

Ankara Hacı Bayram **Ankara Hacı Bayram**
Veli Üniversitesi **Veli University**
Hukuk Fakültesi Dergisi **Faculty of Law Review**

ISSN 2651-4141

ISSN (online) 2667-4068

Cilt XXVI, Ocak 2022, Sayı 1

Vol. XXVI, January 2022, No. 1

Ankara 2022

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Ankara Hacı Bayram Veli University
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. Yusuf TEKİN Prof. Dr. Yusuf TEKİN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü* : Editor in Chief **:

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Editörler* : Editors ** :

Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK Assoc. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK

Doç. Dr. Abdulkerim YILDIRIM Assoc. Prof. Dr. Abdulkerim YILDIRIM

Doç. Dr. Mehmet Çelebi CAN Assoc. Prof. Dr. Mehmet Çelebi CAN

Dr. Öğr. Üyesi Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN Assist.Prof. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN

Editör Yardımcıları: Deputy Editors:

Arş. Gör. Dr. Fatma Umay GENÇ Res. Assist.Dr. Fatma Umay GENÇ

Arş. Gör. Dr. Elif AYAN DURHAN Res. Assist.Dr. Elif AYAN DURHAN

Arş. Gör. Ali UÇAR Res. Assist. Ali UÇAR

Arş. Gör. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ Res. Assist. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ

Yayın Kurulu* : Editorial Board :**

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Prof. Dr. Ömer ANAYURT Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Prof. Dr. Muhittin ASTARLI Prof. Dr. Muhittin ASTARLI

Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU

Prof. Dr. İbrahim ERMENEK Prof. Dr. İbrahim ERMENEK

Doç. Dr. Alper Çağrı YILMAZ Assoc. Prof. Dr. Alper Çağrı YILMAZ

Doç. Dr. Mehtap YÜCEL BODUR Assoc. Prof. Dr. Mehtap YÜCEL BODUR

Bu dergi yılda dört defa yayınlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri / Secretary of Publication

Yüksel ERKAN/Günay KANDEMİR

ISSN-2651-4141 ISSN (online) 2667-4068

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri: Genç Ofset Matbaa Kağıtçılık Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi

Süzgün Sokak No: 18 İskitler Altındağ/ANKARA Tel: 0312 341 06 41

Basım Tarihi: Ocak 2022

* Yukarıda adları geçen editörler, editör yardımcıları ve yayın kurulu üyeleri halen Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

** Editors, deputy editors and members of editorial board listed above currently work at Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4
Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE

TEL: +90 312 216 21 13 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.hacibayram.edu.tr> e-posta:
hukukdergi@hbv.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com, hukukdergi@gazi.edu.tr

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayımlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM ve 22 Nisan 2020 tarihinden itibaren CiteFactor isimli uluslararası indeks tarafından taranmaktadır.

ASOS
indeks



CiteFactor
Academic Scientific Journals



TÜBİTAK

ULAKBİM

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mahmut KOCA	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. S. Gül AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sühâ TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kadir ARICI	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yedigâr İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İlyas DOĞAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Eskişehir Osman Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. F. Bilge TANRIBİLİR	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer ANAYURT	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ERMENEK	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Makale Yazım Kuralları

- **Yazı karakteri ve boyutu:** Makaleler; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Makalenin ana metni Times New Roman yazı karakterinde, 12 punto harf boyutunda olmalıdır.

Dipnotlar tek satır aralığı ile Times New Roman 10 punto, normal stil olarak sayfa sonunda verilir.

Paragraflar arasında veya başlıkların öncesinde ya da sonrasında tek satır boşluk birakılmamalıdır.

Dergimize gönderilen akademik çalışmaların Latin harfleri kullanılarak yazılmış olması gerekmektedir.

- **Sözcük veya Sayfa Sınırlaması:** Dergiye gönderilen makalelerin metin kısmının, 40 sayfayı veya 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir.

- **Türkçe ve İngilizce başlık:** Dergiye gönderilen makalelerde büyük harflerle, kalın (koyu) ve ortaya hizalı şekilde yazılmış Türkçe başlığın yanı sıra aynı şekilde yazılmış İngilizce bir başlık da bulunmalıdır. İngilizce başlık, Türkçe özetten sonra, İngilizce özetin (Abstract) üzerinde yer almalıdır. Türkçe ve İngilizce dışında bir dilde yazılmış olan makalelerde ayrıca Türkçe ve İngilizce başlığa yer verilmelidir.

- **Türkçe ve İngilizce özet ve anahtar kelimeler:** Dergiye gönderilen makalelerin başına, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan öz ve özün yazıldığı dillerde başlık ve beşer anahtar kelime eklenmelidir.

Türkçe makaleler için Türkçe öze ek olarak, İngilizce öz (Abstract) eklenmesi gerekmektedir.

Yabancı dilde makaleler için ise makalenin yazıldığı dilde öz ile Türkçe özün eklenmesi gerekmektedir. Yabancı dildeki makale İngilizce değilse İngilizce özün ve Türkçe özün eklenmesi gerekmektedir.

“ÖZ”, “ABSTRACT”, “Anahtar Kelimeler” ve “Key words” italik ve kalın (koyu) şekilde yazılmalıdır. Türkçe özet metni, İngilizce özet metni, ve anahtar kelimeler ise italik şekilde yazılmalıdır.

Yazar, isterse İngilizce öze ek olarak Almanca ya da Fransızca öz de ekleyebilir.

• Başlıklar

Birinci derece bölüm başlıkları büyük Roma rakamlarıyla (I, II, III, IV, V vd.); ikinci derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde (Latin alfabesinde) bulunan büyük harflerle (A, B, C, Ç, D vd.); üçüncü derece bölüm başlıkları Arap rakamlarıyla (1, 2, 3, 4, 5 vd.); dördüncü derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde (Latin alfabesinde) bulunan küçük harflerle (a, b, c, ç, d vd.); beşinci derece bölüm başlıkları parantez içine alınmış Arap rakamlarıyla [(1), (2), (3), (4), (5) vd.] numaralandırılmalıdır. Diğer bölüm başlıklarının nasıl numaralandırılacağı isteğe bağlıdır. “Sonuç” ve “Giriş” isimli başlıklar ise numaralandırılmamalıdır. Bütün başlıklar kalın (koyu) şekilde ve 12 pt büyüklüğünde yazılmalıdır.

• **Atıf kuralları ve Kaynakça:** Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Bunun dışında kısaltmalar cetveline ya da yararlanılan mahkeme kararları listesine gerek yoktur.

Aşağıda detayları belirtilen atıf usulünde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) sistemi takip edilmelidir.

• Yararlanılan kaynaklar dipnotlarda şu şekilde gösterilmelidir:

Kitaplar:

Ad Soyad, Kitap Adı, Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi, Yılı, Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek: Rıza Ayhan, Ticarî İşletme Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2007, s. 89.

• Tekrar eden atıflar ise şu şekilde gösterilmelidir:

Yazarın Soyadı, Sayfa Numarası.

Örnek: Ayhan, s. 90.

• Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda eserlerin adı, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılmalıdır:

Örnek: Ayhan, Ticari İşletme, s. 213.

Ayhan, Kâr Payı, s. 100.

Kitap Bölümleri:

Ad Soyad, “Eser (Bölüm) Adı” in Editörün(lerin) Adı (ed./eds.), Kitap Adı, Yayınevi, Yıl, Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek: Hayrettin Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borç İlişkisi” in Erol Ulusoy (ed.), Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, Bilge Yayınevi, 2016, s. 143.

Makaleler:

Ad Soyad, “Makale Adı”, Yıl, Cilt (Sayı), Dergi Adı, Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek: Cumhur Şahin, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, 2013, 19(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s. 293.

İnternet ortamında bulunan kaynaklar için parantez içerisinde URL ve sayfasına erişim tarihi belirtilmelidir:

Örnek: Neslihan Göktürk, “Türk Hukuku’nda Suçların İçtima”, 2014, 2(1-2), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, s. 35, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuchkd/issue/1330/15679>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2020.

- Kaynakça şu şekilde düzenlenmelidir:

Makalenin sonunda, makalede yararlanılan kaynakların listelendiği “KAYNAKÇA” yer almalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, “ilk satır asılı” şekilde sıralanmalıdır. Kaynakçada öncelikle yazarın soyadına, daha sonra adının ilk harfine yer verilir. Makalelerin sayfa aralığı gösterilir:

Örnek: Ayhan R, Ticarî İşletme Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2007.

Örnek: Yıldırım A, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi”, 2015, 64(1), AÜHFD, s. 237-266, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/622594>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2020.

Örnek: Şahin C, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, 2013, 19(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s. 283-294.

- **Dergiye makale gönderimi ve süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Etik İlkeler ve Yayın Politikası**
- **Makale Gönderilirken Eklenmesi Gereken Yazar Bilgileri**

Makaleler gönderilirken yazar bilgileri başlığın altında sağa hizalı şekilde yazılmış yazar isminin yanına yıldızlı dipnot konularak aşağıdaki formatta verilmelidir.

Örnek: İlhan ÜZÜLMEZ*

- **Yazar akademisyen ise:**

Ünvanı, Çalıştığı Üniversite ve Anabilim Dalı / **ŞEHİR e-posta:** ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

- **Yazar akademisyen değilse:**

(Varsa) **Akademik ünvanı**, Uzmanlık Alanı, Çalıştığı Kurum **ŞEHİR e-posta:** ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

- **Yazar serbest avukatsa:**

Avukat, Bağlı olduğu il barosu / **ŞEHİR e-posta:** ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

ÖRNEK:

Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı / **İSTANBUL e-posta:** madenmehmet@yahoo.com

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

ÖRNEK:

Dr., Anayasa Hukuku, T.C. Sayıştay / **ANKARA e-posta:** ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

ÖRNEK:

Avukat, Ankara Barosu / **ANKARA e-posta:** ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

Article Writing Rules

- **Font and size:** Articles should be written in “Microsoft Word” software. Body of the article should be formatted as Times New Roman 12 points, normal style; footnotes should be formatted as Times New Roman 10 points, normal style.

There should not be a single line space between paragraphs or before or after headings.

Texts submitted to our journal must be written in Latin letters.

- **Word or page limitation:** Text of the articles submitted to the Journal, should not exceed 40 pages or 15.000 words.

- **Turkish and English titles:** Articles submitted to the Journal should include a Turkish title (written in capital letters and as bold (bold) and center aligned), as well as an English title written in the same way. The English title should be placed after the Turkish abstract, above the English abstract (Abstract). Articles written in a language other than Turkish and English should also include Turkish and English titles.

- **Turkish and English abstracts and keywords:** Articles submitted to the Journal should be accompanied by abstracts comprised of minimum 100 and maximum 200 words and five keywords. If the article is in Turkish; an abstract in English must also be supplemented in addition to an abstract in Turkish. When desired, the author will add an abstract in German or French in addition to an abstract in English.

If the article is not in Turkish; it must be accompanied by an abstract in this foreign language and an abstract in Turkish. If the article is in a foreign language except English, an abstract in English and in Turkish must also be supplemented.

“ÖZET”, “ABSTRACT”, “Anahtar Kelimeler” and “Key words” should be written in italics and bold (bold). Turkish and English abstract texts and key words should be written in italics.

•**Titles:**

Numbering of the titles in the text should be as follows:

First degree chapter title numbers are in capital with Roman numerals (I, II, III, IV, V etc.);

Second-degree chapter title numbers are in capital letters (A, B, C, Ç, D, etc.) in the Turkish alphabet (Latin alphabet);

Third-degree chapter title numbers are in Arabic numerals (1, 2, 3, 4, 5 etc.);

Fourth-degree chapter title numbers are in lowercase letters (a, b, c, ç, d etc.) in the Turkish alphabet (Latin alphabet);

Fifth-degree chapter title numbers are in Arabic numerals in parentheses [(1), (2), (3), (4), (5) et al.].

Numbering of the other titles are optional. The headings named “Conclusion” and “Introduction” should not be numbered. All headings should be written in bold (bold) and in 12 pt.

- **Citation rules and Bibliography:** Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page. There is no need for a list of abbreviations or a list of court decisions. If there are no rules in the citation style detailed below, OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) system should be followed.

• The resources cited should be indicated in the footnotes as follows:

• **Books:**

Name Surname, Title, Edition, Publisher, Year, Cited Page.

Example: Rıza Ayhan, Ticarî İşletme Hukuku, 2nd Edition, Turhan Kitabevi, 2007, p. 89.

- Repetitive citations should be shown as follows:

Surname, Cited Page.

Example: Ayhan, p. 89.

- If more than one material of the same author are referred, title of the materials should be abbreviated to distinguish it from other materials written by the same author.

Example: Ayhan, Ticari İşletme, p. 213.

Ayhan, Kâr Payı, p. 100.

- **Contributions to edited books:**

Name Surname, “Title”, in Editor’s Name (ed./eds.), Book Title, Publisher, Year, Cited Page.

Example: Hayrettin Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borç İlişkisi” in Erol Ulusoy (Ed.), Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, Bilge Yayınevi, 2016, p. 143.

- **Articles:**

Name Surname, “Title of the Article”, Year, Volume(Number), Title of the Journal, Cited Page.

Example: Cumhur Şahin, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, 2013, 19(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, p. 293.

- URLs of online resources should be indicated in brackets along with the date of access.

Example: Neslihan Göktürk, “Türk Hukuku’nda Suçların İçtimaı”, 2014, 2(1-2), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, p. 35, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuchkd/issue/1330/15679>> Date accessed 15 Aralık 2020.

- **Bibliography**

At the end of the article, there should be a bibliography listing the resources used in the article. The bibliography should be arranged alphabetically considering the surnames of the authors and the first line hanging. Moreover, the page range of the articles should be shown. The bibliography first includes the surname of the author, then the first letter of the name. Moreover, the page range of the articles should be shown. The resources in the bibliography should be indicated as follows:

Example: Ayhan R, Ticarî İşletme Hukuku, 2. Edition, Turhan Kitabevi, 2007.

Example: Yıldırım A, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi”, 2015, 64(1), AÜHFD, pp. 237-266, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/622594>> Date accessed 15 December 2020.

Example: Şahin C, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, 2013, 19(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, pp. 283-294.

- For detailed information about submitting articles to the Journal, *see* Ethical Principles and Publication Policy.

**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

Cilt XXVI Ocak 2022 Sayı 1

**İÇİNDEKİLER
MAKALELER***

ÖZEL HUKUK

Pandemi Dönemlerinde Limited Şirket Genel Kurul Toplantıları: Almanya ve Türkiye Bakımından Bir İnceleme Ahmet Fatih ÖZKAN	3-34
Patent İsteme Hakkının ve Patentin Hacizde Sırası ve Bunlara Yönelik Gasp İddiasının Veya Davasının Hacze Etkisi Önder TOPAL	35-68
Ölüme Bağlı Tasarrufun İptali Davasının Davada Yer Almayan İlgililer Üzerindeki Etkisi Adem YELMEN	69-106
Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları Ve Yürürlükte Bulunan Mevzuat Hükümleri Kapsamında Yargıtay'ın Alkollü Araç Kullanımı Sırasında Meydana Gelen Zararlara İlişkin Yerleşik Kararları Üzerine Bir İnceleme Burak DOĞAN	107-140
Yapay Zekâ Algoritmalarının Anonim Ortaklıklarda Alınan Stratejik Kararlar Bakımından Yönetim Kuruluna Sağlayabileceği Olası Katkıları Barış GÖZÜBÜYÜK	141-164
ABAD'ın Achmea Kararı ve Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlık Çözümü Açısından Yansımaları Mustafa Alper ENER	165-208
Sıra Cetvelini Şikâyetin Kabulü Kararlarında Hüküm Sonucunun Oluşturulma Biçimine İlişkin Yargıtay Uygulamasının Eleştirisi Cemal Fazıl KARAKAŞ	209-224

* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

Access To Justice For Consumers In Turkey: The Need For Enhancing Consumer Dispute Resolution Through Online Dispute Resolution Serkan KAYA	225-260
---	---------

KAMU HUKUKU

Basit Tıbbi Müdahalelik (BTM'lik) Yaralamalar ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç Hükümlerinin Tatbiki Meselesi Mehmet Emin ARTUK/Erkam YILMAZ	263-310
“İdari Yargılama Usul Kanunundaki Usuli Kazanılmış Hakkın Hukuk Devletinde Bir Yeri Var Mıdır?” İYUK Md. 50/4'ü İptal Etmeyen Anayasa Mahkemesi Kararının Eleştirisi Mehmet Emin AKGÜL	311-346
İdari Yargılama Usûlü Kanunu'na 24.06.2021 Tarih ve 7329 Sayılı Kanunla Eklenen 20/C Maddesi Hükümlerinin Değerlendirilmesi Celâl İŞIKLAR	347-398
Mobil Uygulamalarda Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Yasal Olarak Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar Yasin AYDOĞDU	399-426
Yeni Ekonomik İdare Hukuku: Teknolojik Gelişmeler Karşısında İdarenin İktisadi Hayata Müdahalesindeki Değişim Sırrı DÜĞER	427-476
Bir İnanç Meselesi Olarak İnsan Onuru: Kavramın Dini ve Seküler Temelleri Ahmet EKİNCİ	477-536
Yürütmenin Durdurulması Kararlarında Gerekçe Sorunu Zehra KARAKUŞ İŞIK	537-568

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

Vol. XXVI January 2022 Number 1

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

<i>Annual General Meetings Of Limited Liability Companies in Times Of Pandemic: An Assessment Of Covid-19 Measures in Germany And Turkey</i> Ahmet Fatih ÖZKAN	3-34
<i>The Right To Claim Patent And its Place in Seizure And The Effect Of The Claim Or Action Of Replevin Against Them On The Seizure</i> Önder TOPAL	35-68
<i>Of Action For Declaration Of Invalidity Of Testamentary Disposition On Relevants Not Included in The Case</i> Adem YELMEN	69-106
<i>An Assessment Of The Rulings Of Turkish Court Of Appeal Over The Losses That Occurs During The Course Of Driving Under The Influence Of Alcohol in Respect Of General Conditions Of Land Vehicles Motor Insurance And Current Legislation</i> Burak DOĞAN	107-140
<i>Possible Contributions By Artificial Intelligence Algorithms To The Board Of Directors in Respect To Strategic Decisions Made in Joint Stock Companies</i> Barış GÖZÜBÜYÜK	141-164
<i>The CJEU's Achmea Decision and Its Echoes on Investor-State Dispute Settlement</i> Mustafa Alper ENER	165-208
<i>Critique Of The Supreme Court's Practice Regarding Formation Model Of Judgement Conclusion in The Acknowledgement Award Of The Collocation Plan Complaint</i> Cemal Fazıl KARAKAŞ	209-224

* Articles are drawn up according to the title and surnames of the authors.

<i>Türkiye’de Tüketiciler İçin Adalete Erişim: Online Uyuşmazlık Çözümü Yoluyla Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümünü Geliştirme İhtiyacı</i> Serkan KAYA	225-260
---	---------

PUBLIC LAW

<i>Acts Of Injuries That Require Simple Medical Intervention And The Issue Of Implementation Of Provisions Of Crimes Aggravated By The Result</i> Mehmet Emin ARTUK/Erkam YILMAZ	263-310
<i>Does The Procedural Vested Right in Administrative Jurisdictional Procedure Act (Ajsa) Have A Place in Rule Of Law- The Criticism Of The Constitutional Court’s Decision That Does Not Annul Article 50/4 Of Ajsa</i> Mehmet Emin AKGÜL	311-346
<i>Evaluation Of The Provisions Of Article 20/C Added To The Law Of Administrative Procedure With The Law Dated 24.06.2021 And No 7329</i> Celâl İŞIKLAR	347-398
<i>Processing Personal Data in Mobile Applications And Legally Matters To Be Considered</i> Yasin AYDOĞDU	399-426
<i>The New Law Of Economic Administration: Change in The Intervention Of The Administration In Economic Life Against Technological Developments</i> Sırrı DÜĞER	427-476
<i>Human Dignity As A Belief Issue: Religious And Secular Foundations Of The Concept</i> Ahmet EKİNCİ	477-536
<i>The Problem Of Ground in Decisions For The Stay Of Execution</i> Zehra KARAKUŞ İŞİK	537-568

ÖZEL HUKUK>>

BOŞ

PADEMİ DÖNEMLERİNDE LİMİTED ŞİRKET GENEL KURUL TOPLANTILARI: ALMANYA VE TÜRKİYE BAKIMINDAN BİR İNCELEME

Ahmet Fatih ÖZKAN*

ÖZ

Küresel bir sorun haline gelen Covid-19'un toplumsal alandaki zararlı etkilerini en aza indirmek üzere devletlerce birtakım yasal düzenlemeler yapılması yoluna gidilmiştir. Yapılan bu düzenlemelere yoğun olarak konu edilen alanlardan biri de salgın ortamında gerçekleştirilecek şirket genel kurullarıdır. Ortakların fiziki ortamda katılmaları halinde oluşabilecek insan yoğunluğu ve buna bağlı olarak bulaş riski nedeniyle, genel kurul toplantılarının salgın koşullarına uygun bir şekilde yapılmasını temin etmek üzere gerek Alman, gerekse Türk hukukunda bir dizi tedbir alınmıştır. Yapılan düzenlemelerle genel olarak fiziki ortamda gerçekleştirilecek genel kurulların ertelenmesine, iptal edilmesine veya elektronik ortama taşınmasına ya da toplantı yapılmaksızın genel kurul kararı alınmasının kolaylaştırılmasına çalışıldığı gözlemlenmektedir. Bu makalede Almanya ve Türkiye özelinde limited şirket genel kurulları için öngörülen Covid-19 tedbirleri ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: "Covid-19", "Limited şirket", "Genel kurul", "Elektronik genel kurul", "Elden dolaştırma yoluyla karar alma"

ANNUAL GENERAL MEETINGS OF LIMITED LIABILITY COMPANIES IN TIMES OF PANDEMIC: AN ASSESSMENT OF COVID-19 MEASURES IN GERMANY AND TURKEY

ABSTRACT

In an attempt to minimise the harmful social effects of Covid-19, which has become a global issue, states have recourse to enacting certain laws. Annual general meetings of companies amid the pandemic are among the subjects that have been vastly addressed by those laws. Certain measures have been taken both in German and Turkish laws to ensure that general meetings, which may cause concentration of people and thus risk of infection due to physical presence of shareholders, are to be convened in line with the conditions of the pandemic. It is observed that in general

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı / ANKARA, **e-posta:** af.ozkan@hbv.edu.tr

ORCID: 0000-0003-2277-072X

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1065741

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 19/08/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 06/01/2022

those laws aim at postponing or cancelling physical general meetings, holding them via electronic means or facilitating the passing of resolutions without having to hold a meeting. This article analyses the Covid-19 measures related to annual general meetings of limited liability companies in Germany and Turkey.

Key Words: “Covid-19”, “Limited liability company”, “Annual general meetings”, “Electronic general meetings”, “Circular resolutions”

GİRİŞ

Dünya Sağlık Örgütü tarafından “pandemi” ilan edilen yeni tip koronavirüsün (Covid-19) toplumsal alandaki zararlı etkilerini en aza indirmek üzere devletlerce birtakım yasal düzenlemeler yapılması yoluna gidilmiştir. Bu bağlamda Alman hukukunda “Covid-19 Salgınının Medeni Hukuk, İflas Hukuku ve Ceza Usul Hukukundaki Sonuçlarının Hafifletilmesi Hakkında Kanun”¹ ile mali durumu kötüleşmiş şirketlerde yönetim organının şirketin iflasını isteme yükümlülüğünün askıya alınmasından, görev süresi dolan dernek, vakıf vb. tüzel kişilerin yöneticilerinin yerlerine yenileri seçilene kadar görev sürelerinin devam etmesine; kira bedellerinin ödenmemesi gerekçesiyle kira sözleşmelerinin belli bir süreliğine sona erdirilememesinden, tüketici kredilerinin ödenmesinin ertelenmesine kadar bir dizi tedbir alınmıştır. Türk hukukunda ise 7226 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”² ve 7244 sayılı “Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”³ ile sermaye şirketlerinde geçmiş faaliyet dönemlerinde elde edilen kârların dağıtımının belli bir süreliğine sınırlandırılmasından, iş yeri kira bedellerinin ödenmemesinin belli bir süreliğine fesih ve tahliye nedeni oluşturulmamasına; karşılıksız çek, kredi kartı ve diğer kredi borçlarını tamamen ödeyen veya yeniden yapılandırılanlar için “sicil affı” getirilmesinden, karşılıksız çek nedeniyle hapis cezası almış hükümlüler için cezanın infazının durdurulmasına ve karşılıksız kalan çek bedelinin kanunen yapılandırılmasına dair düzenlemeler yapılmıştır.

¹ Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27. März 2020 (BGBl. I S. 569) (COVFAG).

² RG tarih: 26.03.2020, no: 31080 (Mükerrer).

³ RG tarih: 17.04.2020, no: 31102.

Covid-19 ile mücadele kapsamında küresel çapta yapılan yasal düzenlemelere yoğun olarak konu edilen alanlardan biri de şirket genel kurullarıdır. Fiziki ortamda yapılması halinde insan yoğunluğu ve buna bağlı olarak bulaş riski oluşturabilecek şirket genel kurullarının, salgın koşullarına uygun bir şekilde yapılmasını temin etmek üzere çeşitli tedbirler alınmıştır. Bu bağlamda Alman hukukunda anonim şirketlerde esas sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmaksızın genel kurulların elektronik ortamda yapılabilmesine, tamamen elektronik ortamda (sanal genel kurul) düzenlenebilmesine ve mali yılın sonuna kadar gerçekleştirilebilmesine, limited şirketlerde de elden dolaştırma yoluyla karar alma sürecine hiçbir ortağın itiraz etmeme şartının kaldırılmasını içeren bir dizi tedbirlere başvurulmuştur. Türk hukukunda ise İç Ticaret Genel Müdürlüğü'nün 20.03.2020 tarih ve 53382221 sayılı yazısıyla *“Koronavirüs COVID-19 salgınının yayılmasının engellenmesi amacıyla özellikle şirket genel kurullarının yoğunlukla gerçekleştirildiği bu dönemde şirketlerin kurul toplantıları bakımından bazı tedbirler alınmıştır.”*⁴ Bu bağlamda anonim ve limited şirketlerde genel kurul toplantı çağrısının yönetim organınca iptal edilebilmesi, esas sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmaksızın genel kurulların elektronik ortamda yapılabilmesi, elektronik genel kurul için kendi teknik altyapısı bulunmayan şirketler açısından birtakım kolaylıklar sağlanması ve pay sahiplerinin genel kurullara elektronik ortamda katılmalarının şirketlerce teşvik edilmesi gibi bazı önlemler alınmıştır.

Pandemi döneminde genel kurulların gerçekleşmesine ilişkin yapılan bu yasal düzenlemelerden en çok etkilenen hususlar arasında genel kurulun toplanma zamanı, çağrı usulü, çağrı süreleri, çağrısız genel kurul ve elden dolaştırma yoluyla karar alma usulü gelmektedir. Yapılan düzenlemelerle genel olarak salgın koşullarında fiziki ortamda gerçekleştirilecek genel kurulların ertelenmesine, iptal edilmesine veya elektronik ortama taşınmasına ya da toplantı yapılmaksızın genel kurul kararı almanın kolaylaştırılmasına çalışıldığı gözlemlenmektedir. Düzenlemeler geçici bir süreliğine öngörülmüş olsa da sermaye şirketlerinde genel kurulların yapılışına dair hâlihazırdaki hükümlerini işleyişini askıya almakta veya şirketlere mevcut hükümler karşısında mümkün olmayan birtakım imkânlar sunmaktadır. Bu makalede limited şirket genel kurullarına ilişkin olağan dönemlerden farklı olarak pandemi dönemi için öngörülen Covid-19 tedbirleri ele alınmaktadır. Makalenin kapsamı limited şirketlerle; incelenen ülke uygulamaları ise Covid-19 ile mücadele

⁴ İç Ticaret Genel Müdürlüğü'nün yazısı için bkz: <<https://icticaret.ticaret.gov.tr/haberler/sirketlerin-genel-kurul-toplantilarina-iliskin-aciklama>> Erişim Tarihi 9 Temmuz 2021.

kapsamında en detaylı düzenlemelerden birinin yapıldığı Alman hukuku ile Türk hukukuyla sınırlı tutulmuştur. İki bölümden oluşan bu makalenin birinci bölümünde limited şirketlerde genel kurulun toplanma zamanı, toplantı yeri, çağrı usulü, çağrısız genel kurul ile elden dolaştırma yoluyla karar alma usulüne dair Alman ve Türk hukukundaki mevcut kurallar incelenmektedir. İkinci bölümde ise Covid-19 tedbirleri kapsamında şirket genel kurullarına ilişkin Alman ve Türk hukukunda alınan önlemler, limited şirketler açısından değerlendirilmektedir.

I. LİMİTED ŞİRKETLERDE GENEL KURUL

Limited şirketlerde genel kurul, “Şirketin Organları” başlıklı bölümün altında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun (TTK) 616 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. 616. maddede genel kurulun yetkileri, 617. maddede genel kurul çağrısı, 618. maddede oy hakkı, 619. maddede oy hakkından yoksunluk, 620 ile 621. maddelerde basit ve nitelikli yetersayılar, 622. maddede ise genel kurul kararlarının butlanı ve iptali düzenlenmiştir. Anonim şirketlerle kıyaslandığında, limited şirketler bağlamında genel kurullara dair TTK’da daha az sayıda hüküm bulunmakta olup, pek çok konuya ilişkin anonim şirket hükümlerine atıf yapmakla yetinilmiştir⁵. Bu bağlamda toplantı çağrısının yapılması, azınlığın çağrı hakkı, çağrısız genel kurul, gündem, öneriler, hazırlık önlemleri, tutanak, yetkisiz katılma konularında anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı ifade edilmiştir (TTK m.617/3)⁶.

⁵ 6762 sayılı TTK’nın 536. maddesinde anonim şirketlerin umumi heyet toplantılarına dair hükümlerin, ortak sayısı yirmiden fazla olan limited şirketlerin ortaklar umumi heyeti toplantıları hakkında da uygulanacağı; ortak sayısının yirminin altında olan limited şirketlerde ise ortakların yazılı reyleriyle umumi heyet kararı alınabileceği hükmüne bağlanmıştı. 6762 sayılı TTK’da limited şirketlerde ortaklar umumi heyetinin toplanmasını ve buna uygulanacak kanun hükümlerini belirleyen ortak sayısı kriterine 6102 sayılı TTK’da yer verilmemesi, öğretilerde kanun koyucunun yeni bir yaklaşım benimsediği şeklinde yorumlanmıştır. Abdullah Erdoğan, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Limited Şirket Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, 2013, 17(3), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 40.

⁶ Alman hukukunda Alman Limited Şirketler Kanununda (GmbHG) genel kurulun nasıl toplanacağı konusunda hüküm bulunmadığı gibi, bu konuyla ilgili olarak anonim şirket hükümlerine de atıf yapılmamıştır. GmbHG Art.45/1 uyarınca ortakların bu hususları şirket sözleşmesinde düzenleyebileceği belirtilmiş olup, uygulamada da genellikle bu hususlara şirket sözleşmelerinde yer verilmektedir. Bu hususlar şirket sözleşmesinde düzenlenirken üçüncü kişilerin haklarının ve genel kurula katılma hakkı gibi ortakların vazgeçilemez haklarının olumsuz etkilenip etkilenmediğine dikkat edilmelidir. Şirket sözleşmesinde genel kurulun yapılışına dair hükümlerin bulunmaması durumunda ise tüm ortakların bu konuda “ad hoc” olarak bir karar almaları gerektiği, bunu yaparken de yargı kararlarında kabul edilen ilkelerden yararlanabilecekleri belirtilmiştir. Hildegard Ziemons / Carsten Jaeger / Moritz

Yine limited şirket genel kurul kararlarının butlanı ve iptali konularına ilişkin olarak da anonim şirketlere dair hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı hükmüne bağlanmıştır (TTK m.622). Aşağıda genel kurulun toplanma zamanı, çağrı usulü ve süreler, çağrısız genel kurul, elden dolaştırma yoluyla karar alma usulü gibi limited şirketlerde genel kurulun toplanmasına ilişkin olağan dönemlerde geçerli olan, hâlihazırdaki düzenlemeler ele alınmaktadır.

A. Genel Kurulun Toplanması

Genel kurul (*Hauptversammlung* Alman; *Generalversammlung* İsviçre), pay sahiplerinin veya temsilcilerinin kural olarak usulüne uygun bir çağrı üzerine, belirli bir gündemi görüşmek ve karar bağlamak üzere bir araya gelmesiyle toplanan bir kuruldur⁷. Genel kurulun bir “kurul” niteliğinde olması sonucu, şirketin tek ortaklık oluşması hali dışında⁸, ortakların veya temsilcilerinin katılımıyla gerçekleştirilmesi esastır. Bu açıdan limited şirket genel kurulu, ortakların tamamının katılma hakkına sahip olduğu bir irade ve karar organıdır⁹. Şirket işlerinin görüşüldüğü genel kurulda karar alınabilmesi için normal şartlarda bir toplantı yapılması gerekmektedir. Genel kurul toplantısı, fiziki ortamda yapılabileceği gibi elektronik ortamda da yapılabilir. Bununla birlikte, tüm ortakların katılımıyla ve hiçbir ortağın itiraz etmemesi koşuluyla limited şirketlerde toplantı yapılmaksızın da elden dolaştırma usulüyle genel kurul kararı alınması da mümkündür (TTK m.617/4). Bunun haricinde; ortakların rastgele buluşması sırasında, telefonla, sözlü olarak vb. alınan kararlar, hukuken geçerli bir genel kurul kararı olarak hüküm ve sonuç doğurmaz¹⁰. Şirketin daimi olmayan bir organı niteliğindeki genel kurulun toplanması, toplantının yürütülmesi, kararların alınması ve pay sahiplerinin haklarının korunması hususlarıyla ilgili olarak mevzuatta birtakım usuller öngörülmüştür¹¹. Bunların başında genel kurulun toplanma zamanı, toplantı yeri ve toplantının gerçekleştirilebilmesi için yapılacak çağrı

Pöschke, Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, 48. Auflage, C.H. Beck, 2021, §.48 Rn.6.

⁷ Mehmet Bahtiyar / Esra Hamamcıoğlu, Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları, Beta Yayıncılık, 2014, s. 1.

⁸ Cafer Eminoğlu, “Tek Pay Sahipli Anonim Şirkette Genel Kurul”, 2015, 6(1), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 136. TTK m.616/3 uyarınca tek ortaklık limited şirketlerde, bu ortak genel kurulun tüm yetkilerine sahiptir. Ancak tek ortağın genel kurul sıfatıyla alacağı kararların geçerlilik kazanabilmesi için kararın yazılı olması şarttır.

⁹ Şaban Kayıhan, Şirketler Hukuku, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 330.

¹⁰ Martin Henssler / Lutz Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, C.H. Beck, 2021, §.48 Rn.28.

¹¹ Tamer Bozkurt, Şirketler Hukuku, 13. Bası, Yetkin Yayınları, 2021, s. 322.

usulü gelmektedir.

1. Toplantı Zamanı

a. Olağan\Olağanüstü Genel Kurul Ayrımı

Genel kurul, ortakların pay sahipliğinden doğan hakları sayesinde şirketin iradesini oluşturduğu bir organ olduğu kadar, aynı zamanda ortakların pay sahipliğinden doğan haklarını kullanmak üzere belli bir zaman ve yerde bir araya geldiği bir toplantıdır¹². Genel kurul, olağan ve olağanüstü olmak üzere iki farklı şekilde toplanmaktadır. Olağan genel kurul (*ordentliche Versammlung*), şirketin işleri ve işleyişine dair konulara ilişkin müzakereler yapmak ve karar almak üzere her faaliyet dönemi için yapılan toplantı olarak tanımlanabilir. Olağan genel kurulun kanunen belli bir zamanda toplanması gerekmektedir. Limited şirketlerde genel kurulun, her yıl hesap döneminin sona ermesinden itibaren üç ay içerisinde yapılacağı hükme bağlanmıştır (TTK m.617/1)¹³. Başka bir deyişle, olağan genel kurulun toplanma zamanı olarak kanun, hesap döneminin sona ermesinden itibaren üç aylık bir süreye işaret etmiştir. Ülkemizde hesap dönemi olarak şirketlerce ağırlıkla takvim yılı (1 Ocak – 31 Aralık) esas alındığından, hesap dönemi sonu Aralık ayı olmakta, bu doğrultuda TTK m.617/1’de öngörülen üç aylık süre de takip eden yılın Ocak, Şubat ve Mart aylarına denk gelmektedir¹⁴. TTK’da öngörülmesi olmasa da ikincil mevzuatta, şirketlerce özel hesap döneminin kabul edilmesi halinde¹⁵ olağan genel kurulun bu hesap döneminin sona ermesini takiben yine üç ay içinde yapılacağı belirtilmiştir¹⁶. 6762 sayılı TTK’da ise genel kurulun

¹² Wulf Goette / Mathias Habersack / Susanne Kalss, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd: 3, 4. Auflage, C.H. Beck, 2018, §.118 Rn.1.

¹³ Alman hukukunda GmbHG’de limited şirket genel kurullarının ne zaman yapılacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Şirket sözleşmesinde bu yönde bir hüküm bulunduğu takdirde genel kurul söz konusu hükümde belirtilen zamanda yapılacaktır. Şirket sözleşmesinde bir hükmün bulunmaması halinde ise genel kurulun, GmbHG Art.42a’da düzenlenen şirket hesaplarının ilgili mali yılın sekizinci (bazı büyüklükteki şirketler için on birinci) ayın sonuna kadar ortaklarca görüşülmesi ve karara bağlanması hükmü gereği, müdürlerin takdirine bağlı olarak bu yasal süreler içerisinde bir tarihte yapılması gerekmektedir. Ziemons / Jaeger / Pöschke, §.48 Rn.8-9.

¹⁴ Şükrü Yıldız, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, Arıkan Basım Yayın, 2007, s. 208.

¹⁵ Şirketlerin finansal tablolarının yıllık olması zorunluluğu, hesap döneminin de vergi düzeni nedeniyle yıllık olması gerekliliği karşısında uygulamada özel hesap dönemi belirlemenin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Rıza Ayhan / Hayrettin Çağlar / Mehmet Özdamar, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 3. Bası, Yetkin Yayınları, 2021, s. 221.

¹⁶ Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bu-

“her yılda bir defa” yapılacağı düzenlenmişti (m.538/1).

Olağanüstü genel kurul (*außerordentliche Versammlung*) ise zorunlu ve ivedi nedenlerin ortaya çıkması halinde yapılan ve gündemini toplantı yapılmasını gerektiren bu nedenlerin oluşturduğu toplantıdır. Şirket sözleşmesi uyarınca ve gerektiğinde genel kurul olağanüstü toplantıya çağrılır (TTK m.617/1)¹⁷. Olağanüstü genel kurul için TTK’da veya ikincil mevzuatta bir süre belirlenmemiştir. Buradan hareketle olağanüstü genel kurul, toplantı yapılmasını gerektiren nedenin ortaya çıkmasını takiben mümkün olan en kısa zamanda yapılabilir. Olağanüstü genel kurul, gerektiği takdirde her zaman yapılabileceğinden hesap dönemi içerisinde birden fazla gerçekleştirilebilir¹⁸. Öte yandan, mevzuatta açıkça belirtilmiş olmasa da olağan genel kurul için kanunda öngörülen üç aylık sürenin bir düzen hükmü olduğu, hak düşürücü nitelikte olmadığından bu süre geçirildikten sonra da genel kurulun yapılabileceği öğretide ifade edilmektedir¹⁹. Toplantının bu üç aylık süre sona erdikten sonra yapılması, ilgili toplantıda alınan kararların geçerliliğini etkilemez, sırf bu nedenle ilgili toplantıda alınan kararların iptalini de gerektirmez²⁰. Ayrıca hesap dönemleri birbirinden bağımsız olup, olağan genel kurul toplantısının yapılabilmesi için hesap dönemleri açısından bir sıralama bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, bir önceki hesap döneminin olağan genel kurul toplantısı yapılmamış olsa bile, bir sonraki yılın olağan toplantısının yapılması mümkündür²¹.

İnacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik, m.7/1-a, RG tarih: 28.11.2012, no: 28481.

¹⁷ Öğretide TTK m.617/1’de geçen “ve” ibaresinin “veya” şeklinde anlaşılması gerektiği, zira şirket sözleşmesinde bir sebep gösterilmese dahi toplantı yapılmasını zorunlu kılacak bir nedenin gerçekleşmesi halinde her zaman olağanüstü genel kurulun yapılabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, 15. Bası, Beta Yayıncılık, 2021, s. 413; Yıldız, s. 209.

¹⁸ Alman hukukunda şirketin menfaatinin gerektirdiği durumlarda genel kurulun olağanüstü toplantıya çağrılacağı kabul edilmiş (GmbHG Art.49/2), ancak yıllık bilançonun veya ara dönem bilançosunun şirketin sermayesinin yarısından fazlasının eksildiğini göstermesi halinde müdürlerce genel kurulun derhal toplantıya çağrılması zorunlu tutulmuştur (GmbHG Art.49/3). Türk hukukunda ise limited şirketin organsız kalması, azınlığın genel kurul talebinde bulunması ve şirketin sermaye kaybetmesi veya borca batık olması durumlarında genel kurulun yapılmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Yıldız, s. 210.

¹⁹ Ayhan / Çağlar / Özdamar, s. 429.

²⁰ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 7. Bası, Adalet Yayınevi, 2021, s. 809 [“Şirketler Hukuku”].

²¹ Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 463. Hesap dönemlerinin bağımsızlığını kabul eden Yargıtay, bir kararında somut

b. Toplantının Yapılmaması

TTK m.617 uyarınca her yıl hesap döneminin sona ermesinden itibaren üç ay içerisinde yapılması gereken olağan genel kurul toplantısının yapılmamasının sonuçları TTK'da açıkça düzenlenmemiştir. Kooperatif şirketlerin²² aksine, genel kurulun zamanında yapılmaması halinde limited şirket müdürleri açısından cezai bir yaptırım bulunmamaktadır. TTK m.644'ın atfıyla limited şirketler için de kısmen uygulanmakta olan "Suçlar ve Cezalar" başlıklı 562. maddede genel kurul yapılmaması, diğer bazı eylemlerin aksine, hapis veya adli para cezasına tabi tutulmamıştır. Her ne kadar Covid-19 salgınının ilk zamanlarında genel kurulu toplantıya çağırmayan müdürler için idari para cezası öngören bir kanun taslağı hazırlanmış olsa da söz konusu taslak yasalaşmamıştır²³. Bununla birlikte, şirketin karar organı olan genel kurulun yapılmaması veya geç yapılması nedeniyle şirket işlerinin aksamasına bağlı olarak müdürlerin hukuki sorumluluğu gündeme gelebilir. Genel kurulun yapılmamasında müdürlerin kusurunun bulunması ve bundan dolayı bir zararın oluşması durumunda müdürler; şirkete, ortaklara veya şirket alacaklılarına karşı verdikleri zararlardan dolayı sorumlu olabileceklerdir (TTK m.553/1'e atfen TTK m.644). Öte yandan, öğretilerde pandemi döneminde genel kurulu toplantıya çağırmayan müdürlerin, kanundan veya şirket sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmekte kusurlarının bulunmayacağı nedeniyle sorumluluklarının doğmayacağı ileri sürülmüştür²⁴.

Genel kurulun yapılmamasının diğer bir boyutu da yeni müdür

olayda hesap dönemi geçirildikten sonra yapılan genel kurul toplantısını geçerli kabul etmiş-
tir. Yargıtay 11. HD, 20.04.2006, E.2005/4561, K.2006/4342 (Legalbank).

²² 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun Ek m.2/2 hükmüne göre genel kurulu olağan toplantıya çağırmayan yönetim kurulu üyeleri, altı aya kadar hapis ve 30 günden 300 güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.

²³ Nisan 2020 tarihinde kamuoyuna yansımış bir kanun taslağında, anonim ve limited şirketlerin olağan genel kurul toplantılarının her faaliyet döneminin sonundan itibaren üç ay yerine, beş ay içerisinde gerçekleştirilmesi (m.44,46) ve TTK'nın 562. maddesine yeni bir bent eklenmek suretiyle, olağan genel kurulu toplantıya çağırmayan yönetim kurulu üyelerine ve müdürlere 4.000 TL (2021 itibarıyla 10.242 TL) idari para cezası verilmesi öngörülmüştür (m.45). Söz konusu kanun taslağı için bkz. <<https://www.haberturk.com/torba-yasa-teklifi-gundemde-62-maddelik-torba-yasa-teklif-taslaginda-neler-var-madde-madde-2640265>> Erişim tarihi 3 Temmuz 2021. Ancak her iki hüküm de yasalaşmamıştır.

²⁴ Ali Paslı, COVID-19 Salgınının Anonim ve Limited Ortaklık Yıllık Olağan Genel Kurul Toplantılarına Etkisi: Güncel Koşullar Süreken Genel Kurul Kararı Alınabilir Mi?, s. 2, <<http://www.ticaretkanunu.net/covid-19-salgininin-anonim-ve-limited-ortaklik-yillik-olagan-genel-kurul-toplantilarina-etkisi-guncel-kosullar-surerken-genel-kurul-karari-alinabilir-mi/>> Erişim tarihi 9 Temmuz 2021 ["Covid-19'un Genel Kurullara Etkisi"].

seçimi ve mevcut müdürlerin görev süreleriyle ilgilidir. Limited şirketlerde müdürler, şirket sözleşmesiyle süresiz olarak atanabilmekte veya genel kurul kararıyla seçilebilmektedir. Genel kurulun yapılmaması, yeni müdürlerin de görevlendirilemeyeceği anlamına geldiğinden, özellikle genel kurulca belli bir süreliğine seçilmiş müdürlerin görev sürelerinin dolmasına ve yetkisiz duruma düşmelerine neden olabilir²⁵. Pandemi döneminde yapılan yasal düzenlemelerde kooperatif şirketlerin aksine,²⁶ genel kurulun yapılmadığı limited şirketlerde mevcut müdürlerin görev sürelerinin devam edip etmediğine dair bir açıklık getirilmemiştir. Öğretide pandemi döneminde sermaye şirketleri için de yönetim organlarının görev sürelerinin devam edeceğine ilişkin özel kanunlardaki hükümlerin kıyasen veya yorum yoluyla uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür²⁷. Öte yandan, genel kurulun belli bir süre yapılamaması, limited şirketler için bir sona erme nedeni oluşturmaktadır. TTK m.636/2 uyarınca genel kurul uzun süreden beri toplanamıyorsa, ortaklar veya şirket alacaklılarının talebi üzerine asliye ticaret mahkemesi, müdürleri dinleyerek şirketin durumunu kanuna uygun hale getirmeleri (genel kurul yapmaları) için bir süre belirler, bu süre içinde durum düzeltilmezse de şirketin feshine karar verir. Maddede geçen “uzun sürenin”²⁸ gerçekleşip gerçekleşmediğinin takdiri mahkemeye ait olsa da, verilen süre içerisinde genel kurulun yine toplanamaması halinde mahkeme feshe karar vermek zorundadır²⁹.

²⁵ Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 809.

²⁶ 7244 sayılı Kanununun 2/1-d maddesi doğrultusunda kooperatif şirketlerin genel kurul toplantıları 31.07.2020 tarihine kadar ertelenmiş olup, mevcut yöneticilerin görev sürelerine ilişkin olarak da “*Mevcut organların görev, yetki ve sorumlulukları erteleme süresi sonrasında yapılacak ilk genel kurula kadar devam eder*” hükmü getirilmiştir.

²⁷ Ali Pash, Anonim/Limited Ortaklık Genel Kurul Toplantılarının 7244 Sayılı Özel Covid-19 Kanunu Sonrasındaki Durumu: Sermaye Şirketlerindeki Ortakların Sağlığının Değeri Var Mıdır?, s. 6,

<<http://www.ticaretkanunu.net/ali-pasli-anonim-limited-ortaklik-genel-kurul-toplantilarini-n-7244-sayili-ozel-covid-19-kanunu-sonrasindaki-durumu-sermaye-sirketlerindeki-ortaklarin-sagliginin-degeri-var-midir/>> Erişim Tarihi 9 Temmuz 2021 [“Covid-19 Sonrası Genel Kurullar”].

²⁸ Öğretide örneğin beş yıldan beri genel kurulun yapılmamış olması, uzun bir süre olarak nitelendirilmiştir. Şener, s. 630.

²⁹ Yargıtay 11. HD, 24.11.1981, E.1981/4751, K.1981/5019 (Legalbank) (“[6762 sayılı] TTK. 435. maddesi yukarıda belirtildiği veçhile, hakime takdir yetkisi vermemekte ve sürenin sonunda eksik organın tamamlanmamış olması halinde şirketin feshine karar vermekle yükümlü tutmaktadır.”)

2. Toplantı Yeri

Limited şirketlerde genel kurulun ne zaman yapılacağına aksine, nerede yapılacağı, yani toplantı yeri (*Versammlungsort*) konusunda TTK'da açık bir hüküm bulunmamaktadır. TTK m.617/3 uyarınca anonim şirket hükümlerine atıf yapılması sonucu, aksine esas sözleşme hükmünün bulunmaması halinde anonim şirketlerde genel kurulun şirket merkezinin bulunduğu yerde toplanacağına dair TTK m.409/3 hükmü, limited şirketler için de uygulanacaktır. Buna göre şirket sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadıkça genel kurul, şirket merkezinin bulunduğu yerde (*Sitz*) toplanacaktır³⁰. Toplantı yeri konusunda, bir ölçüde genel kurulun yurt dışında yapılması istisnası dışında, ne TTK'da, ne de Alman hukukunda katı standartlar bulunmaktadır³¹. Kaldı ki elektronik genel kurulun (*online Hauptversammlung*) önünün açılmasıyla birlikte fiziki ortamdaki toplantı yerinin de önemi giderek azalmaktadır. Esasen limited şirketlerde genel kurulun elektronik ortamda yapılması yasal bir zorunluluk değildir. Bununla birlikte, şirket sözleşmesinde bu yönde bir hüküm bulunduğu takdirde genel kurulun elektronik ortamda yapılması mümkündür (TTK m.1527/2). Aşağıda inceleneceği üzere Covid-19 önlemleri kapsamında alınan tedbirlerden biri de sermaye şirketlerinde genel kurulların elektronik ortamda yapılmasının teşviki ve kolaylaştırılmasıdır.

3. Toplantı Çağrısı

a. Çağrı Usulü

Genel kurul, tüm ortaklara usulüne uygun olarak yapılan çağrı üzerine toplanmaktadır. TTK'da limited şirketlerde genel kurulun toplantıya çağrılması hususuna ilişkin olarak anonim şirket hükümlerine atıf yapılmıştır (TTK m.617/3). Limited şirketler bağlamında yalnızca genel kurulun müdürler³²

³⁰ Alman hukukunda da GmbHG'de toplantı yerine dair bir hüküm bulunmamakta olup, öğretilerde Alman Paylı Şirketler Kanununda (AktG) yer alan esas sözleşmede aksine hüküm bulunmaması halinde anonim şirketlerde genel kurulun şirketin merkezinde yapılacağına dair Art.121/5 hükmünün limited şirketler için de kıyasen uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Holger Fleischer / Wulf Goette, Münchener Kommentar zum GmbHG, Bd: 2, 3. Auflage, C.H. Beck, 2019, §.48 Rn.64; Henssler / Strohn, §.48 Rn.2; Ziemons / Jaeger / Pöschke, §.48 Rn.12 ve 30.

³¹ Ziemons / Jaeger / Pöschke, §.48 Rn.11.

³² Birden fazla müdürün bulunması durumunda Yargıtay, toplantı çağrısını tek bir müdürün yapamayacağına, müdürler kurulu kararının yokluğunda bunun usulüne uygun bir çağrı olmayacağı gerekçesiyle ilgili toplantıda alınan kararların geçersiz (butlan) olacağına hükmetmiştir. Yargıtay 11. HD, 09.05.2017, E.2015/15527, K.2017/2736 (Legalbank). Alman hukukunda ise birden fazla müdürün bulunması durumunda, tüm müdürler birlikte şirketi

tarafından (TTK m.617/1) ve toplantı gününden en az 15 gün önce toplantıya çağrılacağı, bu sürenin de şirket sözleşmesiyle uzatılabileceği veya en az 10 gün olmak şartıyla kısaltılabileceği belirtilmiştir (TTK m.617/2)³³. Bunun dışında kalan hususlara ilişkin olarak anonim şirketlerde genel kurulun çağrı usulüne dair hükümler kıyas yoluyla uygulama alanı bulacaktır. Buna göre genel kurul, şirket sözleşmesinde gösterilen şekilde, varsa şirketin internet sitesinde ve Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlanacak ilanla toplantıya çağrılır (TTK m.414/1)³⁴. Genel kurulu, müdürlerin çağrı(a)maması durumunda mahkeme kararıyla ortaklardan her biri³⁵ (TTK m.410/2), şirket tasfiye halindeyse görevleri ile ilgili konularla sınırlı olmak üzere tasfiye memurları da toplantıya çağırabilir (TTK m.410/1). Esas sermayenin en az onda birini temsil eden azınlık (*Minderheit*), genel kurulun toplantıya çağrılmasını veya gündeme madde eklenmesini noter aracılığıyla talep edebilirler (TTK m.411/1). Belirtmek gerekir ki genel kurulun çağrıya yetkili olmayan kişi veya kişilerce çağrılması üzerine alınan kararlar yok hükmünde olacaktır³⁶.

b. Çağrısız Genel Kurul

Genel kurul, usulüne uygun olarak yapılan ve toplantı zamanını, yerini ve gündemini içeren çağrı üzerine toplanır. Bununla birlikte, genel kurulun çağrısız olarak toplanması da mümkündür (*Universalversammlung*). TTK'da

idare ve temsile yetkili olsa bile, tek bir müdürün dahi genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi olduğu kabul edilmiştir. Hartmut Wicke, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 4. Auflage, C.H. Beck, 2020, §.49 Rn.2 ["GmbHG Kommentar"].

³³ Alman hukukunda çağrı süresi (*Einberufungsfrist*) en az bir hafta olarak düzenlenmiştir (GmbHG Art.51/1). Öğretide bu sürenin emredici olduğu ve zaruri nedenlerin varlığı halinde dahi çağrıyı yapanlarca kısaltılamayacağı ifade edilmektedir. Fleischer / Goette, §.51 Rn.23 ve 63; Henssler / Strohn, §.51 Rn.28.

³⁴ Alman hukukunda ortaklara yapılacak çağrının, kayıtlı postayla yollanacak bir mektup formatında (*ingeschriebener Brief*) olması şartı bulunmaktadır. Alman öğretisinde mektubun, gönderenin kimliğini teşhis edecek nitelikte olması gerektiği (azınlık pay sahipleri, tek bir ortak vs.), ancak ıslak imzalı olmasının şart olmadığı, e-posta veya faks ile çağrının yapılabileceği kabul edilmiştir. Adolf Baumbach / Alfred Hueck, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Bd: 20, 22. Auflage, C.H. Beck, 2019, §.51 Rn.11-12; Ziemons / Jaeger / Pöschke, §.51 Rn.21-22; Henssler / Strohn, §.51 Rn.8; Wicke, GmbHG Kommentar, §.51 Rn.2.

³⁵ Ortakların genel kurulu toplantıya çağırabilmesi için mahkeme kararı şart olup, bir ortağın diğer ortaklara toplantı çağrısı göndermek suretiyle genel kurulun toplanması ve karar alması mümkün değildir. Bu durumda Yargıtay, söz konusu kararın butlan ile sakat olduğuna karar vermiştir. Yargıtay 11. HD, 09.03.2017, E.2016/2371, K.2017/1397 (Legalbank).

³⁶ Henssler / Strohn, §.49 Rn.7; Wicke, GmbHG Kommentar, §.49 Rn.5.

limited şirketler bağlamında genel kurulun çağrısız olarak toplanmasına ilişkin olarak yine anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı ifade edilmiştir (TTK m.617/3). Buna göre bütün ortaklar veya temsilcileri, aralarından biri itirazda bulunmadığı takdirde, genel kurula katılmaya ve genel kurul toplantılarının yapılmasına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, çağrıya ilişkin usule uyulmaksızın genel kurul yapabilir ve yetersayıların sağlanması durumunda genel kurul kararı alabilirler (TTK m.416/1). Çağrısız genel kurulun geçerli olabilmesi için hiçbir ortağın itiraz etmemesi ve toplantının yapılmasına ilişkin diğer tüm kurallara uyulması şarttır. Madde metninden açıkça anlaşılacakla birlikte madde gerekçesinde, çağrısız genel kurulda karar alabilmek için tüm ortakların toplantıda hazır bulunması ve toplantı süresince hiçbir ortağın toplantıyı terk etmemesi şartı da aranmıştır³⁷. Çağrısız genel kurulda karar alabilmek için oybirliğine ihtiyaç duyulmasa da, gündeme ancak oybirliğiyle madde eklenebilir (TTK m.416/2). Çağrısız genel kurulun geçerliliği olabilmesi için ortakların bizzat katılması şart olmayıp, temsilci suretiyle de katılım mümkündür³⁸. Ortakların genel kurul yapmaktan farklı bir saikle toplanması durumunda ise çağrısız genel kuruldan söz edilemez³⁹.

B. Elden Dolandırma Yoluyla Genel Kurul Kararı Alınması

Kanun koyucu limited şirketlerde fiziki veya elektronik ortamda herhangi bir toplantı yapılmaksızın da genel kurul kararı alınmasına imkân tanımıştır. Öğretide “sirküler tipi karar alma”⁴⁰ (sirküler karar, *Zirkularbeschluss*)⁴¹

³⁷ Alman hukukunda da tüm ortakların toplantı boyunca hazır bulunmaları gerektiğine dikkat çekilmiş ve toplantıdan ayrılmanın karara olumsuz oy niteliğinde olduğu kabul edilmiştir. Fleischer / Goette, §.51 Rn.55. 6762 sayılı TTK zamanında da öğretide tartışma konusu olmuş bu husus hakkında hâkim görüş, toplantının tüm ortakların katılımıyla yapılabileceği, toplantıdan ayrılan ortak olması halinde toplantının artık devam edemeyeceği, ancak o ana kadar alınan kararların geçerli olduğu yönündeydi. Bahtiyar / Hamamcıoğlu, s. 51.

³⁸ Fleischer / Goette, §.51 Rn.55; Ziemons / Jaeger / Pöschke, §.51 Rn.49.

³⁹ Goette / Habersack / Kalss, §.118 Rn.3.

⁴⁰ Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 811; Ayhan / Çağlar / Özdamar, s. 429; Şener, s. 735; Fatih Bilgili / Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku Dersleri, 8. Bası, Dora Basım Yayın, 2021, s. 439; İsmail Kayar, Ticaret Hukuku, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 501; Bozkurt, s. 545; Erdoğan, s. 57.

⁴¹ Alman hukukunda bu kavramı ifade etmek üzere “*Beschlussfassung ohne Gesellschafterversammlung*”, “*Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren*”, “*Verfahren im Schriftform*”, “*schriftliche Beschlussfassung*”, “*Umlaufverfahren*”, “*Umlaufbeschluss*” gibi terimler kullanılmaktadır. Fleischer / Goette, §.48 Rn.140-141; Baumbach / Hueck, §.48 Rn.27; Ziemons / Jaeger / Pöschke, §.48 Rn.77; Hensler / Strohn, §.48 Rn.19; Wicke, GmbHG Kommentar,

olarak da adlandırılan bu yöntem uyarınca limited şirketlerde toplantı yapılmadan da genel kurul kararı alınabilmektedir. Buna göre herhangi bir ortak sözlü görüşme (toplantı) isteminde bulunmadıkça genel kurul kararları, ortaklardan birinin gündem maddesi ile ilgili önerisine diğer ortakların yazılı onayları alınmak suretiyle alınabilir (TTK m.617/4)⁴². TTK'da elden dolaştırma yoluyla karar alma süreci ana hatlarıyla belirtilmiş olup, sürece dair ayrıntılara yer verilmemiştir (karş. 6762 sayılı TTK m.538/4). Madde gerekçesinden hareketle, bu şekilde bir genel kurul kararı alınabilmesi için en önemli şartın, yazılı bir öneriye yine yazılı olarak katılmak olduğu söylenebilir. Bunun dışında, yazılı önerinin ve bu öneriye verilecek cevabın (kabul, ret, çekimser vs.) nasıl ve ne zaman yapılabileceğine yönelik bir düzenleme getirilmemiştir. Bu noktada hem öneri, hem de öneriye verilecek cevaba ilişkin yazılı belgelerin, posta yoluyla veya kurye aracılığıyla oy kullanacak ortaklara gönderilebileceği öğretide kabul edilmiştir⁴³. Öneriyi alan ortağın cevabını şirkete⁴⁴ göndermesi icap etmekte olup, bunun için belli bir sürenin (*Frist*) verilmesi uygun olacaktır. Süresi içerisinde bildirilmeyen oylar olumsuz sayılacak olup, yine öneriye ilişkin değişiklik ileri sürmek veya şartlı olarak olumlu oy vermek de olumsuz oy olarak değerlendirilmelidir⁴⁵.

Elden dolaştırma yoluyla karar alma yönteminde fiziki bir toplantı yapılmadığı için çağrı ve ilan kurallarına uyulmasına gerek bulunmamaktadır⁴⁶. Bu şekilde karar alma sürecini müdürlerin yanı sıra herhangi bir ortak da

§.48 Rn.5-6. Dolayısıyla Türk öğretisinde kullanılan bu terimin, İsviçre hukukundaki “*Zirkularbeschluss*” sözcüğünden esinlendiği anlaşılmaktadır.

⁴² Mehaz İsviçre Borçlar Kanununun (OR) 805/4. maddesinde bu hüküm şu şekilde ifade edilmiştir: “*Ortaklardan biri sözlü görüşme talebinde bulunmadıkça, kararlar yazılı olarak da alınabilir*”.

⁴³ Şener, s. 736. Alman öğretisinde ise yazılı onayın e-posta veya faks aracılığıyla ya da şirketin internet sitesinde bu yönde bir bölüm bulunması halinde bu bölüme, hatta şirketin sosyal medya platformlarındaki sohbet gruplarında paylaşım suretiyle dahi gönderilebileceği ifade edilmiştir. Baumbach / Hueck, §.48 Rn.32. Her hâlıkârda ortakların ıslak imzalarının gerekmeceği kabul edilmiştir. Fleischer / Goette, §.48 Rn.160.

⁴⁴ Yazılı onayların kime/nereye gönderileceği konusunda Alman öğretisinde alternatifler arasında şirkete, bu şekilde karar alma usulüne başlatan ortağa veya diğer tüm ortaklara gönderilebileceği konusunda farklı görüşler bulunsun da hâkim görüş bunun şirkete gönderilmesi, bu şekilde müdürler aracılığıyla tüm ortaklara iletilebileceği yönündedir. Ziemons / Jaeger / Pöschke, §.48 Rn.84.

⁴⁵ Baumbach / Hueck, §.48 Rn.38; Yıldız, s. 219; Kayıhan, s. 333; Bilgili / Demirkapı, s. 440.

⁴⁶ Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 811. Çağrısız genel kuruldan farklı olarak elden dolaştırma yoluyla karar almada çağrı merasimi yerine getirilmekle birlikte toplantı gerekliliği göz ardı edilmektedir. Bilgili / Demirkapı, s. 440.

başlatabilir⁴⁷. Karar alınabilmesi için oybirliğinin bulunması şart olmasa da⁴⁸ TTK'da açıkça zikredildiği üzere aynı önerinin tüm ortakların onayına sunulması şarttır (TTK m.617/4). Öğretide bu koşulun gerekçesinin elden dolaştırma yönteminin kötüye kullanılmasını önlemek olduğu ileri sürülmüştür⁴⁹. Şayet bütün ortaklara aynı yazılı öneri gönderilmez ve onların yazılı oyu alınmazsa, öneri gönderilen ortakların tamamı alınan karara olumlu oy verseler bile karar alınamaz, alınmış bir karar varsa da batıl olur⁵⁰. Kanun koyucu özellikle ortakların toplantıya katılmasının güç ve masraflı olduğu ya da acilen karara ihtiyaç duyulduğu haller için bu yöntemi kabul etmiştir⁵¹. Madde gerekçesinde de bu yöntemin limited şirketlerde "büyük bir ihtiyaca cevap verebileceği" öne sürülmüştür. Öte yandan, bu yöntemde ortaklar alınacak kararı yeterince tartışamayabilir ve bu tartışmalar neticesinde bilgilenebilirler⁵². Bu nedenle ortaklara elden dolaştırma yoluyla karar alınmasını engelleme imkânı tanınmıştır. Buna göre herhangi bir ortak tarafından sözlü görüşme isteminde bulunulması halinde fiziki veya elektronik bir genel kurul toplantısının yapılması zorunlu olup, artık elden dolaştırma yoluyla karar alınamaz⁵³. Son olarak genel kurul yapılmasının

⁴⁷ Wicke, GmbHG Kommentar, §.48 Rn.6; Şener, s. 736. Aksi yönde bkz. Bilgili / Demirkapı, s. 440; Yıldız, s. 219.

⁴⁸ Elden dolaştırma yoluyla karar almak için TTK'da özel bir yetersayı öngörülmemiştir. Bu nedenle bu yöntemle alınacak kararlarda yetersayılar, yazılı karar önerisine konu gündem maddesine göre TTK'nın 620 ve 621. maddeleri uyarınca belirlenecektir. Reha Poroy / Ünal Tekinalp / Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku II, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 499.

⁴⁹ Abuzer Kendigelen, Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 526-527.

⁵⁰ Şener, s. 736.

⁵¹ Yıldız, s. 218; Kayıhan, s. 332. Alman hukukunda da genel kurulun hantallığı, genel kurul toplantısı düzenlemenin maliyetli olması ve zaman gerektirmesi nedeniyle elden dolaştırma yoluyla karar usulünün, özellikle girişimci yönü ağır basan ortakların yer aldığı limited şirketler için daha cazip ve gelişmelere daha kolay cevap verebilecek nitelikte olduğu kaydedilmiştir. Fleischer / Goette, §.48 Rn.140.

⁵² Şener, s. 736.

⁵³ Ortakların gündem maddesine olumsuz oy vermelerinin veya süresi içerisinde oy vermelerinin elden dolaştırma yöntemine itiraz ettikleri anlamına gelmediği, bunun için ortaklardan hiç olmazsa birinin açıkça sözlü görüşme talebinde bulunmasının zorunlu olduğu öğretide kabul edilmiştir. Yıldız, s. 219; Kayıhan, s. 333; Bilgili / Demirkapı, s. 440. Alman öğretisinde de ortaklara süre verilmesi tavsiye edilmekte, bu bağlamda elden dolaştırılan karara yanıt vermek için bizzat ilgili karar önerisinde ya da şirket sözleşmesinde belli bir sürenin öngörülebileceği, bu süre içerisinde cevap verilmemesi durumunda bunun olumlu (ya da olumsuz) oy sayılacağı kararlaştırılabilirliği ifade edilmektedir. Fleischer / Goette, §.48 Rn.164; Hensler / Strohn, §.48 Rn.27.

kanunen zorunlu olduğu durumlarda yine bu şekilde karar alınamaz⁵⁴.

II. LİMİTED ŞİRKETLERE ÇİSINDAN COVID-19 KAPSAMINDA ŞİRKET GENEL KURULLARINA İLİŞKİN ALINAN TEDBİRLER

A. Alman Hukukunda

Dünya genelinde pek çok ülkede olduğu gibi Almanya’da da Covid-19 salgınının yarattığı olumsuz etkilerle mücadele amacıyla aksiyon alınmıştır. Bunlar arasında en önemlisi, Covid-19 Salgınının Medeni Hukuk, İflas Hukuku ve Ceza Usul Hukukundaki Sonuçlarının Hafifletilmesi Hakkında Kanundur (COVFAG). Adından da anlaşılacağı üzere bu kanunda pek çok hukuk dalı açısından bir dizi tedbire yer verilmiştir⁵⁵. Her ne kadar kanunun adında belirtilmiş olmasa da, kanun şirketler hukukuna ilişkin hükümler de içermektedir. Özellikle genel kurulların yapılışı, genel kurula elektronik ortamda katılım, toplantı çağrı süreleri, elden dolaştırma yoluyla genel kurul kararı alınması, mevcut yöneticilerin görev süreleri ve yapısal değişikliklerin ticaret siciline tescil süresi gibi konularda anonim, limited, sermayesi paylara bölünmüş komandit ve kooperatif şirketler ile Avrupa Şirketi (*Societas Europaea*) bağlamında düzenlemeler yapılmıştır (Art.2 §.1-4). Kanundaki düzenlemelerden bir kısmı yayın tarihinden önce geçmişe etkili olarak, bir kısmı ise yayın tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Kanun ilk etapta 2020 yılı sonuna kadar geçerli olacak şekilde hazırlanmışsa da (Art.2 §.7 ve Art.6),

⁵⁴ Birleşme, bölünme veya tür değiştirme, sermayenin yarısından fazlasının kaybı ya da azınlığın toplantı hakkını kullanması gibi durumlarda elden dolaştırma yoluyla karar alınması mümkün değildir. Hennsler / Strohn, §.48 Rn.20. Türk öğretisinde ise TTK m.617/4’te geçen ifadeden hareketle her türlü konuda elden dolaştırma yoluyla karar alınabileceği ileri sürülmüştür. Erdoğan, s. 58.

⁵⁵ Covid-19 nedeniyle mali durumu kötüleşmiş şirketlerde yönetim organının şirketin iflasını isteme yükümlülüğünün belli bir süreliğine askıya alınması (Art.1 §.1), şirketlerde yapısal değişikliklerin bilançonun çıkarılmasını takiben ticaret siciline tescili için öngörülen sürenin uzatılması (Art.2 §.4), görev süresi dolan dernek ve vakıf yöneticilerinin yerlerine yenileri seçilene kadar görev sürelerinin devam etmesi ve üyelerin genel kurullara fiziki olarak katılmaksızın oy verebilmeleri (Art.2 §.5), kat mülkiyetine tabi taşınmazlarda görev süresi dolan yöneticilerin yerlerine yenileri seçilene kadar görev sürelerinin devam etmesi ve yeni yönetim planı hazırlanana kadar en son yönetim planının geçerli olması (Art.2 §.6), ceza davalarında duruşmalara verilecek aralar için öngörülen yasal azami sürelerin uzatılması (Art.3), sürekli borç ilişkilerinde tüketicilerin sağlıkları açısından risk teşkil edebilecek ifayı reddedebilmeleri (Art.5 §.1), kiraya verenlerin kira bedelinin ödenmemesi gerekçesiyle kira sözleşmelerini belli bir süreliğine sona erdirememesi (Art.5 §.2), tüketici kredilerinin ödenmesinin belli bir süreliğine ertelenmesi (Art.5 §.3) gibi tedbirler COVFAG’ın temel düzenlemeleri arasındadır. Alman hukukunda Covid-19 tedbirlerinin hukukun farklı alanlarındaki etkilerini inceleyen bir çalışma için bkz. Hubert Schmidt, COVID-19: Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Auflage, C.H. Beck, 2021.

salgının seyrine bağlı olarak kanunun yürürlüğünün 31.12.2021 tarihine kadar uzatılabileceği hükme bağlanmıştır (Art.2 §.8). Nitekim COVFAG'ın yürürlüğü, Ekim 2020 tarihinde çıkarılan bir tüzükle 31.12.2021 tarihine kadar uzatılmıştır⁵⁶. Aşağıda COVFAG'ın şirket genel kurullarına ilişkin öngördüğü tedbirler incelenmektedir.

1. Esas Sözleşmede Bu Yönde Bir Hüküm Bulunmaksızın Genel Kurulların Elektronik Ortamda Yapılabilmesi

COVFAG'ın “Covid-19 Salgınının Etkileriyle Mücadele Edilmesi İçin Şirketler, Kooperatifler, Dernekler, Vakıflar ve Kat Mülkiyeti Hukukuna İlişkin Tedbirler Hakkında Kanun” başlıklı ikinci bölümü altında öngörülen ilk tedbir, anonim şirketler bağlamında esas sözleşmede genel kurulun elektronik ortamda yapılmasına cevaz veren bir hüküm bulunmasa dahi yönetim kurulunun kararıyla genel kurulun elektronik ortamda yapılabilmesine imkân tanınmasıdır (Art.2 §.1/1). Alman hukukunda anonim şirketlerde pay sahiplerinin genel kurula elektronik ortamda katılabilmesi (*elektronische Teilnahme*) ve oylarını posta yoluyla (*Briefwahl*)⁵⁷ ya da elektronik ortamda verebilmesi için esas sözleşmede bu yönde bir hükmün bulunması şarttır (AktG Art.118/1 ve 2). COVFAG ile birlikte genel kurulun elektronik ortamda yapılabilmesi, pay sahiplerinin elektronik ortamda toplantıya katılabilmesi ve oylarını kullanabilmesi için esas sözleşmede bu yönde bir hükmün bulunması

⁵⁶ *Verordnung zur Verlängerung von Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie vom 20 Oktober 2020*, BGBl. I 2258 (GesRGenRCOV MVV). 18.09.2020 tarihinde kamuoyuyla paylaşılan tüzük taslağında pandemi koşullarının devam etmesi nedeniyle şirketlerin “gelecekte usulde” (*auf herkömmlichem Weg*) karar alabilmesinin ve geniş katımlı toplantılar yapabilmemesinin belirsizliği karşısında, karar alma süreçlerinin devamının sağlanması adına Covid-19 tedbirlerinin bir müddet daha devam etmesi gerektiğinin altı çizilmiştir. *Entwurf einer Verordnung zur Verlängerung von Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie*, s. 1, <<https://www.bmjv.de/>> Erişim Tarihi 29 Temmuz 2021.

⁵⁷ Alman hukukunda pay sahipleri genel kurula katılmasa dahi, esas sözleşmede bu yönde bir hüküm olması halinde oylarını posta yoluyla kullanabilmektedir (AktG Art.118/2). Elektronik ortamda oy verilmesinden farklı olarak posta yoluyla oy kullanmada pay sahibi toplantıya katılmamakta ve toplantı öncesinde belirtilen süre içerisinde oyunu şirkete göndermektedir. Hans Christoph Grigoleit, *Aktiengesetz*, 2. Auflage, C.H. Beck, 2020, §.118 Rn.20-21; Henssler / Strohn, §.118 Rn.10b. Oyun posta yoluyla gönderilmesi durumunda pay sahipleri genellikle genel kurula katılmadığından, isimleri hazır bulunanlar listesinde (*Teilnehmerverzeichnis*) yer almamaktadır. Bununla birlikte, oyunu posta yoluyla göndermiş olsa dahi pay sahiplerinin genel kurula katılma hakkı bulunmaktadır. Genel kurula katılan pay sahibi, genel kurulda alınan kararların iptalini de dava edebilir. Uwe Hüffer / Jens Koch, *Aktiengesetz*, 15. Auflage, C.H. Beck, 2021, §.118 Rn.19.

zorunluluğu 31.12.2021 tarihine kadar kaldırmıştır⁵⁸. Bunun dışında, gözetim kurulu üyelerinin genel kurula ses ve görüntü nakli yoluyla katılması ve genel kurulun ses ve görüntü nakline izin veren araçlarla yayınlanması için de esas sözleşmede hüküm bulunması şartı aynı süreliğine aranmayacaktır. İş bu kanun, bu kararların verilebilmesi için münhasıran yönetim kuruluna yetki tanımış, ancak bunu gözetim kurulunun (*Aufsichtsrat*) onayına tabi tutmuştur (Art.2 §.1/6)⁵⁹.

2. Genel Kurulun Tamamen Elektronik Ortamda Yapılabilmesi

Diğer bir tedbir olarak COVFAG, anonim şirket genel kurul toplantılarının tamamen elektronik ortamda yapılabilmesine imkân tanımaktadır (Art.2 §.1/2). Elektronik genel kurul, aynı anda fiziki ortamda yapılmakta olan bir genel kurul toplantısına ses ve görüntü nakliyle elektronik ortamda katılmak suretiyle gerçekleştirilebilir. Fiziki ortamda herhangi bir toplantı yapılmaksızın genel kurulun tamamen elektronik ortamda gerçekleştirilmesi durumunda ise “sanal genel kurul”dan (*virtuelle Hauptversammlung*) söz edilmektedir. Tarihsel gelişimine bakıldığında elektronik genel kurul, fiziki genel kurula bir alternatif olarak düşünülmüş, fiziki genel kurulun yerine geçecek şekilde tasarlanmamıştır. 2007/36/EG sayılı Borsaya Kote Şirketlerde Pay Sahipliğinden Doğan Belirli Hakların Kullanılması Hakkında AB Direktifi⁶⁰ uyarınca üye devletler, pay sahiplerinin genel kurullara elektronik ortamda katılabilmesine imkân tanıyan ve iç hukukta bunu engelleyecek her türlü kuralı

⁵⁸ Esasen Covid-19 önlemleri kapsamında şirket sözleşmesinde bu yönde bir hüküm bulunmaksızın elektronik ortamda genel kurul yapılmasını kolaylaştırıcı nitelikteki düzenlemelere İsviçre, İtalya, İspanya, Belçika, Norveç, Avustralya, Kanada gibi diğer ülkelerde de rastlanmaktadır. Ayrıca bu ülkelerin bir kısmında, elektronik ortamda genel kurul yapılmasına itiraz eden pay sahiplerinin, elektronik genel kurulda alınan kararlara karşı esas sözleşmenin ihlali gerekçesiyle iptal davası açmasını kısıtlayan düzenlemelere de yer verilmiştir. Dirk Zetzsche / Linn Anker-Sørensen / Roberta Consiglio / Miko Yeboah-Smith, COVID-19-Crisis and Company Law - Towards Virtual Shareholder Meetings, University of Luxembourg Faculty of Law, Economics & Finance WPS 2020-007, s. 13, <<https://ssrn.com/abstract=3576707>> Erişim Tarihi 21 Temmuz 2021.

⁵⁹ COVFAG uyarınca genel kurulun elektronik ortamda yapılmasına karar verme hakkı, gözetim kurulunun onayına tabi olmakla birlikte yine de yönetim kuruluna tanınmış olup, normal şartlar altında genel kurulu toplantıya çağırabilecek azınlık pay sahipleri veya diğer kişilerin genel kurulun elektronik ortamda yapılmasını sağlaması mümkün değildir. Hüffer / Koch, §.118 Rn.41; Grigoleit, §.118 Rn.8a ve 36c; Cornelius Simons / Johanna Hauser, “Die virtuelle Hauptversammlung: Aktuelle Praxisfragen unter dem Regime der Corona-Gesetzgebung”, 2020, 13, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, s. 490.

⁶⁰ *Richtlinie 2007/36/EG Des Europäischen Parlaments und Des Rates über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften* [2007] OJ L184/17.

ortadan kaldıran yasal düzenlemeler yapmakla yükümlü kılınmıştır (Art.8). 2007/36/EG sayılı Direktif halka açık anonim şirketlerde genel kurulun elektronik ortamda yapılmasını teşvik etmekle birlikte, toplantıların tümüyle elektronik ortama taşınmasını zorunlu tutmamıştır⁶¹. Alman hukukunda Pay Sahipliği Haklarının Yeniden Düzenlenmesi Hakkında Kanunun⁶² 2009 yılında yürürlüğe girmesiyle birlikte elektronik ortamda genel kurul yapılabilmesi mümkün hale gelmiştir⁶³.

Diğer taraftan Alman hukukunda, diğer bazı hukuk sistemlerinin aksine fiziki ortamda bir toplantı yapılmaksızın, pay sahipleri veya temsilcilerinin katılımıyla genel kurulun tümüyle elektronik ortamda yapılması, yani sanal genel kurul mümkün değildir. Bu noktada COVAG, 31.12.2021 tarihine kadar anonim şirketlerde genel kurulun tamamen elektronik ortamda yapılmasına imkân tanımaktadır⁶⁴. Ancak bunun için kanunda şu dört koşul öngörülmüştür⁶⁵ (Art.2 §.1.2):

⁶¹ Hüffer / Koch, §.118 Rn.11.

⁶² *Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie vom 30 Juli 2009* (BGBl. I S. 2479) (ARUG). Belirtmek gerekir ki Almanya’da ARUG’dan on yıl sonra, pay sahipliği haklarının yeniden düzenlenmesine yönelik bir kanun daha kabul edilmiştir: *Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie vom 12 Dezember 2019* (BGBl. I S. 2637) (ARUG II).

⁶³ ARUG öncesinde de Almanya’da bazı büyük şirketlerin elektronik ortamda genel kurul gerçekleştirmesinden hareketle elektronik genel kurul düşüncesi öğretilerde tartışılmış ve fiziki olarak belli bir yerde yapıldığı sürece genel kuruldan görüntü ve ses naklinin, dolayısıyla bazı pay sahiplerinin toplantıya elektronik ortamda katılmasının mümkün olduğu kanaatine varılmıştı. Öte yandan, ARUG öncesinde AktG’de genel kurul toplantısının belli bir yerde (*Ort*) yapılacağı emredici bir şekilde düzenlenmiş olduğundan, pay sahiplerinin fiziken belli bir yerde toplanmadan (*ohne Anwesenheit*), yani fiziki bir toplantı yapılmaksızın elektronik ortamda bir araya gelmeleri halinde ise bunun hukuken geçerli olmayacağı kabul edilmekteydi. Hasan Pulaşlı, Elektronik Ortamda Anonim Şirket Genel Kuruluna İlişkin Düzenlemelerin Evrimi ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunundaki Durum, Arslanlı Bilim Arşivi, <<http://www.arslanlibilimarsivi.com/internet-ortaminda-genel-kurul>> Erişim Tarihi 21 Temmuz 2021 [“Elektronik Genel Kurul”].

⁶⁴ Alman öğretisinde sanal genel kurulun kalıcı olarak mevzuata dâhil edilmesi açısından COVAG’ın bir fırsat olduğuna yönelik görüşler ileri sürülmüştür. Bkz. Elena Dubovitskaya, “Das Krisengesetz als Ideengrube für die künftige virtuelle Hauptversammlung”, 2020, 17, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, s. 647-653; Anja Herb / Matthias Merkelbach, “Die virtuelle Hauptversammlung 2020 – Vorbereitung, Durchführung und rechtliche Gestaltungsoptionen”, 2020, 15-16, *Deutsches Steuerrecht*, s. 811-817; Eberhard Vetter / Jörgen Tielmann, “Unternehmensrechtliche Gesetzesänderungen in Zeiten von Corona”, 2020, 17, *Neue Juristische Wochenschrift*, s. 1175-1180.

⁶⁵ Elektronik ortamda toplantı yapılabilmesine karar vermek için yönetim kurulu kararının oybirliğiyle alınması gerektiği belirtilmiştir. Grigoleit, § 118 Rn.8b ve 36d; Goette / Habersack / Kalss, §.118 Rn.41.

(i) Toplantının başından sonuna kadar görüntü ve ses naklinin (*Bild- und Tonübertragung*) yapılması (yani toplantının canlı olarak yayınlanması),

(ii) Posta yoluyla veya elektronik katılım suretiyle pay sahiplerinin elektronik ortamda oy haklarını kullanabilecekleri veya temsilci atayabilecekleri bir ortamın oluşturulması,

(iii) Pay sahiplerine elektronik ortamda soru sorma imkânı (*Fragemöglichkeit*) tanınması ve

(iv) Alınan genel kurul kararına ilişkin olarak pay sahiplerine (posta yoluyla oyunu kullanmış olanlar da dâhil) itiraz etme imkânı (*Möglichkeit zum Widerspruch*) tanınması⁶⁶.

Bu koşulların yerine getirilmesi suretiyle gerçekleştirilecek sanal genel kurula, yalnızca toplantı başkanı (*Versammlungsleiter*) ile genel kurulda alınan kararların onaylanması gereken şirketler açısından (bkz. AktG Art.130/1) kararı onaylayacak noterin (*Notar*) katılımı yeterlidir⁶⁷. Pay sahipleri veya temsilcileri toplantıya yalnızca elektronik ortamda katılacak olup, fiziki ortamda katılım (*physischer Teilnahme vor Ort*) söz konusu olmayacaktır. İlaveten, sanal genel kurulda yönetim kurulunun, istediği sorulara yanıt vermekte serbest olduğu⁶⁸ ve sorulacak soruların genel kuruldan en geç iki gün öncesine kadar şirkete gönderilmesini zorunlu tutma yetkisinin olduğu hükme bağlanmıştır (Art.2 §.1.2). Yine sanal genel kurul yapma kararı alabilmesi için gözetim kurulunun onayı gerekmektedir (Art.2 §.1/6). Belirtmek gerekir ki Alman kanun koyucusu sanal genel kurul imkânını yalnızca anonim şirketler

⁶⁶ Elektronik ortamda yapılan genel kurulun teknik altyapısını sağlama yükümlülüğü şirkete ait olup, teknik aksaklıklar sonucu genel kurula katılmayan pay sahiplerinin, şirketin ağır ihmalinin bulunması durumunda pay sahipliğinden doğan haklarının ihlali gerekçesiyle kararın iptalini talep etme hakları bulunmaktadır. Grigoleit, §.118 Rn.26a; Goette / Habersack / Kalss, §.118 Rn.93.

⁶⁷ Hüffer / Koch, §.118 Rn.63; Grigoleit, §.118 Rn.36s; Simons / Hauser, s. 492. AktG Art.118/3'de geçen yönetim kurulu üyelerinin genel kurul toplantılarına katılmaları gerektiği ("*sollen an der Hauptversammlung teilnehmen*") ibaresi karşısında ve özellikle Covid-19 ortamında, yönetim kurulu üyelerinden en az birinin dahi genel kurula fiziki ortamda katılmasının zorunlu olmadığı ileri sürülmüştür. Grigoleit, §.118 Rn.36t. Gözetim kurulu üyeleri açısından ise hâlihazırda AktG ve COVFAG elektronik ortamda katılıma imkân tanımaktadır.

⁶⁸ Ancak toplantı sırasında makul bir sürede sorulara yanıt verilebilecekken yanıtlanmama veya tamamen keyfi bir biçimde yanıtlanmama hallerinde bunun COVFAG ile bağdaşmayacağı ve pay sahipliğinden doğan hakların ihlaline yol açabileceği ileri sürülmüştür. Carsten Schäfer, "Die virtuelle Hauptversammlung nach dem Corona-Gesetz", 2020, 13, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, s. 488.

için kabul etmiş olup, limited şirketleri (ve dernek, vakıf gibi diğer tüzel kişileri) bu imkândan mahrum bırakmıştır. Aşağıda inceleneceği üzere limited şirketler için yalnızca elden dolaştırma yoluyla karar alma prosedüründe ortaklarının tümünün onayı şartı kaldırılmış, bunun dışında başka bir tedbir öngörülmemiştir. Alman öğretisinde bu durum eleştirilmiş ve salgın koşullarının limited şirketleri de anonim şirketler gibi etkilediği, limited şirketler için yalnızca yazılı karar alma prosedürünü kolaylaştırmanın yeterli olmadığı ifade edilmiştir⁶⁹.

3. Genel Kurulun Mali Yılın Sonuna Kadar Yapılabilmesi

COVFAG'ın içerdiği başka bir tedbir de anonim şirketlerde olağan genel kurulun mali yılın sonuna kadar yapılabilmesidir (Art.2 §.1/5)⁷⁰. Yönetim kurulu, gözetim kurulunun raporunu aldıktan sonra en kısa sürede, şirketin finansal tablolarının ve yıllık raporunun görüşülebilmesi için genel kurulu toplantıya çağıracaktır (AktG Art.175/1). Yukarıda incelendiği üzere TTK'da olağan genel kurulun yapılması için öngörülen hesap döneminin sona ermesinden itibaren üç aylık sürenin aksine, Alman hukukunda anonim şirketlerin olağan genel kurulu mali yılın ilk sekiz ayı içerisinde yapılabilir (AktG Art.175/1). Bu noktada COVFAG, olağan genel kurulun mali yılın ilk sekiz ayı içerisinde yapılması kuralını askıya alarak, genel kurulun mali

⁶⁹ Ziemons / Jaeger / Pöschke, §.48 Rn.95g. Alman öğretisinde bazı yazarlar kanun koyucunun limited şirketlerin genel kurulu için de elektronik genel kurul imkânını pekâlâ getirebileceğini, kaldı ki limited şirketlerde ortak sayısının da genellikle az olduğundan bunun kolaylıkla gerçekleştirilebileceğini, ancak bu imkânın sunulmamasının kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğunu ileri sürmüştür. Hartmut Wicke, "Die GmbH in Zeiten der Corona-Pandemie", 2020, 13, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, s. 502 ["GmbH & Corona-Pandemie"].

⁷⁰ Esasen genel kurulların yapılabileceği sürenin uzatılması, diğer ülkelerde de Covid-19 önlemleri kapsamında alınan tedbirlerin başında gelmektedir. Örneğin Fransa'da hesap döneminin sona ermesinden itibaren üç ay içerisinde, Avusturya'da hesap döneminin sona ermesinden itibaren 12 ay içerisinde, İtalya'da hesap döneminin sona ermesinden itibaren 60 gün içerisinde, İspanya'da Kasım 2020 tarihine kadar, Portekiz'de 30.06.2020 tarihine kadar, Avustralya'da 31.07.2020 tarihine kadar ve Kanada'da olağanüstü halin sona ermesinden itibaren 90 gün içerisinde olmak koşuluyla, genel kurulların olağan dönemler için mevzuatta kabul edilmiş sürelerin dışında yapılabilmesine imkân tanıyan yasal düzenlemeler yapılmıştır. Zetzsche / Anker-Sørensen / Consiglio / Yeboah-Smith, s. 11-12. Avrupa Komisyon tarafından Avrupa Şirketleri için de olağan genel kurul yapma süresi mali yılın ilk altı ayından, yılsonuna kadar uzatılmıştır. Bkz. *Verordnung (EU) 2020/699 Des Rates über befristete Maßnahmen in Bezug auf die Hauptversammlungen Europäischer Gesellschaften (SE) und die Generalversammlungen Europäischer Genossenschaften (SCE)* [2020] OJ L165/25, Art.1.

yıl içerisinde herhangi bir zaman yapılabileceğini hükme bağlamıştır⁷¹. Bu düzenlemeyle birlikte 2021 yılı olağan genel kurul toplantıları, yılsonuna kadar yapılabilecektir⁷². Yönetim kurulunun genel kurulun ilk sekiz aydan sonra yapılması kararı alabilmesi için yine gözetim kurulunun onayı gerekmektedir (Art.2 §.1/6). Son olarak, fiziki ortamda çağrısı yapılmış, ancak henüz gerçekleşmemiş toplantılar için aşağıda incelenen Türk hukukundaki durumun aksine COVFAG'da açık bir düzenleme yapılmamış olup, Alman öğretisinde fiziki genel kurul çağrısının iptal edilip, yerine mali yılın sonuna kadar elektronik ortamda genel kurulun yapılabileceği belirtilmiştir⁷³.

4. Elden Dolaştırma Yoluyla Karar Almaya Hiçbir Ortağın İtiraz Etmemesi Şartının Kaldırılması

Yukarıda incelendiği üzere TTK m.617/4'de düzenlenen elden dolaştırma yoluyla genel kurul kararı alma usulü Alman hukukunda da bulunmaktadır. Alman Limited Şirketler Kanunu uyarınca limited şirketlerde tüm ortakların bu yolla karar alınması talebine onay vermeleri veya alınacak karara ilişkin yazılı olarak olumlu oy kullanmaları halinde toplantı yapılmasına gerek bulunmamaktadır (GmbHG Art.48/2). Bu usul dairesinde genel kurul kararı alınabilmesi için toplantıya katılma hakkından yoksun olsun veya olmasın, hiçbir ortağın toplantı yapılmasını istememesi, yani elden dolaştırma usulüne yazılı olarak itiraz etmemesi şarttır⁷⁴. Bir ortağın dahi onayının alınmaması halinde, karar diğer ortakların oybirliğiyle alınmış olsa bile geçersizdir⁷⁵. Bu noktada COVFAG, limited şirketler bağlamında bir tedbir olarak elden dolaştırma yoluyla karar alma usulünde tüm ortakların onayının alınması zorunluluğunu askıya almış, böylece ortakların itirazlarına

⁷¹ COVFAG toplantı çağrısına yönelik de birtakım düzenlemeler içermektedir. AktG Art.123/1'de genel kurulun, toplantı gününden en erken 30 gün önce toplantıya çağrılabilceğini hükme bağlanmışken bu süre 21 güne düşürülmüş; nama yazılı pay sahiplerine veya temsilcilerine (ve istekleri halinde gözetim kurulu üyelerine) yapılacak bildirim için AktG Art.125/1 ve 2'de öngörülen toplantı öncesi 21 günlük süreler de 12 güne düşürülmüştür (Art.2 §.1/3).

⁷² Türk hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da genel kurulun zamanında yapılmaması, başlı başına yaptırım gerektiren bir eylem olarak tanımlanmamıştır. Goette / Habersack / Kalss, §.118, Rn.2. Bununla birlikte, şirketin bilançosunun ve finansal tablolarının tutulmaması veya usulüne uygun tutulması gibi durumlarda yönetim ve gözetim kurulu üyeleri için para cezaları öngörülmüştür (bkz. Alman Ticaret Kanunu (HGB) Art.331 ve 334).

⁷³ Grigoleit, §.118 Rn.36g.

⁷⁴ Fleischer / Goette, §.48 Rn.156; Ziemons / Jaeger / Pöschke, §.48 Rn.83; Baumbach / Hueck, §.48 Rn.30-31.

⁷⁵ Baumbach / Hueck, §.48 Rn.38 ve 40.

rağmen 31.12.2021 tarihine kadar fiziki toplantı yapılmaksızın genel kurul kararı alınabilmesinin önünü açmıştır (Art.2 §.2)⁷⁶. COVFAG sonrasında dahi ortakların çoğunluğunun elden dolaştırma yöntemine onay vermesi ve bu şekilde başlayan süreçte kanunda veya şirket sözleşmesinde belirtilen karar yetersayılarının sağlanması şarttır⁷⁷. Aşağıda inceleneceği üzere Türk hukukunda limited şirketler için benzer bir düzenleme yapılmamış olup, öğretide en azından pandemi dönemi boyunca benzer bir imkânın getirilmesi gerektiği savunulmuştur⁷⁸.

B. Türk Hukukunda

1. Genel Kurul Toplantı Çağrısının Yönetim Organınca İptal Edilebilmesi

Covid-19 önlemleri kapsamında İç Ticaret Genel Müdürlüğünün 20.03.2020 tarih ve 53382221 sayılı yazısıyla, fiziki ortamda gerçekleştirilmek üzere toplantıya çağrılan anonim ve limited şirket genel kurullarına ilişkin birtakım tedbirler alınmıştır. Bunlardan ilki, sermaye şirketleri için genel kurul toplantı çağrısının iptal edilmesi imkânı tanınmasıdır⁷⁹. Buna göre

⁷⁶ Öte yandan COVFAG, geçici bir süreliğine olsa dahi anonim şirketler için elden dolaştırma usulüyle yazılı karar alınabilmesini kabul etmemiştir. Grigoleit, §.118 Rn.7. Hâlbuki İsviçre hukukunda alınan Covid-19 tedbirleri kapsamında 31.12.2021 tarihine kadar tüm ticaret şirketleri için toplantı yapılmaksızın yazılı karar almak suretiyle veya elektronik ortamda ya da toplantıyı düzenleyen belirleyeceği bağımsız oy temsilcisi (*Stimmrechtvertreter*) aracılığıyla genel kurul yapılması mümkündür. Genel kurulun bu üç yöntemden hangisi uyarınca yapılacağına karar verme yetkisine sahip düzenleyiciler, toplantının ne şekilde yapılacağını en geç dört gün öncesinden toplantıya katılanlara bildirmek zorundadır. Bkz. *Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19 Verordnung 3) vom 19. Juni 2021*, Art.27.

⁷⁷ Ziemons / Jaeger / Pöschke, §.48 Rn.95d. COVFAG'ın geçici ve geniş yorumlanması gereken bir yasal düzenleme olması nedeniyle şirket sözleşmesinde elden dolaştırma usulünün öngörülmemiş, hatta yasaklanmış olması dikkate alınmayacaktır. a.g.e., §.48 Rn.95b.

⁷⁸ Murat Gürel, "Covid-19 Salgınının Şirketler Hukukunda Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri", 2020, 2(2) (Özel Sayı), Yaşar Hukuk Dergisi, s. 55.

⁷⁹ Belirmek gerekir ki bu düzenleme, anonim ve limited şirket genel kurullarının kanunen ertelenmesini öngörmemektedir. Türk hukukunda kooperatif şirketler dışında, anonim ve limited şirketlerin genel kurullarının zorunlu olarak ertelenmesine yönelik bir tedbir alınmamıştır. Anonim ve limited şirketlerde çağrı iptali suretiyle erteleme, kendisinden yararlanılabilecek bir imkân olarak şirketlerin inisiyatifine bırakılmıştır. Buna karşılık, kooperatif şirketlerin genel kurulları ise kanun hükmüyle 31.07.2020 tarihine kadar ertelenmiştir (7244 sayılı Kanun m.2/1-d). Bu süre, ilk olarak Ticaret Bakanlığının 21.09.2020 tarih ve 57553761 sayılı kararıyla 31.10.2020 tarihine kadar uzatılmış, akabinde İçişleri Bakanlığının genelgeleriyle bir süre daha uzatılmış, son olarak 7256 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla birlikte uzat-

anonim ve limited şirket olağan genel kurullarından, yazının yayınlandığı 20.03.2020 tarihi itibarıyla toplantıya çağrılmakla birlikte henüz toplanmamış olanların, yönetim kurulu/müdür veya müdürler kurulunun alacağı bir kararla genel kurulun toplanması beklenmeksizin iptaline cevaz verilmiştir. Normal şartlar altında toplantıya çağrılmış bir genel kurulun, kural olarak yapılması gerekmekte olup, çağrı metninde yer alan bilgilerde hata yapılması gibi haller dışında, usulüne uygun bir çağrının sonradan iptal edilmesi birtakım sorunlara yol açabilir. Usulüne uygun olarak toplantıya çağrılmış bir genel kurulun, çeşitli nedenlerle ertelenmesi mümkün olsa da bunun için genel kurulun yine de toplanması gerekmektedir⁸⁰. İç Ticaret Genel Müdürlüğünün yazısıyla birlikte salgın ortamında anonim ve limited şirketlerin genel kurullarında ortakların fiziki olarak bir araya gelmesi, bundan kaynaklanabilecek insan yoğunluğu ve bulaş riski nedeniyle engellenmek istenmiş, bu nedenle genel kurulun toplanıp erteleme kararı almasına gerek kalmayacak bir düzenleme yapılmıştır. Yazıdan toplantı çağrısının kim tarafından yapıldığına (müdürler, azınlık, tek bir ortak vs.) bakılmaksızın yönetim organınca iptal edilebileceği anlaşılmaktadır⁸¹.

İç Ticaret Genel Müdürlüğünün adı geçen yazısı karşısında, salgın

ma süresi “üçer aylık sürelerle üç defa” şeklinde değiştirilmiştir (m.44).

⁸⁰ Genel kurulun ertelenmesi (*Vertagung*), genel kurulun daha önceden ilan edilen tarihte yapılmaması anlamına gelmektedir. Erteleme nedeni olarak TTK’da azınlık pay sahiplerinin, şirketin finansal tablolarının ve bununla bağlantılı konuların görüşülebilmesi için genel kurulun ertelenmesini talep etmesi düzenlenmiştir (TTK m.420). İkincil mevzuatta başkaca erteleme nedenleri de mevcuttur. Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelikte toplantı yetersayısının sağlanamaması nedeniyle erteleme, toplantı başkanlığının kararıyla erteleme, elektronik ortamda yapılan genel kurullarda ilgili mevzuattaki şartların sağlanamaması nedeniyle erteleme gibi nedenler düzenlenmiştir (m.28). Bu nedenlerden biri de genel kurul kararıyla ertelemidir. Buna göre kanuna ve şirket sözleşmesine uygun olarak çağrılmış genel kurul, gündeme geçilmeden önce ve genel kurul tarafından alınacak bir kararla ertelenebilir (m.28/2). Genel kurulun, genel kurul kararıyla ertelenebilmesi için hâlihazırda toplanmış olması zorunlu olup, toplantıya çağrılmış bir genel kurulun, normal şartlar altında toplantı öncesi ertelenmesi söz konusu değildir.

⁸¹ Alman öğretisinde toplantıya çağrılan limited şirket genel kurulunun henüz gerçekleşmeden iptal edilebileceği (*Absage*) kabul edilmiş, bu bağlamda genel kurulu toplantıya çağıran kim/kimler ise bu kişi/kişilerin iptal işlemlerini yapması gerektiği, ancak azınlık pay sahiplerinin talebi üzerine toplantıya çağrılan genel kurulun müdürlerce de iptal edilebileceği, önemli olanın iptale ilişkin duyurunun tüm ortaklara ulaştırılması olduğu, öte yandan zamanında yapılmayan iptal duyurusundan kaynaklanan zararlardan (örneğin ortakların yaptığı yol masrafları) şirketin sorumlu olacağı ve ortakların toplantı zamanında toplantı yerine geldikleri takdirde genel kurulun artık iptal edilemeyeceği ifade edilmiştir. Ziemons / Jaeger / Pöschke, §.51 Rn.67-69.

ortamına rağmen anonim ve limited şirketlerin genel kurullarının yapılabilmemesi tartışılabilir. Bir görüşe göre pek çok faaliyetin sağlık nedeniyle devlet tarafından kısıtlandığı pandemi döneminde, İç Ticaret Genel Müdürlüğünün yazısı da gözetilerek, genel kurullarda ortakları fiziken bir araya toplamanın mümkün olmadığı, yönetim organının genel kurulu toplantıya çağırılmayacağı, genel kurulun süresi içerisinde toplantıya çağırılmamasının da yöneticilerin sorumluluğuna yol açmayacağı, yönetim organının genel kurulun toplantıya çağırılmasına ilişkin kararının batıl olacağı ve alınan genel kurul kararının da hükümsüz olacağı ileri sürülmüştür⁸². Buna karşılık, bizim de katıldığımız diğer görüşe göre söz konusu yazı şirketlerin genel kurul yapmalarına engel oluşturmamakta olup, salgın ortamında dahi istekli olan şirketler toplantı çağrısını iptal etmeyip genel kurullarını gerçekleştirebilir⁸³. Öte yandan, yazıda öngörülen çağrı iptali müessesesinin ne zaman sona ereceğine dair bir tarih belirtilmemiştir. Bu nedenle usulüne uygun olarak çağrısı yapılmış genel kurulların ne zamana kadar yönetim organları iptal edilebileceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. COVFAG'ın aksine, iş bu yazıyla alınan tedbirlerin geçerlilik süresine dair bir düzenlemenin yapılmamış olmasının, yazının önemli bir eksikliği olduğu söylenebilir.

2. Esas Sözleşmede Bu Yönde Bir Hüküm Bulunmaksızın Genel Kurulların Elektronik Ortamda Yapılabilmesi

İç Ticaret Genel Müdürlüğünün adı geçen yazısıyla öngörülen diğer bir tedbir, elektronik ortamda genel kurul yapılmasının kolaylaştırılmasıdır. Buna göre elektronik ortamda genel kurul yapmaları zorunlu olmamakla birlikte salgın koşulları doğrultusunda genel kurullarını elektronik ortamda gerçekleştirmek isteyen şirketlere, TTK ve ilgili ikincil mevzuatta öngörülen koşulların bir kısmını yerine getirmeksizin elektronik genel kurul yapabilmeleri imkânı sağlanmıştır. Elektronik ortamda genel kurul yapabilmek için şirket

⁸² Pashi, Covid-19'un Genel Kurullara Etkisi, s. 4.

⁸³ Mücahit Ünal, "Koronavirüs (Covid-19) Salgını Nedeniyle Alınan Önlemlerin Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu, Müdürler Kurulu ve Genel Kurul Toplantılarına Etkisi" in Muhammet Özkes (Ed.), Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu: Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 603; Elif Akıncı, "Covid-19 Salgını Kapsamında Şirket Yöneticilerinin Almaları Gereken Önlemlere Genel Bir Bakış", 2020, 19(38) (Covid-19 Hukuk Özel Sayısı), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s. 217; Özge Karaege, "Türkiye'de Covid-19 Pandemisi Döneminde Anonim Şirket Genel Kurul Toplantılarının Yapılması Olasılığı", 2021, 9(115), Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, s. 5.

sözleşmesinde genel kurulun elektronik ortamda yapılabileceğini gösteren ve içeriği ikincil mevzuatta gösterilmiş bir hüküm yer almalıdır⁸⁴. Böyle bir hükmün bulunmaması halinde genel kurulun elektronik ortamda yapılması hukuken mümkün değildir. Şirket sözleşmesine bu hükmün eklenebilmesi için sözleşme değişikliği gerekeceğinden, elektronik ortamda genel kurul yapabilmek için öncelikle fiziki bir genel kurul yapılarak ilgili hükmün esas sözleşmeye eklenmesi, yani genel kurulda esas sözleşme değişikliğinin görüşülmesi ve karara bağlanması icap etmektedir. Salgın ortamında genel kurulların toplanmasındaki sakıncalar gözetilerek, yazıyla birlikte bu hükmün elektronik ortamda yapılacak genel kuruldan sonraki ilk fiziki genel kurul toplantısında görüşülmesi hususunda şirketlere kolaylık tanınmıştır. Ancak yönetmelikte yer alan bir hükmün İç Ticaret Genel Müdürlüğünün bir yazısıyla belli bir süreliğine de olsa uygulanamaz hale getirilmesi, öğretide haklı olarak hukuk tekniği açısından sorunlu olarak nitelendirilmiş ve normlar hiyerarşisine aykırı bulunmuştur⁸⁵.

3. Elektronik Genel Kurul İçin Kendi Teknik Altyapısı Bulunmayan Şirketlerin e-GENEL KURUL Sisteminden Yararlanabilmesi

Zorunlu olmamakla birlikte elektronik ortamda genel kurul yapmak isteyen, ancak bunun için gerekli teknik altyapıya sahip olmayan sermaye şirketleri için de İç Ticaret Genel Müdürlüğünün yazısında bir kolaylık öngörülmüştür. Söz konusu yazıda gerek anonim, gerekse limited şirketlerin salgın ortamında gerçekleştirmeyi planladıkları genel kurul toplantılarının,

⁸⁴ Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmeliğin ("Elektronik Genel Kurul Yönetmeliği") (RG tarih: 28.08.2012, no: 28395) 5/1. maddesinde yer alan adı geçen hüküm şu şekildedir: "*Şirketin genel kurul toplantılarına katılma hakkı bulunan hak sahipleri bu toplantılara, Türk Ticaret Kanununun 1527 nci maddesi uyarınca elektronik ortamda da katılabilir. Şirket, Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik hükümleri uyarınca hak sahiplerinin genel kurul toplantılarına elektronik ortamda katılmalarına, görüş açıklamalarına, öneride bulunmalarına ve oy kullanmalarına imkan tanıyacak elektronik genel kurul sistemini kurabileceği gibi bu amaç için oluşturulmuş sistemlerden de hizmet satın alabilir. Yapılacak tüm genel kurul toplantılarında esas sözleşmenin bu hükmü uyarınca, kurulmuş olan sistem üzerinden hak sahiplerinin ve temsilcilerinin, anılan Yönetmelik hükümlerinde belirtilen haklarını kullanabilmesi sağlanır.*" Benzer bir hükme, Ticaret Şirketlerinde Anonim Şirket Genel Kurulları Dışında Elektronik Ortamda Yapılacak Kurullar Hakkında Tebliğde de (RG tarih: 29.08.2012, no: 28396) yer verilmiştir (m.8).

⁸⁵ Bkz. Paşlı, Covid-19'un Genel Kurullara Etkisi, s. 6; Ünal, s. 607. Çözüm olarak Türkiye'de de COVFAĞ'a benzer bir kanunun çıkarılması önerilmiş, böylece İç Ticaret Genel Müdürlüğünün yazısıyla ortaya çıkan hukuk güvenliğine aykırı durumun bertaraf edilebileceği ifa edilmiştir. Gürel, s. 55.

“Elektronik Genel Kurul Toplantı Sistemi” üzerinden yapabilmelerine yönelik tedbirlerin alındığı ifade edilmiştir. TTK m.1527 uyarınca elektronik ortamda genel kurul yapma zorunluluğu bulunan payları borsaya kote halka açık anonim şirketlerin kullandığı ve Merkezi Kayıt Kuruluşu Anonim Şirketi (MKK) tarafından işletilen “e-GENEL KURUL” sistemi⁸⁶ (e-GKS), pandemi döneminde genel kurullarını elektronik ortamda yapmayı arzu eden, ancak bunun için kendi teknik altyapısına sahip olmayan şirketlerin erişimine açılmıştır. Bu doğrultuda yazıda, şirketlerin elektronik ortamda genel kurul için MKK’dan destek hizmeti alabilecekleri belirtilmiştir. Böylece e-GKS altyapısından, arzu ettikleri takdirde payları borsaya kote anonim şirketler dışındaki diğer şirketler, bu arada limited şirketler de yararlanabilecektir. Yazıda bu imkânın ne zamana kadar geçerli olacağına dair yine bir tarihe yer verilmemiştir⁸⁷. Başka bir deyişle, isteğe bağlı olarak elektronik genel kurul gerçekleştirecek şirketlerin e-GKS altyapısından en son ne zamana kadar yararlanabileceği konusunda bir netlik bulunmamaktadır.

4. Pay Sahiplerinin Genel Kurula Elektronik Ortamda Katılmasının Teşvik Edilmesi

İç Ticaret Genel Müdürlüğünün ilgili yazısında öngörülen yukarıdaki tedbirlerin yanında bir de tavsiyeye yer verilmiştir. Buna göre TTK m.1527 uyarınca elektronik ortamda genel kurul yapması zorunlu olan şirketlerin, pay sahiplerini genel kurula elektronik ortamda katılmaya teşvik etmesine ve mevzuat gereği eş zamanlı olarak fiziki ortamda yapılmak zorunda olan⁸⁸

⁸⁶ e-GKS; şirket ortaklarının paylarını bloke etmeden elektronik ortamda işlem yapmalarına, temsilci tayin edip oy talimatı vermelerine, görüntü ve ses aktarımı sayesinde fiziken genel kurula katılmaksızın internet erişimi olan her yerden toplantıyı canlı olarak izlemelerine, görüşülen gündeme ilişkin görüş ve önerilerini eş zamanlı olarak göndermelerine, oylarını toplantıya fiziken katılanlarla eş zamanlı olarak kullanmalarına ve tüm süreçlere ilişkin bilgi ve bildirimleri anlık olarak almalarına olanak sağlayan bir bilişim sistemidir. Ahmet Fatih Özkan, 6102 sayılı TTK’yla Birlikte Anonim Şirketlerde Bilişim Teknolojilerinin Artan Kullanımı, Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu II, Adalet Yayınevi, 2020, s. 623. e-GKS hakkında daha fazla bilgi için bkz. Melis Turgut, Borsaya Kote Anonim Ortaklıklarda Elektronik Genel Kurul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 105 vd.

⁸⁷ Yazıda öngörülen imkânların Covid-19 salgınının devam etmesi ve yeni bir düzenleme yapılmaması halinde 2021 yılı içerisinde gerçekleştirilecek genel kurullar için de geçerli olduğu ileri sürülmüş, yine de bunu teyit eden yeni bir yazının kamuoyuyla paylaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Mustafa Kayhan, “Anonim ve Limited Şirket Genel Kurullarının Koronavirüs (Covid-19) Salgını Karşısındaki Durumu”, 2021, 205, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, s. 5.

⁸⁸ Elektronik Genel Kurul Yönetmeliğinde yer alan “Genel kurul toplantısı fiziki ve elektronik ortamda aynı anda açılır” hükmü sonucu payları borsaya kote edilmiş halka açık anonim

toplantıya da “salgının önlenmesi amacıyla” fiziki katılımın “aşgari düzeyde” tutulmasının sağlanmasına yönelik bir tavsiyede bulunulmuştur. Böylece salgın ortamında yapılan fiziki toplantıya daha az sayıda pay sahibinin katılımı suretiyle insan yoğunluğu ve bulaş riski azaltılabilecek, ağırlıklı olarak pay sahiplerinin elektronik ortamdaki toplantıya katılımı sağlanarak ortaklığa ilişkin hakların kullanılmasına kesintisiz olarak devam edilebilecektir. Belirtmek gerekir ki bu, bir tedbir olmaktan ziyade, bir tavsiye niteliğindedir. Bu tavsiyeye uyup uymamak, yazıda ifade edildiği üzere bu yönde “takdirlerini kullanmak”, şirketlerin inisiyatifine bırakılmıştır. Bu tavsiyenin hedef kitlesinin limited şirketlerden ziyade, elektronik ortamda genel kurul yapması zorunlu olan payları borsaya kote edilmiş halka açık anonim şirketler olduğu açıktır⁸⁹. Bununla birlikte yazıda sermaye şirketleri arasında açıkça bir ayırım yapılmaması nedeniyle, teorik olarak söz konusu tavsiyenin limited şirketler için de geçerli olduğu söylenebilir.

SONUÇ

Global ölçekte etkili olan salgın ortamında insan yoğunluğu ve buna bağlı olarak bulaş riski oluşturabilecek şirket genel kurullarının toplanmasına ilişkin yapılan yasal düzenlemelerde alınan tedbirlerle, fiziki ortamda gerçekleştirilecek genel kurul toplantılarının ertelenmesine, iptal edilmesine veya elektronik ortama taşınmasına ya da toplantı yapılmaksızın karar alınmasının kolaylaştırılmasına çalışıldığı gözlemlenmektedir. Alman hukukunda yürürlüğe konulan COVfAG ile anonim şirketler bağlamında esas sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmasa da genel kurulların elektronik ortamda yapılabilmesine, tamamen elektronik ortamda düzenlenebilmesine (sanal genel kurul) ve mali yılın sonuna kadar gerçekleştirilebilmesine, limited şirketler bağlamında da elden dolaştırma yoluyla karar alma sürecine hiçbir ortağın itiraz etmeme şartının kaldırılmasına yönelik bir dizi tedbirlere başvurulmuştur. Türkiye’de ise İç Ticaret Genel Müdürlüğü’nün bir yazısıyla

şirketlerde elektronik genel kurul, fiziki ortamda gerçekleştirilen genel kurulla eş zamanlı olarak yapılmaktadır (m.9). Başka bir deyişle, TTK’da elektronik ortamda genel kurul yapma zorunluluğu öngörülmüş olsa da, fiziki genel kurul toplantıları tamamıyla ortadan kaldırılmamıştır. Dolayısıyla Türk hukukunda, en azından TTK m.1527 uyarınca elektronik ortamda genel kurul yapması zorunlu olan şirketler açısından, “sanal genel kurul” yapılması hukuken mümkün değildir. Özkan, s. 626. Öğretide ne anonim şirketlerde, ne de limited şirketlerde elektronik genel kurulun, sanal genel kurul şeklinde yapılamayacağı belirtilmiştir. Bahtiyar / Hamamcıoğlu, s. 15; Bahtiyar, s. 414.

⁸⁹ Öğretide de genel kurullara ilişkin alınan bu önlemlerin limited şirketlerden ziyade, anonim şirketleri ilgilendirdiği ileri sürülmüştür. Akıncı, s. 218.

anonim ve limited şirketlerde genel kurul toplantı çağrısının yönetim organınca iptal edilebilmesi, esas sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmaksızın genel kurulların elektronik ortamda yapılabilmesi, elektronik genel kurul için kendi teknik altyapısı bulunmayan şirketlerin e-GKS sisteminden yararlanabilmesi ve pay sahiplerinin genel kurula elektronik ortamda katılmasının şirketlerce teşvik edilmesi gibi önlemler alınmıştır. Her ne kadar 7244 sayılı Kanun ile kooperatif şirketlerin genel kurulları kanunen ertelenmişse de anonim veya limited şirketler için benzer bir düzenleme yapılmamıştır.

Alman hukukunda ağırlıklı anonim şirketlere yönelik düzenlemeler yapılmakla birlikte, limited şirketler kapsam dışı bırakılmayarak onların da yararlanabileceği bir imkân yaratılmıştır. Bu bağlamda GmbHG Art.48/2'de düzenlenen elden dolaştırma yoluyla karar alma usulüne ilişkin olarak bu şekilde karar alınabilmesi için gereken hiçbir ortağın yazılı karar alınmasına itiraz etmemesi ve sözlü görüşme isteğinde bulunmaması şartı geçici olarak kaldırılmıştır. Böylece bir veya birkaç ortak elden dolaştırma usulüne itiraz etse bile diğer ortakların salt çoğunluğu sağlamaları halinde elden dolaştırma yoluyla karar alınabilmesi ve iptal davası açılması riskiyle karşılaşmadan pandemi döneminde fiziki genel kurul yapılmasının engellenmesi mümkün hale gelmiştir. COVFAĞ'ın yürürlüğünden bir süre sonra çıkarılan bir tüzükle bu imkândan yararlanmak isteyen limited şirketler için son tarih 31.12.2021'ye kadar uzatılmıştır. Öte yandan, Alman kanun koyucusu anonim şirketler için öngördüğü esas sözleşme hükmü olmaksızın yönetim kurulu kararı ve gözetim kurulu onayıyla pay sahiplerinin genel kurula elektronik ortamda katılabilmesi ve elektronik ortamda veya posta yoluyla oyunu kullanabilmesi ile genel kurulun sanal genel kurul şeklinde gerçekleştirilebilmesi imkânlarından limited şirketleri mahrum bırakmıştır. Salgın koşullarının her iki şirket açısından da aynı olmasına rağmen, kanun koyucunun anonim ve limited şirketler arasında yaptığı bu ayrım Alman öğretisinde eleştirilmiştir. Yine anonim şirketlerin aksine, limited şirketlerde genel kurulun toplanma zamanı ve çağrı sürelerine ilişkin de bir düzenleme yapılmamıştır.

Türk hukukunda ise limited şirketlere dair özel bir düzenleme yapılmamış, yalnızca anonim şirketlere yönelik tedbirlerden limited şirketlerin de yararlanabileceği belirtilmiştir. Her ne kadar Covid-19 tedbirleri kapsamında şirket ayrımı bulunmasa da tedbirlerin içeriğine bakıldığında hedef kitlenin daha ziyade anonim şirketler olduğu anlaşılmaktadır. TTK m.1527 uyarınca elektronik ortamda genel kurul yapması zorunlu olan payları borsaya kote anonim şirketler dışındaki anonim şirketler için bile

fazla raġbet görmeyen elektronik genel kurul uygulamasından limited şirketlerin de yararlanabileceğinin bir tedbir olarak sunulması, buna karşılık limited şirketlerde asıl karar alma yöntemlerinden biri olan elden dolaştırma yöntemine dair herhangi bir düzenlemenin yapılmaması isabetli olmamıştır. Öğretide en azından pandemi dönemi boyunca elden dolaştırma yöntemine ilişkin benzer bir düzenlemenin Türk hukukunda da yapılması savunulmuş, ayrıca İç Ticaret Genel Müdürlüğünün yazısıyla öngörülen tedbirlerin TTK hükümlerinden farklı yasal düzenlemeler içermesi, normlar hiyerarşisine aykırılık nedeniyle haklı olarak eleştirilmiştir. Buna ek olarak, alınan tedbirlerden yararlanılabilecek son tarihin belirtilmemiş olması da hukuki belirliliği azaltan, ciddi bir eksiklik olmuştur. Gerek Alman, gerekse Türk hukukunda alınan geçici nitelikteki bu tedbirlerin ne kadar bir süre daha devam edeceğini veya yeni tedbirlerin alınıp alınmayacağını şüphesiz salgının seyri gösterecektir.

KAYNAKÇA

- Akıncı E, “Covid-19 Salgını Kapsamında Şirket Yöneticilerinin Almaları Gereken Önlemlere Genel Bir Bakış”, 2020, 19(38) (Covid-19 Hukuk Özel Sayısı), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s. 202-223.
- Ayhan R / Çağlar H / Özdamar M, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 3. Bası, Yetkin Yayınları, 2021.
- Bahtiyar M, Ortaklıklar Hukuku, 15. Bası, Beta Yayıncılık, 2021.
- Bahtiyar M / Hamamcıoğlu E, Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları, Beta Yayıncılık, 2014.
- Baumbach A/Hueck A, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Bd: 20, 22. Auflage, C.H. Beck, 2019.
- Bilgili F / Demirkapı E, Şirketler Hukuku Dersleri, 8. Bası, Dora Basım Yayın, 2021.
- Bozkurt T, Şirketler Hukuku, 13. Bası, Yetkin Yayınları, 2021.

- Dubovitskaya E, “Das Krisengesetz als Ideengrube für die künftige virtuelle Hauptversammlung”, 2020, 17, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, s. 647-653.
- Eminoğlu C, “Tek Pay Sahipli Anonim Şirkette Genel Kurul”, 2015, 6(1), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 129-166.
- Erdoğan A, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Limited Şirket Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, 2013, 17(3), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 39-60.
- Fleischer H / Goette W, Münchener Kommentar zum GmbHG, Bd: 2, 3. Auflage, C.H. Beck, 2019.
- Goette W / Habersack M / Kals S, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd: 3, 4. Auflage, C.H. Beck, 2018.
- Grigoleit H C, Aktiengesetz, 2. Auflage, C.H. Beck, 2020.
- Gürel M, “Covid-19 Salgınının Şirketler Hukukunda Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, 2020 2(2) (Özel Sayı), Yaşar Hukuk Dergisi, s. 52-60.
- Henssler M / Strohn L, Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, C.H. Beck, 2021.
- Herb A / Merkelbac M, “Die virtuelle Hauptversammlung 2020 – Vorbereitung, Durchführung und rechtliche Gestaltungsoptionen”, 2020, 15-16, Deutsches Steuerrecht, s. 811-817.
- Hüffer U / Koch J, Aktiengesetz, 15. Auflage, C.H. Beck, 2021.
- Karaege Ö, “Türkiye’de Covid-19 Pandemisi Döneminde Anonim Şirket Genel Kurul Toplantılarının Yapılması Olasılığı”, 2021, 9(115), Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, s. 1-13.
- Kayar İ, Ticaret Hukuku, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Kayhan M, “Anonim ve Limited Şirket Genel Kurullarının Koronavirüs (Covid-19) Salgını Karşısındaki Durumu”, 2021, 205, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, s. 1-14.
- Kayıhan Ş, Şirketler Hukuku, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Kendigelen A, Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Özkan A F, 6102 sayılı TTK'yla Birlikte Anonim Şirketlerde Bilişim Teknolojilerinin Artan Kullanımı, Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu II, Adalet Yayınevi, 2020, s. 597-639.

Paslı A, Anonim/Limited Ortaklık Genel Kurul Toplantılarının 7244 Sayılı Özel Covid-19 Kanunu Sonrasındaki Durumu: Sermaye Şirketlerindeki Ortakların Sağlığının Değeri Var mıdır?, <<http://www.ticaretkanunu.net/ali-pasli-anonim-limited-ortaklik-genel-kurul-toplantilarinin-7244-sayili-ozel-covid-19-kanunu-sonrasindaki-durumu-sermaye-sirketlerindeki-ortaklarin-sagliginin-degeri-var-midir/>> Erişim Tarihi 9 Temmuz 2021 ["Covid-19 Sonrası Genel Kurullar"].

Paslı A, COVID-19 Salgınının Anonim ve Limited Ortaklık Yıllık Olağan Genel Kurul Toplantılarına Etkisi: Güncel Koşullar Sürerken Genel Kurul Kararı Alınabilir Mi?, <<http://www.ticaretkanunu.net/covid-19-salgininin-anonim-ve-limited-ortaklik-yillik-olagan-genel-kurul-toplantilarina-etkisi-guncel-kosullar-surerken-genel-kurul-karari-alinabilir-mi/>> Erişim Tarihi 9 Temmuz 2021 ["Covid-19'un Genel Kurullara Etkisi"].

Poroy R / Tekinalp Ü / Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku II, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019.

Pulaşlı H, Elektronik Ortamda Anonim Şirket Genel Kuruluna İlişkin Düzenlemelerin Evrimi ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunundaki Durum, Arslanlı Bilim Arşivi, <<http://www.arslanlibilimarsivi.com/internet-ortaminda-genel-kurul>> Erişim Tarihi 21 Temmuz 2021 ["Elektronik Genel Kurul"].

Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 7. Bası, Adalet Yayınevi, 2021 ["Şirketler Hukuku"].

Schäfer C, "Die virtuelle Hauptversammlung nach dem Corona-Gesetz", 2020, 13, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, s. 481-487.

Schmidt H, COVID-19: Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Auflage, C.H. Beck, 2021.

Simons C / Hauser J, "Die virtuelle Hauptversammlung: Aktuelle Praxisfragen unter dem Regime der Corona-Gesetzgebung", 2020, 13, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, s. 488-500.

Şener O H, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 4. Bası, Seçkin

Yayıncılık, 2019.

Turgut M, Borsaya Kote Anonim Ortaklıklarda Elektronik Genel Kurul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.

Ünal M, “Koronavirüs (Covid-19) Salgını Nedeniyle Alınan Önlemlerin Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu, Müdürler Kurulu ve Genel Kurul Toplantılarına Etkisi” in Muhammet Özekes (Ed.), Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu: Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 597-622.

Vetter E / Tielmann J, “Unternehmensrechtliche Gesetzesänderungen in Zeiten von Corona”, 2020, 17, Neue Juristische Wochenschrift, s. 1175-1180.

Wicke H, “Die GmbH in Zeiten der Corona-Pandemie”, 2020, 13, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, s. 501-504 [“GmbH & Corona-Pandemie”].

Wicke H, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 4. Auflage, C.H. Beck, 2020 [“GmbHG Kommentar”].

Yıldız Ş, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, Arıkan Basım Yayım, 2007.

Zetsche D / Anker-Sørensen L / Consiglio R / Yeboah-Smith M, “COVID-19-Crisis and Company Law - Towards Virtual Shareholder Meetings”, University of Luxembourg Faculty of Law, Economics & Finance WPS 2020-007, <<https://ssrn.com/abstract=3576707>> Erişim Tarihi 21 Temmuz 2021.

Ziemons H / Jaeger C / Pöschke M, Beck’scher Online-Kommentar GmbHG, 48. Auflage, C.H. Beck, 2021.

PATENT İSTEME HAKKININ VE PATENTİN HACİZDE SIRASI VE BUNLARA YÖNELİK GASP İDDİASININ VEYA DAVASININ HACZE ETKİSİ

Önder TOPAL*

ÖZ

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 148'de sınai mülkiyet haklarının ve dolayısıyla patent hakkının haczedilebileceği düzenlenmiştir. Patent hakkı üst bir kavram olarak kullanılmakta ve bu kavramın içerisinde çeşitli haklar bulunmaktadır. Bu haklardan ikisini patent isteme hakkı ve patentten doğan hak (kanuni terim ile patent) oluşturmaktadır. Anılan haklara ilişkin olarak, üçüncü kişiler SMK m. 110-111 kapsamında gasp iddiasıyla dava açabilecektir. Çalışmamızda patent isteme hakkına ve patente ilişkin gasp iddiasının veya davasının hacze etkisinin ne olacağı üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda öncelikli olarak patent isteme hakkına veya patente ilişkin gasp iddiası söz konusu olursa, bunların haczinin hangi sıraya göre yapılacağı ele alınacaktır. Sonrasında ise, patent isteme hakkının veya patentin haczi sırasında veya sonrasında gasp iddiasında bulunulursa nasıl bir prosedür izleneceği üzerinde durulacaktır. Özellikle gasp davasının hacizden önce açılması halinde, davacının teminat amaçlı ihtiyati tedbir talep ederek, mahkemenin de talebi uygun bularak vereceği bir kararla, derdest takibi, özellikle satışı durdurup durdurmayaacağı değerlendirilecektir. Patent isteme hakkının veya patentin hacizde sırası ve gasp davasının açılması durumunda, bunun hacze etkisi bağlamında değerlendirme yapılırken doktrinde ileri sürülen görüşlere ve yargısal içtihatlarla da yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Patent İsteme Hakkı, Patentten Doğan Hak, Gasp Davası, Hacizde Sıra, İstihkak.

THE RIGHT TO CLAIM PATENT AND ITS PLACE IN SEIZURE AND THE EFFECT OF THE CLAIM OR ACTION OF REPLEVIN AGAINST THEM ON THE SEIZURE

ABSTRACT

It was regulated that industrial property rights and accordingly the patent right could be seized in the Industrial Property Law article 148. The patent right has

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi/TRABZON, **e-posta:** ondertopal61@trabzon.edu.tr, onderto-
pal61@gmail.com

ORCID: 0000-0003-1065-3884.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1065792

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 22/09/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 06/01/2022

been used as the main concept and there are various rights within this concept. Two of these rights are composed of the right to request a patent and the right arising from the patent (in terms of law the patent). Concerning the aforementioned rights, third parties are able to open a case with the claim of extortion within the scope of IPL article 110-111. In our study, the emphasis will be put on what the effects of the extortion claim or case concerning the right to request a patent and the patent will be to the attachment. Within this context, in the event of a claim of extortion concerning the right to request a patent or the patent, initially the order in which the attachment of these will be made will be discussed. Afterwards, the emphasis will be put on what procedures will be followed if there is a claim of extortion during or after the attachment of the patent request right or the patent. Particularly, if the extortion case is opened before the attachment, the collateral tracking of the plaintiff and in particular whether he will be able to stop the sale or not will be discussed. While evaluating the order of the right to request a patent or the patent in attachment and its effect to the attachment if the case of extortion is opened, the ideas that are put forward in the doctrine and the court practices will also be included.

Keywords: *The Right to Request a Patent, The Right Arising from a Patent, Extortion Case, The Order in Attachment, Claim.*

GİRİŞ

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 110 ve m. 111’de patent isteme hakkı ve patentin gasp edilmesi durumunda nasıl bir hukuki sürecin işlerlik kazanacağı düzenlenmektedir. Patent isteme hakkının gasp edilmesi durumunda SMK m. 110, patent tescil edildikten sonra patentin gasp edilmesi halinde ise SMK m. 111 çerçevesinde, gasp iddiasında bulunan üçüncü kişi, TÜRK PATENT nezdinde hak sahibi olarak görünen kimseye karşı fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinde gasp davası açacaktır. Patente ilişkin olarak açılacak gasp davasının veya ileri sürülecek gasp iddiasının cebri icra hukuku açısından değerlendirilmesi gerekir. Bu sebeple gasp davasının veya ileri sürülecek gasp iddiasının cebri icra hukuk bağlamında gerçekleştirilecek haciz üzerinde etkisinin irdelenip değerlendirilmesi gereği hâsıl olmuş ve bu çalışma kaleme alınmıştır.

Çalışmamızda öncelikli olarak SMK m. 110 ve m. 111 çerçevesinde açılacak gasp davasına genel hatları ile yer verilecektir. Sonrasında, üçüncü kişilerin gasp iddialarının icra takibi üzerindeki etkisi bağlamında inceleme yapılacaktır. Bu inceleme yapılırken, patent isteme hakkının veya patentin

haczedilmesi gündeme gelirse hangi sıraya göre haczedileceği üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulacaktır. Anılan hakların hacizde sırası tespit edilirken öncelikli olarak, bu haklara ilişkin gasp iddiasında bulunulup bulunulmadığına göre ikili bir ayırım yapıp sonuca gidilmesi gerekir. Patent isteme hakkına veya patente ilişkin üçüncü kişinin gasp iddiası bulunuyorsa, çekişmeli hakların hacizde sırasına; bulunmuyorsa, çekişmesiz hakların hacizde sırasına göre söz konusu hakların sırası tespit edilecektir.

Patent isteme hakkının veya patentin hacizde sırasına ilişkin tespit yapıldıktan sonra, gasp iddiasının/davasının hacze etkisi üzerinde durulacaktır. Gasp iddiasının haciz sırasında ileri sürülmesi halinde hacizde istihkak prosedürü işlerlik kazanacaktır. Fakat gasp iddiasının hacizden önce gasp davası şeklinde mahkeme önüne getirilmesi durumunda, bu davanın hacze etkisi üzerinde durulacaktır. Bu sebeple, çalışmamızda patent isteme hakkına ve patente ilişkin olarak gasp iddiası bağlamında hacizde istihkak prosedürüne yer vereceğiz; sonrasında ise hacizden önce açılan gasp davasının hacze etkisinin olup olmayacağına ayrıntılı bir şekilde yer vereceğiz.

I. PATENT İSTEME HAKKININ VE PATENTİN GASPI DAVASI HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. Dava Konusu Olan Haklar (Patent İsteme Hakkı ve Patentten Doğan Hak)

Patent isteme hakkı ve patentin gaspı davası bağlamında hem patent isteme hakkı hem de patent kavramları patent hakkının içeriğinde yer almaktadır. Zaten patent hakkının üst bir kavram olarak buluşun yapılmasından patentin alınmasına kadar geçen süreçlerdeki bütün hakları kapsadığı ifade edilmektedir¹. İnceleme konumuz açısından patent hakkının içeriğini oluşturan unsurların, bu kapsamda patent isteme hakkının ve patentin de açık bir biçimde ortaya koyulması önem arz eder. Bu sebeple, öncelikli olarak, buluşun gerçekleştirilmesinden patentin verilmesine kadar geçen süreçteki aşamaların bilinmesi gerekmektedir. Patent hukuku açısından anılan süreç üç aşamalıdır².

¹ Sami Karahan/Cahit Suluk/Tahir Saraç/Temel Nal, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 200.

² Bu aşamalar hakkında bkz. Nuşin Ayiter, İhtira Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968, s. 61 vd.; Ali Necip Ortan, İşçi Buluşları Hukuku, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1987, s. 75 vd.; Feyzan Hayal Şehirli, Patent Hakkının Korunması, Turhan Kitabevi, 1998, s. 53 vd..

Birinci aşamada buluşun gerçekleştirilmesiyle buluş üzerinde *buluşçu hakkı* doğar³. Bir başka ifadeyle, buluşu gerçekleştiren kişi buluşu için henüz patent başvurusu yapmamışsa şahsı üzerinde mevcut, beklenen bir hak olarak *buluşçu hakkı* ortaya çıkar⁴. İkinci aşama ise, patent başvurusunda bulunulan ve fakat henüz patent alınmamış aşamayı, yani başvuru aşamasını ifade etmektedir⁵. Bu aşamada ortaya çıkan hakka *patente yönelik hak* denir⁶. Üçüncü aşama da patent başvurusu üzerine, patentin tescil edildiği ve buluşa patent belgesi verildiği aşamayı ifade etmektedir⁷. Bu aşama açısından ortaya çıkan hak ise *patentten doğan hak*tir.

Doktrinde dar anlamda buluşçu hakkının unsurlarından biri olarak *patente yönelik hak* söz konusudur. *Patente yönelik hak*, patent verilmesinden önceki aşamaya ilişkin olarak iki ayrı hakkı içeren üst bir kavramdır⁸. Buluş sahibinin buluşunun tescil edilmesini isteme hakkı ve patent başvurusu üzerinde doğan sübjektif bir kamu hakkı mevcuttur⁹. Patente yönelik hakkın unsurları SMK m. 109'da patent başvurusundan önceki dönemdeki hakkı ifade etmek üzere "*patent isteme hakkı*" olarak¹⁰, patent başvurusunun yapılmasından sonraki hakkı ifade etmek için de m. 89 ve m. 90 vd. gibi çeşitli maddeler ve özellikle Yönetmelik m. 130 "*patent başvurusu*" şeklinde hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere gasp davasına konu olacak "*patent isteme hakkı*" aslında ikinci aşamada *patente yönelik hak* içerisinde yer almaktadır. Patent isteme hakkı, buluşun yapılması ile patent başvurusu arasındaki sürede söz konusu olan, patent başvurusundan doğan hak ise buluşçunun patent başvurusu yapıp

³ Cahit Suluk/Rauf Karasu/Temel Nal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 274; Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s. 213.

⁴ Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s. 213.

⁵ Suluk/Karasu/Nal, s. 274; Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s. 214.

⁶ Hakka ilişkin adlandırmalar için bkz. Suluk/Karasu/Nal, s. 274; Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s. 214; Ernst Eduard Hırş, Fikri ve Sınai Haklar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1948, s. 96; Şehirali, s. 54.

⁷ Suluk/Karasu/Nal, s. 274; Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s. 214; Şehirali, s. 53-54. Bu halde buluş sahibinin buluş ya da patent üzerinde imtiyaz hakkına sahip olduğuna ilişkin bkz. Hırş, s. 97.

⁸ Hülya Taş Korkmaz, İflâs Masası, Yetkin Yayınları, 2010, s. 179.

⁹ Hırş, s. 96; Şehirali, s. 54; Tahir Saraç, Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.27; Taş Korkmaz, İflâs Masası, s. 179.

¹⁰ SMK m. 190/1'e göre patent isteme hakkı, buluşu yapana veya onun haleflerine ait olup bu hakkın başkalarına devri mümkündür.

henüz patent iznini almadığı dönemde sahip olduğu hakkı ifade eder¹¹.

Üçüncü aşamada yer alan *patentten doğan hak*, patent başvurusu neticesinde Türk Patent ve Marka Kurumu (TÜRKPATENT) tarafından patent belgesinin verilmesi ile kazanılan ve patent konusu üzerinde sahibine inhisarı olarak tam bir yararlanma yetkisi veren mutlak hakkı ifade eder¹². Dolayısıyla SMK m. 111 çerçevesinde “patentin gaspı” ibaresinde yer alan “patent” kavramı ile ifade edilmek istenen aslında *patentten doğan hak*¹³’tır.

B. Gasp Davası

Patent isteme hakkının ve patentin gaspı davasına ilişkin kanuni düzenleme SMK m. 110 ve m. 111’de düzenlenmiştir. Patent isteme hakkına ve patent tescil edildikten sonra patente ilişkin hak iddiasında bulunan kişilerin anılan hükümler çerçevesinde açacakları gasp davası genel olarak patent hakkının haczini de etkileyecektir. Bu sebeple söz konusu hükümlerle sınırlı olarak gasp davası üzerinde duracağız.

Öncelikli olarak patent isteme hakkının başvuru sahibine ait olmadığına ilişkin bir iddianın TÜRKPATENT kurumuna karşı ileri sürülemeyeceği; aksi ispat edilene kadar başvuru sahibinin, anılan hakkın da sahibi olduğunun kabul edileceği Kanunda açıkça hüküm altına alınmıştır (SMK m. 110/1). Görüldüğü üzere anılan hüküm çerçevesinde Kanun aksi ispat edilebilir adi kanuni karine öngörmüştür.

Patent isteme hakkının gaspına ilişkin davada tam hak ya da ortak hak sahipliği tanınması için kısmi hak talebi ileri sürülebilir¹⁴ (SMK m. 110/6). Patent verilmesi işlemleri anında gerçek hak sahibi olduğunu, yani buluşu yapan veya onun halefi olduğunu ileri süren kişi, başvuru sahibine karşı tam

¹¹ Şehirali, s. 56. Patente yönelik haklar, ekonomik olarak değerlendirilebilen mali hakları ve buluşu yapan kişinin buluşunu kamuya açıklayıp açıklamamasını ifade eden buluşun alenileşmesini veya patent alınması halinde patent üzerinde isminin belirtilmesini içeren manevi nitelikteki hakları içerir (Ortan, s. 88; Ünal Tekinalp, Fikrî Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 568).

¹² Saraç, s. 29.

¹³ Patent isteme hakkının, “patente yönelik hak”; patent verilmesinden sonra patent kavramının, “patentten doğan hak” olduğuna bu kısımda yer verdik. Ancak bundan sonraki açıklamalarımızda genel olarak SMK’da yer alan kanuni terimleri kullanmaya çalışacağız. Fakat kavram karışıklığı olmaması adına yeri geldikçe, “patente yönelik hak” ve “patentten doğan hak” kavramlarına da yer vereceğiz.

¹⁴ Suluk/Karasu/Nal, s. 231.

veya kısmi gasp davası açabilir¹⁵. Dava açıldıktan sonra mahkeme anılan davaya ilişkin kararının kesinleşmesine kadar patentin verilmesi işlemlerini durdurulabilir (SMK m. 110/2, c.2). Ancak dava devam ederken söz konusu başvuruya patent verilirse patent isteme hakkının/başvurunun gaspı davası, patentin gaspı davasına dönüşür (SMK m. 110/9). Öte yandan davada verilecek hüküm kesinleşinceye kadar patent başvurusu, davacının rızası olmadan geri alınamayacaktır (SMK m. 110/8).

Patent isteme hakkının gaspı davası davacı lehine sonuçlanır ve verilen hüküm kesinleşirse, davacı, geçerliliği devam eden başvuru için, hükmün kesinleşme tarihinden itibaren üç ay içinde şu hareket tarzlarını sergileyebilir:

-Davacı, TÜRKPATENT'ten anılan başvurunun kendi başvurusu olarak kabul edilmesini ve yürütülmesini isteyebilir

- Davacı, bulunması halinde aynı rüçhan hakkından yararlanarak aynı buluş için yeni bir patent başvurusu yapabilir.

-Davacı mevcut başvurunun reddedilmesini TÜRKPATENT'ten talep edebilir (SMK m. 110/3). Ancak, davacı üç aylık süre içinde söz konusu bu taleplerden hiçbirini ileri sürmezse davaya konu kılınan başvuru geri çekilmiş sayılacaktır (SMK m. 110/5).

Patentin verilmesinden sonra gerçek hak sahipliği iddiasıyla bir kişi gasp davası açabilecektir. Anılan dava patentin verilmesinden sonra açıldığı için patentin gaspı davası olarak nitelendirilebilir. Bu durumda dava, patentin gerçek hak sahibine değil de bir başkasına verilmiş olduğu iddiasıyla açılmaktadır. Gerçek hak sahibi olduğunu iddia eden kişi (davacı), patentin kendisine devredilmesini anılan dava ile mahkemeden istemektedir (SMK m. 111/1). Yine kısmi gaspta paylı mülkiyet esasına göre hak sahipliğinin tanınması da gasp davasında mahkemeden talep edilebilecektir¹⁶.

Gasp davasında görevli mahkeme fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesidir. Bu mahkemenin kurulmadığı yerlerde gasp davasına asliye hukuk mahkemesince bakılır (SMK m. 156/1).

¹⁵ Davacı ayrıca anılan davayı TÜRKPATENT'e bildirir.

¹⁶ Tam ve kısmi hak talepleri, patentin verildiğine ilişkin yayım tarihinden itibaren iki yıl içinde, kötüniyet hâlinde ise patentin koruma süresinin bitimine kadar kullanılacaktır (SMK m. 111/3). Patentin gaspı davası ile bu dava sonucunda verilen ve kesinleşen hüküm sicile kaydedilerek Bültende yayımlanacak ve sicile kaydedildiği tarih itibarıyla hüküm ve sonuç doğuracaktır. Değişikliğin sicile kaydedilmesi ile birlikte, üçüncü kişilerin o patente ilgili lisans ve tanınan diğer hakları sona erecektir (SMK m. 111/4-5).

Gasp davasında yetkili mahkeme davalının yerleşim yeri mahkemesidir. Davalı hak sahibi olarak kabul edilen kişinin Türkiye’de yerleşim yeri bulunmuyorsa gasp davası, açıldığı tarihte sicilde kayıtlı vekilin işyerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmişse TÜRKPATENT merkezinin bulunduğu (Ankara) yerdeki mahkeme açılır (SMK m. 156/4-5). Davacı gerçek hak sahipliği iddiasında bulunan üçüncü kişi, davalı ise patent başvurusunda bulunan kişi veya patent sahibi olan kişidir.

Üçüncü bir kişinin gerçek hak sahipliği iddiasına ilişkin tam veya kısmi bir talebin olması durumunda, anılan hakkın hacizde sırasının ne olacağı belirlenmesi önem arz etmektedir. Bir başka ifadeyle, üçüncü kişinin hak iddiasıyla çekişmeli hale gelen patent isteme hakkının veya patentten doğan hakkın hacizde hangi sırada haczedileceğine ilişkin olarak çalışmamızda irdeleme ve değerlendirmelerde bulunacağız.

Öte yandan patent isteme hakkının/başvurunun ve patentin gaspı davalarında hak iddiasında bulunan kimse, hakkın kısmen veya tamamen kendisine devrini istediği için aslında bu davalar, eşya hukukundaki istihkak davasına paralel nitelikteki davalardır¹⁷. Bu sebeple anılan gasp davalarına konu olabilecek gerçek hak sahipliği iddiası hacizde de ileri sürülebilir. Haciz sırasında veya haczi öğrenmeden itibaren ileri sürülecek bu hak iddiası hacizde istihkak prosedürü çerçevesinde karara bağlanır ve hacze etkisi de bu kapsamda olur. Yani patent isteme hakkının veya patent verildikten sonra patentin haczi sırasında üçüncü kişinin hak iddiasında bulunmasında, bu halde hak borçlunun nezdinde bulunduğu için, İİK m. 96-97 çerçevesinde işlem yapılır. Bu konuda tereddüt oluşturan bir hal bulunmamaktadır. Asıl problem teşkil edecek husus, anılan gasp iddiasına/iddialarına dayalı dava/davalar görülürken, patent isteme hakkının veya patentten doğan hakkın haczidir. Dolayısıyla, çalışmamızda yer vereceğimiz asıl konu, görülmekte olan gasp davasına konu hakların haczedilmesinde, davanın hacze etkisi olacaktır.

II. PATENT HAKKININ HACİZDE SIRASI

A. Hacizde Tertip İlkesi

Hacizde tertip ilkesi, ölçülülük (oranlılık) ilkesinin¹⁸ icra hukukundaki bir

¹⁷ Bu davalara eşya hukukuna kıyasla istihkak davası deneceği yönünde bkz. Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s. 377.

¹⁸ Ölçülülük ilkesine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Meral Sungurtekin Özkan, “İcra Hukukunda Oranlılık İlkesi”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001, s. 177 vd.; Dilara Yüzer, “Kamu İcra Hukukunda Ölçülülük İlkesi”,

yansımasıdır¹⁹. İcra ve İflas Kanunu m. 85 hacizde tertip ilkesinin ve dolayısıyla ölçülülük ilkesinin icra hukukundaki kanuni dayanağını oluşturmaktadır. Bu sebeple anılan hükmün incelenmesinde büyük yarar vardır.

İİK m. 85/1'de borçlunun tüm malvarlığı değerleri değil; sadece alacaklının alacağına yetecek miktarı haczedilebileceği düzenlenmektedir²⁰. Dolayısıyla, borçlunun borcuna yetecek miktardan fazlasının haczedilmesine kanun cevaz vermemektedir. Anılan hükme aykırılık, yani aşkın ve taşkın şeklindeki haciz²¹, ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla Anayasaya aykırılık teşkil edecektir.

İİK m. 85/2'ye göre haczin gerçekleştirildiği sırada borçlu veya borçlu ile birlikte malı elinde bulunduran kişiler, taşınır mal üzerinde bir hakkın²² bulunduğunu veya taşınır malın bir üçüncü şahıs tarafından haczedildiğini icra memuruna beyan etmeli ve anılan beyanın haciz tutanağına geçirilmesini talep etmelidir. Ayrıca haczi yapan memur da borçluyu ya da borçlu ile birlikte malı elinde bulunduran kişiyi beyanda bulunmaya davet etmek mecburiyetindedir. Bu hüküm bağlamında üstünde hak iddiası bulunan, kesin ya da ihtiyaten haczedilmiş olan malların haczi en sonraya bırakılır. Anılan hükümden haciz işleminin gerçekleştirilmesi kapsamında aslında bir sıranın var olması gerektiği anlaşılmaktadır.

2014, 16, DEÜHFD, s. 4844 dv.; Kudret Aslan, "Hacizde Sıra (Tertip)", 2005, 2, AÜHFD, s. 275 vd.; Muhammet Özekes, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınevi, 2009, s. 207 vd.; M. Kamil Yıldırım, "İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi", 1989, IV (1-3), Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 110 vd.; Aysun Beydola, "Kuzey Kıbrıs Hukukunda İcra İlişkin Hükümlerin Ailenin Korunması Hakkı, Mülkiyet Hakkı Ve Ölçülülük İlkesi Açısından Değerlendirilmesi", 2016, 65(4), AÜHFD, s. 2779 vd.; İbrahim Aşık, İcra Sözleşmeleri, Turhan Kitabevi, 2006, s. 23; Pınar Çiftçi, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Adalet Yayınevi, 2010, s. 125 vd.; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/ Meral Surgurtekin Özkan/ Muhammet Özekes, İcra ve İflas Hukuku, 10. Bası, Yetkin Yayınları, 2012, s. 71 vd.

¹⁹ Özekes, Temel Haklar, s. 212; Yıldırım, s. 107; Aşık, s. 28; Aslan, Hacizde Tertip, s. 280; Murat Atalı/ İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020, s. 200; M. Kâmil Yıldırım/ Nevhis Deren Yıldırım, İcra Hukuku, 5. Baskı, Beta, 2012, s. 158; Abdurrahim Karşlı, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Alternatif, 2014, s. 281; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 71.

²⁰ Anılan hükme benzer düzenleme Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) § 803'de yer almaktadır.

²¹ Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, İcra ve İflas hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020, s. 256.

²² Bu hak (mülkiyet veya rehin hakkı gibi sınırlı bir ayni hak olabilir).

İİK m. 85/3'e göre ise "borçlu borcun ifasına yetecek taşınır mal veya vadesi gelmiş sağlam alacak gösterirse, haczedilmiş taşınmaz üzerindeki haciz baki kalmak üzere önce gösterilen taşınır veya alacak da haczedilebilecektir". Bu hüküm çerçevesinde borçluya şöyle bir imkân tanınmıştır: Borçlu kendisine daha az yük getireceği öngörülen taşınır mal veya alacağını haczettirerek taşınmazın paraya çevrilmesine engel olabilecektir²³.

Hacizden beklenen fayda alacaklının alacağına kavuşması olduğu için, sırf borçluyu taciz etmek için haciz yapılmasının önüne geçilmesi bağlamında İİK m. 85/5 hükmüne kanunda yer verilmiştir²⁴. Anılan hükme göre geliri paraya çevirme giderlerini ve gerektiğinde muhafaza ve idare giderlerini geçmeyeceği kesin olan şeyler haczedilemeyecektir.

Yine İİK m. 85/6'da "haczi gerçekleştiren memurun borçlu ile alacaklının menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle mükellef olduğu" hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm kapsamında icra müdür veya memurunun, haciz işlemini gerçekleştirirken, Anayasa m. 10'daki eşitlik ilkesi çerçevesinde işlem yapması ve taraflara mümkün olduğu kadar eşit mesafede olması gerektiğini; hatta alacaklı ile borçlu arasındaki eşitlerarası ilişkiyi bozmadan, her ikisinin menfaatlerini optimal düzeyde dengeleyecek şekilde tasarrufta bulunması gerektiğini söylemek isabetli olacaktır²⁵. Bir başka ifadeyle, haczi yapan icra müdür veya memuru, alacaklının menfaatlerini, borçlunun menfaatine, borçlunun menfaatlerini alacaklının menfaatlerine üstün tutmamalıdır. Bu çerçevede icra müdür ya da memuru her iki tarafın korunmaya değer menfaatlerini, haklı bir denge ve uygun bir oran içerisinde tutmaya özen göstermelidir²⁶. Cebri icra prosedüründe taraflar (alacaklı-borçlu) arasında kurulması gereken dengenin, bunlardan biri lehine bozulması eşitlik ilkesinin ihlalini oluşturacaktır. İcra müdür veya memurunun haczi gerçekleştirirken gözetmesi gereken menfaat dengesi hususunda arzulanan alacaklı ve borçlunun menfaatleri arasında tam bir dengenin kurulması ise de, önem arz eden İİK m. 85/6 hükmünde de ifade edildiği üzere söz konusu menfaatlerin mümkün olduğu kadar telif edilmesidir. Bu kapsamda haciz işlemi gerçekleştirilirken, ölçülülük ilkesine de uygunluk arz edecek şekilde, yokluğu borçluya en az yük

²³ Aslan, Hacizde Tertip, s. 280.

²⁴ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, İcra, s. 256-257.

²⁵ Benzer yönde bkz. Aslan-Hacizde Tertip, s. 281. Bu hususa ilişkin olarak kişilerin temel haklarını garanti altına alan eşitlik ilkesinin, icra hukukunda borçlu karşısında alacaklıya keyfi olarak imtiyaz tanınmasını önlediği belirtilmektedir (Yıldırım, s. 105).

²⁶ Aslan, Hacizde Tertip, s. 281.

teşkil edecek, haczi ve satılması en kolay olan mallardan hacze başlanması gerekecektir²⁷. Zira haczin gerçekleştirilmesinde bu şekilde hareket edilmesi, hem borçlunun hem de alacaklının menfaatlerini korumaya hizmet edecektir²⁸. Yokluğu borçluya en az yük teşkil edecek mallardan hacze başlanması borçlunun, haczi ve satılması en kolay mallardan hacze başlanması ise, alacaklının menfaatini koruyacaktır.

İİK m. 85'in başlığında «hacizde tertip/sıra» ibaresi yer almamakta, hatta anılan hüküm haczin hangi sıraya göre yapılacağına ilişkin açık ve ayrıntılı bir düzenleme içermemektedir. Fakat yukarıda yer verdiğimiz hükümler birlikte değerlendirildiğinde, haczin gerçekleştirilmesinde, icra müdürü ve memurlarının, ölçülülük ilkesi çerçevesinde, belirli bir sıraya uyması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Hacizde tertip ilkesi, icra müdür veya memurlarının, borçlu ve alacaklıya eşit mesafede durup eşit işlem yaparak, onların menfaatlerini optimal düzeyde dengelemek adına, yokluğu borçluya en az yük teşkil edecek, haczi ve satılması en kolay mallardan hacze başlayarak belirli bir sıraya uyup haciz işlemini gerçekleştirilmesine denir²⁹.

Türk hukuku açısından hacizde tertip ilkesi başlığında bir düzenleme olmasa da anılan ilke, İİK m. 85 kapsamında hukukumuzda yer almaktadır. Alman hukukunda³⁰ da hacizde tertip başlığı altında bir düzenleme yer almamaktadır. Fakat İsviçre hukuku bağlamında hacizde tertip hususu açıkça düzenlenmiştir. İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu (SchKG) Art. 95 “*Reihenfolge der Pfändung*” (hacizde tertip/sıra)” başlığını taşımaktadır.

²⁷ Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 28. Baskı, Yekın Yayınları, 2014, s. 237; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 288; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, İcra, s. 257; Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013, s. 424; Baki Kuru, İstinaf İstemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, Legal Yayınevi, 2016, s. 213; Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Cilt: 1, Evrim Dağıtım, 1988, s. 634; Aslan, Hacizde Tertip, s. 281-282; Atalı/Ermenek/Erdoğan, İcra, s. 200; Karşlı, s. 282-283; Saim Üstündağ, İcra Hukuku Esasları, 8. Bası, Fakülteler Matbaası, 2004, s. 173; Sabri Şakir Ansay, Hukuk İcra ve İflas Usulleri, 5. Bası, İstiklal Matbaası, 1960, s. 75; Mustafa Reşit Belgesay, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 2. Bası, Sucuoğlu Matbaası, 1948, s. 248.

²⁸ Aslan, Hacizde Tertip, s. 282.

²⁹ Diğer tanımlamalar için bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, İcra, s. 257; Aslan, Hacizde Tertip, s. 283; Atalı/Ermenek/Erdoğan, İcra, s. 200-201; Kuru, El Kitabı, s. 424; Kuru, İcra, s. 213; Kuru, Cilt 1, s. 634. Doktrinde bir görüşe göre kanun hacizde icra memurunun gözetmek zorunda olduğu bazı sıra ve kurallar kabul etmiştir (Burhan Gürdoğan, İcra Hukuku Dersleri, Ajans Türk Matbaası, 1970, s.74).

³⁰ Hacizde sıra, müşterek hukukta mevcuttu ve bu husus, sonradan sadece İsviçre icra hukukuna intikal etmişken Alman icra hukuku intikal etmedi (Üstündağ, İcra, s.173, dn.510).

SchKG Art. 95'te borçlunun mallarının hangi sıraya göre haczedilebileceği belirtilmektedir.

B. Patent İsteme Hakkının veya Patent Hacı Yapılırken İzlenecek Sıra

1. Genel Olarak Haciz Yapılırken İzlenecek Sıra

İsviçre hukukunun (SchKG Art. 95) aksine Türk hukuku bağlamında (İİK m. 85) haciz yapılırken hangi sıranın izleneceği hususunda açık ve ayrıntılı düzenleme içeren bir hüküm söz konusu değildir. Görüleceği üzere İİK m.85'te haczin hangi sıraya göre gerçekleştirileceğine ilişkin olarak açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu kapsamda İİK m.85/2'de sadece üçüncü şahıs tarafından ihtiyaten haczedilen mallarla istihkak iddia edilmiş bulunan malların haczinin, en sona bırakılacağı ifade edilmiştir. Fakat, borçlunun mallarının (taşınır ve taşınmaz), alacaklarının ve diğer haklarının, yani gayri maddi mallar üzerindeki haklarının ve dolayısıyla patent hakkının hangi sıraya göre haczedileceği bağlamında Kanun'da açık ve ayrıntılı bir hüküm bulunmamaktadır. Tüm bu hususlar dikkate alındığında hacizde izlenecek sıra konusunda, haczi gerçekleştirecek olan icra müdür veya memurlarına İİK m. 85/6 çerçevesinde yetki verildiği ifade edilebilir³¹.

İsviçre hukuku bağlamında SchKG Art. 95'te haczin hangi sıraya göre yapılacağı hususu açıkça düzenlenmiştir. İcra memuru kural olarak haczi gerçekleştirirken Art. 95'teki sıraya uyacaktır; ancak şartlar icap ettiriyorsa veya alacaklı ve borçlu birlikte talep etmişse ya da her iki tarafın menfaatinin gerektirdiği hallerde, kanundaki sıradan sapabilir³² (SchKG Art. 95/4-5). SchKG Art. 95'te İsviçre kanun koyucusunun öngördüğü sıra şu şekildedir: İlk olarak alacaklar da dahil olmak üzere taşınır mallar ve kısmen haczi caiz olan gelirler (SchKG m.93) haczedilir. Ancak bu mal ve haklar haczedilirken günlük hayatta tedavülü kolay olan şeyler öncelikle haczedilmelidir; bununla birlikte belirtilen şeyler haczedilirken borçlu için daha önemli olan şeyler, daha sonra haczedilmelidir (SchKG m. 95/1)³³. Taşınmaz mallar ise, ancak

³¹ Aslan-Hacizde Tertip, s. 285.

³² Kurt Amonn/Dominik Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, sechste Auflage, Stämpfli & Cie, 1997, s. 157; Spühler, Karl/Pfister, Susanne B., Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I., zweite Auflage, Schulthess Juristische Medien, 1999, s. 138; Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 159; Aslan, Hacizde Tertip, s. 285.

³³ Haciz sırasının tespitinde hacze konu olan şeyin borçlu açısından önemi ve paraya çevrilmesinin kolaylığı dikkate alınmaktadır (Spühler/Pfister, s.138; Amonn/Gasser, s. 157)

taşınır malların alacağı karşılığa yetmemesi halinde haczedilebilir (SchKG m.95/2). İhtiyaten haczedilmiş bulunan ya da borçlunun üçüncü bir kişiye ait olduğunu bildirdiği veya üçüncü kişi tarafından hak iddia edilen malvarlığı değerleri ise, en son olarak haczedilir (SchKG m.95/3).

Türk hukuku açısından İİK m. 85'te SchKG Art. 95'te olduğu gibi açık bir düzenleme bulunmamakla beraber, yukarıda ifade ettiğimiz üzere İİK m. 85 bir bütün olarak değerlendirildiğinde haciz gerçekleştirilirken icra müdür veya memurlarının belirli bir sıraya uyması gerektiği kabul edilmektedir. Doktrinde İİK m. 85 hükmü de göz önüne alınarak haczin gerçekleşme sırası hususunda, öncelikle borçlunun çekişmesiz mallarının haczedileceği (İİK m. 85/2 mefhumu muhalifinden); çekişmesiz malların alacağı karşılığa yetmemesi halinde ise, çekişmeli malların haczedileceği belirtilmektedir³⁴. Ancak çekişmesiz malların ve çekişmeli malların haczinin de kendi içerisinde bir sırasının bulunması gerekecektir. Örneğin, çekişmeli taşınırlar ve taşınmazlardan hangisinin daha önce haczedileceğinin de belirlenmesi gerekir. Bu konuya ilişkin açıklamalara aşağıda yer verilecektir³⁵.

2. Patent İsteme Hakkının veya Patentin Hacinde Sıra

a. Patent İsteme Hakkının veya Patentin Gaspı Yönünde Bir İddianın Bulunmaması (Çekişme Bulunmaması Halinde)

Borçlu tarafından başkasına ait olduğu bildirilen veya üçüncü bir kişi tarafından üzerinde istihkak iddiasında bulunulmuş olan mallara borçlunun çekişmeli malları; bunların haricindeki mallara da borçlunun çekişmesiz malları denilmektedir³⁶. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, patent isteme hakkının ve patentin gaspı söz konusu değilse, bir başka ifadeyle bu yönde bir iddia olmaksızın (ve gasp davası açılmaksızın), anılan haklar haczedilmişse, çekişmesiz haktan söz edilir. Bu sebeple çekişmesiz hakların hacinde sıra

³⁴ Aslan, Hacizde Tertip, s. 287; Kuru, El Kitabı, s. 425; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, İcra, s. 257-258; Kuru/Arslan/Yılmaz, İcra, s. 237-238; Kuru, İcra, s. 213-214; Kuru, Cilt 1, s. 634-635; Ansay, İcra, s. 74-75; Atalı/Ermenek/Erdoğan, İcra, s. 201-202; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 288; Karlı, s. 282; Timuçin Muşul, İcra ve İflas Hukuku, Cilt: 1, Adalet Yayınevi, 2013, s. 318; Timuçin Muşul, İcra ve İflas Hukuku Esasları, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015, s. 517.

³⁵ Bkz. a.ş. B, II,2.

³⁶ Kuru, Cilt 1, s. 634; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 288; Kuru/Arslan/Yılmaz, İcra, s. 238; Aslan, Hacizde Tertip, s. 301; Kuru, El Kitabı, s. 425; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, İcra, s. 257; Kuru, İcra, s. 213; Atalı/Ermenek/Erdoğan, İcra, s. 201; Karlı, s. 282.

bağlamında patent isteme hakkının ve patentten doğan hakkın hangi sırada haczedileceğinin ortaya koyulması gerekmektedir.

Doktrinde çekişmesiz hakların haczinde sıraya ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Doktrinde ileri sürülen bir görüş³⁷ göre borçlunun çekişmesiz mallarından öncelikle taşınır malları; taşınır malların tutarı takip konusu alacağı karşılamaya yetmezse taşınmaz mallar haczedilmelidir. Bir başka görüş³⁸ göre ise borçlunun taşınır ve taşınmaz mallarının haczinde herhangi bir sıra sorunu bulunmamakta; bu sebeple taşınmaz mallar taşınır mallardan önce de haczedilebilir.

Taşınır-taşınmaz malların haczinde sıraya ilişkin bu şekilde görüş ileri sürülürken, gayri maddi mallar üzerindeki hakların ve dolayısıyla patent hakkının haczinde sıranın ne olacağını konusunda da doktrinden ileri sürülen bir görüş bulunmaktadır³⁹. Anılan görüşe göre, somut olayın şartlarına göre patent hakkının haczedilebileceği sonucuna varılması halinde, patent hakkı İİK m. 106/2'nin kıyasen uygulanması neticesinde taşınır olarak kabul etmekte ve İİK m. 85/6 çerçevesinde hacizde tertip ilkesi gereğince, diğer taşınır eşyaların tutarının takip konusu alacağı karşılamaması halinde anılan hakkın haczi gündeme gelecektir. Ayrıca paraya çevirme usulünün doğrudan İİK'da düzenlenmeyip İİK m. 121 çerçevesinde gerçekleştirilecek olması ve bu kapsamda icra mahkemesine başvurulup, devamında değer tespiti için bilirkişi incelemesi yaptırılması nedeniyle satış işleminin uzun sürebilecek olması ve önemli bir ekonomik bir değer içererek borçlunun geçimi için büyük önem arz etmesi sebebiyle diğer taşınır mallardan sonra haczedilmesinin yerinde olacağı da ileri sürülmektedir⁴⁰

Sadece taşınır- taşınmazların haczinde sıra açısından değil, genel olarak

³⁷ Kuru, Cilt 1, s. 634; Kemal Arar, İcra ve İflâs Hükümleri, C. I, İdeal Matbaa, 1944, s.198; Necmettin M. Berkin, İcra Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Hamle Matbaası, 1969, s. 230; Ansay, İcra, s. 75; Ögütçü, A.Tahir/Çitoğlu, Ali, Uygulamalı İcra ve İflâs Kanunu, C.I, Garanti Basım, 1977, s. 468; Muşul, Esaslar, s. 517-518; Muşul, Cilt 1, s. 318-319; Aslan, Hacizde Tertip, s. 290; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 288; Kuru/Arslan/Yılmaz, İcra, s. 238; Kuru, El Kitabı, s. 425; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, İcra, s. 257; Kuru, İcra, s. 213; Atalı/Ermenek/Erdoğan, İcra, s. 201; Karşlı, s. 282.

³⁸ Talih Uyar, İcra Hukukunda Haciz, 2. Baskı, Manisa 1990, s. 232; İlhan E. Postacıoğlu, İcra Hukuku Esasları, 4.Bası, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 305; Senai Olgaç, İcra-İflâs C.I-II, Olgaç Matbaası, 1978, s.756.

³⁹ Nur Bolayır, "Fikri Mülkiyet Haklarında Cebri İcra Sistemi", 2014, I, Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 2531.

⁴⁰ Bolayır, s. 2527.

taşınır-taşınmaz, alacak, gayri maddi mallar üzerindeki haklar ve bu kapsamda patent hakkının haczinde sıranın nasıl olması gerektiği hususunda görüşümüz şu şekildedir:

İİK m. 85/6 çerçevesinde haczi gerçekleştiren icra müdürünün alacaklı ve borçlunun menfaatlerini optimal düzeyde dengeleyecek şekilde bir sıraya uyması gerekecektir. Bu sebeple yukarıda da ifade ettiğimiz üzere⁴¹, ilk önce yokluğu borçluya en az yük teşkil edecek, haczi ve satılması en kolay olan malların haczinin yapılması gerekecektir. Her somut olayın özelliği bağlamında icra müdürünün takdir yetkisini kullanarak bir sıraya uyması gerekecektir. Ancak icra müdürü takdir yetkisini kullanırken keyfi davranışlardan uzak durmalıdır. Bu sebeple yukarıda ilk görüşün ifade ettiği gibi icra müdürünün, borçlunun borcuna yetecek miktarda taşınır malı bulunur ve bu malın yokluğu borçluya daha az yük teşkil edip haczi ve satışı taşınmazından daha kolay olacağı için öncelikle borçlunun taşınır malını haczetmesi gerekir⁴². Buna karşılık icra müdürü borçlunun taşınmaz malını haczederse⁴³, İİK m. 85/6 hükmüne aykırı bir durum ortaya çıkacaktır⁴⁴. Normal şartlar altında taşınırların haczi ve satışı, taşınmazlara göre daha kolay ve hızlı olduğu için, taşınırların önce haczi alacaklının ve borçlunun da menfaatine olacaktır. Durum bu şekilde olmakla birlikte, somut olayın özellikleri bağlamında, taşınmazın taşınırdan önce haczi, borçluya daha az yük teşkil etmesi söz konusu ise, taşınmaz taşınırdan önce de haczedilebilir⁴⁵.

⁴¹ Bkz. yuk. B, II,1.

⁴² Bu kapsamda alacaklıların hacizde sırasına da değinmekte fayda vardır. Borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağı İİK m. 106/2 kapsamında taşınır hükmündedir. Bu nedenle, somut olayın şartları bağlamında borçlunun üçüncü kişilerdeki alacaklarının da taşınmaz mallardan daha önce haczedilmesi gerekir (Kuru, Cilt 1 s. 634; Kuru, El Kitabı, s. 425; Atalı/Ermenek/Erdoğan, İcra, s. 201; Kuru, İcra, s. 214; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, İcra, s. 258; Kuru/Arslan/Yılmaz, İcra, s. 238; Ansay, İcra, s. 75). Borçlunun üçüncü kişide bulunan alacağı ile taşınır mallarından hangisinin daha önce haczedilmesi hususunda ise, yukarıda yer verdiğimiz kriterler çerçevesinde icra müdürü bir sıra belirleyecektir. Bir başka ifadeyle, icra müdürü, alacak ve taşınır mallardan hangisinin yokluğu borçluya daha az yük teşkil edecek, satılması ve muhafazası daha kolay ise, o taşınır veya alacağın daha önce haczetmesi gerekecektir (Aslan, Hacizde Tertip, s. 296).

⁴³ Ancak somut olayın özelliklerine göre taşınmazın taşınırdan önce haczedilmesi de mümkündür (buna ilişkin açıklamalar için bkz. Aslan, Hacizde Tertip, s. 290-291).

⁴⁴ Taşınır bir malın haczedilerek borçluya daha az zarar verilmesi suretiyle alacaklının tatmin edilmesi mümkünken taşınmazın haczi yoluna gidilmesi hem borçlunun daha fazla zarara uğraması hem de alacaklının alacağını daha geç elde etmesine neden olacaktır (Aslan, Hacizde Tertip, s. 290). İcra müdürünün bu tarz bir işlemine karşı, işlemin öğrenilmesinden itibaren 7 gün içinde icra mahkemesine şikâyet yoluna gidilebilecektir.

⁴⁵ Alacak tutarının çok yüksek olduğu, borçluya ait taşınır malların değerinin çok düşük ve ala-

İşte tüm bu anlatılanlar çerçevesinde, somut olayın özelliklerine göre paten isteme hakkı ve patentten doğan hakkın haczi taşınır-taşınmazlardan önce olabileceği gibi sonra da olabilir. Bir başka ifadeyle, patent isteme hakkı ve patentin hacizde sırası, tamamıyla borçlunun ve alacaklarının menfaatlerinin dengelenmesine göre belirlenecektir. Örneğin borçlunun, 150.000 TL'lik borcu bulunmakla birlikte, 300.000 TL'lik otomobili, 500.000 TL değerinde patent isteme hakkı veya patent ile 2.500.000 TL'lik bir dükkânı vardır. Somut olayın koşulları bağlamında borçlu için yokluğu en az yük teşkil edecek olan malvarlığı değerleri sıralanacak olursa otomobil, patent isteme hakkı ve patentten doğan hak ve dükkândır. Hatta, duruma göre dükkân ile patent isteme hakkı ve patentten doğan hak yer bile değiştirebilir. Dükkân ile patent isteme hakkı ve patentten doğan hakka göre otomobilin sonradan yerine koyulması borçlu açısından; haczi ve satışı da alacaklı açısından daha kolaydır. Ancak dükkânın patent isteme hakkı ve patentten doğan hakka göre önce veya sonra haczi tamamıyla somut olayın koşullarına göre belirlenecektir. Patent isteme hakkının ve patentten doğan hakkın ortaya çıkış süreci ve ekonomik değeri, borçlu açısından yokluğun teşkil edeceği yük ile taşınmazın/dükkânın yokluğunun borçlu açısından teşkil edeceği yük; her iki malvarlığı değerinin haczi ve satışının alacaklı açısından kolaylığı göz önünde alınarak hacizde sırasının belirlenmesi isabetli olacaktır.

Öte yandan patent hakkının haczine ve satışına ilişkin olarak İİK'da düzenleme olmaması, özellikle satışın İİK m. 120'ye göre yapılacak olması ve bu çerçevede, önce icra mahkemesine başvurulup, sonrasında değer tespiti için bilirkişi incelemesi yaptırılması sebebiyle satış işleminin uzun sürebilecek olması nedeniyle patent isteme hakkının ve patentin haczinin sonraya bırakılması alacaklı ve borçlunun menfaatlerine uygun olacaktır. Bu çerçevede, patent isteme hakkı ve patent taşınır- taşınmazdan önce haczedilebileceği gibi⁴⁶, bunlardan sonra da⁴⁷ haczedilebilir.

cağın ancak çok küçük bir bölümünü karşılayabilecek nitelikte olduğu hallerde; bir taşınmazın haczi suretiyle alacağın tamamının karşılanması mümkünse, anılan taşınmaz taşınırdan önce haczedilebilmelidir (Aslan, Hacizde Tertip, s. 290).

⁴⁶ Örneğin borçlunun herhangi bir taşınır-taşınmaz malı veya alacağının bulunmaması halinde alacaklı alacağının tahsil edilebilmesi için mecburen patent isteme hakkı ve patentin haczettirip paraya çevirtecektir. Yine patent isteme hakkı ve patentin önemli bir ekonomik bir değer içererek borçlunun geçimi için büyük önem arz etmesi sebebiyle haczi sonraya bırakılabilir (Bolayır, s. 2527).

⁴⁷ Örneğin gizli patentin (SMK m. 124) söz konusu olması durumunda, borçlunun öncelikle diğer malvarlığı haklarının (taşınır mal, alacak, taşınmaz mallarının) haczedilip satılması yoluna gidilmeli; gizli patent isteme hakkı veya gizli patentten doğan hakkının haczi sona

b. Patent İsteme Hakkının veya Patentin Gaspı Yönünde Bir İddianın Bulunması (Çekişme Bulunması Halinde)

Borçlunun başkasına ait olduğunu bildirdiği veya üçüncü bir kişi tarafından üzerinde istihkak iddiasında bulunulan mallara borçlunun çekişmeli malları denilmektedir⁴⁸. Patent isteme hakkı ve patentin gasp edildiği yönündeki iddia da istihkak iddiası olduğu için, üzerinde bu yönde bir iddia bulunan malların hacizde sırasının ne olacağına da tespiti gerekir.

İİK m. 85/2'ye göre haczin gerçekleştirildiği sırada borçlu veya borçlu ile birlikte malı elinde bulunduran kişiler, taşınır mal üzerinde bir hakkın bulunduğunu veya taşınır malın bir üçüncü şahıs tarafından haczedildiğini icra memuruna beyan etmeli ve anılan beyanının haciz tutanağına geçirilmesini talep etmelidir⁴⁹. Ayrıca haczi yapan memur da borçluyu ya da borçlu ile birlikte malı elinde bulunduran kişiyi beyanda bulunmaya davet etmek mecburiyetindedir. Ayrıca anılan hükme göre üstünde hak iddiası (istihkak iddiası) veya haciz bulunan mallar ile üçüncü şahıs tarafından ihtiyaten haczedilen malların haczi en sonraya bırakılır.

İİK m. 85/2 hükmü (özellikle son cümle) dikkate alınarak borçlunun önce çekişmesiz malları, bunların satış bedelinin alacağı karşılığa yetmemesi halinde ise çekişmeli malların haczedileceği, çekişmeli malların da kendi içerisinde bir sıraya göre haczedilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁰.

İİK m. 85/2'de hem çekişmeli, yani istihkak iddiasında bulunmuş malların hem de önceden (icrai) kesin veya ihtiyaten haczettirilmiş bulunan malların haczinin en sona bırakılacağı düzenlenmişse de hangi malın daha önce

bırakılmalıdır.

⁴⁸ Çekişmeli malların, borçlunun başkasına ait olduğunu bildirdiği veya üçüncü şahıs tarafından üzerine ihtiyati haciz koydurulmuş yahut istihkak iddiasında bulunmuş olan mallar olduğu yönünde bkz. Berkin, İcra, s. 230.

⁴⁹ Burada sözü edilen hak mülkiyet veya rehin hakkı gibi sınırlı bir aynı hak olabilir. Anılan düzenleme istihkak iddiasına konu olabilecek haklar bakımından tahdidi değil tadadi bir nitelik taşımaktadır (istihkak iddiası kapsamında yer alacak haklara ilişkin olarak hacizde istihkak iddiasına yönelik açıklamalar için bkz. aşa. C, D). İsviçre hukukunda ise sadece ihtiyaten haczedilen malların, borçlunun üçüncü kişiye ait olduğunu ileri sürdüğü ya da üçüncü kişinin üzerinde hak iddia ettiği malların en son olarak haczedileceği düzenlenmiş (SchKG Art. 95/3) olmakla birlikte, üçüncü kişinin istihkak iddiasına konu yaptığı hakkın ne olduğu açıkça ifade edilmemiştir.

⁵⁰ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 288; Kuru, El Kitabı, s. 425; Kuru, Cilt 1 s. 635; Atal/Ermenek/Erdoğan, İcra, s. 201; Kuru, İcra, s. 214; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, İcra, s. 257; Kuru/Arslan/Yılmaz, İcra, s. 238.

haczedileceği konusunda bir belirleme yapılmamıştır. Patent isteme hakkına ve patente ilişkin gaspı iddiasının bulunması halinde, bunlar, çekişmeli, yani üzerinde istihkak iddiası bulunan mallar kapsamına dahil olduğu için çekişmeli malların hem kesin veya ihtiyaten haczedilen mallar karşısında sırası hem de kendi içlerinde sırasının belirlenmesi gerekir. Bu kapsamda öncelikli olarak istihkak iddiasında bulunmuş olan mallar ile haczedilmiş olan malların hacizde sırasının tespitinin yapılması gerekir.

Bu hususta doktrinde bir görüşe⁵¹ göre, istihkak davasının kazanması halinde, alacaklının alacağına karşılık bir şey alamayacağı için istihkak iddiasında bulunan kişinin hakları öne geçer. Fakat ihtiyaten haczedilmiş mala kıymet takdir edilirken ihtiyatî haciz alacaklısının alacağı hesaba katılır ve o malın takdir edilen kıymeti yeterli olduğu sürece, haczi, daima meşru bir menfaati ciddi olarak tehdit etmez. Doktrinde diğer bir görüşe⁵² göre ise, ihtiyaten haczedilmiş mallar, istihkak iddia olunmuş mallardan önce haczedilmelidir; zira ihtiyaten haczedilmiş mallar üzerinde, istihkak iddiasında bulunulan mallardaki gibi bir uyumsuzluk/çekişme bulunmamakta; ihtiyaten haczedilmiş malın, borçluya ait olduğu hususunda çözümü gereken bir sorun bulunmamaktadır. İstihkak iddiası açısından malın borçluya ait olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Bu konuda bir belirlemenin yapılması ise uygulanacak olan prosedür nedeniyle (istihkak iddiası ve istihkak davası) uzun zaman alacaktır. Hatta istihkak iddiasının konusunu mülkiyet hakkının oluşturması ve istihkak prosedürü neticesinde malın üçüncü kişiye ait olduğunun tespit edilmesi durumunda alacaklının alacağını alması söz konusu olmayacaktır. Ancak ihtiyaten haczedilmiş mallar bağlamında aynı şeyin söylenmesi mümkün değildir. Bir başka ifadeyle, ihtiyaten haczedilen mala kesin haciz uygulanması halinde, kesin haciz sahibi alacaklının alacağını, kısmen veya tamamen elde etmesi mümkündür. Tüm bu anlatılanlar çerçevesinde ihtiyaten haczedilecek malın, istihkak iddiasında bulunmuş olan maldan önce haczedilmesi gerektiği yönündeki ikinci görüşe katılmaktayız. Ancak, ihtiyaten haczedilen malın, haczedilip satılması üzerine alacaklı alacağını tam olarak alamamışsa, alacaklı artık istihkak iddia edilen malın da haczedilmesini isteyebilecektir. Bunun haricinde, yukarıda ifade edildiği üzere, çekişmesiz mallar alacağı karşılamıyorsa artık bu durumda da istihkak iddia edilen malların haczi söz konusu olacaktır. Konumuz açısından durumu değerlendirecek olursak; patent isteme hakkı ve patent üzerinde gaspa

⁵¹ Belgesay, İcra, s. 248.

⁵² Aslan, Hacizde Tertip, s. 305-306.

yönelik bir istihkak iddiasının bulunması halinde, patent isteme hakkının ve patentin haczi, ihtiyaten haczedilen diğer mallardan sonra gerçekleşecektir.

Bu kısımda yer verilmesi gereken diğer husus ise, birden fazla çekişmeli/istihkak iddiası bulunulan malın haczi söz konusu olursa bunlardan hangisinin önce haczedileceğidir. Bu konuya ilişkin olarak doktrinde ikili bir ayırım yapılarak çözüm getirilmiştir⁵³. Dolayısıyla, birden fazla mal üzerinde istihkak iddiasına konu olan haklar aynı nitelikte ise, bu mallardan hangisinin haczedileceğine somut olayın özelliklerini dikkate alarak İİK m. 85/6 bağlamında icra müdürü karar verecektir. Fakat mallar üzerindeki istihkak iddiasına konu olan hakların farklı nitelikteki haklar (mülkiyet ve rehin⁵⁴) olması durumunda, haczi tamamen olanaksız kılan hakın (mülkiyet iddiasının) ileri sürüldüğü mal, haczi tamamen olanaksız kılmayıp sınırlandıran ve bu sebeple hacizle birlikte dikkate alınması gereken bir hakkın (rehin iddiası) ileri sürüldüğü maldan, sonra haczedilmelidir.

Patent isteme hakkı ve patente yönelik istihkak iddiasının konusunu, “hak sahipliği” iddiası oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar üzerinde hak sahipliğine yönelik iddianın konusunu mülkiyet hakkı oluştururken, gayri maddi mallar üzerindeki hak sahipliğine ilişkin hak, mülkiyet hakkı dışında bir mutlak haktır. Dolayısıyla, bunların haczinde sırası, mülkiyet iddiasına konu olan malların haczindeki sırayla aynı olmalıdır. Yani, borçlunun bir taşınır veya taşınmaz malı üzerinde mülkiyet iddiasının, patent isteme hakkına veya patente yönelik gasp iddiasının istihkak iddiasına konu olması durumunda, bunlardan hangisinin önce haczedileceğine İİK m. 85/6 çerçevesinde bizzat icra müdürü karar vermelidir. Zira, taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet ile patent isteme hakkı ve patent üzerinde gasp iddiası niteliği bağlamında aynı nitelikteki haklardır. Bunun haricinde, patent isteme hakkı ve patent üzerinde gasp iddiası varken; borçlunun başka malları üzerinde, rehin hakkına yönelik bir istihkak iddiası söz konusuysa, patent isteme hakkı ve patentin haczi sona bırakılmalıdır. Zira patent isteme hakkı veya patentin haczinde, gaspa yönelik istihkak iddiası ileri sürülür, istihkak davası açılır ve dava üçüncü kişi lehine sonuçlanırsa⁵⁵, patent isteme hakkı veya patentin üzerindeki haciz kalkacaktır. Fakat rehne yönelik olarak istihkak prosedürü işlerlik kazanıp, bunun sonunda üçüncü kişinin rehin hakkı sahibi olduğu

⁵³ Bkz. Aslan, Hacizde Tertip, s. 306-307.

⁵⁴ Örneğin, bir mal üzerinde mülkiyet iddiası varken diğeri üzerinde rehin iddiası olabilir.

⁵⁵ Bkz. a.Şa. C ,I.

tespit edilirse, haciz rehinle sınırlandırılmış olmakla birlikte varlığını devam ettirir.

III. PATENT HAKKINA İLİŞKİN İSTİHKAK İDDİASININ HACZE ETKİSİ

A. Haciz Sırasında ve Sonradan İstihkak İddiasının İleri Sürülmesi Halinde

TÜRKPATENT nezdinde patent isteme hakkının veya patentin sahibi konumunda bulunan kişinin borcundan dolayı, anılan hakların haczi mümkündür. Bu sebeple, borçluya ait olduğu iddiasıyla, patent isteme hakkı veya patentin haczedilmesi halinde, üçüncü bir kişi istihkak iddiasında bulunursa, İİK 96 vd. hükümleri çerçevesinde hacizde istihkak prosedürünün işlerlik kazanıp kazanmayacağına tespiti gerekir.

İİK m. 96'da bir "mal" üzerindeki mülkiyet ve rehin hakkından söz edildiği için, lâfzî yorum yoluyla gayri maddi mallar üzerindeki hakların bu kapsamda yer almadığı söylenebilir. Zira ancak bir malın haczedilmesi halinde, anılan mal üzerindeki mülkiyet veya rehin hakkına dayanılarak istihkak iddiasında bulunulabileceği düşünülebilir. Bu sebeple, İİK m. 96'da yer verilen "mal" kavramının kapsamına nelerin dâhil olduğunun tespiti bağlamında değerlendirme yapılması gerekir.

İİK m. 96'da yer alan "mal" kavramının kapsamına taşınır ve taşınmaz mallarını girdiği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Borçlunun maddi varlığa sahip taşınır ve taşınmaz mallarının haczedilmesi durumunda, istihkak iddiası ileri sürülürse, İİK m. 96 vd. çerçevesinde istihkak prosedürü işlerlik kazanacaktır. Fakat maddi varlığı bulunmayan gayri maddi malların ve bu kapsamda patent isteme hakkı ve patentin haczinde, *doğrudan* böyle bir sonuca varmak kolay değildir. Ancak, anılan hükümde her ne kadar «mal» tabiri kullanılmış olsa da haczedilebilen ve devredilebilen nitelikte olan gayri maddi mallar üzerindeki haklar ve dolayısıyla patent hakkına (SMK m. 148/1) ilişkin olarak hacizde istihkak prosedürü işlerlik kazanacaktır⁵⁶. Bir başka ifadeyle, eğer bir hak haczedilebiliyorsa, anılan hakka ilişkin olarak istihkak iddiası ileri sürülebilir ve buna ilişkin olarak istihkak prosedürü de işlerlik

⁵⁶ Kudret Aslan, Hacizde İstihkak Davaları, Turhan Kitabevi, 2005, s.108. Alacaklar açısından istihkak prosedürünün işlerlik kazanacağı yönünde bkz., Postacıoğlu, s. 351; Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer, İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 464-465. SchKG Art. 108 ve Art. 109'da alacakların ve başka hakların belirli koşulları taşınması halinde istihkak davasına konu olacağı ifade edilmiştir.

kazanabilir; buna engel bir durum bulunmamaktadır. Bu sebeple hükümde yer alan “mal” tabirinin düzeltim tabi tutularak maddi varlığı bulunmayan gayri maddi malları ve alacakları da kapsayacak bir düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Bu açıklamalar ışığında patent isteme hakkı ve patentin haczi durumunda, üçüncü kişinin, gerçek hak sahibinin kendisi olduğu iddiasıyla, hacizde istihkak iddiasında bulunabileceğini söyleyebiliriz. Ancak üçüncü kişi tarafından ileri sürülen istihkak iddiası açısından İİK m. 96-97'nin mi yoksa İİK m. 99'un mu uygulanacağı hususunda bir belirleme yapılması gerekir. Bir başka ifadeyle, gayri maddi mallar üzerindeki haklardan olan patent isteme hakkı ve patentten doğan hakkın kimin elinde bulunduğuna göre anılan hükümlerden birisi işlerlik kazanacaktır. Bu konuya ilişkin olarak doktrindeki yaklaşım şu şekildedir: Taşınır ve taşınmaz mallar gibi cismani/maddi varlığı bulunmayan alacak ve diğer hakların istihkak iddiası bağlamında elde bulundurulması üzerinde durulması gerekir. Maddi varlığı bulunmayan alacak ve diğer hakların, taşınırlar gibi üzerinde zilyetlik (fiili hâkimiyet) kurulması ve bu kapsamda elde bulundurulması mümkün değildir⁵⁷. Bu hakların kimin elinde bulunduğunun tespiti için dikkate alınması gereken ölçüt fiilen tasarruf edebilme imkânıdır. Bir başka ifadeyle, alacak ve diğer haklar açısından elde bulundurma, alacak ve diğer haklar üzerinde fiilen tasarruf edebilme imkanına göre tespit edilecektir⁵⁸. İsviçre hukukunda SchKG Art. 107/1-b.2'ye göre, alacak ve diğer haklar açısından borçlunun hak sahipliği üçüncü kişinin hak sahipliğinden daha muhtemel ise, alacaklı ve borçlu üçüncü kişinin istihkak iddiasına icra dairesinde itiraz edebileceği düzenlenmiştir. Anılan hüküm bağlamında, alacak ve diğer haklar bağlamında borçlunun hak sahipliği, üçüncü kişiye göre daha muhtemel görünüyorsa, anılan haklar borçlunun elinde kabul edilmektedir. Ancak SchKG Art. 108/1-b.2'ye göre alacak ve başka haklar açısından üçüncü kişinin hak sahipliği borçlunun hak sahipliğinden daha muhtemel ise alacaklı ve borçlu üçüncü kişiye karşı istihkak iddiasının kaldırılması için dava açabilir. Bu hüküm bağlamında da alacak ve diğer haklar bağlamında üçüncü kişinin hak sahipliği borçluya göre daha muhtemel görünüyorsa, anılan haklar üçüncü kişinin elinde kabul edilmektedir. Her ne kadar İİK'da alacak ve diğer haklar bağlamında SchKG

⁵⁷ Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1-158 SchKG, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010, s. 1012-1013; Aslan, İstihkak, s. 261-262.

⁵⁸ Üstündağ, İcra, s. 211; Talih Uyar, “İcra Hukukunda İstihkak İddiaları”, 1976, 1, ABD, s. 41; Talih Uyar, “Hacizden Doğan İstihkak İddiaları”, 1985, 7-9, İBD, s. 561.

Art. 107-108 gibi açık düzenlemeler yer almasa da, SchKG Art. 107-108 hükümleri, alacak ve diğer haklar dışında İİK m. 96-97 ve m. 99 hükümlerine paralel düzenlemeler içermektedir. Sonuç itibarıyla hukukumuz açısından İİK'da yapılacak değişikliklerle SchKG Art. 107-108'deki düzenlemelere benzer hükümlerin eklenmesi isabetli olacaktır. Fakat, bu yönde bir düzenleme yapılana kadar alacak ve diğer hakları elinde bulundurma açısından İsviçre hukukunda var olan kıstası kabul etmek yerinde bir yaklaşım tarzı olacaktır⁵⁹. İnceleme konumuza dönecek olursak, patent isteme hakkı ve patentin haczi durumunda, üçüncü kişinin gerçek hak sahibinin kendisi olduğu iddiasıyla⁶⁰, hacizde istihkak iddiasında bulunması durumunda İİK m. 96-97 hükümleri işlerlik kazanacaktır. Elde bulundurma kavramı bağlamında yapılan ayırım çerçevesinde, patent isteme hakkı ve patentin elde bulundurulması, TÜRK PATENT nezdinde hak sahipliğine göre belirleneceği için, üçüncü kişinin anılan hakları elinde bulundurduğundan söz etmek mümkün değildir. Bir başka ifadeyle TÜRK PATENT nezdinde borçlunun hak sahipliği üçüncü kişinin hak sahipliğine göre çok daha muhtemel olmakla birlikte, borçlunun patent isteme hakkı ve patent üzerinde fiilen tasarruf edebilme imkânı da bulunmaktadır. Bu sebeple, hacizde istihkak prosedürü çerçevesinde patent isteme hakkını ve patenti borçlunun nezdinde olması (kanuni tabirle elinde bulundurması⁶¹) sebebiyle İİK m. 96-97 uygulanacaktır; İİK m. 99

⁵⁹ Aynı yönde bkz. Selahattin Sulhi Tekinay, Hacizden Mütevellit İstihkak Davaları, Öğur Matbaası, 1953, s. 49; Aslan, İstihkak, s. 262.

⁶⁰ İİK m. 96 bağlamında istihkak iddiasının konusu, sadece mülkiyet hakkı ve diğer sınırlı aynı haklar değildir. Hacz edilen şeyler üzerindeki diğer haklar da istihkak iddiasına konu olabilir. Dolayısıyla kanundaki sayma tadadidir. Bu sebeple mülkiyet ve rehin hakkı dışındaki irtifak, intifa, oturma ve hapis hakkı gibi diğer sınırlı aynı haklar ile tapuya şer verilmiş önalm, geri alım ve alım hakları da iddianın ve davanın konusunu oluşturabilirler (Kuru, El Kitabı, s. 543-544; Üstündağ, İcra, s. 205; Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku, Cilt 2, Evrim Dağıtım, 1990, s. 1145; Uyar, İddialar, s. 43; Kuru/Arslan/Yılmaz, İcra, s. 298-299; Kuru, İcra, s. 267-268; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, İcra, s. 311-312; Aslan, İstihkak, s. 102; Postacıoğlu, s. 378, dn. 3; Gürdoğan, s. 94; Postacıoğlu/Altay, s. 462 dn. 3; Karşı, s. 302; Pekcanitez/Atalaz/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 324; Atalı/Ermenek/Erdoğan, İcra, s. 258; Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 179; Muşul, Cilt 1, s. 683-684; Muşul, Esaslar, s. 364; Ansay, İcra, s. 118; Tekinay, s. 11). Görüldüğü üzere, mülkiyet hakkı gibi haczin tamamen kaldırılması sonucunu doğuran haklar yanında, haczi geri plana iten, yani takip alacaklısının hakkı yanında mevcut olup da bu nedenle paraya çevirme ve paylaşırma aşamasında dikkate alınması gereken bütün haklar istihkak iddiasının ve davanın konusunu oluşturabilir (Aslan, İstihkak, s. 101; Üstündağ, İcra, s. 205; Muşul, Cilt 1, s. 684; Muşul, Esaslar, s. 364; Gürdoğan, s. 94-95). Patent isteme hakkı veya patente ilişkin hak sahipliği iddiası da mülkiyet hakkı gibi haczin kaldırılması sonucunu doğuracak nitelikte mutlak haktır.

⁶¹ Taşınır ve taşınmaz mallar gibi cismani/maddi varlığı bulunmayan dışındaki alacak ve diğer hakların istihkak iddiası bağlamında elde bulundurulması üzerinde durulması gerekir. Mad-

uygulanmayacaktır⁶².

Aslında anılan durumda üçüncü kişinin haciz sırasında veya sonradan İİK'nın anılan hükümleri çerçevesinde istihkak iddiasında bulunması SMK m. 110-111 anlamında gasp davasının konusunu oluşturmaktadır. Ancak hacizde istihkak prosedürü İİK'da özel olarak düzenlendiği için, SMK m. 110-111 değil, İİK m. 96-97 uygulama alanı bulacak ve açılacak istihkak davasında görevli mahkeme de fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi değil icra mahkemesi olacaktır.

B. Hacizden Önce İstihkak İddiasının İleri Sürülmesi Halinde

Patent isteme hakkı ve patent sahibine karşı gerçek hak sahipliği (istihkak) iddiasıyla bir gasp davası⁶³ açılır ve bu dava görülmeye devam ederken (derdestken) TÜRK PATENT nezdinde hak sahibi olarak görünen kimsenin (gasp davasında davalının) borcundan dolayı patent isteme hakkı veya patent haczedilirse⁶⁴, gasp davasının hacze etkisinin olup olmayacağının tespiti gerekmektedir. Haciz sırasında ve sonrasında hacizde istihkak iddiasına ilişkin olarak İİK 96 vd.da hükümlere yer verilmişken, hacizden önce açılmış ve görülen istihkak davalarının, çalışmamız açısından gasp davalarının haciz üzerinde etkisinin olup olmadığına ilişkin olarak herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır.

Anayasa m. 36'da düzenlenen hak arama hürriyetinin kişiler nezdinde somut kullanım türlerini teşkil eden dava açmak ve takip yapmak karşı karşıya gelirse, kural olarak bunların birbirine etkisi yoktur. Bir başka ifadeyle, bazı istisnai durumlar dışında (örneğin İİK m. 72) hukuk davalarının icra takipleri üzerinde etkisi söz konusu değildir. Bu bağlamda, gasp davasının sonradan uygulanan haciz üzerinde doğrudan etkisi bulunduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Bu sebeple hacizden önce açılan (istihkak davasının ve) gasp davasının takibe etkisi bağlamında öncelikli olarak ihtiyati tedbirin üzerinde durulması gerektiği kanaatindeyiz. Bir başka ifadeyle gasp davası derdestken, davalının borcundan dolayı patent isteme hakkı veya patent haczedilmesi

di varlığı bulunmayan alacak ve diğer hakların, taşınır gibi üzerinde zilyet veya fiili hakiyet kurulması ve bu kapsamda elde bulundurulması mümkün değildir (Amonn/Gasser, s. 191; Staehelin/Bauer/Staehelin, s. 1012-1013; Aslan, İstihkak, s. 261-262).

⁶² İİK m. 96-97 hükümleri çerçevesinde işlerlik kazanacak olan prosedüre, bilineni tekrardan kaçınmak amacıyla çalışmamızda ayrıca yer vermeyeceğiz.

⁶³ Bkz. yuk. A-II.

⁶⁴ Çekişmeli hakların haczedileceğine ilişkin olarak bkz. yuk. B-II-2.

halinde, mahkemenin vereceği bir ihtiyati tedbir kararı ile anılan takibin durdurulmasının mümkün olup olmadığı meselesi üzerinde de durulmalıdır.

İhtiyati tedbir, talep üzerine, davanın açılmasından önce veya dava sırasında mahkeme tarafından verilen, hükmün kesinleşmesine kadar, yani nihai korumanın sağlanmasına kadar geçecek süre içerisinde, çekişmeli hak veya şeyin muhafaza altına alınmasını ya da muhtemel bir tehlike veya zararın bertaraf edilmesini amaçlayan ve bu çerçevede muhtemel hüküm sonucunu güvence altına alan sınırlı veya geniş kapsamlı geçici hukuki korumadır⁶⁵. İhtiyati tedbirler, teminat amaçlı, eda amaçlı ve düzenleme amaçlı olmak üzere üç ana kategoriye ayrılmaktadır⁶⁶. Gasp davası bağlamında ortaya çıkması muhtemel olan ihtiyati tedbir türünün teminat amaçlı ihtiyati tedbir olacağı kanaatindeyiz. Teminat amaçlı ihtiyati tedbirler para alacağı dışındaki hukuki koruma talebine konu kılınan hakkın müstakbel icrasını teminat altına almaya çalışmaktadır⁶⁷. Teminat amaçlı ihtiyati tedbirler incelenirken asıl davanın

⁶⁵ Evrim Erişir, Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, XII Levha Yayınları, 2013, s. 137; Ejder Yılmaz, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. I, II, Yetkin Yayınları, 2001, s. 178; Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku, Cilt II, Yetkin Yayınları, 2021, s. 205; Muhammet Özekes, Hakan Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, Cilt III, 15. B., XII Levha Yayınları, 2017, s. 2461; Muhammet Özekes, İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Seçkin Yayınevi, 2003, s. 55-56; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020, s. 583; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, Medeni Usul Hukuku, 3. B., Yetkin Yayınları, 2020, s. 695; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 8. B., XII Levha Yayınları, 2020, s. 571; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt IV, 6. Baskı, Beta Basım A.Ş., 2001, s. 4290; Baki Kuru/Burak Aydın, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 463; Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, 2000, s. 581 vd.; Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Cilt II, Yetkin Yayınları, 2020, s. 1263; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, 2013, s.558; Sabri Şakir Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, 1960, s. 195; Süha Tanrıver, İlamlı İcranın Dayanakları ve İcranın İadesi, Yetkin Yayınları, 1996, s. 46; Necmeddin M. Berkin, Medeni Usul Hukuku Esasları, Hamle Matbaası, 1969, s. 117; İsmail Hakkı Karafakih, Medeni Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1952, s. 266; Hülya Taş Korkmaz, Türk Hukukunda İhtiyati Tedbirler, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 1995, s. 4; İbrahim Ercan, Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 1992, s. 8; Ersin Erdoğan, 6967 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Çerçevesinde Patent Hakları Açısından Öngörülen İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Düşünceler, 2017, 3(1), TFM, s. 49.

⁶⁶ Yılmaz, Tedbir, s. 170; Erişir, s. 351 vd.; Taş Korkmaz, İhtiyati Tedbir, s. 33-34; Yavuz Alangoyaz/M. Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, Beta, 2009, s. 405; Özekes, İhtiyati Haciz, s. 56; Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usul, s. 697; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 572; Özekes, Pekcanitez Usul, s. 2501 vd.; Tanrıver, Cilt II, s. 205.

⁶⁷ Erişir, s. 351; Özekes, Pekcanitez Usul, s. 2503; Tanrıver, Cilt II, s. 205; Taş Korkmaz, İhti-

konusu, yani taraflar arasında çekişmeli olan hak veya alacağın ne olduğu göz önünde bulundurulmalı ve bu kapsamda ihtiyati tedbire karar verilmediği takdirde, anılan hak veya alacak zarara uğrayacak, icrası zorlaşacak olmalıdır⁶⁸.

İnceleme konumuz açısından durumu ele alacak olursak burada önem ifade eden husus teminat amaçlı ihtiyati tedbir kararıyla icra takibinin durup durmayacağıdır. Bir başka ifadeyle, gasp davası derdestken, dava konusu patent isteme hakkı veya patent davalının borcundan dolayı haczedilirse, davacının, davanın görüldüğü fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinden, dava konusu kılınan anılan hakların muhafazası için teminat amaçlı ihtiyati tedbir talebinde bulunarak, davalı aleyhine cereyan eden derdest takibin durdurulmasını sağlayıp sağlayamayacağının irdelenip değerlendirilmesi gerekir.

İhtiyati tedbire hangi hallerde karar verilebileceği Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 389’da düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, “*mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir*”. HMK m. 389’da aslında ihtiyati tedbir verilebilmesinin şartları yer almaktadır. Bu bağlamda ihtiyati tedbire karar verebilmek için öncelikli olarak ihtiyati tedbire dayanak oluşturan, yani esas teşkil eden bir hakkın varlığı gerekir. Gasp davası bağlamında dava konusu kılınan bir hak (patent isteme hakkı veya patent hakkı üzerindeki hak sahipliğine yönelik hak, yani patent isteme hakkının veya patentin kendisine ait olduğu yönünde bir hak) söz konusudur. Bu hak taraflar arasında çekişmeli olduğu için dava konusu yapılmıştır. Dolayısıyla bu hak hem teminat amaçlı ihtiyati tedbirin dayanağı hem de dava konusudur. Bunun haricinde ihtiyati tedbire karar verilebilmesi için kanunda, “*mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşması*”; “*mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin tamamen imkânsız hâle gelmesi*”; “*gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğmasından halihazırda endişe edilmesi*”⁶⁹ şeklinde ifade edilen sebeplerden birinin gerçekleşmesi gerekir. Gasp davası devam ederken dava

yati Tedbir, s. 33; Erdoğan, s. 50.

⁶⁸ Erişir, s. 352.

⁶⁹ Tanrıver, Cilt II, s. 208.

konusu kılınan hakların haczedilmesi ve takibin devam edecek olması durumu “*mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşması veya tamamen imkânsız hâle gelmesi*” sebebinin gerçekleşmesine olanak verecektir. Dolayısıyla gasp davasında teminat amaçlı ihtiyati tedbir talebinde bulunulup tedbir kararı verilerek dava konusu kılınan hak veya hakların muhafazası sağlanmaz ise, davacının davayı kazandığı düşünüldüğünde hakkına kavuşması mümkün olmayacaktır. Zira, derdest takip devam edecek, patent isteme hakkı veya patent satılacak, bunlar üzerindeki hak, cebri açık arttırmada en yüksek pey ileri sürerek ihaleyi kazanan kişiye ait olacaktır. Dolayısıyla, gasp davasında gerçek hak sahipliği iddiasında bulunan davacının davası konusuz kalmış olacaktır. Görüldüğü üzere gasp davasına konu kılınan hakka ilişkin olarak teminat amaçlı ihtiyati tedbir kararı verilmesi noktasında, şartların sağlandığı ileri sürülebilir. Bu konuya ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre⁷⁰, hacizle ihtiyati tedbirin karşı karşıya gelmesi durumunda mutlaka öncelik verilecekse tedbire öncelik verilmesi gerekir ve tedbir kararı verilmesi durumunda cebri satışlar yapılamayacaktır. Yargıtay ise ihtiyati tedbirin kural olarak cebri satışa engel olmayacağı görüşündedir⁷¹.

İhtiyati tedbir kararı verilebilmesi için Kanun’da aranan şartların inceleme konumuz açısından gerçekleşeceğini yukarıda ifade ettik. Bu sebeple, doktrinde ileri sürülen görüş doğrultusunda haciz ile ihtiyati tedbirin karşı karşıya gelmesi halinde, somut olay bağlamında, gasp davası görülürken patent isteme hakkı veya patentin haczedilmesi halinde, takibi durduracak nitelikteki tedbir kararına öncelik tanınması ihtiyati tedbirin amacına da uygundur. Hatta aksinin düşünülmesi teminat amaçlı ihtiyati tedbirin amacına

⁷⁰ Muhammet Özekes, “Karar İncelemesi: Üzerinde İhtiyati Tedbir Bulunan Bir Gayri Menkulün Cebri İcra Yoluyla Satışı Sorunu”, 2002/1, GSÜHFD, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, <http://dosya.gsu.edu.tr/Docs/HukukFakultesi/TR/FakulteDergisi/2002-1.pdf>, s. 527-539, s. 533-538; Özekes, Pekcanitez Usul, s. 2505; Ercan, s. 94-95; Taş Korkmaz, İhtiyati Tedbir, s. 100; Yılmaz, Tedbir, s. 1033; Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Yetkin Yayınları, 2014, s. 1150; Süleyman Özkök, İhtiyati Tedbirler, Turhan Kitabevi, 2002, s. 53. Karş. Erişir, s. 372.

⁷¹ “Asliye Hukuk Mahkemesinin tedbir kararı taşınmazların üçüncü kişilere (rızaen devir ve temlikinin önlenmesine) yöneliktir. Karar, cebri icra yolu ile satışı engelleyecek ve icra dosyasındaki takibi durduracak nitelikte olmadığı gibi tedbir kararında ve dava dosyasında takip alacaklısı taraf da değildir. İcra dosya numarası belirtilerek satışın durdurulması yönünde anılan kararda bir açıklama yoktur. Bu durumda, icra takibinin sürdürülmesine ve satış işlemlerinin başlatılmasına bir engel bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle icra müdürlüğünün satış isteminin reddi yönündeki kararı yasaya uygun değildir” 12. HD. 16.09.2005, 13877/17335: KİİB.

da ters düşecektir. Bu sebeple, gasp davasına konu kılınan patent isteme hakkı veya patentin haczi mümkünken, tedbir kararına rağmen satışının yapılmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Gasp davasına konu kılınan hakların borçluya ait olmadığı yönünde ciddi bir iddia ve yaklaşık ispat derecesinde girilen bir ispat faaliyeti çerçevesinde yapılan yargılama sonucunda, ihtiyati tedbir kararı verilmekte ve bu sebeple, özellikle cebri icra satışının karşısında ihtiyati tedbirin bir hükmünün olmadığı veya göz ardı edileceği yönünde bir düşünceye katılmak mümkün değildir. Ayrıca mahkeme bu tip durumlarda cebri icra takibini ve özellikle satış durdurmak amacıyla vereceği ihtiyati tedbir kararında bunu açıkça belirtmelidir.

Bu hususa ilişkin ortaya çıkacak tereddütlerin giderilmesi için İİK m. 96 vd.da yer alan hacizde istihkak prosedürüne paralel amacı taşıyacak şekilde, özellikle genel veya dava konusunun niteliğine göre özel mahkemelerde açılacak olan istihkak davası ve buna benzer davalar (örneğin gasp davaları) bağlamında takibin durdurulmasına yönelik düzenleme getirilebilir. Bir başka ifadeyle, söz konusu davalarda, cebri icra takiplerinin veya satışın, şartlarının bulunması kaydıyla, hatta haksız olması durumunda ortaya çıkabilecek zararların karşılanmasını da sağlamak için teminat karşılığında, ihtiyati tedbir kararı ile durdurulabileceğine ilişkin kanuni düzenleme yapılabilir. Örneğin gasp davasında şartlarının bulunması ve teminat karşılığında icra takibinin veya satışın mahkemenin vereceği ihtiyati tedbir kararı ile durdurulabileceği yönündeki bir hükme SMK m. 109-111'de yer verilebilir.

Öte yandan icra takibinin amacı borçluya ait hacizli malların/hakların cebri icra yoluyla satılması ve elde edilen paranın alacaklının alacağına karşılık olarak ona ödenmesidir. Dolayısıyla cebri icra yoluyla satış, satış konusu malın/hakkın borçlunun olduğu düşüncesiyle yapılmakta; yoksa gerçek malikin veya hak sahibinin hakkını bertaraf etmek amacıyla taşınmaz⁷².

Teminat amaçlı ihtiyati tedbir ile haciz yoluyla takibin durmayacağı kabulü halinde, gasp davası açısından dava konusunun devrine ilişkin hükümlerin işlerlik kazanıp kazanmayacağı üzerinde de ayrıca durulması gerekmektedir. Zira bu durum açısından da dava devam ederken dava konusu kılınmış olan hak veya haklar, iradi olmasa da cebri icra satış sonucunda üçüncü bir kişiye satılmakta ve dava konusu olmaktan çıkmaktadır.

Dava konusu olan malın/hakkın dava sırasında tarafların iradeleri dışında

⁷² Özekes, Karar İncelemesi, s. 534-535.

bir üçüncü kişiye geçmesi durumunda dava konusunun devri hükümleri (HMK m. 125) uygulanacaktır⁷³. Zira irade dışında devir gerçekleşmiş olsa da dava konusu malın/hakkın devri neticesinde ilgili tarafın davada sıfatı kalmayacak ve davaya devam etmesi veya kendisine karşı davaya devam edilmesi mümkün olmayacaktır⁷⁴. Dolayısıyla cebri icra satışları çerçevesinde gerçekleşecek irade dışı devirlerde de dava konusunun devrine ilişkin hükümler (HMK m. 125) işlerlik kazanacaktır⁷⁵. Tüm bu anlatılanlar çerçevesinde, gasp davasına konu olan patent isteme hakkı veya patentin üzerine icra takibi neticesinde haciz konulması ve anılan takibin, özellikle satışın ihtiyati tedbir kararı ile durdurulamaması halinde, anılan hakların cebri icra yoluyla satılması durumunda gasp davası açısından dava konusunun devrine ilişkin hükümler uygulanacaktır. Böyle bir durumda, davalı açısından dava konusunun devrine ilişkin HMK m. 125/1 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Zira, henüz dava devam ederken TÜRKPATENT nezdinde anılan hakların sahibi davalı görünmektedir.

Benzer şekilde dava devam ederken haczedilen mallara ilişkin icra takibinin, özellikle satışın durdurulması için davacı ihtiyati tedbir talebinde bulunmaz veya bulunur da mahkeme talebi reddedip, ihtiyati tedbire karar vermezse dava konusunun devrine ilişkin HMK m. 125/ hükmü işlerlik kazanacaktır.

Dava konusunun cebri icra satışı neticesinde devri halinde davacı cebri icradan hakları satın alan üçüncü kişinin durumuna göre, ya gasp davasına üçüncü kişiye karşı devam eder ya da davasını davalıya karşı tazminat davasına dönüştürür. Davacının, ihaleden hakları satın alan üçüncü kişiye karşı gasp davasına devam edebilmesi ve başarıya ulaşabilmesi için üçüncü kişinin

⁷³ Kuru, Cilt IV, s. 3805-3812; Kuru, Usul El Kitabı, s. 1163; Üstündağ, Usul, s. 560; Berkin, Usul, s. 155; Necip Bilge/Ergun Önen, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, 1978, s.479; Levent Börü, Dava Konusunun Devri, Yetkin Yayınları, 2012, s. 182; Mustafa Reşit, Belgesay, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I-II, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1939, s. 419; Seda Özmumcu,, “Müddeabihin Temlikinin Etkilerine İlişkin Sistemler”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, Beta Yayınları, 2007, s. 199-200. Aksi yönde bkz. Ansay, Usul, s. 219.

⁷⁴ Kuru, Cilt IV, s. 3805-3812; Kuru, Usul El Kitabı, s. 1163; Üstündağ, Usul, s. 560 vd.; Berkin, Usul, s. 155; Bilge/Önen, s. 479; Börü, s. 182-183; Belgesay, Usul, s. 419; Özmumcu, s. 199-200.

⁷⁵ Kuru, Cilt IV, s. 3803-3810; Kuru, Usul El Kitabı, s. 1163; Özmumcu, s. 199; Üstündağ, Usul, s. 560; Börü, s. 185.

kötü niyetli⁷⁶ olması gerekir. Üçüncü kişinin durumuna ilişkin olarak patente ilişkin gasp davasını düzenleyen SMK m. 111/4'e göre "açılan dava ile bu dava sonucunda verilen ve kesinleşen hüküm **sicile kaydedilerek Bültende yayımlanır ve sicile kaydedildiği tarih itibarıyla iyiniyetli üçüncü kişilere karşı hüküm ve sonuç doğurur**". Bu hüküm çerçevesinde patentin gaspı davası açılmışsa, dava sicile kaydedildiği tarihten itibaren üçüncü kişilerin iyiniyetle hak kazanımları söz konusu olmayacaktır ve davacı, patenti cebri icra satışından alan üçüncü kişiye karşı davasını devam ettirebilir ve lehine hüküm alabilir. Benzer düzenleme patent isteme hakkına ilişkin olarak SMK m. 110'da bulunmamaktadır. Dolayısıyla patent isteme hakkının gasp davası devam ederken haczedilip satılması durumunda davacının üçüncü kişiye karşı davaya devam edip lehine hüküm alması, patentin gaspı davasına nazaran daha güçtür. Bu durumda davacının, davasını tazminat davasına dönüştürmesi lehine olacaktır.

SONUÇ

SMK m. 148 çerçevesinde sınai mülkiyet haklarının haczedilebileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda üst kavram olarak patent hakkı da haczin konusunu oluşturacaktır. Patent hakkı kapsamında yer alan patent isteme hakkı ve patentten doğan hakkı (kanuni terimle patent) haczin konusunu oluşturabilmektedir. Söz konusu haklara ilişkin olarak gasp iddiası da ileri sürülüp dava konusu yapılabildiğinden, gasp davasının hacze etkisi yukarıda ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu kapsamda şu sonuçlara ulaşılmıştır:

-Hacizde tertip bağlamında;

Gasp iddiası söz konusu değilse, somut olayın özelliklerine göre patent isteme hakkı ve patentten doğan hakkın haczi taşınır-taşınmazlardan önce olabileceği gibi sonra da olabilir. Bir başka ifadeyle, patent isteme hakkı ve patentin hacizde sırası, tamamıyla borçlunun ve alacaklarının menfaatlerinin dengelenmesine göre belirlenecektir.

Fakat patent isteme hakkı ve patentten doğan hakkına ilişkin gasp iddiası varsa (yani bu haklar çekişmeli ise), bu hakların haczi, ihtiyaten haczedilen diğer mallardan sonra gerçekleşecektir. Ancak, ihtiyaten haczedilen malın, haczedilip satılması üzerine alacaklı alacağını tam olarak alamamışsa, alacaklı

⁷⁶ Üçüncü kişi dava konusu mal veya hakkın davacıya ait olduğunu bilir veya bilebilecek durumda olursa veya devraldığı mal veya hakkın dava konusu yapıldığını bilir ya da bilebilecek durumda olursa kötü niyetli sayılır (Kuru, Cilt IV, s. 3844; Börü, s. 343).

artık istihkak iddia edilen patent isteme hakkı ve patentten doğan hakkın da haczedilmesini isteyebilecektir. Çekişmeli hakların haczi bağlamında diğer bir husus da birden fazla çekişmeli/istihkak iddiası bulunulan malın haczi söz konusu olursa bunlardan hangisinin önce haczedileceğidir. Bu konuya ilişkin olarak doktrinde ikili bir ayırım yapılarak çözüm getirilmiştir⁷⁷. Borçlunun bir taşınır veya taşınmaz malı üzerinde mülkiyet iddiasının, patent isteme hakkına veya patente yönelik gasp iddiasının istihkak iddiasına konu olması durumunda, bunların hangisinin önce haczine icra müdürünün İİK m. 85/6 çerçevesinde karar vermesi gerekecektir.

-Gasp iddiasının/davasının hacze etkisi bağlamında;

Patent isteme hakkına veya patente ilişkin olarak haciz sırasında gasp iddiasında bulunulursa, İİK m. 96-97 çerçevesinde hacizde istihkak prosedürü işlerlik kazanacaktır ve ortaya çıkan sorun bu çerçevede çözüme kavuşturulacaktır.

Patent isteme hakkına veya patente ilişkin hacizden önce gasp davası açılmış olması durumunda, anılan davanın hacze etkisinin olacağı kanaatindeyiz. Bu bağlamda, gasp davasına konu olan hakların haczedilmesi durumunda, dava konusun güvence altına alınması, yani haciz sonucunda satışının engellenmesi için davanın görüldüğü mahkemeden teminat amaçlı ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilir. Mahkeme de şartlarının oluşması halinde, derdest icra takibinin, özellikle satışın durdurulmasına yönelik bir ihtiyati tedbir kararı verebilmelidir.

Dava konusu hakların satışının engellenmesi için ihtiyati tedbir talep edilmemiş veya talep edilip de bu yönde karar verilmemişse ya da ihtiyati tedbir yoluyla takibin durmayacağı kabul edilirse söz konusu haklar cebri açık arttırmada satılarak üçüncü kişiye devredilecektir. Bu durumda dava konusunun devrine ilişkin HMK m. 125/1 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

⁷⁷ Bkz. Aslan, Hacizde Tertip, s. 306-307.

KAYNAKÇA

- Alangoya Y/Yıldırım M K/ Deren Yıldırım N, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, Beta, 2009.
- Amonn K/Gasser D, Grundriss des Schuldbetreibungs-und Konkursrechts, sechste Auflage, Stämpfli & Cie, 1997.
- Ansay S Ş, Hukuk İcra ve İflas Usulleri, 5. Bası, İstiklal Matbaası, 1960.
- Ansay S Ş, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, 1960.
- Arar K, İcra ve İflâs Hükümleri, C. I, İdeal Matbaa, 1944.
- Arslan, R/Yılmaz E/Taşpınar Ayvaz S/Hanağası E, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020.
- Arslan R/Yılmaz E/Taşpınar Ayvaz S/Hanağası E, Medeni Usul Hukuku, 6. Bası, Yetkin Yayınları, 2020.
- Aslan K, Hacizde İstihkak Davaları, Turhan Kitabevi, 2005.
- Aslan K, “Hacizde Sıra (Tertip)”, 2005, 2, AÜHFD, s. 269-318.
- Aşık İ İcra Sözleşmeleri, Turhan Kitabevi, 2006.
- Atalı M/Ermenek İ/Erdoğan E, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020.
- Atalı M/Ermenek İ/Erdoğan E, Medeni Usul Hukuku, 3. B., Yetkin Yayınları, 2020.
- Ayiter N, İhtira Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968.
- Belgesay M R, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I-II, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1939.
- Belgesay M R, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 2.Bası, Sucuoğlu Matbaası,1948.
- Berkin N M, Medeni Usul Hukuku Esasları, Hamle Matbaası, 1969.
- Berkin N M, İcra Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Hamle Matbaası, 1969.
- Beydola A, “Kuzey Kıbrıs Hukukunda İcraya İlişkin Hükümlerin Ailenin Korunması Hakkı, Mülkiyet Hakkı Ve Ölçülülük İlkesi Açısından Değerlendirilmesi”, 2016, 65 (4), AÜHFD, s. 2755-2793.

- Bilge N/Önen E, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, 1978.
- Bolayır, N, “Fikri Mülkiyet Haklarında Cebri İcra Sistemi”, 2014, I (Özel Sayı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s. 2513-2570.
- Börü L, Dava Konusunun Devri, Yetkin Yayınları, 2012.
- Çiftçi P, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Adalet Yayınevi, 2010.
- Ercan İ, Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 1992.
- Erişir E, Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, XII Levha Yayınları, 2013.
- Gürdoğan B, İcra Hukuku Dersleri, Ajans Türk Matbaası, 1970.
- Hirş E E, Fikrî ve Sinaî Haklar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1948.
- Karafakih İ, Hakkı, Medeni Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1952.
- Karslı A, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Alternatif, 2014.
- Kuru B, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt IV, 6. Baskı, Beta Basım A.Ş., 2001.
- Kuru B, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013.
- Kuru B, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Cilt: 1, Evrim Dağıtım, 1988.
- Kuru B, İcra ve İflas Hukuku, Cilt 2, Evrim Dağıtım, 1990.
- Kuru B, İstinaf İstemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, Legal Yayınevi, 2016.
- Kuru B, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Cilt II, Yetkin Yayınları, 2020.
- Kuru B/Arslan R/Yılmaz E, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 28. Baskı, Yetkin Yayınları, 2014.
- Kuru B/Arslan R/Yılmaz E, Medeni Usul Hukuku, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, 2013.
- Kuru B/Aydın B, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 2021.

- Muşul T, İcra ve İflas Hukuku Esasları, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015.
- Muşul T, İcra ve İflas Hukuku, Cilt: 1, Adalet Yayınevi, 2013.
- Olgaç S, İcra-İflâs C.I-II, Olgaç Matbaası, 1978.
- Ortan A N, İşçi Buluşları Hukuku, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1987.
- Öğütçü A T/Çitoğlu A**, Uygulamalı İcra ve İflâs Kanunu, C.I, Garanti Basım, 1977.
- Özekes M, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınevi, 2009.
- Özekes M, İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Seçkin Yayınevi, 2003.
- Özekes M, “Karar İncelemesi: Üzerinde İhtiyati Tedbir Bulunan Bir Gayri Menkulün Cebri İcra Yoluyla Satışı Sorunu”, 2002/1, GSÜHFD, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, s. 527-539.
- Özekes M, Pekcanitez H, Usul Medeni Usul Hukuku, Cilt III, 15. B., XII Levha Yayınları, 2017.
- Özkök S, İhtiyati Tedbirler, Turhan Kitabevi, 2002.
- Özmunçu S, “Müddeabihin Temlikinin Etkilerine İlişkin Sistemler”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, Beta Yayınları, 2007, s. 197-256.
- Pekcanitez H/Atalay O/Özekes M, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 8. B., XII Levha Yayınları, 2020.
- Pekcanitez H/Atalay O/Surgurtekin Özkan M/Özekes M, İcra ve İflas Hukuku, 10. Bası, Yetkin Yayınları, 2012.
- Postacıoğlu İ E, İcra Hukuku Esasları, Fakülteler Matbaası, 1982.
- Postacıoğlu İ E/Altay S, İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Karahan S/Suluk C/Saraç T/Nal T, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Saraç T, Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Tekinay S S, Hacizden Mütevelli İstihkak Davaları, Oğur Matbaası, 1953.
- Stahelin A/Bauer T/Stahelin D, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 1-158 SchKG, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010.

- Suluk C/Karasu R/Nal T, Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Seçkin, 2020.
- Sungurtekin Özkan M, “İcra Hukukunda Oranlilik İlkesi”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001, s. 177-203.
- Şehirli F H, Patent Hakkının Korunması, Turhan Kitabevi, 1998.
- Tanrıver S, İlamlı İcranın Dayanakları ve İcranın İadesi, Yetkin Yayınları, 1996.
- Tanrıver S, Medeni Usul Hukuku, Cilt II, Yetkin Yayınları, 2021.
- Taş Korkmaz H, İflâs Masası, Yetkin Yayınları, 2010.
- Taş Korkmaz H, Türk Hukukunda İhtiyati Tedbirler, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 1995.
- Tekinalp Ü, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Umar B, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Yetkin Yayınları, 2014.
- Uyar T, İcra Hukukunda Haciz, 2.Baskı, 1990.
- Uyar T, “Hacizden Doğan İstihkak İddiaları”, 1985, 7-9, İBD, s. 560-594.
- Uyar T, “İcra Hukukunda İstihkak İddiaları”, 1976, 1, ABD, s. 40-48.
- Üstündağ S, İcra Hukuku Esasları, 8. Bası, Fakülteler Matbaası, 2004.
- Üstündağ S, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, 2000.
- Yıldırım M K, “İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi”, 1989, IV (1-3), Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 98-115.
- Yıldırım, M K/Deren Yıldırım N, İcra Hukuku, 5. Baskı, Beta, 2012.
- Yılmaz E, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. I, II, Yetkin Yayınları, 2001.
- Yüzer D, “Kamu İcra Hukukunda Ölçülülük İlkesi”, 2014, 16, DEÜHFD, s. 4843-4898.

ÖLÜME BAĞLI TASARRUFUN İPTALİ DAVASININ DAVADA YER ALMAYAN İLGİLİLER ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Adem YELMEN*

ÖZ

Ölüme bağlı tasarrufun iptali davası, ehliyetsizlik, irade sakatlığı halleri (yanılma, aldatma ve korkutma veya zorlama), tasarrufun içeriğinin, bağlandığı koşullar veya yüklemelerin hukuka ya da ahlaka aykırı olması ile şekle aykırılık hallerinde o ölüme bağlı tasarrufun iptali için açılabilir. Ölüme bağlı tasarrufların iptali davasında verilen iptal kararı kural olarak sadece yargılamanın “ tarafları arasında etkili” hüküm ve sonuçlar doğurmaktadır. Taraflar arası (inter partes) etki hem davacı hem de davalı tarafta yer alanlar boyutuyla gündeme gelmektedir. Söz konusu taraflar arası (inter partes) etki, maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf türleri açısından ayrı ayrı olarak ele alındığında farklı özellikler gösterebilmektedir. Vasiyeti yerine getirme görevlisi ve vasiyetin (belirli mal bırakmanın) bazı özel görünümleri hariç taraflar arası (inter partes) etki kural olarak geçerli bir şekilde etki doğurmaktadır. Vasiyeti yerine getirme görevlisi atama içeren bir ölüme bağlı tasarrufun iptali kararı bakımından ise taraflar arası (inter partes) değil, herkese yönelik (erga omnes) etkinin var olduğu kabul edilmektedir. Vasiyet (belirli mal bırakma) açısından ise taraflar arası (inter partes) etki kural olarak geçerli olmakla birlikte bazı türlerinde mesele sorunlara sebebiyet verecek boyutlara ulaşma riskini taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Ölüme bağlı tasarruf, iptal davası, taraflar arası etki, herkese yönelik etki, vasiyet.*

* **Dr. Öğr. Üyesi,** İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, **e-posta:** ademyelmen@gmail.com

ORCID: 0000-0002-3310-8216

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1065799

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 26/08/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 22/11/2021

EFFECTS OF ACTION FOR DECLARATION OF INVALIDITY OF TESTAMENTARY DISPOSITION ON RELEVANTS NOT INCLUDED IN THE CASE

ABSTRACT

Action for declaration of invalidity of testamentary disposition can be sued in the following cases: 1.if it was made by the testator at a time when he or she lacked testamentary capacity;2.if it is the product of a lack of free will;3.if its content or a condition attached to it is immoral or unlawful;4.If it is made without complying with the forms stipulated in the law. As a rule, the decision for declaration of invalidity only creates “inter partes” effect and results. The inter partes effect comes to the fore with the dimension of both the plaintiff and the defendant. The inter partes effect can show different characteristics when considered separately in terms of testamentary disposition in material terms. Inter partes effect, as a rule, has a valid effect, with the exception of the executor and some special aspects of the will. In terms of the decision for declaration of invalidity, which includes the appointment of an executor, it is accepted that there is an effect for everyone, not between the parties. In terms of will, the inter partes effect is valid as a rule, but in some types, the issue carries the risk of reaching dimensions that will cause problems.

Keywords: *Testamentary disposition, action for declaration of invalidity, inter partes effect, erga omnes effect, will.*

GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu (TMK.) m. 557-559’da ölüme bağlı tasarrufların iptali davası düzenlenmiştir. Buna göre, ehliyetsizlik, irade sakatlığı halleri (yanılma, aldatma ve korkutma veya zorlama), tasarrufun içeriğinin, bağlandığı koşullar veya yüklemelerin hukuka ya da ahlaka aykırı olması ile şekle aykırılık hallerinde ölüme bağlı tasarrufun iptali için dava açılabilir. Söz konusu iptal sebeplerinden birini taşıyan bir ölüme bağlı tasarruf, bu haline rağmen mirasın açıldığı andan itibaren geçerli olarak hüküm ve sonuç

doğurur¹. Zira ölüme bağlı tasarruflarda geçersizlik teorisi olarak iptal² tercih edilmiştir³. Bunun sonucu olarak da iptal sebeplerini barındıran bir ölüme

- ¹ Roland Fankhauser, “Erbrecht ZGB”, in Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3. Aufl., 2016, Art. 519, Rz. 1; Thomas Sutter-Somm/Benedikt Seiler, “Die inter partes-Wirkung der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage – Ausgewählte Probleme”, *Zeitschrift für Erbrecht, successio* 2014, s. 198; Ammann, Dario, “Materielle und prozessuale Aspekte der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage” *IMPULSE- Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft Band/Nr. 11*, Schulthess Juristische Medien AG, 2015, Rz. 6; Fikret Eren, *Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası*, Yargıçoğlu Matbaası, 1966, s. 95; Necip Kocayusufoğlu, *Miras Hukuku*, 2. Bası, Filiz Kitabevi, 1978, s. 341; Rona Serozan/Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 442; Mustafa Dural/Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku*, Cilt IV, *Miras Hukuku*, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, 2019, s. 231; Bülent Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri I*, (Mirasçılar – Ölüme Bağlı Tasarruflar), Fakülteler Matbaası, 1975-1976, s. 227; Fikret Eren/ İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, Yetkin Yayınevi, 2019, s. 204; O Gökhan Antalya(Ed.), *Miras Hukuku*, Cilt III, *Marmara Hukuk Yorumu*, Güncellenmiş 4. Baskı, O. Gökhan Antalya / İpek Sağlam (Yayına Hazırlayanlar), Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 306; Zahir İmre/Hasan Erman, *Miras Hukuku*, 15. Basım, DR Yayınları, 2021, s. 206; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi*, (TMK. m. 495-574) Cilt: 1, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 796; Aydın Aybay, *Miras Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Maltepe Üniversitesi Yayınları, 2002, s. 64; Mehmet Ayan, *Miras Hukuku*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016, s. 166; Hasan Petek, *Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davasında Süreler ve Hükümün Anlam Bakımından Uygulanması*, Temmuz 2011, 6(2), TAAD., s. 4; Gamze Turan, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü*, Turhan Yayınevi, 2009, s. 28, 97; Erhan Günay, *Bilimsel Görüşler ve Yargısal Kararlar Eşliğinde Miras Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davaları*, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 155; Aydın Tekdoğan, *Vasiyetnamenin Tenfizi ve İptali Davaları*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 273; Pınar Ağca Toplandı, *Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali*, (Yüksek Lisans Tezi), 2008, s. 131; Mert Aysal, *Ölüme Bağlı Tasarruflarda İrade Sakatlıkları ve Sonuçları*, (Yüksek Lisans Tezi), 2009, s. 57; Safa Koçoğlu, *Vasiyet Tasarrufunun Hükümsüzlüğü*, (Yüksek Lisans Tezi), 2013, s. 92; Hasan Çiftçi, *Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali*, (Yüksek Lisans Tezi), 2018, s. 261; Neşet Başar Efe, *Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali*, (Yüksek Lisans Tezi), 2019, s. 53.
- ² Bununla birlikte, doktrinde somut duruma göre yokluk veya kesin hükümsüzlüğün de gündeme gelebileceği ifade edilmektedir. Söz konusu görüşe göre, ölüme bağlı tasarrufların kurucu unsurlarında bir eksiklik varsa bu durumda yokluk, kanunda öngörülme bir ölüme bağlı tasarruf yapılmışsa, bu halde de kesin hükümsüzlük gündeme gelir. Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. M. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku Dersleri*, Genişletilmiş 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 225-226; Eren/Yücer Aktürk, s. 204; Çabri, s. 763. Kendiliğinden hükümsüzlük için ayrıca bkz. Fankhauser, *CHK, ZGB Art. 519, Rz. 1*; Kocayusufoğlu, s. 348 vd.; Serozan/Engin, s. 439-441; Antalya, s. 295; Köprülü, s. 205 vd.; Aybay, s. 64-65; Hasan İşgüzar/ Mehmet Demir/ Süleyman Yılmaz, *Miras Hukuku*, Yetkin Yayınevi, 2019, s. 87; Ömer Arbek, *Miras Hukukunda Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi*, Yetkin Yayınevi, 2013, s. 77 vd.; Turan, s. 28 vd.; Banu Atlı, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi*, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 67 vd.; Tekdoğan, s. 267 vd.; Aysal, s. 4; Koçoğlu, s. 51 vd.; Efe, s. 48.
- ³ Oğuzman, s. 225; Kılıçoğlu, s. 193; Eren/Yücer Aktürk, s. 204; Çabri, s. 762; Aybay, s. 64; Hakan Albaş, “Miras Hukukunda İptal ve Tenkis Def’i”, 2012, 18(3), *MÜHF-HAD.*, s. 146-147; Atlı, s. 80; Ağca Toplandı, s. 131.

bağlı tasarruf kendiliğinden geçersiz olmaz⁴. Burada menfaati zedelenen ilgilinin, söz konusu ölüme bağlı tasarrufun hüküm ve sonuç doğurmasını ortadan kaldırması için iptal davası açması (veya şartları varsa iptal def'ini ileri sürmesi) gerekmektedir⁵.

İptal davasında görevli mahkeme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK.) m. 2-4 gereğince asliye hukuk mahkemesi; yetkili mahkeme ise, TMK. m. 576/II ve HMK. m. 11 gereğince, mirasbırakanın yerleşim yeri mahkemesidir.

İptal davasında davacı, TMK. m. 558/I'e göre, "*tasarrufun iptalinde menfaati bulunan mirasçı veya vasiyet alacaklısı*"dır. Mirasçılar deyimine hem yasal hem atanmış mirasçılar girer⁶. Davalı taraf ise, iptali istenen ölüme bağlı tasarrufta davacı aleyhine mirasa ilişkin bir menfaat elde eden kimse veya kimselerdir⁷.

⁴ Fankhauser, CHK, ZGB Art. 519, Rz. 1; Sutter-Somm/Seiler, s. 198; Eren, İptal, s. 131; Ali Naim İnan/ Şeref Ertaş/Hakan Albaş, İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 301; Köprülü, s. 208; Dural/Öz, s. 231; Antalya, s. 305; İmre/ Erman, s. 205; Çabri, s. 796; Ali İhsan Özüğür, Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, Cilt 1, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016, s. 1215; Tekdoğan, s. 273; Ağca Toplandı, s. 131; Aysal, s. 75; Koçoğlu, s. 92; Çiftçi, s. 261; Efe, s. 53; Cemal Güneri, Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 157.

⁵ Susanne Marxer, "ZGB Kommentar Schewizwesiches Zivilgesetzbuch", in Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), OFK – Orell Fussli Kommentar, 3. Aufl., 2016, Art. 520, Rz. 2; Ammann, Rz. 7; Eren, İptal, s. 131; Kocayusufoğlu, s. 341; Serozan/Engin, s. 441; İnan/Ertaş/Albaş, s. 313; Oğuzman, s. 230-231; Dural/Öz, s. 231; Köprülü, s. 226; Eren/Yücer Aktürk, s. 204; Antalya, s. 305-306; İmre/ Erman, s. 205; Çabri, s. 796-797; Aybay, s. 66; Petek, s. 4; Özüğür, C. 1, s. 1216; Turan, s. 28, 97; Günay, s. 132; Tekdoğan, s. 273; Ağca Toplandı, s. 131-132; Aysal, s. 57; Koçoğlu, s. 92; Çiftçi, s. 261; Güneri, s. 157.

⁶ Fankhauser, CHK, ZGB Art. 519, Rz. 5; Stephanie Hrubesch-Millauer/Martina Bosshardt/Moritz B. Kocher, "Rechtsbegehren im Erbrecht", Zeitschrift für Erbrecht, successio 2018, s. 10; Benedikt Seiler, Die erbrechtliche Ungültigkeit - unter besonderer Berücksichtigung der Wirkungen in personeller Hinsicht, Schulthess Juristische Medien AG, 2017, Rz. 184 vd.; Eren, İptal, s. 97; Serozan/Engin, s. 443; Oğuzman, s. 231; Eren/Yücer Aktürk, s. 205; Antalya, s. 307; Şakir Berki, Miras Hukuku, Sevinç Matbaası, 1975, s. 197; Ayan, Miras, s. 167; Oğuz Sadık Aydos, Pratik Miras Hukuku, Gazi Kitabevi, 2021, s. 60; Turan, s. 101; Günay, s. 146; Tekdoğan, s. 456; A. Dilşad Keskin/H. Reyhan Demircioğlu, Medeni Hukuk II, (Eşya Hukuku-Miras Hukuku), Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 232; Koçoğlu, s. 96; Çiftçi, s. 269; Güneri, s. 160; Hasan Özkan, Açıklamalı-İçtihatlı Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikati, Miras Hukuku (TMY. Md. 495-682), Legal Yayınevi, 2015, s. 102.

⁷ Marxer, OFK, ZGB Art 520, Rz. 6; Fankhauser, CHK, ZGB Art. 519, Rz. 6; Daniel Abt, Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht, 2002, s. 60; Sutter-Somm/Seiler, s. 199; Hrubesch-Millauer/Bosshardt/Kocher, s. 10; Ammann, Rz. 3, 33; Seiler, Ungültigkeit, Rz. 224 vd.; Eren, İptal, s. 100; Kocayusufoğlu, s. 343; Serozan/Engin, s. 443; İnan/ Ertaş/Albaş, s. 314; Oğuzman, s. 232; Köprülü, s. 228; Nuşin Ayiter/Ahmet M. Kılıçoğlu,

İptal davasında⁸, mahkemenin vermiş olduğu iptal kararının kişiler yönünden hukuki sonuçları üzerinde birtakım meseleler bulunmaktadır. Aşağıda ayrıntılı olarak verildiği üzere, doktrin ve yargı uygulaması, ölüme bağlı tasarrufların iptali davasında verilen iptal kararının sadece yargılamanın “ tarafları arasında etkili”⁹ olduğu hususunda büyük ölçüde hemfikirdir¹⁰. Ancak bu sonuç, birtakım sorunları da beraberinde getirmektedir. Gerçekten de iptal davasına konu ölüme bağlı tasarrufun içeriğine göre gündeme farklı tartışmalar gelebilmektedir. Zira içeriği, kapsamı, konusu vs. birbirinden farklı ölüme bağlı tasarruflar söz konusudur. Bütün bu ölüme bağlı tasarrufların iptali davalarında bu sonucu kabul etmek mümkün olup olmadığı sorusunun incelenmesi ve açıklanması gerekmektedir. Bu meselenin aydınlatılması amacıyla bu makale kaleme alınmış ve farkı vakalar üzerinden incelemeler yapılmıştır.

Miras Hukuku, 2. Bası, Savaş Yayınları, 1991, s. 160; Eren/Yücer Aktürk, s. 208; Dural/Öz, s. 232; Antalya, s. 307; Berki, s. 209-210; İmre/Erman, s. 218; Çabri, s. 806; Ayan, Miras, s. 167; Aydos, s. 60; Arbek, s. 82; Turan, s. 102; Özüğür, C. 1, s. 1216; Günay, s. 148-149; Tekdoğan, s. 459; Keskin/Demircioğlu, s. 232; Petek, s. 5; Ağca Toplandı, s. 136; Aysal, s. 64; Koçoğlu, s. 97; Çiftçi, s. 271; Efe, s. 58; Koca, s. 170; Güneri, s. 162; Özkan, Asliye, s. 102-103. Ayrıca bkz. BGE 96 II 99; BGE 146 III 1.

⁸ İptal davası ile ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Eren, İptal, s. 13 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 328 vd.; Oğuzman, s. 225 vd.; Serozan/Engin, s. 439 vd.; İnan/Ertaş/Albaş, s. 300 vd.; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 153 vd.; Hüseyin Hatemi, Miras Hukuku, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 124 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, Miras Hukuku, Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Yayınevi, 2015, s. 193 vd.; Köprülü, s. 204 vd.; Eren/Yücer Aktürk, s. 239; Dural/Öz, s. 226 vd.; Antalya, s. 293 vd.; Berki, s. 193 vd.; Çabri, s. 789 vd.; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 85; Ayan, Miras, s. 166 vd.; İlhan Helvacı, “Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davasında Ayırt Etme Gücünün (Temyiz Kudretinin) İspatı”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, Beta Basım Yayın, 2004, s. 1113-1150; Arbek, s. 81 vd.; Petek, s. 3 vd.; Turan, s. 31 vd.; Atlı, s. 80 vd.; Günay, s. 97 vd.; Canan Ruhi/Ahmet Cemal Ruhi, Ölüme Bağlı Tasarruflar ve İptali, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 43 vd.; Tekdoğan, s. 273 vd.; Keskin/Demircioğlu, s. 230; Cem Akbıyık, “Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davasını Bütünleyen Tamamlayan Edim Davasının Hukuksal Niteliği Üzerine”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, Vedat Kitapçılık, 2004 s. 105-116; Ağca Toplandı, s. 25 vd.; Koca, Ömerhan, Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflar, Yetkin Yayınevi, 2018, s. 165 vd..

⁹ Yargılamalara dahil olmayanların öznel haklarına herhangi bir doğrudan veya dolaylı müdahaleyle sonuçlanmayan, onların durumunu etkileyecek sonuçları olmayan durumlar açısından “ taraflar arasında etki” gündeme gelir.

¹⁰ Ölüme bağlı tasarrufların iptali kararının etkileri, bir usul hukuku sorunu olmasının ötesinde aslında bir maddi hukuk meselesidir. Zira tasarrufların ne ölçüde geçersiz olduğu sorusu, ölüme bağlı tasarrufların içeriğiyle ilgilidir ve bu nedenle maddi hukuka göre yanıtlanmalıdır. Bkz. Seiler, Ungültigkeit, Rz. 169.

I. MESELENİN ORTAYA KONULMASI

TMK’da bu doğrultuda bir hüküm bulunmamasına rağmen, ölüme bağlı tasarrufların iptali davasında verilen iptal kararının sadece yargılamanın tarafları arasında (*inter partes*) etkili olduğu kabul edilmektedir¹¹. Buna göre, iptal kararı nispi bir nitelik taşımaktadır¹². Bu sebeple de iptal kararı, sadece davacı ve davalı olarak yargılamaya katılmış olan kişiler hakkında sonuç doğurur¹³. Davada taraf olanlar dışında kalanların, iptal hükmünden etkilenmeyeceği kabul edilmektedir¹⁴. Bu görüşün, “iptal davasının niteliğine”¹⁵ daha uygun

¹¹ Marxer, OFK, ZGB Art 520, Rz. 3; Fankhauser, CHK, ZGB Art. 519, Rz. 7; Abt, s. 169; Ammann, Rz. 190; Seiler, Ungültigkeit, Rz. 124, 177; Seiler, Benedikt, “Der Erbrechtsprozess unter der neuen ZPO – ausgewählte Aspekte”, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, recht 2014, s. 206; Sutter-Somm/Seiler, s. 198; Herzog, Sabine, “Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_984/2018 vom 7. Januar 2020, A. gegen B., Klage auf Absetzung des Willensvollstreckers”, AJP 2020, s. 639, 641; Bohnet, François/Droese, Lorenz, “Art. 70 Notwendige Streigenossenschaft”, Präjudizienbuch ZPO, Verlag Stämpfli Verlag AG / hep Verlag AG 2018, Rz. 3; Eren, İptal, s. 139; Kocayusufpaşaoğlu, s. 341; Serozan/Engin, s. 444; Hatemi, s. 125; Antalya, s. 310; İnan/Ertaş/Albaş, s. 321-322; Oğuzman, s. 238; Eren/Yücer Aktürk, s. 239; Dural/Öz, s. 231; Köprülü, s. 233; Aybay, s. 66; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 160; İmre/Erman, s. 226; Çabri, s. 810; Ayan, s. 171; Arbek, s. 83; Özüğür, Ali İhsan, Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, Cilt 2, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016, s. 1246; Göksu, Tarkan, “Prozessrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in Erbsachen 2017”, Zeitschrift für Erbrecht, successio 2018, s. 315; Turan, s. 111; Günay, s. 154; Ağca Toplandı, s. 132; Aysal, s. 76; Koçoğlu, s. 106; Çiftçi, s. 291; Efe, s. 68; Güneri, s. 157.

¹² Ammann, Rz. 6; Eren, İptal, s. 139; Serozan/Engin, s. 444; Hatemi, s. 125; İnan/Ertaş/Albaş, s. 321; Oğuzman, s. 238; Eren/Yücer Aktürk, s. 239; Petek, s. 4; Turan, s. 111; Aysal, s. 76; Çiftçi, s. 291.

¹³ Abt, s. 169; Ammann, Rz. 190; Seiler, Ungültigkeit, Rz. 178; Seiler, ZPO, s. 206; Sutter-Somm/Seiler, s. 201; Herzog, s. 641; Bohnet/Droese, Rz. 3; Eren, İptal, s. 139; Kocayusufpaşaoğlu, s. 341; Serozan/Engin, s. 444; Hatemi, s. 125; İnan/Ertaş/Albaş, s. 321-322; Antalya, s. 310; Oğuzman, s. 238; Eren/Yücer Aktürk, s. 239; Köprülü, s. 233; Aybay, s. 66; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 160; İmre/Erman, s. 226; Çabri, s. 810; Arbek, s. 83; Turan, s. 111; Ağca Toplandı, s. 132; Aysal, s. 76; Günay, s. 154; Çiftçi, s. 291.

¹⁴ Abt, s. 170; Sutter-Somm/Seiler, s. 201; Ammann, Rz. 190; Seiler, Ungültigkeit, Rz. 178; Antalya, s. 310; Hatemi, s. 125; İnan/Ertaş/Albaş, s. 322; Köprülü, s. 233; Aybay, s. 66; İmre/Erman, s. 226; Çabri, s. 810; Turan, s. 111; Günay, s. 154; Ağca Toplandı, s. 132; Aysal, s. 76; Koçoğlu, s. 106; Çiftçi, s. 291; Efe, s. 68.

¹⁵ Hâkim, iptale ancak açılacak dava üzerine hükmedebilir. İptal, yalnızca kanunda gösterilen kişiler tarafından ileri sürülebilir ve etki alanı sınırlıdır. İptal edilebilir hukuki ilişkilerin tamamen geçerlik kazanması mümkündür. İptal, nispi bir geçersizlik halidir. İptal edilebilir hukuki ilişkiler, kesin hükümsüz hukuk ilişkilerin aksine yapıldıkları andan itibaren hüküm ve sonuç doğurur. İptalin hukuki niteliğine ilişkin açıklamalar için bkz. Ammann, Rz. 14 vd.; Seiler, Ungültigkeit, Rz. 24 vd.; Eren, İptal, s. 125 vd.; Eren/Yücer Aktürk, s. 229 vd.; Mustafa Tiftik, “Borç Sözleşmelerinin İptali”, Haziran 2006, 23(3), Batider, s. 62 vd.

olduğu ifade edilmektedir¹⁶. Zira iptalde, geçersizliğin sadece hukuki ilişkiye katılanlar açısından gündeme geldiği belirtilmektedir¹⁷.

İptal davasına yönelik bu görüş doktrinde çeşitli bakış açılarıyla ele alınmıştır. Bunlardan ilkinde göre, iptal davası kim tarafından açılmışsa, karar neticesinde ölüme bağlı tasarrufun o kişi açısından hüküm ifade etmeyeceği, buna karşılık dava açmamış diğer ilgililer bakımından ölüme bağlı tasarrufun geçerliliğini koruyacağı ifade edilmektedir¹⁸. Bu görüşe göre, mesela “*mirasbırakanın A ve B isimli iki çocuğundan A, mirasbırakanın yapmış olduğu bir vasiyetnameyi iptal ettirirse, vasiyetnamenin içeriği onun açısından hüküm ifade etmez; ancak davaya katılmamış (dava açmamış) olan B’den vasiyetnamenin yerine getirilmesi istenebilir*”¹⁹. Bunun sonucu olarak da ölüme bağlı tasarrufun hiçbir mirasçı yönünden hüküm ifade etmemesi için iptal davasının bütün mirasçılar tarafından açılması gerektiği belirtilmektedir²⁰. Aynı durumun davalı açısından da söz konusu olduğu dile getirilmektedir²¹. Dolayısıyla iptal davası kime karşı açılmışsa, sadece ona karşı bir geçersizlik gündeme gelir²². Nitekim Yargıtay’ın 7.12.1955 tarih ve 16/25 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında²³ da aynı prensibin kabul edildiği ifade edilmiştir²⁴.

Doktrindeki diğer bir görüş meseleyi şu şekilde ele almaktadır: “*Ölüme bağlı tasarrufun iptalini yargısının salt taraflar arasında inhisar eden nispi etkisinin anlamını bir örnekle açalım: Vasiyetçi M ehliyesizken A’yı ve B’yi mirasçı nasbetmiştir. Yasal mirasçı C, sadece B’ye karşı iptal davasını açmış ve B yararına mirasçı atama tasarrufunu iptal ettirmiştir. Bu durumda A, atanmış külli halef mirasçı sıfatını koruyup sürdürür.*”²⁵. Bununla birlikte

¹⁶ Eren, İptal, s. 139; Eren/Yücer Aktürk, s. 239.

¹⁷ İmre/Erman, s. 226; Eren, İptal, s. 139; Eren/Yücer Aktürk, s. 239.

¹⁸ Dural/Öz, s. 231.

¹⁹ Dural/Öz, s. 231. Benzer örnek için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 341; Çabri, s. 810.

²⁰ Dural/Öz, s. 231.

²¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 341; Dural/Öz, s. 231; Çabri, s. 810; Ağca Toplandı, s. 132.

²² Dural/Öz, s. 231.

²³ Söz konusu içtihadı birleştirme kararına konu olayda, ölüme bağlı tasarruflar içinden sadece vasiyeti yerine getirme görevlisi atamasının iptali için dava açılmıştır. Burada Yüksek Mahkeme, verilen kararın sadece vasiyeti yerine getirme görevlisine karşı hüküm ve sonuç doğuracağını, diğer tasarrufların iptal kararından etkilenmeyeceğini ifade etmiştir. Karar ifadesi için bkz. Ruhi/Ruhi, s. 610; Çabri, s. 811; Tekdoğan, s. 443.

²⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 342-343; Dural/Öz, s. 231.

²⁵ Serozan/Engin, s. 444. Aynı doğrultuda benzer bir örnek için bkz. Abt, s. 170; Çabri, s. 810-

Yazar, iptal hükmünün sadece taraflar arasında etkili olmasına bir çekince konulması gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, görüşünü, “*Bu arada iptal hükmünün “inter partes” etkisi konusunda şu çekinceyi eklemeli: Gerçi mirasçı atamada ve bölünmez vasiyette salt iptal davasının taraflara özgü bir ‘inter partes’ etkiye kimsenin itirazı olamaz! Ama bazen MK 563 I ve MK 561’in oransal tenkise ilişkin kuralları örnek alınarak, iptal davasının davalısının mirasçılığını öteki mirasçıya karşı hiç değilse bölümsel olarak koruyup ileri sürebileceği kabul edilmelidir. Öte yandan, vasiyeti yerine getirme görevlisinin atanmasıyla veya taksim kuralıyla ilgili iptal hükümleri de yenilik doğurucu hükümlere yakışır biçimde herkese yaygın (erga omnes) etkili tutulmalıdır.*” şeklinde ifade etmiştir²⁶.

Diğer bir görüş söz konusu mesele ile ilgili, “*Nisbi sonuç, burada sadece davalı ve davacı arasında sonuç doğurma anlamındadır. Mesela, (M) ’nin mirasçı olarak iki oğlu vardır: (A) ve (B). (M), (Ü) ’ye yüz bin TL vasiyet etmiştir. (A) ehliyetsizlik dolayısıyla tasarrufun iptalini istemiş ve iptal ilamını almış, (B) dava açmamıştır. (B) ’den (50) bin ödemesi istenebilecektir.*” ifadelerine yer vermiştir²⁷. Bununla birlikte Yazar, söz konusu örneğin devamında TMK. m. 559/II gereğince, vasiyetin ifası davasında (B) ’nin hükümsüzlüğü defi yoluyla ileri sürebileceğini ifade etmiştir²⁸.

İptal kararının nispi nitelikteki söz konusu etkisinin kabulü, başlıca üç sebebe dayandırılmaktadır. Bunlardan ilki, *favor testamenti* ilkesinden hareketle, geçersiz tasarrufun elden geldiğince geçerli tutulmaya çalışılarak mirasbırakanın ölüme bağlı son arzularına geleneksel olarak saygı duyulması düşüncesidir²⁹. İkincisi, bir ölüme bağlı tasarrufun geçerli kalıp kalmayacağını istemek mirasçı veya vasiyet alacaklısının iradesine bağlıdır³⁰. Mirasçı veya vasiyet alacaklılarından bir kısmı ölüme bağlı tasarrufun iptalini isterken bir

811; Turan, s. 111.

²⁶ Serozan/Engin, s. 444.

²⁷ Hatemi, s. 125. Aynı doğrultuda benzer bir örnek için bkz. Seiler, ZPO, s. 206-207; Sutter-Somm/Seiler, s. 205-206; Çabri, s. 810.

²⁸ Hatemi, s. 125. İptal def’i ile ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Albaş, s. 143 vd.

²⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 342; Serozan/Engin, s. 442, 444; Ağca Toplandı, s. 132; Efe, s. 54.

³⁰ Seiler, Ungültigkeit, Rz. 169; Abt, s. 169; Sutter-Somm/Seiler, s. 202; Herzog, s. 640; Ammann, Rz. 190; Kocayusufpaşaoğlu, s. 342; Çabri, s. 811; Turan, s. 111; Koçoğlu, s. 107; Çiftçi, s. 292. Ayrıca bkz. BGE 146 III 1 Er.4 s.2; BGE 40 II 190 Er. 1 s. 192; BGE 44 II 107 Er. 2 s. 116 f.; BGE 57 II 150 Er. 2 s. 152; BGE 81 II 33 Er. 3 s.36; BGE 91 II 327 Er.7 s.337; BGE 96 II 119 Er.1b s.124.

kısmı istemeyebilir³¹. Aynı şekilde bir mirasçı veya mirasçılar, mirasbırakanın iradesine uymak da isteyebilir³². Üçüncüsü ise, iptal hükmünün herkese karşı (*erga omnes*) etkili tutulmasını gerektirecek bir kamu yararının bulunmamasıdır³³.

Diğer taraftan iptal kararının herkese karşı (*erga omnes*) etkili kabul edilecek olması başka bir sorunu da beraberinde getirmektedir³⁴. O da iptal kararının olumlu sonuçlarından davaya katılmayan mirasçılarının da yararlanmasının hakkaniyetli olup olmayacağıdır. Mesele bir örnek üzerinden şu şekilde izah edilebilir: Mirasbırakanın, öldüğünde mirasçı olarak sadece iki torunu bulunmaktadır. Mirasbırakan ise bir vasiyetname ile başka bir kimseyi de mirasçı olarak atamıştır. Bu durumda torunlardan birisi iptal davasını açma iradesi göstermiş, diğeri ise bu yönde bir irade göstermemiştir. İptal davasını kazanan torun, herkese karşı (*erga omnes*) etkili iptal kararı ile dava açmayan diğer torun lehine de iptal kararı aldırılmış bulunmaktadır. Bu durumda, mirasın bölüşülmesi nasıl gerçekleştirilecektir? İptal davası açılmasa idi, miras torun1= 1/3, torun2=1/3 ve atanmış mirasçı=1/3 olacaktı. Torun2 iptal iradesi ortaya koymadığı için 1/3'e razı idi. İptal kararı neticesinde herkese karşı (*erga omnes*) etkide atanmış mirasçı tamamen aradan çıkmaktadır. Bu durumda, miras yasal olarak paylaşıldığında torunlardan her biri 1/2'şer pay alacağı için, torun2'nin miras payı, iradesi bu yönde olmamasına, 1/3'e razı olmuş olmasına rağmen artmış olacaktır. Diğer taraftan, iptal kararı sonucu olarak geri dönen 1/3'lük pay sadece torun1 uhdesine bırakılsa, bu sefer de ne

³¹ Seiler, Ungültigkeit, Rz. 169; Kocayusufpaşaoğlu, s. 342; Çabri, s. 811-812; Turan, s. 111; Koçoğlu, s. 107. Ayrıca, iptal kararı herkese etkili (*erga omnes*) kabul edilirse, ölüme bağlı tasarrufun geçerli kalmasını isteyen mirasçılarının bu yöndeki hakları kısıtlanmış olur. Çünkü mirasçılardan biri, sanki bütün mirasçılar adına dava açıyormuş gibi ölüme bağlı tasarrufu herkes açısından ortadan kaldırmış olur. Bu durumda iptal iradesi olmayan mirasçılarının bu yöndeki hakları, iptal iradesi olan mirasçının veya mirasçılarının iradesi ile ortadan kalkmış olmaktadır. Bunun sonucu olarak da iptal davasının herkese etkili (*erga omnes*) olması yalnızca iptal iradesi gösterenlerin menfaatlerini korur. Açıklamalar için bkz. Seiler, Ungültigkeit, Rz. 170.

³² Sutter-Somm/Seiler, s. 206; Ammann, Rz. 190. Ancak somut durumda iptal sebeplerinden mirasbırakanın ayırt etme gücünün yokluğu veya iradesinin sakatlanmış olması söz konusu ise, bu düşünce muhtemelen oluşmayacaktır.

³³ Seiler, Ungültigkeit, Rz. 169; Abt, s. 169; Sutter-Somm/Seiler, s. 202; Herzog, s. 640; Ammann, Rz. 190; Kocayusufpaşaoğlu, s. 342; Serozan/Engin, s. 444; İmre/Erman, s. 226; Çabri, s. 812; Turan, s. 111; Ağca Toplandı, s. 132; Koçoğlu, s. 107; Çiftçi, s. 292; Efe, s. 54; Güneri, s. 157. Ayrıca bkz. BGE 146 III 1; BGE 40 II 190; BGE 44 II 107; BGE 57 II 150; BGE 81 II 33; BGE 91 II 327; BGE 96 II 119.

³⁴ Söz konusu sorunun ortaya konulması ve benzer örnek için bkz. Seiler, Ungültigkeit, Rz. 171.

herhangi bir ölüme bağlı tasarrufta ne de kanunda bu yönde bir hakkı yokken, torun1, torun2'nin iki katı miras payına sahip olacaktır. Ayrıca, bir ölüme bağlı tasarrufta, birden fazla kişi lehine tasarruf söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, davalı olarak bunlardan biri gösterilse ve ölüme bağlı tasarruf herkese karşı (*erga omnes*) etkili olsa, kendisine dava açılmayan kişiler açısından da tasarruflar iptal edilmiş olacaktır³⁵.

İptal kararının sadece davanın tarafları arasında etkili olması, yargı kararlarında da yaygın bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de bir içtihadı birleştirme kararında “...*Medeni Kanunumuzun sistemine göre tasarruf ehliyeti bulunmayan bir muris tarafından tanzim olunan ölüme bağlı tasarruf kendiliğinden hükümsüz olmayıp ancak iptali kabil sayılacağından, bir iptal sebebinin mevcut olduğunu tespit eden bir mahkeme kararı ancak aleyhlerine sadır olan şahıslara karşı muhkem kazıyye teşkil edeceği...*”³⁶ ifadelerine yer verilmiştir.

Aynı şekilde Yargıtay'ın başka bir kararına göre, “*Vasiyetnamenin iptali hükmü surf davanın tarafları yönündendir. Vasiyetnameler, iptal davası açmamış olan mirasçılar açısından geçerliliklerini korurlar*”³⁷.

Yine Yargıtay'ın bir kararında “*Yerleşmiş Yargıtay uygulamalarına göre, vasiyetnamenin iptali davaları sadece bu davanın tarafları açısından hüküm ifade eder. İptal davasının tarafı olmayan davacı yönünden hüküm ifade etmeyeceğinden...*”³⁸ ifadeleri yer almıştır.

Yine bir başka Yargıtay kararına göre, “*Vasiyetnamenin iptali, sadece bu davanın tarafları açısından hüküm ifade eder. İptal davasının tarafı olmayan mirasçılardan davalı Ahmet K. yönünden hüküm ifade etmeyeceği için, bu davalı yönünden davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.*”³⁹.

Nihayet Yargıtay bir kararında “*Kural olarak ölüme bağlı tasarrufun iptali davasını mirasçıların birlikte açma zorunluluğu bulunmamaktadır (TMK. m. 558). Diğer bir ifadeyle her mirasçı kendi yönünden tek başına*

³⁵ Seiler, Ungültigkeit, Rz. 173.

³⁶ İBK. T. 07.12.1955, E. 1955/16, K. 1955/25. Karar ifadesi için bkz. Ruhi/Ruhi, s. 610; Çabri, s. 811; Tekdoğan, s. 443.

³⁷ 2. HD. T. 21.11.2000, E. 2000/555 ve K. 2000/458. Karar için bkz. Serozan/Engin, s. 442; Koçoğlu, s. 106.

³⁸ 3. HD., T. 14.05.2012, E. 2012/4989 ve K. 2012/12073. Karar için bkz. Ruhi/Ruhi, s. 475.

³⁹ 3. HD., T. 14.12.2020, E. 2010/12090 ve K. 2010/20564. Karar için bkz. Ruhi/Ruhi, s. 591.

vasiyetnamenin iptalini isteyebilir. Bu durumda iptal davasını açmayan mirasçılar yönünden, vasiyetname geçerliliğini korur. Bir kısım mirasçının açtığı vasiyetnamenin iptali davasında diğer mirasçıları da kapsayacak içerikte iptal hükmünün kurulması doğru olmadığı gibi bu şekilde bir karar davanın tarafı olmayan kişiler yönünden bağlayıcı bir sonuç da doğurmaz (bkz. Yargıtay 2. HD., 20.03.2001 gün ve 551 E ve 4158 K. sayılı ilamı). Sonuç itibarıyla, ölüme bağlı tasarrufun iptaline yönelik karar, ancak davanın tarafları yönünden hukuki etki gösterir.”⁴⁰ ifadeleri ile meseleye yönelik yaklaşımını net bir şekilde ortaya koymaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da, iptal davasında verilen kararın sadece davanın tarafları arasında etkili olacağı ifade edilmektedir⁴¹.

Hal böyle olmakla birlikte doktrinde bir görüş, bu doğrultudaki bir kabulün, terake hesapları üzerinde nasıl etki yapacağı, hak sahiplerini nasıl etkileyeceği konusunun bir belirsizlikler yumağını beraberinde getirdiğini ifade etmiştir⁴². Yazar’a göre, kanun koyucunun bu belirsizliği “*de lege feranda*” ortadan kaldırması gereklidir⁴³.

Doktrindeki aksi yöndeki bir görüşe göre ise, bir iptal davası açılıp kazanıldıktan sonra diğer ilgililerin ayrıca iptal davası açmasına gerek yoktur⁴⁴. Zira iptal davası bütün tasarrufu hükümsüz kıldığından bölünemez

⁴⁰ 3. HD., T. 18.06.2009, E. 2009/9105 ve K. 2009/10585, (KBİBB). Aynı doğrultuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı için bkz. HGK., T. 22.09.2010, E. 2010/3-392, K. 2010/417, (KBİBB). Kararlar için ayrıca bkz. Ruhi/Ruhi, s. 608-610; Çabri, s. 811; Tekdoğan, s. 444.

⁴¹ “...Bir iptal davasında verilecek karar, ancak davanın tarafları arasında sonuç doğurur...” Bkz. BGE 40 II 190 Er.1 s.192. “... Medeni Kanun’a göre, ehliyeti olmayan bir mirasbırakanın yaptığı vasiyetname kendiliğinden geçersiz değildir ancak iptal edilebilir. Davada aleyhine dava açılıp iptali istenen bağışlar dışındaki tasarruflar geçerli olmaya devam eder. Buradaki iptal iradesi, hakkında dava açılmayan kişilere de etkili olacak şekilde vasiyetnamayı bütünüyle geçersiz kılmaz...”. Ancak Federal Mahkeme bu kararında vasiyeti yerine getirme görevlisine yönelik bir ölüme bağlı tasarrufun mirasçılardan biri tarafından açılması halinde verilen iptal kararının, herkese yönelik etkili olacağını ifade etmiştir. Dolayısıyla bu kararda, “sadece taraflar arasında etkili olma” hususu mutlak bir şekilde kabul edilmemiştir. Bkz. BGE 44 II 107. Federal Mahkeme diğer bir kararında önceki kararlarına (BGE 40 II 109 ve BGE 44 II 107) atıf yaparak aynı doğrultuda karar vermiştir. Bkz. BGE 57 II 150; Aynı doğrultuda diğer kararlar için bkz. BGE 78 II 181; BGE 81 II 33; BGE 91 II 327; BGE 96 II 119; BGE 146 III 1; BGE 78 II 138. Aynı şekilde bu husus Basel Kanton Mahkemesinin kararlarına da yansımıştır. Bkz. 22.11.2016 tarih ve 400 16 265 sayılı kararı Er.6.2.; 14.08.2018 tarih ve 400 18 58 sayılı kararı Er.2, Er.5. Karar metinleri için bkz. Swisslex.

⁴² İnan/Ertuş/Albaş, s. 322.

⁴³ İnan/Ertuş/Albaş, s. 322.

⁴⁴ Berki, s. 194.

ve her ilgili iptalin neticelerinden faydalanır⁴⁵. Mesela, “*muris, mirasçı olarak iki oğul bırakırsa, terekenin yarısında ölüme bağlı tasarruf yapmış olsa ve mirasçılardan yalnız biri yani iki oğuldan biri iptal davasını kazanırsa, diğer oğul da iptalden faydalanır.*”⁴⁶.

II. DAVADA YER ALMAYAN İLGİLİLERİN DURUMUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda ifade edildiği üzere, ölüme bağlı tasarrufların iptali davasında, iptal kararının sadece davanın tarafları arasında etkili olacağı kabul edilmektedir. Kural olarak kanaatimiz de bu şekildedir. Bununla birlikte, söz konusu kabulün bütün ölüme bağlı tasarruf türleri açısından sorunsuz bir şekilde mümkün olup olmadığı incelenmelidir. Zira bazı özel durumlarda, iptal kararının davaya taraf olmayan ilgiler üzerinde de etkili olacağı durumlar ortaya çıkabilmektedir/çıkabilmelidir. Bunlar özellikle bölünmez bir bütün teşkil eden tasarruflar söz konusu olduğunda karşımıza çıkmaktadır.

Yine yukarıda ifade edildiği üzere, ölüme bağlı tasarrufun iptali davasında davacı, tasarrufun iptalinde menfaati bulunan mirasçı veya vasiyet alacaklıdır. Davalı taraf ise, iptali istenen ölüme bağlı tasarrufta davacı aleyhine mirasa ilişkin bir menfaat elde eden kimse veya kimselerdir. Bu itibarla, iptal davasında taraflar, mirasçılar dışındaki kişilerden de oluşabileceği için açıklamalarda “ilgililer” ifadesi kullanılmıştır.

Davada yer almayan ilgililerin hukuki durumunun ise, “davacı tarafta yer almayan ilgililer” ve “davalı tarafta yer almayan ilgililer” olmak üzere iki ana başlık altında incelenmesi uygun görülmüştür.

A. DAVACI TARAFTA YER ALMAYAN İLGİLİLERİN DURUMU

Davacı tarafta yer almayan ilgililerin durumunun, iptal davası ile gündeme gelmesi yaygın olabilecek maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların her biri açısından ayrı ayrı incelenmesi, meselenin izahı açısından daha elverişli olacaktır. Bu sebeple konu, aşağıda ayrı başlıklar altında incelenmiştir.

1. Mirasçı Atama Bakımından Değerlendirilmesi

Mirasçı atama⁴⁷, TMK. m. 516’da düzenlenmiştir. Buna göre; “(1)

⁴⁵ Berki, s. 194.

⁴⁶ Berki, s. 194.

⁴⁷ Mirasçı atama ile ilgili ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Peter Weimar, “Die gesetzlichen

Mirasbırakan, mirasının tamamı veya belli bir oranı için bir veya birden çok kişiyi mirasçı atayabilir. (2) Bir kişinin, mirasın tamamını veya belli bir oranını almasını içeren her tasarruf, mirasçı atanması sayılır.” Hükümden de anlaşılacağı üzere, burada ölüme bağlı tasarrufla terekedeki belirli bir mal veya malvarlığı değeri bırakılmamakta, terekenin tamamı ya da belirli (kesirli) bir bölümü bırakılmaktadır⁴⁸. Mirasçı atanmış kişi külli haleftir⁴⁹. Atanmış mirasçı, tereke borçlarından şahsen ve varsa diğer mirasçılarla birlikte müteselsilen sorumludur⁵⁰.

Mirasçı atamaya karşı açılan bir ölüme bağlı tasarrufun iptali davasında, davada verilen iptal kararı “kural olarak”⁵¹ davanın tarafları arasında geçerlidir.

Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen”, in Peter Weimar (Hrsg.), Art. 457-516 ZGB, BK - Berner Kommentar Band/Nr. III/1/1/1, Zurich 2009, Art. 483, Rz. 1 vd.; Daniel Staehelin, “Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II”, in Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Art. 482-483 ZGB, 6. Aufl. 2019, Art. 483, Rz. 1 vd.; Stephanie Hrubesch-Millauer, “Erbrecht ZGB”, in Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 482-488, 3. Aufl., 2016, Art. 483, Rz. 1-5; Philipp Studhalter, “ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch”, in Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Art. 482-493, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 483, Rz. 1 vd.; Harold Grüninger, “Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, KUKO ZGB”, in Andrea Bücher/Dominique Jakob (Hrsg.), Art. 477-493, 517-518, 2. Aufl. 2017, Art. 483, Rz. 1-5; Kocayusufpaşaoğlu, s. 258; Köprülü, s. 151; Oğuzman, s. 164 vd.; Dural/Öz, s. 141-142; Serozan/Engin, s. 360 vd.; İnan/Ertaş/Albaş, s. 225 vd.; Eren/Yücer Aktürk, s. 143 vd.; Öztan, s. 290 vd.; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 100 vd.; Kılıçoğlu, s. 147 vd.; Antalya, s. 230 vd.; Aybay, s. 41; İmre/Erman, s. 121 vd.; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 56 vd.; Çabri, s. 339 vd.; Ayan, s. 125 vd.; Aydos, s. 8 vd.; Keskin/Demircioğlu, s. 221 vd.; Hasan Özkan, Açıklamalı-İçtihatlı-Örneklî Türk Medeni Yasası ve Uygulaması, Miras Hukuku (Md. 485-682), 5. Cilt, Legal Yayınevi, 2017, s. 2906 vd.

⁴⁸ Weimar, BK, ZGB Art. 483, Rz. 1; Staehelin, BSK, ZGB Art 483, Rz. 1; Hrubesch-Millauer, CHK, ZGB Art. 483, Rz. 1; Studhalter, OFK, ZGB Art. 483, Rz. 5; Grüninger, KUKO, ZGB Art. 483, Rz. 1; Kocayusufpaşaoğlu, s. 258; Dural/Öz, s. 141-142; Serozan/Engin, s. 360; İnan/Ertaş/Albaş, s. 225; Eren/Yücer Aktürk, s. 143; Öztan, s. 290; Antalya, s. 230; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 56-57; Çabri, s. 339; Keskin/Demircioğlu, s. 221.

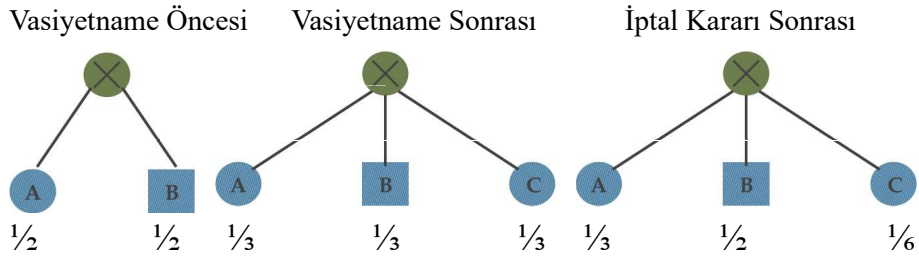
⁴⁹ Staehelin, BSK, ZGB Art 483, Rz. 2; Kocayusufpaşaoğlu, s. 258; Dural/Öz, s. 142; Serozan/Engin, s. 361-362; İnan/Ertaş/Albaş, s. 226; Eren/Yücer Aktürk, s. 145; Öztan, s. 292; Kılıçoğlu, s. 151; Antalya, s. 230; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 57; Çabri, s. 343, 347; Ayan, s. 126; Aydos, s. 8; Keskin/Demircioğlu, s. 221.

⁵⁰ Weimar, BK, ZGB Art. 483, Rz. 13; Staehelin, BSK, ZGB Art 483, Rz. 2; Kocayusufpaşaoğlu, s. 258; Dural/Öz, s. 142; Serozan/Engin, s. 361-362; İnan/Ertaş/Albaş, s. 226; Eren/Yücer Aktürk, s. 145; Öztan, s. 292; Kılıçoğlu, s. 151; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 57; Çabri, s. 350; Ayan, s. 126; Aydos, s. 8; Keskin/Demircioğlu, s. 221.

⁵¹ Mirasçı atamada iptal kararı taraflar arasında etkili olmasına rağmen, dava sürecinde yer almayan bazı ilgililer için de bir anlamı olabilmektedir. Mesela, mirasbırakanın M'nin A ve B isminde iki çocuğu olsun. M yapmış olduğu bir vasiyetname ile C'yi mirasçı atasın.

Gerçekten de yukarıda yer verilen görüşlerden de görüleceği üzere, mirasçı atama açısından kural olarak tartışmalı bir durum gündeme gelmemekte ve oransal olarak bölünebilir bir birim söz konusu olduğundan taraflar arasında etki geçerli olmaktadır.

Mirasçı atama açısından taraflar arasında etki “aşağıdaki örnekler”⁵² üzerinden somutlaştırılabilir. Mesela, mirasbırakan, iki çocuğu A ve B’yi yasal mirasçı olarak bırakır. Mirasbırakan yapmış olduğu bir vasiyetname ile C’yi de A ve B’ye eşit mirasçı olarak atar. Daha sonradan vasiyetnamenin geçersiz olduğu ortaya çıktığında, B bu vasiyetnamenin geçersizliği için C’ye iptal davası açar ve kazanır. A ise vasiyetnameye itiraz etmek istememiştir ve B’nin açtığı davada yer almaz. Bu durumda iptal kararı sonucundaki hukuki durumu nasıl şekillenir?



İptal kararı sonrasında, A’nın vasiyetname sonucunda gündeme gelen hissesi değişmez ve oranında payını alır. B iptal davasını kazanması neticesinde vasiyet öncesi payını elde eder ve payını alır. C ise kendisine vasiyetname ile bırakılan payın yarısını B lehine kaybeder ve kendisine oranında pay kalır. Söz konusu oranlar, parasal olarak saptanan tereke değeri

A ve B ikisi birlikte davacı olarak söz konusu ölüme bağlı tasarrufu iptal ettirdiklerinde, C’nin mirasçılık sıfatı düşmektedir. Zira somut olaya göre bütün mirasçılar davada yer almıştır. Bu durumun diğer bir boyutu mirasbırakanın alacaklılarını ilgilendirmektedir. Zira atanmış mirasçı olan C de külli halefiyet yoluyla tereke borçlarından bütün malvarlığı ile diğer mirasçılarla birlikte müteselsilen sorumludur. Dolayısıyla mirasbırakanın alacaklıları, alacaklarının tahsili için C’ye de gidebilirler. Ancak iptal kararı sonucunda C’nin mirasçılık sıfatı ortadan kalktığı için mirasbırakanın alacaklıları artık C’ye gidemez. Görüleceği üzere, mirasçı atamada iptal kararı davada yer almayan başka ilgilileri de etkileyebilmektedir. Aynı durum C’nin mirasbırakana borçlu olanlar ile ilişkisi açısından da gündeme gelebilmektedir. İptal kararının miras alacaklıları ve borçluları açısından da bağlayıcı olacağı görüşü için ayrıca bkz. Seiler, Ungültigkeit, Rz. 251, 256.

⁵² Örnekler, doktrin tarafından ileri sürülmüş yukarıda yer verilen örneklerin şematize edilerek açıklanması ile kaleme alınmıştır.

üzerinden somutlaştırılacak olursa; terekenin değerinin 150.000 TL olduğu durumda;

Vasiyetname Öncesi	Vasiyetname Sonrası	İptal Kararı Sonrası
A= 75.000 TL	A= 50.000 TL	A= 50.000 TL
B= 75.000 TL	B= 50.000 TL	B= 75.000 TL
	C= 50.000 TL	C= 25.000 TL

2. Vasiyet (Belirli Mal Bırakma) Bakımından Değerlendirilmesi

Belirli mal bırakma⁵³ TMK. m. 517’de düzenlenmiştir⁵⁴. Buna göre; “(1) Mirasbırakan, bir kimseye onu mirasçı atamaksızın belirli bir mal bırakma yoluyla kazandırmada bulunabilir. (2) Belirli mal bırakma, ölüme bağlı tasarrufla bir kimseye terekedeki bir malın mülkiyetinin veya terekenin tamamı ya da bir kısmı üzerinde intifa hakkının kazandırılmasına yönelik olabileceği gibi; bir kimse lehine tereke değeri üzerinden bir edimin yerine getirilmesinin, bir iradın bağlanmasının veya bir kimsenin bir borçtan kurtarılmasının, mirasçılar veya belirli mal bırakılanlara yükletilmesi suretiyle de olabilir.”. Hükümden de görüleceği üzere, vasiyet çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Bunlar, bir mal bırakma, intifa hakkı verme, tereke değeri üzerinden bir edimin yerine getirilmesi, irat vasiyeti ve ibra vasiyettir. Vasiyet alacaklısı

⁵³ Belirli mal bırakma ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Weimar, BK, ZGB Art. 484, Rz. 1 vd.; Bruno Huwiler, “Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II”, in Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Art. 484 ZGB, 6. Aufl. 2019, Art. 484, Rz. 1-94.; Hrubesch-Millauer CHK, ZGB Art. 484, Rz. 1-8; Studhalter, OFK, ZGB Art. 484, Rz. 1 vd.; Grüninger, KUKO, ZGB Art. 484, Rz. 1-7; Kemal Tahir Gürsoy, Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Mal Vasiyeti, 1955, s. 1 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 259 vd.; Köprülü, s. 151 vd.; Oğuzman, s. 167 vd.; Serozan/Engin, s. 362 vd.; İnan/Ertaş/Albaş, s. 227 vd.; Hatemi, s. 105 vd.; Eren/Yücer Aktürk, s. 145 vd.; Öztan, s. 293 vd.; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 103 vd.; Kılıçoğlu, s. 147 vd.; Antalya, s. 232 vd.; Aybay, s. 41; İmre/Erman, s. 121 vd.; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 57 vd.; Çabri, s. 354 vd.; Ayan, s. 127 vd.; Aydos, s. 25 vd.; Keskin/Demircioğlu, s. 222 vd.; Herdem Belen, Miras Hukuku, Şema Kitap, 2. Baskı, Beta Yayınevi, 2021, s. 52 vd.; Özkan, Miras, s. 2911 vd.

⁵⁴ Kanun maddesinin başlığı belirli mal bırakmadır. Ancak madde içerisindeki düzenlemelere bakıldığında bir mal bırakmadan daha geniş hususların olduğu görülmektedir. Bu sebeple maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufun bu türü için daha üst bir kavram olan “vasiyet” kullanılmaktadır. Bu husus Kanun’da birçok maddede de bu şekilde kullanılmıştır. Mesela, TMK. m. 544, 552, 581, 583, 598, 601 ve 647’de durum bu şekildedir. Ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 261; Dural/Öz, s. 143; Antalya, s. 232; Çabri, s. 355 vd.

cüzi haleftir⁵⁵. Bu sebeple, vasiyete konu şeyde doğrudan hak sahibi olamaz⁵⁶. Vasiyet alacaklısı sadece, mirasçılara karşı “bir alacak hakkına”⁵⁷ sahip olur (TMK. m. 600).

Belirli mal bırakmaya karşı açılan bir ölüme bağlı tasarrufun iptali davasında, davada verilen iptal kararının sadece davanın tarafları arasında geçerli olup olmadığının farklı bakış açılarından ele alınması gerekmektedir. Zira burada sonuçları itibariyle mirasçı atamadan farklı durumlar ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de bırakılan malın bölünmez bir bütün teşkil edip etmediğine ve ekonomik bir değer ifade edip etmediğine göre mesele ayrı ayrı ele alındığında bu farklılıklar gündeme gelmektedir.

Bölünebilir bir mal bırakma durumunda taraflar arası (*inter partes*) etki burada da geçerli olmaktadır. Mesela mirasbırakan, iki çocuğu A ve B’yi yasal mirasçı olarak bırakır. Mirasbırakan yapmış olduğu bir vasiyetnamede ise C’ye terekesinden 100.000 TL bıraktığını ifade eder. Daha sonradan vasiyetnamenin geçersiz olduğu ortaya çıktığında, B bu vasiyetnamenin geçersizliği için C’ye iptal davası açar ve kazanır. A ise vasiyetnameye itiraz etmek istememiştir ve B’nin açtığı davada yer almaz. Bu durumda iptal kararı sonucunda B, vasiyet edilen 100.000 TL’lik kısmın kendisine düşen payı oranında (somut olayda yarısı) hak kazanarak C’ye 50.000 TL kalmasını sağlamış olur.

Fiziken ve/veya işlevsel olarak bölünmez bir belirli mal bırakma olduğunda ise, söz konusu malın ekonomik bir değer ifade edip etmediği bakış açısından ele alınmasında fayda bulunmaktadır. Şöyle ki, mirasbırakanın terekesindeki değerli bir saati, madalyası, pul koleksiyonu, bilgisayarını, arabası veya belirli bir evi gibi bir malını vasiyet ettiği durumlarda tek mirasçı veya mirasçılardan bir kısmı ölüme bağlı tasarrufun iptali davasını açtığı ve

⁵⁵ Weimar, BK, ZGB Art. 484, Rz. 2; Huwiler, BSK, ZGB Art. 484, Rz. 1; Grüninger, KUKO, ZGB Art. 484, Rz. 1; Dural/Öz, s. 144; Serozan/Engin, s. 363; İnan/Ertaş/Albaş, s. 229; Eren/Yücer Aktürk, s. 146; Kılıçoğlu, s. 148; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 57; Aydos, s. 60; Keskin/Demircioğlu, s. 222.

⁵⁶ Weimar, BK, ZGB Art. 484, Rz. 2; Huwiler, BSK, ZGB Art. 484, Rz. 1; Hrubesch-Millauer CHK, ZGB Art. 484, Rz. 2; Grüninger, KUKO, ZGB Art. 484, Rz. 1; Seiler, Ungültigkeit, Rz. 303; Dural/Öz, s. 144; Serozan/Engin, s. 363; İnan/Ertaş/Albaş, s. 229; Eren/Yücer Aktürk, s. 146; Kılıçoğlu, s. 148; Antalya, s. 235; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 57; Çabri, s. 357; Ayan, s. 131; Keskin/Demircioğlu, s. 223.

⁵⁷ Bunun istisnası TMK. m. 601/II’de yer almaktadır. Buna göre; “*Kendisine mirasbırakanın ölümünde ödenecek bir sigorta alacağı vasiyet edilen kimse, sigorta sözleşmesinden doğan istem hakkını sigortacıya karşı doğrudan doğruya kullanabilir.*”. Benzer düzenlemeler TTK. m. 1493/7, 1494 ve 1495’de de yer almaktadır. Konu ile ilgili detaylı bilgi için ayrıca bkz. Dural/Öz, s. 144-145.

davayı kazandığında ne olacaktır? Vasiyete konu mal, vasiyet alacaklısına intikal edecek mi yoksa etmeyecek midir? Malın bizatihi kendisinin vasiyet alacaklısına intikal ettirilmesi üzerinden bakıldığında, mal intikal etmeyecekse o zaman taraflar arasındaki etkiden söz edilmesi mümkün olmayacaktır. Zira o mal terekeden çıkmayacağı için davacı tarafta yer almayan ilgililer lehine de sonuç doğmuş olacak ve iptal kararı herkese etkili olmuş olacaktır. Aksi durumda mal, vasiyet alacaklısına intikal edecekse, bu durumda davayı açan ilgilinin açtığı ve kazandığı davanın bir anlamı kalmayacaktır. Bu durumda, fiziken ve/veya işlevsel olarak bölünmez malın hukuken bölünmesi üzerinden bir çözüm düşünülebilir.

Hukuken bölünme ile ifade etmek istenilen o mal üzerinde paylı hak sahipliğinin söz konusu olmasıdır⁵⁸. Vasiyet alacaklısına karşı ölüme bağlı tasarrufun iptali davası açıp kazanan mirasçının/mirasçıların, kendi miras payı/ payları oranında o mal üzerinde hak sahipliği gündeme gelir. Bu halde, eşya hukukunda yer alan hükümler de gündeme gelir ve paylı hak sahipliği ilişkisine devam edip etmemek, hak sahiplerinin iradelerine göre şekillenir. Burada ayrıca, iptal davası kapsamında yer almayan ama tenkis davası kapsamında

⁵⁸ Vasiyet alacaklısı, (mirasçı da olsa bırakılan o mal bakımından) külli halef olmadığı için mirasçılarla arasında elbirliği mülkiyetinin gündeme gelmesi mümkün gözükmemektedir. Bu sebeple, vasiyete konu mal üzerinde mirasçılarla vasiyet alacaklısı arasında bir paylılığın gündeme gelmesinin, paylı mülkiyet/hak sahipliği hükümleri çerçevesinde gerçekleşeceği söylenebilir. Paylı mülkiyet hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Tahir Gürsoy/Fikret Eren/Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 2. Baskı, 1984, s. 398 vd.; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, Cilt I, Zilyetlik – Tapu Sicili – Mülkiyet, 5. Bası, Filiz Kitabevi, 1989, s. 565 vd.; Nuşin Ayiter, *Eşya Hukuku (Kısa Ders Kitabı)*, 1983, s. 89 vd.; Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku*, Beta Basım, 2009, s. 389 vd.; Jale G. Akipek/ Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, Beta Basım, 2018, s. 389 vd.; Aydın Aybay/Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 130 vd.; A. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Kitabevi, 2020, s. 297 vd.; Aynı Yazar, “Yeni Türk Medeni Kanununda Paylı Mülkiyete İlişkin Düzenlemeler”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Turhan Kitabevi, 2003, s. 729-740; M. Kemal Oğuzman/ Özer Selici/ Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, 2020, s. 173 vd.; Turhan Esener/Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2019, s. 205 vd.; Mustafa Dural, *Eşya Hukuku Dersleri*, Fakülteler Matbaası, 1981, s. 66 vd.; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2020, s. 85 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, Turhan Kitabevi, 2021, s. 240 vd.; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, 15. Baskı, Fakülteler Barış Kitabevi, 2020, s. 237 vd.; Tufan Öğüz, *Müşterek Mülkiyetin Taksim Engelleri*, Alfa Yayınevi, 1995, s. 1 vd.; Keskin/Demircioğlu, s. 91 vd.; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku II, Mülkiyet*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 57 vd.; İlker Öztaş, *Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı*, On İki Levha Yayınları, 2011, s. 1 vd.; Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınevi, 2021, s. 343 vd.; Zekeriya Kürşat, *Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi*, Arıkan Yayıncılık, 2008, s. 1 vd.; Zeynep Özcan, *Paylı Mülkiyette Paydaşların Yetkileri ve Yükümlülükleri*, Yetkin Yayınevi, 2013, s. 34 vd.

yer verilen “bölünmez mal vasiyeti”nin düzenlendiği TMK. m. 564 hükmünün kıyas yoluyla uygulanması da düşünülebilir. TMK. m. 564’e göre; “Değerinde azalma meydana gelmeksizin bölünmesine olanak bulunmayan belirli bir mal vasiyeti tenkise tâbi olursa, vasiyet alacaklısı, dilerse tenkisi gereken kısmın değerini ödeyerek malın verilmesini, dilerse tasarruf edilebilir kısmın değerini karşılayan parayı isteyebilir.” Buradan hareketle de, iptal davası sonucunda davayı bir veya bir kısım mirasçılara karşı kaybeden vasiyet alacaklısının, mal üzerinde kalan payını karşılayan kısmın değerini isteyebilmesi veya davacı tarafta yer alan mirasçı veya mirasçıların paylarına tekabül eden değeri ödeyerek malın kendisine verilmesini isteyebilmesi düşünülebilir.

Ekonomik bir değer ifade eden ve fiziken ve/veya işlevsel olarak bölünemeyen belirli mal bırakmaya konu mallarda hukuken bölünme yoluyla çözüme gidildiğinde yine taraflar arası (*inter partes*) etki geçerli olabilmektedir. Ancak istisnai de olsa fiziken ve/veya işlevsel olarak bölünemeyen ve ekonomik bir değer ile de ifade edilemeyecek olan (veya ekonomik değerinin çok sembolik ama manevi değerinin ön planda olduğu) mesela eski bir mektup, resim vs. gibi manevi önem ifade eden belirli mal bırakmalarda ne olacağı yine tartışma konusu olacaktır. Bu gibi durumlar da iki farklı bakış açısından iki farklı görüş ileri sürülebilir. İlk olarak, yine taraflar arasında (*inter partes*) etkinin burada da geçerli olacağı ve hukuken bölünmenin de kabul edilerek o mal üzerinde paylı hak sahipliği ilişkisinin oluşacağı sonucuna gidilebilir. Diğer bir bakış açısıyla ise, bu tarz durumlarda işin manevi boyutu ön planda olduğundan iptal kararının herkese etkili sonuç doğurması ve o mal üzerinde vasiyet alacaklısının hiç hak sahibi olamaması gerektiği ifade edilebilir. Bu ikinci sonuç ise, terekede kalan o mal üzerinde iptal davasında yer almayan mirasçıların hak sahibi olup olamayacağı meselesini de gündeme getirir.

Meselenin belirli mal bırakma başlığı altında düzenlenen diğer vasiyet çeşitleri açısından da ele alınması faydalı olacaktır. Tereke alacağının vasiyet edilmesinde, taraflar arasında (*inter partes*) etki yine geçerli olur. Burada vasiyet alacaklısı, kendisine karşı ölüme bağlı tasarrufun iptali davası açıp kazanan mirasçının/mirasçıların miras payı/payları oranında o alacak üzerindeki hak sahipliğini davacı(davacılar) lehine kaybeder. Mesela mirasbırakan, iki çocuğu A ve B’yi yasal mirasçı olarak bırakır. Mirasbırakan, yapmış olduğu bir vasiyetnamede ise C’ye D’den olan alacağı 100.000 TL’yi bıraktığını ifade eder. Daha sonradan vasiyetnamenin geçersiz olduğu ortaya çıktığında, B bu vasiyetnamenin geçersizliği için C’ye iptal davası açar ve kazanır. A ise vasiyetnameye itiraz etmek istememiştir ve B’nin açtığı davada

yer almaz. Bu durumda iptal kararı sonucunda B, vasiyet edilen alacak miktarı olan 100.000 TL'lik kısmın kendisine düşen payı oranında (somut olayda yarısı) hak kazanarak C'ye söz konusu alacaktan 50.000 TL kalmasını sağlamış olur.

Yine ibra vasiyetinde de taraflar arasında (*inter partes*) etki geçerli olur. Burada vasiyet alacaklısı, kendisine karşı ölüme bağlı tasarrufun iptali davası açıp kazanan mirasçının/mirasçıların miras payı/payları oranında o ibra üzerindeki borçtan davacıya (davacılara) karşı sorumlu olmaya devam eder. Mesela mirasbırakan, iki çocuğu A ve B'yi yasal mirasçı olarak bırakır. Mirasbırakan, yapmış olduğu bir vasiyetnamede ise C'nin kendisine olan 100.000 TL borcunu ibra ettiğini ifade eder. Daha sonradan vasiyetnamenin geçersiz olduğu ortaya çıktığında, B bu vasiyetnamenin geçersizliği için C'ye iptal davası açar ve kazanır. A ise vasiyetnameye itiraz etmek istememiştir ve B'nin açtığı davada yer almaz. Bu durumda iptal kararı sonucunda B, ibra edilen 100.000 TL'lik borcun kendisine düşen payı oranında (somut olayda yarısı) hak kazanarak C'nin sadece 50.000 TL kısımdan ibra edilmiş olmasını kendi lehine sağlamış olur.

Yine irat vasiyetinde de taraflar arasında (*inter partes*) etki geçerli olur. Burada vasiyet alacaklısı, kendisine karşı ölüme bağlı tasarrufun iptali davası açıp kazanan mirasçının/mirasçıların miras payı/payları oranında o irat üzerindeki hak sahipliğini davacı(davacılar) lehine kaybeder. Mesela mirasbırakan, iki çocuğu A ve B'yi yasal mirasçı olarak bırakır. Mirasbırakan, yapmış olduğu bir vasiyetnamede ise C'ye 5 yıl boyunca aylık 1.000 TL ödenmesini vasiyet eder. Daha sonradan vasiyetnamenin geçersiz olduğu ortaya çıktığında, B bu vasiyetnamenin geçersizliği için C'ye iptal davası açar ve kazanır. A ise vasiyetnameye itiraz etmek istememiştir ve B'nin açtığı davada yer almaz. Bu durumda iptal kararı sonucunda B, aylık irat olarak belirlenen 1.000 TL'lik bedelin kendisine düşen payı oranında (somut olayda yarısı) hak kazanarak, C'nin 5 yıl boyunca aylık sadece 500 TL irat alacağı elde etmesini kendi lehine sağlamış olur.

İntifa vasiyetine gelindiğinde ise taraflar arasında (*inter partes*) etki meselesi birtakım tartışmalara sebebiyet verecektir. Zira burada vasiyet alacaklısı, kendisine karşı ölüme bağlı tasarrufun iptali davası açıp kazanan mirasçının/mirasçıların miras payı/payları oranında o mala yönelik intifa hakkını davacı(davacılar) lehine nasıl kaybecektir? Burada da hukuken bölünme sağlanmaya çalışıldığında, vasiyet alacaklısı o mal üzerindeki intifa hak sahipliğini davacılar ile mi paylaşacaktır? Taraflar arası (*inter partes*)

etkinin kabul edilmesi, bölünmenin (fiziken, işlevsel veya hukuken) mümkün olması halinde kendini gösterir. Birden fazla kişinin paylı olarak intifa hakkına sahip olmasında bir sorun görünmemektedir. Ancak taraflar arası etkinin kabul edilip, iptal davasının sonunda vasiyet edilen intifa hakkı üzerinde paylı hak sahipliği sonucunun çıkması, mirasbırakanın iradesi, davacının(davacıların) iradesi, vasiyet alacaklısının iradesi, intifa hakkının niteliği ve işlevi açısından uygun olup olmayacağına yönelik yeni sorunlar ortaya çıkaracaktır. Sorun ortaya çıkmayacağı kanaati hasıl olursa, bu şekilde hüküm ve sonuç doğurması kabul edilebilir. Aksi durumda ise somut duruma göre intifa hakkı kullanılamaz hale dahi gelebilir. Bu tarz durumlar için doktrindeki bir görüş bir çözüm önerisi ileri sürmektedir⁵⁹. Buna göre, TMK. m. 564'den hareketle, vasiyet alacaklısı, iptal davası sonucunda intifa hakkı yerine kendisinin hak sahibi kaldığı orana karşılık gelebilecek uygun bir tazminatın ödenmesini talep edebilir. Diğer taraftan ise, bunun yerine davacının hakkı oranında ona uygun bir tazminat ödeyerek intifa hakkını bir bütün olarak kullanmayı talep edebilir.

3. Şart (Koşul) ve Yükleme Bakımından Değerlendirilmesi

Koşullar ve yüklemeler⁶⁰ TMK. m. 515'de düzenlenmiştir. Buna göre, “(1) Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarruflarını koşullara veya yüklemelere bağlayabilir. Tasarruf hüküm ve sonuçlarını doğurduğu andan itibaren, her ilgili koşul veya yüklemenin yerine getirilmesini isteyebilir.”

Koşul, “bir hukuki işlemin sonuçlarının bağlandığı müstakbel ve

⁵⁹ Seiler, Ungültigkeit, Rz. 311.

⁶⁰ Koşullar ve yüklemeler ile ilgili ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Weimar, BK, ZGB Art. 482, Rz. 1 vd.; Staehelin, BSK, ZGB Art. 482, Rz. 1 vd.; Hrubesch-Millauer, CHK, ZGB Art. 482, Rz. 1-16; Studhalter, OFK, ZGB Art. 482, Rz. 1 vd.; Grüniger, KUKO, ZGB Art. 482, Rz. 1-14; Kemal Tahir Gürsoy, Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler, Kısım I Mükellefiyetler, 1953, 10(1), AÜHFD., s. 457-541; Aynı Yazar, Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler, Kısım II Şart, 1954, 11(1), AÜHFD., s. 371-477; Turgut Akıntürk, “Şart ve Mükellefiyetler Kavramı Üzerinde Bir İnceleme”, 1970, 27(3), AÜHFD., s. 219-247; Abdülkerim Yıldırım, Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler, Turhan Kitabevi, 2004, s. 1 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 272 vd.; Köprülü, s. 157 vd.; Berki, s. 63 vd.; Oğuzman, s. 174 vd.; Dural/Öz, s. 156 vd.; Serozan/Engin, s. 371 vd.; İnan/Ertaş/Albaş, s. 215 vd.; Hatemi, s. 110 vd.; Eren/Yücer Aktürk, s. 155 vd.; Öztan, s. 276 vd.; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 108 vd.; Kılıçoğlu, s. 143 vd.; A. Lale Sirmen, Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 1992, s. 30 vd.; Antalya, s. 239 vd.; Aybay, s. 45 vd.; İmre/Erman, s. 135 vd.; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 63 vd.; Çabri, s. 316 vd.; Ayan, s. 132 vd.; Aydos, s. 29 vd.; Keskin/Demircioğlu, s. 223 vd.; Belen, s. 86 vd.; Özkan, Miras, s. 2901 vd.

gerçekleşip gerçekleşmeyeceği kuşkulu bir olay”dır⁶¹. Koşulların, gerçek anlamda bir ölüme bağlı tasarruf olmadığı, ölüme bağlı tasarrufun etkisinin bağlandığı bir olay olduğu ifade edilmektedir⁶². Koşulla bağlanma, genellikle, vasiyet (belirli mal bırakma) veya mirasçı atamada gündeme gelmektedir⁶³. Mesela, dört yılda hukuk fakültesini bitirirse (geciktirici koşul) Audi A3 marka otomobilimi başlıyorum veya dört yılda hukuk fakültesini bitiremezse başladığım Audi A3’ü geri verecek (bozucu koşul) şeklinde ölüme bağlı tasarruf yapmışsa koşul söz konusudur⁶⁴.

Yükleme ise, “*mirasbırakanın yasal veya atanmış mirasçılarına, herhangi bir kimse lehine alacak hakkı doğurmaksızın belirli bir şeyi yapma ya da yapmama taahhüdü yüklemesi*” olarak tarif edilmektedir⁶⁵. Mesela, mirasbırakanın bir kimseye 100.000 TL vasiyet edip, ondan ayrıca her yıl bir öğrenciye burs vermesini istemesi halinde, bursla ilgili husus bir yükleme olur⁶⁶.

Koşullu bir vasiyet (belirli mal bırakma) veya koşullu bir mirasçı atamaya karşı açılan bir ölüme bağlı tasarrufun iptali davasında, davada verilen iptal kararının etkileri için yukarıda yapılan açıklamalara burada da geçerlidir. Diğer bir ifadeyle, koşullu mirasçı atama için mirasçı atamaya ilişkin açıklamalar; koşullu vasiyet (belirli mal bırakma) için vasiyette (belirli mal bırakmada) yapılan açıklamalar geçerlidir. Mirasçı atamada, atanan mirasçı iptal davasında davacı tarafta yer almayan mirasçılara karşı, dava sonunda kalan hissesi oranında koşullu atanan mirasçı olmaya devam eder. Vasiyette

⁶¹ Hrubesch-Millauer, CHK, ZGB Art. 482, Rz. 1; Grüniger, KUKO, ZGB Art. 482, Rz. 1; Kocayusufpaşaoğlu, s. 272; Dural/Öz, s. 156; Serozan/Engin, s. 377; İnan/Ertaş/Albaş, s. 220; Antalya, s. 240; Çabri, s. 316; Aydos, s. 29; Keskin/Demircioğlu, s. 224.

⁶² Sadece koşuldan ibaret olan bir ölüme bağlı tasarruf veya sağlararası işlem yapılması mümkün değildir. Koşullar, gerçek anlamda bir ölüme bağlı tasarrufa bağlanabilir. Bkz. Hrubesch-Millauer, CHK, ZGB Art. 482, Rz. 5; Kocayusufpaşaoğlu, s. 282; Dural/Öz, s. 156; İnan/Ertaş/Albaş, s. 221; Çabri, s. 316-317.

⁶³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 282; Dural/Öz, s. 157.

⁶⁴ Dural/Öz, s. 156. Benzer örnekler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 272 vd.; Serozan/Engin, s. 378; Eren/Yücer Aktürk, s. 156; Öztan, s. 282; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 63; Çabri, s. 318 vd.; Aydos, s. 29 vd.; Keskin/Demircioğlu, s. 224.

⁶⁵ Staehelin, BSK, ZGB Art. 482, Rz. 14; Kocayusufpaşaoğlu, s. 281; Dural/Öz, s. 162; Serozan/Engin, s. 371; İnan/Ertaş/Albaş, s. 216; Eren/Yücer Aktürk, s. 157; Öztan, s. 276-277; Antalya, s. 241; Çabri, s. 316; Keskin/Demircioğlu, s. 223.

⁶⁶ Dural/Öz, s. 162. Benzer örnek için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 281 vd.; Serozan/Engin, s. 372; İnan/Ertaş/Albaş, s. 216; Antalya, s. 241; Öztan, s. 277; Kılıçoğlu, s. 146; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 66; Çabri, s. 333 vd.; Aydos, s. 31; Keskin/Demircioğlu, s. 223.

(belirli mal bırakmada), vasiyet alacaklısı iptal davasında davacı tarafta yer almayan mirasçılara karşı, dava sonunda söz konusu mal üzerinde kalan payı oranında koşullu vasiyet alacaklısı olmaya devam eder.

Yükleme açısından meselenin incelenmesine gelince, durumun birkaç farklı açıdan ele alınması gerekmektedir. Öncelikle mirasbırakan, yasal mirasçıya sadece yükleme içeren bir ölüme bağlı tasarruf yaptığında, bu ölüme bağlı tasarrufun iptali için kimin dava açacağı meselesinin öncelikle ele alınması gerekmektedir. Zira burada yükleme ile muhatap olmayan mirasçıların dava açmakta bir menfaatleri yoktur. Bu gibi durumlarda kendisine yükleme yapılan mirasçının davacı olarak ölüme bağlı tasarrufun iptali davası açması ihtimali gündeme gelir. Bu ihtimalde ise, taraflar arası (*inter partes*) etkinin değerlendirilmesi, davacı tarafta yer almayan ilgililer bölümü altında değil, davalı tarafta yer almayan ilgililerin durumunun incelendiği bölümde yapılmalıdır. Davalı tarafta yer almayan ilgililerin durumu hakkında değerlendirme ise aşağıda ayrıca açıklanmıştır.

Yükleme açısından gündeme gelebilecek ikinci ihtimal ise, mirasçı atama ile veya vasiyet (belirli mal bırakma) ile birlikte yüklemenin yapılmış olması hallerinde ortaya çıkar. Bu ihtimalde yükleme getirilen kişiye karşı mirasçı atamadan veya vasiyetten (belirli mal bırakmadan) dolayı ölüme bağlı tasarrufun iptali davası açılabilir. Bu durumda da taraflar arası (*inter partes*) etki yine geçerli olur ve mirasçı atama veya vasiyet (belirli mal bırakma) açısından gündeme gelen yukarıdaki açıklamalar burada da geçerli olur. Diğer bir ifadeyle davalı konumda olan kişi, davacı tarafta yer almayan ilgililere karşı yükleme ile birlikte atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı olmaya devam eder. Ancak burada kendisine yükleme getirilen kişi, en fazla kendisine bırakılan miras veya vasiyette (belirli mal bırakmada) bırakılan malın değeri ile sınırlı olarak yüklemekten sorumlu olmalıdır.

4. Vakıf Kurma Bakımından Değerlendirilmesi

Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar arasında sayılan vakıf kurma⁶⁷, TMK. m. 526'da düzenlenmiştir⁶⁸. Buna göre, “*Mirasbırakan, terekesinin*

⁶⁷ Vakıf kurma esasında TMK. m. 102 ve devamında kişiler hukuku kısmında düzenlenmiştir. Burada vakfın kuruluşu ve kişiliği ile ilgili kişiler hukuku meselelerine girilmeyecek, bir maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufa konu olabilme özelliği üzerinden açıklamalar yapılacaktır.

⁶⁸ Vakıf kurma ile ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Weimar, BK, ZGB Art. 493, Rz. 1 vd.; Gruninger, BSK, ZGB Art. 493, Rz. 1-10.; Hans Reiner Künzle, “Erbrecht ZGB”, in Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht,

tasarruf edilebilir kısmının tamamını veya bir bölümünü özgülemek suretiyle vakıf kurabilir ". Görüleceği üzere, tasarruf edilebilir tereke varlığı, bir vakıf kurmaya özgülenebilmekte ve bu mallar vakıf malı olabilmektedir.

Ölüme bağlı tasarrufla vakıf kurma iradesi ortaya konulduğunda, iki husus üzerinden açıklamalara yaklaşılması gerekmektedir. Birincisi vakıf kurma iradesi, diğeri ise o vakıf için özgülenen mallara yönelik iradedir. Vakıf kurmaya yönelik ölüme bağlı tasarrufun iptali davası açılıp dava kazanıldığında, taraflar arası (*inter partes*) etki bu iki hususu nasıl etkileyecektir? Burada davacı tarafta yer alan ilgilinin özgülenen mallara yönelik kendi lehine kazanımını sağlayacağı ancak vakıf kurma iradesinin ve kalan özgülenen malların vakfa sağlanmasının diğer mirasçılar üzerinde kalmaya devam ettiğini söylemek mümkündür. Mesela mirasbırakan, iki çocuğu A ve B'yi yasal mirasçı olarak bırakır. Mirasbırakan, yapmış olduğu bir vasiyetnamede ise Çevreyi Güzelleştirme Vakfı kurulmasını ve terekesinden 1.000.000 TL'yi de bu vakfa özgülediğini ifade eder. Daha sonradan vasiyetnamenin geçersiz olduğu ortaya çıktığında, B bu vasiyetnamenin geçersizliği için iptal davası açar ve kazanır. A ise vasiyetnameye itiraz etmek istememiştir ve B'nin açtığı davada yer almaz. Bu durumda iptal kararı sonucunda B, vakfa özgülenen 1.000.000 TL'lik kısmın kendisine düşen payı oranında (somut olayda yarısı) hak kazanarak vakfa söz konusu değerden 500.000 TL kalmasını sağlamış olur.

Ölüme bağlı tasarrufun iptali davası, bütün mirasçılar tarafından açılıp dava kazanılırsa, vakıf için özgülenen malların hepsi terekede kalır ve vakıf da kurulamamış olur. Diğer bir özel durum olarak, ölüme bağlı tasarrufun iptali davasının bir kısım mirasçı tarafından açılıp kazanılması sonucunda, vakıf kurulması için kalan miktarın yetersiz olduğu ihtimal ortaya çıkabilir. Bu gibi durumlarda, kalan söz konusu miktarın aynı amaçla hizmet eden başka bir vakfa intikal ettirilebileceği görüşü ifade edilmektedir⁶⁹.

Art. 493-517, 3. Aufl., 2016, Art. 493, Rz. 1-12; OFK ZGB- Studhalter, Art. 493, Rz. 1 vd.; Grüninger, KUKO, ZGB Art. 493, Rz. 1-6; Kocayusufpaşaoğlu, s. 284 vd.; Köprülü, s. 177 vd.; Berki, s. 71 vd.; Oğuzman, s. 183 vd.; Dural/Öz, s. 167 vd.; Serozan/Engin, s. 394 vd.; İnan/Ertaş/Albaş, s. 249 vd.; Eren/Yücer Aktürk, s. 182 vd.; Öztan, s. 317 vd.; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 125 vd.; Kılıçoğlu, s. 158 vd.; Antalya, s. 264 vd.; Aybay, s. 53; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 72 vd.; Çabri, s. 441 vd.; Ayan, s. 140 vd.; Aydos, s. 34; Özkan, Miras, s. 2933 vd.

⁶⁹ Seiler, Ungültigkeit, Rz. 352.

5. Yedek ve Art Mirasçı Atama Bakımından Değerlendirilmesi

Yedek mirasçı atama⁷⁰ TMK. m. 520'de düzenlenmiştir. Buna göre, “(1) *Mirasbırakan, atadığı mirasçının kendisinden önce ölmesi veya mirası reddetmesi halinde onun yerine geçmek üzere bir veya birden çok kişiyi yedek mirasçı olarak atayabilir. (2) Bu kural belirli mal bırakmada da uygulanır.*”. Görüleceği üzere, mirasbırakan, atadığı bir mirasçının (veya vasiyet alacaklısının) herhangi bir sebeple mirasçı olamaması (veya vasiyet alacaklısı olamaması) hali için yedek bir mirasçı (veya vasiyet alacaklısı) belirleyebilmektedir.

Art mirasçı atama⁷¹ ise TMK. m. 521'de düzenlenmiştir. Buna göre, “*Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufla önmirasçı atadığı kişiyi mirası artmirasçılara devretmekle yükümlü kılabilir. Aynı yükümlülük artmirasçılara yüklenemez. Bu kurallar belirli mal bırakmada da uygulanır.*”. Görüleceği üzere, mirasbırakan, atadığı bir mirasçının (veya vasiyet alacaklısının) bir müddet mirasçı olup mirasa konu malları kullandıktan sonra (veya vasiyet alacaklısı olup söz konusu malları kullandıktan sonra) tasarrufa konu malları art mirasçılara (veya art vasiyet alacaklısına) devretme yükümlülüğü belirleyebilmektedir.

⁷⁰ Yedek mirasçı atama ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Weimar, BK, ZGB Art. 487, Rz. 1 vd.; Balthasar Bessenich /Samuel Rickli, “Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II”, in Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Art. 477-488 ZGB, 6. Aufl. 2019, Art 487, Rz. 1-6; Hrubesch-Millauer, CHK, ZGB Art. 487, Rz. 1-7; Studhalter, OFK, ZGB Art. 487, Rz. 1 vd.; Grüniger, KUKO, ZGB Art. 487, Rz. 1-5; Baki İlkay Engin, Yedek Mirasçılık, Filiz Kitabevi, 2003, s. 1 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 289; Köprülü, s. 163 vd.; Berki, s. 67; Oğuzman, s. 183; Dural/Öz, s. 171 vd.; Serozan/Engin, s. 384 vd.; İnan/Ertas/Albaş, s. 240 vd.; Eren/Yücer Aktürk, s. 159 vd.; Öztan, s. 305 vd.; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 117; Kılıçoğlu, s. 151 vd.; Antalya, s. 245 vd.; Aybay, s. 43 vd.; İmre/Erman, s. 148 vd.; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 68; Çabri, s. 398 vd.; Ayan, s. 136 vd.; Aydos, s. 39; Keskin/Demircioğlu, s. 225; Belen, s. 73 vd.; Özkan, Miras, s. 2920 vd.

⁷¹ Art mirasçı atama ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Weimar, BK, ZGB Art. 488, Rz. 1 vd.; Bessenich/Rickli, BSK, ZGB Art 488, Rz. 1-5; Hrubesch-Millauer, CHK, ZGB Art. 488, Rz. 1-21; Studhalter, OFK, ZGB Art. 488, Rz. 1 vd.; Grüniger, KUKO, ZGB Art. 488, Rz. 1-20; Damla Gürpınar, Artmirasçı Atama, Turhan Yayınevi, 2018, s. 1 vd.; Hayrunnisa Özdemir, “Henüz Var Olmayan Kişilerin Ve Ceninin Art Mirasçı Olarak Atanması”, 2013, 8(2), EÜHFD., s. 107-125; Kocayusufpaşaoğlu, s. 290 vd.; Köprülü, s. 165 vd.; Berki, s. 68 vd.; Oğuzman, s. 183 vd.; Dural/Öz, s. 173 vd.; Serozan/Engin, s. 386 vd.; İnan/Ertas/Albaş, s. 241 vd.; Hatemi, s. 106 vd.; Eren/Yücer Aktürk, s. 161 vd.; Öztan, s. 307 vd.; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 118 vd.; Kılıçoğlu, s. 153 vd.; Antalya, s. 249 vd.; Aybay, s. 43 vd.; İmre/Erman, s. 150 vd.; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 69 vd.; Çabri, s. 405 vd.; Ayan, s. 137 vd.; Aydos, s. 39 vd.; Keskin/Demircioğlu, s. 225; Belen, s. 74 vd.; Özkan, Miras, s. 2921 vd.

Yedek mirasçı atamada da ölüme bağlı tasarrufun iptali davasında verilen kararın davanın tarafları arasında etkili olduğu yönündeki kural geçerlidir. Mirasçı atama başlığı altında yer verilen bilgiler burada da geçerlidir. Aynı şekilde, vasiyet (belirli mal bırakma) açısından ifade edilen hususlar yedek vasiyet alacaklısı açısından da geçerlidir.

Aynı şekilde art mirasçı atamada da ölüme bağlı tasarrufun iptali davasında verilen kararın davanın tarafları arasında etkili olduğu kuralı geçerlidir. Mirasçı atama başlığı altında yer verilen bilgiler burada da geçerlidir. Aynı şekilde, vasiyet (belirli mal bırakma) açısından ifade edilen hususlar art vasiyet alacaklısı açısından da geçerlidir.

Bunların yanında bu başlık altında özellik arz eden birkaç durumun ele alınması gerekmektedir. Yedek mirasçı atamada, miras açıldığında atanan mirasçı hayatta ve mirastan herhangi bir şekilde kopması söz konusu değil ise, yedek mirasçı hiç devreye girmemektedir. Eğer atanan mirasçı hayatta değil veya mirastan herhangi bir şekilde kopmuş ise, bu durumda yedek mirasçı devreye girer. Dolayısıyla ikisi birlikte mirasçı olamaz. Bu itibarla ölüme bağlı tasarrufun iptali davasında davalı konumda taraf olarak bunlardan sadece birisi yer alabilir. Bu sebeple de yukarıdaki⁷² açıklamalar burada çok fazla özellik arz etmez. Ancak art mirasçı atamada durum biraz farklıdır.

Ölüme bağlı tasarrufun iptali davası bir veya bir kısım mirasçı tarafından hem ön mirasçı hem de art mirasçıya karşı açılıp kazanılmışsa, taraflar arası (*inter partes*) etkinin bir sonucu olarak ön mirasçıya intikal edecek miktar, davacı tarafta yer alanlara geçecek pay oranında azalarak intikal eder. Ön mirasçıdan art mirasçıya daha sonra intikal edecek miktar da azaltılmış olarak intikal eden kısımdan ibarettir⁷³.

Ölüme bağlı tasarrufun iptali davası bir veya bir kısım mirasçı tarafından sadece ön mirasçıya karşı açılıp kazanılmışsa, ön mirasçıya intikal edecek miktar, davacı tarafta yer alanlara geçecek pay oranında azalarak intikal eder. Ancak taraflar arası (*inter partes*) etkinin bir sonucu olarak, söz konusu azaltılmış pay, art mirasçı bakımından geçerli değildir. Bu durumda davacıların ölüme bağlı tasarrufun iptali davasındaki kazanımları sadece ön mirasçı üzerinde geçerlidir⁷⁴.

⁷² Mirasçı atama ve vasiyet (belirli mal bırakma) için yapılan açıklamalar.

⁷³ Seiler, Ungültigkeit, Rz. 346.

⁷⁴ Seiler, Ungültigkeit, Rz. 347.

6. Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi Atama Bakımından Değerlendirilmesi

Vasiyeti yerine getirme görevlisi Atama⁷⁵ TMK. m. 550-556 arasında düzenlenmiştir. TMK. m. 552 gereğince, “*Mirasbırakan, tasarrufunda aksini öngörmüş veya sınırlı bir görev vermiş olmadıkça vasiyeti yerine getirme görevlisi, mirasbırakanın son arzularının yerine getirilmesi için gerekli bütün işlemleri yapmakla görevli ve yetkilidir. Vasiyeti yerine getirme görevlisi, özellikle; 1. Göreve başladıktan sonra gecikmeksizin terekedeki malların, hakların ve borçların listesini düzenler. Liste düzenlenirken olanak varsa mirasçılar hazır bulundurulur. 2. Terekeyi yönetir ve yönetimin gerektirdiği ölçüde tereke mallarının zilyetliğinin kendisine devrini ister. 3. Tereke alacaklarını tahsil eder, borçlarını öder. 4. Vasiyetleri yerine getirir. 5. Terekenin paylaşılması için plan hazırlar. 6. Tereke ile ilgili dava ve takiplerde miras ortaklığını temsil eder. Mirasçılar tarafından açılmış davalardan görevi ile ilgili olanlara müdahil olarak katılabilir. 7. Açtığı veya aleyhine açılan davalar ile yapılan takipleri mirasçılara bildirir.*” TMK. m. 553’de ise vasiyeti yerine getirme görevlisinin tereke malları üzerinde tasarrufu ile ilgili bir düzenlemeye yer almaktadır. Bütün bunlardan görüleceği üzere, vasiyeti yerine getirme görevlisi tereke üzerinde bütün mirasçıları etkileyen önemli yetkilere sahiptir.

Vasiyeti yerine getirme görevlisine yönelik bir ölüme bağlı tasarrufun mirasçılardan biri veya bir kısmı tarafından açılıp kazanılması halinde ise

⁷⁵ Vasiyeti yerine getirme görevlisi atama ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Hans Reiner Künzle, “Die Willensvollstrecker”, in Hans Rainer Künzle (Hrsg.), BK - Berner Kommentar Band/ Nr. III/1/2/2, Art. 517-518 ZGB, 2011, Rz. 1 vd.; Martin Karrer/Nedim Peter Vogt/Daniel Leu, “Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II”, in Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Art. 517 ZGB, 6. Aufl. 2019, Art. 517, Rz. 1-34; Künzle, CHK, ZGB Art. 517, Rz. 1-100; Klaus Bürgi, “ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch”, in Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Art. 477, 517, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 517, Rz. 1 vd.; Grüninger, KUKO, ZGB Art. 517-518, Rz. 1-22; Köksal Kocağa, Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, Yetkin Yayınevi, 2006, s. 1 vd.; Cem Akbıyık, Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 1 vd.; Hatice Tolunay Ozanemre Yayla, “Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisinin Ölüme Bağlı Tasarrufun İptali Davası Açması”, Prof. Dr. Ersan Erzurumluoğlu’na Armağan, Ankara Barosu Yayınları, 2012, s. 841-850; Kocayusufoğlu, s. 294 vd.; Köprülü, s. 182 vd.; Berki, s. 89 vd.; Oğuzman, s. 193 vd.; Dural/Öz, s. 185 vd.; Serozan/Engin, s. 413 vd.; İnan/Ertaş/Albaş, s. 251 vd.; Hatemi, s. 119 vd.; Eren/Yücer Aktürk, s. 166 vd.; Öztan, s. 319 vd.; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 129 vd.; Kılıçoğlu, s. 167 vd.; Antalya, s. 266 vd.; Aybay, s. 53; İmre/Erman, s. 168 vd.; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 73 vd.; Çabri, s. 707 vd.; Ayan, s. 142 vd.; Aydos, s. 35 vd.; Belen, s. 153 vd.; Özkan, Miras, s. 3025 vd.

tarafklar arası (*inter partes*) etkinin geçerli olup olmayacağı farklı bir biçimde ele alınmaktadır. Zira burada taraflar arası (*inter partes*) etki değil, herkese yönelik (*erga omnes*) etki kabul edilmektedir⁷⁶. Buna göre, vasiyeti yerine getirme görevlisinin davacıya karşı orantılı bir şekilde görevden alınması dřnlemez⁷⁷. Dolayısıyla iptal kararı hem davacı hem de davaya katılmayan diğer ilgililer hakkında sonuç dođurur⁷⁸. Yine Basel Kanton Mahkemesinin⁷⁹ bir kararında ifade edildiği üzere, iptal kararı sadece taraflar arasında geçerli olursa, vasiyeti yerine getirme görevlisinin davacı yönünden görevden alınacağı, davaya katılmayan diğer ilgililer yönünden göreve devamı edeceği anlamı ortaya çıkmaktadır. Böyle bir sonuç ise hukuki belirsizliğe yol açar. Bu sebeple, diğer ilgililer davaya katılmamış olsalar bile, iptal kararı sonucunda vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevden alınması (*erga omnes*) bütün ilgililere karşı sonuç doğuracaktır.

⁷⁶ BGE 146 III 1 Er.4, s. 3; BGE 44 II 107. Aynı doğrultuda bkz. Basel Kanton Mahkemesi'nin 22.11.2016 tarih ve 400 16 265 sayılı kararı Er.6.2.; 14.08.2018 tarih ve 400 18 58 sayılı kararı Er.2. Karar metinleri için bkz. Swisslex. Ayrıca bkz. Herzog, s. 639; Seiler, Ungültigkeit, Rz. 320. İsviçre Federal Mahkemesi kararında, bu tür bir bölünmez bütün teşkil eden taleplerin ilgili herkese etkili olmasına rağmen, söz konusu ilgililerin davaya dahil edilmesinin veya davada yer almasının gerekli olmadığını da ifade etmiştir. Doktrindeki bir görüş, bu hükmü, “usul hukuku anlamında da olumlu pratik sonuçlar meydana getirdiği” şeklinde değerlendirmiştir. Buna göre, bütün ilgili tarafların davaya dahil edilmesi büyük karmaşıklığa ve uzun geçecek bir sürece yol açar. Ayrıca diğer tarafları dahil etmenin maliyetleri vardır. Nitekim taraf sayısına göre vekalet creti gündeme gelebilir ve daha yüksek mahkeme masrafları ortaya çıkar. Buna ek olarak dava sırasında gerekli ihtiyaı ve koruyucu tedbirler nedeniyle de maliyetler artar ve bu, tüm ilgililer açısından ele alındığında süreci de uzatabilir. Bu arka plana karşı, zaten çok karmaşık ve maliyetli olan miras hukuku süreçlerinin bu vesileyle sadeleştirilmesi olumlu olarak değerlendirilmelidir. Konu ile ilgili değerlendirmeler için ayrıca bkz. Herzog, s. 641.

⁷⁷ BGE 146 III 1 Er.4, s. 3; BGE 44 II 107. Aynı doğrultuda bkz. Basel Kanton Mahkemesi'nin 22.11.2016 tarih ve 400 16 265 sayılı kararı Er.6.2.; 14.08.2018 tarih ve 400 18 58 sayılı kararı Er.2. Karar metinleri için bkz. Swisslex. Ayrıca bkz. Herzog, s. 639; Sutter-Somm/Seiler, s. 205; Seiler, Ungültigkeit, Rz. 320.

⁷⁸ BGE 146 III 1 Er.4, s. 4-5. Ayrıca bkz. Herzog, s. 639.

⁷⁹ Basel Kanton Mahkemesinin, 4.08.2018 tarih ve 400 18 58 sayılı kararı. Karar metni için bkz. Swisslex.

7. Mirasçılıktan Çıkarma Bakımından Değerlendirilmesi

Mirasçılıktan çıkarma⁸⁰, TMK. m. 510-513 arasında düzenlenmiştir. Burada cezai ve koruyucu mirasçılıktan çıkarma türleri yer almaktadır. Bu ölüme bağlı tasarruf ile mirasbırakan, saklı paylı mirasçısını mirasından uzaklaştırabilmektedir⁸¹. TMK. m. 511'e göre, "Mirasçılıktan çıkarılan kimse, mirastan pay alamayacağı gibi tenkis davası da açamaz." TMK. m. 511/II ve III'ye göre ise, "Mirasbırakan başka türlü tasarrufta bulunmuş olmadıkça, mirasçılıktan çıkarılan kimsenin miras payı, o kimse mirasbırakandan önce ölmüş gibi, mirasçılıktan çıkarılanın varsa altsoyuna, yoksa mirasbırakanın yasal mirasçılarında kalır. Mirasçılıktan çıkarılan kimsenin altsoyu, o kimse mirasbırakandan önce ölmüş gibi saklı payını isteyebilir."

Mirasçılıktan çıkarma içeren bir ölüme bağlı tasarrufun iptali davasını genellikle, mirasçılıktan çıkarılan kişi açar. Burada da taraflar arası (*inter partes*) etki geçerlidir. Dava bütün mirasçılara karşı açılıp kazanıldığında, mirasçılıktan çıkarılan davacı normal miras payına ulaşmış olur. Eğer dava bir veya bir kısım mirasçıya karşı açılıp kazanılırsa, mirasçılıktan çıkarılan sadece onlara intikal eden kendi payını geri elde edebilir. Ancak burada davalı bakımından dikkat edilmesi gereken bir husus bulunmaktadır. Yargıtay'ın bir kararında da ifade edildiği üzere; "Mirasbırakan, başka türlü tasarrufta bulunmuş olmadıkça, mirasçılıktan çıkarılan kimsenin miras payı, o kimse mirasbırakandan önce ölmüş gibi mirasçılıktan çıkarılanın varsa altsoyuna, yoksa mirasbırakanın yasal mirasçılarında kalır (TMK. 511/2). Bu yasal hüküm gereği, davada husumetin çıkarmadan yararlananlara yöneltilmesi

⁸⁰ Mirasçılıktan çıkarma ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Weimar, BK ZGB Art. 477, Rz. 1 vd.; Bessenich/Rickli, BSK, ZGB Art 477, Rz. 1-14; Christoph Wildisen, "Erbrecht ZGB", in Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 477, 3. Aufl., 2016, Art. 477, Rz. 1-7; Bürgi, OFK, ZGB Art. 477, Rz. 1 vd.; Grüninger, KUKO, ZGB Art. 477, Rz. 1-7; Zarife Şenocak, "Cezai Iskat ve Cezai Iskatın Hükümleri", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1988, s. 421-428; Kürşat Yağcı, Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Cezai Iskat), On İki Levha Yayınları, 2013, s. 1 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 305 vd.; Köprülü, s. 252 vd.; Berki, s. 41 vd.; Oğuzman, s. 251 vd.; Dural/Öz, s. 204 vd.; Serozan/Engin, s. 398 vd.; İnan/Ertaş/Albaş, s. 261 vd.; Hatemi, s. 112 vd.; Eren/Yücer Aktürk, s. 197 vd.; Öztan, s. 142 vd.; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 174 vd.; Kılıçoğlu, s. 172 vd.; Antalya, s. 253 vd.; Aybay, s. 49; İmre/Erman, s. 246 vd.; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 94 vd.; Çabri, s. 248 vd.; Ayan, s. 184 vd.; Aydos, s. 41 vd.; Belen, s. 63 vd.; Özkan, Miras, s. 2870 vd.

⁸¹ Bessenich/Rickli, BSK, ZGB Art 477, Rz. 1; Wildisen, CHK, ZGB Art. 477, Rz. 1-2; Grüninger, KUKO, ZGB Art. 477, Rz. 1; Kocayusufpaşaoğlu, s. 306; Dural/Öz, s. 204; Serozan/Engin, s. 398 vd.; İnan/Ertaş/Albaş, s. 262; Eren/Yücer Aktürk, s. 197; Öztan, s. 142; Antalya, s. 253-254; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 94; Çabri, s. 248-249; Ayan, s. 184; Aydos, s. 41.

zorunludur."⁸². Dolayısıyla mirasçılıktan çıkarmaya yönelik ölüme bağlı tasarrufun iptali davasının, çıkarmadan yararlananlara karşı açılması gerekmektedir.

B. DAVALI TARAF TA YER ALMAYAN İLGİLİLERİN DURUMU

Bir ölüme bağlı tasarruf içerisinde birden fazla kişiye kazandırma öngörülmüş olabilir. Bu ölüme bağlı tasarruf iptal sebeplerini barındırıyorsa yukarıda ifade edildiği üzere kendiliğinden geçersiz olmaz. Bunun için iptal davası açılması gerekir. Bu noktada taraflar arası (*inter partes*) etki, varlığını burada da sürdürür. Bunun sonucu olarak, eğer mirasbırakan yaptığı ölüme bağlı tasarrufta üç farklı kişiye farklı kazandırmalarda bulunmuş ise, bunların hepsinin iptal edilmesi için davanın söz konusu üç kişiye karşı (üçünün de davalı olarak gösterilerek) açılması gerekir. Eğer dava bunlardan sadece birine karşı açılırsa, sadece onun hakkında hüküm ve sonuç doğar. Dava açılmayan tasarruflar geçerliliğini korumaya devam eder.

İptal davasını söz konusu üç tasarruftan sadece birine karşı sadece bir mirasçı açıp kazanmışsa, bu durumda dava açılan tasarruf üzerinde, davacının payı oranında bir iptal söz konusu olur. Mesela mirasbırakan, iki çocuğu A ve B'yi yasal mirasçı olarak bırakır. Mirasbırakan yapmış olduğu bir vasiyetnamede ise C'ye terekesinden 100.000 TL bıraktığını, D'ye 06ADM06 plakalı aracını bıraktığını ve E'ye de Rolex marka saatini bıraktığını ifade eder. Daha sonradan vasiyetnamenin geçersiz olduğu ortaya çıktığında, B sadece C'ye iptal davası açar ve kazanır. A ise vasiyetnameye itiraz etmek istememiştir ve B'nin açtığı davada yer almaz. Bu durumda iptal kararı sonucunda B, C'ye vasiyet edilen 100.000 TL'lik kısmın kendisine düşen payı oranında (somut olayda yarısı) hak kazanarak C'ye 50.000 TL kalmasını sağlamış olur. D ve E ise araç ve saat üzerindeki alacak haklarını muhafaza eder.

Başka bir örnek üzerinden de mesele ele alınabilir. Mesela mirasbırakan, iki çocuğu A ve B'yi yasal mirasçı olarak bırakır. Mirasbırakan yapmış olduğu bir vasiyetnamede ise C ve D'yi yasal mirasçılara eşit olarak mirasçı atadığını ifade eder. Daha sonradan vasiyetnamenin geçersiz olduğu ortaya çıktığında, B sadece C'ye iptal davası açar ve kazanır. A ise vasiyetnameye itiraz etmek istememiştir ve B'nin açtığı davada yer almaz. Bu durumda iptal

⁸² 3. HD., T. 23.09.2014, E. 2014/7803 ve K. 2014/12285. Karar için bkz. Tekdoğan, s. 503.

kararı sonucunda B, C'ye intikal edecek olan ¼'lük kısmın kendisine düşen payı oranında (somut olayda yarısı) hak kazanarak C'ye 'lik bir oran kalmasını sağlamış olur. D ise ¼ mirasçı olmaya devam eder.

SONUÇ

Ölüme bağlı tasarrufun iptali davası, ehliyetsizlik, irade sakatlığı halleri (yanılma, aldatma ve korkutma veya zorlama), tasarrufun içeriğinin, bağlandığı koşullar veya yüklemelerin hukuka ya da ahlaka aykırı olması ile şekle aykırılık hallerinde o ölüme bağlı tasarrufun iptali için açılabilir. Ölüme bağlı tasarrufların iptali davasında verilen iptal kararı kural olarak sadece yargılamanın “ tarafları arasında etkili” hüküm ve sonuçlar doğurmaktadır. Taraflar arası (*inter partes*) etki hem davacı hem de davalı tarafta yer alanlar boyutuyla gündeme gelmektedir. İptal kararının nispi nitelikteki söz konusu etkisinin kabulü, başlıca üç sebebe dayandırılmaktadır. Bunlardan ilki, *favor testamenti* ilkesinden hareketle, geçersiz tasarrufun elden geldiğince geçerli tutulmaya çalışılarak mirasbırakanın ölüme bağlı son arzularına geleneksel olarak saygı duyulması düşüncesidir. İkincisi, bir ölüme bağlı tasarrufun geçerli kalıp kalmayacağını istemek mirasçı veya vasiyet alacaklısının iradesine bağlıdır. Mirasçı veya vasiyet alacaklılarından bir kısmı ölüme bağlı tasarrufun iptalini isterken bir kısmı istemeyebilir. Aynı şekilde bir mirasçı veya mirasçılar, mirasbırakanın iradesine uymak da isteyebilir. Üçüncüsü ise, iptal hükmünün herkese karşı (*erga omnes*) etkili tutulmasını gerektirecek bir kamu yararının bulunmamasıdır. Söz konusu taraflar arası (*inter partes*) etki, maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf türleri açısından ayrı ayrı olarak ele alındığında farklı özellikler gösterebilmektedir. Vasiyeti yerine getirme görevlisi ve vasiyetin (belirli mal bırakmanın) bazı özel görünümleri hariç taraflar arası (*inter partes*) etki kural olarak geçerli bir şekilde etki doğurmaktadır. Vasiyeti yerine getirme görevlisi atama içeren bir ölüme bağlı tasarrufun iptali kararı bakımından ise taraflar arası (*inter partes*) değil, herkese yönelik (*erga omnes*) etkinin var olduğu kabul edilmektedir. Vasiyet (belirli mal bırakma) açısından ise taraflar arası (*inter partes*) etki kural olarak geçerli olmakla birlikte bazı türlerinde mesele sorunlara sebebiyet verecek boyutlara ulaşma riskini taşımaktadır.

KAYNAKÇA

- Abt D, Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht, 2002.
- Ağca Toplandı P, Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali, (Yüksek Lisans Tezi), 2008.
- Akbıyık C, Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, On İki Levha Yayıncılık, 2012, (Kısaltılmışı: Akbıyık, Vasiyet).
- Akbıyık C, “Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali Davasını Bütünleyen Tamamlayan Edim Davasının Hukuksal Niteliği Üzerine”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, Vedat Kitapçılık, 2004 s. 105-116, (Kısaltılmışı: Akbıyık, İptal).
- Akçaal M, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınevi, 2021.
- Akıntürk T, “Şart ve Mükellefiyetler Kavramı Üzerinde Bir İnceleme”, 1970, 27(3), AÜHFD., s. 219-247.
- Akipek, J G/Akıntürk T, Eşya Hukuku, Beta Basım, 2009.
- Akipek, J G/Akıntürk T/Ateş D, Eşya Hukuku, Beta Basım, 2018.
- Albaş H, “Miras Hukukunda İptal ve Tenkis Def’i”, 2012, 18(3), MÜHF-HAD., s. 143-162.
- Ammann D, “Materielle und prozessuale Aspekte der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage” IMPULSE- Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft Band/Nr. 11, Schulthess Juristische Medien AG, 2015.
- Antalya O G (Ed.), Miras Hukuku, Cilt III, Marmara Hukuk Yorumu, Güncellenmiş 4. Baskı, O. Gökhan Antalya /İpek Sağlam (Yayına Hazırlayanlar), Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Arbek Ö, Miras Hukukunda Ölümüne Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi, Yetkin Yayınevi, 2013.
- Atlı B, Ölümüne Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Ayan M, Miras Hukuku, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016, (Kısaltılmışı: Ayan, Miras).

- Ayan M, Eşya Hukuku II, Mülkiyet, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016, (Kısaltılmışı: Ayan, Eşya).
- Aybay A, Miras Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Maltepe Üniversitesi Yayınları, 2002.
- Aybay A/Hatemi H, Eşya Hukuku, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Aydos, O S, Pratik Miras Hukuku, Gazi Kitabevi, 2021.
- Ayiter N, Eşya Hukuku (Kısa Ders Kitabı), 1983.
- Ayiter, N /Kılıçoğlu, A M, Miras Hukuku, 2. Bası, Savaş Yayınları, 1991.
- Aysal M, Ölümüne Bağlı Tasarruflarda İrade Sakatlıkları ve Sonuçları, (Yüksek Lisans Tezi), 2009.
- Belen H, Miras Hukuku, Şema Kitap, 2. Baskı, Beta Yayınevi, 2021.
- Berki Ş, Miras Hukuku, Sevinç Matbaası, 1975.
- Bessenich B /Rickli S, “Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II”, in Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Art. 477-488 ZGB, 6. Aufl. 2019.
- Bohnet F /Droese L, “Art. 70 Notwendige Streigenossenschaft”, Präjudizienbuch ZPO, Verlag Stämpfli Verlag AG / hep Verlag AG 2018, s. 189-195.
- Bürgi K, “ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch”, in Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Art. 477, 517, Orell Füssli Verlag AG, 2016.
- Çabri S, Miras Hukuku Şerhi, (TMK. m. 495-574) Cilt: 1, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Çiftçi H, Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali, (Yüksek Lisans Tezi), 2018.
- Dural M, Eşya Hukuku Dersleri, Fakülteler Matbaası, 1981.
- Dural M /Öz T, Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, 2019.
- Efe N B, Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali, (Yüksek Lisans Tezi), 2019.
- Engin B İ, Yedek Mirasçılık, Filiz Kitabevi, 2003.

- Eren F, Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Yargıçoğlu Matbaası, 1966, (Kısaltılmışı: Eren, İptal).
- Eren F, Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2020, (Kısaltılmışı: Eren, Mülkiyet).
- Eren F /Yücer Aktürk İ, Türk Miras Hukuku, Yetkin Yayınevi, 2019.
- Ertaş Ş, Eşya Hukuku, 15. Baskı, Fakülteler Barış Kitabevi, 2020.
- Esener T /Güven K, Eşya Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2019.
- Frankhauser R, “Erbrecht ZGB”, in Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 519, 3. Aufl., 2016, s. 171-175.
- Göksu T, “Prozessrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in Erbsachen 2017”, Zeitschrift für Erbrecht, successio 2018, s. 313-319.
- Grüniger H, “Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II”, in Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Art. 493 ZGB, 6. Aufl. 2019.
- Grüniger H, “Kurzkomentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, KUKO ZGB”, in Andrea Bücher/Dominique Jakob (Hrsg.), Art. 477-493, 517-518, 2. Aufl. 2017.
- Günay E, Bilimsel Görüşler ve Yargısal Kararlar Eşliğinde Miras Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davaları, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Güneri C, Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Gürpınar D, Artmirasçı Atama, Turhan Yayınevi, 2018.
- Gürsoy K T, Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler, Kısım I Mükellefiyetler, 1953, 10(1), AÜHFD., s. 457-541, (Kısaltılmışı: Gürsoy, Mükellefiyet).
- Gürsoy K T, Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler, Kısım II Şart, 1954, 11(1), AÜHFD., s. 371-477 (Kısaltılmışı: Gürsoy, Şart).
- Gürsoy K T, Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Mal Vasiyeti, 1955, (Kısaltılmışı: Gürsoy, Vasiyet).
- Gürsoy K T /Eren, F /Cansel E, Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, 1984.
- Hatemi H, Miras Hukuku, 5. Baskı, Vedat Kitabevi, 2014.

- Helvacı İ, “Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davasında Ayırt Etme Gücünün (Temyiz Kudretinin) İspatı”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, Beta Basım Yayın, 2004, s. 1113-1150.
- Herzog S, “Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_984/2018 vom 7. Januar 2020, A. gegen B., Klage auf Absetzung des Willensvollstreckers”, AJP 2020, s. 638-641.
- Hrubesch-Millauer S, “Erbrecht ZGB”, in Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 482-488, 3. Aufl., 2016, s. 56-61.
- Hrubesch-Millauer S /Bosshardt M /Kocher M B, “Rechtsbegehren im Erbrecht”, Zeitschrift für Erbrecht, successio 2018, s. 4-30.
- Huwiler B, “Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II”, in Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Art. 484 ZGB, 6. Aufl. 2019.
- İmre Z /Erman H, Miras Hukuku, 15. Basım, DR Yayınları, 2021.
- İnan A N /Ertay Ş /Albaş H, İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- İşgüzar H /Demir M /Yılmaz S, Miras Hukuku, Yetkin Yayınevi, 2019.
- Karrer M /Vogt N P /Leu D, “Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II”, in Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Art. 517 ZGB, 6. Aufl. 2019.
- Keskin A D /Demircioğlu H R, Medeni Hukuk II, (Eşya Hukuku-Miras Hukuku), Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Kılıçoğlu A M, Miras Hukuku, Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Kitabevi, 2015, (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Miras).
- Kılıçoğlu A M, Eşya Hukuku, Turhan Kitabevi, 2021, (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Eşya).
- Koca Ö, Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflar, Yetkin Yayınevi, 2018.
- Kocayusufoğlu N, Miras Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitabevi, 1978.
- Koçoğlu S, Vasiyet Tasarrufunun Hükümsüzlüğü, (Yüksek Lisans Tezi), 2013.
- Kocaağa K, Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, Yetkin Yayınevi, 2006.

- Köprülü B, Miras Hukuku Dersleri I, (Mirasçılar – Ölüme Bağlı Tasarruflar), Fakülteler Matbaası, 1975-1976.
- Künzle H R, “Erbrecht ZGB”, in Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 493-517, 3. Aufl., 2016, s. 97-99.
- Künzle H R, “Die Willensvollstrecker”, in Hans Rainer Künzle (Hrsg.), BK - Berner Kommentar Band/Nr. III/1/2/2, Art. 517-518 ZGB, 2011.
- Kürşat Z, Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi, Arıkan Yayıncılık, 2008.
- Marxer S, “ZGB Kommentar Schewizwesiches Zivilgesetzbuch”, in Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), OFK – Orell Fussli Kommentar, Art. 520, 3. Aufl., 2016, s. 1028-1029.
- Oğuzman M K, Miras Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, 1978.
- Oğuzman M K /Selici Ö /Oktay-Özdemir S, Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, 2020.
- Ozanemre Yayla, H T, “Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisinin Ölüme Bağlı Tasarrufun İptali Davası Açması”, Prof. Dr. Ersan Erzurumluoğlu’na Armağan, Ankara Barosu Yayınları, 2012, s. 841-850.
- Öğüz T, Müşterek Mülkiyetin Taksim Engelleri, Alfa Yayınevi, 1995.
- Özcan Z, Paylı Mülkiyette Paydaşların yetkileri ve Yükümlülükleri, Yetkin Yayınevi, 2013.
- Özdemir H, “Henüz Var Olmayan Kişilerin Ve Ceninin Art Mirasçı Olarak Atanması”, 2013, 8(1), EÜHFD., s. 107-125.
- Özkan H, Açıklamalı-İçtihatçı Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı, Miras Hukuku (TMY. Md. 495-682), Legal Yayınevi, 2015, (Kısaltılmışı: Özkan, Asliye).
- Özkan H, Açıklamalı-İçtihatlı-Örnekli Türk Medeni Yasası ve Uygulaması, Miras Hukuku (Md. 485-682), 5. Cilt, Legal Yayınevi, 2017. (Kısaltılmışı: Özkan, Miras).
- Öztaş İ, Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı, On İki

Levha Yayınları, 2011.

Özüğür A İ, Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, Cilt 1, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016, (Kısaltılmışı: Özüğür, C.I).

Özüğür A İ, Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, Cilt 2, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016, (Kısaltılmışı: Özüğür, C.II).

Petek H, Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali Davasında Süreler ve Hükümün Anlam Bakımından Uygulanması, Temmuz 2011, 6(2), TAAD., s. 1-34.

Ruhi C /Ruhi A C, Ölümüne Bağlı Tasarruflar ve İptali, Seçkin Yayıncılık, 2015.

Seiler B, “Der Erbrechtsprozess unter der neuen ZPO – ausgewählte Aspekte”, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, recht 2014, s. 197-209.

Seiler B, Die erbrechtliche Ungültigkeit - unter besonderer Berücksichtigung der Wirkungen in personeller Hinsicht, Schulthess Juristische Medien AG, 2017.

Serozan R/Engin B İ, Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Sirmen A L, Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 1992, (Kısaltılmışı: Sirmen, Şart).

Sirmen A L, Eşya Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2020, (Kısaltılmışı: Sirmen, Eşya).

Sirmen A L, “Yeni Türk Medeni Kanununda Paylı Mülkiyete İlişkin Düzenlemeler”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Turhan Kitabevi, 2003, s. 729-740, (Kısaltılmışı: Sirmen, Paylı Mülkiyet).

Stahelin D, “Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II”, in Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Art. 482-483 ZGB, 6. Aufl. 2019.

Studhalter P, “ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch”, in Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Art. 482-493, Orell Füssli Verlag AG, 2016.

Sutter-Somm T/Seiler B, “Die inter partes-Wirkung der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage – Ausgewählte Probleme”, Zeitschrift für Erbrecht,

successio 2014, s. 198-211.

Şenocak Z, “Cezai Iskat ve Cezai Iskatın Hükümleri”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1988, s. 421-428.

Tekdoğan A, Vasiyetnamenin Tenfizi ve İptali Davaları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Tekinay S S /Akman S /Burcuoğlu H /Altop A, Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, Zilyetlik – Tapu Sicili – Mülkiyet, 5. Bası, Filiz Kitabevi, 1989.

Tiftik M, Borç Sözleşmelerinin İptali, Haziran 2006, 23(3), Batider, s. 55-97.

Turan G, Ölümüne Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü, Turhan Yayınevi, 2009.

Weimar P, “Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen”, in Peter Weimar (Hrsg.), Art. 457-516 ZGB, BK - Berner Kommentar Band/Nr. III/1/1/1, 2009.

Wildisen C, “Erbrecht ZGB”, in Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 477, 3. Aufl., 2016, s. 45-47.

Yağcı K, Cezai Mirasçılıktan Çıkarma, On İki Levha Yayınları, 2013.

Yıldırım A, Türk Hukukunda Ölümüne Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler, Turhan Kitabevi, 2004.

**KARA ARAÇLARI KASKO SİGORTASI GENEL ŞARTLARI
VE YÜRÜRLÜKTE BULUNAN MEVZUAT HÜKÜMLERİ
KAPSAMINDA YARGITAY'IN ALKOLLÜ ARAÇ KULLANIMI
SIRASINDA MEYDANA GELEN ZARARLARA İLİŞKİN YERLEŞİK
KARARLARI ÜZERİNE BİR İNCELEME**

Burak DOĞAN*

ÖZ

Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları'nda aynı zamanda sürücü olan sigorta ettirenin/sigortalının alkollü araç kullandığı sırada meydana gelen zararların sigorta teminatı kapsamında olacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre, alkollü araç kullanımı sırasında meydana gelen zararlar bakımından sigortacının sorumluluğuna gidilemeyecektir. Söz konusu düzenleme yerleşik Yargıtay uygulamalarında lafzından farklı olacak şekilde, kazanın oluşumunda sigorta ettirenin/sigortalının tam kusurlu olması ve kazanın münhasıran alkolün etkisiyle meydana gelmesi şartıyla uygulanmaktadır. İlgili genel şart hükmüyle yerleşik Yargıtay uygulaması arasındaki bu çelişki, ilgili genel şart hükmünün kanunî dayanağı olan 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48'inci maddesinin birinci fıkrası hükmünde 6487 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle giderilmeye çalışılmıştır. Buna rağmen Yargıtay, yerleşik uygulamasından vazgeçmeyerek münhasırlık ölçütünü uygulamaya devam etmektedir. Çalışmamızda ilgili genel şart hükmüyle yerleşik Yargıtay uygulaması arasındaki bu farklılık ele alınarak, söz konusu çelişkinin sebepleri tespit edilerek, bu çelişkinin nasıl giderilebileceği hususunda çözüm önerileri ortaya konulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Alkollü Araç Kullanma, Sözleşmesel Görev, Teminat Dışı Kalan Hâller, Rizikonun Ağırlaşması, Münhasırlık Ölçütü.

* **Arş. Gör. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, ANKARA, **e-posta:** burak.dogan@hbv.edu.tr

ORCID: 0000-0001-9066-4449

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1065808

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 03/01/2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 10/01/2022

**AN ASSESSMENT OF THE RULINGS OF TURKISH COURT OF APPEAL
OVER THE LOSSES THAT OCCURS DURING THE COURSE OF
DRIVING UNDER THE INFLUENCE OF ALCOHOL IN RESPECT OF
GENERAL CONDITIONS OF LAND VEHICLES MOTOR INSURANCE
AND CURRENT LEGISLATION**

ABSTRACT

In the General Conditions of Land Vehicles Motor Insurance, it is stipulated that the insured, who is also the driver, will not be covered by the insurance coverage for the damages that occur while driving while drunk. Accordingly, the insurer cannot be held liable for the damages that occur during drunk driving. The aforementioned regulation is applied differently from the wording of the established Turkish Court of Appeal practices, provided that the insured person is at fault in the occurrence of the accident and the accident occurs exclusively under the influence of alcohol. This contradiction between the relevant general condition provision and the established Supreme Court practice has been tried to be resolved by the amendment made with the Law No. 6487 of Article 48 of the Highway Traffic Law No. 2918, which is the legal basis of the relevant general condition provision. Despite this, Turkish Court of Appeal insists on applying the exclusivity criterion by not giving up its established practice. In our study, this difference between the relevant general condition provision and the established Turkish Court of Appeal practice is discussed, the causes of the said contradiction are determined, and solutions are offered on how to eliminate this contradiction.

Key Words: *Driving Under the Influence of Alcohol, Contractual Obligation, Cases Out of Coverage, Aggravation of the Risk, Exclusivity Criterion.*

GİRİŞ

Kara araçları kasko sigortası, hukukî niteliği itibarıyla zarar sigortası mahiyetindeki aktif sigortaları kapsamında mütalâa edilen bir mal sigortasıdır¹. Söz konusu sigorta sözleşmesiyle sigorta ettiren, kendisine yahut üçüncü kişiye ait olan aracın karayolunda sevk ve idaresi dolayısıyla araçta meydana gelebilecek muhtemel zararları muayyen bir sigortacı nezdinde teminat altına almaktadır. Bu sigorta türü bakımından sevk edilmiş olan ve bu mahiyetteki sigorta sözleşmelerinin eki olarak nitelendirilebileceğimiz genel şartlar, Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları olarak isimlendirilmektedir.

¹ Mal sigortaları için ayrıntılı bilgi için bkz. Mertol Can, Sigorta Hukuku Ders Kitabı, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, İmaj Yayınevi, 2009, s. 54-66.

Söz konusu genel şartların “*teminat dışında kalan zararlar*” başlıklı A.5. maddesinde sigortacının sorumlu olmayacağı zarar türleri düzenlenmiş olup; bu başlık altında yer alan 5.5. maddesi uyarınca aracın, uyuşturucu madde veya 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu uyarınca yasaklanan miktardan fazla içki almış kişiler tarafından kullanılması sırasında meydana gelebilecek zararların teminat kapsamı dışında oldukları düzenlenmiştir.

Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları'nın A.5 maddesinin 5.5. bendi hükmünün lafzına bakıldığında, alkollü araç kullanımı sırasında meydana gelen zararlar dolayısıyla, meydana gelen zarar ile alkollü araç kullanımı arasında illiyet bağı aranmaksızın, sigortacının sorumluluğu bulunmamaktadır. Sigortacının sorumluluktan kurtulabilmesi için alkollü araç kullanımının gerek aracı kullanan kişi, gerekse de üçüncü kişiler nezdinde yol açabileceği felâketler düşünüldüğünde, söz konusu genel şart hükmünün alkollü araç kullanımına dair pratiği önlemek adına caydırıcı ve adil bir netice öngördüğü düşünülebilir. Ne var ki, konuya ilişkin yerleşik Yargıtay uygulaması ile hükmün lafzı çelişmektedir. Zira Yargıtay, alkollü araç kullanımı sırasında meydana gelen zararların teminat kapsamı dışında bırakılabilmesi için kazanın münhasıran alkolün etkisinden ileri gelmiş olması şartını aramaktadır. Çalışmamızda, ilgili genel şart hükmünün lafzıyla yerleşik Yargıtay uygulaması arasındaki çelişkiyi tüm hatlarıyla ortaya koyarak, bu çelişkinin kaynağını ve nasıl giderilebileceğini münakaşa edeceğiz.

Önemle ifade etmeliyiz ki, çalışmamızda ortaya koyduğumuz sorun ve öneriler, uygun düştüğü ölçüde Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları'nın ehliyetsiz araç kullanımı sırasında meydana gelen zararların teminat kapsamı dışında olduğunu öngören A.5. maddesinin 5.4. bendi hükmü ve Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın alkollü araç kullanımı sırasında meydana gelen zararlar bakımından sigortacının sigortalıya rücu hakkını öngören B.4.c. maddesi hükmü bakımından da cari olacaktır.

I. Sigorta Genel Şartlarının Hukukî Mahiyeti

Sigorta genel (umumî) şartları, hukukî mahiyeti itibariyle, her bir sigorta türü için ayrı olmak üzere evvelce hazırlanmış bulunan, sigorta sözleşmesinin eki mahiyetinde olan ve sigorta poliçesine eklenen standart hükümlerdir².

² Rayegân Kender, Türkiye’de Hususî Sigorta Hukuku, Güncelleştirilmiş On Altıncı Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 34; Şaban Kayıhan / Ömer Bağcı, Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, Umuttepe Yayınevi, 2018, s. 106.

Nitekim 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1425'inci maddesinde rahat ve kolay okunacak biçimde düzenlenmesi gereken sigorta poliçesinin, genel şartları da ihtiva etmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Sigorta genel şartları, sigortacı ile sigorta ettiren arasında münâkit olan sözleşmenin hükümleri arasında kabul edilir ve taraflar için bağlayıcılık taşır³. Bu anlamda genel şartlar, Kanunun emredici hükümlerinden sonra, fakat yardımcı hükümlerden önce gelir ve taraflar Kanuna aykırı olmayan genel şart hükümlerine riayet etmek zorundadırlar⁴.

Genel şartların hazırlayıcısının kim olduğuna dair Türk sigorta hukuku bakımından geçerli olan mevzuat hükümleri ve uygulama arasında çelişki bulunmaktadır. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 11'inci maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre *"Sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası Müsteşarlıkça⁵ onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara göre düzenlenir."* Söz konusu hükümde sigorta genel şartlarının kim tarafından hazırlanacağı belirtilmemiş, ancak bu şartların sigorta şirketlerini Devlet adına denetleyen makam tarafından onaylanacağı hükme bağlanmıştır. O hâlde mezkûr hükümden sigorta genel şartlarının sigorta şirketleri tarafından hazırlanacağı sonucu çıkmaktadır⁶. Ancak uygulamada sigorta genel şartlarının hazırlanması işinin sigorta şirketlerine bırakılmadığı, genel şartların bizatihi ilgili Bakanlık tarafından hazırlandığı görülmektedir⁷. İlgili Bakanlık muayyen bir sigorta türüne ilişkin genel şartları hazırladıktan sonra ilgili genel şartlar Resmî Gazete'nin yönetmelikler kısmında yayınlanarak yürürlüğe girmektedir⁸.

Sözleşmenin eki mahiyetindeki genel şart hükümleri emredici Kanun hükümlerine aykırı olamazlar. Sigorta genel şartları, emredici Kanun hükümlerine aykırı olduğu takdirde hükümsüz addedilerek uygulanmaz⁹. Bu

³ Kender, s. 74; Haydar Arseven, Sigorta Hukuku, Beta Yayınevi, 1991, s. 32.

⁴ Arseven, s. 32.

⁵ 5684 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sigorta genel şartları Hazine Müsteşarlığı tarafından onaylanmaktaydı. Ancak sigorta genel şartları günümüzde Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından onaylanmaktadır.

⁶ Kender, s. 74.

⁷ Kender, s. 314; Can, s. 260.

⁸ Can, s. 260.

⁹ Can, s. 261; Arseven, s. 33; Kayıhan / Bağcı, s. 106.

durumda genel şartlar yerine Kanun hükümleri uygulanacaktır¹⁰.

II. Alkollü Araç Kullanımına İlişkin Mevzuat Hükümleri ve Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları

Alkollü araç kullanımı, mevzuatımızda cezaî yönden 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ve sigorta uyuşmazlıkları bakımından da esas alınmak üzere idarî yönden 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 179'uncu maddesinin üçüncü fıkrası hükmü uyarınca, "*Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek hâlde olmasına rağmen araç kullanan kişi...*" hakkında üç aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir. Bu anlamda alkollü olması emniyetli bir şekilde araç kullanmasını engellediği hâlde araç kullanan kişi Türk Ceza Kanunu anlamında suç işlemektedir. Ancak bizi meselenin cezaî boyutundan ziyade sigorta uyuşmazlıklarına yansıyan kısmı ilgilendirmektedir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 24 Mayıs 2013 tarihli ve 6487 sayılı Kanun ile değişik¹¹ 48'inci maddesinin birinci fıkrası, "*uyuşturucu ve uyarıcı maddeleri almış olan sürücüler ile alkollü olan sürücülerin karayolunda araç sürmeleri yasaktır.*" hükmünü ihtiva etmektedir. Görüldüğü üzere, salt alkollü araç kullanımı, başkaca bir şart aranmaksızın ilgili fıkra hükmüyle yasaklanmıştır. 24 Mayıs 2013 tarihli değişiklikten önce Karayolları Trafik Kanunu'nun 48'inci maddesinin birinci fıkrası şöyleydi: "*Uyuşturucu veya keyif verici maddeleri almış olanlar ile alkollü içki almış olması nedeniyle **güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş** kişilerin karayolunda araç sürmeleri yasaktır.*" Bu anlamda bahse konu değişiklikten önce yasağın kapsamında tek başına alkollü içki almış olanlar kişiler değil, alkollü içki almış olmaları nedeniyle *güvenli sürüş yeteneğini kaybetmiş* kişilerdi. Diğer bir ifadeyle, bir kimsenin alkollü olması tek başına yasağın ihlâl edilmiş olduğu anlamına gelmiyor, ayrıca kişinin güvenli sürüş yeteneğini kaybetmiş olup olmadığı tetkik ediliyordu. Ancak 6487 sayılı Kanun'un getirdiği değişiklikle beraber sürücünün alkollü olması yasağın ihlâli için tek başına yeterli görülmüştür. Kanun Koyucunun bu değişikliği yapmasına âmil olan saik, kanaatimizce, alkollü bir sürücünün güvenli sürüş yeteneğini kaybetmiş olup olmadığına dair ispat güçlüğüdür. Kanun Koyucu bu değişiklikle birlikte bu husustaki

¹⁰ Ali Bozer, Sigorta Hukuku, BTHAE Yayınevi, 1965, s. 135.

¹¹ İlgili değişiklik 11 Haziran 2013 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

ispat yükünü ortadan kaldırarak, yasal haddi aşan düzeyde alkollü olan sürücünün güvenli sürüş yeteneğini de kaybetmiş sayılacağını aksi iddia ve ispat edilemez kesin bir karine olarak düzenlemiş, böylelikle uygulamada bu yüzden ortaya çıkan sorunları ve tereddütleri gidermeyi amaçlamıştır¹².

'Alkollü sürücü' tabiri ile anlaşılması gerekenin ne olduğu, aynı maddenin beşinci fıkra hükmünde belirtilmiştir. Bu fıkra hükmüne göre karayolunda seyreden bir araç sürücüsünün KTK m. 48/1 anlamında alkollü kabul edilebilmesi için hususî otomobil kullanıcıları bakımından 0.50 promilin, diğer araç kullanıcıları bakımından ise 0.20 promilin üzerinde alkol ölçümü yapılmış olmalıdır. Dolayısıyla 0.50 promilin üzerinde alkol almış olduğu tespit edilen hususî otomobil sürücüleri 'alkollü' kabul edilecektir¹³. Alkol promil oranının nasıl tespit edileceği ise aynı maddenin ikinci fıkrası hükmünde belirtilmiştir.

Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 19.02.2014 tarihli değişik 97'nci maddesi, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48'inci maddesinin birinci fıkrası hükmüyle hemahenk olacak şekilde düzenlenmiş, kanlarındaki alkol miktarı 0.50 promilin üzerinde olan hususî otomobil kullanıcıları ile kanlarındaki alkol miktarı 0.20 promilin üzerinde olan diğer araç kullanıcılarının alkollü kabul edileceği, alkollü araç kullanmanın ise yasak olduğu hükme bağlanmıştır. Hemen ifade etmeliyiz ki, 6487 sayılı Kanun değişikliğinden evvel, sürücünün alkollü kabul edilebilmesi için aşılması gereken promil oranları yalnız adı geçen Yönetmelik'te belirtilmekteydi. Ancak 6487 sayılı Kanun değişikliğiyle beraber yasal haddi teşkil eden promil oranları 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48'inci maddesi hükmünde de düzenlenmiştir. Böylelikle, ilgili yönetmelik hükümlerine kanunî dayanak

¹² Nitekim Alman sigorta hukuku uygulamasında da farklı promil miktarı üzerinden benzer bir yaklaşım kabul edilmiştir. Buna göre, kandaki alkol promil oranı 1,1'in üzerinde olan sürücülerin güvenli sürüş yeteneklerini kaybetmiş oldukları, aksi ispat edilemez biçimde kabul edilmektedir. Bu anlamda aynı kazayı hiç alkol almamış bir sürücünün de yapabileceği yönündeki 'teorik olasılık' savunması dinlenmemekte, somut olayın özelliklerini aksini açık bir şekilde ortaya koymadığı müddetçe kazanın alkol etkisinden kaynakladığına dair görüşüne dayalı varsayım kabul edilmektedir. Bkz. Samim Ünan, "Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin Araç Üzerindeki Rehin, Alkollü Araç Kullanılması ve Araçtaki Değer Kaybı" Sorunlarını Ele Alan Kara Araçları Kasko Sigortası ile İlgili 02.05.2013 Gün ve 2013/1998-6148 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi", 2013, 27, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, s. 132.

¹³ Türk Ceza Kanunu'nun 179'uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun işlenebilmiş olması ve bu suça ilişkin cezanın verilebilmesi için ise kandaki alkol miktarının 1.00 promilin üzerinde olması icap etmektedir (KTK m. 5/6).

tesis edilmiştir.

Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları'nın "*Teminat Dışında Kalan Zararlar*" başlıklı A.5. maddesinin 5.5. bendi uyarınca "*Aracın, uyuşturucu madde veya Karayolları Trafik Yönetmeliğinde belirlenen seviyenin üzerinde alkollü içki almış kişilerce veya aynı mevzuatta alkollü içki alamayacağı belirtilen kişilerce alkollü içki alınmak suretiyle kullanılması sırasında meydana gelen zararlar...*" dolayısıyla sigortacının sorumluluğu bulunmaktadır. Söz konusu maddenin yasal dayanağı 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48'inci maddesidir.

III. Konuya İlişkin Yargıtay Kararları ve Doktrinde Yöneltilen Eleştiriler

Yargıtay'ın Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları'nın A.5. maddesinin 5.5. bendinin uygulamasıyla ilgili istikrarlı kararları, sigorta şirketinin salt aynı zamanda sürücü olan sigorta ettirenin/sigortalının kaza esnasında alkollü olduğu gerekçeyle vâki zararı ödemekten imtina edemeyeceği, sigorta şirketinin aynı zamanda kazanın münhasıran alkolün etkisiyle meydana gelmiş olduğunu da kanıtlamakla mükellef olduğu yönündedir¹⁴. Buna göre, alkollü sürücünün zarara yol açan kazanın gerçekleşmesinde tam kusurlu

¹⁴ "*Hasarın teminat dışı kalabilmesi için sürücünün sadece alkollü olması yetmeyip kazanın münhasıran alkolün etkisinde oluşması gerekmektedir. Üstelik böyle bir durumda hasarın teminat dışı kaldığının ispat yükü TTK'nin 1409'uncu maddesi (eTTK m. 1281) hükmü gereğince sigortacıya düşmektedir. Yargıtay'ın yerleşik uygulamalarında; sürücünün aldığı alkol oranının doğrudan doğruya sonuca etkisi bulunmadığından, kazanın salt alkolün etkisiyle gerçekleşip gerçekleşmediğinin, alkol dışında başka unsurların da olayın meydana gelmesinde rol oynayıp oynamadığının saptanması gerektiği benimsenmektedir. Kaza tespit tutanağında; sigortalı araç sürücüsüne kavşaklarda geçiş önceliğine uymadığından ve alkollü araç kullandığından aslı, karşı araç sürücüsüne kavşağa yaklaşırken hızını azaltmadığından tali kusur verilmiştir. Sigorta Tahkim Komisyonunca hükme esas alınan bilirkişi raporunda da; davacının maliki bulunduğu araç sürücüsünün kazanın meydana gelmesinde %75 oranında, karşı araç sürücüsünün, %25 oranında kusurlu olduğu belirtildikten sonra, kazanın sigortalı araç sürücüsünün münhasıran alkollü olmasından meydana gelmediği ifade edilmiştir. Kaza sırasında sigortalı araç sürücüsünün 1.83 promil alkollü olduğu saptanmış ise de, sürücünün alkollü olması yalnız başına hasarın teminat dışı kalmasını gerektirmez. Kazanın salt alkolün etkisiyle oluşması ve başka etmenlerin bulunmaması gerekir. Dosya kapsamından ve bilirkişi raporlarından, davacıya ait araç sürücüsünün tek başına kazaya sebebiyet vermediği, dava dışı sürücünün de ikinci derece (%25) kusurlu davranışı ile olaya katılımının bulunduğu, dolayısıyla kazanın münhasıran alkolün etkisiyle meydana gelmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda Bölge Adliye Mahkemesince, rizikonun teminat kapsamında kaldığı kabul edilerek, istinaf başvurusunun reddine karar vermek gerekir.*" Yargıtay 17. HD., 2018 / 4623 E., 2018 / 11940 K., 10.12.2018, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 28.12.2021.

olması¹⁵ ve kusurun münhasıran sürücünün alkollü araç kullanmasından ileri gelmiş olması gerekmektedir. Buna göre, kazanın oluşumunda kazaya karışan diğer araç sürücüsünün de kusuru olduğu takdirde sigortacı ilgili genel şart hükmüne dayanarak sorumlulukta kurtulamaz. Esasen yukarıda söz edilen mevzuat değişikliğinden önce verilen bu yöndeki kararların hukukî dayanağı, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48'inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan '*güvenli sürüş yeteneğinin kaybı*' şartı ve aynı zamanda alkol promil oranlarının Yönetmelik hükmünde belirlenmiş olmasıydı. Yargıtay, kişinin alkollü olduğunun kabulüyle ilgili yasal haddin Yönetmelik hükmüyle belirlenemeyeceğine, dolayısıyla Yönetmelikte belirlenmiş olan promil sınırlarına dayalı hüküm tesis edilemeyeceği yönünde kararlar vermekteydi. Yargıtay, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1409 (6762 sayılı eTTK m. 1281) hükmü uyarınca, kazanın münhasıran alkolün etkisiyle meydana gelmiş olduğunun ispatının sigortacıya ait olduğunu kabul etmektedir.

Doktrinde Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarının 6487 sayılı Kanun değişikliğiyle birlikte değişmesi gerektiği, zira artık 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48'inci maddesinin birinci fıkrasında hüküm altına alınmış olan alkollü araç kullanma yasağı için güvenli sürüş yeteneği kaybetme şartının aranmadığı, üstelik kişinin alkollü kabul edilebilmesi için aranan asgarî promil miktarının Kanunla belirlenmiş olduğu ileri sürülmüştür.

Seven, söz konusu değişiklikler sonrasında, sigortacının 6102 sayılı TTK m. 1409 hükmü uyarınca ispat yükünü yerine getirmiş sayılabilmesi için araç sürücüsünün 2918 sayılı KTK m. 48/1 belirtilen promil miktarını aşmış olduğunu ortaya koymasının artık yeterli olacağını ifade etmiştir¹⁶.

¹⁵ "...sigortalı araç sürücüsü kazadan sonra 04.25'de yapılan ölçüme göre 0,85 promil alkollü olarak tespit edilmiştir. Ancak münhasırlıktan bahsedebilmek için kazaya neden olan başka etkenin olmaması gerekir. Oysa somut olayda, dosya kapsamına göre 6.5.2015 tarihli Trafik İhtisas Dairesi raporunda davalı ZMSS'li sürücü ...'in %70 oranında, dava dışı araç sürücüsünün %30 oranında kusurlu olduğu belirlenmiş, aldırılan hasar raporuna göre belirlenen miktarın davalının kusuruna tekabül eden kısmı için davanın kabulüne karar verilmiştir. Kazanın gerçekleşme şekline göre münhasırlıktan söz edilemez..." Yargıtay 17. HD., T., 2016 / 560 E., 2016 / 5641 K., 09.05.2016, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 28.12.2021.

¹⁶ Vural Seven, "Alkollü Araç Kullanma İle İlgili Karayolları Trafik Kanunu'nda Yapılan Değişikliğin Sigorta Şirketinin İspat Yüküne Etkisi", 2016, 22(3), Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 2527. Buna karşılık müellif, söz konusu değişiklikler sonrasında dahi yerleşik Yargıtay uygulamasında ortaya konulan münhasırlık ölçütüne hanel gelmeyeceğini, dolayısıyla sigortacının tazminat ödeme borcundan kurtulabilmesi için halen kazanın münhasıran alkolün etkisiyle meydana gelmiş olduğunun ispatlanması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Seven, s. 2528.

Misili'nin Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın alkollü araç kullanımı sırasında meydana gelen zararlar bakımından sigortacının sigortalıya rücu hakkını öngören B.4.c. bendine ilişkin mevzuat değişikliklerinden¹⁷ sonra ortaya çıkan yeni duruma ilişkin değerlendirmeleri, çalışmamızın konusunu teşkil eden Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları'nın A.5. maddesinin 5.5. bent hükmü hakkında da caridir. *Misili*, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda ve ilgili genel şart hükümlerinde yapılan değişikliklerinden sonra, sigortacının sigortalıya rücu hakkının doğması yahut sigortacının sorumluluktan kurtulabilmesi için kazaya münhasıran alkolün sebebiyet vermesi şartının aranmaması gerektiğini, meydana gelen zarara sürücünün alkollü olması yanında başka bir etken de sebebiyet vermişse rücu hakkının kapsamının yahut ödenecek zararın miktarının alkolün etkisi nazara alınarak tespit edilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁸. Müellif ayrıca kazanın oluşumunda sürücünün yasal haddi aşan düzeyde alkollü olmasının hiçbir tesiri olmadığını ispatı halinde sigortacının ilgili genel şart hükümlerine dayanamayacağını ileri sürmüştür¹⁹. Son olarak müellif, kazaya alkollü olmasının müessir olmadığı hususunda ispat yükünün, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 6'ncı maddesi uyarınca, yasal haddi aşan düzeyde alkollü olduğu tespit edilen sigorta ettirene/sigortalıya ait olduğunu ortaya koymuştur²⁰.

Karasu, Karayolları Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın B.4.c. bendinde yapılan değişiklikten sonra sigortacının sigortalıya rücu hakkının doğabilmesi için kazanın münhasıran alkolün etkisiyle meydana gelmiş olması gerektiğine dair yerleşik Yargıtay uygulamasının değişmesi gerektiğini belirtmiştir²¹. Müellif, sigortacının rücu hakkının alkolün kazaya etkisi nispetinde olması gerektiğini ifade ettikten sonra, kazada alkolün hiçbir

¹⁷ Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın B.4.c bendine dair değişiklik, 14.05.2015 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak 01.06.2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu değişiklikten evvel anılan bent hükmünde, tıpkı Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları'nın A.5. maddesinin 5.5. bendinin önceki hâlinde olduğu gibi alkollü araç kullanan sürücünün güvenli sürüş yeteneğini kaybetmiş olması şartı aranmaktaydı. Bkz. Sinan Misili, "Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları Uyarınca Sigortacının Sigorta Ettirene Rücu Davası", 2017, (133), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 620-624.

¹⁸ Misili, s. 626.

¹⁹ Misili, s. 626.

²⁰ Misili, s. 627.

²¹ Rauf Karasu, Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası), Yetkin Yayınları, 2016, s. 118.

etkisinin olmadığına ispat edilebildiği ahvalde sigortacının rücu hakkından söz edilemeyeceğini ortaya koymuştur²².

IV. Konuya İlişkin Yargıtay Kararlarının Muhtelif Açılardan Değerlendirilmesi

1. Genel Şart Hükümlerinin Lafzı Bakımından Değerlendirme

Yargıtay'ın konuya ilişkin yerleşik kararlarında, sürücünün alkollü olduğu esnada meydana gelen zararlara ilişkin sigortacının sorumlu olmayacağından söz edilebilmesi için, kazanın münhasıran sürücünün alkollü olmasından ileri gelmesi şartı aranmaktadır. Bu anlamda Yargıtay, sürücünün kaza esnasında tam kusurlu olması şartını aramakta ve fakat sigortacının sorumluluktan beri kılınabilmesi için sürücünün tam kusurlu olmasını da tek başına yeterli görmemektedir. Bunun yanında sürücünün kazaya sebebiyet veren tam kusurunun münhasıran alkollü olmasından ileri gelen bir kusur olması şartını da aramaktadır. Dolayısıyla sürücünün kazada tam kusurlu olması, doğrudan alkollü olmasıyla bağdaştırılabilecek bir kusur değilse, sigortacının ilgili genel şart hükümlerinden hareketle vâki zararı tazmin yükümlülüğünden kurtulamayacağı Yargıtay tarafından kabul edilmektedir. Hâlbuki ilgili genel şart hükmünde kusurdan söz edilmemekte, hükmün lafzından, sürücünün zarara yol açan kaza sırasında alkollü olması halinde, kazanın oluş şekline, kusurun derecesine ve kime ait olduğuna bakılmaksızın, sigortacının tazminat ödeme borcundan kurtulacağı anlamı çıkmaktadır. Bu anlamda ilgili genel şart hükmünün lafzı ve Yargıtay tarafından kabul edilen tatbik biçimi esas itibariyle örtüşmemektedir. O hâlde söz konusu genel şart hükmünün somut uyuşmazlıklar bakımından nasıl uygulanacağına dair müstakar Yargıtay kararlarının, hükmün lafzı itibariyle isabetli olmadığı istidlâl olunmaktadır. Bu durumda Yargıtay'ın bahse konu genel şart hükmünü, lafzından çıkarılması pek mümkün olmayan şekilde uygulamasına âmil olan hukukî gerekçenin ne olabileceğinin tetkikine, farklı ölçütler nazarında devam edilmelidir.

2. Kanuna Uygunluk Bakımından Değerlendirme

Sigorta genel şartları, yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere Kanunun emredici hükümlerine aykırı olamaz. Aksi hâlde genel şart hükümleri geçersiz addedilir ve Kanun hükümleri uygulanır²³. Dolayısıyla Kanuna aykırılığı tespit edilen genel şart hükümlerinin sigorta uyuşmazlıkları bakımından

²² Karasu, s. 118-119.

²³ Bozer, s 135.

dikkate alınmaması icap etmektedir. Nitekim ilgili genel şart hükmünün 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "*Koruyucu Hükümler*" başlıklı 1452'inci maddesinde zikredilen ve aksi hiçbir şekilde yahut sigorta ettiren veya sigortalı aleyhine kararlaştırılmayacak hükümlerin kapsamı dâhilinde olduğunun tespiti halinde, ilgili genel şart hükmü yerine, konuya ilişkin Kanun hükmünün uygulanması gerekecektir²⁴. O hâlde inceleme konusu genel şart hükmünün Yargıtay'ın müteaddit kararlarında istikrarlı biçimde lafzından farklı bir mana tahmil edilerek tefsir ve tatbik edilmesi, söz konusu genel şart hükümlerinin Kanuna aykırı olmasından mı ileri gelmektedir? Bu soruların yanıt bulabilmesi için bahse konu genel şart hükmü, ilgili Kanunların âmir mahiyet arz eden hükümleri karşısında etraflıca tetkik olunmalıdır. Bu açıklamalar doğrultusunda mesele, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun emredici hükümleri kapsamında ele alınacaktır.

a. Karayolları Trafik Kanunu Bakımından Değerlendirme

Yukarıda da ifade etmiş olduğumuz gibi, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48'inci maddesinin birinci fıkrası hükmü uyarınca hususî araç kullanıcıları bakımından yasal sınır olan 0.50 promilin üzerinde alkollü olan kişilerin araç sürmeleri yasaktır. Söz konusu fıkra hükmü, Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları'nın A.5. maddesinin 5.5. bendinde yer alan ve sürücünün alkollü olduğu sırada meydana gelen zararlardan sigortacının sorumlu olmayacağına dair hükmün yasal dayanağını teşkil etmektedir. Nitekim yasal olarak belirlenmiş promilin üzerinde alkollü olan kişinin araç kullanması idarî para cezasını ve dahi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 179'uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca hapis cezasını gerektiren, bu anlamda suç teşkil eden bir eylemdir. Netice itibariyle ilgili genel şart hükmünün 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun ilgili hükümleri çerçevesinde kanuna aykırı olduğunu söyleyebilmek kanaatimizce mümkün değildir. Bu itibarla söz konusu genel şart hükmünün kanuna uygunluğunun tetkiki, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun sigorta hukukuna ilişkin altıncı kitabında yer alan hükümler nazarında yapılmalıdır.

²⁴ Emine Yazıcıoğlu, "Zarar Sigortalarında Sigorta Himayesinin Sınırlandırılması ve Davranış Yükümlülüklerinin Teminat Şartı ya da İstisna Olarak Öngörülmesi Sorunu", Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Yıl Birlikte Çalışma Armağanı, 2007, s. 1190.

b. Rizikonun Ağırlaşmasına İlişkin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1444 vd. Maddeleri Bakımından Değerlendirme

Rizikonun ağırlaşması başlığı altında ele alınan konunun çalışmamız bakımından önem arz eden yönü, kasko sigortası sözleşmesi bakımından sigorta ettiren (yahut sigortalı) mevkiinde bulunan kimsenin alkollü araç kullanmasının rizikonun ağırlaşması olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği noktasında düğümlenmektedir. Zira bu şekilde bir nitelendirme yapabilmenin mümkün olması halinde kasko sigortası genel şartlarının alkollü araç kullanımına ilişkin düzenlemesinin, Kanuna uygunluk yönünden rizikonun ağırlaşmasına müteallik 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri nazarında değerlendirilmesi icap etmektedir. Nitekim 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1444 vd. maddeler, aynı Kanunun "*Koruyucu Hükümler*" başlıklı 1452'inci maddesinin üçüncü fıkrası hükmünde aksi sigorta ettiren ve sigortalı aleyhine değiştirilemeyecek hükümler arasında sayılmıştır. Bu anlamda ilgili genel şart hükmünün 1444 vd. maddeler çerçevesinde rizikonun ağırlaşmasına dair bir hüküm olduğunun tespiti halinde, ilgili genel şart hükmünün mezkûr maddelere uygun olacak şekilde yorumlanması ve hükmün ihlâlüne terettüp eden müeyyidenin sigorta ettiren ve sigortalı aleyhine 1444 vd. maddelerinde öngörülen müeyyideye nazaran daha ağır bir neticeye mahal vermiyor olması gerekmektedir. Bu başlık altında rizikonun ağırlaşmasına terettüp eden sonuçlar yerleşik Yargıtay kararları nazarında ele alınacak ve Yargıtay'ın bu husustaki istikrarlı kararlarının hukuki dayanağının TTK m. 1444 vd. olup olmadığını irdelenecektir.

Sigortacı tarafından prim miktarı tayin edilirken, sözleşmeyle teminat altına alınan rizikoların gerçekleşme ihtimalinin, sigorta sözleşmesi devam ederken esaslı bir değişikliğe uğramayacağı varsayımıyla hareket edilir. Buna karşılık tehlikenin ağırlaşması, yani rizikonun gerçekleşme ihtimalinin artması halinde sigorta sözleşmesinin değişen şartlara göre yeniden ele alınması gerekebilir²⁵.

Rizikonun ağırlaşması iki şekilde karşımıza çıkabilir. Rizikonun gerçekleşme ihtimali, sigorta ettirenin yahut onun izniyle üçüncü bir kişinin fiili neticesinde ağırlaşabilir. Bu durum doktrinde *sübjektif riziko*

²⁵ Zahit İmre, "Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması", 1946, 12(1), İstanbul Hukuk Mecmuası, s. 287.

*ağırlaşması*²⁶ yahut *ihtiyarî tehlike artışı*²⁷ olarak ifade edilmektedir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1444'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre sigorta ettiren, bu hususta sigortacının iznini almadığı müddetçe, rizikonun gerçekleşme ihtimalini artıracak davranış ve işlemlerden kaçınmakla mükelleftir. Buna rağmen sigorta ettiren yahut onun izniyle üçüncü kişiler, sigorta himayesine dâhil olan tehlikelerin ağırlaşması sonucunu doğuracak davranış veya işlemlerde bulunacak olurlarsa, sigorta ettiren durumu derhâl sigortacıya ihbar etmekle mükelleftir (TTK m. 1444/2).

Riziko, sigorta sözleşmesi devam ederken, sigorta ettirenin fillerinden sadır olmayan, onun iradesinden tümüyle bağımsız birtakım gelişmeler dolayısıyla da artmış olabilir. Bu durum ise doktrinde objektif riziko ağırlaşması yahut irade dışı tehlike ağırlaşması olarak ifade edilmektedir²⁸. Riziko, sigorta sözleşmesiyle ve sigortalanan menfaatle alâkası bulunmayan üçüncü kişilerin fiillerine yahut tabii hadiselerin veya sosyolojik vakıaların cereyanına dayalı olarak ağırlaşmış ise objektif riziko ağırlaşmasından söz edilecektir. Bu hâlde sigorta ettiren, rizikonun ağırlaşmasına yol açan davranış yahut hadiseyi öğrendiği tarihten itibaren 10 günlük süre zarfında sigortacıyı bilgilendirmekle mükelleftir (TTK m. 1444/2).

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1445'inci maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre, rizikonun ağırlaşmasına yol açan davranış yahut işlemlere vâkıf olan sigortacı, keyfiyeti öğrendiği tarihten itibaren bir ay içerisinde sözleşmeyi feshedebilir yahut prim farkı talep edebilir. Prim farkının on gün içinde kabul edilmemesi halinde sözleşme feshedilmiş sayılır. Buna karşılık sigortacının rizikoyu ağırlaştırıcı hâllere rizikonun gerçekleşmesinden sonra vâkıf olması halinde uygulanacak hükümler, sigorta ettirenin ihmâl derecesine göre değişiklik arz etmektedir. Sigorta ettirenin rizikonun ağırlaşmasında ve keyfiyeti sigortacıya ihbar etmekte ihmalkâr davrandığı tespit edilir ve bu ihmalkârlığın rizikonun gerçekleşmesine yahut ödenecek tazminat miktarının artışına müessir olduğu anlaşılırsa, sigorta ettirenin kusuru nispetinde ödenecek tazminattan indirim yapılır. Sigorta ettirenin rizikonun ağırlaşmasına dair keyfiyeti kasten ihbar etmediği hallerde, rizikoyu ağırlaştırıcı davranış yahut

²⁶ Kender, s. 289; Nisim Franko, "Sigorta Akdinde Rizikonun Ağırlaşması", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 1992, 9, s. 112; Didem Algantürk Light, "Sigorta Sözleşmeleri Süresi İçerisinde Sigorta Ettirenin Yükümlülükleri", 2012, 11(22), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 10. Yıl'a Armağan, s. 4.

²⁷ İmre, s. 293.

²⁸ İmre, s. 295; Algantürk Light, s. 4; Franko, s. 112.

işlemler ile vâki riziko arasında illiyet bağı mevcutsa sigortacı tazminat ödeme borcundan kurtulur; aksi hâlde, sigortacı tazminatı ödenen prim ile ödenmesi gereken prim arasındaki oranı dikkate alarak öder (TTK m. 1445/5)²⁹.

Yukarıda da ifade etmiş olduğumuz gibi, sigorta sözleşmesi devam ederken sigorta ettirenin veya onun izniyle üçüncü kişilerin sigorta himayesi kapsamında yer alan tehlikeleri ağırlaştırmaya matuf eylem ve işlemleri sübjektif riziko ağırlaşması olarak kabul edilmektedir. Bu noktada sigorta ettirenin yahut sigortalının 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48'inci maddesine mugayir olarak alkollü araç kullanması, rizikonun ağırlaşması olarak kabul edilebilir mi? Rizikonun ağırlaşması, sigorta sözleşmesiyle sağlanan teminatın kapsamında yer alan rizikonun gerçekleşme ihtimalini veya bunun neticesinde hâsıl olacak zararlı neticeyi, sözleşmenin kurulduğu anda mevcudiyeti tespit edilen olgulara nazaran artıran davranış ve işlemlerin tamamı olarak ifade edilebilir³⁰. Bir kimsenin yasal sınırı aşan düzeyde alkollü olduğu hâlde araç kullanması, hayatın olağan akışı ve tecrübe geçmişine dayalı gerçekler dikkate alındığında, hiç kuşkusuz, trafik kazası meydana gelme ihtimalini artıran bir durumdur. Dolayısıyla sigorta ettirenin alkollü olduğu hâlde araç kullanması, sübjektif riziko ağırlaşması olduğu düşünülebilir. Acaba bu hâlde kasko genel şartlarının bu hususta sevk edilmiş olan hükümleri yerine 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun rizikonun ağırlaşmasına müteallik hükümleri uygulanabilir mi? Bir an için bunun mümkün olabileceğini zehabına kapılsak da, rizikonun ağırlaşması ile sigorta sözleşmesiyle bahşedilen himayeden hariç tutulan, yani teminat dışı bırakılan hâller birçok yönden birbirinden ayrılmaktadır.

Öncelikle teminat dışında bırakılan haller sözleşmenin kurulduğu anda tespit edilmiş ve sigorta poliçesine yazılmıştır. Bu anlamda genel şartlar ile belirlenen teminat dışı bırakılan hâlleri de bu kapsamda değerlendirilebiliriz³¹. Zira genel şart hükümleri sözleşmenin kurulması anından evvel belirlenmiş olup, ilgili genel şartlar sigorta poliçesine eklenir. Dolayısıyla sigorta ettiren sözleşmenin kurulduğu anda teminat dışı bırakılan hallere de vâkif olmaktadır. Buna karşılık rizikoyu ağırlaştıran haller sözleşmenin kuruluş anında belli olmayan, keza sigorta poliçesinde gösterilmeyen hallerdir. Bu anlamda kara araçları kasko sigortası bakımından sürücünün alkollü hâlde araç kullanması,

²⁹ Söz konusu hükme dair tenkitler için bkz. Kender, s. 291-298.

³⁰ Kender, s. 291.

³¹ İmre, s. 299.

sigorta poliçesinin kapsamında yer alan genel şartlarda evvelce tayin edilmiş teminat dışı bir hâl olduğundan, keyfiyeti rizikonun ağırlaşması olarak kabul edebilmek kanaatimizce mümkün değildir.

Üstelik rizikonun ağırlaşması ile kastedilen, rizikonun gerçekleşme ihtimalinin sübjektif ve objektif nedenlere dayalı olarak sigorta sözleşmesinin kurulduğu andaki hâl ve şartlara göre süreklilik arz edecek şekilde artmasıdır. Diğer bir ifadeyle, rizikonun gerçekleşmesi ihtimalini yalnız geçici surette artıran hususlar rizikonun ağırlaşması kapsamında mütalâa edilemez. Söz gelimi, hayat sigortası yaptırmış bir kimsenin tatil amaçlı gittiği yurtdışı seyahatinde dağ tırmanışı aktivitesine katılmış olması, rizikonun ağırlaşması olarak nitelendirilemeyecektir. Bu durumda sigorta şirketi dağ tırmanışı sırasında meydana gerçekleşen riziko dolayısıyla, rizikonun ağırlaşması hükümlerinden hareketle sorumluluktan kurtulamayacaktır; meğerki, bu mahiyetteki faaliyetler dolayısıyla gerçekleşen riziko teminat kapsamı dışında bırakılmış olsun. Buna karşılık hayatı sigortalanan kişinin, sigorta sözleşmesinin akdedilmesini müteakip bir arama kurtarma timine katılarak doğası gereği tehlike arz eden faaliyetleri meslek ittihaz etmeye başlaması, rizikonun ağırlaşması olarak kabul edilebilecektir.

Son olarak, rizikonun ağırlaşması hakkında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen müeyyidenin teminat dışı bırakılan haller bakımından uygulanabilmesinin de mümkün olmadığı görülmektedir. Sigorta ettiren yahut sigortalı mevkiinde bulunan bir sürücünün alkollü araç kullanması halinde, keyfiyeti sigorta şirketine bildirmesi, hayatın olağan akışına pek de uygun kabul edilebilecek bir beklenti değildir. O hâlde sürücünün alkollü olduğu, sigortacının ekseriyetle rizikonun, yani trafik kazasının gerçekleşmesi sonrasında vâkıf olabileceği bir durumdur. Dolayısıyla rizikoyu ağırlaştıran olgunun rizikonun gerçekleşmesinden sonra öğrenilmesi halinde uygulanacak hüküm ve sonuçlar, alkollü araç kullanma keyfiyetine uyarlandığında, sürücünün bu durumu kasten bildirmemiş olduğu kabul edileceğinden rizikoyu ağırlaştıran hâl, yani alkollü araç kullanımı ile gerçekleşen riziko arasında illiyet bağı olup olmadığına bakılacaktır. Trafik kazası, alkollü araç kullanımından ileri gelmişse sigortacı tazminat ödemekle mükellef olmayacaktır. Bu netice yerleşik Yargıtay uygulamasında benimsenmiş olan netice ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Ancak meydana gelen trafik kazası ile sürücünün alkollü olması arasında illiyet bağı kurulamıyorsa, başka bir deyişle, Yargıtay'ın yerleşik kararlarında da müşahede edildiği üzere trafik kazası münhasıran alkolün etkisiyle meydana gelmemişse, sigortacı, ödenen prim

ile ödenmesi gereken prim arasındaki oranı dikkate alarak ödeme yapacaktır. Ödenmesi gereken prim oranı, rizikoyu ağırlaştırır husus sigortacıya ihbar edilmiş olsaydı, sigortacının talep edeceği prim miktarını ifade eder. O hâlde çalışmamızın konusunu teşkil eden kara araçları kasko sigortasında sigorta ettirenin/sigortalının alkollü araç kullanması durumunda, ödenmesi gereken prim miktarı, sigortacı sigorta ettiren/sigortalı alkollü araç kullanacağını sigortacıya bildirmiş olsaydı sigortacının talep edeceği miktarı olarak mı anlaşılmalıdır? Bu suale müspet yanıt verilebilmesi mümkün değildir. Zira sigortacının, rizikonun gerçekleşme ihtimaline müessir olabilecek hususlar kapsamına sigorta ettirenin/sigortalının alkollü araç kullanması hâlini dâhil ederek buna göre prim miktarını artırabilmesi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "*geçerli olmayan sigorta*" başlıklı 1404'üncü maddesi hükmü muvacehesinde mümkün değildir. Söz konusu hüküm uyarınca, sigorta ettirenin veya sigortalının, kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı fiillerinin sigorta teminatı kapsamına alınabilmesi mümkün değildir. Sigorta ettirenin yahut sigortalının alkollü araç kullanması, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48'inci maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre Kanuna aykırı olup, promil miktarının 1.00'ı aşması halinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 179'uncü maddesinin üçüncü fıkrası hükümleri uyarınca suç teşkil etmektedir. Dolayısıyla 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1445'inci maddesinin beşinci fıkrası hükmünden, sigorta ettirenin veya sigortalının kanuna, kamu düzenine, ahlâka ve kişilik haklarına aykırılık teşkil eden fiillerinin, rizikoyu ağırlaştırır hususlar kapsamında mütalâa edilemeyeceği sonucu istidlâl olunmaktadır.

Netice itibarıyla, ilgili genel şart hükmünün Yargıtay tarafından lafzından farklı yorumlanarak uygulanmasının, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun rizikonun ağırlaşması hakkında sevk edilmiş bulunan 1444 vd. maddelerine istinat ettiğini söyleyebilmek de mümkün değildir.

c. Sözleşmede Öngörülen Yükümlülüklerin İhlâline İlişkin 1449'uncü Madde Bakımından Değerlendirme

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "*Sözleşmede Öngörülen Yükümlülüklerin İhlâli*" başlıklı 1449'uncü maddesi hükmünde, sigortacıya karşı yerine getirilmesi gereken ve sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlâline bağlanan sonuçlar öngörülmüştür³². Söz konusu madde hükmünde

³² Hükmün eleştirisi için bkz. Samim Ünan, "Sözleşmesel Görevler (TTK 1449)", 2014 (28), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, s. 22-27.

yer alan düzenlemeler, aynı Kanunun “*Koruyucu Hükümler*” başlıklı 1452’inci maddesinin üçüncü fıkrası hükmüne göre, aksi sigorta ettiren ve sigortalı aleyhine kararlaştırılmayacak hükümler arasındadır. Dolayısıyla Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları’nın A.5 maddesinin 5.5. bendinde öngörülen hükmün 6102 sayılı Kanun’un 1449’uncu maddesi anlamında “sözleşmede öngörülen bir yükümlülük” olduğunun tespit edilmesi halinde, ilgili genel şart hükmü, mahiyeti yahut sonuçları itibariyle mezkûr 1449’uncu madde hükmüne aykırı olduğu nispette geçersiz addedilecektir. Zira sözleşmede öngörülen bir yükümlülükle ilgili 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenmiş olan emredici bir hüküm varsa, söz konusu yükümlülüğün ihlâline bağlanan sonuçlara ve bu sonucun doğmasında kusur ve illiyet bağının rolüne ilişkin taraf iradelerine üstünlük tanınmaz; ihlâlin sonuçlarına ilişkin ilgili Türk Ticaret Kanunu hükmünde öngörülen esaslar uygulanır³³. Nitekim 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1449’uncu maddesine ilişkin gerekçede, Kanunda öngörülenler dışında, uygulamada ve sigorta genel şartlarında ortaya çıkabilecek yükümlülükler olabileceğine vurgu yapılmış olması, inceleme konusu genel şart hükmünün TTK m. 1449 anlamında sözleşmede öngörülen bir yükümlülük olabileceği düşüncesini kuvvetlendirmektedir. Başka bir deyişle, ilgili genel şart hükmünün, teminat dışında bırakılan haller arasına gizlenmiş ‘örtülü yahut gizli bir sözleşme yükümlülüğü’ olması pek muhtemeldir³⁴. Nitekim TTK m. 1449 düzenlemesine ilham veren Avrupa Sigorta Sözleşmeleri Hukuku İlkeleri’nin (*Principle of European Insurance Contract Law*) 4:101 maddesine sevk edilmiş bulunan “*Sigortacının sorumluluğu için aranan bir şart olarak tanımlanmış olsun yahut olmasın, sigorta ettirene yahut sigortalıya rizikonun gerçekleşmesinden evvel muayyen bir davranışta bulunma yahut bulunmama yükümlülüğü getiren hükümler, sözleşme hükümleri kapsamında mütalâa olunacaktır*”³⁵” hükmü de bu mahiyetteki yükümlülüklerle sözleşmede başka isimler altında yer verilmiş olabileceğine işaret etmektedir.

İnceleme konusu genel şart hükmünün TTK m. 1449 anlamında bir sözleşme yükümlülüğü olduğunun kabulü halinde, ilgili genel şart hükmüne aykırılık bakımından, sigorta ettiren/sigortalı lehine olduğu ölçüde, 6102 sayılı Kanun’un 1449’uncu madde hükmü esas alınacaktır. Bahse konu genel şart

³³ Yazıcıoğlu, s. 1190.

³⁴ Ünan, Sözleşmesel Görevler, s. 12-13.

³⁵ <<https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/forschung/evip/restatement/sprachfassungen/peicl-en.pdf>> Erişim Tarihi 29.12.2021.

hükmünün mezkûr 1449'uncu madde hükmü kapsamında değerlendirilmesi, konuya ilişkin yerleşik Yargıtay uygulamasının Kanuna uygunluk yönünden tetkik edilmesi ve belki de, hukuki gerekçesinin lâıykıyla ortaya konulabilmesi bakımından son derece önemlidir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1449'uncu maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre, sigortacıya karşı yerine getirilmesi gereken ve sözleşmede öngörülen bir yükümlülüğün ihlâli halinde, sigortacının ihlâli gerekçe göstererek sözleşmeyi feshedebilmesi ve sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerinden kaçınabilmesi için ihlâle ilişkin sigorta ettirene/sigortalıya atfedilebilir bir kusurun olması gerekmektedir; meğerki, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yahut diğer Kanunlarda aksine bir düzenleme öngörülmüş olsun. Aynı maddenin üçüncü fıkrası hükmünde ise, sigortalının sözleşmede öngörülen yükümlülüğü ihlâl etmiş olmasının rizikonun gerçekleşmesine ve sigortacının ödemesi gereken tazminat miktarının artmasına müessir olmadığı durumlarda, sigortacının sözleşmeyi feshedemeyeceği düzenlenmiştir.

Sigorta ettirenin/sigortalının alkollü araç kullandığı sırada meydana gelen zararların sigorta teminatının kapsamı dışında kalacağına ilişkin genel şart hükmünün TTK m. 1449 anlamında bir sözleşme yükümlülüğü olduğu düşünüldüğünde, sigortacının söz konusu genel şart hükmünden hareketle tazminat ödeme borcundan imtina edebilmesi için yükümlülüğün ihlâlinde sigorta ettirenin/sigortalının kusurlu olması ve dahi mezkûr ihlâlin rizikonun gerçekleşmesine müessir olması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Bu durumda, Yargıtay'ın konuya ilişkin yerleşik kararlarında müşahede olunan, alkollü sürücünün (tam) kusurlu olması ve kusurun münhasıran alkollü araç kullanımından kaynaklanması gerektiği yönündeki mülâhazanın 1449'uncu madde hükmüne dayandırılabilmesi düşüncesi hâsıl olmaktadır.

Peki bu noktada yerleşik Yargıtay uygulamasının 1449'uncu madde hükmü anlamında Kanuna uygun olduğu söylenebilir mi? İlgili genel şart hükmünde öngörüldüğü şekliyle aracın yasal haddi aşan düzeyde alkollü hâlde kullanılmasının TTK m. 1449 kapsamında değerlendirilmesi gereken bir sözleşme yükümlülüğü olduğu varsayıldığında, her şeyden evvel bu yükümlülüğün ihlâline terettüp eden sonuçların uygulanabilmesi için ihlâlin kusura dayanması gerekecektir (TTK m. 1449/1). İlgili genel şart hükmü kapsamında ihlâl, bizatihi alkollü araç kullanılması eylemidir. O hâlde alkollü araç kullanımı sigorta ettirenin yahut sigortalının kusuruna dayanmalıdır. TTK m. 1449 hükmünde kusurun derecesinden söz edilmediği için, hafif kusur halinde dahi ihlâl söz konusu olacaktır. Kaldı ki, bir sürücünün alkollü

araç kullanması, her halükârda kast derecesinde kusuru gerekli kılacaktır. Zira alkollü hâlde araç kullanmaması gerektiğini bilen (yahut bilmesi gereken) sürücünün buna rağmen direksiyon başına geçmesi, ihlâl bilerek ve isteyerek (kasten) yol açtığı yahut (alkol düzeyinin yasal haddi aştığının tam anlamıyla bilincinde olmasa dahi) ihlâlî göze alarak pervasız hareket ettiği (dolaylı kast) anlamına gelecektir. Bu anlamda alkollü araç kullanımı, TTK m. 1449 anlamında her halükârda kusura dayanan bir ihlâl olarak nitelendirilecektir. Peki ilgili genel şart hükmüne dair kusurlu ihlâl, ihlâl bağlanan sonuçların uygulanabilmesi için kâfi olacak mıdır? Anılan 1449'uncu maddenin üçüncü fıkrası hükmüne göre, sigortacının sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerinden kaçınabilmesi ve dahi sözleşmeyi feshedebilmesi için ihlâl kusura dayanması yeterli olmayıp, ayrıca ihlâl ile gerçekleşen riziko arasında bağlantı olmalıdır. Dolayısıyla, sigortacının, alkollü araç kullanılması esnasında meydana gelen zarara ilişkin ödeme yapmaktan imtina edebilmesi için, vâki zarar ile alkollü araç kullanımı arasında illiyet bağı olmalıdır. Fakat bu hüküm kapsamında illiyet bağı ile kastedilenin ne olduğu açık değildir. İlliyet bağı ile kastedilen, konuya ilişkin yerleşik Yargıtay uygulamalarında kabul edildiği şekliyle kazanın münhasıran sürücünün alkollü olmasından ileri gelmesi midir? Bu noktada bilhassa ortak illiyetin söz konusu olduğu; mesela kazaya kişinin alkollü olmasının ve yolda buzlanma olmasının birlikte etki ettiği durumlarda, hukukî mahiyeti itibarıyla TTK m. 1449 anlamında 'sözleşme yükümlülüğü' olduğunu varsaydığımız genel şart hükmünün ihlâl edilmiş olduğu kabul edilecek midir? Bu hâlde riziko, biri teminat kapsamında, diğeri ise teminat kapsamında olmayan bir sebepten ileri gelmektedir. Konuya dair yerleşik Yargıtay uygulamasında benimsenmiş olan görüşe göre, sigortacının sorumluluktan kurtulabilmesi için, aynı zamanda araç sürücüsü olan sigorta ettirenin/sigortalının kazanın oluşumunda tam kusurlu olması ve kusurun münhasıran aracın alkollü hâlde kullanılmasından ileri geliyor olması gerekir. Bu itibarla münhasırlık ölçütünün benimsenmesi halinde, verdiğimiz örnek bakımından sigortacının sorumluluktan kurtulabilmesi mümkün olmayacaktır. Esasen TTK m. 1449 hükmünden, illiyet bağının kurulabilmesi için Yargıtay tarafından benimsenmiş olan ve rizikonun münhasıran sözleşme yükümlülüğünün ihlâlî dolayısıyla meydana gelmiş olması gerektiğine dair katı yorum tarzını haklı gösterecek hukukî bir sebebin mevcut olmadığını düşünüyoruz. Kanaatimizce bu hususta İngiliz sigorta hukuku uygulamasında içtihatlar yoluyla benimsenmiş olan '*en yakın sebep (proximate cause)*'

teorisinin uygulanması yerinde olabilir³⁶. Buna göre, muayyen bir hadiseyle gerçekleşen riziko arasında illiyet bağı kurulabilmesi için, söz konusu hadisenin rizikonun gerçekleşmesinde birinci derecede rol oynaması, yani rizikoya yol açan aslı sebebinin o hadise olması gerekmektedir. Buna karşılık zarara yol açan sebeplerden biri teminat kapsamında, diğeri teminat kapsamı dışında ise bunlar arasından zararın gerçekleşmesinde diğere nazaran baskın olan sebep (*predominant cause*) tespit edilir. Sigortacı ancak baskın sebep teminat kapsamındaysa sorumlu tutulabilir, aksi hâlde sigortacının sorumluluğundan söz edilemez. Ancak rizikoya yol açan birden ziyade sebebin rizikoya olan etkisi aynı ölçüdeyse, diğere bir ifadeyle, sebepler arasında baskın-baskın olmayan sebep ayrımı yapılamıyorsa, bu durumda değerlendirme, teminat kapsamı dışında bırakılan haller göz önünde bulundurularak yapılır. Öyle ki, rizikoya yol açan sebeplerden biri teminat kapsamında olmakla birlikte, diğere açıkça teminat kapsamı dışında bırakılmışsa sigortacı gerçekleşen zarardan sorumlu olmayacaktır. Bununla birlikte, rizikoya yol açan sebeplerden birinin teminat kapsamında olduğu poliçede belirtilmiş olmasına rağmen, diğere teminat kapsamı dışında bırakıldığına dair açık bir karşılaştırma yoksa, sigortacı zararı tazmin etmekle mükellef olacaktır³⁷. Bizim de katıldığımız bu teoriden hareketle, sürücünün alkollü olduğu sırada meydana gelen bir kaza bakımından, kazanın yegâne sebebi sürücünün alkollü hâlde araç kullanması değilse de, en yakın sebep (*proximate cause*) yahut baskın sebep (*predominant cause*) sürücünün alkollü olması ise, TTK m. 1449 anlamında riziko ile ihlâl arasında illiyet bağı olduğu kabul edilmeli ve sigortacı gerçekleşen zarar dolayısıyla sorumlu tutulmamalıdır.

Bu açıklamalar ışığında, inceleme konumuz olan Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları'nın A.5. maddesinin 5.5. bendi hükmünün TTK m. 1449 anlamında bir 'sözleşme yükümlülüğü' kabul edilse dahi yerleşik Yargıtay uygulamasına iştirak edebilmek, kanaatimizce mümkün değildir. Zira yukarıda da ifade etmiş olduğumuz gibi, anılan 1449'uncu madde hükmünden, sigortalının rizikonun gerçekleşmesinde tam kusurlu olması gerektiği ve ihlâl ile riziko arasındaki illiyet bağından anlaşılması gerekenin 'münhasırlık ölçütü' olduğu sonucuna ulaşabilmek pek mümkün gözükmemektedir.

³⁶ Doktrinde Ünan, bu gibi hallerde "orantısız ödeme" yönteminin uygulanması gerektiğini, daha açık bir anlatımla, sigortalının sigorta himayesinden yararlanma hakkını yalnız alkolün etkisi oranında kaybetmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Ünan, Yargıtay Kararı Değerlendirmesi, s. 129.

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özlem Gürses, *Marine Insurance Law*, Second Edition, Routledge 2017, s. 160-163.

3. Korunmaya Değer Hukuki Menfaat Prensibi Yönünden Değerlendirme

Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları'nın A.5. maddesinin alkollü araç kullanımına ilişkin 5.5. bendi hükmünün tarafların korunmaya değer hukuki menfaati bakımından yorumlanması, belki de Yargıtay'ın konuya dair yerleşik uygulamalarının hukuki bir zemine oturtulmasını sağlayabilecektir.

Yargıtay, Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları'nın alkollü araç kullanımına ilişkin hükmünü yorumlarken, hiç kuşku yok ki sigorta ettirenin/sigortalının korunmaya değer hukukî menfaatlerini öncelemektedir. Nitekim yerleşik Yargıtay uygulamasında sigorta ettirenin/sigortalının kaza esnasında yasal haddi aşan düzeyde alkollü olması, sigortacının tazminat ödeme borcundan kurtulması için yeterli görülerek, kazanın münhasıran alkolün etkisiyle meydana gelmiş olması aranmaktadır. Dolayısıyla alkollü olduğu hâlde araç kullanan sigortalının kazanın meydana gelmesinde tam kusurlu olması ve hatta tam kusurun büyük oranda alkolden ileri gelmesi, sigortalının vâki zarara ilişkin sigorta tazminatı hakkında mahrum kalması için yeterli ve haklı bir gerekçe olarak kabul edilmemektedir. Yargıtay, sigortalının sigorta tazminatından mahrum kalabilmesi için tam kusurlu olmasının yanı sıra, kendisine atfedilen kusurun münhasıran alkolden ileri gelmesi gerektiğini kabul ediyor. O hâlde Yargıtay'ın kazanın meydana gelmesinde tam kusurlu olmayan veya tam kusurlu olmasına rağmen tam kusuru münhasıran alkollü olmasıyla ilişkilendirilemeyen sigortalıların, sigortacı karşısında ve açık genel şart hükümlerine rağmen korunmaya değer hukuki menfaatlerinin bulunduğunu kabul etmekte olduğu tereddüde mahal vermeyecek ölçüde açıktır. Yargıtay'ın bu yöndeki tutumu kanaatimizce münakaşayı muciptir.

Öncelikle şunu ifade etmeliyiz ki, yasal sınırı aşan düzeyde alkollü olduğu hâlde araç kullanan kişi, her şeyden önce Kanuna aykırı hareket etmekte ve trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunu işlemektedir. Filhakika, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48'inci maddesinin birinci fıkrası hükmü uyarınca hususî araç sürücüleri bakımından 0.50 promilin, diğer araç sürücüleri bakımından ise 0.20 promilin üzerinde alkollü sürücülerin karayolunda araç kullanması yasak olup, 1.00 promilin üzerinde alkollü olduğu hâlde araç kullanan kişiler ise TCK m. 179/3 gereğince trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun faili haline gelmektedirler. Kanunda açıkça yasaklanmış bir eylemi gerçekleştiren, üstelik çoğu zaman suç işleyen kişilerin sigortacı karşısında korunmaya değer menfaatleri olduğunu söyleyebilmek kanaatimizce son derece güçtür. Üstelik sürücülerin alkollü

oldukları sırada araç kullanmalarını yasaklayan Kanun hükümleri, sürücüleri değil esasen üçüncü kişileri korumak amacıyla sevk edilmiştir. Dolayısıyla alkollü olmalarına rağmen araç kullanan kişileri, başkalarının can ve mal güvenliklerini tehlikeye atan kişiler kapsamında değerlendirmek icap eder. Nitekim tüm dünyada olduğu gibi Türkiye’de alkollü araç kullanan kişilerin yol açtıkları kazalar çok sayıda can kaybına, sakatlığa ve mal kayıplarına yol açmaktadır³⁸. Bu durumda, Kanunun açık hükümlerini ihlâl eden ve kendileri dışında üçüncü kişilerin hayatlarını da tehlikeye atan alkollü sürücülerin, ilgili genel şart hükmünü lafzından ve Kanunun emredici hükümlerinden öngörülenden tamamen farklı yorumlamayı gerektirecek ölçüde korunmaya değer menfaat sahipleri oldukları düşünülebilir mi? Bu noktada benzer bir kazayı hiç alkol almamış sürücülerin de yapabileceği, dolayısıyla sürücünün alkol almış olmasının tek başına üçüncü kişilerin can ve mal güvenliklerini tehlikeye attıkları mülâhazasının somut olay gerçekliğiyle bağdaşmadığı ileri sürülebilir. Ne var ki, alkol almış bir sürücünün kaza yapma olasılığının alkol almamış aynı deneyim ve becerideki bir başka sürücüye nazaran daha yüksek olduğu uzun izahatı gereksiz kılacak ölçüde açıktır. Dolayısıyla kaza sırasında alkollü olan bir sürücüyle hiç alkol almamış olan sürücüyü aynı şekilde değerlendirmek yerinde olmayacaktır³⁹.

Öyle zannediyoruz ki, Yargıtay bu noktada, çoğu zaman tüketici sıfatını haiz olmasından hareketle sigorta ettirenin sözleşmenin zayıf tarafı olduğunu düşünerek ilgili genel şart hükmünü sigorta ettiren lehine yorumlamanın zayıf taraflı sözleşmelerin bir gereği olduğu mülâhazasına dayanmaktadır. Sigorta sözleşmesinin, sigorta ettirenin tüketici olduğu ahvâlde zayıf taraflı sözleşmelerden olduğu mülâhazasına katılmakla beraber, sözleşmenin ve sözleşmenin bir parçası olan genel şartların her durumda sigorta ettiren lehine yorumlanmasının, her ne kadar temel saikanın hakkaniyetin tesisi olduğuna şüphe yoksa da, bazen hakkaniyete uygun olmayan sonuçlara yol açtığı müşahede olunmaktadır. Nitekim Yargıtay’ın alkollü araç kullanan sürücüler lehine tesis ettiği yerleşik uygulaması, aslında yasalara uygun hareket eden diğer poliçe sahipleri aleyhine bir sonuç ortaya koymaktadır. Zira sigortacıların, ilgili genel şart hükmünün hilafına olacak şekilde alkollü araç kullanımı sırasında meydana gelen kazalar dolayısıyla tazminat ödemek zorunda kalması, her bir poliçe başına düşen giderlerinin artması sonucunu doğurmaktadır. Bu durum ister istemez sigorta prim miktarları tayin edilirken

³⁸ Ünan, Yargıtay Kararı Değerlendirmesi, s. 123, 125.

³⁹ Bkz. Ünan, Yargıtay Kararı Değerlendirmesi, s. 132.

de dikkate alınmakta ve her bir sigortalının ödeyeceği yıllık prim miktarlarında artış yaşanmasına sebebiyet vermektedir⁴⁰. Bu itibarla yerleşik Yargıtay uygulaması, esasen Kanuna aykırı hareket eden sigortalıları korumak adına diğer sigortalıların katlanmak zorunda kaldıkları malî külfetin artmasına yol açmaktadır.

Yargıtay'ın ilgili genel şart hükmünü lafzından farklı yorumlayarak, gerçekleşen riziko, yani trafik kazası ile sürücünün alkollü olması arasında münhasır etki şeklinde tecessüm eden illiyet bağı şartını aramasının hükmün sevk amacıyla da bağdaşmadığı kanaatindeyiz. Zira hükmün amacı, teminat dışında bırakılan bir hâli ortaya koymanın yanında, sürücülerin alkollü oldukları hâlde araç kullanmalarının önüne geçmektedir. Filhakika, alkollü hâlde araç kullandıkları sırada araçta meydana gelen zararın sigorta şirketi tarafından karşılanmaması, araç sürücüleri bakımından alkollü araç kullanmaya ilişkin son derece caydırıcı bir hak mahrumiyeti olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna karşılık bu husustaki yerleşik Yargıtay uygulamasının bu noktadaki caydırıcılığı zayıflattığı, daha da ötesinde alkollü hâlde araç kullanımına cesaret verici bir etki yarattığı kanaatindeyiz.

4. “Hangi Sürücü?” Sorusu Çerçevesinde Yerleşik Yargıtay Kararlarında Kabul Edilen “Münhasırlık” Ölçütünün Eleştirisi

Yerleşik Yargıtay kararlarında, yukarıda da ifade etmiş olduğumuz gibi, kaza münhasıran alkolün etkisiyle meydana gelmedikçe sigortacının tazminat ödeme borcundan kurtulmayacağı kabul edilmektedir. Buna göre, sigorta konusu araçta meydana gelen kazanın yegâne sebebi, sürücünün yasal haddi aşan düzeyde alkollü olması değilse, sigortacının zarara ilişkin sorumluluğuna hâle gelmektedir. Bu anlamda kazanın oluşumunda, sürücünün alkollü olması dışında başka bir sebebin de etkili olmuş olabileceği yönünde bulgular varsa, ilgili genel şart hükmü uygulanmamakta, sigortacı vâki zararı ödemekle mükellef kılınmaktadır. Yargıtay, kazanın münhasıran alkolün etkisinde meydana gelmiş olup olmadığının tespiti bakımından uzman görüşüne müracaat edilmesi ve uzmanlar arasında sürücünün güvenli sürüş yeteneğinin kaybolmuş olup olmadığını, somut olayın özelliklerini dikkate alarak tespit edebilecek bir nörologla birlikte kazanın oluş biçimini tetkik edecek bir trafik uzmanının olması gerektiğini salık vermektedir. Bu noktada akıllara şöyle bir soru gelmektedir. Kazanın münhasıran alkolün etkisiyle meydana geldiğini

⁴⁰ Ayten ÇETİN / Serdar ALPAY, “Sigorta Hileleri, Türk Sigorta Sektörüne Yönelik Bir Değerlendirme”, 2019, 2, Management and Political Science Review, s. 8.

tespit ederken esas alınacak sürücü kıstası nedir? Başka bir deyişle, söz konusu uzman raporu, hangi sürücü göz önünde bulundurularak tanzim olunacaktır. Zira tecrübesiz ve günlük işlerinde nispeten dikkatsiz bir sürücünün alkolün etkisi altında olmadan yapabileceği bir kazayı, çok tecrübeli ve dikkatli bir sürücü ancak almış olduğu alkolün yarattığı etkiyle yapabilir. Söz gelimi, normal şartlar altında otoyolda araç kullanırken önüne çıkan vahşi bir hayvanı fark ettiği anda gereken manevrayı, aracın yoldan çıkmasını engelleyecek şekilde yaparak kazayı atlatabilecek deneyimde bir sürücü, alkolün reflekslerinde ve manevra hızında yarattığı menfi etki dolayısıyla saniyelik de olsa geç reaksiyon göstermesi yüzünden kaza yapabilir. Buna karşılık deneyimsiz ve belki de kişiliği itibariyle çabucak paniğe kapılmaya müsait bir sürücü, önüne çıkan vahşi hayvanı gördüğünde, hiç alkol almamış, aksine son derece zinde olmasına rağmen, gerekli reaksiyonu göstermede gecikmeye düşerek kazanın gerçekleşmesine mani olamayabilir. O hâlde münhasırlık ölçütünün her somut olayın şartlarında bu derece kapsamlı bir analiz çerçevesinde mi değerlendirmesi gerekecektir? Keza normal şartlar altında son derece temkinli ve deneyimli olan sürücünün bir anlık dikkatsizliği sonucunda gerçekleştirdiği kazaya, evden çıkmadan evvel içmiş olduğu iki duble viskinin mi, yoksa bir önceki gece eşiyile yaşamış olduğu münakaşanın yarattığı hayal kırıklığı ve teessür neticesinde oluşan dalgınlığın mı yol açtığını tam olarak tespit edebilmek gerçekten mümkün olacak mıdır? Gerçekleşen her kaza bakımından, sürücünün deneyim durumunu ve içinde bulunduğu koşulların özellik arz eden yönlerini bu denli etraflıca analiz edilebileceğini, dolayısıyla münhasırlık ölçütünün tespiti bakımından müracaat edilen uzman görüşünün kazanın tümüyle alkolün etkisiyle gerçekleşmiş olup olmadığına dair kesin cevabı tam manasıyla verebileceğini söyleyebilmek, kanaatimizce pek mümkün değildir. Nitekim uzman raporları kesin bir sonuç ortaya koymaktan kaçınan, daha ziyade kazanın alkol dışında başka bir sebebin de etkisiyle meydana gelmiş olabileceğine dair ihtimallere işaret eden muğlâk ifadeler içermektedir. Yargıtay'ın ise bu muğlâk ifadelerden hareketle, bir bakıma ceza yargılaması bakımından geçerli olan “şüpheden sanık yararlanır” ilkesini bu mahiyetteki uyuşmazlıklara teşmil ederek sigortalı/sigorta ettiren lehine bir tutum sergilediği müşahede olunmaktadır. Bütün bu izahat neticesinde, yasal haddi aşan düzeyde alkollü olduğu hâlde araç kullanan kişilerin sebep olduğu kazalar bakımından, kazanın münhasıran alkolün etkisiyle mi gerçekleşmiş olduğunun tespitine dair çabaların bize bu hususta kesin bir cevap verebileceği düşüncesinde değiliz. Bu itibarla, kandaki alkol promil oranı yasal haddi aşan sürücülerin yol açtığı kazalar bakımından, kural olarak, kazanın oluşumuna

sebepe veren başka etkenlerin de olabileceği ihtimali göz ardı edilerek, ilgili genel şart hükmünün uygulanması ve vâki zararın teminatın kapsamı dışında tutulması gerektiğini kanaatindeyiz. Aksini kabul, sigortacıları kazanın münhasıran alkolün etkisiyle gerçekleşmiş olduğuna dair ispatının çok güç, hatta neredeyse imkânsız olduğu bir senaryo içerisinde hak aramaya mecbur etmek, deyim yerindeyse çoğu zaman peşinen mesul kılmak anlamına gelecektir. Bu yönde bir neticenin ortaya çıkmasına yol açan yerleşik Yargıtay uygulamasının sigorta sözleşmesinin esasını teşkil eden riziko-prim dengesine de zarar verdiği muhakkaktır.

Nitekim doktrine Ünan da Yargıtay'ın münhasırlık ölçütüne ilişkin yerleşik uygulamasını gözden geçirmesi gerektiği uyarısında bulunmaktadır⁴¹.

V. Görüşümüz

Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları'nın A.5. maddesinin 5.5. bendinde yer alan hükmün, yukarıda tafsilatlı biçimde izah ettiğimiz gerekçeler dolayısıyla *rizikonun gerçekleşmesinde kusur yahut rizikonun ağırlaşması* başlığı altında değerlendirilip yorumlanması gereken bir hüküm olmadığı kanaatindeyiz. Keza söz konusu hükmün 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1449'uncu maddesi anlamında bir *sözleşme yükümlülüğü* olduğunu da düşünmüyoruz. Zira sözleşmesel yükümlülükler, sigortacı tarafından sağlanan sigorta himayesinin her iki taraf bakımından adil kabul edilebilmesi ve sigortacılık sektörünün devamı için elzem olan riziko/prim dengesinin sarsılmaması için sigorta ettirene ve/veya sigortalıya tahmil olunan menfi yahut müspet yükümlülüklerdir. Sigorta ettirenin/sigortalının sözleşmesel yükümlülüklerine riayet etmesi, sözleşmenin kuruluş aşamasında gözetilen riziko/prim dengesinin sözleşme süresince devamını sağlayacaktır. Söz gelimi, sigortalıya hırsızlık sigortasıyla teminat altına alınan konutuna alarm taktırmasına ilişkin genel şart hükmü bu kapsamda mütalâa edilebilir⁴². Teminat dışı kalan haller ise sigorta ettirenin/sigortalının harfiyen riayet etmeyi açık yahut zımnî biçimde taahhüt ettiği hâllerdir. Teminat şartı olarak da nitelendirilebileceğimiz bu mahiyetteki taahhütler, yerine getirilmemesi halinde rizikonun gerçekleşmesine doğrudan sebebiyet verebilecek hâllere ilişkindir⁴³. Dolayısıyla bu hâllerin teminat kapsamına alınması, bir yerde, sigorta sözleşmesinin temelini oluşturan riziko/prim dengesini tümüyle alt

⁴¹ Ünan, Yargıtay Kararı Değerlendirmesi, s. 133.

⁴² Yazıcıoğlu, s. 1193.

⁴³ Yazıcıoğlu, s. 1193.

üst edebilecek sonuçları da beraberinde getirecektir. Nitekim teminat kapsamı dışında bırakılan hâller, ekseriyetle sigortacının hiçbir hâl ve şartta sözleşmeyle teminat altına almak isteyeceği hallerdir. Söz gelimi, sigortacılar, yüksek prim miktarları karşılığında dâhi olsa, sürücünün uyuşturucu madde yahut alkolün etkisi altında olduğu veya sigorta konusu aracın ehliyet sahibi olmayan kimselerce kullandığı sırada meydana gelebilecek zararları teminat altına almak istemez. O hâlde bu mahiyetteki hükümlerin TTK m. 1449 anlamında sözleşmesel yükümlülüklerden tefrik edilmesi icap etmektedir. Şunu da ifade etmek gerekir ki, sözleşmesel yükümlülüklerin kusurun her derecesiyle ihmal edilebilmesine karşın, teminat şartı olarak nitelendirilen taahhütler, doğası gereği ancak doğrudan yahut dolaylı kast ile ihlâl edilebilecektir. Söz gelimi bir kimsenin binek aracıyla illegal yarışlara katılması, alkol yahut uyuşturucu madde etkisi altında veya ehliyetsiz olarak araç kullanması ihmâl sonucu ortaya çıkabilecek bir ihlâl olamaz. Buna karşılık hırsızlık rizikosuna karşı sigortalanan konutta alarmin yahut güvenlik kamerasının olmaması, söz gelimi bozulan bir kameranın yahut alarmin yenisinin takılmasında gösterilen ihmâlden ileri gelmiş olabilir.

Bu noktada ilgili genel şart hükmünün 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "*geçerli olmayan sigorta*" başlıklı 1404'üncü maddesi hükmü kapsamında da değerlendirilmelidir. Söz konusu hüküm uyarınca, "*Sigorta ettirenin veya sigortalının Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı bir fiilinde doğabilecek bir zararını teminat altına almak amacıyla sigorta yapılamaz.*" O halde bir kimsenin yasal haddi aşan düzeyde alkollü araç kullanması sırasında meydana gelen zararlar teminat kapsamına alınabilir mi⁴⁴? Bu anlamda ilgili genel şart hükmünü ve dolayısıyla yerleşik Yargıtay uygulamasını mezkûr madde hükmü nazarında mı değerlendirmek icap eder? Ne var ki, ilgili genel şart hükmünün teminat dışında bıraktığı hallerin kapsamı, bahse konu Kanun maddesine nazaran daha geniştir. Zira anılan madde hükmü uyarınca sigorta ettirenin/sigortalının alkollü araç kullanması dolayısıyla yol açtığı zararlar teminat kapsamında değerlendirilmezken, ilgili genel şart hükmünde alkollü araç kullanılması sırasında meydana gelen zarar teminat kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu anlamda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1404'üncü maddesi, sigortanın geçersiz addedilebilmesi bakımından kanuna, kamu düzenine yahut ahlâka aykırı davranış ile gerçekleşen riziko arasında illiyet bağı şartı ararken, ilgili genel şart hükmü, lafzı itibarıyla alkollü araç kullanma ile gerçekleşen riziko

⁴⁴ Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. Ünan, Yargıtay Kararı Değerlendirmesi, s. 125-127.

arasında illiyet bağı şartı aramamakta; kazanın alkollü araç kullanılması sırasında meydana gelmesini yeterli kabul etmektedir. Dolayısıyla ilgili genel şart hükmünün TTK m. 1404'e nazaran teminat altına alınabilecek hususların kapsamını daralttığı görülmektedir. Peki bu mümkün müdür?

İlgili genel şart hükmü, kanaatimizce, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "*sigortanın kapsamı*" başlıklı 1409'uncu madde hükmü çerçevesinde ele alınmalıdır. Bahse konu maddenin birinci fıkrası hükmü uyarınca, sigortacı, sözleşmede öngörülen ve riziko kapsamında mütalâa olunan hadiselerin gerçekleşmesi dolayısıyla ortaya çıkan zararı yahut poliçede gösterilen bedeli ödemekle mükelleftir. O hâlde zarar sigortaları bakımından sigortacı, sigortalanan menfaate yönelik her türlü zararı karşılamakla mükellef olmayıp, yalnız sözleşmede belirtilen rizikoların yol açtığı zararı karşılamayı üstlenmektedir⁴⁵. Bu anlamda rizikoların sözleşmeye tayin edilebilmesi mümkün olduğu gibi, sigortalanan menfaate yönelik bazı tehlikelerin sigorta himayesinden hariç tutulabilmesi de mümkündür. Bu gibi haller genellikle sigorta poliçelerine ekli olan ve sözleşmenin bir parçası olarak kabul edilen genel şartlarda "*teminat dışı bırakılan hâller*" başlığı altında gösterilmektedir. Nitekim sigorta ettirenin/sigortalının alkollü araç kullandığı sırada meydana gelen trafik kazaları dolayısıyla ortaya çıkan zararların teminat kapsamı dışında bırakılacağı, Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları'nın "*teminat dışı bırakılan hâller*" başlığı altında yer almaktadır.

Teminat dışı bırakılan hâl, sigortalanan menfaate yönelik zararın sebebi oluşturan, yani rizikoyla arasında illiyet bağı bulunan bir hadise olabileceği gibi; doğrudan doğruya rizikoya yol açmayan ve fakat sigorta himayesini askıya alınması neticesini doğuran bir hadise yahut gelişme de olabilir. Bir hususun teminat kapsamı dışında bırakılabilmesi için, onun muhakkak rizikoyu meydana getirecek hadiselerden birisi olarak tavsif edilmesi şart değildir. Söz gelimi, Kara Araçları Sigorta Genel Şartları'nın A.5 maddesinin 5.8. bendine göre "*aracın ruhsatında belirtilen taşıma haddinden fazla yük ve yolcu taşınması sırasında meydana gelen ve münhasıran aracın istiap haddinin aşılmasından kaynaklanan zararlar*" teminat kapsamı dışında bırakılmış olup, bu bent hükmüne dayalı olarak sigortacının tazminat ödeme borcundan imtina edebilmesi için, zararın araçta haddinden fazla yük taşınması esnasında

⁴⁵ Böylelikle 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu döneminde benimsenmiş olan umumîlik (*ALL RISKS*) prensibinden vazgeçilmiştir. Bkz. Mertol Can, "Gözden Geçirilmeye Muhtaç Hükümler Var mı?" Sorusu Çerçevesinde 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Sözleşmesinin Tabi Olduğu Hukukî Esaslar, İmaj Yayınevi, 2011, s. 50.

meydana gelmesi yeterli olmayıp, söz konusu zararın münhasıran taşıma kapasitesinin aşılmış olmasından ileri gelen bir zarar olması şarttır. Diğer bir ifadeyle, sigorta himayesinden hariç bırakılan bu hâl bakımından gerçekleşen riziko ile taşıma kapasitesinin aşılması arasında illiyet bağı olmalı; zarar münhasıran taşıma kapasitesinin aşılmasından kaynaklanmış olmalıdır. Buna karşılık Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları'nın A.4. maddesinin 4.1. bendine göre, kasko sigortasıyla sağlanan teminatın kapsamı, aksine mukavele yapılmadıkça, yalnız Türkiye sınırları içerisinde geçerlidir. O hâlde aracın Türkiye sınırları dışında olduğu süre zarfında meydana gelen zararlar dolayısıyla, sigorta ettirenin/sigortalının kusurlu olup olmadığına ve dahi gerçekleşen zararın Türkiye sınırları dışına çıkmış olmasından ileri gelen bir zarar olduğuna ispata gerek kalmaksızın, sigortacının tazminat ödeme borcundan söz edilemeyecektir. Burada 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1409'uncu maddesi uyarınca sigortacıya tahmil olunan ispat yükü, zararın Türkiye sınırları dışında meydana gelmiş olduğunun ispatlanması meselesine hasredilmiş bir yükümlülük olarak kabul edilecektir. Bu hususta bir diğer örnek olarak Hayat Sigorta Genel Şartları'nın A.3. maddesinin 3.1. bendini verebiliriz. Bahse konu hüküm uyarınca hayatı sigortalanan kişi, yolcu sıfatı taşımaksızın bulunduğu hava nakil aracında ve havada yapılan yolculuk esnasında hayatını kaybedecek olursa, sigorta şirketi sözleşmede kararlaştırılan bedeli ödemekle mükellefi değildir. Bu hâlde de sigortalının ölümünün hangi sebeple meydana geldiği, ölüme yol açan hadise bakımından sigortalının kusurunun bulunup bulunmadığı önem arz etmemektedir.

Sigorta teminatının kapsamı dışında bırakılan ve gerçekleşen rizikoyla aralarında illiyet bağı aranmayan hâlleri, sigorta himayesinin askıya alındığı hâller olarak da ifade edebilmek pekâlâ mümkündür. Teminat dışı bırakılan haller, bilhassa zararın nasıl gerçekleştiğinin sigortacı tarafından ispatının çok zor yahut imkânsız olduğu hallerde, sözleşmenin sigortalı tarafından suiistimalini önlemek ve menfaatler dengesinin sigortacı aleyhine bozulmasına mani olmak için kabul edilmişlerdir⁴⁶.

Nitekim sigortacının, Kanunun emredici hükümlerine aykırı olmaması koşuluyla, lüzum gördüğü hususları teminat kapsamı dışında bırakabileceği kabul edilmektedir⁴⁷. Ancak teminat kapsamı dışında bırakılacak hususlar açıkça belirtilmeli ve söz konusu sınırlamalar kişinin temel hak ve

⁴⁶ Rob Merkin / Özlem Gürses, "The Insurance Act: 2015, Rebalancing the Interests of Insurer and Assured", 2015, 78 (6), The Modern Law Review, s. 1017.

⁴⁷ İmre, s. 299.

özgürlüklerini kısıtlayıcı mahiyette olmamalıdır⁴⁸. Söz gelimi sözleşmeyle sağlanan sigorta himayesinin geçerliliği, sigorta ettirenin/sigortalının seyahat özgürlüğünü yahut çalışma özgürlüğünü esaslı surette kısıtlayacak birtakım şartlara bağlanamaz.

Bu açıklamalar karşısında, Kanunen yasaklanmış olan alkollü araç kullanımı sırasında meydana gelen zararların sigorta teminatının kapsamı dışında oldukları kabul edilerek bu mahiyetteki zararlar bakımından, gerçekleşen zarar ile alkollü araç kullanma arasında illiyet bağı olup olmadığına bakılmaksızın, sigortacının tazminat ödeme borcunun olmadığı kabul edilmesi gerektiği kanısındayız. Nitekim bu yönde bir kabul, yukarıda da ifade etmiş olduğumuz gibi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun sigorta hukukuna müteallik amir hükümlerine aykırılık teşkil etmediği gibi, alkollü araç kullanımını yasaklayan 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümleriyle örtüşmektedir.

VI. Bir Çözüm Önerisi Olarak 2015 tarihli İngiliz Sigorta Kanunu (*Insurance Act 2015*) Hükümlerinin Uygulanması (*Kurtuluş Kanıtı*)

Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları'nın A.5. maddesinin 5.5. bendine yönelik eleştiriler, yasal haddi aşan düzeyde alkollü araç kullanan kişilerin güvenli sürüş yeteneklerini kaybettiklerinin her zaman için söylenemeyeceği, bu yüzden kazanın tümüyle dış etkenlerin tesiriyle yahut üçüncü kişinin kusuruyla gerçekleştiği ahvalde, sigorta şirketinin sırf sürücünün alkollü olmasını gerekçe göstererek ödeme yapmaktan imtina etmesinin hakkaniyete aykırı bir sonuç ortaya çıkaracağı noktasında toplanmaktadır.

Bu eleştirilere iştirak ettiğimizi söyleyemeyiz. Zira yukarıda da ifade etmiş olduğumuz gibi, ilgili genel şart hükmünün nihaî amacı, üçüncü kişilerin can ve mal güvenliklerini koruyabilmek adına sürücülerin alkollü oldukları hâlde direksiyon başına geçmelerini önlemektir. Bu anlamda söz konusu hükmün, alkollü araç kullanan sürücüler bakımından, caydırıcılık unsurunu da ihtiva eden medenî bir ceza olduğu kanaatindeyiz. Üstelik mezkûr hükmün sigorta sözleşmesiyle sağlanan teminatı, alkollü araç kullanılan süre için askıya alan bir işlevi haiz olduğu uzun izahatı gereksiz kılacak ölçüde açıktır. Bu anlamda alkollü araç kullanan kişinin, o sırada meydana gelen zararı -zararın meydana gelmesinde tümüyle kusursuz olsa dahi- sigortacıdan talep edemiyor olması,

⁴⁸ İmre, s. 299.

hükümün ulaşmak istediği gayeyle örtüşmektedir. Ancak Yargıtay, söz konusu hüküm ve ortaya çıkardığı sonuçları, hakkaniyetle bağdaşmayacak ölçüde ağır bulduğundan olsa gerek, yerleşik uygulamasını hükümün lafzından çıkarılan anlamdan tümüyle farklı yönde inşa etmiştir.

Buna rağmen bahse konu hükümün, (esasen bizim de kabul ettiğimiz şekilde) lafzından anlaşıldığı hâliyle uygulanmasının, amaçların ötesinde ağır sonuçlar doğurduğu savunulabilir. Ancak bu noktada savunulabilecek en akılcı çözümün, yerleşik Yargıtay uygulamasında kabul edilen münhasırlık ölçütünün devam ettirilmesi olduğu kanaatinde değiliz. Bu noktada, konunun benzerliği de dikkate alındığında, 2015 tarihli İngiliz Sigorta Kanunu'nun (*Insurance Act 2015*) sigortalı taahhütleri (*warranties*) hakkında sevk edilmiş olan 10 vd. maddelerinin Türk sigorta hukuku sistemine adapte edilebileceği düşüncesindeyiz.

İngiliz sigorta hukukunda 18'inci yüzyıldan beri kabul edilmekte olan sigortalı taahhütleri, esasen rizikonun kapsam ve mahiyetine ilişkin olup, sigortalının sigorta himayesinin devamı için riayet etmesi gereken taahhütlerdir⁴⁹. Bu taahhütleri esasen sigortacının sigorta himayesi sağlamasının ön şartları olarak nitelendirebilmemiz de pekâlâ mümkündür. Sigortalının sözleşmeyle hüküm altına alınan bu mahiyetteki taahhütlere harfiyen riayet etmesi (*strictly compliance*) gerekmektedir. 1906 tarihli Deniz Sigortaları Kanunu'nun (*Marine Insurance Act 1906*) 33'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında sigortalının poliçede gösterilen bu taahhütlere riayet etmemesinin müeyyidesi, sigorta teminatının ihlâlin devam ettiği süre için askıya alınması olarak düzenlenmiştir. Buna göre, taahhütlerin ihlâl edildiği süre zarfında gerçekleşen rizikoya dolayısıyla sigortacının herhangi bir sorumluluğundan söz edilememektedir. Üstelik sigortacının bu süre zarfında gerçekleşen zarardan sorumlu olmayacağından söz edilebilmesi için vâki riziko ile taahhüdün ihlâli arasında herhangi illiyet bağı olması şartı da aranmamaktadır. Söz gelimi, geminin denize elverişliliği (*seaworthiness*) sözleşmede bir taahhüt olarak düzenlenmişse, geminin denize elverişlilik kriterine uygunluk sağlamadığı süreler için sigorta teminatı da kesintiye uğramış olacaktır⁵⁰. Bu süre zarfında gemi, denize elverişlilikle ilgisi bulunmayan bir riziko dolayısıyla zarar görecektir olsa dahi, sigortacı söz konusu zararı tazminle mükellef olmayacaktır.

⁴⁹ Gürses, s. 107 vd; Peter MacDonald Eggers, "The Past and Future of English Insurance Law: Good Faith and Warranties", 2012, 1(2), UCL Journal of Law and Jurisprudence, s. 237.

⁵⁰ Gürses, s. 114.

Görüldüğü üzere, sigortalı taahhütlerine yönelik yukarıda ortaya koymuş olduğumuz düzenlemeler, bilhassa sonuçları itibariyle çalışmamızın konusunu teşkil eden ilgili genel şart hükmünü çağrışmaktadır. İngiliz doktrininde, sigortalı taahhütlerine ilişkin müeyyidenin son derece ağır olduğu yıllardan bu yana dile getirilmiş, ihlâl ile ilişkin sonuçların sigortalılar lehine bir nebze olsun hafifletilmesi gerektiği savunulmuştur⁵¹. Netice itibariyle 12 Ağustos 2016 tarihi itibariyle yürürlüğe girmiş bulunan 2015 tarihli İngiliz Sigorta Kanunu, 1906 tarihli Deniz Sigortaları Kanunu'nun sigortalı taahhütlerine dair eleştirilere maruz kalan katı hükümlerinden bazılarını ilga etmiş ve sigortalı taahhütleri bakımından cari olan 11'inci madde hükmünü sevk etmiştir. Söz konusu maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları uyarınca sigortalı, söz konusu taahhüde harfiyen riayet etmiş olsaydı dahi zararın gerçekleşeceğini ispat edebilirse, sigortacı taahhüdün yerine getirilmemiş olduğu gerekçesiyle zararı ödemekten imtina edemeyecektir.

2015 tarihli İngiliz Sigorta Kanunu ile İngiliz sigorta hukuku bakımından cari olan sigortalı taahhütleri hakkında getirilmiş olan bu yeni düzenlemenin, Türk sigorta hukukunda riziko ile ihlâl arasında bağlantı kurulmayan teminat dışı kalan haller bakımından da benimsenebileceğini, bu sayede teminat dışı kalan hallere ilişkin katı düzenlemenin hakkaniyete uygun olacak şekilde yeniden düzenlenmiş olacağı kanaatindeyiz. Söz konusu düzenlemeyi çalışmamızın konusunu teşkil eden Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları'nın A.5. maddesinin 5.5. bendine uyarladığımızda ortaya çıkan sonuç şöyle olacaktır: Aynı zamanda araç sürücüsü olan sigortalının yasal sınırı aşan düzeyde alkollü araç kullandığı sırada meydana gelen zararlar sigortacı tarafından karşılanmayacaktır; meğerki, sigortalı, hiç alkol almamış olsaydı dahi söz konusu zararın gerçekleşeceğini ispat edebilmiş olsun⁵². Böylelikle Türk Borçlar Hukukunda kusursuz sorumluluk hâlleri için öngörülmüş bulunan kurtuluş kanıtı (beyyinesi) getirme imkânı, sigorta teminatının dışında kalan hâller bakımından sigortalılara da tanınmış olacaktır. Bu sayede, bir taraftan teminat dışı kalan hâllerin uygulama itibariyle hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkarması engellenirken, diğer taraftan teminat dışı kalan hâllerin sevk edilmesine âmil olan amacın tümüyle dışına çıkılan uygulamaların da önüne geçilebilecektir. Mamafih, teminat dışı kalan hâller bakımından sigortalılara kurtuluş kanıtı getirme imkânının hukukî manada dayanak bulabilmesi adına

⁵¹ Merkin / Gürses, s. 1016 vd.

⁵² Doktrinde *Karasu*, yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerinde bir değişikliğe gidilmeksizin de bu yöntemin uygulanabileceği yönünde görüş serdetmektedir. Bkz. Karasu, s. 118.

bu yönde kanunî bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu kanaatindeyiz. Aksi halde bu yönde bir uygulama, tıpkı konuya ilişkin yerleşik Yargıtay uygulaması gibi kanunî dayanaktan yoksun bir uygulama hâline gelecektir.

SONUÇ

Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları'nın A.5. maddesinin 5.5 bendinde öngörülmüş bulunan, alkollü araç kullanımı sırasında meydana gelen zararların sigorta teminatı kapsamı dışında kalacağına dair hükmün 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun altıncı kitabında yer alan sigorta hukukuna ilişkin hükümler ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun ilgili hükümleri nazarında Kanuna uygun olduğu kanaatindeyiz. Bu anlamda Yargıtay'ın ilgili genel şart hükmüne dair, hükmün lafzıyla bağdaşmayan yerleşik uygulamasının isabetli ve hatta Kanuna uygun olduğu kanaatinde değiliz.

İlgili genel şart hükmü 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun sigorta teminatının kapsamını tayin eden 1409'uncu maddesi hükmü çerçevesinde değerlendirilmesi, buna karşılık aynı Kanunun 1449'uncu maddesi anlamında sözleşmesel bir görev olarak nitelendirilemeyeceği görüşündeyiz. Buna göre, alkollü araç kullanımı sırasında meydana gelen zararlar, yalnız kaza münhasıran aracın alkollü kullanılmasından ileri gelmiyor olsa bile teminat kapsamı dışında bırakılabilecektir. Üstelik ilgili genel şart hükmünün Kanuna uygunluğunun yanı sıra, korunmaya değer menfaatler bakımından adaletsiz bir sonuç ortaya çıkarmadığı düşüncesindeyiz. Buna karşılık, konuya ilişkin yerleşik Yargıtay uygulamalarında tesadüf ettiğimiz 'münhasırlık ölçütünün' alkollü araç kullanımına ilişkin caydırıcılık işlevini haiz olan ilgili genel şart hükmünü kullanılamaz hale getirdiği, bu yönüyle alkollü araç kullanımına dair Kanuna aykırı pratiği destekleyici bir mahiyet taşıdığı ve bu itibarla alkollü araç kullanan sigorta ettirenin/sigortalının korunması pahasına üçüncü kişilerin ve diğer poliçe sahiplerinin menfaatlerinin tehlikeye atıldığı aşikârdır. Üstelik 'münhasırlık ölçütünün' doğru sonuç vermekten uzak, muğlak ve şaibeli bir ölçüt olduğu yönünde çok ciddi endişeler taşımaktayız.

Sonuç olarak, ilgili genel şart hükmünün yürürlükte bulunan mevzuat hükümleri kapsamında lafzıyla hemahenk olacak şekilde uygulanması gerektiğini düşünmekle beraber, hükmün hakkaniyete aykırı sonuçlar da doğurabileceğine dair kaygıları gidermek adına bir çözüm önerisi olarak, 2015 tarihli İngiliz Sigorta Kanunu'nda olduğu gibi kurtuluş kanıtı getirme imkânının benimsenebileceğini düşünüyoruz.

KAYNAKÇA

- Arseven H, Sigorta Hukuku, Beta Yayınevi, 1991.
- Bozer A, Sigorta Hukuku, BTHAE Yayınevi, 1965.
- Can M, Sigorta Hukuku Ders Kitabı, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, İmaj Yayınevi, 2009.
- Can M, “Gözden Geçirilmeye Muhtaç Hükümler Var Mı?” Sorusu Çerçevesinde 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Sözleşmesinin Tabi Olduğu Hukukî Esaslar, İmaj Yayınevi, 2011.
- Çetin A / Alpay S, “Sigorta Hileleri, Türk Sigorta Sektörüne Yönelik Bir Değerlendirme”, 2019, 2, Management and Political Science Review, s. 7-28.
- Eggers P M, “The Past and Future of English Insurance Law: Good Faith and Warranties”, 2012, 1(2), UCL Journal of Law and Jurisprudence, s. 211-244.
- Franko N, “Sigorta Akdinde Rizikonun Ağırlaşması”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 1992, 9, s. 99-118.
- Gürses Ö, Marine Insurance Law, Second Edition, Routledge, 2017.
- İmre Z, “Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması”, 1946, 12(1), İstanbul Hukuk Mecmuası, s. 280-301.
- Karasu R, Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası), Yetkin Yayınları, 2016.
- Kayıhan Ş / Bağcı Ö, Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, Umuttepe Yayınevi, 2018.
- Kender R, Türkiye’de Hususî Sigorta Hukuku, Güncelleştirilmiş On Altıncı Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Light, D A, “Sigorta Sözleşmeleri Süresi İçerisinde Sigorta Ettirenin Yükümlülükleri”, 2012, 11(22), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 10. Yıl’a Armağan, s. 1-8.
- Merkin R / Gürses Ö, “The Insurance Act: 2015, Rebalancing the Interests of Insurer and Assured”, 2015, 78 (6), The Modern Law Review, s. 1004-

1027.

Misili S, “Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları Uyarınca Sigortacının Sigorta Ettirene Rücu Davası”, 2017, 133, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 577-648.

Seven V, “Alkollü Araç Kullanma İle İlgili Karayolları Trafik Kanunu’nda Yapılan Değişikliğin Sigorta Şirketinin İspat Yüküne Etkisi”, 2016, 22(3), Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 2521-2530.

Ünan S, “Yargıtay 17. Hukuk Dairesi’nin Araç Üzerindeki Rehin, Alkollü Araç Kullanılması ve Araçtaki Değer Kaybı” Sorunlarını Ele Alan Kara Araçları Kasko Sigortası ile İlgili 02.05.2013 Gün ve 2013/1998-6148 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi”, 2013, 27, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, s. 112-155.

Ünan S, “Sözleşmesel Görevler (TTK 1449)”, 2014 (28), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, s. 11-37.

Yazıcıoğlu E, “Zarar Sigortalarında Sigorta Himayesinin Sınırlandırılması ve Davranış Yükümlülüklerinin Teminat Şartı ya da İstisna Olarak Öngörülmesi Sorunu”, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender’e 50. Yıl Birlikte Çalışma Armağanı, 2007, s. 1185-1194.

YAPAY ZEKÂ ALGORİTMALARININ ANONİM ORTAKLIKLARDA ALINAN STRATEJİK KARARLAR BAKIMINDAN YÖNETİM KURULUNA SAĞLAYABİLECEĞİ OLASI KATKILAR

Barış GÖZÜBÜYÜK*

ÖZ

Yapay zekâ alanındaki teknolojik gelişmeler ilerledikçe yapay zekâ algoritmalarının kullanım alanı da genişlemektedir. Anonim ortaklıklar da bu gelişmelerden etkilenmektedir. Anonim ortaklıklarda yönetim kurulunun aldığı stratejik kararlar, ortaklık ve ilgili menfaat sahipleri üzerindeki etkileri düşünüldüğünde, ortaklığın iktisadi kaderini tayin edebilecek mahiyettedir. Bununla beraber, yönetim kurulunun bu türden kararları etkin ve verimli biçimde alabilmesi için birçok farklı değişkeni göz önüne alarak değerlendirme yapması ve konuya ilişkin önemli ölçüde bilgi sahibi olması gerekir. Yönetim kurulu üyeleri ne kadar yetkin olursa olsun; sürekli değişen bir dünyada stratejik kararların doğru biçimde alınabilmesi son derece zorlayıcı bir iştir. Yapay zekâ algoritmaları yüksek miktarlarda veriyi kısa sürede analiz edebilme yeteneğine sahiptir. Bu bağlamda, bazı yapay zekâ algoritmaları yüksek oranda tahmin yapabilmektedir. Yapay zekânın stratejik kararların alınmasında rol oynayabilmesi için ya yönetim kurulu üyesi olarak kabul edilmesi ya da yönetim kurulunu destekleyen bir araç olarak kullanılması olasılıkları ön plana çıkmaktadır. Bu çalışmada öncelikle, kavramsal açıklamalara yer verilerek yapay zekâ kavramı ile anonim ortaklıkların üst düzeyde yönetimi ve stratejik karar kavramı tanımlanmaya çalışılacaktır. Sonrasında stratejik kararların alınmasında yapay zekâ algoritmalarının kullanılmasının sağlayacağı faydalar değerlendirilecek, yapay zekâ algoritmalarının kullanımına ilişkin farklı senaryolar analiz edilecek ve nihayetinde yönetim kurulu üyelerinin yapay zekâdan doğan sorumlulukları tespit edilerek çalışma sonlandırılacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Yapay Zekâ, Algoritma, Üst Düzeyde Yönetim, Anonim Ortaklıklarda Stratejik Kararlar, Yönetim Kurulunun Sorumluluğu.*

* Dr., Kültür ve Turizm Bakanlığı, Telif Hakları Genel Müdürlüğü, Kültür ve Turizm Uzmanı/ANKARA, e-posta: bgzbyk@gmail.com,

ORCID: 0000-0002-5362-2757.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1066623

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 04/01/2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 11/01/2022

**POSSIBLE CONTRIBUTIONS BY ARTIFICIAL INTELLIGENCE
ALGORITHMS TO THE BOARD OF DIRECTORS IN RESPECT TO
STRATEGIC DECISIONS MADE IN JOINT STOCK COMPANIES**

ABSTRACT

As technological developments in the field of artificial intelligence progress, the use of artificial intelligence algorithms is also expanding. Joint stock companies are also affected by these developments. Considering the strategic decisions taken by the board of directors in joint stock companies and their effects on the partnership and the relevant stakeholders, they are of a nature that can determine the economic fate of the partnership. However, in order for the board of directors to take such decisions effectively and efficiently, it must make an evaluation by taking into account many different variables and have a significant knowledge of the subject. No matter how competent the members of the board of directors are; making the right strategic decisions in an ever-changing world is an extremely challenging task. Artificial intelligence algorithms have the ability to analyze large amounts of data in a short time. In this context, some artificial intelligence algorithms can make high predictions. In order for artificial intelligence to play a role in making strategic decisions, it is possible to be accepted as a board member or to be used as a tool to support the board of directors. In this study, first of all, conceptual explanations will be given, and the concept of artificial intelligence and top-level management of joint stock companies and the concept of strategic decision will be tried to be defined. Afterwards, the benefits of using artificial intelligence algorithms in making strategic decisions will be evaluated, different scenarios regarding the use of artificial intelligence algorithms will be analysed, and finally, the responsibilities of board members arising from artificial intelligence will be determined and the study will be concluded.

Key Words: *Artificial Intelligence, Algorithm, Top Level Management, Strategic Decisions in Joint Stock Companies, Responsibilities of Board Members.*

GİRİŞ

Yapay zekâ teknolojilerindeki gelişmeler büyük bir hızla ilerlemektedir. Bu gelişmelerden ekonominin lokomotifi olan anonim ortaklıkların etkilenmemesi düşünülemez. Anonim ortaklıklarda yönetim kurulu, aldığı stratejik nitelikteki kararlarla ortaklığın ve ilgili paydaşların menfaatlerini önemli ölçüde etkiler. Bu nedenle, yönetim kurulunun aldığı bu tür kararların isabetli olması ortaklığın geleceği açısından belirleyicidir. Covid-19 salgını süreci ortaklıkların kurumsal stratejilerinde değişikliğe gitmelerini zorunlu

kılmış ve ortaklıklarda dijitalleşmeyi önemli hale getirmiştir¹. Bu açıdan yapay zekâ algoritmalarının anonim ortaklıklar bakımından değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

Anonim ortaklıklarda yönetim kurulunun aldığı kararların (örneğin bir yatırım kararının) bilgi temelli olmaması; yönetim kurulu üyelerinin özen ve sadakat yükümlülüğüne aykırılık sonucu doğurabilir². Yönetim kurulunun alacağı kararlar bakımından bilgi sahibi olması ancak belli bir sürecin sonucunda gerçekleşir. Alınacak kararın niteliğine göre yönetim kurulunun konuya hiç değilse ana hatlarıyla dahi hakim olması uzun zaman alabilir. Bununla beraber, stratejik kararların alınmasında yapay zekâdan yararlanan bir yönetim kurulu; daha hızlı karar alarak rakiplerine üstünlük sağlayabilir.

Anonim ortaklıklarda yöneticilerin kişisel çıkarları doğrultusunda hareket ederek ortaklığa ve ilgili menfaat sahiplerine zarar verme olasılığı her zaman için günceldir. Nitekim kanun koyucu da bu olasılıktan hareketle, başta özen ve sadakat yükümlülüğü olmak üzere TTK'da çeşitli maddi ve usulü önlemler öngörmek suretiyle menfaat çatışmalarını en aza indirmeye çalışmıştır³. Bununla beraber, kanuni düzenlemelerde öngörülen tedbirlerin menfaat çatışmalarını tam anlamıyla ortadan kaldırdığını ileri sürmek güçtür. Zira insani zaafllara sahip olan gerçek kişi yönetim kurulu üyelerinin hata yapma olasılıkları yüksektir. Buna karşın, yapay zekâ algoritmaları insani zaafllardan aridir ve sadece veriyi analiz ederek karar alır. Bu nedenle, stratejik kararların alınmasında söz konusu algoritmaların kullanılması çıkar çatışmalarının azaltılmasında önemli bir rol üstlenebilir.

Stratejik kararların alınmasında yapay zekâdan nasıl yararlanılacağı başlı başına bir meseledir. Bu hususta, iki farklı senaryo ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki, yapay zekânın yönetim kurulu üyesi olmasıdır. Bu senaryo, yapay zekânın hukuki kişiliği olmaması ve TTK'nın emredici hükümlerinin buna cevaz vermemesi nedeniyle önemli hukuki sorunlara kapı aralamaktadır. İkinci senaryo ise, yapay zekânın bir araç olarak kullanılarak karar alma yetkisinin yönetim kurulunda olmasıdır. Bu ihtimal, teknolojik gelişmelere ve

¹ Bu konuda bkz. Elif Akıncı, "Covid-19 Salgını Kapsamında Şirket Yöneticilerinin Almaları Gereken Önlemlere Genel Bir Bakış", Covid-19 Hukuk Özel Sayısı, 19(38), Yaz 2020/2 (Covid-19 Özel Ek), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s. 209-210.

² Birçokları yerine bkz. Ali Murat Sevi, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerin Özen Yükümlülüğü, Seçkin, 2021, s. 186-188.

³ Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 2. B., Yetkin, 2020, s. 325.

ortaklıklar hukukuna daha uygundur.

Bu çalışmada öncelikle kavramsal açıklamalara yer verilerek yapay zekâ kavramı ile anonim ortaklıklarda üst düzeyde yönetim ve stratejik karar kavramları tanımlanmış, sonrasında stratejik kararların alınmasında yapay zekâ algoritmalarının kullanılmasının sağlayacağı faydalar değerlendirilmiştir. Daha sonra, yapay zekâ algoritmalarının kullanımına ilişkin farklı senaryolar analiz edilmiş ve yönetim kurulu üyelerinin yapay zekâdan doğan sorumlulukları tespit edilerek çalışma sonlandırılmıştır.

I. KAVRAMSAL AÇIKLAMALAR

A. Yapay Zekâ Kavramı

Yapay zekâ kavramı⁴ ilk kez 1956 yılında John McCarty tarafından kullanılmıştır⁵. Kavramın ilk kullanımının üzerinden 65 yıl geçmiş olmasına rağmen; kavrama ilişkin olarak öğretilerde üzerinde genel kabul gören bir tanım yoktur⁶. Zira, yapay zekâyâ ilişkin kavramsal tanım yapmak, teknolojiye yaşanan hızlı gelişmelerin bir sonucu olarak oldukça güçtür⁷. Bu açıdan söz konusu kavrama ilişkin olarak yapılan tanım ve sınıflandırmalar açısından belirleyici olan, teknolojik gelişmelerdir⁸.

McCarty'e göre yapay zekâ, "zeki makineler ve özellikle bilgisayar programları yapma bilimi ve mühendisliği"dir⁹. Bu bağlamda, bir bilgisayarı zeki kılan nedir sorununun cevaplanması önem arz etmektedir. Yapay zekâ kavramındaki "zekâ" sözcüğü insan zekâsına atıf yapmaktadır¹⁰. O halde,

⁴ Yapay zekâ kavramının tarihçesi için bkz. Dario Gil/Stacy Hobson/Aleksandra Mojsilović/Ruchir Puri/John R. Smith, "AI for Management: An Overview", *The Future of Management in an AI World, Redefining Purpose and Strategy in the Fourth Industrial Revolution*, J. Canals, F. Heukamp, (Eds.), P. Macmillan, eBook, 2020, s. 5 vd., <<https://doi.org/10.1007/978-3-030-20680-2>> Erişim Tarihi 23.09.2021.

⁵ Jerry Kaplan, *Artificial Intelligence, What Everyone Needs To Know*, Oxford University Press, 2016., s. 13.

⁶ Kaplan, s. 1.

⁷ Andreas Kaplan, Michael Haenlein, "Siri, Siri, in My Hand: Who's The Fairest in the Land? On the Interpretations, Illustrations, and Implications of Artificial Intelligence", 2019, 62(1), *Business Horizons*, s. 17.

⁸ Barış Gözübüyük, "Yapay Zekânın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlere İlişkin 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri", 1(1), *KHM*, 2021, s. 56.

⁹ John McCarthy's Original Website, <<http://jmc.stanford.edu/artificial-intelligence/what-is-ai/index.html>> Erişim Tarihi 8.07.2021.

¹⁰ Yapay zekânın insan beyninden ilham aldığı yönünde bkz. Alpaydın, Ethem. Yapay

insanı zeki kılan etkenler bilirse az evvel sorduğumuz sorunun cevabını bulmak da mümkün olacaktır. İnsan zekâsının ana kolonları muhakeme yapma, problem çözme ve öğrenme yetenekleridir¹¹. Ancak, bunlar arasında öğrenme özellikli bir yere sahiptir. Zira, muhakeme yapma ve problem çözme yeteneklerinin temelinde de öğrenme yatmaktadır. Öğrenme yeteneği olmayan bir sistem zeki olarak kabul edilemez¹². Yeni koşullara uyum sağlayabilmek için öğrenme yeteneğine sahip olmak gerekir. Nitekim, insan beyninin değişen çevre ve koşullara uyum sağlaması da bu yeteneğinin bir sonucudur¹³.

Esasen, “yapay zekâ bir yazılımdır”¹⁴. Bununla beraber, geleneksel algoritmalarından farklı olarak öğrenme yeteneğine sahip olan bir yazılımdır¹⁵. Bu bağlamda yapay zekânın temelinde “programlama yerine öğrenme”¹⁶ yatar. Yapay zekâ, farklı öğrenme teknikleriyle¹⁷ veriden öğrenen¹⁸ algoritmalaradır.

Tüm bu ifade edilenler ışığında yapay zekâ “öğrenme algoritmaları sayesinde bilgisayarların insan tarafından yapılan bilişsel faaliyetleri insandan daha başarılı biçimde yapması uğraşımı konu alan¹⁹, interdisipliner nitelikli bir bilim dalı²⁰” şeklinde tanımlanabilir.

B. Anonim Ortaklıkların Üst Düzeyde Yönetimi ve Stratejik Karar Kavramı

Anonim ortaklıklarda yönetim kurulu; ortaklığı yöneten ve temsil eden organdır (TTK m. 365). Yönetim kurulu, yönetim işlevinin bir gereği olarak;

Öğrenme: Yeni Yapay Zeka, Çev. Aylin Ağar, 2. B, Tellekt, 2021, s. 29.

¹¹ Roberto Colom, Sherif Karama, Rex E. Jung, Richard J. Haier, “Human intelligence and brain networks”, 2010, 12(4), Dialogues in Clinical Neuroscience, s. 489.

¹² Alpaydın, s. 28.

¹³ Wolfgang Ertel, Introduction to Artificial Intelligence, Second Edition, Springer International Publishing, 2017, s. 14.

¹⁴ Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, Yapay Zeka Endüstri 4.0 ve Robot Üreticiler-Hukuki Bakış, 1. B, Aristo, 2019, s. 50.

¹⁵ Karş. Alpaydın, s. 27-28.

¹⁶ Alpaydın, s. 27-28.

¹⁷ Yapay zekanın öğrenme tekniklerinin başında makine öğrenmesi (machine learning) ve derin öğrenme (deep learning) gelmektedir. Bu konuda bkz. Gözübüyük, Fikri Ürünler, s. 59 vd.

¹⁸ Karş. Necmi Gürsakal, Büyük Veri, 3. B., Dora, 2017, s. 194.

¹⁹ Cem Say, Yapay Zeka, 15. B., 7 Renk Basım Yayın, 2020, s. 83.

²⁰ Gözübüyük, Fikri Ürünler, s. 58.

işletme konusunun gerektirdiği işlemleri yapıp bu doğrultuda gereken kararları alır²¹. Kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisi dışında kalan ve işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan iş ve işlemlerin tümü yönetim kurulunun yetkisindedir (TTK m. 374/1). Bu hüküm, anonim ortaklıklarda yönetim kurulunun son derece geniş yetkilere sahip olduğunu göstermektedir²². Bu denli geniş yetkilerle donatılmış bir organın ortaklığı etkin ve verimli bir biçimde yürütülebilmesi; ancak olabildiğince isabetli kararlar almasıyla mümkündür.

TTK m. 375/1 (a) uyarınca ortaklığın üst düzeyde yönetimi yönetim kurulunun devredemeyeceği mahiyette bir görev ve yetkidir. Bu bağlamda, üst düzeyde yönetim içerisinde değerlendirilebilecek işler gerekçede²³, “genel işletme politikası başta olmak üzere, yatırım, finansman, temettü gibi politikaların hedeflerinin karara bağlanması, bunlara ulaşılması için seçilen araçların gösterilmesi, hedeflere ulaşıp ulaşılmayacağını belirlenmesi, bütçe uygulamasının kontrolü ve stratejilerin tespiti” şeklinde tanımlanmıştır. Gerekçede sayılan işlerin gündelik işlerden net bir biçimde ayrıldığı görülmektedir. Nitekim öğretide de ortaklığın üst düzeyde yönetiminin ortaklığın “operasyonel yönetimi anlamına gelmediği” ifade edilmektedir²⁴.

Yönetim kurulunca alınan kararların önemli bir bölümü gündelik işlere ilişkindir. Bu tür kararlar, büyük riskler içermedikleri gibi ortaklık ve ilgili paydaşlar (pay sahipleri, alacaklılar, çalışanlar vb.) üzerinde önemli etkiler doğurmazlar. Gündelik kararların yönetim kurulunca alınmasının önünde hukuken herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak, zamanını bu türden kararlara harcayan bir yönetim kurulunun, günümüz rekabet koşullarının zorlayıcılığı düşünüldüğünde, etkin ve verimli bir yönetim sergilemesi mümkün olmayabilir. Bu bağlamda, gündelik işler ortaklığın “üst düzeyde yönetimi” dışında kaldığından, bunların yönetim kurulunca delege edilmesi mümkündür²⁵.

²¹ Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Güncelleştirilmiş 4. B, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 237, N. 12-28.

²² Nitekim öğretide, bu hükümle yönetim kurulu lehine bir “yetki karinesi” getirildiği ifade edilmiştir. Bkz. Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 309.

²³ Bkz. TTK m. 371/1 (a) gerekçesi.

²⁴ Beşir Fatih Doğan, 6102 sayılı Yeni Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 2. B., Vedat Kitapçılık, 2011, s. 176.

²⁵ Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 310.

Stratejik karar kavramı TTK ve ilgili mevzuatta tanımlanmamıştır. Bu açıdan, ortaklığın üst düzeyde yönetimi ile stratejik karar kavramları arasındaki ilişkinin ortaya konulması önem kazanmaktadır. Stratejik kararların gelişi güzel alınamayacağı ve bu türden kararların; ancak ortaklık stratejisi doğrultusunda alınabileceği açıktır. Bu bağlamda, ortaklık stratejisi stratejik nitelikteki kararlarla somutlaşır. Ortaklık stratejisinin belirlenmesi ise, üst düzey yönetim yetkisi kapsamında değerlendirilmektedir²⁶. O halde yönetim kurulu üst düzeyde yönetim yetkisi kapsamında ortaklık stratejisini belirlemede, bu strateji doğrultusunda da stratejik mahiyette kararlar almaktadır. Bu açıdan, ortaklığın üst düzeyde yönetimi stratejik kararlarla tezahür etmektedir.

II-17.1 no.lu Kurumsal Yönetim Tebliği m. 4.1.1’de yönetim kurulunun alacağı stratejik kararlarla ortaklığın risk, büyüme ve getiri dengesini en uygun düzeyde tutarak akılcı ve tedbirli risk yönetimi anlayışıyla ortaklığın uzun vadeli çıkarlarını gözeterek ortaklığı idare ve temsil edeceği hükme bağlanmıştır²⁷. Bu bağlamda, etkin biçimde alınan stratejik kararların ortaklık kurumsal yönetimine de katkı sağladığı anlaşılmaktadır. Kurumsal yönetimin ortaklığa sağlayacağı faydaların başında ise; ortaklığın karlılık²⁸ ve performansının²⁹ artması gelmektedir.

Kurumsal yönetim tebliği m. 4.1.1., yönetim kurulunun stratejik kararları, risk, büyüme ve getiri analizini etkin biçimde yaparak almasının önemine işaret etmektedir. Gerçekten, stratejik kararlar, riskin yoğun olduğu alanlarda alınan ve etkileri de uzun vadede görülen kararlardır³⁰. Bu bağlamda, yönetim kurulu için en karmaşık olan kararlar da stratejik mahiyetteki kararlardır³¹. Zira az evvel de ifade ettiğimiz üzere stratejik kararlar bakımından risk unsuru yoğunudur. Öyle ki bazı kararlar ortaklığın iktisadi kaderini etkileyebilecek

²⁶ Doğan, s. 177.

²⁷ R.G. 03.01.2014 T., 28871 S.

²⁸ Bu yönde açıklamalar için bkz. Cafer Eminoğlu, Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance), 1. B, On İki Levha, 2014, s. 25-26.

²⁹ Bu yönde bkz. Ali Paşlı, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi (Corporate Governance), 2. B., Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2004, s. 51.

³⁰ Hayri Ülgen/Kadri Mirze, İşletmelerde Stratejik Yönetim, Güncellenmiş 9. B., Beta, 2018, s. 14; Gürcan Papatya, Mehmet Nedim Uygur, “Stratejik Karar Verme Sürecini Etkileyen Faktörler: Uluslararası Taşımacılık Sektörü İşletmelerinde Bir Araştırma”, 2019, 10(19), KAÜİİBFD, s. 340.

³¹ Florian Mölslein, “Yönetim Kurulu Toplantı Odasındaki Robotlar: Yapay Zeka ve Şirketler Hukuku”, 2021, 79(2), Çev. Sevda Bora Çınar, İHFM, s. 709.

mahiyettedir³².

Tüm bu ifade edilenler ışığında stratejik karar kavramını; “yönetim kurulu tarafından risk ve belirsizliğin yüksek olduğu alanlarda verilen³³, ortaklığın ve paydaşlarının menfaatlerini önemli ölçüde etkileyebilecek, etkileri çoğu zaman uzun vadede ortaya çıkan ve bazı hallerde ortaklığın iktisadi kaderine yön verebilecek mahiyette kararlar” şeklinde tanımlayabilmemiz mümkündür.

II. STRATEJİK KARARLARIN ALINMASINDA YAPAY ZEKÂ ALGORİTMA-LARININ KULLANILMASININ SAĞLAYABİLECEĞİ FAYDALAR

A. Yapay Zekâ Sayesinde Hızlı Karar Alabilmek Mümkündür

Anonim ortaklıklarda yönetim kurulunun her konuyu profesyonel ölçekte bilmesini beklemek gerçekçi olmaz. Bununla beraber, yönetim kurulu üyelerinin kurulda ve kurul dışında bilgi almaları mümkündür³⁴. Bu bağlamda, yönetimde profesyonelleşmenin bir gereği olarak yönetim kurulu “bilgi akım merkezi” haline getirilmiştir³⁵. Yönetim kurulu, kendisine “akan” bilgileri analiz ederek stratejik konularda karar alır. Bu kararlar bazı hallerde uzun hazırlık sürecini ve çok fazla verinin göz önüne alınarak etki ve risk analizlerinin yapılmasını zorunlu kıldığından kısa sürede alınamaz. Örneğin birleşme ve devralma kararlarını ele alalım. Bu kararların, ekonomik önemi ve teknik mahiyeti³⁶ göz önüne alındığında, alınmasının uzun zaman gerektirdiği anlaşılmaktadır.

Bununla beraber, yalnızca faaliyet gösterdikleri ülkedeki gelişmelerden değil, küresel ölçekte yaşanan gelişmelerden de etkilenen anonim ortaklıkların; değişen koşullara uyum sağlayabilmesi, stratejik kararların hızlı

³² Birleşme ve bölünme gibi yapısal değişiklik kararlarını buna örnek olarak verebiliriz. Bu kararlar, her ne kadar genel kurul tarafından alınsa da karar alma sürecinde yönetim kurulunun rolü yadsınmaz. Özellikle büyük HAAO'larda payların atomize olması ve hakim pay sahiplerinin yokluğu, ortaklık yönetimine önemli bir kontrol gücü sağlamaktadır. Özellikle bu türden ortaklıklarda alınan yapısal değişiklik kararları; hukuken genel kurul tarafından alınmış olsa da fiili olarak yönetim kurulu tarafından alınmıştır. Yapısal değişiklik kararları neticesinde çoğunlukla ortaklığın mülkiyet ve kontrol yapısı değişmekte; bu da ortaklığın iktisadi kaderini değiştirebilecek sonuçlara yol açmaktadır.

³³ Bkz. Papatya/Uygur, s. 340.

³⁴ Tekinalp, s. 225, N. 12-07.

³⁵ Tekinalp, s. 225, N. 12-07.

³⁶ Sevi, s. 187.

biçimde alınmasını gerekli kılabilir. Nitekim, öğretilerdeki bir çalışmada da hızlı biçimde stratejik kararlar almanın firma performansını etkilediği sonucuna ulaşılmıştır³⁷. Bu bağlamda örneğin, stratejik kararların hızlı biçimde alınması; pazar fırsatlarının rakiplerden önce değerlendirilmesini sağlayarak ortaklığa avantaj sağlayabilir³⁸.

Bu bağlamda yapay zekâ, büyük miktarda veriyi kısa sürede analiz ederek çıkarımda bulunma becerisine sahiptir³⁹. Bu nedenle, hızlı biçimde aksiyon alınması gereken kriz zamanlarında alınacak stratejik kararlar bakımından yapay zekâ yönetim kuruluna önemli ölçüde destek sağlayabilir.

B. Karar Alma Sürecinde Yapay Zekânın Kullanılması Çıkar Çatışmalarını ve Vekalet Maliyetini (Agency Cost) Azaltabilir

Anonim ortaklıklar birbiriyle çatışan menfaatlere sahip olan paydaşlardan teşekkül eden yapılardır. Bu bağlamda, yönetim kurulunca alınan kararların pay sahipleri, alacaklılar, yöneticiler, çalışanlar ve ortaklığın menfaatleri üzerinde farklı etkileri olabileceği bilinmelidir. Ortaklık yönetim kurulu, çatışan menfaatleri dengeleyerek ortaklık menfaatine hizmet edecek kararlar almaya çalışır. Bununla beraber, ortaklık yöneticilerinin kendi menfaatleri doğrultusunda karar alarak diğer paydaşların menfaatlerine zarar verme olasılıkları da vardır. Sayıları binlerle ifade edilen pay sahiplerinin fiilen yönetime katılması da imkan dahilinde değildir. Bu ortaklık tipinde pay sahipleri sayıca fazla olmasına rağmen bir arada hareket edemedikleri için ortaklık yönetiminden uzak kalırlar. Pay sahipleriyle yöneticiler arasındaki vekalet ilişkisi, klasik anlamda vekalet olarak nitelendirilemese de pay sahiplerinin ekonomik menfaatleri doğrudan ortaklık yöneticilerinin karar ve tutumlarına bağlıdır⁴⁰. Bu durum, pay sahipleriyle yöneticiler arasındaki menfaat farklılaşmalarını belirgin hale getirir. Menfaat farklılaşmalarının önemli bir maliyeti vardır. Bu bağlamda, pay sahipleri yöneticilerin faaliyetlerini izlemek (monitoring), yöneticilerin kendileri aleyhine faaliyetlere girişmelerini önlemek, böyle bir faaliyete girişmeleri halinde bunu tazmin etmelerini garanti altına almak için bazı masraflar yapmak (bonding cost)

³⁷ J. Robert Baum/Stefan Wally, "Strategic decision speed and firm performance", 24, (11), 2003, Strategic Management Journal, s. 1124.

³⁸ Baum/Wally, s. 1124.

³⁹ Olga Aralova, Appointing Artificial Intelligence As a Director of a Company: Utopia or Reality of the Future? Master Thesis, Mykolas Romeris University Mykolas Romeris Law School Institute of Private Law, Vilnius, 2020, s. 36.

⁴⁰ Sevi, s. 42.

zorundadırlar⁴¹. Bununla beraber, menfaat farklılaşmasının tam anlamıyla ortadan kalkması son derece güç olduğundan pay sahipleri, yöneticilerin kendi menfaatleri doğrultusunda aldıkları kararlar neticesinde uğradıkları ekonomik kayıplara (residual loss) katlanmak durumunda kalırlar⁴². İşte, yetki devri kaynaklı olarak ortaya çıkan bu maliyetlerin tümü öğretide vekalet maliyeti (agency cost) kapsamında değerlendirilmektedir⁴³.

Görüldüğü üzere, vekalet maliyetlerinin en önemli sebebi yöneticilerin kişisel çıkarları yönünde hareket ederek aldıkları kararlardır. Buna karşın yapay zekâ tam manasıyla tarafsız (unbiased) biçimde hareket ederek karar almaktadır⁴⁴. Bu nedenle, yapay zekânın ortaklık yönetiminde yer almasının vekalet maliyetlerini önemli ölçüde azaltacağı ileri sürülmektedir⁴⁵.

İnsan, analitik düşünme yeteneği sayesinde mantıksal çıkarımlar yaparak karar alır. Ancak, insanın karar alma sürecinde duyguların rol oynadığı da bir gerçektir. İnsan, doğası gereği sahip olduğu zaafaların etkisinde karar alabilir. Bu bağlamda, yönetim kurulu üyelerinin kendi çıkarlarını gözeterek karar almaları; ortaklık ve paydaşlarının menfaatlerine zarar verecek sonuçlara yol açabilir. Özellikle, stratejik konularda alınan kararlar, önemine binaen daha yıkıcı etkiler doğurabilir. Buna karşın, yapay zekânın bilinci, kişiliği, duyguları ve zaafaları yoktur. Onun için önemli olan tek bir şey vardır: Veri. Dolayısıyla, stratejik kararların alınmasında yapay zekânın kullanıldığı durumlarda yönetim kurulu üyelerinin kişisel menfaatlerini tatmin etmek amacıyla hareket etmelerinin güç olduğu sonucuna ulaşmaktayız.

III. YAPAY ZEKÂ ALGORİTMALARININ KULLANIMINA İLİŞKİN FARKLI SENARYOLAR

A. Yapay Zekânın Yönetim Kurulu Üyesi Olması

Hong Kong merkezli girişim sermayesi ortaklığı Deep Knowledge Ventures'ın, Vital (Validating Investment Tool for Advancing Life Sciences) isimli yapay zekâ algoritmasını, yönetim kurulu üyesi olarak atadığı ve söz

⁴¹ Michael C. Jensen, William H. Meckling, "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", 1976, 3(4), Journal of Financial Economics, s. 5.

⁴² Jensen/Meckling, s. 5.

⁴³ Jensen/Meckling, s. 5-6.

⁴⁴ Dinesh Kumar/Rajinder Kaur/Puneetish Kaur, "Legal Analysis of Artificial Intelligence in Corporate Board Rooms", 2021, 12 (7), Turkish Journal of Computer and Mathematics Education, s. 1515.

⁴⁵ Bu yönde bkz. Aralova, s. 36.

konusu yapay zekâya da yatırım kararlarına ilişkin oy hakkı verdiği 2014 tarihli bir haberde yer almıştır⁴⁶. Ancak, basına yansıyanın aksine Hong Kong yasaları uyarınca Vital'in yönetim kurulu üyeliği statüsü kazanmadığı belirtilmektedir⁴⁷. Diğer taraftan, söz konusu algoritmanın geliştirilmiş olması dahi ortaklıklar hukuku için “önemli bir adım niteliğinde”⁴⁸ kabul edilmektedir. Yapay zekânın ortaklıklarda yönetim kurulu üyesi olması fikrine insanların da giderek alıştığını söylemek yanlış olmaz. Bu bağlamda, 2015 yılında Dünya Ekonomik Forumu'nun Yazılım ve Toplumun Geleceği Üzerine Küresel Gündem Konseyi tarafından yapılan bir ankete göre katılımcıların %45'i 2025 yılında yapay zekânın ortaklık yönetim kurulunda yer alacağı kanaatindedir⁴⁹. Yapay zekâ alanında yaşanan gelişmeler son derece heyecan verici olmakla beraber, tek başına teknolojik gelişmeler yapay zekânın ortaklık yönetim kurulu üyesi olabilmesi için yeterli değildir. Mer'i hukukun da buna cevaz vermesi gerekir. Ancak, bu senaryonun gerçekleşmesinin önünde önemli hukuki engeller vardır. Öncelikle, yapay zekâ algoritmaları hukuken kişi statüsünde kabul edilmemektedir. Bunun anlamı, yapay zekânın hukuken haklara ve borçlara ehil olamamasıdır.

Yapay zekânın hukuki kişiliğine ilişkin tartışmalar bir yana bırakılacak olursa⁵⁰ TTK'nın emredici hükümleri de yapay zekânın yönetim kurulu üyesi olmasına cevaz vermemektedir. Bu bağlamda, anonim ortaklığın esas sözleşmeyle atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş bir veya daha fazla kişiden oluşan bir yönetim kurulu bulunur (TTK m. 359/1). Tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi seçilebilecekleri ise TTK m. 359/2'de açıkça hükme bağlanmıştır. TTK m. 359 hükmüne lafzi açıdan bakıldığında; söz konusu hükmün emredici nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla yapay zekânın yönetim kurulu üyesi olarak esas sözleşmeyle atanması veya genel kurul

⁴⁶ Haber metni için bkz. BBC News, “Algorithm appointed board director”, <<https://www.bbc.com/news/technology-27426942>> Erişim Tarihi 28.09.2021.

⁴⁷ Möslein, s. 702.

⁴⁸ Möslein, s. 702.

⁴⁹ World Economic Forum's Global Agenda Council on the Future of Software and Society, “Deep Shift – Technology Tipping Points and Societal Impact”, Survey Report, Kasım 2015, s. 21, <http://www3.weforum.org/docs/WEF_GAC15_Deep_Shift_Software_Transform_Society.pdf> Erişim Tarihi 15.08.2021.

⁵⁰ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Seda Kara Kılıçarslan, “Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar”, 2019, 4(2), Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, s. 363-389; Bak, Başak “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zeka Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk”, 2018, 9(35), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 216 vd.

tarafından seçilmesi TTK m. 340 hükmüne açıkça aykırılık teşkil edecektir⁵¹.

Anonim ortaklık yönetim kurulu üyesi olmak belli yetkiler yanında sorumluluklar da getirir. Bu bağlamda, TTK m. 553/1 uyarınca yönetim kurulu üyeleri kanun ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde ortaklığa, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı verdikleri zarardan sorumludurlar. Yapay zekânın yönetim kurulu üyesi olması olasılığında; yapay zekâ tarafından alınan kararlar neticesinde ortaya çıkan zararların kimden tahsil edileceği meselesi önemli bir sorun teşkil etmektedir.

Yapay zekânın anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyesi olarak tanınabilmesinin önündeki hukuki engellerin büyüklüğü ve fazlalığı karşısında akla ilk gelen, “yapay zekânın yönetim kurulu üyesi olarak tanınmasına ihtiyaç var mı?” sorusu olmaktadır. Kanaatimizce, stratejik kararların alınmasında yapay zekâdan yararlanabilmesi için yapay zekânın yönetim kurulu üyesi olmasına gerek yoktur. Nitekim, Vital örneğinden hatırlanacağı üzere, basına yansıyan demeçler farklı olsa da söz konusu yapay zekâ hukuken yönetim kurulu üyesi sıfatına hiçbir zaman sahip olamamıştı⁵². Bu yönde bir gerekliliğin varlığı ancak yapay zekâ teknolojileri tam manasıyla otonom hale geldikten sonra sorgulanmalıdır. Bu durumda dahi, yapay zekâ yönetim kurulu üyelerinin insan yönetim kurulu üyelerinin yerini alacağı savına şüpheyle yaklaşmaktayız⁵³.

Zira öncelikle, kararın alınmasında karmaşık insan davranışlarına ihtiyaç duyulduğu hallerde insanın muhakeme (judgment) yeteneğine ihtiyaç duyulur⁵⁴. Ayrıca, bazı durumlarda stratejik kararların alınmasında sezgisel (intuitive) davranmak gerekebilir⁵⁵. Öyle ki bazı hallerde karara temel oluşturacak yeterli

⁵¹ TTK m. 340: “Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar”.

⁵² Bu yönde bkz. Möslein, s. 702.

⁵³ Benzer yönde bkz. Jordi Canals, “The Evolving Role of General Managers in the Age of AI, The Future of Management In an AI World, Redefining Purpose and Strategy in the Fourth Industrial Revolution”, J. Canals, F. Heukamp (Eds.), Palgrave Macmillan, eBook, 2020, s. 56 <<https://doi.org/10.1007/978-3-030-20680-2>> Erişim Tarihi 23.09.2021.

⁵⁴ Canals, s. 56.

⁵⁵ Alexey V. Chernov/Victoria A. Chernova/Tatiana V. Komarova, “The Usage of Artificial Intelligence in Strategic Decision Making in Terms of Fourth Industrial Revolution”, 2020, 119, *Advances in Economics, Business and Management Research*, s. 23.

bilgi yoktur ya da birbiri ile çelişen bilgiler mevcuttur⁵⁶. İşte, karar almak için bilginin tek başına yeterli olmadığı hallerde; yapay zekâdan farklı olarak, insan zekâsının konuyu tarihsel, kültürel ve sosyal perspektiften ele alma becerisi ön plana çıkmaktadır⁵⁷. Buna ek olarak, stratejik nitelikteki kararların alınmasında insanın sahip olduğu inovasyon ve yaratıcılık yetenekleri önemli rol oynamaktadır⁵⁸.

Yapay zekâ algoritmalarının geleneksel algoritmalarından en belirgin farkı; öğrenme yeteneğine sahip olmalarıdır⁵⁹. Bu açıdan, teknolojik gelişmeler sonucunda yapay zekânın insanların sahip olduğu sezgi, yaratıcı düşünme yeteneklerine zaman içerisinde kavuşacağı savı ileri sürülebilir. Ancak, öğretilde isabetli bir biçimde yapay zekânın insana ait olan kişisel tecrübe, karakter özellikleri gibi yetenekleri edinmesinin pek de mümkün olmadığı ifade edilmektedir⁶⁰. Yani, yapay zekâ teknolojileri ne kadar gelişirse gelişsin belki de hiçbir zaman yapay zekâ tam anlamıyla insan yöneticilerin yerini alamayacaktır.

Tüm bu ifade edilenler, veri analiz etme yeteneğinin çok daha fazlasına sahip olmayı gerektirir. Kanaatimizce az evvel ifade ettiğimiz yetenekler insanı yapay zekâyâ karşı üstün konuma getirmektedir⁶¹. Bu nedenle, yapay zekânın yönetim kurulu üyesi olması fikrinin isabetli olmadığı düşüncesindeyiz.

B. Yapay Zekânın Yönetim Kurulunu Desteklemesi

Bu olasılıkta, yönetim kurulu yapay zekânın stratejik konulara ilişkin olarak yaptığı çıkarımlarla bağlı değildir. Zira, yapay zekâ bu senaryoda yönetim kuruluna yardımcı olan bir araç (tool) şeklinde somutlaşmıştır ve yapay zekânın yönetim kurulu üyesi olmasıyla karıştırılmamalıdır⁶². Bu

⁵⁶ Chernov/Chernova/Komarova, s. 23.

⁵⁷ Chernov/Chernova/Komarova, s. 23.

⁵⁸ Möslein, s. 716-717.

⁵⁹ Yapay zekânın öğrenme yöntemlerine ilişkin olarak bkz. Gözübüyük, Fikri Haklar, s. 59 vd.

⁶⁰ Mohammad Hossein Jarrahi, "Artificial intelligence and the future of work: Human-AI symbiosis in organizational decision making", 2018, 61(4), Business Horizons, s. 584.

⁶¹ Buna karşın Harari, insanın yeteneklerinin %99'unun modern işler için lüzumsuz olduğundan bahisle yapay zekânın insansı bir varlık olmamasını bir eksiklik olarak değerlendirmektedir. Bkz. Yuval Noah Harari, HOMO DEUS, yarının kısa bir tarihi, Çev. Poyzan Nur Taneli, 4. B., Kolektif Kitap, 2019, s. 335-336.

⁶² Bu konuda bkz. Joseph Lee, Peter Underwood, "AI in the boardroom: let the law be in the driving seat", SSRN Electronic Journal, 2021, s. 8-9, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3874588> Erişim Tarihi 17.09.2021.

senaryoda insan yöneticilerle yapay zekâ iş birliği içerisinde. Ancak, nihai kararı alacak olan yönetim kuruldur. Yapay zekâ karar almamakta ve fakat yönetim kurulunun daha isabetli kararlar almasına yardımcı olmaktadır⁶³. Bu bağlamda, özellikle riskli konularda insan ve yapay zekânın birlikte çalışmasının, insanın ya da yapay zekânın tek başına hareket ettiği durumlara kıyasla daha isabetli sonuçlar verdiği ileri sürülmektedir⁶⁴. Gerçekten bu olasılıkla bir taraftan yapay zekânın yönetim kurulu üyesi olmasından kaynaklanacak hukuki sorunlar bertaraf edilirken; diğer taraftan yönetim kurulunun daha isabetli kararlar almasına imkan tanınmaktadır. Bununla beraber, yapay zekânın stratejik kararların alınmasında ortaklık yönetim kurullarını destekleyebilmesinin bazı koşulları vardır.

Öncelikle, yönetim kurullarının yapay zekâ teknolojileri konusunda eğitim alması gerekir⁶⁵. Bu bağlamda yöneticiler yapay zekânın riskleri, sınırları ve potansiyeli konusunda bilgi sahibi olmalıdır⁶⁶. Yöneticilerin yapay zekâ konusunda tarafsız ve doğru biçimde bilgilendirilmeleri yapay zekâdan sağlıklı biçimde yararlanabilmelerinin ön şartıdır. Yapay zekâ son derece popüler bir alan olmasına rağmen; kavramın zihinlerde yaptığı ilk çağrışım çoğunlukla olumsuzdur. Zira, makinelerin insanlığı yok edeceği kurgusu uzun zamandır filmlere ve bilim kurgu edebiyatına kaynak teşkil etmektedir. Dolayısıyla, ortaklık yöneticilerinin de yapay zekâyâ ilişkin bazı ön yargılarının olması muhtemeldir. Bunun tam aksine, yönetim kurulu üyeleri yapay zekânın her çıktısını, hatalı olsa bile, kabul etme eğiliminde de olabilir. Bu bağlamda, insanların tutarsız bilgiler mevcut olmasına rağmen; algoritmalar tarafından alınan kararları doğru kabul etme eğilimine Otomasyon Yanlılığı (Automation Bias) denilmektedir⁶⁷. Yönetim kurulu üyeleri karar alırken otomasyon yanlılığıyla hareket etmeden yapay zekânın

⁶³ Yapay zekânın karar alma sürecinde yönetim kurulunu destekleyici rol üstlenebileceği yönünde bkz. Barış Gözübüyük, "Yapay Zekâ Algoritmalarının Anonim Ortaklıkların Kurumsal Yönetimine Sağlayabileceği Olası Katkılar", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(2), 2021, s. 1196 vd.

⁶⁴ Gil/Hobson/Mojsilović/Puri/Smith, s. 12.

⁶⁵ Ortaklık yöneticilerine yapay zeka hakkında bilgi veren bir el kitabı için bkz. Artificial Intelligence: A primer for corporate directors, Russell Reynolds Associates, s. 1-8, <<https://www.russellreynolds.com/en/Insights/thought-leadership/Documents/02%20-%20AI%20-%20A%20Primer%20for%20Corporate%20Directors.pdf>> Erişim Tarihi 16.09.2021.

⁶⁶ Canals, s. 44.

⁶⁷ Mary Cummings, "Automation Bias in Intelligent Time Critical Decision Support Systems", AIAA 1st Intelligent Systems Technical Conference, Chicago, İllionnis, 20-22 September 2004, s. 1-6, <<https://doi.org/10.2514/6.2004-6313>> Erişim Tarihi 19.09.2021.

çıktılarını sorgulamakla yükümlüdür⁶⁸. Yöneticiler, somut olayın özelliklerine göre yapay zekânın konuya ilişkin olarak yaptığı çıkarıma uygun biçimde ya da söz konusu çıkarımın aksine karar alacaktır. Ancak, yöneticilerin yapay zekânın verdiği kararı sorgulayabilmeleri için en azından genel olarak yapay zekânın temel çalışma mantığına vakıf olmaları gerekir⁶⁹.

Yapay zekâ basit bir hesaplama aracı değildir. Sürekli veriden öğrenen ve bu sayede giderek daha isabetli çıkarımlar yapan bir teknoloji ürünüdür. Bu nedenle, ortaklık yönetim kurullarının yapay zekâdan yararlanabilmeleri, ortaklıkta basit bir otomasyon sistemi kurulmasından fazlasını gerektirir. Öyle ki, ortaklıkta organizasyonel anlamda değişikliğe gidilmesi zaruri olabilir. TTK m. 366/2 yönetim kuruluna işlerin gidişini izlemek, kendisine sunulacak konularda rapor hazırlamak, kararlarını uygulamak ya da iç denetim amacıyla içlerinde yönetim kurulu üyelerinin de bulunabileceği komiteler ve komisyonlar kurulabilmesine cevaz vermektedir. Bu bağlamda, yapay zekâdan yararlanmak isteyen ortaklıkların “Yapay Zekâ ve Teknoloji Komitesi” veya benzeri bir isim adı altında bir komite kurması isabetli olacaktır⁷⁰.

Komite, ortaklıkta kullanılan yapay zekâ sisteminin işleyişi, yapay zekânın kullandığı veri setlerinin kalitesi, yapay zekâ çıktılarının doğruluk oranları konularında belli aralıklarla hazırladığı raporları yönetim kuruluna sunarak, üyelerin yapay zekânın çıktılarını sağlıklı bir biçimde değerlendirebilmelerine hizmet edecektir⁷¹. Sonuç olarak yapay zekâyâ destekleyici bir rol verilerek, hem yapay zekânın yönetim kurulu üyesi olması olasılığındaki hukuki sorunların önüne geçilmesi; hem de stratejik kararların alınmasında yapay zekâdan yararlanılması mümkün hale gelebilir.

IV. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN YAPAY ZEKÂNIN KULLANIMINDAN DOĞAN SORUMLULUKLARI

Yapay zekâ, geleneksel algoritmalarından farklı olarak matematiksel kesinlikte çıktılar üretmez⁷². Bu nedenle, yapay zekânın çıktılarını önceden kesin olarak tahmin etmek mümkün olmadığı gibi yapay zekânın hatalı çıktı

⁶⁸ Zeynep Dönmez Canseven, Yapay Zekanın Anonim Şirketin Yönetim Kurulunda Yer Alması ve Bu Durumun Hukuki Sorumluluğa Etkisi, 1. B, On İki Levha, 2021, s. 103.

⁶⁹ Karş. Dönmez Canseven, s. 103.

⁷⁰ Bu konuda bkz. Gözübüyük, Kurumsal Yönetim, s. 1205-1206.

⁷¹ Gözübüyük, Kurumsal Yönetim, s. 1205.

⁷² Karş. Gözübüyük, Fikri Ürünler, s. 64.

üretmesi de olasıdır⁷³. Ancak, esas sorun yapay zekâ sistemlerinin kapalı yapısı nedeniyle hataları kısa sürede tespit edebilmenin mümkün olmamasıdır⁷⁴. Zira, makine öğrenmesi kullanan yapay zekâ sistemlerinde girdi ve çıktıyı gözlemlemek imkanı mevcut iken; aradaki süreçte sistemin neyi nasıl gerçekleştirdiğini anlayabilmek güçtür⁷⁵.

Özellikle derin öğrenme gibi ileri makine öğrenme tekniklerini kullanan yapay zekâ sistemlerindeki kapalı işleyiş, “black box” (kara kutu) sorunu olarak adlandırılmaktadır⁷⁶. O halde, bazı yapay zekâ sistemlerinin hatalı çıktı üretebileceği ve bu hataların uzmanlar tarafından dahi kısa sürede kolayca anlaşılamayacağı akılda tutulmalıdır. Bununla beraber, yönetim kurulunun yapay zekânın ürettiği çıktıya dayanarak karar aldığı ve alınan karardan bir zararın doğduğu durumlarda; yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun belirlenmesi gerekir.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu TTK 553'te düzenleme altına alınmıştır. Buna göre; kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ederlerse ortaklığa, pay sahiplerine ve ortaklık alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumlu olurlar (TTK m. 553/1). Buna ek olarak, TTK m. 553/3'te; hiç kimsenin kontrolü dışında kalan kanun veya esas sözleşmeye aykırılıklar ya da yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamayacağı ve bu sorumsuzluk halinin gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda, yapay zekânın kullanımına ilişkin olarak TTK'da ve ilgili mevzuatta özel bir yükümlülük rejimi öngörülmemiştir. O halde, genel hüküm niteliğindeki TTK m. 369 hükmünün uygulanması gündeme gelmektedir.

“Özen ve bağlılık yükümlülüğü” başlığını taşıyan TTK m. 369 kapsamına; yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğü ile bağlılık (sadakat) yükümlülüğü girmektedir. Bu bağlamda, yönetim kurulu üyeleri ile yönetimle

⁷³ Benzer yönde bkz. Osman Gazi Güçlütürk, “Anonim Şirket Yönetiminde Yapay Zekânın Kullanılması ve Sorumluluğa Etkisi”, Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, Ed. Havva Karagöz, F. Beril Özcanlı, Seda Palanduz, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (20-22 Temmuz 2020), 1. B, On İki Levha, 2021, s. 468.

⁷⁴ Güçlütürk, s. 469.

⁷⁵ Think Automation, <<https://www.thinkautomation.com/bots-and-ai/the-ai-black-box-problem/>> Erişim Tarihi 19. 09.2021.

⁷⁶ Matthew Cress, “The Black Box Problem”, Artificial Intelligence Mania, <<http://artificialintelligencemania.com/2019/01/10/the-black-box-problem/>> Erişim Tarihi 19.09.2021.

görevli olan üçüncü kişiler görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve ortaklığın menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyararak gözetme yükümlülüğü altındadır (TTK m. 369/1). Yönetim kurulunun stratejik kararların alınmasında yapay zekâdan yararlanması bakımından bağlılık (sadakât) yükümlülüğü kapsamına giren bir durum bulunmamaktadır⁷⁷. Zira bağlılık yükümlülüğü çıkar çatışmasının olduğu hallerde yönetim kurulunun ortaklığın çıkarları doğrultusunda hareket etmesini gerektirir⁷⁸. Dolayısıyla, çalışma konumuz açısından özen yükümlülüğü ön plana çıkmaktadır.

Özen yükümlülüğüne ilişkin olarak ise tedbirli yönetici kavramından ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulması önemlidir. Bu hususta TTK m. 369'un gerekçesinde "tedbirli yönetici ölçüsü yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak "iş adamı kararı" (business judgment rule) verilebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayanır. Genel kabul gören kural uyarınca duruma uygun araştırmalar yapıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten söz edilemez." ifadesi kullanılmıştır. Bu bağlamda, kanun koyucu tedbirli yönetici kavramını, iş adamı kararı (business judgment rule) kavramı üzerinden açıklamaya çalışmıştır. İş adamı kararı, içtihatlarla gelişim gösterdiği için, kavram pozitif hukukta düzenleme altına alınmamıştır⁷⁹. Bununla beraber, yöneticilerin güvenilir bilgiye dayanarak karar alması ve alınan kararın da makul ölçülerde olması kavramın temel ayaklarını oluşturur⁸⁰. Bu bağlamda, yöneticilerin aldığı karar bu iki temel özelliğe sahipse; alınan karardan dolayı sorumluluklarına gidilemez⁸¹. Görüldüğü üzere, iş adamı kararı makul ölçülerde davranarak risk alan yöneticileri sorumluluktan korumakta ve böylelikle onlara ticari kararların alınmasında serbesti tanımaktadır.

Kanun koyucunun tedbirli yönetici kavramını iş adamı kararı ilkesi üzerinden açıklamaya çalışması kanaatimizce isabetli olmamıştır⁸². Öncelikle,

⁷⁷ Benzer yönde bkz. Güçlütürk, s. 462-463.

⁷⁸ Akdağ Güney, s. 203.

⁷⁹ Kürşat Göktürk, "Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İş Adamı Kararı İlkesi", 2011, 2(2), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 208-209.

⁸⁰ Hanno Merkt/Stephan R. Göthel, US-amerikanisches Gesellschaftsrechts, 2., neu bearbeitete Auflage, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 2006, s. 429, Rn. 852.

⁸¹ Merkt/Göthel, s. 429, Rn. 852.

⁸² İş adamı kararının tedbirli yöneticiyi açıklamaktan uzak olduğuna ilişkin olarak bkz. Gök-

iş adamı kararı gibi Türk hukukuna yabancı olan bir kavramın⁸³ gerekçede düzenlenmiş olması eleştiriye açıktır⁸⁴. Bununlar beraber, iş adamı kararının TTK'da açıkça düzenleme altına alınmış olsa dahi Türk Hukukunda uygulanma kabiliyetinin düşük olduğu kanaatindeyiz. Bunun en temel sebebi, kavramın gelişim gösterdiği Amerikan hukuku ile Kıta Avrupası hukukuna dahil olan Türk hukuk sistemi arasındaki yapısal farklılıklardır. İctihadi bir hukuk dalında mahkeme kararlarıyla gelişen bir kavramın, Türk hukukunda kavramın özüne uygun biçimde uygulanmasını beklemek gerçekçi olmaz.

Tedbirli yönetici ölçütü, objektif bir ölçüt olarak düzenlenmiştir⁸⁵. Bu bağlamda, tedbirli yöneticinin özeni belirlenirken; faaliyetlerini benzer alanda sürdüren ve benzer büyüklükteki bir ortaklığın yönetim kurulu üyesinin göstermesi gereken özen dikkate alınır⁸⁶. Bununla beraber, ortalamanın üstünde bilgi ve yetenek sahibi olan bir yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu belirlenirken; söz konusu bilgi ve yeteneğe göre belirlenecek subjektif bir ölçüt üzerinden hareket etmek isabetli olur⁸⁷. Gerçekten, örneğin bilgisayar mühendisi olan ve yapay zekâ konusunda çalışmaları olduğu bilinen bir yönetim kurulu üyesinin somut olayda göstermesi gereken özen ortalamanın üzerinde olmalıdır.

Ticari hayatın doğasında risk vardır. Esasen, başarılı bir yönetimden beklenen de belli oranda risk alabilmesidir⁸⁸. Bu hareket tarzı pay sahiplerinin de menfaatindedir⁸⁹. Ekonomik bir birim olan anonim ortaklıklar risk olarak büyür ve faaliyetlerini sürdürür. Yönetim kurulunun aldığı riskli kararlar neticesinde ortaklığın zarar etmesi de mümkündür. Bu bağlamda, yönetim kurulunun yapay zekânın aldığı karara uygun biçimde davranarak aldığı

türk, s. 235.

⁸³ İş adamı kararı, Amerikan hukukunda yargı kararlarıyla gelişim gösteren bir kavramdır. Kavramın tarihsel gelişimi için bkz. Sırrı Semih Özdemir, İş Adamı Kararı İlkesi (Business Judgment Rule) ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği, 1. B, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 14 vd.

⁸⁴ Nitekim Güçlütürk iş adamı kararının pozitif düzenleme eksikliği nedeniyle Türk Hukukunda uygulanamayacağı görüşündedir. Güçlütürk, s. 471.

⁸⁵ İsmail Kırca/Feyzan Hayal Şehirali Çelik/Çağlar Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, C.I, BTAE, Ankara, 2013., s. 657; Tekinalp, s. 442.

⁸⁶ Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s. 657.

⁸⁷ Benzer yönde bkz. Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s. 657, dn. 715; Güçlütürk, s. 464.

⁸⁸ Merkt/Göthel, s. 428, Rn. 847.

⁸⁹ Merkt/Göthel, s. 428, Rn. 847.

stratejik bir kararın neticesinde ortaklığın zarara uğraması her zaman için olasılık dahilindedir. Ancak her zarar ortaklık yönetim kurulunun özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği şeklinde değerlendirilemez.

Bununla beraber, özen yükümlülüğünün bir gereği olarak yapay zekânın kullanımında yönetim kurulu üyelerinin şu hususlara dikkat etmeleri⁹⁰ önem arz etmektedir:

- Öncelikle, yönetim kurulu, yapay zekâ kavramı konusunda bilgi sahibi olmalıdır. Bu bağlamda, yapay zekâ sistemlerinin riskleri üyeler tarafından kavranmalıdır. Yapay zekâ sistemlerinin yapay zekânın verdiği kararları tarafsız biçimde yorumlamalıdır.

- Yönetim kurulu bünyesinde “Yapay Zekâ ve Teknoloji Komitesi” veya benzeri bir isim adı altında bir komite kurulmuş olmalıdır. Bünyesinde yeteri kadar uzman barındıran bu komite, yapay zekâ sisteminde kullanılan veri setlerini denetleyerek yönetim kuruluna belli aralıklarla rapor sunmalıdır. Bu bağlamda, yönetim kurulu yapay zekânın kullandığı veri setlerinin güvenli ve tarafsız olduğundan emin olmalıdır⁹¹.

- Yönetim kurulu, yaygın kullanımı olmayan, hatalı çıktı verme olasılığı yüksek olan deneysel sistemleri kullanmaktan kaçınmalı, test aşamasına gereken zaman ve kaynağı ayırmalıdır⁹².

- Yönetim kurulu, yapay zekâ tarafından verilen kararın uygulanması halinde ortaklık ve ilgili tüm paydaşların menfaatleri açısından doğuracağı muhtemel sonuçların etki analizini yapmalıdır.

- Yönetim kurulu, stratejik kararların alınmasında yapay zekâyı kullanmadan önce deneme amaçlı, pilot projeler başlatmalı; yapay zekânın çıktılarını doğruluk ve güvenilirlik açısından test etmelidir⁹³. Bu bağlamda yönetim kurulu, yapay zekâyı öncelikle gündelik kararların alınmasında kullanmalıdır. Ancak bu türden kararlarda belli oranda başarı sağlandıktan sonra stratejik kararlar bakımından yapay zekâ sistemlerinden yararlanmaya başlanması yerinde olacaktır.

İfade ettiğimiz hususlara riayet eden bir anonim ortaklık yönetim

⁹⁰ Karş. Dönmez Canseven, s. 104-105.

⁹¹ Karş. Dönmez Canseven, s. 104.

⁹² Karş. Güçlütürk, s. 468.

⁹³ Karş. Canals, s. 44.

kurulunun yapay zekâdan yararlanarak aldığı bir stratejik karar neticesinde ortaya bir zarar çıkmış olabilir. Bu durumda, söz konusu zararın ticari risk kapsamında değerlendirilerek özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmediği sonucuna varılması isabetli olacaktır.

SONUÇ

Yapay zekâ, veriden öğrenip sürekli olarak kendini geliştiren ve insan zekâsını model alan bilgisayar yazılımlarıdır. Yapay zekâ algoritmalarının kullanım alanları, veri teknolojilerindeki gelişmeler doğrultusunda giderek artmaktadır.

Anonim ortaklıklarda yönetim kurulu geniş yetki ve sorumluluklarla donatılmıştır. Ortaklığın aldığı kararların önemli bir bölümü gündelik alana ilişkindir. Bununla beraber, stratejik kararlar ilgili paydaşların menfaatlerini etkileyebilecek, etkileri uzun dönemde ortaya çıkan riskli kararlardır. Stratejik kararların isabetli biçimde alınması, ortaklığı rakiplerinden daha avantajlı bir konuma getirir. Ancak, stratejik karar alınırken yönetim kurulunun pek çok olasılığı değerlendirmesi ve alınacak karara ilişkin önemli ölçüde bilgi sahibi olması gerekir. Bu nedenle, stratejik kararların alınması zaman almaktadır.

Yapay zekâ ileri düzeyde veri analiz etme yeteneğine sahiptir. Bu nedenle, ortaklık yönetiminde yapay zekânın kullanılması, kararların hızlı biçimde alınmasını sağlayarak; ortaklığı rakiplerine kıyasla avantajlı bir konuma getirebilir.

Ortaklık yöneticilerin karar alırken kişisel menfaatlerini göz etmesi; ortaklığa ve ilgili paydaşlara önemli zararlar verebilir. Yapay zekânın bilinci, duyguları ve insani zaafı yoktur. Bu nedenle, karar alma sürecinde yapay zekâdan yararlanılması çıkar çatışmalarının ve bu çatışmalardan kaynaklanan maliyetlerin azalmasına yardımcı olabilir.

2014 yılında Vital isimli yapay zekâ algoritmasının ortaklık yönetiminde yer alması; yapay zekânın yönetim kurulu üyesi olması olasılığını gündeme getirmiştir. Yapay zekânın hukuki kişiliği olmaması, tüzel kişi bir yana bırakılırsa, TTK'nın insan yöneticileri göz önüne alarak kodifiye edilmiş olması ve yapay zekâ yönetim kurulu üyesinin aldığı kararlarla ortaklığa ve ilgili paydaşlara verdiği zararın nasıl ve kimden tahsil edileceği hususları önemli hukuki sorunlardır. Kanaatimizce, bu sorunları aşmaya çalışmak yerine yapay zekânın bir araç olarak kullanılarak insan yönetim kurulu üyelerine destekleyecek modellerin üzerinde durmak daha isabetli olur.

Son olarak, yönetim kurulu üyelerinin stratejik kararların alınmasında yapay zekâdan yararlanmaları halinde TTK m. 369 kapsamında özen yükümlülüklerini ihlal edip etmediklerine bakılmalıdır. Bu bağlamda, öncelikle yönetim kurulu yapay zekânın risklerini ve sınırlarını anlamalı, bu konuda eğitim almalıdır. Yönetim kurulu bünyesinde “Yapay Zekâ ve Teknoloji Komitesi” gibi bir isim adı altında yapay zekâ konusunda uzmanlaşan bir komitenin kurulması önemlidir. Yönetim kurulu, bu komite aracılığıyla yapay zekânın kullandığı veri setlerinin kalitesini denetlemelidir. Ayrıca, yüksek riskli ve deneysel sistemlerin kullanılmasından kaçınılmalı ve pilot uygulamalarla yapay zekâ sisteminin çıktıları denenmelidir.

KAYNAKÇA

- Akıncı, E “Covid-19 Salgını Kapsamında Şirket Yöneticilerinin Almaları Gereken Önlemlere Genel Bir Bakış”, 2020, 19(38), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s. 202-223.
- Alpaydın E, Yapay Öğrenme: Yeni Yapay Zekâ, Çev. Aylin Açar, 2. Bası, Tellekt, 2021.
- Aralova O, Appointing Artificial Intelligence As a Director of a Company: Utopia or Reality of the Future? Master Thesis, Mykolas Romeris University Mykolas Romeris Law School Institute of Private Law, 2020.
- Artificial Intelligence: A primer for corporate directors, Russell Reynolds Associates, <<https://www.russellreynolds.com/en/Insights/thought-leadership/Documents/02%20-%20AI%20-%20A%20Primer%20for%20Corporate%20Directors.pdf>> Erişim Tarihi 16.09.20 21, s. 1-8.
- Ayhan R / Çağlar H / Özdamar M, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 2. Bası., Yetkin, 2020.
- Bak B, “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk”, 2018, 9(35), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 211-232.
- Baum J. R / Wally S, “Strategic decision speed and firm performance”, 2003, 24(11), Strategic Management Journal, s. 1107-1129.
- Bozkurt Yüksel, A E, Yapay Zekâ Endüstri 4.0 ve Robot Üreticiler-Hukuki Bakış, 1. Bası, Aristo Yayınları, 2019.
- Canals J, “The Evolving Role of General Managers in the Age of AI”, The

Future of Management In aAn AI World, Redefining Purpose and Strategy in The Fourth Industrial Revolution, J. Canals, F. Heukamp (Eds.) P. Macmillan, eBook, 2020, <<https://doi.org/10.1007/978-3-030-20680-2>> Erişim Tarihi 23.09.2021, s. 37-64.

Chernov, A. V/ Chernova V. A / Komarova, T. V, “The Usage of Artificial Intelligence in Strategic Decision Making in Terms of Fourth Industrial Revolution”, 2020, 119, Advances in Economics, Business and Management Research, s. 22-25.

Colom, R / Karama S, Jung, R. E, Haier, R. J, “Human intelligence and brain networks”, 2010, 12(4), Dialogues in Clinical Neuroscience, s. 489-501.

Cummings M, “Automation Bias in Intelligent Time Critical Decision Support Systems”, AIAA 1st Intelligent Systems Technical Conference, Chicago, İllionnis, 20-22 September 2004, <<https://doi.org/10.2514/6.2004-6313>> Erişim Tarihi 19.09.2021, s. 1-6.

Doğan B F, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 2. Bası., Vedat Kitapçılık, 2011.

Dönmez Canseven Z, Yapay Zekânın Anonim Şirketin Yönetim Kurulunda Yer Alması ve Bu Durumun Hukuki Sorumluluğa Etkisi, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Eminoğlu C, Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance), 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2014.

Ertel W, Introduction to Artificial Intelligence, Second Edition, Springer International Publishing, 2017.

Gil D / Hobson S / Mojsilović A / Puri R, Smith J. R, “AI for Management: An Overview”, The Future of Management in an AI World, Redefining Purpose and Strategy in the Fourth Industrial Revolution, J. Canals, F. Heukamp (Eds.), Palgrave Macmillan, eBook, 2020, <<https://doi.org/10.1007/978-3-030-20680-2>> Erişim Tarihi 23.09.2021, s. 3-19.

Göktürk K, “Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İş Adamı Kararı İlkesi”, 2011, 2(2), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 207-247.

Gözübüyük B, “Yapay Zekâ Algoritmalarının Anonim Ortaklıkların Kurumsal Yönetimine Sağlayabileceği Olası Katkılar”, 2021, 11(2), Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1184-1212. (Kurumsal Yönetim).

- Gözübüyük B, “Yapay Zekânın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlere İlişkin 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, 2021, 1(1), KHM, s. 54-81. (Fikri Ürünler).
- Güçlütürk O G, “Anonim Şirket Yönetiminde Yapay Zekânın Kullanılması ve Sorumluluğa Etkisi”, Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, Ed. Havva, Karagöz / F. Beril, Özcanlı / Seda, Palanduz (Ed.), MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (20-22 Temmuz 2020), 1. Bası, On İki Levha, 2021, s. 453-474.
- Gürsakar N, Büyük Veri, 3. Bası., Dora, 2017.
- Harari Y. N, HOMO DEUS, Yarının Kısa Bir Tarihi, Çev. Poyzan Nur Taneli (Çev.), 4. Bası., Kolektif Kitap, 2019.
- Jarrahi M. H, “Artificial intelligence and the future of work: Human-AI symbiosis in organizational decision making”, 2018, 61(4), Business Horizons, s. 577-586.
- Jensen M. C / Meckling, W. H, “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure”, 1976, 3(4), Journal of Financial Economics, s. 1-78.
- Kaplan A / Haenlein M, “Siri, Siri, in My Hand: Who’s The Fairest in the Land? On the Interpretations, Illustrations, and Implications of Artificial Intelligence”, 2019, 62(1), Business Horizons, s. 15-25.
- Kaplan J, Artificial Intelligence, What Everyone Needs to Know, Oxford University Press, 2016.
- Kara Kılıçarslan S, “Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar”, 2019, 4(2), Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, s. 363-389.
- Kırca İ / Şehirali Çelik F. H / Manavgat Ç, Anonim Şirketler Hukuku, C. I, BTAE, 2013.
- Kumar D / Kaur R / Kaur P, “Legal Analysis of Artificial Intelligence in Corporate Board Rooms”, 2021, 12(7), Turkish Journal of Computer and Mathematics Education, s. 1514-1521.
- Lee J / Underwood P, “A in the Boardroom: Let the Law Be in the Driving Seat”, 2021, SSRN Electronic Journal, s. 1-24 <<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstractid=384588>>, Erişim Tarihi 17.09.2021.
- Merkt H / Göthel S. R, US-amerikanisches Gesellschaftsrechts, 2., neu

bearbeitete Auflage, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Frankfurt, 2006.

Möslein F, “Yönetim Kurulu Toplantı Odasındaki Robotlar: Yapay Zekâ ve Şirketler Hukuku”, Çev. Sevda Bora Çınar (Çev.), 2021, 79(2), İHFM, s. 699-728.

Özdemir S. S, İş Adamı Kararı İlkesi (Business Judgment Rule) ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği, 1. Bası, On İki Levha, 2017.

Papatya G / Uygur M. N, “Stratejik Karar Verme Sürecini Etkileyen Faktörler: Uluslararası Taşımacılık Sektörü İşletmelerinde Bir Araştırma”, 2019, 10(19), KAÜİİBFD, C. s. 340-358.

Paslı A, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi (Corporate Governance), 2. Bası., Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2004.

Say C, Yapay Zekâ, 15. Bası., 7 Renk Basım Yayın, 2020.

Sevi A M, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerin Özen Yükümlülüğü, Seçkin, 2021.

Tekinalp Ü, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, 2015.

Ülgen H / Mirze K, İşletmelerde Stratejik Yönetim, Güncellenmiş 9. Bası., Beta, 2018.

Elektronik Kaynaklar

Think Automation. <<https://www.thinkautomation.com/bots-and-ai/the-ai-black-box-problem/>> Erişim Tarihi 19.09.2021.

John McCarthy’s Original Website. <<http://jmc.stanford.edu/artificial-intelligence/what-is-ai/index.html>> Erişim Tarihi 8.07.2021.

BBC News. “Algorithm Appointed Board Director” (16.05.2014). <<https://www.bbc.com/news/technology-27426942>> Erişim Tarihi 28.09.2021.

World Economic Forum’s Global Agenda Council on the Future of Software and Society. 2015, Deep Shift – Technology Tipping Points and Societal Impact. Survey Report, November s. 1-39, <http://www3.weforum.org/docs/WEF_GAC15_Deep_Shift_SoftwareTransform_Society.pdf> Erişim Tarihi 15.08.2021.

Cress M, “The Black Box Problem”, Artificial Intelligence Mania <<http://artificialintelligencemaniamania.com/2019/01/10/the-black-box-problem/>> Erişim Tarihi 19.09.2021.

ABAD'IN ACHMEA KARARI VE YATIRIMCI-DEVLET UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ AÇISINDAN YANSIMALARI

Mustafa Alper ENER*

ÖZ

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın vermiş olduğu Achmea kararı sadece Avrupa Birliği için değil etkileri dolayısıyla anlaşmaya dayanan yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının çözümünde bir milat olarak kabul edilebilir. Bu kararın ne kadar doğru ne kadar yanlış olduğu yıllar geçtikçe ortaya çıkacak olsa da, çalışmamızda söz konusu karar özellikle Hukuk Sözcüsü Wathelet'in görüşü ile birlikte değerlendirilmektedir. Achmea kararının yansımalarını incelemeden önce Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın yapısı, ön karar prosedürü, Achmea davasının arka planı, Achmea davasında görevlendirilen Hukuk Sözcüsü'nün görüşü ve son olarak Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın verdiği yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümünü ilgilendiren en önemli kararlardan biri olan Achmea kararı incelenerek sonuç kısmında bu kararın doğurabileceği muhtemel sonuçlar ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Achmea, Ön Karar Prosedürü, Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlık Çözümü, Gün Batımı Hükümleri, Avrupa Birliği Adalet Divanı.

THE CJEU'S ACHMEA DECISION AND ITS ECHOES ON INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT

ABSTRACT

The Achmea decision of the Court of Justice of the European Union might be seen as a landmark not just for European Union but because of its impacts to the entire treaty-based investor-state dispute settlement mechanism. Even though whether this decision is accurate or not will become evident in the years to come, in this paper the Achmea decision is evaluated together with the arguments used in the opinion of Advocate General Wathelet. Before discussing echoes of Achmea decision on investor-state dispute settlement, the structure of Court of Justice of the European Union and its preliminary ruling procedure, background of Achmea case, opinion of Advocate General and Achmea ruling itself examined.

Keywords: Achmea, Preliminary Ruling Procedure, ISDS, Sunset Clause, Court of Justice of the European Union.

* **Arş. Gör. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk ABD / ANKARA, **e-posta:** mustafa.ener@hbv.edu.tr

ORCID: 0000-0002-7575-6879

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1066635

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 18/11/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 12/01/2022

GİRİŞ

Almanya-Pakistan arasında 29 Kasım 1959 tarihinde akdedilen ilk yatırımların teşviki ve korunması anlaşmasıyla birlikte yatırımcılar ile devlet arasında doğan uyuşmazlıkların ev sahibi devlet mahkemelerinde görülmesi yerine tarafsızlık ve bağımsızlık yönü ağır basan milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi yoluna gidilmesi tercih edilmeye başlanmıştır. Bu süreç içerisinde bilinen yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü davalarının sayısı 2020 yılının sonunda 1104'e yükselmiştir.¹

Her sistem gibi yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizmasının da geliştirilmesi, günün ihtiyaçlarına ayak uydurması ve sahip olduğu sorunlu alanların düzeltilmesi gerekmektedir. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu'nun (*United Nations Commission on International Trade Law* - "UNCITRAL") özellikle Tahkim Kuralları (*UNCITRAL Arbitration Rules*), Anlaşmaya Dayanan Yatırımcı-Devlet Tahkiminde Şeffaflık Kuralları (*UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*)² gibi metinlerini oluştururken ve güncellerken yaptığı kapsamlı çalışmalar bulunmaktadır. 2017 yılındaki 50. oturumunda bazı kurumlar tarafından kaleme alınan yatırımcı-devlet tahkimindeki sorunlar ve reform tekliflerini, bazı uluslararası kuruluşlar ve devletlerin bu konudaki yorumlarını gözeterek, yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizmasında yapılabilecek olası reformlar için Çalışma Grubu III'ün çalışmalarına başlaması kararı alınmıştır.³ 2016 yılında başlatılan AB-içi yatırım tahkim davaları o yıl açılan yatırım uyuşmazlığı tahkim davalarının (62) yaklaşık dörtte birini;⁴ 2017 yılında başlatılanlar o yıl açılan yatırım uyuşmazlığı tahkim davalarının (65) yaklaşık beşte birini;⁵ Achmea kararının verildiği yıl olan 2018'de başlatılanlar o yıl açılan yatırım uyuşmazlığı tahkim davalarının (71) yaklaşık

¹ UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement Cases: Facts and Figures 2020*, IIA Issue Note, Issue 4, September 2021, s. 1.

² UNCITRAL, *Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*, United Nations New York, 2014.

³ United Nations, *Report of the United Nations Commission on International Trade Law, Fiftieth Session (3-21 July 2017)*, General Assembly Official Records Seventy-second Session, Supplement No. 17, A/72/17, New York, 2017, s. 2-3.

⁴ UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2016*, IIA Issues Note, Issue 1, May 2017, s. 1-2.

⁵ UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2017*, IIA Issues Note, Issue 2, June 2018, s. 1-2.

onda birini (6);⁶ AB Üye Devletlerinin AB-içi ikili yatırım anlaşmalarının sona erdirilmesi takvimini⁷ yayımladıkları yıl olan 2019'da başlatılanlar o yıl açılan yatırım uyuşmazlığı tahkim davalarının (55) yaklaşık yüzde on beşini (7)⁸ oluşturmaktadır. AB Üye Devletleri Arasındaki İkili Yatırım Anlaşmalarının Feshi Anlaşması'nın (Fesih Anlaşması)⁹ yayımlandığı 2020 yılına gelindiğinde ise açılan 68 anlaşmaya dayanan yatırımcı-devlet tahkimi davasından 9'u AB-içi uyuşmazlıklardır ve bunların 5'i AB-içi İkili Yatırım Anlaşmalarına, 4'ü ise Enerji Şartı Anlaşmasına dayanmaktadır.¹⁰

Çalışmamızda öncelikle Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın yapısı, ön karar prosedürü, Achmea davasının arka planı ve Achmea davasında görevlendirilen Hukuk Sözcüsü'nün görüşü incelenecektir. Çalışmanın sonraki kısmında Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın verdiği yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümünü ilgilendiren en önemli kararlarından biri olan Achmea kararı incelenecek, sonuç kısmında ise bu kararın tahkim hukuku boyutundaki yansımalarının nasıl olacağı ele alınacaktır.

I. Avrupa Birliği Adalet Divanı

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD - *Court of Justice of the European Union* - CJEU), Adalet Divanı (*Court of Justice*) ve Genel Mahkeme'den (*General Court*)¹¹ teşekkül etmektedir. ABAD'ın öncüsü olan Adalet Divanı,

⁶ UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2018, IIA Issues Note, Issue 2, May 2019, s. 1-3.

⁷ Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union, 15 January 2019, <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf> Erişim Tarihi 15.11.2021.

⁸ UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement Cases Pass the 1,000 Mark: Cases and Outcomes in 2019, IIA Issues Note, Issue 2, July 2020, s. 1-3.

⁹ Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties Between the Member States of the European Union, SN/4656/2019/INIT, OJ L 169, 29.5.2020, s. 1-41. Anlaşmanın önsözünde bu anlaşmanın AB-içi İYA'lara dayanarak açılan bütün yatırımcı-devlet tahkim yargılamalarını kapsadığı belirtilmektedir. Kapsam içerisinde ICSID Konvansiyonu ve IC-SID, PCA, SCC, ICC, UNCITRAL tahkim kurallarına göre görülen tahkim yargılamaları ve *ad hoc* tahkim de sayılmıştır. Avusturya, Finlandiya, İrlanda ve İsveç şimdye kadar bu anlaşmaya imza atmamıştır.

¹⁰ UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement Cases: Facts and Figures 2020, s. 2.

¹¹ ABAD içerisinde 2004 yılında kurulan Avrupa Birliği Kamu Personeli Mahkemesi, AB'nin yargı sisteminde yapılan reform kapsamında görevinin ve görülmekte olan davaların Genel Mahkeme'ye devredilmesiyle 1 Eylül 2016 tarihi itibarıyla kapatılmıştır. Regulation (EU,

Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğunu Kuran Antlaşma'yla bu antlaşmanın ve uygulama yönetmeliklerinin yorum ve uygulanmasında hukuka uyulmasını sağlamak için oluşturulmuştur.¹² ABAD, AB hukukunun bütün AB üyesi ülkelerde aynı şekilde yorumlanmasını ve uygulanmasını sağlamakla görevlidir. Adalet Divanı, her AB ülkesinden bir hâkim ve 11 hukuk sözcüsünden¹³ meydana gelmektedir.¹⁴ Genel Mahkeme ise 1 Eylül 2019 tarihinden itibaren her AB Üye Devletinden gelen iki hâkimden oluşmaktadır.¹⁵

ABAD("Mahkeme")önüne ensık gelen davaları; ön karar mekanizmasıyla AB hukukunun yorumlanması ve milli hukukların AB hukukuna uyumunun belirlenmesi, ihlale karşı başvuru mekanizması ile milli hükümetlerin AB hukukunu uygulamasının sağlanması, iptal davası ile AB Antlaşmalarını ve temel hakları ihlal ettiği ileri sürülen düzenlemelerin denetlenmesi, menfi işlemin tespiti (ihmal) davası ile AB Parlamentosu, Konsey veya Komisyonun belirli kararları almaması durumunda harekete geçmeye zorlanması, tazminat davası ile AB'nin işlemleri veya ihmali nedeniyle hakları zarar gören kişilerin AB kurumlarına müeyyide uygulanması için açtığı davalar olarak sayabiliriz.¹⁶

Euratom) 2016/1192 of the European Parliament and of the Council of 6 July 2016 on the transfer to the General Court of jurisdiction at first instance in disputes between the European Union and its servants, OJ L 200, 26.7.2016, s. 137–139.

¹² AKÇTKA m. 31-45. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın tarihçesi için bkz. Sanem Baykal, İlke Göçmen, Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 211 vd.

¹³ 2013/336/EU: Council Decision of 25 June 2013 Increasing the Number of Advocates-General of the Court of Justice of the European Union, OJ L 179, 29.6.2013, s. 92.

¹⁴ Avrupa Birliği Antlaşması ("ABA") m. 19; Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma ("ABIHA") m. 252.

¹⁵ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union Consolidated version of the Treaty on European Union Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union Protocols Annexes to the Treaty on the Functioning of the European Union Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007 Tables of equivalences, OJ C 202, 7.6.2016, s. 210-226. ABAD Statüsü Hakkında Protokol (No 3) ("ABAD Statüsü") m. 48.

¹⁶ ABAD'da görülen dava türleri ve ABAD'da Adalet Divanı ve genel mahkemenin yargı yetkisinin bölüşümü için bkz. Baykal/Göçmen, s. 219-222; 379 vd.; Pelin Aktoprak, "Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği Adalet Divanı Bakımından Temel Hakların İncelenmesi", 2017, 19(Özel Sayı), DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, s. 3044-3047; Servet Alyanak, "Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Teşkilatlanması", 2014, 72(3), Ankara Barosu Dergisi, s. 257-259; EU Institution, Court of Justice of the European Union (CJEU), <https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_en> Erişim Tarihi 15.11.2021.

Davalar, davanın önemine ve kapsamına göre üç, beş (Daireler) veya on beş hâkim (Büyük Daire)¹⁷ tarafından görülmektedir.¹⁸ Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİHA - *Treaty on the Functioning of the European Union* - TFEU) m. 228/2, 245/2, 247 veya 286/6 uyarınca açılan davalarda 27 hâkim (tam mahkeme) tarafından dava görülmektedir.¹⁹ Öncelikle raportör hâkim tarafından dava özetlenmekte ve sonra mahkemenin genel toplantısında davanın kaç hâkim ile görüleceğine, duruşma yapılıp yapılmayacağına ve hukuk sözcüsünün görüşünün gerekli olup olmadığına karar verilmektedir.

Adalet Divanı'nda prosedür yazılı ve sözlü olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır. Yazılı prosedürde başvurular, taraflara ve kararı uyuşmazlığa konu olan AB kurumuna bildirim yapılması, davaya ilişkin beyanlar, savunmalar, görüşler, cevaplar ve varsa iddiaları destekleyici belgelerin Mahkeme'ye iletilmesi ile gerçekleşmektedir. Sözlü prosedür ise Mahkeme'nin vekiller, danışmanlar ve avukatlarla birlikte hukuk sözcüsünün de görüşlerini almasını ve varsa tanık ve bilirkişileri dinlemesini içermektedir. Mahkeme, hukuk sözcüsünü dinledikten sonra, davada hukuka ilişkin yeni bir mesele olmadığına kanaat getirirse, hukuk sözcüsünün görüşü olmadan dava hakkında kararını verir.²⁰

II. Ön Karar Prosedürü (*Preliminary Ruling Procedure*)

Avrupa Birliği Anlaşması ("ABA") m. 19'da, ABAD'ın Avrupa Birliği'nin üzerine kurulmuş olduğu ABA ve ABİHA'nın ("Antlaşmalar")²¹ yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuka uyulmasını sağlamak için kurulduğu ifade edilmektedir. ABA m. 19/3-b'ye göre ABAD'ın, Üye Devletlerin mahkemeleri veya yargılama yetkisi olan makamlarının (*court or*

¹⁷ Çalışmamızda yer alan Achmea ve Komstroy davaları on beş hâkim tarafından görülen davalardandır.

¹⁸ ABAD Statüsü m. 16.

¹⁹ ABAD Statüsü m. 16.

²⁰ ABAD Statüsü m. 20.

²¹ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union Consolidated version of the Treaty on European Union Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union Protocols Annexes to the Treaty on the Functioning of the European Union Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007 Tables of equivalences, OJ C 202, 7.6.2016, s. 1-388.

tribunals)²² talebi üzerine AB hukukunun yorumlanması veya AB kurumları tarafından gerçekleştirilen tasarrufların geçerliliği (hukuka uygunluğu) hakkında ön karar vereceği belirtilmektedir. Ön karar prosedürü ile AB hukukunun bütün AB üyesi devletlerde yeknesak şekilde uygulanması ve doğru yorumunun belirlenmesi amaçlanmaktadır. Bu amacın gerçekleştirilmesi için Adalet Divanı'na AB hukukunu yorumlama tekeli verilmiştir.²³

Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma m. 267'de ABAD'ın hangi konularda ön karar vereceği düzenlenmiştir. Buna göre, Antlaşmaların yorumlanması ile AB kurumları, organları, ofisleri ve ajanslarının tasarruflarının geçerliliği ve yorumlanması hakkında ön karar vermektedir.²⁴ AB Üye Devletlerinin mahkemeleri veya yargılama yetkisi olan makamları önündeki bir davada bu konularda bir ön sorun ortaya çıktığında, mahkeme veya makam karar vermesi için o sorun hakkında ön karar verilmesini zorunlu görmekteyse ABAD'dan bu sorun hakkında karar vermesini talep edebilmektedir.²⁵ Bu anlamda ön karar prosedürüne başvuru sadece AB Üye Devletlerinin mahkemeleri veya yargılama yetkisi olan makamları tarafından yapılabilmektedir. Ancak, bu konularda sorunun milli mahkemelerde veya makamlarda görülen ve iç hukuka göre verilen karara karşı kanun yolunun kapalı olduğu bir davada bu konularda bir sorunun ortaya çıkması durumunda, bu mahkeme veya makamın sorunu ABAD'a götürmesi zorunludur.²⁶

Ön karar prosedürünün işleyişi ABAD Statüsü m. 23'te düzenlenmektedir. ABİHA m. 267 uyarınca görülen davalarda, yargılamayı bekleten ve ABAD'a ön karar için başvuran mahkeme veya makamın kararı, o mahkeme veya makam tarafından ABAD'a bildirilir. Ardından karar ABAD'ın Başkatipliği tarafından taraflara, Üye Devletlere ve Komisyon'a ve geçerliliği veya yorumu uyuşmazlık konusu olan tasarrufu kabul eden AB kurum, organ, ofis

²² Mahkeme veya yargılama yetkisi makam kavramının hangi ölçütlere göre belirlendiği konusunda bkz. Baykal/Göçmen, s. 504-506.

²³ Carl Otto Lenz, "The Role and Mechanism of the Preliminary Ruling Procedure", 1994, 18(2), Fordham International Law Journal, s. 389.

²⁴ Ön karar prosedürüne AB hukukunun yorumlanması veya AB kurumları tarafından gerçekleştirilen tasarrufların geçerliliği yönünden hangi konularla ilgili başvurulabileceği hakkında bkz. Baykal/Göçmen, s. 499-503. Füsun Arsava, Roma Antlaşmasında Ön Karar Prosedürü ve Bu Prosedür Çerçevesinde Doğan Sorunlar, Ankara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi No: 31, Ankara, 2009, s. 21 vd.

²⁵ ABİHA m. 267/2.

²⁶ ABİHA m. 267/3.

veya ajansına bildirilir.²⁷

Bildirimden itibaren iki ay içerisinde, taraflar, Üye Devletler, Komisyon ve geçerliliği veya yorumu uyuşmazlık konusu olan tasarrufu kabul eden ilgili kurum, organ, ofis veya ajans, davaya ilişkin beyanlarını veya yazılı görüşlerini ABAD'a iletme hakkına sahiptir.²⁸ Eğer söz konusu uyuşmazlık Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması'nın (AEAA - *Agreement on the European Economic Area* - AEEA) uygulanmasına ilişkin alanlardan birine girmekle, mahkeme veya makamın kararı ABAD Başkanlığı tarafından AEAA taraf devletlerine ve bu anlaşmada belirtilen EFTA Gözetim Kurumu'na iki ay içerisinde ABAD'a beyanlarını veya yazılı görüşlerini iletmeleri için bildirilir.²⁹ Konsey ile AB üyesi olmayan bir veya birden fazla devlet arasında akdedilen anlaşmalarda yer alan bir konuya ilişkin anlaşmada o devletlerin, o anlaşmanın kapsamına giren bir sorun hakkında AB Üye Devletlerinden birinin mahkeme veya makamı tarafından ABAD'a ön karar için gönderilen bir davada ABAD'a beyanlarını veya yazılı görüşlerini iletmelerine imkân tanınmaktaysa, sorunu içeren milli mahkeme veya makamın kararı ilgili üye olmayan devletlere de bildirilir.³⁰

Usul Kuralları uyarınca Adalet Divanı seri veya hızlandırılmış usul; özgürlük, güvenlik ve adalet alanlarına ilişkin ön karar için başvurulması durumunda ise acil usul uygulayabilir.³¹ Bu usullerde davaya ilişkin beyanların ve yazılı görüşlerin m. 23'te belirtilen sürelerden daha kısa süre içerisinde sunulması veya m. 20/4'e istisna olarak hukuk sözcüsünün görüşü olmadan karar verilmesi öngörülebilir.³² Ayrıca acil usulde m. 23'te belirtilen tarafların ve diğer ilgili kişilerin davaya ilişkin beyanlarını ve yazılı görüşlerini iletme haklarına sınırlama getirilebilir, hatta çok acil durumlarda yazılı aşamanın geçilmesine imkân sağlanabilir.³³

III. Hukuk Sözcülerinin Görüşleri

Hukuk sözcüsü, Adalet Divanı'nın bir üyesi olmakla birlikte, karar verme mekanizmalarında yer almamaktadır. Hukuk sözcüsünün görüşünün gerekli

²⁷ ABAD Statüsü m. 23/1.

²⁸ ABAD Statüsü m. 23/2.

²⁹ ABAD Statüsü m. 23/3.

³⁰ ABAD Statüsü m. 23/4.

³¹ ABAD Statüsü m. 23a/1.

³² ABAD Statüsü m. 23a/2.

³³ ABAD Statüsü m. 23a/3.

olduğuna karar verilmesi durumunda, duruşmanın yapılmasından belirli bir süre sonra hukuk sözcüsü görüşünü Mahkeme'ye sunmaktadır.³⁴ Bu görüş tamamen bağımsız bir şekilde uyuşmazlığın nasıl çözülmesi gerektiğine dair hukuk sözcüsünün kanaatlerini ve dayanaklarını içermektedir.³⁵ Mahkeme, hukuk sözcüsünün görüşüne uyup uymamakta serbesttir.

IV. Achmea Davasının Arka Planı

Almanya Federal Adalet Mahkemesi'nin Achmea davasında 3 Mart 2016 tarihinde verdiği kararıyla, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 267. maddesi kapsamında yapılan ön karar başvurusu 23 Mayıs 2016 tarihinde ABAD'a ulaşmıştır. Söz konusu davada Hollanda merkezli bir sigorta grubunun girişimi olan Achmea BV (eski adıyla Eureko BV), 2004 yılında Slovakya Cumhuriyeti'nin sağlık reformu kapsamında özel sağlık sigortası hizmetini serbest piyasaya açmasının ardından Slovakya'da 72 Milyon Euro sermaye ile Union Healthcare adıyla bağlı bir şirket kurmuştur. 2006 yılında Slovakya'da hükümetin değişmesiyle birlikte özel sağlık sigortası pazarının serbestleştirilmesi kısmen geri alınmıştır. 25 Ekim 2007 tarihli bir kanunla, özel sağlık sigortası faaliyetlerinden elde edilen kârların dağıtılması yasaklanmıştır. Slovakya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi 26 Ocak 2011 tarihli bir kararında bu yasağın Slovakya Anayasası'na aykırı olduğuna karar vermiştir. Ardından Slovakya Cumhuriyeti'nde 1 Ağustos 2011 tarihinde yürürlüğe giren bir kanunla söz konusu kârların dağıtılmasına tekrar izin verilmiştir.³⁶

Achmea, Slovakya Cumhuriyeti'nin koyduğu yasal sınırlamalar dolayısıyla 65 Milyon Euro zarara uğradığını ve bunun Hollanda Krallığı ile Çek ve Slovak Federatif Cumhuriyeti arasında Yatırımların Teşviki ve Karşılıklı Korunması Anlaşması'nın (İYA) 3/1, 3/2, 4 ve 5. maddelerini ihlal ettiğini iddia etmiş ve söz konusu Anlaşma'nın 8. maddesine dayanarak 1 Ekim 2008'de Slovakya Cumhuriyeti aleyhine tahkime başvurmuştur. Tahkim mahkemesi ve taraflar, kayıt merciinin Daimî Tahkim Mahkemesi olması ve tahkim dilinin İngilizce olması üzerine mutabık kalmışlardır. Tahkim

³⁴ ABİHA m. 252/2.

³⁵ ABAD Statüsü m. 49/2.

³⁶ Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-284/16, Slowakische Republik (Slovak Republic) v. Achmea BV, ECLI:EU:C:2018:158, 6 March 2018 (ABAD Achmea Kararı), para. 7-8. Kararın tam metni için bkz. <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=41922798>> Erişim Tarihi 15.11.2021.

mahkemesi 1 No'lu Ara Kararı ile tahkim yerini Frankfurt - Almanya olarak belirlemiştir.³⁷

Slovakya Cumhuriyeti, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın (ABİHA) İYA ile aynı konuları düzenlediğini, bu nedenle uygulanamayacağını veya İYA'nın 1969 Antlaşmalar Hukuku Hakkında Viyana Konvansiyonu m. 30 ve m. 59 uyarınca sona erdirilmesi gerektiğini ileri sürerek tahkim mahkemesinin yetkisine itiraz etmiştir. Ayrıca, uyuşmazlığın tahkime götürülmesine ilişkin İYA'nın 8/2 maddesinin ABİHA'ya aykırı olduğunu ve bu nedenle uygulanamayacağını iddia etmiştir. Tahkim mahkemesi, 26 Ekim 2010 tarihli Yetki, Tahkime Elverişlilik ve Erteleme hakkında ara kararıyla itirazı reddetmiş ve yetkili olduğuna karar vermiştir.³⁸ Bu ara kararın iptali için Slovak Cumhuriyeti'nin Alman mahkemelerinde yaptığı başvurular ilk derece ve temyiz mahkemelerinde reddedilmiştir.

Tahkim mahkemesi, 7 Aralık 2012 tarihli Nihai Kararı³⁹ ile kâr dağıtımının engellenmesi ile sermayenin ülkeden çıkarılmasının önüne geçilmesinin İYA m. 3'te yer alan adil ve hakkaniyete uygun muamele standardı, m. 4'te yer alan sermayenin ülkeden serbestçe çıkarılması hükümlerini ihlal ettiği gerekçesiyle Slovakya Cumhuriyeti'nin Achmea'ya tazminat olarak 22.1 Milyon Euro ana para ile birlikte faizini ve Achmea'nın tahkim, hukuki temsil ve danışmanlık masraflarını ödemesine hükmetmiştir.⁴⁰ Tahkim mahkemesi Achmea'nın kamulaştırma iddiasını ise reddetmiştir.⁴¹

Slovakya Cumhuriyeti hakem kararının iptali için Frankfurt Yüksek Bölge Mahkemesi'nde kararın kamu düzenine aykırı olduğu, karara konu olan tahkim anlaşmasının geçersiz ve kamu düzenine aykırı olduğu iddiası

³⁷ ABAD Achmea Kararı, para. 9-10. Achmea B.V. (formerly known as Eureka B.V.) v. The Slovak Republic, Final Award, PCA Case No. 2008-13, 7 December 2012 (7 Aralık 2012 tarihli Nihai Karar), para. 12. Opinion of Advocate General Wathelet, Case C-284/16, Slovakische Republik v Achmea BV, ECLI:EU:C:2017:699, 19 September 2017 (Wathelet), para. 20-21.

³⁸ Eureka B.V. v. The Slovak Republic, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, PCA Case No. 2008-13, 26 October 2010. 26 Ekim 2010 tarihli Yetki, Tahkime Elverişlilik ve Erteleme Hakkında Ara Karar. Karara ulaşmak için bkz. <<https://pcacases.com/web/sendAttach/775>> Erişim Tarihi 15.11.2021.

³⁹ Achmea B.V. (formerly known as Eureka B.V.) v. The Slovak Republic, Final Award, PCA Case No. 2008-13, 7 December 2012. Karara ulaşmak için bkz. <<https://pcacases.com/web/sendAttach/785>> Erişim Tarihi 15.11.2021.

⁴⁰ 7 Aralık 2012 tarihli Nihai Karar, para. 352.

⁴¹ 7 Aralık 2012 tarihli Nihai Karar, para. 292-293.

ile dava açmıştır. Mahkeme bu davayı 18 Aralık 2014 tarihinde reddetmiştir.⁴² Slovakya Cumhuriyeti bu ret kararını hukukun yanlış uygulanması nedeniyle Almanya Federal Adalet Mahkemesi'nde temyiz etmiştir.⁴³

Almanya Federal Adalet Mahkemesi Slovakya Cumhuriyeti'nce ileri sürülen İYA'da yer alan uyuşmazlıkların tahkime götürülebilmesine imkân tanıyan maddenin ABİHA'nın 18, 267 ve 344. maddeleriyle uyumlu olmadığı görüşünü paylaşmasa da, Mahkeme'nin bu konularda daha önce karar vermediğini, var olan içtihat hukukundan bunun cevabının yeterli kesinlikte çıkarılamayacağını ve Avrupa Komisyonu'nun tahkim ve iptal davası sürecinde Slovakya Cumhuriyeti'ni destekleyecek şekilde müdahil olmasını dikkate alarak davanın bekletilmesine ve ön karar için bazı soruların ABAD'a gönderilmesine karar vermiştir.⁴⁴ 23 Mayıs 2016 tarihinde ön karar talebi Mahkeme'ye ulaşmıştır.

V. Hukuk Sözcüsü Wathelet'in Görüşü

Achmea davasında Hukuk Sözcüsü Melchior Wathelet'in ("Hukuk Sözcüsü")19 Eylül 2017 tarihinde Mahkeme'ye ulaşan görüşü⁴⁵ dava sonucunda verilen kararın arka planındaki hukuki ve siyasi yönün anlaşılmasında büyük önem arz etmektedir. Wathelet, ön karar için gönderilen sorular hakkındaki görüşlerini belirtmeden önce bazı gözlemlerini aktarmaktadır.

Bu gözlemlerden ilki, davaya müdahil olan Üye Devletlerden İYA'da yer alan uyuşmazlık çözümüne dair hükmün ABİHA'yla çelişmediğini ileri süren ve ABİHA'ya aykırı olduğunu ileri süren iki grubun sahip olduğu özelliklerdir. Almanya, Fransa, Hollanda, Avusturya ve Finlandiya'dan oluşan ilk grubun genellikle yatırımcıların vatandaşı olduğu devletler olduğu ve bu nedenle ya hiç ya da çok nadir şekilde yatırımcılar tarafından başlatılan tahkim yargılamalarıyla karşılaştıklarını belirtmektedir. İkinci grubun ise Çekya, Estonya, Yunanistan, İspanya, İtalya, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi,

⁴² Judgment of the Higher Regional Court of Frankfurt, Oberlandesgericht Frankfurt am Main Beschl. v. 18.12.2014, Az.: 26 Sch 3/13, <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7079.pdf>> Erişim Tarihi 15.11.2021.

⁴³ Wathelet, para. 25.

⁴⁴ Wathelet, para. 29-30.

⁴⁵ Opinion of Advocate General Wathelet, Case C-284/16, Slowakische Republik v Achmea BV, ECLI:EU:C:2017:699, 19 September 2017. Tam metne ulaşmak için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62016CC0284>> Erişim Tarihi 15.11.2021.

Letonya, Macaristan, Polonya, Romanya ve Slovakya'dan oluştuğunu ve AB-içi yatırıma ilişkin birden fazla tahkim yargılamasında davalı olduğunu ifade etmektedir.⁴⁶ Wathelet, Slovakya'nın görüşünü destekleyen devletlerin durumunun ekonomik gerçekliklere bakıldığında şaşkıncı olmadığını söylemektedir.⁴⁷

Hukuk Sözcüsü'nün ikinci gözlemi, İtalya haricinde, Slovakya'nın yanında AB-içi İYA'ların AB hukukuna ve ABİHA'ya uyumlu olmadığı görüşünü destekleyen devletlerin, AB-içi İYA'larını sona erdirmediklerini ve yatırımcılarının bu İYA'lardan yararlanmaya devam etmesini sağladıklarını tespit etmesidir.⁴⁸ Duruşma sırasında Slovakya'ya taraf olduğu ve AB hukukuyla uyumlu olmadığını iddia ettiği AB-içi İYA'ları neden sona erdirmediği sorulmuştur. Slovakya Cumhuriyeti bu soruya amacının İYA'ları sona erdirdiği devletlerde kendi vatandaşı olan yatırımcıların diğer Üye Devletlerin yatırımcılarına kıyasla ayrımcılığa maruz kalmamasını amaçladığı cevabını vermiştir.⁴⁹

Wathelet'in diğer bir gözlemi ise Avrupa Komisyonu'nun ve AB kurumlarının yıllar boyunca İYA'ları Orta ve Doğu Avrupalı aday ülkelerin AB ile katılım müzakerelerinde katılıma hazırlık için imzalamaları gerekli görülen unsurlar arasında saymasıdır. Hatta AB ile zamanının aday ülkelerinden Macaristan, Polonya, Romanya, Slovakya, Hırvatistan gibi ülkelerin ortaklık anlaşmalarında Üye Devletlerle aday ülkeler arasında İYA'ların imzalanmasına dair hükümler yer almaktadır. Bu durum Hukuk Sözcüsü tarafından çelişkili olarak görülmüş olmalıdır ki şu soruyu sormuştur: Eğer, bu İYA'lar sadece katılım sürecinde geçerli ise ve Üye Devletler bunun AB Antlaşmaları ve ABİHA ile uyumlu olmadığını farkında ise neden katılım anlaşmaları bunların sona ermesine ilişkin hüküm içermemektedir ve neden bu anlaşmalar bazı Üye Devletler için 13 yıldır, bazılarında ise 30 yıldan fazla süredir devam etmektedir?⁵⁰

⁴⁶ Görüşün hazırlandığı tarihte Çekya 26, Estonya, GKRY ve Yunanistan 3'er, İspanya 33, İtalya 9, Letonya 2, Macaristan ve Polonya 11'er, Romanya 4, Slovakya ise 9 AB-içi yatırım tahkimi davasında davalı durumundadır.

⁴⁷ Wathelet, para. 36.

⁴⁸ Wathelet, para. 37.

⁴⁹ Wathelet, para. 38.

⁵⁰ Wathelet, para. 40-41.

Diğer önemli bir nokta ise Hukuk Sözcüsü'nün ABAD'ın 2 Eylül 2021 tarihinde Moldova v. Komstroy LLC⁵¹ hakkında verilen ön kararı öngörmüş gibi Enerji Şartı Anlaşması'ndan (EŞA - *Energy Charter Treaty* - ECT) bahsetmesidir.⁵² Üye Devletler ve AB tarafından ayrı ayrı imzalanan bütün tarafların eşit olduğu, yatırımların korunmasına ve yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümüne dair maddi hukuk hükümleri içeren milletlerarası bir anlaşma olan Enerji Şartı Anlaşması'nın AB Antlaşmaları ve ABİHA'ya uyumluluğuna ilişkin hiçbir Üye Devletin ABAD'dan görüş istememiş olmasını bu anlaşmaların AB hukukuyla uyumsuz olabileceğine ilişkin en ufak bir şüpheleri bile olmamasına bağlamıştır.⁵³ Wathelet, Komisyon tarafından ileri sürülen AB-içi İYA'ların AB hukukunun etkinliği açısından "sistemsel risk" oluşturduğu iddiasını ise aşırı abartılı bulmuştur. Tahkim mahkemelerinin genellikle Komisyon'un müdahil olmasına izin verdiğini ve müdahil olduğu on davanın hiçbirinde bu mahkemelerin AB'nin işlemlerinin geçerliliği veya Üye Devletlerin işlemlerinin AB hukukuna uyumunu incelemeyeceği bilgisinde olduğunu ifade etmiştir.⁵⁴ Hukuk Sözcüsü mevcut mesele ile alakalı görmese de, Komisyon ve bazı Üye Devletler AB hukukuyla uyumsuzluğu iddia edilen hakem kararı örneği olarak bir tek Micula davasını⁵⁵ gösterebilmiştir.⁵⁶

Son gözlem olarak, İYA'ların diğer taraf devletin de AB'ye katılmasıyla doğrudan geçersiz olmadığı veya AB Antlaşmaları ve ABİHA ile uyumsuz hale gelmediğini, ilgili hükümlerin, bunların AB Antlaşmaları ve ABİHA ile uyumlu olduğu sürece geçerli olduğunu belirtmiştir.⁵⁷

Wathelet gözlemlerinin ardından, başvuran mahkemenin sorduğu soruları üçüncüsünden cevaplamaya başlamıştır. Başvuran mahkeme üçüncü

⁵¹ Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-741/19, Republic of Moldova v. Komstroy LLC (successor in law to the company Energoalians), ECLI:EU:C:2021:655, 2 September 2021 (Komstroy kararı). Kararın tam metni için bkz. <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=245528&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=635097>> Erişim Tarihi 15.11.2021.

⁵² Wathelet, para. 43.

⁵³ Wathelet, para. 43.

⁵⁴ Wathelet, para. 45. Bu görüşü paylaşan Gaillard, uygulamada tahkim mahkemelerinin önüne AB hukuku meselelerinin pek gelmediğini, söz konusu Achmea davasında da AB hukukunu ilgilendirmediğini ifade etmiştir. Emmanuel Gaillard, "The Myth of Harmony in International Arbitration", 2019, 34(3), 2018 Lalive Lecture, ICSID Review, s. 556.

⁵⁵ Ioan Micula and Others v. Romania, ICSID Case No ARB/05/20.

⁵⁶ Wathelet, para. 45.

⁵⁷ Wathelet, para. 46-47.

soru olarak ABİHA m. 18'in Hollanda-Çekoslovakya İYA m. 8 ile oluşturulan yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizmasını devre dışı bırakacak şekilde yorumlanıp yorumlanmayacağını sormuştur. ABİHA bu maddede ayrımcılık yasağını düzenlemektedir. Buna göre, tabiiyetten kaynaklanan nedenlerle meydana çıkabilecek her tür ayrımcılık yasaklanmaktadır. Wathelet'e göre, Slovakya ile ikili yatırım anlaşması olmayan bir AB Üye Devleti vatandaşı olan yatırımcılara AB hukukunca yasaklanan bir ayrımcılık uygulanmamaktadır.⁵⁸ Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma en çok gözetilen millet kaydını (*most favored nation clause*) içermemektedir. Dolayısıyla, bir Üye Devletin anlaşma nedeniyle üçüncü bir AB Üye Devleti vatandaşına uyguladığı muameleyi, başka bir Üye Devletin vatandaşına uygulamamasında ayrımcılık bulunmamaktadır.⁵⁹ Diğer bir deyişle, Hukuk Sözcüsü burada ayrımcılığın olup olmadığının AB Üyesi Devletlerin vatandaşlarının "o Üye Devletin vatandaşlarıyla" karşılaştırılarak tespit edileceğini, anlaşma yapılan üçüncü Üye Devlet vatandaşlarıyla karşılaştırılmayacağını savunmaktadır. Bu görüşünü desteklemek için ABAD'ın içtihatlarında (Cowan davası⁶⁰ ile Petruhhin davası⁶¹) ABİHA m. 18'in AB hukukunca düzenlenen bir konuda AB Üye Devleti vatandaşlarının "o Üye Devletin vatandaşlarıyla" tamamen eşit muameleye tabii tutulmasını zorunlu kıldığını tespit etmiş olduğunu belirtmektedir.⁶² AB hukukunca düzenlenmeyen konularda ise devletler yapacakları anlaşmalarda farklı hak ve yükümlülükler öngörebileceklerdir.

Hukuk Sözcüsü, İYA'lar ile oluşturulan karşılıklı haklar ve yükümlülüklerin sadece anlaşmanın tarafı olan ülkelerin yatırımcılarına uygulanacağını, ki özü gereği bunun yatırım anlaşmalarının doğal bir sonucu olduğunu savunmaktadır. Ona göre yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizması ikili yatırım anlaşmasının ayrılmaz bir parçasıdır. Çünkü anlaşmada yer alan hükümlerin etkinliğinin denetimi bu sayede

⁵⁸ Wathelet, para. 65.

⁵⁹ Wathelet, para. 71.

⁶⁰ Judgment of the Court, Case 186/87, Ian William Cowan v. Le Trésor public (Treasury), ECLI:EU:C:1989:47, 2 February 1989 (Cowan Kararı). ABAD Cowan Kararı, para. 10.

⁶¹ Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-182/15, Aleksei Petruhhin, ECLI:EU:C:2016:630, 6 September 2016 (Petruhhin Kararı). ABAD Petruhhin Kararı, para. 29-33. Dava, uyuşturucu kaçakçılığı suçuyla bağlantılı olarak Estonya vatandaşı olan Aleksei Petruhhin'in, Rus makamlar tarafından çıkarılan ve Letonya makamlarına iletilen suçluların iadesi talebine ilişkindir.

⁶² Wathelet, para. 71-72.

gerçekleşmektedir. Bu mekanizmanın olmaması, İYA'nın yabancı yatırımcıların teşvik edilmesi amacının sağlanamaması nedeniyle anlaşmayı anlamsız hale getirecektir.⁶³ Bu sayılan nedenlerle Hollanda-Çekoslovakya İYA'da Hollandalı yatırımcıların Slovakya'ya karşı milletlerarası tahkime gidebilmesine olanak tanıyan yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizmasının ABİHA m. 18 kapsamında vatandaşlığa dayalı bir ayrımcılık oluşturmadığı görüşünü Mahkeme'ye sunmuştur.⁶⁴

Görüşün 81. paragrafında Almanya, Fransa, Hollanda, Avusturya ve Finlandiya'nın 7 Nisan 2016 tarihli resmi olmayan görüşünde (*non-paper*) olduğu gibi AB-içi İYA'ların tek bir çok taraflı yatırım anlaşmasıyla değiştirilebileceğini ve Üye Devletler ile AB arasındaki yetki dağılımına göre bütün Üye Devletlerden olan yatırımcılara uygulanacak bir anlaşmanın yapılmasının önünde hiçbir engel bulunmadığı da belirtilmiştir.⁶⁵

Hukuk Sözcüsü ikinci soru hakkındaki görüşünde, AB Antlaşmalarında belirlenen yetki dağılımını ve AB hukuk sisteminin özerkliğini güvenceye alan AB yargı sisteminin temel taşı olan ABİHA m. 267'nin Hollanda-Çekoslovakya İYA m. 8 ile oluşturulan yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizmasını devre dışı bırakıp bırakmayacağı konusunda, burada öngörülen tahkim mahkemesini (*arbitral tribunal*) ABİHA m. 267 anlamında "Üye Devletin mahkeme veya yargılama yetkisi olan makamı" olarak telakki ettiğini, dolayısıyla tahkim mahkemesinin ABAD'a ön karar için başvurmasına hakkı olduğunu ifade etmiştir. Ön karar için ABAD'a başvurabilmesi nedeniyle birinci soruda sorulan ABİHA m. 344, Üye Devletlerin Antlaşmaların yorumu ve uygulanması ile ilgili uyuşmazlıkların Antlaşmalarda öngörülenler dışında başka bir çözüm yöntemine başvurulmaması taahhüdü ile de bir uyumsuzluğun olmadığını belirtmiştir.⁶⁶

Wathelet tahkim mahkemesinin ABİHA m. 267 anlamında mahkeme veya yargılama yetkisi olan bir makam olduğuna ilişkin görüşünü yerleşmiş içtihatlarla dayandırmıştır. ABİHA m. 267'de yer alan "Üye Devletin

⁶³ Wathelet, para. 75-76.

⁶⁴ Wathelet, para. 82.

⁶⁵ Nitekim 29 Mayıs 2020 tarihinde AB Resmî Gazetesi'nde yayımlanan, AB Üye Devletleri Arasındaki İkili Yatırım Anlaşmalarının Feshi Anlaşması'yla bu konuda önemli bir adım atılmıştır. Bu anlaşmada Enerji Şartı Anlaşması'nın 26. maddesi anlamında AB-içi yargılamalar, daha sonra AB ve Üye Devletler tarafından halledilmek üzere kapsam dışında bırakılmıştır. Bu konuya daha sonra ABAD, Komstroy kararında açıklık getirmiştir.

⁶⁶ Wathelet, para. 85.

mahkeme veya yargılama yetkisi olan makamı” (*any court or tribunal of a Member State*) ifadesi kapsamında bir yargı makamı addedilmesi için o makamın, kanun ile oluşturulup oluşturulmadığına, daimî olup olmadığına, yetkisinin zorunlu olup olmadığına, usulünün *inter partes* olup olmadığına, hukuk kurallarını uygulayıp uygulamadığına ve bağımsız olup olmadığına bakılmaktadır. Ayrıca söz konusu makamın önünde bir davanın görülüyor olması ve gerçekleştireceği faaliyet üzerine yargısal mahiyette bir karar doğuracak şekilde hüküm vermesi için başvurulmuş olması gerekmektedir.⁶⁷

Davadaki somut durumu bu kriterlere göre irdelemek gerekmektedir. Hollanda-Çekoslovakya İYA m. 8 uyarınca oluşturulan tahkim mahkemelerinin kanunla kurulup kurulmadığı konusunda Hukuk Sözcüsü, bu madde uyarınca oluşturulan mahkemelerin yetkisini hem milletlerarası bir anlaşmadan hem de Hollanda ve Çekoslovakya devletlerinin İYA’yı onaylayan ve o devletlerin hukuk sistemlerine dahil eden kanunlarından aldığını dile getirmiştir.⁶⁸

Tahkim mahkemesinin daimî olup olmadığı hususunda, daimîlik kriterinin tahkim mahkemesinin kurulmasıyla ilgili olmadığı fakat tahkimin uyuşmazlık çözüm metodu olarak kurumsallaşmasının önemli olduğunu, diğer bir deyişle geçici olan tahkim heyetinin değil, tahkim yargılamasını tatbik eden tahkim kurumunun dikkate alınıp bunun daimiliğinin değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁶⁹ Merck Canada kararında ABAD, kurulması, hakemleri ve usul kuralları tarafların seçimine bağlı olsa da, kararını verdikten sonra sona erse de, tahkim mahkemesinin yasama yetkisine dayanarak kurulduğunu, zorunlu daimî yetkiye sahip olduğunu ayrıca milli düzenlemelerin uygulanacak usul kurallarının tanımını yapıp ve çerçevesini çizdiğini dikkate alarak, daimîlik kriterinin sağlandığına karar vermiştir.⁷⁰ Achmea davasında daimî tahkim kurumlarının yer alması, örneğin, atamaların gerçekleşmemesi durumunda hakemlerin atanmasının daimî tahkim kurumu olan Stokholm

⁶⁷ Wathelet, para. 86.

⁶⁸ Wathelet, para. 90-99.

⁶⁹ Wathelet, para. 100-109.

⁷⁰ Order of the Court (Eighth Chamber), Case C-555/13, Merck Canada Inc. v. Accord Healthcare Ltd, Alter SA, Labochem Ltd, Synthon BV, Ranbaxy Portugal - Comercio e Desenvolvimento de Produtos Farmaceuticos, Unipessoal Lda, ECLI:EU:C:2014:92, 13 February 2014 (Merck Canada). 13 Şubat 2014 tarihli Merck Canada (C 555/13, EU:C:2014:92) kararı para. 24. Wathelet para. 103-104. Bu kararda ABAD tahkim mahkemesinin daimiliğini 62/2011 sayılı Portekiz Kanunu’nun 2. maddesinden jenerik ve referans tıbbi ürünlerle ilgili endüstriyel mülkiyet haklarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin tek yol olmasından yola çıkmıştır.

Ticaret Odası'na bırakılması, uygulanacak tahkim usulü olarak UNCITRAL kurallarının seçilmesi ve davanın kayıt yeri olarak 1899 ve 1907 yıllarında Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümü Hakkındaki Konvansiyonlarla Lahey'de kurulan Daimî Tahkim Mahkemesi'nin belirlenmesi Hukuk Sözcüsü'nün destekleyici argümanlarıdır.⁷¹

Hukuk Sözcüsü, tahkim mahkemesinin yetkisinin zorunlu olup olmadığı konusunda 12 Haziran 2014 tarihli Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA v. Autoridade Tributaria e Adunçeira davasında⁷² ABAD'ın tahkim mahkemesinin kararlarının tarafları bağlayıcı olduğuna ve yetkisinin kanunlardan alması ve tarafların uyuşmazlıklarını tahkime götürme isteklerini önceden ifade etmelerinden değil, kanunlardan kaynaklandığına dayanarak, vergi mükellefi davacı uyuşmazlığını vergi tahkimine götürdüğünde tahkim mahkemesinin vergilendirme ve gümrükleme konularında zorunlu yetkisinin olduğuna karar vermesini destekleyici argüman olarak ileri sürmüştür.⁷³ Hollanda-Çekoslovakya İYA m. 8/7, bu madde uyarınca teşkil eden tahkim mahkemesinin kararlarının nihai ve uyuşmazlığın taraflarını bağlayıcı olduğunu düzenlemektedir. İYA m. 8/2'de ise uyuşmazlığın başvuru tarihinden itibaren altı ay içerisinde dostane çözüm yollarıyla çözülememesi durumunda Âkit Devletlerin, yatırımcı ile devlet arasındaki uyuşmazlıkların tahkim mahkemesine götürülebileceğine onay verdiği ifade edilmektedir. Hukuku sözcüsü burada yatırımcıya verilen devlet mahkemelerinde veya tahkim mahkemesinde davanın açılma imkânı verilmesinin tahkim mahkemesinin yetkisinin zorunlu mahiyetini etkilemediğini, çünkü Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA v. Autoridade Tributaria e Adunçeira davasında vergi mükellefinin de bu seçimlik hakka sahip olduğunu belirtmiştir. Slovakya Cumhuriyeti'nin de Portekiz Cumhuriyeti gibi tahkime rızasını önceden verdiğini ve İYA'ya uygun şekilde teşkil edilen tahkim mahkemesinin yetkisinin m. 8/2 uyarınca Üye Devlet ve yatırımcıyı bağlayıcı olduğunu ifade ederek, bu tahkim mahkemelerinin zorunlu yetki kriterini taşıdığını ileri sürmüştür.⁷⁴

⁷¹ Wathelet, para. 107-108.

⁷² Judgment of the Court (Second Chamber), Case C-377/13, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA v. Autoridade Tributaria e Adunçeira, ECLI:EU:C:2014:1754, 12 June 2014 (Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta).

⁷³ Wathelet, para. 112-113.

⁷⁴ Wathelet, para. 110-119.

Hollanda-Çekoslovakya İYA m. 8 uyarınca teşkil eden tahkim mahkemelerinin usulünün *inter partes* olup olmadığı hususunda, m. 8/5 uyarınca tahkim mahkemesinin usulünü UNCITRAL tahkim kurallarını uygulayarak tespit edeceği düzenlenmiştir. İYA'nın yürürlüğe girdiği tarihte geçerli olan 1976 versiyonu m. 15/1'e⁷⁵ ve diğer ilgili maddelere göre tahkim mahkemesinin, taraflara eşit muamele ettiği ve yargılamanın bütün aşamalarında tarafların davalarını sunmaları için fırsat verdiği müddetçe, tahkim yargılmasını UNCITRAL tahkim kurallarına tabii olarak uygun gördüğü şekilde yürütebileceğini düzenlemektedir.⁷⁶ Tahkim mahkemelerinin uyuşmazlığın çözümünde hukuk kurallarını uygulayıp uygulamadığı kriterine göre incelendiğinde ise İYA'nın 8. maddesinin 6. fıkrasında tahkim mahkemesinin hukuk kuralları temelinde karar vereceğinin düzenlendiği ve hak ve nesafet kurallarının uygulanamayacağı dikkate alındığında bunun da gerçekleştiği görülmektedir.⁷⁷

Son kriter olan mahkemenin bağımsız olup olmadığı konusunda ise, UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın hakemlerin bağımsızlığına ve tarafsızlığına gölge düşürebilecek haklı şüphe olması durumunda bunu bildirme sorumluluğu bulunduğu ve hakemin reddi imkânı ile mahkemenin bağımsızlığını güvence altına aldığı söylenebilmektedir.⁷⁸ Bu argümanlara dayanarak, Hukuk Sözcüsü, İYA m. 8 uyarınca teşkil edilen tahkim mahkemesinin ABİHA m. 267 anlamında "mahkeme veya yargılama yetkisi olan makam" olduğunu savunmuştur.⁷⁹ İYA m. 8 uyarınca teşkil edilen tahkim mahkemesinin "Üye Devletin mahkeme veya yargılama yetkisi olan makamı" olduğunu ise Üye Devletler arasında uluslararası anlaşma ile kurulan Benelüks Mahkemesi'nin ve birden fazla Üye Devletin ortak mahkemelerinin, diğer Üye Devlet mahkemeleri veya yargılama yetkisi olan makamları gibi ABAD'a ön karar için başvurmak ve sorularını yöneltmek için önünde hiçbir engelin bulunmadığını ifade eden 4 Kasım 1997 tarihli Parfums Christian Dior davasına⁸⁰ dayandırmıştır.⁸¹

⁷⁵ Benzer düzenleme 2010 ve 2013 versiyonunda m. 17'de bulunmaktadır.

⁷⁶ Wathelet, para. 120-122.

⁷⁷ Wathelet, para. 123.

⁷⁸ Wathelet, para. 124-125.

⁷⁹ Wathelet, para. 126.

⁸⁰ Judgment of the Court, Case C-337/95, Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV v. Evora BV, ECLI:EU:C:1997:517, 4 November 1997 (Parfums Christian Dior). 4 Kasım 1997 tarihli, Parfums Christian Dior (C337/95, EU:C:1997:517) kararı, para. 21.

⁸¹ Wathelet, para. 128-129.

Böylece İYA m. 8 uyarınca teşkil edilen tahkim mahkemesinin “Üye Devletin mahkeme veya yargılama yetkisi olan makamı” olduğu sonucuna varmıştır.

Ayrıca bazı tahkim heyetleri gördükleri davalarda soruları hakkında ön karar için ABAD'a başvurmuşlardır. Bunlardan bazıları reddedilmiştir⁸² ancak bazı başvurular ise kabul edilmiş ve bu konularda karar verilmiştir.⁸³ Buna dayanarak Hukuk Sözcüsü, kişilerle devlet arasında olan tahkim yargılamalarında kabul edilebilirlik kriterinin önünün açıldığını gösteren belirtilerin açıkça mevcut olduğunu ifade etmiştir.

Ön karar için başvuran mahkemenin diğer bir sorusu ise ABİHA m. 344'ün, Hollanda-Çekoslovakya İYA m. 8 gibi yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının tahkim mahkemesinde çözümüne imkân tanıyan AB-içi İYA'larda yer alan hükümleri engelleyecek şekilde yorumlanıp yorumlanmayacağıdır. Hukuk Sözcüsü, Mahkeme'nin İYA m. 8 uyarınca teşkil edilen tahkim mahkemesinin ABİHA m. 267 anlamında mahkeme veya yargılama yetkisi olan makam olarak kabul etmesi durumunda, AB'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Katılımı hakkında 2/13 Sayılı Görüşü'nde⁸⁴ belirttiği üzere,

⁸² Judgment of the Court, Case C-102/81, Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG., ECLI:EU:C:1982:107, 23 March 1982 (Nordsee). Judgment of the Court (Fourth Chamber), Case C-125/04, Guy Denuit and Betty Cordenier v. Transorient - Mosaique Voyages et Culture SA, ECLI:EU:C:2005:69, 27 January 2005 (Denuit and Cordenier). 23 Mart 1982 tarihli Nordsee (102/81, EU:C:1982:107) ve 27 Ocak 2005 tarihli Denuit and Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69) kararı gibi.

⁸³ Judgment of the Court, Case 109/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (Union of Commercial and Clerical Employees, Denmark) v. Dansk Arbejdsgiverforening (Danish Employers' Association), acting on behalf of Danfoss A/S, ECLI:EU:C:1989:383, 17 October 1989 (Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark). 17 Ekim 1989 tarihli Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (109/88, EU:C:1989:383); 12 Haziran 2014 tarihli Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C 377/13, EU:C:2014:1754) ve 13 Şubat 2014 tarihli Merck Canada (C 555/13, EU:C:2014:92) kararı gibi. Wathelet, para. 87.

⁸⁴ Avrupa Komisyonu'nun 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne) Avrupa Birliği'nin katılımını sağlayan taslak anlaşmanın AB Antlaşmalarıyla uyumlu olup olmadığına ilişkin ABAD'ın görüşünü almak için yaptığı başvuru sonucunda verilen 2/13 Sayılı Mahkeme Görüşü. Opinion 2/13 of the Court (Full Court) Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU, EU:C:2014:2454, 18 December 2014 (2/13 Sayılı Görüş). Görüşün tam metni için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62013CV0002&from=EN>> Erişim Tarihi 15.11.2021.

Bu görüşün 176. paragrafında ABİHA m. 267'de yer alan mahkemeler özellikle de ABAD ile mahkemeler veya yargılama yetkisi olan makamlar arasında diyalogu sağlayan ön karar prosedürü ile AB hukukunun yeknesak olarak yorumlanmasının güvenceye alınması sağ-

tahkim mahkemeleri ile ABAD arasında diyalogun mümkün olacağını, tahkim mahkemelerinin ABAD'ın içtihatlarında ortaya konan ilkelere⁸⁵ uymak zorunda olduklarını ve AB hukukunu uygulamak durumunda kalacaklarını ifade etmiştir. Böylece milletlerarası tahkime gidilmiş olması ile ABİHA m. 344 veya AB Antlaşmalarınca belirlenen yetki dağılımı dolayısıyla AB hukuk sisteminin özerkliğine zarar gelmeyecektir. Tahkim mahkemelerinin buna uymaması durumunda verdikleri kararlar kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle iptal edilecektir.⁸⁶

Hukuk Sözcüsü Mahkeme'nin İYA m. 8 uyarınca teşkil edilen tahkim mahkemesinin ABİHA m. 267 anlamında mahkeme veya yargılama yetkisi olan makam olarak kabul etmemesi durumunda ise ABİHA m. 344'un İYA m. 8'in uygulanmasını engelleyip engellemediği ve gerekli olması durumunda İYA m. 8'in AB Antlaşmalarınca belirlenen yetki dağılımıyla ve AB hukuk sisteminin özerkliğiyle uyumlu olup olmadığı sorularının da değerlendirilmesinin gerekli olduğunu düşünmektedir.⁸⁷ Bunu cevaplamak için üç soru sormaktadır. ABİHA m. 344'e göre Üye Devletlerin, AB Antlaşmaları'nın yorumu veya uygulanması ile ilgili bir uyuşmazlık konusunda, Antlaşmalar'da öngörülenler dışında bir çözüm yöntemine başvurmamayı taahhüt ettiği düzenlenmektedir. Bu nedenle Hukuk Sözcüsü öncelikle İYA m. 8'de yer alan yatırımcı ile Üye Devlet arasındaki bir uyuşmazlığın ABİHA m. 344 kapsamına girip girmediğini sormaktadır. Eğer bu sorunun cevabı olumlu ise yatırımcı ile Üye Devlet arasındaki böyle bir uyuşmazlığın konusunun ABİHA m. 344 anlamında AB Antlaşmalarının yorumu veya uygulanmasına ilişkin olduğu

landığı ve böylece AB hukukunun tutarlılığına, tam etkinliğine, özerkliğine ve sonuç olarak Antlaşmalarla oluşturulan bu hukukun hususi mahiyetinin sağlanmasına hizmet edilmekte olduğu belirtilmiştir.

⁸⁵ Örneğin, AB hukukunun Üye Devletlerin hukukuna ve Üye Devletler arasında verilen milletlerarası taahhütlere üstünlüğü, kendilerine ve vatandaşlarına birçok kuralın doğrudan etki ettiği, AB'nin üzerine kurulduğu ortak değerlerin tanınacağına olan aralarındaki karşılıklı güven ve AB hukukunun tam uygulanması ve AB hukukuna riayet edilmesi gibi ilkelere uymak. Hukuk Sözcüsü yatırımcı/AB vatandaşı ve Üye Devletler arasındaki uyuşmazlıkların görüldüğü tahkim mahkemelerinin bazılarında (örneğin, Achmea B.V. v. Slovak Republic (UNCITRAL) (PCA Case No 2008-13); Electrabel S.A. v. Hungary (ICSID Case No ARB/07/19); Charanne B.V. and Construction Investments S.à.r.l. v. Kingdom of Spain (SCC Case No 062/2012); RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No ARB/13/30)) halihazırda AB hukukunun üstünlüğünün kabul edildiğini belirtmiştir. Wathelet, para. 134, dipnot 99.

⁸⁶ Wathelet, para. 133-134.

⁸⁷ Wathelet, para. 136.

şeklinde vasıflandırılmasının mümkün olup olmadığı sorusunun cevaplanması gerekecektir. Diğer bir deyişle, uyuşmazlık konusunun Antlaşmaların yorumlanmasıyla veya uygulanmasıyla ilgili olup olmadığının cevabı aranacaktır. Son olarak, bu iki sorudan birinin cevabı olumsuz ise İYA'nın amacı dikkate alınarak, bunun AB Antlaşmalarınca belirlenen yetki dağılımına, dolayısıyla AB hukuk sisteminin özerkliğine zarar verecek bir etkiye sahip olup olmadığının yanıtlanması gerekecektir.⁸⁸

Hukuk Sözcüsü'ne göre, daha önce verilen kararlar ışığında uluslararası bir anlaşmanın AB Antlaşmalarınca belirlenen yetki dağılımına ve ABAD'ın denetimini güvence altına aldığı AB hukuk sisteminin özerkliğine etki etme imkânı bulunmamaktadır. Üye Devletler AB Antlaşmalarının yorumu veya uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıkları Antlaşmalar'da öngörülenler dışında bir çözüm yoluna götürmemeyi taahhüt etmişlerdir. Bu hüküm özel olarak Üye Devletlerin ABA m. 4/3'ten doğan sadakat yükümlülüğünün bir yansıması olarak anlaşılmalıdır. Slovakya ve Komisyon'un iddia ettiği gibi açıkça Üye Devletler ifadesi geçmemesi nedeniyle bu hükmün geniş yorumlanarak Üye Devletler ve kişiler arasındaki uyuşmazlıklar bakımından da uygulanması doğru değildir. ABAD kararlarında da Üye Devletler arasındaki ve Üye Devletlerle AB arasındaki uyuşmazlıkların ABİHA m. 344 kapsamına girdiği görülmektedir. Ancak kişiler arasındaki uyuşmazlıklar bu kapsamda değildir.⁸⁹ Bu noktada Wathelet kişilerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Üye Devletler aleyhine dava açmasını örnek olarak göstermektedir. AB'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) katılımını sağlayan taslak anlaşmanın AB Antlaşmalarıyla uyumlu olup olmadığına ilişkin 2/13 Sayılı Mahkeme Görüşünde bu husus incelenmiş ve sadece Üye Devletler arasında ve Üye Devletlerle AB arasındaki uyuşmazlıkların ABİHA m. 344 kapsamına girdiği belirlenmiştir.⁹⁰

Esas davaya konu olan kararı veren tahkim mahkemesi de Slovakya ve Komisyonun iddialarını incelemiş ve yatırımcılar ile İYA'ya taraf olan devletler

⁸⁸ Wathelet, para. 137.

⁸⁹ Wathelet, para. 138-148.

⁹⁰ Opinion 2/13 (Accession of the Union to the ECHR) of 18 December 2014 (EU:C:2014:2454), para. 201-214. Bu kısımda ayrıca AİHS'e katılmayla birlikte bunun AB hukukunun bir parçası olacağı, dolayısıyla Üye Devletler arasında veya Üye Devletler ile AB arasında AİHS'e riayet etme hususunda uyuşmazlık çıkması durumunda ABAD'ın AB hukuku söz konusu olduğundan münhasır yetkisinin bulunduğu ifade edilmiştir. Buradan yola çıkarak uluslararası anlaşmalara dayanarak kişilerin Üye Devletlere karşı açtıkları davaların ABİHA m. 344 kapsamına girmediği açıkça anlaşılmaktadır.

arasındaki uyuşmazlıkların ABİHA m. 344 kapsamına girmediğini ABAD'ın 30 Mayıs 2006 tarihli *MOX Plant* davası kararına⁹¹ dayanarak savunmuştur. Buna göre ABİHA m. 344 ve sadakat ilkesinden dolayı ABAD'ın iki Üye Devlet arasındaki uyuşmazlıklar hakkında münhasır yetkisi olduğunu, yani İYA m. 10 kapsamındaki uyuşmazlıklar hakkında bu kararın emsal niteliği taşıdığını, ancak iki devlet arasında olmayıp yatırımcı-devlet arasında olan uyuşmazlıklara ABİHA m. 344'ün ve sadakat ilkesinin uygulanamayacağını ifade etmiştir.⁹²

Komisyon'un yazılı görüşünde yatırımcılar ile Üye Devletler arasındaki uyuşmazlıklarda yatırımcının aslında kendi hakkını kullanmadığını ancak tabiiyetinde olduğu devlete İYA'nın verdiği bir hakkı kullandığı iddiasını, Hukuk Sözcüsü, Komisyon'un atıf yaptığı tahkim davalarıyla çelişmesi, genelgeçer bir kabule sahip olmaması, uluslararası anlaşmaların belirli koşullarla kişilere haklar vermesi ve İYA'ların da açıkça yatırımcılardan bahsederek doğrudan onlara haklar vermesine dayanarak eleştirmektedir.⁹³ Hukuk Sözcüsü bu argümanlarla İYA m. 8'deki gibi yatırımcı ile Üye Devlet arasındaki uyuşmazlıkların ABİHA m. 344 kapsamına girmediği sonucuna varmaktadır. Uyuşmazlık konusunun Antlaşmaların yorumlanmasıyla veya uygulanmasıyla ilgili olup olmadığı sorusunun cevaplanması, aslında ilk sorunun yanıtı nedeniyle gereksiz olmaktadır. Ancak Hukuk Sözcüsü Mahkeme'nin aynı kanaatte olmama ihtimaline binaen bu soruyu da incelemiştir.⁹⁴ Ona göre, Slovakya ve Komisyon'un örnek olarak gösterdiği 2/13 Sayılı Mahkeme Görüşü'nde ve Komisyon v. İrlanda kararında⁹⁵ kriter olarak belirlenen durumun aksine Avrupa Birliği İYA'nın tarafı olmaması nedeniyle İYA AB hukukunun bir parçası haline gelmemiştir. Dolayısıyla ABİHA m. 344'te güvence altına alınan ABAD'ın münhasır yetkisi etkilenmemektedir.⁹⁶

AB hukukunun, İYA m. 3/5, 8/6 veya tahkim yeri hukuku olan Alman hukuku veyahut diğer düzenlemelere dayanarak uygulanacak hukuk olması

⁹¹ Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-459/03, Commission of the European Communities v. Ireland, ECLI:EU:C:2006:345, 30 May 2006 (MOX Plant).

⁹² Eureka B.V. v. The Slovak Republic, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, PCA Case No. 2008-13, 26 October 2010, para. 276.

⁹³ Wathelet, para. 154-159.

⁹⁴ Wathelet, para. 159-228.

⁹⁵ Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-459/03, Commission of the European Communities v. Ireland, ECLI:EU:C:2006:345, 30 May 2006.

⁹⁶ Wathelet, para. 165-168.

durumunda ise bu durum yatırımcı ile devlet arasında olan uyuşmazlığın AB Antlaşmalarının yorumu veya uygulanmasıyla ilgili olması sonucunu doğurmamaktadır. Çünkü tahkim mahkemesinin yargılama yetkisi İYA'nın ihlali ile sınırlandırılmıştır ve AB hukukunun ihlali iddiaları hakkında karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Tahkim mahkemesi Üye Devletin AB hukukunca var olan yükümlülüklerini ihlal edip etmediği hususunda karar vermemektedir, devletin eylem ve işlemlerinin İYA'yı ihlal edip etmediğini ilgili unsurlardan biri olarak AB hukukunu da dikkate alarak İYA kapsamında değerlendirmektedir.⁹⁷ Taraflar da tahkim mahkemesinin uyuşmazlığın esasına ilişkin kararını veya gerekçesini etkileyebilecek AB hukuku hükümlerine dayanmamıştır.⁹⁸ Ayrıca İYA'nın kapsamı ve gösterdiği hukuk kuralları AB Antlaşmalarıyla aynı değildir. Hukuk Sözcüsü'ne göre, İYA'nın kapsamı AB Antlaşmalarından daha geniştir⁹⁹, İYA'de yer alan hukuk kurallarından bazılarının AB hukukunda dengi yoktur¹⁰⁰ ve bazı kuralları¹⁰¹ kısmen AB hukuku ile aynı konuda olsa da bunlar AB Antlaşmalarıyla uyumludur.¹⁰² Dolayısıyla, İYA kapsamına giren söz konusu uyuşmazlık, AB Antlaşmalarının

⁹⁷ Wathelet, para. 175.

⁹⁸ Wathelet, para. 178.

⁹⁹ Wathelet, AB hukukunu ihlal etmeyen bu nedenle yatırımcının kayıplarının tazmini için dava açmadığı ancak ikili yatırım anlaşmaları kapsamında bunu gerçekleştirebildiği sermaye kontrolü tedbirlerine karşı açılan Theodoros Adamakopoulos and others v. Güney Kıbrıs Rum Yönetimi (ICSID Case No ARB/15/49), dolaylı kamulaştırma ve keyfi ve ayrımcı tedbirlere karşı açılan Marfin Investment Group Holdings S.A., Alexandros Bakatselos and others v. Güney Kıbrıs Rum Yönetimi (ICSID Case No ARB/13/27) gibi davaları örnek göstermiştir. Şirketlerde azınlık haklarının korunmasında ve doğrudan vergilendirme konusunda da İYA'nın daha fazla koruma sağladığını ifade etmiştir.

¹⁰⁰ Örneğin, en çok gözetilen millet kaydı, şemsiye hükmü, gün batımı hükmü, yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizması olarak milletlerarası tahkime gitme imkânı tanıyan hüküm gibi.

¹⁰¹ Hukuk Sözcüsü'ne göre, İYA'da yatırımcıya tam koruma ve güvenliğin sağlanması, adil ve hakkaniyete uygun muamelede bulunulması, yatırımcının haksız kamulaştırmaya karşı korunmasına ilişkin hükümler AB hukukuna aykırı olmadan, kapsam olarak AB Antlaşmalarında yer alan hükümlerden daha geniştir. Örneğin, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m.17'de (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*) yer alan mülkiyet hakkının korunmasına dair hükümde mülkiyetin kamulaştırılması durumunda zararı için makul sürede, adil (*fair*) bir tazminatın ödeneceği belirtilmekteyken, İYA m.5/c'de ödenecek tazminatın yatırımın gerçek değerinde, davacı tarafından kabul edilen konvertibl para birimi üzerinden, davacının belirlediği ülkeye gecikmeksizin çıkarılabilecek şekilde ödeneceği ifade edilmektedir. Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012.

¹⁰² Wathelet, para. 181-228.

yorumlanması veya uygulanmasına ilişkin bir uyumsuzluk değildir.¹⁰³

Hukuk Sözcüsü bu iki soruyu da tahlil ettikten sonra İYA'nın amacını dikkate alarak, bunun AB Antlaşmalarınca belirlenen yetki dağılımına, dolayısıyla AB hukuk sisteminin özerkliğine zarar verecek bir etkiye sahip olup olmadığı hususunu ele almıştır. Wathelet, ABA m. 4/3 uyarınca Üye Devletlerin kendi ülkelerinde AB hukukunun uygulanmasını ve bu hukuka riayet edilmesini sağlamakla yükümlü olduklarını, AB hukukunun yorumunun yeknesak ve uyumlu olarak yapılması amacıyla AB Antlaşmalarıyla oluşturulan yargı sisteminde AB hukukunun Üye Devletlerde tam olarak uygulanmasının ve kişilerin AB hukukundan kaynaklanan haklarının yargısal olarak korunmasının milli mahkemelere ve ABAD'a bırakıldığını belirtmiştir.¹⁰⁴ Bu anlamda yatırımcıların İYA kapsamında milletlerarası tahkime gitmesinin, ABAD'ın tahkim mahkemelerinin ABİHA m. 267 anlamında Üye Devletlerin mahkemeleri veya yargılama yetkisi olan makamları olmadığına karar vermesi durumunda bile, AB Antlaşmalarınca belirlenen yetki dağılımına ve AB hukuk sisteminin özerkliğine zarar vermediğini düşünmektedir. Çünkü İYA m. 8'e göre tahkim mahkemeleri tarafından verilen kararlar milli mahkemelerin incelemesinden geçecektir. Bu inceleme ya tahkim yeri mahkemelerinde hakem kararına karşı açılacak iptal davası veya hakem kararının tanınması veya tenfizinin istendiği ülke mahkemelerinde tanıma ve tenfiz talebine itiraz¹⁰⁵ olarak karşımıza çıkabilecektir.¹⁰⁶ Tahkimde AB hukukuna ilişkin bir meselenin ortaya çıkması durumunda, bu milli mahkemelerin veya yargılama yetkisi olan makamların önüne geldiğinde bunun hakem kararını incelerken uygulamaları gereken AB hukuku hükümlerinin geçerliliğinin değerlendirilmesi veya yorumun alınması için ABİHA m. 267 kapsamında ABAD'a gönderilmesine gerek olup olmadığına karar vermeleri gerekmektedir.¹⁰⁷ Görüldüğü üzere, ister iptal

¹⁰³ Wathelet, para. 228.

¹⁰⁴ Wathelet, para. 229-234.

¹⁰⁵ Bütün AB üyesi devletler Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Konvansiyonuna taraftır. Konvansiyon uyarınca milli mahkemeler hakem kararlarının tanınması ve tenfizini 5. maddede yer alan hususların bulunması, örneğin tanıma ve tenfizin o devletin kamu düzenine dolayısıyla AB kamu düzenine aykırı olması, durumunda reddedebilir.

¹⁰⁶ Wathelet, para. 237-239.

¹⁰⁷ Wathelet, para. 240-241. Bu yönde kararlar için bkz. 23 Mart 1982 tarihli Nordsee (102/81, EU:C:1982:107) kararı para. 14, 15; Judgment of the Court, Case C-393/92, Gemeente (Municipality of) Almelo and others v. Energiebedrijf Ijsselmij NV, ECLI:EU:C:1994:171, 27

davası, ister tanıma ve tenfiz talebine itiraz yoluyla olsun, Üye Devletlerin mahkemelerinin veya yargılama yetkisi olan makamlarının AB hukukunun yeknesak yorumlanmasını sağlaması mümkündür. Achmea davasında tahkim yeri Frankfurt, Almanya'dır ve tahkim mahkemesinin verdiği karara karşı Alman Hukuk Usulü Kanunu'na göre Alman mahkemelerinde iptal davası açılması imkânı bulunmaktadır, ki dava bu kapsamda ABAD'ın önüne gelmiştir.¹⁰⁸ Diğer ihtimalleri gözettiğimizde de, örneğin, hakem kararının tanıma ve tenfizi talebiyle bir Üye Devlette başvurulmuş olması durumunda, bu devletin mahkemeleri kararın tanıma ve tenfizine karar vermeden önce AB hukuku ile uyumlu olduğunu garanti etmekten sorumlu olacaktır.¹⁰⁹ Komisyonun risk olarak gördüğü başka bir ihtimal ise tahkim yerinin üçüncü bir ülke olması veya hakem kararının tanıma ve tenfizi talebinin üçüncü ülkede yapılması durumudur ki bu durumda hakem kararının AB hukukuna uyumlu olup olmadığı incelenemeyecektir.¹¹⁰ Komisyon bu noktada AB-içi İYA'larda milletlerarası tahkim için ICSID'in seçilmesi durumunda hakem kararının taraflar için bağlayıcı olacağını ve ICSID Konvansiyonu'nda yer alan imkânlar dışında temyiz veya başka bir imkâna başvurulmasının mümkün olmadığını ve Üye Devlet mahkemelerinin ICSID hakem kararlarının AB hukukuna uyumunu inceleyebileceği herhangi bir hukuki yöntem bulunmadığını ifade etmiştir. Hukuk Sözcüsü, Komisyon'un bu endişelere sahip olmasına rağmen AB-Singapur Serbest Ticaret Anlaşması - Yatırım Koruma Anlaşması Bölüm 3 m. 9.16'da ICSID'in tahkim kurumu olarak seçilmesine anlam verememiştir.¹¹¹ Söz konusu Achmea v. Slovakya davasında ise böyle bir durum söz konusu değildir. Taraflarca kayıt mercii olarak Lahey'de bulunan Daimî Tahkim Mahkemesi, tahkim yeri olarak Frankfurt seçilmiştir ve üçüncü bir ülkede tanıma ve tenfiz talebi bulunmamaktadır. Bir Üye Devletin mahkeme veya yargılama yetkisi olan makamı önünde görülen hakem kararının iptali davası söz konusudur.¹¹² Hakem kararının esasının AB hukukuna aykırılığı da mesele olarak ileri sürülmemektedir. Başvurucu mahkemede Slovakya tarafından İYA kapsamında oluşturulan uyuşmazlık çözüm mekanizmasının AB

April 1994 (Almelo), Almelo kararı para. 22, 23; Judgment of the Court, Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV, ECLI:EU:C:1999:269, 1 June 1999 (Eco Swiss), Eco Swiss kararı para. 32, 33.

¹⁰⁸ Wathelet, para. 244-247.

¹⁰⁹ Wathelet, para. 249.

¹¹⁰ Wathelet, para. 251.

¹¹¹ Wathelet, para. 252.

¹¹² Wathelet, para. 253.

Antlaşmalarına aykırı olduğu iddia edilmektedir. Hukuk Sözcüsü'ne göre, bir hakem kararının AB Antlaşmalarına aykırı olması durumunda bunu herhangi bir Üye Devletin iptal davası veya tanıma ve tenfiz talebine itiraz ile ileri sürmemesi durumunda dahi ABİHA m. 258 ve m. 260 uyarınca, bunu göz ardı eden Üye Devlete karşı Komisyon'un dava açma imkânı bulunmaktadır.¹¹³ Komisyon ve bazı Üye Devletlerin, verilecek hakem kararlarının AB hukukuna aykırı olabileceğine dayandıkları görüşleri milletlerarası yatırım tahkiminin yanında milletlerarası ticari tahkimde de bulunan bir risktir. Ancak ABAD kararlarında¹¹⁴ kişiler arasında AB rekabet hukuku meselelerinin görüldüğü tahkim davalarında verilen kararların geçersiz olduğu iddia edilmemiştir.¹¹⁵ Kişiler arasındaki milletlerarası tahkim AB Antlaşmalarınca belirlenen yetki dağılımına ve AB hukuk sisteminin özerkliğine zarar vermiyorsa yatırımcılar ve devletler arasındaki milletlerarası tahkimde de bu söz konusu olmayacaktır. Wathelet'e göre, devletlerin taraf olduğu tahkimler genellikle kamuya açık olduğundan daha şeffaf bir şekilde yürütüldüğü için AB Antlaşmalarının ihlal edilip edilmediği daha kolay tespit edilebilecek ve ABİHA'dan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemeleri durumunda dava açılacaktır.¹¹⁶ Diğer bir iddia ise tahkim yargılamasının Üye Devletler arasındaki karşılıklı güven ilkesini ihlal ettiğidir. Hukuk Sözcüsü tahkime ancak Üye Devletlerin onayı ile gidilebileceğini ve Achmea şirketinin de Üye Devletler tarafından sunulan seçeneklerden biri olan tahkimi seçtiğini belirtmektedir. Bu durum duruşmalar esnasında Hollanda Hükümetinin ifade ettiği şekliyle yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm metodu olarak milletlerarası tahkime gidilmesinin, Hollanda veya Slovakya'nın diğer tarafın AB hukukuna veya kabul ettikleri temel haklara uyup uymayacağı konusunda tereddütünün bulunduğunu hiçbir şekilde ima etmemektedir.¹¹⁷ İkili yatırım anlaşmalarında yer alan bu mekanizma, milli mahkemelerde yatırımcıların uluslararası anlaşmalardaki hükümlere dayanarak iddialarını ileri sürmelerinin garantisizliği için,

¹¹³ Wathelet, para. 254-255.

¹¹⁴ Bu yönde bkz. Eco Swiss kararı (C-126/97, EU:C:1999:269); Genentech kararı, Judgment of the Court (First Chamber), Case C-567/14, Genentech Inc. v. Hoechst GmbH and Sanofi-Aventis Deutschland GmbH, ECLI:EU:C:2016:526, 7 July 2016 (Genentech). Eco Swiss kararının AB-içi yatırım anlaşmalarına dayanan tahkimler üzerindeki etkisi için bkz. Kazım Sedat Sirmen, "The Concept of Public Policy in the Eco Swiss Decision of the Court of Justice of the European Union and Its Impact on the Intra-EU Investment Treaty Arbitrations", 2021, 12(2), Inonu University Law Review, s. 438-449.

¹¹⁵ Wathelet, para. 257-259.

¹¹⁶ Wathelet, para. 259.

¹¹⁷ Wathelet, para. 261-263.

yatırımcılara devlete karşı İYA tarafından sağlanan haklarına dayanarak dava açmaları için bir mahkeme (forum) sağlamaktadır. Wathelet'e göre bu imkân, Üye Devletler arasında bir güvensizlikten kaynaklı değil, yatırımcının akdedilen ikili yatırım anlaşmasından doğan haklarını ileri sürebileceği ve anlaşmanın tam etkinliğinin sağlanacağı tek yolun bu konuda ihtisaslaşmış bir mahkeme oluşturulmasıyla mümkün olmasından kaynaklanmaktadır.¹¹⁸

Hukuk Sözcüsü, görüşünde ifade ettiği bütün bu argümanlarla İYA m. 8'in ABİHA m. 344 ile uyumlu olduğu ve AB Antlaşmalarınca belirlenen yetki dağılımına ve AB hukuk sisteminin özerkliğine zarar vermediği görüşündedir.¹¹⁹ ABAD'ın ABİHA m. 18, m. 267 ve m. 344'ün bir Üye Devletin Avrupa Birliği'ne katılmasından önce imzalanan ikili yatırım anlaşmasına dayanarak oluşturulan ve bir Üye Devlet yatırımcısının diğer Üye Devletteki yatırımına ilişkin uyuşmazlık çıkması durumunda bu Devlete karşı davasını tahkim mahkemesinde açmasına imkân veren yatırımcı-Devlet uyuşmazlık çözümü mekanizmasının uygulanmasını engellemeyeceği şeklinde yorumlanması gerektiğine karar vermesini önermektedir.¹²⁰

VI. Slovakya Cumhuriyeti v. Achmea BV, ABAD Kararı

ABAD'a Almanya Federal Adalet Mahkemesi tarafından ön karar verilmesi için gönderilen davada Slovakya Cumhuriyeti, İYA'nın 8. maddesindeki tahkim şartının, ABİHA'nın 18, 267 ve 344. maddeleriyle uygunluğuna ilişkin tereddütlerini dile getirmiştir. Başvurucu mahkeme bu tereddütlere katılmamasına rağmen, Mahkeme'nin daha önce bu meseleler hakkında kararı bulunmamasını ve bu meselelerin Üye Devletler arasında yürürlükte bulunan çok sayıda anlaşmanın benzer tahkim şartlarını içermesi nedeniyle ciddi önem arz etmesini dikkate alarak, görmekte olduğu davada karar vermesi için ABAD'a bu başvuruyu yapma gereği hissetmiştir.¹²¹

Almanya Federal Adalet Mahkemesi yargılamaya ara verilmesine ve aşağıdaki soruların ön karar için ABAD'a gönderilmesine karar vermiştir:

(1) ABİHA m. 344, AB Üye Devletleri arasında yapılan (AB-içi İYA olarak adlandırılmaktadır) yatırımların korunmasına ilişkin ikili anlaşmalarda yer alan, bir Âkit Devletin vatandaşının diğer Âkit Devletteki yatırımlarına

¹¹⁸ Wathelet, para. 264-266.

¹¹⁹ Wathelet, para. 272.

¹²⁰ Wathelet, para. 273.

¹²¹ ABAD Achmea Kararı, para. 14.

ilişkin uyuşmazlık çıkması durumunda, diğer Âkit Devlete karşı davasını tahkim mahkemesinde ileri sürebilmesine imkân tanıyan hükmün, yatırımların korunması anlaşmasının Âkit Devletlerden birinin AB'ye girmesinden önce akdedilmesi ancak uyuşmazlığın tahkime AB'ye girdikten sonra götürülmesi durumunda uygulanmasını engellemekte midir?

Eğer birinci soru olumsuz olarak cevaplanacaksa:

(2) ABİHA m. 267 böyle bir hükmün uygulanmasını engellemekte midir?

Eğer birinci ve ikinci soru olumsuz olarak cevaplanacaksa:

(3) ABİHA m. 18'in birinci fıkrası 1. soruda tarif edilen durumda böyle bir hükmün uygulanmasını engellemekte midir?¹²²

Hukuk Sözcüsü bu konuda yukarıda incelediğimiz görüşünü 19 Eylül 2017 tarihinde sunmuştur. Çek, Macar ve Leh Hükümetleri bu görüşe katılmadıklarını beyan etmişlerdir.¹²³

ABAD başvuru mahkemesinin ilk iki sorusunu birlikte cevaplamıştır. ABAD, Üye Devletlerin paylaştığı ortak değerleri ve aralarında dürüst işbirliği ilkesine uymaları gerektiğini ve AB hukukunun özerkliği ve niteliklerinin korunmasının, AB hukukunun insicamını ve yeknesak biçimde yorumlanmasının sağlanmasının milli mahkeme veya yargılama yetkisi olan makamların ve Adalet Divanı'nın görevi olduğunu belirtmiştir.¹²⁴ Bunun gerçekleştirilmesi için, oluşturulan yargı sisteminde ABİHA 267. maddesinde düzenlenen, mahkemeler -özellikle Adalet Divanı ve Üye Devletlerin mahkeme veya yargılama yetkisi olan makamları- arasında diyalogu sağlayan ön karar prosedürü sistemin temel taşı olarak yer aldığını ifade etmiştir. Ayrıca söz konusu yargı sisteminin, AB hukukunun yeknesak yorumlanmasını güvenceye alma amacına sahip olduğu, böylece AB hukukunun tutarlılığına, tam etkinliğine, özerkliğine ve sonuç olarak Antlaşmalarla oluşturulan bu hukukun hususi mahiyetinin sağlanmasına hizmet ettiğini beyan etmiştir.¹²⁵

ABAD, öncelikle Hollanda-Çekoslovakya İYA m. 8'de belirtilen tahkim mahkemesinin, AB hukukunun yorumlanması veya uygulanmasıyla ilgili olan uyuşmazlıkların çözümüne bakma konusunda yetkili olup olmadığı hususuna

¹²² ABAD Achmea Kararı, para. 23.

¹²³ ABAD Achmea Kararı, para. 24-25.

¹²⁴ ABAD Achmea Kararı, para. 32-36.

¹²⁵ ABAD Achmea Kararı, para. 37.

bakmıştır. İYA m. 8'de belirtilen tahkim mahkemesine AB hukukunu, özellikle iş kurma serbestisi ve sermayenin serbest dolaşımı dahil, temel özgürlüklere ilişkin hükümleri yorumlaması ve pek tabii uygulaması için başvurulabileceği görüşündedir.¹²⁶ İkinci olarak, İYA m. 8'deki gibi bir tahkim mahkemesinin (*arbitral tribunal*) AB yargı sistemi içinde yer alıp almadığı ve özellikle ABİHA m. 267 anlamında bir Üye Devletin mahkemesi veya yargılama yetkisi olan bir makamı¹²⁷ olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini irdelemiştir. Mahkeme, AB yargı sistemi içerisinde yer alan Üye Devletler tarafından yargılama yetkisi olan bir mahkemenin kurulmasının sonucunun, bu makamın verdiği kararların AB kurallarının tam etkinliğini sağlayama yetkisi olan mekanizmaların denetimine tabi olması olduğunu ifade etmiştir. Hukuk Sözcüsü'nün de dayanak olarak gösterdiği Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta davasında Mahkeme'nin, davada inceleme konusu olan makamın (mahkemenin) “Üye Devletin mahkeme veya yargılama yetkisi olan makamı” statüsünü söz konusu mahkemenin Portekiz Anayasası tarafından vergi uyuşmazlıklarının çözümünde yargı sisteminin bir parçası olması durumundan hareket ederek belirlediği¹²⁸, İYA m. 8'de ifade edilen tahkim mahkemesinin ne Hollanda'nın ne de Slovakya'nın yargı sisteminin bir parçası olduğu, yetkisinin bu Üye Devletlerin mahkemeleri yanında istisnai mahiyette olduğu, tahkim mahkemesinin bu karakteristiğinin onun ABİHA m. 267 anlamında bir Üye Devletin mahkemesi veya yargılama yetkisi olan makamı olarak değerlendirilmesine engel olduğu kararına varmıştır.¹²⁹ ABAD önceki kararlarında üç Benelüks Devletince ortak olarak

¹²⁶ ABAD Achmea Kararı, para. 39-42.

¹²⁷ ABİHA m. 267'de geçen “*courts or tribunals*” tabiri Avrupa Birliği Başkanlığı'nın Türkçe çevirilerinde sadece mahkeme olarak geçmektedir. Farklı hukuk düzenlerini içerisinde barındıran AB, farklı düzenlemeleri dikkate alarak “*tribunal*” yani yargılama yetkisini Üye Devletlerin yasalarından alan makamlar, kurullar, mahkemelerin de bu madde de ifade edilen yetkileri kullanabileceğini düzenlemiştir. Hangi özelliklere sahip makamların, kurumların, mahkemelerin bu kapsama girdiği Mahkeme'nin kararlarında incelenmiştir. Bu kararlara göre ABİHA m. 267'de yer alan “Üye Devletin mahkeme veya yargılama yetkisi olan makamı” (*any court or tribunal of a Member State*) ifadesi kapsamında bir yargı makamı addedilmesi için o makamın, kanun ile oluşturulup oluşturulmadığına, daimî olup olmadığına, yetkisinin zorunlu olup olmadığına, usulünün *inter partes* olup olmadığına, hukuk kurallarını uygulayıp uygulamadığına, bağımsız olup olmadığına bakılmaktadır. Ayrıca bir davanın önünde görülüyor olması ve yaptığı yargılama üzerine yargısal mahiyette bir karar doğuracak şekilde hüküm vermesi için başvurulmuş olması gerekmektedir.

¹²⁸ Judgment of the Court (Second Chamber), Case C-377/13, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA v. Autoridade Tributaria e Aduaneira, ECLI:EU:C:2014:1754, 12 June 2014, para. 25, 26.

¹²⁹ ABAD Achmea Kararı, para. 43-46.

kurulan Benelüks Adalet Divanı gibi ortak mahkemelerin, herhangi bir Üye Devletin mahkemesi veya yargılama yetkisi olan makamı gibi Mahkeme'ye ön karar için başvurmasını engelleyen iyi bir sebep bulunmadığını ifade etmiştir.¹³⁰ Ancak Mahkeme, Benelüks Mahkemesi'nin amacının üç Benelüks Devletinde ortak olan hukuk kurallarının yeknesak olarak uygulanmasını sağlamak ve ortak Benelüks hukuk kurallarının nihai yorumuna kılavuzluk eden milli mahkemelerde görülen yargılamaların bir aşaması olduğunu, söz konusu tahkim mahkemesinin ise Benelüks Adalet Divanı'nın aksine, birden fazla Üye Devlet tarafından kurulan bir ortak mahkeme olmadığını ve tahkim mahkemesi ile Üye Devletlerin yargı sistemleri arasında böyle bir ilişki bulunmadığını belirtmiştir.¹³¹ Bu nedenlerle Mahkeme, tahkim mahkemesinin ABİHA m. 267 anlamında bir Üye Devletin mahkemesi veya yargılama yetkisi olan makamı olarak değerlendirilemeyeceği ve bu sebeple Mahkeme'ye ön karar için başvurma yetkisine sahip olmadığı kararına varmıştır.¹³²

Kanaatimizce Mahkeme yukarıda yer verilen tespitlerini yanlış bir yoruma dayandırmıştır. Zira söz konusu İYA kapsamında Hukuk Sözcüsü'nün de ileri sürdüğü gibi iki devletin anlaşmasıyla bir ortak mahkemenin kurulması söz konusudur. Öncelikle, Âkit Devletler uyuşmazlıkların dostane yolla çözülememesi durumunda yatırımcıların tahkim mahkemesine başvurmasına rızalarını beyan etmişlerdir. Hukuk Sözcüsü bu tahkim mahkemesinin daimîliği konusunu yukarıda incelediğimiz şekilde tartışmıştır ve bu konudaki görüşü Âkit Devletlerin iradeleri nazara alındığında ABAD'ın kanaatine kıyasla daha mantıklıdır. İkinci olarak, bu mahkemenin nasıl teşekkül edeceği, usulünün ne olacağı, hangi kuralları uygulayacağı açıkça düzenlenmiş ve bu tahkim mahkemesince verilecek kararların nihai ve tarafları bağlayıcı olduğu akdedilmiştir.

ABAD üçüncü olarak, İYA m. 8'deki gibi bir tahkim mahkemesinden verilen hakem kararının, Avrupa Birliği Antlaşması m. 19 uyarınca, tahkim mahkemesinin çözmesi gereken AB hukuku meseleleri hakkında ön karar için Mahkeme'ye başvurmasını teminat altına alacak şekilde, bir Üye Devlet mahkemesinin incelemesine tabi olup olmadığını incelemiştir. Tahkim mahkemesi İYA m. 8/5'e göre, UNCITRAL tahkim kurallarını uygulayarak

¹³⁰ Parfums Christian Dior kararı, C-337/95, EU:C:1997:517, para. 21; Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-196/09, Paul Miles and Others v. Écoles Européennes (European Schools), ECLI:EU:C:2011:388, 14 June 2011, para. 40.

¹³¹ ABAD Achmea Kararı, para. 47-48.

¹³² ABAD Achmea Kararı, para. 49.

kendi usul kurallarını belirleyecek ve tahkim yerini dolayısıyla önüne gelen uyuşmazlık hakkında verdiği kararın geçerliliğini denetleyecek yargısal denetim usulüne uygulanacak hukuku da kendisi seçmektedir.¹³³ Tahkim mahkemesi Achmea'nın talebiyle tahkim yeri olarak Frankfurt'u belirlemiştir. Böylece bu hukuk Alman hukuku olmuştur. Yargısal denetim milli hukukunun izin verdiği ölçüde yapılabileceğinden Alman Hukuk Usulü Kanunu Paragraf 1059/2'ye göre tahkim anlaşmasının uygulanacak hukuka göre geçerliliği ve hakem kararının tanıma ve tenfizinin kamu düzenine aykırı olup olmadığıyla sınırlı bir denetim mümkündür.¹³⁴ ABAD'ın ticari tahkime ilişkin önceki kararlarında, hakem kararlarının Üye Devlet mahkemelerince denetiminde AB hukukunun temel hükümlerinin incelenmesi için gerekirse Mahkeme'ye ön karar başvurusu yapılabileceğine hükmedilmiştir.¹³⁵ Ancak ABAD, İYA m. 8'deki gibi tahkim yargılamalarını ticari tahkim yargılamalarından farklı olarak değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre ticari tahkim yargılamaları tarafların özgür iradelerine dayanırken, İYA m. 8'deki gibi tahkim yargılamaları Üye Devletlerin kendi mahkemelerinin yetkisini kaldırdıkları bir anlaşmadan kaynaklanmaktadır.¹³⁶

Kanaatimizce burada Mahkeme'nin gözden kaçırdığı husus İYA m. 8'deki uyuşmazlığın tahkim mahkemesine götürülmesinin de tarafların özgür iradelerine dayanmakta olduğudur. Âkit Devletler buna önceden rıza göstermiştir, yatırımcılar da uyuşmazlıklarını milletlerarası tahkime götürerek bu konudaki özgür iradelerini ortaya koymuşlardır. Mahkeme'ye göre bu uyuşmazlıklarda AB hukukunun uygulanmasını veya yorumlanmasını ilgilendirebilecek durumlar ortaya çıktığında hakem kararlarının Üye Devlet mahkemelerince denetimi sırasında AB hukukunun temel hükümlerinin incelenmesi için Mahkeme'ye ön karar başvurusu yapılamayacaktır.¹³⁷ ABAD, ifade ettiği görüşleri dolayısıyla İYA m. 8'de öngörülen tahkim mahkemesinin karakteristiğini de dikkate alarak, bu mahkemeler önüne gelen uyuşmazlıklarda AB hukukunun yorumlanması veya uygulanması

¹³³ ABAD Achmea Kararı, para. 51.

¹³⁴ ABAD Achmea Kararı, para. 52-54.

¹³⁵ Judgment of the Court, Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV, ECLI:EU:C:1999:269, 1 June 1999, para. 35, 36, 40. Judgment of the Court (First Chamber), Case C-168/05, Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL, ECLI:EU:C:2006:675, 26 October 2006, para. 34-39.

¹³⁶ ABAD Achmea Kararı, para. 55.

¹³⁷ ABAD Achmea Kararı, para. 55.

durumunda AB hukukunun tam etkinliğini sağlayacak şekilde çözümlenmesini engelleyebilecek durumların çıkması ihtimali olduğunu belirtmiştir.¹³⁸ Mahkeme, İYA m. 8’de öngörülen tahkim mahkemesinin yetki alanına giren uyuşmazlıkların hem İYA’nın hem de AB hukukunun yorumlanmasıyla ilgili olabileceğini ve bu uyuşmazlıkların AB yargı sistemi içinde olmayan bir mahkemeye götürülmesi imkânının Avrupa Birliği tarafından akdedilen bir anlaşma ile değil de Üye Devletler tarafından akdedilen bir anlaşma ile sağlanmasını, hem Üye Devletler arasındaki ortak güven ilkesine hem de Antlaşmalarla oluşturulan hukukun ABİHA m. 267’de öngörülen ön karar prosedürüyle teminat altına alınan hususi mahiyetinin korunmasına zarar verebileceğini dile getirerek, İYA m. 8’in Üye Devletler arasında dürüst iş birliği ilkesine aykırı olduğuna ve AB hukukunun özerkliğine olumsuz etki edeceğine karar vermiştir.¹³⁹

Bu noktada İYA m. 8’e göre kurulmuş olan bir tahkim mahkemesinin verdiği kararın ön karar prosedürü yoluyla Mahkeme’nin önüne geldiği unutulmamalıdır. Bizce Mahkeme burada fazla endişeli davranarak faturayı Üye Devletler arasında akdedilen İYA’lar kapsamında oluşturulan bütün tahkim mahkemelerine kesmiştir. Aslında Mahkeme yorumunu yaparken AB hukukunun özerkliğine ve yeknesak biçimde uygulanmasına zarar vererek ön karar prosedürüne imkân tanımayan tahkim mahkemesi kararlarının AB kamu düzenine aykırı olduğu yönünde bir karar vererek, buna imkân verenleri AB Antlaşmalarına uygun addetseydi vermiş olduğu kararın doğurabileceği pek çok olumsuz sonucun önüne geçmiş olacaktı. AB-içi İYA’lar yürürlükten kaldırılmış olsa dahi bu İYA’larda yer alan gün batımı hükümleri (sunset clause) çerçevesinde, örneğin Hollanda-Çekoslovakya İYA¹⁴⁰ m. 8 kapsamında oluşturulacak bir tahkim mahkemesinin tahkim yeri olarak AB Üye Devletleri dışında bir ülkede olması ve verilecek kararın da AB Üye Devletleri dışında bir ülkede tanıma ve tenfizinin talep edilmesi durumunda ABAD’ın çekindiği bu durum meydana gelebilecekti. Bu nedenle AB Üye Devletleri Arasındaki İkili Yatırım Anlaşmalarının Feshi Anlaşması’nda gün batımı hükümlerinin kaldırılmasına ilişkin düzenlemeler m. 2/2, 3 ve 4/2’de yer almaktadır.¹⁴¹

¹³⁸ ABAD Achmea Kararı, para. 56.

¹³⁹ ABAD Achmea Kararı, para. 57-59.

¹⁴⁰ Hollanda-Çekoslovakya İYA m. 13/3 kapsamında İYA’nın sona ermesinden önce yapılan yatırımlar için İYA’nın sona ermesinden itibaren 15 yıl boyunca hükümlerinin geçerli olmaya devam edeceği düzenlenmektedir.

¹⁴¹ AB Üye Devletleri Arasındaki İkili Yatırım Anlaşmalarının Feshi Anlaşması akdedilmeden

Ancak Fesih Anlaşması'nı imzalamayan dört AB Üye Devletinin mevcut olduğu ve Fesih Anlaşması'nın henüz bütün taraf devletlerde yürürlüğe girmediği unutulmamalıdır. Ayrıca bu noktada, feshedilen anlaşmalara taraf olan devletlerin ortak rızası olsa dahi anlaşmalarda yatırımcılara verilen güvencelere haklı beklenti ile itimat ederek uzun dönemli yatırım yapan yatırımcıların haklarının korunması gerektiği görüşüne katılmaktayız. Bunun sebebi, İYA'lar devletler arasında yapılmasına rağmen anlaşmaların akdedilmesiyle birlikte anlaşmalarda sağlanan hak ve güvencelerin artık devletlere değil âkit devletlere tabii olan yatırımcılara ait olmasıdır. Âkit devletlerin anlaşarak anlaşmayı sona erdirmeleri durumunda dahi yatırımcılar bu anlaşmalarla kazandıkları hak ve güvenceleri gün batımı hükmü süresi boyunca ileri sürmeye devam edebilecektir. Gün batımı hükümlerinin esas amacı yatırımcıların haklarını yatırımların korunması ve teşviki anlaşmaları sona erdirilse bile belirli bir süre daha devam ettirerek korumaktır.¹⁴²

ABAD yaptığı bu değerlendirmeler sonucunda, ABİHA m. 267 ve 344'ün Üye Devletler arasında akdedilen uluslararası bir anlaşmada yer alan ve Üye Devletlerden birinin tabiiyetinde bulunan bir yatırımcının diğer Üye Devletteki yatırımına ilişkin uyuşmazlık çıkması durumunda, yatırımının bulunduğu Üye Devlete karşı, o Üye Devletin yetkisini kabul etme taahhüdünde bulunmuş olduğu bir tahkim mahkemesine dava açabilmesini sağlayan Hollanda Krallığı ile Çek ve Slovak Federatif Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması m. 8 gibi bir hükmü engeller nitelikte olduğu şeklinde yorumlanması gerektiği kararına varmıştır.¹⁴³

önce, Almanya, Avusturya, Finlandiya, Fransa ve Hollanda'nın AB-içi yatırım anlaşmaları konusunda yayımladıkları resmi olmayan bilgi yazısında (*non-paper*) bu ülkelerin delegasyonlarının bu anlaşmalardaki ve daha önce sona erdirilmiş ancak gün batımı hükümleri devam eden AB-içi yatırım anlaşmalarındaki gün batımı hükümlerinin uygulanamayacak şekilde bütün hükümlerinin kaldırılmasına hazırlıklarını yapması gerektiği belirtilmiştir. Council of the European Union Trade Policy Committee (Services and Investment), Intra-EU Investment Treaties Non-paper from Austria, Finland, France, Germany and the Netherlands, 7 April 2016.

¹⁴² Guled Yusuf, Godwin Tan, Case Comment United Utilities (Tallinn) BV v Estonia, "ICSID Arbitration after Achmea: the Beginning of the End or the End of the Beginning?", 2020, 35(1-2), ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, s. 13; Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft and Inicia Zrt v Hungary, ICSID Case No. ARB/17/27, Award, para. 223-224. EŞA'da yer alan gün batımı hükümleri için bkz. Peter Cameron, International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability, Oxford University Press, New York, 2010, s. 162-164.

¹⁴³ ABAD Achmea Kararı, para 60.

SONUÇ

AB'nin politikalarında son yıllarda meydana gelen değişiminin yatırım hukukuna ve dolayısıyla yatırımcı-devlet uyumsuzluklarının çözümüne yansımaları ABAD'ın güncel kararlarında açıkça görmekteyiz. Yaşanan bu değişimin en güzel özetini, Achmea davasındaki ön karar başvurusu için hazırladığı görüşünde Hukuk Sözcüsü Wathelet, Avrupa Komisyonu'nun ve AB kurumlarının yıllar boyunca İYA'ları Orta ve Doğu Avrupalı aday ülkelerin AB ile katılım müzakerelerinde neden katılıma hazırlık için imzalamaları gerekli görülen unsurlar arasında saydığını ve bu İYA'ların sadece katılım sürecinde geçerli olması düşüncesine sahip idiyeler neden katılım anlaşmalarının bu İYA'ların sona ermesine ilişkin hüküm içermediği ve neden bu anlaşmaların bazılarının 30 yıldan fazla süredir devam etmekte olduğunu sorarak, AB politikalarının tam aksi yöne nasıl evrildiğini gözler önüne sermektedir.

Wathelet ayrıca, Avrupa Komisyonu'nun ve AB kurumlarının mevcut pozisyonlarını savunurken zor durumda kaldıklarını da müşahade etmektedir. Komisyon'un yazılı görüşünde yatırımcılar ile Üye Devletler arasındaki uyumsuzluklarda yatırımcının aslında kendi hakkını kullanmadığını ancak tabiiyetinde olduğu devlete İYA'nın verdiği bir hakkı kullandığını iddia etmesini, Hukuk Sözcüsü, Komisyon'un atıf yaptığı tahkim davalarıyla çelişmesi, genelgeçer bir kabule sahip olmaması, uluslararası anlaşmaların belirli koşullarla kişilere haklar vermesi ve İYA'ların da açıkça yatırımcılardan bahsederek doğrudan onlara haklar vermesine dayanarak eleştirmektedir.¹⁴⁴ Hukuk Sözcüsü Komisyon'un argümanlarının geçersizliğini ve çelişkilerini yatırım hukukuna dair temel kitaplara atıf yaparak yüzlerine vurmaktadır.¹⁴⁵ Burada gerçekten de Komisyon'un Brüksel'in politikalarının değişimini gerekçelendirirken akla karayı seçtiğini görülmektedir.

Achmea kararından çıkan yansımaları bakacak olursak, bunların belki de en önemlisi yatırım uyumsuzluklarının çözümü amacıyla AB-içi İYA'lara dayanarak kurulan tahkim mahkemelerinde verilen kararların AB Üye Devletlerinde uygulama kabiliyetlerini yitirmesidir. Gaillard bu kararı bir anda 200 AB-içi yatırım anlaşmasını patlatan ve tam olarak nereye varacağı henüz kestirilemeyen bir dizi kaotik yansımayı başlatan bir bombaya

¹⁴⁴ Wathelet, para. 154-159.

¹⁴⁵ Wathelet, para. 155-156.

benzetmektedir.¹⁴⁶ Bu bomba ile ABAD, AB Üye Devletlerinin taraf olduğu ve AB hukukunun uygulanacağı, ikili yatırım anlaşmaları ve Enerji Şartı Anlaşması ile kurulan tahkim mahkemelerinin önünü kesmektedir.¹⁴⁷ Bu durum AB Üye Devletleriyle ikili yatırım anlaşması akdetmiş olan diğer devletlerin yatırımcılarının ilgili anlaşmalarda öngörülen uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden devlet mahkemelerine gidilmesi dışında kalan tahkim mahkemelerinin seçilmesini engellemektedir. Achmea kararı sonrasında AB-içi yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için en olası yol Üye Devletlerin, kararda da bahsi geçen Benelüks Adalet Divanı örneğinde olduğu gibi, daimî ortak bir yatırım mahkemesi kurması olarak gözükmektedir.¹⁴⁸ Yakın zamanlarda AB tarafından bu siyasi taktik, özellikle ticaret, yatırım ve çevre konularında sıkça kullanılmaya başlanması, üzerine düşünülmesi gereken bir mesele olarak AB Üye Devletleri dahil bütün devletlerce dikkate alınmalıdır. Avrupa Birliği hukuki kararların arkasına sığınarak elindeki yaptırım sopasıyla diğer ülkelere “talep ettiğim istikamette hareket etmemeniz hâlinde aramızdaki ticaret, mal ve hizmet satımı ve yatırımlar etkilenir” şantajında bulunmaktadır.¹⁴⁹ AB

¹⁴⁶ Gaillard, s. 555.

¹⁴⁷ Achmea ve Komstroy kararları birlikte değerlendirildiğinde Avrupa Birliği, UNCITRAL Çalışma Grubu III'te ve EŞA'nın güncellenmesi için yapılan çalışmalarda mevcut sistemin geliştirilmesi gibi imkânlar üzerine yoğunlaşılmasını değil de kendi görüşü yönünde daimî bir yatırım mahkemesinin kurulması üzerine odaklanılmasını sağlamaya çalıştığı görülmektedir. AB bunun siyasi yönünü takip ederken, ABAD hukuki altyapısını hazırlamaktadır.

Bu anlamda Karacan'ın Achmea ve 1/17 Sayılı Mahkeme Görüşü birlikte değerlendirerek yatırımcı-devlet tahkiminde sona yaklaşıldığı ve çok taraflı bir yatırım mahkemesine doğru sürecin evrildiği kanaatine, AB'nin ABAD'ı da yanına alarak oluşturduğu durumun göstergesi olması açısından katılmaktayız. Bkz. Pınar Karacan, “Avrupa Birliğinde “Achmea” Kararı ve “1/17 Sayılı Görüş” Işığında “Yatırımcı-Devlet” Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasının Geleceği”, 2020, 40(2), Public and Private International Law Bulletin, Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan, s. 1532-1533. Opinion 1/17 of the Court (Full Court) Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU, ECLI:EU:C:2019:341, 30 April 2019 (1/17 Sayılı Mahkeme Görüşü)

¹⁴⁸ Avrupa Birliği'nin UNCITRAL Çalışma Grubu III'ün yürüttüğü yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümünde olası reformlar hakkında gönderdiği görüşünde daimî, birinci derece mahkemesi ve temyiz mahkemesinden oluşan iki aşamalı, tam zamanlı hâkimlerin görev yaptığı bir sistemle var olan sorunların giderilebileceğinden bahsetmektedir. Buradan hareketle AB-içi yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde de benzer bir yöntemi uygulamaya geçirmeleri kuvvetle muhtemeldir. AB ve Üye Devletleri'nin UNCITRAL Çalışma Grubu III'ün yürüttüğü yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümünde olası reformlar hakkında gönderdiği görüşü için bkz. United Nations Commission on International Trade Law, Submission from the European Union and its Member States, Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) Thirty-seventh Session New York, 1–5 April 2019, A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, 24 January 2019.

¹⁴⁹ Avrupa Birliğinin bu tutumuna rağmen *Micula* kararını, Komisyon ve Romanya'nın itirazlarına rağmen, ABD ve İngiltere'nin tenfiz ettiğini görmekteyiz. Ayrıntılı bilgi için bkz.

ayrıca kendi Üye Devletlerine karşı da, ABİHA m. 206 ve m. 207’de yer alan yatırıma ilişkin yetkisini de arkasına alarak, bu devletleri daha önce katılım sürecinde ikili yatırım anlaşması yapmaya zorlamış olabileceğini ancak artık politikasını değiştirdiğini, Üye Devletlerin bu alanda aralarında istedikleri gibi anlaşma yapamayacaklarını ve AB’nin yeni yaklaşımını benimsemek zorunda olduklarını dayatmaktadır.

Achmea kararının diğer bir yansıması ise, uluslararası yatırım hukukunda yatırımcının bir ülkeye yatırımını yaparken dikkat ettiği unsurların en önemlilerinden olan hukuki istikrarın ve öngörülebilirliğin verilen bu kararlarla derinden zedelenmesidir. ABAD, AB Üye Devletlerinin ikili yatırım anlaşmalarında karşılıklı olarak vermiş oldukları yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülmesine imkân veren taahhütleri ortadan kaldırmıştır. AB Üye Devletleri ikna ederek Üye Devletler arasında yapılan ikili yatırım anlaşmalarını ortadan kaldırılmasını sağlamış olsa dahi, bu anlaşmaların yürürlükte bulunduğu süreçte buna güvenerek yatırımlarını gerçekleştiren yatırımcıların menfaatlerini ciddi ölçüde zedelemiştir. Bu durum AB’de yeni yatırım yapmayı planlayan yatırımcıları önlerindeki hukuki imkânları tekrar düşünmeye ve yatırımcının korunmasına ilişkin mevcut mevzuatı yeniden değerlendirmeye sevk edecektir. Yatırımcılar şirket yapılarını tekrar gözden

Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania (I), ICSID Case No. ARB/05/20; Judgment of the Supreme Court of the United Kingdom [2020] UKSC 5 - 19 Feb 2020, para. 117-118, <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-ioan-micula-viorel-micula-and-others-v-romania-i-judgment-by-the-supreme-court-of-the-united-kingdom-wednesday-19th-february-2020#decision_6827> Erişim Tarihi 15.11.2021; Memorandum Opinion and Order of the United States District Court for the District of Columbia - 20 Nov 2020, para. 25, <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-ioan-micula-viorel-micula-and-others-v-romania-i-memorandum-opinion-and-order-of-the-united-states-district-court-for-the-district-of-columbia-friday-20th-november-2020#decision_14093> Erişim Tarihi 15.11.2021; Memorandum Opinion and Judgment of the United States District Court for the District of Columbia - 8 Nov 2021, para. 17-19, <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-ioan-micula-viorel-micula-and-others-v-romania-i-memorandum-opinion-and-judgment-of-the-united-states-district-court-for-the-district-of-columbia-monday-8th-november-2021#decision_18208> Erişim Tarihi 15.11.2021.

Komisyon ABD’de görülen ICSID yatırım tahkimi kararının tenfizine ilişkin olan Micula davası’na, EŞA’ya dayanarak verilen yatırım tahkimi kararının tenfizine ilişkin olan Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. davası, Foresight Luxembourg Solar davası ve Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.A.R.L davasına, ICSID’de görülen EŞA’ya dayanarak verilen yatırım tahkimi kararının iptaline ilişkin olan EISER v. Spain davasına gözlemlerini iletmiştir. Komisyon’un diğer mahkemelere iletmiş görüşleri için bkz. Observations Provided by the Commission to Other Courts, <https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/national-courts/observations-other-courts_en> Erişim Tarihi 15.11.2021.

geçirmek durumunda kalabilecektir. Örneğin AB'de yatırım yapmadan önce yatırımını yapacağı Üye Devlet ile arasındaki ikili yatırım anlaşmasında milletlerarası tahkime gitme imkânı sağlayan hüküm bulunan üçüncü bir ülkeye yatırımını götürüp burada kuracağı başka bir şirket üzerinden yatırımını AB Üye Devletine yapmak gibi yöntemlere başvurabilecektir.¹⁵⁰ Bu kararların yatırımcıların AB'ye olan güvenini azaltabileceği hususu Litvanya'nın Fesih Anlaşması'na ilişkin deklarasyonunda, “*AB-içi İYA'ların feshi ile yatırımcıların ihlal edilen haklarını milletlerarası tahkimde savunma ihtimallerinin ellerinden alınması, yatırımcı haklarının korunmasına ve AB'deki yatırım ortamına olumsuz etki edebilecektir*” şeklinde ifade edilmektedir.¹⁵¹ AB Üye Devletlerinde uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için devlet mahkemelerine alternatif olarak, tarafsız ve bağımsız karar vereceği düşünülen tahkim mahkemelerine gitme imkânı kısıtlanan yatırımcıların, bu gelişmelerden sonra, daha öngörülebilir ve uygun bir tahkim ortamına kavuşmak amacıyla ikili yatırım anlaşmalarında imkân bulunması durumunda tahkim yeri olarak AB Üye Devletleri yerine İngiltere, İsviçre ve Türkiye gibi ülkeleri seçmeye ve verilen kararları AB dışında tenfiz etmeye yönelme ihtimali bulunmaktadır.

Achmea kararının yansımalarından bir diğeri de 2 Eylül 2021 tarihinde ABAD'ın verdiği Komstroy kararıdır. Bu karar ile Enerji Şartı Anlaşması'na göre oluşturulan tahkim heyetlerinin AB Antlaşmalarıyla uyumsuz olduğunun hukuki dayanağı ortaya çıkmıştır. Hukuk Sözcüsü Wathelet, Üye Devletler ve AB tarafından ayrı ayrı imzalanan bütün tarafların eşit olduğu ve yatırımların korunmasına ve yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümüne dair maddi hukuk hükümleri içeren milletlerarası bir anlaşma olan Enerji Şartı Anlaşması'nın AB Antlaşmaları ve ABİHA'ya uyumluluğuna ilişkin hiçbir Üye Devletin ABAD'dan görüş istememiş olmasını bu anlaşmaların AB hukukuyla uyumsuz olabileceğine ilişkin en ufak bir şüpheleri bile olmamasına bağlamıştır.¹⁵² Hukuk Sözcüsü'nün bu görüşü ABAD'ın EŞA konusunu

¹⁵⁰ Frédéric Gillion, Leonardo Carpentieri, “Construction Arbitration and BITs: Is There Still a Future for Intra-EU Investment Arbitration?”, 2018, Part 2, The International Construction Law Review, s. 179-180.

¹⁵¹ Declaration of Lithuania, Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties Between the Member States of the European Union, <<https://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2019049&DocLanguage=en>> Erişim Tarihi 15.11.2021.

¹⁵² Hatta EŞA'nın hazırlanmasında AB'nin rolü göz önüne alındığında sanki bir AB dış anlaşmasına benzetilmektedir. Ivana Damjanovic, Ottavio Quirico, “Intra-EU Investment Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty in Light of Achmea and Vattenfall: A Matter

fark etmesine yol açmış olsa gerek ki verdiği Komstroy kararında pek çok noktada Achmea kararına atıf yapıldığı görülmektedir.¹⁵³ Bu kararda ABAD, EŞA m. 26/2-c'deki uyuşmazlık çözümü mekanizmasının bir Üye Devlet ile başka bir Üye Devletin tabiiyetinde olan yatırımcı arasındaki yatırıma ilişkin uyuşmazlıklara uygulanamayacağına hükmetmiştir.¹⁵⁴ ABAD bu kararını da Achmea kararına benzer şekilde AB hukukunun özerkliğinin ve hususi mahiyetinin korunmasına dayandırmıştır.¹⁵⁵ Enerji Şartı Anlaşması'na dayanan ve aslında EŞA'nın uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlerine ilişkin olmayan bir ön karar başvurusunda, tarafları AB'nin dışında olan (Moldova ve Ukrayna) ancak tahkim yerinin Fransa olarak seçildiği bir tahkim davasının söz konusu olduğu bir uyuşmazlıktaki meseleleri incelerken ABAD'ın bu kararı vermesi kanaatimizce Achmea'nın EŞA'ya etkisine ilişkin soruların bir an evvel açıklığa kavuşturulması isteği olması muhtemeldir.

Wathelet'in görüşüne benzer şekilde bir yorumlama ile mevcut yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizması ile yola devam edilebilecek iken, Brüksel çizgisinden yürüyen ABAD'ın desteğiyle AB, uluslararası yatırım hukukunda gerçekleştirmek istediği siyasi emellerine hukuki boyut vermektedir. Komisyon'un siyasi pozisyonunu AB adına *amicus curiae* olarak sunduğu belgelerden de anlamaktayız. Örneğin, ABD Güney New York Bölgesi Bölge Mahkemesi'ne Foresight Luxembourg Solar 1 S.A.R.L. ve diğerleri v. İspanya davası için sunduğu belgede AB'nin Achmea kararı neticesinde EŞA kapsamında görülen AB-içi yatırım tahkiminin AB hukuku ile tamamen uyumsuz olduğu görüşünde olduğunu daha tartışmalar devam ederken Komstroy kararından yaklaşık on altı ay önce belirtmiştir.¹⁵⁶ Avrupa Birliği'nin ve Euratom'un EŞA'ya Âkit Taraflar olmaları ve bu anlaşmayı akdederken yatırım uyuşmazlıklarının milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesine karşı bir beyanlarının bulunmaması gözetildiğinde, AB'nin taraf olmadığı bir İYA kapsamında oluşturulan tahkim mahkemelerinin AB hukukuna uyumsuz

of Priority", Fall 2019, 26 (1), Columbia Journal of European Law, s. 115.

¹⁵³ Komstroy kararı, para. 33, 42, 43, 45, 46, 51, 52, 53, 58, 59, 60, 61, 63 ve 64.

¹⁵⁴ Komstroy kararı, para. 66.

¹⁵⁵ Komstroy kararı, para. 63, 65.

¹⁵⁶ Brief of The European Commission on Behalf of The European Union as Amicus Curiae in Support of The Kingdom of Spain, United States District Court for The Southern District of New York, Foresight Luxembourg Solar 1 S.A.R.L. et. al. v. The Kingdom of Spain, 3 May 2019, s. 23-24, <https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-04/foresight_amicus_curiae_2019_US_district_court_newyork_observation_en.pdf> Erişim Tarihi 15.11.2021.

olduğu sonucuna varılan Achmea kararını emsal göstermeleri, çok önceden Avrupa Birliği'nin bu görüşte olduğunu ve ABAD'ın görüşlerini etkilediğinin bir işaretidir.

Ayrıca, Hukuk Sözcüsü'nün de işaret ettiği gibi AB'nin yatırım tahkimi yargılamalarında AB hukukunun özerkliğinin korunması ve AB hukukunun yeknesak olarak yorumlanması ve uygulanması konusunda sahip olduğu sert görüşe rağmen, 2018'in Ekim ayında imzalanan AB-Singapur Serbest Ticaret Anlaşması - Yatırım Koruma Anlaşması'nda, Üye Devlet mahkemelerinin hakem kararlarının AB hukukuna uyumunu inceleyebileceği herhangi bir hukuki yöntem bulunmayan ICSID'i tahkim kurumu olarak seçilmesine anlam vermek zordur.¹⁵⁷

Her ne kadar milletlerarası ticari tahkim hakkında AB'nin görüşü AB Antlaşmaları'na uyumlu olduğu şeklinde olsa da, ABAD tarafından kabul edilen Achmea kararı neticesinde, yargılama sırasında Komisyon'un ve bazı AB üyesi devletlerin ileri sürdüğü, tahkim mahkemelerinin AB Antlaşmalarınca belirlenen yetki dağılımına ve AB hukuk sisteminin özerkliğine zarar verdiği gibi iddialar, AB hukukuna ilişkin meselelerin ortaya çıkma ihtimali bulunan bütün tahkim yargılamalarında gelecekte karşımıza çıkabilecektir. Achmea kararından, bu kararın milletlerarası ticari tahkime teşmil edilmeyeceğinin anlaşılmasına rağmen, ticari tahkimde de hakemler tarafından AB hukukunun yorumlanması ve uygulanması gerçekleştirilmektedir.¹⁵⁸ İleride AB'nin "sistemsel risk" görüp, AB Üye Devletlerine tabii olanların taraf olduğu milletlerarası ticari tahkim davalarında, tahkim yerinin AB Üye Devletleri dışında seçilmesini, burada verilen kararların da AB hukukunun yeknesak yorumlanmasını ve AB hukuk sisteminin etkinliği ve özerkliğinin denetimini güvence altına almak için AB Antlaşmalarına aykırı olduğunu savunması önünde hiçbir engel kalmamıştır. Bunun sonucunda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından olan tahkime ve dolayısıyla Achmea kararına göre ABAD'ın

¹⁵⁷ Gerçekten de ICSID Konvansiyonu m. 54/1'e göre Konvansiyon'a taraf devletlerin mahkemeleri ICSID tahkim kararlarını bağlayıcı olarak kabul etmek ve maddi yükümlülüklerle dair hükümleri kendi ülkesinin mahkemelerinde verilmiş olan nihai karar gibi uygulamak zorundadır. Bu hakem kararını kamu düzeni yönünden inceleme imkânı bulunmamaktadır. Denetim imkânı olmaması dolayısıyla ABİHA m. 267'nin ihlali ihtimali ortaya çıkabilecektir. Thomas Hoppe, "The German Federal Court of Justice Marks a Possible Way for the CJEU's Preliminary Ruling: The Compatibility of Investment Arbitration Clauses in Intra-EU Bilateral Investment Treaties with European Union Law", 2016, 59, German Yearbook of International Law, s. 623.

¹⁵⁸ Gaillard, s. 556.

denetiminde olmayan kararların AB Üye Devletlerinde icra edilebileceğine olan güven baltalanmıştır.

Son olarak, ABAD'ın verdiği bu kararlara rağmen, 2020 yılına gelindiğinde açılan 68 anlaşmaya dayanan yatırımcı-devlet tahkimi davasından 9'unun AB-içi uyuşmazlıklar olduğu ve bunların 5'inin AB-içi İYA'lara, 4'ünün ise Enerji Şartı Anlaşmasına dayandığı görülmektedir. Yatırımcılar, AB-içi yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarını Achmea kararı ve AB Üye Devletleri Arasındaki İkili Yatırım Anlaşmalarının Feshi Anlaşması'na rağmen tahkime götürmeye devam etmektedir. Bu durum, AB'nin bütün engellemelerine ve mevcut yatırım tahkimi mekanizmasının eksik yönlerine rağmen yatırımcının devlete karşı korunmasında en iyi yöntemin halen milletlerarası tahkim olduğunu gösteren önemli bir istatistiktir.

KAYNAKÇA

2013/336/EU: Council Decision of 25 June 2013 Increasing the Number of Advocates-General of the Court of Justice of the European Union, OJ L 179, 29.6.2013.

Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties Between the Member States of the European Union, SN/4656/2019/INIT, OJ L 169, 29.5.2020.

Aktoprak P, "Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği Adalet Divanı Bakımından Temel Hakların İncelenmesi", 2017, 19(Özel Sayı), DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, s. 3025-3057.

Alyanak S, "Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Teşkilatlanması", 2014, 72(3), Ankara Barosu Dergisi, s. 253-281.

Arsava F, Roma Antlaşmasında Ön Karar Prosedürü ve Bu Prosedür Çerçevesinde Doğan Sorunlar, Ankara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi No: 31, Ankara, 2009.

Baykal S, Göçmen İ, Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

Brief of The European Commission on Behalf of The European Union as

Amicus Curiae in Support of The Kingdom of Spain, United States District Court for The Southern District of New York, Foresight Luxembourg Solar 1 S.A.R.L. et. al. v. The Kingdom of Spain, 3 May 2019.

Cameron P, *International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability*, Oxford University Press, New York, 2010.

Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012.

Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union Consolidated version of the Treaty on European Union Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union Protocols Annexes to the Treaty on the Functioning of the European Union Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007 Tables of equivalences, OJ C 202, 7.6.2016.

Council of the European Union Trade Policy Committee (Services and Investment), *Intra-EU Investment Treaties Non-paper from Austria, Finland, France, Germany and the Netherlands*, 7 April 2016.

Damjanovic I, Quirico O, “Intra-EU Investment Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty in Light of Achmea and Vattenfall: A Matter of Priority”, Fall 2019, 26 (1), *Columbia Journal of European Law*, s. 102-156.

Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States on the Legal Consequences of the Judgement of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union, 15 January 2019.

Gaillard E, “The Myth of Harmony in International Arbitration”, 2019, 34(3), 2018 Lalive Lecture, *ICSID Review*, s. 553-568.

Gillion F, Carpentieri L, “Construction Arbitration and BITs: Is There Still a Future for Intra-EU Investment Arbitration?”, 2018, Part 2, *The International Construction Law Review*, s. 167-181.

Hoppe T, “The German Federal Court of Justice Marks a Possible Way for the CJEU’s Preliminary Ruling: The Compatibility of Investment Arbitration Clauses in Intra-EU Bilateral Investment Treaties with European Union Law”, 2016, 59, *German Yearbook of International Law*, s. 615-624.

Karacan P, “Avrupa Birliğinde “Achmea” Kararı ve “1/17 Sayılı Görüş” Işığında “Yatırımcı-Devlet” Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasının Geleceği”, 2020, 40(2), Public and Private International Law Bulletin, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, s. 1507-1534.

Lenz C, “The Role and Mechanism of the Preliminary Ruling Procedure”, 1994, 18(2), Fordham International Law Journal, s. 388-409.

Observations Provided by the Commission to Other Courts, <https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/national-courts/observations-other-courts_en> Erişim Tarihi 15.11.2021.

Opinion 1/17 of the Court (Full Court) Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU, ECLI:EU:C:2019:341, 30 April 2019.

Opinion 2/13 of the Court (Full Court) Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU, EU:C:2014:2454, 18 December 2014.

Opinion of Advocate General Wathelet, Case C-284/16, Slovakische Republik v Achmea BV, ECLI:EU:C:2017:699, 19 September 2017.

Regulation (EU, Euratom) 2016/1192 of the European Parliament and of the Council of 6 July 2016 on the transfer to the General Court of jurisdiction at first instance in disputes between the European Union and its servants, OJ L 200, 26.7.2016.

Sirmen K S, “The Concept of Public Policy in the Eco Swiss Decision of the Court of Justice of the European Union and Its Impact on the Intra-EU Investment Treaty Arbitrations”, 2021, 12(2), Inonu University Law Review, s. 438-449.

UNCITRAL, Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, United Nations New York, 2014.

UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement Cases Pass the 1,000 Mark: Cases and Outcomes in 2019, IIA Issues Note, Issue 2, July 2020.

UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement Cases: Facts and Figures 2020, IIA Issue Note, Issue 4, September 2021.

UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2016, IIA Issues Note, Issue 1, May 2017.

UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in

2017, IIA Issues Note, Issue 2, June 2018.

UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2018, IIA Issues Note, Issue 2, May 2019.

United Nations Commission on International Trade Law, Submission from the European Union and its Member States, Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) Thirty-seventh Session New York, 1–5 April 2019, A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, 24 January 2019.

United Nations, Report of the United Nations Commission on International Trade Law, Fiftieth Session (3-21 July 2017), General Assembly Official Records Seventy-second Session, Supplement No. 17, A/72/17, New York, 2017.

Yusuf G, Tan G, Case Comment United Utilities (Tallinn) BV v Estonia, “ICSID Arbitration after Achmea: the Beginning of the End or the End of the Beginning?”, 2020, 35(1-2), ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, s. 1-14.

KARARLAR

Achmea B.V. (formerly known as Eureko B.V.) v. The Slovak Republic, Final Award, PCA Case No. 2008-13, 7 December 2012.

Charanne B.V. and Construction Investments S.à.r.l. v .Kingdom of Spain, SCC Case No 062/2012.

Electrabel S.A. v. Hungary, ICSID Case No ARB/07/19.

Eureko B.V. v. The Slovak Republic, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, PCA Case No. 2008-13, 26 October 2010.

Ioan Micula and Others v. Romania, ICSID Case No ARB/05/20.

Judgment of the Court (First Chamber), Case C-168/05, Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL, ECLI:EU:C:2006:675, 26 October 2006.

Judgment of the Court (First Chamber), Case C-567/14, Genentech Inc. v. Hoechst GmbH and Sanofi-Aventis Deutschland GmbH, ECLI:EU:C:2016:526, 7 July 2016.

Judgment of the Court (Fourth Chamber), Case C-125/04, Guy Denuit and Betty Cordenier v. Transorient - Mosaique Voyages et Culture SA, ECLI:EU:C:2005:69, 27 January 2005.

Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-182/15, Aleksei Petruhhin, ECLI:EU:C:2016:630, 6 September 2016.

Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-196/09, Paul Miles and Others v. Écoles Européennes (European Schools), ECLI:EU:C:2011:388, 14 June 2011.

Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-284/16, Slovakische Republik (Slovak Republic) v. Achmea BV, ECLI:EU:C:2018:158, 6 March 2018.

Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-459/03, Commission of the European Communities v. Ireland, ECLI:EU:C:2006:345, 30 May 2006.

Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-741/19, Republic of Moldova v. Komstroy LLC (successor in law to the company Energoalians), ECLI:EU:C:2021:655, 2 September 2021.

Judgment of the Court (Second Chamber), Case C-377/13, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA v. Autoridade Tributaria e Aduneira, ECLI:EU:C:2014:1754, 12 June 2014.

Judgment of the Court, Case 109/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (Union of Commercial and Clerical Employees, Denmark) v. Dansk Arbejdsgiverforening (Danish Employers' Association), acting on behalf of Danfoss A/S, ECLI:EU:C:1989:383, 17 October 1989.

Judgment of the Court, Case 186/87, Ian William Cowan v. Le Trésor public (Treasury), ECLI:EU:C:1989:47, 2 February 1989.

Judgment of the Court, Case C-102/81, Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG., ECLI:EU:C:1982:107, 23 March 1982.

Judgment of the Court, Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV, ECLI:EU:C:1999:269, 1 June 1999.

- Judgment of the Court, Case C-337/95, Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV v. Evora BV, ECLI:EU:C:1997:517, 4 November 1997.
- Judgment of the Court, Case C-393/92, Gemeente (Municipality of) Almelo and others v. Energiebedrijf Ijsselmij NV, ECLI: EU:C:1994:171, 27 April 1994.
- Judgment of the Supreme Court of the United Kingdom [2020] UKSC 5 - 19 Feb 2020.
- Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft and Inicia Zrt v. Hungary, ICSID Case No. ARB/17/27.
- Marfin Investment Group Holdings S.A., Alexandros Bakatselos and others v. Güney Kıbrıs Rum Yönetimi, ICSID Case No ARB/13/27.
- Memorandum Opinion and Judgment of the United States District Court for the District of Columbia - 8 Nov 2021.
- Memorandum Opinion and Order of the United States District Court for the District of Columbia - 20 Nov 2020.
- Micula, Viorel Micula and others v. Romania (I), ICSID Case No. ARB/05/20.
- Order of the Court (Eighth Chamber), Case C-555/13, Merck Canada Inc. v. Accord Healthcare Ltd, Alter SA, Labochem Ltd, Synthron BV, Ranbaxy Portugal - Comercio e Desenvolvimento de Produtos Farmaceuticos, Unipessoal Lda, ECLI:EU:C:2014:92, 13 February 2014.
- RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No ARB/13/30.
- Theodoros Adamakopoulos and others v. Güney Kıbrıs Rum Yönetimi, ICSID Case No ARB/15/49.

SIRA CETVELİNİ ŞİKÂYETİN KABULÜ KARARLARINDA HÜKÜM SONUCUNUN OLUŞTURULMA BİÇİMİNE İLİŞKİN YARGITAY UYGULAMASININ ELEŞTİRİSİ

Cemal Fazıl KARAKAŞ*

ÖZ

Bu yazının konusu Yargıtay 23. (daha sonra 15 ve şimdi 6.) Hukuk Dairesinin ve Hukuk Genel Kurulunun sıra cetvelini şikâyet yargılaması sonunda verilen kabul (sıra cetvelinin iptali) kararlarının ne şekilde kaleme alınacağı konusundaki tutumunun eleştirilmesidir.

Daire ve Genel Kurul sıra cetveline şikâyetin kabulü halinde icra mahkemesinin iptal üzerine düzenlenecek sıra cetvelinin ne şekilde olacağını gerekçede belirleyerek sıra cetvelinin iptaline karar vermekle yetinmesi gerektiğini, bu ayrıntıların hüküm fıkrasında gösterilmesinin hukuka aykırı olduğunu vurgulamaktadır.

Yazıda hükmün kaleme alınışına ilişkin yasal düzenleme (HMK m.297), şikâyet yargılaması ilkeleri, icra müdürünün yetkisi, karar gerekçesinin etkisi, uyumsuzluğun giderilmesi ve eda hükmü kurulması çerçevesinde, uygulamada ortaya çıkan sorunlar da gözetilerek Dairenin ve Genel Kurulun bu tavrının yerinde olmadığı; bunun yerine hakimin iptal üzerine düzenlenecek yeni sıra cetvelinin ne şekilde olması gerektiğini kararında belirtmesinin amaca daha uygun olduğu hususu gösterilmeye çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yargıtay, sıra cetveli, icra mahkemesi, şikâyet, hüküm

CRITIQUE OF THE SUPREME COURT'S PRACTICE REGARDING FORMATION MODEL OF JUDGEMENT CONCLUSION IN THE ACKNOWLEDGEMENT AWARD OF THE COLLOCATION PLAN COMPLAINT

ABSTRACT

This paper's subject is critique of the attitude in how to formulate the acknowledgement (annulment of collocation plan) awards issued by the 23rd

* **Jur. Dr.**, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku; **BBA**, Muhasebe ve Finansman; **Hâkim**, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesi Üyesi/ANKARA, **e-posta:** cemalfazil@gmail.com

ORCID: 0000-0002-0952-1959

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1066645

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 08/06/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 25/11/2021

(now15th) Civil Chamber and Assembly of Civil Chamber at the end of collocation plan complaint proceeding.

In case of acknowledgment of collocation plan complaint, the Chamber and the Assembly emphasize that the execution court just shall annul the collocation plan and determine in reasoning part of the award how to form a new collocation plan after the annulment; demonstration of these details in conclusion of judgement would be against law.

This paper demonstrates that these attitudes of Chamber and Assembly are not convenient, in writing principles of judgement (HMK m.297), the context of complaint proceedings, authority of execution officer, effect of judgement motive, solving the main dispute, passing the performance verdict and implementation problems which arised from these attitudes.

Keywords: *Court of Cassation, collocation plan, execution court, complaint, judgement.*

GİRİŞ

Bu yazının konusu Yargıtay 23. (daha sonra 15 ve şimdi 6.) Hukuk Dairesinin¹ (HD) ve Hukuk Genel Kurulunun (HGK) sıra cetvelini şikâyet yargılaması sonunda verilen kabul (sıra cetvelinin iptali) kararlarının ne şekilde kaleme alınacağı konusundaki tutumunun eleştirilmesidir.

Daire ve Genel Kurul sıra cetveline şikâyetin kabulü halinde icra mahkemesinin iptal üzerine düzenlenecek sıra cetvelinin ne şekilde olacağını gerekçede belirleyerek sıra cetvelinin iptaline karar vermekle yetinmesi gerektiğini, bu ayrıntıların hüküm fıkrasında gösterilmesinin hukuka aykırı olduğunu vurgulamaktadır.

¹ Sıra cetveline itiraz üzerine verilen kararlar 04.02.2021 tarihine kadar Yargıtay 23. Hukuk Dairesince inceleniyordu. Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun 03.11.2020 gün ve 245 sayılı kararı ile anılan tarihte bu Daire kapatılarak işleri 15. Hukuk Dairesine aktarılmıştır <<https://www.yargitay.gov.tr/documents/isbolumu/245isbolumu.pdf>> Erişim Tarihi: 8 Kasım 2021.

Daha sonra Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun 02/07/2021 tarihli ve 211 sayılı Kararı ile bu Dairenin numarası 6. Hukuk Dairesi olarak değiştirilmiştir <<https://www.yargitay.gov.tr/documents/ek1-1632234416.pdf>> Erişim tarihi: 8 Kasım 2021.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi kararları da aynı yöndedir, fakat aşağıdaki karar ayrıca direnme üzerine Hukuk Genel Kurulunca da benimsendiğinden, inceleme konusu olarak seçilmiş, konuyla ilgili birkaç karara da işaret edilmiştir.

Değerlendirme yazısında gerek şikâyet yargılaması ilkeleri ve gerek uygulamada ortaya çıkardığı sorunlar bağlamında Dairenin ve Genel Kurulun bu tavrının yerinde olmadığı (yazarın Yargıtay deneyiminden de yansımalarla) gösterilmeye çalışılacaktır.

I. YARGITAY KARARLARI

Değerlendirmeye esas aldığımız kararlardan ilki ilk derece mahkemesinin direndiği Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 21.06.2013 gün ve 2013/2748 E, 2013/4291 K sayılı kararı² ile buna ilişkin direnmeyi aynı gerekçelerle bozan Hukuk Genel Kurulunun 06.11.2015 gün ve 2014/23-1179 E, 2015/2434 K sayılı kararıdır³.

Hukuk Genel Kurulu kararında Daire kararının ilgili kısmı şu şekilde aktarılmaktadır:

“3- Sıra cetveline yönelik şikâyetlerde İcra Mahkemesi, önüne gelen şikâyetleri sonuçlandırmak ve icra müdürüne bu yönde talimat vermekle görevli olup, düzenlenecek yeni sıra cetvelinde sıra cetvelinin hangi ilkelere göre düzenleneceğini belirtmesi, diğer anlatımla alacaklıların ne miktar için hangi sıralarda yer alması gerektiğini saptaması, hukuka uygun olmayan kısımları göstermesi, bu çerçevede işlem yapılması için icra müdürüne talimat vermesi (İİK. m.17/I) gerektiğinden, iptal nedenlerinin gerekçede belirtilmesi ve sıra cetvelinin iptaline karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken, HMK'nın hüküm fıkrasında gerekçeye ait herhangi bir sözün tekrar edilmemesine ilişkin 297/2. maddesine aykırı olarak gerekçe kısmı hüküm bölümünde yeniden tekrar edilmek suretiyle hüküm tesisi de doğru olmamıştır...”

Bu bozmayı benimseyen Hukuk Genel Kurulu gerekçesi “... *tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır*” şeklindeki formülle ifade edilmiştir.

Karar oyçokluğu ile çıkmış olup aykırı oy kullanan Seyit Çavdar, Ayhan Tuncal⁴, Mete Duman, ve Nuri Güleç'in ayrı birer karşı oyu eklenmemiş

² <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi: 8 Kasım 2021.

³ <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi: 8 Kasım 2021.

⁴ Belirtmek gerekir ki Sn. *Seyit Çavdar* sıra cetveline yönelik itiraz davaları üzerine genel

olmakla birlikte, adı geçenlerin görüşmeler sırasında ileri sürdükleri düşünceler şu şekilde karara yansıtılmıştır: “...İcra ve İflas Kanunu’nun 17 nci maddesi uyarınca icra müdürünce hukuka aykırı biçimde yapılan işlemlerin icra hâkimi tarafından düzeltilmesinin mümkün olduğu, bu usulün icra hâkiminin icra müdürünün yerine geçerek onun yapması gereken işlemi yapamayacağına ilişkin yasağa aykırı olmadığı ve böylelikle uyuşmazlığın tamamen çözüleceği; nitekim Özel Daire’nin ilk bozmasında hükmün kurulma biçimine ilişkin bir noktaya temas etmediği ve gerekçeye ait bir sözün hükümde tekrarlanmaması konusunda esnek davranılabileceği...”.

Dairenin bunun dışında aynı sonuca yönelik birçok kararında da diğer gerekçelere ek olarak “...eda hükmü kurulmaması gerektiği...” hususunda değindiği gözlemlenmektedir (Yargıtay 23 HD, 2020/8662-2123, 17.06.2020)⁵.

II. DEĞERLENDİRME

A. Hükmün Kaleme Alınmasına İlişkin Yasal Düzenleme (HMK m.297/2) Bakımından

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) “hükmün kapsamı” başlıklı 297’nci maddesinin 2 numaralı fıkrasında hükmün sonuç kısmında gerekçeye ait herhangi bir sözün tekrar edilmemesi ilkesi vurgulanmıştır. Ancak bu ilkenin Türk dilinin, hukuk tekniğinin ve mantığın gerekleri çerçevesinde uygulanması gerektiğinde tereddüt bulunmamalıdır.

Yasa koyucunun bu düzenleme ile kastettiği husus gerekçedeki hiçbir sözcüğün hüküm fıkrasında asla (ve asla) kullanılmayacağına ilişkin bir yasak değildir. Nitekim birçok sözcüğün hem gerekçede hem de hüküm sonucu fıkrasında yer alması kaçınılmazdır. Söz gelimi tarafların boşanmaya ilişkin sunduğu delillerin tartışıldığı yerde de hüküm fıkrasında da “boşanma”, “velayet”, “nafaka” gibi sözcüklerin; bir tapu iptali ve tescil davasında taşınmazı tanımlayan il, ilçe ve mevki adlarıyla ada ve parsel numaralarının

mahkemelerden ve şikâyetler üzerine icra mahkemelerinden verilen kararların temyiz denetimi ile görevli Yargıtay 19. Hukuk Dairesinde uzun yıllar tetkik hâkimi, üye ve başkan olarak çalışmış, nihayet Hukuk Genel Kurulu Başkanlığı görevi sırasında yaş haddinden emekli olmuştur.

Sn. *Ayhan Tuncal* ise uzun yıllar icra mahkemesi hâkimliği yaptıktan sonra icra mahkemelerince verilen kararların temyiz incelemesi ile görevli Yargıtay 12. Hukuk Dairesinde üye olarak çalışmıştır. *Tuncal* halen anılan Dairenin başkanıdır. Bununla, karşı görüş sahiplerinin icra hukuku tekniğine vâkıf kimseler olduğunu ifade etmek istiyorum.

⁵ <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi: 8 Kasım 2021.

ve nihayet bir eda davasında alacak tutarının, faiz başlangıç tarihi ve faiz oranının tekrarlanması gereklidir.

Yasanın engellemeye çalıştığı husus hüküm sonucu kısmında gerekçede olduğu gibi farklı görüşlerin, iddia ve savunma sebepleri ile bunları ispata yarayan vasıtaların, bunların üstün tutulma nedenlerinin “bir kez daha” yazılması tehlikesidir çünkü bu durum infazda tereddüte yol açar. Hüküm sonucu kısmı bütün tartışmalardan arındırılmış ve infazı kabil bir metnin varlığını gerektirir.

Bu çerçevede “*sıra cetvelinin iptaline; birinci derecede alacağı ipotekle temin edilen A’ya 100,-TL, ikinci derecede hacze iştirak eden B’ye 80,-TL ve yine ikinci derecede hacze iştirak eden C’ye 30,-TL isabet ettirilmek suretiyle yeniden sıra cetveli düzenlenmesine*” dair verilen bir karar Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 297’nci maddesine aykırı sayılamaz.

Nitekim yukarıda paylaşılan Hukuk Genel Kurulu kararının görüşmeleri sırasında aykırı oy kullanan üyelerin “*gerekçeye ait bir sözün hükümde tekrarlanmaması konusunda esnek davranılabileceği*” şeklinde serdettikleri görüş de bu tezi desteklemektedir.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin anılan yasal düzenleme çerçevesinde gerekçeye ait bir sözün tekrarlanmamasına ilişkin değerlendirmesi yerinde değildir.

B. Şikâyet Yargılaması Tekniği Bakımından

Şikâyet icra takibinin taraflarına veya hukuki yararı bulunan diğer kişilere tanınmış ve bu yolla icra ve iflas dairelerinin yasaya veya olaya uygun olmayan işlemlerinin iptalini veya düzeltilmesini ya da yapmadıkları veya geciktirdikleri işlemlerin yapılmasını sağlayan hukuki bir çaredir⁶.

⁶ Hakan Pekcanitez ve Cemil Simil, *İcra ve İflas Hukukunda Şikâyet*, 2. Baskı, Vedat, 2017, s.48-49, n.148; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 8. Baskı, On İki Levha, 2021, s.59; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin, 2020, s.77.

Yaygın görüş bu olmakla birlikte şikâyetin hukuki niteliği konusunda farklı görüşler de ileri sürülmektedir. Örneğin *Kuru* bunun bir yasa yolu olduğu görüşündedir; bkz. Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet, 2013, s.103. *Postacıoğlu ve Altay* ile *Atalı, Ermenek ve Erdoğan* ise şikâyeti “icra mahkemesine başvuru” olarak nitelendirmiştir; bkz. İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, *İcra Hukuku Esasları*, 5. Baskı, Vedat, 2010, s.57; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin, 2021, s.51 ve özellikle s.53-54.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 16'ncı maddesine göre dört şikâyet sebebi vardır:

1. İşlemin yasaya aykırılığı,
2. İşlemin olaya uygun olmaması,
3. Bir hakkın yerine getirilmemesi,
4. Bir hakkın sürüncemede bırakılması.

“*Yasaya aykırılık*” yasalarda (hatta tüzük ve yönetmeliklerde) açıkça belirtilen ya da bunların hükümlerinden zımnen çıkarılan bir hukuk kuralının icra müdürünce hiç veya yanlış uygulanması; bununla takip hukukunun anlam ve ruhuna aykırı bir sonucun ortaya çıkartılması⁷ ve buna ek olarak bir olayın hukuki takdirinde hata edilmiş olmasıdır⁸. Yasaya aykırılık genel bir şikâyet sebebi sayılmakta, şikâyetin gerekçesi diğer (özel) şikâyet nedenlerinden hiçbirine dahil edilemiyorsa bu genel sebebe dayanılacağı kabul edilmektedir⁹.

İcra müdürü işleminin “*olaya uygun olmaması*” da bir şikâyet sebebidir ve bu ihtimal yasada icra müdürüne bir takdir yetkisi tanındığı hallerde ortaya çıkabilir¹⁰; takdir yetkisi tanınmayan hallerde bu yetki varmış gibi yapılan işlem, olaya uygunluk kriterine değil yasaya aykırılık kriterine göre şikâyete konu olur¹¹.

“*Bir hakkın yerine getirilmemesi*” icra organının yapması gereken işlemlere/taleplere karşı hareketsiz kalması; şu veya bu şekilde bir karar vermemesidir¹².

“*Hakkın sürüncemede bırakılması*” icra müdürünün gerek bir talep üzerine ve gerek kendiliğinden yapması gereken işlemi için gerektirdiği süre

⁷ Saim Üstündağ, *İcra Hukuku Esasları*, 8. Baskı, kendi yayını, 2004, s.45; Kuru (n 6) s.105.

⁸ Üstündağ (n7) s.46; Pekcanitez ve Simil (n 6) s.90, n.223.

⁹ Pekcanitez ve diğerleri (n 6) s. 61; Arslan ve diğerleri (n 6) s. 78; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 6) s.55.

¹⁰ Kuru (n 6) s.105; Üstündağ (n 7) s.47; Pekcanitez ve Simil (n 6) s.91 vd., n.236 vd.; Pekcanitez ve diğerleri (n 6) s.61; Arslan ve diğerleri (n 6) s.78-79; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 6) s.55-56; Abdurrahim Karlı, *İcra Hukuku Ders Kitabı*, 1. Baskı, Alternatif, 2010, s.143; Mehmet Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku*, 6. Baskı, Beta, 2015, s.31.

¹¹ Pekcanitez ve Simil (n 6) s.95, n.232; Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 10) s.32.

¹² Pekcanitez ve Simil (n 6) s.101, n.238; Karlı (n 10) s.144.

içinde yapmamasıdır. Bu şikâyet sebebi “hakkın yerine getirilmemesi” ile çok yakın olup, yerine göre somut olayın özellikleri dikkate alınarak farkları tespit edilebilir.

İcra ve İflas Kanunu’nun 16 ilâ 18’inci maddelerinde düzenlenen şikâyet usulünde icra mahkemesinin şikâyeti kabul etmesi halinde vereceği üç tür karardan söz edilmiştir. Buna göre icra mahkemesi icra dairesinin kararını ya bozar (iptal eder) ya da düzeltir. Yasanın öngördüğü üçüncü karar türü icra dairesinin “bir işlem yapmadığı haller”e münhasırdır ve memurun sebepsiz yapmadığı veya geciktirdiği işlerin yapılması konusunda icra mahkemesi kararı bir “emir/talimat” içerir (İİK m.17).

Bu noktada belirtilmelidir ki satış yapılmasına, satış tutarının icra vezasine girmesine ve bu tutarın, bedeli paylaşımına konu mal ya da hak üzerindeki birden çok alacaklının alacağına yetmeyeceği anlaşılmasına rağmen icra memuru re’sen düzenlemesi gereken sıra cetvelini düzenlememekte ısrar ediyorsa bu durum hakkın sürüncemede bırakılması olarak kabul edilmelidir¹³. İşte bu halde icra mahkemesi (süresiz) şikâyet üzerine sıra cetveli yapılması konusunda icra müdürüne emir verebilir; bu ihtimalde dahi icra mahkemesinin (henüz)¹⁴ sıra cetvelinin ne şekilde yapılacağına dair bir yönlendirme yapması mümkün değildir.

Oysa icra müdürü sıra cetvelini düzenlemiş fakat bunda hatalar yapmışsa artık ortada bir yasaya aykırılık durumu mevcuttur. Bu durumda da icra mahkemesinden icra müdürüne emir vermesi değil (İİK m.17) sıra cetvelinin iptaline ya da düzeltilmesine karar vermesi istenebilir¹⁵. Burada şikâyet yedi

¹³ Adnan Deynekli ve Sedat Kısa, Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli, 3. Baskı, Turhan, 2005, s.147.

¹⁴ Bu aşamada icra müdürünün derecelendirmeye ve sıralamaya ilişkin bir belirlemesi ve doğal olarak buna yönelik bir çekişme olmadığından, sıra cetvelinin düzenlenmesine ilişkin icra mahkemesi talimatı derecelendirmeye ve sıralamaya yönelik unsur içeremez. Örneğin icra mahkemesi “sıra cetveli düzenlenmesine; düzenlenecek sıra cetvelinde alacaklı A’nın 100,- TL için birinci, B’nin 80,-TL için ikinci derece alınmasına” karar veremez.

¹⁵ Deynekli ve Kısa (n 13) s.146. Meriç’in buradaki yaklaşımı tarafımızdan tam olarak anlaşılammıştır. Yazar önce “Şikâyet yargılaması sonucunda mahkeme sıra cetvelindeki eksikliğe bağlı olarak işlemin iptaline veya sıra cetvelindeki yanlışlığa bağlı olarak cetvelin düzeltilmesine karar verecektir” (s.267) demiş; daha sonra şikâyetin sıra cetvelinin geçersizliğini hedef alması halinde icra mahkemesinin sadece geçersizliğe (iptal kast ediliyor olmalı) karar vereceğini belirtmiş (s.268), nihayet sıra cetvelinin takip hukuku kuralları ihlal edilerek oluşturulduğuna ilişkin iddialar ileri sürülerek düzeltme istenen hallerde icra mahkemesinin sıra cetvelini düzeltmeyeceğini, sadece iptale karar vereceğini ifade etmiştir (s.269). Bu durumda yazar hem düzeltmeyi kabul etmiş hem de her türlü durumda iptal kararı verilmesi

günlük süreye tâbidir (İİK m.142).

Şu husus da gözden kaçırılmamalıdır: İcra mahkemesi kural olarak işlemi düzeltmekle yetinir; icra müdürünün yerine geçerek işlemi kendisi yapamaz. Fakat icra mahkemesinin düzeltme kararı, icra müdürüne işlemi düzelterek yeniden yapma görevi de yükler. Söz gelimi borçlunun maaşının tamamına haciz konulmuşsa icra mahkemesi bu haczin maaşın dörtte biri üzerine konulacağını belirtir; yoksa ilgili yere haciz müzekkeresini kendisi yazmaz. İcra mahkemesinin düzeltme kararı maaş haczini yapan birime gönderilerek mutemedin karar gereğini yerine getirmesi beklenemez; icra müdürünün icra mahkemesinin düzeltme kararına uygun biçimde yeni bir maaş haczi yazısı yazarak borçlunun işyerine göndermesi gerekir. Bu bakımdan icra mahkemesinin işlemi düzeltilmesi ve icra müdürünün de düzeltmeye uygun yeni bir işlem yapması, İcra ve İflas Kanunu'nun 17'nci maddesi anlamında talimat verme de değildir.

İcra mahkemesinin iptal üzerine düzenlenecek yeni sıra cetvelinin ne şekilde yapılacağını hükümde göstermesi bu ilkeyle uyumludur. Çünkü icra mahkemesi hüküm fıkrasında sıra cetvelini bizzat yapmamakta, şikâyet çerçevesinde ortaya konulan çekişmeyi gidererek iptal üzerine düzenlenecek sıra cetvelinin ne şekilde yapılacağını icra müdürüne göstermektedir. Bu itibarla iptal üzerine yeni sıra cetvelini yine icra dairesi yapacaktır.

Yargılama tekniği bakımından şu da belirtilmelidir ki sıra cetveline itiraz davaları kural olarak genel mahkemelerde açılır. İcra mahkemesinin görevi itirazın yalnızca sıraya yönelik olduğu (ve icra memurunun hukuku yanlış uyguladığı) hallerle sınırlıdır. Bir diğer ifade ile davacı hem sıraya ve hem de alacağın esas ve miktarına itiraz ediyorsa genel mahkeme görevlidir. Bu halde genel mahkeme de iptal ve yeniden düzenleme kararı verebilir ve paylaşırmanın ne şekilde yapılacağını kararında gösterir¹⁶; bir diğer ifade ile

gerektiği sonucuna varmış görünmektedir; bkz. Nedim Meriç, Türk-İsviçre İcra Hukukunda Paylaşırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları, 1. Baskı, Yetkin, 2015, s.267 vd.

¹⁶ Bu durumu şu şekilde örneklendirebiliriz:

Davacı üst sıradaki alacaklının haczinin düştüğünü ve sıra cetvelinde hiç yer almaması gerektiğini, kaldı ki bu alacağın diğer alacaklılardan mal kaçırma maksadıyla borçlu ve davalı alacaklının anlaşmasıyla (muvazaalı biçimde) oluşturulduğunu ileri sürmüştür. Muvazaa iddiasının incelenmesi için öncelikle sıralamada sorun olmayan bir sıra cetvelinin bulunması gerekir. Bir diğer ifade ile bu tür iddialarda öncelikle sıraya yönelik itiraz dikkate alınır. Eğer sıralamada hata varsa yani davalı zaten üst sırada değilse muvazaa iddiasını incelemeye gerek kalmayacaktır.

Bu ihtimalde genel mahkemece yapılan değerlendirme sonucunda sıraya yönelik itiraz ka-

Yargıtay'ın vurguladığının aksine burada artık İcra ve İflas Kanunu'nun icra yargılamasına ilişkin kuralları uygulanmaz. Sıraya ilişkin uyuşmazlık icra mahkemesine sunulmuşsa -Yargıtay'ın tutumuna göre- iptal ile yetinilirken, esasa ilişkin bir uyuşmazlıkla birlikte genel mahkemeye sunulmuşsa paylaşırmanın nasıl olduğuna da karar verilecektir.

Gelinen noktada Yargıtay'ın tutarsız yaklaşımı dikkate alındığında, sadece icra mahkemesine başvurulmuş hallerde (iptal ile yetinme şeklinde) verilecek kararlar alacağın esas ile birlikte sıranın da dava konusu edildiği hallerde genel mahkemeye başvurulması halinde (paylaşırmanın nasıl yapılacağına dair) verilecek karar da farklı olacaktır ve bu farklılık Yargıtay'ın yaklaşımının sıra cetveline karşı başvuru yolları sonunda verilecek kararlar bakımından bir yeknesaklığa kavuşması olanağını ortadan kaldırmaktadır.

C. İptal ile Yetinmek Bakımından

1. İcra Müdürünün İnfaz Yetkisi Bakımından

İcra müdürü kendisine sunulan ilamın sadece hüküm sonucu kısmını infazla görevlidir. İcra müdürü ilamdaki hüküm sonucu kısmını yorumlayamaz ve tartışamaz. Hele icra müdürünün gerekçeyi değerlendirmek ve ona göre hareket etmek gibi bir görevi asla yoktur¹⁷.

Yargıtay uygulamasına göre mahkemece icra müdürüne bildirilmesi gereken husus, yapılmış sıra cetvelinin iptalinden ibarettir. Eğer hüküm sonucu kısmında yeni bir sıra cetveli yapması gerektiği söylenmemişse icra

bul edildiğinde sıra cetvelinin iptali ile davalının sıra cetvelinden çıkartılmasına ve buna göre yeniden sıra cetveli düzenlenmesine karar verilir. Sıralama doğru olup da alacağın gerçek olmadığı (muvazaa ile oluşturulduğu) anlaşılırsa bu kez sıra cetvelinin iptaline değil; davalıya ayrılan payın, yargılama giderleri de dahil olmak üzere davacıya ödenmesine karar verilir (kıyasen İİK m.235/III; ayrıca bkz. Deynekli ve Kısa (n 13) s.159; Meriç (n 15) s.230). Bir diğer ifade ile mahkeme -Yargıtay'ın koyduğu ilkenin aksine- paylaşırmayı kendisi yapar. Yargıtay uygulamasının aynı sıra cetveline yönelik iddialar karşısında farklı kararlar verilmesi zorunluluğu doğurduğu ve hukuki güvenliği zedelediği kanısındayım.

¹⁷ Kuru (n 6) s.907.

Yargıtay uygulaması da bu yöndedir: "...Gerek icra müdürlüğü ve gerekse sınırlı yetkili İcra Mahkemesi ilamın infaz edilecek olan hüküm bölümünü aynen infaz etmek zorunda olup, yorum yolu ile belirleme yetkisine sahip değildir...". bkz. Yargıtay 8 HD, 7016-7907, 08.04.2015 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi: 8 Kasım 2021. Ayrıca bu kararda atıf yapılan Yargıtay HGK, 2006/12-92-85, 22.03.2006 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi: 8 Kasım 2021 ve Yargıtay HGK, 2008/12-451-453, 25.06.2008 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi: 8 Kasım 2021.

müdürü Yargıtay'ın ifade ettiği şekliyle "iptal ile yetinir"¹⁸.

İşte burada icra mahkemesinin icra müdürüne emir vermesi değil yapılmış bir işlemi düzeltmesi gündeme gelir. Bu bakımdan icra mahkemesinin sıra cetvelini iptal etmesi yanında bir sonraki sıra cetvelinin ne şekilde düzenleneceğini de göstermesi gerekir.

Bu detayı gözden kaçıran Yargıtay'ın anılan uygulaması yerinde değildir.

2. İptal ile yetinmenin zorunlu olduğu hallerin belirginleştirilmesi bakımından

Belirli hallerde sıra cetvelinin iptali ile yetinilmesi gerekebilir. Söz gelimi satış hasılatı bütün alacaklıların alacağını ödemeye yetmesine veya takyidat listesinde birden çok alacaklı görünmekle birlikte bunların birçoğunun haczi düşmüş ya da kaldırılmış (fekkedilmiş) olduğu için aslında satış bedelinin tek bir alacaklıya ödenmesinin gerektiğinin anlaşılmasına rağmen sıra cetveli düzenlenmiş ise icra mahkemesince sıra cetvelinin iptali ile yetinilir. Bu iptal üzerine yeni bir sıra cetveli de düzenlenmez.

Bir başka örnek olarak da sıra cetvelinin ihalenin kesinleşmesi beklenmeksizin yapılmış olması gösterilebilir. Bu durumda da icra mahkemesi sıra cetvelini iptal ile yetinir. Bu iptal türünde icra mahkemesi sıraların nasıl belirleneceği konusunda bir belirleme yapmayacaktır zira doğru zamanda yani ihalenin kesinleşmesinden sonra düzenlenen sıra cetveli ilgililere tebliğ edildiğinde, bunların ilk sıra cetveline itiraz edip etmediklerine bakılmaksızın

¹⁸ Hüküm fıkrasının açık ve net yazılması hem taraflar ve hem de kararın (gerekirse zorla) infazı ile görevli memurlar açısından önemlidir. Zira yargılama sonunda verilen "nihai karar" budur; derdestlik ve kesin hüküm de buna göre belirlenecektir. Bu kararla hâkim dosyadan el çekecek, o yargılama derecesi sonlanacak ve uyuşmazlık esastan çözüme kavuşturulacaktır. Bu konuda bkz. Nilüfer Boran-Güneysu, *Medenî Usûl Hukukunda Karar*, 1. Baskı, Adalet, 2014, s.227; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt 1, 3. Baskı, Yetkin, 2020, s.1027; Murat Atalı, "Karar ve Hüküm" in Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan ve Hülya Taş-Korkmaz (Eds.) *Medeni Usul Hukuku Cilt 3*, 15. Baskı, On İki Levha, 2017, s.1988-1993.

Baskın görüşe göre yargılama hukukunun amacı "*hakların saptanması, korunması ve gerçekleştirilmesi*" olarak ifade edilmektedir; bkz. Sema Taşpınar, "Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu" in Sadık Erdoğan ve diğerleri (Eds.) Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 1999, s.775 vd.; Hans Friedhelm Gaul, "Yargılamanın Amacı-Güncelliğini Koruyan Bir Konu", N. Deren-Yıldırım (Çev.), *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, 5. Baskı, Alkım 2006, s. 76.

Bu kapsamda düşünüldüğünde sağlıklı bir infazın sağlanamaması halinde hüküm, kendisine yüklenen işlevi yerine getirememiş olacak ve dolayısıyla yargılamanın amacına ulaşamayacaktır.

yeniden itiraz ve şikâyet haklarını kullanmaları mümkün olacaktır.

Yargıtay uygulaması bu başlık altında anlatılan gerçek anlamda iptal ile düzeltme arasında farkı gözden kaçırmakta ve sorunlara yol açmaktadır.

D. Gerekçenin Durumu ve Etkisi Bakımından

Yargıtay iptal üzerine düzenlenecek sıra cetvelinde icra müdürünün dikkat edeceği hususların gerekçede gösterilmesi gerektiğinden söz etmektedir. Bu yaklaşım iki bakımdan sorunlara yol açabilecek niteliktedir.

Bunlardan birincisi icra hâkiminin sıra cetvelinde bir usulsüzlük gördüğünde bunu sarih ifadelerle yazmak yerine “sıra cetvelinin usul ve yasaya uygun biçimde düzenlenmediğinin anlaşıldığı” gibi üstü kapalı, iddia ve savunma sebepleri ile bunlara ilişkin ispat vasıtalarının ne şekilde değerlendirildiğinin (HMK m.297/1-c) anlaşılmadığı gerekçeler kaleme almasıdır.

Hesaplama dışında kalan iddiaların ve savunmaların değerlendirilmesi amacıyla bilirkişi görevlendirilen hallere özellikle değinilmelidir. Uygulamada, bu gibi durumlarda bilirkişinin yasayla açıkça yasaklanmış olmasına rağmen (HMK m.255/1, 279/4) ısrarla hukuki değerlendirme yaptığı, bunu yaparken iddia ve savunma kapsamının dışına çıktığı, konuyla ilgili veya ilgisiz çok sayıda bilimsel görüş ve yargı kararını raporuna eklediği ve raporun sonuç kısmında kendince bir sıra cetveli taslağı oluşturduğu görülmektedir. Asıl vahim olan, icra mahkemesinin raporun bu kısmını kararına kopyalayarak gerekçe yapması; daha kötüsü hiçbir gerekçe yazmaksızın rapora atıf yaparak şikâyeti karara bağlamasıdır¹⁹.

Sıklıkla karşılaşılan ikinci durum olarak farklı alacaklılar tarafından açılarak birleştirilen şikâyet dosyalarında karşımıza çıkmaktadır. Bu halde tek ve çelişkiden uzak bir kararın verilmesi iptal üzerine düzenlenecek sıra cetvelinin ne şekilde olması gerektiğinin ancak hüküm sonucu kısmında yazılması ile mümkün olacaktır. Gerekçede her iki şikâyetin de haklı olduğunun belirtilmesi ve fakat hüküm sonucu kısmında sıra cetvelinin iptali

¹⁹ “...Kararın hüküm bölümünde nama ifaya izin verilirken bilirkişi rapor ve ek raporuna atıf yapılarak karar oluşturulmuştur. Nama ifaya izinde eksiklerin ve ayıpların tek tek kararın hüküm bölümünde gösterilmesi ve avans mahiyetinde olan giderilme bedellerinin de kalem kalem açıklanması gerekirken, toplam olarak eksik ve ayıpların giderilme bedelini gösteren, her kalem için eksik ve ayıpların giderilme bedelini açıklamayan bilirkişi raporu ve ek raporuna atıfta bulunularak hükmün kurulması hatalı olmuştur.” (Y. 15. HD, 23.06.2011/1774-3704 E.K.; yayımlanmamıştır).

ile yetinilmesi icra müdürünün yeni ve sağlıklı bir sıra cetveli yapmasına olanak tanımayacaktır.

Özellikle yasa yoluna başvuru(a)madan ya da başvurulmakla birlikte gözden kaçırılarak kesinleşmiş gerekçe ve hüküm çelişkileri karşısında icra müdürünün gerekçeyi inceleyerek yeni bir sıra cetveli yapması da imkansız hale gelmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun istinafa tâbi kararları gösteren 341'inci maddesinin 4 numaralı fıkrasına göre istemin ilk derece mahkemesince tam olarak kabulü halinde şikâyetçinin istinaf yoluna gidemeyeceği²⁰ düşünüldüğünde gerekçedeki eksiklik ve hataların da yasa yolu denetimi dışında kalması ihtimali kuvvetlenmektedir.

Açıklamaya çalıştığım nedenlerle gerekçenin etkisi bakımından da Yargıtay görüşünün yerinde olmadığını düşünüyorum.

E. Çekişmenin (Nizanın) Tamamen Sona Erdirilmesi Gerekliliği Bakımından

Sıra cetvelini şikâyet eden alacaklı icra memurunun sıra cetvelini düzenlerken maddi hukuka ve icra hukukuna ilişkin ilkeleri çiğnediğine ilişkin birçok iddia ileri sürebilir. Söz gelimi şikâyet olunan üst sıradaki (ya da aynı derecede hacze iştirak ederek garameye girmiş) alacaklının haczinin düştüğünü, hacze iştirak şartlarını taşımadığını, alacaklısı olduğu takip dosyasının kapak hesabının hatalı yapıldığını, şikâyet olunanın dosyasından hiç haciz konulmadığını, ipotek tutarının yanlış hesaplanması sonucunda şikâyetçiye az para isabet ettirildiğini ve onun hak ettiği paranın alt sıraya verildiğini, tarafların haczettiği malların farklı mallar olduğunu vs. iddia ederek sıra cetvelinin iptalini isteyebilir.

İcra mahkemesi bu iddiaları değerlendirmeden, söz gelimi şikâyetçinin hatalı yapıldığını ileri sürdüğü kapak hesabını bir bilirkişi incelemesi yaptırarak saptamadan sıra cetvelini iptal ederse bu hesabı yapma işini, zaten daha önce bu hesabı hatalı yapan icra memuruna bırakmış olacaktır. Yapılan hesaplama ya da değerlendirmenin hatalı olduğu yeni sıra cetveline karşı yeniden şikâyet veya itiraz konusu yapılabilecek ve böylelikle bir sıra cetveline

²⁰ Düzenlemeyi farklı anlamlandırıyorum. Bunun için bkz. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesinin 28.03.2019 gün ve 2019/309-511 E.K sayılı kararına (karar yayımlanmamıştır) karşı oyum. Ayrıca Varol Karaaslan, "Kanun Yolları Sistemine Eleştirel Bir Bakış" (2019) 15 (43), Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi (MİHDER), s.441, 451.

ilişkin uyuşmazlığın çözülmesi uzun bir zamana yayılacak, emek ve para israfına neden olacaktır. İcra ve İflas Kanunu'nun 142/a maddesindeki istisna bir yana bırakıldığında sıra cetveli kesinleşmeden paralar ödenmeyeceğinden alacaklının alacağına geç kavuşması ve borçlunun ek faiz yükü ile karşılaşması söz konusu olabilecektir²¹.

Bu çerçevede belirtilmelidir ki icra mahkemesinin sıra cetvelinin iptaline ve yeniden düzenlenmesine ilişkin kararı o sıra cetveli (yani o malın satış bedeli) ve o taraflar bakımından kesin hüküm teşkil eder. Bir diğer ifade ile icra mahkemesinin verdiği karar (şeklen) kesinleştiğinde artık sıra cetvelinin doğruluğu tartışma konusu yapılamaz²².

²¹ Anayasa Mahkemesi, İsmail Sarıtaş başvurusu 2017/21889, 21.01.2020.

²² *Pekcanitez ve diğerleri, Arslan ve diğerleri ile Atalı, Ermenek ve Erdoğan* şikâyetin kabulü halinde sıra cetvelinin yeniden düzenleneceğini ve sıra cetveline karşı yeniden şikâyet veya itiraz yoluna başvurulmasının mümkün olduğunu ifade etmektedir; *Pekcanitez ve diğerleri* (n 6) 239; *Arslan ve diğerleri* (n 6) 358; *Atalı, Ermenek ve Erdoğan* (n 6) 334.

Sıra cetveline yönelik şikâyet icra memur işleminin iptaline ilişkin diğer şikâyetlerden farklıdır. Sıra cetveline şikâyetinde şikâyet sonucunda hukuki durumu etkilenen, bir diğer ifade ile kendilerine pay ayrılmış kimselerin hasım gösterilmesi ve onlara da yargılamaya katılma ve savunma hakkı tanınması gerekir. Bu bakımdan çekişmesiz yargıdaki aksine "taraf yokluğu" ölçütü sıra cetveline şikâyetinde bulunmamaktadır. Şikâyetin bu şekilde yöneltilmesi durumunda verilecek kararın o alacaklıyı bağlayacağı düşünülemez. Aksi takdirde alacaklı kendisine tebliğ edilen sıra cetvelinden memnun iken, bir şikâyet olduğundan haberdar edilmeksizin bir süre sonra yeni bir cetvelle karşılaşacaktır. Hatta kendisine yöneltilmiş bir şikâyet olmaksızın cetvel, onun hukuki durumunu etkileyecek şekilde değiştirilmişse kendisine tebliğ edilmemiş karara karşı (artık tebliğden değil) öğrenmeden itibaren on gün içinde yasa yoluna da gidebilecektir. Bu halde sıra cetveline şikâyet sonunda verilen kararın şeklen kesinleşmesi de belirsiz bir zamana bırakılmış olacaktır.

Bu değerlendirme çerçevesinde yukarıda adlarını verdiğim yazarların görüşüne ancak bir ayırım yaparak katılabiliyorum. Eğer iptal sıra cetvelini düzenleyen organın yetkisiz olması (söz gelimi vergi dairesince düzenlenmesi) ya da cetvelin henüz ihale kesinleşmeden düzenlenmiş olması gibi doğrudan ve bir bütün olarak cetvelin geçersizliği nedenine dayanıyorsa iptal; şikâyet etsin ya da etmesin, hasım gösterilsin ya da gösterilmesin bütün alacaklıları bağlar. Bu durumda düzenlenecek yeni sıra cetvelinin tebliğinden itibaren bütün ilgililer sıra cetveline karşı başvuru yollarına gidebilir.

Ancak bunun dışındaki hallerde, sıra cetvelinde yer alıp da sıra cetveline karşı başvuru yollarına gitmeyenlerle aleyhine bu yollara gidilmeyenler için cetvel kesinleşir. Bir diğer ifade ile cetvele kim itiraz ettiyse ve itiraz kime yöneltildiyse iptal kararı sadece onlar için sonuç doğurur. Söz gelimi sıra cetvelinde kendisine hiç pay ayrılmamış kimse bu cetvele itiraz etmemişse düzenlenecek yeni sıra cetvelinde yine kendisine pay verilmeyecektir zira o süresi içinde cetvele itiraz etmeyerek bu durumu kabullenmiştir. Artık onun, bir başkasının başvurusu üzerine düzeltilen cetvele itiraz hakkı bulunmamaktadır. Buna benzer şekilde sıra cetvelinde kendisine pay ayrılan birkaç kişiden biri hakkında şikâyet yoluna başvurulmamış ve icra mahkemesince cetvelin düzeltilmesine karar verilmişse iptal edilen cetvelle bu kimse hakkında oluşan kazanılmış hak korunacaktır. Yeni cetvel -ilke olarak- onun aleyhine yeni bir başvuru yapılması hakkı vermeyeceği gibi ona ayrılan payda bir değişiklik olmadığından

Bu durumda yapılması gereken şikâyetin dayandığı çekişmenin net olarak giderilmesi ve sıra cetvelinin bu belirlemeye göre iptali olmalıdır. İptal üzerine yeniden sıra cetveli düzenleyecek icra memuru da artık bu konuda icra mahkemesi kararı ile bağlı olacaktır.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin iptal ile yetinilmeye ilişkin değerlendirmesi çekişmenin tamamen ortadan kaldırılmasına imkan tanımadığı için de yerinde değildir.

F. Eda Hükümü Kurulması Bakımından

Yargıtay sıra cetveline yönelik şikâyetlerin kabulü halinde cetvelin iptali ile yetinilmeyip işlemin düzeltilmesine ilişkin kararları bozarken "...*eda hükümü kurulmaması gerektiği...*" hususuna vurgu yapmaktadır.

Bu noktada eda hükümü üzerinde kısaca durmakta yarar görüyorum.

Eda davasında davacı mahkemeden davalının bir şeyi vermesine (*dare*), yapmasına (*facere*) veya yapmamasına (*nonfacere*) dair karar vermesini ister (HMK m.105). Eda davasının konusunu şahsi haklar oluşturabileceği gibi aynı haklar da oluşturabilir. Eda davasının konusunu oluşturan hak davadan önce mevcuttur. Başka bir anlatımla eda davalarının (inşai davalardan farklı olarak) hak doğurucu bir etkisi bulunmamaktadır. Davacı eda davası ile zaten doğmuş bulunan bir hakkının korunmasını (mesela alacağının tahsilini, zararının giderilmesini, vb.) istemektedir. Eda davaları sonunda verilen hükümler hem davacının dayandığı hukuki ilişkiyi tespit etmekte hem de davalıya, hüküm sonucunda gösterilen şekilde hareket etmek konusunda bir emir yöneltmektedir. Davalının bu emir gereğini rızasıyla yerine getirmemesi halinde davacı, mahkemeden aldığı ilamı icraya koyabilir (İİK m.24 vd.). İlamlı icra takibine dayanak teşkil edebilecek hükümler eda hükümleridir²³.

o kimse için de yeni bir şikâyet ya da itiraz hakkı yaratmaz.

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki *Postacıoğlu ve Altay*'ın verdiği örnekte yukarıdaki ayırım gözetilmemiştir. Yazarlar şikâyetin "*sıra cetvelinde yer alan diğer alacaklıların hakkına etkili olacak biçimde değiştirilmesine yol açmışsa*" dedikten sonra "*iştirak koşullarını taşımamasından dolayı sıra cetveline alınmayan alacaklının alacağı, şikâyet üzerine, sıra cetveline konulmuşsa, bu yeni şekliyle sıra cetvelinin diğer alacaklılara tebliği gerekecek ve onlar da bu yeni cetvele karşı İİK m. 142 çerçevesinde itiraz etme olanağına sahip olacaklardır.*" şeklinde bir örnekleme yapmıştır; bkz. *Postacıoğlu ve Altay* (n 6) s.633. Oysa yukarıda yaptığım ayırım da dikkate alındığında sıra cetveline girme hakkı varken cetvele alınmayan alacaklının yapacağı şikâyette cetvelde kendisine pay ayrılan bütün alacaklıların hasım gösterilmesi gerekir.

²³ Tanrıver (n 18) s.583.

İcra mahkemesince sıra cetvelini şikâyetin kabulü halinde verilen kararlar, velev paylaşırmanın ne şekilde yapılacağını gösterebilir, eda hükmü niteliğinde değildir. Bu karar şikâyetçiye, şikâyet olunandan bir şey vermesini, bir şey yapmasını ya da yapmamasını isteme hakkı vermediği²⁴ gibi onun aleyhine (yargılama giderleri dışında) ilamlı icraya başvurma yetkisi de vermez. Şikâyet sonucunda verilen karar sadece icra müdürünün işleminin hatalı olduğunu saptayarak bunun düzeltilmesi amacını taşır; düzeltme görevi de hasma değil icra müdürüne aittir.

Yargıtay'ın ilk derece icra mahkemesi kararının hüküm sonucu bölümünde gösterdiği payları ve sıraları belirlemek suretiyle verdiği kararın bir eda hükmü olarak tanımlaması da doğru değildir.

SONUÇ

Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin sıra cetveline yönelik şikâyetlerin kabulü halinde icra mahkemesince verilecek kararın hüküm sonucu kısmında sıra cetvelini iptal ile yetinilmesi, gerekçe kısmında da düzenlenecek yeni sıra cetveline ilişkin ilkeleri göstermesi gerektiğine ilişkin yaklaşımını birçok bakımdan hukuka uygun bulunmadığı gibi uyuşmazlıkların ivedilikle ve sağlıklı biçimde çözümlenmesi ve sonuçlandırılması amacına da uygun bulunmamaktadır.

Yargıtay'ın hukuki bilgi ve değerlendirme gücü elbette tartışma dışındadır.

Fakat sıra cetvelini iptal eden icra mahkemesi, düzenlenecek bir sonraki sıra cetvelinin ne şekilde olacağına ilişkin hüküm kurduğunda hem şikâyet yargılaması tekniğine hem makul yargılama sürecine ilişkin ilkelere hem de kesin hükmün koruma amacına uygun davranmış olacak; bununla da denetleme yolları açılarak belirsizlik tamamen sona erdirilecektir.

²⁴ Meriç (n 15) s.230.

KAYNAKLAR

- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin, 2020.
- Atalı M, “Karar ve Hüküm” in Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş-Korkmaz (Eds.), *Medeni Usul Hukuku*, Cilt 3, 15. Baskı, On İki Levha, 2017, s.1988-1993.
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin, 2021.
- Boran-Güneysu N, *Medeni Usul Hukukunda Karar*, 1. Baskı, Adalet, 2014.
- Deynekli A ve Kısa S, *Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli*, 3. Baskı, Turhan, 2005.
- Gaul H F, “Yargılamanın Amacı-Güncelliğini Koruyan Bir Konu”, in N. Deren-Yıldırım (Çev.), *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, 5. Baskı, Alkım, 2006.
- Karaaslan V, “Kanun Yolları Sistemine Eleştirel Bir Bakış”, 2019, 15 (43), *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi (MİHDER)*, s.441-466.
- Karlı A, *İcra Hukuku Ders Kitabı*, 1. Baskı, Alternatif, 2010.
- Kuru B, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet, 2013.
- Meriç N, *Türk-İsviçre İcra Hukukunda Paylaştırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, 1. Baskı, Yetkin, 2015.
- Pekcanitez H ve Simil C, *İcra ve İflas Hukukunda Şikâyet*, 2. Baskı, Vedat, 2017.
- Pekcanitez H, Atalay O, Sungurtekin-Özkan M ve Özekes M, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 8. Baskı, On İki Levha, 2021.
- Postacıoğlu İ E ve Altay S, *İcra Hukuku Esasları*, 5. Baskı, Vedat, 2010.
- Tanrıver S, *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt 1, 3. Baskı, Yetkin, 2020.
- Taşpınar S, “Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu” in Sadık Erdoğan ve diğerleri (Eds.) Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 1999.
- Üstündağ S, *İcra Hukuku Esasları*, 8. Baskı, kendi yayını, 2004.
- Yıldırım M K ve Deren-Yıldırım N, *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Baskı, Beta, 2015.

ACCESS TO JUSTICE FOR CONSUMERS IN TURKEY: THE NEED FOR ENHANCING CONSUMER DISPUTE RESOLUTION THROUGH ONLINE DISPUTE RESOLUTION

Serkan KAYA*

ABSTRACT

In recent years, consumer spending has dominated the Gross Domestic Product (GDP). The continuously increasing consumer spending boosts the possibility of consumer disputes. In Turkey, there is still a need for enhanced consumer redress, although there is a continuing attempt to bring Turkish consumer law into line with the European Union (EU) legislation to meet the needs of our digitised society. This paper explores the powers and deficiencies of the Turkish Consumer Redress System and examines the judicial process to the implementation of consumer access to justice. This article evaluates the resolution of consumer disputes and analyses the EU ODR regime and best practices seeking for models to be followed by Turkey. The research of ODR and its applicability in consumer disputes proposes assembling instructions for outlining a new legal framework and establishing an effective ODR platform for resolving consumer disputes in Turkey.

Key words: Access to Justice, Alternative Dispute Resolution, Consumer Disputes, Consumer Rights, Online Dispute Resolution

TÜRKİYE'DE TÜKETİCİLER İÇİN ADALETE ERİŞİM: ONLİNE UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ YOLUYLA TÜKETİCİ UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNÜ GELİŞTİRME İHTİYACI

ÖZ

Son yıllarda, tüketici harcamaları Gayri Safi Yurtiçi Hasıla (GSYH) içindeki en yüksek paya sahip olmaya başladı. Sürekli artan tüketici harcamaları, tüketici anlaşmazlıklarının ortaya çıkma olasılığını da artırmıştır. Türkiye'de dijitalleşmiş toplumumuzun gereksinimlerini karşılamak için Türk tüketici hukukunu Avrupa Birliği (AB) mevzuatı ile uyumlu hale getirmek için sürekli bir girişimde bulunulmuştur; ancak yine de gelişmiş tüketici haklarının korunmasına daha fazla ihtiyaç vardır. Bu makale,

* Dr. Lecturer, Istanbul Medeniyet University, Law Faculty, Department of Civil Procedure, Enforcement and Bankruptcy Law / ISTANBUL e-mail: serkan.kaya@medeniyet.edu.tr
ORCID: 0000-0003-2507-3372

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1066655

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 04/09/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 22/11/2021

Türk Tüketici Hukuk Sistemi'nin güçlü ve zayıf yönlerini tartışmakta ve tüketicinin adalete erişiminin uygulanmasına yönelik hukuki yaklaşımı sorgulamaktadır. Bu makale, tüketici uyuşmazlıklarının çözümünü değerlendirmekte ve Türkiye tarafından öğrenilecek dersleri bulmak için AB tüketici çevrimiçi uyuşmazlık çözümü (ODR) rejimini analiz etmektedir. Çevrimiçi uyuşmazlık çözümünün ve bunun tüketici uyuşmazlıklarındaki uygulamasının ele alındığı bu çalışma, Türkiye'deki tüketici uyuşmazlıklarının çözümü için yeni bir yasal çerçeve tasarlamaya ve verimli bir ODR platformu oluşturmaya yönelik tavsiyelerde bulunmayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Adalete Erişim, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Tüketici Uyuşmazlıkları, Tüketici Hakları, Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözümü

Introduction

In Turkey, courts are still considered as the main dispute resolution forum for civil disputes. Evidence of this is the exorbitant number of pending cases (over 3 million cases), which take an unreasonable time (for commercial disputes is around 547 days, for labour disputes is 555 days) to reach a final judgement¹. Regarding consumer disputes, the average duration of a case in a consumer court is 425 days². According to the recent report published by the Directorate General of Consumer Protection and Market Surveillance, 547,207 complaints were submitted to the Consumer Arbitration Boards in 2019³. In 2019, 55.219 consumer complaints were also submitted to the Directorate General of Consumer Protection and Market Surveillance⁴. Moreover, the Ministry of Trade received 371.601 calls via dialling 175 concerning consumer complaints in 2019⁵.

¹ Republic of Turkey Ministry of Justice Statistics (2019), <<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-baski-İSA.pdf>> Date of Access 20 March 2021.

² Republic of Turkey Ministry of Justice Statistics (2019), <<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-baski-İSA.pdf>> Date of Access 20 March 2021.

³ Republic of Turkey Ministry of Trade Statistics (2020), <<https://tuketici.ticaret.gov.tr/yayinlar/istatistikler>> Date of Access 5 April 2021.

⁴ Republic of Turkey Ministry of Trade Statistics (2020), <<https://tuketici.ticaret.gov.tr/yayinlar/istatistikler>> Date of Access 5 April 2021.

⁵ Republic of Turkey Ministry of Trade Statistics (2020), <<https://tuketici.ticaret.gov.tr/yayinlar/istatistikler>> Date of Access 5 April 2021.

To date, many procedural reforms have been adopted and the consumer redress system has improved. For example, consumer arbitration boards, an out-of-court system, are authorised to resolve disputes, which do not exceed 11.330 Turkish Lira, within a period of six months. Recently, on July 28, 2020, the Law Amending the Civil Procedure Law and Certain Laws numbered 7251 added “Article 73/A”, “Mediation as a prerequisite,” to the Consumer Protection Law Numbered 6502 which states that going to mediation is a prerequisite to file lawsuits for consumer disputes involving TRY 11,330 and above monetary claims⁶. However, the existing mechanisms that include the consumer arbitration boards and the consumer courts are not effective in resolving the huge number of consumer disputes arising from online transactions; thus, in order to enhance consumers’ access to justice modern, fast, less formal and cost-effective mechanisms supported by ICT are undoubtedly needed in Turkey.

Developed regions, such as the US and the EU, have long established Online Dispute Resolution (ODR) systems and currently have advanced systems in place to handle disputes arising in many different fields⁷. Emerging countries, such as Turkey, are several steps back in the area of ODR, not taking full advantage of the developments in information communication technology (ICT). This article evaluates the resolution of consumer disputes in the digital age and analyses the EU ODR regime and best practices seeking for models to be followed by Turkey. The research of ODR and its applicability in consumer disputes proposes assembling instructions for outlining a new legal framework and establishing an effective ODR platform for resolving consumer disputes in Turkey. Such a framework will hopefully contribute to increasing consumers’ access to justice, which will improve the level of trust and confidence of millions of consumers in Turkey.

I. The Popularity and the Need for Modernisation of ADR

ADR can be considered to be an essential method in dispute resolution, a structured process with a third-party intervention (in mediation and arbitra-

⁶ This monetary threshold is determined and announced each year in the Official Gazette by the Ministry of Trade. See CPL Article 68, and the Regulation on Consumer Arbitration Board Article 6.

⁷ Mohamed S. Abdel Wahab, Ethan Katsh and Daniel Rainey, *ODR: Theory and practice*, 2nd edn, Eleven International, 2021; Jie Zheng, *Online Resolution of E-commerce Disputes: Perspectives from the European Union, the UK, and China*. Springer, 2020; Pablo Cortés, *The law of consumer redress in an evolving digital market: Upgrading from Alternative to Online Dispute Resolution*, Cambridge University Press, 2018.

tion but not in negotiation) and avoidance of traditional litigation. Parties can use ADR methods, which usually provide effective, adjustable, confidential and less costly solutions, in comparison to court litigation, to avoid lengthy court proceedings for transnational disputes concerned with conflicts of jurisdiction and determination of law⁸. International laws have been developed in a way to harmonise international ADR applications, such as the New York Convention⁹, and the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985¹⁰.

While ADR provides significant advantages for parties compared to court litigation, parties may face difficulties, such as travelling and having face to face (F2F) meeting for resolving disputes by using ADR systems¹¹. With the development of ICT and the growth of digitalised economies, traditional ADR systems may be left behind to some extent because of the limits of the jurisdiction and the various prohibitive costs of legal proceedings in particular jurisdiction, such as the challenge of the determination of the place of business. Therefore, for meeting the legal, economic and social requirement of the globalised world, particularly in response to the COVID-19 crisis¹², there is a need for modernisation of ADR to provide a cost-effective, but more practical solution to resolve e-commerce disputes¹³.

⁸ Terence Lau and Lisa Johnson, *The Legal and Ethical Environment of Business*, Saylor Foundation, 2011, p.109.

⁹ United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, 10 June 1958 (The New York Convention 1958), <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2> Date of Access 30 Mart 2021.

¹⁰ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/06-54671_ebook.pdf> Date of Access 5 Nisan 2021.

¹¹ Pablo Cortés, *Online Dispute Resolution for Consumers in the EU*, Routledge, 2011; Ethan Katsh and Janet Rifkin, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, Jossey-Bass, 2001; Gabrielle Kaufmann-Kohler and Thomas Schultz, *Online Dispute Resolution*, Kluwer Law International, 2004; Julia Hörnle, *Cross-border Internet Dispute Resolution*, Cambridge University Press, 2009; Mohamed Abdel Wahab, Ethan Katsh, and Daniel Rainey, *Online Dispute Resolution: Theory and Practice*, 2nd edn, Eleven International, 2021; Faye Fangfei Wang, *Online Arbitration*, Informa Law from Routledge, 2017; Melis Ercan, *Uyuşmazlıkların Online Çözüm Yöntemleri*, LLM Thesis, 2012.

¹² Seda Özmumcu, “Dünyada ve Ülkemizde Online Uyuşmazlık Çözümleri Bağlamında Online Tahkim ve Uygulamaları”, 2020, 78 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası, p. 431.

¹³ Pablo Cortes, *The Law of Consumer Redress in An Evolving Digital Market: Upgrading from Alternative to Online Dispute Resolution*, Cambridge University Press, 2018, p. 43.

II. Online Dispute Resolution

In order to create a fast, cost-effective, simple and more efficient resolution system for disputes, the modernisation of ADR started through an ODR pilot project entitled ‘Virtual Magistrate’ at Villanova University in 1996¹⁴. Due to the failure of this project, this ODR system was not considered to be very beneficial. However, day after day, the notion of ODR has been strengthened and used by well-established and non-profit organisations, such as the American Bar Association (ABA), the American Arbitration Association (AAA) and the World Intellectual Property Organisation (WIPO).

Even though ODR (otherwise called ‘e-ADR’, ‘online ADR’ and ‘Internet Dispute Resolution’) has been used in developed countries in the EU and the US, discussed by many scholars since the 1990s¹⁵. The definitions of ODR already used in the literature is an obstacle for having a more precise and broadly accepted definition of ODR. For example, Kaufman- Kohler and Schultz state three evaluations, namely cyberspace, non-adjudicative ADR and arbitration¹⁶. These authors also recognise that the main feature of a viable definition of ODR is that it focuses on the problems posed by the online-operated inclusive feature¹⁷. The ABA Task Force on E-Commerce and ADR defines ODR as follows:

*“ODR is a broad term that encompasses many forms of ADR and court proceedings that incorporate the use of the internet, websites, email communications, streaming media and other information technology as part of the dispute resolution process. Parties may never meet face to face when participating in ODR. Rather, they might communicate solely online.”*¹⁸

As described by the ABA Task Force, ODR is not only a combination of ADR with ICT, but also includes court proceedings (even it is not an ADR

¹⁴ Faye Fangfei Wang, *Online Arbitration*, Informa Law from Routledge, 2017, p. 6.

¹⁵ Pablo Cortés and Arno R. Lodder, “Consumer Dispute Resolution Goes Online: Reflections on the Evolution of European Law for Out-Of-Court Redress”, 2014, 21 (1), *Maastricht Journal*, p.13, 14.

¹⁶ Gabrielle Kaufmann-Kohler and Thomas Schultz, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, Kluwer Law International, 2004, p.7.

¹⁷ *ibid*

¹⁸ American Bar Association Task Force on E-Commerce and ADR Executive Summary of Final Recommendations, Final Report August 2002, 1.

method) and ICT¹⁹.

The recent definition of ODR was declared by the UNCITRAL in the Technical Notes on ODR 2016. Article 24 stipulates that “*ODR is a mechanism for resolving disputes facilitated through the use of electronic communications and other ICT*”²⁰. In the digital age, with the development of technology and impact of Covid-19 on proceedings of legal systems, ICT has been rapidly combined with methods of traditional litigation and ADR. The appearance of ODR has expanded with the development of dispute resolution technologies. This technology has been characterised as the ‘fourth party’²¹.

A. The Most Common Forms of ODR

ODR, in its broader sense, may involve several methods. It basically includes any extrajudicial mechanisms that settle disputes by the use of ICT and especially the internet. Recently, four most frequently used methods of ODR systems are namely online negotiation, online mediation, online arbitration and online mediation-arbitration (med-arb). They shall be briefly discussed below.

Online Negotiation: The main principle of negotiation is that no third party is involved in communication between two or more people when they attempt to reach an agreement²². In other word, disputed parties seek to reach an agreement without impartial body assistance or supervision²³. The use of ICT tools and software has increased the possibility of resolution of disputes through negotiation. With the help of online negotiation (also called ‘e-negotiation’ or ‘cyber negotiation’), courtrooms and law firms move online, result-

¹⁹ Serkan Kaya, Consumer Dispute Resolution in the Digital Age: Online Dispute Resolution, Oniki levha, 2020, p. 15.

²⁰ UNCITRAL Technical Notes on ODR, Article 24, <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/odr/V1700382_English_Technical_Notes_on_ODR.pdf> Date of Access 5 January 2021.

²¹ Ethan Katsh and Janet Rifkin, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, Jossey-Bass, 2001, p. 93.

²² Arno R Lodder and John Zeleznikow, *Enhanced Dispute Resolution Through the Use of Information Technology*, Cambridge University Press, 2010, p.2; Julio César Betancourt and Elina Zlatanska, “Online Dispute Resolution (ODR): What Is It, And Is It the Way Forward?”, 2013, 79, *International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, p. 259.

²³ Colin Rule, *Online Dispute Resolution for Business*, Jossey-Bass, 2002, p. 38.

ing in the development of the thought of electronic-based e-negotiations²⁴.

Online Mediation: Online mediation (also called ‘e- mediation’ or ‘cyber mediation’) is web-based, as opposed to a ‘F2F based’, mechanism²⁵. One of the essential differences between traditional mediation and online mediation is that the parties and the mediator communicate via the internet, usually over sophisticated communication platforms²⁶. The e-mediation method follows a standard route or a set of stages typically subjected to deadlines, recording of events, flow processes and complicated schemes with computerised algorithms that assist in optimising offers²⁷.

Online Arbitration: Online arbitration (also called e-arbitration, electronic arbitration, cyber-arbitration and virtual arbitration) is often referred to as an online version of traditional arbitration²⁸. Online arbitration commences with a valid online arbitration agreement and is concluded with a final online arbitral award²⁹. In online arbitration, the disputants, the arbitral tribunal, experts and related parties are supposed to make use of electronic devices, including sophisticated software and hardware devices, to participate in the online proceedings³⁰.

Online Med-Arb: Due to the shortcomings of online arbitration and online mediation, mixed methods combining online mediation and online arbitration has emerged as forms of ODR in recent years. In the online med-arb³¹,

²⁴ Betancourt and Zlatanska, p. 259.

²⁵ Seda Özmumcu, “Online Uyuşmazlık Çözümleri ve Online Arabuluculuk “Dijital Adalet Mümkün Mü?” Sistem Üzerine Bazı Değerlendirmeler”, 2020, *Prof. Dr. Türkan Rado'nun Anısına Armağan*, p. 365-420.

²⁶ Joel B. Eisen, “Are We Ready for Mediation in Cyberspace?”, 1998, *Brigham Young University Law Review*, p. 1305-1358; Sarah Rudolph Cole and Kristen M. Blankley, “Online Mediation: Where We Have Been, Where We Are Now, and Where We Should Be”, 2006, 38 *U. Tol. L. Rev.* p. 193; Faye Fangfei Wang, *Online Dispute Resolution*, Chandos, 2009, p. 32.

²⁷ Kaya, 17.

²⁸ Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, “Online International Arbitration”, 2007, 4 (1), *Ankara Law Review*, p. 86.

²⁹ Betancourt and Zlatanska, p. 262.

³⁰ Dusty Bates Farned, “A New Automated Class of Online Dispute Resolution: Changing the Meaning of Computer-Mediated Communication”, 2011, 2, *Faulkner Law Review*, p. 335.

³¹ For more detail about online med-arb see: Dafna Lavi, “Three Is Not a Crowd: Online Mediation-Arbitration in Business to Consumer Internet Disputes”, 2016, 37, *University of*

which combines online arbitration and online mediation, the dispute is primarily tried to be resolved through online mediation, in the event that mediation fails, the dispute is resolved through online arbitration.

B. International Regulatory Development of ODR

In the digitalised era, due to legal, social, political, technical, economic and cultural differences, it has been difficult to introduce an ODR system. When considering the diversity in the countries' legal systems, judicial complexity has been an obstacle for the establishment of an international treaty-based ODR system³². The recent UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2018³³, existing the New York Convention, the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, the UN Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts³⁴ and the UNCITRAL Arbitration Rules³⁵ do not present any special commands concerning ODR, but offer some useful guidance for dealing with international disputes via ODR methods. Since the beginning of the new millennium, scholars have emphasised the need for international co-operation and agreements on harmonised ODR rules³⁶.

In 2010, in its 43rd session the UNCITRAL decided to establish a working group, the Working Group III, due to the need for an effective dispute resolution and for a set of general principles in the field of e-commerce³⁷. The initial aim of the working group was to establish detailed rules on the use of

Pennsylvania Journal of International Law, p. 871.

³² American Bar Association's Task Force on Electronic Commerce and Alternative Dispute Resolution in Cooperation with the Shidler Centre for Law, Commerce and Technology, University of Washington School of Law, "Addressing Disputes in Electronic Commerce: Final Recommendations and Report", 2002, 58, Business Lawyer, p. 415, 450.

³³ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018 (amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, 2002).

³⁴ United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (New York, 2005).

³⁵ UNCITRAL Arbitration Rules (with new Article 1, para. 4, as adopted in 2013); UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010); and UNCITRAL Arbitration Rules (1976).

³⁶ Faye Fangfei Wang, Online Arbitration, Informa Law from Routledge, 2017, p. 43.

³⁷ United Nations Commission on International Trade Law, 44th session, 'Report of Working Group III (Online Dispute Resolution) on the work of its twenty-second session', A/CN.9/716, 27 June-15 July 2011.

ODR to resolve disputes arising in e-commerce³⁸. There is not yet any international legislation on ODR for resolving cross-border consumer disputes and this is why the UNCITRAL requested a study setting out the basic rules about ODR. More specifically, the Working Group III was concerned with the use of ODR in resolving cross-border disputes arising from e-commerce and the preparation of detailed rules of procedure related to ODR. It is worth noting that the Working Group III focused not only on ODR for B2C disputes but also for B2B disputes. The Working Group III started its activities in order to create international legislation. The Working Group envisioned a three-stage ODR plan, which would start with negotiations between the participants and, if parties do not reach an agreement through negotiation, parties would go to mediation. The last stage would require arbitration³⁹. However, the Working Group encountered problems and struggled to achieve its mandate. These difficulties occurred in the context of the binding arbitration award, which was the last step in the stages of the specially designed ODR procedure, and ultimately changed the direction of the work of the Working Group III.

While aiming to prepare detailed rules of procedure for use in resolving disputes in the field of e-commerce, the idea of establishing detailed rules of procedure was abandoned as a result of the legality of pre-dispute consumer arbitration agreements is handled differently in the various jurisdictions⁴⁰. For example, while the EU member states and other countries did not allow for such binding procedures, the United States allowed for enforcement of pre-dispute arbitration agreements⁴¹. The basis of these disagreements was the regulation of consumer protection in national law and, in particular, the approaches that limit the arbitrability of consumer disputes. To address this

³⁸ United Nations Commission on International Trade Law, 49th session, 'Report of Working Group III (Online Dispute Resolution) on the work of its thirty-third session', A/CN.9/868, 27 June-15 July 2016.

³⁹ Amy J. Schmitz, "There's an "App" for That: Developing Online Dispute Resolution to Empower Economic Development", 2018, 32 Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy, p. 24.

⁴⁰ Clara Flebus, "Report: UNCITRAL Working Group III on Online Dispute Resolution - A Change of Focus In The Outcome Document", 2016, 29, New York State Bar Association International Law Practicum, p. 60.

⁴¹ Noam Ebner and John Zeleznikow, "No Sheriff in Town: Governance for Online Dispute Resolution", 2016, 32, Negotiation Journal, p. 297; Mireze Philippe, "ODR Redress System for Consumer Disputes: Clarifications, UNCITRAL Works & EU Regulation on ODR", 2014, 1 International Journal of Online Dispute Resolution, p. 54; Schmitz, "There's an "App" for That", p. 23.

matter, the Working Group stated two separate tracks; one track of which would end in arbitration and one track of which would not⁴². The United States favored Track One whereas the EU member states and other countries championed Track Two⁴³. In 2014, the Working Group progressed to examine the draft document of the track of the rules that did not finish in a binding arbitration form which means Track Two⁴⁴.

As a result, the UNCITRAL determined in its 48th session in July 2015 that there is no consensus in terms of ODR rules and requested from the Working Group III to prepare a non-binding text, which would only include basics of the ODR process that were previously agreed upon by the Working Group⁴⁵. Finally, the Working Group III, acting under these instructions, prepared a guide document by excluding the arbitration stage which was considered as the final stage of ODR. The text was adopted at the 49th session of UNCITRAL in July 2016, under the name ‘UNCITRAL Technical Notes on ODR’⁴⁶.

The Technical Notes consist of 12 sections. For the purposes of the present article, instead of examining the whole document in detail, it is sufficient to explain the generally accepted principles concerning ODR. First of all, as stipulated in Section 4, the rules apply to disputes arising from cross-border, low-value e-commerce transactions⁴⁷. Moreover, the Technical Notes state that an ODR process may be utilised to resolve disputes arising from B2B and B2C transactions⁴⁸. In the first section, general information about ODR is provided along with the purpose of the Technical Notes⁴⁹. In this section, it is stated that ODR can be used as an effective method to resolve disputes arising from international internet transactions. By using ODR, disputes can be resolved in a simple, fast, flexible and secure manner without the parties having

⁴² United Nations Commission on International Trade Law, 30th session, ‘Report of Working Group III ‘Online dispute resolution for cross-border electronic commerce transactions: draft procedural rules (Track II) ` A/CN.9/WG.III/WP.130, 20-24 October 2014.

⁴³ Ebner and Zeleznikow, p.297; Philippe, p. 54; Schmitz, “There’s an “App” for That”, p. 23.

⁴⁴ United Nations Commission on International Trade Law, 30th session, “Online dispute resolution for cross-border electronic commerce transactions: draft procedural rules (Track II)”, A/CN.9/WG.III/WP.130, 20-24 October 2014.

⁴⁵ United Nations Commission on International Trade Law.

⁴⁶ United Nations Commission on International Trade Law.

⁴⁷ UNCITRAL Technical Notes on ODR, Section 4

⁴⁸ UNCITRAL Technical Notes on ODR, Section 4(22)

⁴⁹ UNCITRAL Technical Notes on ODR, Section 1

to be physically present at a meeting or a hearing. In the same way, in Article 4, it is stated that the ODR systems are based on the principles of impartiality, independence, efficiency, effectiveness, due process, fairness, accountability and transparency⁵⁰. As stated in Article 2, the purpose of the Technical Notes is to assist the development and diffusion of ODR mechanisms that can be performed in many types, such as negotiation, mediation and arbitration. At this point, it is emphasised that Technical Notes is not a binding, but a descriptive document. It aims to resolve the low-value disputes arising from cross-border e-commerce transactions. For this purpose, the Technical Notes were intended to assist to third parties, ODR platforms and institutions that offer ODR services⁵¹.

III. ODR for Consumers in the EU

In the EU, building consumer trust in online purchases has become one of the political goals of the European Commission. For building trust and providing effective dispute resolution system for consumer, the European Parliament and the Council adopted EU Directive on Consumer ADR⁵² and EU Regulation on Consumer ODR⁵³ on 21 May 2013. The EU Directive on Consumer ADR obliges Member States to assure that quality ADR bodies that comply with procedural standards are available to consumers⁵⁴. In February 2016, the EU Regulation on Consumer ODR established a web-based platform (EU ODR Platform), which enables the online submission of complaints and their transmission to the nationally approved ADR entities in the Member States. These two pieces of legislation have started a process that institutionalises and professionalises consumer ADR, becoming the main pillar of EU consumer redress law.

As mentioned earlier, the ODR Regulation sets an ‘ODR Platform’ that that is intended to facilitate an independent, impartial, transparent, effective, fast and fair out-of-court resolution of disputes between consumers and trad-

⁵⁰ UNCITRAL Technical Notes on ODR, Section 1(4)

⁵¹ Mehmet Polat Kalafatoğlu, “Yabancı Unsurlu E-Tüketici Uyuşmazlıklarının İnternet Üzerinden Çözülmesi (Online Dispute Resolution) Konusunda Görüş, Düşünce Ve Öneriler”, 2018, 34 (2), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, p. 301.

⁵² EU Directive on Consumer ADR 2013

⁵³ EU Regulation on Consumer ODR 2013

⁵⁴ EU Directive on Consumer ADR 2013 Articles 6-11

ers⁵⁵. Since 15 February 2016, in order to achieve an increase of consumer trust in online sales, the ODR Regulation mandates that all online traders and intermediaries, which are established in the EU or Norway, Iceland or Liechtenstein, must provide an electronic link to the ODR platform on their websites⁵⁶. When a consumer has a problem with the product or services, s/he clicks on the electronic link to access the ODR Platform and fills out a form, which is passed on to an online ADR service. The ODR Platform is available online at the ‘Your Europe’ website⁵⁷. It is an interactive website, which can be accessed electronically and free of charge in 23 EU languages plus Norwegian and Icelandic. Therefore, the parties can submit their complaint(s) in their own languages on the Platform, which in turn can use a tool to translate what the party submits.

According to the ODR Regulation, the ODR platform shall be a single point of entry for consumers and merchants who want their disputes to be resolved out of court⁵⁸. The ODR platform provides a free electronic case management tool that facilitates dispute resolution bodies to govern the dispute resolution procedure with the parties⁵⁹. However, this does not mean that ADR is generally free of charge. A dispute resolution body may ask a consumer or a trader to pay a fee if it agrees to handle their case. There is no fixed fee as each dispute resolution body sets and charges a different fee.

A. The Theoretical Framework (Administrative Functionality) of the EU ODR Platform

Since the ODR Platform is only used for consumer disputes, in order to use the platform, a dispute has to arise between consumers and traders. In other words, the Platform is accessible for complaints arising from transactions between these two. Moreover, it is worth noting that the ODR Platform does not offer solutions to disputes arising from offline transactions⁶⁰. So, the ODR

⁵⁵ EU Regulation on Consumer ODR 2013, Article 1.

⁵⁶ EU Regulation on Consumer ODR 2013, Article 14

⁵⁷ See at EU Regulation on Consumer ODR 2013, Article 5; “Online Dispute Resolution” (2021) <<https://webgate.ec.europa.eu/odr/main/index.cfm?event=main.home.show&lng=EN>> Date of Access 7 April 2021.

⁵⁸ EU Regulation on Consumer ODR 2013, Article 5(2).

⁵⁹ EU Regulation on Consumer ODR 2013, Article Article 18 of the Preamble to the Regulation.

⁶⁰ EU Regulation on Consumer ODR 2013, Article 2, 8 and 15 of the Preamble to the Regulation.

Platform is only able to handle disputes arising from online sales and services. Not only disputes arising in cross-border online transactions but also disputes arising from domestic online transactions benefit from the ODR Platform⁶¹. The Platform does not accept complaints about higher education and health-care services, even if the dispute arises from online transactions.

The ODR Platform can only be used if a consumer lives in the EU or in Norway, Iceland or Liechtenstein and the trader is based in the EU or in Norway, Iceland or Liechtenstein. As such, if either the trader or the consumer does not live in the EU, resolving their dispute through the platform would not be possible. In some countries (recently in Belgium, Germany, Luxembourg, Poland), traders can submit a complaint against a consumer. If a trader is not based in any of the Member States in the list, the trader cannot use the Platform to complain about a consumer. It should be noted that the Platform does not allow a consumer to complain about another consumer or a trader to complain about another trader.

There is no obligation on consumers or traders to use the ODR Platform, unless the parties have agreed, or some countries' legislation stipulates so. Moreover, in order to achieve an increase of consumer trust in online sales, the ODR Regulation mandates all online traders and intermediaries, which are established in the EU, must provide an electronic link to the ODR platform on their websites⁶². When a consumer has a problem with the product or services, he/she can click on the electronic link to the ODR Platform and fill out a form which is passed on to an online ADR service. However, there is a possible unintended consequence of Article 14, which is that the participation of online traders and intermediaries in ADR/ODR is non-mandatory when a consumer requests it. In other words, when a trader rejects to join an ADR/ODR process, the consumer complaint will be left unresolved. Because of this, the consumer would feel misled and lose their trust.

When a consumer fills out the complaint form and submits it to the platform, the complaint form is forwarded to the relevant merchant who recommends an ADR body to the consumer without delay⁶³. Then, the relevant trader has 10 calendar days to respond to the consumer. If the trader agrees to

⁶¹ EU Regulation on Consumer ODR 2013, Article 11 of the Preamble to the Regulation.

⁶² EU Regulation on Consumer ODR 2013, Article 14.

⁶³ In the event that the complainant party is a trader, the complainant form is sent to the relevant consumer.

take part in the process, s/he suggests one of the approved dispute resolution bodies detailed in the ODR Platform. Once the consumer and the trader reach an agreement on choosing the ADR body to settle their dispute, the ODR platform automatically communicates the complaint to the body⁶⁴. Then, the ADR body settles the case completely online and reaches a decision in 90 days. It is worth noting that if the trader is not willing to use an approved ADR provider, the consumer does not reach agreement with the trader on which body will handle the complaint within 30 days after submitting the complainant or the ADR entity refuses to deal with the dispute, then the Platform will not be able to process the complaint any further⁶⁵. If the consumer does not accept the suggested ADR entity, s/he can propose a different resolution body. If the other party accepts the suggested body, the process goes further, otherwise the complaint is closed.

Since launching the EU ODR Platform, all EU Member States, Liechtenstein and Norway have identified a number of dispute resolution bodies and a total of 468 ADR bodies can be accessed via the ODR platform (the highest number of them is in France with 87 and 52 in the UK)⁶⁶. Since February 2016, the Platform has received over 130,000 complaints, and, while 44.1% of these complaints are cross-border, the rest are national complaints⁶⁷. While Germany and the UK are the countries where consumers lodged the most complaints on the platform, followed by France, Spain and Italy, most traders, against whom consumers submitted a complaint, are established in Germany, the UK and Spain, followed France and Hungary. (See table 1)

⁶⁴ The dispute resolution body has three weeks to decide whether it is competent or not to deal with the dispute and inform the parties thereof.

⁶⁵ EU Regulation on Consumer ODR 2013, Article 9 (8).

⁶⁶ European Commission, 'Functioning of the European ODR Platform: Statistical Report' <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/odr_report_2020_clean_final.pdf> Date of Access 1 April 2021.

⁶⁷ European Commission (Online Dispute Resolution 2020), 'Reports and statistics' <<https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.statistics.show>> Date of Access 1 March 2021.



Table 1: Number of complaints by top 10 countries⁶⁸

According to the statistics given by the EU ODR Platform, up to date the retail sectors with the highest number of complaints were airline with 14,62%, clothing and footwear with 10,40% and ICT goods with 6,54%. (See table 2)

⁶⁸ European Commission (Online Dispute Resolution 2020), 'Reports and statistics' <<https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.statistics.show>> Date of Access 1 March 2021.

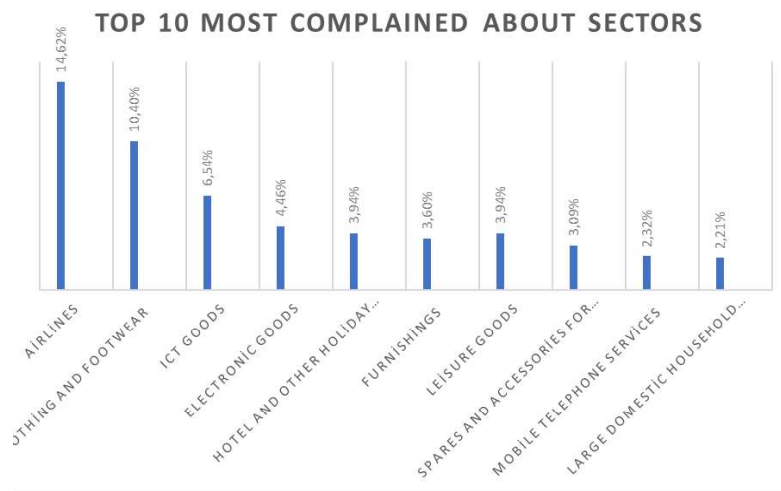


Table 2: Top 10 most complained about sectors⁶⁹

B. The Unintended Consequences of the EU ODR Platform

The EU ODR Platform has potential for raising the awareness of consumers and increasing their access to justice as unawareness of their rights could discourage consumers from getting redress in low-value cross-border disputes⁷⁰. However, due to some essential limitations of the EU ODR Platform, it has not reached its own full efficiency and a number of criticisms have been expressed. One of the limitations of the ODR Platform is that, even though the Regulation makes providing a link to the Commission’s website on traders’ website mandatory for online traders, it is not mandatory for traders to participate in any ADR process. So, if a consumer submits a complaint against a trader, the trader is totally free to choose whether to participate in the ADR or refuse to consider the complaint. Moreover, when the trader refuses to participate, the consumer is not notified by neither ODR platform nor the trader. Consumers may only guess that the case is closed when they do not receive communication from the platform after 30 days of the complaint sub-

⁶⁹ European Commission (Online Dispute Resolution 2020), “Reports and statistics” <<https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.statistics.show>> Date of Access 1 March 2021.

⁷⁰ Graham Ross, “The Possible Unintended Consequences of the European Directive on Alternative Dispute Resolution and the Regulation on Online Dispute Resolution”, 2014, 10, *Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico*, p. 206.

mission. The statistics, as given in the table below (table 3), show that 2% of the complaints reached a dispute resolution body after an agreement between the consumer and the trader and 81% of cases were automatically closed after the 30 days legal deadline⁷¹. It is worth noting here that, in order for the EU ODR Platform to be more efficient, it should be proposed that traders have to make either the platform or consumers aware by email whether or not they will participate in any ADR process. It will help the consumers know whether the case will proceed through ADR or not.

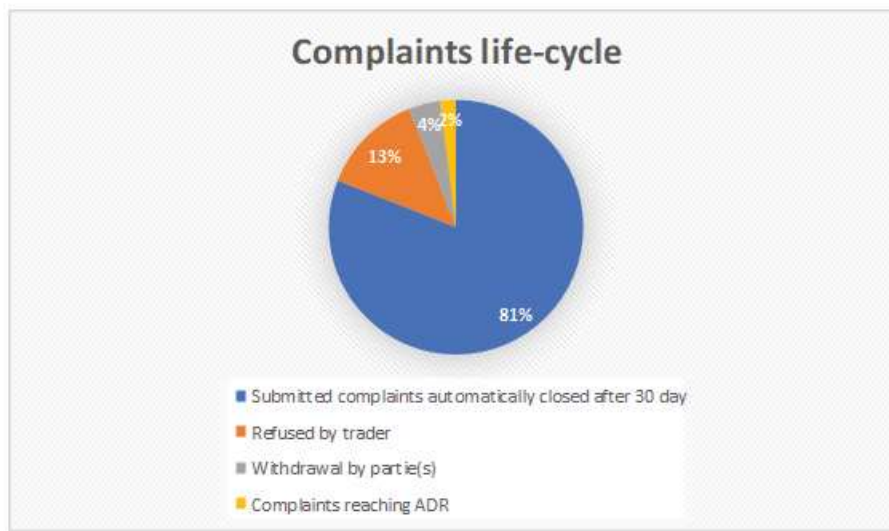


Table 3: Complaints life-cycle⁷²

Another issue is that the platform requires filling the trader's email address which may be the only way to contact trader about the submitted complaint. However, consumers may encounter challenges in finding the correct trader's email address. Most of the times, the email addresses, which are used in the transactions are not appropriate email addresses to contact the traders

⁷¹ Ross, p. 206.

⁷² Report from The Commission to the European Parliament, the Council and The European Economic and Social Committee on the application of Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council on alternative dispute resolution for consumer disputes and Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council on online dispute resolution for consumer disputes <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0425&from=EN>> Date of Access 5 April 2021.

(they are often ‘please do not reply’ emails. Thus, it will be essential facility for consumers if the regulation requires traders to use the same email address used in the transactions.

The EU ODR platform should be more than just a referral site and present the following functions⁷³. Firstly, the issue identification and dispute prevention function should encourage early settlement by automatically providing custom-made information about the rights and obligations of the consumers⁷⁴. Secondly, the platform should offer an online negotiation tool that provides consumers and traders with a forum to handle complaints before dispute resolution bodies participate in the process⁷⁵. Finally, a full referral function should be designed not only to send an invitation to both parties to choose a dispute resolution body, but also to automatically escalate the dispute to resolution body when the parties fail to reach an agreement through online negotiation and the trader is signed to an ADR process⁷⁶. In the event of an unresolved dispute, the consumer should be assisted in referring the case to the courts.

Moreover, the platform requires all consumers and traders to submit a complaint only for goods or services they bought online. In other words, the platform is not used for complaints about good or services bought physically in a shop⁷⁷. Considering that the aim is to overcome physical barriers and boost consumer confidence in online transactions, in particular cross-border transactions, the use of the platform on only online transactions seems absolutely reasonable and justified. However, it should be proposed that the platform should allow users to submit a complaint even when they bought something offline at least for domestic disputes.

Last but not least, the use of the platform is totally free, but a dispute resolution body may ask consumers and traders to pay a fee for handling their disputes. Generally speaking, the dispute resolution bodies usually state that no fee has to be paid by the consumers. However, the traders may have to pay a fee, which varies depending on the case. This pecuniary obligation may be

⁷³ Kaya, p. 89-92; Pablo Cortes, *The Law of Consumer Redress In An Evolving Digital Market: Upgrading from Alternative to Online Dispute Resolution*, Cambridge University Press, 2018, p. 99.

⁷⁴ Kaya, p. 91.

⁷⁵ Cortes, *The Law of Consumer Redress In An Evolving Digital Market*, p. 99.

⁷⁶ Kaya, p. 92.

⁷⁷ Kaya, p. 92.

one of the strongest reasons that traders implicitly or explicitly do not participate in any ADR process. Thus, it should be proposed that the platform should offer consumers and traders to resolve their dispute by using online negotiation.

C. The Need for Re-designed of the EU ODR Platform

The ADR Directive and the ODR Regulation are considered to be significant steps forward in the direction of building an adequate EU legal framework for consumer disputes and fulfilling the requirements for the operation of the EU internal market. These legal instruments significantly affect cross-border disputes and, as a result, it is necessary to examine not only how each Member State has implemented them and whether harmonisation can be achieved, but also evaluate their effectiveness with regard to cross-border disputes which may appear within the Single Market⁷⁸.

While this paper identifies the positive aspects of the legal developments made so far, it argues that there are still some objectives, which are set out by the Commission that should be met in order to enable the EU ODR Platform to reach its full efficiency⁷⁹. For example, online traders, who have been established in the EU, are obliged to inform consumers about the EU ODR Platform by providing a link on their websites, however they are not obliged to get involved in the process and in most cases disputes with consumers are left unresolved⁸⁰. Thus, consumers, who have submitted a dispute that has not been resolved through online negotiation, should be able to refer it to the relevant dispute resolution body to be resolved. The paper suggests that the EU ODR Platform should be more than just a referral site and have the following functions: First, issue identification and dispute prevention function, which should encourage early settlement by automatically providing custom-made information about the rights and obligations of the consumers⁸¹. Second, the Platform should offer an online negotiation tool that would provide consumers and related traders with a forum to handle complaints before dispute resolution bodies get involved in the process. Finally, a full referral function that should be designed not only to send an invitation to both parties to choose a dispute resolution body, but also to automatically escalate the dispute to a

⁷⁸ Cortes, *The Law of Consumer Redress In An Evolving Digital Market*, p. 99.

⁷⁹ Cortes, *The Law of Consumer Redress In An Evolving Digital Market*, p. 99; Ross, p. 206.

⁸⁰ Kaya, 89-92.

⁸¹ Cortes, *The Law of Consumer Redress In An Evolving Digital Market*, p. 99.

resolution body, when the parties fail to reach an agreement through online negotiation. In the case of unresolved disputes, consumers should get help in the process of referring the case to the court.

IV. Feasibility Analysis of ODR in Turkey

A. Current Consumer Enforcement and Dispute Resolution Processes in Turkey

It is obvious that access to justice and having appropriate mechanisms for resolving disputes are fundamental rights of consumers⁸². In the Turkish legal system, the Code of Civil Procedure is the primary law, which determines the redress system for resolving disputes and states the scope, subjects and procedure of resolution of disputes. The procedural rules and principles regarding the consumer disputes can be found in the CPL. Articles 66 to 72 of the Law regulate consumer arbitration boards⁸³, which are established by the Ministry Trade that have the authority to resolve disputes up to a certain economic threshold⁸⁴ and make binding decisions in these disputes. Articles 73 and 74 set the consumer courts, which are authorised to resolve disputes above the threshold and operate as the appeal authority for the decisions of the consumer arbitration boards. Recently, on July 28, 2020, the Law Amending the Civil Procedure Law and Certain Laws numbered 7251 added ‘Article 73/A’, ‘Mediation as a prerequisite’, to the Consumer Protection Law Numbered 6502 stating that going to mediation is a prerequisite to file lawsuits for consumer disputes involving monetary claims of TRY 11,330 and above⁸⁵.

⁸² This point was stated by the “Council resolution of 14 April 1975 on a preliminary programme of the European Economic Community for a consumer protection and information policy OJ 1975, No.C92/1”.

⁸³ For detailed discussion on consumer arbitration boards see Ali Cem Budak, “Tüketici Hakem Heyetleri”, 2014, 16, DEÜHFD, Pekcanitez Armağanı, p. 77-103; İbrahim Ermenek, “Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri”, 2013, 17, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, p. 574; Bilgehan Yeşilova, “6502 sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü ve Yargılama Kuralları”, 2014, 9, Terazi Hukuk Dergisi; Hakan Pekcanitez, “Tüketici Sorunları Hakem Heyeti”, 1996, İzmir Barosu Dergisi, p. 41-42; Mehmet Akif Tutumlu, Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin Yapısı, İşleyişi, Sorunları ve Çözüm Önerileri, Seçkin, 2006, p. 37-39.

⁸⁴ This monetary threshold is determined and announced each year in the Official Gazette by the Ministry of Trade. See CPL Article 68, and the Regulation on Consumer Arbitration Board Article 6.

⁸⁵ CPL Article 68, and the Regulation on Consumer Arbitration Board Article 6.

B. Online Access to Consumer Arbitration Boards and Consumer Courts

The Turkish Ministry of Justice has developed a ‘National Judiciary Informatics System (UYAP)’ since 1998 to perform a particularly driving information system between the courts and all other judicial institutions, including prisons to improve the speed, reliability and performance of the judicial service offered to citizens in digital age. UYAP has been implemented these institutions with ICT and gives them access to all the legislation, the judicial decision of the Cassation Court, judicial records, police and military record judicial data. In this way, UYAP builds a computerised system incorporating all courts, prosecutorial offices, and law enforcement agencies, along with the Central Organization of the Ministry of Justice. Thanks to UYAP, both lawyers and citizens who can connect to UYAP Lawyer or Citizen Portal with using their e-signature or mobile signature⁸⁶, can file a suit in civil courts, examine all their judicial and administrative cases, pay their case fee, commence execution proceedings, submit any related documents and question the situation of the cases in the Court of Cassation and Council of State through online. The latest data shows that the number of active users of the portal has reached the significant amount with more than 4.2 million, approximately 16 million cases fees have been paid by online, more than 12 million successful transactions regarding either filling cases or execution proceedings have occurred, and lastly over 125 million documents have been submitted to courts though using that online portal⁸⁷.

With regards to consumer disputes fall within the remit of consumer courts, consumers can file a suit to consumer courts through online by using their e-signature or m-signature since 2015. Citizens who want to submit or follow their case in electronic environment can access UYAP Citizen Portal Information System at <https://vatandas.uyap.gov.tr/vatandas/index.jsp>. Consumers who want to log in to the Portal via e-signature or m-signature, can access the cases and enforcement proceeding in consumer courts, examine the contents of all the submitted documents in the case, calculate the fees and expenses to be paid related to the lawsuit. Citizens who do not have an e-sig-

⁸⁶ While electronic signature is presented by Electronic Certificate Service Providers approved by Information Technologies and Communication Authority, mobile signature is serviced by mobile network operators in Turkey.

⁸⁷ *UYAP Bilişim Sistemi*, (2018), <<https://avukat.uyap.gov.tr/main/avukat/index.jsp?v=3015>> Date of Access 12 March 2021.

nature or a mobile signature can use the e-government gateway to only view the main safeguard information of the case files in the consumer courts under UYAP and cannot submit a case to courts through Internet. Thus, e-signature or m-signature is required in order to file a suit or take action online.

Lastly, previously, applications to Consumer Arbitration Boards that can be made by personally or by mail can now also be easily done electronically since 2017⁸⁸. It has become possible for consumers to submit their applications from the relevant screen after logging in with the e-Government passwords. Users can go to 'Consumer Complaints Application' and go to 'Consumer Complaints Applications' step. As a result of this application, consumers are not obliged to apply to courts or Arbitration Boards in person for low value claims anymore, and they can make their applications online. This possibility encourages consumers who think that it is not time efficient to go to court in person for low value claims, to defend their rights.

C. Development of an ODR System in Turkey

In the current digitalised society, there is a strong possibility that ODR will become a significant dispute resolution mechanism to resolve disputes. Turkey should take legal action and practice upon promoting a proper ODR system for low-value disputes⁸⁹. The advancement of an ODR system for resolving disputes regarding online Business to Consumer (B2C) sales would be a good starting point. Subsequently, such a system could be adopted for any consumer disputes, including arising from offline transactions⁹⁰. Developing an ODR system for online transactions is suitable given that the purchases are performed online, the value of consumer transactions is usually low, online buyers inspire confidence in the online retailer by transferring money before receiving the items, and they cannot usually return them to a store when problems appear.

Instead of reinventing the wheel, Turkey can utilise the initiatives made by the EU and UNCITRAL, such as the EU ODR Platform and take them for-

⁸⁸ The Regulation on the Amendment of the Law on Consumer Arbitration Boards was published in the Official Gazette and entered into force on 11 August 2017, <<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/08/20170811-1.htm>> Date of Access 4 April 2021.

⁸⁹ İnan Uluç, Online Uyuşmazlık Çözümü, 2015, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, p. 1609-1643.

⁹⁰ Conclusively, disputes arising from offline transactions should have been resolved by the same systems that are available to consumers who have disputes arising online.

ward⁹¹. The schemes developed by the EU and UNCITRAL need the founding of an ODR platform which would serve as an entry point for disputes and inform disputants. Any ODR platform established in Turkey should include a tiered system, which, as recommended by the UNCITRAL Technical Notes on ODR, would encourage disputants to negotiate for reaching an agreement before their disputes are referred to mediation or arbitration. In the event that the trader and consumer cannot resolve their disputes amicably using assisted negotiation, the second step would be to forward disputes to the ADR schemes to be resolved.

D. A Proposal for Creating Non-Profit ODR Platform: How could ODR Platform operate in Turkey?

The ODR platform in Turkey is set in a way comparable to the ODR Regulation 2013 and the UNCITRAL Technical Notes and it should follow the steps below:

- 1. Problem Diagnosis and Conflict Prevention Function:** Problem diagnosis should help parties identify the type of disputes they have⁹². The Platform should assist in understanding what the parties' legal rights and liabilities are. For example, summaries of decisions in similar disputes can help. A useful knowledge tool should organise the content according to different types of disputes and serve as a diagnostic or information management tool that would prevent unmeritorious disputes. This function will be more effective if Turkish consumer advisory centres and another related department connect to the ODR platform. In addition, universities, consumer unions and associations can collaborate with advisory centres to provide support for consumers who have difficulties using the ODR platform. One advantage of handling high-volume e-commerce disputes is that these disputes can simply be categorised and settled when disputants reach an agreement concerning the applicable law on their disputes that is unambiguous. Most disputes arising from the purchase of items regard non-delivery, late delivery or not matching the seller's description and payment.

⁹¹ A similar way was suggested for New Zealand. See Trish O'Sullivan, "Developing an Online Dispute Resolution Scheme for New Zealand Consumers Who Shop Online—Are Automated Negotiation Tools the Key to Improving Access to Justice?", 2015, 24, *International Journal of Law and Information Technology*, p. 22.

⁹² Cortes, *The Law of Consumer Redress in an Evolving Digital Market*, p. 125.

The platform should categorise disputes into a well-organised taxonomy so that when the information is processed, it should be shared with related traders and competent authorities that will be able to evaluate what is going on in the markets. Based on this shared information, legislators and traders would respond to market difficulties that require to be tackled. Although regulators will control law compliance and reduce the cost of public enforcement, traders will benefit from this information by improving their market standards and preventing future consumer disputes.

2. **Submit Complaint and Response:** The consumer submits a complaint against the online trader via the ODR platform by filling a form and providing the detail of the disputes, such as the name of traders, traders' email address, and description of the dispute. At this stage, some satisfactory solutions for the consumer may be offered by the Platform. It is worth mentioning that the consumers should contact the traders themselves to resolve their disputes before applying to the Platform. If not, the Platform may refuse their applications and ask them to contact the traders first. A fully completed complaint form would be forwarded automatically to the relevant trader by the Platform and the traders would be expected to respond to the consumers with proposed solutions. The relevant trader should have seven calendar days to reply or offer a solution to the consumer.
3. **Negotiation Stage:** The negotiation stage can be improved by automated negotiation tools, which recognise areas of agreement and dispute. The computerised machines then help in creating a conversation between the disputants which aims to push them towards a satisfactory agreement through facilitating an exchange of views, insulating issues of controversy and classifying proposed solutions.
4. **Referring the Dispute to the Convenient Dispute Resolution Bodies:** If parties do not resolve their disputes by negotiating within 10 calendar days, the dispute may be referred to be settled by other ADR entities. It is worthy note here that the proposed Platform does not prescribe a specific type of ADR methods. Any convenient ADR methods (including arbitration) allowed by national law may be utilised for settlement or resolving consumer disputes. Because of the characteristic of consumer disputes (usually are low-value), online

negotiation and online mediation are better to fit the B2C context⁹³. Complexities of arbitration, cost of arbitration and continual debate regarding the arbitrability of consumer disputes in Turkey may make arbitration less preferred ADR methods for consumer disputes. This platform can benefit from the well-established ODR practices such as eBay, SquareTrade, SmartSettle, CyberSettle, AAA and CIETAC Online Dispute Resolution Center.

5. **Escalating the Dispute to an Online Judicial Process:** If parties do not settle their disputes through ADR entities within 30 days, as a final stage the dispute should be referred to either online consumer arbitration boards or consumer courts depending on the value of claim. The platform should minimise the number of disputes referred by trying to resolve them at early stages.

The cost of establishing and conducting the ODR Platform as a starting point for online consumers, would require to be supported and financed by the government and could be supervised by the Ministry of Justice and Ministry of Trade. The Ministry of Justice will have the task of improving and providing an effective redress system that would keep pace with the needs of the citizens living in the current globalised and digitalised era for⁹⁴. The cost of establishing an ODR platform can be sustained because the goal of the ODR system is to increase consumers' access to justice and provide a cost-effective and time-saving method of dispute resolution. When the ODR platform starts to run, online businesses could be obliged to pay a fee to promote the platform, and online consumers may be asked to be charged a small fee (perhaps 1-5% of the value of the claim) to submit their complaints online. If disputants do not resolve their disputes at the negotiation stage, the trader could be charged with a fee which would cover the cost of selecting an ADR entity to settle the dispute. It is worth noting that going to consumer arbitration boards and con-

⁹³ Philippe, p. 54; Schmitz, "There's an "App", p. 23.

⁹⁴ In many official reports and publications containing proposals for increasing effectiveness in justice systems, for example the recent report entitled 'Ministry of Justice Strategic Plan 2015-2019' published by the Republic of Turkey's Ministry of Justice (Directorate for Strategy Development), it is mentioned that it has become increasingly inevitable to improve the ADR methods and to enhance the effectiveness in practice. See 'Ministry of Justice Strategic Plan 2015-2019' published by Republic of Turkey Ministry of Justice, Directorate for Strategy Development (2015), <<http://www.judiciaryofturkey.gov.tr/pdf/plan.pdf>> accessed 7 April 2021; moreover, in 2010 the Judicial Reform Strategy and the Strategic Plan of Ministry of Justice and recently the Tenth Development Plan (2014-2018) have been prepared by the Grand National Assembly of Turkey, state that ADR mechanisms will be given priority.

sumer courts is free of charge⁹⁵. Thus, it will more likely be discouragement for submitting the complaint to ODR Platform if consumers are asked to pay a fee. At the same time, requesting the fee of the process to be paid by traders can result in traders not accepting to participate in the process and simply refuse the request⁹⁶. In this case, it is necessary to find alternative solutions to both make the use of the ODR effective and encourage traders to participate in process. It is suggested that the use of artificial intelligence software, such as case profiling, knowledge management which automatically examine the characteristics of individual claims, would not only reduce the cost but also enhance the actual quality and compatibility of resolutions⁹⁷.

Another funding possibility is EU projects. For example, the recent project entitled the 'Technical Assistance for Strengthening Consumer Protection' which is funded under the EU's Instrument for Pre-Accession, has started to provide effective consumer protection in line with the EU acquis and Member States' best practices⁹⁸. One of the objectives of the project is to increase the effectiveness and applicability of Consumer Arbitration Boards, remodel the consumer arbitration boards' system and establish efficient ADR entities under a clear regulatory regime by conducting surveys, organising campaigns, preparing workshops, seminars, evaluation reports and giving training.

As a starting point, a launched ODR platform should be accessible for consumers, who live in Turkey, against online traders who are based in Turkey. The main reason to restrict it to traders based in Turkey is that jurisdiction problems will occur regarding traders based outside Turkey if it is allowed to submit complaints against them as well. It does not seem easy to force such

⁹⁵ In Turkey, in accordance with the Consumer Protection Law any consumer disputes are taken to consumer courts by the consumers, consumer associations and Ministry of Trade are exempted from case fees. However, they may be charged for post and expert fees. It is important to mention that bringing disputes to consumer arbitration boards are totally free of charge for consumers. If consumer arbitration boards need an expert, the fee for this expert is paid by the Ministry of Trade.

⁹⁶ A proportionate fee can be requested from the traders for the platform. Similar to the European Small Claims Procedure approach concerning the fee, a calculation method can be established to determine the proportionality of fees, for example ODR entities fees of less than 15 % of the value of the claim can be considered as proportionate.

⁹⁷ Ross, p. 217.

⁹⁸ The project has a total budget of 2 million euros, out of which 1.8 million euros are provided by the EU. See Consumer Protection, A Common Priority! (EU Delegation to Turkey, 2018), <<https://www.avrupa.info.tr/en/pr/consumer-protection-common-priority-7765>> Date of Access 4 April 2021.

traders to be involved with this ODR platform⁹⁹.

1. The Need for a Policy and Regulation

Similar to the provisions of the ODR Regulation 2013, online merchants should be obliged by law to inform consumers concerning the ODR Platform and give a link to connect to the ODR platform's website. It is worth noting here that the provided link should be visible in the website.¹⁰⁰ If the ODR platform is intended to be successful in Turkey, the law should make it mandatory for disputants to join and use this process. In this way, there will be awareness about the Platform and ODR procedures will be promoted and become more popular. In other words, parties will learn and observe what the ODR itself is and how it works. A significant shortcoming of the EU ODR Regulation is that traders can refuse to participate in or ignore the ODR procedure. Similar to the UNCITRAL Technical Notes on ODR¹⁰¹, law may stipulate that if the disputants fail to resolve their disputes themselves and choose an ADR entity within reasonable time, then the ODR manager can select an ADR entity for reaching a settlement. In the event of failure to choose an ADR entity, the ODR administrator is expected to determine as to whether the entity shall be replaced. As a practical matter, the law should also require online businesses to provide a contact email address on their websites and use the same email address used in their transactions with customers. Some of them only allow communication via filling online forms and do not provide an email address. Moreover, most of times the email addresses, which are used in their transactions, are not proper email addresses that can be used to contact the traders (they are often 'please do not reply' emails). If consumers submit a complaint via the platform, they should be given a contact email address of the traders so that the Platform can forward the complaint to the trader.

⁹⁹ These jurisdiction issues are beyond the scope of this article. In order to see legal challenges of international consumer disputes, see Kaya, p.128-150.

¹⁰⁰ Although the European Union has made it a legal requirement to provide the link in the websites, there is no arrangement on how this link can be shown to users. Most of times, it is not visible in their websites.

¹⁰¹ The Technical Notes recommends that the ODR administrator should choose a neutral that interacts with the litigants in an attempt to resolve the disputes. See UNCITRAL Technical Notes on ODR, Article 20.

2. The Need to Raise Awareness of Consumer Regarding ADR and ODR

A difficulty encountered by Turkish consumers is to familiarise themselves with the notion of ADR and ODR as well as with ADR entities. A report conducted in 2107 and entitled ‘the Project on the Development of Mediation in Legal Disputes’¹⁰² has surprisingly stated that the court officers’ awareness about mediation is only less than 4%¹⁰³. The other astonishing figure is that only 24% of the members of the Confederation of Turkish Tradesmen and Craftsmen and Turkish Union of Chambers and Commodity Exchanges admitted that they have knowledge about mediation¹⁰⁴. The Department of Mediation has created a website with the links of the public mediation centres and the lists of individual mediators¹⁰⁵.

The disputants, traders and consumer unions and associations, such as the Confederation of Turkish Tradesmen and Craftsmen and Turkish Union of Chambers and Commodity Exchanges or arbitration institutions, meditation centres, government agencies, particularly the Department of Mediation, may refer disputes to certified ODR entities. When this takes place through the ODR entities’ website, the principal scheme practised is synchronise with Trustmark. Hence it is a necessity for the identification and establishment of a framework of Trustmark in Turkey.

E. A Proposed Model to Raise the Effectiveness of Current Turkish Consumer Redress System

As mentioned above, consumers in Turkey generally go to consumer arbitration boards or consumer courts for resolving their disputes¹⁰⁶. Even though

¹⁰² This project is co-funded by the Swedish International Development Cooperation Agency and the Republic of Turkey and implemented by the European Council. See The Project on the Development of Mediation in Civil Disputes (2017) <<https://rm.coe.int/mediation/168075fa4c>> Date of Access 5 April 2021.

¹⁰³ The Project on the Development of Mediation in Civil Disputes (2017), <<https://rm.coe.int/mediation/168075fa4c>> Date of Access 5 April 2021.

¹⁰⁴ The Project on the Development of Mediation in Civil Disputes (2017), <<https://rm.coe.int/mediation/168075fa4c>> Date of Access 5 April 2021.

¹⁰⁵ The Department of Mediation <<https://adb.adalet.gov.tr/Home/>> Date of Access 11 April 2021.

¹⁰⁶ For disputes exceeding 11.330 Turkish Lira, consumer courts have jurisdiction. Lower disputes are typically taken to Consumer Arbitration Boards. If the value of the dispute is under the monetary threshold, it is mandatory to apply to board before applying to Consumer

the consumer redress system and other legislative instruments have had positive results, there are still problems in the use of current system, which do not allow it to reach its full efficiency. One of these is the unpredictability of the time employed for resolving low-value disputes. The Law on Consumer Arbitration Boards stated that after the submission of the dispute, the boards shall start to resolve the dispute within six months¹⁰⁷. Similarly, the report carried out by Ministry of Justice stated that the average duration of a case in consumer courts is 425 days. This time period may be considered excessive for specific types of consumer disputes, especially low-value disputes arising from e-commerce¹⁰⁸. In the event that a consumer submits his/her complaint about a pair of shoes worth 300 Turkish Lira through the Consumer Arbitration Board, the Board has to resolve the dispute within 180 days. Therefore, the fact that a dispute will be handled and resolved in 180 days by the Board may discourage consumers to use this system for low-value disputes. When it is compared to the length of time taken by some accomplished ODR schemes, such as eBay's Resolution Centre or Modria, where the expected period for handling and resolving disputes is less than 10 days, it becomes apparent that the difference is substantial¹⁰⁹. An empirical research conducted in eBay users showed that the existence of an effective consumer redress system helping users in resolving their disputes has a favourable effect on the activity of users¹¹⁰. That is to say, these users, who had claimed and were given efficient redress, had increased more activities afterwards than those who did not have any claims. Thus, the Consumer Protection Law should be amended so that the board and the courts shall resolve disputes within maximum 90 days.

Court. Similarly, if the claim is over the monetary limit, it has to be taken to the consumer courts.

¹⁰⁷ However, in some cases (taking into account such factors as the nature of the application, the application, the nature of the goods or services) the period can be extended for a maximum of six months. For instance, in the case of the claimant is foreign. See the Regulation on Consumer Arbitration Committee for Consumers Article 23.

¹⁰⁸ Ross, p. 218.

¹⁰⁹ Colin Rule, "Quantifying the Economic Benefits of Effective Redress: Large E-Commerce Data Sets and the Cost-Benefit Case for Investing in Dispute Resolution", 2012, 34, University of Arkansas Little Rock Law Review, p. 767, 776.

¹¹⁰ Colin Rule, "Quantifying the Economic Benefits of Effective Redress: Large E-Commerce Data Sets and the Cost-Benefit Case for Investing in Dispute Resolution", 2012, 34, University of Arkansas Little Rock Law Review, p. 767, 776.

Another problem with the system is that the Turkish Consumer Protection Law states that the Board consists of five members¹¹¹. Having so many board members for resolving low-value disputes may cause delays in the award of justice. Larger boards tend to meet less often because it is not easy to coordinate all members' busy calendars. Board discussions are generally longer and less focused than those of smaller boards, which typically results in slow decision-making¹¹². While, in practice, the number of arbitrators in commercial disputes is usually one or two, it is questionable to expect that five board members deal with submitted consumer disputes which are less complicated than commercial disputes. It is suggested that the number of board member should be reduced and be limited to a maximum of three members.

Another obstacle identified by research is the lack of awareness about the way of applying to consumer arbitration boards and consumer courts. Complaints to the Consumer Arbitration Boards can be easily submitted electronically since 2017 and consumers can file a suit to the consumer courts online since 2015. Parties usually encounter difficulties regarding the time required for travelling, and there is a lack of transparency about the details of the procedure. As a consequence, not only vulnerable consumers, but a large part of society may not understand the system as an accessible redress option. In order to raise the awareness of the consumers regarding the use of electronic communications in submitting complaints to either the boards or courts, similar to the ODR Regulation 2013, online merchants should be obliged by law to inform consumers about the consumer arbitration boards and consumer courts and give them a link to connect to the Consumer Information System and Citizen Portal.

Conclusion

In this article the scenery of ODR was introduced and explored, with reference to it's the main difficulties it requires to overcome for becoming more prevalent in Turkey. Despite its incomplete development, ODR has demonstrated its potential adaptability by accommodating to national contexts. This is an essential feature because the aim is not to blindly transfer a dispute resolution system from other jurisdictions, but to habilitate it to the national cultural features as well as social limitations, especially those regard-

¹¹¹ Article 66(2) of the CPL.

¹¹² Marcia Blenko, Michael C. Mankins and Paul Rogers, *Decide and Deliver: Five Steps to Breakthrough Performance in Your Organization*, Harvard Business Review Press, 2010.

ing ICT infrastructure. ODR has also showed its great potential in Turkey, may provide an affordable and speedy alternative to the usually unsatisfying traditional litigation system and may allow the resolution of disputes to be completed time-efficiently and cost-effectively. As stated above, some empirical researches clearly show that an effective consumer redress system helping users in resolving their disputes has a favourable effect on the activity of users. If Turkish manufacturers or service providers provide an effective consumer redress system through ODR, which means buyers will have a better experience on manufactures, consumer may continue to purchase items on manufactures again. In other words, in order to build consumer trust and assist in developing a reliable and competitive market, manufactures should provide an effective redress system.

This article has explored the need for designing a Turkish legal framework in the field of ODR. This section suggested the creation of an ODR scheme, which can be modelled on the work done by well-functioned ODR providers. The core element to develop a cost-effective, efficient and successful ODR mechanism will be the incorporation of automated negotiation tools in the ODR process to resolve disputes at an early stage before escalating to either dispute resolution bodies or consumer arbitration boards or consumer courts. The cost of establishing and operating the ODR platform should be supported by the government under the supervision of the Ministry of Justice and Ministry of Trade. In order to raise awareness of consumers, online merchants should be obliged by law to inform consumers about the ODR platform and provide a visible link for them to connect the ODR platform website. The law should make the participation to the ODR platform mandatory for disputants. Through such a regulatory framework that would oblige parties to consider the ODR procedure at least for some of their cases, ODR will be promoted and become more popular. The article suggested that the Department of Mediation should establish the legal ground of or at least support the establishment of private accredited dispute resolution bodies in Turkey. Finally, the article emphasised that the consumer unions and associations, such as the Confederation of Turkish Tradesmen and Craftsmen and Turkish Union of Chambers and Commodity Exchanges, or arbitration institutions, meditation centres, government agencies, particularly the Department of Mediation, should make strategic alliances with the Ministry of Trade to raise the awareness of ODR and channel disputes to certified ODR providers.

Bibliography

- Abdel Wahab M S, Katsh E and Rainey D, ODR: Theory and practice, 2nd edn, Eleven International, 2021.
- American Bar Association's Task Force on Electronic Commerce and Alternative Dispute Resolution in Cooperation with the Shidler Centre for Law, Commerce and Technology, University of Washington School of Law, 'Addressing Disputes in Electronic Commerce: Final Recommendations and Report', 2002, 58, Business Lawyer, p. 415-477.
- American Bar Association Task Force on E-Commerce and ADR Executive Summary of Final Recommendations, Final Report, August 2002.
- Betancourt J and Zlatanska E, "Online Dispute Resolution (ODR): What Is It, And Is It the Way Forward?", 2013, 79, International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, p. 256-254.
- Blenko M, Mankins M C and Rogers P, Decide and Deliver: Five Steps to Breakthrough Performance in Your Organization, Harvard Business Review Press, 2010.
- Budak A C, "Tüketici Hakem Heyetleri", 2014, 16, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Pekcanitez Armağanı, p. 77-103.
- Cole S R and Blankley K M, "Online Mediation: Where We Have Been, Where We Are Now, and Where We Should Be", 2006, 38, U. Tol. L. Rev., p. 193.
- Consumer Protection, A Common Priority! (EU Delegation to Turkey, 2018), <<https://www.avrupa.info.tr/en/pr/consumer-protection-common-priority-7765>> Date of Access 4 April 2021.
- Cortés P, The Law of Consumer Redress in An Evolving Digital Market: Upgrading from Alternative to Online Dispute Resolution, Cambridge University Press, 2018.
- Cortés P, Online Dispute Resolution for Consumers in the EU, Routledge, 2011.
- Cortés P and Lodder A, "Consumer Dispute Resolution Goes Online: Reflections on the Evolution of European Law for Out-Of-Court Redress", 2014, 21 (1), Maastricht Journal, p. 14-38.
- Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21

May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, OJ L165/63, 18 June 2013.

Ermenek İ, “Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri”, 2013, 17, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, p. 563-634.

Ebner N, Zeleznikow J, “No Sheriff in Town: Governance for Online Dispute Resolution”, 2016, 32, Negotiation Journal, p. 297-323.

Eisen J B, “Are We Ready for Mediation in Cyberspace?”, 1998, 4, Brigham Young University Law Review, p. 1305-1360.

Ercan M, Uyuşmazlıkların Online Çözüm Yöntemleri, LLM Thesis, 2012.

European Commission, “Functioning of the European ODR Platform: Statistical Report”, <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/odr_report_2020_clean_final.pdf> Date of Access 1 April 2021.

European Commission (Online Dispute Resolution 2020), “Reports and statistics”, <<https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.statistics.show>> Date of Access 1 March 2021.

European Commission (Online Dispute Resolution 2021), <<https://webgate.ec.europa.eu/odr/main/index.cfm?event=main.home.show&lng=E>> Date of Access 7 April 2021.

European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) “European judicial systems, efficiency and quality of justice: Use of information technology in courts in Europe”, CEPEJ Studies No. XX, 2016 edition (2014 data).

Farned D B, “A New Automated Class of Online Dispute Resolution: Changing the Meaning of Computer-Mediated Communication”, 2011, 2, Faulkner Law Review, p. 335-360.

Flebus C, “Report: UNCITRAL Working Group III on Online Dispute Resolution - A Change of Focus In The Outcome Document”, 2016, 29, New York State Bar Association International Law Practicum, p. 60.

Hörnle J, Cross-border Internet Dispute Resolution, Cambridge University Press, 2009.

Kadıoğlu C Ç, “Bricks and Clicks: Online Dispute Resolution Mechanisms

and Implementation of Online Arbitration in Turkey for Cross-Border Business to Consumer E-Commerce Disputes”, 2019, 1, ASBÜ Bilişim Hukuku Dergisi, p. 113-146.

Kalafatoğlu M P, “Yabancı Unsurlu E-Tüketici Uyuşmazlıklarının İnternet Üzerinden Çözülmesi (Online Dispute Resolution) Konusunda Görüş, Düşünce Ve Öneriler”, 2018, 34 (2), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, p. 301-350.

Katsh E and Rifkin J, Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace, Jossey-Bass, 2001.

Kaufmann-Kohler G and Schultz T, Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice, Kluwer Law International, 2004.

Kaya S, Consumer Dispute Resolution in the Digital Age: Online Dispute Resolution, Oniki levha, 2020.

Lau T and Johnson L, The Legal and Ethical Environment of Business, Saylor Foundation, 2011.

Lavi D, “Three Is Not a Crowd: Online Mediation-Arbitration in Business to Consumer Internet Disputes”, 2016, 37, University of Pennsylvania Journal of International Law, p. 871-941.

Lodder A and Zeleznikow J, Enhanced Dispute Resolution Through the Use of Information Technology, Cambridge University Press, 2010.

“Ministry of Justice Strategic Plan 2015-2019” published by Republic of Turkey Ministry of Justice, Directorate for Strategy Development (2015), <<http://www.judiciaryofturkey.gov.tr/pdfler/plan.pdf>> Date of Access 7 April 2021.

O’Sullivan T, “Developing an Online Dispute Resolution Scheme for New Zealand Consumers Who Shop Online—Are Automated Negotiation Tools the Key To Improving Access To Justice?”, 2015, 24, International Journal of Law and Information Technology, p. 22-43.

Özmumcu S, “Dünyada ve Ülkemizde Online Uyuşmazlık Çözümleri Bağlamında Online Tahkim ve Uygulamaları”, 2020, 78 (2), **İstanbul Hukuk Mecmuası**, p. 431-454.

Özmumcu S, “Online Uyuşmazlık Çözümleri ve Online Arabuluculuk “Dijital Adalet Mümkün Mü?” Sistem Üzerine Bazı Değerlendirmeler”, 2020, Prof. Dr. Türkan Rado’nun Anısına Armağan, p. 365-420.

- Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 2054 (2015), “Access to justice and the Internet: potential and challenges”, Report: Doc. 13918 of 10 November 2015.
- Pekcanitez H, “Tüketici Sorunları Hakem Heyeti”, 1996, İzmir Barosu Dergisi, p. 40-53.
- Philippe M, “ODR Redress System for Consumer Disputes: Clarifications, UNCITRAL Works & EU Regulation on ODR”, 2014, 1, International Journal of Online Dispute Resolution, p. 57-69.
- Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (hereinafter Regulation on Consumer ODR), OJ L165/1, 18 June 2013.
- Republic of Turkey Ministry of Justice Statistics (2019), <<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-baski-ISA.pdf>> Date of Access 20 March 2021.
- Ross G, “The Possible Unintended Consequences of the European Directive on Alternative Dispute Resolution and the Regulation on Online Dispute Resolution”, 2014, 10, Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico, p. 206
- Rule C, Online Dispute Resolution for Business, Jossey-Bass, 2002.
- Rule C, “Quantifying the Economic Benefits of Effective Redress: Large E-Commerce Data Sets and the Cost-Benefit Case for Investing in Dispute Resolution”, 2012, 34 (4), University of Arkansas Little Rock Law Review, p. 767-777.
- Schmitz A J, “There’s an “App” for That: Developing Online Dispute Resolution to Empower Economic Development”, 2018, 32, Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy, p. 1-45.
- The Commission to the European Parliament, the Council and The European Economic and Social Committee on the application of Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council on alternative dispute resolution for consumer disputes and Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council on online dispute resolution for consumer disputes, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0425&from=EN>> Date of Access 5

April 2021.

The Council of Europe European Committee on Legal Co-operation, “Technical Study on Online Dispute Resolution Mechanisms”, CDCJ, 2018.

The Project on the Development of Mediation in Civil Disputes (2017), <<https://rm.coe.int/mediation/168075fa4c>> Date of Access 5 April 2021.

Tutumlu M A, Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin Yapısı, İşleyişi, Sorunları ve Çözüm Önerileri, Seçkin, 2006.

Uluç İ, Online Uyuşmazlık Çözümü, 2015, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, p. 1609-1643.

United Nations Commission on International Trade Law, 49th session, ‘Report of Working Group III (Online Dispute Resolution) on the work of its thirty-third session’, A/CN.9/868, 27 June-15 July 2016.

United Nations Commission on International Trade Law, 44th session, ‘Report of Working Group III (Online Dispute Resolution) on the work of its twenty-second session’, A/CN.9/716 ,27 June-15 July 2011.

United Nations Commission on International Trade Law, 30th session, “Online dispute resolution for cross-border electronic commerce transactions: draft procedural rules (Track II)” A/CN.9/WG.III/WP.130, 20-24 October 2014.

Yeşilova B, “6502 sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü ve Yargılama Kuralları”, 2014, 9, Terazi Hukuk Dergisi, p. 107-143.

Yüksel A, “Online International Arbitration”, 2007, 4 (1), Ankara Law Review, p. 83-93.

Wang F F, Online Arbitration, Informa Law from Routledge, 2017.

Wang F F, Online Dispute Resolution, Chandos, 2009.

Zheng J, Online Resolution of E-commerce Disputes: Perspectives from the European Union, the UK, and China, Springer, 2020.

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

BASİT TIBBİ MÜDAHALELİK (BTM'LİK) YARALAMALAR VE NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ SUÇ HÜKÜMLERİNİN TATBİKİ MESELESİ

Mehmet Emin ARTUK*

Erkam YILMAZ**

ÖZ

5237 sayılı TCK m. 86/2 'de kasten yaralama fiilinin etkisinin basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olduğu hallerde temel kasten yaralama fiillerine nazaran daha hafif bir yaptırım öngörülmektedir. Basit tıbbi müdahalelik yaralamasının müstakil bir hüküm olarak vazedilmesi birtakım sonuçları beraberinde getirmektedir. Bu sebeple hangi yaralamaların basit tıbbi müdahalelik olduğunun tespiti, cezai sorumluluk açısından hayati önem taşımaktadır. Bu yaralamalar bilhassa TCK m. 87'de düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hükümlerinin tatbiki hususunda önem arz etmektedir. Bunun yanı sıra basit tıbbi müdahalelik yaralamaların tespit ve takdiri, teşebbüs, haksız tahrik ve diğer ceza hukuku kurumlarının uygulanması bakımından önemli rol oynamaktadır. Bu çalışmada, basit tıbbi müdahalelik yaralamasının tespiti bakımından nasıl bir metot izlenmesi gerektiği hususunda çözüm önerilerinde bulunulmuştur. Sonrasında ise bu metotla tutarlı olarak hem neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç meselesinde hem de teşebbüs ve haksız tahrik gibi diğer ceza hukuku kurumlarının tatbiki bakımından çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Basit Tıbbi Müdahale, Kasten Yaralama, Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Yaralama, Kasten Yaralamaya Teşebbüs, Taksirle Yaralama

ACTS OF INJURIES THAT REQUIRE SIMPLE MEDICAL INTERVENTION AND THE ISSUE OF IMPLEMENTATION OF PROVISIONS OF CRIMES AGGRAVATED BY THE RESULT

ABSTRACT

In Article 86/2 of the Turkish Criminal Code (numbered 5237), in cases where the effect of the act of willful injury is so slight that it can be eliminated by simple

* **Prof. Dr.**, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı / İSTANBUL, **e-posta:** meartuk@medipol.edu.tr

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9308-7664>

** **Arş. Gör.**, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı / İSTANBUL, **e-posta:** erkamyilmaz@medipol.edu.tr

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1245-4985>

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1065414

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 23/11/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 29/12/2021

medical intervention, a lighter sanction is foreseen compared to the acts of basic willful injury. The regulation of simple-medical-intervention injury as an independent provision brings some consequences. For this reason, it is vital to determine which injuries are simple medical interventions in terms of criminal liability. These injuries, in particular, play a role in the application of the aggravated provisions due to the result regulated in Article 87 of the TCC. In addition, the detection of simple-medical-intervention injuries plays an important role in the implementation of the provisions of the attempt, unjust provocation and other criminal law institutions. In this study, solution suggestions have been made about what kind of method should be followed for the detection of simple medical intervention injury. Afterwards, consistent with this method, solution suggestions were made both in the case of aggravated crime due to its result and in the application of other criminal law institutions such as attempt and unjust provocation.

Keywords: *Simple Medical Intervention, Willful Injury, Aggravated Crime Due to its Result, Deliberate Attempt To Injure, Reckless Injury*

I. BTM'LİK YARALAMA KAVRAMI

5237 sayılı TCK'da kasten yaralama fiilinin mağdur üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olması halinde cezasının indirileceğine dair bir hükme yer verilmiştir¹. Benzer bir hükme 765 sayılı TCK m. 456/4'te de rastlanmaktadır². Söz konusu maddeye göre kasten yaralama fiilinin hiçbir hastalık veya mutad iştigalattan mahrumiyete sebep olmaması ya da bu mahrumiyetin 10 günden fazla olmaması halinde daha az cezayı gerektiren bu hal uygulanacaktır. 5237 sayılı TCK'da ise mutad iştigalat veya hastalık tabiri yerine basit tıbbi müdahale kavramı kullanılmıştır. Basit tıbbi müdahaleden maksadın ise hiçbir tıbbi müdahale gerektirmeyen ve sağlık mensubu olmayan kişiler tarafından dahi iyileştirilmesi mümkün olan yüzeysel yaralamalar olduğu ifade edilmiştir³.

¹ 5237 sayılı TCK m. 86/2: "Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur."

² 765 sayılı TCK m. 456/4: "Eğer fiil, hiçbir hastalığı veya mütad iştigallerden mahrumiyeti mucip olmamış yahut bu haller on günden ziyade uzamamış ise takibat icrası muntazarrırın şikayetine bağlı olmak şartıyla fail hakkında iki aydan altı aya kadar hapis veya 200 liradan 2.500 liraya kadar ağır para cezası hükmolunur"

³ Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt I, 4. bası, Beta, s. 175.

II. BTM'LİK YARALAMANIN TESPİTİ

Hangi yaralama fiillerinin BTM'lik⁴ olarak tavsif edilmesi gerektiği meselesi, salt teorik bir tartışmadan ibaret olmayıp pratik önemi de haizdir. BTM'lik yaralama ile temel yaralamaya birçok durumda farklı neticeler bağlanmıştır. Dolayısıyla bu neticelerin ortaya çıkardığı problemler üzerine eğilmeden önce, hangi fiillerin BTM'lik yaralama olarak değerlendirilmesi gerektiği meselesi üzerinde durmak hayati önem taşımaktadır.

Hangi ağırlıktaki yaralama fiilinin kişi üzerinde doğurduğu etkisinin basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde olduğunun tespiti, hukukun değil tıp ilminin sahasına dahildir. Bu sebeple, BTM'lik yaralamalarda objektifliğin sağlanabilmesi için hekimlere yol gösteren bir listenin mevcudiyetine ihtiyaç duyulmuştur⁵. Bu sebeple Adli Tıp Kurumu tarafından hangi travmatik değişimlerin BTM'lik yaralamalar içinde değerlendirilmesi gerektiğini gösteren bir rapor hazırlanmıştır⁶. Bu raporda deri - deri altı - kas dokusunu ilgilendiren travmatik değişimler, kemik kırılmaları veya zehirlenmeler vücudun her bölgesi bakımından derecelendirilmiş ve böylece hangi yaralamanın TCK'nın hangi maddesine tekabül ettiği objektif kıstaslara bağlanmıştır. Çalışmamız, BTM'lik yaralamaları başarılı bir şekilde objektif kıstaslara tabi kılan adli tıp sahasını değil, adli tıp biliminin sağladığı verilerin değerlendirildiği hukuki alanı ilgilendirmektedir.

Adli tıp biliminin kapsamı işlenen fiil neticesinde hangi değişimlerin ortaya çıktığını bildirmekle mahdut iken; hukuk ilmi bu değişimlerin hukuken nasıl mütalaa edileceğiyle ilgilenir. Söz gelimi, fail koltuk değneği yardımıyla yürüyen mağdura bir yumruk atar. Bu yumruk neticesinde yere düşen mağdurun elmacık kemiği kırılır. Adli tıp uzmanları atılan yumruk neticesinde yanak bölgesinde oluşan morluğun hafif, yere çarpma dolayısıyla gerçekleşen kemik kırığının ise ağır yaralanma olduğunu tespit edebilir. Fakat tokat atma fiilinin BTM'lik olup olmadığını değerlendirmek hukukçuların yetkisi ve görevidir. Zira bu değerlendirme tıp biliminin sınırları dışına çıkarak failin fiilinin hukuki tavsifine taalluk etmektedir. Esasında bu ilişki pozitif bilimler ile akli

⁴ Çalışmada BTM'lik yaralama ifadesi “doğurduğu etki basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde olan yaralama” karşılığında kullanılacaktır.

⁵ Liste için bkz. Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi, Haziran 2013, <<https://www.atk.gov.tr/tckyaralama24-11-15.pdf>> Erişim tarihi: 08.09.2021

⁶ Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi, s. 1.

ilimler arasındaki ilişkinin özeti mahiyetindedir⁷. Pozitif bilimler bir vakıyı tespit etme vasfını haiz iken, akli ilimler bu vakıanın nasıl değerlendirileceği ile ilgilenir. Binaenaleyh, çalışmamızın bu bölümü adli tıp biliminin sunduğu verilerin nasıl değerlendirilmesi gerektiği meselesine hasredilmiştir.

İlk olarak, bir yaralamanın BTM'lik olup olmadığını tespitte salt fiilin işleniş şeklini dikkate almak eksiklik arz edecektir. Fiilin işlendiği koşullar, mağdurun durumu, fiilin yöneldiği bölge, fiilin şiddeti, fiilin işleniş şekli ve neticeyi nazarıtibara alarak külli bir değerlendirme yapmak icap etmektedir. Söz gelimi “bir kişiye tokat atmak BTM'lik yaralama değildir” şeklindeki kaziyenin mutlaka doğru olduğu iddia edilemez. Keza itme fiilinin zorunlu olarak BTM'lik yaralama teşkil ettiğinden bahsedilemez. Bu şekildeki değerlendirmeler, olaya tek bir veçheden baktığı için hatayla maluldür. Zira tokat atma veya itme gibi fiiller mağdur bedeni üzerinde oldukça hafif etki bırakmakla birlikte, mağdurun bulunduğu durum bu fiillerin sonuçlarını oldukça değiştirebilmektedir.

Bir yaralamanın BTM'lik olup olmadığını, o yaralamanın neticesine nispetle tayin edilmelidir. Ancak bu durumun elbette objektif sorumluluğa yol açacak şekilde anlaşılması gerekir. Yani, objektif olarak hangi neticenin ortaya çıktığı değil, hangi neticenin ortaya çıkabileceğine dikkat edilmelidir⁸.

Konu örnekler üzerinden izah edildiğinde daha anlaşılır hale gelecektir: Omzundaki maraz dolayısıyla mütemediyen omuz sakatlığı yaşadığını bildiği mağdurun omzuna orta şiddette bir yumruk atan ve mağdurun omzunun çıkmasına sebep olan failin BTM'lik yaralama işlediğinden söz edilemez. Normal bir insana atıldığında BTM'lik yaralama teşkil edecek olan yumruk, omuz sakatlığı yaşayan mağdura atıldığında bu yaralamanın keyfiyeti hiç şüphesiz değişecektir. Aynı değerlendirme, yüksekçe bir merdivenden inmekte olan mağduru iterek düşüren fail bakımından da yapılabilir. Mağdurun düştüğünü ve kafasını çarparak hayatını kaybettiğini varsaydığımızda, ölüm neticesinin BTM'lik yaralama sonucunda değil (en azından) temel yaralama sonucunda gerçekleştiğini ifade etmek lazım gelir. Zira, her ne kadar itme fiiliyle mağdurun vücudunda çok ufak bir lezyon meydana gelse de (ve hatta hiçbir lezyon meydana gelmese de), bu fiilin BTM'lik yaralama olduğundan

⁷ Pozitif bilimlere fizik, kimya ve biyoloji; akli ilimlere ise felsefe ve mantık örnek gösterilebilir.

⁸ Seydi Kaymaz, Ali Emrah Bozbayındır, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Yaralama Suçundan Sorumluluk ve Bu Konudaki Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, 2010, LXVIII (1-2), İÜHFİM, s. 90.

söz etmek mümkün değildir⁹. Zira itme fiilini salt mağdurun vücuduna

⁹ Yargıtay, tokat atılan koltuk değnekli mağdurun merdivenden yuvarlanmasına neden olmasını – kanaatimizce hatalı olarak – BTM’lik yaralama olarak değerlendirmiş ve gerçekleşen ölüm neticesinde TCK m. 87/4’ü değil, m. 85’i uygulamıştır. bkz. **Yargıtay 1. CD, 2013/3355 E., 2013/5283 K., 30.9.2013 T.** “*Oluşa ve dosya içeriğine göre; sanığın olay tarihinde para alacağını istemek için kardeşi Türkan’ın Kırıkkale’deki evine gittiği, parasını alamayınca sanık ve kardeşinin yüksek sesle tartışmaya başladıkları, Türkan’ın evinde kalan ve koltuk değnekleri ile yürüyebilen maktül Niyazi’nin sesler üzerine tarafların yanına gelerek sanığı uyardığı, sanığın, maktülün ayağında sakatlık ve platin olup iki koltuk değneği ile yürüyebildiğini bildiği, maktülü onun tarafından uyarılmasına kızarak maktüle bir tokat attığı, maktülün de tokatın etkisi ile dengesini kaybedip evin önündeki 10 basamaklı merdivenden yuvarlandığı, kaldırıldığı hastanede 6 gün sonra künt kafa travmasına bağlı kubbe ve kaide kemik kırıklarına bağlı komplikasyonlar sonucu hayatını kaybettiği olayda; Sanığın, ayağında sakatlık ve platin olup iki koltuk değneği ile yürüyebilen maktüle attığı tokatın onun dengesini kaybederek düşmesine neden olabileceğini öngörmesine rağmen, bu neticenin gerçekleşmeyeceğini düşünerek işlediği eylem nedeniyle TCK.nun 85/1. ve 22/3. maddeleri uyarınca bilinçli taksirle öldürme suçundan mahkumiyeti yerine, suça yanlış vasıf verilerek TCK.nun 87/4 maddesine göre hüküm kurulması” <kazanci.com.tr> Erişim tarihi: 27.08.2021; Başka bir kararında Yargıtay, mağduru beton bir zemin üzerinde sert bir şekilde iten ve onun ölmesine sebebiyet veren faili taksirle öldürme suçundan sorumlu tutmuştur. Yaralamanın sadece itme hareketiyle mağdurun vücudu üzerinde gerçekleşen temasa irca edilmesi ve düşürme fiilinin göz ardı edilmesi, bu yaralamanın BTM’lik olarak telakki edilmesine yol açmış ve bu sebeple neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükmü uygulanmamıştır. Fakat belirtmek gerekir ki, söz konusu olayda mağdurun ölümü kendisinde mevcut olan ve failin muttali olmadığı kalp hastalığının tetiklenmesi sonucunda gerçekleşmiştir. Dolayısıyla ölüm neticesinin faille isnat edilmesi hususu da kanaatimizce problemlidir. bkz. **Yargıtay CGK, 2008/1-197 E., 2009/93 K., 14.04.2009 T.** “*Bu açıklamalar ışığında tüm dosya içeriği birlikte değerlendirildiğinde; Hükümlünün, öleni itmesi ile meydana gelen ölüm arasında nedensellik bağının bulunduğu ve hükümlünün öleni eliyle iteklemesi eyleminin 5237 sayılı TCY’nın 86/2. maddesi kapsamında kalan kasten yaralama olduğunda kuşku bulunmadığından hükümlünün eyleminin TCY’nın 87/4. maddesi kapsamında değerlendirme olanağı yoktur. Olayda hükümlü, dikkat ve özen yükümlülüğüne uymayarak iradi bir hareketiyle öleni göğsünden itmiş, ancak gerçekleşen sonucu yani ölümü öngöremiştir. Diğer bir anlatımla, hükümlünün kastı, kasten yaralamaya ilişkin olup meydana gelen ağır sonuç olan “ölüme” yönelik değildir. Beton zeminde bulunan bir kişinin sert bir şekilde itilmesi sonucu yere sırt üstü düşerek ölebileceği objektif olarak öngörülebilir bir sonuç olmasına karşın hükümlü bunu öngöremiştir. O halde hükümlünün olayda meydana gelen ağır netice olan ölümden taksirle sorumlu tutulmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Bu itibarla, hükümlünün 765 sayılı TCY’nın 450/11. maddesi yollamasıyla 452/2. maddesi kapsamında kabul edilen eyleminin yerel mahkeme tarafından 5237 sayılı TCY’nın 85/1 maddesi kapsamında kabul edilerek lehe yasa değerlendirmesinin bu maddelere göre yapılmasında herhangi bir isabetsizlik bulunmadığından, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.” (legalbank.net); Ancak başka bir kararında Yargıtay, 3.5 metre derinliğindeki bir çukurun önünde bulunan mağduru iterek onun ölümüne sebep olan faili kasten yaralama neticesinde ölüme sebebiyet verme suçundan sorumlu tutmuştur. Yani, haklı olarak, itme fiilini BTM’lik olarak tavsif etmemiştir. Kararı değerlendiren *Kaymaz ve Bozbayındır* da çukura düşme sonucunda meydana gelen yaralanmaların failin kastı dahilinde olduğunu, dolayısıyla kasten yaralama neticesinde ölüme sebebiyet verme suçunun gerçekleştiğini belirtmiştir. bkz. *Kaymaz, Bozbayındır*, s. 113. Söz konusu karar için bkz. **Yargıtay 1.CD, 2010/5308 E., 2011/938 K., 23.2.2011 T.**“*Oluşa, dosya kapsamındaki de-***

dokunulduğu esnadaki etkiye hasretmek hatalı olacaktır. Bu düşüncenin ne kadar hatalı olduğu, uçurum kenarındaki kişinin itilmesi örneğinden rahatça anlaşılabilir. Uçurum kenarındaki kişinin itilmesi BTM'lik yaralama değil bizatihi öldürme fiilidir. Bu durumda, merdivende bulunan bir kişinin itilmesi de BTM'lik yaralama değil, temel veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama olarak tavsif edilebilir. Diğer bir örnek olarak, cam kırıklarının olduğu bir zemin üzerinde bulunan mağdura çelme takıp onu yere düşüren ve suratında sabit bir izin oluşmasına sebep olan failin durumu gösterilebilir. Normal bir zeminde çelme takarak bir şahsı yere düşürmek BTM'lik yaralama kabul edilebilirken, bu durumun hususiyetleri gereği BTM'lik kabul edilmemelidir. Zira fiilin işlendiği koşullar gereği fail mağdura çelme takarak etkileri basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek ölçüde bir zarar vermiştir.

Görüldüğü üzere, tüm bu tartışmalar adli tıp uzmanlarının değil hukukçuların alanına girmektedir. Biz adli tıp uzmanlarının belirlediği kıstasları değil hukukçuların takdir ettiği yaralama fiilinin tavsifini tartışmaya açmaktayız. Zira adli tıp uzmanlarının belirlemiş olduğu ve uygulama tarafından müstakar şekilde uygulanan kıstaslara bağlı kalarak, BTM'lik yaralamanın tespitinde yaralama fiilinin salt beden üzerinde o esnada meydana getirdiği etkiyi değil, doğrudan sebep olabileceği neticeleri dikkate almak pekâlâ mümkündür.

Doktrin¹⁰ ve Yargıtay¹¹ içtihatlarında her ne kadar isabetli olarak TCK'nın

lillere ve olayı gören tanıkların olayın hemen akabinde verdikleri anlatımlara göre, olay günü maktule Aysel'in komşusu tanık Gülay ile tartıştıktan sonra arkasını dönüp gideceği sırada, başka bir komşusu olan sanık Abdullah'ın koşarak gelip maktuleyi itmesiyle Aysel'in apartman önündeki 3,5 metre derinlikteki bahçe inşaatına düştüğü, Adli Tıp Kurumu Morg İhtisas Dairesi'nin 14.01.2003 tarihli raporuna göre düşmeye bağlı genel beden travması ve buna bağlı kafatası ve çok sayıda kot kırıklarıyla müterafık beyin doku harabiyeti ve beyin kanaması ile iç organ yırtılmasından gelişen iç kanama sonucu öldüğü anlaşılmakla, sanığın olayda öldürme kastıyla hareket ettiğinin de ispatlanamaması karşısında sanığın, 765 sayılı TCK.nun 452/1 maddesi kapsamında etkili eylem kastının aşılması sonucu öldürme suçundan cezalandırılmasına karar vermek gerektiğinin gözetilmemesi; Kabul ve uygulamaya göre de; karar gerekçesinde sanığın eyleminin kastı aşan öldürme suçu olarak nitelendirilmesine ve sonuç ceza karşılaştırmasının 5237 sayılı TCK.nun 87/4 maddesiyle yapılmasına rağmen, yazılı şekilde 765 sayılı TCK'nun 452/2 maddesi uygulamasıyla mahkumiyet hükmü kurulması..."

¹⁰ Ahmet Gökçen, Murat Balcı, Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları, 2. Baskı, Adalet, 2015, s. 356; Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet, 2020, s. 225.

¹¹ **Yargıtay CGK, 2018/3-95 E., 2019/207 K., 14.03.2019 T.** "Burada gözden kaçırılması gereken husus, 87. maddenin bir, iki, üç ve dördüncü fıkralarındaki nitelikli hâllerin uygulanabilmesi açısından kasten yaralama fiilinin TCK'nın 86. maddesinin birinci kap-

87'nci maddesinde düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerin meydana geldiği hallerde yaralamanın BTM'lik telakki edilemeyeceği savunulsa da, ölüm neticesinin gerçekleştiği olaylarda tutarlı hareket edilmemektedir. Esasında Yargıtay içtihatlarında, kemik kırığı veya sabit iz meydana gelmiş ise yaralama BTM'lik kabul edilmemekte¹², 87'nci maddede yer alan diğer haller bakımından aynı yönde bir uygulamaya rastlanmamaktadır. Söz gelimi failin BTM'lik olduğu kabul edilen bir yaralaması neticesinde mağdur hayatını kaybetmiş ise, ölüm neticesi bakımından taksir söz konusu ise taksirle öldürme suçu gündeme gelmekte, yaralamanın BTM'lik olmadığı hususu

*samında kalmasının veya 86. maddenin birinci fıkrası kapsamındaki kasten yaralama fiilinin üçüncü fıkra da ihlal edilmek suretiyle gerçekleştirilmesinin gerekmesidir. Buna bağlı olarak TCK'nun 86. maddesinin ikinci fıkrası kapsamındaki kişi üzerindeki etkisi basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olan kasten yaralama fiillerinden dolayı bu fiil aynı maddenin üçüncü fıkrası ihlal edilmek suretiyle işlense dahi 87. maddenin bir, iki, üç ya da ikinci fıkralarının uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun ve Özel Dairelerin uygulamaları da bu doğrultudadır” <kazanci.com.tr> Erişim tarihi: 01.09.2021 ; **Yargıtay 1. CD., 03.06.2021, 3249/9740** “Müştekinin yüzünde sabit iz meydana gelecek şekilde yaralandığı olayda, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama niteliğindeki yüzde sabit izin, basit tıbbi müdahale ile giderilemeyeceği gözetilmeden, sanık hakkında temel cezanın 5237 sayılı TCK'nin 86/1 maddesi yerine TCK'nin 86/2. maddesi gereğince belirlenmesi suretiyle eksik ceza tayin edilmesi” <lexpera.com.tr> Erişim tarihi: 01.09.2021; **Yargıtay, 3. CD., 11.02.2009, 16205/1955** “Yine sanığın mağdurenin yüzünde sabit iz ve bir kısım basit tıbbi müdahaleler ile giderilebilir yaralamalara yol açan fiilinin 5237 S.K.un 86/2 madde kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, buna göre temel cezanın 5237 TCK.nun 86/1 maddesi uyarınca belirlenmesinin gerektiği gözetilmeksizin hüküm kurulması, aleyhe temyiz olmadığından ve 87. maddenin 1. fıkrasının son cümlesi uyarınca sonuca da etkili görülmediğinden, bozma sebebi yapılmamıştır”; **Yargıtay, 3. CD., 11.02.2009, 16714/1915** “Sanığın mağdurenin yüzünde sabit iz ve yol açan fiilinin 5237 S.K.un 86/2 madde kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, buna göre temel cezanın 5237 TCK.nun 86/1 maddesi uyarınca belirlenmesinin gerektiği gözetilmeksizin hüküm kurulması ve TCK.nun 87/1-son maddesi gereğince tayin olunacak cezanın 5 yıldan az olamayacağına gözetilmemesi aleyhe temyiz olmadığından bozma sebebi yapılmamıştır” kararlar için Gökcan, Balcı, Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları, s. 356.*

¹² **Yargıtay CGK, 2011/3-220 E., 2011/274 K., 20.12.2011 T.** “Bununla birlikte her ne kadar adli raporda mağdurda meydana gelen yaralanmanın basit tıbbi müdahale ile giderilebileceği ancak yüzde sabit iz neden olacağı belirtilmiş ise de, yüzde sabit iz neden olma yaralama suçunun nitelikli hali olduğundan, temel ceza TCK'nun 86. maddesinin 2. fıkrasına göre değil 1. fıkra hükmüne göre belirlenmelidir. Nitekim Özel Daire uygulamaları da bu yönde istikrar kazanmıştır”, **Yargıtay 3. CD, 2009/24436 E., 2012/7004 K., 27.02.2012 T.** “Dairemizin yerleşik içtihatlarına göre: sanığın burnunda kırık oluşturacak şekilde katılamı yaralaması eyleminin basit bir tıbbi müdahale ile giderilemeyeceği hususu gözetilmeden temel cezanın TCK'nun 86/1. maddesine göre belirlenmesi gerekirken yazılı şekilde uygulama yapılması” kararlar için Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Aruç, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 3. Cilt, Adalet Yayınevi, 2021, s. 3263.

dikkate alınmamaktadır¹³. Oysa yukarıda verilen örneklerde görüldüğü üzere, itme, tokat atma veya yumruk atma gibi hafif fiiller dahi olayın hususiyetleri gereği BTM'lik kabul edilmeyebilir. Kemik kırığına sebep olan bir yumruk BTM'lik kabul edilmeyorken, ölüme sebep olan yumruğun BTM'lik kabul edilerek m. 87/4 yerine m. 85'ten uygulama yapılması çelişki arz etmektedir. Diğer bir anlatımla, kemik kırığına sebebiyet veren bir yumruk atma fiilinin BTM'lik olmadığı isabetli bir şekilde savunuluyorken; ölümün öngörülebilir olduğu bir vaziyette yumruk atma fiilinin BTM'lik kabul edilmesi tutarsızdır. Belirtmek gerekir ki, ölüm öngörülebilir değil ise atılan yumruk hiç şüphesiz BTM'lik olarak değerlendirilmeli ve ölüm neticesi faile objektif olarak isnat edilmemelidir. Söz gelimi, fail tanımadığı mağdurun göğüs bölgesine vurur ve mağdur kendisinde bulunan kalp hastalığı dolayısıyla hayatını kaybederse failin sadece BTM'lik yaralamadan sorumlu tutulması gerektiği aşıkardır. Ancak kalp hastası olduğu bilinen bir mağdurun göğüs bölgesine vurulan darbenin kategorik olarak BTM'lik telakki edilmesi hatalıdır. Bu durumda failin ölüm neticesi bakımından en azından taksiri olduğu söylenmelidir.

¹³ **Yargıtay CGK, 2015/12-1254 E., 2018/354 K., 18.09.2019 T.** “*Sanığın yumrukla vurma eylemine bağlı olarak ölüme meydana gelen yaralanmanın TCK'nın 86. maddesinin birinci fıkrası veya birinci ve üçüncü fıkraları kapsamında olmayıp TCK'nın 86. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında kalan bir yaralanma olması nedeniyle sanığın eyleminin TCK'nın 87/4. maddesi kapsamındaki kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçunu oluşturmadığı kabul edilmelidir (...)*Her ne kadar sanığın fiilinin kişi üzerindeki etkisi **basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif** ise de, yüz bölgesine **yumruk atılması** şeklindeki bir fiilin **ölüm neticesini doğurmaya elverişli bir hareket** olmasından ve sanığın eylemi ile ölüm neticesi arasında nedensellik bağı bulunmasından dolayı sanığın eyleminin TCK'nın 86. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen kasten yaralama suçu kapsamında değerlendirilemeyeceği ancak öldürme fiilinin taksirle de işlenebilen bir suç olmasın, sanığın olay tarihinde tartıştığı ölene yumrukla vurması şeklindeki hareketinin tradi bir hareket olması, ölüm neticesini istediğine dair bir tespitin yapılamaması ve hareketi ile ölüm sonucu arasında nedensellik bağının bulunması hususları ile birlikte lise mezunu ve olay tarihi itibarıyla 28 yaşında olan sanığın yaşam tecrübesi ve eğitim düzeyi gözeticilip ortak tecrübeler de dikkate alındığında, 50 yaşındaki bir kişinin yüzüne yumrukla vurulması neticesinde ölüm sonucunun meydana gelebileceğinin öngörülebilir olduğu, sanığın ise öngörülebilir neticeyi öngörememesi nedeniyle eyleminin TCK'nın 85. maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki taksirle bir kişinin ölümüne neden olma suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.” karar için bkz. Gökcan, Artuç, 3. Cilt, s. 3395, 3396; Keza Yargıtay CGK'nin kararına konu olan bir olayda (2018/3-95 E., 2019/207 K., 14.03.2019 T) fail mağdura sopa ile vurmuş ve onun hayatı tehlike geçirmesine sebep olmuştur. Yargıtay bu yaralamayı mağdurun vücudunda lezyon oluşturmadığı için BTM'lik kabul etmekle birlikte, failin söz konusu hayatı tehlike bakımından taksirinin bulunduğu hükmetmiştir. Bunun sonucunda m. 87/1-d'nin değil 89/2-e'nin gerçekleştiğine hükmetmiş ve fikri içtima gereği yalnızca kasten yaralama suçundan hüküm kurmuştur. Görüldüğü üzere bu kararda da failin mağdurun geçirdiği hayatı tehlike açısından taksiri olduğu kabul edilmesine rağmen, sopayla vurması BTM'lik kabul edilmiştir. Bu karara çalışmanın devamında daha detaylı değinilecektir.

Failin ölüm neticesi açısından en azından olası kastı varsa zaten uygulanacak olan hüküm kasten öldürme suçu olduğundan bu durum çalışmanın konusunu ilgilendirmemektedir. Ancak failin ölüm neticesi açısından kastı değil de taksiri söz konusu ise ika ettiği yumruk atma fiilinin BTM'lik yaralama teşkil edip etmediği, uygulanacak olan hükmün taksirle öldürme (m. 85) veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama (m. 87/4) olduğunu belirleyecektir. Kanaatimizce kalp hastası olduğu bilinen bir kişinin göğüs bölgesine atılan yumruğun mağdurun vücudu üzerinde ufak bir lezyon meydana getirmiş olması, bu yaralama fiilinin BTM'lik telakki edilmesini gerektirmemelidir. Zira bir yumruğun oluşturduğu etki sadece doku üzerindeki lezyona bakarak tayin edilemez.

Bununla birlikte Yargıtay 3. Ceza Dairesinin yukarıdaki açıklamalarımızla paralellik oluşturacak bazı kararlarına da rastlanmaktadır¹⁴. Bu kararlarda

¹⁴ **Yargıtay 3. CD, 2015/7237 E., 2015/21009 K., 17.06.2015 T.** “Mağdurun kayınbiraderi ile sanığın tartışmaları sırasında sanığın mağdurun kafasına sopa ile vurması sonucunda; Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulunun 22/09/2008 günlü raporunda açıklandığı üzere frontal bölgede 5cm'lik cilt, cilt altı kesisine neden olarak basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaraladığı ve mağdurun maruz kaldığı yaralanmanın etkisiyle kendinde mevcut kronik kalp damar hastalığının aktif hale geçmesi sonucu gelişen myokard infarktüsüne neden olduğu anlaşılmalı ve sanığın mağdurdaki kronik kalp damar hastalığını önceden bilip bilmediğinin araştırılması ve sonucuna göre; Sanık mağdurdaki kronik kalp damar hastalığını önceden bilmiyor ise 5237 sayılı TCK'nin 86/2-3e maddesi gereğince kasten yaralama suçundan; şayet biliyor ise 5237 sayılı TCK'nin 86/1-3-e, 87/1-d, 21/2 maddeleri uyarınca olası kast ile yaralama suçundan hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması”; **Yargıtay 3. CD, 2015/6725 E., 2015/22097 K., 24.06.2015 T.** “Mağdurun hayvanlarının sanığın yonca tarlasına girmesi nedeniyle onu havaya kaldırıp yere çarpması sonucunda Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi'nin 22.11.2012 tarihli raporundan anlaşılacağı üzere mağdurda daha önceden var olan akciğer kist hidatiğinin travmanın etkisi ile rüptüre olması ile yaşamını tehlikeye sokacak şekilde yaralandığı anlaşılmalı; Mağdurdaki akciğer kist hidatiği hastalığının sanığın önceden bilip bilmediğinin araştırılması ve sonucuna göre; Sanık, mağdurdaki akciğer kist hidatiği hastalığını önceden bilmiyor ise 5237 sayılı TCK'nin 86/2-3-b maddesi gereğince kasten yaralama suçundan; şayet biliyor ise 5237 sayılı TCK'nin 86/1-3-e, 87/1-d, 21/2. maddeleri uyarınca olası kast ile yaralama suçundan hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması”; **Yargıtay 3. CD, 2015/12576 E. , 2015/31204 K., 28.10.2015 T.** “Sanık ile mağdurun tartışmaları sırasında sanığın mağdura yumrukla vurması sonucunda Adli Tıp Kurumu 2.İhtisas Kurulu'nun 27 07 2012 tarihli raporunda açıklandığı üzere sol kulak iç kısmında 2 cm kesi, sol yanakta 1x1, 1x2, 1x1 cm ebatlı ekmoza neden olarak basit tıbbi müdahale ile giderilebilir nitelikte yaralandığı ve mağdurun maruz kaldığı yaralanmanın etkisiyle kendinde mevcut hipertansiyonunun intrakraniyal kanamaya neden olduğu anlaşılmalı, sanığın mağdurdaki hipertansiyon hastalığını önceden bilip bilmediğinin araştırılması ve sonucuna göre sanık mağdurdaki hipertansiyon hastalığını önceden bilmiyor ise 5237 sayılı TCK'nin 86/2 maddesi gereğince kasten ayarlama suçundan; şayet biliyor ise 5237 sayılı TCK'nin 86/1, 87/1-d, 21/2 maddeleri gereğince olası kast ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçundan hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi”

Yargıtay, failin mağdurda bulunan hastalığa muttali olmadığı durumlarda m. 86/2 uyarınca BTM'lik yaralamadan; bildiği durumlarda ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama hükümlerinden (m. 86/1, m. 87/1-d) sorumlu tutulacağı yönünde hüküm kurmuştur. BTM'lik yaralamayı failin salt yumruk atmasına, sopayla vurmasına veya çelme takmasına irca etmeksizin somut olaydaki her koşulu değerlendirmesi bakımından Yargıtay kararlarını isabetli bulduğumuzu belirtmek isteriz.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, bir yaralama BTM'lik düzeyde kalmış ve fakat aynı zamanda m. 86/3'teki nitelikli hallerden biri gerçekleşmiş ise bu yaralama BTM'lik (m. 86/2'lik) kabul edilmektedir. Zira yaralama fiilinin ağırlığı m. 86/2 veya m. 86/1'e taalluk etmektedir. 86/3 ise yaralamanın ağırlığı ile ilgili değil failin veya mağdurun vasfı veya fiilin işleniş şekline dair nitelikli hal teşkil etmektedir. Yargıtay uygulaması da aynı yöndedir¹⁵. Fakat, 2019 tarihli bir Yargıtay kararına konu olan, silahla işlenen bir BTM'lik yaralama neticesinde ölümün meydana geldiği olayda Yargıtay m. 87/4'ün uygulanacağına hükmetmiştir¹⁶. Buradan açıkça anlaşılmaktadır ki, Yargıtay bu kararında, yaralamayı m. 86/3'lük olarak tavsif ederek m. 87/4'ün uygulanması yoluna gitmiştir.

III. TCK M. 86/2'NİN HUKUKİ NİTELİĞİ

TCK'nın sistematığına bakıldığında netice unsuruna istinaden nitelikli hal ihdasına rastlanmamaktadır. Nitelikli haller daha ziyade fail, mağdur,

¹⁵ **Yargıtay CGK 2015/695 E., 2019/128 K., 26.02.2019 T., Yargıtay CGK, 2015/12-1254 E., 2018/354 K., 18.09.2019 T.** “TCK'nın 87. maddesinin dördüncü fıkrasının uygulanabilmesi bakımından ayırıcı ölçüt yaralanmanın ağırlığı olup ölüm neticesi meydana getiren yaralamanın TCK'nın 86. maddesinin birinci fıkrası kapsamında bir yaralanma olması gerekmektedir. Bu nedenle TCK'nın 86. maddesinin ikinci fıkrası kapsamındaki kişi üzerindeki etkisi basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olan kasten yaralama fiilinin işlenmesi sırasında aynı maddenin üçüncü fıkrasının da ihlal edilmesi ve fiil sonucu ölüm neticesinin meydana gelmesi ihtimalinde TCK'nın 87. maddesinin dördüncü fıkrasının uygulanma imkanı bulunmamaktadır.” karar için bkz. Ersin Şare, “Yüksek Mahkeme Kararlarında Kasten Yaralama Sonucu Ölümüne Neden Olma Suçu”, 2020, 25 (43), Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 294.

¹⁶ **Yargıtay 1. CD., 2018/3935 E., 2019/298 K., 4.2.2019 T.** “Oluşa ve dosya içeriğine göre; maktulün, bıçak ve tornavida ile sanıkların saldırısı sonucu basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanması olayının vermiş olduğu efor ve strese bağlı olarak geçirdiği kalp krizi nedeniyle öldüğü kabul edilen olayda; Sanıkların TCK'nın 86/2, 86/3-e maddeleri kapsamında olan eylemlerinin aynı Kanununun 87/4. maddesinin 2. cümlesinde tanımlanan kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suçların nitelendirilmesinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde taksirle ölüme neden olma suçlarından hüküm kurulması” <lexpera.com.tr> Erişim tarihi: 03.09.2021

suçun konusu veya fiilin işleniş şekline göre şekillenmekte ve suça ek nitelikli unsurlar ithal etmektedir¹⁷. Zira bir nitelikli halin neticeye istinaden ihdas edilmesi, o nitelikli halin uygulanabilmesi için neticenin gerçekleşmesini beklemeyi gerektirir. Netice henüz gerçekleşmeden, o nitelikli halin gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit ise mümkün olmamaktadır. Oysa diğer nitelikli hallerde aynı sorun ortaya çıkmamaktadır. Söz gelimi fail ile mağdur arasındaki akrabalık ilişkisi, fiilin silahla işlenmesi, failin belli bir saikle hareket etmesi, fiilin gece vakti işlenmesi gibi nitelikli haller, suçun işlendiği zaman halihazırda mevcuttur. Dolayısıyla nitelikli hallerin neticeye dayalı olarak tayin edilmesi kanun koyucu bakımından müreccah olmamıştır. Neticenin temel suç tipine nazaran daha ağır olduğu durumlar neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kavramıyla açıklanmış iken daha hafif olduğu durumlar çoğunlukla cezanın bireyselleştirilmesinde ön planda tutulmak üzere kanunda müstakil olarak düzenlenmemiştir. Bunun istisnasını ise TCK m. 86/2 ve m. 235/3-b oluşturmaktadır. TCK m. 86/2’de yaralama fiilinin temel suç tipine nispetle daha hafif bir netice doğurması; m. 235/3-b’de ise ihaleye fesat karıştırma fiili sonucunda kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemiş olması düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler bazı problemleri beraberinde getirmektedir. Özellikle teşebbüs açısından, herhangi bir zararın meydana gelmediği hallerde suçun temel halinden mi yoksa hafif nitelikli halinden mi ceza verileceği hususu tartışmalı hale gelmiştir¹⁸. Bunun sonucu olarak Yargıtay içtihatlarında bu nitelikli hallerin adeta suçun temel hali gibi uygulandığı, suçun temel halinin ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal gibi ele alındığı görülmektedir. Oysa, suç yapısı bakımından tutarlı olan, suçun temel şeklinin asgari bir zemin oluşturması, nitelikli hallerin ise bu zeminin üzerine inşa edilmesidir. Neticenin hafif olduğu veya hiçbir zararın meydana gelmediği durumlarda ise öngörülen cezanın alt sınırından ceza tayin etmekle adil ve suç teorisi açısından tutarlı bir sonuca ulaşmak mümkündür.

IV. BTM’LİK DAHİ OLMAYAN YARALAMALARIN AKİBETİ

TCK m. 86/1’de belirtildiği üzere kasten yaralama suçunun oluşabilmesi için bir fiilin mağdurun vücuduna acı vermesi veya sağlığının ya da algılama yeteneğini bozması gerekmektedir. Bununla birlikte, yaralamanın en hafif derecesini teşkil eden m. 86/2, kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki

¹⁷ Serkan Meraklı, “TCK m. 89 Işığında Taksirli Suçlarda Nitelikli Hallere Yer Verilmesinin Hareketin ve Neticenin Haksızlık İçeriği Bakımından Değerlendirilmesi”, 2019 (2), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 334.

¹⁸ Bu husus aşağıda “Teşebbüs Meselesi” adlı başlık altında mütalaa edilecektir.

etkisinin basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olmasını düzenlemektedir. Bu durumda, basit tıbbi müdahale dahi gerektirmeyecek şekilde etki doğuran fiillerin akıbeti soru işareti doğurmaktadır. Zira bir yandan kanun yaralamayı kişinin vücuduna acı veren herhangi bir fiil olarak tanımlamakta, diğer bir yandan ise yaralamanın en hafif derecesinin mağdurda BTM'lik etki doğurması gerektiğini kabul etmektedir.

Doktrindeki bir görüşe göre, “çoğu içeren azı da içerir” kuralından hareketle herhangi bir tıbbi müdahale gerektirmeyen fiillerin de m. 86/2 kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁹. Fakat bu mantıki kaide (=”Bütün, parçasından büyüktür”) esasında bu görüşe sahip olan yazarların söylediğinin aksine delalet etmektedir. Çoğu içerenin azı içeriyor oluşu, azın gerçekleştiği durumda çoğun uygulanması gerektirmediği gibi, bu durum esasında mantıki açıdan tenakuz oluşturmaktadır. Zira az olanın gerçekleştiği her durumda çok olanın gerçekleştiğinden söz edilemez. Tam aksine, çok olanın gerçekleştiği her durumda az olan gerçekleşmiştir. Örnek vermek gerekirse, öldürme yaralamayı kapsamaktadır. Yani çok olan (bütün) öldürme iken, az olan (parça) yaralamadır. Ölüm gerçekleştiğinde, yaralama zorunlu olarak gerçekleşmiştir. Zira öldürme ve yaralama arasında parça-bütün ilişkisi mevcuttur. Ancak, yaralamanın gerçekleştiği her durumda öldürmenin gerçekleştiğinden elbette söz edilemeyeceğinden, yaralamanın gerçekleştiği hallerde öldürme hükümleri uygulanamaz. İşte, herhangi bir tıbbi müdahale gerektirmeyen yaralama fiili gerçekleştiğinde, “çoğu içeren azı da içerir” düşüncesinden hareketle m. 86/2'nin uygulanmasını savunmak, yaralama gerçekleştiğinde öldürme hükümlerinin tatbikini savunmakla eşdeğerdir. Dolayısıyla mantıki tenakuz oluşturan bu görüş, BTM'lik dahi olmayan yaralamaların m. 86/2 kapsamında değerlendirilmesinin dayanağını oluşturamaz.

Kanunda bu konuda bir eksiklik olduğu aşıkardır. Gerçekten de yaralama fiili, mahiyeti gereği mağdurun vücuduna acı veren herhangi bir fiili ifade ettiği için, basit bir tıbbi müdahale dahi gerektirmeyen yaralamaların da, kasten yaralama suçu kapsamında telakki edilmesi gerekir²⁰. Nitekim

¹⁹ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Seçkin, 2020, s. 283;

²⁰ Alman doktrininde saç, sakal veya tırnak kesme fiilleri de vücut bütünlüğünü ihlal etmesi hasebiyle kasten yaralama olarak telakki edilmektedir. bkz. Urs Kindhäuser, Edward Schramm, Strafrecht Besonderer Teil I, 9. Auflage, Nomos, 2020, § 7, Rn. 6; Gunther Arzt, Ulrich Weber, Bernd Heinrich, Eric Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, , 2009, § 6, Rn. 23; Georg Küpper, René Börner, Straf-

doktrinde ve uygulamada, vücuda acı veren ve fakat herhangi bir tıbbi müdahale dahi gerektirmeyen itme veya tokat atma gibi fiiller m. 86/2'lik yaralama kapsamında değerlendirilmektedir²¹. Gerçekten de bu fiillerin yaralama teşkil ettiği noktasında hiçbir şüphe bulunmamaktadır zira yaralama suçunun gerçekleşebilmesi için mağdurun vücudunda herhangi bir lezyonun meydana gelmesi gerekmemektedir²². Ancak bu durum kanunda açıkça belirtilmiş olmalıdır. Nitekim 765 sayılı TCK m. 456/4'te yaralamanın herhangi bir hastalığa veya mutad işgalattan mahrumiyete sebep olmadığı haller düzenlenmiştir. Aynı şekilde 5237 sayılı TCK'da da ya bu tarz bir hükme yer verilmeli ya da m. 86/2 kanundan çıkarılmalıdır. Zira yaralamanın temel halinin düzenlendiği m. 86/1, her neviden yaralamayı kapsar şekilde tedvin edilmiştir.

recht Besonderer Teil, Delikte gegen Rechtsgüter der Person und Gemeinschaft, 4. Auflage, Springer, 2017, § 2, Rn. 4

²¹ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcen, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, Ceza Huku-ku Özel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 231; “TCK'nın 86/2. maddesinde düzenlenen kasten yaralama suçunun oluşabilmesi için, fail tarafından mağdura karşı gerçekleştirilen hareketler sonucu mağdurun vücuduna acı verilmesi gerektiği ve vücuda acı vermenin de mağdurun ne kadar olursa olsun, her türlü “maddi acıya” uğramasını ifade ettiği, bu anlamda mağduru **itelemenin dahi yaralama suçunu oluşturduğu** ve yapılan hareketten dolayı mağdurun vücuduna acı verilip verilmediğinin, mağdurun durumuna göre değil, objektif bir kimsenin durumuna göre değerlendirilmesi gerektiği nazara alındığında... sanığın kızı olan mağdura **tokat vurmak** suretiyle onun vücuduna acı verdiğinin anlaşılması karşısında atılı suçtan cezalandırılması yerine...beraat kararı verilmesi” karar için Ahmet Gökcen, Murat Balcı, Kasten Yaralama Suçu, Feridun Yenisey'e Armağan, Cilt I, Beta, 2014, s. 365; **Yargıtay CGK., 25.02.2020, 1038/136** “katılan hakkında Konya Numune Hastanesince düzenlenen adli raporda; boyun, sol yanakta basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte hafif kızarıklığın mevcut olduğunun tespit edildiği, sanığın ise kendisine hakaret eden katılanın ağzını eliyle kapattığını savunduğu anlaşılan olayda; katılanın yaşanan tartışma sırasında, sanığın **tokatla yüzüne vurduğuna** ilişkin aşamalarda istikrarlı beyanları, bu beyanlarla örtüşen ve katılanın sol yanağında kızarıklık bulunduğu ilişkin adli rapor içeriği ile sanığın yaşanan tartışma sırasında eliyle katılanın ağzını tuttuğuna ilişkin tevilli ikrarını içeren savunması birlikte değerlendirildiğinde, sanık ...'nin üzerine atılı kasten yaralama suçunun sübuta erdiği; sanığın katılanı yaralamadığına ilişkin soyut savunmasına ve yine sanığın annesi ... ile kız kardeşi ...'nin sanığı cezadan kurtarmaya yönelik, dosyada bulunan adli raporla doğrulanmayan beyanlarına itibar edilemeyeceğinin anlaşılması karşısında sanığın beraatine karar verilmesinde isabet bulunmadığı kabul edilmelidir.” <lexpera.com.tr> Erişim tarihi: 03.09.2021

²² Remzi Şendil, “Yeni TCK'da Vücut Dokunulmazlığına Karşı İşlenen Suçlar ve Bunun Adli Tıp Yönünden İrdelenmesi”, Temmuz 2006, 80 (4), İstanbul Barosu Dergisi, s. 1594.

V. BTM'LİK YARALAMALAR VE NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ SUÇ MESELESİ

A. Genel Olarak

TCK m. 86/2 hakkındaki en büyük problem, TCK m. 87'de düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış haller söz konusu olduğunda temayüz etmektedir. Zira bu hususta hem nedensellik bağı ve objektif isnadiyet tartışmaları gündeme gelmekte, hem de pratik sahada failin cezai sorumluluğu önemli derecede etkilenmektedir.

5237 sayılı TCK'nın benimsediği suç teorisine göre doğru sonuca varabilmek için öncelikle 765 sayılı TCK'daki durumu mütalaa etmeyi faydalı görmekteyiz.

Öncelikle, 5237 sayılı TCK'nın 86/2. maddesindeki benzer bir düzenleme 765 sayılı TCK'nın 456/4. maddesinde düzenlenmektedir²³. Keza, 5237 sayılı TCK m. 87/4'te düzenlenen kasten yaralama neticesinde ölüme sebep olma suçuna benzer bir düzenleme 765 sayılı TCK m. 452'de yer almaktadır²⁴. 765 sayılı TCK m. 452/2'de, failin fiili ile ölüm neticesi arasındaki nedensellik bağı yeterli görülmemekte, ayrıca bu neticenin faile objektif veya sübjektif olarak isnat edilebilir olması aranmamaktadır²⁵. Failce

²³ 765 sayılı TCK m. 456/4: "Eğer fiil, hiçbir hastalığı veya mütat iştigallerden mahrumiyeti mucip olmamış yahut bu haller on gündün ziyade uzamamış ise takibat icrası muntazarrırın şikayetine bağlı olmak şartıyla fail hakkında iki aydan altı aya kadar hapis veya 200 liradan 2.500 liraya kadar ağır para cezası hükmolunur"

²⁴ 765 sayılı TCK m. 452: "Katil kastıyla olmyan darp ve cerh veya bir fiili müessirden telefi nefis husule gelmiş olursa fail 448 inci maddede beyan olunan ahvalde beş seneden ve 449 uncu maddede yazılı ahvalde yedi seneden ve 450 inci maddede muharrer ahvalde on seneden aşağı olmamak üzere muvakkat ağır hapse mahküm olur.

Eğer telefi nefis failin fiilinden evvel mevcut olupta failce bilinmeyen ahvalin birleşmesi veyahut failin iradesinden hariç ve gayri melhuz esbabın inzimamı yüzünden vukua gelmiş ise 448 inci maddede beyan olunan ahvalde üç seneden beş seneye ve 449 uncu maddede muharrer ahvalde beş seneden yedi seneye ve 450 inci madde yazılı ahvalde yedi seneden on seneye kadar ağır hapis cezası hüküm olunur."

²⁵ **Yargıtay CGK, 4-218/345, 17.11.1998 T.** "Failin hareketinin iradi olması, yani hareketin bilerek ve isteyerek yapılması yeterlidir. Burada bir objektif sorumluluk hali söz konusudur... Bir başka deyişle, etkili eylem kastı ile hareket eden fail, eyleminin bütün sonuçlarından sorumlu olup, o sonucu kast edip etmediğini araştırmaya gerek yoktur" karar için bkz. Kaymaz, Bozbayındır, s. 98;

Yargıtay CGK, 2002/1-29 E., 2002/167 K., 12.02.2002 T. "sanık Cemalettin'in sabah evine gidip yumruğunu masaya vurarak hakarete bulunup tehdit etmesine karşın herhangi bir rahatsızlık belirtisi göstermeyen ve sağlıklı bir şekilde günlük yaşantısına devam eden mak-tülün, bundan bir süre sonra gerçekleşen olayın ikinci aşamasında her iki sanık tarafından

bilinmeyen, düşünülmeyen veya irade edilmeyen bir sebebin eklenmesi durumunda dahi ölüm neticesi faile yüklenebilmekte, sadece failin cezası bir miktar indirilmektedir²⁶. Görüldüğü üzere failin meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için yaralama fiilinin belli bir ağırlığa ulaşması aranmadığı gibi, failin iradesi dahilinde olmayan sebepler dahi cezai sorumluluğunu kaldırmamaktadır. Bu bağlamda, objektif sorumluluk anlayışının sübjektif sorumluluk ilkesinin bir istisnasını teşkil ettiği anlaşılmaktadır²⁷.

765 sayılı TCK döneminde benimsenen objektif sorumluluğun esası m. 45'e dayanmaktadır²⁸. 45'inci madde failin irade etmediği neticeden sorumlu tutulamayacağı kuralının bir istisnası olarak nitelendirilmektedir²⁹. Bu maddeye göre kanunun açıkça belirttiği hallerde failin illî olarak yol açtığı neticelerden sorumlu tutulabilmesi mümkündür. Bu genel kuralın özel bir ceza normunda tecessüm etmiş hali ise m. 452'de düzenlenen kasdın aşılması suretiyle adam öldürme suçudur. Failin m. 452'den sorumlu tutulabilmesinin esası kusurluluğa dayanan sübjektif bir sorumluluk değil, nedensellik bağına dayanan objektif sorumluluktur³⁰. Dolayısıyla failin ağır netice bakımından

yakasından tutulup gömlek cebinin sökülmesine neden olacak biçimde kuvvet kullanılarak etkili eylem kastıyla ve iradi olarak itelenmesi üzerine araya inkita girmeden, bu eylem nedeniyle duyduğu stres ve sarfettiği eforun etkisiyle rahatsızlığının akut hale dönüşerek olay yerinde kalp krizinden öldüğü göz önüne alındığında, kalp krizi geçirip ölmesine neden olan davranışın sanıkların etkili eylemi olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle somut olayda, sanıkların etkili eylemi ile bunun doğal sonucu olarak geçirdiği kalp krizinden hayatını kaybeden maktulün ölümü arasında uygun nedensellik bağı bulunmaktadır. Bu itibarla, somut olayda kastı aşan etkili eylem sonucu adam öldürme suçunun unsurları oluşmuştur. Sanıkların beraatine ilişkin Yerel Mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir” karar için Namık Kemal Topçu, Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Kasten Yaralama Sonucu Ölümüne Neden Olma Suçu, Doktora Tezi, Konya, 2012, s. 84. (tez.yok.gov.tr)

²⁶ Yargıtay CGK, 1983/1-446 E., 1984/255 K., 09.07.1984 T. “Ölüm neticesi, başka nedenler eklenmeksizin doğrudan doğruya katil kastıyla olmayan müessir fiilden meydana gelmişse TCK'nun 452/1. maddesi, failin kasten işlediği müessir fiil başlı başına ölümü meydana getirmeye elverişli olmadığı halde, failin fiilinden önce mevcut olup da failce bilinmeyen hallerin veya failin iradesi dışında ve beklenmeyen sebeplerin birleşmesiyle ölüm meydana gelmişse TCK'nun 452/2 maddesi uygulanır.” karar için bkz. Koray Doğan, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015, s. 46.

²⁷ Muharrem Özen, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, US-A Yayıncılık, 1998, s. 33, 70, 71.

²⁸ 765 sayılı TCK m. 45: “Cürümde kasdın bulunmaması cezayı kaldırır. Failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval müstesnadır.”

²⁹ Faruk Erem, “Kasdın Aşılması”, Temmuz 1983, 9 (3), Yargıtay Dergisi, s. 253.

³⁰ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, 10 Bası, Beta, 1994,

taksiri bulunmasa bile sorumluluğu mevzubahis olacaktır³¹. Belirtmek gerekir ki bu anlayış, sadece İtalyan ceza hukuku veya 765 sayılı TCK döneminde Türk ceza hukukuna değil, 19. yüzyıl Alman ceza hukukuna da hâkim olmuştur³². Ayrıca İngiliz ceza hukukunda hala *versari in re illicita* anlayışının yansımaları olan “constructive liability” benimsenmektedir³³.

kn. 956. *Dönmezer ve Erman* uygun nedensellik bağı teorisine taraftar olduklarından, ağır neticeden sorumluluğun söz konusu olabilmesi için failin fiilinin bu neticeyi meydana getirmeye uygun ve elverişli olması gerektiği görüşündedir. Yazarlara göre failin sorumluluğunun sınırı kusurluluk ile değil, nedensellik bağına istinaden belirlenir. Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt I, 11 Bası, Beta, 1994, kn. 662; *Özen'e* göre, ağır netice bakımından failin taksiri aranacağına dair bir ceza hukuku reformu gerçekleştirilinceye kadar (*Nitekim-5237 sayılı TCK ile gerçekleştirilmiştir*), objektif sorumluluğun doğuracağı sakıncaların izalesi zımında “insani nedensellik” anlayışı kabul edilmelidir. bkz. Özen, s. 100, 146; *Özek'e* göre ise objektif sorumlulukta maddi nedensellik ilişkisi şart teorisine göre belirlenmelidir. bkz. Çetin Özek, Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu, Sulhi Garan Matbaası, 1972, s. 405, 406; Şart teorisinin bir sorumluluk teorisi değil nedensellik teorisi olduğunu ifade eden *Kunter* de nedensellik bağını tespitinde şart teorisinin esas alınması gerektiğini ifade etmektedir. bkz. Nurullah Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İsmail Akgün Matbaası, 1954, s. 185, 194, 195.

³¹ *Erem'e* göre, failin ağır netice bakımından taksirinin aranmaması isabetli olmuştur. Zira taksirli suçlar ile kasdı aşan suçlar birbirinden farklıdır. Kasdı aşan suçlarda fail zararlı bir neticeyi istemiştir ve fakat istediğinden daha ağır bir netice husule gelmiştir. bkz. Erem, Kasdın Aşılması, s. 257, 258.

³² Alman doktrini ve yargısı, kasten yaralama sonucunda ağır netice veya ölüm meydana geldiğinde nedensellik bağının varlığını yeterli görmekteydi. Bu anlayışın dayanağı olarak 1871 Al. İmp. CK § 224'te “*zur Folge Haben*” (yol açmak) ve § 226'da “*verursachen*” (sebepl olmak) ifadeleri gösterilmektedir. Bu görüşe göre, failin bir neticeden sorumlu tutulabilmesi zımında objektif bağlantının yanı sıra sübjektif bağlantının da bulunması gerekmektedir. Oysa Al. İmp. CK sadece nedensellik bağına delalet eden “yol açmak, sebep olmak” gibi ifadeleri ihtiva etmektedir. bkz. Ernst Cohn, *Der schwere Erfolg als gesetzlicher Grund erhöhter Strafbarkeit*, Schletter'sche Buchhandlung, Breslau, 1910 s. 49, 50; Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda tesadüfi neticelerin failine isnat edilmesi kusur sorumluluğunun bir istisnası olarak görülmekteydi bkz. Hugo Meyer, Philipp Allfeld, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 7. Auflage, A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung, 1912, s. 137; *von Liszt ve Schmidt'e* göre salt neticeye dayalı sorumluluk anlayışının kalıntısı olan bu durumun dönemin ceza hukuku anlayışıyla bağdaşır bir tarafı bulunmamaktadır. Franz von Liszt, Eberhard Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23. Auflage, Walter de Gruyter & Co., 1921, s. 164; Nitekim sonrasında 04.08.1953 tarihli kanun değişikliğiyle Al. CK § 56'ya (şu anki § 18) ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için failin en azından taksirinin bulunması gerektiğine dair bir hüküm eklenip objektif sorumluluk anlayışından vazgeçilmiştir. Claus Roxin, Luís Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 5. Auflage, CH Beck, 2020, § 10, Rn. 122.

³³ Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2009, s. 31; *R v Church (1966)* davasında temyiz mahkemesi tarafından belirtildiği üzere, haksız bir davranış neticesinde mağdurun ölümüne sebep olan failin bu ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için bu haksız davranışın “tehlikeli” olarak değerlendirilebilmesi gerekir. Tehlikelilik ise, bu davranış neticesinde bazı zararların meydana gelebileceğinin

Objektif sorumluluk, kişinin yol açtığı neticelerden kast veya taksiri olmaksızın salt maddi nedensellik bağı üzerinden sorumlu tutulmasını ifade eder³⁴. Bu anlayış, haksız fiilden neşet eden her türlü neticeden sorumluluk doğacağını ifade eden *versari in re illicita* düsturunun bir yansımasıdır³⁵. Belirtmek gerekir ki, bu anlayış Anayasadaki kusur ilkesiyle bağdaşmaz. Nitekim, 5237 sayılı TCK'da objektif sorumluluk anlayışı terk edilmiş ve failin ağır neticeden mesul olabilmesi için en azından taksire dayalı kusurunun bulunuyor olma şartı getirilmiştir³⁶.

makul üçüncü bir kişi tarafından açıkça öngörülebilir olmasına dayanır. *Versari in re illicita* düsturunun açıkça uygulandığı örneklerden biri olarak *R v JM and SM (2012)* davası gösterilebilir. Karara konu olan olayda kardeşler JM and SM bardaki korumalarla kavgaya karışmış ve “*affray*” (kavga) suçunu işlemiştir. Bu kavga neticesinde korumalardan birinin kalp damar rahatsızlığı, yüksek adrenalin dolayısıyla nüksetmiş ve koruma hayatını kaybetmiştir. Temyiz mahkemesine göre failerin mağdurun kalp rahatsızlığı geçirebileceğini öngörmesi değil, bir şoka sebep olabileceğini öngörebilmesi yeterli ve gereklidir. Belirtmek gerekir ki burada, belli bir zararın açıkça öngörülebilir olması değil, herhangi bir zararın doğabileceğinin tahmin edilebilmesi kastedilmektedir. Dolayısıyla failerin kavga fiili “tehlikeli” olarak addedilmiştir. Bunun sonucunda failer tehlikeli davranış neticesinde ölüme sebebiyet verme suçundan (*constructive manslaughter*) sorumlu tutulmuştur. Görüldüğü üzere temyiz mahkemesi vermiş olduğu bu yeni tarihli kararda “tehlikeli” fiil kavramını oldukça geniş yorumlamış ve *versari in re illicita* düsturunun bir yansıması olarak tehlikeli fiil sonucunda meydana gelen zararlardan faileri sorumlu tutmuştur. Fakat daha eski kararlarında temyiz mahkemesinin tehlikeli fiil kavramını daha dar yorumladığı görülmektedir. Örneğin *R v Carey (2006)* davasında, fail tarafından 1 dakika boyunca çok sert olmayacak şekilde tartaklandıktan sonra 109 metre koşmuş ve kalp ritim bozukluğu dolayısıyla hayatını kaybetmiştir. *R v Dawson (1985)* davasında ise, failer mağdurun çalıştığı işyerine hırsızlık amacıyla girmiş ve mağdurun alarmı çalmasıyla kaçmıştır. Sonrasında mağdur bu olaydan ötürü yaşadığı şokun etkisiyle kalp krizi geçirmiş ve hayatını kaybetmiştir. Her iki davada da temyiz mahkemesi, ölüm neticesini doğuracak nitelikte tehlikeli fiil ika edilmediği gerekçeyle faileri ölüm neticesinden sorumlu tutmamıştır. bkz. Catherine Elliott, Frances Quinn, *Criminal Law*, 10th edn, Pearson, 2014, s. 111-114.

³⁴ Özen, s. 73.

³⁵ bkz. TCK m. 23 gerekçesi.

³⁶ **Yargıtay CGK, 2018/3-95 E., 2019/207 K., 14.03.2019 T.** “01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda sübjektif sorumluluk esas kabul edilmiş olup, ‘netice sebebiyle ağırlanmış suç’ başlıklı TCK’nın 23. maddesinde bu durum ‘bir fiilin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi hâlinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir’ şeklinde açıklanmıştır.” <kazanci.com.tr> Erişim tarihi: 27.09.2021; **Yargıtay 12. CD, 2016/6242 E., 2019/4246 K., 28.03.2018 T.** “5237 sayılı TCK’nın 23. maddesinde, kastı aşan suçlarda veya neticesi sebebiyle ağırlanmış suçlarda cezalandırılabilmek için failin meydana gelen sonuç açısından en azından taksirle hareket etmesi gerektiği belirtilmiş, madde gerekçesinde de, hükmün konuluş amacının, objektif sorumluluk anlayışını terk etmek olduğu, bu tür sorumluluğun, ortaçağ kanonik hukukunun kalıntısı olan “*versari in re illicita*” yani hukuka aykırı bir durumda olan bunun bütün neticelerine katlanır anlayışının ürünü olduğu, çağdaş ceza hukukunun bu anlayışı çoktan terk ettiği, düzenlemeyle meydana gelen ağır netice açısından sorumluluk için neticeye ilişkin olarak en azından

B. TCK m. 87 ve m. 86/2 Arasındaki Bağlantı

1. TCK'daki Düzenleme

Çalışmanın devamında yapılacak açıklamaların daha rahat anlaşılabilmesi için 5237 sayılı TCK'nın değişikliğe uğramamış ilk hali ile mevcut hali arasındaki farkın ortaya koyulmasında fayda görmekteyiz. Bu sebeple, yapacağımız açıklamaların kasten yaralama suçunun düzenlendiği madde ve fıkralara taalluk eden bölümleri aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

taksir dolayısıyla kusurlu olunması gerektiği belirtilmiştir. Kanunun 87/4. maddesinde ise, kasten yaralama sonucunda ölümün meydana gelmesi halinde failin nasıl cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak maddedeki atfın 86. maddenin 1. ve 3. fıkralarına yapılmış olması nedeniyle, bu hükmün aynı maddenin 2. fıkrasında kalan yaralanma eylemleri açısından uygulanması mümkün değildir.

Basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilir nitelikte yaralanma sonucunda mağdurun ölmesi halinde, 5237 sayılı TCK'nın 23 ve 87/4. maddelerinin uygulanması imkânının bulunmadığından, failin sorumluluğunun genel hükümler kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Meydana gelen sonuç, (ölüm) öngörülebilir ise ve fail bu sonucu öngörmeksizin hareket etmişse, 5237 sayılı TCK'nın 22/2. maddesi uyarınca taksirle öldürme suçunu düzenleyen 85. maddesi uyarınca, öngörülebilir sonuç fail tarafından da öngörülmüş ancak istenmemiş ise fail bilinçli taksirle öldürme suçundan Kanunun 85 ve 22/3. maddeleri uyarınca, fail öngördüğü sonucu kabullenerek fiilini icra etmiş ise bu kez de, olası kastla öldürme suçundan sorumlu tutulmalıdır.”

Resmi Gazetede Yayımlandığı Haliyle 5237 sayılı TCK'nın İlgili Maddeleri	Mevcut haliyle 5237 sayılı TCK'nın İlgili Maddeleri
<p>Madde 86 - (1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(2) Kasten yaralama suçunun;</p> <p>a) Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı,</p> <p>b) (...)</p> <p>c) (...)</p> <p>d) (...)</p> <p>e) (...)</p> <p>İşlenmesi halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.</p> <p>Madde 87 - (1) Kasten yaralama fiili, mağdurun</p> <p>(...)</p> <p>Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren hallerde üç yıldan, ikinci fıkraya giren hallerde beş yıldan az olamaz.</p> <p>(2) Kasten yaralama fiili, mağdurun;</p> <p>(...)</p> <p>Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, iki kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren hallerde beş yıldan, ikinci fıkraya giren hallerde sekiz yıldan az olamaz.</p>	<p>Madde 86- (1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(2) (Ek fıkra: 31/3/2005 – 5328/4 md.) Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.</p> <p>(3) Kasten yaralama suçunun;</p> <p>a) Üstsoya, altsoya, eşe, boşandığı eşe veya kardeşe karşı,</p> <p>b) (...)</p> <p>c) (...)</p> <p>d) (...)</p> <p>e) (...)</p> <p>f) (...)</p> <p>İşlenmesi halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.</p> <p>Madde 87- (1) Kasten yaralama fiili, mağdurun;</p> <p>(...)</p> <p>Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren hallerde üç yıldan, üçüncü fıkraya giren hallerde beş yıldan az olamaz.</p> <p>(2) Kasten yaralama fiili, mağdurun;</p> <p>(...)</p>

<p>(3) Kasten yaralamanın vücutta kemik kırılmasına neden olması halinde, kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre, bir yıldan altı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.</p> <p>(4) Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hallerde sekiz yıldan oniki yıla kadar, ikinci fıkrasına giren hallerde ise oniki yıldan onaltı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.</p> <p>Madde 88 - (1) Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması halinde, mağdurun şikayeti üzerine, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.</p>	<p>Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, iki kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren hallerde beş yıldan, üçüncü fıkraya giren hallerde sekiz yıldan az olamaz.</p> <p>(3) (Değişik: 6/12/2006 – 5560/4 md.) Kasten yaralamanın vücutta kemik kırılmasına veya çıkığına neden olması halinde, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, kırık veya çıkığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre, yarısına kadar artırılır.</p> <p>(4) Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hallerde sekiz yıldan oniki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hallerde ise oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur</p>
--	---

Tablo incelendiğinde görülecektir ki, ilk haliyle TCK m. 88'de düzenlenmiş olan BTM'lik yaralamanın 5328 sayılı kanunla 31.03.2005 tarihinde m. 86'ya ikinci fıkra olarak ithal edildiği görülmektedir. Bu değişiklik yapılmadan önce, TCK m. 87/1 ve m. 87/2, "yukarıdaki maddeye" atıf yapmak suretiyle temel yaralamaya atıf yapmaktaydı. Zira 86'ncı madde sadece temel yaralamayı ve daha ağır cezayı gerektiren nitelikli yaralamayı düzenlemekteydi. Daha hafif cezayı gerektiren nitelikli hal olan BTM'lik yaralama ise m. 88'de düzenlenerek, m. 87'deki atıfların muhatabı değildi. 2005 tarihli değişiklikten sonra ise m. 87/1 ve m. 87/2'de "yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza" ifadesi değişmemiştir. Ancak verilecek cezanın alt sınırı bakımından yukarıdaki maddenin ikinci fıkrasına yapılan atıf üçüncü fıkraya yapılmıştır.

Bu bilgiler ışığında, kanun koyucunun muradının BTM'lik yaralamaların mevzu bahis olduğu durumlarda neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamanın

uygulanmaması olduğu söylenebilir³⁷. Zira kanunun ilk halinde BTM'lik yaralama, m. 87'deki neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerle bağlantısı olmayacak şekilde m. 88'de düzenlenmiştir. Buna mukabil, TCK'nın mevcut haline bakıldığında ise daha farklı bir manzara ortaya çıkmaktadır. Salt kanun lafzı nazariitibara alındığında 87'nci maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları, BTM'lik yaralamanın da dahil olduğu m. 86'ya atıf yapmaktadır. Kasten yaralama neticesinde ölüme sebebiyet verme suçunun düzenlendiği m. 87/4 bakımından ise kanunun ilk hali ile mevcut hali arasında, BTM'lik yaralamaya atıf yapmak açısından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Zira her iki durumda da BTM'lik yaralamalara atıf yapılmamıştır.

2. TCK m. 87/1-2-3 ile m. 86/2 arasındaki ilişki

TCK m. 87/1-2-3 ile m. 86/2 arasındaki ilişki hakkında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre TCK m. 87'deki neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller, TCK m. 86/2'lik yaralamanın mevcudiyeti halinde uygulanmamalıdır³⁸. TCK m. 87'de sayılan ağır neticelere, m. 86/2'lik değil sadece m. 86/1 ağırlığındaki yaralamalar sebep olabilir. Yargıtay da m. 87'nci maddede yer alan ağır neticelerin vuku bulduğu olaylarda, m. 86/2'lik bir yaralama gerçekleşmiş ise TCK m. 87'yi uygulamamakta, ağır netice bakımından failin taksiri var ise TCK m. 89'u uygulamaktadır³⁹. Fakat, her ne kadar 5237 sayılı TCK'nın ilk

³⁷ Aynı yönde bkz. Mustafa Albayrak, "Kasten Yaralama Sonucu Oluşan, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama ve Ölüm Halinde Faillerin Cezalandırılması Sorunu", Eylül 2008, 3 (25), Terazî Hukuk Dergisi, s. 68.

³⁸ Tezcan, Erdem, Önok, s. 261; Koca, Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 225.

³⁹ **Yargıtay CGK, 2018/3-95 E., 2019/207 K., 14.03.2019 T.** "*Burada gözden kaçırılmaması gereken husus, 87. maddenin bir, iki, üç ve dördüncü fıkralarındaki nitelikli hâllerin uygulanabilmesi açısından kasten yaralama fiilinin TCK'nın 86. maddesinin birinci kapsamında kalmasının veya 86. maddenin birinci fıkrası kapsamındaki kasten yaralama fiilinin üçüncü fıkra da ihlâl edilmek suretiyle gerçekleştirilmesinin gerekmesidir. Buna bağlı olarak TCK'nın 86. maddesinin ikinci fıkrası kapsamındaki kişi üzerindeki etkisi basit bir tıbbî müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olan kasten yaralama fiillerinden dolayı bu fiil aynı maddenin üçüncü fıkrası ihlâl edilmek suretiyle işlense dahi 87. maddenin bir, iki, üç ya da ikinci fıkralarının uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun ve Özel Dairelerin uygulamaları da bu doğrultudadır.*

(...)

Sanığın katılanı vücudunda lezyon oluşturmayacak şekilde paspas sopasıyla darbetmesi sonucu meydana gelen yaralanmanın TCK'nın 86. maddesinin birinci fıkrası veya birinci fıkra ile birlikte üçüncü fıkra kapsamına giren bir yaralanma niteliğinde olmayıp, TCK'nın 86. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları kapsamında kalan bir yaralanma olması nedeniyle sanığın eyleminin TCK'nın 87. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendin-

hali gözetildiğinde kanun koyucunun muradı ile Yargıtay'ın görüşünün paralel olduğu savunulabilir ise de mevcut kanun lafzına bakıldığında m. 87/4'teki durumun m. 87'nin diğer fıkralarında bulunmadığı göze çarpmaktadır. Gerçekten de m. 87/4'te açıkça sadece m. 86/1 ve 86/3'e atıf yapılmış iken, m. 87'nin diğer fıkralarında “yukarıdaki maddeye göre belirlenen” cezaya,

de düzenlenen yaşamsal tehlikeye neden olacak şekilde kasten yaralama suçu kapsamında değerlendirilemeyeceği, yine sanığın kastettiğinden daha ağır ve başka bir netice olan katılanın kalp krizi geçirecek yaşamını tehlikeye sokacak şekilde yaralanması suçunun kanun tanımında yer alan unsurlardan birinin somut olayda gerçekleşeceğini öngörmesine rağmen fiili işlediği, diğer bir deyişle nitelikli yaralama suçunun unsurlarının meydana gelmesini kabullenerek eylemine devam ettiğine ilişkin herhangi bir tespitin de yapılamaması karşısında sanığın katilani olası kastla TCK'nın 87. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde düzenlenen nitelikli şekilde yaraladığından da söz edilemeyeceği (...)

Bu cihetle, sanığın paspas sopası ile katılana vurma şeklinde tek fiil ile işlediği eyleminin;

a) TCK'nın 86. maddesinin ikinci fıkrası ile üçüncü fıkrasının (c) ve (e) bentleri kapsamındaki kasten yaralama suçunu,

*b) Paspas sopasıyla darbetme şeklindeki bir fiilin kalp krizi doğurmaya elverişli bir hareket olması, yaralama fiilinin taksirle de işlenebilen bir suç olması, sanığın olay tarihinde tartıştığı katilani darbetmesi şeklindeki hareketinin iradi bir hareket olması, kalp krizi sonucu yaşamsal tehlikeye neden olacak nitelikteki yaralama neticesini istediğine dair bir tespitin yapılamaması ve hareketiyle katılanın kalp krizi geçirmesi sonucu arasında nedensellik bağının bulunması hususları ile Fen Fakültesi Biyoloji Bölümü öğrencisi olan ve olay tarihi itibarıyla 23 yaşındaki sanığın yaşam tecrübesi ve eğitim düzeyi gözetilip ortak tecrübeler de dikkate alındığında, 39 yaşındaki bir kişinin paspas sopası ile darbedilmesi neticesinde kalp krizi sonucunun meydana gelebileceğinin öngörülebilir olduğu, sanığın ise öngörülebilir neticeyi öngörememesi nedeniyle eyleminin **TCK'nın 89. maddesinin ikinci fıkrasının (e) bendi kapsamındaki taksirle bir kişinin yaşamsal tehlike geçirecek şekilde yaralanmasına neden olma suçunu oluşturduğu**, (...) TCK'nın 44. maddesindeki farklı neviden fikri içtima hükmü de gözetilerek en ağır cezayı gerektiren TCK'nın 86/2, 86/3-c-e maddeleri kapsamındaki kasten yaralama suçundan TCK'nın 86/2 maddesi uyarınca belirlenecek olan temel cezadan, Aynı Kanun'un 86. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) ve (e) bentleri uyarınca yarı oranında artırılarak sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulması gerektiği kabul edilmelidir.”; **Yargıtay 3. Ceza Dairesi 2019/79 E. , 2019/7315 K., 04.04.2019 T.** “Yukarıdaki bilgiler ışığında somut olay irdelendiğinde; olay günü sanığın kasten darp ettiği katilani, TCK'nın 86/2. maddesi kapsamında yaralaması sonucunda gerçekleşen ağır ve başka netice (myokard infarktüsü / kalp krizi sonucu yaşamın tehlikeye girmesi) bakımından kasten hareket ettiğinden söz etmenin mümkün bulunmadığı, ancak müştekinin yaşı da gözetildiğinde kalp krizi geçirebileceğinin objektif olarak öngörebildiği halde, sanığın dikkat ve özen yükümlülüğüne uymayarak kasten vurması sonucu, buna bağlı ve buna özgü olarak beklenen tehlikenin değil ve fakat daha farklı, daha ağır ve daha başka bir sonuç doğuran olayla ilgili en azından taksirle hareket ettiği kabul edilerek, katılana kalp rahatsızlığının sanık tarafından önceden bilinip bilinmediği araştırılmak, bilmediği takdirde sanığın taksirle yaralama suçundan TCK'nın 89/1-2. maddesi gereğince, bilmesi halinde ise bilinçli taksirle yaralamadan TCK'nın 89/1-2, 22/3. maddeleri gereğince cezalandırılması gerekir”. Belirtmek gerekir ki Yargıtay CGK'nın yukarıdaki kararında, kasten yaralama ile taksirle yaralama arasında fikri içtima uygulanmış iken, 3. CD'nin vermiş olduğu bu kararda fikri içtima kurumu nazariitbara alınmamıştır. Nitekim bu husus muhalefet şeklinde bir üye tarafından dile getirilmiştir.*

yani m. 86'nın tüm fıkralarına atıf yapılmıştır. Akabindeki cümlede geçen "ancak verilecek ceza birinci fıkraya giren hallerde ..., üçüncü fıkraya gelen hallerde..." ifadeleri ise birinci ve üçüncü fıkralar bakımından alt sınır tayin etmekte, ikinci fıkraya atıf yapılmadığına delalet etmemektedir. Bu sebeple m. 86/2'lik bir yaralama gerçekleştiğinde m. 87/1-2-3'üncü fıkralara göre ceza artırımı yapılabileceğini savunan bir görüş de mevcuttur⁴⁰.

Bu konuda, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun yakın tarihli bir kararını incelemekte fayda görmekteyiz⁴¹. Karara konu olan olayda, 23 yaşındaki fail 39 yaşındaki mağdura alüminyum paspas sopası ile vurmuştur. Adli tıp raporuna göre, vurmaktan kaynaklı olarak mağdurun vücudunda herhangi bir lezyon hasil olmamış; fakat mağdurda bulunan kalp-damar hastalığı tetiklenerek kalp krizine sebep olmuş ve mağdur hayati tehlike geçirecek şekilde yaralanmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, mağdurun vücudunda hiçbir lezyona sebep olmaması dolayısıyla yaralamayı BTM'lik kabul etmiştir. Yaralama BTM'lik kabul edildiği için kararda TCK m. 87/1-d hükmü (yaşamını tehlikeye sokan bir durum) tatbik edilmemiştir. Zira kararda belirtildiği üzere Yargıtay, TCK m. 87'nin tatbiki için m. 86/1'lik bir yaralamanın husule gelmesini şart koşmaktadır. Buna mukabil, kararda sopayla vurulması neticesinde mağdurun hayati tehlike geçirmesinin objektif olarak öngörülebilir olduğu belirtilmiş ve TCK m. 89/2-e'de yer alan ağır hal (yaşamını tehlikeye sokan bir durum) faile isnat edilmiştir. Böylece Yargıtay, bir fiil ile hem TCK m. 86/2'deki BTM'lik kasten yaralama suçunun hem de m. 89/2-e'deki taksirle yaralama suçunun meydana geldiğine hükmederek farklı neviden fikri içtima kuralları mucibince faili sadece kasten yaralama suçundan cezalandırmıştır. Kanaatimizce, söz konusu kararda iki türlü sonuca varılabilirdi. İlk olarak, failin sopayla yaralama eylemi neticesinde mağduru hayati tehlikeye sokabileceğinin objektif olarak öngörülebilir olduğundan hareket edilecekse, bu yaralamayı – mağdurun vücudunda hiçbir lezyon meydana getirmese dahi – BTM'lik kabul etmemek ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama hükümlerini tatbik etmek gerekirdi. İkinci olarak ise, eğer yaralama fiilinin BTM'lik olduğundan hareket edilecekse, mağdurun duçar olduğu kalp hastalığını bilmeyen failin söz konusu ağır netice bakımından taksirinin olmadığını kabul etmek ve faili sadece kasten yaralama suçundan sorumlu tutmak gerekirdi. Oysa Yargıtay, hem yaralamanın BTM'lik olduğuna hem de failin ağır netice bakımından taksiri olduğuna hükmetmiştir. Bir yaralama fiilinin doğurduğu etkilerin basit

⁴⁰ Şare, s. 292.

⁴¹ Yargıtay CGK, 2018/3-95 E., 2019/207 K., 14.03.2019 T.

bir tıbbi müdahale ile giderilebileceğini kabul etmek, aynı fiilin mağdurda hayati tehlike doğuracak nitelikte olduğunu söylemek ile tenakuz halindedir. Bu iki kaziyenin imtizaç etmesi mantıki açıdan tutarsızdır.

Ayrıca söz konusu Yargıtay kararı göstermektedir ki, TCK m. 89/2-3'teki ağırlaşmış hal düzenlemeleri kusur ilkesine aykırıdır⁴². Hareketin haksızlığı dikkate alınmayıp sadece neticenin oluşturduğu haksızlık nazariyibara alınarak failin cezai sorumluluğu ağırlaştırılmaktadır⁴³. Halbuki herhangi bir ağır neticenin faile isnat edilebilmesi için o neticenin objektif ve sübjektif olarak öngörülebilir olması gerekmektedir. Oysa TCK m. 89/2-3'teki düzenlemeler, failin taksirli fiili neticesinde tesadüfen meydana gelen ağır haller vuku bulduğunda dahi uygulanmaktadır. Yukarıda incelemiş olduğumuz Yargıtay kararında da fail mağdurun kalp rahatsızlığı olduğunu bilmemesine rağmen hayati tehlike geçirmesinden dolayı m. 89/2-e'deki ağır halden sorumlu tutulmuştur. Kararda sübjektif öngörülebilirlik kriteri uygulanmamış, adeta fail bakımından objektif sorumluluk anlayışıyla hareket edilmiştir. Burada dikkat çeken husus, BTM'lik yaralama sonucunda 87'deki ağır neticelerin öngörülemez olması hasebiyle uygulanmayıp, taksirle yaralamanın ağır şeklinin uygulanmasıdır⁴⁴. Oysa m. 87/1-d ile 89/2-e'de öngörülen ağır netice aynıdır: mağdurun yaşamını tehlikeye sokan bir durumun vuku bulması.

Kanunun ilk halinde, m. 87/1-2-3'te 86/2'ye atıf yapılmayarak objektif isnadiyet doktrinine ait hususların somut bir normda teccessüm

⁴² Aynı yönde ve daha detaylı bilgi için bkz. Meraklı, s. 342-344.

⁴³ Hareket ve netice haksızlığı hakkında malumat için bkz. Elvan Keçelioğlu, "Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)", 2013, 8 (21), Ceza Hukuku Dergisi, s. 27-30.

⁴⁴ Aynı yönde bir karar örneği için bkz. **Yargıtay 1. CD, 5708/113, 21.05.2015 T.** "*Oluşa ve dosya kapsamına göre; sanıklar Emrah ve Yaşar'ın tekme ve yumruklarla mağdur Abdullah'ı darp ederek yaradıkları, Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu'nun 12.08.2009 tarih ve 3613 sayılı raporuna göre, mağdurun maruz kaldığı darp eylemi nedeniyle kendisinde olay öncesinde mevcut olan kronik kalp hastalığının akut myokard infarktüsü ve buna bağlı olarak hayati tehlike geçirmesinde kolaylaştırıcı bir etken olduğunun tespit edildiği, dosya içeriğine göre, sanıkların mağdurun hastalığını bilmesinin mümkün olmadığı olayda; Sanıkların eylemlerine bağlı olarak mağdurda meydana gelen yaralanmanın niteliği konusunda Adli Tıp Kurumundan rapor alınarak, yaralanma; TCK'nun 86/1 maddesi kapsamında kalıyorsa sanığın eyleminin kasten yaralama suçunu, TCK'nun 86/2 maddesi kapsamında kalıyorsa sanıkların eyleminin taksirle yaralama suçunu oluşturacağını düşünülmemesi suretiyle eksik inceleme ile yazılı biçimde hüküm kurulması"* Bu kararda altı çizili cümlelere dikkat edildiğinde, TCK m. 89'daki ağırlaşmış haller bakımından Yargıtay'ın kusur ilkesini nazariyibara almadığı açıkça görülecektir. Söz konusu kararda, hem faillerin mağdurdaki hastalığı bilmesinin mümkün olmadığı hem de yaralamanın BTM'lik olduğu durumlarda TCK m. 89/2-e'de düzenlenen ağır halin uygulanabileceği belirtilmiştir.

ettiği görülmektedir. Yani m. 87'de yer alan ağır neticelerin BTM'lik bir yaralama işleyen faile objektif olarak isnat edilemeyeceği şeklinde kanuni bir faraziye ihdas edilmiştir. Sonrasında yapılan kanun değişikliğiyle BTM'lik yaralamayı düzenleyen hüküm m. 86'ya ithal edilmiş ve böylece m. 87/1-2-3, m. 86/2'ye atıf yapar hale gelmiştir. Fakat Yargıtay, bu kanuni faraziyenin halen cari olduğu görüşündedir. Kanaatimizce, böylesi bir kanuni faraziye 765 sayılı TCK döneminde hakim olan objektif sorumluluk anlayışının izale edilmesi açısından faydalı olsa da kazuistik bir düzenleme olması hasebiyle bazı problemler ortaya çıkarmaktadır. Belirtmek gerekir ki, gerçekten de objektif isnadiyet doktrini gereği, BTM'lik bir yaralamanın m. 87'de yer alan ağır neticelerden birisini gerçekleştirmeye elverişli olmadığı söylenebilir. Zira gerçekten de BTM'lik bir yaralamanın, ağır neticeleri doğuracak riski bünyesinden barındırıyor olduğu söylenemez. Bununla beraber, m. 87 açısından “hayati tehlike geçirmek” şeklindeki ağır neticenin faile objektif olarak isnat edilemeyeceğini savunup; m. 89 açısından aynı neticenin faile isnat edilebilir olduğunu ileri sürmek ise çelişkilidir. Dolayısıyla, Yargıtay bu gibi durumlarda ya yaralamanın BTM'lik olmadığına kanaat getirerek ağır neticeyi faile isnat etmelidir, ya da ağır neticenin faile isnat edilemeyeceğini belirterek faili yalnızca BTM'lik yaralamadan dolayı sorumlu tutmalıdır.

Sonuç olarak, TCK m. 87/1-2-3 ile m. 86/2 arasındaki ilişkiye objektif isnadiyet veçhesinden yaklaşmak gerekmektedir. 87'nci maddenin ilk üç fıkrasında m. 86/2'ye atıf olup olmadığı dikkate alınmaksızın, sorunun çözümünde objektif ve sübjektif isnadiyet kuralları uygulanırsa sağlıklı bir çözüme varılacaktır. Söz gelimi, failin gerçekleştirdiği BTM'lik yaralama fiili bünyesinde m. 87'de yer alan ağır neticelere yol açacak riski ihtiva etmiyorsa fail sadece m. 86/2'den sorumlu tutulmalıdır. Kalp hastası olduğunu bilmediği ve bilemeyeceği bir kimseye yumruk atan ve onun hayati tehlike geçirmesine sebep olan kişi bu duruma örnek gösterilebilir. Buna mukabil, failin gerçekleştirdiği yaralama mağdurun bedeni üzerinde ilk esnada BTM'lik bir etki bıraksa dahi (tokat, itme, çekme gibi), bünyesinde m. 87'deki ağır neticelerin gerçekleşme riskini taşıyor ve bu neticeler bakımından da failin en azından taksiri bulunduğundan söz edilebiliyorsa, artık bu yaralama fiili BTM'lik kabul edilmemelidir. Fail hakkında, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kavramının diğer şartlarını da taşıyorsa 87'nci maddedeki hüküm tatbik edilmelidir. Burada söylemek istediğimiz “BTM'lik yaralama gerçekleşse dahi m. 87 hükümlerinin uygulanması gerektiği” değil, “m. 87'deki ağır neticelerin gerçekleşme riskini bünyesinde taşıyan yaralama fiilinin BTM'lik telakki edilmemesi” gerektiğidir. Bu duruma ise, kalp hastası olduğunu

bilmesine rağmen mağdura yumruk atan ve onun hayati tehlike geçirmesine sebep olan kişi örnek verilebilir. Nitekim Yargıtay 3. CD isabetli olarak, failin mağdurdaki hastalığı bilmediği durumlarda m. 86/2'den, bildiği durumlarda ise m. 87'den sorumlu tutulması gerektiği yönünde kararlar vermiştir⁴⁵.

3. TCK m. 87/4 ile m. 86/2 Arasındaki İlişki

TCK m. 87/4'te kasten yaralama neticesinde ölüme sebebiyet verme suçu düzenlenmektedir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun en klasik örneklerinden biri olan bu suç tipinin gerçekleşebilmesi için yaralamanın kasten, ölümün ise taksirle gerçekleşmesi gerekmektedir. Kanuni tanıma bakıldığında m. 87/4'ün tatbiki için, en az m. 86/1'lik yaralamanın, yani BTM'lik olmayan bir yaralamanın, işlenmiş olması icap eder.

BTM'lik bir yaralama neticesinde ölüm hasıl olduğunda m. 87/4'ün

⁴⁵ **Yargıtay 3. CD, 2015/7237 E., 2015/21009 K., 17.06.2015 T.** “Mağdurun kayınbiraderi ile sanığın tartışmaları sırasında sanığın mağdurun kafasına sopa ile vurması sonucunda; Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulunun 22/09/2008 günlü raporunda açıklandığı üzere frontal bölgede 5cm'lik cilt, cilt altı kesisine neden olarak basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaraladığı ve mağdurun maruz kaldığı yaralanmanın etkisiyle kendinde mevcut kronik kalp damar hastalığının aktif hale geçmesi sonucu gelişen myokard infarktüsüne neden olduğu anlaşılmakla sanığın mağdurdaki kronik kalp damar hastalığını önceden bilip bilmediğinin araştırılması ve sonucuna göre; Sanık mağdurdaki kronik kalp damar hastalığını önceden bilmiyor ise 5237 sayılı TCK'nin 86/2-3e maddesi gereğince kasten yaralama suçundan; şayet biliyor ise 5237 sayılı TCK'nin 86/1-3-e, 87/1-d, 21/2 maddeleri uyarınca olası kast ile yaralama suçundan hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması”; **Yargıtay 3. CD, 2015/6725 E., 2015/22097 K., 24.06.2015 T.** “Mağdurun hayvanlarının sanığın yonca tarlasına girmesi nedeniyle onu havaya kaldırıp yere çarpması sonucunda Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi'nin 22.11.2012 tarihli raporundan anlaşılacağı üzere mağdurda daha önceden var olan akciğer kist hidatiğinin travmanın etkisi ile rüptüre olması ile yaşamını tehlikeye sokacak şekilde yaralandığı anlaşılmakla; Mağdurdaki akciğer kist hidatiği hastalığının sanığın önceden bilip bilmediğinin araştırılması ve sonucuna göre; Sanık, mağdurdaki akciğer kist hidatiği hastalığını önceden bilmiyor ise 5237 sayılı TCK'nin 86/2-3-b maddesi gereğince kasten yaralama suçundan; şayet biliyor ise 5237 sayılı TCK'nin 86/1-3-e, 87/1-d, 21/2. maddeleri uyarınca olası kast ile yaralama suçundan hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması”; **Yargıtay 3. CD, 2015/12576 E. , 2015/31204 K., 28.10.2015 T.** “Sanık ile mağdurun tartışmaları sırasında sanığın mağdura yumrukla vurması sonucunda Adli Tıp Kurumu 2.İhtisas Kurulu'nun 27 07 2012 tarihli raporunda açıklandığı üzere sol kulak iç kısmında 2 cm kesi, sol yanakta 1x1, 1x2, 1x1 cm ebatlı ekmoza neden olarak basit tıbbi müdahale ile giderilebilir nitelikte yaralandığı ve mağdurun maruz kaldığı yaralanmanın etkisiyle kendinde mevcut hipertansiyonunun intrakraniyal kanamaya neden olduğu anlaşılmakla, sanığın mağdurdaki hipertansiyon hastalığını önceden bilip bilmediğinin araştırılması ve sonucuna göre sanık mağdurdaki hipertansiyon hastalığını önceden bilmiyor ise 5237 sayılı TCK'nin 86/2 maddesi gereğince kasten ayarlama suçundan; şayet biliyor ise 5237 sayılı TCK'nin 86/1, 87/1-d, 21/2 maddeleri gereğince olası kast ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçundan hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi”

uygulanamayacağı yönünde doktrinde hakim görüş mevcuttur⁴⁶. Uygulama da aynı yönde seyretmiştir⁴⁷. Ancak Yargıtay 1. Ceza Dairesi 2019 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, silahla işlenen BTM'lik yaralama neticesinde ölüm meydana geldiğinde m. 87/4'ün uygulanması gerektiği yönünde hüküm kurmuştur⁴⁸. Halbuki Yargıtay'ın müstakar içtihadı, silahla işlenen bir BTM'lik yaralama söz konusu olduğunda bu yaralamanın m. 86/2'lik olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündedir⁴⁹.

⁴⁶ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Özel Hükümler, s. 287; Gökcan, Artuç, 3. cilt, s. 3365; Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 5. bası, US-A Yayıncılık, 2016, s. 91; Koca, Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 238; İlhan Üzülmöz, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, 2013, s. 63; Centel, Zafer, Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 173; Seydi Kaymaz, Kasten Yaralama Sonucu Ölüm Neden Olma, Adalet, 2009, s. 62; Özbek/Doğan/Bacaksız'a göre m. 87/4'te m. 86/2'ye atfı yapılmadığı için failin ölüm neticesinden sorumlu tutulması kanunilik ilkesine aykırılık teşkil eder. Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin, 2019, s. 230.

⁴⁷ **Yargıtay 1. CD, 2017/1901 E., 2020/270 K., 3.2.2020 T.** “Sanığın eylemi sonucu, maktûlde meydana gelen yaralanmanın TCK'nin 86/1 yada 86/2. maddesi kapsamında kalıp kalmadığı yönünde rapor aldirılması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi, raporun 86/2. maddesi kapsamında kalması durumunda sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nin 22. maddesi delaletiyle aynı Kanununun 85. maddesinde düzenlenen taksirle ölüme neden olma suçunu, raporun 86/1. maddesi kapsamında kalması durumunda ise aynı Kanununun 23. maddesi delaletiyle 87/4. maddesinde düzenlenen kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçunu oluşturacağı gözetilmeksizin”; **Yargıtay CGK, 06.10.2020, 1335/401, Yargıtay CGK., 24.09.2020, 5/376, Yargıtay CGK, 379/352, T. 07.07.2020** “Madde metnine göre faille verilecek ceza belirlenirken kasten yaralama suçunun düzenlendiği TCK'nin 86. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarına yollama yapılmıştır. O hâlde, mağdurun basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek dereceden daha ağır şekilde yaralanması gerekmektedir. Anılan maddenin 2. fıkrasında karşılığı bulan basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde meydana gelen yaralamalarda 87. maddenin 4. fıkrası uygulanamayacaktır.” <lexpera.com.tr> Erişim tarihi: 03.10.2021; **Yargıtay 12. CD, 4829/4767, 22.03.2016 T.** “TCK'nin 86/2. maddesi kapsamında basit tıbbi tedavi ile giderilebilir nitelikte olması nedeniyle suç ve cezaların yasallığı ilkesi uyarınca sanık hakkında TCK'nin 87/4. maddesinin uygulanmayacağı”

⁴⁸ **Yargıtay 1. CD., 2018/3935 E., 2019/298 K., 4.2.2019 T.** “Oluşa ve dosya içeriğine göre; maktûlün, bıçak ve tornavida ile sanıkların saldırısı sonucu basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanması olayının vermiş olduğu efor ve strese bağlı olarak geçirdiği kalp krizi nedeniyle öldüğü kabul edilen olayda; Sanıkların TCK'nin 86/2, 86/3-e maddeleri kapsamında olan eylemlerinin aynı Kanununun 87/4. maddesinin 2. cümlesinde tanımlanan kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suçların nitelendirilmesinde yanılıya düşülerek yazılı şekilde taksirle ölüme neden olma suçlarından hüküm kurulması” <lexpera.com.tr> Erişim tarihi: 03.10.2021

⁴⁹ **Yargıtay CGK 2015/695 E., 2019/128 K., 26.02.2019 T., Yargıtay CGK, 2015/12-1254 E., 2018/354 K., 18.09.2019 T.** “TCK'nin 87. maddesinin dördüncü fıkrasının uygulanabilmesi bakımından ayırıcı ölçüt yaralanmanın ağırlığı olup ölüm neticesi meydana getiren yaralanmanın TCK'nin 86. maddesinin birinci fıkrası kapsamında bir yaralanma olması gerekmektedir. Bu nedenle TCK'nin 86. maddesinin ikinci fıkrası kapsamındaki kişi

765 sayılı TCK'daki objektif sorumluluk anlayışının doğurduğu sakıncaların izale edilebilmesi için kanun koyucunun 5237 sayılı TCK'da neticesisebebiyle ağırlaşmış yaralamahükümlerini daha kazuistik şekilde tedvin ettiği görülmektedir. TCK m. 87/4'te m. 86/2'ye atıf yapılmamış olması, ölüm neticesinin BTM'lik yaralama işleyen faile isnat edilemeyeceğine dair kanuni bir faraziye teşkil etmektedir. Bu düzenleme, 765 sayılı TCK'nın doğurduğu sakıncaları gidermekte muvaffak olmakla birlikte bazı Yargıtay kararlarında m. 87/4 üzerinden olmasa da m. 85 üzerinden objektif sorumluluğun devam ettirildiği görülmektedir⁵⁰. BTM'lik bir yaralama fiili ika ederek mağdurun ölümüne sebep olan failin, mağdurda bulunan hastalığı/rahatsızlığı/malullüğü bildiği durumlarda bilinçli taksirle öldürmeden, bilmediği durumlarda ise nedensellik bağının mevcudiyetine işaret ederek bilinçsiz taksirle öldürmeden sorumlu tutulduğuna yönelik Yargıtay kararları, kusur ilkesine aykırılık teşkil etmektedir⁵¹. Zira BTM'lik yaralama fiilinde bulunan ve mağdurdaki

üzerindeki etkisi basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olan kasten yaralama fiilinin işlenmesi sırasında aynı maddenin üçüncü fıkrasının da ihlal edilmesi ve fiil sonucu ölüm neticesinin meydana gelmesi ihtimalinde TCK'nın 87. maddesinin dördüncü fıkrasının uygulanma imkanı bulunmamaktadır.”; Yargıtay CGK, 2018/3-95 E., 2019/207 K., 14.03.2019 T. “Bu durumda, sanığın paspas sopası ile katılanı yaralama şeklindeki tek olan fiilinin (...) TCK'nın 86/2, 86/3-c-e maddelerinde düzenlenen ve 6 aydan 1 yıl 6 aya kadar hapis veya adli para cezası gerektiren kamu görevlisini silahla basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte yaralama suçunu (...) oluşturması”

⁵⁰ Aynı yönde Kaymaz, Bozbayındır, s. 86.

⁵¹ **Yargıtay CGK, 2015/12-1254 E., 2018/354 K., 18.09.2019 T.** “...Sanığın yüz bölgesine yumrukla vurmak suretiyle öleni basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olarak yaraladığı, yaklaşık 10 dakika sonra fenalaşarak hastaneye kaldırılan ölenin hastanede yapılan tıbbi müdahaleye cevap vermeyerek kendisinde mevcut kronik kalp-damar hastalığının olayın meydana getirdiği efor ve stresin etkisiyle aktif hâle geçmesine bağlı olarak solunum-dolaşım durmasından vefat ettiği olayda; sanığın yumrukla vurma eylemine bağlı olarak ölenin meydana gelen yaralanmanın TCK'nın 86. maddesinin birinci fıkrası veya birinci ve üçüncü fıkraları kapsamında olmayıp TCK'nın 86. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında kalan bir yaralanma olması nedeniyle sanığın eyleminin TCK'nın 87/4. maddesi kapsamındaki kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçunu oluşturmadığı kabul edilmelidir. (...)

Sanığın olay tarihinde tartıştığı ölene yumrukla vurması şeklindeki hareketinin iradi bir hareket olması, ölüm neticesini istediğine dair bir tespitin yapılamaması ve hareketi ile ölüm sonucu arasında nedensellik bağının bulunması hususları ile birlikte lise mezunu ve olay tarihi itibarıyla 28 yaşında olan sanığın yaşam tecrübesi ve eğitim düzeyi gözetilip ortak tecrübeler de dikkate alındığında, 50 yaşındaki bir kişinin yüzüne yumrukla vurulması neticesinde ölüm sonucunun meydana gelebileceğinin öngörülebilir olduğu, sanığın ise öngörülebilir neticeyi öngörememesi nedeniyle eyleminin TCK'nın 85. maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki taksirle bir kişinin ölümüne neden olma suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.”; Yargıtay 12. CD, 2016/5183 E., 2018/5161 K., 08.05.2018 T. “ölende meydana gelen yaralanmanın TCK'nın 86/2. maddesi kapsamında basit tıbbi tedavi ile giderilebilir nitelikte

hastalığa muttali olmayan failin ölüm neticesinden sorumlu tutulmaması

olması nedeniyle, suç ve cezaların yasallığı ilkesi uyarınca sanık hakkında TCK'nın 87/4. maddesinin uygulanmayacağı, mevcut rahatsızlığın sanık tarafından bilindiğine ilişkin bir belirlemenin de bulunmaması karşısında; sanık hakkında bilinçli taksir hükümlerinin de uygulanma olanağının bulunmadığı, TCK'nın 23.maddesi hükmü de gözetilerek sanığın taksirli öldürme suçundan sorumlu tutulmasında isabetsizlik bulunmadığı (...)

Sanıkların basit yaralama eylemi sonucu, ölüme mevcut hastalık nedeni ile ölümün meydana geldiği olayda; sanık hakkında, TCK'nın CK'nın 23/1 delaleti ile TCK 86/2, 85/1.maddeleri gereğince ceza tayin edilmesi gerekirken”; Yargıtay CGK 2008/1-210 E., 2009/62 K. 17.03.2009 T. ve Yargıtay 1. CD, 1293/3013, 27.04.2010 T. “Yaralamanın 86/2. maddesi kapsamında kalması durumunda, sanık maktuldeki kalp damar hastalığını önceden bilmiyor ise, TCK'nın 86/2. ve 22. maddeleri delaletiyle 85/1. maddesi gereğince taksirle öldürme suçundan, şayet biliyor ise, TCK'nın 86/2. ve 22. maddeleri delaletiyle 85/1. maddesi gereğince bilinçli taksirle öldürme suçundan, yaralamanın TCK'nın 86/2. maddesi kapsamı dışında kalması durumunda ise kastı aşan adam öldürme suçundan TCK'nın 87/4. maddesi uyarınca yapılacak karşılaştırma sonucunda lehe olan kanun maddesinden hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi” karar için Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Özel Hükümler, s. 287; Yargıtay 1. CD, 2007/8890 E., 2009/2562 K., 05.05.2009 T. “Yaralama 5237 sayılı TCK'nın 86/2. maddesi kapsamında kaldığı takdirde ise, sanığın maktuldeki kalp ve damat rahatsızlığını önceden bilip bilmediği hususu araştırılarak sonucuna göre, aa) Bildiği tespit edildiği takdirde 5237 sayılı TCK'nın 22/3 ve 86/2. maddeleri yollamasıyla aynı yasanın 85. maddesi uyarınca bilinçli taksirle öldürme suçundan, bb) bilmediği tespit edildiği takdirde ise 5237 sayılı TCK'nın 22/2 ve 86/2. maddelerinin yollamasıyla aynı yasanın 85. maddesi uyarınca taksirle öldürme suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi yerine eksik soruşturma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması” karar için bkz. Hafizoğulları, Özen, s. 92; Yargıtay 1. CD, 1457/2115, 24.05.2006 T. “Sanık ve maktul arasında hesap yüzünden tartışma çıktı, tartışma sırasında karşılıklı etkili eylemde buldukları, maktulün maruz kaldığı müessir fiilin etkisiyle sanık tarafından daha önceden bilinmeyen kendinde mevcut kalp hastalığının aktif hale gelmesi sonucu gelişen solunum ve dolaşım yetmezliğinden öldüğü anlaşılmakla, 5237 sayılı TCK'nın 23 ve 86/2. maddeleri delaletiyle 85. maddesi gereğince taksirle öldürme suçundan mahkumiyeti yerine beraatine karar verilmesi kanuna aykırıdır.” Kararlarda ölüm neticesinin faile objektif ve sübjektif olarak isnat edilemeyeceği tartışılmadan, fail taksirle öldürme suçundan sorumlu tutulmuştur. Ayrıca Yargıtay 23'üncü maddeye atıf yapmış olsa da bu olayın 23'üncü madde ile hiçbir ilgisi yoktur. Karar için bkz. Gökcan, Artuç, 3. cilt, s. 3365; Yargıtay 12. CD, 11320/10806, 15.11.2018 T. “Sanığın öldürme kastı olmadan omuzlarından ittirdiği ölenin yere düşerek öleceğini öngörmediği, bu nedenle sanık hakkında bilinçli taksir koşullarının oluşmadığı, sanığın öleni omuzlarından basitçe itmekten ibaret eyleminin TCK'nın 86/2. maddesince düzenlenen kasten yaralama suçu kapsamında kalması nedeniyle sanık hakkında TCK'nın 86/2 ve 22. maddeleri delaletiyle taksirle öldürme suçundan hüküm kurulurken bilinçli taksir koşullarının oluşmadığının gözetilmemesi” Bu kararda ise Yargıtay bilinçli taksirin bulunmadığını isabetli olarak tespit etmekle birlikte, mağduru omuzlarından basitçe itme neticesinde ölümün meydana gelebileceğinin objektif ve sübjektif olarak öngörülebilirliğini tartışmadan bilinçsiz taksirle öldürme suçundan hüküm kurması kanaatimizce yerinde olmamıştır; Yargıtay 1.CD, 1057/3370, 25.04.2008 T. “Sanıklar tarafından 06.11.2004 günü dövülen maktulün 07.11.2004 tarihinde maruz kaldığı travma, efor ve stres sonucu kendisinde mevcut olan kalp hastalığının akut hale geçmesi sonucu öldüğü ve ölüm ile travma arasında illiyet bağı bulunduğu anlaşıldığından; maktuldeki yaralara ilişkin olarak 5237 sayılı TCK'nın 86/1-2. maddesi kapsamında rapor aldırılması; yaralamanın 5237 sayılı TCK'nın 86/2. maddesi kapsamında kalması durumunda; sanıkların maktuldeki kronik kalp damar hastalığını önceden bilmiyor

gerekir⁵². Nitekim Yargıtay'ın bazı yakın tarihli kararlarına bakıldığında, failin mağdurdaki hastalığı bilmediği durumda ölüm neticesinden sorumlu tutulamayacağına hükmedildiğine rastlanmaktadır⁵³.

iseler, 5237 sayılı TCK'nın 86/2 ve 22. maddeleri delaletiyle 85/1. maddesi gereğince taksirle öldürme suçundan, şayet biliyor iseler, 5237 sayılı TCK'nın 86/2 ve 22/3. maddeleri delaletiyle 85/1. maddesi gereğince bilinçli taksirle öldürme suçundan; yaralamanın 86/2. maddesi kapsamı dışında kalması durumunda ise, kastı aşan adam öldürme suçundan lehe olan 765 sayılı TCK'nın 452/2. maddeleri uyarınca hüküm kurulması yerine yazılı şekilde hüküm kurulması"

⁵² Aynı yönde Koca, Üzülmez, Özel Hükümler, s. 238; Kaymaz, s. 64

⁵³ **Yargıtay 3. CD, 2015/7237 E., 2015/21009 K., 17.06.2015 T.** "Mağdurun kayınbiraderi ile sanığın tartışmaları sırasında sanığın mağdurun kafasına sopa ile vurması sonucunda; Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulunun 22/09/2008 günlü raporunda açıklandığı üzere frontal bölgede 5cm'lik cilt, cilt altı kesisine neden olarak basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaraladığı ve mağdurun maruz kaldığı yaralanmanın etkisiyle kendinde mevcut kronik kalp damar hastalığının aktif hale geçmesi sonucu gelişen myokard infarktüsüne neden olduğu anlaşılmalı ve sanığın mağdurdaki kronik kalp damar hastalığını önceden bilip bilmediğinin araştırılması ve sonucuna göre; Sanık mağdurdaki kronik kalp damar hastalığını önceden bilmiyor ise 5237 sayılı TCK'nın 86/2-3e maddesi gereğince kasten yaralama suçundan; şayet biliyor ise 5237 sayılı TCK'nın 86/1-3-e, 87/1-d, 21/2 maddeleri uyarınca olası kast ile yaralama suçundan hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması"; **Yargıtay 3. CD, 2015/6725 E., 2015/22097 K., 24.06.2015 T.** "Mağdurun hayvanlarının sanığın yonca tarlasına girmesi nedeniyle onu havaya kaldırıp yere çarpması sonucunda Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi'nin 22.11.2012 tarihli raporundan anlaşılacağı üzere mağdurda daha önceden var olan akciğer kist hidatiğinin travmanın etkisi ile rüptüre olması ile yaşamını tehlikeye sokacak şekilde yaralandığı anlaşılmalı; Mağdurdaki akciğer kist hidatiği hastalığının sanığın önceden bilip bilmediğinin araştırılması ve sonucuna göre; Sanık, mağdurdaki akciğer kist hidatiği hastalığını önceden bilmiyor ise 5237 sayılı TCK'nın 86/2-3-b maddesi gereğince kasten yaralama suçundan; şayet biliyor ise 5237 sayılı TCK'nın 86/1-3-e, 87/1-d, 21/2. maddeleri uyarınca olası kast ile yaralama suçundan hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması"; **Yargıtay 3. CD, 2015/12576 E., 2015/31204 K., 28.10.2015 T.** "Sanık ile mağdurun tartışmaları sırasında sanığın mağdura yumrukla vurması sonucunda Adli Tıp Kurumu 2.İhtisas Kurulu'nun 27 07 2012 tarihli raporunda açıklandığı üzere sol kulak iç kısmında 2 cm kesi, sol yanakta 1x1, 1x2, 1x1 cm ebatlı ekmoza neden olarak basit tıbbi müdahale ile giderilebilir nitelikte yaralandığı ve mağdurun maruz kaldığı yaralanmanın etkisiyle kendinde mevcut hipertansiyonunun intrakraniyal kanamaya neden olduğu anlaşılmalı, sanığın mağdurdaki hipertansiyon hastalığını önceden bilip bilmediğinin araştırılması ve sonucuna göre sanık mağdurdaki hipertansiyon hastalığını önceden bilmiyor ise 5237 sayılı TCK'nın 86/2 maddesi gereğince kasten ayarlama suçundan; şayet biliyor ise 5237 sayılı TCK'nın 86/1, 87/1-d, 21/2 maddeleri gereğince olası kast ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçundan hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi"; **Yargıtay 12. CD, 2016/6242 E., 2019/4246 K., 28.03.2018 T.** "5237 sayılı TCK'nın 23. maddesinde, kastı aşan suçlarda veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda cezalandırılabilme için failin meydana gelen sonuç açısından en azından taksirle hareket etmesi gerektiği belirtilmiş, madde gerekçesinde de, hükmün konuluş amacının, objektif sorumluluk anlayışını terk etmek olduğu, bu tür sorumluluğun, ortaçağ kanonik hukukunun kalıntısı olan "versari in re illicita" yani hukuka aykırı bir durumda olan bunun bütün neti-

Bu konuda değinilmesi gereken diğerk bir mesele de failin ölüm neticesi bakımından taksiri var ise, gerçekleştirdiğı yaralamanın BTM'lik sayılıp sayılmayacağına ilişkindir. Söz gelimi Yargıtay kararına konu olan bir olayda⁵⁴, fail kalp hastası olduğunu bilmediğı mağdurun yüzüne yumruk atarak ölümüne sebebiyet vermiştir. Yargıtay bu yaralama fiilinin BTM'lik olduğuna, aynı zamanda ölüm neticesi bakımından failin taksirinin bulunduğu ve kasten yaralama sonucunda ölümüne sebebiyet verme suçunun değil taksirle öldürme suçunun oluştuğuna hükmetmiştir. Esasında bu karar, Yargıtay'ın daha önceki kararlarıyla tenakuz halindedir. Zira yukarıda değinildiğı üzere, söz gelimi kemik kırığının veya yüzde sabit izin vuku bulduğı olaylarda bu yaralamanın

celerine katlanır anlayışının ürünü olduğu, çağdaş ceza hukukunun bu anlayışı çoktan terk ettiği, düzenlemeyle meydana gelen ağır netice açısından sorumluluk için neticeye ilişkin olarak en azından taksir dolayısıyla kusurlu olunması gerektiğı belirtilmiştir. Kanunun 87/4. maddesinde ise, kasten yaralama sonucunda ölümün meydana gelmesi halinde failin nasıl cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak maddedeki afin 86. maddenin 1. ve 3. fıkralarına yapılmış olması nedeniyle, bu hükmün aynı maddenin 2. fıkrasında kalan yaralanma eylemleri açısından uygulanması mümkün değildir.

Basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilir nitelikte yaralanma sonucunda mağdurun ölmesi halinde, 5237 sayılı TCK'nın 23 ve 87/4. maddelerinin uygulanması imkânının bulunmadığından, failin sorumluluğunun genel hükümler kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Meydana gelen sonuç, (ölüm) öngörülebilir ise ve fail bu sonucu öngörmeksizin hareket etmişse, 5237 sayılı TCK'nın 22/2. maddesi uyarınca taksirle öldürme suçunu düzenleyen 85. maddesi uyarınca, öngörülebilir sonuç fail tarafından da öngörülmüş ancak istenmemiş ise fail bilinçli taksirle öldürme suçundan Kanunun 85 ve 22/3. maddeleri uyarınca, fail öngördüğü sonucu kabullenerek fiilini icra etmiş ise bu kez de, olası kastla öldürme suçundan sorumlu tutulmalıdır.”

⁵⁴ **Yargıtay CGK, 2015/12-1254 E., 2018/354 K., 18.09.2019 T.** “Sanığın yumrukla vurma eylemine bağlı olarak ölüme meydana gelen yaralanmanın TCK'nın 86. maddesinin birinci fıkrası veya birinci ve üçüncü fıkraları kapsamında olmayıp TCK'nın 86. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında kalan bir yaralanma olması nedeniyle sanığın eyleminin TCK'nın 87/4. maddesi kapsamındaki kasten yaralama sonucu ölümüne neden olma suçunu oluşturmadığı kabul edilmelidir (...)

*Her ne kadar sanığın fiilinin kişi üzerindeki etkisi **basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif** ise de, yüz bölgesine **yumruk atılması** şeklindeki bir fiilin **ölüm neticesini doğurmaya elverişli bir hareket** olmasından ve sanığın eylemi ile ölüm neticesi arasında nedensellik bağı bulunmasından dolayı sanığın eyleminin TCK'nın 86. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen kasten yaralama suçu kapsamında değerlendirilemeyeceğı ancak öldürme fiilinin taksirle de işlenebilen bir suç olmasın, sanığın olay tarihinde tartıştığı ölene yumrukla vurması şeklindeki hareketinin iradi bir hareket olması, ölüm neticesini istediğine dair bir tespitin yapılamaması ve hareketi ile ölüm sonucu arasında nedensellik bağının bulunması hususları ile birlikte lise mezunu ve olay tarihi itibarıyla 28 yaşında olan sanığın yaşam tecrübesi ve eğitim düzeyi gözetilip ortak tecrübeler de dikkate alındığında, 50 yaşındaki bir kişinin yüzüne yumrukla vurulması neticesinde ölüm sonucunun meydana gelebileceğinin öngörülebilir olduğu, sanığın ise öngörülebilir neticeyi öngörememesi nedeniyle eyleminin TCK'nın 85. maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki taksirle bir kişinin ölümüne neden olma suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.”*

BTM'lik olamayacağına müstakar şekilde hükmeden Yargıtay⁵⁵, ölümün meydana geldiği olaylarda yaralamayı BTM'lik olarak nitelendirebilmektedir. Faraza, mağdur hayatını kaybetmeseydi de atılan yumruk dolayısıyla mağdurun yüzünde sabit bir iz husule gelseydi, Yargıtay'ın daha önceki kararları nazariitibara alındığında neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suç hükümleri uygulanacaktı. Zira bir yaralamanın yüzde sabit ize sebep olacak keyfiyette olması ile basit tıbbi tedavi gerektirecek etki bırakması, birbiriyle imtizaç etme imkanı olmayan iki zıt vasıftır. Aynı şekilde, bir yaralamanın ölüme sebep olacak nitelikte olması ile BTM'lik etki bırakması da birbiriyle uyuşmaz. Oysa, söz konusu kararda, hem yüze yumruk atmanın mağdurun ölümüne sebep olabileceğinin öngörülebileceği hem de yumruk atma fiilinin BTM'lik olduğu savunulmuştur. Kanaatimizce bu olay bakımından iki farklı sonuca varılabilirdi. İlk olarak, ölüm neticesinin öngörülebilir olduğundan hareketle yaralamanın BTM'lik telakki edilmeyip, m. 87/4 hükümlerinin tatbiki söz konusu olabilirdi. İkinci olarak ise, mağdurdaki kalp hastalığına muttali olmaksızın yumruk atan failin ölüm neticesinden sorumlu tutulmayıp yalnızca kasten yaralama suçundan (adli tıp raporuna göre BTM'lik veya basit yaralama) mesul olması söz konusu olabilirdi. Her iki istidlal de kendi içerisinde tutarlı olmasına rağmen, kanaatimizce ikinci ihtimal daha makul gözükmektedir. Mağdurda bulunan kalp rahatsızlığının failce bilinmediği durumda, ölüm neticesinin de öngörülebilir olmadığını söylemek daha isabetli olacaktır. Şunu da belirtelim ki, eğer fail mağdurda bulunan kalp hastalığını bilmesine rağmen yumruk atsaydı, bu durumda işlediği yaralama fiilinin BTM'lik olmadığını söylemek gerekirdi. Zira kalp hastası olduğu bilinen bir kimseye atılan yumruğun o kişide basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek derecede etki bırakması kuvvetle muhtemeldir. Dolayısıyla yumruk atma neticesinde ölüm husul bulmuş ise, failin ölüm bakımından taksiri olduğu kabul edildiğinde kasten yaralama neticesinde ölüme sebebiyet verme; olası kastı tespit edilebiliyorsa da olası kastla öldürme suçundan hüküm kurulması

⁵⁵ **Yargıtay CGK, 2011/3-220 E., 2011/274 K., 20.12.2011 T.** “Bununla birlikte her ne kadar adli raporda mağdurda meydana gelen yaralanmanın basit tıbbi müdahale ile giderilebileceği ancak yüzde sabit ize neden olacağı belirtilmiş ise de , yüzde sabit ize neden olma yaralama suçunun nitelikli hali olduğundan, temel ceza TCK'nın 86. maddesinin 2. fıkrasına göre değil 1. fıkra hükmüne göre belirlenmelidir. Nitekim Özel Daire uygulamaları da bu yönde istikrar kazanmıştır”,**Yargıtay 3. CD, 2009/24436 E., 2012/7004 K., 27.02.2012 T.** “Dairemizin yerleşik içtihatlarına göre; sanığın burnunda kırık oluşturacak şekilde katılanı yaralaması eyleminin basit bir tıbbi müdahale ile giderilemeyeceği hususu gözetilmeden temel cezanın TCK'nın 86/1. maddesine göre belirlenmesi gerekirken yazılı şekilde uygulama yapılması” kararlar için Gökcan, Artuç, 3. cilt, s. 3263.

gerekirdi⁵⁶.

Başka bir kararına konu olan olayda Yargıtay, koltuk değnekli mağdura merdivene yakın bir yerde tokat atan ve mağdurun yuvarlanarak ölmesine sebep olan failin BTM'lik yaralama işlediğine ve böylece m. 87/4'ten değil m. 85'ten sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir⁵⁷. Bu karardaki problem de BTM'lik yaralamanın tespiti noktasında gerçekleştirilen hatadan neşet etmektedir. Zira merdivenin kenarında bulunan ve koltuk değneği yardımıyla ayakta duran bir kişiye yapılacak en ufak bir müdahalenin dahi büyük etki doğuracağı muhakkaktır. Bu itibarla, bu kişiye atılan tokadın BTM'lik yaralama olarak tavsif edilmesi hatalı olmuştur. Kanaatimizce failin neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama hükümleri uyarınca cezalandırılması isabetli olurdu. Buna mukabil başka bir kararında Yargıtay, 3.5 metre derinliğindeki bir çukura iterek mağdurun ölümüne sebep olan failin taksirle öldürme

⁵⁶ Krş. Kaymaz, s. 56, 57. *Kaymaz*, hafif bir yumruk veya mağdurun yaralanması sonucunu doğurmayan itme şeklindeki hareketin mağdurun ölümüne yol açtığı durumlarda, m. 86/2'lik bir yaralama söz konusu olduğu için fail hakkında m. 87/4'ün uygulanmaması gerektiği düşüncesindedir. Yaralamanın BTM'lik olup olmadığını belirleyen kıstasın fiil değil netice olduğu düşündüğümüz için bu düşünceye katılmamaktayız. Söz konusu itme veya yumruk fiilleri hafif netice doğurmuş ise BTM'lik, aksi halde normal veya ağır yaralama teşkil etmelidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki yazar adı geçen eserin 56. sayfasının 121 numaralı dipnotunda, merdivenin başında bulunan mağduru iterek ölümüne sebep olan failin kasten, olası kastla veya taksirle öldürmeden sorumlu tutulabileceğini ifade etmiştir. Yani, failin ölüm bakımından taksiri kabul edilse dahi itme fiili BTM'lik sayılacağı için failin m. 87/4'ten değil m. 85'ten sorumlu tutulabileceğini belirtmiştir. Buna mukabil, aynı eserin 92. sayfasında çok benzer bir örneği vererek, duvarın üstünde bulunan mağdura BTM'lik yumruk atan failin, duvardan düşme sonucunda meydana gelen yaralanmaları da irade etmiş olacağını belirtmiştir. Bu durumda fail BTM'lik yaralama işlemiş sayılmayacaktır, zira mağdurun duvardan düşerek yaralanması da failin iradesi kapsamındadır. Mağdurun ölümü bakımından taksiri var ise fail m. 87/4'ten cezalandırılmalıdır. Kanaatimizce *Kaymaz*'in eserin 97. sayfasında ifade ettiği düşünceleri daha isabetlidir.

⁵⁷ **Yargıtay 1. CD, 2013/3355 E., 2013/5283 K., 30.9.2013 T.** “*Oluşa ve dosya içeriğine göre; sanığın olay tarihinde para alacağını istemek için kardeşi Türkan'ın Kırıkkale'deki evine gittiği, parasını alamayınca sanık ve kardeşinin yüksek sesle tartışmaya başladıkları, Türkan'ın evinde kalan ve koltuk değnekleri ile yürüeyebilen maktül Niyazi'nin sesler üzerine tarafların yanına gelerek sanığı uyardığı, sanığın, maktülün ayağında sakatlık ve platin olup iki koltuk değneği ile yürüyebildiğini bildiği, maktülü onun tarafından uyarılmasına kızarak maktüle bir tokat attığı, maktülün de tokatın etkisi ile dengesini kaybedip evin önündeki 10 basamaklı merdivenden yuvarlandığı, kaldırıldığı hastanede 6 gün sonra künt kafa travmasına bağlı kubbe ve kaide kemik kırıklarına bağlı komplikasyonlar sonucu hayatını kaybettiği olayda; Sanığın, ayağında sakatlık ve platin olup iki koltuk değneği ile yürüeyebilen maktüle attığı tokatın onun dengesini kaybederek düşmesine neden olabileceğini öngörmesine rağmen, bu neticenin gerçekleşmeyeceğini düşünerek işlediği eylem nedeniyle TCK.nun 85/1. ve 22/3. maddeleri uyarınca bilinçli taksirle öldürme suçundan mahkumiyeti yerine, suça yanlış vasıf verilerek TCK.nun 87/4 maddesine göre hüküm kurulması” <kazanci.com.tr> Erişim tarihi: 27.10.2021*

suçundan değil kasten yaralama sonucunda ölüme sebep olma suçundan sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir⁵⁸. Kanaatimizce, bu olaydaki itme fiilini BTM'lik olarak tavsif etmeyen Yargıtay'ın tespitleri yerindedir. Belirtmek gerekir ki bir kimseyi derince bir çukura itme fiili somut olaya göre elbette failin öldürme kastının bulunduğu da delalet edebilir. Ancak biz kastın yaralamaya yöneldiği ve ölüm açısından taksirin söz konusu olduğu durumlarda yaralama fiilinin tavsifi (BTM'lik olup olmadığı) meselesine değinmekteyiz.

Görüldüğü üzere, m. 87'de yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama hükümleri ile m. 86/2'de düzenlenen BTM'lik yaralama hükmü arasındaki münasebet doğru şekilde tayin edilmediği takdirde problemler ortaya çıkmaktadır. Mevcut mevzuat karşısında kanaatimizce izlenmesi gereken tutum ilk olarak BTM'lik yaralamanın isabetli şekilde tespit edilmesi olacaktır⁵⁹. İtme, çekme, tokat atma, yumruk atma gibi davranışların, somut olayın hususiyetleri dikkate alınmaksızın kategorik olarak BTM'lik sayılması yerine tüm amiller nazarıtibara alınarak sonuca varmak gerekmektedir. Bu değerlendirme sonucunda yaralama BTM'lik kabul ediliyorsa m. 86; BTM'lik kabul edilmiyorsa m. 87 uygulanmalıdır.

Bununla birlikte doktrinde m. 87/4'te m. 86/2'ye atıf yapan ve daha az cezayı gerektiren bir düzenleme yapılmasını faydalı bulan bir görüş de bulunmaktadır⁶⁰. Kanaatimizce böyle bir düzenleme yapmaya ihtiyaç

⁵⁸ **Yargıtay 1.CD, 2010/5308 E., 2011/938 K., 23.2.2011 T.**“*Oluşa, dosya kapsamındaki delillere ve olayı gören tanıkların olayın hemen akabinde verdikleri anlatımlara göre, olay günü maktule Aysel'in komşusu tanık Gülay ile tartıştıktan sonra arkasını dönüp gideceği sırada, başka bir komşusu olan sanık Abdullah'ın koşarak gelip maktuleyi itmesiyle Aysel'in apartman önündeki 3,5 metre derinlikteki bahçe inşaatına düştüğü, Adli Tıp Kurumu Morg İhtisas Dairesi'nin 14.01.2003 tarihli raporuna göre düşmeye bağlı genel beden travması ve buna bağlı kafatası ve çok sayıda kot kırıklarıyla müterafik beyin doku harabiyeti ve beyin kanaması ile iç organ yırtılmasından gelişen iç kanama sonucu öldüğü anlaşılmakla, sanığın olayda öldürme kastıyla hareket ettiğinin de ispatlanamaması karşısında sanığın, 765 sayılı TCK.nun 452/1 maddesi kapsamında etkili eylem kastının aşılması sonucu öldürme suçundan cezalandırılmasına karar vermek gerektiğinin gözetilmemesi; Kabul ve uygulamaya göre de; karar gerekçesinde sanığın eyleminin kastı aşan öldürme suçu olarak nitelendirilmesine ve sonuç ceza karşılaştırmasının 5237 sayılı TCK.nun 87/4 maddesiyle yapılmasına rağmen, yazılı şekilde 765 sayılı TCK'nun 452/2 maddesi uygulamasıyla mahkumiyet hükmü kurulması”*

⁵⁹ Bkz. yukarıda “BTM'lik Yaralamanın Tespiti” başlığı

⁶⁰ Bkz. Kaymaz, s. 71; *Tezcan-Erdem-Önok'a* göre teorik açıdan ağır neticenin faile isnat edilebildiği durumlarda herhangi bir yaralamanın TCK m. 87/4 mucibince sorumluluk doğurabileceği kabul edilmelidir. Fakat kanunda m. 87/4'ün, m. 86/2'ye atıf yapmıyor olması, BTM'lik bir yaralama neticesinde failin m. 87/4'ten sorumlu tutulmasını engellemektedir.

duymaksızın BTM'lik yaralamanın doğru şekilde tespit edilmesiyle birlikte adil ve tutarlı bir sonuca varılabilmesi mümkündür. Fakat BTM'lik yaralamaların tespiti hususunda bahsettiğimiz yorum değişikliği tatbik edilmez ise, bu yöndeki bir kanun değişikliği de problemleri çözmekte başarı olacaktır. Nitekim Al. CK § 227'de yaralamanın derecesine bakmaksızın failin ölüm neticesinden sorumlu tutulabileceği, yaralamanın hafif olması halinde cezanın indirilebileceği düzenlenmiştir⁶¹. Esasında Al. CK § 227/2'deki "hafif hallerde bir yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir" ifadesi, yalnızca yaralamanın derecesinin hafif olduğu durumlara hasredilmiş değildir. Hafif halin mevcudiyeti cezanın tayininde dikkate alınan tüm unsurların külli bir değerlendirilmesi sonucunda tespit edilir⁶². Alman Federal Yüksek Mahkemesine göre, failin karakteri veya diğer sübjektif unsurlar da dahil olmak üzere bir suç hadisesine bakıldığında, bu suçun istisnai bir ceza indiriminin (yani § 227/2'nin) uygulanmasını gerektirecek düzeyde alışlagelmiş olan vakalardan ayrıldığı görülüyorsa, § 227/2'de yer alan ceza indirimi tatbik edilmelidir⁶³. Örneğin, öngörülebilir olmak kaydıyla ölüm neticesinin istisnai (ekstrem) olması, üçüncü bir kişinin dahlinin mağdurun ölümüne etki yapması, rızaya istinaden gerçekleştirilen bir yaralama durumunda ölüme sebep olan yaralama fiilinin rızanın sınırını cüzi miktarda aşması, öngörülebilirliğin düşük olması veya bu gibi nedenlerin bir araya gelmesi, § 227/2'deki hafif halin uygulanmasını gerektiren sebeplerdendir⁶⁴. Söz gelimi AFYM'nin kararına konu olan bir olayda⁶⁵ fail mağdura kuvvetli bir tokat atmıştır. Tokat neticesinde mağdur bilincini kaybetmiş ve

bkz. Tezcan, Erdem, Önok, s. 274.

⁶¹ Al. CK § 227: "(1) Fail yaralama neticesinde (m. 223 ilâ 226a), yaralanan kişinin ölümine sebebiyet verirse, üç yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. (2) Hafif hallerde bir yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir." çeviri için Feridun Yenisey, Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch, 2. Baskı, Beta, 2015, s. 335; *Üzülmez*, kusursuz sorumluluğu önlemek ve basit yaralamaların yol açtığı ölümlerin faile isnat edilebilmesini engellemek açısından TCK'daki düzenlemenin Al. CK'daki düzenlemeye nazaran daha yerinde olduğu fikrindedir. *Üzülmez*, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, s. 64.

⁶² BGH, 25.3.2009 - 5 StR 86/09, NStZ-RR, 2009, Heft 7, s. 204, <<https://beck-online.beck.de>> Erişim tarihi: 07.10.2021; Ralf Eschelbach, BeckOK StGB (hrsg. v. Heintschel-Heinegg), 50. Edition, 2021, § 227, Rn. 23.

⁶³ BGH, 3.3.2000 - 2 StR 388/99, NStZ-RR, 2000, Heft 11, s. 329 <<https://beck-online.beck.de>> Erişim tarihi: 07.10.2021

⁶⁴ Bernhard Hardtung, Münchener Kommentar zum StGB, 4. Auflage, 2021, § 227, Rn. 29.

⁶⁵ BGH, 3.3.2000 - 2 StR 388/99, NStZ-RR, 2000, Heft 11, s. 329 <<https://beck-online.beck.de>> Erişim tarihi: 07.10.2021

sonrasında ölmüştür. İlk derece mahkemesi faili Al. CK § 227/1'den⁶⁶ (kasten yaralama sonucunda ölüme sebebiyet verme suçundan) sorumlu tutmuştur. AFYM ise, her ne kadar atılan kuvvetli bir tokat neticesinde mağdurun ölebileceği öngörülebilir olsa da, istisnai bir vaka teşkil etmesi dolayısıyla § 227/2'deki hafif halin uygulanması gerektiği yönünde kanaat belirtmiştir. Görüldüğü üzere Al. CK'daki düzenlemeye göre yaralamanın hafif nitelikte olması neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükmünün uygulanmasını engeller mahiyette değildir. Eğer ölüm neticesi faile objektif ve sübjektif olarak isnat edilebilir ise, bu neviden yaralamalardan doğan ölüm neticelerinden dolayı failin cezai sorumluluğunun doğabileceği kabul edilmiştir. Fakat somut olayın hususiyetlerine göre ölümün vuku bulması istisnai görülüyor ise failin cezası § 227/2 uyarınca indirilmektedir. Elbette belirtmek gerekir ki, ölüm neticesi faile objektif olarak isnat edilebilir nitelikte değilse failin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan dolayı sorumlu tutulması söz konusu olmayacaktır. Örneğin AFYM kararına konu olan başka bir olayda, 4 yaşındaki çocuk pudinge şeker yerine tuz atar. Bunu öğrenen anne, tedip amacıyla 30 gram tuz içeren pudinge 4 yaşında ve 15 kilogram ağırlığındaki kızına yedirir. Vücut ağırlığının yarısından bir katına kadar tuz alımı⁶⁷, kişi bakımından ölümcül olduğu için çocuk hayatını kaybeder⁶⁸. AFYM, bu miktarda tuzun ölüm neticesine sebep olabileceğinin günlük hayat tecrübeleri dışında kaldığını, öngörülebilirliğin gerçekleşmediğini, dolayısıyla da anneye ölüm neticesinin isnat edilemeyeceğini, dolayısıyla da § 227'den (kasten yaralama neticesinde ölüme sebebiyet verme suçundan) sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir⁶⁹. Yerel mahkeme anneyi basit yaralama suçundan (§ 223) sorumlu tutmasına rağmen, AFYM basit yaralama değil tehlikeli yaralama suçunun (§ 224/1-1)⁷⁰ gerçekleştiği yönünde hüküm kurmuştur.

Diğer bir çözüm olarak ise BTM'lik yaralama hükmünün kanundan

⁶⁶ Belirtmek gerekir ki karar metninde ilgili kanun maddesi 226/1 olarak gösterilmiş olsa da, karar tarihindeki 226'nci madde şu anki Al. CK'da 227'nci maddeye tekabül etmektedir.

⁶⁷ Örneğin 100 kilogram bir kimse için, 50 gram ila 100 gram arasındaki tuz alımı ölümcül olabilir.

⁶⁸ Bohlander, s. 31

⁶⁹ BGH 10.03.2006, 4 StR 536/05, Rn. 10. Kararın tam metni için: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&n=35909> Erişim tarihi: 07.10.2021

⁷⁰ Al. CK § 224/1-1: “Yaralama fiilinin, zehir veya sağlığa zararlı başka maddeler zerk etmek suretiyle... işlenmesi halinde, altı aydan on yıla kadar, hafif hallerde üç aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” çeviri için bkz. Yenisey, Plagemann, s. 332.

çıkarılması ve meselenin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ve objektif isnadiyet kurallarına göre tahlil edilmesi teklif edilebilir⁷¹. Zira yaralamanın derecesini, meydana getirdiği neticenin ağırlığına göre tasnife tabi tutmak her zaman isabetli olmayabilir. Söz gelimi, kişi üzerinde basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek bir etki (netice) bırakan yaralama fiili, meydana gelen ölüm neticesi bakımından müessir (objektif isnadiyet) ve illî (nedensellik bağı) olabilir⁷². Netice yerine fiilin esas alınması yoluyla kanundaki kazuistik düzenlemeden de sarfinazar edilerek somut olay adaleti tahkim edilmiş olur. Yani kasten yaralamanın temel halinin alt sınırı daha aşağı çekilerek temel yaralamanın kapsamı genişletilebilir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ve objektif isnadiyet doktrini son derece gelişmiş ve detaylı olduğu için somut olayda gerçekleştirilen yaralama dikkate alınarak, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan dolayı mesuliyetin doğup doğmayacağı mütalaa edilebilir.

IV. TEŞEBBÜS MESELESİ

Kasten yaralama suçu bakımından BTM'lik yaralamaların ortaya çıkardığı diğer bir problem ise teşebbüs konusuna taalluk etmektedir. Yaralama fiilinin ika edildiği ve fakat mağdur üzerinden hiçbir etki veya zarar husule gelmediği durumlarda, teşebbüs indiriminin yaralamanın hangi fıkrasına istinaden tatbik edileceği meselesi görüş ayrılıklarına yol açmıştır.

Yargıtay'ın müstakar içtihadı, teşebbüs aşamasında kalan yaralamalarda ceza indiriminin m. 86/1 üzerinden değil m. 86/2 üzerinden yapılmasına yöneliktir⁷³. Doktrinde, Yargıtay'la aynı cihette görüş belirten yazarlar

⁷¹ Kaymaz ve Bozbayındır, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların özellikle uygulamada ortaya çıkardığı problemlerle ilgili en kesin çözümün neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların kanundan çıkarılması olduğunu düşünmektedir. bkz. Kaymaz, Bozbayındır, s. 93. Biz ise, tespit edilen problemler bakımından yazarlara iştirak etmekle birlikte, m. 87 özelindeki çözümü neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükmünün kaldırılmasında değil m. 86/2'nin doğru yorumlanmasında veya kaldırılmasında görmekteyiz.

⁷² Gülsün Ayhan Aygörmez-Uğurlubay, "Alman ve Türk İçtihatlarında Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçunda Nedensellik ve Objektif Isnâdiyet", 2015, 21 (1), MÜHF - HAD, s. 69, 70. Yazara göre yaralama neticesi yerine yaralama fiilinin merkeze alınması, TCK'nın da benimsemiş olduğu, haksızlığın esasını neticede değil fiilde gören ceza hukuku anlayışıyla da uyumlu olacaktır.

⁷³ **Yargıtay 3. CD, 2014/30473 E., 2015/9207 K., 11.03.2015 T.** "Sanığın mağdura karşı silahla yaralamaya teşebbüs eylemi nedeni ile sanık hakkındaki temel cezanın TCK'nın 86/2. maddesi gereğince belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, temel cezanın TCK'nın 86/1. maddesi gereğince belirlenmesi suretiyle sanık hakkında fazla cezaya karar verilmesi" <kararara.com> Erişim tarihi: 27.10.2021; **Yargıtay 3. CD, 2017/6598 E., 2017/2089 K., 11.03.2017 T.** "Sanık hakkında Emrah'ı yaralamaya teşebbüs eyleminde TCK'nın 86/2. maddesi yerine, 86/1. maddesi gereğince temel ceza belirlenerek sanığa fazla ceza tayini", **Yargıtay 3. CD,**

bulunmaktadır⁷⁴. Bu görüşe göre, tamamlanmış kasten yaralama suçu kişi üzerinde hafif bir etki doğurduğunda m. 86/2 uygulanıyorsa, teşebbüs aşamasında kalan yaralama fiili hiçbir zarar meydana getirmediğinde de m. 86/1 değil m. 86/2 uygulanmalıdır. Aksi halde, teşebbüs aşamasında kalan yaralamaların tamamlanmış yaralamalara göre daha ağır şekilde cezalandırılabilmesi söz konusu olabilir. Söz gelimi, yumruk atarak isabet ettiren failin sorumluluğu m. 86/2'ye göre tayin edilirken, isabet ettiremeyen failin sorumluluğunun m. 86/1 üzerinden teşebbüs hükümleri uygulanarak belirlenmesi çelişkili olacaktır. Teşebbüs hükümleri m. 86/1 değil, m. 86/2 üzerinden uygulanır ise, yaralama suçunu tamamlayan kişinin ödüllendirilmesinin önüne geçilmiş olur.

Yukarıda ifade edilen görüş somut olay adaleti bakımından bazı isabetli sonuçlara varsa da, biri teorik biri pratik olmak üzere iki problem ortaya çıkarmaktadır. İlk olarak, m. 86/2'nin uygulanması, yani BTM'lik yaralamanın tespiti, yaralamanın neticesine göre belirlenir. Diğer bir anlatımla, bir yaralamanın BTM'lik olup olmadığını tayin noktasında, yaralamanın meydana getirdiği tahribatın derecesi önem arz eder. Bir yaralama fiilinin, mağdurun vücudunda henüz etki doğurmadan BTM'lik olarak tavsifi mümkün değildir⁷⁵. Dolayısıyla henüz gerçekleşmeyen bir yaralamanın BTM ile giderilebilecek ölçüde kabul edilmesi teorik açıdan tutarlı değildir, zira BTM ancak kişinin üzerinde etki doğuran (müessir) bir fiil gerçekleştiğinde tatbik alanı bulacaktır. Söz gelimi, silahla mağdurun ayağını hedef alıp ateş eden ve hiçbir isabet kaydedemeyen failin TCK m. 86/2'ye teşebbüsten sorumlu tutulması yerinde olmayacaktır. İkinci olarak ise, isabet sağlayamayan bazı yaralama fiillerinin, sırf netice meydana getirmemesi sebebiyle BTM'lik telakki edilmesi pratik açıdan adil sonuçlara yol açmayacaktır. Söz gelimi, silahıyla mağdurun ayağına ateş eden ve isabet sağlayamayan failin BTM'lik

2017/8337 E., 2017/1993 K., 28.02.2017 T. “Sanık hakkında kasten yaralamaya teşebbüs suçundan hüküm kurulurken temel cezanın TCK'nin 86/2. maddesi uyarınca belirlenmesi gerekirken, yanlış uygulama ile temel cezanın TCK'nin 86/1. maddesi uygulanarak belirlenmesi” karar için bkz. Gökcan, Artuç, 3. Cilt, s. 3264

⁷⁴ Hafizoğulları, Özen, s. 78; Gökcan, Artuç, 3. cilt, s. 3264; İsmail Rüştü Cirit, Osman Atalay, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, TAA, 2020, s. 128; Tezcan, Erdem, Önok, s. 289, 290; 765 sayılı TCK döneminde, yaralamanın teşebbüs aşamasında kalması halinde temel yaralamanın değil hafif yaralama hükmünü düzenleyen m. 456/4'ün uygulanması gerektiği yönünde bkz. Sahir Erman, Çetin Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm (Kişilere Karşı İşlenen Suçlar), Dünya Yayıncılık, 1994, kn. 132;

⁷⁵ Serap Keskin Kızıroğlu, Kasten Yaralama Suçu, Nevzat Toroslu'ya Armağan, Cilt I, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 648.

yaralamaya teşebbüsten; tokat atıp isabet ettiren failin ise tamamlanmış BTM'lik yaralamadan sorumlu tutulması adalet hissiyle bağdaşmaz.

İkinci probleme çözüm olarak, yaralama fiilinin niteliğine göre temel veya BTM'lik yaralamaya teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceği ve bunun somut olayda hakim tarafından belirlenebileceği şeklinde görüş terennüm edilmektedir⁷⁶. Yani bu görüşe göre, tokat atıp isabet ettiremeyen fail m. 86/2'ye teşebbüsten, bıçakla hamle yapan fail (öldürme kastı yoksa) m. 86/1'e teşebbüsten cezalandırılmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki bu görüş, failin mağduru ağır bir şekilde yaralamaya çalışırken hafif şekilde yaraladığı durumlarda adil bir çözüme varamamaktadır. Söz gelimi, öldürme kastıyla hareket etmediği farz edilen ve elindeki bıçağı mağduru yaralamak için savuran fail yalnızca ufak bir çizik atabilmeyi başarır. Bu durumda tamamlanmış BTM'lik yaralamadan mı söz etmek gerekecektir yoksa teşebbüs aşamasında kalmış m. 86/1'lik yaralamadan mı? Zira teşebbüs indirimi yapılırsa dahi m. 86/1'in üst sınırına göre tespit edilen ceza, tamamlanmış m. 86/2'ye nispetle daha ağır cezalandırma imkanı ortaya çıkacaktır. Bu durumda bıçağı savurup hiç isabet ettiremeyen faili m. 86/1'e teşebbüsten, isabet ettirip çok hafif derecede zarar veren faili ise m. 86/2'den sorumlu tutmak gerekeceği söylenecekse de varılan bu sonuç adil gözükmemektedir.

Buna benzer bir probleme Yargıtay CGK kararına konu olan bir olayda rastlanmıştır⁷⁷. Oyçokluğuyla verilen kararda yer alan muhalefet şerhlerinin çokluğu ve çeşitliliği, meselenin ne kadar müşkül olduğunu göstermeye yetmektedir. Söz konusu karara konu olan olayda, sanık mağdura basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde yumruk atmış ve isabet ettirmiştir. Sonrasında yerden aldığı bira şişesini alarak mağdura hamle yapmış ve fakat araya giren kolluk kuvvetleri tarafından engellenmiştir. Olaydaki hukuki mesele, tamamlanmış m. 86/2'lik bir yaralama (yumruk atma) ile teşebbüs aşamasında kalmış bir silahlı yaralama arasında nasıl bir içtima ilişkisi bulunduğu ve failin ne şekilde cezalandırılacağına ilişkindir. Yerel mahkeme, faili bira şişesiyle hamle yaptığı için silahlı BTM'lik yaralamaya teşebbüsten sorumlu tutmuş; Yargıtay Ceza Dairesi ise yalnızca tamamlanmış olan yumruk atma fiilini nazariitibara alarak m. 86/2'den hüküm kurulmasının lüzumu gerekçesiyle bozma kararı vermiştir. İki üye ise Ceza Dairesinin kararına karşı oy kullanmış ve fail hakkında tamamlanmış

⁷⁶ Gökcen, Balcı, Kasten Yaralama Suçu, s. 393; Üzülmöz, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, s. 86; Koca, Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 254.

⁷⁷ **Yargıtay CGK., 04.06.2020, 194/260** <lexpera.com.tr> Erişim tarihi: 19.10.2021

m. 86/2'ye göre verilecek cezanın bira şişesi kullanılması hasebiyle m. 86/3'e göre artırılması gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı da bu iki üyenin görüşüyle paralel olarak itirazda bulunmuştur. Dosya Ceza Genel Kurulu önüne gelmiş ve CGK, oy çokluğuyla, özel-genel norm ilişkisi hasebiyle silahla işlenen ve teşebbüs aşamasında kalan yaralamadan (yani bira şişesiyle hamle yapma fiili) hüküm kurulması; fakat hakkaniyet gereği sonuç cezanın “*tamamlanmış basit yaralama suçu* (burada BTM'lik yaralama kastedilmektedir) için öngörülen cezanın altına düşmeyecek” şekilde tayin edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. CGK başkanının yazmış olduğu muhalefet şerhinde, teşebbüs aşamasında kalan değil tamamlanmış yaralamaya göre ceza verilmesi, yani dolayısıyla m. 86/2'ye göre belirlenen cezanın m. 86/3 uyarınca artırılması gerektiği savunulmuştur. Diğer üyelere bazıları failin eyleminin silahla kasten yaralama suçunun tamamlanmış hâlini oluşturduğu, bazıları ise kasten basit yaralama suçunu oluşturduğu gerekçesiyle karara muhalif kalmışlardır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, söz konusu olayda failin kırık bira şişesiyle mağdura hamle yapması, m. 86/1'e değil m. 86/2'ye teşebbüs olarak değerlendirilmiştir. Yargıtay, bu olayda da müstakar içtihadını sürdürmüş ve teşebbüs aşamasında kalan yaralamalarda teşebbüs indiriminin m. 86/2 üzerinden yapılması gerektiğine kanaat getirmiştir. Görüldüğü üzere, bu olayda maddi vakıa sabit olmasına rağmen merciler failin hukuki tavsifi noktasında oldukça farklı görüşler serdetmiştir. Bu ihtilafa yol açan sebeplerden bir tanesi de BTM'lik yaralamanın kanunda kazuistik olarak vaz'ıdır. Bu durum, hem teşebbüs hükümlerinin tatbiki noktasında hem de işlenen failin şikayete bağlı olup olmadığı hususunda soru işaretleri doğurmaktadır. Mevcut mevzuat nazariitibara alındığında yukarıda verilen olayı sonuca bağlamak gerçekten güç gözükmektedir. CGK'nın varmış olduğu sonucu görece adil bulmakla birlikte, tamamlanmış suçun vaki olduğu bir vaziyette kanaatimizce fail hakkında teşebbüs indirimini uygulamamak daha yerinde olurdu. Şunu da belirtmek gerekir ki, eğer kanunda BTM'lik yaralama şeklinde kazuistik bir düzenleme yer almasaydı, bu olayda tamamlanmış bir silahla yaralamanın varlığına hükmetmek mümkün olacaktı. Söz konusu yaralama failinin ağırlığına göre de hakim tarafından ceza tayin edilerek somut olay adaleti sorunsuz ve tutarlı şekilde tesis edilebilecekti. Olayımızda fail, yumruk atmış, sonrasında ise kırık bir şişeyle mağdura doğru hamle yapmıştır. Bu iki yaralama fiili, hukuken bütünlük/teklik arz ettiği için söz konusu yaralanma neticesinin hangi fiilden sadır olduğu önem arz etmeyecektir. Bu tıpkı, yaralama kastıyla silahla mağdura ateş ederek isabet kaydedemeyen ve sonrasında mermisi bittiği için mağdura fiziksel şiddet uygulayan failin durumuna benzemektedir.

Burada failin tamamlanmış silahlı yaralama suçunu (TCK m. 86/3) işlediğinde şüphe bulunmamaktadır⁷⁸. Eğer BTM'lik yaralama hükmü kazuistik biçimde vazedilmemiş olsaydı, bu çözüm yukarıdaki Yargıtay kararına konu olan olaya da rahatça uygulanabilecek ve hukuki mesele tutarlı bir şekilde çözülebilecekti. Zira yumruk atma fiili de şişeyle saldırma fiili de temel yaralama kapsamında değerlendirilecek ve nitelikli halin uygulanmasında problem yaşanmayacaktı.

Keza yine benzer yönde başka bir Yargıtay kararı daha zikredilebilir⁷⁹. Söz konusu karara konu olan olayda mağdur kendisini bıçakla kovalayan failden kaçmak isterken trafikteki bir aracın altında kalır ve hayatını kaybeder. Bu karardaki hukuki mesele failin olası kastla veya taksirle hareket ettiği noktasında tartışılmıştır. Burada bizim konumuzu ilgilendiren mesele ise Yargıtay'ın bıçakla kovalama şeklindeki eylemi m. 86/2'ye teşebbüs olarak kabul etmesidir. Yargıtay CGK'nın gerekçesinden bu açıkça anlaşılmasa da, Ceza Dairesinin vermiş olduğu karara yazılan karşı oylardan bu husus anlaşılmaktadır. Yargıtay, bıçakla mağdura hamle yapılmasını m. 86/2'lik yaralamaya teşebbüs kabul ettiği için, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç

⁷⁸ Yargıtay'ın bu yönde kararlarına rastlanmaktadır. **Yargıtay 3. CD, 899/21234, 26.12.2016 T.** “Müştekiye karşı silahsız bir biçimde kırık oluşacak nitelikte kasten yaralama eylemini gerçekleştiren sanığın, hemen ardından müştekiye karşı havalı tüfekle ateş ederek müştekinin tekrar yaralanmasına sebebiyet verdiği olayda, eylemini araya fasıla girmeden gerçekleştiren sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nin 86/1-3-e,87/3 maddeleri birlikte uygulanarak hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi”; **Yargıtay 3. CD, 3719/468, 23.1.2017 T.** “Sanık Nuri'nin savunmasına, mağdur anlatımına, mağdurun adli raporu içeriğine göre, sanığın mağdur Veli'ye tekme atmak suretiyle basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek nitelikte yaraladığı ve jilet ile mağdura vurmaya çalıştığı anlaşılma, sanığın eylemlerinin bir bütün halinde 5237 sayılı TCK'nin 86/2 ve 86/3-e maddeleri kapsamındaki tek suçu oluşturup eylemlerin bölünemeyeceği ve sanık hakkında tamamlanmış silahla basit kasten yaralama suçundan ceza tayin edilmesi gerekeceğinin gözetilmeden yazılı şekilde sanık Nuri hakkında iki suçtan hüküm kurulması”; **Yargıtay 3.CD, 31581/9023 11/04/2016 T.** “Sanık savunmasına, mağdur anlatımına, mağdurun adli raporu içeriğine ve tüm dosya kapsamına göre, sanığın olay tarihinde ele geçirilemeyen bir kemer ile mağdura vurmaya çalıştığı, kemerin mağdura isabet etmediği, sanığın elindeki kemerin alınması üzerine sanığın mağdura yumruk atmak suretiyle basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte yaraladığı anlaşılma, sanığın mağdura yönelik vurmaya için önce kemer kullanması, kemerin isabet etmesi üzerine bu kez de yumruk atıp yaralaması şeklindeki eylemlerinin bir bütün halinde 5237 sayılı TCK'nin 86/2 ve 86/3-e maddeleri kapsamındaki tek suçu oluşturup eylemlerin bölünemeyeceği ve sanık hakkında tamamlanmış silahla basit kasten yaralama suçundan ceza tayin edilmesi gerektiği düşünülmeden, eylemin silahla basit kasten yaralamaya teşebbüs ve basit yaralama suçlarını oluşturduğunun kabulü ile yazılı şekilde sanığın ayrı ayrı iki defa cezalandırılması” kararlar için bkz. Çetin Akkaya, “Suçların İçtimai Bağlamında Fiil Tekliği”, Haziran 2019, 7 (13), Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 36

⁷⁹ **Yargıtay CGK, 2014/779 E., 2016/136 K., 22.03.2016 T.**, <kararara.com> Erişim tarihi: 27.10.2021

hükümlerini uygulamamıştır. Yani, eğer bu fiil Yargıtay tarafından temel kasten yaralamaya (m. 86/1) teşebbüs olarak kabul edilseydi, fail kasten yaralama neticesinde ölüme sebebiyet verme suçundan sorumlu tutulacaktı⁸⁰. Oysa, bir kimseyi bıçakla kovalamanın m. 86/2'ye teşebbüs olarak kabul edilmesi kanaatimizce yerinde değildir. Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki bu fiil temel yaralamaya teşebbüs kabul edilse dahi bu olayda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun unsurlarının gerçekleşmediğini düşünmekteyiz. Zira neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun gerçekleşebilmesi için ağır neticenin gerçekleşme tehlikesinin temel suç tipinde mündemiç olması gerekir⁸¹. Temel yaralamanın meydana getirmiş olduğu tahribatın ağırlaşması sonucunda daha ağır bir neticenin meydana gelmesi lazım gelir. Yani, temel suç tipi tamamlanmamış, teşebbüs aşamasında kalmış ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümleri uygulanmaz⁸².

Görüldüğü üzere, BTM'lik yaralamanın müstakil bir hüküm olarak vaz'ı hem teşebbüs hükümlerinin uygulanması hem de suçun şikayete bağlı olup olmaması noktasında karışıklıklara yol açabilmektedir. Zira birçok durumda BTM'lik yaralama ile temel yaralama fiili birlikte gerçekleşmekte ve bunlar hukuken tek fiil arz etmektedir. Bu iki fiilin farklı hukuki muameleye tabi tutulması uygulamada problemlere sebep olmaktadır. Kasten yaralama fiili tek bir madde altında cezanın makas aralığı genişletilerek düzenlenir ise bu problemlerin aşılacağı kanaatindeyiz.

V. HAKSIZ TAHRİK MESELESİ

BTM'lik yaralama neticesinde öngörülebilir bir ölüm neticesi meydana geldiğinde Yargıtay'ın müstakar bir şekilde taksirle öldürme suçundan hüküm

⁸⁰ Aynı yönde çıkarım için bkz. Şare, s. 323.

⁸¹ Kindhäuser, Schramm, § 10, Rn. 2; Doğan, s. 169, 178, 182.

⁸² Aynı yönde bkz. Roxin, Greco, § 10, Rn. 117; Volker Krey, Strafrecht Besonderer Teil, Band I, 4. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, 1979, § 3, s. 89; Tezcan, Erdem, Önok, s. 278; Üzülmez, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, s. 69; Aksi yönde bkz. Johannes Wessels, Michael Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil, 35. Auflage, C.F. Müller, 2011, § 5, Rn. 299; Kristian Kühn, LK StGB, 2018, § 18, Rn. 9; Harro Otto, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage, de Gruyter, 2004, § 18, Rn. 83; Alman doktrinindeki hakim görüşüne göre temel suç tipi teşebbüs aşamasında kalmış ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerinin (neticesi sebebiyle ağırlaşmış teşebbüs) uygulanabilir olduğu belirtilmiştir. Nitekim AFYM içtihatları da aynı yönde seyretmiştir. bkz. Hardtung, MüKo StGB, § 18, Rn. 77; Doğan, TCK m. 23'ün temel suçun teşebbüs aşamasında kalıp ağır neticenin gerçekleştiği durumları kapsayacak şekilde düzenlendiğini ve fakat m. 87/4'teki "yaralama sonucunda ölüm" ifadesi dolayısıyla bu hükmün uygulanabilmesi için temel suç tipinin tamamlanmış olması gerektiğini belirtmektedir. bkz. Doğan, s. 262, 320.

kurduğu ve doktrinindeki hakim görüşün de bu yönde olduğundan bahsedilmişti⁸³. Bu düşüncenin yol açtığı sorunlardan biri de haksız tahrik meselesinde zuhur etmektedir. Haksız tahrik altında BTM'lik bir kasten yaralama fiili işleyen fail, öngörülebilir olan ölüm neticesinden TCK m. 85 uyarınca sorumlu tutulduğunda haksız tahrikin tatbik edilip edilemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Zira fail her ne kadar kasten hareket etmiş olsa da, kendisi hakkında taksirle bir suçtan dolayı hüküm kurulmaktadır. Doktrinde haksız tahrik kurumunun taksirli suçlar hakkında uygulanabilmesi tartışmalı olmakla birlikte⁸⁴ Yargıtay'ın müstakar içtihadı haksız tahrik hükümlerinin sadece kasten işlenen suçlarda uygulanabileceği yönündedir⁸⁵. Yukarıda da ifade edildiği üzere Yargıtay BTM'lik yaralama neticesinde m. 87/1-2'deki ağır haller meydana geldiğinde m. 89/2 ile m. 86/2 arasında fikri içtima uygulamakta ve faili cezası ağır olan suçtan sorumlu tutmaktadır⁸⁶. Bu durumda işlenen fiil aynı olmasına rağmen, fikri içtima neticesinde tayin olunan suçun türüne göre

⁸³ Bkz. "TCK m. 87/4 ile m. 86/2 Arasındaki İlişki" başlığı

⁸⁴ Taksirli suçlarda da haksız tahrikin uygulanabileceği yönünde bkz. Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, Beta, 1992, s. 346; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 616; Timur Demirbaş, Haksız Tahrik, 3. Baskı, Seçkin, 2021, s. 95; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin, 2018, s. 457; Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin, 2020, s. 365; Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 17. Baskı, Seçkin, 2017, s. 347; Haksız tahrikin sadece kasten işlenen suçlarda uygulanabileceği yönünde bkz. Abdullah Pulat Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C. I, Kazancı Hukuk Yayınları, 1980, s. 215; Zeynel T. Kangal, "Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik", 2010, XIV (3-4), EÜHFHD, s. 62; Burcu Demren Dönmez, Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik, 2013, 71 (1), İÜHFMD (Fusun Sokullu'ya Armağan), s. 273.

⁸⁵ **Yargıtay 1. CD, 2703/3776, 16.05.2007 T.** "*Maktuldeki yaraların 5237 sayılı TCK'nun 86/2. maddesi seviyesinde kaldığı için aynı yasanın 22/2. maddesi aracılığı ile 85. maddesi uygulandığına göre taksirle işlenen adam öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmek suretiyle sanığa eksik ceza tayini*"; **Yargıtay 12. CD, 2014/2503 E., 2014/25903 K., 17.12.2014 T.** "*Taksirli suçlarda uygulama olanağı bulunmadığı gözetilmeksizin hakkında taksirle öldürme suçundan mahkumiyet kararı verilen sanık hakkında TCK'nun 29. maddesi gereğince haksız tahrik hükümlerinin uygulanması ... kanuna aykırı olup*"; **Yargıtay 12. CD, 2013/23721 E., 2014/17499 K., 10.09.2014 T.** "*Haksız tahrik nedeniyle indirim hükümlerini düzenleyen 5237 sayılı TCK'nun 29. maddesinin yalnızca kasten işlenen suçlarda uygulanabileceği gözetilmeden sanığa verilen cezada belirtilen madde gereğince indirim yapılması suretiyle eksik cezaya hükmedilmesi aleyhe temyiz olmadığından bozma konusu yapılmamıştır.*" (karararama.yargitay.gov.tr); **Yargıtay 1. CD, 2008/5346 E., 2008/7646 K., 01.12.2008 T.** "*Oluş ve kabule göre; taksirli suçlarda tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı düşünülmeden, tahrik nedeniyle cezadan indirim yapılması suretiyle eksik ceza tayini, bozmayı gerektirmiş*" (legalbank.net); **Yargıtay 4. CD, 11546/11536, 12.12.1945 T.** "*Kasıtsız suçlarda tahrik bahse konu olamaz*" kararı nakleden Önder, s. 346.

⁸⁶ Bkz. "TCK m. 87/1-2-3 ile m. 86/2 Arasındaki İlişki" başlığı

haksız tahrik tatbik edilecek veya edilmeyecektir. Keza, BTM'lik yaralama neticesinde mağdurun ölümüne sebebiyet verildiğinde Yargıtay uygulamasına göre taksirle öldürme suçundan hüküm kurulmakta ve failin haksız tahrik hükümlerinden faydalanması mümkün olmamaktadır. Oysa haksız tahrik, failin içinde bulunduğu ruhi duruma istinaden kusurunun azalmasına yol açan ve suç genel teorisine taalluk eden bir kavramdır. Dolayısıyla haksız tahrikin varlığı, failin kusurunun azalıp azalmadığına göre tespit edilmelidir. Bu problemin çözümünün haksız tahriki taksirli suçlara teşmil etmek olabileceği düşünülebilirse de, kanaatimizce asıl çözüm BTM'lik yaralamaların doğru şekilde tavsif edilmesi ve buna istinaden fail hakkında uygulanacak olan ceza normunun belirlenmesidir. Zira aşağıda değinileceği üzere bu problem sadece haksız tahrik alanında değil, ceza hukukunun birçok kurumunda ortaya çıkmaktadır. Daha önceki bölümlerde ifade edildiği üzere, m. 87/1-2-3-4'teki hallerden birinin gerçekleştiği ve bu durumun öngörülebilir olduğu hallerde, ika edilen yaralama fiilinin BTM'lik olamayacağı ve dolayısıyla m. 87 hükümlerinin kabili tatbik olduğu kanaatindeyiz. Aynı şekilde, eğer yaralama BTM'lik tavsif ediliyor ise ağır neticelerin öngörülemiyor olması ve dolayısıyla da m. 87'nin uygulanamıyor olması icap eder. Bu sistematik benimsendiğinde, failin fiilini kasten gerçekleştirmesine rağmen taksirli suçtan dolayı cezalandırılması söz konusu olmayacak ve haksız tahrikin tatbiki hususunda herhangi bir problemle karşılaşılacaktır.

Esasında bu sorun sadece haksız tahrik konusuna inhisar etmemekte, taksirli ve kasıtlı suçlara farklı sonuçlar bağlanan her konuya taalluk etmektedir. Örneğin, TCK m. 50/4 uyarınca bilinçsiz taksirle işlenen suçlardan dolayı hükmolunan uzun süreli hapis cezası para cezasına çevrilebilmektedir. TCK m. 51 uyarınca erteleme, CMK m. 231 uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması, CMK m. 171 uyarınca kamu davasının açılmasının ertelenmesi daha önce işlenen taksirli veya kasıtlı suçların varlığına göre uygulama alanı bulabilmektedir. TCK m. 53 uyarınca belli haklardan yoksun bırakılma hükümleri sadece kasten işlenen suçlar bakımından uygulanabilmekte, (altıncı fıkra hariç) taksirli suçlar hakkında uygulanamamaktadır. Keza, iştirak hükümleri sadece kasten işlenen suçlar hakkında bahis konusu olmaktadır. Failin işlediği fiil taksirli ise şeriklerin bu suça iştirak etmesi mümkün değildir. Bu örnekler daha da çoğaltılabilir. Hülasa, bu bölümde haksız tahrik hakkında yapılan açıklamalar, kasıtlı ve taksirli suçların farklı sonuçlara bağlandığı her konu hakkında geçerli olacaktır. Doğması muhtemel tüm bu problemlerin çözümü BTM'lik yaralamanın isabetli şekilde tespit edilmesinde yatmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akkaya Ç, “Suçların İçtimai Bağlamında Fiil Tekliği”, 2019, 7(13), Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 1-38.
- Albayrak M, “Kasten Yaralama Sonucu Oluşan, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama ve Ölüm Halinde Faillerin Cezalandırılması Sorunu”, Eylül 2008, 3(25), Terazi Hukuk Dergisi, s. 61-74.
- Artuk M E, Gökçen A, Alşahin M E, Çakır K, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.
- Arzt G, Weber U, Heinrich B, Hilgendorf E, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2009.
- Aygörmez-Uğurlubay G A, “Alman ve Türk İçtihatlarında Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçunda Nedensellik ve Objektif İsnâdiyet”, 2015, 21(1), MÜHF–HAD, s. 43-73.
- Bohlender M, Principles of German Criminal Law, Hart Publishing, 2009.
- Centel N, Zafer H, Çakmut Ö, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt I, 4. Bası, Beta, 2017.
- Cirit İ R, Atalay O, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, TAA, 2020.
- Cohn E, Der schwere Erfolg als gesetzlicher Grund erhöhter Strafbarkeit, Schletter’sche Buchhandlung, 1910.
- Demirbaş T, Haksız Tahrik, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021.
- Demren Dönmez B, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik”, 2013, 71(1), İÜHF (Fusun Sokullu’ya Armağan), s. 267-294.
- Doğan K, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, 2. Baskı, Adalet, 2015.
- Dönmezer S, Erman S, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I, 11. Bası, Beta, 1994.
- Dönmezer S, Erman S, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II, 10 Bası, Beta, 1994.
- Elliott C and Quinn F, Criminal Law, 10th edn, Pearson, 2014.
- Erem F, “Kasdın Aşılması”, Temmuz 1983, 9(3), Yargıtay Dergisi, s. 253-259.

- Erman S, Özek Ç, Ceza Hukuku Özel Bölüm (Kişilere Karşı İşlenen Suçlar), Dünya Yayıncılık, 1994.
- Eschelbach R, BeckOK StGB (hrsg. v. Heintschel-Heinegg), 50. Edition 2021, § 227.
- Gökcan H T, Artuç M, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, Adalet Yayınevi, 2021.
- Gökcan A, Balcı M, “Kasten Yaralama Suçu”, Feridun Yenisey’e Armağan, Cilt I, Beta, 2014.
- Gökcan A, Balcı M, Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015.
- Gözübüyük A P, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C. I, Kazancı Hukuk Yayınları, 1980.
- Hafizoğulları Z, Özen M, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 5. bası, US-A Yayıncılık, 2016.
- Hardtung B, Münchener Kommentar zum StGB, 4. Auflage, 2021, § 227.
- Kangal Z T, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, 2010, XIV(3-4), EBYÜHFD, s. 19-68.
- Kaymaz S, Bozbayındır A E, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Yaralama Suçundan Sorumluluk ve Bu Konudaki Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, 2010, LXVIII(1-2), İÜHFM s. 77-119.
- Kaymaz S, Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma, Adalet Yayınevi, 2009.
- Keçelioğlu E, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)” 2013, 8(21), Ceza Hukuku Dergisi, s. 21-32.
- Keskin Kızıroğlu S, “Kasten Yaralama Suçu”, Nevzat Toroslu’ya Armağan, Cilt I, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2015.
- Kindhäuser U, Schramm E, Strafrecht Besonderer Teil I, 9. Auflage, Nomos, 2020.
- Koca M, Üzülmöz İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin, 2020.

- Koca M, Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet 2020.
- Krey V, Strafrecht Besonderer Teil, Band I, 4. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, 1979.
- Kunter N, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İsmail Akgün Matbaası, 1954.
- Kühl K, Lackner/Kühl StGB, 29. Auflage 2018, § 18.
- Küpper G, Börner R, Strafrecht Besonderer Teil, Delikte gegen Rechtsgüter der Person und Gemeinschaft, 4. Auflage, Springer 2017.
- Meraklı S, “TCK m. 89 Işığında Taksirli Suçlarda Nitelikli Hallere Yer Verilmesinin Hareketin ve Neticenin Haksızlık İçeriği Bakımından Değerlendirilmesi”, 2019, 18(2), GSÜHFD, s. 317-352.
- Meyer H, Allfeld P, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 7. Auflage, A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung, 1912.
- Otto H, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage, de Gruyter, 2004.
- Önder A, Ceza Hukuku Genel Hükümler C II-III, Beta, 1992.
- Özek Ç, Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu, Sulhi Garan Matbaası, 1972.
- Özen M, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, US-A Yayıncılık, 1998.
- Özer Özbek V, Doğan K, Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin 2019.
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin, 2018.
- Öztürk B, Erdem M R, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 17. Baskı, Seçkin, 2017.
- Roxin C, Greco L, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Auflage, CH Beck, 2020.
- Şare E, “Yüksek Mahkeme Kararlarında Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma Suçu”, 2020, 25(43), DÜHFD, s. 279-334.
- Şendil R, “Yeni TCK’da Vücut Dokunulmazlığına Karşı İşlenen Suçlar ve Bunun Adli Tıp Yönünden İrdelenmesi”, Temmuz 2006, 80(4), İstanbul Barosu Dergisi, s. 1591-1609.

- Tezcan D, Erdem M R, Önok R M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Seçkin, 2020.
- Topçu NK, Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma Suçu, Doktora Tezi, Konya, 2012.
- Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi, Haziran 2013, <<https://www.atk.gov.tr/tckyaralama24-11-15.pdf>> Erişim tarihi: 08.09.2021.
- Üzülmez İ, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, 2013.
- von Liszt F, Schmidt E, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 23. Auflage, Walter de Gruyter & Co., 1921.
- Wessels J, Hettinger M, Strafrecht Besonderer Teil, 35. Auflage, CF Müller, 2011.
- Yenisey F, Plagemann G, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch, 2. Baskı, Beta, 2015.

**“İDARİ YARGILAMA USUL KANUNUNDAKİ USULİ
KAZANILMIŞ HAKKIN HUKUK DEVLETİNDE BİR YERİ
VAR MIDIR?” İYUK MD. 50/4’Ü İPTAL ETMEYEN ANAYASA
MAHKEMESİ KARARININ ELEŞTİRİSİ**

Mehmet Emin AKGÜL*

ÖZ

Anayasa Mahkemesi, İYUK md. 50/4’ün Anayasaya aykırı olduğu ve iptali talebiyle açılan itiraz davasını retetmiştir. AYM, ret kararı verirken hukuk devleti ilkesi altında sayılan kural ve kavramları farklı yorumlamıştır. Bu karar ile hukuki güvenlik, öngörülebilirlik, ölçülülük ve adil yargılanma hakkı idari yargılama sürecinde tam olarak tesis edilememektedir. AYM’nin kararında dayandığı esaslar, hukuk teorisi ve haklar açısından önemlidir ve tartışılması gerekmektedir. Hukuki güvenlik, öngörülebilirlik adil yargılanma ve ölçülülük, hukuk devletinde sağlanamadığında bireyin kendisini idare ve toplum karşısında güvende hissetmesi söz konusu olamaz. Temel hak ve özgürlükler, Anayasada güvence altına alınmıştır. Sınırlandırılmaları ise Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak kanunla yapılabilir. Bu kuralın mutlak olarak uygulanmaması, temel hak ve özgürlüklerin anlamını ve anayasal güvencelerini zayıflatacaktır.

***Anahtar Kelimeler:** hukuk devleti, hukuki güvenlik, öngörülebilirlik, adil yargılanma, ölçülülük.*

**DOES THE PROCEDURAL VESTED RIGHT IN ADMINISTRATIVE
JURISDICTIONAL PROCEDURE ACT (AJPA) HAVE A PLACE IN RULE
OF LAW- THE CRITICISM OF THE CONSTITUTIONAL COURT’S
DECISION THAT DOES NOT ANNUL ARTICLE 50/4 OF AJPA**

ABSTRACT

Constitutional Court refuse the case that Article 50/4 of AJPA being unconstitutional and annulment was claimed. When refusing the case, Constitutional Court interpreted rules and concepts under the principle of state governed by rule of law different. Legal security, foreseeability, proportionality and right to fair

* **Doç. Dr.**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA,
e-posta: meakgul@baskent.edu.tr,

ORCID: 0000-0001-5585-3439.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1065416

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 10/05/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 10/12/2021

trial can not be established exactly as a result of Constitutional Court's judgement. Fundamentals on Constitutional Court's judgement are important for legal theory and rights and should be argued. When Legal security, foreseeability, proportionality and right to fair trial can not be ensured in a state governed by rule of law, it is not possible that a person can not feel secure against to administration and community. Fundamental rights and freedoms have been embodied under quarantees on Constitution. Restrictment of fundamental rights and freedoms can be only by law and in conformity with the reasons mentioned in the relevant articles of the Constitution. If the rule is not implemented absolutely, meaning of fundamental rights and freedoms and its constitutional quarantees will be decreased.

Key Words: *state governed by rule of law, legal security, foreseeability, predictability, right to fair trial, proportionality*

GİRİŞ

2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanununda “Temyizen verilen karar üzerine yapılacak işlem” başlığı altındaki 50’nci md. 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanunun 23. md.’si ile değiştirilmiştir. Usuli kazanılmış hak, bu değişiklikle İYUK md. 50/4’te “Danıştayın bozma kararına uyulduğu takdirde, bu kararın temyiz incelemesi, bozma kararına uygunlukla sınırlı olarak yapılır bozma olarak yapılır.” şeklindeki düzenlemeyle yer almıştır. Medeni usul hukukunda da tartışmalı olan ve Yargıtay içtihatlarıyla usul hukukunda uygulanan bu kavram, İYUK md. 50/4 ile pozitif hukuk kuralı haline gelmiştir. Yapılan bu düzenlemenin öncesinde, idari yargılama usulü alanında mevcut kavramın gerekliliği üzerine tartışmalar mevcut olup konu farklı yazarlarca¹ incelenmiştir. Bu nedenle çalışmamızda idari yargılama usulünde usuli kazanılmış hak ile ilgili kısa bilgi verilecektir. Çalışmanın devamında ise 2020 yılında verilen bir Anayasa Mahkemesi kararı ile ortaya çıkan ve hukuk devleti ilkesi ile adil yargılanma hakkına İYUK md. 50/4’te yapılan düzenleme ile farkında olmadan getirilen sınırlamanın idare hukukunun dayanağı olan hukuk devleti ilkesi bunun devamında adil yargılanma hakkı ve kamu düzenindedir kavramıyla çelişmektedir. Mevcut düzenlemenin iptali devamında ise yeniden düzenlenmesi ya da Danıştay içtihatlarıyla mevcudiyetini devam ettirmesi gerekliliği çalışmanın temel argümanıdır.

¹ Konu ile ilgili Gürsel Kaplan’ın mevcut çalışması ve bu çalışmanın atıf yaptığı eserler, 2014 yılında yapılan düzenleme öncesi mevcut tartışmaları ve birikimi ortaya koymaktadır., Gürsel Kaplan, “İdari Yargılama Hukukunda Usuli kazanılmış Hak”, 76, 2008, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, <www.idare.gen.tr> Erişim Tarihi 20 Ocak 2021.

I. USULİ KAZANILMIŞ HAK

A. Yargıtay Kararlarında Usuli kazanılmış Hak

Usuli kazanılmış hak kamu hukuku-özel hukuk ayrımında öncelikle özel hukuk alanında tartışma konusu olan ve uygulamaya giren bir kabuldür. Kabuldür ifadesinin sebebi ise ortaya atıldığı tarihten bugüne Yargıtay içtihatları², devamında ise içtihadı birleştirme kararı (İBK) olarak varlığını devam ettirmesidir. Yargıtay dairesi tarafından verilen bozma kararı iki durum için usuli kazanılmış hak doğurmaktadır. İlki mahkemenin bozma kararına uymasıyla ortaya çıkan usuli kazanılmış hak, ikincisi ise mahkeme kararının, Yargıtay dairesinin bozma kararında belirttiği konuların dışında kalan diğer bölümleri için ortaya çıkan usuli kazanılmış hak durumudur. Usulü müktesep hak ile ilgili Yargıtay'ın 09.05.1960 gün ve 21/09 sayılı İBK'da mahkemenin, Yargıtay dairesi tarafından verilen bozma kararına uyması durumunda bozma kararında belirtilen gerekçelere göre yargılama yapması ve hüküm vermesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Mahkemenin bozma kararına uyararak verdiği kararın tekrar temyiz yoluyla Yargıtay dairesi önüne gelmesi durumunda da Yargıtay dairesi ilk bozma kararında tespit ettiği konulara “aykırı ikinci bir bozma kararı veremez.” Böylelikle taraflardan birisi lehine diğer tarafın ise aleyhine hüküm verilmesini gerektiren bir durumun varlığına vurgu yapılmakta, hakkı bulmak ve hukuki istikrarın sağlanmasının muhakeme usulünün amacı olduğu ifade edilmektedir. Yargıtay kararında, usul hukuku hükümlerinin kamu düzeninden olduğu, bozma kararına mahkemenin uyma kararı vermesinin, davayı usule ve hukuka uygun hale getirdiğini, mahkemenin bozmaya uyararak verdiği kararın temyizinde ise artık farklı bir kararın verilmemesi gereği vurgulanmıştır. Buradan çıkan sonuç ise bozma kararına uyan ve buna uygun olarak karar veren mahkemenin kararının tekrar temyiz yeri olarak Yargıtay dairesi önüne gelmesi durumunda Yargıtay dairesi bozma kararında “belirlediği esaslara aykırı bir bozma kararı veremez.”³

Usuli kazanılmış hakkın hukuk muhakemesi usulü içine Yargıtay kararları ile alınmasındaki en büyük etken kamu düzeni kavramıdır. Ancak kamu düzeni

² Usulî kazanılmış hak ile ilgili karar, İBGK, 04.02.1959, E. 1957/13, K. 1959/5 sayılı karardır. Orhan Eroğlu, “Usulî Kazanılmış Hakkın Sınırlarının Belirlenmesinde Yaşanan Sorunlar Üzerine Bir Değerlendirme”, 2018, 5(6), ASEAD, s. 167, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/593083>> Erişim Tarihi 10 Şubat 2021.

³ Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz ve Sema Ayvaz Taşpınar ve Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019; Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 2017, s.533-536.

kavramının mutlak uygulanmasının sebep olacağı sorunlar düşünülerek usuli kazanılmış hakkın uygulanması ile ilgili bazı sınırlamalar ya da istisnai haller mevcuttur⁴. Usuli kazanılmış hakkın uygulanmasına Yargıtay kararlarıyla getirilen istisnalar; mahkemenin bozmaya uymasından sonra yeni bir içtihadı birleştirme kararının verilmesi ya da geçmişe etkili bir yeni kanunun çıkması durumunda bozma kararına uyararak mahkemenin verdiği kararın tekrar temyizden Yargıtay önüne gelmesi halinde usuli kazanılmış hakkın hukuki bir değerinin olmaması şeklinde ifade edilebilir. Mevcut kanun maddesi, hüküm kesinleşmeden önce Anayasa Mahkemesince iptal edilirse, usuli kazanılmış hak uygulanmayacak, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra oluşan yeni durum dikkate alınacaktır. Bunların dışında görev konusu da usulü müktesep hakkın istisnasıdır. Görevsiz mahkemenin verdiği kararın görev dışında başka bir gerekçeyle bozulması üzerine bozma kararına uyan görevsiz mahkemenin verdiği kararın temyizinde Yargıtay dairesi, görev yönünden kararı tekrar bozabilir. Yargıtay dairesi tarafından verilen bozma kararı maddi hatadan dolayı verilmiş, mahkeme bu bozma kararına uyararak karar vermişse Yargıtay dairesi, temyiz incelemesinde açık maddi hatanın varlığına rağmen usuli kazanılmış hak kuralına uyamaz. Kesin hüküm itirazı da usuli kazanılmış hak kuralının uygulanmasını engellemektedir⁵. Hak düşürücü süre, davanın diğer tarafının açık rızasıyla davanın veya savunmanın değiştirilmesi ya da genişletilmesi ve kamu düzeniyle ilgili durumlar usuli kazanılmış hakkın uygulanmasına engel olan durumlardır⁶. Özetlemek gerekirse “davaların uzamasını önlemek”, “hakka ve usule uygun karar verilmesini sağlamak”, “hukuki alanda istikrar sağlamak” gerekçeleriyle usuli kazanılmış hak kuralının Yargıtay tarafından kullanıldığı bunun yanında sayılan gerekçelerin kamu düzeni kavramıyla ilişkili olduğu kabul edilmektedir. Kamu düzeni hem usuli kazanılmış hakkın dayanağı hem de sınırlama sebebi olarak ortaya çıkmaktadır⁷.

⁴ Eroğlu, s.171.

⁵ Arslan ve Yılmaz ve Ayvaz Taşpınar ve Hanağası, s. 623. T.C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2015/22-1848K. 2017/628T. 5.4.2017, <<http://kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2015-22-1848.htm>>, Erişim Tarihi 10 Şubat 2021.

⁶ Kuru, s.536.

⁷ Gürsel Kaplan, “İdari Yargılama Hukukunda Usuli kazanılmış Hak”, s.272, <http://www.tbddergisi.barobirlik.org.tr/App_Themes/TumDergiler/76.pdf> Erişim tarihi 11 Şubat 2021.

B. Danıştay Kararlarında Usuli kazanılmış Hak

İdari yargılama usul hukukunda ise 2014 yılında 2577 sayılı İYUK md. 50’de yapılan değişiklikten önce usuli kazanılmış hak Danıştay içtihatlarına dayalı olarak uygulanmıştır. Danıştay İDDK, usuli kazanılmış hak ilkesini inceleyerek şu sonuca varmıştır; temyiz incelemesi sonucunda mahkeme kararının bozulması durumunda, mahkemenin bozma kararına uyma ya da ilk kararında ısrar etmek olmak üzere iki seçeneği bulunmaktadır. Mahkeme bozma kararına uyarak yeni bir karar vermesi ve bu kararında temyiz edilerek Danıştay ilgili dairesi önüne tekrar gelmesi durumunda, daire bozma kararına uygun olarak mahkemenin karar verip vermediğini inceleyecektir. Temyiz incelemesi yapan dairesinin ikinci incelemede “aynı mevzuatla farklı sonuca ulaşması istikrar ve kazanılmış haklar açısından aykırı sonuçlar yaratır.”⁸ Başka bir Danıştay İDDK kararında usuli kazanılmış hak ilkesi için; “İdari Yargılama Usulü Kanununda, usuli kazanılmış hak ile ilgili açık bir hüküm olmamakla beraber; İdare Mahkemesince, Danıştay’ın ilgili Dairesinin temyiz incelemesi sonucunda vermiş olduğu bozma kararına uyulmak suretiyle verilen kararın Danıştay dairesi önüne temyiz yoluyla götürülmesi durumunda yapılacak inceleme, mahkeme kararının bozma kararına uygun olup olmadığı bir başka anlatımla, bozma kararının gereklerinin yerine getirilip getirilmediği, kararın bozma kararı doğrultusunda olup olmadığı konusunda sınırlı olmak durumundadır.”⁹ tespitini yapmıştır.

2014 yılında 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle 2577 sayılı İYUK md. 50/4 “Danıştay’ın bozma kararına uyulduğu takdirde, bu kararın temyiz incelemesi, bozma kararına uygunlukla sınırlı olarak yapılır.” şeklinde düzenlenmiş ve usuli kazanılmış hak idari yargılama usulünde pozitif hukuk kuralı haline gelmiştir. Metne bakıldığında kuralın herhangi bir istisnasının olmadığı görülmektedir. Oysa usuli kazanılmış hak ilkesi 1959 yılından günümüze Yargıtay içtihatlarıyla hukuk yargısında uygulanan bunun yanında davanın durumu dikkate alınarak kuralın uygulanmayacağı istisnai durumlara da yer veren bir gelişim göstermiştir. Bununla birlikte usuli kazanılmış hak

⁸ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 3.3.2000 günlü, E:1999/1126, K:2000/394 sayılı ve 23.10.2003 günlü, E:2001/864, K:2003/744 sayılı kararları, T.C. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E: 2007/1221, K:2011/215 karar metninden alınmıştır. <<http://www.idarehukuku.net/haber/usuli-kazanilmis-hak-ilkesi.html>> Erişim Tarihi 10 Şubat 2021.

⁹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 24.12.2009 günlü, E:2006/149, K:2009/3386 sayılı kararı, T.C. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu E:2007/1221, K:2011/215 karar metninden alınmıştır. <<http://www.idarehukuku.net/haber/usuli-kazanilmis-hak-ilkesi.html>> Erişim Tarihi 10 Şubat 2021.

ilkesi HMK'da pozitif bir hukuk kuralı olarak düzenlenmemiş içtihatlarla varlığını sürdürmektedir. Re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu ceza usulünde ise böyle bir ilkenin uygulanması söz konusu değildir. İdari yargılama usulü de re'sen araştırma ilkesini esas kabul etmiş ancak usuli kazanılmış hak ilkesi yapılan düzenlemeyle idari yargılama usulünde pozitif kural niteliği kazanmıştır. Re'sen araştırma ilkesine rağmen usuli kazanılmış hak ilkesinin idari yargıda kabul edilmesi eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Ayrıca 2577 sayılı İYUK'da yapılan usuli kazanılmış hak düzenlemesinin hiçbir istisnai durum içermemesi ya da bu şekilde yoruma kapalı olarak kaleme alınması da adalete ulaşabilme yollarını ortadan kaldırmaktadır. AYM'nin 2577 sayılı İYUK md. 50/4'ün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla ilgili verdiği ret kararı¹⁰ bu tartışmanın tekrar yapılması gereğini ortaya çıkarmıştır. Bu karar çıkış noktası kabul edilerek usuli kazanılmış hak ilkesinin re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu bir yargılama usulünde ne derece mutlak tanımlanabileceği ya da tanımlanmasına gerek olup olmadığı çalışmanın merkezini oluşturacaktır.

II. Hukuk Devleti İlkesi

Anayasa metnine dahil olduğu¹¹ belirtilen Başlangıç kısmının 3'üncü fıkrasında; "*Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı*" ve 4'üncü fıkrada kuvvetler ayrılığının tanımıyla devamında, üstünlüğün Anayasa ve kanunlarda olduğu, 6'ncı fıkrada ise "*Her Türk vatandaşının... temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereğince yararlanarak... hukuk düzeni içinde maddi ve manevi varlığını geliştirme hak ve yetkisine sahip olduğu*" ifade edilmiştir. Anayasamızın 2'nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. 5'inci md.'de ise kişilerin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacak şekilde sınırlayan engellerin kaldırılması devletin temel amaç ve görevlerinden birisi olarak sayılmıştır. 10'uncu md. ise Kanun önünde eşitliği düzenlemiş ve son fıkrasında Devlet organlarının ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduklarını vurgulamıştır. 11'inci

¹⁰ Anayasa Mahkemesi Kararı: E.:2019/115, K.:2020/31,12/06/2020, 19 Ağustos 2020, Resmî Gazete, Sayı : 31218, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/08/20200819-5.pdf>> Erişim Tarihi 10 Şubat 2021.

¹¹ T.C. Anayasası, **Madde 176** – *Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı, Anayasa metnine dahildir....*

md. ise Anayasanın, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idareyi ve diğer kuruluş ve kişileri bağladığını, kanunların Anayasaya aykırı olamayacağını düzenlemiştir.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması esasları ise 13'üncü md. ile ele alınmış ve "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla*" sınırlanabileceği ve bu sınırlamaların, "*demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı*" olamayacağı belirtilmiştir. 14'üncü md.'de temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması, "*Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz*" düzenlemesiyle güvence altına alınmıştır. Hak arama hürriyeti başlığı altında Anayasanın 36'ncı md.'de herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Anayasa md. 125'te ise idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu düzenlenmiştir. Hukuk devleti ilkesi ile ilgili olarak Anayasa metninden alıntılanan bu düzenlemelerden sonra hukuk devleti ilkesinin tanımını da AYM'nin yerleşik içtihatlarından vermek gerekir. AYM, hukuk devletini, "*eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı tutum ve davranışlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlet*" olarak tanımlamıştır.

Anayasalar birer toplum sözleşmesi olarak bir arada yaşamının temel esaslarını belirlemekte, öngörülebilirliği ve toplum içinde güveni tesis etme işlevini yerine getirmektedirler. Yukarıda hukuk devleti ile ilgili olarak kısaca ve özet olarak verilen maddelerin işlevi, demokratik değerlere dayalı, kuvvetler ayrılığının tesis edildiği, Anayasanın ve kanunların üstünlüğü ile bireyin temel hak ve hürriyetlerinin devlete ve topluma karşı güvence altına alındığı ve bunun devamı ve geliştirilmesi için de gerekli şartların tespit edildiği bir zemin oluşturmaktır. Anayasa, toplumun üyeleri için belirliliğin ve güvenin somutlaştığı temel dayanaktır. Hukuk devletinin ölçütleri, Hukuk Yoluyla Demokrasi İçin Avrupa Komisyonu ya da daha fazla bilinen adıyla Venedik Komisyonu tarafından 2016 yılında kabul edilen Hukukun Üstünlüğü Kontrol Listesi olarak çevirdiğimiz çalışmada; meşruiyet, hukuki güvenlik/belirlilik, yetkinin kötüye kullanımının önlenmesi, kanun önünde

eşitlik, adalete erişmek şeklinde sıralanmıştır¹². Hukuk devletinin unsurları¹³ sıralanırken vurgulananlardan birisi de hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesidir. Hukuki güvenlik, genellik ve öngörülebilirlik nitelikleriyle ilişkilendirilir ve hukuki güvenliği sağlamadaki işlevleriyle hukuk devletinin de esaslı iki unsurudur. Genellik, hukuksal olarak eşitliği amaçlayarak keyfiyeti dışlamaya yönelir.

Öngörülebilirlik ise “açıklık, belirlilik, rasyonalite ve hesaplanabilirliği” ifade eder. Hukuki belirlilik, kişinin tabi olduğu hukuk kurallarının “açık, anlaşılır, erişilebilir, sürekli, düzenli, tutarlı” olduğu, hukuki düzenlemelerin “geleceğe yönelik olarak yürürlükte olduğu” bir hukuk sistemini tanımlar. Buradaki amaç devletin hukuk kurallarına bağlı olması ve kişi için öngörülebilirliğin sağlanmasıdır. Hukuki belirliliği açıklamada, erişilebilirlik ve kesinlik unsurları öne çıkmaktadır. Erişilebilirlik, hukuki düzenlemelere fiilen ulaşabilmeyi, kesinlik ise normun, hangi konuyu nasıl bir sonuca bağlayacak şekilde düzenlediğinin açık, şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirlenmiş olmasını anlatır¹⁴. Kesinlik ya da belirlilik ile ilgili bir AYM kararında, belirlilik ilkesinin sadece yasal olarak belirliliği değil geniş anlamda hukuki olarak belirliliği de kapsamı gerektiği vurgulanarak, “erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir” olma şartlarının sağlanması koşuluyla mahkeme içtihatlarının ve düzenleyici işlemlerin de belirliliğin sağlanmasında kullanılabileceği, önemli olanın kişilerin belirli şartlar altında işlemin ne doğuracağını öngörmeleri olduğu ifade edilmiştir¹⁵. Aynı doğrultuda başka bir AYM kararında, kanun metninin, ihtiyaç halinde hukuki yardım da alınarak hangi maddi olaya hangi hukuksal sonucun bağlandığının “*belli bir açıklıkta ve kesinlikte öngörülmesine imkân verecek düzeyde kaleme*” alınması gerekir demektedir. Ancak AYM

¹² Rule of Law Checklist, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016), <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-e)> Erişim Tarihi 11 Şubat 2021.

¹³ Hukuk devletinin unsurları; temel hak ve hürriyetlerin anayasa tarafından güvenceye alınması, yargısal denetim, kuvvetler ayrılığı ilkesi, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı, kazanılmış haklara saygılı olma, eşitlik, kanuni idare ilkesi, idarenin sorumluluğu, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi şeklinde sıralanabilir. E. Ethem Atay, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 2018, s.104-145; Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, 2020, s.103-107.

¹⁴ Selda Çağlar, “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik – Hukuk Güvenliği İlişkisi”, Hukuk Güvenliği, Kamu Hukukçuları Platformu, Türkiye Barolar Birliği, 8-9 Kasım 2013, s.49-63.

¹⁵ AYM, E:2013/64, K:2013/142, T.28/11/2013. Tolga Şirin, Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı, Oniki Levha Yayıncılık, 2019, s.418.

bu yorumu, dava sonunda, anayasaya aykırılık tespitinin dayanağı olarak kullanmamıştır¹⁶. İncelememize konu AYM kararındaki dava konusu İYUK md. 50/4 metnine üzerinde yapılan tartışmaları bir kenara bırakarak dışarıdan herhangi bir somut durum gözetilmeden bakıldığında açık ve mutlak bir kural olarak durmakta herhangi bir belirsizlik içermemektedir. AYM'nin belirlilik ile ilgili bu iki içtihadını dikkate aldığımızda kanun metninin, davada taraf olan kişi için belirsizlik içermemesine rağmen somut davada bazı durumların varlığı halinde Danıştay içtihatlarıyla İYUK md. 50/4'ün uygulanmasını ortadan kaldıracak istisnalar yaratılması belirsizliğe yol açmayacak mıdır?

AYM, hukuk güvenliği için, “*hukuk güvenliğinin sağlanması, budoğrultuda yasaların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlemeler yapılabilmesine olanak verecek kurallar içermesini gerekli kılar*”¹⁷, demekte, başka bir kararında ise aynı kavram, “*hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar*”¹⁸. olarak ifade edilmektedir. AYM kararında öngörülebilirlik ise, “*Yasa kuralı, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörebilmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmelidir. Öngörülebilirlik şartı olarak nitelendirilen bu ilkeye göre yasanın uygulamasında takdirin kapsamı ve uygulama yöntemi bireyleri keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır.*” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁹. İnceleme konumuzun özünü oluşturan İYUK md. 50/4 ile yapılan düzenlemenin Anayasaya aykırılığı iddiasının AYM tarafından görüldüğü davada AYM, davaya konu madde metninin hukuki güvenlik ilkesine uygun olduğunu bununla birlikte md.50/4'ün idari yargı içtihatlarıyla “*istisnai durumlar*” dikkate alınarak diğer bir ifadeyle esnetilerek ya da daraltılarak uygulanmasının mümkün olduğunu ve bu nedenle iptaline de gerek olmadığını belirtmektedir. Hukuki güvenlik ilkesi yukarıda açıklananlar dikkate alındığında kişi için öngörülebilirlik, genellik, kesinlik niteliklerini barındırarak kişinin yaşadığı toplum içinde hak ve hukuku konusunda bir şüphe duymamasını amaçlamaktadır. İYUK md.

¹⁶ AYM, E:2012/116, K: 2013/32, T:28/02/2013. Şirin, s.419.

¹⁷ AYM E: 2004/25, K: 2008/42, 17/1/2008, Bertil Emrah Oder ve Korkut Kanadoğlu, Uygulamalı Anayasa Hukuku, Beta, 2013, s.202.

¹⁸ AYM E:2017/16, K: 2019/64, 24/7/2019, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2019/64>> Erişim Tarihi 12 Şubat 2021.

¹⁹ Şirin, s.416.

50/4 metni de bunu sağlayacak açıklıkta ve kesinlikte kaleme alınmışsa-en azından hukuki belirlilik olarak-, AYM içtihatlarla bu açıklığın ve kesinliğin seyreltilebileceğini söyleyerek hukuki güvenlik ilkesinin oturduğu dalı kesmektedir. Kısaca, usuli kazanılmış hakkı içtihat durumundan normatif hale getiren İYUK md.50/4, genellik niteliği göz önüne alındığında Danıştay tarafından verilen bozma kararlarına uyan her ilk derece mahkemesi kararını kapsamaktadır. Bu kararların tekrar temyize götürülmesi durumunda incelemenin bozma kararına uygunlukla sınırlı olarak yapılacağını açık ve kesin bir ifadeyle ortaya koymakta ve kişi için öngörülebilirliği de sağlamaktadır. Mevcut düzenlemenin somut olaylar karşısında adil olup olmamasının ayrı bir tartışma konusu olduğu unutulmadan sadece ilgili düzenlemenin normatif anlamıyla düzenlediği alanda bütüncül ve istisna kabul etmeyen bir alan yarattığı açıktır.

III. Yorum İlkeleri

Konuya yorum ilkeleri açısından bakılırsa hukuk kuralını yorumlayan kişi ya da yapıya göre farklı tipler mevcuttur. Yorum yönteminin kullanılmasında dikkat edilecek husus ise yorum yoluyla “yeni bir norm” yaratılmaması gereğidir. Metot açısından yorum “sözel, tarihi, amaca göre ve sistematik yorum yöntemi” olarak sıralanmaktadır. Yorumu yapan dikkate alınarak yasama, idari, yargısal ve bilimsel yorum tipleri de mevcuttur²⁰. Hukuk uyumsuzluklarında uyumsuzluğu yürürlükteki hukuka göre çözümleyen yargı olduğu için yargısal yorum belirleyici bir rol üstlenmektedir²¹. Bu çalışmada yeri gelmişken vurgulanması gereken bir konu da yapılan yorumlardan hangisinin doğru yorum olduğunun bilinmesinin hiçbir zaman mümkün olmadığıdır. Buna karşın yapılan yorumun “sağlam, güvenilir ve makul” olmasını sağlayarak bu olumsuzluğu mümkün olduğu kadar uzak tutabilme imkânının da aynı zamanda var olduğudur. Hukuk, bir yorum faaliyeti ise bu yorumun sağlamlığı da gerekçelendirilmesiyle sağlanmaktadır²². Hukuksal yorum, normun anlamının belirlenmesi olarak somutlaşmaktadır. Bu süreç, normun anlamının “tek ve açık” olmadığı durumlarda, normun

²⁰ Interpretation Teleologique-gai tefsir, hukuk kuralının, kendisini yapan özne ile bağının kesilerek içinde bulunulan zamanın şartları ve ihtiyaçları doğrultusunda yorumlanmasıdır. Mevcut hukuk kuralının yeni duruma ve koşullara uyumu bu usulün esasını oluşturur. Sistematik yorum ise hukuk kuralının tek başına ifade ettiği anlam değil içinde bulunduğu hukuki metnin bütünsel anlamıyla birlikte yorumlanmasıdır. E. Ethem Atay, Hukuk Başlangıcı, 7. Baskı, Gazi Kitabevi, 2019, s.256-274.

²¹ Bertil Emrah Oder, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta Basım A.Ş., 2010, s.8-9.

²² Ertuğrul Uzun, Hukuk Metodolojisinin Sorunları, 2. Basım, Nora, 2016, s.117-118.

olası anlamlarından birisinin “keyfi ve kişisel” olarak değil “değerlendirme ve tartım” süreci sonucunda birisinin belirlenmesi ile somutlaşır. Tartım ve dengeleme usulü²³, temel hak ve özgürlüklerin yorumunda sistematik-teleolojik kanıtlamanın da araçlarıdır. Temel hakların ilkesel olarak değere sahip olması açısından tartım ve dengelemede, “Bir ilkenin ihlali ya da yerine getirilmeme derecesi ne kadar yüksekse, diğerinin yerine getirilmesindeki önemin o kadar yüksek olması gerekir. Bu kural hangi türden olursa olsun ilkelerin tartımı için bir kanunu ifade eder. Bu da “tartım kanunu” olarak tanımlanabilir. (Tartım kanunu), ilkelerin ağırlığının kendiliğinden ya da mutlak biçimde belirlenebilir olmadığını, tersine daima ve yalnızca göreceli ağırlıkların söz konusu olabileceğini açıkça ortaya koyar.”²⁴ Çatışan ilkelerin tartımı için “üçlü bir skala” kullanılmaktadır. Bunlar; “bir ilkenin diğer ilkeye yönelik müdahalesinin yoğunluğu, müdahaleyi yapan diğer ilkenin önem derecesi, bu önem derecesinin diğer ilkeye yönelik müdahaleyi haklı kılıp kılmadığı”²⁵ olarak sıralanmaktadır. Böylelikle yorum bilme ve anlama devamında da bilimsel bir esas zeminine ulaşmayı amaçlar. Bu süreç sonunda bilimsel zeminde birden fazla anlam var ise bunlardan birisi “iradi” olarak seçilebilir. Ancak iradenin, daha başlangıçta bir anlamı belirleyip mevcut araçları da bunun doğruluğu için kullanması, bilimselliğin farklı amaçlar için çarpıtılmasından öte bir şey değildir. Buna da “görünüşte kanıtlama ya da kanıtlanması gerekeni kanıtlama” denmektedir. Bu süreç objektif yürütülürse ulaşılabilecek olan ise anlamdır ve bu anlam normu oluşturur. Dolayısıyla norm, metinde yazı ile ifade edilenler değildir²⁶.

²³ Dengeleme ilkesini, ALEXY’den yapılan Alman Federal Anayasa Mahkemesi önündeki bir davanın konusundan alıntıyla açıklamaya çalışırsak; duruşmanın yarattığı psikolojik baskı nedeniyle felç veya kriz geçirme riskiyle karşı karşıya olan sanığın duruşmaya çıkıp çıkmayacağına ilişkin olarak yaşam hakkı ile hukuk devleti ilkesinin çatışması durumunda sorunun, bir ilkenin diğerine olan üstünlüğüyle ya da birinin diğeri karşısındaki geçersizliğiyle değil “koşullu üstünlük hali belirlenerek” çözüleceğini yaşam hakkının, ceza adalet sisteminin işleyişini tespit eden ilkeye göre göreceli olarak üstün durumda olduğunu ve bunun ortaya çıkaracağı hukuki sonucun da zorunlu olarak uyulması gereken niteliğine sahip olacağı ifade edilmiştir. Gökhan Antalya, Hukuk Metodolojisi, Cilt II, Seçkin Yayınevi, 2021, s. 102.

²⁴ Bertil Emrah Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları- 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler”, in Dr. Ozan Ergül (Hazırlayan), Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 236, 29-30 Eylül 2012, s. 123.

²⁵ Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu:..”, s.123

²⁶ Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu:..”, s.123.

Dengeleme ilkesinin geliştirilmesiyle ilgili olarak gelinen aşamada ilkeye eklenen “koz yasasından” da kısaca bahsetmek inceleme konumuz olan AYM kararıyla ilgili tespitlerimize de ayrıca dayanak teşkil edecektir. Koz yasasıyla dengeleme sürecinde yarışan anayasal hakların soyut ağırlıklarının tespiti kararın gerekçelendirilmesi içinde bir usul ortaya konulmasına yardımcı olacaktır. Koz yasası kullanımında dengeleme aşamasında mevcut aracın yöneldiği meşru amacın tespiti önem kazanmaktadır. Burada anayasal değere sahip haklar sadece diğer anayasal değerler tarafından ikinci plana itilebilir. Dolayısıyla anayasal bir hak, anayasal gerekçeler dışında tanımlanmış bir gerekçeye karşı her zaman “koz” olarak kullanılır ve dolayısıyla üstündür. Bu sürecin devamında ise hedeflenen amacın anayasal hakkın ihlalini gerekçelendirip gerekçelendiremediğine bakılır. Hakkın yerine getirilememiş olmasının yarattığı etkinin büyüklüğü ile yarışan menfaatlerin büyüklüğü doğru orantılıdır. Burada da çatışan ilkelerin soyut ağırlıklarının farklılığı birinin diğeri üzerinde “koz etkisi” yaratması sonucunu doğurur²⁷.

Alexy tarafından ileri sürülen dengeleme teorisinin, kısaca açıklanmasından sonra mevcut tespitleri inceleme konusu AYM kararıyla birlikte değerlendirmemiz gerekir. İYUK md. 50/4 ile korunan anayasal değer, hukuk devleti ilkesine bağlı olarak uyumsuzlukları çözecek olan yargı organlarının bu süreçte takip edecekleri yol, yasama organı tarafından çıkarılan usul kanunlarıdır. 2577 Sayılı İYUK md.1, AY md. 142/1 gereği idari yargının görev alanına giren uyumsuzlukların çözümü ile ilgili usulü tespit etmektedir. İYUK md. 50/4 ise AY md. 141/4’te açıklanan ve kısaca usul ekonomisi ve makul süre şartlarını sağlamak için düzenlenmiş bir kanun maddesidir. İYUK md. 50/4’ün dolaylı olarak dayandığı Anayasal ilke hukuk devleti ve devamında AY md. 141 ve 142 ile somutlaşan anayasal düzenlemelerdir. Bunlarla yarışan ise AY md. 36 ile somutlaşan hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkıdır. Hak arama hürriyetinin aynı zamanda hukuk devleti çatısı altında değerlendirilen bir ilke olduğu konusunda ise her halde şüphe bulunmamaktadır. AY. md. 36’nın soyut ağırlığı dendiğinde, hak arama hürriyetinin tam anlamıyla eksiksiz tesis edilebilmesinin ve adil yargılanma hakkının bireye sunulmuş olmasının hukuk devleti ilkesinin tesis edilebilmiş olup olmamasındaki önemi akla gelmektedir. Buna karşılık aynı hukuk devleti ilkesi altında, yargı organı eliyle bu ilkenin somutlaştırılmasında takip edilecek yargılama sürecinin objektif şekilde bireysel hak ile kamu yararını

²⁷ Eveline T. Feteris, Hukuki Argümantasyonun Temelleri, Ertuğrul Uzun (Çev.), Pinhan Yayıncılık, 2019, s.209-210.

dengelemesi yetki ve sorumluluğu da bulunmaktadır. Yarışan Anayasal ilkeler incelemeye konu somut AYM kararında bu şekilde belirlendikten sonra hukuk devleti ilkesinin etkinliğinin, hak arama hürriyetine öncelik vererek ve dolayısıyla İYUK md. 50/4'ün Anayasaya aykırılığı sebebiyle iptaline hükmedilerek sağlanmasının daha uygun olacağı düşünülmektedir.

Kanunların yargısal yorumunu yapacak olan Yargıcın hukuku uygularken kanun koyucuya itaat diğer bir ifadeyle kurallar ile bağlı olma duygusuna sahip olması gerekir. Ayrıca yargıç, kanunun ağız olmalıdır. Yargısal yorumdaki ilk kural, açıklık durumunda yorum yapılmayacağı kuralıdır²⁸. Anlamı açık olan hükmün yoruma ihtiyacı yoktur. İkinci kural, kanunun sözünden uzaklaşmamasıdır. Yargıç, “kanunun sözlerinden uzaklaşırsa kanun koyucu haline gelir.” Dürüst yorum ilkesi de yargısal yorumdaki üçüncü kuraldır ve yorumcunun yorum yaparken “tarafsız, bağımsız ve saf hukuki ilkelere göre hareket etmesini” anlatır. Genel kural ile ilgili bu esaslar üzerinde durulurken genel kuralın istisnası içinde ilkeler vardır. “İstisna, genel kuralda öngörülen sonuca tabi olmayan”, genel kuralın dışında kalan durumlardır. “Yorum yoluyla istisna üretilemez” ilkesine göre genel kurala istisna getiren hükümler de genel kuralı yapan makam tarafından getirilir. Diğer bir ilke kaidelerin geniş yorumlanmasıdır. Kanunun ayırım yapmadığı yerde yorum yapanın ayırım yapmak yetkisi yoktur²⁹. Yukarıda kısaca verilen yorum ilkelerinin varlık sebebi de hukuki güvenliğin tesisidir. Buradan hareketle İYUK md. 50/4 yorum ilkeleri dikkate alınarak incelendiğinde kuralın açık olması durumunda yorum yapılmayacağıdır ki md. 50/4'ün “*Danıştayın bozma kararına uyulduğu takdirde, bu kararın temyiz incelemesi, bozma kararına uygunlukla sınırlı olarak yapılır.*” şeklindeki metni gereken açıklığa fazlasıyla sahiptir. Bu metne yargıcın önündeki davaya göre “içtihat yoluyla istisnalar³⁰” getirebileceği tespiti ise kanunun sözünden uzaklaşmaması ilkesiyle uyuşmamaktadır. İstisnalar açısından bakıldığında İYUK md. 50/4 metninde herhangi bir istisna kanun koyucu tarafından getirilmemiştir. Kanun koyucunun getirmediği bir istisnanın yargıç tarafından yorum yoluyla getirilmesi ilkeyle çelişen bir durumdur. Yine İYUK md. 50/4 metninde herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Ancak incelemeye konu kararda yargıç/

²⁸ Verbis standum ubi nulla ambiguitas: Belirsizlik yoksa söz ayakta tutulmalıdır. Aynı kavram Mecelle md.13'te “tasrih mukabilinde delaletle itibar yoktur.” Söz açık ise ne anlama geldiğiyle ilgili bir araştırmaya gerek yoktur. Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt 1, Ekin Kitabevi, 2011, s.264-265.

²⁹ Gözler, s.264-280.

³⁰ Anayasa Mahkemesi Kararı: E.:2019/115, K.:2020/31, 12/06/2020 paragraf 28.

mahkemenin, içtihatlarla istisna yaratarak bir ayrıma gittiği görülmektedir. Özetle, yorum ilkeleri zemininde bir bakışla AYM tarafından verilen kararda hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesinin ihlali söz konusudur.

İncelemeye konu AYM kararında tartışılması gereken bir konuda Danıştay'ın bozma kararına uyararak verdiği hükmün tekrar Danıştay önüne getirilmesinden sonra ortaya çıkan bir önceki bozma kararının hukuka aykırı olması ve bu bozma kararından İYUK md. 50/4 gereği dönülememesi karşısında Danıştay'ın Anayasadaki temel hakları esas alıp İYUK md.50/4 metnindeki açık hükmü göz ardı ederek karar verip veremeyeceğidir. Diğer bir ifadeyle ilk bozma kararına uyularak verilen ilk derece mahkeme kararını, bozma kararının hatalı olmasından dolayı tekrar bozarak geri göndermesi uygun mudur? Böyle bir yorumla karar verebilir mi? Burada ifade edilmek istenen Danıştay'ın İYUK md. 50/4'ü yorumlarken Anayasayı dikkate alması ve bu yolla usuli kazanılmış hak kaydını uygulamamasıdır. Anayasanın yorumunda esas alınması ve bu yolla kanun maddesinin yorum yoluyla aşılmasının en önemli örneği Danıştay'ın "1402'likler"³¹ içtihadıdır. Ayrıca 2001 yılında 3894 sayılı RTÜK Kanunu md. 20/10'un açıkça düzenlemediği bir duruma da uygulanmasını Anayasal amacı öne çıkararak haklı bulmuştur³². AYM'nin incelememize

³¹ II- Kamu hizmetlerine girme hakkı Anayasa'nın 70 inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir, hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiç bir ayırım gözetilemez." Madde kamu hizmetine girme hakkı yönünden vatandaşlar arasında herhangi bir ayırım yapmamış, görevin gerektirdiği niteliklere sahip olmayı bu haktan yararlanabilmek için yeterli saymak suretiyle "Kanun önünde eşitlik" ilkesini açıklayan 10. maddeye uygun bir düzenleme getirmiştir. Bilindiği gibi Anayasa'nın 10. maddesi herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu; devlet organları ile idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduklarını kabul eder. Sıkıyönetim komutanlarının istemleri üzerine görevine son verilenlerin büyük bir bölümü hakkında gerek sıkıyönetim döneminde, gerek sıkıyönetim sona erdikten sonra, yasada göreve son verilmesini gerektiren ve tek tek sayılan nedenlerin özel ağırlık taşımalarına karşın, herhangi bir kovuşturma veya soruşturma yapılmamış olması, söz konusu yetkinin kullanılmasında Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen ve kanunun uygulanmasında ayırım nedeni olmayacağı kabul edilen unsurların ağırlık kazandığını göstermektedir. Hal böyle olunca, tartışma konusu yasaklayıcı hükmün sıkıyönetim kalktıktan sonra da uygulanabileceğini kabul etmek, sıkıyönetim komutanının isteği üzerine görevden alınmış olmayı kamu hizmetlerine girme hakkını sürekli olarak ortadan kaldıran bir nitelik haline dönüştürmektedir ki; bu sonucun Anayasanın 70. maddesinin kamu hizmetine girmek için öngördüğü ölçütle ve 10 uncu maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesi ile bağdaşmayacağı açıktır. Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı E:1988/6, K:1989/4, 07/12/1989

³² "Bu hükmü göre belirli bir özel radyo ve televizyon kuruluşunda %10'dan fazla hissesi olanların Devlettten, diğer kamu tüzel kişilerinden ve bunların doğrudan ya da dolaylı olarak katıldıkları teşebbüs ve ortaklıklardan herhangi bir taahhüt işini kabul edemeyeceklerini

konu kararında³³ da bu durum ifade edilmiş ve anayasal dayanaklar belirtilerek İYUK md. 50/4'ün yapımında yasa koyucunun bunlara aykırı bir iradesinin olamayacağına vurgu yapılmıştır. Paragrafın devamında ise kanun koyucunun, temel hak ve özgürlüğü sınırlandırma iradesi olamayacağına göre istisnaların kabulünün ve bunun davayı gören mahkeme tarafından uygulanmasının da kanunun sadece şekil değil öz açısından uygulanması gereği düşünüldüğünde zaten izlenmesi gereken bir yol olduğu vurgulanmıştır. Kısaca davaya bakan mahkemeye istisna yaratarak ya da teleolojik daraltıcı yorum yaparak bu durumu aşabilirsiniz denmektedir.

Bu önermeye karşı şunlar ileri sürülebilir. Danıştay'ın 1402'likler içtihadıyla, "Yasa ekranı hipotezi"³⁴ Danıştay tarafından Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyen bir yasaya tabi bir davada, Anayasada düzenlenen temel hak ve özgürlükler doğrudan uygulanmış diğer bir ifadeyle 1402 sayılı yasadaki engelleme anayasaya uygun yorumla yasa dar yorumlanarak aşılmıştır. 1402 sayılı kanunun, Sıkıyönetim ilanı ile yürürlüğe giren ve olağanüstü dönem içinde ilgili makamların yetkilerini düzenleyen bir kanundur. Burada uygulanan Anayasaya uygun yorum yönteminin incelememize konu davada kullanılmasının hukuksal değeri bu çalışmada belirtilen ve belirtilecek olanlarla birlikte düşünüldüğünde azalmaktadır. Anayasamızda temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasıyla ilgili md. 13³⁵'de temel hak ve özgürlüklerle ilgili sınırlamaların Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen gerekçelere

düzenlemektedir. Dava konusu olan ise hükmün, bir radyo televizyon kuruluşunda hisse oranlarının toplamı%10'dan fazla olan gerçek veya tüzel kişilerden oluşan bir şirkete uygulanıp uygulanamayacağıdır. Diğer bir ifadeyle holding biçimindeki örgütlenmelerde dava konusu hükmün uygulanması tartışılmaktadır." (Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı E:2001/1, K:2001/4, 10/04/2001). Danıştay söz konusu kanun maddesini yorumlarken "basın, tekelleşme, demokratik toplum düzeni, girişim özgürlüğünün AY md. 13 çerçevesinde sınırlanması gibi anayasal dayanaklardan yararlanarak tekelleşmenin önlenmesi, eşitlik ve kamu ihalelerinde rekabetin sağlanması için bahse konu yasanın holdingler içinde uygulanmasını anayasal amaca uygun bulmuştur." Oder, Anayasa Yargısında Yorum..., s.145-147.

³³ Anayasa Mahkemesi Kararı: E:2019/115, K:2020/31, 12/06/2020 paragraf 28.

³⁴ Yasa ekranı hipotezi kısaca idari yargı yerleri önündeki uyumsuzluklara uygulanacak yasanın, anayasaya veya "anayasa-üstü" normlara aykırılığı ileri sürülerek yasanın atlanarak doğrudan anayasal hükümlerin uyumsuzluğa uygulanmasının kabul edilmemesidir. A. Ülkü Azrak, "İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu", 1992, 9, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 328, <<https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6411/azrak.pdf>> Erişim Tarihi 15 Şubat 2021.

³⁵ "I. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması

Madde 13 – (Değişik: 3/10/2001-4709/2 md.) Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca *Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*"

bağlı olarak ancak kanunla yapılacağı belirtilmektedir. AY md. 36³⁶ ise hak arama hürriyetini düzenlemekte ve madde metninde hak arama hürriyetinin sınırlanacağıyla ilgili bir kayıt bulunmamaktadır. AY md. 138³⁷ ise hâkimlerin Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar vereceklerini düzenlemektedir. Hukuk devleti ilkesi çatısında var olan temel hak ve özgürlüklerin tanımı, anayasada güvence altına alınması ve mahkemelerin bağımsızlığının sağlanması unsurları dikkate alındığında hâkimin her durumda istisnalar yaratabilmesi Anayasaya uygun mudur? Uygun olacağı görüşü zorlansa bile yine AYM'nin incelemeye konu karar metninin 11. Paragrafında; “*Danıştayın sadece bozma kararındaki esaslara uyulup uyulmadığını incelemek suretiyle verdiği kararları olduğu gibi bunların yanında bozma kararına uyularak verilen mahkeme kararları hakkında yeniden bozma kararları*”³⁸ *verdiğini*” vurgulamaktadır. AYM önüne Danıştay 13. Dairesi tarafından itiraz yoluyla getirilen ve İYUK md. 50/4’ün Anayasaya aykırılığının ileri sürüldüğü incelememize konu davada, Danıştay’ın daireleri arasında AYM’nin de vurguladığı üzere bir içtihat oluşmamıştır. Danıştay dairelerinin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesi çerçevesinde mevcut İYUK md. 50/4’ün yorumunda gösterdikleri farklılık, zaman içinde içtihatlarla geliştirilen ve idari yargılama usulü içinde uygulanabilirliği tartışmalı olan usuli kazanılmış hak kavramının İYUK md. 50/4 ile normatif hale gelmesine rağmen tartışmalı halinin devam ettiğini de göstermektedir. İYUK md. 50/4’ün itiraz yoluyla AYM önüne gelmiş olmasına rağmen iptal edilmeyerek çözümün kanun maddesinin yorumu yoluyla Danıştay’a bırakılması ise içtihat farklılıklarını dikkate aldığımızda hukuki güvenlik ve belirlilik açısından belirsizliğin devamına istemeden katkı sunmaya hizmet etmektedir.

Yukarıda belirttiğimiz teleolojik daraltıcı yorum yönteminin İYUK md. 50/4 üzerinde uygulanması için öncelikle bu daraltıcı ve karşıtı olan genişletici yorum tiplerinin kısa tanımı gerekir. Genişletici yorum, tek başına kullanıma uygun olmayan diğer yorum yöntemleriyle birlikte kullanılabilen, normun

³⁶ “A. Hak arama hürriyeti

Madde 36 – Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.”

³⁷ “A. Mahkemelerin bağımsızlığı

Madde 138 – Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.”

³⁸ AYM, bu Danıştay Kararlarını esas ve karar numarasıyla birlikte metinde vermektedir.

sözel anlamının genişleten, hukuk kuralını oluşturan kelimelerin karşılığı olan anlamlarından daha geniş anlamlara sahip olduğunu iddia eden bir yorum yöntemidir. Normun amacı dikkate alınarak sözel anlamı genişletilmekte ve uygulama sahası artmaktadır. Genişletici yorumda yoruma konu teşkil eden yasa maddesinin yasalaştırılmasında kanun koyucunun amacının sistematik yorum kullanılarak üst kurallara diğer ifadeyle Anayasa ve hukukun genel ilkelerine uygunluğu araştırılır. Buradan çıkan sonuca göre eğer normun sözel anlamı, normun amacı dikkate alındığında “yetersiz” kalıyorsa genişletici ya da daraltıcı yorum kullanılır³⁹. Daraltıcı yorum ise normun sözel anlamının, normun amacı dikkate alındığında daraltılması sınırlanması olarak tanımlanır. Daraltıcı yorum, “normun açık, kesin ve sadece bir durumla ilgili” olması durumunda kullanılabilir. Norm metninde kullanılacak bazı kelimeler (“yalnızca, münhasıran, saklı kalmak kaydıyla”) ile de normun uygulama alanında bu daralma sağlanabilir⁴⁰. İYUK md. 50/4’ün anlamı, Danıştay’ın bozma kararına uyulduğunda; yani temyiz kanun yolu ile Danıştay önüne gelen ilk derece mahkemesinin kararı temyiz incelemesi sonucunda Danıştay tarafından bozulup temyize konu kararı veren mahkemeye gönderildikten sonra, mahkeme bozma kararına uyarak karar verirse ve bu karar da tekrar temyiz mahkemesi önüne gelirse, kararın temyiz incelemesi sadece bozma kararına uygunlukla sınırlı olarak yapılır. Diğer bir ifadeyle bozmaya uyularak verilen ilk derece mahkemesi kararı, temyiz yoluyla Danıştay önüne tekrar geldiğinde artık bu karar bozulamayacaktır. Danıştay, bozma kararına uyularak verilen kararın tekrar temyiz incelemesinde hukuka aykırı başka bir sebep bulsa dahi kararı bozamayacaktır⁴¹. Normun sözel anlamı açık ve kesindir. Herhangi sınırlandırıcı bir kelime ya da ifade metinde geçmemektedir. O halde bozmaya uyma kararlarının tamamı herhangi bir ayırım güdülmezsizin bu hükme tabidir. Daraltıcı yorum uygulayarak İYUK md. 50/4 yorumlandığında, AYM kararında belirtilen istisnaların İYUK md. 50/4’ün sınırı olması gerekecektir. Yasa koyucunun yasayı yaparken kullandığı geniş kavramların dar yorumlanmasını istediğinde dar yorum gündeme gelmektedir⁴².

Yasa koyucunun dar yorum ya da daraltıcı yorum istediğini normu somut olaya uygulayacak olan yargıç nasıl anlayacaktır? AYM kararında, yasa koyucunun “*meşru amaçlarla ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacak*

³⁹ Yasemin Işıқтаç ve Sevtap Metin, Hukuk Metodolojisi, Filiz Kitabevi, 2016, s.210.

⁴⁰ Oder, Anayasa Yargısında Yorum...,s.24.

⁴¹ Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Kitabevi, 2020, s. 558.

⁴² Işıқтаç ve Metin, s, 209.

şekilde yargılamanın hakkaniyet, hukukun üstünlüğü gibi ilkeleri görmezden gelinerek ya da temel hak ve özgürlükler ihlal edilerek sonuçlandırılması yolunda bir iradesinin varlığından söz etmek mümkün değildir.⁴³” diyerek yasa koyucunun, İYUK md.50/4’ün dar yorumlanmasını istediğini vurgulamaktadır. Burada AYM tarafından ileri sürülen dar yorum gerekçesi kabul edildiğinde açık, kesin ve istisna belirtilmeden kaleme alınmış her bir normun uygulanmaya başlanmasıyla birlikte istisnalarının da olabileceği ve bunun derece mahkemelerine bırakılacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu halde hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ilkesi, devamında hukuk devleti ilkesi her ne kadar yasa koyucunun böyle bir iradesi olmasa dahi seyrelmiş olacaktır. Yorum konusunun temel ilkelerini inceleyen GÖZLER, “kaide ve istisnalar” ile ilgili temel ilkeleri açıklarken istisnayı, “genel kuralın içerdiği önermenin dışında tutulan şeydir.” olarak tanımlamakta ve istisnanın bir şekilde metinde ifade edilmesi gereği üzerinde durmaktadır. İstisna ile ilgili ilkelerden birisi “kendiliğinden istisna olmaz, istisna konulmalıdır” şeklinde ifade edilmekte ve “kaidenin esas, istisnanın ise arızı” olduğu, belirlenmemiş ya da ifade edilmeyen bir durumun istisna olamayacağı belirtilmektedir. Diğer bir ilke ise kuralı koyanın istisnayı koyabileceğidir. İstisna genel kuralın uygulama alanını sınırlamaktadır. Dolayısıyla bu sınırlamanın hangi durumlarda olabileceğini kuralı koyanın belirlemesi gerekir. Kuralı koyan başka, aynı kurala istisna getiren başkası olduğunda kural koyma iktidarı homojenliğini yitirme tehlikesi altında olacaktır. “Yargı organının genel kurala yorum yoluyla istisna getirmesi durumunda yasama yetkisinin gaspı” gündeme gelmektedir. İstisna ile ilgili diğer bir ilke ise yorum yoluyla istisna getirilemeyeceğidir. İstisnalar, genel kuralın uygulama alanını sınırlar, “yargı organının yorum yoluyla istisna getirmesi, kuralın değişmesi demektir.” Kurallar geniş yorumlanır ilkesi, istisnalar ile ilgili diğer bir kabuldür. Bu ilke, “bir genel hüküm genel anlamda anlaşılır.” ve kanun koyucunun ayırım yapmadığı ve genel ifadeler kullanması durumunda hükmün geniş anlamıyla anlaşılması gerekir, yorum yapan da bu durumda “ayırım yapamaz”, istisna getiremez⁴⁴. Teleolojik yorum ile ilgili buradaki sınırlı inceleme açısından vurgulanması gereken bir durum da ODER tarafından istisna kuralın teleolojisi dikkate alınırken genel kuralın teleolojisi gözardı edilmemelidir”, istisnayı teleolojik yorumla somutlaştırırken ana kuralı işlevsiz hale getirmek söz konusu olamaz

⁴³ Anayasa Mahkemesi Kararı: E.:2019/115, K.:2020/31, 12/06/2020 paragraf 28.

⁴⁴ Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, s. 43-59, <<https://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri-ki-taptan.pdf>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2021.

demektedir⁴⁵. Anayasa md. 36 metninde bir istisna hüküm bulunmamasına rağmen yasama organı tarafından İYUK md. 50/4 ile hak arama hürriyetine getirilen istisnanın teleolojisinin, Anayasa md. 36'nın teleolojisini somut olay dikkate alındığında işlevsiz bıraktığı söylenmelidir. Teleolojik yorum açısından kısaca, AYM'nin İYUK md. 50/4 için getirdiği yorum, daraltıcı ve geniş yorum tekniği yanında hukuki güvenlik ve belirlilik açısından gereken güvenceyi uygulamada sağlayacağı kuşkuyla görünmektedir.

IV. Sınırlamaların Ölçülülük İlkesine Uygunluğu

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması Anayasamızın 13'ncü md.⁴⁶'de düzenlenmiş ve ölçülülük ilkesi Anayasa metnine 2001 yılında 4709 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle eklenmiştir. Ölçülülük ilkesi, yasama organının kanun ile hedeflediği amaca ulaşırken kullandığı araçların amaç ile arasındaki ya da idarenin işlem ve eylemlerinin ulaşılmak istenen kamu yararı amacına varmaya elverişliliği ve gerekliliği ile kullanılan araçların amaca ulaşacak orantılılıkta olmasıdır. Ölçülülük ilkesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasından güdülen amaç ile kullanılan araçlar arasındaki ilişkiyi inceleyerek araçların denetlenmesi esaslarını belirler⁴⁷. AYM kararlarında, “ölçülülük ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, orantılılık ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.”⁴⁸ şeklinde tanımlanmıştır. Danıştay ise ölçülülük ilkesine memur disiplin cezalarında başvurmakta ve ölçülülük

⁴⁵ Oder, Anayasa Yargısında Yorum..., s.62.

⁴⁶ TC Anayasası

“II. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması

Madde 13 – (Değişik: 3/10/2001-4709/2 md.)

Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

⁴⁷ Yüksel Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, 2017, 7(1), SDÜHFD, s.6, <<https://hukuk.sdu.edu.tr/assets/uploads/sites/65/files/sdu-hukuk-dergisi-cilt-7-sayi-1-yil-2017-vol-7-no-1-year-2017-08122017.pdf>> Erişim Tarihi 06 Şubat 2021.

⁴⁸ AYM Kararı, E:2020/13, K:2020/68, 12/11/2020, R.G. Tarih-Sayı : 12/2/2021-31393.

ilkesinin alt başlığı olan oranlılık üzerinde durmaktadır⁴⁹. “Danıştay’a göre, demokratik hukuk devletinde, hangi amaçla olursa olsun, sınırlamalar belli bir özgürlüğün kullanılmasını bütünüyle ortadan kaldıracak düzeyde olamaz ve amaçla sınırlama arasında adil bir orantı mutlaka bulunur.”⁵⁰

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ölçütleri dikkate alındığında İYUK md. 50/4 ile sınırlanmış olan temel hak ve özgürlük, hak arama hürriyeti⁵¹ ya da adil yargılanma hakkıdır. Anayasamızın 13. md’si temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının Anayasamızın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere dayalı olarak kanunla yapılacağını belirtmektedir. 2001 yılında 4709 sayılı Kanunla Anayasada yapılan değişiklik neticesinde ALİEFENDİOĞLU’nun değerlendirmesiyle AY md. 13, sınırlayıcı bir içerikten ilkeleri tespit eden bir içeriğe geçiş yapmıştır⁵². Anayasada bazı özgürlüklere sınırlama nedeni

⁴⁹ Yücel Oğurlu, “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak “Ölçülülük İlkesi”, s.495,496, <<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/Y.Ogurlu-10.pdf>> Erişim Tarihi 27 Şubat 2021.

⁵⁰ Atay, s.111. Ölçülülük denetimi aracın amaca uygunluğunun denetimiyle yani elverişlilik ile başlanır. “Alınan bir tedbirin yardımıyla istenilen neticeye yaklaşıyorsa araç elverişli, buna karşılık kullanılan araç güdülen amaca ulaşmayı zorlaştırıyor ya da amaca erişme bakımından hiçbir etki göstermiyorsa, araç elverişsizdir.” Alman Federal Anayasa Mahkemesi, kullanılan araç ile amaca yaklaşılmış olmayı elverişlilik için yeterli görmektedir. Federal Anayasa Mahkemesi yasa koyucunun yasa ile yaptığı sınırlamaların amacı soyut olarak gerçekleştirmesini yaptığı denetimde yeterli saymaktadır. Ancak sınırlamada kullanılan aracın objektif olarak yetersizliği durumunda elverişsiz olduğuna karar vermektedir. Gereklilik ölçütünde ise elverişli araçlar içinden “bireylere ve kamuya en az zarar verecek olan aracın” kullanımı esastır. Özgürlüğü daha az sınırlayan bir müdahale ile “aynı veya daha iyi bir sonuç elde edilebilecekse, bu halde kullanılan araç gereksizdir.” Amaca ulaşmada aynı ya da birbirine benzer yakınlıkta benzer elverişli “iki araçtan, daha az sınırlayıcı, yani daha yumuşak olan aracın seçilmesi gereği” gerekliliği tanımlar. Orantılılık denetiminde ise denetimi yapanın objektif olması ve süreci rasyonel yürütmesi gerekir. Olayın iyi anlaşılması diğer bir gerekliliktir. Devamında ise tehlike içinde olan ve korunmak istenen hukuki değer ile müdahale edilen özgürlük karşılıklı olarak “tartılır”. Özgürlüğe getirilen sınırın genişliği ile ulaşılmak istenen amacın önemi doğru orantılıdır. Alınan önlemin kişi açısından “katlanılabilir” olması da orantılılığın tespitinde kullanılır. Metin, s.9-16.

⁵¹ TC Anayasası

“A. Hak arama hürriyeti

Madde 36 – Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.”

⁵² Yılmaz Aliefendioğlu, “2001 Anayasa Değişikliğinin 13. Maddeye Getirdiği Yeni Boyut”, 2002, 19, Anayasa Yargısı Dergisi, s.155, <<https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6135/yalie-fendioğlu.pdf>> Erişim Tarihi 08 Şubat 2021.

öngörülmemiştir. Temel hak ve özgürlüklerin büyük bir kısmında ise basit yasa kaydı veya nitelikli yasa kaydı esasıyla “farklılaşmış-kademeli sınırlama sistemi” uygulanmaktadır. Düşünce ve kanaat hürriyetini düzenleyen AY md. 25⁵³ sınırlama nedeni belirtilmemiş hürriyetlerden birisidir. AİHS md. 9/1’de⁵⁴ düzenlenen hak ise herkese sınırlama belirtilmeden tanınmış olan mutlak bir haktır. AİHS md.9/1’de düzenlenen düşünce vicdan ve din özgürlüğüne sahip olmak hakkı AİHS md.9/2’deki sınırlamalardan bağımsız olup, buradaki sınırlamalar din ve inancını açıklama ile ilgilidir. Mutlak olan bölüm ve bunun dışında kalan kısmın ise nasıl sınırlanacağına AİHS metninde tespit edildiği görülmektedir⁵⁵. İçsel boyut olarak kabul edilen ve “düşünce, vicdan ve din özgürlüğü” olarak kişinin kendi içinde yaşattığı alan devletin yetki alanının dışındadır ve sınırlanamamalıdır. Bunun yanında din ve inancın dışı vurumu ise kamu güvenliği, kamu sağlığı, kamu düzeni gibi gerekçelerle başkalarının hakları dikkate alınarak sınırlanabilir⁵⁶. Anayasamızda md.36, 27⁵⁷ ve 23/son⁵⁸ düzenlemelerinin de “kendi nesnel sınırlamaları ve Anayasanın

⁵³ TC AY VII. Düşünce ve kanaat hürriyeti

Madde 25 – Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir.

Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.

⁵⁴ **AİHS Madde 9 Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü**

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.

⁵⁵ Fazıl Sağlam, “2001 yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, s.8, <https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/fsaglam.pdf> Erişim Tarihi 27 Şubat 2021.

⁵⁶ D.J. Harris ve M. O’Boyle ve E.P. Bates ve C.M Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi, 2013, s. 438.

⁵⁷ TC AY.

IX. Bilim ve sanat hürriyeti

Madde 27 – Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.

Yayma hakkı, Anayasanın 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz.

Bu madde hükmü yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımının kanunla düzenlenmesine engel değildir.

⁵⁸ TC AY.

bütünlüğünden” kaynaklanan sınırlar dışında ayrı bir sınırlama nedenine bağlı kılınması demokratik değerler açısından uygun değildir⁵⁹.

Bu tespit ile inceleme konumuz değerlendirildiğinde, yasama organının İYUK md. 50/4 ile AY md. 36’ya getirdiği sınırın “demokratik değerler açısından” durumu tartışmalıdır. Anayasanın bütünlüğü dikkate alınarak AY md. 36’da, Anayasanın diğer maddeleriyle doğrudan ya da dolaylı olarak yapılan sınırlamalar ayrı bir değerlendirme konusudur. İncelemeye konu AYM kararında; AY md. 141-142 ve bu düzenlemelere dayalı olarak çıkarılan usul kanunlarıyla yasama organının takdir hakkını, kamu yararını gözetenek kullanabilmesi gerektiği ve dolayısıyla İYUK md. 50/4 ile yapılan sınırlamanın da usul hukuku açısından hukuk devleti ilkesine uygun olduğu ifade edilmiştir. Oysa temel hak ve özgürlüğü düzenleyen AY’nın 36’ncı maddesinde bir sınırlama hükmü söz konusu değilse, AY md. 36’yı sınırlamayı öngören bir düzenlemenin yasa ile yapılmaması gerekir. Anayasanın diğer maddelerini (AY md. 141-142) uygulamaya geçirmek için yasama organının çıkardığı yasalarda ise sınırlanması Anayasada öngörülmemiş md. 36 ile ilgili sınırlayıcı ya da daraltıcı bir hükmün bulunmaması esastır. AY md. 36’da bir sınırlamanın gündeme gelmesi ise ancak Anayasada mevcut düzenlemeler dikkate alınarak AYM içtihatları ve doktrinin görüşleriyle değerlendirilebilecek bir durumdur. Aksi ise yasama organının, AY md. 141-142’yi somutlaştırmak için çıkardığı usul yasalarının herhangi bir hükmünü kullanarak AY md. 36’ya sınırlama getirmesi, Anayasanın 11’inci md.’sinin de ihlalini gündeme getirebilir.

Anayasanın 13’üncü md.’de sınırlama ancak ilgili maddede belirtilen sınırlama sebeplerine bağlı olup AY md. 36’da bir sınırlama sebebi öngörülmemiştir. Bu nedenle hak arama özgürlüğünde kanunla bir sınırlama yapılamaz⁶⁰. Anayasa md. 13, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere dayalı olarak ve ancak kanunla sınırlamanın yapılacağını belirterek “nitelikli yasa” esasını şart koşmuştur. Buradan hareketle Anayasanın, yasama organına temel hakları sınırlama konusunda basit yasa kaydını kullanarak sınırlama yetkisi vermediği

V. Yerleşme ve seyahat hürriyeti

Madde 23 – Herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir.

...

Vatandaş sınır dışı edilemez ve yurda girme hakkından yoksun bırakılamaz.

⁵⁹ Sağlam, s.9.

⁶⁰ AYM Kararı, E:2000/48, K.:2002/36, Oder ve Kanadoğlu, s. 218.

ve bazı temel hakların hangi sebeple olursa olsun sınırlanamayacağı konusunda da bir çıkarım yapılamayacağı sonucuna ulaşılır. Anayasamızda belirtilen temel haklar ve diğer Anayasal kurallar devletin üzerinde yer almaktadır. Nitelikli yasa esasına dayalı olarak yasama organının temel haklarda sınırlama yapabileceği kuraldır. Bununla birlikte temel hak ve özgürlükleri düzenleyen Anayasa maddelerinde yer alan sınırlama sebeplerini diğer bir ifadeyle nitelikli yasa esasını, “hakkın doğasında bulunan ve doğrudan Anayasadan kaynaklanan sınırlar” ve Anayasa ile devlet düzeninin temelini oluşturan ilkelerden de ayırmak gerekir. Anayasada düzenlenen temel hak ve özgürlüğün metninde sınırlamalar belirtilmişse, yasa koyucu yasa ile bu sınırlama gerekçelerine dayalı olarak sınırlama yaptığında sadece mevcudu açıklama görevini yerine getirmiş olmaktadır. Buna karşın doğrudan Anayasadan kaynaklı temel hak ile ilgili sınırlamaların yorumu ise “Anayasa kaydı” olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunların yorumunda ise yasa koyucuyu sınırlayan, “hakkın özü, ölçülülük ilkesi, demokratik toplum düzeninin gerekleri, laik Cumhuriyetin gerekleri gibi” şartlara uyum aranmayacaktır⁶¹.

Anayasada sınırlama kaydı olmayan temel haklarda sınırlamanın yapılması ya da yasa ile yapılan sınırlamanın değerlendirilmesindeki esaslar ile ilgili olarak ODER, md. 36 örneğini vererek madde metni, pozitifleşmiş öz öğeleri⁶² niteliğine sahip olmadıkça Anayasanın bütünlüğünün dikkate alınarak bu temel hak ve özgürlükte sınırlamanın değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca bu özellikteki temel hak ve özgürlükle ilgili sınırlamaların değerlendirilmesinde, “tartım ve dengeleme” diğer ifadesiyle sistematik teleolojik kanıtlama yönteminin kullanılmasının zorunluluğu vurgulanmaktadır. Bu hakkın kullanımında ortaya çıkacak sınırlamalar ise ancak hakkın belirli kullanım biçimleriyle ilgili olup yasama organına ya da yargıca özel sınırlama nedenlerinin temel hak ve özgürlüğün düzenlendiği maddede belirtildiği durumlardaki gibi önceden bir sınırlama yapmak yetkisi vermemektedir. Buradan hareketle sınırlama nedeni belirtilmemiş olan temel hak ve özgürlüklerde, sınırlamanın tartışılması gereken durumlarda,

⁶¹ Zafer Gören, “Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları”, 6(12), 2007/2, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s.48-49.

⁶² “Anayasa’da soyut ve genel olmaları nedeniyle “ilke” niteliğine sahip temel hak ve özgürlük normları yanında, “hak ve özgürlük lehine yasaklar” olarak beliren ve ilgili hak ve özgürlüğün Anayasa’da somutlaşmış öz güvencesini bildiren normlar da bulunmaktadır. Bu tür öz güvenceleri, pozitif düzenleme ile Anayasa düzeyinde saptandıkları için “pozitifleşmiş öz güvenceleri” olarak adlandırılabilir.” Oder, Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu ...,s.128.

sınırlandırmayı Anayasaya uygun hale getirecek olan uyumlaştırmanın⁶³ kullanılması ise istisnadır. Bu istisna yasa koyucu tarafından kullanıldığında bunun denetiminin de çok özenli ve ayrıntılı yapılması gerekir⁶⁴.

Burada, İYUK md. 50/4 ile yapılan düzenlemeyi, AY md. 141 ve 142'nin, uygulamaya yasama organı tarafından usul kanunu ile yansıtılması olarak düşünüp ve de bunu bir kenara bırakıp doğrudan AY md. 36 ve 141-142 arasında bir çatışma olduğunu ve bunun çözülmesi gereği üzerinde durmak gerekir. Anayasadaki temel haklar ya da değerler arasındaki çatışmada kullanmamız önerilen “uyumlaştırma” usulünü uyguladığımızda AY md. 36'nın önceliği ile AY md. 141-142'nin önceliğini tartışmak gerekecektir.

Anayasaların temel hak ve özgürlükleri güvenceye alması, varlık sebebini oluşturmaktadır. Anayasalarda temel hak ve özgürlükler dışında egemenlik yetkisini kullanacak organlar ile ilgili tanımlamalar ve işlevler de düzenlenmiş, egemenliği kullanacak organlara verilen yetkilerin amacı ise AY md.5'te temel hak ve özgürlükler yoluyla insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesinin şartlarını hazırlamak olarak belirtilmiştir. Temel hak ve özgürlükler devletin organları için hem bir amaç hem de bir sınırdır. Anayasada, egemenliği kullanacak organların yetki ve sorumlulukları, AY md. 5'te devlete verilen görevi yerine getirmek, bunu yaparken de temel hak ve özgürlükler rejimine uygun ve aynı zamanda kamu yararının bireysel çıkarla dengesinin tesisi şeklinde somutlaşacaktır. AY md. 141-142; duruşmalarla ilgili esasları belirlemiş, mahkemelerin kuruluşu görev ve yetkileri ile ilgili düzenlemelerin kanunla yapılacağını düzenlemiştir. Bu görev, yasama organı tarafından mahkemelerin kuruluş görev ve işleyişleriyle ilgili kanunlar ve de usul kanunları çıkarmak suretiyle yerine getirilmektedir. Bu işlevde temel hak ve özgürlükler, bireyle devlet arasındaki sınırı oluşturmaktadır. Anayasada yasama organına verilen ve yargı erkinin kullanılmasını yasa çıkararak düzenleme işlevi, bu görevin dayanağını teşkil eden AY md. 141-142'nin esas alınarak AY. md. 36'da sınırlama yapılmasını gündeme getiremez. Böyle bir anlayışın kabul edilmesi, Anayasada bütünlüğün olmamasına ve Anayasal

⁶³ “Uyumlaştırma, çatışan temel hak ve özgürlükler ya da temel hak ve özgürlükler ile anayasal değerler arasında optimum bir denge arayışı sürecini ifade eder. Ancak dengeleme sürecinde yapılan tartımda, somut olaydaki hak ve özgürlüğün kullanım biçimi ve çatıştığı hak ve özgürlük ya da anayasal değer bakımından bir öncelik sıralaması da yapılır. Dolayısıyla, bu tür temel hak ve özgürlüklerde yalnızca ilgili temel hak ve özgürlüğe odaklanan teleolojik kanıtlama değil, sistematik-teleolojik kanıtlama vazgeçilmezdir (“tartım”, “dengeleme”, pratik uyum)”. Oder, Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu ..., s.130.

⁶⁴ Oder, Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu ..., s.131.

düzenlemeleri birbiriyle karşı karşıya getirerek anayasasız bir düzleme de neden olabilir. Neticede mevcut çatışmada önceliğin hak arama hürriyetini düzenleyen ve AY. md. 36'da korunan değere verilmesi, yasama organının görevidir. Yasada hatalı bir düzenleme var ise Anayasa Mahkemesinin görevidir. AY. md. 141-142'ye dayalı olarak hak arama hürriyetinde yasayla yapılan bir sınırlamanın "sistemantik-teleolojik" açıdan uygun olmadığı ve her halde ölçülülük ilkesinin gereklerini ihmal ettiği söylenebilir.

Ölçülülük ilkesi başlığı altında değerlendireceğimiz son konu ise re'sen araştırma ilkesidir. İdari yargılama ve ceza yargılaması usulünde esas olan bu ilke, yapılacak hukuka uygunluk denetiminde kamu yararı ile birey yararı arasındaki dengenin somutlaştırılmasındaki gayretlerin tarafların tasarrufuna bırakılmayacağına farklı şekilde ifadesidir. İYUK md. 20/1'de davaya bakacak olan idari yargı yerlerinin davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapacağı belirtilmiştir. Re'sen araştırma ilkesi kapsamında öncelikle maddi olayların tespiti ve gerçekte olup olmadıkları idari yargı hâkiminin kendiliğinden yapacağı bir inceleme ile belirlenmelidir. İdari yargı önünde açılan davada, dava ile ilgili bütün bilgi belge ve diğer hususlar doğrudan dava hâkiminin yetki ve sorumluluğundadır. İptal davalarında, idari işlemlerin unsurlarının, dava dilekçesinde ileri sürülen sebeplere bağlı olmadan idari yargı yerince incelenmesi esastır. İdari yargı, idarenin hukuk sınırları içinde kalıp kalmadığını denetlemektedir. Hukuka uygunluk denetimi ise sadece tarafların dava dosyalarında sundukları bilgi, belge ve deliller üzerinden yapılamaz. Böyle bir kabul, yapılacak hukuka uygunluk denetiminin de tarafların tasarrufuna bırakılması anlamına gelir. Kamu yararı ile hukuki sınırlar çerçevesi içinde hareket etmek zorunda olan idare ile bireyin karşı karşıya kaldığı uyuşmazlıklarda; dosyalarda ileri sürülmesi bile maddi ve hukuki olarak tüm bileşenlerinin ortaya çıkarılması, nihai karara kadar gereken inceleme ve değerlendirmelerin kendiliğinden yapılması, kamu yararının korunması ve taraflar arasında idare hukukundan kaynaklı eşitsizliğin ortadan kaldırılarak yargılamanın yapılması yetki ve görevi idari yargı yerindedir⁶⁵.

⁶⁵ Akyılmaz ve Sezginer ve Kaya, s. 30-33. Ayrıca Danıştay'ın bir kararında da re'sen araştırma; "...madde hükmü uyarınca, idari yargı yerleri, uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirilmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kuralını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahiptirler. İdari yargı yerleri, buna ek olarak, olayın maddi yönünü belirleme noktasında da her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yapabilirler. İddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını serbestçe araştırabilecekleri gibi, tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırmaya yönelebilirler." şeklinde ifade edilmektedir. Dnş 3. D. E:199072057, K.: 1990/3199, 21/11/1990, Çağlayan, s. 245.

Re'sen araştırma yetki ve görevi hukuk devletinde kanuni idare ilkesi gereği idarenin hukuk sınırları içinde kalmasının yargı yoluyla sağlanabilmesinde, yargı tarafından İYUK md. 20'de düzenlenerek kullanılan bir araçtır. Dolayısıyla kamu düzenindedir ve göz ardı edilememesi gerekir. Oysa usul ekonomisi ve makul sürede davanın sonuçlandırılması gerekçeleriyle usuli kazanılmış hak, İYUK md. 50/4 düzenlemesi ile re'sen araştırma ilkesini temyiz aşamasında (bozma kararlarının denetiminde) ortadan kaldırmaktadır. KAPLAN, usuli kazanılmış hakkın, kamu düzeninin gereği kabulü söz konusu olsa da bu kabulün her şartta istisnasız uygulanmadığını, bazı durumların varlığının İYUK md.50/4'ün tek düze uygulanmasını engellediğini ifade etmektedir. Aynı durum Yargıtay uygulamasında da mevcuttur. Ancak HMK'da usulü müktesep hak düzenlenmediği ve bu kabul Yargıtay içtihatlarıyla geçerliliğini koruduğu için istisnaların varlığı hukuk sisteminin güvenilirliği açısından bir sorun oluşturmamaktadır⁶⁶.

İdari yargılama usulünün amacı düşünüldüğünde, yukarıda ifade edilen nedenlere dayalı olarak bu amacın desteklenmesinde kullanılan re'sen araştırma ilkesi, temyiz aşamasında usuli kazanılmış hak düzenlemesi ile zayıflamakta ya da ortadan kalkmaktadır⁶⁷. Re'sen araştırma ilkesine, usuli kazanılmış hak ile (İYUK md. 50/4) getirilen sınırlama, ölçülülük açısından ele alınırsa; İYUK md. 50/4 metninde hiçbir istisnaya yer verilmemesi suretiyle; korunmak ya da gerçekleştirilmek istenen yararın, re'sen araştırma ile sağlanmak istenen yararı mutlak şekilde ortadan kaldırdığı söylenebilir. Böyle bir durumun ortaya çıktığı somut davalarda, mevcut orantısızlığın İYUK md.50/4'te belirtilmese dahi istisna olarak kabul edilip görevli mahkemenin yapacağı yorumla aşılması önerilmektedir. Ancak İYUK md.50/4'ün istisnaya imkân vermeyecek şekilde okunması ya da istisnanın görevli mahkeme tarafından somut uyuşmazlık özelinde yaratılabilmesi hukuk güvenliği açısından sorunlu olarak görünmektedir.

V. Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma Hakkı AİHS'nin 6'ncı md.'de⁶⁸ düzenlenmiştir. Bu

⁶⁶ Kaplan, İdari Yargılama Hukuku..., s.559.

⁶⁷ Kaplan, "İdari Yargılama Hukukunda Usulü...", s. 284.

⁶⁸ **Madde 6 Adil yargılanma hakkı 1.** Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda

düzenleme ile güvence altına alınmak istenen hukuk devletidir. Hukuk devletinde yargılama sürecinin nesnel olması ve bu nesnellik sayesinde adil bir hükme ulaşılması esastır. Adil yargılanma hakkı iç hukuktaki yargılama sürecinin tamamını kapsamaktadır⁶⁹. AİHM'e göre adil yargılanma hakkının demokratik bir toplumda dar yoruma tabi tutulması söz konusu olamaz. Adil yargılanma hakkına dayalı olarak AİHM'ne yapılan başvurular, iç hukuk açısından ilk derece mahkemeleri ile temyiz mahkemeleri önündeki süreci de kapsamaktadır. Adil yargılanma hakkı ile ilgili başvurular idare mahkemeleri önündeki davalar için de söz konusudur. AİHS'de düzenlenen adil yargılanma hakkının, usule ilişkin konularda hak tesis edici olduğu yorumu genel kabul görmektedir. Bu sebeple ulusal mahkeme önündeki davada maddi vakaların değerlendirilmesinde hata yapılmış ve bu AİHS md. 6'da tanımlı usuli güvenceleri etkilemişse AİHM'nin sürece dâhil olması söz konusudur. AİHS md. 6'da mevcut usuli güvenceleri etkileyen maddi hatalar, milli mahkemenin esas üzerindeki kararının adaletli olmasını da etkilemişse, AİHM'nin bu soruna müdahil olmaması yönündeki eğilimi son zamanlarda değişmeye başlamıştır. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlali durumu, usule ilişkin eksiklik savunmaya gerçekten zarar verdiyse gündeme gelecektir. Yargılama süreci bütün olarak ele alındığında usul eksikliğinin temyiz aşamasında giderilip giderilemediği AİHS md. 6'nın ihlal edilip edilmediğinin tespitinde önemlidir⁷⁰. Burada yapılan açıklamalar ceza hukuku yargılamalarında ortaya çıkan tespitlerle ilgili olsa da idari yargılamada usulden kaynaklı durumlar içinde geçerli olabilmeli tezini güçlendirmektedir.

ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir. **2.** Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır. **3.** Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir: a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak; c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek; d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çekirtmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek; e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak. <https://www.anayasa.gov.tr/media/3542/aihs_tr.pdf> Erişim Tarihi 01.03.2021.

⁶⁹ Sibel İnceoğlu, "Adil Yargılanma Hakkı", in Prof. Dr. Sibel İnceoğlu (Ed), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Avrupa Konseyi, 2013, s.209.

⁷⁰ Harris ve O'Boyle ve Bates ve Buckley, s.203-206.

VI. Silahların Eşitliği İlkesi

Adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvenceler, mahkemeye erişim hakkı, adil muhakeme hakkı, aleni yargılanma ve aleni karar hakkı, makul sürede yargılanma hakkı, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkı başlıkları altında tanımlanmaktadır. Bu güvencelerden adil muhakeme hakkını somutlaştırmada kullanılanlar, “silahların eşitliği ilkesi, çelişmeli yargılama ilkesi, yargılamaya etkili katılım ve duruşmada hazır bulunma hakkı, susma ve kendini suçlayıcı delil sunmaya zorlanmama hakkı, delillere ilişkin temel kurallar ve gerekçeli karar hakkı”⁷¹ olarak sıralanmaktadır. İYUK md. 50/4’te belirtilen usuli kazanılmış hak ilkesinin, adil yargılanma hakkı içinde adil muhakeme hakkının tespitinde kullanılan silahların eşitliği ilkesi açısından durumunun ortaya konulması ya da tartışılması incelemenin argümanı için önemlidir. Silahların eşitliği ilkesi genel anlamıyla tarafların arasında adil bir dengenin kurulmuş olmasıdır. Adil dengenin sağlanması ise her iki tarafa da davasını anlatabilmek ve kanıtlarını sunabilmek için diğer tarafa göre dezavantaj içermeyen şartlarda makul bir fırsatın tanınması olarak kabul edilmektedir⁷². Buradaki amaç davalının herhangi bir makamın yetkisini kötüye kullanmasına karşı korunmasıdır⁷³. Silahların eşitliği ilkesi yargılamanın her aşamasında uygulanabilen bir ilkedir. Bu ilkeye aykırılık, maddi vakıalar üzerinde yapılan değerlendirmenin adil olmadığı yanında sadece usul eksikliğinin de tek başına ihlale neden olabilmesiyle kendisini gösterir⁷⁴. Yargılama sürecinde silahların eşitliği prensibinin uygulaması değerlendirilirken, eşitsizlik oluşturduğu iddia edilen durumun hakkaniyete aykırı bir durum yaratıp yaratmadığına bakılmaktadır. Tanık dinlenmesinde, lehe ve aleyhe olan tanığın aynı şartlar altında dinlenmesi, tarafların bilgi ve belgelere ulaşmada eşit şartlara sahip olması, yasamanın müdahalesiyle ilgili kabul edilen ilkeler, silahların eşitliği ilkesinin somutlaştırılmasında ve değerlendirme ölçütlerinin belirlenmesinde kullanılmaktadır. Silahların eşitliği ilkesiyle birlikte incelenen diğer kavram ise çelişmeli yargılama ilkesidir. Bu iki ilke birbirlerinin tamamlayıcısı

⁷¹ İnceoğlu, s. 239-252.

⁷² Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights -Right to a fair trial (civil limb), Council of Europe/European Court of Human Rights, 2013, s.41,42, <<https://rm.coe.int/1680700aaf>> Erişim Tarihi 27.02.2021.

⁷³ Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights Right to a fair trial (criminal limb), Updated on 31 December 2020, s.33, <<https://rm.coe.int/1680700aaf>> Erişim Tarihi 27 Şubat 2021.

⁷⁴ Harris ve O’Boyle ve Bates ve Buckley, s.254.

durumundadır. Çelişmeli yargılama ilkesi, “dava sürecinde mahkemeye sunulan ve mahkemenin kararını etkileyebilecek delil, mütalaa ve görüşlerin bütünü hakkında bilgi sahibi olmak ve bunların yorumlanması hakkının taraflara tanınması” olarak açıklanmaktadır⁷⁵.

Anayasamızda silahların eşitliği ilkesi ile ilgili açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak AY. md. 36’da “Hak Arama Hürriyeti” başlığı altında herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Bu kapsamdaki adil yargılanma hakkının silahların eşitliği ilkesini kapsadığı konusunda bir şüphe yoktur. AYM kararlarında bu nokta vurgulanmıştır. AYM, bireysel başvuru yoluyla önüne gelen davalar hakkında derece mahkemelerinin vardığı sonuçların adil olup olmamasının bireysel başvuru konusu olamayacağını, bu çerçevede ileri sürülen iddiaların her durumda silahların eşitliği ilkesine aykırı bir durum yaratmayacağını, derece mahkemelerinde açık ve bariz bir takdir hatası ya da keyfiyet olmadıkça bu tür başvuruların kanun yolları içinde değerlendirileceğini belirtmiştir⁷⁶.

AYM’ne göre silahların eşitliği ilkesinin gereği olarak, “mahkeme önünde cereyan eden yargılama sürecinde davanın tarafları arasında, sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından tam bir eşitlik sağlanmış olmalı ve bu eşitlik, yargılama süresince de devam etmelidir.”⁷⁷ Bunun yanında AYM

⁷⁵ İnceoğlu, s. 239-243.

⁷⁶ “Maddeye 2001 değişiklikleriyle eklenen ‘adil yargılanma’ ibaresine ilişkin gerekçede, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde de güvence altına alınan adil yargılama hakkının madde metnine dahil edildiği vurgulanmıştır. Bu sözleşmelerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasındaki adil yargılama ölçütleri içerisinde çelişmeli yargılama, gerekçeli karar, duruşmada hazır bulunma, susma hakkı ve diğer sanık hakları yanında ‘silahların eşitliği’, ‘yüz yüzelik’ ve ‘doğrudan doğruyalık’ ilkeleri de bulunmaktadır. ‘Adil yargılanma hakkı’nın ulusalüstü düzeyde genel kabul görmüş ölçütleri arasında önemli bir yer tutan ‘silahların eşitliği’ ilkesi, davanın tarafları arasında yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunma taraflardan birine dezavantaj diğerine avantaj sağlayacak kurallara yer vermeme esasını içermekte, diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır. AYM, E. 2008/12, K. 2011/104, K.T. 16.06.2011 “Adil yargılanma hakkının ulusalüstü düzeyde genel kabul görmüş ölçütleri arasında önemli bir yer tutan ‘silahların eşitliği’ ilkesi, davanın tarafları arasında yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunma, taraflardan birine dezavantaj diğerine avantaj sağlayacak kurallara yer vermeme esasını içermekte, diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır...” AYM, E. 2008/102, K. 2010/14, K.T. 21.01.2010 İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4, 2. Baskı, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Şubat 2019, s.126-127.

⁷⁷ Yankı Bağcıoğlu ve diğerleri başvurusu, B. No: 2014/253, 09.01.2015, § 64. İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine...,s.128.

bir diğer kararında AİHM kararına vurgu yaparak, “kural olarak başvuru, davanın karşı tarafına tanınan bir avantajın kendisine zarar vermiş olduğunu veya bu durumdan olumsuz etkilendiğini ispat etmek zorunda değildirler. Taraflardan birine tanınıp diğerine tanınmayan avantajın, fiilen olumsuz bir sonuç doğurduğuna dair delil bulunmasa da silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş sayılır.” yorumunu kendi değerlendirmesi içine almıştır.⁷⁸

İYUK md. 50/4’te usuli kazanılmış hak ilkesi, temyiz mahkemesinin bozma kararına uyan ilk derece mahkemesinin bozmaya uyararak verdiği kararın tekrar temyiz merci önüne getirilmesi durumunda incelemenin sadece bozma hükümlerine uygunlukla sınırlı olarak yapılacağı, hiçbir istisnaya yer verilmeyecek şekilde düzenlenmiştir. Bahse konu incelemenin gerekçesini oluşturan Danıştay 13. D. tarafından itiraz yoluyla İYUK md. 50/4’ün Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptali için açtığı davada dayandığı gerekçe⁷⁹, diğer bir ifadeyle “açık ve belirgin” maddi hatadan dolayı bozma kararından dönülemez hali silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. AYM kararında, İYUK md.50/4 ile yapılan düzenlemenin Danıştay içtihatlarıyla⁸⁰ mutlak olarak yorumlanmadığı ve birtakım istisnalar yaratıldığı dolayısıyla böyle bir yaklaşımın Anayasaya aykırılığı da ortadan kaldırdığı ifade edilmiştir. Ancak bu yorum şimdilik bir kenara bırakılırsa, temyiz mahkemesinin bozma kararına uyararak ilk derece mahkemesinin yeni bir karar alması ve bu kararın, tekrar temyiz mahkemesi önüne götürülmesi durumunda, silahların eşitliği ilkesine aykırı olarak taraflardan birisi lehine ayrıcalıklı bir konum ortaya çıkmaktadır. Bu ayrıcalığın “hukuki istikrara, belirliliğe, öngörülebilirliğe, yargı kararlarına güvene, haklı beklentiye, usul ekonomisi ve davaların makul sürede sonuçlandırılması beklentisine hizmet etmesi” kabul edilebilecek bir gerekçedir. Bununla birlikte maddi hata ile verilen bozma kararına ilk derece mahkemesi uymuş ve yeni bir karar vermiştir. Bu karar tekrar temyiz mahkemesi önüne gelmiş ve bozma kararının hukuka aykırılığı temyiz yeri tarafından fark edilmiştir. Böyle bir durumda usuli kazanılmış hak ilkesiyle

⁷⁸ Elife Berktaş başvurusu, B. No: 2013/4684, 19.11.2015, § 30. İnceoğlu, Adil Yargılama Hakkı Anayasa Mahkemesine...,s.128.

⁷⁹ Temyiz incelemesi sonucunda verilen bozma kararına idare mahkemesince uyularak dava konusu işlemin iptali yolunda verilen kararın yeniden temyiz edilmesi üzerine, bozma kararının hatalı bir değerlendirmeye dayandığının anlaşılması nedeniyle itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur. AYM Kararı, Esas Sayısı:2019/115 Karar Sayısı:2020/31 Karar Tarihi 12/06/2020.

⁸⁰ Vergi Dava Daireleri Kurulunun E:2018/23, K:2019/616,18/09/2019; E:2019/796, K:2019/956, 13/11/2019 tarihli kararları, AYM Kararı, E:2019/115 K:2020/3, 12/06/2020.

sağlanmaya çalışılan yararlar ortadan kalkacaktır. Mevcut durum, taraflardan birisi için değiştirilemeyen hukuksal bir sonuç yaratacak ve neticede yargılama süreci içinde her aşamada somutlaştırılması gereken silahların eşitliği ilkesi devamında ise adil yargılanma hakkı açısından ihlal hali gerçekleşecektir.

Maddi vakıalar üzerinde yapılan değerlendirmenin adil olmadığı, değerlendirmeyi yapan aynı temyiz yerince fark edilmiştir. Ancak kanuni düzenlemeden (İYUK md. 50/4) dolayı bu eşitsizlik hukuka uygun olarak düzeltilenmemektedir. Mevcut uyuşmazlıkla ilgili verilen kararın o sırada temyiz yerinde inceleniyor olması, silahların eşitliği ilkesi dolayısıyla adil yargılanma hakkı açısından bir denetim yapılmayacağı anlamına gelmemelidir. Böyle bir durumda AYM'nin yukarıda ifade ettiği şekliyle; ilgili temyiz yerinin her durumda bu engeli içtihat yoluyla aşmasını beklemek, esasında hukuki belirlilik ilkesini de ortadan kaldıracaktır. AİHM, silahların eşitliği ilkesini, her iki tarafa da davasını anlatabilmek ve kanıtlarını sunabilmek için diğer tarafa göre dezavantaj içermeyen şartlarda makul bir fırsatın tanınması olarak tanımlamaktadır. Temyiz incelemesi, ilk derece mahkemesi kararının hukuka uygunluğunun tespitidir. Bu süreçte silahların eşitliği ilkesinin uygulanması, temyiz mahkemesinin yaptığı hukuka uygunluk denetiminde bahse konu ilkenin ilk derece mahkemesi tarafından ne kadar somutlaştırıldığıyla ilgili olacaktır. Mevcut AYM kararında, davanın özünü oluşturan bozma kararının maddi hatadan dolayı hukuka aykırılığı, bozma kararını veren temyiz mahkemesi tarafından tespit edilmiştir. Kanuni düzenleme (İYUK md. 50/4) nedeniyle bozma kararının düzeltilenmemesi, dolaylı olarak silahların eşitliği ilkesinin usulü yoldan ihlalinin gündeme gelmesine sebep olmaktadır. Bozma kararının maddi hataya dayalı olduğunun taraflardan birisince ileri sürülebilmesi, temyiz sürecinde sadece kararın hukukiliğinin denetimi nedeniyle mümkün olmaması, yasal düzenlemeye uygun olsa da temyiz mahkemesinin böyle bir durumda hiçbir şey yapamaması yargılamanın hakkaniyetini de ortadan kaldırmakta, yargıya olan güveni de zedelemektedir.

İdari yargılama usulünde usuli kazanılmış hak düzenlemesinin (İYUK md. 50/4) Anayasamızın 141'inci md.'de "*Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir. Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur. Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.*" şeklinde ifade edilen makul sürede yargılanma şartını sağlayan bir düzenleme

olduğu yine AYM kararında⁸¹ vurgulanmıştır. Silahların eşitliği ilkesi ile sağlanmak istenen hakkaniyete uygun yargılamanın, makul sürede yargılanma ile karşı karşıya kalması ve böyle bir durumda makul sürede yargılanmanın AYM tarafından öne çıkarıldığı görülmektedir. Ancak aynı AYM daha önceki bir kararında⁸² ise hakkaniyete uygun yargılamanın makul sürede yargılanma gerekçesiyle engellenemeyeceğini belirtmiştir. Hukuk Yoluyla Demokrasi İçin Avrupa Komisyonu ya da daha fazla bilinen adıyla Venedik Komisyonu tarafından 2016 yılında kabul edilen Hukukun Üstünlüğü Kontrol Listesi⁸³nde, hukuki kesinlik ilkesinin unsurlarından birisi olarak gösterilen res judicata⁸⁴, bir başvuruya ilgili son karar verildiğinde, başka bir başvuru mümkün değildir, “kararı gözden geçirmek için haklı bir sebep olmadıkça, nihai karara saygı duyulmalıdır”⁸⁵, şeklinde tanımlamıştır. AYM kararında hakkaniyete uygun yargılamaya yapılan vurgu ile nihai kararın dahi haklı bir sebebe dayalı olarak gözden geçirilmesi mümkün ve bunun için olağan, olağanüstü kanun yolları tanımlanmışken henüz kanun yolu sürecinde olan mahkeme kararının temyizinde, kanunun usuli kazanılmış hak vurgusuyla adil yargılanma, hakkaniyetli yargılanma hakkının gerçekleşmesini engellediği yeni olmayan yinelenen bir tespittir.

⁸¹ AYM E: 2019/135, K:2020/131, 12/06/2020.

⁸² “Anayasa’nın 141. maddesinin son fıkrasında, “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.” denilmek suretiyle davaların makul bir süre içinde bitirilmesi gerekliliği açıkça ifade edilmiştir. Bu ilke gereğince Devlet, yargılamaların gereksiz yere uzamasını engelleyecek etkin tedbirler almak zorundadır. Bu bağlamda, hukuk sisteminin ve özellikle yargılama usulünün, yargılamaların makul süre içerisinde bitirilmesini olanaklı kılacak şekilde düzenlenmesi ve bu düzenlemelerde davaların nedensiz olarak uzamasına yol açacak usul kurallarına yer verilmemesi, makul sürede yargılanma ilkesinin bir gereğidir. Ancak bu amaçla alınacak kanunî tedbirlerin yargılama sonucunda işin esasına yönelik adil ve hakkaniyete uygun bir karar verilmesine engel oluşturulmaması gerektiği de tartışmalıdır. Bu ilkelere uygun olmak kaydıyla yargılama yöntemini belirlemek ise Anayasa’nın 142. maddesi gereğince kanun koyucunun takdir yetkisindedir.” AYM E: 2016/136, K: 2017/9, 18/01/2017, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı:54, 1.Cilt, 2017, s.131.

⁸³ Rule of Law Checklist, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016), <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-e)> Erişim Tarihi 18 Şubat 2021.

⁸⁴ Res Judicata tanımı, geniş inceleme ve bilgi için, Kemal Gözler, “Res Judicata’nın Türkçesi”, <<https://www.anayasa.gen.tr/res-iudicata.pdf>> Erişim Tarihi 18 Şubat 2021.

⁸⁵ Rule of Law Checklist, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session...s. 17.

SONUÇ

Usuli kazanılmış hak, 1959 yılından itibaren Yargıtay içtihatlarıyla hukuk yargısında kullanılmaktadır. Somut dava dikkate alınarak kuralın uygulanmayacağı istisnai durumlar Yargıtay tarafından gözetilmektedir. Uzun süredir hukuk yargısında içtihatlarla kullanılmasına rağmen usuli kazanılmış hak, HMK’da pozitif bir hukuk kuralı olarak düzenlenmemiştir. Re’sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu ceza usulünde ise usuli kazanılmış hakkın varlığı söz konusu değildir. İdari yargılama usulünde de re’sen araştırma ilkesi esastır. Buna rağmen usuli kazanılmış hak, 2014 yılında 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu 2577 sayılı İYUK md. 50/4 ile idari yargılama usulünde pozitif kural niteliği kazanmıştır. AYM, itiraz yoluyla önüne gelen İYUK md. 50/4’ün iptali talebini, E: 2019/115, K: 2020/31 ve 12.06.2020 tarihli kararıyla reddetmiştir. AYM’nin iptal davası sonucunda İYUK md. 50/4’ü iptal etmesi ve yasama organının usuli kazanılmış hak ile ilgili düzenlemeye dikkatini çekmesi, yasama organının hareketsiz kalması durumunda ise konunun Danıştay’ın içtihatlarına bırakılması gerekirdi. Kısaca ifade etmek gerekirse, re’sen araştırma ilkesine rağmen usuli kazanılmış hakkın idari yargılama usulünde kullanımda olması; hukuki güvenlik, genellik ve öngörülebilirlik, yargısal yorum, ölçülülük, adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği ilkeleri açısından hukukun üstünlüğü ilkesini zedelemektedir.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz B/ Sezginer M/ Kaya C, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, 2018.
- Aliefendioğlu Y, “2001 Anayasa Değişikliğinin 13. Maddeye Getirdiği Yeni Boyut”, 2002, 19, Anayasa Yargısı Dergisi, <<https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6135/yaliefendioglu.pdf>> Erişim Tarihi 08 Şubat 2021, s.141-176.
- Antalya G, Hukuk Metodolojisi, Cilt II, Seçkin Yayınevi, 2021.
- Arslan R/ Yılmaz E/ Ayvaz Taşpınar S/ Hanağası E, Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019.
- Atay E E, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 2018.

- Atay E E, Hukuk Başlangıcı, 7.Baskı, Gazi Kitabevi, 2019.
- Azrak A Ü, “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, 1992, 9, Anayasa Yargısı Dergisi, <<https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6411/azrak.pdf>> Erişim Tarihi 08 şubat 2021, s.323-340.
- Çağlayan R, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, 2020.
- Çağlar S, “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik – Hukuk Güvenliği İlişkisi”, Hukuk Güvenliği, Kamu Hukukçuları Platformu, Türkiye Barolar Birliği, 8-9 Kasım 2013, Ankara, s.25-183
- Eroğlu O, “Usulî Kazanılmış Hakkın Sınırlarının Belirlenmesinde Yaşanan Sorunlar Üzerine Bir Değerlendirme”, 2018, 5(6), ASEAD, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/593083>> Erişim Tarihi 10 şubat 2021, s. 163-184.
- Feteris E T., Hukuki Argümantasyonun Temelleri, Ertuğrul Uzun (Çev.), Pinhan Yayıncılık, 2019.
- Gören Z, “Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları”, 6(12), Güz 2007/2, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s.39-59.
- Gözler K, “Yorum İlkeleri”, <<https://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri-kitaptan.pdf>> Erişim Tarihi 27 şubat 2021, s. 43-59.
- Gözler K, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt 1, Ekin Kitabevi, 2011.
- Gözler K, “Res Judicata’nın Türkçesi”, <<https://www.anayasa.gen.tr/res-judicata.pdf>> Erişim Tarihi 10 şubat 2021, s. 45-61.
- Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights -Right to a fair trial (civil limb), Council of Europe/European Court of Human Rights, <<https://rm.coe.int/1680700aaf>> Erişim Tarihi 27 şubat 2021.
- Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights Right to a fair trial (criminal limb), Updated on 31 December 2020, <<https://rm.coe.int/1680700aaf>> Erişim Tarihi 27 şubat 2021.
- Harris D J/ O’Boyle M/ Bates E P/ Buckley C M, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi, 2013.
- İşıktaç Y/ Metin S, Hukuk Metodolojisi, Filiz Kitabevi, 2016.
- İnceoğlu S, “Adil Yargılanma Hakkı”, in Prof. Dr. Sibel İnceoğlu (ed.), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Avrupa Konseyi, 2013.
- İnceoğlu S, Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4, 2. Baskı, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi,

Şubat 2019.

Kaplan G, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Kitabevi, 2020.

Kaplan G, “İdari Yargılama Hukukunda Usuli kazanılmış Hak”, 2008, Sayı:76, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/App_Themes/TumDergiler/76.pdf> Erişim Tarihi 19. 02. 2021, s.231-287.

Kuru B, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 2017.

Metin Y, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, 2017, 7(1), SDÜHFD, <<https://hukuk.sdu.edu.tr/assets/uploads/sites/65/files/sdu-hukuk-dergisi-cilt-7-sayi-1-yil-2017-vol-7-no-1-year-2017-08122017.pdf>> Erişim Tarihi 06 Şubat 2021, s.1-74.

Oder B E/Kanadoğlu K, Uygulamalı Anayasa Hukuku, Beta Basım A.Ş., 2013.

Oder B E, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta Basım A.Ş., 2010.

Oder B E, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları- 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler”, in Dr. Ozan Ergül (Hazırlayan), Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 236, 29-30 Eylül 2012, s. 121-213.

Oğurlu Y, “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi”, <<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/Y.Ogurlu-10.pdf>> Erişim Tarihi 27 Şubat 2021, s.485-521.

Rule of Law Checklist, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016), <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-e)> Erişim Tarihi 27 Şubat 2021.

Sağlam F, “2001 yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, <https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/fsaglam.Pdf> Erişim Tarihi 20 Şubat 2021, s.288-310.

Şirin T, Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı, Oniki Levha Yayıncılık, 2019.

Uzun E, Hukuk Metodolojisinin Sorunları, 2. Basım, Nora, 2016.

**İDARİ YARGILAMA USÛLÜ KANUNU'NA 24.06.2021
TARİH VE 7329 SAYILI KANUNLA EKLENEN 20/C MADDESİ
HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Celâl İŞIKLAR*

ÖZ

24.06.2021 tarihli ve 7329 sayılı Kanun'la 2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu (İYUK)'na 20/C maddesi eklenmiştir. Kanun yapım tekniği bakımından maddenin bir ek madde olarak düzenlenmesi gerekirdi. Bu tercih edilmezse, her fıkra hükmü Kanunda ilgili olduğu maddeye tek tek dâhil edilebilirdi.

Maddede askeri hizmete ilişkin uyumsuzlukların ilgili olduğu Milli Savunma Bakanlığı'ndaki kamu görevlileri, askerler ve askerlik yükümlüleri hakkında bazı istisnai hükümlere yer verilmiştir. Bu kişileri ilgilendiren askeri uyumsuzluklarla ilgili davalarda dilekçeler en yakın âmire de verilebilecektir. İYUK m.3'tekilere ilâveten bu dilekçelerde sicil, sınıf ve rütbelerin yazılması zorunlu hâle getirilmiştir. Bu kurallardan daha önemlisi, mahkemeler savaşta yürütmeyi durdurma kararı veremeyecektir. Üstelik aynı yasak olağanüstü hallerde yapılan naklen atama işlemlerini de kapsamaktadır.

Maddenin son fıkrasına göre, "Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır." Esâsen bu yasama kısıntısı Anayasa'nın 125'inci maddesinin İkinci fıkrasında da aynen yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: İdari Yargılama Usûlü Kanunu, Askeri hizmet, Dava dilekçesi, Yürütmenin durdurulması, Kanun yapım tekniği.

**EVALUATION OF THE PROVISIONS OF ARTICLE 20/C ADDED TO
THE LAW OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE WITH THE LAW DATED
24.06.2021 AND N0 7329**

ABSTRACT

With the Law No. 7329 ve dated 24.06.2021, article 20/C was added to the Administrative Jurisdiction Procedure Law no 2577 (İYUK). In our opinion, in terms of law making technique, this article should have been enacted as a seperaten article.

* **Doç. Dr.**, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD Öğretim Üyesi/
KONYA, e-posta: celal.isiklar@karatay.edu.tr

ORCID: 0000-0002-7239-6142

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1065419

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 09/09/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 23/12/2021

If this is not preferred, each clause could have been correctly legislated under the relevant article of the Law.

The article includes some exceptional provisions about public officials in the Ministry of National Defense, soldiers and conscripts to whom disputes on military service are related. In cases related to military disputes involving these persons, case petitions can also be submitted to the closest chiefs. In addition to the requirements under İYUK article 3, it has been made compulsory to write the registration numbers, branches and ranks within these petitions. More importantly, the courts will not be able to issue stay of execution in wartime. Furthermore, the same prohibition also covers transfers of people made in state of emergency.

According to the last paragraph of the article, “Judicial remedy is open against all kinds of discharge decisions by the Supreme Military Council, except for the promotions and retirement due to lack of permanent positions.” In fact, this legislative restriction is also exactly included validated in the second paragraph of Article 125 of the Constitution.

Keywords: *Administrative Jurisdiction Procedure Law no 2577 (İYUK), Military service, Case petition, Suspension of execution, Law making technique.*

GİRİŞ

24.06.2021 tarihli ve 7329 sayılı Kanun'la 2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu (İYUK)'na 20/C maddesi eklenmiştir.¹ Maddenin Kanundaki yeri ve “Askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklara dair hükümler” başlığını taşıdığı dikkate alındığında, askeri idari uyuşmazlıklarla ilgili özel bir yargılama usûlü öngörüldüğü düşünülebilir. Ancak maddeye yakından bakıldığında, öncelikle bizzat askeri hizmet yürütenlerin değil, daha geniş bir çerçevede ve büyük ölçüde milli

¹ Madde 30.06.2021 tarih ve 31527 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7329 Sayılı Askeri Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16'ncı maddesiyle eklenmiştir. Torba kanun şeklinde kabul edilen ve yürürlüğe sokulan 7329 sayılı Kanun, adından da anlaşılacağı üzere başta Askeri Ceza Kanunu olmak üzere beş ayrı kanunda değişiklik yapması itibarıyla “çerçeve kanun” mahiyetinde; bu Kanunun İYUK'a m.20/C'yi ekleyen 16'ncı maddesi de “çerçeve madde” niteliğindedir. Çerçeve kanun ve madde kavramları için bkz. İbrahim Araç/Şeref İba, “Türkiye’de Yasa Önerisi Hazırlama ve Norm Koyma Tekniği ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine,” 2003, 58 (3), AÜSBFD, s.44, 51; 19.12.2005 tarih ve 2005/9986 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe giren Mevzuat Hazırlama Usûl Ve Esasları Hakkında Yönetmelik m.3/1 ve 2 (Bundan sonra “Yönetmelik” olarak zikredilecektir).

savunma hizmetiyle ilgili kişilerin maruz kaldıkları uyuşmazlıklara ilişkin olduğu görülmektedir. Bu paralelde maddenin ilk fıkrasında, sonraki beş fıkrada düzenlenen kuralların kapsadığı uyuşmazlık konusu ile ilgili olduğu kişiler tahdidi sayıda (numerus clausus) belirtilmiştir.

Her ne kadar birinci fıkrada gösterilen konu ve kişileri ilgilendirmekte ise de, Maddenin ikinci ve müteakip fıkralarında birbiriyle doğrudan illî ve/veya sıralama bağı bulunmayan hususlara ilişkin usûlî nitelikte özel, fakat istisnai hükümlere yer verilmiştir. Gerçekten de ikinci ve üçüncü fıkra dava dilekçelerinde sağlanan formel kolaylıklarla, sonraki iki fıkra ise yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyecek hâllerle ilgiliyken, son fıkrada Anayasa'da mevcut bir yargı denetimi yasağı düzenlenmiştir.

Maddenin geneli ve fıkralarda düzenlenen her bir konu teklif gerekçesiyle birlikte değerlendirilecek olursa, askeri idari yargı düzeninin (16.04.2017 tarihinde referandum ile kabul edilerek yürürlüğe giren) 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun'la kaldırılması sonrasında ortaya çıkan ihtiyaç üzerine düzenleme konusu yapıldığı anlaşılmaktadır.² Kanun Koyucu aradan geçen beş yıllık bir fasıladan sonra, mülga 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'ndan aynen veya kısmen iktibas ettiği bazı hükümleri duraksayarak da olsa yeniden hüküm altına almış görünmektedir. Bu sebeple İYUK'un 20/C maddesiyle getirilen kurallar, yeri geldikçe mülga 1602 sayılı Kanun'un ilgili hükümleriyle karşılaştırılacaktır.

Hemen söyleyelim ki, İYUK'a eklenen 20/C maddesi kapsamı itibariyle özel bir yargılama prosedüründen çok birbirinden farklı ve istisnai hükümler içeren düzenleme görüntüsü verdiği için her şeyden önce kanun yapma tekniği ve sistematiği yönünden incelenmeyi hak etmektedir. Tabî ki maddenin tümü ve tek tek fıkra hükümleri bakımından alternatif düzenleme şekilleri de gösterilmek kaydıyla. Ancak bunun da ötesinde, bize göre madde hükmü anlamı ve kapsamı itibariyle hem hukuka uygunluk, hem de yerindelik açısından değerlendirilmelidir.

Bu noktada belirtelim ki, Çerçeve Maddeye ilişkin olarak hükümetin gerek genel gerekçesinde, gerek madde gerekçesinde, "Askeri Yüksek İdare

² 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişiklikleri 16.04.2017 tarihinde halkoylamasına sunulmuş, buna ilişkin 27.04.2017 tarihli ve 663 sayılı Yüksek Seçim Kurulu Kararı 27.04.2017 tarihli ve 30050 Mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. 6771 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesiyle Anayasa'nın Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM)'ne ilişkin 157'nci maddesi ilga edilmiş; Anayasa'ya 17'nci maddeyle eklenen Geçici Madde 21 ile de askeri mahkemeler ve Askeri Yargıtay ile birlikte Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kaldırılmıştır.

Mahkemesi Kanunu'nun yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte İYUK'un Millî Savunma Bakanlığı ve Genelkurmay Başkanlığı tarafından tesis edilen işlem ve gerçekleştirilen eylemler nedeniyle açılan davalara da uygulanmaya başlandığı ve bu doğrultuda askeri hizmetin niteliği nazara alınarak sicil, sınıf ve rütbe bilgilerine yer verilmesi zorunluğu konan dava dilekçe ve evrakının en yakın âmire de verilmesi gibi usûlî hükümleri içeren yeni bir maddenin eklendiği" ifâde edilmiştir. Buna karşılık, maddenin kurum ve kişi yönünden kapsamı ile yürütmeyi durdurma ve yargı denetimi yasağına ilişkin hükümler konusu hükümetin ve Adalet Komisyonu'nun gerekçelerinde ele alınmadığı gibi, Genel Kurul görüşmelerinde de tartışılmamıştır.³ Kanun yapım tekniğine uymayan bu durumun Çerçeve Madde hükümlerinin anlaşılmasını güçleştirdiği ve buna bağlı olarak irdelenerek yorumlanmasını gerektirdiği açıktır.⁴

I. İDARİ YARGILAMA USÛLÜ KANUNU'NA EKLENEN 20/C MADDESİNE İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME

A. İYUK'un 20/C Maddesi Hükümü

2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu'na 7329 sayılı Kanun'la 20/B maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 20/C maddesi hükümü;

"Askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklara dair hükümler:

MADDE 20/C-1. Bu madde; Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında çalışan kamu görevlileri ile 25/6/2019 tarihli ve 7179 sayılı Askeralma Kanunu kapsamında askerlik hizmetini yerine getiren yedek subaylar ve yedek astsubaylar ile erbaş ve erleri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.

2. Dava dilekçelerinde, 3 üncü maddenin ikinci fıkrasında sayılanlara ilaveten bu madde kapsamındakilerin sicili, varsa sınıfı ve rütbesi de gösterilir.

3. Dilekçeler ile davalara ilişkin her türlü evrak, 4 üncü maddede

³ Bkz. 7329 sayılı Askerî Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'a İlişkin Hükümet ve Komisyon Gerekçesi ile Genel Kurul görüşmeleri, TBMM, YD:27 YY:4, SS:268.

⁴ Gerekçelerde tasarının düzenleniş sebeplerinin tümü ve her madde/fıkra yönünden ayrı ayrı gösterilmesi ve gerekçe metninin madde hükmünün aynen tekrarı şeklinde olmaması esaslarına (Bkz. Araç/İba, s.47; Yönetmelik m.21), artık kanıksandığı üzere burada da uyulmadığı görülmektedir. Bundan başka, gerekçede söz konusu hükümlerin AYİM Kanunu'ndan alındığına işaret etmekten de kaçınılmıştır.

belirtilen yerlere ilaveten ilgili idari yargı merciine gönderilmek üzere en yakın âmirlere verilebilir.

4. Savaş hâlinde yürütmenin durdurulmasına karar verilemez.

5. Olağanüstü hâller sebebiyle alınan tedbirlerin uygulanmasında görevlendirilenlerin naklen atanmalarına ilişkin iptal davalarında, yürütmenin durdurulmasına karar verilemez.

6. Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır.”

Şeklindedir.

B. Madde Metninin Tümüne İlişkin Genel Değerlendirme

Maddenin başlığına bakıldığında, askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklarla ilgili usûl ve esaslara ilişkin geniş kapsamlı ve yoğun içeriğe sahip ayrıntılı bir düzenleme olduğu düşünülebilir. Ne var ki madde hükmünün gerek kişi, gerek konu yönünden hayli dar bir kapsam ve içeriği bulunmaktadır. Zira madde hükmü, sâdece askeri hizmetle ilişkisi olan bazı kişileri ilgilendirdiği gibi, Hükümet Gerekçesi’nde de ifâde edildiği üzere⁵ askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklarla ilgili birkaç “usûlî hükmü” ihtiva etmektedir. Bu itibarla, daha genel bir ifâdeye sahip başlığın madde metniyle uyumlu olmadığı söylenebilir.⁶

Maddenin düzenleniş şekline göre, önce birinci fıkrasında maddenin uygulanacağı kişiler ve uyuşmazlık türü belirtilmiştir. Maddenin 2 ve 3’üncü fıkralarında, dava dilekçelerinde bu kişilerle ilgili yer alması gereken bazı bilgiler; 4 ve 5’inci fıkralarında, yürütmenin durdurulmasına ilişkin kısıtlar ve nihayet son fıkrasında, yargı denetiminin kapsamı düzenleme konusu yapılmıştır. Maddenin belli ve sınırlı sayıdaki kişileri ilgilendirdiği açıktır. Kezâ içerdiği kurallar itibariyle “umûma şâmil” olmadığı, yâni herkesi kapsamadığı gibi aynı maddede düzenlenmesini hak edecek şekilde konu bütünlüğü bulunmadığı rahatlıkla söylenebilir. Daha da ileri gidilerek denilebilir ki, madde hem kapsadığı kişi hem konu ve muhtevası bakımından istisnai niteliktedir.

⁵ Hükümet Gerekçesi, TBMM, YD:27 YY:4 SS:268.

⁶ Bu uyumsuzluğa ilâveten madde başlıklarının sonuna nokta (.) veya iki nokta (:) konulmaması kuralına da riayet edilmediği görülmektedir. Bkz. Araç/İba, s.51; Yönetmelik, s.14/2 ve 3.

Şimdi maddenin geneline ilişkin değerlendirmemize geçelim:⁷ Madde İYUK'un 20 ilâ 21'inci maddeleri arasında, sırasıyla "Dosyaların incelenmesi" başlıklı 20, "İvedi yargılama usûlü" başlıklı 20/A ve "Merkezî ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usûlü" başlıklı 20/B maddesinden sonra mükerrer madde şeklinde düzenlenmiştir. Müteakip 21'nci madde "Sonradan ibraz olunan belgeler" başlığını taşımakta olup esâsen 20'nci maddeyi tamamlayıcı mahiyettedir. Görüldüğü üzere, 20'nci maddede yargılama sürecinde gelinen noktada dava dosyasının esasının incelenme şekline ilişkin temel kurallar düzenlendikten sonra, 21'inci maddede önceki hükmü tamamlayıcı nitelikte aynı konuyla alakalı ayrı ve farklı bir duruma ilişkin kurallar öngörülmüştür. 20/A ve 20/B maddelerinde ise kendi içinde tutarlılık ve bütünlük gösterecek şekilde iki ayrı özel yargılama usûlüne yer verilmiştir (ki bu maddelerin yerinin de burası olduğu tartışılabilir).

Hâl böyle olunca, özel yargılama usûlü niteliği olmayan, ancak kişi ve konu yönünden özel ve fakat hatta istisnai hükümler taşıyan 20/C maddesinin yeri kanaatimize göre isabetli değildir. Şâyet düzenleme asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklara mahsus özel bir yargılama usûlü getirmiş olsaydı, Kanun Koyucunun tercihi haklı ve yerinde görülebilirdi. Ancak bize göre, kanun yapma tekniği bakımından bu madde ya ek madde olarak konulmalı, ya da içerdiği birbirinden farklı kurallar ilgili olduğu Kanun maddelerine – aşağıda her bir fıkra için ayrı ayrı gösterilecek şekilde- dâhil edilmeli idi. Bu takdirde, kanun veya madde itibarıyla anlam bütünlüğünün bozulması söz konusu olmadığından, 20/C maddesinin mükerrer madde yerine ek madde olarak düzenlenmesi yoluna gitmek daha uygun bir çözüm tarzıdır. Ayrıca bu yol basit ve kolay olduğu kadar derli toplu olmasını sağlayacağından tercih edilebilir.⁸ Bununla beraber ideal olan maddenin içerdiği kuralların mümkün

⁷ Maddenin bütününe ve tek tek fıkra hükmüne ilişkin teknik değerlendirmelerimizde, Andreas Lötscher tarafından ifade edilen "Sayan kazuistik olmama (s.127), "Bütünlük" (s.130) "Aynı olanı aynı şekilde, farklı olanı farklı şekilde ifade etme" (s.132), "Düzenlenebilecek her şeyin düzenlenmesi zorunluluğunun olmaması" (s.173) gibi ilkelerden yola çıkılacaktır, Andreas Lötscher, "İyi Kanunlar Şeffaf Metinlerdir", in Yener Üner (Haz.), Türkiye Barolar Birliği Kanun Yapma Tekniği (Sempozyum, Ankara 27-28 Mart 2015), TBB Yayınları, 2016, s.119-145.

⁸ Ayrıca numaralandırılmakla ve mükerrer denilmemekle beraber 20/C bir mükerrer madde mahiyetindedir. Kanun yapma tekniğine göre, ek madde yürürlükte bulunan bir kanuna onun yapısal sistemine uygun ve varsa öncekilerin numaralarını devam ettirecek şekilde sonradan çıkarılan kanunla eklenen maddedir. Buna karşılık mükerrer madde kapsamında olan konuyla ilgili olan bir başka maddeden ayrı, ancak konu yönünden bağlantılı ve onun tekrarı olarak düzenlenen maddedir. Doktrinde de belirtildiği üzere mükerrer madde düzenlenmesi

ölçüde tek tek yerli yerine konulmasıdır. Bundaki zorluk uygulanacak kişilere ilişkin tanımlayıcı norm ihdasını gerektirmesidir. Böyle bir norm meselâ (tanım maddesi bulunmadığı da dikkate alınarak) İYUK'un 1 veya 2'nci maddesine konulabilir.⁹

Bize göre, tanım normu yolu tercih edilmediği takdirde maddenin bütünlüğü açısından ister mükerrer ister ek madde olarak düzenlensin, çerçeve maddenin birden fazla bendi olan tek bir fıkra olarak düzenlenmesi daha uygun olurdu.¹⁰

II. İYUK'UN 20/C MADDESİNİN KONU YÖNÜNDEN KAPSAMI VE UYGULAMA ALANI

A. Genel Olarak Hükmün Konu Yönünden Kapsamı

20/C maddesi, “Askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklara dair hükümler” başlığını taşıdığı gibi, birinci fıkrasında “Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında çalışan kamu görevlileri ile Askeralma Kanunu kapsamında askerlik hizmetini yerine getiren yedek subaylar ve yedek astsubaylar ile erbaş ve erleri ilgilendiren¹¹ ve askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklar hakkında uygula”(cağı) hüküm altına alınmıştır. Hükmün normatif yapısına bakıldığında, askeri idari yargının kaldırılmasına ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin kapatılmasına paralel şekilde Anayasa'nın mülga 157'nci (ve mülga 1602 sayılı AYİM Kanunu'nun 20/1'inci) maddesindeki, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin, askeri

kanun yapım tekniği açısından zorunluluk olmadıkça başvurulması gereken bir yoldur. Bkz. Araç/İba, s.53.

⁹ Böyle bir tanım normunu askeri öğrencileri de ilâve ederek iki şekilde formüle edebiliriz. Örnek 1: “*Bu Kanunun uygulamasında askeri uyuşmazlıktan maksat; Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında çalışan kamu görevlilerini, askeri öğrencileri, 25/6/2019 tarihli ve 7179 sayılı Askeralma Kanunu kapsamında askerlik hizmetini yerine getiren yedek subaylar ve yedek astsubaylar ile erbaş ve erleri ilgilendiren askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklardır.*” Örnek 2: “*Bu Kanunun uygulamasında; Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında çalışan kamu görevlileri veya 25/6/2019 tarihli ve 7179 sayılı Askeralma Kanunu kapsamında askerlik hizmetini yerine getiren yedek subaylar ve yedek astsubaylar ile erbaş ve erleri veyahut askeri öğrencileri ilgilendiren askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklar askeri uyuşmazlık kabul edilir.*”

¹⁰ Bkz. Araç/İba, s.48, 50, 53, 54; İbrahim Kaplan, “Kanun Yapma San'atı ve Tekniği,” 1991, 47 (1), AÜSBFD, Prof. Dr. Gündüz Ökçün'e Armağan, s.99-102, <<http://dergiler.ankara.edu.tr/detail.php?id>> Erişim Tarihi 28 Temmuz 2021; Yönetmelik, m.13.

¹¹ Bundan böyle her seferinde fıkra metnini ve bu ibâreyi uzun uzun tekrarlamamak için, yerine göre kısaca “(K)’leri ilgilendiren” veya “(K)’ler ile ilgili” ifadelerini kullanacağız.

olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, “asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesi” olduğuna dair hükmün esâs alındığı anlaşılmaktadır. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi kaldırıldığından, 2017 yılından beri bu uyuşmazlıklara ilişkin davalara idari yargı mercileri tarafından bakılmaktadır.

Özetle, 20/C maddesi hükmünün kapsamı ve uygulanacağı hâl ve şartlar, birinci fıkrada askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklara muhatap belli sığata sahip kişilerden olmak şeklinde kayıtlanmıştır. Başka bir ifadeyle madde hükmü düzenlenmesinde askeri hizmet gören asker ve diğer kişiler esas alınmıştır. Hâlbuki Kanun'un 20/A ve 20/B maddelerinde önemli ve özellikli durumlar konu edilmiştir.

Madde hükmünün kapsam alanına, yâni uygulanacağı hâl ve şartlara geçmeden önce belirtelim ki bunlar kümülatif, yâni ikisi de birlikte ve bir arada bulunması gereken şartlardır.¹²

B. Askerî Hizmetle İlişkin İdari İşlem ve Eylemlerden Doğan Uyuşmazlık Hâl ve Şartı

Maddenin başlığı ve ilk fıkrasındaki “Askerî hizmetle ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklar” ibâresi, öncelikle idari uyuşmazlığın “askerî hizmetle ilişkin” olmasını şart koşmaktadır. Başka bir deyişle, İYUK m.20/C hükmü askeri hizmetle ilişkin olmayan uyuşmazlıklarda uygulanamaz. Bu itibarla, madde kapsamında sayılan kişiler, örneğin kendileriyle ilgili bir kamulaştırma işleminin iptaline ilişkin dava dilekçesini en yakın âmirlerine veremeyecekleri gibi,¹³ savaş ve olağanüstü hallere ilişkin yürütmenin durdurulması yasağı bu işlem için geçerli değildir.

¹² Bu şartlar AYİMİK m.20'de de aynı şekildedir: A. Şeref Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, 26.B., Turhan Kitabevi, 2007, s.52; “Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Görevleri”, Prof. Dr. Kemal Fikret ARIK'a Armağan, TODAİE-SBF Yayını, 1973, s.139 vd.; F. Kerim Anadolu, “Usul Hükümleri Yönünden Askerî Yüksek İdare Mahkemesi,” Osman F. Berki'ye Armağan, AÜHF Yayını, 1977, s.48-49; Turgut Candan, İdari Yargılama Usûlü Kanunu, 4. B., Adalet Yayınevi, 2011, s.517-518.

¹³ Bu yönde Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, 3.B., Ekin Kitabevi, 2018, s.364. Hemen belirtelim ki, Kaplan'ın bu ifâdesini içeren kitabı Kanun'un kabul ve yürürlüğe girmesinden önceki bir tarihte yayımlanmış olup, yazar düzenlemenin tasarı hâlindeki metnini dikkate almış gözükmektedir.

1. Askerî Hizmete İlişkinlik Unsuru

Madde hükmünün tatbikinde, mülga 1602 sayılı Kanun'un 20/1'inci maddesindeki gibi işlem ve eylemin "askeri hizmete ilişkin" olması aranmaktadır. 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu (İÇHK) (m.6) ile 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda (m.12), bu kanunlar çerçevesinde "askerî hizmet" değil, "hizmet" kavramı tanımlanmıştır. "Yasal mevzuatın veya âmirin yapılmasını/yapılmamasını emrettiği işler" şeklinde özetlenebilecek bu tarifler konumuz açısından yeterli değildir. Doktrinde birbirinden farklı birçok tanım yapılmıştır.¹⁴ Bununla beraber, ilgili mevzuat da dikkate alınarak AYİM Başsavcılığı ile öğretide yapılan birbirine yakın iki tanımdan hareketle, askerî hizmet; "TSK'nın, İç Hizmet Kanunu'nda belirtilen görevleri yerine getirebilmesi bakımından kanun, tüzük, yönetmelik ve yönergelerde belirtilen işler ile mevzuatın uygulayıcılarına takdir hakkı verdiği durumlarda âmirin takdir yetkisi içerisinde kalarak verdiği emirlerle yaptırdığı işler" olarak tanımlanabilir.¹⁵ Şu kayıtla ki, savunma ve milli güvenlik faaliyet ve hizmetlerinin siyasi organ ve makamların görev ve yetki alanına giren boyutu, askerî hizmet kavramının kapsamı dışında tutulmalıdır.¹⁶

Bir idari işlemin askeri hizmete ilişkin olması, o işlemin bir askeri hizmetin yürütülmesi veya yerine getirilmesi maksadıyla yapılması demektir. AYİM bir işlemin (ve benzer şekilde bir eylemin) askeri hizmete ilişkinliğini tayin ve tespitinde, asker kişinin geçmişi, askerî yeterlik ve yetenekleri, hak ve ödevleri ile hâl, tavır ve davranışlarının yanı sıra, askerliğin kural, gerek ve

¹⁴ Bu tanımlar için bkz. Esendal Kızıloğlu, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Görev Alanı ve Görev Alanının Sınırları, GÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1989, s.70; Osman Çelik, Tarihsel Gelişimi ve Kararları Işığında Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Sorunlarına Bir Yaklaşım, GÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1996, s.179; Serdar Özgüldür, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Yetkin Yayınları, 1996, s.189-190; Süheyla Şenlen Sunay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Görev Kriterleri, Beta yayınları, 1996, s.152, 154; Lütfi Duran, "Askeri İdarenin Yargısal Görev ve Yetkisinin Sınırı", İÜHF ONAR Armağanı, İÜ Yayını, 1977, s.214; Sezai Aydınalp, "Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Görev Alanı Sorunu", 1994, (8), AYİMD, Genelkurmay Yayını, s.28; Bedriye Şenol İspartalı, Askeri İdari Eylemden Doğan Mali Sorumluluk, DEÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009, s.57 vd.; Celâl Işıklar, "Askerlik Yükümlülüklerinden Doğan Uyuşmazlıkların Yargısal Denetiminde Görev", 2011, 69 (2), ABD, s.151.

¹⁵ Bu tanımın esas alındığı daha ayrıntılı tanım için bkz. AYİM Başsavcılığı'nın Uyuşmazlık Mahkemesi'nde olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılması için verdiği 17.05.1989 tarih ve 1989/78 sayılı "Görevlilik Kararının Reddine İlişkin Karara Yapılan İtirazın Reddine Dair Kararı," 1994, (8), AYİMD, s.170-175. Aynı geniş tanım için bkz. Özgüldür, s.190.

¹⁶ Duran, s.214.

gelenekleri ile askeri görev ve hizmetin amaç ve özelliklerini esas almaktadır.¹⁷

Bir idari eylemin askeri hizmete ilişkinliği ise o eylemin kanunların ve nizamların TSK'ya verdiği yetki ve görevlerin ifasına yönelik olması, yâni askeri hizmetle ilgili eylemle doğurduğu sonuç arasında bağılılık bulunması demektir.¹⁸ AYİM'e göre de, eğer eylem askeri makamlarca yapılmış veya bir askeri hizmetin yerine getirilmesi sırasında meydana gelmiş ise askeri hizmete ilişkindir.¹⁹

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin mülga 1602 sayılı Kanun'un 20/1'inci maddesiyle ilgili ilk dönem kararlarına bakıldığında, askeri hizmete kavramına genel ve soyut atıfla yetinildiği görülmektedir.²⁰ Buna karşılık Mahkeme'nin zamanla ve giderek istikrar bulacak şekilde, bir tanım yapmamakla beraber, askerî hizmete ilişkinlikle ilgili olarak yukarıda aktarılan AYİM'in argümanlarını genellikle aynen tekrarladığı söylenebilir.²¹ Danıştay da, işlemin

¹⁷ İdari işlemin askeri hizmete ilişkinliğini bu halleri esâs alarak değerlendiren AYİM kararlarına örnek: 1.D, 22.06.1999, 121/673, AYİMD, S.14, s.199-201; 1.D, 20.11.2001, 1289/1234, AYİMD, S.17, K.1, 343-345; 3.D, 10.02.2005, 2004/362, 2005/235, AYİMD, S.20, K.1, s.125-127; 3.D, 10.03.2005, 2004/1580-2005/374, AYİMD, S.21, s.130-133; 3.D., 14.12.2006; E.2006/1529 K.2006/1570, AYİMD, S.22, s.127 vd.; 3.D., 31.05.2007, 633-759, AYİMD, S.23, s.179-181; 3. D., 18.01.2007, 48-/85, AYİMD, S.23, s.177-179, bu kararlar için bkz. Gümüşay, s.85 vd.; Işıklar, Görev, s.152, dp.50; Celâl Işıklar, Türkiye'de Askerlik Usûlleri ve Askerlik İşlemlerine İlişkin İdari ve Adli Davalar, Adalet Yayınevi, 2011, s.297-298, dp.70. Ayrıca, 3.D., 17.01.2008, E. 2008/63, K. 2008/88, AYİMD, S.24, K.1, s.97 vd.; 3.D., 19.01.2012, 161/93, (*Burada ve aşağıda verilen AYİM kararları ile diğer kararlar aynı zamanda Yazarın özel matbu ve dijital dergi ve karar arşivinden alınmıştır.*)

¹⁸ Bu yönde, Özgüldür, s.193.

¹⁹ AYİM 2. D., 15.2.1995, E.1995/128, K.1995/99, bu karar ve görüş için bkz. Özgüldür, s.194. Benzer şekilde, Gümüşay, s.90; Şenol İspartalı, s.57. AYİM'nin askeri hizmete ilişkin bulunduğu idari eylemlerle ilgili benzer kararları: 2.D., 02.04.2005, 2004/127, 2005/360; 2.D., 11.01.1995, 1993/1080, K.1995/29; 2.D., 14.06.2000, E. 1998/848, K. 2000/403, AYİMD, S.15, s. 949; 2.D., 05.04.2002, E.2001/280, K.2002/219, AYİMD, S.17, s. 1120; 2.D., 17.01.2007, 2006/625, 2007/47; 2.D., 22.10.2008, 2007/1101, 2008/1065; 2.D., 05.11.2008, 2007/10000, 2008/1086, bu kararlar ve benzerleri için ayrıca bkz. Celâl Işıklar, "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararlarında İdarenin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Haller", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 28- 29 Mayıs 2009, GÜHF Yayını, 2009, s.175-182. Ayrıca 2.D., 21.10.2015, E. 2015/1631, K.2015/1662, Özel Arşiv; 2.D., 13.02.2013, E. 2013/213, K.2013/169, AYİMD, S.29, s.37-38; 2.D., 06.05.2009; E. 2008/813, K. 2009/532, AYİMD, S.25, s.109-111; 3.D., 31.05.2007, E.2007/633 K.2007/759, AYİMD, S.23, K.1, s.179-181.

²⁰ Bu tip kararlara örnek, UM Hukuk Bölümü, 17.02.1991, 5/6; 14.11.1994, 25/27; 07.07.1997, 41/38, 03.06.1995, 37/39; 05.07.2010, 147/137; 14.03.2016, 87/138; 14.01.2013, 2012/186-2013/10.

²¹ Uyuşmazlık Mahkemesinin, yukarıda AYİM'ce askeri hizmete ilişkin sayılan hâlleri benimsemediği idari işlemlerle ilgili kararları: UM Hukuk Bölümü, 03.07.1995, 37/39, RG: 31.07.1995-

askeri hizmete ilişkin olup olmadığının belirlenmesinde işlemin niteliğini göz önünde bulundurmıştır.²²

2. İdari İşlem ve Eylemlerden Doğan Uyuşmazlık Unsuru

“İdari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlık”tan maksat açık ise de, Maddenin birinci fıkrasında belirtilen statüdekileri ilgilendirmek kaydıyla bunlar dışında kalanların davacı olup olamayacaklarına da ışık tutacağından bu husus üzerinde durulması gerekir. Askeri hizmete ilişkin idari işlem bakımından, bunun bir bireysel işlem veya düzenleyici işlem olabileceği açıktır. Cumhurbaşkanı ve bakanlıklar tarafından hazırlanan yönetmelikler ve bunlara ilâveten diğer askeri makamlar tarafından hazırlanan yönerge, tebliğ gibi adsız düzenleyici işlemler, -askeri hizmete ilişkin olduğu sürece,- kural olarak askerleri ilgilendirecektir. Bunlar MSB kadrolarında çalışan sivil kamu görevlilerini de ilgilendirebilir. Bu takdirde, ilgili sivil kamu görevlileri adına üyesi oldukları sendikalar iptal ve/veya tam yargı davası açabilir. Bunun gibi, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 76 ve 95/21’inci madde hükümleri gereği, “hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmak” görevi bulunan baroların askeri hizmete ilişkin düzenleyici işlemler aleyhine dava açmaları da söz konusu olabilir.²³

22360, s.32-33; 17.11.1997, 54/52, RG:14.12.1997-23200, s.22-26; 03.05.1999, 14/15, RG: 08.06.1999-23719, s.45-49, 10.10.2005, 28/57, bu kararlar için bkz. Gümüşay, s.88; Işıklar, Görev, s.152, dp.52; Askerlik Usulleri, s.298 vd. Ayrıca 27.12.1999, 51/55;27.12.1999, 43/52; 04.10.2004, 51/59; 03.03.2008, 2007/566-2008/76; 06.07.2009, 2008/160-2009/166; 07.02.2011, 2010/155-2011/20; 07.02.2011, 2010/79-2011/8; 11.11.2013, 1437/1624; 08.04.2013; 103/505; 26.1.2015, 19/22; 28.09.2015, 659/662; 30.11.2015, 767/784; 09.05.2016, 2016/230/273 (Özel arşiv). UM’nin idari eylemlere ilişkin kararlarına örnek: 04.04.2005, 2005/11-2005/27.

Bu tespit için ayrıca bkz. Gürbüz Gümüşay, Askeri İdari Yargının Görev Alanı, GÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s.63-64.

²² Danıştay 10.D,02.06.1988, 1987/1332, 1488/979, DD, s,72-73, s.685-686; 10.D,02.06.1988, 1987/1332, 1488/979, DD, s,72-73, s.685-686; 8.D, 01.06.1989, 1988/955, 1989/465, DD, s.78-79, s.97-101; 5.D, 13.4.1993, 928/1594, DD, s.261-262; DİDDGK, 27.10.1989, 378/154, DD, s.78-79, s.97-101; 10.D., 24.02.1998, 1996/5023-1998, 807, kararlar için bkz. Işıklar, Görev, s.152, dp.52; Askerlik Usulleri, s.298, dp.71. Ayrıca 11.D.,22.04.20121, E.2013/316, K.2014/2317, Kahya, s.94.

²³ Genellikle Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun ve zaman zaman Danıştay dairelerinin TBB ve baroların düzenleyici işlemlere karşı açtıkları davalarda menfaat ilişkisini kabul ettiği ve davalara esastan baktığı bir vakıadır. Bu doğrultuda bkz. DİDDK, 23.12.2020, E.2020/1033, K.2020/3395, <<https://istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay>> Erişim Tarihi 28 Temmuz 2021; DİDDK, 10.12.2019,YD. İtiraz No:2009/1005, YD Kabul Kararı; DİDDK, 07.10.2004, E.2004/2163 K.2004/788; DİDDK, 06.06.2003, E.2002/925, K.2003/409; DİDDK, 14.09.2001, E.2001/176-2001/624; DİDDK, 07.04.2005, E.2003/417, K.2005/234;

Bu tüzel kişilerin askeri hizmete ilişkin uyumsuzluklarda dava açma ehliyetleri bulunmakla beraber 20/C maddesinin uygulanamayacağı söylenemez. Bu yaklaşıma göre, savaş zamanı bir baro tarafından açılan bir davaya konu edilen düzenleyici bir işlemin yürütmenin durdurulması talebi esastan incelenerek ret veya kabul kararı verilebilecektir. Buna karşılık davacının bir asker kişi ise olması hâlinde bu talep incelenemeyecektir. Kanun koyucunun muradı bu mantıksız ve tutarsız sonuç olmasa gerektir.

Askerî nitelikteki idari eylem, “askerî kural ve gerekler çerçevesinde yürütülen askerî hizmet sırasındaki bir hareket, tutum veya meydana gelen olay ya da getirilen bir olay” olarak tanımlanabilir.²⁴ AYİM kararlarında, askeri hizmete ilişkin idari eylem çoğunlukla kanun ve nizamlarla TSK'ya tanınan yetki ve görevlerin yerine getirilmesi amacını taşıyan, bu çerçevede emir komuta zinciri içerisinde gerçekleştirilen eylemler olarak kabul edilmiştir. AYİM uygulamasında, idari eylemin askeri hizmete ilişkin olması için, o eylemin, askeri makamlarca tesis edilmesi veya bir askeri hizmetin yerine getirilmesi sırasında meydana gelmesi aranmıştır.²⁵ Aynı şekilde, her ne kadar AYİMK m.20/1'deki “askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile” ibâresine yer verilmemiş ise de, 20/C maddesindeki bahsi geçen eylemlerin askeri makamlar, hatta Milli Savunma Bakanlığı makamları tarafından yapılması şart değildir. Öyle ki idari eylem askeri hizmete katılan gönüllü ve arzı işbirlikçi tarafından bile gerçekleştirilmiş olabilir. Önemli olan idari işlemler gibi idari eylemlerin de (K)'ler ile ilgili ve askeri hizmete ilişkin olmasıdır.

Bu noktada bir parantez açarak, milli güvenlik kavramının bir alt kavramı olan milli savunma kavramının askeri hizmet ve askerlik dışında topyekün yurt içi savunma ve sivil savunma gibi unsurları da içeren geniş bir kapsama sahip olduğunu, dolayısıyla MSB'lığının (K)'leri ilgilendiren her işlem ve eyleminin 20/C maddesi kapsamında görülmesinin mümkün olmadığını belirtelim.²⁶

DİDDK, 10.12.2009, E. 2009/1005, bu kararlar için bkz. <<https://www.izmirbarosu.org.tr>> Erişim Tarihi, 28 Temmuz 2021.

²⁴ Bu tanım için bkz. Taner Candemir, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Görev Alanı,” 1978, 28(28-29), Danıştay Dergisi, s.2. Aynı yönde, Şenol İspartalı, s.57.

²⁵ Gümüşay, s.90; Şenol İspartalı, s.57.

²⁶ Milli savunma ve askerlik hizmetleri ilişkisi için bkz. Halit Yılmaz, “Türk Silahlı Kuvvetleri ve Milli Savunma Hizmeti,” 2005, 54(4), AÜHFD, s.413; Şenol İspartalı, s.62. Ayrıca bkz. Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku, Beta Yayınevi, 2009, s.24 vd.; Ramazan Yıldırım, İdare

İdari eylemler bakımından hak ihlali arandığından kural olarak davacı, eylemin ilgilendirdiği, yâni eylemden zarar gören kişi olacaktır. Maddenin birinci fıkrasında sayılan bir kişi, örneğin yükümlü er askeri hizmete ilişkin idari eylem sonucu ölmüşse destekten yoksun kalanlar ile zarar gören yakınları -sübjektif ehliyetleri bulunduğu- doğrudan tam yargı davası açabileceklerdir. Bu takdirde aşağıda değineceğimiz üzere bunlar hakkında 20/C maddesi uygulanabilecektir.

C. Belli Sıfat ve Statüye Sahip Kişileri İlgilendirme Hâl ve Şartı

20/C madde hükmünün uygulanabilmesi için askeri hizmete ilişkin uyumsuzlukların, birinci fıkra gereği “Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında çalışan kamu görevlileri ile Askeralma Kanunu kapsamında askerlik hizmetini yerine getiren yedek subaylar ve yedek astsubaylar ile erbaş ve erleri ilgilendirmesi” gerekmektedir.

Kanun’da geçen belli statüdeki kişileri ilgilendirme şartının anlam ve kapsamının izahı gerekir. Başka bir ifadeyle, hükmün kapsam alanını tayin ve tespit için işlem ve eylemi yapanın sıfatı mı, yoksa işlem ve eylemin yöneldiği (=işlem ve eylemden etkilenen) kişi mi esas alınmalıdır? Bu soruyu cevaplamadan önce, bu şartın tek başına değil, askeri hizmete ilişkinlik şartı ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirtelim. Kanun Koyucu’nun ilk bakışta bununla davacıları kastettiği söylenebilir. Buna göre, hüküm bizatihi hakkında askeri hizmete ilişkin idari işlem tesis edilen veya eylemden zarar gören kişilerin açacağı davalarda uygulanacaktır. Bu takdirde ilgilinin ölümü hâlinde onu ilgilendiren bir işlemden dolayı açılacak davada hükmün uygulanma şansı yoktur. Hâlbuki, örneğin şehit kabul edilmeme, terhis belgesi verilmeme, askerliğini yapmış sayılmama gibi hizmette esnasında ölen kişileri ilgilendiren işlemlere karşı yakınları tarafından veya menfaati ihlal edilenler tarafından dava açılması söz konusu olabilir. Bu itibarla “(K)’leri ilgilendiren” işlem veya eylem ibâresini “(K)’ler ile ilgili” işlem veya “(K)’lere yönelik” eylem olarak anlamak yerinde olur. Öte yandan, Kanun Koyucu bizzat ve sâdece işlemin veya eylemin muhatabı kişilerin dava açabileceklerini kastetseydi, bunları “ilgilendiren” yerine doğrudan doğruya “*Bu madde; (K)’ler ve askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyumsuzluklar hakkında uygulanır.*” şeklinde ifade edilirdi. Bu itibarla, “(K)’leri ilgilendirme”den anlaşılması gereken, davacı birinci fıkrada sayılanlardan olsun olmasın, idari işlemin tesisinde (K)’lerin göz önünde

Hukuku Dersleri, C.II, Mimoza Yayınları, 2010, s.117 vd.

bulundurulması ve zarar doğuran eylemin (K)'lere yönelik olmasıdır. Sonuç olarak, askeri hizmete ilişkin olmak kaydıyla, hükmün normal şartlarda sâdece Maddede sayılanların şahsını ilgilendiren işlemlerden dolayı davacı olduğu uyuşmazlıklarda uygulanabilecektir. Ancak hükmün kısıtlı da olsa hukuki ve fiili imkânsızlık hâllerinde (K)'leri ilgilendiren işlemlerden dolayı menfaati ihlal edilen başka kişilerin açacağı davalarda da uygulanabileceği kabul edilmelidir.²⁷

Nitekim hükmün kaynağı olan 1602 sayılı Kanun'un tatbikatında, ikisi de AYİM üyeliği yapmış olan Gümüldür ve Gümüşay'ın da bizzat tespit ettiği üzere,²⁸ AYİM, kuruluşunu takip eden ilk yıllarda davacının asker kişi olması kriterini aramış,²⁹ ancak ilerleyen yıllarda bunu yetersiz bulmuş ve "genişletici bir yorumla idari işlemin asker kişi göz önünde tutularak tesis edilmiş olması kriterini benimsemiştir."³⁰

Bu noktada belirtelim ki "(K)'leri ilgilendiren işlem" kavramından, öncelikle davacının bu kişilerden olması gerektiği çıkarımı yapılabilir. Bununla birlikte kavramdan, davacının bu kişilerden olup olmadığına bakılmaksızın, askeri hizmete ilişkin işlemin tesisinde Maddede sayılanların hizmet yönünden beceri, yeterlik ve yeteneklerinin, hâl ve hareketlerinin, hizmet safahatının, yetki, hak ve ödevlerinin göz önünde tutulması ile işlemin

²⁷ Buna karşılık, Kanun'un tasarısına bakılarak Bakanlık ve Genelkurmay Başkanlığı'nda çalışan kamu görevlileri ve asker kişilerin 20/C kapsamında en yakın âmirlere de dilekçe verebileceği ifade edilmiştir. Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, 3.B., Ekin Kitabevi, s.364.

²⁸ Bu tespit ve gözlemler için bkz. Özgüldür, s.176 vd.; Gümüşay, s.65. Uzun yıllar AYİM mensubiyeti bulunan yazarın gözlemi de bu doğrultudadır.

²⁹ Bu doğrultuda kararlar için bkz. AYİM 3.D., 06.11.1973, 1908/72; 2.D., 10.12.1987, 231/212, AYİMD, S.7, K.1, s.112-114; 1.D., 27.06.1995, 278/729, AYİMD, S.10, s.283-284. Işıklar, Görev, s.151; Askerlik Usûlleri, s.296.

³⁰ Bu ifade için bkz. Gümüşay, s.65. Bu doğrultuda kararlara örnek: 3. D., 2.11.2006, E.2006/1424,K.2006/1314, AYİMD, S.22, s.121 vd.; 3.D., 14.12.2006; E.2006/1529 K.2006/1570, AYİMD, S.22, K.1, s.127 vd.; 3.D., 12.10.2006; E.2006/1266 K.2006/1136, AYİMD, S.22, K.1, s.131 vd.; 3. D., 18.1.2007; E. 2007/48, K: 2007/85, AYİMD, S.23, s.179 vd.; 3.D., 25.12.2008; E. 2008/1189, K. 2008/1390, AYİMD, S.24, K.1, s.95 vd.; 3.D., 17.01.2008; E. 2008/63,K. 2008/88, AYİMD, S.24, K.1, s.97 vd.; 2.D., 30.09.2009, E. 2009/1043, K. 2009/1000, AYİMD, S.25, s.100-102; 3.D., 15.04.2010, E. 2010/688, K. 2010/533, AYİMD, S:26, s.93-95; 3.D., 25.03.2010; E. 2010/542, K.2010/420, AYİMD, S.26, s.95-97; 2.D.17.10. 2012, E.2012/928, K. 2012/938, AYİMD, S.27, s.41-43; 2.D.13.02.2013, E. 2013/213, K.2013/169, AYİMD, S:29, s.37-39; 2.D.23.01.2013, E. 2013/41, K.2013/65, AYİMD, S:29, s.40-43; 2.D. 02.04.2014 E. 2014/593, K. 2014/525, AYİMD, S.30, s.50 vd. Diğer kararlar için bkz. Gümüşay, s. 63 vd.; Işıklar, Görev, s.151; Askerlik Usûlleri, s.296.

doğrudan doğruya bu kişiler göz önünde tutularak yapılması, bunların hak ve menfaatlerini etkilemesi gibi hâller anlaşılabilir.³¹

Bir idari eylemin “(K)’leri ilgilendirmesini ise, eylemin bu kişilere yönelmesi, yâni eylemden doğan maddi ve/veya manevi zararın bizzat bu kişilerin vücut bütünlüğü ve mal varlığı üzerinde gerçekleşmesi olarak açıklayabiliriz.³² Burada, asker kişinin ölümü hâlinde yakınlarının manevi zarara ve destekten yoksun kalanların ise maddi zarara ilişkin tazminat taleplerinin, “halefiyet” esâsına göre intikal eden bir hakka değil bizzat kendilerine ait bir hakka dayandığının altını çizelim.³³

Uyuşmazlık Mahkemesi de AYİM’e paralel bir şekilde önceleri davacının asker kişi olması görüşünü benimsemiştir.³⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi 1990’ların ortalarından itibaren istikrar kazanan kararlarında ise, davacının asker kişi olması şartını terk ederek işlemin veya eylemin asker kişileri ilgilendirmesini gerektiğine hükmetmiştir. Mahkemenin sonraki dönemde iki kriterin birlikteliğini gözetmekle kalmayıp askeri hizmete ilişkinliği ön planda tuttuğu ve bu çerçevede asker kişileri ilgilendiren askeri hizmete ilişkin işlem ve eylem kavramının kapsamını genişlettiği söylenebilir.³⁵

³¹ Bu paralelde AYİM kararlarındaki benzer tespitler için bkz. Mustafa Şahin, “Kişi Yönünden Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Görev Alanı”, 1978, (30-31), DD, s.45; Erol Alpar, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin Yargılama Yetkisi ve Sınırlandırılması”, 1998, 21(1), AİD, s.44; Taner Candemir, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Görev Alanı,” 1993, (7/1), AYİMD, s. 16; Çelik, s. 175; Gümüşay, s.150.

³² 1602 sayılı Kanun yürürlükte iken “İdari eylemin asker kişiyi ilgilendirmesi” şartı da bu paralel de anlaşılmıştır: Candemir, Danıştay, s.31; Şahin, s.44; Özgüldür, s.177. Özgüldür’e göre, AYİM ve UM uygulaması da bu doğrultuda olmuştur, Özgüldür, s.176-177. Bu doğrultuda AYİM 2.D., 06.05.2009, E. 2008/813,K. 2009/532, AYİMD, S.25, s.109/11,2.D.13.02.2013, E. 2013/213, K.2013/169, AYİMD, S.29, s.37-39 ve UM Hukuk Bölümü, 07.10.2002, 29/51, Şenol İspartalı, s.109.

³³ Bu konuda bkz. Hâluk Tandoğan, (Mukayeseli Hukuk, Hususiyile Türk – İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından) Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, AÜHF Yayını, 1963, s.1-9’a atfen Özgüldür, s.181-182.

³⁴ Bu tespit için bkz. Özgüldür, s.176-177. Davacının asker kişi olmasının arandığı kararlara örnek, UM Hukuk Bölümü, 17.01.1983, 1982/3-1983/4; 26.06.1984, 19/20; 10.10.1991, 43/44.

³⁵ Bu doğrultuda, örneğin müteveffa bir astsubayın asker kişi olmayan dul eşinin askeri hastaneye bağlı özel bakım merkezine kabul edilmemesine ilişkin işlemin iptali açtığı davada AYİM görevli görülmüştür: UM Hukuk Bölümü, 04.10.2004, 51/59. Bu doğrultuda davacının asker kişi olmasının aranmadığı diğer kararlar için bkz. UM Hukuk Bölümü, 06.12.2004, 99/91; 03.03.2008, 2007/539-2008/65; 03.03. 2014, 2013/1835-2014/149; 02.03.2015, 122/139; 06.04.2015, 256/267; 04.05.2015, 258/277.

Peki, işlem veya eylemin ilgili olduğu kişinin talep ve dava esnasında Kanunda belirtilen görev ve konumda bulunması gerekir mi? Bilindiği gibi mülga 1602 SK'nun 20/2'nci fıkrasına göre, “hizmetten ayrılmış olan subay” da askeri kişilere dâhildi. 20/C maddesi bakımından görevde iken işlem veya eyleme muhatap olanlar (K)'ler görevden ayrılırsalar da bu madde kapsamındadırlar. Aksinin kabulü, ayırma, fesih, ihraç, ölüm gibi hâllerde işlem veya eyleme muhatap olan (K)'ler hakkında madde hükmünün tatbik edilememesi demektir. Buna karşılık, işlem ve eylem statüye girmeden önceki veya statüden çıktıktan sonraki durum itibariyle gerçekleşmiş ise artık açılan davada bu madde hükümleri tatbik edilemez.

III. İYUK'UN 20/C MADDESİNİN KİŞİ YÖNÜNDEN KAPSAMI VE UYGULAMA ALANI

A. Genel Olarak Hükmün Kişi Yönündün Kapsamı

Öncelikle belirtelim ki madde konu bakımından birbirinden farklı ve birden fazla kurallar içermekte ise de, bütün bu kuralların uygulanacağı kişiler bakımından aynı ve tek bir kapsama sahiptir. Birinci fıkradaki madde hükmünün sayılan statü ve sıfatları belirtilen kişileri ilgilendiren uyuşmazlıklarda uygulanacağı kuralı, “kaplam” itibariyle tek tek açıklanmaya muhtaçtır. Ancak önce hükmün uygulama alanını “işlem” itibariyle belirlemeye imkân ve gerek olup olmadığına bakalım.³⁶

Görüldüğü üzere birinci fıkrada maddenin kişi yönünden kapsamı bakımından atıf veya bir tanım yapmak yerine tahdidi sayma usûlü tercih edilmiştir. Esâsen “K'leri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklar” kalıbı, 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı

³⁶ Mantık ve felsefede olduğu gibi hukuk metodolojisinde de bir kavramın kapsadığı varlıklar/nesnelere/elemanlar onun “kaplamı”, kapsadığı varlıkların/nesnelere/elemanların ortak özellikleri ise onun “işlemi”dir. Kaplam ve işlem ters orantılıdır. Yani bir kavram daha fazla eleman kapsadıkça daha az ortak özellik barındırır. Bu paralelde genelden özele gidildikçe işlem, özelden genele gidildikçe de kaplam artar. Bir terimde işlem kaplamı belirler. Bkz. Sami Selçuk, “Doğru terim ‘MUHAKEME’ değil, ‘YARGILAMA’dır”, 2013, 19(2), MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s.300, 302-304.

Maddenin Birinci fıkrasında hükmün tümünün uygulama alanı işlemi, iki ortak özellik [Belli statüleri/(K)'leri ilgilendirme ve askeri uyuşmazlık olma özellikleri] gösterilmek suretiyle açıklanmıştır. Bir alt kavram olan “ilgili statüler, yani (K)'ler” ise eleman olarak sayılmıştır (=kamu görevlileri, yedek subay/astsubay ve yükümlü askerler). Böylece kaplamı verilmiştir. Ancak kaplam ve işlemin oluşturduğu kavramlar, örneğin asker kişi gibi bir terime bağlanmadığı (adlandırılmadığı) gibi tanımlanmamış, yani kavramın alanı açıklığa kavuşturulmamıştır.

Kanun ile ilga edilen Anayasa'nın "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi" başlıklı 157'nci maddesi ile mülga 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 20'nci maddesinin birinci fıkrasında da "asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklar" şeklinde yer almakta idi. Aradaki fark mülga hükümlerde tahdidî sayma usûlü yerine "asker kişileri" terimine yer verilmiş olmasıdır.³⁷ Hemen ilâve edelim ki, mülga AYİM Kanunu'nun 20'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre; "*Bu Kanunun uygulanmasında asker kişiden maksat; Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli bulunan veya hizmetten ayrılmış olan subay, askeri memur, astsubay, askeri öğrenci, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve er, erbaş ve erler ile sivil memurlardır.*"

Peki, m.20/C'nin ilk fıkrasında sayılanlar "asker kişi" midir? Başka bir deyişle, m.20/c hükmü kişi yönünden münhasıran "asker kişi"leri mi kapsamaktadır. Bilindiği gibi "asker kişi" kavramı gerek mülga,³⁸ gerek hâlen yürürlükteki mevzuatta her bir Kanunun uygulaması dikkate alınarak farklı şekillerde tanımlanmış ve/veya ismen belirtilmiştir. Bugün itibariyle asker kişi tanımının yer aldığı tek düzenleme olan 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun 3'üncü maddesine göre; "*Askerî şahıslar; Mareşalden asteğmene kadar subaylar, astsubaylar, Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve er, erbaş ve erler ile askerî öğrencilerdir. // Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan Devlet memurlarının asker kişi sıfatları, 4.1.1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 115 inci maddesinde belirtilen yükümlülükleri ile sınırlıdır.*" Buna karşılık "asker kişi" kavramını tanımlamaksızın doğrudan "askerler"i sayan ve açıklayan 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu'nun 3'üncü maddesine göre; er (Sözleşmeli erler de dâhil), erbaş (uzman ve sözleşmeli

³⁷ Asker kişi kavramı için bkz. Rukiye Kahya, Askerî Personel İle İlgili İşlemlerde Yargısal Denetim, KÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, s.72 vd.; Anadolu, s.46, 49.

³⁸ Yukarıda sözü edilen mülga AYİM m.20/2 hükmünden başka mülga 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usûlü Kanunu'nun 10'ncü maddesinin hükmü örnek verilebilir. Mülga 353 SK m.10'a göre; "Bu Kanun'un uygulanmasında; muvazzaf asker olan subaylar, askeri memurlar, askeri öğrenciler, astsubaylar, erbaş ve erler, askeri hizmette buldukları sürece yedek askerler, Millî Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel, askeri işyerinde çalışan iş kanuna tâbi bulunan işçiler, rızası ile Türk Silahlı Kuvvetleri'ne katılanlar, askeri yargı organlarının tutuklanmış veya hapsedilmiş veya askeri makamlarca muhafaza altına alınmış veya gözaltı edilmiş kişiler asker kişi sayılırlar."

çavuş ve onbaşılar da dâhil), astsubay, askeri öğrenci, askeri memur³⁹ ve subaylar askerdir. “Asker kişi” terimi başka düzenlemelerde de yer almaktadır. Örneğin idari nitelikteki 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun “Askerî şahıslara tebligat” başlıklı 14'üncü maddesinde askerlere⁴⁰ yapılacak tebligatlara ilişkin usûl ve esâslar düzenlenmiştir.

Bütün bu izahat karşısında, çeşitli kanunlarda yapılan asker(i) kişi tanımının da, kapsadığı asker çeşidinin de İYUK'un 20/C maddesindeki sayılan kişiler ile örtüşmediği ortaya çıkmaktadır.

İYUK m.20/C hükmünde kişi yönünden uygulama alanını gösteren bir terim ve bu terimin tanımlanması tercih edilmemiş, ilgililer statü bazında sayılması şeklinde kapsamın verilmesiyle yetinilmiştir.

b. Madde Hükmünün Kişilerin Kurumları İtibariyle Kapsamı

Madde hükmünde uyuşmazlığın ilgili olduğu statüler sayılırken idari kurum olarak sâdece Millî Savunma Bakanlığı'na yer verilmiştir. Dolayısıyla hem “Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında çalışan” kavramının, hem de başka bir kurumların kapsama dâhil olup olmadıklarının izahı gerekir.⁴¹

(1) Kanunda İsmen Belirtilen Tek Kurum: Millî Savunma Bakanlığı (MSB)

Gördüğümüz kadarıyla milli savunmaya ve Türk Silahlı Kuvvetleri'ne ilişkin mevzuatta, hatta Türk hukukunda ilk defa “askerler”, “askerî kişiler”, “TSK mensupları”, “TSK personeli” gibi terimler yerine daimi ve sözleşmeli

³⁹ İşaret edelim ki, 1632 SK m.3/5'de sayılıp tarifi verilmekle beraber günümüzde istihdamı olmayan askeri memur, 657 SK tâbi Devlet memuru ve diğer sivil kamu görevlileri anlamına gelmemektedir. Bkz. Kahya, s.77-78.

⁴⁰ Bu Kanunda asker kişinin tanımı yapılmamış ise de 14'üncü maddenin gerekçesinde askeri şahıs kavramının Askeri Ceza Kanunu'nun 3'ncü maddesinde gösterilen kimseleri ifade ettiği belirtilmiştir. Bkz. TBMM Zabıt Ceridesi, C: 6, Devre: XI, İçtima: 1, S. Sayısı: 129, Timuçin MUŞUL, Tebligat Kanunu, 3. B., Oniki Levha Yayıncılık, 2005, s. 30- 31.

⁴¹ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku kitabının makalenin yayım süreci içinde yayımlanan 6'ncı baskısında İYUK m.20/C hükmünün kapsamını belirtirken aynen, “*Millî savunma Bakanlığı kadro ve kuruluşunda yer alan Genelkurmay Başkanlığı ile Kuvvet Komutanlıklarında (1 sayılı Cetvel CBK m.338/3) görev yapan her türlü rütbedeki silahlı kuvvetler mensubu subay ve astsubaylar ile askeri ve sivil memurlar; Millî Savunma Bakanlığı; merkez, taşra ve yurtdışı teşkilatında görev yapan kamu görevlileri; askerlik hizmetini yerine getiren yedek subaylar ve yedek astsubaylar ile uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve erbaş ve erler ile askeri öğrenciler*” ifadesini kullanmıştır. Bkz. Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, 6.B., Savaş Yayınevi, 2021, s.127-128.

statüde çalışan (askerlik yükümlüleri ve askerler öğrenciler hariç) tüm askerleri ve (işçiler hariç) sivil personeli kapsayacak şekilde “kamu görevlileri” tâbiri kullanılmaktadır. Ayrıca madde sâdece (geçmişte genellikle tercih edildiği şekliyle) “TSK kadrolarında” değil, bundan daha geniş olarak “Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında” çalışan tüm kamu görevlilerini kapsamaması bakımından da yenilik taşımaktadır.

a. Milli Savunma Bakanlığı'nın Teşkilat Yapısı

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçiş arifesinde ve sonrasında idari teşkilatımızda büyük değişiklikler olmuştur. Esasen, maddede alışlageldiği şekilde Anayasal bir terim olan Türk Silahlı Kuvvetleri ve/veya Türk ordusu yerine, bunlara lafzen yer vermeksizin doğrudan doğruya ve sâdece “Millî Savunma Bakanlığı” ibâresinin kullanılmış olması, yaşanan gelişmeleri özetleyen en karakteristik göstergedir. Bu itibarla hem açıklanmaya lâyık, hem de hukuki kapsamı bakımından deşifre edilmeye muhtaçtır.

Her bakanlık gibi Milli Savunma Bakanlığı'nın da, merkezi/genel idarenin içinde Devlet tüzel kişiliğini haiz idari bir teşkilat olduğu açıktır. Geçmişte birçok cepheden farklı bir hukuki yapısı bulunan Türk Silahlı Kuvvetleri artık tamamen bu idari teşkilatın içinde yer almaktadır. 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleşen darbe teşebbüsünü takiben ilan edilen olağanüstü hâl çerçevesinde, önce 668 sayılı KHK ile Jandarma ve sahil güvenlik kuruluşları TSK'nın bir parçası olmaktan çıkarılarak tamamen İçişleri Bakanlığının bünyesine alınmıştır. Ardından 669 sayılı KHK ile Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıkları Milli Savunma Bakanı'na; Harp Okulları ile askeri okullar yeni kurulan Milli Savunma Üniversitesi Rektörlüğü'ne bağlanmıştır. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçişle beraber 10.07.2018 tarihinde yürürlüğe giren 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde, eskisi gibi Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarının Milli Savunma Bakanı'na bağlı olması esâsı korunurken Genelkurmay Başkanı'nın Cumhurbaşkanı'na bağlı olduğu teyit edilmiştir. Ancak 15.07.2018 tarihli ve 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle değişiklik yapılarak, Genelkurmay Başkanı, Millî Savunma Bakanı'na bağlanmıştır (m.37). Bugün itibariyle Genelkurmay Başkanlığı ile Kuvvet Komutanlıklarının teşkilatı Millî Savunma Bakanlığı kadro ve kuruluşunda gösterilmektedir. Bununla beraber Genelkurmay Başkanı ile Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları Millî Savunma Bakanı'na ayrı ayrı bağlı ve sorumludur (m.37, 338).⁴²

⁴² Millî savunma konusunu özel olarak düzenleyen Anayasa'nın 11'nci maddesindeki Genel-

1 sayılı CBK'da Milli Savunma Bakanlığı'nın, merkez, taşra ve yurtdışı teşkilatından oluştuğu belirtilmektedir (m.337). Hemen takip eden maddede Genelkurmay Başkanlığı ve Kuvvet Komutanlıkları düzenlenmiştir. Bakanlığın hizmet birimleri 339'uncu maddede ismen sayıldıktan sonra 340 ilâ 345 inci maddelerde her birinin yetki ve görevleri hüküm altına alınmıştır.⁴³ Son durum itibariyle eskiden genel idare içinde sivil otoriteye tâbi, fakat özerk bir teşkilat⁴⁴ olarak kabul edilen Türk Silahlı Kuvvetleri, bugün artık idari ve mali olarak tamamen merkezi idare ve Milli savunma Bakanlığı'nın hiyerarşi yapısı içinde yer almaktadır.⁴⁵

b. Milli Savunma Bakanlığı Teşkilat ve Kadrosuna Dâhil Olup Olmadıkları Tartışmalı Kurum ve Kuruluşlar

Milli Savunma Bakanlığı'nın internet sayfasından da görüleceği üzere,⁴⁶ yukarıda sayılanlar dışında Milli Savunma Üniversitesi, Millî Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme (ANT) Başkanlığı, Askeri Fabrika ve Tersane İşletme Anonim Şirketi (ASFAT A.Ş.), Harita Genel Müdürlüğü, Makine Kimya Endüstrisi Kurumu gibi kurum ve Kuruluşlar da özel kanunlarla Milli Savunma Bakanı/Bakanlığı ile irtibatlandırılmıştır. Dolayısıyla bunların Milli Savunma Bakanlığı teşkilatındaki yerini ve

kurmay Başkanı'nın Başbakana karşı sorumlu olduğuna ve bakanlık ile Kuvvet Komutanlıkları arasındaki ilişkinin kanunla düzenleneceğine ilişkin hükümler 21.11.2017 tarih ve 6771 sayılı Kanun ile ilga edilirken "Genelkurmay Başkanı; Silahlı Kuvvetlerin komutanı olup, savaşta Başkomutanlık görevlerini Cumhurbaşkanlığı namına yerine getirir." hükmü muhafaza edilmiştir. Önceki durumla ilgili açıklamalar için bkz. İl Han Özay, Günışığında Yönetim, 2004, Filiz Kitabevi, 2004, s.199-200.

⁴³ 1 sayılı Kararname'nin 339 ve müteakip maddelerine göre Bakanlığın hizmet birimleri şunlardır: a) Askeralma Genel Müdürlüğü, b) Askeri Fabrikalar Genel Müdürlüğü, c) Askeri Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, ç) Bütçe ve Mali Hizmetler Genel Müdürlüğü, d) Hukuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü, e) Lojistik Genel Müdürlüğü, f) Personel Genel Müdürlüğü, g) Savunma ve Güvenlik Genel Müdürlüğü, ğ) Tedarik Hizmetleri Genel Müdürlüğü, h) Tersaneler Genel Müdürlüğü, ı) Yönetim Hizmetleri Genel Müdürlüğü, i) Teknik Hizmetler Genel Müdürlüğü, j) Teftiş Kurulu Başkanlığı, k) Milli Mayın Faaliyet Merkezi Dairesi Başkanlığı, l) Muhabere ve Bilgi Sistem Dairesi Başkanlığı, m) (Mülga) n) Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği, o) Özel Kalem Müdürlüğü, ö) Diğer Komutanlıklar.

Diğer komutanlıklar konusunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Destek Birlik ve Destek Kıta Komutanlıkları Yönetim Hizmetleri Genel Müdürlüğü altında gösterildiğine göre bundan Bakanlık teşkilatında yer elan veya bağlanabilecek küçük çaplı komutanlıkları anlamak lâzım gelir.

⁴⁴ Turgut Tan, İdare Hukuku, 4.B., Turhan Kitabevi, 2015, s.130-131.

⁴⁵ Turgut Tan/Bahar Bayazıt, İdare Hukuku, 10.B., Turhan Kitabevi, 2021, s.122-123.

⁴⁶ Bkz. Milli Savunma Bakanlığı Teşkilat Şeması <<https://www.msb.gov.tr/bakanlik/teskilatsemasi>>Erişim Tarihi 10 Ağustos 2021.

personelinin Bakanlık kadrolarında çalışma durumunu açıklamak gerekir. Biz önce bunların Bakanlık teşkilatındaki yerini, sonra da tek tek her birinin bakanlık kadrosuna dâhil olup olmadıklarını irdeleyeceğiz.

(1) Bakanlığa Bağlı, Bakanlıkla ilgili ve İlişkili Olma Durumu

Her şeyden önce Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçişle birlikte sâdece klasik idari teşkilat sistemimizde değişiklikler yaşanmamış, aynı zamanda “bağlı,” “ilgili,” ve “ilişkili” gibi idari terimlerde de kavram birliğini bozan ve kafa karıştıran düzenleme ve uygulamalar ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda, bağlı ve ilgili terimlerini tanımlayan hükümler ilga edildiği gibi, 1 ve 4 sayılı olanlar da dâhil birçok Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nde bu kavramlar eskisinden farklı ve birbirinden ayırt edici kriterlerden yoksun ve karışık bir şekilde kullanılmıştır.⁴⁷ Bunu dikkate alarak klasik anlayışa göre açıklamaya çalışırsak, aksi ve istisnaları olmakla beraber bağlı kuruluşlar, bakanlığın hizmet ve görevi alanına giren spesifik bir konuda faaliyet hizmetleri yürütmek üzere özel kanunlarla kurulan, genel bütçe içinde ayrı veya özel bütçeye sahip, bakanlıktan ayrı teşkilatları bulunan kuruluşlardır. Bunlardan kamu tüzel kişiliğine sahip olanlar vesayet denetimine tâbi hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu, olmayanlar ise hiyerarşi ilişkisiyle merkezi idare içinde yer alırlar. İlgili kuruluş ise, genellikle iktisadi ve teknik alanlarda daha özerk şekilde ve özel statüde faaliyet gösteren ve mutlaka kamu tüzel kişiliği bulunan hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşlarıdır. İlişkili kuruluşlar ise düzenleyici ve denetleyici kurum ve kurullardır.

1 sayılı CBK’inde MSB de dâhil her bakanlığın teşkilat yapısı ayrıca düzenlenmekle beraber, “Bakanlıkların temel kuruluşları ve hiyerarşik kademeler” başlıklı 509’uncu maddesinin birinci fıkrasında genel bir hüküm olarak “Bakanlıklar, merkez teşkilatı ile ihtiyaca göre kurulan taşra ve yurtdışı teşkilatından ve bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlardan meydana gelir.” kuralına yer verilmiştir. Çoğu kurum ve kuruluşun, hangi bakanlığa bağlı veya bakanlıkla ilgili ve ilişkili olduğu 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum Ve Kuruluşlar İle Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında

⁴⁷ Bu konuda geniş bilgi ve eleştiriler için bkz. Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 22.B., Ekin Kitabevi, 2020, s.157 vd.; Kemal Gözler, İdare hukuku, C.I, 3.B., Ekin kitabevi, 2019, s.378 vd.; Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, 14. B., Savaş Yayınevi, 2021, s.227 vd.; Ali Ulusoy, Yeni İdare Hukuku, 4.B., Yetkin Yayınevi, 2021, s.186-187; Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku dersleri, 9.B., Adalet yayınevi, 2021, s. 224-221; Oğuz Sancakdar/Lale Burcu Önüt/Eser Us Doğan/Mine Kasapoğlu Turhan/Serkan Seyhan, İdare Hukuku, 10.B., Seçkin Yayınevi, 2021, s.164. Ramazan Yıldırım/Serkan Çınarlı, Türk İdare Hukuku Dersleri, C.I, 7.B., Adalet Yayınevi, 2021, s.246 vd.;

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde gösterilmiştir. Buna göre, Harita Genel Müdürlüğü ile Millî Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme (ANT) Başkanlığı MSB'ye bağlı kuruluşlardandır.⁴⁸ Bu CBK'da yer verilmeyen diğer birimler MSB'yle irtibatlandırılırken bağlı, ilgili ve ilişkili terimleri kullanılmamıştır.

Bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların durumunu tek tek ele almadan önce, örnek ve esâs oluşturması bakımından TSK'nın Millî Savunma Bakanlığı karşısındaki pozisyonunun açıklanması yerinde olacaktır. Tekrar altını çizelim ki, yukarıda aktarılan mevzuata göre Bakanlığın en önemli ve en büyük askeri teşkilleri olan Genelkurmay Başkanlığı ile Kuvvet Komutanlıkları bakana bağlı kuruluş durumundadır. Bunların ayrı birer tüzel kişiliği bulunmamakla beraber, özel kanunlarla ihdas edilmiş ayrı teşkilat ve kadroları vardır. Ancak 1 sayılı CBK m.338/3'e göre, Genelkurmay Başkanlığı ile Kuvvet Komutanlıkları'nın teşkilatı Millî Savunma Bakanlığı kadro ve kuruluşunda gösterilir. Sonuç olarak bugün itibariyle TSK'lerinin teşkilatı ve kadrosu Bakanlığın kadrosuna dâhildir. Aksini düşünmek çalışma konumuz düzenlemeyi “prematüre hüküm” kabul etmek demektir.

Bu noktada konumuza ışık tutacak yeni bir düzenlemeye temas edelim: Aşağıda üzerinde durulacak olan 30.06.2017 tarihli ve 7330 sayılı Makine ve Kimya Endüstrisi Anonim Şirketi Hakkında Kanun'un 2/-c nci maddesindeki tanıma göre; “Bakanlık kadro ve kuruluşunda yer alan kurumlar” deyimi, “*Millî Savunma Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatı, Genelkurmay Başkanlığı, Kara Kuvvetleri Komutanlığı, Deniz Kuvvetleri Komutanlığı, Hava Kuvvetleri Komutanlığı, Millî Savunma Üniversitesi, Harita Genel Müdürlüğü ile Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme Başkanlığını*” ifade etmektedir.

Bu çerçevede diğer bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların Bakanlık teşkilat ve kadrosunda olup olmadıklarına açıklık getirilmesi yerinde olacaktır:

(2) Harita Genel Müdürlüğü

4 sayılı CBK m.169/1'e göre; “*Harita Genel Müdürlüğü, Millî Savunma Bakanlığının bağlı kuruluşudur.*” Harita Genel Müdürlüğü (HGM teşkilat ve kadrolarında çok sayıda asker bulunmaktadır. Organizasyon şemasına

⁴⁸ CBK'lardan hareketle düzenlenen bağlı, ilgili ve ilişkili kurum kuruluşları gösteren liste için bkz. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.230-235 ve ayrıca dp.214.

bakıldığında,⁴⁹ Harita Hava Grup Komutanlığı ve Özel Eğitim Merkezi Komutanlığı gibi bağlı birimleri bulunmaktadır. Meselâ 657 sayılı Harita Genel Müdürlüğü İle İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun'a göre (m.8); Harita Genel Müdürlüğüne bağlı Harita Yüksek Teknik Okulu'nda TSK'lerinin ihtiyaç duyduğu harita subayları yetiştirilmektedir. Bakanlıktan ayrı bir tüzel kişiliği bulunmayan HGM'nin merkezi idarenin başkent teşkilatında içinde yer aldığı ve MSB'yle hiyerarşik ilişkisi bulunduğu görülmektedir. Özellikle askeri hizmet gören askeri personele de sahip olduğu dikkate alındığında HGM personelinin MSB'nin kadrosunda bulunduğu kabul edilmelidir. 7330 sayılı Kanun'un yukarıda aktarılan m.2/1-c hükmü de bunu doğrulamaktadır.

(3) Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme Başkanlığı

4 sayılı CBK m.318/1'e göre; (3) Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme (ANT) Başkanlığı, "*Millî Savunma Bakanlığına bağlı ve tüzel kişiliği haizdir.*" 4636 sayılı Millî Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal Ve Nato Pol Tesislerine İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun m.10'da ise; "*Başkanlık hizmetleri, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tâbi Devlet memurları, sözleşmeli personel ve işçiler eliyle yürütülür.*" hükmü bulunmaktadır. Ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip ANT Başkanlığı hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşu olarak bağlı olduğu MSB'nin vesâyet denetimine tâbidir. Yönetim kurulunda muvazzaf asker bulunmakla beraber askeri görevlerin ifasını sağlayacak şekilde akaryakıt tesislerini işletme, depolama, nakliye ve ikmal faaliyetlerini yürütmektedir.

7330 sayılı Kanun'un yukarıda aktarılan m.2/1-c hükmü de dikkate alındığında, mevzuatta özerkliği hususunda özel hüküm bulunmayan ANT başkanlığı personelinin bağlı olduğu Millî Savunma Bakanlığı kadrosunda bulunduğu söylenebilir.

(4) Millî Savunma Üniversitesi

669 sayılı KHK⁵⁰ ile "*Millî Savunma Bakanlığı bünyesinde Millî Savunma Üniversitesi adıyla yeni bir üniversite kurulmuştur.*" Kara, Deniz ve Hava Harp Okulları ile askeri meslek yüksek okulları ve enstitüler Millî

⁴⁹ Bkz. Millî Savunma Bakanlığı Teşkilat Şeması <<https://www.harita.gov.tr/Teşkilatşeması>> Erişim Tarihi 10 Ağustos 2021.

⁵⁰ 31.07.2016 tarihinde yürürlüğe giren 669 sayılı Olağanüstü Hâl Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması ve Millî Savunma Üniversitesi Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname (RG: 27.07.2016-29787), daha sonra 09.11.2016 tarih ve 6756 sayılı Kanun (RG: 24.11.2016-29898) ile değiştirilerek kabul edilmiştir.

Savunma Üniversitesi (MSÜ) çatısı altında toplanmıştır. Her üniversite gibi Milli Savunma Üniversitenin de Anayasa (m.130) gereği kamu tüzel kişiliği bulunmaktadır.⁵¹ MSÜ'nün kadrosunda büyük ölçüde asker kişi statüsünde kamu görevlisi bulunmaktadır. Daha önemlisi asıl çoğunluğunu askeri öğrenciler oluşturmaktadır (20/C hükmü kapsamına alınmayan askeri öğrencilerle ilgili aşağıda ayrıca açıklama yapılacaktır).

Ayrı tüzel kişiliği ve bilimsel özerkliği bulunmakla beraber MSÜ'nün, Kanunda geçen "bünyesinde" ifadesinden anlaşılacağı üzere "bağlı" olmayı ve vesayet denetimini de aşacak şekilde Bakanlığın organik yapısına dâhil edildiği anlaşılmaktadır. 1 sayılı CBK'nin 349/2 nci maddesinde geçen, "*Bakanlık merkez teşkilatındaki kadroların Türk Silahlı Kuvvetlerindeki rütbe karşılığı; (...) Milli Savunma Üniversitesi Rektörü için korgeneral(dır)*" ifadesi de bunu doğrulamaktadır. Bu bakımdan 7330 sayılı Kanun'un yukarıda aktarılan m.2/1-c hükmü de dikkate alındığında, MSÜ'deki kamu görevlilerinin Milli Savunma Bakanlığı kadrosunda olduğu sonucuna varılabilir.

(5) Makine ve Kimya Endüstrisi Anonim Şirketi

Kanuna göre iktisadi ve teknik bir KİT olan Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu (MKEK),⁵² çok yakın bir zaman önce 30.06.2021 tarih ve 7330 sayılı Makine ve Kimya Endüstrisi Anonim Şirketi Hakkında Kanun (RG: 03.07.2021-31550) ile anonim şirkete çevrilmiştir. 7330 sayılı Kanunun 3'üncü maddesine göre, MKE Anonim Şirketi 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa ve özel hukuk hükümlerine tâbi olup ilgili olduğu Bakanlık, Millî Savunma Bakanlığı'dır. Kuruluş Kanunu'nun 2/1 maddesinin (c) bendinde Bakanlığın kadro ve kuruluşundaki kurumlardan sayılmayan şirket (ç) bendinde ayrıca tanımlanmıştır. Şirketin Yönetim Kurulunda 399 sayılı KHK'ya tâbi kamu görevlileri bulunmakla beraber (m.6), Şirket hizmetlerinin gerektirdiği görevler 4857 sayılı İş Kanununa tâbi personel, yâni işçiler eliyle yürütülmektedir (m.7). Bir diğer husus MKEK'nın 233 sayılı KHK'nin EK-A

⁵¹ Burada Milli Savunma Üniversitesi'nin 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun özel bütçeli idarelere ilişkin ek II sayılı cetvelinde yer verilmeyen tek Devlet üniversitesi olduğuna işaret edelim.

⁵² MKEK 08.03.1950 tarih ve 5591 sayılı Kanunla kurulmuştur. Bu Kanun 105 sayılı KHK yürürlükten kaldırıldıktan sonra, MKEK Kurumu KİT'leri tek bir mevzuat altında birleştirmeyi amaçlayan 18.06.1984 tarihli 233 sayılı KHK hükümlerine tâbi kılınmıştır. MKEK, 233 sayılı KHK'ya göre (m.2/2) iktisadi devlet teşekkülü türünden bir KİT olup ilgili bakanlık MSB idi. Nitekim Akyılmaz/Sezginer/Kaya, İdare Hukuku kitabının 2020 tarihli 12'nci baskısında bu duruma işaret etmiştir (bkz s.306, 308). Ancak zuhûl eseri bu kitabın 2021 tarihli 14'üncü baskısında da aynı kayda yer verildiği görülmektedir (bkz. s.229 dp.214).

İktisadi Devlet Teşekkülü listesinden çıkarılmış olmasıdır (7330 SK m.10).

Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu'nun özellikle yönetici durumundaki bir kısım personeli gibi, yeni Şirket'in de yönetim kurulu üyeleri de 399 sayılı KHK çerçevesinde kamu görevlisi sayılabilir. Ancak özel hukuk hükümlerine tâbi olan Şirket esâsen doğrudan askeri hizmet yürütmemektedir. Ayrıca çalışanları işçi olup kamu görevlisi statüsünde değildir. Bu itibarla, ilgilendirildiği MSB'nin teşkilatında ve 233 sayılı KHK'nın KİT'leri gösteren listesinde de yer almayan Şirket'in personelinin, 7330 sayılı Kanun'un m.2/1-c hükmü de dikkate alındığında Bakanlık kadrosunda kamu görevlisi olarak kabulü mümkün gözükmemektedir.

(6) Askeri Fabrika ve Tersane İşletme Anonim Şirketi

12 Ocak 2018 tarihinde 1325 sayılı Askeri Okullar, Askeri Öğrenciler, Askeri Fabrikalar ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun çerçevesinde Milli Savunma Bakanlığı bünyesinde Askeri Fabrika ve Tersane İşletme Anonim Şirketi (ASFAT A.Ş.), 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve özel hukuk hükümlerine tâbidir. Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın Şirket'in sermayesinin tamamı sahip olmasına dayanan oy, yönetim, temsil, denetim gibi hak ve yetkileri Milli Savunma Bakanlığı tarafından kullanılmaktadır ASFAT A.Ş.'de iş mevzuatına tâbi personel istihdam edilir (Ek Madde 12).

Esâsen doğrudan askeri hizmet yürütmeyen Şirket'in yönetim kurulu üyeleri 399 sayılı KHK çerçevesinde kamu görevlisi sayılabilir ise de, tüm çalışanları işçi statüsündedir. Şirket'in MSB dâhil hiçbir kamu idaresine doğrudan bağlı veya ilgili yahut ilişkili olduğuna dair bir hüküm yoktur. Ancak Kanun'a göre oy, yönetim, temsil, denetim gibi hak ve yetkileri Milli Savunma Bakanlığı tarafından kullanılabilir. Şirket 233 sayılı KHK'nın KİT'leri gösteren listesinde de yer almamaktadır. Bütün bu hususlar ve 7330 sayılı Kanun'un m.2/1-c hükmü de dikkate alındığında, Şirket'in personelinin Bakanlık kadrosunda kamu görevlisi olarak kabulü mümkün gözükmemektedir.

2. Bakanlık Teşkilatı Dışındaki Kurum Kadrolarda Çalışma Durumu

Hatırlatmak gerekir ki, 7179 sayılı Askeralma Kanunu kapsamında askerlik hizmetini yerine getiren yedek subaylar ve yedek astsubaylar ile erbaş ve erler, sâdece Türk Silahlı Kuvvetler, dolayısıyla MSB kadrolarında görev yapmamaktadır. Bunların askerlik yükümlülüğünü mevzuat çerçevesinde başka kurumlarda farklı şekilde yerine getirmeleri mümkündür. Örneğin,

yedek subay öğretmen ve er öğretmen olarak Milli Eğitim Bakanlığı; yükümlü erbaş ve erler kolluk personeli olarak Jandarma Genel Komutanlığı (dolayısıyla İçişleri Bakanlığı) kadrolarında çalıştırılabilirler. Bu takdirde kural olarak gördükleri hizmetin askeri hizmet olmadığı söylenebilir. Ancak bunların askerlik yükümlülüğüyle ilgili (örneğin terhis belgesi verilmemesi, askerlik süresinin uzatılması, yedek subay statüsünün er olarak tadili gibi) işlemlerden kaynaklanan uyumsuzluklar askeri hizmete ilişkindir. Buna TSK Disiplin Kanunu çerçevesinde verilen disiplin cezaları ve diğer yaptırımları da ekleyebiliriz. İşte bu gibi durumlarda Bakanlık dışında görevli personel hakkında 20/C maddesi hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı (örneğin disiplin cezasına ilişkin dava dilekçesini âmirine verip veremeyeceği, savaşta iken askerliğini uzatan işlem hakkındaki iptal davasında yürütmenin durdurulması kararı verilip verilemeyeceği) hususunun açıklığa kavuşturulması gerekir.

Maddenin tek cümleden ibâret birinci fıkrası hükmü, sıfat görevi gören “Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında çalışan” ibâresiyle başlamaktadır. Bunu takip eden üç statü terimi (“kamu görevlileri”-“yedek subaylar ve yedek astsubaylar”-“erbaş ve erler”) arasında iki adet “ile” bağlacı kullanılmıştır.⁵³ Bu bakımdan “Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında çalışan” sıfatının yalnızca “kamu görevlileri”ni mi nitelediği, diğer iki statüyü kapsayıp kapsamadığı önemlidir. Zira, buna göre 20/C maddesinin tatbiki için “yedek subaylar ve yedek astsubaylar” ile “erbaş ve erler”in de bakanlık kadrosunda olmalarının gerekip gerekmediği ortaya çıkacaktır.

Biz burada isimleri ve fiilimsileri karşılaştırma bağlacı olan “ile”nin burada sıralama işlevi gördüğünden, “Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında çalışan” ibâresinin sonraki iki ismi sıfat olarak nitelemediği kanaatindeyiz. Bunun sonucu olarak, yedek subaylar ve yedek astsubaylar” ile “erbaş ve erler”in, Bakanlık dışında kalan başka kurumların kadrolarında görevli olması hâlinde, 20/C maddesi hükmü kendilerini ilgilendiren askeri hizmete ilişkin uyumsuzluklara uygulanacaktır. Örnek vermek gerekirse, askerliğini bir köy

⁵³ Bize göre burada “ile” bağlacının birden fazla kullanılması hatalıdır. Üç isim “veya”, “yahut”, “veyahut”, “yada” gibi bağlaçlarla veya ilkinde virgöl, ikincisinde “ve” bağlacı kullanılarak birleştirilebilir. Bu hususta ve “İle” bağlacının iki isim veya fiilimsinin arasında kullanılması, “ve” ile birlikte veya ayrı kullanıldığında anlam ve görev farkı ile diğer hususlarda geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz. Gürkan Gümüşatam, “[ve ~ ile] Biçimbirimlerinin Eş Değerlikleri Üzerine”, 2019, (37), Türkbilgi Dergisi, s.123-137.

Birinci fıkranın tanımlayıcı norm olarak düzenlenmesi konusunda ve örnek tekliflerimiz için dipnot 6’ya ve civarına bakınız.

jandarma karakolunda yapmakta olan yükümlü er, askerlik şubesinin hizmet süresini uzatma işleminin iptaline ilişkin dava dilekçesini karakol komutanına verebilecektir.

C. Madde Hükümünün Kişilerin Statüleri İtibariyle Kapsamı

Madde hükmünde uyumsuzluğun ilgilendirildiği kişi statüleri olarak sâdece kamu görevliliği, yedek subay, yedek astsubay ile erbaş ve er sayılmış ise de, özellikle kamu görevlisi teriminin çok sayıda alt statüyü kapsadığı ortadadır.

1. Kamu Görevlisi Statüsü

a. Kamu Görevlisi Kavramı

Anayasa m.128/1'e göre; *“Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esâslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.”* Burada geçen kamu görevlisi kavramının tanımı ve kapsamı konusunda fikir birliği yoktur. Kamu görevlilerinin, doktrinde ve yargı organlarında genellikle geniş ve dar anlamda olmak üzere iki kategorik tanımı yapılagelmektedir.⁵⁴ Geniş anlamda kamu görevlisi, *“hukukî durumları ve yaptıkları görevin niteliğine bakılmaksızın, kamu kesiminde ve Devletin bütün organlarında görev yapan herkesi”* ifade etmektedir.⁵⁵

⁵⁴ Bu ayırım ve gerekçeleri için bkz. Tan, s.495; Metin Günay, İdare Hukuku, 11.B., İmaj Yayınevi, 2017, s.580; Akylmaz /Sezginer/Kaya, s.663-664; İsmet Giritli/Pertev Bilgen/Tayfun Akgüner/Kahraman Berk, İdare Hukuku, 7.B., Der Yayınları, 2015, s.658; Tayfun Akgüner, İdare Hukuku Dersleri, 2.B., 2017, s.195; Çağlayan, İdare Hukuku, s.494 vd.; Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, 6.Basıya ek tıpkı bası, Turhan Kitabevi, 2019, s.847-848; Mehmet Rauf Karşlı, İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı, Oniki Levha Yayıncılık, 2016, s.4; Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, s.559; Selman Sacit Boz/Abidin Kadir İnce/Gizem Elif Büyükyıldırım/Enis Acar, Kamu Personel Hukuku, Adalet Yayınevi, 2021, s.41 vd.; Yıldırım/Çınarlı, C.I, s.246 vd.; Tan/Bayazıt, s.471; Turan Yıldırım/ Melikşah Yasin/Nur Kaman/Eyüp Özdemir/Gül Üstün/H. Melih Çakır/Özge Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, 8.B., Oniki Levha, 2020, s.261 vd. ; Hasan Nuri Yaşar, İdare Hukuku-Genel Esaslar, 3.B., Der Yayınları, 2016, s.663 vd. En geniş, geniş, dar ve en dar anlamda kamu görevlisi şeklinde dörtlü ayırım için bkz. Gözler, İdare Hukuku, C.II, s.643 vd. Farklı görüşler için bkz. Yayla, s.271 vd.; Ulusoy, s.581 vd.; Sancakdar/Önüt/Us Doğan/Kasapoğlu Turhan/Seyhan, s.391-394, 396-399.

⁵⁵ İstihdam bağı olmasa da kamu adına faaliyette bulunmayı yeterli gören geniş anlamda kamu görevlisi tanımı çok geniş bir yelpazede, Cumhurbaşkanı'ndan askerlik yükümlülerine, kamu sektöründe çalışan işçilerden hâkim ve savcılara, hükümet üyelerinden sözleşmeli kamu çalışanlarına, milletvekillerinden muhtar ve köy ihtiyar heyetine kadar pek çok kişiyi

İdare hukuku uygulamasında, dolayısıyla makale konusu bakımından önemli ve işlevsel olan dar anlamda kamu görevlisi kavramıdır. Pozitif bir dayanak göstermek gerekirse, “Bakanlık kadrolarında çalışan” ifadesinden bu düzenleme bakımından da dar anlamda kamu görevliliğinin esâs alındığı anlaşılmaktadır. Bundan başka, haddizatında geniş anlamda kamu görevlisi kabul edilen askerlik yükümlülerinin fıkra da ayrıca ve özellikle belirtildiği dikkate alındığında da aynı sonuca varılabilir. Anayasa m.128/T'deki unsur ve kıstaslardan hareketle dar anlamda kamu görevlisi kavramının kamu kurum ve kuruluşlarının “genel idare esâslarına” göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği “asli ve sürekli görevleri” yürüten kişileri kapsadığı söylenebilir. Buradaki genel idare esâsları kavramı, kamu hukuk rejimi ve kamusal yönetim usûllerini ifade etmektedir.⁵⁶ Asli ve sürekli olmak personelin değil görevin (daimilik ve geçici olmamak anlamında) niteliğidir. Görevin asli ve sürekli niteliği kadro tahsisıyla gerçekleştiğinden, bundan görevin bir kadroya bağlanmış olması ve kadrolu görevlilerce yürütülmesi anlaşılmalıdır.⁵⁷ Özetle, idare hukuku açısından kamu görevlisi idare hukuku usûl ve esâsları çerçevesinde istihdam edilen personeldir.⁵⁸

kapsamaktadır. Tan, s.495; Günday, İdare Hukuku, s.580; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.665-666; Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, s.659; Akgüner, s.195; Çağlayan, İdare Hukuku, s.494 vd.; Atay, s.847-848; Karşlı, s.4; Ulusoy, s.584; Yıldırım/Çınarlı, C.I, s.247; Mahmut Kaplan, “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı,” 2015, (2), AÜHFD, <https://jurix.com.tr/art_cle/4930> Erişim Tarihi 28 Temmuz 2021, s.4/27. Ayrıca bkz. Sancakdar/Önüt/Us Doğan/Kasapoğlu Turhan/Seyhan, s.394-399. Hâkim görüş tarafından benimsenen dar anlamda kamu görevlisi kategorisi Gözler'in dörtlü tasnifinde genel anlamda kamu görevlisi kategorisine tekabül etmektedir. Karş. Gözler, İdare Hukuku, C.II, s.644.

İdare hukuku bakımından elverişli olmayan bu tanım 5237 sayılı TCK'nun 6/1-c maddesindeki kamu görevlisi tanımıyla örtüştüğü dikkate alındığında ceza hukuku alanında geçerli ve fonksiyondur. Ceza Hukuku bakımından kamu görevlisi kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla veya herhangi bir surette, maddî karşılıklı veya karşılık almadan, sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir. Bkz. Mustafa Avcı, Kamu Görevliliğine Giriş, Yetkin Yayınları, 2009, s.44; Seçkin Yavuzdoğan, Devlet Memurları Kanunu Uyarınca Naklen Atama, 2.B., Adalet Yayınevi, 2016, s.23-24; Ahmet Taşkın, Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku, Seçkin Yayınevi, 2006, s.28-32; Gözler, İdare Hukuku, C.II, s.669; Ulusoy, s.585; Yıldırım/Çınarlı, C.I, s.107-108, 260; Yaşar, s.664..

Nitekim AYM de, ceza hukuku uygulamasında kamu görevlisi sayılan kişilerin (kararda il genel meclisi üyelerinin) idare hukukunda da aynı şekilde kamu görevlisi olarak kabulünün mümkün ve zorunlu olmadığına hükmetmiştir: AYM, 22.06.1988, 1987/18-1988/23, RG: 26.11.1988-20001.

⁵⁶ Tan, s.498; Taner Ayanoglu, “Kamu Personelinin Hukuki Rejimi”, in İl Han ÖZAY, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, 2004, s.997

⁵⁷ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.666; Çağlayan, İdare Hukuku, s.494.

⁵⁸ Buna göre, kamuda çalışıp da siyasi görev yürüten ve işini meslek olarak yapmayan kişi-

b. Kanun Hükmü Kapsamında Milli Savunma Bakanlığı'nda Çalışan Kamu Görevlileri

Kamu görevlilerini 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK)'na tâbi olanlar, askerler (yükümlüler hariç) ve diğer sözleşmeli personel olarak üç grupta ele alabiliriz.

(1) Devlet Memurları Kanunu'na Tâbi Olan Kamu Görevlileri⁵⁹

Bunlar Devlet Memurları ve sözleşmeli personel olmak üzere iki kategoride bulunabilir.⁶⁰

(a) Devlet Memurları Kanunu'na Tâbi Devlet Memurları

MSB kadrolarında kamu görevlisi olarak askerlerden sonra en çok 657 s. DMK m.4/A'ya tâbi Devlet Memurları istihdam edilmektedir. Devlet

lerle, özel hukuk rejimine tâbi olan işçiler kamu kesiminde çalışsa da kamu görevlisi sayılmazlar. Ceza hukuku bakımından geniş anlamda kamu görevlisi kapsamında görülen serbest avukat, tanık, milletvekili, belediye başkanı ve encümen üyesi gibi kişiler ile kamu faaliyetine iştirak eden sözleşmeli personel idare hukuku esâslarına göre (ve dar anlamda) kamu görevlisi kabul edilmezler. Bkz. Avcı, s.44; Yavuzdoğan, s.24; Çağlayan, s.494-495; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.666-667; Atay, s.851; Gözler, İdare Hukuku, C.II, s.644; Yıldırım/Çınarlı, C.I, s.246-247.

⁵⁹ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4'üncü maddesinde, kamu hizmetlerinde çalışan personeli, "memurlar (4/A)", "sözleşmeli personel (4/B)" ve "İşçiler (4/D)" olmak üzere 4'e ayrılmaktadır. Burada sayılmakla beraber, DMK'ı uygulamayan ve özel hukuka tâbi olan işçiler kamu görevlisi değildir. Daha önce "Geçici Personel" statüsünün düzenlendiği C bendi 20.11.2017 tarih ve 696 sayılı KHK ile 4/C hükmü ilga edilmiş ve bu personel sözleşmeli personel kapsamına alınmıştır. Dolayısıyla DMK'ya göre kamu görevlileri, artık sâdece yasal statülü Devlet Memurları ve akdi statülü sözleşmeli personeli ifade etmektedir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Gözler/Kaplan, s.562 vd.; Gözler, İdare Hukuku, C.II, s.666-675; Yıldırım/Çınarlı, C.I, s.262/263; Tan/Bayazıt, s.475 vd. Yıldırım ve diğerleri, s.266 vd. Bununla beraber biz Anayasa m.128'e uygun olarak "memurlar" ve "diğer kamu görevlileri" ayrımını kullanacağız.

DMK'nın kapsamı, yâni uygulanacağı memurlar 1/1'inci maddede kurumları sayılmak suretiyle açıklanmıştır. Ancak atıf yoluyla başka Kurumlardaki personele de tamamen veya kısmen uygulanması mümkündür. Sözleşmeli personel (ve Geçici personel) de –başka bir özel kanuna tâbi değillerse- Kanun kapsamındadırlar (m.1/2).

Özel Kanunlara tâbi birçok kamu görevlisi gibi Subay, astsubay, uzman erbaş ve sözleşmeli erbaş ve erler ile Üniversitelerin öğretim üye ve yardımcıları DMK'nın kapsamı dışında tutulmuştur (m.1/3).

Şunu da ifade edelim ki, DMK'ya tâbi kurumlar, dördüncü maddede yazılı istihdam şekilleri dışında personel çalıştıramazlar (m.5).

⁶⁰ Belirtelim ki, TSK kadrolarında istihdam edilip de asker olmayan bütün personele uygulamada DMK'ya tâbi olsun olmasın "sivil memur" denilmektedir. Bkz. İpek Özkal Sayan/ Erdem Özgür, "Askeri Personel Sisteminde Değişim", 2018, (38), Yasama Dergisi, s.10

memurlarının sâdece Bakanlığın merkez ve taşra teşkilatlarında değil, Genelkurmay Başkanlığı, Kuvvet Komutanlıkları, Milli Savunma Üniversitesi, Harita Genel Müdürlüğü ve ANT Başkanlığında da kadrosu bulunmaktadır.

(b) Sözleşmeli personel

MSB kadrolarında idari hizmet sözleşmesi ile sözleşmeli personel statüsünde kamu görevlisi istihdamı mümkündür. Bunların bir kısmı 657 SK m.4/B'ye tâbidir. DMK'ya tâbi olmayanlara yeri geldiğinde değinilecektir.⁶¹

(2) Askerler (Yükümlüler hariç)

En büyük grubu oluşturan askerlerin statüleri birbirinden farklı ve değişiktir. Bunlar da kamu görevlisi statüsünde olmakla beraber, başta 926 sayılı TSK Personel Kanunu ve TSK İç Hizmet Kanunu olmak üzere değişik ve özel kanunlara tâbidirler. Bunların çoğu Bakanlığın merkezi ve taşra idari birimleri ile TSK teşkilatında ve MSÜ'nde çalışmaktadır.⁶²

(a) Subaylar

TSK İçHK m.3/b-6'ya göre, subay özel kanuna göre Silahlı Kuvvetler'e katılan asteğmeden maresâle (Büyük amirale) kadar rütbeleri taşıyan askerdir. Bunlar kanuni ve daimi statüsü itibariyle diğer kamu görevlisi grubuna dâhildirler. Muvazzaf subaylar, TSK Personel Kanunu ve diğer kanunlara göre, harp okulları ile fakülte ve yüksekokullardan mezuniyet veya yedek subaylıktan, astsubaylıktan ya da sivil kaynaktan geçirilmek suretiyle teğmen rütbesiyle subay naspedilirler. Bunların subay statüsü emeklilik, istifa, çıkarma/ayırma işlemleriyle son bulur.

TSK Personel Kanunu Ek m. 12 ve 4678 sayılı Kanunla Türk Silahlı Kuvvetleri'nde ihtiyaç duyulan sınıflarda istihdam edilmek üzere sözleşmeli kabul edilebilmektedir. Sözleşmeli subaylar akdi statü esasına göre idari hizmet sözleşmesiyle TSK'lerine dâhil olur. Bunların rütbeleri muvazzaf subaylarla aynıdır. Statüleri fesih veya sözleşme yenilememe yahut çıkarma/ayırma sonucu ilişik kesilmek suretiyle sona erer.

Aslında yedek subayların da asteğmen naspedildiklerinde kamu görevlisi

⁶¹ Bu ayırım ve sözleşmeli personel için bkz. Tan, s.499 vd.; Sancakdar/Önüt/Us Doğan/Kasapoğlu Turhan/Seyhan, s.391 vd.; Gözler, İdare Hukuku, C.II, s.670 vd.; Ulusoy, s.615; Çağlayan, İdare Hukuku, s.500; Atay, s.853 vd.; Ayanoğlu, s.1011 vd. ; Yıldırım/Çınarlı, C.I, s.262-264; Yıldırım ve diğerleri, s.266 vd.

⁶² Bkz. Sayan/Özgür, s.8 vd.

statüsüne sahip olduklarından burada gösterilmeleri gerekir.⁶³ Ancak m.20/C hükmünde ismen sayıldıklarından bunlara aşağıda ayrıca temas edilecektir.

(b) Astsubaylar

TSK İçHK m.3/a-3 uyarınca astsubay özel kanununa göre Silahlı Kuvvetlere katılan astsubay astçavuştan astsubay kıdemli başçavuşa kadarki rütbeleri taşıyan askerdir. Bunlar kanuni ve daimi statüsü itibariyle diğer kamu görevlisi grubuna dâhildirler. Muvazzaf astsubaylar, TSK Personel Kanunu ve diğer kanunlara göre, astsubay meslek yüksek ve sınıf okullarından mezuniyet veya uzman erbaşlıktan ya da sivil kaynaktan geçirilmek suretiyle astsubay çavuş rütbesiyle astsubay naspedilirler. Bunların astsubay statüsü emeklilik, istifa, çıkarma/ayırma işlemleriyle son bulur.

Sözleşmeli astsubaylar da TSK Personel Kanunu Ek m. 12 ve 4678 sayılı Kanunla Türk Silahlı Kuvvetleri'nde ihtiyaç duyulan sınıflarda istihdam edilmek üzere kabul edilmektedir. Sözleşmeli astsubaylar akdi statü esasını göre idari hizmet sözleşmesiyle TSK'lerine dâhil olur. Bunların rütbeleri muvazzaf astsubaylarla aynıdır. Statüleri fesih veya sözleşme yenilememe yahut çıkarma/ayırma sonucu ilişik kesilmek suretiyle sona erer.

Aslında yedek astsubaylar da astsubay naspedildiklerinde kamu görevlisi statüsü kazanırlar. Ancak m.20/C hükmünde ismen yer verildiğinden bunlara aşağıda ayrıca değinilecektir.

(c) Uzman Erbaşlar

18.03.1986 tarih ve 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu hükümlerine göre istihdam edilen uzman çavuş ve uzman onbaşlılardır. Uzman erbaşlar akdi statü esasını göre idari hizmet sözleşmesiyle TSK'ya dâhil olur. Bunların rütbeleri muvazzaf astsubaylarla aynıdır. Statüleri fesih veya sözleşme yenilememe yahut çıkarma/ayırma sonucu ilişik kesilmek suretiyle sona erer.

(ç) Sözleşmeli erbaş ve erler

Sözleşmeli erbaş ve erler, 10.3.2011 tarih ve 6191 Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu'na göre (m.3/1), Türk Silahlı Kuvvetlerinin Genelkurmay Başkanlığı'nca lüzum görülen erbaş ve er kadrolarında akdi statü esasını göre idari hizmet sözleşmesiyle istihdam edilirler. Statüleri fesih veya sözleşme yenilememe yahut çıkarma/ayırma sonucu ilişik kesilmek suretiyle sona erer.

⁶³ Kahya, s.76

Sözleşmeli erbaş ve erler, yükümlü erbaş ve erler gibi çavuş, onbaşı ve er rütbesini taşımakla beraber, bunlar idare hukuku açısından (dar anlamda) kamu görevlisi olmak itibarıyla onlardan ayrılırlar.

(3) Diğer Personel

Yukarıda sayılanlar dışında MSB kadrolarında 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'na tâbi öğretim elemanları ve başka tür sözleşmeli personel de çalışmaktadır.

(a) Yükseköğretim Personel Kanunu'na Tâbi Öğretim Elemanları

Askeri yükseköğretim kurumlarında görevli bu öğretim elemanları sivil personeldir. Bunlar esâsen 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'na tâbi olmakla birlikte subaylara benzer bazı özlük haklara da sahiptirler.⁶⁴

(b) Diğer Sözleşmeli Personel⁶⁵

Yukarıda bahsedilen DMK m.4/C'deki sözleşme personel grubu ile TSK'lerindeki sözleşmeli askerlerin dışında da kendi özel mevzuatlarına dayanarak başka sözleşmeli personel istihdamı mümkündür. Bu sözleşmeli personel düzenlemelerinin çoğu KİT'lere veya Cumhurbaşkanlığı gibi başka teşkilatlara ilişkin olduğundan konumuz dışında kalmaktadır. Bununla beraber, MSB kadrolarında şu düzenlemelere veya konulacak özel hükümlere dayanılarak başka sözleşmeli personel statüsünde kamu görevlisi istihdamı mümkündür.⁶⁶ Örneğin, ANT Başkanlığında 4636 sayılı Kanuna göre sözleşmeli personel de istihdam edilebilir. 4 sayılı CBK m.323'e göre de, ANT Başkanlığında "özel bilgi ve ihtisas gerektiren konularda 27/6/1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 26 ncı maddesine göre sözleşmeli personel ile anılan Kanun Hükmünde Kararnamenin 24 üncü maddesine göre müfettiş ve müfettiş yardımcısı çalıştırılabilir." Buradaki sözleşmeli personelin DMK m.4/C'ye tâbi olmadığı anlaşılmaktadır.

⁶⁴ Sayan/Özgür, s.10-11.

⁶⁵ Sözleşmeli personel hakkında bkz. TAN, s.499 vd.; Sancakdar/Önüt/Us Doğan/Kasapoğlu Turhan/Seyhan, s.391 vd. Gözler İdare Hukuku, C.II, s.681-673; Ulusoy, s.615 vd.; Çağlayan, İdare Hukuku, s.499-50; Atay, s.853 vd.; Ayanoğlu, s.1009-1013; Yıldırım/Çınarlı, C.I, s.263-264; Tan/Bayazıt, s.478 vd; Yaşar, s.664.

⁶⁶ Gerek DMK gerek özel kanunlara göre istihdam edilen bütün sözleşmeli personel akdi statüde kamu görevlisi olup idare hukuku rejimine tâbidirler. Bu görüşte, Gözler/Kaplan, s.563, 565; Gözler, İdare Hukuku, C.II, s.681-673; Ulusoy, s.615 vd.; Ayanoğlu, s.1009-1013.

(4) Askeralma Kanunu Kapsamındaki (Yükümlü) Yedek Subay⁶⁷ ve Yedek Astsubaylar

Yedek subaylar, Anayasanın 72'nci maddesinde öngörülen vatan hizmetini ifa etmek ve 7179 sayılı Askeralma Kanunu kapsamında subay ikamesi olarak görev yapmak üzere silahlı altına alınıp yetiştirilen en az dört yıllık yükseköğretim mezunu askerlik yükümlüsü kişilerdir. Bunlar eğitim ve öğretimi müteakip asteğmen rütbesiyle subay naspedilirler (7179 SK m.3/cc, dd, ee, ff).

Yedek astsubaylar ise aynı Kanun kapsamında astsubay ikamesi olarak görev yapmak üzere silahlı altına alınıp yetiştirilen iki veya üç yıl süreli yükseköğretim kurumu mezunu ile istekli dört yıl ve daha fazla süreli yükseköğretim kurumu mezunu askerlik yükümlüsü kişilerdir. Bunlar eğitim ve öğretimi müteakip astsubay astçavuş rütbesiyle astsubay naspedilirler (7179 SK m.3/aa, bb, cc).

Yedek subay ve astsubay adayları eğitim ve öğretim döneminde askeri öğrenci statüsünde iken, subay veya astsubay naspedildikleri tarihten itibaren kamu görevlisi statüsüne geçerler. Askerlik hizmet süreleri bittikten sonra terhis edilirler.

Bundan başka TSK Disiplin Kanunu'nun 13 ve 20'nci maddeleri uyarınca verilen ayırma cezaları üzerine kalan hizmetlerin yükümlü erbaş ve er olarak tamamlamak üzere subaylık veya astsubaylık statüleri sona erer. Yedek subaylar ve yedek astsubayların kamu görevlilikleri terhisleri veya subaylıktan çıkarılmalarıyla son bulur. Özellikle belirtelim ki, 20/C hükmünde ayrıca ve ismen belirtilmemiş olsalardı bile nasıplarından itibaren yedek subayları subay, yedek astsubayları astsubay statüsünde kamu görevlisi addetmek gerekirdi.

Daha önce izah edildiği üzere, 20/C maddesinin tatbiki bakımından yedek subay ve yedek astsubayların MSB kadrolarında istihdamı şart değildir. Başka kurum ve kuruluşlarda istihdam edilseler bile askeri hizmete ilişkin uyumsuzluklar söz konusu olduğunda 20/C maddesi hükmünün uygulanması gerekir.

⁶⁷ Yedek subaylar hakkında geniş bilgi için bkz. Celâl Işıklar, Askerlik Usûlleri, s.19; Kahya, s. 83-84, 76.

(5) Askeralma Kanunu Kapsamındaki (Yükümlü) Erbaş ve Erler⁶⁸

Bu gruba Anayasa'nın 72'nci maddesindeki vatan hizmetini ifa etmek ve bu çerçevede 7179 sayılı Askeralma Kanunu'ndaki (bundan önce de mülga 1111 sayılı Askerlik Kanunu'ndaki) askerlik yükümlülüğünü yerine getirmek üzere silahlaltına alınan erbaş ve erler girmektedir.

(Yükümlü) Er, TSK İçHK m.3/a-1'e göre, ihtiyaçları Devlet tarafından görülen ve sağlanan rütbesiz askerdir. (Yükümlü) Erbaş: TSK İçHK m.3/b-2'e göre, ihtiyaçları Devlet tarafından görülen ve sağlanan onbaşı ve çavuş rütbelerini taşıyan askerdir. Bunlardan erler hiyerarşik olarak TSK'nın en kıdemsiz ve en alt kademesinde; onbaşılar erin üzerinde ve en alttan ikinci kademe; çavuşlar ise onbaşının üzerinde ve üçüncü kademe bulunan asker kişilerdir. Bunların statüleri askerlik hizmet sürelerinin tamamlanmasının ardından terhis edilmekle sona erer.

Yükümlü erbaş ve erler, geniş anlamda ve Türk Ceza Kanunu uygulamasında kamu görevlisi sayılabilirler ise de, idare hukuku bakımından, yâni dar anlamda kamu görevlisi kabul edilemezler.⁶⁹ Bu açıdan Madde metninde açıkça yer verilmeleri isabetli olmuştur.

Daha önce izah edildiği üzere, 20/C maddesinin tatbiki bakımından yükümlü erbaş ve erlerin MSB kadrolarında istihdamı şart değildir. Bunlar TSK dışındaki bir kurum ve kuruluşlarda istihdam edilseler bile askeri hizmete ilişkin uyumsuzluklar söz konusu olduğunda haklarında 20/C maddesi hükmünün uygulanması gerekir.

(6) Madde Hükmü Kapsamına Alınmamış Olan Kişiler: Askeri Öğrenciler

Askeri öğrenciler 20/C maddesi kapsamına alınmamışlardır. Bunların kamu görevlisi addedilemeyeceği malumdur. Bu konudaki görüşümüzü açıklamadan önce askeri öğrenci kavramının izahı yerinde olacaktır: TSK İçHK m.3/b-4'e göre askerî öğrenci; subay, askerî memur veya astsubay yetiştirilmek üzere çeşitli okul ve üniversitelerde okuyan ve resmî bir kıyafet taşıyan öğrencilerdir. Askerî öğrenci statüsü belirtilen eğitim ve öğretim kurumlarına girmekle başlar ve mezuniyet, çıkarılma, ayrılma gibi yollarla

⁶⁸ Askerlik yükümlüsü erbaş ve erler hakkında geniş bilgi için bkz. Işıklar, Türkiye'de Askerlik Usûlleri, s.19.

⁶⁹ Gözler/Kaplan, s.56; Gözler, İdare Hukuku, C.II, s.660; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.669

buralardan ilişik kesilmek suretiyle sona erer.

Maddede belirtilen askerî öğrencilik statüsünü veren kurumlar; harp okulları, harp akademileri vb. diğer Milli Savunma Üniversitesi bünyesindeki fakülte ve yüksekokulları ile MSB adına okunan fakülte ve yüksekokullardır. Bunlara çeşitli sınıf okulları ve eğitim merkezi komutanlıklarını da dâhil etmek gerekir. 4678 sayılı Kanun'a göre sözleşmeli subay ve astsubay yapılmak üzere çeşitli okul ve kurumlara alınan adaylar da adaylık statüsü boyunca askerî öğrenci kabul edilirler. TSK Personel Kanunu'na göre TSK'ya alınan subay adayları (hukuk sınıfı dâhil), subay naspedilmeden önceki eğitimleri boyunca askerî öğrenci durumundadırlar. 7179 sayılı Kanun'a tâbi olarak silahlaltına alınan yükümlüler de yedek subay veya yedek astsubay naspedilmeden önce askerî okullarda ve eğitim merkezlerinde geçen adaylıkları boyunca asker öğrenci kabul edilirler.⁷⁰

Görüldüğü üzere, askeri öğrenciler kendilerini ilgilendiren çok sayıda askeri hizmete ilişkin işlem ve eyleme muhatap olma potansiyeline sahiptir. Açıkçası Bakanlık'taki bir Devlet memuruna veya Milli Savunma Üniversitesi'ndeki bir sivil öğretim üyesine göre üniforma taşıyan askeri öğrencinin kapsam dışı bırakılmasının sebebini anlamak zordur. Askerî öğrencilerin 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu'nun 14/3'üncü ve Evrensel Posta Hizmetleri Yönetmeliği'nin 6/3'üncü madde hükümlerine göre yükümlü erbaş ve erler gibi ile posta ücretinden muaf tutulması karşısında, Kanun Koyucu'nun burada aynı hassasiyeti göstermeme sebebi meçhuldür. Üstelik bunların çoğunlukla kısmen tecrit edilmiş bir şekilde yatılı veya "kışlabent" olarak eğitim-öğretim gördükleri göz önünde bulundurulursa, mahkemeye erişim hakkı bakımından evleviyetle kanun hükmü kapsamına alınmaları icap ederdi. Mülga 1602 sayılı Kanun'un 20/2'nci maddesinde tanımlanan asker kişi kavramı içinde yer alan askeri öğrencilerin mutlaka madde kapsamına dâhil edilmeleri gerekir.⁷¹

IV. İYUK 20/C MADDESİNİN DİĞER FIKRALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Maddenin İkinci Fıkrasındaki Dilekçeye Sicil, Sınıf ve Rütbe Bilgilerinin Eklenmesi Konusu

⁷⁰ Bkz. Kahya, s.79-81

⁷¹ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, hataen madde hükmü kapsamına giren personel arasında askeri öğrencileri de saymaktadır. Bkz. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, s.128.

1. Fıkranın Kapsamına İlişkin Değerlendirme

Dava dilekçelerinde bulunması gereken davacıya ilişkin bilgiler İYUK'un "İdari davaların açılması" başlıklı 3'üncü maddesinde gösterilmiştir. Bununla beraber m. 20/C kapsamındaki dava dilekçelerinde davacıların sicilleri ile varsa sınıf ve rütbelerinin de yazılması gerekmektedir (m.20/C, 2).⁷²

Maddenin gerekçesinde bu hükmün askeri hizmetin niteliği göz önünde tutularak sevk edildiği açıkça ifade edilmektedir.⁷³ Askeri hizmetin nitelikleri dikkate alındığında, uyuşmazlıkların esasının çözümünde yararlı ve gerekli olan bu bilgilerin dilekçeye yazılmasının zorunlu kılınması isabetli olmuştur. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu kural sâdece askerleri kapsamamaktadır. Mevcut pozitif hukukumuzda artık bazı sivil yöneticilerin kadrolarının TSK'daki belli bir rütbeye tekabül ettiği de dikkate alındığında, dava dilekçelerinde, sivil kamu görevlilerinin de sicilinin, varsa sınıf ve rütbelerinin gösterilmesi gerekmektedir. Böylece MSB kadrolarında çalışan bir asker veya sivil kamu görevlisinin söz gelimi emir veya ceza vermeye yetkili olup olmadığı kolaylıkla görülebilecektir.

2. Fıkranın Düzenleniş Şeklinin ve Tekniğinin Eleştirisi

Fıkra hükmü hukuka uygun ve yerinde ise de, biz böyle bir kuralın yerinin hem kanun yapma tekniği açısından, hem de işlev ve yararlılık bakımından burası olmadığını düşünüyoruz. Öncelikle (Maddenin uygulanacağı uyuşmazlıklara ilişkin İYUK'un 2'nci maddesine tanımlayıcı norm konulmuş olması ihtirazi kaydıyla) bu kaydın asıl yerinde, yâni dava dilekçesini düzenleyen İYUK'un 3'üncü maddesinin ikinci fıkrasında gösterilmesi daha uygun olur. Şöyle ki, ikinci fıkranın (a) bendine "kimlik numarası" ibâresinden sonra gelmek üzere "Askeri uyuşmazlık kapsamındaki kişilerin sicili, varsa sınıf ve rütbeleri" eklenebilir.⁷⁴

Böyle bir düzenleme hâlinde, şekil ve içeriğe ilişkin bilgiler derli toplu ve bir arada olduğu için davacıların dava dilekçesini yazması daha kolay ve pratik olacağı gibi hataların önünü geçilecektir.

⁷² Akyılmaz/Sezginer/Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, s.127-128; Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınevi, 13.B., 2021. s.250; Ender Ethem Atay, İdari Yargılama Hukuku, 1.B., Seçkin Yayınevi, 2021, s.396 vd.; Tan/Bayazıt, s.973. AYİM'de açılacak dava dilekçelerinde de sicil hariç aynı bilgilerin bulunması gerekirdi (Mülga AYİM m.36/1-a); bkz. Anadolu, s.62

⁷³ Bkz. Hükümet Gerekçesi, TBMM, YD:27, YY:4, SS:268.

⁷⁴ Bu hususta yukarıda dipnot 6'ya ve civarına bkz.

B. Maddenin Üçüncü Fıkrasındaki Dilekçe ve Diğer Belgelerin En Yakın Âmirlere Verilebilmesi

20/C maddesinin üçüncü fıkrası hükmüne göre, Kanunda belirtilen uyuşmazlıklarla ilgili davalarda, Dilekçeler ile davalara ilişkin her türlü evrak İYUK'un 4'üncü maddesinde belirtilen yerlere ilâveten ilgili idari yargı merciine gönderilmek üzere en yakın âmirlere verilebilir.⁷⁵

1. Fıkranın Kapsamına İlişkin Değerlendirme

Askeri hizmetin niteliği dikkate alındığında, böyle bir düzenlemenin mahkemeye erişim yolunu kolaylaştırması açısından gâyet yerinde ve usûl ekonomisine uygun olduğu tartışmasızdır.⁷⁶ Nitekim aynı hüküm mülga 1602 sayılı AYİM Kanunu'nun "Dilekçelerin verilebileceği diğer yerler" başlıklı 37'nci maddesinde de vardı.⁷⁷ Kabul etmek gerekir ki, yerleşim yerinden uzak kışlalarda veya arazide ve hatta sınır dışında bulunan birliklerde bulunan personelin dava dilekçelerini verebileceği mahkeme bulunmadığından dava açma sürelerini kaçırmaması, böylece hak kaybına uğramaları söz konusu olabilir.

Biz bu noktada daha geniş bir açıdan bakarak, sâdece maddede sayılanları ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin uyuşmazlıklarla ilgili değil, böyle olsun olmasın tüm idari yargıyla ilgili dava dilekçelerinin ve evrakının isteğe bağlı olarak en yakın âmirlere verilebilmesinin sağlanmasının gerektiğini düşünüyoruz. Zira, bir kere askeri hizmete ilişkin uyuşmazlıklara ilişkin dava dilekçelerinin mahkemeye iletilmesindeki maddi ve fiziki zorluk, diğer idari uyuşmazlıklar için de söz konusudur. İkincisi, gerek âmirler gerek yargı mercileri askeri hizmete ilişkinliği tâyindeki güçlükten dolayı, dava dilekçelerinin 20/C kapsamında olup olmadığı hususunda tereddüte düşebilir. Bu da, dilekçelerin ilgili mahkemeye zamanında ulaştırılmaması sebebiyle hak kaybına yol açabilir. Bu bakımdan uyuşmazlıklar arasında ayırım yapmanın mantığı da, izahı da bulunmamaktadır.

⁷⁵ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, s.129 vd.; Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s.259-260; Atay, İdari Yargılama Hukuku, s.396 vd.; Tan/Bayazıt, s.976.

⁷⁶ Kaplan, mülga AYİMK. m.37'deki dilekçelerin en yakın âmirlere verilebilmesine ilişkin düzenlemenin, asker kişilerin çalışma düzeni, disiplini, özelliği ve gerekleriyle açıklanabileceğini, asker kişilerin görev yerlerini terk etmekteki güçlük ve sakıncalar dikkate alınarak en yakın âmirlerine dilekçe verebilme imkânının tanındığını belirtmektedir. Gürsel Kaplan, "İdari Yargıda Dilekçelerin ve Diğer Belgelerin Verilebileceği Yerler", 2004, (270), Vergi Dünyası, s. 147-154.

⁷⁷ Bkz. mülga AYİMK m.37; Anadolu, s.63.

Üçüncü fıkrada atıf yapılan İYUK'un 4'üncü maddesine göre, "*Dilekçeler ve savunmalar ile davalara ilişkin her türlü evrak, Danıştay veya ait olduğu mahkeme başkanlıklarına veya bunlara gönderilmek üzere idare veya vergi mahkemesi başkanlıklarına idare veya vergi mahkemesi bulunmayan yerlerde büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde kalıp kalmadığına bakılmaksızın asliye hukuk hakimliklerine veya yabancı memleketlerde Türk konsolosluklarına verilebilir*".⁷⁸ Bu yerlere ilâve yapan fıkra hükmünün muhtevasına gelince, aynı esasların mülga 1602 sayılı Kanunun 37'inci maddesi hükmüne paralel olduğu görülmektedir. Burada "en yakın amirler" kavramı fiziken en yakın değil, hiyerarşik silsilede ilgilinin hemen üstündeki derecede yer alan sıralı âmirleri kastetmektedir.⁷⁹ Keza "en yakın âmirlere" ifadesini "ilk âmire" veya "amirlere" ifadelerine göre daha kullanışlı ve isabetli bulduğumuzu kaydedelim. Bu konuda subjektif ve objektif sebepler gösterebiliriz. Söz gelimi, her

⁷⁸ Dilekçelerin verildiği yerler ile ilgili bkz. Kaplan, s. 147-154; N. Münci Çakmak, "İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 4. Maddesi ve Dilekçelerin Kayda Giriş Tarihi," 2009, (80), TBBD, s.149 vd.; Candan, s.265 vd.; Tan, s.1066 vd.; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, s.128-129; Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s.258-260; Zehreddin Aslan vd., Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 2.B., Seçkin Yayınevi, 2020, s.110 vd.; Halil Kalabalık, İdari Yargılama Usulü Hukuku, 15.B., Seçkin Yayınevi, 2021, s.342; Ramazan Yıldırım/Serkan Çınarlı, C.III, İdari Yargılama Hukuku Dersleri, 3.B., Adalet Yayınevi, 2021, s.194; Tan/Bayazıt, s.976 vd.; Halil Kalabalık, İdari Yargılama Usulü Hukuku, 15.B., Seçkin Yayınevi, 2021, s.342-343.

⁷⁹ İdare hukukumuzda sâdece askerî mevzuatta "âmir" teriminin yasal tanımına yer verildiği görülmektedir. 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu (m.9) ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'na (m.13/2) göre, "*Amir: Makam ve memuriyet itibarıyla emretmek salâhiyetini haiz kimsedir.*" ve rütbe veya kıdem büyüklüğünü gösteren üst tabirinden farklıdır. 6413 sayılı. TSK Disiplin Kanunu'na göre ise (m3/1-a), "*Amir: Kadro ve kuruluş yönünden bağlı olunan kimse ile amir olarak yetkilendirilmiş olan diğer kişileri*" ifade etmektedir.

Doktrinde âmir kavramı genellikle hiyerarşi konusu bağlamında açıklanmaktadır (Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.I, 3.B, Hak Kitabevi, s.598 vd.; Günday, İdare Hukuku, s.71; Atay, s.163 vd.). İstisnai olarak Gözler, idari teşkilat içindeki hiyerarşik sıralanmış birbirine tâbi basamaklarda "üst derecedeki makamı işgal eden kişiye 'âmir' (...) denir" (Gözler, İdare Hukuku, C.I, s.248) ve Atay "idari makam ya da kamu görevlisi ve memurlar üzerinde bu (=hiyerarşik) anlamda yetki kullanan makam veya kişiye 'hiyerarşik üst/âmir' denilir" (Atay, s.171) şeklinde birer tanım vermektedir.

Konumuzu ilgilendiren "en yakın âmir" kavramına daha önce 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun dava, şikâyet ve müracaat hakkına ilişkin m.21/2 hükmünde yer verilmiş ise de mevzuat ve literatürde bir tanımına rastlanmamaktadır. Ancak madde hükmünde geçen "silsile yolu" ifadesi dikkate alındığında "en yakın âmirin" üst derecedeki ilk hiyerarşik âmiri kastettiği açıktır (Bkz Atay, s.170; Boz/İnce/Büyükyıldırım/Acar, s.288 vd.; Tan/Bayazıt, s.504). Buradan hareketle İYUK m.20/C'nin üçüncü fıkrasındaki "en yakın amirler" kavramını, "idarenin hiyerarşi silsilesinde bir kamu görevlisine göre ilk ve sıralı üst derecedeki makamlara sahip emretme yetkisini haiz kişiler" yada kısaca "astın ilk ve üstündeki hiyerarşik amirleri" olarak tanımlayabiliriz.

şeyden önce dilekçe sahibinin davası ilk ve/veya sıralı âmirlerin bir işlem veya eylemine, örneğin verdiği sicil notunun iptaline veya verdiği zararın tazminine ilişkin olabilir. Bu takdirde başvuran haklı olarak dilekçesini başka bir âmire vermek isteyebilir. Bu örnekte başvuranın gerekçesi sübjektiftir. Diğer taraftan birçok hâlde ilk âmir görevi itibarıyla dilekçe ve evrak teatisi yapmaya yetkili ve muktedir makamda bulunmayabilir. Objektif duruma örnek vermek gerekirse, askerlik süresinin uzatılması işlemini iptalini talep edecek manga komutanı bir çavuş ilk âmiri olan, fakat yazışma yetkisi bulunmayan takım komutanındansa dilekçesini bölük komutanına vermeyi tercih edebilir. Yine ilk amirin o sırada görev yaptığı yer diğer sıralı amirlerinkine göre fiziken daha uzak ve ulaşılması güç olabilir.

En yakın âmirlerin sayısı ve hiyerarşik yeri dilekçe sahibinin konumuna ve uyumsuzluğa göre değişebilir. Bu, dilekçe verenin keyfi davranabilmesi ve kendine göre güven duyduğu her seviyedeki âmire başvurabilmesi anlamına gelmez. Takım komutanı bir üstteğmenin dilekçesini aynı garnizonda olsa bile ordu komutanına teslim etmesi, hem “en yakın âmirler” kavramı ile bağdaşmaz, hem de askeri hiyerarşi, terbiye ve protokol kurallarına ters düşer. Bununla birlikte, ne kadar uzak olursa olsun, böyle bir dava dilekçesini alan yüksek seviyedeki âmirin hak kaybına yol açmamak için dilekçenin ilgili yargı merciine gönderilmesini sağlaması gerekir. Bu takdirde de dilekçe ve diğer evrakın uzak âmire verildiği tarih dava açma tarihi olarak kabul edilmelidir.

Dilekçeyi alan âmir öncelikle davacıya kayıt tarih ve sayısını gösteren imzalı ve mühürlü, pulsuz bir alındı kağıdı vermelidir (İYUK m.6/2). Bunu müteakip amir aldığı dava dilekçesini hitap kısmında yazılı yargı merciine göndermelidir. Sözün gelişi, başlığında hitaben “İstanbul İdare Mahkemesi Başkanlığına gönderilmek üzere” yazılmış dilekçeyi, yetki/görevli merci yanlılığı açık olsa bile, “Ankara Danıştay veya İdare Mahkemesi Başkanlığına” gönderemez. Ancak, adres yanlılığı veya böyle bir yargı yerinin bulunmaması gibi açık ve bariz maddi hataları hariç tutmak gerekir.

Diğer bir husus, dava dilekçesinin en yakın âmire verilmesi hâlinde yargılama masraflarının akıbetidir. Normal şartlarda davacının dilekçesiyle birlikte yargılama giderlerinin makbuz, pul gibi belgelerini de vermesi gerekir. Ancak bu lâzimeyi yerine getirmemesi hâlinde âmir ilgiliyi uyarabilir ise de zorlayamaz; verilen dilekçeyi harç ve/veya posta belgeleri olmasa da ilgili yargı merciine göndermek zorundadır. Yargılama giderlerine âmirin ilgili yargı merciine göndermek için yaptığı posta giderleri de dâhildir. Davacının vermemesi hâlinde sevk gideri -ilerde yargı yerinin kararıyla talep ve mahsup

edilmek üzere- idarenin resmi bütçe ve posta kaleminden karşılanmalıdır.⁸⁰

Bununla beraber, iki istisnai hâlde yargılama giderlerine ilişkin belgelerin dilekçeyle birlikte ibrazı gerekmez. Bunların ilki davacının statüsü ne olursa olsun adli yardım talep etmesi hâlidir. Bu takdirde dava dilekçesini sevk masrafı yine idarenin kendi posta kaynağından karşılanır. İkinci istisna ise, askerlik hizmetinin özelliği gereği askeri öğrenciler ile yükümlü erbaş ve erlere tanınan muafiyetlerden kaynaklanmaktadır. Bu durumu harç ve posta giderleri bakımından ayrı ayrı inceleyelim. 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu'nun 14/3'üncü ve Evrensel Posta Hizmetleri Yönetmeliği'nin 6/3'üncü madde hükümlerine göre, askerî öğrenciler ile (sözleşmeli erbaş ve erler ile uzman erbaşlar hariç) erbaş ve erlerin 100 grama kadar ağırlıktaki gönderileri, özel hizmet ücretleri hariç, posta ücretinden muaftır. Burada, mektup ve karpostal gibi klasik posta araçları dikkate alınarak gönderinin belli bir ağırlığı aşmaması şart koşulmuş ise de, sonradan getirilen m.20/C'nin ikinci fıkra hükmünü karşısında yargılama evrakının posta ücretinin tahakkukunda esnek davranmak yerinde olur. Yargılama harçlarına gelince, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun istisna ve muafiyetlere ilişkin ikinci bölümünün "Harçtan muaf olanlar" başlıklı 14'üncü maddesinde, "*Erler ve ihtiyaçları Devlet tarafından deruhde ve temin olunan onbaşı ve çavuşlar adliye işlemlerinden ötürü harçtan muaftırlar.*" hükmü mevcuttur. Buna göre yükümlü statüsündeki erbaş ve erler davalar dahil her türlü adliye işlemine ilişkin harçtan muaftır.⁸¹ Burada, posta mevzuatına paralel olarak askeri öğrencilerin de kapsama alınmasının yerinde olacağı söylenebilir.

Son olarak, dava dilekçesi, savunmalar ve diğer dilekçelerin İYUK m.4'de sayılan yerlere verildiği tarih, görevli ve yetkili idarî yargı merciine verildiği tarih olarak kabul edildiğinden,⁸² en yakın âmire verilmesinin de aynı etki ve sonucu sağlayacağını altını çizelim. Bu bakımdan, dava açma süresi ile (savunma, temyiz vb.) diğer süreler dava dilekçelerinin ve diğer dava evrakının en yakın âmire verilmesiyle de kesilecektir.⁸³

⁸⁰ İdari yargıda harçlar ve diğer yargılama giderleri için bkz. Candan, s.290 vd., 781 vd.

⁸¹ Candan, s.309, 310.

⁸² Onar, C.III, s.1967-1968; Candan, s.266; Çakmak, s.149; Tan, s.1067; Aslan, s.110-111; Atay, İdari Yargılama Hukuku, s.396 vd.; s.128-129; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, s.128; Çağlayan, İdari Yargılama hukuku, s.258; Kalabalık, s.342; Tan/Bayazıt, s.977-978.

⁸³ Onar, C.III, s.1967-1968; Candan, s.267; Kaplan, s.147; Tan, 1077; Aslan; s.110-111; Çağlayan, İdari Yargılama hukuku, s.267; Kalabalık, s.353.

2. Fıkranın Düzenleniş Şeklinin ve Tekniğinin Eleştirisi

Bize göre, bu düzenlemenin konusu kural da İYUK'un "Dilekçelerin verileceği yerler" başlıklı 4'üncü maddesi hükmüne yerleştirilebilirdi. Bu konuda yukarıda sözünü ettiğimiz bakış açısına göre birbirine alternatif iki teklif sunabiliriz. İlk teklifimiz mevcut duruma göre 4'üncü madde metninin sonundaki "Türk Konsolosluklarına" kelimesinden sonra gelmek üzere, "veya askeri uyuşmazlık kapsamındaki kişiler tarafından en yakın âmirlere" ibaresi eklenmesidir. İkincisi ise yukarıdaki yaklaşımımızın kabulü doğrultusunda aynı yere "veya MSB kadrolarında çalışanlar tarafından en yakın âmirler" ibaresinin konulmasıdır

Düzenlemenin bu hâlinin isabetsizliliğini İYUK'daki dilekçelerle ilgili iki pozitif kurala dayanarak da gösterebiliriz. Şöyle ki, İYUK'un "Dilekçeler üzerine uygulanacak işlem" başlıklı 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrası gereği, "4 ncü maddede yazılı diğer yerlere verilen dilekçeler, en geç üç gün içinde Danıştay veya ait olduğu mahkeme başkanlığına taahhütlü olarak gönderil"melidir. Keza aynı maddenin 6'ncı fıkrasına göre de, "4 ve 5 inci fıkralardaki tebligat re'sen genel bütçeden yapılır." Bu hükümlere bakılırsa m.20/C-1'e göre en yakın âmire verilen dava dilekçe ve evrakı bu iki kayıttan muaf gibidir. Bunun sonucu olarak, dilekçeyi alan âmirin ihmal veya suistimale başvuruları geciktirmesi ve/veya harç ve posta ücreti eksikliği hâlinde tebligatın kaçınması gibi durumlar söz konusu olabilecektir.

Bize göre, mevcut düzenleme şekli bu hususta hukuki bir boşluğa sebebiyet vermiştir. Ancak m.20/C'nin Üçüncü fıkra hükmünde "İYUK'nun 4'üncü maddesinde belirtilen yerlere ilâveten" ibaresi bulunduğundan bu bilinçsiz boşluk kıyasen 6'ncı maddenin üçüncü fıkrası ile altıncı fıkra hükümleri uygulanmakla doldurulabilir. Bu yaklaşımla, 6'ncı maddenin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesine kıyasen dilekçe ve diğer evrakı alan âmirin kurumunda "harç pulları bulunmadığı takdirde bunlara karşılık alınan paraların miktarı ve alındı kağıdının tarih ve sayısı dilekçelere yazılır." Bunun gibi, harç ve posta ücreti noksanlığının giderilmesi hususunda davacıya yapılan tebligatlar re'sen genel bütçeden yapılır.

C. Maddenin Dördüncü ve Beşinci Fıkralarındaki Bazı Hâllerde Yürütmenin Durdurulmasına Karar Verilememesi Yasağı

20/C maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne göre, Kanun'da belirtilen uyuşmazlıklarla ilgili davalarda savaş hâli söz konusu ise yürütmenin durdurulmasına karar verilemez. Takip eden beşinci fıkrasına

göre de, olağanüstü hâller sebebiyle alınan tedbirlerin uygulanmasında görevlendirilenlerin naklen atanmalarına ilişkin iptal davalarında, yürütmenin durdurulmasına karar verilemez.⁸⁴

1. Fıkraların Kapsamına İlişkin Değerlendirme

Bu hükümlerin mülga 1602 sayılı Kanun'un "yürütmenin durdurulması" başlıklı 62'nci maddesinin sırasıyla üçüncü ve beşinci fıkralarından aynen ve kelimesi kelimesine iktibas edildiği görülmektedir.⁸⁵ Daha da ötesi, bu düzenlemelerin aynısı İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 27'nci maddesinin ilk hâlinde de mevcut iken sonradan ilga edilmiştir.⁸⁶ Bu ilganın gerekçesi, konunun özel kanunlarda düzenlenmiş olması karşısında artık kanun tekniği bakımından İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda bu hükümlere gerek görülmemesi olarak açıklanmaktadır.⁸⁷ Hükümetin madde gerekçesine de bakıldığında bu usûlî istisnai hükümlerin askeri hizmetin niteliği dikkate alınarak İYUK'a konulduğu anlaşılmaktadır. Esâsen Anayasa'nın 125'inci maddesinin altıncı fıkrasında, kanunla olağanüstü hâllerde, seferberlik ve savaş hâlinde yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin sınırlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Kabul etmek gerekir ki, savaş gibi olağan dışı bir durumda askeri hizmet öncelikli hâl alacağından yürütmenin durdurulması hususunda böyle bir sınırlama konması gerçekçi ve maslahata uygundur. Hatta bizce seferberlik hâli de kapsama dâhil edilmeli idi.

Olağanüstü hâllere ilişkin kısıtlamaya gelince, önce buradaki "olağanüstü hâl" ibâresinin günlük dildeki sıra dışı olayları değil, Anayasa'nın 119'uncu ve 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu çerçevesinde uygulamaya konan hukuki rejimi ifade ettiğinin altını çizelim.⁸⁸ Naklen atamanın, olağanüstü

⁸⁴ Bkz. Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, s.407; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, s.438-439; Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s.203-204; Atay, İdari Yargılama Hukuku, s.311.

⁸⁵ Bu hususta bkz. Adil Bucaktepe/F. Ebru Gündüz, "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu ve İdari Yargılama Usûlü Kanunu'na Göre Yürütmenin Durdurulması," 2015, 20(33), DÜHFD, s. 115-116; Anadolu, s.68 vd.

⁸⁶ Bu kısıtlamaları içeren 27'nci maddenin 9 ve 10'uncu fıkra hükümleri 1994 yılında 4001 sayılı Kanunla metinden çıkarılması konusunda bkz. Bu Bucaktepe/Gündüz, s.115; Müzeyyen Eroğlu Durkal, "İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. Maddesi Kapsamında Yürütmenin Durdurulması Kararlarında Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi," 2006 (65 (2), AÜHFD, s. 295 vd.; Gözler, C.II, s.538. Ayrıca bkz. Gözübüyük, s.450; Tan, s.1080.

⁸⁷ Durkal, s.296.

⁸⁸ Nitekim bu hükmün alındığı mülga 1602 SK m.62/5 hükmünden önceki dördüncü fıkrasında (artık hukuk sistemimizde yeri olmayan) sıkıyönetim ile ilgili bir yasağın bulunması bunu

hâller sebebiyle 2935 sayılı Kanun'un 5 ilâ 12'nci maddelerinde öngörülen tedbirlerin uygulanmasına yönelik görevlendirilme kapsamında yapılması şarttır. Naklen atama, kısaca bir kamu görevlisinin bulunduğu yerden başka bir göreve atanması veya coğrafi olarak yer değişikliği yapılmamakla birlikte görev unvanında ya da sınıfında değişiklik yapılması demektir.⁸⁹ Yasak naklen atamaya benzer bir kurum olan geçici görevlendirmeyi de⁹⁰ kapsamaktadır.

2. Fıkraların Düzenleniş Şeklinin ve Tekniğinin Eleştirisi

Bize göre dördüncü ve beşinci fıkralarda öngörülen yasağın, İYUK'un "Yürütmenin durdurulması"nı düzenleyen 27'nci maddesine ayrı bir fıkra hükmü şeklinde eklenmesi veya aynı maddenin ikinci fıkrasının sonuna bir cümle olarak konulması Kanun'un sistematigi ve pratiği açısından daha uygun olurdu.

Ç. Maddenin Altıncı Fıkrasındaki Yüksek Askerî Şûra'nın Bazı İşlemlerine İlişkin Yargı Denetimi Yasağı

20/C maddesinin altıncı fıkrası hükmüne göre, "*Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır.*"

1. Fıkranın Düzenleniş Şeklinin ve Tekniğinin Eleştirisi

Bu düzenleme aslında Anayasa'nın 125'inci maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün aynen tekrarından başka bir şey değildir.⁹¹ Bundan başka, hüküm mülga 1602 sayılı Kanun'un "İdari davalar ve yargı yetkisinin sınırı" başlıklı 21'inci maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinden⁹² bazı ibâreler çıkarılmak suretiyle iktibas edilmiş gibi gözükmektedir.

Öncelikle Anayasa m.125/2'deki hükmün ayrıca ve tekraren kanun

göstermektedir. Bucaktepe/Gündüz, s.115.

⁸⁹ Bkz. Yavuzdoğan, s.49

⁹⁰ Yavuzdoğan, s.51 vd.

⁹¹ Anayasa m.125/2'de öngörülen bu yasama kısıntısı için bkz. Musa Yıldırım Kaya, Türk Hukukunda Yasama Kısıntısı, BÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018, s.57 vd.

⁹² Mülga hüküm şöyle idi (alıntı yapılan kısımlar italikle gösterilmiştir): "Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemler, Yüksek Askerî Şûranın kararları ile disiplinsizlik nedeniyle verilen disiplin cezaları ve diğer idari yaptırımlar yargı denetimi dışındadır. Ancak; *Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararına* ve askeri disiplin ile ilgili kanunlarda yargıya açık olduğu belirtilmiş olan disiplin cezalarına *karşı yargı yolu açıktır.*"

maddesi hâline getirilmesinin gereği olmadığını belirtelim. Diğer taraftan bu hüküm m.20/C'nin Birinci fıkrasındaki "(K)'leri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklar" bağlamında serdedilmiş ise de esâs itibariyle bundan bağımsız olup tek başına da aynı anlam ve kapsamı ifade ettiği görülmektedir. Nitekim bu yüzdendir ki Anayasa m.125/6'da belli bir bağlama iliştilirmeksizin ve verili duruma atıfta bulunulmaksızın müstakilen hüküm altına alınmıştır. Biz esasen 20/C maddesinde yer verilmesini gereksiz ve hatta hatalı bulduğumuz bu yargı denetimi yasağı içeren hükmün, İYUK'un "İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı" başlıklı 2'nci maddeye (yine yargı denetim yasağı içeren 02.07.2018 tarihli ve 703 sayılı KHK m.185 ile ilga edilen) üçüncü fıkra şeklinde aynen ve doğrudan eklenmesinin yeterli olduğu kanaatindeyiz.

2. Fıkranın Kapsamının ve Anayasa Hükmü Karşısındaki Durumunun Değerlendirilmesi

Madde hükmünün yasalaşması sürecinde gerek Komisyon gerek Genel Kurul görüşmelerinde öngörülen yasağın demokratik hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmadığı, hatta Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bize göre, yukarıda değinilen Anayasa'nın 125'inci maddesinin ikinci fıkrası hükmü karşısında, idarenin her türlü işlem ve eyleme karşı yargı yolunun açık olduğu kuralına aykırılık iddiası yerinde değildir. Bununla beraber Anayasalarımızda uzun süredir yer alan bu yasama kısıntısının askeri kültür, gelenek ve yaşanan deneyimlere uygun olduğu değerlendirilebilir ise de, gerek hukuk devleti ide ve ilkesi açısından, gerekse yargı yerlerinin denetiminin zaten hukuka uygunlukla sınırlı olmasından dolayı savunulması zordur.⁹³ Bu durum yasağın son hâli için de geçerlidir.⁹⁴

Diğer taraftan fıkra hükmünü Anayasa'da öngörülmüş olan aynı

⁹³ Bu görüşte, Metin Günay, "1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Danıştay Yayını, 1991, s.141; Gözübüyük, s.29-30; Tan: s.639; Yayla, s.416-417; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.115; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, s.56-57; Gözler/Kaplan, s.66; Gözler, İdare Hukuku, C.I, s.139 vd.; Yıldırım/Çınarlı, C.I, s.127-128; Tan/Bayazıt, s.623; Kalabalık, s.126-128.

⁹⁴ Aynı şekilde terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle ilişik kesme bakımından ileri sürülen bir görüşe göre, "yargısal denetimin sadece hukuka uygunluk denetimine ilişkin olduğu, yerindelik denetimini kapsamadığı, idarenin takdir yetkisini kaldıramayacağı da göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu yasama kısıntısı anlamını yitirmektedir. Nitekim aynı değişikliklerle hem yerindelik denetimi yapılamayacağına vurgu yapılırken, bir yandan da yasama kısıntısı oluşturmanın nedeninin, bu konuda yargı makamlarına güven duyulmamakta olduğunu akla getirmektedir." Bilal Can, "Yüksek Askeri Şura Kararlarının Yargısal Denetimi," 2014, 5(19), TAAD, s.707,699; Kaya, s.63.

mahiyetteki yasama kısıntısı ile karşılaştırmak gerekmektedir. Zira AY m.125/2’de genel ve emredici bir yasaklama hükmü öngörölmüş iken, aynı yasama kısıntısı burada sâdece belli sıfat ve statüye sahip kişileri ilgilendiren askeri hizmete ilişkin uyumsuzluklara özgülenmek suretiyle kapsamı itibariyle daraltılmış gözükmektedir. Daha açık bir deyişle, yasağın sınırları Anayasa hükmünde daha geniş, Kanun hükmünde ise daha dar tutulmuş gibidir.⁹⁵ Buradan hareketle hükmün Anayasa’ya aykırı olduğu veya Anayasa’ya uygun olarak yasağı kısıtladığı ileri sürülebilir mi? Bilindiği üzere Anayasa’nın “Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” başlıklı 11’inci maddesi hükmü; “Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğunu, kanunların Anayasaya aykırı olamayacağını” çok açık ve kesin bir dille emretmektedir.

Esâsında, “Yüksek Askerî Şûra’nın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolunu kapayan” kuralın, pozitif hukukumuz açısından sâdece ve sâdece askerleri ilgilendirdiği gibi salt askeri hizmete ilişkin uyumsuzlukları kapsadığı dikkate alındığında, iki düzenleme arasında anlam ve kapsam itibariyle hiçbir fark olmadığı ortadadır. Bu cümleden olarak, yasağın mevcut hâliyle ve pratikte Anayasa’da öngörölenenden farklı ve dar uygulanmasına yer ve imkân yoktur. Meğer ki Kanun Koyucu tarafından Yüksek Askerî Şûra’ya askeri hizmetin dışında veya m.20/C’deki kurum ve statüleri aşan yetki ve görevler verilmiş olmasın.

Mevcut duruma göre 20/C’deki hükmün lafzi itibariyle Anayasa’daki kuralla örtüşmediği ve Anayasal hükmü hak ve hürriyetler lehine genişlettiği söylenebilir ise de, çıkan sonuç özü itibariyle AY m.2’e kayıtlanan hukuk devleti gerekleri ters düşmemektedir. Kanaatimizce salt normatif yapı ve şekil açısından bakılacak olursa burada (hukuk devleti lehine) “eksik düzenleme” hâli söz konusudur. Olumlu bir eksiklik, çünkü ilâve ve fazladan ibâreler konmakla Anayasa’nın emredici yasağının kapsamında hak ve hürriyetler lehine “tenkiset” yapılmış, yasak kanun metnine eksik aktarılmıştır. Yasama organı, takdir yetkisi olmayan bir konuda Anayasa Koyucu’nun koyduğu kısıntıyı eksilterek yasalaştırmış, yasağı hukuk devleti ve olması gereken

⁹⁵ Açık söylemek gerekirse, gerekçelere ve Komisyon ve genel Kurul görüşme tutanaklarına bakacak olursak, tasarının çerçeve kanun şeklinde tartışılmasından olsa gerek, lehte oy kullananlar kadar muhalefet de iki norm arasındaki düzenleme farkının ayırıcılığına varmamış gözükmektedir.

hukuk lehine kesip kırpmıştır. Benzetmek gerekirse ve âmiyâne bir tâbirle ifade edecek olursak, *Anayasa* ağacının *cansız ve meyvesiz bir dalındaki bazı kuru yapraklar budanarak azaltılmıştır*. Bu noktada mesele eksik düzenleme olarak ele alındığında iki görüşten biri kabul edilebilir. İlk görüşe göre, AYM ancak var olan kanun hükmünü denetleyebileceğinden eksik düzenleme hâlinin *Anayasa*'ya aykırılığı ileri sürülemez.⁹⁶ Diğer görüşe göre ise, eksik düzenleme hâlinde kanunda yer verilen esaslar bakımından *Anayasa*'ya aykırılık yoksa kanun bütünüyle *Anayasa*'ya uygun değil, fakat aykırı da değildir.⁹⁷ Bize göre, 20/C maddesinin altıncı fıkrasının metninde (birinci fıkranın atfıyla birlikte) yer verilen unsurlar kısmi bir yasak öngördüğünden eksik olmakla beraber, bütünü itibarıyla *Anayasa*'ya aykırılık taşımamaktadır. Evet, fıkra metninin bağlamı da dikkate alındığında *Anayasa* hükmüyle birebir aynıyet göstermediğinden *Anayasa*'nın lafzına uyarlı değildir, ama ihlal de etmemektedir.

SONUÇ

Çalışmada vardığımız sonuçları madde hükmünün geneli ve fıkraların içerdiği kurallar yönünden açıklayabileceğimiz ayrı başlıklar hâlinde toplayabileceğimiz gibi, normların düzenlenme şekli, gerekliliği ve hukuka uygunluğu bakımından da le alabiliriz.

Kanun yapım tekniği açısından, mülga 1602 sayılı AYİM Kanunu'ndaki bazı hükümleri ihtiva eden 20/C maddesinin İYUK'a ek madde olarak eklenmesi, ya da fıkra hükümlerinin bir tanım normu ile beraber ilgili maddelere konulması daha uygun olurdu. Maddenin özel bir yargılama usûlü öngörmediği, sâdece birkaç istisnai ve usûli hüküm getirdiği açıktır. Madde bu hâliyle Kanun sistematigindeki yere pek uygun düşmemektedir. Maddenin hâlihazırdaki yeri ve durumu korunmak isteniyorsa, anlam ve kapsam bütünlüğü bakımından 2, 3, 4 ve 5'inci fıkralar, birinci fıkra içinde ve atıf cümlesiyle bağıntılı olarak 4 ayrı bent hâlinde düzenlenmeli; altıncı fıkra hükmü ise birinci fıkradan ayrı ve münhasıran İkinci fıkra olarak konulmalıdır. Bütün "Askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyumsuzlukları" kapsadığı anlamı ve izlenimi veren madde başlığı da "... uyumsuzluklarla ilgili bazı hükümler" olarak değiştirilmelidir.

Bize göre hükmün ilgilendirdiği kişilerin statüleri ve çalıştığı kurumlar,

⁹⁶ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, 2000, s.481.

⁹⁷ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, 2001, s.193.

maddenin lafzından kolaylıkla anlaşılabilir şekilde daha açık ve bariz olarak gösterilmelidir. Askeri öğrencilerin madde hükmü kapsamına alınmaması izahı ve telafisi güç önemli bir eksikliklerdir.

Askeri hizmete ilişkin uyuşmazlıklar konu edinen davaların dilekçe formlarında bu hizmeti yürütmekle görevli belli statüdeki kişilere ait sicil, sınıf ve rütbe bilgilerine de yer verilmesinin şart koşulması, yeri, yararı ve gereği olmayan bir yükümlülük olarak telakki edilemez. Kaldı ki bir kısmı asker olan bu kişilere tâbi oldukları sıkı hiyerarşik yapı ve kısıtlara karşılık, düzenlemenin üçüncü fıkrasıyla dava dilekçelerini âmirlerine de verebilme hak ve imkânı tanınması gâyet yerinde ve maslahata uygun bir yaklaşım tarzı olmuştur. Hatta ve özellikle denilebilir ki, çoğu zaman ücra ve yerleşim yerlerinden uzak bölgelerde görev yapan askerlerin askeri hizmete ilişkin olmayan uyuşmazlıklarla ilgili davalarında da aynı kolaylığın sağlanmasıdır.

Kaynağının mülga 1602 sayılı Kanun olduğu anlaşılan savaşta tüm işlemlerle ve olağan üstü hâllerde naklen atamalarla ilgili iptal davalarında yürütmenin durdurulmasına karar verilmesini engelleyici hükümler, her ne kadar idarenin hukuka bağlılığının denetimine ket vurucu nitelikteyse de, öngörüldüğü olağan dışı ve arızı hâl ve şartlar dikkate alındığında mazur görülebilir.

Yüksek Askeri Şura ile ilgili yasama kısıntısının kanun hükmü hâline getirilmesi şart ve gerekli değilse de, somut düzenlemede olduğu gibi aksi yola başvurulduğu takdirde, hükmün tamamen ve aynen yasalaştırılması lâzım gelir. Çünkü Anayasa burada Kanun Koyucu'ya takdir yetkisi tanımamıştır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Akyılmaz B/Sezginer M/Kaya C, Türk İdare Hukuku, 14.B., Savaş Yayınevi, 2021.
- Akyılmaz B/Sezginer M/Kaya C, Türk İdari Yargılama Hukuku, 6.B., Savaş Yayınevi, 2021.
- Akgüner T, İdare Hukuku Dersleri, 2.B., Der Yayınları, 2017.
- Aslan Z, Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 2.B., Seçkin Yayınevi, 2020, s.110 vd.
- Atay E E, İdare Hukuku, 6.Basıya ek tıpkı bası, Turhan Kitabevi, 2019.
- Atay E E, İdari Yargılama Hukuku, 1.B., Seçkin Yayınevi, 2021,
- Avcı M, Kamu Görevliliğine Giriş, Yetkin Yayınları, 2009.
- Ayanoğlu T, "Kamu Personelinin Hukuki Rejimi," in İl Han Özay, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, 2004, s.980-1018.
- Boz S S/İnce A K/Büyükyıldırım G E/Acar E, Kamu Personel Hukuku, Adalet Yayınevi, 2021, s.41 vd.
- Candan T, İdari Yargılama Usûlü Kanunu, 4.B., Adalet Yayınevi, 2011,
- Çağlayan R, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, 9.B., 2021.
- Çağlayan R, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınevi, 13.B., 2021.
- Giritli İ/Bilgen P/Akgüner T/Berk K, İdare Hukuku, 7.B., Der Yayınları, 2015.
- Gözler K, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, 2000.
- Gözler K, İdare hukuku, C.I-II, 3.B., Ekin kitabevi, 2019.
- Gözler K/Kaplan G, İdare Hukuku Dersleri, 22.B., Ekin Kitabevi, 2020.
- Gözübüyük, A Ş, Yönetmelik Yargı, 26.B., Turhan Kitabevi, 2007.
- Günday M, İdare Hukuku, 11.B., İmaj Yayınevi, 2017.
- Işıklar C, Türkiye'de Askerlik Usûlleri ve Askerlik İşlemlerine İlişkin İdari ve Adli Davalar, Adalet Yayınevi, 2011.

- Kalabalık, H, İdari Yargılama Usulü Hukuku, 15.B., Seçkin Yayınevi, 2021.
- Kaplan G, İdari Yargılama Hukuku, 3.B., Ekin Kitabevi, 2018.
- Karslı M R, İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı, Oniki Levha Yayıncılık, 2016.
- Muşul T, Tebligat Kanunu, 3. B., Oniki Levha Yayıncılık, 2005.
- Onar, S S, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.I-II-III, 3.B, Hak Kitabevi, 1966.
- Özay, İ H, Günışığında Yönetim, 2004, Filiz Kitabevi, 2004.
- Özgüldür S, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Yetkin Yayınları, 1996.
- Sancakdar O/Önüt L B/Us Doğan E/Kasapoğlu Turhan M/Seyhan S, İdare Hukuku, 10.B., Seçkin Yayınevi, 2021.
- Şenlen Sunay S, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Görev Kriterleri, Beta yayınları, 1996.
- Toğrul İ, Askerî İdarî Yargı, Gnkur. Yayımları, 1973.
- Tan T, İdare Hukuku, 4.B., Turhan Kitabevi, 2015.
- Tan T/Bayazit B, İdare Hukuku, 10.B., Turhan Kitabevi, 2021.
- Taşkın A, Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku, Seçkin Yayınevi, 2006.
- Teziç E, Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, 2001.
- Ulusoy A, Yeni Türk İdare Hukuku, 4.B., Yetkin Yayınevi, 2021.
- Yaman M, Açıklamalı, İctihatlı, Dilekçe Örnekli, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, Ankara, 2.B., Bilge Yayınevi, 2006.
- Yaşar H N, İdare Hukuku-Genel Esaslar, 3.B., Der Yayınları, 2016.
- Yavuzdoğan S, Devlet Memurları Kanunu Uyarınca Naklen Atama, 2.B., Adalet Yayınevi, 2016.
- Yayla Y, İdare Hukuku, Beta Yayınevi, 2009.
- Yıldırım R/ Çınarlı S, C.I-II, Türk İdare Hukuku Dersleri, 7.B., / C.III Türk İdari Yargılama Hukuku, Adalet Yayınevi, 2021.

Yıldırım T/Yasin M/Kaman N/Özdemir E/Üstün G/Çakır H M/Okay Tekinsoy
Ö, İdare Hukuku, 8.B., Oniki Levha, Yayınları 2020.

Makaleler-Bildiriler

Anadolu F K, “Usul Hükümleri Yönünden Askeri Yüksek İdare Mahkemesi,”
Osman F. Berki'ye Armağan, AÜHF Yayını, 1977, s.45-83.

Araç İ/İba Ş, “Türkiye’de Yasa Önerisi Hazırlama ve Norm Koyma Tekniği
ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine,” 2003, 58 (3), AÜSBFD,
s.35-40.

Aydınalp S, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Görev Alanı Sorunu”, 1994,
(8), AYİMD, s.7-36.

Bucaktepe A/Gündüz F E, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu ve İdari
Yargılama Usûlü Kanunu’na Göre Yürütmenin Durdurulması,” 2015,
20(33), DÜHFD, s.91-121.

Can B, “Yüksek Askeri Şura Kararlarının Yargısal Denetimi,” 2014, 5(19),
TAAD, s.683-710.

Candemir T, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Görev Alanı,” 1978, 28(28-
29), DD, s.26-34.

Candemir T, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Görev Alanı,” 1993, (7/1),
AYİMD, s.7-36.

Çakmak NM, “İdari Yargılama Usûlü Kanunu’nun 4. Maddesi ve Dilekçelerin
Kayda Giriş Tarihi,” 2009, (80), TBBD, s.149 -155.

Duran L, “Askeri İdarenin Yargısal Görev ve Yetkisinin Sınırları,” İÜHF
Hukuk Fakültesi ONAR Armağanı, İU Yayını, 1977, s.193-256.

Eroğlu Durkal M, “İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. Maddesi
Kapsamında Yürütmenin Durdurulması Kararlarında Yapılan
Değişikliklerin Değerlendirilmesi,” 2006, 65(2), AÜHFD, s. 270-313.

Gözübüyük A Ş, “Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Görevleri ”, Prof. Dr.
Kemal Fikret ARIK’a Armağan, TODAİE-SBF Yayını, 1973, s.139-152.

Gümüştam G, “[ve ~ ile] Biçimbirimlerinin Eş Değerlikleri Üzerine”, 2019,
(37), Türkbilig, s.123-137.

Günday M, “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve

- Sınırları”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Danıştay Yayını, 1991, s.139-149.
- Işıklar C, “Askerlik Yükümlülüklerinden Doğan Uyuşmazlıkların Yargısal Denetiminde Görev”, 2011, 69 (2), ABD, s.139-170.
- Işıklar, C. “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararlarında İdarenin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Haller”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 28-29 Mayıs 2009, GÜHF Yayınları, 2009, s.569-636.
- Kaplan G, “İdari Yargıda Dilekçelerin ve Diğer Belgelerin Verilebileceği Yerler”, 2004, (270), Vergi Dünyası, s. 147-154
- Lötscher A, “İyi Kanunlar Şeffaf Metinlerdir”, in Yener Üner (Haz.), Türkiye Barolar Birliği Kanun Yapma Tekniği (Sempozyum, Ankara 27-28 Mart 2015), TBB Yayınları, 2016, s.119-145.
- Özkal Sayan İ / Özgür E, “Askeri Personel Sisteminde Değişim”, 2018, (38), Yasama Dergisi, s.5-17.
- Selçuk S, “Doğru terim ‘MUHAKEME’ değil, ‘YARGILAMA’dır”, 2013, 19(2), MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s.295-317.
- Yılmaz H, “Türk Silahlı Kuvvetleri ve Milli Savunma Hizmeti,” 2005, 54(4), AÜHFD, s.375-430.

Tezler

- Çelik O, Tarihsel Gelişimi ve Kararları Işığında Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Sorunlarına Bir Yaklaşım, GÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1996.
- Gümüşay G, Askeri İdari Yargının Görev Alanı, GÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007.
- Kahya R, Askerî Personel İle İlgili İşlemlerde Yargısal Denetim, KÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015.
- Kaya M Y, Türk Hukukunda Yasama Kısıntısı, BÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- Kızıloğlu E, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Görev Alanı ve Görev

Alanının Sınırları, GÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1989.

Şenol İspartalı B, Askeri İdari Eylemden Doğan Mali Sorumluluk, DEÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009.

İnternet kaynakları

19.12.2005 tarih ve 2005/9986 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Mevzuat Hazırlama Usûl Ve Esasları Hakkında Yönetmelik, <<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/3.5.20059986.pdf>> Erişim Tarihi 15 Ağustos 2021.

27.04.2017 tarihli ve 30050 Mükerrer sayılı Resmî Gazete, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/04/20170427M1.pdf>> Erişim Tarihi 10 Ağustos 2021.

03.06.2021 tarih ve 31527 sayılı Resmi Gazete, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/06/20210630.pdf>> Erişim Tarihi 11 Ağustos 2021.

Danıştay Dergileri <<https://www.danistay.gov.tr/danistay-dergiler>> Erişim Tarihi 10 Temmuz-20 Ağustos 2021.

Kaplan İ, “Kanun Yapma San’atı ve Tekniği,” 1991, 47 (1), AÜSBFD, Prof. Dr. Gündüz Ökçün’e Armağan, <<http://dergiler.ankara.edu.tr/detail.php?id>> Erişim Tarihi 28 Temmuz 2021, s.99-102.

Kaplan M, “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı,” 2015, (2), AÜHFD, <https://jurix.com.tr/art_cle/4930> Erişim Tarihi 28 Temmuz 2021, s.4-27.

Milli Savunma Bakanlığı Teşkilatı <<https://www.msb.gov.tr/bakanlik/teskilatsemasi>> Erişim Tarihi 10 Ağustos 2021.

TBMM Zabıt Ceridesi, C. 6, Devre: XI, İçtima: 1, S. Sayısı: 129, <<https://www.tbmm.gov.tr>> Erişim Tarihi 10 Temmuz 2021.

MOBİL UYGULAMALARDA KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ VE YASAL OLARAK DİKKAT EDİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR

Yasin AYDOĞDU*

ÖZ

Teknolojik gelişmeler sonucu tablet, telefon, saat gibi insanların rahatlıkla yanında bulundurabileceği mobil cihazlar işlemci hızı ve kapasite bakımından masüstü bilgisayarlara oldukça yaklaşmışlardır. Mobil cihazların kullanım kolaylığının yanı sıra internete erişimin yaygınlaşması sonucu bu alana ilgi artmış ve bunun sonucunda bu cihazlar için özel olarak tasarlanmış ve kodlanmış yazılımlar oluşturulmuştur. 'Mobil uygulama' olarak adlandırılan bu yazılımlar kullanıcıların hayatını kolaylaştırmak için yapılan banka işlemlerinden haberlere, müzik, oyun ve tasarım gibi hayatın birçok alanına yönelik ürün ve hizmetler sunmaktadır. Taşıma ve erişme kolaylığının yanı sıra mobil uygulamalar bilgisayar ve internet sitelerinden alınan hizmeti daha az veri kullanarak sunabilmektedir. Bu bakımdan günümüz insanları için lüksten ziyade ihtiyaç konumuna gelmiştir.

Mobil uygulamaların büyük çoğunluğu kullanıcılarının verileri üzerinde tasarrufta bulunmaktadır. Kullanıcıları belirli yahut belirlenebilir kılan bu veriler esasında kişisel verilerdir. Kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında anayasalar ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınmış temel bir insan hakkıdır. Çalışmada öncelikle mobil uygulamaların çalışma mantığı ve veriler üzerindeki tasarruf durumları ele alınacak; ardından insanlar için artık vazgeçilmez bir konumda olan mobil uygulamalar ve bu uygulamaları işleten kişilere karşı kişisel verilerin korunması hususu ele alınacaktır.

***Anahtar Kelimeler:** Kişisel Veri, Mobil Uygulama, Akıllı Cihaz, Veri İşleme, Veri Madenciliği*

* **Dr. Öğretim Üyesi,** Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Yahşihan/KIRIKKALE, **e-posta:** aydogdu@kku.edu.tr

ORCID: 0000-0003-3248-5199

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1065420

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 08/07/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 06/01/2022

PROCESSING PERSONAL DATA IN MOBILE APPLICATIONS AND LEGALLY MATTERS TO BE CONSIDERED

ABSTRACT

As a result of technological developments, mobile devices such as tablets, phones and watches that people can easily carry with them have come close to desktop computers in terms of processor speed and capacity. In addition to the ease of use of mobile devices, the interest in this field has increased as a result of the widespread use of internet access, and as a result, specially designed and coded software has been created for these devices. These software, called 'mobile applications', offer products and services for many areas of life such as banking transactions, news, music, games and design to make the life of users easier. In addition to the ease of transportation and access, mobile applications can offer the service received from computers and websites using less data. In this respect, it has become a necessity rather than luxury for today's people.

The vast majority of mobile applications disposition on the data of their users. These data that make users identified or identifiable are essentially personal data. Protection of personal data is a fundamental human right guaranteed by constitutions and international conventions within the scope of the right to privacy. In the study, firstly, the operating logic of mobile applications and dispositioning on data will be discussed; then, the issue of protecting personal data against mobile applications and their operator, which are now indispensable for humans, will be discussed.

Key Words: *Personal Data, Mobile Application, Smart Device, Data Processing, Data Mining*

Giriş

Teknolojik gelişmeler birçok işlemin elektronik olarak kayıt altına alınmasını ve bunlara istenildiğinde ulaşılabilmesini kolaylaştırmakla beraber, bu işlemlerin çok daha ucuza mal edilmesini sağlar duruma gelmiştir. Bu süreçte geleneksel bilgisayar uygulamaları yerini önce web uygulamalarına ardından mobil uygulamalara bırakmıştır. Nitekim web uygulamaları ve mobil uygulamaların bilgisayar uygulamalarına nazaran en önemli

avantajı taşınabilir yani her an her yerde kullanıcının yanında ve erişilebilir olmasıdır. Bu uygulamaların bilgisayar, cep telefonu, tablet ve saat gibi akıllı (*smart*) cihazlar üzerinden çalışabiliyor olması onlar için “mobil”¹ sıfatının getirilmesine sebep olmuştur.

Taşınma kolaylığı ile beraber teknolojik gelişmeler bağlamında, mobil cihazlar işlemci hızı ve kapasite bakımından masaüstü bilgisayarlara oldukça yaklaşmışlardır. Kullanım kolaylığı bulunan bu cihazlara sahip kullanıcı sayısı her geçen gün artmakta ve bunun sonucunda mobil cihazlar için geliştirilen uygulamalar bir o kadar önem kazanmaktadır.

Mobil cihazların kazandığı değer ve önemin farkında olan ticari işletmeler insan hayatının her alanına bu uygulamaları sokmuştur. Nitekim internetin yaygın olarak kullanımının hız kazandığı 21. yüzyılda bilgiye hızlı erişim başta olmak üzere çevrim içi işlemler yapma ve daha birçok kolaylık sağlayan mobil uygulamalar akıllı cihazlarla beraber gündelik hayatımızın vazgeçilmez birer parçası haline gelmiştir. Akıllı cihazların diğer mobil teknolojilere göre daha cazip olmasını sağlayan en temel özellik bu cihazlar için geliştirilen kişilere özel mobil uygulamalardır. Başta bilgisayar, tablet ve akıllı telefonlar olmak üzere tüm akıllı cihazlara, elektronik (web) mağazalar aracılığıyla birçok mobil uygulama indirilebilmektedir. Mobil uygulama mağazaları dışında mail, bulut, CD/DVD yahut harici disk üzerinden yükleme gibi farklı kurulum yöntemleriyle de bu uygulamalara erişilebilmektedir.

İnternete erişimin giderek daha kolay bir hâl aldığı günümüzde mobil uygulamalara talep artmakta, bununla paralel bir şekilde mobil uygulama üretimi de hız kazanmaktadır². 2021 yılı başlarında yapılan bir araştırmaya göre³ Dünya genelinde 3.2 milyar insan akıllı telefon, 1.14 milyar insan tablet kullanmaktadır. Yine aynı araştırmada bu cihazları kullananların, kullanım sürelerinin %88’ini uygulamalarda geçirdiği tespit edilmiştir. Araştırmanın yapıldığı tarih itibariyle mobil uygulama marketlerinden en büyüğü olan

¹ Fransızca “*mobile*” kelimesinden Türkçeye “mobil” kullanımıyla geçen bu kelime sözlükte “hareketli, taşınabilir” olarak açıklanmaktadır. TDK Güncel Türkçe Sözlük, <<https://sozluk.gov.tr>> Erişim Tarihi 25 Nisan 2021.

² Dijital teknolojilerin gelişmesi ile ortaya çıkan elektronik mağazalar, çağımız dijital dünyasında ticaretin temel öznesi olan müşterilerine güncel ürünleri pazarlama eylemini üstlenmektedir. Noam Tractinsky ve Oded Lowengart, “Web-Store Aesthetics in E-Retailing: A Conceptual Framework and Some Theoretical Implications”, 2007, 1(1), *Academy of Marketing Science Review*, s. 1-18.

³ Buildfire, *Mobile App Download and Usage Statistics* (2021), Şubat 2021, <<https://buildfire.com/app-statistics/#>> Erişim Tarihi 20 Nisan 2021.

Google Play Market'te 2.87 milyon uygulama, Apple Store'da ise 1.96 milyon uygulama bulunmaktadır. Bu iki uygulama marketi dışında daha yakın bir geçmişte kurulan Huawei Uygulama Mağazası'nda yer alan uygulama sayısı da her geçen gün artmaktadır.

Bu uygulama marketlerinin ortaya çıkışları 2000'li yıllara dayanmaktadır. Aradan geçen kısa bir zaman dilimi içerisinde eriştikleri seviye göz önünde bulundurulduğunda yakın gelecekte ulaşacakları sayı ve kapsayacakları alan insanoğlunun hayal gücü sınırlarını zorlayacak düzeydedir.

Çalışmada mobil uygulamalar üzerinden elde edilen kişisel verilerin hukuka uygun bir şekilde işlenmesi için dikkat edilmesi gereken hususlar ele alınacaktır. Zira günümüzde başta teknoloji şirketleri olmak üzere birçok firmanın veri elde etme yarışını hız kazanarak veriye olan talep artmıştır.

Aslında çok uluslu teknoloji şirketleri ve bazı devletlerin veri elde etme yarışını çok daha önce başlamıştı. 2012 yılında düzenlenen Davos Dünya Ekonomik Forumu'nda "veri"nin de döviz yahut emtia gibi yeni bir ödeme aracı yani ekonomik varlık olduğu deklare edilmişti⁴. O günden bu yana yaşanan teknolojik alandaki hızlı gelişmeler ticari faaliyetlerde verinin değerini çok daha fazla artırmıştır.

Yeni ekonomik düzen içerisinde verinin değeri ve bu alana artan ilgi karşısında belirli temel hak ve özgürlükler daha fazla risk altına girmiştir. Bu bakımdan dijitalleşmeyle beraber temel bir insan hakkı olarak özel hayatın gizliliği bağlamında kişisel verilerin korunmasına gösterilen özen de artmalıdır. Çünkü, teknolojik alanda yaşanan gelişmeler kişisel veriye ulaşmayı yani kişilerin özel hayatlarına müdahale etmeyi kolaylaştırmaktadır. Kişisel veriye en kolay yoldan ulaşım araçlarından biri de mobil uygulamalardır.

Açıklama ve tartışma yöntemlerinin kullanılacağı bu çalışmada öncelikle mobil uygulama kavramı üzerinde durulacaktır. Bu kısımda "mobil uygulama nedir?", "mobil uygulamalar nasıl edinilir?" ve "mobil uygulamalar verileri nasıl kullanır?" sorularına cevap vereceğiz. Ardından mobil uygulamaların enerji kaynağı olarak veri (*data*) konusu bağlamında büyük veri (*big data*) ve veri madenciliği (*data mining*) konuları üzerinde duracağız. Her iki konu da başlı başına kapsamlı çalışma konuları olmakla beraber; biz bu konuları genel hatlarıyla açıklayacağız. Çalışmamızın esas konusu ise mobil uygulamalarda

⁴ Remzi Altunışık, "Büyük Veri: Fırsatlar Kaynağı mı Yoksa Yeni Sorunlar Yumağı mı?", 2015, 1(1), Yıldız Social Science Review, s. 47.

işlenen kişisel veriler ve bu veri işleme faaliyetleri esnasında yasal olarak dikkat edilmesi gereken hususlardır.

Mobil uygulama geliştirici ve işleticilerin dikkat etmesi gereken hususlar ile yasal yükümlülükleri çalışmanın son bölümünde ele alınacaktır. Bu bölümde dikkat edilmesi gereken hususlar sadece Türk Hukuk mevzuatındaki düzenlemeler bakımından değil; alana dair uluslararası düzenlemeleri de kapsayacak şekilde aktarılacaktır. Bu konudaki açıklamalarımızın kullanıcılar için farkındalık oluşturacağı gibi mobil uygulama üreticileri için de bir rehber oluşturacağı kanaatindeyiz.

I. MOBİL UYGULAMA

A. Genel Olarak Mobil Uygulama

Günümüzde neredeyse herkesin yanından ayırmadığı telefon, tablet, saat gibi akıllı cihazlarda kullanılmak için özel olarak kodlanmış ve tasarlanmış olan belirli yazılımlara mobil uygulama denir.

Mobil uygulamalar gündelik hayatımızı kolaylaştırdığı gibi birçok insanın eğlenceli vakit geçirdiği platformlar olarak da gözlemlenmektedir. Bu bakımdan haber uygulamalarından yemek tariflerine, finans işlemlerinden elektronik ticarete, sosyal medya ve anlık sohbet platformlarından çevrim içi oyunlara kadar çok geniş bir mecraya mobil uygulamalar üzerinden ulaşılabilir. Akıllı cihazlar, mobil uygulamalar üzerinden internet sitelerini, sosyal medya uygulamalarını, kamerayı, uydu bağlantısını, haritayı ve daha birçok özelliği minimal dizaynlarında bir araya getirmekte ve kullanımı yaygınlaştıkça sosyal ve kültürel bir fenomen haline gelmektedir⁵.

Mobil uygulamalar esasında internet sitelerinden alınan hizmeti daha pratik bir şekilde sunmaktadır. Hatta günümüzde internet sitelerinin de mobil versiyonları veya mobil uygulamaları vardır⁶. Zira mobil uygulamalar normal web sitelerinden daha az veri kullanarak aynı hizmete yahut bilgiye ulaşılabilmesini sağlamaktadır. Kısaca mobil uygulamalar sayesinde insan

⁵ Naciye Guliz Uğur ve Aykut Hamit Turan, “Üniversite Öğrencilerinin Mobil Uygulamaları Kabulü ve Kullanımı: Sakarya Üniversitesi Örneği”, 2015, 6(2), İnternet Uygulamaları ve Yönetimi Dergisi, s. 74.

⁶ Yapılan araştırmalara göre, mobil cihaz kullanıcılarının uygulamalarda geçirdikleri süre, mobil sitede geçirdikleri sürenin katbekat üstündedir. Sun Han Rebekah Wong, “Which platform do our users prefer: Website or mobile app?”, 2012, 40(1), Reference Services Review, s. 103-115.

hayatı ciddi anlamda kolaylaşmaktadır. Örneğin kişinin bulunduğu konum tek bir işlemle başkalarıyla paylaşabilmektedir. Hatta kişi hareket halinde olması durumunda dahi anlık konum verileri istediği kişilere aktarılabilir. Yine istenirse mobil cihazın donanımında başka bir amaç için tasarlanmış bir özelliğin (örneğin ses açma-kısma tuşu) farklı başka bir amaç için (örneğin fotoğraf çekimi) kullanılması mümkün olabilmektedir.

Ezcümle, taşıma ve kullanım kolaylıklarıyla beraber mobil cihazları cazip kılan ve bu cihazlara ilgiyi artıran en önemli etken, cihazlara uyumlu mobil uygulamaların çeşitliliği, sayısı ve bunun sonucunda bilgisayarda çalışan ve kullanıcının hoşuna giden uygulamanın, mobil uygulamasının da olmasıyla kullanıcının her daim yanında olması ve hayatını daha fazla kolaylaştırabilmesidir⁷.

B. Mobil Uygulama Edinme Yolları

Mobil uygulamalar genellikle akıllı cihazların mobil işletim sistemleri üzerinden kurulan platformlardan edinilebilmektedir. Örneğin Apple markasının iOS işletim sistemi ile çalışan akıllı cihazları Apple App Store isimli platform üzerinden mobil uygulamaları edinebilmektedir. Yine Google Android işletim sistemi ile çalışan cihazlara⁸ Google Play Store isimli platform üzerinden ulaşılabilir. Huawei isimli teknoloji şirketi ise yakın zamana kadar Google yazılımlarını kullanmakta iken; kısa süre önce kendi yazılım sistemini geliştirerek akıllı cihazlarına mobil uygulamaların kendi platformu olan Huawei App Gallery üzerinden indirilmesini sağlamıştır. Yine bu üç örnek dışında Windows, Blackberry vb. teknoloji şirketlerinin kendi mobil uygulama mağazaları bulunmaktadır⁹.

Uygulama mağazalarından erişilen mobil uygulamalar, üretici ve işleticilerinin isteğine ve sağladıkları hizmetin kalitesine göre, bir ücret mukabilinde yahut ücretsiz şekilde akıllı cihazlara yüklenebilmektedir. Ücretsiz mobil uygulamalar, ilgili mağazalardan indirilebilir ve sınırsız bir şekilde kullanılabilir. Bazı mobil uygulamaları ücret ödemeksizin indirdikten sonra tüm imkanlarından faydalanabilmek için ücret ödemek gerekebilmektedir.

⁷ Muhammed İkbâl Bilgili, "Adaptif Bağlam Bilinçli Mobil Uygulama Geliştirme", Gazi Üniversitesi Bilişim Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 10.

⁸ Google Android yazılımını en yaygın kullanan markalardan biri Güney Koreli teknoloji şirketi Samsung'tur. Samsung, tüm akıllı cihazlarında bu yazılımı kullanmaktadır.

⁹ Bunlar dışında birçok uygulama mağazası daha bulunmaktadır. Örneğin: Amazon App Store, ApkMirror, Getjar, AppBrain, Aptide, Opera Mobile, SlideMe bunlardan bazılarıdır.

Ücretli mobil uygulamaları kullanabilmek için ise uygulamayı sanal mağazadan kredi kartı yahut başka bir ödeme yöntemi kullanarak satın almak gerekmektedir.

Mobil uygulamalar mağazalar dışında haricen cihazlara yüklenme (kurulum) şeklinde de edinilebilir. CD, flash disk (USB bellek) yahut farklı bir veri taşıma cihazı vasıtasıyla akıllı cihazlara kurulumun yanı sıra internet üzerinde kurulum programının indirilmesi ve ardından uygulamanın cihaza kurulumunun sağlanması da diğer yöntemler olarak ifade edilebilir.

C. Mobil Uygulamaların Enerji Kaynağı: Veri (*Data*)

Mobil uygulamalar kısaca, bilişim sistemleri üzerinden kodlanmış ve özel olarak tasarlanmış yazılımlardır. Kodlama, mobil uygulama yazılımı ve geliştirme konuları için mühendislik kısmını oluşturup özel uzmanlık bilgisi gerektiren ayrı bir çalışmayı gerektirmektedir. Biz ise çalışmanın bu kısmında mobil uygulamaların nasıl çalıştığından ziyade kullanımları esnasında veriye neden ihtiyaç duydukları sorusuna cevap vermeye çalışacağız. Nitekim hangi yöntemle edinilirse edinilsin mobil uygulamaların büyük çoğunluğu kişisel verileri işlemektedir¹⁰.

Mobil uygulamalar faaliyet alanlarına ve kuruldukları akıllı cihazın türüne göre farklılık arz etmekte beraber genel olarak şu verileri işlemektedir: Cihaz bilgileri¹¹, cihazın bağlı olduğu internet bilgileri¹², üyelerin kimlik bilgileri, telefon numarası, elektronik posta, konum bilgileri, görsel ve işitsel dokümanlar, kayıtlı numaralar, arama kayıtları, internet kullanım istatistikleri...

¹⁰ Bir uygulama çalışmak için herhangi bir kişisel veriye ihtiyaç duymasa dahi, yüklendiği cihaz üzerinden gerçek bir kişiye ulaşma ihtimali oldukça yüksektir. Çünkü bu uygulamaların önemli bir kısmına kişilerin üye olduktan sonra kullanabildiği mobil uygulama mağazalarından erişilebilmektedir. Ancak diğer kurulum yöntemleriyle yahut farklı kimlik verileriyle açılacak hesaplar üzerinden yapılan indirme işlemlerinde uygulama üzerinden kullanıcının kişisel verilerine ulaşım engellenebilir.

¹¹ Örneğin “*International Mobile Equipment Identity (IMEI)*” yani “Uluslararası Mobil Cihaz Kodu” şeklinde tercüme edilen cihazın uluslararası kimlik bilgisi bunlardan biridir. Telefon olarak üretilen her bir cihaza üretim aşamasında bir IMEI numarası verilmektedir. 15 hane-den oluşan bu numara ilgili cihazın kimlik numarası olup o cihazı belirli kılmaktadır. Ancak günümüzde IMEI numaralarının çalınarak farklı bir telefona kopyalanması sık rastlanılan bir durumdur. Böyle bir durum yaşanmadığı sürece cihazın üretim kuruluşu tarafından verilen IMEI numarası her zaman için o cihazı belirlenebilir kılmaktadır.

¹² Örneğin “*Internet Protocol Adress*” yani IP adresi; internet ağına bağlı tüm cihazlara veri alışverişi için tanımlanan belirli bir adrestir. Bu internet adresi özgün numaralardan oluşur ve bilgisayar kodlama sistemine göre belirlenir. Dijital dünyada internete bağlı her cihazın IP adresi vardır.

Mobil uygulamalar verilerin bir kısmına uygulama cihaza yüklendiği an, bir kısmına ise uygulamanın kullanımı esnasında erişebilmektedir. Erişim yöntemleri ise kodlama ve yazılım şekline göre farklılık arz edebilmektedir. Mobil uygulamalar üzerinden veri elde etme yöntemleri oldukça fazla olmakla beraber çalışmada biz en yaygın kullanılan yöntemlerden büyük veri ve veri madenciliği yöntemleri üzerinde duracağız.

1. Büyük Veri (*Big Data*)

Yapılan araştırmalarda dünya genelinde fiziki ve dijital ortamda kaydedilen toplam verilerin 2025 yılına kadar 175 zettabayta¹³ ulaşması beklenmektedir¹⁴. Yine aynı araştırmada günümüzde kaydedilen toplam verilerin tamamına yakınının son birkaç yılda elde edildiği ifade edilmektedir. Bu istatistikler bizi büyük veri (*big data*) kavramına götürmektedir.

Büyük veri, geleneksel¹⁵ veri tabanı tekniklerinin kullanılmasıyla işlenmesi mümkün olmayan, farklı hacimlerdeki heterojen veriyi tanımlayan yeni bir kavramdır ve çeşitli dijital içeriklerden meydana gelmektedir¹⁶.

Büyük veri ile tek başına değersiz, etkisiz ve hükümsüz görünen veriler farklı algoritmalar ve teknik yöntemlerle birleştirilip sentezlenerek kullanılmakta ve satılmaktadır¹⁷.

Büyük veriyi tanımlamak için 4V kuralı kullanılmaktadır¹⁸. Bunlar:

¹³ 1 zettabayt: 1024 eksabayt, 1048576 petabayt, 1073741824 terabayt, 1099511627776 gigabayt, 1125899906842620 megabayt, 1152921504606850000 kilobayt, 1180591620717410000000 bayt ve 1208925819614630000000000 bit'e eşittir.

¹⁴ Aparavi, Big Data Growth Statistics to Blow Your Mind (or, What is a Yottabyte Anyway?), Nisan 2017, <<https://www.aparavi.com/data-growth-statistics-blow-your-mind/>> Erişim Tarihi 22 Nisan 2021.

¹⁵ Geleneksel kayıt yöntemlerinden ziyade makine öğrenmesi (*machine learning*) ve derin öğrenme (*deep learning*) yöntemleriyle büyük veri elde edilmektedir. Çok sayıda verinin birden çok katmandan oluşan hiyerarşik devinimlerle anlamlandırıldığı bir metot olarak derin öğrenme, devasa büyüklük ve genişlikte veri setlerini ezberleyerek büyük veriyi oluşturmaktadır. Seda Kara Kılıçarslan, "Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar", 2019, 4(2), Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 368.

¹⁶ Youssef Gahi, Mouhcine Guennoun ve Hussein T. Mouftah, "Big Data Analytics: Security and privacy challenges", IEEE Symposium on Computers and Communication (ISCC), Messina, Italy, 2016, s. 953.

¹⁷ Muammer Ketizmen ve Ashlan Kart, "Kişisel Veri ve Rekabet Hukuku Kapsamında -Big Data-", 2019, 1(1), Kişisel Verileri Koruma Dergisi, s. 66.

¹⁸ Bu dört kavrama ilaveten "*value*" yani "değer" kavramını dahil ederek 5V kuralı olarak açıklayanlar da vardır. Muhammet Atalay ve Enes Çelik, "Büyük Veri Uygulamasında Ya-

Veri hacmi (*volume*), veri hızı (*velocity*), veri çeşitliliği (*variety*) ve veri doğrulama (*veracity*) şeklinde sıralanmaktadır¹⁹. Bu dört bileşen göz önünde bulundurulduğunda karşımıza günümüz dijital dünyasının üzerinde farklı çalışmalar yaptığı büyük veri (*big data*) kavramı çıkar. Ancak uygulamada ve bilimsel çalışmalarda üzerinde uzlaşmış net bir büyük veri tanımı bulunmamaktadır. Article 29 Working Party tarafından hazırlanan bildiri²⁰ uyarınca büyük veri; bazıları iyi tanımlanmış bazıları ise hala belirsiz ve yakın gelecekte geliştirilmesi beklenen çok sayıda veri işleme faaliyetini kapsayan geniş bir terimdir.

Büyük veri kavramı, genel olarak bilgi, teknoloji, yöntem ve etki kavramları ile ilişkilendirilmektedir. Bununla beraber bu kavramı tanımlayabilmek için kullanılan hız, verinin gerçek zamanlı olması; çeşitlilik, verinin çeşitli kaynaklardan elde edilebilir olması; hacim, verinin büyük veri kümelerinden oluşması ve değer ise kullanımının bir fayda yaratması şeklinde açıklanmaktadır²¹.

Büyük veri birçok kaynaktan beslenmekle beraber²², temel olarak şu üç kaynaktan veri elde ettiği ifade edilmektedir²³:

- Dolaşan veriler,
- Sosyal medya uygulamaları üzerinden toplanan veriler,
- Kamuya açık veri tabanlarında bulunan veriler.

Farklı kaynaklardan beslenen büyük veri teknolojileri reklam, pazarlama,

pay Zekâ ve Makine Öğrenmesi Uygulamaları”, 2017, 9(22), Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, s. 156.

¹⁹ Daniar Supriyadi, “Personal and Non-Personal Data in the Context of Big Data”, Tilburg Institute for Law, Technology and Society, 2017, s. 12-13, <<http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=142300>> Erişim Tarihi 13 Nisan 2021.

²⁰ Article 29 Working Party, “Statement on Statement of the WP 29 on the Impact of the Development of Big Data on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Their Personal Data in the EU”, WP 221, Bildiri, 16 Eylül 2014, s. 3. Bildiriye ulaşmak için bkz. <<https://www.pdpjournals.com/docs/88352.pdf>> Erişim Tarihi 23 Nisan 2021.

²¹ Şhriban İpek Aşıkoglu, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri, Oniki Levha Yayınları, 2018, s. 21.

²² Ertuğrul Aktan, “Büyük Veri: Uygulama Alanları, Analitiği ve Güvenlik Boyutu”, 2018, 1(1), Bilgi Yönetimi Dergisi, s. 6.

²³ Aşıkoglu, 2018, s. 22.

istihbarat, suç ile mücadele, sağlık²⁴, ulaşım, akademik çalışmalar, sosyal bilimler gibi birçok alanda kullanılmaktadır. Örneğin belirli bir toplumun tüketim alışkanlarını yahut hobilerini tespit edebilmek için birey bazlı anket yapmak yerine günümüzde büyük veri uygulamaları tercih edilmektedir²⁵. Temelde büyük veri uygulamaları ile amaçlanan, yığın halinde ve anlamsız olarak bulunan yüksek hacimli veriden anlamlı sonuçlar çıkarmaktır²⁶. Bunun için kullanılan yöntemlerden bir diğeri veri madenciliğidir.

2. Veri Madenciliği (*Data Mining*)

Teknolojik gelişmelerin geldiği konum itibarıyla veri kaydı yapılan alanların sayısı artmış ve bu alanlarda saklanan veri miktarı insan aklının sınırlarını zorlayacak düzeye erişmiştir. Erişilen veri miktarı bakımından büyük veri kavramı hakkında yukarıda açıklamalarda bulunduk. Büyük verinin içindeki verilerden yola çıkarak bir sonuca ulaşma yöntemlerinden biri de veri madenciliğidir.

Veri madenciliği; büyük miktardaki verileri işleyerek, bu verilerin içinden bağlantılı olabilecek olanları bulmaya yardımcı olan ve veri tabanı sistemleri içerisinde gizli kalmış bilgilerin bulunarak çekilmesini sağlayan veri analiz tekniği olarak açıklanmaktadır²⁷. Daha kısa anlatımla, çok büyük miktardaki veriden istenilen desenlerin ya da bilginin çıkarılması sürecidir²⁸. Bu bakımdan, veri madenciliği yerine; veri tabanlarından bilgi keşfi, bilgi çıkarma, veri analizi, veri arkeolojisi, veri tarama, iş zekâsı gibi alternatif

²⁴ Özellikle Covid19 küresel salgını sonrası yapılan aşı çalışmalarında sağlık verileri ve genetik verilerin ne kadar önemli olduğu bir kez daha anlaşılmıştır. Sağlık alanında büyük veri işleme faaliyetleri hakkında bkz. Wullianallur Raghupathi ve Viju Raghupathi, "Big data analytics in healthcare: promise and potential", 2014, 2(3), Health Information Science and Systems, s. 1-10.

²⁵ Başka bir örnek olarak GSM operatörlerinin edindiği mobilite verilerinin navigasyon ve trafik yoğunluğunun gösterilmesi hizmetlerinde de kullanılması gösterilmektedir. Ketizmen ve Kart, s. 67.

²⁶ Aşıkoğlu, 2018, s. 22.

²⁷ Bir başka çalışmada; büyük veri yığınları içerisinde gelecek hakkında tahminde bulunabilmeyi sağlayabilecek bağıntıların bilişim teknolojilerinin sağladığı imkânları kullanarak, matematik, istatistik, mantık gibi bilim dallarının katkısı ile bulunması süreci olarak açıklanmaktadır. Canan Özcan, "Veri Madenciliğinin Güvenlik Uygulama Alanları ve Veri Madenciliği ile Sahtekârlık Analizi", İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Bilişim ve Teknoloji Hukuku Yüksek Lisans Programı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 1.

²⁸ Talha Murathan ve Sebahattin Devocioğlu, "Veri Madenciliği ve Spor Alanındaki Uygulamaları", 2018, 29(3), Hacettepe Journal of Sport Sciences, s. 147.

adlandırmalar da kullanılmaktadır²⁹. Özellikle otomatik karar mekanizmaları tarafından veri madenciliğinden yararlanılmaktadır³⁰.

Veri madenciliği yeni ve disiplinler arası bir alana sahip olarak farklı disiplinlerde aktif olarak kullanılmaktadır. Özellikle veri tabanı sistemleri, veri görselliği, matematiksel modelleme, istatistik, yapay zekâ, spor, pazarlama, finans, tıp, mühendislik, sigortacılık, borsa, perakendecilik, telekomünikasyon, sağlık, biyoloji, genetik, hukuk, endüstri, güvenlik, istihbarat, optimizasyon vb. alanlarda kullanılabilir³¹.

İnsan yaşamını ilgilendiren hemen her alanda kullanılan veri madenciliği özellikle mobil uygulamalar üzerinden faaliyette bulunan firmalar için çok önemlidir. Bu firmalar ellerinde bulunan veriler üzerinden çıkardıkları analiz sonucunda daha anlamlı ve işlevsel bilgiler elde etmekte ve elde edilen bu bilgileri reklam, pazarlama, satış stratejisi yahut başka amaçlarla kullanabilmektedir.

Mobil uygulamalar üzerinden elde edilen veriler üzerinde yapılan tasarruflar veri işleme faaliyeti olarak adlandırılmaktadır. Bu faaliyetler hakkında ayrı bir başlık altında bilgi vermekte fayda mülâhaza etmekteyiz.

II. Mobil Uygulamalar Üzerinden Veri İşleme Faaliyetleri ve Kişisel Veriler

A. Veri İşleme Faaliyetleri

Gündelik hayatta her gün kullandığımız bilgisayar, cep telefonu, tablet, televizyon, akıllı saat, oyun konsolu ve diğer birçok elektronik cihaz internet yahut kendilerini birbirlerine bağlayan başka sistemler³² üzerinden elde ettikleri verileri işlemektedir.

²⁹ Tuncay Özcan, Veri Madenciliği, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 7. Çalışmaya şu adresten ulaşılabilir:
<http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/endustrimuhlt_uc/verimadenciligi.pdf> Erişim Tarihi 25 Nisan 2021.

³⁰ Liane Colonna, “Mo’ Data, Mo’ Problems? Personal Data Mining and the Challenge to the Data Minimization Principle”, 2013, 18, Big Data And Privacy Making Ends Meet, Stanford Law School, The Center for Internet And Society, s. 20, <<https://fpf.org/wp-content/uploads/2021/05/Big-Data-and-Privacy-Paper-Collection.pdf>> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

³¹ Murathan ve Devecioğlu, s. 150.

³² Günümüzde internet dışında örneğin radyo frekansı ile tanımlama (RFID) ve sensör teknolojilerinin gelişmesi, kullanımın artması ile birlikte gündelik hayatın her alanında çeşitli kaynaklardan verilerin toplanması olanaklı hale gelmiştir. Aşıkoğlu, 2018, s. 21.

Veri işleme faaliyeti ile anlatılmak istenen; verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan yahut herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak şartıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, değiştirilmesi, depolanması, korunması, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü tasarruftur³³. Örneğin, verilerin belirli bir yerde (bulut sistemleri, hard-disk, CD, USB bellek vs.) tutularak depolanması, başka hiçbir işlem yapılmasa dahi, bir veri işleme faaliyeti olarak kabul edilir. Bu bakımdan verilerin elde edilmesi ve kaydedilmesinden başlayarak veriler üzerinde yapılan tüm işlemler veri işleme faaliyeti olarak kabul edilir.

Günümüzde internet siteleri, bilgisayar programları ve mobil uygulamalar başta olmak üzere elektronik cihazlar üzerinden toplam işlenen veri sayısı tahmin edilemez boyutlara ulaşabilmektedir. İşlenen verilerden bir kısmı hukuk sistemleri için ayrıca koruma mekanizması gerektiren bir alandır. Kişisel veriler ve dahi bu grup içerisinde yer alan bir grup hassas veri, özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında hukuk normlarınca korunmakta ve güvence altına alınmaktadır.

B. Veri-Kişisel Veri Ayırımı

“Veri” kavramı, bilişim literatüründe “*olgu, kavram veya komutların, iletişim, yorum ve işlem için elverişli şekilde gösterimi*”³⁴, “*bir çözüme ulaşmak için işlenebilir duruma getirilmiş gözlemler, ölçümler*”³⁵, “*bilgisayar için işlenebilir duruma getirilmiş sayısal ya da sayısal olmayan nicelikler*”³⁶ olarak farklı şekillerde ifade edilebilir. Ancak bu kavram günümüzde daha çok “bilgi” kavramını açıklamakta kullanılmaktadır. Bu bakımdan veri, kelimeler ve sayılar gibi kayıt altına alınmış ancak biçimlendirilmemiş bilgi olarak da ifade edilebilir.

Veri kavramı kendi başına değersizdir. Başka bir ifade ile tek başına bir anlamı yoktur. Veriyi anlamlı kılan faaliyetlerden birisi olarak veri

³³ Konuyla ilgili daha ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Aşıkoğlu, s. 70; Elif Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, 4. Baskı, Oniki Levha Yayınları, 2020, s. 16; Gamze Turan Başara, “Kişisel Veri İşleme Sözleşmesi”, 2020, 8(16), Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 59-64; Mesut Serdar Çekin, Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınları, 2019, s. 46.

³⁴ TDK Güncel Türkçe Sözlük, <<https://sozluk.gov.tr>> Erişim Tarihi 19 Kasım 2021.

³⁵ TDK Güncel Türkçe Sözlük, <<https://sozluk.gov.tr>> Erişim Tarihi 19 Kasım 2021.

³⁶ Bilişim Sözlüğü, <<http://www.bilisimsozlu.net/data>> Erişim Tarihi 19 Kasım 2021.

madenciliğine yukarıda değindik. Ancak çalışma planımız esas olarak veri madenciliği değil, kişiyi belirli ya da belirlenebilir kılan veri olarak kişisel veri kavramı üzerine kuruludur. Bu bakımdan kişisel veri kavramı ile anlatılmak istenin ne olduğunu kısaca açıklamakta fayda görmekteyiz.

Kişisel veri kavramı bu alana dair ulusal ve uluslararası düzenlemelerde “kimliği belirli yahut belirlenebilir gerçek kişiye yani insanlara ait tüm bilgileri” ifade eder şekilde kullanılmaktadır. Gerçek kişilerle ilişkilendirilemeyen veriler ise anonim veri olarak nitelendirilmekte ve bu tür verilere kişisel verilerin korunması mevzuatında koruma sağlanmamaktadır³⁷.

Kişisel verilerin içinde bazı veriler yapıları gereği daha büyük önem arz etmektedir. Özel nitelikli kişisel veriler (*special categories of personal data*) ya da hassas veri (*sensitive data*) olarak adlandırılan bu gruptaki veriler, başkalarınca öğrenildiği takdirde ilgili kişinin daha fazla zarara uğramasına yahut ayrımcılığa maruz kalabilmesine sebep olabilecek nitelikteki verilerdir. Bu tür verilerin işlenmesi genel olarak kişisel verilerin işlenmesi şartlarından daha özel şartlara tabi tutulmuştur. Başka bir anlatımla, bu tür veriler ayrımcılık gibi sorunlara sebebiyet verme ihtimalinin yüksekliğinden dolayı diğer kişisel verilere göre daha fazla koruma uygulanan küçük bir grup veri olarak değerlendirilebilir³⁸. Nitekim Türk Hukukunda 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununda hangi kişisel verilerin özel nitelikli olduğu tahdidi olarak belirtilmiş olup³⁹, bu sayılanlar dışındaki veriler özel nitelikli olarak kabul edilmemektedir. Bu bakımdan, özel nitelikli kişisel verilerin belirlenmesi hususunda sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesinin benimsendiğini söyleyebiliriz.

Özel nitelikli kişisel veriler ayrıca belirtilmekte ve diğer kişisel verilere karşı daha sıkı tedbirlerle korunmakta ise de kanaatimizce kişisel veriler arasındaki bu ayırım sadece belirli grup (özel nitelikli) kişisel verilerin kişiler için daha büyük zararlar ortaya çıkarma ihtimalinin yüksekliğindedir.

³⁷ Aşıkoğlu, 2018, s. 11. Gerçek kişiyle ilgilendirilmeyen büyük veriler hukukun farklı alanlarına (Telif Hukuku, Sözleşme Hukuku, Sorumluluk Hukuku) ait düzenlemelerde koruma mekanizmalarından faydalanabilir. Ancak Kişisel Verilerin Korunması Hukuku bakımından korunan özne muhakkak gerçek kişiler olmalıdır.

³⁸ Küzeci, 2020, s. 281.

³⁹ “Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefî 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 veridir” (m. 6/1).

Kişisel veriler günümüz demokratik hukuk sistemlerinde anayasal düzeyde koruma altına alınmaktadır. Zira içinde bulunduğumuz dijital çağda kişilere ait veriler ekonomik, sosyal, siyasi ve daha birçok alanda hazine niteliğindedir. Bu hazineye ulaşma yollarından biri de mobil uygulamalardır. Özellikle ücretsiz indirilen ve kullanılabilen mobil uygulamalara karşı daha temkinli olmakta fayda vardır. Nitekim son yıllarda özellikle ücretsiz hizmet sunan platformlara karşı şu argüman dile getirilmektedir: “Parasını ödemiyorsan ürün sensin!”⁴⁰. Bu ifadenin doğruluk payı olmakla beraber; ücretsiz tüm ürün ve hizmetlerin kullanıcı ve müşterilerinin kişisel verilerini işlediğini söylemek kanaatimizce doğru değildir. Zira günümüzde şirketler müşterilerine verdiği güven ve yaygın kullanım gibi etmenlerle piyasa değerlerini yükselterek daha fazla kâr elde edebilmektedir. Bu bakımdan belirli zamanlarda ürünleri ve/veya hizmetlerini ücretsiz şekilde kullanıma sunarak hacmini genişleterek şirketin değerini arttırmaktadır. Ancak biz yine de ücret mukabilinde yahut ücretsiz şekilde kullanılan mobil uygulamalar için kişisel verilerin korunması mevzuatı ile getirilen asgari yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve uygulama kullanıcılarının kullanım esnasında bilinçli bir şekilde davranmaları gerektiği kanaatindeyiz.

III. Mobil Uygulamalarda Kişisel Veriler İşlenirken Yerine Getirilmesi Gereken Hususlar

Akıllı cihazlar, mobil uygulamalar sayesinde kişilerin ihtiyaçlarına uygun özelliklerle donanarak insanların sosyal hayatında çok önemli bir konuma gelmiştir. Bu uygulamalar, insanların haberleşme başta olmak üzere farklı sosyal gruplarla bağlantı kurmalarında ve gündelik hayatlarını düzenlemede fonksiyonel birer araç olarak değerlendirilmektedir. Başka bir ifade ile akıllı cihazları diğer mobil teknolojilere göre farklı kılan, daha fonksiyonel, kullanışlı ve kişiye özel olmasını sağlayan en önemli özellik bu cihazlar için geliştirilen mobil uygulamalardır⁴¹.

Kişiye özel kullanıma müsait olan mobil uygulamaların elde ettiği verilerden yola çıkarak kullanıcıya ulaşmak ise günümüz teknolojisinin geldiği nokta bakımından çok daha kolaydır. Bu bakımdan mobil uygulamalar üzerinden elde edilen ve işlenen veriler bakımından kişisel verilerin korunması mevzuatı hükümleri dikkate alınmak zorundadır. Aksi halde mobil uygulama

⁴⁰ Margaret McGartney, “If you don’t pay for it you are the product”, 2018, 362, BMJ. <<https://www.bmj.com/content/362/bmj.k3249>> Erişim Tarihi 20 Kasım 2021.

⁴¹ Uğur ve Turan, s. 74.

kullanıcılarının kişisel verileri başta olmak üzere özel hayatlarının gizliliği ihlal edilecektir. Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı demokratik hukuk sistemlerinde böyle bir ihlal durumunda mobil uygulama üretici ve işleticilerinin hukuki, cezai ve idari sorumlulukları gündeme gelecektir.

Mobil uygulama işleticilerinin kişisel verilerin korunması alanındaki hak ve yükümlülüklerini ele almadan evvel Veri Koruma Hukukunda riayet edilmesi gereken temel ilkeleri kısaca açıklamakta fayda görmekteyiz. Kişisel veri işlenmesine ilişkin kurallar, izinler ve yasaklardan oluşan şu sekiz ilke faaliyetlerini hukuka uygun bir şekilde icra etmek isteyen herkes için uygulanacak tüm düzenlemelerin esasını oluşturmaktadır. Bu ilkeleri genel olarak⁴²;

1. Kişisel verileri hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun bir şekilde toplama ve işleme,
2. Kişisel verilerin işlendikleri amaçla sınırlı ve ölçülü olması (veri minimizasyonu ilkesi),
3. Kişisel verilerin hukuka uygun bir şekilde önceden belirlenmiş olan amaçlar dahilinde işlenmesi (amaca bağlılık ilkesi),
4. Belirlenen amaçlar dışında başka bir amaç için kişisel verilerin kullanımının, ancak veri sahibinin rızası veya kanunlarda izin verilmesi hallerinde mümkün olması (açık rıza-kanunilik)
5. Kişisel verilerin doğru, tam ve işleme amaçları ile ilgili olması (güncellik ilkesi),
6. Kişisel verilerin ifşa, değiştirilme yahut yok edilme gibi hukuka aykırı işlemlerden korumak için gerekli güvenlik önlemleri alınması (verilerin korunması ilkesi),
7. İlgili kişilerin, işlenen verileri hakkında bilgilendirilmesi, bunlara erişimlerinin temini ve düzeltme hakkına sahip olması (bireysel katılım ilkesi),
8. Veri sorumlularının hukuki, cezai ve idari sorumluluklarının işletilmesi,

⁴² Lee A. Bygrave, "Data Protection Pursuant to Right to Privacy in Human Rights Treaties", 1998, 6(3), International Journal of Law and Information Technology, s. 250. Makaleye ayrıca şu adresten de ulaşılabilir:

<<https://academic.oup.com/ijlit/article/6/3/247/655366>> Erişim Tarihi 26 Nisan 2021.

şeklinde sekiz başlık altında toplamak mümkündür⁴³. Bu ilkeler üzerine doktrinde halihazırda fazlasıyla çalışma bulunmaktadır⁴⁴. Biz bu başlık altında çalışma konumuzu ilgilendiren ve uygulamaya yönelik şu üç husus üzerinde duracağız.

A. Aydınlatma Yükümlülüğü

Hukuka uygunluğun denetiminde aydınlatma metinleri temel hak ve özgürlüklerin merkezini oluşturmaktadır. Bu bakımdan aydınlatma yükümlülüğü veri işleme faaliyetinin hukuka uygunluğunun denetlenmesinde ve ilgili kişilerin verileri üzerinde hakimiyetlerini korumalarında bel kemiği vazifesi görmektedir⁴⁵.

Aydınlatma yükümlülüğü esasında şeffaflık ve hesap verilebilirlik ilkelerinin gerekliliğidir. Bu ilkeler kamu idareleri ve şirketler için olduğu kadar kişisel veri işleyen herkes için bağlayıcıdır⁴⁶.

Mobil uygulamalarda işlenen kişisel verilerin düzeyine ilişkin yukarıda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda, mobil uygulama kullanıcılarının kişisel verilerinin korunması hakkının uygulaması bakımından aydınlatma metinleri olmazsa olmaz bir unsurdur⁴⁷.

Mobil uygulama aydınlatma metinlerinin şeffaflık ilkesi uyarınca ilgili kişiyle ya da kamuya paylaşılacak olan bilginin sade, şeffaf, anlaşılır, kolayca ulaşılabilir ve basit bir dille hazırlanmış olması gerekmektedir. Açık

⁴³ Bu ilkeler, kişisel verilerin korunmasına dair uluslararası düzenlemeler (GDPR m. 5, 108+ sayılı Konvansiyon m. 5) ve Türk Hukuk mevzuatında bu alandaki özel düzenleme olarak 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda da (m. 4) yer almaktadır.

⁴⁴ Aşıkoğlu, 2018, s. 79-89, 115-136; Çekin, s. 61-72; Küzeci, 2020, s. 227-277; Salih Polater, "Kişisel Verilerin Reklam Amaçlı İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Sebepleri", 2019, 1(1), Kişisel Verileri Koruma Dergisi, s. 1-20.

⁴⁵ Şehriban İpek Aşıkoğlu, "Veri Sorumlularının Aydınlatma Yükümlülüğü -Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda", 2019, 1(2), Kişisel Verileri Koruma Dergisi, s. 41.

⁴⁶ Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi bakımından muaf tutulan kişiler mevzuatta açıkça düzenlenmelidir. Nitekim hem Avrupa Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) hem de 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununda aydınlatma yükümlülüğünden muaf olanlar özel olarak sayılmaktadır (m. 28).

⁴⁷ Mobil uygulamalar ve bu uygulamaların yer aldığı akıllı cihazların otomatik veri işleme faaliyetleri karşısında ilgili kişilerin haklarının korunabilmesi için şeffaflık ilkesinin uygulama işleticileri tarafından her aşamada benimsenmesi gerekmektedir. Mireille Hildebrandt, "The Dawn of a Critical Transparency Right for the Profiling Era", Digital Enlightenment Yearbook, IOS Press, 2012, s. 45. Makaleye şu adresten ulaşılabilir: <<https://core.ac.uk/reader/16178580>> Erişim Tarihi 8 Mayıs 2021.

ve anlaşılır bir dille kaleme alınmayan bir aydınlatma metni açık rızanın doğru bilgilendirmeye dayalı olma unsurunu sağlamayacağından veri işleme faaliyetini hukuka aykırı hâle getirecektir⁴⁸. Yine aydınlatma metninde veri işleme şartlarının ilgili kişiye kasten yahut ihmal suretiyle yanlış, hatalı ya da eksik olarak bildirilmesi ilgili kişinin yanılmasına yol açıyorsa dürüstlük kuralı da ihlal edilmiş olacak ve veri işleme faaliyeti hukuka aykırı hale gelecektir⁴⁹.

Mobil uygulama işleticilerinin dikkat etmesi gereken bir başka husus ise uygulamalarda yapılacak değişiklikler ve güncellemeler sonrası veri işleme faaliyetinde de bir değişiklik söz konusu olmaktaysa bu durumun kamuoyuna ve kullanıcılara bildirilmesi ve aydınlatma metninin revize edilmesi gerekliliğidir.

Mobil uygulamalar için aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilme şekli bakımından farklı yöntemler tercih edilebilir. Mobil uygulamanın yüklü olduğu akıllı cihazın türüne göre yazılı metin⁵⁰ halinde olabileceği gibi, görsel şema, video, infografik yahut sesli mesaj yolları ile bu yükümlülük yerine getirilebilir.

Fransız Veri Koruma Kurumu (CNIL), şeffaflık ilkesine riayet etmediği ve aydınlatma metninin kolay ulaşılabilir olmadığı gerekçesiyle Google hakkında 50.000.000 EURO idari para cezası vermiştir⁵¹. Türkiye Cumhuriyeti Kişisel Verileri Koruma Kurumu da ulaşım hizmeti sunan bir mobil uygulamanın aydınlatma metninde yer almayan bir faaliyet üzerinden kullanıcılarının kişisel verisini işlediği gerekçesiyle uygulamayı işleten firmaya idari para

⁴⁸ Aşıkoğlu, 2019, s. 44.

⁴⁹ Nafiye Yücedağ, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler”, 2019, 1(1), Kişisel Verileri Koruma Dergisi, s. 48-49.

⁵⁰ İnternet ortamında yazılı metinlerin kullanıcılara sunulması için ‘*click-wrap* (tıklama yoluyla kabul)’, ‘*browse-wrap* (kabul edilecek metne göz gezdirme/göz atma)’ ve ‘*sign-in-wrap contact* (oturum açma işlemi)’ olarak adlandırılan farklı yöntemler kullanılmaktadır. Bir bağlantıya tıklayarak metnin açılması veya metnin bir kutucuğun içinde (HTML dilinde *textarea* veya *iframe* gibi) sunulması gibi farklı yöntemler hakkında daha fazla bilgi için bkz. Uri Benoliel and Shumel I. Becher, “The Duty to Read the Unreadable”, 2019, (60), Boston College Law Review, s. 2255-2296.

⁵¹ The Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés (French Data Protection Authority), Deliberation of the Restricted Committee SAN-2019-001 of 21 January 2019 pronouncing a financial sanction against GOOGLE LLC.

<<https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/san-2019-001.pdf>> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.

cezası vermiştir⁵². Yine Kurul'un farklı bir kararında çevrim içi platformlarda aydınlatma yükümlülüğü ve açık rıza onayı alınması süreçlerinin ayrı ayrı yerine getirilmesi gerektiğine hükmedilmiştir⁵³.

Türkiye Cumhuriyeti Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun verdiği isabetli karardan da görüleceği üzere mobil uygulamalarda aydınlatma metni üzerinden kullanıcıların açık rızasının alınması hukuka aykırı olup; açık rıza beyanının ayrı bir işlemle alınması gerekmektedir.

B. Açık Rıza Beyanı

Sözlükte⁵⁴ “razı olma, isteme, istek” olarak açıklanan “rıza (*consent*)” kavramı hukukun çeşitli alanlarında hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmektedir⁵⁵. Veri Koruma Hukukunda ise kişilik haklarının önemine binaen salt rıza kavramı ile yetinilmeyerek “açık rıza (*explicit consent*)” kavramının kullanımı tercih edilmektedir. Bu bakımdan kişisel verilerin işlenmesinde hukuka uygunluk halleri müstesna olmak üzere kişisel verilerin işlenebilmesi ve aktarılabilmesi için veri sahibi ilgili kişinin açık rızası aranmaktadır⁵⁶.

95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Direktifine göre açık rıza; ilgili kişinin kendisiyle ilgili veri işlenmesine, özgürce, konuyla ilgili yeterli bilgi sahibi olarak, tereddüde mahal vermeyecek şekilde ve sadece o işlemle sınırlı olarak verdiği onay beyanı şeklinde anlaşılmalıdır. 6698 sayılı Kanundaki tanımıyla açık rıza “*Belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rızayı*” ifade etmektedir (m. 3/1-a). Bu ifade doğrultusunda rıza, ilgili kişinin sahip olduğu verinin işlenmesine, kendi isteği ile veya veri sorumlusu tarafından gelen istek üzerine, onay vermesi anlamını taşımaktadır.

⁵² Karar No: 2020/65, Karar Tarihi: 27.01.2020. Karara ulaşmak için bkz. <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6717/2020-65>> Erişim Tarihi 27 Nisan 2021.

⁵³ Karar No: 2018/90, Karar Tarihi: 26.07.2018. Karara ulaşmak için bkz. <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5420/2018-90>> Erişim Tarihi 27 Nisan 2021.

⁵⁴ TDK Güncel Türkçe Sözlük, <<https://sozluk.gov.tr>> Erişim Tarihi 10 Mayıs 2021.

⁵⁵ Roma Hukukunda, “*volenti non fit iniuria*” (rızanın olduğu yerde hukuka aykırılık olmaz), “*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*” (rızaıyla gerçekleştirilen fiil haksızlık oluşturmaz) ilkeleri benimsenmektedir. Alperen Polat, Sorumluluk Hukukunda Rıza, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 39.

⁵⁶ Uluslararası hukuki düzenlemeler ve karşılaştırmalı hukukta aranan bu şart 6698 sayılı KVK Kanununda da yer almaktadır (m. 5-6, 8-9).

Veri işleme faaliyetini hukuka uygun hale getirecek açık rızanın belirli unsurları bulunmaktadır. Bunlar⁵⁷:

- Belirli bir konuya ilişkin olma,
- Rızanın bilgilendirmeye dayanması,
- Rızanın özgür iradeyle açıklanması.

Mobil uygulama kullanıcılarının kişisel verilerinin işlenebilmesi ve aktarılabilmesi için, hukuka uygunluk sebebi bulunan haller hariç olmak üzere, kullanıcıların açık rızasını almak gereklidir. Rızanın alınması herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır ancak rızanın varlığını ispat yükü veri sorumlusu olarak mobil uygulama işleticisindedir.

Rıza beyanı yazılı olarak alınabileceği gibi, elektronik ortamda yahut çağrı merkezi üzerinden farklı yollarla da alınabilir. T.C. Kişisel Verileri Koruma Kurumu rızada şekil şartı aramamakla beraber rızada kişinin “olumlu irade beyanı”nın açıkça anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir⁵⁸.

Mobil uygulama kullanıcıları yeterli düzeyde aydınlatıldıktan sonra ayrı bir işlem ile bu kullanıcıların açık rızalarına başvurulmalıdır. Veri işleme faaliyetine başlamadan evvel açık rıza alınması gerekmektedir. Kullanıcının tepki göstermeksizin uygulamayı kullanmaya devam etmesi açık rıza gösterdiği anlamına gelmez ve veri işleme faaliyetini hukuka aykırı hale getirir⁵⁹.

⁵⁷ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Açık Rıza, KVKK Yayını, 2018a, s. 5, <https://kvkk.gov.tr/yayinlar/A%C3%87IK%20RIZA.pdf> Erişim Tarihi 13 Nisan 2021.

⁵⁸ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 2018a, s. 3. AB Veri Koruma Tüzüğü’nde de rızanın geçerli olabilmesi için belirli şartlar aranmaktadır. Tüzükteki ilgili düzenleme şöyledir: “*Veri sahibinin rızasının diğer hususlarla da ilgili olan yazılı bir beyan bağlamında verilmesi durumunda, rıza talebi diğer hususlardan açık bir şekilde ayırt edilebilecek bir şekilde, anlaşılır ve kolayca erişilebilir bir biçimde, açık ve sade bir dil kullanılarak sunulur. Söz konusu beyanın bu Tüzük açısından ihlal teşkil eden hiçbir kısmı bağlayıcı değildir.*” (m. 7/2).

⁵⁹ Christopher Kuner, European Data Protection Law, Corporate Compliance and Regulation, 2. Edition, Oxford University Press, 2007, s. 69. Mobil uygulama kullanıcılarına “kişisel verilerinizin işlenmesine onay vermiyorsanız işaretleyin” gibi opt-out yöntemi açık rıza olarak kabul edilmemektedir. Türkiye’de de 2018/90 sayılı ve 26.07.2018 tarihli Kişisel Verileri Koruma Kurulu kararında aynı ilke benimsenmiştir. Karara ulaşmak için bkz. <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5420/2018-90>> Erişim Tarihi 27 Nisan 2021. Hollanda Veri Koruma Kurulu da internet siteleri ve mobil uygulamalardaki çerez (*cookies*) kullanımına müsaade etmeyen kullanıcıların buralardan faydalanamamasını hukuka aykırı bulmuştur. <<https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/websites-moeten-toegankelijk-blijven-bij-weigeren-tracking-cookies>> Erişim Tarihi 10 Mayıs 2021.

Mobil uygulama işleticileri tarafından hukuka uygun bir şekilde rıza alındıktan sonra veri işleme faaliyetlerinde meydana gelen değişiklikler yahut hiçbir değişiklik olmasa dahi aradan uzun bir zaman geçmişse yeniden açık rıza alınması gerekmektedir⁶⁰.

İlgili kişiler⁶¹ rıza beyanlarını diledikleri zaman geri alabilecekleri⁶² gibi, rızalarının bulunduğu zaman içerisinde mobil uygulama üzerinden işlenen kişisel verileri hakkında bilgi alma hakkına da sahiptirler.

C. Veri Sorumlusuna Başvuru İmkânı (Bireysel Katılım)

Özel hayatın gizliliği kapsamında kişisel verisi işlenen gerçek kişiye yaratılan koruma alanı içerisinde verilerinin ilgili kişi tarafından kontrolünün sağlanması, kişinin özgür iradesiyle hareket etmesi ve bu irade doğrultusunda kişiliğini geliştirmesi ve geleceğini belirlemesi kişilik hakkı kapsamında temel haklar arasında yer almaktadır⁶³. Nitekim uluslararası düzenlemeler ve ulusal mevzuatta⁶⁴ ilgili kişilerin kişisel verilerinin korunmasını talep etme hakkı kadar; işlenen verileri hakkında bilgi talep etme ve tasarrufta bulunma hakkı da tanınmaktadır.

Mobil uygulama işleticileri, uygulama üzerinden yahut otoritelerce belirlenen uygun yöntemler ile kullanıcılarının taleplerini almalı ve makul süre içerisinde⁶⁵ kullanıcılarını bilgilendirmelidirler. Buna göre kişisel

⁶⁰ Kuner, s. 314.

⁶¹ Burada ayrıca değinmekte fayda gördüğümüz bir husus ise çocuklara yönelik geliştirilen mobil uygulamalardır. Türk Hukuku bakımından tam ehliyetli kategorisinde yer alan bu kişiler için verdikleri açık rızanın hukuki geçerliliği bulunmamakla beraber; AB Veri Koruma Tüzüğü bu gruptaki çocuklar için 16 yaş sınırı getirmiştir. Tüzüğe göre: "... doğrudan bir çocuğa bilgi toplumu hizmetleri sağlanması ile ilgili olarak, çocuğun en az 16 yaşında olması halinde, ilgili çocuğun kişisel verilerinin işlenmesi hukuka uygundur. Çocuğun 16 yaşından küçük olması halinde, söz konusu işleme faaliyeti, ancak rızanın çocuk üzerinde velayet hakkı bulunan kişi tarafından verilmesi veya onaylanması halinde ve verildiği veya onaylandığı ölçüde hukuka uygundur. (2) Üye devletler, 13 yaştan küçük olmamak kaydıyla, bu amaçlara yönelik olarak kanunla daha küçük bir yaş belirleyebilir."

⁶² AB Veri Koruma Tüzüğü m. 7/3.

⁶³ Elif Küzeci, "İstatistikî Birimler ve Bilgilerin Geleceğini Belirleme Hakkı", 2014, 32, İnsan Hakları Yılı, s. 53-75.

⁶⁴ Bu konudaki ulusal mevzuat: Başta Anayasa (m. 20/son) olmak üzere 6698 sayılı Kanun (m. 13) ve Kurum tarafından çıkarılan 10.3.2018 tarih ve 30356 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Veri Sorumlusuna Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ'den oluşmaktadır.

⁶⁵ Daha detaylı düzenlemeler 10.03.2018 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Veri Sorumlusuna Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ'de yer almaktadır.

verisi işlenen kişi veri sorumlusuna başvurarak işlenen verileri hakkında bilgi alabileceği gibi daha önce verdiği açık rızasını geri çekme, verilerin anonim hale getirilmesini, silinmesini yahut imha edilmesini talep etme gibi tasarruflarda bulunabilecektir. İlgili kişinin talepleri yerine getirilmezse kişi, Veri Koruma Kuruluna başvuracağı gibi; mahkemeler nezdinde dava yoluna da gidebilir.

Mobil uygulama kullanıcıları olarak gerçek kişiler tarafından veri sorumlusuna yapılacak başvurular bakımından belirli sıkıntılar yaşanmaktadır. Bu sıkıntıların başında ilgili kişilerin nereye, nasıl başvuru yapacağı yönünde yaşanan belirsizlik gelmektedir. Zira uygulama işleticilerinin büyük çoğunluğu yurt dışı yerleşik durumdadır. Bu durum başvuru sürecini büyük ölçüde zorlaştırmaktadır. Ülkeler bu hususta, özellikle sosyal medya uygulamalarını işleten şirketlere karşı, yeni kanuni düzenlemelerle veri sorumlularına yönelik temsilci atama gibi belirli yükümlülükler getirmektedir⁶⁶.

D. Teknik Tedbirler

Kişisel verilerin korunmasına dair uluslararası düzenlemelerde veri sorumlularının işlediği kişisel verilerin güvenliğini sağlamakla yükümlü olduğu ve bu kapsamda yeterli teknik önlemleri almak zorunda olduğu belirtilmektedir⁶⁷. Ancak alınacak teknik tedbirlere ilişkin ayrı bir düzenleme yapılmamaktadır. Keza Türk Hukuk mevzuatı bakımından da kişisel verilerin korunmasına dair özel kanun olarak çıkarılan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununa göre Kişisel verilerin işlenmesi sürecinde veri sorumluları kişisel verilerin muhafazasını sağlamak amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almak zorundadır (m. 12/1-c). Alınacak teknik tedbirlerin ne olacağı hususunda ise ne Kanunda ne de Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından

⁶⁶ Türkiye’de 29.7.2020 tarihinde TBMM’de kabul edilen ve 31.07.2020 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7253 sayılı Kanunla, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda yapılan değişiklikler ile sosyal ağ sağlayıcı olarak adlandırılan, aynı zamanda mobil uygulama işleticisi olarak veri sorumlusu sıfatına haiz çok uluslu teknoloji şirketlerine temsilci atama yükümlülüğü getirilmiştir. Temsilci atama yükümlülüğünün yanı sıra belirli aralıklarla resmî kurumlara rapor sunma, Türkiye’deki kullanıcıların verilerini yurt dışına aktarmama gibi farklı yükümlülükler de getirilmiştir. Bu yükümlülüklerle uyulmaması durumunda idari para cezası ve sonrasında giderek ağırlaşan yaptırımlar öngörülmüştür. Türkiye’deki bu son düzenlemeler Almanya ve Fransa’daki sosyal medya düzenlemelerine benzerlik göstermektedir.

⁶⁷ Avrupa Konseyi Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi m. 7; Avrupa Birliği Veri Koruma Tüzüğü m. 5/1-e,f.

çıkarılan diğer düzenleyici işlemlerde bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak Kurum tarafından hazırlanan rehberlerde yer alan konulardan yola çıkarak ve uygulamadan edindiğimiz gözlemlere dayanarak teknik tedbirlerin bazılarını şöyle sıralayabiliriz⁶⁸:

- Ağ güvenliği,
- Güvenlik duvarı,
- Saldırı tespit ve önleme sistemleri,
- Veri kaybı önleme yazılımları,
- Şifreleme,
- Erişim logları,
- Yetki matrisi,
- Sızma testi...

Elbette bu tedbirler saydıklarımızdan çok daha fazladır. Veri sorumlularının bunların tamamını uygulamaları beklenemez. Ancak olası bir ihlal durumuna karşı yeterli önlem alma yükümlülüğü veri sorumlusundadır. Nitekim günümüzde dijital ortamlara yönelik saldırılara sıklıkla rastlanmaktadır. Çok uluslu bir antivirüs şirketi, 2020 yılının 3. çeyreğinde kullanıcılarına karşı 16.440.264 virüs saldırısını önlediğini kamuoyu ile paylaşmıştır⁶⁹. Bu tür saldırıların gün geçtikçe artacağı şüphesizdir⁷⁰. Üreticilerin⁷¹ bu durum karşısında güvenlik önlemlerini arttırması, kişisel verilerin korunması bakımından elzemdir. Aksi halde, yeterli teknik tedbir almayan veri sorumlularının hukuki ve cezai sorumlulukları gündeme gelecektir.

⁶⁸ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Veri Güvenliği Rehberi (Teknik ve İdari Tedbirler), KVKK Yayını, 2018b, s. 5, <https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/veri_guvenligi_rehberi.pdf> Erişim Tarihi 21 Kasım 2021.

⁶⁹ <<https://securelist.com/it-threat-evolution-q3-2020-mobile-statistics/99461/>> Erişim Tarihi 26 Nisan 2021.

⁷⁰ Kaspersky adlı bu şirket, bir önceki dipnottaki raporda bu rakamın 2020 yılının 2. çeyreğine göre 2.2 milyon artış gösterdiğini de bildirmektedir.

⁷¹ Mobil işletim sistemleri uygulama mağazalarına bir uygulamayı dahil ederken belirli güvenlik önlemleri almaktadır. Zira zararlı yazılımların cihaza en kolay bulaşma şekli uygulama içinde gömülü vaziyette gelmesidir. Selma Büyükgöze, "Mobil Uygulama Marketlerinin Güvenlik Modeli İncelemeleri", 2019, 12(1), Türkiye Bilişim Vakfı Bilgisayar Bilimleri ve Mühendisliği Dergisi, s. 12.

Sonuç (Değerlendirme)

Teknolojik gelişmelerin eriştiği konum itibariyle akıllı cihaz üretiminin yaygınlaşması ile insanların bu cihazlara erişimi de kolaylaşmıştır. Telefon, tablet, saat gibi akıllı cihaz kullanımının artış göstermesi bu cihazlar için özel olarak tasarlanmış yazılımlar olarak mobil uygulamalara da yansımıştır. 26 Ekim 2021 tarihinde yayımlanan bir rapora göre 2020 yılında dünya genelinde akıllı cihazlara indirilen mobil uygulama sayısı yaklaşık 218 milyar olmuştur⁷².

İnsan hayatının merkezi konumuna gelen mobil uygulamalar için kişisel verilerin korunması mevzuatı bakımından uygulama üretici ve işleticileri olarak veri sorumlularının yerine getirmesi gereken hususlara çalışmada değindik. İdari yükümlülükler olarak aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi, kullanıcıların açık rızalarının alınması, veri sorumlusuna başvuru imkanının sağlanması gibi hususlar yetkili otoriteler tarafından denetlenebilmektedir. Ancak idari yükümlülüklerinin yanı sıra mobil uygulama şirketleri kişisel verileri koruma bakımından teknik tedbirleri de almakla yükümlüdür. Ancak bu aşamada otoriteler için ciddi bir sorun karşısına çıkmaktadır. Zira veri sorumluları idari yükümlülüklerini ne kadar yerine getirir de bilişim teknolojilerinin eriştiği konum itibariyle teknik tedbirlerin ne düzeyde alındığı tespit edilse dahi veri sorumlusu tarafından kişisel veriler üzerinde kötüye kullanım durumlarında tespit imkânı çok zordur. Çünkü veri sorumlusu sıfatıyla mobil uygulama işleticilerinin büyük çoğunluğu yurt dışı yerleşik olduğu için fiziki denetimi mümkün olamamaktadır. En çok kullanılan mobil uygulamaları işleten çok uluslu şirketlerin merkez yerleri ve bilgi depolama yerleri olarak kişisel verilerin korunması hakkına Avrupa Kıtası ülkeleri kadar özen göstermeyen ülkeleri tercih etmesi ise bu konuda zihinlerde şüpheli düşünceler uyandırmaktadır.

Tüm açıklamalarımıza ilaveten ayrıca vurgulamak istediğimiz son bir husus ise: Mobil uygulama işleticilerinin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğine bakmaksızın ilgili kişiler olarak kullanıcıların kendi tedbirlerini almaları gerekmektedir. Bunun için mobil uygulama kullanmaktan vazgeçmeksizin ve fakat özellikle başkaları tarafından ele geçirildiğinde ilgili kişi, çevresi ve kamu için sıkıntı doğurabilecek verilerin mobil uygulama ve dahi akıllı cihazlarda bulundurulmaması en güvenli önlem olacaktır. Örneğin,

⁷² <<https://www.statista.com/statistics/271644/worldwide-free-and-paid-mobile-app-store-downloads/>> Erişim Tarihi 21 Kasım 2021.

devlet sırrı niteliğinde bir video kaydının bir akıllı cihaz üzerinden anlık iletişim amaçlı bir mobil uygulama vasıtasıyla başka bir kaynağa gönderilme işlemi, mobil uygulama tüm yükümlülükleri yerine getirirse ve teknik tedbirleri almış olsa dahi, başlı başına risk taşımaktadır. Çünkü internet teknolojisinde bilinmeyen alan, bilinen kısımdan çok daha büyüktür. Ve insanoğlu kestiremediği alanlarda her zaman temkinli olmalıdır.

KAYNAKÇA

- Aktan E, “Büyük Veri: Uygulama Alanları, Analitiği ve Güvenlik Boyutu”, 2018, 1(1), Bilgi Yönetimi Dergisi, s. 1-22.
- Altunışık R, “Büyük Veri: Fırsatlar Kaynağı mı Yoksa Yeni Sorunlar Yumağı mı?”, 2015, 1(1), Yıldız Social Science Review, s. 45-76.
- Aparavi, Big Data Growth Statistics to Blow Your Mind (or, What is a Yottabyte Anyway?), Nisan 2017, <<https://www.aparavi.com/data-growth-statistics-blow-your-mind/>> Erişim Tarihi 22 Nisan 2021.
- Article 29 Working Party, “Statement on Statement of the WP 29 on the Impact of the Development of Big Data on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Their Personal Data in the EU”, WP 221, Bildiri, 16 Eylül 2014, <<https://www.pdpjournals.com/docs/88352.pdf>> Erişim Tarihi 23 Nisan 2021.
- Aşıkoğlu Ş İ, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri, Oniki Levha Yayınları, 2018.
- Aşıkoğlu Ş İ, “Veri Sorumlularının Aydınlatma Yükümlülüğü -Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda”, 2019, 1(2), Kişisel Verileri Koruma Dergisi, s. 41-65.
- Atalay M ve Çelik E, “Büyük Veri Uygulamasında Yapay Zekâ ve Makine Öğrenmesi Uygulamaları”, 2017, 9(22), Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, s. 155-172.
- Benoliel U ve Becher S I, “The Duty to Read the Unreadable”, 2019, (60), Boston College Law Review, s. 2255-2296.
- Bilgili M İ, “Adaptif Bağlam Bilinçli Mobil Uygulama Geliştirme”, Gazi

- Üniversitesi Bilişim Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014.
- Buildfire, Mobile App Download and Usage Statistics (2021), Şubat 2012, <<https://buildfire.com/app-statistics/#>> Erişim Tarihi 20 Nisan 2021.
- Büyükgöze S, “Mobil Uygulama Marketlerinin Güvenlik Modeli İncelemeleri”, 2019, 12(1), Türkiye Bilişim Vakfı Bilgisayar Bilimleri ve Mühendisliği Dergisi, s. 9-18.
- Bygrave L A, “Data Protection Pursuant to Right to Privacy in Human Rights Treaties”, 1998, 6(3), International Journal of Law and Information Technology, s. 247-284, <<https://academic.oup.com/ijlit/article/6/3/247/655366>> Erişim Tarihi 26 Nisan 2021.
- Colonna L, “Mo’ Data, Mo’ Problems? Personal Data Mining and the Challenge to the Data Minimization Principle”, 2013, 18, Big Data And Privacy Making Ends Meet, Stanford Law School, The Center for Internet And Society, <<https://fpf.org/wp-content/uploads/2021/05/Big-Data-and-Privacy-Paper-Collection.pdf>> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021, s. 19-22.
- Çekin M S, Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınları, 2019.
- Gahi Y, Guennoun M ve Mouftah H T, “Big Data Analytics: Security and privacy challenges”, IEEE Symposium on Computers and Communication (ISCC), Messina, Italy, 2016, s. 952-957.
- Hildebrandt M, “The Dawn of a Critical Transparency Right for the Profiling Era”, Digital Enlightenment Yearbook, IOS Press, 2012, <<https://core.ac.uk/reader/16178580>> Erişim Tarihi 8 Mayıs 2021, s. 41-56.
- Kara Kılıçarslan S “Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar”, 2019, 4(2), Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 363-389.
- Ketizmen M ve Kart A, “Kişisel Veri ve Rekabet Hukuku Kapsamında -Big Data-“, 2019, 1(1), Kişisel Verileri Koruma Dergisi, s. 64-76.
- Kişisel Verileri Koruma Kurumu: Açık Rıza, KVKK Yayını, 2018a, <<https://kvkk.gov.tr/yayinlar/A%C3%87IK%20RIZA.pdf>> Erişim Tarihi 13

Nisan 2021.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu: Kişisel Veri Güvenliği Rehberi (Teknik ve İdari Tedbirler), KVKK Yayını, 2018b, <https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/veri_guvenligi_rehberi.pdf> Erişim Tarihi 21 Kasım 2021.

Kuner C, European Data Protection Law, Corporate Compliance and Regulation, 2. Edition, Oxford University Press, 2007.

Küzeci E, “İstatistikî Birimler ve Bilgilerin Geleceğini Belirleme Hakkı”, 2014, 32, İnsan Hakları Yıllığı, s. 53-75.

Küzeci E, Kişisel Verilerin Korunması, 4. Baskı, Oniki Levha Yayınları, 2020.

McGartney M, “If you don’t pay for it you are the product”, 2018, 362, BMJ, <<https://www.bmj.com/content/362/bmj.k3249>> Erişim Tarihi 20 Kasım 2021

Murathan T ve Devecioğlu S, “Veri Madenciliği ve Spor Alanındaki Uygulamaları”, 2018, 29(3), Hacettepe Journal of Sport Sciences, s. 147-156.

Özcan C, “Veri Madenciliğinin Güvenlik Uygulama Alanları ve Veri Madenciliği ile Sahtekârlık Analizi”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Bilişim ve Teknoloji Hukuku Yüksek Lisans Programı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014.

Özcan T, Veri Madenciliği, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 2015, <http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/endustrimuhlt_ue/verimadenciligi.pdf> Erişim Tarihi 25 Nisan 2021.

Polat A, Sorumluluk Hukukunda Rıza, On İki Levha Yayınları, 2019.

Polater S, “Kişisel Verilerin Reklam Amaçlı İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Sebepleri”, 2019, 1(1), Kişisel Verileri Koruma Dergisi, s. 1-20.

Raghupathi W ve Raghupathi V, “Big Data Analytics in Healthcare: Promise and Potential”, 2014, 2(3), Health Information Science and Systems, s. 1-10.

Supriyadi D, “Personal and Non-Personal Data in the Context of Big Data”, 2017, Tilburg Institute for Law, Technology and Society, <<http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=142300>> Erişim Tarihi 13 Nisan 2021, s. 1-60.

- Tractinsky N ve Lowengart O, “Web-Store Aesthetics in E-Retailing: A Conceptual Framework and Some Theoretical Implications”, 2007, 1(1), Academy of Marketing Science Review, s. 1-18.
- Turan Başara G, “Kişisel Veri İşleme Sözleşmesi”, 2020, 8(16), Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 57-90.
- Uğur N G ve Turan A H, “Üniversite Öğrencilerinin Mobil Uygulamaları Kabulü ve Kullanımı: Sakarya Üniversitesi Örneği”, 2015, 6(2), İnternet Uygulamaları ve Yönetimi Dergisi, s. 63-79.
- Yücedağ N, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler”, 2019, 1(1), Kişisel Verileri Koruma Dergisi, s. 47-63.
- Wong S H R, “Which platform do our users prefer: Website or Mobile App?,” 2012, 40(1), Reference Services Review, s. 103-115.

YENİ EKONOMİK İDARE HUKUKU: TEKNOLOJİK GELİŞMELER KARŞISINDA İDARENİN İKTİSADÎ HAYATA MÜDAHALESİNDEKİ DEĞİŞİM

Sırrı DÜĞER*

ÖZ

İdarenin öncelikle piyasa aksaklıklarını önlemek için başlayan müdahalesi daha sonra sosyal amaçları da içeren bir şekil almıştır. Böylece sadece ekonomik kamu düzeninin sağlanmasının ötesinde piyasanın işleyişinde kamu yararına aykırı her türlü aksaklığın giderilmesi şeklinde bir müdahale türü olan regülasyon kavramı ortaya çıkmıştır. Veri temelli dijital ekonomi ile verilerin ve mahremiyetin korunması, inovasyonun teşviki ve fikri mülkiyet hakları da regülasyonun konusu haline gelmiştir. Bu konuların regülasyonu hem verileri ve mahremiyeti koruyan tasarımların tercih edilmesi ve dürtme gibi yeni müdahale yöntemlerinin geliştirilmesini hem de münhasır haklar tanımak yerine açık erişimi önceleyen bir yaklaşımı zorunlu kılmıştır. Ayrıca etik ilkeler oluşturulması ve kılavuzlar hazırlanması gibi yöntemler de bu regülasyonda kullanılmıştır. İdarenin piyasaya müdahalesi bunu meşru kılan bir sebebe dayanarak kanunla yapılmalıdır. Düzenleme şeklindeki müdahale, düzenlemenin ekonomik etkileri değerlendirilerek yapılmalı ve paydaşların katılımını sağlayan, geçiş süreci öngören ve düzenlemeyi bir takvime bağlayan bir idari usul çerçevesinde gerçekleştirilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Regülasyon, Endüstri 4.0, veri koruma, yumuşak hukuk, idari usul.

THE NEW LAW OF ECONOMIC ADMINISTRATION: CHANGE IN THE INTERVENTION OF THE ADMINISTRATION IN ECONOMIC LIFE AGAINST TECHNOLOGICAL DEVELOPMENTS

ABSTRACT

Government intervention into the market, which started primarily to prevent market failures, then took a form that included social purposes. Thus, the concept of regulation emerged, which is a type of intervention in the form of eliminating all kinds of disruptions contrary to the public interest in the functioning of the market, not only establishing the economic public order. With the data-driven digital economy,

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı / YALOVA e-posta: duger@live.de

ORCID: 0000-0002-1132-8138.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1065422

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 18/06/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 29/12/2021

the protection of data and privacy, the promotion of innovation and intellectual property rights have also become the subject of regulation. The regulation of these issues required both the preference of designs that protect data and privacy, and the development of methods such as nudging, as well as an approach that prioritizes open access rather than granting exclusive rights. In addition, methods such as establishing ethical principles and preparing guidelines (soft law) were used in this regulation. Government intervention into the market should be done by law based on a reason that justifies it. The intervention in the form of regulation should be carried out by evaluating the economic effects of the regulation and within the framework of an administrative procedure that ensures the participation of stakeholders, envisages a transition process, and connects the regulation to a timetable.

Keywords: Regulation, Industry 4.0, data protection, soft law, administrative procedure.

GİRİŞ

İdare hukuku, özel hukuka nazaran seyyal ve yapıcı bir mahiyette bulunmalıdır. Bu itibarla idare hukuku, topluma ve toplumsal olaylara, bunlara tesir eden çeşitli etkenlere çok yakındır. Hatta onlarla kaynaşmış bir durumdadır.¹ Bu nedenle iktisadi hayatı yeniden şekillendiren Dördüncü Sanayi Devrimi (Endüstri 4.0) olarak aldandırılan bilgi ve veri tabanlı yeni ekonominin nasıl düzenleyeceği değerlendirilmelidir.

Çalışmanın konusu teknolojik gelişme sonrasında oluşan veri tabanlı dijital ekonomiye devletin müdahalesinin nasıl bir şekil aldığı, alması gerektiğidir. Çalışmanın amacı, Endüstri 4.0'ın bu müdahale açısından hangi hukuki sorunları ortaya çıkarttığını tespit etmek ve bunların nasıl çözülebileceğine dair bir değerlendirmede bulunmaktır. Çalışmada idari fonksiyon kapsamında ekonomiye yapılan müdahale değerlendirilecektir. Dolayısıyla devletin yürütme fonksiyonu çerçevesinde ekonomiye müdahalesi çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

İktisadi idari faaliyetin veri tabanlı dijital ekonomi karşısında karşılaştığı ilk problem kişisel verilerin ve dijital mahremiyetin nasıl korunacağıdır. Dijital çağda temel hakların korunması, Fransız Danıştayının (CE) 2014

¹ Siddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları I. Cilt, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 108.

yılında hazırladığı yıllık çalışmaya da konu olmuştur. Bu çalışmada da dijital teknoloji karşısında kişisel verilerin korunması için oluşturulması gereken teminatlar değerlendirilmiştir.² Diğer bir konu ise kişisel olmayan makine tarafından üretilen veriler üzerinde mülkiyet benzeri bir münhasır hak tesis edilip edilemeyeceğidir. Ayrıca bu teknolojik gelişmelere ülkemizin ayak uydurabilmesi için inovasyon ve araştırma-geliştirmenin (AR-GE) özendirilmesi ve desteklenmesi ile bu destekleme faaliyetinin bir aracı olarak fikri mülkiyet sisteminin nasıl düzenlenmesi gerektiği de önemli bir sorundur. İktisadi idari faaliyet gerçekleştirilirken disiplinler arası bir yaklaşımla özellikle hukukun ekonomik analizi ile bu sorunlara çözüm üretilmelidir. Devletin rolünün hizmet üretenden düzenleme yapan, yönlendiren, teşvik edene evrildiği günümüzde yapılacak düzenlenmelerin ekonomik ve sosyal etkileri düzenleme yapılmadan önce ve yapıldıktan sonra değerlendirilmelidir. Bu müdahale, sadece piyasa aksaklıklarını önlemeyi değil idarenin iyi yönetim ilkelerine uygun hareket etmesini ve bireyin temel hak ve hürriyetlerinin korunmasını da kapsamalıdır. Teknolojik gelişmelerin kişilerin özellikle verileri ve mahremiyetleri için getirdiği tehditler karşısında kişi hem devlete hem de sektörün aktörlerine karşı korunmalıdır.

Veri tabanlı dijital ekonominin düzenlenmesi çok geniş bir konudur. Bu konu; gelişen teknoloji karşısında kişisel verilerin ve mahremiyetin korunması, kişisel olmayan veriler üzerindeki münhasır haklar ile AR-GE, inovasyon ve fikri mülkiyet hukuku kapsamında değerlendirilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda devletin idari fonksiyon çerçevesinde iktisadi hayata müdahalesinin teorisi, dayanakları, hukuki çerçevesi ve şekilleri değerlendirilmiştir. Daha sonra veri tabanlı dijital ekonomiye devletin müdahalesinin ortaya çıkardığı hukuki sorunlar incelenmiştir. Endüstri 4.0'da özellikle yapay zekâ, otonom sistemler, nesnelerin interneti ve robotik teknolojiler öne çıkmaktadır. Bu teknolojilerin iktisadi idari faaliyet açısından getirdiği hukuki sorunlar ortaya konulmaya çalışılmıştır. Daha sonra veri koruma başlığı altında kişisel verilerin ve mahremiyetin korunması, kişisel olmayan veriler üzerindeki münhasır haklar ve unutulma hakkı değerlendirilmiştir. Ardından fikri mülkiyet başlığı altında AR-GE ve inovasyon açısından fikri mülkiyet sistemi ve düzenleme aracı olarak fikri mülkiyet hakları incelenmiştir. Değerlendirme ve öneriler kısmında veriye dayalı dijital ekonomiye devletin müdahalesinin

² Conseil d'Etat Annual Study 2014: Fundamental Rights in the Digital Age, <<https://www.conseil-etat.fr/Pages-internationales/english/reports-and-studies/conseil-d-etat-s-annual-study-fundamental-rights-in-the-digital-age>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.

ortaya çıkardığı hukuki sorunlara çözüm önerileri dile getirilmiştir. Bu kısımda CE'nin 2014, 2015 ve 2017 yıllarında hazırladığı yıllık raporlardan da faydalanılmıştır.

Devletin iktisadi hayata müdahalesinin kendine özgü bir teori olarak ilk Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) ortaya çıktığı ifade edildiğinden buradaki gelişimine bakıldığında 1887'de Devletlerarası Ticaret Komisyonu (Interstate Commerce Commission-ICC) kurulması ile devletin ekonomiye müdahalesi federal alanda da başlamıştı. Özel girişimin savunulduğu günlerin yaşandığı 1920'lerde bile ICC benzeri yeni idareler kuruldu. 1929'da başlayıp etkisi 1930'larda devam eden büyük iktisadi bunalım ve bunu izleyen Roosevelt'in New Deal programı ICC gibi yeni kurumların kurulmasına uygun bir ortam hazırladı. Çünkü büyük bunalım, düzenlenmemiş bir piyasanın sosyal ve ekonomik refaha hizmet etmeyeceğini göstermişti. Piyasaya müdahale edilerek alınan önlemlerin temelinde düzenlenmemiş bir piyasanın başarısızlıklarını düzelterek kapitalist sistemi zayıflıklarından kurtarmak olduğu ifade ediliyordu.³

İkinci Dünya Savaşı sonrasında ise devletin ekonomik hayata müdahalesi, serbest piyasanın başarısızlıklarını gidermenin ötesinde kamu yararı, sosyal değerlendirmeler, çevre ve doğal kaynakların korunması gibi faktörler nedeniyle gerçekleştirilmiştir. ABD'de sayıları bugün otuzdan fazla olan düzenleyici kurumlar, elektrikten ilaca kadar pek çok sektörde kamu sağlığı, kamu yararı, tüketicilerin, işçilerin, küçük girişimcilerin ve küçüklerin korunması gibi amaçlarla düzenleme yetkisi kullanmaktadır.⁴

Yukarıda belirtildiği gibi sınaî üretimin tek elde toplanması ve gelişmesi, sözleşme hürriyeti açısından derin eşitsizlikler meydana getirdi. Hürriyetleri korumak için piyasaya müdahaleden kaçınan devlet bu sefer hürriyet adına ve zayıf korunmak için piyasaya müdahale etti. Bu müdahalede siyaset de etkili oldu. Şöyle ki, demokrasinin gelişmesiyle devlet, iktisadi olarak en zayıf durumda olan halk kitlelerini himaye etmek zorunda kaldı. Ancak liberal ekonomi düşüncesine en büyük reaksiyon bizzat ekonominin gelişmesinden kaynaklandı. Üretim giderek büyük teşebbüslerde toplandı. Böylece tekeller meydana geldi, rekabet şartları ve ortamı bozuldu. Ayrıca ağır şartlar altında çalışmak zorunda kalan bir işçi sınıfı oluştu. Bu belirtilenler şiddetli sosyal

³ Sait Güran, "ABD'nde Ekonomik Hayatın Düzenlenmesi", 1985, 6 (1-3), İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, s. 130-131.

⁴ Güran, s. 131-132.

çatışmalara sebep oldu. Bu çatışmaların bir iç savaşa dönmemesi için devletin müdahale etmesi gerekti.⁵ Liberal rejimin iktisadi ilişkilere müdahale etmeme düşüncesi çerçevesinde teşkilatlandırdığı devlet, belirtilen zaruretler yüzünden (isteği dışında) iktisadi ilişkilere müdahale etmek zorunda kaldı. Dolayısıyla devletin müdahalesindeki bu değişiklik fiili zaruretlerden kaynaklandı.⁶

Piyasa ekonomisinin sorun alanları:

- Piyasadaki tekelci gelişmeler,
- Aşırı ve beklenmeyen kar,
- Tüketicilerin bilgilendirilmemesi,
- Aşırı, yıkıcı ve adil olmayan rekabet,
- Sınırlı ve kıt olan kaynaklardan yararlanma zorlukları,
- Yeterli üretimde bulunmamak,
- İşçi ve işveren arasındaki eşit olmayan pazarlık gücü

olarak ifade edilmektedir. Bu sorunları çözmek için devlet:

- ruhsat işlemleri (izin verme),
- standartların belirlenmesi,
- kısıtlı kaynakların kamu yararına tahsis edilmesi,
- yasaklar,
- yaptırımlar,
- teşvikler,
- planlama,
- önleyici kararların alınması,
- tekelleşmeyi engelleyici ve parçalayıcı idari ve cezai işlemler,
- kamuoyunun bilgilendirilmesi,

⁵ Vasfi Raşit Sevig, “Borçlar Hukuku ve İktisat”, 1950, 7(3), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 261.

⁶ Sevig, s. 264.

- vergileme,
- sorumluluk kurallarının değiştirilmesi,
- düzenlenen konuların ilgililerince görüşülmesi

gibi araçlar ve düzenleme yöntemlerini uygulamaya koydu.⁷

Son olarak devletin düzenleme yetkisi ile ilgili ABD'deki en önemli dava olarak kabul edilen Munn v. Illinois davasına bakıldığında bu davada ABD Yüksek Mahkemesi devletin özel sektörü düzenleme yetkisinin olup olmadığını değerlendirdi. Mahkeme, bu davada idarenin özel sektörü düzenleme yetkisini hüküm altına aldı. Illinois meclisi, 1871'de özel şirketlerin tarım ürünlerinin depolanması ve taşınması için talep edebileceği en yüksek bedeli belirledi. Munn and Scott isimli bir tahıl ambarı firması, bu kanunu ihlal etmekten suçlu bulundu. Firma, mülkiyet hakkından anayasaya aykırı bir şekilde mahrum edildiği gerekçesiyle dava açtı. Mahkeme, devletin düzenleme yetkisinin kamu yararını etkileyen konularda özel sektörü (tahıl depolama tesisleri gibi) de kapsadığına hükmetti. Başka bir ifadeyle Mahkeme, devletin kamu yararını etkileyen özel sektör faaliyetlerini düzenleme yetkisinin bulunduğu karar verdi. Mahkeme, tahıl depolama tesisleri kamu kullanımına tahsis edildiğinden yararlanma bedellerinin devlet tarafından düzenlenebileceğine ve federe devletler arası ticaretin düzenlenmesinin Kongrenin yetkisinde olmasına rağmen bir devletin federal kontrole zarar vermeden kamu yararı adına düzenleme yapma yetkisinin olduğuna karar verdi. Bu dava, özel teşebbüsün kamusal düzenlemelere tabi kılınması açısından bir dönüm noktasıdır ancak daha sonra mahkemeler, devletin iktisadi hayatı düzenleme yetkisini dar yorumlayan kararlar verdi.⁸

I. DEVLETİN İKTİSADİ HAYATA MÜDAHALESİNİN HUKUKİ DAYANAKLARI

Devletin iktisadi hayata müdahalesinin Anayasal dayanakları 5, 48 ve 167. maddelerdir. Anayasa'nın 5. maddesine göre devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, cumhuriyeti ve demokrasiyi korumanın yanı sıra, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve

⁷ Güran, s. 133.

⁸ Güran, s. 137-138.

sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.

Anayasanın nasıl bir ekonomik düzen öngördüğüne dair Anayasa Mahkemesi (AYM) kararlarına göre Anayasa'nın 5, 48, 166 ve 167. maddeleri⁹, “Devletin ekonomik hayatın işleyişini düzenlemek, gerektiğinde bu alana müdahale konusunda görevli kılındığını ortaya koymaktadır.” AYM, ekonomik düzen ile ilgili olarak Anayasa'nın belirli bir tercihi dayatan katı bir yaklaşım içinde olmadığına karar vermiştir. Öğretiye göre de Anayasa ne saf devletçi ne de saf liberal bir ekonomi modeli öngörmektedir. Anayasa'nın 167. maddesinde Devlete serbest piyasa ekonomisi için elzem olan rekabetin korunması görevi verildiği belirtilmektedir.¹⁰

Anayasa'nın ekonomik alana ilişkin düzenlemelerinin yetersiz olduğu ve siyasal iktidarların izlemesi gereken iktisadi politikaların Anayasa ile düzenlenmesi gerektiği de ifade edilmektedir. 90'lı yıllarda ABD'de dönemin yüksek enflasyondan kaynaklanan sorunlarını çözmek için para basma, borçlanma ve denk bütçe konularında anayasaya hüküm konularak siyasal iktidarların sınırlandırılması gerektiği (anayasal iktisat kuramı) savunulmuştur. Ülkemiz ekonomisindeki sorunların ana kaynağının mali disiplinsizlik ve bunun sonucu olan parasal disiplinsizliğin oluşturduğu, bu nedenle kalıcı çözümün, hükümetlerin harcama, vergileme, borçlanma ve para basma yetkilerinin sınırlandırılması olduğunu savunulmaktadır. Bunun için mali ve parasal disiplinin sağlanması gerektiği bunun da ancak ekonomik anayasa oluşturularak yapılabileceği ifade edilmektedir.¹¹

⁹ Madde 48 – Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.

II. Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi

Madde 167 – Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler. Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Cumhurbaşkanına yetki verilebilir.

¹⁰ Turgut Tan, “Yeni Anayasa Hazırlıkları ve Ekonomi” içinde Serap Yazıcı vd. (Eds.), Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Yetkin Yayınevi, 2008, s. 636.

¹¹ Tan, Yeni Anayasa, s. 637.

II. DEVLETİN İKTİSADİ HAYATA MÜDAHALESİNİN KAPSAMI VE ARAÇLARI

Devletin iktisadi hayata müdahalesi açısından mesele, devletin iktisadi hayatın dışında kalıp kalmaması değil bu müdahalenin araçları ve ölçüsüdür. Devlet, ekonomik alana günden güne daha fazla müdahale etmek zorunda kalmakta ve bu müdahalede esnek düzenlemelere ihtiyaç duymaktadır. Özellikle dış ticaretin her an değişebilen şartlara bağlı olması, hükümetlere bu konuda geniş ve esnek yetkiler verilmesini gerekli kılmıştır. Dış ticarete diğer ülkelerin Türkiye için getirebileceği sınırlandırmalara karşı gerekli tedbirlerin alınması ve fiyat ayarlamalarının yapılabilmesi gerekir. Dolayısıyla ülkemizde üretilen malların piyasa fiyatının oluşmasında, ithal ve ihraç edilen malların fiyat ve miktarının ayarlanmasında ve bu malların alındığı ve satıldığı ülkeler tarafından alınabilecek tedbirlere karşılık verilmesinde hükümetin (yürütmenin) inisiyatifi elinde bulundurması gerektiği belirtilmektedir. İktisadi tedbirlerin kanunlar ile alınamayacağı, bu tedbirlerin hızlı bir şekilde alınması gerektiği, iktisadi gerçekler ile meclisin çalışma durumunun uygun düşmediği ifade edilmektedir. Bu çerçevede yukarıda belirtilen durumlarda alınabilecek tedbirlerin kanunda sayılması ve bunlardan hangisinin seçileceği konusunda yürütmeye yetki verilmesinin bu konudaki çözümlerden biri olabileceği savunulmaktadır.¹² İktisadi hayatın daima kanunla düzenlenmesi gerektiği şeklinde bir anayasal düzenlemenin bulunmadığı, bu çerçevede misal olarak fonların ekonomiye esnek müdahale aracı olarak görüldüğü ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesine göre fon kurmakla ulaşılmak istenilen gaye, mali mevzuat ve bütçe sürecinin katılık ve yavaşlığını aşmaktır. Devlet, fonlar ile kamu harcaması yapma imkânı elde etmekte, böylece kısa vadeli maliye politikası tedbirleri fonlar vasıtasıyla tatbik edilebilmektedir. Dış ticaretin düzenlenmesi için zorunlu olduğu hallerde ödemelerin mali mevzuat ve bütçe süreci içinde yürütülmesinin meydana getireceği sorunlar dikkate alındığında bir özel usul olarak fon kurulmasının anayasaya aykırı olmadığı karara bağlanmıştır.¹³ Ekonomik alanla ilgili düzenlemelerde yürütmeye geniş yetkiler verilmesinin yanında bu idari düzenlemelerde mevcut veya yeni oluşturulan organlara yetki devrinde bulunulması kanunilik ilkesine (anayasal yetki düzenine) aykırıdır.¹⁴ Ekonomik alanda idarenin takdir yetkisine sahip olması önem arz etmekle birlikte idari işlemlerle (kanunilik ilkesine aykırı bir

¹² Turgut Tan, "Anayasal Ekonomik Düzen", 1990, 7, Anayasa Yargısı, s. 175.

¹³ AYM, E.1987/12, K.1988/3, 28/01/1988, RG. 7.10.1988/19952.

¹⁴ Tan, Ekonomik Düzen, s. 177.

şekilde) yetki devri yapılması hukuka aykırı olacaktır.

Sonuç olarak AYM, devlete ekonomik alanda geniş bir müdahale yetkisi tanımakta, özellikle yürütmenin ekonomik alanı düzenlerken esnek ve etkili araçlardan faydalanması gerektiğine karar vermektedir. Piyasa ekonomisinin kabul edilmesi, devletin ekonomik hayata müdahalesini ve düzenleyici işlevini reddetmek sonucunu doğurmaz. Önemli olan, devletin ekonomik alana müdahale ederken kişilerin temel hak ve hürriyetleri karşısında bu müdahalenin sınırlarının iyi saptanmasıdır.¹⁵ Veri tabanlı dijital ekonomi düzenlenirken de devletin müdahalesinin sınırının ne olması gerektiği çözülmesi gereken temel problemlerden biridir.

Ekonomik hakları belirlemek sadece kişilerin haklarını bir bütünlüğe kavuşturmak imkânı vermez. Aynı zamanda devletin ekonomik yaşamdaki yerinin ve görevlerinin doğru şekilde belirlenmesine imkân sağlar. Ekonomik hak ve hürriyetlerin, devletin karışmama ve müdahale etmeme biçimindeki olumsuz edimiyle gerçekleşeceğinin kabulü devletin ekonomiye müdahalesinin azaltılması demektir. Ekonomik Anayasanın en önemli konusu, devletin ekonomiye hangi hallerde, ne kadar ve hangi araçlarla mücadele edebileceğidir. Devlet müdahalesinin anayasal sınırları belirlenmezse, kişinin ekonomik hak ve hürriyetleri önemli derecede sınırlanabilir. Bu nedenle ekonomik hak ve hürriyetler, anayasalarda ister genel hükümlerle ister tek tek belirlensin ancak devletin ekonomiye müdahalesini düzenleyen diğer anayasa hükümleriyle tutarlı olması halinde korunabilir. Dolayısıyla ekonomik hak ve hürriyetler açısından önemli olan, bunların anayasalarda ayrı bir kategori olarak yer almalarından ziyade devletin ekonomiye müdahalesinin koşullarını ve şekillerini belirleyen anayasa maddelerinin mahiyetidir.¹⁶

İdarenin iktisadi faaliyeti, özel hukuk kişilerinin teşebbüs hürriyeti ile sınırlı olarak gerçekleştirilmektedir. İdarenin üretim ve düzenleme şeklindeki iktisadi faaliyetleri (ticari ve sınai faaliyet) teşebbüs hürriyetine müdahale niteliğindedir. Bu nedenle örneğin idarenin üretim suretiyle müdahalesi, ürünün fiyatı nedeniyle özel teşebbüsün üretmek istemediği veya yeterince üretmediği bir ürünü kamu yararı sebebiyle üretmek zorunda kalması nedeniyle gerçekleşmelidir.¹⁷

¹⁵ Turgut Tan, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 12, 16.

¹⁶ Vural Savaş, “Anayasalarda Ekonomik Hak ve Özgürlükler: TC Anayasaları Örneği”, 1989, 6, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 176.

¹⁷ Conseil D’Etat Annual Study 2015: The Economic Action of Public Persons (Annual Study

İdarenin piyasa aksaklıklarını önlemek için ekonomiye müdahale etmesi olarak ifade edilebilecek ekonomik kolluk faaliyetinde mülkiyet hakkı, çalışma hürriyeti ve sözleşme hürriyeti gibi hak ve hürriyetlerin sınırlanması söz konusu olabilir. Genel kolluk faaliyetinde ise kişi dokunulmazlığı (yaşam ve vücut bütünlüğü hakkı, An. m. 17), kişi hürriyeti ve güvenliği (An. m. 19), konut dokunulmazlığı (An. m. 21) veya yerleşme ve seyahat hürriyeti (An. m. 23) gibi hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması mevzu bahis olabilir. Bu hakların devlet tarafından sınırlanması Anayasa’da kapsam ve muhteva açısından farklı düzenlenmiştir. Genel kolluk faaliyeti ile ilgili hakların sınırlanması somut şartlara bağlanmışken ekonomik kolluk faaliyeti ile ilgili 35 ve 48. maddedeki mülkiyet hakkı ile çalışma ve sözleşme hürriyetinin sınırlanması belirsiz şartlara bağlanmıştır. Anayasa’nın 17. maddesinde düzenlenen kişi dokunulmazlığı “*meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri*” durumlarında sınırlanabilmektedir. Ancak ekonomik kolluk faaliyetinin konusu olan ve 48. maddede düzenlenen çalışma ve sözleşme hürriyetinin kısıtlanmasına ilişkin şartlar¹⁸ nispeten geniş bir şekilde düzenlenmiştir. Bundan başka bu maddede belirtilen temel hak ve hürriyetleri sınırlama gerekçeleri, ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygunluk gibi daha soyut ve geniş yorumlanabilecek gerekçelerdir. Anayasal hakların düzenlenme şekline bakıldığında ekonomik kolluk faaliyetinde, genel kolluk faaliyetine nazaran daha geniş bir takdir yetkisi ve hareket alanı bulunmaktadır.¹⁹

Devletin iktisadi hayata müdahalesine dair CE kararlarına bakıldığında mahkeme, *Daudignac* davasında eğer aksi yönde bir kanun yoksa ticaret ve sanayinin devletin müdahalesinden masun olması gerektiğine karar verdi. Bu davada bir belediye başkanı kamu düzenini bozduğu gerekçesiyle sokaklarda insanların sürpriz bir şekilde fotoğraflarını çeken fotoğrafçıların ticari faaliyetinin yasaklanmasına karar verdi. CE, hukuka uygun bir şekilde

2015), s. 130, <<https://www.conseil-etat.fr/en/reports-and-studies/annual-study-the-economic-action-of-public-persons>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.

¹⁸ “Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütmesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır”

¹⁹ Egemen Falcıoğlu, Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların İdari İşlemlerinde Yargısal Denetimin Kapsamı ve Etkinliği, İstanbul Üniversitesi, SBE, Kamu Hukuku A.D., Doktora Tezi, İstanbul, 2018, s. 98-100.

yürütülen ticaretin, aksine dair bir kanun olmadıkça (meclis tarafından yetkilendirilmedikçe) idare tarafından yasaklanamayacağına karar verdi.²⁰ Bir diğer davada ise CE, kolluk yetkisi kullanılırken kişilerin ticari faaliyetlerinin etkilenmesinin muhtemel olduğunu, bu tedbirlerin alınmasının amacının kamu düzeninin korunması olmasının idarenin teşebbüs hürriyeti ile rekabet kurallarını dikkate almayacağı anlamına gelmeyeceğine karar verdi.²¹ Hourio'nun ifadesiyle iktisadi hayatta kamu faaliyeti istisnaidir, kural olan özel faaliyettir. İdare, sadece özel teşebbüsün başarısız veya yetersiz olması halinde müdahil olabilir.²²

CE'nin 2015 yılında yaptığı yıllık çalışmada kamu tüzel kişilerinin ekonomiye müdahale araçları:²³

- Vergiler,
- Mali/Finansal destek,
- Kamu alımları,
- Kamu şirketleri ile iktisadi faaliyet gerçekleştirme,
- İktisadi kanun ve düzenlemeler,
- İhtisas ve destek faaliyetleri

olarak ifade edilmiştir.

III. İKTİSADİ İDARİ FAALİYET

İdarenin iktisadi hayata müdahalesi mal veya hizmet üretmek şeklinde olabilir. Ancak özellikle 1990'lardan sonra etkili olan liberal politikalar ile gerçekleştirilen özelleştirmeler sonucu devletin müdahalesi daha çok düzenleyici ve denetleyici olma şeklini almıştır. İdarenin ekonomik faaliyetleri, üretim ve düzenleme yanında özendirme ve teşvik etme ile planlama ve

²⁰ Conseil d'Etat, 22 June 1951, *Daudignac*, Rec. 362, aktaran Thomas Perroud, "Administrative Law and Competition: How Administrative Law Protects the Market? Leviathan as an Ordinary Market Player in Europe?", s. 16 <<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01699025>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.

²¹ Conseil d'Etat, Sect., avis, 22 Nov. 2000, *Société L. et P. Publicité*, Rec. 526, aktaran Perroud, s. 16.

²² Maurice Hauriou, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Sirey, tome 2, p. 237, aktaran Perroud, s. 19.

²³ Annual Study 2015, s. 198.

öngörme şeklinde de olabilir.

A. Hizmet Üretme

İdarenin idari kamu hizmetlerinin yanında özel işletme faaliyeti şeklinde gerçekleştirdiği faaliyetleri de bulunmaktadır. Bu faaliyetlerin hangi hukuki rejime ve hangi yargı yoluna tabi olacağı tartışılmakla birlikte idarenin bu şekilde bir faaliyet gerçekleştirmesinin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir. İdari kamu hizmetleri, ilke olarak iktisat mantığının dışındadır. İşletme faaliyeti şeklinde olmayan bu kamu hizmetlerinin iktisadî sonuçları olabilir ancak bunlar iktisadi faaliyet olarak kabul edilmemektedir. Kamu hizmeti olarak gerçekleştirilen iktisadi faaliyet, idare tarafından yürütülmekle birlikte büyük ölçüde özel işletme gibi işletilmektedir. İktisadi faaliyet gerçekleştiren idarenin özel hukuk kişileri gibi özel hukuka tabi olduğu kabul edilmektedir.²⁴ Bu durum özellikle rekabet hukuku açısından tartışma konusu olmuştur.²⁵ İdareye rekabet kurallarının uygulanabileceği kabul edilmekle beraber hangi hallerde bu kurallardan istisna tutulacağı düzenlenmelidir.²⁶ Ayrıca iktisadi faaliyet çerçevesinde kamu gücü kullanılarak gerçekleştirilen işlemler için alternatif çözüm yolları kullanılamaz. Dolayısıyla bu işlemler açısından idari başvuru yolunun zorunlu hale getirilmesi değerlendirilebilir.²⁷

Kamu hizmetlerinin konularına göre yapılan ayırım, kamu hizmetlerinin tabi oldukları hukuki rejimi belirleme açısından önem taşımaktadır. İşleyiş ve dış ilişkiler yönünden özel hukuk hükümlerine tabi olan iktisadi kamu hizmetleri belli ölçüde kamu hukuku kurallarına tabidir. Örneğin kamu hizmetlerine egemen olan süreklilik, düzenlilik, değişkenlik, nesnellik ve eşitlik ilkeleri iktisadi kamu hizmetleri için de geçerlidir. Ayrıca bu hizmetlerin yerine getirilmesinde kamulaştırma yapma, idari müeyyide uygulama ve idari sözleşme yapma gibi kamusal yetki ve usullerin kullanılabilmesi de kabul edilmektedir.²⁸

İdarenin hakimiyet tasarruflarında kamu siyasetinin birliği gereği üst, astın bu siyasete uymayan işlemlerini geri alabilir veya kaldırabilir. Ancak

²⁴ Annual Study 2015, s. 129, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin 22 Ocak 1921 tarihli *Société commerciale de l'Ouest africain* kararı için bkz. Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt II, Ekin, Bursa, 2009, s. 274.

²⁵ Annual Study 2015, s. 135.

²⁶ Tan, Ekonomik Kamu Hukuku, s. 383, 385

²⁷ Annual Study 2015, s. 143.

²⁸ Ali D. Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, 2020, s. 491.

işletme faaliyetinde bu faaliyetin mahiyeti gereği böyle bir durum söz konusu değildir. Bir yol inşa etmenin veya tren işletmenin mahiyetinde kamu siyasetinin yürütülmesi amacı yoktur.²⁹ Son olarak devlet, genel ihtiyaçlara cevap veren demiryolu, su, elektrik gibi teşebbüsleri rekabet alanından çıkartıp kamu hizmeti haline getirmesi halinde bunlara daha geniş bir müdahalede bulunma imkanına sahip olacaktır.³⁰

B. Düzenleme ve Denetleme

Piyasa aksaklıklarının önlenmesi veya giderilmesi için düzenleme ve denetleme şeklindeki devlet müdahalesi yeni değildir. Müdahalenin amacı, piyasada tam rekabetin sağlanmasıdır. Bu amaç, pür bir iktisadi yaklaşımın sonucudur. Diğer bir yaklaşım ise sosyal amaçlarla da piyasaya müdahale edilebileceğini kabul etmektedir. Hizmetlerin kalitesi (asgari bir standartta yerine getirilmesi), dar gelirlielerin bu hizmetlerden faydalanması, kârlı olmadığı için piyasa tarafından yerine getirilmeyen hizmetlerin yürütülmesi, tüketicinin ve çevrenin korunması gibi amaçlar açısından sosyal amaçlı müdahaleden bahsedilebilir.³¹

Düzenleme ve denetleme faaliyeti açısından regülasyon kavramının açıklanması gerekir. “*Regülasyon*” kavramının temelinde düzenleme yetkisi bulunmaktadır. Bu yetki, önce kanun koyucu tarafından kanunlarla, akabinde idare tarafından düzenleyici işlemlerle kullanılmaktadır. Amerikan idare hukukunda regülasyon, “*kamu hizmeti*” veya “*kolluk*” ayrımı yapılmaksızın idari faaliyetlerin tamamını kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Bu ülkede regülasyon, iktisadi hayatın kanun koyucu ve idare eliyle düzenlenip düzenlenemeyeceği meselesidir. Yani regülasyon, iktisadi hayatın özel hukukun yanında kamu hukuku ile de düzenlenip düzenlemeyeceği sorundur.³² Regülasyon, kamu düzeninin sağlanmasının ötesinde piyasanın işleyişinde kamu yararına aykırı olabilecek her türlü aksaklıkların giderilmesi olarak ifade edilebilir. Regülasyonun amaçları; tüketicinin korunması, çevrenin korunması, bürokrasinin hızlı ve şeffaf işlemesi, verilerin korunması,

²⁹ H. Stuart Jones, *The French State in Question*, Cambridge University Press, 2002, s. 88.

³⁰ Sevig, s. 265.

³¹ M. Ayhan Tekinsoy, “Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı-Tartışmalar, Sorunlar”, 2007 (65), *Ankara Barosu Dergisi*, s. 130.

³² Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 2008, *Ekonomi ve Hukuk*, Cilt 4, s. 21, <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/h/HKurultay_Cilt_04_IC.pdf> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.

belge ve bilgilere erişimin sağlanması gibi amaçlardır. Regülasyon amacıyla yapılan düzenlemeler meşruiyetini dayandıkları değerlerden ziyade pratik başarılarında bulmakta ve özel hukuk kişilerinin faaliyetlerini kontrol etmekten ziyade koordine etmektedir. Sonuç olarak düzenlemeler doğası gereği geçici hale gelmekte, düzenli olarak yeniden değerlendirme gerektirmekte ve daha etkili olmak için özel hukuk kişilerinin katılımını gerektirmektedir.³³

Regülasyon, kural koymadan da yapılabilir. Örneğin iktisat politikası, piyasa hareketlerinin regüle edilmesi için kullanılabilir. Kural koymadan regüle etmenin yollarından biri de tasarım ilkeleridir. Yollara hız bariyerlerinin koyulması veya yayalar ve araçlar için belirli yerlerin ayrılması gibi tasarım ilkeleri, sürücülerin hızlarının kontrol edilmesinde hız sınırlandırmalarından çok daha etkili olabilir.³⁴ Özellikle hizmet altyapısının ve platformların belirli bir şekilde oluşturulması suretiyle insanlar belirli bir şekilde davranmak zorunda bırakılabilir.

Regülasyon açısından önemli bir nokta da modern yaşamın karmaşıklaşması ile esasen bağımsız mahkemelere ait olan cezalandırma yetkisinin idareye devredilmesidir. Ancak bu devir, kamu düzenini büyük oranda bozmayacak hafif nitelikteki fiiller için yapılmıştır. Bu devrin amacı, bu fiillerin özellikle ekonomik düzenin daha etkin korunması için çabuk ve etkili bir şekilde cezalandırılmasıdır. İdarenin bu tür cezalar verirken hem esas hem de usul açısından hakkaniyete uygun davranmasını sağlamak için ceza muhakemesi usulüne benzer idari usul kuralları geliştirilmiş ve idari cezalara ceza hukukunun temel ilkelerinin uygulanması öngörülmüştür. Böylelikle cezanın bağımsız bir mahkeme tarafından değil de idare tarafından verilmesi nedeniyle (hukuk devleti ilkesi açısından) ortaya çıkabilecek sorunlar bertaraf edilmeye çalışılmıştır.³⁵ Endüstri 4.0'ın oluşturduğu veri tabanlı dijital ekonomide ekonomik düzenin sağlanması açısından idari müeyyidelerin uygulanması gerekebilir. Dijital ekonominin regülasyonunda hukukun teknolojinin dinamiklerine zamanında tepki vermesi önem arz etmektedir. Ancak çabuk tepki vermek adına hukuk devletinin gereği olan bireyin temel hak ve hürriyetlerinin korunmasına

³³ Sophie Stalla-Bourdillon, "Re-Allocating Horizontal and Vertical Regulatory Powers in the Electronic Marketplace: What to do with Private International Law" içinde Fabrizio Cafaggi / Horatia Muir-Watt (Eds.), *The Regulatory Function of European Private Law*. Cheltenham, Edward Elgar, 2009, s. 290-291.

³⁴ James Holland / Julian Webb, *Learning Legal Rules*, Oxford University Press, 2016, s. 6-7.

³⁵ Ali D. Ulusoy, "Erkler Ayrılığı ve Yürütme-Yargı İlişkileri Bağlamında Kabahatler Kanununun Değerlendirilmesi", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Sempozyumu*, 12 Mayıs 2008, *Danıştay Yayınları*, No: 77, s. 22.

dair teminatlardan taviz verilmemelidir.

Düzenleme ve denetleme açısından regülasyon ile kolluk arasındaki farklara bakıldığında her ikisi de benzer hukuki enstrümanları kullanmakla beraber regülasyon, kolluğa göre daha yoğun bir müdahaleyi içermektedir. Ayrıca kolluk, özel hukuk kişilerinin faaliyetlerinin düzenlenmesi ile ilgilidir.³⁶ Yani kamu hizmetleri kolluk faaliyetinin konusu değildir. Ancak regülasyon ile kamu hizmetleri ile ilgili düzenlemeler yapılabilmektedir. Regülasyon konusu faaliyet, kamu hizmeti ise idare kamu düzenini sağlamanın ötesinde kamu hizmetinin düzenli, kesintisiz ve değişen şartlara uyularak yürütülmesi suretiyle kamu yararının sağlanması amacıyla hareket edeceği için burada artık kolluk faaliyeti söz konusu olmayacaktır.³⁷

Sonuç olarak regülasyon, devletin ekonomiye müdahalesinden daha geniş bir kavramdır. Ekonominin iyi bir şekilde işlemesi, bireyin temel hak ve hürriyetlerinin korunması ve idarenin iyi işlemesi de regülasyon kavramı çerçevesinde değerlendirilmektedir. Regülasyon, bu amaçların gerçekleştirilmesi için özellikle BİO'lar tarafından kamu tüzel kişileri üzerinde de gerçekleştirilen sadece düzenleyici tedbirlerin değil aynı zamanda yönlendirici ve teşvik edici tedbirlerin de kullanıldığı idarenin yeni bir tür faaliyetidir. Regülasyon; ekonominin iyi işlemesi, rekabetin korunması, ihalelerin adil bir şekilde yapılması ve hassas piyasaların düzgün bir şekilde işlemesi gibi konuları kapsar. Temel hak ve hürriyetlerin korunması açısından mahremiyetin, verilerin ve kişiliğin korunması gibi konular öne çıkmaktadır. İdarenin iyi işlemesi veya iyi idare ilkelerine uygun olarak hareket etmesi ise şeffaflık, katılımçılık ve bilgi edinme hakkına saygı gösterilmesi gibi ilkeleri ihtiva etmektedir. Başka bir ifadeyle regülasyon, ekonomik amaçların yanında sosyal amaçların ve idarenin iyi işlemesinin sağlanması için esasen regülasyon amacıyla kurulmuş özerk idareler tarafından yerine getirilen, klasik yöntemlerin yanında yönlendirme, danışmanlık yapma, teşvik etme ve dürtme (nudge) gibi yöntemlerin

³⁶ Burada kolluk ekonomik kolluk anlamında kullanılmaktadır. Ekonomik kolluk, ekonomik kamu düzeninin sağlanması faaliyeti olarak ifade edilebilir. Ekonomik kamu düzeni; ekonomik düzen içinde rekabetin sağlanması, tüketicinin korunması, ekonomik istikrarın sağlanması (ekonomik kriz ve sorunların olmaması) için emir verme ve yasak koyma şeklinde temel hak ve özgürlüklere bu arada ekonomik hak ve özgürlüklere idare tarafından müdahale edilmesi olarak tanımlanabilir. Ancak kolluk yetkisi dar yoruma tabi tutulduğundan ekonomik kolluk faaliyeti, esasen piyasada serbest rekabetin sağlanması için gerçekleştirilen faaliyetlerdir.

³⁷ Ezgi Yıldırım, İdari Kolluk Faaliyetinin Özel Hukuk Kişilerince Görülmesi, İstanbul Üniversitesi, SBE, Kamu Hukuku ABD, YL Tezi, İstanbul, s. 26.

de kullanıldığı idarenin yeni bir tür faaliyeti olarak ifade edilebilir.

IV. İKTİSADİ İDARİ FAALİYET VE TEKNOLOJİDEKİ GELİŞMELER

A. Giriş

Endüstri 4.0 olarak ifade edilen yoğun bir dijital dönüm yaşamaktayız. Bu dönüşümde yapay zekâ, nesnelerin interneti, robotik teknolojiler ve otonom sistemler gibi teknolojiler ön plana çıkmaktadır. Yakın bir gelecekte yaklaşık 30 milyar cihazın sensörle donatılacağı ve bu cihazların topladıkları ve değerlendirdikleri verilere dayanarak otonom bir şekilde hareket edebileceği ifade edilmektedir. Böylece daha önce insanlar tarafından gerçekleştirilen pek çok entelektüel iş özellikle yapay zekâ kullanılarak makineler tarafından yerine getirilecektir.³⁸

İdarenin faaliyetleri de kaçınılmaz olarak dijital dönüşümden etkilenmektedir. Devletin modern iktisadi hayata müdahalesinin nasıl olması gerektiği Alman idare hukuku doktrininde tartışılmış ve devletin modern iktisadi hayata müdahalesinin etki odaklı bir yönlendirme şeklinde olması gerektiği ifade edilmiştir.³⁹ Bu yönlendirme, hukukun ekonomik analizi ile yapılabilir. Hukukun ekonomik analizi, hukuki düzenlemelerin ekonomik sonuçlarını öngörmek ve değerlendirmek suretiyle yapılır. Düzenleme yaparken düzenlemede yer alacak kuralların etkileri ekonomi ve diğer sosyal bilimlerden faydalanılarak değerlendirilmelidir. Buna göre düzenleme normatif bir faaliyet olmamalı, ampirik bir faaliyet olmalıdır. Normların etkileri iktisat ve diğer sosyal bilimler kullanılarak öngörülmesi ve değerlendirilmelidir.⁴⁰ Sonuç olarak devletin fonksiyonlarındaki genişleme nedeniyle idare hukuku açısından hukuki metottan (*Juristische Methode*) yeni bir paradigma olan yönlendirme (*Steuerung*) metoduna geçildiği belirtilmektedir. Bu yeni doktrin, Yeni İdare Hukuku (*Neue Verwaltungsrechts*) olarak tanımlanmaktadır.⁴¹ Bu

³⁸ Bkz. Sırrı Düğer, İdarenin Faaliyetleri ve Endüstri 4.0, <<https://fikrimulkiyet.com/idarenin-faaliyetleri-ve-endustri-4-0/>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.

³⁹ Klaus Mathis, “Cultures of Administrative Law in Europe: From Weberian Bureaucracy to ‘Law and Economics’” içinde Klaus Mathis (Ed.), *Law and Economics in Europe Foundations and Applications*, Springer, Dordrecht, 2014, s. 150.

⁴⁰ Mathis, s. 171.

⁴¹ Andreas Vosskuhle / Thomas Wischmeyer, “The ‘Neue Verwaltungsrechtswissenschaft’ Against the Backdrop of Traditional Administrative Law Scholarship” içinde Susan Rose Ackerman / Peter L. Lindseth (Eds.), *Comparative Administrative Law*, 2nd ed., Edward Elgar Publishing, 2017, s. 86.

yeni veya postmodern yaklaşımın emretmekten ziyade yönlendirme odaklı olduğu ve devlete, toplumun ve ekonominin serdümeni olarak destekleyen, imkân veren ve risk yöneten bir rol biçtiği ifade edilmektedir.⁴²

İdari işlemin hukuka uygunluğunun yanında kendisinden beklenen sonucu gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin de dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir.⁴³ Özellikle liberal anayasal devletten müdahaleci refah devletine geçiş ile devletin faaliyetleri büyük ölçüde artmıştır. Ayrıca teknolojinin gelişmesi ile devletin faaliyetleri farklılaşmış ve karmaşıklaşmıştır. İdarenin geleneksel hiyerarşik yapısı yeterli bilgi akışını sağlama kabiliyetine sahip değildir. Bu durum, idare hukukunun diğer disiplinler ile özellikle iktisat, siyaset bilimi ve bilgi teknolojileri ile birlikte değerlendirme yapmasını gerektirmektedir. İdare ile bireyler arasındaki bilgisel ilişki *bilgi idare hukuku (Informationsverwaltungsrecht)* olarak ifade edilmektedir.⁴⁴ İdare, elindeki hukuki araçlardan hangisi ile iktisadi hayata müdahale edeceğine disiplinler arası ve (özellikle kullanılan aracın ekonomik sonuçlarının değerlendirildiği) analitik bir yaklaşımla karar vermelidir.⁴⁵ Yeni idare hukuku yaklaşımı, idarenin regülasyon aracı seçimlerinin uygulama öncesi muhtemel etki ve sonuçlarının değerlendirilmesini öngörmektedir. Bu değerlendirme ise özellikle teknolojik inceleme ve fayda maliyet analizi ile yapılmaktadır. Regülasyonun ekonomik analizi, toplumun regülasyonun sosyal refahı nasıl etkilediğine dair bir değerlendirme yapmasına da imkân sağlayacaktır.⁴⁶

Devlet, piyasa sisteminin işlemesi için hukuki düzenlemelerde bulunmakta, bu düzenlemelerle belirli eylemleri yasaklamakta veya sınırlandırmaktadır. Bu müdahale gerek devlet tarafından gerekse de diğer kamu idareleri ve kamu kurumları tarafından gerçekleştirilmektedir. İktisadi ihtiyaçlara göre idareler değişebilmekte, yeni idareler kurulabilmektedir.⁴⁷ Devletin iktisadi hayata müdahalesinin şekillerine göre idare hukuku gelişmektedir. Ekonomik

⁴² Sabino Cassese, “New Paths for Administrative Law: A Manifesto”, 2012, 10(3), *International Journal of Constitutional Law*, s. 603.

⁴³ Vosskuhle / Wischmeyer, s. 88.

⁴⁴ Aynı yerde, s. 91.

⁴⁵ Aynı yerde, s. 95.

⁴⁶ Mariano-Florentino Cuéllar / Jerry Louis Mashaw, “Regulatory Decision-Making and Economic Analysis” içinde Francesco Parisi (Ed.), *The Oxford Handbook of Law and Economics*, Volume 3, Public Law and Legal Institutions, Oxford Univ. Press, 2017, s. 80.

⁴⁷ Carol Harlow / Richard Rawlings, *Law and Administration*, Cambridge University Press, 2009, s. 284.

alandaki kamu gücü kullanılarak tesis edilen idari işlemlerin yargısal denetimi dahi diğer idari işlemlerin yargısal denetimine göre özellik arz etmektedir. İktisadi ilişkilerdeki değişim, küreselleşme, dijitalleşme ve veri tabanlı ekonomiye geçiş; idarenin ekonomik alandaki işlevlerini de şekillendirmektedir. Buna göre gelişen teknoloji karşısında idarenin ekonomik alandaki faaliyetlerinin tabi olduğu rejim ve ilkelerin yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir.⁴⁸

Liberal Anayasal sistemlerdeki geleneksel yaklaşım, yeni idare hukuku teorisi ile özellikle iktisattan faydalanan disiplinler arası bir yaklaşıma dönüşmüştür. Bu disiplinler arası yaklaşım, hizmet üreten idareden imkân ve teminat sağlayan bir idareye geçişi ifade etmektedir. Burada uyarılar, teşvikler, destekler, iş birliği ve alternatif ihtilaf çözüm yollarının kullanılması gibi farklı hukuki araçlar kullanılmaktadır.⁴⁹

B. Kamu Hizmeti ve Teknoloji

Türk idare hukukunda idarenin temel görevi kamu hizmetidir ve pek çok kavram, kamu hizmeti kavramı dikkate alınarak açıklanır. Devamlılık/süreklilik, uyarılama/dönüştürme, eşitlik/tarafsızlık ve bedavalık/meccanilik kamu hizmetinin ilkeleri/kanunları olarak ifade edilmektedir. Bu ilkelerin kamu hizmetlerinin dijital dönüşümüne nasıl uygulanacağı ve dijitalleşmenin kamu hizmetinin bir ilkesi olarak kabul edilip edilemeyeceği ise tartışma konusudur.⁵⁰

Vergi ödeme, beyanname verme, tebligatların yapılması, dava açma gibi işlemler ile pek çok diğer işlem internet üzerinden yapılabilmektedir.

Kamu hizmetlerinin dijital ortamda veya dijital teknoloji kullanılarak yerine getirilmesi dijital kamu hizmeti olarak ifade edilebilir. Dijital kamu hizmetlerinin gerçekleştirilmesi verilerin çözümlenmesine dayanmaktadır. Kamu hizmetini gören idare veya özel hukuk kişisi, büyük bir veri çözümlene çalışması yürütmek mecburiyetindedir. Bu durumda açık veri kavramı gündeme gelmektedir. Türkiye’de bazı idareler açık veri kullanımına yönelik politika ve uygulamalar geliştirmektedir. Ancak açık verinin kanuni temelini oluşturulması gerekir. Karşılaştırmalı hukukta açık veri ile ilgili

⁴⁸ Kağıtçıoğlu, s. 31.

⁴⁹ Mathis, s. 171.

⁵⁰ Mehmet Bedii Kaya, Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Kişisel Verilerin Korunması <<https://www.mbkaya.com/hukuk/dijital-idare-kamu-hizmeti-kvkk.pdf>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.

önemli kanunlardan biri Alman Elektronik Devleti Teşvik Kanunu (Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung / E-Government-Gesetz – EgovG)'dur.⁵¹ Kanuna göre kamu otoriteleri, görevlerini yerine getirirken ve üçüncü kişiler aracılığıyla elde ettikleri verileri kamu tarafından erişilebilir hale getirmek zorundadır. Kanun, verilerin ücretsiz bir şekilde erişilebilir ve makine tarafından okunabilir olarak ulusal veri portalında bulunmasını ve idarelerin açık veri sağlama faaliyetlerini desteklemek üzere bir kamu kurumu kurulmasını öngörmektedir.⁵²

Veri toplama, analiz etme ve bu analize göre kamu hizmetini gerçekleştirme sırasında karşılaşılabilecek hukuki sorunlar:

- siber güvenliğin sağlanması,
- kamu veri güvenliğinin korunması,
- dijital sistemler kullanılarak verilen hizmetler açısından idarenin sorumluluğunun nasıl değerlendirileceği,
- kişisel veriler ve mahremiyet üzerindeki temel hak ve özgürlüklerin korunması

olarak ifade edilebilir.

İdare, yalnızca yerine getirilecek kamu hizmetinin gerektirdiği verileri talep etmeli ve bu verileri kamu hizmetinin yerine getirilmesi maksadı haricinde kullanmamalıdır. *Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik*'e göre kamu hizmetlerinin elektronik ortamda ifa edilmesi, basılı ortamdaki bilgi ve belgelerin elektronik ortama aktarılması ve veri tabanlarının diğer idarelerle paylaşılması gerekmektedir. Diğer taraftan idare, başvuruların elektronik ortamda da yapılabilmesine, sürecin başvuru yapan tarafından takip edilebilmesine ve neticenin ilgisine elektronik ortamda gönderilmesine ilişkin önlemleri alır ve hizmetin e-Devlet Kapısı ile bütünleşmesini gerçekleştirir.⁵³ İdare, yukarıda belirtilen hukuki problemler ile alakalı lazım olan hukuki ve teknik tedbirleri almalıdır.

⁵¹ Act to Promote Electronic Government (E-Government Act- EgovG), <<https://www.gesetze-im-internet.de/egovg/index.html>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.

⁵² Glenn Vancauwenberghe / Joep Crompvoets, "Governance of Open Data Initiatives", içinde Bastiaan Van Loenen vd. (Eds.), *Open Data Exposed*, TMC Asser Press, The Hague, 2018, s. 92-93.

⁵³ RG. 31.07.2009 / 27305.

Kamu hizmetlerinin dijitalleşmesindeki önemli konulardan biri de idarenin elindeki verilerin yerelleştirilmesi ve güvenliğinin sağlanmasıdır. Bu kapsamda Cumhurbaşkanlığı, 06.07.2019 tarihinde gizliliği, bütünlüğü veya erişilebilirliği bozulduğunda millî güvenliği tehdit edebilecek veya kamu düzeninin bozulmasına yol açabilecek kritik türdeki verilerin güvenliğinin sağlanması amacıyla alınması gereken tedbirleri düzenleyen bir genelge yayımlamıştır.⁵⁴

Kamu hizmetlerinin dijitalleştirilmesinin en mühim araçlardan biri de yapay zekâdır (YZ). YZ, sensörler aracılığıyla elde edilen verilerin bir işlemci ile çözümlenerek maruz kalınan etkiye daha önce algoritma ile tanımlanan reaksiyonun gösterilmesi olarak tanımlanabilir. Bu işlemlerin tamamı insan ögesinden bağımsız olarak gerçekleşmektedir. YZ, makinelerin oldukça karmaşık görevleri etkili bir şekilde yapmasını sağlamak için istatistik, bilgisayar mühendisliği ve bilişsel psikoloji teknikleri kullanılan bir dizi gelişmiş genel amaçlı teknolojiyi ifade eder. Bu teknolojiler, insan zekâsı gerektiren akıl yürütme, yaratıcılık vb. yetenekleri tekrar etmeyi veya aşmayı amaçlamaktadır.⁵⁵ Bu şekilde oluşturulan otomatik karar alma mekanizmalarının insandan bağımsız olarak kendi başlarına karar verme imkanına sahip olmaları karşısında insan onurunun ve kişilik haklarının korunması büyük önem arz etmektedir. Bunun için YZ'ye dair etik kuralların belirlenmesi gerekmektedir.⁵⁶ YZ ile ilgili olarak AB Komisyonu tarafından 08.04.2019 tarihinde *Güvenilir Bir Yapay Zekâ için Etik İlkeler Kılavuzu* yayımlanmıştır. Bu kılavuzda YZ'nin insan gözetiminde olması, YZ sistemlerinin güvenli olması, mahremiyet ve veri korumasının sağlanması (aynı zamanda verilerin kalitesi ve bütünlüğünü dikkate alarak verilere meşru erişimin sağlanması), hesap verilebilirlik, açıklık/saydamlık ve ayrımcılık yapılmaması gibi etik ilkeler yer almaktadır.⁵⁷

Verilerin analizi ile hizmetlerin daha etkin ve hızlı yerine getirilmesi kamu kurumları açısından da caziptir. Halihazırda kamuda da pek çok hizmetin

⁵⁴ RG. 06.07.2019 / 30823.

⁵⁵ Karen Yeung, A Study of the Implications of Advanced Digital Technologies (Including AI Systems) for the Concept of Responsibility Within a Human Rights Framework, 2018(05), MSI-AUT, s. 4 <<https://ssrn.com/abstract=3286027>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.

⁵⁶ Bkz. Ethics Guidelines for Trustworthy AI, High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, s. 35, <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.

⁵⁷ Aynı yerde, s. 35.

yerine getirilmesinde makine ve bilgisayar öğrenmesi kullanılmaktadır. YZ ile oluşturulan algoritmalar ile otomatik karar alma mekanizmaları da kamuda kullanılmaktadır. Otomatik karar alma mekanizmalarının pek çok avantajlarına rağmen bunlar önemli hukuki ve etik sorunlar çıkarmaya da gebecektir. Yeni idari usuller oluşturularak bu sorunların özellikle şeffaflık ilkesi açısından getirdiği sorunların aşılmasına çalışılmaktadır.⁵⁸ Burada da bireylerin mahremiyetinin korunması ile hizmetlerin etkili bir şekilde sunulması arasında bir ikilem söz konusudur. Bu konuda bir başka görüşte ise halihazırdaki veri koruma ve rekabet düzenlemelerinin YZ'yi düzenleme açısından yeterli olduğu ifade edilmektedir. Bu konuda Alman ve Fransız rekabet otoritelerinin YZ kaynaklı piyasa aksaklıkları ile mücadele edilmesi konusunda rekabet kanunlarının yeterli olduğuna dair 2019 tarihli raporları bulunmaktadır. Bu nedenle YZ'nin nasıl düzenlenmesi gerektiğinden niçin düzenlenmesi gerektiğine doğru bir paradigma değişikliğinin gerektiği ifade edilmektedir.⁵⁹

Kamu hizmetlerinin dijital dönüşümünde özellikle *kişiselleştirilmiş kamu hizmeti* kavramı gündeme gelmektedir. Bu kavram, idare tarafından toplanan verilerin analiz edilerek ulaşılan sonuca göre bireylere onların özel durumlarına özgü diğerlerinden farklı bir hizmet götürülmesini ifade etmektedir. Özellikle nesnelere interneti ve veri analizi ile vatandaşın ihtiyacının belirlenerek bu ihtiyaca göre kamu hizmetlerinin yerine getirilmesine çalışılmaktadır.⁶⁰

C. Regülasyon ve Teknoloji

Gelişen teknoloji karşısında regülasyon değerlendirildiğinde kişisel verilerin ve mahremiyetin korunması ile inovasyon ve AR-GE'nin desteklenmesi önem arz etmektedir. Bu açıdan kişisel verilerin ve mahremiyetin korunmasına dair düzenlemeler, unutulma hakkı, kişisel olmayan verilerin korunması (özellikle bunlar üzerinde mülkiyet benzeri münhasır hakların söz konusu olup olmadığı), AR-GE ve inovasyonun desteklenmesinde fikri mülkiyet haklarının rolü ve bir regülasyon aracı olarak fikri mülkiyet hakları

⁵⁸ Michèle Finck, "Automated Decision-Making and Administrative Law" içinde Peter Cane vd. (Ed.), Oxford Handbook of Comparative Administrative Law, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2020.

⁵⁹ Gianluca Misuraca, vd. "AI Watch-Artificial Intelligence in public services: Overview of the use and impact of AI in public services in the EU", 2020, JRC Working Papers, JRC120399, s. 49-50.

⁶⁰ Can Erdoğan, Nesnelere İnternetinin Kamu Hizmetlerine İnovatif Etkileri ve Büyük Veri Yönetimi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, LSE, Bilişim ve Teknoloji Hukuku Yüksek Lisans Programı, İstanbul, 2018, s. 79.

değerlendirilmelidir.

Gelişen teknolojinin regülasyonla ilgili ortaya çıkardığı problemlerden biri de otonom araçların nasıl regüle edileceğidir. Otonom araçlar ile ilgili hukuki düzenlemeler yapılırken karşılaşılan ilk problem otonom araçların nasıl ruhsatlandırılacağıdır. Bu mevzuda Viyana Karayolu Trafik Sözleşmesi gereğince bir sürücü, daima aracına hâkim olabilecek durumda olmalıdır. 2014'te Sözleşme'de değişiklik yapılarak otonom sistemin sürücü tarafından devreden çıkarılabilmesine imkân verilmesi halinde bu sistemlere müsaade eden bir düzenleme yürürlüğe konulmuştur.⁶¹

Endüstri 4.0'ın getirdiği Fransız Danıştayının uberizasyon (*uberisation*) olarak ifade ettiği teknoloji ekonomisinde regülasyonun nasıl olacağı önem arz etmektedir. Çünkü network etkisi nedeniyle hâkim durumda bulunan teknoloji şirketleri sahip oldukları veri/büyük veriyle sektörde rekabeti engellemektedir. Ayrıca ellerindeki verileri veri sahiplerinin haklarını ve mahremiyetlerini ihlal ederek kendi iktisadi ve diğer amaçları için kullanmaktadır.

Sonuçta teknoloji regülasyon açısından değerlendirildiğinde görülmektedir ki sorunlar, teknolojiden değil teknolojinin meydana getirdiği sosyal ve ekonomik değişimden kaynaklanmaktadır. Başka bir ifadeyle sorun, teknolojinin kendisi değil teknolojinin verdiği imkanların kötüye kullanılmasıdır. Dolayısıyla cevaplandırılması gereken soru, belirli bir teknolojinin nasıl regüle edileceği değil hukuk ve regülasyonun teknolojinin getirdiği imkanlara nasıl karşılık vermesi gerektiğidir. Bu nedenle teknoloji kullanılarak üretilen ürünler ve gerçekleştirilen faaliyetlerin meydana getirdiği hızlı değişime regülasyonun nasıl ayak uyduracağını bulmak zorundayız.⁶² Teknolojinin regüle edilmesi yaklaşımından hukuk ve regülasyonun teknoloji ile uyumlaştırılması yaklaşımına (sosyo-teknik değişime) geçiş yapılması; hukuk, regülasyon ve teknoloji arasındaki ilişkinin daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır. Bu durum, teknoloji nötr regülasyondan gerektiğinde teknoloji spesifik regülasyona geçilmesini de öngörmektedir. Regülasyon; piyasa başarısızlığı, zarar, risk, adalet, sosyal dayanışma ve demokratik kontrol gibi nedenlerle meşru olabilir ancak sadece yeni bir teknolojinin

⁶¹ Industry 4.0 and the Legal Challenges, Digital Business, Autonomous Systems, <<https://www.linkedin.com/pulse/industry-40-legal-challenges-digital-business-systems-maximiliano>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.

⁶² Gregory N. Mandel, "Legal Evolution in Response to Technological Change" içinde Roger Brownsword / Eloise Scotford / Karen Yeung (Eds.), The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology, Oxford University Press, 2017, s. 225.

bulunması regülasyonu meşru kılmaz. Her ne kadar yeni bir teknoloji, tek başına regülasyonun nedeni olmasa da yeni teknolojinin yeni ürünlere ve uygulamalara vücut vermesi gerçeği yeni regülasyonun nedeni olabilir. Ancak bazı yeni teknolojiler bizatihi yeni zarar ve riskler oluşturabilir veya oluşturulmasına imkân verebilir. Sadece teknoloji nötr bir yaklaşım, regülasyonla ulaşılmak istenen amacı sağlamayabilir. Cihazların birlikte çalışmasını (interoperability) sağlamak üzere yapılan regülasyon, teknoloji spesifik olarak oluşturulmak zorundadır. Her ne kadar teknolojinin varlığı regülasyonun sebebi olmasa da bazı zararlar doğrudan belirli teknolojik uygulamaların sonucu olabilir. Bu durumda en iyi yol, ilgili teknolojiyi hedef alan regülasyon yapılmasıdır. Örneğin pek çok hukuk düzeni, insan yumurtasının insan spermi ile döllenmesi dışında başka bir yolla insan embriyosu oluşturulmasını suç olarak kabul etmiştir. Burada başka bir yolla aynı sonuca ulaşılması yasaklanmıştır. Çünkü klonlama gibi insan onurunu ihlal ettiği için yasaklanan bir yol ile insan embriyosunun oluşturulması teknoloji spesifik bir regülasyonla engellenebilir. Bazı durumlarda ise teknoloji spesifik yaklaşımdan ziyade teknoloji nötr bir yaklaşım daha faydalı olabilir. Örneğin taciz suçu farklı teknolojiler kullanılarak işlenebilir. Bu durumda taciz suçunun ancak belirli bir teknolojinin kötüye kullanılması ile işlendiğini kabul etmek, bu suç başka şekillerde (teknolojilerle) de işlenebileceği için doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Pek çok regülasyon rejimi teknoloji spesifik ve teknoloji nötr yaklaşımları birlikte kullanmaktadır.⁶³ Otomasyon ve dijitalleşme, işleri kolaylaştırmasının yanında insanların yeteneklerinin körelmesine neden olmaktadır. Buna bilgisayarlaşma nedeniyle doktorların klinik yetenekleri ve pilotların pilotaj yeteneklerinin zarar görmesi misal verilebilir. Teknolojinin verilerin hukuka aykırı bir şekilde kullanılması ve mahremiyetinin ihlal edilmesi gibi zararları da bulunmaktadır. Öte yandan hayatımızın her alanına giren teknolojinin hukuk yapma ve uygulamasına girmemesi mümkün değildir. Teknolojik geleceğimizin bir distopya olacağını düşünmek için bir neden olmamakla birlikte bunun olmayacağını bir garantisi de yoktur.⁶⁴

⁶³ Lyria Bennett Moses, “Regulating in The Face of Sociotechnical Change” içinde Roger Brownsword / Eloise Scotford / Karen Yeung (Eds.), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, Oxford University Press, 2017, s. 586.

⁶⁴ Roger Brownsword / Eloise Scotford / Karen Yeung, Law, “Regulation, And Technology: The Field, Frame, And Focal Questions” içinde Roger Brownsword / Eloise Scotford / Karen Yeung (Eds.), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, Oxford University Press, 2017, s. 35.

V. VERİLERİN KORUNMASI, VERİ ÜZERİNDE MÜLKİYET VE DİJİTAL MAHREMİYET

Verilerin korunması ile ilgili olarak devletlerin dijital alanı düzenlemelerinin ötesinde bu alanı kullanarak stratejik hedeflerine ulaşma planları olduğu ve verilerin işlenmesi ve yurtdışına transferi gibi konularla ilgili normları oluştururken bu stratejik hedef doğrultusunda hareket ettikleri ifade edilmektedir. Buna göre devletler, dijital alandaki stratejik menfaatlerini koruma çabası içindedir.⁶⁵

Anayasa'nın 20. maddesine göre: "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." Bu maddeye göre 24 Mart 2016 tarihinde kanunlaşan ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Kanun) 7 Nisan 2016 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş, böylece Türk Hukukunda kişisel verilerin korunması için gerekli kanuni dayanak oluşturulmuştur. *Kişisel Verilerin İşlenmesine ve Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Hakkındaki 95/46/AT Sayılı ve 24 Ekim 1995 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi Direktifi (Direktif)*, Kanun'a mehzaz oluşturması açısından önem arz etmektedir. Diğer taraftan Direktif, *Gerçek Kişilerin Kişisel Verilerinin Korunması ve Serbest Dolaşımı ve 95/46/EC Sayılı Direktif "in Yürürlükten Kaldırılmasına İlişkin 27 Nisan 2016 tarihli 2016/679 Sayılı Tüzük* (General Data Protection Regulation – Genel Veri Koruma Tüzüğü) ile yürürlükten kaldırılmıştır. Tüzük, veri koruma hukukunun temel ilkelerini 5. maddesinde düzenlemektedir. Diğer bir önemli düzenleme olan Avrupa Konseyi nezdinde imzalanan *Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi'nin* (Sözleşme) 5. maddesinde de genel ilkeler düzenlenmiştir. Kanun'un 4. maddesinde kişisel verilerin korunmasına dair temel ilkeler düzenlenmektedir.

⁶⁵ Hunter Dorwart; Olena Mykhalchenko. 8. Data Regimes: An Analytical Guide for Understanding How Governments Regulate Data. Special Collection on Artificial Intelligence, s. 82 vd. <https://static-curis.ku.dk/portal/files/247113501/UNICRI_AI_Special_Collection.pdf> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.

A. İlkeler

Devletin ve özel sektörün çağdaş yaşamın ayrılmaz bir parçası olan sayısız hizmeti etkin bir şekilde yerine getirebilmesi, bireyler hakkında sürekli bir veri akışını gerektirmektedir. Özellikle sağlık, sosyal güvenlik, kredi, sigorta ile suçun önlenmesi ve tespiti ile ilgili faaliyetler önemli miktarda kişisel verinin (hassas veriler de dahil olmak üzere) ve bilginin kullanılmasına ihtiyaç göstermektedir. Bu verilerin dijitalleştirilmesi, kötüye kullanılması riskini arttırmaktadır.⁶⁶

Veri korunma hukukunun temelinde kişisel verilerin vakıanın şartları dikkate alınarak hukuka uygun ve adil araçlarla toplanması ilkesi bulunmaktadır. Bu hukukun altı ilkesinden bahsedilebilir. Bu ilkeler, veri sahiplerinin haklarının korunması ve kişisel verilerin güvenliğinin sağlanması açısından önem arz etmektedir.⁶⁷

İlk ilke, verileri kullanacak olan kişinin faaliyetiyle doğrudan ilgili olan ve hukuka uygun bir amaç için kullanılmadıkça verilerin toplanmasını yasaklamaktadır. Ayrıca toplanan veriler bu amaç açısından yeterli olmalı ve aşırı olmamalıdır. Kişisel veriler, sadece hukuka uygun ve adil yollarla toplanabilir. Bu ilke, bir veri kullanıcısının verileri hangi amaçla kullanacağı, verileri kimlere aktarabileceği, verilerin ilgili kişilerden temin edilmesinin zorunlu veya gönüllü olup olmadığı konusunda kişisel verisi işlenenin bilgilendirilmesini gerektirir. Veri öznesi (ilgili kişi), verilere erişim ve düzeltme talep etme hakkına sahiptir.⁶⁸ Kişisel veriler belirli, açık ve meşru amaçlar için toplanır ve bu amaçlara uygun bir şekilde işlenebilir. Tüzük m. 89 (1) hükmü uyarınca kamu yararına arşivleme, bilimsel veya tarihi araştırma veya istatistikî amaçlarla işleme faaliyeti, baştaki toplama amaçlarına aykırı amaç olarak değerlendirilmez. Benzer şekilde, Kanun'da da kişisel verilerin belirli, meşru, açık amaçlarla işlenmesinin zorunlu olduğu düzenlenmiştir.

İkinci ilke, veri sorumluları ve işleyenlerin işledikleri verilerin doğru ve güncel olmasını temin etmelerini gerektirir. Şüphe varsa, veri kullanıcısı

⁶⁶ Raymond Wacks, *Privacy: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2015, s. 110.

⁶⁷ Orla Lynskey, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford University Press, 2015, s. 35.

⁶⁸ Wacks, s. 16.

verileri kullanmayı derhal durdurmalıdır. Toplanan veri, toplama amacı için gerekli olandan daha uzun süre saklamamalıdır.⁶⁹

Üçüncü ilke, kişisel verilerin, verilerin toplanması sırasında kullanılacağı belirtilen amaç dışında hiçbir amaçla kullanılmamasını öngörmektedir. Dördüncü ilke, veri kullanıcıları kişisel verileri korumak için gerekli güvenlik önlemlerini almak zorundadır. Bu çerçevede veri işleyenler kişisel verileri, yetkisiz veya yanlışlıkla (accidental) erişime, işlemeye, silmeye veya yetkisi olmayanlar tarafından kullanıma karşı yeterli şekilde korumalıdır.⁷⁰

Beşinci ilke, bir veri kullanıcısının sahip olduğu kişisel verilerin türüne ve kişisel verilerin işlenmesine ilişkin politika ve uygulamalarına dair bilgilendirme ile ilgilidir. Bu bilgilendirme verilerin doğruluğu, saklama süresi, güvenliği ve kullanımının ayrıntılarının yanı sıra verilere erişim ve veri düzeltme istekleriyle ilgili alınan önlemleri içeren bir “gizlilik politikası bildirimi” ile sağlanır.⁷¹

Nihai ilke, veri öznesine (ilgili kişi) kendisi hakkındaki kişisel verilere erişim hakkı ve bu tür kişisel verilerin bir kopyasını isteme hakkı verilmesi ile ilgilidir. Verilerin yanlış olduğunun ortaya çıkması durumunda veri öznesi, veri kullanıcısından kaydı düzeltilmesini isteme hakkına sahiptir. İzinsiz giriş veya ifşa kurbanı olan kişi, bu ilkelere aykırı hareket edildiği için kişisel verilerin korunması ile görevli kamu otoritesine şikâyette bulunabilir.⁷²

Veri koruma otoritesi, ilgililere “pratik rehberlik” sağlamak için uygulama rehberleri hazırlayabilir. Bu rehberler, ilgililerle ayrıntılı ve uzun süreli istişarenin bir ürünü olan önemli belgelerdir. Bağlayıcı olmayan bu rehberler, teknolojik gelişmeler karşısında kural koymakta hem geç kalan hem de etkili olamayan kamu otoritesinin sektörün regülasyonu için spesifik konularda hazırladığı o konu ile ilgili ilkeleri ihtiva eden yönlendirici nitelikteki belgelerdir.⁷³ Kişisel verilerin korunmasında önemli bir araç da tasarım tercihleridir. Özellikle akıllı cihazların geliştirilmesi aşamasında

⁶⁹ Nafiye Yücedağ, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler”, 2019, 1(1), Kişisel Verileri Koruma Dergisi, s. 50-51.

⁷⁰ Süleyman Yılmaz / Gökçe Filiz Çavuşoğlu, Kişisel Verileri Koruma Hukuku, Yetkin Yayınları, 2020, s. 32-33.

⁷¹ Handbook on European Data Protection Law 2018 Edition, s. 210, <https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_ENG.pdf> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.

⁷² Wacks, s. 117.

⁷³ Wacks, s 118.

verilerin korunması için gerekli teknik ve idari önlemlerin alınmasına imkân veren bir tasarımın tercih edilmesi önem arz etmektedir. Yine yazılım ve bilişim sistemlerinin konfigürasyonunda asgari seviyede ve sadece beklenen işlevin gerçekleştirilmesi için gerekli olan kişisel verileri işleyen teknoloji ve süreçlerin tercih edilmesi gerekir.⁷⁴

B. Unutulma Hakkı

Unutulma hakkı, kişinin geçmişte başından geçen bir durumla ilgili kaydedilen verilerin, belirli bir süre geçtikten sonra silinmesini talep etme hakkı olarak tanımlanabilir.⁷⁵ Yargıtayın unutulma hakkı ile ilgili kararında ise unutulma hakkı şu şekilde tanımlanmıştır:

“... Unutulma hakkına gelince; unutulma hakkı ve bununla ilişkili olan gerektiği ölçüde ve en kısa süreliğine kişisel verilerin depolanması veya tutulması konuları, aslında kişisel verilerin korunması hakkının çatısını oluşturmaktadır. Her iki hakkın temelinde bireyin kişisel verileri üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesini, geçmişin engeline takılmaksızın geleceğe yönelik plan yapabilmesini, kişisel verilerin kişi aleyhine kullanılmasının engellenmesini sağlamak yatmaktadır. Unutulma hakkı ile geçmişinde kendi iradesi ile veya üçüncü kişinin neden olduğu bir olay nedeni ile kişinin geleceğinin olumsuz bir şekilde etkilenmesinin engellenmesi sağlanmaktadır. Bireyin geçmişinde yaşadığı olumsuz etkilerden kurtularak geleceğini şekillendirebilmesi bireyin yararına olduğu gibi toplumun kalitesinin gelişmişlik seviyesinin yükselmesine etkisi de tartışılmazdır. Unutulma hakkı; üstün bir kamu yararı olmadığı sürece, dijital hafızada yer alan geçmişte yaşanan olumsuz olayların bir süre sonra unutulmasını, başkalarının bilmesini istemediği kişisel verilerin silinmesini ve yayılmasının önlenmesini isteme hakkı olarak ifade edilebilir....”⁷⁶

Unutulma hakkı, Anayasa Mahkemesinin kararında ise şu şekilde tanımlanmıştır:

“Unutulma hakkı Anayasa’ımızda açıkça düzenlenmemiştir. Bununla

⁷⁴ Luca Bolognini / Sébastien Ziegler, “Evolution of Data Protection Norms and Their Impact on the Internet of Things” içinde Sébastien Ziegler (Ed.), *Internet of Things Security and Data Protection*, Springer, 2019, s. 95.

⁷⁵ Canan Akyüz Bilge, *Unutulma Hakkı ve Türk Hukuku’nda Görünümü*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 8.

⁷⁶ Yargıtay HGK., E. 2014/56 K. 2015/1679 T. 17.6.2015, Legalbank.

birlikte Anayasa'nın 'Devletin temel amaç ve ödevleri' başlığı altında düzenlenen 5. maddesinde 'insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak' ifadesi ile devlete pozitif bir yükümlülük yüklenmiştir. Bu yükümlülük bağlamında Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen kişinin manevi bütünlüğü bağlamında şeref ve itibarının korunması hakkı ve Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ile birlikte düşünüldüğünde, devletin bireye geçmişte yaşadıklarının başkaları tarafından öğrenilmesi engellenerek 'yeni bir sayfa açma' olanağı verme hususunda bir sorumluluğu olduğu açıktır. Özellikle kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında kişisel verilerin silinmesini talep edebilme hakkı, kişilerin geçmişlerinde yaşadıkları olumsuzlukların unutulmasına imkân tanımayı kapsamaktadır. Dolayısıyla Anayasa'da açıkça düzenlenmeyen unutulma hakkı, İnternet vasıtasıyla ulaşılması kolay olan ve dijital hafızada bulunan haberlere erişiminin engellenmesi için Anayasa'nın 5., 17. ve 20. maddelerinin doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer taraftan unutulma hakkının kabul edilmemesi, İnternet vasıtasıyla kolayca ulaşılabilir ve uzun süre muhafaza edilebilir kişisel veriler nedeniyle başkaları tarafından kişiler hakkında ön yargı oluşturabilmesi nedeniyle manevi varlığının geliştirilmesi için gerekli onurlu bir yaşam sürdürmesine ve manevi bağımsızlığına müdahaleyi sürekli kılmaktadır.”⁷⁷

İnternetteki bilginin devamlılığı ile internetin büyük depolama kapasitesi ve buna ulaşmak için arama motorları gibi araçları düşündüğümüzde internet, her şeyi kaydetmekte ve hiçbir şeyi unutmamaktadır. Verilerimiz internette ömür boyu bizi takip etmektedir. Ancak verilerin işlenmesini düzenleyen temel ilke veri sahibinin rızasıdır. Bu rıza olmadan kimse kişisel verileri toplayamaz, yayınlamaz veya işleyemez meğerki bu rızanın alınmasını gerektirmeyen hukuki sebepler bulunsun. Ayrıca kişisel veriler güncel olmalı ve gerekli olan süreden daha uzun saklanmamalıdır. Eğer toplanan veri belirli bir amaç için toplanmışsa bu amacın gerçekleşmesinden sonra silinmelidir. İşte dijital hafızanın ve arama motorlarının kişisel haklara *online itibar* açısından verdiği bu zararlar ilgili kanun koyucular unutulma hakkını tanımıştır.⁷⁸

AYM'nin kararında Anayasa'nın unutulma hakkının gereğinin

⁷⁷ N.B.B. [GK], B. No: 2013/5653, 3/3/2016, § 47.

⁷⁸ Pere Simon Castellano, “The Right to be Forgotten Under European Law: A Constitutional Debate”, 2012, 16 (1) Lex Electronica, s. 6, <<https://ssrn.com/abstract=2176814>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.

yapılmasını sağlama konusunda bir yükümlülük getirdiği ifade edilmektedir. Bu çerçevede bir bağımsız idari otorite olarak kabul edilen Kişisel Verileri Koruma Kurumu kurulmuştur. Kurumun 23.06.2020 tarihinde aldığı karar ile arama motorları veri sorumlusu olarak kabul edilmiş ve arama motorlarının faaliyetleri kişisel veri işleme faaliyeti olarak değerlendirilmiştir. Bu kapsamda Kurumun karar organı Kurulun kararına göre; ilgili kişiler, Kanun'un başvuru ve şikâyet hakkına ilişkin hükümlerinde belirtilen usule ve süreye uygun olarak arama sonuçlarının indeksten çıkarılması için öncelikle arama motorlarına başvuruda bulunmalıdır. Kararda arama motorlarının söz konusu talepleri reddetmeleri veya başvuru sahibine cevap vermemeleri halinde ilgili kişilerce Kurula şikâyetle bulunabileceklerini kararlaştırmıştır.⁷⁹

Unutulma hakkı ile ilgili diğer bir mesele de unutulma hakkı ve diğer hakların ihlali halinde ülke mahkemeleri tarafından alınan kararların küresel bir etki gösterecek şekilde uygulanmasıdır. Buna dair bir örnekte Google, Fransız veri koruma otoritesi tarafından bir içeriği dünya çapında yayından çıkarmadığı için kendisine uygulanan müeyyideyi dava konusu yapmıştır. Google, davada ilgili içeriğin Google'ın sadece Fransızca versiyonundan çıkarılmasının yeterli olduğunu iddia etmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), Tüzük'ün amacının kişisel verilerin AB'de yüksek bir seviyede korunması olduğunu belirtmiştir. Buna göre içeriğin arama motorunun tüm versiyonlarından çıkarılması (AB üyesi olmayan ülkeleri de içerecek şekilde) bu amaca hizmet etmektedir. Fakat AB üyesi olmayan çok sayıda devlet unutulma hakkını ya kabul etmemekte ya da AB'den farklı şekilde uygulamaktadır. Dolayısıyla ABAD, AB düzenlemelerinin operatöre arama motorunun tüm versiyonlarından (AB ülkelerinin de dışına çıkarak) içeriği çıkarma yükümlülüğü getirmediğine karar vermiştir.⁸⁰

C. Veriler Üzerinde Münhasır Haklar ve Verilere Erişimin Sağlanması

Dijital teknolojinin idarenin iktisadi hayata müdahalesi üzerindeki etkisinin incelenmesi için verilerin hangi hukuki araçlar ile korunabileceği değerlendirilmelidir. Veriler; bireyler, şirketler ve devletlerin yerine getirdiği pek çok işlev için kullanılmaktadır. Veri tanımlarının çokluğu

⁷⁹ Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 23/06/2020 Tarihli ve 2020/481 Sayılı Kararı, <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6776/2020-481>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.

⁸⁰ Federico Fabbrini / Edoardo Celeste, "The Right to be Forgotten in the Digital Age: The Challenges of Data Protection Beyond Borders", 2020, 21(1), German Law Journal, s. 61-62, <doi:10.1017/glj.2020.14> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.

bu çeşitliliği yansıtır. Verilerin türleri ve kullanım alanındaki farklılık bu alanın düzenlenmesini zorlaştırmaktadır. Veriye dayalı ekonomi ile ilgili tartışma, dijital bir formda depolanan verilerle ilgilidir. Örneğin, bir uçağın kullanılmasıyla irtifa, kilometre ve yakıt tüketimi hakkında veri üretilir. Bu tür veriler, yeni ürünlerin geliştirilmesinde ve kullanıcıların konumlarının tespit edilmesinde kullanılır.

Büyük veri analizine ve sensörler vasıtasıyla elde edilen verilerin kullanılmasına dayanan yeni bir ekonomi oluşmaktadır. Veri, bu ekonominin anahtarıdır. Bu ekonomide veriye erişim çok önemlidir. Verilere erişim, sadece özel hukuk kişileri için değil kamu tüzel kişileri için de özellikle kamu sağlığının ve çevrenin korunması, enerji tüketiminin kontrol edilmesi ve imar planları açısından büyük önem arz etmektedir. Dijitalleşme, ekonomiyi yeniden şekillendirmekte ve “Endüstri 4.0” ile “Nesnelerin İnterneti” gibi kavramlar veri odaklı ekonomiyi sembolize etmektedir. Veri temelli iş modelleri bugün tüm sektörlerde bulunmaktadır.

Veriler üzerindeki münhasır haklar, mülkiyet hakkı ve fikri mülkiyet haklarıdır. Mülkiyet, hak sahibine hakkın konusu üzerinde kullanma, yok etme, ekonomik getirilerinden faydalanma gibi haklar vermektedir. Veri üreten araç veya cihazın sahibi veya üreticisinin veriler üzerinde mülkiyet hakkı bulunmamaktadır. Veri mülkiyeti tartışılırken kişisel veriler üzerindeki mülkiyet ile kişileri tanımlamayan veriler üzerindeki mülkiyet birbirinden ayrılmalıdır. Kişisel veriler, bu verilerin korunmasına dair kanunlara tabidir. AB’de kişisel veriler kısaca “GDPR-GVKT” çerçevesinde korunmaktadır. Kişisel verilerin korunması, kişisel bilgilere ilişkin self-determinasyona dair (kendi kaderini tayin) anayasal gerekliliğe dayanmaktadır. Bu sayede her vatandaş kendisiyle ilgili hangi verilerin kim tarafından toplanıp işlenebileceğine karar verme hakkına sahip olmaktadır.⁸¹ Dolayısıyla kişisel veriler özel bir regülasyona tabidir. Ancak kişisel ve kişisel olmayan verileri ayırmak özellikle de kişisel tanımlama imkanlarının sürekli gelişmesi nedeniyle oldukça zordur. Bununla birlikte, böyle bir kavramsal ayırım esastır. Kişisel kimlik (onur/haysiyet), bireyler için kişisel koruma ihtiyacı ortaya koymaktadır. Bu nedenle buradaki regülasyon ihtiyacı farklıdır.⁸² Buna ilerde

⁸¹ Francesco Banterle, “Data Ownership in the Data Economy: A European Dilemma” içinde Tatiana-Eleni, Synodinou vd. (Eds.), EU Internet Law in the Digital Era, Springer, Cham, 2020, s. 212.

⁸² Francesco Banterle, “The Interface Between Data Protection and IP Law: The Case of Trade Secrets and the Database Sui Generis Right in Marketing Operations, and the Ownership of

değınilecektir.

Veri soyuttur ve tükenebilir değıldir. Kolay bir şekilde çoğaltılabilir ve birden fazla kişi tarafından aynı anda kullanılabilir. Veri kıt bir madde değıldir. Bu nedenle veri üzerinde mülkiyet hakkı tanınması, fikri mülkiyet haklarından farklı olarak veri üretme konusunda bir teşvik olmayacaktır. Veriler zaten üretilmektedir. Fikri mülkiyet haklarının konusu olan fikri ürünler, birbiri açısından rakip olmayan mallardır (non-rival goods). Bunlar üzerindeki mülkiyet, esasen bunların üretilmesini teşvik etmek amaçlıdır. Ancak bu durum, fikri ürünlerin herkese ulaşmasını engellemektedir. Toplum, fikri ürüne sahip olabilecekken bu hakkından, bu ürünlerin üreticilerine teşvik sağlamak için vazgeçmektedir.⁸³

AB Komisyonu, kişisel olmayan verilerin serbest akışını sağlamak için bir inisiyatif başlatmıştır. Komisyon, *Dijital Tek Pazar Stratejisi* kapsamında veri ekonomisinin regülasyon çerçevesinin belirlenmesinde “mülkiyet hakkı mı yoksa erişim hakkı mı dikkate alınmalıdır?” sorusuna cevap aramıştır.⁸⁴ Veri üreticisine veriler üzerinde mülkiyet hakkı tanınmalı mıdır? Eğer tanınırsa, bu hak, veri üreticilerine verilerin ticarileştirilmesinden gelir elde etme imkânı sağlayacaktır. Veri üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasının ekonomik meşruiyeti olmalıdır. Böyle bir hak ancak veri ekonomisinin işleyişini iyileştirecekse kabul edilmelidir. Ekonomik meşruiyet ihtiyacı, ihdas edilmek istenen (fikri) mülkiyet hakkının konusu, kapsamı ve hak sahibini belirleyecektir. Veri üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasına karşı olanlar ise veri üreticisinin zaten veriler üzerinde *de facto* kontrole sahip olduğunu belirtmektedir. Bu kontrole dayanarak veriler üzerinde hukuki tasarruflarda bulunulabilir.⁸⁵ Sonuç olarak mevcut bilgi durumuna göre veri üzerinde münhasır haklar tanımak için herhangi bir ekonomik neden yoktur. Tam tersine bu durum, iş modeli verilere erişime dayalı piyasa oyuncularının iş yapmasını engelleme riski taşımaktadır. Veri üzerinde mülkiyet hakkı tanınması, veriye dayalı bir piyasa hakimiyetine neden olur. Bu ise serbest rekabete aykırı olarak pazara giriş

Raw Data in Big Data Analysis” içinde Mor Bakhoun vd. (Eds.) Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law, Springer, 2018, s. 430.

⁸³ Jim Leitzel, Concepts in Law and Economics: A Guide for the Curious, Oxford University Press, USA, 2015, s. 30-31.

⁸⁴ Josef Drexl, Designing Competitive Markets for Industrial Data- Between Propertisation and Access, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 16-13, s. 3. <<https://ssrn.com/abstract=2862975>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.

⁸⁵ Drexl, s. 66.

engeli oluşturacaktır. Verinin serbest bir şekilde kamu alanında yer alması, “veri tekelleri” meydana getirilmesine tercih edilmelidir.⁸⁶ Bu bağlamda genel bir “veri sahipliği hakkı” üzerine odaklanılmamalıdır. Verilerin serbest akışını sağlayacak olan mülkiyet hakkı değil, verilere erişim hakkının tanınması olacaktır.⁸⁷

Veri tabanlı dijital ekonominin gelişiminde genel bir piyasa başarısızlığı (market failure) görülmemektedir. Bu nedenle verilerin toplanması veya oluşturulması için herhangi bir ekonomik teşvik gerekli değildir. Her halükârda özellikle de yan ürün/ikinci ürün olarak veri zaten üretilmektedir. Firmalar, verileri teknik yöntemlerle koruma ve sözleşme ile üçüncü kişilere veriler üzerinde erişim sağlama imkanına sahiptir. Eğer verilere yetkisiz bir şekilde erişilirse bu durum sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğinden sözleşmeye göre gereği yapılacaktır.⁸⁸

Veriler üzerinde münhasır haklar tanınmasının pratik sorunları da bulunmaktadır. Veri terimi nasıl tanımlanacaktır? Korumanın konusu ve kapsamı ne olacaktır? Hak sahibine hangi yetkiler tanınacaktır? Pratikte bunları belirlemenin zorluğu nedeniyle münhasır bir hak tanınması hukuki belirsizliğe yol açacaktır.⁸⁹

Veriler üzerinde mülkiyet haklarının bulunmaması, piyasada faaliyet gösterenlerin -özellikle de veri üreticilerinin- çıkarlarının korunmadığı anlamına gelmemektedir. Aksine, söz konusu ekonomik çıkarları korumak için çok çeşitli mekanizmalar mevcuttur. Dijital hizmetler sunan veya akıllı ürünler pazarlayan şirketler, özellikle sözleşmeler yoluyla iş modellerini ve veri toplama yatırımlarını koruyabilir. Ayrıca üçüncü tarafların verilere izinsiz erişimi, teknolojik koruma önlemleriyle engellenebilir. Diğer bir deyişle veriler üzerindeki fiili kontrol, şirketlerin verilere erişim ile ilgili sözleşmeler yapmalarını sağlar. Veri üzerindeki fiili kontrol ve sözleşme hukuku, veri

⁸⁶ Lothar Determann, “No One Owns Data”, 2018, 70(1), Hastings Law Journal, s. 39-40.

⁸⁷ Banterle, Data Protection, s. 437-438; Teresa Scassa, Data Ownership, CIGI Papers No. 187- Ottawa Faculty of Law Working Paper No. 2018-26, s. 17, <<https://ssrn.com/abstract=3251542> veya <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3251542>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.

⁸⁸ Banterle, Data Ownership, s. 221. Bu konuda sektöre özgü düzenlemelerle verilere erişim düzenlenebilir. İlaç sektöründe klinik deney verilerinin korunması hakkında bkz. Sırrı Düğer, Non-patent Protection of Pharmaceuticals in Turkey, Shaker Verlag, Aachen, 2012, s. 75 vd.

⁸⁹ Banterle, Data Ownership, s. 222.

piyasalarının gelişimi için yeterli bir temel oluşturur.⁹⁰

Verilerin *sui generis* veri tabanı hakkı çerçevesinde korunması değerlendirildiğinde bu koruma, verilerin korunması için münasip değildir. Çünkü bu koruma, veri tabanındaki verileri elde etmek, teyit etmek ve sunmak için yapılan yatırım ile ilgilidir. ABAD'ın ilgili direktif çerçevesinde verdiği bir kararında belirttiği gibi bu korumanın amacı, halihazırdaki verilerden bir veri tabanı oluşturulmasını teşvik etmektir. Amaç, veri tabanı haline getirilmek üzere yeni verilerin toplanmasını teşvik etmek değildir. Bu nedenle bu koruma, veri tabanının içindeki bireysel unsurları değil veri tabanı oluşturulması için yapılan yatırımı korumaktadır. Sonuç olarak *sui generis* veri tabanı hakkı, veri tabanını oluşturan materyalin (verilerin) değil (bunlar üzerindeki fikri mülkiyet durumundan bağımsız olarak) veri tabanını oluşturmak için gösterilen çabanın korunması ile ilgilidir. Dolayısıyla bu hak, veri tabanını oluşturan kişisel verilerin korunması imkanını vermemektedir.⁹¹

Verilerin korunması yollarından biri de haksız fiil korumasıdır. Haksız rekabetin önlenmesine dair kurallar, münhasır *erga omnes* haklar oluşturmadan piyasa aktörlerinin belirli hareketlerini yasaklamakta ve ihlal halinde haksız fiil sorumluluğu, idari veya cezai yaptırımlar öngörmektedir.⁹² Bir diğer koruma yöntemi ise ticari sır korumasıdır. Bu koruma, ticari sırların hukuka aykırı olarak elde edilmesi, kullanılması ve ifşa edilmesine karşı sağlanan bir korumadır. Ticari sır kavramına dayalı koruma sistemi de potansiyel girişimcilerin pazara girişini ve verilere meşru erişimini engellememelidir.

Gerek veri korunması gerekse veriye dayalı dijital ekonomi açısından önemli konulardan biri de algoritmaların hukuken nasıl korunacağıdır. Algoritmaların bilgisayar programları çerçevesinde korunabileceği ileri sürülmektedir. Dijital ekonomideki yenilikler, toplanan ham verinin işlenmesi özellikle de filtrelenmesi ve analiz edilmesi ile gerçekleştirilmektedir. Veri işleme programlarının temelindeki algoritmalar özel bir koruma altında değildir. Bilgisayar programları telif hakları çerçevesinde korunmakla birlikte bu koruma, programın temelindeki fikir veya ilkeye teşmil etmez. Dolayısıyla bilgisayar programlarının temelindeki algoritmaların telif hakları

⁹⁰ Banterle, Data Protection, s. 438-439.

⁹¹ Huw Beverley-Smith, "Rights in Data and Information" içinde Rochelle Dreyfuss / Pila Justine (Eds.), The Oxford Handbook of Intellectual Property Law, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2018, s. 600, 601.

⁹² Banterle, Data Ownership, s. 214.

ile korunamayacağı kabul edilmektedir. Çünkü böyle bir koruma, fikirler ve iş modellerinin de korunmasına yol açacaktır. Halbuki fikri mülkiyet haklarının temelindeki düşünce; metotlar, fikirler ve teorilerin koruma altında olmamasıdır.⁹³

Sonuç olarak maddi olmaması sebebiyle veriler üzerinde mülkiyet mevzu bahis değildir. Hukuken veriler bir fikri mülkiyet hakkına da konu olamaz. Veriler ancak ticari sır, kişisel veri veya veri tabanı olarak korunabilir. Diğer taraftan veriler, ceza hukuku açısından da korunabilir. İnovasyon ve iktisadi gelişmenin gerçekleştirilebilmesinin veriler üzerinde mülkiyet hakkı benzeri haklar ihdas edilmemesine bağlı olduğu ifade edilmektedir. Böyle bir hak tanınmasının, fikri mülkiyet haklarının ihdas edilmesindeki temel felsefeye (bilimsel, kültürel ve teknolojik gelişmenin sağlanması) aykırı olacağı belirtilmektedir.⁹⁴ Yukarıda da belirtildiği üzere veriye dayalı dijital ekonomide serbest rekabetin sağlanması ve özellikle sektöre yeni gireceklere engel olunmaması için serbest/bedelsiz bilgi (free information), bilgi tekellerinin kurulmasına karşı tercih edilmelidir. Firmalar zaten verilerini teknik yollarla korumakta, bu koruma kapsamındaki verilere erişim talep edenlere sözleşme ile bu imkânı sağlamaktadır. Bu sözleşme, veri üretenlerin verilerini korumalarını sağlayan bir araçtır. Veriler:

- sui generis veri tabanı koruması,
- telif hakları,
- haksız fiil / haksız rekabet,
- sözleşmeye dayalı koruma,
- ticari sırlara dair koruma ile

korunabilir. Verileri kendileri üretemeyecek durumda olanların verilere erişiminin kısıtlanması, yeni firmaların yeni ürünler üretmesini ve geliştirmesini engelleyecektir. Dolayısıyla veri üzerinde veriyi (cihazı) üreten firmanın *de facto* kontrolü bulunmaktadır. Bu nedenle bu firma bir mülkiyet hakkı ihtiyacı içinde değildir. *De facto* kontrolüne dayanarak verileri sözleşme konusu yapabilir. Veri üreticisine veriler üzerinde münhasır haklar tanımak piyasa aksaklığına (market failure) çözüm olmayacaktır. Veriler üzerinde münhasır haklar verilmesi; halihazırdaki veri gücünün sağlamlaştırılmasına,

⁹³ Banterle, Data Ownership, s. 211.

⁹⁴ Scassa, s. 15.

veri tekelleri oluşmasına ve rekabete aykırı bir şekilde pazara giriş engeli oluşturulmasına neden olacaktır.⁹⁵

D. Elektronik Mahremiyet

Mahremiyet, kişisel hayata müdahalede bulunulmamasını isteme hakkı olarak tanımlanabilir. Mahremiyet, kişinin hayatını asgari müdahale ile devam ettirebilmesi ve yalnız kalma veya yalnız bırakılmayı isteme hakkıdır. Mahremiyet hakkı, kişisel bilgiler, özel alan, itibar ve portre, isim, ses vb. kişisel belirtilerin (*personal indicia*) korunmasını sağlamaktadır.⁹⁶ Mahremiyet hakkı ile korunan menfaatler esas olarak iktisadî nitelikte değildir. Bu hak, kişinin özel alanını korumakta ve kamusal hayattan çekilmesini içermektedir. Ancak kişi, kişisel belirtiler ve bilgilerinden iktisadî menfaat temin ederse bu durumda bunların mahrem niteliği sona ermektedir. Mahremiyetin ihlalinin arkasındaki neden çoğunlukla ekonomiktir.⁹⁷ Ticari menfaat temin etmek amacıyla kişisel hakların bu arada mahremiyet hakkının ihlal edilmesi söz konusudur. Sonuç olarak mahremiyet hakkı; özel alan ile kişisel belirti, bilgi ve itibarın istenmeyen ticarileştirilmesine karşı bir koruma sağlamaktadır. Ancak bu koruma fikri ve sınai haklar gibi belirli süreli münhasır hak tanınması şeklinde değildir.⁹⁸

Dijital mahremiyet kapsamında iletişimin gizliliğinin korunması hakkı, üç değeri korumaktadır: iletişim hizmetlerine olan güven, mahremiyet ve ifade özgürlüğü. Bu hak, kişilerin ve işletmelerin iletişimlerini hizmet sunuculara güvenle emanet edebilmelerini amaçlamaktadır. Bu nedenle bu hak, sadece kişinin özel menfaatine değil aynı zamanda bilgi toplumunun yaşamasına hizmet etmektedir.⁹⁹

Sonuç olarak AB hukukunda mahremiyet düzenlemeleri de kişisel verilerin korunmasına dair:

⁹⁵ Banterle, Data Ownership, s. 222-224.

⁹⁶ Sanjay Sharma, Data Privacy and GDPR Handbook, John Wiley & Sons, New Jersey, 2019, s. 5.

⁹⁷ Sharma, s. 7, 8.

⁹⁸ Huw Beverley-Smith, vd., Privacy, Property and Personality: Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation, Cambridge University Press, 2005, s. 3-4.

⁹⁹ Frederik Zuiderveen Borgesius / Wilfred, Steenbruggen “The Right to Communications Confidentiality in Europe: Protecting Trust, Privacy, and Freedom of Expression”, 2019, 20(1), Theoretical Inquiries in Law, <<https://ssrn.com/Abstract=3152014>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.

- Açık rızanın alınması,
- Verileri güncelleme ve onlara erişim hakkı,
- Verilerin ticari amaçlar için işlenmesine itiraz etme hakkı,
- Veri taşınabilirliği

gibi teminatları ihtiva etmektedir. Buna göre veri işleyenler, verileri bu teminatlara uygun davrandıkları takdirde işleyebilecektir.¹⁰⁰

E. Verilerin Korunması ve Rekabet Hukuku

Dijital teknolojiadaki gelişmeler tüketiciler için pek çok avantajı beraberinde getirmektedir. Dijital çağda tüketiciler, büyük ve artan miktarda kişisel verilerini paylaşmaktadır. İş modeli kişisel veriler ile ilgili olan işletmelerin sayısı arttıkça gizlilikle ilgili endişeler de artmaktadır. Bu işletmelerin çoğu, ağ etkileri nedeniyle genellikle önemli bir pazar gücüne sahip olan platformlardır. Güçlü ve veri açısından zengin platformlar, rekabet otoritelerinin dikkatini çekmiştir. Büyük Veri, Facebook / Whatsapp birleşmesi, DoubleClick / Google birleşmesi ve Bundeskartellamt'ın Facebook'a yönelik hakimiyeti kötüye kullanma soruşturması gibi yakın tarihli çeşitli rekabet hukuku davalarında merkezi bir rol oynamıştır. Pazara hâkim durumda olan firmalarla ilgili mahremiyetle ilgili endişelerin çözümünü, rekabet hukukundan çok veri koruma hukukunu ilgilendirmektedir. Ancak verilere dayalı pazar gücünün endişe nedeni olduğu durumlarda, rekabet otoritelerinin müdahale etmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁰¹

Veri temelli dijital ekonomide yeni küçük şirketlerin ve tedarikçilerin yeni ürünler üretebilmeleri ve mevcut olanları geliştirebilmeleri için gerekli verilere erişimlerinin olması gerekir. Dolayısıyla regülasyonunun verilere erişimi sağlayacak şekilde olması gerektiği söylenebilir. Belirli şartlar gerçekleştiğinde veri üreticilere verilere erişim sağlama zorunluluğu getirilmesi piyasada hakimiyeti engelleyebilir.¹⁰² Dolayısıyla böyle bir zorunluluk getirilmesi hâkim durumun suiistimalini önleyebilir. Ancak

¹⁰⁰ Banterle, Data Protection, s. 427-428.

¹⁰¹ Miriam C. Buiten, "Regulating Data Giants: Between Competition Law and Data Protection Law" içinde Klaus Mathis / Avishalom Tor (Eds.), New Developments in Competition Law and Economics, Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship 7, Springer, 2019, s. 291.

¹⁰² Determann, s. 32, 33.

bu durumda, rekabet hukuku geriye dönük (*ex post*) ve tepkisel bir çözüm üretmiş olacak ve verilere erişim sorununa hukuki belirsizliği ortadan kaldıran sistematik bir çözüm getirmiş olmayacaktır. Ayrıca pazar hakimiyetinin veriler üzerindeki kontrolden kaynaklandığını ispat etmek de çok zordur.¹⁰³

VI. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ KORUNMASI

Devlet teşvikleri ile kamu kaynaklarının ülkenin gelişmesi açısından daha faydalı görülen sektörlere yönlendirilmesi böylece ülkenin refah seviyesinin artırılması amaçlanmaktadır. Teşvik, özel kesimin devletin planlamasına uygun hareket etmeyi kabul etmesi halinde devletin kendisine bazı malî kolaylıklar tanınmasına dair bir hukuki mekanizmadır. Devlet yardımları, devletin, mahalli idarelerin, devlet bankalarının ve diğer kamu kurumlarının verdiği hibeler ve ucuz krediler ile yaptığı yardımlardır. Bu yardımlarla amaçlanan iktisadi verimliliğin, rekabet şartlarında iyileşmenin ve kaynaklar ile gelir dağılımında dengenin sağlanmasıdır.¹⁰⁴

Fikri mülkiyet sisteminin rolü fikri yaratıcılığı ödüllendirerek inovasyonu teşvik etmektir. Fikri mülkiyet hakları, hak sahiplerine ortaya koydukları fikri ürünleri hukuken koruma ve ticarileştirme imkânı sağlar. Hukuken korunan ürünler yatırımcıları da bu ürünlere yatırım yapma konusunda teşvik edecektir.¹⁰⁵ Özellikle patent sistemi, patentlerde yer alan bilgiler yayımlandığı için toplumu yeni icatlar yapma konusunda da teşvik edecektir. Ayrıca patent belgesindeki teknik bilgi, patent yayımlandıktan sonra herkesin erişimine açık olacaktır.¹⁰⁶ Patentler, yeni teknolojiler geliştirmek için çok önemli bir bilgi kaynağıdır. Patentler hakkında çevrimiçi veri tabanlarından ücretsiz olarak araştırma yapmak mümkündür. Bu şekilde patent veri tabanları ile teknoloji transferi de gerçekleştirilebilir. Şöyle ki, bu veri tabanları aracılığıyla herkes, patentli teknolojilere erişebilir ve bunları kendileri için kullanabilir. Yine

¹⁰³ Björn Lundqvist, “Big Data, Open Data, Privacy Regulations, Intellectual Property and Competition Law in an Internet-of-Things World: The Issue of Accessing Data” içinde Mor Bakhoun vd. (Eds.) *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law*, Springer, Berlin, Heidelberg, 2018, s. 211.

¹⁰⁴ Gürsel Orer, “Ekonomik Kamu Düzeni ve Devletin Ekonomiye Müdahalesi”, 2015, (6), *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, s. 384.

¹⁰⁵ Andreas Heinemann, “Blocking Patents and the Process of Innovation” içinde Klaus Mathis / Avishalom Tor (Eds.), *New Developments in Competition Law and Economics, Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship 7*, Springer, 2019, s. 159.

¹⁰⁶ Rebecca Tushnet, “Intellectual Property as a Public Interest Mechanism” içinde Rochelle Dreyfuss / Pila Justine (Eds.), *The Oxford Handbook of Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2018, s. 96.

patent sahibiyle bir lisans sözleşmesi yapmak suretiyle de teknoloji transferi gerçekleştirilebilir.

Bilgi bir kamu malı olarak değerlendirildiğinde birçok tüketici tarafından aynı anda ve rekabet olmadan tüketebilen (non-rival) ve dışlanamayan (non-excludable) bir üründür. Buna göre değerli bilgi rakiplerin eline geçmekten nasıl korunacaktır? Bunun yolunun bilgi üzerinde mülkiyet hakkı tanınması olduğu ifade edilmiştir. Eğer bir firma, ürettiği bilginin rakiplerinin eline geçmesini önleyemiyorsa bu durum, onun inovasyon konusundaki motivasyonunu azaltacaktır.

Günümüz bilgi ekonomisinde fikri mülkiyet, büyük bir önemi haizdir. Yeni kurulmuş şirketler büyük rakiplerin ürünlerini taklit etmelerini fikri mülkiyet hakları ile engelleyebilir (Dolby ve Gore gibi). Büyük şirketler ise yatırımlarının karşılığını almak için fikri mülkiyeti kullanır. Çelik sanayi gibi geleneksel endüstriler de yeni geliştirilen çelik formüllerini fikri mülkiyet hakları ile korumaktadır. Pek çok buluşun üretilebilmesi ve kullanılabilmesi için buluşa yatırım yapılması gerekir. Bu finansal desteği almak için buluşun bir hak konusu haline gelmesi önem arz etmektedir. Buluşun bu desteği sağlayabilmesi için gelir getirme potansiyelini göstermesi gerekir. Ayrıca hak konusu haline gelmekle hukuki belirlilik sağlanır. Fikri mülkiyet hakkı, sahibine hakkını lisans verme imkânı sağlar. Lisans veren, lisans şartlarını belirlediğinden açık erişime imkân veren bir lisanslama yapabilir. Örneğin açık kaynak yazılım geliştiricileri telif hakkı sahibi olarak ücretsiz sundukları yazılımın, kodunda yapılan gelişmelerin de ücretsiz kullanılmasını şart koşmaktadır. Bu şartı kabul etmezseniz yazılımı kullanamaz ve geliştiremezsiniz. Diğer bir örnek ise *creative commons* lisanslarıdır. Bu lisans, eser sahibinin bazı şartlarla eserini herkesin kullanılmasına izin vermesini mümkün kılar. Eser sahibinin adının belirtilmesi ve eserin ticari olarak kullanılmaması şartıyla eserin kullanılması bu lisansa örnek verilebilir.¹⁰⁷ Yine belirli organizasyonlar, kendi markalarını örneğin belirli çevre koruma kriterlerine uyan firmalara lisanslamaktadır. Ayrıca fikri mülkiyet sistemi lisanssız kullanımı önlediğinden tüketiciler markayı taşıyan ürünlerin vaat edilen standartlara uygun olduğuna güven duymaktadır. Öte yandan fikri mülkiyet sistemi ve özellikle patentlerin inovasyonu desteklediğine dair ampirik bir delil olmadığı da iddia edilmektedir. Hatta patentlerin inovasyona olumsuz etkileri olduğu yönünde ciddi deliller bulunduğu ifade edilmektedir. Patentler hukuki mahiyetleri gereği rekabeti

¹⁰⁷ İlhami Güneş, “‘Creative Commons’ (Yaratıcılığı Teşvik Eden) Lisansların Hukuki Durumu”, 2013, 8(78), Terazi Hukuk Dergisi, s. 23-24.

engelleyici niteliktedir. Özellikle yeni endüstrilerde inovasyonun rekabet ve iş birliğine dayalı ve temel bilginin serbest bir şekilde elde edilebildiği bir hukuki ve kültürel ortamı gerektirdiği belirtilmektedir.¹⁰⁸ Fikri mülkiyet haklarını tanınması mı? Yoksa erişim hakkı sağlanması mı teknolojik ve endüstriyel gelişmenin sağlanması için daha etkilidir? Bu konu bilgi ve veri üzerindeki fikri mülkiyet ve erişim hakkı tartışmalarında da dikkate alınmalıdır. Burada münhasır haklar tanınmasının yerine sözleşme ile bireylerin haklarını nispi olarak korumaları, hak sahiplerinin bu durumlarını suiistimal etmeleri halinde ise düzenleyici kurumların müdahil olmasını savunan görüşler de bulunmaktadır.¹⁰⁹ Esasen fikrî mülkiyet sisteminin hak sahiplerine gereksiz ve aşırı bir koruma sağladığı ve kültürel ve bilimsel gelişmenin önünde bir engel olduğu da iddia edilmektedir. Korumayı elde etmenin maliyeti (deadweight cost) ile toplumun hak konusu olan ürüne erişememesinin maliyetinin sistemin getirdiği faydadan daha fazla olduğu iddia edilmektedir. Aşırı fikri mülkiyet korumasına karşı küresel bazı aktivist hareketler başlatılmıştır. Telif hakları ile ilgili olarak Özgür Kültür (Free Culture) ve *Creative Commons* bunlara misal verilebilir. Ayrıca UNIX ve LINUX gibi açık ve ücretsiz yazılımlar geliştirilmesi yönündeki girişimler de buna örnektir. AR-GE ve inovasyonun teşviki açısından daha fazla bilginin daha fazla insan tarafından paylaşıldığı bir sistemin, bilgiye ancak bazılarının sahip olduğu bir sistemden daha faydalı olduğu belirtilmektedir. Bilimin gelişmesi için insanların ihtiyacı olan bilgiye erişmelerini mümkün kılmak gerekir.¹¹⁰

VII. DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER

Kamu gücünün iktisadi hayata müdahale etmeden önce sektörün aktörleri ile diyalog halinde, atılacak adım ile ilgili onlara danışarak adım atması gerektiği ifade edilmektedir. Ekonomik regülasyon konusunda kamu gücü ile iş dünyası arasında bir diyalog bulunmakla birlikte bu *ad hoc* ve idarenin takdirindedir. Bu nedenle ekonomik alanda önemli etkisi olabilecek düzenleme ve kararlar öncesinde danışma zorunluluğunun getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹¹¹

Kamu otoritelerinin tüm faaliyetlerinden önce çıkar gruplarının

¹⁰⁸ Siva Vaidhyanathan, *Intellectual Property: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2017, s. 77.

¹⁰⁹ Tushnet, s. 96-99, 101.

¹¹⁰ Vaidhyanathan, s. 125, 128.

¹¹¹ Annual Study 2015, s. 176.

görüşlerini alabilecekleri bir hukuki çerçeve oluşturulması önerilmektedir. Ekonomik mekanizmalara devamlı müdahale etmekten sakınılmalıdır. Bu mekanizmalara kamu gücü tarafından belirli bir süreyle müdahale edilemeyeceğine dair düzenleme yapılabilir. Ayrıca kamunun iktisadi faaliyeti ile ilgili acil durumlarda hızlı karar alma usulü oluşturulması gerektiği ifade edilmektedir. Ekonomik idari faaliyet ile ilgili düzenleme ve kararlara karşı yapılabilecek itirazlara hak arama hürriyetini kısıtlamayacak bazı sınırlandırmalar getirilebileceği belirtilmiştir. Kamu gücü tarafından atılacak ekonomik adımların zamanlamasına dair kamuoyuna bir taahhütte bulunulup zaruretlar dışında bu dışında bu taahhüde uygun davranılmasının sağlanması gerektiği ifade edilmektedir. Ekonomik faaliyete dair düzenlemelerin hem hukuki güvenliğin sağlanması hem de iş dünyasının adaptasyon nedeniyle gerekli hazırlığı yapabilmesi için geçiş hükümleri öngörülerek tedricen uygulamaya konulmaları gerektiği belirtilmektedir.¹¹²

Ekonomik idari faaliyet açısından önerilen çözümlerden biri de kamu tarafından atılan adımlara dair kılavuzlar (guidelines) hazırlanmasıdır. Ekonomik idari faaliyete dair düzenlemelerin 30 veya 60 gün sonra yürürlüğe girmesi, bu arada ilgili kamu otoritesinin bu düzenlemenin nasıl uygulanması gerektiğine dair kılavuz hazırlamasına imkân verilmesi öngörülmektedir. Ekonomik düzenlemelerin sonuçlarının *a posteriori* olarak değerlendirmesinin yapılması ve bunun sistematik hale getirilmesi gerekmektedir. Özellikle sektörel regülasyon açısından konulan hedeflerin -kamu tekeline tam rekabet halinde bir özel sektöre geçiş gibi- gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi önemli bir adım olacaktır. *Ex post* değerlendirmeler ekonomik faaliyeti gerçekleştiren kamu kurumu tarafından yapılabilir. Ama yapılan değerlendirme bağımsız uzman görüşüne dayanmalıdır. Yapılan değerlendirmenin sonuçları kamuya açıklanmalıdır. Yapılan değerlendirme sektör-spesifik regülasyonda belirlenen hedefler açısından olmalıdır.¹¹³ Yapılan değerlendirmeler bağlayıcı olmayan hukuk (yumuşak hukuk/soft law) olarak kanun veya düzenleyici işlemlerden farklıdır. Ancak bunlar bireysel hakların ve idari yükümlülüklerin önemli bir kaynağını oluşturur. Bu değerlendirmeler kamu açısından önemli bir rehberdir. İdare, bunlardan ayrılabilir ancak bunu yapana kadar bireyler, mahkemedeki yaptıklarının kamuya yapılan açıklama çerçevesinde olup olmadığını değerlendirmesini isteyebilir. Dolayısıyla bağlayıcı hukuk gibi zorunlu olarak uygulanan kurallar olmamakla birlikte

¹¹² Aynı yerde, s. 179.

¹¹³ Aynı yerde, s. 187.

idari istikrar ilkesinin de etkisiyle idare bunlardan ayrılana kadar mahkemece yapılan değerlendirmede dikkate alınacaktır.

Son yıllarda meydana gelen teknolojik gelişmeler, Türkiye’de henüz regülasyonu sağlam bir zemine yerleştiremeden, bilinçli veya bilinçsiz “deregülasyon” kavramının tartışılmasına neden olmuştur. Çünkü teknolojik gelişme nedeniyle bazı sektörlerdeki faaliyetlerin rekabet durumu değişmiş bunlar doğal tekel özelliğini kaybetmiştir. Bu sektörlerdeki hizmetleri daha küçük firmaların rekabet halinde sunması mümkün hale gelmiştir. Bu nedenle bu sektörlerin devlet müdahalesi ile regüle edilme ihtiyacı azalmıştır. Firma sayısı artırılarak sektördeki rekabetin ve kaynak dağılımında etkinliğin sağlanabilmesi ihtimali deregülasyonu gündeme getirmiştir.¹¹⁴

İktisadi idari faaliyet; devletin hizmet üretmek, düzenleme yapmak ve destek sağlamak şeklinde piyasaya müdahale etmesidir. Türkiye’de birçok kamu hizmeti, devlet tekellerince yerine getirilmekteydi. Bu tekellerin özelleştirilmemesiyle devlet tekellerinin yerini özel tekellerin alması ihtimali dolayısıyla da özelleştirme sonrasında söz konusu şirketlerin tekelci davranmaması için sektörün devlet tarafından düzenlenmesi ihtiyacı ortaya çıktı. Burada bir piyasa aksaklığının devlet müdahalesi ile giderilmesi söz konusudur.¹¹⁵ Bu müdahale, özellikle teşebbüs hürriyeti gibi temel hak ve hürriyetlere müdahale anlamına gelecektir. Bu nedenle müdahalenin kanunla yapılması gerekir. Bu müdahalenin temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına dair hukuki rejime uygun olması gerekir. Öte yandan ekonomik hak ve hürriyetler arasındaki ayrım da net bir şekilde ortaya konulmalıdır. Ekonomik haklar devletin pozitif bir yükümlülük üstlenmesi anlamına gelir. Ekonomik bir hakkın elde edilememesi bir anayasa ihlali teşkil eder ve yargı yoluna başvurma hakkı verir. Diğer taraftan ekonomik hürriyetler ise negatif anlamlıdır ve devletin bu alana müdahalede bulunmaması gerekir.

Kişilerin kendileriyle ilgili olan veya kendileriyle menfaat bağı olduğunu düşündükleri işlemler hakkında bilgi almaları akla gelirken, bu şekilde bir ilgi veya menfaat olmamasına rağmen kendilerini konu edinen bilgilere erişim taleplerinin hak düzeyine ulaşması gerektiği değerlendirilmiştir. AKILLIOĞLU, bu manada idari faaliyetlerin birer *iletişim sistemi* olarak

¹¹⁴ Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 2008, Ekonomi ve Hukuk, Cilt 4, s. 24, <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/h/HKurultay_Cilt_04_IC.pdf> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.

¹¹⁵ İzak Atiyas, “Ne İçin ve Nasıl Regülasyon” in Devletin Düzenleyici Rolü, TESEV Yayınları 19, 2000, s. 19.

düşünülebileceği, iletişim şebekesi içindeki kanallardan veriler geçtiğini ve idari usulün de bu iletişimi düzenleyen kurallardan oluştuğundan bahisle kişisel verilerin idari usulün temel konularından biri olduğunu ifade etmiştir.¹¹⁶ Kişisel verilerin korunmasına dair kanun da bu çerçevede bir idari usul düzenlemesidir.¹¹⁷ İdari faaliyetin teknolojinin verdiği imkanlar ile gerçekleştirilmesi idari işlemlerin elektronik ortamda gerçekleştirilmesini gerektirmiştir. İdari faaliyetin aracı olan idari işlemlerinin elektronik ortamda gerçekleştirilmesine ilişkin kuralların da bir genel idari usul kanununda yer alması, hem idarelerin bu konudaki farklı uygulamalarını ortadan kaldırması hem de kişilerin idare karşısında korunması açısından büyük önem taşımaktadır.¹¹⁸

İdare, veri temelli dijital ekonomiyi düzenlerken bireyleri kötü muameleden korumak, inovasyon ve rekabeti teşvik etmek ve veri korumasını sağlamak amacını taşımaktadır. Teknolojinin getirdiği yenilikler ve onlara eşlik eden riskler çok hızlı gelişmektedir. Bunun gerisinde kalmamak için düzenleyici kurumlar, teknolojik ve sosyal değişime uyum sağlayabilen standartlara ve ilkelere dayalı düzenleyici rejimler oluşturmaktadır.

SONUÇ

İktisadi faaliyetlerin teşebbüs hürriyeti çerçevesinde özel sektör tarafından yerine getirilmesi esastır. İktisadi hayata devletin müdahalesi Anayasa m. 13'teki hukuki rejime uygun olmanın ötesinde bunu meşru kılan bir sebebe dayanmalıdır. Devletin iktisadi hayata müdahalesinin sebebi, piyasa aksaklıklarının giderilmesi yani bozulan rekabet ortamının yeniden tesis edilmesidir. Serbest rekabet ortamının olmaması, rekabetin sağlanması için devlet müdahalesini meşru hale getirir. Başlangıçta ekonomik gerekçelerle yapılan müdahale daha sonra sosyal gerekçeleri de kapsayacak şekilde genişlemiştir. Son dönemde ise idarenin iyi yönetim ilkelerine göre işleyişinin sağlanması ve temel hak ve hürriyetlerin korunması da bu müdahalenin konusu olmuştur.

Piyasa aksaklıklarını önlemek için yapılan devlet müdahalesi daha sonra

¹¹⁶ Tekin Akıllıoğlu, «İdari Usul ve Kişisel Verilerin Korunması», <www.idare.gen.tr/akillioğlu-idariusul.htm> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.

¹¹⁷ Bkz. Bahtiyar Akyılmaz, «İkibinli Yıllarda Türkiye’de İdari Usul: Yoksa Var mı?», Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları No. 91, 2016, s. 225-226.

¹¹⁸ Ömür Kadri Sarı, İdare Hukuku bağlamında E-Devlet dönüşümü ve UYAP, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi, SBE, Kamu Hukuku A. D., Kırıkkale, 2019, s. 117.

piyasanın işleyişindeki kamu yararına aykırı diğer aksaklıkların da giderilmesi için belirli hizmetlerin asgari standartlarda ve sürekli sağlanması ve bunlara makul fiyatlarla erişilebilmesi (hizmet üretme şeklindeki müdahale), bilgi, belge ve verilere erişim sağlanması, kişisel veri ve mahremiyetin korunması, çevre kirliliğinin önlenmesi ve tüketicinin korunması gibi konuları kapsayacak şekilde genişlemiştir. Bu müdahale kamu idarelerini ve kamu hizmetlerini de kapsayacak şekilde genişlemiştir ki bu durum klasik idari teşkilatın dışında düzenleyici kurumların kurulmasının en önemli sebeplerindedir.

Veri temelli dijital ekonomi ile iktisadi hayata müdahale için klasik yöntemlerin yanında yönlendirme, teşvik etme, danışmanlık yapma, etik kurallar ve kılavuzlar oluşturma, dürtme ve tasarım ilkelerini kullanma gibi yöntemlerin de kullanılması gerekir. İdari faaliyetin bu yeni şekline regülasyon denmektedir. İdarenin iktisadi hayata müdahale için yapacağı düzenleme öncesinde düzenlemenin muhtemel ekonomik etki ve sonuçlarını disiplinler arası bir yaklaşımla değerlendirmesi gerekir. Bu düzenlemeler için bir geçiş süreci ve uygulama takvimi oluşturulması ve buna idarece riayet edilmesi önem arz etmektedir. Burada regüle edilen sektörle istişarenin ve düzenleme konusunda paydaşların katılımının zorunlu hale getirilmesi değerlendirilebilir. Bu konular, idarenin takdirine bırakılmayarak buna dair bir idari usulü içeren bir kanun yapılmasının faydalı olacağı değerlendirilmektedir.

Teknoloji üzerinde kamu gücü kullanmak her zaman mümkün değildir. Çünkü teknik yapı ve küresel karakter buna müsaade etmez. İktisadi düzenlemelerin veri temelli dijital ekonomideki gelişmeleri yakalaması mümkün değildir. Bu durumda bağlayıcı düzenlemeler yerine uyulması gereken standart ve ilkeleri belirten yönlendirici düzenlemeler yapılabilir. Özellikle teknik ihtisas gerektiren örneğin ilaç ve tıbbi cihazların ruhsatlandırılması gibi konularda hazırlanan rehberler bağlayıcı düzenlemelerden daha etkili olabilir. Veri temelli dijital ekonominin regülasyonunda kural koymanın yanında tasarım ilkelerinin ve dürtme gibi yöntemlerin de kullanılması gerekir.

Veri tabanlı ekonomiye yapılan müdahalede açık erişim yaklaşımının kabul edilmesi de çok önemlidir. İdarenin elindeki verilere açık erişim imkânı veren ancak bunun istisnalarını da düzenleyen bir idari usul kanunu yapılması uygun olacaktır.¹¹⁹ Ayrıca kişisel olmayan veriler üzerinde mülkiyet ve benzeri münhasır haklar tanımak yerine verilere erişim imkânı tanıyan bir hukuki düzenleme yöntemi tercih edilmelidir.

¹¹⁹ Yapılması önerilen idari usul kanunun içermesi gereken diğer konular yukarıda değerlendirilmiştir.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu T, “İdari Usul ve Kişisel Verilerin Korunması”, <www.idare.gen.tr/akkillioglu-idariusul.htm> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.
- Akyılmaz B, “İkibinli Yıllarda Türkiye’de İdari Usul: Yoksa Var Mı?”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları No. 91, 2016.
- Akyüz Bilge C, Unutulma Hakkı ve Türk Hukuku’nda Görünümü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 2008, Ekonomi ve Hukuk, Cilt 4, <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/h/HKurultay_Cilt_04_IC.pdf> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.
- Atıyas İ, “Ne İçin ve Nasıl Regülasyon” in Devletin Düzenleyici Rolü, TESEV Yayınları 19, 2000.
- Bakhom M, vd. (eds.), Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law, Springer, 2018.
- Banterle F, “Data Ownership in The Data Economy: A European Dilemma” içinde Tatiana-Eleni Synodinou vd. (eds.), EU Internet Law in the Digital Era, Springer, Cham, 2020.
- Banterle F, “The Interface Between Data Protection and IP Law: The Case of Trade Secrets and The Database Sui Generis Right in Marketing Operations, and The Ownership of Raw Data in Big Data Analysis” içinde Mor Bakhom vd. (eds.), Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law, Springer, 2018.
- Beverly-Smith H, “Rights in Data and Information” içinde Rochelle Dreyfuss / Pila Justine (eds.), The Oxford Handbook of Intellectual Property Law, Oxford University Press, 2018.
- Beverly-Smith H, vd., Privacy, Property and Personality: Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation, Cambridge University Press, 2005.
- Brownsword R / Scotford E / Yeung K, Law, “Regulation, And Technology: The Field, Frame, and Focal Questions” içinde Roger Brownsword / Eloise Scotford / Karen Yeung (eds.), The Oxford Handbook of Law,

- Regulation and Technology, Oxford University Press, 2017.
- Buiten M. C, “Regulating Data Giants: Between Competition Law and Data Protection Law” içinde Klaus Mathis / Avishalom Tor (eds.), *New Developments in Competition Law and Economics, Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship* 7, Springer, 2019.
- Cassese S, “New Paths for Administrative Law: A Manifesto”, 2012, 10(3), *International Journal of Constitutional Law*, s. 603-613.
- Conseil d’Etat Annual Study 2015: The Economic Action of Public Persons (Annual Study 2015), <<https://www.conseil-etat.fr/en/reports-and-studies/annual-study-the-economic-action-of-public-persons>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.
- Conseil d’Etat Annual Study 2014: Fundamental Rights in the Digital Age, <<https://www.conseil-etat.fr/Pages-internationales/english/reports-and-studies/conseil-d-etat-s-annual-study-fundamental-rights-in-the-digital-age>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.
- Cuéllar M, Mashaw J. L, “Regulatory Decision-Making and Economic Analysis”, içinde Francesco Parisi (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Economics, Volume 3, Public Law and Legal Institutions*, Oxford University Press, 2017.
- Determann L, “No One Owns Data”, 2018, 70(1), *Hastings Law Journal*, <https://hastingslawjournal.org/wp-content/uploads/F-Determann_25-Transmit.pdf> Erişim Tarihi 13 Ocak 2022.
- Dorwart H, / Mykhalchenko O, 8. *Data Regimes: An Analytical Guide for Understanding How Governments Regulate Data, Special Collection on Artificial Intelligence*, <https://static-curis.ku.dk/portal/files/247113501/UNICRI_AI_Special_Collection.pdf> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.
- Drexler J, *Designing Competitive Markets for Industrial Data- Between Propertisation and Access*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 16-13, <<https://ssrn.com/abstract=2862975>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.
- Düğer S, *İdarenin Faaliyetleri ve Endüstri 4.0*, <<https://fikrimulkiyet.com/idarenin-faaliyetleri-ve-endustri-4-0/>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.
- Erdoğan C, *Nesnelerin İnternetinin Kamu Hizmetlerine İnovatif Etkileri*

ve Büyük Veri Yönetimi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, LPE, Bilişim ve Teknoloji Hukuku Yüksek Lisans Programı, İstanbul, 2018.

Ethics Guidelines for Trustworthy AI, High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.

Fabbrini F, Celeste E, “The Right to Be Forgotten in the Digital Age: The Challenges of Data Protection Beyond Borders.”, 2020, 21(1), German Law Journal, <Doi:10.1017/Glj.2020.14.> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021, s. 55–65.

Falcioglu E, Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların İdari İşlemlerinde Yargısal Denetimin Kapsamı ve Etkinliği, İstanbul Üniversitesi, SBE, Kamu Hukuku A.D., Doktora Tezi, İstanbul, 2018.

Finck M, Automated Decision-Making and Administrative Law içinde Peter Cane vd. (eds.), Oxford Handbook of Comparative Administrative Law, Oxford University Press, 2020.

Gözler K, İdare Hukuku, Cilt II, Ekin, 2009.

Güneş İ, “‘Creative Commons’ (Yaratıcılığı Teşvik Eden) Lisansların Hukuki Durumu”, 2013, 8(78), Terazi Hukuk Dergisi, s. 21-23.

Güran S, “ABD’nde Ekonomik Hayatın Düzenlenmesi”, 1985, 6(1-3), İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, s. 129-140.

Gürsel O, “Ekonomik Kamu Düzeni ve Devletin Ekonomiye Müdahalesi”, 2015, (6), Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 363-393.

Handbook on European Data Protection Law 2018 Edition, <https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_ENG.pdf> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.

Harlow C, / Rawlings R, Law and Administration, Cambridge University Press, 2009.

Hauriou M, La Jurisprudence Administrative De 1892 À 1929, Sirey, Tome 2.

Heinemann A, “Blocking Patents and The Process of Innovation” içinde Klaus Mathis / Avishalom Tor (eds.), New Developments in Competition Law and Economics, Springer, 2019. s. 149-168.

- Holland J, Webb J, Learning Legal Rules, Oxford University Press, 2016.
- Industry 4.0 and the Legal Challenges, Digital Business, Autonomous Systems, <<https://www.linkedin.com/pulse/industry-40-legal-challenges-digital-business-systems-maximiliano>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.
- Jones H. S, The French State in Question, Cambridge University Press, 2002.
- Kaya M. B, Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Kişisel Verilerin Korunması, <<https://www.mbkaya.com/hukuk/dijital-idare-kamu-hizmeti-kvkk.pdf>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.
- Leitzel J, Concepts in Law and Economics: A Guide for The Curious, Oxford University Press, USA, 2015.
- Lundqvist, B, “Big Data, Open Data, Privacy Regulations, Intellectual Property and Competition Law in an Internet-of-Things World: The Issue of Accessing Data” içinde Mor Bakhoun vd. (eds.), Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law, Springer, 2018.
- Lynskey O, The Foundations of EU Data Protection Law, Oxford University Press, 2015.
- Mandel G. N., “Legal Evolution in Response to Technological Change” içinde Roger Brownsword, / Eloise Scotford / Karen Yeung (eds.), The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology, Oxford University Press, 2017.
- Mathis K, “Cultures of Administrative Law in Europe: From Weberian Bureaucracy to ‘Law and Economics’” içinde Klaus Mathis (ed.), Law and Economics in Europe Foundations and Applications, Springer, Dordrecht, 2014.
- Misuraca G, vd., AI Watch-Artificial Intelligence in Public Services: Overview of the Use and Impact of AI in Public Services in the EU, JRC Working Papers, 2020, Jrc120399.
- Moses L. B, “Regulating in the Face of Sociotechnical Change” içinde Roger Brownsword / Eloise Scotford / Karen Yeung (eds.), The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology, Oxford University Press, 2017.

- Onar S. S, İdare Hukukunun Umumi Esasları I. Cilt, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Perroud, Thomas, “Administrative Law and Competition: How Administrative Law Protects the Market? Leviathan As an Ordinary Market Player in Europe?”, <<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01699025>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.
- Sarı Ö. K, İdare Hukuku Bağlamında E-Devlet Dönüşümü ve UYAP, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi, SBE, Kamu Hukuku A. D., Kırıkkale, 2019.
- Savaş V, “Anayasalarda Ekonomik Hak ve Özgürlükler: TC Anayasaları Örneği”, 1989, (6), Anayasa Yargısı Dergisi, s. 175-203.
- Scassa T, Data Ownership, CIGI Papers No. 187- Ottawa Faculty of Law Working Paper No. 2018-26, <<https://ssrn.com/abstract=3251542> veya <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3251542>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021, s. 17.
- Sevig, V. R, “Borçlar Hukuku ve İktisat”, 1950, 7(3), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 227-265.
- Sharma S, Data Privacy and GDPR Handbook, John Wiley & Sons, New Jersey, 2019.
- Simon Castellano P, “The Right to be Forgotten Under European Law: A Constitutional Debate”, 2012, 16 (1), Lex Electronica, <<https://ssrn.com/abstract=2176814>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.
- Stalla-Bourdillon S, Re-Allocating Horizontal and Vertical Regulatory Powers in the Electronic Marketplace: What to do with Private International Law içinde Fabrizio Cafaggi / Horatia Muir-Watt (eds.), The Regulatory Function of European Private Law. Cheltenham, Edward Elgar, 2009, s. 290-342.
- Tan T, “Anayasal Ekonomik Düzen”, 1990, 7, Anayasa Yargısı, s. 159-178.
- Tan T, “Yeni Anayasa Hazırlıkları ve Ekonomi” içinde Serap Yazıcı vd. (eds.), Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Yetkin Yayınevi, 2008.
- Tan T, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- Tekinsoy M. A, “Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı-Tartışmalar, Sorunlar”, 2007 (65), Ankara Barosu Dergisi, s. 119-134.

- Tushnet R, “Intellectual Property as a Public Interest Mechanism” içinde Rochelle Dreyfuss, Pila Justine (eds.), The Oxford Handbook of Intellectual Property Law, Oxford University Press, 2018.
- Ulusoy A. D, Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, 2020.
- Ulusoy A. D, “Erkler Ayrılığı ve Yürütme-Yargı İlişkileri Bağlamında Kabahatler Kanununun Değerlendirilmesi”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Sempozyumu, 12 Mayıs 2008, Danıştay Yayınları, No: 77.
- Vaidhyanathan S, Intellectual Property: A Very Short Introduction, Oxford University Press, 2017.
- Vancauwenberghe G, Cromptvoets J, Governance of Open Data Initiatives, içinde Bastiaan Van Loenen vd. (eds.), Open Data Exposed, TMC Asser Press, The Hague, 2018.
- Voskuhle A, Wischmeyer T, “The ‘Neue Verwaltungsrechtswissenschaft’ against the Backdrop of Traditional Administrative Law Scholarship” içinde Susan Rose Ackerman / Peter L. Lindseth (eds.), Comparative Administrative Law, 2nd Ed., Edward Elgar Publishing, 2017.
- Wacks R, Privacy: A Very Short Introduction, Oxford University Press, 2015.
- Yeung K, “A Study of the Implications of Advanced Digital Technologies (Including AI Systems) for the Concept of Responsibility Within a Human Rights Framework”, 2018, 05, MSI-AUT, <<https://ssrn.com/abstract=3286027>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.
- Yıldırım E, İdari Kolluk Faaliyetinin Özel Hukuk Kişilerince Görülmesi, İstanbul Üniversitesi, SBE, Kamu Hukuku ABD, YL Tezi, İstanbul.
- Yılmaz S, Çavuşoğlu G. F, Kişisel Verileri Koruma Hukuku, Yetkin Yayınları, 2020.
- Yücedağ N, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler”, 2019, 1(1), Kişisel Verileri Koruma Dergisi, s. 47-63.
- Zuiderveen Borgesius F, Steenbruggen W, “The Right to Communications Confidentiality in Europe: Protecting Trust, Privacy, and Freedom of Expression”, 2019, 20(1), Theoretical Inquiries in Law, <<https://ssrn.com/Abstract=3152014>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.

BİR İNANÇ MESELESİ OLARAK İNSAN ONURU: KAVRAMIN DİNİ VE SEKÜLER TEMELLERİ

Ahmet EKİNCİ^{*,**}

ÖZ

Bu çalışmada, insan onuru kavramının seküler ve dini izahları arasındaki temel benzerlikler ve farklılıklar ele alınmaktadır. Seküler ve dini izahlar arasındaki en temel benzerlikler, insanların özgür iradeye sahip olması, rasyonaliteye sahip olması ve insanlar arasındaki eşitliktir. Çalışmada seküler ve dini açıklamaları birbirinden ayıran iki temel farklılık tespit edilmiştir. Bunlardan ilki insan onurunun temelleri ile ilgilidir. Seküler temeller, onuru insanın içsel bir değeri olarak açıklarken, İbrahimi dinler, onuru Tanrı'nın bir armağanı olarak açıklar. Bunun doğal bir sonucu olarak, ilkinde insan hakları, doğrudan insanın iradesinden ya da menfaatlerinden türetilirken, İbrahimi dinlerde insan eylemleri dini emirleri ihlal etmemelidir. İnsan, ancak Allah'ın emirlerini araştırmak ve öğrenmek için özgür iradesini ve akılcılığını kullandığında özgür eylem ayrıcalığı kazanır. O zaman denilebilir ki eğer bir hak varsa, o da Tanrı tarafından tespit edilmelidir. İkinci fark ise insan hakları ve toplumsal menfaatler ile ilgilidir. İbrahimi dinler insanı toplumdaki ayrı görmez ve insan eylemlerini toplumsal menfaatlere aykırı olmadığı sürece meşru kabul eder. Buna karşın seküler açıklamalar insanın haklarını önceler ve hakları toplumsal menfaatler karşısında ikincil olmayan bir konuma yerleştirir.

***Anahtar Kelimeler:** insan onuru, insanın kutsallığı, insan haklarının temeli, semavi dinlerde insan onuru, özgür irade.*

* **Dr. Arş. Gör.** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, e-posta: ahmet.ekinci@hbv.edu.tr

ORCID: 0000-0003-0803-6449.

** Çalışmada Katolik düşünce ile ilgili ilk elden bilgi sahibi olmam gerekti. Bu amaçla kendisine e-mail vasıtasıyla yönelttiğim sorulara samimiyetle cevap veren ve bu cevaplarını çalışmamda kullanmama izin veren Ankara Katolik Kilisesi Rahibi Jean-Marc Balhan'a şükranlarımı sunarım. Ayrıca maillerime içtenlikle verdiği cevaplardan ve önerdiği kaynaklardan dolayı Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Asım Cüneyd Köksal'a teşekkür ederim.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1065428

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 18/07/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 03/11/2021

HUMAN DIGNITY AS A BELIEF ISSUE: RELIGIOUS AND SECULAR FOUNDATIONS OF THE CONCEPT

ABSTRACT

In this study, basic similarities and differences between secular and religious explanations of the concept of human dignity is handled. Main similarities are that human has free will and rationality and there is not any hierarchy among people. In the study, two main differences that separate secular and religious explanations are detected. One of them is about the foundation of human dignity. Secular views explains the dignity as an intrinsic value of the human while Abrahamic religions explain the dignity as a gift of God. As a natural conclusion of that, human rights are inferred directly from the human's interests or will according to secular explanations. However human actions shouldn't violate religious orders in Abrahamic religions. Human can attain free action privilege only when (s)he uses his/her rationality and free will to search and find out God's orders. Then it can be said that if there is a right, it must be had given too by the God. The second difference is about relationship between human rights and societal interests. Abrahamic religions don't see human apart from the society and recognizes human acts as legitimate insofar as they are not against the societal interests. However secular explanations prioritize the human rights and accomodate the rights in a non-subsidiary position to interests.

Keywords: human dignity, sacredness of the human, foundation of the human rights, human dignity in Abrahamic religions, free will.

Giriş

Bu çalışmada, günümüzde insan haklarının temeli olarak kabul edilen insan onuru kavramının meşruiyetini ilahi bir varlığa dayandıran görüşler ile aksi yöndeki görüşler incelenmektedir. Semavi dinlerde insan haklarına ilişkin olarak doğrudan bir gönderme bulunmamaktadır. Buna karşın insan haklarının temeli olarak kabul edilen insan onurunu oluşturan unsurların semavi dinler tarafından da kabul edilen değerler oluşu, bazı düşünürleri insan haklarının ilahi temelleri olduğu yönünde ikna etmiş görünmektedir. Diğer yandan hukukun ilahi olarak izah edilmesi anlayışının terk edilmesi ile birlikte insanın eylem alanının seküler bir yolla açıklanmaya başladığı da açıktır. Bu çaba Locke tarafından bir yere kadar getirilmiş fakat tamamlanamamıştır. Fakat Kant, Dworkin, Gewirth ve Rawls gibi düşünürler insan haklarının kaynağını seküler temeller üzerine oturtmaya çalışmaktadır. Elbette bu düşünürlerin görüşleri birbirinin üzerine eklenerek gelişmemektedir. Fakat ortak

noktaları, insan haklarını ilahi bir kaynağa atıfla izah etmemeleridir. Ayrıca seküler görüşler çalışmada yalnızca liberal öğretide kabul gören düşünürler ile sınırlandırılmıştır.

Çalışmanın konusu insan onurunun kaynağını semavi dinler ile izah eden görüşler ile seküler gerekçeler ile izah eden görüşler arasındaki benzerlik ve farklılıklardır. Bu açıdan çalışmanın amacı, insan onurunu oluşturan unsurların hem semavi dinler bakımından hem de seküler görüşler bakımından ortak unsurları olduğunun fakat bu ortak unsurların pratikte farklı sonuçlar doğurduğunun ortaya konulmasıdır¹. Böylece çalışmanın ülkemizde pek fazla yapılmayan bir karşılaştırmayı ele alması bakımından Türkçe literatüre küçük ama önemli bir katkı sağlaması arzu edilmektedir.

Önemle belirtmelidir ki konunun derinliğinin sınırlılıkları olan bir makale ile kuşatıcı bir şekilde ortaya konulması mümkün değildir. Ayrıntıya inildikçe dinler arasında, aynı dinin farklı yorumları arasında farklılaşmalar ortaya çıkmaktadır. Buna mukabil, insan onurunun ilahi bir kaynağa atıfla izah edilmesinin doğuracağı ortak bir sonuç vardır o da insanın eylem alanının sınırlarının bu ilahi kaynağın emir ve yasakları vasıtasıyla şekillenmesidir. Buna mukabil insan haklarının seküler temelleri, insan haklarının sınırlandırılmasını

¹ Esasen “onur” (Latince *dignitas*, Yunanca *axia*) kavramı Antik Yunan ve Roma dönemlerinde iki farklı anlamda kullanılmakta idi. Bunlardan birisi “*meritokratik onur*” iken diğeri “*medeni (civic) onur*” olarak ifade edilebilir. Meritokratik onur, birinin toplumdaki hiyerarşik yapıdan dolayı sahibi olduğu onur idi. Dolayısıyla bu onur içsel bir onur değil bireyin kendisinin ya da ailesinin toplumsal ilişkilerin bir ürünü idi. Tahmin edileceği üzere bu tür bir onur anlayışı ilkel, arkaik toplumlarda bireyin sahibi olduğu statüden kaynaklı saygı göstermenin bir ifadesidir. Medeni onur ise geç Antik Yunan ve Roma dönemlerinde bireyin kamusal tartışmalara katılmak konusunda kendisi gibi olan erkek bireyler ile eşit olduğu anlayışını göstermektedir. Görüldüğü üzere bu yöndeki bir onur anlayışı da, her ne kadar eşitliğe dayanmakta ise de, toplumsal ilişkilerin bir ürünüdür. Bir kere köle olmamak, kadın olmamak, barbar olmamak gibi toplumun size biçtiği ya da ayırt edici bazı özelliklerinizin bulunması gerekli idi. Bu yöndeki onurun temelleri M.Ö. 508 Atina Devrimi’nde görülmektedir. Aristo da onur (*axia*) kavramından bu bağlamda kişilerin kamusal tartışmalara “vatandaş” olarak özgürce katılabilmesi olduğunu anlamıştır. Plato ise içsel bir onur anlayışından bahsederek kavramın kapsamını kadınlara, köle ve çocuklara, Atinalı olmayanlara doğru genişletirken kavramın kaynağını aşkın bir varlığa bağlamıştır. Bkz. John Loughlin, “Human Dignity: The Foundation of Human Rights and Religious Freedom”, *Memoria y Civilizacion*, 19, 2016, s. 316-318; İlyas Doğan, “İnsan Hakları Hukukunun Temel Kavramları ve Özellikleri”, in İlyas Doğan (ed.), *İnsan Hakları Hukuku*, Astana Yayınları, s. 59-60. Diğer yandan modern anlamda insan haklarının devlete karşı ileri sürülebilmesi, kişiliğe bağlı dokunulmaz haklar olduğu düşünüldüğünde, ne Antik Yunan’da ne de Roma’da devletten bağımsız bir özgürlük anlayışının bulunduğu söylenemez. Bkz. Sholomo Avineri, “The Paradox of Religion and the Universality of Human Rights” in Andres Sajo (ed.), *Human Rights with Modesty*, Springer Science+Business Media Dordrecht, 2004, s. 317-237, s. 318.

farklı esaslara bağlamaktadır. Böyle bir karşılaştırma ise her bir dini tecrübeyi tarihsel pratikleri ile birlikte incelemeyi ve seküler görüşleri kendi bağlamında ele almayı şart koşan farklı bir çalışmayı gerektirmektedir. Mevcut çalışmada ise yalnızca ortak noktalara yoğunlaşarak genel bir çıkarım yapılmakta, ortaya çıkan pratik farklılıkların ise hangi noktalardan hareket ettiği tespit edilmektedir.

Çalışmanın bir başka sınırı bizatihi insan onuru kavramına yöneltilen eleştiriler ile ilgilidir. İnsan onuruna yönelen eleştiriler arasında bu kavramın belirsiz hatta saçma (*vacuous*) bir kavram olduğu², aksi düşünceye sahip filozoflar ya da hukukçular tarafından kendi argümanlarını desteklemek için rasyonel argümanları kalmadığında başvurdukları bir araç niteliğinde olduğu,³ bu nedenle önemli bir kavram olsa bile insan haklarının temelini oluşturmak bakımından yetersiz bir kavram olduğu⁴ ya da anlamsal açıdan belirsiz olduğu için safi bir slogan olarak kullanıldığı⁵ eleştirileri bulunmaktadır. İnsan onuruna yönelen eleştirilere ek olarak, bir kavram olarak insan haklarına karşı olan düşünürler de bulunmaktadır⁶. Buna mukabil çalışmada insan onuru kavramının insan haklarının temelini oluşturduğu iddiası önceden verili bir olgu olarak kabul edilmiş, bu tartışmalar çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır⁷.

² Mirko Bagaric/ James Allan, "The Vacuous Concept of Dignity", *Journal of Human Rights*, 5 (2), 2006, s. 260.

³ Bagaric/Allan, s. 260, 266-267.

⁴ Bkz. Govert Den Hartogh, "Is Human Dignity the Grounf of Human Rights?", in In Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword, Dietmar Mieth (eds.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity-Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, s. 200-207.

⁵ Bkz. Jeremy Waldron, "Is Dignity the Foundation of Human Rights?" in Rowan Cruft, S. Matthew Liao, Massimo Renzo, (ed) *Philosophical Foundations of Human Rights*, Cambridge University Press, 2015, s. 17-137, s. 121.

⁶ Jeremy Bentham'ın bu noktadaki meşhur yorumu şu şekildedir: *doğal haklardan bahsetmek, saçmalaktır, (hem de) ayaklı saçmalaktır, cadılara, tek boynuzlu atlara (unicorn) inanmaktır. Ortadan kaldırılması toplum için faydalı olduğunda kaldırılmaması gereken bir hak bulunmamaktadır.*" Bkz. Costas Douzinas, *Human Rights and Empire*, Routledge and Cavendish, 2007, s. 20.

⁷ İnsan onuru kavramının tüm eleştirilere rağmen hâlâ modern hukukun değerli bir kurumudur. İnsan haklarının temeli olarak insan onuruna yüklenen çeşitli anlamların, birbirine tezat görünen argümanların insan onuru ile izah edilmesinin kavramın belirsizliğinden değil yorumlayıcının kendi amacına insan onuru kavramını alet etmesinden kaynaklandığını düşünmek daha yerindedir. Elbette insan onuru kavramının açık uçlu niteliği, kavramın yerel nitelikteki anlayışlar ile bütünleşmesine sebep olarak farklı kültürlerde farklı şekillerde kullanılmasına sebep olabilmektedir. Bu kabul edilmelidir. (Bkz. Cristopher McCrudden,

Çalışmada semavi dinler olarak İslam, Hristiyanlık ve Yahudilik dinleri kabul edilmiştir. Bu dinler bakımından yaratıcı, farklı isimler ile anılabilmektedir. Yaratıcıdan, özel ismin kullanılması gereken yerlerde ilgili dinde anıldığı şekliyle bahsedilmiş, genel değerlendirmelerin yapıldığı yerlerde ise “yaratıcı” niteliği ile ele alınmıştır. Benzer bir terminoloji insanın irade sahibi olması ile özerkliği arasında da yapılmış, her ikisi de birbiri yerine kullanılmıştır.

Çalışma üç kısımdan oluşmaktadır. “I. Modern İnsan Hakları Düşüncesinin Temeli Olarak İnsan Onuru” başlığı altında insan haklarının temeli olarak kabul edilen insan onuru kavramının günümüzde ne anlam ifade ettiği açıklanmaktadır. Buna göre insan onuru, insanın özerkliği, evrenselliği ve eşitliği üzerine temellenmektedir. Akabinde ise “II. İnsan Onuru ve İnsanın Özerkliğinin Semavi Dinler Vasıtasıyla Temellendirilmesi” başlığı altında insan onurunun bu özelliklerinin semavi dinlerdeki görünümü ele alınmaktadır. Çalışmada semavi dinler ayrı ayrı ele alınmamıştır. Elbette her bir dini geleneğin kendine has gelişim süreci bulunmaktadır. Fakat çalışmada bu dinlerin insan onuruna yönelik ortak yaklaşımlarına odaklanılmıştır. Bu başlıkta semavi dinlerde insanın özel bir yeri olduğu, onur sahibi olduğunun kabul edildiği ancak bu onurun insan haklarını türetmek bakımından yetersiz olduğu, insanın eylem alanının yaratıcının emirleri ile çerçevelendiği ve insanın

“Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, The European Journal of International Law, 19 (4) 2008, s. 655-674) Bu ise söz konusu kültürün insan onuru kavramına yüklediği anlamdaki farklılıktan değil genel olarak insan haklarına bakış açısından kaynaklanabilmektedir. Bazen toplumun bireye tercih edilmesi bazen bireyin toplumdaki ayrı düşünlümemesi insan onuruna yüklenen anlamı değiştirebilmektedir. Buna mukabil insan onuru kavramı bir amacı bünyesinde taşır. O da özgür iradeye sahip ve akledilen öznenin kendi hayat anlayışını ve seçimlerini özgürce belirleyebilmesidir. Bu geniş tanım sayesinde insan onuru güncel sorunlara adapte olma kabiliyeti taşır. Buna karşın tıpkı *demokrasi, federalizm, kuvvetler ayrılığı* gibi içeriği modern yorumcularca yorumlanmaya müsait kavramların sui istimal edilmeye yönelik yapısı gibi insan onuru kavramının da zaman zaman insan haklarını sınırlandırmak amacıyla bir araç olması, kavramın değil yorumcunun kavrayışındaki sorunu ortaya koymaktadır. Keza Habermas da benzer şekilde insan onuru kavramının ahlaki içeriğinin yasama ve yargı organlarının her somut olayda hakkın içeriğinin somutlaştırılmasını sağlayacaktır. Böylece onur, her bir hakkın anlamını verecektir. Waldron’un ifade ettiği üzere ancak onur kavramı, özerklik ve insana saygıya yönelik bilincimizin değişmesine katkı sağlamadığı ya da etki etmediği ispat edilmedikçe terk edilebilecek bir kavram değildir. Ancak bu değerlendirmelerin her birinin ayrıca detaylandırılması gerekli olup bu çaba, bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Luis Roberto Barroso, “Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse”, Boston College International and Comparative Law Review, 35 (2), 2012, s. 353; Jürgen Habermas, “The Concept of Human Dignity and The Realistic Utopia of Human Rights”, *Metaphilosophy*, 41 (4), 2010, s. 470; Waldron, s. 122-125.

toplumun menfaatleri karşısında ikincil bir konumda olduğunun kabul edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Çalışmanın “İnsan Onurunun Kaynağı: Tanrı’dan İnsan Zihnine Göç” başlığı altında ise insan haklarının seküler temellerine ilişkin değerlendirmeler Kant, Gewirth ve Rawls’ın görüşleri üzerinden yapılmıştır. Burada ele alınan yazarlar insan haklarını insanın özerk bir varlık olarak hareket etme kabiliyeti üzerine inşa etmeleri nedeniyle seçilmişlerdir. Yoksa insan haklarına yönelik pek çok yazarın pek çok görüşleri olduğu düşünüldüğünde tüketici bir değerlendirme yapmanın imkânı bulunmamaktadır. Bu görüşlerin ortak noktaları ise insanın eylem kabiliyetinin sınırlarını başka bir varlığın değil yine kendisinin belirlediği, insanın toplumsal bir varlık olmasından hareketle eylem alanı sınırlandırılabilir ise de bu sınırlamanın insanı toplumun menfaatleri karşısında ikincil bir konuma itmediğidir.

I. Modern İnsan Hakları Düşüncesinin Temeli Olarak İnsan Onuru

Modern hukuk, insan hakları teorisinin sınırları içinde hareket etmektedir. Bu nedenle hukuk alanında tecelli eden her kuralın *–ki bu kurallar insanın eylemlerini şekillendirir, bireye ne yapıp ne yapamayacağını bildirir ve kişiler arası ilişkileri organize eder-* ve bizatihi devletin organize olma şeklinin türetilmesinin temel dayanağı insan haklarıdır⁸. İnsan hakları, ancak hukuk vasıtasıyla etki doğurabilirken yalnızca hukuken kabul edilmiş haklara indirgenemez⁹. Aksine, insan hakları toplumsal ilişkilerin şekillendirilmesi noktasında hukuku ve siyaseti etkileyen *etik ilkelerin* kaynağıdır¹⁰. Bu haklar vasıtasıyla birey, kendisine ne şekilde davranılması gerektiğine inanıyor ve bu inancını hukuken/ahlaken temellendirilebilir bir gerekçeye de dayandırabiliyor ise muhataplarından kendisine bu yönde davranılmasını ya da amacına ulaşmak noktasına kendisine müdahale edilmemesini talep edebilir¹¹. Bu bakımdan en öz anlamıyla hak denilen olgu, *kişiliğe bağlı*,

⁸ İoanna Kuçuradi, İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları, Türkiye Felsefe Kurumu, 2018, s. 42-43, 61

⁹ Douzinas, s. 10-11.

¹⁰ Kuçuradi, s. 61 vd, 72; Douzinas, s. 9; Murat Erdoğan, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu, Lykeon Yayınları, 2019, s. 45.

¹¹ Gerektirilmiş olmak özel bir önem taşımaktadır. Gewirth’in ifadesi ile:
“hak, hak sahibinin belli menfaatlerinin korunması veya desteklenmesi yönünde belli faydalara ilişkin gerçekleştirilmiş iddialardır. Ödevler ise ödev sahibinin veya muhatap bakımından gerçekleştirilmiş yüklerdir: Bunlar muhatapın özgürlük alanını, doğrudan kendisine değil fakat hak sahibine menfaat sağlayacak şekilde kendi davranışlarını yönlendirmesi gerektirmesi nedeniyle sınırlandırır. Fakat tersi, ödev yükü bakımından böyle

*korunması ya da saygı gösterilmesi gerekli olan bireysel bir menfaattir*¹². Zira Perry'ye göre insan hakları, *her bir insan ile ilgili olarak, bu insanın sadece insan olması hasebiyle, belirli seçimlerin yapılması, belirli bazılarının da reddedilmesi gerekliliği ile ilgili bir şeyin bulunmasıdır; hususiyetle, belirli bir takım şeyler hiç kimseye karşı yapılmamalı ve belirli bir takım şeyler her insan için yapılmalıdır*¹³.

Bu noktada diğer bir soru karşımıza çıkmaktadır: Peki bir insan neden sadece insan olduğu için özel bir muamele görmeyi talep edebilmektedir? Bunun cevabı ise *insanın değeridir*. İnsan hakları insanın *değeri* üzerinden inşa edilmektedir. İnsan onurunun varlığı uluslararası belgeler tarafından alenen kabul edilmektedir. İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin önsözünde *içsel onurun (inherent dignity) eşit ve devredilemez insan hakları ile birlikte- insanlık ailesinin tüm üyelerinin sahip olduğu bir değer olarak dünyada özgürlük, adalet ve barışın kaynağı*¹⁴ olarak gösterilmiştir. Bu tarihi belgede, insan onuru ve insan hakları arasında bir ilişki olduğu kabul edilmişse de mahiyeti izah edilmemiştir. Buna karşın Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nde *insan haklarının insan onurundan türetildiği*¹⁵ kabul edilmiştir. Kavramın kendisi ise bir başkasından türetilmeyen, *mutlak bir değer* olarak karşımıza çıkmakta, hukukun ve politikanın kendisinden türetildiği etik bir değer olan insan haklarının dahi üretildiği merkezi oluşturmakta¹⁶, bu yönüyle de etik-öncesi (*pre-ethical*),

değildir." Alan Gewirth, The Community of Rights, University of Chicago Press, 1998, s. 8-9 Benzer yönde Bkz. Gordon Butler, "Essence of Human Rights: A Religious Critique", University of Richmond Law Review, 33, 2009, s. 1262.

¹² Douzinas, s. 9-10; Gewirth, s. 9.

¹³ Michael Perry, The Idea of Human Rights Four Inquiries, Oxford University Press, 1998, p. 13.

¹⁴ "Whereas **recognition of the inherent dignity** and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world". İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (Universal Declaration of Human Rights), Önsöz, <<https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2021.

¹⁵ "Recognizing **that these rights derive from the inherent dignity** of the human person" Bkz. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Önsöz, <<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>> Erişim Tarihi: 16 Temmuz 2021; McCrudden, s. 680-681.

¹⁶ Butler, s. 1268; Bu anlamda insan onurunun da diğer haklar gibi bir hak mı yoksa onlardan daha üstün bir ahlaki değer mi olduğu tartışmaları hakkında Bkz. Marcus Düwell, "Human Dignity: Concepts, Discussions, Philosophical Perspectives", in Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword, Dietmar Mieth (eds.), The Cambridge Handbook of Human

siyaset-öncesi (*pre-political*) ve muhakeme-öncesi (*pre-judicial*) bir bölgeye ait olmaktadır¹⁷. Dolayısıyla insan onuru, sadece insan haklarından ayrı bir kavram değil, ilaveten, ona da üstün, onun kendisinden türetildiği bir kavramdır¹⁸. Tam da bu noktada insan onurunun hukuk ve ahlakın ortak noktası olduğu ifade edilmektedir. İnsan onuru, herkesin eşit saygı ve ilgiyi hak ettiği ve eşsiz olduğu ahlaki önermesinin hukukun yaptırım araçları ile koruma altına alınmasıdır. Yani insan onuru, hukuk şeklindeki bir ahlakilik talebidir¹⁹. Çünkü insan, diğer canlılar ile karşılaştırıldığında özel bir yere sahiptir. Bu özel yer, insanın sahip olduğu olanaklardan, insana özgü etkinliklerden ve bu etkinliklerin ürünlerinden dolayıdır²⁰.

İşte bu özellikler insanın “değerini” ya da “onurunu” ortaya çıkarır²¹. İnsana bu eşsiz yeri sağlayan ise akli ve seçme özgürlüğünden –yani iradesinden- başkası değildir²². Bu iradesiyledir ki insan kendi değerlerini, hayat görüşünü, kişisel ahlakiliğini geliştirebilir, kendi doğru ve yanlışlarını dış etkilere maruz kalmaksızın oluşturabilir. Böylece insan toplumsal hayat içerisinde, özerk bir birey olarak yaşayabilir²³. O zaman insan onuru, içeriğinden bağımsız olarak, kişinin özgürce seçim yapabilme kabiliyetidir²⁴. İşte bu iradenin ortadan kaldırılması ya da baskılanması sonucunda ortada ne “insan hakları” ne de medeni anlamda korunacak bir “insan” kalmakta²⁵,

Dignity-Interdisciplinary Perspectives, Cambridge University Press, 2014,s. 29-31.

¹⁷ Butler, s. 1269.

¹⁸ Doron Shultziner, “Human Dignity: Functions and Meanings” in Jeff Malpas, Norelle Lickiss (eds.), Perspectives on Human Dignity, Springer, 2007, s. 74-75; Barroso, s. 356.

¹⁹ Habermas, The Concept of Human Dignity, s. 470-472.

²⁰ Kuçuradi bunu şu şekilde örneklendirir:

“Şu düşünce: insanlar insan oldukları için –tavuk ya da fil olmadıkları için-, yani bazı özellikleri ve doğal olanakları olan insan türünün üyeleri oldukları için –yediğimiz ekmeği yapmış, her an kullandığımız elektriğin çeşitli kullanımlarını bulmuş, bazılarımızın okuduğu Küçük Prensi yazmış, hakkaniyet düşüncesini getirmiş, ombudsman kurumunu kurmuş bir türün üyeleri oldukları için- özel muamele görmeleri gerektiği düşüncesi. Kişiler birbirine öyle bir şekilde muamele etmeli ki insanın bu doğal olanaklarını gerçekleştirebilsin”

Bkz. Kuçuradi, s. 56-57, (benzer şekilde s. 32-33).

²¹ Kuçuradi, s. 2.

²² Butler, s. 1271; Barroso, s. 335.

²³ Barroso,s. 373-380.

²⁴ Bagaric/Allan,s. 264.

²⁵ Benzer yönde Bkz. AYM, T. 27.12.1965, E. No 1963/57, K. No 1965/65, RG. 06.02.1967/12520; Benzer yönde Bkz. T. 05.07.2012, E. No 2012/7, K. No 2012/102, RG. 06.10.2012/28433

insan adeta metalaşmakta²⁶, kişinin öz saygısını (*self-esteem*) yitirmesi, küçük düşürülmesi (*degrading*) ve hiçliğe (*nobodiness*) sürüklenmesi olgusu ortaya çıkmaktadır²⁷. Bir kişiye onuru olan biri olarak muamelede bulunmaktan kasıt, kişinin ahlaki bir duruşu olan bir yaratık olarak kabul edilmesidir. Bu ahlaki duruştur ki kişinin yaşamının ne şekilde ilerlediği içsel olarak ve tarafsız bir şekilde bakıldığında önemlidir²⁸. Bu nedenle de kişi bu önemine yakışır bir şekilde muamele görmelidir. Bu muamele ona iyilik olsun diye, onun menfaatini gözetmek için değil onu her şart altında insan olarak kabul

²⁶ Örneğin işlediği suçun bir cezası olarak kişinin ölüm cezasına çarptırılmasındaki amaç böylece diğer insanlar üzerinde bu eylemin akıbetinin kötü olduğu yönünde bir mesaj vermek ve suç işlemlerini engellemek ise bu durumda kişinin hayatı, başkalarına verilebilecek bir dersin objesi konumuna düşürülmekte, kişi böylece metalaştırılmaktadır. Bu ise insan onuruna açıkça aykırıdır. Bu yöndeki Güney Afrika yargı organları tarafından verilen *Makwanyane* davası için Bkz. McCrudden, s. 688. Benzer şekilde Almanya’da, bir yolcu uçağının teröristlerce kaçırılması durumunda devlete bu uçağı askeri uçaklar kullanılarak düşürülme yetkisini veren yasa, Alman Anayasa Mahkemesi tarafından, içindeki masum yolcuların da ölümüne yol açacak bu tür bir girişimin yolcuları metalaştırmak olacağına hükmetmiştir. Zira yalnızca teröristlerin olduğu bir uçağın düşürülmesi durumunda teröristler metalaştırılmamakta, özgürce eyledikleri bir eylem dolayısıyla tahrik ettikleri bir karşı cevap almaktadırlar ancak yolcular için aynısı söylenememektedir. McCrudden, s. 717.

²⁷ Bagaric/Allan, s. 264; Bu konuda ırk ayrımcılığına karşı mücadeleleri ile bilinen Martin Luther King’in kendilerine yapılan ayrımcılık sonucu kişiliklerini kaybettirildiklerini ifade eden mektubu dikkat çekicidir:

“Ülke boyunca aracımızla seyahat ettiğiniz ve hiçbir motel sizi kabul etmeyeceği için geceler boyunca otomobilinizin rahatsız edici köşelerinde uyuyabilmek için bir yer bulmak zorunda olduğunuzda; sürekli güneşli “beyaz” ve “renkli” (yazılı tabelaları) okumaya mecbur kaldığınız için aşağılandığınızda; isminizin ilk adı “zenci” (nigger) ortanca isminiz ise (yaşça olgun biri olmanıza karşın) “evlat” (boy) ve soyadınız “John” olduğunda, karınıza ve annenize asla “Bayan” (Mrs.) gibi saygıdeğer bir unvan verilmediğinde; Sürekli (tedirginlikten) parmak ucunda yürür durumda olarak ve asla sizi neyin beklediğini tam olarak bilmeden, içsel korkularınız ve dışı yansıyan rahatsızlığınız ile huzursuzca yaşayarak, Zenci olduğunuz gerçeği ile gündüzleri rahatsız olduğunuz geceleri ise kafanızın buna takılması nedeniyle; sonsuza dek **sizi özünüzden uzaklaştırıcı (degenerating) bir hiçlik hissiyatı ile savaşmak zorunda kaldığınızda işte o zaman bizim niçin beklememizin zor olduğunu anlayacaksınız. Umut ederim ki ilımlı beyazlar Güneydeki mevcut gerilimin siyahların içinde buldukları adaletsiz durumu pasif bir şekilde kabul ettikleri iğrenç negatif bir barıştan tüm insanların şerefi ve insan kişiliğinin değerine saygı gösterecekleri esaslı ve pozitif bir barışa doğru evrilmek zorunda olduğunu anlayacaklar.”** (Vurgu tarafıma aittir)

Bkz. Shultziner, s. 88-89; Benzer yönde Bkz. James Griffin, *On Human Rights*, Oxford University Press, 2008, s. 41-42; Richard Rorty, “Human Rights, Rationality, and Sentimentality”, *Truth and Progress Philosophical Papers*, Cambridge University Press, 1998, <<https://doi.org/10.1017/CBO9780511625404.010>> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2021, s. 167-185.

²⁸ Ronald Dworkin, *Life’s Dominion*, Alfred A. Knopf, 1993, s. 221, 236.

ettiğimiz için yapılmalıdır²⁹.

Diğer yandan bireyin maddi ihtiyaçlarının karşılanması ve insan onuru arasında da yakın bir ilişki vardır. Zira ekonomik ve sosyal düzenlemeler onur talebinin değerlendirilmesi bakımından göz ardı edilemez. Tecrübe bize göstermektedir ki ancak sosyal ve kültürel hakları vasıtasıyla desteklendiklerinde bireyler klasik hak ve özgürlüklerinin sağladığı “eşit değerden” yararlanabilmektedir³⁰. En azından sağlık, eğitim, barınma ve beslenme gibi insanın temel ihtiyaçlarını karşılayabileceği asgari bir standardın sağlanması gerekir³¹. Buradan hareketle Clapham, insan onurunun en az dört farklı yönü olduğuna işaret eder. Bunlar:

“(1) İnsanlık dışı muamelenin, aşığılamanın ve bir kimsenin bir başkası üzerinde küçültücü şekilde muamele etmesinin her halinin yasaklanması

(2) Her bir bireyin kendisini gerçekleştirme, özerkliği veya kendini göstermesi için bireyin şartlarının ve bireysel seçimleri için imkânlarının garanti altına alınması

(2) Grup kimliğinin ve kültürünün korunmasının kişisel onurun korunması için temel olabileceğinin kabul edilmesi

(4) Her bir bireyin temel ihtiyaçlarını karşılamasını sağlayacak gerekli şartların oluşturulması³²” olarak dikkat çekmektedir.

Peki, insan haklarının kaynağı olarak insan onuru, insanı yaratılmışların en değerlisi kılan bir “Allah vergisi” midir yoksa bir yaratıcıdan bağımsız, rasyonel ve arzuları olan bir varlık olan insanın “içsel değeri” midir? Bu basit bir soru değildir. Zira dünya medeniyetlerinin ortak bildirgesi olarak anlaşılan

²⁹ Dworkin, suç işlediği için hapse giren bir kişinin hücresinin temiz olması gerekliliğinin, bu kişiye işkence yapılmasının yasak olmasının, bu kişinin menfaatleri gözetildiği için ya da iyilik olsun diye değil halen bu kişiyi insan olarak görmeye devam ettiğimiz için gerekli olduğunu ifade ederek iyilik ile onur arasındaki ayrıma dikkat çeker. Bkz. Dworkin, *Life’s Dominion*, s. 234-236.

³⁰ Habermas, *The Concept of Human Dignity*, s. 468.

³¹ Örneğin Friedrich Schiller onur ve sosyal şartlar arasında bağ olduğuna dikkat çekmiş, insan gelişiminin başlangıcı ile ilgili olarak, *ona (insana) yiyecek ve barınma ver, onun çıplaklığını giderdiğinde onur da ardından gelecektir.*” diyerek bu görüşünü ifade etmiştir. Bkz. McCrudden, s. 660; Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, 2006, s. 545.

³² Clapham, s. 545-546.

İHEB'e dahi yansımıştır. İfade edildiği üzere İHEB, insanın içsel değerini kabul eder. Ancak bildirgeye imza koyan Hristiyan, Müslüman, Marksist ve Doğu toplumlarının temsilcilerinin bu "içsel değerden" anladıkları farklılaşmaktadır³³. Zaten bu nedenledir ki Jacques Maritain, "Evet, biz haklar üzerinde anlaşmaya vardık, fakat bunu hiçbirimiz "neden" diye sormadan yaptık³⁴" diyerek insan onuru kavramının bir üst kavram olarak belirlendiğini fakat kavramın temeline ilişkin bir değerlendirme yapmaktan özellikle imtina ettiklerini ima edecektir. Bu tartışma halen devam etmektedir. İnsan onuru ilahi bir hediye midir yoksa insan aklının ve özerkliğinin bir yansıması mı? Çalışmanın geri kalanı da bu iki ekolün görüşleri arasındaki benzerlik ve farklılıkları ele alacaktır.

II. İnsan Onuru ve İnsanın Özerkliğinin Semavi Dinler Vasıtasıyla Temellendirilmesi

Günümüzde kabul edilen insan hakları anlayışı, herkesin (*evrensellik*) ayırt edilmeksizin (*eşitlik*) ve doğuştan (*insan onuru*) sahibi olduğu hakları tanımlar. Bu özelliklerin tamamının, İslam ve Yahudi-Hristiyanlık (*Judeo-Christianity*) gibi İbrahimî dinlerden türetildiği yönünde ciddi bir doktrin bulunmaktadır³⁵. Hristiyan ve İslam teolojileri ise, bilginin aşkın (*transcendental*) bir varlığın (idea, evren, Tanrı vb) "keşfedilmesi" suretiyle elde edilmesine dayanan *Aristoteles ve Platon'un açtığı şemsiye* altında gelişmiştir³⁶. Yani insan, doğru ve güzel olan ne ise onu ancak keşfedebilir,

³³ İHEB'in kabul ediliş sürecinde farklı medeniyetlerin katkılarına dair genel olarak Bkz. Lauren, Paul Gordon, *The Evolution of International Human Rights Visions Seen*, Third Edition, University of Pennsylvania Press, 2013, s. 165-171; Wiktor Osiatynski, "On the Universality of Universal Declaration of Human Rights" in Andres Sajo (ed.), *Human Rights with Modesty*, Springer-Science+Business Media, 2004, s. 33-50, s. 35-37; Loughlin, s. 332-333; Butler, s. 1262; Shultziner, s. 77-83; Michael Ignatieff, "Human Rights as Political Human Rights as Idolatry", Princeton University, 2000, <https://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/i/ignatieff_01.pdf> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2021, s. 328.

³⁴ Bkz. Maritain, s. I.

³⁵ Bkz. Avineri, s. 317 vd; Andres Sajo, "Introduction" in Andres Sajo (ed.), *Human Rights with Modesty*, Springer Science+Business Media Dordrecht, 2004, s. 2; Jürgen Habermas, "A Conversation About God and World: Interview with Eduardo Mendieta", Eduardo Mendieta (ed.), *Religion and Rationality*, Cambridge: Polity Press, 2002, s. 148-149.

³⁶ Aristoteles ve Platon'un oluşturduğu felsefe içerisinde *idealar*, insan zihni dışında, duyuşsal nesnelere ayrı ama evrensel bir gerçekliğe sahip olan, insanda olduğu farz edilen *nous* (*akıl, intellectus*) sayesinde oluşturduğu sezgisi (*intuition*) vasıtasıyla ulaşabildiği aşkın olan nesnelere kabul edilmektedir. Bu varlıklar, idealar bir başka nesne vasıtasıyla algulanamaz. Kendisinin "öz varlığı" bulunmaktadır. Mehmet Ali Ağaoğulları, *Batı'da Siyasal Düşünceler*, İletişim Yayınları, 2014, s. 94; H. Bülent Gözkan, *Kant'ın Şemsiyesi*, Yapı Kredi

kendisi bunlara karar veremez.

A. İnsanın En Güzel Surette ve Onurlu Yaratılmış Olması

İbrahimî dinlerde yaratıcının insanoğlunu *kendi suretinden yarattığı* (*own image and likeness of the God* ya da *Tzelem Elohim*)³⁷, *insana kendi ruhundan üflediği*³⁸ ya da *evrende diğer canlılardan üstün (ahsen-i takvim)* ya da doğrudan şerefli/onurlu (*kerramna*)³⁹ kılındığı kabul edilir. Bu görüş, insanın evrendeki yerinin diğer canlılardan üstün tutulmasına önemli bir

Yayımları, 2020, s. 9.

³⁷ Tanrı, “Kendi suretimizde, kendimize benzer insan yaratalım” dedi, “Denizdeki balıklara, gökteki kuşlara, evcil hayvanlara, sürüngenlere, yeryüzünün tümüne egemen olsun. Tanrı insanı kendi suretinde yarattı, onu Tanrı’nın suretinde yarattı. Onları erkek ve dişi olarak yarattı.” Genesis, 1: 26-27, İncil, <<https://incil.info/arama/Yaratilis+1:26-27>> Erişim Tarihi 8 Aralık 2020; Bir Hadis-i Şerif’te Hz. Muhammed (s.a.v.) şöyle buyurmaktadır: “Buyruldu ki inananlar kendilerini diğerlerine karşı aşağılamasınlar. Tüm insanlar Allah’ın evlatlarıdır. Onlar kendilerine verilen hediyeleri (Allah’ın verdiklerini) tamamlamak ve beslenmek konusunda eşittirler.”; *Tzelem Elohim*, İbranice bir kalıp olarak “Tanrı’nın sureti” (*Imago Dei*)’ye karşılık gelmektedir. Bkz. Yair Lorberbaum, “Human Dignity in the Jewish Tradition”, in Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword, Dietmar Mieth (eds.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity-Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, s. 136.

³⁸ “Hani rabbın meleklere demişti ki: “Ben çamurdan bir insan yaratacağım. Ona tam şeklini verip ruhumdan da üflediğim vakit hemen onun için secdeye kapanın.” Sad Suresi, 38:71-72.

³⁹ “Andolsun biz insanoğluna şan, şeref ve nimetler verdik; onları karada ve denizde taşıdık, kendilerine güzel rızıklar verdik ve onları yarattıklarımızın çoğunda üstün kıldık.” İsra Suresi 17:80; Benzer şekilde “Biz insanı en güzel biçimde yaratmışızdır.” Tin Suresi, 95:4. ayet. Diyanet İşleri Başkanlığı’nın Tin suresi’nin bu ayetine ilişkin tefsiri de insanın Allah tarafından yaratılan en güzel mahlûk olduğuna işaret etmektedir.

“En güzel biçim” diye çevirdiğimiz *ahsen-i takvîm* tamlaması bu bağlamda insana Allah tarafından verilen en güzel ve en mükemmel biçim ve yapıyı, bu sayede insanın, yeryüzü varlıkları içinde gerek fizyolojik gerekse ruhsal ve zihinsel yetenekler bakımından en mükemmel ve en seçkin canlı olarak yaratılmış olmasını ifade eder. Yaratılmışların en mükemmeli olan insanda bulunan –âyeteki deyimiyile– bu güzelliğin kaynağı, Allah’ın onu kendi eliyle yaratıp ruhundan üflemesi (bk. Sâd 38/72, 75), “kendi sûreti üzere” (kendi sıfatlarından ona –insanlık düzeyinde olmak üzere– lütufta bulunarak) yaratması (bk. Buhâri, “İsti’zân”, 1; Müslim, “Birr”, 115), onu yeryüzünde halife kılması (bk. Bakara 2/30; bilgi için bk. Süleyman Uludağ, “Ahsen-i Takvîm”, *DİA*, II, 178) vb. lütuf ve inayetleridir.” Bkz. Kur’an-ı Kerim, <<https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/T%C3%AEn-suresi/6099/1-4-ayet-tefsiri>> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2021.

Diğer yandan İsra Suresi’nin 70. ayetinde yer alan “*kerramna* (كَنْزْرَكْ)” ifadesinin “*şeref, şan, nimetler*” olarak Türkçeye çevrildiği gibi 1965 tarihli çevirisinde Besim Atalay’ın doğrudan bu kavramı “*onurlu*” olarak çevirdiği görülmektedir. Bkz. Kur’an Meali, <<https://www.kuranmeali.com/AyetKarsilastirma.php?sure=17&ayet=70>> Erişim Tarihi 2 Kasım 2021.

işarettir. Zira kendi suretinde yaratmaktan kastın Hristiyan/Yahudi kültüründe insanın yaratıcının ikonu olduğu, ondan izler taşıdığı, bu izlerin hem fiziksel hem de zihinsel olduğu ifade edilmektedir⁴⁰. Örneğin Novak, yaratıcının kendi suretinden vermesinden kastın, *yaratıcı, icat edici, hayal kurucu* niteliklerinden bir parçayı insanoğluna vermesi olduğunu dile getirir⁴¹. Dolayısıyla insanoğlunun yeryüzünde onun *sırf insan olmasından dolayı* diğer canlılardan üstün kılınması, bazı ayrıcalıkların sahibi olmasını kaçınılmaz kılmaktadır. Ayrıca kutsal metinler, insan onurunu, insan bu kutsiyetini doğru yönde kullansın ya da kullanmasın muhafaza ettiğine atıf yapmakta ve bunu kaybetmediğine dikkat çekmektedir⁴².

Allah'ın insanoğlunu kendi suretinden yaratmasından kastın insanoğlunun, diğer canlılardan ayrı olarak, doğru ile yanlış ayırt edebilme kabiliyetine sahip olması, "*akledebilmesi*" olduğu sonucu çıkarılmaktadır⁴³. Bu ise semavi dinlerde insana atfedilen onurun bir diğer hususiyetidir.

B. İnsanın İrade ve Akıl Sahibi Olması ile Aklın Amacı

Kutsal metinler, Allah'ın insanın fitratına yerleştirdiği nefsi vasıtasıyla hem doğruyu hem de yanlış bilme ve yapma kabiliyetine a priori olarak sahip olduğunu baştan kabul etmektedir⁴⁴. Nefis ise insanın "kötü" olanı yapma kabiliyetini de içermektedir. Zaten bu nedendir ki semavi dinlerde ilahi mesajın birer öğüt olduğuna vurgu yapılmaktadır⁴⁵. Yaratıcının emirlerinin

⁴⁰ Lorberbaum'un işaret ettiği üzere bazı yazarlar, Antik Mısır'da yalnızca kralın tanrının suretinde yaratıldığı, bu nedenle kendisinin de tanrı-kral olduğu yönündeki iddiasının tüm inananlara teşmil edilmesi ile birlikte kavramın demokratikleştirildiğini ileri sürmektedir. Lorberbaum, s. 137.

⁴¹ Michael Novak, "The Judeo-Christian Foundation of Human Dignity, Personal Liberty, and the Concept of the Person", *Journal of Markes & Morality*, 1(2), 1998, s. 108.

⁴² Loughlin, s. 320-322; Aksi yönde görüşler için Bkz. Lorberbaum, s. 140; Düwell, s. 26.

⁴³ Asım Cüneyd Köksal, "İnsan Haklarının Felsefi Krizi: İslami Bir Perspektif", *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 58, 2020, s. 30; Loughlin, s. 319; Butler, s. 1263.

⁴⁴ "*Nefse ve onu (insanın özü olarak) şekillendirip düzenleyene; Ona kötü ve iyi olma kabiliyetlerini verene! Nefsini arındıran elbette kurtuluşa ermiştir. Onu arzularıyla baş başa bırakan da ziyan etmiştir.*" Bkz. Şems Suresi, 91:7-10. ayetler. İlgili ayetlerin benzer yönde ki tefsiri için ayrıca Bkz. Kur'an-ı Kerim, <<https://kuran.diyanet.gov.tr/tefsir/%C5%9Eems-suresi/6044/1-10-ayet-tefsiri>> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2021.

⁴⁵ Kur'an-ı Kerim'de yer alan surelerin iniş sırası ile incelenmesi durumunda şu husus açıkça ortaya çıkmaktadır ki Kur'an nazil olmaya başladığı andan itibaren *Allah'ın emirleri insan-lar için yalnızca bir öğüt olarak verilmektedir*. Yani Kur'an-ı Kerim'de yer alan ahlaki düsturların zorla uygulanması gereken değil Allah'a kavuşmayı amaç edinen iman edenler için özgür iradeleri ile tercih edecekleri birer tavsiyedir. İlgili ayetler için Bkz. Müzemmil (İniş sırasına göre 3. sure), 73:17-19; Müddesir Suresi (İniş sırasına göre 4. sure), 74: 31; "*Hayır; düşündükleri gibi değil, şüphesiz bu, gerçekten bir öğüttür; uyarıdır' Dileyen ondan öğüt*

insan açısından birer öğüt olmasından çıkarılabilecek pek çok sonuç olmakla birlikte en açık olanı kuşkusuz “bireye” yaratıcıyı keşfetmesi ve onun emirlerine uyması ya da uymaması yolunda bir *seçme hakkı* ya da *irade özgürlüğü* tanımış olmasıdır⁴⁶. Zaten kişi, irade serbestisine sahip olmalıdır ki ödül ve cezaya muhatap olabilsin⁴⁷. Böylece insan hak kazanabilecek, yükümlülük altına girebilecek böylece kendisini diğer canlılardan ayırt edebilecektir⁴⁸. Kaldı ki din bilginleri insanın bu ahlaki niteliğinin yaratıcı ve insan arasındaki ilk ahite dayandığını ifade ederek⁴⁹ insanın özgür iradesinin yaratıcının, insanı yaratım olgusuna tanık kılmak suretiyle, hem beyan ettiği hem de bu sayede insana yükümlülüklerini bildirdiğine dikkat çekmektedir⁵⁰. Böylece özgür

alur.” Müddesir Suresi, (İniş sırasına göre 4. sure), 74:54-55; Tekvîr Suresi, (İniş sırasına göre 6. sure) 81:27-29; Âlâ Suresi, (İniş sırasına göre 7. sure) 87:9-12; Abese Suresi, (İniş sırasına göre 24. sure) 80: 11-12. Bkz. <<https://kuran.diyaret.gov.tr/Tefsir/>> Erişim Tarihi 8.12.2020.

⁴⁶ Jean-Marc Balhan, “European Values, Fundamental Rights and Christianity” in Angelo Santagostino (ed.), *The Idea and Values of Europe*, Cambridge Scholars Publishing, 2020, s. 25-26, 29.

⁴⁷ Bu yöndeki erken dönem İslami doktrin dikkat çekicidir. İslam coğrafyasının Irak, Suriye gibi daha kozmopolit şehirlere genişlemesi ile birlikte Kur’an hükümlerinin ne şekilde yorumlanacağı sorunu ortaya çıkmıştır. Kur’an sonrasında ikinci kaynağın “akıl” olması gerektiği yönündeki görüşler “ehli rey” adı altında gruplaşmıştır. Bu konudaki en bilinen kişi ise *Ebu Hanife’dir*. Ebu Hanife’nin takipçilerinden olan *Mutezile* isminde bir kelim okulunu ortaya çıkarmıştır. Bu okulun ve bu okulun dayandığı *Kaderiyecilerin* (M.S. 7. yüzyılda Suriye’de kurulmuştur) görüşlerine göre bireyin doğruyu ve yanlış tercih ederek eylemek noktasında özgür iradesi bulunmaktadır. Zira Allah, yarattıklarını sebepsiz yere ödüllendirecek ya da cezalandıracak değildir. Yani bireyin özgür iradeye sahip olmadığını ifade etmek, Allah’ın adil olmadığını ifade etmek demektir. Bkz. Richard Martin/ Mark R. Woodward/ Dwi S. Atmaja, *Defenders of Reason in Islam*, Oneworld Publication, 1997, s. 12-15, 25, 32; Majid Fakhry, *A History of Islamic Philosophy*, Third Edition, Columbia University Press, 2004, s. 44-47; Mustafa Akyol, *Özgürlüğün İslami Yolu*, Doğan Kitabevi, 2011, s. 75-78; Benzer düşünceler 14. yüzyıl ile birlikte Avrupa’da da görülmektedir. Örneğin *Ocham’lı William* (1285-1349) ve *Mirandola’lı Pico* gibi Hristiyan düşünürler özgürlüğün akıldan, aklın ise onurdan kaynaklı olduğuna işaret etmiştir. Tanrı tüm diğer şeylerin doğasını deşişmez olarak belirlemiştir ve canlılar buna uygun yaşarken yalnızca insanı kendi doğasını belirlemek için serbest bırakmıştır. *Suarez* de İspanya’nın yeni Kıta’yı keşfi ile ilgili olarak İspanyol kumandanların köleleştirme faaliyetleri karşısında yerli halkın insan onuruna saygı duyulması, özerklik ve özgürlüklerinin ihlal edilmemesi yönünde telkinlerde bulunmuşlardır. Bkz. Griffin, s. 31-32; Milton Lewis, “A Brief History of Human Dignity: Idea nad Application” in Jeff Malpas, Norelle Lickiss (eds.), *Perspectives on Human Dignity*, Springer, 2007, s. 94; Novak, 115; Düwell, s. 26-27.

⁴⁸ Köksal, s. 30-31.

⁴⁹ Köksal, s. 31.

⁵⁰ A’raf Suresi’nde bu “ilk ahit” şu şekilde ifade edilmektedir: “*Rabbin Âdemoğulları’ndan onların sırtlarından- zürriyetlerini alıp bunları kendileri hakkındaki şu sözleşmeye şahit tutmuştu: Ben sizin rabbiniz değıil miyim? “Elbette öyle! Tanıklık ederiz” dediler. Böyle yap-*

iradenin bizatihi yaratıcı tarafından verildiği kabul edilmektedir⁵¹. Elbette bu düşünce, bireyin yaratıcının emirleri aleyhine olan eylemlerinin doğru olduğu anlamına gelmez. Ama bunu bireyin, bir dışsal zorlama olmaksızın, kendi keşfedebilmelidir⁵². Bu şekilde eylemlerinden sorumlu olabilmek, yani özgürce eylemlerini yönlendirebilmek, kişi olmanın ön şartıdır⁵³. Yani otoriteye safi itaat etmiş olmak durumunda, onurlu bir davranıştan bahsedilemeyecektir⁵⁴.

Diğer yandan kutsal metinler farklı bir yönde de yorumlanmış, bu yorum genel kabul haline gelmiştir. Buna göre akıl, doğru ve yanlışın ayırt edilebilmesi ve bu vasıta ile yaratıcının keşfedilebilmesi için bir araçtır.⁵⁵ Yani insanın akledebilmesi ve özgür iradesi ile ilgili hususların dini seçtikten sonra bu din içerisindeki doğruları, iyileri keşfederek yaratıcıya ulaşmak için kullanılabilmesi ileri sürülmüştür. Akıl, kutsal metnin yorumlanabilmesi ve kavranabilmesi, bu sayede yaratıcıya ulaşılabilmesi için bir vasıta⁵⁶. Bu açıdan Aquino’lu Thomas, kutsal dine girmenin bir inanç meselesi olduğunu kabul eder. Zira bu iman meselesidir ve bireyin iradesine bağlıdır. Fakat düşünür bu dinde devam etmenin zorunluluk işi olduğunu dile getirir⁵⁷. Bu konu aşağıda detaylı bir şekilde ele alındığı için burada ayrıntıya girilmemiştir⁵⁸.

tık ki kıyamet gününde, “Bizim bundan haberimiz yoktu” demeyesiniz.” Bkz. Araf Suresi, 7: 172, Kur’an-ı Kerim, <<https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/A'r%C3%A2f-suresi/1126/172-173-ayet-tefsiri>> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2021.

51 Örneğin Abese Suresi’nin 23. ayeti şu şekildedir: “*Hayır! İnsan, Allah’ın emrettiğini yapmadı.*”. Diyanet İşleri Başkanlığı’nın ayete ilişkin tefsiri için Bkz. Kur’an-ı Kerim, <<https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/Abese-suresi/5775/17-23-ayet-tefsiri>> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2021.

52 Fakhry, s. 49.

53 Fakhry, s. 50; Griffin, s. 26; Novak, s. 115.

54 Fakhry, s. 44.

55 Aziz Paul, Romalılara yazdığı mektubunda aklın ve imanın bir aradalığını şu şekilde ifade etmektedir: “*İman ve akıl, insan ruhunun gerçeği titizlikle mülahaza etmesine yardımcı olacak iki kanat gibidir; ve Allah, kendisini bilmenin ve sevmenin yardımıyla, erkekler ve kadınlar kendileri hakkındaki gerçeği tamamlayabilsinler diye gerçeği bilme –yani kendini bilme- arzusunun insan kalbine yerleştirmiştir.*” Bkz. Loughlin, s. 319.

56 Düwell, s. 26.

57 Charles Villa-Vicencio, “Christianity and Human Rights”, *Journal of Law and Religion*, 14, 1999, s. 586-587; Ömer Faruk Harman, “Evrensel Dinlerin İnsan Haklarına Bakışı”, *Diyanet İlmî Dergi*, 34 (3), 1998, s. 11; Ruedi Imbach, “Human Dignity in the Middle Ages (Twelfth to Fourteenth Century)”, in Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword, Dietmar Mieth (eds.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity-Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, s. 64-74, s. 69.

58 Bkz. Başlık “D. Pratik: İnsana Onurunu Veren Yaratıcı İse Amacını da O Belirler”

C. İnsanlar Arası Eşitliğin Kardeşlik İle Sağlanması ve “Kendi Dininden Olmayanlar”

İnsan haklarının diğer temeli ise *evrensellik* ve *eşitlik* prensipleridir. İnsanın akli vasıtasıyla diğer canlılardan farklı olduğu kabul edilmekle birlikte bu onurun evrensel bir nitelik taşıması ne Antik Yunan’da ne de Roma’da mevcut değildi⁵⁹. Buna karşın İbrahimî dinlerin temel özelliği de insanoğlunun tek bir anne ve babadan türemiş olduklarını kabul etmesidir⁶⁰. Aynı anne ve babadan türemiş olmanın en tabii sonucu ise hiçbir kişi veya kişi topluluğunun birbiri üzerinde soyu ya da ırkı itibarıyla üstünlük kurmalarının mümkün olmaması, temelde tüm insanlığın *eşit*⁶¹ olmasıdır⁶². İnsan haklarının diğerlerinin bir şey yapmasını ya da yapmamasını talep etme salahiyeti ise, birey tüm insanların kendisinin kardeşleri olduğunu düşünse bile neden onların haklarını gözetmelidir? Bu sorunun cevabı, insanın yaratıcının suretinde yaratılmış olması ile birlikte ele alındığında, daha da anlam kazanmaktadır. Bir insanın bütünlüğüne karşı gelecek bir zarar hem diğer insanların kardeşlerine karşı yapılmış olacaktır hem de yaratıcının en üstün varlık olarak yarattığı birine zarar verildiği için yaratıcıya karşı saygısızlık, hatta küfür olacaktır⁶³. Bu noktada Hz. İsa’nın şu ifadeleri kendine yakınlık duymasan

⁵⁹ Novak, s. 109.

⁶⁰ Bir erkek ile bir dişiden yaratılmak ile ilgili olarak Bkz. Kur’an-ı Kerim, Hucurat Suresi, 13. Ayet. Ayrıca Veda Hutbesi’nde Hz. Muhammed (S.A.V.) şöyle buyurmaktadır: “*Ey insanlar! Rabbiniz birdir. Babanız da birdir. Hepiniz Adem’in çocuklarıdır. Adem ise topraktır. Arabın Arap olmayana, Arap olmayanın da Arap üzerine üstünlüğü olmadığı gibi; kırmızı tenlinin siyah üzerine, siyahın da kırmızı tenli üzerinde bir üstünlüğü yoktur. Üstünlük ancak takvada, Allah’tan korkmaktır. Allah yanında en kıymetli olanınız O’ndan en çok korkanınızdır.*” Bkz <<https://www.diyabet.be/Portals/0/VEDA%20HUTBESI.pdf>> Erişim Tarihi 8.12.2020; Butler, s. 1263; Novak, s. 109.

⁶¹ Perry, The Idea of Human Rights, s. 17.

⁶² Avineri, s. 320.

⁶³ “(...)Bir cana kıymaya veya yeryüzünde fesat çıkarmaya karşılık olması dışında, kim bir kimseyi öldürürse bütün insanları öldürmüş gibi olur. Kim de bir can kurtarırsa bütün insanların hayatını kurtarmış gibi olur.(...)” Maide, 32. ayet; Tevrat’ta ise bu husus şu şekildedir: “*Bir Yahudiyi kurtaran bütün insanlığı kurtarmış gibidir.*” Benzer bir değerlendirme için Bkz. Avineri, s. 321; Eilidh Campbell St John/Stuart Blackler, “Religion and Dignity: Assent and Dissent” in Jeff Malpas, Norelle Lickiss (eds.), Perspectives on Human Dignity, Springer, 2007, s. 128, 131; Yahudiler bu emri o kadar ciddiye almıştır ki kutsal metinleri bazı suçların cezasının suçlunun öldürülmesi olsa bile Tanrı suretinde yaratılmış insanı öldürmenin Tanrı’ya saygısızlık olacağı düşüncesiyle cezaları hafifleterek uygulamışlardır. Lorberbaum, s. 137-139.

bile insanoğlunun tamamı karşısında saygılı ve *hatta sevgi dolu* olmak ödevini dindar insanlara yüklemektedir: “Size yeni bir buyruk veriyorum: Birbirinizi sevin. Sizi sevdiğim gibi siz de birbirinizi sevin.”⁶⁴ Perry, bu emrin aksine, diğer insanları sevmemek –ve bu suretle onların haklarını gözetmemek durumunda- insanın, özellikle ıstırap içerisinde acı çeken insanlar karşısında yabancılaşmasının kaçınılmaz olduğunu, öz yaşamın nihai değerinin kaybolacağını ve bu kişinin insanlığının dahi sözde bir insanlığa dönüşeceğini ileri sürmektedir⁶⁵. İnsan doğası ve “iyi bir yaşam” ancak bu sevgi bulunduğu sürece mümkün olacaktır⁶⁶.

Diğer yandan semavi dinler eşitliği teoride kabul eder fakat pratikte evrensel bir eşitliğin sağlanabilmesi için tüm insanlığın aynı dine inanması

⁶⁴ Yuhanna, 13:34; Benzer yönde:

“Komşunu seveceksin, düşmanından nefret edeceksin” dediğini duydunuz. Ama ben size diyorum ki, düşmanlarınızı sevin, size zulmedenler için dua edin. Öyle ki, göklerdeki Babanız’ın oğulları olasınız. Çünkü O, güneşini hem kötülerin hem iyilerin üzerine doğdurur; yağmurunu hem doğruların hem eğrilerin üzerine yağdırır. Eğer yalnız sizi sevenleri severseniz, ne ödülünüz olur? Vergi görevlileri de öyle yapmıyor mu? Yalnız kardeşlerinize selam vererseniz, fazladan ne yapmış olursunuz? Putperestler de öyle yapmıyor mu? Bu nedenle, göksel Babanız yetkin olduğu gibi, siz de yetkin olun.” Matta 5:43-48.

⁶⁵ Perry bu görüşünü Mahşer gününü anlatan şu ayetlere dayandırmaktadır:

“İnsanoğlu kendi görkemi içinde bütün melekleriyle birlikte gelince, görkemli tahtına oturacak. Ulusların hepsi O’nun önünde toplanacak, O da koyunları keçilerden ayıran bir çoban gibi, insanları birbirinden ayıracak. Koyunları sağına, keçileri soluna alacak. “O zaman Kral, sağındaki kişilere, ‘Sizler, Babam’ın kutsadıkları, gelin!’ diyecek. ‘Dünya kurulduğundan beri sizin için hazırlanmış olan egemenliği miras alın! Çünkü acıkmıştım, bana yiyecek verdiniz; susamıştım, bana içecek verdiniz; yabancıydım, beni içeri aldınız. Çıplaktım, beni giydirdiniz; hastaydım, benimle ilgilendiniz; zindandaydım, yanıma geldiniz.’ “O vakit doğru kişiler O’na şu karşılığı verecek: ‘Ya Rab, seni ne zaman aç görüp doyurduk, susuz görüp su verdik? Ne zaman seni yabancı görüp içeri aldık, ya da çıplak görüp giydirdik? Seni ne zaman hasta ya da zindanda görüp yanına geldik?’ “Kral da onları şöyle yanıtlayacak: ‘Size doğrusunu söyleyeyim, bu en basit kardeşlerimden biri için yaptığınızı, benim için yapmış oldunuz.’ “Sonra solundakilere şöyle diyecek: ‘Ey lanetliler, çekilin önümden! İblis’le melekleri için hazırlanmış sönmez ateşe gidin! Çünkü acıkmıştım, bana yiyecek vermediniz; susamıştım, bana içecek vermediniz; yabancıydım, beni içeri almadınız; çıplaktım, beni giydirmediniz; hastaydım, zindandaydım, benimle ilgilenmediniz.’ “O vakit onlar da şöyle karşılık verecekler: ‘Ya Rab, seni ne zaman aç, susuz, yabancı, çıplak, hasta ya da zindanda gördük de yardım etmedik?’ “Kral da onlara şu yanıtı verecek: ‘Size doğrusunu söyleyeyim, mademki bu en basit kardeşlerimden biri için bunu yapmadınız, benim için de yapmamış oldunuz.’ “Bunlar sonsuz azaba, doğrular ise sonsuz yaşama gidecekler.” Matta 25: 31-46, Bkz. İncil, <<https://incil.info/arama/Matta+25:31-46>> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2021.

⁶⁶ Butler, s. 1263-1264.

gerekmektedir⁶⁷. Semavi dinlerde, diğer dinlerin mensuplarına karşı içsel bir muhabbet bulunmakta ise de bunun hukuki bir eşitliğe evrildiği söylenemez. Bu dine inananlar ile inanmayanlar arasında doğal bir eşitsizlik bulunmaktadır⁶⁸. Dinlerde kendi dininden olmayanlar, köleler ve kadınlar bakımından ayrımcı bir bakış açısı bulunmaktadır. Örneğin Katolik Hristiyanlık geleneğinde eşitlik için Hristiyan olmak şart olarak görülmüş, gerçek onurun ve hakların yalnızca Hristiyanlar tarafından kullanılabilceği, Hristiyan olmayanların ise kendilerini bu haktan mahrum bıraktıkları (*self-deprivation*) onur sahibi olmadıkları ileri sürülebilmektedir⁶⁹. Özellikle Hristiyanlık dininin Avrupa⁷⁰ ve Amerika'da⁷¹ yayılabilmesi açısından, Hristiyan olmayan topluluklara karşı

⁶⁷ Düwell, s. 26.

⁶⁸ Hristiyanlık için Bkz. Jack Donnelly, "Human Dignity and Human Rights", Agenda for Human Rights, Swiss Initiative to Commemorate the 60th Anniversary of the UDHR, 2009, <<https://www.legal-tools.org/doc/e80bda/pdf/>> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2021, s. 35, 40; İslam için Bkz. Jack Donnelly, "Human Rights and Human Dignity: An Analytic Critique of Non-Western Concepts of Human Rights", The American Political Science Review, 76 (2), 1982, s. 307.

⁶⁹ Papa Innocent III, insanların ancak vaftiz olmakla insan onuruna sahip olacaklarını, vaftiz olmayanların ise ilk günahın yükü dolayısıyla kendilerini bu haktan mahrum bıraktıklarını ileri sürmüştür. Zira vaftiz, ilk günahın yükünü silen bir özelliğe sahiptir. Mieth Dietmar, "Human Dignity in Late-Medieval Spiritual and Political Conflicts", in Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword, Dietmar Mieth (eds.), The Cambridge Handbook of Human Dignity-Interdisciplinary Perspectives, Cambridge University Press, s. 78, 80.

⁷⁰ 15. yüzyılda Konstanz Konseyi (*Council of Constance-1414/1418*) Avrupa'da pagan halklarının akıbeti ile ilgili kararlar almak için toplanmıştır. Tartışmanın taraflarından biri Cracow Akademisidir. Bu akademi, Pisa, Padova ve Bologna gibi devlet teorisinin geliştiği bölgelerin üniversitelerinde görev yapan (özellikle Paulus Vladimiri) hukuk alimleridir. Karşı tarafta ise Katolik Hristiyanlığının Avrupa'da yayılması için mücadele eden "Teutonic Order" ve onu temsilen Johannes von Falkenberg bulunmaktadır. Vladimiri'nin argümanı, Hristiyan olsun ya da olmasın bir bölgeye savaş açabilmek için meşru bir gerekçenin olması gerektiğidir. Bu görüşlerini Papa Innocent IV'ün ve Aquino'lu Thomas'ın görüşleri ile de desteklemiştir. Buna karşılık olarak ise hakların yalnızca Hristiyan hakları olduğu, inancın savunusu ve yayılması ile ilgili olduğu ifade edilmiş, kâfirlere karşı savaş hukukuna riayet edilmesinin gerekli olmadığı, onların hak sahibi olmadığı ve köleleştirilmelerinin meşru olduğu savunulmuştur. Benzer şekilde Papa Nicholas V ve Alexander VI, Orta Çağ'ın sonlarına doğru, benzer düşüncelere dayalı kararnamele imzalamış ve Hristiyan olmayanların köleleştirilmelerine göz yummuşlardır. Mieth, s. 78-81.

⁷¹ Yeni keşfedilen Amerika kıtasındaki halklara nasıl muamele edileceği, onların da insan olarak kabul edilip edilmeyeceği gibi hususlar Valladolid Konseyi (*Council of Valladolid-1550/1551*) oluşturularak görüşülmüştür. Konstanz Konseyi'ndekine benzer tartışmaların burada da yapıldığı gözlemlenmektedir. Taraflardan biri Sepulveda'dır. Düşünür, Hristiyan olmayanları "barbar" olarak niteler ve onlara karşı savaşmanın adil olduğunu, çünkü Hristiyan olmadıkları için vahşi olduklarını ileri sürer. Aristoteles'in "doğal kölelik" görüşlerine atıf yapar. Karşısında ise La Casa bulunmaktadır. Bu düşünür de Hristiyan olmadıkları için yeni kıtanın insanların "kafir" olduklarını kabul eder ancak kafirlik, onlara

savaş hukukunun (ius ad bellum) gerekliliklerine uymanın zorunlu olmadığı, onların köleleştirilebileceği ya da zorla çalıştırılabileceği gibi argümanların ileri sürüldüğü görülmektedir. Avrupa Hristiyanlık anlayışı kadar olmamakla birlikte İslam pratiğinde de inanmayanlar ya da dinden dönenler karşısında Müslüman olanların haklar bakımından eşit olmadığı görülmektedir⁷². Kadınların değer bakımından eşit olsalar bile uygulamada erkekler karşısında dezavantajlı oldukları⁷³, kölelerin ise yalnızca yaşam hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir⁷⁴.

vahşice muamele etmek için yeterli bir sebep değildir. Gerekirse eğitilebilecek kimselerdir. Yani bu insanların da insan onuruna sahip olma kabiliyetleri var. Fakat bunun için eğitilerek, Hristiyan olmalıdırlar. Burada Pharo dikkat çekmektedir ki her iki düşünür de Hristiyanlar karşısında diğerlerinin daha düşük bir statüde olduklarını kabul eder. Yani insan onurunu kayıtsız şartsız başkalarına teslim etmemektedirler. Aralarındaki farklılık bu insanlara ne şekilde muamele edileceği ile ilgilidir. Bkz. Lars Kirkhusmo Pharo, “The Council of Valladolid (1550-1551): A European Disputation About the Human Dignity of Indigenous Peoples of the Americas”, in Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword, Dietmar Mieth (eds.), The Cambridge Handbook of Human Dignity-Interdisciplinary Perspectives, Cambridge University Press, s. 95-100.

⁷² Düşünce ve inanç özgürlüğü hem İslam’da hem de Hristiyanlık’ta korunmaktadır. Buna karşın 16. ve 17. yüzyıllarda Hristiyan çoğunluğun olduğu devletlerdeki Müslüman ve Yahudiler’in başına gelen işkence, katliam ve sürgünler aynı dönemlerde Osmanlı Devleti idaresindeki Hristiyan ve Yahudiler’in başına gelmemiştir. Diğer yandan İslam öğretisinde dini hükümlerin aynı zamanda yasa anlamına gelmesi, gayr-i müslimlerin devlet idaresinde rol alması meselesini de gündeme getirmektedir. Kur’an-ı Kerim’in açık hükmüne göre *dinde zorlama yoktur!* Bu ayet, bilhassa İbrahimi dinlere mensup olan ve cizye ödemeyi kabul eden grupların İslam devletinin tebaası olmayı kabul etmeleri ile haklarının korunacağını, fakat semavi dinlere mensup olmayanlara ya da İslam dininden dönenlere karşı kuralların daha az toleransla uygulanacağı anlaşılmaktadır. Yine de bu hükmün göreceli bir şekilde uygulandığı görülmektedir. Zira İran’ın fethinden sonra Zerdüştlere gösterilmeyen hoşgörünün Hindistan’ın fethi sonrasında ehl-i kitap olmayan Hindu’lara gösterilmesi bu kanıyı güçlendirmektedir. Meselenin diğer yanı ise İslam devletinde kamu görevlisi olmaya ilişkindir. Bu durum, devletin tebaası arasında bir eşitsizlik ortaya koymaktadır. Zira İslam devletinde Müslümanlar hem inançlarını özgürce yaşama hem de devleti idare etme hakkına sahiplerken gayr-i müslimler inançlarını yaşama hakkına sahip fakat devlet idaresine katılma hakkına sahip değildir. Yani dine dayalı bir ayrımcılığın söz konusu olduğu açıktır. Bkz. Ahmet Arslan, “İnsan Hakları ve İslam”, Liberal Düşünce, 1997 (6), s. 128-129; Robert Traer, “Human Rights in Islam”, Islamic Studies, 28 (2), 1989, s. 121; Donnelly, “Human Rights and Human Dignity”, s. 307; Katherina Delacoura, Islam, Liberalism and Human Rights Third Edition, I.B. Tauris, 2007, s. 45-47; Bakara Suresi, 2: 256. ayetin tefsiri için Bkz. Kur’an-ı Kerim, <<https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/Bakara-suresi/263/256-ayet-tefsiri>> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2021

⁷³ Delacoura, s. 46.

⁷⁴ Donnelly, “Human Rights and Human Dignity”, s. 307.

D. Pratik: İnsana Onurunu Veren Yaratıcı İse İnsanın Amacını da O Belirler

Semavi dinlerde onur, temelde insanlara “bahşedilen” bir olgudur ve insanlar arasındaki ilişkiyi düzenlemektense insanların diğer yaratılmış olanlardan farkına işaret eder⁷⁵. Buna karşın inananlarına dini emirlerden bağımsız bir hayat sürme salahiyeti vermez. Semavi dinlerin amacı, bireyin kendisini gerçekleştirme (*self-fulfillment*) değil, insanların yaratıcı ile olan irtibatlarını tesis etmek ve ona kulluk etmelerini sağlamaktır⁷⁶. Bu nedenle semavi dinlerin öngördüğü kuralların ve sistemin öncelikli olarak insanın yeryüzünde özgürce eylemeye değil yaratıcıyı tanıma ve ona kulluğa yönlendirmesi gerekmektedir⁷⁷. Bu amaç ise insanların yalnızca “doğru” (*hukuki*) olanı yapmaları değil aynı zamanda kendi sistematüğinde bulunan “iyiyi” ve “ahlaklı” olanı da yapmalarını gerekli kılmaktadır⁷⁸. Dinler bakımından ise neyin iyi ve ahlaklı olduğu tartışmaya açık olmayıp mutlak⁷⁹. Yaratıcı tarafından ahlaki davranışların önceden belirlenmiş olması bireyin eylem kabiliyetinin doğal sınırlarını oluşturmaktadır. O zaman birey kendisi için neyin iyi neyin doğru olduğunu özgür iradesi ile tespit edemez. Yalnızca

⁷⁵ Donnelly, “Human Dignity and Human Rights”, s. 14.

⁷⁶ “Ben cinleri ve insanları, başka değil, sırf bana kulluk etsinler diye yarattım.” Zariyat Suresi (51: 56), Bkz. Kur’an-ı Kerim, <<https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/Z%C3%A2riy%C3%A2t-suresi/4731/56-58-ayet-tefsiri>> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2021.

⁷⁷ Lisa Sowle Cahill, “Toward a Christian Theory of Human Rights”, *Journal of Religious Ethics*, 8 (2), 1980, s. 284; Düwell, s. 26.

⁷⁸ Vivencio Balano, “Catholic Social Teaching, Theology, and Sociology: Exploring the Common Ground”. *Religions*, 10, 2019, <doi: 10.3390/rel10100557> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2021, s. 7, 10; Wael Hallaq, “God Cannot Be Harmed: On Huquq Allah/Huquq al-Ibad Continuum”, <https://www.academia.edu/26412704/God_Cannot_be_Harmed_On_%E1%B8%A4uq%C5%ABq_All%C4%81h_%E1%B8%A4uq%C5%ABq_al-Ib%C4%81d_Continuum> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2021, s. 4-5.

⁷⁹ Dinlerin bu mutlak tutumlarının tehlike barındırdığını James Wood şu şekilde ifade etmektedir:

“Ernst Troeltsch tarihi din analizinde geniş bir görüş ile gözlemlemiştir ki ‘Tüm dinler mutlak doğarlar çünkü dile getirilmemiş bir baskı takip ederler ve yalnızca varlıkları dolayısıyla değil ayrıca geçerlilik iddiaları nedeniyle de inanç ve kabul etmeyi talep eden bir gerçekliği ifade ederler.’ Birinin kendi dininin hakikatinden ikna olması durumunda, özellikle kendi dini inanç ve ilkeleri medeni yasalar vasıtasıyla belirlenmiş ise, farklı dini inançların inanç özgürlüğünün baskılanması tehlikesi vardır. Bugünün dünyasının büyük bir kısmı boyunca uzanan hoşgörüsüzlük düşüncesinin dirilişi sadece dünya barışına değil ayrıca otantik dini inanca da tehdittir.” James Wood, “Religion and Religious Liberty”, *Journal of Church and State*, 33 (2), 1991, s. 226.

şablon olarak belirlenmiş olan iyi/doğru kalıplarını inanan biri olarak bir bütün halinde kabul edebilir ya da reddedebilir. İrade özgürlüğü burada geçerlidir. Dolayısıyla bireyin dine uygun davranmak ve yaratıcının emir ve yasaklarını yerine getirmek sorumluluğu, bireye *hak vermez* fakat ödev yükler⁸⁰. Bu ödevlere uygun davranıldığı sürece ve bu yükümlülüklerle uygun davranmak sayesinde⁸¹, bireyin özgür olabileceği kabul edilir. O zaman insanın hakları yoktur, emre itaat ettiği sürece imtiyazları bulunmaktadır⁸². Denilebilir ki bireyin semavi dinler bakımından eylem alanı, *hak temelli (right-based)* değil ödev temelli (duty-based) bir nitelik arz eder⁸³. Bu durumda semavi dinlerin belirlediği eylem kabiliyetinin, doğrudan insan onurundan türetilen bir özgürlük anlayışına dayanmadığı, insana bu onuru da veren *yaratıcının hak ve ödevlerin de kaynağı olduğu*⁸⁴ ve bu hakların sorumlu bir özgürlük

⁸⁰ Delacoura, s. 44.

⁸¹ Zira semavi dinlerin prensipleri muvacehesinde *insan ancak Allah'a kul olmakla özgürlüğe kavuşur*. Ayrıca kulluğunu en doğru şekilde yapanın yaratıcıya o ölçüde yakın olacağı kabul edilir. O halde bir hiyerarşinin olduğu da ileri sürülmektedir. Benzer yönde Bkz. Mustafa Öztürk, “Teslimiyet ve Hürriyet Sarkacında Din”, Yetkin Düşünce, 1, 2018, s. 145; Pieth Steenbackers, “Human Dignity in Renaissance Humanism”, in Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword, Dietmar Mieth (eds.), The Cambridge Handbook of Human Dignity-Interdisciplinary Perspectives, Cambridge University Press, s. 85-95, s. 91-92.

⁸² Bu noktada Vatikan tarafından yayımlanan 1965 tarihli *Dignitatis Humanae*'de yer alan ifadelerle göre:

“İnsanın onuru meselesi çağdaş insanın bilinci söz konusu olduğunda çok daha derinden etkileyicidir ve bu talep artarak, baskının değil ödev bilincinin bir neticesi olan sorumlu bir özgürlük bilincinin yapımı ve bundan yararlanımı ile insanların kendi muhakemesine uygun olarak davranması gerekliliğini ortaya koymuştur.” Bkz. Pope Paul VI, “Dignitatis Humanae”, 1965, <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_decl_19651207_dignitatis-humanae_en.html> Erişim Tarihi 24 Şubat 2021.

Ayrıca Vatikan'ın Sosyal Doktrini bu türden bir sorumluluk bilinci olmaksızın ileri sürülen hak iddiasının tezat oluşturduğunu ve bu iddiada bulunan bireylerin bir eliyle inşa ettiğini diğer eliyle yıktığını ifade etmektedir. Bkz. Pontifical Council for Justice and Peace, *Compendium of the Church, the Social Doctrine of the Church*, <http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_en.html#> Erişim Tarihi 24 Şubat 2021.

⁸³ Abdülaziz Sachedina, *Islam and The Challenge of Human Rights*, Oxford University Press, 2009, s. 151; Cahill, s. 284. Ödev temelli haklarda ödevle uygun davranışın denetlenmesine ilişkin zorluklara ilişkin olarak Bkz. Donnelly, “Human Rights and Human Dignity”, s. 306-307; Joel Feinberg, “The Nature and Value of Rights”, *The Journal of Value Inquiry*, 1970, 245-249.

⁸⁴ Delacoura, İslam'da hak sahibinin yalnızca Allah olduğu, insanların ise ilahi iradeye teslim olmakla tam anlamıyla özgürlüklerine kavuşmuş olacaklarını ifade etmektedir. Hallaç için

anlayışına dayandığı⁸⁵ ya da doğrudan ödevlerden türetildiği, birbiri ile ilişkili olan bir hak-ödev (*correlative duties basic to human rights*) ikiliğinin olduğu ifade edilebilir⁸⁶. Elbette modern insan haklarının temel formlarının kutsal metinlerde karşılıkları olduğu söylenilebilir⁸⁷. Yine de modern insan haklarının dinamik niteliği karşısında semavi dinlerin hak/ödev anlayışı aynı çerçevede kendini yenileyememektedir⁸⁸. Zira semavi dinlerde insanın eylem

ise hak (*haqq*) kavramı teolojik, ahlaki ve hukuki bir konsept olarak tıpkı bir nehrin akması gibi ilahi olandan tabii ve sıradan olan insana doğru akan bir su olarak tanımlanabilir. Bkz. Delacoura (2007), s. 43; Hallaq, s. 2; Abdul Aziz-Said, “Precept and Practice of Human Rights in Islam”, *Universal Human Rights*, 1 (1), 1979, s. 73; Benzer şekilde Hristiyan öğretisi için Bkz. Cahill, s. 279-280; Ali Bardakoğlu, “Hak”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <<https://islamansiklopedisi.org.tr/hak>> Erişim Tarihi 18 Şubat 2021, s. 6.

⁸⁵ Sorumlu özgürlük anlayışı Hristiyan öğretisinin ve 1965’te Vatikan tarafından yayımlanan *Dignitatis Humanae* isimli belgede de savunulan görüşünün temelini oluşturmaktadır. Bkz. Man Yee Karen Lee, “Religion, Human Rights and the Role of Culture”, *The International Journal of Human Rights*, 15 (6), 2011, s. 892; Bkz. Pope Paul VI, “*Dignitatis Humanae*”, 1965, <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_decl_19651207_dignitatis-humanae_en.htm> Erişim Tarihi 24 Şubat 2021.

⁸⁶ Irene Oh, *The Rights of God-Islam, Human Rights, and Comparative Ethics*, Georgetown University Press, 2007, s. 26; Jean Bethke Elshtain, “The Dignity of the Human Person and the Idea of Human Rights: Four Inquiries”, *Journal of Law and Religion*, 14 (1), 1999, s. 54; Aziz-Said, s. 73; Donnelly, “Human Dignity and Human Rights”, s. 19.

⁸⁷ Örnek karşılaştırmalar için Bkz. Arslan, s. 123-125.

⁸⁸ Arslan Kur’an-ı Kerim’den örneklerle modern insan hakları ile çeliştiği iddia edilen bazı ayetlere şu örnekleri vermektedir: “*Ehl-i kitap’tan Allah’a ve âhiret gününe inanmayan, Allah ve resulünün yasakladığını yasak saymayan ve hak dine uymayan kimselerle, yenilmiş olarak ve kendi elleriyle cizye verinceye kadar savaşın.*” (*Tevbe Suresi*, 29. ayet); (...) **gibi ayetler inanç özgürlüğüne aykırı; Erkeklerinizden iki şahidi de tanık tutun. Şahitler iki erkek olmazsa, rıza göstereceğiniz şahitlerden bir erkekle -biri yanılırsa diğerinin ona hatırlatması için- iki de kadın olsunlar.(...) (*Bakara Suresi*, 2: 287); “*Allah size, çocuklarınız hakkında erkeğe, iki kadın payı kadar (vermenizi) emreder.*” (*Nisa Suresi*, 4:11), “*Yetimlerin hakkına riayet edemeyeceğinizden korkarsanız, beğendiğiniz kadınlardan iki-şer, üçer, dörder nikâhlayın*” (*Nisa Suresi*, 4:3), “*Evlendikten sonra bir fuhuş yaparlarsa (cariyeler) onlara, hür kadınların cezasının yarısı gerekir.*” (*Nisa Suresi*, 4:25), “*Allah’ın insanlardan bir kısmını diğerlerine üstün kılmasına bağlı olarak ve mallarından harcama yapmaları sebebiyle erkekler kadınların yöneticisi ve koruyucusudurlar. Sâliha kadınlar Allah’a itaatkârdırlar. Allah’ın korumasına uygun olarak, kimsenin görmediği durumlarda da kendilerini korurlar. (Evlilik hukukuna) başkaldırmasından endişe ettiğiniz kadınlara öğüt verin, onları yataklarda yalnız bırakın ve onları dövün. Eğer size itaat ederlerse artık onların aleyhine başka bir yol aramayın; çünkü Allah yücedir, büyüktür.*” (*Nisa Suresi*, 4:34) gibi ayetler **eşitlik ve ayrımcılık yasağına aykırı**; “*Kısasta sizin için hayat vardır, ey akıl sahipleri, umulur ki sakınırsınız.*” (*Bakara Suresi*, 2: 179), “*Tevrat’ta İsrâiloğulları’na, “Cana can, göze göz, buruna burun, kulağa kulak, dişe diş... ve yaralamalara da birbirine kasas vardır.”* (*Maide Suresi*, 5: 45), “*Hırsızlık eden erkek ve kadının yaptıklarına karşılık bir ceza, Allah’tan bir ibret olarak ellerini kesin. Allah güçlüdür, hikmet sahibidir.*” (*Maide Suresi*, 5: 38) **gibi ayetler insan haklarına aykırı cezalandırma yasağına aykırı**; köleliğin**

kabiliyeti bakımından aslanan serbestiyet değil kısıtlılıktır, hakkın kendisi gaye değil gayeye (*yaratıcıya*) ulaşmada bir vasıta⁸⁹. Semavi dinler de insan yaşamına anlam katan tek olgunun bu olduğuna, hakların da ancak bu amaca hizmet ettiği ölçüde meşru olduğuna işaret eder. Yani dinler için haklar, yaratıcının emirlerini yerine getirmek için araçlardır⁹⁰.

Ödevden hakların türetilmesinden kaynaklı en temel sorun, insanın haklarının ödevleri ile uygun olduğu ölçüde kullanılabilir oluşudur. Yani insan dine aykırı olmadığı sürece hak sahibidir⁹¹. Bu nedenle dini otoriteler batılı anlamda, insanın özgür iradesi ile her istediğini yapabilmesi iddiasını reddeder. Günümüzde insan hakları alanındaki en açık atılımı yaptığı kabul edilen Katolik Kilisesi açısından dahi bu gerçek değişmemektedir. Örneğin Katolik Kilisesi için 150 yıl evveline kadar inanç özgürlüğü bir *tuhaflık* (*insanity*) idi ve Papa IV. Paul, Fransız Bildirgesi'ne imza atanları mahkûm etmişti⁹². Kilise'nin temel prensibi, Thomas'çı bir yaklaşımla insanın aklı ile yalnızca yaratıcının emirlerini bulabileceği, doğrulayabileceği ve itaat etmesi gerektiği⁹³. Ancak sosyal ve siyasal dönüşüm ile birlikte Katolik Kilisesi, belirli bir iyiyi dayatmaktan vazgeçmiş, 1962 yılında, İkinci Vatikan Konsülü ile birlikte evrensel insan haklarını kabul etmiş, özgür iradeyi insanın aklı ile eyleme kabiliyetini tanımıştır. Papa Leo XIII, siyasi ve toplumsal kurumların insan onuru ve özgürlük çerçevesinde yorumlanmasını gerekli görmüştür⁹⁴. Buna karşın insanın akla müracaatı ve özgür iradesi ile kendi hayatını belirleyebilen özne oluşu, Kilise'yi öğretilerinden vazgeçmeye zorlayan bir olgu haline dönüşmeye başlamıştır. Örneğin Kilise'nin evlilik kurumu ile ilgili öğretisi, evliliğin bir kadın ve bir erkek arasında olmasına

kaldırılmaksızın doğal ve yasal kabul edilmesi. Bkz. Arslan, s. 125-128.

⁸⁹ Bardakoğlu, s. 6; Pope Paul VI, "Dignitatis Humanae", 1965, <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_decl_19651207_dignitatis-humanae_en.html> Erişim Tarihi 24 Şubat 2021, parag. 2.

⁹⁰ Richard H. Helmholz, "Human Rights in the Canon Law" in Frank Alexander, John Witte (eds.), *Christianity and Human Rights: An Introduction*, Cambridge University Press, 2010, s. 101.

⁹¹ Michael Freeman, "The Problem of Secularism in Human Rights Theory", *Human Rights Quarterly*, 26, 2004, s. 375-400, s. 377.

⁹² Harman, s. 12.

⁹³ Harman, s. 12.

⁹⁴ David Hollenbach, "Human Dignity in Catholic Thought", in Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword, Dietmar Mieth (eds.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity-Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, s. 250-259, s. 252-255.

dayanır. Buna karşın günümüzde yükselen bir tartışma konusu olarak “eşcinsel birliktelikler” Kiliseyi bu konuda zorlamaktadır⁹⁵. Papa Francis, 2013 yılında “eğer bir kimse gay ise ve Tanrı’yı arıyorsa ben kimim ki onu yargılayayım” demiş, bu kimselerin ayrımcılığa maruz kalmamaları gerektiğini belirtmiş, 2020 yılında ise eşcinsel birlikteliklerin medeni yasalar ile koruma altına alınması gerekliliğinden bahsetmiştir⁹⁶. Buna karşın Katolik Kilisesi, içinde ne kadar pozitif özellik barındırdığı önemli olmaksızın eşcinsel evlilikleri kutsayamayacağını deklare etmiştir. Çünkü Vatikan’ın öğretisi, evliliği bir kadın ve erkek arasında olan bir kurum olarak belirlemektedir ve bu öğretiye göre Tanrı’nın aileler ve çocuk büyütme için planında eşcinsel evliliklerin yeri yoktur⁹⁷! Burada dikkat çekilmek istenen husus, eşcinsel evliliklerin hukuken korunması gerekip gerekmediği değildir. Amacımız dini bir otorite olan Kilisenin bu birliktelikler hakkındaki değerlendirmesini insan onuruna, seçme iradesine ya da akla müracaat etmeksizin yalnızca Tanrı’nın planına uygun ise destekleyebilecek oluşuna dikkat çekmektir. Yani Kilise, ancak ödevlere uygun ise bir hakkı tanımak konusundaki iradesini, insan haklarını tanımış olsa da devam ettirmektedir.

E. Pratik: İnsanın Eylem Alanı Toplum Menfaatleri Karşısında İkincildir

İnsanın eylem alanı semavi dinlerde toplumsal ahlak (*public morality*), kamu menfaati ya da *ortak iyi* (*common good*) gibi genel kavramlarla da sınırlanmaktadır. Bu kavramların ortak yönü, aynı duygulara ve hassasiyetlere ve bu duygu ve hassasiyetlerin ortak bir amaç etrafında takip edilmesi konusundaki arzuya sahip insanlardan müteşekkil bir toplum tahayyülüne dayanmasıdır. Bu hedefler ise açıkça maddi ve toplumdan topluma değişebilir hedefler değil ancak keşfetmekle ulaşılabilir ve sabit ahlaki/manevi hedeflerdir⁹⁸. Yani semavi dinlerde amaç toplumun bir bütün olarak İslam,

⁹⁵ Hollenbach, “Human Dignity in Catholic Thought”, s. 257.

⁹⁶ Rachel Savage, “Pope Francis’ LGBT+ views, as Vatican opposes same-sex blessings”, <<https://www.reuters.com/article/us-vatican-lgbt-unions-idUSKBN2B82MN>> Erişim Tarihi 14 Temmuz 2021.

⁹⁷ Chappell, Bill, “Vatican Says Catholic Church Cannot Bless Same-Sex Marriages”, <<https://www.npr.org/2021/03/15/977415222/illegal-for-catholic-church-to-bless-same-sex-marriages-vatican-says>> Erişim Tarihi 14 Temmuz 2021.

⁹⁸ David Hollenbach, “The Common Good Revisited”, *Theological Studies*, 1989 (50), s. 70-94, s. 79-81; Maximilian Jaede, “The Concept of Common Good”, Working Paper Series of the Political Settlements Research Programme (PSRP) of the University of Edinburgh (Edinburgh, UK, 2017), <https://www.britac.ac.uk/sites/default/files/Jaede.pdf> Erişim Tarihi

Hristiyan ya da Yahudi toplumu olarak kalmasını garanti altına almak ya da en azından bu yönde teşvikte bulunmaktadır.

Aquino’lu Thomas, insanın ancak içinde yaşadığı toplumun parçası olduğuna işaret eder ve *siyasal yaşam açısından bütünü iyisinin onu oluşturan parçaların iyisinden öncelikli, daha uhrevi* olduğuna dikkat çeker⁹⁹⁻¹⁰⁰. Bu prensip gereği de bireysel iyi hedefleri, toplumun iyi hedefleri karşısında ikincil bir konumda kalır¹⁰¹. Bireyin hakları ancak diğer bireylerin yanı sıra toplumun refahına yönelik ödevlerini yerine getirmesi koşuluyla mevcuttur¹⁰². Böylece daha önce kutsal metin vasıtasıyla ahlaki iyinin ne olduğu konusunda bilgilendirilen insan, “keyfiliğe” düşmeyecek, bu sayede ortak ahlaki duygular vasıtasıyla aile, sivil toplum, politika ve hatta pazar (ekonomik düzen anlamında) bile dağılmayacak, insanın keyfiliğine yönelen negatif özgürlük anlayışı toplumun ortak iyisi vasıtasıyla dengelenmiş olacaktır¹⁰³. Açık ki bu olgu bireyin kendi uhrevi yolculuğunu toplumun anlayışından özerk olarak yürütmesini engellemekte, birey, özellikle toplumsal ilişkileri söz konusu olduğunda, toplumun ritüel ve uygulamalarına tabi olmaktadır¹⁰⁴. Toplumsallık ile ilgili olarak Vatikan, 2004 yılında yayımlanan Sosyal Doktrininde ortak iyi olarak tanımlanan olguyu, bireylerin toplamından bağımsız var olan ve toplumu *kâmil kişiliğe (fullest stature)* ulaştıran *ahlaki iyinin toplumsal boyutu* olarak tanımlamıştır¹⁰⁵. Kuşkusuz bu ortak iyi, insan toplumunun yarattığı bir

16 Temmuz 2021, s. 6; Muhammad Qasim Zaman, “The Ulama of Contemporary Islam and Their Conceptions of the Common Good” in Armando Salvatore, Dalf F. Eickelman (eds.), *Public Islam and the Common Good*, 2004, s. 130.

⁹⁹ Bunun nedeni ise toplumu oluşturan unsur olarak “kişi” (*personal*) eşsizdir ve Tanrı aşkı ve bilgi isteği ile evreni içinde taşır. Bu ruh vasıtasıyla hayvan ve bitkiden ayrılan kişi, bir başına anlam ifade etmez. Zira kişilik bilgelik ve sevgi üzerine muhabbet ile tatmin olur. Bu muhabbet ise insanı diğerlerine gereksinim duymaya yönlendirir. Bkz. Jacques Maritain, “Person and the Common Good”, *The Review of Politics*, 8 (4), 1946, s. 427, 432-434; Cahill, s. 283; Elshtain, s. 57, 61.

¹⁰⁰ Yukarıda ifade edildiği üzere Hristiyan ve İslam felsefesi, Aristoteles ve Platon’un açtığı şemsiye altında gelişmiştir. Thomas’ın Aristoteles’in şu sözünden esinlenmediğini söylemek güçtür: “*Kent için iyi olanı elde etmek ve korumak, birey için iyi olanı elde etmeden daha iyi ve amaca daha uygundur*”. Bkz. Ahmet Arslan, *Felsefeye Giriş*, Serbest Akademi Yayınları, 2021, s. 164.

¹⁰¹ Karen Lee, s. 893-894.

¹⁰² Cahill, s. 284; Hollenbach, “Common Good Revisited”, s. 87; Aziz Said, s. 74.

¹⁰³ John J Coughlin, “Pope John Paul II and the Dignity of the Human Being”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 27, 2003, s. 77-78; Elshtain, s. 58.

¹⁰⁴ Sachedina, s. 166-167.

¹⁰⁵ “**163.** *insan ne özgürlük talebinden ne de toplumsal yaşamın anlamından kaçamaz*”

ortak iyi değildir, aksine ortak iyi kendi başına bir hedef değil, nihai hedef olan Tanrı'ya ulaştıracak bir araç olarak yorumlanmaktadır. Dolayısıyla Tanrı'nın emirleri, toplumun ortak iyisini oluşturur¹⁰⁶. Vatikan'a göre bireyin kendisini geliştirebilmesi, toplumun bu ahlaki devam ettirmesine bağlıdır. Bunun için de birey kendi özünü, tek başına değil toplum içinde (*with others*) ve "toplum için" (*for others*) olursa geliştirebilir. Ayrıca ortak iyinin etki ettiği alan o kadar geniştir ki içine aileyi, aracı grupları, örgütleri, girişimleri ve devletleri dahi alır¹⁰⁷.

Hristiyanlıkta olduğu gibi İslam geleneğinde de kamu menfaatinin bireysel menfaatler karşısında öncelendiği görülmektedir. İslam devletinin idarecisi, İslami hükümlerin uygulandığından emin olmalıdır. Bu nedenle bireyin kişisel iyi arayışı değil toplumun ve otoritenin menfaatleri önceliklidir. Dolayısıyla önce din, dinde hüküm bulunmadığında ise siyasi otorite, ahlakın korunması için gerekli gördüğünde bireye toplum lehine ödev yükler¹⁰⁸. İslam literatürü ortak iyi kavramını *maslahat* ile karşılamıştır ve bu kavram hem hukukun hem de siyasetin birleşme noktasıdır. Buna göre otorite, toplumun menfaatine hizmet eden politikalar tercih eder. Bu menfaatler ise her halükarda İslam'ın hükümleridir ve ulema maslahatı şeriatından türetilir¹⁰⁹.

zira toplum ne dışsal ne de insana yabancı bir gerçeklik değildir. (...)

¹⁰⁴ Ortak iyi (*common good*) ilkesi, eğer tüm insanların onuru, birliği ve eşitliğinden kaynaklanan bütüncül anlamıyla elde edilmek isteniyorsa, tüm hayatı kuşatmak durumundadır. Öncül ve geniş bir şekilde kabul edilen anlamına göre ortak iyi, bireylere ve gruplara olduğu gibi tüm insanlara tamamen ve daha kolay bir şekilde kendilerini gerçekleştirme imkânı veren sosyal şartların toplamıdır. Ortak iyi basit bir şekilde bir toplumsal kişiliği oluşturan her bir öznenin hususi iyilerinin toplamından teşekkül etmez. Herkese ve her bir bireye ait olarak ortaktır ve öyle kalır çünkü o bölünmezdir ve yalnızca birlikte onu elde etmek, geliştirmek ve gelecekte de etkinliğini korumak mümkündür. Tıpkı bireyin ahlaki eylemleri iyi olanı yapmakla başarıya ulaştığı gibi aynı şekilde bir toplumun eylemleri de kâmil kişiliğini (*stature*) ortak iyiyi meydana getirdiklerinde ulaşır. Bu yönüyle ortak iyi ahlaki iyinin sosyal ve toplumsal boyutu olarak anlaşılabilir." Bkz. Pontifical Council for Justice and Peace, (2004), parag. 163-164.

¹⁰⁶ Pontifical Council for Justice and Peace, (2004), parag. 170; Aquino'lu Thomas için de ortak iyi, Tanrı'nın emir ve yasaklarından başkası değildir. Bkz. Jaede, s. 4; Cahill, s. 282-283; Hollenbach, "Common Good Revisited", s. 81, 87.

¹⁰⁷ Pontifical Council for Justice and Peace, (2004), parag. 165.

¹⁰⁸ Anver M. Emon, "Huquq Allah and Huquq al-Ibad: A Legal Heuristic for a Natural Rights Regime", *Islamic Law and Society*, 13 (6), 2006, s. 326; Delacoura, s. 45; Zaman, s. 134-135.

¹⁰⁹ Özellikle 10. yüzyıldan itibaren Gazali başta olmak üzere İslam düşünürleri, idarecinin vahyin öngördüğü maslahatı karşılamayı amaç edinmesi gerektiğine vurgu yapmışlardır. Dinin

Bu bağlamda, Kur'an-ı Kerim'de yer almasa bile âlimlerin yorum yoluyla türeteceği ve bu prensiplere aykırı olmayan diğer maslahatlar da din ile uyumlu olmak durumundadır¹¹⁰. Buna uygun olarak hükmedilen idarecinin emirleri karşısında birey itaat ile yükümlüdür. Yani birey ile devlet eşit statüde değildir¹¹¹. Bu bağlamda hukukçular toplumsal faydaya yönelen ve kamusal menfaatin olduğu meseleler ile onların ahlaki sonuçlarının söz konusu olduğu konuların *Allah hakkı*¹¹² (*huququallah*) olduğuna dikkat çekmiş, bu haklar söz konusu olduğunda bireysel hakların sınırlandırılabilceğini ifade etmiştir¹¹³. Bunlar öyle haklardır ki af ya da sulh ile ıskatı mümkün olmadığı gibi aynı zamanda kaldırılamaz ve değiştirilemezdir. Bununla birlikte bazı durumlarda insanların sahibi olduğu haklar (*kul hakkı*, *huquq al-ibad*) ile Allah hakları çatışabilmektedir. Bu çatışma durumunda, *toplumun genel menfaatinin ve ahlakının üstün tutulması gerektiği sonucuna varılırsa -ki günümüz açısından pek çok kişisel meselenin toplumun ahlakı gözetilerek Allah hakkı olduğu kabul edilmiştir-* insanın (kulun) hakları sınırlandırılmaktadır¹¹⁴. Bu tür durumlar arasında iftira, hırsızlık ve haydutluk gibi kamunun her bir ferdi açısından maddi zararlar ortaya çıkaran durumlar söz konusu olduğu gibi ilk bakışta kamunun ilgisini çekmeyen zina, fuhuş, içki içmek ve uyuşturucu kullanmak gibi insanın beden ve ruh sağlığını koruması, kendi malını boş yere ve gayrı meşru tarzda telef etmekten kaçınması gibi durumlar da sayılmaktadır. Bu tür durumlarda, kamunun genel ahlakının, huzur ve düzeninin korunmasının

öngördüğü maslahat ise *dinin, aklın, yaşamın, neslin ve malın* korunmasına yönelmiştir. Zaman, s. 131; Felicitas Opwis, "Public Interest" in Patricia Crone, Wadad Kadi, Devin J. Stewart, Muhammad Qasim Zaman, (eds.), *The Princeton Encyclopedia of Islamic Political Thought*, Princeton University Press, 2012, s. 435.

¹¹⁰ Bu alan doğrudan Kur'an veya sünnet içerisinde bulunmayan alandır ve bu alanın ulema tarafından adalet ve dayanışma ilkeleri çerçevesinde yorumlanması beklenir. Bkz. Zaman, s. 134.

¹¹¹ Emon, s. 332'den naklen Baber Johansen, "Sacred and Religious Element in Hanafite Law-Function and Limits of the Absolute Character of Government Authority," in *Islam et Politique au Maghreb*, ed. Ernest Gellner et al (Paris: Centre National De La Recherche Scientifique, 1981, s. 297-299.

¹¹² Allah hakkı isimlendirmesi, Allah'ın bu tür bir hak iddia etmeye ihtiyacı olduğu için değil umumi İslam âleminin faydasına olan durumlar söz konusu olduğunda Allah'ı tazim etmek için tercih edilen bir kavramdır. İslam toplumunun genelinin menfaatine olan hususların önemine dikkat çekmek amacıyla böyle bir isimlendirme tercih edilmiştir. Allah haklarının bir kısmı kullarının namaz, oruç ve hac gibi ibadetleri ile ilgilidir. Buna karşın bu tür Allah hakları çalışmanın kapsamı dışında olduğundan burada ele alınmamıştır. Detaylı bilgi için Bkz. Emon, s. 329; Hallaq, s. 7-9; Bardakoğlu, s. 7.

¹¹³ Bardakoğlu, s. 7.

¹¹⁴ Bardakoğlu, s. 7-8; Arslan, (1997), 129.

gerektiği düşüncesiyle Allah hakkı olarak ele alındığı görülmektedir¹¹⁵.

Peki, ödevler ile insan eyleminin sınırlandırılması arasındaki ilişki nasıldır? Din denilen olgu, iç disiplini vasıtasıyla insan davranışını psikolojik olarak etkileyerek tüm sosyal hayatı düzenlemek niyetindedir¹¹⁶. Yani din, belirli bir davranış biçimini açıkça *dikte eder*¹¹⁷. Bu durum İslam öğretisinde oldukça alenidir. Zira İslam’da ahlaka aykırılık ile yasaya aykırılık aynıdır¹¹⁸. İslam öğretisi Allah’ın birliğini ve yüceliğini öne çıkarır. Dünyevi olan her şey Allah tarafından bahşedilmiştir. Buradan hareketle dinin kişisel, siyasi, toplumsal fark etmeksizin hayatın tüm alanlarını kuşatması beklenir¹¹⁹. Böylece dinen güzel ve ahlaki olmayanın aynı zamanda hukuken de yasak olması gerekir. Allah’ın buyruğu yasadır ve buna aykırı hareket edilemez¹²⁰. Bu durumda bireyin dünyevi eylemleri noktasında kendisi için faydalı olanı tespit etmeden önce hesaba katması gereken ilk kriter, eyleminin Allah’ın emir ve yasakları ile olan uyumunu tespit etmekten geçmektedir¹²¹. Mademki insanı ve nizamı Allah yaratmıştır, öyleyse tüm kuralları koyan da odur ve bu insanın eleştirebileceği bir olgu değildir¹²².

Tarihselliğin genel hatları itibarıyla bu olgunun Hristiyan geleneği bakımından da geçerli olduğu söylenebilir¹²³. Aslında Hristiyanlık, dini otoritenin (*ahlaki olanın*) yalnızca uhrevi konularda söz sahibi olması ve

¹¹⁵ Bardakoğlu, s. 7-8; Arslan, (1997), s. 129.

¹¹⁶ Hallaq, s. 2.

¹¹⁷ Bu noktada dinin dikte edici değil “tavsiye edici” olduğu yönünde tartışmalar da bulunmaktadır.

¹¹⁸ David Hollenbach, “Human Rights and Religious Faith in the Middle East: Reflections of a Christian Theologian”, Human Rights Quarterly. 4 (1), 1982, s. 94-109, s. 104.

¹¹⁹ Hollenbach, “Human Rights and Religious Faith”, s.104.

¹²⁰ Aziz-Said, s. 73; Hollenbach, “Human Rights and Religious Faith”, s.104.

¹²¹ Şii alim Seyyid Hüseyin Nasr’ın ifadesiyle insan varlığının her bir ifadesi organik olarak, birliğin ifadesinin en evrensel yolu olan Şehadet (*Allah’tan başka ilah yoktur!*) ile bağlı olmak zorundadır. Hollenbach, “Human Rights and Religious Faith”, s.104.

¹²² Hallaq, s. 4.

¹²³ Hristiyanlık, dünyevi ve ilahi iktidarların aynı kişi üzerinde birleşmesini reddetse de her iki iktidarın birbirleri üzerindeki etkileri açıktır. Örneğin Şarlman (*Charlemagne*) 794 yılında Kilise Konseyi’ni Frankfurt’ta toplantıya çağırarak teolojik doktrinde ve kilise hukukunda önemli değişiklikler yapılacağını ilan etmiştir. Sonraki Papa’lar da imparatora olan sadakatlerini bildirerek göreve gelmişlerken 1059’a kadar görev yapan 25 Papa’nın 12’si doğrudan imparator tarafından atanmış, 5’i doğrudan imparator tarafından görevden alınmıştır. Bkz. Harold J Berman, “The Religious Foundations of Western Law”, Catholic University Law Review. 24 (3), 1975, s. 495-496.

insanların yalnızca ilahi mesaja “davet” edilmesi üzerine temellenir¹²⁴. Yani bu anlayışa göre ahlak doğrudan yasa anlamına gelmez. Buna karşın Papa III. Innocent döneminde kabul edilen kanonlar vasıtasıyla aile, miras ve çeşitli alanlardaki dini konular düzenlenmiş, bazı suçları hükme bağlanmış, bunların yargılanması için Kilise mahkemeleri kurulmuştur¹²⁵. Bu dönemde Hristiyan ahlakının bizatihi “devlet” gücü vasıtasıyla bireylere dayatılmaya çalışıldığı da vakidir¹²⁶. Buna karşın din/mezhep savaşlarının akabinde modern Avrupa’nın aydınlanma düşüncesi ile birlikte siyasi alanı sekülerleştirilmesi, kilisenin kendini yeniden konumlandırmasına sebep olmuştur. Zira iyi (*ahlaklı*) olan ile doğru (*hak*) artık aynı olmak zorunda değildir. Kilise, modern dünyada gerçek iyinin kendi öğretileri olduğunu kabul etmekte ise de toplumda bu iyileri kabul etmeyen sosyal kesimlerin olduğunu da kabul ederek toplumun dinin belirlediği “iyi” ile değil devletin belirlediği yasa ile yönetilmesi gerektiğini

¹²⁴ Ankara Katolik Kilisesi mensubu Katolik Cizvit Rahip Jean Marc Balhan ile 24.2.2021 tarihindeki mailleşmelerimde kendisi bu durumu şu şekilde izah etmiştir:

“Sevgi yasası, sadece kıyasi anlamda ‘yasa’ anlamına gelir çünkü sevgi ‘yasa’ ile aynı güçte değildir. Sevgi bir ilişkidir: başkaları ‘seni seviyorum’ der ve sen bu sevgiye muhatap olmaya ve ‘ben de seni seviyorum’ diye cevap vermeye ‘davet edilirsın. Bu daveti geri de çevirebilirsin. Bu davete icabet etmeleri için onları ‘yükümlü’ tutamazsın. Tanrı insanlara der ki: ‘Sizi seviyorum’ ve insanlar bu sevgiye özgürce cevap verirler. Tanrı olumlu bir cevabı umut eder çünkü o bizi sever ve bilir ki onun sevgisine karşılık olarak onu ve bunun bir sonucu olarak diğer insanları sevmeye (çünkü Tanrı kendisini diğer insanlar ile tanımlar) ilişkin vereceğimiz olumlu bir cevap bizi derinden mutlu edecektir ve o bizim kendi iyiliğimiz içindir. Fakat biz özgürüz ve ‘hayır’ diyebiliriz. Gerçekten de bu sıklıkla söylediğimiz şeydir ki bu nedenle İsa çarmıha gerilmiştir.” (Sayın Balhan, bu maili İngilizce olarak göndermiş olup metin Türkçe’ye tarafımca çevrilmiştir. Kendisine mailinden yararlanılması konusundaki müsaadesi dolayısıyla şükranlarımı sunarım.)

¹²⁵ Şu nokta karıştırılmamalıdır ki Kilise yalnızca dini konularda yargılama yapma yetkisine sahip olduğunu kabul etmiş, ticaret, barış yapma, mülkiyet ilişkileri ve diğer bazı dünyevi konularda kralların ve feodal beylerin yargı yetkisi devam etmiştir. Buna karşın yine de Kilisenin ahlaki üstünlüğünün kabulü nedeniyle pek çok seküler hukuk alanındaki düzenlemenin kilisenin etkisi ile şekillendiği görülmektedir. Zira devlet adalet ve ahlaki muhafaza etme görevine sahip idi ve Kilise adaletin ve ahlakın ne olduğunun belirlenmesi konusunda kendisini üstün görmekteydi. Yani Orta Çağ’da din ve devlet konuları resmi olarak ayrı olsa da ilişkiliydi. Berman, s. 498, 505-506; Hollenbach, “Human Rights and Religious Faith”, s. 100.

¹²⁶ Balhan, bu durumu, 24.2.2021 tarihli mailleşmelerimizde bu türden bir empoze durumunu Hristiyanlık (*Christianity*) olarak değil, Avrupa’da modern öncesi döneme karşılık gelen ve Hristiyanlığın Avrupa toplumlarını birleştiren ve homojen olarak kabul edilen ahlaki temsil ettiği, Hristiyanlığın siyasi bir toplum oluşturmak için kullanıldığı dönemi ifade eden bir dönem (*Christendom*) olarak tanımlamıştır. Rahip, engizisyona giden sürecin de bu “Christendom” döneminin sonucu olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca Bkz. Balhan, s. 27.

vurgulamaktadır¹²⁷. Dolayısıyla Kilise kendi doğrularına sahiptir fakat bu doğruların kendisi vasıtasıyla bile dayatılamayacağını kabul etmelidir¹²⁸. (Bkz. Yukarıda eşcinsel evliliklere ilişkin Kilise'nin görüşü) Bu yasanın İsa'nın sevgi öğretisine değil farklı kesimlerin bir arada yaşamasını teşvik eden ve uzlaşma ile üretilen bir sürecin sonucu olması gerektiğine dikkat çekmektedir¹²⁹. Diğer yandan Vatikan için toplumda herkes eşit iken devlet de bu toplumsal ahlâkı korumak için üzerine düşeni yapmalıdır. Bu bağlamda uyumu, birliği ve sivil toplumun organizasyonunu garanti etmeli, insanların manevi kemalini tesis edebilmesi için lazım gelen maddi, kültürel, ahlaki ve manevi iyilere ulaşmasını kolaylaştırmalıdır¹³⁰.

III. İnsan Onurunun Kaynağı: Tanrı'dan İnsan Zihnine Göç

Özellikle 16. ve 17. yüzyılları saran din savaşları sonrasında Avrupalı düşünürler doğal hukuk anlayışını belirli bir dini anlayış çerçevesinden çıkarmaya, dini doğal hukuk yorumunun benimsediği ödev ve yükümlülük alanından *bireysel özgürlük* alanına taşımaya yönelmişlerdir¹³¹. Bu nedenle Hobbes, Locke ve Rousseau gibi düşünürler bu hakların temelini doğa durumunda aramaya çalışmışlardır. Böylece hukukun organizasyonu, devlet ve kilise arasındaki etkileşimden değil bireyin zaten sahibi olduğu kabul edilen haklar etrafında şekillenecekti¹³². Ancak başlangıçta hakların kaynağının halen "kişinin" dışında, aşkın bir varlığa dayandırılmak suretiyle ispat edilmeye çalışılması söz konusu idi. Zira Locke dahi, insanların doğa durumunda uygun gördükleri şekilde eyleme imtiyazına sahip oldukları ve herkesin doğmak itibarıyla birbiri üzerinde üstünlük kurmadıkları mükemmel bir özgürlük ve eşitliğe sahip olduklarına dikkat çekmektedir.¹³³ Bunu yaparken ise bu hakların kaynağını kadir-i mutlak ve sonsuz hüner sahibi bir varlığa

¹²⁷ Balhan, s. 25-26, 29; Benzer yönde Bkz. Hollenbach, "The Common Good Revisited", s. 82; Jaede, s. 7.

¹²⁸ Hollenbach, "Common Good Revisited", s. 84.

¹²⁹ Balhan, s. 28; Villa-Vicencio, s. 589.

¹³⁰ Vatikan, bunun için demokratik devlette halkın çoğunluğunu temsil edenlerin alacağı kararlardan azınlıkların olumsuz bir şekilde etkilenmesinin de engellenmesi gerektiğine dikkat çekmektedir. Bkz. Pontifical Council for Justice and Peace, (2004), parag. 169.

¹³¹ Douzinas, s. 11.

¹³² Douzinas, s. 19.

¹³³ John Locke, Second Treatise of Government, C. B. Macpherson (ed.), Hackett Publishing Company, Inc., 1980, s. 8 (Chapter II parag. 4.)

atfetmekte, insanların dünyaya bu egemen varlığın emri ile gönderildiğine dikkat çekmektedir¹³⁴. Yani Locke, bireyin doğa kanunları vasıtasıyla elde ettiği haklara ve bu hakların akıl yoluyla keşfedildiğine dikkat çekmektedir¹³⁵ ancak bu hakların Tanrı tarafından verildiğini de peşinen kabul eder¹³⁶.

Aydınlanma sürecinin devamında ise insan haklarının temeli olarak yaratıcı figürünün devreden çıkarılarak zamanla kaynağın insan olduğu fikri ağırlık kazanmaya başlamıştır. Çalışmanın bu kısmında da insan onurunun temeli olarak insan zihnini, insanın özerkliği ve eşitliğine dayandıran görüşlere yer verilecektir.

A. İnsan Onurunun “Ben”de Kurulması: Kant

İnsan onuru ve insan haklarının ilahi bir varlık tarafından verilmesine gerek olmaksızın bireyin içinden gelen, bireyin *kendinde bir değer* olmasından kaynaklandığını ilk ortaya atan düşünür Kant’tır. Düşünür, insan onurunu, genel olarak ise bilginin kaynağını, dış dünyada konumlanmış ve zamana/mekâna bağlı olmayan aşkın bir varlığa bağlamaz. Kaldı ki düşünüre göre Tanrı’nın varlığı, ruhun ölümsüzlüğü ve maddi dünyanın gerçekliği akıl ile kuşatılamaz¹³⁷. Kant için bilgi, özne olan “ben”de kurulur. Bu öz ancak bireyin deneyimine bağlı, yani “ben”in sahip olduğu zihninden ayrı düşünülemez olan deneyimin *a priori* zemini olan öğelerdir¹³⁸. Yani nesnel, bağımsız formları oldukları için değil biz onların öyle olduklarına ilişkin formlara zihnimizde sahip olduğumuz için o şekilde algılarız¹³⁹. Eğer insanın zihninden bağımsız, aşkın, zamandan ve mekândan bağımsız bir ideadan bahsedemiyor isek bu “aşkın” varlıktan kaynaklanan ahlak anlayışı da yerini *insan tarafından*

¹³⁴ Locke, s. 9 (Chapter II, parag. 6).

¹³⁵ Locke, s. 9 (Chapter II, parag. 7).

¹³⁶ Freeman, “The Problem of Secularism”, s. 387-388; Michael Freeman, “The Philosophical Foundations of Human Rights”, Human Rights Quarterly, 16 (3), 1994, s. 491-514, s. 497; Henri Feron, “Human Rights and Faith: A ‘World Wide Secular Religion’?”, Ethics & Global Politics, 7 (4), 2014, s. 187; Ancak dikkat edilmelidir ki bu Tanrı, Hristiyan öğretisindeki Tanrı değildir. Daha çok deist bir anlayış çerçevesinde şekillenmiştir. Sonuç olarak tarafsız, zamanla ruhaniyeti azaltılacak olan bir Tanrı’dan bahsetmekteyiz.

¹³⁷ Yazar bu bilginin varlığı bu nedenle tarafsız olarak ispat edilemez nitelikte ise öznel olarak bir şart öne sürmeksizin doğruluğunu kabul etmemiz gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Feron, s. 189.

¹³⁸ Gözkan, s. 10-11.

¹³⁹ Gözkan, s. 32-33; Muhammet Sait Duran, “Kant’ın Ödev Ahlakı Üzerine”, Temaşa: Erciyes Üniversitesi Felsefe Bölümü Dergisi, 6, 2017, s. 60.

*formüle edilen, kaynağı insan olan bir hakikat anlayışı ve ahlak yasasına bırakmaktadır*¹⁴⁰.

Kant'a göre bir doğa yasasını oluşturmak için iki husus gerekmektedir. Bunlar belirlenim (*determination*¹⁴¹) ve doğa kanunlarının tecrübe ile yasalaştırılması (*legislation*)'dır¹⁴². Doğa kanunları açısından bunlar mekaniktir, yani formülleri itibarıyla kesindir. Diğer yandan Kant, ahlak yasalarının da yine bu belirlenim ve yasalaşma özelliklerini taşıdığını kabul eder. Lakin insan, özgür irade sahibidir. Yani duyularının etkisi altında kalmadan aklının iradesi ile özgürlüğünün imkânını ortaya koyabilir¹⁴³. Böylece, ahlaken yapılması gerekeni bilmesine karşın bu yasalara uyup uymamak konusunda serbesttir. Bu da insanı diğer nesne ve canlılardan ayırır¹⁴⁴. Yani doğa için belirli/sabit olan, insan için “*duruma bağlı*” (*contingent*) hale gelir¹⁴⁵. Birey, kendi değerlerini, menfaatlerini ve arzularını kendisi inşa edebilir, kendi hayat anlayışı çerçevesinde kişisel kararlarını verebilir. Bu onun özerkliğine işaret eder. Özerkliğe sahip olabilmesi için de bireyin *akıl sahibi olması* ve *dış baskılardan bağımsız* olması gerekmektedir¹⁴⁶. Bu sayede birey doğadaki diğer “şeylerden” ayrılır. Zira diğer şeylerin bir ederi (*price*) bulunmaktadır. Buna karşın insan, özgür iradesi ve özerkliği sayesinde diğer şeylerden ayrılır ve insanın ederinden değil ancak değerinden/onurundan (*dignity*) bahsedebiliriz ki onur denilen bu olgu herhangi bir paha ile ölçülebilir nitelikte değildir¹⁴⁷. Elbette Kant'ın ödev ahlakı içerisinde birey aklı ile evrensel doğruyu tespit ettiği andan itibaren, her ne kadar iradesi ile bu doğru eyleme riayet etmemek gibi bir kabiliyete sahip ise de doğru eylemde bulunmak gibi bir yükümlülüğü

¹⁴⁰ Gözkan bilginin kaynağının aşkın olandan “ben”de kurulmasına doğru olan yolculuğu, Kant'ın, Aristoteles ve Platon'un iki bin yıllık şemsiyesini kapatarak felsefe dünyasında kendi şemsiyesini açması olarak mecazi bir ifade ile resmeder. Zaten bu nedenledir ki yazarın çalışmasının başlığı *Kant'ın Şemsiyesi* ismini taşımaktadır. Gözkan, s. 9-13.

¹⁴¹ Buradaki belirlenim, temelde doğada her varlığın sebepler çerçevesinde, mekanik olarak hareket ettiği, canlıların ise duyularının zorunlu yönlendirmeleri ile hareket ettiğiidir.

¹⁴² Doğa yasaları biz onları keşfetmeden önce de bu çerçevede faaliyettedir ancak insan tecrübesi ile bufaaliyeti tespit eder ve yasalaştırır. Bkz. Eric Watkins, “What Is, for Kant, a Law of Nature?”, *Kant-Studien*, 105(4), 2014, s. 482-483.

¹⁴³ Duran, s. 63, 74.

¹⁴⁴ Duran, s. 62.

¹⁴⁵ Bkz. Watkins, s. 486.

¹⁴⁶ Barroso, s. 368.

¹⁴⁷ Deryck Beykeveld/ Roger Brownsword, “Human Dignity, Human Rights, and Human Genetics”, *The Modern Law Review*, 61 (5), 1998, s. 666.

(*obligation*) bulunmaktadır¹⁴⁸. Buna karşın doğru davranışın bizzat insanın iradesinin sonucu olabilmesi için bireyin nasıl davranacağını belirlemek gibi bir özgürlüğe sahip olması gerekir¹⁴⁹.

“*Nasıl davranmalıyım*” sorusunun ikinci temel özelliği “*yasalaştırmak*”tır. Kant, bilginin diğer kaynaklarında olduğu gibi, ahlak yasalarını da Tanrı’dan çıkarmadığına göre yasaların da “ben” tarafından kurulması gerekmektedir. Bu noktada özerk akıl devreye girmektedir¹⁵⁰. İnsan, eylemlerinden ve kaçındıklarından sorumlu olan varlık olarak neyin doğa ile uyumlu ve neyin uyulması zorunlu olduğunu bizzat kendisi belirleyecektir. Kendi kararlarını verme iktidarı bulunan aklın, bu kararlarını bağlayıcı addetmesi ise kaçınılmazdır¹⁵¹. Çünkü insanın kendi yasa koyucusu kendisidir. Kant’ın kurguladığı *kendiliğinden (spontaneous)* ve *aktif kuvvet (active faculty)* olan bu akıl, insanı diğer tüm canlılardan üstün bir konuma da oturtmaktadır. Ayrıca ahlak yasasına uymak konusunda yükümlülüğü olan ancak seçme özgürlüğü nedeniyle de uygun davranmamayı seçebilecek insanın bu yükümlülüğünü sağlayan gereklilik de bu nedenle insanın aklıdır¹⁵².

Peki, akıl, insanın *kendi özgür iradesi ile ahlaklı davranmasını* nasıl sağlamaktadır? Kant’a göre akıl vasıtasıyla yapılacak olan çıkarsamalar, bireyin tecrübelerinden ya da olgulardan hareket etmemeli, rasyonel, özgür ve ahlaki bir varlık olmasından hareketle *evrensel* kabul görececek çıkarsamalar yapılabilmelidir¹⁵³. Bu ayrıca Kant’ın ahlak yasası ilkelerinden (*maxims*) ilkinin oluşturur: “*Öyle eyle ki eylemin evrensel bir yasa olsun!*” Bu prensip, bireyin an itibarıyla kendi çıkarına olacak eylemlerdense ortalama, makul her insan tarafından doğru davranış olarak kabul edilebilecek bir eylem sistemi geliştirmek bakımından ancak akla uygun davranan özgür (*ya da etki altında kalmamış*) bir bireyin hareket tarzını oluşturabilir¹⁵⁴. Akabinde ise Kant bu evrenselliğin çerçevesini çizer: “*Öyle muamele et ki insanı bir araç olarak değil amaç olarak gör!*” Bu iki prensipten şu sonuçlar çıkmaktadır: İnsan

¹⁴⁸ Watkins, s. 486-487.

¹⁴⁹ Duran, s. 65-66.

¹⁵⁰ Watkins, s. 487-488.

¹⁵¹ Duran, s. 63.

¹⁵² Karol Kuzmicz, “The Kantian Model of the State Under Rule of Law”, *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric*, 19(2), 2009, s. 13-14; Watkins, s. 488-489; Duran, s. 72.

¹⁵³ Kuzmicz, s. 15.

¹⁵⁴ Kuzmicz, s. 16.

*yasa koyucudur*¹⁵⁵. Yasa koyucunun elbette bu prensipleri belirledikten sonra bunları yasalaştırabilmesi, yani koyduğu yasa kurallarına bizzat bireyler tarafından itaat edilebilmesi için *yasaların herkes için geçerli olabilmesi* gerekir. Bu da yasaların *eşitlikçi* olmasını, bireyi kendinde araç değil amaç olarak görebilmek ise bireye atfedilen *özgürlükçü* anlayışı ortaya çıkarır¹⁵⁶. Bunun bir diğer sonucu ise şudur ki herkesin yasa koyucu olduğu bir sistemde kişinin “evrensel” olarak addettiği bir yasayı kabul ettirebilmesi için *uzlaşma sağlanabilmesi*, uzlaşma sağlanabilmesi için de *herkesi ikna edecek geçerli gerekçelerin (maksimlerin)* ilan edilmesi gerekecektir. Ancak bu şekilde, kişi kendi koyduğu kurala itaat etmiş olacaktır¹⁵⁷. Ancak bu temellere dayanan yasaların toplumu organize etmesi ve bağlayıcı kurallar koyması mümkün hale gelir¹⁵⁸. Özetle Kant, davranış normlarının, yani bireyin eylem alanının (özgürlüğünün) kaynağını Tanrı’da değil bizzat insan zihninde arar. Dolayısıyla sekülerdir.

Buna karşın Kant’ın özgürlük anlayışı bazı eleştirilere tabi tutulmaktadır. Bir kere Kant’ın insan onuru tanımlaması birey temelli ise de toplumsal yaşama dikkat çekmeye de devam eder. Düşünür bireyi toplum vasıtasıyla sınırlandırır. Zira Kant, rasyonel bireyin özgürlüğünün bağlayıcı toplumsal kurallar ile dengelenmesini tarihin hedefi olarak belirler. Buradaki amaç ise ahlak yasalarına uygun olarak *kolektif bir yaşam modeli* oluşturmaktır¹⁵⁹. Ayrıca, insan onurunu insanın özerkliğine, ahlaken doğru ile yanlış ayırt edebilmesi kabiliyetine dayandırması dolayısıyla örneğin çocukların ya da bitkisel hayattakilerin dışlandığı ifade edilmektedir¹⁶⁰. Diğer yandan Kant’ın bireyin kendi onurundan fedakârlık edemeyeceği düşüncesi aşırı yorumlanmaya müsaittir. Bu durumda bireyin özgürce aldığı bazı kararların

¹⁵⁵ Bireyin yasa koyucu olabilmesi için bir ulusa yönelik alınan bağlayıcı kararların yapım sürecine katılabilmesi gerekir. Böylece kendisini *eş-yasa koyucu* olarak görebilecektir. Kuzmiec, s. 26; Barroso, s. 359.

¹⁵⁶ Kuzmiec, s. 17-22, 26.

¹⁵⁷ Kuzmiec, s. 28.

¹⁵⁸ Kant, insanın akıl yoluyla, *insanın doğasına uygun olan yasaları tespit etmesi* gerektiğini ifade etmektedir. Bu nedenle de insanın öznel tecrübelerini bir kenara bırakması gerektiğine dikkat çeker. Eğer mevcut hukuk kuralları bu doğa yasalarını uygulamak ve yürürlüğe koymak konusunda yetersiz ise yasa koyucuların en kısa sürede doğa yasaları yönünde düzenlemeler yapmaları gerektiğinin de farkındadır. Kuzmiec, s. 17-22; Benzer yönde Bkz. Duran, s. 68.

¹⁵⁹ Kuzmiec, s. 24.

¹⁶⁰ Doris Schoreder, “Human Rights and Human Dignity An Appeal to Separate the Conjoined Twins”, *Ethic Theory Moral Prac*, 15, 2012, s. 330.

kendi onuruna müdahale oluşturabileceğine yönelik değerlendirmeler, bireyin kendi yaşamının gidişatını belirleme yönündeki takdir alanını ölçsüzce sınırlandırmaya müsaittir¹⁶¹.

B. İnsan Haklarının Türetilmesi: Amaçsal Eyleyebilen Özne ve Karşılıklılık

“İnsanlar sadece onurlu oldukları için ‘şu, şu ve şu’ haklara sahiptir” gibi bir çıkarımda bulunulduğunda bu çıkarımlar “sübjektif” kalabilmekte ve pek çok kimseyi ikna edememektedir¹⁶². Bu durumda, *insan onurunun mevcudiyeti kabul edilse bile*, haklarının nasıl türetileceği sorunu önemli bir görüş ayrılığını beraberinde getirmektedir. Gewirth’e göre insan hakları *insanın amaçladığı ve kendisi için iyi olduğunu düşündüğü eylemlerde bulunması ve amacına ulaşmak konusundaki talepleri* olarak değerlendirilmelidir. Çünkü her birey özgür olmak ve esenlik (well-being) hakkına sahiptir. Yani bir anlamda bireyin menfaatleri, hakka dönüşme potansiyeline sahiptir. Buna karşın Gewirth bireyin kendisi için iyi olduğunu düşündüğü her menfaatini hak olarak telakki ederek muhataplarına yönelik bir talebe çeviremeyeceğini ifade etmektedir. Ya da soru şudur: Birinin bir şeyi yapmak ya da kendisine bir şey yapılmasından kaçınmak gibi bir gereksiniminin olması, diğerleri üzerinde neden bir yükümlülük yüklesin?

Gewirth, insanın amacına bir eylem vasıtasıyla ulaşabileceğine dikkat çektikten sonra her *eylemin insan türüne özgü (generic features of the action)* iki özelliği olduğuna dikkat çekmektedir¹⁶³. Bunlardan ilki *irade* ya da özgürlüktür. Bu kavram, bireyin davranışlarını fiziksel, psikolojik ya da duygusal bir zorlama veyahut da dışsal bir tehdit olmaksızın yalnızca kendi seçimleri ile kontrol edebilmesi anlamına gelmektedir¹⁶⁴. Böylece insanın yaptığı seçimler vasıtasıyla yöneldiği amacı, bir dış yönlendirici/zorlayıcı

¹⁶¹ Beyleveld/Browsword, (1998), s. 668-669.

¹⁶² Ari Kohen, “The Possibility of Secular Human Rights: Alan Gewirth and the Principle of Generic Consistency”, *Human Rights Review*, 7(1), 2005, s. 49-75, s. 51.

¹⁶³ Erdoğan, s. 59.

¹⁶⁴ Dışsal bir olgunun insanın kararlarını etkilemesi ihtimali her zaman vardır. Bazen bu olgunun etkisi güçlü bazen de zayıf olabilir. Ancak burada kastedilen dışsal bir olgunun hiç olmaması değil, bu olgunun, insanın karar alımı sürecinde kararın kendi özgür iradesi ile alınmasının önüne geçmemesidir. Bkz. Kohen, “The Possibility of Secular Human Rights”, s.55; Freeman, “The Philosophical Foundations”, s. 506; Philip Bielby, “Gewirth’s Theory of Agent Rights”, *Competence and Vulnerability in Biomedical Research*, Springer Science+Business Media Dordrecht, 2008, s. 76.

etmen olmaksızın yalnızca ihtiyacı/menfaati olmalıdır¹⁶⁵. Diğer özellik ise *amaçsallık* (*purposiveness*) ya da *yönelmişlik* (*intentionality*) olarak adlandırılabilir olan eylem ile ulaşılmak istenen hedef veya eylemin gerekçesini kuran amaçtır. Yani her eylemin başarmayı hedeflediği bir amaç bulunmaktadır¹⁶⁶. Eylemin başarısı için gerekli şartların ve imkânların da dâhil edildiği şekilde kapsam genişletildiğinde yazar eyleminin amacını “iyi” olarak kurmaktadır¹⁶⁷ ve bu durumu özetleyen kilit sözcük *iyilik, refah, esenlik* (*well-being*) olarak adlandırmaktadır¹⁶⁸. Elbette insanın toplumsal bir varlık olduğu dikkate alınırsa bireyin eyleminin ve eylem için gerekli olan amaçsallığın bir hakka dönüşebilmesi için öncelikle amacının esenliği için zorunlu olduğuna kendisi ikna olmalıdır. Bu ikna ile birey, amacına ulaşma yolunda, muhataplarından müdahaleden kaçınmalarını ya da bu yolda yardımlarını talep eder¹⁶⁹. Buraya kadar ahlaklı bir davranış yoktur çünkü birey halen kendi menfaatlerini düşünmektedir¹⁷⁰.

Sonraki aşamada ise bu zorunlu amaçsallığın diğer tüm özneler tarafından da kişinin iyiliği için gerekli olduğu yönünde bir kabul oluşmalıdır¹⁷¹. Yani özneler arasında karşılıklı bir iletişim söz konusudur¹⁷². Bu kabulün oluşabilmesi için makul özneler, kendilerinin de aynı zorunlu iyiyi elde etme amacına yönelen bu eylemi yapma ihtimalini göz önünde bulunduklarında –ki yazar için bu özneler muhtemel amaçsal özne (*prospective purposive*

¹⁶⁵ Deryck Beyleveld, “The Principle of Generic Consistency as the Supreme Principle of Human Rights”, *Human Rights Review*, 13 (1), 2012, s. 1-18, p. 4.

¹⁶⁶ Gewirth, s. 13; Freeman, “The Philosophical Foundations”, s. 505; Kohen, “The Possibility of Secular Human Rights”, s.55; Bielby, s. 68.

¹⁶⁷ Freeman, “The Philosophical Foundations”, s. 505.

¹⁶⁸ Yazar bu esenlik kendi içinde üçe ayırmaktadır. Bunlardan ilki *temel esenlik* olarak karşımıza çıkar ve yaşam, fiziksel bütünlük, akli denge gibi hedeflerini karşılayabilmek için olmazsa olmaz olan gereksinimleri karşılar. Diğeri ise kendinden bir şeyin çalınmaması ya da kendisine yalan söylenilmemesi gibi bireyin genel amaçlarına ulaşabilmesi için esenliğindeki azaltılmayacak olan seviyeyi gösteren *eksiltilemez esenliktir* (*nonsubtractive well being*). Son olarak birinin amaçlarını yerine getirebilmek ve esenliğinin seviyesini artırabilmek için imkân ve kabiliyetlerini oluşturan eğitim, öz saygı, gelir ve refahını elde etme fırsatları gibi taleplerden oluşan *artırıcı esenlik* (*additive well being*)tir. Bkz. Gewirth, s. 14.

¹⁶⁹ Freeman, “The Philosophical Foundations”, s. 506; Beyleveld, s. 5; Bielby, s. 70.

¹⁷⁰ Freeman, “The Philosophical Foundations”, s. 506.

¹⁷¹ Erdoğan, s. 60.

¹⁷² Yazar buna *diyalektik olarak zorunlu yöntem* (*dialectically necessary method*) olarak isimlendirmektedir. Gewirth, s. 16.

*agent*¹⁷³) olarak adlandırılır- bu zorunlu amacın herkes tarafından saygı gösterilmesi ve ihlalden kaçınılması gereken bir hak oluşturduğunu kendiliğinden kabul edecekler ise bu durumda eylemin yöneldiği amaç bir “hak” oluşturmaktadır¹⁷⁴. Bu durumda en bencil insan dahi kendisinin bu eylemin idarecisi olabileceği ihtimali karşısında başkasının hakkına saygı göstermek durumunda olduğunu kabul edecektir¹⁷⁵. Bu noktada önemli olan ise, amacının iyi olduğuna ilişkin birey tarafından öne sürülen ve makul olan herkes tarafından reddedilemez ve akla uygun bir gerekçe olarak kabul edilen bir iddianın varlığıdır¹⁷⁶. Sonuç olarak tüm güncel ve muhtemel özneler için kabul edilmek zorunda olan özgürlüğün ve esenlik hakkının evrenselleşmesi söz konusu olacaktır¹⁷⁷. Evrenselleşen bu hak, Kant’ta olduğu gibi, ahlak yasasına dönüşmektedir¹⁷⁸ zira bu karşılıklılığın sağlıklı bir şekilde tesis edilmesi ile birey, kendi ile birlikte diğer öznelerin haklarını da dikkate alarak eylemde bulunuyor demektir¹⁷⁹. Bu noktada Gewirth’in teorisinde insan onurunun konumu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Yazar insan haklarını insan onurundan çıkarsamaz. İnsanın nihai amacını temel bir ahlaki statüyü korumak, yaşamını korumak, kendini geliştirebilmek, hedeflerini başarabilmek, baskı ve zarar görmeksizin amaçlarını gerçekleştirmek, karşılıklı saygı çerçevesinde diğerleri ile irtibat kurmak olarak kurgular. Yani insana değerini veren bu amaçlarıdır. İnsan onuru da bu amaçlardan türemektedir¹⁸⁰.

C. Çoğulcu Toplumda İnsan Haklarının Müzakere Yoluyla Türetilmesi ve John Rawls

Rawls da insan haklarının kapsamını tanrısal olanı değil insanı merkeze alarak inşa eder¹⁸¹. Ancak farklı olarak demokratik olarak insanlığın eskisinden

¹⁷³ Bielby, s. 70.

¹⁷⁴ Kohen, “The Possibility of Secular Human Rights”, s.57-58.

¹⁷⁵ Yani insan hakkının kaynağı bir başka şeye dayanmaksızın yalnızca insanın güncel ya da muhtemel özne olmasıdır. Bkz. Bielby, s. 71-72.

¹⁷⁶ Bielby, s. 74.

¹⁷⁷ Kohen, “The Possibility of Secular Human Rights”, s.60.

¹⁷⁸ Gewirth, Kant’a göndermede bulunarak kendi sistemini şu şekilde formüle etmektedir: “Öyle eyle ki eylemin seninki ile birlikte senin eyleminin muhatabının (your recipient) insan türüne özgü haklarına uygun olsun!” (Act in Accord with the generic Rights of your recipients as well as of your”.

¹⁷⁹ Gewirth, s. 16-19.

¹⁸⁰ Freeman, “The Philosophical Foundations”, s. 507-508.

¹⁸¹ Mehmet Kocaoğlu, John Rawls-Adalet Teorisi ve Temel Kavramları, İmaj Yayınları, 2015,

daha ilerde olduğunun farkındadır ve amacı kurumları temelden inşa etmek değil var olanları geliştirmektir¹⁸². Bu nedenle de düşünür insanın akıl sahibi olması ve eşitliği olgusunu peşinen kabul eder. Teorisinin insan onuruna dayanmadığı eleştirileri karşısında ise *Adalet Teorisi (A Theory of Justice)* çalışmasının sonlarına doğru açıkça teorisinin temelini insan onuru ile ilişkili olduğunu, adalet ilkelerinin insana saygı kavramından türetilmediğini iddia etmenin hata olduğunu, bu ilkelerle insan onurunun daha iyi anlaşılabilirliğini ifade eder¹⁸³.

Rawls rasyonaliteyi ve eşitliği kendi tasarımı olan bir ilk durum (*original position*) ile izah eder¹⁸⁴. Bu ilk durumda, eşitliği vurgulamak adına, insanların, dinleri, milliyetleri, meslekleri, sosyal ve ekonomik durumları, hatta psikolojik durumları ve cinsel eğilimleri gibi kendi öznel durumlarına ilişkin bilgi sahibi olmadıkları, unuttukları tasavvur edilir¹⁸⁵. Böylece bireylerin ön yargılarından ve kalıplaşmış ahlak anlayışlarından uzaklaşmaları, genel gözlemleri ile genel bilgileri¹⁸⁶ vasıtasıyla anlaşabilmeleri sağlanır. Akıl sahibi insanlar olarak bu ilk durumdakilerin bir sistem inşa etmeleri durumunda öncelikle, sosyal varlıklar olan insanların toplumsal işbirliğini sağlayacak adalet ilkeleri üzerinde anlaşacakları varsayılır¹⁸⁷. Bu durumda bireylerin yaptığı, kendilerini muhatapları karşısında avantajlı duruma getirmek ya da diğerlerini kendi ahlak anlayışı ile baskılamak, diğeri karşısında şefkat ya da hınc ile hareket etmek olamaz. Çünkü kimse unuttuğu öznel bilgilerini

s. 36.

¹⁸² John Rawls, "The Idea of An Overlapping Consensus", *Oxford Journal of Legal Studies*, 7 (1), 1987, s. 2.

¹⁸³ John Rawls, *The Theory of Justice*, Revised Edition, Harvard University Press, 1999, 513.

¹⁸⁴ İnsanların rasyonel olması ve eşit olması gibi zorunluluklar ilk durum tasarımının varsımsal zorunluluklarıdır. Yani katılımcılar bunu seçmez, tasarım paketinin içerisinde bulunur. Benzer yönde Kocaoğlu, s. 37.

¹⁸⁵ Bunun amacı adil bir sonuca ulaşabilmek için belirli gruplara mensup bireylerin kendi pozisyonlarını diğerlerine dayatmasını engellemek ve çıkan sonuçtan herkesin memnun olmasını sağlamaktır. Rawls'in teorisinde bu, eşitliği sağlamanın ve gruplar arasındaki dengeyi korumanın yoludur. Yazar bu durumu *cehalet peçesi (the veil of ignorance)* kavramı ile izah etmektedir. Rawls, "The Theory of Justice", s. 102-103, 118 vd; Elizabeth A Barre, "Reconciled to Liberty: Catholics, Muslims, and the Possibility of Overlapping Consensus", *Florida State University Libraries-Electronic Theses, Treatises and Dissertations*, Florida, 2009, s. 39.

¹⁸⁶ Rawls ilk durumdaki insanların siyasi konuları ve ekonomi teorisini anladıkları, sosyal organizasyonun temelini ve insan psikolojisinin belirli yasalarını bildiklerini ifade eder. Bkz. Rawls, "The Theory of Justice", s. 119.

¹⁸⁷ Rawls, "The Theory of Justice", 109; Barre, s. 38.

hatırladığında hangi konumda olacağını bilememektedir¹⁸⁸. Örneğin birey dini argümanlar vasıtasıyla bir adalet prensibi geliştirdiğinde, kendisinin aslen ateist olmadığına bilgisine sahip değildir¹⁸⁹. Bu durumda bireyin yapabileceği, “sınırlı” bilgileri çerçevesinde, arzu ettiği davranış normlarının geliştirilmesini tecrübeleri, yaşanmışlıkları ve hissiyatları ile değil akla uygun olarak, kendi menfaatlerine olabilecek en kârlı durumu oluşturmak ve kendi iyi anlayışını diğerleri ile ortaklaşa geliştirmektir. Bu pozisyon, hareket alanını ne kendi ne de diğerleri aleyhine olmayacak şekilde genişletebildiği en optimal durumdur¹⁹⁰. Yani birey, kendi menfaatine olanı ancak diğerlerini de hesaba katarak elde edebileceğinin farkındadır ve buradan itibaren karşılıklı saygı, yardımlaşma ve fedakarlık gelişecektir¹⁹¹. Bu noktada Rawls, müzakere esnasında, taraflar arasındaki farklılıklar bilinmediği için, herkesin aynı konuda aynı argümanlar vasıtasıyla ikna olabileceğine dikkat çekmektedir¹⁹². Açıktır ki bu durumda argümanlar da çıkarsanan ilke ve özgürlükler de tarafsızlık ve makul olmak ile sınırlıdır¹⁹³. Yani Rawls, tıpkı Kant gibi, irade özgürlüğüne sahip olan özgür ve eşit bireyler olarak ne olduğumuzu ya da ne olabileceğimizi ifade etme arzumuzdan –ve bu arzuyu karşılıklılık prensibine bağlayarak- adalet ilkelerini adil bir şekilde çıkarmayı amaçlar¹⁹⁴. Bunu belirleyen ise toplumsal aidiyetimiz değil öz benliğimizdir. Aksi halde birey özerk olamazdı¹⁹⁵. Fakat bunu yaparken öncül olarak belirli bir felsefi görüşü temel almaktansa bu felsefi temelleri bireyin adaletle ilişkin sezgileri ile derin bir şekilde dengelemeyi arzular¹⁹⁶. Sonuç olarak bireylerin hakkaniyet olarak adalet bağlamında çıkarsadığı adalet ilkeleri *eşit siyasi ve sivil özgürlükler, adil fırsat eşitliği, ekonomik karşılıklılık ve vatandaşlar arasında karşılıklı saygı* gibi değerlerdir¹⁹⁷.

¹⁸⁸ Rawls, “The Theory of Justice”, s. 119; Kocaoğlu, s. 43-44.

¹⁸⁹ Barre, s. 39.

¹⁹⁰ Rawls, “The Theory of Justice”, s. 102; Kocaoğlu, s. 38.

¹⁹¹ Barre, s. 39; Kocaoğlu, s. 41-42.

¹⁹² Aksi halde Rawls, bireylerin ittifaklar ya da başka türlü mekanizmalar geliştirerek birbirlerini ikna etmeye çalışacaklarını ifade etmektedir. Ancak gerçek hayatlarındaki pozisyonlarını göz önünde bulunduramayan bireylerin kurdukları ittifakların aleyhlerine olma ihtimali bulunduğundan buna yanaşmayacaklardır. Rawls, “The Theory of Justice”, s. 120-121.

¹⁹³ Kocaoğlu, s. 44

¹⁹⁴ Barre, s. 40; Kocaoğlu, s. 38.

¹⁹⁵ Kocaoğlu, s. 49-50

¹⁹⁶ Barre, s. 40.

¹⁹⁷ John Rawls “The Domain of Political and Overlapping Consensus”, New York Law Revi-

İnsanın iradi olarak kendisi hakkındaki kararları alabilmesi insan onurunun temelidir. Öyleyse kendisinin rızası olmayan bir müdahale insan onuru ile bağdaşmaz. Rawls bu sorunu örtüşen konsensüsü (*overlapping consensus*) tavsiye ederek aşmaya çalışır. Anayasal demokratik konuların (ve elbette insan haklarının) en yetenekli eller tarafından üretilse bile eğer bir oyaşmaya dayanmıyorsa sonraki nesillere aktarılamayacağını düşünür. Bu durumda özellikle karar alımından dışlanan kesimler için ancak bir “zoraki birliktelik” (*modus vivendi*)¹⁹⁸ yaşanır. Örtüşen konsensüs ise dini, felsefi ve ahlaki doktrinler çerçevesinde görüşlerini şekillendiren tüm kesimlerin az ya da çok adil bir anayasal demokrasi konularındaki karar alım sürecinde bir oyaşmaya ulaşmaları olarak tanımlanmaktadır¹⁹⁹. Bunun için Rawls anayasal demokratik konularda uzlaşma zeminini tesis edebilmek adına Kantçılık, faydacılık, Marksizm ve din gibi bireyler arası ilişkilerin tamamını, bir bütün olarak toplumu ve hukuku baştan sona tasarlamayı amaç edinen görüşlerin politik tartışma zemininden dışlanmasını savunmaktadır. Zira bu görüşlerin hiçbiri kamusal olarak tüm bireyleri ikna edebilecek argümanlara sahip değildir²⁰⁰. Özellikle din savaşları sonrasında gelişen siyasi düşünceler ve Reformasyon süreci ile anlaşılmıştır ki çoğulcu bir toplumda bireylerin kendi iyi anlayışlarını, değer yargılarını ve hayat anlayışlarını geliştirebilecekleri birden fazla kapsayıcı görüşün aynı anda bulunabilmesi gereklidir. Yani önemli olan hakikatin keşfedildiği tek bir ahlak sisteminin değil, herkesin kendi hakikatine ulaşmasına imkân tanıyan politik sistemin inşa edilmesidir²⁰¹. İlkinin tercih edilmesi, en iyimser bakış açısıyla bile, kapsayıcı görüşlerden birinin devlet eliyle diğerlerine baskı kurması ve çoğulculuğu engellemesi anlamına gelecektir²⁰². Onun yerine, bu kapsayıcı

ew, 64 (2), 1989, s. 233-255, s. 244.

¹⁹⁸ Rawls, modus vivendi durumunu devletler arasındaki antlaşmalar üzerinden izah eder. Nasıl ki iki devlet arasındaki antlaşmalarda her devlet kendi çıkarına olanı korumayı amaç edinmekte, antlaşma yapılırkenki güç dengesi değiştiği andan itibaren de güç kazanan taraf, elde ettiği güçle kendi lehine hükümleri karşı tarafa dayatmaya çalışmaktadır, aynı şekilde kapsayıcı görüşlerden birinin baskın olduğu bir siyasal kurgulama da diğer kapsayıcı görüşler zayıf olduğu sürece geçerli olacak iken güç dengesindeki değişiklik siyasal kurgunun da zorlanmasına ve hatta parçalanmasına kadar ileri gidebilecektir. Bunu Katolikler ve Protestanlar arasında yaşanan din savaşları dönemlerinde sıklıkla tecrübe etmiş bulunmaktayız. Bkz. Rawls, “Overlapping Consensus”, s. 10-12.

¹⁹⁹ Rawls, “Overlapping Consensus”, s. 1.

²⁰⁰ Rawls, “Overlapping Consensus”, s. 3-5.

²⁰¹ Rawls, “Domain of”, s. 246; Benzer yönde Bkz. Ignatieff, s. 321

²⁰² Rawls, “Overlapping Consensus”, s. 4.

görüşlerin de geniş ölçüde kabul edeceği üzere uzlaşmanın temeli olarak tespit edilen siyasi kavram özgür ve eşit bireylerdir.²⁰³ Elbette her özgür ve eşit aynı zamanda da dindar birey, alınan politik kararların kendi dini görüşü ekseninde doğruluğunu veya yanlışlığını tartacaktır. Aynısını Kant'çı liberal ahlak felsefesini benimseyen bir diğer vatandaş da yapacaktır. Katıldığı ve katılmadığı pek çok meselenin bulunması da kaçınılmazdır. Buna karşın politik alan içerisinde alınan kararların “tamamen” dini ya da “tamamen” liberal ahlak felsefesine dayanması durumunda özellikle insan haklarının şekillendiği hususların konumlandırılması ya da ispat edilebilirliği sorguya açık olacaktır²⁰⁴. Bu durumda çoğulcu bir toplumda yapılması gerekenin ayrıntılar üzerinde tartışma devam etse bile, insan haklarının genel politika üzerinde tüm görüşlerin sahibi olduğu ve siyasal düzemde konumlandırılabilir ve ispat edilebilir olguların üzerine inşa edilmesi olduğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır²⁰⁵. Bu da elbette özgür kamusal aklın kullanımı vasıtasıyla ve karşıdakinin konumuna saygı göstermek suretiyle gerçekleştirilebilecek medeni uzlaşma alanını oluşturacaktır²⁰⁶. Yani Rawls, özgür ve eşit bireylerin insan haklarına inanır ve bu hakların neler olacağına kendilerinin karar vermesini ister. İnsan onuru da mantığı gereği bundan başkası değildir zaten.

²⁰³ Burada dikkat çekilmesi gerekli olan husus şudur ki siyasi kavramları dini ve diğer kapsayıcı görüşlere dikkat etmeden, toplumun zaten sahibi olduğu anayasal demokratik değerler üzerinden inşa etmeye başlamaktan kasıt kapsayıcı görüşler karşısında tam bir kayıtsızlıktır. Bu kayıtsızlık ne onlardan şüphe duymayı ne de olumlamayı gerektirir. Aksine, özgür ve eşit bireylerin ulaştığı oydaşma ile bu kapsayıcı görüşler kesişeceği gibi çatışabilir de. Ancak bu tesadüfidir. Rawls, “Overlapping Consensus”, s. 7-8, 12-13.

²⁰⁴ Zaten yazarın kendisi bu kapsayıcı görüşler tarafından tasarlanabilecek özgür anayasal demokrasileri kötüleyici anlamda “*ütopya*” olarak değerlendirmektedir. Zira bu tür bir devlet yapısını tasarlamak için diğer görüşlerin devlet eliyle baskılanması gerekmektedir. Bkz. Rawls, “Domain of”, s. 249; Rawls, “Overlapping Consensus”, s. 13-15.

²⁰⁵ Esasında, Rawls, kapsayıcı görüşleri bir bütüm olarak dışlamadığını yalnızca makul oldukları sürece kamusal alanda temsil edildiklerini, aksi halde kamusal alan içerisinde herkesi ikna edici olamayacaklarını savunmaktadır. Bkz. Rawls, “Domain of”, s. 249; Rawls, “Overlapping Consensus”, s. 13-15.

²⁰⁶ Rawls için bu yönde bir tercihte bulunmak da, devletin baskı gücü devam ettiği ve ikna araçları ile propaganda yapılabildiği sürece istikrarlı bir sistem kurulabilir. Ancak bu sistem anayasal demokrasiler için sağlıklı ve uzun ömürlü olamayacaktır. Bkz. Rawls, “Domain of”, s. 246 vd; Rawls, “Overlapping Consensus”, s. 13-15.

D. Pratik: İnsanın Onuru İçseldir, O Zaman İnsan Kendi Sınırlarını da Kendi Belirler

1. İnsan Onurunun Kutsallığı Sorunu ve Eleştiriler

Seküler izahlara göre insan onuru insanın eşitliği ve özerkliğinden türer. Yani insanın içinde vardır. Bu var olmak, verilidir. Bir kaynağa ihtiyaç duymaz. Öyleyse bu içsellik varlığına da insanın kendisi inanmak zorundadır. Ancak bu inanç, kendinden başka bir varlığa inanmak değil, kendisinin ürettiği bir inanca dayanmak şeklindedir. Dworkin, insan onuru ile insan yaşamına saygı göstermek arasındaki bağa dikkat çektikten sonra insan yaşamının içsel önemine vurgu yapar. Düşünür, insanın içsel değerinin Tanrısal bir iradeye dayandırılmaksızın bulunduğunu, dindar olmayan insanların bile bu içsel değere saygı duyduğunu, insanın bir başkasına ya da bir nesneye sağladığı menfaatten bağımsız olarak bulunduğunu ifade etmektedir. Yani kişinin bu önemi, yerine getirmesi gerekli bir yükümlülük olmaksızın mevcuttur. Bu da onun içsel değerini ortaya koymaktadır²⁰⁷. Dworkin bu içsel değer ile kutsallık arasında bir bağ kurar. Ona göre kutsallık hem insanın doğadaki konumu gereği biyolojik üstünlüğüne dayandırılabilir iken ayrıca tıpkı ulusal bayrağa saygının insan zihninde kurulması gibi insan yaşamına atfedilen değer de yine insanın bir şeyi onurlandırmayı becerme kabiliyeti, yani insanın yaratıcı kuvveti vasıtasıyla. Böyle olunca bir şeyi kutsal yapan onun bizatihi varlığı değil ona kutsallık atfeden insanın düşüncesi haline dönüşmektedir. Bu durumda Dworkin, tıpkı Kant gibi, insanın kutsallığını Tanrı tarafından yaratılma olgusundan insan zihninin üretimine dönüştürmektedir²⁰⁸.

Peki, “kutsallık” ihtivası gereği aşkın bir kavram olarak, ispatlanamaz ve zatında inanmayı gerekli kılan bir şey değil midir? Zaten bu noktada Perry, Dworkin’in kutsallık inşası tezine karşılık olarak, *bu tezin sübjektif bir tez olduğunu, zira insanın içkin değerinin kişiden kişiye değişebileceğini* ifade etmektedir. Hatta Bosna savaşı sırasında masum sivilleri öldüren bir Sırp askerine neden bu insanları öldürdüğü sorulduğunda kendisi için bu insanların hiçbir değeri olmadığını söylediği bir cevabı düşünerek²⁰⁹ bu kişi

²⁰⁷ Ari Kohen, “The Problem of Secular Sacredness Ronald Dworkin, Michael Perry and Human Rights Foundationalism”, *Journal of Human Rights*, 5, 2006, s. 237; Dworkin, *Life’s Dominion*, s. 236.

²⁰⁸ Benzer yönde Bentham da doğal hukukçuların doğal hakları doğadan “keşfetmediklerini” fakat olmasını istedikleri hakları bizatihi kendileri inşa ettiklerini savunmuştur. Bkz. Feron, s. 189.

²⁰⁹ Benzer yönde David Rieff, şu ifadeleri kullanmaktadır: *Sırplar için, Müslümanlar artık*

açısından insan onuru kurulumunun çökeceğini ifade etmektedir²¹⁰. Ona göre kutsallık, Tanrısal iradeden bağımsız bir şekilde tahayyül edildiğinde kendi saygınlığını da yitirmektedir. Tolstoy'a atıfla Tanrısal aşkın iradeden soyutlanmış, yalnızca insanın ellerine bırakılmış bir ahlakilik ile insanların birbirlerine saygı göstermesini beklemenin, çocukların bir bitkiyi kökleri olmaksızın söktükten sonra bir başka toprağa dikerek yeniden yeşermesini ümit etmelerine benzetmektedir. Yazar, elbette dini inancı olmayan insanların pek çok dindardan daha erdemli hayatlar yaşadığını kabul eder ancak onların da bu erdemli hayatın kaynağını göstermek konusunda başarısız olduklarına dikkat çeker²¹¹. Buna karşın safi rasyonaliteye dayanan bir ahlak anlayışı kolayca deforme edilebilir, rasyonellik adı altında, belirli bir toplumun dünyayı önyargı ve batıl inançlardan temizlemek umudu ile kendi toplumunun rasyonalitesini diğerlerine, en doğrunun bu olduğu iddiasıyla dayatmasına neden olabilir. Bu tür bir rasyonalitenin kabul ettiği “*insanlar*” algısı, “*bizim gibi insanlar*” olarak şekillenebilir. Bu durumda ise diğerleri ancak insani muameleyi bizim kadar hak etmeyen “*sözde insanlar*” olarak kategorize edilecektir. Öyle ki bu sözde insanlara yönelik ayrımcı eylemler, cesaretli ve onurlu bir davranış olarak dahi görülebilir²¹².

Köksal da 20. yüzyılın ikinci yarısı ile birlikte Kant'ın özerklik ve özgürlük fikrine dayanan görüşlerinin tekrar formüle edilmesi ile şekillenen iddiaların zayıf ve semeresiz olduğuna dikkat çekerek şu değerlendirmede bulunmuştur:

insan değil... Sorgulamak için beklerken soğuk zeminde yatan Müslüman esirler, bir Sırp askeri tarafından küçük bir teslim kamyonetinde taşıyorlar.” Buradan hareketle Rorty Sırpların insan hakları anlayışı ile ilgili şu değerlendirmeyi yapmaktadır:

“Rieff'in hikâyelerinden çıkarılabilecek ahlakilik şudur ki Sırp katil ve tecavüzcüler kendilerini insan hakları ihlalcileri olarak düşünmemektedir. Onlar için yaptıkları şeyler kendileri gibi olan insanlara yapılan şeyler değil, Müslümanlara yapılanlar şeylerdir. Onları insan dışı varlıklar olarak görmüyorlar fakat gerçek insanlar ile sözde insanlar arasında bir ayırım yapıyorlar. Haçlıların gerçek insanlar ile kâfir köpekler arasında yaptıkları, siyahi Müslümanların insanlar ile mavi gözlü şeytanlar arasında yaptıkları ayırımın aynısını yapıyorlar.” Bkz. Rorty, s. 167.

²¹⁰ Perry, *The Idea of Human Rights*, s. 28, 33.

²¹¹ Michael Perry, *Toward a Theory of Human Rights: Religion, Law, Courts*, Cambridge University Press, 2006, s. 14-15.

²¹² Yani örneğin bir Sırp için Müslüman erkek ve kadınlar da kendileri gibi bilinçli, akıllı insanlardı. Dolayısıyla hayvandan farklılardı. Ancak kendileri gibi değillerdi. Bu ise onları daha az insan yapmaya yetiyordu. Bkz. Rorty, s. 168-169, 176-177.

“İnsan hakları anlayışının tutarlı bir temellendirmesi ancak insanı aşan bir varlık, bilgi ve değer kaynağının mevcudiyetinin ve bu hakların insana verili olduğunun kabulü ile mümkündür. İnsanın rasyonel ve otonom bir varlık olduğunu ispat etmek eskisi kadar kolay olmadığı gibi, böyle olduğu kabul edildiği takdirde de bu vasıflar onun bu haklara zorunlu olarak sahip olmasını gerektirmez; bu gereklilik için insanın Yaratıcı tarafından sorumlu kılındığının ve ayrıca özcü bir insan doğası anlayışının kabulü de lâzımdır.”²¹³

Dworkin’in insan onurunun birey tarafından inşa edildiği iddiası da bu yönde değerlendirilebilir. Bu inşa da herkes tarafından keşfedilebilir bir iddiaya dayanmaz çünkü meselenin temelinde iş dönüp dolaşır insan onuru diye bir kavramın var olduğuna ve bu kavramın özünde değerli olduğuna “*inanmamızı*” gerekli kılmaktadır. Bu inancı aklı ile keşfedilebilir bulmayanlara yönelik bir baskının ise açıkçası yaratıcıya inanmaya zorlayan orta çağ Kilisesinin katı tutumundan farkı bulunmamaktadır²¹⁴.

Diğer yandan Rawls’ın uzlaşmaya dayalı örtüşen konsensüs iddiası düşünüldüğünde aslında insan haklarının kaynağının yaratıcı olması fikri de günümüzde sübjektiftir²¹⁵. Bu fikri destekleyenler olduğu kadar desteklemeyen önemli bir toplumsal kesim de bulunmaktadır. Elbette dünyayı yaratan ve ona anlam veren bir yaratıcı olduğu fikri, dünyanın bir parçası olan bireyin yaşamına bir anlam katıyor olabilir. Bu sayede ahlaki bir yaşam sürmek noktasında birey kendisinde önemli bir teşvik de hissedebilir²¹⁶. Fakat bunu yalnızca bir “teşvik” olarak kabul eden insan açısından bu teşvik ile insanın değerli olması ve haklara sahip olması arasındaki ilişki “doğrudan” bir ilişki değildir.

İnsan onurunu temellendirmenin zorluğu karşısında Rorty meseleye farklı bir açıdan yaklaşır. Ona göre Platon’dan Kant’a sorulan bir soru olarak “*İnsan nedir?*” gibi sonsuzluğu ve evrenselliği hedef alan bir felsefi arayış yerine “*Torunlarımız için ne türden bir dünya hazırlayabiliriz?*” ya da “*Bana tiksiniç gelen, aramızda akrabalık bağının olmadığı bir yabancıya neden ihtimam göstermeliyim?*” gibi pragmatik bir arayışa yönelmek gerekir²¹⁷.

²¹³ Köksal, s. 63-64.

²¹⁴ Ignatieff, s. 320-321.

²¹⁵ Kohen, (2006), s. 241.

²¹⁶ Perry, (1993), s. 68 vd.

²¹⁷ Rorty, s. 175, 185.

Zira insan hakları belirli bir tarihselliğin ürünü olarak batıda gelişmiştir. Buna karşın, yazara göre, her insanın ahlakiliği akli ile keşfedebileceği düşüncesine dayanan felsefi tartışmaların artık modası geçmiştir. Çünkü insan haklarına saygılı olmayanlar, karşısındakinin rasyonelitesini ya da özerkliğini inkâr etmemektedir. O an ahlaki davranışın neyi gerektirdiğinin pekâlâ farkındadır. Sadece muhatabını “insan” olarak görmeyi reddetmektedir²¹⁸. Bu sorunu çözmek için Rorty, batı kültürünün öz-bilincinin güçlendirilmesini tavsiye etmektedir²¹⁹. Bunun yolu ancak insanlar arasında farklılıklar bulunmasına karşın bu farklılıkların birbirimizi “yarı-insan” olarak görmemize iten şeyin felsefi bir bilgi eksikliğinden değil önyargı ve batıl inançlardan kaynaklandığına, bu farklılıkların ise aynı insan ailesine mensup olunmasına engel olmadığına yönelik bir eğitim vasıtasıyla²²⁰ verebileceğimizi ifade eder²²¹. Eğitim ise iki sorunu çözmeyi hedeflemelidir. Bunlar, insanlar arasındaki farklılıkların birbirilerinin yaşamlarına, öz değerlerine yönelik bir tehdit oluşturmadığına yönelik “güvenlik” duygusu iken diğeri karşılıklı olarak ötekileştirdikleri bireylerin/grupların içinde buldukları ruh halini anlayabilme yetisi olarak “sempati”dir²²². Görüldüğü üzere Rorty’nin çözümü, insana ahlakiliğin ne olduğunu aklen göstermeye değil onu daha iyi biri olabileceğine inandırmaya yönelik bir “hissiyat eğitime”, daha doğrusu “hissiyatların güdülenmesine” dayanmaktadır²²³. Diğer yandan bu türden görüşlerin özellikle insan onurunun çatışmanın tarafı olduğu konularda bireyin karşısındakine neden saygı duyması gerektiğinin cevabını vermediği, karşılıklı saygıyı insanları “güdüleyerek” elde etmeyi amaçladığı söylenebilir. Bu durumda ise Perry’e göre karşılıklı saygıyı talep edenlerin yaratıcı metaforundan daha güçlü bir teşvike sahip oldukları söylenemez²²⁴.

²¹⁸ Rorty, s. 180.

²¹⁹ Rorty, s. 171, 175.

²²⁰ Rorty, s. 176, 179.

²²¹ Rorty, s. 175-179.

²²² Örneğin Rorty, neden bir yabancıya ihtimam göstermeliyim sorusuna verilebilecek en iyi cevabın çünkü bu yabancı senin üvey kızın ya da gelinin olabileceği ve annesinin onun için kederlenebileceği olduğunu söyler. Ancak bu şekildeki bir “kendini yerine koyma güdüsü”, zengin, güçlü ve güvendedeki insanların “öteki” olarak gördüğü insanları hoşgörmelerini sağlamıştır. Bkz. Rorty, s. 185.

²²³ Rorty, s. 180-181; Benzer yönde Bkz. Ignatieff, s. 321, 327.

²²⁴ Perry bu görüşünü Nietzsche’nin “*Saflık: sanki ahlak, (uyulmamasına) yaptırım bağlayan Tanrı kaybolduğunda hayatta kalabilirmiş gibi! Eğer ahlaka olan inanç devam ettirilmek isteniyor ise “Ötesi” mutlaka gereklidir*” sözleri ile destekler. Zira ahlakilik, temelinde insanın sonsuz bir öneme sahip olmasını gerektirirken bu kabul insanın meta olarak değerlendirilen

2. İnsan Onuru İnsan Haklarının Temelidir

Mademki seküler açıklamalar onurun kaynağı olarak yine insana işaret eder, öyleyse her insan diğerleri ile eşit derecede onur sahibidir ve Tanrı gibi aşkın bir varlığın yetkilendirmesine gerek kalmaksızın, karşısındakilerden kendi onuruna saygı duyulmasını talep etme “hakkına” sahiptir. İnsan onuru, haklarını ileri sürebilmek bakımından tanınmayı, hukuken kabul edilmiş olmayı gerekli kılar. Feinberg’e göre;

*“Hak sahibi olmak bize, diğerlerinin gözlerinin içine bakmak ve kendimizi esaslı bir biçimde diğerleriyle eşit olarak hissetmek için “insanlar gibi dik durmak” kabiliyeti verir. Birinin kendisini hak sahibi olarak görebilmesi, hak etmediği bir şey değildir, aksine diğerlerinden saygı görmek ve sevgilerini hak etmek için gerekli olan asgari öz saygıya sahip olmak için uygun surette gurur duyacağı bir şeydir.”*²²⁵

Peki, insanın onuru, insana ne türden haklar vermektedir? Bu haklar özetle, kişinin ne şekilde yaşayacağına kendisinin karar vermesine imkân sağlayan haklardır. Öyle ki yaşamın kutsallığına dayanan hassas konularda dahi kişi kendi kaderini belirleyebilmelidir. Bu insan onurunun bir gereğidir. Dworkin’e göre:

*“Başkalarının ölüm konusunda eyledikleri şeyler söz konusu olduğunda kendi onurumuz ile ilgili bir şeyler hissebilirsek ve belki de bazen diğerlerinin bizim doğru olduğunu düşündüğümüz şekilde davranmalarını ümit edebilirsek de onuru hakkıyla takdir etmek – bireysel özgürlük için, baskı için değil, kendimiz için ölümcül kararlar almak konusunda her birimizi teşvik eden tavır ve hukuk rejimi için- açık bir şekilde aksini iddia eder. Özgürlük esastır, öz saygı için mutlak gerekliliktir: kimse kendi yaşamını, başkalarının yönlendirmesi olmadan yönlendirmek konusunda ısrarcı olamıyorsa, kendi yaşamına içsel, objektif bir değeri varmış gibi muamele edemez. Başkalarını ne kadar sevdiği, ne kadar saygı duyduğu ya da onlardan ne kadar korktuğu da fark etmemektedir.”*²²⁶

dirilmemesini, birinin diğerini baskılamamasını meşrulaştırmasıdır. Fakat buna inanmak, zorunlu olarak Tanrı’ya inanmaktır. Bkz. Perry, The Idea of Human Rights, s. 24; Perry, “The Morality of Human Rights”, s. 16-17.

²²⁵ Feinberg, s. 252.

²²⁶ Dworkin, Life’s Dominion, s. 239.

Yani hayatın ne şekilde idame ettirileceği konusunda olduğu gibi ölüm gibi “hayati” konularda da kişinin kendi özerk kararının belirleyici olması gerekir. Aksi halde der Dworkin, bir devlet hak mefhumunu kabul etmediği sürece bizi seçim yapmak konusunda ne kadar özgür bırakırsa bıraksın, bu rejim totaliterdir²²⁷. Bu hakların kategorik olarak neler olduğu yukarıda ele alındığından burada tekrar değerlendirmeyeceğiz²²⁸.

E. Pratik: İnsanın İradesi Toplum Menfaatleri Karşısında İkincil Değildir

Birey, kendi arzuları etrafında yaşasa da toplumsaldır. Diğerleri ile birlikte yaşar. Diğerlerinin hakları, insanların birlikte inşa ettikleri toplumsal değerler, insan eylemlerinin doğal sınırını oluşturur²²⁹. Bu anlamda toplumsallık seküler görüşler açısından da önemli bir olgudur. Peki, toplumsal değerler ile insan onuru arasındaki çatışma nasıl dengelenecektir? Seküler izahlar burada ayrıışmaktadır.

Hukuki anlamda toplumsal değerlerden kasıt kamu yararı, kamu düzeni ya da genel ahlak gibi toplumsal menfaatlerdir²³⁰. Toplumsal ahlak denilen olgu bir eylemin sınırlandırılabilmesi için gerekli ise de yeterli bir meşruiyet kaynağı değildir²³¹. Bir kere bu noktada yalnızca seküler argümantasyon araçları kullanılmalıdır. Kullanılabilecek seküler argümanlar ise söz konusu eylemden dolayı ortaya bir *zararın çıktığını* ya da *bir başkasının hakkının ihlal edildiğini* ispat edebilmelidir²³². Yoksa insan eylemini sınırlandırmanın gerekçesi bu eylemin sadece ahlaken yanlış olması ya da toplumun ahlâkının korunması gibi soyut gerekçeler olamaz²³³.

Liberal düzende insan hakları, özellikle “hak” olarak kabul edilmeyen diğer toplumsal değerler karşısında üstündür. İnsan haklarının bireye devlete ve topluma karşı ileri sürerek müdahale edilmemesini talep etme yetkisi

²²⁷ Dworkin, *Life’s Dominion*, s. 239.

²²⁸ Bkz. Başlık “I. Modern İnsan Hakları Düşüncesinin Temeli Olarak İnsan Onuru”

²²⁹ Barroso, s. 374.

²³⁰ Bkz. Yasemin Işıktaş, *Hukuk Felsefesi*, Filiz Kitabevi, 2006, s. 506.

²³¹ Bu yöndeki ABD Yüksek Mahkemesi kararları için Bkz. Daniel F. Piar, “Morality as a Legitimate Government Interest”, *Penn State Law Review*, 2012, 117 (1), s. 142-147,

²³² H.L.A Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, 3. Baskı, Dost Kitabevi, 2014, s. 38-39, 48-49; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Kitabevi, 2019, s. 33-34.

²³³ Hart, s. 27-28.

verdiği düşünülduğünde toplumun ve devletin menfaatleri karşısında bireyin menfaatlerinin üstün tutulması gerekeceği, bir ahlaki hakkın yalnızca çoğunluk böyle olmasını istiyor diye, böyle olması toplumun daha çok menfaatine olacaktır diye ya da aksi durumda toplum birey lehine fedakârlıkta bulunmak zorunda kalacaktır diye sınırlandırılması söz konusu değildir²³⁴. O zaman belirli bir eylemin toplumun benimsediği genel ahlaki tavrılara aykırılığının tespit edilebiliyor oluşu bu eylemin doğrudan yasaklanabilir olması gerektiği anlamına gelmez. O halde devletin toplumun ahlakını ya da bireyin bizatihi kendisini korumak noktasındaki kıskanç tutumun zamanla “ahlakçılık” ya da “aşırı paternalizm” olması ihtimali söz konusudur²³⁵. Zira davranış normuna aykırı her davranış, ahlâka aykırılık teşkil ederken bu eylemin aynı zamanda hukuka aykırı olabilmesi için insanları rahatsız etmesi yeterli bir sebep değildir, bu eylemin aynı zamanda toplumdaki hâkim düzeni bozucu nitelik taşıması gerekmektedir²³⁶. Yani sadece ahlaka aykırılığı öne süren hiçbir gerekçe, bir eylemi hukuken yasaklamak için yeterli değildir²³⁷. *Hukuki zorlamanın bizatihi kötü bir şey olduğu düşünülduğünde, bu zorlamayı meşru kılacak ve onu dengeleyebilecek bir iyiliğin (ya da hakkın) tespit edilebilmesi gerekir.*²³⁸ Aksi durumda, toplum bir bütün olarak hak sahibi olarak belirecektir ki toplumun hak talebi bireye yönelir ve bireyin haklarının toplumun talepleri doğrultusunda sınırlandırılması, belki de yok edilmesi söz konusu olacaktır. Yani bir bireyin hakkı ancak bir başka bireyin hakkı ile dengelenmelidir²³⁹. Dworkin’in ifadeleri ile:

“Hakikat şu ki toplumun istediği şeyi yapma “hakkından” bahsederez fakat bu hükümet aleyhine bireyin haklarının işgal edilmesini meşrulaştırmak türünden bir “rakip hak” değildir. Eğer hükümet, kendisinin idarecisi olduğu bir çoğunluğun haklarının varlığına dayanarak bireyin haklarını defedebilseydi, hükümet aleyhine ileri sürülebilen haklar tehlikede olurdu. (Vurgu bana aittir) Hükümet

²³⁴ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, s. 191-192, 194, 200; Donnelly, “Human Rights and Human Dignity”, s. 306.

²³⁵ Barroso, s. 375.

²³⁶ Özgenç, s. 33-34; Benzer yönde Dworkin, “Taking Rights Seriously”, s. 200.

²³⁷ Aksi yönde Lord Devlin, Thomas ve John Finnis’in görüşleri için Bkz. T A Roberts T. A., “Law, Morality and Religion in a Christian Society”, *Religious Studies*, 1984, 20 (1), s. 79-80.

²³⁸ Ertuğrul Uzun, “Ahlâksızlığın Cezalandırılması: Devlin-Hart Tartışması” in Serdar Gürler (ed.), *H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı*, Tekin Yayınevi, 2015, s. 88.

²³⁹ Dworkin, “Taking Rights Seriously”, s. 199.

aleyhine ileri sürülebilen bir hak, çoğunluğun yanlış olduğunu düşündüğü bir eylem olduğunda ve hatta bu eylem gerçekleştiğinde toplum şu anki durumundan daha kötü bir hale gelecek olduğunda bile, bir şeyi yapma hakkı olmak zorundadır. Eğer biz şimdi toplumun genel menfaat neyi gerektiriyorsa onu yapma hakkına veya çoğunluğun yaşamayı ümit ettiği bir çevrede yaşamayı muhafaza etme hakkına sahip olduğunu söylersek ve böylelikle bunların bireyin hükümet karşısında talep edilebilen hakları ile çatıştığında bu hakları görmezden gelmek için meşrulaştırmayı sağladıklarını ima edersek o zaman sonraki (bireyin) hakları ilhak etmiş oluruz.

Bu hakları korumak için, yalnızca toplumun diğer üyelerinin bireysel olarak sahip oldukları “rakip hakları” tanımak zorundayız. Biz bu şekilde bireyin haklarını görmezden gelmek için meşrulaştırıcı bir sebep olarak sayılamayacak olan çoğunluğun “haklarını” ve çoğunluğun üyelerinin kişisel haklarını birbirinden ayırmalıyız.²⁴⁰”

Bunun yerine somut olarak bireylerin yaşayacağı zarar ya da manevi ıstırabın ortaya konulması gerekecektir.²⁴¹ Mill’in ifadesiyle:

*“Medeni bir topluluğun herhangi bir üyesi üzerinde, onun arzusuna rağmen, gücün haklı olarak kullanılabileceği tek yer başkalarına gelecek zararı önleme noktasının olduğu yerdir. Bireye, maddi ya da manevi olsun, kendi hayrı için müdahale yeterli bir gerekçe değildir. Hiçbir kimse, bir şeyi yapmaya veya buna katlanmaya, sırf böyle yapması onun için hayırlı olacaktır diye, onu daha mesut kılacaktır diye, başkalarının düşüncelerine göre böyle yapması akıllıca yahut doğru olacak diye mecbur edilemez. Bu hiçbir şekilde haklı değildir. Bunlar bir kişiyle ilgili olarak serzenişte bulunmak, onunla tartışmak, onu ikna etmek veya ondan ricada bulunmak için haklı nedenler olabilir; ancak o başka türlü yaptığı takdirde onu zorlamak veya herhangi bir kötülüğe uğratmak için hiçbir zaman haklı birer neden oluşturamazlar. **Kendisine müdahalenin meşru olması için onun yapmamasını istediğimiz davranışının başkasına mutlak surette zarar verecek nitelikte olması gerekir. Bir bireyin davranışından dolayı topluma karşı sorumlu olabileceği kısmı, o davranışın***

²⁴⁰ Dworkin, “Taking Rights Seriously”, s. 194.

²⁴¹ Hart, s. 38-39, 48-49; Scott C. Idleman, “The Limits of Religious Values in Judicial Decisionmaking”, Marquette Law Review, 1998, 81 (2), s. 557-559.

başkasını ilgilendiren kısımdır. Kendisini ilgilendiren kısımda özgür olması onun için mutlak bir haktır.²⁴²” (vurgu bana aittir)

Sonuç Yerine

Çalışmada insan haklarının kendisinden türetildiği bir kavram olarak kabul edilen insan onurunun seküler ve dini izahları ele alınmıştır. Görüldüğü üzere insan onurunu açıklayan eşitlik, özgür irade ve rasyonalite hem dini izahlarda hem de seküler izahlarda kendisine yer bulmaktadır. Esasında Habermas’ın ifade ettiği üzere bu kurumların çoğu Hristiyan öğretisinin kaynaklık ettiği ve zamanla sekülerleşen kavramlardır²⁴³. Buna karşın zamanla bu kavramlara yüklenen anlamlar farklılaşmıştır. Yani insan onurunun pratikteki sonuçları değişmektedir.

1. İnsan onuru dini açıdan bakıldığında aşkın bir varlık olan yaratıcının bir hediyesidir. İnsanı diğer canlılar karşısında akıl ve özgür irade sahibi olarak yaratan Tanrı, insanı özel bir konuma oturtmuştur. Buna karşın yaratıcının hediyesi olan onur, insana, yaratıcının emirleri dışında hareket etmesine izin veren haklar da bahşetmemektedir. Yani insan, günümüz anlamında insan haklarına sahip değildir. Zira insan hakları, kişinin kendi hayatını, kendi hayat anlayışına uygun olduğu şekilde yaşama imkânını ifade eder. Kaldı ki Katolik Kilisesi de insanın ancak *sorumlu bir şekilde haklara sahip* olduğunu kabul ederek insan haklarını şartlı bir şekilde kabul edebilmiştir. Buna karşın Kant, Gewirth, Rawls ve Dworkin’de gördüğümüz üzere insanın kutsallığı içseldir. Bu içselliği Kant “ben” üzerine kurgularken Dworkin doğrudan bu kutsallığı bizim inşa ettiğimizi kabul eder. Bu türden bir onur, birey için kendisini geliştirmesine ve hayat anlayışı çerçevesinde hayatını planlayabilmesine imkân tanıyacak insan haklarının türetilmesine kaynaklık eder. Yine de seküler görüşlerin de insan onuruna inanmayı talep ettiği de açıktır.

2. Semavi dinlerde insan ancak toplum ile birlikte anlamlıdır. Bu nedenle toplumun ahlakiliğine etki edecek ölçüde hak sahibi değildir. Eylem kabiliyeti, toplumun menfaatleri ile çakıştığında sınırlanır ve toplumun menfaatleri öncelenir. Dinler arasındaki farklılıklardan dolayı toplumun menfaatlerinin tercih edilmesinin etkileri dinlere göre farklılık gösterebilmektedir. Buna karşın seküler izahlar açıkça toplumun derin bir şekilde etkilenmediği sürece

²⁴² John Stuart Mill, *Hürriyet Üzerine*, 2. Baskı, M. Osman Dostel (çev.), Ömer Çaha (sadeleştiren), Liberte Yayınları, 2009, s. 56.

²⁴³ Habermas, “A Conversation About God and World”, s. 148-149.

bireyin kendisini gerçekleştirmesi ve haklarını kullanması konusunda toplum menfaatlerini sınırlayıcı bir ölçüt olarak kabul etmez. Zira seküler anlamdaki insan onuru, her bireyin hayatını değerli kılmaktadır ve böylece bireyin kendi hayatının gidişatını yönlendirebilmesine büyük önem verir.

İnsan haklarının ancak politik alanda kabul edildiği ölçüde hukuk alanına etki ettiği, yani aslen felsefeden önce politikacıların “meselesi” olduğu da ileri sürülmektedir.²⁴⁴ Bu durumda politik alanın öncelikle toplumsal bir organizasyonu gerektirdiği açıktır. Özellikle Hristiyanlık ve İslam gibi semavi dinlerde ortak olan hususlardan biri dinin yalnızca bireye özgü, içsel gelişimi şart koşan bir manevi yaşamdansa toplumsal olanı arayan, “*halk içinde hakla beraber*” düsturu ile toplumsal yaşamın çerçevesini de oluşturan kurallar ile çevrelenmiş olmasıdır. Bu yönüyle semavi dinlerin ahlaki olan kadar politik olanı da araması kaçınılmazdır²⁴⁵. Buna karşın politik olan, felsefi temellendirmeden ziyade uygulanabilirliği ön plana çıkarmaktadır²⁴⁶. Uzun süreli uygulanabilirliğin ön şartı katılımcıların gönüllü katılımını sağlamaktır. Modern insan hakları düşüncesinin en önemli belgesi olan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi de bu geniş katılım düşüncesine en iyi örnektir. Maritain’in “*Evet, biz haklar üzerinde anlaşmaya vardık, fakat bunu hiçbirimiz “neden” diye sormadan yaptık*”²⁴⁷ ifadeleri, insan haklarının, özelde ise insan onuru kavramının dünya genelinde bir örtüşen konsensüse dönüşebilmesi için bu katılımın önemsenmesinin bir işaretidir. Ayrıntıda farklılaşma olsa da bir üst kavram olarak insan onuru, günümüzü şekillendirmektedir. Zaten bu çalışma da dini ve seküler izahlar arasındaki görüş farklılıklarının doğrudan insan onuruna yönelik olmadığını, insan onurunu kabul etmek bakımından bir görüş birliği olduğunu, fakat pratikteki etkisi bakımından görüş ayrılıklarının devam ettiğini bize göstermektedir. Bu görüş ayrılıkları ise ancak karşılıklı saygı, etkileşim ve uzlaşma ile aşılabilecek bir sorundur.

²⁴⁴ Douzinas, s. 11.

²⁴⁵ Perry, (1993), s. 77-80.

²⁴⁶ Jacques Maritain, “Introduction” in Human Rights, Comments and Interpretations, A Symposium Edited by UNESCO, 1948, <<https://e-docs.eplo.int/phocadownloadpap/userupload/aportinou-eplo.int/Human%20rights%20comments%20and%20interpretations.compressed.pdf>> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2021, s. 2.

²⁴⁷ Bkz. Maritain, s. I.

KAYNAKÇA

- Ağaoğulları M A, Batı'da Siyasal Düşünceler, İletişim Yayınları, 2014.
- Akyol M, Özgürlüğün İslami Yolu, Doğan Kitabevi, 2011.
- Arslan A, "İnsan Hakları ve İslam", Liberal Düşünce, 1997 (6), s. 118-131.
- Arslan A, Felsefeye Giriş, Serbest Akademi Yayınları, 2021.
- Avineri S, "The Paradox of Religion and the Universality of Human Rights" in Andres Sajo (ed.), Human Rights with Modesty, Springer Science+Business Media Dordrecht, 2004, s. 317-237.
- Aziz-Said A, "Precept and Practice of Human Rights in Islam", Universal Human Rights, 1 (1), 1979, s. 63-79.
- Bagaric M/ Allan J, "The Vacuous Concept of Dignity", Journal of Human Rights, 5 (2), 2006, s. 257-270.
- Balano V, "Catholic Social Teaching, Theology, and Sociology: Exploring the Common Ground". Religions,10, 2019, <doi: 10.3390/rel10100557> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2021.
- Balhan M J, "European Values, Fundamental Rights and Christianity" in Angelo Santagostino (ed.), The Idea and Values of Europe, Cambridge Scholars Publishing, 2020, s. 21-39.
- Bardakoğlu A, "Hak", TDV İslâm Ansiklopedisi, <<https://islamansiklopedisi.org.tr/hak>> Erişim Tarihi 18 Şubat 2021.
- Barre E, "Reconciled to Liberty: Catholics, Muslims, and the Possibility of Overlapping Consensus", Florida State University Libraries-Electronic Theses, Treatises and Dissertations, Florida, 2009.
- Barroso L R, "Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse", Boston College International and Comparative Law Review, 35 (2), 2012, s. 331-393.
- Berman HJ, "The Religious Foundations of Western Law", Catholic University Law Review. 24 (3), 1975, s. 490-508.
- Beyleveld D, "The Principle of Generic Consistency as the Supreme Principle of Human Rights", Human Rights Review, 13 (1), 2012, s. 1-18.
- Beyleveld D/ Brownsword R, "Human Dignity, Human Rights, and Human Genetics", The Modern Law Review, 61 (5), 1998, s. 661-680.

- Bielby P, “Gewirth’s Theory of Agent Rights”, *Competence and Vulnerability in Biomedical Research*, Springer Science+Business Media Dordrecht, 2008.
- Bill C, “Vatican Says Catholic Church Cannot Bless Same-Sex Marriages”, <<https://www.npr.org/2021/03/15/977415222/illicit-for-catholic-church-to-bless-same-sex-marriages-vatican-says>> Erişim Tarihi 14 Temmuz 2021.
- Butler G, “Essence of Human Rights: A Religious Critique”, *University of Richmond Law Review*, 33, 2009, s. 1255-1318.
- Cahill L S, “Toward a Christian Theory of Human Rights”, *Journal of Religious Ethics*, 8 (2), 1980, s. 277-301.
- Clapham A, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, 2006.
- Coughlin J J, “Pope John Paul II and the Dignity of the Human Being”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 27, 2003, s. 65-80.
- Doğan İ, “İnsan Hakları Hukukunun Temel Kavramları ve Özellikleri”, in İlyas Doğan (ed.), *İnsan Hakları Hukuku*, Astana Yayınları, 2015, s. 43-79.
- Delacoura K, *Islam, Liberalism and Human Rights*, Third Edition, I.B. Tauris, 2007.
- Den Hartogh G, “Is Human Dignity the Ground of Human Rights?”, in Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword, Dietmar Mieth (eds.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity-Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, s. 200-207.
- Donnelly J, “Human Rights and Human Dignity: An Analytic Critique of Non-Western Concepts of Human Rights”, *The American Political Science Review*, 76 (2), 1982, s. 303-316.
- Donnelly J, “Human Dignity and Human Rights”, *Agenda for Human Rights*, Swiss Initiative to Commemorate the 60th Anniversary of the UDHR, 2009, <<https://www.legal-tools.org/doc/e80bda/pdf/>> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2021.
- Douzinan C, *Human Rights and Empire*, Routledge and Cavendish, 2007.
- Duran M S, “Kant’ın Ödev Ahlakı Üzerine”, *Temaşa: Erciyes Üniversitesi*

Felsefe Bölümü Dergisi, 6, 2017.

Düwell M, "Human Dignity: Concepts, Discussions, Philosophical Perspectives", in Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword, Dietmar Mieth (eds.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity-Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, 2014, s. 23-53.

Dworkin R, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978.

Dworkin R, *Life's Dominion*, Alfred A. Knopf, 1993.

Elshtain J B, "The Dignity of the Human Person and the Idea of Human Rights: Four Inquiries", *Journal of Law and Religion*, 14 (1), 1999, s. 53-65.

Emon A M, "Huquq Allah and Huquq al-Ibad: A Legal Heuristic for a Natural Rights Regime", *Islamic Law and Society*, 13 (6), 2006.

Erdoğan M, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu*, Lykeon Yayınları, 2019.

Fakhry M, *A History of Islamic Philosophy*, Third Edition, Columbia University Press, 2004.

Feron H, "Human Rights and Faith: A 'World Wide Secular Religion'?", *Ethics & Global Politics*, 7 (4), 2014, s. 181-200.

Feinberg J, "The Nature and Value of Rights", *The Journal of Value Inquiry*, 1970, s. 243-260.

Freeman M, "The Philosophical Foundations of Human Rights", *Human Rights Quarterly*, 16 (3), 1994, s. 491-514.

Freeman M, "The Problem of Secularism in Human Rights Theory", *Human Rights Quarterly*, 26, 2004, s. 375-400.

Gewirth A, *The Community of Rights*, University of Chicago Press, 1998.

Gordon L P, *The Evolution of International Human Rights Visions Seen*, Third Edition, University of Pennsylvania Press, 2013.

Gözkan H B, *Kant'ın Şemsiyesi*, Yapı Kredi Yayınları, 2020.

Griffin J, *On Human Rights*, Oxford University Press, 2008.

Habermas J, "A Conversation About God and World: Interview with Eduardo Mendieta", in Eduardo Mendieta (ed.), *Religion and Rationality*, Polity Press, 2002, s. 147-168.

- Habermas J, “The Concept of Human Dignity and The Realistic Utopia of Human Rights”, *Metaphilosophy*, 41 (4), 2010, s. 464-480.
- Hallaq W, “God Cannot Be Harmed: On Huquq Allah/Huquq al-Ibad Continuum”, <https://www.academia.edu/26412704/God_Cannot_be_Harmed_On_%E1%B8%A4uq%C5%ABq_All%C4%81h_%E1%B8%A4uq%C5%ABq_al-Ib%C4%81d_Continuum> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2021.
- Harman Ö F, “Evrensel Dinlerin İnsan Haklarına Bakışı”, *Diyanet İlmî Dergi*, 34 (3), 1998, s. 3-16.
- Hart H L A, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, 3. Baskı, Dost Kitabevi, 2014.
- Helmholz R H, “Human Rights in the Canon Law” in Frank Alexander, John Witte (eds.), *Christianity and Human Rights: An Intduction*, Cambridge University Press, 2010, s. 99-112.
- Hollenbach D, “Human Rights and Religious Faith in the Middle East: Reflections of a Christian Theologian”, *Human Rights Quartely*. 4 (1), 1982, s. 94-109.
- Hollenbach D, “The Common Good Revisited”, *Theological Studies*, 1989 (50), s. 70-94.
- Hollenbach D, “Human Dignity in Catholic Thought”, in Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword, Dietmar Mieth (eds.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity-Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, s. 250-259.
- Idleman S C, “The Limits of Religious Values in Judicial Decisionmaking”, *Marquette Law Review*, 1998, 81 (2), s. 537-657.
- Imbach R, “Human Dignity in the Middle Ages (Twelfth to Fourteenth Century), in Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword, Dietmar Mieth (eds.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity-Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, s. 64-74.
- Ignatieff M, “Human Rights as Political Human Rights as Idolatry”, Princeton University, 2000, <https://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/i/Ignatieff_01.pdf> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2021.
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Önsöz, <<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>> Erişim Tarihi: 16 Temmuz 2021.

- Işıктаş Y, Hukuk Felsefesi, Filiz Kitabevi, 2006.
- İncil, <<https://incil.info/arama/Yaratilis+1:26-27>> Erişim Tarihi 8 Aralık 2020.
- İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (Universal Declaration of Human Rights), Önsöz, <<https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2021.
- Jaede M, “The Concept of Common Good”, Working Paper Series of the Political Settlements Research Programme (PSRP) of the University of Edinburgh (Edinburgh, UK, 2017), <<https://www.britac.ac.uk/sites/default/files/Jaede.pdf>> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2021.
- Karen Lee M Y, “Religion, Human Rights and the Role of Culture”, The International Journal of Human Rights, 15 (6), 2011, s. 887-994.
- Kocaoğlu M, John Rawls-Adalet Teorisi ve Temel Kavramları, İmaj Yayınları, 2015.
- Kohen A, “The Possibility of Secular Human Rights: Alan Gewirth and the Principle of Generic Consistency”, Human Rights Review, 7(1), 2005, s. 49-75.
- Kohen A, “The Problem of Secular Sacredness Ronald Dworkin, Michael Perry and Human Rights Foundationalism”, Journal of Human Rights, 5, 2006, s. 235-256
- Köksal A C, “İnsan Haklarının Felsefi Krizi: İslami Bir Perspektif”, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 58, 2020, s. 25-67.
- Kuçuradi İ, İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları, Türkiye Felsefe Kurumu, 2018.
- Kur’an Meali, <<https://www.kuranmeali.com/AyetKarsilastirma.php?sure=17&ayet=70>> Erişim Tarihi 2 Kasım 2021.
- Kur’an-ı Kerim, <<https://kuran.diyamet.gov.tr/tefsir>>, Erişim Tarihi 16 Temmuz 2021.
- Kuzmicz K, “The Kantian Model of the State Under Rule of Law”, Studies in Logic, Grammar and Rhetoric, 19(2), 2009, s. 13-20.
- Lewis M, “A Brief History of Human Dignity: Idea nad Application” in Jeff Malpas, Norelle Lickiss (eds.), Perspectives on Human Dignity, Springer, 2007, s. 93-108.

- Locke J, *Second Treatise of Government*, C. B. Macpherson (ed.), Hackett Publishing Company, Inc., 1980.
- Lorberbaum Y, “Human Dignity in the Jewish Tradition”, in Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword, Dietmar Mieth (eds.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity-Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, s. 135-147.
- Loughlin J, “Human Dignity: The Foundation of Human Rights and Religious Freedom”, *Memoria y Civilizacion*, 19, 2016, s. 313-343.
- Maritain J, “Person and the Common Good”, *The Review of Politics*, 8 (4), 1946, s. 419-455.
- Maritain J, “Introduction” in *Human Rights, Comments and Interpretations, A Symposium Edited by UNESCO*, 1948, <<https://e-docs.eplo.int/phocadownloadpap/userupload/aportinou-eplo.int/Human%20rights%20comments%20and%20interpretations.compressed.pdf>> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2021.
- Martin R/Woodward M R/Atmaja D S, *Defenders of Reason in Islam*, Oneworld Publication, 1997.
- McCrudden C, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, *The European Journal of International Law*, 19 (4) 2008, s. 655-674.
- Mieth D, “Human Dignity in Late-Medieval Spiritual and Political Conflicts”, in Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword, Dietmar Mieth (eds.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity-Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, s. 74-84.
- Mill J S, *Hürriyet Üzerine*, 2. Baskı, M. Osman Dostel (çev.), Ömer Çaha (sadeleştiren), *Liberte Yayınları*, 2009.
- Novak M, “The Judeo-Christian Foundation of Human Dignity, Personal Liberty, and the Concept of the Person”, *Journal of Markes & Morality*, 1(2), 1998, s. 107-121.
- Oh I, *The Rights of God-Islam, Human Rights, and Comparative Ethics*, Georgetown Univeristy Press, 2007.
- Opwis F, “Public Interest” in Patricia Crone, Wadad Kadi, Devin J. Stewart, Muhammad Qasim Zaman, (eds.), *The Princeton Encyclopedia of Islamic Political Thought*, Princeton University Press, 2012, s. 435-436.

- Osiatynski W, “On the Universality of Universal Declaration of Human Rights” in Andres Sajo (ed.), *Human Rights with Modesty*, Springer-Science+Business Media, 2004, s. 33-50.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Kitabevi, 2019.
- Öztürk M, “Teslimiyet ve Hürriyet Sarkacında Din”, *Yetkin Düşünce*, 1, 2018, s. 143-150.
- Perry M, *The Idea of Human Rights Four Inquiries*, Oxford University Press, 1998.
- Perry M, *Toward a Theory of Human Rights: Religion, Law, Courts*, Cambridge University Press, 2006.
- Pharo L K, “The Council of Valladolid (1550-1551): A European Disputation About the Human Dignity of Indigenous Peoples of the Americas”, in Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword, Dietmar Mieth (eds.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity-Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, s. 95-100.
- Piar D F, “Morality as a Legitimate Government Interest”, *Penn State Law Review*, 2012, 117 (1), s. 139-169.
- Pontifical Council for Justice and Peace, *Compendium of the Social Doctrine of the Church*, <http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_en.html> Erişim Tarihi 24 Şubat 2021.
- Pope Paul VI, “Dignitatis Humanae”, 1965, <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_decl_19651207_dignitatis-humanae_en.html> Erişim Tarihi 24 Şubat 2021.
- Rawls J, “The Idea of An Overlapping Consensus”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 7 (1), 1987, s. 1-23.
- Rawls J, “The Domain of Political and Overlapping Consensus”, *New York Law Review*, 64 (2), 1989, s. 233-255.
- Rawls J, *The Theory of Justice*, Revised Edition, Harvard University Press, 1999.
- Roberts T A, “Law, Morality and Religion in a Christian Society”, *Religious*

- Studies, 1984, 20 (1), s. 79-98.
- Rorty R, “Human Rights, Rationality, and Sentimentality”, Truth and Progress Philosophical Papers, Cambridge University Press, 1998, <<https://doi.org/10.1017/CBO9780511625404.010>> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2021, s. 167-185.
- Sachedina A, Islam and The Challenge of Human Rights, Oxford University Press, 2009.
- Sajo A, “Introduction” in Andres Sajo (ed.), Human Rights with Modesty, Springer Science+Business Media Dordrecht, 2004, s. 1-34.
- Savage R, “Pope Francis’ LGBT+ views, as Vatican opposes same-sex blessings”, <<https://www.reuters.com/article/us-vatican-lgbt-unions-idUSKBN2B82MN>> Erişim Tarihi 14 Temmuz 2021.
- Schoreder D, “Human Rights and Human Dignity An Appeal to Separate the Conjoined Twins”, Ethic Theory Moral Prac, 15, 2012, s. 323-335.
- Shultziner D, “Human Dignity: Functions and Meanings” in Jeff Malpas, Norelle Lickiss (eds.), Perspectives on Human Dignity, Springer, 2007, s. 73-92.
- St John E C/Blackler S, “Religion and Dignity: Assent and Dissent” in Jeff Malpas, Norelle Lickiss (eds.), Perspectives on Human Dignity, Springer, 2007, s. 127-134.
- Steenbackers P, “Human Dignity in Renaissance Humanism”, in Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword, Dietmar Mieth (eds.), The Cambridge Handbook of Human Dignity-Interdisciplinary Perspectives, Cambridge University Press, s. 85-95.
- Traer R, “Human Rights in Islam”, Islamic Studies, 28 (2), 1989, s. 117-129.
- Uzun E, “Ahlâksızlığın Cezalandırılması: Devlin-Hart Tartışması” in Serdar Gürler (ed.), H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı, Tekin Yayınevi, 2015, s. 65-99.
- Villa-Vicencio C, “Christianity and Human Rights”, Journal of Law and Religion”,14, 1999, s. 578-600.
- Waldron J, “Is Dignity the Foundation of Human Rights?” in Rowan Cruft, S. Matthew Liao, Massimo Renzo, (eds.), Philosophical Foundations of Human Rights, Cambridge University Press, 2015, s. 117-137.

Watkins E, "What Is, for Kant, a Law of Nature?", *Kant-Studien*, 105(4), 2014, s. 471-490.

Wood J, "Religion and Religious Liberty", *Journal of Church and State*, 33 (2), 1991, s. 225-230.

Zaman M Q, "The Ulama of Contemporary Islam and Their Conceptions of the Common Good" in Armando Salvatore, Dalf F. Eickelman (eds.), *Public Islam and the Common Good*, 2004, s. 129-156.

YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARLARINDA GEREKÇE SORUNU

Zehra KARAKUŞ IŞIK*

ÖZ

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesine göre, yargı organları idari işlemin uygulanması halinde telifisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Yürütmenin durdurulması kararlarında idari işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak telifisi güç veya imkânsız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunludur. Uygulamada yürütmenin durdurulması talebinin reddine ilişkin kararların sadece kanundaki şartların gerçekleşmediği belirtilerek gerekçesiz şekilde verildiği görülmektedir. Yürütmenin durdurulmasına karar verilirken ise, yine gerekçe şartının tam anlamıyla yerine getirildiğini söylemek güçtür. Zira gerekçede, dava konusu işlemin "açıkça hukuka aykırılık" taşıdığına ilişkin yapılacak değerlendirmelerin, nihai karar verirken hâkimi kısıtlayacağı düşünülmektedir. Oysa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de korunan adil yargılanma hakkı ve Anayasa'nın 141. maddesi gereğince yargı kararlarının tarafların itiraz ve savunma haklarını kullanabilmelerine uygun şekilde gerekçeli olarak verilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yürütmenin Durdurulması, Gerekçe, Açıkça Hukuka Aykırılık, Telifisi Güç veya İmkânsız Zarar, Adil Yargılanma Hakkı

THE PROBLEM OF GROUND IN DECISIONS FOR THE STAY OF EXECUTION

ABSTRACT

According to Article 27 of the Administrative Judicial Procedure Law No: 2577, administrative judiciary may decide to stay the execution of the administrative act in case the following conditions are met together: if its execution may cause serious or irreparable damage and if administrative act is clearly illegal. In the decisions for the stay of execution, it is mandatory to specify on which grounds the administrative

* **Arş. Gör. Dr.** Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı / SAMSUN, e-posta: zehra.karakus@omu.edu.tr.

ORCID: 0000-0003-2637-4273.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1065435

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 15/11/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 11/01/2022

procedure is expressly in contradiction to the law and what damages that are hard to recover or impossible to recover will arise if the procedure is applied. In practice, it seems that decisions regarding the rejection of the request for stay of execution are given without ground, only by stating that conditions laid down by the law were not fulfilled. On the other hand, it is still difficult to say that the ground requirement is properly fulfilled when deciding stay the execution. Because, the evaluations to be made in the ground concerning the fact that the administrative act in question is "expressly in contradiction to the law" will restrict the judge when making his/her final decision. However, in accordance with the right to a fair trial, which is also protected in the European Convention on Human Rights, and Article 140/1 of the Constitution, judicial decisions must be made with ground on an appropriate basis so that the parties can exercise their right to appeal and defense.

Keywords: *Stay to Execution, Ground, Expressly in Contradiction to the Law, Hard to Recover or Impossible to Recover, Right to a Fair Hearing Trial.*

GİRİŞ

İdarelere kamu hizmetlerini yürütürken üstün ve ayrıcalıklı yetkiler tanınır. İdare ilgililerin rızasını, muvafakatini almadan idari işlemler tesis ederek mevcut hukuki durumu değiştirebilir ve bu idari işlemler, idare tarafından geri alınıncaya veya mahkeme tarafından iptal edilinceye kadar hukuka uygun kabul edilir. Dolayısıyla tesis edilen idari işlemin iptali için dava açılması dava edilen idari işlemin yürütmesini durdurmaz ve işlem ilgilisi hakkında sonuç doğurmaya devam eder. Bu durumun ortaya çıkardığı sakıncaların giderilmesi amacıyla 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde yürütmenin durdurulması müessesesi kabul edilmiştir. Bu düzenlemeye göre yargı organları davacının talebi üzerine, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, yürütmenin durdurulmasına karar verebilir. Böylece dava sonuçlanıncaya kadar işlemin hukuki sonuç doğurmasının önüne geçilmiş olur.

2577 sayılı Kanun'da yürütmenin durdurulması kararlarının gerekçeli olarak verilmesi gerektiği açık bir şekilde ifade edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesi ile Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının bir uzantısı olarak yargı yerlerinin kararlarında yasal olarak haklı bir gerekçeye dayanması gerekmektedir. Ayrıca Anayasa'nın 141. maddesinde de bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli

olması öngörülmüştür. Bu bakımdan yürütmenin durdurulması kararlarının da mutlaka gerekçeli bir şekilde verilmesi gerekmektedir. Gerekçeli karar ilkesi hakkaniyete uygun yargılamanın gereğidir. Kararların gerekçeli olmasıyla tarafların mahkemeye güven duymaları sağlanır ve itiraz veya savunma haklarını kullanması kolaylaşır. 2577 sayılı Kanun'da yürütmenin durdurulması kararına karşı başvurulabilecek özel bir itiraz yolunun öngörülmüş olması ve şartların varlığı halinde ikinci kez talep edilebilmesi gerekçeli karar hakkını önemli hale getirmektedir.

Uygulamada gerek yürütmenin durdurulması talebinin kabulüne gerekse reddine ilişkin kararlarda gerekçe şartının çoğu zaman tam olarak gerçekleşmediği görülmektedir. Zira yürütmenin durdurulması kararları, davayı sona erdirmeyen geçici nitelikte kararlardan olduğundan yargılama devam ederken işlemin hukukiliği hakkında değerlendirme yapılması hâkimlerin ihsas-ı reyde¹ bulanacakları endişesini taşımalarına sebep olmaktadır. Ancak kanun koyucunun öngördüğü gerekçe şartını yerine getiren hâkimin, kararını hukuki olarak gerekçelendirmesi dava konusuna ilişkin görüşünü önceden açıklaması anlamına gelmemektedir. Hâkimin tarafsızlığını sağlamak adına gerekçe şartını yerine getirmemesi idare hukukunun gelişimini olumsuz anlamda etkilerken, tarafların yargı organlarına karşı adalet duygusunu zedeler. Bu kapsamda çalışmada, yürütmenin durdurulması kararlarının hukuki niteliği ve etkisi sonrasında gerekçeli karar ilkesinin adil yargılanma hakkı açısından önemi ele alınacaktır. Ayrıca, yürütmenin durdurulması talebinin kabulüne veya reddine ilişkin kararların gerekçeli olarak verilmesinin ihsas-ı rey anlamına gelip gelmediği tartışılacaktır.

I. YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARININ HUKUKİ NİTELİĞİ ve ŞARTLARI

İdari işlemin temel özelliklerinden biri olan hukuka uygunluk karinesi, bir idari işlem hakkında iptal davası açılmış olsa dahi, bu işlemin icrai etkisini işlem iptal edilene kadar sürdürmesi anlamına gelmektedir.² Bu ilkenin sakıncası,

¹ İhsas-ı Rey, "görüşün hissettirilmesi" veya "bir kimsenin (kendi) düşüncesini belli etmesi" olarak ifade edilir (Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, 6. Bası, Yetkin Yayınları, 2001, s. 394).

² Ragıp Sarıca, "Tehir-i İcra", Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, 1966, s. 27; Zehreddin Aslan, İdari Yargı'da Yürütmenin Durdurulması, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Alfa Yayıncılık, 2001, s. 20; Bahtiyar Akyılmaz/ Murat Sezginer/ Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, 4. Bası, Savaş Yayınevi, 2020, s. 391-392; Ramazan Çağlayan, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Asil Yayıncılık, 2004, s. 74-75.

hukuka aykırı bir işlemin iptaline karar verilene kadar ilgilisi bakımından olumsuz sonuçlar doğurabilmesidir. Yürütmenin durdurulması müessesesi de hukuka aykırı idari işlem uygulandığında ortaya çıkması muhtemel telafisi güç zararların³ en azından dava sonuna kadar önlenmesi ve ertelenmesi veya dava sonunda verilecek bir iptal kararının etkisini yitirmeden sonuçlarını doğurabilmesi amacıyla getirilmiştir.⁴ Bu yönüyle yürütmenin durdurulması kararları hukuk düzeni içinde varlık kazanmış hukuka aykırı kararın, ilgilisi bakımından telafisi güç veya imkânsız zararlar doğurabilme ihtimali halinde, işlemin uygulanmasını dava sonuna kadar erteleyen ve davacının lehine sonuç doğuran kararlardır. İdari yargılama usulünde yürütmenin durdurulması kararları, idarenin üstün ve ayrıcalıklı yetkilerini dengelemek açısından önemli bir işleve sahiptir. Yürütmenin durdurulması kararlarında gerekçenin önemini ortaya koyabilmek için bu başlık altında öncelikle yürütmenin durdurulması kararının idari ve yargısal niteliği hakkında yapılan tespitlere yer verilerek, idari yargı yerlerinin yürütmenin durdurulması kararını verme sürecine ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

A. Yürütmenin Durdurulması Kararının İdari ve Yargısal Niteliği

1960'lı yıllarda yürütmenin durdurulması kararlarının belli bir uyumsuzluğu çözmeyen, geçici, değiştirilebilen ve kaldırılabilen niteliklerinden dolayı idari karar olarak değerlendirilmiş olsa da,⁵ son yıllarda yürütmenin durdurulması kararlarının da yargısal karar olduğu görüşü doktrinde çoğunlukla kabul görmektedir.⁶ Yargı organları idari fonksiyon niteliğinde işlemler tesis edebilse de, bir mahkeme tarafından verilen ve hukuki uyumsuzluk veya hukuka aykırılık çözme fonksiyonuna ilişkin⁷ hukuki

³ Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 4. Bası, Adalet Yayınevi, 2011, s. 652.

⁴ Metin Günday, "Yürütmenin Durdurulması Kararı ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", İdari Yargı Sempozyumu, 2000, s. 14; Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s. 391; Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, 2018, s. 402; Çağlayan, s. 76-77.

⁵ Hayri Domaniç, "Danıştay Kararları ve Bir Kısım Basın", Son Havadis Gazetesi, 15.02.1966 (Aktaran: İbrahim Özden Kaboğlu, "Yürütmenin Durdurulması", 1976, 4, Ankara Barosu Dergisi, s. 648).

⁶ Kaboğlu, s. 649; Yıldırım Uler, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970, s. 4-5; Bahadır Kılınç, Anayasa ve İdare Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Adil Yayınevi, 1998, s. 25; Aslan, s. 28; İl Han Özay, Günışığında Yönetim II Yargısal Korunma, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 251; Çağlayan, s. 77.

⁷ Kemal Gözler, İdare Hukuku, 1. Cilt, 3. Bası, Ekin Yayınevi, 2019, s. 44-45. Ayrıca bkz. Kemal Gözler, "Mahkeme Kararlarının Yayınlanması Sorunu", (Yayın Tarihi: 25 Kasım

gerekçeye dayandırılmış irade açıklaması yargısal karar olarak adlandırılır.⁸ İptal davası açılırken ya da iptal davası açıldıktan sonra davanın herhangi bir aşamasında idari yargı yerinden yürütmenin durdurulması talep edilebilir. Bu bakımdan yürütmenin durdurulması, sadece ilk derece yargılamasında değil; kanun yolları aşamasında talep edilebilen bir tedbir ve idari yargı yerlerinin 2577 sayılı Kanun'da öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde verilebilen bir yargı kararıdır.

Yürütmenin durdurulması kararlarının yargısal kararlar olduğuna ilişkin tespitin ardından gelen bir diğer tartışma bu kararların hangi tür yargısal karar olduğuna ilişkindir. Hâkimin karar verdikten sonra yargılamaya devam edip etmemesine yani davadan elini çekip çekmemesine göre yargı kararları temelde “ara karar” ve “nihai karar” olarak ikiye ayrılmaktadır.⁹ Yürütmenin durdurulması kararının nihai karar olmadığına şüphe bulunmamakla birlikte, kararın niteliği hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Yürütmenin durdurulması kararının yargısal niteliği açısından ara karar olup olmadığı ve ihtiyati tedbir niteliğinde sayılıp sayılmayacağı doktrinde tartışılmaktadır. Bu tartışma hakkında görüş birliğinin olmaması biraz da yürütmenin durdurulması kararının idari yargılama hukukuna özgü bir kurum olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak, yine de yürütmenin durdurulması kararının niteliğine ilişkin bu tartışmalar müessesenin özelliklerini ortaya koyması açısından önemlidir.

Ara kararlarda çoğu zaman davanın esastan görüşülebilmesi için ilgili makamdan gerekli bilgi ve belge talep edilir.¹⁰ Bu yönüyle ara kararlar, davanın ilerlemesine yardımcı olan davanın esasına ve nihai hükme etkisi olabilecek kararlardır.¹¹ Yürütmenin durdurulması kararları belli bir hukuki duruma son vermesi ve itiraza konu olabilmesi başta olmak üzere birçok yönüyle mahkemelerin ara kararlarından ayrılırlar.¹² Yürütmenin durdurulması taleplerinin harca tabi olması ve ilam şeklinde yazılması talebin reddi ya da kabulü şeklinde iki farklı karar verilebiliyor olması bile yürütmenin

2020), <www.anayasa.gen.tr/mah-karar-yayini.htm> Erişim Tarihi 12.05.2021.

⁸ Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 10. Bası, Yetkin Yayınları, 2011, s. 530.

⁹ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 530.

¹⁰ Kılınç, s. 33-35.

¹¹ Metin Kıratlı, “Yürütmenin Durdurulması”, 1966, XXI (4), Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, s. 181; Kılınç, s. 33.

¹² Günday, s. 19.

durdurulması kararlarının ara karar olarak kabulünü güçleştirmektedir.¹³ Yürütmenin durdurulması kararının kaldırılabilir olma özelliği, hüküm öncesinde verilebilmesi ve yargılamaya son vermemesi bakımından ara karar olduğu iddia edilse bile aslında yürütmenin durdurulması kararları tam bir ara karar olma özelliği de göstermez.¹⁴

Kararın davanın esasına etki etmeyen sonradan oluşabilecek telafisi güç veya imkânsız zararları önlemek için öngörülmesi yürütmenin durdurulması kararının tedbir niteliğini ortaya koyar.¹⁵ İhtiyati tedbir, “kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca, davacı veya davalının (dava konusu ile ilgili olarak) hukuki durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörülmesi, geçici nitelikte, geniş veya sınırlı olabilen” bir hukuki korumadır.¹⁶ Danıştay, yürütmenin durdurulması müessesesini, iptal davalarına sıkı sıkıya bağlı, adli yargıdaki ihtiyati tedbirden farklı, bütünüyle idari yargıya özgü idari yargı denetim biçimi olarak ifade ederken,¹⁷ diğer yandan yürütmenin durdurulması kararının usul, konu, sonuç ve yerine getirilme hususları bakımından ihtiyati tedbirden farklı olduğuna dikkat çekmektedir.¹⁸ Örneğin, yürütmenin durdurulması açılmış bir iptal davasında talep edilebilirken, ihtiyati tedbir dava açılmadan önce de talep edilebilir. Ayrıca, yürütmenin durdurulması talebiyle idari işlemin veya yargı kararının uygulanmasının durdurulması talep edilirken, ihtiyati tedbir talebi bir şeyin yapılması, yapılmaması konusunda taraflara emir verilmesi, bir malın bir yerden alınıp başka bir yere teslimi gibi hususlarda olmaktadır.¹⁹ Bu çerçeveden

¹³ Ünal Demirci, “Yürütmenin Durdurulması-2”, 2007, 497, Maliye ve Sigorta Yorumları, s. 47.

¹⁴ Aslan, s. 38-39. Onar, yürütmenin durdurulması kararını, idari işlemin nihai karar verilene kadar ertelenmesi hususunda verilen bir “ara karar” olarak değerlendirirken (Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Cilt, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1970), Uler de, müessesenin koruyucu tedbir niteliğine dikkat çekerek kararın benzer şekilde “ara karar” olduğunu ifade etmiştir (Uler, s. 4). Gözübüyük de, yürütmenin durdurulması kararlarının ara karar olduğu kanaatindedir (A. Şeref Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, 30. Bası, Turhan Kitabevi, 2010, s. 451).

¹⁵ Aslan, s. 38-39.

¹⁶ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 661.

¹⁷ Danıştay 10. D. 15.02.1990, E. 1989/ 2490, K. 1990/270, Lexpera İçtihat Bankası, www.lexpera.com.tr.

¹⁸ Danıştay 3. D. 22.11.1978, E. 1978/1158, K. 1978/1213; Danıştay İDDGK 28.12.1978, E. 1978/80, K. 1978/76. Aktaran: Kılınç, s. 27(44 numaralı dipnot).

¹⁹ Sami Akural, İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Etki ve Sonuçları, 1. Cilt, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 1976, s. 123.

bakıldığında, yürütmenin durdurulması kararları, işlemin uygulanmasını erteleyen koruyucu tedbir niteliğindedir.²⁰

Danıştay, istikrar bulmuş kararlarında yürütmenin durdurulması kararının dava konusu işlemin uygulanmasını durduran, icrailik niteliğini askıya alan ve söz konusu işlemin tesisinden önceki hukuki durumun geri gelmesini sağlayan geçici nitelikte bir karar olduğu görüşündedir.²¹ Bazı kararlarında da, idari işlemi esas hakkında karar verilinceye kadar askıya alan, davanın esastan karara bağlanmasıyla birlikte etkisini yitiren ve iptal kararının yerine getirilmesinde ileride yaşanabilecek zorlukları ortadan kaldırmaya hizmet eden geçici tedbir niteliğinde bir karar olduğunu ifade etmiştir.²² Danıştay'ın tutumundan da anlaşılacağı üzere, yürütmenin durdurulması kararları aslında davacıya sağladığı geçici hukuki koruma yönüyle öne çıkmaktadır.²³

Sonuç olarak, idari yargılama usulünde yürütmenin durdurulması kararlarının; anlaşmazlığı nihai olarak çözümlememesi, geçici nitelikte olması, kesin hüküm teşkil etmemesi, değiştirilebilir ve hatta kaldırılabilir olması gibi özellikleriyle her ne kadar ara karar olarak değerlendirilmesi mümkünse de bir ihtiyati tedbir gibi geçici koruma sağlaması ancak ihtiyati tedbirden farklı içeriğe sahip olması açısından²⁴ idari yargıya özgü bir karar türü olduğu ifade edilebilir.²⁵

B. Yürütmenin Durdurulması Kararının Hukuki Etkisi

Yürütmenin durdurulması kararının etkisinin ne olacağı konusunda mevzuatta açık bir düzenleme olmadığından doktrinde önceleri yürütmenin

²⁰ Kılınç s. 26.

²¹ Danıştay 5. D. 11.03.1997, E. 1996/2957, K. 1997/546; Danıştay 5. D. 20.09.1994, E.1994/4960, K.1994/4062, Lexpera İçtihat Bankası, www.lexpera.com.tr.

²² Danıştay 13. D. 10.02.2009, E. 2007/15262, K. 2009/1606, Lexpera İçtihat Bankası, www.lexpera.com.tr.

²³ Tekinsoy da, yargılama hukukları açısından kurumlar arasındaki benzerliğin ortaya konulması bakımından yürütmenin durdurulması müessesesinin geçici koruma tedbirleri başlığı altında değerlendirilebileceğini ifade etmektedir (M. Ayhan Tekinsoy, İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Savaş Yayınevi, 2013, s. 162-163).

²⁴ Yürütmenin durdurulması kararları bir Danıştay kararında ifade edildiği şekliyle "iptal davalarına sıkı sıkıya bağlı, adli yargıdaki ihtiyati tedbirden farklı idari yargıya özgü idari yargı denetim biçimidir." (Danıştay 10. D. 15.02.1990, E. 1989/2490, K. 1990/270, Lexpera İçtihat Bankası, www.lexpera.com.tr).

²⁵ Bu yöndeki görüşler için bkz. Akural, s. 123; Orhan Özdeş, "İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Niteliği" 1979, 9, Danıştay Dergisi 32-33, s. 7; Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2017, s. 579.

durdurulması kararının dava konusu işlem üzerindeki etkisine dair farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Onar, yürütmenin durdurulması kararlarının idari işlemin kanuna aykırılığını göstermeyen, sadece dava konusu işlemin uygulanmasını dava sonuna kadar durduran kararlar olduğunu ifade etmektedir.²⁶ Bu kapsamda, yürütmenin durdurulması kararının etkisi geçici olduğundan, bu kararın verilmesiyle iptal kararının doğuracağı ağır sonuçların ortaya çıkmayacağını, hukuken iptal edilmemiş işleme dayanılarak tesis edilen işlem ve eylemlerin hükümsüz sayılmayacağını ifade etmiştir. Yazara göre, yürütmenin durdurulması kararı alındığı tarihten itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur.²⁷ Sarıca'ya göre, verilen yürütmenin durdurulması kararı ile işlemin hukuka uygunluk karinesi çürümüştür²⁸ ve işlem yapıldığı andan önceki durum kendiliğinden geri gelir.²⁹ Kıratlı, yürütmenin durdurulması kararlarının etkisini geçmişe ve geleceğe doğru olarak iki şekilde incelemiştir. Bu görüşe göre dava konusu işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilmesi ile birlikte kararın etkileri yapıldığı tarihe kadar yürümektedir. Dava konusu işlemin tesis edilmeden önceki halinin davanın esasen sonuçlanana kadar devam etmesi, yürütmenin durdurulması kararlarının geleceğe doğru etkisini gösterir.³⁰ Nihayetinde, yürütmenin durdurulması kararlarının hüküm ve sonuçlarının geçmişe yürüdüğü yönünde doktrinde genel kabul oluşmuştur.³¹ Bu kapsamda idari makamlar yürütmenin durdurulması kararıyla birlikte, yürütmesi durdurulan işlemde önceki hukuki durumu temin etmelidirler.³² Ancak yürütmenin durdurulması talebinin reddine ilişkin kararlardan dava konusu işlem etkilenmeyeceğinden, hukuki durumda herhangi bir değişiklik

²⁶ Onar, s. 1971; Benzer şekilde Aslan, yürütmenin durdurulması kararının verilmesiyle idari işlemin ortadan kalmadığını ancak kararla birlikte işlemin yürütülmesinin askıya alındığını ifade etmektedir (Aslan, s. 79).

²⁷ Onar, s. 1971-1973; Bu görüşe katılan Altay' a göre; "Yürütmenin durdurulması kararında dava konusu işlem varlığını sürdürmeye devam ettiğinden bu kararlar, geriye dönük olarak değil, verildikleri tarih gözetilerek bu tarih itibarıyla dava konusu işlem öncesi hukuki durumun geçerliğini sağlamaktadır." (Evren Altay, "Yargı Kararlarının Uygulanması", Danıştay Başkanlığı 139. Yıl Sempozyumu, Ankara, 2007, s. 120).

²⁸ Ragıp Sarıca, "Tehir-i İcra Kararlarının Yerine Gelmesi", Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, 1966, s. 33.

²⁹ Sarıca, s. 36.

³⁰ Kıratlı, s. 192; Benzer yöndeki açıklamalar için bkz. Kaplan, s.407.

³¹ Günday, s. 21; Uler, s. 7; Sarıca, s. 35; Aslan, s. 33; Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s. 400; Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s. 582.

³² Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s. 400; Çağlayan, s. 212.

yapılmasına gerek yoktur.³³

Yürütmenin durdurulması kararının dava konusu işlem üzerindeki etkisine açıklık getiren Danıştay, yürütmenin durdurulması kararının verilmesiyle birlikte dava konusu işlemde önceki hukuki durumun geri geldiği görüşündedir. Yürütmenin durdurulması kararının idari işlemin yürürlüğünü askıya alma durumu, idari işlemin tesisinden ve icrasından önceki hukuki durumun yürürlüğünü sağlamak suretiyle meydana gelir.³⁴ Böylece, yürütmenin durdurulması kararının sonuçları dava konusu işlemin yapıldığı tarihten itibaren etkisini gösterir³⁵ ve kararla birlikte önce veya sonra yapılan tüm işlemler durur.³⁶

Yürütmenin durdurulması kararının etkisi nihai karar verilene kadar devam edebilir. Davanın reddedilmesi halinde ise yürütmenin durdurulması kararı kendiliğinden ortadan kalkar³⁷ ve yürütmesi durdurulan işlem yeniden yürürlük kazanır.³⁸ Özetle, yürütmenin durdurulması kararlarının idari işlemi, esas hakkında karar verilinceye kadar askıya alan, davanın esastan karara bağlamasıyla birlikte etkisini yitiren ve iptal kararı ile birlikte davacının yaşayabileceği zorlukları ortadan kaldırmaya hizmet eden bir müessese olduğu söylenebilir.³⁹

C. Yürütmenin Durdurulması Talebinin Karara Bağlanma Süreci

Yürütmenin durdurulması müessesesi ile ileride verilebilecek muhtemelen iptal kararı ile oluşabilecek fiili veya hukuki imkânsızlık hallerinin önlenmesi

³³ Tekinsoy, s. 158.

³⁴ Danıştay 13. D. 23.05.2016, E. 2016/1092, K. 2016/1884; Danıştay 2. D. 06.10.2010, E. 2010/672, K. 2010/3699, Lexpera İçtihat Bankası, www.lexpera.com.tr.

³⁵ Sarıca, s. 37.

³⁶ Sarıca, s. 34.

³⁷ Çağlayan, s. 601.

³⁸ “Yürütmenin durdurulmasına dair kararların, iptali istenilen tasarruf ve işlemlerin tesis edildikleri ve icra edildikleri tarihten önceki hukuki durumun yürürlüğe girmesini sağlayacakları” hakkında karar için bkz. Danıştay 3. D. 09.03.1978 tarih ve E. 1978/152, K. 1978/199, (Aktaran: Candan, s. 655, 931 numaralı dipnot).

³⁹ Danıştay 13. D. 10.02.2009 E. 2007/15262, K. 2009/1606, Lexpera İçtihat Bankası, www.lexpera.com.tr. Yürütmenin durdurulması kararlarının diğer yargısal kararlar gibi gecikmeksizin yerine getirilmesi gerekir. Anayasa'nın 2. maddesi ve 138. maddesinin dördüncü fıkrası ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanun'unun (İYUK) 28. maddesinin birinci fıkrası gereğince, idarelerin, yürütmenin durdurulması kararlarının gereklerine göre işlem tesis etmesi bir zorunluluktur.

hedeflenmektedir.⁴⁰ Açılmış bir iptal davasında yargılamanın başında veya dava devam ederken talep üzerine 2577 sayılı Kanun'daki usul ve esasa ilişkin şartların sağlanması halinde yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.

2577 sayılı Kanun'un 27. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesine göre: “Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Uygulanmakla etkisi tükenen olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir. Ancak, kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemler, uygulanmakla etkisi tükenen olan idari işlemlerden sayılmaz. Yürütmenin durdurulması kararlarında idari işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak telafisi güç veya imkânsız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunludur.” hükmü yer almaktadır.

Yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesi için aranan “açıkça hukuka aykırılık şartı” bu kararın verilmesini güçleştirmektedir.⁴¹ Ancak yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için aranan “açıkça hukuka aykırılık” şartının ve nihai karar için aranan hukuka aykırılıktan farklı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Burada dava dilekçesi ve eklerinden ilk bakışta anlaşılabilen bir hukuka aykırılık aranmalıdır.⁴² Doktrinde de çoğunlukla, esas bakımından bir inceleme gerek olmaksızın “sakatlık kuşkusu” bulunduğu idari işlemin yürütmesinin durdurulması karar verilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁴³

⁴⁰ İl Han Özyay, Devlet İdari Rejim ve Yargısal Korunma, Filiz Kitabevi, 1986, s. 160; Kılınç, s. 39-40. Benzer açıklamalar için bkz. Kıratlı, s. 189; Sarıca, Tehir-i İcra, s. 29-30; İsmail Hakkı Ülgen, “Danıştay’ın 105. Kuruluş Yılı Dönümü Açış Konuşması”, 1973, 3(8), Danıştay Dergisi, s. 9-10.

⁴¹ Kılınç, s. 42; Günday, s. 16; Demirci, s. 50.

⁴² Aslan, s. 46; Muammer Oytan, Danıştay’da Görülen Davalarda Yürütmenin Durdurulması, Ülkemiz Matbaa, 1973, s. 180; Aydın H. Tuncay/ Orhan Özdeş/ Recep Başpınar, “İdari Yargılama Usulü”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1968, s. 720. Sarıca, yürütmenin durdurulmasına karar verebilmek için aranan hukuka aykırılık şartına ilişkin hâkimin “peşin ve muhtemel” bir kanaatinin yeterli olduğunu ifade etmektedir. (Sarıca, Tehir-i İcra, s. 28).

⁴³ Uler, s. 6; Aslan, s. 46-47; Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s. 587.

Yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için aranan zarar şartıyla hâkimden telafisi güç veya imkânsız zararları önceden öngörmesi beklenir. Kanun koyucu bu şartı, hâkimin yürütmenin durdurulmasına karar vermemesi halinde sonradan dava konusu işlemin iptaline karar vermiş olsa bile telafisi güç veya imkânsız zararların doğmasına davanın başında engel olmak için getirmiştir.⁴⁴ Sorumluluk hukukunda zarar, malvarlığında azalma şeklinde olabileceği gibi, meydana gelebilecek bir artışın önlenmesi şeklinde de gerçekleşebilir.⁴⁵ Zarar kavramına farklı bir bakış açısı getiren Özay’a göre, ölüm bile, maddi ve manevi bir zarar olarak tazmin edildiğine göre telafisi güç veya imkânsız zarar “eski hale getirilmesi ya çok güç ya da imkânsız bir durum” şeklinde anlaşılmalıdır.⁴⁶ Aslında, Kanun metninde geçen “zarar” kelimesinden teknik anlamda maddi veya manevi zarar anlaşılmamalıdır. Yürütmenin durdurulmasına karar verilirken, dava konusu edilen işlem yargılama sürecinin sonunda iptal edildiğinde iptal kararının uygulanmasını güçleştirecek hallerin oluşup oluşmayacağına bakılmalıdır.⁴⁷ Bununla birlikte açıkça hukuka aykırılığın nasıl tespit edildiği ve telafisi güç ve imkânsız zarardan ne anlaşılması gerektiği, ancak idari yargı yerlerinin gerekçeli karar vermesi ile anlaşılabilir. Nitekim 2577 sayılı Kanun’un 27. maddesinde de yürütmenin durdurulması kararlarının gerekçeli verilmesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir.

Ancak uygulamada idari yargı yerlerinin yürütmenin durdurulması istemlerini karara bağlarken gerekçe şartını gereği gibi yerine getirmediği görülmektedir. Çalışmanın ilerleyen kısmında gerekçe şartının yargılama fonksiyonu bakımından önemine dikkat çekmek için öncelikle adil yargılanma hakkı ile ilişkisine sonrasında diğer yargılama usullerine ilişkin mevzuattaki yerine yer verilmek suretiyle, bir yargı kararı gerekçesinin neden ihsas-ı rey olmayacağına açıklık getirilecektir.

II. AİHS ve İÇ HUKUKTA GEREKÇELİ KARAR İLKESİNİN YERİ

Gerekçe hukuki bir kavram olarak, “yargı mercilerinin yargısal etkinliklerine konu eylem, işlem ve kararlarının doğru, haklı, yasal, makul (akla mantığa), vicdana uygun ve denetlenmesine olanak verecek şekilde

⁴⁴ Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s. 396.

⁴⁵ Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s. 546.

⁴⁶ Özay, Günışığı, s. 251, 167 numaralı dipnot.

⁴⁷ Günday, s. 16.

temellendirmesi” dir.⁴⁸ Yargıda gerekçe, yargısal koruma işlevinin güvenli şekilde işleyebilmesini, yargıcın tarafsızlığının ortaya konulmasını, dava konusunun nesnel ve hukuksal olarak aydınlatılmasını sağlar.⁴⁹ Yargı kararlarının gerekçeli olması talep ile karar arasındaki mantıki ve hukuki bağı ortaya koyarken, mahkemenin kanunun çizdiği sınırlar içerisinde kalıp kalmadığını anlamaya yardımcı olur.⁵⁰ Gerekçe doktrinde, “yargıcın yansızlığını kanıtlama aracı”, “yargıcın yanılmasını önleyici bir araç”, “yargıcın da yargılanma aracı”, “yargısal akıl yürütme”, “yargıcın etik yükümlülüğü” olarak adlandırılırken diğer yandan gerekçenin hukukun zenginleşmesine olanak sağladığı ve tarafları ikna ederek adalet duygusunu geliştirdiği kabul edilmektedir.⁵¹

Gerekçeli karar ilkesi, AİHS’in 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının önemli bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de, iç hukukta bir mahkeme tarafından verilen kararın “yasal olarak geçerli bir gerekçeye” dayanmasının zorunluluğunu aramaktadır.⁵² Zira gerekçeli karar hakkı AİHS’in 6. maddesinde⁵³ açıkça belirtilmemiş olsa da adil yargılanma hakkının somut görünümünden biridir.⁵⁴ AİHM, dava sırasında açık ve somut biçimde ileri sürülen iddia, dava

⁴⁸ Nedim Şeker, “Strazburg Yargı Kararlarında Doğru, Haklı, Yasal ve Makul Gerekçe Biçimleri”, 2007, 65(2), Ankara Barosu Dergisi, s. 180.

⁴⁹ Şeker, s. 179.

⁵⁰ Mustafa Alp, “Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe”, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Bırsel’e Armağan, 2001, s. 428-429.

⁵¹ Şeker, s. 188-190.

⁵² Karen Reid, A Practitioner’s Guide to The European Convention on Human Rights, Sweet & Maxwell, London 1998, s. 128; AİHM De Moor v. Belgium, B. N: 16997/90, 23.06.1994 (Aktaran: Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 4, Avrupa Konseyi, 2018, s. 197).

⁵³ “Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.” (AİHS md. 6/1).

⁵⁴ İnceoğlu, El Kitabı, s. 192-193; Şeker, s. 181; Tolga Şirin, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında (İdari Yargı Bağlamında) Gerekçeli Karar Alma Hakkı”, 2021, 12(48), TAAD, s. 67. (Örnek kararlar için bkz. AİHM Van De Hurk v. The Netherlands B.N.: 16034/90, 19.04.1994,

sonucunu değiştirebilecek nitelikte ise milli mahkemelerin gerekçe göstererek değerlendirme yapması gerekliliğine dikkat çekmektedir. Bu kapsamda, iddia veya savunmaya ilişkin ayrı ve açık bir değerlendirmenin kararın gerekçesinde yer almaması adil yargılama hakkının ihlali sonucunu doğuracaktır.⁵⁵ Ayrıca, AİHS'in dışında iç hukukta Anayasa'da ve yargılama usulü kanunlarında da gerekçe ilkesine yer verilmiştir.

Gerekçe ilkesinin Türk hukukundaki dayanağı Anayasa'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan: "Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır." hükmüdür. Yargı kararlarının gerekçe kısmı, davaya konu olay ve olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlerle ve hangi hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak, olay ve olgular ile hüküm arasındaki bağlantıyı gösterecek şekilde olmalıdır.⁵⁶ Bu bağlamda yargı organları, tarafların dilekçelerinde yer verdikleri iddia, savunma ve delilleri karar gerekçesinde tartışmalıdırlar.⁵⁷ Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesi⁵⁸ uyarınca gerekçeli karar hakkını adil yargılama hakkı kapsamında incelemektedir.⁵⁹ Gerekçeli karar hakkı Anayasa Mahkemesi kararlarında, kimi zaman hak arama özgürlüğünün bir uzantısı⁶⁰ kimi zaman ise hakkaniyete uygun yargılamanın bir unsuru olarak kabul görmektedir.⁶¹

&61; AİHM, Ruiz Torija v. Spain, B.N.: 18390/91, 09.12.1994, & 29).

⁵⁵ David J. Harris/Michael O'Boyle/C. Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, Butterworths, 1995, s. 215; Francis G. Jacobs/ Robin C. A. White, The European Convention on Human Rights, 2. Ed., Oxford University Press, 1996, s. 126. (Aktaran: Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Şen Matbaa, 2007, s. 99-100). İlgili kararlar için bkz. AİHM Ruiz Torija v. Spain, B.N.: 18390/91, 09.12.1994, &29-30; AİHM Hiro v. Spain, B. N.: 18064/91, 09.12.1994, & 28.

⁵⁶ AYM İbrahim Ataş, B. No: 2013/1235, 13/6/2013, § 24.

⁵⁷ Candan, s. 617-618; Zühal Aysun Sunay, İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 107; Kamile Türkoğlu Üstün, İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 237.

⁵⁸ "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz."

⁵⁹ AYM Mehmet Yavuz, B. No: 2013/2995, 20/2/2014, & 49-50; AYM İbrahim Ataş, B. No: 2013/1235, 13/6/2013, § 23; AYM Ünal Aslantürk, B. No: 2013/1876, 8/9/2015, § 41; AYM Nusret Yumrutaş, B. No: 2013/6355, 19/11/2015, § 26.

⁶⁰ AYM Vedat Benli, B. No: 2013/307, 16/5/2013, § 29-30; AYM Yasemin Ekşi, B. No: 2013/5486, 4/12/2013, § 53-54; AYM Vesim Parlak, B. No: 2012/1034, 20.03.2014, & 32; AYM Tuba Doğruyol, B. No: 2014/1292, 10/6/2015, § 27.

⁶¹ AYM Muhittin Kaya ve Muhittin Kaya İnşaat Taahhüt Madencilik Gıda Turizm Pazarlama

Medeni ve ceza yargılama usulünde gerekçeli karar ile ilgili olarak benzer hükümler mevcuttur. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda kararın gerekçesinin nasıl yazılması gerektiğine açıklık getirilmiştir. Bu Kanuna göre, hükümde tarafların iddia ve savunmalarının özetini, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesini, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebeplere (md. 297/1/c) yer verilmelidir. Hükümün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir (md. 297/2). Hukuk yargılamasında, hükümün açık ve net olması hususu hüküm sonucu ile sınırlı olmayıp, iddiaların tek tek ele alındığı, cevaplandırıldığı, hukuka ve yasaya aykırı bulunma ya da bulunmama nedenlerinin açıklandığı, yasal dayanakların gösterildiği, denetlenmesi mümkün ve anlaşılabilir gerekçenin varlığını gerektirir. Zira taraflar ancak gerekçe vasıtasıyla kararın hangi maddi ve hukuki sebebe dayandırıldığını anlayabilecekleri gibi yargı kararının denetimi de ancak kararın gerekçe içermesi halinde mümkün olacaktır. Bu kapsamda, kararın gerekçesinde hangi maddi vakıanın hangi hukuki sebeple davacıyı veya davalıyı haklı gösterdiğini açıklanması halinde ancak 6100 sayılı Kanun'un aradığı gerekçe şartının gerçekleşmiş olduğundan bahsedilebilir.⁶²

5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 34. maddesinin birinci fıkrasında yer alan: "Hâkim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dahil, gerekçeli olarak yazılır. Gerekçenin yazımında 230 uncu madde göz önünde bulundurulur. Kararların örneklerinde karşı oylar da gösterilir."⁶³ hükmü

Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti., B. No: 2013/1213, 4/12/2013, § 25; AYM Döndü Karar, B. No: 2014/6253, 29/6/2016, § 40. İdari yargıya ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin ihlâl kararlarında, gerekçeli karar alma hakkı "içtihadattan sapma", "mevzuattan sapma", "bilirkişi raporlarındaki yetersizlikler ve rapordan keyfi sapmalar", "bilgi, belge ve delillerin toplanmaması veya dikkate alınmaması", şeklinde görülebilmektedir (Ayrıntılı bilgi için Şirin, s. 72-79).

⁶² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 03.12.2003, E. 2003/4-776, K. 2003/720, Kazancı İçtihat Bankası, <https://www.kazanci.com.tr>.

⁶³ 5271 sayılı Kanun'un 230. maddesinde: "(1) Mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde aşağıdaki hususlar gösterilir: a) İddia ve savunmada ileri sürülen görüşler. b) Delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükmü esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi. c) Ulaşılan kanaat, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ve bunun nitelendirilmesi; bu hususta ileri sürülen istemleri de dikkate alarak, Türk Ceza Kanununun 61 ve 62 nci maddelerinde belirlenen sıra ve esaslara göre cezanın belirlenmesi; yine aynı Kanunun 53 ve devamı maddelerine göre, cezaya mahkûmiyet yerine veya

gereğince ceza yargılamasında da her türlü yargı kararının gerekçeli olması gerekir.

İdari yargılama usulünde ise, yargı organlarının her türlü kararında 2577 sayılı Kanun'un 24. maddesinin e fıkrası uyarınca kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi ve hüküm tazminat davalarında hükmedilen tazminat miktarına yer vermesi gerekir. 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun⁶⁴ 51. maddesinde: "Kararlarda, toplantıya katılanların ad ve soyadları, işin konusu, verilen kararların gerekçeleri, azınlıkta kalanların görüşleri ve karar tarihi belirtilir. Kararlar, toplantıya katılan Başkan ve üyeler tarafından imzalanır." yer alan hüküm gereğince Danıştay kararları gerekçeli olarak açıklanmalıdır.

Yargı organlarının, idari makamların kararları uygulamada yaşayabilecekleri zorlukları dikkate alarak idareye açık, kesin ve gerektiğinde ayrıntılı bir gerekçe sunmaları gerekmektedir.⁶⁵ Ancak idari yargıdaki karar yazım biçimine bakıldığında "Türk Milleti Adına" yazan kısmından sonra, öncelikle davanın konusu, sırasıyla konu ile mevzuatın açıklandığı kısım ve sonrasında çoğunlukla kısa bir gerekçe ile uyuşmazlık konusu olayın değerlendirildiği görülmektedir.⁶⁶ Davanın reddine karar verildiğinde kimi zaman gerekçede, "davacının iddiası haklı görülmemiştir" veya dava konusu edilen işlemde "kamu yararı görülmüştür" veya "görülmemiştir" şeklinde tek düze ifadeler kullanılmaktadır.⁶⁷ Bu durumda karara karşı kanun yoluna

cezanın yanı sıra uygulanacak güvenlik tedbirinin belirlenmesi. d) Cezanın ertelenmesine, hapis cezasının adli para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilmesine veya ek güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına veya bu hususlara ilişkin istemlerin kabul veya reddine ait dayanaklar. (2) Beraat hükmünün gerekçesinde, 223 üncü maddenin ikinci fıkrasında belirtilen hallerden hangisine dayanıldığı gösterilmesi gerekir. (3) Ceza verilmesine yer olmadığına dair kararın gerekçesinde, 223 üncü maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında belirtilen hallerden hangisine dayanıldığı gösterilmesi gerekir. (4) Yukarıdaki fıkralarda belirtilen hükümlerin dışında başka bir karar veya hükmün verilmesi hâlinde bunun nedenleri gerekçede gösterilir." hükmü yer almaktadır.

⁶⁴ RG 20.01.1982-17580.

⁶⁵ Sunay, s. 93.

⁶⁶ Aydın Gülan, "Uzun Karar Kısa Gerekçe", İdari Yargıda Gerekçeli Karar Hakkı, İstanbul Barosu İdare ve Vergi Hukuku Komisyonu ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ortaklaşa Düzenlemiş Olduğu Panel, 2019, s. 7-8. Gerekçeli karar alma hakkının ihlâlinin çeşitli şekillerde olabileceğine dikkat çeken Şirin, bu halleri "yokluk", "ilgisizlik", "yetersizlik", "çelişkililik", "eksiklik", hukuksuzluk", "öğrenilmezlik" şeklinde sıralamıştır (Şirin, s. 70-72).

⁶⁷ Gülan, s. 7-8. Benzer şekilde yargı organlarının dava konusu işlemin hangi unsur bakımından hukuka aykırı olduğu izah etmeden dava konusu işlemde hukuka ve hakkaniyete uygunluk görülmediğinden dava konusu işlemin iptaline karar verdikleri görülmektedir. (Ankara 15.

gidecek olan tarafın savunma imkânları sınırlandırılmış olmaktadır. Dava, davacı lehine sonuçlandığında ise kararda belirsiz veya özensiz kelimelerin kullanılması ve kararın uyumsuzluk konusu olayı yeterince aydınlatmaması durumlarında idari makamların kararı uygulamasında güçlük yaşayacağı hatta yeni uyumsuzlukların doğabileceği muhakkaktır.⁶⁸

İdari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları bakımından hukuka uygunluğunun denetlendiği iptal davalarında yargı organlarından beklenen sakatlık unsurlarının tümünün tartışılmasıdır. Yargı organlarının uygulamada hiçbir unsurun tartışmasına girmeden ya da idari işlem unsurlarından biri bakımından hukuka aykırılık tespit ettiğinde sadece o unsur üzerinden inceleme yapmakta diğer unsurların değerlendirmesinden kaçınılmaktadır. Bu şekilde sınırlı yapılan bir denetim yargı kararını uygulayan idari makamlar için de yol gösterici olma işlevini yitirmektedir. Zira iptal edilen işlem yerine tesis edilen işlemin de incelemesi yapılmayan diğer unsurlar bakımından hukuka aykırı olması durumunda sonraki işlem yeniden dava konusu edilebilmektedir.

Görüldüğü üzere, nihai kararların gerekçeli olarak verilmesi hukuki bir gereklilik olmasının dışında usul ekonomisi açısından da yerinde bir uygulamadır. Benzer şekilde yürütmenin durdurulması taleplerinin değerlendirildiği kararların da gerekçeli olması taraf savunmalarının hukuki olarak temellendirilmesine ve idari makamların kendi tesis etmiş oldukları işlemleri yeniden gözden geçirmelerine yardımcı olmaktadır.

III. Yürütmenin Durdurulması Kararlarında Gerekçe İlkesi

Yürütmenin durdurulması müessesesine 2577 sayılı Kanun'un kabul edilmesinden önce yürürlükte bulunan 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun⁶⁹ 94. maddesinde⁷⁰ de yer verilmişti. 1973 yılında 521 sayılı Kanunda 1740 sayılı

İdare Mahkemesi 20.06.2018, E. 2017/3093, K. 2018/1216; Ankara 16. İdare Mahkemesi 10.11.2017, E. 2015/2524, K. 2017/3045, Lexpera İçtihat Bankası, www.lexpera.com.tr).

⁶⁸ Sunay, s. 93, 105.

⁶⁹ RG 31.12.1964-11896.

⁷⁰ “Danıştay’da idari dâva açılması ve kanun yollarına başvurulması itiraz olunan idari işlemlerin veya yargı kararının yürütülmesini durdurmaz. Şu kadar ki, dâva daireleri ile Dâva Daireleri Kurulu, taraflardan birinin isteği halinde, teminat karşılığında yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Ancak halin icabına göre, iptal dâvalarında yetkili daire veya Kurul teminat aramıyabilir. İdare ile adli müzaharetten faydalanan kimselerden teminat alınmaz. Taraflar arasında teminata ilişkin olarak çıkan anlaşmazlıklar, yürütme hakkında karar veren daire veya Kurulca çözümlenir.”

Kanun’la⁷¹ yapılan değişiklik ile yürütmenin durdurulması kararının “telafisi güç durumlar ortaya çıkması veya dilekçede ileri sürülen hususların durumuna göre ciddi ve idari veya yargı kararlarının iptalini haklı gösterecek nitelikte olması halinde” verilebileceği düzenlenmişti. Söz konusu maddeden yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için ileri sürülen hukuka aykırılıkların ciddi olması şartının arandığı anlamı çıkarılıyor olsa da uygulamada daha çok “haklılık” unsuru ön plana çıkmaktaydı. Bu durum, pek çok davada davacının haklılığı konusunda daha davanın başında bir sonuca varılmadığından yürütmenin durdurulmasına karar verilmemesine yol açmıştır.⁷² 1740 sayılı Kanun beklenilen aksine yürütmenin durdurulması kararlarının gerekçeli olacağına ilişkin herhangi bir hüküm getirmemiştir. Bu dönemde Danıştay’ın hangi hukuki gerekçeye dayanarak karar verdiğinin anlaşılamadığı dolayısıyla yürütmenin durdurulması kararı verilmesi için gereken koşulların varlığı veya yokluğunun bilinemediği için kanun koyucunun maksadının gerçekleşmediği ileri sürülmüştür. Bunun yanı sıra yargı organlarının hangi koşullar ve şartlar altında karar verdiği bilinmediği sürece, içtihat birliğinin oluşmayacağı gibi yargı organına güven sağlanamayacağı da ifade edilmiştir.⁷³

Yürütmenin durdurulması müessesesi 2577 sayılı Kanun’un 27. maddesinin ikinci fıkrasının ilk halinde: Danıştay veya idari mahkemeler idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç ve imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği şeklinde düzenlenmişti.⁷⁴ 2577 sayılı Kanun’un 27. maddesinin ikinci fıkrasına 3622 sayılı Kanun⁷⁵ ile yapılan değişiklik ile maddeye: “Bu iki şartın birlikte gerçekleşmediği durumlarda yürütmenin durdurulması kararı verilemez. Yürütmenin durdurulması kararının gerekçesinde bu iki şartın ne suretle gerçekleşmiş olduğunun da açıkça gösterilmesi gerekir.” cümleleri eklenmiştir. 3622 sayılı Kanun ile getirilen bu hüküm ile gerekçe şartı güçlendirilmiştir. Ancak, “yürütmenin durdurulması kararının gerekçesinde bu iki şartın ne suretle gerçekleşmiş olduğunun da açıkça gösterilmesi gerekir” ifadesinin Anayasa’ya aykırı olduğundan bahisle Anayasa Mahkemesi’ne

⁷¹ RG 30.06.1973-14580.

⁷² Kazım Yenice/ Yüksek Esin, Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü, Arısan Matbaacılık, 1983, s. 577; Benzer açıklamalar için bkz. Aslan, s. 42-43.

⁷³ Oytan, s. 171-172.

⁷⁴ RG 20.01.1982-17580, s. 37.

⁷⁵ RG 10.04.1990-20488.

başvurulmuştur. Başvuru bu hükmün gereklerini yerine getiren hâkimin, dava devam ederken davanın başında verdiği kararın etkisi altında kalabileceği ve itiraz konusu değişikliğin yürütmenin durdurulması kararını adeta ilam derecesine yükselttiği gerekçesiyle yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi ise müessesenin geçici bir çözüm olduğuna dikkat çekerek 3622 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle hâlihazırda Anayasa'daki ve 2577 sayılı Kanun'daki hükümlerin sadece yeni anlatım biçimiyle tekrar edildiğini ifade ederek, eklenen cümlenin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.⁷⁶ Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımı aslında yürütmenin durdurulmasına ilişkin talepleri gerekçeli olarak karara bağlayacak hâkimlerin çekingenliklerini giderecek mahiyettedir. Zira Yüksek Mahkeme davanın başında yapılan bir hukukilik değerlendirmesiyle hâkimin bağlı olmadığı kanaatindedir ve bunun aksi yönünde yapılacak olası bir ihsas-ı rey itirazlarının dikkate alınmasını beklemeyecektir.

İlerleyen zamanda da 6352 sayılı Kanun⁷⁷ ve 6526 sayılı Kanun⁷⁸ ile yapılan değişiklikler sonrasında madde son halini almıştır. Görüldüğü üzere, idari yargı mercilerinin yürütmenin durdurulması kararlarında gerekçe şartını yerine getirip getirmediği öteden beri tartışılmaktadır.⁷⁹ Aslında bu kararların gerekçesiz şekilde verilmesi yönünde haklı bir savunma da

⁷⁶ AYM 21.06.1991, E. 1990/20, K. 1991/17, RG 30.09.1992-21361.

⁷⁷ 2577 sayılı Kanununun 27 nci maddesinin (2) numaralı değiştirilmiş, maddeye (2) numaralı fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki (3) numaralı fıkra eklenmiş, diğer fıkralar buna göre teselsül ettirilmiştir ve maddeye şu fıkra: “2. Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Uygulanmakla etkisi tükenen olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir. Yürütmenin durdurulması kararlarında idari işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak telafisi güç veya imkânsız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunludur. Sadece ilgili kanun hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulması kararı verilemez.” eklenmiştir. (RG 05.07.2012-28344).

⁷⁸ 2577 sayılı Kanununun 27 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinden sonra gelmek üzere: “Ancak, kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemler, uygulanmakla etkisi tükenen olan idari işlemlerden sayılmaz.” cümlesi eklenmiştir (RG 06.03.2014-28933).

⁷⁹ Kılınç, s. 51-52; Kıratlı, s. 195; Aslan, s. 44-45.

ortaya konamamıştır.⁸⁰ Yürütmenin durdurulması kararlarına karşı itiraz edilebilmesi⁸¹ ve haklı nedenlerin varlığı halinde yeniden talep edilebilmesi nedenleriyle kararların gerekçeli olması gerekir. Yürütmenin durdurulması kararlarına karşı itiraz yolunu kullanan tarafın karara hangi gerekçelerle itiraz edeceğini anlayabilmesi için gerekçeli karar verilmesi aslında bir anlamda zorunluluktur.⁸² Ancak tekrar eden, fiili ve hukuki nedenleri somut şekilde ortaya koymayan, ikna edici olmaktan uzak ve yetersiz gerekçelerin kanunun aradığı anlamda bir gerekçe olduğunu söylemek mümkün değildir.⁸³ Tarafların ileri sürdüğü sav ve savunmaların dikkate alınıp alınmadığının ve ilk derece mahkemesinin hukuki değerlendirmelerinin denetimi ancak Kanunun öngördüğü gerekçe şartını karşılayan bir kararla mümkündür. Aksi durumda, itirazı inceleyen mahkemenin inceleme yapması zorlaşacak hatta yürütmenin durdurulması şartlarının oluşup oluşmadığını ilk elden incelemek zorunda kalacaktır.⁸⁴ AİHM kanun yoluna başvurulabilen kararlar açısından gerekçeli kararın önemini vurgularken, ilk derece mahkemesinin kararının dayandığı sebepleri öğrenmeden etkili bir itirazın mümkün olmadığını ifade etmektedir.⁸⁵ Bu çerçeveden bakıldığında her ne kadar bir kanun yolu olmasa da özel itiraz yolunun öngörüldüğü yürütmenin durdurulması kararlarının da gerekçeli olması adil yargılamanın gereğidir.

Yürütmenin durdurulması talebinin reddine ilişkin kararın gerekçeli olması konusunda 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesinde herhangi bir açıklama yapılmadığından yargı organları "yasada öngörülen şartların gerçekleşmediği"

⁸⁰ Dinçer Yılmaz, "İstanbul Barosu, İdari Yargıda Gerekçeli Karar Hakkı", İstanbul Barosu İdare ve Vergi Hukuku Komisyonu ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ortaklaşa Düzenlemiş Olduğu Panel, 2019, s. 19.

⁸¹ "Yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verilen kararlar; Danıştay dava dairelerince verilmişse konusuna göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurullarına, bölge idare mahkemesi kararlarına karşı en yakın bölge idare mahkemesine, idare ve vergi mahkemeleri ile tek hakim tarafından verilen kararlara karşı bölge idare mahkemesine kararın tebliğini izleyen günden itibaren yedi gün içinde bir defaya mahsus olmak üzere itiraz edilebilir. İtiraz edilen merciler, dosyanın kendisine gelişinden itibaren yedi gün içinde karar vermek zorundadır. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir." (İYUK md. 27/7).

⁸² Tekinsoy, s. 173; Nurcan Yılmaz Özel, Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri, S.S. Onar İdare Hukuku ve İlimler Arşivi Yayın No: 2016/3, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 364.

⁸³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 05.11.2010, E. 2010/602, K. 2010/602, Yargıtay Karar Bilgi Bankası, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>.

⁸⁴ Fatih Torun, İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 215.

⁸⁵ İnceoğlu, s. 98-99.

şeklinde matbu ibarelere yer vererek, dava konusu işlemin hangi sebeplerle hukuka uygun olduğunu açıklamama eğilimindedirler.⁸⁶ Ancak anılan düzenlemenin mefhumu muhalifinden yürütmenin durdurulması talebinin reddine karar verildiğinde gerekçe gösterilip gösterilmeyeceği hususunda hâkime takdir yetkisinin tanındığı şeklinde bir yorum yapmak mümkün değildir. Zira Anayasa'nın 141. maddesinden ve 2577 sayılı Kanun'un kararda bulunacak hususların düzenlendiği 24. maddesinde “kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi” ifadesinden sadece esas kararların değil yürütmenin durdurulması kararlarının da gerekçeli olması gerektiği anlaşılmaktadır.⁸⁷ Danıştay ise ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı yürütmenin durdurulması talepli dosyalarda kimi zaman kararını somut gerekçelere dayanarak açıklamakta⁸⁸ kimi zaman da tatmin edici bir gerekçe sunmaktan kaçındığı görülmektedir.⁸⁹ Bir yargı kararının gerekçeli olduğundan bahsedebilmek için, tarafların açık ve somut şekilde ileri sürdükleri ve kabul edildiği takdirde davanın sonucunu değiştirebilecek iddialarının kararda incelenmiş olması

⁸⁶ Nazım Taha Koçak, Dilekçe Örnekleriyle Uygulamada Yürütmenin Durdurulması, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 123; Yılmaz Özel, s. 364.

⁸⁷ Aksi görüşte olan Torun, yürütmenin durdurulması talebinin reddedilmesi halinde kararın gerekçeli olmayacağı kanaatindedir (Torun, s. 216). Yargıtay benzer şekilde Anayasa'da ve ilgili kanunda gerekçe şartının bulunmasına rağmen gerekçesiz şekilde verilen kararın usul ve yasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Yargıtay, “mahkemece davanın reddine karar verilmesine rağmen, gerekçeli kararda hangi nedenler ile karar verildiğine ilişkin herhangi bir açıklama ve gerekçe bulunmadığı anlaşılmaktadır. Oysaki mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olması Anayasa hükmü olduğu gibi kararın yukarıda belirttiği şekilde HMK'nın 297. maddesinde yer alan hususları kapsamı da zorunludur. İncelenen mahkeme kararının bahsi geçen yasa hükümlerine aykırı olduğu anlaşılmakla, gerekçesiz bir şekilde ve usulün 297. maddesine aykırı olarak yazılı biçimde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir.” ifadeleri ile gerekçe şartının önemine dikkat çekmiştir. (Yargıtay 13. HD 14.03.2016, E. 2016/900, K. 2016/7613, Yargıtay Karar Bilgi Bankası, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

⁸⁸ Yürütmenin durdurulması talebinin reddine ilişkin gerekçeli kararlar için bkz. Danıştay 10. D. 07.07.2020, E. 2020/696, Lexpera İçtihat Bankası, www.lexpera.com.tr; Danıştay 10. D. 28.06.2021, E.2021/1747, Danıştay 15. Dairesi 09.10.2018, E. 2018/1490, <https://www.danistay.gov.tr>. Yürütmenin durdurulması talebinin kabulüne ilişkin gerekçeli kararlar için bkz. Danıştay 12. D. 09.04.2008, E. 2008/285, s. 33-38; Türkiye Kamu-Sen'in Hukuk Mücadelesi, Arge Yayın No: 24, s.33-38; Danıştay 12. D. 08.11.2008, E. 2008/3642, Kamu-Sen, s. 103-105.

⁸⁹ Örneğin: Danıştay'ın 2. Dairesi'nin 04.02.2020 tarih ve E.2019/3412 sayılı kararında: “Uyuşmazlığın niteliğine ve davanın durumuna göre, olayda 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27. maddesinin sayılı Yasa ile değiştirilen 2. fıkrasında sayılan koşullar gerçekleşmemiş olduğundan yürütmenin durdurulması isteminin reddine”, Danıştay'ın 6. Dairesi'nin 20.02.2020 tarih ve E.2019/21201 sayılı kararında: “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27. maddesinde öngörülen koşulların bulunmaması nedeniyle yürütmenin durdurulması isteminin reddine” karar verilmiştir. (Aktaran: Torun, s. 219).

gerekir.⁹⁰ Dolayısıyla yürütmenin durdurulması taleplerinin incelendiği davalarda talebin reddine veya kabulüne ilişkin kararların gerekçelerinin tatmin edici olmaması durumunda adil yargılanma hakkının korunması çerçevesinde verilen bir gerekçeli karardan bahsetmek mümkün değildir.

Zaten AİHM, ayrıntılı gerekçe vermeden sadece ilgili maddeye gönderme yaparak verilen bir kararda gönderme yapılan maddenin içeriği belli değilse hakkaniyete uygun yargılanma açısından ihlâl olduğuna karar vermektedir.⁹¹ Çalışmanın ilk kısmında bahsedildiği üzere, yürütmenin durdurulması kararı için kanun koyucu telafisi güç veya imkânsız zararların varlığını aramakta ve dava konusu işlemin açıkça hukuka aykırı olmasını beklemektedir. Kanun koyucunun öngördüğü bu iki şartta soyut kavramlardır. Bu madde ile hâkimden beklenen dava konusu işlemin uygulanması halinde davacı bakımından telafisi güç veya imkânsız bir zarara yol açıp açmayacağına ortaya konması ve işlemdeki açıkça hukuka aykırılığı tespit edilmesidir. Telafisi güç ve imkânsız zararın kişiden kişiye göre değişebileceği, açıkça hukuka aykırılığın ise somut olaya göre şekilleneceği muhakkaktır. Bu sebeple yargı organlarının kanundaki ifadeleri doğrudan kullanarak yürütmenin durdurulması hakkındaki talepleri karara bağlaması AİHM'in gerekçeli karar kriterlerini karşılamamaktadır.

Aslında yürütmenin durdurulması kararlarının özenli şekilde gerekçelendirilmesi, her şeyden önce kararı uygulayacak olan idari makamlar için yol gösterici olmaktadır. Özellikle idarenin düzenleyici işlemlerine karşı açılan davalarda verilen yürütmenin durdurulması kararlarının gerekçesi kapsamında yeni düzenleyici işlem tesis edildiği görülmektedir. Örneğin, 26.10.2009 tarih ve 27388 sayılı Resmi Gazete de yayımlanan Gıda ve Yem Amaçlı Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerin İthalatı, Kontrol ve Yönetimine Dair Yönetmeliğin iptali talebiyle açılan davada mahkeme, “gıda ve yem amaçlı genetik yapısı değiştirilmiş organizmalar ve ürünlerin ithalatı, işlenmesi, ihracatı kontrol ve denetimi konularında, yukarıda kapsamı ve içeriği belirtilen şekilde, öncelikle bu konuda yasa çıkarılarak esaslarının belirlenip çerçevesinin net olarak çizilmesi” gerekliliğine işaret edilerek 20.11.2009 tarihinde söz konusu yönetmeliğin yasal dayanağı

⁹⁰ AİHM Hiro v. Spain, B. N.: 18064/91, 09.12.1994. (Aktaran: Sinan Seçkin, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karar İncelemesi (Hiro Balani/ İspanya)”, 2015, 1(2), İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 149).

⁹¹ Georgiadis/ Greece, Appl. No: 21522/93, 29.05.1997, § 40-43; H./ Belgium, § 53; H.A.L./ Finland, Appl. No: 38267/97, 27.01.2004, § 50-51. (Aktaran: İncoğlu, El Kitabı, s. 194).

bulunmadığından yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.⁹² Sonrasında gerekli yasal çalışmalar yapılarak 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu kabul edilmiştir.⁹³

Yürütmenin durdurulması kararlarının gerekçeli olarak verilmesi idari makamlara uygulamada bir kolaylık sağlıyor olsa da, hâkimlerin iş yükünü arttırdığına şüphe yoktur.⁹⁴ İdari yargı hâkimi yürütmenin durdurulması talebine ilişkin kararı verirken bir taraftan tarafsızlığı hakkında şüphe uyandırmamaya gayret etmekte diğer yandan da Anayasa'nın ve 2577 sayılı Kanun'un öngördüğü gerekçe şartını yerine getirmeye çalışmaktadır. Aslında hâkimin Anayasa'nın ve kanunun öngördüğü gerekçe şartını yerine getirerek dosyada hali hazırda bulunan deliller ışığında dava konusu işlemin hukuka uygunluğu veya hukuka aykırılığı yönünde değerlendirmeler yapması hâkimin tarafsızlığını etkilememektedir. Bu kapsamda, çalışmanın son başlığında hâkimin gerekçe yazma çekincesi olan ihsas-ı rey konusundan bahsedilecektir.

IV. Hâkimin Tarafsızlığı ve İhsas-ı Rey Yasağı Karşısında Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Gerekçeli Olması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1 maddesi ve Anayasa'nın 36/1 maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının unsurları arasında yer alan “kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılamanın” teminatı tarafsızlık, bağımsızlık ve eşitlik ilkelerine dayanan bir yargılama faaliyetidir.⁹⁵ Anayasa'nın 36. maddesinde açıkça mahkemelerin tarafsızlığından söz edilmese de Anayasa Mahkemesi, AİHS'in 6. maddesi kapsamında kişilerin davanın tarafsız bir mahkemede görülmesini isteme hakkının varlığını kabul etmektedir.⁹⁶ Bu kapsamda, yargı yetki ve görevini Türk Milleti adına kullanan hâkimlerin yargılama süresince tarafsız olması beklenir. Hâkimlerin tarafsızlığından, “hakimin taraflar düzeyinde onların leh ve aleyhinde, herhangi bir düşünceye, duyguya ya da ön yargıya sahip

⁹² Danıştay 10. D. 20.11.2009, E. 2009/14561.

⁹³ RG 26.03.2010-27533. İlgili kanunun yürürlüğe girmesinden sonra Danıştay, konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. (Danıştay 10. D. 19.12.2013, E. 2009/14561, K. 2013/9214, Kazancı İçtihat Bankası, <https://www.kazanci.com.tr>).

⁹⁴ Sunay, s. 100.

⁹⁵ Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları, 2003, s. 56.

⁹⁶ AYM, E. 2002/170, K. 2004/54, 05/05/2004, RG 20.07.2004 – 25528; AYM Ünal Aslantürk, B. No: 2013/1876, 8/9/2015, & 28, RG 23.10.2015- 29511.

olunmaması ve taraflarla maddi-manevi nitelikte, çıkara dayalı bir bağ ya da bağlantı içerisinde bulunmaması” anlaşılır.⁹⁷ Hâkimin, taraflara yargılama süresince eşit mesafede bulunduğu, taraflara iddia ve savunma sebeplerini ileri sürebilme ve tartışabilme olanağını verdiğiinde hakkaniyete uygun yargılama gerçekleşir.⁹⁸

Hâkimin tarafsızlığının sağlanabilmesi amacıyla kanun koyucu iç hukukumuzda “hâkimin davayı görmekten yasaklanması” ve “hâkimin reddi” müesseselerini öngörmüştür.⁹⁹ 6100 sayılı Kanun’un 34. maddesinde hâkimin yasaklılık sebeplerini, 36. maddesinde de hâkimin reddi sebeplerini düzenlenmiştir. Bu bağlamda, idari yargılama usulünde¹⁰⁰ hâkimin iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği halde görüşünü açıklamış olması durumunda taraflardan biri hâkimi reddedebileceği gibi hâkim de bizzat çekinebilir (HMK md.36/1/b). İhsas- 1 rey kavramı hâkimin davayı aydınlatma görevinin yerine getirilmesinde tarafsızlık ilkesinin yansımadır.¹⁰¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de AİHS’in 6/1 maddesi uyarınca hâkimlerin tarafsızlığını tespit ederken belli bir hâkimin kişisel kanaatinin kararı belirleyip belirlemediğini veya hâkimin yasal konumunun, tarafsızlığı konusundaki şüpheleri uzak tutmak için yeterli garantiyi verip vermediğini araştırmakta ve bunları hâkimin tarafsızlığının kriterleri olarak kabul etmektedir.¹⁰²

Ceza muhakemesi hukukundaki koruma tedbirlerinden biri olan tutuklama kararının, gerekçesinin açıklanmasının dava ve yargılama açısından ihsas-1 rey olup olmayacağına ilişkin değerlendirmeler aslında idari yargılama usulüne özgü bir geçici tedbir niteliğinde olan yürütmenin durdurulması

⁹⁷ Süha Tanrıver, “Tabii Hâkim İlkesi ve Medeni Yargı”, 2013, (104), TBB Dergisi, s. 17-18. Anayasa Mahkemesi tarafsızlığı, “genel olarak tarafsızlık, davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı, tarafgirlik ve menfaate sahip olunmaması ve davanın tarafları karşısında ve onların leh ve aleyhlerinde bir düşünce veya menfaate sahip olunmaması” şeklinde tanımlamaktadır (AYM Tahir Gökatalay, B. No: 2013/1780, 20/3/2014, & 61).

⁹⁸ Özekes, s. 58.

⁹⁹ Şafak Güleç, Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Seçkin Yayınevi, 2021, s. 106.

¹⁰⁰ 2577 sayılı Kanun’un 31. maddesinde “Hâkimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi” konularında 6100 sayılı Kanun’a atıf yapılmıştır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Zehra Karakuş, İdari Yargıda Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Uygulanması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011, s. 29-42).

¹⁰¹ Güleç, s. 113-114.

¹⁰² AİHM Karakoç ve Diğerleri / Türkiye Davası, 15.10.2002, (Başvuru No: 27692/95, 28138/95, 28498/95).

kararı bakımından da dikkate alınabilir. Zira tutuklamaya karar verirken hâkim şüphelinin suçlu olduğuna ilişkin kanaatini kararın gerekçesinde kanıtlamaya çalıştığında davanın esasına girme riskini taşımaktadır.¹⁰³ Böyle bir durumda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de ilk aşamada davanın esası hakkında bir değerlendirme yapmayarak, hâkimin elindeki delillerin sanığın tutuklanmasına yeterli olup olmadığının tartışmasını beklemektedir.¹⁰⁴ Bu duruma adil yargılanma hakkı çerçevesinde bakıldığında hâkimin duruşma öncesi davaya ilişkin verdiği kararlar tek başına tarafsızlığının göstergesi olarak kabul edilmemekte, verilen kararın kapsam ve niteliğine bakılmaktadır. Böylece, esasa girmeyecek şekilde yüzeysel değerlendirmelerin yapılması halinde hâkimin tarafsızlığı ilkesi zedelenmemektedir.¹⁰⁵

Yargıtay tutuklama kararının gerekçeli olması gerekliliğini öncelikli olarak “bütün mahkemelerin her türlü kararının gerekçeli olacağına” ilişkin Anayasa’nın 141. maddesine dayandırmaktadır. Burada dikkat çekici olan, tutuklama kararının yürütmenin durdurulması kararı gibi nihai karar verilmeden önce başvurulmuş bir tedbir olmasıdır. Yargıtay, hükümden önce alınan koruma tedbirine ilişkin yasal gerekçenin yargılama sonunda varılacak kararın gerekçesinden farklı olabileceğini; bu tedbirin uygulanma şartlarının varlığının veya yokluğunun ayrıca gerekçelendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu bağlamda, koruma tedbirlerinin kabul edilmiş olması asıl dava ve yargılama açısından “ihzas-ı rey” olarak kabul edilmemiştir.¹⁰⁶ Yargıtay’ın da işaret ettiği üzere mahkemenin tedbir için uygun gördüğü gerekçeler davanın esasına ilişkin değildir.¹⁰⁷ Aynı çerçeveden bakıldığında, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için kanunda yer alan “idari işlemin açıkça hukuka aykırı” olma şartının aranmasına bağlı olarak verilen kararın davanın esasına ilişkin bir değerlendirme olarak kabul edilemeyeceğinden yürütmenin durdurulmasına veya reddedilmesine ilişkin kararın ihzas-ı rey teşkil etmeyeceği açıktır.¹⁰⁸ Zira yargı organlarının yürütmenin durdurulmasına karar verdikleri

¹⁰³ İnceoğlu, s. 40-41.

¹⁰⁴ AİHM Karakoç ve Diğerleri / Türkiye Davası, 15.10.2002, (Başvuru No: 27692/95, 28138/95, 28498/95).

¹⁰⁵ İnceoğlu, s. 40-41.

¹⁰⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 05.11.2010, E. 2010/602, K. 2010/602, Yargıtay Karar Bilgi Bankası, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>.

¹⁰⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 05.11.2010, E.2010/602, K. 2010/602, Yargıtay Karar Bilgi Bankası, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>.

¹⁰⁸ Rıdvan Akın, Yürütmenin Durdurulmasına İlişkin 6352-6526 ve 6545 Sayılı Kanun Değişikliklerinin Yargı Kararlarına Etkisi, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler

dosyalarda sonradan kendisini yaptığı açıklamalar ile bağlı görmeyip, dava dosyasına giren delillere istinaden davanın reddine karar vermesi mümkündür. Örneğin, Danıştay'da Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nde 657 sayılı Kanun'un 4/B maddesi kapsamında istihdam edilen sözleşmeli personele yönelik 2008 yılı hizmet sözleşmesinde yer alan ibarelerin¹⁰⁹ ve hizmet sözleşmesine dayanak teşkil eden Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslarda yer alan ibarelerin¹¹⁰ iptali ve yürütmesinin durdurulması talebiyle dava açılmıştır. Davacı sendikanın talebini değerlendiren Danıştay, ilk önce Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar ve tip sözleşmede yer alan ibarelerin üst norm niteliğinde olan 657 sayılı Kanuna ve evrensel hukuk normuna aykırı olduğundan tüm ibarelerin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Aslında burada temel gerekçe, memurlara yaptırılacak zorla çalıştırmanın ne şekilde telafi edileceğine ilişkin bir normun öngörülmemiş olmasıydı. Davanın esasına ilişkin kararında ise daha önce yürütmesinin durdurulmasına karar verdiği, 2008 yılı hizmet sözleşmesinin 3. maddesinin 2. fıkrasının 1.cümlesinde yer alan: "Ayrıca, ilgili kendisine verilen işleri bitirene kadar, normal çalışma saatleri dışında da çalışmak zorundadır." ibaresi ile bu düzenlemenin dayanağını teşkil eden benzer düzenlemenin¹¹¹ iptaline ilişkin talebin reddine karar vermiştir.¹¹²

İdari yargılama usulünde asıl eleştiri konusu olan yürütmenin durdurması için telafisi güç veya imkânsız zararların gerçekleşmesinin yanında kanun

Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 76.

¹⁰⁹ 2008 yılı hizmet sözleşmesinin çalışma şartlarına ilişkin 3. maddesinin 2. fıkrasında yer alan: "Ayrıca, ilgili kendisine verilen işleri bitirene kadar, normal çalışma saatleri dışında da çalışmak zorundadır. Normal çalışma saatleri dışında veya tatil günlerinde yapacağı çalışmalar karşılığında ilgiliye herhangi bir ek ücret ödenmez." ibaresi ve 8.maddesinin (b) bendinde yer verilen: "Taraflar, bir ay önce ihbar etmek şartıyla sebep gösterilmeksizin sözleşmeyi feshedebilir." ibaresinin iptali istenmektedir.

¹¹⁰ Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar(a) dair 06.06.1978 tarih ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 09.02.1979-7/17150 sayılı kararla değişik 13. maddesinin 3.paragrafında yer alan: "Bu karar esaslarına göre çalıştırılacak sözleşmeli personel, o gün bitirilmesi gereken işlerin bitimine kadar, çalışma saatleri dışında da çalışmak zorundadır." ibaresi ve 4. paragrafında yer verilen: "Sözleşmeli personele normal çalışma saatleri dışında veya tatil günlerinde yapacakları çalışmalarını karşılığında herhangi bir ek ücret ödenmez." ibaresinin iptali istenmektedir.

¹¹¹ Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esasların 13.maddesinin 3. paragrafında yer verilen: "Bu karar esaslarına göre çalıştırılacak sözleşmeli personel, o gün bitirilmesi gereken işlerin bitimine kadar, çalışma saatleri dışında da çalışmak zorundadır." hüküm 2008 yılı hizmet sözleşmesinin dava konusu edilen ibarenin dayanağını teşkil etmektedir.

¹¹² Danıştay 12. D. 02.02.2010 tarih ve E. 2008/285, K. 2010/426 (Legalbank-İçtihat ve Mevzuat Bankası).

koyucunun işlemin açıkça hukuk aykırı olmasının aramasıdır. Yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi için bir şart olarak öngörülen açıkça hukuka aykırılığın gerekçelendirilmesi hâkimleri ihsas-ı reyde bulunmak zorunda bırakacağı ve dolayısıyla yürütmenin durdurulması kararını vermekten kaçınabilecekleri endişesini doğurmuştur.¹¹³ Aslında hâkim de karar verme sürecinde dava konusu işlemin hukuka aykırılığı yönünden bir inceleme yapacağından davacının talebinin reddine veya kabulüne ilişkin bir karar verdiğinde henüz nihai karar vermeden görüşünü açıklamış olacağı endişesini taşımaktadır. Ancak hâkimin yürütmenin durdurulması talebini incelediği aşamada dosyada sadece dava dilekçesi ve ekleri ya da ayrıca davalı idarenin savunması bulunmaktadır. Henüz 2577 sayılı Kanun'un 16. maddesi¹¹⁴ çerçevesinde dilekçeler evresi tamamlanmamış, tarafların varsa keşif veya bilirkişi talepleri yerine getirilmemiş ve duruşma yapılmamıştır. Yani henüz dava konusu uyuşmazlık hakkındaki süreç ilerlememiştir ve hâkimin kanaatinin değişmesi muhtemeldir.

AİHM, belirli bir uyuşmazlıkta, yargılamayı yürüten hâkimin, taraflardan birine yönelik önyargılı ve taraflı tutumunun veya kişisel menfaatinin bulunduğu hususunda somut bir delil bulunmadığı ve kanıtlanmadığı müddetçe tarafsız olduğunun karine olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.¹¹⁵ Bu sebeple, yürütmenin durdurulması talebinin reddine veya kabulüne ilişkin kararların gerekçeli verilmesi ile birlikte tarafların zihninde nasıl olsa hâkimin kanaatinin oluştuğundan bahisle dosyaya bilgi, bilgi veya delil sunmanın yersizliğini düşüncesi de tek başına hâkimin tarafsızlığını zedelemeyecektir. Son olarak vurgulamak gerekirse, gerekçeli karar yazma hukukun üstünlüğü ve mahkemenin tarafsızlığına sağlamak için öngörülen

¹¹³ Zehra Odyakmaz, "İdari Yargı ile İlgili Öneriler", İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Danıştay 133.Yıl Sempozyumu, 2001, s. 149.

¹¹⁴ "Dava dilekçelerinin ve eklerinin birer örneği davalıya, davalının vereceği savunma davacıya tebliğ olunur. 2. Davacının ikinci dilekçesi davalıya, davalının vereceği ikinci savunma da davacıya tebliğ edilir. Buna karşı davacı cevap veremez. Ancak, davalının ikinci savunmasında, davacının cevaplandırmasını gerektiren hususlar bulunduğu, davanın görülmesi sırasında anlaşılırsa, davacıya cevap vermesi için bir süre verilir. Taraflar, yapılacak tebliğlere karşı, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde cevap verebilirler. Bu süre, ancak haklı sebeplerin bulunması halinde, taraflardan birinin isteği üzerine görevli mahkeme kararı ile otuz günü geçmemek ve bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir. Sürenin geçmesinden sonra yapılan uzatma talepleri kabul edilmez." (İYUK md. 16/1-2-3).

¹¹⁵ Bu yöndeki AİHM kararları için bkz. Gregory/ Birleşik Krallık, B. No: 22299/93, 25/02/1997, & 43-49; Fey/ Avusturya, B. No: 14396/88, 24/2/1993, & 28-36; Hauschildt/ Danimarka, B. No: 10486/83, 24/5/1989, & 46-48; McGonnell/ Birleşik Krallık, B. No: 28488/95, 08/2/2000, & 55-57.

kanuni bir yükümlülüktür. Ancak gerekçeli karar yazımının ihsas-ı rey olduğunu düşündüğümüzde veya yargılamayı uzatacak bir ayrıntı olarak kabul ettiğimizde yargılamanın asıl işlevinden uzaklaşmış olacaktır.¹¹⁶

SONUÇ

Yürütmenin durdurulması talebinin reddine veya kabulüne ilişkin kararların Anayasa'nın 141. maddesi, 2577 sayılı Kanun'un 24. ve 27. maddeleri bağlamında gerekçeli olarak verilmesi gerekir. Gerekçeli karar hakkı her şeyden önce Anayasa'nın 36. maddesi ve AİHS'in 6. maddesi kapsamında korunan adil yargılanma hakkının bir uzantısıdır. Hukuk devleti ilkesinin temini için nasıl idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olması gerekiyorsa, yargı organının denetimi de mahkeme kararlarının gerekçeli olması ile mümkündür. Yeterli ve tatmin edici bir gerekçeyle hâkimin kanaatinin hukuki sebepleri hakkında bilgi sahibi olunur. Kanun koyucunun öngördüğü şekilde yazılan gerekçe keyfiliği önler, tarafların yargı organına güven duymasını sağlar ve içtihat birliğinin oluşmasına yardımcı olur. Ancak, bir yargı kararı olan yürütmenin durdurulması kararlarının kimi zaman yetersiz gerekçeyle kimi zaman ise kanundaki matbu ifadeler kullanılarak verildiği görülmektedir. Henüz yargılamanın başında dava konusuna ilişkin açıkça hukuka aykırılık değerlendirmesini yapmak istemeyen hâkim, aslında yargılamanın önemli bir işlevini yerine getirmekten kaçınmaktadır. Hâkimin dava konusu üzerinde yapmış olduğu hukuki değerlendirmeleri ihsas-ı rey olarak kabul etmek güçtür. Zira hâkimin dosyaya giren yeni deliller ışığında farklı bir karar vermesinin önünde kanuni bir engel yoktur. Sonuç olarak, gerekçenin idareye yol gösterici olma işlevi dikkate alınarak yürütmenin durdurulması talebinin kabulüne veya reddine ilişkin kararların açık, net ve anlaşılabilir olmasına ayrıca dikkat edilmelidir. Kanunun öngördüğü bu şartın hâkimler tarafından gözetilmesi halinde; mevcut uyuşmazlıklar tereddütsüz çözüm bulabilir, yeni uyuşmazlıkların doğmasının önüne geçilebilir¹¹⁷ ve tarafların itiraz haklarını kullanabilmeleri kolaylaşır.

¹¹⁶ Akın, s. 76.

¹¹⁷ Sunay, s. 221.

KAYNAKÇA

- Akın R, Yürütmenin Durdurulmasına İlişkin 6352-6526 ve 6545 Sayılı Kanun Değişikliklerinin Yargı Kararlarına Etkisi, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015.
- Akural S, İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Etki ve Sonuçları, 1. Cilt, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 1976.
- Akyılmaz B/ Sezginer M/ Kaya C, Türk İdari Yargılama Hukuku, 4. Bası, Savaş Yayınevi, 2020.
- Alp M, “Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe”, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel’e Armağan, 2001, s. 425-441.
- Altay E, “Yargı Kararlarının Uygulanması”, Danıştay Başkanlığı 139. Yıl Sempozyumu, Ankara, 2007, s. 111-134.
- Aslan Z, İdari Yargı’da Yürütmenin Durdurulması, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Alfa Yayıncılık, 2001.
- Candan T, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 4. Bası, Adalet Yayınevi, 2011.
- Çağlayan R, İdari Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2017, (İdari Yargılama Hukuku).
- Çağlayan R, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, 3. Baskı, Asil Yayıncılık, 2004.
- Demirci Ü, “Yürütmenin Durdurulması-2”, 2007, 497, Maliye ve Sigorta Yorumları, s. 47-51.
- Domaniç H, “Danıştay Kararları ve Bir Kısım Basın”, Son Havadis Gazetesi, 15.02.1966.
- Gözler K, “Mahkeme Kararlarının Yayınlanması Sorunu”, (Yayın Tarihi: 25 Kasım 2020), <www.anayasa.gen.tr/mah-karar-yayini.htm> Erişim Tarihi 12.05.2021.
- Gözler K, İdare Hukuku, 1. Cilt, 3. Bası, Ekin Yayınevi, 2019.
- Gözübüyük A Ş, Yönetmelik Yargı, 30. Bası, Turhan Kitabevi, 2010.

- Gülan A, “Uzun Karar Kısa Gerekçe”, İdari Yargıda Gerekçeli Karar Hakkı, İstanbul Barosu İdare ve Vergi Hukuku Komisyonu ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ortaklaşa Düzenlemiş Olduğu Panel, 2019.
- Güleç Ş, Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Seçkin Yayınevi, 2021.
- Günday M, “Yürütmenin Durdurulması Kararı ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, İdari Yargı Sempozyumu, 2000, s. 13-21.
- Harris D J/ O’B M/ Warbrick C, Law of the European Convention on Human Rights, Butterworths, 1995.
- İnceoğlu S, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Şen Matbaa, 2007.
- İnceoğlu S, Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 4, Avrupa Konseyi, 2018, (El Kitabı).
- Jacobs F G/ White R C A, The European Convention on Human Rights, 2. Ed., Oxford University Press, 1996.
- Kaboğlu İ Ö, “Yürütmenin Durdurulması”, 1976, 4, Ankara Barosu Dergisi, s. 639-658.
- Karakuş Z, İdari Yargıda Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Uygulanması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011.
- Kaplan G, İdari Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, 2018.
- Kılınç B, Anayasa ve İdare Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Adil Yayınevi, 1998.
- Kıratlı M, “Yürütmenin Durdurulması”, 1966, XXI(4), Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, s. 173-196.
- Koçak N T, Dilekçe Örnekleriyle Uygulamada Yürütmenin Durdurulması, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Odyakmaz Z, “İdari Yargı ile İlgili Öneriler”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Danıştay 133. Yıl Sempozyumu, 2001, s. 141-151.
- Onar S S, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Cilt, İsmail Akgün Matbaası, 1966.

- Oytan M, Danıştay'da Görülen Davalarda Yürütmenin Durdurulması, Ülkemiz Matbaa, 1973.
- Özay İ H, Devlet İdari Rejim ve Yargısal Korunma, Filiz Kitabevi, 1986.
- Özay İ H, Günışığında Yönetim II Yargısal Korunma, On İki Levha Yayıncılık, 2010, (Günışığı).
- Özdeş O, "İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Niteliği", 1979, 9, Danıştay Dergisi 32-33, s. 3-21.
- Özekes M, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları, 2003.
- Pekcantez H/ Atalay O/ Özekes M, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 10. Bası, Yetkin Yayınları, 2011.
- Reid K, A Practitioner's Guide to The European Convention on Human Rights, Sweet & Maxwell, London 1998.
- Sarıca R, "Tehir-i İcra", Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, 1966, s. 26-30, (Tehir-i İcra).
- Sarıca R, "Tehir-i İcra Kararlarının Yerine Gelmesi", Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, 1966, s. 31-38.
- Seçkin S, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karar İncelemesi (Hiro Balani/ İspanya)", 2015, 1(2), İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 143-157.
- Sunay Z A, İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Şeker N, "Strazburg Yargı Kararlarında Doğru, Haklı, Yasal ve Makul Gerekçe Biçimleri", 2007, 65(2), Ankara Barosu Dergisi, s. 179-200.
- Şirin T, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında (İdari Yargı Bağlamında) Gerekçeli Karar Alma Hakkı", 2021, 12(48), TAAD, s. 65-86.
- Tanrıver S, "Tabii Hâkim İlkesi ve Medeni Yargı", 2013, (104), TBB Dergisi, s. 11-35.
- Tekinsoy M A, İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Savaş Yayınevi, 2013.

- Torun F, İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Tuncay A H/ Özdeş O/ Başpınar R, “İdari Yargılama Usulü”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1968, s. 709-714.
- Türkiye Kamu-Sen’in Hukuk Mücadelesi, Arge Yayın No: 24, (Kamu-Sen).
- Türkoğlu Üstün K, İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Uler Y, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970.
- Ülgen İ H , “Danıştay’ın 105. Kuruluş Yıl Dönümü Açış Konuşması”, 1973, 3(8), Danıştay Dergisi, s. 3-13.
- Yenice K/ Esin Y, Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü, Arısan Matbaacılık, 1983.
- Yılmaz D, “İstanbul Barosu, İdari Yargıda Gerekçeli Karar Hakkı”, İstanbul Barosu İdare ve Vergi Hukuku Komisyonu ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ortaklaşa Düzenlemiş Olduğu Panel, 2019.
- Yılmaz E, Hukuk Sözlüğü, 6. Bası, Yetkin Yayınları, 2001.
- Yılmaz Özel N, Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri, S.S. Onar İdare Hukuku ve İlimler Arşivi Yayın No:2016/3, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

