıca diyet sorumluluğu doğmaz.

Suçların niteliği farklı ise, meselâ fâil suçlardan birini kasten, diğerini taksirle işlemişse kasıtlı fiilinden kısas, taksirli fiilinden diyet sorumluluğu doğar. Fâilin belli bir kişiyi öldürmek kası ile attığı tek kurşun sapma sonucu bir başka kişinin de ölümüne sebebiyet verirse (cinâyât-ı müctemia) birleşen iki suç sebebiyle fâil birinciden kısas, ikinciden diyetle sorumlu tutulur. Aynı kurşunla iki kişiyi kasten öldürmesi halinde ise fâile sadece kısas sorumluluğu doğar.

<sup>50</sup> Serahsi, IX/71, Kâsânî, VII/56, Akşit, M. Cevat, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsanî Esasları*, Edebiyat Fakültesi Matbaası: İstanbul, 1976, s. 117.

<sup>51</sup> Bardakoğlu, Ali, “Ceza” *DİA*, Cilt: VII, s. 476.

<sup>52</sup> Molla Hüsrev, II/72.

<sup>53</sup> Serahsi, IX/185, Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsanî Esasları*, s. 119.

<sup>54</sup> Behnesi, I/305.

<sup>55</sup> Muhsan, âkıl, balığ, hür, müslim ve iffetli olandır. Bu nitelikleri olan biri sahih nikâhla evlenip zifafa girmekle recm ihsanı niteliğini edinmiş olur. Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kamusu (III)*, s. 129.

<sup>56</sup> Kâsânî, VII/63, Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsanî Esasları*, s. 119.

Fâilin aynı kişinin önce elini, yara iyileşmeden kolunu kesmesi/koparması, daha sonra da aynı kişiyi öldürmesi halinde cezalardan en ağırı olan ölüm cezasıyla yetinilir, kısas gerektiren diğer suçların cezası bu ağır cezanın içinde infaz edilmiş sayılır (tedahül).<sup>57</sup>

## 2. Had Cezalarının İçtimaı

Hadlerin içtimaı, suçlu hakkında farklı suçlardan dolayı uygulanması gereken birden fazla ve miktarı belirli cezalardır ki infazı mümkünse hepsi uygulanır. Mesela bir kişi kazif, hırsızlık ve şürb suçlarını işlemiş olsa hakkında farklı üç ceza içtima eder, bunlar usulü daire-sinde infaz edilir. Yine kazif haddi ile recmen zina haddi ve sair hadler içtima etse bir yönüyle kul hakkı olduğundan önce kazif haddi infaz olunur, sonra recm infaz edileceğinden hadlerin infazı mümkün olmaz.<sup>58</sup>

Hanbelilere göre bir kişi hakkında ölüm cezası gerektirmeyen aynı tür had cezaları içtima edince bir cezanın infazıyla yetinilir. Meselâ bir kimse, hakkında had cezası infaz edilmeden defalarca zina veya hırsızlık veyahut şürb suçlarını işlemiş olsa bunlardan dolayı bir had cezası yeterlidir, cezalar arasında tedahül bulunmuş olur. Çünkü bu bir had cezasının infazı istenen caydırıcılığı sağlar. Fakat ceza infaz edildikten sonra tekrar o suçu işlerse uslanmadığı anlaşılacağından hakkında tekrar had cezası gerekir.

Ölüm cezası gerektirmeyen farklı tür had cezaları verilse bunların hepsi ayrı ayrı infaz edilir, bunlar içtima etmez. Meselâ bir kişi zina, hırsızlık ve şürb suçlarını işlese hakkında bunlara ait cezalara hükmedilir, hafiften başlayarak önce şürb, sonra zina, daha sonra da hırsızlık haddi uygulanır. İnfazlar art arda yapılmaz. Çünkü ölüme yol açabilir.

Kişilere ve topluma karşı suçlar içtima etse önce kişilere karşı suçların cezaları uygulanır. Bunların içinde hadden ölüm cezası yoksa hepsi yerine getirilir. Meselâ kazif ve şürb hadleri içtima etse cinsleri farklı olduğu için ikisi de infaz edilir.

Topluma karşı işlenen bir suç sebebiyle verilen ölüm cezası (hadden katl) ile diğer cezalara içtima etse bu cezalar peş peşe infaz edilir, meselâ kesilen uzvun iyileşmesi beklenmez. Hadden katl en sonunda infaz edilir.

Fakat bu kısasen ölüm cezasının infazı için mahkumun kesilen uzvunun iyileşmesi beklenir. Zira kısas isteme hakkı olan infaza kadar bu talebinden vazgeçebilir.

## 3. Had ve Kısas Cezalarının İçtimaı

İnsan öldürme suçundan dolayı kısas ile had cezaları içtima etse kul hakkı olduğundan önce kısas cezası yerine getirilir, artık hadlerin infazına imkan kalmaz. Hırsızlık, zina ve kazif gibi hadlerle kısas cezası gerektiren suçların içtimaında ayrıca had cezalarının infazına imkân vermeyen şahsî hakların baskın olduğu kısas (ölüm) cezasına öncelik verilir.<sup>59</sup>

Hanbelilere göre resen kovuşturulan ve takibi şikayete bağlı suçların cezaları içtima etse, şikayet hakkından/kısas talebinden vazgeçilse bile resen kovuşturulan suçların cezaları infaz

<sup>57</sup> Şamil Dağcı, "Kısas" *DİA*, C:25, s. 488-495.

<sup>58</sup> *Türk Hukuk Lügati*, s. 129.

<sup>59</sup> Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstulâhât-ı Fıkhiyye Kamusu (III)*, s. 669-675, Dağcı, "Kısas" s. 488-495.

edilir. Meselâ: bir kişi zinadan dolayı ölüm veya hırsızlıktan dolayı elinin kesilmesine hükmedildiği gibi kasden insan öldürmeden veya el kesmeden dolayı da kısasen ölüm veya el kesme cezasına mahkûm olsa kısas isteme hakkı olan affetse bile faile haddenden katl veya el kesme cezası uygulanır. Çünkü sabit olan bir had cezası düşmez.

Muhsan olmayan bir kişi zina, şürib ve kazif suçlarını işlese ve bir kimsenin kasden elini kesse önce kısasen eli kesilir. Mahza kul hakkı olduğu için diğer cezalardan ağır olduğu halde önce infaz edilir. Sonra kazif haddi yerine getirilir. Zira bu da ağırlıklı olarak kul hakkıdır. Daha sonra şürib haddi infaz edilir. Çünkü bu, zina haddinden hafiftir, en sonra da zina haddi uygulanır.

#### 4. Tazir Cezalarının İctimai

Hanefilere göre Allah hakkı kapsamına giren ta'zir cezaları içtima eder; kişilere karşı ta'zir suçları içtima etmez. Dolayısıyla kul hakkı kapsamına giren ta'zir cezalarının tamamı infaz edilir.<sup>60</sup> Bu cümleden olarak farklı zaman aralıklarında gerçekleştirilen mesela sövme (şetm) suçlarından her biri karşılığında faile müstakil bir ta'zir cezası uygulanır. Buna mukabil mesela Ramazan ayında kasten birkaç kez oruç bozana sadece bir ta'zir cezası uygulanır. Çünkü bu ihlaller kamu hakkına taalluk etmektedir.<sup>61</sup>

Ebu Yusuf'a göre şarap satan, içen ve namazı terk eden kişiye, hapis ve dayak cezası verilir.<sup>62</sup>

Hanbeliler gerek aynı gerekse farklı türden olsun ta'zir suçlarının içtima (tedahül) edeceğini söyler. Buna göre örneğin nikahlı olmayan bir kadını kasten defalarca öpen veya bu konumdaki kadınlardan birini öpüp, bir diğerini okşayan şahsa bu fiillerinin tamamı karşılığı bir ta'zir cezası uygulanır. Gerek bir kişiye, gerekse bir topluluğa karşı aynı veya farklı ifadeleri kullanarak bir veya birçok defa söven kişiye de sadece bir ta'zir cezası uygulanır. Çünkü ta'zire ulaşmak istenen hedef suçlunun tedibi/terbiye edilmesidir ki bu amaç da bir ceza ile elde edilebilir. Dolayısıyla cezanın defalarca uygulanması gerek bireysel gerekse toplumsal açıdan pratik bir yarar sağlamaz.<sup>63</sup>

Kişilere karşı ta'zir suçları içtima etmez, cezaların toplanması (gerçek içtima) kuralları uygulanır.

Hanbelilere göre topluma karşı ta'zir suçları içtima eder -bunlar aynı türden olsun olmasın- bir ceza ile yetinilir.

Kişilere karşı suçlar da farklı türden ve birden fazla kişiye karşı işlenmiş olsa bile yine bir ceza ile yetinilebilir. Bir kişiye veya bir topluluğa defalarca bir sözle veya bir defada müteaddit sözlerle sövmek gibi. Çünkü ta'zirden maksud olan te'dib, bir ceza ile hâsıl olabilir.<sup>64</sup>

<sup>60</sup> Kasani, VII/65, Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istulâhât-ı Fikhiyye Kamusu (III)*, s. 328.

<sup>61</sup> İbn Abidin, IV/74, Amir, Abdülaziz, *et-Ta'zir fi's-Şerâti'l-İslâmiyye*, Mısır, 1969, s. 60-61; Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda İctima*, s. 186.

<sup>62</sup> Çivizade, s.55.

<sup>63</sup> Buhuti, VI/123, Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda İctima*, s. 187.

<sup>64</sup> Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istulâhât-ı Fikhiyye Kamusu (III)*, s. 909.

## V. SUÇ TİPLERİNDE İÇTİMA ÖRNEKLERİ

### A. KASTEN İNSAN ÖLDÜRMEDE İÇTİMA

Kişilere karşı suçlarda gerçekleşen netice sayısınca suç oluşur (maddi içtima).<sup>65</sup> Hanefilere göre birden fazla kişiyi aynı anda veya farklı zamanlarda öldüren faile bir kısas cezasının infazı ile yetinilir. Maktullerden sadece birinin yakınları veya bütün maktullerin yakınları davacı olsa durum değişmez. Kısas mahkumiyetine sebep olan suçun dışındaki suçlar için diyet ödemesi gerekmez. Fail kısastan önce kendi eceliyle de ölse, yine diyet ödemekle yükümlü tutulamaz.<sup>66</sup> Daha hafif cezalar kısas cezası içinde eridiğinden bunların ayrıca infazı gerekmez.<sup>67</sup>

Malikilere göre maktullerden birinin yakınları kısas talep edip diğerleri uzlaşsalar, fail kısas edilince diyet ödeme yükümlülüğü düşer; ödenmişse iadesi gerekir.<sup>68</sup>

Şafiilere göre fail birden fazla kişiyi üzerlerine duvar yıkmak, ateşe atmak veya bombalamak gibi usullerle aynı anda öldürmüştü, kura ile maktullerden biri karşılığında kısas edilir, diğer maktullerin diyeti ödetilir. Cinayetleri farklı zamanlarda işlemişse ilk suçu karşılığında kısas edilir, diğerlerinin diyeti ödetilir. İlk suçun maktulünün yakınları diyet karşılığı kısas talebinden vazgeçmiş veya uzlaşmışsa, sıradaki kısas isteyen karşılığında kısas cezası alır, diğerleri karşılığında diyet öder.<sup>69</sup>

Hanbelilere göre birden çok kişiyi öldüren suçların içtimandan yararlanamaz. Diyet kul hakkına taalluk eder, tazminat yönü ağır basar, bu sebeple fail suçlarından biri karşılığı kısas edilsin edilmesin öldürdüğü her insan için diyet öder.<sup>70</sup>

İmamiyye Şiası, birden fazla kişiyi öldürenin mutlaka kısas edilmesi gerektiği görüşündedir.<sup>71</sup>

### B. KASTEN YARALAMADA İÇTİMA

Kişilere karşı işlenen suçlarda gerçek içtima (cezaların toplanması) kuralı esastır. Hanefiler, Şafiiler ve Hanbelilere göre bir kişinin hem sağ elini, hem de sol elini kesenin hem sağ, hem de sol eli kısasen kesilir.<sup>72</sup> Ancak birinin sağ elini, bir başkasının da sol elini kesenin iki eli

<sup>65</sup> Feteva-yı Feyziyye, No: 2561. "Usulde eserin teaddüdü ile filin teaddüdünün sübutuna binaen (netice sayısınca suç olduğundan)..." Ayıntâbî, VIII/168.

<sup>66</sup> Serahsi, IX/127-128, Kâsânî, VII/239, Merğınani, IV/168, Mevsîli, IV/488.

<sup>67</sup> Udeh, *et-Teşriü'l-cinâiyyi'l-İsâmî mukârinenbi'l-kânûni'l-vadî(II)*, s. 162.

<sup>68</sup> Baci, VII/120.

<sup>69</sup> Maverdi, Ahkamu's-Sultaniyye, s.383, Nevevi, el-Mecmû, XX/357-358, Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda İçtima*, s. 147-148.

<sup>70</sup> Ferra, s.275, İbn Kudame, IX/406-407, Buhuti, V/541.

<sup>71</sup> Hilli, *el-Muhtasarü'n-Nafi'*, s. 288.

<sup>72</sup> Kâsânî, VII/300-301, İbn Hümam, V/397, İbn Abidin, VI/557, Nevevi, el-Mecmû, XX/356, İbn Kudame, IX/397, Buhuti, V/551. "Zeyd, Amr'ın iki elini bilekten ve iki kulağını dipten kesse Zeyd'e her biri için kısas gerekir." Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetava*, s. 589.

birden kesilmez, bir eli kısasen kesilir, diğer el karşılığında diyet öder.<sup>73</sup> İki kişinin aynı elini kesenin de bu ele karşılık gelen eli kesilir, diğer el için diyet ödemesi gerekir.<sup>74</sup>

Bir insanı mûzıha<sup>75</sup> suretiyle kasden yaralamadan dolayı mağdurun gözü görmez veya dili söylemez hale gelse, Ebu Hanife'ye göre kısasta denklik mümkün olmayacağından hem mûzıha, hem de göz için diyet gerekir, kısas uygulanamaz. Fakat İmameyne göre mûzıhadan dolayı kısas, gözden ve dilden dolayı da diyet gerekir. Çünkü gözün görmez, dilin söylemez hâle gelmesi sirayet tarikiyle (neticesi sebebiyle ağırlaşma) değil, teseyyüb tarikiyle (taksirle) vuku bulmuş olur. Sirayetin zuhuru, suçun değişmesini gerektirir. Halbuki gözün görmez hâle gelmesi, mûzıhanın değişmesi sonucunu doğurmamıştır. İmam Muhammed'den diğer bir rivayete göre de her ikisinden dolayı da kısas gerekir. Zira kasden işlenen bir suç, kısas mümkün olacak bir organa sirayet etmiştir.<sup>76</sup>

Malikilere göre, bir insanın birden fazla organını yaralayana bu organlar bakımından en ağırının cezası verilmekle yetinilir, diğer cezalar düşer. Yine geçitli suç kurallarına göre bir kişinin önce parmaklarını, sonra elini kesenin sadece eli kesilir.<sup>77</sup> Farklı kişilerden birinin parmağını, ikincinin bileğinden elini, üçüncünün ise dirseğinden kolunu kesenin kısas talebi varsa dirsekten kolu kesilir ve böylece tek kısasla üç suçun cezası birden infaz edilmiş sayılır.<sup>78</sup>

Birinin burnunu, diğerinin kulaklarını, başka birinin ellerini, öbürünün ayaklarını, daha başka birinin gözlerini çıkaran faile her bir fiili için kısas uygulanır.<sup>79</sup>

Fâil, birden fazla kişinin farklı organlarını yok etmişse (gerçek içtima) kendisinin aynı organları kısas edilir. Birden fazla kişinin aynı organını yok eden fâilin kısasa konu olan sadece bir organı mevcut olduğundan bu durumda kendisine kısasın nasıl uygulanacağı mezhepler arasında ihtilafıdır. Ebu Hanife'ye göre mağdurların hepsi kısas isterse fâile kısas uygulanır. Ancak birden fazla organa karşılık tek organ kısas edildiği için suç-ceza dengesi tam olarak sağlanamayacağından bu durumda mağdurların imkânsızlık sebebiyle karşılanamayan hakları malî bedele dönüşür ve kendilerine ayrıca kısas edilemeyen organlarının bedeli (tazminat) ödenir. Mağdurlardan birinin kısas talebinde bulunması halinde diğerlerinin müracaatı beklenmeksizin kısas infaz edilir. Mağdurlardan birinin fâili affetmesi ferdî hak kabul edilerek diğerlerinin hakkını düşürmez.

Kasden yaralamada aynı organları yok edilen mağdurların ittifakla kısas veya bir kısmının kısas, birinin tazminat istemesi halinde Mâlik ve Ahmed b. Hanbel'e göre kısas isteyen mağdur için fâile kısas uygulanır. Kasden yaralama suçunun cezası olan kısas diğer mağdurların

<sup>73</sup> Coşkun Üçok, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler-II", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: III Sayı: 1 (1946), s. 375.

<sup>74</sup> Joseph Schacht, *İslâm Hukukuna Giriş*, çev. Mehmet Dağ ve Abdülkadir Şener, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları: Ankara, 1986, s. 185.

<sup>75</sup> Mûzıha, kemiğin meydana çıkıp görüldüğü yaradır. Miyar-ı Adalet, m.210; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istı-lâhât-ı Fıkhiyye Kamusu (III)*, s. 133.

<sup>76</sup> Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istı-lâhât-ı Fıkhiyye Kamusu (III)*, s. 337.

<sup>77</sup> Desuki, IV/266.

<sup>78</sup> Şamil Dağcı, *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları: Ankara, 1996, s. 131.

<sup>79</sup> İbn Abidin, III/234.



tazminat isteme hakkı ortadan kaldırır. Ahmed b. Hanbel'e göre mağdurların bir kısmının kısas, diğerlerinin tazminat istemesi halinde ise tazminat isteyenlerin bu hakları korunmak şartı ile kısas isteyenler için fâil kısas edilir.<sup>80</sup>

### C. ÇOCUK DÜŞÜRMEDE İÇTİMA

Hüzeyl kabilesinden bir kadına taş atan, onu ve karnındaki cenini öldürmüştü. Hz. Peygamber, kasıt/taksir kombinasyonu ile insan öldürme sebebiyle kadının diyetinin failin âkilesi tarafından; ceninin ölmesi karşılığı da bir kölenin mağdur tarafa tazminat olarak ödenmesine karar verdi.<sup>81</sup>

İkiz çocuğu düşüren, ceninin ikiz olduğunu biliyorsa cezası ağırlaştırılarak verilir, bilmiyorsa tek cenin düşürmüş gibi cezalandırılır. Gurre denilen tazminat mağdur sayısınca olup bu hususta gerçek içtima hükümleri uygulanır.<sup>82</sup>

Gebe bir kadının çocuğu düşürülüp kendisi de bu fiilin etkisiyle ölürse bakılır, eğer düşen cenin ölü ise fail bir gurre, bir de tam diyet; cenin canlı olarak düştükten sonra ölürse iki diyet ödemeye mahkûm edilir.<sup>83</sup>

1766 tarihli bir mahkeme kaydına göre, İznikmid sakinlerinden olan Ebubekir, eski karısı Ayşe'nin kendisinden habersiz ilaç içerek üç kere çocuk düşürmesi sebebiyle şikayetçi olmuş ve cezalandırılmasını ve üç çocuğunun diyetini istemiştir.<sup>84</sup>

Cenini düşürülen ve yaralanan kadının ölmesi veya sakat kalması halinde kadının diyeti ve ceninin gurre ödemiş, tazir cezası da verilmiştir.

“Larende Kazası sakinelerinden ölü Şerife'nin varisleri vekaleten ve vesayeten 'zevci Mustafa ölenin başına vurmasının tesiriyle kulaklarından kan akıp, ölü **cenin düşürerek** öldüğünden' bahisle muceb-i şer'îsi dava ve kâtil inkar etmişse de varisler beyine ile isbat-ı müddeâ etmiş olduğundan **gereken gurru ve kadın diyetinin mirasçılara edası** tenbihle kâtil mahbesde tevkîf kılındığı... o veçhile mezburenin ölü olduğu mütehakkak olarak ceninin **gurrenin bir senede ve maktulenin tamam diyetinin üç senede varislere taksitle edası kâtile lazım geleceği** fetvâhane canibinden ifade ve ita kılınmış olduğundan diyetin ber-nehc-i şer'î tesviyesiyle **kâtilin** dahi bu tarafa celbiyle ceza kanununa göre tersane-i âmirede **beş sene müddetle küreğe konulması...** 1847.”<sup>85</sup>

Bir kadını döverek çocuğunu düşürten bir kamu görevlisi, sürgün cezası ve gurru ödemeye mahkûm edilmiştir:

<sup>80</sup> Dağcı, “Kıyas” s. 488-495.

<sup>81</sup> Buhari, *Diyat*, 24, Miras, C: XII, No: 1937.

<sup>82</sup> Molla Hüsrev, II/108, Şirbini, IV/104. “*Düşürülen cenin ikiz olursa faile iki gurru lazım gelir.*” Mi'yar-ı Adalet, m.134.

<sup>83</sup> Molla Hüsrev, II/108, Yaşaroğlu, s. 202-203. Gebe bir kadına çocuğunu düşürsün diye ilaç veren kimse çocuk ölü olarak düşer ve kadın da bu ilacın etkisiyle ölürse, kasıt/taksir kombinasyonu ile öldürülmüş olacağından ceninin düşürülmesi sebebiyle gurru, kadının ölümüne sebebiyet dolayısıyla da ağır diyet gerekir. Udeh, *et-Teşrîu'l-cinâiyi'l-İsâmî mukârinenbi'l-kânûni'l-vadî(II)*, s. 418.

<sup>84</sup> “*İznikmid sakinlerinden olup daha önce boşadığım karım Ayşe, benden izinsiz üç defa ilaçla kasden hamliniz ölü düşürüp üç evladımı itlaf-ı nesil zayi etmekle ber-mukteza-yı şer' üç adet evladımın dem ve diyetlerini talep ve ihkak-ı hak murad eylediğim...* 1179/1766.” BOA, C.ADL, no.80/4825. akt. Fatma Şimşek, Haldun Eroğlu ve Güven Dinç, “Osmanlı İmparatorluğunda Iskat-ı Cenin”, *USAD*, 2/6 (2009), s. 597.

<sup>85</sup> KOŞŞ, d.no. 80, h.no. 13/2, akt. Eroğlu, s.143.

“Tersâne-i âmirem yoklama odası katiplerinden Latif'in Eyüb Takyeci Mahallesi sakinlerinden Emine'nin gelini Münîre'yi **döverek mütebeyinü'l-hulka bir ölü cenin düşürmesine** sebep olduğu şer'an sabit olarak cenin-i meyyitin deyni tesviye kılınmış olmakla failin bu vecihle vaki olan harekât-ı redîesi tedibi müstelzim idiğinden Münîre **bundan dolayı ölü** yahut iyileşse bile **mağdureye bir nesne tahaddüs ederse** onun da ber-nech-i şer'i şerif icabı icra kılınmak üzere faili tedib ve emsalini terhib zımında **bilâ-müddet Rodos'a sürülmesi...** 1269/1853.”<sup>86</sup>

#### D. ZİNADA İÇTİMA

Zina, topluma karşı işlenen suç olduğu için içtima hükümleri geçerlidir. Hanefilere göre, defalarca zina suçunu işlemiş kişiye tek had cezası verilmesi yeterlidir.<sup>87</sup> Hanefilere göre bekar iken (gayri muhsan) zina suçunu işlemiş ve henüz cezası infaz edilmemişken evlenip muhsan olduktan sonra yeniden zina etse kendisine verilecek muhsan cezası, önceki suçun cezasını eritir.<sup>88</sup>

Muhsan olmayanın 100 celde cezasına ilaveten 1 yıl sürgün edileceğini söyleyen Malikilere göre, mahkûm sürgünde iken yeniden zina ederse kendisine 100 sopa vurulur, sürgün yeri değiştirilir.<sup>89</sup> Şafilere göre ise infaz sırasında işlenen suçların cezası tedahül eder.<sup>90</sup>

Cinsel saldırı amacıyla mağdur direncini kırmak için yaralanırsa maddi içtima hükümleri uygulanabilir.<sup>91</sup>

Zina ettiği bir kadının bu ilişki ile ölümüne sebebiyet verene zinadan dolayı had, ölümden dolayı da diyet gerekir.<sup>92</sup> Bir kişi ağır cinsel saldırı ile bir kadının cinsel organını parçalasa hem had cezası, hem de tazmin gerekir. Mağdure kadın, eğer bevlini tutabilecek bir halde ise diyetin üçte biri, tutamayacak bir hale gelmişse tam diyet alabilir. Fakat kadın, zinaya razı olmuşsa her ikisi de cezalandırılır, tazminat gerekmez. Zira böyle bir muvafakat, ölüme varmayan suçlardan dolayı gereken tazminatı düşürür. Şu kadar var ki bu suç, cinsel ilişkiye elverişli çocuğa karşı işlenmiş olsa onun rızası tazminat hakkını düşürmez.

Cinsel ilişkiye uygun olmayan bir çocuğun cinsel organını cinsel saldırı ile parçalayana had cezası verilmez. Çünkü küçük çocuklar, zina suçunda mağdur olmaya elverişli değildir.

<sup>86</sup> Akt. Tuğba Akıllı Acar, “3 Nolu Nefy ve İtlak Defteri'nin (s.1-100) Transkripsiyon ve Değerlendirilmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziosmanpaşa Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 334.

<sup>87</sup> Serahsi, IX/102, Kâsânî, I/81, VII/56; Merğûmani, V/326-327, Maverdi, el-Ahkamü's-Sultaniyye, s. 369, Ferra, s.264, İbn Kudame, X/190; Kayıhan İçel, *Suçların İçtimaı*, İstanbul Üniversitesi Yayınları: İstanbul, 1972, s. 51; Birkaç defa zina edene tek had cezası verilir. İnfazdan sonra tekrar zina ederse yeniden had cezası verilir. Yani mahkûmiyet veya infaz, teselsülü keser İçel, *Suçların İçtimaı*, s. 53.

<sup>88</sup> Kâsânî, VII/94, Mevsili, III/552; Zeylai, V/43, İbn Nüceym, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, s.133, Ebu Zehra, *el-Ukûbe*, s. 241. Şafilere Gazali (ö.1111), Zerkeşi (ö.1392), İbn Sübki (ö.1369) ve Takıyyüddin Hısnî (ö.1426) gibi tanınmış fakihler Hanefiler gibi düşünmektedir. Nevevi, *Ravdatü'r-Talibin*, VII/373; Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda İçtima*, s. 104.

<sup>89</sup> Desuki, IV/322.

<sup>90</sup> Maverdi, *el-Havî'l-Kebir*, XIII/195.

<sup>91</sup> “*Eyüb bostancılarından Yorgi v. Dino nâmemred oğlan mahmiye-i Kostantuniyye sâkinlerinden İbrahim'i mahkemeye ihzar ve mahzarında... 'İbrahim bana fiil-i şeni' eylemek istedikde beni bıçağıyla vurup yaraladı, şer'le görülmesini isterim' dedi, sorgu ve inkârdan sonra davacıdan beyine taleb olundu, udûl-i müsliminden Mustafa ve Mehmed, 'İbrahim iki sarhoş yoldaşıyla Eyübkapısı hâricinde merkûm oğlana fiil-i şeni' eylemek istediklerinde feryâd eylediği için bıçağıyla İbrahim, genci vurup yaraladı' diye edâ-yı şahâdet-i şer'iyye eylediklerinde gibbe't-taleb kayd-ı sicil olundu.* Rebiulâhir 994/1586. Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 3 Numaralı Sicil, Hüküm No: 238.

<sup>92</sup> Fetava-yı Hindiyeye, IV/29.

Cinsel eğilim duyulmayan bir çocukla ilişkiye akli başında olanın doğası meyletmeyeceğinden bundan zehr için had cezası öngörülmemiştir. Bu fiilin faili, bir masiyeti irtikâb etmiş olacağından hakkında şiddetli ta'zir cezası uygulanır. Sonra o çocuğa bevlini tutabilecek bir halde diyetinin üçte biriyle misil mehrini vermeğe mecbur olur. Üçte bir diyet, yaranın tazminatıdır. Mehir verilmesi had cezası gerektirmeyen gayri meşru cinsel ilişkiden dolayı gereken bir mali cezadır. Ve eğer bevlini tutamayacak bir hâle gelmişse tam diyet vermesi gerekir. Bu halde mehir gerekmez. Çünkü bir suçtan dolayı can bedeli olan tam diyet verince bunun altındaki tazminat, buna dahil olur. Ebu Hanife ile Ebu Yusuf'un görüşü budur. İmam Muhammed'e göre bu halde de mehir verilmesi gerekir. Diyeti, failin âkilesi; mehri ise kendisi öder, mehri diyetle dahil olmaz.<sup>93</sup>

Bir zina failine celd cezası verince, artık onun hapis veya sürgün edilmesi gerekmez. Zina failerini sürgün etmek, onları tekrar gayri meşru ilişkilere maruz bırakmak demektir. Çünkü bunlar, kendi çevrelerinden ayrılp başka bir muhite düşünce bu gibi suçlara daha fazla çüret edebilirler. Şu kadar var ki hapis de bir tür sürgün olduğu için, maslahat görülürse hapsedilebilir.<sup>94</sup>

#### E. HIRSIZLIKTA İÇTİMA

Hırsızlık yapan, bu suçu işlerken ta'zir cezasını gerektirecek bir kısım suçlar da işlemektedir. Örneğin hırsızlık maksadıyla bir eve giren, çalma yanında, konut dokunulmazlığını bozma suçunu da işlemiş olmaktadır. Bununla birlikte Şari' hırsızlık suçunun işlenmesinde bağımsız birer karakter olmayan bu unsurları ayrı ayrı cezalandırmak yerine tek bir ceza ile yetinmiştir. Bu da hırsızlığın geçitli suç olduğunu gösterir.

Had cezasının infazından önce birden fazla hırsızlık suçu işleyen kimse için bir kesme cezası yeterli olur.<sup>95</sup> Failin eli kesildikten sonra yine hırsızlık yapsa bu defa sol ayağı kesilir. Şayet yine hırsızlık yapsa artık başka bir uzvu kesilmeyip uslanıncaya kadar hapis ve tazir ile yetinilir.

Mahkûmiyet (ve infaz) anına kadar işlenen birden fazla suça bir ceza verilmekle yetinilir. Bir kimse bir şahsın malını çalıp da hakkında had icra ve o mal sahibine iade edildikten sonra o malı tekrar çalacak olsa bakılır; eğer o malda bir değişiklik olmamışsa tekrar had gerekmez. Fakat değişikliğe uğramış olsa, mesela iplik iken dokunup kumaş haline getirilmişse had lazım gelir. İkinci halde mal başkalaşmakla yeni bir dokunulmazlık kazanmıştır.<sup>96</sup> Bu örnek İslâm hukukunda teselsül mefhumuna yer verildiğini göstermektedir.<sup>97</sup>

Hırsızlık suçları içtima eder. Bir kişi, birden fazla hırsızlık yaptıktan sonra bunların hepsinden veya bir kısmından dolayı cezalandırılması istenip yargılanarak bir eli kesilse, bu ceza bütün hırsızlık suçlarının cezası olur; başka bir uzvu kesilemez. Çünkü aynı cinsten had suçları

<sup>93</sup> Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istulâhât-ı Fıkhiyye Kamusu (III)*, s. 589-592.

<sup>94</sup> Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istulâhât-ı Fıkhiyye Kamusu (III)*, s. 610.

<sup>95</sup> Bardakoğlu, Ali, "Hırsızlık", *DİA*, C: XVII, 1998, s.391.

<sup>96</sup> Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istulâhât-ı Fıkhiyye Kamusu (III)*, s. 269, No: 742.

<sup>97</sup> Tosun, "Müselmel Suçlar", s. 124 vd.

içtima edince bunlardan birinin cezasıyla yetinilir. Caydırıcılık ve ibret-i müessire bir cezanın infazıyla sağlanır, faydasız olacağından ikinci, üçüncü hadlerin infazı gereksizdir.<sup>98</sup>

Bir suç işleme kararının icrası cümlesinden olarak değeri nisaba ulaşan bir miktar malı birkaç kerede dışarı çıkaran (çalın) faile Malikilerden Sahnun'a göre had cezası verilir, Eşheb'e göre verilmez.<sup>99</sup> Hanefilere göre mesela on defa hırs mahalline girerek her defasında birer dirhem değerinde malı alarak dışarı çıkarsa, çaldığı malın toplam değeri nisaba (on dirheme) ulaşsa bile kendisine had cezası verilemez.<sup>100</sup> Ancak fail malları aldıktan ve malın bulunduğu yerin müstemilatı sayılan yerlerde topladıktan sonra malları toptan çıkaracak olsa, failin kendi egemenlik alanına geçirdiği an esas alınarak faile had cezası uygulanır.<sup>101</sup> Hanefiler zincirleme suç kurallarının failin lehine kabul edilmiş olup aleyhine yorumlanamayacağını açıkça ifade etmiş olmasalar da, bu durumda her bir ihlalin müstakil birer tazir suçu kabul edileceğini söyleyerek değişik bir gerekçe ile aynı sonuca ulaşmışlardır.

“Serikat-ı muhtelif, gerek bir kimseye ve gerek başka başka kimselere ait olup muhtelif hırszlarda (korunan yerlerde) bulunan malları çalmaktır. Bunlardan hiçbirisi, hırsızlık nisabına (10 dirhem gümüş değerine) ulaşmadığı takdirde -toplamı nisab miktarına ulaşsa da- had cezası gerektirmez.

Serikat-ı müttehede, bir hırs mahallinden başka başka kimselere ait malları çalmaktır. Hiç biri nisap miktarı olmasa da çalınan malların toplamı hırsızlık nisabına ulaşınca fail hakkında had cezası gerekir.”<sup>102</sup>

## F. KAZIFTE İÇTİMA

Kazifte (zina isnadı, nitelikli hakaret) tedahül, birden fazla kazifden dolayı bir had cezası ile yetinilmesi halidir. Şöyle ki, bir kişi bir veya daha fazla kimseye bir lafızla veya başka başka lafızlarla zina isnat etse bunlardan dolayı hakkında yalnız bir kazif haddi icra edilir.<sup>103</sup>

Kazif cezası infaz edildikten sonra tekrar kazif suçu işlemede içtima söz konusu olmaz, faile tekrar kazif cezası uygulanır. Bir topluluk aleyhine yapılan kazif sebebiyle de kâzife tek ceza uygulanır. Ahmed b. Hanbel ve Şâfiî'den gelen bir görüşe göre birden fazla kişiye ayrı ayrı kazifte bulunana mağdur sayısının ceza uygulanır.<sup>104</sup>

Bir sözle bir topluluğa kazfeden, aslında mağdur adedi kadar kazif suçu işlemiş olmasına rağmen aynı neviden fikri içtima hükümleri gereği tek suçun cezası ile yetinilir.<sup>105</sup>

Zina, çok faili suç olduğu için bir kişiye zina isnadı, aslında iki kişiyi töhmet altında bırakır. Isnat edilen kişinin kim ile zina ettiği açıklanmamış ise ortada tek mağdur, açıklanmış ise en az iki mağdur var demektir.

<sup>98</sup> Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstulâhât-ı Fıkhiyye Kamusu (III)*, No: 788.

<sup>99</sup> İbn Ferhun, II/191.

<sup>100</sup> Kâsânî, VII/77-78.

<sup>101</sup> İbn Abidin, IV/85.

<sup>102</sup> *Türk Hukuk Lügati*, s. 296.

<sup>103</sup> *Türk Hukuk Lügati*, s. 328.

<sup>104</sup> Hamza Aktan, “Kazf” *DİA*, C:25, s. 149.

<sup>105</sup> Serahsi, IX/111, Kâsânî, VII/56, İbn Hümmam, IV/208, Molla Hüsrev, II/72, Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsanî Esasları*, s. 117, TCK md. 43/2.

İbn Ebi Leyla (ö.765), “Ey iki zaninin çocuğu” diyen bir kişiye mescitte iki had cezası infaz etmiş, konu Ebu Hanife’ye haber verilince, ‘suçların içtimai ilkesine göre tek had cezası ile yetinilmesi gerekirken iki had cezası verilmesi yanlıştır’ demiştir.<sup>106</sup>

Bir kişi bir veya daha çok kimseye bir lafız ile veya başka başka lafızlarla zina isnadında bulunsa bunlardan dolayı hakkında yalnız bir kazif haddi icra edilir.<sup>107</sup> Hanefilere göre bir kişiye defalarca ya da müteaddit kişiye tek bir kelimeyle veya ayrı ayrı kelimelerle kazfeden kişiye tek had vurulur. Kazif haddi uygulanan fail, yetmiş dokuzuncu celdede bir başkasına daha kazfetse, içtima hükümleri burada da işletilerek celde seksene tamamlanır; yeni bir had vurulmaz.<sup>108</sup> Bir kimse, bir şahsa veya bir topluluğa kazf edip de bunlardan dolayı hakkında had icra edildikten sonra tekrar başka birisine kazifde bulunacak olsa hakkında ittifakla tekrar kazf haddi gerekir. Çünkü bu takdirde birinci had ile önleme gayesi hâsıl olmadığı anlaşılır. Önceki şahsa veya topluluğa ayrı bir zina isnadıyla kazifde bulunduğu takdirde de hüküm böyledir. Ceza infaz edildikten sonra aynı kişi veya topluluğa yeniden kazfeden faile yeniden had cezası verilir.<sup>109</sup>

Ebu Hanife’ye göre had suçu olması dolayısıyla kazifte tedahül (suçların içtimai) hükümleri uygulanır, Şafilere göre ise kul hakkı Allah hakkına galip olduğu için mağdur sayısınca suç oluşur, gerçek içtima kuralları uygulanır.<sup>110</sup>

“Şafii’ye göre kazif haddinde tedahül yoktur; Hanefilere göre tedahül vardır. Bir kişi üç dört kişiye bir kelime ile sövse, Şafii’ye göre sövdüğü kişi sayısınca; Hanefilere göre tek had cezası verilir.”<sup>111</sup>

Malik’in Hişam b. Urve’den rivayet ettiğine göre Urve’nin babası: “Bir topluluğa kazfedene tek had cezası uygulanır.” demiştir. Malik’e göre topluluk dağınık olsa bile yine tek had cezası verilir.<sup>112</sup> Topluluğa tek kelime ile veya ayrı ayrı kelimelerle kazif<sup>113</sup> halinde bir had cezası ile yetinilir.<sup>114</sup>

Malik’e göre, kazif ve şürib suçları aynı ceza (80 sopa) ile karşılandığı için, hem şürib hem de kazif suçunu işlemiş faile tek suçun cezası verilir. Diğer imamlar gerçek içtimadan yanadır.<sup>115</sup>

Bir kimse birden fazla karısına bir sözle veya ayrı ayrı sözlerle kazifte bulunsa bakılır: O kimse liana ehil ise her bir karısı için ayrı ayrı liana tabi olur, değilse yalnız bir kazif haddi gerekir, çünkü kazif haddinde tedahül caridir.<sup>116</sup>

Bir kişi hakkında kazif, zina ve şürib-i hamrden dolayı dayak cezası gerekse kişi hakkını ilgilendirdiği için önce kazif haddi infaz edilir. Sonra hakim muhayyerdir, dilerse önce hırsızlık, dilerse zina haddini infaz eder, daha sonra da şürib haddini uygular. Çünkü kazif haddini infazdan sonra kalan had cezalarının infazı mümkün olur. Şu kadar var ki, zina haddi, ayet ve

<sup>106</sup> Zeylai, III/207, İbn Hümmam, V/340, İbn Nüceym, el-Bahru’r-Raik, V/43, İbn Abidin, IV/51.

<sup>107</sup> Sava Paşa, I/187, Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsanî Esasları*, s. 117; Behnesi, IV/165, 178.

<sup>108</sup> Serahsi, IX/71, 111, 165; Kâsânî, VII/56; Mevsili, III/504-505; Ebu Zehra, el-Ukûbe, s. 237-238.

<sup>109</sup> İçel, *Suçların İçtimai*, s. 52.

<sup>110</sup> Ankaravi, I/141, Sava Paşa, I/187. İmam Şafii’nin son görüşü budur. Razi, XVI/522-524.

<sup>111</sup> Nesefti, *Nazmu’l-Hilafiyat*, s. 183.

<sup>112</sup> Malik b. Enes, *el-Muvatta’*, Hudud, s. 19.

<sup>113</sup> İbn Rüşd, II/369, Husari, II/756-757.

<sup>114</sup> Aktan, “Kazf” s. 149.

<sup>115</sup> Udeh, *et-Teşrü’l-cinâiyyi’l-İsâmî mukârinenbi’l-kânûni’l-vadî(II)*, s. 577.

<sup>116</sup> Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istulâhât-ı Fikhiyye Kamusu (II)*, s. 327.

hadisle sabit olduğundan takdim edilir, şürb haddi içtihada ve haber-i vahide dayanan bir icma ile sabit olduğu cihetle tehir olunur. Bu hadler ölüme yol açmasın diye art arda infaz edilmez, birinin etkisi geçtikten sonra diğerine sıra gelir. Bu süre zarfında mahkûm tutuklu bekletilir.

Bir kişi kazif, hırsızlık, zina ve sarhoşluk haddi ile kısas cezasına mahkum olsa önce kazif haddi infaz edilir.<sup>117</sup>

Malikîlere göre bir kimse, bir kişiye veya bir topluluğa defalarca kazifde bulunana bir had cezası gerekir. Meselâ bir topluluğa hitaben: “Hepiniz zanisiniz” veya “ey zanîler!” dese veya her birine bir mecliste veya başka başka meclislerde “ey zani! veya “fûlân ve fûlân zanidir” dese hakkında bir kazif haddi gerekir. Fakat bu had icra edildikten sonra tekrar sarih veya örtülü kazifde bulunsa, meselâ: “ben yalan söylemiş değilim veya “ben doğru söyledim” diye kazifde doğru söylediğini ima eylese veya başkasına kazifde bulunsa tekrar had cezası verilir.

Kâzif, cezanın infazı esnasında kazifini tekrar yapsa önceki celdeler yok sayılarak yeniden had icra edilir. Fakat önceki celdelerin az bir miktarı kalmış, ise bunlar ikmal edilerek, had infazına yeniden başlanır.

Hanbelîlere göre bir kimse, bir belde halkına veya tamamından zina vukuu tasavvur olunamayan bir topluluğa kazifde bulunsa had cezası verilmez; yalnız ta'zir cezası gerekir. Çünkü bu halde kazifin yalan söylediği açıkça anlaşılacağından mağdurlara âr lâhik olmaz.

### G. ŞÜRBDE İÇTİMA

Hüküm anına kadar işlenmiş birden fazla şürb (içki içme) suçuna tek ceza verilir.<sup>118</sup>

İçki ve zina suçu işlemiş kişiye yalnız zina cezası (100 sopa veya recm) verilmekle yetinilir.

Şürb ve insan öldürme halinde kısas cezasıyla yetinilir,<sup>119</sup> Şafii'ye göre gerçek içtima kuralları uygulanır, yani hem şürb haddi, hem öldürmenin cezası verilir.<sup>120</sup>

Osmanlıda şürb, sarkıntılık, memura mukavemet ve gasp suçlarını işleyen birine pranga cezası verilmiştir:

“İslimye Hacı Yahya Mahallesi sakinlerinden Ali, daha önce meyhanede hamr içerek şuna buna sarkıntılık ve söz atma gibi bazı edepsizlikler yaptığı haberi alınıp yakalanması için memur tayin olunarak merhum mukavemetle belindeki silahı memurlara ateşlemek üzereyken yakalanmış ve uygunsuz eşhastan olarak daha önce de Burğus ve Karinabad kazalarında bazı yolcuların üzerlerinde bulunan akçeleri gasp ve soygun yapmak gibi hareketlere cüret ettiği ifade edilmiş ve anlatılanlara göre Ali şerir ve edepsiz makulesinden olup bir sene müddetle prangabent ve bu müddet içinde uslanır, kendisinden emniyet-i ahali hasıl olur ve ahaliden kefil verebilirse salıverilip; olmazsa emniyet-i ahali hasıl oluncaya kadar müddeti temdit kılınması... 4 Ş 1262/1848.”<sup>121</sup>

<sup>117</sup> Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kamusu (III)*, No: 669-675.

<sup>118</sup> Kâsânî, VII/62-63, Udeh, *et-Teşrû'ü'l-cinâiyyi'l-İsâmî mukârinenbi'l-kânûni'l-vadi(II)*, s. 507; Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda İçtima*, s. 116-119.

<sup>119</sup> Kâsânî, VII/63.

<sup>120</sup> Udeh, *et-Teşrû'ü'l-cinâiyyi'l-İsâmî mukârinenbi'l-kânûni'l-vadi(II)*, s. 586.

<sup>121</sup> A. MKT. MVL. No: 2/47.

Mütecaviz sarhoşluk suçuna kalebentlik cezası uygulanmıştır:

“Ahmed ve Ali refikleri Külahlıoğlu ile sekränen (sarhoş olarak) evimin kapısına gelip âlet-i harble beni katl kasededip anama ve avradıma cima lafıyla şetm ve ırzımı hetk eylediler’ diye dava ve inkârdan sonra müddei, davasını udûlden diğer Ali, Mustafa ve Süleyman şahâdetleriyle ispat etmeğın mucibince Ahmed ve Ali’ye şer’an tedib lâzım geldiğinden maada mezbûrân kendi hâllerinde olmayıp ehl-i ırzın kapısına varıp ırzını hetk âdetleridir diye súi hâl üzere olduklarını köy halkından isimleri yazılı dört kişi haber vermeleriyle tedib ve hapisleri kulâ’-ı sultânide kalebent olunmakla salâh-ı hâlleri zuhur edince ferman-ı âlileri için bi’l-iltimâs huzur-ı alilerine ilâm olundu. 20 Rebiulevvel 1155/1742.”<sup>122</sup>

## H. HIRABEDE İÇTİMA

Amaç suçların işlenmesi için örgüt kurmak başlı başına bir suç, örgütün sona ermesine kadar devam edeceği için de kesintisiz bir suçtur.<sup>123</sup>

Birden fazla defa yol kesip muhtelif kimselerin mallarını alanlar, bu suçlarının birinden dolayı mahkemece hadden sağ elleriyle sol ayakları kesilse artık diğerlerinden dolayı cezalandırılmazlar, hak ettikleri cezalar içtima etmiş olur.

Bir kişi, hırabe suçunun yanında zina, şarap içme ve hırsızlık suçlarını da işlemekle, bunların birinden dolayı ölüm cezası verilse artık diğerlerinden dolayı kendisine ne celde vurulur ne de bir uzvu kesilir. Çünkü ölüm ağır bir cezadır, bununla cezanın genel önleme gayesi hasıl olur, diğer cezalar da buna dahil olarak cezalar içtima eder. Şafii’ye göre bu cezalar, arasında tedahül (içtima) cari olmaz. Bunlardan her biri sırasıyla infaz olunur.<sup>124</sup>

Komplo veya suikast ile (taammüden, tasarlayarak) insan öldürme suçunu hırabe saymak imkânsızdır. Ancak belli bir grup cinayet işlemek üzere anlaşmışlar (örgüt kurmuşlar) ve bunu suikast şeklinde gerçekleştirmişlerse bu takdirde hırabe kapsamına girer.<sup>125</sup>

Hırabede hem insan öldürmüş, hem de mal almış olanlar, İmam Muhammed’e göre ya idam, ya da salb edilir (asılır). Kendisine ayrıca el ve ayak kesme cezası uygulanmaz.<sup>126</sup> Ebu Hanife ve Ebu Yusuf a<sup>127</sup> göre bu durumda önce failin el ve ayakları kesilir, sonra idam edilir. Böylece malvarlığına karşı suç ile kişilere karşı suçların cezası verilmiş ve kişilere karşı işlenmiş olan suçun cezası ağırlaştırılmış olur.<sup>128</sup> Şafiiler bu durumda önce idam, sonra salb cezasının uygulanacağını, kat’ cezasının verilmeyeceğini söylerler.<sup>129</sup> Malikilere göre fail/failler önce canlı olarak asılıp sonra idam edilir; ancak kesme cezası verilmez.<sup>130</sup> Hanbeliler insan öldürme veya

<sup>122</sup> Üsküdar Mahkemesi 403 Numaralı Sicil, Hüküm No: 290.

<sup>123</sup> Ebu Zehra, *el-Cerime*, No: 96.

<sup>124</sup> Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istulâhât-ı Fıkhiyye Kamusu (III)*, s. 302, No: 839.

<sup>125</sup> Günümüzde bazı suç örgütlerinin, siyasetçileri veya iş adamlarını (onların kişilikleri önemsenmeden sırf toplumda infial yaratmak üzere) suikastla öldürmeleri hırabe suçu kapsamında değerlendirilmelidir. Ebu Zehra, *el-Ukûbe*, No: 104.

<sup>126</sup> İmam Muhammed, hırabenin diğer suçları bünyesinde toplayan tek bileşik suç olup, diğer cezaların da idam cezasının içinde eridiğini kabul etmiştir. Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda İçtima*, s. 131.

<sup>127</sup> Ebu Yusuf’un bu konuda İmam Muhammed gibi düşündüğüne dair rivayetler için bkz. Serahsi, IX/138-139, Kâsânî, VII/95, Mevsîli, IV/368, Baberti, V/425, İbn Hümmam, V/425, İbn Nüceym, el-Bahru’r-Raik, V/73.

<sup>128</sup> Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda İçtima*, s. 11.

<sup>129</sup> Remli, Muhammed b. Ahmed (ö.1596): Nihayetü’l-Muhtac ila Şerhi’l-Minhac, Beyrut, 1984, VIII/6. Failin önce teşhir amaçlı üç gün süreyle sağ olarak asılıp sonra idam edileceğine dair görüş için bkz. Nevevi, *Ravdatü’l-Talibin*, VII/366.

<sup>130</sup> Udeh, *et-Teşri’ü’l-cinâiyyi’l-İsâmî mukârinenbi’l-kânûni’l-vadî (II)*, s. 653.

yaralama suçunu hırabenin unsuru saymakla birlikte, zina, ırza geçme gibi suçların farklı değerlere hitap etmelerini gerekçe göstererek her bir suçun cezasının ayrı ayrı infaz edileceğini söylerler.<sup>131</sup> İmamiyye Şiasına göre hem mal alan, hem de öldüren(ler)den mallar geri alınır, sonra sağ el ve sol ayakları kesilir, sonra da idam edilir ve asılırlar.<sup>132</sup>

Hırabede birden çok kişinin öldürülmesi durumu ile ilgili olarak Şafiilerden iki görüş nakledilir. Birincisi, hıraabe had suçu ve öldürme de bu suçun unsuru olduğu için cezalar içtima eder ve fail maktullerin tamamı karşılığında idam edilir.<sup>133</sup> Hanbeliler failin birinci maktul karşılığında kisas cezasına çarptırılacağını, diğerlerinin ise diyetlerinin failden tahsil edileceğini söyler.<sup>134</sup>

Osmanlıda hıraabe suçunun unsuru olarak insan öldürenlerden önce maktullerin diyeti alınıp, sonra had cezasının verilmesi gerektiğini belirten belge mevcuttur.<sup>135</sup>

Hırabenin ridde ve bağı suçlarıyla içtima hallerini gösteren fetvalar: “İslâm halifesine muhalefet için heva-yı nefsleri ve ağraz-ı fasitleri için örgüt kurup insanlara zulmeden, zarar veren, haksız yere insan öldüren eşkıya ve eşirra ve sai bil-fesatları davet edip yanına getirip gündün güne şer ve fesatlarını artırdıklarında İslâm halifesi suç örgütünden ayrılın... deyince: “biz asla örgütü dağıtmayız, gündün güne artırırız. Şimdiye değin müslüman idik şimdi kafir olduk, bildiklerinden kalmasınlar, padişaha Rumeli yeter biz Anadolu’yu zapt ederiz” diye halifeye itaatten çıkıp gündün güne şer ve fesatlarını artırdıklarında... fitne ve fesatlarını def için üzerlerine gelip muharebe ve mukatele etmek lazımdır, öldürülenler yıkanmaz ve namazları kılınmaz, başları olan melun eşed azapla katl olunmak lazımdır... kadir olup tehavün eden âsim ve zalim olup dünya ve ukbada ukubat-ı azimeye (ahirette ağır cezaya) müstahak olur.”<sup>136</sup>

1714 tarihli Antep mahkemesi kadı defterindeki bir kayıtta, Abdullah Beşe isimli yeniçeriye, Ahmet'in karısı Ayşe'yi idlal ederek kendi evinde birkaç gün tuttuğu, Ahmet'e karısını zorla boşattığı ve parasını aldığı, ayrıca insanların mallarına ve ırzlarına saldırı itiyadı olmasından dolayı fetva kitaplarındaki hükümler de değerlendirilerek idam cezası verilmiştir.<sup>137</sup>

<sup>131</sup> İbn Kudame, X/299-302, Buhuti, VI/150.

<sup>132</sup> Hilli, *el-Muhtasarü'n-Nafi'*, s. 226.

<sup>133</sup> Şirazi, III/188, Nevevi, *el-Mecmu'*, XXI/358.

<sup>134</sup> İbn Kudame, X/319, Buhuti, VI/87.

<sup>135</sup> “*Helvacı Köyü'nü gündüz açıktan basıp halktan... (4 kişi) haksız yere öldürüp cümle köy halkının emval ve erzaklarını soyup ve hayvanlarını gasb ve Debbağoğlu Halil adlı kimsenin bakire kızını kaldırıp köydeki binaların tamamını yakıp ve tahrip edip şaki-i merkumun ve eşkıya-i mezburenin ve rüfekasının bu makule şakavet ve şenaetlerinin nihayeti ve fukara-yı ibad üzerine olan tasallut ve taaddilerinin bir sınırı olmayıp... eşkıya-yı mezburun buldukları yerde ahz ve zimmetlerinde şer'an mütehakkak olan mal ve hayvanlardan ellerinde mevcut bulunanların aynı ve müstehleklerin kıymet-i mukavimleri ile haksız yere öldürdükleri insanların diyetlerini tahsil edip hak sahiplerine teslim olunduktan sonra haklarında terettüp eden tedibat-ı meşruaları icra... 1163/1750” akt. M. Çağatay Uluçay, 18. ve 19. Yüzyıllarda Saruhan'da Eşkialık ve Halk Hareketleri, Berksoy Yayınevi: İstanbul, 1955, s. 203-204.*

<sup>136</sup> Akt. Uluçay, M. Çağatay, XVII. Asırda Saruhan'da Eşkialık ve Halk Hareketleri, Resimli Ay Matbaası: İstanbul, 1944, s. 352-353.

<sup>137</sup> “*Ayıntab Çukur mahalle sakinlerinden Ahmed, mahkemede... tarih-i kitabdan bir sene önce Abdullah Beşe nikahlı karım Ayşe'yi idlal ve kendi evinde birkaç gün kapatıp 'boşa!' diye bana kerh ve cebretmekle ben de korkudan Ayşe'yi boşadım sonra Ayşe'ye 35 kuruş harç ve sarf eyledim diye benden cebren 35 kuruşumu aldı ve insanların mallarına ve ırzlarına taarruz adet-i müstemirresi olup sâibi'l-fesâd olmakla sorulup Ahmed'den*



Hırabenin ırza geçme ile içtimasına örnek: 1785 tarihli ilamda, yirmi yıldan fazla bir zamandır Çirmen civarında eşkıyalık yapan Kör Hasan, Kardeşi İdris ve üç adamı, Edirne'nin Kalfa köyünde tarlada, iki bakire genç kıza cebren tecavüz ettikleri ve kızların daha sonra utançlarından kendilerini zehirledikleri anlaşıldığından, adı geçen beş kişinin idam edildiği ve kesilmiş olan beş başın İstanbul'a gönderildiği belirtilmiştir.<sup>138</sup>

Hırabenin vergi vermeyip devlete isyan etme suçuyla içtimasına dair örnek ise şöyledir: "Ahmet birkaç yüz erazil ve eşkıya ile cemiyet edip (örgüt kurup) "biz bildar bedelini vermeyiz" diye... isyan ettiklerinden maada cemiyet memnudur, niçin başbuğ olup bais-i fesat olursun diye nasihat eden kimselere dil uzatıp mahkeme basıp reis-i cemiyet (örgüt lideri) olmuştur... uslanıncaya kadar gemiye vermek (kürek cezası) üzere... 1658"<sup>139</sup>

Müteaddit defalar yol keserek muhtelif kimselerin mallarını almış olan, bu suçlarının birinden dolayı hadden sağ elleriyle sol ayakları kesilse artık diğerlerinden dolayı muaheze olunmazlar, müstahik oldukları cezalar arasında bir tedahül bulunmuş olur.

Yol kesicilikle sair had cezaları içtima ettiği takdirde de hüküm böyledir. Meselâ bir şahıs, yol kesicilikte bulunduğu gibi zina, şürb-i hamr ve hırsızlık suçlarını işlemekle bunların birinden dolayı ölüm cezası verilse, artık diğerlerinden dolayı ne kendisine celde vurulur, ne de bir uzvu kesilir. Çünkü bunlar, hukuk-ı ilâhiyeden olduğu cihetle müsamaha esasına müstenid bulunmuştur.

Bununla birlikte katl, ağır bir cezadır, bununla matlup olan red ve zecr gayesi husule gelir, diğer cezalar da buna dahil olarak cezalarda tedahül tahakkuk etmiş olur.<sup>140</sup>

İmam Şafî'ye göre bu cezalar arasında tedahül cari olmaz. Bunlardan her biri sırasıyla infaz olunur. Zira bunların her biri müstakil bir suç olduğundan her biri için ayrıca bir had cezası gerekir.

## İ. BAĞYDE İÇTİMA

Bağyin icra hareketi başlamadan önce gerçekleşen suçlar ile isyanın bastırılmasından sonra gerçekleşen suçlar da bağy ile içtima etmez. Dolayısıyla isyan hareketi başlamadan önce veya isyanın bastırılmasından sonra birinin malını gasp etmek, birini yaralamak ya da öldürmek, bağy kapsamında değil; adi suç sayılır ve faile her bir suçta öngörülen ceza uygulanır.<sup>141</sup>

*beyyine talep olundukta udul-i müsliminden (dört isim) şahitlik için mahkemede hazır olup iddia edildiği gibi olaya şahitleriz dediler, tezkiyeden sonra şahitlikleri kabul edilip... kadını idlâl ve zevcinden boşattığı şer'an sabit olmakla hüccet-i şer'iyye olmuştur bundan mâada celb-i mal ve hetk-i ırz adet-i müstemirresi olmakla birkaç defa kalebend oldukda bu vechle islah olmayıp avânenen vâcibü'l-izale şakidir diye muvacehesinde her biri alâ tarîkı ş-şahâde haber verip muteber fıkıh kitaplarından Fetâvâ-yı Hayriye'de müfsid sâî fi'l-arz bi'l-fesâd ve yüvekkı beyne'n-nâs icâbü'l-katl... mucibiyle... 1126/1714." GŞS, d.no. 65, h.no. 97, akt. Naime Yüksel Karaçığlayan, "1714-1715 Tarihleri Arasında Gaziantep'te Sosyal, Siyasi ve İktisadi Yapı (65 Numaralı Gaziantep Şer'iyye Sicili Metin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi)", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kilis 2011, s. 215.*

<sup>138</sup> 06 Z 1199 H. Dosya No: 25 Gömlek No: 1252/B HAT.

<sup>139</sup> Akt. Uluçay, *XVII. Asırda Saruhan'da Eşkıyalık*, s. 358-359.

<sup>140</sup> Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kamusu (III)*, No: 839.

<sup>141</sup> Udeh, *et-Teşrîu'l-cinâiyyi'l-İsâmî mukârinenbi'l-kânûni'l-vadî(II)*, s. 697-698.

Bağyin icra hareketlerinin başlamasından sonra bu suçun gereği olarak gerçekleştirilen devletin güvenlik güçlerine karşı koyma, direnme, öldürme, belirli bir bölgeyi istila etme, halkın malına el koyma, vergi alma, yolları, köprüleri, evleri, kamu mallarını tahrip edip yakıp yıkmaya gibi fiiller bağyin bir parçası olarak ele alınır. Dolayısıyla bu eylemlerin tamamı bağy suçu içinde bir bütün olarak değerlendirilir; bunlar ayrı ayrı cezalandırılmaz.<sup>142</sup>

Bağyin unsuru olmayan adi suçlar (hırsızlık ve zina gibi) işlemleri halinde bu suçların cezasını görürler.<sup>143</sup> Bağiler bağyin unsuru olarak insan öldürse, isyan yatıştıktan sonra kendilerine kısasen ölüm cezası verilmez. Çünkü bağiler mağdurun kanı helaldir şeklindeki kendi tevellere göre bu fiili işlemişlerdir, bu durum ise kısasin uygulanmasına engel teşkil eden bir şüphedir.<sup>144</sup> Bağyin unsuru sayılmayacak fiilleri adi suç sayılır, gerçek içtima kurallarına göre cezalandırılırlar. Hırsızlık yapan el kesme, içki içen ise şürb haddi ile cezalandırılır.<sup>145</sup> Bağyin unsuru sayılan eylemlerinden dolayı ise ayrıca ceza verilmez. Verdikleri zararlardan dolayı tazmin sorumlulukları bakidir. Pişmanlık duyarak hükümetin emrine girerlerse isyan sırasında öldürdükleri insanlara mukabil kısas olunmazlar, telef ettikleri malları tazmin etmezler.<sup>146</sup>

Osmanlıda miri malların tahsiline engel olmakta ısrara (itiyat) ölüm cezası verilmiştir. *“...etrafta vaki olan asilerden onların yanına toplanıp birlikte fesat ve şenaat üzere olanlardır... ferman çıkarılan kavas, nüzul, avarız ve sair miri malların toplanmasına engel olup isyan ve tuğyanlarında ısrar eden müfsitleri fermanım gereğince her ne yolla mümkünse ele getirip dahi haklarından gelip... 979”*<sup>147</sup>

## K. RİDDEDE İÇTİMA

Haramlığını inkar ederek içki içen, dinden çıkmış olur. Dine dönmezse yalnız ölüm cezası verilir; ayrıca dayak cezası uygulanmaz (fikri içtima). Tekrar müslüman olursa ridde haddi düşer; şürb cezası uygulanır.

Osmanlıda eşkıyalık yapan birine dinden çıkması sebebiyle ateşte yakılmak suretiyle ölüm cezası verilmiştir. *“Beypazarı Kazasında yürük taifesinden Ergayip... bir derbent içinde hâlî mevzide yer etmiştir, haramilik eder, fesadının nihayeti yoktur... yaramazdır, dediklerinden eşeddir ve hem kendisinden kelime-i küfür sadır olmuştur, ele girmeyip hakkında icra-yı şer’ olunmamıştır, katl olunmasına fetva-yı şerif vardır... kendisi Bursa Zindanı’nda mahpustur diye bildirmişsin, imdi mezbur küfr-gûy yakarak ölüm cezasını infaz edip emrim yerine vardığını yazıp arzedin. 975/1568.”*<sup>148</sup>

1572 tarihli mühimme defterindeki bir kayıtta, Kütahya kadısı Muslihiddin, Eceoğlu İlyas’ı mahkemeye davet ettiği için hem kendisine mukavemet, hem de dine hakaret ettiği

<sup>142</sup> Kasani, VII/81; İbn Hümam, VI/100, Udeh, *et-Teşrû’l-cinâiyi’l-İsâmî mukârinenbi’l-kânûni’l-vadi(II)*, s. 698.

<sup>143</sup> Bağî, İslâm ülkesinde hırsızlık yapsa had cezası uygulanır. Bunu helâl saysa da sonuç değişmez. Çünkü dâru-lislâm’da onun silahlı gücü yoktur. Kâsânî, VII/141.

<sup>144</sup> Kâsânî, VII/237, Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsanî Esasları*, s. 102.

<sup>145</sup> Udeh, *et-Teşrû’l-cinâiyi’l-İsâmî mukârinenbi’l-kânûni’l-vadi(II)*, s. 699. İsyân sırasında işlenen zina, içki içmek vb. isyanla ilgisi olmayan suçlar ise ayrıca cezalandırılır. Şafak, “Bağy” s. 452.

<sup>146</sup> Ebu Yusuf, s.233, Serahsi, X/127-128, Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsanî Esasları*, s. 115.

<sup>147</sup> BOA 12 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm: 821.

<sup>148</sup> BOA 7 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm: 226.

belirtmiş, müftüden aldığı fetva ile davasının görülmesi için divana başvurmuş, Divan, idam fetvasının yerine getirilmesini emretmiştir.<sup>149</sup>

“Hüseyin, davacıların dinlerine sövüp ve ‘ben hakkı ve peygamberi bilmem, mahallenizi ateşe veririm’ diye huzurumuzda sövdü ve Hüseyin her bâr âlet-i lehv ile şürb-i hamr edip fisk u fesâd üzeredir, biz bu hususa bu vech üzere şahitleriz... dediler, tadil ve tezkiyeden sonra şahâdetleri makbule olmağın mucibiyle Hüseyin’e **mahkemede tecdîd-i iman ettirilip** sonra zabiti marifetiyle **ta’zîr ve muhkem hakkından gelinmek** üzere tenbih olunduktan sonra **mahalleden hurucuna** dahi tenbihle mâ-vakaabi’-t-taleb ketb olundu. 17 Safer 1100/1689.”<sup>150</sup>

## SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İslam hukuku eserlerinde birbiri yerine konulmak ve karışıklığa yol açmakla birlikte ağırlıklı olarak suçların içtimaı için tedahül, cezaların toplanması için içtima kelimeleri kullanılmaktadır.

Maddi (gerçek) içtima ve fikri içtima delalet eden ayetler vardır.

Hz. Peygamber kişilere karşı suçlarda maddi içtima kuralını uygulamış, her bir cezayı ayrı ayrı infaz ettirmiş; had suçlarında (özellikle kazifte) bir fiil ile birden fazla kişiye karşı işlenmiş suçta tek ceza ile yetinmiştir.

Hz. Ömer çok failli olan zina suçuna tanıklık edenlerin biri tanıklıktan dönünce diğerlerine tek kazif haddi uygulayarak aynı neviden fikri içtima örneğini göstermiştir.

Abdullah b. Mes’ud, “*Ölüm cezası diğer bütün cezaları eritir*” diyerek cezaların içtimaında en ağır cezanın verilmesini yeterli bulmuştur.

Müçtehitler bu normları ve uygulamaları dikkate alarak içtima ile ilgili zengin bir doktrin oluşturmuşlardır. Cezaların içtimaında Malikiler kişilere karşı suçlarda hafif cezaların ağır cezalar içinde eriyeceğini ve ağır ceza infaz edilince diğerlerinin düşeceğini (tek ceza ile yetinilmesi gerektiğini); Şafiiler ise infazı mümkün olan bütün cezaların hafiften ağıra sırayla infazını, birden fazla suç işleyen birine bunlardan birinin yaptırımını olarak ölüm cezası verilse bile diğer suçlarının mali bedelinin ödetilmesini gerekli görerek iki ucu temsil etmişler, Hanbeliler kişilere karşı suçlarda infazı mümkün cezaların sırayla infaz edilmesi gerektiğini; had cezalarından biri ölüm cezası ise diğer cezaların ölüm cezası içinde eriyeceğini söyleyerek orta yolu bulmuşlardır. Zahiriler ise yargılamayı esas almışlar ve ayrı yargılamalarla hükmedilmiş cezaların hepsinin infaz edileceğini, tek yargılamaya konu olmuş suçların en ağırının cezası ile yetinileceğini söyleyerek farklı bir yol bulmuşlardır.

Klasik dönem Osmanlı kanunlarında içtima ile ilgili açık hüküm bulmak mümkün olmamıştır. Tanzimat dönemi 1851 CK Birinci Fasal m.16’da kolluk güçlerine silah çekmenin

<sup>149</sup> “*Kütahya kadısı Mevlana Muslihiddin mektup gönderip Alaşehir kazasına tâbi Küçükşeyhli köyünde oturan Eceoğlu İlyas b. Mustafa ile kavga edip şer’a davet ettiği için ağzına ve avradına hâşâ şeriat ve şeriatı ihdas edenin ağzına ve avradına ve dinine... ettiği şer’le sabit olup müftü’l-enâm mezbûrun hakkında ‘katli lazımdır’ diye fetva verdiğini bildirip... fetvâ-yı şerif muktezasiyla amel edip emr-i şer’ ne ise eda eyleyin... 979/1572.*” BOA. MD, d.no. 10, h.no. 280, akt. Çakır, İ. Ethem, “10 Numaralı Mühimme Defteri Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (s. 179-356)” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 50.

<sup>150</sup> İstanbul Mahkemesi 20 Numaralı Sicil, Hüküm No: 216.

memura mukavemet suçunu da oluşturması sebebiyle silah çekmeye oranla daha ağır ceza öngörerek kabahat ile cünha türü suçların içtimaı örneği ortaya konulmuştur.

Uygulamada, üç cenin düşüren eski karısından üç çocuk düşürme tazminatı talebi, maddi içtima örneği olarak zikredilebilir.

Cinsel saldırı amacıyla direncini kırmak istediği mağduru yaralamada cinsel saldırıya teşebbüs ve yaralama suçlarından dolayı maddi içtima hükümleri uygulandığını düşündürebilir.

Şübh, sarkıntılık, memura mukavemet ve gasp suçlarını işleyen birine pranga cezası, müteceviz sarhoşluk suçuna da kalebentlik cezası verilerek birden fazla faklı suçun içtimaı örnekleri gösterilmiştir.

Hırabe, bileşik suçun en tipik örneğini oluşturur. Bu suçun unsurunu oluşturan suçlara ayrıca ceza verilmezken unsur olmayan başka suçlar da işlenirse maddi içtima hükümleri uygulanmıştır.

Eşkivalık yapan biri dinden çıkınca ölüm cezası yakılarak infazı emredilmiş, ridde ile ağırlaşan hırabe suçunun cezası ağırlaştırılmıştır.

Yine ridde suçu faili davet edildiği mahkemeye gelmediği gibi hakime hakaret ettiği için alınan fetva ile doğrudan ölüm cezasına çarptırılmıştır.

## KAYNAKLAR

- Akıllı Acar, Tuğba, “3 Nolu Nefy ve İtlak Defteri'nin (s.1-100) Transkripsiyon ve Değerlendirilmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziosmanpaşa Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- Akşit, M. Cevat, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsanî Esasları*, Edebiyat Fakültesi Matbaası: İstanbul, 1976.
- Aktan, Hamza, “Kazf” *DİA*, C:25, Ankara, 2002.
- Amir, Abdülaziz, *et-Ta'zir fi's-Şeriatil-İslâmiyye*, Mısır, 1969.
- Ankaravi Mehmed Emin Efendi (ö.1687), Fetâvâ-yı Ankaravî, İst.1281/1864.
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2007.
- Ayıntâbî, Abdülhamîd (ö.1699), Tercümetü't-Tahtâvî alâ Dürri'l-muhtâr (I-VIII), İst.1285-1288.
- Aziz, Mehmed, *Osmanlı Ceza Hukuku Mufasssal Nazariyyât-ı Ceza*, haz., Selman Dursun, On İki Levha Yayıncılık: İstanbul, 2020.
- Bardakoğlu, Ali, “Ceza” *DİA*, Cilt: VII, ss. 470-478.
- Bardakoğlu, Ali, “Hırsızlık”, *DİA*, C:XVII, 1998, s. 384-396.
- Behnesi, A. Fethi, *el-Mevsuatü'l-Cinaiyefi'l-Fıkhi'l-İslâmî (I)*, Beyrut, 1991,
- Bilmen, Ö. Nasuhi, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilâhât-ı Fıkhiyye Kamusu(I)*, İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1975.
- BOA 12 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm:821.
- BOA 7 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm:226.
- Buhuti, Mansur b. Yunus (ö.1641), Keşşâfu'l-Kına', Dâru'l-Fikr, Beyrut, 1982.
- Çakır, İ. Ethem, “10 Numaralı Mühimme Defteri Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (s. 179-356)” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- Çivizade, Muhyiddin Muhammed b. İlyas (ö.1547): “Risale Müteallika bi't-Teazir” Tahkik: A. Özer, *İslâm Hukuk Literatüründe Tazir Risaleleri ve Şeyhülislâm Muhyiddin Muhammed b. İlyas Çivizade'nin Risale Müteallika bi't-Teazir Adlı Risalesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, MÜSBE, 2000.
- Dağcı, Şamil, *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları: Ankara, 1996.
- Dağcı, Şamil, “Kıyas” *DİA*, C:25, ss. 488-495.
- Desûkî, Muhammed b. Ahmed b. Arafe (ö.1815), Hâşiye ale's-Şerhi'l-Kebîr li'd-Derdîr alâ Muhtasar-ı Halîl, Y.y. T.y.
- Doğan, Fatma Karakaş “Türk Ceza Hukukunda Cezaların İçtima Kurumunun Düzenlenmesi Gerektiği Üzerine” *Ankara Barosu Dergisi*, 3 (2011), ss. 85-104.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (II)*, İstanbul: Beta Yayınları, 1999.
- Ebu Yusuf, Yakub b. İbrahim (ö.798): Kitabu'l-Harâc (Çev. A. Özek) İst.1970.
- Ebu Zehra, Muhammed (ö.1974), el-Ukubefi'l-Fıkhi'l-İslâmî, Kahire, Ty.
- Ebu Zehra, Muhammed (ö.1974) el-Cerimefi'l-Fıkhi'l-İslâmî, Kahire, Ty.
- Ekinci, E. Buğra, *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, Arı Sanat Yayınları: İstanbul, 2008.
- Şimşek, Fatma, Haldun Eroğlu ve Güven Dinç, “Osmanlı İmparatorluğunda İskat-ı Cenin”, *USAD*, 2/6 (2009), ss. 593-609.
- Erturhan, Sabri, *İslam Ceza Hukukunda İçtima*, Rağbet Yayınları: İstanbul, 2003.
- Ferra, Kadı Ebu Ya'lâ Muhammed b. Hüseyin (ö.1065): el-Ahkâmu's-Sultaniye, Mısır, 1987.
- Fetâvâ-yı Hindiyeye (Fetava-yı Âlemgiriyye) (Çev: Mustafa Efe) Ankara: Akçağ Yayınları, T.y.

- Feyturi, Muhammed Atıyye, *Fıkhu'l-Ukubeti'l-Haddiyye fi't-Teşri'l-Cinâiyyi'l-İslâmi*, Bingazi, 1998.
- Fezullah Efendi, Şeyhülislam (ö.1703), Fetava-yı Fezziyye (Haz: Süleyman Kaya), İst.2009.
- Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- Husari, Ahmet: es-Siyasetü'l-Cezaiyye fi'l-Fıkhî'l-Ukubati'l-İslâmi'l-Mukaran, Beyrut, 1993.
- İbn Abidin, Muhammed Emin (ö.1836): Hâşiye Reddi'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr Şerhu Tenviri'l-Ebsâr, İst.1984.
- İbn Ferhun, Burhâneddîn Ebu'l-Vefâ İbrâhîm İbnü'l-İmâm Şemseddîn Ebî Abdillâh Muhammed (ö.1397): Tab-sıratü'l-Hukkâm fi Usûli'l-Akdiyati ve Menâhici'l-Ahkâm, Kahire, 1986.
- İbn Hümmam, Kemâleddîn Muhammed b. Abdülvâhid (ö.1456): Şerhu Fethi'l-Kadîr, Mısır, 1970.
- İbn Kudame, Muvaffakuddîn Ebû Muhammed (ö.1223): el-Muğnî, Beyrut, 1984.
- İbn Nuceym, Zeynüddîn b. İbrâhîm el-Mısırî (ö.1563), el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik, Mısır, 1310.
- İbn Nuceym, Zeynüddîn b. İbrâhîm el-Mısırî (ö.1563), el-Eşbah ve'n-Nezair, Dımaşk, 1986.
- İbn Rüşd, Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî (ö.1199): Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktasid, İstanbul, 1985.
- İçel, Kayhan, *Suçların İctiması*, İstanbul, 1972.
- Kal'aci, Muhammed Ravvâs, Mevsûatü Fıkhî Ömer b. Hattâb, Beyrut, 1989.
- Naime Yüksel Karaçaglayan, 1714-1715 Tarihleri Arasında Gaziantep'te Sosyal, Siyasi ve İktisadi Yapı (65 Numaralı Gaziantep Şer'iyye Sicili Metin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi) (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kilis 2011.
- Kari, Ali b Muhammed Sultan el-Herevi (ö.1606), Şerhu's-Şifa, Beyrut, 2001.
- Kâsânî, Alâeddîn Ebubekir b. Mes'ud (ö.1191): Bedâiu's-Sanâi' fi Tertîbi's-Şerâi', Mısır, 1327.
- Kii, Muhammed Abdülmün'im, *Nazratü'l-Kur'an ile'l-Cerime ve'l-Ikab*, Kahire, 1988.
- Maverdî, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed (ö.1058): el-Ahkâmü's-Sultaniyye, Beyrut, 1990.
- Merğınani, Ebu'l-Hasen Ali b. Ebubekir (ö.1197), el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî, İstanbul, 1986.
- Mevsîli, Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd (ö.1284), el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr, İstanbul, 1987.
- Miras, Kamil-Ahmed Naim, Sahih-i Buhari Muhtasarı Tecrid-i Sarih Tercemesi ve Şerhi, Ankara, 1974.
- Molla Hüsrev, Muhammed b. Feramuz (ö.1480), Düreru'l-Hukkâm fi Şerhi Ğureri'l-Ahkâm, İstanbul, 1978.
- Nesefî, Ebu Hafs Ömer b. Muhammed (ö.1142), Nazmü'l-Hilafiyat (Türkçe'ye çev: İbrahim b. Mustafa b. Alişir el-Melifdevi) Haz: Azmi Bilgin, Ankara, 1996.
- Nevevî, Ebu Zekeriya, Muhyiddin b. Şeref, el-Mecmû Şerhu'l-Mühezzeb, Mektebetü'l-İrşâd, Cidde, T.y.
- Özek, Ali ve ark. Kur'an-ı Kerim ve Türkçe Açıklamalı Meali, Medine, 1992, s.95.
- Özen, Mustafa, "Suçların İctiması", Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları: Ankara, 2020.
- Razi, Fahreddîn Muhammed b. Ömer (ö.1210), Mefâtihu'l-Ğayb (Tefsir-i Kebir), Beyrut, T.y.
- Remli, Muhammed b. Ahmed (ö.1596): Nihayetü'l-Muhtac ila Şerhi'l-Minhac, Beyrut, 1984.
- San'ani Abdurrezzak b. Hemmam (ö.826-827), el-Musannef, Hindistan, 1970.
- Sava Paşa (ö.1901), İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt, (Çev: B. Arıkan) Ankara, 1955.
- Schacht, Joseph, *İslâm Hukukuna Giriş*, çev. Mehmet Dağ ve Abdülkadir Şener, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları: Ankara, 1986.
- Serahsi, Ebubekir Muhammed b. Ahmed (ö.1090), el-Mebcut, Beyrut, 1986.
- Şafak, Ali, "Bağy" *DİA*, C:4, s.452.

- Şevkanî, Muhammed b. Ali b. Muhammed (ö.1834): Neylü'l-Evtâr Şerhu Münteka'l-Ahbâr, Beyrut, T.y.
- Şeyhzade, Muhammed b. Muslihiddin (ö.1543), Haşiye alâ Tefsiri'l-Kadı Beyzavi, İstanbul, 1306.
- Şimşek, Fatma-Eroğlu, Haldun-Dinç, Güven, "Osmanlı İmparatorluğunda Iskat-ı Cenin", *USAD*, 2/6, s.597.
- Şirazi, Ebu İshak İbrahim b. Ali el-Firuzabadi (ö.1083), el-Mühezzeb fi'l-Fıkhi'l-İmam Şafii, Beyrut, 1995.
- Şirbîni, Muhammed b. Ahmed el-Hatîb (ö.1570): Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meânî Elfâzi'l-Minhâc, Mısır, 1958.
- Tosun, Öztekin, "Müselsel Suçlar", *İHFM*, XXII, S:1-4, İstanbul, 1957.
- Türk Hukuk Lügati*, Ankara: Türk Hukuk Kurumu Yayınları, 1991.
- Türkzade, Hafız Mehmed Ziyaeddin, *Osmanlı Hukuk Sözlüğü Mükemmel İstilahat-ı Kavanin Yahut Malumat-ı Kanuniye Hulasası*, Haz., Fethi Gedikli ve İ. Enes Onat, On İki Levha Yayınları: İstanbul, 2017.
- Udeh, Abdülkâdir, et-Teşriü'l-Cinâiyi'l-İsâmî Mukârinen bi'l-Kânûni'l-Vad'i, Dâru'l-kitâbi'l-arabi: Beyrut.
- Uluçay, M. Çağatay, XVII. Asırda Saruhan'da Eşkıyalık ve Halk Hareketleri, Resimli Ay Matbaası: İstanbul, 1944.
- Uluçay, M. Çağatay, *18 ve 19. Yüzyıllarda Saruhan'da Eşkıyalık ve Halk Hareketleri*, Berksoy Yayınevi: İstanbul, 1955.
- Üçok, Coşkun, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler-I", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: IV, Sayı: 1 (1947), ss. 125-146.
- Üçok, Coşkun, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler-II", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: III Sayı: 1 (1946), ss. 365-383.
- Yazır, M. Hamdi (ö.1942), *Hak Dini Kur'an Dili*, Eser Neşriyat: İstanbul, 1979.
- Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetava*, İstanbul, 1266.
- Yüksel, Naime, "1714-1715 Tarihleri Arasında Gaziantep'te Sosyal, Siyasi ve İktisadi Yapı (65 Numaralı Gaziantep Şer'iyye Sicili Metin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi)", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kilis 2011.
- Zeylâî, Fahreddin Osman b. Ali (ö.1343), Tebyînü'l-Hakaik Şerhu Kenzi'd-Dekaik, Bulak, 1315.
- Ziya, Ahmed, *Kanun-ı Ceza ve Teferruatı Şerhi*, İstanbul, 1329,
- Zöhrap, Kırkor, *Hukuk-ı Ceza*, İstanbul: Ahmed Saki Bey Matbaası, 1325.

## ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARDA KOŞUL VE YÜKLEMELER

### CONDITIONS AND CHARGES IN TESTAMENTARY DISPOSITION

Müjgan Gömeç\*

#### ÖZ

Miras hukukundaki en temel konu, ölüme bağlı tasarruflardır. Ölüme bağlı tasarruflar, kişilerin öldükten sonra hüküm ve sonuç doğurmak üzere yaptıkları terekelerindeki mallarla ilgili olan ya da terekeleri ile herhangi bir ilgisi olmayan emirler içeren hukuki işlemlerdir. İnsanların hayattayken her hususta kendi kararlarını alma ve gerçekleştirme imkanları vardır. Öldükten sonra da insanların istek ve arzularının yerine getirilmesine imkân vermesi açısından ölüme bağlı tasarruflar çok önemlidir. Miras bırakan, ölüme bağlı tasarruflarını arzu ve istekleri doğrultusunda bazı koşul ve yüklemelere tabi tutabilir. Medeni Kanun, miras bırakanlara ölüme bağlı tasarruflarına koşul ve yükleme getirebilme yetkisi tanıyarak tasarruf alanlarını genişletmiştir. Bu koşul ve yüklemelerin hangi şartlarda ve nasıl geçerli olacağı hususunun incelenmesi ölüme bağlı tasarrufların geçerliliği ve mirasçılarının hakları açısından önem arz etmektedir. İnsanların öldükten sonra geride kalan mallarının akıbeti ile ilgili karar verme imkânı kalmayacağından, ölüme bağlı tasarrufların geçerliliği hususu büyük önem taşımaktadır. Çalışmamızda miras bırakanın yapabileceği ölüme bağlı tasarrufların neler olabileceği, ölüme bağlı tasarruflara geçerli olacak şekilde nasıl koşullar ve yüklemeler getirilebileceği ve hangi türdeki koşul ve yüklemelerin ölüme bağlı tasarrufları geçersiz hale getireceği incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler** Ölüme Bağlı Tasarruf ~ Koşul ~ Yükleme

#### ABSTRACT

The most fundamental issue in Law of Succession is testamentary dispositions. These dispositions are juridical process that involve orders relevant or nonrelevant to estate assets of individuals in order to give judgment and deduct upon their death. People have their own means to make and realize their decisions in every possible matter while alive. Testamentary dispositions are also very crucial in that they permit will and desires of the individuals to be fulfilled even after they pass away. The inheritor can subject his/her testamentary disposition to certain conditions and charges in accordance with his/her will and desires. The Civil Code expands the areas of these dispositions in a way of granting the authority to the Inheritors to impose conditions and charges. Examining the subject, which is in which circumstances and how those conditions and charges will be valid, has an importance in terms of validity of the testamentary dispositions and rights of the heirs. As the individuals will not be able to decide on the fate of their assets left behind upon their death, the subject of the validity of testamentary dispositions is of great importance. This study will examine what can be the testamentary dispositions made by the Inheritors in addition to what conditions and charges will apply to testamentary dispositions. Moreover, this study will focus on what kind of conditions and charges can invalidate the testamentary dispositions.

**Keywords** Testamentary Disposition ~ Condition ~ Charge

\* Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi.

© 0000-0002-9294-3043 [mujganhacier@gmail.com](mailto:mujganhacier@gmail.com)



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari-Türetilmez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.  
This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.



## GİRİŞ

Miras hukukuna göre, ölen kişinin yani miras bırakanın mirasının kimlere kalacağı hususunda karma bir sistem belirlenmiştir. Bu sistemlerden ilkinde, miras bırakanın mallarının kimlere geçeceği kanun tarafından önceden belirlenir. Buna kanuni (yasal) mirasçılık denir. Diğer sisteme göre ise; miras bırakan, mirasının geçeceği kişileri önceden belirleyebilir. Bu sisteme de atanmış mirasçılık denir. Buradan da anlaşıldığı üzere Türk Hukukunda mirasın kime kalacağı hususu sadece kanuna göre belirlenmemektedir. Miras bırakan, kendi arzusuna göre mirasını kimlere bırakacağını belirleyebilir. Buna olanak sağlayan iradi işleme, ölüme bağlı tasarruf denir (TMK m. 514).

Miras bırakan ölüme bağlı tasarruflar ile sadece malvarlığının devrini sağlamaz. Aynı zamanda TMK m. 515'e göre: "Miras bırakan, ölüme bağlı tasarruflarını koşullara ve yüklemelere bağlayabilir." Yani miras bırakan terekesi dışında kalan bir hususta da ölüme bağlı tasarrufta bulunabilir. Örneğin; öldükten sonra kendi isminin bir okula verilmesi isteği gibi.

Ölüme bağlı tasarruflarda koşul ve yükleme kavramı TMK'da aynı maddede düzenlenmiş olmasına rağmen, hukuki nitelikleri ve sonuçları birbirinden çok farklı olduğu için bu iki kavram ayrı ayrı ele alınacaktır.

## I. ÖLÜME BAĞLI TASARRUF KAVRAMI

Ölüme bağlı tasarruf, miras bırakanın tek taraflı irade açıklaması ile öldükten sonra malvarlığının kimler tarafından nasıl kullanılacağı gibi ölmeden önceki son arzularının gerçekleştirilmesi amacıyla kanun koyucu tarafından miras bırakana tanınmış bir hukuki işlemidir. Bu hukuki işlem, miras bırakanın ölümünden sonra hüküm ve sonuç doğurur.<sup>1</sup>

Her birey aktif ve pasiflerinden oluşan bir malvarlığına sahiptir.<sup>2</sup> Bireylerin ölümü veya ölümle aynı sonuca sahip diğer hallerde<sup>3</sup> aktif ve pasif malvarlıkları tereke<sup>4</sup> olarak adlandırılır. Tereke yerine miras kavramı da TMK'nın bazı hükümlerinde kullanılmaktadır. Ancak doktrinde tereke ile miras aynı anlamda kabul edilmemektedir. Mirasın terekeden daha kapsayıcı bir anlam taşıdığı savunulmaktadır. Tereke, miras bırakanın yalnızca aktif ve pasiflerinin mirasçılara geçmesi olarak tanımlanırken; miras, miras bırakanın aktif ve pasiflerinin yanında mirasçılara diğer tüm yetkilerinin de geçmesi olarak ifade edilmektedir.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku -Miras Hukuku-*, (15. Baskı), İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020, s. 50; Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku*, (15. Baskı), İstanbul: Der Yayınları, 2021, s. 53.

<sup>2</sup> M. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku*, (3. Baskı), İstanbul: Filiz Kitabevi, 1984, s. 1; Mehmet Ayan, *Miras Hukuku*, (10. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, 2020, s. 29.

<sup>3</sup> Ölüm karinesi (TMK m. 31) ve miras hukuku açısından farklı özellikleri olmasına rağmen (TMK m. 584 - 588) gaiplik kararı (TMK m. 32 - 35) ölümle eş değer tutulmuştur. Hüseyin Hatemi, *Kişiler Hukuku*, (8. Baskı), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 82-85; Turgut Akıntürk ve Jale (Güral) Akipek, *Türk Medeni Hukuku I -Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku-*, (16. Baskı), İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020, s. 250; Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler*, (8. Baskı), İstanbul: Legal Kitapevi, 2017, s. 31-42.

<sup>4</sup> Samim Gönensay ve Kemaleddin Birsen, *Miras Hukuku*, (2. Baskı), İstanbul: Ahmed Said Matbaası, 1963, s. 1; Nuşin Ayiter ve Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, (2. Baskı), Ankara: Savaş Yayınları, 1991, s. 37; Nuşin Ayiter, *Miras Hukuku*, (4. Baskı), Ankara: Sevinç Matbaası, 1978, s. 9.

<sup>5</sup> Ayiter ve Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 37; Ayiter, *Miras Hukuku*, s. 9.

TMK'ya göre bir kimse ölümünden sonra terekesinin kimlere kalacağı ile ilgili herhangi bir tasarrufta bulunmaz ise mirasçuları kanuni hükümlere göre belirlenecektir (TMK m. 495-591). Buna kanuni (yasal) mirasçılık denilmektedir. Bunun yanı sıra miras bırakan ölümünden sonra malvarlığının kimlere kalacağı hususunda özel bir düzenleme de yapabilir ki bu şekilde belirlenen mirasçılara ise atanmış (iradi) mirasçılar denilmektedir. Doktrinde bir görüşe göre; mirasçı atama yetkisi, miras bırakana kanunla tanınmış bir yetki olduğundan atanmış mirasçılığın kanuni mirasçılığın bir türü olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır.<sup>6</sup>

Kanuni mirasçılarının bir kısmı kanun koyucu tarafından saklı paylı mirasçı olarak belirlenmiştir. Saklı paylı mirasçılarının payları miras bırakan tarafından tasarruf edilemez (TMK m. 505-506). Saklı paylı mirasçılar TMK'da açıkça belirtilerek sınırlandırılmıştır. Bunlar miras bırakanın alt soyu, eşi, annesi ve babasıdır. Bu sayılanlar dışında saklı paylı mirasçı olamaz.<sup>7</sup> Saklı paylı mirasçılara düşecek olan miras payının dışında kalan kısım, miras bırakanın tasarruf edebileceği kısım olarak adlandırılmıştır (TMK m. 507).

Doktrindeki bir görüşe göre, malvarlığı içerisinde bulunmayan bir hak terekede bulunamaz.<sup>8</sup> Ancak hâkim olan görüşe göre, miras bırakanın ölümü anında malvarlığında olmayan haklar da terekede bulunabilir. Bu haklara verilebilecek en güzel örnek, biyolojik babanın mirasçılara karşı açabileceği babalık davasıdır (TMK m. 301/2).<sup>9</sup> Bunun dışında miras bırakanın ölümü halinde mirasçılarının şahsında doğrudan doğan haklar da vardır. Miras bırakanın ölümü ile onun desteğinden yoksun kalacak olanların talep edebileceği destekten yoksun kalma tazminatı (Türk Borçlar Kanunu m. 53/1-b.3) ve miras bırakanın ölümü halinde yakınlarının talep edebileceği manevi tazminat (TBK m. 56/2) mirasçılarının şahsında doğrudan doğacak olan haklara verilebilecek örneklerdendir.<sup>10</sup> Bu haklar miras bırakanın malvarlığında ya da terekede yer almaz.<sup>11</sup> Miras bırakanın intikali mümkün olan borçları da terekeye dahildir.<sup>12</sup> Yaptığımız tüm bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere tereke, miras bırakanın intikali mümkün olan ve ölümü ile mirasçılara geçecek olan özel hukuk ilişkileridir.<sup>13</sup>

<sup>6</sup> Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, (2. Baskı), İstanbul: Filiz Kitabevi, 1978, s. 35.

<sup>7</sup> 10.05.2007 tarihinden önce kardeşler de saklı paylı mirasçı olarak kabul edilmekteydi. Ancak yapılan değişikliklerle kardeşler, saklı paylı mirasçı olmaktan çıkarılmıştır.

<sup>8</sup> Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 2.

<sup>9</sup> Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku -Miras Hukuku-*, s. 11; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 34-36; Bilge Öztan, *Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)*, (11. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s. 16. Aksi Görüş; Bu davalardaki taraf sıfatı miras bırakandan geçmeyip doğrudan mirasçının şahsından doğmaktadır. Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku*, (6. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 119-124.

<sup>10</sup> O. Gökhan Antalya, *Miras Hukuku*, (4. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 74; H. Kübra Ercoşkun Şenol, "Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler", Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi, 2011, s. 7; Turgut Öz, *Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 9.

<sup>11</sup> Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku -Miras Hukuku-*, s. 12; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 37-38; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, s. 121-124.

<sup>12</sup> Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, s. 119-121; Halil Akkanat, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004, s. 101-102.

<sup>13</sup> Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku -Miras Hukuku-*, s. 8; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 31, Öztan, *Miras Hukuku*, s. 16; Antalya, *Miras Hukuku*, s. 69-74; Ali Naim İnan, Şeref Ertas ve Hakan Albaş, *Miras Hukuku*, (10. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 64; Ercoşkun Şenol, "Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler", s. 8.

Ölüme bağlı tasarruf yapma hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan tasarruf yapılırken kişinin iradi ya da yasal olarak temsili söz konusu olamayacaktır. Ancak ölüme bağlı tasarrufta bulunma hakkının, iradi veya yasal temsilci aracılığıyla kullanılamaması, uygulamada miras bırakanın sınırlandırılmasına neden olabilir. Tasarrufta bulunacak kişinin, bu hakkını bizzat kullanma imkanının olmayacağı yahut da vekil aracılığıyla yapacağı tasarrufun, geçerlilik şartlarına daha uygun olarak yapılacağı hususu da dikkate alınarak yeni bir düzenleme yapılabilir.

#### A. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARDA EHLİYET

Vasiyetnameler ve miras sözleşmelerinde aranan ehliyet şartları birbirinden farklıdır. Doktrinde ölüme bağlı tasarruf ehliyetinin, hak ehliyetinin bir çeşidi olduğu savunulmaktadır. Bu nedenle bu gibi işlemler temsilci vasıtasıyla yapılamaz.<sup>14</sup> Bu görüşe katılmama nedenimizi yukarıda açıklamıştık.

##### 1. Vasiyetnamelerde Ehliyetin Şartları

TMK'da vasiyetname yapma ehliyeti için aranan şartlar belirtilmiştir. Buna göre, ayırt etme gücüne sahip ve on beş yaşını doldurmuş olmak yeterlidir (TMK m. 502). Aranan bu şartlar vasiyetin yapılma anında bulunmalıdır.

Ayırt etme gücü, yapılan hukuki işlemin sebep ve sonuçlarının anlaşılması halidir. Buna göre, kişi, vasiyetname yaparken bunun sebep ve sonuçlarını anlayabilir halde ise ayırt etme gücüne sahip demektir. Vasiyetin yapılışı anında ayırtım gücüne sahip olan kişinin sonradan ayırtım gücünü kaybetmiş olması vasiyeti geçersiz kılmaz.<sup>15</sup>

Vasiyetname düzenleyebilmek için ayırtım gücüne sahip olan kişide aranan ikinci koşul ise on beş yaşının doldurulmuş olmasıdır. Vasiyetnamenin düzenlenmesi anında on beş yaşını henüz doldurmamış olan kişinin sonradan bu yaşı doldurması geçersiz olarak düzenlenen vasiyeti geçerli hale getirmeyecektir.<sup>16</sup> Kanun koyucu vasiyetname düzenleme yaşını on sekiz yerine on beş kabul ederek miras bırakanın isteklerine ne kadar önem verdiğini göstermektedir. Vasiyetnameler tek taraflı irade beyanı ile ortadan kaldırılabilecek nitelikte işlemlerdir. Bu bakış açısına göre on beş yaşından önce ayırtım gücü yerinde olan bir kişinin düzenlemiş olduğu vasiyetnameyi, on beş yaşını doldurduktan sonra tek taraflı yapacağı bir işlemlerle vasiyetten dönmesi veya vasiyeti değiştirme imkânı varken bunu yapmaması, bu tasarrufun geçerli olması yönündeki isteğinin göstergesidir. Bu nedenle her ne kadar on beş yaşından önce düzenlenmiş de olsa, kişinin ayırtım gücü de yerinde olduğundan, bu vasiyetin on beş yaşın doldurulmasından sonra geçerli kabul edilmesi, miras bırakanın öldükten sonraki arzu ve isteklerinin gerçekleştirilmesi açısından önemlidir.

<sup>14</sup> Abdülkadir Arpacı, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, (2. Baskı), İstanbul: Beta Yayıncılık, 2000, s. 13; Ayiter ve Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 76-77; Ayiter, *Miras Hukuku*, s. 39; Akıntürk ve Akipek, *Türk Medeni Hukuku I - Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku-*, s. 273-275.

<sup>15</sup> Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku -Miras Hukuku-*, s. 57; Antalya, *Miras Hukuku*, s. 212; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 234; Ayan, *Miras Hukuku*, s. 117.

<sup>16</sup> Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku -Miras Hukuku-*, s. 58; Antalya, *Miras Hukuku*, s. 213; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 234; Ayan, *Miras Hukuku*, s. 118.

## 2. Miras Sözleşmesinde Ehliyetin Şartları

Miras sözleşmesi yapabilmek için aranan ehliyet şartları TMK m. 503'te açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, ayırt etme gücüne sahip olmak, ergin olmak ve kısıtlı olmamak gerekir.

Miras sözleşmesi yapacak olan kişinin öncelikle ayırtım gücüne sahip olması gereklidir. Vasiyetnameden farklı olarak, ayırt etme gücüne sahip ve on beş yaşını doldurmuş olan kişinin miras sözleşmesi yapması halinde bu sözleşme iptal edilebilirlik yaptırımına tabidir. Ancak iptal edilebilirlik yaptırımına tabi miras sözleşmesi, tahvil(çevirme) yolu ile resmi vasiyetnameye dönüştürülerek geçerli hale getirilebilir.<sup>17</sup>

Miras sözleşmesi düzenlemenin şartlarından biri de ergin olmaktır. Erginlik on sekiz yaşın doldurulması ile evlenmeyle veya mahkeme kararı ile kazanılabilir.<sup>18</sup> TMK'da "ergin olmak" denildiği için erginliğin hangi yolla kazanıldığının bir önemi kalmamıştır.

Miras sözleşmesi ile ölüme bağlı tasarrufta bulunacak olan tarafın kısıtlı olmaması gerekmektedir. Ölüme bağlı tasarruflarda temsil yasağı bulunmaktadır. Bu nedenledir ki ne yasal temsilci ne de iradi temsilci miras sözleşmesini kısıtlı kişi adına yapamaz. Kısıtlı, miras sözleşmesi yaptıktan sonra temsilcisinin buna icazet vermiş olması da bu işlemi geçerli hale getiremeyecektir.<sup>19</sup>

Miras sözleşmesi vasiyetnamenin aksine iki taraflı bir sözleşmedir. Ancak miras sözleşmesi yapabilmek için aranan ehliyet şartları, ölüme bağlı tasarrufta bulunan taraf için aranmaktadır. Ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan sözleşmenin diğer tarafında bu ehliyet şartları aranmaz.<sup>20</sup> Miras sözleşmesinin vasiyetnameden farklı olarak sözleşmesel bir niteliğinin olması nedeniyle vasiyetname yaparken aranan ehliyet şartlarına nazaran daha ağır ehliyet şartlarının aranması yerindedir.

Mirastan feragat sözleşmesinde ise ölüme bağlı tasarrufta bulunan taraf, feragati kabul eden taraf (miras bırakan) olduğu için miras sözleşmesi için aranan ehliyet şartlarını mirastan feragati kabul eden miras bırakanın taşıması gerekmektedir.<sup>21</sup>

## B. ÖLÜME BAĞLI TASARRUF ÇEŞİTLERİ

Ölüme bağlı tasarruf kavramı iki farklı anlamda kullanılmaktadır.<sup>22</sup> Bunlar şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar ve maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflardır.

### 1. Şekli Anlamda Ölüme Bağlı Tasarruflar

Ölüme bağlı tasarruf iki şekilde yapılabilir. Bunlardan biri vasiyetname, diğeri ise miras sözleşmeleridir (TMK m. 514, 531-549). TMK'da ölüme bağlı tasarruf yapma yetkisi sıkı şekil

<sup>17</sup> Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 233; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku -Miras Hukuku-*, s. 59.

<sup>18</sup> İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 68.

<sup>19</sup> Gamze Turan, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü*, Ankara: Turhan Kitapevi, 2009, s. 39-40.

<sup>20</sup> Mustafa Dural, *Miras Sözleşmeleri*, İstanbul: 1980; Gamze Turan, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü*, s. 42.

<sup>21</sup> Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, s. 300; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku -Miras Hukuku-*, s. 60; Turan, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü*, s. 41

<sup>22</sup> Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku -Miras Hukuku-*, s. 52.

şartlarına bağlanmıştır. Kanunda, vasiyetname ve miras sözleşmesi dışında başka bir yöntemle ölüme bağlı tasarruf yapma imkânı verilmemiştir. Şekli ölüme bağlı tasarruflarda tipe bağlılık<sup>23</sup> prensibi geçerlidir.<sup>24</sup>

#### a. Vasiyetnameler

Vasiyetnameler tek taraflı hukuki işlemlerdir. Vasiyetname oluşturulması için miras bırakanın tek başına iradesi yeterlidir. Vasiyetname ile lehine kazandırmada bulunulan kişinin kabulüne gerek yoktur.<sup>25</sup> Ancak vasiyetname ile lehine kazandırmada bulunulan kişinin vasiyetteki kazanımı kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Nasıl ki kanuni ve atanmış mirasçılar mirası reddedebiliyorsa (TMK m. 605) vasiyetle kazandırmada bulunulan kişinin de vasiyeti reddetme hakkı vardır (TMK m. 616).

Vasiyeti yapan miras bırakan da bu vasiyetinden dilediği zaman tek taraflı olarak dönebilir. Vasiyetnameden tek taraflı olarak dönülebilmesi, vasiyetname düzenleyecek olan kişiler için amaç ve isteklerinin değişmesi durumunda kolayca vasiyetlerini değiştirebilme imkânı vermektedir. Vasiyetnameler kural olarak resmi şekilde veya miras bırakanın kendi el yazısı ile yazılarak yapılmalıdır. Ancak istisnai bazı durumlarda sözlü olarak da yapılabilir. (TMK m. 531).

#### b. Miras Sözleşmeleri

Miras sözleşmesi, hüküm ve sonuçlarını miras bırakanın ölümü halinde doğuracak olan hukuki bir işlemdir. Miras sözleşmesinde tarafların icap ve kabulü gereklidir. Bu sözleşme ile taraflardan her ikisi de ölüme bağlı tasarruflarda bulunabileceği<sup>26</sup> gibi yalnız biri de ölüme bağlı tasarruflarda bulunabilir. Miras sözleşmesi ile üçüncü kişilere de kazandırmada bulunulabilir (TMK m. 527).

Miras sözleşmeleri iki taraflı hukuki işlemlerdir. Bu nedenle kural olarak bu sözleşmeden tek taraflı olarak dönülemez. Ancak kanunda belirtilen istisnai hallerde tek taraflı olarak dönülebilir.<sup>27</sup> Mirastan feragat sözleşmesi sadece miras sözleşmesi şeklinde yapılabilecek tek tasarruftur.<sup>28</sup>

## 2. Maddi Anlamda Ölüme Bağlı Tasarruflar

Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar, şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların içeriğini belirler. Mirasçı atama (TMK m. 516), mirasçılıktan çıkarma (TMK m. 510-513) ve vasiyeti

<sup>23</sup> Tipe bağlılık prensibi; Latince bir kelime olan *numerus clausus* "sınırlı sayı" anlamına gelmektedir. Yani sınırlı sayıda hukuki işlemi tarafların yapabileceğini ve sözleşme serbestisi ile bunun genişletilemeyeceğini belirtmektedir. Sezgin Seymen Çebi, "Alman Medeni Hukukunda Tipe Bağlılık", *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, s. 151-162. (erişim: 3 Aralık 2020, <https://jurix.com.tr/article/4296>)

<sup>24</sup> Öztan, *Miras Hukuku*, s. 175; Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 92; Ayan, *Miras Hukuku*, s. 110; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, s. 260-261; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 55.

<sup>25</sup> Ercoşkun Şenol, "Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler", s. 13.

<sup>26</sup> Turan, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü*, s. 21; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 185-186; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, s. 262-263.

<sup>27</sup> Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 128; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku -Miras Hukuku-*, s. 53; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 190-194; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 111; Ayan, *Miras Hukuku*, s. 140.

<sup>28</sup> Dural, *Miras Sözleşmeleri*, s. 106; Fikret, Eren, *Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası*, Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1966, s. 8; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, s. 285.

yerine getirme görevlisi atama (TMK m. 550-556) maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf türüne verilebilecek en bariz örneklerdir.

## II. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARDA KOŞUL

### A. GENEL OLARAK KOŞUL KAVRAMI

Koşul (şart)<sup>29</sup> kelimesi günlük dilde birbirinden farklı birçok anlamda kullanılmaktadır.<sup>30</sup> Günlük hayatta şart kelimesi, bir olayın özelliklerini anlatırken ya da kişi veya eşyanın içinde bulunduğu durumu ifade etmek için kullanılır. “Kötü hava koşulları”, “Ekonomik koşullar” gibi ifadeler örnek olarak verilebilir.<sup>31</sup>

Ölüme bağlı tasarruflarda koşullar TMK m. 515’te düzenlenmiştir. Ancak adı geçen kanun hükmünde koşulun miras hukuku anlamında tanımı yapılmamıştır. Bu nedenle koşul kavramını geniş anlamda ve dar anlamda olmak üzere iki farklı şekilde inceleyebiliriz.

#### 1. Geniş Anlamda Koşul

Geniş anlamda koşul kavramı, hukuki işlemlerin içeriklerindeki kayıtları belirtmek için kullanılır.<sup>32</sup> Bu kayıtlar, taraflar arasında yapılacak olan sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi bakımından önemlidir. “Sözleşmenin koşulları”, “İş koşulları” gibi ifadelerde kullanılır.

Koşul, TBK m. 20’de “Genel İşlem Koşulları” başlığı altında şu şekilde kullanılmıştır. “Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenlerin ilerde çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı taraf sunduğu sözleşme hükümleridir.” Geniş anlamda koşul ifadesiyle, bir hukuki işlemin hüküm ifade edebilmesi için kanuna göre gerçekleşmesi gereken olgular ifade edilmektedir.<sup>33</sup> Bu koşullar, kanun koyucu tarafından belirlenmesi nedeniyle hukuki veya kanuni koşul olarak adlandırılmaktadır. Örneğin; evlenme ehliyeti, “Ehliyetin Koşulları” olarak kanun koyucu tarafından özel olarak düzenlenmiştir (TMK m. 124-128). Bu koşullara sahip olmayan kişilerin evlenebilmeleri mümkün değildir.<sup>34</sup>

<sup>29</sup> 743 sayılı Eski Medeni Kanun (EMK) da “koşul” kelimesinin yerine aynı anlamı taşıyan “şart” kelimesi kullanılmaktadır.

<sup>30</sup> M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-*, Cilt 2. (15. Baskı), İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, s. 507-508.

<sup>31</sup> Turgut Akıntürk, “Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c.27, sayı 3, 1970, s. 221.

<sup>32</sup> Akıntürk, “Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme”, s. 222; Abdülkerim Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2004, s. 6; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-*, (25. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s. 1291; Selahattin Sulhi Tekinay vd., *Tekinay Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-*, (7. Baskı), İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993, s. 328; Hasan Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları*, Ankara: Dayınlarlı Yayıncılık, 1989, s. 7; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, (12. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, 2020, s. 158; Lale Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No:254, 1992, s. 17-18.

<sup>33</sup> Ercişkun Şenol, “Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler”, s. 85.

<sup>34</sup> Akıntürk, “Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerine Bir İnceleme”, s. 222-223, 227; Eren, *Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-*, s. 1290-1291; Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 5-6, 28-29; Kemal Tahir Gürsoy, “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet -Kısım II Şart-”, *AÜHF*, 11(1-2), 1954, erişim:12 Aralık 2020, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/638431>, s. 402-403.

## 2.Dar Anlamda Koşul

Dar anlamdaki koşul kavramı, “Koşullar” adı altında, TBK m. 170-176 hükümleri arasında düzenlenen koşulları ifade etmektedir. Koşul kavramı bu yönüyle, daha sınırlı bir anlam ve niteliğe sahiptir. TBK’nın genel kısmında düzenlenmiş olan bu hükümler TMK m. 5’e göre, ölüme bağlı tasarruflara, niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir.<sup>35</sup> TMK md 515’te vasiyetname ve miras sözleşmesi şeklinde ayırım yapılmadan ölüme bağlı tasarrufların tümünün koşula bağlanabileceği düzenlenmiştir.

Koşul doktrinde, tarafların iradesine bağlı olarak bir işlemin; doğması, devam etmesi veya düşmesinin, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan, bir olaya bağlanması şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>36</sup>

### B. KOŞULUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Doktrinde, koşulun temeli taraf iradesine dayanmakla birlikte koşulun hukuki bir işlem olan ölüme bağlı tasarrufların tali (ikinci) unsurları arasında yer aldığı savunulmaktadır.<sup>37</sup> Objektif açıdan bir hukuki işlemin tali unsuru sayılmakta olan koşul, sübjektif açıdan bakıldığında ise hukuki işlemin esaslı bir unsurdur.<sup>38</sup> Açıklamış olduğumuz nedenlerle geçerli bir şekilde koşula bağlı hukuki işlem kurulabilmesi için koşul hususunda tarafların iradelerinin uyuşması gerekmektedir (TBK m.2/1).<sup>39</sup>

Koşul, tek başına bir hukuki işlem olmamakla birlikte hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarının bağlanmış olduğu bir olaydır. Bu nedenle tek başına koşuldan ibaret olan bir hukuki işlem yapılması mümkün olmayacaktır.<sup>40</sup> Koşulun taşıdığı anlamın her zaman açık olarak anlaşılmadığından yorumlanması gerekebilir.<sup>41</sup> Bu durum ölüme bağlı tasarrufların koşul getirilerek nasıl genişletilebildiğinin de göstergesidir.

Hukuki koşullar hakkında daha ayrıntılı bilgi için bakınız; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, s. 84-86; Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları*, s. 83-94; Gürsoy, “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet - Kısım II Şart-”, s. 402-406.

<sup>35</sup> Ayan, *Miras Hukuku*, s. 111; Ayiter ve Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 109.

<sup>36</sup> Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-*, (8. Baskı), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 240; Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları*, s. 8; Eren, *Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-*, s. 1289; Ercoşkun Şenol, “Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler”, s. 86; Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 7.

<sup>37</sup> Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, s. 14; Gürsoy, “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet- Kısım II Şart-”, s. 373; Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 9.

<sup>38</sup> Gürsoy, “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet -Kısım II Şart-”, s. 4; Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 9; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, s. 14; Taraflarının aralarında anlaşmaları ile bir hukuki işlemin tali unsurlarını o işlemin zorunlu ögesi haline getirebilirler. Bu şekilde taraf iradesi ile hukuki işlemin zorunlu unsuru haline getirilmiş olan ögelere, hukuki işlemin sübjektif esaslı unsurları denir. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-*, s. 41; Eren, *Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-*, s. 232; Necip Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukuku -Genel Bölüm- c. I*, (7. Baskı), İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017, s. 175-176.

<sup>39</sup> Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 9; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, s. 14; Detaylı bilgi için bakınız: Tekinay vd., *Tekinay Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-* s. 74-79.

<sup>40</sup> Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku -Miras Hukuku-*, s. 156; Akıntürk, “Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerine Bir İnceleme”, s. 242; Ercoşkun Şenol, “Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler”, s. 87.

<sup>41</sup> Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-* s. 515.

## C. KOŞULUN ÇEŞİTLERİ

### 1. Geciktirici (Taliki) Koşul

TBK m. 170/1'e göre, bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması, koşulun gerçekleşmesine bağlanmışsa burada geciktirici(taliki) bir koşul vardır. Bazı durumlarda, başlangıçta geçerli olarak kurulmuş bir hukuki işlemin hüküm ifade edebilmesi için bazı unsurların varlığı aranmaktadır. Doktrinde bu tip unsurlara "tamamlayıcı unsurlar(olgular)"<sup>42</sup> ya da "hukuki işlemin etkinlik unsurları"<sup>43</sup> denir. Bir unsurun bu nitelikleri alması ya taraf iradesinden ya da kanundan kaynaklanmaktadır.<sup>44</sup> Örnek verecek olursak, ölüme bağlı tasarrufun hüküm ve sonuç doğurabilmesi için kanuni ve zorunlu olan koşul, miras bırakanın ölümüdür.<sup>45</sup> Geciktirici koşulda da hukuki işlemin hüküm doğurabilmesi için taraf iradeleriyle koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu durumda geciktirici koşul için hukuki işlemin tarafların iradesinden kaynaklanan etkinlik unsuru olduğu söylenebilir.<sup>46</sup>

### 2. Bozucu (İnfisahi) Koşul

TBK m. 173/1'e göre, hüküm ve sonuçlarını doğurmuş olan bir hukuki işlemin, koşulun gerçekleşmesi ile hükümden düşeceği kararlaştırılmışsa; burada bozucu (infisahi) koşulun varlığı söz konusudur. Buna göre, bozucu şarta bağlı olarak yapılmış olan bir ölüme bağlı tasarrufta, mirasın açılması ile lehtar mirasa hak kazanır ve yerine getirilmesini talep edebilir. Ancak bozucu koşulun gerçekleşmesi halinde bu durum sona erer.<sup>47</sup>

## III. KOŞULUN ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLAR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

### A. GENEL OLARAK

Ölüme bağlı tasarrufta kanuni ve zorunlu olan ilk şart, miras bırakanın ölümüdür. Bozucu koşula bağlanmış olan bir ölüme bağlı tasarrufta, miras bırakanın ölümü halinde, ölüme bağlı tasarruf hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Ancak bozucu koşulun gerçekleşmesi halinde tasarruf hükümleri ortadan kalkmış olacaktır. Geciktirici koşula bağlanmış bir ölüme bağlı tasarrufta ise miras bırakanın ölümünden sonra bir de koşulun gerçekleşmesi gerekecektir. Buradan anlaşılacağı üzere geciktirici veya bozucu koşula bağlanmış olan ölüme bağlı tasarruflarda iki aşamadan bahsedebiliriz. Bunlardan ilki, miras bırakanın ölümü ile başlayan ve koşulun

<sup>42</sup> Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, s. 15; Ercoşkun Şenol, "Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler", s. 86.

<sup>43</sup> Eren, *Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-*, s. 128; Ercoşkun Şenol, "Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler", s. 86.

<sup>44</sup> Eren, *Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-*, s. 128; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, s. 16.

<sup>45</sup> Ercoşkun Şenol, "Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler", s. 11, 86.

<sup>46</sup> Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, s. 15.

<sup>47</sup> Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet -Kısım II Şart-", s. 437; Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 91.



gerçekleşmesine kadar devam eden süreçtir. Bu süreç doktrinde askı devresi olarak isimlendirilmektedir.<sup>48</sup> İkincisi ise koşulun gerçekleşmesi ile geçilen devredir.<sup>49</sup>

## B. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARDA BEKLEME (ASKI) SÜRESİ VE BU SÜREÇTE İLGİLİLERİN HAKLARI VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

TMK m. 515/1-2'e göre "Tasarruf hüküm ve sonuçlarını doğurduğu andan itibaren, her ilgili, koşul ve yüklemenin yerine getirilmesini isteyebilir." Ölüme bağlı tasarruflar, miras bırakanın ölümü ile mirasın açılması anından itibaren hüküm ve sonuç doğurmaya başlayacaktır. Ancak ölüme bağlı tasarruflar bir koşula bağlanmışsa bu koşulun gerçekleşeceği ana kadar askı devresi denilen süreçte kalacaktır. Askı devresi içerisinde koşulun gerçekleşmesi ölüme bağlı tasarruf lehtarının iradesine bırakılmış bile olsa o kişiden koşulun gerçekleştirilmesi talep edilemez.<sup>50</sup> Çünkü ölüme bağlı tasarrufa eklenen koşul, lehtara herhangi bir yapma ya da yapmama edimi yüklemesiz. Geciktirici koşul gerçekleştirilmediğinde bunun sonucu, tasarruftan faydalanılamayacak olmasıdır. Bozucu koşul gerçekleştirildiğinde ise sonuç, tasarruftan elde edilmekte olan yararın kaybedilmesidir.<sup>51</sup> Birçok durumda tasarruf lehtarının koşulun gerçekleşmesi ya da gerçekleşmemesinde yapabileceği herhangi bir şey de yoktur. Örnek verecek olursak; bir salgın hastalık olayının gerçekleşmesinin (gelecek yıl domuz gribi yaşanır gibi) ya da gerçekleşmemesinin (pandemi olmazsa gibi) koşul olarak belirlenmesi halinde durum bu şekildedir.<sup>52</sup> Bu nedenledir ki TMK m. 515/1-2'deki hüküm, koşulun uygulanabilir niteliği ile bağdaşmadığından doktrinde eleştirilmektedir.<sup>53</sup> Kanun koyucu koşulun düzenlemesini çok genel geçer olarak yaptığından daha detaylı yapacağı bir düzenleme ile uygulamadaki birçok sorunun önüne geçilebileceği kanaatindeyiz.

TMK'da bu hüküm dışında askı devresi ile ilgili başka bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle de boşluk oluşan noktalarda TBK m. 171 hükmü kıyasen uygulanabilecektir.<sup>54</sup>

<sup>48</sup> Ayan, *Miras Hukuku*, s. 114; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 139; Ayiter ve Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 112; Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 83; Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet -Kısım II Şart-", s. 421; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, s. 159; Ercoşkun Şenol, s. 102.

<sup>49</sup> Ayiter ve Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 111-112; Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 83; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 140; Ercoşkun Şenol, "Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler", s. 102.

<sup>50</sup> İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, s. 222; Ayiter ve Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 116; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 179; Akıntürk, "Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerine Bir İnceleme", s. 241; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, s. 165; Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet -Kısım II Şart-", s. 419.

<sup>51</sup> Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku -Miras Hukuku-*, s. 157-158; Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet -Kısım II Şart-", s. 419-450; Akıntürk, "Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerine Bir İnceleme", s. 243.

<sup>52</sup> Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku -Miras Hukuku-*, s. 157; Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet -Kısım II Şart-", s. 419; Ercoşkun Şenol, "Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler", s. 103.

<sup>53</sup> Hükümde hem koşul hem de yükleme için aynı ifade kullanılmıştır. Aslında sadece yükleme için bu hükmün uygulanabilirliği vardır.

<sup>54</sup> İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 139-140; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, s. 159; Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 82; Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet -Kısım II Şart-", s. 421; Ercoşkun Şenol, "Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler", s. 103; TBK'nın 171. maddesine göre ise:

## C. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARDA KOŞULUN GERÇEKLEŞMESİ

### 1. Genel Olarak

Ölüme bağlı tasarruf geciktirici bir koşula bağlanmışsa, koşulun gerçekleşmesi ile tasarruf hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır. Geciktirici koşul olumsuz bir niteliğe sahipse, bu koşulun gerçekleşmesine imkân olmadığının tespit edilmesi halinde koşul gerçekleşmiş sayılacaktır.<sup>55</sup> Böylece bir hakkın, gereksiz sürüncemede kalması önlenmiş olacağından bu uygulama yerindedir.

Geciktirici koşulun gerçekleşmesi halinde, koşul gerçekleşene kadar beklenen bir miras hakkının sahibi olan tasarruf lehtarının hakkı, artık tam miras hakkına dönüşecektir. Geciktirici koşula bağlanmış olan tasarruf, mirasçı atama ile ilgili ise tasarruf lehtarı atanmış mirasçı sıfatını kazanacak ve miras ortaklığına dahil olacaktır.<sup>56</sup> Ölüme bağlı tasarruf vasiyete ilişkin ise, tasarruf lehtarı vasiyet alacaklısı sıfatını kazanmış olarak tasarruf konusu şey üzerinde bir alacak hakkı sahibi olacaktır.<sup>57</sup>

Ölüme bağlı tasarrufta bozucu şartın gerçekleşmesi halinde, miras bırakanın ölümü ile hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayan tasarruf hükümleri sona erecektir. Koşula bağlanmış olarak mirasçı atanmış kişinin mirasçılık sıfatı sona ererken o ana kadar sahip olmuş olduğu miras payı, tasarrufta aksi bir hüküm belirtilmediği takdirde, miras bırakanın öldüğü anda sağ bulunan yasal (veya atanmış)<sup>58</sup> mirasçılara geri dönecektir.<sup>59</sup> Bozucu koşula bağlanarak vasiyet alacaklısı olarak belirlenmiş kişinin, koşulun gerçekleşmesi halinde vasiyet konusu şeyi, miras bırakanın ölümü esnasında sağ bulunan yasal mirasçılar veya tasarrufta belirtilmiş olan kişilere iade yükümlülüğü doğar.<sup>60</sup>

---

“Koşul gerçekleşinceye kadar borçlu, borcun gereği gibi ifasını engelleyecek her türlü davranıştan kaçınmakla yükümlüdür.

Koşula bağlı hakkı tehlikeye düşürülen alacaklı, alacağı koşula bağlı olmayan alacaklıların haklarını korumak üzere başvurabilecekleri önlemleri alabilir.

Koşulun gerçekleşmesinden önce yapılan tasarruflar, koşulun hükümlerini zedelediği oranda geçersiz olur.”

<sup>55</sup> Ayiter ve Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 113; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 140-141; Ayan, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, s. 165.

<sup>56</sup> Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku -Miras Hukuku-*, s. 157; Öztan, *Miras Hukuku*, s. 283; Gürsoy, “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet -Kısım II Şart-”, s. 437; Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 92-93.

<sup>57</sup> Öztan, *Miras Hukuku*, s. 283; Gürsoy, “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet -Kısım II Şart-”, s. 437; Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 93-94; Ercoşkun Şenol, “Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler”, s. 107.

<sup>58</sup> Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, s. 184; Ercoşkun Şenol, “Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler”, s. 109.

<sup>59</sup> Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, s. 184; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, s. 223; Gürsoy, “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet -Kısım II Şart-”, s. 437; Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 94.

<sup>60</sup> İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, s. 223; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, s. 184; Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 94.

## 2. Koşulun Gerçekleşmesinin İmkânsız Hale Gelmesi veya Gerçekleşmiş Sayılması

Ölüme bağlı tasarrufun geciktirici ya da bozucu koşula bağlanmış olması ve bu koşulun gerçekleşmesi taraflardan birinin çıkarlarına ters düşebilir.<sup>61</sup> Bu nedenle koşulun gerçekleşmesi, çıkarlarına ters düşecek olan kişi tarafından engellenmeye çalışılabilir. TBK m. 175/1 bu şekilde taraflardan birinin koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı olarak engellemeye çalışması halinde, koşulun gerçekleşmiş sayılacağını hükme bağlamıştır. Bu düzenleme hak kayıplarının önlenmesi ve bir hakkın gereksiz yere sürüncemede bırakılmaması açısından faydalı olmuştur.

TBK m. 175/1 hükmündeki koşulun gerçekleşmiş sayılması anına ilişkin kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle doktrinde savunulan ve bizim de katıldığımız görüşe göre; dürüstlük kuralına aykırı davranışın gerçekleştirilme anının koşulun gerçekleşmiş sayılma anı olarak kabulü gerektiği savunulmaktadır.<sup>62</sup>

### D. HUKUKA VE AHLÂKA AYKIRI KOŞULLAR VE BU KOŞULLARIN ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARA ETKİSİ

Bir hukuki işlemin, kanunun emredici hükümlerine, kişilik haklarına ya da kamu düzenine aykırı olması o işlemin hukuka aykırı olduğunun göstergesidir.<sup>63</sup> Ölüme bağlı tasarruflara da kanunun emredici hükümlerine, kişilik haklarına veya kamu düzenine aykırı olan koşullar konulabilir. Örneğin; birinin öldürülmesi, yaralanması, sakat bırakılması gibi koşullar kişilik haklarını ihlal ettiğinden hukuka aykırıdır.<sup>64</sup>

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, kişinin kendi hür iradesi ile karar verebileceği konularda, kişinin iradesini ortadan kaldıran ya da zorlayan hukuki işlemlerin veya koşulların da bu hukuka aykırılık çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.<sup>65</sup> Bu duruma örnek olarak; kişinin siyasi görüşünün değiştirilmeye çalışılması, kamu kurumunda çalışmaması, evlenmesi, evlenmemesi ya da boşanması, boşanmaması, dininin değiştirilmeye çalışılmasına ilişkin koşullar gösterilebilir.<sup>66</sup> Kişilik hakları bakımından sınırlama getiren bu koşulların, aynı zamanda ahlâka aykırı olarak da kabul edilmesi gerektiği görüşü doktrinde savunulmaktadır.<sup>67</sup>

<sup>61</sup> Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları*, s. 196-197; Eren, *Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-*, s. 1307-1308; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, s. 167.

<sup>62</sup> Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-*, s. 570; Ercoşkun Şenol, "Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler", s. 110; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, s. 170.

<sup>63</sup> Doktrinde, kanuna karşı hilenin de hukuka aykırılık olduğu savunulmaktadır. Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları*, s. 129; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 138.

<sup>64</sup> Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet -Kısım II Şart-", s. 442; Eren, *Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası*, s. 54; Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 65.

<sup>65</sup> Antalya, *Miras Hukuku*, s. 243; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 137-138.

<sup>66</sup> Antalya, *Miras Hukuku*, s. 243; Ercoşkun Şenol, "Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler", s. 111-112; Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet -Kısım II Şart-", s. 442.

<sup>67</sup> Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 278; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 138; Ateş'e göre, kişilik haklarını ihlal eden somut olayla ilgili ancak açık bir yasal düzenleme varsa hukuka aykırılık; yoksa genel ahlak kurallarına aykırılık söz konusu olur. Ayrıca yazara göre, genel ahlak kurallarının da bir alt kavramını kişilik hakları oluşturmaktadır. Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlak Aykırılık*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2007, s. 166; Ercoşkun Şenol, "Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler", s. 112.

Bu görüş yerinde olmakla birlikte kanaatimizce bu tür koşulların yoruma açık bırakılmadan eklenmiş olduğu tasarrufla birlikte hükümsüz olduğunun kabulü gerekir.

Tasarrufun bağlandığı koşulların hukuka ve ahlâka aykırı olması durumunda TMK m. 557'ye göre ölüme bağlı tasarruf için iptal davası açılabilir. Sağlar arası işlemler ile ölüme bağlı tasarruftaki koşul ve yüklemeler arasında herhangi bir ayırım yapılmaması ve her iki durumda da hukuka ve ahlâka aykırı koşulun tasarrufu kesin olarak hükümsüz hale getirdiği kabul edilmelidir. TMK m. 515/2'de hukuka ve ahlâka aykırı olarak tasarrufa eklenmiş olan koşul, tek başına hükümsüz olmayacaktır, eklenmiş olduğu tasarrufu da kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi kılacaktır. Diğer görüş ise, ölüme bağlı tasarrufa eklenmiş olan bu koşulların, kural olarak hukuka ve ahlâka aykırı olması nedeniyle geçersiz olduğunu kabul etmektedir.<sup>68</sup> Burada sadece koşulun geçersizliği söz konusudur. Ancak sadece koşulun geçersiz sayılarak tasarrufun geçerli kabul edilmesi miras bırakanın öldükten sonraki arzu ve isteklere uygun olmayacaktır.

#### E. ANLAMSIZ KOŞULLAR VE BU KOŞULLARIN ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARA ETKİSİ

TMK m. 515/3'e göre, ölüme bağlı tasarruflara eklenmiş olan anlamsız ya da sadece başkalarının rahatsız olması amacıyla konulmuş olan koşullar yok sayılırlar.

Anlamsız koşulun iki farklı anlama geldiği doktrinde savunulmaktadır.<sup>69</sup> Birinci anlamında; çelişkili ve mantıksız koşulları ifade etmektedir. Örneğin; “Bu evi sana kiralyorum; ancak içinde oturursan kira sözleşmesi sona erecektir” şeklindeki bir koşulda çelişki bulunmaktadır.<sup>70</sup> İkinci anlamında; tasarrufta koşula bağlanmış olan işlemin lehtarını, anlamsız ve amaçsız bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Örneğin; ölüme bağlı tasarruf lehtarının her gün ağlaması ya da yüksek sesle şarkı söylemesi koşuluyla o kişiye kazandırmada bulunacağını belirtmişse, bu koşullar anlamsız koşullardır. Bu nedenle bu koşulların tasarrufu sürüncemede bırakmasına izin verilmeyerek yok sayılması yerinde olmuştur.

#### F. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARDA KOŞULLARIN HÜKÜMSÜZLÜK VE İMKÂNSIZLIK HÂLERİ

Koşula bağlanamayacak bir hukuki işlemin koşula bağlanarak yapılması halinde hukuki işlemin geçerliliğinin ne olacağı hususunda kanunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak doktrinde bu durumun işlemin hukuka aykırılığı göz önüne alınarak (TBK m. 27) hukuki işlemin hükümsüz olacağı düşüncesi savunulmaktadır.<sup>71</sup> Başka bir görüşe göre, TBK m. 27 hükmünden yararlanılarak, sadece hukuki işlemi geçerli kabul ederek koşulu geçersiz saymak

<sup>68</sup> Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 278; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku -Miras Hukuku-*, s. 158-159.

<sup>69</sup> Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 183; Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 79.

<sup>70</sup> Sirmen'e göre, bu tür koşullar, tarafların gerçek iradelerini tespit etmeyi imkansızlaştırmaktadır. Bu nedenle de eklendiği sağlar arası işlemi tümüyle geçersiz hale getirecektir. Ancak ölüme bağlı tasarruflara eklenen bu tür koşullar yazılmamış sayılacak ve tasarruf koşulsuz olarak geçerliliğini sürdürecektir. Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, s. 126.

<sup>71</sup> Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, s. 115; Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 39.

mümkün değildir.<sup>72</sup> Ancak koşula bağlanamadığı halde bozucu koşula bağlı olarak yapılan bir işlemin koşulsuz olarak da tarafların bu işlemi yapacakları anlaşılıyorsa, bu durumda hukuki işlemin geçerli, bozucu koşulun geçersiz sayılması gerektiğini savunan görüşler de vardır.<sup>73</sup> Bu görüş kişiye özel yorumlamalar yapılmasının önünü fazlaca açacağından objektif olarak değerlendirilmesinin pek mümkün olmayacağı bu nedenle hukukî işleminde hükümsüz olması gerektiği kanaatindeyiz.

TMK m. 557/3'e göre, koşula bağlanamayacak olan bir hukuki işlem, koşula bağlanarak gerçekleştirilmiş ise ölüme bağlı tasarrufun iptali mümkündür.<sup>74</sup>

İmkânsız olan bir koşulun aynı zamanda anlamsız ve de rahatsız edici bir nitelikte olması halinde TMK md 515/3 hükmünün uygulanarak koşulun yok sayılması gerektiği de doktrinde savunulmaktadır.<sup>75</sup>

#### IV. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARDA YÜKLEMELER

##### A. GENEL OLARAK YÜKLEME KAVRAMI

Yükleme(mükellefiyet), koşulda olduğu gibi dar ve teknik anlamda ve geniş anlamda olmak üzere iki farklı anlamda kullanılmaktadır.

Geniş anlamda yükleme kavramı ile bir hukuki görevin yerine getirilmesine ilişkin bir zorunluluk ifade edilmektedir.<sup>76</sup> Kişilerin hukuki görevlerini, hukuk düzeni tarafından yerine getirilmesi emredilen hususlar oluşturur.<sup>77</sup> TBK m. 171 "Koşul gerçekleşinceye kadar borçlu, borcun gereği gibi ifasını engelleyecek her türlü davranıştan kaçınmakla yükümlüdür." hükmündeki yükleme kavramı yukarıda ifade ettiğimiz anlamıyla kullanılmaktadır.<sup>78</sup>

Yükleme kavramı açısından, çalışma konumuzda ele alacağımız dar ve teknik anlamdaki yükleme kavramıdır. Bu yüklemeye TBK m. 290/1 ve 291/1 maddelerinde değinilmektedir. Bu hükümlere göre, bağışlama, bir koşula ve yüklemeye bağlanabilmektedir.<sup>79</sup>

Yükleme, karşılıksız olarak kazandırmada bulunacak olan işleme eklenerek, kazandırmadan yararlanacak olan kişiye, kazandırmada bulunan kişinin isteğinin gerçekleşmesi için bir

<sup>72</sup> Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, s. 115; Ercoşkun Şenol, "Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler", s. 98.

<sup>73</sup> Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-* s. 534. Bu yazarlara göre, bir kişinin koşula bağlanamazken koşula bağlı olarak yaptığı işleminden kurtulması bazı hallerde dürüstlük kuralına aykırı düşebilir.

<sup>74</sup> Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 39; Ercoşkun Şenol, "Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler", s. 99.

<sup>75</sup> Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet -Kısım II Şart-", s. 450-451.

<sup>76</sup> Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları*, s. 71; Akıntürk, Turgut, *Türk Medeni Hukuku II -Aile Hukuku-*, (10. Baskı), İstanbul: Beta Yayıncılık, 2006. s. 232; Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 40.

<sup>77</sup> Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler -Kısım I Mükellefiyet-", s. 474; Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları*, s. 70, Ercoşkun Şenol, "Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler", s. 119.

<sup>78</sup> Ercoşkun Şenol, "Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler", s. 119-120.

<sup>79</sup> Ercoşkun Şenol, "Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler", s. 120.

şey yapma veya yapmama görevi yüklenir. Bu yüküm karşı edim niteliğinde değildir. Ayrıca bu durum yüklemekten yararlanacak lehine bir alacak hakkı da doğurmayacaktır.<sup>80</sup>

Miras bırakanın vasiyet olarak restoranını bırakacağı kişiye, fakir bir ailenin yemek ihtiyaçlarının her gün karşılanmasını emretmesi yüklemeli bir vasiyet örneğidir. Yine miras bırakan kendisinin öldükten sonra nasıl defnedilmesini istediği hususundaki istekleri de yüklemelidir.

## B. YÜKLEMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

### 1. Bir Amacı Gerçekleştirmeye Hizmet Etmesi

Ölüme bağlı tasarruf yoluyla karşılıksız kazandırmada bulunan biri, gerçekte gerçekleşmesini istediği bir amacı hukuka veya ahlâka aykırı olmamak koşuluyla<sup>81</sup> yükleme olarak ekleyebilir.<sup>82</sup> Ölüme bağlı tasarrufa yükleme eklenerek gerçekleştirilmek istenen amaç; ailevi, dini, bilimsel, insani veya şahsi olabilir.<sup>83</sup> Miras bırakan tasarrufunda, kendisinin öldükten sonra yıkanmadan defnedilmesini veya yakılmasını emrediyorsa<sup>84</sup>, bu yüklemenin şahsi bir amaç içerdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak öldükten sonra yıkanmadan defnedilme gibi isteklerin, toplumsal örf ve adetler gereği cenazeler mümkün olan en kısa sürede yıkanıp defnedildiğinden uygulanabilirliği pek mümkün olmamaktadır.

### 2. Bir Şey Yapmaya veya Yapmamaya İlişkin Görev Yüklemesi

Yükleme ile kazandırmadan yararlanacak olan lehtara, bir şeyi yapma veya yapmamaya ilişkin bir görev yüklenir. Bu özellik yüklemenin, belirli bir amacın gerçekleşmesi için hizmet etme özelliğini tamamlamaktadır.<sup>85</sup>

### 3. Yararlanacak Olan Kişi Lehine Alacak Hakkı Doğurmaması

Ölüme bağlı tasarruf ile kazandırmadan yararlanacak olan kişi, yükleme ile kazandırmada bulunan kişinin amacının gerçekleşmesi için karşı edim niteliğinde olmayan ancak bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ilişkin olarak bir görev üstlenecektir.

<sup>80</sup> Benzeri tanımlar için bkz. Akıntürk, “Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerine Bir İnceleme”, s. 233-234; Eren, *Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-*, s. 1292; Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları*, s. 72; Tekinay vd., *Tekinay Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-* s. 329; Gürsoy, “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler -Kısım I Mükellefiyet-”, s. 468; Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 41-42.

<sup>81</sup> Ercoşkun Şenol, “Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler”, s. 121.

<sup>82</sup> Yüklemeye öncelikli olan unsur amaçtır. Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku -Miras Hukuku-*, s. 162; Kocayusufpaşaoğlu, s. 281; Antalya, *Miras Hukuku*, s. 243; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 184; Gürsoy, “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler -Kısım I Mükellefiyet-”, s. 505.

<sup>83</sup> Akıntürk, “Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerine Bir İnceleme”, s. 234; Öztan, *Miras Hukuku*, s. 279; Ayiter ve Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 113-114; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 185; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 281; Gürsoy, “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler -Kısım I Mükellefiyet-”, s. 473; Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 44, 98; Gürsoy’a göre, yükleme aracılığıyla gerçekleştirilmek istenen amaç, mutlaka ideal bir amaç olmak zorunda değildir. Bu nedenle ölüme bağlı tasarruf ile kazandırmada bulunanın şahsi endişeleri veya egoist istekleri de amacı oluşturabilir. Gürsoy, “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler -Kısım I Mükellefiyet-”, s. 474.

<sup>84</sup> Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku -Miras Hukuku-*, s. 162.

<sup>85</sup> Akıntürk, “Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerine Bir İnceleme”, s. 235; Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 45.

Ölüme bağlı tasarruflarda TMK m. 515/1'e göre tasarrufun hüküm ve sonuçlarını doğurması ile yüklemenin yerine getirilmesi talep edilebilir. Bu durumda ölüme bağlı tasarruftaki yükleme lehtarını da ilgili sıfatını taşımakta olduğundan yüklemenin yerine getirilmesini talep edebilecek ve buna ilişkin dava açabilecektir.<sup>86</sup> Bu dava ile yükleme lehtarını kendisine bir ifade bulunulmasını talep edemeyecektir. Yüklemenin herhangi bir kişiye alacak hakkı yaratmaması nedeniyle dava ile yalnızca miras bırakanın amacının yerine getirilmesi talep edilebilir. Yüklemenin yerine getirilmemesi nedeniyle herhangi bir tazminat da talep edilemez.<sup>87</sup> İlgililerin sadece yüklemenin yerine getirilmesini talep edebilmesi, yüklemeyi yerine getirecek olan kişinin iyi niyet kurallarına aykırı davranması durumunda herhangi bir yaptırımla karşılaşmasına engel olacaktır. Bu durum miras bırakanın yükleme yapmaktaki amacına aykırı düşeceği gibi yüklemenden yararlanacak olan kişiler içinde bir nevi hak kaybına yol açacaktır. Burada durum, yüklemeyi yerine getirecek olan kişinin vicdanına bırakılmıştır.

### C. YÜKLEMENİN ÇEŞİTLERİ

#### 1. Bağımsız Yüklemeler ve Bağımsız Olmayan (Bağımlı, Bağlı) Yüklemeler

TMK m. 515'e göre, miras bırakan ölüme bağlı tasarrufunu yüklemeli olarak yapabilir. Miras bırakan kütüphanesini bir kişiye vasiyet olarak bırakıp, kütüphaneyi belli bir yaş aralığındaki öğrencilerin kullanımına açık tutma görevini yükleyebilir. Bu türde yapılmış olan bir yüklemeler, miras bırakanın yapmış olduğu başka bir ölüme bağlı tasarrufuna(vasiyet) bağlı olarak yapılmış olduğundan doktrinde bu tür yüklemeler bağımsız olmayan yüklemeler olarak nitelendirilmektedir.<sup>88</sup>

Bağımsız olmayan yüklemeler, bir ölüme bağlı tasarrufun ferisi niteliğinde iken bağımsız yüklemeler tek başına bir maddi anlamda ölüme bağlı tasarruftur.<sup>89</sup>

#### 2. Alt Yüklemeler

Miras bırakan, ölüme bağlı tasarrufa ekleyeceği yüklemenin yerine getirilmesi durumunda bu yüklemelerden faydalanacak olan kişileri de başka bir yüklemeyi yerine getirmekle görevlendirebilir. Bu şekilde yüklenecek olan ikinci yüklemeler doktrinde alt yüklemeler olarak adlandırılmaktadır.<sup>90</sup>

<sup>86</sup> Ercoskun Şenol, "Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler", s. 130.

<sup>87</sup> Akıntürk, "Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerine Bir İnceleme", s. 236; Ayiter ve Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 115; Antalya, *Miras Hukuku*, s. 241; Öztan, *Miras Hukuku*, s. 280; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku -Miras Hukuku-*, s. 166; İnan, Ertuş ve Albaş, *Miras Hukuku*, s. 218; Kocayusufoğlu, *Miras Hukuku*, s. 281; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, s. 376; Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 47.

<sup>88</sup> Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 112; Ercoskun Şenol, "Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler", s. 126; Doktrinde bazı yazarlar bu tür yüklemeyi "bağımlı yüklemeler" olarak adlandırır. Ayan, *Miras Hukuku*, s. 154; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, s. 374; Öztan, *Miras Hukuku*, s. 279; Oğuzman ise bu tür yüklemeler için "bağlı yüklemeler" kavramını kullanmaktadır. Bakınız: Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 186.

<sup>89</sup> Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 113; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 144.

<sup>90</sup> Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 113; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 144; Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler -Kısım I Mükellefiyet-", s. 534-535; Öztan, *Miras Hukuku*, s. 279.

### 3. Seçimlik Yükleme

Miras bırakan, yükleme olarak birden fazla edimin yerine getirilmesini belirtmiş olsa da bunlardan bir tanesi seçilerek yerine getirilecek olması durumunda burada seçimlik yükleme söz konusudur.<sup>91</sup>

Seçimlik yüklemede, yükleme konusu edimin kim tarafından seçileceği hususunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Burada öncelikle miras bırakanın iradesine bakılması gerekmektedir. Miras bırakanın bu yönde açıklayıcı bir iradesinin bulunmaması durumunda TBK hükümleri kıyasen uygulanacaktır. TBK m. 87'e göre "Seçimlik borçlarda, hukuki ilişkiden ve işin özünden aksi anlaşılmadıkça, edimlerden birinin seçimi borçluya aittir." Seçim hakkının kullanılması durumunda seçilen edim, yüklemenin tek konusu haline gelecektir.<sup>92</sup> Bu kişinin yapacağı seçim, mirasın açılması anından itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.<sup>93</sup>

Seçimlik yükleme ile seçimlik vasiyet<sup>94</sup> arasındaki benzerlikler nedeniyle seçimlik vasiyet hakkında düzenlenen hükümler, seçimlik yüklemede de kıyasen uygulanacaktır.<sup>95</sup>

## V. YÜKLEME İLE KOŞUL ARASINDAKİ FARKLAR

Koşul ve yükleme arasında olan bu yakın ilgiye ve benzerliğe rağmen aslında birbirlerinden farklı hüküm ve sonuçlara bağlanmışlardır.

Koşul ile yükleme arasındaki farkları şu şekilde açıklayabiliriz: Koşulun tek başına varlığı bir anlam ifade etmeyecektir. O nedenle mutlaka maddi anlamda ölüme bağlı bir tasarrufa eklenmek zorundadır. Bu nedenle de ölüme bağlı tasarrufun geçersiz olması halinde koşul da geçersiz olacaktır. Yükleme ise hem tek başına ölüme bağlı tasarruf olarak sayılabileceği<sup>96</sup> gibi başka bir ölüme bağlı tasarrufa bağlı olarak da yapılabilmektedir. Bu durumda birinci yükleme bağımsız yükleme iken ikinci yükleme bağımsız olmayan yüklemedir.

Koşulun yerine getirilmesi, bir kişinin iradesi ile olabileceği gibi kişi iradesi dışında bir olayla da olması mümkündür. Buna rağmen yüklemenin yerine getirilmesi, yükümlü olan kişinin iradesi ile gerçekleştirilebileceği bir görevdir.<sup>97</sup>

<sup>91</sup> Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler -Kısım I Mükellefiyet-", s. 531, Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 113.

<sup>92</sup> Seçim hakkı: tek taraflı varması gereken irade beyanıyla kullanılan değiştirici yenilik doğurucu bir haktır; Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler -Kısım I Mükellefiyet-", s. 531; Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 113.

<sup>93</sup> Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler -Kısım I Mükellefiyet-", s. 533.

<sup>94</sup> Seçimlik vasiyette, miras bırakan vasiyeti yerine getirme görevlisine ya da vasiyet alacaklısına bir seçim hakkı tanır. Seçimlik vasiyet hakkında detaylı bilgi için bakınız. Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 262.

<sup>95</sup> Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler -Kısım I Mükellefiyet-", s. 533; Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 115.

<sup>96</sup> Ayan, *Miras Hukuku*, s. 152; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku -Miras Hukuku-*, s. 166-167; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 179; Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler -Kısım I Mükellefiyet-", s. 500; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 144; Ayiter ve Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 116; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 282; Eren, *Borçlar Hukuku -Özel Hükümler-*, s. 1292; Antalya, *Miras Hukuku*, s. 242; Akıntürk, "Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerine Bir İnceleme", s. 242.

<sup>97</sup> Antalya, *Miras Hukuku*, s. 242; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 179; bu noktada iradi koşulla yüklemeyi birbirinden ayırt edebilmek oldukça güçtür. Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 179; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, s. 373; Antalya, *Miras Hukuku*, s. 242.



Koşul ile yükleme arasındaki farklardan bir diğeri de yüklemenin karşılıksız hukuki işlemlere özgü bir işlem olmasıdır. Koşul ise, karşılıklı ya da karşılıksız tüm hukuki işlemlerde konulabilmektedir.<sup>98</sup>

Ölüme bağlı tasarruflarda koşulun gerçekleşmesi ile ölüme bağlı tasarruf gerçekleşir (geciktirici koşul) veya gerçekleşmiş olan ölüme bağlı tasarrufun sonuçları ortadan kalkar (bozucu koşul). Yüklemede ise yüklemenin yerine getirilmesi ya da getirilmemesi ölüme bağlı tasarrufun hüküm ve sonuç doğurmasına herhangi bir etkide bulunmaz. Ölüme bağlı tasarruf miras bırakanın ölümü ile hüküm ve sonuçlarını doğurur.<sup>99</sup>

TMK m. 515, miras bırakanın ölümü ile ölüme bağlı tasarrufun hüküm ve sonuçlarını doğurduğu an itibariyle her ilgilinin koşul ve yüklemenin yerine getirilmesi hususunda talep hakkı olduğundan bahsedilmektedir. Ancak bunun yüklemeler yönünden geçerliliği varsa da koşul bakımından uygulanabilirliği bulunmamaktadır.

Koşul ve yüklemenin birbirine benzer ancak birbirinden oldukça farklı işlemler olması nedeniyle ayrı ayrı düzenlenmesi uygulama açısından daha faydalı olacaktır.

## VI. YÜKLEMENİN ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLAR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

### A. GENEL OLARAK

TMK m. 515'te ölüme bağlı tasarrufun hüküm ve sonuçlarını doğurması ile yüklemenin her ilgili tarafından yerine getirilmesinin istenebileceği belirtilmiştir. Yüklemeyi yerine getirecek kişiler, miras bırakanın yasal veya atanmış mirasçıları yahut da vasiyet alacaklılarıdır.<sup>100</sup> Bu kişiler rızaları ile yüklemeyi yerine getirmezlerse yüklemenin yerine getirilmesini sağlamak için bu kişilere dava açılabilir.<sup>101</sup> TMK m. 515'e dayanarak her ilgili bu davayı açabilecektir.

<sup>98</sup> Akıntürk, "Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerine Bir İnceleme", s. 240; Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler -Kısım I Mükellefiyet-", s. 501.

<sup>99</sup> Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku -Miras Hukuku-*, s. 51; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 282; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 179; Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler -Kısım I Mükellefiyet-", s. 499; Ayiter ve Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 108, 116; Akıntürk, "Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerine Bir İnceleme", s. 241.

<sup>100</sup> Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku -Miras Hukuku-*, s. 165-166; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 143; Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 101-103; Ayiter ve Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 113.

<sup>101</sup> Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku -Miras Hukuku-*, s. 166; Ayan, *Miras Hukuku*, s. 152; Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 125; Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler -Kısım I Mükellefiyet-", s. 520; Ercoşkun Şenol, "Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler", s. 129-130; Her ne kadar yüklemelerden yararlanacak olan kişinin borçlar hukuku anlamında bir alacak hakkına sahip olmadığı kabul edilmekte ise de, yüklemeyi yerine getirme borçlusunun borçlar hukuku anlamında bir borca sahip bulunduğu kabul edilmektedir. Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler -Kısım I Mükellefiyet-", s. 520; Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 126.

Yüklemenin yerine getirilmesi için açılacak olan davada davacı, kendisine bir talepte bulunamayacak olup sadece yüklemenin yerine getirilmesini talep etme hakkına sahiptir.<sup>102</sup> Çünkü yükleme ilgililere bir alacak hakkı vermez.

Yine doktrinde, yüklemenin yerine getirilmesinin şahsa bağlı bir hak olduğu bu nedenle de devredilmesinin ya da haczedilmesinin mümkün olamayacağı ileri sürülmektedir. Miras bırakanın iradesine önem verilmesi açısından bu görüşün yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Diğer bir husus ise miras bırakanın saklı paylar üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunma imkanının olmamasıdır. Yine miras bırakan saklı payların mirasçıları tarafından elde edilmesini zorlaştıracak şekilde koşula bağlayamayacak ya da bu paylar üzerinde yükleme öngöremeyecektir.<sup>103</sup> Bu nedenlerle saklı payı herhangi bir ihlale uğramış olan mirasçı, TMK m. 560'a dayanarak saklı payının ihlaline neden olan tasarrufun tenkisini dava edebilir.<sup>104</sup>

## B. HUKUKA VE AHLÂKA AYKIRI YÜKLEMELER VE BU YÜKLEMELERİN ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARA ETKİSİ

TMK m. 515/2'e göre, hukuka ve ahlâka aykırı olarak düzenlenmiş olan yüklemeler eklenmiş oldukları tasarrufu geçersiz kılarlar. Bağımsız olmayan bir yüklemenin, hukuka veya ahlâka aykırı olarak konulması, eklenmiş olduğu maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufun da geçersiz hale gelmesine neden olur.<sup>105</sup>

Gürsoy, bir maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufa eklenmek suretiyle yapılan koşullar açısından hükmün yerinde olduğunu kabul etmekte ancak yüklemelerin de bu şekilde bir yapıtıma tabi tutulması hususunda eleştirmektedir. Yazar, yüklemenin başka bir ölüme bağlı tasarrufa eklenmek suretiyle yapılmış olsa dahi bu durumun, yüklemenin bağımsız olarak mevcut olması durumunu ortadan kaldırmayacağını savunmaktadır. Bu husus kanun koyucu tarafından dikkate alınarak hukuka ve ahlâka aykırı olarak düzenlenmiş olan yüklemenin eklendiği tasarrufu geçersiz kılmayacağı hususunda bir düzenleme yapılabileceği bazı yazarlar tarafından savunulmaktadır.<sup>106</sup> Ancak kanaatimizce bu durum bağımsız yüklemeler için düşünülebilirse

<sup>102</sup> Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 185; Antalya, *Miras Hukuku*, s. 241; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, s. 373, 276-277; Ayiter ve Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 115; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku -Miras Hukuku-*, s. 166; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 145-146; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 283; Öztan, *Miras Hukuku*, s. 280.

<sup>103</sup> Ayiter ve Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 166; Öztan, *Miras Hukuku*, s. 280; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 152; Antalya, *Miras Hukuku*, s. 348; Ercoşkun Şenol, "Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler", s. 70.

<sup>104</sup> Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 127; Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler -Kısım I Mükellefiyet-", s. 526.

<sup>105</sup> Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 118; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 180; Öztan, *Miras Hukuku*, s. 286-287; Ayiter ve Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 114; Ercoşkun Şenol, "Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler", s. 136, 137; Bağımsız yüklemeler, başkaca bir maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufa bağlı olmadıkları için hukuka veya ahlaka aykırı olmaları halinde yalnızca kendilerinin geçersiz olması söz konusu olacaktır. Bu durum, bağımsız yüklemeyi yerine getirecek olan kanuni mirasçının miras payını elde etmesine hiçbir şekilde engel olamaz. Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku -Miras Hukuku-*, s. 167; Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler -Kısım II Şart-", s. 457; Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 118.

<sup>106</sup> Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler -Kısım II Şart-", s. 456-457; Ercoşkun Şenol, "Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler", s. 137.

de bağımsız olmayan yüklemeler ancak başka bir tasarrufa eklenmekle var olabildiğinden bu görüşe katılmamaktayız.

Hukuka ve ahlâka aykırı koşulları incelerken ifade ettiğimiz üzere bazı yazarlar, TMK m. 557'deki hüküm nedeniyle hukuka ve ahlâka aykırı olan bir yüklemeyi içeren tasarrufun iptal edilmesi için dava açılabilirliğini savunurken<sup>107</sup> bazı yazarlar ise, hukuka ve ahlâka aykırı yükleme içeren tasarrufun kendi kendine hükümsüz olacağını savunmaktadır.<sup>108</sup> Koşullarda olduğu gibi yüklemelerde de hukuka ve ahlaka aykırı olarak düzenlenmesi halinde tasarrufun yükleme ile birlikte hükümsüz kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

### C. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARDA YÜKLEMELERİN HÜKÜMSÜZLÜK VE İMKÂNSIZLIK HALLERİ

TMK m. 515/3 hükmü, anlamsız ya da sadece başkalarını rahatsız etmek amacıyla konulmuş olan yüklemeleri yok saymaktadır. Bağımsız olmayan yüklemeler bu gerekçeyle yok sayılırken yüklemenin bağlı olduğu ölüme bağlı tasarruf ise geçerli olmaya devam edecektir.<sup>109</sup>

İmkânsız yüklemelerin hukuki akıbetlerinin ne olacağı hususunda TMK'da bir düzenleme yapılmamıştır. Miras bırakanın tasarrufuna eklediği yüklemenin geçersizliğini bilse bu tasarrufu hiç gerçekleştirmeyeceği açık bir şekilde anlaşılabiliriyorsa bu durumdaki tasarruflarda yüklemenin bağlanmış olduğu tasarrufun da hükümsüz olacağı (TBK m. 27/2) doktrinde savunulan görüşlerden biridir. Burada tasarrufta açıkça yüklemenin yerine getirilmemesi halinde tasarruftan dönüleceği yazıyorsa bu durumda tasarrufun hükümsüz kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Aksi durumda yükleme anlamsız sayılmalı ve TMK m. 515/3 hükmü burada uygulanabilmelidir.<sup>110</sup>

### SONUÇ

Kanun koyucunun koşul ve yüklemeleri düzenlediği TMK m. 515 hükmünün anlaşılabilmesi açısından ölüme bağlı tasarrufun ne olduğunun iyi bir şekilde bilinmesi gerekmektedir. Bu nedenle öncelikle ölüme bağlı tasarruf kavramının ne olduğunu açıklamak adına çalışmamızın başlangıcında bu hususa değinilmiştir ve ölüme bağlı tasarruf kavramı, çeşitleri ve ölüme bağlı tasarruflara ilişkin hukuki tespitler yapılmıştır.

Miras bırakan ölüme bağlı tasarrufta bulunurken kendisini iradi veya yasal temsilci ile temsil edememesi, kanun koyucunun miras bırakanın irade serbestisinin sınırlarını genişletmek

<sup>107</sup> Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 118; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, s. 147; Ayan, *Miras Hukuku*, s. 153; Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler - Kısım II Şart-", s. 459; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, s. 375.

<sup>108</sup> Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 275, 284.

<sup>109</sup> Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler -Kısım II Şart-", s. 477; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, s. 219; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, s. 375; Öztan, *Miras Hukuku*, s. 288; Ayiter ve Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 114; Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, s. 119; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 183; Eren, *Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası*, s. 63; Ercoşkun Şenol, "Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler", s. 138.

<sup>110</sup> Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 181, 182; Gürsoy'a göre, miras bırakan, tasarrufu yaptığı esnada yüklemenin yerine getirilmesinin imkânsız olduğunu biliyor olması halinde, bu yükleme yokmuş gibi kabul edilmelidir. Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler -Kısım II Şart-", s. 452.

istememesi düşüncesi ile çeliştiği kanaatindeyiz. Miras bırakan pekâlâ tasarruf hakkını temsilci vasıtası ile kullanabilmelidir.

Daha önce de açıkladığımız gibi koşul tek başına bir hukuki işlem değildir. Ancak hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarının bağlanmış olduğu bir olaydır. Bu nedenle sadece koşul içeren bir ölüme bağlı tasarruf gerçekleştirmek mümkün değildir. Yükleme ise tek başına yapılabileceği gibi bir tasarrufa eklenmek suretiyle de yapılabilir. Koşulun ve yüklemenin geçerliliği noktasında daha ayrıntılı düzenleme yapılması, uygulama açısından birbirinden çok farklı yorumlara ve hak kayıplarının yaşanmasına bir nebze olsun engel olacaktır.

Koşul ve yükleme kanunda düzenlenerek kişilerin irade serbestisinin sınırları genişletilmiştir. Buradan kanun koyucunun kişilerin öldükten sonra gerçekleşmesini istediği arzu ve isteklerine oldukça önem verdiği anlaşılmaktadır. Ancak yapılan düzenleme yetersiz kalmakta ve koşul ve yükleme hususunda birçok tartışmalı durum meydana gelmektedir.

Koşul ve yükleme birbirine benzemekle birlikte farklı sonuçlar doğuran işlemlerdir. Bu nedenle iki işlemde aynı başlık altında düzenlenmesi yerine ayrı başlıklar altında ve her işlemin durumuna göre daha detaylı şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Ölüme bağlı tasarrufa eklenmiş olan koşulun hukuka veya ahlâka aykırı olması durumunda sadece koşulun değil tasarrufun tamamının kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olması gerekmektedir. Miras bırakanın hukuka ve ahlâka aykırı olan koşulu eklemekten de bu tasarrufu gerçekleştireceğinin ispat edilmesi halinde ancak koşulu hükümsüz kabul etmek mümkündür. Bu durum fazlaca yoruma açık ve ispatı da zor olan bir durumdur. Bu nedenle bu koşulu eklemekten de bu tasarrufu gerçekleştireceğinin ispatı yerine açık açık tasarrufta belirtilmesi gerektiği şeklinde yapılacak olan bir düzenleme ile tasarrufların uygulanabilirliği daha netlik kazanacaktır.

İmkânsız yüklemelerin hukuki akıbeti ile ilgili TMK'da düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle oluşan boşluk yorum yolu ile miras bırakanın varsayılan veya tespit edilen iradesine ve yüklemenin niteliğine bakılarak doldurulmaya çalışılmalıdır. Ancak yine bu noktada fazlaca bir varsayım söz konusu olacaktır. Bu nedenle buradaki boşluk açısından da imkânsız yüklemelerin anlamsız yüklemeler gibi değerlendirilmesi ve yok hükmünde kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

## KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut. “Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. c.27, sayı 3, 1970.
- Akıntürk, Turgut ve Jale Akipek (Güral). *Türk Medeni Hukuku I -Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*. (16. Baskı), İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- Akkanat, Halil. *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004.
- Antalya, Gökhan. *Miras Hukuku*. (4. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Arpacı, Abdülkadir. *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*. (2. Baskı), İstanbul: Beta Yayıncılık, 2000.
- Arpacı, Abdülkadir. *Borçlar Hukuku -Genel Bölüm- I ve III*. (4. Baskı), İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008.
- Ateş, Derya. *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlakı Aykırılık*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2007.
- Ayan, Mehmet. *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*. (12. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Ayan, Mehmet. *Miras Hukuku*. (10. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Ayiter, Nuşin. *Miras Hukuku*. (4. Baskı), Ankara: Sevinç Matbaası, 1978.
- Ayiter, Nuşin ve Ahmet M. Kılıçoğlu. *Miras Hukuku*. (2. Baskı), Ankara: Savaş Yayınları, 1991.
- Çebi, Sezgin Seymen. “Alman Medeni Hukukunda Tıpe Bağlılık”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, s. 151-162. (erişim: 3 Aralık 2020, <https://jurix.com.tr/article/4296>)
- Dural, Mustafa. *Miras Sözleşmeleri*. İstanbul, 1980.
- Dural, Mustafa ve Turgut Öz. *Türk Özel Hukuku -Miras Hukuku-*. (15. Baskı), İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Ercoskun Şenol, H. Kübra. “Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler”, Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi, 2011.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-*. (25. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Eren, Fikret. *Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası*. Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1966.
- Gönensay, Samim ve Kemaleddin Birsen. *Miras Hukuku*. (2. Baskı), İstanbul: Ahmed Said Matbaası, 1963.
- Hatemi, Hüseyin. *Kişiler Hukuku*. (8. Baskı), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Helvacı, Serap. *Gerçek Kişiler*. (8. Baskı), İstanbul: Legal Kitabevi, 2017.
- İmre, Zahit ve Hasan Erman. *Miras Hukuku*. (15. Baskı), İstanbul: Der Yayınları, 2021.
- İnan, Ali Naim Şeref Ertaş ve Hakan Albaş. *Miras Hukuku*. (10. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Miras Hukuku*. (2. Baskı), İstanbul: Filiz Kitabevi, 1978.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı. *Borçlar Hukuku - Genel Bölüm- Cilt I*. (7. Baskı), İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Oğuzman, M. Kemal. *Miras Hukuku*. (3. Baskı), İstanbul, Filiz Kitabevi, 1984.
- Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz. *Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-*. Cilt 2. (15. Baskı), İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Özcan, Bilge. *Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)*. (11. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Öz, Turgut. *Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.

- Pulaşlı, Hasan. *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları*. Ankara: Dayınlarlı Yayıncılık, 1989.
- Serozan, Rona ve Baki İlkey Engin. *Miras Hukuku*. (6. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Sirmen, Lale. *Türk Özel Hukukunda Şart*. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No:254, 1992.
- Tekinay, Selahattin Sulhi . Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop. *Tekinay Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-*. (7. Baskı), İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Turan, Gamze. *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü*. Ankara: Turhan Kitapevi, 2009.
- Yıldırım, Abdülkerim. *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetle*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.  
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

## YAPAY ZEKANIN MEYDANA GETİRDİĞİ FİKRİ ÜRÜNLERE İLİŞKİN 5846 SAYILI FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNUNDAKİ SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

PROBLEMS AND SOLUTION PROPOSALS IN THE LAW NO. 5846 ON  
INTELLECTUAL AND ARTISTIC WORKS REGARDING INTELLECTUAL  
PRODUCTS CREATED BY ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Dr. Barış Gözübüyük\*

### ÖZ

Yapay zeka kavramının zihinlerde yaptığı çağrışım çoğu zaman için olumsuzdur. Bunda bilim kurgu eserlerinin de rolü vardır. Öyle ki, insan neslini ortadan kaldıracak yok edici robotlar uzun süredir bilim kurgu eserlerinin baş aktörü olmuştur. Ancak, aslında yapay zeka teknolojilerinin bilim kurgu ürünleriyle alakası pek azdır. Gerçekten yapay zeka akıllı süpürgelerden navigasyon sistemlerine kadar günlük hayatımızda kullandığımız çoğu üründe yer alan bir teknolojidir. Teknolojik gelişmelerin bir sonucu olarak bugün geldiğimiz noktada yapay zeka, fikri ürünler meydana getirebilir hale gelmiştir. Buna karşın, söz konusu fikri ürünlerin hukuki akıbetine ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda herhangi bir düzenleme yoktur. Teknolojik gelişmelerin hızı göz önüne alındığında yakın bir gelecekte yapay zekaya ilişkin düzenlemelerin gündeme gelmesi kaçınılmaz olacaktır. Mevzuat değişikliğinde çözümlenmesi gereken en temel sorunu yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünlerin hukuki niteliği ile bu ürünler üzerindeki hak sahipliği konuları oluşturacaktır. Bu çalışmanın amacı öncelikle, yapay zeka kavramını tanımlamak sonrasında ise yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünlere ilişkin hukuki sorunları tahlil edip çözüm önerileri getirerek ileride yapılacak mevzuat değişikliklerine katkı sağlamaktır.

**Anahtar Kelimeler** Yapay zeka ~ yapay zeka teknolojileri ~ fikri haklar ~ eser ~ fikri ürünler

\* Kültür ve Turizm Uzmanı, Kültür ve Turizm Bakanlığı Telif Hakları Genel Müdürlüğü.

0000-0002-5362-275 [bgzbyk@gmail.com](mailto:bgzbyk@gmail.com)



Bu eser Creative Commons Atınlı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.  
This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

## ABSTRACT

The concept of artificial intelligence often has negative connotations. Science fiction works also play a role in this. Such that, terminator robots that can destroy humankind have long been the antagonists of science fiction works. However, in fact, artificial intelligence technologies have little to do with science fiction products. In reality, artificial intelligence is a technology that is found in most of the products we use in our daily lives, from smart vacuum cleaners to navigation systems. As a result of technological developments, today, artificial intelligence has become capable of producing intellectual products. In spite of this, there is no provision in the Law on Intellectual and Artistic Works regarding the legal fate of said intellectual products. Considering the speed of technological developments, it will be inevitable that regulations on artificial intelligence will become a current issue in the near future. The most fundamental problem that needs to be resolved in the legislative amendment will constitute the legal nature of the intellectual products created by artificial intelligence, and ownership issues on such products. The purpose of this study is to first define the concept of artificial intelligence and then to contribute to future legislative amendments by analyzing the legal problems related to the intellectual products created by artificial intelligence and proposing solutions.

**Keywords** Artificial intelligence ~ artificial intelligence technologies ~ intellectual property rights ~ work ~ intellectual products



## GİRİŞ

Yapay zeka kavramının zihinlerde yaptığı çağrışım çoğunlukla olumsuzdur. Yok edici robotlar, insanları köle yapan ve adım adım dünyayı ele geçiren makineler yapay zeka kavramıyla özdeşleştirilmektedir. Ancak, bilim kurgu ürünü olan bu senaryolara gitmeye gerek yoktur. Zira, yapay zeka teknolojileri, kullandığımız telefonda, aracımızdaki navigasyon sistemine kadar hayatımızın her anında yanı başımızda yer almaktadır. Hayatımızı kolaylaştıran bu teknolojiler hızla gelişmekte ve giderek otonom hale gelmektedir.

Yapay zeka teknolojilerinde yaşanan gelişmeler sonucu artık fikri ürünler meydana getiren yapay zeka teknolojilerinden bahsedebilmemiz mümkündür. Örneğin, California Santa Cruz Üniversitesi müzikoloji profesörü David Cope tarafından geliştirilen Annie isimli yapay zeka<sup>1</sup>, makine öğrenimi yöntemini kullanmakta olup yaptığı müziği aldığı geri bildirimlere göre geliştirip değiştirebilme yeteneğine sahiptir.<sup>2</sup> Aslında müzik yapmak için geliştirilen Annie bir süre sonra kendi başına Japon Hauki şiirleri yazmaya başlamıştır.<sup>3</sup>

Yapay zeka teknolojilerinde yaşanan gelişmelerin hızı düşünüldüğünde bu örneklerin artacağını söylemek mümkündür. Hali hazırda yapay zeka konusunda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)<sup>4</sup> herhangi bir düzenleme içermemektedir. Ancak, hukuk sistemlerinin yapay zekaya uzun süre kayıtsız kalacağını düşünmek yanlış olacaktır. Yapay zeka kavramı etrafıca değerlendirilmeden yapılacak mevzuat değişiklikleri yapay zekanın beraberinde getirdiği hukuki sorunları çözmek bakımından yetersiz olacaktır. Bu nedenle, çalışmamıza yapay zeka kavramını tanımlayarak ve yapay zekanın farklı öğrenme türlerine yer vererek başladık.

Yapay zeka kavramını etrafıca değerlendirdikten sonra yapay zekanın doğuracağı hukuki sorunlara değindik. Bu bağlamda yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünlerin hukuki niteliği ile söz konusu ürünler üzerinde hak sahipliği sorunlarını inceleyerek gerekli gördüğümüz yerlerde çözüm önerilerinde bulunduk.

## I. YAPAY ZEKA KAVRAMI

### A. YAPAY ZEKA KAVRAMININ TANIMLANMASI NEDEN GÜÇTÜR?

Yapay zekanın tanımı konusunda görüş birliği olmadığı gibi<sup>5</sup> kavramı tanımlamak kolay da değildir.<sup>6</sup> Kavrama ilişkin tanım yapmak güçlüğüne bir nedeni yapay zeka alanında yaşanan hızlı gelişmelerdir.<sup>7</sup> Bu bağlamda yapılan tanım ve sınıflandırmalar da teknolojik gelişmeler doğrultusunda şekillenmektedir. Ayrıca, yapay zeka kavramının zihinlerde yaptığı ilk

<sup>1</sup> Yuval Noah Harari, *Homo Deus, Yarının Kısa Bir Tarihi*, çev. Poyzan Nur Taneli, İstanbul: Kolektif Kitap, 2019, s. 337-338.

<sup>2</sup> Harari, *Homo Deus, Yarının Kısa Bir Tarihi*, s. 339.

<sup>3</sup> Harari, *Homo Deus, Yarının Kısa Bir Tarihi*, s. 339.

<sup>4</sup> R.G. 13.12.1951 T., 7981 S.

<sup>5</sup> Jerry Kaplan, *Artificial Intelligence, What Everyone Needs To Know*, Oxford University Press, ABD: 2016, s. 1.

<sup>6</sup> Andreas Kaplan ve Michael Haenlein, "Siri, Siri, in My Hand: Who's The Fairest in the Land? On the Interpretations, Illustrations, and Implications of Artificial Intelligence", *Business Horizons*, 62/1 (2019), s. 17, (erişim: 26.02.2021).

<sup>7</sup> Kaplan ve Haenlein, "Siri, Siri, in My Hand: Who's The Fairest in the Land? On the Interpretations, Illustrations, and Implications of Artificial Intelligence", s. 17.

çağrışım; çoğunlukla bilim kurgu ürünü robotlar olmaktadır.<sup>8</sup> Buna karşın, yapay zeka kavramı robot kavramından farklıdır. Yapay zeka kavramıyla makine öğrenimi, derin öğrenme gibi kavramların birbiri yerine geçecek şekilde kullanımı da yapay zeka kavramının net bir biçimde tanımlanmasını güçleştirmektedir.

Yapay zeka, çok farklı disiplinlerle yakından ilişkilidir. Bu bağlamda yapay zeka bilgisayar bilimi<sup>9</sup> ve matematik<sup>10</sup> başta olmak üzere pozitif bilimlerle yakın ilişki içinde iken felsefe<sup>11</sup>, bilişsel psikoloji<sup>12</sup> gibi pozitif bilimler dışında kalan disiplinlerden de beslenmektedir. Yapay zekanın bu kadar farklı disiplinden beslenmesi de onu karmaşık hale getirmektedir. Son olarak, yapay zeka uygulamalarının çok fazla olması nedeniyle uygulama sayısı kadar yapay zeka tanımının olduğu söylenebilir.<sup>13</sup>

## B. TANIMI

Yapay zeka kavramını ilk kez 1956 yılında John McCarty isimli bir akademisyen kullanmıştır.<sup>14</sup> McCarty yapay zekayı, “*zeki makineler ve özellikle bilgisayar programları yapma bilimi ve mühendisliği*” şeklinde tanımlamıştır.<sup>15</sup> Yapay zekanın “babası” olarak kabul edilen Alan Turing<sup>16</sup> 1950 yılında yayınladığı *Computing Machinery and Intelligence* (Bilgi İşleyen Makine ve Zeka) isimli makalesine “*Makineler düşünebilir mi?*” sorusunu ele almayı öneriyorum” cümlesiyle başlamıştır.<sup>17</sup> O halde, genel bir tanım yapmak gerekirse; yapay zeka makineleri zeki yapmayı konu alan bir bilim dalı olarak nitelendirilebilir. Ancak makine ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır. Yapay zeka bilgisayar gibi bir makine aracılığıyla

<sup>8</sup> Andres Guadamuz, “Do Androids Dream of Electric Copyright? Comparative Analysis of Originality in Artificial Intelligence Generated Works”, *Intellectual Property Quarterly*, 2017/2, s. 2, (erişim: 26.02.2021); Seda Kara Kılıçarslan, “Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2019/2 (4), s. 366, (erişim: 20.01.2021)

<sup>9</sup> Yapay zekanın temel kolonlarından biri bilgisayar bilimi olup bir tanıma göre yapay zeka “...*özellikle zeki bilgisayar programları meydana getirme bilimi olarak tanımlanmaktadır.*” “John McCarty’s Original Website”, son güncelleme 25 Şubat, 2021, <http://jmc.stanford.edu/>.

<sup>10</sup> Bu ilişkiye örnek olarak matematiksel mantığa dayanan ve McCarty tarafından yapay zeka sistemlerinde kullanılmak üzere oluşturulan programlama dili, “*Lisp Language*” verilebilir. Bkz. Mariusz Flasiński, *Introduction to Artificial Intelligence*, İsviçre: Springer, 2016, s. 5.

<sup>11</sup> Yapay zeka ve felsefe ilişkisi epistemoloji, bilinç gibi ortak kavramlara dayanmaktadır. John McCarty, “The Philosophy of AI and the AI of Philosophy”, 2006, (erişim: 9.05.2020).

<sup>12</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Allen Newell, “Remarks On The Relationship Between Artificial Intelligence and Cognitive Psychology”, *Theoretical Approaches to Non-Numerical Problem Solving: Proceedings of the IV Systems Symposium* içinde, Editörler: J. A. Robinson, R. B. Banerji, M. D. Mesarovic, Case Western Reserve University, Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 1970, s. 363-400.

<sup>13</sup> Ergün Rodoplu, *Yapay Zeka*, Gazi Üniversitesi, Endüstriyel Sanatlar Eğitim Fakültesi, Bilgisayar Eğitimi Bölümü, 1-A, s. 1, (erişim: 10.05.2020).

<sup>14</sup> Kaplan, *Artificial Intelligence, What Everyone Needs to Know*, s. 13.

<sup>15</sup> “What is AI?/Basic Questions”, son güncelleme 9 Mart, 2021, <http://jmc.stanford.edu/artificial-intelligence/what-is-ai/index.html>.

<sup>16</sup> Tom Taulli, *Artificial Intelligence Basics: A Non-Technical Introduction*, Berkeley, Kaliforniya: Apress, 2019, s. 2.

<sup>17</sup> “*I PROPOSE to consider the question, ‘Can machines think?’* Alan M. Turing, “Computing Machinery and Intelligence”, *Mind*, LIX /236 (1950), s. 433, (erişim: 25.02.2021).

çalışan yazılımdır.<sup>18</sup> Yani, “*satranç oynayan makine*” ya da “*öğrenen makine*” ifadeleri aslında yazılımı ifade etmek için kullanılır.<sup>19</sup>

Diğer taraftan, teknolojik gelişmelerin bir sonucu olarak donanım unsurlarına da yazılım yüklenmeye başlandığından yazılım-donanım farkı giderek belirsiz hale gelmektedir.<sup>20</sup> Nitekim, öğretide yapılan bir tanımda yapay zeka, zekanın “*yazılım veya tümleşik yongalarla taklit edilmesi*” şeklinde tanımlanmıştır.<sup>21</sup> Bu bağlamda, makine ifadesini yapay zeka sisteminin bütününe karşılamak için kullanmak daha isabetli olacaktır.

Yapay zeka bilimi temel dayanak noktası olarak insan zekasını konu almaktadır. Bu açıdan yapay zeka insan zekasının bir yansıması olan bilişsel faaliyetlerin bilgisayarlar tarafından da yapılı hale gelmesini hedefler. Bu amaçla ilk olarak zeka gerektiren faaliyetlerin neler olduğu, ikinci olarak bu faaliyetlerin makinelerle nasıl yaptırılacağı tespit edilmelidir.<sup>22</sup> Araştırmacılar 1950 ve 60’lı yıllarda yapay zeka sistemlerinin satranç, dama gibi oyunları oynaması üzerine yoğunlaştı.<sup>23</sup>

Bugün geldiğimiz noktada yapay zeka satrançta<sup>24</sup> ve ondan çok daha karmaşık olduğu bilinen strateji oyunu go’da<sup>25</sup> dünya şampiyonlarını yenerek kendini ispatlamıştır. Yapay zekanın matematiksel ve soyut düşünme becerisi gerektiren faaliyetleri yerine getirmede son derece başarılı olduğunu söyleyebiliriz. Ancak, insan tarafından yerine getirilen bilişsel faaliyetlerin tümü, matematiksel zeka gerektiren türden değildir. Bu bağlamda insan; görme, işitme gibi duyuşsal becerileri yerine getirirken düşünsel bir çaba içerisine girmez. İnsanın sahip olduğu motor beceriler bakımından da aynı şeyi söylemek mümkündür. İşte eski yapay zeka sistemlerinin yetersizliği bu ikinci türden beceriler bakımından net bir biçimde görülmüştür.<sup>26</sup>

Tüm bu söylediklerimiz ışığında yapay zeka; makinelerin, insan tarafından meydana getirilen bilişsel faaliyetlerin tümünü insandan çok daha başarılı bir biçimde yapması uğraşını konu alan<sup>27</sup> interdisipliner niteliğe haiz bir bilim dalı olarak tanımlanabilir.

<sup>18</sup> Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, *Yapay Zeka Endüstri 4.0 ve Robot Üreticiler-Hukuki Bakış*, İstanbul: Aristo Yayınları, 1. B, 2019, s. 50.

<sup>19</sup> Nils J. Nilsson, *Yapay Zeka, Geçmiş ve Geleceği*, çev. Mehmet Doğan, İstanbul: Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2. B, 2019, s. 14.

<sup>20</sup> Nils J. Nilsson, *Yapay Zeka, Geçmiş ve Geleceği*, s. 14.

<sup>21</sup> Çetin Elmas, *Yapay Zeka Uygulamaları*, Ankara: Seçkin Yayınları, 4. B, 2018, s. 25.

<sup>22</sup> Nilsson, *Yapay Zeka, Geçmiş ve Geleceği*, s. 73.

<sup>23</sup> Nilsson, *Yapay Zeka, Geçmiş ve Geleceği*, s. 73.

<sup>24</sup> IBM isimli bilgisayar firmasının ürettiği yapay zeka’nın (Deep Blue), 1997 yılında dünya satranç şampiyonu Garry Kasparov’u yenmiştir. Bkz. “Deep Blue computer beats world chess champion”, The Guardian, Nisan 12, 1996, <https://www.theguardian.com/sport/2021/feb/12/deep-blue-computer-beats-kasparov-chess-1996>.

<sup>25</sup> Matt Reynolds, “DeepMind’s AI beats world’s best Go player in latest face-off”, New Scientist, Mayıs 23, 2017, <https://www.newscientist.com/article/2132086-deepminds-ai-beats-worlds-best-go-player-in-latest-face-off/#ixzz6ohElrP9d>.

<sup>26</sup> Bu konuda bkz. Cem Say, *Yapay Zeka*, İstanbul: 7 Renk Basım Yayın, 15. B, 2020, s. 81-83.

<sup>27</sup> Say, *Yapay Zeka*, s. 83.

## II. YAPAY ZEKANIN ÖĞRENME YÖNTEMLERİ

### A. MAKİNE ÖĞRENMESİ (MACHINE LEARNING)

#### 1. Kavram

Makine öğrenmesi, sıklıkla yapay zeka kavramıyla karıştırılan bir kavramdır.<sup>28</sup> Bu durum, makine öğrenmesinin yapay zeka alanındaki kullanım yaygınlığına bağlanmaktadır.<sup>29</sup> Ancak makine öğrenmesinin aslında “*yapay zekanın bir dali*”<sup>30</sup> olduğu belirtilmektedir.

Makine öğrenmesi, en genel ifadeyle, “*deneyimden yararlanarak makinenin performansını artırması ya da doğru tahminler yapmasını sağlayan bilişim yöntemleri*” şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>31</sup> Tanımda geçen deneyim (*experience*) sözcüğü hali hazırda var olan veriyi ifade etmek için kullanılmaktadır.<sup>32</sup> Makine öğrenmesiyle kastedilen; bir bilgisayarın kendi kendisini programlaması değil, programının kapsamı dışında kalsa dahi ilişkileri ve olguları üretip depolayabilmesidir.<sup>33</sup> Bu bağlamda, makine öğrenmesinde de makinenin öğrenebilmesi için programlanması gerekir. Ancak, makine öğrenmesindeki programlama belirli bir sorunun çözümü için yapılan kodlamadan daha genel karakterlidir.<sup>34</sup>

#### 2. Makine Öğrenmesine Neden İhtiyaç Duyulur?

Bilgisayarlar belli bir problemi nasıl çözeceğine ilişkin oluşturulan talimat dizisini (algoritma) kullanarak problem çözer.<sup>35</sup> Aslında hepimiz günlük hayatımızda farkında olmasak da algoritmaları kullanırız.<sup>36</sup> Belli bir problemin nasıl çözüleceğine ilişkin zihnimizde belli bir mantıksal sıralamaya koyduğumuz adımları izleyerek çözüme doğru ilerleriz. Ancak, insan beyninin problem çözme yeteneğini bu denli basite indirmek doğru olmaz. Zira, çevre ve koşullar bazı durumlarda son derece değişken olabilir. Bu gibi hallerde başlangıçtaki tarif (*algoritma*) problemin çözümü için yetersiz kalabilir. İşte insan beyni değişen çevre ve koşullara, öğrenme yeteneği sayesinde uyum sağlar.<sup>37</sup>

Bilgisayar dünyasında da algoritmalar bazı problemlerin çözümünde yetersizdir. Örneğin, istenmeyen elektronik postaları (*spam*) diğerlerinden ayırt etmek ya da müşteri

<sup>28</sup> Bozkurt Yüksel, *Yapay Zeka Endüstri 4.0 ve Robot Üreticiler-Hukuki Bakış*, s. 52; Başak Bak, “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Yapay Zeka Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 35 (2018), s. 212-213, (erişim: 24.05.2020); Evan J. Zimmerman, “Machine Minds: Frontiers In Legal Personhood”, *SSRN Electronic Journal*, 28 Ağustos 2017, s. 7, (erişim: 24.05.2020).

<sup>29</sup> Mustafa Zorlu, “Yapay Zeka ve Telif Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 142 (2019), s. 310, (erişim: 24.05.2020).

<sup>30</sup> Mariette Awad ve Rahul Khanna, *Efficient Learning Machines, Theories, Concepts and Applications for Engineers and System Designers*, Apress open, Berkeley, 2015, s. 1, (erişim: 24.05.2020).

<sup>31</sup> Mehryar Mohri, Afshin Rostamizadeh ve Ahmeet Talwalkar, *Foundations of Machine Learning*, Second Edition, ABD: The MIT Press, 2018, s. 1.

<sup>32</sup> Mohri, Rostamizadeh ve Talwalkar, *Foundations of Machine Learning*, s. 1.

<sup>33</sup> Zimmerman, “Machine Minds: Frontiers in Legal Personhood”, s. 7.

<sup>34</sup> Thomas P. Trappenberg, *Fundamentals of Machine Learning*, İngiltere: Oxford University Press, 2020, s. 2.

<sup>35</sup> Ethem Alpaydın, *Introduction to Machine Learning*, ABD: The MIT Press, 2010, s. 1.

<sup>36</sup> Günlük hayatımızda pişirdiğimiz kekin bile bir algoritması vardır. Bkz. Serhat Nehir, *Adım Adım Uygulamalı Programlamaya Giriş ve Algoritma*, Google Commerce Ltd, <https://play.google.com/books/reader?id=C9mTDwAAQBAJ&hl=tr&pg=GBS.PP1>, (erişim: 17.05.2020), s. 10-11.

<sup>37</sup> Wolfgang Ertel, *Introduction to Artificial Intelligence*, Springer International Publishing, Second Edition, 2017, s. 14.

davranışlarını önceden tespit etmek gibi çok değişkenli problemlerin çözüm algoritmaları yoktur.<sup>38</sup> Bu bağlamda, bir problem geleneksel programlamayla çözülemeyecek kadar karmaşık ve problemin yeniliklere uyarlanması gerekiyorsa makine öğrenmesine ihtiyaç duyulur.<sup>39</sup> Geleneksel algoritmalar çözülmek istenen problemle sınırlı çözüm olanağı sağlar. Dolayısıyla iki farklı problemin çözümü için iki farklı algoritmaya ihtiyaç vardır.<sup>40</sup> Buna karşın, makine öğrenme algoritmalarının öğrenme ve değişikliklere uyum sağlama yeteneği sayesinde olası tüm sorunlar ve çözüm önerilerinin önceden bilinmesi gerekli değildir.<sup>41</sup>

### 3. Makineler Nasıl Öğrenir?

Makineler nasıl öğrenir sorusunun en basit cevabını makineler veriden öğrenir şeklinde verebilmemiz mümkündür.<sup>42</sup> Bu bağlamda, veri makine öğrenmesinin hammaddesidir diyebiliriz. Makinenin öğrenebilmesi için eğitim verisi (*training data*) adı verilen temsili verilerin makineye öğretilmesi gerekir.<sup>43</sup> Ancak, eğitim verisi kısıtlı örneklerden oluşur. Buna karşın makine öğrenmesinde, algoritmanın daha önce görmediği verilerle iyi bir performans göstermesini sağlayacak bir modelleme yapılması önemli bir sorundur.<sup>44</sup> Bu sorun genelleme (*generalization*) olarak adlandırılır.<sup>45</sup> Makine öğrenmesinin özünde yatan genelleme<sup>46</sup> sayesinde eğitim verisinin ilerisine gidebilmek mümkün olmaktadır.<sup>47</sup>

Makinenin örnek veriler üzerinde eğitimi tamamlandıktan sonra ikinci aşamaya geçilir. İkinci aşamada makine eğitim verisiyle eğitildikten sonra tüm verileri öğrenebilmesi için serbest bırakılır.<sup>48</sup> Böylelikle makine, veriler üzerinden yeni bağlantılar bularak mevcut parametrelerini günceller.<sup>49</sup> Görüldüğü üzere, makine öğrenmesinde kullanılan veriden<sup>50</sup> seçilen algoritmaya kadar pek çok değişken modelin performansında belirleyici rol oynar. Doğru yöntemler izlenerek oluşturulan model amaca uygun hizmet ederek makine öğrenmesinden beklenen faydanın alınmasını sağlar.

<sup>38</sup> Alpaydın, *Introduction to Machine Learning*, s. 1; Atıncı Yılmaz ve Umut Kaya, *Derin Öğrenme*, İstanbul: KODLAB, 2.B, 2020, s. 27; Ayrıca bkz. Necmi Gürsakal, *Makine Öğrenmesi*, Bursa: Dora, 1. B, 2018, s. 67.

<sup>39</sup> Shai Shalev-Shwartz ve Shai Ben-David, *Understanding Machine Learning: From Theory to Algorithms*, ABD: Cambridge University Press, 2014, s. 21, (erişim: 19.05.2020).

<sup>40</sup> Pedro Domingos, *The Master Algorithm, How the Quest for the Ultimate Learning Machine Will Remake Our World*, ABD: Basic Books, 2015, s. 23.

<sup>41</sup> Alpaydın, *Introduction to Machine Learning*, s. 3.

<sup>42</sup> Makine öğrenmesinin bilgisayarların veriden öğrendiği bir yapay zeka türü olduğu yönünde bkz. Necmi Gürsakal, *Büyük Veri*, Bursa: Dora, 3. B, 2017, s. 194.

<sup>43</sup> Zimmerman, "Machine Minds: Frontiers In Legal Personhood", s. 8.

<sup>44</sup> Gürsakal, *Makine Öğrenmesi*, s. 63.

<sup>45</sup> Gürsakal, *Makine Öğrenmesi*, s. 63; Alpaydın, *Introduction to Machine Learning*, s. 24.

<sup>46</sup> Peter Flach, *Machine Learning, The Art and Science of Algorithms that Make Sense of Data*, İngiltere: Cambridge University Press, 2012, s. 6; Mehryar Mohri, Afshin Rostamizadeh ve Ahmeet Talwalkar, *Foundations of Machine Learning*, s. 7.

<sup>47</sup> Ethem Alpaydın, *Machine Learning, The New AI*, ABD: MIT Press, 2016, s. 42.

<sup>48</sup> Zimmerman, "Machine Minds: Frontiers In Legal Personhood", s. 8.

<sup>49</sup> Zimmerman "Machine Minds: Frontiers In Legal Personhood", s. 8.

<sup>50</sup> Algoritmalarının doğru tahminler yapmasında verinin boyutu ve kalitesinin önemli rol oynayacağına ilişkin olarak bkz. Mehryar Mohri, Afshin Rostamizadeh ve Ahmeet Talwalkar, *Foundations of Machine Learning*, s. 1.

## B. DERİN ÖĞRENME (DEEP LEARNING)

Derin öğrenme, “*nesne tanıma, konuşma tanıma, doğal dil işleme gibi alanlarda çok katmanlı yapay sinir ağlarını kullanan bir yapay zeka yöntemi*”<sup>51</sup> şeklinde tanımlanmakta ve makine öğrenimi içerisindeki bir alan<sup>52</sup> olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda derin öğrenme gelişmiş bir makine öğrenmesi dalıdır.<sup>53</sup>

Derin öğrenmenin özünde yapay sinir ağları yatmaktadır.<sup>54</sup> Yapay sinir ağları (*artificial neural networks*) insandaki sinir hücreleri (nöronlar) ve sinir ağlarından yola çıkarak tasarlanmıştır.<sup>55</sup> Yapay sinir ağlarında nöronların model olarak alınması tesadüf değildir. Zira, nöronlar insanın öğrenme sürecinde önemli rol oynar. Öğrenme dediğimiz süreç beyindeki karmaşık elektro kimyasal tepkimelerle nöral düzeyde gerçekleşir. Bu nedenle, beyinde öğrenmenin nasıl gerçekleştiğini anlamak sinir hücrelerini ve sinir sistemini anlamaktan geçer. Bu bağlamda, insan beyninde nöronlar birbirlerine elektriksel ve kimyasal sinyaller aracılığıyla bilgi aktarımında bulunurlar.<sup>56</sup> Bu iletim, iyon adı verilen negatif veya pozitif elektrik yüklü kimyasal parçacıkların hücre içinde ve dışındaki hareketlerinin bir neticesidir.<sup>57</sup> Nöronlar arasındaki bu etkileşim son derece hızlı bir biçimde gerçekleşerek zincirleme bir reaksiyon meydana getirir.<sup>58</sup> Böylelikle hücreler arasında aktarım sağlanmış olur.

Yapay sinir ağları giriş katmanı, gizli katman ve çıkış katmanlarından oluşmaktadır.<sup>59</sup> Derin öğrenme çok katmanlı bir öğrenme modelidir. Nitekim, derin öğrenme kavramında yer alan derin deyimini “*ağın katman sayısının çok olmasından*” ileri gelmektedir.<sup>60</sup>

Derin öğrenmede karmaşık biçimde sunulan veriler katmanlar arasında yapılan hesaplamalar sonucunda anlaşılır hale getirilir.<sup>61</sup> Derin öğrenme yöntemleri büyük veriye ihtiyaç duymaktadır.<sup>62</sup> Zira, diğer yöntem ve araçlar büyük veriyi işleyecek yeterliliğe sahip değildir.<sup>63</sup>

Günlük hayatta kullandığımız kişisel bilgisayarlardan, cep telefonlarına kadar her aygıt veri üretmektedir. Sosyal medyada yaptığımız her paylaşımın, arama motoruna yazdığımız her

<sup>51</sup> Atınç Yılmaz ve Umut Kaya, *Derin Öğrenme*, s. 1.

<sup>52</sup> Machine Learning, *The Art and Science of Algorithms that Make Sense of Data*, s. 361.

<sup>53</sup> Muhammet Atalay ve Enes Çelik, “Büyük Veri Analizinde Yapay Zeka ve Makine Öğrenmesi Uygulamaları”, *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 9/22 (2017), s. 164, (erişim: 01.02.2021).

<sup>54</sup> Elmas, *Yapay Zeka Uygulamaları*, s. 149; Yılmaz ve Kaya, *Derin Öğrenme*, s. 10.

<sup>55</sup> Yapay sinir ağlarının insan beyninin öğrenme sürecinin matematiksel olarak modellenmesinin bir sonucu olduğu yönünde bkz. Esen Ersoy ve Ömer Karal, “Yapay Sinir Ağları ve İnsan Beyni”, *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi*, 1/2 (2012), s. 191-192, (erişim: 04.01.2021).

<sup>56</sup> Patricia Wolfe, *Brain Matters, Translating Research into Classroom Practice*, ABD: ASCD, Second Edition, 2010, s. 17-18.

<sup>57</sup> Wolfe, *Brain Matters, Translating Research into Classroom Practice*, s. 52.

<sup>58</sup> Wolfe, *Brain Matters, Translating Research into Classroom Practice*, s. 52-53.

<sup>59</sup> Yılmaz ve Kaya, *Derin Öğrenme*, s. 37, şekil 3-1; Muhammet Atalay ve Enes Çelik, “Büyük Veri Analizinde Yapay Zeka ve Makine Öğrenmesi Uygulamaları”, s. 162, şekil 6.

<sup>60</sup> Say, *Yapay Zeka*, s. 103.

<sup>61</sup> Ryan Calo vd., “Is Tricking a Robot Hacking?”, *University of Washington School of Law Legal Studies Research Paper*, No. 2018-05, 2018, s. 4, (erişim: 19.02.2021).

<sup>62</sup> Elmas, *Yapay Zeka Uygulamaları*, s. 159.

<sup>63</sup> Elmas, *Yapay Zeka Uygulamaları*, s. 159.

girdinin, attığımız her elektronik postanın<sup>64</sup> ve kredi kartımızdan yaptığımız her harcamanın bilgisayar dünyasında tek bir karşılığı vardır: Veri. Tüm bu aygıtların internet adı verilen uçsuz bucaksız mecradaki faaliyetleri; verilerin her saniye ölçülemez hızla artmasına neden olmaktadır. Böylelikle büyük veri kavramı ortaya çıkmaktadır. Büyük veri, “*geleneksel veri işleme araçlarıyla yönetilemeyecek ve analiz edilemeyecek kadar büyük veri setleri*”<sup>65</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Bu bağlamda, büyük veri kavramı hacim, çeşitlilik, gerçeklik, hız olmak üzere temel bazı ölçütlerle ifade edilmektedir.<sup>66</sup>

### III. YAPAY ZEKANIN MEYDANA GETİRDİĞİ FİKRİ ÜRÜNLERDE HUKUKİ NİTELİK SORUNU VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

#### A. SORUNUN TAHLİLİ

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu uyarınca her eser bir fikri ürün olarak kabul edilirken; her fikri ürün eser olarak kabul edilmez. Bir fikri ürünün eser niteliğini kazanması neden önemlidir? Çünkü, FSEK kapsamında ancak eser niteliğinde olan fikri ürünler korunur.<sup>67</sup> Eser sahibi, eseri meydana getirmekle başka herhangi bir işleme gerek kalmaksızın (kayıt-tescil vs.) *ipso iure* o eser üzerinde manevi<sup>68</sup> ve mali<sup>69</sup> haklara sahip olur. Ancak, bu haklara sahip olmak ile bu hakların korunmaya başlaması farklı şeyler olup koruma eserin aleniyet veya yayımından sonra başlar.<sup>70</sup>

Eser sahibinin eserinden doğan mali hakları sonsuza kadar korunmaz. Zira, eser sahibinin eseri üzerinde münhasıran mali haklara sahip olmasından doğan menfaatle, kamunun bilgiye erişim hakkından doğan menfaat birbiriyle çatışma halindedir. Bu menfaatlerin dengelenmesine duyulan ihtiyaç nedeniyle koruma süresi sınırlandırılmıştır. Bu bağlamda, FSEK m. 27/1 “*koruma süresi eser sahibinin yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren 70 yıl devam eder*” hükmüne amirdir. Ancak eser, sahibinin ölümünden sonra alenilemişse koruma süresi ölüm tarihinden sonra 70 yıldır (FSEK m. 27/2).

Bir fikri ürünün eser niteliğini kazanabilmesi için gereken şartlara eser tanımının yapıldığı FSEK 1/B/a) maddesinde yer verilmiştir. Buna göre eser, “*sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri*” şeklinde tanımlanmıştır. O halde, bir fikri ürünün eser niteliği taşıyabilmesi için sahibinin hususiyetini taşıması ve kanunda sayılan eser kategorilerinden birine dahil olması

<sup>64</sup> Statista'nın verilerine göre; 2020 yılında tüm dünyada bir gün içinde gönderilen ve alınan elektronik posta sayısı 306,4 milyar olup bu sayının 2024 yılında 361,6 milyara ulaşacağı tahmin edilmektedir. Bkz. “Number of sent and received e-mails per day worldwide from 2017 to 2025”, son güncelleme, 23 Mayıs, 2020, <https://www.statista.com/statistics/456500/daily-number-of-e-mails-worldwide/>; Sadece elektronik posta olarak bir günde üretilen veri sayısı bile büyük veri kapsamında değerlendirilebilecek boyuttadır.

<sup>65</sup> Frank Ohlhorst, *Big Data Analytics, Turning Big Data Into Big Money*, John Wiley & Sons, 2013, s. 1.

<sup>66</sup> Ohlhorst, *Big Data Analytics, Turning Big Data Into Big Money*, s. 3.

<sup>67</sup> Şafak Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku (Mevzuat Eklidir)*, Ankara: Yetkin Yayınları, 3. B, 2009, s. 51.

<sup>68</sup> Eser sahibinin manevi hakları umuma arz salahiyeti (FSEK m. 14), adın belirtilmesi salahiyeti (FSEK m. 15), eserde değişiklik yapılmasını menetmek (FSEK m. 16) ile eser sahibinin malik ve zilyede karşı haklarından (FSEK m. 17) ibarettir.

<sup>69</sup> Eser sahibinin mali hakları işleme hakkı (FSEK m. 21), çoğaltma hakkı (FSEK m. 22), yayma hakkı (FSEK m. 23), işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkından (FSEK m. 25) ibarettir.

<sup>70</sup> Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku (Mevzuat Eklidir)*, s. 103.

şartı aranmaktadır. Kanunda sayılan eser kategorilerinden birine dahil olma (ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanat veya sinema eseri) *objektif şart* olarak nitelendirilirken, hususiyet *sübjektif şart* olarak nitelendirilmektedir.<sup>71</sup> Yapay zeka tarafından meydana getirilen fikri ürünlerin eser olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği bakımından esas belirleyici olan *sübjektif şart*, yani hususiyettir.<sup>72</sup>

Hususiyet kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak kanunda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Kanun koyucu bu hususta isabetli biçimde bilinçli olarak susmuştur. Zira, hususiyet ögesi her bir somut olayın özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir ölçüt olduğu gibi<sup>73</sup> eser türlerine göre de değişkenlik gösterir.<sup>74</sup> Bu bağlamda hususiyet, *Tekinalp'e* göre anlatım (üslup) üzerinde somutlaşan ve sanatçının kişiliğini, yaratıcılığını ve eser üzerindeki fikri çabasını yansıtan mührüdür.<sup>75</sup> Gerçekten hususiyet çoğu zaman sanatçının üslubunda kendini gösterir. Öyle bazı eser sahipleri vardır ki, onların birkaç eseriyle önceden tanışmış olanlar sonraki eserlerin de aynı elden çıktığını kolayca tahmin edebilir. Bu türden eserler, hususiyet ögesinin son derece yoğun olduğu fikri ürünlerdir. Ancak, her fikri ürün bu yoğunlukta hususiyet taşımayabilir. Bu nedenle, somut olayda bir fikri ürünün, sahibinin hususiyetini taşıyıp taşımadığı hususu teknik bir mesele olup çoğu zaman için bilirkişi incelemesini zorunlu kılar.<sup>76</sup> Bununla beraber, hususiyet yalnızca üsluba indirgenemez<sup>77</sup>. Bu bağlamda hususiyet eser sahibinin iç dünyasından esere yaptığı katkıların bütününe ifade eder<sup>78</sup>.

Üretiminde bilgisayarın rol aldığı fikri ürünler, öğretilde “*bilgisayar üretimi veya bilgisayar destekli*”<sup>79</sup> olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrımın önemi, fikri ürünün eser olarak değerlendirilmesinde ortaya çıkar. Bu bağlamda, bilgisayar üretimi olan fikri ürünler insan çabasının olmaması nedeniyle eser olarak kabul edilmezken; bilgisayar destekli olan ürünler hususiyet taşımaları kaydıyla eser olarak değerlendirilebilir.<sup>80</sup> Ancak, “*bilgisayar üretimi*”, “*bilgisayar destekli*” ayrımı geleneksel algoritmaları kullanan sayısal bilgisayarların dünyasına ait bir ayrımdır.

<sup>71</sup> Birçokları yerine bkz. Levent Yavuz, Türkay Alica ve Fethi Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, C.1 (1-47. Maddeler), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1. B, 2013, s. 61; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaşılmalı Fikri Haklar (Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre)*, Ankara: Turhan Kitapevi, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 6. B., 2020, s. 113, s. 122.

<sup>72</sup> Benzer yönde bkz. Zorluoel, “Yapay Zeka ve Telif Hakkı”, s. 328.

<sup>73</sup> Hususiyet arz eden eserlerin tespitinde somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Mustafa Ateş, *Fikri Hukukta Eser*, Ankara: Turhan Kitapevi Yayınları, 2007, s. 80.

<sup>74</sup> Ateş, *Fikri Hukukta Eser*, s. 78 vd.; Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 4. B, 2020, s. 43.

<sup>75</sup> Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. B, 2012, s. 105, pr. 7; Benzer yönde bkz. Yavuz, Alica ve Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, s. 63.

<sup>76</sup> Bkz. Yavuz, Alica ve Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, s. 66-67; Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 41.

<sup>77</sup> Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 42.

<sup>78</sup> Hayri Bozgeyik, “Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 25/3(2009), s. 170, (erişim: 23.03.2021); Hususiyet kavramı tek başına ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturacak ölçüde geniş kapsamlı olup kavrama ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme çalışmamızın sınırlarını aşmaktadır. Hususiyet hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cüneyt Bellican, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Açısından “Hususiyet” Kavramı, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/1(2008), s. 67-90, (erişim: 23.03.2021).

<sup>79</sup> Bu konuda bkz. Yavuz, Alica ve Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, s. 53.

<sup>80</sup> Yavuz, Alica ve Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, s. 53.



Bu nedenle, yapay zeka teknolojileri bakımından işlevsiz kalabilir. Örneğin, 2018 yılında yapay zeka tarafından meydana getirilen “*Edmond de Belamy, from La Famille de Belamy*” isimli portre bir açık arttırmada \$432,500’a alıcı bulmuştur.<sup>81</sup> Bu örnekte *Edmond de Belamy* portresi tek başına yapay zeka tarafından, insan müdahalesi olmadan meydana getirilmemiştir. Öyle ki, öğretilerdeki bir çalışmada “*insanların yardımı olmasaydı yapay zeka Edmond de Belamy’i meydana getiremezdi*”<sup>82</sup> ifadesi kullanılmıştır. O halde bu fikri ürün bilgisayar destekli olarak mı nitelenmelidir?

İlk olarak belirtebiliriz ki; yapay zekanın temelinde insan müdahalesi olması, bu teknolojiyle üretilen fikri ürünlerin bilgisayar destekli olarak nitelendirilmesini gerektirmeyebilir. Şöyle ki, örneğin bir gerçek kişi (A)’nın temel yazılımını geliştirdiği yapay zeka, kendisine verilen veriler üzerinden öğrenerek bir resim çizebilir. Ancak bu resim (A)’nın yapay zeka sistemine girdiği girdilerin çıktısı değildir. Gerçekten, geleneksel algoritmalarla çalışan bilgisayarlarda bilgisayara verilen girdi ile alınan çıktı arasındaki bağ matematiksel kesinliktedir. Örnekte ise süreci başlatan (A) olmasına rağmen yapay zeka; süreç boyunca öğrenerek kendini geliştirmiş ve süreci sonlandırmıştır. Süreci içerisinde yapay zeka yeni algoritmalar yazarak geliştiricinin başlangıçta yazdığı programla olan bağlarını koparmıştır.<sup>83</sup> Bu nedenle, yapay zekaya resim çizilmesi öğretildiğinde onun hangi resmi çizeceğini geliştiricinin önceden kesin bir biçimde bilmesi imkanı yoktur. Nitekim, Konstanz Üniversitesinden bir grup araştırmacı tarafından geliştirilen E-David isimli resim çizen robot<sup>84</sup> bu savımızı destekler mahiyettedir. E-David geliştiricileri tarafından programlanan bir yazılım üzerinden fonksiyon göstermesine rağmen; sahip olduğu kamerayı kullanarak otonom biçimde resim çekmekte ve bu resimlerden yararlanarak yeni çizimler meydana getirmektedir.<sup>85</sup> E-David’in resim çizerken kendi anlatım ve üslubunu ortaya koyduğundan bahisle çizimler üzerinde hususiyet sahibi olduğu da ileri sürülmüştür.<sup>86</sup>

İkinci olarak, hali hazırda yapay zeka teknolojilerinin giderek daha otonom hale gelmesine rağmen; bugün geldiğimiz noktada insan müdahalesinin hiç olmadığı bir yapay zeka sisteminin varlığından bahsetmek de güçtür. Bu nedenle, kanaatimizce bu sistemlerin meydana getirdiği ürünlerin bilgisayar üretimi olarak nitelendirilmesi de güçtür. Fakat, önemle belirtmeliyiz ki, insan müdahalesinin hiç olmadığı, tamamen otonom şekilde çalışan bir sistemin meydana getirdiği fikri ürünlerin bilgisayar üretimi olarak değerlendirilebileceği hususuna da şüpheyle yaklaşmaktayız. Zira, yapay zeka sistemleri yeni bir paradigma ortaya koymuştur. Bu paradigma, şimdye kadar doğru olduğundan emin olduğumuz olguları da sorgulamamıza neden olmuştur. Bu nedenle, yapay zeka tarafından meydana getirilen fikri ürünler bakımından

<sup>81</sup> Bkz. Gabe Cohn, “AI Art at Christie’s Sells for \$432,500”, The Newyork Times, Ekim 25, 2018. <https://www.nytimes.com/2018/10/25/arts/design/ai-art-sold-christies.html/>.

<sup>82</sup> Ziv Epstein vd. “Who Gets Credit for AI-Generated Art?”, *iScience*, 23/9(2020), s. 1, (erişim: 09.01. 2020).

<sup>83</sup> Colin R. Davies, “An Evolutionary Step In Intellectual Property Rights-Artificial Intelligence and Intellectual Property”, *Computer Law & Security Review*, 27/6 (2011), s. 613, (erişim: 10.01.2021).

<sup>84</sup> Bkz. “e-David”, son güncelleme, 16 Ocak, 2021, <http://graphics.uni-konstanz.de/eDavid/>.

<sup>85</sup> Shlomit Yanisky-Ravid, “Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability In the 3A Era—The Human-Like Authors are Already Here—A New Models”, *Michigan State Law Review*, 4 (2017), s. 662-663, (erişim: 16.01.2021).

<sup>86</sup> Bu görüş için bkz. Zorluel, “Yapay Zeka ve Telif Hakkı”, s. 332.

“bilgisayar üretimi” - “bilgisayar destekli” ayrımının yanlış sonuçlar verebileceği kanaatindeyiz. Bu konuda yapay zeka üretimi kriterinin getirilmesi isabetli olacaktır.

Yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünler eser olarak değerlendirilmeli midir? Bu sorunun cevabı izlenen hukuk politikası sonucunda yapılacak tercihle alakalıdır. Hali hazırda bazı ülkelerin yaklaşımı yapay zekanın meydana getirdiği ürünlerin eser olarak değerlendirilemeyeceği yönündedir. Örneğin, Amerikan Telif Hakları Ofisi Uygulamaları'nın (*Compendium of U.S. Copyright Office Practices*) 306'ncı paragrafının ilk cümlesinde ofisin ancak bir insan tarafından meydana getirilen orijinal fikri ürünleri eser olarak tescil edeceği açıkça belirtilmiştir.<sup>87</sup>

Kanaatimizce, FSEK'te bu türden fikri ürünlerin eser olma şartlarını taşımaları halinde eser olarak kabul edilebileceklerine ilişkin açıkça düzenleme yapılmadan eser niteliğinin kabul edilmesi güçtür. Gerçi, mevcut FSEK hükümleri, bu türden fikri ürünlerin eser olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Ancak, kanunun bir hususu açıkça yasaklamaması ona cevaz verdiği şeklinde yorumlanamaz. FSEK 70 yıllık bir kanundur. Yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar ihtiyaçlar doğrultusunda birçok değişikliğe uğramıştır. Ancak, kanunun özü ve ruhu değişmemiştir. 70 yıl boyunca oluşan öğretici ve yargı kararlarının aksine açıkça bir yasal düzenleme olmadan değişebileceğini öne sürmek isabetli değildir.

## B. ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

### 1. Yapay Zekanın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlerin Eser Olarak Kabul Edilmesi

Konuya ilişkin olarak, karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemelere bakılması faydalı olabilir. 1988 tarihli İngiliz Telif Hakkı, Tasarımlar ve Patentler Kanunu<sup>88</sup> bilgisayar üretimi eser tanımını yapmıştır. Bu bağlamda anılan kanunun 178'inci maddesine göre bilgisayar üretimi eser, eser sahibi olarak herhangi bir insanın olmadığı ve bilgisayar tarafından üretilen eserdir.

Bu hüküm, eser sahibinin insan olması zorunluluğuna ilişkin istisnai bir düzenleme niteliğindedir.<sup>89</sup> Söz konusu hükmün lafzından yapay zekanın tamamen otonom bir biçimde hareket ederek, insan müdahale ve katkısının olmadığı durumlarda meydana getirdiği fikri ürünler bakımından uygulanma kabiliyetine sahip olduğu anlaşılmaktadır. Buna karşın hükmün insan müdahalesinin tümüyle ortadan kalkmadığı ve fikri ürünün meydana getirilmesi için gerekli bilişsel süreç yapay zeka tarafından meydana getirilse de girdilerin insan tarafından yapay zekaya verildiği durumları kapsadığı ifade edilmektedir.<sup>90</sup> Bu bağlamda, söz konusu

<sup>87</sup> “The U.S. Copyright Office will register an original work of authorship, provided that the work was created by a human being.”, Amerikan Telif Hakları Ofisi, Compendium of U.S. , Ocak 2021, pr. 306, <https://www.copyright.gov/comp3/docs/compendium.pdf>.

<sup>88</sup> Mevzuat için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>, (erişim: 22.01.2021).

<sup>89</sup> Andreas Guadamuz, “Artificial Intelligence and Copyright”, *WIPO Magazine*, October 2017, s. 18, (erişim: 22.01.2021).

<sup>90</sup> Bkz. Jesus Manuel ve Niebla Zatarin, “The Role of Automated Technology in the Creation of Copyright Works: The Challenges of Artificial Intelligence”, *International Review of Law, Computers & Technology*, 31/1 (2017), s. 97.

hüküm; tamamen otonom biçimde hareket eden yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünler bakımından uygulama alanı olmadığından bahisle eleştirilmektedir.<sup>91</sup>

FSEK’te buna benzer bir düzenleme yapılması düşünülebilir. Ancak, bu durumda yapılacak düzenleme tıpkı, İngiliz kanunu m. 178 hükmünde olduğu gibi, yapay zekanın tamamen otonom hareket ettiği durumlar bakımından yetersiz kalabilir. O halde, yapılacak düzenleme hem fikri ürünün meydana getirilmesi sürecinde insan müdahalesinin olduğu hem de yapay zekanın tamamen otonom biçimde hareket ettiği halleri kapsayacak genişlikte olmalıdır. Ayrıca, yapılacak düzenlemede yapay zeka kavramının kullanılması da isabetli olacaktır. Bu bağlamda, “*yapay zekanın en azından yarı otonom biçimde hareket ederek meydana getirdiği fikri ürünler eserdir*” şeklinde yapılacak bir düzenleme isabetli olabilir. Böylelikle, yapay zekanın tamamen otonom biçimde hareket ederek meydana getirdiği fikri ürünlerin eser olarak kabul edilmesi mümkün olacaktır. Ancak, FSEK’te bu şekilde bir değişiklik yapmanın önünde bazı güçlükler olduğunu da belirtmeliyiz. Bu bağlamda, AB mevzuatında bu yönde bir düzenleme yoktur. Kanaatimizce, konunun Karşılaştırmalı Hukukta yeterince olgunlaşmamasından kaynaklanan güçlükler karşın, yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünlerin eser olarak değerlendirilmesinin önünü açacak yasa değişikliklerinin yapılması isabetli olacaktır.

## 2. Yapay Zekanın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlerin İşleme Eser Olarak Kabul Edilmesi

İşleme eser kavramı FSEK m. 1/B (c)’de “*Diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle müstakil olmayan ve işleyenin hususiyetini taşıyan fikir ve sanat mahsulleri*” şeklinde tanımlanmıştır. Hükmü lafzi açıdan inceleyecek olursak; “...bu esere nispetle müstakil olmayan...” ifadesinden işleme eserle, asıl eser arasında bir bağlılık unsuru olduğu sonucunu çıkarırız. Gerçekten, işleme eser asıl esere bağlıdır.<sup>92</sup> İşte bu bağlılık işleme eserin belki de en karakteristik özelliğidir. Eğer bu bağ koparsa işleme eserin varlığından söz etmek mümkün olmaz.

Yapay zeka bilgisayar programı niteliğine haiz olduğundan şartları varsa eser niteliği taşıyabilir. Bu bağlamda yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünler işleme eser olarak kabul edilebilir mi? FSEK m. 6/10’da bir bilgisayar programının uyarlanması, düzenlenmesi veya programda herhangi bir değişim yapılması işlemi olarak kabul edilmiştir. Uyarlama “*programın yazıldığı dilden başka bir dile dönüştürülmesi*” şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>93</sup> Düzenleme ise bağımsız program ya da program parçacıklarının birbirine bağlanması anlamında kullanılmaktadır.<sup>94</sup> Bu bağlamda, yapay zekanın fikri ürün meydana getirmesini uyarlama veya düzenleme olarak yorumlamak güçtür. Yapay zeka sistemlerinin sürekli olarak veriden beslenerek gelişmesi ve değişmesi karşısında; fikri ürün meydana getirme işleminin FSEK m. 6/10

<sup>91</sup> Manuel ve Zatarin, “The Role of Automated Technology in the Creation of Copyright Works: The Challenges of Artificial Intelligence”, s. 97.

<sup>92</sup> Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 70.

<sup>93</sup> Şener Dalyan, *Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1. B, 2009, s. 123.

<sup>94</sup> Mustafa Aksu, *Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması*, İstanbul: Beta, 1. B, 2006, s. 123-124; Dalyan, *Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması*, s. 123, dipnot 165’teki literatür.

kapsamında herhangi bir değişim olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu akla gelmektedir. Ancak, herhangi bir değişimle kastedilen programın hatalarının giderilmesi için yapılan değişiklikler ve daha iyi işlev göstermesi için yapılan eklemelerdir.<sup>95</sup> O halde, yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünleri FSEK kapsamında işleme eser olarak değerlendirilmesi mümkün görülmemektedir.

Bu noktada tartışılması gereken husus, FSEK’te değişiklik yapılması suretiyle belirtilen türden fikri ürünlerin işleme eser olarak kabul edilmesinin isabetli olup olmayacağıdır. Yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünlerin işleme eser olarak değerlendirilebilmesi için; asıl eserle (yapay zeka yazılımı) ortaya çıkan işleme eser (fikri ürün) arasında bir bağ olması gereklidir. Ancak, yapay zekanın çalışma mantığı bu bağın kurulmasına engeldir. Zira, öğretide *Davies*’in, isabetli bir biçimde belirttiği üzere; yapay zeka değişikliklere adapte olabilmek amacıyla başlangıçta sahip olduğu kaynak kodları sürekli değiştirerek başlangıçtaki yazılımdan tamamen farklı bir yazılıma dönüşecektir.<sup>96</sup> Bu nedenle, söz konusu fikri ürünlerin FSEK’te yapılacak bir değişiklikle işleme eser olarak kabul edilmesi isabetli değildir.<sup>97</sup>

### 3. Yapay Zekanın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlerin Sui Generis Nitelikte Kabul Edilmesi

Yapay zeka teknolojilerindeki gelişmelere bağlı olarak AB ve WIPO nezdinde yapılan hukuki tartışma ve çalışmaların ne yöne evrileceğini tahmin etmek güçtür. Bu bağlamda, fikir ve sanat eserleri meydana getirmenin insan tekelinde olduğu yaklaşımı zaman içinde genel kabul görebilir. Bu başlık altındaki çözüm önerilerini bu olasılığa karşı değerlendirmeye çalışacağız.

Eser meydana getirmek için gereken yaratıcılığın insan bilinci kökenli olmasının zorunlu olup olmadığı hususu<sup>98</sup> aslında ontolojik bir tartışmanın konusudur. Ancak, bu tartışma yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünlerin eser olarak değerlendirilmesinde belirleyici bir role sahip olabilir. Bu bağlamda mesele yapay zekadan ziyade yapay bilinç<sup>99</sup> kavramıyla ilgilidir.

Yapay bilinç kısaca “*bilincin doğası nedir? ve bir makine bilinçli olabilir mi?*” sorularını temel alan yapay zekadan ayrı bir araştırma alanıdır.<sup>100</sup> Yaratıcılığın, insan bilinci kökenli olmasının zorunlu kabul edilmesi halinde yapay zeka ne kadar gelişmiş olursa olsun yaratıcı bir fikri ürün meydana getiremeyeceği baştan kabul edilmiş olacaktır.<sup>101</sup> Bu durumda, yapay zeka

<sup>95</sup> Aksu, *Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması*, s. 123.

<sup>96</sup> Davies, “An Evolutionary Step in Intellectual Property Rights-Artificial Intelligence and Intellectual Property”, s. 613, 615.

<sup>97</sup> Krş. Davies, “An Evolutionary Step in Intellectual Property Rights-Artificial Intelligence and Intellectual Property”, s. 614-615.

<sup>98</sup> Bu konuda bkz. Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, *Buluşçu Yapay Zeka ve Patent Hukuku*, İstanbul: Aristo Yayınevi, 1. B, 2020, s. 42.

<sup>99</sup> Bu mesele, çalışma konumuzun kapsamını aşmaktadır. Yapay bilinç konusunda yazılmış bir eser için bkz. Mehtap Doğan, *Yapay Zeka ve Bilinç Problemi, Yapay Bilincin İmkanına Dair Bir Tartışma: Yapay Bir “Ben” Mümkün mü?*, Konya-İstanbul: Çizgi Kitapevi, 2020.

<sup>100</sup> Doğan, *Yapay Zeka ve Bilinç Problemi, Yapay Bilincin İmkanına Dair Bir Tartışma: Yapay Bir “Ben” Mümkün mü*, s. 134.

<sup>101</sup> Annemarie Birdy, “Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Authors”, *Stanford Technology Law Review*, 5 (2012), s. 9, pr. 2, (erişim: 31.01.2021).

tarafından meydana getirilen fikri ürünlerin eser olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak bu durum yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünlerin sui generis nitelikte kabul edilmesine de engel teşkil etmeyecektir.

Bu olasılıkta, yapay zekanın meydana getirdiği ürünler eser niteliği taşımadığından telif korumasına da tabi olmayacaktır. Ancak, söz konusu fikri ürünlerin sui generis nitelikte kabul edilmesi ve buna bağlı olarak sui generis bir koruma rejimi getirilmesi sorunu çözebilir. Nitekim sui generis koruma önerisi Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü nezdinde yapılan çalışmalarda da gündeme gelmiştir.<sup>102</sup>

#### IV. YAPAY ZEKANIN MEYDANA GETİRDİĞİ FİKRİ ÜRÜNLERDE HAK SAHİPLİĞİ SORUNU VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

##### A. SORUNUN TAHLİLİ

Yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünlerde hak sahipliği meselesinin son derece karmaşık olmasının nedeni, ürünün meydana gelmesi sürecinde çok fazla paydaşın rol oynamış olmasıdır.<sup>103</sup> Bu bağlamda, yapay zeka yazılımını geliştiren kişi, yapay zeka teknolojisine yatırım yapanlar ve hatta tamamen otonom biçimde çalıştığı ve hukuki kişiliğe sahip olduğu varsayımı altında yapay zekanın kendisi dahi ürün üzerinde hak sahipliği iddiasında bulunabilir. Bu süjelerden herhangi birini diğerinden üstün tutarak hak sahibi olarak tanımak doğru bir yaklaşım olur mu? Yoksa, birden fazla süje hak sahibi olarak mı tanınmalıdır? Hak sahipleri her bir somut olayın özelliğine göre değişiklik gösterir mi<sup>104</sup> yoksa önceden net bir biçimde belirlenmeleri mümkün müdür? Ya da bu türden ürünler serbestçe kamunun yararlanılmasına mı bırakılmalıdır? Görüldüğü üzere mesele çok farklı ihtimaller göz önüne alınarak değerlendirilmelidir.

Yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünlerin hukuki niteliğinin belirlenmesi yeni sorunları da beraberinde getirecektir. Gerçekten, örneğin söz konusu fikri ürünlerin eser olarak kabul edilmesi, eser sahibinin kim olduğu sorusunu da beraberinde getirir. Gerçek kişiler bakımından bu soruya cevap vermek oldukça kolaydır. Ancak, yapay zekanın hali hazırda hukuk düzeni tarafından tanınmaması konuyu oldukça karmaşık hale getirmektedir. Bu açıdan, yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünler üzerindeki hak sahipliği sorunu yapay zekanın hukuki statüsü sorunuyla bağlantılıdır. Bu ikinci sorun ise, tek başına ayrı bir çalışmanın konusudur<sup>105</sup> ve çalışmamızın kapsamını aşmaktadır. Bu nedenle, söz konusu sorunu ancak yapay zekanın hak sahibi olması çerçevesinde değerlendirmeye çalışacağız.

<sup>102</sup> Bkz. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü, WIPO Conversation on Intellectual Property (IP) and Artificial Intelligence (AI) Second Session, 21.05.2020, s. 8, ([https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo\\_ip\\_ai\\_2\\_ge\\_20/wipo\\_ip\\_ai\\_2\\_ge\\_20\\_1\\_rev.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ip_ai_2_ge_20/wipo_ip_ai_2_ge_20_1_rev.pdf), erişim: 14.02.2021).

<sup>103</sup> Bkz. Yanisky-Ravid, "Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3A Era—The Human-Like Authors are Already Here—A New Models", s. 692.

<sup>104</sup> Hak sahiplerinin somut olayın özelliğine göre değişiklik göstereceği yönünde bkz. Yanisky-Ravid, "Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3A Era—The Human-Like Authors are Already Here—A New Models", s. 691.

<sup>105</sup> Yapay zekanın hukuki statüsüne ilişkin olarak bkz. Kılıçarslan, "Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar", s. 363-389; Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Yapay Zeka Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", s. 211-232.

## B. ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

### 1. Kamunun Hak Sahibi Olması

İlk olarak yapay zekanın meydana getirdiği ürünlerin kamuya ait olması düşünülebilir.<sup>106</sup> Bu olasılıkta birçok hukuki sorun da ortadan kalkmış olur. Gerçekten, yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünlerin hukuki niteliği, yapay zekanın hukuki kişiliği, söz konusu fikri ürünlerde hak sahipliği gibi sorunların tümü bir anda tartışma konusu olmaktan çıkar. Ancak bu tercih beraberinde bazı önemli dezavantajları da getirir. Öncelikle, yapay zeka teknolojileri geliştiren şirketler yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünlerden kazanç elde edemeyeceği için bu teknolojilere yatırım yapmaktan vazgeçebilirler.<sup>107</sup> Ayrıca, yapay zeka tarafından üretilen fikri ürünlerin de ticarileştiği görülmektedir.<sup>108</sup> Gerçekten, yapay zekanın çizdiği Edmond de Belamy portresinin açık arttırmada satışından<sup>109</sup> Warner Müzik şirketinin yapay zeka tarafından üretilen müzik parçalarıyla ilgili yaptığı anlaşmaya kadar<sup>110</sup> pek çok örnek bu alanın giderek ticarileştiğini ve kültür ekonomisinin büyümesine katkı sağladığını göstermektedir.

Hali hazırda bazı yapay zeka sistemlerinin meydana getirdiği fikri ürünlerin insan elinden mi çıktığı yoksa makine tarafından mı üretildiği anlaşılmamaktadır. Uzak olmayan bir zaman dilimi içerisinde, kulağa ne kadar hoş gelmesede yapay zeka sistemlerinin insanlardan daha iyi fikir ve sanat eseri üretmeleri ihtimali vardır. Bu durumda birçok kişi yapay zekanın ürettiği nitelikli fikir ve sanat eserlerini herhangi bir bedel ödmeden kullanacağı için yapay zekayla insan arasında haksız bir rekabetin doğması mümkündür.<sup>111</sup>

Tüm bu saydığımız nedenlerle yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünlerin kamuya ait olmasının isabetli sonuçlar doğurmayacağı kanaatindeyiz.

### 2. Fikri Ürünün Meydana Getirilmesi İçin Gerekli Ayarlamaları Yapan Kişinin Hak Sahibi Olması

Karşılaştırmalı Hukukta tespit edebildiğimiz kadarıyla yapay zeka ifadesinin geçtiği ve doğrudan yapay zekayı konu alan bir fikri haklar mevzuatı yoktur. Ancak, içeriği itibariyle yapay zeka tarafından meydana getirilen fikri ürünlere uygulanabilecek mevzuat hükümleri bulunmaktadır. Bu bağlamda, İngiltere, İrlanda ve Yeni Zelanda yasaları bilgisayar tarafından meydana getirilen fikri ürünlerde, hak sahibi olarak bu ürünün meydana getirilmesi için gerekli

<sup>106</sup> Hukuki açıdan tercih edilebilecek seçeneklerden birinin yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünlerde telif korumasını reddetmek olduğu yönünde bkz. Guadamuz, "Artificial Intelligence and Copyright", s. 17.

<sup>107</sup> Kalin Hristov, "Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma", *IDEA: The IP Law Review*, 57/3 (2017), s. 438, (erişim: 21.01.2021); Guadamuz, "Artificial Intelligence and Copyright", s. 17.

<sup>108</sup> Courtney White, Rita Matulionyte, "Artificial Intelligence Painting The Bigger Picture for Copyright Ownership", *SSRN Electronic Journal*, 2019, s. 2, (erişim: 1.02.2021).

<sup>109</sup> Cohn, "AI Art at Christie's Sells for \$432,500".

<sup>110</sup> "Warner Music signs first ever record deal with an algorithm", *The Guardian*, Mart 22, 2019, <https://www.theguardian.com/music/2019/mar/22/algorithm-endel-signs-warner-music-first-ever-record-deal#:~:text=Warner%20Music%20has%20become%20the,alone%20with%20five%20already%20released./>

<sup>111</sup> Bu tehlikeye Dünya Fikri Mülkiyet Örgütünün Fikri Mülkiyet ve Yapay Zeka konulu tartışmasına katılan katılımcılardan biri değinmiştir. Özet metin için bkz. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü. WIPO Conversation on Intellectual Property (IP) and Artificial Intelligence (AI), Ekim 2019, s. 11, pr. 85, [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo\\_ip\\_ai\\_ge\\_19/wipo\\_ip\\_ai\\_ge\\_19\\_inf\\_4.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ip_ai_ge_19/wipo_ip_ai_ge_19_inf_4.pdf), (erişim: 14.02.2021).

ayarlamaları yapan kişiyi tanımaktadır. Yapay zeka da özünde bir bilgisayar programı olduğu için söz konusu yasaların ilgili hükümlerinin incelenmesi önem arz etmektedir. Bu bağlamda, 1988 tarihli İngiliz Telif Kanunu'nun 9/3'üncü maddesi, bilgisayar tarafından meydana getirilen edebi, dramatik, müzikal veya güzel sanatlarla ilgili çalışmalar bakımından eser sahibinin eserin meydana getirilmesinde gerekli ayarlamaları yapan kişi olarak kabul edilmesini hükme bağlamıştır.

2000 tarihli İrlanda Telif Hakları ve Bağlantılı Haklar Kanunu'nun<sup>112</sup> 21'inci maddesinde farklı durumlara göz önüne alınarak eser sahibinden kimin anlaşılması gerektiği sekiz bent halinde sayılmıştır. Bu bağlamda anılan yasanın 21/f maddesinin İngiliz Telif Kanunu m.9/3'e oldukça benzer bir biçimde kaleme alındığı anlaşılmaktadır. Buna göre; bilgisayar üretimi olan fikri ürünlerde eser sahibi, eserin meydana getirilmesi için gerekli ayarlamaları yapan kişidir. 1994 tarihli Yeni Zelanda Telif Hakları Kanunu<sup>113</sup> da benzer bir düzenleme içermektedir. Yeni Zelanda Kanununun 5/2 (a) bendinde tıpkı İngiliz Telif Kanunu m. 9/3 hükmünde olduğu gibi bilgisayar tarafından meydana getirilen edebi, dramatik, müzikal veya güzel sanatlarla ilgili çalışmalar bakımından eser sahibinin eserin meydana getirilmesinde gerekli ayarlamaları yapan kişi olarak kabul edilmesi hükme bağlanmıştır.

Her üç yasa da bilgisayar üretimi olan fikri ürünler üzerinde eser sahibini gerekli ayarlamaları yapan kişi olarak tanımlamıştır. Bu kişinin kim olduğu konusunda (programcı, yatırımcı vs.) söz konusu düzenlemelerde bir açıklık yoktur. Bu bağlamda ayarlamaları yapan kişi, somut olayın özelliklerine göre yapay zeka yazılımcısından yatırımcıya kadar geniş bir yelpazeyi kapsar.<sup>114</sup> Bu noktada, benzer bir düzenlemenin FSEK'te yapılması isabetli olur mu sorusu cevaplanmaya muhtaçtır. Örneklerini verdiğimiz ülkeler Anglo-Sakson (*Common Law*) hukuk sistemine dahildir. Bu hukuk sistemi hakimler tarafından geliştirilmiş olup.<sup>115</sup> sistemin en belirgin özelliği içtihadi nitelikli olmasıdır.<sup>116</sup> İçtihadi karakterde olmasının sonucu da esnek bir sistem olmasıdır.<sup>117</sup> Bu sistemde mahkemeler somut olayın özelliğine göre rahatlıkla gerekli ayarlamaları yapan kişi kavramının içeriğini doldurabilir. Buna karşın, ülkemizin de dahil olduğu Kıta Avrupası hukuk sistemi aynı esnekliğe sahip değildir.

Tüm bu sayılan nedenlerle, konuya ilişkin olarak FSEK'te yapılacak düzenlemelerde hak sahibinin kesin ve net bir biçimde belirlenmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Bu bağlamda, bir tercih yapılarak yapay zeka yazılımcısı, yatırımcı gibi belli bir süjenin hak sahibi olarak belirlenmesi isabetli olabilir.

<sup>112</sup> Mevzuat için bkz. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ie/ie098en.pdf>, (erişim: 22.01.2021).

<sup>113</sup> Mevzuat için bkz. <https://www.iponz.govt.nz/about-ip/copyright/legislation/>, (erişim: 22.01.2021).

<sup>114</sup> Jani McCutcheon, "The Vanishing Author in Computer Generated Works: A Critical Analysis of Recent Australian Case Law", *Melbourne University Law Review*, 36 (2013), s. 959-960, ([https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2297192](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2297192), erişim: 03.02.2021).

<sup>115</sup> Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, Ankara: Turhan Kitapevi, 28. B., 2010, s. 71.

<sup>116</sup> Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, Bursa: Ekin, 12. B, 2015, s. 138.

<sup>117</sup> Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 139, dipnot 33'teki literatür.

### 3. Yapay Zeka Yazılımcısının Hak Sahibi Olması

Yapay zekayı tasarlayan geliştiricinin hak sahibi olarak tanınması düşünülebilir.<sup>118</sup> Bu olasılık FSEK kapsamında da değerlendirilebilir mi? FSEK m. 2/1 uyarınca her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ile bir sonraki aşamada program sonucu doğurmak koşuluyla bunların hazırlık çalışmaları ilim edebiyat eseri olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla sahibinin hususiyetini taşıyan bilgisayar programları eser niteliği taşır ve eser sahibi FSEK'in kendisine verdiği mali ve manevi haklardan yararlanır. Ancak, bir yazılım ya da diğer bir deyişle bilgisayar programı olan yapay zekanın korunmasıyla o yapay zeka tarafından meydana getirilen fikri ürünlerin korunması birbirinden farklı meselelerdir.

Yapay zekanın temelinde de yazılım vardır. Dolayısıyla yapay zeka yazılımını bilgisayar programı kategorisine sokarak şartları varsa FSEK kapsamında eser olarak korumak mümkündür.<sup>119</sup> Bu bağlamda hak sahibi, yapay zekayı (bilgisayar programı) geliştiren kişi veya kişiler olacaktır. Ancak, aynı kişi veya kişiler yapay zekanın ürettiği fikri ürünler üzerinde hak sahibi olabilir mi? FSEK'te konuya ilişkin bir düzenleme yoktur.

Yapay zeka yazılımları, geleneksel algoritmalar gibi çalışıyor olsaydı tereddütsüz biçimde yapay zeka yazılımcısının hak sahibi olması gerektiğini söyleyebilirdik. Ancak, yapay zeka yazılımının geleneksel yazılımlardan farkları; yapay zekanın çalışırken bulduğu, işlediği benzerliklerin yazılımcı tarafından bilinmemesi, yapay zekanın yeni veriler doğrultusunda sürekli olarak kendini geliştirmesi ve bunun neticesinde de yapay zekanın meydana getireceği fikri ürünlerin önceden tahmin edilememesidir.<sup>120</sup> Yapay zeka, yazılımında bulunan kaynak kodları öğrenme sürecinin bir parçası olarak değiştirecektir. Nitekim, öğretilen isabetli biçimde yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünler üzerinde yazılımcının hak sahibi olmasının dayanaktan yoksun olmasının gerekçesi olarak; yazılımcının geliştirdiği kaynak kodun yapay zekanın meydana getireceği ürünler içinde yer almayacak oluşu ileri sürülmektedir.<sup>121</sup> Bu görüşe biz de katılıyoruz. Bu bağlamda yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünler üzerinde FSEK'te yapılacak bir değişiklikle yapay zeka yazılımını yapan kişinin hak sahibi olarak tanınmasının isabetli olmayacağı kanaatindeyiz.

### 4. Yapay Zekanın Hak Sahibi Olması

#### a) Yapay Zekanın Hukuksal Kişiliği Sorunu

Yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünler üzerinde hak sahibi olarak tanınabilmesinin ön şartı; yapay zekanın hukuk düzeni tarafından kişi olarak tanınmasıdır. Zira, “yalnız kişiler hak sahibi olabilirler.”<sup>122</sup> Hali hazırda yapay zeka; Serozan tarafından “hukuk dünyasına

<sup>118</sup> Çağlar Ersoy, *Robotlar Yapay Zeka ve Hukuk*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 4. B, 2019, s. 67; Guadamuz, “Artificial Intelligence and Copyright”, s. 17.

<sup>119</sup> Aynı yönde bkz. Onur Sarı, “Yapay Zekanın Türk Fikri Mülkiyet Hukukuna Göre Korunması”, *İzmir Barosu Dergisi*, 1 (2020), s. 68 vd., (erişim: 09.01.2020).

<sup>120</sup> Yanisky-Ravid, “Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability In the 3A Era—The Human-Like Authors are Already Here—A New Models”, s. 694.

<sup>121</sup> Bu yönde bkz. Ersoy, *Robotlar Yapay Zeka ve Hukuk*, s. 67; Davies, “An evolutionary step in intellectual property rights—Artificial intelligence and intellectual property”, s. 614.

<sup>122</sup> Selahattin Sulhi Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitapevi, 6. B, 1992, s. 201.



*katılmanın asgari (minimum) koşulu*” şeklinde ifade edilen hak ehliyetinden yoksundur.<sup>123</sup> Haklara ve borçlara sahip olma ehliyeti olarak tanımlanan<sup>124</sup> hak ehliyeti, hukuksal kişilikle aynı anlama gelmektedir.<sup>125</sup> O halde yapay zekaya hukuksal kişilik kazandırılırsa meydana getirdiği fikri ürünler üzerinde hak sahibi olması da sağlanabilir.

Kişi ifadesi genel olarak insanları karşılamak için kullanılır. Ancak, hukuk bilimi açısından kişi hakların ve borçların öznesi olan varlık manasına gelir.<sup>126</sup> Tarihsel süreç içerisinde ortaya çıkan ihtiyaçlar nedeniyle tüzel kişi adı verilen yasal bir fiksiyon oluşturularak şirket, dernek ve vakıflar kişi olarak tanınmıştır. Buna karşın, yapay zeka kavramı dernek, vakıf ve şirketlerle karşılaştırıldığında oldukça yenidir. Bu nedenle, yapay zekanın hukuk düzeni tarafından kişi olarak tanınması ancak bilim kurgu filmlerinde mümkün olabilecek bir gelişme olarak görülebilir. Fakat bugün gelinen noktada bazı ülke hukuklarında milli parklar<sup>127</sup> ve nehirler<sup>128</sup> dahi kişi olarak tanınmıştır.

Teknolojik gelişmeler yapay zekanın hukuk sistemi tarafından kişi olarak tanınmasını zorunlu kılmaktadır. Bunun nasıl olması gerektiğine ilişkin çeşitli görüşler vardır. Bu bağlamda, ilk olarak yapay zekaya tüzel kişilik statüsü verilmesi ve şirket yapısının model olarak alınmasının uygun olduğu ileri sürülmüştür.<sup>129</sup> Buna karşın öğretilerde; tüzel kişilerin gerçek kişiler aracılığıyla faaliyette bulunmaları nedeniyle yapay zekanın tüzel kişi olarak kabul edilmesinin isabetli olmayacağı görüşü de ileri sürülmüştür.<sup>130</sup> Ayrıca, *Bayamlıoğlu*, şirketlerin ticaret siciline benzeyen bir sicilini, yapay zeka için getirilmesinin isabetli olacağını da ileri sürmüştür.<sup>131</sup>

Konuya ilişkin olarak AB düzeyinde yapılan çalışmaların incelenmesi de faydalı olacaktır. AB düzeyinde yapay zekaya ilişkin olarak uzun süredir birçok çalışma yürütülmektedir. Ancak, çalışma konumuz yalnızca yapay zeka tarafından meydana getirilen fikri ürünlerle alakalı olduğundan, bu çalışmaların tümü konumuz dışındadır.<sup>132</sup> Diğer taraftan, AB düzeyindeki

- <sup>123</sup> Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm, Kişiler Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 6. B, 2015, s. 415.
- <sup>124</sup> Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitapevi, 14. B, 2013, s. 39, pr. 177; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, İstanbul: Filiz Kitapevi, 16. B, 2016, s. 42.
- <sup>125</sup> Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm, Kişiler Hukuku*, s. 415; Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, s. 202.
- <sup>126</sup> John Chipman Gray, *The Nature and Sources of The Law*, ABD: The Macmillan Company, Second Edition, 1972, s. 27.
- <sup>127</sup> Bkz. Bryant Rousseau, “In New Zealand, Lands and Rivers Can Be People (Legally Speaking)”, *The New York Times*, Temmuz 13, 2016. <https://www.nytimes.com/2016/07/14/world/what-in-the-world/in-new-zealand-lands-and-rivers-can-be-people-legally-speaking.html/>.
- <sup>128</sup> Bkz. Michael Safi, “Ganges and Yamuna rivers granted same legal rights as human beings”, *The Guardian*, Mart 21, 2017. <https://www.theguardian.com/world/2017/mar/21/ganges-and-yamuna-rivers-granted-same-legal-rights-as-human-beings/>.
- <sup>129</sup> Emre Bayamlıoğlu, der. Mehmet Murat İnceoğlu, “Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zeka ve Kişilik Üzerine Bir Deneme”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan, C. 2*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. B, 2008, s. 139; Yapay zekanın bir tüzel kişiliğe sahip olmasının akla yatkın olduğu yönünde bkz. Bak, “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Yapay Zeka Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk”, s. 219; Krş. Davies, “An evolutionary step in intellectual property rights-Artificial intelligence and intellectual property”, s. 617 vd.
- <sup>130</sup> Bu görüş için bkz. Bozkurt Yüksel, *Yapay Zeka ve Patent Hukuku*, s. 52.
- <sup>131</sup> Bayamlıoğlu, “Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zeka ve Kişilik Üzerine Bir Deneme”, s. 139.
- <sup>132</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Ersoy, *Robotlar Yapay Zeka ve Hukuk*, s. 44 vd.

çalışmalardan Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen 16.02.2017 tarihli Robotik Tavsiye Raporu konumuzla ilgilidir.<sup>133</sup> Raporun çalışma konumuz bakımından önemli olan kısmı, yapay zekaya elektronik kişilik verilmesi önerisinin getirildiği sorumluluk (*liability*) başlığı altındaki 59/f maddesidir. Buna göre; robotlar için özel bir hukuki statü tanınması ve otonom özelliklere sahip olan robotlara elektronik kişilik verilmesiyle birlikte robotların verdikleri kararlardan veya üçüncü kişilerle olan ilişkilerinden doğan zararlardan sorumlu tutulmalarının mümkün olabileceği vurgulanmıştır.<sup>134</sup> Bu bağlamda AB, sorunu yapay zekaya tüzel kişilik verilmesi üzerinden değil elektronik kişilik adı altında öncesinde mevcut olmayan yeni bir kişilik türü meydana getirilmesi üzerinden kurgulamıştır. Elektronik kişilik önerisi kabul görür ve üye ülkeler bu yeni kişilik tipini iç hukuklarına aktarmaya başlarsa; gerçek kişi, tüzel kişi ve elektronik kişi olmak üzere üç farklı kişilik türünden bahsetmek mümkün olabilecektir.

Robotik Tavsiye Raporunda, yapay zeka tarafından meydana getirilen fikri ürünler üzerindeki hak sahipliği konusunda yer verilmemiştir. Ancak, yapay zekanın hukuki kişiliğinin kabul edilmesi yapay zeka tarafından meydana getirilen fikri ürünler üzerinde yapay zekanın hak sahibi olmasını da gündeme getirebilir.<sup>135</sup>

## b) Yapay Zekaya Hukuki Kişilik Verilmesinden Doğan Sorunlar

### ba) Yapay Zekanın Sorumluluğuna İlişkin Sorunlar

Yapay zekaya hukuki kişilik tanındıktan sonra, yapay zeka tarafından meydana getirilen fikri ürünler üzerinde yapay zekanın hak sahibi olarak tanınması mümkün olabilir. Ancak, bu yönde yapılacak bir düzenlemeyle yeni sorunların meydana gelmesi de kaçınılmazdır. Bu bağlamda, yapay zekanın meydana getirdiği bir fikri ürün dolayısıyla sorumluluğu gündeme geldiğinde yapay zekanın sorumluluğuna nasıl gidilebilir? Tüzel kişilik sahibi olan bir ortaklık dava edilebiliyorsa pekala hukuki kişilik sahibi olan yapay zekanın dava edilmesi de gündeme gelebilir.<sup>136</sup> Bu noktada yapay zekaya yöneltilen maddi taleplerin nasıl karşılanacağı hususu önemli bir sorun teşkil etmektedir.<sup>137</sup> Örneğin, yapay zeka (YZ) fikri ürün meydana getirme sürecinde eser sahibi (E)'nin mali haklarını ihlal etmiş olsun. Bu durumda (E)'nin (YZ)'yi dava ederek uğradığı zararın tazminini istemesinin, (YZ)'nin herhangi bir malvarlığının olmaması nedeniyle pratikte bir karşılığı yoktur.<sup>138</sup>

<sup>133</sup> Bkz. Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komitesi, Robotik Tavsiye Raporu, 16.02.2017, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005\\_EN.html?redirect](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html?redirect).

<sup>134</sup> Robotik Tavsiye Raporu m. 59/f: “*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*”.

<sup>135</sup> Buluşlar bakımından benzer yönde bkz. Bozkurt Yüksel, *Yapay Zeka ve Patent Hukuku*, s. 55.

<sup>136</sup> Davies, “An evolutionary step in intellectual property rights-Artificial intelligence and intellectual property” s. 618.

<sup>137</sup> Davies, “An evolutionary step in intellectual property rights-Artificial intelligence and intellectual property”, s. 618.

<sup>138</sup> Yapay zekanın malvarlığı olmadığı için onu dava etmenin anlamsız olduğu yönünde bkz. Waleed Al-Majid, “Electronic Agents and Legal Personality: Time to Treat Them as Human Beings” (British&Irish Law, Education and Technology Association Annual Conference’da Sunulan Bildiri, Hertfordshire 16-17 April, 2007), s. 4, (erişim: 13.02.2021); Benzer yönde bkz. Jean-Francois Lerouge, “The Use of Electronic Agents Questioned

Sorunun çözümü için *Solum* tarafından yapay zekanın sigortalanması önerisi getirilmiştir.<sup>139</sup>

### bb) Yapay Zekanın Hak Devrine İlişkin Sorunları

Yapay zekanın fikri ürünler meydana getirecek yaratıcılığa sahip olması bu ürünlerden doğan hakları devredebileceği anlamına gelmemektedir.<sup>140</sup> Gerçekten, yapay zekaya tüzel kişilik benzeri bir hukuki kişilik verildiği zaman akla yapay zeka üçüncü kişilerle nasıl sözleşme yapabilir sorusu gelmektedir. Kullanıcılar, ancak hak sahibiyle sözleşme yaparak fikri ürünleri kullanabileceklerine göre bu durumda söz konusu türden ürünlerin kullanılmaması sorunu çıkmaktadır.

### c) Değerlendirme

Teknolojik gelişmelerin hızı göz önünde alındığında yapay zekanın hukuki kişilik kazanması kuvvetle muhtemeldir. Ancak, yapay zekanın meydana getirdiği ürünlerde hak sahibi olmasını, yapay zekanın hukuki kişilik kazanmasının doğal sonucu olarak yorumlamak şart değildir. Bu bağlamda, yapay zekanın hukuki kişiliği gerçek ve tüzel kişilerden farklı olarak sınırlı alanlarda tanınabilir. Kanaatimizce böyle de olmalıdır. Zira, yapay zekaya tüzel kişilik benzeri bir kişilik tanınması önceki başlıklarda yer verdiğimiz üzere pek çok sorunun doğmasına neden olmaktadır.

Yapay zekanın hak sahibi olarak tanınması halinde, fikri üründen doğan hakların nasıl kullanılacağı, devredileceği gibi pek çok sorunun da çözülmesi gerekir. Aynı şekilde fikri hakların ihlali halinde yapay zekanın davaya nasıl taraf olacağı da başlı başına bir meseledir. Bu sorunların tamamen otonom hareket eden ve insanla her alanda rekabet edebilecek düzeye erişen yapay zeka teknolojileri gelişip yaygınlaşmadan çözülmesi mümkün görünmemektedir.

## 5. Yatırımcının Hak Sahibi Olması

### a) Yatırımcının Bağlantılı Hak Sahibi Olarak Tanınması

Fikri haklar korumasından başlangıçta yalnızca eser sahipleri yararlanırken, korumanın kapsamı bağlantılı hakların ortaya çıkmasıyla beraber genişlemiştir. Bu bağlamda, eser sahibi olmayan ve yatırımcı konumunda olan fonogram yapımcıları, film yapımcıları ile radyo-televizyon kuruluşları FSEK kapsamında korunmaktadır.<sup>141</sup> Bu sükülerin fikri faaliyetleri ve yaratıcılıkları değil özünde yatırımları korunmaktadır. Ayrıca, bağlantılı hak sahipleri bir eserin tanınmasında, yaygınlaşmasında önemli rol oynamaktadır.<sup>142</sup> Yani, eser sahibi olmamalarına rağmen esere önemli katkılarda bulunurlar. Esasen yapay zeka yatırımcısının durumu da

Under Contractual Law: Suggested Solutions on a European American Level”, *The John Marshall Journal of Information Technology&Privacy Law*, 18/2 (2000), s. 410-411, (erişim: 14.02.2021).

<sup>139</sup> Lawrence B. Solum, “Legal Personhood for Artificial Intelligences”, *North Carolina Law Review*, 70/4 (1992), s. 1245, (erişim: 14.02.2021); *Solum* tarafından getirilen önerinin yeterince açık olmadığı yönünde bkz. Al-Majid, “Electronic Agents and Legal Personality: Time to Treat Them as Human Beings”, s. 4.

<sup>140</sup> Christophe Leroux ve Roberto Labruto, *EuRobotics, Suggestion for a Green Paper on Legal Issues in Robotics*, 2012, s. 40. (erişim: 14.02.2021).

<sup>141</sup> Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 270 vd.

<sup>142</sup> Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 270, n. 3.

yatırımcı konumunda olan bağlantılı hak sahiplerine benzemektedir. Ancak, bağlantılı hak kavramı (adından da anlaşılacağı üzere) eserle bağlantılı olan haktır. Yani, ortada bir eser ve eser sahibi olmalıdır ki bağlantılı hak sahibinden bahsedebilmek mümkün olsun. Bu nedenle, yapay zeka tarafından meydana getirilen fikri ürünlerin korunmasında yatırımcıya bağlantılı hak sahibi tanınması doğru bir yöntem olmaz.

#### **b) Yatırımcının Sui Generis Hak Sahibi Olarak Tanınması**

Yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünlerin ontolojik ve epistemolojik nedenlerle, bu ürünler ne denli özgün olursa olsun, hiçbir koşulda eser olarak kabul edilemeyeceği yaklaşımı genel kabul görebilir. Bu noktada, yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünlerin hukuki niteliğini değerlendirirken bahsettiğimiz gibi söz konusu ürünler sui generis nitelikte kabul edilebilir. Böylelikle, sui generis nitelikte kabul edilen fikri ürünler üzerinde de yatırımcılar lehine sui generis bir koruma rejimi düzenlenebilir. Esasen Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku sui generis koruma rejimine yabancı değildir. Bu bağlamda, Veri Tabanlarının Yasal Olarak Korunmasına Dair 11.03.1996 tarihli ve 96/9/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifinin 7'nci maddesi uyarınca sui generis nitelikteki veri tabanları üzerinde yatırımcıların hakları tanınmıştır.<sup>143</sup> Direktife uygun olarak benzer bir koruma da FSEK ek madde 8'de öngörülmüştür.<sup>144</sup>

Yapay zeka tarafından meydana getirilen fikri ürünler üzerinde yapay zekaya esaslı bir nispet dahilinde yatırım yapan kişinin FSEK'te yapılacak bir düzenlemeyle hak sahibi olarak tanınmasının önünde herhangi bir engel yoktur. Bu yönde bir düzenleme, yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünlerin eser olarak kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin tartışmaları da ortadan kaldıracaktır. Ancak, bu olasılıkta sui generis bir koruma rejimi oluşturulduğundan koruma süresinin de farklı biçimde değerlendirilmesi gerekir.

FSEK m. 27 uyarınca belirlenen koruma süresi eser sahibinin hayatı boyunca devam eder ve eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl geçmedikçe de sonlanmaz. Dikkat edilecek olursa bu süre son derece uzundur. Bu bağlamda örneğin, 80 yıl yaşayan bir eser sahibinin ölümünden sonraki 70 yıllık süre boyunca mirasçılarının hak sahibi olacağı da düşünüldüğünde toplamda 150 yıl boyunca kamunun bu eserden serbestçe yararlanması imkanının olmadığı görülecektir.

Gerçek kişiler bakımından böylesine uzun koruma süreleri belirlenmiş olmasının temel nedeni, eser sahiplerinin yeni eserler meydana getirmeleri için teşvik edilmeleridir. Gerçekten

<sup>143</sup> 96/9/AT sayılı AB Direktifi m. 7/1: “Üye Devletler, veri tabanının içeriğinin nicel ve/veya niteliksel olarak tümünün veya önemli bir kısmının çıkarılmasını ve/veya yeniden kullanılmasını engelleyebilmek amacıyla içeriğin oluşturulmasına, doğrulanmasına veya sunumuna önemli derecede nicel ve/veya niteliksel yatırım yapıldığını, veri tabanının yapımına gösteren bir hak sağlamak durumundadırlar”. Mevzuat için bkz. <https://www.telifhaklari.gov.tr/Fikri-Haklarla-Ilgili-AB-Muktesebati>, (erişim: 16.02.2021).

<sup>144</sup> FSEK Ek Madde 8/1: “Bir veri tabanının içeriğinin oluşturulmasına, doğrulanmasına veya sunumuna nitelik ve nicelik açısından esaslı bir nispet dahilinde yatırım yapan veri tabanı yapımıcısı, ayrıca, veri tabanının içeriğinin önemli bir kısmının veya tamamının; a) Herhangi bir araç ile herhangi bir şekilde sürekli veya geçici olarak başka bir ortama aktarılması, b) Herhangi bir yolla dağıtılması, satılması, kiralanması veya topluma iletilmesi, Hususlarında bu Kanunda sayılan istisnalar ile kamu güvenliği, idarî ve yargı işlemlerinin gerektirdiği istisnalar dışında izin vermek veya yasaklamak hakkına sahiptir.”

eser üzerindeki uzun koruma süreleri sayesinde, eser sahibi o eserden iktisadi bakımdan yaşamı boyunca yararlanmakta ve öldükten sonra mirasçılarının da 70 yıl boyunca yararlanacağını bilmektedir. Bu durum, eser sahibinin yeni eserler meydana getirmek konusunda yeterli motivasyona sahip olmasına ciddi manada katkı sağlar. Bunun karşılığında toplum fikir ve sanat eserlerinden uzunca bir süre boyunca serbestçe faydalanmaz. Görüldüğü gibi, bireyin menfaati kamunun menfaatine üstün tutulmuştur.

Buna karşın, yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünler üzerinde aynı koruma rejiminin benimsenmesi isabetli olmaz. Zira, her şeyden önce yapay zeka sistemleri cansızdır ve bu sistemlerin insan duygu durumuna sahip olmaları da beklenemez. Ayrıca, ömürleri insan yaşamıyla sınırlı olmadığından teorik olarak ölümsüz varlıklardır. Bu açıdan mirasçıları da yoktur.

Sui generis veri tabanlarının korunmasında veri tabanı yapımıcısına sağlanan koruma aleniyet tarihinden itibaren on beş yıl olarak belirlenmiştir (FSEK Ek madde 8/3). Bu süre yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünlerin korunması bakımından fikir verebilir. Sonuç olarak, sui generis koruma rejiminde belirlenen koruma süresinin eser koruma süresine kıyasla belirgin şekilde kısa olmasında fayda vardır.

## SONUÇ

Yapay zeka teknolojilerindeki gelişmeler, yapay zeka tarafından meydana getirilen fikri ürün örneklerinin sayısının giderek artacağını göstermektedir. Buna bağlı olarak söz konusu fikri ürünlerin hukuki niteliği ile bu ürünler üzerindeki hak sahipliği çözülmesi gereken hukuki sorunlar olarak ön plana çıkmaktadır. Bu çalışmada söz konusu sorunları tahlil edip alternatif çözüm önerileri sunmaya çalıştık.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun mevcut hükümleri ışığında yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünleri eser olarak değerlendirebilme imkanı yoktur. Bu ürünlerin eser olarak değerlendirilebilmesi için FSEK'te değişiklik yapılması şarttır.

Yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünlerin FSEK'te yapılacak bir değişiklikle işleme eser olarak değerlendirilmesi isabetli değildir. Zira, yapay zeka sürekli öğrenerek kendini geliştirmektedir. Böylelikle asıl eser konumundaki yapay zeka yazılımıyla yapay zeka tarafından meydana getirilen fikri ürün arasındaki bağ ortadan kalkmış olmaktadır.

Karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeler, yapay zeka ürünlerinin eser olarak kabul edilme-yeceği yönünde evirildiği takdirde en isabetli çözüm yolu söz konusu ürünlerin sui generis nitelikte kabul edilmesi olacaktır. Böylelikle sui generis bir koruma rejiminin kabulünün önü açılmış olacaktır.

Yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünlerin hukuki niteliğinin belirlenmesi halinde, bu defa söz konusu ürünler üzerindeki hak sahipliği meselesi çözüme kavuşturulmalıdır. Bu ürünlerin telif korumasına tabi olmaması ve kamunun serbestçe yararlanmasına bırakılması isabetli bir çözüm yolu değildir. Zira, bu yaklaşım yapay zeka yatırımlarını etkileyeceği gibi gelecekte insanların ücretsiz olması nedeniyle yapay zeka tarafından üretilen fikri ürünlere yönelmesine yol açabilir.

İngiltere, İrlanda ve Yeni Zelanda yasaları bilgisayar tarafından meydana getirilen fikri ürünlerde, hak sahibi olarak bu ürünün meydana getirilmesi için gerekli ayarlamaları yapan kişiyi tanımaktadır. Ancak, FSEK’te buna benzer bir düzenleme yapılması yerine hak sahibinin Kanununda net bir biçimde belirlenmesi Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olan ülkemiz hukuku bakımından daha isabetlidir.

Yapay zeka yazılımcısının hak sahibi olarak belirlenmesi yapay zeka yazılımının kaynak kodlarının yapay zeka tarafından meydana getirilen üründe yer almayacak oluşu nedeniyle isabetli değildir.

Yapay zekanın hak sahibi olarak tanınabilmesi için öncelikle yapay zekanın hukuksal kişiliği sorunu çözümlenmelidir. Ancak yapay zekaya hukuksal kişilik verilmesiyle birlikte yapay zekanın sorumluluğu, yapay zekanın hak devri sorunları da ortaya çıkmaktadır. Bu sorunlar nedeniyle, yapay zekanın hak sahibi olarak kabul edilmesi isabetli değildir.

Yapay zeka yatırımcısına sui generis hak verilmesi bize en isabetli gelen çözümdür. Bu konuda yapılacak bir düzenlemeyle yapay zekanın hukuki niteliği ve yapay zekanın hukuki kişiliğine ilişkin birçok sorunun bertaraf edilmesi sağlanarak yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünler üzerinde hak sahipliği sorunu çözüme kavuşturulabilir.

## KAYNAKÇA

- Aksu, Mustafa. *Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması*. İstanbul: Beta, 1. B, 2006.
- Al-Majid, Waleed. "Electronic Agents and Legal Personality: Time to Treat Them as Human Beings", *British&Irish Law, Education and Technology Association 2007 Annual Conference*, Hertfordshire 16-17 April, (s. 1-6), <https://www.bileta.org.uk/wp-content/uploads/Electronic-Agents-and-Legal-Personality-Time-to-Treat-Them-as-Human-Beings.pdf>, (erişim: 13.02.2021).
- Alpaydın, Ethem. *Introduction to Machine Learning*. Second Edition, ABD: The MIT Press, 2010.
- Alpaydın, Ethem. *Machine Learning*. The New AI, ABD: MIT Press, 2016.
- Amerikan Telif Hakları Ofisi. Compendium of U.S. Copyright Office Practices. Ocak 2021. <https://www.copyright.gov/comp3/docs/compendium.pdf>.
- Atalay, Muhammet ve Enes Çelik. "Büyük Veri Analizinde Yapay Zeka ve Makine Öğrenmesi Uygulamaları", *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 9/22 (2017): (s. 155-172). <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/387269>. (erişim: 01.02.2021).
- Ateş, Mustafa. *Fikri Hukukta Eser*. Ankara: Turhan Kitapevi Yayınları, 2007.
- Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komitesi. Robotik Tavsiye Raporu. 16.02.2017, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005\\_EN.html?redirect](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html?redirect).
- Awad, Mariette ve Rahul Khanna. *Efficient Learning Machines, Theories, Concepts and Applications for Engineers and System Designers*, Kaliforniya-Berkeley: Apress open, 2015. <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2F978-1-4302-5990-9.pdf>. (erişim: 24.05.2020).
- Bak, Başak. "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Yapay Zeka Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 35 (2018): (s. 211-232), <https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/52647/693619>. (erişim: 24.05.2020).
- Bayamlıoğlu, Emre. "Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zeka ve Kişilik Üzerine Bir Deneme", *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, Der., Mehmet Murat İnceoğlu. Cilt 2. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. B, 2008, (s. 131-140).
- Bellican, Cüneyt. "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Açısından "Hususiyet" Kavramı", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/1(2008): (s. 67-90). <https://www.jurix.com.tr/article/3923>. (erişim: 23.03.2021).
- Bilge, Necip. *Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*. Ankara: Turhan Kitapevi, 28. B., 2010.
- Birdy, Annemarie. "Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Authors", *Stanford Technology Law Review*, 5 (2012): (s. 1-28). [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1888622](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1888622). (erişim: 31.01.2021).
- Bozgeyik, Hayri. "Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 25/3(2009): (s. 170-222). <https://www.jurix.com.tr/article/6638>. (erişim: 23.03.2021).
- Bozkurt Yüksel Armağan Ebru. *Yapay Zeka Endüstri 4.0 ve Robot Üreticiler-Hukuki Bakış*. İstanbul: Aristo Yayınları, 1. B, 2019.
- Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru. *Buluşçu Yapay Zeka ve Patent Hukuku*. İstanbul: Aristo Yayınevi, 1. B, 2020.
- Calo, Ryan ve Ivan Evtimov. Earlece Fernandes, Tadayoshi Kohno, David O'Hair, "Is Tricking a Robot Hacking?", *University of Washington School of Law Legal Studies Research Paper*. 2018: (s. 1-18). [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3150530](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3150530). (erişim: 19.02.2021).
- Cohn, Gabe. *The Newyork Times*. Ekim 25, 2018. <https://www.nytimes.com/2018/10/25/arts/design/ai-art-sold-christies.html>.
- Dalyan, Şener. *Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1. B, 2009.

- Davies, Colin R. “An evolutionary step in intellectual property rights-Artificial intelligence and intellectual property”, *Computer Law & Security Review*, 27/6 (2011): (s. 601-619). <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0267364911001518>. (erişim: 10.01.2021).
- Doğan, Mehtap. *Yapay Zeka ve Bilinç Problemi, Yapay Bilincin İmkanına Dair Bir Tartışma: Yapay Bir “Ben” Mümkün mü?* Konya-İstanbul: Çizgi Kitabevi, 2020.
- Domingos, Pedro. *The Master Algorithm, How the Quest for the Ultimate Learning Machine Will Remake Our World*. ABD: Basic Books, 2015.
- Dural, Mustafa ve Tufan Ögüz. *Türk Özel Hukuku. C. II, Kişiler Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 14. B., 2013.
- Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü. *WIPO Conversation on Intellectual Property (IP) and Artificial Intelligence (AI) Second Session*. Mayıs 2020. s. (1-15). [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo\\_ip\\_ai\\_2\\_ge\\_20/wipo\\_ip\\_ai\\_2\\_ge\\_20\\_1\\_rev.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ip_ai_2_ge_20/wipo_ip_ai_2_ge_20_1_rev.pdf). (erişim: 14.02.2021).
- Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü. *WIPO Conversation on Intellectual Property (IP) and Artificial Intelligence (AI)*. Ekim 2019. s.(1-16), [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo\\_ip\\_ai\\_ge\\_19/wipo\\_ip\\_ai\\_ge\\_19\\_inf\\_4.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ip_ai_ge_19/wipo_ip_ai_ge_19_inf_4.pdf). (erişim: 14.02.2021)
- e-David A painting process. “e-David”. Son güncelleme 16 Ocak, 2021. <http://graphics.uni-konstanz.de/eDavid/>.
- Elmas, Çetin. *Yapay Zeka Uygulamaları*. Tamamen Güncellenmiş Ankara: Seçkin Yayınları, 4. B, 2018.
- Epstein, Ziv, Sdney Levine, David, Rand G. ve Iyad Rahman. “Who Gets Credit for AI-Generated Art?”, *iScience*, 23/9(2020): (s.1-16). <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2589004220307070>. (erişim: 09.01.2020).
- Erel, Şafak. *Türk Fikir ve Sanat Hukuku (Mevzuat Eklidir)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 3. B, 2009.
- Ersoy, Çağlar. *Robotlar Yapay Zeka ve Hukuk*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 4. B., 2019.
- Ersoy, Esen ve Ömer Karal. “Yapay Sinir Ağları ve İnsan Beyni”, *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi*, 1/2(2012): (s. 188-205), <http://www.itobiad.com/tr/pub/issue/8760/109318>. (erişim: 04.01.2021).
- Ertel, Wolfgang. *Introduction to Artificial Intelligence*. Second Edition, Springer International Publishing, 2017.
- Flach, Peter. *Machine Learning, The Art and Science of Algorithms that Make Sense of Data*. İngiltere: Cambridge University Press, 2012.
- Flasiński, Mariusz. *Introduction to Artificial Intelligence*. Switzerland: Springer, 2016, <http://jmc.stanford.edu/artificial-intelligence/what-is-ai/index.html>, (erişim: 9.05.2020).
- Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*. Bursa: Ekin, 12. B, 2015.
- Gray, John Chipman. *The Nature and Sources of The Law*. ABD: The Macmillan Company, Second Edition, 1972.
- Guadamuz, Andreas. “Artificial Intelligence and Copyright”, *WIPO Magazine*, 2017: (s. 14-19), [https://www.wipo.int/export/sites/www/wipo\\_magazine/en/pdf/2017/wipopub121\\_2017\\_05.pdf](https://www.wipo.int/export/sites/www/wipo_magazine/en/pdf/2017/wipopub121_2017_05.pdf). (erişim: 22.01.2021).
- Guadamuz, Andreas. “Do Androids Dream of Electric Copyright? Comparative analysis of originality in artificial intelligence generated works”, *Intellectual Property Quarterly*, 2017: (s. 1-20), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2981304](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2981304). (erişim: 26.02.2021).
- Gürsakar, Necmi. *Büyük Veri, Genişletilmiş*. Bursa: Dora, 3. B, 2017.
- Gürsakar, Necmi. *Makine Öğrenmesi*, Bursa: Dora, 1. B, 2018.
- Harari, Yuval Noah. *Homo Deus, Yarının Kısa Bir Tarihi*. Çev., Poyzan Nur Taneli. İstanbul: Kolektif Kitap, 4.B, 2019.
- Hristov, Kalin. “Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma”, *IDEA: The IP Law Review*, 57/3 (2017): (s. 431-453). [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2976428](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2976428). (erişim: 21.01.2021).
- John McCarthy’s Original Website. “What is AI?/Basic Questions”. Son Güncelleme 9 Mart 2021, <http://jmc.stanford.edu/artificial-intelligence/what-is-ai/index.html/>



- Kaplan, Andreas ve Michael, Haenlein. "Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence", *Business Horizons*, 62/1 (2019): (s. 15-25), <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0007681318301393>, (erişim: 26.02.2021).
- Kaplan, Jerry, *Artificial Intelligence What Everyone Needs To Know*. USA: Oxford University Press, 2016.
- Kılıçarslan Kara, Seda. "Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2 (2019): (s. 363-389), <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ybuhukuk/issue/47456/599224>. (erişim: 20.01.2021).
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Sinai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar (Sinai Mülkiyet Kanunu'na Göre), Gözden Geçirilmiş. Genişletilmiş 6. B.* Ankara: Turhan Kitapevi, 2020.
- Lerouge, Jean-Francois. "The Use of Electronic Agents Questioned Under Contractual Law: Suggested Solutions on a European American Level", *The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law*, 18/2 (2000): (s. 403-433), <https://repository.law.uic.edu/jitpl/vol18/iss2/5/>. (erişim: 14.02.2021).
- Leroux, Christophe ve Labruto, Roberto. EuRobotics, Suggestion for a Green Paper on Legal Issues in Robotics, 2012: (s. 1-78). [https://www.researchgate.net/publication/310167745\\_A\\_green\\_paper\\_on\\_legal\\_issues\\_in\\_robotics](https://www.researchgate.net/publication/310167745_A_green_paper_on_legal_issues_in_robotics). (erişim:14.02.2021).
- Manuel Jesus ve Niebla Zatarin. "The role of automated technology in the creation of copyright works: the challenges of artificial intelligence", *International Review of Law, Computers & Technology*, 31/1(2017): (s. 91-104).<http://dx.doi.org/10.1080/13600869.2017.1275273>. (erişim: 16.01.2021).
- McCarty, John. "The Philosophy of AI and the AI of Philosophy", 2006: (s. 1-43), <http://jmc.stanford.edu/articles/aiphil2/aiphil2.pdf>, (erişim: 9.05.2020).
- McCutcheon, Jani. "The Vanishing Author in Computer Generated Works: A Critical Analysis of Recent Australian Case Law", *Melbourne University Law Review*, 36(2013): (s. 917-966), <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstractid=2297192>, (erişim: 03.02.2021).
- Mohri, Mehryar, Rostamizadeh Afshin ve Talwalkar Ahmeet. *Foundations of Machine Learning*, Second Edition, ABD: The MIT Press, 2018.
- Nehir, Serhat. Adım Adım Uygulamalı Programlamaya Giriş ve Algoritma, Google Commerce Ltd, <https://play.google.com/books/reader?id=C9mTDwAAQBAJ&hl=tr&pg=GBS.PP1>, (erişim: 17.05.2020).
- Newell, Allen. Remarks On The Relationship Between Artificial Intelligence and Cognitive Psychology", *Theoretical Approaches to Non-Numerical Problem Solving: Proceedings of the IV Systems Symposium* içinde. Editörler: Robinson J.A, R.B Banerji ve M.D. Mesarovic. Case Western Reserve University, Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 1970, s. 363-400.
- Nilsson, Nils J. *Yapay Zeka, Geçmişi ve Geleceği*, Çev. Mehmet Doğan, İstanbul: Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2. B, 2019.
- Oğuzman, Kemal, Özel Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir. *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*. İstanbul: Filiz Kitapevi, 16. B, 2016.
- Ohlhorst, Frank. *Big Data Analytics, Turning Big Data Into Big Money*. John Wiley & Sons, 2013.
- Reynolds, Matt. "DeepMind's AI beats world's best Go player in latest face-off". New Scientist. Mayıs 23, 2017. <https://www.newscientist.com/article/2132086-deepminds-ai-beats-worlds-best-go-player-in-latest-face-off/>.
- Rodoplu, Ergün. *Yapay Zeka*. Gazi Üniversitesi, Endüstriyel Sanatlar Eğitim Fakültesi, Bilgisayar Eğitimi Bölümü, 1-A, <https://play.google.com/books/reader?id=jNyBDwAAQBAJ&hl=tr&pg=GBS.PA1>, (erişim: 10.05.2020).
- Rousseau, Bryant. "In New Zealand, Lands and Rivers Can Be People (Legally Speaking)", The Newyork Times. Temmuz 13, 2016. <https://www.nytimes.com/2016/07/14/world/what-in-the-world/in-new-zealand-lands-and-rivers-can-be-people-legally-speaking.html>.
- Safi, Michael. "Ganges and Yamuna rivers granted same legal rights as human beings". *The Guardian*. Mart 21, 2017. <https://www.theguardian.com/world/2017/mar/21/ganges-and-yamuna-rivers-granted-same-legal-rights-as-human-beings/>.

- Sarı, Onur. “Yapay Zekanın Türk Fikri Mülkiyet Hukukuna Göre Korunması”, *İzmir Barosu Dergisi*, 1 (2020): (s. 53-116). <https://www.izmirbarosu.org.tr/YayinDetay/1498/sayi-2020-1>. (erişim: 09.01.2020).
- Say, Cem. *50 Soruda Yapay Zeka*. İstanbul: 7 Renk Basım Yayımları, 15. B, 2020.
- Serozan, Rona. *Medeni Hukuk Genel Bölüm, Kişiler Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 6. B., 2015.
- Shalev-Shwartz, Shai and Shai Ben-David. *Understanding Machine Learning: From Theory to Algorithms*. ABD: Cambridge University Press, 2014, <https://www.cse.huji.ac.il/~shais/UnderstandingMachineLearning/understanding-machine-learning-theory-algorithm-hms.pdf>, (erişim: 19.05.2020).
- Shlomit, Yanisky-Ravid. “Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3A Era—The Human-Like Authors are Already Here—A New Models”, *Michigan State Law Review*, 2017: (s.659-726), <https://digitalcommons.law.msu.edu/lr/vol2017/iss4/1/> (erişim: 16.01.2021).
- Solum, Lawrence B. “Legal Personhood for Artificial Intelligences”, *North Carolina Law Review*, 70/4 (1992): (s. 1231-1287), <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3447&context=nclr>. (erişim: 14.02.2021).
- Statista Business Data Platform. “Number of sent and received e-mails per day worldwide from 2017 to 2025”. Son güncelleme, 23 Mayıs, 2020. <https://www.statista.com/statistics/456500/daily-number-of-e-mails-worldwide/>
- Suluk, Cahit, Rauf Karasu ve Temel Nal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Güncellenmiş Ankara: Seçkin Yayınları, 4. B, 2020.
- Tekinalp, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş İstanbul: Vedat Kitapçılık, 5. B, 2012.
- Tekinay, Selahattin Sulhi. *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*. Gözden Geçirilmiş İlaveli 6. Bası. İstanbul: Filiz Kitapevi, 1992.
- The Guardian. “Deep Blue computer beats world chess champion”. Nisan 12, 1996. <https://www.theguardian.com/sport/2021/feb/12/deep-blue-computer-beats-kasparov-chess-1996/>.
- The Guardian. “Warner Music signs first ever record deal with an algorithm”. Mart 22, 2019. <https://www.theguardian.com/music/2019/mar/22/algorithm-endel-signs-warner-music-first-ever-record-deal#:~:text=Warner%20Music%20has%20become%20the,alone%20with%20five%20already%20released/>.
- Trappenberg, Thomas P. *Fundamentals of Machine Learning*, Oxford: Oxford University Press, 2020.
- Turing, Alan M. “Computing Machinery and Intelligence”. *Mind*. LIX/236 (1950): (s. 433-460). <https://doi.org/10.1093/mind/LIX.236.433>. (erişim: 25.02.2021).
- White, Courtney ve Rita Matulionyte. “Artificial Intelligence Painting The Bigger Picture for Copyright Ownership”, *SSRN Electronic Journal*, 2019: (s. 1-29). [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?Abstract\\_id=3498673](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?Abstract_id=3498673). (erişim: 1.02.2021).
- Wolfe, Patricia and Brain Matters, *Translating Research into Classroom Practice*. ABD: ASCD, Second Edition, 2010.
- Yavuz, Levent, Türkyay Alica ve Fethi Merdivan. *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*. C.1 (1-47. Maddeler), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1. B, 2013.
- Yılmaz, Atınc ve Umut, Kaya. *Derin Öğrenme*. İstanbul: KODLAB, 2. B, 2020.
- Zimmerman, Evan J. “Machine Minds: Frontiers In Legal Personhood”, *SSRN Electronic Journal*, 28 Ağustos 2017: (s. 1-43), <https://ssrn.com/abstract=2563965>, (erişim: 24.05.2020).
- Zorluoel, Mustafa. “Yapay Zeka ve Telif Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 142/2019: (s. 305-356). <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2019-142-1851>. (erişim: 24.05.2020).

Geliş Tarihi | Received: 08.03.2021

Kabul Tarihi | Accepted: 31.03.2021

Yayın Tarihi | Published: 30.04.2021

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

## TÜRK HUKUKUNDA KİŞİSEL VERİLERİN YURT DIŞINA AKTARILMASI SORUNU: AÇIK RIZA KAPSAMINDA BİR DEĞERLENDİRME

THE ISSUE OF TRANSFER OF PERSONAL DATA TO ABROAD IN TURKISH LAW: AN EVALUATION WITHIN THE SCOPE OF OPEN CONSENT

Sevgi Erarslan\*

### ÖZ

Küresel bir dünyada yaşıyor olmamızdan mütevellit oldukça önem arz eden kişisel verilerin yurt dışına aktarılması konusu 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda düzenlenen başlıklardan biridir. Belirli veya belirlenebilir kişilere ait verilerin aktarılması, verileri silmek, anonim hale getirmek, depolamak gibi kişisel verilerin işleme yöntemlerinden biridir. Ancak bu işlemi, diğer işleme yöntemlerinden ayıran birtakım özellikler vardır. Kişisel verilerin yurt dışına aktarılması uygulamada birçok belirsizliğe yol açan, kapsamı, sınırları tartışılan, bu hususta çok az uygulama örneği olmasından mütevellit de birçok soruna yol açan bir konudur. Bu gerçek de kişisel verilerin aktarılması kurallarını ayrıca ortaya koymamızı gerektirmektedir. Bu anlamda çalışmamız kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına hasredilmiştir. Uygulamada kişisel verilerin aktarılmasının hukuka uygunluğunu tespit etmek oldukça zordur. Zira kişisel verilerin aktarılmasına dair kurallar, yeterince açıklanmamasından veya eksik açıklanmasından mütevellit uygulayıcıları bir çıkmaza sürüklemektedir. Bu anlamda 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından belirlenen sınırları açıklamak, belirlenmeyen ve eksik bırakılan noktaları ise kişisel verilerin korunması ışığında yorumlamak gerekmektedir. Bu nispetle çalışmamızda, öncelikle kişisel verilerden ne anlaşılması ve bu veriler yurt dışına aktarılırken hangi ilkelere uyulması gerektiği ortaya konulmuştur. Devamında ise kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına esas, ana araç olan "açık rıza"nın mahiyeti, bu rızanın, aktarımı nasıl yasal zemine oturtacağı açıklanmış, son olarak ise açık rızanın yokluğu halinde aktarımın hangi şartlarla hukuka uygun hale getirilebileceği açıklanmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler** Kişisel Veri ~ Kişisel Verilerin Aktarılması ~ Açık Rıza ~ Veri Transferi ~ Veri Aktarım İlkeleri

\* Avukat, İstanbul Barosu. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi,

0000-0003-1272-9133 [av.sevgierarslan@gmail.com](mailto:av.sevgierarslan@gmail.com)



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

## ABSTRACT

The issue of transfer of personal data to abroad, which is very important due to the fact that we live in a global world, is one of the issues regulated in the Turkish Personal Data Protection Law No. 6698. Transferring data belonging to certain or identifiable persons is one of the methods of processing personal data such as, deleting, anonymizing, and storing the data. However, there are some features that distinguish this method of process from other data processing methods. The transfer of personal data to abroad is an issue that causes many uncertainties in practice and which its scope, and limits are discussed, and which causes many problems due to the fact that there are very few examples of practice in this regard. This fact also requires us to reveal the rules of transferring personal data. In this sense, our work is devoted to the transfer of personal data abroad. In practice, it is very difficult to determine the lawfulness of the transfer of personal data. Because the rules on the transfer of personal data bring to a deadlock for the practitioners due to their lack of clarity or incomplete disclosure. In this sense, it is necessary to explain the limits set by the Personal Data Protection Law No.6698 and the Personal Data Protection Authority, and to interpret the undetermined and missing points in the light of the protection of personal data. Hence, first of all, what should be understood from personal data and which principles should be followed when transferring these data to abroad were explained in our study. Furthermore, the nature of the “open consent”, which is the basis for the transfer of personal data to abroad, and how this consent will put the transfer on a legal basis was explained. Finally the conditions under which the transfer can be made in accordance with the law were explained in the absence of open consent.

**Keywords** Personal Data ~ Transfer of Personal Data ~ Open Consent ~ Data Transfer ~ Data Transfer Principles

## GİRİŞ

Kişiler arasındaki bilgilerin aktarımı meselesi insanların iletişim tarihi kadar eskidir. Geçen zaman ve gelişen teknoloji ile birlikte insanların iletişim şekli de devinime uğramıştır. Geliştığımız yirmi birinci yüzyılda artık kişilerin birbirleriyle yan yana gelmeksizin ellerinde bulunan mekanik cihazlar vasıtasıyla iletişim kurması dahi mümkündür. Gerek iletişimde gerek artık birçok hizmetin verilmesinde kullanılan kaynak, kişiler vasıtasıyla sağlanan bilgilerdir. Bilgilerin dağılım ve yayılım hızının gelişmesiyle bunların korunması bilinci de bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır. Bu alanda bilgileri korumak üzere yapılan ilk düzenlemeler Avrupa’da yapılmış, Türkiye de bu alanda 1981 yılında imzalanan “Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair Sözleşme”yi<sup>1</sup> aynı yıl imzalamış, sözleşme gereği ihdas edilmesi gereken münhasır kanunu ise 2016 yılında 6698 kanun numarasıyla Kişisel Verilerin Korunması Kanunu adıyla ihdas etmiştir.

6698 sayılı Kanun, 1995 tarihli 95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Direktifi<sup>2</sup> esas alınarak düzenlenmiştir. Kanunda kişisel verilerin işlenmesi ilkeleri, şartları, özellikle verilerin yurt dışına aktarımı gibi birçok hususa yer verilmiştir. Bu anlamda çalışmamız kapsamında da Türk hukukunda kişisel verilerin yurt dışına aktarılması meselesi ele alınacaktır.

Çalışmamızın ilk kısmında, kişisel verilerden ne anlaşılması gerektiği hususuna ve kişisel verilerin aktarılması alanında düzenlenen ulusal ve uluslararası mevzuata yer verilecektir. Daha sonrasında, Türk hukukunda kişisel verilerin aktarılması kavramına ilişkin açıklamalara, yurt dışına aktarım için aranan temel ilkelere ve bu ilkelerin nasıl somutlaştırılabileceğine dair açıklamalara yer verilecektir. Son olarak ise Türk hukukunda kişisel verilerin yurt dışına aktarılması şartlarından aktarıma esas ana araç olan “açık rıza”nın aktarımı nasıl hukuka uygun kılınabileceğine, ilgilinin açık rızasının olmaması halinde yurt dışına veri aktarımının nasıl hukuka uygun kılınabileceğine, bu anlamda mevcut uygulama sorunlarına yer verilecektir.

## I. KİŞİSEL VERİ KAVRAMI, TÜRLERİ VE KİŞİSEL VERİLERİN AKTARILMASI ALANINA DAİR MEVZUAT

### A. KİŞİSEL VERİ KAVRAMI

Kişisel veriler bir tanım olarak, kişiye ilişkin, kişinin var olmasından doğan, doğumumuzdan ölümümüze kadar bizimle birlikte doğup gelişen her şeydir. Bir başka deyişle kişisel veriler, yaşayan insanlara ait önceden belirlenmiş veya belirlenebilir herhangi bir bilgiyi ifade eder.<sup>3</sup> Kişisel veri 6698 sayılı Kanun’da hemen hemen bütün uluslararası düzenlemelerle benzer olmak üzere “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” olarak

<sup>1</sup> Sözleşmenin orijinal tam metni için bkz.: “Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data”, 28 Ocak, 1981, [https://rm.coe.int/1680078b37\\_](https://rm.coe.int/1680078b37_)(Erişim: 29 Ocak 2021). Çalışmamızın devamında “108 sayılı Sözleşme” olarak anılacaktır.

<sup>2</sup> İlgili düzenlemenin orijinal metni için bkz.: “Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council”, 24 Ekim, 1995, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=EN> (Erişim: 12 Ocak 2021). Çalışmamızın devamında 95/46 sayılı Direktif olarak anılacaktır.

<sup>3</sup> Paul B. Lambert, *The Data Protection Officer: Profession, Rules, and Role*, New York: CRC Press Taylor & Francis Group, 2017, s. 32.

tanımlanmıştır. Bu bağlamda bireyin kişisel verilerini, özünde bireyin kim olduğunu ortaya koyan, bir kişiyi görünür hale getiren veriler olarak adlandırabiliriz<sup>4</sup>. Kişisel verileri bir yönüyle sınırlamak mümkün değildir. Zira bir noktada bir kişinin sosyal, duygusal, fiziki dünyasına ait her şey kişisel veri olabilecektir.<sup>5</sup>

Kişisel verinin unsurları, bir başka deyişle bir kişisel veriden ne anlaşılması gerektiği ilgili mevzuatta düzenlenen hükümler ışığında belirlenir. 6698 sayılı Kanun uyarınca kişisel verilerin unsurları, bilgi, belirli veya belirlenebilir bir kişi ve bilginin ilgili kişiyle ilgili olması gerekliliğidir (6698 sayılı Kanun m.3/f.1.). Bu unsurlardan bilgi, Türk Dil Kurumu (TDK) tarafından “*İnsan aklının erebileceği olgu, gerçek ve ilkelerin bütünü, bilgi, malumat.*” olarak tanımlanmaktadır. Bir başka deyişle bilgi, verilerin işlenmiş halidir.<sup>6</sup> Nitekim veri, TDK tarafından “*Bir araştırmanın, bir tartışmanın, bir muhakemenin temeli olan ana öge, muta, done, hatta bilgi, data*” olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere bilgi kavramı, veri kavramından daha dar olup, kişinin veriye yönelttiği anlama denk gelir. Öyle ki bir yerde üç kişinin doktor randevusuna gelmesiyle ilgili üç sayısı bir veriyi ifade ederken, bu kişilerin doktora geldiği hususu bilgiye denk gelir.

Bir kişisel veriden söz edebilmek için ayrıca belirli veya belirlenebilir bir kişi de olmalıdır. Kişiler, hukuk alanında hak ehliyetine sahip varlıkları ifade eder.<sup>7</sup> Hukukumuzda kişiler gerçek ve tüzel kişiler olmak üzere ayrılmaktadır. İnsanlar gerçek kişileri ifade ederken, belli bir amaca özgü olmak üzere kendilerine hukuken kişilik tanınan kişi ya da mal toplulukları ise tüzel kişileri ifade eder.<sup>8</sup> 6698 sayılı Kanun’a göre kişiler (ilgili kişi) ise dayanak alınan 95/46 sayılı Direktif ile sonradan yürürlüğe giren 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü<sup>9</sup> ile aynı doğrultuda yalnızca kişisel verisi işlenen gerçek kişileri ifade eder. Bu anlamda kişisel verilerin korumasından tüzel kişilerin yararlanıp yararlanamayacağı hususu tartışmalı olup tüzel kişilerin de kişisel verilerin koruma alanına dahil edilmesini savunan görüşler, bu görüşlerini tüzel kişilere ait bilgilerden gerçek kişilere ulaşılmasına bağlamaktadırlar.<sup>10</sup> Ancak kanaatimizce, tüzel kişilere ait bilgilerden gerçek kişilere ulaşılması halinde dahi ortada gerçek kişiye ait bir veri vardır. Dolayısıyla burada tüzel kişilerin değil gerçek kişilerin korunması söz konusu

<sup>4</sup> Oğuz Şimşek, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara: Beta Yayınevi, 2008, s. 121. Sözlük anlamından yola çıkarak, bir kavram olarak kişisel veriyi ise, haklara ve borçlara sahip olan varlıklara ilişkin; bir araştırmanın, bir tartışmanın, bir muhakemenin temeli olan ana ögeler, mutalar veya doneler şeklinde tanımlayabiliriz. Bkz.: Ahmet Boz, “Kişisel Verilerin Korunması: Türkiye, ABD ve AB Örnekleri”, Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi, 2014, s. 7

<sup>5</sup> Nilgün Başalp, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004, s. 22.

<sup>6</sup> Jens Pohl, “Transition From Data to Information”, *Collaborative Agent Design Research Center Technical Report-RESU72*, (2001), (Erişim: 7 Mart 2021), s. 1.

<sup>7</sup> Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018, s. 5.

<sup>8</sup> Dural ve Öğüz, *a.g.e.*, s. 7-8.

<sup>9</sup> İlgili düzenlemenin orijinal metni için bkz. “Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council” 27 Nisan, 2016, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679> (Erişim: 12 Ocak 2021). 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü çalışmamızın devamında “2016/679 sayılı Tüzük” veyahut “Tüzük” olarak anılacaktır.

<sup>10</sup> Başalp, *a.g.e.*, s. 35.

olur.<sup>11</sup> Nitekim Kişisel Verileri Koruma Kurumu (KVKK) da aynı şekilde kanun lafzından hareketle 6698 sayılı Kanun ile gerçek kişilerin korunduğunu, tüzel kişilerin kanunun koruma kapsamı dışında olduklarını ifade etmiştir.<sup>12</sup>

Kişinin belirli veya belirlenebilir olması verinin doğrudan belli bir kişiyi göstermesini veya olağan bir akıl yürütme ile eldeki verilerin kime ait olduğuna ulaşılabilmesi durumunu ifade eder<sup>13</sup>. Örneğin bir sosyal medya uygulamasına üye olan üyelerin yalnızca bölgesel IP adreslerine ait verilerinin aktarılması halinde kişinin kimlik bilgilerinin olmaması halinde kişinin belirli veya belirlenebilir olmasından bahsedilemeyecek, bu anlamda kişisel veriden bahsedilemeyecektir.

Bilginin kişiye ilişkin olması unsuru ise bilginin bir kişiye ait veya o kişiyle ilgili olması anlamına gelir.<sup>14</sup> Örneğin birinin AIDS hastalığına sahip olduğu bilgisi bir kişiyle ilişkilendirilmedikçe kişisel veri mahiyetini kazanamayacaktır.

Kişisel verilerin bazılarının, korudukları hak alanı itibarıyla hassasiyet niteliklerinin fazla olması nedeniyle diğerlerinden daha çok korunmaları gereği duyulmuştur. Bu veriler özel nitelikli kişisel verilerdir. Bu anlamda kişisel verileri tasnif ederken en geniş ayrımı genel nitelikli ve özel nitelikli kişisel veriler olarak yapmaktayız.

Özel nitelikli veriler, diğer kişisel verilerin aksine 6698 sayılı Kanun'da tahdidi olarak sayılmıştır.<sup>15</sup> 6698 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesi gereğince, "*Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri*" özel nitelikli kişisel verilerdir. Özel nitelikli verilerin, diğer verilerden ayrı olarak tanımlanması nedeni 6698 sayılı Kanun'un gerekçesinde bu

<sup>11</sup> Aynı yönde bkz.: Göksu Hazar Erdiç, "Bilgi Güvenliği, Kişisel Verilerin Korunması ve Biyometrik Verilerin İşlenmesine İlişkin Öneriler", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi, 2017, s. 20. Kişisel verilerin kişi unsurunun gerçek ve tüzel kişileri kapsayıp kapsamadığı noktasında mukayeseli hukukta örnekler için bkz.: Hüseyin Can Aksoy, *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara: Çakmak Yayınevi, 2010, s. 19 vd.; Aydın Akgül, "Kişisel Verilerin Korunması Açısından İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Yargısal Denetimi", Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi, 2013, s. 10; Tevfik Sönmez Küçük, "Kişisel Verilerin Korunması Hakkı Çerçevesinde Kamuya Açık Alanların Kamu Tüzel Kişileri Tarafından Video Kamera Aracılığı İle Önleyici Amaçla İzlenmesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15/1 (2018), s. 53 vd. Gerçek kişilerle beraber tüzel kişilerin de verilerinin korunması gerektiğine dair bkz. Akgül, a.g.e., s. 11; Furkan Güven Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 33; Küçük, a.g.e., s. 54; Başalp, a.g.e., s. 109; Sedat Erdem Aydın, *AIHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 9. Aksi yönde bkz.: Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019, s. 317 vd.; Murat Volkan Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, İstanbul: Hukuk Akademisi, 2019, s. 9 vd.

<sup>12</sup> KVKK, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Sıkça Sorulan Sorular", Ankara: KVKK Yayınları, 2018, s. 17.

<sup>13</sup> Boz, a.g.e., s. 9; Aksoy, a.g.e., s. 22 vd.; Hayrunnisa Özdemir, "Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması", Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2009, s. 150; Murat Uygun, "Avrupa Birliğinin 95/46 Sayılı Veri Koruma Yönergesi Işığında Kişisel Verilerin Korunması", Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2010, s. 43; Başalp, a.g.e., s. 33-34.

<sup>14</sup> Taştan, a.g.e., s. 42; Sabire Sanem Yılmaz, "Tıp Alanında Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Verilmesinin Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi (Sır Saklama Yükümlülüğü Kapsamında)", Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, 2014, s. 26.

<sup>15</sup> Bu hususta eleştiriler için bkz.: Erdem Aydın, a.g.e., s. 54 vd.

verilerin başkaları tarafından öğrenildiği takdirde, ilgili kişinin mağdur olabilmesine veya ayrımcılığa maruz kalabilmesine neden olabilecek türde veriler olması olarak gösterilmiştir.<sup>16</sup> 6698 sayılı Kanun kapsamında tahdidi olarak sayılan bu özel nitelikli veriler dışında kalan tüm kişisel veriler, genel nitelikli veriler olarak değerlendirilecektir.

## B. KİŞİSEL VERİLERİN AKTARILMASI ALANINA DAİR MEVZUAT

Kişisel verilerin aktarılması alanına dair mevzuatı çoğunlukla Avrupa Konseyi düzenlemelerinden oluşmaktadır. Avrupa Konseyi, kişisel verilerin korunmasına dair ilk uluslararası düzenleme niteliğini taşıyan 108 sayılı Sözleşme'yi 28 Ocak 1981 tarihinde kabul etmiştir. TBMM bu sözleşmenin onaylanmasını tam otuz beş yıl sonra 6669 sayılı "Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" ile uygun bulmuş ve sözleşme 17 Mart 2016 tarih ve 29656 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak iç hukuka dâhil edilmiştir. 108 sayılı Sözleşme bağlayıcı bir düzenleme olması, hükümlerin Avrupa Konseyi'ne üye olmayan diğer ülkeler bakımından da uygulanabilir olması, özel ve kamusal sektöre ilişkin yükümlülükler getirmesi ve özellikle kişisel verilerin mahiyeti ve aktarılmasına dair temel ilkeleri birincil olarak düzenlemesi nedeniyle oldukça önemlidir. 108 sayılı Sözleşme'ye ek olarak 181 sayılı ek bir protokol<sup>17</sup> de ihdas edilmiş, bu protokol ile, 108 sayılı Sözleşme kapsamı, sözleşmeye üye olmayan üçüncü ülkelere yapılacak kişisel veri aktarımlarının standartlara bağlanması yönünden genişletilmiştir. Daha sonra 2018 yılında, Avrupa bünyesinde yeknesaklığı iletirmek, bu anlamda daha sıkı veri koruma ilkeleri getirmek, veri işleme süreçlerinin şeffaflığını arttırmak üzere "Convention 108+"<sup>18</sup> adıyla 108 sayılı Sözleşme'nin güncelleştirilmiş metni de Avrupa Konseyi tarafından kabul edilmiştir.<sup>19</sup>

Avrupa Birliği bünyesinde ise kişisel verilerin korunmasına ilişkin başlatılan çalışmalar 1995 yılında 95/46 Sayılı Direktif'in<sup>20</sup> kabul edilmesiyle tamamlanmıştır. Kişisel verilerin aktarılmasına ve diğer yollarla işlenmesine kadar bağlayıcı birçok düzenleme getiren 95/46 sayılı Direktif, 6698 sayılı Kanun'a da kaynak olmuştur. Teknolojinin ve internetin gelişmesiyle birlikte kişisel verilerin akışının daha da artması nedeniyle 95/46 sayılı Direktifi ilga etmek üzere 14 Nisan 2016 tarihinde 2016/679 sayılı "Genel Veri Koruma Tüzüğü" kabul edilmiştir. 95/46 sayılı Direktif te olduğu gibi yeknesaklığı sağlamak üzere ihdas edilen Tüzük, ilga ettiği 95/46 sayılı Direktif gibi bağlayıcı olup<sup>21</sup> özellikle rızanın geri alınmasına yer vermesi (m.7/3),

<sup>16</sup> 95/46 sayılı Direktif te(m.8/f.1), Birleşmiş Milletler Rehber İlkeleri'nde (m.5), 108 sayılı Sözleşme'de (m.6) ve 2016/679 sayılı Tüzük'te (m.9/f.1) de aynı mülahazalarla özel nitelikli veriler ayrıca ve ayrıcalıklı olarak düzenlenmiştir. Birleşmiş Milletler Rehber İlkeleri için bkz.: "Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files", 14 Aralık, 1990, <https://digitallibrary.un.org/record/105299> (Erişim: 12 Ocak 2021).

<sup>17</sup> İlgili protokolün orijinal metni için bkz.: "Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data regarding supervisory authorities and transborder data flows", 8 Kasım, 2001, <https://rm.coe.int/1680080626> (Erişim: 29 Ocak 2021).

<sup>18</sup> İlgili protokolün orijinal metni için bkz.: "Convention 108 +", 18 Mayıs, 2018, [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016807c65bf](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016807c65bf) (Erişim: 29 Ocak 2021).

<sup>19</sup> Dülger, *a.g.e.*, s. 55.

<sup>20</sup> 95/46 sayılı Direktif ile düzenlenen temel kavramlar, ilkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Başalp, *a.g.e.*, s. 32 vd.; Küzeci, *a.g.e.*, s. 162 vd.

<sup>21</sup> Küzeci, *a.g.e.*, s. 193-194; Taştan, *a.g.e.*, s. 18; Ayşe Çiğdem Ayözger, "Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin Korunması", Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2016, s. 89.



unutulma hakkını düzenlemesi (m.17), 95/46 sayılı Direktif'e göre daha geniş alanı kapsamı (m.3/3), yeni veri güvenliği vasıtaları (tasarımla ve varsayılan ayarlarla veri koruma gibi) düzenlemesi, yüksek riskli kişisel verilerin işlenmesi, aktarılması faaliyetlerinde veri koruma etki değerlendirmesi (m.35) yapılmasını öngörmesi gibi düzenlemeler içermesi nedeniyle oldukça önemlidir.<sup>22</sup>

Türk hukuk mevzuatında kişisel verilerle ilgili olarak ilk olarak 108 sayılı Sözleşme'yi imzalayan Türkiye, daha sonra 2010 yılında referandumla "kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı"nı anayasa metnine de dahil etmiştir. İşbu Anayasa değişikliğinden evvel, kişisel verilerin korunması ve işlenmesine ilişkin hususlar anayasa kapsamında "özel hayatın gizliliği" hakkı kapsamında değerlendirilirken<sup>23</sup>, yapılan değişiklikte birlikte, ilgili hak özel ve bağımsız bir anayasal güvenceye kavuşmuştur. Anayasa değişikliklerinden sonra 6698 sayılı münhasır bir kanun olan 6698 sayılı Kanun'un ihdası ile Yargıtay kararları<sup>24</sup> ve Türk Ceza Kanunu (TCK) uygulamasıyla<sup>25</sup> içi doldurulan kişisel veriler alanı münhasır kanununa da kavuşmuştur. Türkiye, 6698 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra sırasıyla 1981 ve 2001 yılında imzaladığı 108 sayılı Sözleşme ve 181 sayılı Ek Protokol'ü, 2016 yılında 6669 ve 6705 sayılı kanunlarla uygun bularak onaylamıştır. 6698 sayılı Kanun'da daha evvel de belirtildiği gibi 95/46 sayılı Direktif esas alınmıştır. 6698 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 07 Nisan 2016 tarihinden sonra 4 Mayıs 2016 tarihinde ise 2016/679 sayılı Tüzük kabul edilmiştir. Kanaatimizce, Tüzük'ün daha geniş bir koruma alanı sunması gerçeği ve değişen dünya karşısında 1995 tarihli bir Direktif ten öte kişisel verilerin korunması alanı Türk hukuk mevzuatı bakımından da yenilenmeli ve 6698 sayılı Kanun, Tüzük hükümleri çerçevesinde güncellenmelidir.

<sup>22</sup> Alan Charles Raul, "Global Overview", *The Privacy, Data Protection and Cybersecurity Law Review*, (Ed. Alan Charles Raul), Londra: Law Business Research Ltd, 4.Baskı, 2017, s. 1-5, s. 1,2; Taştan, *a.g.e.*, s. 18 vd.; Mesut Serdar Çekin, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 29 vd., s. 62-63, s. 111-120; Türkay Henkoğlu ve Bülent Yılmaz, "Avrupa Birliği (AB) Bilgi Güvenliği Politikaları", *Türk Kütüphaneciliği Dergisi*, 27/3, (2013), s. 462; Küzeci, *a.g.e.*, s. 195 vd.; Dülger, *a.g.e.*, s. 68 vd.

<sup>23</sup> Küzeci, *a.g.e.*, s. 278, 292 vd.; Örneğin Anayasa Mahkemesi (E.) 2006/167, (K.) 2008/86, 20.03.2008 tarihli kararı; Aynı yönde bkz.: Başalp, *a.g.e.*, s. 100; Uğur Ersoy, "Bir İnsan Hakları Kavramı Olarak Kişisel Verilerin Korunması", Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2009, s. 85 vd.; Özdemir, *a.g.e.*, s. 93; Uygun, *a.g.e.*, s. 89; Türkay Henkoğlu, "Hassas Bilgi Varlıklarının ve Kişisel Verilerin Hukuksal Düzenlemeler ile Korunması ve Bu Kapsamda Üniversiteler İçin Bilgi Güvenliği Politikasının Geliştirilmesi", Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi, 2015, s. 62.

<sup>24</sup> Örneğin Yargıtay 12. Ceza Dairesi, (E.) 2013/9669, (K.) 2014/3760, 17.2.2014.

<sup>25</sup> TCK'da 135 vd. maddelerle kişisel verileri kaydetmek (m.135/1), kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına vermek, yaymak veya ele geçirmek (m.136) ve süreleri geçmesine rağmen verileri sistem içinde yok etmemek eylemleri (m.138) suç olarak düzenlenmiştir. İlgili suçlara ve unsurlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Dülger, *a.g.e.*, s. 309 vd.; Küzeci, *a.g.e.*, s. 404 vd.; Hale Akdağ, "Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması", Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2010, s. 92 vd.; Kader Sariusta, "Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması", Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi, 2018, s. 111 vd.; Fatih Dinkci, "Kişisel Verilerin Korunmasında Uluslararası Düzenlemeler ve Türkiye Örneği", Yüksek Lisans Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, 2014, s. 69 vd.; Ersoy, *a.g.e.*, s. 91 vd.; Nur Halet Avcıoğlu, "Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması Hakkı", Yüksek Lisans Tezi, KTO Karatay Üniversitesi, 2018, s. 84 vd.; Uygun, *a.g.e.*, s. 91 vd.

## II. TÜRK HUKUKUNDA KİŞİSEL VERİLERİN AKTARILMASI KAVRAMI VE AKTARIMA İLİŞKİN İLKELER

### A. TÜRK HUKUKUNDA “KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ” VE “KİŞİSEL VERİLERİN AKTARILMASI” KAVRAMI

Kişisel verilerin işlenmesi kavramından 6698 sayılı Kanun’da sayılan işleme türlerinden bağımsız bir veri üzerinde gerçekleştirilebilecek her tür işlem kastedilmektedir.<sup>26</sup> Kanuna dayanak 95/46 sayılı Direktif’te de 2016/679 sayılı Tüzük ile paralel olmak üzere kişisel verilerin işlenmesi kavramından silme, tahrip etme, engelleme, depolama, birleştirme, sıralama, dağıtma, iletlemeyle açıklama, toplama, kaydetme, organizasyon, değiştirme, kurtarma dahil neredeyse her tür işlemin anlaşılacağı kabul edilmiştir.

Kişisel verilerin işlenmesi kavramı, verilerin ilk yaratıldığı andan, son silindiği veya imha edildiği ana kadar olan yaşam sürecini, verilerde veya veriler üzerinde yapılabilecek her hareketi kapsayan çok geniş ve derin bir kavramdır.<sup>27</sup>

Kişisel verilerin aktarılması kavramı, kişisel verilerin işlenmesi kavramı içerisinde yer alan, üçüncü kişilere ve yurt dışına aktarma arasında ayırım gözetilmek suretiyle kanunda ayrı bir başlık altında düzenlenen bir kavramdır. Kişisel verilerin aktarılması kavram olarak<sup>28</sup>, kişisel verilerin buldukları ortam, verileri elinde bulunduran kişiler, birimler veya yerlerden, başka bir ortama, kişiye veya birime gönderilmesini ifade eder.

Kişisel verilerin aktarılmasına ilişkin esaslar 6698 sayılı Kanun’da diğer işleme türlerinden bağımsız olarak 8’inci ve 9’uncu maddelerde düzenlenmiştir. Kanunun kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasını düzenleyen 9’uncu maddesine göre kişisel veriler, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın yurt dışına aktarılamayacaktır. Maddede açık rıza olmaksızın aktarılma halleri de düzenlenmiştir. Buna göre, kişisel veriler, kanunun 5’inci maddesinin ikinci fıkrasında genel nitelikli kişisel veriler için düzenlenen açık rıza aranmaksızın işleme hallerinden veya 6’ncı maddesinin üçüncü fıkrasında özel nitelikli kişisel veriler için düzenlenen açık rıza aranmaksızın işleme hallerinden birinin varlığı ve kişisel verinin aktarılacağı yabancı ülkede, yeterli korumanın bulunması, yeterli korumanın bulunmaması durumunda Türkiye’deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmeleri ve Kişisel Verileri Koruma Kurulu (Kurul)’nun izninin bulunması hallerinde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın yurt dışına aktarılabilecektir. Aynı kanun maddesi gereğince yeterli korumanın bulunduğu ülkelerin Kurul tarafından belirlenerek ilan edileceği bildirilmiştir.

Kişisel veriler ister ilgilinin açık rızası ile ister açık rıza aranmaksızın aktarılsın 6698 sayılı Kanun ile aranan işleme ilkelerine uyulması gerekmektedir. Kişisel verilerin aktarılması,

<sup>26</sup> Küzeci, *a.g.e.*, s. 322-323; Çekin, *a.g.e.*, s. 37; Taştan, *a.g.e.*, s. 46; Başalp, *a.g.e.*, s. 32.

<sup>27</sup> Stewart Room, *Data Protection and Compliance: in Context*, Birleşik Krallık: British Informatics Society Limited, 2007, s. 41; Privacy International, “The Keys to Data Protection: A Guide for Policy Engagement on Data Protection”, Birleşik Krallık, Ağustos 2018, <https://privacyinternational.org/sites/default/files/2018-09/Data%20Protection%20COMPLETE.pdf> (Erişim: 9 Mart 2021), s. 27.

<sup>28</sup> TDK’ya göre aktarmak fiili, “bir şeyi bir yerden, bir kaptan başka bir yere veya kaba geçirmek”, “bir şeyin yolunu, yönünü değiştirmek” ve “iletme, bildirme” olarak tanımlanmaktadır.

kişisel verilerin işlenmesi içerisinde mütalaa edildiği için de işleme için aranan ilkeler, aktarma için de aranacaktır. Bu bağlamda, kişisel verilerin yurt dışına aktarılması meselesi, kişisel verilerin aktarılmasında uyulacak ilkeler ve kişisel verilerin yurt dışına aktarılması şartları olmak üzere ayrıca incelenecektir.

## B. KİŞİSEL VERİLERİN YURT DIŞINA AKTARILMASINA DAİR TEMEL İLKELER

### 1. Veri Aktarımının Hukuka ve Dürüstlük Kurallarına Uygun Olması

6698 sayılı Kanun m.4/2 hükmüyle kişisel verilerin hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun aktarılması gerektiği düzenlenmiştir. Kişisel verilerin hukuka uygun aktarıldığından bahsedebilmek için aktarım için kanunlarla ya da sair hukuksal düzenlemelerle getirilen ilkelere uyulmalıdır.<sup>29</sup>

Dürüstlük kurallarına uygun bir veri aktarmadan söz edebilmek için ise verilerin işlenmesiyle güdülen amacın, rızanın alınma şeklinin, dürüstlük kurallarına uygun olması, verinin elde edilmesinden evvel olduğu gibi ilk elde edildiği andan aktarılacağı ana kadar yapılan tüm işlemlerin dürüstlük kurallarına uygun biçimde icra edilmesi, veri sahibinin her aşamada bilgi sahibi olabilmesinin sağlanması gerekmektedir.<sup>30</sup>

Dürüstlük kuralı mahiyeti itibariyle şeffaflık (*transparency*) zorunluluğunu da getirir. 6698 sayılı Kanun'da açıkça düzenlenmeyen ancak 2016/679 sayılı Tüzük metninde veri işleme kuralı olarak açıkça zikredilen şeffaflık ilkesinin Türk hukuk mevzuatında da uygulanması gerekmektedir. Zira Tüzük'ün ilgili madde gerekçesinde de belirtildiği üzere gerçek kişilere, kendileriyle ilgili kişisel verilerin toplandığı, kullanıldığı veya başka şekilde işlendiği veya kişisel verilerin ne ölçüde işlendiği veya işleneceği hususlarında şeffaf olunmalıdır.<sup>31</sup> İlgili kişiyi bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğü de veri aktarılırken şeffaf olunmayı gerektirmektedir.

Bu ilkenin uygulama alanına ilişkin örnek vermek gerekirse, örneğin bir kişinin açık rızası alınmaksızın Covid-19 olduğuna dair verisinin yurt dışında faaliyet gösteren bir araştırma merkezine aktarılması, kanunda sayılan istisnaların bulunmaması halinde hukuka aykırı bir aktarma faaliyeti olacaktır. Nitekim kanunda yer alan aktarma şartlarından herhangi birine uyulmaması, fiili hukuka uygun kılan başka unsur da yoksa aktarma fiilini her hâlükârda hukuka aykırı kılacaktır. Dürüstlük kuralına uygun işleme ilkesini açıklayan bir örnek vermek gerekirse, bir kişinin Türkiye'de faaliyet gösteren bir kooperatife üye olmak amaçlı verdiği kişisel verilerinin kooperatif tarafından pazarlama amaçlı yurt dışı merkezli bir sosyal medya

<sup>29</sup> Küzeci, *a.g.e.*, s. 200; Çekin, *a.g.e.*, s. 45; Taştan, *a.g.e.*, s. 49; Room, *a.g.e.*, s. 21; Özdemir, *a.g.e.*, s. 166; Paul Voigt ve Axel Von Dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation(GDPR):A Practical Guide*, Almanya: Springer International Publishing, 2017, s. 88; Paul B. Lambert, *Understanding the New European Data Protection Rules*, New York: CRC Press Taylor & Francis Group, 2018, (Lambert, *Data Protection Rules*), s. 86; Information Commissioner's Office (ICO), "Guide to Data Protection", 7 Temmuz, 2017 [http://www.inf.ed.ac.uk/teaching/courses/pi/2017\\_2018/PDFs/guide-to-data-protection-2-9.pdf](http://www.inf.ed.ac.uk/teaching/courses/pi/2017_2018/PDFs/guide-to-data-protection-2-9.pdf) (Erişim: 18 Ocak 2021), s. 17; Privacy International, *a.g.e.*, s. 37; Dülger, *a.g.e.*, s. 109.

<sup>30</sup> Room, *a.g.e.*, s. 103.

<sup>31</sup> GDPR, "Recital 39: Principles of Data Processing", <https://gdpr-info.eu/recitals/no-39/> (Erişim: 29 Ocak 2021). Nitekim dürüstlük kuralının lafız itibariyle şeffaflığı gerektirdiği aşıkardır. Bkz.: ICO, *a.g.e.*, s. 18.

şirketine satılması durumunda ortada dürüstlük kuralına uygun bir aktarma faaliyetinden söz edilemeyecektir.

İlgili ilke ile ilgili olmak üzere Kurul, Amazon Turkey Perakende Hizmetleri Limited Şirketi hakkında yapılan başvuru ile ilgili, veri sorumlusu olan Amazon şirketinin ilgili kişilerin usulüne uygun açık rızalarını almadan kişisel verilerini aktardığına, kişisel verilerin yurt dışına aktarılması konusunda yeterli korumanın bulunduğu ülkelerin Kurul tarafından henüz belirlenmediği, bunun karşısında veri sorumlusunun yazılı taahhüdünün de Kurul tarafından onaylanmadığı dikkate alındığında, kişisel verilerin yurt dışına aktarılması konusunda kanun uyarınca ilgili kişilerin açık rızasını almayan Amazon Turkey'in cezalandırılmasına karar vermiştir.<sup>32</sup> Kurul'un bu kararında önem arz eden husus, veri sorumlularının sırf hizmet verebilmek için ilgili kişilere kişisel verilerinin işlenmesi zorunluluğu yükleyemeyeceğini açıkça düzenlemesidir. Somut olayda Amazon Turkey, müşterilerinin kendileriyle bir şekilde iletişim kurmasını veya herhangi bir Amazon servisinden yararlanmasını elektronik ileti almak için "açık rıza" olarak değerlendirmeye varacak şartlar kabul etmiştir. Bu şartların 6698 sayılı Kanun'da düzenlenen açık rıza unsurları ile uyuşmadığı açıktır. Yine Amazon Turkey'in "Gizlilik Bildirimi" başlıklı dokümanında açıkça yurt dışına veri aktarımından söz etmekle birlikte bunun yalnızca bilgilendirici bir metin olarak düzenlendiği, bu metin üzerinden Kurul'un da değindiği gibi kişilerin açık rızalarının alındığına dair bir bilgi veya belgeye rastlanılmamıştır. Amazon tarafından yurt dışına aktarım için düzenlenen, Kurul tarafından onaylanmış bir taahhütname de olmadığı gerçeği karşısında Kurul'un verdiği kararın kanaatimizce hukuka uygun olduğunu belirtmek gerekir.

KVKK, başka bir olayda, 8 Şubat 2021 itibariyle üçüncü taraf işletmelerle ilgili isteğe bağlı özellikler sunduğu belirlenen güncellenen kullanıcılarca kabul edilmemesi halinde Whatsapp uygulamasının kullanılmayacağı öngören bir gizlilik politikası güncellemesi yayınlayan Whatsapp Inc'nin güncellemesi<sup>33</sup> hakkında yaptığı 12.1.2021 tarihli duyuruda<sup>34</sup> WhatsApp Inc'in gizlilik politikasında, hangi verilerin hangi amaçlarla işleneceğinin ifade edildiğini, ancak işlenen verilerin WhatsApp Inc. tarafından yurt dışında yerleşik, kim oldukları net olarak belirli olmayan taraflara teknik destek, teslimat ve diğer hizmetleri sağlamak, araştırma yapmak, pazarlama ve anket vb. gibi belirli olmayan amaçlarla aktarılacağı ifade edildiğini, kullanıcılardan kişisel verilerinin işlenmesine ve yurt dışında yerleşik üçüncü taraflara aktarılmasına yönelik rıza alınması işleminin ayrıştırılmadığını, kullanıcıların kişisel verilerinin işlenmesine rıza verirken yurt dışında başka bir veri sorumlusuna aktarılmasına rıza vermeyebileceği dikkate alındığında bu durumun kanunda belirlenen açık rızanın unsurlarından "özgür iradeyle açıklanma" açısından bir ihlal oluşturup oluşturmadığının, yurt dışında bulunan başka bir şirkete aktarım yapılmak şartıyla uygulamanın kullanılmasına izin verilmesinin Kanun'un

<sup>32</sup> Kurul tarafından verilen 27/02/2020 tarihli ve 2020/173 sayılı ilgili karar için bkz.: <https://www.kvkk.gov.tr/Ice-rik/6739/2020-173> (Erişim: 6 Ekim 2020).

<sup>33</sup> Ayrıntılı güncelleme duyurusu metni için bkz.: "WhatsApp'ın Gizlilik İlkesi ile ilgili sorularınızı cevaplıyoruz", <https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/answering-your-questions-about-whatsapps-privacy-policy> (Erişim: 29 Ocak 2021).

<sup>34</sup> Bkz.: "Whatsapp Uygulaması Hakkında Kamuoyu Duyurusu", 12 Ocak, 2021, <https://www.kvkk.gov.tr/Ice-rik/6856/WHATSAPP-UYGULAMASI-HAKKINDA-KAMUOYU-DUYURUSU> (Erişim: 29 Ocak 2021).

4'üncü maddesinde sayılan ilkeler açısından bir ihlale sebebiyet verip vermediğinin, Whatsapp Inc. tarafından yapılan güncelleme ile hizmetin rıza şartına bağlanması durumunun ortaya çıkıp çıkmadığının, WhatsApp Inc. tarafından yurt dışında yerleşik veri sorumlularına yapılacak aktarım hususunda 6698 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi hükümlerine aykırılık olup olmadığının değerlendirilmesine karar vermiştir. Kurul bu konuda henüz kararını yayınlamış olmakla birlikte kanaatimizce, Whatsapp Inc.'nin kullanıcılarına verilerinin Facebook gibi üçüncü taraf uygulamalarla paylaşılmasına muvafakat etmiş sayılacaklarını bildirmesi ve bunu Whatsapp uygulamasının kullanılmasının zorunlu bir koşulu olarak ileri sürmesi açık rızanın "tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta ve özgürce verilmesi" gerekliliği ilkesini ihlal etmekte, diğer bir deyişle açık rıza verilmesini hizmet şartına bağlamaktadır. Bu anlamda Whatsapp'ın kullanıcılardan ayrıca açık rıza alması gerekmektedir. Örneğin Facebook'un merkezinin yurt dışında olması ve esasında bu uygulama ile paylaşılacak verilerin yurt dışına aktarım sayılacağı gerçeği karşısında kullanıcılardan açık rıza alınması veyahut kanunda sayılı istisna hallerinden biri somut aktarma faaliyetine esas ise ayrıca taahhütname zorunluluğunun yerine getirilmesi gerekmektedir.<sup>35</sup>

Görüldüğü üzere kişisel verilerin hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun aktarılması ilkesi, birçok şekilde ihlal edilebilir ve bu ihlaller kanun gereğince birçok yaptırıma yol açabilir. Bu bakımdan kişisel verilerin hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun aktarılması büyük önem teşkil eder.

## 2. Aktarılan Verinin Doğru ve Güncel Olması

6698 sayılı Kanun gereğince (m.4/2-b), kişisel veriler doğru ve gerektiğinde güncel olmalıdır. Verilerin doğru olması, herhangi bir konuda yanlış ya da aldatıcı olmamalarını ifade eder.<sup>36</sup> Bir kişisel verinin elde edildiği andan aktarıldığı ana kadar işleme işlemi tamamlanana kadar bir başka deyişle, tüm yaşam döngüsü boyunca doğru olması gerekmektedir.<sup>37</sup> Bu da veri sorumlularına, verilerin doğruluğunu teyit ve bu doğruluğun devamını sağlamak yükümlülüğü yükler<sup>38</sup>. Bir verinin güncel olması ise verinin artık doğru bir veri olmaması halinde o verinin güncellenmesini ifade eder.

Örneğin, uluslararası bir iş ortaklığı nedeniyle banka verisi yurt dışında bir ülkeye aktarılan kişi, daha sonrasında banka hesabını kapattığında, eski veri artık yanlış bir veri olacak olup, eski verinin güncellenmesi gerekecektir. Kişiye ait banka verisinin veri sorumlusunca düzeltilmesi durumunda veri artık hem doğru hem de güncel olacaktır.

<sup>35</sup> Nitekim Whatsapp Inc. gizlilik politikalarında yapılan ilgili değişikliklerin Avrupa'da ve İngiltere'de uygulanmayacağı belirtilmiş olup bu yaklaşım Avrupa veri koruma otoritelerinin başarısı olarak görülmektedir. Bkz.: BBC News, "WhatsApp and Facebook to Share Users' Data Outside Europe and UK", 7 Ocak, 2021 <https://www.bbc.com/news/technology-55573149> (Erişim: 21 Mart 2021). Ülkemiz bakımından da yapılması gereken, veri koruma farkındalığının artırılarak bu farkındalık kapsamında verilerin korunması yönündeki çalışma ve yaklaşımları Avrupa ve dünyanın geri kalanına duyurmaktır.

<sup>36</sup> Room, *a.g.e.*, s. 108.

<sup>37</sup> Privacy International, *a.g.e.*, s. 42.

<sup>38</sup> Küzeci, *a.g.e.*, s. 214; Çekin, *a.g.e.*, s. 52; Taştan, *a.g.e.*, s. 50.

### 3. Veri Aktarımının Belirli, Açık ve Meşru Amaçlar İçin Yapılması

6698 sayılı Kanun gereğince (m.4/2-c) uyarınca bir kişisel verinin hukuka uygun aktarıldığının kabulü için o veriyi aktarma amacı belirli ve açık olmalıdır. Bu anlamda aktarılacak veri için aktarma amacı belirsiz veya muğlak olamayacaktır.<sup>39</sup> Bir kişisel verinin aktarılma amacının meşru olması ise verilerin aktarılmasında kanun dahil tüm ulusal ve uluslararası düzenlemelere uyulmasını ifade eder. Bu nispetle verilerin hukuka uygun aktarılması ilkesiyle benzerdir.

Bu ilkenin uygulanmasına örnek vermek gerekirse, A adlı bir sosyal medya kuruluşu, kullanıcılarının beğenilerini, kişisel bilgilerini, konum verileriyle birlikte bir siyasi oluşuma seçim kampanyasında işlemek ve kullanmak üzere açık rıza almadan aktarırsa bu aktarma faaliyeti, üye olmak ve siteyi kullanmak şeklinde belirlenen meşru amaçla bağdaşmayacaktır ve amaçların belirli, açık ve meşru olması ilkesine aykırılık teşkil edecektir.<sup>40</sup>

İlgili ilke ile ilgili olmak üzere Kurul, şikâyetçinin müşterisi olduğu bankaya kendisine ait iş ve işlemlerde ulaşılması adına vermiş olduğu telefon numarası bilgisinin, eşine ulaşılmasında yardımcı olunabilmesi adına işlenmesini “belirli, açık ve meşru amaçlar için işleme ve işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma” ilkelerine aykırı bulmuştur.<sup>41</sup>

### 4. Veri Aktarımında Amaca Bağlı Kalınması ile Veri Minimizasyonu

6698 sayılı Kanun uyarınca bir kişisel verinin hukuka uygun aktarıldığının kabulü için, o verinin belirlenen amaca bağlı olarak, sınırlı ve ölçülü olarak işlenmesi gerekmektedir. Bu ilkelerden sınırlı ve ölçülü işleme ilkesini “veri minimizasyonu” olarak tek başlık haline getirebiliriz.<sup>42</sup>

Veri aktarımında veri minimizasyonu, gelecekte lazım olabileceği için kenarda dursun edasıyla fazladan veri tutulmasını yasaklar.<sup>43</sup>

Bir verinin belirlenen amaçlara bağlı olması ise verilerin diğer bir ilke olan belirli amaçlarla aktarılabilmesi ilkesine hizmet etmekte olup verilerin belirlenen amaçtan başka amaçla aktarılmasını yasaklar. 6698 sayılı Kanun gerekçesinden anlaşıldığı üzere şayet veri aktarımı için öngörülen amaç sonradan değişirse, bu ilke kapsamında kural olarak değişen amaç için de ayrıca hukuka uygunluk koşulları gerçekleşmelidir.<sup>44</sup> Kanaatimizce, bir verinin aktarılması için belirlenen amaç sonradan değişirse, yeni amaç; önceki amaca hizmet ediyorsa, ondan doğmuşsa

<sup>39</sup> Başalp, *a.g.e.*, s. 37; Küzeci, *a.g.e.*, s. 203; Privacy International, *a.g.e.*, s. 39.

<sup>40</sup> ICO, *a.g.e.*, s. 26.

<sup>41</sup> Kurul tarafından verilen 2019/277 sayılı, 18.09.2019 tarihli karar için bkz.: <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5545/2019-277> (Erişim: 29 Ocak 2021).

<sup>42</sup> Nitekim verilerin sınırlı ve ölçülü işlenmesi gerekliliği “veri minimizasyonu”ndan başka “yeterli ve asgari sayıda verinin kullanılması (Tüzük m.5/1-c)”, “veri ekonomisi (Amerikan Hukuk Enstitüsü ve Avrupa Hukuk Enstitüsü, “Principles for a Data Economy”, 2021, <https://principlesfordataeconomy.org/> [Erişim: 19 Mart 2021]) olarak adlandırılabilir.

<sup>43</sup> Room, *a.g.e.*, s. 107; Küzeci, *a.g.e.*, s. 203.

<sup>44</sup> 6698 sayılı Kanun gerekçesi, ayrıca aynı yönde bkz.: Voigt ve Bussche, *a.g.e.*, s. 89; Ayözger, *a.g.e.*, s. 123. Farklı bir uygulama olarak 2016/679 sayılı Tüzük uygulaması örnek gösterilebilir. 2016/679 sayılı Tüzük’ün 6/f.4 madde hükmü gereğince, kişisel verinin aktarılması için belirlenen amaç değişmişse, yeni amacın önceki amaçla bağlantısına göre değerlendirme yapılır. 95/46 sayılı Direktif’te ise böyle bir durumda sonradan ortaya çıkan amacın, önceki amaçla ilgili olması aranır.

veya onun gerçekleşmesine hizmet ediyorsa ortada iki farklı amaç değil, ortak bir amaç söz konusu olup kişisel verilerin belirlenen amaçlar doğrultusunda aktarılması gerekliliğini bu şekilde anlamak gerekir.

Bir verinin aktarıldığı amaçla ölçülü işlenmesi ise verinin aktarılması ile ulaşılmak istenen amaca başka türlü ulaşılabilmesi halinde, temel hak ve özgürlüklere daha az müdahale edecekse, o yolun tercih edilmesi anlamına gelir.<sup>45</sup> Burada amaçlanan verilerin aktarılması yoluyla ortaya çıkabilecek risklerin minimize edilmesidir. Örneğin, INTERPOL tarafından aranan bir suçlunun bulunması için ihbarın geldiği bölgede genel teknik izlemeler yapılması yerine faile ulaşma imkânını sağlayacak, temel hak ve özgürlükleri daha az kısıtlayan yollar tercih edilmelidir.

Bir verinin aktarıldığı amaçla sınırlı olması ise, veri sorumlusunun, aktarma amacına ulaşmak üzere en az miktarda veriyi kullanmasını ifade eder<sup>46</sup>. Burada amaçlanan ise en dar anlamıyla işlenecek verileri minimize etmektir. Örneğin Dünya Sağlık Örgütü'nün Covid-19'un ülkeler bazında yayılımını göstermek üzere yayınladığı raporlar için Türkiye'den aktarılacak verilerde sayısal olarak bu sayıların belirlenmesi yeterli olup, ayrıca Covid-19 virüsüne sahip kişi bilgilerinin verilmesi gerekmeyecektir, aksi durumda aktarma faaliyeti amaçla sınırlılık ilkesine aykırı olacaktır.

### 5. Aktarılan Verilerin Sınırlı Süre ile Muhafazası İlkesi

6698 sayılı Kanun, kişisel verilerin mevzuatta öngörülen veya aktarıldıkları amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmelerini aramaktadır. Bu ilke en öz anlamıyla, veri sahibinin verilerinin ömür boyu, her an, farklı amaçlarla kendi aleyhine kullanılabileceği endişesiyle yaşamamasını ve veri işleme faaliyetinin başlı başına risk ve tehlikelerle dolu bir süreç olmasından mütevellit veri güvenli risklerini minimize etmeyi taahhüt eder.<sup>47</sup>

Bir verinin aktarıldıktan sonra muhafaza edilme süresi, kanunla veya sair yasal düzenlemelerle belirlenen sürelerle sınırlı olacaktır. Şayet kanunda veya diğer yasal düzenlemelerde böyle bir süre öngörülmemişse, verinin aktarma amacıyla doğru orantıda bir hakkaniyet değerlendirmesi yapılacak ve muhafaza süresi belirlenecektir. Nitekim verilerin azami muhafaza sürelerinin belirlenmesi 30 Aralık 2017 tarihli, 30286 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Veri Sorumluları Sicili Hakkında Yönetmelik gereğince, veri sorumluları için bir zorunluluktur. Veriler muhafaza edilmeleri gereken süre sona erdiğinde, kişilerin verilerinin geleceğini belirleme hakkının uzantısı olarak bu veriler, Kişisel Verilerin Silinmesi Yönetmeliği lafzı (m.7) kapsamında, silinecek, yok edilecek veya anonim hale getirilecektir. Bu bağlamda örneğin bir sosyal medya sitesi, üyesi kullanıcı üyeliğini sona erdirmişse, o üyeye ait tüm bilgileri yok edecek, silecek ya da anonimleştirecektir.

<sup>45</sup> Çekin, *a.g.e.*, s. 53.

<sup>46</sup> Küzeci, *a.g.e.*, s. 208.

<sup>47</sup> Küzeci, *a.g.e.*, s. 215; Privacy International, *a.g.e.*, s. 44.

## 6. Veri Aktarımına İlişkin Hususlarda İlgili Kişinin Bilgilendirilmesi İlkesi

6698 sayılı Kanun uyarınca, kişisel verilerin aktarılmasından önce ve aktarma sürecinde ilgili kişinin hakları gözetilmelidir. 6698 sayılı Kanun uyarınca “*ilgili kişi*” “*Kişisel verisi işlenen gerçek kişi*”dir. İlgili kişinin haklarını bilmesi ve kullanabilmesinin garantisi bu haklar hakkında bilgilendirilmesidir. Buna göre veri sorumlusu, verisini aktaracağı kişiyi 6698 sayılı Kanun’un 10’uncu maddesi kapsamında kendisi ve varsa temsilcisinin kimliği, kişisel verilerin hangi amaçla, kimlere aktarılabilceği, kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi ile kanunun 11’inci maddesinde sayılan hakları hakkında bilgilendirecektir<sup>48</sup>. Bu, dürüstlük kuralına uygun veri işleme ve şeffaflık ilkelerinin de gereğidir<sup>49</sup>.

İlgili kişinin açık rızası ile aktarma yapılacağı hallerde ilgili kişinin bilgilendirilmesi özellikle önem arz eder. Zira ilgili kişinin açık rızasından bahsedebilmek için kişinin rıza vermeden evvel açıkça bilgilendirilmesi gerekmektedir.

İlgili kişinin hakları, 6698 sayılı Kanun’un 11’inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre kişi, ilk aşamada kendisi hakkında bir kişisel verinin aktarılıp aktarılmadığını öğrenme<sup>50</sup>, şayet aktarılmış ise ikincil aşama olarak bu kişisel veri hakkında, aktarımın amacı, ilgili kişisel veri kategorisi, verilerin açıklandığı alıcılar veya aktarıldığı ülkeler, mümkünse, öngörülen saklama süresi veya mümkün değilse bu süreyi belirleme kriteri, kanunda veya ilgili yasal düzenlemede sayılan diğer haklara sahip olup olmadığı, kişisel verilerin kaynağı, alınan yeterli önlemler hakkında bilgi alma hakkına sahip olacaktır.<sup>51</sup> Kişinin bu bilgi edinme hakkı, veri sorumlusunun ilgili kişiyi aydınlatma yükümlülüğünün müttemim cüzüdür.

Kişinin bilgi edinme hakkından başka kişisel verileriyle ilgili her tür işleme “itiraz hakkı” da düzenlenmiştir. İlgili kişi itiraz hakkını, KVKK’ya başvuru ve şikâyet şeklinde kullanılabilceği gibi mahkeme yoluyla da kullanılabilir.<sup>52</sup> İlgili kişi, kişisel verilerinin işlenmesinden dolayı zarar görmüşse, bu zararı tazmin etmek için de talepte bulunabilir.

## 7. Veri Aktarımında Veri Güvenliğinin Sağlanması İlkesi

Kişisel verilerinin güvenliğinin sağlanması anlamına gelen ve “Veri güvenliği (*data security*)” olarak karşımıza çıkan bu ilke 6698 sayılı Kanun’un 12’nci maddesiyle, veri sorumlularının kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini, bunlara hukuka aykırı olarak erişilmesini önleme, her türlü teknik ve idari tedbirleri alma yükümlülüğü olarak *düzenlenmiştir*.

Günümüzde artık muhatabın kim olduğu fark etmeksizin, çevrimiçi veya çevrimdışı uygulamalar vasıtasıyla birçok veri ihlali gerçekleşmekte ve bu ihlallerin bedeli günden güne ağırlaşmaktadır.<sup>53</sup> Kişisel verilerin yurt dışına aktarılması söz konusu olduğunda bu ihlallerin boyut ve zararları daha büyük olabilecektir. Kişisel verilerin güvenliği ve gizliliği, veri konusu

<sup>48</sup> İlgili kişinin bilgilendirilmesi ilkesi, benzer şekilde 2016/679 sayılı Tüzük’ün 12, 13 ve 14’üncü maddelerinde, 95/46 sayılı Direktif’in 10 ve 11’inci maddelerinde düzenlenmiştir.

<sup>49</sup> Voigt ve Bussche, *a.g.e.*, s. 143.

<sup>50</sup> Çekin, *a.g.e.*, s. 89.

<sup>51</sup> Voigt ve Bussche, *a.g.e.*, s. 150-151.

<sup>52</sup> Kanun ilgili kişinin itiraz hakkı için herhangi bir istisna öngörmezken, 2016/679 sayılı Tüzük’ün m.22/f.2 hükmü gereğince itiraz hakkına istisnalar tanınmıştır. Bkz.: Çekin, *a.g.e.*, s. 100-101.

<sup>53</sup> Lambert, *Data Protection Rules*, s. 271.



için olumsuz etkileri önlemenin anahtarı olup, bu anlamda alınabilecek güvenlik önlemleri, veri sorumlusu bünyesinde alınabilecek erişim kontrollerinin yapılması gibi organizasyonel, verilerin şifreli sistemler vasıtasıyla girilebilecek fiziki bir yerde tutulması gibi fiziki, veriler üzerinde erişimi zorlaştırmak için kodlama yönteminin kullanılması gibi bilişimsel ve şifreleme, farklı isimlendirme gibi teknik önlemler olarak sayılabilecektir.<sup>54</sup>

Bu ilkenin kişisel verilerin yurt dışına aktarılması bakımından görünümünü, “yeterli korumanın bulunması ilkesi” oluşturur. 6698 sayılı Kanun’un kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasını düzenleyen 9’uncu maddesi gereği ilgili kişilerin açık rızası yoksa aktarılacak ülkede yeterli koruma bulunması, yeterli koruma yoksa Türkiye’deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmeleri ve Kurul’un izninin bulunması gerekmektedir. Yeterli korumanın bulunup bulunmamasına dair hususlar üçüncü bölümde irdelenecektir. Ayrıca aktarılacak veri özel nitelikli kişisel veri ise bu verilerin işlenmesi için KVKK tarafından belirlenen veri güvenliğini tesis etmeye yönelik teknik ve idari tedbirlerin alınması gerektiğini de belirtmek gerekir.<sup>55</sup>

Kişisel verilerin aktarımında veri güvenliği ilkesinin önemini ortaya koymak üzere Kurul’un birçok ilke kararına da imza attığını ifade etmek gerekir. Zira veri güvenliği diğer birçok ilkeyle bağlantı halindedir. Örneğin KVKK, 7.4.2020 tarihinde yaptığı bir duyuruda pandemi döneminde öğrencilerin ad ve soyadları gibi kişisel verileri ile ses ve görüntü gibi biyometrik veri kapsamında değerlendirilebilecek bazı özel nitelikli kişisel verilerinin işlendiği uzaktan eğitim platformlarının birçoğunun bulut hizmet sağlayıcılar aracılığıyla hizmet verdiğinin ve bu yazılımlara ait veri merkezlerinin çoğunlukla yurt dışında olduğunun gözlemlendiğinden hareketle veri merkezleri yurt dışında olan platformların kullanılması durumunda yurt dışına veri aktarımı söz konusu olacağından, 6698 sayılı Kanun’un 9’uncu maddesinde belirtilen şartlara uygun olmayan aktarımların Kanunun ihlali anlamına gelebileceğinin unutulmaması gerektiğini duyurmuştur.<sup>56</sup> Kurul ilgili kararı ile bulut hizmet sağlayıcılardan merkezi yurt dışında olanların aktardıkları verilerin yurt dışına veri aktarımı sayılacağını ortaya koymaktadır. Bu anlamda özellikle iCloud, Yahoo ve Google Drive gibi kullanıcıların elektronik posta içeriklerini, dosyalarını, fotoğraflarını ve videoları depolamaya yarayan sağlayıcıların çoğunun merkezinin yurt dışında olması bu sağlayıcılar bakımından da yurt dışına veri aktarımının söz konusu olup olmadığı tartışmasını akla getirmektedir. İlgili sağlayıcılar, kullanıcıların talepleri doğrultusunda kullanıcılara ait kişisel veri niteliğindeki belgeleri depolamaktadır. Depolanan bu veriler de merkezi yurt dışında bulunan sunucularda saklanmaktadır. Verilerin saklanması ve depolanması da kişisel verilerin işlenmesi yollarından biridir. Aktarımdan bahsedebilmek için ise

<sup>54</sup> European Union Agency for Fundamental Rights ve Council of Europe, *Handbook on European Data Protection Law*, Lüksemburg: Publications Office of the European Union, 2018, s. 131; Privacy International, a.g.e., s. 45; Lambert, *Data Protection Rules*, s. 275. Bu anlamda “Tasarımla Veri Koruma (*Privacy by Design*)” ve Varsayılan Ayarlarla Veri Koruma (*Privacy by Default*)” gibi uygulamalar da veri güvenliğini sağlamak üzere teşvik edilmiştir.

<sup>55</sup> İlgili yeterli önlemler için bkz.: KVKK, “Kişisel Veri Güvenliği Rehberi (Teknik ve İdari Tedbirler)”, Ankara: KVKK Yayınları, 2018.

<sup>56</sup> Bkz.: “Uzaktan Eğitim Platformları Hakkında Kamuoyu Duyurusu”, 7 Nisan, 2020, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6723/Uzaktan-Egitim-Platformlari-Hakkinda-Kamuoyu-Duyurusu> (Erişim: 29 Ocak 2021).

bir verinin bulunduğu yerden başka bir yere taşınması, iletilmesi gerekmektedir. Bu anlamda, kullanıcıların bulutlarda sakladıkları verilerin hizmet sağlayıcı kuruluşlarca farklı ülkelerde (örneğin Google Drive'ın kullanıcılarına ait veriyi Hindistan'da bulunan yazılım kuruluşuna göndermesi) bulunan sağlayıcılara gönderilmesi, kullanıcının elektronik postalarını veyahut fotoğraflarını yurt dışında bulunan bir kişi veyahut kuruluşla paylaşması durumunda yurt dışına veri aktarımı söz konusu olabilecektir. Birinci halde ilgilinin açık rızasının olmaması veyahut açık rızanın aranmadığı hallerin de olayda gerçekleşmemesi halinde aktarım hukuka aykırı olacak, ikinci halde ise kullanıcı kendi rızasıyla verilerini yurt dışına aktardığı için aktarma faaliyeti hukuka uygun olacaktır. Ancak ikinci halde verinin aktarıldığı kişi veya kuruluş, her hâlükârda kullanıcının öngörülebilir rızası kapsamında veri işleyebilecek, öngörülebilir rızanın dışında kalan kullanımlar için ayrıca açık rıza almadan veri işlemeyecektir. Bu anlamda örneğin, yurt dışında bulunan H. Üniversitesi'ne Türkiye'den yüksek lisans başvurusunda bulunan öğrenci A'nın Google Drive üzerinden paylaştığı özgeçmişi, H. Üniversitesi tarafından A'nın bulunduğu ülkeden gelen başvuruları kişileri belirli veya belirlenebilir kılacak şekilde istatistiksel olarak kullanılmayacaktır.

### III. TÜRK HUKUKUNDA KİŞİSEL VERİLERİN YURT DIŞINA AKTARILMASI ŞARTLARI

#### A. GENEL OLARAK

6698 sayılı Kanun ile kişisel verilerin yurt dışına aktarılması şartları düzenlenmiştir. Buna göre kişisel veriler, ancak ilgili kişinin açık rızası olması halinde yurt dışına aktarılacaktır. Bu kapsamda bir verinin yurt dışına aktarılabilmesi için;

- İlgili kişinin açık rızası olmalı,
- Kanunla aranan, çalışmamızda da yer verilen aktarma ilkelerine uyulmalı,
- Aktarılacak veri özel nitelikli kişisel veri ise KVKK tarafından düzenlenen yeterli önlemler alınmalıdır.

6698 sayılı Kanun uyarınca kişisel veriler, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın da aktarılacaktır. İlgili kişinin açık rızasının olmadığı halde bir verinin yurt dışına aktarılabilmesi için;

- Veri, genel nitelikli kişisel veri ise 6698 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen hallerden birinin somut olayda var olması gerekmektedir.

- Veri, özel nitelikli kişisel veri ise somut aktarma faaliyetine dayanak hükümler özel nitelikli kişisel verinin niteliğine göre değişmektedir. Buna göre;

i. Aktarılacak veri, kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, hakkında uygulanan ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleri ile biyometrik ve genetik özelliklerine ilişkin veri ise aktarma faaliyeti kanunlarda açıkça öngörülmüş olmalıdır.

ii. Aktarılacak veri, kişilerin sağlık ve cinsel hayatına ilişkin bir veri ise veriler ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama

yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın aktarılabilir.

iii. Aktarılabilecek verinin niteliği önem arz etmeksizin, ayrıca KVKK tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması gerekmektedir.

- Verinin niteliği fark etmeksizin, kişisel verinin aktarılacağı yabancı ülkede yeterli korumanın bulunması, yeterli koruma yoksa Türkiye'deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmeleri ve Kurul'un buna izin vermesi gerekmektedir.

Görüldüğü üzere kişisel verilerin yurt dışına aktarılması meselesi kanunda açıkça düzenleme altına alınmıştır. Bu kapsamda bu başlık altında öncelikle, kişisel verilerin ilgilinin açık rızası dahilinde ve ilgilinin açık rızasının aranmadığı kanunla sayılan hallerde yurt dışına aktarma şartları irdelenecektir.

## B. KİŞİSEL VERİLERİN “İLGİLİNİN AÇIK RIZASI” İLE YURT DIŞINA AKTARILMASI

### 1. Genel Olarak

Türk hukukunda kişisel verilerin hukuka uygun olarak yurt dışına aktarılabilmesine cevaz veren ilk ihtimal ilgilinin açık rızasının olmasıdır. 6698 sayılı Kanun uyarınca belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rızayı ifade eden açık rızanın, özgür iradeyle açıklanan “tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta” olma, bilgilendirilmeye dayanma ve belirli bir konuya ilişkin alınmış olma şeklinde üç unsuru vardır.<sup>57</sup>

6698 sayılı Kanun uyarınca ilgili kişinin vereceği açık rıza herhangi bir şekil şartına bağlı tutulmamıştır. İlgili kişiden verilerin aktarılabilmesi yönünde açık rızasının, ilgili verinin aktarılmasından evvel alınması gerekmektedir.<sup>58</sup> Ayrıca ilgili kişinin rıza beyanını dilediği zaman geri alabileceğini de belirtmek gerekir.<sup>59</sup>

Açık rıza bir veriyi aktarabilmenin en su götürmez koşuludur. Anayasa Mahkemesi (AYM) de bu kabulü doğrular nitelikte verdiği bir kararda<sup>60</sup>, avukatlık yapan başvuru (A. Arif Cangı) hakkında idare tarafından sebebi ortaya koyulamayan bir veri toplama faaliyeti yürütülmesi ve toplanan bu verilerin yapılan Bilgi Edinme Kanunu başvurusu sonucu başvuru rızası olmaksızın üçüncü kişilere aktarılmasını ihlal olarak kabul etmiştir.

<sup>57</sup> Kanun gerekçesinde, açık rızanın, 95/46 sayılı Direktif esas alınmak suretiyle tanımlandığı ifade edilmektedir. Buna göre açık rızanın, “*ilgili kişinin, kendisiyle ilgili veri işlenmesine, özgürce, konuyla ilgili yeterli bilgi sahibi olarak, tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta ve sadece o işlemle sınırlı olarak verdiği onay beyanı*” şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir.

<sup>58</sup> Aynı yönde bkz.: Taştan, *a.g.e.*, s. 164; Akgül, *a.g.e.*, s. 178; Voigt ve Bussche, *a.g.e.*, s. 144; Article 29 Data Protection Working Party, “Opinion 15/2011 on the Definition of Consent”, 13 Temmuz, 2011, s. 9; Çekin, *a.g.e.*, s. 58; Nevzat Ali Anı, “Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Açık Rıza”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2018, s. 146.

<sup>59</sup> Aynı yönde bkz.: Article 29 Data Protection Working Party, *a.g.e.*, s. 32-33; 2016/679 sayılı Tüzük m.7(3); Çekin, *a.g.e.*, s. 62; Dülger, *a.g.e.*, s. 28; Voigt ve Bussche, *a.g.e.*, s. 97; ICO, *a.g.e.*, s. 102; European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *a.g.e.*, s. 150; Özdemir, *a.g.e.*, s. 205; Taştan, *a.g.e.*, s. 165; Privacy International, *a.g.e.*, s. 65.

<sup>60</sup> AYM, *Arif Ali Cangı* B. No 2016/4060, 17.9.2020 tarihli karar, <https://kararlarbilgibankasi.ana-yasa.gov.tr/BB/2016/4060> (Erişim: 13 Mart 2021).

Aktarılan verinin trafik veya konum verisi olması durumunda elektronik haberleşme mevzuatı ayrıcalıklı bir düzenleme getirmiştir. 4 Aralık 2020 tarihinde yayınlanan Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunmasına İlişkin Yönetmelik gereği aktarılan veri, konum veya trafik verisi ise ilgili kişiden aktarılabilecek verinin kapsamı, aktarılabilecek tarafın adı ve açık adresi, aktarma amacı ve süresi ve verinin aktarılabileceği ülkenin adı bilgileri verilerle ayrıca açık rıza alınacaktır. Nitekim aynı yönetmelik gereği, işletmecilere, trafik ve konum verilerinin açık rıza alınarak üçüncü taraflara aktarımının söz konusu olduğu durumlarda, bu verilerin sadece açık rıza bilgilendirmesinde belirtilen üçüncü taraflarca ve belirtilen amaçla işlenmesini sağlama yükümlülüğü getirilmiştir.

Günümüzde özellikle Covid-19 pandemisi kapsamında kişilerin yerlerini, karantina tedbirlerine uyulup uyulmadığını tespit etmek üzere Sağlık Bakanlığı tarafından geliştirilen Hayat Eve Sığar (HES) uygulaması<sup>61</sup> ile milyonlarca kişinin konum verisi işlenmektedir. Uygulamanın mobil versiyonunda yayınlanan “Gizlilik Politikası” incelendiğinde, verilerin, pandemi ile mücadele süresiyle sınırlı olmak üzere işlendiği, kamu sağlığının korunması ve pandemiyi engelleme amaçlı İçişleri Bakanlığı veya kolluk kuvvetlerine aktarılabileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Türkiye’de ilk vakanın açıklandığı günden beri bir yıl geçmiş olup, 19 Mart 2021 tarihi itibarıyla toplam vaka sayısı 2971633 olmuş<sup>62</sup> ve her geçen gün artmaya devam etmektedir. Bu anlamda pandeminin ne kadar süreceği belli olmadığı gerçeği karşısında, belirsiz bir süre ile verilerin tutulması şeklindeki düzenleme, verilerin sınırlı süre ile tutulması ilkesine aykırıdır. Ayrıca ilgili uygulamada verilerin yurt dışına aktarımıyla ilgili bir bilgilendirme olmasından hareketle, HES uygulaması ile işlenen verilerin yurt dışına aktarılabileceğini, aksi durumun hukuka aykırı bir veri aktarımı olacağını da ayrıca belirtmek gerekir.

## 2.Yurt Dışına Veri Aktarımında Aranılan İlgilinin Açık Rızasının Unsurları

6698 sayılı Kanun’da “belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza” olarak tanımlanan açık rızanın kanun ve dayanak 95/46 sayılı Direktif lafzından anlaşıldığı üzere, tereddüde yer bırakmayacak nitelikte özgür iradeyle açıklanmış olma, bilgilendirilmeye dayalı olma ve belirli bir konuya özgülenmiş olma olmak üzere üç unsur vardır.

Kişinin verdiği rızanın, iç dünyasından ve dış dünyaya yansıttığı özgür düşünce ve eylemlerinden görüleceği üzere tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta olması aranacaktır. Bu kabul bizi zımni rızanın kabul edilemeyeceği gerçeğini kabule zorlar.<sup>63</sup> Bu durumda rızanın varlığı konusunda herhangi bir belirsizlik veyahut şüphe varsa verilen rıza geçerli ve yeterli kabul

<sup>61</sup> Detaylı bilgi için bkz.: Sağlık Bakanlığı, “Hayat Eve Sığar – Güvenli Alan – HES Kodu – İhbar”, <https://hayatevesigar.saglik.gov.tr/HES.pdf> (Erişim: 19 Mart 2021).

<sup>62</sup> Sağlık Bakanlığı, “Türkiye Covid-19 Hasta Tablosu”, 19 Mart, 2021, <https://covid19.saglik.gov.tr/> (Erişim: 19 Mart 2021).

<sup>63</sup> Kanunun dayanak aldığı 95/46 sayılı Direktif kapsamında 29 Madde Çalışma grubu da veri ilgisinin rızasını belirtmesi şartının sağlanması için basit bir eylemsizliğin yetersiz olduğunu kabul etmiştir. Bkz.: Article 29 Data Protection Working Party, a.g.e., s. 12. Aynı yönde bkz.: Privacy International, a.g.e., s. 63,64; Room, a.g.e., s. 123; Taştan, a.g.e., s. 161-162; Küzeci, a.g.e., s. 251; Başalp, a.g.e., s. 44. 2016/679 sayılı Tüzük’te de aynı hususa değinilmiştir. Bkz.: GDPR, “Recital 32: Conditions for Consent”, <https://gdpr-info.eu/recitals/no-32/> (Erişim: 29 Ocak 2021).

edilemeyecektir.<sup>64</sup> Zımni rızanın kabul edilmemesi özellikle aktarılan verilerin sağlık verisi olması durumunda tartışmalara yol açmaktadır. Şöyle ki hastaların tedavi görmek üzere başvurdukları hastanelerde her bir işlem için ayrıca rızaları alınmamakta, örneğin baş ağrısı ile bir hastaneye başvuran hastanın esasında beyninde tümör olduğunun belirlenmesi karşısında doktorlar derhal müdahalede bulunabilmek için hastanın açık rızasını almadan ve hastayı aydınlatmadan tedaviye başlayabilmektedir. Kanaatimizce burada zımni rızayı derhal geçerli kabul etmemek, her hâlükârda hastanın tedaviye başlanması yönünde aktif bir davranış veya eylemini beklemek gerekmektedir.<sup>65</sup> Bir başka deyişle, eylemsizlik tek başına, hastanın iyiliği için dahi olsa yeterli kabul edilmemelidir. Yine örneğin, 2017 yılında, İngiltere’de Royal Free London adlı sağlık kuruluşu hastalarının kayıtlarını, zımni rızalarına güvenerek, akut böbrek hastalığının tespiti için Google’ın DeepMind adlı yapay zekâ şirketine aktarması da hastaların aktarım için ayrıca bilgilendirilmemiş olması karşısında ICO incelemesine konu olmuş ve her iki kuruluş da politikalarında değişiklik yapmak zorunda kalmıştır.<sup>66</sup>

Bazen ilgili kişinin verdiği rıza tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta olabilir ancak bu rıza bir korkutma, aldatma veya tehlike altında verilmiş olabilir. Bu olasılıktan hareketle ilgili kişinin, verdiği rızanın ayrıca gerçek hissiyatını yansıtmaması ve bu rızanın aldatma, korkutma, zorlama gibi herhangi bir olumsuz etki altında olmaması gerekir.<sup>67</sup> Bu noktadan hareketle işçi-işveren, öğretmen-öğrenci, devlet-birey gibi güç dengelerinin hassas olduğu durumlarda rızanın özgürce verilip verilmediği, baskı altında olup olmadığı fazladan hassasiyetle değerlendirilmelidir.<sup>68</sup> Her durumda geçerli bir rıza alınıp alınmadığını ispat yükü veri sorumlusunun üzerindedir.<sup>69</sup>

6698 sayılı Kanun uyarınca açık rızadan bahsedilebilmesinin diğer bir koşulu alınan açık rızanın kişinin bilgilendirilmiş olmasına dayanmasıdır. Bu gereklilikten hareketle ilgili kişi kişisel verileri aktarılmadan evvel özellikle veri aktarmanın nedenleri ve aktarım ile güdülen amaç hakkında bilgilendirilmelidir.<sup>70</sup> Bu gerekliliği, kişinin bilgi edinme hakkı besler.<sup>71</sup> Bu nedenle, veri sorumlusu 6698 sayılı Kanun kapsamında kendisine yüklenen “aydınlatma yükümlülüğü” gereği ilgili kişiyi, kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabileceği, kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi hakkında bilgilendirecektir.<sup>72</sup> Kanunda sayılan veri

<sup>64</sup> Room, *a.g.e.*, s. 123.

<sup>65</sup> ICO da aynı kabulde bulunmaktadır. Bkz.: Hamsa Hassan, “Consent in the UK Healthcare Sector: Overcoming the Challenges”, *Privacy & Data Protection Journal*, 21/4 (2021), s. 14.

<sup>66</sup> Hassan, *a.g.e.*, s. 15.

<sup>67</sup> Article 29 Data Protection Working Party, *a.g.e.*, s. 12; Taştan, *a.g.e.*, s. 160.

<sup>68</sup> Article 29 Data Protection Working Party, *a.g.e.*, s. 16; Voigt ve Bussche, *a.g.e.*, s. 96.

<sup>69</sup> Voigt ve Bussche, *a.g.e.*, s. 93.

<sup>70</sup> Room, *a.g.e.*, s. 123; European Union Agency for Fundamental Rights ve Council of Europe, *a.g.e.*, s. 146.

<sup>71</sup> Voigt ve Bussche, *a.g.e.*, s. 96. Ahmet İyimaya bilgi edinme hakkını verilere erişme özgürlüğü ile birlikte değerlendirir ve her iki özgürlüğü de idarenin şeffaf yönetiminin olmazsa olmazı olarak kabul eder. Bkz.: Ahmet İyimaya, “Bilgi Edinme ve Verilere Ulaşma Özgürlüğü”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1 (2003), s. 41, 43.

<sup>72</sup> Bu hususta 10 Mart 2018 tarihli, 30356 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan “Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ” ile bilgilendirme ölçütleri belirlenmiştir (m.5). Tebliğde yer alan “veri sorumlusunun farklı birimlerinde kişisel veriler farklı amaçlarla işleniyorsa, her bir birim nezdinde ayrıca bilgilendirme işleminin gerçekleştirileceği”, yönündeki hüküm, 28 Nisan 2019 tarihli Resmî Gazete’de yayımlandığı üzere kaldırılmıştır. Kanaatimizce bu değişiklik uygulamada bir şirketin benzer amaçlarla

sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü ile belirlenen bilgilendirme ölçütleri asgari ölçütlerdir.<sup>73</sup> Kanaatimizce ilgili kişiler bu durumdan hareketle özellikle kullandıkları uygulamalar, üyesi oldukları topluluklar nezdinde verilerini en az işleyen ve bilgilendirme ölçütünü en geniş uygulayan uygulama ve toplulukları tercih etmelidir.<sup>74</sup>

Bilgilendirme yükümlülüğünün açık rızanın aranmadığı aktarma hallerinde aranıp aranmayacağı tartışmalıdır.<sup>75</sup> Kanaatimizce işlemeye dair açık rızanın gerekmediği hallerde, ilgili kişi gerek kanunda sayılı hangi istisnaya dayanıldığı hususunda gerek de verilerin aktarıldığı, aktarılacağı her bir ülke ve aktarma amacı hakkında bilgilendirilmelidir. Zira açık rıza, açık rıza aranmayan haller bakımından aranan bir unsur olmasa da hukuka uygun veri aktarma gerekliliği bu kabulü zorunlu kılmaktadır.

6698 sayılı Kanun kapsamında, yurt dışına hukuka uygun bir veri aktarma eyleminden bahsedebilmek için aranan açık rıza, belirli bir konuya ilişkin alınmış olmalıdır. Bu zorunluluk kişisel verilerin aktarıldığı amaca bağlı olması ilkesiyle bir bağlantı içerisindedir. Geçerli bir rızadan söz edebilmek için verilen rızanın sebebi belli olmalıdır. Bu kapsamda 29 Madde Çalışma Grubu'na göre<sup>76</sup>, veri aktarımına esas amaç belirtmeksizin toplu battaniye rızaları kabul edilemeyecektir.<sup>77</sup> Bu unsur ayrıca, veri sorumlusunun ilgilinin açık rıza gösterdiği aktarma amacından başka amaçlar için verilen rızaya dayanamayacağını ifade eder.<sup>78</sup> İlgili kişinin verisinin aktarılması bakımından aranan amaçlar birden fazlaysa ve bu amaçlar birbirleriyle kesin bir ayrılık içerisindeyse, ilgili kişiden, belirli ve her bir amaç için ayrı açık rıza alınmalıdır.<sup>79</sup>

### C. KİŞİSEL VERİLERİN İLGİLİNİN AÇIK RIZASI OLMASIZIN YURT DIŞINA AKTARILMASI

İlgilinin açık rızası olmaksızın kişisel verilerin yurt dışına aktarımı için aranan şartlar, kişisel verilerin genel veya özel nitelikli olup olmamasına göre belirlenecektir. Ancak her iki tür veri bakımından da verilerin yurt dışına aktarımı için verilerin aktarılacağı ülkede yeterli koruma olması aranacaktır. Bu şartlar kişisel verilerin niteliğine, yeterli koruma bulunup bulunmamasına göre ayrılacaktır.

---

veri işleyen farklı departmanları arasında yeniden ve ayrıca rıza alınması gerekliliğini ortadan kaldırması bakımından kolaylık sağlamaktadır. Ancak diğer yandan bir şirkette bulunan, veri işleme amaçlarının önde tamamen farklı olduğu reklam, pazarlama gibi departmanlar bakımından ayrıca rıza alınması gerekip gerekmediği somut olay nezdinde hassasiyetle değerlendirilmelidir.

<sup>73</sup> Dülger, *a.g.e.*, s. 298.

<sup>74</sup> Kişilerin verilerinin işlenebilmesi için aranan açık rızanın bilgilendirmeye dayalı olarak, bir başka deyişle aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilerek alınmasının önemi Kurul kararlarında da kendini göstermektedir. Bkz.: 02/05/2019 tarihli ve 2019/122 sayılı; 8/07/2019 tarih ve 2019/206 sayılı Kurul kararları.

<sup>75</sup> Anı'ya göre açık rıza aranmaksızın işleme hallerinde de aydınlatma yükümlülüğüne uyulmalıdır. Bkz.: Anı, *a.g.e.*, s. 135.

<sup>76</sup> Anı, *a.g.e.*, s. 17.

<sup>77</sup> Taştan bu tür rızaları "torba rıza" olarak niteleyerek, geçerli olmadığını ileri sürer. Bkz.: Taştan, *a.g.e.*, s. 158.

<sup>78</sup> Bu gereklilik, veri sorumlusunun veriyi, verilen açık rıza kapsamında belirlenen amaçtan farklı ama ilk amaçla uyumlu bir amaç kapsamında aktarmasına engel değildir. Bkz.: Room, *a.g.e.*, s. 123.

<sup>79</sup> Voigt ve Bussche, *a.g.e.*, s. 96; European Union Agency for Fundamental Rights ve Council of Europe, *a.g.e.*, s. 147; Article 29 Data Protection Working Party, *a.g.e.*, s. 20; Küzeci, *a.g.e.*, s. 234.

## 1. Aktarılabilecek Kişisel Verinin Niteliğine Göre Aranılan Şartlar

### a. Genel Nitelikli Kişisel Verilerin İlgilinin Açık Rızası Olmaksızın Yurt Dışına Aktarılması

6698 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi gereğince genel nitelikli kişisel veriler, aynı kanunun 5'inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen hallerden birinin varlığı halinde ilgili kişinin açık rızası olmaksızın yurt dışına aktarılabilecektir. Bu halleri tek tek incelemek gerekir.

6698 sayılı Kanun uyarınca genel nitelikli kişisel veriler bakımından ilgilinin açık rızası yoksa ve kanunlarda açıkça öngörülmüş ise bu verilerin yurt dışına aktarılması hukuka uygun olacaktır. Nitekim bu husus kanunun 9'uncu maddesinin son fıkrasında "*Kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır.*" denilmek suretiyle de teyit edilmiştir. Kanunlardan başka ekseriyetle kanun hükmünde kabul edilen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve milletlerarası antlaşmalarda açık hüküm bulunması halinde de veri aktarımı mümkün olabilecektir. Nitekim KVKK, Yurtdışına Veri Aktarımı başlıklı yaptığı 26.10.2020 tarihli duyurusunda<sup>80</sup>, kanunlardan başka usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalarda kişisel verilerin yurt dışına aktarımına ilişkin bir düzenlemenin mevcut olması halinde, bu düzenlemeye göre hareket edileceğini kabul etmiştir.

Genel nitelikli kişisel veriler bakımından öngörülen kanunlarda açıkça öngörülme istisnasının sağlık ve cinsel hayata ilişkin veriler bakımından düzenlenmemiş olması gerçeği karşısında kanunlarda yurt dışına aktarılabileceği belirlenen sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin akıbetinin ne olacağı sorusu akla gelebilecektir. Kanaatimizce diğer kişisel veriler bakımından düzenlenen kanunlarda açıkça öngörülme istisnası, sağlık ve cinsel hayata dair veriler bakımından da düzenlenmeli, bu verilerin ilgilinin açık rızası olmaksızın yurt dışına aktarılabileceği bir halin kanunlarda açıkça öngörülmesi halinde, aktarma faaliyeti doğrudan hukuka aykırı kabul edilmemeli, somut olayda diğer aktarma istisnalarının bulunup bulunmadığı irdelenerek ona göre bir kanaate varılmalıdır.

6698 sayılı Kanun, fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için veri aktarılmasının zorunlu olması halinde açık rıza aranmaksızın yurt dışına veri aktarılmasını hukuka uygun bulmaktadır. Fiziki imkânsızlıktan, kişinin yaşadığı doğal hastalık, sakatlık veyahut depresyon, sel gibi dış etkenler nedeniyle beden itibarıyla rızasını açıklayabilecek durumda olmaması; hukuki imkânsızlık olarak anlamlandırılacak ikinci halden ise kişinin hukuk sistemi karşısında ayırt etme gücüne sahip olma, ergin olma veyahut sınırlı olmama koşullarını sağlayamaması nedeniyle rızasını açıklayacak durumda olmasından bahsedilir. Örneğin sağır, dilsiz, yardıma muhtaç bir kimsenin adres bilgisinin yurt dışında yaşayan yakını ile paylaşılması durumunda hukuka uygun bir veri aktarım faaliyetinden bahsedilebilecektir.

<sup>80</sup> İlgili duyuru için bkz.: "Yurtdışına Veri Aktarımı Kamuoyu Duyurusu", <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6828/YURTDISINA-VERI-AKTARIMI-KAMUOYU-DUYURUSU> (Erişim: 29 Ocak 2021).

6698 sayılı Kanun bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması halinde açık rıza aranmaksızın yurt dışına veri aktarılmasını hukuka uygun bulmaktadır. Bu anlamda örneğin, Türkiye’de faaliyet gösteren bir şirket, Almanya’da faaliyet gösteren bir şirket ile ortaklaşa yaptığı bir köprü projesi kapsamında kendi firmasına ait mühendis, muhasebeci, sair çalışan bilgilerini şirket ile işin yapılmasına özgü ve işin yapılmasıyla ilgili olarak aktarabilecek, bu aktarma da hukuka uygun addedilebilecektir. Türkiye’de birçok işletme, yurt dışında bulunan şirketlerle ortak iş yapıyor olmasından mütevellit ilgili istisna kapsamında, iş yaptıkları şirketlerin bulunduğu ülkelere sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmek üzere veri aktarabilecektir.

6698 sayılı Kanun, veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için veri işlemenin zorunlu olması halinde açık rıza aranmaksızın yurt dışına veri aktarılmasını hukuka uygun bulmaktadır. Veri sorumlularının hukuki yükümlülükleri, kanundan, yönetmeliklerden, sair yasal mevzuattan ve uluslararası mevzuattan doğabileceği gibi, ilgili kişilerle aralarında akdedilen sözleşmelerden doğabilir. Örneğin, bir veri sorumlusunun iş yaptığı yabancı merkezli kuruluşlarla arasındaki veri aktarım faaliyetlerine 2016/679 sayılı Tüzük’ün uygulanabilmesi muhtemeldir. Bu durumda veri sorumlusunun ayrıca Tüzük gereği aydınlatma yükümlülüğü doğmaktadır. Bu gibi durumda yükümlülüğünü yerine getirmek üzere veri aktaran veri sorumlusunun bu faaliyeti hukuka uygun addedilebilecektir.

6698 sayılı Kanun, aktarılacak olan verinin ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması halinde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın yurt dışına veri aktarılmasını hukuka uygun bulmaktadır. Bir kişi verilerini kendisi alenileştiriyorsa, esasında bu verilerin işlenmesine rıza vermiş sayılabilir. Ancak burada zımnî rızanın kabul edilmediğinden hareketle, alenileştirmenin açık rızanın unsurlarını karşılayacak şekilde cereyan etmesi aranacaktır.

Nitekim bu hususta Kurul verdiği bir kararda<sup>81</sup>, alenileştirme ilkesi gereğince, ilgili kişinin kendisi tarafından kamuoyuna açıklanmış olan kişisel verilerinin işlenebileceğine ancak burada alenileştirme iradesinin ne olduğuna bakılması gerektiğine, bir kişinin kişisel verisinin herkesin görebileceği bir yerde olmasının tek başına alenileştirme sayılamayacağına, açık bir alenileştirme durumunda kişisel verinin alenileştirme amacı kapsamında kullanılması gerektiğine, somut olayda, alenileştirme bulunuyor olsa dahi ilgili kişinin reklam faaliyetleriyle ilgili kişisel verilerini alenileştirmediğine kanaat getirerek, somut olayda işlenen kişisel verilere yönelik olarak ilgili kişinin açık rızasının alınmadığına, açık rızanın aranmadığı diğer hallerin ise bulunmadığına, bu nedenle veri sorumlusu hakkında idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir. Kanaatimizce bu karar yerinde olup bir kişinin alenileştirdiği veriler bakımından, alenileştirme amacı dışında bir işleme faaliyetinde bulunulmamalıdır. Bu anlamda örneğin kamu kurumuna girişte HES kodunu danışma ile paylaşan kişinin HES kodu yalnızca riskli olup olmadığının belirlenmesinde kullanılacak olup açık rızası olmadan bu verisi başka bir birime aktarılamayacaktır.

<sup>81</sup> Kurul, 2020/67 sayılı, 27.01.2020 tarihli karar için bkz.: <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6718/2020-67> (Erişim: 29 Ocak 2021).



6698 sayılı Kanun, bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması halinde açık rıza aranmaksızın yurt dışına veri aktarılmasını hukuka uygun bulmaktadır. Kanun lafzından ve kanun tasarısı gerekçesinden anlaşıldığı kadarıyla burada belirtilen hakkın veri sorumlusuna ait bir hak olduğu kanaatine varılacaktır. Bu anlamda örneğin, yurt dışında bir ülkede ihlal edilen hakkı nedeniyle yetkili yurt dışı yer mahkemesinde dava açacak şirketin, yurt dışında açacağı dava için yurt dışına veri aktarması durumunda bu veri aktarımını hukuka uygun addedebilecektir.

6698 sayılı Kanun, ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması halinde açık rıza aranmaksızın yurt dışına veri aktarılmasını hukuka uygun bulmaktadır.<sup>82</sup> Kanunlara uygunluk anlamına gelen “meşruluk” geniş bir kavram olup, bu nedenle “meşru menfaat” kavramının dar yorumlanması gerekmektedir.<sup>83</sup> Kanun bu hüküm yönünden, kişisel verilerin korunması hakkı olan ilgili kişiyle, meşru menfaati olan veri sorumlusunun menfaati arasındaki yarışta, ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla veri sorumlusunun menfaatine üstünlük tanınmasını kabul etmiştir.<sup>84</sup> İlgili yönde Kurul, otomotiv sektöründe faaliyet gösteren veri sorumlusu tarafından reklam/bilgilendirme amaçlı gönderilen bir kısa mesaj hakkında ilgili kişinin şikâyeti üzerine başlattığı inceleme sonucunda ilgili istisnaya dayanan veri sorumlusu hakkında meşru menfaatin ne olduğunu açıklamadığına ve bu menfaat ile kişilerin temel hak ve özgürlükleri arasında bir denge testi uygulanıp uygulanmadığına ilişkin herhangi bir açıklamada da bulunmadığına, bu nedenle kişisel verilerin yurt dışına aktarılması bakımından geçerli bir meşru menfaatin bulunduğu kanaatine varılmadığına karar vermiştir.<sup>85</sup> Görüldüğü üzere Kurul, kanaatimizce yerinde olduğu üzere, meşru menfaatin olması halinde yurt dışına ilgilinin açık rızası olmaksızın veri aktarılabilmesi için meşru menfaatin ne olduğu, bu menfaatin temel hak ve özgürlüklere ne derecede etki ettiği hususlarının denge testi uygulanmak suretiyle belirlenmesini, buna göre kişisel verinin yurt dışına aktarımının hukuka uygun veya aykırı addedileceğini kabul etmiştir.

### **b. Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İlgilinin Açık Rızası Olmaksızın Yurt Dışına Aktarılması**

6698 sayılı Kanun’un 9’uncu maddesi gereğince özel nitelikli kişisel veriler, aynı kanunun 6’ncı maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen hallerden birinin varlığı halinde ilgili kişinin açık rızası olmaksızın yurt dışına aktarılabilir.

Kanunda özel nitelikli kişisel veriler tahdidi olarak belirlenmiş olup, bu verilerin ilgilinin açık rızası aranmaksızın yurt dışına aktarılması sağlık ve cinsel hayata ilişkin özel nitelikli kişisel veriler ve diğer özel nitelikli kişisel veriler arasında ayırım yaparak belirlenmiştir.

<sup>82</sup> Benzer yönde hükümler, 95/46 sayılı Direktif’in 7/2-f ve 2016/679 sayılı Tüzük’ün 6/1-f madde hükümleriyle de ihdas edilmiştir.

<sup>83</sup> Küzeci, *a.g.e.*, s. 347; Taştan, *a.g.e.*, s. 174.

<sup>84</sup> Taştan, *a.g.e.*, s. 173.

<sup>85</sup> Kurul, 2020/559 sayılı, 22.07.2020 tarihli karar için bkz.: <https://kvkk.gov.tr/Icerik/6790/2020-559> (Erişim: 29 Ocak 2021).

Buna göre, aktarılabilecek verinin, sağlık ve cinsel hayata ilişkin veriler dışındaki özel nitelikli kişisel verilerden olması halinde, bu verilerin ilgilinin açık rızası olmaksızın yurt dışına aktarılabilmesi için şu şartlar birlikte bulunmalıdır:

- Kişilerin ırkına, etnik kökenine, siyasi düşüncelerine, felsefi inançlarına, dinine, mezhebine veya diğer inançlarına, kılık ve kıyafetine, dernek, vakıf ya da sendika üyeliğine, ceza mahkûmiyetine ve hakkında uygulanan güvenlik tedbirlerine veya biyometrik ve genetik özelliklerine dair bir veri olması,

- Bu verilerin açık rıza aranmaksızın aktarılabilmesine dair bir hükmün kanunlarda açıkça öngörülmesi ve

- Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınmış olması.

Aktarılabilecek verinin, kişilerin sağlık ve cinsel hayatına ilişkin bir veri olması halinde ise bu verilerin ilgilinin açık rızası olmaksızın yurt dışına aktarılabilmesi için şu koşullar birlikte bulunmalıdır:

- Kişilerin sağlığına veya cinsel hayatına dair bir kişisel verinin olması,

- Bu verinin sır saklama yükümlülüğü altında bulunan bir kişi veya kuruluş tarafından aktarılması,

- Bu verinin, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amaçlarından biri dahilinde aktarılması ve

- Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınmış olması.

Bu anlamda özel nitelikli kişisel veriler bakımından ilgilinin açık rızası aranmasın Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınmasının yurt dışına aktarım için zorunlu olduğunu belirtmek gerekir.

Kurul tarafından alınan 31/01/2018 Tarihli ve 2018/10 sayılı karar ile özel nitelikli kişisel verilerin aktarılması için alınması gereken yeterli önlemler belirlenmiştir. Bu önlemler, özel nitelikli kişisel veriler için güvenlik politikası belirlenmesi, özel nitelikli kişisel verilerin aktarılması süreçlerinde yer alan çalışanların yetki, denetim ve görevlerine ilişkin sınırlamaların belirlenmesi, elektronik ve fiziksel ortamda işlenen özel nitelikli kişisel verilere ilişkin ortam güvenliğinin sağlanması, özel nitelikli kişisel verilerin aktarılmasına ilişkin özel önlemlerin belirlenmesi ve teknik ve idari tedbirler olmak üzere düzenlenmiştir. Kurul tarafından kişisel verilerin aktarılmasına ilişkin önlemlerin ayrı bir başlık altında düzenlenmesi de oldukça önemlidir. Buna göre, eğer özel nitelikli kişisel veriler aktarılabilecekse ve bu verilerin e-posta yoluyla aktarılması gerekiyorsa, şifreli olarak kurumsal e-posta adresiyle veya Kayıtlı Elektronik Posta (KEP) hesabı kullanılarak aktarılması; eğer bu veriler taşınabilir ortamlar yoluyla aktarılabilecekse, verilerin kriptografik yöntemlerle şifrelenmesi ve kriptografik anahtarın farklı ortamda tutulması; eğer veri aktarma faaliyeti farklı fiziksel ortamlardaki sunucular arasında gerçekleştiriliyorsa, sunucular arasında VPN (Sanal Özel Ağ) kullanılarak veya sFTP (Güvenli Dosya Aktarım Protokolü) yöntemiyle veri aktarımının gerçekleştirilmesi; eğer verilerin kâğıt ortamı yoluyla aktarılması gerekiyorsa evrakın çalınması, kaybolması ya da yetkisiz kişiler tarafından görülmesi

gibi risklere karşı gerekli önlemlerin alınması ve evrakın “gizlilik dereceli belgeler” formunda gönderilmesi gerekmektedir.<sup>86</sup>

Kişisel veriler aktarılırken birçok engelle, ihlalle karşılaşabilecektir. Bu engel ve ihlalleri minimize etmenin yolu Kurul tarafından belirlenen önlemlerin alınmasından geçmektedir. Ancak bu önlemler alınabilecek asgari önlemler olup aktarılabilecek verinin özellikle özel nitelikli kişisel veri olması durumunda şifreleme, gizlilik derecelendirme gibi önlemlerden başka takma ad kullanma, anonim hale getirme gibi önlemlere de başvurulabilecektir.

Verilerin hukuka uygun bir şekilde yurt dışına aktarımı aktarımın yapılmasıyla tamamlanmayan bir süreç olup, veri aktaranların sorumluluğu aktarım işleminden itibaren de devam eder. Şöyle ki veri aktaranlar, yurt dışına aktarım için kanunla belirlenen kurallara uyarak aktarım işlemini tamamladıktan sonra periyodik aralıklarla aktarımın hukuka uygunluğunu kontrol etmelidir.<sup>87</sup> Bu anlamda örneğin, yeterli korumaya sahip olduğu bildirilen bir ülkenin daha sonra Kurul tarafından yeterli korumaya artık haiz olmadığına karar verildiğinde bu ülkeye yapılan aktarım faaliyetine derhal son verilmesi gerekecektir, aksi takdirde veri aktaran doğacak veri ihlallerinden sorumlu olacaktır.

## 2. Kişisel Verilerin Aktarılabileceği Ülkede Yeterli Korumanın Bulunması

6698 sayılı Kanun uyarınca bir kişisel verinin ilgilinin açık rızası olmaksızın yurt dışına aktarılabilmesi için genel ve özel nitelikli kişisel veriler bakımından varlığı aranan işleme istisnalarında başka kişisel verilerin aktarılabileceği ülkede yeterli korumanın bulunması gerekmektedir.

6698 sayılı Kanun’un 9’uncu maddesi uyarınca yeterli korumanın bulunduğu ülkelerin, bir başka deyişle güvenli ülkelerin Kurul tarafından belirlenerek ilan edileceği düzenlenmiştir. Ancak kanunun yayımlanmasının üzerinden neredeyse beş yıl geçmiş olmasına rağmen güvenli ülke listesi hala yayımlanmamıştır. Bu hususta ilk detaylı duyurusunu 2.5.2019 tarihinde yapan Kurul, güvenli ülke listesinin henüz belirlenmediğini belirtmiş, ancak aynı duyuruda yeterli korumaya sahip ülkelerin belirlenmesinde esas alınacak kriterleri haiz bir belge de yayımlamıştır.<sup>88</sup> Buna göre bir ülkenin kişisel veri aktarımı bakımından yeterli korumaya sahip olup olmadığı belirlenirken verilerin aktarılabileceği ülke ile karşılıklılık durumuna, ilgili ülkenin mevzuatı ve uygulamasına ve bu mevzuat ve uygulamanın Türkiye ile uyumuna, veri koruma otoritelerinin yapılarına, veri aktarım sisteminin nasıl düzenlendiğine, kişisel verilerin korunması ile ilgili uluslararası anlaşma ve kuruluşlara taraf olma durumunun ne olduğuna, ilgili ülke ile Türkiye arasındaki ticaret hacmine ve diğer koşullara göre karar verileceği düzenlenmiştir.

<sup>86</sup> AYM Nurcan Belin başvurusunda, başvurusunun talep ettiği belgenin Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu tarafından “gizli” ve “kişiyeye özel” gönderilmesine karar verilmesine rağmen, idarenin ilgili belgeyi “kişiyeye özel” notu düşmeden, açık bir zarfla göndermesini kişisel verilerin açık rıza olmadan aktarılabileceği ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Bkz.: AYM, *Nurcan Belin* B. No 2014/14187, 10.1.2018 tarihli karar, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/14187> (Erişim: 21 Mart 2021).

<sup>87</sup> Aynı yönde bkz.: European Data Protection Board, “Recommendations 01/2020 on Measures that Supplement Transfer Tools to Ensure Compliance with the EU Level of Protection of Personal Data”, 10 Kasım, 2020, s. 3.

<sup>88</sup> KVKK, 2019/125 sayılı, 02.05.2019 tarihli kararı için bkz.: <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5469/-Yeterli-korumanin-bulundugu-ulkelerin-tayininde-kullanilmak-uzere-olusturulan-form-hakkindaki-02-05-2019-tarihli-ve-2019-125-sayili-Kurul-Karari> (Erişim: 29 Ocak 2021).

Nitekim aynı hususlara 6698 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin dördüncü fıkrasında da yer verilmiştir. Kurul'un yeterli korumanın bulunduğu ülkeleri belirleme ölçütlerinin asgari ölçütler olduğuna dikkat edilmelidir. Yeterli korumadaki sınır Türkiye'de mevcut kişisel verilerin korunması mevzuatına göre belirlenecektir. Ancak kanaatimizce bir ülkenin yeterli korumaya sahip olup olmadığı belirlenirken dayanak alınan 95/46 sayılı Direktif ve onun devamı olan Tüzük kararları da göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>89</sup>

KVKK güvenli ülke statüsünün karşılıklı olarak tanınmasının önemini de ortaya koyduğu 26.10.2020 tarihli duyurusunda, "yaşayan" birer doküman olarak nitelendirilebilecek yeterlilik kararlarının, periyodik gözden geçirmelere tabi tutulacağını, bu kapsamda değiştirilebileceğini, askıya alınabileceğini veya kaldırılabilirliğini belirtmiş, güvenli ülke listesi çalışmalarına devam ettiklerini bildirmiştir.

Kişisel verilerin ilgilinin açık rızası olmaksızın yurt dışına aktarılabilmesi için güvenli ülkelerin belirlenmesi oldukça önem arz etmektedir. Zira ticaret yollarının üzerinde bulunan ülkemizde, kişisel verileri işlemek ana faaliyet alanı olan birçok şirketin merkezi yurt dışında bulunmakta ve her işleme faaliyeti için ayrıca açık rızanın alınmamasından mütevellit günümüzde birçok veri hukuka aykırı bir biçimde yurt dışına aktarılmaktadır. Bu durumu engellenin yolu bir an evvel güvenli ülke listesinin yayınlanmasından, KVKK tarafından yapılacak re'sen soruşturma sayısının artırılmasından ve kanuna aykırı hareket eden işletmeler için bir yandan şikâyet portalının kolaylaştırılmasından geçmektedir.

### **3. Kişisel Verilerin Aktarılacağı Ülkede Yeterli Korumanın Bulunmaması Halinde Aranacak Şartlar**

#### **a. Genel Olarak**

6698 sayılı Kanun uyarınca bir kişisel verinin ilgilinin açık rızası olmaksızın yurt dışına aktarılabilmesi için genel ve özel nitelikli kişisel veriler bakımından varlığı aranan işleme istisnalarından başka kişisel verilerin aktarılacağı ülkede yeterli korumanın bulunmasını arayan kanun, kişisel verinin aktarılacağı ülkede yeterli korumanın bulunmaması durumunda, kişisel verilerin açık rıza olmaksızın yurt dışına aktarılabilmesi için Türkiye'deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmelerini ve buna Kurul'un izin vermesini aramaktadır.

#### **b. Veri Sorumlularının Yeterli Bir Korumayı Yazılı Olarak Taahhüt Etmeleri**

Kişisel verinin aktarılacağı yabancı ülkede yeterli korumanın bulunmaması durumunda, kişisel verilerin ilgilinin açık rızası olmaksızın yurt dışına aktarılabilmesi için Türkiye'deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmeleri gerekliliği, yazılı taahhütnamele veyahut bağlayıcı şirket kuralları (*binding corporate rules*) yoluyla sağlanabilecektir. Güvenli ülke listesinin henüz yayımlanmadığı yerde, veri sorumluları

<sup>89</sup> Avrupa Komisyonu, Tüzük kapsamında şimdiye dek Andorra, Arjantin, Kanada, Faroe Adaları, Guernsey, İsrail, Man Adası, Japonya, Jersey, Yeni Zelanda, İsviçre ve Uruguay'ın kişisel verilerin aktarılması bakımından yeterli korumayı sağladığına karar vermiştir. Bkz.: European Commission, "Adequacy Decisions", [https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions_en) (Erişim: 21 Mart 2021).

bakımından, ilgilinin açık rızası yoksa hukuka uygun bir veri aktarımı için yazılı taahhütname vermek suretiyle Kurul'un izninin alınması yoluna gidilmesinden başka çare yoktur.

### ba. Taahhütnameler

Kişisel verileri yurt dışına aktarılacak ilgili kişilerin açık rızası olmaması ve veri aktarılabilecek ülkenin yeterli korumaya sahip olmaması halinde Türkiye'deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının veri aktarımı yapabilmelerine hukuken olanak sağlayan ilk araç olan "taahhütnameler", KVKK tarafından veri sorumlusundan veri sorumlusuna ve veri sorumlusundan veri işleyene olmak üzere iki ayrı şekilde ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.<sup>90</sup>

Bu taahhütnameler ile veri aktaran olan veri sorumlusuna, 6698 sayılı Kanun'da sayılı yükümlülükler uyma, veri ihlali durumunda bunu bildirme, taahhütnameyi aktarımdan evvel Kurul'a onaylatma; kişisel veri kendisine aktarılan veri alıcısına ise (veya veri işleyen ise veri işleyene), veri aktaranın denetimine izin verme gibi veri aktarıninkine benzer yükümlülükler getirilmiş; ayrıca veri aktarana ve veri alıcısına (veya veri işleyen ise veri işleyene) işledikleri kişisel verileri, 6698 sayılı Kanun hükümlerine aykırı olarak başkasına açıklayamama ve işleme amacı dışında kullanamama şeklinde süre bakımından sınırsız bir yükümlülük getirilmiştir. Veri aktaran ve veri alıcısı tarafından karşılıklı olarak imzalanması gereken bu taahhütnameye ek olarak, ilgili kişilere, işlenen veri kategorilerine, aktarılan kişisel verilerin ilgili olduğu veri kategorilerine, veri aktarımının amaçlarına, hukuki sebebine, aktarılan kişisel verilerin paylaşılacağı alıcılara, veri alıcısı tarafından alınacak teknik ve idari tedbirlere, özel nitelikli kişisel veriler için alınan ek önlemlere, veri aktaranın sicile kayıt yükümlülüğü var ise Veri Sorumluları Sicil Bilgi Sistemi (VERBİS) bilgilerine, varsa verilerin saklanma süresi gibi ek faydalı bilgilere ve irtibat kişisi iletişim bilgilerine ilişkin bilgilere de yer verileceği düzenlenmiştir. Yurt dışına veri aktarımı bakımından veri aktaran ile veri alıcısının yükümlülükleri, veri sorumlusunun ilgili kişiyi bilgilendirme yükümlülüğü ile benzer olup 6698 sayılı Kanun gereğince veri sorumlusunun ilgili kişiye bilgilendirme yükümlülüğünün doğal bir uzantısıdır.

KVKK tarafından ayrıca yurt dışına kişisel veri aktarımında hazırlanacak taahhütnamelerde dikkat edilmesi gereken usulü ve esasi hususlar hakkında da duyuru yayınlanmıştır.<sup>91</sup> Buna göre usul bakımından, yurt dışına veri aktarımı izin başvurularında, başvuruya yetkili kişinin imzaya yetkili olduğuna dair belgelerin, yabancı dildeki belgelerin noter onaylı çevirilerinin eklenmesi ve taahhüt içeren cümlelerde gelecek zaman kipi kullanılması gerektiği gibi birçok düzenleyici kurala yer verilmiştir. Esas bakımından ise veri sorumlusunun, mevzuata uyumlu ilgili tedbirlerin alınmasından, veri işleyeni denetlemekten ve ilgili kişilerin haklarını kullanabilmesini sağlamaktan sorumlu olduğu, veri işleyenin ise veri işlemenin teknik kısımları ile ilgili faaliyette bulunacağı, bu anlamda veri sorumlusu ve veri işleyen tarafların veri aktarımında hukuki durumlarının ne olduğunun açık biçimde ortaya konulması gerektiği, açık rıza

<sup>90</sup> Bkz.: "Taahhütnameler", 9 Mart, 2020, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5255/Taahhutnameler> (Erişim: 29 Ocak 2021).

<sup>91</sup> Bkz.: "Yurt Dışına Kişisel Veri Aktarımında Hazırlanacak Taahhütnamelerde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlara İlişkin Duyuru", 7 Mayıs, 2020, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6741/YURT-DISINA-KISISEL-VERI-AKTARIMINDA-HAZIRLANACAK-TAAHHUTNAMELERDE-DIKKAT-EDILMESI-GEREKEN-HUSUSLARA-ILISKIN-DUYURU> (Erişim: 29 Ocak 2021).

şartına dayalı gerçekleştirilecek olan yurt dışı kişisel veri aktarımlarının taahhütname konusu edilemeyeceği ve taahhütnameler hazırlanırken kanunda yer alan işleme ilkelerinin gözetilmesi gerektiği hususlarına yer verilmiştir. Bu anlamda şayet veri aktaran, ilgilinin kişisel verilerini ilgilinin açık rızası ile aktaracaksa, bu hususta ayrıca taahhütname düzenleme yoluna gitmeyecektir. Veri aktarım ilkelerine ise ilgilinin açık rızası aransın veyahut aranmasın her hâlükârda uyulması gerekmektedir.

#### **bb. Bağlayıcı Şirket Kuralları**

Kişisel verileri yurt dışına aktarılacak ilgili kişilerin açık rızası olmaması ve veri aktarılabilecek ülkenin yeterli korumaya sahip olmaması halinde Türkiye'deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının veri aktarımı yapabilmelerine hukuken imkân veren, iki taraf arasında gerçekleştirilebilmesi nedeniyle ikiden fazla taraf arasında yapılacak veri aktarımları bakımından yetersiz kalan taahhütnamelerin yerine geçmek üzere bir diğer yöntem olarak, 95/46 sayılı Direktif kapsamında oluşturulan 29. Madde Çalışma Grubu'nun "Çalışma Dokümanı" kapsamında "Bağlayıcı Şirket Kuralları (*Binding Corporate Rules*)" belirlenmiştir.<sup>92</sup>

KVKK yapmış olduğu 10.4.2020 tarihli duyuruda<sup>93</sup>, Bağlayıcı Şirket Kuralları'nın, yeterli korumanın bulunmadığı ülkelerde faaliyet gösteren çok uluslu grup şirketleri için kişisel verilerin yurt dışına aktarımında kullanılan ve yeterli bir korumanın yazılı olarak taahhüt edilmesini sağlayan veri koruma kuralları olduğunu, bu kapsama giren şirketlerin, ilgili formu doldurup gerekli talimatları izleyerek kuruma, Bağlayıcı Şirket Kuralları başvurusu yapması gerektiğini belirtmiştir. Bu anlamda yurt dışına veri aktarımında bulunmak isteyen kuruluşlar yapacakları başvuruda, grup şirketleri, çalışanlar, veri işleyenler, ilgili kişinin hakları ve yasal iddialar bakımından bağlayıcılık unsurunun nasıl gerçekleştirildiğine, etkili uygulamayı sağlamak üzere çalışanlar bakımından eğitim ve farkındalık çalışmaları, şikayet mekanizması, uyumluluk denetimi ve bağlayıcı şirket kurallarının uygulanması konusunda görevli personel atamalarına ilişkin bilgilere, kurum ile koordinasyonun nasıl sağlanacağına ilişkin bilgilere, kişisel verilerin işlenmesi ve aktarılması süreçlerine, bağlayıcı şirket kuralları metni veya grubun üyeleri bakımından meydana gelen değişikliklerin bildirilmesi sistemine, veri güvenliği sistemine, hesap verilebilirliğin nasıl sağlanacağına, aktarımın yapılacağı ülkenin uluslararası sözleşmelere taraf olma durumuna, verinin aktarılacağı ülkedeki mevzuatın ve uygulamanın durumuna ilişkin bilgilere ve Bağlayıcı Şirket Kuralları'na ilişkin KVKK tarafından belirlenen diğer genel düzenleyici hükümlere yer verecektir.

KVKK tarafından belirlenen Bağlayıcı Şirket Kuralları dokümanları oldukça kapsayıcı ve detaylı hazırlanmış içeriklerdir. Kanaatimizce henüz güvenli ülke listesinin de yayınlanmamış olması göz önünde bulundurularak KVKK tarafından, bu dokümanları daha anlaşılabilir

<sup>92</sup> Bkz.: Article 29 Working Party, "Working Document Setting Up a Table with the Elements and Principles to be Found in Binding Corporate Rules", 28 Kasım, 2017.

<sup>93</sup> Bkz.: "Bağlayıcı Şirket Kuralları Hakkında Duyuru", 10 Nisan, 2020, <https://www.kvkk.gov.tr/Ice-rik/6728/YURT-DISINA-KISISEL-VERI-AKTARIMINDA-BAGLAYICI-SIRKET-KURALLARI-HAK-KINDA-DUYURU> (Erişim: 29 Ocak 2021).

ve uygulanabilir kılacak rehberler hazırlanması ve başvuru bilgileri anonimleştirilmek suretiyle emsal başvurulara yer verilmesi gerekmektedir.

### **bc. Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun İzin Vermesi**

6698 sayılı Kanun uyarınca, veri sorumlularının, ilgilinin açık rızası olmaksızın yurt dışına veri aktarabilmeleri için taahhüt ettikleri kurallar bakımından ister bağlayıcı şirket kuralları şeklinde ister karşılıklı yazılı taahhütname şeklinde düzenlensin, bu kuralların Kurul tarafından uygun bulunmaları gerekmektedir.

Nitekim 6698 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca Kurul, yabancı ülkede yeterli koruma bulunup bulunmadığı bakımından olduğu gibi Türkiye'deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmeleri halinde taahhütname veya bağlayıcı şirket kuralları şeklinde kendini gösteren bu başvurular nezdinde yurt dışına veri aktarımına izin verilip verilmeyeceğine dikkate alınacak hususları belirlemiştir. Buna göre Kurul, izin verilip verilmemesi noktasında, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri, kişisel veri talep eden ülke ile Türkiye arasında karşılıklılık durumu, her somut kişisel veri aktarımına ilişkin olarak, kişisel verinin niteliği ile işleme amaç ve süresini, kişisel verinin aktarılacağı ülkenin konuyla ilgili mevzuatı ve uygulanmasını ve kişisel verinin aktarılacağı ülkede bulunan veri sorumlusu tarafından taahhüt edilen önlemleri değerlendirerek ve ihtiyaç duyarsa ilgili kurum ve kuruluşların görüşünü de alarak karar verecektir. Uluslararası sözleşme hükümleri saklı kalmak üzere, Türkiye'nin veya ilgili kişinin menfaatinin ciddi bir şekilde zarar görebileceği bir durum öngörülmesi durumunda ise Kurul ancak ilgili kamu kurum veya kuruluşunun görüşü alınmak suretiyle aktarıma izin verebilecektir. Örneğin, bir hastanenin kişilerin AIDS hastası olduklarına dair hasta kayıtlarını daha iyi bir tedavi amacıyla yurt dışında bulunan bir araştırma merkezine aktaracak olması ihtimalinde, kişilerin AIDS olduğuna dair verilerinin açıklanması halinin kişilerin fişlenmesine yol açabilecek olması nedeniyle ilgili veri aktarım başvurusunda Sağlık Bakanlığı'nın görüşünün alınması yerinde bir karar olacaktır.

Kurul, içinde bulunduğumuz Mart 2021 dönemine dek 9.2.2021 ve 4.3.2021 tarihlerinde olmak, biri TEB Arval Araç Filo Kiralama Anonim Şirketi<sup>94</sup>, diğerleri ise Amazon Turkey Perakende Hizmetleri Ltd. Şti. ve Amazon Turkey Yönetim Destek Hizmetleri Ltd. Şti.<sup>95</sup> olmak üzere yalnızca üç veri sorumlusu bakımından yurt dışına veri aktarımı izni vermiştir. Kanunun yürürlük tarihi üzerinden nerdeyse beş yıl geçmiş olması gerçeği karşısında bu sayılar oldukça düşük olup Kurul'un yurt dışına veri aktarımı hususunda incelemelerini hızlandırıp sonuçlandırması gerekmektedir.

## **SONUÇ**

Kişisel veriler, bir kişinin var olmasıyla birlikte var olur, kişinin yaşayışı ile birlikte çeşitlenir ve kişiyle bir bütün olur. Bugün kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliği

<sup>94</sup> Bkz.: "Taahhütname Başvurusu Hakkında Duyuru", 9 Şubat, 2021, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6867/TA-AHHUTNAME-BASVURUSU-HAKKINDA-DUYURU> (Erişim: 10 Mart 2021).

<sup>95</sup> Bkz.: "Taahhütname Başvurusu Hakkında Duyuru", 4 Mart, 2021, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6898/TA-AHHUTNAME-BASVURUSU-HAKKINDA-DUYURU> (Erişim: 10 Mart 2021).

kapsamında değerlendirilirken, özel hayatın gizliliği hakkı kapsamından dışarı çıkmış, gelişen teknoloji ve internetin etkisiyle bağımsız bir hak alanı olarak veri koruma hukuku alanına yerleşmiştir. Türkiye’de de 6698 sayılı Kanun’un ihdasıyla münhasır bir düzenlemeye kavuşan kişisel veriler, üzerinde depolamadan, silmeye, birleştirmeden yaymaya kadar birçok eylemin gerçekleştirilebileceği veriler olup bu eylemlerden birini de çalışmamızı hasrettiğimiz kişisel verilerin yurt dışına aktarılması oluşturur.

Türk hukukunda kişisel verilerin yurt dışına aktarılması, “kişisel verilerin işleme şartları” başlıklı beşinci maddeden bağımsız olarak 6698 sayılı Kanun’un 9’uncu maddesinde düzenlenmiştir. Ancak kişisel verilerin aktarılması da kişisel verilerin işleme yöntemlerinden biri olup mahiyeti itibariyle ek tedbir ve yükümlülükler gerektirmesi nedeniyle kanunda bağımsız bir madde olarak düzenlenmiştir. Kanaatimizce bu ayırım aktarımın özel koşulları olması nedeniyle yerinde olup 95/46 sayılı Direktif (m.25) ile de uyumludur.

Türk hukukunda yurt dışına veri aktarımı, birçok yönden soruna yol açmaktadır. Bu sorunları ilgilinin açık rızası bağlamında detaylandırmak gerekmiştir. Şöyle ki 6698 sayılı Kanun kapsamında kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasını hukuka uygun kılan iki yöntem vardır. Bunlardan biri, ilgili kişinin açık rızasıdır. Diğeri ise ilgilinin açık rızasının yokluğunda aranır ki bu halde şirketler ya yeterli korumaya sahip bir ülkeye aktarım yapmalı ya da yeterli korumayı yazılı olarak taahhüt etmeli ve Kurul’un iznini almalıdır.

İlk sorun kendisini, ilgilinin açık rızası noktasında göstermektedir. Bilindiği üzere, açık rızadan maksat, ilgili kişinin eylemleri bir ifadesidir. Bu anlamda özellikle tıbbi tedaviler noktasında hastanın tedavi ihtiyacının karşılanması amacıyla zımni rızaya geçerlilik kazandırılması düşünülebilir. Ancak bu hususta, kanaatimizce somut olayda zımni rızadan öte hastanın aktif bir eylemi her hâlükârda aranmalı, aksi durumda aktarma faaliyeti hukuka aykırı kabul edilmelidir. Bir diğer ihtilaflı nokta ise kendisini veri sorumlusu ile ilgili kişi arasındaki güç dengesinin verileri aktarılacak olan ilgili kişi aleyhine bozulduğu durumlarda gösterir. Örneğin, çok uluslu bir şirkette çalışan bir kimsenin yaptığı iş sözleşmesi ile verilerinin çalıştığı şirketin başka ülkelerdeki departmanlarıyla paylaşılmasına baştan onay verdiği düşünülebilir. Ancak daha evvel de belirttiğimiz gibi torba rızalar hukuken geçerli bir rızayı içermez. Bu anlamda tarafların işçi-işveren, öğretmen-öğrenci, devlet-birey gibi güç dengesinin bir diğeri aleyhine bozulduğu durumlarda, yurt dışına veri aktarımı yönünde verilen rızanın özgürce verilir verilmeyeceği daha hassas değerlendirilmelidir.

Açık rıza yönünden başka bir ihtilaflı nokta ise ilgilinin açık rızasına esas aktarım amacı noktasında kendini gösterebilir. Şöyle ki aktarım işlemine esas birden fazla amaç olabilir veya veri aktarımıyla güdülen amaç sonradan değişebilir. Kanaatimizce, ilk halde veri aktaran, aktarıma esas birden fazla amaç varsa her bir amaç için ilgili kişiyi aydınlatma yükümlülüğü kapsamında bilgilendirmelidir. İkinci halde ise ilk amaç ile sonraki amaç arasında bir hakkaniyet değerlendirmesi yapılarak bu iki amacın farklı olup olmadığına göre hareket edilecektir. Bu anlamda sonraki amaç ile ilk amaç arasında organik bir bağ varsa, diğer bir deyişle birbirleriyle bağdaşıyorlarsa, bu amaçların farklı değil, ortak amaç olduğu kanısına varılacak ve sonraki amaç için veri aktaranın yeniden açık rıza almasına gerek olmadığına karar verilecektir. Diğer



yandan sonraki amacın (örneğin, A adlı psikiyatrin danışan bilgilerini reklam amacıyla paylaşması), ilk amaç (örneğin, A adlı psikiyatrin randevu amacıyla danışan bilgilerini işlemesi) ile bağdaşmaması halinde veri aktaranın, ilgili kişiden sonraki amaç için de açık rıza alması gerekecektir.

İlgilinin açık rızasının olmadığı hallerde kişisel verilerin yurt dışına aktarımı meselesi ise çok daha çetrefillidir. İlgili kişinin açık rızasının olmadığı hallerde veri aktaracak olanlar, 6698 sayılı Kanun ile genel ve özel nitelikli kişisel veriler bakımından belirlenen işleme istisnalarından birine dayanmalıdır. Ancak bu tek başına yeterli olmayıp ayrıca verinin aktarılacağı ülkede yeterli korumanın bulunması, bir başka deyişle o ülkenin Kurul tarafından yayınlanacak olan güvenli ülke listesinde olması gerekir. Ancak bu güvenli liste, kanunun yayımlanmasının üzerinden beş yıl geçmesine rağmen Kurul tarafından hâlâ yayınlanmamıştır. Bu eksiklik de veri aktaranların hukuka uygun olarak yurt dışına veri aktarabilmesi imkanlarını daraltmaktadır. Nitekim uygulamada birçok şirket hukuka aykırı bir biçimde yurt dışına veri aktarmaktadır. Kurul tarafından verilen kararlar incelendiğinde yurt dışına veri aktarımıyla ilgili ihlal kararlarının oldukça az olduğu gözlemlenmektedir. Kanaatimizce güvenli ülke listesinin düzenlenmesi şeklindeki eksiklik, Kurul'a yapılan taahhütname başvuruları sonucunda başvurular kabul edilse dahi, başvurudan önce yapılan aktarımları hukuka uygun hale getirmemektedir. Bu da Kurul'ca geciktirilen düzenlemeler eliyle hukuka aykırı bir veri koruma düzenine hizmet etmektedir. Bu nedenlerle anılan eksikliğin bir an evvel giderilmesi ve Türkiye'de yapılan aktarım faaliyetlerinin yasal düzleme oturtulması gerekmektedir.

6698 sayılı Kanun uyarınca, yurt dışına veri aktarmak isteyen veri sorumluları, kişisel verileri aktarılacak kişilerin açık rızalarının ve verilerin aktarılacağı ülkede yeterli korumanın da bulunmaması hallerinde, verilerin aktarılacağı ülkede yeterli bir şekilde korunacağı hususunu veri alıcısı taraf ile birlikte taahhüt etmeli ve Kurul da taraflara ilgili taahhütname doğrultusunda veri aktarımı için izin vermelidir. Veri aktaracak taraf ile verilerin aktarılacağı taraf ikiden fazla ortak işletmeli kuruluşlar ise ilgili taahhüdü çok taraflı düzenlenebilecek olan "bağlayıcı şirket kuralları" ile de verebileceklerdir. Kurul tarafından belirlenen taahhütname ve bağlayıcı şirket kuralları içerikleri, dayanak 95/46 sayılı Direktif kapsamında oluşturulan 29. Madde Çalışma Grubu'nun yayınladığı metinlerle benzerdir. Ancak kanaatimizce şirketlerin, ilgilinin açık rızası dışında yurt dışına veri aktarabilmesine cevaz veren taahhütname ve bağlayıcı şirket kurallarının içeriği, Kurul tarafından yayınlanan dokümanlarla değil yasal bir metinle düzenlenmelidir. Kurul tarafından ise taahhütname ve bağlayıcı şirket kurallarının düzenlenmesiyle ilgili kurallar uygulama rehberleri aracılığıyla açığa kavuşturulmalı, bu anlamda Kurul'a yapılan taahhütname ve bağlayıcı şirket kurallarına izin başvuruları sürüncemede bırakılmaksızın sonuçlandırılmalı, verilen kararlar ise kişisel veriler gizlenmek suretiyle halka açık bir şekilde yayınlanmalıdır.

Kişisel verilerin yurt dışına aktarılması, teknoloji ve küresel ekonominin gelişimiyle aynı yönde ilerleyen ve önemi artan bir konudur. Bu anlamda 6698 sayılı Kanun'un kişisel verilerin yurt dışına aktarılması bakımından daha çok işlerlik kazanması adına başta KVKK'ya birçok görev düşmektedir. KVKK bu yönde farkındalık çalışmalarını arttırmalı, kişisel verilerin ihlalleriyle ilgili denetim sistemini güçlendirmeli, bu anlamda özellikle ana faaliyet alanı yurt

dışında bulunan işletme ve pazarlara araç, ürün, malzeme temini olan şirketler üzerinde Kurul'un re'sen incelemelerde bulunmasını sağlamalı, bir yandan da kamu kuruluşlarını ve ticari işletmeleri kişisel verilerin yurt dışına aktarılması yolunda kanunda arandığı şekilde yasal süreçleri işletebilmeleri için periyodik olarak bilgilendirmelidir. Münhasır bir kanun düzenlemesi yapılması yolunda geç kalınan Türk hukukunda, belirttiğimiz hususlarla birlikte 6698 sayılı Kanun'un kabul tarihinden hemen sonra, 95/46 sayılı Direktif'i ilga etmek üzere ihdas edilen 2016/679 sayılı Tüzük doğrultusunda da güncelleme yapılmalıdır. Bu anlamda veri aktarımlarında özellikle önem arz edecek tasarımla, varsayılan ayarlarla veri koruma gibi veri güvenliği vasıtalarına, çocukların verilerinin aktarılması ile ilgili özellikli hususlara, yukarıda belirttiğimiz gibi taahhütnamelere, özellikle bağlayıcı şirket kurallarına ilişkin özel kanun hükümlerine yer verilmelidir.

**KAYNAKÇA**

- Akgül, Aydın, “Kişisel Verilerin Korunması Açısından İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Yargısal Denetimi”, Doktora Tezi, Kocaeli, 2013.
- Aksoy, Hüseyin Can, *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara: Çakmak Yayınevi, 2010.
- Anı, Nevzat Ali, “Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Açık Rıza”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.
- Article 29 Data Protection Working Party, “Opinion 15/2011 on the Definition Of Consent”, 13 Temmuz 2011, (Çevrimiçi), [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/index_en.htm) 17 Ocak 2021.
- Avcioğlu, Nur Halet, “Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması Hakkı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2018.
- Aydın, Sedat Erdem, *AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Ayözger, Ayşe Çiğdem, “Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin Korunması”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2016.
- Başalp, Nilgün, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.
- Boz, Ahmet, “Kişisel Verilerin Korunması: Türkiye, ABD ve AB Örnekleri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014.
- Çekin, Mesut Serdar, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Dinkci, Fatih, “Kişisel Verilerin Korunmasında Uluslararası Düzenlemeler ve Türkiye Örneği”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Samsun, 2014.
- Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan, *Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku, C.II*, 19.Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018.
- Dülger, Murat Volkan, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, İstanbul: Hukuk Akademisi, 2019.
- Erdinç, Göksu Hazar, “Bilgi Güvenliği, Kişisel Verilerin Korunması ve Biyometrik Verilerin İşlenmesine İlişkin Öneriler”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017.
- European Union Agency for Fundamental Rights/ Council of Europe, *Handbook on European Data Protection Law*, Lüksemburg, Publications Office of the European Union, 2018.
- GDPR, “Conditions for Consent”, Recital 32, (Çevrimiçi), <https://gdpr-info.eu/recitals/no-32/> 29 Ocak 2021.
- GDPR, “Principles of Data Processing”, Recital 39 (Çevrimiçi) <https://gdpr-info.eu/recitals/no-39/> 29 Ocak 2021.
- Henkoğlu, Türkay, “Hassas Bilgi Varlıklarının ve Kişisel Verilerin Hukuksal Düzenlemeler ile Korunması ve Bu Kapsamda Üniversiteler İçin Bilgi Güvenliği Politikasının Geliştirilmesi”, Doktora Tezi, Ankara, 2015.
- Henkoğlu, Türkay / Yılmaz, Bülent, “Avrupa Birliği (AB) Bilgi Güvenliği Politikaları -European Union (EU) Information Security Policies”, *Türk Kütüphaneciliği Dergisi*, C.XXVII, No:3, 2013, s. 451-471.
- Information Commissioner’s Office (ICO), “Guide to Data Protection”, 07 Temmuz 2017 [http://www.inf.ed.ac.uk/teaching/courses/pi/2017\\_2018/PDFs/guide-to-data-protection-2-9.pdf](http://www.inf.ed.ac.uk/teaching/courses/pi/2017_2018/PDFs/guide-to-data-protection-2-9.pdf) 18 Ocak 2021.
- Kişisel Verileri Koruma Kurumu, “Kişisel Veri Güvenliği Rehberi (Teknik ve İdari Tedbirler)”, Ankara: *KVKK Yayınları*, 2018, (Çevrimiçi), [https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/veri\\_guvenligi\\_rehberi.pdf](https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/veri_guvenligi_rehberi.pdf) 29 Ocak 2021.
- Küçük, Tevfik Sönmez, “Kişisel Verilerin Korunması Hakkı Çerçevesinde Kamuya Açık Alanların Kamu Tüzel Kişileri Tarafından Video Kamera Aracılığı İle Önleyici Amaçla İzlenmesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XV, No:1, 2018, s.49-87.
- Küzeci, Elif, *Kişisel Verilerin Korunması*, 3.Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Şimşek, Oğuz, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara: Beta Yayınevi, 2008.
- Lambert, Paul B., *The Data Protection Officer: Profession, Rules, and Role*, New York, CRC Press Taylor & Francis Group, 2017.

- Lambert, Paul B., *Understanding the New European Data Protection Rules*, New York, CRC Press Taylor & Francis Group, 2018, (Lambert, Data Protection Rules).
- Mason, John, “VPN Beginner’s Guide”, 26 Şubat 2019, (Çevrimiçi), <https://thebestvpn.com/what-is-vpn-beginners-guide/> 29 Ocak 2021.
- Özdemir, Hayrunnisa, “Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması”, Doktora Tezi, Ankara, 2009.
- Privacy International, “The Keys to Data Protection: A Guide for Policy Engagement on Data Protection”, Birleşik Krallık, 2018, (Çevrimiçi), <https://privacyinternational.org/sites/default/files/2018-09/Data%20Protection%20COMPLETE.pdf> 17 Ocak 2021.
- Raul, Alan Charles, “Global Overview”, *The Privacy, Data Protection and Cybersecurity Law Review*, Ed. Alan Charles Raul, 4.Baskı, Londra, Law Business Research Ltd, 2017.
- Room, Stewart, *Data Protection and Compliance: in Context*, Birleşik Krallık, British Informatics Society Limited, 2007.
- Sarıusta, Kader, “Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep, 2018.
- Taştan, Furkan Güven, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- United Nations General Assembly, “Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files (Bilgisayarla İşlenen Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeleri)”, 14 Aralık 1990, (Çevrimiçi), <https://www.refworld.org/pdfid/3ddcafaac.pdf> 12 Ocak 2021.
- Uygun, Murat, “Avrupa Birliğinin 95/46 Sayılı Veri Koruma Yönergesi Işığında Kişisel Verilerin Korunması”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.
- Voigt, Paul / Bussche, Axel Von Dem, *The EU General Data Protection Regulation(GDPR):A Practical Guide*, Almanya, Springer International Publishing, 2017.
- Yılmaz, Sabire Sanem, “Tıp Alanında Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Verilmesinin Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi (Sır Saklama Yükümlülüğü Kapsamında)”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014.
- <https://eur-lex.europa.eu> 8 Ocak 2021.
- <https://www.echr.coe.int/> 8 Ocak 2021.
- <https://www.kvkk.gov.tr/> 29 Ocak 2021.
- <https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/answering-your-questions-about-whatsapps-privacy-policy> 29 Ocak 2021.
- [https://en.wikipedia.org/wiki/File\\_Transfer\\_Protocol](https://en.wikipedia.org/wiki/File_Transfer_Protocol) 29 Ocak 2021.
- <https://www.techopedia.com/definition/1879/secure-file-transfer-protocol-sftp> 29 Ocak 2021.
- <https://rm.coe.int/> 29 Ocak 2021

Geliş Tarihi | Received: 15.03.2021

Kabul Tarihi | Accepted: 07.04.2021

Yayın Tarihi | Published: 30.04.2021

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.  
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

## OECD MODEL ANLAŞMASI KAPSAMINDA ŞOV SANATÇILARININ VE SPORCULARIN ELDE ETTİĞİ GELİRLERİN ÇİFTE VERGİLENDİRİLMESİNİN ÖNLENMESİ VE TÜRKİYE ÖRNEĞİ

### THE PREVENTION OF DOUBLE TAXATION OF THE INCOME OF ENTERTAINERS AND SPORTSPERSONS UNDER THE OECD MODEL CONVENTION AND THE CASE OF TURKEY

Muhammed Hakan Okçu\*

#### ÖZ

Bir vergi mükellefinin aynı vergi konusu üzerinden, bir vergilendirme dönemi içerisinde, birden çok defa vergilendirilmesi durumunda çifte vergilendirme meydana gelmektedir. Birden fazla devletin vergilendirmede farklı yöntemleri benimsemeleri sonucunda çifte vergilendirme, uluslararası alanda da ortaya çıkabilir. Uluslararası alanda ortaya çıkan çifte vergilendirme, ekonomik ve kültürel etkileşimi olumsuz yönde etkilemektedir. Bu durum uluslararası alanda elde edilen bütün gelirlerle ilgili olduğu gibi şov sanatçılarının ve sporcuların faaliyetleri sonucunda elde edilen gelirlerle de yakından ilişkilidir. Öyle ki şov sanatçıları ve sporcular mesleki faaliyetleri gereği sıklıkla mukimi olmadıkları farklı ülkelerde gelir elde edebilirler. Elde edilen bu gelirlerin hangi ülkenin vergilendirme yetkisi alanında olduğu hem uluslararası vergi hukuku hem de uluslararası ekonomi açısından önemli bir sorundur. Bu sorunun çözümü noktasında OECD Model Anlaşması'nın "Şov Sanatçıları ve Sporcular" başlıklı 17'nci maddesi önemli bir rol oynamaktadır. Türkiye'nin de aralarında bulunduğu birçok ülke kendi aralarında akdedilen çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarında OECD Model Anlaşması'nı esas almaktadır. Buna göre devletler akdedilen ikili anlaşmalarda, şov sanatçılarının ve sporcuların hangi durumlarda ne şekilde vergilendirileceklerini kendi çıkarları doğrultusunda ve çifte vergilendirme doğurmayacak şekilde düzenleyebilir. Çalışmada; şov sanatçılarının ve sporcuların vergilendirilmesi OECD Model Anlaşması kapsamında incelenmiş, ayrıca Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmalara ve idarenin görüşlerine yer verilmiştir.

**Anahtar Kelimeler** Şov Sanatçıları ~ Sporcular ~ Çifte Vergilendirmeyi Önleme ~ Vergilendirme Yetkisi ~ OECD Model Anlaşması

\* Araştırma Görevlisi, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı.

0000-0002-6361-1576 m.hakanokcu@hotmail.com



Bu eser Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.  
This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

## ABSTRACT

Double taxation occurs when a taxpayer is taxed more than once within a taxation period over the event that gives rise to the same tax. As a result of the adoption of different methods of taxation by more than one state, double taxation can also occur in the international arena. Double taxation emerging in the international arena negatively affects the economic and cultural interaction. This situation is closely related to the income generated as a result of the activities entertainers and sportspersons as well as all the incomes obtained in the international arena. So much so that entertainers and sportspersons can earn income in different countries where they are not often resident due to their professional activities. Which country is in the area of taxation authority of these incomes is an important problem in terms of both international tax law and international economy. Article 17 of the OECD Model Convention titled “Entertainers and Sportspersons” plays an important role in the solution of this problem. Among the many countries which Turkey is located, it is based on the OECD Model Convention on double taxation avoidance agreement they had signed among themselves. Accordingly states; In the signed bilateral agreements, it can regulate the taxation of entertainers and sportsperson in which situations and how they will be taxed in line with their own interests and in a way that does not cause double taxation. In the study; Taxation of entertainers and sportspersons have been examined under the OECD Model Convention is also given to the views of the administration and the agreements signed by Turkey.

**Keywords** Entertainers ~ Sportspersons ~ Prevention of Double Taxation ~ Authorization of Taxation ~ OECD Model Conventi

## GİRİŞ

Günümüzde öne çıkan en önemli sosyoekonomik gerçeklerden birisi hiç şüphesiz küreselleşmedir. Küreselleşme, farklı ülke vatandaşları arasındaki kültürel alışveriş gibi ülkeler arası ekonomik etkileşimi de beraberinde getirmektedir. Öyle ki uluslararası alanda mal, servet ve iş gücü dolaşımının artmasıyla beraber ülkeler arası ekonomik ilişkilerin giderek genişlemesi ve birbiriyle bağlantılı hale gelmiş olması, küreselleşmenin uluslararası alandaki ekonomik etkisinin bir sonucudur.<sup>1</sup> Bu ilişkinin detaylanması ve bununla beraber karmaşık bir yapı alması, kendi *mali sınırlar*<sup>2</sup> içinde vergilendirme yetkisine sahip olan devletler arasında birtakım ihtilafları da beraberinde getirmiştir. Bu ihtilafların başında gelirlerin ve servetlerin (sermayelerin) çifte vergilendirmesi sorunu gelmektedir.

**Çifte vergilendirme;** bir mükellefin aynı vergi konusu üzerinden, aynı vergilendirme döneminde, birden çok defa vergilendirilmesi durumudur.<sup>3</sup> Birden fazla devletin vergilendirme yetkileri, konusu ve yükümlüsü aynı olan vergiler üzerinde çakışabilir. Bu durum da **uluslararası çifte vergilendirmeyi** meydana getirir.<sup>4</sup> Bu şekilde meydana gelen çifte vergilendirme sorunu, uluslararası alanda ekonomik etkileşimin ve küreselleşmenin önündeki en büyük engellerden birini teşkil etmektedir.

Devletler, uluslararası çifte vergilendirme sorununu ortadan kaldırmak (en azından kayda değer derecede etkilerini azaltmak) için farklı yöntemler benimseyebilirler. Bu yöntemler arasında en önemlilerinden birisi de devletler arasında akdedilen uluslararası **çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarıdır**. Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması kısaca; taraf devletlerin vergi mevzuatlarındaki hükümlerin birbiriyle çakışmasından dolayı ortaya çıkan çifte vergilendirmenin önüne geçme amacı taşıyan, çakışma kurallarının belirlendiği, karşılıklı (iki taraflı) hukuki işlemlerdir.<sup>5</sup>

Kimi bakımdan daha yakın zaman önce üzerinde çalışmalar yapılmaya başlandığını söyleyebileceğimiz çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları, günümüzde en çok başvurulan uluslararası vergi anlaşması türüdür. Her devlet; siyasi, ekonomik ve sosyal politikalarıyla paralel olarak diğer devletlerle çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması akdetmekte ve bu tür anlaşmaların sayısı giderek artmaktadır. Bu artış, anlaşmaların çifte vergilendirmenin yanında vergi

<sup>1</sup> Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce ve Adnan Gerçek, *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)*, 12. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2021, s. 355; Selahattin Tuncer, *Vergi Hukuku ve Uygulaması*, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2003, s. 98-99; Hüseyin Işık, *Uluslararası Vergilendirme*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 1; Ersin Nazalı, *Uluslararası Vergi Hukuku*, İstanbul: Maliye Hesap Uzmanları Derneği, 2015, s. 209.

<sup>2</sup> "Bir ülkenin mali sınırları gümrük sınırlarına eşittir. Gümrük sınırları açısından, ülkenin coğrafi sınırları içinde bulunan serbest bölge, serbest liman ve antrepolar ülke dışı sayılır." Mualla Öncel vd., *Vergi Hukuku*, 29. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2020, s. 62.

<sup>3</sup> Eren Çaşkurlu ve Cem Barlas Arslan, *Kamu Maliyesine Giriş*, 3. Baskı, Ankara: Gazi Kitabevi, 2019, s. 224; Abdurrahman Akdoğan, *Kamu Maliyesi*, 21. Baskı, Ankara: Gazi Kitabevi, 2020, s. 177; Şenyüz, Yüce ve Gerçek, *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)*, s. 356.

<sup>4</sup> Osman Pehlivan ve Ersan Öz, *Uluslararası Vergilendirme*, Trabzon, Celepler Matbaacılık, 2015, s. 75; Fatih Saraçoğlu ve Elif Pürsünlerli Çakar, *Vergi Hukuku*, 11. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara: 2020, s. 32; Billur Yaltı Soydan, *Uluslararası Vergi Anlaşmaları*, İstanbul: Beta Yayınları, 1995, s. 3; Öncel vd., *Vergi Hukuku*, s. 63.

<sup>5</sup> Şükür Kızılot vd., *Vergi Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2007, s. 299; Yaltı Soydan, *Uluslararası Vergi Anlaşmaları*, s. 156, Pehlivan ve Öz, *Uluslararası Vergilendirme*, s. 81.

kaçakçılığının da önlenmesinde devletler arası iş birliğini arttırması gibi hukuki, yabancı sermayenin dolaşımı gibi ekonomik faydaları düşünüldüğünde daha anlaşılır hale gelmektedir.<sup>6</sup>

Uluslararası alanda çifte vergilendirmeyi önleme amacıyla 1920’li yıllardan itibaren yapılan çalışmalar nihayetinde tevecçüh gören, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) ve Birleşmiş Milletler tarafından düzenlenmiş iki *model anlaşma*<sup>7</sup> ortaya çıkmıştır.<sup>8</sup> Bu model anlaşmaların akdedilmesi için taraf devletler tarafından önce bir taslak oluşturulur ve bunun üzerinden yürütülen müzakereler sonucunda bir mutabakata varılır. Bu esnada taraflar anlaşmaya ekler ve şerhler koyabilir.

Şov sanatçıları ve sporcular; elde ettikleri gelirler bakımından, bahsedilen çifte vergilendirmeyi önleme model anlaşmalarında ele alınmıştır. Şov sanatçıları ve sporcular, mesleki faaliyetleri ve gösterileri nedeniyle farklı ülkelerde bulunabilirler. Hatta buldukları ülkeleri de değiştirme sıklıkları, diğer meslek dallarına göre daha yüksektir. Bunlarla beraber bu kazanç türünün diğer gelir kaynaklarına oranla daha farklı özellikler taşıması ve maddi olarak daha yüksek bedellere tekabül etmesi, bu konunun anlaşma metinlerinde ayrıca düzenlenmesini gereklilik haline getirmiştir.

Bahsi geçen özel nitelikleri gereği şov sanatçıları ve sporcuların elde ettikleri gelirler, devletler arasında yapılan çoğu ikili anlaşmalarda diğer gelirlerin vergilendirilmesinden ayrı bir başlık halinde düzenlene gelmiştir. Birbirinin benzeri olma özelliği taşıyan, Türkiye’nin akdettiği ikili anlaşmalarda da şov sanatçıları ve sporcuların gelirleri, niteliği gereğince diğer gelirlerden farklı bir başlık altında (genelde 17’nci madde) düzenlenmiştir.

Çalışmada, OECD Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma (Model Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital)<sup>9</sup> kapsamında, anlaşmanın istihdamdan elde edilen gelirleri ele alan “Ücret Geliri (*Income from Employment*)” başlıklı 15’inci ve “Ticari Gelirler” (*Business Profits*) başlıklı 7’nci maddelerinin istisnası niteliğindeki şov sanatçıları<sup>10</sup> ve sporcuların (entertainers and sportspersons) vergilendirilme düzenlemelerini içeren 17’nci maddesi ele alınmıştır. Ön çalışmalar sırasında 2017 yılında

<sup>6</sup> Oytun Canyaş, *Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarının İç Hukuktaki Konumu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 1.

<sup>7</sup> Model anlaşma: Belirli bir konu ve amaç doğrultusunda ilke, yöntem ve yorum bakımından hükümler ortaya koyan, tarafları açısından akdedilmeden önce taslak mahiyeti taşıyan, hazır anlaşma biçimidir. Yaltı Soydan, *Uluslararası Vergi Anlaşmaları*, s. 43.

<sup>8</sup> Ferhan Berkay ve Ramazan Armağan, “Vergilemenin Uluslararası Boyutlarından Çifte Vergilendirme Sorunsalının Türk Vergi Sistemine Etkisi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi*, 3/5 (2011), s. 92. (erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/213958>, erişim: 10. 03. 2021)

<sup>9</sup> Çalışmanın devamında “OECD Model Anlaşması” olarak anılacaktır.

<sup>10</sup> Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından tercüme edilen yayınlarda eski zamanlarda akdedilen anlaşmalardaki ifadeye bağlı kalınarak, sanatçı olarak tercüme edilmiş olmakla beraber “*entertainer*” terimi; sanatsal faaliyetleri yürüten sanatçılardan daha çok eğlence ve gösteri yönü ağır basan faaliyetleri icra eden kişileri tanımlamaktadır. Bu yüzden çalışma boyunca sanatçı yerine “şov sanatçısı” ifadesi kullanılarak bu farklılık belirtilmeye çalışılmıştır. “*Entertainer*” teriminin “gösteri sanatçısı” olarak uyarlanabileceği düşünülmüş fakat gösteri sanatının doğrudan farklı sanat dallarını (performans sanatını veya sahne sanatlarını) çağrıştırabileceği ihtimaline karşın tercih edilmemiştir. Şov sanatçısı, her türlü eğlence ve gösteri yönü ağır basan faaliyetlerden birini veya birkaçını gerçekleştiren kişi olarak tanımlanabilir. Şov sanatçısı teriminde yer alan “sanatçı” ifadesi geniş anlamda sanatçı kavramını ifade etmektedir.



güncellenen OECD model anlaşmasıyla<sup>11</sup>, ondan önceki en son versiyonu olan 2014<sup>12</sup>teki metnin şov sanatçılarında ve sporculara değinen 17<sup>nci</sup> maddesinde herhangi bir farklılık görülmemiştir.

## I. ŞOV SANATÇISI TERİMİ

OECD Model Anlaşması'nın 17<sup>nci</sup> maddesinin 1<sup>inci</sup> fıkrasında “*entertainer*” terimi kullanılmış fakat herhangi bir tanımı yapılmamıştır. Buna karşın terim, örnekleme yoluyla açıklanmaya çalışılmıştır. Anlaşma maddesinin daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle “*entertainer*” terimini açıklamamız, kullanılacak yakın anlamlı sözcükler yerine niye bu sözcüğün tercih edildiğini irdelememiz gerekmektedir.

Gelir İdaresi Başkanlığı'nın (GİB) yayınladığı, OECD tarafından hazırlanan 2014 OECD Model Anlaşması metni ve yorumları<sup>12</sup> tercümesinde<sup>13</sup> “*entertainer*”, “*sanatçı*” olarak tercüme edilmiştir. Bu tercüme asıl metinde kullanılan terimi tam olarak karşılayamamaktadır. Bu tercihin, Türkçede “*entertainer*” terimine en yakın sözcüğün “*sanatçı*” olarak belirlenmiş olmasından kaynaklandığı düşünülebilir. Fakat sanatçı sözcüğü, İngilizcede “*artist*” sözcüğüne karşılık gelmektedir. OECD Model Anlaşması metninde “*artist*” ifadesi yerine “*entertainer*” ifadesinin kullanılması elbette bilinçli bir tercihtir. Çünkü OECD Model Anlaşması'nın 17<sup>nci</sup> maddesinde düzenlenen vergiyi doğuran olay, dar anlamda sanatsal faaliyetler değil; gösteri ve eğlence yönü ağır basan her türlü faaliyetlerdir. Bu nedenle çalışma boyunca sanatçı ifadesi yerine “*şov sanatçısı*” ifadesi tercih edilmiştir.

Yukarıda da belirtildiği üzere OECD Model Anlaşması'nın 17<sup>nci</sup> maddesinde şov sanatçısı tanımlanmamakla beraber örneklendirme yoluyla açıklanmıştır. Buna göre şov sanatçısı, “... *tiyatro, sinema, radyo veya televizyon sanatçısı gibi bir şov sanatçısı* ...” olarak örneklendirilmiştir.<sup>14</sup> Bununla birlikte anlaşmanın yorum metninde örneklerin sınırlayıcı mahiyette olmadığı, bütün gösteri faaliyeti icra edenlerin şov sanatçısı kapsamına gireceği belirtilmiştir. Hatta siyasi, toplumsal, dini ve sosyal sorumluluk vb. amaçlı faaliyetler, niteliği bakımından ağırlıklı olarak gösteri özelliği taşıyorsa, bu faaliyetlerden elde edilen gelirler de madde kapsamına girecektir.<sup>15</sup>

Geliri doğuran faaliyetlerin OECD Model Anlaşması'nın hangi maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği konusunda dikkat edilmesi gereken husus, söz konusu faaliyetlerin **ağırlık noktasıdır**.<sup>16</sup> Öyle ki bir konferans konuşmacısının ücret karşılığı yaptığı konuşma, bir

<sup>11</sup> OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, *OECD Publishing*, 2017, s. 39. (erişim: [http://dx.doi.org/10.1787/mtc\\_cond-2017-en](http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en), erişim: 08.03.2021)

<sup>12</sup> OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014, *OECD Publishing*, 2014, s. 34 (erişim: [http://dx.doi.org/10.1787/mtc\\_cond-2014-en](http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2014-en), erişim: 08.03.2021)

<sup>13</sup> Gelir İdaresi Başkanlığı (GİB), “Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 2014 Versiyonu”, (Kısaltılmış Basım), 2016, s. 31, (erişim: [https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/user\\_upload/Mevzuat\\_DisIliskiler/OECD\\_Model\\_Yorum\\_Kitabi\\_2014.pdf](https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/user_upload/Mevzuat_DisIliskiler/OECD_Model_Yorum_Kitabi_2014.pdf), erişim: 08.03.2021)

<sup>14</sup> OECD, Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 2014 ve 2017 Versiyonları, m. 17.

<sup>15</sup> GİB, Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma 2014, Madde 17'ye İlişkin Yorum, para. 3, s. 249.

<sup>16</sup> OECD Model Anlaşması'nın madde 17'ye ilişkin yorum metninde bahsedilen ağırlık noktası, geliri doğuran faaliyetlerin hangi madde kapsamında değerlendirileceği konusunda irdelenmesi gereken ayırt edici özellik veya özellikleri ifade etmektedir.

mankenin rol aldığı gösteri yönü değil de modellik mesleği ağır basan bir defile<sup>17</sup> (örneğin bir markanın yeni kreasyonunun tanıtım defilesi) ve gösteri faaliyetlerinde olsa dahi idari veya destek personelin (kameraman, yapımcı, yönetmen, ulaşım personeli vs.) gerçekleştirdiği faaliyetler ağırlık noktası bakımından gösteri mahiyeti taşımadığı için madde kapsamında değerlendirilemeyecektir. Böylesine gösteri mahiyetinin taşıyıp taşımadığı, taşıyorsa dahi ağırlık noktasını oluşturup oluşturmadığı tartışmalı olan faaliyetler bakımından; tartışmaya açık veya somut olayın niteliklerine göre değerlendirilip açıklanması gereken **gri alan**lardan<sup>18</sup> söz edilir.<sup>19</sup>

## II. SPORCU TERİMİ

Sporcu terimi, OECD Model Anlaşması'nın 17'nci maddesinde düzenlenmiştir. Şov sanatçısı teriminde olduğu gibi herhangi bir tanıma yer vermeyen madde içeriği, şov sanatçısı teriminin aksine, sporcu terimine dair örneklendirme yoluyla yapılmış bir açıklamaya da yer vermemiştir. Bununla birlikte sporcu kısaca; spor faaliyetlerinin en temel ögesi, spor faaliyetini gerçekleştiren ve bu esnada spor türünün kurallarına uyan, kişisel bazı özellikleriyle rakibiyle rekabet eden kişi olarak tanımlanabilir.<sup>20</sup>

OECD Model Anlaşması'nın 17'nci maddesi kapsamına giren spor faaliyetleri, geleneksel anlamda atletizm müsabakalarıyla (koşu, halter, yüzme vb.) sınırlı değildir. Golf, at yarışı, basketbol, masa tenisi ve araba yarışları da madde kapsamında spor faaliyeti, bu faaliyetleri gerçekleştirenler de sporcu olarak kabul edilmektedir. Aynı zamanda eğlence yönü ağır basan satranç, bilardo gibi turnuvalardan elde edilen gelirler de model anlaşmanın 17'nci madde hükmüne göre vergilendirilecektir.<sup>21</sup>

## III. ŞOV SANATÇILARININ VE SPORCULARIN ŞAHSINA YÖNELEN GELİRLERİN VERGİLENDİRİLMESİ

OECD Model Anlaşması'nın "Şov Sanatçıları ve Sporcular" başlıklı 17'nci maddesinin 1'inci fıkrası şöyledir:

"15'inci maddenin hükümlerine **öncelikli olarak (bağlı kalınmaksızın)**<sup>22</sup>, bir Akit Devlet mukimi olan tiyatro, sinema, radyo veya televizyon sanatçısı gibi bir şov sanatçısının veya

<sup>17</sup> Türkiye, böyle bir etkinlikte yer alan mankenin mesleki faaliyetlerini 17'nci madde kapsamında bir gösteri faaliyeti olarak değerlendirmektedir. GİB, Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma 2014, Madde 17'ye İlişkin Yorum, Yorum Hakkında Görüşler, para. 15, s. 257.

<sup>18</sup> OECD Model Anlaşması'nın madde 17'ye ilişkin yorum metninde bahsedilen gri alan, gelir doğuran faaliyetin hangi madde kapsamında değerlendirileceği konusunda ele alınan ağırlık noktasının belirlenmesi ihtiyacını doğuran, tartışmaya açık hususları işaret etmektedir.

<sup>19</sup> GİB, Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma 2014, Madde 17'ye İlişkin Yorum, para. 3, s. 249.

<sup>20</sup> Ramazan Çağlayan, *Spor Hukuku*, Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2007, s. 58.

<sup>21</sup> GİB, Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma 2014, Madde 17'ye İlişkin Yorum, para. 5-6, s. 249.

<sup>22</sup> GİB'in OECD Model Anlaşması çevirisinde "bakılmaksızın" olarak tercüme edilmesine karşın, önceden de belirtildiği üzere madde istisnai bir hüküm olup genel bir hüküm olmadığından, diğer hükümlere gidilmeden önce değerlendirilmesi gerektiği düşünüldüğü için, "öncelikli olarak" uyarılma ifadesinin veya GİB'in bazı ikili anlaşma çevirilerinde kullandığı "bağlı kalınmaksızın" tercümesinin daha uygun olacağı düşünülmüştür.

bir müzisyenin ya da bir sporcunun diğer Akit Devlette bu sıfatla icra ettiği şahsi faaliyetleri dolayısıyla elde ettiği gelir, bu diğer Devlette vergilendirilebilir.”<sup>23</sup>

17’nci maddenin düzenlenme amacı, mukimi olduğu ülke dışında faaliyetlerde bulunan şov sanatçıların ve sporcuların çifte vergilendirmesini önlemek olduğu gibi aynı zamanda vergilendirme işlemleri esnasında akit devletlere kolaylık sağlamaktır. Bunun yanında kurallar esnetilerek kültürel ve sanatsal faaliyetlerin alışverişinin kolaylaştırılmasının sağlanması, madde hükmünün bir diğer amacıdır.<sup>24</sup>

17’nci madde incelendiği zaman, madde hükmünün istisnai bir hüküm olduğu çıkarımında bulunulabilir. Öyle ki maddenin lafzında açıkça madde kapsamına giren durumlarda daha genel bir düzenleme olan “**Ücret Geliri**” başlıklı 15’inci maddenin<sup>25</sup> uygulanamayacağı belirtilmiştir. Bunun yanında OECD Model Anlaşması’nın sistematüğinden çıkarımda bulunarak 17’nci maddenin, “**Ticari Kazançlar**” başlıklı 7’nci maddenin<sup>26</sup> de istisnası olduğunu söyleyebiliriz.<sup>27</sup> Buna göre şov sanatçıları ve sporcular; ticari faaliyet ve kişisel bağımlı faaliyetlerden elde edilen gelirlere (ücretlere) uygulanan madde hükümlerinden etkilenmeyeceklerdir.<sup>28</sup>

Akit devletler kendileri için daha avantajlı olacağı kanaatinde olurlarsa, aralarında muhtabakata vararak, maddenin istisnası olduğu 15’inci maddeyi (ücret gelirleri) istisna kapsamından çıkarabilirler. Bunun için anlaşma akdedilirken 1’inci ve 2’nci fıkralarda yer alan “*15’inci madde hükümlerine öncelikli olarak (bağlı kalınmaksızın) ...*” ifadesini, “*15’inci madde hükümlerine bağlı olarak ...*” şeklinde değiştirmeleri yeterlidir. Böylece anlaşmanın 17’nci

<sup>23</sup> Madde metninin orijinali:

“Notwithstanding the provisions of Article 15, income derived by a resident of a Contracting State as an entertainer, such a theatre, motion picture, radio or television artiste, or a musician, or as a sportsman, from that resident’s personal activities as such exercised in the other Contracting State, may be taxed in that other State.”

<sup>24</sup> GİB, Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma 2014, Madde 17’ye İlişkin Yorum, para. 2, s. 249.

<sup>25</sup> OECD Model Anlaşması 2014/2017, Ücret Geliri, m. 15:

“1. 16, 18 ve 19’uncü maddelerin hükümleri saklı kalmak üzere, bir Akit Devlet mukiminin bir hizmet dolayısıyla elde ettiği ücret, maaş ve diğer benzeri gelirler, bu hizmet diğer Akit Devlette ifa edilmedikçe, yalnızca bu Devlette vergilendirilecektir. Hizmet diğer Devlette ifa edilirse, buradan elde edilen söz konusu gelir bu diğer Devlette vergilendirilebilir.”

2. 1’inci fıkra hükümlerine bakılmaksızın, bir Akit Devlet mukiminin diğer Akit Devlette ifa ettiği bir hizmet dolayısıyla elde ettiği gelir, eğer: a) gelir elde eden kişi, diğer Devlette, bu Devletin ilgili mali yılı içinde başlayan veya biten herhangi bir on iki aylık dönemde bir veya birkaç seferde toplam 183 günü aşmayan bir süre kalırsa ve b) ödeme, diğer Devletin mukimi olmayan bir işveren tarafından veya böyle bir işveren adına yapılırsa ve c) ödeme, işverenin diğer Devlette sahip olduğu bir iş yerinden yapılmazsa, yalnızca ilk bahsedilen Devlette vergilendirilecektir.

3. Bu maddenin bundan önceki hükümlerine bakılmaksızın, uluslararası trafikte işletilen bir gemi veya uçakta ya da iç su yolu taşımacılığı alanında faaliyet gösteren bir teknede ifa edilen bir hizmet dolayısıyla elde edilen gelir, teşebbüsün etkin yönetim merkezinin bulunduğu Akit Devlette vergilendirilebilir.”

<sup>26</sup> OECD Model Anlaşması 2014/2017, Ticari Kazançlar, m. 7/4:

“Kazanç, bu Anlaşmanın diğer maddelerinde ayrı olarak düzenlenen gelir unsurlarını da kapsamına aldığı anda, o maddelerin hükümleri bu Madde hükümlerinden etkilenmeyecektir.”

<sup>27</sup> GİB, Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma 2014, Madde 17’ye İlişkin Yorum, para.1, s. 249; 17’nci maddenin bahsi geçen iki maddenin yanında “Serbest Meslek Faaliyetleri” başlıklı 14’üncü maddenin de istisnası olduğunu söylenebilir. Fakat 14’üncü madde kaldırılmıştır ve OECD Model Anlaşması’nın güncellenmiş 2014 ve 2017 versiyonlarında bulunmamaktadır.

<sup>28</sup> Işık, *Uluslararası Vergilendirme*, s. 252.

maddesi sadece 7'nci maddenin (ticari kazanç) istisnası olarak yer almış olacak, ayrıca OECD Model Anlaşması'nın 15'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan alternatif durumlar<sup>29</sup> uygulanabilir hale gelecektir.<sup>30</sup>

#### A. ŞOV SANATÇISININ HEM GÖSTERİ FAALİYETİNDE BULUNAN HEM DE FAALİYETİ YÖNETEN KİŞİ OLMASI DURUMU

Bir şov sanatçısı hem bir gösteriyi yönetebilir hem de o gösteride rol alabilir. (Örneğin şov sanatçısı, bir dizide hem oyuncu olarak hem de yönetmen olarak yer alabilir.) Böyle bir durumda gelir doğuran faaliyetin mahiyeti, ağırlık noktasına göre belirlenmelidir. Eğer şov sanatçısının diğer akit devlette yürüttüğü faaliyet gösteri mahiyetindeyse elde edilen gelir, OECD Model Anlaşması'nın 17'nci maddesine göre değerlendirilecektir. Buna karşın yürütülen faaliyet kapsamında şov sanatçısının gösteri mahiyetindeki faaliyetleri azımsanacak kadar az yer kaplıyorsa (örneğin; yönetmenlik vasfı daha önde yer alıyorsa) elde edilen gelir maddenin kapsamı dışına çıkarılıp diğer madde hükümlerine göre değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır. Somut olaya göre şov sanatçısının yürütülen faaliyetlerdeki rolünün mahiyetince bir değerlendirme yapılmalı ve buna göre elde edilen gelirin hangi madde hükmüne tabi olacağına karar verilmelidir.<sup>31</sup>

#### B. ŞOV SANATÇILARININ VE SPORCULARIN ELDE ETTİĞİ GELİRLERİN GAYRİMADDİ HAK BEDELLERİ İLE İLİŞKİSİ

OECD Model Anlaşması'nın sistematığı içerisinde gayrimaddi hak kazançları genel olarak, "Gayrimaddi Hak Bedelleri" başlıklı 12'nci madde<sup>32</sup> kapsamına girmektedir. Fakat gösteri

<sup>29</sup> Bu durumlar, şov sanatçısının veya sporcunun mukimi olmadığı diğer akit devlette (kaynak devlet) elde ettiği gelirin kendi mukimi olduğu akit devlette vergilendirilebilmesinin önünü açan durumlardır. Buna göre, mukimi olmadığı akit devlet sınırlarında gelir elde eden şov sanatçısının veya sporcunun, gelir elde ettiği bu devlet sınırlarında kaldığı süre, bu devletin ilgili mali yılı içerisinde başlayan veya biten herhangi bir on iki aylık sürede tek seferde ya da parça parça toplam 183 günü geçmemiş ise; ayrıca geliri doğuran ödeme bu devletin mukimi olmayan bir işveren tarafından veya adına yapılırsa; bunlara ek olarak ödeme bu devletteki bir iş yerinden yapılmadığı takdirde; şov sanatçısı veya sporcu sadece mukimi olduğu devlet tarafından vergilendirilebilir.

<sup>30</sup> GİB, Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma 2014, Madde 17'ye İlişkin Yorum, para. 2, s. 249.

<sup>31</sup> GİB, Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma 2014, Madde 17'ye İlişkin Yorum, para. 4, s. 249.

<sup>32</sup> OECD Model Anlaşması 2014/2017, Gayrimaddi Hak Bedelleri, m. 12:

"1. Bir Akit Devlette doğan ve diğer Akit Devletin mukimi bir gerçek lehdara ait olan gayrimaddi hak bedelleri, yalnızca bu diğer Devlette vergilendirilebilir.

2. Bu Maddede kullanılan "gayrimaddi hak bedelleri" terimi, sinema filmleri dahil olmak üzere edebi, sanatsal veya bilimsel her nevi telif hakkının, her nevi patentin, alamenti farikanın, tasarım veya modelin, planın, gizli formül veya üretim yönteminin kullanımı veya kullanım hakkı karşılığında veya sınai, ticari veya bilimsel tecrübeye dayalı bilgi birikimi veya sınai, ticari veya bilimsel teçhizatın kullanımı ya da kullanım hakkı karşılığında yapılan her türlü ödemeyi ifade eder.

3. Bir Akit Devletin mukimi olan gayrimaddi hak bedelinin gerçek lehdarı, gayrimaddi hak bedelinin elde edildiği diğer Akit Devlette yer alan bir işyeri vasıtasıyla ticari faaliyette bulunursa ve söz konusu bedelin ödendiği hak veya varlık ile bu işyeri arasında etkin bir bağ bulunmaktaysa, 1'inci fıkra hükümleri uygulanmayacaktır. Bu durumda, 7'nci Madde hükümleri uygulanacaktır.

4. Kullanım, hak veya bilgi karşılığında ödenen gayrimaddi hak bedelinin miktarı, ödeyici ile gerçek lehdar arasında veya her ikisi ile bir başka kişi arasında var olan özel ilişki nedeniyle, böyle bir ilişkinin olmadığı durumlarda; ödeyici ile gerçek lehdar arasında kararlaştırılacak miktarı aştığında, bu Madde hükümleri yalnızca en son

veya spor faaliyetiyle yakın bir bağlantı içinde olan sponsorluk veya reklam geliri gibi gayrimaddi kazançları<sup>33</sup>, 17'nci madde kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>34</sup>

Şov sanatçıları ve sporcular, asıl yürüttükleri faaliyetlerinden elde ettikleri gelirler dışında sponsorluk veya reklam gelirleri gibi gayrimaddi hak bedelleri de elde edebilirler. Kural olarak, elde edilen gayrimaddi hak bedelleri ile yürütülen faaliyet arasında **yakın bağlantı**<sup>35</sup> varsa bu durumda OECD Model Anlaşması'nın 17'nci maddesi işlerlik kazanacaktır. Bu bağlantının saptanmasında, faaliyetin icra edilmesi ve gelirin elde edilmesi arasındaki zamanlama<sup>36</sup> veya geliri doğuran faaliyetin mahiyeti<sup>37</sup> ölçüt alınabilir.<sup>38</sup>

### 1. Faaliyetle Yakından Bağlantılı Olan veya Olmayan Mal Satışı

Bir akit devletin mukimi olan şov sanatçısının veya sporcunun mukimi olmadığı diğer akit devlette yürüttüğü faaliyetle yakın bağlantılı olarak halka yönelik yapılan (telif hakkı taşımayan) mal satışlarından elde ettiği gelirler, 17'nci madde kapsamında değerlendirilecektir. Buna karşın, diğer akit devlette yürüttüğü faaliyetlerle (17'nci madde kapsamına giren faaliyetler) yakın bağlantısı olmayan faaliyetlerinden kaynaklanan mal satışlarından elde ettiği gelirler 17'nci madde kapsamında değerlendirilmeyecektir.

Buna göre bir futbolcunun bir maç organizasyonu veya herhangi bir gösteri için geldiği, mukimi olmadığı akit devlette maç organizasyonu veya gösteri dahilinde (yakın bağlantı olduğu sürece gösteri öncesinde, esnasında veya sonrasında olması fark etmeksizin) isminin, fotoğrafının veya formasının vb. ona dair özelliklerin yer aldığı eşyaların satışından elde edilen gelirler, 17'nci madde kapsamında değerlendirilecektir. Fakat futbolcunun bir maç organizasyonu veya herhangi bir gösteri haricinde satılan bahsi geçen hediyelik eşyaları OECD Model Anlaşması'nın 17'nci değil, duruma göre 7'nci veya 15'inci maddeleri kapsamına girecektir.<sup>39</sup>

### 2. Canlı Yayın Gelirleri

Şov sanatçıları veya sporcular, faaliyetlerinin çeşitli yollarla (uydu yayını, internet, mobil uygulamalar vs.) gösteri veya müsabaka ile eş zamanlı olarak yayınlanması karşılığında gelir elde edebilirler. Elde edilen bu gelirler OECD Model Anlaşması'nın 17'nci maddesi kapsamında değerlendirilmelidir. Şov sanatçısının veya sporcunun kendisine, yani hesabına veya

*bahsedilen miktara uygulanacaktır. Bu durumda ödemelerin aşan kısmı, bu Anlaşmanın diğer hükümleri de dikkate alınarak, her bir Akit Devletin mevzuatına göre vergilendirilecektir.*"

<sup>33</sup> Örneğin; bir boks müsabakası sırasında boksörlerden birisinin sırtında veya şortunda yer alacak şekilde sponsor reklamı almış olmasından dolayı elde edeceği gelir.

<sup>34</sup> GİB, Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma 2014, Madde 17'ye İlişkin Yorum, 2014, para. 9, s. 250.

<sup>35</sup> Yakın bağlantının varlığında ölçüt, gösteri veya spor faaliyeti gerçekleşmeseydi söz konusu gelirin elde edilemeyecek olmasıdır. Yakın bağlantı, somut olaya göre değişkenlik gösterir.

<sup>36</sup> Örneğin; Bir futbolcunun maç sonu yayıncı kuruluşa verdiği röportaj karşılığında kendisine yapılan ödemeyele gerçekleşen futbol maçı arasında yakın bağlantı olduğu söylenebilir.

<sup>37</sup> Örneğin; Bir oyuncunun rol aldığı dizinin tanıtım afişlerinde fotoğrafının yer almasından dolayı kendisine yapılan ödemenin diziyile yakın bağlantı içinde olduğu kabul edilmelidir.

<sup>38</sup> GİB, Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma 2014, Madde 17'ye İlişkin Yorum, para. 9, s. 250.

<sup>39</sup> GİB, Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma 2014, Madde 17'ye İlişkin Yorum, para. 9, s. 250.

lehine, yapılmayan ödemeler ise OECD Model Anlaşması'nın 17'nci maddesi kapsamında değerlendirilmeyecektir. Yayın hakları sahibi olan yayıncı kuruluşa, yayının bir kısmının veya tamamının kullanılması için yapılan ödemeleri bu duruma örnek olarak verebiliriz. Bu gibi ödemeler şov sanatçısı veya sporcu lehine değil, üçüncü kişi hesabına yapıldığı için gösteri veya müsabakayla yakın bağlantı içinde değerlendirilmeyecektir. Bu gibi durumlarda yukarıda da belirtildiği üzere "Gayrimaddi Hak Bedelleri" başlıklı 12'nci madde hükümleri işlerlik kazandırmaktadır.<sup>40</sup>

### 3. Görüntü Hakları

Şov sanatçıları ve sporcular; isimlerinin, resimlerinin vb. kişisel özelliklerinin kullanılmasından dolayı bazı gelirler elde edebilir. Bu gelirlerin OECD Model Anlaşması'nın hangi maddesi kapsamına gireceği, yukarıda da belirtildiği üzere faaliyetle kazanç arasındaki bağlantının niteliğine göre değişecektir. Öyle ki elde edilen gelir, bir akit devlet mukimi olan şov sanatçısının veya sporcunun diğer akit devlette yürüttüğü faaliyetlerle yakın bağlantılı ise 17'nci madde kapsamına girecektir. Bunun aksine, diğer akit devlette icra edilen gösteri veya müsabakayla alakalı olmayan bir şekilde elde edilen görüntü gelirleri OECD Model Anlaşması'nın ilgili diğer hükümlerine göre değerlendirilecektir.<sup>41</sup>

## IV. ŞOV SANATÇILARININ VE SPORCULARIN ÜÇÜNCÜ KİŞİ ADINA YÖNELEN GELİRLERİNİN VERGİLENDİRİLMESİ

OECD Model Anlaşması'nın "Şov Sanatçıları ve Sporcular" başlıklı 17'nci maddesinin 2'nci fıkrası şöyledir:

"Bir şov sanatçısının ya da sporcunun bu sıfatla icra ettiği şahsi faaliyetlerden doğan gelir, şov sanatçının veya sporcunun kendisi adına değil de bir başkasına yönelirse, bu gelir 15'inci maddenin hükümlerine öncelikli olarak (bağlı kalınmaksızın), şov sanatçısı ya da sporcunun faaliyetlerinin icra edildiği Akit Devlette vergilendirilebilir."<sup>42</sup>

Görüldüğü üzere OECD Model Anlaşması'nın 17'nci maddesinin 1'inci fıkrasının aksine 2'nci fıkrada, şov sanatçısının veya sporcunun şahsına değil bir başkasına yönelen gelirleri düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, bir şov sanatçısının veya sporcunun gösteri, müsabaka vb. faaliyetlerinden elde ettiği gelirleri, kendi şahıslarına değil de bir başkasına yöneliyorsa ve kaynak ülkenin (faaliyetlerin yürütüldüğü akit devlet) iç mevzuatında faaliyeti yürüten şov sanatçısı veya sporcu adına geliri vergilendirebilecek yasal düzenlemeler bulunmuyorsa gelirin 2'nci fıkra hükümlerince vergilendirilebileceği düzenlenmiştir.

<sup>40</sup> GİB, Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma 2014, Madde 17'ye İlişkin Yorum, para. 9.4, s. 252.

<sup>41</sup> GİB, Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma 2014, Madde 17'ye İlişkin Yorum, para. 9.5, s. 253.

<sup>42</sup> Madde metninin İngilizce orijinali:

"Where income in respect of personal activities exercised by an entertainer or a sportsperson acting as such accrues not to the entertainer or sportsperson but to another person, that income may, notwithstanding to provisions of Article 15, be taxed in the Contracting State in which the activities of the entertainer or sportsperson are exercised."

Eğer geliri elde eden kişi (tüzel veya özel kişi) ticari faaliyetlerde bulunuyorsa bile ve gelir, şov sanatçısının veya sporcunun faaliyetlerini sürdürdüğü akit devletteki bir iş yeriyle ilişkilendirilemiyorsa dahi, kaynak devlette vergilendirilebilir.<sup>43</sup> Bu kapsamda değerlendirilebilecek bazı durumları şöyledir:

- Hukuki bir birliktelik oluşturmayan bir grup şov sanatçılarının veya sporcuların elde ettiği gelirlerin organizasyon ya da menajerlik şirketine ödenmesi,
- Hukuki bir birliktelik oluşturan şov sanatçısı ya da sporcu grubunun elde ettiği gelirin oluşturulan tüzel kişiye ödenmesi,
- Vergiden kaçınma niyetiyle elde edilen gelirin gösteri veya spor şirketi olarak isimlendirilebilecek bir şirkete ödenmesi.

OECD Model Anlaşması'nın 17'nci maddesinin 2'nci fıkrası ekseriyetle gösteri ve spor faaliyetlerinin bir organizasyon çerçevesinde, bir organizatör veya menajer tarafından tertip edilmesi durumunu düzenlemiştir.<sup>44</sup> Gelirin bir başkası adına yöneldiği bu gibi durumlarda kaynak ülkeyi teşkil eden akit devletin elde edilen gelirin şov sanatçısının ya da sporcunun faaliyetlerinden elde edilip edilmediğini detaylıca araştırıp tespit etmesi gerekmektedir. Bu tespit, gelirin hangi akit devlette vergilendirilebileceği ve gelirin hangi maddeler kapsamına gireceği noktasında belirleyici olacaktır.

OECD Model Anlaşması'nın 17'nci maddesinin 2'nci fıkrasının uygulanma alanı bulabilmesi için hem şov sanatçısının veya sporcunun hem de gelirin yöneldiği diğer kişinin (tüzel veya özel kişi olabilir) aynı devletin mukimi olması gerekmez. Öyle ki faaliyetin gerçekleştiği devlet, akit devletlerden biriyken; şov sanatçısı veya sporcu değil de gelirin yöneldiği kişi diğer akit devletin mukimiyse yine de bahsi geçen gelir, kaynak devlet tarafından vergilendirilebilir. Buna göre diğer akit devletin mukimi, gelirin yöneldiği kişi değil de şov sanatçısı veya sporcu da olabilir. Bu gibi durumlar da 17'nci maddenin 2'nci fıkrası kapsamında değerlendirilecektir.<sup>45</sup>

Kural olarak, OECD Model Anlaşması'nın 1'inci maddesinin yorumunda belirtildiği üzere, anlaşmanın amacı dışında (kötüye kullanım amaçlı) vergi kaçırma niyetiyle kullanılmaya çalışıldığı durumlarda anlaşmanın getirisi olan avantajların sağlanmaması esastır. Bu gibi durumlarda 17'nci madde işlevselliğini kaybedecek, kaynak devlet iç hukukunda bulunan vergi kaçırma önleyici kanunlarını uygulayabilecektir.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> GİB, Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma 2014, Madde 17'ye İlişkin Yorum, para. 11, s. 254.

<sup>44</sup> İŞİK, *Uluslararası Vergilendirme*, s. 255.

<sup>45</sup> GİB, Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma 2014, Madde 17'ye İlişkin Yorum, para. 11.1, s. 255.

<sup>46</sup> GİB, Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma 2014, Madden 17'e İlişkin Yorum, para. 11.3, s. 255.

## V. ŞOV SANATÇILARININ VE SPORCULARIN KAMU KAYNAKLARIYLA KARŞILANAN GÖSTERİ VE MÜSABAKALARDAN ELDE ETTİĞİ GELİRLER

Şov sanatçılarının ve sporcuların elde edeceği gelirlerin, bir akit devlet tarafından karşılanacağı durumlarda OECD Model Anlaşması'nın "*Kamu Hizmeti*" başlıklı 19'uncu maddesini incelememiz gerekmektedir. 19'uncu madde şöyledir:

"1. a) Bir Akit Devletin kendisine, politik alt bölümüne veya mahalli idaresine, bir kamu görevi dolayısıyla, bir gerçek kişi tarafından verilen hizmetler karşılığında, bu Devlet, alt bölüm veya mahalli idare tarafından yapılan maaş, ücret ve diğer benzeri ödemeler, yalnızca bu Devlette vergilendirilecektir.

b) Bununla beraber, hizmet diğer Devlette ifa edilirse ve gerçek kişi bu diğer Devletin bir mukimi ise, söz konusu maaş, ücret ve diğer benzeri ödemeler yalnızca bu diğer Akit Devlette vergilendirilecektir. Ancak bu kişinin;

(i) bu Devletin vatandaşı olması veya

(ii) yalnızca bu hizmeti ifa etmek için bu Devletin mukimi durumuna geçmemiş olması gerekmektedir.

2. a) 1'inci fıkra hükümlerine bakılmaksızın, bir Akit Devlete, politik alt bölümüne veya mahalli idaresine bir gerçek kişi tarafından verilen hizmetler karşılığında, bu Devlet, alt bölüm veya idare tarafından veya bunlarca oluşturulan fonlardan ödenen emekli maaşları veya benzeri ödemeler, yalnızca bu Devlette vergilendirilecektir.

b) Bununla beraber, gerçek kişinin diğer Akit Devletin bir mukimi ve vatandaşı olması halinde, söz konusu emekli maaşı ve diğer benzer gelirler yalnızca bu Devlette vergilendirilecektir.

3. Bir Akit Devlet, politik alt bölümü veya mahalli idaresi tarafından yürütülen ticari faaliyetlerle bağlantılı olarak verilen hizmetler karşılığında yapılan ücret, maaş ve diğer benzeri ödemeler ile emekli maaşlarına 15, 16, 17 ve 18'inci maddelerin hükümleri uygulanacaktır."

Maddenin 3'üncü fıkrasından anlayabileceğimiz üzere şov sanatçılarının ve sporcuların elde edeceği gelirlerin, bir akit devlet tarafından karşılanacağı durumlarda kural olarak OECD Model Anlaşması'nın 17'nci maddesi uygulanacaktır.

Anlaşmayı akdedecek taraf devletler isterlerse, anlaşmada gerekli değişiklikleri yaparak şov sanatçılarının ve sporcuların elde ettikleri gelirleri 17'nci madde kapsamından çıkararak ayrıca düzenleyebilir veya 19'uncu maddenin 1'inci ve 2'nci fıkralarındaki hükümlere tabi kılabilir.<sup>47</sup> Bunun için Model Anlaşma'nın 17'nci maddesine ek bir fıkra eklenebilir. Bu yöndeki anlaşmalara; "Türkiye Cumhuriyeti ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı Arasında Gelir ve Sermaye Değer Artış Kazançları Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması"<sup>48</sup>, "Türkiye Cumhuriyeti ile

<sup>47</sup> GİB, Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma 2014, Madden 19'a İlişkin Yorum, para. 6, s. 276.

<sup>48</sup> "Türkiye Cumhuriyeti ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı Arasında Gelir ve Sermaye Değer Artış Kazançları Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması", Artist ve Sporcular, m. 17/3: *Bu maddenin 1'inci ve 2'nci fıkrası hükümleriyle bağlı kalınmaksızın, bir Akit Devlette diğer Akit Devletin bir mukimi tarafından, 1'inci fıkrada belirtilen türden faaliyetlerin icrası sonucunda elde edilen gelir, bu ziyaretin diğer Akit Devletin resmi kaynaklarından desteklenmesi şartıyla ve Türkiye açısından ilaveten bu ziyaretin kamu menfaatine yararlı dernekler veya örgütler tarafından karşılanması durumunda bu faaliyetlerin icra edildiği Akit Devlette muaf tutulacaktır.*" (erişim: [https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararası\\_mevzuat/TURKCE\\_METIN/INGiltere.pdf](https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararası_mevzuat/TURKCE_METIN/INGiltere.pdf), erişim: 10.03.2021)



Hollanda Krallığı Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması<sup>49</sup>, “Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi ve Vergi Kaçakçılığını Önleme Anlaşması”<sup>50</sup> ve “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Hükümeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması”<sup>51</sup> örnek olarak verilebilir.

GİB’in Almanya’da yaşayan Türk vatandaşlar için yayınladığı rehberde; şov sanatçıların ve sporcuların mukimi olmadığı ülkede yürüttüğü faaliyetlerin, önemli ölçüde mukimi olduğu devletin maddi imkanları veya kâr amacı gütmeyen kuruluşlarının desteğiyle tertip edilmesi halinde, vergilendirme işleminin kaynak devlette değil, sadece şov sanatçısının veya sporcunun mukimi olduğu devlette yapılacağı belirtilmiştir.<sup>52</sup> Benzer şekilde GİB’in Hollanda’da yaşayan Türk vatandaşlar için yayınladığı rehberde; Hollandalı şov sanatçıların ve sporcuların Türkiye’de yürüttüğü faaliyetlerin önemli ölçüde Hollanda tarafından karşılanması veya gelirin kâr amacı gütmeyen kurumlarca elde edilmesi halinde verilecek verginin Türkiye’ye değil, Hollanda’ya ait olacağı belirtilmiştir.<sup>53</sup>

<sup>49</sup> “Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması”, Artist ve Sporcular, m. 17/3: “1 ve 2’nci fıkraya hükümleriyle bağlı kalınmaksızın, sanatçı ve sporcuların Devletlerden birinde icra ettikleri faaliyetlerden elde ettikleri gelir, bu Devlete yapılan ziyaretin diğer Devletin veya bu diğer Devletin bir politik alt bölümünün, bir mahalli idaresinin veya statüye sahip bir kuruluşunun kamusal fonlarından önemli ölçüde desteklenmesi kaydıyla, ilk bahsedilen devlette vergilendirilmeyecektir. Bu kapsama kâr amacı gütmeyen hayır kurumlarının bu tür faaliyetlerden elde ettiği gelir de dahildir; ancak bu gelirin hiçbir bölümünün maliklere, üyelere veya hissedarlara ödenmemesi ve bunların şahsi menfaatine tahsis edilmemesi zorunludur.” (erişim: [https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararası\\_mevzuat/TURKCE\\_METIN/HOLLANDA.pdf](https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararası_mevzuat/TURKCE_METIN/HOLLANDA.pdf), erişim: 10.03.2021)

<sup>50</sup> “Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi ve Vergi Kaçakçılığını Önleme Anlaşması”, Sanatçı ve Sporcular, m.17/3: “Sanatçı veya sporcuların bir Akit Devlette icra ettikleri faaliyetlerden doğan gelire, bu Devlete yaptıkları ziyaretin tamamen veya önemli ölçüde, diğer Devletin, bir eyaletinin, politik alt bölümünün veya mahalli idaresinin kamusal fonlarından veya bu Diğer Devlette yardım kuruluşu olarak kabul edilen bir organizasyon tarafından finanse edilmesi halinde, 1 ve 2’nci fıkraya hükümleri uygulanmayacaktır. Bu durumda, elde edilen gelir, sadece gerçek kişinin mukimi olduğu Akit Devlette vergilendirilebilir.” (erişim: [https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararası\\_mevzuat/TURKCE\\_METIN/ALMANYA\\_01012011.pdf](https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararası_mevzuat/TURKCE_METIN/ALMANYA_01012011.pdf), erişim: 10.03.2021)

<sup>51</sup> “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Hükümeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması”, Sanatçı ve Sporcular, m. 17/3: “Sanatçı veya sporcuların bir Akit Devlette icra ettikleri faaliyetler, diğer Akit Devletin kâr amacı gütmeyen bir kuruluşuna veya bu diğer Akit Devletin, bir politik alt bölümünün veya bir mahalli idaresinin kamusal fonlarından önemli ölçüde desteklenmesi halinde, bu faaliyetlerden elde edilen gelire, 1 inci ve 2’nci fıkraya hükümleri uygulanmayacaktır.” (erişim: [https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararası\\_mevzuat/TURKCE\\_METIN/ABD.pdf](https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararası_mevzuat/TURKCE_METIN/ABD.pdf), erişim: 10.03.2021)

<sup>52</sup> GİB, Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Daire Başkanlığı, Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Müdürlüğü, “Almanya’da Yaşayan Vatandaşlarımız İçin Türkiye-Almanya Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmasının Uygulanmasına İlişkin Rehber”, Yayın no: 3, 2015, s. 9 (erişim: [https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararası\\_mevzuat/almanya\\_rehber.pdf](https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararası_mevzuat/almanya_rehber.pdf), erişim: 10.03.2021); Emrah Ferhatoglu, “Almanya-Türkiye Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması’nda Bağlama Kuralları”, *Maliye Dergisi*, Sayı:161, Temmuz-Aralık 2011, s. 116 (erişim: <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/09/006.pdf>, erişim: 11.03.2021)

<sup>53</sup> GİB, Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Daire Başkanlığı, Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Müdürlüğü, “Hollanda’da Yaşayan Vatandaşlarımız İçin Türkiye-Hollanda Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmasının Uygulanmasına İlişkin Rehber” Yayın no:4, 2015, s. 9 (erişim: [https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararası\\_mevzuat/hollanda\\_rehber.pdf](https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararası_mevzuat/hollanda_rehber.pdf), erişim: 10.03.2021)

## VI. ŞOV SANATÇILARININ VE SPORCULARIN ULUSLARARASI ALANDA VERGİLENDİRİLMESİNE DAİR İDARENİN GÖRÜŞ- LERİ

Mükellefler, vergi kanunlarının uygulanması noktasında açık olmayan, şüpheli ve tereddüt ettikleri konularda idareden yazılı görüş isteyebilirler. Bunun üzerine GİB'in; görüş talep eden mükellefe yönelik verdiği yazılı cevaba **özelge (mukteza)**, aynı durumdaki tüm mükelleflere yönelik toplu olarak yaptığı açıklamaya ise **sirküler** denilmektedir.<sup>54</sup> Özelge ve sirküler 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 413'üncü maddesinde düzenlenmiştir.

Özelgeler, sadece idareden talepte bulunan kişi için bağlayıcıdır. Bunun yanında diğer mükellefleri, kurumları ve yargı organlarını bağlamaz. İcraîlik özelliği taşımadığından iptal davasına da konu edilemez.<sup>55</sup> VUK'un 369'uncu maddesinin 1'inci fıkrasına göre, özelgeye güvenerek işlem yapan mükellefin bu işlemi herhangi bir cezayı gerektirse bile mükellefe ceza verilmez ve gecikme faizi uygulanmaz. Fakat bu durum vergi aslının tahsil edilmesine engel değildir.<sup>56</sup>

Vergilendirmeye dair her konuda olduğu gibi, Türkiye'nin çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması akdettiği ülkelerden birinin mukimi olan şov sanatçısının veya sporcunun Türkiye'de gerçekleştirdiği gösteri veya spor faaliyetinin vergisel durumuna dair konularda GİB'den yazılı görüş (özelge) talep edilebilir. Aynı zamanda Türkiye mukimi bir şov sanatçısının veya sporcunun yurtdışındaki etkinliklerinden elde ettiği gelirler dolayısıyla Türkiye'de vergilendirilip vergilendirilmeyeceği, vergilendirilecekse hangi düzenlemelere tabi olacağı hakkında da GİB'den özelge istenebilir.

Geçmiş yıllarda, İngiltere mukimi Fransız vatandaşı bir ses sanatçısının Türkiye'de verdiği bir konser dolayısıyla İngiltere mukimi bir şirkete yapılan ödemelerin vergisel durumuyla ilgili GİB'den yazılı görüş talep edilmiştir. Verilen özelgede; Türkiye ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı arasında akdedilen çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmasının 17'nci maddesinin 2'nci fıkrası gereği vergilendirme yetkisinin Türkiye'de olduğu, Kurumlar Vergisi Kanunu m. 30/1-b'ye göre dar mükellefiyete<sup>57</sup> tabi kurumların serbest meslek

<sup>54</sup> Kaneti vd., *Vergi Hukuku*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ders Kitapları Dizisi, 2019, s. 38-41; Ateş Oktar, *Vergi Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul: Türkmen Kitabevi, 2020, s. 43-44; Abdurrahman Akdoğan, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, 14. Baskı, Ankara: Gazi Kitabevi, 2019, s. 23-24; Yusuf Karakoç, *Genel Vergi Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, s. 100-101, Şenyüz, Yüce ve Gerçek, *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)*, s. 43-44; Saraçoğlu ve Pürsünlerli Çakar, *Vergi Hukuku*, s. 22-23;

<sup>55</sup> Oktar, *Vergi Hukuku*, s. 44-45.

<sup>56</sup> Şenyüz, Yüce ve Gerçek, *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)*, s. 45.

<sup>57</sup> Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK) m. 3/2'ye göre dar mükellefiyet, kanuni ve iş merkezlerinin her ikisi de Türkiye'de bulunmayan kurumların (yabancı kurumların) sadece Türkiye'de elde ettikleri kazançlar üzerinden vergilendirilmesi olarak açıklanmıştır. KVK m. 3/3-c'de ise yabancı kurumların Türkiye'de elde ettiği serbest meslek kazançlarının dar mükellefiyet kapsamına giren kurum kazancı olarak değerlendirileceği belirtilmiştir. KVK m. 3/4'te dar mükellefiyete ilişkin gelir unsurlarının Türkiye'de elde edilmesine ilişkin konularda Gelir Vergisi Kanunu'nun (GVK) ilgili hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre GVK m. 7/1-4'te serbest meslek kazançlarının Türkiye'de elde edilmiş sayılması için geliri doğuran faaliyetin Türkiye'de gerçekleştirilmesi veya Türkiye'de değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiş, maddenin son fıkrasında ise Türkiye'de değerlendirmeden kastın ödemenin Türkiye'de yapılması veya ödeme yabancı ülkede yapılmışsa Türkiye'de ödeyenin veya kendisine ödeme yapılanın hesaplarına intikal ettirilmesi veya kazancından ayrılması olduğu şeklinde açıklanmıştır.

kazançlarından<sup>58</sup> %20<sup>59</sup> oranında kesinti yapılacağı belirtilmiştir. Ayrıca özelgede, çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmasının “Çifte Vergilendirilmenin Önlenmesi” başlıklı 23’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının a bendine<sup>60</sup> göre elde edilen gelir üzerinden Türkiye’de doğrudan doğruya veya tevkifat (kesinti) suretiyle ödenen verginin İngiltere’de aynı gelire ilişkin ödenecek vergiden mahsup edileceği de yer almıştır.<sup>61</sup>

Başka bir olayda; Türkiye mukimi bir şirket, çekilecek bir film için beş gün Türkiye’de kalacak olan Almanya mukimi bir oyuncuya yapacağı ödemelerden doğacak vergiyle ilgili GİB’den yazılı görüş talep etmiştir. Bunun üzerine verilen özelgede Alman mukimi oyuncunun şahsına doğrudan ya da dolaylı olarak yapılacak ödemelerde vergilendirme yetkisinin Türkiye ile Almanya Federal Cumhuriyeti arasında akdedilen çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması gereği anlaşmanın “Ticari Kazançlar” başlıklı 7’nci maddesi, “Serbest Meslek Faaliyetleri” başlıklı 14’üncü maddesi ve “Bağımlı Kişisel Faaliyetler” başlıklı 15’inci maddesi uygulanmaksızın 17’nci madde hükmüne göre Türkiye’de olduğu<sup>62</sup>, yapılan ödemelerin serbest meslek kazancı olarak değerlendirilmesi gerektiği, Gelir Vergisi Kanunu m. 94/1-2(b)’ye göre %20<sup>63</sup> oranında gelir vergisi tevkifatı uygulanacağı, aynı kanun m. 86/1-2 kapsamında yıllık beyanname verilmeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca anlaşmanın 22’nci maddesi<sup>64</sup> gereğince Türkiye’de alınacak vergilerin Almanya’da alınacak vergilerden mahsup edileceği özelgeye eklenmiştir. Bunun yanında söz konusu Almanya mukimi oyuncunun Türkiye’de çalışmaya devam etmesi halinde hangi ülkenin mukimi olacağı belirsizliğinin anlaşmanın “Mukim” başlıklı 4’üncü maddesi hükümlerince çözüleceği de özelgede yer almaktadır.<sup>65</sup>

<sup>58</sup> GVK m. 65’e göre serbest meslek kazancı, sermayeden ziyade şahsi emeğe veya mesleki bilgiye dayanan, ticari mahiyette olmayan işlerin bağımsız olarak kişinin kendi sorumluluğu altında kendi nam ve hesabına yapılması olarak tanımlanmıştır. Ayrıca somut olayla ilişkili olarak GVK m. 66/4’te konser veren müzik sanatçılarının serbest meslek erbabı sayılacağı belirtilmiştir.

<sup>59</sup> 2009/14593 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenmiştir.

<sup>60</sup> “Türkiye Cumhuriyeti ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı Arasında Gelir ve Sermaye Değer Artış Kazançları Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması”, Çifte Vergilendirilmenin Önlenmesi, m.23/1-a: “*Türkiye mevzuatına göre ve bu Anlaşma gereğince, Türkiye içindeki kaynaklardan elde edilen ticari kazanç, gelir veya sermaye değer artış vergisinin (temettüleri için, temettünün içinden ödendiği kazancın vergisi hariç), Türk vergisinin hesabına esas alınan aynı ticari kazanç, gelir veya sermaye değer artış kazançları için Birleşik Krallık’ta hesaplanan her nevi vergiden mahsubuna müsaade edilecektir.*”

<sup>61</sup> GİB, İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı (Mükellef Hizmetleri Gelir Vergileri Grup Müdürlüğü), “Konu: İngiltere mukimi ses sanatçısının Türkiye’de verdiği konser nedeniyle İngiltere’deki firmaya yapılan ödemeler üzerinden hangi oranda tevkifat yapılacağı”, Sayı: 62030549-120[65-2015/145]-13353, Tarih: 17.02.2016. (erişim: [https://www.gib.gov.tr/uluslararası\\_mevzuat](https://www.gib.gov.tr/uluslararası_mevzuat), erişim:10.03.2021)

<sup>62</sup> GVK m. 6 ve m. 7.

<sup>63</sup> 2009/14592 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenmiştir.

<sup>64</sup> “Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi ve Vergi Kaçakçılığını Önleme Anlaşması”, Çifte Vergilendirmenin Önlenmesi, m.22/2-b: “*Yabancı verginin mahsubuna ilişkin Alman vergi mevzuatı hükümleri saklı kalmak üzere, aşağıda belirtilen gelir unsurları üzerinden ödenecek olan Alman vergisinden, Türk mevzuatı uyarınca ve bu Anlaşmaya uygun olarak ödenen Türk vergisinin mahsubuna izin verilecektir:*

(...)

*gg) 17’nci maddeye göre vergilendirilebilen gelir unsurları.*”

<sup>65</sup> GİB, İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı (Mükellef Hizmetleri Gelir Vergileri Grup Müdürlüğü), “Konu: Almanya mukimi oyuncunun Türkiye’de elde ettiği gelirin vergilendirilmesi ve ödemelerde tevkifat yapılıp yapılmayacağı

Görüldüğü üzere GİB tarafından verilen özeldeler, OECD Model Anlaşması esas alınarak hazırlanan çifte vergilemeyi önleme ikili anlaşmalarıyla uyumludur. Bununla beraber anlaşmaların uygulanmasında OECD Model Anlaşması'nın yorumlar kısmından faydalanılması yararlı olacaktır.

## SONUÇ

Uluslararası alanda ortaya çıkan çifte verilemlemeyle ilgili problemler, küresel çapta hızla artan ekonomik etkileşimin önündeki en büyük engellerden biridir. Bu problemi çözmeye yönelik olarak farklı girişimler ortaya çıkmıştır. Bunlardan en önemlisi de OECD'nin ortaya koyduğu çifte vergilemleme önleme model anlaşmasıdır.

Uluslararası boyutta, mukimi olmadığı farklı ülkelerde gelir elde eden şirketler ve kuruluşların yanı sıra yine mukimi olmadığı ülkelerde gelir elde eden özel kişiler de çifte vergilemleme maruz kalabilmektedir. Bu kişilerin geliri, ticari gelir veya ücret geliri niteliği taşıyabilir. OECD Model Anlaşması'nda bu iki tür gelir türünün istisnası niteliği olarak düzenlenen bir takım gelir türleri de yer almaktadır. Bu gelir türlerinden birisi de şov sanatçılarının ve sporcuların gösteri veya müsabakalardan elde ettiği gelirlerdir.

OECD Model Anlaşması'nın 17'nci maddesi şov sanatçılarının ve sporcuların gelirlerinin uluslararası alanda vergilendirilmesine ilişkindir. Öncelikle belirtilmelidir ki şov sanatçılarının ve sporcuların bu sıfatlarla elde ettiği gelirler 15'inci madde hükümlerine öncelikli olarak 17'nci madde kapsamında değerlendirilmelidir.

OECD Model Anlaşması'nın 17'nci maddesine göre mukimi olmadığı akit devlette gösteri veya spor faaliyetlerinde bulunan şov sanatçıları ve sporcular, faaliyetin geçtiği ülkede yani kaynak ülkede (diğer akit devlet) vergilendirilecektir. Ayrıca bu faaliyetler sonucu elde edilen gelirin bir başkasına yönelmesi de bu sonucu değiştirmeyecektir.

Şov sanatçılarının ve sporcuların elde ettiği gelirler her zaman net bir şekilde 17'nci madde kapsamında değerlendirilemeyebilir. Böyle durumlarda yürütülen faaliyetin ağırlık noktasına göre değerlendirme yapılmalıdır. Yine elde edilen gelirle şov sanatçısının veya sporcunun yürüttüğü faaliyet arasında yakın bir bağlantı bulunup bulunmadığı da muğlak olan durumu netleştirmek için kullanılabilir bir diğer ölçüttür.

Şov sanatçıları ve sporcular yürüttükleri birtakım faaliyetler nedeniyle diğer meslek gruplarına göre daha sık mukimi olmadığı ülkelerde bulunmakta ve bu ülkelerde gelir elde etmektedirler. Ayrıca elde ettikleri gelirler de diğer mesleklere oranla daha yüksek meblağlara karşılık gelmektedir. Bu bilgiler kapsamında şov sanatçılarının ve sporcuların, yürüttükleri gösteri veya spor faaliyetleri nedeniyle elde ettikleri gelirin diğer gelirlerden ayrı düzenlemelere tabi tutulması doğaldır. Bu açıdan OECD Model Anlaşması'nın bu yöndeki düzenlemelerinin yerinde olduğu düşünülmelidir.

---

hakkında”, Sayı: 62030549-120[4-2013/516]-589, Tarih:19.03.2014; benzer yönde bir özeldel için bkz.: GİB, İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı (Mükellef Hizmetleri Gelir Vergileri Grup Müdürlüğü), “Konu: İngiltere ve Almanya mukimi sanatçıların Türkiye’de vereceği konser nedeniyle bu sanatçılara yapılacak ödemeler üzerinden tevkifat yapılıp yapılamayacağı” Sayı: 62030549-125[30-2016/1]-104549, Tarih: 01.08.2016. (erişim: [https://www.gib.gov.tr/uluslararasi\\_mevzuat](https://www.gib.gov.tr/uluslararasi_mevzuat), erişim:10.03.2021)

## KAYNAKÇA

- Akdoğan, Abdurrahman, *Kamu Maliyesi*, 21. Baskı, Ankara: Gazi Kitabevi, 2020.
- Akdoğan, Abdurrahman, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, 14. Baskı, Ankara: Gazi Kitabevi, 2019.
- Berkay, Ferhan ve Ramazan Armağan, “Vergilemenin Uluslararası Boyutlarından Çifte Vergilendirme Sorunsalının Türk Vergi Sistemine Etkisi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi*, 3/5 (2011): (s. 88-106). (erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/213958>, erişim: 10. 03. 2021)
- Canyaş, Oytun, *Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarının İç Hukuktaki Konumu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Çağlayan, Ramazan, *Spor Hukuku*, Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2007.
- Çaşkurlu, Eren ve Cem Barlas Arslan, *Kamu Maliyesine Giriş*, 3. Baskı, Ankara: Gazi Kitabevi, 2019.
- Ferhatoğlu, Emrah, “Almanya-Türkiye Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması’nda Bağlama Kuralları”, *Maliye Dergisi*, Sayı:161, Temmuz-Aralık 2011, s. 105-117. (erişim: <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/09/006.pdf>, erişim: 11.03.2021)
- Gelir İdaresi Başkanlığı (GİB), Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 2014 Versiyonu, (Kısaltılmış Basım), 2016. (erişim: [https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/user\\_upload/Mevzuat\\_Disliiskiler/OECD\\_Model\\_Yorum\\_Kitabi\\_2014.pdf](https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/user_upload/Mevzuat_Disliiskiler/OECD_Model_Yorum_Kitabi_2014.pdf), erişim: 08.03.2021)
- GİB, Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Daire Başkanlığı, Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Müdürlüğü, “Hollanda’da Yaşayan Vatandaşlarımız İçin Türkiye-Hollanda Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmasının Uygulanmasına İlişkin Rehber” Yayın no:4, 2015. (erişim: [https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararası\\_mevzuat/hollanda\\_rehber.pdf](https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararası_mevzuat/hollanda_rehber.pdf), erişim: 10.03.2021)
- GİB, Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Daire Başkanlığı, Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Müdürlüğü, “Almanya’da Yaşayan Vatandaşlarımız İçin Türkiye-Almanya Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmasının Uygulanmasına İlişkin Rehber”, Yayın no: 3, 2015. (erişim: [https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararası\\_mevzuat/almanya\\_rehber.pdf](https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararası_mevzuat/almanya_rehber.pdf), erişim: 10.03.2021)
- <https://www.gib.gov.tr>, “Uluslararası Mevzuat”, (erişim: 10.03.2021)
- İşık, Hüseyin, *Uluslararası Vergilendirme*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Kaneti, Selim, Esra Ekmekci, Gülsen Güneş ve Mahmur Kaşıkçı, *Vergi Hukuku*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ders Kitapları Dizisi, İstanbul, 2019.
- Karakoç, Yusuf, *Genel Vergi Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Kızılot, Şükrü, Doğan Şenyüz, Metin Taş ve Recai Dönmez *Vergi Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2007.
- Nazalı, Ersin, *Uluslararası Vergi Hukuku*, İstanbul: Maliye Hesap Uzmanları Derneği, 2015.
- OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014, *OECD Publishing*, 2014. (erişim: [http://dx.doi.org/10.1787/mtc\\_cond-2014-en](http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2014-en), erişim: 08.03.2021)
- OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, *OECD Publishing*, 2017. (erişim: [http://dx.doi.org/10.1787/mtc\\_cond-2017-en](http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en), erişim: 08.03.2021)
- Oktar, Ateş, *Vergi Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul: Türkmen Kitabevi, 2020.

Öncel, Mualla, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan ve Cenker Göker, *Vergi Hukuku*, 29. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2020.

Pehlivan, Osman ve Ersan Öz, *Uluslararası Vergilendirme*, Trabzon, Celepler Matbaacılık, 2015.

Saraçoğlu, Fatih ve Elif Pürsünlerli Çakar, *Vergi Hukuku*, 11. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020.

Şenyüz, Doğan, Mehmet Yüce ve Adnan Gerçek, *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)*, 12. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2021.

Tuncer, Selahattin, *Vergi Hukuku ve Uygulaması*, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2003.

Yaltı Soydan, Billur, *Uluslararası Vergi Anlaşmaları*, İstanbul: Beta Yayınları, 1995.

Geliş Tarihi | Received: 14.03.2021

Kabul Tarihi | Accepted: 14.04.2021

Yayın Tarihi | Published: 30.04.2021

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

## BORÇLUNUN TUTUKLULUĞU VEYA HÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İCRA TAKİBİNE ETKİLERİ

### THE EFFECT OF DETENTION AND CONVICTION OF DEBTOR ON ENFORCEMENT PROCEEDINGS

Doç. Dr. Aziz Serkan Arslan\*

#### ÖZ

İcra ve İflas Kanunu sosyal gerekçelerle bazı hallerde borçluya karşı takip işlemi yapılmasını doğru görmemiş ve bu hallerin ortaya çıktığı zaman zarfında takip işlemlerinin yapılmamasını uygun bulmuştur. İİK m. 51 ile 56 arasında "Tatiller ve Tâlikler" başlığı altında düzenlenen bu hallerde borçluya karşı icra takip işlemleri yapılamaz. Borçlunun tutukluluk ve hükümlülük hali de İİK m.54'te talik hallerinden biri olarak düzenlenmiştir. Çalışmamızda öncelikle tatil ve talik halleri hakkında genel olarak bilgi verilecek sonrasında bu hallerden birisi olan tutukluluk ve hükümlülük hali üzerinde durularak icra takip sürecine etkisi ve sonuçları açıklanacaktır.

**Anahtar Kelimeler** Borçlu ~ Tutukluluk ~ Hükümlülük ~ Talik Halleri ~ İcra ve İflas Hukuku

#### ABSTRACT

The Enforcement and Bankruptcy Law did not see it correctly to follow up against the debtor in some cases on social grounds and found it appropriate not to perform follow-up procedures during the time these situations appeared. In these cases, which are organized under the title of "Restdays and Postponement" between 51 and 56, execution follow-up procedures cannot be made against the debtor. The debtor's imprisonment and conviction were also arranged as one of their state in IİK m.54. In our study, first of all, restday and postponement states will be generally explained and then the effects and consequences of detention and sentence on the enforcement follow-up process will be discussed.

**Keywords** Debtor ~ Arrest ~ Convicting ~ Postponement States ~ Execution and Bankruptcy Law

\* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı.

© 0000-0001-7703-3044 ✉ azizserkanarslan@hotmail.com



Bu eser Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

## GİRİŞ

Kanun koyucu yargılama sürecinde olduğu gibi icra ve iflas takiplerinde de gerçekleşecek olan işlemlerin çabuk şekilde yapılması için belli süreler koymuştur. Kural olarak taraflar ve icra organları kendi yapacakları işlemleri bu süreler içerisinde gerçekleştirmek zorundadırlar. Ancak kanun koyucu bazı hallerde kamu düzeninin veya borçluların korunması gibi sebeplerle sürelerin işleminin durdurulabileceğini ve işlemlerin gerçekleştirilmeyeceğini düzenleme altına almıştır. Bu haller, İcra İflas Kanununun 3. babının 3. kısmında m. 51-56 arasında düzenlenen “Tatil ve Talik” halleri ile Kanun’un 15. babında düzenlenen “Fevkalade Hallerde Mühlet ve Tatil” durumlarıdır.

İcra ve İflas Kanunu’nun 52 ile 55. maddeleri arasında tahdidi olarak sayılan borçlunun ailesinden birinin ölümü hali, borçlunun ölümü hali, borçlunun askerde olması, borçlunun ağır hastalığı, borçlunun hükümlü veya tutuklu olması gibi sebeplerin varlığı hallerinde hem kamu düzeninin hem de borçluların korunması amacıyla sürelerin durdurulması ve borçlulara yeniden süre verilmesi kökeni Roma Hukukuna kadar dayanan bir uygulamadır.<sup>1</sup> Borçluyu belli dönemlerde korumayı amaçlayan tatil ve talik halleri İsviçre İcra İflâs Kanunu’nda 56 ile 62. maddeler arasında, Alman Usul Kanunu’nda ise 765/a maddesinde düzenlenmiştir.<sup>2</sup>

Çalışmamızda öncelikle belli hallerin varlığı halinde borçluyu icra ve iflas takiplerine karşı belli bir süre koruma amacı güden düzenlemelerin icra hukuku mevzuatındaki yasal dayanağı olan İİK m.52 ve m.56 arasındaki talik halleri hakkında genel bilgi verilecek, devamında İİK m. 54’te düzenlenen tutukluluk ve hükümlülük halinin icra takip işlemlerine etkileri ve sonuçları üzerinde durulacaktır.

## I- TATİL VE TALİK HALLERİ

İcra ve İflâs Kanunu sosyal gerekçelerle bazı hallerde borçluya karşı takip işlemi yapılmasını doğru görmemiş ve bu hallerin ortaya çıktığı zaman zarfında takip işlemlerinin yapılmamasını uygun bulmuştur. İİK m. 51 ile 56 arasında “Tatiller ve Tâlikler” başlığı altında düzenlenen bu hallerde borçluya karşı icra takip işlemleri yapılamaz.<sup>3</sup> Bunun neticesinde tatil ve tâlik halleri icra hukukunda alacaklının alacağına kavuşmasına bir müddette olsa engel olan nedenlerdendir. Zira alacaklının alacağına kavuşmak amacı ile borçluya karşı başlatmış olduğu takip sürecinde, takibi bir sonraki safhaya taşıyacak olan icra takip işlemlerine tatil ve tâlik hallerinin ortaya çıkması halinde devam edilememekte, devam edilebilmesi için tatil ve tâlik süresinin sona ermesi beklenmektedir.

<sup>1</sup> Hans Fritzsche, *Schuldbeitreibung und Konkurs nach Schweizerischen Recht*. 2. Auflage, B. II, Zürich, 1968, s. 366.

<sup>2</sup> Hans Putzo, *Thomas/Putzo ZPO Kommentar*, 25. Auflage, Münih, 2003, s. 1243; Uwe Gottwald ve Peter Mock, *Zwangsvollstreckung, Kommentar mit Antrags- und Klagemustern für die Praxis*, 7. Auflage, Freiburg-2015, § 765a, N. 1 vd.

<sup>3</sup> , Ramazan Arslan vd., *İcra ve İflas Hukuku*, 5. Baskı, Ankara: 2019, s. 113; Hakan Pekcanitez vd, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 4. Bası, İstanbul: 2017, s. 74; Bilge Umar, *İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, İzmir, 1973, s. 188; İlhan E Postacıoğlu ve Sümer Altay, *İcra Hukuku Esasları*, 5. Baskı, İstanbul: 2010, s. 300; Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş, 2.Baskı, Ankara: 2013, s. 147.



Kanun koyucuyu tatil ve tâlik hallerinde icra takip işlemlerinin kural olarak yapılama-yacağına ilişkin bir düzenleme yapmaya iten temel düşünce icra takip işlemleri sonucunda aleyhine yeni bir durum ortaya çıkacak olan borçluyu bazı hallerde ve zamanlarda sosyal nedenlerle koruma ihtiyacıdır. Tatil ve tâlik hallerinde borçlunun borcunu ifa edemeyeceği ve kendi iradesi dışında doğan durumlarda takibe devam edilmeyerek borçlunun korunması amaçlanmıştır. Tatil ve tâlik halleri ile borçluya belli bir zaman diliminde toparlanma imkânı sağlanmıştır.<sup>4</sup> İcra takibi sürecinde ortaya çıkan insan hayatına özgü zorluk hallerinde borçluya maddi ve manevi açıdan bir toparlanma fırsatı tanınması insani bir gereklilik olduğu kadar aynı zamanda temelde alacaklının tatminine hizmet eden icra prosedüründe borçlunun temel haklarının korunması, iki tarafın ve toplumsal menfaatlerin de gözetilmesi bakımından bir gerekliliktir.<sup>5</sup>

Tatil ve tâlik nedenlerinin yazılı kaynağı esasen Anayasa ve icra hukuku ilkeleridir. Anayasanın temel hak ve özgürlüklerin niteliği ile ilgili düzenlemesine göre, herkes kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir (Anayasa m. 12). Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir (Anayasa m. 40).<sup>6</sup>

## II- TATİL VE TALİK HALLERİNDEN YARARLANACAK KİŞİLER

Kanun koyucu tarafından İİK m. 51'de düzenlenen tatil halleri tüm borçluları ilgilendiren genel bir düzenleme olarak kaleme alınmışken, İİK m. 51/son ve devamındaki maddelerde düzenlenen tâlik halleri ise sadece takip borçlusunun kanunda belirtilen tâlik sebeplerinden birine maruz kalması halinde sadece kendisi bakımından uygulanabilecektir.<sup>7</sup>

Borçluyu belli dönemlerde korumayı amaçlayan tatil ve tâlik halleri Alman Usul Kanunu'nda 765/a maddesinde düzenlenmiştir.<sup>8</sup> Tâlik hallerine ilişkin mehz İsviçre İcra İflas Kanunu'nda (SchKG) 56 ile 62. maddeler arasında yer alan hükümlerin düzenleniş nedeni

<sup>4</sup> Nilüfer Boran, *İcra Takibinin İptali ve Tâliki*, İzmir, 2006, s. 129.

<sup>5</sup> Esasen icra hukukunda temel haklar kavramı daha çok borçlu ile ilgilidir. Bkz. Muhammet Özkes, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Ankara: 2009, s. 63; Alvaro Perez-Ragone, *General Report For Session 4-4.2, International Association Of Procedural Law, Conference Book, Seoul, 2014, (s. 599-758), s. 695 vd.*; Menfaat dengesinin gözetilmesi ayrı bir ilke olarak kabul edilmelidir. Bkz. Kemal Arar, *İcra İflas Hükümleri, C.1*, Ankara-1944, s. 102.

<sup>6</sup> Alman Hukuku'nda tatil ve tâlik nedenlerine ilişkin asgari standartlar belirlenirken insan onuru, özel hayat alanı ve konut dokunulmazlığı, mülkiyetin korunması, kişisel özgürlük, kişisel verilerin ve ailenin korunması hususları göz önünde bulundurulmuştur. Bkz. Perez-Ragone, s. 603.

<sup>7</sup> Fadıl Cerrahoğlu, *Cebri İcra Hukukunda Süreler*, İTG. Tarihi: 30. 06. 1972, C. 15, S. 716, s. 5; Hakan Pekcanitez ve Cemil Simil, *İcra - İflas Hukukunda Şikâyet*, 2. Bası, İstanbul-2017, s. 127; Kamil Mehmet Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, *İcra Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul-2012, s. 52; Arslan vd., *İcra Ders Kitabı*, s. 113; Pekcanitez vd., *İcra Ders Kitabı*, s. 75; Özkes, *İlkeler*, s. 114.

<sup>8</sup> Alman Usul Kanunu'nun 765a maddesine göre, icra mahkemesi, borçlunun talebi üzerine, icrai bir işlemi, işlem alacaklının korunma ihtiyacının değerlendirilmesi sonucunda özel koşullardan ötürü örf ve âdeteye uygun düşmeyecek nitelikte ise, kaldırabilir, yasaklayabilir ya da geçici olarak durdurabilir. Maddenin ikinci fıkrasında, icra memurunun bir haftayı geçmeyecek şekilde icra mahkemesinin kararına kadar bir şeyin teslimine yönelik işlemi erteleyebileceği düzenlenmiştir. İcra memurunun bu işlemine karşı da şikâyet yoluna başvurulabilir. Bkz. Putzo, *ZPO Kommentar*, s. 1243; Borçlunun belli zamanlarda korunması amacını gözetilen ZPO 765a maddesi ZPO'nun sekizinci kitabı altında icra edilecek tüm haciz uygulamaları için geçerlidir. Madde aynı zamanda bir duruşma (OLG Hamm, NJW 1965, 1386), tutuklama ve bir ihtiyati tedbir için de geçerlidir. ZPO § 765a düzenlemesinden sadece gerçek kişiler değil, aynı zamanda ticari şirketler ve tüzel kişiler de yararlanabilir. (OLG Celle, 1981, 1005 ZIP; OLG Hamm, NJW 1976, 1754); Bkz. Gottwald/ Mock, § 765a, N. 1 vd.

ölüm, askerlik, tutukluluk, hastalık gibi özel durumların ortaya çıkması halinde borçlu, 'belirli bir süre için kendisine karşı yöneltilmiş takip endişesinden muaf tutulmalıdır' düşüncesine dayanır, yani borçlunun hayatındaki çok özel durumların ortaya çıkması halinde onun rahatsız edilmemesine hizmet ederler.<sup>9</sup>

İcra takip işlemlerinin tatili halinden prensip olarak bütün borçlular yararlanabilir. Buna karşın icra takibinin tâlik halinden ise ancak ilgili ön şartlar kendisi için mevcut olan borçlu yararlanabilecektir. Ayrıca kanunda kesin olarak belirtilmiş başlangıç ile bitiş süresine sahip olan tatil hallerinden farklı olarak tâlik halleri, borçlu için genelde öngörülemeyen ve süresi evelden bilinmez, zira başlama anı borçlunun şahsi durumuna binaendir.<sup>10</sup>

Tâlik hallerinde icra takip işlemlerinin durmasının sebepleri farklı farklıdır. Kimi tâlik halleri, mevcut olan ön şartlarda eo ipso (otomatik) olarak uygulanabilir iken, bazılarının gerçekleşmesi için ise icra mahkemesinin (İİK m. 317 vd.) veya Bakanlar Kurulu'nun (İİK m. 330) kararı gereklidir.<sup>11</sup>

Birden fazla borçluya karşı yapılan takiplerde ise tâlik halinden, yalnızca kanunda gösterilen sebeplerden birine sahip olan borçlu yararlanabilecektir. Borçlular arasında ihtiyari takip arkadaşlığı bulunması gibi durumlarda diğer borçlular açısından takip işlemlerine devam edilecektir.<sup>12</sup> Zira borçlular arasında ihtiyari takip arkadaşlığında borçlular hakkındaki takipler birbirinden bağımsızdır. Bu sebeple her bir borçlu farklı sürelerde takibe itiraz eder, birinin yaptığı itiraz diğerini etkilemez. Kural olarak biri hakkında yapılan icra takip işlemi de sadece onun hakkında hüküm ve sonuç doğurur.<sup>13</sup>

Borçlular arasında mecburi takip arkadaşlığı durumunda tâlik nedenleri İcra İflâs Kanunu ve maddî hukuk olmak üzere iki farklı sebepten kaynaklanabilir. İcra ve İflâs Kanunu'ndan kaynaklanan hâllerde, takibin miras ortaklığına karşı devam etmesi dışında, borçluların birlikte hareket etmesine gerek yoktur. Borçluların tek bir takip talebinde borçlu olarak gösterilmeleri haricinde, her bir borçlu hakkında icra takip işlemleri ayrı ayrı yapılır, borçlular da taraf takip işlemlerini birbirlerinden bağımsız bir şekilde yapabilirler. Bu nedenle borçlulardan birisiyle ilgili tutukluluk ve hükümlülük halinin varlığı halinde icra takip işlemleri sadece ona karşı tâlik edilecek diğerlerine karşı devam edecektir.<sup>14</sup>

Maddî hukuktan kaynaklanan mecburî takip arkadaşlığında ise tüm borçluların birlikte hareket etmesi, tüm taraf takip işlemlerini birlikte yapması gerekir. Bunun sonucunda icra organınca yapılacak ödeme emri gibi icra takip işlemlerinin de kural olarak tüm borçlulara karşı yapılması gerekmektedir. Örneğin İcra ve İflâs Kanunu'nun 53. maddesinin ikinci fıkrasına göre, terekeye (miras ortaklığına) karşı yapılan takiplerde, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla

<sup>9</sup> BGE 73 III 92.

<sup>10</sup> Hugo Wyssen, *Geschlossene Zeiten, Betreibungsferien und Rechtsstillstand (Art. 56 FF. SCHKG)*, Basel-1995, s. 10.

<sup>11</sup> Arslan vd., *İcra Ders Kitabı*, s. 115; Pekcanitez vd., *İcra Ders Kitabı*, s. 385.

<sup>12</sup> Kurt Amonn ve Fridolin Walther, *Grundriss des Schuldbetreibungs und Konkursrechts*, 7. Auflage, Bern, 2003, § 11, N. 3/1, 32.

<sup>13</sup> Buse Dişel, *İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı*, İzmir, 2011, s. 169.

<sup>14</sup> Dişel, s. 168.

takiplerde, takip talebinde hem asıl borçlu hem de rehin sahibinin yer alması gerekir ve icra organı her iki borçluya da ödeme emri göndermek zorundadır<sup>15</sup>. Bu bakımdan maddi anlamda mecburi takip arkadaşlarından biri için geçerli olan tâlik nedeni diğer takip arkadaşlarını da etkileyecektir.

Kanun koyucunun İİK'nın 52 ile 55. maddeleri arasında tahdidi olarak saydığı borçlu yararına kabul edilen tâlik (erteleme) halleri borçlunun ailesinden birinin ölümü hali, borçlunun ölümü hali, borçlunun askerde olması, borçlunun ağır hastalığı, borçlunun hükümlü veya tutuklu olması ile özel erteleme sebepleridir.

### III- TUTUKLULUK VE HÜKÜMLÜLÜK NEDENİYLE TAKİP İŞLEMLERİNİN TALİKİ

İcra ve İflâs Kanunu m. 54 hükmü gereğince temsilcisi olmayan bir tutuklu veya hükümlü aleyhine takipte, temsilci tayini vesayet makamına ait olmadıkça, icra memuru bir mümessil tayin etmesi için kendisine münasip bir mühlet verir ve takibi bu sürenin bitmesine bırakır. Bu mühlet içinde temsilci tayin edip icra dairesine bildirmeyen tutuklu veya hükümlü hakkında takibe devam olunur.<sup>16</sup> Tutuklanmış veya hükümlü olduğu için hapiste olan bir borçlunun, aleyhine olan bir takipte çıkarlarını şahsen koruması zordur. Zira tutuklu veya hükümlü borçlu ancak bedenen ve ruhen kısıtlı şartlar altında takibe karşı koyacak durumdadır.<sup>17</sup> Bu nedenle kanun koyucu bu durumda olan borçlular lehine, belli şartların varlığı halinde geçici olarak icra takip işlemlerinin tâlik edilmesine imkân tanımıştır. Böylece belli süre takibi tâlik imkânına kavuşan borçlu çıkarlarını korumak için temsilci tayin edebilecektir.<sup>18</sup>

### IV- TUTUKLULUK VE HÜKÜMLÜLÜK NEDENİYLE TAKİP İŞLEMLERİNİN TALİK ŞARTLARI

#### A- BORÇLUNUN TUTUKLULUK VE HÜKÜMLÜLÜK HALİ

İcra ve İflâs Kanunu m. 54 gereğince icra takip işlemlerinin tâlik edilebilmesinin ön şartı borçlunun tutukluluk veya hükümlülük durumunun ortaya çıkmasıdır. Sanık veya şüphelinin hürriyetinin kaldırılmasından başlayıp salıverilmesine ya da cezanın infazının başlamasına

<sup>15</sup> Dişel, s. 168.

<sup>16</sup> İİK m.54 hükmü emredicidir. Tutuklu veya hükümlü borçlu hakkında 54. madde de belirtilen işlemlerin yapılması halinde yapılan icra takip işlemleri hükümsüzdür. Süresiz şikâyete tabidir. Ancak mal kaçırılması ihtimali olan hallerde tâlik süresi içerisinde de haciz yapılabilir. Bkz. Ejder Yılmaz, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, Ankara: 2016, s. 291.

<sup>17</sup> Albert Killer, *Betriebsferien und Rechtsstillstand*, BISchKG 30 (1966) 2; Hans Fritzche ve Walder-Bohner, Hans Ulrich, *Schuldbetreibung und Konkurs Nach Schweizerischen Recht*, Band I, Zurich,1993, § 13 N 17; BGE 108 III 5, 38 I 238.

<sup>18</sup> Postacıoğlu ve Altay, s. 309; Arslan vd., *İcra Ders Kitabı*, s. 114; Pekcanitez vd., *İcra Ders Kitabı*, s. 75; Kurt Amonn, *Grundriss des Schuldbetreibungs und Konkursrechts*, 5.Auflage, Bern, 1993, § 11 N 38, SchKG Art. 60'a göre bir tutukluya karşı gerçekleştirilen icra takibinde tutukluya temsilci tayin edilene kadar icra takip işlemleri durdurulur. Bkz. Wyssen, s. 30; Adrian Staehelin, Thomas Bauer ve Daniel Staehelin, *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs unter Einbezug der Nebenerlasse*, Band I, II, Art 1-87, Art 88-220, Basel, 1998, SchKG Art. 60, N. 3, 6; Carl Jaeger, vd., *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Band I, Art. 1-158, Zürich-1997, SchKG Art. 60, N. 9.

kadar devam eden kısıtlılık durumuna tutukluluk denilir.<sup>19</sup> Kişinin mahkemede yapılan yargılama neticesinde hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesine ise hükümlülük adı verilir.

İsviçre hukukunda tutukluluk ya da hükümlülük ayırımından ziyade özgürlüğü kısıtlayıcı cezanın çekilmesi ya da ceza hukukuyla ilgili bir tedbirin infazı durumlarının SchKG Art. 60'a dâhil olduğu, bu durumda olan borçlularında tâlik halinden yararlanacağı kabul edilmektedir.<sup>20</sup> Hatta bu durumlara askeri tutukluluk halleri, yabancılar hakkında sınır dışı etme tedbirleri de dâhildir.<sup>21</sup> Zira tüm bu hallerde borçlu hapsedilmiştir ve bedenlen veya ruhen takip-teki çıkarlarını koruyacak durumda değildir.<sup>22</sup>

İsviçre hukukunda SchKG Art. 397 ve ZGB Art. 426'ya göre yardım ve bakıma yönelik hürriyeti kısıtlama halleri de SchKG Art. 60'a dâhil olabilir.<sup>23</sup> Bu duruma kıyasen reşit bir kişi TMK'da belirtilen kısıtlılık durumlarından birini gösteriyorsa ve ona gerekli olan kişisel yardım veya bakım o kişinin hastaneye veya kuruma yerleştirilmesi suretiyle hürriyeti kısıtlanmadan başka türlü yapılamıyorsa İİK m.54'teki talik sebebinden yararlanması kabul edilebilecektir. Ancak burada kısıtlılık durumunun önemli düzeyde olması gereklidir. Aksi takdirde yardım ve bakıma yönelik hürriyeti bağlama söz konusu olamaz.<sup>24</sup> Buna göre sadece ayakta tedavi durumlarında yardım ve bakıma yönelik hürriyeti kısıtlama yeterli değildir. Tâlik sebebi için, ilgili kişi kısıtlılık nedeniyle gerekli ise hastanenin kapalı bir bölümüne yerleştirilmiş olmalıdır. Bu durum aynı şekilde ceza hukukuyla ilgili bir tedbirin infazı için kişinin kollukta veya nezaret altında tutularak hareket serbestisinin kısıtlanmasından farklı değildir. Bu yüzden kapalı bir bölüme yerleştirilmiş kişiler de icra takibinde takip işlemlerinin durmasından faydalanabilmelidirler. Ancak borçlu hastanede, ıslahevinde veya akıl hastanesinde açık bölüme yerleştirildiğinde durum farklıdır. Zira böyle bir durumda tâlik nedeninin ön şartı ortadan kalkacak, borçlu mesai saatlerinde tamamen hareket serbestisine sahip olacak, yani kurumdan çıkabilecek, gerekli durumlarda icra dairesine gidip takip sürecindeki çıkarlarını korumakla ilgilenebilecektir.

Borçlunun ödeme şartını (taahhüdü) ihlal etmesi, nafaka yükümlüsünün nafaka borcunu yerine getirmemesi, çocuk teslimi kararlarına aykırı davranılması veya 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun gereği verilen tedbir kararının gereklerine aykırı hareket edilmesi gibi nedenlerle uygulanan tazyik hapis cezası ile hürriyetinin

<sup>19</sup> Mehmet Reşat Koparan, *Bir Kuruma Tedbiri Olarak Tutuklama*, *TBB Dergisi*, Sayı 65, 2006, (s. 154-172), s. 154.

<sup>20</sup> StGB Art. 42-44, 91 ff., 100; ZBJV 71 (1935) 41 f.; Jaeger vd., SchKG Art. 60, N. 3, 5; Amonn ve Walther, § 11, N. 4, 55.

<sup>21</sup> BG Art.13a und 13b Abs. 2 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (SR 142. 20).

<sup>22</sup> Killer, s. 2; Staehelin, Bauer, Staehelin, SchKG Art. 60, N. 1.

<sup>23</sup> Peter Tuor, Bernhard Schnyder, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 10.A., Zürich, 1986, 1989 und 1992, 383 vd.

<sup>24</sup> Tuor ve Schnyder, s. 385.

kısıtlanması durumunda da borçlu İİK m.54 hükmündeki talik nedeninden yararlanabilmektedir.<sup>25</sup>

## B- TUTUKLU VE HÜKÜMLÜNÜN YASAL TEMSİLCİSİNİN BULUNMAMASI ŞARTI

İcra İflâs Kanunu m. 54 hükmünde değinildiği üzere borçlunun kanuni veya akdi bir temsilcisinin bulunması halinde kendisi tutuklu veya hükümlü olsa dahi tâlik halinden faydalanamaz.<sup>26</sup> Bu temsilci daha önce atanmış bir vasi olabileceği gibi borçlunun ekonomik çıkarlarını korumak için tayin edilmiş olan kayyum veya vekâleti takiplere karşı koymayı da içeren bir avukat da olabilir.<sup>27</sup> İİK m. 54 hükmü, gerçek kişi borçlular içindir. Ancak İsviçre hukukunda bir şirketin bütün organlarının temsilcileri tutuklanmışsa ve bu organların yeni bir temsilci tayin etmeye yeterli vakti yoksa böyle bir durumda da şirketin SchKG Art. 60 hükmünden

<sup>25</sup> “Takip dosyası ve tebligatlar incelendiğinde, borçlu ...'na “Sanayi Mah. Sanayi Bulvarı No:Veliköy Bel.Toplu Konutları B-2 Blok Daire 20 Veliköy .../...” adresinde örnek 6 icra emrinin “Tevzuat saatinde kapalı olması sebebiyle komşusu ...'nun şifai beyanına muhatap..... olduğundan evrak ilgili mahalle muhtarına tebliğ edildiği 2 numaralı haber kağıdı kapısına yapııştırılarak imzadan imtina eden aynı komşusuna haber verildiği”, belirtilerek 16/12/2015 tarihinde tebliğ edildiği anlaşılmaktadır. ... Açık Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü'nün 04/01/2016 tarihli yazısında borçlunun 04/12/2015 tarihinden itibaren cezaevinde hükümlü olarak bulunduğu tazyik hapsi hükümlüsü olduğu belirtildiği görülmektedir.

Somut olayda ödeme emrinin tebliği tarihinde borçlu ceza infaz kurumunda bulunduğundan, tebligat İİK'nun 54. ve TK'nun 19. maddeleri gereğince yapılmadığından, usulsüz kabul edilerek, TK'nun 32. maddesi gereğince tebliğ tarihinin iddia edilen öğrenme tarihi olan 29/12/2015 tarihi olarak düzeltilmesine karar verilmeli, bu durumda davanın süresinde olduğu kabul edilmelidir. Tüm bu sebeplerle borçlunun temyiz itirazlarının kısmen kabulüne karar verilmiştir.” Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E. 2016/30742, K. 2017/2792, T. 27.2.2017. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>26</sup> Postacıoğlu ve Altay, s. 309; Arslan vd., *İcra Ders Kitabı*, s. 114; Pekcanitez vd., *İcra Ders Kitabı*, s. 75. Cezaevinde bulunan borçluya, kendisine temsilci tayin etmesi için süre verilmeden tebliğ edilen ödeme veya icra emrinin iptali gerekir. Ancak, borçlu ödeme emri tebliği üzerine bir vekil tayin ederek bu vekil vasıtasıyla yasal sürede ödeme emrine itirazda bulunmuş ise, artık İİK'nun 54. maddesine aykırılık sebebiyle ödeme veya icra emri iptal edilmez. İtirazın esası incelenerek sonucuna göre bir karar verilir. Bkz. Talih Uyar, *İİK Şerhi*, C.3, Ankara: 2004, s. 3741.

“Somut olayda, borçlunun atadığı vekil Av. M.B. tarafından Gaziantep 1. İcra Mahkemesi'nin 2010/..... esas sayılı dosyasında itirazda bulunulduğu, ayrıca borçlunun, şikayet dilekçesine ekli vekaletname uyarınca da, kendisine vasi olarak atanan eşini daha önceden vekil olarak tayin ettiği, onun da bir avukata vekaletname verdiği görülmektedir. Daha sonra tutuklu bulunan borçlu Ç. B'a Gaziantep 4. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2009/..... esas sayılı dosyasında, eşi ..... vasi olarak atanmış, ancak bu karar henüz kesinleşmemiş ise de yukarıda açıklandığı üzere kendisi bir vekil tayin ettiğinden artık İİK.'nün 54. maddesinin uygulanmasına gerek bulunmamaktadır. O halde şikayetin reddi gerekirken yazılı gerekçeyle vasiye yapılan tebligatların iptaline karar verilmesi isabetsizdir.” Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E. 2010/27105, K. 2011/7651, T. 26.4.2011. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>27</sup> Carl Jaeger, *Schuldbetreibung und Konkurs, Band I*, 3. Auflage, Zürich-1911, SchKG Art. 60, N. 2; Ernst Blumenstein, *Handbuch Des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes*, Bern,1911, s. 210; Fritzsche ve Walder, § 13, N. 17, 18; Staehelin, Bauer ve Staehelin, SchKG Art. 60, N. 5. “Bakırköy Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü tarafından verilen yazı cevabında, borçlunun 13.07.2012 tarihinden itibaren cezaevinde tutuklu olarak bulunduğu belirtilmiştir. Cezaevinde bulunan borçluya, kendisine temsilci tayin etmesi için süre verilmesi gerekir ise de; somut olayda örnek 7 ödeme emrinin tebliğ edilmesi ile borçlu vekili tarafından süresinde icra müdürlüğüne müracaat edilerek borca, imzaya, fer'ilerine itirazda bulunulduğundan artık İİK.'nün 54. maddesinin uygulanmasına gerek bulunmamaktadır. O halde mahkemeye alacaklının itirazın kaldırılması isteminin esası incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar vermesi gerekirken yazılı gerekçe ile hüküm tesisi isabetsizdir.” Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E. 2014/15838, K. 2014/17601, T. 17.6.2014. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

yararlanabileceği ve kendisine temsilci tayin edene kadar icra takip işlemlerinin durdurulacağı kabul edilmektedir.<sup>28</sup>

### C- YASAL TEMSİLCİSİ OLMAYAN TUTUKLU VE HÜKÜMLÜYE YASAL TEMSİLCİ TAYİNİ İÇİN VERİLECEK SÜREYİ TESPİTE YETKİLİ MERCİ VE SÜRENİN BELİRLENMESİ

Tutuklu veya hükümlüye bir temsilci tayin etmesi için gereken sürenin tespiti, borçlu bir yıl veya daha fazla özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûmiyetten dolayı hapsedilmişse (TMK m. 407), icra müdürü tarafından vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesinden istenir (İİK m. 54/1).<sup>29</sup> Sulh hukuk mahkemesince vasi tayin edilinceye kadar, hapis borçluya karşı başlamış olan icra takibi durur. Sulh hukuk mahkemesi borçluya vasi tayin edince, icra takibine vasiye karşı devam edilir.<sup>30</sup>

Buna karşılık borçlu tutuklu (veya gözaltına alınmış) ise veya hapis olup da cezası bir yıldan az ise, kendisine bir temsilci tayin etmesi için verilecek uygun süre icra müdürü

<sup>28</sup> BGE 96 III 7-9 (Analogie zu SchKG, Art. 57e vorne B. 2. b); BISchKG 42 (1978) 113 f.; Staehelin/ Bauer/ Staehelin, SchKG Art. 60, N. 5; Kuru'ya göre de bir şirketin organı durumundaki gerçek kişilerin hepsi birden tutuklanır ve bunlar tutuklanmadan önce bir temsilci tayin edecek durumda değil iseler, İİK m. 54 hükmü o şirket hakkında da uygulanmalıdır; yani, icra müdürü tutuklu bulunan şirket organı durumundaki kişilere, şirkete bir temsilci tayin etmeleri için uygun bir süre vermelidir. Bkz. Kuru, *El Kitabı*, s. 149; Walder, s. 127, BGE 96 III 6. E. 2, 3.

<sup>29</sup> TMK'nun 407. maddesinde; "Bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkum olan her ergin kısıtlanır. Cezayı yerine getirmekle görevli makam, böyle bir hükümlünün cezasını çekmeye başladığını, kendisine vasi atanmak üzere hemen yetkili vesayet makamına bildirmekle yükümlüdür" hükmüne yer verilmiştir.

"Somut olayda, borçlunun .... Ağır Ceza Mahkemesi'nin 31.10.2012 tarih, 2011/136 Esas ve 2012/241 Karar sayılı kararı ile 9 yıl hapis cezasına mahkum edildiği ve 25.2.2015 tarihinde mahkûmiyet hükmünün kesinleştiği, icra müdürlüğünce 23.07.2014 tarihinde borçlunun tutuklu olduğu ... E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğünden borçluya vasi tayin edilip edilmediğinin sorulduğu, verilen cevapta borçlu hüküm özlü olduğundan henüz vasi ataması olmadığı bildirildiği, bunun üzerine icra müdürlüğünce borçluya 12.09.2014 tarihinde muhtıra çıkartılarak 15 gün içerisinde İİK'nun 54. maddesine göre kendisine bir vasi ataması, aksi halde cebri icra işlemlerinde kendisinin muhatap alınacağı bildirildiği, borçlunun muhtıraya kayıtsız kalması üzerine de takip işlemlerine devam edilerek 4551 Ada, 23 Parsel, 7 numaralı bağımsız bölümün 02.07.2015 tarihinde ihalesinin yapıldığı anlaşılmıştır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, 1 yıl ve daha uzun süreli mahkûmiyet halinde, kişinin kısıtlanması ve kendisine vasi atanması gerekmektedir. Bundan sonra hükümlü adına yapılacak tebligatlar vasisine yapılarak geçerlilik kazanacaktır. Bu husus kamu düzenine dair olup, mahkemece re'sen gözetilmesi gerekmektedir. Bu konudaki şikayetler de İİK'nun 16/2 maddesi gereğince süreye tabi değildir. O halde, borçlunun 31.10.2012 tarihinde 9 yıl hapis cezası ile mahkum olduğu ve 25.2.2015 tarihinde mahkûmiyet hükmünün kesinleştiği dosya kapsamı itibarıyla anlaşılabilir; bu aşamadan sonra icra müdürlüğünce TMK'nun 407 maddesine göre işlem yapıldıktan sonra takibe devam edilerek satış yapılması gerektiğinden bu işlemler yapılmadan gerçekleştirilen ihalenin feshine karar verilmesi gerekirken şikayetin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir." Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E. 2016/13320, K. 2016/15152, T. 30.5.2016. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>30</sup> "İİK'nun 54. maddesi gereğince; mümessil olmayan bir tutuklu veya hükümlü aleyhine takip yapılması halinde mümessil tayini vesayet makamına ait olmadıkça, icra müdürü bir mümessil tayin etmesi için kendisine münasip bir mühlet verir ve takibi bu sürenin bitmesine bırakır. MK'nun 357. maddesi gereğince borçlu bir yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile mahkum olmuş ise, icra memuru, hükümlüye bir vasi tayin edilmesini vesayet makamından ister. Vasi tayin edilinceye kadar hükümlüye karşı başlamış olan takip durur. Somut olayda hükümlü borçluya Ankara 16. Sulh Hukuk Mahkemesinin 24.12.1996 tarih ve 1996/491-1229 sayılı karar ile vasi tayin edildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda şikayet kabul edilerek icra memurunca vasiye ödeme emri tebliğ ettirilmesi gerektiğine karar verilmesi yerine yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir". Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E. 2001/10799, K. 2001/11582, T. 26.6.2001. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

tarafından belirlenir.<sup>31</sup> Bu süre içinde borçluya karşı hiçbir icra takip işlemi yapılamaz. Borçlu bu süre içinde (kendisine) bir temsilci tayin edip icra dairesine bildirirse, icra takip işlemleri artık bu temsilciye karşı yapılır.

İcra müdürü veya vesayet organı olan sulh hukuk mahkemesi, borçlunun kendisine temsilci tayin edene kadar icra takip işlemlerinin durdurulacağı süreyi somut şartlara göre dikkate hesaplaması gerekir.<sup>32</sup> Bu süre belirlenirken bir yandan tutuklu borçlunun temsilci tayin etmesi için yeterince vaktinin olmasına diğer yandan da takip sürecinin gereksiz şekilde uzatılmamasına özen gösterilmelidir. Borçlu kendisinin sorumlu olamayacağı nedenlerden dolayı yetkili merci tarafından belirlenen süre zarfında temsilci tayin edemezse, o zaman bu sürenin kendisi için aynı organlar tarafından uygun şekilde bir kez daha uzatılması gereklidir.<sup>33</sup> Tutuklu veya hükümlü borçluya temsilci tayin etmesi için verilecek olan süre takip yeni başlamış ise ödeme emrinin tebliğinden önce, takip devam ediyorsa ilgili icra takip işleminden önce icra organı tarafından tayin edilir.<sup>34</sup>

Tutuklu veya hükümlü borçluya, kendisine karşı girişilen icra takip işlemlerine karşı kendisini rahatça savunabilmesi için temsilci tayinine ilişkin süre verilmemiş ise, o zaman bu durum süresiz şikâyete tabi olan bir hakkın yerine getirilmesinden kaçınılma durumu kabul edilir (İİK m. 16/2). Hükümlü veya tutuklu borçluya tanınacak olan süre her yeni takip durumunda yeniden tayin edilir, zira borçlunun kendisi aleyhine derdest bulunan bütün takiplerden haberdar edilmekte ve tam da söz konusu hal için bir temsilci tayin etmekte haklı bir çıkarı vardır.<sup>35</sup>

<sup>31</sup> “İİK.nun 54. maddesi gereğince; mümessili olmayan bir tutuklu veya hükümlü aleyhine takip yapılması halinde mümessil tayini vesayet makamına ait olmadıkça, icra müdürü bir mümessil tayin etmesi için kendisine münasip bir mühlet verir ve takibi bu sürenin bitmesine bırakır.

Somut olayda borçlu 23.1.2009 tarihinde tutuklanmıştır. Borçluya İİK.'nun 54. maddesi uyarınca 20 gün süre verilmesine dair muhtura 14.6.2010 tarihinde tebliğ edilmiştir. Öncelikle İİK.'nun 54. maddesinde belirtilen işlemler yapılmadan çıkartılan ve 17.2.2010 tarihinde tebliğ edilen ödeme emri tebligatı ve 7.5.2010 tarihinde gerçekleştirilen taşınmaz haczi yok hükmünde sayılır.

O halde mahkemece ödeme emrinin tebliği ve taşınmaz haczinin yok hükmünde olması sebebiyle ihalenin feshine karar verilmesi gerekirken şikâyetin reddine karar verilmesi isabetsizdir.” Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E. 2013/10914, K. 2013/16505, T. 30.4.2013. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>32</sup> Paul Schwartz, *Das Ermessen der Betreibungsbehörden*, BISchKG 29 (1965) 161 ff. 164; BGE 108 III 3 ff..

<sup>33</sup> Jaeger, SchKG Art. 60, N. 3.

<sup>34</sup> Borçlu icra takibi kesinleştikten sonra, icra memuru önünde İİK m. 111 gereğince borcu taksitle ödemeyi taahhüt etmiş ve borç taksite bağlanmış ise, daha sonra tutuklanan borçlunun taahhüdünü ihlâl etmesi üzerine hakkında yeniden icra takip işlemine girişmek gerekince, İİK m. 54'e göre kendisine öncelikle temsilci tayini için süre verilmesi gerekir. Bkz. Postacıoğlu ve Altay, s. 310; BGE 30 I 588; Jaeger, *SchKG* Art. 60, N. 7; BISchKG 40 (1976) 129, 50, (1986) 68 vd.; BGE 77 III 146; Wyssen, s. 31.

<sup>35</sup> “Alacaklı tarafından genel haciz yoluyla yapılan ilamsız icra takibine karşı borçlu şirket vekilinin icra mahkemesine başvurarak, ödeme emrinin tebliğ edildiği 10.10.2012 tarihi itibarıyla müvekkili şirketin yetkilisi H. O. cezaevinde tutuklu olduğunu, takipten iş bu dava tarihi itibarıyla haberdar olduklarından gecikmiş itirazlarının kabulü ile takibin durdurulmasını talep ettiği, icra mahkemesince, başvuru, gecikmiş itiraz olarak kabul edilip, “tutuklama işleminin borçlunun kusurundan kaynaklandığı için engel sebep olarak kabul edilemeyeceğinden” bahisle şikâyetin reddine karar verildiği, borçlu tarafca kararın temyiz edilmesi üzerine Dairemizce; İİK.nun 54. maddesi re'sen dikkate alınarak bu madde kapsamında somut olayın değerlendirilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle mahkeme kararının bozulduğu, mahkemece bozma ilâmına uyulmakla birlikte, karar tarihi itibarıyla borçlu şirket temsilcisinin tutukluluk hali sona erdiğinden İİK.nun 54. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verildiği görülmektedir.

İcra ve İflas Kanunu m. 56 gereğince erteleme halinin varlığı durumunda kural olarak süreler işlemeye devam eder. Fakat borçlu ve icra organları için konulmuş olan bir sürenin sonuncu günü tutukluluk veya hükümlülük gününe rastlarsa süre ertelemenin bitiminden sonra bir gün daha uzatılır. Bu bağlamda örneğin borçluya ödeme emri 12 Nisan günü tebliğ edilmiş, borçlu 18 Nisan günü tutuklanmış ve kendisine bir temsilci ataması için 10 günlük bir süre verilmiş ise (m.54) borçlu veya atadığı temsilcisi 29 Nisan günü tatil saatine kadar ödeme emrine itiraz edebilir. Zira yedi günlük itiraz süresi 19 Nisan'da bitmektedir ancak bu tarih on günlük erteleme süresine rastlamaktadır. O halde itiraz süresi, sürenin bitimi olan 28 Nisan'dan sonraki 29 Nisan gününe kadar uzatılır. Buna rağmen borçlu veya atayacağı temsilcisinin erteleme süresi içinde de ödeme emrine itirazda bulunmasında sakınca yoktur.<sup>36</sup>

İcra ve İflas Kanunu m. 54 gereğince mühlet içinde temsilci tayin edip icra dairesine bildirmeyen tutuklu veya hükümlü hakkında takibe devam olunur.<sup>37</sup> Tutuklu veya hükümlü bir süre belirlenmesinden veya bir temsilci tayin edilmesinden re'sen vazgeçebilir.<sup>38</sup> Bu durumda süre içinde temsilci tayin edip icra dairesine bildirmeyen tutuklu (veya gözaltına

---

Mahkemece her ne kadar Dairemiz bozma ilamına uyulmasına karar verilmişse de bozma doğrultusunda işlem yapılmadığı anlaşılmaktadır.

Tutuklu borçluya nasıl tebligat yapılacağı İİK'nun 54. maddesinde açıklanmıştır. Anılan yasa maddesine göre "Mümessil olmayan bir tutuklu veya hükümlü aleyhine takipte, mümessil tayini vesayet makamına ait olmadıkça, icra müdürü bir mümesil tayin etmesi için kendisine münasip bir mühlet verir ve takibi bu sürenin bitmesine bırakır. Bu mühlet içinde temsilci tayin edip bildirmeyen tutuklu veya hükümlü hakkında takibe devam olunur..."

Somut olayda borçlunun 04/10/2012 – 23/10/2012 tarihleri arasında tutuklu kaldığı ve daha sonra tahliye olduğu, buna göre İİK'nun 54. maddesi doğrultusunda tutukluya mümessil tayini için icra müdürlüğünce süre verilmesine ilişkin şartlar ortadan kalkmış ise de, anılan maddedeki şartlar yerine getirilmeden borçlu şirket temsilcisinin tutuklu olduğu sırada " .. Mah. .. Caddesi, ... İşmerkezi No: 16 D: 18 Muratpaşa –Antalya" adresine yapılan ödeme emri tebligatı yok hükmünde olup bu nedenle de geçersizdir." Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E. 2014/12886, K. 2014/15818, T. 2.6.2014. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>36</sup> Arslan vd., *İcra Ders Kitabı*, s. 115.

<sup>37</sup> "Somut olayda tutuklu olarak cezaevinde bulunduğu tespit edilen borçluya İcra Müdürlüğünce İİK'nun 54. maddesinde öngörülen prosedüre uygun olarak mümessil tayin etmesi için süre verildiği ancak borçlunun süresi içerisinde mümessil tayin etmediği görülmektedir. Bu durumda icra müdürünce tutuklu borçluya ödeme emri çıkartılması ve bu şekilde takibe devam edilmesi gerekirken borçlunun 30.03.2015 tarihli dilekçesi itiraz dilekçesi olarak dikkate alınarak takibin durdurulması isabetsiz ise de, borçluya henüz usulüne uygun ödeme emri tebliği söz konusu olmadığından takibin durdurulması doğru olup şikayetin bu sebeple reddi gerekirken, yazılı gerekçe ile reddi isabetsiz ise de, sonuçta istem reddedildiğinden, sonucu itibarıyla doğru olan kararın onanması gerekmiştir." Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E. 2016/4145, K. 2016/21211, T. 11.10.2016 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); "Borçluya ödeme emrinin cezaevinde tebliğ edilmesi üzerine icra müdürlüğünce İİK 54. madde uyarınca borçluya cezaevinde tutuklu olarak bulunması sebebiyle bir temsilci bildirmesi aksi halde ödeme emrinin kendisine tebliğ edileceğini belirten muhtura tebliğ edildiği buna rağmen borçlunun anılan maddeye uygun biçimde bir temsilci tayin edip icra dairesine bildirilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda icra müdürlüğünce, borçluya ödeme emri tebliğ edilerek takibe devam edilmesinde yasaya aykırı bir durum yoktur. Öte yandan, borçlu tarafından daha sonra tayin edilen vekile ödeme emri tebliğine de karar verilmiş olması borçlunun yararına olup bunun iptalinin istenmesinde hukuki yarar yoktur. Kaldı ki, her dava ve şikayet açıldığı tarihteki koşullara göre değerlendirileceğinden şikayet tarihinde henüz vekile tebliğ edilmiş ödeme emri de bulunmadığından şikayetin konusu da yoktur." Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E. 2012/29567, K. 2013/5690, T. 25.2.2013. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>38</sup> Wyssen, s. 32.



alınmış) veya hapisli borçlu hakkında takibe devam edilir (İİK m. 54/1); meselâ ödeme emri borçlunun kendisine tebliğ edilir (Tebliğat Kanunu m. 19; Tebliğat Tüzüğü m. 25).<sup>39</sup>

## V-YASAL TEMSİLCİSİ OLMAYAN TUTUKLU VEYA HÜKÜMLÜ ALEYHİNE DURAN TAKİP İŞLEMLERİ

Yasal temsilcisi olmayan tutuklu veya hükümlü aleyhine takipte bu tâlik halinden etkilenecek olan ve neticesinde gerçekleştirilemeyecek olan işlemler sadece icra takip işlemleridir. İcra takip işlemleri icra organları tarafından borçluya karşı yapılan, borçlunun hukuki durumuna zarar vermeye elverişli olan, zamanaşımını kesme ve tatil tâlik hallerinde yapılamama gibi etkileri bulunan, cebrî icranın alacaklı yararına ilerlemesi amacıyla yönelik işlemlerdir.

Tutukluluk ve hükümlülük halinden etkilenecek ve durdurulması gereken icra takip işlemlerinin başlıcaları, ödeme emrinin gönderilmesi, icra organınca gerçekleştirilen tebliğat ve hazırlık işlemleri, üçüncü kişilere haciz ihbarnamesinin gönderilmesi, haczin icrası, haciz tutanağının düzenlenmesi, haciz esnasında kıymet takdiri, haciz tutanağının İİK m. 103 hükmü gereğince borçluya tebliği, ilave haciz, tamamlama haczi, paraya çevirme işlemlerinin tamamı<sup>40</sup>, iflas takibine ilişkin ödeme emri, iflas davasının açıldığının tebliği, İİK m.159 ve 161 gereği malvarlığı listesinin hazırlanması ve koruyucu tedbirlerin alınması, depo kararı, doğrudan iflas yoluna ilişkin işlemler, iflas kararı gibi işlemlerdir.<sup>41</sup>

Tutuklu ve hükümlü borçlunun malvarlığının paraya çevrildikten sonra paraların paylaşılması bakımından alınmış olan önlemler, pay cetveli ve sıra cetvelinin yapılması ve açık tutulması, iştirak edenlere yapılan tebliğler doğrudan borçluya karşı yapılmadığı ve artık onun durumunu olumsuz etkilemediği için icra takip işlemi sayılmamaktadır. Bunun gibi iflas yolu ile takipte iflâs dairesi ve iflâs idaresinin tasfiyeye ilişkin işlemleri takip süreci içerisinde

<sup>39</sup> Postacıoğlu ve Altay, s. 311; Kuru, *El Kitabı*, s. 149; Arslan vd., *İcra Ders Kitabı*, s. 114; Pekcanitez vd., *İcra Ders Kitabı*, s. 75.

<sup>40</sup> “Borçluya ödeme emrinin 13.9.2010 tarihinde, kıymet takdir raporunun 11.11.2010 tarihinde ve satış ilanının 21.1.2011 tarihinde cezaevinde tebliğ edildiği, Aydın E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu'nun 21.7.2011 tarihli yazısından, borçlunun 25.5.2010 ile 12.4.2011 tarihleri arasında farklı ilamlardan dolayı cezaevinde bulunduğu anlaşılmaktadır. İ.İ.K.nun 54. maddesi gereğince, tutuklu veya hükümlüler aleyhine yapılan icra takibine, mümessil tayini suretiyle devam edilebilir. Ancak verilen sürede mümessil tayin edilmediği takdirde icra takibi sürdürülebilir. Kanunun emredici bu bizzat borçluya yapılan işlemler hükümsüz olacağından borçlunun sonradan bu hususu ileri sürmesi dinlenmesine engel teşkil etmez. Bu husustaki şikayet İ.İ.K.nun 16/2. maddesi gereğince süreye de tabi değildir. Bu durumda icra müdürlüğüne İ.İ.K.nun 54. maddesi gereğince işlem yapması gerekirken takibe devam edip satış işlemini gerçekleştirmesi yasal değildir. O halde mahkemece açıklanan sebeple ihalenin feshine karar verilmesi gerekirken istemin reddine karar verilmesi isabetsizdir.” Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E. 2012/4794, K. 2012/19491, T. 6.6.2012. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>41</sup> “Somut olayda kıymet takdir raporu borçlunun cezaevinde tutuklu olduğu sırada mernis adresinde eşine 13.06.2013 tarihinde tebliğ edilmiştir. Borçlu 21.06.2013 tarihinde Bolu T Açık Ceza İnfaz Kurumu kanalı ile icra mahkemesine hitaben yazdığı dilekçe ile haczedilmezlik şikayetinde bulunmuş, adı geçen dilekçesi Bolu Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından icra mahkemesine gönderilmiş, icra mahkemesince bu dilekçe 02.07.2013 tarihinde esasa kaydedilmiş ve harçta 29.07.2013 tarihinde yatırılmıştır. Bu durumda İİK'nun 54. maddesi gereğince mümessil tayininden önce bizzat borçluya yapılan ödeme emri tebliğatı İİK'nun 54.maddesine göre usulsüzdür. O halde mahkemece işin esasının incelenerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekir iken yazılı gerekçe ile şikayetin süreden reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.” Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E. 2014/11904, K. 2014/14520, T. 15.5.2014. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

yapılmadıkları için ve aynı zamanda borçlunun malvarlığının paraya çevrilmesi (likidasyonu) birincil olarak alacaklıların işi olduğu için icra takip işlemi değildir.<sup>42</sup>

İcra takip işlemi niteliği taşımayan, icra organlarının diğer işlemlerinin veya taraf takip işlemlerinin ise tatil ve tâlik hallerinde de gerçekleştirilmesine herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır.

İcra ve İflas Kanunu m.54/2 hükmünde yasal temsilcisi olmayan tutuklu veya hükümlüyü de kapsayacak şekilde diğer talik hallerinde de olduğu gibi borçluya tanınan bu imkânın kötüye kullanılmasına engel olmak amacıyla mal kaçırılması ihtimali olan hallerde bu mühlet içinde de haciz yapılabileceği düzenlenmiştir. Mal kaçırma fiili, malları olağan sebep yokken bulunduğu yerden alınıp başka bir yere nakledilmesi veya bunların olağandışı temlik, rehin edilmesi, ucuz fiyattan satılması, alım yapılmadan sürekli satış yapılmasını ifade eder.<sup>43</sup> Borçlunun mal beyanında (İİK m. 74,76) bulunmayıp malvarlığı aktifine ait hiç veya doğru bilgi vermeyip mallarını gizlemesi de mal kaçırma ihtimaline işaret edebilir. Bununla birlikte borçlunun mallarına el koyulmasına engel olmayı amaçlayan hareketleri de mal kaçırma sayılır.<sup>44</sup> Alacaklı, borçlunun bu fiillerin hazırlığı içinde olması veya icrasına başlamış olmasını hemen ibraz edilebilecek özellikteki ispat araçlarıyla yaklaşık olarak ortaya koymalı ve bunlar mal kaçırma halini muhtemel göstermelidir.<sup>45</sup> Tutuklu veya hükümlünün mal varlığının kaçırılmasına yönelik bu tür işlemlerin yaklaşık olarak ispatı halinde haczin durdurulmasına ilişkin talik gerekçesi ortadan kalkacak ve sadece haciz işlemi gerçekleştirilebilecektir.

## VI- BORÇLUNUN TUTUKLULUĞU VE HÜKÜMLÜLÜĞÜ HALİNDE GERÇEKLEŞEN İCRA TAKİP İŞLEMLERİNE KARŞI BAŞVURU YOLLARI

Kanun koyucu, yasal temsilcisi bulunmayan tutuklu veya hükümlü durumdaki borçluya karşı icra organları tarafından cebri icranın alacaklı yararına ilerlemesi amacına yönelmiş bulunan ve borçlunun hukukî durumuna zarar vermeye elverişli olan icra takip işlemlerinin yapılmasını, tatil ve talik hallerinde kural olarak yasaklamıştır. Yasak işlemin gerçekleşmesi durumunda icra hukuku, medeni hukukun aksine, hangi icra takip işlemlerinin hükümsüzlük hangerinin iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olduğunu veya bunun kriterlerini açıkça belirtmemiştir. İcra ve iflas takiplerinin durdurulması hakkında İİK m.54 hükmü lafzı gereği hem borçlunun menfaatlerinin korunması hem de amacı gereği kamu düzeninin (menfaatinin) korunması için düzenlenmiştir.

<sup>42</sup> Walder, s. 122; BGE 96 III 77 E. 1; Amonn ve Walther, § 11, N. 3, 42; BGE 96 III 77, 114 III 61; Blumenstein, s. 204; Jaeger, SchKG Art. 56, N. 3; Louis Dallèves, Fristen, *Betriebungsferien, Rechtsstillstand*, SJK Karte 518, Genève, 26. August 1985, s. 11.

<sup>43</sup> Muhammet Özekes, *İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz*, Ankara: 1999, s. 162; Sertaç Işıka, "Hileli İflas Suçu", *İÜHFEM*, Y. 2013, C.LXXI, S. 1, (s. 607-624), s. 610; Gerek borçlunun gerek borçlunun yakınlarının, borçlunun mallarını kaçırması ihtimali buraya girer. Bkz. Arslan vd., *İcra Ders Kitabı*, s. 115.

<sup>44</sup> Mustafa R. Belgesay, *İcra İflas Kanunu Değişen Maddeler Şerhi*, İstanbul: 1966, s. 55.

<sup>45</sup> Belgesay, s. 35; Hakan Albayrak, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat*, Ankara: 2013, s. 296.

Yasal temsilcisi olmayan tutuklu veya hükümlü aleyhine gerçekleşen takip işlemleri kamu düzenine aykırı olup hükümsüzlük müeyyidesine tabidir.<sup>46</sup> Hükümsüz icra takip işlemleri her zaman için herhangi bir biçimsel hukuk yolu kullanılmadan da kendiliğinden geçersiz kabul edilir.<sup>47</sup> Bu bağlamda icra mahkemesine şikâyet yolu ile yapılan başvuru sadece hükümsüz işlemin tespiti ve ortadan kaldırılması amacı ile yapılır. İcra ve İflâs Kanunu'nda hükümsüz işlemlere karşı şikâyet süresini sınırlayan bir hüküm yoktur. Ancak hukuki güvenliğin sağlanması ve üçüncü kişilerin haklarının korunması için, bu konuda üst sınır olarak takibin sona ermesinden itibaren bir yıl daha şikâyet hakkının bulunduğu doktrin ve Yargıtay tarafından genel olarak kabul görmektedir.<sup>48</sup> İcra mahkemesi tarafların şikâyeti olmasa bile dosya içeriğinden durma süresince yapılan işlem ile karşılaşır ise kamu düzenine aykırı bu işlemin hükümsüz

<sup>46</sup> "İcra ve İflâs Kanunu 54. maddesinde, "Müessili olmayan bir tutuklu veya hükümlü aleyhine takipte, müessil tayini vesayet makamına ait olmadıkça, icra memuru bir müessil tayin etmesi için kendisine münasip bir mühlet verir ve takibi bu sürenin bitmesine bırakır. Bu mühlet içinde temsilci tayin edip bildirmeyen tutuklu veya hükümlü hakkında takibe devam olunur" hükmü yer almaktadır. Somut olayda, ihalenin 05.09.2011 tarihinde gerçekleştirildiği, borçlunun 06.08.2011 tarihinde tutuklandığı ve şikâyete konu ihalenin yapıldığı tarihte tutuklu olduğu İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 02.12.2011 tarihli yazısından anlaşılmaktadır. İİK.nun 54. maddesi gereğince, tutuklu veya hükümlüler aleyhine yapılan icra takibine, müessil tayini suretiyle devam edilebilir. Ancak verilen sürede müessil tayin edilmediği takdirde icra takibi sürdürülebilir. Yasanın emredici bu kuralına uyulmadan yapılan işlemler hükümsüz olacağından borçlunun sonradan bu hususu ileri sürmesi dinlenmesine engel teşkil etmez. Bu sürede icra takip işlemi yapılamaz. Satış işlemi de bir icra takip işlemi olduğuna göre icra müdürlüğünce İİK.nun 54.maddesi gereğince işlem yapılması gerekirken takibe devam edip satış işlemini gerçekleştirmesi yasal değildir." Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E. 2012/34087, K. 2013/6459, T. 28.2.2013. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>47</sup> Hükümsüzlük yaptırımına tabi olan işlemlerle ilgili Türk hukukundaki uygulama bu işlemlerin süresiz şikâyete konu olmasıdır. Bkz. Sema Taşpınar Ayvaz, "İcra İflâs Hukukunda Hükümsüz İşlemler ve Hükümsüzlük", *Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C. II*, Ankara-, 2015, (s. 1537-1550), s. 1547.

<sup>48</sup> Taşpınar Ayvaz, s. 1551; Pekcanitez ve Simil, s. 152; Yargıtay 12. HD., 26.02.2014 T.; 2014/29529 E. 2014/3943 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

olduğuna re'sen karar verebilmelidir.<sup>49</sup> İcra mahkemesinin kamu düzenine aykırı takip işlemlerine karşı vereceği iptal kararı esasen teknik anlamda hükümsüzlüğün tespiti kararıdır.<sup>50</sup>

## SONUÇ

İcra hukuku vasıtası ile alacaklı tatmin edilmeye çalışılırken alacaklının alacağını tahsil yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde çeşitli ilkeler ve kurallar ortaya çıkmıştır. Bu kurallardan birisi de tatil ve talik hallerinde borçluya karşı icra takip işlemlerinin gerçekleştirilemeyeceği kuralıdır. İcra hukukunda talik halleri belirlenirken borçlunun ve üçüncü kişilerin korunmaya değer hak ve menfaatlerini gözeterek doğal insan hakları ve evrensel ilkeler esas alınmıştır. Borçlunun korunmaya değer hak ve menfaatlerinden birisi de tutukluluk ve hükümlülük hallerinde kendisine karşı gerçekleştirilecek takip işlemlerinin talik edilmesi (ertelenmesi) diğer bir ifadeyle durdurulması hakkıdır.

Borçlunun tutukluluk veya hükümlülük durumunun varlığı nedeniyle talik hakkını kullanabilmesi için aleyhine takip işlemleri yapılırken yasal temsilcisinin bulunmaması gereklidir. Böyle bir durumda yasal temsilci tayini vesayet makamına ait olmadıkça, icra müdürü yasal temsilci tayin etmesi için kendisine münasip bir mühlet verir ve takibi bu sürenin bitmesine bırakır. MK'nun 357. maddesi gereğince borçlu bir yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile mahkûm olmuş ise, icra memuru, hükümlüye bir vasi tayin edilmesini vesayet makamından olan sulh hukuk mahkemesinden ister. Vasi tayin edilinceye kadar hükümlüye karşı başlamış olan takip durur.

Usulüne uygun yasal temsilci tayin edilmemiş tutukluluk veya hükümlülük hali olan borçluya karşı gerçekleştirilecek icra takip işlemleri ise modern hukukta kabul edildiği üzere kural olarak kamu düzenine aykırı olup hükümsüzlük müeyyidesine tabidir. Hükümsüz icra takip işlemleri ise her zaman için herhangi bir biçimsel hukuk yolu kullanılmadan da mahkemece tespit edildiği anda re'sen geçersiz kabul edilir.

<sup>49</sup> Kurt Amonn ve Dominik Gasser, *Grundriss des Schuldbetreibung und Konkursrechts*, Bern, 1997, s. 42. "TMK.nun 407. maddesinde aynen; "Bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkum olan her ergin kısıtlanır. Cezayı yerine getirmekle görevli makam, böyle bir hükümlünün cezasını çekmeye başladığını, kendisine vasi atanmak üzere hemen yetkili vesayet makamına bildirmekle yükümlüdür" hükmüne yer verilmiştir. Diğer taraftan İİK. nun 54/1. maddesinde ise; "Müessesli olmayan bir tutuklu veya hükümlü aleyhine takipte, müessesli tayini vesayet makamına ait olmadıkça, icra memuru bir müessesli tayin etmesi için kendisine münasip bir mühlet verir ve takibi bu sürenin bitmesine bırakır. Bu mühlet içinde temsilci tayin edip bildirmeyen tutuklu veya hükümlü hakkında takibe devam olunur " düzenlemesi yer almıştır. Alacaklı tarafından nafaka alacağına dair başlatılan genel haciz yoluyla takipte örnek 7 ödeme emrinin borçluya 23.07.2012 tarihinde cezaevinde tebliğ edildiği süresinde verilen dilekçe ile takibin durdurulduğu borçluya ödeme emrinin cezaevinde tebliğ edilmesi üzerine borçlu tarafa icra müdürlüğüne İİK 54. madde uyarınca bir temsilci bildirmesi için muhtıra tebliğ edildiği buna rağmen borçlunun anılan maddeye uygun biçimde bir temsilci tayin edip icra dairesine bildirilmediği ancak temsilci için yeni süre verilmesini istediği anlaşılmıştır. Yukarıda da belirtildiği üzere, 1 yıl ve daha uzun süreli mahkumiyet halinde, kişinin kısıtlanması ve kendisine vasi atanması gerekmektedir. Bundan sonra hükümlü adına yapılacak tebligatlar vasisine yapılarak geçerlilik kazanacaktır. Bu husus kamu düzenine ilişkin olup, mahkemece re'sen gözetilmesi gerekmektedir. Somut olayda borçlunun cezaevinde olduğu dosya kapsamı itibarıyla anlaşılmakta olup; borçlunun cezaevinde hükümlü veya tutuklu olup olmadığı, hükümlü ise 1 yıl veya daha uzun süreli ceza ile mahkum olup olmadığı hususunda araştırma yapıp re'sen vesayet altına alınması gereken kişilerden olup olmadığı tespit edilip oluşacak sonuçta göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir." Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E. 2013/16024, K. 2013/23497, T. 24.6.2013. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>50</sup> Taşpınar Ayyaz, s. 1548.

## KAYNAKÇA

- Albayrak, Hakan, *Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukunda Yaklaşık İspat*. Ankara, 2013.
- Amonn, Kurt, *Grundriss des Schuldbetreibungs und Konkursrechts*. 5.Auflage, Bern, 1993.
- Amonn, Kurt ve Walther, Fridolin, *Grundriss des Schuldbetreibungs und Konkursrechts*, 7. Auflage, Bern, 2003.
- Arar, Kemal, *İcra İflas Hükümleri*, C.1, Ankara, 1944.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz Emel Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, 5. Baskı, Ankara, 2019.
- Blumenstein, Ernst, *Handbuch Des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes*. Bern, 1911.
- Boran, Nilüfer, *İcra Takibinin İptali ve Tâliki*. İzmir, 2006.
- Cerrahoğlu, Fadıl, "Cebrî İcra Hukukunda Süreler". *İTGC*. 15, S. 716, Tarihi: 30. 06. 1972.
- Dallèves, Louis, Fristen, Betreibungsferien, Rechtsstillstand, SJK Karte 518, Genève, 26. August 1985.
- Dişel, Buse, *İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı*, İzmir, 2011.
- Fritzche, Hans ve Walder-Bohner, Hans Ulrich: *Schuldbetreibung und Konkurs Nach Schweizerischen Recht*, Band I Zurich,1993.
- Fritzche, Hans, *Schuldbetreibung und Konkurs nach Schweizerischen Recht*. 2. Auflage, B. II, Zürich, 1968.
- İşıka, Sertaç, "Hileli İflâs Suçu", *İÜHF*, Y. 2013, C.LXXI, S. 1, (s. 607-624)
- Jaeger, Carl, *Schuldbetreibung und Konkurs*, Band I, 3. Auflage, Zürich, 1911.
- Jaeger, Carl, Hans Ulrich Walder, M. Thomas Kull, Martin Kottmann, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Band I, Art. 1-158, Zürich, 1997.
- Kuru, Baki, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş, 2.Baskı, Ankara, 2013.
- Killer, Albert, *Betreibungsferien und Rechtsstillstand*, BISchKG 30 (1966).
- Koparan, Mehmet Reşat, "Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama", *TBB Dergisi*, Sayı 65, 2006, (s. 154-172).
- Özekes, Muhammet, *İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz*, Ankara, 1999.
- Özekes, Muhammet, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Ankara, 2009.
- Pekcanitez, Hakan ve Simil, Cemil, *İcra - İflas Hukukunda Şikayet*, 2. Basi, İstanbul, 2017.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan, Muhammet Özekes, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 4. Basi, İstanbul, 2017.
- Perez Ragone, Alvaro: "General Report For Session 4-4.2", *International Association Of Procedural Law, Conference Book*, Seul-2014, (s. 599-758).
- Postacioğlu, İlhan E. ve Sümer Altay, *İcra Hukuku Esasları*, 5. Baskı, İstanbul-2010.
- Schwartz, Paul, *Das Ermessen der Betreibungsbehörden*, BISchKG 29 (1965).
- Stahelin, Adrian, Thomas Bauer, Daniel Stahelin, *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs unter Einbezug der Nebenerlasse, Band I, II, Art 1-87, Art 88-220*, Basel/Genf/München-1998.
- Uyar, Talih, *İİK Şerhi*, C.3, Ankara, 2004.
- Taşpınar Ayvaz, Sema, "İcra İflâs Hukukunda Hükümsüz İşlemler ve Hükümsüzlük", *Prof. Dr. Ramazan Arslan'ın Armağanı*, C. II, Ankara, 2015, (s. 1537-1550).
- Tuor, Peter ve Bernhard Schnyder, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 10.A., Zürich,1986, 1989 und 1992.
- Umar, Bilge, *İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, İzmir, 1973.
- Wyssen, Hugo, *Geschlossene Zeiten, Betreibungsferien und Rechtsstillstand* (Art. 56 FF. SCHKG), Basel, 1995.
- Yıldırım, Kamil Mehmet ve Nevhis Deren Yıldırım, *İcra Hukuku*, 5.Baskı, İstanbul, 2012.
- Yılmaz, Ejder, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, Ankara, 2016.

Geliş Tarihi | Received: 15.03.2021

Kabul Tarihi | Accepted: 17.04.2021

Yayın Tarihi | Published: 30.04.2021

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

## AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN ÜÇ AŞAMALI TESTİ

### THE THREE PART TEST OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

**Mehmet Alp Didinmez\***

#### ÖZ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "özel ve aile yaşamına saygı hakkını" düzenleyen 8, "düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü" düzenleyen 9, "ifade özgürlüğünü" düzenleyen 10 ve "toplama ve örgütlenme özgürlüğünü" düzenleyen 11. maddesi yine Sözleşme metniyle bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, maddelerin kendi içerisinde yer verilen bu sınırlamaları somut olaylara uygulamak için bir test geliştirmiştir. Doktrinde "üç aşamalı test" olarak adlandırılan bu inceleme usulü, Sözleşme'nin 8-11. maddelerindeki haklara devletler tarafından yapılan müdahaleleri incelerken Mahkemenin sonuca gitmede kullandığı temel aracı haline gelmiştir. Çalışma kapsamında, Mahkemenin "hukukilik", "meşru amaç" ve "demokratik toplumda gereklilik" olarak kısaltılabilecek üç aşamalı testinin temel yapıtaşları ele alınmıştır. Mahkemenin üç aşamalı testiyle ilgili içtihatlarından derlenen bu makale, Sözleşme'nin 8 ile 11. maddeleriyle ilgili yapılan şikâyetlerde Mahkemenin kullandığı yargılama yöntem ve usulüne ilişkin genel bir çerçeve sunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler** Üç aşamalı test ~ AIHM üçlü test ~ demokratik toplumda gereklilik testi ~ AIHS 8-11. madde testi

#### ABSTRACT

The European Convention on Human Rights has guaranteed "Right to respect for private and family life" under the article 8, "Freedom of thought, conscience and religion" under the article 9, "Freedom of expression" under the article 10 and "Freedom of assembly and association" under the article 11. However, these rights are also subject to some limitations by (text of) the Convention. The European Court of Human Rights has developed a test to apply these limitations provided by the relevant articles on concrete cases. This examination procedure, which is called "the three-part test/triple test" in the doctrine, has become a fundamental means used by the Court in reaching its conclusions when examining the interventions made by the State Parties to the rights guaranteed in Articles 8-11 of the Convention. Within the scope of this article, the basic building blocks of the triple test of the Court, which would be summarized as "legality", "legitimate aim" and "necessity in a democratic society" has discussed. This article, which grounds on the Court's jurisprudence on the triple test, provides a general framework for the Court's judgment method and procedure used in complaints about articles 8 to 11 of the Convention.

**Keywords** The three part test ~ ECtHR triple test ~ the test of necessity in democratic society ~ the test of Article 8 to 11 of ECHR

\* İnsan Hakları ve Eşitlik Uzmanı, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İnsan Hakları Ana Bilim Dalı Doktora Öğrencisi.

0000 0001 9197 7025 alpdidinize@hotmail.com



Bu eser Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.  
This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

## GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ortak Avrupa kamu düzenini amaçlayan bir uluslararası antlaşma niteliğinde olmasının yanı sıra, *sui generis* (kendine özgü) bir sözleşmedir. Uluslararası hukuk açısından klasik anlamda çok taraflı bir antlaşma olmanın ötesinde, Başlangıç metninde ifade edilen amaçları gerçekleştirmeye ve korumaya yönelik bir “*yasa antlaşma*”dır.<sup>1</sup>

Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin bir kısmı mutlak nitelikte korunurken; diğer kısmı ise sınırlamalara tâbi tutulmaktadır. Örneğin işkence yasağı mutlak nitelikte korunmaktadır; ifade özgürlüğü gibi haklar ilgili hükümlerde yer alan sınırlama ölçütleri gerekçe gösterilerek sınırlandırılabilir.

AİHS’in 8. maddesi “özel ve aile yaşamına saygı hakkını,” 9. maddesi “düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü,” 10. maddesi “ifade özgürlüğünü,” 11. maddesi “toplanma ve örgütlenme özgürlüğünü” düzenlemektedir. Bu dört hak, “kişisel özgürlükler” ya da “nitelikli haklar”<sup>2</sup> olarak adlandırılmakta ve hem literatürde hem de Sözleşme organlarının kararlarında Sözleşme kapsamında korunan haklar arasında ayrı bir grup olarak ele alınmaktadır. Sayılan bu haklar, Sözleşme’nin “Olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma” başlıklı 15. maddesine göre Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alınabilecek maddeler arasındadır. Bunun yanı sıra, bahse konu hakların ayrı bir grup olarak ele alınması, bu hakların düzenlendiği maddelerin yapısındaki benzerlikle de ilgilidir. 8, 9, 10 ve 11. maddeler için öngörülen sınırlama sistemi aynıdır. Maddelerin birinci fıkrasında koruma altına alınan haklar, ikinci fıkralarda ise hakkın hangi koşullarda sınırlandırılabilirliği gösterilmiştir.

Her yargı makamının inceleme usul ve yöntemlerinin belirli bir öngörülebilirlik içermesi adaletin tesis edilmesi için elzemdir. Aynı hakkı içeren veya aynı hukuki metinle koruma altına alınan özgürlüklere her seferinde farklı yargılama usul ve/veya yöntemi uygulamak başlı başına hak ihlali oluşturabilecektir. Hukukun istikrarlı ve tutarlı uygulanabilmesi için basitleştirilmiş ve standartlaştırılmış açık usuller düzenlenmelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de bu saikle kendi usul ve yöntemlerini geliştirmiştir. Bu inceleme usulü kapsamında Mahkeme söz konusu maddelerle ilgili başvuruları tetkik ederken ilk olarak ilgili hakka yapılan bir müdahalenin olup olmadığını tespit etmektedir.<sup>3</sup> Bu müdahale; bir “işlem”, “eylem” veya “ihmal” şeklinde olabilmektedir. Eğer müdahale yoksa AİHM başvuru hakkında ileri bir incelemeye gerek görmeyecektir. Fakat AİHM bu haklara bir müdahale olduğunu tespit ederse<sup>4</sup>,

<sup>1</sup> Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü ve Abdurrahman Saygılı, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, Ankara: Turhan Kitabevi, 12. Baskı, 2019, s. 24.

<sup>2</sup> Betül Durmuş, “Bireysel Başvuru Kararlarında Demokratik Toplumda Gereklik Ölçütü”, *Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi proje Akademisi*, s. 1. (erişim: 12.03.2021).

<sup>3</sup> Örneğin, Bireylerin kurduğu bir derneğe yerel makamlarca tüzel kişilik statüsü verilmemesi, söz konusu bireylerin örgütlenme özgürlüğünden faydalanmalarına yönelik bir müdahale teşkil etmektedir [Sidiropoulos ve Diğerleri v. Yunanistan, (Başvuru No: 26695/95), 10.07.1998, prg. 31; Koretsky ve Diğerleri v. Ukrayna, (Başvuru No: 40269/02), 03.07.2008, prg. 39; Özbek ve Diğerleri v. Türkiye, (Başvuru No: 35570/02), 06.10.2009, prg. 35].

<sup>4</sup> Örnek için bkz. Dilipak v. Türkiye, (Başvuru No. 29680/05), 15.09. 2015, prg.51.

başvuruyu “*üç aşamalı test*” olarak adlandırılan testine tabi tutacaktır. Mahkeme tarafından geliştirilen bu testin aşamaları;

- 1) Hukukilik
- 2) Meşru amaç
- 3) Demokratik Toplumda Gereklilik

bölümlerinden oluşmaktadır.

AİHM, “hukukilik” aşamasında müdahalenin hukuken öngörölmüş olup olmadığını, “meşru amaç” aşamasında müdahalenin ilgili maddelerin ikinci fıkralarında sayılan amaçlardan birini içerip içermediğini ve son aşamada ise “müdahalenin demokratik toplumda gerekli” olup olmadığını kontrol etmektedir.

Üç aşamalı test mahkeme tarafından sırayla uygulanmaktadır. Örneğin; haklara yapılan müdahale hukuki dayanaktan yoksunsa ihlal gerçekleşmiş sayılacak; ikinci ve üçüncü aşamalarda soruların cevabı aranmayacaktır. Müdahale hukukeyse ancak meşru amaçlardan birine yönelik değilse ihlal gerçekleşmiş kabul edilecek ve üçüncü sorunun cevabı Mahkeme tarafından aranmayacaktır. Başvuru, ilk iki aşamayı geçerse testin son aşamasına geçilecek ve müdahalenin demokratik toplumda gereklilik ilkesine uygun olup olmadığı irdelenecektir. Müdahale demokratik toplumda gereklilik ilkesine uygunsa ihlal gerçekleşmemiş olacak, aksi halde ihlal kararı verilecektir. Sonuç olarak, eğer aşamalardan birinde aranan koşullar gerçekleşmemişse diğer aşamaya geçmeye gerek kalmadan Mahkeme ilgili hakkın ihlal edildiği sonucuna varabilecektir.

Yukarıda genel hatları verilen “*üç aşamalı test*” bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Çalışma kapsamında AİHM'in bu testini neye dayanarak yaptığı ve testin her bir basamağında hangi kriterlere önem verdiği Mahkeme kararlarından derlenerek ortaya koyulmaya çalışılacaktır. Çalışma çerçevesinde, üç aşamalı test bağlamında Mahkeme tarafından kullanılan bazı temel kavramlara da değinilecektir. Çalışmanın amacı; çoğunlukla bilinen ama sıklıkla gözden kaçan bu üç başlıkta, AİHM'in inceleme yöntemini daha görünür ve anlaşılabilir kılmaya gayretidir. Çalışmada, Mahkeme kararlarının konularından ziyade Mahkemenin üç aşamalı testi ile ilgili temel söylemleri ve içtihat niteliğindeki cümlelerine yer verilecektir. Çalışmanın sınırlılığı Mahkemenin yalnızca Sözleşme'nin 8 ile 11. maddeleri kapsamında uyguladığı üç aşamalı testi konu almasıdır.

## I. HUKUKİLİK

Hukukilik ilkesi olarak adlandırdığımız ilke “yasayla öngörülen”, “yasayla öngörölmüş olma”, “yasaya uygun olarak”, “kanunilik” gibi isimlerle de anılmaktadır. Bu ilkeye göre, müdahalenin yasal bir dayanağının bulunması gerekmektedir. Buradaki müdahale, devlet tarafından yapılan bir “işlem”, koyulan bir “şart” veya “kısıtlama” ya da “ceza” şeklinde ortaya çıkabilmektedir.

Sözleşme'nin 8 ile 11. maddelerinin ikinci fıkralarında, bu maddelerde korunan hakların sınırlandırılmasının hukukilik koşuluna uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi gerektiği



açıkça düzenlenmektedir. Bu koşul, özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkını düzenleyen 8. maddede, “yasayla öngörülmüş olma” şeklinde yer alırken; 9, 10 ve 11. maddelerde ise, “yasayla öngörülen” şeklinde ifade edilmiştir. Ancak mahkemeye göre bu terimler aynı şekilde yorumlanmalıdır. Mahkemenin testin bu aşamasında tartıştığı temel soru<sup>5</sup> müdahalenin hukuka uygun olup olmadığıdır.

AİHM, Sözleşme'nin 8 ilâ 11. maddelerinde kullanılan “yasayla öngörülmüş olma” ve “yasalar uyarınca” ifadeleriyle ilgili olarak, “yasa” terimini şeklen değil özü itibarıyla algıladığını her zaman vurgulamıştır.<sup>6</sup> Mahkeme, yasa teriminin içine; yasalardan daha alt düzeydeki kararname<sup>7</sup> ve parlamento tarafından görevlendirilen bağımsız kural koyucuların getirdiği düzenlemeleri<sup>8</sup> kapsayan yazılı hukuku ve hatta yazılı olmayan hukuku da dâhil etmiştir. AİHM'e göre; hukuk sözünden hem yazılı hukuk hem de hâkimin yarattığı hukuka bağlı kararlar anlaşılmalıdır.<sup>9</sup> Mahkeme, örf ve adet hukuku veya içtihat hukuku (*common law*) kurallarının ya da uluslararası hukuk ilkelerinin de hakka müdahale için yasal bir temel oluşturabileceğini kabul etmektedir. Kısaca ifade etmek gerekirse, mahkemeye göre “yasa” yetkili mahkemeler tarafından yorumlanan ahkâmıdır.<sup>10</sup> Dolayısıyla, 8 ilâ 11. maddelerin ikinci fıkralarında yer alan hukuken öngörülmüş olma deyişinden anlaşılması gereken, biçimsel anlamda değil maddi anlamda hukuktur.<sup>11</sup> Ancak Mahkeme için üç aşamalı testin ilk aşaması olan hukukilik şartının geçilmesi için bunlar yeterli olmamaktadır. AİHM, Sözleşmedeki yasayla öngörülme koşuluna göre, ihtilaf konusu tedbir kararının iç hukukta yasal bir dayanağının bulunması ve aynı zamanda bu dayanağının yasa kavramının niteliklerini taşıması gerektiğini belirtmektedir. Bu nitelikler ilgili yasanın;

herkes için erişilebilir,

bazı sonuçlarının öngörülebilir

olmasıdır.

Mahkeme, bir yasanın kamuya açık, erişilebilir ve öngörülebilir olması gerektiğini *Sunday Times - Birleşik Krallık* davasında şöyle izah etmiştir:

Birincisi, yasanın yeterince erişilebilir olması gerekir: vatandaş, yasal düzenlemelerin belirli bir davaya uygulanmasının uygun olduğu konusunda yeterli bir göstergeye sahip olmalıdır. İkincisi, bir hukuki düzenleme vatandaşın davranışını düzenlemesine olanak sağlayacak biçimde yeterli açıklıkta formüle edilmedikçe “kanun” olarak değerlendirilemez: kişi -gerektiğinde uygun yönlendirmeye- bu şartlarda makul olan ölçüde, belirli bir eylemin yol açacağı sonuçları öngörebilmelidir.<sup>12</sup>

<sup>5</sup> Mahkeme kararları içerisinde bu soruyu “*Whether the interference was lawful*”, “*Prescribed by law*”, “*Whether the interference was prescribed by law*” gibi başlıklar altında görmek mümkündür.

<sup>6</sup> De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika, (Başvuru No: 2832/66, 2835/66, 2899/66), 18.06.1971, prg.93.

<sup>7</sup> De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika, prg. 45 ve 93.

<sup>8</sup> Barthold v. Almanya, (Başvuru No: 8734/79), 31.01.1986, prg. 21-46.

<sup>9</sup> Diğerlerinin yanı sıra bkz. The Sunday Times v. İngiltere (No. 1), (Başvuru No: 6538/74), 06.11.1980, prg. 30-47 ve Casado Coca v. İspanya, (Başvuru No: 15450/89), 24.02.1994, prg. 18-43.

<sup>10</sup> Leyla Şahin v. Türkiye, (Başvuru No: 44774/98), 10.11.2005, prg.77.

<sup>11</sup> De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika, prg. 93, (aktaran Egemen Esen, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2019, s. 88.)

<sup>12</sup> The Sunday Times v. Birleşik Krallık, prg. 49.

İlgili karardan da anlaşılacağı üzere, AİHM için “erişebilirlik” kavramı, başvuru sahiplerinin, belirli bir vakada uygulanabilecek hukuki düzenlemeler hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmesi manasına gelmektedir. Mahkemenin yerleşik içtihadına göre; bir kanun uygulanacağı her kişinin bu kanun gereğince davranışlarını uyarlamasına imkân verecek açıklıkta yazılırsa, Mahkemenin deyişiyle “yeterli açıklıkta formüle edilirse” *öngörülebilir* kabul edilecektir.<sup>13</sup> Bir kanunun “öngörülebilir” olabilmesi için, kişinin gerekirse uygun tavsiyeler alarak davranışlarını düzenlemesine imkân verecek şekilde yeterince net ifadeler içermesi gerekmektedir.<sup>14</sup>

AİHM'e göre, bir yasanın, “erişilebilir” ve “öngörülebilir” nitelikte kabul edilebilmesi için aynı zamanda, söz konusu normun bireylere karşı “keyfi müdahaleleri koruyucu” özelliklerinin de olması gerekir.<sup>15</sup> Daha açık bir şekilde ifade edilirse, hukukilik ilkesi, hukukun keyfi kullanımına karşı güvenceleri de içermektedir.<sup>16</sup> Örneğin, *Kruslin - Fransa* kararında; Fransız Ceza Yargılaması Kanunu'nda yer alan “her türlü delili elde etme” yetkisi çerçevesinde soruşturma hâkimi suç zanlısı bir şahsın telefonunun dinlenmesine karar vermiş; ancak, dinlenen telefona o sırada misafir olarak evde kalan Kruslin'in konuşmaları da takılmış ve Kruslin'in yaptığı konuşmalardan, telefonun dinlenmesine dayanak olan suçtan bambaşka bir suçla ilişkin delillere ulaşılmıştır.<sup>17</sup> Bu kayıtlara dayanarak Kruslin mahkûm edilmiştir. AİHM, Fransız mevzuatının, keyfi uygulamaların önlenmesi çerçevesinde, dinlemeye kimin karar vereceğinin, ne süre ile dinleme yapılabileceğinin, dinleme kayıtlarının nasıl değerlendirileceğinin ve sonuçta dinleme kayıtlarının nasıl imha edileceğinin yasada açıkça belirlenmediği gerekçesiyle, “özel hayatın gizliliği” hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir.<sup>18</sup> Hatta AİHM, hukuki düzenlemedeki keyfiyet yüzünden, bu davada “demokratik toplumda gereklilik” açısından bir müdahale olup olmadığını dahi tartışmaya gerek görmemiştir.<sup>19</sup>

Testin ilk aşamasında, yasayla öngörülme şartı açısından usulî güvencelerin varlığı da AİHM için önem taşıyan konulardan biridir.<sup>20</sup> Örneğin *Al-Nashif - Bulgaristan* davasında, başvuranın eşi ve çocuklarıyla birlikte yaşadığı Bulgaristan'dan hiçbir gerekçe gösterilmeden ve kararın gözden geçirilmesi olanağı verilmeden sınır dışı edilmesi, “yasayla öngörülme” şartını yerine getirmediği için ileri bir değerlendirme yapılmadan Mahkeme tarafından ihlal kararı verilmesine neden olmuştur.<sup>21</sup> Başka bir vakada; Mahkeme, başvuru

<sup>13</sup> bkz, diğer birçok karar arasında, AİHM, RTBF v. Belçika, (Başvuru No. 50084/06), 29.03.2011, prg. 103; AİHM, Akçam ve Türkiye, (Başvuru No: 32964/96), 30.10.2001, prg. 87.

<sup>14</sup> N.F. v. İtalya, (Başvuru No: 37119/97), 02.08.2001, prg. 26- 29.

<sup>15</sup> Esen, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini”, s. 89.

<sup>16</sup> Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Kapsamında Kapasitesinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi, *Hâkimler ve Savcılar İçin Meslek İçi Eğitim Seti, İfade Özgürlüğü El Kitabı 2, Hakaret Suçlarına Bakan Ceza Hâkimleri ve Savcılarına Yönelik Eğitici Modül Yönlendirmeleri El Kitabı*, s. 34.

<sup>17</sup> *Kruslin v. Fransa*, (Başvuru No: 11801/85), 24.04.1990, prg.27-37.

<sup>18</sup> *Kruslin v. Fransa*, prg. 27-37.

<sup>19</sup> *Kruslin v. Fransa*, prg. 27-37.

<sup>20</sup> Abdulkadir Pekel, *Aile Hayatına Saygı Hakkı AİHM'in Geliştirdiği İlkeler Bağlamında Bir İnceleme*, Liberte Yayınevi, 2016, s. 27.

<sup>21</sup> *Al-Nashif v. Bulgaristan*, (Başvuru No: 50963/99), 20.06.2002, prg. 125, 126, (aktaran: Pekel, *Aile Hayatına Saygı Hakkı AİHM'in Geliştirdiği İlkeler Bağlamında Bir İnceleme*, s. 28)

sahibinin gözetilmesi için yasal gerekçe görevi gören ulusal düzenlemelerin açık ve kesin olmadığı için ihlal kararı vermiştir.<sup>22</sup>

Diğer yandan AİHM; genel terimlerle yazılmış bir kanunun, yerel mahkemeler tarafından yapılan yorumlarının kamuyla paylaşılması ve ulaşılabilir olması durumunda, öngörülebilir olmadığının ya da belirsiz olduğunun söylenemeyeceğini de kabul etmektedir.<sup>23</sup> AİHM'in tecrübelerine göre, birçok yasa az ya da çok ve kaçınılmaz olarak muğlak terimlerle ifade edilmektedir.<sup>24</sup> Bu yüzden, her yasanın sonuçları mutlak bir belirginlikle öngörülebilir olmayı gerektirmemektedir.<sup>25</sup> Örneğin, müstehcenlikle ilgili normların tam bir kesinlik içeremeyeceği Mahkeme tarafından kabul edilmektedir.<sup>26</sup> Bütün bunlara rağmen, AİHM'in, Sözleşmede yer alan haklara yapılan müdahalelerin "erişilebilir", "öngörülebilir" ve "keyfilğe karşı yeterli güvence içeren bir hukuki dayanağının" olduğuna karar verdiği durumlarda, bu yasal dayanağın yerel makamlarca düzgün bir biçimde yorumlanıp yorumlanmadığını incelemekte "isteksiz" olduğu söylenmektedir.<sup>27</sup>

Toparlamak gerekirse; üç aşamalı testin ilk aşamasında Mahkemenin 4 konuya odaklandığı söylenebilecektir. Buna göre Mahkeme *ilk olarak*; müdahalenin hukuki dayanağının var olup olmadığına bakmaktadır. *İkinci olarak*; müdahaleye esas hukuk normlarının herkes tarafından "erişilebilir" olup olmadığı kontrol edilmektedir. *Üçüncü olarak*; ilgili normların, yeterince açık bir şekilde düzenlenerek öngörülebilirlik kistasına uyup uymadığı yorumlanmaktadır. *Son olarak*; AİHM ilgili normların, hukukun keyfi kullanımına karşı güvenceler içerip içermediğini denetlemektedir. Bu sayılan kistaslara bir aykırılık Mahkeme tarafından tespit edilirse, Mahkeme, müdahalenin "meşru bir amaç" güdüp gütmeyeceğini ya da "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığına yönelik başka değerlendirme yapmadan ihlal sonucuna ulaşacaktır.<sup>28</sup> Örneğin, yürürlükten kalkan 1983 tarihli ve 2908 sayılı Dernekler Kanununda yer alan "*Dernekler, yönetim kurullarınca karar verilmeden bildiri, beyanname veya benzeri yayınlar yapamaz ve dağıtamazlar.*"<sup>29</sup> ifadesiyle ilgili bir başvuruda<sup>30</sup> AİHM, ilgili kanun hükmünde yer alan "benzeri yayınlar" gibi belirsiz ve açık olmayan ibarelerin "yasayla öngörülmüş" şartının niteliklerine haiz olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiş<sup>31</sup> ve testin diğer aşamalarını yapmaya gerek görmemiştir.

<sup>22</sup> İsviçre v. Vukota-Bojić, (Başvuru No: 61838/10), 18.10.2016.

<sup>23</sup> Kokkinakis v. Yunanistan, (Başvuru No: 14307/88), 25.05.1993, prg. 19.

<sup>24</sup> The Sunday Times v. Birleşik Krallık, prg. 49.

<sup>25</sup> The Sunday Times v. Birleşik Krallık, prg. 49.

<sup>26</sup> AİHM, Müller ve diğerleri v. İsviçre, (Başvuru No: 10737/84), 24.05.1988, prg. 29.

<sup>27</sup> David Harris ve diğerleri, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2009, 2nd Edition, Oxford: Oxford University Press, s. 371, (Aktaran Esra Demir Gürsel, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddelerinde Korunan Haklar ve Demokratik Toplumun Sınırları", Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul: 2014, s. 123.)

<sup>28</sup> Cangı v. Türkiye Davası, (Başvuru No: 24973/15), 29.01.2019, prg. 44.

<sup>29</sup> 1983 tarih ve 2908 sayılı mülga Dernekler Kanunu, m. 44.

<sup>30</sup> Karademirci ve Diğerleri v. Türkiye, (Başvuru No: 37096/97, 37101/97), 25.01.2005, prg. 33-34, (Aktaran: Yaşar Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020, s. 161.)

<sup>31</sup> Karademirci ve Diğerleri v. Türkiye, (Aktaran: Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, s. 161.)

Son olarak; AİHM'in üç aşamalı testte yaptığı bu sıralamanın, Mahkemenin Sözleşmeye taraf olan devletlerin hukuk sistemlerinin nitelikli uygulamasına öncelik verdiği şeklinde yorumlandığını da belirtmekte yarar vardır.<sup>32</sup>

## II. MEŞRU AMAÇ

Sözleşme'nin 8-11. maddesinde düzenlenen haklarla ilgili hukukilik incelemesini geçen başvurular “meşru amaç” güdüp gütmeyeceği bakımından Mahkeme tarafından değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Meşru amaç testi; hakka yapılan müdahalenin ilgili maddede yer verilen sınırlama ölçütlerine/istisnalara dayanılarak yapıp yapılmadığının testidir.

Meşru amaçların ne olduğu konusunu “düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü” düzenleyen 9. Madde üzerinden örneklendirebiliriz. İlgili maddeye göre;

1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.
2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda **kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması** için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.

Madde metninden de görülebileceği üzere, Sözleşme'nin 9. maddesi özelinde kabul edilebilecek meşru amaçlar; “*kamu güvenliği*”, “*kamu düzeni*”, “*genel sağlık*”, “*genel ahlak*”, “*başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*” olarak karşımıza çıkmaktadır.

AİHS'te yer verilen sınırlama ölçütleri, diğer bir deyişle meşru amaçlar, açık ve sınırlı sayım yöntemiyle belirlenmiştir. Mahkeme, hakkın sınırlandırılmasını öngören ve sınırlayıcı sayımla ifade edilen ikinci fıkraların dar yorumlanması gerektiğini her zaman ifade etmektedir.<sup>33</sup>

“Kamu güvenliği” ile “sağlık ve ahlakın korunması” Sözleşme'nin 8 ila 11. maddelerinin hepsinde ortak olarak sayılan meşru amaçlardandır. “Ulusal güvenlik” istisnası ise, 9. madde dışındaki diğer üç maddede ortaktır. “Ülkenin ekonomik refahı” yalnızca 8. madde bakımından; “toprak bütünlüğü,” “gizli bilgilerin ifşa edilmesinin engellenmesi” ve “yargı organının otorite ve tarafsızlığının korunması” ise yalnızca 10. madde bakımından öngörülmüştür. Bu sınırlamaların ilgili maddelerin özelliklerine göre çeşitlendirilmesi bilinçli bir tercihtir. Sözleşme'nin 8, 10 ve 11. maddelerinin 2. fıkralarından farklı olarak “ulusal güvenlik” istisnası; düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 9. maddenin 2. fıkrasında sıralanan meşru amaçlar arasında yer almamaktadır. Bu durum bir ihmal veya kaza değildir. Sözleşme metnini kaleme alanların meşru müdahale gerekçeleri içerisinde bu gerekçeyi dâhil etmemelerinin nedeni; devletin bir kişiye baskıyla inancını değiştirmesini amaçlayan tedbirler almasını engellemek veya inanması gerektiğini dikte etmesine mani olmak ve dini çoğulculuğun temel önemini

<sup>32</sup> Yeşil Deniz, “Çevrimiçi Özgürlükler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Türkiye için ileriye dönük bir yol mu?” , Ekonomi ve Dış Politika Araştırmalar Merkezi (EDAM) Siber Politikalar ve Dijital Demokrasi, 05/2018, s.9, <https://edam.org.tr/wp-content/uploads/2018/04/EDAM-Cevrimici-Ozgurlukler.pdf> .

<sup>33</sup> Funke v. Fransa, (Başvuru No: 10828/84), 25.02.1993, prg. 55; Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 5947/72), 25.03.1983, prg. 95.

yansıtmaktır.<sup>34</sup> Dolayısıyla devlet, bir kişinin veya grubun dinini açıklama haklarını kullanmalarına sınırlama getirmek için, tek başına, “ulusal güvenliği koruma” gerekliliğine dayanamaz.<sup>35</sup> Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ancak 9. maddesinin 2. paragrafında bulunmayan “yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının güvence altına alınması” meşru amacı için de aynı durum geçerlidir.<sup>36</sup> Sözleşme’nin hazırlık çalışmaları sırasında bu istisnalar üzerinde özenle çalışılmıştır.<sup>37</sup>

Bazı meşru amaçlar hemen hemen aynı istisnayı işaret etmesine rağmen AİHS’te farklı şekilde ifade edilmiştir. “Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması,” 10. maddede “başkalarının şeref ve haklarının korunması;” 9. maddede yer verilen “kamu düzeni” istisnası, diğer üç maddede “suçun veya düzensizliğin önlenmesi” olarak anılmıştır. Ancak bugüne kadar Sözleşme’nin resmi dilleri arasında çıkan anlam farklılıkları Mahkeme tarafından göz ardı edilmiştir. Bu konuda Mahkeme; 10. maddenin 2. fıkrasının İngilizce ve Fransızca metinlerinde yer alan “the prevention of disorder” ve “la défense de l’ordre” ifadelerinin bağdaştırılmasını<sup>38</sup>, çünkü AİHS’in bir bütün olarak okunması ve farklı hükümler arasında iç tutarlılığı ve uyumu teşvik edecek şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmektedir.<sup>39</sup>

Sözleşme’nin 8 ila 11. maddelerinde yer verilen ölçütlerin tamamı aşağıda yer almaktadır:

- Ulusal güvenliğin korunması,
- Toprak bütünlüğünün korunması,
- Kamu güvenliğinin korunması,
- Kamu düzeninin sağlanması / Düzensizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi,
- Sağlığın korunması,
- Ahlakın korunması,
- Ülkenin ekonomik refahı,
- Başkalarının şöhretinin veya haklarının korunması,
- Gizli olarak elde edilen bilgilerin açıklanmasının önlenmesi,
- Yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının güvence altına alınması.

Sözleşme’nin 8 ila 11. maddelerinde düzenlenen haklara yönelik sınırlamaların, bu maddelerin ikinci fıkralarında tanımlanan istisnalardan ya da AİHS’de ifade edildiği biçimiyle “meşru amaçlardan” en az birini gerçekleştirmek amacıyla<sup>40</sup> yapılmış olması gerekir. Yapılan

<sup>34</sup> Nolan ve K. Rusya, (Başvuru No: 2512/04), 12.02.2009, prg. 73.

<sup>35</sup> Nolan ve K. Rusya, prg. 73.

<sup>36</sup> Hamidović v. Bosna Hersek, (Başvuru No: 57792/15), 5.12.2017, prg. 35.

<sup>37</sup> Daha fazlası için bkz. [https://www.echr.coe.int/Documents/Library\\_TravPrep\\_Table\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TravPrep_Table_ENG.pdf)

<sup>38</sup> Perinçek v. İsviçre, (Başvuru No: 27510/08), 15.10.2015, prg. 136 ve 151.

<sup>39</sup> Stec ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 65731/01 ve 65900/01), 12.04.2006, prg. 48.

<sup>40</sup> Mahkeme testin bu aşamasını “*Legitimate aim*”, “*Whether the interference pursued a legitimate aim*” gibi başlıklar altında incelemektedir.

müdahale birden fazla meşru amaç da güdebilir. Ancak en az bir meşru amaç gütmeyen müdahale meşru amaç testinden geçemeyecektir. AİHM'in birden fazla sınırlama nedenini aynı anda meşru amaç olarak kabul ettiği davalar da vardır.<sup>41</sup> Örneğin *Nada - İsviçre*<sup>42</sup> kararında Mahkeme “suçun önlenmesi”, “ulusal güvenlik” ve “kamu güvenliği” sebeplerini aynı anda kabul etmiştir.<sup>43</sup> Fakat AİHM genellikle, sözleşmecî devletin öne sürdüğü birden fazla meşru nedenden birisinde haklı olduğu kanaatine varırsa, ihlal olmadığı gerekçesiyle devletin ileri sürdüğü diğer meşru amaçları tartışmaya gerek görmemekte ve başvuruyu bir sonraki aşama çerçevesinde incelemeye geçmektedir.<sup>44</sup>

Belirtmek gerekir ki AİHM önüne gelen başvurularda meşru amaç sayılan kavramları kendisi tanımlamak veya bu kavramların özelliklerini belirleyerek somut olay özelinde inceleme yapmamaktadır.<sup>45</sup> AİHM çoğunlukla incelediği dosyadaki bu meşru amaçlardan birinin varlığı veya yokluğu temelinde bir denetim yapmaktadır.<sup>46</sup>

Davalı devletler, ilgili maddede sayılan meşru amaçlar dışında yeni bir amaç ileri sürerek sınırlama yapamamakta; bir hak ve özgürlüğün ilgili maddesindeki meşru amacı başka bir hak ve özgürlük için sınırlama nedeni olarak gösterememektedir.<sup>47</sup> Örneğin, *S.A.S. - Fransa* kararında, hükümet müdahalesinin meşru amacını “kadın ve erkekler arasındaki eşitliğe saygı”, “insan onuruna saygı” ve “toplum içerisinde yaşamının asgari gerekliliklerine saygı” olarak açıklamış, ancak Mahkeme bu üç değer, açıkça Sözleşme'nin 8 ve 9. maddelerinin ikinci fıkralarında sıralanan meşru amaçların herhangi birine karşılık gelmediğini belirtmiştir.<sup>48</sup> Öte yandan, AİHM'de yer almayan bir amacın, hak ve özgürlüğü kısıtlamasında ağır bastığının anlaşıldığı durumlarda Mahkeme dosyayı Sözleşme'nin 18. maddesindeki “Anılan hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamalar öngörüldükleri amaç dışında uygulanamaz.” hükmüyle de bağdaştırabilmektedir.<sup>49</sup>

Mahkeme önüne giden davalarda, başvuranlar çoğunlukla davalı devletin iyi niyetle hareket etmediğini ve meşru amaç olarak gösterdiği nedenin aslında “gerçek” neden olmadığını öne sürmektedir.<sup>50</sup> AİHM ise genellikle başvuranların bu iddiasını kolayca kabul etmemektedir.<sup>51</sup> Örneğin; *Refah Partisi ve Diğerleri - Türkiye* kararında, başvuranlara göre, partinin kapatılmasının gerçek nedeni Refah Partisi'nin ulusal borçları sıfıra indirmeyi içeren ekonomi politikasının büyük iş çevreleri ve ordunun çıkarlarını tehdit etmesidir.<sup>52</sup> Ancak AİHM, başvuranların, kapatma kararının Anayasa Mahkemesi'nin gösterdiği gerekçelerden başka

<sup>41</sup> Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt*, Pozitif Matbaa/Ankara: Yargıtay Başkanlığı/Avrupa Konseyi, 2013, s. 15.

<sup>42</sup> *Nada v. İsviçre*, (Başvuru No: 10593/08), 12.9.2012.

<sup>43</sup> Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt*, s. 15.

<sup>44</sup> D.J. Harris ve diğerleri, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Ankara: Avrupa Konseyi, 2013, s. 353.

<sup>45</sup> Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt*, s. 14.

<sup>46</sup> Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt*, s. 14.

<sup>47</sup> Ömer Korkmaz, *Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları*, Yetkin Yayınları/Ankara 2014, s. 212.

<sup>48</sup> *S.A.S. v. Fransa*, (Başvuru No: 43835/11), 01.07. 2014, prg.116-117.

<sup>49</sup> Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, s. 164.

<sup>50</sup> D.J. Harris ve diğerleri, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, s. 353.

<sup>51</sup> D.J. Harris ve diğerleri, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, s. 353.

<sup>52</sup> *Refah Partisi ve Diğerleri v. Türkiye*, (Başvuru No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98), 13.02.2003, prg. 66.

gerekçelerle alındığını ortaya koyan yeterli delil gösteremediklerini belirterek bu iddiayı dikkate almamıştır.<sup>53</sup> Bununla beraber Mahkeme'nin, az sayıda da olsa, devletin ilgili maddedeki istisnalardan birinin kapsamına girmeyen bir amaçla hareket ettiğine karar verdiği ve hatta açıkça "iyi niyetli" olmadığını vurguladığı kararlar da bulunmaktadır.<sup>54</sup> Örneğin, *Navalnyy - Rusya* davasında Mahkeme, hükümetin kamu düzeni gibi bir meşru bir amacı olduğu konusunda tatmin olmamış ve yalnızca bu nedenle 11. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiş<sup>55</sup>, *The Moscow Branch of the Salvation Army – Rusya* kararında ise AİHM, müdahalenin hukuki ya da olgusal herhangi bir dayanağının bulunmadığına ve bu yüzden taraf devletin "iyi niyetle" hareket etmediğine kanaat getirmiştir.<sup>56</sup>

*Ciubotaru - Moldova* davasında ise; ihlal iddiasına muhatap olan devletin, ilgili maddelerde yer alan meşru amaçlara savunmasında açıkça yer vermemesine rağmen AİHM, müdahalenin "meşru amaç" taşıdığını kendiliğinden kabul etmiştir.<sup>57</sup> Ancak *Ciubotaru - Moldova* davasındaki bu durumun çok istisnai bir özellik taşıdığının belirtilmesi gerekir.

Meşru amaç olarak sayılan kavramlar genellikle "soyut" nitelikli olması nedeniyle başvuruların iddialarını "somut" kanıtlarla desteklemeleri de oldukça zordur. Bu yüzden 8-11. maddelerde belirtilen sınırlama sebeplerinin geniş manada yorumlanabilecek kavramlardan seçildiği ve bu durumun ise ilgili maddelerde yer alan hakların korunmasında etkisizliğe yol açabileceği gibi eleştiriler de bulunmaktadır.<sup>58</sup>

AİHM müdahalenin meşru bir amaç gütmeye karar verdiğinde, başvurunun demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına dair daha fazla inceleme yapmaksızın Sözleşme'nin ihlal edildiğine hükmetmektedir.<sup>59</sup> Ancak Mahkeme, bazı davaların özel koşullarını göz önünde bulundurarak müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının incelenmesine devam etmekte yarar görebilmektedir.<sup>60</sup> Gerek bu yüzden gerekse de meşru amaçların sayılan diğer özellikleri yüzünden üç aşamalı testin ikinci aşamasında Mahkeme tarafından pek fazla ihlal kararı verilmemektedir.

### III. DEMOKRATİK TOPLUMDA GEREKLİLİK

AİHM'in üç aşamalı testinin ilk iki aşamasını bir şekilde geçen başvurular Mahkeme tarafından testin son aşaması olan "demokratik toplumda gereklilik" ya da "demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma" ismiyle anılan teste tabi tutulmaktadır.<sup>61</sup> Sözleşme'nin bizzat kendisinden neşet eden demokratik toplumda gereklilik ilkesi, Mahkeme tarafından zamanla

<sup>53</sup> Refah Partisi ve Diğerleri v. Türkiye, prg. 67.

<sup>54</sup> Demir Gürsel, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddelerinde Korunan Haklar ve Demokratik Toplumun Sınırları", s. 132.

<sup>55</sup> Navalnyy v. Rusya, (Başvuru No: 29580/12), 15.11.2018, prg. 122-127.

<sup>56</sup> The Moscow Branch of the Salvation Army v. Rusya, (Başvuru No: 72881/01), 05.10.2006, prg. 97.

<sup>57</sup> Ciubotaru v. Moldova, (Başvuru No: 27138/04), 27.04.2010, prg. 55.

<sup>58</sup> Eleştiriler için bakınız: Demir Gürsel, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddelerinde Korunan Haklar ve Demokratik Toplumun Sınırları", s. 125-126.

<sup>59</sup> Khuzhin ve Diğerleri v. Rusya, (Başvuru No: 13470/02), 23.10.2008, prg. 117.

<sup>60</sup> Kövesi v. Romanya, (Başvuru No: 3594/19), 05.05.2020, prg. 199.

<sup>61</sup> Mahkeme kararlarında bu aşamayı "Necessary in a democratic society", "Whether the interference was necessary in a democratic society" gibi başlıklar altında ele almaktadır.

geliştirilmiş ve devletlerin bir hakkı meşru amaçlarla sınırlandırırken uyması gereken en önemli ölçüt halini almıştır.<sup>62</sup>

AİHM'in yerleşik içtihadına göre, “demokratik toplumda gereklilik testi”; Mahkeme'nin şikâyetçi olunan müdahalenin “zorlayıcı [acil] sosyal ihtiyaca” karşılık gelip gelmediğini, izlenilen “meşru amaçla orantılı” olup olmadığını ve ulusal makamlar tarafından bunu haklı kılmak için verilen gerekçelerin “ilgili” ve “yeterli” olup olmadığını belirlemesini gerektirmektedir.<sup>63</sup> Bununla birlikte bu aşama, Mahkeme tarafından kesin çizgileri çizilmeyen ve Mahkeme'nin kararlarıyla şekillenen bir özellik de arz etmektedir. Dolayısıyla demokratik toplumda gereklilik ilkesi AİHM'e önemli bir takdir yetkisi vermektedir.<sup>64</sup> Nitekim Mahkeme kararlarının çoğunda, demokratik toplumda gereklilik ilkesi üzerinde tartışma yapılmaktadır.

AİHM, demokratik toplumda gereklilik koşulunun incelemesini yaparken; “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç”, bu ihtiyacı kanıtlayan uygun, “inandırıcı” ve “yeterli gerekçe”, “orantılılık”, bireysel-genel yarar arasındaki “adil denge” gibi birçok farklı kavram ve değerlendirme kriterini ilgili olaya uygulayarak bir hüküm vermektedir.<sup>65</sup> Mahkeme sayılan bu kavramların hepsini her vakada tek tek aramaktan ziyade sonuca ulaşmak için ve somut olaya uygun düştüğü ölçüde, kendince uygun gördüğü kavramlar üzerine yoğunlaşmaktadır. Örneğin, “adil denge” kavramını Mahkeme'nin her kararında görmek mümkün değildir. Zira Mahkeme'nin “adil denge” arayabilmesi için yarışan iki hak veya menfaat gibi özel bazı koşulların olması gerekmektedir.

Testin üçüncü aşamasını oluşturan demokratik toplumda gereklilik ilkesinde öne çıkan bir dizi kavram ve test uygulanırken kullanılan bazı kıstaslar bulunmaktadır. Bunları sırasıyla “demokratik toplum”, “gereklilik”, “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç”, ve “orantılılık” olarak sıralayabiliriz.

## A. DEMOKRATİK TOPLUM

Demokratik toplumda gereklilik kavramını incelemeye, AİHM'in “*demokratik toplum*”dan ne anladığıyla başlamak isabetli olacaktır. Mahkeme bugüne kadar demokratik toplumla ilgili derli toplu bir tanım vermemiştir. Ancak AİHM içtihatlarından yola çıkarak Mahkeme'nin demokratik toplum anlayışının içinde; “hukukun üstünlüğü”, “çoğulculuk”, “açık fikirlilik”, “hoşgörü” ve “demokratik katılım” gibi kavramların bulunduğu söylenebilir.

*Klass-Almanya* davasında<sup>66</sup> Mahkeme “demokratik toplum” kavramından elde edilen ilkeler konusunda birtakım açıklamalarda bulunmuştur. Bu karara göre; demokratik

<sup>62</sup> Zeynep Hazar, “Siyasi Partilerin Kapatılması ve Demokratik Toplumda Gereklilik İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Yıl:3 /Sayı:2018/1, (2018), s. 81.

<sup>63</sup> *The Sunday Times v. Birleşik Krallık* (no. 1) (Başvuru No: 6538/74), prg. 62.

<sup>64</sup> Steven Greer, *The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1997, s. 14.

<sup>65</sup> Reyhan Sunay, *İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, 2001 s. 113.

<sup>66</sup> *Klass ve diğerleri v. Almanya*, (Başvuru No: 5029/71), 06.09.1978, prg. 55.



toplumlardaki temel prensiplerden biri, AİHS'nin giriş bölümünde de sarih bir biçimde belirtilen hukukun üstünlüğüdür. Hukukun üstünlüğünün anlamlarından biri, yürütme makamlarının bir bireyin haklarına yaptığı müdahalenin bağımsızlık, tarafsızlık ve usule uygunluğun en iyi teminatı olan yargının etkin denetim mekanizmasına, en azından son çare olarak tabi olmasıdır.<sup>67</sup>

*Handyside-Birleşik Krallık* kararında ise Mahkeme, “demokratik bir toplumun” özelliklerinin “çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik” olduğunu belirtmiştir.<sup>68</sup> Yine mahkemeye göre; çoğunluğun fikirlerine karşı muhalif ve azınlıkta kalan fikirlerin korunması da demokratik toplumun gereğidir. Bazı durumlarda bireysel çıkarların bir grubun çıkarlarına nazaran daha önemsiz olarak görülmesi gerekse de demokrasi her zaman çoğunluğun fikirlerinin hâkim olacağı anlamına gelmez. Mahkemeye göre, “çoğunluk dışındaki fikirlerin adil ve doğru bir biçimde muamele göreceğini garantileyen bir denge ve baskın görüşün kötüye kullanılmasından kaçınılması demokrasi için vazgeçilmezdir.”<sup>69</sup>

Mahkeme, davayı ele aldığı madde üzerinden de demokratik toplum anlayışını yansıtabilmektedir. AİHM'e göre Sözleşme'nin 9. maddesi ile muhafaza altına alınmış olan “düşünce, vicdan ve din özgürlüğü”, demokratik toplumun temellerinden birisini oluşturmaktadır. Demokratik bir toplumun olmazsa olmaz unsurlarından ve yüzyıllar içerisinde çok büyük bedeller ödenerek kazanılan bir değer olan “çoğulculuk” da bu özgürlüğe dayanmaktadır.<sup>70</sup>

Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü de “demokratik toplumun” mihenk taşlarından birisidir. Mahkeme'ye göre demokrasi ancak ifade özgürlüğüyle gelişebilir.<sup>71</sup> Sözleşme çerçevesinde ifade özgürlüğünü demokratik toplumun temeli haline getiren şey, Mahkeme tarafından “toplumun ilerlemesi” ve “tüm üyelerinin kendini gerçekleştirme” için taşıdığı önemle açıklanmaktadır.<sup>72</sup> Mahkeme'nin özellikle siyasi tartışmalara, basın ve medyaya bu hak çerçevesinde sağladığı korumanın genişliği, demokrasi ve bu hak arasında kurduğu güçlü bağ ile ilişkilidir. Üstelik Mahkeme, 11. maddede düzenlenen toplantı ve dernek kurma özgürlüğünün amaçlarından birinin de 10. maddede düzenlenen ifade özgürlüğünü korumak olduğunu belirtir.<sup>73</sup>

Mahkemeye göre, Sözleşme'nin 11. maddesinde belirtilen toplantı ve dernek kurma özgürlüğü, “Avrupa kamu düzeninin temel bir özelliği” olan demokrasi ile yakından ilişkilidir.<sup>74</sup> Strasbourg Mahkemesine göre; dile getirilen bazı fikirler veya kullanılan bazı kelimeler yetkililere ne kadar sarsıcı ve kabul edilemez görünse de, şiddete teşvik veya demokratik ilkelere inkârı gibi durumlar dışında “toplama” veya “ifade” özgürlüğüne müdahale niteliği taşıyan

<sup>67</sup> *Klass ve diğerleri v. Almanya*, prg. 55.

<sup>68</sup> *Handyside v. Birleşik Krallık*, (Başvuru No: 5493/72), 07.12.1976, prg. 49.

<sup>69</sup> *Young, James ve Webster v. Birleşik Krallık*, (Başvuru No: 7601/76 7806/77), 13.08.1981, prg. 63.

<sup>70</sup> *Buscarini ve diğerleri v. San Marino*, (Başvuru No: 24645/94), 18.02.1999, prg. 34.

<sup>71</sup> *Sosyalist Türkiye Partisi ve Diğerleri v. Türkiye* (Başvuru No: 26482/95), 12.11.2003, prg. 45.

<sup>72</sup> *Handyside v. Birleşik Krallık*, prg. 49.

<sup>73</sup> *Sosyalist Türkiye Partisi ve Diğerleri v. Türkiye*, prg. 41.

<sup>74</sup> *Staatkundig Gereformeerde Partij v. Hollanda*, (Başvuru No: 58369/10), 10.06.2012, prg. 70.

her türlü tedbir, demokrasiye zarar vermekte ve hatta onu tehlikeye düşürmektedir.<sup>75</sup> Mahkemeye göre, “hem siyasi partiler hem de kültürel ya da manevi mirası koruma, çeşitli sosyo-ekonomik amaçları gerçekleştirme, bir dini yayma ya da öğretme, bir etnik kimlik arayışında olan ya da azınlık bilincini savunan dernekler de demokrasinin düzgün bir şekilde çalışması için önemlidir.”<sup>76</sup> Bu bağlamda AİHM, 11. maddeyle ilgili kararlarında, demokratik toplum kavramının içinde “sosyal uyum/toplumsal birleşme” kavramının olduğunu da belirtmektedir.<sup>77</sup>

Mahkeme'nin 10. madde ve 11. madde içtihadı, “demokratik toplumu”, iktidarın yargı ve yasama dışındaki araçlarla denetlenmesine ve toplumun farklı kesimlerinin çeşitli yollarla demokratik süreçlere katılımına imkân tanıyan bir düzen olarak tanımlamaktadır. Mahkemeye göre, “demokratik bir sistemde hükümetin eylem ve ihmalleri yalnızca yasama ve yargı organlarının değil, aynı zamanda basın ve kamuoyunun da yakın denetimine tabi olmalıdır.”<sup>78</sup>

Mahkeme, demokrasinin Sözleşme tarafından tasarlanan veya Sözleşme ile uyumlu tek siyasi model olduğunu da vurgulamaktadır.<sup>79</sup> Hatta Mahkemeye göre AİHS, demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini desteklemek ve sürdürmek için tasarlanmıştır.<sup>80</sup>

Toparlamak gerekirse; Mahkemenin demokratik toplum kavramına atfettiği önem davanın ele alındığı maddeye ve somut koşullara göre belirlenmektedir. AİHM, davayı incelerken “demokratik bir topluma” uygun ilkelere özellikle dikkat ve riayet etmektedir.<sup>81</sup>

## B. GEREKLİLİK

Strasbourg organlarının, demokratik gereklilik anlayışının gelişmesi olağanüstü hâl benzeri durumlar (*quasi-emergency situation*) kavramıyla bağlantılı olarak ortaya çıkmıştır.<sup>82</sup> Günümüzde AİHM'e göre, “gereklilik” kavramı, “demokratik toplum” kavramıyla bağlantılıdır. Mahkemeye göre; devlet tarafından yapılan müdahalenin haklı bir müdahale olduğuna karar verilebilmesi için müdahalenin “gerekli” olması lazımdır. Bu gereklilik, “demokratik toplum” nitelemesiyle sınırlı bir gerekliliktir.

Mahkeme demokratik toplumda “gereklilik” kavramına ilişkin ölçütlerini 1976 tarihinde *Handyside - Birleşik Krallık* davasında ortaya koymuştur. Mahkeme bu kararda, Sözleşme'nin 10(2) fıkrasındaki 'gerekli' sıfatının, 'zorunlu' sözcüğü ile anlamdaş olmadığını [madde 2(2)'deki "mutlaka gerekli", madde 6(1)'deki "kesinlikle gerekli" ifadeleri ve madde 15(1)'deki "durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği ölçüde" ifadesi], öte yandan

<sup>75</sup> Kudrevičius ve Diğerleri v. Litvanya, (Başvuru No: 37553/05), 15.10.2015, prg. 145; Stankov ve Ilinden Birleşik Makedonya Örgütü v. Bulgaristan, (Başvuru No: 29221/95 29225/95), 02.10.2001, prg. 97.

<sup>76</sup> Gorzelik ve Diğerleri v. Polanya, (Başvuru No: 44158/98), 17.02.2004, prg. 92.

<sup>77</sup> Ouranio Toxo ve Diğerleri v. Yunanistan, (Başvuru No: 74989/01), 20.10.2005, prg. 42; Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası v. Türkiye, (Başvuru No: 20641/05), 25.09.2012, prg. 70.

<sup>78</sup> Castells v. İspanya, (Başvuru No: 11798/85), 23.04.1992, prg. 46.

<sup>79</sup> Baçzkowski ve diğerleri v. Polanya, (Başvuru No: 1543/06), 03.05.2007, prg. 61.

<sup>80</sup> Baçzkowski ve diğerleri v. Polanya, prg. 61.

<sup>81</sup> Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, prg. 97.

<sup>82</sup> Murat Tümay, “The Concept of Necessary in a Democratic Society in Restriction of Fundamental Rights a Reflection From European Convention on Human Rights”, *Human Rights Review*, C.I, 2011, s. 2., Iversen v. Norveç, (Başvuru No: 468/62), 17.12.1963.

'kabul edilebilir', 'olağan' (m.4(3)), 'yararlı' (Birinci Protokolün 1. maddesi, Fransızca metin), 'makul' (m.5(3) ve m.6(1)) veya 'arzu edilen' deyimleri gibi esnekliğe sahip olmadığını belirtmiştir.<sup>83</sup>

Mahkeme, *Silver ve Diğerleri - Birleşik Krallık* davasında ise “demokratik bir toplumda gerekli” ifadesinin, bir müdahalenin, Sözleşme ile bağdaşabilmesi için, başka şeylerin yanı sıra, “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca” karşılık gelmesi ve “izlenen meşru amaçla orantılı” olması gerektiği anlamına geleceğini beyan etmiştir.<sup>84</sup> Mahkeme içtihatlarına göre, bir müdahalenin demokratik toplumda gerekli olabilmesi için baskın/zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı (*a pressing social need*) karşılaması ve özellikle güdülen meşru amaçla orantılı (*proportionate to the legitimate aim pursued*) olması lazımdır. Buna ek olarak, ulusal makamların müdahaleyi meşrulaştırmak için ileri sürdükleri gerekçelerin, meşru amaçla ilgili (*relevant*) ve amacı meşrulaştırmak için yeterli (*sufficient*) olması gerekmektedir. Bu meyanda, yerel makamlara belirli bir ölçüde takdir alanı (*margin of appreciation*) tanınmıştır. Ancak yerel makamların değerlendirmeleri AİHM’in denetimine tabi olacaktır.<sup>85</sup>

Temel olarak Mahkemenin yerleşik içtihadına göre “gereklilik” kavramının iki koşulu bulunmaktadır. Bunlardan ilki “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç” ikincisi ise ulaşılmak istenen meşru amaçla “orantılılık”tır.

### 1. Zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç

AİHM’in gereklilik analizindeki ilk adım, “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç” olup olmadığının belirlenmesidir. Başka bir deyişle; Mahkeme, müdahalenin “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca” cevap verip vermediğini sorgulayarak “demokratik toplumda gereklilik” değerlendirmesine başlamaktadır.<sup>86</sup>

Yerleşik içtihadına göre davalı hükümetler, Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç” sebebiyle yapıldığını göstermelidir.<sup>87</sup> Bu sebepten ötürü davalı hükümetler, müdahalenin “kabul edilebilir”, “olağan”, “kullanışlı” veya “makul” olduğunu göstermeden önce zorlayıcı bir ihtiyaçtan kaynaklandığı konusunda Mahkemeyi ikna etmek durumundadır.<sup>88</sup> Bu yüzden, devletler savunmalarında bu hususa özel bir yer ayırmaktadır.<sup>89</sup>

Mahkemeye göre “gerekli” kelimesi, “faydalı” veya “uygun” gibi ifadelerin esnekliğine sahip değildir.<sup>90</sup> Bu yüzden Mahkeme, yerel mekanizmaların, AİHS tarafından öngörülen

<sup>83</sup> Handyside v. Birleşik Krallık, prg. 48.

<sup>84</sup> Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, prg. 97.

<sup>85</sup> S. ve Marper v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 30562/04, 30566/04), 04.12.2008, prg. 101; Coster v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 24876/94), 18.01.2001, prg. 104.

<sup>86</sup> William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2015, s. 438.

<sup>87</sup> Piechowicz v. Polonya, (Başvuru No: 20071/07), 17.04.2012, prg. 212.

<sup>88</sup> Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, s. 169.

<sup>89</sup> Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, s. 170.

<sup>90</sup> Sviato-Mykhailivska Parafiya v. Ukrayna, (Başvuru No: 77703/01), 14.06.2007, prg. 116.

ilkelere uygun davrandıkları konusunda, “ilgili olay ve olguların kabul edilebilir bir değerlendirilmesine dayanarak ikna edilmelidir.”<sup>91</sup>

Her bir davada zorunlu toplumsal ihtiyaç bakımından ilk değerlendirmeyi yapmak ulusal makamlara düşmektedir.<sup>92</sup> Bu manada, ulusal makamlara bir takdir yetkisi verilmiştir. AİHM bir müdahalenin “gerekli” olup olmadığını belirlerken, ulusal makamlara verilen takdir yetkisini gözetecektir. Ancak Mahkemeye göre zorlayıcı toplumsal ihtiyaç, demokratik bir toplumun çıkarları bağlamında değerlendirilmelidir. Örneğin, basın özgürlüğü söz konusu olduğunda, demokratik bir toplum için özgür basının sağlanması ve sürdürülmesi önemlidir.<sup>93</sup> Bu sebepten dolayı ulusal makamların, “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç” olup olmadığına karar vermek için yalnızca sınırlı bir takdir payı bulunmaktadır.<sup>94</sup>

Mahkeme, 8 ila 11. maddeler kapsamında yaptığı denetimlerde başvuru tarafından karşı çıkılan tedbirlerin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığını belirlerken davayı bir bütün olarak göz önünde bulundurmaktadır.<sup>95</sup> Sayılan bu maddelerin her biri için Mahkeme önüne gelen vakalara göre çeşitli içtihatlar geliştirmiştir. Ancak Mahkeme zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı her bir olaya veya olayların bağlamına göre takdir etmektedir. Mesela Mahkemeye göre sendikal örgütlenme hakkına getirilen bir kısıtlamanın “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı” karşılayıp karşılamadığı belirlenirken, bir sendika kuruluşunun veya faaliyetlerinin “Devlete veya demokratik bir topluma yönelik yeterince yakın bir tehdit” oluşturduğuna dair makul kanıtlar olmalıdır.<sup>96</sup> Örneğin, memurların sendika kurma hakları olmadığı gerekçesiyle ulusal mahkemeler tarafından feshedilmesini konu alan bir başvuruda, AİHM, Türkiye'nin “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç” göstermediği gerekçesiyle ihlal kararına hükmetmiştir.<sup>97</sup> Bu kararda Mahkeme, yasanın bu tür sendikalara izin vermemiş olmasının “bir sendikanın feshi kadar radikal bir önlemler” haklı çıkarmak için yeterli olmadığını belirtmiştir.<sup>98</sup>

Başvuranın üzerinde yerel makamlar tarafından kayıt dışı olduğu belirtilen sembollerin bulunduğu *Şolari - Moldova Cumhuriyeti* kararında ise Mahkeme; göstericilerin partilere, siyasi örgütlere veya kuruluşlara ait sembollerini kullanmamaları halinde toplantı yapmalarına izin verilebileceği, aksi halde toplantı ve/veya gösteri yapamayacağı şeklindeki bir koşulun, “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı” karşılamaya yönelik olmadığı sebebiyle ihlal kararı vermiştir.<sup>99</sup>

Öte yandan Mahkeme, bir kamusal ihtiyacın her zaman “zorunluluk” arz ettiğine de kanaat getirmemiştir. Örneğin *Gough - Birleşik Krallık* davasında Mahkeme, insan

<sup>91</sup> Yehova Şahitleri Dayanışma Derneği ve diğeri v. Türkiye, (Başvuru No: 36915/10 8606/13), 17.10.2016, prg. 98.

<sup>92</sup> Z v. Finlandiya, (Başvuru No: 22009/93), 25.02.1997, prg. 94.

<sup>93</sup> Fatullayev v. Azerbaycan, (Başvuru No: 40984/07), 22.04.2010, prg. 82.

<sup>94</sup> Wizerkaniuk v. Polonya, (Başvuru No: 18990/05), 05.07.2011, prg. 65.

<sup>95</sup> Z v. Finlandiya, prg. 94.

<sup>96</sup> Sindicatul ‘Păstorul cel Bun’ v. Romanya, (Başvuru No: 2330/09), 31.01.2012, prg. 69; Koretsky ve Diğeri v. Ukrayna, prg. 55.

<sup>97</sup> Tüm Haber Sen and Çınar v. Türkiye, (Başvuru No: 28602/95), 21.02.2006, prg. 36.

<sup>98</sup> Tüm Haber Sen and Çınar v. Türkiye, prg. 36. Kararda ayrıca Mahkeme, Mahkeme, Türkiye'nin, tüm işçilerin özel sektör ve kamu sektörü ayrımı yapmaksızın sendika kurma hakkının kabul edildiği 87 No.lu Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesini onaylamasını da dikkate almıştır.

<sup>99</sup> Şolari v. Moldova Cumhuriyeti, (Başvuru No: 42878/05), 28.03.2017, prg. 39.

vücudunun zararsızlığı fikrine inanarak bu inancını, kamusal alanda çıplak dolaşarak ifade ettiğini belirten başvuranın davasını “ifade hürriyeti” kapsamında kabul edilebilir bulmuş ancak kamuda çıplaklık meselesinin, aynı zamanda ahlaki ve kamu düzenine ilişkin meseleleri de beraberinde getirdiğini; bu nedenle, başvuranın tercih ettiği ifade şeklinin “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı” karşılamadığına hükmetmiştir.<sup>100</sup>

Yukarıda aktarılan bilgilere rağmen, Mahkemenin her davada müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca karşılık geldiğini veya gelmediğini yeterli açıklıkta ortaya koyduğu veya tartıştığı söylenemez.<sup>101</sup> Bu tür belirsizlik durumlarında Mahkeme genellikle “orantılılık” kavramı üzerinde yoğunlaşmaktadır.

## 2. Orantılılık

Orantılılık ilkesi, tıpkı “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” gibi Sözleşme metninde yer almayan ancak Mahkeme tarafından zamanla geliştirilmiş bir ilkedir. AİHM’in orantılılık denetiminin köklerinin anayasalarda öngörülen ölçülülük ilkesinde olduğu söylenmektedir. Ölçülülük ilkesi, hak ve özgürlüğe müdahale edilirken, amaca ulaşmak için elverişli ve gerekli, diğer bir deyişle zorunlu aracın seçilmesini, bireylerin hak ve özgürlüğüne orantısız bir şekilde müdahale edilmemesini gerektirmektedir.<sup>102</sup> Buradan hareketle, ölçülülük ilkesi; seçilen araç ile amaç arasındaki makul bağlantıyı/nedenselliği yansıtan *elverişlilik*, hak ve özgürlüğü en az sınırlayan aracın seçilmesi gerektiğini ortaya koyan *gereklilik/zorunluluk* ve araç ile amaç arasındaki dengiyi sağlayan *orantılılık* ilkesinden oluşmaktadır.<sup>103</sup> AİHM, içtihatlarında açıkça “elverişlilik” ve “zorunluluk” ölçütlerini kullanmasa da, müdahalenin ağırlığı ve müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında yapılan tartım neticesinde sınırlama için seçilen aracın meşru amaçla ölçülülüğü irdelenmektedir. AİHM’in demokratik toplumda gereklik ölçütünü bu üç unsurdan orantılılığa indirmediği ve dengeleme yöntemini benimsemeye daha yatkın olduğu da belirtilmektedir.<sup>104</sup>

Daha önce de belirtildiği üzere AİHM, demokratik toplumda gereklik testini uygularken, başvurduğu “toplumsal ihtiyaç baskısı” ve “orantılılık” kriterlerini birbirini tamamlar şekilde kullanmaktadır.<sup>105</sup> Ulusal mercilerin almış olduğu tedbir, niteliği itibari ile toplumsal ihtiyaç baskısı testinden geçtikten sonra, orantılılık kriteri açısından incelenecektir. Mahkemenin yerleşik içtihadına göre, bir müdahalenin orantılı olup olmadığı değerlendirilirken, Sözleşme’ye Taraf Devletlere, bu müdahalenin gerekliliğinin varlığı ve kapsamına karar vermek için belirli bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Bu bağlamda, Sözleşme mekanizmasının tamamen ikincil rolünü hatırlatmak gerekmektedir. Ulusal makamlar, doğrudan demokratik meşruiyete

<sup>100</sup> Gough v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 49327/11), 28.10.2014.

<sup>101</sup> Örneğin, Yehova Şahitlerini Destekleme Derneği ve Diğerleri v. Türkiye (Başvuru No. 36915/10 ve 8606/13, p. 92-108) başvurusunda Mahkeme zorlayıcı toplumsal ihtiyaç konusunda tatmin edici açıklamalarda bulunmamıştır.

<sup>102</sup> Yüksel Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/1 (2017), s. 7.

<sup>103</sup> Saadet Yüksel, *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*, İstanbul: Alfa Yayınları, 2015, s. 223-242.

<sup>104</sup> Janneke Gerards, “How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, Number 2 (2013), s. 469, (Aktaran: Betül Durmuş, “Bireysel Başvuru Kararlarında Demokratik Toplumda Gereklik Ölçütü, s. 4.)

<sup>105</sup> Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2. Cilt, s. 15.

sahiplerdir ve ilke olarak, yerel ihtiyaç ve koşullar hakkında karar vermek için uluslararası mahkemeden daha iyi konumdadırlar. Bu noktada, AİHM'in görevi, ulusal düzeyde alınmış olan tedbirlerin prensip olarak haklı ve orantılı olup olmadığını belirlemektir.<sup>106</sup> Bu durum, ilke olarak, söz konusu hakka daha az müdahalede bulunan ve daha çok riayet eden başka herhangi bir tedbir ile ulaşılamayacağı anlamına gelmektedir. Böyle tedbirlerin bulunmadığını kanıtlamak ulusal makamlara düşmektedir.<sup>107</sup>

Orantılılık değerlendirmesi, Mahkeme nezdinde bir etkenin diğer bir etken karşısında dengelenmesiyle ilgilidir. Temel olarak AİHM, orantılılık denetiminde iki konuya odaklanmaktadır. Bunlardan ilki *araç* ile *amacın* birbiriyle uyuyuyor olmasıdır. Bu denklemde, "amaç" ilgili maddelerin ikinci fıkralarında sayılan, devletlerin korunması uğruna özgürlüklere müdahale edebilmelerine olanak tanınan değerlerden veya çıkarlardan biri ya da birkaçıdır. "Araç" ise müdahalenin kendisidir. Dolayısıyla, amaç; "ulusal güvenlik", "kamu düzeni", "ahlak", "başkalarının hakları" gibi, devlet tarafından öne sürülen belirli hedeflerdir. "Araç" hakkını kullanmakta olan bireye karşı benimsenen veya uygulanan tedbirlerdir. Örneğin, ifade hürriyetinde *araç*; "hakaret ve şöhrete hanel getirme dolayısıyla cezai mahkumiyet", "tazminat ödemeye mahkum edilme", "yayın konusunda tedbir kararı alma", "gazetecilik mesleğini icradan men" gibi tedbirler olabilir.<sup>108</sup> Orantılılık denetiminin bu boyutunda; bir müdahalenin orantılı olduğunun kabul edilebilmesi için, söz konusu temel hakka daha az zarar verebilecek ama aynı zamanda aynı amacı yerine getirebilecek başka bir müdahaleye başvurma ihtimalinin olmaması gerekir.<sup>109</sup> Örneğin, Mahkemeye göre bir derneğin kayıt olmasına izin vermeme, derneğin herhangi bir faaliyete başlamasını engellemesi sebebiyle radikal bir tedbir teşkil etmekte<sup>110</sup> olduğu için orantısızdır. Ya da bir derneğin kayıt için yeniden başvurabilme ihtimalinin olup olmaması, müdahalenin orantılılığı değerlendirilirken Mahkeme tarafından göz önünde bulundurulabilecektir.<sup>111</sup> Araç ve amacın uyumu da Mahkeme tarafından her zaman tartılır. Mesela *McLeod - Birleşik Krallık* davasında, başvuranın evde olmadığını bilen polis memurlarının, herhangi bir düzene aykırılık ya da suç riski olmamasına rağmen, başvuranın konutuna izinsiz girmesini, Mahkeme güdülen meşru amaçla kullanılan aracın orantısız olması sebebiyle Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiği şeklinde yorumlamıştır.<sup>112</sup>

Orantılılığın bu yönüyle incelenmesinde Mahkeme, yalnızca devletler için değil başvurular için de alternatif bir yol olup olmadığını gözetmektedir. *Doğru – Fransa* kararında, beden eğitimi dersine başörtüsünü çıkartarak girmeyi reddettiği için okuldan atılan başvuranın

<sup>106</sup> Leyla Şahin v. Türkiye, prg. 110.

<sup>107</sup> Çuvaş Cumhuriyeti İncil Merkezi v. Rusya, (Başvuru No: . 33203/08), 13.10.2014, prg. 58.

<sup>108</sup> Macovei Monica, İfade Özgürlüğü İnsan Hakları El Kitapları No: 2 Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Yayını, 1. Baskı, s. 30, (Aktaran: Yakup Yıldırım, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyetinin Sınırlandırılması", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:7, Sayı:28 (2016), s. 467.

<sup>109</sup> Nada v. İsviçre, prg. 183.

<sup>110</sup> Zhechev v. Bulgaristan, (Başvuru No: 57045/00), 21.06.2007, prg. 58; Ilinden Birleşik Makedonya Örgütü ve Diğerleri v. Bulgaristan, prg. 80; Bozgan v. Romanya, (Başvuru No: 35097/02), 11.10.2007, prg. 27.

<sup>111</sup> Ilinden Birleşik Makedonya Örgütü ve Diğerleri v. Bulgaristan, prg. 30.

<sup>112</sup> McLeod v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 24755/94), 23.09.1998, prg. 58.

eğitimine uzaktan eğitim yoluyla devam edebildiğini dikkate alan Mahkeme m¼dahalenin “orantısız” olmadığına karar vermiştir.<sup>113</sup>

AİHM’in orantılılık denetiminde odaklandığı ikinci konu ise; haklar arasında veya birey ile toplumun yarışan menfaatleri arasında “*adil denge*”nin kurulmuş olup olmadığının incelemlenmesidir. AİHM, ulusal makamların “sınırlama amacı ile aracı arasında makul bir dengenin bulunup bulunmadığını” denetleme yetkisine sahiptir.<sup>114</sup>

Mahkemenin “adil denge” kavramına sıklıkla başvurduğu davalarda Sözleşmedeki iki hak veya menfaat arasında bir “çatışma” olduğu söylenebilir. *Von Hannover - Almanya*<sup>115</sup> davasında Mahkeme, başvurucunun kamu nezdinde tanınmış bir kişi olmasına rağmen, yegâne amacı başvurucunun özel hayatına ait detaylarla okuyucuların merak duygularını tatmin etmek olan birtakım fotoğraf ve makalelerin yayımlanmasının topluma herhangi bir menfaat sağlamayacağı gerekçesiyle Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>116</sup> Mahkeme, bu kararda “özel hayatın korunmasının” “ifade özg¼rl¼đüne” karşı dengelenmesinde ağırlığı özel hayatın korunmasına vermiş, kamunun bir menfaati bulunsa dahi aynı zamanda söz konusu fotoğraf ve makalelerin yayınlanmasında dergilerin de ticari bir menfaati bulunduğundan, bu menfaatlerden başvurucunun özel hayatının etkin şekilde korunması hakkının diğer karşısında üst¼n geldiğini belirtmiştir.<sup>117</sup> Söz edilen tüm bu unsurları hesaba katan mahkeme, Devlete tanınmış takdir hakkına karşın, Alman Mahkemelerinin mevcut menfaatler arasında adil bir denge kuramadığı sonucuna varmıştır.<sup>118</sup>

Mahkemenin sıklıkla “adil denge” kavramına başvurduğu diğer alan ise; “birey” ve “kamu/toplumun yararı” arasında ortaya çıkmaktadır. Dört gazetecinin bir gör¼řmeyi gizli kamerayla kaydetmeleri ve yayımlamaları nedeniyle hük¼m giymesi ile ilgili *Haldimann ve diğerleri – İsviçre* davasında, Mahkeme İsviçre makamlarının, gazetecilerin 10. maddeden kaynaklanan haklarını ihlal ettikleri sonucuna ulaşmıştır.<sup>119</sup> Mahkeme, gazeteciler tarafından gizli kamera kullanılmasının, kameraya alınan kişinin sadece şahsi olarak hedef alınmadığı, aynı zamanda profesyonel bir sigortacı olarak hedef alındığı olayda, kamu yararı ile ilgili bir hususta kamuya bilgi sağlamak amacını gütt¼đünün altını çizmiştir. Mahkeme, söz konusu sigortacının özel hayatına yapılan m¼dahalenin, sigorta aracılığı alanındaki usulsüz uygulamaların ifşa edilmesi sonucunda ortaya çıkacak kamu yararından daha ağır basacak kadar ciddi olmadığı kanaatine varmıştır.

Mahkeme, dengeleme yapmasını gerektiren çok sayıda vakanın ön¼ne gelmesi sebebiyle zaman içerisinde çeşitli içtihatlar geliştirmiştir. Örneğin “özel hayata sayđı” hakkı ve “ifade

<sup>113</sup> Dogru v. France, (Başvuru No: 27058/05), 04.12.2008, prđ. 75-76.

<sup>114</sup> Bladet Tromsø ve Stensaas v. Norveç, (Bařvuru No: 21980/93), 20.05.1999, prđ. 58; Cumpănă ve Mazăre v. Romanya, (Bařvuru No: 33348/96), 17.12.2004, prđ. 88.

<sup>115</sup> Von Hannover v. Almanya, (Başvuru No: 59320/00), 24.06.2004, prđ. 65.

<sup>116</sup> Hâkimler ve Savcılar İçi Meslek İçi Eğitim Seti, İfade Özg¼rl¼đ¼, El Kitabı 8, “Basın Davalarına Bakan Hâkimler ve Savcılara Yönelik Eğitici Mod¼l Yönlendirme El Kitabı”, s. 20. Bkz. diğerleri arasında, AİHM, Jaime Campmany y Diez de Revenga ve Juan Luıs Lopez-Galiacho Perona v. İspanya (Başvuru No: 54224/00),12; Julio Bou Gibert ve El Hogar Y La Moda J. A. v. İspanya (karar), 14929/02,

<sup>117</sup> Von Hannover v. Almanya, prđ.77-78.

<sup>118</sup> Von Hannover v. Almanya, prđ. 79.

<sup>119</sup> Haldimann ve diğerleri – İsviçre, (Başvuru No: 21830/09), 24.02.2015.

özgürlüğü” hakkı arasında kurulacak adil denge incelemesini gerektiren ihtilaflar için bazı ölçütler koymuştur. İçtihatlarla ortaya konulan bu ölçütler arasında “kamuya yararlı bir tartışmaya katkı”, “etkilenen kişinin ününün derecesi”, “haberlin konusu”, “ilgili kişinin önceki eylemleri”, “içerik”, “yayının şekli ve sonuçları” bu kıstaslar arasında sayılabilir.<sup>120</sup> Bu kriterlerin bazıları, davanın özel koşullarına göre daha az ya da daha çok kullanılabilir<sup>121</sup> ve bağlama göre başka kriterler de uygulanabilir.<sup>122</sup> AİHM’in oluşturduğu ölçütler anılan iki hakla da sınırlı değildir. Mahkeme 11. madde kapsamındaki başvuruları incelerken, somut olaydaki “caydırıcı etki”, “yaptırımların nitelik ve ağırlığı”, “dağıtma ve güç kullanımı” gibi hususları göz önünde bulundurmaktadır. Örneğin, Mahkeme bir toplantının yapılmadan önce yasaklanmasının toplantıya katılacak kişilerin katılmaktan vazgeçmelerine neden olabileceği gerekçesine binaen bu tür davalarda, tedbirin orantılı olup olmadığı değerlendirilirken, söz konusu tedbirin “caydırıcı etkisini” göz önünde bulundurmaktadır.<sup>123</sup> Ulusal makamlar tarafından verilen cezaların niteliği ve ağırlığı, müdahalenin ulaşılmak istenen amaçla orantılı olup olmadığının değerlendirilmesinde Mahkeme tarafından dikkate alınan diğer etkenler arasındadır.<sup>124</sup> Mahkemenin, kullandığı bu ölçütler somut olaya göre değişebilecektir.

AİHM her ne kadar çeşitli ilkelerle adil dengeyi sağlamaya yönelik çaba ortaya koysa da bu ilkeler kural değildir ve her başvurunun niteliğine göre uygulanır.<sup>125</sup> İki hakkın birbiriyle yarıştığı davalarda Mahkeme genellikle, söz konusu hakların her birine ilişkin genel ilkeleri yinelemeyi ve daha sonra bu hakları dengelemeyi yararlı görmektedir.<sup>126</sup>

## SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi zaman içinde Sözleşme'nin 8, 9, 10 ve 11. maddeleriyle ilişkili başvuruları incelemek için bir usul oluşturmuştur. Kökleri Sözleşme metninde yatan bu usul literatüre “üç aşamalı test” olarak geçmiştir. Mahkeme testin her aşamasını Sözleşme metninden türetmiştir. Böylece hem Sözleşmenin hazırlık çalışmalarıyla hem de Sözleşme'nin nihai metniyle Mahkemenin testi arasında bir ahenk yakalanmıştır. Bu açıdan değerlendirildiğinde, Mahkemenin içtüzük gibi araçlarla kendine Sözleşmeden kopuk bir test oluşturmak yerine Sözleşme metnini esas alması yetki aşımına mahal verilmemesi bakımından da ayrı bir öneme sahiptir.

Üç aşamalı test; “hukukilik”, “meşru amaç” ve “demokratik toplumda gereklilik” aşamalarından meydana gelen ve birbirini takip eden bir süreçten oluşmaktadır. Testin aşamaları literatürde birbirine yakın kelimelerle ifade edilmiş olsa da esasen bu üç temel bölümden oluşmaktadır.

<sup>120</sup> Von Hannover v. Almanyaya, prg. 108-113; Axel Springer AG v. Almanyaya (Başvuru No: 39954/08), 07.02.2012, prg. 89-95.

<sup>121</sup> Satakunnan Markkinapörssi Oy ve Satamedia Oy v. Finlandiya, (Başvuru No: 931/13), 27.06.2017, prg. 166.

<sup>122</sup> Medžlis Islamske Zajednice Brčko ve Diğerleri v. Bosna Hersek, (Başvuru No: 17224/11), 27.06.2017, prg. 88.

<sup>123</sup> Hristiyan Demokratik Halk Partisi v. Moldova, (Başvuru No: 25196/04), 02.05.2010, prg. 77.

<sup>124</sup> Kudrevičius ve Diğerleri v. Litvanya, prg. 146.

<sup>125</sup> Harris ve diğerleri, *Law of the European Convention on Human Rights*, s. 355.

<sup>126</sup> Couderc And Hachette Filipacchi Associés v. Fransa, (Başvuru No: 40454/07), 10.11.2015, prg. 81.



*Hukukilik* aşamasında mahkeme; müdahalenin yasayla öngörölmüş olup olmadığını kontrol etmektedir. Mahkemenin yasa anlayışı oldukça kapsayıcıdır. Çünkü Mahkeme; Sözleşme'nin 8 ila 11. maddelerinde yer alan “yasayla öngörölmüş olmak” ve “yasalar uyarınca” ifadeleriyle ilgili olarak, “yasa” terimini şeklen değil özü itibarıyla algıladığını her zaman vurgulamıştır. Mahkemeye göre yasa; kararnameler, parlamento tarafından görevlendirilen bağımsız kural koyucuların getirdiği düzenlemeler, yazılı hukuk, yazılı olmayan hukuk, hâkimin yarattığı hukuk ve uluslararası hukuk ilkeleri gibi çok geniş bir yelpazeden oluşmaktadır. Sözün özü; AİHM'in, Sözleşmedeki yasayla öngörölme koşulunun karşılanması için iç hukukta yasal bir dayanağın bulunması yeterlidir. Bununla birlikte; Mahkemeye göre, yasa kavramının bazı niteliklerini taşıması gerekir. Bu nitelikler; ilgili yasanın herkes için ulaşılabilir/erişilebilir, bazı sonuçları öngörebilir ve aynı zamanda hukukun üstünlüğü ilkesi ile de bağdaşır olmasıdır. Mahkeme, hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin hukukilik şartını yerine getirmediğine kanaat getirirse ileri bir incelemeye gerek olmadan ihlal sonucuna ulaşabilecektir. Şayet, başvuru Mahkeme nezdinde hukukilik aşamasından geçerse, bir sonraki aşama olan “meşru amaç” bakımından mercek altına alınacaktır.

“*Meşru Amaç*” aşamasında Mahkeme müdahalenin amacının Sözleşme'nin 8 ila 11. maddelerinin ikinci fıkralarında sayılan amaçlardan birisini taşıyıp taşımadığını incelemektedir. Söz konusu madde grubunda yer verilen meşru amaçlardan; “kamu güvenliğinin korunması”, “sağlığın korunması” ve “ahlakın korunması” bütün maddelerde ortak olarak yer alırken; “toprak bütünlüğünün korunması” ve “ülkenin ekonomik refahı” gibi meşru amaçlar yalnızca bir maddede yer almaktadır. Öte yandan bazı meşru amaçlar ilgili maddelerde farklı kelimelerle ifade edilmiş olsa da Mahkemenin yorumuna göre aynı amacı belirtmek için kullanılmıştır. Örneğin; “Kamu düzeninin sağlanması” ile “düzensizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi” ifadeleri aynı amaca hizmet etmekte dolayısıyla aynı şeyi ifade etmektedir. Bu aşamada devletler genellikle yaptıkları müdahalenin amaç unsurunun, Sözleşmede yer alan meşru amaçlara hizmet ettiğini öne sürmektedir. Basit bir örnek vermek gerekirse; motosiklet sürücüsü bir Sih'in dini inançları gerekçesiyle kask kullanmayı reddetmesi ve bu nedenle para cezasına çarptırılması “sağlığın korunması” amacı taşıdığı için Mahkeme tarafından meşru görülebilmektedir. Her ne kadar Sözleşme metnindeki meşru amaçlar sayma usulüyle belirtilmiş olsa da kavramların geniş bir kapsama alanına sahip olması sebebiyle müdahalenin meşru amaca hizmet etmediğini ortaya koymak her zaman kolay olmamaktadır. Bu yüzden, Mahkeme 8 ila 11. madde kapsamındaki başvuruları incelerken ulusal makamların öne sürdüğü amaçları çoğunlukla meşru olarak kabul etmektedir. Bu durumun doğal bir sonucu olarak üç aşamalı testin ikinci aşaması olan meşru amaç kısmında çok fazla ihlal kararı çıkmamaktadır.

“*Demokratik toplumda gereklilik*” aşaması ucu en açık olan ve diğer iki aşamaya göre daha kompleks olan aşamadır. Mahkeme ihlal kararlarını en çok bu aşamada vermektedir. Sözleşme metninde de 8 ila 11. maddelerdeki hakların sınırlamalara tabi tutulması “demokratik bir toplumda [...] gereklilik” kistasına tabi tutulmuştur. Bu ifade zikredilince genellikle akla gelen ilk soru “*demokratik toplum*” nedir? sorusu olmaktadır. Tahmin edilebileceği gibi Mahkeme derli toplu bir demokratik toplum tanımı yapmamıştır. Ancak mahkemeye göre söz konusu haklar kendi başına demokratik toplumun yapı taşlarıdır. Örneğin; Mahkemeye göre;

düşünce, vicdan ve din özgürlüğü demokratik toplumun temellerinden biridir. Yine Mahkemenin kararlarında demokratik toplumla ilgili bazı temel kavramlara sıklıkla yer verilmektedir. Bunlar arasında; çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik, uzlaşma, toplumsal bütünleşme, barış, adalet ve hukukun üstünlüğü yer almaktadır. Barış, adalet ve hukukun üstünlüğü gibi bazı kavramlar Sözleşmenin giriş metninde kendisine yer bulmuşken bazıları da Mahkeme tarafından somut olay özelinde ortaya çıkartılan kavramlardır.

Mahkemeye göre testin üçüncü aşamasında yer alan “*gereklilik*” kavramının ise hassas bir yapısı vardır. AİHM'e göre; 8 ila 11. maddelerde yer alan 'gerekli' sıfatı; 'zorunlu' sözcüğü ile anlamdaş olmadığı gibi madde 2(2)'deki "mutlaka gerekli", madde 6(1)'deki "kesinlikle gerekli" ve madde 15(1)'deki "durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği ölçüde" ifadesi ile aynı değildir. Öte yandan 'kabul edilebilir', 'olağan' (m.4(3)), 'yararlı' (Birinci Protokolün 1. maddesi, Fransızca metin), 'makul' (m.5(3) ve m.6(1)) veya 'arzu edilen' deyimleri gibi esnekliğe de sahip değildir.

Mahkeme pratiğinde gereklilik kavramının kendi içerisinde iki alt kırılımı bulunmaktadır. Bunlardan ilki Mahkemenin “*zorlayıcı toplumsal ihtiyaç baskısı*” arayışıdır. AİHM'e göre “gereklilik” kavramının ima ettiği toplumsal ihtiyaç baskısının varlığını ilk aşamada değerlendirecek olanlar yerel makamlardır.

Testin son aşamasında öne çıkan diğer kavram ise “*orantılılık*” kavramıdır. Anayasalardaki ölçülülük kavramından türetildiği ileri sürülen “orantılılık” incelemesi somut başvuruya göre iki farklı boyuta bürünebilmektedir. Bunlardan birisinde; müdahale için başvuruyla amaçla gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin bulunup bulunmadığı incelenmektedir. “Amaç” ilgili maddelerin 2. fıkralarında sayılan meşru amaçlardan biri ya da birkaçı; “araç” ise müdahalenin kendisidir. Orantılılık denetiminin diğer boyutunda ise; haklar arasında ya da çatışan menfaatler arasında “*adil dengenin*” kurulup kurulmadığı Mahkemenin sonuca gitmesinde rol oynamaktadır. Adil denge denetiminde, kural olarak, birbiriyle çatışan menfaatler uzlaştırılmakta veya somut olaya göre birisi diğerine oranla daha ağır gelmektedir. Mahkeme orantılılık değerlendirmesi yaparken çeşitli kolaylaştırıcılar da kullanılmaktadır. Genellikle; müdahalenin ağırlığı, kapsamı, süresi, etkileri, yoğunluğu, caydırıcı etkisi, alternatif bir tedbire başvurulmasının mümkün olup olmadığı, başvuranın kendisi için başka alternatiflerin var olup olmadığı, somut olaya göre orantılılığı tespit etmek açısından Mahkeme tarafından kullanılmaktadır. Ancak Mahkeme orantılılık denetimi kapsamında, incelediği her başvuruda bu araçların hepsinden faydalanmamakta ya da başvurunun özelliğine göre faydalanmamaktadır. Özellikle “demokratik toplumda gereklilik” aşamasının çok sayıda değişken içermesi ve Mahkemenin yorumuna açık olması 8-11. maddeler kapsamındaki başvuruların sonuçlarının farklılaşmasına ve önceden öngörülememesine neden olmaktadır. Her ne kadar sonuçlarını kestirmek zor olsa da Mahkeme, 8 ila 11. maddeler kapsamında ele aldığı her başvuruya üç aşamalı testini uygulamaya devam etmektedir.

Üç aşamalı testin temel faydası, Mahkemenin söz konusu maddelerle ilgili başvuruları incelemek için kendisine bir standart yaratmış olmasıdır. Sağlanan standardizasyon sayesinde, Mahkeme söz konusu maddelerle ilgili önüne gelen başvurularda farklı sonuçlara ulaşırsa dahi,

başvuruları hep aynı sırayı izleyerek ve hep aynı hukuki tasnif yöntemine başvurarak incele-  
mektedir. Bu durumun başvurucular, davalı devletler ve Mahkemenin kendisi için de müspet  
sonuçları bulunmaktadır. Başvurucular açısından; davalarının belirli bir öngörülebilirlik çerçe-  
vesi içerisinde incelenmesi, aynı dava konusu olayda Mahkemenin farklı bir inceleme yöntemi  
uygulaması nedeniyle başvurucuların mağdur olmasının önüne geçilmesi gibi artılar, müspet  
yanlara örnek olarak verilebilir. Davalı devletler açısından ise; Mahkemenin söz konusu hakka  
yapılan müdahalelerde aradığı şartların yerine getirildiğinin izah edilmesi veya savunma dilek-  
çelerinde belli başlı hususların açıklamasının yapılması açısından üç aşamalı test bir erken uyarı  
sistemi olarak kullanılabilir. Nitekim Mahkeme tarihi, davalı devletlerin Mahkemenin özellikle  
üstünde durduğu konular hakkında açıklama yapmadığı için ihlal sonucuna varılan birçok dava  
barındırmaktadır. Üç aşamalı testin Mahkemenin bizzat kendisi içinde birçok faydası vardır.  
Mahkemenin söz konusu maddelerle ilgili baktığı davalarda farklı hukuk sistemlerinin ortak  
bir potada eritilerek ortak bir içtihat oluşturulması, farklı dairelerde farklı inceleme yöntemle-  
rinin uygulanmaması, Avrupa'nın her yerinden gelen ve belirli bir rotasyona tabi Mahkeme  
çalışanları için inceleme usulünde tekdüzelik ve istikrar sağlanması gibi konular Mahkeme açı-  
sından sağlanan faydalardan yalnızca birkaçıdır.

Üç aşamalı testin başlıca menfi yönü ise; Mahkemenin önüne gelen her somut olayı üç  
aşamalı testin şablonuna oturtmakta bazen zorlanabilmesi ve bu durumun ise bazı kararların  
bulanıklaşmasına yol açabilmesidir. Özellikle demokratik toplumda gereklilik aşamasının di-  
ğer aşamalara nazaran ucunun açık olması, Mahkemenin bazı kararlarında değerlendirme nok-  
sanlarına neden olabilmektedir.

Sonuç olarak, AİHM'in üç aşamalı testi bir bütün olarak değerlendirilse, adalet ve eşit-  
liğin sağlanması noktasında önemli bir işlevi yerine getirdiği söylenebilir.

## KAYNAKÇA

- Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi, Hâkimler ve Savcılar İçin Meslek İçi Eğitim Seti, İfade Özgürlüğü, El Kitabı 8, Basın Davalarına Bakan Hakimler ve Savcılara Yönelik Eğitici Modül Yönlendirme El Kitabı.
- Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi, Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Kapsamında Kapasitesinin Geliştirilmesi Hâkimler ve Savcılar İçin Meslek İçi Eğitim Seti, İfade Özgürlüğü El Kitabı 2, Hakaret Suçlarına Bakan Ceza Hâkimleri ve Savcılarının Yönelik Eğitici Modül Yönlendirmeleri El Kitabı, s. 34.
- D.J. Harris, M.O'boyle, E.P. Bates, C.M. Buckley. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*. Ankara: Avrupa Konseyi, 2013.
- Demir Gürsel, Esra. "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddelerinde Korunan Haklar ve Demokratik Toplumun Sınırları", Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, 2014.
- Deniz, Yeşil. "Çevrimiçi Özgürlükler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Türkiye için ileriye dönük bir yol mu?" . *Ekonomi ve Dış Politika Araştırmalar Merkezi (EDAM) Siber Politikalar ve Dijital Demokrasi*. 05/2018. <https://edam.org.tr/wp-content/uploads/2018/04/EDAM-Cevrimici-Ozgurlukler.pdf> .
- Doğru Osman ve Atilla Nalbant. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt*. Ankara: Yargıtay Başkanlığı/Avrupa Konseyi, 2013.
- Durmuş, Betül. "Bireysel Başvuru Kararlarında Demokratik Toplumda Gereklik Ölçütü": Koç Üniversitesi, 1001-Araştırma ve Teknoloji Projelerini Destekleme Programı, (erişim: 12.03.2021).
- Esen, Egemen, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini". Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Anabilim Dalı: Kamu Hukuku, 2019.
- Gerards, Janneke. "How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights". *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, No. 2 (2013): (s. 466–490)
- Gözübüyük, Şeref, Feyyaz Gölcüklü ve Abdurrahman Saygılı. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*. 12. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Greer, Steven. *The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights*. Strazburg: Council of Europe Publishing, 1997.
- Harris, David, O'Boyle, Micheal, Bates, Ed, Buckley, Carla. *Law of the European Convention on Human Rights vol. Second Edition*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Hazar, Zeynep. "Siyasi Partilerin Kapatılması ve Demokratik Toplumda Gereklik İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme". *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Yıl 3 /Sayı 1, (2018): 73-106.
- Korkmaz, Ömer. *Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Metin, Yüksel. "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 7/1 (2017): (s. 1-74).
- Monica, Macovei. İfade Özgürlüğü İnsan Hakları El Kitapları No: 2. Strazburg: Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Yayını, 2001.
- Pekel, Abdulkadir. *Aile Hayatına Saygı Hakkı AİHM'in Geliştirdiği İlkeler Bağlamında Bir İnceleme*, Ankara: Liberte Yayınevi, 2016.
- Salihpaşaoğlu, Yaşar. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Schabas, William. *The European Convention on Human Rights A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Sunay, Reyhan. *İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*. Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, 2001.
- Tümay, Murat. "The Concept of Necessary in a Democratic Society in Restriction of Fundamental Rights a Reflection From European Convention on Human Rights". *Human Rights Review*, C.I, S.2 (2011): (s. 1-15).

Yıldırım, Yakup. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyetinin Sınırlandırılması". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:7/ Sayı:28, (2016 ): 447-470.

Yüksel, Saadet. *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*. İstanbul: Alfa Yayınları, 2015.

## KARARLAR

- AİHM, Akçam ve Türkiye, (Başvuru No: 32964/96), 30.10.2001, prg. 87.
- AİHM, Al-Nashif v. Bulgaristan, (Başvuru No: 50963/99), 20.06.2002, prg. 125, 126
- AİHM, Axel Springer AG v. Almanya (Başvuru No: 39954/08), 07.02.2012, prg. 89-95.
- AİHM, Baçzkowski ve diğerleri v. Polanya, (Başvuru No: 1543/06), 03.05.2007, prg. 61.
- AİHM, Barthold v. Almanya, (Başvuru No: 8734/79), 31.01.1986, prg. 21-46.
- AİHM, Bladet Tromsø ve Stensaas v. Norveç, (Başvuru No: 21980/93), 20.05.1999, prg. 58;
- AİHM, Bozgan v. Romanya, (Başvuru No: 35097/02), 11.10.2007, prg. 27.
- AİHM, Buscarini ve diğerleri v. San Marino, (Başvuru No: 24645/94), 18.02.1999, prg. 34.
- AİHM, Cangı v. Türkiye Davası, (Başvuru No: 24973/15), 29.01.2019, prg. 44.
- AİHM, Casado Coca v. İspanya, (Başvuru No: 15450/89), 24.02.1994, prg. 18-43
- AİHM, Castells v. İspanya, (Başvuru No: 11798/85), 23.04.1992, prg. 46.
- AİHM, Ciubotaru v. Moldova, (Başvuru No: 27138/04), 27.04.2010, prg. 55.
- AİHM, Coster v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 24876/94), 18.01.2001, prg. 104.
- AİHM, Couderc And Hachette Filıpacchi Associés v. Fransa, (Başvuru No: 40454/07), 10.11.2015, prg. 81.
- AİHM, Cumpănă ve Mazăre v. Romanya, (Başvuru No: 33348/96), 17.12.2004, prg. 88.
- AİHM, Çuvaş Cumhuriyeti İncil Merkezi v. Rusya, (Başvuru No: . 33203/08), 13.10.2014, prg. 58.
- AİHM, De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika, (Başvuru No: 2832/66, 2835/66, 2899/66), 18.06.1971, prg.93.
- AİHM, Dilipak v. Türkiye, (Başvuru No. 29680/05), 15.09. 2015, prg.51.
- AİHM, Dogru v. France, (Başvuru No: 27058/05), 04.12.2008, prg. 75-76.
- AİHM, Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası v. Türkiye, (Başvuru No: 20641/05), 25.09.2012, prg. 70.
- AİHM, Fatullayev v. Azerbaycan, (Başvuru No: 40984/07), 22.04.2010. prg. 82.
- AİHM, Funke v. Fransa, (Başvuru No: 10828/84), 25.02.1993, prg. 55
- AİHM, Gorzelik ve Diğerleri v. Polanya, (Başvuru No: 44158/98), 17.02.2004, prg. 92.
- AİHM, Gough v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 49327/11), 28.10.2014.
- AİHM, Haldimann ve diğerleri – İsviçre, (Başvuru No: 21830/09), 24/02/2015,
- AİHM, Hamidović v. Bosna Hersek, (Başvuru No: 57792/15), 5.12.2017, prg. 35.
- AİHM, Handyside v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 5493/72), 07.12.1976, prg. 49.
- AİHM, Hristiyan Demokratik Halk Partisi v. Moldova, (Başvuru No. 25196/04), 02.05.2010, prg. 77.
- AİHM, Iversen v. Norveç, (Başvuru No: 468/62), 17.12.1963.
- AİHM, İsviçre v. Vukota-Bojić, (Başvuru No. 61838/10), 18.10.2016
- AİHM, Karademirci ve Diğerleri v. Türkiye, (Başvuru No: 37096/97, 37101/97), 25.01.2005, prg. 33-34
- AİHM, Khuzhin ve Diğerleri v. Rusya, (Başvuru No: 13470/02), 23.10.2008, prg. 117.
- AİHM, Klass ve diğerleri v. Almanya, (Başvuru No: 5029/71), 06.09.1978, prg. 55.

- AİHM, Kokkinakis v. Yunanistan, (Başvuru No: 14307/88), 25.05.1993, prg. 19.
- AİHM, Koretsky v. Ukrayna, (Başvuru No: 40269/02), 03.07.2008, prg. 39
- AİHM, Kövesi v. Romanya, (Başvuru No: 3594/19), 05.05.2020, prg. 199.
- AİHM, Kruslin v. Fransa, (Başvuru No: 11801/85), 24.04.1990, prg.27-37.
- AİHM, Kudrevičius v. Litvanya, (Başvuru No: 37553/05), 15.10.2015, prg. 145
- AİHM, Leyla Şahin v. Türkiye, (Başvuru No: 44774/98), 10.11.2005, prg.77.
- AİHM, McLeod v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 24755/94), 23.09.1998, prg. 58.
- AİHM, Medžlis Islamske Zajednice Brčko ve Diğerleri v. Bosna Hersek, (Başvuru No: 17224/11), 27.06.2017, prg. 88.
- AİHM, Müller ve diğerleri v. İsviçre, (Başvuru No: 10737/84), 24.05.1988, prg. 29.
- AİHM, N.F. v. İtalya, (Başvuru No: 37119/97), 02.08.2001, prg. 26- 29.
- AİHM, Nada v.İsviçre, (Başvuru No: 10593/08), 12.9.2012.
- AİHM, Navalnyy v. Rusya, (Başvuru No: 29580/12), 15.11.2018, prg. 122-127.
- AİHM, Nolan ve K. Rusya, (Başvuru No: 2512/04), 12.02.2009, prg. 73.
- AİHM, Ouranio Toxo ve Diğerleri v. Yunanistan, (Başvuru No: 74989/01), 20.10.2005; prg. 42
- AİHM, Özbek ve Diğerleri v. Türkiye, (Başvuru No: 35570/02), 06.10.2009, prg. 35
- AİHM, Perinçek v. İsviçre, (Başvuru No: 27510/08), 15.10.2015, prg. 136 ve 151.
- AİHM, Piechowicz v. Polonya, (Başvuru No: 20071/07), 17.04.2012, prg. 212.
- AİHM, Refah Partisi ve Diğerleri v. Türkiye, (Başvuru No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98), 13.02.2003, prg. 66
- AİHM, RTBF v. Belçika, (Başvuru No. 50084/06), 29.03.2011
- AİHM, S. ve Marper v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 30562/04, 30566/04), 04.12.2008, prg. 101
- AİHM, S.A.S. v. Fransa, (Başvuru No: 43835/11), 01.07. 2014, prg.116-117.
- AİHM, Satakunnan Markkinapörssi Oy ve Satamedia Oy v. Finlandiya, (Başvuru No: 931/13), 27.06.2017, prg. 166.
- AİHM, Sidiropoulos ve Diğerleri v. Yunanistan, (Başvuru No: 26695/95), 10.07.1998, prg. 31
- AİHM, Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 5947/72), 25.03.1983, prg. 95.
- AİHM, Sindicatul 'Păstorul cel Bun' v. Romanya, (Başvuru No: 2330/09), 31.01.2012, prg. 69
- AİHM, Sosyalist Türkiye Partisi ve Diğerleri v. Türkiye (Başvuru No: 26482/95), 12.11.2003, prg. 45
- AİHM, Staatskundig Gereformeerde Partij v. Hollanda, (Başvuru No: 58369/10), 10.06.2012, prg. 70.
- AİHM, Stankov ve Ilinden Birleşik Makedonya Örgütü v. Bulgaristan, (Başvuru No: 29221/95 29225/95), 02.10.2001, prg. 97.
- AİHM, Stec ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 65731/01 ve 65900/01), 12.04.2006, prg. 48.
- AİHM, Sviato-Mykhailivska Parafiya v. Ukrayna, (Başvuru No: 77703/01), 14.06.2007, prg. 116.
- AİHM, Şolari v. Moldova Cumhuriyeti, (Başvuru No: 42878/05), 28.03.2017, prg. 39.
- AİHM, The Moscow Branch of the Salvation Army v. Rusya, (Başvuru No: 72881/01), 05.10.2006, prg. 97.
- AİHM, The Sunday Times v. İngiltere (No. 1), (Başvuru No: 6538/74), 06.11.1980, prg. 30-47
- AİHM, Tüm Haber Sen and Çınar v. Türkiye, (Başvuru No: 28602/95), 21.02.2006, prg. 36.
- AİHM, Von Hannover v. Almanya, (Başvuru No: 59320/00), 24.06.2004, prg. 65.
- AİHM, Wizerkaniuk v. Polonya, (Başvuru No: 18990/05), 05.07.2011, prg. 65.

AİHM, Yehova Şahitleri Dayanışma Derneği ve diğerleri v. Türkiye, (Başvuru No: 36915/10 8606/13), 17.10.2016, prg. 98.

AİHM, Young, James ve Webster v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 7601/76 7806/77), 13.08.1981, prg. 63.

AİHM, Z v. Finlandiya, (Başvuru No: 22009/93), 25.02.1997, prg. 94.

AİHM, Zhechev v. Bulgaristan, (Başvuru No: 57045/00), 21.06.2007, prg. 58.

Geliş Tarihi | Received: 11.03.2021  
Kabul Tarihi | Accepted: 15.04.2021  
Yayın Tarihi | Published: 30.04.2021

## OTONOM AKTÖRLERİN SORUMLULUĞUNUN TEORİK TEMELLERİ

### THEORETICAL FOUNDATIONS FOR THE RESPONSIBILITY OF AUTONOMOUS AGENTS\*

Jaap Hage\*



Çeviren: Yeşim Yılmaz\*\*

#### ÖZ

Bu makale otonom ajanların/aktörlerin yaptığı eylemlerden ötürü sorumluluğun sadece üreticileri, kullanıcıları veya sahipleri değil otonom ajan/aktörlerin de sorumlu tutmanın mümkün olduğunu savunmaktadır. Bu bağlamda otonom sistemler insan müdahalesi olmaksızın dış dünya ile etkileşime geçebilen bilgisayar programlarıdır. Bunlar “akıllı” silahlar ve sürücüsüz arabalar gibi sistemleri içerirler. Bu argüman insanlarla otonom ajan/aktörler arasındaki benzerliklere dayanmaktadır ve insanlar genellikle varsayılandan daha çok otonom ajan/aktörlere benzediğinden (ki bu tercih edilen düşüncenin tersidir) eğer insanlar sorumlu tutulabiliyorsa prensipte otonom ajan/aktörlerde sorumlu tutulabilir.

**Anahtar Kelimeler** Dayandırma ~ Otonom aktörler ~ Kapasite ~ Yükümlülük ~ Sorumluluk

\* Prof. Dr. University of Maastricht, Maastricht, The Netherlands.

\*\* Avukat.  0000 0001 6957 7471  yilmaz.yesim.av@gmail.com



Bu eser Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.  
This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.



## GİRİŞ

Bu makalenin iki amacı vardır. İlki yalnızca geliştiricilerini, sahiplerini veya kullanıcılarını değil kendi yaptıkları için yasal olarak sorumlu olma anlamında otonom ajan/aktörleri sorumlu tutmanın mümkün olup olmadığı ve hatta daha makul olduğudur. İkinci -daha önemli- amaç, otonom ajan/aktörler hesabına bir sorumluluk bariyeri çerçevesi belirlemektir. Bu bağlamda “otonom sistemler” insan müdahalesi olmadan dış dünya ile etkileşime geçebilen bilgisayar programları olarak geniş anlamda alınmıştır. Bunlar borsada ticaret yapanlar, “akıllı” termostatlar, silahlar ve sürücüsüz arabalar gibi programlar arasında dağılım göstermektedir.

Sonraki bölümler de sunulan argümanın ana hatları şu şekildedir. Sorumluluğun iki türde ayrıldığı özet bölümünden sonra; 3. bölümde eylemlilik\* akıldan bağımsız gerçeklikte sorumluluk ve yükümlülük bulunmadığı, fakat daha ziyade “eylemliliğin pratiği” olarak adlandırılan sosyal pratiğin elementlerine atfedildiği ileri sürülmektedir. Bu pratik, insanların kendilerini ve diğer insanları tecrübe etme biçimleri temel alınmış olabilir fakat “gerçek”, akıldan bağımsız dünyada illaki sağlam bir temele sahip değildir. Bu pratik aslında olduğundan değişik olabilir ve aslına bakılırsa otonom ajan/aktörlere eylemlilik, sorumluluk ve yükümlülük yükleyebilir ve bu özellikler insana atfedildiği kadar kolay bir şekilde atfedilebilir. Otonom ajan/aktörlerle insanlara bu açıdan farklı davranılmasında ana sebebinin -insanların kasten ve özgür iradeleri temelinde hareket etmesinin- modern bilimin ışığında güvenilirliğini büyük oranda kaybettiği ileri sürülmektedir.

İnsanlara ve otonom sistemlere farklı davranıldığına bariz olmadığı varsayılırsa asıl soru farklı muamelenin istenilir olup olmadığıdır. Bu soru 4. ve 5. bölümde ele alınmaktadır. İnsanlara ve otonom sistemlere farklı davranılmasının bir sebebi otonom sistemlerin aksine insanların bazen sorumlu tutulmayı hak etmeleridir. 4. bölüm tartışmanın özünü içermektedir ve insanlar ile makinelere farklı davranılması görüşünü çürütmeye ayrılmıştır. Özellikle uyumluluğun en popüler biçiminin -kapasiteler yaklaşımı- çürütülmesini içerir ki bu yükümlülüğün afini problem edinen cezalandırma teorileri için temel meşrulaştırıcıdır.

Şayet insanlar bazen yükümlü olmayı hak ettikleri için otonom sistemlerden farklı davranılmaması gerekiyorsa, o zaman soru insanların ne sebeple sorumlu tutulmaları ve bu sebebin otonom sistemlere de uygulanıp uygulanamayacağı haline gelir. 5. bölüm bu iki soruya kısa cevaplar vermektedir: Eğer iyi sonuçları varsa insanlar yükümlü tutulmadır ve aynı otonom sistemler içinde geçerli olur. Eylemleri otonom sistemlere atfetmemiz ve bu sistemleri eylemlerinden yükümlü tutmamız bu nedenle, tıpkı insanlar için olduğu gibi, bunu yapmanın sonuçlarının istenebilirliğine bağlıdır. Bölüm bu bağlantıyla ilgili bazı değerlendirmelere ipuçları verir. Bu makale 6. bölümde sonuçlandırılmıştır.

### 1. ‘SORUMLULUK’UN” ANLAMLARI

İnsanların ve aynı zamanda otonom ajan/aktörlerin, sorumluluğunun tartışmalarına, “sorumluluk” kavramın kendisindeki belirsizlik yönünden yük olmuştur. Kimin ve ne için

\* Çevirenin notu: Orjinal kaynaktaki “higher animals” tabiri Türkçeye olduğu gibi çevrilmiştir. Anlamı; memeliler ve omurgalılar gibi nispeten ileri düzeyde veya gelişmiş özelliklere sahip hayvanlardır.

sorumlu tutulacağı hakkında herhangi bir tartışma, “Sorumluluk”un anlamı konusunda açık olmalıdır.

Sorumlulukta iyi bilinen birtakım ayrımlar Hart’ın çalışmalarından kaynaklanmaktadır (2008, pp.210-237). Hart, rol sorumluluğu, nedensel sorumluluk, yükümlülüğün sorumluluğu ve kapasite sorumluluğu arasında ayırım yapmıştır. İsminden de anlaşılacağı üzere, rol sorumluluğu bazı sosyal rollerle bağlantılıdır. Örneğin, bir fakültenin dekanı fakültenin iyiliği için rol sorumludur. Açıkçası rol sorumluluğu, sorumluluğun özel bir türü olmaktan daha ziyade sorumluluğun hala çok belirlenmemiş varlığı için sıklıkla bir temeldir: insanlar sorumludur çünkü belirli bir rolü yerine getirirler.

Nedensel sorumluluk, bir sonuç, sonucun sebebi olan bir olay veya ajan/aktöre atfedildiğinde ortaya çıkar. Örneğin, depremden ötürü ortaya çıkan yangınlar için deprem nedensel olarak sorumludur ve Claude, dikkat eksikliğinden ötürü araba kazasından nedensel olarak sorumludur. Burada “ sorumlu olmak” “sebep olmak”tan<sup>1</sup> başka bir şey ifade etmez. Nedensel sorumluluğun özel bir durumudur, bir davranışın, bu davranışı icra etmekte nedensel sorumlu tutulan bir ajan/aktöre yüklenmesidir. Nedensel sorumluluktaki bu varyant özellikle getirdikleri sonuçlar açısından tanımlanan eylemler için mevcuttur. Bu eylemlere örnek olarak kapının kapanması ortaya çıkan sonuç olan kapının kapalı olması ile, ya da cinayet, ortaya çıkan sonuç olan bir insanın ölü olması ile tanımlanır. Sadece bir “ajan/aktör” tarafından bir sonuç ortaya çıktığında hareket “onun” hareketi olarak yüklenebilir. Bu makalenin ilerleyen kısımlarında, nedensel sorumluluğun bu varyantı için, nedenin bir ajan/aktör olmasında ve bu nedenin sonucunun bir hareketi tanımlanmasında kısaca 'sorumluluk' terimini kullanacağız.

Birinin yükümlülükten sorumlu olması sonuçlarına katlanması anlamına gelir. Özel hukukta bu sonuçlar tipik olarak zararlardan yükümlü olma olarak görülür. Ceza hukukunda tipik olarak cezalandırılma yükümlülüğü anlamına gelir. Sorumluluğun bu varyantı için genellikle tek kelime “yükümlülük” kullanılır. Bir insanın yükümlü olup olmaması farklı açılardan değerlendirilebilmekle birlikte, yasal ve ahlaki açı en öne çıkanlardır. Ajan/aktör bir zarara sebep olduğu için yasal ve/veya ahlaken sorumlu olabilir. Yine de belirli bir bakış açısına göre yükümlülük farklı bir türde yükümlülük değildir. Bakış açısı yalnızca yükümlülüğün varlığının standartlarını ve yükümlü kişinin taşımak zorunda olduğu sonuçların doğasını etkiler.

Son olarak kapasite sorumluluğu belirli kapasitelere sahip olmakla ki bu olmadan ajan/aktörün kendi yaptıklarından sorumlu tutulamamasını ilgilendirir. Örneğin, zekâ geriliği olan bir insanın yanan bir mumu yangın çıkarabilecek bir yere koymasında kapasite sorumlusu olmayabilir. Tıpkı rol sorumluluğu gibi, kapasite sorumluluğu da ayrı bir sorumluluk türü olmayabilir, daha çok yükümlülüğün (yokluğunun) bir nedeni olabilir. Bir kişi ilgili kapasiteden yoksun ise yaptığından sorumlu olmayabilir ve yükümlülük sorumluluğunun yokluğu kapasite sorumluluğunun yoksunluğuna atfedilir.

Bu kadar farklı türde sorumluluğun varlığının tartışılması şimdiki amaçlarımız açısından pek ilgili değildir. Yine de yükümlülük ile bir davranış için nedensel kaynağı olma

<sup>1</sup> “Sebepe” kavramı, kendilerini “ nedensel sorumluluğun” belirsizlikleri olarak gösterebilecek kendi belirsizliklerinden muzdariptir.

anlamında sorumlu olmanın ayrımını yapmak önemlidir. Biz “yükümlü” kelimesini birinci türdeki sorumluluk için ve “sorumlu” kelimesini ikinci türdeki sorumluluk için kullanacağız.

## 1. SORUMLULUĞUN VE EYLEMLİLİĞİN ATFEDİLMESİ

### 2.1. HAREKETLERİN ZİHİNSEL VE FİZİKSEL TARAFI

İnsanların kendi davranışlarından sorumlu olduğu neredeyse gereksiz bir tekrardır, çünkü eğer insanlar sorumlu değilse, eylemler “kişinin” eylemi sayılmaz. Eğer otonom ajan/aktörlerin sorumluluğunun hala tartışılması gerekirken insanlar sorumlu tutuluyorsa, insanlarla otonom ajan/aktörler arasında ilk bakışta destekleyici görünen yine de bir ya da daha fazla farklılık olmalı. Bir fark, insanların kasten ve özgür iradelerine dayanarak hareket ederken otonom ajan/aktörlerin kastı, bırakın özgür iradeleri, bir iradeleri bile yoktur. Bu argüman uğruna otonom ajan/aktörlerin kast ve iradeden yoksun olduğunu varsayalım. Bu yoksunluğa rağmen davranışlarının fiziksel bir tarafı olması ve bu davranışların fiziksel gerçekliği teşkil eden bir sürecin parçası olması bakımından insanlarla ortak yönleri vardır. İnsan davranışı kastı ve özgür irade temelli olsa bile, fiziksel olarak meydana gelen şey, otonom ajan/aktörlerin “hareketlerinin” uyduğu aynı olaylar zincirine uyar. Asıl soru bunun için kast ve özgür iradenin bir fark yaratıp yaratmadığı ve onların, hareketlerin fiziksel yönünü oluşturan zincirde bir rol oynayıp oynamadığıdır. Eğer böylesine bir rol oynamazlarsa, bu anlamda gereksizdirler. Öyleyse sorumluluğun atfedilmesindeki farklılığı bu tür gereksiz bir fenomenlere dayandırmak şüpheli görünüyor.

Kast ve özgür iradenin, hareketlerin fiziksel dünyasını kuran olaylar zincirinde bir rol oynamadığını varsaymak için pek çok sebep var. Fiziksel olayların sadece diğer fiziksel olaylara kanun gibi bir tarzda bağlantılı olduğu fiziksel araştırma paradigması oldukça iyi çalışır ve kast ya da irade gibi zihinsel fenomenlere müdahale etmek için yer bırakmaz.<sup>2</sup> Fiziksel olayların zihinsel olaylardan nasıl o kadar etkilenebileceği tamamen belirsizdir ve böylesi bir etkinin varlığına dair hiçbir kanıt yoktur.<sup>3</sup> Bu bağlamda bir önceki cümlede yer alan iki kelimenin “olduğu gibi” çok önemli olduğu vurgulanmalıdır. Beynin hallerinde kast ve iradenin -ve hatta oldukça muhtemel- benzerleri olduğu ihtimali peşinen hariç tutulmamalıdır. Bu beyin halleri fiziksel dünyanın süreçlerinde bir rol oynamaktadır. Yine de bu, zihinsel bir fenomen (‘qualia’ gibi; Tye 2016) olarak kast ve iradenin fiziksel dünyayı etkilediği anlamına gelmez.

Bu yüzden insanlar kast ve irade temelinde hareket ederken -bu ne anlama gelirse gelsin- otonom ajan/aktörler böyle hareket etmese bile, bu fiziksel olarak meydana gelenler için bir fark yaratmamaktadır. Bu sebeple insanlar ile otonom ajan/aktörler arasındaki iddia edilen farkın, hareketlerinden sadece insan ajan/aktörlerin sorumlu tutulabileceği otonom ajanlar/aktörlerin sorumlu tutulamayacağı hiç de açık değil. Davranışlarının zihinsel yönleri fiziksel yönlerini etkilemese bile, böyle bir farklılığın dikkate alınmasının gerekip gerekmediği, insanları neden sorumlu tuttuğumuza bağlıdır.

<sup>2</sup> Nahmias (2014) tarafından hazırlanan özgür iradeye karşı aydınlatıcı argümanlar katalogunda bu araştırma programı 'natüralizm' adı altında ele alınmaktadır.

<sup>3</sup> Bu konularda muazzam miktarda literatür var. Kane'nin (2002, 2005) gözden geçirilmesi faydalıdır

## 2.2. EYLEMLİLİĞİN TECRÜBESİ

Tipik insan eylemliliği kastidir: harekete geçme kastını temel alarak, harekete geçen insan kendini bir amaç dahilinde gibi ve hareketini hareket kendi tarafından meydana getirilirken tecrübe eder. Birinin kendi hareketindeki bu *tecrübe* si, birisini hareket ederken görmek ya da iradenin harekete sebep olması gibi bağımsızca var olan gerçeklerin *algısıyla* karıştırılmamalı.<sup>4</sup> “Jaap, Esther’i Veerle’e vururken gördü” cümlesi sadece Esther, Veerle ve Jaap var olmuşsa, eğer Esther gerçekten Veerle’e vurmuşsa ve Jaap gerçekten olanları gördüyse doğrudur. “Jaap Esther’in Veerle’e vurmasıyla ilgili tecrübeye sahipti.” cümlesinde tam tersine, eğer Esther, Veerle ve vurma eyleminin hepsi Jaap’ın hayal gücünün birer ürünü olsaydı da doğru olabilir. Bu yüzden Jaap’ın böyle bir tecrübe edinmesi gerçeğine ya da olayın gerçekten yaşandığına ve hatta Esther ve Veerle’nin var olan insanlar olduğuna sadece ihtiyatlı bir biçimde karara varmak mümkündür.

Yine de tecrübeler deneysel bilginin temelidir; şaşmaz bir temel değildir bununla beraber teori inşasının başlangıç noktasıdır. Bu aynı zamanda hareket tecrübesi, ne yapacağına ilişkin bağımsızca karar verme tecrübesi ve meydana gelen olaylara sebep olma tecrübesi için de geçerlidir. Eylemlilik tecrübeleri ve onun çokluğu insanların neden pek çok olayı hareket, eylemlilik, sebep ve sonuç, kast ve (özgür) irade açısından kavramsallaştırdığını ve ayrıca neden yasal söylemin cezai ve hukuki sorumluluk bağlamında aynı kavramı böylesi geniş bir ölçekte ve merkezi kaynakta kullandığını açıklayabilir.

Asıl soru bu kavramsallaştırmanın tecrübe edilen şeyin gerçekte var olup olmadığı sorusu yalnızca kendi hareketlerimizin tecrübesi temelinde cevaplanamaz. Neyin tecrübemizden bağımsız olarak var olduğunun bir tasvirini elde etmek ve tecrübelerimizle bilimin sonuçlarını yüzleştirmek için bilimlere de bakmalıyız. Gelişimlerinin günümüzdeki aşamasında, bilimlere *bu tür* eylemlere sebep kast ve iradenin açıkça gösterilmesine yer bırakmıyor gibi görünüyor. Bu yüzden soru; bilimin bulguları ile insanların kendi tecrübe yöntemleri nasıl birleştirilmeli, haline geliyor.

## 2.3. EYLEMLİLİĞİN GERÇEKÇİ VE NİTELEYİCİ AÇISI

İnsanın eylemlilik tecrübesi ile bilimin bulgularını birleştirmek için eylemliliğin iki görünümünü ayırmak güzel bir başlangıç noktasıdır. Gerçekçi açıya göre, hareket etme niyeti ve bir hareketi ifaya yönelten irade insan tecrübesinden bağımsız olarak var olan “gerçek” şeyler olarak kabul edilmektedir. Bu açıdan onlarla ilgili tecrübemiz daha çok algıya benziyor; tecrübeden bağımsız olarak var olan şeyin farkındalığı. Örneğin bir evi algıladığımızda edindiğimiz tecrübeyi düşünün. Ev bizim algımızdan bağımsız olarak var olur ve John’un evi gördüğü ifadesi John ile ev arasında bağımsız varlıklar olarak var olan bir ilişkiyi (görme) ifade eder. Benzer olarak, eğer “kast” ve “özgür irade” *gerçek* niyet ve *gerçek* özgür irade olarak atfedilmiş gibi yorumlanırsa kast ve irade bizim tecrübemizden bağımsız olarak var olurlar. Eylemliliğin bu gerçekçi açısına, herhangi birinin açıkça bağlı olup olmadığı belirgin değildir. Bu

<sup>4</sup> Bu noktaya, oldukça farklı bir ifadeyle, Searle (1983, s. 124) tarafından zaten değinilmiştir.

şaşırtıcı değildir, zira modern bilim bize kast ve iradenin zihinsel durumlar (qualia)<sup>5</sup> olarak hareketlerimizin fiziksel yönünü temsil eden kas hareketlerini etkilediğini varsayacak nedenler sağlamaz.

Niteleyici açıya göre, kast ve özgür irade insan ajan/aktörlere atfedilmiş ya da yüklenmiştir. Kast ve özgür iradeyi kendisine atfeden bir insan, bu atfı kendi hareketlerini nasıl tecrübe ettiğine dayandırabilir. Başkalarına kast ve özgür iradenin atfedilmesi o zaman birinin kendi tecrübesiyle benzetiminin üzerine kurulabilir. Niteleyici bakış, sadece kendi hareketlerimizdeki niyetlerimizi tecrübe etmediğimiz ancak bunları başkalarının hareketlerinde tanıdığımız gerçeği tarafından desteklenir.<sup>6</sup> Bu tanıma, bağımsız bir şekilde var olan varlıkları ilgilendirmiyor fakat aslında başka bir yolu “gerçekten” görebildiğimiz ya da algılayabildiğimiz gerçeğine dayanan bir hareket yapma niyetinin atfedilmesidir. Eğer birisi görünüşte harici bir kuvvetten kaynaklanmayan anlaşılabilir bir şey yaparsa, ajanın/aktörün mahsus hareket ettiğini kesin olarak kabul ediyoruz. Dahası eğer hareketin buna neden olmayacak bir etkenden kaynaklandığını varsaymak için hiçbir sebep yoksa ve eğer bu hareketin algılanabilir bir “yasadışı” nedeni yoksa böylece hareketin, özgür iradenin sonucu olduğunu varsayabiliriz. Neyi yasadışı olarak kabul ettiğimiz bize bağlı olduğundan, hangi eylemleri özgür iradeye dayalı veya gönüllü olarak sayacağımızı belirlemek de bize bağlıdır. Niteleyici açıya göre özgür irade, tıpkı niyet gibi, bir atf meselesidir.

#### 2.4. NİTELEYİCİ AÇININ GENİŞLETİLMESİ

Niteleyici bakış açısında insan vücudunun dahil olduğu tüm olaylar hareket olarak sayılmazken, bazı olaylar (veya hatta olayların yokluğu) hiçbir insan vücudu dahil olmamasına rağmen hareket olarak sayılabilir. Bu, örneğin ihmallerin eylem olarak sayıldığı durumdur. Bir baba eğer çocuğunun yemeğini zamanında yemesini engellemiş ise kasten hareket ettiği sayılmaktadır. Niteleyici açıya göre, hareketler de atfedilmenin sonucudur ve -eylemlilik hareketleri önceden varsaydığı için- eylemlilik için de aynısı geçerlidir.

Dahası bu aynı zamanda nedensellik için de geçerlidir. Hukuki nedensellik kavramını çalışan her avukatın bildiği gibi, belirli bir zararın sebebi bir hareketin ya da diğer bir olayın ortaya çıkması, bağımsızca var olan gerçekler keşfi değildir, aslında o harekete veya olaya bir statü atfı meselesidir (bkz. e.g. Hart ve Honore 1985). Sosyal ve fiziksel bilimlerde de pek farklı görünmüyor. Bir şeye sebebiyet vermeye bir statü atamanın nedeni, bir bölümden diğerine farklılık gösterebilir; fakat neden sonuç ilişkisi bir keşiften ziyade bir atf meselesidir.<sup>7</sup>

Bu, sonunda bizi bazı sonuçlara sebep olmaktan ibaret olan bir hareket için sorumluluğa yönlendirir. Eğer eylemlilik ve nedensellik atf meseleleri ise o zaman sorumluluk da bir atf

<sup>5</sup> Yine bu, niyet ve iradenin beyin durumları tarafından fark edilen ruh halleridir ve bu beyin durumlarının kas hareketlerine neden olma olasılığını açık bırakır. Durum böyleyse, niyet ve özgür irade, *zihinsel durumlar gibi*, kas hareketleri nedensellik için lüzumsuzdur.

<sup>6</sup> Bu görüş için diğer destek Wegner (2002) 'de bulunabilir.

<sup>7</sup> Fiziksel bilimlerde nedensellik hakkındaki bu iddianın nedensellik kavramıyla sınırlı olduğuna dikkat edin, buna göre bir olgu veya olayın başka bir olguyu veya olayı gerektirir. Gereklilik anlamında nedenselliğin bir atf meselesi olduğu iddiası, fiziksel gerçekler ve olaylar arasında tuttuğu keşfedilen düzenli bağlantılara kadar uzanmaz. Sebep-lerin aksine, bu yasalar akıldan bağımsız bir gerçeklikte var olabilir. Cf. Psillos (2009).

meselesi olmalıdır. Sorumluluğu “dış dünyada” akıldan bağımsız varlık gibi değerlendirirseniz, bu sorumluluk var olmaz. “Dış dünyada” ormanda bir gölet ya da birinin vücudundaki bir doğum lekesini keşfetmemize benzer şekilde keşfedilecek bir sorumluluk yoktur. Sorumluluğun birisine atfedilmesi için gerçekleri keşfedebilmemize rağmen, birinin bazı hareketlerden sorumlu olduğunu keşfedemeyiz. Sorumluluğun nedenini en iyi açıklayan niteleyici açıdır ve sorumluluk “gerçek” bir fenomenden çok, bir atfın sonucudur.

## 2.5. OTONOM AJAN/AKTÖRLERE ATIF

Tanım gereği, “gerçek” olan akıldan bağımsızdır, atfa bağlı değildir. Atıfta bulunmanın sonucunun ne olduğu ise aksine insan aklına bağlıdır. Bu zihin bağımlılığı birisinin bir başkasının “ne yaptığını” bir eylem olarak düşünmesi gibi direkt olabilir. Yine bir kabile üyelerinin bazıları inanmasa bile yağmur yağmamasını tanrının sinirine atfetmesi, tanrının siniri yağmur sorununu yaratıyor şeklinde dolaylı da olabilir. Keza hukuk, eskiden evin sahibi olan ölmüş birisinin kızına evin sahibi statüsünü atfettiğinde de dolaylıdır. (Kızın evi miras aldığı kabul edilir.)

Çünkü bu akla bağlı bir atıftır, eylemlilik ve sorumluluk herhangi bir gerekçeyle teorik olarak her şeye atfedilebilir. Olayları hayvanın hareketi veya tanrıların hareketi ya da bir organizasyonun hareketleri olarak düşünmek mümkündür ve hayvanları, tanrıları, organizasyonları bu “hareketler” için sorumlu tutabiliriz. Yine de bu sadece eylemliliğin insanlara atfedilmesindeki benzeşim ile yapılmış tarihsel bir perspektiften görülebilmektedir. Ontolojik olarak konuşursak, eylemliliğin insanlara ve diğer ajan/aktörlere atfedilmesinde hiçbir fark yoktur.

Eğer eylemliliği organizasyonlara atfedip onları sorumlu ve yükümlü tutuyorsak aynısını otonom ajan/aktörler için de yapabiliriz. Nelerin yapılabileceği açısından, otonom ajan/aktörlere eylemlilik, sorumluluk ve yükümlülük atfedilmesinde hiçbir zorluk yoktur. Asıl soru bu tür atıfların yapılabiliği değil, bu tür atıfların yapılmak istenip istenmediğidir. Eylemlilik ve sorumluluğu insanlara atfederiz ve bunu yapma sebebimiz otonom ajan/aktörlere eylemlilik ve sorumluluğun atfedilmesi hakkındaki düşüncelerimizi aydınlatabilir.

## 2.6. ATFIN İSTENMESİ

Eylemliliğin ve sorumlu davranmanın insanlara atfedilmesi ilk etapta belirli bir amaç göz önünde bulundurularak yapılmaz. Bu daha çok, diğer insanlara yansıtılan bir deneyim olan kendimizi eylemlilik dahilinde nasıl tecrübe ettiğimizin sonucudur. Otonom ajan/aktörlere eylemlilik ve sorumluluğu atfedip atfetmememiz, ilk etapta bu sistemleri insan ajan/aktörlerle benzer görmeye meyledip etmeyeceğimize bağlıdır. Bu bağlamda köpeğin yürütülmesini istemesi ya da bilgisayarın bizim yazımızı hatalı biçimlendirdiğini söylediğimizdeki gibi ilk etapta çoğu kez eylemliliğin insan olmayan ajan/aktörlere atfettiğimizi fark etmeden, olduğu gibi kalmamalıyız. Bu tür atıfların safi metaforik olduğunu söylemek, insan ve insan olmayan “davranışlar” arasındaki sezgisel benzeşimimizi görmezden gelir. Yine de eylemliliği hayvanlara ve organizasyonlara ve -ileri akıl hastalıkları gibi uç vakalarda - insanlara bile atfetmek isteyip istemediğimizi düşünüyoruz. Dahası, bu yansıtmanın neticesi negatif ise -yani eylemliliğin atfedilmesinin iyi bir fikir olmadığı şeklindeki netice- bunun sonucu sıklıkla eylemliliğin atfını durdurmamızdır. Aslında ajan/aktör gibi görünenin - köpeğin yürümeyi *istemesi* ya da

bilgisayarın şifremizi *istemisi* - daha yakından incelemeyle sadece ajan/aktöre benzer olduğu açığa çıkmaktadır.

Bu insan olsun, hayvan ya da herhangi bir şey, eylemliliğin herhangi bir sisteme atfedilmesi ne zaman istenir? Buna çok yakın bir soruyu -ne zaman inanç ve arzu gibi içgüdüsel durumların bir sisteme atfedilmesi istenebilir sorusunu- cevaplamak için Dennett (1981, 1987) “içgüdüsel duruş” kavramıyla tanıştırdı. Bu içgüdüsel duruş sistemin davranışı en iyi açıklanmış durumda ya da sisteme inanç ve arzu atfedersek tahmin edildiğinde benimsenmelidir. Bu insanlar için işe yarar: öğrencilerin (sınav hakkında) öğrenme arzularından ve sınavda ne sorulacağını derste ifşa edileceğine yönelik beklentilerinden ötürü amfide olmalarını tahmin edebiliriz. Daha yüksek hayvanlar için de oldukça işe yarar; şempanzelerin arayış davranışını yemeğin bir yerlerde saklı olduğuna inancı ve yemek elde etme arzusu ile açıklayabiliriz (De Waal 2016). Hayvan olmayan sistemler için bile işe yarar; satranç oynayan bir programın hareketlerinin şahmat etme arzusu ve belli hamlelerin rakibi yeneceği inancını öngörebiliriz.

Satranç programlarından, güdümlü nükleer füze ve sürücüsüz arabalar gibi “akıllı” fiziksel sistemlere geçiş sadece küçük bir adımdır. “Akıllı” fiziksel sistemlerin davranışının bu sistemlerin belirlenmiş bir hedefe ulaşması (hedefi yok etmek; belirli bir varış yerine ulaşması) ve hedeflerine ulaşmak için bilgilerini (kendi coğrafi konumlarını, savunma füzelerinin konumlarını) kullandıklarının varsayılması en yararlı şekilde açıklanmış halidir. Güdümlü nükleer füze kendi güzergahını, savunma füzelerinin konumuna göre ya da şiddetli rüzgarlara göre uyarlar; sürücüsüz arabalar çarpışmayı önlemek için fren yapar ya da yol çalışmasından ötürü yolu tıkalı olduğu bilgisini aldığı için yoldan sapar. Güzergâh uyarlamak ve fren yapmak bu sistemlerin kendi stratejileri ve bilgileriyle “hareket ettiklerine” dair varsayımın en iyi açıklanmış ve öngörölmüş halidir. Bu ölçüde eylemliliğin ve sorumluluğun bazı tipteki otonom ajan/aktörlere atfedilmesi aslında istenmektedir.

## 2. YÜKÜMLÜLÜĞÜN CEZALANDIRICI ATFI

Açıklayıcı güç ve tahmin gücü ve ayrıca amaç perspektiflerinden eylemliliğin atfı üzerine düşünülebilir. Neden bir şeye hareket diyelim ve bu hareketi bir ajan/aktöre atfedelim? Bu sorunun cevabı çoğu kez eylemliliğe sonuçlar yüklememiz olacaktır. Eğer bir ajan/aktör bir olaydan ötürü sorumlu ise, bu sorumluluk olaya bir “hareket” demek ve ajan/aktörü yaptığından yükümlü tutmak için gerekçedir. Dahası sorumluluk ile yükümlülük arasındaki ilişki iki yönlü işlemektedir: eylemliliği atfediyoruz çünkü birisinin yükümlü olmasını istiyoruz ve birisini söz konusu hareketi gerçekleştirdiği için ve -bazı yükümlülük durumları için- zarara neden olduğundan yükümlü tutuyoruz.

Bu durum neden bir ajan/aktörü sorumlu yapmak istediğimiz sorusunu ortaya çıkarılmaktadır. Bunun bir cevabı birinin bir başkasına verdiği zarardan yükümlü olması gerektiği için yükümlü olmayı hakketmesidir. Bu, yükümlülüğe ilişkin cezalandırıcı bir açıdır, ve bu bölümde bunu ayrıntılı olarak değerlendireceğiz. Bir diğer cevap ise yükümlülük, gelecekteki zararları önlemek, dağıtıcı adaletin sağlanması ya da halkın memnuniyeti gibi bazı amaçlara hizmet ettiğidir. Bu 5. bölümde ele alacağımız sonuççu açıdır.

## 2.1. BİR PRATİK DAHİLİNDE MEŞRULAŞTIRMA VE PRATIĞİN MEŞRULAŞTIRILMASI

Başka birinin mallarına zarar vermeye her zaman izin verilmez, eğer birisi yine de zarar verirse, bu genellikle haksız fiilin ortaya çıkması olarak görülür, zarara neden olan tazmin etmek zorundadır. Bu haksız fiil hukukunun bir parçasıdır. Aynı pratik ayrıca ajan/aktörlere kast ve kusurun atfını ve hareketler ile hareketlerin sonuçları arasında nedensel ilişkinin tanınmasını içerir. Bu uygulamadan hareketle; belirli bir hareketi, belirli bir zarara ve belirli bir ajana/aktöre ve ayrıca zarar için yükümlülüğü de ajana/aktöre atfetmek mümkündür. Bu uygulama ajan/aktör yükümlü olmayı hak ettiğini varsaydığı, artık eskisine göre daha az yaygın olan talepten anlaşılabilir gibi, ajan/aktörün eylemi için suçlanabileceği anlamına gelir. Bu uygulama göz önüne alındığında, bir kişinin başka bir insanın zararı için yükümlü olduğu yargısı, uygulamada belirtilen yükümlülük şartları yerine getirilirse haklı görülebilir. Haksız fiil hukuku böyle çalışır ve haksız fiil hukuku yükümlülüğü böyle haklı çıkarır.

Yine de yükümlülüğün haksız fiil hukuku temelinde meşrulaştırılması yalnızca haksız fiil hukuku uygulamasının kendisi mantıklıysa anlam kazanır.<sup>8</sup> Bu uygulamayı “içinden” anlamaya çalışarak haklı çıkarmak cazip geliyor. Meşrulaştırma daha sonrasında uygulamanın temel parçalarını tanımlamaktan ve o parçaları uygulamanın altında yatan prensipleri temel olarak meşrulaştırmaktan ibaret olur. Yükümlülüğün atfında bu yaklaşım diğerlerinin yanı sıra hukuk pratiğinin kendi içinde anlaşılması gerektiğini iddia eden Dworkin’in çalışmasında (2011, pp. 227–231), bulunabilir. Anlamak, birisinin anladığını hissetmesinden başka bir standardı olmayan psikolojik bir kategoridir; eğer girişimler anlama hissine yol açıyorsa bir uygulamayı kendi içinden anlamak için girişimde bulunmakta yanlış bir şey yoktur. Bununla birlikte anlamının psikolojik doğası göz önüne alındığında, anlaşılabilir bir pratiği haklı gösteremez. Aksini varsaymak bir yanılgıdır ve bu yaygın yanılgıyı yorumlama yanılgısı olarak adlandırabiliriz: Sosyal bir uygulama, eğer onun ne yaptığını, neden yaptığını anlarsak haklı çıkar. Bu yorumlama yanılgısı bir şeyin aslında nasıl yapıldığından yola çıkarak nasıl yapılması gerektiğini türetme yanılgısının özel bir örneğidir (natüralist yanılgı). Tek başına haksız fiil hukuku gibi bazı sosyal pratiklerin var olması gerçeği, pratiğin var olmaya devam etmesi sonucuna elbette yönlendirmez.

Yukarıdaki argüman, sorumluluğun neden hak edişe dayandığına dair yalnızca bir tür argümanı çürütür: uygulamanın gerçekte ne olduğunu anlamadan kaynaklanan argüman; o uygulamanın kendisine saldırılmaz. Şimdi genel sonuca değinmek yerinde olacaktır : insanlar sorumlu olmayı hak ettikleri için zarardan sorumlu tutulmalı mıdır? Bu insanları neden bazen yükümlü tutulmayı hak etmiş varsaydığımızın nedenlerine dayanmaktadır. Hangi sebeplerin gerçekten fark edildiği deneysel araştırmanın konusudur, fakat burada böyle bir sebebi, belki de en önemlisini araştıracağız. Bir insan kendi davranışlarından ötürü yükümlü tutulmayı hak edebilir, o bir başkasına zarar verdi ve yaptığı hareket zarar vereceği için yapmamalıydı. İnsanların yanlışlıklarını fark ettikleri için yanlış eylemlerden kaçınabilecekleri varsayımı için

<sup>8</sup> Cf. Rawls'un (1955) bir uygulama içindeki meşrulaştırma ile bir uygulamanın meşrulaştırılması (onun durumunda ceza hukuku) arasındaki ayrım.



mantıklıdır. Şimdilerde moda olan kelime dağarcığında, hak edişin sebep- duyarlılığa\*, nedenlere uygun olarak hareket etme kapasitesine, bağlı olduğu söylenebilir (Morse 2007; McKenna and Coates 2015). İnsanlar hak edişin algılanmasında gerekli olan anlamda sebep-duyarlı mıdır?

### 3.2. KAPASİTELER VE OLASILIKLAR

Bir kişinin ne yapip ne yapamayacağına ilişkin soru, önemli ölçüde bu kişiye atfettiğimiz yeteneklere bağlıdır . Kapasite ve dolayısıyla sebep-duyarlılık, tıpkı faillik, nedensellik, suçluluk, sorumluluk ve yükümlülük gibi eylemler bir atıf meselesidir. Bu iddianın argümanı 4.4 bölümde sunulacaktır, ancak iddianın doğru olduğunu varsayarsak, birisinin sebep-duyarlı olduğu gözlemi, yükümlülüğün temeli arayışımızda bize daha fazla yardımcı olmaz. Haksız fiil hukukunun sosyal uygulaması, bu uygulamanın n. unsuru tarafından haklı gösterilemez . Bu komplikasyondan kaçınmak için, bir kişinin hasara neden olan davranışından kaçınıp kaçınmayacağı (önleme kapasitesine sahip olup olmadığı) sorusunu, bu davranıştan kaçınmasının mümkün olup olmadığı sorusuyla değiştireceğiz . Sorular aynı görünebilir, ancak kritik fark, önceki sorunun tipik olarak , kapasitelerin atfedilmesini içeren haksız fiil hukuku veya eylemlilik uygulaması temelinde yanıtlanmasıdır, ancak ikinci sorunun eylemlilikle doğrudan bir bağı yoktur ve bu nedenle bu uygulamaya bağlı değildir.

Bu nedenle, argüman uğruna, bir failin, eğer mümkünse, bir şeyi yapma kapasitesine sahip olduğunu varsayalım. Ama bu ne anlama geliyor? Olasılıklar, gerçekleştirilmedikleri durumlarda en ilginç olanıdır, çünkü eğer bir şey varsa , bunun mümkün olduğu açıktır. Bununla birlikte, gerçekleştirilmedikleri durumlarda olasılıkların varlığını tespit etmek herkesin bildiği gibi zordur. Bu problemin üstesinden gelmek için bir düşünme cihazı inşa edildi: olası dünyalar teorisi.<sup>9</sup> Olası dünyalar teorisinin altında yatan temel fikir, bu durumda bir şeyin gerekli olduğudur, durum bu olduğunda, başka ne olursa olsun o: tüm olası dünyaların içindedir. Bir şey en az bir olası dünyada durum böyleyse mümkündür. Gerçek dünya, elde edilen tüm gerçeklerden oluşurken, farklı bir olası dünya, farklı koşullar altında elde edilmiş olabilecek tüm gerçekleri içerir . Gerçek dünyada John kahverengi saçlara sahiptir, ancak farklı koşullar altında - olası başka bir dünyada - John kızıl saçlıdır. John'un kızıl saçlı olduğu bazı alternatif olası dünya olduğu için, John'un kızıl saçlı olması mümkündür.

Bu fikir aynı zamanda eylemler ve eylemlilik için de uygulanabilir. Gerçek dünyada, Jane annesini ziyaret etmedi , ancak başka bir olası dünyada ziyaret etti. Bu nedenle, Jane annesini ziyaret etmemiş olsa bile , bunu yapması mümkün olabilirdi. Bu anlamda Jane, annesini ziyaret etme kapasitesine sahipti. Bu, kapasite kavramını oldukça iyi yakalıyor . Bu, bir ajan/aktörün, bir şey yaptığı herhangi bir olası dünya varsa, bir şeyi yapma kapasitesine (ihmal de

\* Çevirenin notu: Sebep duyarlılık: Serbestçe hareket eden bir temsilci, uygun bir **sebep** yelpazesindeki çeşitliliğe duyarlıdır.

<sup>9</sup> Olası dünyalar teorisi fikri, en azından Alman filozof Leibniz'e (1646-1716) kadar geri götürülebilir, ki *Teodicies* zorunluluğu tüm olası dünyalarda geçerli olan şey olarak tanımlamıştır. Olası dünyaların teknik açıklaması, mantıkçılar için model-teorik anlambilim veya model teorisinin olağan adı altında, Chellas'ın (1980) birkaç bölümünde bulunabilir.

dahil) sahip olduğu anlamına gelir. Bu kapasite kavramının atıf kullanımından kaçındığına dikkat edin, en azından ilk bakışta öyle görünüyor.

### 3.3. OLASI DÜNYALAR VE KISITLAMALAR

Artık bir kişinin belirli bir kapasiteye sahip olmasının ne anlama geldiğine dair bir tanımımız var. Bu tanım, bir sorunu, kapasitenin doğasını, başka bir sorunla, olası bir dünyanın doğasını değiştirmiş gibi görünebilir. Bir dizi gerçeği olası bir dünya yapan nedir? Burada kısıtlama kavramı bir rol oynar (Hage 2015a). Tüm gerçekler bir arada olamaz. Açık bir örnek vermek gerekirse: Yağmur yağması (burada ve şimdi), yağmur yağmadığı gerçeğiyle birlikte olamaz. Uyumsuz gerçekler tek ve aynı olası dünyanın parçası olamaz. Bu, olası dünyalar üzerinde bir kısıtlamadır. Bu gerçeklerin bir arada olamayacağı bir mantık meselesi olduğu için mantıksal bir kısıtlamadır. Mantıksal kısıtlamaların yanında fiziksel kısıtlamalar da olabilir. Fizik yasaları, fiziksel olarak mümkün olan dünyalar üzerindeki kısıtlamalar olarak yorumlanabilir. Bunun için, bir örnek, bir metal çubuk ısıtılmış ve kırmızı olduğu fiziksel olarak mümkün, ama bir metal çubuğun ısıtılmış ancak genişlememiş olması fiziksel olarak imkansızdır. Tüm fiziksel kısıtlamaların karşılanıp ısıtılan bir metal çubuğun genişlemediği fiziksel olarak olası hiçbir dünya yoktur. Ve vakumda bir şeyin ışıktan daha hızlı hareket ettiği fiziksel olarak mümkün bir dünya da yoktur.

Artık olası dünyaları daha kesin bir şekilde tanımlayabilecek bir konumdayız. Olası bir dünya, bir dizi kısıtlamayı karşılayan bir dünyadır. Mantıksal olarak mümkün olan bir dünya, mantık yasalarını karşılar; fiziksel olarak mümkün olan bir dünya, fizik kanunlarını karşılar. Ancak böyle bir kümeye göre, bir şeyin mümkün veya gerekli olup olmadığını sormak mantıklıdır. *Kısaca* gerekliliği ya da olasılığı, göreceli hale getirilmeden, bir anlam ifade etmiyor.

Hem mantıksal hem de fiziksel olarak John'un kızıl saçlı olması mümkündür, ancak John'un saçlarını kahverengi boyamayı yeni bitirdiğini göz önüne alırsak yine de mümkün müdür? Durum tabii ki bu değildir ve neden olmadığını daha yakından dikkate almak faydalı olacaktır. Hem mantıksal hem de fiziksel gereklilik (ve olasılık) olmak üzere gereklilik, yasalardan oluşan kısıtlamaların sonucudur; sırasıyla mantık ve fizik yasaları. Bir yasa, *türlü* gerçekler arasında gerekli bir genel bağlantıyı ifade eder; bir gerçeğe örnek olarak, bir şeyin metal çubuk olduğu ısıtıldığı bir gerçek türüdür ve bu şeyin genişlediği de bir gerçek türüdür. Olası dünyalardan bahsettiğimizde, bu tür yasalar hesaba katılması gereken en bariz kısıtlamalardır. Bununla birlikte, kısıtlama olarak sadece yasaları dikkate almak gerekli değildir. Belirli gerçeklerin de kısıtlama olarak görülmemesi için temel bir neden yoktur. Böyle bir gerçek, John'un saçlarını kahverengiye boyamayı yeni bitirmiş olması olabilir. Bu gerçek göz önüne alındığında, John'un saçının kahverengi olması zorunludur ve saçının kırmızı olması imkansızdır.<sup>10</sup> Özellikle kapasitelerle bağlantılı olarak, olası dünyalar üzerindeki kısıtlamalar anlamında sadece yasaları değil, aynı zamanda gerçekleri de hesaba katmak önemlidir. Jane'in annesini ziyaret edemeyeceği iddia edilirse, bu iddia muhtemelen yalnızca doğa kanunlarına (tamamen fiziksel gereklilik) değil, aynı zamanda Jane'in kişisel geçmişine ilişkin gerçeklere de dayanacaktır.

<sup>10</sup> Deontik bir ortamda, bu fikir ikili deontik mantıkla araştırılır. Bkz. Von Wright (1971).

### 3.4. KAPASİTENİN GÖRELİLİĞİ

Ajan/aktörün yaptığı bir olası dünya varsa, bir ajan/aktör bir şeyi yapma kapasitesine sahiptir. Artık kapasitenin hangi sınırlamalar kümesine göre mevcut olduğunu belirtmemiz gerektiğini biliyoruz. Can alıcı soru, belirli bir ajan/aktörün bir eylemi gerçekleştirme veya yapmaktan kaçınma kapasitesine sahip olup olmadığını belirlerken hangi kısıtlamaların dikkate alınması gerektiğidir. Burada, bu soruyu soyut olarak yanıtlamaya çalışmayacağız, sadece bireysel ajan/aktörlerin özelliklerine odaklanacağız.

Herkes için aynı olan mantık ve fizik kanunlarına göre hareket edersek, her ajan/aktör aynı kapasiteye sahip olacaktır. Bu çekici olmayan bir bulgu olur ve bundan kaçınmak için, bir ajan/aktörün hangi kapasiteye sahip olduğunu belirlerken kişisel özellikleri hesaba katmalıyız.<sup>11</sup> Ancak hangi kişisel özellikler dikkate alınmalıdır? Ajan/aktör araba süremiyorsa, büyük olasılıkla bunu hesaba katmalıyız. Öyleyse Jane bir araba süremiyorsa, annesini ziyaret etme kapasitesi yoktu (varsayalım) ve büyük olasılıkla onu ziyaret etmemekten sorumlu tutulmamalıdır.

Bu olaydan geri adım atarsak, genel sorun şudur: Bir ajan/aktöre ilişkin tüm gerçekler ve tüm fiziksel ve diğer olası ilgili yasalar dikkate alınır, iki olasılık vardır. Belirleyici bir dünya görüşüne göre, önceki tüm gerçekler ve tüm yasalar hesaba katılırsa, dünyanın olası yalnızca bir seyri mümkündür. Belirleyici olmayan bir bakış açısına göre, önceki tüm gerçekler ve tüm yasalar dikkate alınsa bile dünyanın gidişatının nasıl olacağı keyfidir. Bununla birlikte, her iki görüşe göre de yaptığı şey için bir ajan/aktöre sorumluluk atfetmek makul görünmemektedir. Deterministik durumda hayır, çünkü ajan/aktör gerçekte yaptığından başka hiçbir şey yapamazdı ve deterministik olmayan durumda hayır, çünkü ajan/aktörün yaptığı şey keyfi olduğu ve dolayısıyla ajan/aktörün kendisine bağlı değildir. Ajan/aktörün ne yapacağını belirlemesi için orta yol yoktur, çünkü ajan/aktör hakkında ne yapacağını belirlenmesiyle ilgili olabilecek her şey, tüm kısıtlamalar kümesine dahil edilen *eski hipotezlerdir*. Bu kısıtlamalar göz önüne alındığında, ajan/aktörün ne yapacağına dair gerçek bir seçeneği yoktur ya da eylemi keyfi olacaktır. Bu durumların hiçbirinde eylem, ajan/aktörün kendisine bağlı değildir ve hiçbirinde sorumluluk atfetmek için bir gerekçe yoktur.

Bir ajan/aktörün ne yaptığı ile yapma kapasitesine sahip olduğu arasındaki ayrım, ancak tüm gerçekler neyin mümkün olduğuna ilişkin kısıtlamalar olarak dikkate alınmadığı takdirde mantıklıdır. Örneğin, Claude'un araba kazasını önleme kapasitesine sahip olup olmadığını belirlerken, Claude'un genel olarak araba sürebileceğini hesaba katıyoruz, ancak bu vesileyle onun arka koltukta tartışan çocukları tarafından dikkatinin dağıldığını hesaba katmıyoruz. Bu nedenle Claude'un kazayı önleyebileceği sonucuna vardık ve kazadan kaçınmadığı için onu kazaya neden olmaktan sorumlu ve yükümlü tutuyoruz. Bu yaklaşımı ele aldığımızda, hangi gerçeklerin dikkate alınıp hangi gerçeklerin dikkate alınmaması gerektiği sorusu ortaya çıkar. Kapasite normatif bir mesele haline gelir ve ajan/aktörün gerçekte ne yaptığının yanında başka neler yapabileceğini belirlerken hangi gerçeklerin göz önünde *bulundurulmaması* gerektiği bir

<sup>11</sup> Bir ajan/aktörün ne yapıp ne yapamayacağına ilişkin ilgili bir açıklama Honore'da (1999) bulunmaktadır.

mesele haline gelir. Belki bu kabul edilebilir bir yaklaşım gibi görünüyor; sonuçta, bir sanığın gerçekte yaptığından farklı davranıp davranmayacağını soran avukatların aslında yaptığı şey budur. Bununla birlikte, kapasiteyi normatif bir kavram haline getirirsek, bunun bir atıf meselesi haline geldiğini (Bölüm 4.2'de daha önce bahsedildiği gibi) ve artık bir ajan/aktörün kapasitesini ajan/aktörü sorumlu tutmak için bir neden olarak öne süremeyeceğimizi anlamalıyız. Aslında yaptığımız şey, ajan/aktörün hem kapasitesi hem de sorumluluğu ile ilgili tek bir normatif/atıfsal yargı vermektir. Ya ajan/aktörün ilgili kapasitelere sahip olduğuna ve sorumlu olduğuna karar veririz ya da onun yeteneklerden yoksun olduğuna ve sorumlu olmadığına karar veririz. Bu yargı, ajan/aktörün kapasitelerine dayandırılmaz, çünkü bu kapasitelerin kendileri yargının bir parçasıdır.

Yukarıdaki argümanı özetlemek gerekirse: iki seçeneğimiz kaldı. Birincisi, bir ajan/aktörün ne yapma kapasitesine sahip olduğunu belirlerken tüm kısıtlamaları hesaba katmaktır. Bu yaklaşımı ele alırsak, ajan/aktörün davranışı, determinizmi kabul edip etmemesine bağlı olarak ya belirlenir ya da keyfi olur. Her iki durumda da ajan/aktör sorumlu tutulmayı ve zararlardan sorumlu tutulmayı hak etmez. Diğer seçenek, bir ajan/aktörün kapasitelerini belirlemede bazı kısıtlamaları saymak ve diğerlerini göz ardı etmektir. Avukatların aslında yaptığı budur. Bununla birlikte, kısıtlamaları saymanın veya azaltmanın sosyal uygulaması kapasiteyi belirler: kapasite de bir atıf meselesi haline geldi. Bu uygulama, eylemlilik uygulamasının meşrulaştırılması olarak ileri sürülemez, çünkü bu o uygulamanın bir parçası olacaktır.

### 3. YÜKÜMLÜLÜĞÜN AMAÇSAL ATFI

Hak edilen şey, eylemlilik ve yükümlülüğün atfedilmesi için tek olası temel değildir. Alternatif, eylemlilik ve yükümlülüğün bir amaç için atfedilmesidir. Hak edişe dayalı<sup>\*</sup> atıf geriye dönüktür ve geçmişin gerçekte olduğundan farklı olabileceğini varsayar. Eğer determinizm doğruysa, geçmiş olduğundan farklı olamazdı ve dolayısıyla ajan/aktör bunu hak ettiği için eylemlilik ve yükümlülük atfetmek mantıklı olmayacaktır. Eğer determinizm yanlışsa, geçmiş rastgele bir olaydı ve ajan/aktör bunu hak ettiği için faillik ve sorumluluk atfetmenin bir anlamı yok. Bir amaca hizmet etmek için atıf yapılırsa bu ikilemden kaçınılır, çünkü böyle bir uygulama ileriye dönük olacaktır. Eylemlilik ve yükümlülüğün atfedilmesinin geleceği etkilemesi mantıklı olurdu.

Sorumluluk ve yükümlülük atfetme uygulaması, bu atıf istenen sonuçları doğuruyorsa haklı görülebilir. Bu, biri değerlendirici, diğeri deneysel olmak üzere iki soruyu gündeme getiriyor. Değerlendirici soru, hangi sonuçların arzu edildiğini sorar. Bu makalede, arzu edildiği kabul edilen üç amaç öne sürülerek değerlendirici sorudan kaçınılacaktır<sup>12</sup>:

- Sorumluluk ve yükümlülüğün atfedildiği ajan/aktörün gelecekteki davranışını etkilemek
- Diğer ajan/aktörlerin gelecekteki davranışlarını etkilemek ve

<sup>\*</sup> Çevirenin notu: (based on desert) hak ediş temelli ilkeler, Buradaki fikir, bazı insanların önceki eylemlerinden dolayı belirli paylaşımları veya sonuçları hak ettikleridir. Dolayısıyla dağılımlar katkılarla orantılı olmalıdır.

<sup>12</sup> Yazar, bir çeşit faydacılığa bağlı kalmaktadır (Hage 2015b) ve bahsedilen üç amacın mutluluğun maksimize edilmesinde araçsal olduğuna inanmaktadır.

- Ajan/aktörlerin yaptıklarının sonuçlarına katlanması gerektiğine inanan insanların arzularını tatmin etmek

Sorumluluğun insan ajan/aktörlere atfedilmesinin bu amaçlara ulaşılmasına katkıda bulunup bulunmadığı sorusunun cevabı ancak deneysel araştırma yoluyla bulunabilir ve aşağıdaki cevap girişimi spekülatiftir. Ajan/aktörler eylemlerinden sorumlu ve yükümlü tutulursa ve durumun böyle olduğunu bilirlerse, bu durum davranışlarını etkileyebilir gibi görünüyor. Diğer ajan/aktörlerde genel olarak ajan/aktörlerin eylemlerinden sorumlu ve yükümlü olduğu inancından etkilenecek gibi görünmektedir. Son olarak, şu anda birçok kişi, ajan/aktörlerin yaptıkları işten sorumlu tutulmayı hak ettiklerine (yanlış bir şekilde) inandıkları için, kişiler yaptıklarından sorumlu tutulursa tatmin olacaklardır. Belki bu inanç (uzak) gelecekte ortadan kalkacak, ama hala yaygın olduğu sürece, insanları sorumlu tutma uygulamasının önemini vurgulayacaktır.

İnsanların bunu hak ettikleri için sorumlu tutulması gerektiği argümanı üzerinde epey zaman harcadık. Vardığımız sonuç, bu argümanın sonucunu destekleyemeyeceği ve insanlara sorumluluk atfetmek için başka gerekçelere ihtiyacımız olduğuydu. Otonom ajan/aktörler söz konusu olduğunda, sorumlu tutulmayı hak etmediklerini savunmak için büyük olasılıkla zaman harcamaya gerek yoktur, çünkü insanların neden sorumluluğu hak etmediği gerekçeleri, daha ziyade otonom ajanlar için geçerli: 'davranışları' ya belirlenir ya da atfedilir ve her iki durumda da otonom ajan/aktörlerin yaptıklarından sorumlu tutulmayı hak ettikleri söylenebilir.

Otonom ajan/aktörlerin sorumlu tutulmayı hak etmedikleri çok açık olduğundan, onları sorumlu tutmanın üçüncü maksatlı nedeni onlar için de geçerli olmayabilir. Çoğu insan, otonom ajan/aktörlerin 'gerçek' ajan/aktörler olduğuna ve bu nedenle sorumlu olmayı hak etmediklerine inanmadığından, onlara yükümlülük yükleyerek çok az kazanç elde edilir.<sup>13</sup>

İnsan ajan/aktörleri halihazırda kendilerini otonom ajan/aktörlerle tanımlamadıkları için, otonom ajan/aktörlerin sorumlu tutulması gerektiği çünkü bu diğer ajanların gelecekteki davranışını etkiler argümanı, otonom ajan/aktörler durumunda insan ajan/aktörlerine göre daha zayıftır. Daha zayıf, ancak tamamen güçsüz değil. Tartışmanın hala bir miktar güce sahip olmasının bir nedeni, insanların, otonom ajan/aktörler bile kendi 'yaptıklarından' sorumlu tutulmaları durumunda kesinlikle insan ajan/aktörlerin sorumlu tutulacağına ve bu inancın insan ajan/aktörlerinin gelecekteki davranışını etkilediğine inanabilmeleridir. İkinci bir neden, otonom ajan/aktörlerin, diğer otonom ajan/aktörlerin sorumlu tutulmaları halinde, kendilerinin de sorumlu tutulacaklarını ve bu 'inancın' bu otonom ajan/aktörlerin gelecekteki davranışlarını etkilediği 'sonucu çıkarabilmeleridir'. Ancak bu ikinci neden, sorumlu tutulmanın otonom ajan/aktörlerin gelecekteki davranışlarını etkileyebileceğini varsayar. Bu çok önemli bir varsayımdır ve şimdi ona döneceğiz.

<sup>13</sup> Joanna Bryson, (bazı) insanların, örneğin hisse senedi ticareti yaparak para kazanan otonom ajan/aktörlerin vergilendirilmeyi hak ettiğine inandıklarına işaret etti. O zaman halkın memnuniyeti bu sistemlerin vergilendirmeye tabi tutulmasıyla artırılabilecektir

Otonom ajan/aktörlerin gelecekteki davranışları, eğer varsa, yaptıklarından sorumlu tutulmaları gerçeğinden etkilenecek mi? Sorusunu sormak, genel bir yanıt verilemeyeceğini açıkça belirtmek için yeterlidir; bu otonom ajan/aktörün doğasına bağlıdır. Öncelikle, e-ticarette veya (basit) idari kararların alınmasında yer alan programlar gibi 'sadece' bilgisayar programları olan otonom ajan/aktörleri ele alalım. Bu tür programlar az ya da çok karmaşık olabilir ve sorumluluğa verdikleri tepkiler, karmaşıklıklarına bağlıdır. Bir program görece basitse, sorumluluğu hesaba katmaz ve ona sorumluluk atfetmenin programın davranışı üzerinde hiçbir etkisi olmayacaktır. Öyleyse sorumluluk atfetme pratiği, en azından bu özel programlar için çok az mantıklıdır. Bir program ayrıca, programcısının bu programı çalıştıran otonom ajan/aktörün sorumlu tutulacağını hesaba katması anlamında daha karmaşık olabilir. Örneğin, program diğer ajan/aktörlere, insana veya insan olmayana zarar vermemek için ekstra dikkatli hale getirilebilir. İnsan onuruna biraz saygısızlık olmasına izin verilirse, bu, insanları kurallara daha itaatkâr hale getirmek için insan genomunun manipüle edildiği ojeni ile karşılaştırılabilir. Belki de bunu insanlar açısından istemeyiz ve istememeliyiz, ancak insan olmayan ajan/aktörler söz konusu olduğunda bu arzu edilen bir gelişme olabilir. Otonom ajan/aktörlere sorumluluk atfedilmesi bu gelişime katkı sağlayacaksa, bu, uygulamayı yaptırmak için bir neden olacaktır.

Bir programcının ürününün sorumlu tutulacağını hesaba kattığı değişken, sorumluluğun etkilerini farklı bir sistemin - büyük olasılıkla bir insanın - otonom ajan/aktörün sorumluluğuna verdiği tepkiye bağlı kılar. İnsan sorumluluğuyla olan paralellik, otonom ajan/aktörün kendisi sorumlu tutulmaya tepki verirse daha büyük olacaktır. Akıllı bir program, potansiyel sorumluluğu hakkında bilgiye sahip olabilir ve ne yapacağına karar verirken bu bilgiyi hesaba katabilir. Bu bilgi genel olarak ulaşılabilir, ancak belirli bir durumda sorumlu tutulmanın sonucu da olabilir. Davranışın potansiyel veya fiili sorumluluğa uyarlanması, ajan/aktörün belirli türden idari kararlar almak veya e-ticaret yapmak gibi tek bir göreve odaklanmadığını, ancak toplumun refahına veya karın maksimize edilmesine katkıda bulunmak gibi daha geniş görevler bağlamında görevleri yerine getirdiğini varsayar. Şu anda, yazarın bildiği kadarıyla, pratik olarak bunu yapabilen hiçbir sistem yoktur, ancak teorik soru için pek alakalı değil. Bu tür sistemler var olsaydı - ve zaten yaratılmış olabilecekleri oldukça muhtemel ise - onları hem soyut hem de somut durumlarda yaptıklarından sorumlu tutmak mantıklı olacaktır.

Kendi kendine giden arabalar, nükleer güdümlü füzeler ve bazı robotlar gibi fiziksel olarak otonom olan sistemler için, durum yalnızca bilgisayar programları olan otonom ajan/aktörlerden temelde farklı değildir. Bir bilgisayar programı, tipik olarak girdi ve çıktı için elektronik ekipmanları olan bir makinede çalışır. Fiziksel olarak otonom sistemleri sadece bir bilgisayar programından farklı kılan tek şey, elektronik ekipmanların doğasıdır. Bu farklı elektronik ekipmanlar, fiziksel olarak otonom sistemin yaptığı şeyin doğasını ve etkisini, salt bir bilgisayar programının yaptığından kökten farklı kılabilir. Ancak, onları sorumlu tutmanın mantıklı olup olmadığı konusundaki temel sorun için herhangi bir fark yaratmıyor gibi görünüyor.

## SONUÇ

Otonom sistemlerin yaptıklarından yükümlü tutulmaması için hiçbir temel neden yok gibi görünüyor. Ancak bu, şu anda otonom sistemlerin yükümlü tutulmasının arzu edildiğini

göstermez. Amaca yönelik bir perspektiften bakıldığında programcılar veya otonom sistemlerin kullanıcılarını, sistemlerin yaptıklarından sorumlu kılmak, daha etkili olabilir. Durumun bu olup olmadığı deneysel bir sorudur ve cevap sistemden sisteme değişebilir ve zamanla değişebilir. Bununla birlikte, bu makalenin argümanı, pratik olarak istenilen hala açık bir soru olsa da insanlar ve otonom sistemler arasındaki farkın, sorumluluk ve yükümlülük söz konusu olduğunda farklı bir muameleyi haklı çıkarmadığını açıkça ortaya koymuş olmalıydı.

## KAYNAKÇA

- Chellas BF (1980) *Modal logic; an introduction*. Cambridge University Press, Cambridge
- de Waal FBM (2016) *Are we smart enough to know how smart animals are?* Norton & Company, New York
- Dennett D (1981) Intentional systems. In: *Brainstorms*. The Harvester Press, Brighton, pp 3–22
- Dennett D (1987) True believers. In: *The intentional stance*. The MIT Press, Cambridge, pp 13–35
- Dworkin R (2011) *Justice for hedgehogs*. Harvard University Press, Cambridge
- Hage J (2015a) The (onto)logical structure of law. In: Araszkievicz M, Pleszka K (eds) *Logic in the theory and practice of law making*. Springer, Cham, pp 3–48
- Hage J (2015b) Recht en Utilisme Een Pleidooi voor Utilisme als Richtlijn voor de Wetgever. *Law Method*. doi:10.5553/REM/000011
- Hart HLA (2008) *Punishment and responsibility*, 2nd edn. University Press, Oxford
- Hart HLA, Honore' T (1985) *Causation in the law*, 2nd edn. Oxford University Press, Oxford
- Honore' T (1999) Appendix: can and can't'. In: *Responsibility and fault*. Hart Publishing, Oxford, pp 143–160
- Kane R (ed) (2002) *The Oxford handbook of free will*. Oxford University Press, Oxford.
- Kane R (2005) *A contemporary introduction to free will*. Oxford University Press, Oxford
- McKenna M, Coates DJ (2015) Compatibilism. In: Zlatan EN (ed) *The Stanford encyclopedia of philosophy*. <http://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/compatibilism/>. set 14.08.2017
- Morse SJ (2007) Criminal responsibility and the disappearing person. *Cardozo Law Rev* 28:2545–2575
- Nahmias E (2014) Is free will an illusion. In: Sinnott-Armstrong W (ed) *Moral psychology volume 4: free will and moral responsibility*. MIT Press, Cambridge, pp 1–15
- Psillos S (2009) Regularity theories. In: Beebe H, Hitchcock C, Menzies P (eds) *The Oxford handbook of causation*. Oxford University Press, Oxford, pp 131–157
- Rawls J (1955) Two Concepts of Rules. *Philos Rev* 64:3–32





## CILT / VOLUME 1 SAYI / ISSUE 1

• *Prof. Dr. Mustafa AVCI*

İslam ve Osmanlı Ceza Hukukunda İçtima

Aggregation of Offenses in Islamic and Ottoman Criminal Law

• *Müjgan GÖMEÇ*

Ölüme Bağlı Tasarruflarda Koşul ve Yüklenmeler

Conductions and Charges in Testametary Disposition

• *Dr. Barış GÖZÜBÜYÜK*

Yapay Zekanın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlere İlişkin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Problems and Solution Proposals in the Law No.5846 on Intellectual and Artistic Works Regarding Intellectual Products Created by Artificial intelligence

• *Sevgi ERARSLAN*

Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Yurt Dışına Aktarılması Sorunu: Açık Rıza Kapsamında Bir Değerlendirme

The issue of Transfer of Personal Data to Abroad in Turkish Law: an Evaluation within the Scope of Open Consent

• *Muhammed Hakan OKÇU*

OECD Model Anlaşması Kapsamında Şov Sanatçılarının ve Sporcuların Elde Ettiği Gelirlerin Çifte Vergilendirilmesinin Önlenmesi ve Türkiye Örneği

The Prevention of Double Taxation of the Income of Entertainer and Sportspersons under the OECD Model Convention and the Case of Turkey

• *Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN*

Borçlunun Tutukluluğu veya Hükümlülüğünün İcra Takibine Etkileri

The Effect of Detention and Conviction of Debtor on Enforcement Proceedings

• *Mehmet Alp DİDİNMEZ*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Üç Aşamalı Testi

The Three Part Test of European Court of Human Rights

• *Prof. Dr. Jaap HAGE | Çeviren: Yeşim YILMAZ*

Otonom Aktörlerin Sorumluluğunun Teorik Temelleri

Theoretical Foundations for the Responsibility of Autonomous Agents