

VOLUME + CİLT: 28 + ISSUE + SAYI: 1 JUNE + HAZİRAN 2022 ISSN: 2529-0142

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
HUKUK
ARAŞTIRMALARI
DERGİSİ
MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ



MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

6 Aylık Hakemli Akademik Dergi / Biannual Peer-Reviewed Academic Journal

Volume • Cilt: 28 / Issue • Sayı: 1 / JUNE / HAZİRAN • 2022

ISSN: 2529-0142

Marmara Üniversitesi Rektörlüğü Adına İmtiyaz Sahibi • Owner: Prof. Dr. Mustafa KURT (Rektör • Rector)

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına İmtiyaz Sahibi • Owner of the Journal

Prof. Dr. Mehmet AKMAN (Dekan • Dean)

Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA (Baş Editör)

Dr. Öğr. Üyesi Zafer İÇER (Editör)

Dr. Öğr. Üyesi Canan ÜNAL (Editör)

Arş. Gör. Can YÖNEY

Arş. Gör. Büşra ŞENERDOĞAN

Arş. Gör. Cihat ŞAYLAN

Arş. Gör. Ümit Barış BAYINDIR

Dizgi / Typesetting

Burcu DİKER

Hakan TEMELOĞLU

Yönetim Yeri ve Yazışma Adresi / Address

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Göztepe Kampüsü B. Blok 118/2 34722 Kadıköy, İstanbul

Tel: 0216-777 2200 Fax: 0216-777 2223

E-Posta: hukukdergi@marmara.edu.tr

Marmara Üniversitesi Yayınevi / Marmara University Press

Adres: Göztepe Kampüsü 34722 Kadıköy, İstanbul

Tel/Faks: +90 216 777 1400

E-posta: yayinevi@marmara.edu.tr

Bu yayının tamamının veya bir bölümünün, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılması, dağıtılması, kayda alınması yasaktır. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler, yazarlara aittir; bu hususta Fakülte, sorumluluk kabul etmez. Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yaparken "MÜHF-HAD" kısalt-masının kullanılması önerilir. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, TÜBİTAK – ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ULUSAL HAKEMLİ bir dergidir.

İçindekiler / Contents

KAMU HUKUKU

Anayasal Temel Hakların İkincil Doğrudan Üçüncü – Taraf – Etkisi ve Anayasa Yargılamasında Hâkimin Hukuku Uygulamasında Uyacağı On İki Metodolojik Temel İlke

Secondary Direct Effect of Constitutional Fundamental Rights on Third Parties and Twelve Methodological Principles for the Judge to Follow in Constitutional Proceedings

O. Gökhan Antalya..... 1

Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Sosyal Medyada Örgütlenme Hürriyeti

Freedom of Association in Social Media as a Reason for Compliance with Law

Murat Balcı, Kerim Çakır..... 48

Vakıf Yükseköğretim Kurumlarında Görev Yapan Personel Hakkında Ceza Soruşturması Yürütülmesi Usulü

Procedure for Conducting Criminal Investigation on Personnel Working in Foundation Higher Education Institutions

Sinan Seçkin 62

Suç İşlemeye Tahrik Suçu

Provocation to Commit an Offence

Ercan Yaşar 99

27 Mayıs 1960 Tarihinde Yürürlükte Olan Ceza Mevzuatımız ve Evrensel Hukuk Bağlamında Yassıada Yargılamaları

Turkish Criminal Law in Effect at 27 May 1960 and Yassıada Case in the Context of Universal Law

Ahmet Gökçen, Ertuğrul Ünal..... 129

Eseri Çoğaltma Hakkının Cezai Himayesi ve Şahsen Kullanma Meselesi

Criminal Protection of the Right to Reproduce Works and the Matter of Personal Use

Süleyman Emre Özdemir..... 170

Eski Hale Getirme Kurumunun İdari Yargı Alanında Uygulanabilirliği

Applicability of the Institution of Reinstatement in the Field of Administrative Jurisdiction

Asuman Çapar..... 184

Namık Kemal Tiyatrosunda Modern Osmanlı Yurttaşlığının Askeri Yönünün İnşası

The Construction of the Martial Aspects of Modern Ottoman Citizenship in the Namık Kemal Theatre

Ali Saçar..... 205

Uluslararası İnsancıl Hukukun Zamansal Kapsamı (II): “Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalarda” İnsancıl Hukukun Uygulanmaya Başlaması

The Temporal Scope of International Humanitarian Law (II): The Beginning of Implementation of International Humanitarian Law in “Non-International Armed Conflicts”

Meltem Sarıbeyoğlu Skalar, Hande Gür 223

Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Göçmen Kaçakçılığı Suçunda “Maddi Menfaat Elde Etme Amacı” Kavramı

The Concept of “The Purpose of Obtaining Material Benefits” in the Crime of Migrant Smuggling from the Point of View of International Law and Turkish Law

Yusuf Yaşar, Umut Güneş..... 240

Bireysel Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması Yasağı

Prohibition of Abuse of The Right to Individual Application

Betül Polat Goral..... 256

ÖZEL HUKUK

Sermaye Şirketlerinde Genel Kurul Kararlarının Yokluğunun veya Butlanının İleri Sürülmesinde Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Prohibition of Abuse of Right in Claim of Nullity or Non-Existence in General Assembly Resolution of Stock Companies

Ebru Tüzemen Atik 303

Sosyal Medya Kullanıcı Hesabı Sözleşmelerinin Dijital Tereke Yönünden Değerlendirilmesi

Evaluation of Social Media User Account Agreements in Terms of Digital Estate

Doğa Ekrem Doğanç..... 329

Paylı Malda Paylaşmayı İsteme Hakkının Uygun Olmayan Zamanda Kullanılması

Exercising the Right to Request the Dissolution of the Co-ownership at Inopportune Time

Şeyda Dursun Karaahmetoğlu..... 371

Velayetin Değiştirilmesi

Modification of Custody

Caner Taşatan 387

7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Mühletin Müstakbel Alacakların Devri Üzerindeki Etkisi

The Effect of the Temporary Respite in The Ordinary Concordat on the Transfer of Future Receivables within the Framework of the Amendments Made to the Law No. 7101

Serpil Işık 407

Legis Actiones Sisteminde Exceptioların Dikkate Alınması Sorunu

The Question of Taking into Consideration of Exceptio in the Legis Actiones Procedure

Serap Helvacı, Selahattin Eren 441

5510 Sayılı Kanuna Göre Sosyal Güvenlik Kurumunun Ölüm Sigortası Kapsamında Üçüncü Kişilere Rücuunda “Kast” Şartının İncelenmesi

The Analysis of “Intent” As a Condition in Terms of Recourse to Third Parties by the Social Security Institution within the Scope of Death Insurance in Accordance with the Law No. 5510

Nurşen Caniklioğlu, Nuray Kovancı 466

Gölge Yazarlık Sözleşmelerinin Geçerliliği ve Akademik Gölge Yazarlığın Cezalandırılabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme

An Evaluation on the Validity of Ghostwriting Contracts and Punishability of Academic Ghostwriting

Emir Göka, Bedirhan Erdem 489

Örnek Bir Karar Çerçevesinde Çocuğun Soyadının Değiştirilmesi Bakımından Yargıtay’ın Tutumunun Eleştirisi

A Critique of the Supreme Court’s Attitude Towards Requests to Change the Child’s Surname in Light of a Recent Decision

Esra Dursun 575

Blokzincir, Veri Koruma ve Genel Veri Koruma Tüzüğü

Blockchain, Data Protection and General Data Protection Regulation

Bilâl Toprak 602

Roma Devletinde Vergilendirme

Taxation in the Roman State

Duygu Özer Sarıtaş, Mehmet Mert Özyıldırım..... 626

Anayasal Temel Hakların İkincil Doğrudan Üçüncü – Taraf – Etkisi ve Anayasa Yargılamasında Hâkimin Hukuku Uygulamasında Uyacağı On İki Metodolojik Temel İlke

Secondary Direct Effect of Constitutional Fundamental Rights on Third Parties and Twelve Methodological Principles for the Judge to Follow in Constitutional Proceedings

O. Gökhan Antalya* 

ÖZ

Hukuk düzeninde değerler sisteminin yapı taşı oluşturulan anayasal temel haklar; bireye devlete karşı koruma (savunma) hakkı verirken, devlete de bireyi koruma yükümlülüğü yükler. Bu kapsamda temel hakların, bireylerin doğrudan uygulanabilir taleplerini içeren subjektif-hukuki boyutu ve tüm hukuk sistemi içinde hakların gerçekleştirilmesini ilgilendiren objektif-hukuki boyutu vardır. Temel hakların, devlet ve vatandaş arasındaki ilişkilerin yoğunlaşmasını ifade etmek üzere “özel hukukun anayasallaşması”ndan bahsedilmektedir. Bu bağlamda doktrinde gelişen ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin yüksek mahkeme içtihatlarında da başvurulan “temel hakların üçüncü –taraf – etkisi”, özel hukuk kişileri arasındaki yatay ilişkide temel hakların geçerliliğini ve uyumsuzlukların çözümünde, hukukun yorumlanmasında (anayasaya uygun yorumla) dolaylı, tamamlanmasında ve düzeltilmesinde (anayasaya uygun yorumla) ikincil doğrudan etki olarak temel haklara başvurulabilmesini ifade eder. Temel hakların uygulanması dolaylıdır; doğrudan etkisi ise ikincildir. Bu yönüyle koruma yükümlülüğü ve üçüncü etki ile etkileşim içindedir ve birbirini tamamlamaktadır. Anayasa Mahkemesi, anayasa merkezli yorumla, bireysel başvuru yoluyla önüne gelen uyumsuzluklarda, maddi olayda temel hakların ve devletin koruma yükümlülüğünün gözetilip gözetilmediğini denetler. Yine iptal davasında anayasa merkezli yorum yapacaktır. Bu çalışmada, temel hakların özel hukuk uyumsuzluğuna uygulanmasına ilişkin teorik temeller ve buna ilişkin denetimde Anayasa Mahkemesi hâkiminin uyacağı on iki metodolojik ilke incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Temel Haklar, Kurucu Hak, Temel Hakların Üçüncü –Taraf – Etkisi, Koruma Yükümlülüğü, Korunma Hakkı, Norm Katmanları Teorisi, Ölçülülük İlkesi, Doğrudan Etki, Dolaylı Etki, İkincil Doğrudan Etki, Hukukun Uygulanması, Anayasa Yargısı, Anayasaya Uygun Yorum, Üç Aşamalı Metod, On İki Metodolojik Temel İlke

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0003-3005-2154.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: O. Gökhan Antalya

E-posta/E-mail: gantalya@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 01.04.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 15.06.2022

ABSTRACT

The constitutional fundamental rights, lying at the heart of the system of values in legal order, not only grant a right of protection to the individual against the state but also oblige the state to protect the individual. In this sense the fundamental rights involve both a subjective legal dimension including individuals' directly applicable claims and an objective legal dimension concerning realization of rights within the legal order. The condensation of fundamental rights in the relationship between the state and the individual is expressed as the "constitutionalization of private law". As a concept enhanced in the literature and referenced to in continental European high courts' jurisprudence, "the effect of fundamental rights on third parties" indicate that fundamental rights are applicable in the horizontal relationship between the individuals, so that they play an indirect role for the dispute resolution, legal interpretation (with constitution-conforming interpretation), and a secondary direct role for the complementation and rectification (with constitution-conforming interpretation). Implementation of fundamental rights is indirect, yet their direct impact is secondary. In that regard it is in interaction with the obligation to protect, and the two concepts complement each other. With the constitution-centered interpretation, the Constitutional Court controls in an individual application whether the fundamental rights and state's obligation to protect are respected. It exercises constitution-centered interpretation in action for annulment. This study examines the theoretical foundations regarding the application of fundamental rights in a private law dispute and twelve methodological principles that the Constitutional Court judge shall follow through the control.

Keywords: Fundamental Rights, Founding Right, Effect of Fundamental Rights on Third Parties, Obligation to Protect, Right to Protection, Theory of Layers of Norm, Principle of Proportionality, Direct Impact, Indirect Impact, Secondary Direct Impact, Implementation of Law, Constitution-Conforming Interpretation, Three-Step Method, Twelve Methodological Principles, Constitutional Jurisdiction.

I. TEMEL HAKLARIN HUKUKTA FONKSİYONLARI

Anayasa düzenlenen temel haklar, aynı zamanda – subjektif – hak olarak mutlak haklarda, örneğin kişilik haklarında ve nispi haklarda – alacak haklarında – farklı görünümle ortaya çıkar. Anayasada yer alan hukuk prensipleri hukukun evrensel genel hukuk ilkelerinin yansımasıdır; bu prensipler de özel hukuk ilkeleri, örneğin dürüstlük ve güven ilkesi, irade muhtariyeti (özerkliği) ilkesi şeklinde karşımıza çıkar.

Anayasadaki temel haklar, hukukun fonksiyonuna, yani toplumsal düzenin sağlanmasına ve denetlenmesi ile toplumsal barış ve huzurun sağlanmasına da hizmet eder¹.

Temel haklar; evlilik, çocuk, mülkiyet gibi hukuk kuramları ile kanunilik ilkesi gibi hukuk prensipleriyle, hukukun düzenleme ve kontrol fonksiyonuna hizmet eden objektif bir hukuki bir niceliğe sahiptir².

1 O Gökhan Antalya, *Hukuk Bilimine Katkı Olarak Cilt I Hukuk Teorisi* (2. Baskı, Seçkin 2020) N 2002.

2 Reinhold Zippelius, *Allgemeine Staatslehre* (16. Baskı, CH Beck 2010) 256 vd.

Temel haklar, özel hukukta – kişisel – hakkın gerçekleşmesine ve sağlanmasına; başka bir deyişle, kişinin özgürleşmesine, örneğin kişinin iradesinin muhtariyetini sağlamaya hizmet eder; böylelikle kişi ve onun kişiliğini korur, onun iradesini özgürce oluşmasını ve gerçekleşmesini sağlar³.

Temel haklar, hukuk normlarının adalete uygun olarak gerçekleştirilmesine hizmet eder.

Diğer yandan, – subjektif – hakların önemli bir kısmı, temel hak olarak uluslararası andlaşmalar (ya da bildirilerle) ve anayasa ile korunan haklardır; onların hukuki dayanaklarını oluşturur. Temel haklar, hukuk düzenin kurallar hiyerarşisinde hem şekli hem de maddi olarak en üstünde yer alana haklardır. Hukuk düzenin maddi bütünlüğünü oluşturan değerler sisteminin temel taşlarını oluştururlar.

Temel haklar, hukuk normunun amacını ve amacında yer alan temel değeri belirlerler; başka bir deyişle, temel haklar ilgili kanun hükmünün TMK m.1/I anlamında “özü”nün (“ruh”unun) kavramsal çekirdeğinde yer alırlar; amaçsal yorumun temel yorum aracıdır. Bu noktada, temel haklar, kanunun sözündeki amacı belirleyen temel değeri ve anlamını ortaya koyar. Aynı zamanda, sistemsal yorum elemanı olarak yardımcı yorum aracıdır.

İlaveten, temel haklar, TMK m.1/II anlamında kanun boşluğunun tamamlanması ve düzeltilmesi şeklinde geliştirilmesinde anayasaya uygun yorum olarak hareket noktasını teşkil eder.

II. ANAYASAL TEMEL HAKLARI YORUMLAMA İLKESİ VE DEĞER ÖLÇÜTÜ OLARAK ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

A. GENEL OLARAK

Temel yorum ilkelerinden biri de ölçülülük ilkesidir.

1982 tarihli Anayasamızın 15. maddesinde “*durumun gerektirdiği ölçüde*” ifadesinden hareketle, ölçülülük ilkesinin düzenlendiği kabul edilmektedir⁴. AİHM ve Anayasa Mahkemesi aşağıda inceleneceği üzere kararlarında sıklıkla ölçülülük ilkesini kullanmaktadır.

Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında dikkate alınacak ölçütlerden biri olan ölçülülük, hukuk devleti ilkesinden kaynaklanır.

Anayasaya uygun temel hak düzenlemelerinin – kanunların – devletin yüklediği koruma durumlarının ve sınırlamalarının uygunluğu ölçülülük ilkesiyle değerlendirilir⁵. Bireyin temel haklarının devlete karşı korunmasının ve devletin koruma yükümlülüğünün ölçütü olarak ölçülülük

3 Antalya, *HBK C. I: HT* (n 1) N 2025.

4 Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (AÜSBF Yayınları 1982) 179 vd.

5 Philip Künig, ‘Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im deutschen öffentlichen Recht (Alman Kamu Hukukunda Ölçülülük İlkesi)’ (Burak Çelik, Gökçen Doğan ve Ahmet Çağrı Yıldız (çev)) (2019) (1) Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159, 178.

ilkesi, temel haklarla korunan hukuki değerlerin gerçekçi bir şekilde korunduğunun ve ilaveten, normatif ve fiili şekilde korumanın gerçekten korumanın sağlandığının yeterlilik ölçütüdür.

Ölçülülük ilkesi, Anayasa dahil tüm pozitif hukuk düzeninde uygulama alanı bulur. Devlet, tüm işlem ve eylemlerinde ölçülülük ilkesine uygun hareket etmek durumundadır. Özellikle iki hakkın çatışmasında ya da temel hakka bir sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesi kullanılır.

Ölçülülük ilkesi anayasal bir ilkedir, bu sebeple de normların tabi olacağı ilkelerin hiyerarşisinde en üstte yer alır. Anayasa gereği, metinde yer alsın almasın ölçülülük ilkesi her durumda uygulanır. Özellikle hâkimin kanunu uygularken, yani kanunu yorumlanırken, tamamlanırken ve düzeltirken ölçülülük ilkesinden yararlanmak gerekir.

Ölçülülük ilkesi aynı zamanda, hâkimin takdir yetkisinin (TMK m.4) sınırlarını oluşturur. Devletin vatandaşın temel haklarına kanunla müdahale ettiği durumlarda, aşırılık yasağına, yani ölçülülük ilkesine uygun ölçütlere göre müdahale etmelidir.

Ölçülülük ilkesi üç aşamadan oluşur:

- Hedeflenen amaca ulaşmaya objektif katkı, yani müdahalenin uygunluğu (*elverişliliği*),
- Müdahalenin *gerekliliği* ve
- Müdahalenin *makullüğü* (*orantılılığı*)⁶.

B. AŞIRILIK YASAĞI – AŞIRI MÜDAHALESİZLİK YASAĞI

Ölçülülük ilkesi, devletin temel haklara müdahalesini iki şekilde değerlendirmektedir. Ölçülülük ilkesi sadece devletin aktif müdahalelerinde değil; pasif durumda, yani yapmama şeklindeki müdahalelerde de uygulama alanı bulur.

Ölçülülük ilkesi,

- İlk kavramsal yönüyle, devletin aktifi müdahalesinde *aşırı müdahale yasağı* yani *aşırılık yasağı* (Übermaßverbot) ölçütüdür ve bununla bağlantılı olarak,
- Diğer yönüyle, devletin pasif kalması gereği durumlardaki asgari korumayı sağlamaya ilişkin değerlendirme *yani aşırı müdahalesizlik yasağı* (Untermaßverbot) ölçütüdür⁷.

6 Bkz. Kunig (n 5) 159 vd.

7 Gunnar Folke Schuppert, *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation* (CF Müller 1980) 15; Claus-Wilhelm Canaris, 'Grundrechte und Privatrecht' (1984) 184 Archiv für die civilistische Praxis 201, 208.

C. TEMEL HAKLARIN SINIRLANDIRILMASINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Devletin temel bir anayasal haklara yönelik sınırlamanın ya da müdahalenin hukuka ve Anayasa'ya uygun olabilmesi için,

- *Müdahalenin kanuna dayanması (Kanunilik ilkesi),*
- *Kamu yararı amacı taşıması (Meşru amaç ilkesi) ve*
- *Ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir⁸.*

1. KANUNİLİK İLKESİ

Temel haklara yönelik müdahalelerde ilk incelenmesi gereken ölçüt, kanuna dayalı olma ölçütüdür. Bu ölçüt kanunilik ilkesinin gereğidir. Bu ölçütün sağlanmadığı tespit edildiğinde diğer ölçütler bakımından inceleme yapılmaksızın temel hakkın ihlal edildiği sonucuna varılacaktır. Müdahalenin kanuna dayalı olması, müdahaleye ilişkin yeterince ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir kanun hükümlerinin bulunmasını gerektirmektedir⁹.

2. MEŞRU AMAÇ İLKESİ

Temel haklar, meşru amaçla sınırlandırılabilir. Örneğin mülkiyet hakkı, Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri uyarınca ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir. Kamu yararı kavramı, mülkiyet hakkının kamu yararının gerektirdiği durumlarda sınırlandırılmasına imkân verdiğinden bir sınırlandırma amacı olmasının yanı sıra, mülkiyet hakkının kamu yararı amacı dışında sınırlandırılmasını engelleyerek ve bu anlamda bir sınırlama sınırı oluşturarak temel hakkını etkin bir şekilde korumaktadır.

Kamu yararı kavramı, devlet organlarının takdir yetkisini de beraberinde getiren bir kavram olup objektif bir tanıma elverişli olmayan bu ölçütün her somut olay temelinde ayrıca somutlaştırılarak değerlendirilmelidir¹⁰.

3. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

A. GENEL OLARAK

Temel hakkına yapılan sınırlamayla ve müdahaleyle gerçekleştirilmek istenen amaç ile bu amacın gerçekleştirilmesi için kullanılan araçlar arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin olup olmadığı değerlendirilmelidir.

8 Bkz. Anayasa Mahkemesi, *Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, § 62 (*Cemal Taş ve diğerleri*, B. No: 2016/3316, 29.12.2020, § 57.

9 Bkz. Anayasa Mahkemesi, *Türkiye İş Bankası A.Ş.*, B. No: 2014/6192, 12.11.2014, § 44; *Ford Motor Company*, B. No: 2014/13518, 26.10.2017, § 49; *Necmiye Çiftçi ve diğerleri*, B. No: 2013/1301, 30.12.2014, § 55; *Cemal Taş ve diğerleri*, B. No: 2016/3316, 29.12.2020, § 58.

10 Bkz. Anayasa Mahkemesi, *Nusrat Külah*, B. No: 2013/6151, 21.04.2016, §§ 53, 56; *Yunis Ağlar*, B. No: 2013/1239, 20.03.2014, §§ 28, 29; *Cemal Taş ve diğerleri*, B. No: 2016/3316, 29.12.2020, § 60.

Temel hakkın sınırlanmasının demokratik hukuk devletinde, bir toplumun zorunlu toplumsal ihtiyacın karşılanması yönelik amacın gerçekleşmesi zorunlu olmalı ve bu zorunluluk içinde amaca uygun ölçülülük içinde gerçekleşmesi gerekir. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkarak, bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesini ifade eder. Bu sebeple temel hakkı sınırlayan hukuk normu hedeflenen amaca ulaşabilmek için elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilir¹¹.

Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri, iki ayrı ölçüt olarak gözüke de ikisi arasında sıkı bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın demokratik toplum düzeni için gerekliliği, başka bir ifadeyle öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirme birlikte, temel haklara en az müdahaleye imkân veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir¹².

Hukuk devletinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması istisnai bir yetki kullanımıdır. Temel hak yönünden getirilen sınırlamaların zorunlu ve de istisnai tedbir niteliğinde olması, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olmasını ifade eder¹³. Bu yetki, ancak durumun gerektirdiği ölçüde kullanılması koşuluyla haklı bir temele oturabilir. Bireylerin hak ve özgürlüklerinin somut koşulların gerektirdiğinden daha fazla sınırlandırılması, kamu otoritelerine tanınan yetkinin aşılması anlamına geleceğinden hukuk devletiyle bağdaşmaz¹⁴.

B. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN DEĞERLENDİRME ÖLÇÜTLERİ

Ölçülülük ilkesi; *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç değerlendirme ölçütünden oluşmaktadır¹⁵:

– *Elverişlilik*, öngörülen müdahaleyle (sınırlamayla) ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını,

– *Gereklilik*, ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını,

– *Orantılılık* ise, bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

11 Anayasa Mahkemesi, E 2017/130 K 2017/165, 29.11.2017.

12 Anayasa Mahkemesi, E 2017/130 K 2017/165, 29.11/2017.

13 Anayasa Mahkemesi, E 2017/130 K 2017/165, 29.11.2017.

14 Bkz. Anayasa Mahkemesi, E 2013/95 K 2014/176, 13.11.2014; *Cemal Taş ve diğerleri*, B. No: 2016/3316, 29.12.2020, § 63.

15 Bkz. Anayasa Mahkemesi, E 2011/111 K 2012/56, 11.04.2012; E 2014/176 K 2015/53, 27.05.2015; E 2016/13, K 2016/127, 22.06.2016; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, § 38; *Cemal Taş ve diğerleri*, B. No: 2016/3316, 29.12.2020, § 64.

C. ADİL DENGENİN SAĞLANMASI

Ölçülülük ilkesi gereği, kişilerin temel hakkının sınırlandırılması halinde elde edilmek istenen kamu yararı ile bireyin temel hakları arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir. Sınırlandırma ile yasal ve meşru olsa da hak sahibine kişisel olarak katlanamayacağı aşırı bir yük yüklediğinin tespit edilmesi durumunda, adil denge bozulmuş olacaktır.

Anayasa Mahkemesi, müdahalenin ölçülülüğünü değerlendirirken, bir taraftan ulaşılmak istenen meşru amacın önemini ve diğer taraftan müdahalenin niteliğini, başvuruçunun ve kamu otoritelerinin davranışlarını da göz önünde tutarak başvuruçuya yüklenen yükü dikkate almaktadır¹⁶.

Temel hakkı hakkını sınırlandıran bir uygulanmasının ölçülü olabilmesi için gerek kapsamı gerekse de süresi itibarıyla orantılı olması gerekir¹⁷.

Kişinin temel haklarıyla ilgili olarak bazı sınırlamalar getirilmesi ya da tedbirlerin uygulanmasının zarara yol açması mümkündür. Bu durumda, doğan zararın kaçınılmaz olanlarının, ağır veya aşırı sonuçlara da yol açmaması veya böyle bir zararın oluşması durumunda, kamu makamlarınca uygun yöntem ve vasıtalarla makul sürede giderimin sağlanması usul ve esaslarının öngörülmesi gerekmektedir¹⁸.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruya konu davalarda, temel haklara, özellikle mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden tedbirlerin söz konusu olduğu durumlarda, tedbiri uygulayan kamu makamlarının ivedi olarak ve özenli bir biçimde davranma yükümlülükleri bulunduğunu vurgulamaktadır. Getirilen sınırlamaların makul olmayan bir süre devam etmesini, hakkının tanıdığı yetkilerin kullanılmasının belirsiz olacak şekilde ötelenmesi suretiyle hak sahibine orantısız bir yük yüklediğini ifade etmektedir¹⁹.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruya konu davada, taşınmazların tapu kaydına askerî güvenlik bölgesi şerhi konulması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasında, şerhin, malikleri olağan dışı ve aşırı bir yük altına sokması durumunda müdahalenin orantılı ve dolayısıyla ölçülü olduğundan söz edilemeyeceğini; bu itibarla, uygulanan şerhle başvuruçulara aşırı ve orantısız bir yük yüklenip yüklenmediğinin tespiti gerektiğini; çevresinde bulunan taşınmazlar imara açıldığı hâlde *askerî güvenlik bölgesi şerhi* nedeniyle imara açılmayan ve fiilî yapılaşma yasağı da uygulanan

16 Anayasa Mahkemesi, *Arif Güven*, B. No: 2014/13966, 15.02.2017, §§ 58, 60; *Cemal Taş ve diğerleri*, B. No: 2016/3316, 29.12.2020, § 65.

17 AİHM, imar planında taşınmazın kamu hizmetine ayrılmasının ve bu çerçevede kamu makamlarının süre sınırlaması olmaksızın herhangi bir zamanda taşınmazı kamulaştırmaya yetkili olmalarının mülkiyet hakkının kullanımını belirsiz ve kullanılamaz hâle getireceğini vurgulamıştır (*Sporrong ve Lönnroth v İsveç* App no 7151/75 (ECtHR, 23 Sep 1982) § 60; *Hakan Arı v Türkiye* App no 13331/07 (ECtHR, 11 Jan 2011) § 35).

18 AİHM baraj inşaatı kapsamında su rezervuarının etrafında kısa mesafeli – mutlak – koruma alanındaki taşınmazlar yönünden kamulaştırma zorunluluğuna işaret ederek mülklerin tam değerine uygun bir tazminat ödenmediği için müdahalenin ölçülü olmadığına karar vermiştir (*Kutlu ve diğerleri v Türkiye* App no 14963/08 (ECtHR, 11 Jan 2011) §§ 53-61).

19 Anayasa Mahkemesi, *Hesna Funda Baltalı ve Baltalı Gıda Hayvancılık San. ve Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2014/17196, 25.10.2018, § 73; *Cemal Taş ve diğerleri*, B. No: 2016/3316, 29.12.2020, § 66.

taşınmazlar nedeniyle başvuruçuların bir zararlarının olduğuna ve yine derece mahkemelerinin henüz gerçekleşmeyen ve gerçekleşmesi muhtemel olan zararların tazminine olanak bulunmadığına yönelik yorumu başvuruçulara şahsi olarak aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklediğine ve bu durumda başvuruçuların mülkiyet hakkının korunması ile kamunun yararı arasında olması gereken adil dengenin başvuruçular aleyhine bozulduğu ve müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna varmıştır²⁰.

III. TEMEL HAKLARIN NİTELİKLERİ

A. KİŞİNİN TEMEL HAKLARLA DEVLETE KARŞI KORUNMASI (KORUNMA HAKKI OLARAK TEMEL HAKLAR)

Temel haklar, tarihsel süreçte vatandaşın devlete karşı korunmasını olarak oluşmuş ve gelişmiştir²¹. Temel haklar bireye, devlet baskısının olmadığı bir özel ve özerk özgürlük alanı tanıır²².

Temel haklarının temel amacı, bireyin özgürlük alanını devlet müdahalesine karşı koruma sağlamaktır²³. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, geleneksel olarak devlete karşı savunma hakları olarak anlaşılmıştır²⁴. Bu korunma hakkının muhatabı elbette devlettir. Gerçekten insanlığın tarihsel tecrübesi bize, birey özgürlüklerinin öncelikle devletin bu alanlarındaki faaliyetleriyle tehlikeye girdiğini göstermiştir.

Anayasalardaki temel haklar, bireyin devletle olan ilişkisi, devletin egemenlik yetkisi insan onuruna uygun şekilde sınırlandırılmış şekliyle düzenlenmektedir. Temel haklar da bireyin devlete karşı bir korunma hakkıdır.

Herkesin temel hak ve özgürlükleri, “*kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez*”dir (Anayasa m.12/I). Anayasa m.13’te temel hak ve özgürlüklerim, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğini ve bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını belirtmiştir.

Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kötüye kullanılamaz (Anayasa m.14/I) .

20 Anayasa Mahkemesi, *Cemal Taş ve diğeri*, B. No: 2016/3316, 29.12.2020, § 67 vd. Aynı nitelikte başka bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, *İhsan Uygun ve Nuran Kaya*, B. No: 2017/28373, 29.12.2020.

21 Georg Jellinek and Walter Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (Nabu 2014) 419.

22 Hans Huber, ‘Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen’ (1955) 74 Zeitschrift für Schweizerisches Recht 190; Peter Saladin, *Grundrechte im Wandel, Die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt* (3rd edn, Stämpfli 1982) 293.

23 Ulrich Häfelin and Walter Haller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht* (4th edn, Schulthess 1998) N 247.

24 Eugen Bucher, ‘Drittwirkung der Grundrechte? – Überlegungen zu “Streikrecht” und “Drittwirkung” i. S. von BGE 111 II 245-259’ (1987) 83 Schweizerische Juristen-Zeitung 37; Häfelin and Haller (n 23) N 257 vd.; Georg Müller, ‘Zur Problematik der Drittwirkung von kantonalen Grundrechtsgarantien’ (1993) 129 Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 153, 155 vd.; Saladin, *Wandel* (n 22) 292 vd.

İlaveten, Anayasa m.14/II hükmüne göre, “Anayasa hükümlerinden hiçbiri, 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.”

B. DEVLETİN VATANDAŞLARINI TEMEL HAKLARINI KORUMA YÜKÜMLÜĞÜ (KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ OLARAK TEMEL HAKLAR)

Devletin egemenlik gücünün sınırlandırılmasıyla, devlet ve birey arasındaki güç dengesi özel bireyler lehine gelişmiştir. Korunma hakkı karşılığında, devlet bireysel özgürlüğün kullanılmasına izin verme ve temel hakları ihlal eden eylemlerden kaçınma yükümlülüğü, yani devletin koruma yükümlülüğü kabul edilmiştir²⁵. Bu özgürlük alanında temel hakkın muhatabına belirli bir davranıştan kaçınma ve katlanma yükümlülüğü, diğer yandan aksini yapmama yükümlülüğü getirmiştir²⁶.

Bazı yazarlar, temel haklar anlayışında, hakların sadece devlete olumlu davranma yükümlülüğü yüklediğini kabul etmektedir. Bu görüşte bireyler temel haklara dayanarak ne devletten bir edimin yerine getirilmesini talep edebilir, ne de devletten üçüncü kişilerin temel haklarına uygun davranmasını sağlamasını isteyebilirler. Bu görüşe göre, temel hakların tamamen savunma işlevi vardır²⁷.

Salt olumsuz (negatif) temel haklar anlayışı, 1960’larda başlayarak günümüzde de daha yoğun bir şekilde eleştirilmiştir²⁸. Eleştiriler ve hak anlayışındaki gelişmeler temel hakların sadece vatandaş ve devlet arasındaki ilişkiye değil, aynı zamanda özel kişiler arasındaki ilişkilere temel hakların uygulanmasını²⁹ savunan kurucu hak anlayışı ve daha sonra da temel hakların üçüncü – taraf – etkisi görüşünü getirmiştir³⁰.

Temel hakların üçüncü etkisinin varlığına (temel hakların özel kişilerle ilişkilerinde “temel hakların” geçerli olup olmadığı tartışmasına) ilişkin temel anlaşmazlığa ek olarak, bu üçüncü etkisinin şekli (nasıl olduğu) tartışılmaktadır³¹.

25 Ulrich Häfelin, Walter Haller, Helen Keller and Daniela Thurnherr, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht* (9th edn, Schulthess 2016) N 257; Georg Müller, ‘§ 204, Schutzwirkung der Grundrechte’ in Detlef Merten and Hans-Jürgen Papier (eds), *Handbuch der Grundrechte. Grundrechte in der Schweiz und Liechtenstein* (Dike 2007) N 1; Regina Kiener and Walter Kälin, *Grundrechte* (2nd edn, Stämpfli 2013) 34 vd.

26 Häfelin and Haller (n 23) N 257; Tarkan Göksu, ‘Drittwirkung der Grundrechte im Bereich des Persönlichkeitsschutzes’ (2002) 98 Schweizerische Juristen-Zeitung 89 vd.

27 Bkz. Häfelin, Haller, Keller and Thurnherr (n 25) N 258 vd.; Saladin, *Wandel* (n 22) 292 vd. İsviçre Federal Mahkemesi’nin mülkiyetinin teminatında bu yaklaşımı sergilemiştir: Bkz. BGE 105 Ia 330, E. 3d s. 337.

28 Beatrice Weber-Dürler, *Der Grundrechtseingriff, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung* (De Gruyter 1998) 77.

29 Viktor Aepli, *Grundrechte und Privatrecht, Hinweise für die Überprüfung der Grundrechtskonformität des Privatrechts im Sinne des Entwurfs für eine Totalrevision der Bundesverfassung* (Diss. 1980) 13 vd.; Häfelin and Haller (n 23) N 280; Müller, *Grundrechtsgarantien* (n 24) 155 vd.; Saladin, *Wandel* (n 22) 308; Jörg Paul Müller, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie* (Stämpfli 1982) 80.

30 Huber (n 22) 179 vd., 190 vd.

31 Aepli (n 29) 203 vd.; Jörg Paul Müller, *Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts* (Stämpfli 1964) 166 vd.

Temel haklar aynı zamanda devlete vatandaşını *koruma yükümlülüğü* yükler. Günümüzde devletin Anayasadan kaynaklanan hakların, özellikle temel hakları ihlal etmemek şeklinde “*olumsuz (negatif) yükümlülükler*”i yanında, bireyler arasındaki ilişkilerde hak ihlallerini önlemek ve anayasal hak ve özgürlükleri korumak şeklinde “*olumlu (pozitif) yükümlülükler*”in olduğu kabul edilmektedir.

Koruma yükümlülüğü Anayasamızda m. 5’de “Devletin temel amaç ve görevleri” başlığında “... *kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*” şeklinde genel olarak düzenlenmiştir. Anayasanın özel olarak örneğin ailenin kadınları, çocukların korunması (Anayasa m.41), gençliğin korunması (Anayasa m.58), çevrenin korunması (Anayasa m.56) için getirdiği düzenlemeler söz konusudur.

Devletin koruma yükümlülüğü, vatandaşlarının bireysel tehditlere karşı değil, tüm vatandaşların örneğin salgın tehlikesi ile tehdit altına alındığı durumlarda da söz konusudur³². Bu durumlarda devlet sadece vatandaşların özgürlük alanlarına pasif şekilde dikkat etmek şeklinde değil, onları aktif davranışlarla koruma yükümlülüğü altındadır.

Anayasa özgürlüklerin korunmasına ve sınırlarına ilişkin devletin koruma yükümlülüğünü kanunla yapacağını işaret etmektedir. Özel hukukta ve ceza hukukunda, kişinin ve kişi özgürlüklerinin korunmasına ilişkin hükümler yer almaktadır. Devletin koruma yükümlülüğü Anayasa yargısı ile teminat altına alınmış ve uygulamada geliştirilmiştir. Örneğin, annenin yaşamanın korunması bağlamında hamileliğin sonlanmasında kadının korunması.

C. KURUCU HAK OLARAK TEMEL HAKLAR

I. GENEL OLARAK

Temel haklara ilişkisinin anlayış zaman içinde farklı bir şekilde geliştirilmiştir. Temel haklar artık sadece devlete karşı savunma hakları olarak değil, tüm hukuk sisteminde etkili olan objektif temel normlar olarak anlaşılmaktadır.

Temel hakları, yalnızca bu olumsuz fonksiyon olarak devlet gücünün sınırlandırması işlevi yerine getirmez. Liberal anlamda özgürlük hakları aynı zamanda birey ve devlet arasındaki anayasal düzlemdeki ilişki olarak, tüm devlet tüm hukuk sisteminin özgürlük temellerini oluşturur.

Saladin bu hususu şu şekilde ifade etmektedir: Temel haklar, hukuk sisteminin en ince dallarına kadar etkili olan anayasal normlar olarak anlaşılmalıdır. Temel haklar, sadece salt kamusal yasak ve emirlerden vazgeçmeyi gerçekleştirme faaliyeti değil, sisteme hâkim temel idelerinin gerçekleştirilmesini sağlama çabasına yönelik ilgili hukuk sisteminin tamamını tasarlamadır³³.

32 Josef Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit* (De Gruyter 1983) 3 vd.; Georg Hermes, *Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit* (CF Müller 1987) 148 vd.; Johannes Dietlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten* (Duncker & Humblot 1992) 21 vd.

33 *Saladin, Wandel* (n 22) 295.

Temel haklar, koruma işlevlerine ek olarak, tüm hukuk sisteminin temelini oluşturdukları için kurucu bir işleve sahiptir³⁴. Temel haklara ilişkin bu korucu anlayış, devleti tüm hukuk sistemi içinde temel hakları uygulanmasını sağlamaya teşvik eder. Devlet yetkilileri, bu nedenle temel haklarla ilgili olarak sadece kaçınma ya da katlanma – olumsuz – eyleminde bulunmamakla yetinmez, aynı zamanda olumlu davranmakla da yükümlüdür.

2. J.P. MÜLLER'İN NORM KATMANLARI TEORİSİ

J. P. Müller, temel hakları genişletme anlayışı temelinde, temel hakların farklı işlevlerini ve geçerlilik iddialarını göstermek için *norm katmanları teorisini* (Theorie der Normschichten) geliştirmiştir³⁵.

Temel bir hakkın üç katmanını birbirinden ayırıyor:

- *Gereğeçlendirme katmanı* (justiziable Schicht),
- *Programatik katman* (programmatische Schicht) ve
- *Yandan çevreleme katmanı* (flankierende Schicht).

Gereğeçlendirme katmanında temel hak sahibine doğrudan bir talep imkanı verilmektedir. Yargılanabilir bir tabakanın varlığı için bir temel hakkın yeterli bir şekilde normatif kesinliğinin olması gereklidir. Diğer bir deyişle, temel hak sahibinin doğrudan talebi, temel hak içeriğindeki veya yerleşik yargı uygulamasındaki belirsizliği, yasama organının müdahale etmesi zorunluluğunda kalmaksızın, hukuk sisteminde temel hakkın nasıl uygulanacağını gösterdiğinde söz konusu olur. Kural olarak, bu gereğeçlendirme katmanı, tüm klasik temel haklara, özellikle de özgürlük haklarına ve eşitlik ilkesine ilişkindir.

Gereğeçlenebilir talepler, bir yandan bireysel temel haklardan kaynaklanan geleneksel savunma taleplerini; diğer yandan da ya belirli özgün temel haklardan ya da doğrudan anayasadan kaynaklanan edim taleplerini kapsar³⁶.

Öte yandan, temel hakların programatik katmanı, gereğeçlendirme katmanının aksine subjektif talep oluşturmaz; ancak kanun koyucuyu öncelikle bunları gerçekleştirmesini zorunlu kılar. Bir temel hakkın yargısal olarak uygulanabilir subjektif talebi gerçekleştirilmesi her zaman mümkün değildir. Temel haklar, programatik katmanı aracılığıyla tüm devlet yetkililerini, temel hakları objektif düzenleme ilkeleri olarak hukuk sistemi içinde uygulanmasını sağlamaya yönelmektedir.

34 Jörg Paul Müller, 'Einleitung zu den Grundrechten' in Jean-François Aubert, Kurt Eichenberger, Jörg Paul Müller, René A Rhinow and Dietrich Schindler (eds), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874* (Helbing Lichtenhahn 1987) N 22; Jörg Paul Müller, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie* (Stämpfli 1982) 8

35 Jörg Paul Müller, 'Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten' in Daniel Thürer, Jean-François Aubert and Jörg Paul Müller (eds), *Verfassungsrecht der Schweiz* (Schulthess 2001) N 29; Müller, *Einleitung* (n 34) N 40. Bu konuda ayrıca bkz. Kiener and Kälin (n 25) 34.

36 Kiener and Kälin (n 25) 34 vd.; Bernard Waldmann, 'Wirkung und Verwirklichung der Grundrechte, Inhalt und Tragweite von Art. 35 BV' (2008) 1 ius.full 20, 21.

Özellikle kanun koyucu temel hakları somutlaştırmak ve temel hakları gerçekleştirmek üzere, onların kapsamını belirler ve bu yönde faaliyette bulunur³⁷.

Temel hakların yandan çevreleyen katmanda veya dolaylı olarak gerekçelendirme katmanında, temel hakların açık boşluğu veya takdir yetkisi veren kanun normların çözebilmesi için kullanıldığı her yerdeki etkisi söz konusudur.

Kanunu uygulayan yetkililer, temel hakların içeriğinde yer alan objektif temel ilkelerini hukukun uygulanmasına dahil etmelidirler; başka deyişle temel haklara uygun olarak kanunu hükümlerini uygulamalıdır³⁸. Kamu yetkilileri, özel hukuk normu, ceza hukuku normu ve idare hukuku normlarını temel haklara uygun yorumlama ve uygulayarak, temel hakları dolaylı olarak gerekçelendirir³⁹.

İsviçre hukuk doktrininde, temel hakların bu kurucu anlayışı hâkim görüş olarak kabul edilmektedir⁴⁰.

3. DEĞERLENDİRME

Görüşümüze göre, temel haklar bireye devlete karşı bir korunma (savunma) hakkı verdiği gibi, devlete de bireyleri koruma yükümlülüğü yükler. Bu bireyin korunma (savunma) hakkı ve devletin koruma yükümlülüğü bir aynanın iki yüzü gibidir; her zaman diğerinin aynadaki görünümü olarak tezahür eder. Görünüş ve onun tezahürü pasif – olumsuz – davranış yanında aktif biri – olumlu – davranışı konu edinen hak ve yükümlülük şeklinde olabilir.

Diğer yandan temel haklar, özellikle Anayasal temel haklar, bireye haklar ve devlete yükümlülük yüklediği gibi, hukuk düzeninin kurucu ve temel değerleri olarak değerler sisteminin yapı taşı oluşturur.

Temel hakların iki boyutu söz konusudur:

- Temel hakların *subjektif-hukuki boyutu*, temel bir hakkın doğrudan uygulanabilir taleplerini içerirken,
- Temel hakların *objektif-hukuki boyutu*, tüm hukuk sistemi içinde temel hakların gerçekleştirilmesi ile ilgilidir⁴¹.

Temel haklar, bu boyutlarına uygun olarak farklı fonksiyonları yerine getirir:

37 Müller, *Allgemeine Bemerkungen* (n 35) N 30; Müller, *Einleitung* (n 34) N 41.

38 Müller, *Allgemeine Bemerkungen* (n 35) N 33; Müller, *Einleitung* (n 34) N 43 vd.

39 Waldmann, *Wirkung* (n 36) 21 vd.

40 Bernard Waldmann, 'Art. 35' in Bernard Waldmann, Eva Maria Belser and Astrid Epiney (eds), *Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung (BV)* (Helbing Lichtenhahn 2015) Art. 35 N 2, Häfelin, Haller, Keller and Thurnherr (n 25) N 263; Giovanni Biaggini, *BV Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft* (Orell Füssli 2007) Art. 35 N 4; René A Rhinow, Markus Schefer and Peter Uebersax, *Schweizerisches Verfassungsrecht* (3rd edn, Helbing Lichtenhahn 2016) N 985 vd.; Patricia Egli, *Drittwirkung von Grundrechten* (Schulthess 2002) 137.

41 Ayrıntı için bkz. Kiener and Kälin (n 25) 34 vd., 42 vd.

- Klasik yaklaşımın temel hakları kişi özgürlüklerini koruma hak ya da yükümlülüğü olarak gören *sübjektif-hukuki işlevi* yanında,
- Temel haklar bireyin hakkı yerine getirme talebini de içeren ve tüm devlet yetkililerini faaliyetlerini yerine getirirken temel hakların gerçekleşmesine katkıda bulunma şeklinde *objektif – hukuki işlevi* vardır.

Bu yaklaşım, objektif-hukuki işlev, temel hakların kurucu anlayışının tezahürüdür.

IV. ANAYASAL TEMEL HAKLARIN ÜÇÜNCÜ – TARAF – ETKİSİ

A. GENEL OLARAK

Anayasal hükümler, bu kapsamda temel haklar, öncelikle bireyin özgürlük alanını devletin otoritesinin müdahalesine karşı korumayı amaçlamaktadır; vatandaşın devlete karşı korunma hakkı vardır⁴².

Koruma hakkı yaklaşımı temel hakların klasik anayasa fonksiyonudur⁴³. Temel haklar korunma hakları olarak, Anayasa kapsamındaki temel hakların dogmatığının başlangıç noktası olmuştur⁴⁴. Anayasalar temel hak ve özgürlüklere yer vererek, vatandaşların bu temel hak ve özgürlükleri devlet karşısından güvence altına alır ve kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi hizmete eder.

Temel haklarla bağlı olan devlet, vatandaşların korunma hakkı verir ve vatandaşlarını koruma yükümlülüğü yükler⁴⁵.

Aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerin sadece devletle birey arasındaki dikey ilişkilerde değil, aynı zamanda özel hukuk kişileri arasındaki yatay ilişkilerde de uygulanabilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

42 Josef Isensee, '§ 111' in Josef Isensee and Paul Kirchhof (eds), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen* (CF Müller 1992) § 111 N 11; Eckart Klein, 'Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates' (1989) *Neue Juristische Wochenschrift* 1633 vd. Karş. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte* (2nd edn, Suhrkamp 1994) 395. Benzer yaklaşım: BVerfGE 68, 193, 205

43 Isensee, *Staatsrecht* (n 42) § 111 N 21; Alfred Söllner and Raimund Waltermann, *Grundriss des Arbeitsrechts* (13th edn, Vahlen 2003) N 90.

44 Matthias Ruffert, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts* (Mohr Siebeck 2001) 88. Koruma yükümlülüğünün tarihsel gelişimi için bkz. Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte* (Mohr Siebeck 2003) 15 vd.

45 Horst Dreier, 'Art. 1' in Horst Dreier (ed), *Grundgesetz Kommentar Band I* (3rd edn, Mohr Siebeck 2018) Art. 1 Abs. 3 N 53; Martin Gellermann, *Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewand* (Mohr Siebeck 2000) 225; Annette Guckelberger, 'Die Drittwirkung der Grundrechte' (2003) *Juristische Schulung* 1151, 1157; Wolfram Höfling, 'Die Grundrechtsbindung der Staatsgewalt' (1995) *Juristische Arbeitsblätter* 431 vd.; Martin Oldiges, 'Neue Aspekte der Grundrechtsgeltung im Privatrecht' in Rudolf Wendt and Karl Heinrich Friauf (eds), *FS für Karl Heinrich Friauf* (CF Müller 1996) 281, 282; Christian Starck, 'Art. 1' in Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein and Christian Starck (eds), *Kommentar zum Grundgesetz: GG, Band 1* (7th edn, CH Beck 2018) Art. 1 N 189; Peter Unruh, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten* (Duncker & Humblot 1996) 68.

Bu sebeple, devlet ile vatandaşlar arasındaki ilişkileri yönetmek üzere oluşturulmuş temel hakların, özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilere giderek artan etkisini ifade etmek üzere “*özel hukukun anayasallaşması*”ndan bahsedilmektedir⁴⁶.

Tüm hukuk sistemini etkileyen objektif temel normlar olarak temel hakların ele alan anlayışının daha da gelişmesiyle birlikte, temel hakların yalnızca devlet ve vatandaş arasındaki ilişkilere değil, aynı zamanda özel kişiler arasındaki ilişkilere de etkili olduğu kabul görmeye başlamıştır⁴⁷. Ayrıca, temel hakların ihlali riskinin sadece devletten değil, aynı zamanda özel kişilerden, özellikle özel kişiler arasında bir güç dengesizliği olduğu zaman, ortaya çıktığı kabul edildi⁴⁸. Çünkü temel haklar insan varoluşunun, özgürlüğünün ve eşitliğinin temel alanlarını korumaya hizmet ettiğinden, özel kişilerin güçlerini kötüye kullanılması olgusu, temel haklar yönünden ihmal edilemez⁴⁹. Bu düşünce içinde temel hakların üçüncü – taraf – etkisi doktrinini geliştirmiştir⁵⁰.

“Temel hakların üçüncü – taraf – etkisi”, özel kişiler arasındaki yatay ilişkide temel hakların geçerliliğini ifade eder⁵¹. Üçüncü – taraf – etkileri yerine, genellikle temel hakların *yatay etkisinden* de söz edilmektedir.

Üçüncü – taraf – etkisi, temel hakların sadece devlet ile kişiler arasındaki ilişkide bir etkiye sahip olmadığı anlamına gelmez, aynı zamanda özel kişiler arasındaki ilişkilere de etkili olduğu anlamına gelir⁵². Bu etkililik, temel haklarla ilgili kurucu anlayışının yani temel hakların hukuk sistemi bütününde uygulanmasının mantıksal bir sonucudur.

Koruma yükümlülüğünün Anayasadan kaynaklandığı ve bu yükümlüğün doğrudan etkisinin muhatabının devlet olduğu ve birey ile devlet arasındaki ilişkilere doğrudan uygulanacağı genellikle kabul edilmesine karşın, doktrinde ve uygulamada birey ile birey arasındaki özel hukuk ilişkilerine bir etkisi olup olmadığı tartışılmaya başlanılmıştır⁵³.

46 Ozan Ergül, ‘Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine’ iç *Erdal Onar Armağanı Cilt I* (AÜHF Yayınları 2013) 431-488; Selim Kaneti, ‘Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa’nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri’ (1989) 6 *Anayasa Yargısı* 19 vd. Oya Boyar, ‘Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki’ iç Sibel İnceoğlu (edr), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa* (3. Baskı, Beta 2013) 56-60. Boyar, temel hakların doğrudan ve dolaylı etkisinden bahsedilmektedir: “Doğrudan etkisi” ile temel hakların bir temel hak kullanımı mahiyetinde görülmemeyen, suç konu bir eylem veya haksız fiil ile ihlal durumu; “dolaylı etki” ile, özel hukuk normlarının uygulanmasıyla çözümlenecek uyumsuzluklarda doğrudan etkinin doğası gereği kabul edilmediği temel hak yarışmaları anlaşılmaktadır.

47 Waldmann, *Wirkung* (n 36) 22.

48 Häfelin, Haller, Keller and Thurnherr (n 25) N 280; Georg Müller, ‘Die Drittwirkung der Grundrechte’ (1978) 79 *Das Schweizerische Zentralblatt für Staats – und Verwaltungsrecht* 233, 235.

49 Kiener and Kälin (n 25) 51; Müller, *Einleitung* (n 34) N 59; Müller, *Elemente* (n 29) 80; Müller, ‘Drittwirkung’ (n 48) 235. Karş. BGE 111 II 245, E. 4b S. 253.

50 Kiener and Kälin (n 25) 51; Müller, *Einleitung* (n 34) N 59; Müller, *Elemente* (n 29) 80; Müller, ‘Drittwirkung’ (n 48) 235.

51 Pierre Tschannen, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft* (4th edn, Stämpfli 2016) § 7, Titelüberschrift vor N 61.

52 Andreas Auer, Giorgio Malinverni and Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse Volume II: Les droits fondamentaux* (Stämpfli 2000), N 118; Müller, *Elemente* (n 29) 80; Müller, *Grundrechte* (n 31) 160.

53 Claus-Wilhelm Canaris, ‘Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts’ (1989) *Juristische Schulung* 161 vd.; Dreier (n 45) Art. 1 Abs. 3 N 38; Dietlein (n 32) 82;

Doktrindeki hâkim görüş, temel hakların üçüncü taraf etkisini kabul etmektedir. Azınlıkta kalan görüş ise, temel hakların özel kişilik haklarından farklı bir işlevi olduğunu ve belirsizlikleri nedeniyle temel hakların özel hukuk ilişkilerine taşınması için uygun olmadığı görüşünü savunmaktadır⁵⁴.

İsviçre Federal Mahkemesinin temel hakların üçüncü – taraf – etkisi sorunuyla ilgili uygulaması uzun süredir tutarsızdı; ancak nihayet 1985 tarihli kararıyla temel hakların üçüncü – taraf – etkisini tanıdı⁵⁵.

Federal Mahkemenin en tanınmış kararı, boykot tedbirlerinin ZGB Art.28⁵⁶ hükmüne göre hukuka aykırı olduğuna hükmettiği BGE 86 II 365 kararıdır. Mahkeme bu kararında, İsviçre ekonomisinin serbest rekabete dayandığını ve serbest rekabetin özel anlaşmalarla ortadan kaldırılmaması gerektiğini belirtti. Toplu boykot önlemleri yoluyla, başkalarının rekabete katılmasını engelleyen veya zorlaştıran veya rekabete katılabilmesi için bazı zorlu koşullar dayatan fiillerin, serbest ticaret ve rekabet özgürlüğüne ilişkin özel kişilik hakkını ihlal ettiğine karar vermişti⁵⁷.

İsviçre Federal Mahkemesi BGE 111 II 245'te, önemli sebeplerden dolayı iş akdinin süre vermeksizin feshinin (OR Art 337⁵⁸) haklılığı konusunda karar vermek zorunda kalmıştır. Dava konusu olayda fesihler, işçi grevinin bir sonucu olarak işçilere bildirilmiştir. Önemli nedenlerle önceden haber vermeksizin iş sözleşmesinin feshini düzenleyen OR Art.337 hükmünün, temel haklara göre yorumlanabilecek tipik bir açık norm olduğunu belirtmiştir. Hâkimin OR Art. 337'yi uygularken, iş akdinin süre vermeksizin feshine anayasal olarak teminat altına alınmış grev hakkının etkileri ile değerlendirmeli ve yasal bir grevin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğini incelemesi gerektiğine karar vermiştir⁵⁹. Mahkeme, temel hakların üçüncü – taraf – etkisini, niteliği ve kapsamı hakkında nihai bir açıklama yapılmadan üçüncü – taraf – etkisini ilkesel olarak kabul etmiştir⁶⁰.

İsviçre Federal Yüksek Mahkeme, kurucu anlayış görüşünü benimsememiştir. Mahkeme, Anayasada düzenlenen kişisel özgürlüklere anayasal bir yol gösterici ilke niteliği vermiş; ancak bu yaklaşımı

Canaris, 'Grundrechte und Privatrecht' (n 7) 202 vd.; Wolfram Cremer, *Freiheitsgrundrechte* (Mohr Siebeck 2003) 415 vd.; Gellermann (n 45) 225; Guckelberger (n 45) 1157; Wolfram Höfling, 'Art. 1' in Michael Sachs (ed), *Grundgesetz: GG Kommentar* (3rd edn, CH Beck 2003) Art. 1 N 104; Jörn Ipsen, *Staatsrecht II Grundrechte* (6th edn, CH Beck 2003) N 59; Hans D Jarass, 'Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik' (1995) 120 Archiv des öffentlichen Rechts 345 vd., 352, 363; Hans D Jarass, 'Art. 1' in Hans D Jarass and Bodo Pieroth (eds), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG* (7th edn, CH Beck 2004) Art. 1 N 35 Günter Krings, *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche* (Duncker & Humblot 2003) 327 vd.; Hartmut Maurer, *Staatsrecht I* (3rd edn, CH Beck 2003) § 9 N 38; Oldiges (n 45) 282; Starck (n 45) Art. 1 N 208, 216; Raimund Waltermann, 'Kollektivvertrag und Grundrecht' (1990) *Recht der Arbeit* 138, 139.

54 Müller, 'Drittwirkung' (n 48) 237; Müller, *Einleitung* (n 34) N 60; Müller, *Elemente* (n 29) 81.

55 İsviçre yargı uygulamasının gelişimi için bkz. Müller, 'Drittwirkung' (n 48) 238 vd.; Müller, *Elemente* (n 29) 83 vd.

56 Karş. TMK m. 24.

57 BGE 86 II 365, E. 4c, s.376; Ayrıca StGB Art.181 anlamında zorlamanın hukuka aykırılığını değerlendirirken ifade özgürlüğünün dikkate alınması için bkz. BGE 101 IV 167, E. 5, s.172 ; (StGB Art.173 hükmünü yorumlarken basın özgürlüğünün dikkate alınması için bkz. BGE 104 IV 11, E. 1c s. 14); ZGB Art. 28'i yorumlarken basın özgürlüğünün dikkate alınması için bkz.107 Ia 277, E. 3a, s.280.

58 Karş. TBK m. 435.

59 BGE 111 II 245, E. 4b s. 25

60 BGE 111 II 245, E. 4b, s.253 – 256

koruma talebi ötesine geçen bir kişisel özgürlük anlayışı ötesine gitmemiştir⁶¹. Aynı şekilde, Anayasada yazılı olmayan diğer temel hakları tanınırken, bunların Anayasada açıkça güvence altına alınan diğer temel hakların kullanılması için gerekli ön koşullar olduğu veya demokratik ve anayasal düzenin vazgeçilmez bir parçası gibi görüldüğü gerçeğine dayanmıştır⁶². Mahkeme temel haklara böylelikle kurucu bir yoruma yer vermiş olmakla birlikte⁶³, temel hakların kurucu anlayışı açıkça tanımamıştır.

Doktrinde, bu karar sonrasında temel hakların üçüncü taraf etkisi sorunu tartışılmıştır⁶⁴. Bu tartışmalarda temel hakların özel kişiler arasındaki ilişkilerde de bir etkiye sahip olduğu kabul edilmiştir.

Üçüncü etkinin⁶⁵ “olup olmadığı” konusu tartışması günümüzde doktrin⁶⁶ ve uygulamada⁶⁷ geride bırakılmış olsa da üçüncü etkiyi savunanlar arasında bu üçüncü etkisinin “nasıl” olduğu, yani doğrudan mı yoksa dolaylı mı olduğu, doğrudan ise ikincil olup olmadığı tartışılmaktadır⁶⁸.

Temel hakların üçüncü – taraf – (yatay) etkisinin “nasıl” olmasını gerektiğinin niteliği ve kapsamı konusundaki görüşler farklılık göstermektedir⁶⁹. Bu farklı yaklaşımları üç temel başlıkta toplayabiliriz⁷⁰:

- Temel hakların doğrudan üçüncü taraf – etkisi,

61 BGE 97 I 45, E.3 s.49 f.; BGE 124 I 85, E.2a s.86.

62 BGE 91 I 480, E. II 1 s.485 f. (Konuşma özgürlüğü); 96 I 104, E. 1 s.107 (serbestçe mezar tasarımlama özgürlüğünün olmadığı); 96 I 219, E.4 s.223 f. und 99 Ia 689, E.6 s.692 f. (fikir ve toplanma özgürlüğü).

63 Egli (n 40) 138; Rainer Schweizer, ‘Art. 35’ in Bernhard Ehrenzeller, Benjamin Schindler, Rainer J Schweizer and Klaus A Vallender (eds), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar* (3rd edn, Dike 2014) N 5.

64 Bkz. Bucher (n 24) 37 vd.; René A Rhinow, ‘So nicht!’ (1987) 83 Schweizerische Juristen-Zeitung 99 vd.; Peter Saladin, ‘Grundrechte und Privatrechtsordnung. Zum Streit um die sog. «Drittwirkung» der Grundrechte’ (1988) 84 Schweizerische Juristen-Zeitung 373 vd.; Roger Zäch, ‘Der Einfluss von Verfassungsrecht auf das Privatrecht bei der Rechtsanwendung’ (1989) 85 Schweizerische Juristen-Zeitung 1 vd.

65 Auer, Malinverni and Hottelier (n 52) N 117; Saladin, ‘Drittwirkung’ (n 64) 373.

66 Höfling, *GG* (n 53) Art. 1 N 104; Ipsen (n 53) N 59; Jarass, *GG* (n 53) Art. 1 N 35; Christian Sachs, *Verfassungsrecht II – Grundrechte* (2nd edn, Springer 2003) A 5, N 38 vd.; Alman Federal Anayasa mahkemesi (BVerfG) uygulaması için bkz. Claus Dieter Classen, ‘Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des BVerfG’ (1997) 122(1) *Archiv des öffentlichen Rechts* 65-107; Poscher (n 44) 234 vd.; Jürgen Schwabe, ‘Bundesverfassungsgericht und „Drittwirkung“ der Grundrechte’ (1975) 100 *Archiv des öffentlichen Rechts* 442 vd.

67 Temel karar için bkz. BVerfGE 7, 198, 204 ff.; İlgili kararlar için bkz. BVerfGE 24, 278, 282 ff.; 25, 256, 263 ff.; 42, 143, 148 ff.; 73, 261, 268 ff.; 81, 242, 254 ff.; 84, 192, 194 ff.; 90, 27, 33 ff.

68 Aepli (n 29) 1.

69 Waldmann, *Wirkung* (n 36) 22; Biaggini (n 40) Art. 35 N 21; Egli (n 40) 141; Müller, *Einleitung* (n 34) N 62

70 Türk hukukunda: Ernst E Hirsch, ‘Anayasa’nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri’ iç Birinci Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler (TBB Yayınları 1971) 7 vd.; Kaneti (n 46) 19 vd.; Hüseyin Özcan, ‘Drittwirkung der Grundrechte in der Türkei’ (2005) 9(3-4) *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 181-200; Zafer Gören, *Temel Hak Genel Teorisi* (DEÜ Yayını 2000) 75 vd.; Zafer Gören, *Anayasa ve Sorumluluk C. II* (DEÜ Yayını 1999) 292 vd.; Zafer Gören, ‘Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi’ iç *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I* (BTHAE 2001) 1-27; Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (YKY 2002) 121 vd.; Feyzan Ünsal, *Politische und religiöse Symbole im Betrieb: Eine rechtsvergleichende Studie zum deutschen und türkischen Recht* (Peter Lang 2008); Detlev W Belling ve Nurten İnce, ‘Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi’ (2014) 12(137) *Legal Hukuk Dergisi* 3, 3 vd.

- Temel hakların dolaylı üçüncü – taraf – etkisi,
- Temel hakların ikincil doğrudan üçüncü – taraf – etkisi.

B. TEMEL HAKLARIN DOĞRUDAN ÜÇÜNCÜ – TARAF – ETKİSİ

I. HUKUK DOKTRİNİ

Üçüncü etkinin doğrudan olduğunu savunan yazarlar, temel hakları, bireyin özel hukuk ilişkilerine, özel hukukta açık bir düzenlememiş olsa da doğrudan uygulanabilecek özel hak niteliğinde kabul etmektedir⁷¹. Bu görüşe göre, temel haklar, özel kişiler arasındaki ilişkiler üzerinde doğrudan bir etkiye sahiptir⁷². Böyle bir etki kabul edilince de özel kişiler temel haklarına dayanarak, yasama organının anayasa hükmünü kanunla somutlaştırmasına gerek olmaksızın, diğer özel kişilere karşı doğrudan başvurabilir.

Büyük ölçüde Almanya'da Hans Carl Nipperdey tarafından geliştirilen bu teori⁷³, İsviçre'de pek benimsenmemiştir⁷⁴. Alman Federal (İş) Mahkemesi Başkanlığı görevini de yapmış olan Alman hâkim Nipperdey, doğrudan üçüncü etkisi (*unmittelbare Drittwirkung*) teorisini savunmuştur⁷⁵. Nipperdey, kadın ve erkek çalışanlarının eşit ücret alması gerektiğini savunduğu makalesinde, temel haklarından eşitlik ilkesinin özel hukuk ilişkilerine uygulanması gerektiğini savunmuştur. Bu görüşü de Alman Federal Anayasa'sının m.1/III üncü fıkrasındaki temel hakların “..yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan bağlar” düzenlemesine dayandırmıştır. Bu hüküm geniş yorumlayarak, temel hak ve özgürlüklerin sadece salt amacı ortaya koyan üstün değerleri tanımlamadığını, ilaveten buna ilişkin Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanması gereken hükümler olması gerektiğini savunulmuştur.

Nipperdey'i takip eden Alman hukukçular, üçüncü taraf etkisi teorisini genelleştirerek, anayasal temel hakların hukuk sisteminin bütünü için temel objektif kurallar olarak özel hukuk ilişkilerine de uygulanabilmeyi sağlayan bir doğrudan etkiye sahip olduğunu savunmuşlardır.

71 Hans Carl Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (Mohr Siebeck 1959) 93 vd.; Häfelin and Haller (n 23) N 281; Müller, *Grundrechtsgarantien* (n 24) 157; Müller, *Grundrechte* (n 31) 169; Müller, *Allgemeine Bemerkungen* (n 35) N 37.

72 Schweizer (n 63) N 58; Müller, *Schutzwirkung* (n 25) N 34; Biaggini (n 40) Art. 35 N 18; Häfelin, Haller, Keller and Thurnherr (n 25) N 281; Kiener and Kälin (n 25) 53; Tschannen (n 51) § 7 N 63; Rhinow, Schefer and Uebersax (n 40) N 1171; Müller, *Allgemeine Bemerkungen* (n 35) N 37; Waldmann, *Wirkung* (n 36) 22.

73 Nipperdey, *AT* (n 71) 23 vd.

74 Häfelin, Haller, Keller and Thurnherr (n 25) N 281; Rhinow, Schefer and Uebersax (n 40) N 1171; Müller, *Allgemeine Bemerkungen* (n 35) N 37; Schweizer (n 63) N 58; Biaggini (n 40) Art. 35 N 18; Pascal Mahon, 'Art. 35' in Jean-François Aubert and Pascal Mahon (eds), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999* (Schulthess 2003) N 10.

75 Hans Carl Nipperdey, 'Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung' (1950) *Recht der Arbeit* 121-128.

Alman hukukunda hâkim görüş, temel hakların özel hukuk kişileri arasında doğrudan uygulanabileceğini kabul etmemektedir. Anayasanın temel hakları, özel hukuk kişileri arasında değil, kanunlaştırmada ve de geçerli hukuk normlarının yürütme organı tasarruflarında uygulanır⁷⁶.

Teubner, doğrudan ya da dolaylı yatay etki ayrımının yapay olduğunu; bu yanlış anlayışın hukukun tek kaynağının devlet yani yasama ya da yargı olarak görülmesinden kaynaklandığını iddia ederek, temel hak ve özgürlüklerin “doğrudan etkisini” savunmuştur. Yazara göre, çağdaş toplumlarda hukukun kaynağını kişilerin oluşturduğu sosyal yapılar içinde kendi düzenlenmeleri oluşturmaktadır. Bunun somut kanıtı olarak da alternatif çözüm yolları, hakem heyetlerini vd.lerini göstermektedir. Bu da “özel hukuk ilişkilerinin anayasallaştırılması” şeklinde, temel hakların sadece kamu kurumlarını değil, özel hukuk ilişkilerinde kişileri de bağlayıcı olmasını gerekli kıldığını iddia etmektedir⁷⁷.

Tük hukuk doktrinde hâkim görüş, Anayasa hükümlerinin, bu kapsamda temel hakların doğrudan uygulanacağı yönündedir⁷⁸.

Türk Doktrinde, *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, özel hukuk işlemlerinde anayasal kuralların doğrudan etkisi, anayasal kural ve ilkelerin aracısız uygulanabileceğini savunmaktadır⁷⁹. Gerçekten, 1982 Anayasası'nın “Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” kenar başlığını taşıyan 11. maddesinin “Anayasa hükümleri, (...) diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır” hükmünden hareketle, anayasa hükümlerinin ve bu kapsamda temel hak ve özgürlüklerin bireyler arası ilişkilere de doğrudan uygulanabileceğini savunulabilir.

Tanör, temel hak ve özgürlüklerin yatay etkisinin üç ayrı biçimde gerçekleşebileceğini iddia etmektedir. Birincisi, özel hukuk alanını düzenleyen yasalardır. Yazarlara göre, Türk hukukunda anayasal kurallar, “özel hukuk yasalarında yansımalarını bulur.” İkincisi, özel hukuk işlemlerinde anayasa kurallarının doğrudan etkisidir. Üçüncüsü ise, dolaylı etkilemedir. Dolaylı etkilemede, anayasa kuralları, özel hukuk kurallarının yorumunda ve kişiler arasındaki uyumsuzlukların çözümünde “birer yorum kaynağı ve ölçüsü” durumundadır.

Türk hukukunda temel hakların özel hukuk ilişkilerini doğrudan etkisini savunan görüş, sadece 1982 Anayasanın 11. maddesine değil, Anayasa'nın 12, 138 ve 177e maddelerine de dayanmaktadır.

Özcan, Anayasa m.12 hükmünün özel hukuk kişilerinin sadece temel hakların süjesi olduğunu değil, devlet dahil diğer bireylerim temel hak ve özgürlüklerle ilgili sorumluluğu olduğunu belirttiğini ifade etmektedir⁸⁰.

76 Aksı görüş için bkz. Canaris, ‘Grundrechte und Privatrecht’ (n 7) 203 vd.; Jörg Neuner, *Privatrecht und Sozialstaat* (CH Beck 1999) 157 vd.

77 Bkz. Gunther Teubner, ‘The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by ‘Private’ Transnational Actors’ (2006) 69(3) *The Modern Law Review* 327 vd.

78 Hirsch (n 70) 7; Kaneti (n 46) 21; Gören, ‘Özel Hukuk Düzenine Etkisi’ (n 70) 31; Özcan (n 70) 186; Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 70) 121.

79 Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 70) 125.

80 Özcan (n 70) 181

Gören, 1982 Anayasası'nın 138 maddesinde hâkimlerin anayasaya kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar verebileceğini düzenlemesi Anayasanın 11. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, hâkim anayasa hükümlerini doğrudan uygulanacağını ortaya koyduğunu⁸¹; yine 1982 Anayasası'nın 177e maddesine dayanılarak mevcut kanunların anayasaya aykırı hükümlerinin Anayasa Mahkemesinin kararı olmaksızın zımnen ilga edildiğini iddia etmektedir⁸².

Temel haklar doğrudan etkisi anlayışına karşı çeşitli eleştiriler öne sürülmektedir:

Temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanmasının, özel hukuk ilişkilerine hâkim irade muhtariyeti ilkesini ve dolayısıyla nihayetinde bireyin özgürlüğünü zayıflatacağı ileri sürülmektedir⁸³.

Hâkim temel hakları doğrudan uygulama durumunda kalması halinde, iki özel bireyin temel haklarını birbirinden ayırmak, bunlar arasındaki sınırlarını çizmek ve kaçınılmaz olarak da temel haklar çatışmasını çözmek için ilişkiye müdahale etmesinin özel hukuka uygun olmadığını iddia edilmektedir⁸⁴.

Buna ek olarak, temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanması, temel hakların çoğunlukla son derece açık düzenlemelerinin sağladığı yasal kesinlik ve belirlilik nedeniyle reddedilmelidir.

Bununla birlikte, bireysel ilişkilerde, doğrudan üçüncü taraf etkisi doğrudan anayasadan kaynaklanıyorsa, özel kişiler arasında da doğrudan etkili olabilir. Bu etkinin eşit ücret ilkesinde söz konusu olduğu kabul edilebilir. Diğer temel haklar durumunda, örneğin işkence yasağı, sendika özgürlüğü ve grev hakkı, eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağında doğrudan üçüncü taraf etkisi tartışılabilir⁸⁵.

Doğrudan etkiyi savunanlar, doğrudan üçüncü taraf etkisinin belirli temel hakların düzenlenmesinde ve yorumunda⁸⁶ veya doğrudan üçüncü taraf etkisinin temel hakkın koruma amacının emredici olması gerektirdiği⁸⁷ iddia etmektedirler.

Öte yandan karşı görüş, yorumda bu temel haklar normlar yeteri kadar somutlaştırılmadığından düşük özgül ölçütler getirmediği ve bu nedenle özel kişiler arasında subjektif talepte bulunmaya uygun olmadığına itirazında bulunmaktadırlar⁸⁸. Ayrıca, doğrudan üçüncü – taraf – etkilerinin

81 Gören, 'Özel Hukuk Düzenine Etkisi' (n 70) 33. Aynı yönde bkz. Özcan (n 70) 186.

82 Gören, 'Özel Hukuk Düzenine Etkisi' (n 70) 28 vd.

83 Müller, 'Drittwirkung' (n 48) 241; Tschannen (n 51) § 7 N 63; Schweizer (n 63) N 58; Mahon (n 74) N 10; Kiener and Kälin (n 25) 54.

84 Müller, 'Drittwirkung' (n 48) 241 vd.; Egli (n 40) 142.

85 İsviçre doktrininde doğrudan üçüncü etki (direkte Drittwirkung) için bkz. Schweizer (n 63) N 60 vd.; Özellikle işkence yasağı ve grev hakkı için bkz. Waldmann, *BV* (n 40) Art. 35 N 29; Örgütlenme hakkı ve grev hakkı için bkz. Tschannen (n 51) § 7 N 63; Basın özgürlüğü ve örgütlenme hakkı için bkz. Rhinow, Schefer and Uebersax (n 40) N 1172. Doğrudan üçüncü etkiyi red eden görüş için bkz. Müller, *Schutzwirkung* (n 25) N 34 vd.; Biaggini (n 40) Art. 35 N 19. Grev hakkı için bkz. Kiener and Kälin (n 25) 394 vd.

86 Schweizer (n 63) N 60.

87 Tschannen (n 51) § 7 N 63.

88 Müller, *Schutzwirkung* (n 25) N 35; Benzer yaklaşım bkz. Biaggini (n 40) Art. 35 N 19.

bir sonucu olarak ortaya çıkan temel hak çatışmalarının siyasi boyutu nedeniyle, bunları çözmesi gereken yargı organı değil, yasama organıdır.

Ayrımcılık yasağının doğrudan üçüncü taraf etkisi dolayısıyla temel hakların doğrudan etkisinin kabulü, özel kişiler arasındaki yasal ilişkileri şekillendiren irade özerkliği ilkesine uygun değildir⁸⁹.

2. YARGI UYGULAMASI

Alman Federal Mahkemesi, iş hukuku uyuşmazlıklarında doğrudan üçüncü – taraf – etkisini kabul etmiş ve uygulamıştır⁹⁰. Alman Federal mahkemesi kararlarında temel haklardan eşitlik ilkesi yanında ayrımcılık yasağı ve insan onurunun korunması hakkını özel hukuk ilişkilerine uygulamıştır. Bu etkinin hukuki gerekçesini hukuk devleti ve sosyal devlet ilkesi ile pekiştirmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi, inanç ve vicdan özgürlüğüne ilişkin erken dönemde verdiği bir kararında, yalnızca doğrudan üçüncü etkiyi tanıdığına işaret etmiş; daha yeni içtihatlarında ise bu etkiyi kabul etmemiştir. Bunu tek istisnası, BV Art.8 Abs.3 Satz.3 hükmünde yer alan özel hukuk kapsamındaki iş ilişkilerine tartışmasız doğrudan uygulanabilen eşit ücret ilkesidir.

Federal Mahkeme, bir eski kararında yalnızca temel bir hakkın doğrudan üçüncü taraf etkisini tanınamış; sadece bu etkiye işaret etmiştir. Davaya konu olayda, koca, eşinin bölge kilisesinden ayrıldığı için boşanma davası açmıştır. Mahkeme kararında⁹¹: “*Tıpkı devletin, BV Art. 49 uyarınca üyelerine belirli bir dini mezhep koyup yasaklayamadığı veya inançlarından dolayı herhangi bir medeni hakların tamamen veya kısmen kullanılmasını reddedemeyeceği gibi, koca da eşinin dini inançlarını kontrol etme ve inanç ve vicdan özgürlüğünü zorlama hakkına sahip değildir*”.

Daha yeni İsviçre Federal Mahkeme uygulamasında, temel hakların doğrudan üçüncü taraf etkisi defalarca açıkça reddedilmiştir: Örneğin Mahkeme, kat malikleri arasındaki hukuki uyuşmazlıkta, Anayasanın mülkiyeti teminat altına alan hükümlerinin kat mülkiyeti sahipleri arasındaki ilişkiye doğrudan uygulanmasının söz konusu olmadığını belirtmiştir⁹².

Başka bir kararına konu olaya göre, bir çalışan, Genel İstihdam Yönetmeliğinin emekliliği düzenleyen hükümlerinin Anayasanın kadın-erkek eşitliğini düzenleyen Anayasa hükümlerinin (aBV Art.4 Abs.2) ihlal edildiğini iddia etmiştir⁹³. Federal Yüksek Mahkeme kararında⁹⁴, Anayasada “... belirtilen kural [Art. 4 Abs. 2 Satz 1 aBV] bireyler için değil, Devlet içindir; ...özel kişiler arasındaki ilişkilerde... doğrudan yatay bir etki yaratmaz ...”

89 Müller, *Schutzwirkung* (n 25) N 36.

90 Alman yargı uygulamasında bu görüşü kabul eden karar için bkz. BAG, Urt. v. 03.12.1954, 1 AzR 150/54, BGAE 1, N.25. genel kişilik hakkında bu görüşü red eden kararı için bkz. BAG, Beschl. v. 27.02.1985 (GS 1/84), BGAE 48, 122, N.45.

91 BGE 4,434, E.2 s.435.

92 BGE 111 II 330, E.5 s.337 f.

93 BGE 114 Ia 329.

94 BGE 114 Ia 329, s. 330.

Yine, Verein Scientology Kirche Zürich ile Verein infoSekta arasındaki bir uyuşmazlığa ilişkin başka bir kararında, İsviçre Federal Mahkemesi, inanç ve vicdan özgürlüğünün doğrudan üçüncü taraf etkisini reddetmiştir⁹⁵.

C. TEMEL HAKLARIN DOLAYLI ÜÇÜNCÜ – TARAF – ETKİSİ

I. GENEL OLARAK

Dolaylı üçüncü etkisini savunan yazarlar, temel hakları, yalnızca özel hukuk ilişkilerinde yer alan belirsiz hukuki terimlerin, genel kayıtların ve açık normların yorumlanmasının değerlendirilmesinde dikkate almaktadırlar⁹⁶. Başka deyişle, temel haklar, özel, ceza ve idare hukuku normlarından genel kayıt (Generalklauseln) ile belirsiz hukuki terimlerin (unbestimmten Rechtsbegriffe) yorumlanması yoluyla özel kişiler arasındaki hukuki ilişkileri etkilemektedir⁹⁷. Bu da dolaylı üçüncü etkisi, özel kişiler arasındaki ilişkiyi düzenleyen veya üzerinde etkisi olan “açık normlar”ın temel haklar uygun yorumlanması gerektiği anlamına gelir.

Doğrudan üçüncü etkinin aksine, dolaylı üçüncü – taraf – etkinin söz konusu olabilmesi yani özel kişiler arasındaki ilişkilerde temel haklara dayanabilmek için her zaman hukuk düzenindeki hiyerarşide Anayasanın altında bir kanun normunun bulunması gerektirir.

Üçüncü taraf etkisinin niteliğinin dolaylı olması, özel kişiler arasındaki ilişkilere uygulanacak kanun normunun yorumlanmasındaki etkisiyle açıklanmaktadır.

Temel hakların dolaylı üçüncü taraf etkisi görüşü, mukayeseli hukuk doktrinde genel olarak kabul görmektedir. Türk hukukunda, *Sungurtekin Özkan*, yasamanın Anayasaya aykırı bir kanun yapamayacağını, Anayasa’ya aykırı olarak yapıldığında da Anayasa’ya aykırılığının Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebileceği; özel hukuktaki temel kavramların Anayasa uygun olarak yorumlanması ve boşluklarında Anayasaya uygun olarak yorumlanması gerektiğini savunmaktadır⁹⁸.

2. İSVİÇRE HUKUKUNDA

A. HUKUK DOKTRİNİ

İsviçre doktrinde bazı Yazarlar, BV Art.23, 35/II hükümlerden hareketle üçüncü etkinin şeklinin, dolaylı (indirekte Drittwirkung) olduğunu görüşü kabul etmektedir⁹⁹: Kamu yetkilileri, temel hakların

95 BGE 118 Ia 46, E.4c S.56.

96 Häfelin and Haller (n 23) N 282; Müller, *Elemente* (n 29) 84.

97 Schweizer (n 63) N 56; Müller, *Schutzwirkung* (n 25) N 37; Biaggini (n 40) Art. 35 N 18; Mahon (n 74) N 12; Häfelin, Haller, Keller and Thurnherr (n 25) N 282; Kiener and Kälin (n 25) 55; Tschannen (n 51) § 7 N 65; Rhinow, Schefer and Uebersax (n 40) N 1169 vd.; Waldmann, *Wirkung* (n 36) 22.

98 Meral Sungurtekin Özkan, ‘Anayasının Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Medeni Yargılama Hukuku’ (2009) 11(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 553 vd.

99 BBl 1997 I, 192; Häfelin and Haller (n 23) N 287.

özel kişiler arasında, yalnızca temel hak olduğu ölçüde etkili olmasını sağlamalıdır. BV Art.35/III göre, özel hukukta temel hakları uygulamak zorunda olan yetkililer sadece yasama organları (kanun koyucu) değil, aynı zamanda yargı organıdır. BV Art.35/III hükmü, üçüncü etkiyi temel hakların özel kişiler arasında geçerli olmasını, uygulanmasının uygun olması şeklinde sınırlandırmıştır.

İsviçre Federal Anayasasının (BV) madde 35/I hükmü, temel hakların tüm hukuk düzeninde geçerli olduğunu ve uygulanması gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır. Bu hükmün üçüncü fıkradaki temel hakların üçüncü etkisini düzenlemektedir. Bu hükme göre, kamu yetkilileri, temel hakların, uygun olduğu ölçüde, özel kişiler arasında da yürürlüğünü sağlamalıdır. Buna göre, BV Art. 35/III hükmü, temel hakların üçüncü etkisinin olduğunu belirtmekte; ama bu üçüncü etkinin nasıl olduğu konusunu ise tartışmalı bırakmıştır.

İsviçre Federal Anayasası, temel hakların tüm hukuk düzeninde yürürlüğe girmesi gerektiği (BV Art.35/I) ve kamu yetkilileri, bunların özel kişiler arasında bile yürürlüğe girmelerine imkan vermesi gerektiği direktifini verdiği için (BV Art. 35/III), temel hakların yatay ilişkide üçüncü etkisinin varlığını kabul etmiştir. İsviçre Federal Anayasası, değişen temel haklar anlayışı dikkate alarak, BV Art. 35/I hükmünde, temel hakların hukuk sistemi genelinde uygulanmasını gerektiğini kabul ederek, temel hakların sınırlı kurucu anlayışını kabul etmiştir¹⁰⁰. Bu hükümle temel hakların İsviçre hukuk düzeninin temelini oluşturduğu ve siyasi sistemin bütününde yürürlüğe girmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Dolaylı etkiyi savunan yazarlar, kamu hukukunda, devletin bireylerine ancak meşru kamu menfaatlerinin gerekli kıldığı ölçüde temel hakların kısıtlayabileceğini kabul etmektedir¹⁰¹. Buna karşın özel kişiler arasındaki ilişkide ise, durumun farklı olduğunu söylemektedirler. Zira onlara göre, hukuk düzeninde bireylerin özel yararlarının izlenmesine izin verilir ve yine hukukun sınırları içinde başkalarının yararına da kendi yararını sınırlanması konusunda ona yetki verir; bu şekilde kendisi yükümlenir ve bu yetki, tüm ilgili kişilere irade özgürlüğü içinde herkese eşit olarak tanınır; her kişi hukuk düzeninde irade muhtariyetini içinde eşit (hukuki) olarak davranış özgürlüğüne sahiptir¹⁰².

Bu görüşü savunan yazarlara göre, özel bir kişiden, başka bir kişinin temel haklarına saygı göstermesi gerektiği şeklinde bir sınırlama talep edilirse, o zaman ondan “fiili” bir fedakarlık beklenir. Halbuki “özel” olan, nihayetinde kişisel bir şeydir ve – devletin aksine – kişi bu fedakarlıktan dolayı mağdur olur. Bu mağduriyet, kendisini başkalarının temel haklarını kısıtlayan özel kişinin, temel hakların üçüncü etkisi nedeniyle çatışan temel haklarından veya diğer yararlarından kendi payına düşeni kısıtlamaları kabul etmek şeklinde gerçekleşir. Bu sebeple, özel hukukta birbiriyle çelişen temel haklarda korunan yararlar ve değerler, denkleştirilerek uzlaştırılmalıdır¹⁰³. Devlet organları, kişiler

100 Waldmann, *BV* (n 40) Art. 35 N 7; Müller, *Schutzwirkung* (n 25) N 1; Häfelin, Haller, Keller and Thurnherr (n 25) N 265; Rhinow, Schefer and Uebersax (n 40) N 1144.

101 August Simonius, ‘Persönlichkeitsrechte des Privatrechts in ihrem Verhältnis zu den öffentlichen Freiheitsrechten’ in Juristischen Fakultäten der schweizerischen Universitäten (eds) *Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung* (Polygraphischer 1948) 291.

102 Müller, *Grundrechte* (n 31) 86

103 Luzius Wildhaber, ‘Gedanken zur Rassendiskriminierung, Rechtsgleichheit und Drittwirkung im schweizerischen Recht’ (1971) 72 *Das Schweizerische Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht* 465, 468.

arasındaki yararların (değerlerin) dengelenmesini, üçüncü kişilere uygunluk şartı ile gerçekleştirir. Bir kişinin temel hakları ancak diğer tarafın yararına ağır basarsa özel kişiler arasında etkili olabilir. Bu durumun söz konusu olduğu hallerde, temel hakların özel hukukta geçerlilik kazanabilir.

Bazı İsviçreli yazarlar ise, üçüncü kişiler için etkinin uygunluğu şartını, anayasa hükümlerinin doğrudan üçüncü etki görüşünü reddetmeye yönelik anayasal niyetin bir gerekçesi olarak anlaşılması gerektiğini savunmaktadır¹⁰⁴. Belirsiz hukuki durumların yorumlanması gerekiyorsa, temel haklara dolaylı üçüncü yetki tanınmalı; diğer durumlarda üçüncü etkisinin uygunluğu reddedilmelidir¹⁰⁵.

G. Müller, temel hakların üçüncü taraf etkisine tartışılmasını görünür bir sorun (Scheinproblem) olarak ele almaktadır. Zira Anayasanın temelini oluşturduğu yeknesak bir hukuk sistemi fikrinden hareket edilirse, anayasal temel haklara ilişkin anayasadaki değer yargıları hukukun tüm alanlarında yani özel hukukta, ceza hukukunda ve idare hukukundan farklı yaratılmaksızın aynı şekilde dikkate alınmalıdır¹⁰⁶. Yazar sonraki bir makalesinde, temel hakların dolaylı üçüncü – taraf – etkisine yer vermiştir¹⁰⁷.

Kiener ve Kälin, temel hakların dolaylı etkisinin gerçekte görünür bir sorun olduğunu, dolaylı üçüncü taraf etkisini basitçe anayasaya uygun yorum ilkesi olarak değerlendirmektedir¹⁰⁸.

B. YARGI UYGULAMASI

İsviçre Federal Mahkemesinin uygulamasında, anayasal temel hakların dolaylı üçüncü taraf etkilerini kabul ettiği çok sayıda örnek kararı vardır. Federal Mahkemenin örnek bazı kararlarına yer verirsek:

Federal Mahkeme, boykotun önlemlerinin uygunluğunu konusundaki davada, ZGB Art.28 hükmünün değerlendirilmesine anayasal ekonomik özgürlüğü de dahil ederek yapmıştır¹⁰⁹. Bir dizi kararında, özel veya ceza hukuku normlarının yorumlanmasına fikir özgürlüğü ve basın özgürlüğünü gerekçesine dahil etmiştir¹¹⁰. Daha sonra, BV. Art.4 Abs.2 hükmünde düzenlenen cinsiyet eşitliği ilkesini açıkça kabul etmiştir¹¹¹.

Yukarıda örneklediğimiz üzere, Federal Mahkeme, temel hakların üçüncü taraf etkisinin tanınmasına ilişkin emsal kararında, anayasal olarak teminat altına alınan grev hakkını dikkate alarak, OR Art.337 hükmünü önemli nedenlerden ötürü önceden haber vermeksizin iş akdinin feshini yorumlamıştır¹¹². Mahkeme bu içtihadını, birkaç yıl sonra, işverenin bir işçiyi grevin yapıldığı gün iş akdinin fesih hakkının kötüye kullanımı olduğu kararıyla teyit etmiştir.

104 Häfelin and Haller (n 23) N 288; René Rhinow, *Die Bundesverfassung 2000, Eine Einführung* (Helbing Lichtenhahn 2000) 153; Göksu (n 26) 93.

105 Müller, *Grundrechte* (n 31) 177 vd. Ayrıca bkz. Pierre Tercier, *Le nouveau droit de la personnalité* (Schulthess 1984) N 192 vd.

106 Müller, 'Drittwirkung' (n 48) 242 vd.

107 Müller, *Grundrechtsgarantien* (n 24) 158.

108 Kiener and Kälin (n 25) 54 vd.

109 BGE 86 II 365, E.4c s.376

110 BGE 111 II 209, E.3c s.213 f.; 107 Ia 277, E.3a s.280; 104 IV 11, E.1c s.14; 101 IV 167, E.5 s.172.

111 BGE 123 V 189, E. 4e s.192; 120 V 312, E. 3b s.316.

112 BGE 111 II 245, E. 4b, s.257 ff.

Federal Mahkeme, BV Art. 28 Paragraf 3 hükmünü dikkate alarak, İsviçre iş hukukunda boşlukları Anayasa hükmüyle doldurma yoluna gitmiştir. Anayasal grev hakkının hukuki geçerliliğini kabul etmiş; kanuni grevin sözleşmeden doğan çalışma yükümlülüğünün ihlali olmadığı, bu sebeple olayda OR Art.337'ye göre haklı fesih sebebi olmadığına karar vermiştir.

İşçi feshin bu kanuni grev nedeniyle açıklandığını ispat edebiliyorsa, işten çıkarma, işçinin anayasa ile teminat altına alınan grev hakkını kullanımını engellemek için yapıldığından, feshin OR Art. 336 anlamında hakkının kötüye kullanılması olduğuna karar verdi¹¹³.

Federal Mahkeme, BV Art.28/III'ün özel hukuk iş ilişkileri alanında dolaylı üçüncü taraf etkisini açıkça kabul etmiştir. Bu kararda, iş uyuşmazlıklarında hukuka uygunluğunun değerlendirilmesinde, OR Art. 41 anlamda bir fiilin hukuka aykırılığının ölçütü olarak dikkate alınmıştır¹¹⁴.

Son olarak, EMRK m.6/II'de ve BV Art.32/I'de teminat altına alınan masumiyet karinesine ilişkin olarak Federal Mahkeme'nin hakaret davası kararına (StGB Art.173) bakalım. Davaya konu olan olay şu şekildedir: Bir gazetenin başeditörü "X" tarafından "V" altyazılı bir makale yayınlamıştı. Bu makalenin yayınladığı anda makalenin konusunu oluşturan sigorta dolandırıcılığı şüphesi uyandıran olayla ilgili ceza davası derdest idi.

Federal Yüksek Mahkeme, EMRK m.6/II. hükmünün dolaylı üçüncü taraf etkileri olduğunu ve bu nedenle, StGB Art.173 hükmünü yorumlarken masumiyet karinesi ilkesinin dikkate alınması gerektiğini belirtti. Ayrıca, editör X'in iddianın sadece sigorta dolandırıcılığı şüphesi olduğunu ifade etmediğini ve bunla birlikte, ceza yargılamalarının temelinde her zaman açık yargı sonucunun olduğunu dikkate almaksızın, bir ön yargı ile karar verdiğini ifade etti¹¹⁵.

Böylelikle İsviçre Federal Mahkemesi, StGB. Art.173 hükmünün uluslararası sözleşmeye ve Anayasaya uygun olarak yorumlayarak, özel kişiler arasındaki ilişkiye ceza yargılamasına anayasal ve evrensel ilke olan masumiyet karinesi ilkesini uygulamıştır. Ancak burada aslında söz konusu olan Anayasa'nın yargılama teminatı hükümlerinin üçüncü etkisinin devlet ile kişi arasındaki kamu ilişkisine doğrudan etkisidir¹¹⁶.

113 BGE 125 III 277, E. 3c s.284.

114 BGE 132 III 122, E. 4.4.1 s.133.

115 BGE 116 IV 31, E.5b s.42.

116 Müller, *Schutzwirkung* (n 25) N 38; Tschannen (n 51) § 7 N 68; Waldmann, *Wirkung* (n 36) 32; Egli (n 40) 153

3. ALMAN HUKUKUNDA

A. HUKUK DOKTRİNİ

AA. DOLAYLI ÜÇÜNCÜ – TARAF – ETKİSİ OLARAK TEMEL HAKLARIN DOLAYLI UYGULANMASI

Alman Hukukunda hâkim görüşe göre, temel hakların “dolaylı üçüncü etkisi” olarak (*mittelbare Drittwirkung*) ifade edilen bu etki¹¹⁷, temel hakların objektif değer yargısı olduğu gerçeğinden hareket etmektedir¹¹⁸. Bu etki, aynı zamanda temel hakların geçerliliğinin gücünün artmasına katkı sağlar.

Alman hukukunda *Durig*, temel hak ve özgürlüklerin dolaylı¹¹⁹ uygulanması (etki) teorisini genişletmiştir¹²⁰.

Temel haklar ve özgürlükler, özel hukukun genel ilkelerin yorumlanmasında yargı uygulamasında¹²¹ herhangi bir sınır olmaksızın dikkate alınmalıdır¹²². Bununla birlikte, “dolaylı üçüncü – taraf – etkisi” terimi, özel kişilerin dolaylı olarak temel hakların doğrudan muhatabı haline geldiği anlamına gelecek şekilde anlaşılmamalıdır¹²³. Elbette kamu gücünü kullanan hâkim de temel haklar ile bağlıdır¹²⁴.

Temel hakların hem “uyumlaştırma etkisi¹²⁵”, hem de “dolaylı üçüncü kişi etkisi¹²⁶” tartışmasız değildir. Bu görüşler terminolojik tartışmalar dışında, dolaylı üçüncü taraf etkisi de şekli giderek daha fazla sorgulanmaktadır¹²⁷.

Anayasal temel haklar çerçevesinde korunan değerlerin üçüncü kişilerin ihlallerinde, özel hukuk yönünden vatandaş devlete karşı temel taleplerine dayanak teşkil eder¹²⁸. Buna paralel olarak, temel

117 Dreier (n 45) Vorb. N 59; Unruh (n 45) 69 vd. Dolaylı üçüncü etki (mittelbaren Drittwirkung) kavramına karşı görüş için bkz. Ipsen (n 53) N 59; Wolfgang Rübner, ‘§ 117’ in Josef Isensee and Paul Kirchhof (eds), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen* (CF Müller 1992) § 117 N 58 vd.

118 Hans Dieter Jarass, ‘Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen’ in Peter Badura and Horst Dreier (eds), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band II* (Mohr Siebeck 2001) 35, 40 vd.; Maurer (n 53) § 9 N 40; Ingo von Münch, *Staatsrecht Band 2* (5th edn, Kohlhammer 2002) N 170, 190; Rübner (n 117) § 117 N 60; Christian Sachs, ‘Art. 1’ in Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein and Christian Starck (eds), *Kommentar zum Grundgesetz: GG, Band 1* (7th edn, CH Beck 2018) A 4, N 57; Waltermann (n 53) 139.

119 *Yatay uygulama* olarak da isimlendirilmektedir.

120 Günter Dürig, ‘Grundrechte und Zivilrechtsprechung, vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung’ (1956) *Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky* 157, 176 vd.

121 BVerfGE 7, 198, 206; 25, 256, 263; 73, 261, 269; 81, 242, 256; 84, 192, 195.

122 Rübner (n 117) § 117 N 73.

123 Jarass, ‘Grundrechtsdogmatik’ (n 53) 41.

124 Jarass, ‘Grundrechtsdogmatik’ (n 53) 41.

125 BVerfGE 24, 278, 282. „Ausstrahlungswirkung” kavramının eleştirisi için bkz. Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht* (De Gruyter 1999) 30.

126 VerfGE 73, 261, 269, Doğrudan ve dolaylı (Mittelbarkeit und Unmittelbarkeit) etki kavramlarının eleştirisi için bkz. Rübner (n 117) § 117 N 58; Dolaylı üçüncü etki (mittelbaren Drittwirkung) kavramına karşı görüş için bkz. Ipsen (n 53) N 59.

127 Canaris, *Grundrechte* (n 125) 30 vd.; Wolfram Höfling, *Vertragsfreiheit: Eine grundrechtsdogmatische Studie* (CF Müller 1991) 52 vd.; Ipsen (n 53) N 59; Poscher (n 44) 249.

128 Karş. Canaris, ‘Grundrechte und Privatrecht’ (n 7) 225 vd.; Isensee, *Staatsrecht* (n 42) § 111 N 1 vd., 77 vd.

hakların dolaylı üçüncü taraf etkisi, günümüzde ağırlıklı olarak devletin koruma yükümlülüğü görüşünün bir alt-veya uygulaması olarak anlaşılmaktadır¹²⁹. Temel hakların, vatandaş-devlet ilişkisindeki koruma hakkının ilgili içeriğine ek olarak, özellikle birey-birey ilişkisinde koruyucu bir fonksiyonu vardır¹³⁰.

Devlete yönelik temel haklar anayasal sisteminde, istisna da olsa, temel hakların bireyler arasındaki özel hukuk ilişkisinin doğrudan üçüncü etkisi olduğunun yasal dayanağının olduğu iddia edilmektedir. Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü düzenleyen m. 11/I hükmü, Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme organı yanında ve yargı organlarını ve de kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğunu düzenlemiştir.

Alman hukuk doktrininde GG Art. 9 Abs.3 Satz 2'deki anayasal hakları kısıtlayan veya engellemeye çalışan anlaşmaları geçersiz, buna yönelik tedbirleri hukuka aykırı olduğu düzenlenmesi, özel kişileri ilişkilerine de yön veren¹³¹ doğrudan üçüncü taraf etkisi olarak görülmektedir¹³².

AİHM ise, dolaylı etki pozitif yükümlülükler teorisinin bir alt uygulaması olarak içtihatlarında uygulamaktadır. Anayasa Mahkemesi ise, 2017 yılından sonraki kararlarında AİHM kararlarına paralel şekilde devletin pozitif yükümlüğünün yansımaları olarak ele almıştır¹³³.

Temel haklar, objektif değer düzeni olarak tüm hukuk düzeninde, bu kapsamda özel hukukta dolaylı olarak etkilidir.

Hukuk doktrininde temel hakların dolaylı uygulanmasına ihtiyatla yaklaşan *Canaris*, temel hakların sadece genel ilke olarak ve içi boş kavramların anlaşılması noktasında etkisini kabul etmektedir¹³⁴.

129 Jarass, 'Grundrechtsdogmatik' (n 53) 352 vd.; Krings (n 53) 335 vd. Bu tartışmalar için bkz. Bodo Pieroth and Bernhard Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II* (28th edn, CF Müller 2012) N 183; Christian Starck, *Praxis der Verfassungsauslegung* (Nomos 2006) 67; Unruh (n 45) 72 vd.

130 Höfling, GG (n 53) Art. 1 N 52 vd.; Krings (n 53) 322 vd.

131 Manfred Löwisch and Volker Rieble, '§ 243' in Heinrich Kiel, Stefan Lunk and Hartmut Oetker (eds) Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 3: Kollektives Arbeitsrecht I (2nd edn, CH Beck 2000) § 243 N 81; von Münch (n 118) N 743; Rupert Scholz, '§ 151' in Josef Isensee and Paul Kirchhof (eds), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI* (CF Müller 1989) § 151 N 79; Starck (n 45) Art. 1 N 217; Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte* (CH Beck 1988) 1570 vd.

132 Hartmut Bauer, 'Art. 9' in Horst Dreier (ed), *Grundgesetz Kommentar Band I* (3rd edn, Mohr Siebeck 2018) Art. 9 N 88; Albert Bleckmann, *Staatsrecht II - Die Grundrechte* (4th edn, Carl Heymanns 1997) § 30 N 87; Thomas Dieterich, 'Art. 9' in Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis and Ingrid Schmidt (eds), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (21st edn, CH Beck 2021) Art. 9 N 42; Franz Gamillscheg, *Kollektives Arbeitsrecht Band I* (CH Beck 1997) 314; Höfling, GG (n 53) Art. 1 N 124; Michael Kemper, 'Art. 9' in Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein and Christian Starck (eds), *Kommentar zum Grundgesetz: GG, Band 1* (7th edn, CH Beck 2018) Art. 9 N 278; Wolfgang Löwer, 'Art. 9' in Ingo von Münch and Philip Kunig (eds), *Grundgesetz-Kommentar: GG, Band 1* (5th edn, CH Beck 2000) Art. 9 N 85; Löwisch and Rieble (n 131) § 243 N 81; von Münch (n 118) N. 743; Oldiges (n 45) 283; Hans Carl Nipperdey, in Alfred Hueck and Hans Carl Nipperdey (eds), *Lehrbuch des Arbeitsrechts Band II* (7th edn, Vahlen 1967) 78; Sachs (n 118) A 5, N 37; B 9, N 36; Rupert Scholz, 'Art. 9' in Theodor Maunz and Günter Dürig (eds), *Grundgesetz Kommentar* (CH Beck 1999) Art. 9 N 4, 171, 332; Peter Tettinger, Grundlinien der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG (1981) Jura 1 vd.; Unruh (n 45) 66 vd.

133 Anayasa Mahkemesi, 17 Temmuz 2017 tarih ve 2012/1035 sayılı karar (Türkiye Emekliler Derneği Kararı) ; Anayasa Mahkemesi, 25 Ekim 2017 tarih ve Başv.No. 2014/1167 (Kamil İnce Kararı).

134 Canaris, *Grundrechte* (n 125) 16 vd.

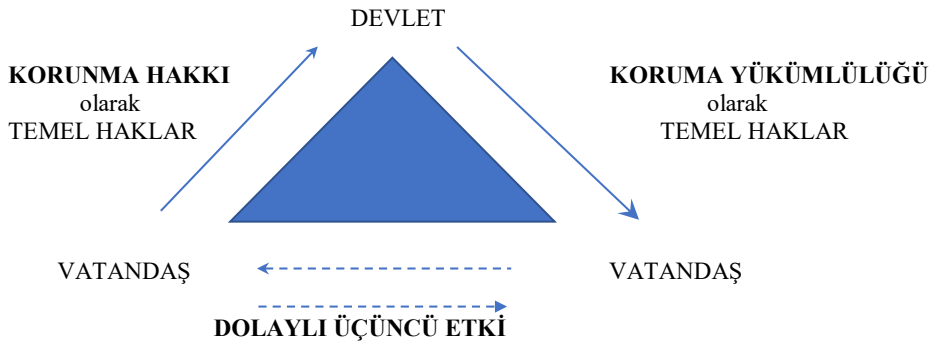
BB. DEVLETİN KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ OLARAK TEMEL HAKLARIN DOLAYLI UYGULANMASI

Devletin vatandaşlarını koruma yükümlülüğünü yukarıda incelemiş idik. Koruma yükümlülüğünün sadece Anayasa yargısı dışında özel hukukta, özellikle eşit olmayan pazarlık gücülerinin temel yapılarının sonuçlarının düzeltilmesinde uygulamasının söz konusu olacağı iddia edilmiştir¹³⁵. Bu görüş, devletin tüm organlarının vatandaşlarının anayasa tarafından korunan temel haklarını diğer bireylerin müdahalelerine karşı koruma yükümlülüğü altında olduğunu savunur.

Alman hukukçu *Canaris* tarafından savunulan bu görüşe göre¹³⁶, koruma yükümlülüğünün muhatabı, kamu gücünü kullanan devlet organlarıdır. Öncelikle yasama organı, anayasal sınır dışında bireysel hak ve özgürlükler alanına kanunlaştırma ile müdahale etmemelidir. Yasama organı dışındaki devlet organları da yürütme ve yargı organı, vatandaşları diğer bireylerin sebep verdiği hak ihlallerine karşı korumasız bırakmamalıdır. Kamu organlarının bireyler arasındaki yatay ilişkilerde temel hakları koruma yükümlülüğü, Alman Anayasası'nın temel hakların tüm Devlet organlarını bağladığını belirten üçüncü maddesinden ve devletin vatandaşların haklarını koruma yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple sadece kanun koyucu değil, mahkemeler de koruma yükümlülüğünün muhatabıdır. Koruma yükümlülüğü, kanunlar ve kanunları uygulayan yargı kararlarıyla yerine getirilir. Özel hukuk da devletin koruma yükümlülüğü çerçevesinde geliştirmelidirler.

Kişinin kişisel hak ve özgürlüğünü devletin koruması altında olmasından hareket eden bazı yazarlar da, devletin, özel hukuk alanında kanun koyucu, uygulayıcı veya hâkim olarak hareket ederken kişinin, anayasal haklarına ve özgürlüklerini korumak zorunda olduğunu ve bunun sonucu olarak da, sadece yasama kanun koyma faaliyetinde ve yürütme idari iş ve işlemlerinde değil, uyuşmazlık çözen yargı organının uygulamalarında da özel hukuk ilişkilerinde temel hakların doğrudan uygulanması gerektiği savunmuştur.

Koruma yükümlülüğü görüşüne göre dolaylı etkinin ne şekilde gerçekleşeceği aşağıdaki şemada açıklanmıştır¹³⁷:



135 Thomas MJ Möllers, *Juristische Methodenlehre* (CH Beck 2017) § 7, N 18 vd.

136 Canaris, *Grundrechte* (n 125) 16 vd.

137 Möllers (n 135) § 7, N 20.

B. YARGI UYGULAMASI

Temel hakların dolaylı etkisi, Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından ilk defa *Lüth-Kararı* ile kabul edilmiş ve uygulanmıştır¹³⁸.

Lüth-kararını hatırlarsak, E. Lüth, yapımcı V. Harlan'ın Unsterbliche Geliebt filmine yönelik bir boykot çağrısında bulunmuştur. V. Harlan, Nazi döneminde çekmiş olduğu Jud Süß isimli film nedeniyle Nazi yanlısı olarak bilinmektedir. Hukuk mahkemesi, Lüth'ün boykot çağrısının Harlan'ın filmi dağıtma özgürlüğünü engellediğinden BGB 826. pragrafını ihlal ettiğine karar vermiştir. Alman Anayasa Mahkemesi ise, Lüth'ün Anayasa'da tanınan ifade özgürlüğünün kullandığına karar vermiştir.

Federal Anayasa Mahkemesine göre, Anayasa'da düzenlenen temel haklar, “*objektif bir değer düzeni*”nin (*Wertordnung*) bir parçasıdır ve bu objektif değer sistemi; yasama, yürütme ve yargının uygulamasında değerlendirmelerde başvurulacak araç olarak temel değerleri de ortaya koyar. Temel haklar üstün hukukun bir parçası olarak tüm hukuk alanlarını etkiler, onlar üzerinde de bir yayılım etkisi bulunur. Bu sebeple Anayasa'da düzenlenen temel haklar, hem kamu hukuk ilişkilerinde hem de özel hukuk ilişkilerinde etkiye sahiptir. Objektif değer sisteminin özel hukuktaki etkisi, temel hakları da içine alan özel hukuk kurumlarının araçları vasıtasıyla – yorumla – gerçekleşir. Özel hukuk normlarının anayasaya uygun olarak yorumlanması, onların özel hukuk uyumsuzluğu olma niteliğini ortadan kaldırmaz.

Yine Federal Alman Anayasa Mahkemesi, kürtajın cezalandırılmasını konu alan 1975 tarihli kararında¹³⁹, temel hakların devlete koruma yükümlülüğü kapsamında, bireyin haklarının devlet müdahalelerini engellemek dışında onları savunmak zorunda olduğunu ortaya koymuştur. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre, bir yandan ceninin Anayasana kaynaklanan yaşam hakkının (m.2) ve insan onur ve haysiyeti hakkının (m.1) korunması gerektiğini vurgularken, diğer yandan cenini koruma yükümlüğünün annenin temel hakları koruma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini; annenin yaşam hakkının kürtajın yapıp yapılmayacağını ve yapılacaksa bunun sınırlarını belirlediğini; annenin yaşamının tehlikede olduğu durumlarda anneden hamileliğini devam ettirmesinin beklenemeyeceğini; hem annenin hem de ceninin temel haklarının göz önünde bulundurulmasını, iki tarafın temel haklarının karşılıklı dengelenmesi gerektiğini ortaya koymuştur.

Almanya'da kürtaj, 1871'den 1975'e kadar Alman Ceza Kanununun §218 hükmü ile suç sayılmıştır. Bu karardan sonra yalnızca annenin hayatı veya sağlığı bakımından ciddi tehlike oluşturması halinde, kadının rızasıyla, hekim tarafından yapılmasına izin verilmiştir. 1995'ten itibaren hekimden danışması alınarak yapılan kürtaj, suç olmaktan çıkarılmıştır. Alman Ceza Kanununun 218a paragrafı,

138 BVerfG, Urt. v. 15.1.1958, 1 BVR 400/51, BVerfGE 7, 198, 206 f.; Beschl. v. 19.10.1993, 1 BvR 567/89 BVerfGE 89, 214, 229 f.

139 BVerfGE 39, s.1.

hekim raporuna dayanan kadının talebi üzerine gerçekleşen gebeliği sonlandırma halinde suçun oluşmayacağını açıkça ifade edilmektedir¹⁴⁰

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, eşlerin mağdur edilmesine sebebiyet veren evlilik sözleşmelerini Anayasanın m.4 ve 6/II hükmünde düzenlenen ailenin korunması yönünden içerik denetimine tabi tutmuştur¹⁴¹. Çocuğun biyolojik babasını öğrenme hakkının¹⁴² ya da babasının çocuğunun ondan olup olmadığını bilme hakkının¹⁴³ olduğuna temel hak kapsamında karar vermiştir. Bu karardan sonra soybağının iptali davasından ayrı bir dava olarak BGB §1598a hükmünde biyolojik babalığın tespiti davasına yer verilmiştir.

Evlilik dışında doğan çocuğun velayet hakkını kural olarak anneye aitti; 16.12.1997 tarihinde BGB 'ye eklenen¹⁴⁴ § 1626a fıkra 1 hükmü ile babaya velayet hakkına sahip olduğu evlat edinme, evlilik sözleşmesinden doğan istisnalar dışında olarak, anne ve babanın doğum esnasında evli değilse, annenin babanın yapacakları beyanla her ikisine birlikte velayet hakkı tanımıştır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi önce BGB § 1626a hükmünün anayasaya aykırı olmadığına¹⁴⁵; daha sonra ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin aynı yöndeki kararını gerekçe göstererek, Anayasa m.6 düzenlenen temel hak olan velayet hakkına aykırı olduğuna¹⁴⁶ karar vermiştir. Mahkeme, hükmün babanın birlikte velayeti kullanmasını annenin iradesine bağlanmasını, babanın velayet hakkının ihlali olarak görmüştür. Mahkemenin Anayasaya aykırılığı tespitinden sonra 19.05.2013 tarihli değişiklikle¹⁴⁷ BGB § 1626a 1. fıkra b.3'de ve 2. fıkrada yapılan değişiklikle, evlilik dışı çocuğun velayeti aile mahkemesince çocuğun yararına aykırı olmadıkça her iki tarafa birlikte verileceği düzenlenmiştir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi bir kararlarında, hâkimin anayasaya uygunluk ilkesini sağlamak üzere, özel hukuk hükümlerinin somut olaya uygulanmasının temel hakkı ihlal edip etmediğini kontrol etmek zorunda olduğunu; özel hukuk hükümlerini temel haklara uygun şekilde yorumlaması ve uygulaması gerektiğini belirtmiştir¹⁴⁸.

D. TEMEL HAKLARIN İKİNCİL DOĞRUDAN ÜÇÜNCÜ – TARAF – ETKİSİ

I. HUKUK DOKTRİNİ

Temel hakların doğrudan ve dolaylı üçüncü taraf etkilerinin görüşüne ek olarak, üçüncü bir karma görüş söz konusudur. İkincil doğrudan üçüncü – taraf – etkisi doktrinine göre, temel hakların

140 Karş. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, m. 99, 100.

141 BVerfGE 103, 89. 117, s.202

142 BVerfGE 79, s. 256; 90, s. 263; 96, s. 56.

143 BVerfGE 117, s. 202.

144 BGBl. I 1997, 2942, 2945

145 BVerfGE 107, s. 150.

146 BVerfGE 127, s. 132.

147 BGBl. I 2013, 795

148 BVerfG, Urt. v. 11.6.1991, 1 BVR 239/90, BVerfGE 84, 192, 195.

dolaylı üçüncü taraf etkisi kabul edilmektedir. Ancak temel haklar içerisinde yer alan değerlerin temel haklara uygun bir yorumla hayata geçirilmesi her zaman mümkün olmamaktadır. Gerçekten, Anayasaya uygun olarak yorumlanabilecek bir kanun normu bulunmayabilir. Bu durumda, temel haklarla ilgili bir alan düzenlenmemiş olmasından ya da var olan kanun hükmünün temel hak ya da anayasal ilkenin çatışmasından, gerçek veya gerçek olmayan bir boşluk doğmuş olabilir. İşte temel haklar bu boşluğun olduğu durumlarda Anayasanın temel hak ve ilkeleri doğrudan özel kişiler arasındaki ilişkiler için geçerli olur¹⁴⁹.

İsviçre doktrininde bu görüş, 29 Mayıs 1874 tarihli Federal Anayasa'nın uygulandığı dönemde savunulmuş idi¹⁵⁰ ve günümüzde yeniden savunulmaya başlamıştır¹⁵¹.

Doktrinde, temel hakların ikincil doğrudan üçüncü – taraf – etkisine karşı, BV Art.35 Abs.3'ün ifadesinin doğrudan üçüncü taraf etkisini hariç tuttuğuna ilişkin bir itiraz yapılmıştır¹⁵². Bu itiraz, kanunilik ilkesine ilişkin endişelerle alakalıdır. Bu endişelerden hareket eden *Kull* bu görüşü şu şekilde eleştirmektedir: Kanunilik ilkesine ek olarak, kuvvetler ayrılığı ilkesi de ikincil doğrudan üçüncü etkisi söz konusu olmasını engeller. Hâkim, temel hakları, kanun boşlukların doldurulmasının ötesinde doğrudan özel kişiler arasındaki ilişkilere uygularsa, ikame bir hukuk oluşturur. Hâkimin ikame hukuku oluşturması, yasama organının birincil işlevi olan yasama sürecine müdahale teşkil eder. Bu yaklaşım kuvvetler ayrılığı ilkesiyle çelişmektedir ve bu nedenle reddedilmelidir¹⁵³.

2. DEĞERLENDİRME

Doktrinde hâkim görüş koruma yükümlülüğü ile üçüncü etki görüşü arasında bir ilişki olduğunu genellikle kabul edilmektedir. Bazı yazarlar¹⁵⁴ koruma yükümlülüğünü dolaylı etki teorisinin bir parçası olarak görmekte iken, diğer bazı yazarlar¹⁵⁵ koruma yükümlülüğünün dolaylı etkiyi de kapsayan daha geniş bir kavram olarak ele almaktadır. Görüşümüze göre, dolaylı etki görüşü ile koruma yükümlülüğü görüşü birbiriyle ilişki ve etkileşim içinde olup, birbirini tamamlamaktadır. Bize göre, anayasal hükümler, bu kapsamda temel haklar, koruma yükümlülüğünün ikincil dolaylı etki ile bireyler arasında özel hukuk ilişkisinde uygulama alanı bulur.

149 Markus Schefer, 'Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben' (2002) 10 Aktuelle Juristische Praxis 1131, 1135, 1137 vd.; Göksu (n 26) 94; Müller, *Einleitung* (n 34) N 64; Müller, *Elemente* (n 29) 86; Müller, 'Drittwirkung' (n 48) 242.

150 Karş. Müller, *Einleitung* (n 34) N 64; Müller, *Elemente* (n 29) 86; Müller, 'Drittwirkung' (n 48) 242

151 Schefer, 'Schutzpflichten' (n 149) 1135, 1137 vd.; Markus Schefer, *Die Kerngehalte der Grundrechte* (Stämpfli 2001) 319; Göksu (n 26) 94.

152 Egli (n 40) 154.

153 Viviane Kull, *Die Tarifierung aufgrund der Staatsangehörigkeit in der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung* (Schulthess 2017) 179.

154 Christoph Enders, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung* (Mohr Siebeck 1997) 335; Bert Howald, *Das Kommunikationsgrundrecht der Meinungsfreiheit und seine Kollision mit arbeitsvertraglichen Pflichten* (Diss. 2004) 34.

155 Claus-Wilhelm Canaris, 'Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten' in Hartmut Bauer, Detlef Czybulka, Wolfgang Kahl and Andreas Voßkuhle (eds), *Umwelt, Wirtschaft und Recht* (De Gruyter 2002) 29, 32; Pieroth and Schlink (n 129) N 198; Matthias Ruffert, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts* (Mohr Siebeck 2001) 253; Stern (n 131) 1560, 1572.

Görüşümüze göre, devlet – kişi arasındaki kamu hukuku ilişkilerinde anayasal temel hak ve özgürlüklerin doğrudan uygulanması söz konusudur. Öncelikle Anayasayı uygulama yetkisi öncelikle yasama organına yöneliktir¹⁵⁶. Bir yandan, yasama organı tüm yasama faaliyetlerinde anayasa ve dolayısıyla temel haklarla bağlıdır¹⁵⁷.

İdari makamların kişinin temel haklara ilişkin davranışlarını sınırlamasına imkan veren sınırlayıcı anayasal hükümler yönünde de üçüncü etkinin değerlendirilmesi gerekir¹⁵⁸.

Yukarıda incelediğimiz üzere, temel haklarla olan bu bağlılık aynı zamanda, ek bir koruma yükümlülüğü, yani harekete geçme yükümlülüğü getirir. Yasama organı kanunlarda genel olarak bireyin ve özellikle özel hukuk işlemlerinde temel haklarını sınırlamayacak şekilde düzenleme ile yetinmeyecek, aynı zamanda bu düzenlemelerde anayasanın gücü kişilerarası ilişkilerde temel hakların uygulanmasını gerçekleştirecektir¹⁵⁹.

Kanun koyucuya ilave olarak, hukuku uygulayan kamu makamları, idari makamlar ve yargı makamları, kişilerarası ilişkilerde temel haklarını korumaları beklenir. Kanunu uygulayan tüm kamu yetkilileri, temel hakları kendiliğinden dikkate almalı ve gerekirse uygulanması yükümlülüğü altındadır. Özellikle yoruma muhtaç kanun normunda yer alan belirsiz hukuki terimlerin ve genel kayıt (ilkelerin) somutlaştırılması gerektiğinde, kanunu uygulayan yetkililer – adli yetkililer dahil – temel hakların gerçekleştirilmesini sağlamak zorundadır¹⁶⁰. Bu hüküm içi boşluklar, mümkün olduğu kadar temel hakların anlamına ve kapsamına uygun şekilde yorumlanmalıdır.

Görüşümüze göre, kişi – kişi arasındaki özel hukuk ilişkilerinde, anayasal temel hak ve ilkeler önce ilgili kanun yorumuyla dolaylı üçüncü etki olarak uygulanacaktır: – dolaylı üçüncü – taraf-etkisiyle yorumlama.

Eğer uygulanacak bir kanun normu yoksa, yani kanun boşluğu söz konusu ise, anayasa hükümlerinde düzenlenen temel hak ve ilkeler, ikinci boşluğunu tamamlamak ya da düzeltmek için doğrudan etkili olarak uygulanacaktır: – doğrudan üçüncü – taraf – etkisi olarak tamamlama ve düzeltme.

Görüşümüze göre temel hakların üçüncü – taraf – etkisi kural olarak dolaylı uygulamayı, istisnai olarak – ikinci kanun boşluklarda – ikincil doğrudan uygulamayı savunmaktayız. Bu yaklaşımız, aynı zamanda *kanunun normunun muhafaza edilmesi ilkesi*¹⁶¹ ile de uyumludur.

Özel kişiler arasında temel bir hakkın doğrudan hukuki geçerliliği varsayılırsa, üçüncü bir kişinin temel hakkı, hukuki bir dayanak olmaksızın üçüncü bir kişinin temel hakkına doğrudan dahil

156 Müller, *Grundrechte* (n 31) 17.

157 Häfelin and Haller (n 23) N 273.

158 Waldmann, *BV* (n 40) Art. 35 N 69; Waldmann, *Wirkung* (n 36) 33.

159 Häfelin and Haller (n 23) N 265.

160 Zäch (n 64) 9.

161 Claus-Wilhelm Canaris, 'Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre' in Heinrich Honsell, Roger Zäch, Franz Hasenböhler, Friedrich Harrer and René Rhinow (eds), *Festschrift für Ernst A Kramer* (Helbing & Lichtenhahn 2004) 141; Karl August Bettermann, *Die verfassungskonforme Auslegung: Grenzen und Gefahren* (CF Müller 1986) 24 vd.

edilebilir. Bununla birlikte, Anayasa hükmü anlamında temel haklar hiçbir zaman kendiliğinden özel hukuk ilişkisinde uygulanacak bir kanun hükmü yoksa kendilerine hukuki dayanak bulamaz. Anayasal temel hak ve ilkelerin özel hukuk ilişkilerine uygulanabilmeleri için mutlaka bir kanun hükmünde varlık bulmaları gerekir. Zira bize göre, anayasal kuralları, bu kapsamda temel hakkı düzenleyen anayasal normlar kural olarak ikincil hukuk kurallarıdır¹⁶².

Görüşümüze göre, anayasa hükümleri, bu kapsamda temel haklar kanunun yorumunda dolaylı etkisi; kanun boşluğunun, özellikle çatışma boşluğun da yani kanunun amaçsal tamamlanması ve amaçsal düzeltilmesinde doğrudan etkiye sahiptir.

TMK m.1 hükmü, hâkimin öncelikle kanun hükmünü uygulamasını emretmektedir. TMK m.1 emredici bir metodolojik ilke olarak hem özel hukuk hem de kamu hukukunda uygulanması gereken kuraldır. Anayasadaki temel hakların ve hukuk ilkeleri bir objektif değerler sisteminin üstün değerleri ve üstün ilkeleri olarak, ancak kanun hükümleri üzerinden özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilere uygulanabilir. Hâkim kanuni düzenlemeleri uyumsuzluğa anayasadaki temel hak ve ilkelere göre yorumlanarak uygular ve gerekçelendirir.

Bazı durumlarda ise, olaya uygulanacak kanun hükmü bulunmayabilir. Bulunsa da kanun hükmünün metindeki amacının yapısı ve içeriği, her zaman özel kişiler arasında temel hakların gerçekleştirilmesine uygun olmayabilir. İşte kanun boşlukların tamamlanarak ya da düzeltilerek doldurulması bağlamında, hâkim anaya hükümlerine ve bu bağlamda temel haklara ve ilkelerinde doğrudan başvurabilir. Kanun boşluğunun doldurulmasında hâkimin temel hakları, özellikle temel özgürlük hakları ve anayasal ilkeleri gerçekleşmek için anayasal hükümlerini özel hukuk ilişkisinde uygulaması olağandır.

TMK m.1/II hükmüne yer aldığı üzere, hâkim bir kanun koyucu gibi hukukunu yaratacağından, kanun koyucu gibi anayasa hükümlerindeki temel hak ve ilkelere uygun bir hâkim kuralı koyacak ya da temel hak ve özgürlükleri somutlaştırarak olaya uygulayacaktır. Başka bir deyişle, kanun boşluğu söz konusu olması durumunda ise hâkim kanun boşluğunu hukuk değerler sistemine uygun şekilde Anayasadaki üstün değere ve ilkelerine uygun olarak tamamlar. Eğer olaya uygulanacak kanun hükmü anayasal değer ve ilkeleri ile çatışıyorsa ve adalet gerektiriyorsa çatışma boşluğu anayasal değerlere ve anayasal ilkelere uygun olarak düzeltililecektir.

Anayasa hukuku normlarının ikincil dolaylı etkisi görüşümüz, savunduğumuz hâkimin üç aşamalı hukuk uygulama metoduyla da uyumludur¹⁶³.

3. YARGI UYGULAMASI

İsviçre Federal Mahkemesi aşağıdaki davada temel hakların ikincil doğrudan üçüncü taraf etkisini değerlendirerek bir karara ulaşmıştır. Bu davaya konu olay, özel hukuk kapsamında kurulmuş bir

162 Bkz. O Gökhan Antalya, *Hukuk Bilimine Katkı Olarak Cilt II Hukuk Metodolojisi* (Seçkin 2021) N 544 vd.

163 Bkz. Antalya, *HBK C. II: HM* (n 162) N 2352 vd.

emeklilik vakfı ile bu emeklilik vakfına üye olan kişinin dul eşi arasında bir hukuki uyumsuzluğa ilişkindir.

Emeklilik vakfı, dul eşin sadece vakıf düzenlemeleri uyarınca sadece dul aylığı (Witwenrente) alabileceğine dayanarak, eşin aylık (Rente) ödenmesi talebini kabul etmemiştir. Dul eş, aBV Art.4 Abs.2 hükmüne ihlaline dayanarak, bu vakfın kararını itiraz etmiştir. Emeklilik Vakfı ise, aBV Art. 4 Abs. 2 hükmünün, özel hukuka göre kurulmuş emeklilik kurumlarına, emeklilik faaliyetleri çerçevesinde dul aylığı verme yükümlülüğü getirmediği görüşündedir¹⁶⁴.

Federal Mahkeme başlangıçta, aBV Art. 4 Abs. 2 hükmünün alan eşit işlem ilkesinin, bu kapsamda eşit ücret ilkesi – dışında – doğrudan üçüncü taraf etkisi olmadığını belirtmekle birlikte, özel hukuk temel haklarla ilgili bir alanı düzenlemiyorsa veya gerçek ve gerçek olmayan bir boşluk söz konusu ise doğrudan üçüncü – taraf – etkisi var olabileceğini kabul etmiştir. İlâveten, aBV Art. 4 Abs. 2, özel hukuk normlarının temel haklara göre yorumlanması gerektiği anlamında dolaylı bir üçüncü taraf etkisine sahip olduğu belirtmiştir.

Dava konusu davada mahkemede temel haklara göre, bir hukuk kuralı eksikliği olup olmadığını belirtmiştir. Dava konusu olayda, aBV Art. 4 Abs. 2 doğrudan uygulanmasına imkân verecek herhangi bir boşluk da bulunmadığı; aksine bilinçli bir susma olduğunu kabul etmiştir. Dul eşin talebinin, Emeklilik Vakfının hukuki düzenlemelerinde öngörülmeven bir yardıma dayandığını; aBV Art. 4 Abs. 2 hükmünün vakıf düzenlemelerin sağlamadığı yardımlara hak kazandırmaya hizmet edemeyeceğini belirterek, davayı red etmiştir¹⁶⁵.

Federal Mahkemenin bu yaklaşımı, hâkimin hukukun uygulanmasına ilişkin savunduğumuz üç aşamalı hukukun uygulaması¹⁶⁶ görüşümüze uygundur. Hâkim önce yorumlayarak olaya uygulayacak hukuk kuralının olup olmadığını belirleyecek, uygulanacak hukuk kuralı bulunmadığını belirledikten sonra kanun boşluğu söz konusu ise ikinci aşamada hukuku tamamlayacak, son – üçüncü – aşamada kanunu düzeltecektir. Birinci aşamada, hâkim kanun hükmünü temel hakları dolaylı etkisini dikkate alarak yorumlayacak; ikinci ve üçüncü aşamada ise temel hakların doğrudan etkisi ile hukuku tamamlayarak ya da düzelterek geliştirecektir.

Federal Mahkeme, İlk aşamada, aBV Art. 4 Abs. 2 hükmünün emeklilik vakfı ile dul arasındaki ilişkide dolaylı olarak uygulanabilir olup olmadığını, temel haklara uygun özel hukuk normlarının yorumlanması yoluyla incelemiştir.

Bir hukuk normunun bulunmadığı nedeniyle talebi reddettikten sonra, ikincil doğrudan üçüncü – taraf – etkisini hukukun tamamlanması ve düzeltilmesi aşamasında incelemiştir. Ancak, emeklilik vakfının düzenlemelerinde bir boşluk olmadığı, ancak bilinçli susma olduğu için, aBV Art. 4 Abs. 2 hükmünün doğrudan üçüncü taraf etkisini de olaya uygulamamıştır.

164 BGE 120 V 312, s.312 f.

165 BGE 120 V 312, E. 3b s.316 f.

166 Antalya, *HBK C. II: HM* (n 162) N 2352 vd.

Federal Mahkeme *Kodak-kararı*nda, ikincil doğrudan üçüncü taraf etkileri ilkesini uygulamış; ancak bu ilkeye açıkça atıfta bulunmamıştır. Kodak-kararı, paralel ithalatların kabul edilebilirliğine ilişkin bir patent hukuku uyumsuzluğuna ilişkindir.

Jumbo Markt AG, Avrupa patentinin İsviçre kısmının sahibi Kodak SA'nın onayı olmadan İsviçre'de İngiltere'den getirdiği patentli Kodak ürünlerini satmıştı. Kodak SA, özellikle davalının bu ürünleri satmasının yasaklanmasını talep ederek Jumbo Markt AG'ye dava açtı.

Federal Mahkeme, doktrinde kabul edildiği üzere, patent hakkı sahibi kişi patentle korunan bir şeyi satar veya kendi rızası ile dolaşıma alınırsa patent kanunu ile verilen yetkilerin bir nesne için tüketildiğini kabul ettiğini belirtti. Federal mahkeme, ulusal ya da uluslararası tükenme ilkesi doğrultusunda konuyu inceleyerek, kanunda doldurulması gereken bir boşluk olduğu sonucuna ulaştı¹⁶⁷. Anayasanın mülkiyet hakkını teminat alan hükmüne doğrudan üçüncü – taraf – etkisi vererek, bayinin patent sahibinin mülkiyetini doğrudan ihlal etmekle yükümlü olduğuna karar verdi.

V. HUKUKUN UYGULANMASINDA TEMEL HAKLAR

Anayasa'da düzenlenen temel haklar, yasama organını norm denetiminde ve yürütmenin tüm organlarının tüm işlem ve eylemlerinde doğrudan bağlayan somut ve uygulanabilir hukuk normlarıdır. Başka bir deyişle kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde ölçü norm değer olması yanında anayasa hükümlerinin ve anayasa yargı denetimine tabi kanun hükümlerinin uygulanmasında, özellikle yorumlanmasında¹⁶⁸ temel işleve sahiptir. Böylelikle anayasal temel hakların özel hukuka pratik uyumu gerçekleştirilmiş olur. Anayasa hiyerarşisinde hukuk düzeninin bütünlüğü ve yeknesaklığı sağlanır.

Hâkimin hukuku uygulamasındaki üç temel aşama dikkate alınarak temel hakların uygulanması değerlendirilirse¹⁶⁹;

A. HUKUKİ YORUM VE GEREKÇELENİRMEDE ANAYASAL DEĞERLER OLARAK TEMEL HAKLAR

I. METNE UYGUN – NORMATİF – AMACIN BELİRLENMESİNDE ANAYASAL DEĞERLER

Ahlak ve hukukun karşılıklı etkisi içinde tarihsel süreçte pozitif hukuk üstü temel hak ve hukuk prensipleri oluşturulmuştur¹⁷⁰. İnsan hakları, doğal hukukun sonucu olarak kanunlar üstü değer ölçütlerini oluşturur. Bazı evrensel hukuk ilkeleri de zaman ve kültürlerden bağımsız olarak doğal

167 BGE 126 III 129, E.1b s.132 f.

168 Bkz. Mehmet Turhan, 'Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı' (2007) 62(3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 379 vd.

169 Hâkimin hukuk üç aşamalı olarak uygulaması için bkz. Antalya, *HBK C. II: HM* (n 162) N 2352 vd.

170 Bernd Rüthers, Christian Fischer and Axel Birk, *Rechtstheorie* (11th edn, CH Beck 2020) N 417 vd., 455 vd.; Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2n edn, Vandenhoeck & Ruprecht 1967) 249 vd., 599 vd.; Hans Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte* (10th edn, CF Müller 2005) § 4.

hukuk ilkesi olarak kabul edilmektedir. Ülkelerin bu evrensel hukuk ilkelerini ve insan haklarını genellikle aynen kabul etmelerine karşı, bazılarının ise örneğin ölüm cezasını farklı değerlendirmektedir.

Kanun hükmünün metninin amacındaki normatif değer, anayasal değere uygun olarak anlaşılmalıdır. Yine içi boş kanun hükümleri anlaşılacak ve hukuk genel ilkeleri, anayasal değer ve ilkelere göre somutlaştırılacaktır. Kanun normları aslında anayasal değerleri sisteminin somutlaşmış şeklinden başka bir şey değildir.

TMK m.1/I hükmündeki kanun hükmündeki amacı belirleyen değer, anayasal temel haklardaki anlamıyla anlaşılacaktır (anayasaya uygun yorum)¹⁷¹. Hatta anayasa yargısında kanunların hukuka uygun denetiminde anayasa merkezli yorum yapılacaktır. Yine anayasa yargısında bireysel başvuruda kamu makamlarının – yargı uygulaması dahil – temel hakları ihlal edilip edilmediği incelemesinde anayasa merkezli yorum yapılacaktır. Anayasa merkezli yorumda, anayasa metnindeki temel hak düzenlemesinin metnindeki amacı belirleyen değer esas alınacaktır. Anayasa mahkemesi hâkimi, anayasa merkezli yorumda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun yorum yapacak ve mukayeseli yorum aracı olarak da AİHM uygulamasından ve de doktrininden yararlanacaktır.

Anayasaya uygun yorum, kanunun bir normunun ya da teriminin birden fazla anlama geldiğinde anayasal değerlere en uygun olanın bulunup uygulanmasını sağlar.

Kanun hükmünün amaçsal yorumlanması da anayasal ilke ve değerlere göre dar ya da geniş olarak yorumlanabilecektir¹⁷². Örneğin, anayasal hak ve özgürlükler geniş olarak yorumlanırken; bunları sınırlayan hükümler dar olarak yorumlanacaktır.

Kanun normları arasındaki birbirinden farklı değer ihtiva etmesi halinde, eğer değerler birbiriyle çatışarak çatışma boşluğu oluşturmuyorsa, yani seçimlik ve alternatif değeri ihtiva eden kanun hükümleri söz konusu ise, bunlardan hangisinin tercih edileceği noktasında, anayasal değeri uhdesinde barındıran değer tercih edilmelidir. Hiyerarşik nitelikte üstün nitelikte değeri ihtiva eden hukuk normu, daha alçal değeri ihtiva eden hukuk normuna ilga eder ya da en azından ona tercih edilir (*Lex superior derogat legi inferiori*¹⁷³).

2. SİSTEMATİK YORUMDA ANAYASAL DEĞERLER

Anayasa şekli ve maddi bir hukuk sistemidir¹⁷⁴. Anayasa yargı organı vasıtasıyla yasama organının çıkarttığı kanunların kendilerine uygunluğunu sağlar. Bu şekilde hukuk sisteminin hiyerarşik yapısının en tepesindeki temel norm olarak hukuk düzeninin bütünlüğünü ve yeknesaklığını gerçekleştirir. Anayasalarda düzenlenen insan hakları, temel haklar olarak hukuk düzeni için objektif

171 Franz Bydinski, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre* (UTB 2011) 456.

172 Bkz. Antalya, *HBK C. II: HM* (n 162) N 1007 vd.

173 Antalya, *HBK C. II: HM* (n 162) N 625-626.

174 Jörg Neuner, 'Das BGB unter dem Grundgesetz' in Uwe Diederichsen and Wolfgang Sellert (eds), *Das BGB im Wandel der Epochen* (Vandenhoeck & Ruprecht 2002) 131. Bu konuda bkz. Antalya, *HBK C. I: HT* (n 1) N 2943 vd.

değerler sistemini oluşturur¹⁷⁵. Bu sebeple kanun metninin amaçsal yorumun da sistematik yorum amacı olarak yargı kararı yorumunu gerekçelendirme için temel hakların anayasal değer olarak anlamından yararlanacaktır.

B. HUKUKUN TAMAMLANMASINDA ANAYASAL DEĞERLER OLARAK TEMEL HAKLAR

Hâkim, hukukun uygulanmasındaki ikinci aşamadaki fonksiyonuna uygun olarak, TMK.m.1/II hükmüne göre, kanun boşluğu halinde kanun koyucu gibi hareket edeceğinden, eksiklik ya da yanlışlık boşluğunu Anayasa'ya ve anayasanın temel değeri olan temel haklara uygun olarak dolduracak, yani anayasal temel değer anlayışına uygun olarak kanunu tamamlayacaktır¹⁷⁶.

Yine yetkilendirme (kural içi) boşluğunda, belirsiz normatif kavramlar ve genel kayıtlar, Anayasal temel haklara ve genel ilkelere uygun olarak anlamlandırılmalıdır¹⁷⁷.

C. HUKUKUN DÜZELTİLMESİNDE ANAYASAL DEĞERLER OLARAK TEMEL HAKLAR

Hâkim uygulayabileceği kanun hükmünün anayasal değer olan temel haklarla çatıştığı ya da anayasal ilkelere çatışır ve olaya uygulanabilir kanun hükmünün hukukun temel idesine (adalete) aykırı olduğu sonucuna varır ise, *değer çatışması*¹⁷⁸ ya da *ilke çatışması*¹⁷⁹ndan doğan *çatışma boşluğu*, yine kanun koyucu gibi dolduracağından, uygulama anındaki anayasanın değerlerine uygun ya da anayasa ilkelerini somutlaştırarak uygulanmasıyla düzeltilir¹⁸⁰. Hâkim hukukun uygulanmasındaki üçüncü fonksiyonuna uygun olarak çatışma boşluklarını, anayasal değerlere uygun şekilde düzeltecektir.

VI. ANAYASA MAHKEMESİNİN YARGI KARARI

Anayasa Mahkemesi, tarihsel süreçteki gelişimi dikkate alındığında, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığının sağlayan yargısal denetimini yapan mahkemedir.

Anayasa Mahkemesi, anayasada düzenlenmiş devletin egemenlik güçlerini kullanan organların arasındaki ilişkileri düzenlediği kadar temel hak ve özgürlüklerinin, demokrasi ve hukukun üstünlüğünün yaptırımı ve teminatını teşkil eder¹⁸¹.

175 Möllers (n 135) N 4. Bkz. Antalya, *HBK C. II: HM* (n 162) N 2546 vd.

176 Bkz. Antalya, *HBK C. II: HM* (n 162) N 696 vd.

177 Bkz. Antalya, *HBK C. II: HM* (n 162) N 1007.

178 Bkz. Antalya, *HBK C. II: HM* (n 162) N 820 vd.

179 Bkz. Antalya, *HBK C. II: HM* (n 162) N 823 vd.

180 Bkz. Antalya, *HBK C. II: HM* (n 162) N 549 vd.

181 Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku* (21. Bası, Beta 2017) 218.

Anayasa Mahkemesi yargı erkini bireysel başvurular yoluyla, yürütmeyi yargısal karar denetimi üzerinden, dolaylı yasamayı da soyut norm denetimi doğrudan yargısal olarak denetleme suretiyle, anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını gerçekleştirir¹⁸².

A. ANAYASA MAHKEMESİNİN UZMANLIK MAHKEMESİ OLARAK KANUNLARIN ANAYASAYA UYGUNLUĞUNU KONTROL ETMESİ

Anayasa mahkemesi iptal davasında soyut norm denetimini anayasa merkezli yorumla gerçekleştirir¹⁸³. Anayasa Mahkemesi iptal davasında, maddi olayı anlama söz konusu değildir.

Anayasa Mahkemesi uzmanlık mahkemesi olarak kanunun ya da onun hükmünün anayasaya uygunluğu ya da aykırılığını değerlendirirken, sadece Anayasa metnindeki amacı ve bu amacı belirleyen değeri ve ilkeleri temel alır (Anayasa merkezli yorum).

Anayasa Mahkemesi hâkimi, önce Anayasa hükmünü yorumlayarak anlamını belirler; sonra kanun hükmünün metninin amacındaki anlamın ve bu amaçtaki değer mantıksal olarak Anayasa hükmünün kanun hükmünü altlayıp altlamadığını belirleyecektir. Eğer anayasa hükmü kanun hükmünü altlıyorsa, kanun hükmü anayasaya uygun, altlamıyorsa kanun hükmü anayasaya aykırı olduğundan kanun hükmünü iptal edecektir.

Anayasa Mahkemesinin iptal davasında sadece anayasayı yorumlayarak uygulamak fonksiyonu söz konusudur. Yine kanunu tamamlama ya da düzeltme fonksiyonu söz konusu değildir.

B. ANAYASA MAHKEMESİNİN UZMANLIK MAHKEMESİ OLARAK YÜRÜTMENİN İŞLEM YA DA EYLEMLERİNİ VE YARGI KARARLARININ TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİNE UYGUNLUĞUNU DENETLEMESİ

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruya konu olayda idarenin işlem ya da faaliyetini veya yargı kararı söz konusu ise, bu makamların kanunu anayasa uygun yorumlayıp yorumlamadıklarını, kendisinin yapacağı anayasa merkezli yorumla denetleyecektir.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruyu değerlendirirken de yine anayasa merkezli yorum yaparak, Anayasal temel hak ve özgürlüklerin başvuru konusu maddi olayda ihlal edilip edilmediğini değerlendirecektir.

Bireysel başvuruda, Anayasa Mahkemesi, başvuruya konu olayın maddi olgularını okumak yanında, bu olaya uygulanan kanun hükmünü de anlamak için yorumlaması söz konusudur. Sonrasında bireysel başvuruya ve buna ilişkin uygulamanın anayasal temel hak ve özgürlükleri ihlal edip etmediğini belirleyecektir.

182 Osman Can, “Dolaylı Etki” ve “İyi Yönetişim” Kuramları Üzerinden Anayasa Mahkemesi İçtihatlarına İlişkin Bazı Gözlemler’ (2018) 35 Anayasa Yargısı 23-44.

183 Bkz. Antalya, *HBK C. II: HM* (n 162) N 2967.

VII. ANAYASA YARGILAMASINDA HAKİMİN HUKUKU UYGULAMASINDA UYACAĞI ONİKİ METODOLOJİK TEMEL İLKE

I. MADDİ OLAYIN ANLAŞILMASI: OLAYIN OKUNMASI

1. Maddi olayın olguları belirlenmesinde yaklaşımını ve tavrını belirle,

1.1. Maddi olaya yaklaşımını belirle,

1.2. Maddi olayı objektif ve tarafsız olarak değerlendir.

2. Maddi olayın (durumun) olgularını belirle ve anla;

2.1. Kişileri tespit,

2.2. Olayların zamansal gelişimini belirle,

2.3. Hukuki uyumsuzlığa ilişkin maddi olguları belirle.

II. HUKUKU ANLAMAK: HUKUKU UYGULAMAK

3. Hukuki uyumsuzlığa ilişkin hukuki çözümünde temel amacını (hedefini) belirle ,

4. Hukuki çözümler ve gerekçelendirme için gerekli hukuki bilgiyi hukuk kaynaklarından belirle (Hukukun kaynakları) (TMK m.1) :

4.1. Anayasa hükmünün hukuk düzeninin sistematığı içindeki yerini belirle,

4.2. Hukuki olguları hukuki sonuçtan ayır et,

4.3. Anayasa hükmü metnini oku,

4.4. Anayasa metni içindeki bağlaçları dikkate al,

4.5. Anayasa metninin olgusal yapısını analiz et,

4.6. Hukukun asli kaynağı Anayasayı uygula:

4.7. Anayasanın uygulanmasında yardımcı kaynaklardan yararlan (TMK m.1/son f):

4.7.1. Hukuk doktrininden yararlan,

4.7.2. Yerleşmiş yargı kararlarından yararlan.

5. Uyuşmazlık konusu maddi olayın çözümünü için hukuku uygula :

5.1. Asli hukuk kaynağı olan Anayasa hükmünü uygula,

5.1.1. Anayasa normlarının kontexini (birbiriyle olan bağlamalarını ve ilişkilerini) dikkate al :Anayasa hükmünün uygulanma şekillerini dikkate al:

Normların birlikte uygulanabilmesi şeklini belirle:

5.1.1.1. Normların **kümülatif** uygulanması,

5.1.1.2. Normların **alternatif** uygulanması,

5.1.1.3. Normların **paralel** uygulanması: **Normların yarışması** şeklinde olabilir.

Özel hukukta normların yarışmasında TBK m.61 hükmünü dikkate al.

Normların birlikte uygulanamaması durumunu varsa tespit et, (**Normların çatışması söz konusu ise Anayasa hükmünü düzelterek hukuku geliştir**)

5.1.2. Kanun normlarının uygulanmasını farklı boyutlara göre değerlendir :

5.1.2.1. Kişi boyutunda uygula,

5.1.2.2. Mekansal boyutta uygula:

5.1.2.2.1. Uluslararası boyutta,

5.1.2.2.2. Milli boyutta,

5.1.2.3. Yatay ve dikey ilişkide uygula :

5.1.2.3.1. Dikey (alt-üst) ilişkide uygulama alanı (Hukuk kaynaklarının hiyerarşisi),

5.1.2.3.2. Yatay ilişkide uygulama alanı (Özellik ilişkisi),

5.1.2.4. Niteliklerine göre uygula (anayasa normlarının kombine et):

5.1.2.4.1. Emredici kanun hükmü,

5.1.2.4.2. Tanımlayıcı hukuk kuralları,

5.1.2.4.3. Yorumlayıcı hukuk kuralları,

5.1.2.4.4. Tamamlayıcı hukuk kuralları (atıf),

5.1.2.4.5. Düzen hukuk kuralları,

5.1.2.5. Zamansal boyutta uygula,

5.1.2.6. Anlamsal boyutta uygula : Anayasayı Yorumla ve Gerekçelendir.

6. Anayasayı Yorumla ve Gerekçelendir (Anlamsal Boyutta Uygula) :

6.1. Anayasayı Yorumlayarak Gerekçelendir :

- Yargı kararını yorum elemanları ile gerekçelendir,
- Anayasa metnini amacındaki değere uygun gerekçelendir,
- Anayasa terim ve metnini amaca uygun olarak subjektif yorumu temel al; bunu önce sözel elemanla ve sonra diğer yorum elemanları ile destekle,
- Sistemik yorum ilkelerinden yararlan,
- Yorum ilkelerinden yararlan,
- Anayasanın amacına uygun olarak normu amaçsal daraltılmış ya da genişletilmiş şekliyle uygula.

6.1.1 Anayasa terimlerini amaca uygun yorumla,

6.1.2. Anayasa metnini amaca uygun yorumla:

6.1.2.1. Temel yorum elemanı: Sübjektif metindeki amaç elemanı,

6.1.2.2. Yardımcı birinci yorum elemanı: Sözel eleman,

6.1.2.3. Diğer yorum elemanları:

6.1.2.3.1. Sistematik Eleman,

6.1.2.3.2. Mantıki Eleman,

6.1.2.3.3. Tarihi Eleman,

6.1.3. Yorum ilkelerinden yararlan:

6.1.3.1. Hukukun genel ilkelerine (kanun prensiplerine) uygun yorum: dürüstlük ve güven ilkesine uygun yorum,

6.1.3.2. Temel hak ve özgürlere merkezli yorum ilkesi,

6.1.3.3. Yorumla kamusal yetki yaratılmaması ilkesi,

6.1.3.4. Kamusal yetkilerin dar yorumlanması ilkesi,

6.1.3.5. Yorumla istisna getirilmemesi ilkesi,

6.1.3.6. İstisnaların dar yorumlanması ilkesi,

6.1.3.7. Sistemsel yorum ilkelerini uygula :

6.1.3.7.1. Anayasa Amacı (Özü) İle Kanun Metninin (Sözünün) Çatışmasında, Anayasanın Amacı Merkezli Yorumlama İlkesi,

6.1.3.7.2. Anayasaya Merkezli Yorum İlkesi,

6.1.3.7.3. Avrupa Birliği Hukukuna Uygun Yorum İlkesi,

6.1.3.7.4. Hukukun Genel İlkelerine) Uygun Yorum İlkesi, (Anayasa prensipleri merkezli yorum)

6.1.3.7.5. Yerleşmiş Yargı Uygulamasına Uygun Yorum İlkesi,

6.1.4 Diğer gerekçelendirme metotlarından yararlan:

6.1.4.1. Topik (İlke) Metodu,

6.1.4.2. Tipiklik Metodu,

6.2. Hâkimin hukuku geliştirmişse denetle:

6.2.1. Hâkimin kanunu tamamlamasını denetle,

6.2.2. Hâkimin hukuku düzeltmesini denetle.

7. Mantıksal işlemle (dedüksiyonla) maddi olaya kanun hükmünün hukuki olgularını uygula.

8. Hukuki çözümü (yargı kararı) ara:

8.1 Hukuki çözüme ve gerekçelendirilmesine ilişkin çözüm alternatiflerini ara,

8.2. Hukuki çözüm alternatiflerin gerekçelerinin belirle,

8.3. Hukuki çözüm alternatiflerinin hukuki sonuçlarının tespit et,

8.4. Hukuki çözüm alternatiflerini ve onun gerekçelerini ve hukuki sonuçlarını değerlendir.

9. Hukuki çözümü (yargı kararı) belirle : Amaca uygun hukuki sonuç beklentisini (yargı kararı) seç.

10. Yargı kararı oluşturma stratejisinin belirle ve bu stratejinin sonuçlarını değerlendir.

11. Yargı kararının hukuki sonucunu ve uygulanabilirliğini denetle; yargı kararı,

11.1. Hukukilik (yasallık) kriterleriyle denetle,

11.2. Hukukun gerçekliğine uygunluğunu denetle:

11.2.1. Mantıksal işlemle (endüksiyonla) denetle,

11.2.2. Yargı kararı sonuç merkezli değerlendir,

11.2.3. Yargı kararını yerleşmiş yargı uygulamasına uygunluğunu denetle,

11.3. Hukuk İdesine Uygunluğunu Denetle :

11.3.1. Dar anlamda hukukun idesi: Adaletle denetle (hakkaniyet kontrolü yap),

11.3.2. Hukuk güvenliği yönünden denetle,

11.3.3. Eşitlik ilkesi yönünden denetle.

11.4. Toplumsal duyarlılık testiyle uygulanabilirliğini ve toplumun benimsenebilirliğini (kabul edilebilirliğini) denetle,

11.5. Hukukun (hakkın) fonksiyonu (işlevselliği) kriterleriyle denetle,

12. Seçilen hukuki çözümü (yargı kararının) yerine getir : yargı kararını ve bunun gerekçesini – açıkla ve – yaz :

12.1. Yargı kararını açık yaz:

12.1.1. Yargı kararında basit, yalın ve kolay cümleler kullan,

12.1.2. Yargı kararında düzgün cümleler kullan,

12.1.3. Yargı kararında kısa ve öz cümleler kullan,

12.1.4. Yargı kararında münasebetsiz cümleler kullanma,

12.1.5. Yargı kararında dil bilgisine uygun cümleler kullan,

12.2. Yargı kararını konuya uygun kısalıkta yaz,

12.3. Yargı kararını bütünlüğü içinde yaz:

12.3.1. Yargı kararını belirli bir düşünsel sırayla ve sistematik sıralamayla ifade et,

12.3.2. Yargı kararında ifadeler arasında mantuki bir ilişkiyi kur.

KAYNAKÇA

Aepli V, *Grundrechte und Privatrecht, Hinweise für die Überprüfung der Grundrechtskonformität des Privatrechts im Sinne des Entwurfs für eine Totalrevision der Bundesverfassung* (Diss. 1980).

Alexy R, *Theorie der Grundrechte* (2nd edn, Suhrkamp 1994).

Antalya OG, *Hukuk Bilimine Katkı Olarak Cilt I Hukuk Teorisi* (2. Baskı, Seçkin 2020) [HBK C. I: HT].

Antalya OG, *Hukuk Bilimine Katkı Olarak Cilt II Hukuk Metodolojisi* (Seçkin 2021) [HBK C. II: HM].

Auer A, Malinverni G and Hottelier M, *Droit constitutionnel suisse Volume II: Les droits fondamentaux* (Stämpfli 2000).

Bauer H, 'Art. 9' in Horst Dreier (ed), *Grundgesetz Kommentar Band I* (3rd edn, Mohr Siebeck 2018).

- Belling DW ve İnce N, 'Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi' (2014) 12(137) *Legal Hukuk Dergisi* 3-58.
- Bettermann KA, *Die verfassungskonforme Auslegung: Grenzen und Gefahren* (CF Müller 1986).
- Biaggini G, *BV Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft* (Orell Füssli 2007).
- Bleckmann A, *Staatsrecht II – Die Grundrechte* (4th edn, Carl Heymanns 1997).
- Boyar O, 'Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki' iç Sibel İnceoğlu (edr), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa* (3. Baskı, Beta 2013).
- Bucher E, 'Drittwirkung der Grundrechte? – Überlegungen zu "Streikrecht" und "Drittwirkung" i. S. von BGE 111 II 245-259' (1987) 83 *Schweizerische Juristen-Zeitung* 37-47.
- Bydliniski F, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre* (UTB 2011).
- Can O, "'Dolaylı Etki" ve "İyi Yönetişim" Kuramları Üzerinden Anayasa Mahkemesi İçtihatlarına İlişkin Bazı Gözlemler' (2018) 35 *Anayasa Yargısı* 23-44.
- Canaris CW, 'Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre' in Heinrich Honsell, Roger Zäch, Franz Hasenböhler, Friedrich Harrer and René Rhinow (eds), *Festschrift für Ernst A Kramer* (Helbing & Lichtenhahn 2004) [Auslegung].
- Canaris CW, 'Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten' in Hartmut Bauer, Detlef Czybulka, Wolfgang Kahl and Andreas Voßkuhle (eds), *Umwelt, Wirtschaft und Recht* (De Gruyter 2002) [Drittwirkung].
- Canaris CW, 'Grundrechte und Privatrecht' (1984) 184 *Archiv für die civilistische Praxis* 201-246 [Grundrechte und Privatrecht].
- Canaris CW, 'Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts' (1989) *Juristische Schulung* 161-172 [Grundrechtswirkungen].
- Canaris CW, *Grundrechte und Privatrecht* (De Gruyter 1999) [Grundrechte].
- Classen CD, 'Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des BVerfG' (1997) 122(1) *Archiv des öffentlichen Rechts* 65-107.
- Cremer W, *Freiheitsgrundrechte* (Mohr Siebeck 2003).
- Dieterich T, 'Art. 9' in Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis and Ingrid Schmidt (eds), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (21st edn, CH Beck 2021).
- Dietlein J, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten* (Duncker & Humblot 1992).
- Dreier H, 'Art. 1' in Horst Dreier (ed), *Grundgesetz Kommentar Band I* (3rd edn, Mohr Siebeck 2018).
- Dürig G, 'Grundrechte und Zivilrechtsprechung, vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung' in (eds), *Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky* (Isar 1956) 157-190.
- Egli P, *Drittwirkung von Grundrechten* (Schulthess 2002).
- Enders C, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung* (Mohr Siebeck 1997).
- Ergül O, 'Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine' iç *Erdal Onar Armağanı Cilt I* (AÜHF Yayınları 2013) 431-488.
- Gamillscheg F, *Kollektives Arbeitsrecht Band I* (CH Beck 1997).
- Gellermann M, *Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewand* (Mohr Siebeck 2000).
- Göksu T, 'Drittwirkung der Grundrechte im Bereich des Persönlichkeitsschutzes' (2002) 98 *Schweizerische Juristen-Zeitung* 89-101.
- Gören Z, 'Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi' iç *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I* (BTHAE 2001) 1-27 [Özel Hukuk Düzenine Etkisi].

- Gören Z, *Anayasa ve Sorumluluk* C. II (DEÜ Yayını 1999) [Anayasa].
- Gören Z, *Temel Hak Genel Teorisi* (DEÜ Yayını 2000) [Genel Teori].
- Guckelberger A, 'Die Drittwirkung der Grundrechte' (2003) *Juristische Schulung* 1151-1157.
- Häfelin U and Haller W, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht* (4th edn, Schulthess 1998).
- Häfelin U, Haller W, Keller H and Thurnherr D, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht* (9th edn, Schulthess 2016).
- Hermes G, *Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit* (CF Müller 1987).
- Hirsch EE, 'Anayasa'nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri' iç Birinci Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler (TBB Yayınları 1971).
- Howald B, *Das Kommunikationsgrundrecht der Meinungsfreiheit und seine Kollision mit arbeitsvertraglichen Pflichten* (Diss. 2004).
- Höfling W, 'Art. 1' in Michael Sachs (ed), *Grundgesetz: GG Kommentar* (3rd edn, CH Beck 2003) [GG].
- Höfling W, 'Die Grundrechtsbindung der Staatsgewalt' (1995) *Juristische Arbeitsblätter* 431 vd. [Grundrechtsbindung].
- Höfling W, *Vertragsfreiheit: Eine grundrechtsdogmatische Studie* (CF Müller 1991) [Vertragsfreiheit].
- Huber H, 'Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen' (1955) 74 *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 173 vd.
- Ipsen J, *Staatsrecht II Grundrechte* (6th edn, CH Beck 2003).
- Isensee J, '§ 111' in Josef Isensee and Paul Kirchhof (eds), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen* (CF Müller 1992) [Staatsrecht].
- Isensee J, *Das Grundrecht auf Sicherheit* (De Gruyter 1983) [Grundrecht].
- Jarass HD, 'Art. 1' in Hans D Jarass and Bodo Pieroth (eds), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG* (7th edn, CH Beck 2004) [GG].
- Jarass HD, 'Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik' (1995) 120 *Archiv des öffentlichen Rechts* 345 vd. [Grundrechtsdogmatik]
- Jarass HD, 'Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen' in Peter Badura and Horst Dreier (eds), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band II* (Mohr Siebeck 2001) 35 vd. [Grundrechte].
- Jellinek G and Jellinek W, *Allgemeine Staatslehre* (Nabu 2014).
- Kaneti S, 'Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri' (1989) 6 *Anayasa Yargısı* 19-35.
- Kemper M, 'Art. 9' in Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein and Christian Starck (eds), *Kommentar zum Grundgesetz: GG, Band 1* (7th edn, CH Beck 2018)
- Kiener R and Kälin W, *Grundrechte* (2nd edn, Stämpfli 2013).
- Klein E, 'Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates' (1989) *Neue Juristische Wochenschrift* 1633 vd.
- Krings G, *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche* (Duncker & Humblot 2003).
- Kull V, *Die Tarifierung aufgrund der Staatsangehörigkeit in der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung* (Schulthess 2017)
- Kunig P, 'Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im deutschen öffentlichen Recht (Alman Kamu Hukukunda Ölçülülük İlkesi) (Burak Çelik, Gökçen Doğan ve Ahmet Çağrı Yıldız (çev)) (2019) (1) *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 159-178.
- Löwer W, 'Art. 9' in Ingo von Münch and Philip Kunig (eds), *Grundgesetz-Kommentar: GG, Band 1* (5th edn, CH Beck 2000).
- Löwisch M and Rieble V, '§ 243' in Heinrich Kiel, Stefan Lunk and Hartmut Oetker (eds) *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 3: Kollektives Arbeitsrecht I* (2nd edn, CH Beck 2000).

- Mahon P, 'Art. 35' in Jean-François Aubert and Pascal Mahon (eds), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999* (Schulthess 2003).
- Maurer H, *Staatsrecht I* (3rd edn, CH Beck 2003).
- Möllers TMJ, *Juristische Methodenlehre* (CH Beck 2017).
- Müller G, '§ 204, Schutzwirkung der Grundrechte' in Detlef Merten and Hans-Jürgen Papier (eds), *Handbuch der Grundrechte. Grundrechte in der Schweiz und Liechtenstein* (Dike 2007). [Schutzwirkung].
- Müller G, 'Der Gleichheitssatz' (1989) 47 *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 37 vd. [Gleichheitssatz].
- Müller G, 'Die Drittwirkung der Grundrechte' (1978) 79 *Das Schweizerische Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht* 233 vd. [Drittwirkung].
- Müller G, 'Zur Problematik der Drittwirkung von kantonalen Grundrechtsgarantien' (1993) 129 *ZBJV* 153 vd. [Grundrechtsgarantien].
- Müller JP, 'Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten' in Daniel Thürer, Jean-François Aubert and Jörg Paul Müller (eds), *Verfassungsrecht der Schweiz* (Schulthess 2001) [Allgemeine Bemerkungen].
- Müller JP, 'Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen BV' in Ulrich Zimmerli (ed), *Die neue Bundesverfassung* (Stämpfli 2000) [Diskriminierungsverbote].
- Müller JP, 'Einleitung zu den Grundrechten' in Jean-François Aubert, Kurt Eichenberger, Jörg Paul Müller, René A Rhinow and Dietrich Schindler (eds), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874* (Helbing Lichtenhahn 1987) [Einleitung].
- Müller JP, *Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts* (Stämpfli 1964) [Grundrechte].
- Müller JP, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie* (Stämpfli 1982) [Elemente].
- Münch I, *Staatsrecht Band 2* (5th edn, Kohlhammer 2002).
- Neuner J, 'Das BGB unter dem Grundgesetz' in Uwe Diederichsen and Wolfgang Sellert (eds), *Das BGB im Wandel der Epochen* (Vandenhoeck & Ruprecht 2002) 131-151 [Grundgesetz].
- Neuner J, *Privatrecht und Sozialstaat* (CH Beck 1999) [Privatrecht].
- Nipperdey HC, 'Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung' (1950) *Recht der Arbeit* 121-128 [Leistung].
- Nipperdey HC, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (Mohr Siebeck 1959) [AT].
- Nipperdey HC, in Alfred Hueck and Hans Carl Nipperdey (eds), *Lehrbuch des Arbeitsrechts Band II* (7th edn, Vahlen 1967) [Arbeitsrecht].
- Oldiges M, 'Neue Aspekte der Grundrechtsgeltung im Privatrecht' in Rudolf Wendt and Karl Heinrich Friauf (eds), *FS für Karl Heinrich Friauf* (CF Müller 1996) 281 vd.
- Özcan H, 'Drittwirkung der Grundrechte in der Türkei' (2005) 9(3-4) *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 181-200.
- Pieroth B and Schlink B, *Grundrechte Staatsrecht II* (28th edn, CF Müller 2012).
- Poscher R, *Grundrechte als Abwehrrechte* (Mohr Siebeck 2003).
- Rhinow RA, 'So nicht!' (1987) 83 *Schweizerische Juristen-Zeitung* 99 vd. [So nicht].
- Rhinow RA, *Die Bundesverfassung 2000, Eine Einführung* (Helbing Lichtenhahn 2000) [Bundesverfassung].
- Rhinow RA, Markus Schefer and Peter Uebersax, *Schweizerisches Verfassungsrecht* (3rd edn, Helbing Lichtenhahn 2016).
- Ruffert M, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts* (Mohr Siebeck 2001).
- Rüfner W, '§ 117' in Josef Isensee and Paul Kirchhof (eds), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen* (CF Müller 1992).

- Rüthers B, Christian Fischer and Axel Birk, *Rechtstheorie* (11th edn, CH Beck 2020).
- Sachs C, 'Art. 1' in Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein and Christian Starck (eds), *Kommentar zum Grundgesetz: GG, Band 1* (7th edn, CH Beck 2018).
- Sachs C, *Verfassungsrecht II – Grundrechte* (2nd edn, Springer 2003).
- Sağlam F, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (AÜSBF Yayınları 1982).
- Saladin P, 'Grundrechte und Privatrechtsordnung. Zum Streit um die sog. «Drittwirkung» der Grundrechte' (1988) 84 Schweizerische Juristen-Zeitung 373-384 [Drittwirkung].
- Saladin P, *Grundrechte im Wandel, Die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt* (3rd edn, Stämpfli 1982) [Wandel]
- Schefer M, 'Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben' (2002) 10 Aktuelle Juristische Praxis 1131 vd. [Schutzpflichten].
- Schefer M, *Die Kerngehalte der Grundrechte* (Stämpfli 2001) [Kerngehalte].
- Schlosser H, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte* (10th edn, CF Müller 2005).
- Schnapp FE and Kaltenborn M, 'Grundrechtsbindung nichtstaatlicher Institutionen' (2000) JuS 937-943.
- Scholz R, '§ 151' in Josef Isensee and Paul Kirchhof (eds), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI* (CF Müller 1989) [Staatsrecht].
- Scholz R, 'Art. 9' in Theodor Maunz and Günter Dürig (eds), *Grundgesetz Kommentar* (CH Beck 1999) [GG].
- Schuppert GF, *Funktionell – rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation* (CF Müller 1980).
- Schwabe J, 'Bundesverfassungsgericht und „Drittwirkung“ der Grundrechte' (1975) 100 Archiv des öffentlichen Rechts 442-470.
- Schweizer R, 'Art. 35' in Bernhard Ehrenzeller, Benjamin Schindler, Rainer J Schweizer and Klaus A Vallender (eds), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar* (3rd edn, Dike 2014).
- Simonius A, 'Persönlichkeitsrechte des Privatrechts in ihrem Verhältnis zu den öffentlichen Freiheitsrechten' in Juristischen Fakultäten der schweizerischen Universitäten (eds) *Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung* (Polygraphischer 1948) 281 vd.
- Söllner A and Waltermann R, *Grundriss des Arbeitsrechts* (13th edn, Vahlen 2003).
- Starck C, 'Art. 1' in Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein and Christian Starck (eds), *Kommentar zum Grundgesetz: GG, Band 1* (7th edn, CH Beck 2018).
- Starck C, *Praxis der Verfassungsauslegung* (Nomos 2006).
- Stern K, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte* (CH Beck 1988).
- Sungurtekin Özkan M, 'Anayasasının Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Medeni Yargılama Hukuku' (2009) 11(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 553-574.
- Tanör B ve Yüzbaşıoğlu N, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (YKY 2002).
- Tercier P, *Le nouveau droit de la personnalité* (Schulthess 1984).
- Tettinger P, 'Grundlinien der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3' GG (1981) Jura 1 vd.
- Teubner G, 'The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by 'Private' Transnational Actors' (2006) 69(3) The Modern Law Review 327-346.
- Teziç E, *Anayasa Hukuku* (21. Bası, Beta 2017).
- Tschannen P, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft* (4th edn, Stämpfli 2016).
- Turhan M, 'Anayasasının Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı' (2007) 62(3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 379-404.

- Unruh P, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten* (Duncker & Humblot 1996).
- Ünsal F, *Politische und religiöse Symbole im Betrieb: Eine rechtsvergleichende Studie zum deutschen und türkischen Recht* (Peter Lang 2008).
- Waldmann B, 'Art. 35' in Bernard Waldmann, Eva Maria Belser and Astrid Epiney (eds), *Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung (BV)* (Helbing Lichtenhahn 2015) [BV].
- Waldmann B, 'Wirkung und Verwirklichung der Grundrechte, Inhalt und Tragweite von Art. 35 BV' (2008) 1 ius.full 20-35 [Wirkung].
- Waltermann R, 'Kollektivvertrag und Grundrecht' (1990) *Recht der Arbeit* 138 vd.
- Weber-Dürler B, *Der Grundrechtseingriff, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung* (De Gruyter 1998).
- Wieacker F, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2n edn, Vandenhoeck & Ruprecht 1967).
- Wildhaber L, 'Gedanken zur Rassendiskriminierung, Rechtsgleichheit und Drittwirkung im schweizerischen Recht' (1971) 72 *Das Schweizerische Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht* 465-471.
- Zäch R, 'Der Einfluss von Verfassungsrecht auf das Privatrecht bei der Rechtsanwendung' (1989) 85 *Schweizerische Juristen-Zeitung* 1-12.
- Zippelius R, *Allgemeine Staatslehre* (16th edn, CH Beck 2010).

Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Sosyal Medyada Örgütlenme Hürriyeti

Freedom of Association in Social Media as a Reason for Compliance with Law

Murat Balcı*^{ID}, Kerim Çakır**^{ID}

ÖZ

Çağın getirdiği iletişim imkanları sayesinde örgütlenme hürriyeti sosyal ağlarda da ön plana çıkmaya başlamıştır. İnternet ağının genişliği ve bu ağlarda anonim kalarak iletişim kurmanın kolaylığı, başta sosyal medya olmak üzere kullanıcıların yoğun bir biçimde içerik paylaşmasına ve sürekli etkileşim halinde olmasına neden olmuştur. Bir hukuka uygunluk sebebi olan örgütlenme hürriyetinin sosyal medyaya taşınmasıyla birlikte suç işlemeye ve kanunlara uymamaya tahrik, örgüte üye kazandırma, örgüt propagandası yapma şeklindeki suçlar sosyal medyada sıklıkla işlenir hale gelmiştir.

Çalışmada, insanların internet ortamında ortak bir konu ve fikir üzerinde nasıl iletişim kurduğu izah edildikten sonra atipik örgütlenmenin bir örneği olan dijital aktivizm ile benzeri örgütlenmeler hakkında bilgi verilecektir. Daha sonra bir hukuku uygunluk sebebi olan örgütlenme hürriyetinin sosyal medyada ne şekilde sınırlandırılabilirliği tartışılacak ve ifade hürriyetinin himaye etmediği suçlar incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Sosyal Medya, Örgütlenme Hürriyeti, Dijital Aktivizm, Kanunlara Uymamaya Tahrik, Hukuka Aykırılık.

ABSTRACT

Due to the communication opportunities brought by the age, the freedom of association has also come to the fore in social networks. The width of the internet network and the ease of communicating by remaining anonymous in these networks have caused users, especially in social media, to share content intensively and to be in constant interaction. With the transfer of freedom of association as a reason for compliance with the law, to social media, the crimes in the form of incitement to commit crimes and to non-compliance with the law, recruiting members to the organization, making propaganda for the organization have become committed frequently in social media.

In the study, after explaining how people communicate on a common topic and idea on the internet environment, the information about digital activism, which is an example of atypical organization, and similar organizations will be given. Then, it will be discussed how the freedom of association as a reason for compliance with law, can be limited in social media and the crimes that are not protected by the freedom of expression will be examined.

Keywords: Social Media, Freedom of Association, Digital Activism, Provocation to Disobey the Law, Illegality.

* Prof. Dr., Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, ORCID ID: 0000-0002-8506-7911.

** Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, ORCID ID: 0000-0003-1821-9935.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Murat Balcı Kerim Çakır

E-posta/E-mail: mbalci@fsm.edu.tr , kerimcakir@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 01.04.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 05.05.2022

GİRİŞ

Kamuoyunu etkileyen söylem ve eylemlerin hakim olduğu sosyal medya, özellikle son çeyrek yüzyılda internetle birlikte en güçlü iletişim aracı halinde gelmiş ve toplumsal dönüşüm sürecini başlatmıştır. İnteraktif bir araç olarak kullanılan sosyal medya, insanların hayatın akışı içerisinde olaylara katılımcı olmasına, olaylarla ilgili fikir beyan edebilmelerine, çevrimiçi ortamda iletişime geçip fikir alışverişi yapabilmelerine ve daha da önemlisi örgütlenmelerine imkan sağlamıştır¹. Bununla birlikte sosyal ağlar, şiddet içeren aşırı görüşlerin yayılması açısından son yıllarda merkezi bir iletişim ortamı haline gelmiştir. Özellikle terör örgütlerinin kendi görüşleriyle ilgili içerik oluşturarak kişilerin siyasi karar alma sürecini etkilemeleri bakımından sosyal medya araç olarak kullanılmaya başlanmıştır.

Basın ve yayın organlarında sürekli gelişen teknik ilerlemeler nedeniyle dinamik bir yenilenme söz konusudur². Medya ortamının çeşitliliği sürekli artmakta ve kullanılan medya araçları sürekli gelişmektedir. Bu gelişmenin iletişim hürriyetinin öğretimi üzerinde temel bir etkisinin olup olmadığı ise ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır³. Sosyal medya platformları, iletişim ve bilgi alanındaki sınırları ve bu konu hakkındaki algılarımızı değiştirdiği için zaman, mekan ve kültür alanındaki sınırları da ortadan kaldırmıştır.

Sosyal medyanın paradoksal doğası, en iyi ve en kötü ifadeyi yayma özelliğine sahiptir⁴. İfade hürriyeti, bir beyanın açıklanmasını ve yayılmasını korur. İfade hürriyetiyle kişinin muhatabına fiilen ulaşma ve dolayısıyla beyanıyla onu etkileme imkânına sahip olduğu varsayılır. Sosyal medya platformlarının ortaya çıkmasıyla iletişim alanı değişim yaşamıştır. İnternetin aksine sosyal medya platformları belirli grupların fikirlerini yayması konusunda herkes için eşit fırsatlar sunmuştur. Bununla birlikte sosyal medya, insan haklarını ihlal edenlere; terörizmi teşvik, terör örgütlerine üye kazandırma, örgüt propagandası yapma, terörizmin finansmanı ve nefret söylemi gibi konularda yeni faaliyet alanları oluşturmuştur. Bu da ifade hürriyetinin insan haklarıyla tutarlı bir şekilde düzenlenmesi konusunda zorluklara sebebiyet vermektedir⁵. Çünkü sosyal medyanın katlanarak büyümesi ve değişim hızı özellikle ceza hukukunun yeterince uyum sağlamasını imkânsız kılmasa da zorlaştırmaktadır⁶.

1 Bahar Urhan Torun, 'Sosyal Medyada #Hashtag Aktivizmi: #Alsicebucketchallenge Örneği' (2019) 5(16) Social Mentality and Research Thinkers Journals 372.

2 Eric Hilgendorf, Thomas Frank and Brian Valerius, *Computer – und Internetstrafrecht* (Springer-Verlag 2005) 11.

3 Hilgendorf, Frank and Valerius (n 2) 5.

4 Peter Coe, 'The Social Media Paradox: An Intersection With Freedom Of Expression And The Criminal Law' (2015) 24(1) Information & Communications Technology Law 21.

5 Wolfgang Benedek and Matthias C. Kettemann, *İfade Özgürlüğü Ve İnternet, Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi* (2013) 7.

6 Coe (n 4) 31.

I. SOSYAL MEDYADA ÖRGÜTLENMEYLE İLGİLİ KAVRAMLAR

A. DİJİTAL AKTİVİZM

Toplum ve geniş kitleleri etkileme gücüne sahip olan sosyal ağlar, kullanıcıların özellikle siyasal iktidardan beklentilerini karşılamak için bir araya geldikleri bir platform haline gelmiştir. Dijital aktivizm, diğer bir adıyla e-aktivizm, bir konuyla ilgili kamuoyu oluşturmanın en etkili yollarından biridir⁷. Dijital aktivizmde şiddet bulunmaz ve temelinde ifade hürriyetinin bulunduğu örgütlenme hürriyeti ile bir bilginin, haberin ve toplum olarak duyarlılığın bulunması gereken bir konuda insanların ortak bir tepkiyi dile getirdiği görülür.

İnternetin yarattığı enformasyon çağında, insanın ağlar vasıtasıyla iletişim sürecine hız ve etkileşim kattığı ortadadır. Bunun yanı sıra kitle iletişim araçlarının yaygınlık kazanması dijital aktivizmin toplumda kabul görmesinde etkili olmuştur⁸.

B. HASHTAG

Hashtag, (#) sembolü ile kullanılan, boşluksuz şekilde yazılıp içeriklerin daha fazla kişiye erişmesine sağlayan söz öbeklerine denir. Hashtag, pek çok mikroblog ve sosyal ağda bir sözcük ya da söz başına kare işareti veya diyez işareti (#) eklenerek oluşturulur. Mikroblog ve Facebook, Google Plus, Instagram, Twitter ve benzeri sosyal ağ servislerinde, “#” sembolünün kelime veya kelime grubunun önüne eklenerek oluşturulan bağlantılar, anlık bilgileri kategorize etmeye ve kitlelere ulaştırmaya yardımcı olur. Hashtag’ler yalnızca belirli bir ortama bağlıdır. Resim ve video dosyalarının içerisinden bağlantı vermez. Birçok sosyal paylaşım ağında istenilen her sözcük ya da söz bu şekilde diyez işaretiyle yazılarak o etiket altında kişiler bir araya getirilebilir⁹. Örneğin; Twitter’da çok fazla ilgi gören Hashtag’ler, uygulamada ayrı bir ekranda görülür ve hakkında en çok “tweet” atılan konu olarak sıralanır. Sıralanan bu konular, insanların ilgisini çeker ve insanları o konuya yönlendirir. Toplumun ilgisini çeken konular bir süre sonra insanların örgütlenmesini ve o konu hakkında sesini yükseltmesini sağlar. Öyle ki toplumun değer yargıları ile örtüşmeyen, insanları elem ve ıstıraba sürükleyen çocuk istismarı yahut kadına şiddet gibi vakıalar sosyal ağlar marifetiyle tepki toplamakta ve güçlü bir dijital aktivizm oluşmaktadır¹⁰. Sosyal medyada oluşturulan Hashtag’lerde, kullanıcılar etkili ve inandırıcı çağrılarla suç teşkil edecek davranışlarda da bulunabilmektedir.

7 Urhan Torun (n 1) 373.

8 Yeliz Gencer, ‘Sosyal Medya Ağlarında Örgütlenme: Dijital Aktivizmin Toplumsal Dönüşüme Yansımaları’ (2015)2 (2) E-Journal of Intermedia 511.

9 <<https://tr.wikipedia.org/wiki/Hashtag>> accessed 1 March 2022.

10 Urhan Torun (n 1) 373.

C. FLASHMOBS VE SMARTMOBS

Örgütlenme hürriyeti, Flashmobs¹¹ örneğinde de karşımıza çıkar. Flashmobs'de genellikle birbirini tanımayan çok sayıda insanın (*önceden koordineli, ancak esasen kendiliğinden*) bir araya gelmesi söz konusudur. Bireyler kolektif bir davranışta bulunur¹². Bu terimin sosyal ağlarla ilişkisi ise bu tür eylemlerin genellikle sosyal ağlar aracılığıyla başlatılması ve daha sonra koordine edilmesi gerçeğinden ibarettir¹³.

Toplumsal örgütlenmenin yeni bir şekli olarak değerlendirilen Smartmobs ise (*akıllı ağ çeteleri*) insanların kendi kendini örgütlediği ve bir grup olarak faaliyet gösterdiği alandır¹⁴. Akıllı çete, koordinasyon ve iletişim yetenekleri dijital iletişim teknolojileri ile güçlendirilmiş bir gruptur¹⁵. Cep telefonları ile insanların aynı yönde tutum ve davranışlarda bulunmasını sağlayan akıllı ağ çeteleri, mobil metin mesajları ve e-postalar marifetiyle bir kişiyle başlayan süreci kitlesel bir harekete dönüştürür¹⁶.

II. ÖRGÜTLENME HÜRRİYETİ

Örgütlenme hürriyeti, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kendilerini temsil eden kolektif bir oluşum içinde bir araya gelme özgürlüğünü ifade etmekte olup bu özgürlük bireylere topluluk halinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkânı sağlamaktadır. Örgütlenme hürriyetinin temeli, hiç kuşkusuz ifade hürriyetidir. Herkes düşüncesini söz, yazı ve resimle özgürce açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Kamuoyunun özgür ve açık tartışma temelinde oluşturduğu çoğulcu ve demokratik bir toplum, ancak özgür iletişim ile mümkün kılınabilir¹⁷.

Örgütlenme hürriyetinin sosyal ağlarda ön plana çıkmasının nedeni çağın getirdiği iletişim imkanlarıdır. İnternet ağının genişliği ve bu ağ üzerinden iletişim kurmanın kolaylığı, başta sosyal medya olmak üzere, kullanıcıların yoğun bir biçimde içerik paylaşmasına ve sürekli etkileşim halinde bulunmasına imkan verir. İnternet ortamında kullanıcılar başka bir şeye ihtiyaç duymadan bir araya gelip, ortak bir konu ve fikir üzerinde birbirleriyle iletişime geçebilir¹⁸. Bu da karşımıza atipik örgütlenme olarak çıkar¹⁹.

11 Flash mob (ya da flashmob) birbirini tanımayan bir grup insanın internet üzerinden, e-posta veya sosyal ağlar vasıtasıyla daha önceden belirlenen yer ve zamanda, yine önceden kararlaştırılan, amacı genelde eğlence olan bir eylemi gerçekleştirdikten sonra dağılması esasına dayanan bir sosyal aktivitedir. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Flash_mob> accessed 3 March 2022.

12 Ali Murat Kırık ve Ali Özcan, 'Bir Dijital Aktivizm Örneği Olarak Akıllı Ağ Çeteleri (Smart Mobs)' 2014 5(14) AJIT-e: Online Academic Journal of Information Technology 67.

13 Robert Esser, *Strafrechtliche Aspekte der Social Media Rechtshandbuch Social Media*, (Springer-Verlag 2015) 281.

14 Kırık ve Özcan (n 12) 68.

15 <https://en.wikipedia.org/wiki/Smart_mob> accessed 8 March 2022.

16 Kırık ve Özcan (n 12) 68.

17 Hilgendorf, Frank and Valerius (n 2) 4.

18 Ali Ekrem Doğanoglu, 'Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Atipik Örgütlenmeler' (2016) 47 The Turkish Yearbook of International Relations 91.

19 Atipik örgütlenme konusunda gbi bkz. Doğanoglu (n 18) 79.

Düşüncenin açıklanması ve yayılması bireysel olarak yapılabileceği gibi toplu halde de yapılabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10 uncu maddesinde teminat altına alınan düşünceyi açıklama hürriyetinin demokratik toplumlardaki önemini açık ve net bir biçimde ifade eder. Mahkemenin, *Handyside/İngiltere* kararında; “*demokratik toplumun başlıca temel taşlarından, kişinin ilerleyip gelişmesinin asal koşullarından birini teşkil eder. 2 nci fıkra hükmü saklı kalmak kaydıyla bu özgürlük sadece itibar gören veya zararsız yahut önemsiz sayılan haberler ya da fikirler bakımından değil, aynı zamanda devlet yahut halkın bir bölümü için aykırı, kural dışı, şaşırtıcı veya endişe verici cinsten olanlar için de geçerlidir. Demokratik toplumun vazgeçemeyeceği çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gereği budur*” denilmektedir. Düşüncenin açıklanması hürriyeti kişiye beğenmediği uygulamaları tenkit etme ve doğru olduğuna inandığı fikirlerini başkalarına kabul ettirme imkanı verir²⁰. Günümüzde bunun için internetin ve sosyal ağların önemli bir role sahip olduğunu belirtmemiz gerekir.

Düşünceyi açıklama ve örgütlenme hürriyeti bağlamında değerlendirilmesi gereken hususlardan biri de nefret söylemidir (*hate speech*). Nefret söylemi, insan haklarına yönelik artan bir tehdit olarak görülür. Küresel ve yerel düzeyde ise yasal düzenleme yapılması ve yasaklar getirilmesinin zor olduğu kabul edilir. Esaslı sorun, çevrimiçi nefret söylemini neyin oluşturduğuna dair küresel bir yasal fikir birliğinin olmaması ve ifade hürriyetinin kapsamına neyin girip girmediği konusunda yaşanmaktadır²¹.

Kamu düzeninin korunması için temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması gerekebilir. Gerçekten nefret içerikli ifadeler hem gerçek hayatta hem de sanal ortamda mağduriyetlere neden olmakta ve kamu düzenini bozacak şekilde şiddet olaylarının yaşanması sonucunu ortaya çıkarmaktadır²². Nefret söylemleri bir toplumda azınlıkta olan kişilerin örgütlenme hürriyeti bakımından da sonuç doğurur. Özellikle sosyal medyada çoğunluk tarafından nefret söylemlerinin paylaşılması azınlık gruplarını dezavantajlı duruma düşürür. Farklı kimliklere sahip grupların bulunduğu demokratik bir toplumda herkesin kimliğine saygı duyulmasını sağlamak devletin görevleri arasındadır ve bu durumda bazı özgürlüklerin sınırlandırılması gerekebilir²³.

Sosyal medyada karşılaşılan nefret söylemleri konusunda toplumda göz önünde bulunan kişilerin daha dikkatli olması gerekir. Örneğin, bir siyasi parti liderinin seçim kampanyalarında, sosyal medyada yaptığı paylaşımlar nefret söylemlerine yol açacak ifadeler içermemelidir²⁴.

20 Zeynep Ardıç, ‘Sosyal Medyaya İnsan Hakları Perspektifinden Bakış: İfade Özgürlüğünün Sınırlanması’ in (edr) Şerafettin Ekici, Ekrem Solak, Muhammed Emre Avşar, *Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı* (Adalet 2021) 215.

21 Biruk Paulos ve Seydi Çelik, ‘İfade Özgürlüğü Teorisi Işığında Sosyal Medyada Nefret Söylemini Düzenlemenin Zorlukları’ (2021) 11(1) SDÜHFD 123.

22 Ulaş Karan, *Örgütlenme Ve Toplanma Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 3* (2018) 81.

23 Karan (n 22) 88.

24 *Féret v Belgium* App no 15615/07, (ECtHR, 16 July 2009) ibid 99.

III. ÖRGÜTLENME HÜRRİYETİNİN SOSYAL MEDYADA SINIRLANDIRILMASI

İfade hürriyetinin bir tezahürü olan örgütlenme hürriyetinin; şiddete teşvik, nefret söylemi, kin ve düşmanlığa tahrik ve insanlığa karşı suçların hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilip edilmeyeceği uzun süredir tartışılmaktadır. İfade hürriyeti kapsamında hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiğinde de sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkar.

İfade hürriyetinin çok büyük önem taşıdığı ve diğer temel haklardan farklı olarak özel bir yere sahip olduğu ortadadır. Ancak belirtmek gerekir ki, ifade hürriyeti sınırsız değildir. Temel hakları kullanırken, genellikle eş zamanlı olarak bir başkasının hakkı da ihlal edilebilir. Sosyal ağlarda oluşturulan içerikler ve yapılan paylaşımlar ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilirken üç kriter esas alınmalıdır. Bunlar; söz konusu ifadeyi anlama, yorumlama ve yarışan – çelişen hakları tartmadır²⁵. Normun yorumlanması ve uygulanmasının diğer iki düzeyinde, ifade hürriyeti ile çelişen yasal konular arasında bir denge kurulmalı ve temel haklar üzerinde aşırı kısıtlamalardan kaçınılmalıdır.

Sosyal medyanın açık ve sınırsız iletişimi kolaylaştırması ve siyasi katılımı artırması takdir görmekle birlikte kamu düzenini ihlal edici ve hatta devlete karşı isyan başlatma noktasında merkezi bir araç haline geldiği ortadadır. Utanç verici, nefret dolu, aşırıcılığı ve şiddet içeriklerini ve hatta terörist eylemleri işlemek için canlı yayın aracı oldukları da görülür²⁶. Toplumun huzur ve sükununu bozacak şekilde daha da özelde toplumu terörize edecek şekilde kendi düşüncelerine taraftar toplamak veya taraftarlarına suç işletmek amacıyla sosyal medyanın araç olarak kullanılmasının ötesinde silah(!) olarak kullanıldığı eleştirileri yapılır²⁷. Sosyal ağların sadece iletişim platformları olmadığı, görüş alışverişi ve görüş oluşturmaya önemli ölçüde değiştirdiği ve etkilediği konusunda uzun zamandır fikir birliği mevcuttur. Bunun sebebi esasında internetin ve internet ortamının özellikleridir. Anonimlik, takma ad ve yüze karşı iletişim eksikliği, sosyal ve politik tartışmaları sadece hızlandırmakla kalmaz, aynı zamanda bu yöndeki söylemlerin suç teşkil etmesine de yol açar²⁸.

Örgütlenme hürriyetinin sınırlandırılmasında uluslararası insan hakları standartlarına uygun hareket edilmesi gerekir²⁹. Esasında ifade hürriyetinin sınırlandırılmasıyla ilgili genel sınırlama ilkeleri internet ortamında da uygulanmalıdır. Bununla beraber, AİHM, internetin mahiyeti itibarıyla yazılı basından farklı olduğuna işaret etmiştir. İnternetin etki alanı ve hızı dikkate alındığında sosyal medyanın büyük bir potansiyele sahip olduğu görülecektir. Bu sebeple yazılı basından daha farklı politikalara ve araçlara ihtiyaç vardır³⁰.

25 Hilgendorf, Frank and Valerius (n 2) 8.

26 Tschorr Sophie, 'Soziale Netzwerke als Akteure für ein „besseres“ Internet?' (2021) MMR 204.

27 Catarina Katzer, *Cybermobbing – Wenn das Internet zur Waffe wird* (Springer 2014) 3, 4.

28 Sophie (n 26) 205.

29 Ardıç (n 20) 224.

30 ibid 224.

İfade hürriyeti düşünceyi korkmadan, engellenmeden açıklama ve yayma özgürlüğünün yanı sıra bu düşünceler çerçevesinde örgütlenme ve kişi toplulukları oluşturma hakkını da kapsar. Demokrasilerde vatandaşların bir araya gelerek ortak amaçları izleyebileceği örgütlerin varlığı sağlıklı bir toplumun önemli bileşenidir³¹.

Hükümetler tarafından farklı yorumlanan ve farklı tepkiler gerektiren üç ifade türünün kesin bir şekilde birbirinden ayrılması gerekir³².

Bunlar; “a) uluslararası hukuk çerçevesinde suç teşkil eden ve ceza kovuşturmasına konu olabilen ifadeler,

b) ceza hukuku kapsamında cezalandırılmayan, ancak bir kısıtlama ve hukuk davası için gerekçe oluşturabilen ifadeler,

c) ceza ya da medeni hukuk kapsamında yaptırımlara yol açmayan, ancak yine de başkalarına karşı hoşgörü, nezaket ve saygı açısından sorun teşkil eden ifadeler.

Hükümetler (a) kategorisine giren içeriği yasaklamakla yükümlüdür. Bu kategoride uluslararası hukukun yasakladığı şu tür ifadeler yer alır. Bunlar;

“ – çocukların cinsel istismarına ilişkin görüntüler (çocukların haklarının korunması),

– ayrımcılığı, düşmanlığı ya da şiddeti teşvik anlamına gelecek düzeyde ulus, ırk ya da din temelli nefretin savunulması (başkalarının haklarının, örneğin yaşam hakkının korunması),

– soykırım yapmak için doğrudan ve kamusal teşvik (etkilenen toplulukların haklarının korunması),

– terörizmi teşvik”tir³³.

İnternet ortamındaki içeriğin yasaklanmasıyla ilgili alanlar ülke mevzuatımızda suç teşkil eden fiillere karşılık gelir.

İnternetin anonimliğiyle birlikte sosyal medya kullanıcılarının davranışlarının suç teşkil eder bir hal aldığı ve cezai sorumluluk eşğine kadar çıktığı artık gözlemlenebilir bir hal almıştır³⁴. İşlenen suçlar bakımından yaşanan en büyük güçlük ise internette anonim olarak hareket eden³⁵ failin kimliğini belirlemede yaşanır.

IV. SOSYAL MEDYADA ÖRGÜTLENME HÜRRIYETİYLE BAĞLANTILI SUÇ TİPLERİ

A. GENEL BİLGİLER

Son yıllarda sosyal medyada dijital aktivizm adı altında suç teşkil eden içerikleri oluşturma ve yayma faaliyetlerine sıklıkla rastlanmaktadır. Sosyal medyada ifade hürriyeti ile gündeme gelen dijital aktivizm, kötü niyetli kimseler tarafından özellikle suç işlemek amacıyla kurulan örgütlere

31 Anayasa Mahkemesi, 2014/13961 sayı ve 9.10.2019 tarihli bireysel başvuru kararı (Resmi Gazete: 8.11.2019, Sayı: 30942)

32 Benedek and C. Kettmann (n 5) 76.

33 ibid 77.

34 Philipp Eckel and Christian Rottmeier, “Liken als Haten”: Strafverfolgung von Hatespeech in Sozialen Netzwerken’ (2021)1 NStZ 2.

35 İnternetteki anonimlik, fiziksel yokluk ve denetimsizlik özellikle sosyal ağ kullanıcılarının dilediği gibi davranmasına neden olur.

üye kazandırmak, bu örgütlerin propagandasını yapmak ve örgüte finansman sağlamak maksadıyla kullanılabilir. Bununla birlikte kanunlara uymamaya ve suç işlemeye tahrik ile suçu ve suçluyu övmeye suçunun da işlendiği görülmektedir.

5237 sayılı TCK'nın "Kamu Barışına Karşı Suçlar" bölümünde düzenlenen suçlarla kamu barışı korunur. Toplumlar, din, mezhep veya coğrafi köken yönünden farklılıklar gösterir. Bu farklılıkların kötü niyetli kişiler tarafından iletişim ve haberleşmenin merkezi haline gelen sosyal ağlar aracılığıyla istismar edilmesi, kamu barışına karşı suçlarla yaptırım altına alınmıştır. Sosyal medyada örgütlenme hürriyeti kapsamında işlenen suçlar elbette kamu barışına karşı işlenen suçlarla sınırlı değildir. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda örgüt propagandası, örgüte finans sağlanması ve örgüte üye kazandırılması şeklinde suçların işlenmesine de rastlanmaktadır. Bununla birlikte internetin ve sosyal ağların suçun işlenmesini önlemek ve istihbarat toplamak gibi faaliyetlere katkı sunduğunu ve terör eylemlerinin kovuşturulması için delil elde edilmesindeki rolü de göz ardı edilmemelidir³⁶.

Aşağıda sosyal medyada örgütlenme hürriyeti adı altında işlenen suç tipleri hakkında bilgi verilecektir.

B. ÖRGÜT PROPAGANDASI YAPMA VE ÖRGÜTE ÜYE KAZANDIRMA

Eleştiri ve haber verme sınırlarını aşır bir fikre taraftar kazanmayı ve fertlerin tutumları üzerinde kontrol kurmayı hedefleyen propaganda faaliyetleri, fikirlerin açıklanması ve yayılması hürriyeti içerisinde yer alır. Propaganda faaliyetlerinde tek sınır, şiddet kullanımına ortam hazırlanmaması ve şiddet kullanılmamasıdır. Öyle ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir basın suçundan dolayı gazetecilere hapis cezası verilebilmesini ancak nefret söylemi ya da şiddete teşvik şeklindeki temel hakların ciddi şekilde ihlal edilmesi şartına bağlamıştır³⁷.

AlHM, Leroy/ Fransa davasında yerel bir gazetede yayımlanan karikatürler yoluyla terörizmin yüceltilmesini ve terör propagandası yapılmasını ifade hürriyetinin koruması alanında görmemiş ve gazetenin tirajı düşük olmasına rağmen ihlalin ciddiyetini ve internetin doğasını dikkate alarak sınırsız erişilebilirlik sağladığına vurgu yapmıştır³⁸.

Aşırılıkçı propagandalar ve toplumda bulunan ayrıştırıcı bakış açısı ile mücadele etmek hayli zordur. Belirli bir içeriğe sahip ve bu nedenle suç sayılan ifadeler, aşırılığı ortaya çıkaran propagandalar olarak cezalandırılabilir. Aşırılık yanlısı propagandalarla, birçok devletin karşı karşıya olduğu da unutulmamalıdır. Özellikle devletlerin bireysel olarak ceza kanunları kapsamında öngörmüş oldukları suç unsurları, soruşturma evreleri gibi temel farklılıklar nedeniyle uluslararası iş birliğinin sağlanamadığı görülür³⁹. Bu nedenle özellikle sınır ötesi internet çağında bulunduğumuz hususu göz önüne alınarak, anılan suç ile mücadele etmek açısından, farklı ulusal makamlar tarafından koordineli

36 United Nations Office on Drugs and Crime, The use of the Internet for terrorist purposes (2012) 133.

37 Benedek and C. Kettemann (n 5) 45.

38 *Leroy v Fransa* App no 36109/03 (ECtHR, 2 October 2008) ibid 79.

39 Hilgendorf, Frank and Valerius (n 2) 124.

bir biçimde ceza soruşturmalarının yapılması suçun tespiti açısından küresel bir öneme sahiptir⁴⁰. Özellikle suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgütler; kamu düzenini bozacak, toplumda kin ve düşmanlığa sebebiyet verecek şekilde cebir ve şiddet meydana getirici aşırı düşüncelerini açıklarken/yayarken bilgi ve iletişim teknolojisinin modern ve geniş imkanlarını çıkarları doğrultusunda kullanıp örgüt propagandası yapmaktadır⁴¹.

Yargıtay 3. CD'nin 15.12.2021 tarih ve 4040/10638 sayılı kararında, örgüt mensuplarının sosyal medya hesabında gerçekleştirdiği paylaşımların propaganda suçuna sebebiyet verebilmesi için terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek ya da övecek, bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek nitelikte olması şartından bahsedilmiştir.

Sosyal medyada rahatlıkla örgütlenilebilmek örgütlü suçların işlenmesine de zemin hazırlar. Özellikle suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda örgütün kurucuları ve yöneticileri, örgüte üye toplamak ve finansman sağlamak maksadıyla bir iletişim aracına ihtiyaç duyar⁴². Terör örgütleri ve destekçileri de internet ve sosyal medyayı eylemlerini finanse etmek için kullanır⁴³.

İnternetin anonim yapısı ise örgütlü suçlarla mücadeleyi zorlaştırır. Sosyal medyada örgütlü suçlarla ilgili propagandalara ve radikal düşüncelere sahip kişilerin söylemlerine engel olunamaması bu durumu teyit etmektedir. Bu durum karşısında bilişim dünyasının lokomotifleri olan hizmet sağlayıcıları Facebook⁴⁴, Twitter, YouTube ve Microsoft bir araya gelerek Terörle Mücadelede Küresel İnternet Formu'nu (*Global Internet Forum to Counter Terrorism-GIFCT*) kurmuştur⁴⁵. GIFCT'in amacı terörist faaliyet yürütenlerle şiddet yanlısı aşırılıkçı grupların dijital platformları istismar etmesini engellemek ve aynı grupların içeriklerinden sosyal ağları korumaktır. Yine konuyla ilgili Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 9.12.2015 tarih ve S/RES/2250 sayılı kararında, küreselleşmiş bir toplumda teröristlerin ve destekçilerinin; yeni bilgi ve iletişim teknolojilerini, özellikle de interneti, gençleri terör eylemleri yapmaya teşvik etmek, terör eylemlerini finanse etmek ve planlamak amacıyla artan kullanımı konusundaki endişelerden bahsedilmiştir.

40 ibid 124.

41 ibid 125.

42 Cüneyt Yüksel, 'Uluslararası Hukukta İnternet ve Sosyal Medyanın Terörist Amaçlarla Kullanılmasına Karşı Mücadele ve Çözüm Önerileri' (2020) 40(2) Public and Private International Law Bulletin 1092.

43 Terörizmin finansmanı, terör eylemi gerçekleştirme amacıyla olanların, faaliyetlerini sürdürebilmeleri için gerekli olan maddi kaynakları sağlama veya sağlanmasına yardımcı olma olarak tanımlanabilir. Terörizm, varılacak siyasi sonuç ne olursa olsun, var olan siyasi yapıyı değiştirmek ve belirli kazanımlar elde etmek amacıyla sistematik olarak şiddet uygular. Bu yapılar, genellikle halkın refah düzeyinin gelişmediği, ekonominin kötü olduğu ve siyasi istikrarsızlığın bulunduğu yerlerde eylem gerçekleştirir. Terör örgütleri kendilerini finanse etmek amacıyla ticari faaliyetlere önem verir. Alan B. Krueger, *What Makes a Terrorist, Economics and the Roots of Terrorism* (Princeton University Press 2007) 14.

44 Facebook Topluluk Standartları'nda, sosyal ağ sitesi, kamu güvenliğine yönelik tehditler olarak görülen içerikleri kaldırma ve emniyet teşkilatlarıyla birlikte çalışma taahhüdünde bulunur ve terörist faaliyetler ya da şiddet içeren suç faaliyetlerinde bulunan kuruluşların sitemizde var olmasına izin vermeyeceğini belirtmiştir. Bkz. Facebook, Community Standards (Topluluk Standartları) <www.facebook.com/communitystandards> accessed 15 March 2022.

45 GIFCT, teröristlerin ve şiddet yanlısı aşırılık yanlılarının dijital platformlardan yararlanmasını önlemek için tasarlanmış bir sivil toplum kuruluşudur. Facebook, Microsoft, Twitter ve YouTube tarafından 2017 yılında kurulan Forum, üye şirketler arasında teknik iş birliğini teşvik etmek, araştırmaları iletirmek ve bilgiyi çok sayıda platformla paylaşmak amacıyla kurulmuştur.

İnternetin terörizmi ve şiddeti ön plana çıkaran aşırı yönü, toplumları her alanda tehdit etmektedir. Mart 2019'da Yeni Zelanda'daki cami saldırısını canlı yayınlayan failin videosunun viral⁴⁶ olması tehdidin boyutunu ortaya koyar niteliktedir⁴⁷.

Günümüzde sosyal ağlarda sıklıkla işlenen suçlardan biri de örgüte üye kazandırma amaçlı faaliyetlerdir⁴⁸. Özellikle sahte ve şifre korumalı hesaplarla veya sınırlı bir erişim imkanı ile oluşturulan platformlarla çok sayıda kişiye erişilmekte ve örgütlenme hürriyeti adı altında kişilerin örgüte sempati duyması amaçlanmaktadır. Sosyal medya, örgüte üye kazandırma noktasında çocuklar üzerinde çok daha etkilidir. Bilgisayar oyunlarının veya müzik videolarının sosyal ağlarda paylaşılması ve içeriklerinin suç örgütleri ile irtibatlı olması gençleri ve çocukları örgüt üyeliğine sürüklemektedir⁴⁹.

Belirtmek gerekir ki kamu düzenini ve kamu barışını tesis için terörle mücadele yasalarında ortaya çıkan artış, bireylerin ifade hürriyeti üzerinde bir baskı aracı haline gelmemelidir. Alelade her açıklamanın terörü ve terörizmi övücü ve teşvik edici olarak görülmesi bireylerin demokratik haklarını önemli ölçüde sınırlar⁵⁰. Devletin, halkı terör tehditlerinden korumakla yükümlü olduğu gerçeğinden hareketle kamu düzenini ve ulusal güvenliği korumak için ifade hürriyetinin sınırlandırılması kabul edilmekle birlikte, alınan tedbirlerin birçoğunun geniş kapsamlı olması da endişe vermektedir. Belirsiz ve geniş bir "terörizm" tanımının kabulü meşru siyasi ve sosyal protestoları bastırmanın aracı haline gelebilir⁵¹. İşte bu sebeplerle internet ve sosyal medyadaki örgüte üye kazandırma ve örgüt propagandası yapılan içeriklerle mücadele ile ifade hürriyetinin korunması arasındaki dengenin iyi kurulması gerekir⁵².

C. SUÇ İŞLEMeye VE KANUNLARA UYMAMAYA TAHİRİK

Sosyal ağlarda kamu barışına karşı işlenen suçların başında suç işlemeye tahrik gelir⁵³. Sosyal medyada yer alan ifadeler ve oluşturulan içerikler kamu barışı için yakın bir şiddet eylemini tahrik edecek ve ifade hürriyetinin sınırlarını aşacak nitelikte ise örgütlenme hürriyeti kapsamında değerlendirilmez. Kamu barışına karşı suçlarla nefret duygularını uyandıran ve böylece şiddet ve saldırgan suçların işlenmesine yol açabilecek eylemler suç olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu, belirli nüfus

46 Viral, sosyal medya platformlarında bir içeriğin kontrolsüz şekilde internet ortamında paylaşılması, yayılması anlamına gelir.

47 <<https://gifct.org/about/>> accessed 15 March 2022.

48 Yüksel (n 42) 1098.

49 ibid 1099.

50 Submission to ICJ Panel of Eminent Jurists on Terrorism, Counter-Terrorism and Human Rights– Article 19 (2006) <<http://www.article19.org>> accessed 18 March 2022.

51 ibid 1.

52 Yüksel (n 42) 1103.

53 Suç tipi, TCK'nın 214 üncü maddesinde, "(1) Suç işlemek için alenen tahrikte bulunan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Halkın bir kısmını diğer bir kısmına karşı silahlandırarak, birbirini öldürmeye tahrik eden kişi, onbeş yıldan yirmidört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Tahrik konusu suçların işlenmesi halinde, tahrik eden kişi, bu suçlara azmettiren sıfatıyla cezalandırılır" şeklinde düzenlenmiştir.

gruplarına karşı düşmanca eylemlerde bulunma istekliliğini artırabilecek bir sosyal iklimi önlemeye çalışır. Bu suçlar bir yandan kamu düzenini ve toplum huzurunu korumaya çalışırken diğer yandan bireyin onurunu korumayı amaçlar⁵⁴.

Sosyal ağlar marifetiyle işlenen suçlardan biri de kanunlara uymamaya tahrik suçudur⁵⁵. Tahrik sözlükte, “bir kimseyi, kötü bir iş yapması için harekete geçirme, kışkırtma” anlamına gelir⁵⁶. Kanunlara uymamaya tahrik suçunun oluşması bakımından, tahrikin itici bir özelliğe sahip olması, etkili ve inandırıcı bir çağrı içermesi şarttır. Ayrıca tahrik edici içerikle ulaşılmak istenen amacın açıkça belirtilmesi gerekir. Açıkçası bu duruma sosyal ağlarda sıklıkla rastlanmaktadır. Oldukça fazla takipçi sayısına sahip hesaplardan yayılan içerikler çok kısa sürede çok fazla kişiye ulaşabilmektedir. Buna bir de paylaşımda bulunan kişinin toplumdaki etkinliği ve rolü dahil edildiğinde içeriğin etki alanı daha da genişlemektedir.

Sosyal medyada suç işlemeye tahrik niteliği olan bir ifadenin kamu barışı bakımından yakın bir şiddet eylemini tahrik etme ihtimali varsa, bu ifadeyi kitlelere ulaştırma bakımından kullanılan araçları hukuka aykırı görmek gerekir. Örneğin, sivil toplum örgütlerinin sosyal medya üzerinden açıkladığı, terör eylemlerini tahrik edici ifadeleri, demokratik bir talep olmadığından tahrik suçu kapsamında değerlendirilmelidir⁵⁷. Nitekim, Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin 5 inci maddesinin 1 inci paragrafında, bir terör suçunun işlenmesine alenen teşvik, “terör suçunun işlenmesini teşvik niyetiyle, böyle bir eylemin dolaylı olsun veya olmasın terör suçlarını savunarak, bir veya birden fazla bu tür bir suçun işlenmesi tehlikesine yol açacak bir mesajın kamuoyuna yayılması veya başka bir şekilde sunulması” şeklinde tanımlanmıştır. Tanımda terör suçunun işlenmesini teşvikle ilgili kamuoyuna mesaj yaymadan açıkça bahsedilmektedir. Bugün itibarıyla bu konuda sosyal medyanın etkinliği göz ardı edilmemelidir. İfade hürriyeti kapsamında sosyal ağlarda masum gibi görünen açıklamalar, esasında halkın bir kesimini diğerine karşı kışkırtıcı nitelikte olabilmektedir. Sosyal ağların bu suç bakımından “aleniyet” şartını sağladığını da ifade etmemiz gerekir.

Kamu barışına karşı suçlar arasında yer alan ve ifade hürriyetiyle birlikte değerlendirilmesi gereken bir diğer suç tipi suçu ve suçluyu övmedir. Özellikle terör eylemlerini ve bu eylemleri gerçekleştirenleri destekleyici, övücü ve hatta bunları meşru gösterecek ifadelere ve paylaşımlara sosyal ağlarda yer verilmesi yukarıda ele aldığımız suç tipleri gibi kamu barışını bozar.

54 Hilgendorf, Frank and Valerius (n 2) 126.

55 Suç tipi, TCK'nın 217 nci maddesinde; “(1) Halkı kanunlara uymamaya alenen tahrik eden kişi, tahrikin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir.

56 <<https://sozluk.gov.tr>> (Erişim Tarihi 18 Mart 2022).

57 Yüksel (n 42) 1097.

V. SUÇ TEŞKİL EDEN İÇERİK NEDENİYLE HİZMET SAĞLAYICILARIN CEZA SORUMLULUĞU

Sosyal medyanın kamuya karşı sorumluluklarının kapsamı belirlenirken hizmet sağlayıcılarının işinin çok zor olduğunu belirtmemiz gerekir. Sosyal medya kullanıcılarının, karalayıcı ve aşağılayıcı içerikleri beğenme ve paylaşma konusundaki ceza sorumluluğu, bu içeriklerin silinmemesi durumunda sosyal ağ hizmet sağlayıcılarının ceza sorumluluğunun tartışılmasına da neden olur⁵⁸. Ancak sosyal medya platformlarının işlenen suçlarla ilgili hesap verilebilirlik açısından geleneksel medyadan farklı olduğu göz ardı edilmemelidir. Geleneksel medyada yapılan yayınlardan hem gerçek kişileri hem de tüzel kişileri sorumlu tutabilirken, Twitter ve Facebook gibi sosyal medya platformları, merkezlerinin yabancı ülkede olmasından istifade ederek sorumluluktan kaçabilmektedir⁵⁹.

Kullanıcı, sosyal ağda tam sorumlulukla ve sağlayıcının herhangi bir dahli olmadan, iletişim alanı olan sosyal ağlara uygun bir şekilde içerik oluşturmalıdır. Üçüncü kişilerin bilgilerini depolayan ana hizmet sağlayıcıları olan portal operatörleri, kullanıcılarının suç niteliğindeki gönderilerinin seyri üzerinde yalnızca sınırlı kontrole sahip oldukları ve bunlarla ilgili herhangi bir öznel çıkar gözetmeksizin hareket ettikleri için ihmal suretiyle işlenen suçlara yardım eden olarak sorumlu tutulabilir⁶⁰. Bu sebeple sosyal medya platformlarını yöneten kimselerin işlenen suçlara iştirak ettiği ve cezai sorumluluklarının bulunduğu söylenebilir⁶¹. Bilgisi dahilinde olmasına rağmen, yasadışı içeriği kaldırmayan veya zamanında silmeyen hizmet sağlayıcılarının garantör niteliğinin bulunması, ceza hukukunda sorumluluğu gerektirir⁶².

Özellikle otoriter rejimlerde, siyasi düşünceleri açıklamaya yönelik baskıların varlığı, kişilerin kendini ifade edememesine neden olur. Bu durum sosyal ağ kullanıcılarını anonim kalmaya zorlar. Bu sebeple ifade hürriyetinin dijital ortamda kullanılmasında anonim kalma hakkı önemli bir yere sahiptir⁶³. Kullandığı ifadeler ve sosyal medyadaki örgütlenmeler nedeniyle yaptırıma maruz kalacağını düşünen kişiler, adli makamların çalışmalarıyla yakalanacaklarını bilseler de anonim kalmayı tercih eder. Bununla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Delfi/Estonya kararında; internette, düşüncelerin ve bilgilerin serbest akışının önemli bir ölçüde artmasını sağlayacak nitelikte, anonim kalmanın önemine işaret etmiştir⁶⁴.

Belirtelim ki kolluk kuvvetleri internette anonim olarak hareket eden failin kimliğini belirleme zorluğuyla karşı karşıyadır. Sosyal medyada işlenen suçlarla ilgili yapılan soruşturmalarda genellikle failin internette bıraktığı veri izleri takip edilir. Bu veriler, failin sosyal ağa kaydolurken sakladığı verilerdir. Belli bir formatta alınan bu veriler; isim, adres, doğum tarihi ve e-posta adresinden

58 Eckel and Rottmeier (n 34) 2.

59 Ardiç (n 20) 222.

60 Eckel and Rottmeier (n 34) 2.

61 Neema Hakim, 'How Social Media Companies Could Be Complicit in Incitement to Genocide' (2020) 21(1) Chicago Journal of International Law 104.

62 Eckel and Rottmeier (n 34) 5.

63 Ardiç (n 20) 223.

64 *Delfi AS v Estonya* App no 64569/09 (ECtHR, 16 June 2015)

oluşur. Ücretsiz faydalanılan uygulama ve hizmetlerde bu verilerin güvenilir olmadığı görülür. Çünkü verilerin doğrulanmadığı ve genellikle hayali olduğu tespit edilir. Bu sebeple ağ kullanılırken üretilen veriler, yani fail tarafından kullanılan IP adresi, soruşturmalar bakımından umut verici bir araştırma sunar⁶⁵. Suçla ilgili içeriğin sosyal ağ sağlayıcıları tarafından adli makamlara iletilmesinin önemi de burada ortaya çıkar. Bu durum bir sosyal ağın internet tabanlı diğer tüm işlevleri için de geçerli olmalıdır (paylaşma, beğenme, yorum yapma gibi)⁶⁶. Freedom House tarafından 2021 yılında yayımlanan raporda, hükümetlerin internet kullanıcılarının yaptıklarını izlemeyi ve gözetlemeyi kolaylaştırıcı düzenlemeler yaptığı belirtilmiştir⁶⁷.

SONUÇ

İfade hürriyeti ile örgütlenme hürriyeti bağlamında suç teşkil eden davranışlar arasındaki gerilimin sosyal medya marifetiyle belirgin bir biçimde daha da arttığı gözlemlenmektedir. Sosyal medyada örgütlenme hürriyeti adı altında suç teşkil eden içerik yayma faaliyetlerinin önlenmesi bakımından öncelikle hizmet sağlayıcıların bahse konu içerikleri engellemesi ve kaldırması gerekir. Bu konuda uluslararası iş birliğine de ihtiyaç vardır. Çünkü internetin merkezi olmayan ve sınır ötesi karakteri, ulusal sınırların anlamsızlaşmasına neden olmuştur.

İnternet ortamında ve sosyal ağlarda ulusal kolluk kuvvetlerinin soruşturma yetkileri ile hala kendi bölgelerine bağlı olmaları, siber suçlara karşı etkin bir mücadelenin önünde engel teşkil eder. Geleneksel adli yardım prosedürlerine başvurulması, bürokratik süreçlerin uzamasına ve en önemlisi verilerin değişmesine sebebiyet verir. Elektronik deliller soruşturma tamamlanana kadar değiştirilebilmekte, silinebilmekte veya kaldırılabilir. İnternetteki yasa dışı içerik veya davranışlara karşı mantıklı ve umut verici bir mücadele, düşüncemize göre ancak küresel iş birliğiyle mümkün olur.

İnternette anonim alan oluşturulması örgüt propagandası, örgüte üye kazandırma ve kamu barışına karşı suçların işlenmesine zemin hazırlamaktadır. İnternetteki dolaşıma katılmak, veri aktarmak veya indirmek, e-posta göndermek, iletişim kurmak gibi günlük eylemler yalnızca internet sağlayıcılarının hizmetlerinin kullanılması ile mümkündür. Bu sebeple hukuka uygunluk sebebi olan ifade hürriyetinin sınırlarını aşan ve suç teşkil eden fiiller yönünden internet sağlayıcılarının da sorumlu olduğunu belirtmemiz gerekir. Ayrıca sosyal ağ hizmet sağlayıcılarının sorumlulukları ve bu ağlarda işlenen suçlarla ilgili sağlıklı bir değerlendirme yapmak için hem maddi hem de şekli ceza hukukunun yeterli olmadığını, internetin sınır ötesi doğasına uygun olarak uluslararası hukukun da önemli olduğunu belirtmemiz gerekir.

Devlet, kamu düzeninin korunmasına katkı sağlamak amacıyla sosyal ağ sağlayıcılarına bir sorumluluk pelerini giydirerek ancak dolaylı olarak müdahale etmeye çalışır. Kamu düzeni bağlamında, sadece nefret söyleminin, iftiranın veya hakaretin önlenmesi değil, aynı zamanda terörizmin propagandası,

65 Eckel and Rottmeier (n 34) 6.

66 ibid 9.

67 Adrian Shahbaz and Allie Funk, *Freedom on the Net 2021: The Global Drive to Control Big Tech*, Freedom House Report (Freedom House 2021) 2.

aşırılık yanlısı ve halkı kanunlara uymamaya tahrik ve teşvik bağlamındaki suçların yayılmasının da önlenmesi gerekir. Bu bağlamda bir hukuka uygunluk sebebi olarak sosyal medyada örgütlenme hürriyetinin sınırını yukarıda zikrettiğimiz suçlar tayin edecektir. Bahse konu suçların örgütlenme hürriyeti adı altında işlenmesine müsaade edilmemelidir.

KAYNAKÇA

- Ardıç Z, 'Sosyal Medyaya İnsan Hakları Perspektifinden Bakış: İfade Özgürlüğünün Sınırlanması' in (edr) Şerafettin Ekici, Ekrem Solak, Muhammed Emre Avşar, *Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı* (Adalet 2021).
- Benedek W and C.Kettemann M, *İfade Özgürlüğü Ve İnternet, Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi* (2013).
- Coe P, 'The Social Media Paradox: An Intersection With Freedom Of Expression And The Criminal Law' (2015) 24(1) *Information & Communications Technology Law* 16-40.
- Doğanoğlu AE, 'Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Atipik Örgütlenmeler' (2016) 47 *The Turkish Yearbook of International Relations* 79-104.
- Eckel P and Rottmeier C, "Liken als Haten": Strafverfolgung von Hatespeech in Sozialen Netzwerken' (2021)1 *NStZ* 1-18.
- Esser R, *Strafrechtliche Aspekte der Social Media Rechtshandbuch Social Media*, (Springer-Verlag 2015).
- Gencer Y, 'Sosyal Medya Ağlarında Örgütlenme: Dijital Aktivizmin Toplumsal Dönüşüme Yansımaları' (2015) 2(2) *E-Journal of Intermedia* 505-522.
- Hakim N, 'How Social Media Companies Could Be Complicit in Incitement to Genocide' (2020) 21(1) *Chicago Journal of International Law* 83-117.
- Hilgendorf E, Frank T and Valerius B, *Computer – und Internetstrafrecht* (Springer-Verlag 2005).
- Karan U, *Örgütlenme Ve Toplanma Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 3* (2018).
- Katzer C, *Cybermobbing – Wenn das Internet zur Waffe wird* (Springer 2014).
- Kırık A.M ve Özcan A, 'Bir Dijital Aktivizm Örneği Olarak Akıllı Ağ Çeteleri (Smart Mobs)' 2014 5(14) *AJIT-e: Online Academic Journal of Information Technology* 61-78.
- Krueger Alan B., *What Makes a Terrorist, Economics and the Roots of Terrorism* (Princeton University Press 2007).
- Paulos B ve Çelik S, 'İfade Özgürlüğü Teorisi Işığında Sosyal Medyada Nefret Söylemini Düzenlemenin Zorlukları', (2021) 11(1) *SDÜHFD* 97-133.
- Shahbaz A and Funk A, *Freedom on the Net 2021: The Global Drive to Control Big Tech, Freedom House Report* (Freedom House 2021).
- Sophie T, 'Soziale Netzwerke als Akteure für ein „besseres“ Internet?' (2021) *MMR* 204-208.
- Submission to ICJ Panel of Eminent Jurists on Terrorism, Counter-Terrorism and Human Rights– Article 19 (2006).
- United Nations Office on Drugs and Crime, *The use of the Internet for terrorist purposes* (2012).
- Urhan Torun B, 'Sosyal Medyada #Hashtag Aktivizmi: #Alsicebucketchallenge Örneği' (2019) 5(16) *Social Mentality and Research Thinkers Journals* 372-380.
- Yüksel C, 'Uluslararası Hukukta İnternet ve Sosyal Medyanın Terörist Amaçlarla Kullanılmasına Karşı Mücadele ve Çözüm Önerileri' (2020) 40(2) *Public and Private International Law Bulletin* 1089–1112.

Vakıf Yükseköğretim Kurumlarında Görev Yapan Personel Hakkında Ceza Soruşturması Yürütülmesi Usulü

Procedure for Conducting Criminal Investigation on Personnel Working in Foundation Higher Education Institutions

Sinan Seçkin* 

ÖZ

Ülkemizde kamu görevlilerinin işledikleri iddia edilen suçlar hakkında ceza soruşturmasına tabi tutulması özel usullere bağlı kılınmıştır. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin c fıkrası uyarınca, 2547 sayılı Kanuna tabi olan personelin görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar bakımından özel ceza soruşturma usulü benimsenmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi ve Danıştay, vakıf yükseköğretim kurumu personelinin, bu kapsama girmediği hususunda kararlar vermişlerdir. Bunun yanında 6764 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle ise vakıf üniversitesi rektör ve rektör yardımcıları bu kapsama alınmıştır. Bu bağlamda çalışmada yargı organlarının konuya ilişkin kararları göz önünde tutularak, vakıf yükseköğretim kurumu personelinin hukuki statüsü değerlendirilmiş ve 2547 sayılı Kanunda düzenlenen özel ceza soruşturma usulüne ilişkin kapsam ve ceza soruşturması yürütülmesi usulü incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ceza Soruşturma Usulü, Kamu Görevlisi, Öğretim Elemanı, Vakıf Üniversitesi, Yükseköğretim

ABSTRACT

In our country, it is made dependent on special procedures for public officials to be subjected to criminal investigation for their alleged crimes. Pursuant to paragraph c of Article 53 of the Higher Education Law numbered 2547, a special criminal investigation procedure has been adopted for the crimes alleged to have been committed by the personnel subject to the Law numbered 2547 due to their duties or while performing their duties. However, the Constitutional Court and the Council of State have decided that the personnel of foundation higher education institutions are not included in this context. In addition, with the amendment made by Law No. 6764, foundation university rectors and vice-rectors were included in this scope. In this sense the legal status of the personnel of the foundation higher education institution has been evaluated, taking into account the decisions of the judicial organs on the subject and the scope of the special criminal investigation procedure regulated in the Law No. 2547 and the procedure for conducting the criminal investigation were examined.

Keywords: Academics, Criminal Procedure, Foundation University, Higher Education, Public Official

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, ORCID ID: 0000-0001-9540-9682.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Sinan Seçkin

E-posta/E-mail: sseckin@medipol.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 04.03.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 18.05.2022

GİRİŞ

Anayasanın 129. maddesinin son fıkrasında yer alan “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.*” düzenlemesi ile memur ve diğer kamu görevlilerinin ceza yargılaması idarenin iznine bağlı kılınmıştır. Nitekim tarihsel süreç içerisinde de farklı usuller benimsenmekle birlikte, Türk hukukunda kamu görevlilerinin özel ceza soruşturma usulüne tabi tutulması söz konusu olmuştur. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nda da yükseköğretim personeli bakımından özel ceza soruşturma usulü olarak soruşturma (tahkik) usulü benimsenmiştir.

Anayasanın 130. maddesinde ise kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabileceği ve vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarının, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tabi olacağı düzenlenmiştir.

Bu bağlamda vakıf yükseköğretim kurumları, ülkemizin yükseköğretim sistemi içerisinde önemli bir yer tutmaktadır. Buna göre ülkemizde toplam 127 devlet üniversitesi, 73 vakıf üniversitesi, 4 bağımsız vakıf meslek yüksekokulu olmak üzere toplam 204 yükseköğretim kurumu bulunmaktadır¹. Devlet üniversitelerinde 153.465, vakıf üniversitelerinde 28.666 ve bağımsız vakıf meslek yüksekokullarında 250 olmak üzere toplam 182.384 öğretim elemanı, yükseköğretim kurumlarında görev yapmaktadır². Dolayısıyla öğretim elemanlarının yaklaşık 1/6’sı vakıf yükseköğretim kurumlarında istihdam edilmektedir.

Bununla birlikte 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 53. maddesinin c fıkrasında düzenlenen özel ceza soruşturma usulü kapsamına vakıf yükseköğretim kurumlarında görev yapan personelin – özellikle öğretim elemanlarının – girip girmediğine ilişkin uygulamada farklılıklar olduğu görülmektedir. Nitekim 02.12.2016 tarih ve 6764 sayılı Kanun ile 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinin c fıkrasında yapılan değişiklikle vakıf yükseköğretim kurumu rektör ve rektör yardımcılıyla ilgili düzenleme yapılması, bu konunun diğer personel bakımından değerlendirilmesini de gerekli kılmaktadır. Bu sebeple, başta konuya ilişkin yargı içtihatları olmak üzere, doktrinindeki görüşler de incelenerek, anılan düzenlemenin vakıf yükseköğretim kurumları bakımından uygulama alanı tespit edilmeye çalışılmıştır.

Bu çerçevede ilk olarak kamu görevlilerine ilişkin ceza soruşturması yürütülmesinde uygulanan özel usullerden bahsedilecektir. İkinci olarak ise 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53. maddesinin c fıkrasında yer alan düzenlemenin, vakıf yükseköğretim personeli hakkında uygulama alanı incelenecektir.

1 <https://istatistik.yok.gov.tr/> Erişim Tarihi 12 Ocak 2022.

2 <https://istatistik.yok.gov.tr/> Erişim Tarihi 12 Ocak 2022.

I. KAMU GÖREVLİLERİ HAKKINDA CEZA SORUŞTURMASI YÜRÜTÜLMESİ USULÜ

Günümüzde Devlet, daha teknik ifadeyle idare tarafından birçok toplumsal ihtiyaç karşılanmaktadır. Bu toplumsal ihtiyaçların karşılanmasına yönelik idari faaliyetler ise kamu görevlileri eliyle gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla idare tarafından yürütülen faaliyetlerin insan ögesini, kamu görevlileri oluşturmaktadır³. Tarihsel süreç içerisinde eski çağlardan bu yana, idarenin ajanı olan kişilerin, diğer kişilerden farklı hak ve yükümlülüklerle tabi tutulduğu görülmektedir⁴. Buna göre mutlakiyet rejimlerinde kamu görevlileri doğrudan hükümdarın temsilcisi olarak görülmekteydi. Hükümdarlar ise sorumsuz kabul edildiğinden, kamu görevlileri işledikleri suçlar bakımından doğrudan hükümdara şikayet edilmekteydi. Hükümdarın da kamu görevlisini kendisinin cezalandırması veya ceza yargılaması yapılmasına izin vermesi söz konusu olmaktadır⁵.

Gerçekten de kamu görevlilerinin kamu yararı amacıyla toplumsal bir ihtiyacı karşılamaya yönelik faaliyet yürüttüğü anlayışı, bu kişilerin özel kesimde çalışanlardan farklı bir hukuki rejime bağlı kılınması sonucunu doğurmuştur⁶. Buna göre kamu hizmeti yürüten kamu görevlileri günlük endişelerden uzak tutulmalı, iş güvencesi sağlanmalı ve güven içinde çalışma olanağı tanınmalıdır⁷. Bu bağlamda kamu görevlilerinin mesleğe alınmaları, meleğe giriş için aranan koşullar gibi kamu adına görev yürüten kişilere ilişkin ceza soruşturması yürütülmesi de farklı usul kurallarına bağlanmış bulunmaktadır.

Buna göre kamu görevi yürüten kişiler hakkında ceza soruşturma ve kovuşturması yapılması usulü bakımından, kamu yönetimi anlayışına paralel olarak çeşitli güvence sistemleri benimsenmiştir. Bu usuller temel olarak “yargısal güvence sistemi” ve “idari (yönetmel) güvence sistemi” şeklinde ikiye ayrılmaktadır⁸.

Yargısal güvence sisteminde, kamu görevlilerinin yargılanmasına ilişkin tüm işlemler, diğer kişilerde olduğu gibi yargı organına ait bulunmaktadır. Dolayısıyla bu sistemde ceza soruşturması tamamen cumhuriyet savcısı tarafından yürütülmektedir. Kamu görevlisinin bağlı bulunduğu kurum veya başka bir idarenin ceza soruşturması sürecine dair bir yetkisi bulunmamaktadır⁹. Bununla birlikte geniş anlamda yargısal güvence sistemi, kamu görevlisinin çeşitli şekillerde korunması anlamını da taşımaktadır. Bu bağlamda kamu görevlilerine karşı işlenen veya kamu görevlilerinin işledikleri suçların cezası, kanunda daha ağır düzenlenebilmektedir¹⁰.

3 Metin Günday, *İdare Hukuku* (10. Baskı İmaj 2011) 579; Sami Selçuk, *Memur Yargılaması Hakkında* (TÜSİAD Yayınları 1997) 18.

4 Turan Yıldırım ve Nur Kaman, “İdare Hukuku Konferansları-I Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı”, (2019) 18(1) *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 155, 158.

5 Günday (n 3) 620.

6 Selçuk (n 3) 17.

7 Cahit Tutum, *Türkiyede Memur Güvenliği* (Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü 1972) 7.

8 Selçuk (n 3)18.

9 Zehreddin Aslan ve Halil Altundağ, *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması* (Seçkin 2018) 121.

10 Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri*, (4. Baskı Adalet 2016) 523.

İdari güvence sistemi ise kendi içerisinde “yargılama (muhakeme)”, “soruşturma (tahkik)” ve “izin” olmak üzere üçe ayrılmaktadır¹¹. İdari güvence sistemi, esas olarak, kamu yönetiminin kendisini korumak, saygınlığının örselenmesini önlemek kaygılarından doğmuş ve son haliyle kamu davasının koşulu haline gelmiştir¹².

Yargılama sisteminde kamu görevlisinin ceza yargılaması, doğrudan idare tarafından yapılmaktadır. Bu sistemin henüz kuvvetler ayrılığı prensibinin yerleşmediği dönemlerde uygulandığı söylenebilir¹³. Nitekim Osmanlı Devleti döneminde 1913 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat’tan (MMHK) önce yürürlükte bulunan 1872 tarihli Memurin Muhakematı Nizamnamesi ile bu sistem benimsenmiştir¹⁴. Günümüzde ise bu sistemin uygulaması bulunmamaktadır¹⁵.

Soruşturma sisteminde, idari merci tarafından ceza soruşturmasına ilişkin her türlü işlem yapılmaktadır. Sonrasında ise son soruşturmanın açılıp açılmamasına ilişkin karar verilmektedir¹⁶. Buna göre idare tarafından atanan soruşturmacı, savcı yetkilerini haiz olarak soruşturma yürütmektedir. Soruşturmacının düzenlediği rapor üzerine yetkili idari kurul, lüzum-u muhakeme veya men-i muhakeme kararı vermektedir. Lüzum-u muhakeme kararı verildiği takdirde, soruşturmacı tarafından düzenlenen rapor, iddianame yerine geçmektedir. İdari kurulun men-i muhakeme kararı vermesi halinde ise ceza davası açılmamaktadır. Ancak bu karara karşı idari yargıda itiraz edilebilmektedir¹⁷.

İzin sisteminde, kamu görevlisi hakkında ceza soruşturması başlatılabilmesi için idarenin izninin alınması gerekmektedir. Buna göre izin sisteminde, kamu görevlisi hakkında ceza soruşturması açılıp açılmamasına ilişkin değerlendirme yetkisi, bir idari makama ait olmaktadır. Kuşkusuz idarenin, bu değerlendirme yetkisini, eylemi işlediğinden kuşkulanan kimsenin kişiliğine göre değil, yalnızca kamu yararı ölçütüne göre kullanması gerekmektedir. Bu sistemde, izin verilmesi ceza yargılama koşulu niteliğinde bulunmaktadır¹⁸.

Anayasanın 129. maddesinin son fıkrasında yer alan “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.*” düzenlemesi ile Anayasamızda izin sistemi benimsenmiştir¹⁹. Bununla birlikte Osmanlı Devleti döneminde 1872 tarihli Memurin Muhakematı

11 Çetin Özek “Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi”, (1961) 26(1-4) İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 34, 82; Selahattin Keyman, “Memurin Muhakematı Kanunu”, (1962) 19(1-4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 173, 174; Gökcan ve Artuç (n 10) 523.

12 Gökcan ve Artuç (n 10) 524.

13 Aslan ve Altındağ (n 9) 122.

14 İbrahim Pınar, *Açıklamalı – İçtihatlı Memur Suçlarında Soruşturma Usulü* (Seçkin 1997) 23. Bu nizamnameye göre memur suçlarının takibi hazırlık soruşturmasından, hükmün kesinleşmesine kadar idari makamlar tarafından gerçekleştirilmektedir. Ceza, idari kurul tarafından verilmektedir. Bu kurul kararına karşı daha yüksek idare kuruluna başvurulabilmesi de mümkün bulunmaktadır (Gökcan ve Artuç (n 10) 524).

15 Selman Sacit Boz, *Memur Yargılamasında İzin ve İtiraz Süreci* (Seçkin 2014) 27.

16 Pınar (n 14) 23.

17 Gökcan ve Artuç (n 10) 524.

18 Gökcan ve Artuç (n 10) 525; Boz (n 15) 29.

19 Anayasa Mahkemesi, 1924 ve 1961 Anayasasında memurların yargılanmasını düzenleyen herhangi bir hüküm

Nizamnamesini yürürlükten kaldıran ve kamu görevlilerinin yargılanmasında soruşturma sistemini benimseyen MMHK²⁰, 1999 yılında 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesine kadar uygulanmaya devam etmiştir. 4483 sayılı Kanunda ise Anayasaya koşut olarak izin sistemi benimsenmiştir²¹.

Buna karşılık izin sistemi, kamu görevlilerinin işlediği iddia edilen tüm suçlar bakımından geçerli olmayıp kanunlarla bazı istisnalar getirilmiştir. Bu bağlamda 4483 sayılı Kanunda, kamu görevlilerinin sadece görevleriyle ilgili suçları kapsama alınmış, bazı suçlar ve suçüstü hali gibi durumlar bakımından da istisnalar getirilmiştir. Bunun yanında görev ve sıfatları ya da suçun niteliği uyarınca çeşitli özel kanunlarda da, 4483 sayılı Kanun'dan farklı düzenlemeler yapılmış bulunmaktadır²². Bu özel düzenlemelerden biri de 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'dur. 2547 sayılı Kanun'da MMHK'da olduğu gibi soruşturma (tahkik) sistemi benimsenmiştir²³.

Kamu görevlilerinin ceza yargılamasına ilişkin özel soruşturma usulleri öngörülmesine ilişkin idari güvence sistemlerinin, kamu hizmetinin sürekliliği ve düzenliliği ilkesinin bir gereği olduğu belirtilmektedir²⁴. Buna göre idarenin faaliyetlerinden menfaatleri olumsuz etkilenen kişiler, kamu görevlileri hakkında asılsız isnad ve iftiralarda bulunabilir²⁵. Kamu görevlileri hakkında genel usullere göre ceza soruşturması açılması halinde ise kamu görevlilerinin görevlerini düzenli şekilde yapamaması ve kamu hizmetinde aksamalar meydana gelmesi söz konusu olabilecektir²⁶.

olmamasına rağmen 1961 Anayasası dönemindeki kimi kararlarında konuyu anayasal yönden yorumlamış ve sistemin bir bütün olarak Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir (Pınar (n 14) 25). “... Öte yandan inceleme konusu kanun, memurlara, bir zümre, bir sınıf olarak imtiyaz tanumakta değildir. Kanunun sağladığı, bir çeşit teminatır. Bu da kamu hizmetinin iyi işleme için düşünülmüş düzenlenmiştir. Memur gördüğü hizmet yüzünden sık sık isnat ve iftiralara uğrayabilir. Kendisine memuriyetle ilgili suç isnat edilen her memurun, hemen adliye sevk edilmesi hem memurları tedirgin ederek hizmeti aksatır, hem de hizmetin yürütülüşü üzerinde bir takım haksız şüphelere yol açabilir. Bu çeşit iddiaların önce kamu hizmetinin gereklerini ve memurluk psikolojisini iyi bilen kimselerin süzgecinden geçirilmesi ve ortada kovuşturmayla değer bir eylem kalırsa, o zaman işin mahkemenin eline bırakılması, kamu hizmetinin yararına bir tedbirdir ve kanunun sağladığı da budur.” Anayasa Mahkemesi E 1967/14 K 1967/36, 14.11.1967. Aynı yönde bkz. Anayasa Mahkemesi, E 1968/14 K1968/35, 26.09.1968 (Çalışmada atıf yapılan bütün Anayasa Mahkemesi kararlarına, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası arama motoru üzerinden erişim sağlanmıştır (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>)). Anayasanın 129. maddesinde düzenlenen söz konusu güvence ise Anayasaya Milli Güvenlik Konseyi tarafından eklenmiştir (Mustafa Avcı, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme”, 2007 11(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 273, 276). Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde verdiği kararlarda da MMHK'nın “kamu yönetiminin gereksinimlerini karşılamış ve memurların yargılanmasında, kamu yönetimi ile yargı mercileri arasındaki bağlantıyı sağladığı(n)” ifade etmiş ve sistemin bütününe Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir (Anayasa Mahkemesi, E 1991/29 K 1992/12, 27.02.1992).

20 Pınar (n 14) 22. Ayrıca Pınar, MMHK'nın, henüz yasal mahkemelerin kurulmadığı, yargılama usulü kanunlarının çıkarılmadığı sırada bir zorunluluğun sonucu olarak kabul edildiğini ancak bu zorunluluğun Cumhuriyet döneminde ortadan kalkmasına rağmen, kanunun uygulanmaya devam ettiğini belirtmektedir (ibid 21).

21 Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4483, Kabul Tarihi: 02.12.1999, RG 04.12.1999/23896

22 Boz (n 15) 34-37.

23 Hatice Mesci ve Vahdettin Aydın, “Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Kamu Görevlilerinin Ceza Soruşturma Usulü”, (2017) 7(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 8.

24 Aslan ve Altındağ (n 9) 119.

25 Pınar (n 14) 22; Ömer Asım Livanelioğlu, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Eleştirisi”, (2000) (2) Ankara Barosu Dergisi 33, 37.

26 Aslan ve Altındağ (n 9) 120.

Diğer yandan, kamu görevlilerinin kendisine suç isnadı yapılması endişesinden kaynaklı olarak, görevini yapmaktan çekinmesi de kamu hizmetinin geç işlemesine veya hiç işlememesine neden olabilecektir²⁷. Bu sebeple idari güvence sistemleri, kamu görevlisinin asılsız veya ciddi olmayan suç isnadları nedeniyle yargı önüne çıkarılmasını engellemek amacıyla taşımaktadır²⁸. Buna göre kamu görevlileri hakkındaki iddiaların önce kamu hizmetlerinin gereklerini ve hizmetin iç yapısını iyi bilen kimseler tarafından incelenmesi²⁹ ve bu incelemenin neticesi olarak, söz konusu iddiaların yargı önüne taşınması kamu hizmeti yararına bir önlemdir³⁰. Dolayısıyla bu hususun kamu görevlilerinin belli bir statüye tabi olmalarından kaynaklı bir ayrıcalık değil, güvence olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir³¹. Ayrıca idari güvence sistemlerinin, devletin kendi personeline tanıdığı bir imtiyazdan ziyade kamu hizmeti ve kamu idaresine tanınmış bir imtiyaz olduğu da ifade edilmektedir³².

Bununla birlikte kamu görevlilerinin özel bir ceza soruşturma usulüne tabi tutulmasına ilişkin sistemler bakımından, soruşturmayı yapan kamu görevlilerinin bağımsız olmadıkları³³, kamu görevlilerinin bir fiilin suç teşkil edip etmediğinin tespiti hususunda yeterli hukuki bilgiye sahip olmadıkları oysa mahkemelerin bilirkişiye başvurabileceği³⁴, ceza uyuşmazlıklarına ilişkin olarak idari makamların karar almasının kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu³⁵, kamu görevlilerinin özel soruşturma usulüne tabi tutulmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu³⁶, haksız isnatlara karşı korumanın sadece kamu görevlileri için değil herkes için sağlanması gerektiği³⁷, kamu görevlisinin idari soruşturmaya tabi tutulmasının da kamu hizmetinde aksamalara yol açabileceği zira kamu görevlisinin bu halde de hakkında soruşturma yürütüleceği³⁸, vatandaşların yapılan soruşturmalara ve verilen kararlara güven duymadığı³⁹ gibi itirazlar ileri sürülmektedir.

27 Ramazan Çağlayan, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme”, 2003 7(1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 105, 108.

28 Aslan ve Altındağ (n 9) 120.

29 Kamu görevlisinin eyleminin suç teşkil edip etmediğinin tespitinin uzmanlık gerektirdiği ve bunun da en iyi şekilde idare tarafından yapılacağı ifade edilmektedir (Çağlayan (n 26) 108). Buna karşılık 2547 sayılı Kanun kapsamında özel ceza soruşturmasında soruşturma açma yetkisine sahip olan yetkililer veya soruşturmacı olarak görev yapan personelin çok büyük kısmının hukukçu olmadığı, hukukçu olanların ise ceza soruşturması konusunda yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olmadıkları, bu sebeple ceza soruşturmasının sağlıklı sonuç vermediği de ileri sürülmektedir (Bahattin Duman, “Kamuda Görev Yapan Meslek Mensuplarının Soruşturma Usulü ve Uygulamadaki Problemler”, 2016 11(116) Terazi Hukuk Dergisi 102, 105).

30 Pınar (n 14) 22.

31 Çağlayan (n 26) 109.

32 Aslan ve Altındağ (n 9) 121; Ali Akyıldız, “Memur Yargılamasında İdari Süreç”, 2001 5(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 11.

33 Pınar (n 14) 25.

34 Özek (n 11) 178; Yıldızhan Yayla, “Memurların Yargılanması”, 1985 6(1-3) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 265, 272; Çağlayan (n 26) 110.

35 Pınar (n 14) 25; Keyman (n 11) 178; Çağlayan (n 26) 110.

36 Yayla (n 33) 272.

37 Özek (n 11) 82; Keyman (n 11) 178; Yayla (n 33) 272.

38 Özek (n 11) 82; Yayla (n 33) 272.

39 Pınar (n 14) 25; Çağlayan (n 26) 110.

İdari güvence sistemlerinin, merkezi devlet sistemini benimseyen ülkelerde, idareyi koruma kaygısıyla ortaya çıktığı belirtilmekle birlikte, uygulamada, devlete olan güveni zayıflattığı savunulmaktadır⁴⁰. Bu bağlamda kamu görevlileri hakkında genel hükümlere göre ceza soruşturması yürütülmesinin, hem kamu görevlilerinin lehine olduğu hem de kamu görevlilerinin idare tarafından korunduğu algısını ortadan kaldıracığı ifade edilmektedir⁴¹.

Anayasa Mahkemesi ise bireysel başvuru kapsamındaki kararlarında, “*kamu görevlilerinin görevlerini devlet adına ifa etmeleri ve görevlerinin ifası ile ortaya çıkan birtakım durumlarla bağlantılı olarak sık sık şikâyet edilme ve soruşturma tehdidi altında olma riski ile karşı karşıya olmaları nedeniyle haklarında adli soruşturma yürütülmesinin belirli bir makamın iznine bağlanması hukuk devletinde makul görülebilir(eceğini)*” belirtmektedir⁴². Bununla birlikte Yüksek Mahkeme, “*soruşturma izni prosedürü, anılan amacın ötesinde ceza yargılamasının işleyişini geciktirecek ve soruşturmanın etkin olarak yürütülmesine engel olacak şekilde ya da kamu görevlilerinin ceza soruşturmasından muaf tutulduğu izlenimini oluşturacak biçimde uygulanmamalıdır. Aksi bir uygulama, bu tür olaylarda kamu gücünü kullanan görevlilerin olası cezai sorumluluklarının ortaya çıkmasının engellenmek istendiği şüphesini doğurabilir. Kişilerin yaşamı ile vücut bütünlüğü üzerinde ortaya çıkan risklerin en aza indirilmesi ve gerekli önlemlerin alınması konusunda sorumluluğu bulunan kişilerin tespit edilebilmesi ve tespit edilen sorumluluklar karşısında devletin göstereceği yargısal tepki, benzer olayların yaşanmaması bakımından da önem taşı(dığını)*” ifade etmektedir⁴³.

Anayasa Mahkemesi’nin kamu görevlisi hakkında soruşturma izni verilmemesine ilişkin işlemleri, sendika hakkının ihlali⁴⁴, yaşama hakkının usule ilişkin boyutu kapsamında değerlendirdiği kararları da bulunmaktadır⁴⁵. Yüksek Mahkeme bir başka kararında da, “*...hakkında soruşturma izni istenen*

40 Gökcan ve Artuç (n 10) 526.

41 İlyas Şahin, “4483 sayılı Kanunda Öngörülen İnceleme Görevlisinin Yetkileri ve Bu Çerçeve İzin Sisteminin Gerekliği Hakkında Değerlendirme”, 2015 19(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 249, 255-258.

42 Anayasa Mahkemesi, Hidayet Enmek ve Eyüpsabri Tınaş Başvurusu, Başvuru No: 2013/7907; Anayasa Mahkemesi, Dilek Genç ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/3944.

43 Anayasa Mahkemesi, T.A. Başvurusu, Başvuru No: 2017/32972.

44 Bireysel başvurunun konusunu, işçilere sendikadan ayrılmaları için baskı yaptığı iddia edilen belediye başkan yardımcısı hakkında soruşturma izni verilmemesi oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında, “*...soruşturma izni verilmemesinin ve buna yönelik itirazın reddine ilişkin kararın sendika hakkının devlete yüklediği pozitif yükümlülüklerle uygun davranıldığını gösterecek özende ilgili ve yeterli gerekçe içermediği değerlendirilmiştir. Bu hâliyle kamu makamlarının soruşturmayı yürütüş biçimlerinin sendika özgürlüğüne yönelik müdahaleler bakımından caydırıcılığı sağlayacak nitelikte olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.*” şeklindeki gerekçeyle ihlal kararı vermiştir (Anayasa Mahkemesi, Türkiye Genel Hizmetler İşçileri Sendikası Başvurusu, Başvuru No: 2016/14475).

45 Buna göre Devletin, “*...doğal olmayan her ölüm olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmi bir soruşturma yürütmek durumunda*” olduğu ve bu soruşturmanın temel amacının, “*yaşam hakkını koruyan hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını güvenceye almak ve kamu görevlilerinin ya da kurumlarının karıştığı olaylarda, bunların sorumlulukları altında meydana gelen ölümler için hesap vermelerini*” sağlamak olduğu belirtilmektedir. Bu çerçevede ilgili olayda soruşturma türünün, “*yaşam hakkının esasına ilişkin yükümlülüklerin cezai bir yaptırım gerektirip gerektirmediğine bağlı olarak tespiti*” gerekmektedir. Bu bağlamda kasten ya da saldırı veya kötü muamele sonucu meydana gelen ölüm olaylarında, sorumlular hakkında cezai bir soruşturma yürütülmesi yükümlülüğü bulunmaktayken, ihmal nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarında ise hukuki, idari veya disiplin ile ilgili hukuk yollarının açık olmasının yeterli olduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık “*ihmal suretiyle meydana gelen ölüm olaylarında Devlet görevlilerinin ya da kurumlarının ...olası sonuçların farkında olmalarına rağmen söz konusu makamların kendilerine verilen yetkileri göz ardı ederek tehlikeli bir faaliyet nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için*

kamu görevlisinin atılı suçu işlemiş olabileceğine dair teknik bulgularla desteklenen ciddi emarelere rastlanmış olmasına karşın soruşturma izni verilmemesi nedeniyle anılan kamu görevlisi hakkındaki adli sürecin sona ermesinin meydana gelen ölüm olayına ilişkin etkili bir ceza soruşturması yürütülmesi önünde engel teşkil ettiği sonucuna” ulaşmış ve ihlal kararı vermiştir⁴⁶.

Netice itibariyle, kamu görevlilerinin genel soruşturma usulünden ayrı olarak özel ceza soruşturma usulüne tabi tutulmasının gerekli olup olmadığının bir yerindelik sorunu olduğu söylenebilir. Dolayısıyla kamu görevlileri bakımından özel ceza soruşturma usulünün benimsenmiş olması halinde, esas önem teşkil eden konu, bu mekanizmanın hukuka uygun şekilde işletilmesidir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruya konu olaylarda vermiş olduğu ihlal kararları, idari makamların kamu görevlilerini koruma eğiliminde olduklarını göstermektedir. Bu durumun ise toplumun güvenini zedeleyeceği açıktır. Dolayısıyla gerek 4483 sayılı Kanun gerekse diğer özel kanunlarda öngörülen özel ceza soruşturma usullerinin, temel hak ve özgürlükleri zedelemeyecek şekilde, azami dikkat ve özenle yürütülmesi gerekmektedir.

II. VAKIF YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARINDA GÖREV YAPAN PERSONEL HAKKINDA CEZA SORUŞTURMASI YÜRÜTÜLMESİ

Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinde⁴⁷ vakıf yükseköğretim kurumları, vakıf üniversitesi, vakıf yüksek teknoloji enstitüsü, vakıf meslek yüksekokulu şeklinde belirlenmiştir. Bu bağlamda özellikle vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliği haiz olup olmadıkları, sahip oldukları taşınır ve taşınmaz malların kamu malı niteliğinde olup olmadığı, personelinin kamu görevlisi olup olmadığı ve vakıf yükseköğretim kurumu ile personel arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği konusunda çeşitli hukuki tartışmalar yaşanmış ve halen de yaşanmaktadır.

Anayasanın 129. maddesinde ise memur ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kural olarak idari merciin iznine bağlanmış ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda da yükseköğretim personeli bakımından özel ceza soruşturma usulü benimsenmiştir. Vakıf yükseköğretim kurumlarının yükseköğretim hizmetinin önemli bir parçasını oluşturmakla birlikte, özellikle vakıf yükseköğretim kurumlarının tabi olduğu hukuki rejime ilişkin tartışmalar, bu kurumlarda görev yapan personel bakımından da özel ceza soruşturma usulünün geçerli olup olmadığını belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda ilk olarak 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinin c fıkrasının kapsamı incelenecek, ardından da soruşturma sürecine ilişkin kurallar ele alınacaktır.

gerekli ve yeterli önlemleri almadığı durumlarda,...insanların hayatının tehlikeye girmesine neden olan kişiler aleyhine hiçbir suçlamada bulunulmaması ya da bu kişilerin yargılanmaması” yaşama hakkının ihlaline neden olabileceği ifade edilmektedir. (Anayasa Mahkemesi, Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2012/752).

46 Bireysel başvuruya konu olan olayda, batan bir yük gemisine yönelik arama kurtarma faaliyetleri yürütmek üzere bir bot görevlendirilmiştir. Ancak hava koşulları ve denizin durumu dolayısıyla botun batması sonucunda bottaki personel hayatını kaybetmiştir. Bunun üzerine görevlendirme kararını alan Kıyı Emniyeti Genel Müdürü hakkında ceza soruşturması açılması için 4483 sayılı Kanun uyarınca soruşturma izni istenmiş ancak Bakanlık tarafından soruşturma izni verilmemiştir. (Anayasa Mahkemesi, Dilek Genç ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/3944).

47 RG 31.12.2005/46040.

A. KAPSAM

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun ceza soruşturması usulünü düzenleyen 53. maddesinin c fıkrasına göre, “Yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumlarının 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tâbi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında” söz konusu kanun hükümlerinin uygulanması öngörülmektedir. Anılan düzenlemede özel soruşturma usulünün kapsamı kişi ve konu yönünden belirlenmiş bulunmaktadır.

I. KİŞİ BAKIMINDAN KAPSAM

2547 sayılı Kanunda öngörülen özel ceza soruşturması usulünün kişi yönünden kapsamını belirlerken önce kurumun sonrasında da personelin tespit edilmesi gerekmektedir. Anılan Kanun uyarınca yükseköğretim üst kuruluşları⁴⁸ ile yükseköğretim kurumlarında çalışan kamu görevlileri bu usulün kapsamına girmektedir. Vakıf yükseköğretim kurumları da 2547 sayılı Kanun uyarınca yükseköğretim kurumu niteliğinde bulunmaktadır. Buna karşılık vakıf yükseköğretim kurumu personelinin görevleri dolayısıyla veya görevleri sırasında işledikleri suçlar dolayısıyla özel soruşturma usulüne tabi olup olmayacakları tartışmalıdır. Bu bağlamda vakıf yükseköğretim kurumu yöneticilerinin, öğretim elemanlarının ve idari personelinin ceza soruşturma usulü bakımından bu kapsama girip girmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Buna göre doktrinde, 2547 sayılı Kanunun vakıf üniversitelerine tümüyle uygulanacağı anlamına gelen açık bir düzenleme veya soruşturma usulü bakımından bir atıf bulunmadığı, yorum yoluyla Kanun hükümlerinin genişletilmesinin mümkün olmadığı gibi gerekçelerle vakıf yükseköğretim personelinin genel hükümlere göre ceza soruşturmasına tabi olması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁹. Bununla birlikte vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan personelin de kamu görevi yürüttüğünden hareketle 2547 sayılı Kanuna tabi personelin ceza uygulamasında kamu görevlisi oldukları da belirtilmektedir⁵⁰. Uygulamada ise Cumhuriyet savcıları tarafından, vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanları hakkındaki şikayet ve ihbarlarda, soruşturma yapılmak üzere ilgili vakıf yükseköğretim kurumuna bildirim yapıldığı da görülmektedir. İdari yargı ve adli yargı mahkemelerinin uygulamasının ise vakıf yükseköğretim kurumunda çalışan personelin 2547 sayılı Kanunda düzenlenen özel ceza soruşturma usulüne tabi olmadıkları yönünde olduğu anlaşılmaktadır⁵¹.

Bu bağlamda Danıştay 1. Dairesi, “...bu kurumlarda görevli akademik veya diğer personelin, görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında 2547 sayılı

48 Yükseköğretim üst kuruluşları olan Yükseköğretim Kurulu ve Üniversitelerarası Kurul başkan ve üyeleri ceza soruşturması bakımından bu usule tabi bulunmaktadır.

49 Gökcan ve Artuç (n 10) 501; F. Ebru Gündüz, “2547 Sayılı Kanuna Tabi Personelin Ceza Soruşturması”, Kamu Hukuku Arşivi (KHUKA), 2009 (Basım yılı 2011) 12(1) 47, 51.

50 Erol Çetin, *Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları* (Seçkin 2003) 227.

51 İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Ceza Dairesi, E 2017/260 K 2017/254, 02.02.2017 (yayımlanmamıştır).

Yükseköğretim Kanunu'nun 53'üncü maddesinde öngörülen soruşturma usulüne tabi olacaklarına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bu durumda, sözü edilen personel hakkında 2547 sayılı Kanun'un 53'üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasına olanak bulunmadığından, suç işledikleri ileri sürülen bu kişiler hakkında genel hükümler uyarınca işlem yapılması gerekmektedir.” şeklindeki gerekçeyle vakıf yükseköğretim kurumu personelinin ceza soruşturması bakımından genel hükümlere tabi olduğunu ifade etmektedir⁵².

Bir başka kararında da Danıştay 1. Dairesi şu gerekçeyle vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanlarının özel ceza soruşturma usulüne tabi olmadığına karar vermiştir⁵³; “... vakıfyükseköğretim kurumlarının tüzel kişiliğini temsil eden mütevellî heyetinin; yönetici, öğretim elemanı ve diğer personelin sözleşmesini yapacağı, atamalarını, görevden alınmalarını ve yükseköğretim kurumunun bütçesini onaylayacağı, akademik organların düzenlenmesinde, görevlerini yerine getirmesinde, öğretim elemanlarının niteliklerinde Devlet yükseköğretim kurumlarındaki esasların aynısının uygulanacağı belirtilmek suretiyle vakıf üniversitelerinin Devlet yükseköğretim sistemine entegrasyonunu sağlayan özel düzenlemelere yer verildiği halde, akademik ve idari personelin sözleşmeli olarak istihdamı nedeniyle tabi oldukları hukuki rejim göz önünde bulundurularak vakıf yükseköğretim kurumlarındaki rektörler, rektör yardımcıları ve üst kuruluş genel sekreterleri hariç tutularak diğer personelin görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53'üncü maddesinde öngörülen soruşturma usulüne tabi olacaklarına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir.”

Buna göre Danıştay 1. Dairesi, istikrar oluşturan kararlarında, temel olarak iki hususa dayanarak vakıf yükseköğretim personeli hakkında ceza soruşturmasında genel hükümlerin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Danıştay'ın ilk gerekçesini 2547 sayılı Kanun'un 53. maddesinde vakıf yükseköğretim personeline özel ceza soruşturma usulünün uygulanacağına dair açık bir hükmün bulunmaması ile vakıf yükseköğretim kurumlarıyla ilgili 2547 sayılı Kanunun Ek m.2 ve devamında bu hususa ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olması; ikinci gerekçesini ise akademik ve idari personelin sözleşmeli olarak istihdamı nedeniyle tabi olduğu hukuki rejimin farklı olması oluşturmaktadır.

Bununla birlikte 02.12.2016 tarih ve 6764 sayılı Kanun ile 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinin c fıkrasında yapılan değişiklikle yükseköğretim kurumu tarafından yapılan ceza soruşturmasında, son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verecek mercii belirleyen düzenlemede, “üniversite” ibaresi “Devlet ve vakıf yükseköğretim kurumu” olarak değiştirilmiştir⁵⁴. Buna göre anılan düzenleme sonrasında vakıf yükseköğretim kurumu rektör ve rektör yardımcıları bakımından özel soruşturma usulünün uygulanmasının kanun koyucu tarafından öngörüldüğü sonucuna ulaşılmaktadır⁵⁵.

52 Danıştay 1. Dairesi, E 2005/325 K 2005/938, 12.07.2005 www.kazanci.com (Erişim Tarihi 07 Aralık 2021).

53 Danıştay 1. Dairesi, E 2019/682 K 2019/647, 18.04.2019 www.kazanci.com (Erişim Tarihi 07 Aralık 2021). Aynı yönde bkz. Danıştay 1. Dairesi, E 2020/1741 K 2020/1568, 08.12.2020, 2021 (6) Danıştay Kararlar Dergisi 52-55; Danıştay 1. Daire E. 2013/777 K. 2013/804, 11.06.2013; Danıştay 1. Dairesi, E 2014/2080 K 2014/2000, 26.12.2014 www.kazanci.com (Erişim Tarihi 07 Aralık 2021).

54 09.12.2016 tarih ve 29913 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır (Erişim Tarihi 02 Aralık 2021).

55 6764 sayılı Kanun Gerekçesi, Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı: 1, Sıra Sayısı: 405 <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/>

Buna karşılık vakıf yükseköğretim kurumlarında görev yapan personel yönünden yukarıdaki gerekçeler de göz önünde bulundurularak, kanun sistematığı açısından ve vakıf yükseköğretim kurumları personelinin tabi olduğu hukuki rejim yönünden ayrı bir değerlendirme yapılması da gerekmektedir. Bu bağlamda da öncelikle vakıf yükseköğretim kurumlarında görev yapan personelin hukuki statüsü incelenmelidir.

A. VAKIF YÜKSEKÖĞRETİM KURUMUNDA GÖREV YAPAN PERSONELİN HUKUKİ STATÜSÜ

Vakıf yükseköğretim kurumunda görev yapan öğretim elemanları, idari personel ve mütevellî heyet üyelerinin hukuki statülerine ilişkin olarak ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir. Buna göre bu kişilerin kamu görevlisi statüsünde olup olmadıklarına göre kendilerine uygulanacak hukuki rejimin de değişmesi söz konusu olacaktır.

Doktrinde, vakıf yükseköğretim kurumlarında görev yapan öğretim elemanlarının kamu görevlisi statüsünde olduğunu kabul edenler⁵⁶ yanında, vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasındaki hukuki ilişkinin özel hukuk sözleşmesine dayandığını kabul edenler⁵⁷ de bulunmaktadır. Bu sebeple öncelikle vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanlarının kamu görevlisi statüsünde olup olmadıklarının belirlenmesi gerekmektedir.

Kamu görevlisi kavramının kapsamının belirlenmesinde öncelikle geniş anlamda kamu görevlisi – dar anlamda kamu görevlisi ayrımı yapılmaktadır. Buna göre kamuda görev yapan herkes geniş anlamda kamu görevlisi kapsamına girmektedir⁵⁸. Bu kapsamda yer alan personelin hukuki durumları veya yaptıkları görevin niteliğine bakılmaksızın kamu görevine katılmaları esas alınmaktadır. Bu bağlamda kamuda seçimle görev alan kişiler veya işçiler gibi özel hukuka tabi olarak istihdam edilenler de kamu

donem26/yil01/ss405.pdf (Erişim Tarihi 02 Aralık 2021). Anılan düzenleme uyarınca vakıf yükseköğretim kurumlarının çalışanlarının özel ceza soruşturma usulü kapsamına alındığı da ifade edilmektedir (Mesci ve Aydın (n 22) 17-18). Ancak 6764 sayılı Kanun'un gerekçesi ve Danıştay'ın yaklaşımı dikkate alındığında, özel ceza soruşturma usulü yönünden 6764 sayılı Kanun ile sadece vakıf yükseköğretim kurumu rektör ve rektör yardımcılarına ilişkin bir düzenleme yapılmak istendiği anlaşılmaktadır.

56 Turan Yıldırım ve Figen Samuray, "Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Hukuki Statüsü", 2010 (1) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81, 91; Serkan Çınarlı, Sevinç Arslan Hızal ve Abdullah Hızal, "Vakıf Üniversitelerinde Görev Yapan Öğretim Üyelerinin Ceza Soruşturması Usulü Sorunu", 2013 (3) Leges Kamu Hukuku Dergisi 23, 30; Çiğdem Sever, "Bir Kamu Kurumu Olarak Vakıf Üniversiteleri ve Bu Üniversitelerde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüsü", 2016 Legal Hukuk Dergisi 1175, 1206-1211; Kemal Gözler, *İdare Hukuku C.II*, (3. Baskı Ekin 2019) 663.

57 Bu görüşler için bkz. Seracettin Gökteş, "Vakıf Üniversiteleri ile Öğretim Elemanları Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği", 2021 29(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 581, 606-608; Yalçın Bostancı ve Sevdâ Bulun Tokkaş, "Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2020/479 E. , 020/626 K. sayılı ve 26.10.2020 Tarihli Vakıf Üniversitesinde Çalışan Öğretim Üyesinin Alacak Talepli Açtığı Davasının "İdari Yargı" Yerinde Çözümlemesi Gerektiğine İlişkin Kararın İncelenmesi", 2021 29(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2657, 2661-2673; Mehmet Rauf Karşlı, *İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı* (On İki Levha 2016) 79; Nuri Çelik, "Vakıf Üniversitesi Öğretim Üyeleri İle Yapılan Sözleşmelerin Hukuki Niteliği Konusundaki Uyuşmazlık Mahkemesi ve Diğer Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi", 2014 20(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, (Özel Sayı Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan) 3-15.

58 Nur Kaman, 'Kamu Görevlileri' iç Turan Yıldırım (ed) *İdare Hukuku* (8. Baskı On İki Levha 2020) 262.

görevlisi sayılmaktadır⁵⁹. Bununla birlikte ceza hukuku bakımından kamu görevlisi kabul edilen kişilerin tamamının, kamu görevlileri için öngörülen özel ceza soruşturma usulüne tabi olması söz konusu değildir⁶⁰. Bu kapsama sadece dar anlamda kamu görevlisi olanlar dahil olmaktadır.

Nitekim idare hukukunun konusunu, dar anlamda kamu görevlisi kapsamına girenler oluşturmaktadır. Buna göre devletin siyasal yapısını oluşturan organlardaki görevlilerle, özel hukuk hükümlerine tabi olarak çalışanlar dışında kalanlar, dar anlamda kamu görevlisi kapsamında yer almaktadır⁶¹. Anayasanın 128. maddesinde, “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.” hükmüne yer verilmiş olmakla birlikte, anılan düzenlemeyle memur veya diğer kamu görevlisi tanımının yapılmadığı, memur ve diğer kamu görevlilerinin hangi tür hizmetleri yerine getireceğinin belirlendiği belirtilmektedir⁶². Buradan hareketle de kamu tüzel kişilerinde Anayasada belirtilen nitelikteki görevleri yerine getiren memur veya diğer kamu görevlisinin dar anlamda kamu görevlisinin kapsamını oluşturduğu kabul edilmektedir⁶³.

Bu kapsamda Anayasada genel idare esasları ile kastedilenin kamusal yönetim biçimi olduğu ve bunun da tüm kamu kesimini kapsayan bir idare usulü olduğu belirtilmektedir⁶⁴. Buna göre kamusal yönetim biçimi de kamu gücü kullanılması ve idari işlem tesis edilebilmesini ifade etmektedir⁶⁵. Yükseköğretim hizmeti ise anayasal bir kamu hizmetidir. Anayasa’da devlet veya vakıf ayrımı yapılmaksızın, yükseköğretim hizmetinin temel esasları düzenlenmiştir. Bu bağlamda yükseköğretim hizmetinin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olduğu açıktır⁶⁶.

Bunun yanında genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetine ilişkin bir görevin, asli ve sürekli olması gerekmektedir⁶⁷. Genel olarak görevin asli ve sürekli olmasının ise

59 Türk Ceza Kanunu’nun 6. maddesine göre kamu görevlisi deyiminden, “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” anlaşılır.

60 Aslan ve Altındağ (n 9) 125-126. Vakıf yükseköğretim kurumları yöneticilerinin ceza hukuku bakımından kamu görevlisi sayılmayacakları hakkında bkz. Hamide Zafer, “Ceza Hukuku Uygulamasında Kamu Görevlisi”, 2012 9(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (Özel Sayı: Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan) 213-226.

61 Kaman (n 58) 262.

62 Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku C.I* (10. Baskı Turhan 2014) 801. Anayasanın 128. maddesine ilişkin doktrindeki tartışmalara ilişkin bkz. Cihan Kanlıgöz, “1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı”, 1993 43(1-4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 169-201.

63 Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (14. Baskı Savaş 2021) 666.

64 Gözübüyük ve Tan (n 58) 801. Ulusoy ise “genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetleri” deyiimiyle, “tüm kamu hizmetlerinin üst düzey yönetim ve denetim kademelerindeki görevlerin kamu görevlisi statüsündeki personel eliyle yürütülmesi” anlamına geldiğinin kabulünün en tutarlı hukuki yorum olduğunu ileri sürmektedir. (Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, (3. Baskı Yetkin 2021) 573).

65 Günday (n 3) 582.

66 Elif Altınok Çalışkan, “Vakıf Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Öğretim Elemanlarının “Yıllık İzin Hakkı”nın Tabi Olduğu Hukuki Rejim”, 2021 20(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 47, 58.

67 Yıldırım, asli ve sürekli görev ölçütünün yetersiz kalmasına vurgu yaparak, kamu görevlilerinin yine Anayasanın 128. maddesi uyarınca nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve diğer ödenekleri ve diğer özlük işleri 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda ya da özel kanunlarında düzenlenen görevlilerin kamu görevlisi olarak sayılması gerektiğini belirtmektedir (Turan Yıldırım, “Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı: Cinsel Tercih”, 2018

o görevin kadroya bağlanması anlamına geldiği belirtilmektedir⁶⁸. Bununla birlikte bu şartın mevzuatta yer almadığı, kamuda asli ve sürekli görev ifa eden ve sözleşmeli olarak çalıştırılan birçok personelin yer aldığı da ifade edilmektedir⁶⁹. Anayasa Mahkemesi de “*niteliği itibarıyla belli bir düzen içinde sunulması gereken, kişilerin ve toplumun varlığı ve huzuru yönünden vazgeçilemez, ertelenemez ve ikame edilemez hizmetleri(n)*” yerine getirilmesine ilişkin görevleri asli ve sürekli olarak nitelendirmiştir⁷⁰. Dolayısıyla kadronun, görevin asli ve sürekli sayılması için mutlak şart olmadığı söylenebilir. Bu bağlamda asli görevlerin kamu hizmetinin ana unsuru, özü, çekirdeği anlamına geldiği belirtilmektedir⁷¹. Görevin sürekliliği bakımından ise personel ile görev birlikte ele alınmaktadır. Buna göre kişinin kamu görevine geçici surette katılması halinde, bu görevlilerin dar anlamda kamu görevlisi kapsamına girmedikleri kabul edilmektedir⁷². Buradan hareketle de kamu görevliliğinin bir meslek olduğu ifade edilmektedir⁷³.

Dolayısıyla Anayasanın 128. maddesi uyarınca yükseköğretim hizmetinin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gerekmele birlikte yükseköğretim hizmeti kapsamında hangi görevlerin asli ve sürekli olduğunun ayrıca belirlenmesi gerekmektedir. Bu itibarla bir yükseköğretim kurumunda akademik faaliyet yürüten öğretim elemanlarının⁷⁴ yerine getirdiği faaliyetler, yükseköğretim hizmetinin olmazsa olmaz koşulunu oluşturmaktadır⁷⁵. Dolayısıyla öğretim elemanları tarafından yürütülen hizmetler, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli nitelik taşıdığından, bu hizmetlerin hem devlet hem de vakıf yükseköğretim kurumlarında memur veya diğer kamu görevlisi eliyle yürütülmesi gerekmektedir⁷⁶.

Anayasanın 128. maddesi uyarınca yükseköğretim hizmetinin memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiği sonucuna varılması şu soruları da akla getirmektedir; vakıf yükseköğretim kurumlarında görev yapan tüm personelin mutlaka kamu görevlisi statüsünde mi olması gerekir? Eğer bu soruya olumsuz cevap verilirse, kamu görevlisi olan ile olmayan ayrımı nasıl yapılabilir?

24(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 453, 456).

68 Günday (n 3) 582.

69 Aslan ve Altındağ (n 9) 127.

70 Anayasa Mahkemesi, E 2018/73 K 2019/65, 24.07.2019.

71 Karşlı (n 54) 39; Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan ve Serkan Seyhan, *İdare Hukuku* (10. Baskı Seçkin 2021) 401.

72 Örneğin Anayasa Mahkemesi “...geçici köy korucularının yerine getirecekleri görevler, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken sürekli görev niteliğinde” olmadığına karar vermiştir (Anayasa Mahkemesi, E 1985/5 K 1985/23). Bir başka kararında da Yüksek Mahkeme il genel meclisi üyelerinin kamu görevlisi olmadıklarına karar vermiştir; “... il genel meclisi üyeleri, hizmet kadrosuna sürekli biçimde girmiş ve onunla kaynaşmış olmadıkları, kamu hizmetlerine geçici ve arızî olarak katıldıkları, örgüt içinde ve aralarında hiyerarşi bağı bulunmadığı, üstlendikleri kamu hizmetleri dışındaki varlıklarını, iş ve meslek statüsündeki yerlerini korudukları, kamu hizmetlerinin gerektirdiği alan ve ölçülerde uzmanlaşmadıkları için memur ya da kamu görevlisi sayılmaları olanağı yoktur.” (Anayasa Mahkemesi, E 1987/18 K1988/23, 22.06.1988).

73 Karşlı (n 54) 43.

74 Yükseköğretim Kanununun 3/1 maddesinde öğretim elemanları öğretim üyeleri, öğretim görevlileri ve araştırma görevlileri şeklinde sayılmıştır. 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu’nda da öğretim elemanları bu üç sınıfa ayrılmıştır.

75 Altınok Çalışkan (n 63) 59.

76 Anayasa Mahkemesi de Anayasanın 130. maddesinde düzenlenen öğretim görevlilerinin kamu görevlisi olduğunu ifade etmektedir (Anayasa Mahkemesi, E 2012/103 K 2013/105, 03.10.2013).

Bu bağlamda Gözler, kamu görevlisini, “*bir kamu tüzel kişisi tarafından bir kamu hukuku bağıyla istihdam edilen görevliler*” şeklinde tanımlamaktadır⁷⁷. Buna göre idare hukukunun konusunu oluşturan kamu görevlilerini belirlemek için üç şartın birlikte varlığı aranmaktadır. Bu şartlar, bir kamu tüzel kişisinde çalışıyor olmak, bu çalışmanın mesleki sıfatla yerine getirilmesi ve kamu tüzel kişisi ile personel arasındaki hukuki ilişkinin kamu hukukuna tabi olması şeklinde ifade edilmektedir⁷⁸. Bu bağlamda vakıf yükseköğretim personelinin bu üç şartı taşıyor olması halinde kamu görevlisi statüsünde olduklarının kabulü gerekecektir.

İlk olarak, vakıf yükseköğretim kurumları kamu tüzel kişiliği niteliğini haiz bulunmaktadır⁷⁹. Anayasanın 123. maddesine göre kamu tüzel kişiliği kanun veya cumhurbaşkanlığı kararıyla kurulabilir. Buna göre vakıf üniversiteleri kanunla kurulmakta ve kuruluş kanunlarında da kamu tüzel kişiliğini haiz oldukları açıkça belirtilmektedir⁸⁰. Bunun yanında vakıf meslek yükseköğretim kurumlarının ise kamu tüzel kişiliğini haiz olarak Cumhurbaşkanı kararıyla kurulması mümkündür⁸¹.

İkinci olarak, bir kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için kamu tüzel kişisinde mesleki sıfatla istihdam edilmesi gerekmektedir. İstihdam ise “*bir kişinin az çok uzunca bir süre çalıştırılması*” anlamına gelmektedir⁸². Bu bağlamda vakıf yükseköğretim kurumlarında istihdam edilen öğretim elemanları mesleki sıfatla da çalışmaktadırlar.

Üçüncü olarak ise kamu tüzel kişisi ile personel arasındaki hukuki ilişkinin kamu hukuku rejimine tabi olması gerekmektedir. Buna göre kamu hukuku bağının, atama işlemiyle veya idari sözleşmeyle⁸³ kurulabilmesi mümkündür⁸⁴. Yüksek mahkeme kararlarına bakıldığında vakıf yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarının kamu görevlisi, vakıf yükseköğretim kurumları ile arasındaki sözleşmenin de idari sözleşme olarak nitelendirildiği görülmektedir.

Danıştay, vakıf üniversitesi tarafından görevine son verilmesi işlemi ile Vakıf Yüksek Öğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 23. maddesinin son tümcesindeki “özlük hakları” ibaresinin iptali istemine ilişkin davada; vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliğini haiz olduğu, vakıf üniversiteleri tarafından kamu hizmeti yürütüldüğü, öğretim elemanı ile üniversite arasında imzalanan sözleşmenin

77 Gözler (n 53) 657.

78 ibid 657.

79 Anayasanın 130. maddesinde vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarının kamu tüzel kişiliği ile ilgili bir düzenleme yapılmadığı da belirtilmektedir. (Lale Burcu Önüt, “Vakıf Üniversitesinin Faaliyetlerinin Durdurulması ve Garantör Üniversitenin İşlevi”, 2018 17(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 95, 97). Vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliği niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. Yıldırım ve Samuray (n 53) 81-84; Altınok Çalışkan (n 63) 60.

80 Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu, Kanun Numarası: 2809, Kabul Tarihi: 28.03.1983, RG 30.03.1983/18003.

81 Yükseköğretim Kanunu ek m.2. Ancak Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 123. maddesinde yapılan değişiklik nedeniyle kamu tüzel kişiliğinin kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak idari işlemle kurulamayacağına karar vermiştir (Anayasa Mahkemesi, E 2018/104 K 2020/39, 16.07.2020). Dolayısıyla 2547 sayılı Kanunun bağımsız vakıf meslek yükseköğretim kurumlarının kurulabilmesiyle ilgili hükmünün Anayasaya uygun şekilde değiştirilmesi gerekmektedir.

82 Gözler (n 53) 659.

83 Anayasa Mahkemesi, E 2018/73 K 2019/65, 24.07.2019.

84 Gözler (n 53) 661.

idari sözleşme niteliğinde olduğu tespitlerinde bulunmuş ve “özlük hakları” ibaresinin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir⁸⁵.

Uyuşmazlık Mahkemesi de yerleşik hale gelen içtihadı uyarınca vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasındaki sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi⁸⁶ niteliğinde olduğunu kabul etmekte ve sözleşmenin vakıf üniversitesi tarafından sona erdirilmesi halinde idari yargının görevli olduğuna karar vermektedir⁸⁷.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, yakın tarihli bir kararında vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasındaki sözleşmenin sona ermesinin idare hukuku kurallarına tabi olduğunu ve idare mahkemelerinin görevli olduğunu kabul etmiştir⁸⁸.

85 “...vakıf yüksek öğretim kurumlarında istihdam edilecek akademik personelin mesleki güvencelerine ilişkin çalışma esaslarının (akademik personelin atanması, görevleri, unvanları, emeklilikleri, terfileri ve görevlerine son verilmesi gibi) idari sözleşmeyle belirlenmesi; akademik personelin yukarıda belirtilenler dışında kalan özlük haklarının ise (ücret, prim, çalışma saatleri, tatil günleri ve sosyal güvenlik gibi) İş Kanunu hükümlerine göre belirlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır” (Danıştay 8. Dairesi, E 2008/8235 K 2011/2452, 29.04.2011 www.kazanci.com Erişim Tarihi 03 Aralık 2021). Söz konusu karar, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 27.03.2014 tarihli ve E 2011/1493 K 2014/1351 sayılı kararı ile onanmıştır (www.kazanci.com Erişim Tarihi 03 Aralık 2021).

86 Doktrinde vakıf yükseköğretim kurumu ile öğretim elemanı arasındaki ilişkinin, atama ve sözleşme olmak üzere iki aşamalı işlem örneği teşkil ettiği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre atama işlemi, idare hukuku ilke ve kurallarına bağlı iken, sözleşme ise mali hükümlere ilişkin olup iş sözleşmesi niteliği taşımaktadır (Sever (n 53) 1199-1205).

87 “...İdari rejime dayalı olarak düzenlenmiş bulunan Türkiye'nin idari yapısında, kamu tüzel kişiliği idari yargının görev alanının belirlenmesinde kullanılan ölçütlerden birisidir. Kamu tüzel kişilerinin kuruluş amacı kamu yararı, faaliyet konuları ise kamu hizmetidir. Bu bağlamda, Kamu Tüzel Kişileri, özel hukuk tüzel kişilerine nazaran üstün ve ayrıcalıklı kamu gücüne sahiptirler ve tek taraflı işlemlerle yeni hukuki durum yaratabilirler. Bu nedenle de personeli kamu hukukuna tabidir.

Kanunla kurulma ve kamu tüzel kişiliğine sahip olmanın yanı sıra, Devlet Üniversitelerinde olduğu gibi Vakıf Üniversitelerinin de Anayasal güvence altına alınmış olan “Bilimsel Özerkliğe sahip olmaları” bir diğer ayrıcalığıdır. Üniversitelerde bilimsel özerklik ilkesi benimsenirken güdülen amaç, yükseköğretimin çeşitli siyasal çevre ve baskı grupları ile düşünce kümelerinin etkisinin dışında tutarak, bilimsel amaç, hedefler ve gereksinimlerine bağlı olmalarını sağlamaktır. Bu nedenle de, bilimsel faaliyetin asli unsurları olan yükseköğretim elemanlarının, görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri gibi özlük haklarının kanunla düzenleneceği konusu, anayasal teminat altına alınmıştır.

Somut olay ve mevzuat hükümleri birlikte irdelendiğinde; davalı Üniversitenin, sürekli ve düzenli nitelikteki kamu hizmetinde çalıştırdığı davacının; statüsü, görevi alınması, hak ve yetkileri gözetildiğinde, İdare Hukuku kapsamında bir kamu personeli olduğu; sözleşmesinin feshine ilişkin işlemin de 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun “İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı” başlıklı 2. Maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde tanımlanan iptal davasına konu edilebilecek idari işlem niteliği taşıdığından; bu işlemin denetimin de idari yargının görev alanında bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır.” (Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E 2017/15 K 2017/203, 10.04.2017. Bunun yanında Uyuşmazlık Mahkemesi, aynı gerekçelerle sözleşmenin feshedilmesi dolayısıyla açılacak tazminat davalarında da idari yargının görevli olduğuna karar vermiştir (Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E 2020/222 K 2020/245, 27.04.2020; Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E 2020/479 K2020/626, 26.10.2020).

88 “Vakıf Üniversiteleri devlet üniversitelerinin tabi olduğu statüye tabi olan kamu tüzel kişileridir. Kuruluş amacı kamu yararı, faaliyet konuları da kamu hizmetidir. Vakıf üniversitesi öğretim elemanlarının özlük hakları veya mali hakları yönünden 4857 sayılı Kanuna tabi olması, mesleğe alınma ve meslekten çıkarılma statüsünü etkilemez ve vakıf ile arasındaki ilişkisinin iş ilişkisi olduğunu göstermez. Disiplin yönünden vakıf üniversitesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/2 maddesinde bulunan feshine ilişkin hükümleri uygulayamaz. Her ne kadar iş sözleşmesi imzalanırsa da statü hukuku kapsamında sözleşme kurulduğundan ve sözleşmenin feshinde akademik yön bulunduğundan buna bağlı olarak feshin geçersizliği feshe bağlı kıdem ve ihbar tazminatı ile parasal haklara ilişkin davaların idari yargı yerinde görülmesi gerekmektedir.” (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2016/9-1872 K 2021/293, 18.03.2021 www.kazanci.com www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 03 Aralık 2021).

Dolayısıyla vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarının yerine getirdiği hizmetin kamu hizmeti, vakıf yükseköğretim kurumu ile arasındaki sözleşmenin idari sözleşme ve öğretim elemanlarının da kamu görevlisi olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Diğer yandan, 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinin b fıkrasında vakıf yükseköğretim kurumlarında öğretim elemanları dışında iş sözleşmesiyle çalışan personelin, disiplin işlemleri yönünden 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olduğu düzenlenmiştir. Vakıf yükseköğretim kurumunun idari örgütlenmesinde yer alan idari birimler (daire başkanlıkları, sekreterlikler vb.) ile temizlik, güvenlik vb. hizmetleri yürüten personelin bu kapsama girdiği görülmektedir. Dolayısıyla söz konusu düzenlemeyi ilk olarak, Anayasanın 128. maddesi bakımından ele almak gereklidir. Bu bağlamda idari birimler tarafından yürütülen hizmetlerin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gerektiği ve süreklilik arz ettiği söylenebilir. Ancak bu görevlerin asli niteliği tartışılabilir. Buna göre görevin asli olması ile hizmetin ana unsurunun/ özünün anlaşılmasının gerektiği kabul edildiğinde, idari nitelikteki işlerin bunun kapsamı dışında kaldığı kabul edilebilir. Bu halde ise bu hizmetlerin kimler eliyle yerine getirileceği noktasında kanun koyucunun takdir yetkisi ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla vakıf yükseköğretim kurumlarında İş Kanunu'na tabi olarak çalışan personel ile vakıf yükseköğretim kurumu arasında kamu hukuku bağı bulunmamaktadır. Bu sebeple bu personeli, "diğer kamu görevlisi" olarak değerlendirme imkanı bulunmadığından, vakıf yükseköğretim kurumlarında iş sözleşmesiyle çalışan idari personelin özel ceza soruşturma usulüne tabi bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

Bunun yanında vakıf yükseköğretim kurumunun en yüksek karar organı olan mütevelli heyet üyeleri bakımından da bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Buna göre 2547 sayılı Kanunda mütevelli heyet üyelerinin özel ceza soruşturma usulüne tabi olup olmadıklarına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Anılan Kanunda mütevelli heyetin yükseköğretim kurumunun tüzelkişiliğini temsil edeceği, vakıf yükseköğretim kurumlarının yöneticilerinin mütevelli heyet tarafından atanacağı, vakıf yükseköğretim personelinin sözleşmelerini yapacağı, atamalarını ve görevden alınmalarını onaylayacağı, yükseköğretim kurumunun bütçesini onaylayacağı ve uygulamaları izleyeceği ve vakıfça hazırlanan yönetmelik hükümlerine göre diğer görevleri yürüteceği⁸⁹, öğrencilerden alınacak ücretleri tespit edeceği⁹⁰ rektör atamasının mütevelli heyetin teklifi üzerine Cumhurbaşkanınca yapılacağı⁹¹, mütevelli heyeti başkanının ita amiri olduğu⁹² düzenlenmiştir. Yine Kanuna göre mütevelli heyet üyeleri, vakıf yönetim organı tarafından dört yıl için seçilebilir, süresi biten üyeler yeniden seçilebilir⁹³.

Anılan düzenlemeler uyarınca mütevelli heyetin görevlerinin, Anayasanın 128. maddesi uyarınca genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken, asli bir görev olduğu söylenebilir. Ancak mütevelli heyet üyelerinin süreli olarak seçilmesi, bu görevin süreklilik arz etmediği şeklinde yorumlanabilir.

89 Yükseköğretim Kanunu Ek madde 5/2, Kanun Numarası: 2547, Kabul Tarihi: 04.11.1981, RG 06.11.1981/17506.

90 Yükseköğretim Kanunu Ek madde 9/3.

91 Yükseköğretim Kanunu madde 13.

92 Yükseköğretim Kanunu madde 57/2.

93 Yükseköğretim Kanunu Ek madde 5/1.

Nitekim Yönetmelikte müteveli heyet üyeliğinin fahri nitelik taşıdığı da düzenlenmiştir⁹⁴. Kamu görevlisine ilişkin tanım esas alındığında ise müteveli heyet üyeliğinin mesleki sıfatla ve kamu hukuku bağyla yapılan bir görev olmadığı sonucuna varılmaktadır. Dolayısıyla müteveli heyet üyelerinin, “diğer kamu görevlisi” statüsünde kabul edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple de özel ceza soruşturma usulüne tabi bulunmamaktadırlar.

B. KANUN SİSTEMATIĞİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Yukarıda Danıştay tarafından, vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanlarının özel ceza soruşturma usulüne tabi olmadıkları yönünde karar verildiği belirtilmişti. Buna göre Danıştay’ın kanun sistematığı yönünden ilk gerekçesini, 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinde vakıf yükseköğretim personeline özel ceza soruşturma usulünün uygulanacağına dair açık bir hükmün bulunmaması oluşturmaktadır. İkinci olarak ise vakıf yükseköğretim kurumlarıyla ilgili 2547 sayılı Kanunun Ek m.2 ve devamında bu hususa ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasına dayanılmaktadır. Bu kapsamda söz konusu gerekçelerin Anayasa ve ilgili mevzuat açısından ele alınması gerekmektedir.

Anayasanın 130. maddesinin son fıkrasında “*Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tabidir.*” hükmüne yer verilmiştir. Nitekim 2547 sayılı Kanunun Ek 2. maddesinde de vakıf yükseköğretim kurumlarının mali ve idari konular dışında akademik çalışmalar, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden 2547 sayılı Kanunda yer alan usul ve esaslara tabi olduğu düzenlenmiştir.

2547 sayılı Kanunun 3. maddesinin c bendinde ise yükseköğretim kurumları, “*Üniversite ile yüksek teknoloji enstitüleri ve bunların bünyesinde yer alan fakülteler, enstitüler, yüksekokullar, konservatuvarlar, araştırma ve uygulama merkezleri ile bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı meslek yüksekokulları ile bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı olmaksızın ve kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından kurulan meslek yüksekokullarıdır.*” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre anılan düzenlemede vakıflar tarafından kurulabilecek olan yükseköğretim kurumlarından sadece bağımsız vakıf meslek yüksekokuluna açıkça yer verilmiştir. Buna karşılık üniversite ve yüksek teknoloji enstitüsü bakımından ise devlet ya da vakıf tarafından kurulmasına ilişkin ayırım yapılmamıştır. Bu bağlamda Kanunun 3. maddesinde yer alan yükseköğretim kurumu tanımı içinde vakıf üniversitesi ile vakıf yüksek teknoloji enstitüsünün de yer aldığı açıktır. Bu sebeple 2547 sayılı Kanunda mali ve idari konular dışında, vakıf yükseköğretim kurumları bakımından özel bir düzenleme olmadığı hallerde, ilgili düzenlemenin vakıf yükseköğretim kurumlarını da kapsadığı kabul edilmelidir. Nitekim 2547 sayılı Kanunun ilgili hükümlerinde vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanlarının özel olarak zikredilmediği hallerde, vakıf yükseköğretim kurumlarına özgü bir düzenleme bulunmuyor veya düzenlemenin vakıf yükseköğretim kurumlarına uygulanması imkansız nitelikte değilse, ilgili hükümlerin kural olarak bu personel bakımından da uygulanması

94 Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği m.20/3.

gerektiği belirtilmektedir⁹⁵. Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 32. maddesinde yer alan “*Vakıf yükseköğretim kurumları 2547 sayılı Kanunun vakıf yükseköğretim kurumları ile ilgili ek Maddelerinde aksine bir hüküm bulunmadığı sürece 2547 sayılı Kanunun bütün hükümlerine uymakla yükümlüdürler.*” şeklindeki hükmün de bu yorumu destekler nitelikte olduğu ifade edilmektedir⁹⁶.

Buradan hareketle vakıf yükseköğretim kurumları personeline, özel ceza soruşturma usulü uygulanması için açık bir hüküm bulunmasına da gerek bulunmamaktadır. Şöyle ki, Anayasanın 129. maddesinde kanunla belirtilen istisnalar dışında, memur ve diğer kamu görevlilerinin işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı ceza kovuşturması açılmasının izne bağlı olduğu düzenlenmiştir. Yukarıda belirtildiği üzere vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanları yargı organlarınca kamu görevlisi kabul edilmektedir. Dolayısıyla bir kamu görevlisi hakkında ceza kovuşturması açılması genel hükümlere tabi kılınacaksa, bunun açık şekilde kanunla yapılması gerekmektedir. 2547 sayılı Kanunda ise böyle bir istisna hükmü bulunmamaktadır⁹⁷. Nitekim yorum yoluyla istisna üretilmemesi de hukukun genel ilkeleri arasında kabul edilmektedir⁹⁸.

Diğer yandan, vakıf yükseköğretim personeli hakkında ceza soruşturması yürütülmesinin mali ve idari konu kapsamına girip girmediği de değerlendirilmelidir. İlk olarak, söz konusu hususun mali konu kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. İdari konu ise “*yönetimsel, yönetimle ilgili*” işler anlamına gelmektedir⁹⁹. Dolayısıyla idari konuların vakıf yükseköğretim kurumunun yönetimiyle ilgili hususlar olarak anlaşılması gerekmektedir. Nitekim vakıf üniversitelerinin idari teşkilat bakımından devlet üniversiteleriyle benzer olduğu ancak idari anlamdaki farklılaşmanın da mali yönetim konusundaki ayrışmadan ileri geldiği belirtilmektedir¹⁰⁰. Oysa kamu görevlisi hakkında özel ceza soruşturması öngörülmesi, kamu görevlisinin şahsı üzerinden genel olarak kamu hizmetinin korunması amacını taşımaktadır. Dolayısıyla bu husus idari konu kapsamına da girmemektedir.

Bununla birlikte 2547 sayılı Kanunun ek 2. maddesinde vakıf yükseköğretim kurumlarının “*öğretim elemanlarının sağlanması*” yönünden 2547 sayılı Kanun'da yer alan esas ve usullere tabi olduğu yönünde genel bir atıf yapılmıştır. Güncel Türkçe Sözlük'te sağlamak, “*Bir işin olması için gerekli durumu, şartları hazırlamak, temin etmek*” olarak açıklanmaktadır¹⁰¹. Buna göre hem devlet hem de vakıf yükseköğretim kurumlarına öğretim elemanlarının atanması, görevlendirilmesi aynı usul ve esaslara göre yapılmaktadır. Bu noktada, özel ceza soruşturma usulü öngörülmesi de yükseköğretim kamu hizmetinin bir gereği olarak düzenlenmiştir. Buna göre 2547 sayılı Kanunun ilk halinde, ceza kovuşturma usulü bakımından genel hükümlere atıf yapılmışken, daha sonra 2653 sayılı Kanun ile

95 Sever (n 53) 1187.

96 Dilşat Yılmaz, “Yükseköğretim Personeli Ceza Soruşturması, Yasal Eksiklikler ve Çözüm Önerileri”, 2013 17(1-2) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 101, 122.

97 Çınarlı, Hızal Arslan ve Hızal (n 53) 39.

98 Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (13. Baskı Ekin 2016) 298.

99 TDK Güncel Türkçe Sözlük <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi 02 Aralık 2021).

100 Sever (n 53) 1182.

101 TDK Güncel Türkçe Sözlük <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi 02 Aralık 2021).

yükseköğretim personeli bakımından özel ceza soruşturma usulü düzenlenmiştir¹⁰². Söz konusu Kanunun gerekçesinde, 2547 sayılı Kanun kapsamına giren görevlilerin ceza kovuşturmasının diğer memurların tabi olduğu genel hükümlere tabi olması esasının benimsendiği açıkça ifade edilmektedir¹⁰³. Dolayısıyla 2547 sayılı Kanunda yer alan “*öğretim elemanlarının sağlanması*”na ilişkin atfın, vakıf yükseköğretim elemanlarının göreve başlatılmaları, görevlerini yürütmeleri, yükselme ve ilerlemeleri ve görevin sona ermesini de kapsayacak şekilde ele alınması mümkündür. Nitekim 2653 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte henüz kurulmuş bir vakıf üniversitesi de bulunmadığından, kanun koyucunun vakıf yükseköğretim personelini özel ceza soruşturması kapsamı dışında tutacak şekilde bir iradesinin varlığından da söz edilemeyeceği belirtilmektedir¹⁰⁴. Bu halde devlet yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanları için yükseköğretim hizmetinin yerine getirilmesi açısından gerekli görülen durumun yani özel ceza soruşturma usulüne tabi olmanın, vakıf yükseköğretim öğretim elemanları bakımından da geçerli olduğu sonucuna varmak mümkün bulunmaktadır.

Ayrıca 2547 sayılı Kanunun dokuzuncu bölümünde disiplin ve ceza işleri başlığı altında yer alan 53. madde “genel esaslar” başlığını taşımaktadır. 53. maddenin a fıkrasında tüm yükseköğretim kurumlarını kapsayacak şekilde disiplin amirleri belirlenmiş, b fıkrasında da devlet ve vakıf yükseköğretim kurumlarında uygulanacak disiplin cezaları düzenlenmiştir. Bu halde ceza soruşturması usulünü düzenleyen 53. maddenin c fıkrasının kapsamının, a ve b fıkralarından farklı olmasını gerektirecek bir durum söz konusu bulunmamaktadır. Dolayısıyla 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinin c fıkrasında herhangi bir ayırım yapmaksızın yükseköğretim kurumları yönetici ve öğretim elemanlarından bahsedildiğinden, vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanları bakımından da aynı ceza soruşturma usulünün uygulanması gerekmektedir.

C. VAKIF YÜKSEKÖĞRETİM PERSONELİNİN TABİ OLDUĞU HUKUKİ REJİM YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRME

Danıştay’ın konuya ilişkin kararlarında, akademik ve idari personelin sözleşmeli olarak istihdamı nedeniyle tabi oldukları hukuki rejimin göz önünde bulundurulması gerektiği şeklinde gerekçe ileri sürdüğüne değinilmişti. Bu noktada vakıf yükseköğretim kurumlarında İş Kanunu hükümlerine göre çalışan idari personeli, bu kapsamda değerlendirmeye imkan olmadığı da yukarıda ifade edilmişti. Buna karşılık vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarının idari sözleşmeyle görev yapan kamu görevlisi statüsünde olduğu Danıştay, Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarıyla kabul edilmektedir.

102 2653 sayılı 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesine Dair Kanun, 20.04.1982 tarih ve 17670 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

103 Milli Güvenlik Konseyi İhtisas Komisyonu Raporu, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c006/mgk_01006101ss0393.pdf (Erişim Tarihi 02 Aralık 2021).

104 Çınarlı, Hızal Arslan ve Hızal (n 53) 40.

Ayrıca 2547 sayılı Kanununun 53. maddesinin c fıkrasında “*kadro lu veya sözleşmeli öğretim elemanları*”ndan bahsedilmektedir. Dolayısıyla bir kamu görevlisinin salt sözleşmeyle istihdam edilmesinin, özel soruşturma usulüne tabi olmasına engel olmaması gerekmektedir.

Bunun yanında, “*vakıf üniversitelerinde çalışan kişilerle, Devlet üniversitelerinde görev yapan kişilerin farklı yargılama usulüne tabi tutulmasının eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı*” gerekçesiyle 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 53. maddesinin c fıkrasının iptali istemiyle somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Yüksek Mahkeme ise “*vakıf üniversitelerinde çalışanlar ile Devlet üniversitelerinde görev yapanlar statüleri ve özlük hakları bakımından farklı kurallara bağlıdır ve dolayısıyla aynı hukuksal durumda değildirler. Bu nedenle, vakıf üniversitelerinde çalışanlar ile Devlet üniversitelerinde görev yapanların farklı soruşturma usulüne tabi tutulmalarında eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.*” şeklindeki gerekçeyle anılan hükmü Anayasaya aykırı görmemiştir¹⁰⁵. Bununla birlikte anılan gerekçeye katılmak mümkün görünmemektedir. Söz konusu karar, öğretim elemanları açısından değerlendirildiğinde, hem devlet hem de vakıf üniversitelerinde görev yapan personelin, 2547 sayılı Kanuna tabi olduğu, bu Kanuna göre atamalarının yapıldığı, görev ve yükümlülüklerinin bu Kanuna göre belirlendiği, dolayısıyla kamu görevlisi statüsünde oldukları görülmektedir. Nitekim doktrinde de, vakıf yükseköğretim kurumlarının kamu hizmeti yerine getirmesi nedeniyle, sözleşmeli olarak istihdam edilen öğretim elemanlarının da kamu görevlisi sayılarak özel ceza soruşturma usulüne tabi olması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁶.

Ayrıca Anayasanın 129. maddesinde “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.*” hükmüyle memur ve diğer kamu görevlileri bakımından özel soruşturma usulünün benimsendiği, buna ilişkin istisna getirilmesi mümkün kılınsa da böyle bir düzenlemenin de Anayasaya uygun şekilde yapılması gerektiği açıktır. Bu halde vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanlarının da kamu görevlisi statüsünde olduğu kabul edildiğine göre, kendisiyle aynı görevi yürüten diğer kamu görevlilerinden farklı bir ceza soruşturması usulüne tabi olduğu şeklinde bir yorumun Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesiyle de bağdaştığı söylenemez¹⁰⁷.

Diğer yandan, özlük hakkı, “*genel memur statüsü içinde kişinin, kanunların öngördüğü biçim ve koşullarla kazandığı her türlü hak*” olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁸. Memur ve diğer kamu görevlileri

105 Anayasa Mahkemesi, E 2013/58 K 2013/114, 10.10.2013.

106 Gökcan ve Artuç (n 10) 501.

107 Kanun önünde eşitlik ilkesinin, mutlak hakların ve ödevlerin dışında ancak niteliklerde benzerlik ve yasaların getirdiği kurallara uyarlık oranında söz konusu olacağı belirtilmekte ve kamu görevlisi statüsünde olanların, kamu görevlisi statüsünde olmayanlardan ayrı bir ceza soruşturma usulüne tabi tutulmasının eşitlik ilkesine aykırı olmadığı belirtilmektedir. (Pınar (n 14) 28). Dolayısıyla vakıf yükseköğretim kurumlarında yükseköğretim hizmeti yürüten öğretim elemanlarının, kamu görevlisi statüsünde oldukları kabul edildiğinde, bunlar hakkında diğer kamu görevlilerinden farklı bir uygulama yapılması eşitlik ilkesine uygun olmayacaktır.

108 TDK Güncel Türkçe Sözlük <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi 03 Aralık 2021). 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 62. maddesinde “*Üniversite öğretim elemanları ve üst kuruluşlar ile üniversitelerdeki memur ve diğer görevlilerin özlük hakları için bu kanun, bu kanunda belirtilmeyen hususlar için Üniversite Personel Kanunu, Üniversite Personel Kanununda bulunmayan hususlar için ise genel hükümler uygulanır.*” hükmü yer almaktadır.

hakkında ceza kovuşturması yapılması da, ilgili memur ve diğer kamu görevlilerinin özlük haklarına ilişkin bulunmaktadır¹⁰⁹. Yukarıda da belirtildiği gibi Danıştay, vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanlarının özlük hakları yönünden İş Kanunu hükümlerine tabi olmasını öngören Yönetmelik hükmünün de hukuka aykırı bularak iptal etmiştir¹¹⁰. Bu itibarla vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarının özlük haklarına ilişkin uyumsuzlukların idare hukuku ilke ve kuralları uyarınca idari yargıda çözümleneceği kabul edilmektedir¹¹¹. Dolayısıyla devlet yükseköğretim kurumlarında görev yapan öğretim elemanları ile vakıf yükseköğretim kurumunda çalışan öğretim elemanlarının özlük hakları yönünden farklı kurallara bağlı olduğu da söylenemeyecektir¹¹².

Ayrıca söz konusu yaklaşımın Anayasa Mahkemesi'nin kendi gerekçesiyle de çeliştiği düşünülmektedir. Buna göre Anayasa Mahkemesi, "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, herkes hakkında geçerli olan ceza soruşturması ve kovuşturması hükümlerini içermektedir. Ancak, kanun koyucu, uluslararası hukuk, antlaşmalar ve iç hukuktan kaynaklanan kimi nedenlere dayanarak bu genel kurallara istisnalar getirmiştir. Buna göre, suç işleyen her kişi hakkında uygulanması gereken genel düzenlemeleri içeren 5271 sayılı Kanun hükümleri bazı suç failleri bakımından uygulanmayacak, bunlara ilişkin ilgili kanunlarındaki özel soruşturma ve kovuşturma usulleri geçerli olacaktır. Bu usullerin tanınması, uygulanacak kişilere bir zümre ya da sınıf olarak imtiyaz tanımak anlamına gelmeyecek, yapılan görevin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Böylece, hem yapılan görevin en iyi şekilde ve etkin olarak yerine getirilmesi hem de gereksiz şikâyetlere maruz kalınarak görülen hizmetin kesintiye uğramaması amaçlanmıştır. Devlet üniversitelerinde görev yapanlar hakkındaki soruşturma usulünün itiraz konusu kural çerçevesinde özel olarak düzenlenmesi de bu kapsamda kanun koyucunun takdir yetkisi içerisinde kalmaktadır. Bu nedenle, kanun koyucunun takdir yetkisini kullanarak, Devlet üniversitelerinde görev yapan kişilerin ceza soruşturmalarının idari kurullar tarafından yürütülmesi hususunu düzenlemesinde hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yön bulunmamaktadır." şeklindeki gerekçeyle, kanun koyucunun bazı failler bakımından genel ceza soruşturma usulünden farklı olarak özel ceza soruşturma usulüne tabi tutabileceğini, bunun bazı kişilere zümre ya da sınıf olarak imtiyaz tanımak anlamına gelmediğini, bu hususun "yapılan görevin niteliğinden" kaynaklandığını belirtmektedir.

Gerçekten de özel ceza soruşturma usullerine yönelik idari güvence sistemlerinin benimsenmesi, kamu hizmetlerinin işleyişini korumak içindir. Dolayısıyla da bu güvencenin salt belirli kişiler üzerinden belirlenmesi yerine yürütülen kamu hizmetinin niteliğine göre ve o hizmeti yürüten kamu görevlileri bakımından öngörülmesi nesnellik ve objektifliği sağlamak için gerekli ve zorunludur.

Bu durumda ise devlet üniversitelerinde görev yapan öğretim elemanları ile vakıf yükseköğretim kurumlarında görev yapan öğretim elemanlarının yürütülüşüne katıldığı yükseköğretim hizmetinin

109 Yılmaz (n 92) 114.

110 Danıştay 8. Dairesi, E 2008/8235 K 2011/2452, 29.04.2011 www.kazanci.com Erişim Tarihi 03 Aralık 2021). Söz konusu karar Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 27.03.2014 tarihli ve 2011/1493 E., 2014/1351 K. sayılı kararı ile onanmıştır. (E.T.: 03.12.2021).

111 Altınok Çalışkan (n 63) 70.

112 Yükseköğretim personelinin özlük dosyasına ilişkin olarak 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu veya 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanununda düzenleme yapılmadığından, bu konuda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda yer alan hükümlerin uygulanacağı belirtilmektedir (Yılmaz (n 92) 114).

yani yapılan görevin niteliğinin birbirinden farklı olduğunu söylemek mümkün değildir. Kanun koyucunun devlet üniversiteleri tarafından yürütülen yükseköğretim kamu hizmetini ve bu hizmeti yerine getiren görevlileri korurken, vakıf yükseköğretim kurumları tarafından yürütülen aynı niteliği haiz yükseköğretim hizmetini ve bu görevi yerine getiren öğretim elemanlarını bu korumadan mahrum bırakması eşitlik ilkesi yönünden Anayasaya uygun düşmeyecektir. Dolayısıyla vakıf yükseköğretim kurumu yönetici ve öğretim elemanlarını kapsayacak şekilde özel ceza soruşturma usulünün kapsamının genişletilmesinin ayrıcalıklı bir statü kazandıracığı yaklaşımına¹¹³ katılmak mümkün bulunmamaktadır.

Anayasanın 130. maddesinde de üniversitelerin bilimsel özerkliğe sahip olduğu düzenlenmiştir. Bunun yanında anılan düzenlemede, “Üniversiteler ile öğretim üyeleri ve yardımcıları serbestçe her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilecekleri” ve “Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tabidir.” hükümlerine yer verilerek, Devlet ve vakıf üniversitesi ayrımı gözetmeksizin bilimsel özerkliğe vurgu yapılmıştır.

Bilimsel özerklik, “bilimin doğasına uygun, hukuki, ahlaki (etik) kurallara ve düşünce ve usul serbestiyesine sahiplik” olarak tanımlanmaktadır¹¹⁴. Buna göre hukuka aykırı olmamak kaydıyla araştırma – yayın ile eğitim ve öğretim faaliyetlerinin serbestçe gerçekleştirilmesi bilimsel özerkliğin kapsamını oluşturmaktadır¹¹⁵. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bilimsel özerkliğin geniş bir kavram olduğunu belirttikten sonra söz konusu kavramın içeriğini, araştırma ve yayın konularını belirlemek ve yürütmek ve bu doğrultuda çalışma serbestliği olarak ifade etmiştir¹¹⁶. Bilimsel özerkliğin sonuçlarından biri ise bilimsel özgürlüktür. Bilimsel özgürlük doğrudan öğretim elemanları tarafından kullanılan bir hak niteliğindedir¹¹⁷. Bu bağlamda bilimsel özgürlükten bahsedebilmek için yükseköğretim personelinin her türlü baskı ve yönlendirme olmaksızın özgürce eğitim ve araştırma yapabilecek ortama sahip olması gerekmektedir¹¹⁸.

Dolayısıyla yükseköğretim personelinin görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar bakımından özel ceza soruşturma usulü benimsenmesi, bilimsel özerkliği de korumak amacını taşımaktadır. Bu halde vakıf yükseköğretim öğretim elemanlarının da bu güvenceye sahip olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

113 Mesci ve Aydın (n 22) 18.

114 Ali Sinan Bilgili, “Üniversitelerde Bilimsel/Akademik Özerklik ve Özgürlük Hakkında Bir Değerlendirme” 2016 20(1) Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 1, 3.

115 Bilgili (n 110) 5.

116 Anayasa Mahkemesi, E 1990/2 K 1990/10, 30.05.1990; Anayasa Mahkemesi, E 2010/29 K 2010/90, 16.07.2010.

117 Bilgili (n 110) 4.

118 Ali Rıza Erdem, “Üniversite Özerkliği: Mali, Akademik ve Yönetmelik Açısından Yaklaşım” 2013 3(2) Yükseköğretim ve Bilim Dergisi 97, 103.

2. KONU BAKIMINDAN KAPSAM

2547 sayılı Kanununun 53. maddesinin c fıkrasında sayılan kişilerin, “görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar” bakımından bu usulün uygulanması öngörülmektedir. 4483 sayılı Kanunda ise memur ve diğer kamu görevlilerinin sadece görevleri sebebiyle işledikleri suçlar kapsama alınmıştır. Dolayısıyla 2547 sayılı Kanunun kapsamı, konu yönüyle 4483 sayılı Kanundan geniştir.

Buna göre yükseköğretim personelinin görevleri dolayısıyla işledikleri suç, suçun işlendiği yer ve zamandan bağımsız olarak kamu görevi sebebiyle işlenen suçlardır¹¹⁹. Daha açık ifadeyle, kanun ve diğer düzenleyici işlemlerin kamu görevlisine yüklediği görevlerin gerektirdiği işlem ya da eylemleri yapması ya da yapmaması nedeniyle işlenen suçlar bu kapsama girmektedir¹²⁰. Dolayısıyla bu suçlar ancak kamu görevlisi sıfatını taşıyanlarca işlenebilir¹²¹. Ayrıca Danıştay, şüpheliye isnad edilen eylemin, yükseköğretim kurumundaki göreviyle ilgili olması şartını aramaktadır¹²². Yine Danıştay, başka bir kuruma atanan ancak yükseköğretim kurumunda görevliken işlediği iddia olunan suç dolayısıyla kamu görevlisi hakkında 2547 sayılı Kanuna göre ceza soruşturması yürütülmesi gerektiğini belirtmektedir¹²³. Görevi kötüye kullanma, mahkeme kararının kasten uygulanmaması bu suçlara örnek olarak verilebilir¹²⁴.

Yükseköğretim personelinin, görevlerini yaptıkları sırada işlenen suç ise herkes tarafından işlenebilecek nitelikte olan suçlardır. Ancak kamu görevlisinin görevi sırasında bu suçu işlemesi nedeniyle özel soruşturma usulü uygulanmaktadır¹²⁵. Cinsel taciz, hakaret, tehdit bu suçlara örnek verilebilir¹²⁶. Bununla birlikte, 2547 sayılı Kanunun görev sırasında işlenen suçları da kapsamına alması sebebiyle, konu bakımından çok geniş olduğu haklı olarak belirtilmektedir¹²⁷. Gerçekten

119 Gökcan ve Artuç (n 10) 1091. Örneğin Danıştay, müzik eserlerinin yayını hak sahibinden izin almadan gerçekleştiren öğretim elemanlarının üniversitedeki görevleri sırasında ya da görevleri ile bağlantısının bulunmadığı gerekçesiyle ceza soruşturmasının genel hükümlere göre yapılması gerektiğine karar vermiştir (Danıştay 1. Dairesi, E 2006/1183 K 2006/1322, 28.12.2006 www.kazanci.com (Erişim Tarihi 29 Aralık 2021)).

120 İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner ve Kahraman Berk, *İdare Hukuku* (7. Baskı Der 2015) 887.

121 Pınar (n 14) 423.

122 “...şüphelilerin şikayet konusu kararda Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Elazığ İli Riskli Yapı Tespitine İtiraz Değerlendirme Teknik Heyeti Üyesi olarak imzalarının bulunduğu, adı geçenlere isnat edilen eylemin, Teknik Heyet üyeliklerinden kaynaklandığı, Üniversitedeki öğretim üyeliği görevlerinden kaynaklanmadığı, öğretim üyeliği görevleri sırasında da işlenmediği, bu sebeple adı geçenler hakkında 2547 Sayılı Kanun’un 53 üncü maddesi uyarınca ceza soruşturması yaptırılmayacağı ve Kurul kararı alınmayacağı, isnat edilen eylem sebebiyle şüpheliler hakkında 4483 Sayılı Kanun uyarınca Elazığ Valiliğince ön inceleme yaptırılması ve soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine dair bir kararın verilmesi gerektiği anlaşılmıştır.” Danıştay 1. Dairesi, E 2016/1141 K 2016/1445, 20.10.2006 www.kazanci.com (Erişim Tarihi 29 Aralık 2021). Aynı yönde bkz. Danıştay 1. Dairesi, E 2020/500 K 2020/527, 04.06.2020, 2020 (4) Danıştay Kararlar Dergisi 86-90; Danıştay 1. Dairesi, E 2012/510 K 2012/894, 24.05.2012; Danıştay 1. Dairesi, E 2010/1638 K 2010/1901, 07.12.2010 www.kazanci.com (Erişim Tarihi 29 Aralık 2021).

123 Danıştay 1. Dairesi, E 2018/2537 K 2019/97, 05.02.2019 www.kazanci.com (Erişim Tarihi 29 Aralık 2021).

124 Gökcan ve Artuç (n 10) 1091.

125 ibid 1091.

126 ibid 1091.

127 Berkan Ayturan, “Yükseköğretim Personelinin Göreve İlişkin Suçlarının Soruşturulması” 2018 9(35) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 429, 440.

de 2547 sayılı Kanununun 53. maddesinin c fıkrasında da, 2547 sayılı Kanuna tabi personelin sadece görevleri dolayısıyla işlenen suçlarla sınırlandırılması, özel ceza soruşturma usulü öngörülmesiyle elde edilmek istenen amaca daha uygun olacaktır.

2547 sayılı Kanununun 53. maddesinin c fıkrasının 6. bendinde “*Yükseköğretim Kurulu Başkanı ve rektörler hakkında 19/4/1990 tarihli ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarından dolayı yapılacak ceza soruşturmasında yukarıda belirtilen ceza kovuşturması usulü tatbik edilir. 3628 sayılı Kanun kapsamına giren suçlarından dolayı kanuni kovuşturma için gereken izin, Yükseköğretim Kurulu üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri ve bu kuruluşların memurları (Üniversitelerarası Kurul memurları dahil) hakkında Yükseköğretim Kurulu Başkanından, üniversite yöneticileri ve öğretim elemanları ile memurlar hakkında üniversite rektörlerinden alınır.*” düzenlemesi yer almaktadır¹²⁸.

Buna göre yükseköğretim kurulu başkanı ve rektörler bakımından, 3628 sayılı Kanun kapsamına giren suçlarından dolayı da 2547 sayılı Kanununun 53. maddesinin c fıkrasında düzenlenen özel soruşturma usulü uygulanacaktır¹²⁹. Bununla birlikte Yükseköğretim Kurulu üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri ve bu kuruluşların memurları ile üniversite yöneticileri ve öğretim elemanları ile memurlar hakkında genel hükümlere göre ceza soruşturması yürütülmesi, Yükseköğretim Kurulu Başkanı veya rektörlerin iznine bağlı kılınmıştır. Böylelikle yükseköğretim personelinin bir kısmı için 3628 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar bakımından izin sistemi benimsenmiş olmaktadır.

2547 sayılı Kanunda bazı suçlar ile ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde özel soruşturma usulünün değil, doğrudan genel usule göre Cumhuriyet savcılığınca kovuşturmanın yürütüleceği de düzenlenmektedir¹³⁰. Bununla birlikte Danıştay, şüpheliler hakkındaki iddiaların bu kapsama girip girmediğinin yetkili makamlarca incelendikten sonra, bu kapsama giren iddialara ilişkin Cumhuriyet savcılığına bildirim yapılması gerektiğini, bu kapsama girmeyen iddialar yönünden ise özel ceza soruşturma usulünün işletilmesi gerektiğini belirtmektedir¹³¹.

128 Yükseköğretim Kanunu m.53/c-6.

129 3628 sayılı Kanununun 17. maddesinde “*Bu Kanunda ve 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununda yazılı suçlarla, irtikâp, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz.*” hükmü yer almaktadır. Bununla birlikte Danıştay 1. Dairesi’nin, rektörlerin 3628 Sayılı Kanun kapsamına giren bir suç isnadı dolayısıyla Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılması gerektiği yönünde kararı bulunmaktadır (Danıştay 1. Dairesi, E 2016/1062 K 2016/1946, 01.12.2016 www.kazanci.com (Erişim Tarihi 29 Aralık 2021). Buna karşılık madde de mülga 1609 sayılı Kanuna yapılan atıf, 15.04.2020 tarih ve 7243 sayılı Kanununun 7. maddesiyle 3628 sayılı Kanun olarak değiştirildiğinden, rektörler hakkında 3628 sayılı Kanun kapsamındaki suçlar bakımından da özel ceza soruşturma usulünün uygulanması gerektiği düşünülmektedir.

130 Yükseköğretim Kanunu m.53/c-7 : İdeolojik amaçlarla Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetleri, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayrılığına dayanılarak nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak maksadyyla işlenen suçlarla bunlara irtibatlı suçlar, öğrenme ve öğretme hürriyetini doğrudan veya dolaylı olarak kısıtlayan, kurumların sükün, huzur ve çalışma düzenini bozan boykot, işgal, engelleme, bunları teşvik ve tahrik, anarşik ve ideolojik olaylara ilişkin suçlar ile ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde, yukarıda yazılı usuller uygulanmaz; bu hallerde kovuşturmayı Cumhuriyet Savcısı doğrudan yapar.

131 Danıştay 1. Dairesi, E 2020/504 K 2020/738, 24.06.2020 www.kazanci.com (Erişim Tarihi 29 Aralık 2021).

Diğer yandan, 2547 sayılı Kanununun 53. maddesinin c fıkrasının 8. bendinde, 4483 sayılı Kanuna atıf yapıldığından, bu Kanunda yer alan konu bakımından istisnalar¹³², 2547 sayılı Kanunda düzenlenen özel soruşturma usulünün konu bakımından kapsamının da istisnasını oluşturmaktadır¹³³.

B. SORUŞTURMA SÜRECİ

2547 sayılı Kanununun 53. maddesinin c fıkrası uyarınca yükseköğretim kurumu personelinin bu Kanun kapsamına giren suç işlediklerinin ihbar, şikayet gibi yollarla ya da Cumhuriyet Başsavcılığının bildirim veya re'sen öğrenilmesi halinde yükseköğretim kurumu tarafından ceza soruşturması başlatılmadan önce inceleme yaptırılabilmesi gibi doğrudan ceza soruşturması açılmasına da karar verilebilmektedir. Hakeza ilgili kurum, inceleme sonunda ya da inceleme yaptırmaksızın ceza soruşturması açılmamasına da karar verebilmektedir.

I. İNCELEME BAŞLATILMASI

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin c fıkrası, "Yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında soruşturma başlatılması hâlinde aşağıdaki hükümler uygulanır" şeklindeydi. 02.12.2016 tarihli 6764 sayılı Kanununun 26. maddesiyle anılan fıkrada yer alan "ileri sürülen suçlar hakkında" ibaresi "ileri sürülen suçlar hakkında yetkili makamlarca inceleme başlatılabilir, inceleme sonucunda soruşturma açılmasına karar verilmesi ya da doğrudan soruşturma başlatılması hâlinde" şeklinde değiştirilmiştir¹³⁴. Buna göre Kanunun ilk halinde yükseköğretim kurumunun ceza soruşturması başlatmak konusunda bağlı yetki içerisinde olup olmadığının açık olmadığı ifade edilse¹³⁵ de, uygulamada ceza soruşturması başlatılmamasına ilişkin işleme koymama kararlarının verilmesi söz konusu olmaktadır.

Bunun yanında 2547 sayılı Kanunda ceza soruşturması başlatılmamasına ilişkin yani "işleme koymama" niteliğindeki kararlara karşı herhangi bir başvuru yolu da düzenlenmemiştir. Doktrinde ise

132 4483 sayılı Kanunun kapsam başlıklı 2. maddesi şu şekildedir; "...Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali genel hükümlere tabidir. ...765 sayılı Türk Ceza Kanununun 243 ve 245 inci maddeleri ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 154 üncü maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bu Kanun hükümleri uygulanmaz."

133 Gökcan ve Artuç (n 10) 1091. Diğer yandan başka kanunlarda özel hükümler bulunduğu takdirde de özel ceza soruşturma usulü uygulanmayacaktır. Bu kapsamda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 161/5 maddesi ile 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 357. maddesindeki suçlar sayılmaktadır (Ayturan (n 123) 443).

134 Ceza soruşturması açılmadan önce inceleme yaptırılmasına ilişkin düzenleme 2/12/2016 tarihli ve 6764 sayılı Kanununun 26 ncı maddesiyle yapılmıştır. Anılan düzenlemenin gerekçesinde, "ihbar ve şikayet başvurusunun somut ve inandırıcı mahiyette bilgi veya belge olmaksızın yapılması halinde veya suçun işlenmediğinin kısa bir inceleme ile açıkça görülebildiği diğer hallerde bir inceleme yapılmasının ardından ceza soruşturması başlatılmamasına karar verilebilmesinin sağlanması amaçlanmıştır" ifadelerine yer verilmiştir <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss405.pdf> (Erişim Tarihi 02 Aralık 2021).

135 Ayturan (n 124) 447.

bu tür işlemlerin “idari işlem” niteliğinde ve idari yargı denetimine tabi olduğu belirtilmekteydi¹³⁶. Danıştay’ın da aynı yönde kararları bulunmaktadır¹³⁷.

6764 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle uygulamada mevcut olan ceza soruşturması başlatılmamasına ilişkin kararlar, yasal dayanağa kavuşturulmuş bulunmaktadır. Buna göre yetkili makamlar, kendilerine ulaşan suç işlendiğine ilişkin ihbar ve şikayetler bakımından ceza soruşturması başlatmadan önce inceleme yaptırabilecek ve bu incelemenin sonucuna göre ceza soruşturması açılıp açılmamasına karar verebilecektir. Bir başka ifadeyle, 2547 sayılı Kanunda inceleme başlatıp başlatmamak konusunda yükseköğretim kurumuna takdir yetkisi tanınmıştır. Dolayısıyla ceza soruşturması başlatılmadan inceleme yapılması zorunlu değil, ihtiyari niteliktedir. 2547 sayılı Kanununun 53. maddesinin c fıkrasında incelemenin “*yetkili makamlarca*” yapılması öngörülmektedir. Dolayısıyla ilk soruşturmayı açmaya yetkili mercilerin, ceza soruşturmasına ilişkin inceleme yaptırmak konusunda da yetkili olduğu kabul edilmelidir.

Diğer yandan, inceleme yapmak üzere hangi görevlilerin görevlendirilebileceği, incelemenin hangi sürede yapılacağı¹³⁸, inceleme aşamasında hangi yetkilerin kullanılabilirliği, inceleme sonunda hazırlanacak olan inceleme raporunun içeriği bakımından 2547 sayılı Kanun uyarınca ilk soruşturmaya ilişkin hükümler ile 4483 sayılı Kanunda yer alan hükümlerin kıyasen uygulanması mümkündür.

İnceleme sonunda hazırlanan rapor, incelemeyi yapanların ceza soruşturması açılıp açılmaması konusundaki kanaatinin ceza soruşturması açmaya yetkili makama sunulması amacını taşımakta olduğundan bağlayıcı bir nitelik arz etmemektedir. Dolayısıyla ceza soruşturması açmaya yetkili makam, bu inceleme sonunda veya inceleme yaptırmaksızın, kişi hakkında ceza soruşturması açılmasına veya açılmamasına karar verebilir.

2547 sayılı Kanunda yapılan bu değişikliğe karşılık, ceza soruşturması başlatılmamasına ilişkin işleme karşı herhangi bir itiraz yolu düzenlenmemiştir. Danıştay 8. Dairesi ise bu değişiklik ile 4483 sayılı Kanunda bu tür kararlara karşı itiraz yolunun öngörülmesine ilişkin değişikliği dikkate alarak, ceza soruşturması başlatılmamasına ilişkin kararların iptal davasına konu olamayacağını,

136 Gökcan ve Artuç (n 10)1095.

137 “...henüz ortada itiraza konu edilebilecek, yetkili kurulca verilmiş bir lüzum ya da men-i muhakeme kararı bulunmamaktadır. “Soruşturma açılmamasına” ilişkin davaya konu işlem, yasada ve temyize konu kararda öngörülen sürece engeldir ve bu işleme karşı herhangi bir başvuru yolu öngörülmemiştir. Bu hale göre kesindir, kamu gücüne dayanmaktadır, doğrudan uygulanmakta ve hukuki sonuç doğurmaktadır. Bir diğer ifadeyle, her yönüyle idari davaya konu olabilecek işlem niteliğindedir. Öte yandan Anayasamızın, herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkında sahip olduğu, yolundaki 36. ve idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu açık tutan 125. maddeleri uyarınca, işin esasının incelenmesi gerekir.” Danıştay 8. Dairesi, E 2005/1425 K 2005/5059, 09.12.2005 www.kazanci.com (Erişim Tarihi 29 Aralık 2021). Aynı yönde bkz. Danıştay 1. Dairesi, E 2012/1132 K 2012/1303, 02.10.2012; Danıştay 1. Dairesi E 2010/1355 K 2010/1406, 05.10.2010; Danıştay 1. Dairesi, E 2006/7 K. 2006/217, 21.02.2006 www.kazanci.com (Erişim Tarihi 29 Aralık 2021).

138 İnceleme süresine ilişkin olarak 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53/A-1 maddesinde düzenlenen disiplin soruşturmasına ilişkin iki aylık sürenin uygulanması gerektiği de belirtilmektedir (Lütfi Gürgen, “2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nda Görevi Kötüye Kullanma Suçunun Soruşturma Usulü” 2018 (11) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 145, 157).

bu kararlara karşı Danıştay 1. Dairesine itiraz edilmesi gerektiği yönünde karar vermiş ve önceki içtihadını değiştirmiştir¹³⁹. Bununla birlikte Danıştay 1. Dairesi, usul kurallarının kamu düzeninden olduğu, hiçbir yargı yerinin açıkça kanunla kendisine verilmeyen bir yargı yetkisini kullanamayacağı, göreve ilişkin kuralların kıyasen uygulanamayacağı, söz konusu düzenlemenin yetkili makama idari işlem tesis etmek bakımından bir takdir hakkı tanıdığı bu sebeple de yargısal denetiminin idare mahkemelerince yapılması gerektiği şeklindeki gerekçelerle önceki içtihadında ısrar etmiştir¹⁴⁰.

4483 sayılı Kanun ile memur ve diğer kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili işlediği iddia edilen suçlarıyla ceza soruşturması başlatılması ilgili merciin iznine bağlı kılınmaktadır. İlgili merciin izin vermesi ya da vermemesi kararlarına ilişkin itiraz usulü ise 4483 sayılı Kanunun 9. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddede 20.08.2016 tarihli 6745 sayılı Kanunun 44. maddesiyle yapılan değişiklikle, izin vermeye yetkili merciler tarafından verilen işleme koymama kararına karşı da şikâyetçinin itiraz yoluna gidebileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu düzenlemeyle birlikte soruşturma izniyle ilgili kararların yargısal denetimi bakımından bir bütünlük oluşturulması ve

139 “... Yukarıda söz konusu edilen değişikliğin bir benzeri daha önce 20.8.2016 tarihli ve 6745 Sayılı Kanun’un 44. maddesiyle 4483 Sayılı Kanun’un 9. maddesinde yapılmış bulunmaktadır. 4483 Sayılı Kanun’un, yetkili merciler tarafından verilen kararlara itirazları düzenleyen 9. maddesinin ilk şeklinde soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi şeklinde iki çeşit karar düzenlenmişken, 6745 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra yetkili mercilere işleme koymama kararı verme yetkisi de tanınmıştır. Böylece daha önce 4483 Sayılı Kanun kapsamında ileri sürülen suçlarla ilgili olarak bir ön inceleme başlatılmadan önce idarece yapılan bir araştırmaya dayalı olarak verilen işleme koymama kararlarına karşı idari yargıda iptal davası açma yoluna gidilebilirken 6745 Sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra bu kararlara karşı sadece 4483 Sayılı Kanun’un 9. maddesinde belirtilen itiraz yolu kullanılabilir olup, iptal davası açılması yasal olarak mümkün bulunmamaktadır. İşleme koymama kararı, personel hakkında ileri sürülen suç iddiasının, suçun unsurları, vasfı, gerçekliği gibi hususlar bakımından ceza hukuku kapsamında bir soruşturmayı gerektirmediği açık olan durumlarda, idarenin zaman ve kaynak israfını önlemek için alınan kararlardır. 2547 Sayılı Kanun’un 53/c maddesinde yapılan değişiklikle getirilen inceleme yapma yolu da benzer bir nitelik taşımakta ve inceleme sonucunda soruşturma açılmamasına dair yetkili merciler tarafından verilecek kararlar da 4483 Sayılı Kanun uyarınca verilen işleme koymama kararlarıyla aynı sonucu doğurmaktadır. Ancak bu kararlara itiraz edilmesi halinde ne tür işlem yapılacağıyla ilgili olarak 2547 Sayılı Kanun’da bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu konuda yine 2547 Sayılı Kanun’un 53/c maddesi yoluyla Memurin Muhakematı Hakkında Kanun uygulanacak fakat bu Kanun da yürürlükten kaldırıldığından 4483 Sayılı Kanun’un 16. maddesi uyarınca 4483 Sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda 4483 Sayılı Kanun kapsamında verilen işleme koymama kararlarına yapılan itirazlarda olduğu gibi aynı Kanunun 9. maddesinde öngörülen itiraz yolu kıyasla uygulanarak 2547 Sayılı Kanun’un 53/c maddesi kapsamında değişiklikten sonra (02.12.2016) verilen soruşturma açılmamasına dair kararlara yapılacak itirazların da, bu madde uyarınca verilen lüzum-u muhakeme veya men-i muhakeme kararlarına yapılan itirazları değerlendiren kurullar tarafından incelenmesi gerekmektedir. Aksi halde bu itirazların idari yargıda iptal davasına konu edilmesi, kanunda özel olarak düzenlenmiş bir ceza soruşturması usulünü anlamsız kılacaktır. Bu yol suçun ve suçlunun kısa sürede soruşturulması bakımından ceza hukukunun amaçlarına da uygun olacaktır.” Danıştay 8. Dairesi, E 2015/14304, K 2018/1372, 14.03.2018 www.kazanci.com (Erişim Tarihi 28 Aralık 2021).

140 Danıştay 1. Dairesi, E 2018/2569, K 2018/2554, 27.12.2018, 2019 (1) Danıştay Kararlar Dergisi 51-65. Söz konusu kararın karşı oyunda ise “4483 sayılı Kanun kapsamında verilen işleme konulmama kararlarına yapılan itirazlarda olduğu gibi aynı Kanunun 9’uncu maddesinde öngörülen itiraz yolu kıyasla uygulanarak 2547 sayılı Kanunun 53/c maddesi kapsamında soruşturma açılmamasına dair kararlara yapılacak itirazların da, bu madde uyarınca verilen lüzum-u muhakeme veya men-i muhakeme kararlarına yapılan itirazları değerlendiren kurullar tarafından incelenmesi gerekmektedir. Aksi halde bu itirazların idari yargıda iptal davasına konu edilmesi, kanunda özel olarak düzenlenmiş bir ceza soruşturması usulünü anlamsız kılacak; ayrıca ceza hukuku kapsamında olan bir konunun idari yargı yoluyla çözülmesi gibi hukuka aykırı bir durumun doğmasına sebep olacaktır. Bu yol suçun ve suçlunun kısa sürede soruşturulması bakımından ceza hukukunun amaçlarına da uygundur.” şeklinde görüş ileri sürülmüştür.

idari makamların keyfiliklerinin önlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır¹⁴¹. 2547 sayılı Kanunda düzenlenen özel ceza soruşturma usulünde de, ceza soruşturması başlatılmaması konusunda idareye bir takdir yetkisi tanınmıştır. Bu yetkinin de ilgili suç isnadının ceza soruşturması açılmasını gerektirecek nitelikte olup olmadığının belirlenmesine yönelik bir araştırma niteliğinde olan inceleme yaptırmak suretiyle kullanılması öngörülmüştür. Dolayısıyla 2547 sayılı Kanunda düzenlenen inceleme yaptırılmadan veya inceleme yaptırılması ve bunun sonucuna göre ceza soruşturması açılmamasına karar verilmesinin, 4483 sayılı Kanunda düzenlenen işleme koymama kararıyla aynı içerik ve sonuçları haiz olduğu görülmektedir. 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinin c fıkrasının 8. bendinde de “*Bu Kanunda yer almamış hususlarda 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır.*” hükmü yer almaktadır¹⁴². Dolayısıyla anılan açık atıf uyarınca 4483 sayılı Kanunda öngörülen itiraz usulünün, 2547 sayılı Kanun kapsamındaki ceza soruşturması açılmamasına ilişkin kararlar bakımından da uygulanması gerektiği düşünülmektedir.

Diğer yandan, ceza soruşturması açılmamasına ilişkin kararlara ilişkin kanunda açık bir hukuki başvuru yolu düzenlenmediği hallerde, bu tür işlemlerin idari işlem niteliği gözetilerek idari yargı denetimine tabi tutulması hukuk devleti ilkesinin gereğidir¹⁴³. Bununla birlikte özel bir usul kapsamında bir fiilin ceza soruşturmasına konu olup olmamasına ilişkin yetkili idari makamlarca verilen kararların, aynı usul kapsamında itiraza konu edilmesi yargısal denetimde bütünlüğün sağlanması¹⁴⁴ ile özel ceza soruşturma usulüyle elde edilmek istenen amaca daha uygun olacaktır.

Vakıf yükseköğretim kurumu rektör ve rektör yardımcıları hakkında verilen lüzum-u muhakeme ve men-i muhakeme kararları bakımından itiraz mercii Danıştay 1. Dairesi olarak düzenlenmiştir¹⁴⁵. Yine vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanlarının özel ceza soruşturma usulüne tabi olduğu kabul edildiğinde, onlar hakkındaki kararlar bakımından da itiraz mercii Danıştay 1. Dairesi'dir. Dolayısıyla anılan hükmün kıyasen uygulanması durumunda, ceza soruşturması başlatılmamasına ilişkin kararlar bakımından da Danıştay 1. Dairesine itiraz edilebilmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir.

Diğer yandan, 2547 sayılı Kanunda hangi ihbar ve şikayetlerde ceza soruşturması başlatılmasına karar verilmesi gerektiği de düzenlenmemiştir. 4483 sayılı Kanunda ise bir ihbar veya şikayetin işleme

141 6745 sayılı Kanunun gerekçesinde işleme koymama kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olduğu, bu sebeple keyfi işleme koymama kararlarına karşı yargı yolunun mümkün kılındığı belirtilmektedir. Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı: 1, Sıra Sayısı: 411 <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss411.pdf> (Erişim Tarihi 28 Aralık 2021).

142 Anılan fıkra MMHK hükümlerine atıf yapılmaktayken, 15.04.2020 tarihli 7243 sayılı Kanunun 7. maddesiyle 4483 sayılı Kanuna atıf yapılmıştır. Bu düzenlemeden önce de 4483 sayılı Kanunun 16. maddesinde MMHK'ya yapılan atıfların, 4483 sayılı Kanuna yapılmış sayılacağı düzenlemesi bulunmaktaydı.

143 İşlemlerin sınıflandırılmasında kullanılan organik-maddi ölçüt ayrımı uyarınca, bu tip işlemler, organik açıdan idari işlem kabul edilmekle birlikte maddi açıdan idari işlem niteliğinde bulunmamaktadır. Şöyle ki, söz konusu işlemlerin, maddi açıdan idarenin ceza yargılamasına katılması sonucunu doğuran işlemler olduğundan, idare işlevine değil, yargı işlevine ilişkin olduğu kabul edilmektedir (Turan Yıldırım 'İdari İşlemler' iç Turan Yıldırım (ed) *İdare Hukuku* (8. Baskı On İki Levha 2020) 428-433).

144 Nitekim bu kararların denetiminin Danıştay 1. Dairesi tarafından yapılmasının, özel ceza soruşturma usulünün genel işleyiş mantığına daha uygun olacağı belirtilmektedir (Ayturan (n 123) 448).

145 Yükseköğretim Kanunu m.53/c-4.

konulabilmesi için “*ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikâyetlerde kişi veya olay belirtilmesi, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması*” şartları aranmaktadır¹⁴⁶. Dolayısıyla 2547 sayılı Kanunda yapılan atıf uyarınca, bu şartların kıyasen 2547 sayılı Kanun kapsamındaki ihbar ve şikâyetler bakımından da uygulanması gerekir.

2. CEZA SORUŞTURMASI BAŞLATILMASI

Yükseköğretim kurumunun hakkında suç isnadı olan personeli hakkında ceza soruşturması başlatmadan önce bir inceleme başlatması mümkün olduğu, bu incelemenin de ceza soruşturması açılmasına gerek olup olmadığına belirlenmesine yönelik olduğu belirtilmişti. Yükseköğretim kurumu, inceleme yaptıktan sonra ceza soruşturması başlatılabileceği gibi inceleme yapmaksızın suç isnadı sonrasında doğrudan ceza soruşturması da başlatabilir. Ceza soruşturması, “ilk soruşturma” ve “son soruşturma” olmak üzere iki aşamadan oluşmaktadır. İlk soruşturma aşaması fezleke hazırlanması; son soruşturma ise yetkili kurul tarafından karara bağlanma olarak da ifade edilmekte olup, bu aşamalar, ceza yargılamasındaki Cumhuriyet savcılarının yürüttüğü hazırlık soruşturması aşamasına denk gelmektedir¹⁴⁷.

A. İLK SORUŞTURMA

2547 sayılı Kanununun 53. maddesinin c fıkrasının 1. bendinde ilk soruşturmanın, “*Yükseköğretim Kurulu Başkanı için, kendisinin katılmadığı, Milli Eğitim Bakanının başkanlığındaki bir toplantıda, Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edilecek en az üç kişilik bir kurulca, diğerleri için, Yükseköğretim Kurulu Başkanınca veya diğer disiplin amirlerince doğrudan veya görevlendirecekleri uygun sayıda soruşturmacı*” tarafından yapılacağı düzenlenmiştir. Anılan Kanununun 53. maddesinin a fıkrasında ise “*Yükseköğretim Kurulu Başkanı üst kuruluşlar, rektörler ve bağımsız vakıf meslek yüksekokulu müdürlerinin; rektör, üniversitenin; bağımsız vakıf meslek yüksekokulu müdürü, bağımsız vakıf meslek yüksekokulunun; dekan, fakültenin; enstitü ve yüksekokul müdürleri, enstitü ve yüksekokulların; kadrosu bulunan uygulama araştırma merkezi ile bağımsız enstitü müdürleri, uygulama araştırma merkezi ile enstitünün; bu birimlerin genel sekreter veya sekreterleri de bağlı birim personelinin disiplin amirleri*” olarak sayılmaktadır¹⁴⁸. Dolayısıyla vakıf yükseköğretim kurumu rektörleri hakkında Yükseköğretim Kurulu Başkanı, rektör yardımcısı ve diğer öğretim elemanları hakkında ise rektör veya diğer disiplin amirleri tarafından ilk soruşturma yapılabilir.

146 4483 sayılı Kanun m.4/3.

147 Mesci ve Aydın (n 22) 8.

148 Danıştay, rektör adına hukuk müşaviri tarafından bu yetkinin kullanılmayacağını zira bu yetkinin münhasıran ilgili idari makama ait olduğu görüşündedir (Danıştay 1. Dairesi, E 2020/310 K 2020/358, 10.03.2020 www.kazanci.com Erişim Tarihi 29 Aralık 2021).

İlk soruşturmayı yapmaya yetkili makam belirlenirken, 2547 sayılı Kanun ile 4483 sayılı Kanuna yapılan atıf uyarınca, kamu görevlisinin suç tarihindeki görevinin esas alınması gerekmektedir¹⁴⁹. Ayrıca ast ile üstün aynı fiili iştirak halinde işlemesi durumunda yetkili makam üste göre belirlenmelidir¹⁵⁰.

İlk soruşturmanın, soruşturmacı atanması suretiyle yapılması halinde, soruşturmacı olarak görevlendirilen öğretim elemanlarının, hakkında soruşturma yapılacak öğretim elemanının akademik unvanına veya daha üst akademik unvana sahip olması gerekmektedir¹⁵¹. Ayrıca soruşturmada görev alan personel, son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verecek kurulda yer almamalıdır¹⁵².

Soruşturmacının soruşturma sırasında sahip olduğu yetkiler ile soruşturma süresi 2547 sayılı Kanunda düzenlenmemiştir. Bu sebeple bu boşluk, 4483 sayılı Kanunun ilgili hükümlerinin kıyasen uygulanmasıyla giderilebilir. Bu kapsamda soruşturmacının yetkilerinin, 4483 sayılı Kanun kapsamında ön inceleme yapmak üzere görevlendirilenlerin yetkileriyle aynı olduğu kabul edilmektedir¹⁵³. Ayrıca 4483 sayılı Kanunda hüküm bulunmayan hallerde de 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanabilecektir¹⁵⁴. Nitekim Danıştay da “..*bu soruşturmanın Cumhuriyet başsavcılıklarınca yürütülen ceza soruşturmalarıyla eşdeğer nitelikte olduğu, soruşturmacının delil toplamak için geniş yetkilere sahip bulunduğu, her türlü bilgi ve belgelerin soruşturmacılara verilmesi gerektiği(ni)*” ifade etmektedir¹⁵⁵.

149 Gökcan ve Artuç (n 10) 1097.

150 Danıştay 1. Dairesi, E 2021/371 K 2021/340, 03.03.2021 www.kazanci.com (Erişim Tarihi 29 Aralık 2021).

151 Ayturan (n 123) 449. 4483 sayılı Kanunun m.5/3 maddesinde de ön incelemede görevlendirilecek kamu görevlileri bakımından bu husus düzenlenmiştir.

152 Yükseköğretim Kanunu m.53/c-3.

153 4483 sayılı Kanun m.6: “*Ön inceleme ile görevlendirilen kişi veya kişiler, bakanlık müfettişleri ile kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkilerini haiz olup, bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre işlem yapabilirler; hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesini de almak suretiyle yetkileri dahilinde bulunan gerekli bilgi ve belgeleri toplayıp, görüşlerini içeren bir rapor düzenleyerek durumu izin vermeye yetkili mercie sunarlar. Ön inceleme birden çok kişi tarafından yapılmışsa, farklı görüşler raporda gerekçeleriyle ayrı ayrı belirtilir. Yetkili merci bu rapor üzerine soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine karar verir. Bu kararlarda gerekçe gösterilmesi zorunludur.*”

154 2547 sayılı Kanunda soruşturma sistemi benimsendiğinden, soruşturmacının Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan yetkileri kullanmasının bir zorunluluk olduğu da ifade edilmektedir. (Gökcan ve Artuç (n 10) 1098).

155 Danıştay 1. Dairesi, E 2021/428 K 2021/400, 18.03.2021 www.kazanci.com (Erişim Tarihi 29 Aralık 2021). “*2547 Sayılı Kanun’un 53. maddesi uyarınca üniversite personeli hakkında yetkili kurul tarafından verilen kararın ceza soruşturması niteliğinde olması nedeniyle bu karara esas olan soruşturma raporunu hazırlamakla görevli soruşturmacının, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan şüphelilerin savunması ile tanıkların ifadesini alma, suçla ilgili tüm delilleri toplama, kamu görevlilerinden soruşturmayı aydınlatıcı bilgi ve belgeleri isteme, vermediği takdirde suç duyurusunda bulunma, gerekirse bilirkişi incelemesi yaptırma, şüphelilerin adresleri hakkındaki bilgiyi güvenlik görevlileri vasıtasıyla ya da kurum ve kuruluşlardan yazışma yoluyla isteme yetkilerine sahip olduğu açıktır.*” Danıştay 1. Dairesi, E 2019/2032 K 2019/2047, 24.12.2019 www.kazanci.com (Erişim Tarihi 29 Aralık 2021). “*...soruşturmacı tarafından gerekli ve uygun görülürse şikayetçiye yazılı şekilde ifadesi alınmak üzere ifadesine başvurulmuş olayı ve sorulacak soruları içeren yazılı bir ifade istem yazısının gönderilmesi veya gelmemesinin sonuçları hatırlatılarak çağrı kağıdı ile ifadeye çağırılması, usulüne uygun olarak tekrar edilen çağrıya mazeret bildirmeksizin uymaması halinde de 5271 Sayılı Kanun’un 44. maddesi uyarınca zorla getirilmesi için gerekli usuli işlemlerin yapılması hususunda Cumhuriyet Başsavcılığına bildirimde bulunulması ve bu madde hükmünün şikayetçinin Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme önünde dinlenmesi halinde uygulanabileceği göz önünde bulundurulur şikayetçinin ifadesinin Başsavcılığa görevlendirilecek Cumhuriyet savcısı tarafından alınmasının*

Soruşturma süresi bakımından da 4483 sayılı Kanunda ön incelemeye ilişkin otuz günlük sürenin esas alınması gerekmektedir. Zorunlu hallerde bu sürenin onbeş güne kadar bir defa uzatılması mümkündür¹⁵⁶. Bununla birlikte uygulamada 4483 sayılı Kanuna göre değil, 2547 sayılı Kanuna göre işlem yapıldığı belirtilmektedir¹⁵⁷.

Soruşturma sonucunda gerekli delil ve belgeler toplandıktan sonra, soruşturmayı yürüten amir veya soruşturmacı bütün delilleri değerlendirerek bir rapor¹⁵⁸ hazırlar¹⁵⁹ ve bu raporu son soruşturma konusunda yetkili mercie sunar. Danıştay 1. Dairesi, olayın niteliğine göre bilirkişi raporu alınmasının gerekli olduğuna da karar vermektedir¹⁶⁰. Bu raporda soruşturmacı görevlendirme emrinin tarih ve sayısı, soruşturmanın başlayış ve bitiş tarihleri, şüphelinin kimliği ve görevi, iddia, savunma, tanık beyanları, toplanan deliller, bir suç olup olmadığı, varsa niteliği ve soruşturulan kişinin yargılanmasına gerek olup olmadığı yönündeki kanaatin bulunması gerekmektedir¹⁶¹. Soruşturma raporunu alan mercii, rapordaki bilgi ve belgelere dayanarak hakkında soruşturma yürütülen kişinin yargılanmasının gerekip gerekmediğine karar verilmek üzere dosyayı yetkili kurula iletacaktır¹⁶².

sağlanması gerekirken, bu yönteme başvurulmadığı tespit edilmiştir.” Danıştay 1. Dairesi, E 2016/2606 K 2017/48, 25.01.2017 www.kazanci.com Erişim Tarihi 29 Aralık 2021).

- 156 4483 sayılı Kanun m.7: “Yetkili merci, soruşturma izni konusundaki kararını suçun 5 inci maddenin birinci fıkrasına göre öğrenilmesinden itibaren ön inceleme dahil en geç otuz gün içinde verir. Bu süre, zorunlu hallerde onbeş günü geçmemek üzere bir defa uzatılabilir. Yetkili merci, herhalde yukarıdaki fıkrada belirtilen süreler içinde memur veya diğer kamu görevlisi hakkında soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi konusunda karar vermek zorundadır.”
- 157 Mesci ve Aydın (n 22) 49. Disiplin soruşturmasında uyulacak esasları düzenleyen 2547 sayılı Kanunun 53/A maddesinin 1. fıkrasının (I) bendine göre “Soruşturma, görevlendirme yazısının tebliğ tarihinden itibaren iki ay içinde tamamlanır. Soruşturma bu süre içinde tamamlanamaz ise soruşturmacı gerekçeli olarak ek süre talep edebilir, disiplin amiri gerekçeyi değerlendirerek ve zamanaşımı sürelerini dikkate alarak karar verir.”
- 158 Söz konusu rapor, fezleke olarak isimlendirilmektedir.
- 159 “...soruşturmacının öncelikle suç konusu eylemleri belirlemesi, bu bağlamda şikayetçinin, şüphelilerin ve suç konusu eylemlerde tanıklığı bulunan kişilerin ifadelerine başvurması, şikayet dilekçesinden başlayarak yaptığı soruşturmada hazırlayacağı fezleke gereğini belirtmek suretiyle ulaştığı kanaate göre; suçlarla illiyet bağı tespit edilemeyen veya eylemleri suç oluşturmeyen şüpheliler hakkında karar verilmesine yer olmadığına, soruşturma şartı bulunmayan, suçlarla illiyet bağı olmayan veya sonradan illiyet bağı kesilen şüpheliler hakkında kovuşturmaya yer olmadığına, atılı suçları işledikleri şüphesi bulunanlar hakkında lüzum-u muhakemelerine, atılı suçları işlemedikleri kanaatine varılanlar hakkında ise men-i muhakemelerine karar verilmesi gerektiği yolunda öneri getirmesi, tüm bilgi ve belgelerin bulunduğu soruşturma dosyasını fezleke ile birlikte soruşturma emri veren makama teslim etmesi, 2547 Sayılı Kanun’un 53. maddesi gereğince oluşturulacak yetkili kurulun da iddia konusu suçların şüphelilerle illiyet bağını irdelemek suretiyle şüpheliler hakkında yukarıda belirtilen türlerde kararlar vermesi gerekmektedir. Danıştay 1. Dairesi, E 2021/462 K 2021/401, 18.03.2021 www.kazanci.com (Erişim Tarihi 29 Aralık 2021). Aynı yönde bkz. Danıştay 1. Dairesi, E 2021/428 K 2021/400, 18.03.2021; Danıştay 1. Dairesi, E 2021/45 K 2021/66, 26.01.2021 www.kazanci.com (Erişim Tarihi 29 Aralık 2021).
- 160 Danıştay 1. Dairesi, E 2018/1041 K 2018/963, 06.06.2018; Danıştay 1. Dairesi, E 2020/1384 K 2020/1223, 01.10.2020 www.kazanci.com (Erişim Tarihi 29 Aralık 2021).
- 161 Gökcan ve Artuç (n 10) 1100; Pınar (n 14) 158 – 159; Mesci ve Aydın (n 22) 51.
- 162 Soruşturma sırasında, soruşturulan kişinin 2547 sayılı Kanunun 53/c maddesi kapsamına girmedigi tespit edildiğinde, lüzum-u muhakeme veya men-i muhakeme yapılmasına ilişkin kanaat belirtilmeden, sadece bu hususun tespitiyle yetinilmesi gerekmektedir (Ayturan (n 123) 438).

B. SON SORUŞTURMA

2547 sayılı Kanununun 53. maddesinde son soruşturma olarak belirtilen karar aşamasında, yetkili kurullarca şüpheli hakkında kamu davası açılıp açılmamasına yönelik karar verilmektedir. Bu aşamada yetkili kurullar¹⁶³, lüzum-u muhakeme ya da men-i muhakeme kararı vermek zorundadırlar¹⁶⁴.

Buna göre 2547 sayılı Kanunda ilk soruşturma neticesinde son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verecek makamlar da belirlenmiştir¹⁶⁵. Vakıf yükseköğretim kurumu rektörleri ve rektör yardımcıları hakkında, Yükseköğretim Kurulu üyelerinden oluşturulan üç kişilik kurul yetkili bulunmaktadır.

Bağımsız vakıf meslek yüksekokul müdürleri bakımından ise 2547 sayılı Kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. 02.12.2016 tarihli 6764 sayılı Kanununun 26. maddesiyle anılan maddede yapılan değişiklikle “üniversite” ifadesi yerine “Devlet ve vakıf yükseköğretim kurumları” ifadesi kullanılmıştır. Kanunun gerekçesinde bu değişiklikle birlikte devlet ve vakıf yükseköğretim kurumları rektörleri ile bağımsız vakıf meslek yüksekokulu müdürleri hakkında Devlet üniversitesi rektörleri gibi özel ceza soruşturma usulünün uygulanmasının sağlanmasının amaçlandığı belirtilmektedir¹⁶⁶. Ancak kanunun lafzından devlet ve vakıf yükseköğretim kurumu rektörleri ifadesinin, bağımsız vakıf meslek yüksekokulu müdürlerini de içerecek şekilde anlaşılması mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte bağımsız vakıf meslek yüksekokul müdürlerinin de özel ceza soruşturma usulüne tabi bulunması gerektiği düşünüldüğünde, kanun koyucunun gerekçesi de gözetilerek, bu kişiler hakkında da son soruşturmada Yükseköğretim Kurulu üyelerinden oluşturulan üç kişilik kurulun yetkili olduğu kabul edilmelidir.

Vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan üniversite, fakülte, enstitü ve yüksekokul yönetim kurulu üyeleri, fakülte dekanları ve dekan yardımcısı, enstitü ve yüksekokul müdürleri ve yardımcısı hakkında, rektörün başkanlığında rektörce görevlendirilen rektör yardımcılarında oluşacak üç kişilik kurul; öğretim elemanları hakkında ise üniversite yönetim kurulu üyeleri arasından oluşturulacak üç kişilik kurul yetkili bulunmaktadır.

163 Yükseköğretim Kanunu m.53/c-2.f: “Yükseköğretim Kurulu ile üniversite yönetim kurullarınca oluşturulacak kurullarda görevlendirilecek asıl ve yedek üyeler bir yıl için seçilirler. Süresi sona erenlerin tekrar seçilmeleri mümkündür.”

164 Yükseköğretim Kanunu'nun 61. maddesi uyarınca kararların salt çoğunlukla alınması mümkündür. Kararın oy çokluğu ile alınması halinde, karara muhalif kalan üyenin görüşünün de kararda belirtilmesi gerekmektedir (Danıştay 1. Dairesi, E 2008/1037 K 2008/861, 16.09.2008 www.kazanci.com (Erişim Tarihi 29 Aralık 2021).

165 Yükseköğretim Kanunu m.53/c-2: “Son soruşturmanın açılıp açılmamasına;

a) Yükseköğretim Kurulu Başkan ve üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri hakkında Danıştayın 2 nci Dairesi,

b) Devlet ve vakıf yükseköğretim kurumu rektörleri, rektör yardımcısı ile üst kuruluş genel sekreterleri hakkında, Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edilecek üç kişilik kurul,

c) Üniversite, fakülte, enstitü ve yüksekokul yönetim kurulu üyeleri, fakülte dekanları ve dekan yardımcısı, enstitü ve yüksekokul müdürleri ve yardımcısı ile üniversite genel sekreterleri hakkında, rektörün başkanlığında rektörce görevlendirilen rektör yardımcılardan oluşacak üç kişilik kurul,

d) Öğretim elemanları, fakülte, enstitü ve yüksekokul sekreterleri hakkında üniversite yönetim kurulu üyeleri arasından oluşturulacak üç kişilik kurul,

e) 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlar hakkında, mahal itibarıyla yetkili idare kurulu,”

166 <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss405.pdf> (Erişim Tarihi 02 Aralık 2021).

Son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verecek kurulların üye tamsayısı ile toplanması gerekmektedir. Bu kurullara ilk soruşturmada soruşturmayı yapan üyeler ile haklarında karar verilecek üyeler katılamazlar¹⁶⁷.

Son soruşturmanın hangi sürede tamamlanması gerektiğine ilişkin 2547 sayılı Kanunda düzenleme bulunmamaktadır. Bu yasal boşluk nedeniyle suçun zamanaşımına¹⁶⁸ uğratılması veya soruşturmanın sürüncemede bırakılması gibi durumlar ortaya çıkabilmektedir¹⁶⁹. Bu sebeple bu hususun da kanun koyucu tarafından açıkça hükme bağlanması gerekmektedir.

Yetkili kurul tarafından lüzum-u muhakeme yani son soruşturmanın açılmasına karar verilmesi halinde bu karar, mahkemece yapılan yargılamada iddianame yerine geçmektedir¹⁷⁰. Bu sebeple iddianamenin düzenlenmesi için gerekli şartların varlığı halinde lüzum-u muhakeme kararı verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Buna göre 5271 sayılı Kanun uyarınca yeterli şüphe bulunan hallerde son soruşturmanın açılmasına karar verilmelidir¹⁷¹. Ayrıca lüzum-u muhakeme kararlarında, 5271 sayılı Kanuna göre iddianamede bulunması gereken hususların yer alması gerektiği ve idari yargı merciinin de itiraz halinde bunu dikkate alması gerektiği aksi halde iddianamenin iadesi müessesesinin uygulanması gerektiği de ifade edilmektedir¹⁷².

Yetkili kurul tarafından men-i muhakeme yani son soruşturmanın açılmasına yer olmadığı şeklinde karar verilmesi halinde ise ilgili hakkında kamu davası açılmayacaktır. Buna göre soruşturulan eylemin suç niteliğinde olmadığı, soruşturulanın bu eylemi işlemediği, yeterli delil olmadığı veya eylemin disiplin soruşturmasını gerektiren nitelikte ya da hukuki ihtilaf mahiyetinde olması gibi hallerde men-i muhakeme kararı verilmesi mümkündür¹⁷³. Bununla birlikte şüphelinin, soruşturma konusu eylemle arasında illiyet bağı bulunmadığı veya şüpheliye isnad edilen eylemin mevzuatta suç olarak tanımlanmadığı hallerde karar verilmesine yer olmadığı kararı verilebileceği de ifade edilmektedir¹⁷⁴. Bu kararın men-i muhakeme kararı gibi son soruşturmanın açılmaması niteliğinde olduğu ve kendiliğinden Danıştay İdari İşler Kurulu veya Danıştay 1. Dairesince inceleneceği belirtilmektedir¹⁷⁵. Şüphelinin ölümü, genel af ilanı, şikayet yokluğu veya şikayetten vazgeçilmesi

167 Yükseköğretim Kanunu m.53/c-3

168 Zamanaşımı süresi bakımından Türk Ceza Kanunu'nda yer alan hükümlere göre uygulama yapılması gerekmektedir (Mesci ve Aydın (n 22) 61).

169 ibid 61.

170 İbrahim Çiçek, "2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa Göre Verilen Lüzumu Muhakeme Kararlarının İddianame Yerine Geçip Geçmediği Sorunu" 2008 3(23) Terazi Hukuk Dergisi 75, 78.

171 Gökcan ve Artuç (n 10) 1101. Kamu davası açılabilmesi için yeterli şüphenin olduğu durumlarda lüzum-u muhakeme kararı verilmesi gerektiği hakkında bkz. Danıştay 1. Dairesi, E 2021/129 K 2021/153, 04.02.2021 www.kazanci.com (Erişim Tarihi 29 Aralık 2021).

172 Gökcan ve Artuç (n 10)1102.

173 ibid 1102.

174 Ayturan (n 123) 456.

175 Gürben (n 134) 163.

ve zamanaşımı hallerinde kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilebilir¹⁷⁶. Bu karar da, men-i muhakeme kararı gibi son soruşturmanın açılmaması niteliğindedir¹⁷⁷.

Bunun yanında yetkili kurul tarafından soruşturmanın eksik yapıldığı tespit edilirse, bu eksiklik bizzat giderebileceği gibi eksikliğin tamamlattırılmasına da karar verilebilir¹⁷⁸. Soruşturma konusu olan kişi veya eylemin, 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinin c fıkrası kapsamına girmediği sonucuna varıldığında ise yetkili kurul tarafından görevsizlik kararı verilerek, dosyanın görevli makama gönderilmesi söz konusu olabilir¹⁷⁹.

Lüzum-u muhakeme ve men-i muhakeme kararlarına karşı itiraz yolu da öngörülmüştür. Buna göre Yükseköğretim Kurulu ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri dışındaki kişiler bakımından, yetkili kurullarca verilen lüzum-u muhakeme kararlarına ilgililerce¹⁸⁰ yapılan itiraz, Danıştay 1. Dairesi tarafından karara bağlanır¹⁸¹. Yine bu yetkili kurullarca verilen men-i muhakeme kararları ise kendiliğinden Danıştay 1. Dairesi tarafından incelenerek karara bağlanır¹⁸².

Lüzum-u muhakeme kararlarına karşı hangi sürede itiraz edilebileceği 2547 sayılı Kanunda düzenlenmediği için kıyasen 4483 sayılı Kanunda öngörülen on günlük sürenin uygulanması gerekmektedir¹⁸³. Buna göre hakkında soruşturma yapılan kişi, ilgili kararın tebliğinden¹⁸⁴ itibaren on gün içinde itiraz edebilir. Bu itirazın bu süre içerisinde lüzum-u muhakeme kararını veren makama yapılması, ilgili makamın da itirazı Danıştay'a karar vermek üzere göndermesi gerekmektedir¹⁸⁵.

Haklarında lüzumu muhakeme kararları kesinleşen Yükseköğretim Kurulu ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeler dışındaki kişilerin yargılaması suçun işlendiği yer mahkemelerine

176 Ayturan (n 123) 456.

177 Gürgeç (n 134) 164.

178 Ayturan (n 123) 456.

179 ibid 456.

180 İtiraza dair dilekçenin itiraz edenin kendisi veya vekil tayin edeceği avukat tarafından imzalanması gerektiği hakkında bkz. Danıştay 1. Dairesi, E 2017/430 K 2017/606, 06.04.2017 www.kazanci.com (Erişim Tarihi 29 Aralık 2021). Bunun yanında Danıştay, soruşturma izni verilmeyen ilgilinin kendi hakkında verilen soruşturma izni verilmemesi kararına itiraz edemeyeceği yönünde karar vermiştir (Danıştay 1. Dairesi, E 2020/1727 K 2020/1736, 17.12.2020, 2021 (6) Danıştay Kararlar Dergisi 58-60).

181 Yükseköğretim Kanununun 53. maddesinde geçen Danıştay 2'nci Dairesi ibaresinden, 2.6.2004 tarih ve 5183 sayılı Kanunun 12'nci maddesiyle yapılan düzenleme uyarınca Danıştay Birinci Dairesi anlaşılmalıdır.

182 Yükseköğretim Kanunu m.53/c-4.

183 4483 sayılı Kanun m.9/2: "Soruşturma izni verilmesine ilişkin karara karşı hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisi; soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara karşı ise Cumhuriyet başsavcılığı veya şikâyetçi, izin vermeye yetkili merciler tarafından verilen işleme koymama kararına karşı da şikâyetçi itiraz yoluna gidebilir. İtiraz süresi, yetkili mercinin kararının tebliğinden itibaren on gündür."

184 "ceza soruşturması sonucunda verilen men-i muhakeme veya lüzum-u muhakeme kararlarının, haklarında karar verilenlere (şüphelilere) ve şikâyetçilere 7201 Sayılı Tebliğat Kanununda ve ilgili Yönetmelikte gösterilen usule uygun olarak tebliği zorunludur." Danıştay 1. Dairesi, E 2017/970 K 2017/1013, 30.05.2017 www.kazanci.com (Erişim Tarihi 29 Aralık 2021).

185 Mesci ve Aydın (n 22) 68.

aittir¹⁸⁶. Görevli mahkemenin ise 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun uyarınca belirlenmesi gerekmektedir.

Dolayısıyla vakıf yükseköğretim kurumlarının 2547 sayılı Kanununun 53. maddesinin c fıkrası kapsamına giren personeli bakımından lüzum-u muhakeme ve men-i muhakeme kararları bakımından itirazların, Danıştay 1. Dairesi tarafından karara bağlanması ve görevli ve yetkili mahkemenin de 5235 sayılı Kanun ile suçun işlendiği yere göre belirlenmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Vakıf yükseköğretim kurumları ve burada istihdam edilen öğretim elemanları, yükseköğretim sisteminin önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Bununla birlikte vakıf yükseköğretim kurumları ile bu kurumlarda görev yapan personele ilişkin kanuni düzenlemelerin yetersiz kaldığı görülmektedir. Bu çerçevede yargı organlarının da zaman zaman birbirine zıt yönde karar verebildikleri, bunun da uygulamada yeknesaklığın sağlanmasını zorlaştırdığı söylenebilir.

Bu bağlamda Anayasanın 129. maddesinde memur ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması kural olarak izin sistemine bağlanmış, 2547 sayılı Kanunla ise özel olarak soruşturma sistemi benimsenmiştir. Her ne kadar Danıştay 1. Dairesi ve Anayasa Mahkemesi, vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanlarının 2547 sayılı Kanunda düzenlenen özel ceza soruşturma usulü kapsamına girmediğini belirtse de, söz konusu yargı organlarının gerekçelerinin hukuken hatalı olduğu düşünülmektedir. Buna göre 2547 sayılı Kanunun sistematığı değerlendirildiğinde, kanun koyucunun anılan personel bakımından açık bir istisna tesis etmediği anlaşılmaktadır. Ayrıca söz konusu personelin, kamu görevlisi statüsünde de bulunduğundan, tabii olduğu hukuki rejim yönünden de devlet üniversitesinde görev yapan öğretim elemanlarından ayrı bir uygulamaya tabii tutulması eşitlik ilkesine uygun düşmeyecektir. Dolayısıyla 2547 sayılı Kanununun 53. maddesinin c fıkrasının kişi yönünden kapsamının, vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanlarını da dikkate alacak şekilde, kanun koyucu tarafından açık şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Nitekim 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53. maddesinin c fıkrasında, 02.12.2016 tarih ve 6764 sayılı Kanunla yapılan vakıf üniversitesi rektör ve rektör yardımcılarını açıkça özel ceza soruşturma usulü kapsamına alan değişikliğin, eşitlik ilkesi yönünden eksik ve hukuka aykırı olduğu düşünülmektedir.

Bunun yanında, 2547 sayılı Kanunla özel ceza soruşturma usulü olarak benimsenen soruşturma sisteminin de, 4483 sayılı Kanuna koşut olarak izin sistemine dönüştürülmesi, 2547 sayılı Kanundaki düzenlemelerin yetersizliği göz önünde bulundurulduğunda, uygulamada yeknesaklığın sağlanması bakımından önem taşımaktadır. Ayrıca bu çerçevede 2547 sayılı Kanunun konu yönünden kapsamının da, 4483 sayılı Kanunu esas alacak şekilde sadece görevle ilgili suçlar şeklinde daraltılması yerinde olacaktır.

186 Yükseköğretim Kanunu m.53/c-4.

KAYNAKÇA

- Akyıldız A., “Memur Yargılamasında İdari Süreç”, 2001 5(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-64.
- Akyılmaz B., Sezginer M. ve Kaya C., *Türk İdare Hukuku* (14. Baskı Savaş 2021).
- Altınok Çalışkan E., “Vakıf Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Öğretim Elemanlarının “Yıllık İzin Hakkı”nın Tabi Olduğu Hukuki Rejim”, 2021 20(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 47-86.
- Aslan Z. ve Altındağ H., *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması* (Seçkin 2018).
- Avcı M., “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme”, 2007 11(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 273-294.
- Ayturan B., “Yükseköğretim Personelinin Göreve İlişkin Suçlarının Soruşturulması” 2018 9(35) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 429-467.
- Bilgili A., “Üniversitelerde Bilimsel/Akademik Özerklik ve Özgürlük Hakkında Bir Değerlendirme” 2016 20(1) Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 1-15.
- Bostancı B. ve Bulun Tokkaş B., “Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2020/479 E. , 020/626 K. sayılı ve 26.10.2020 Tarihli Vakıf Üniversitesinde Çalışan Öğretim Üyesinin Alacak Talepli Açtığı Davasının “İdari Yargı” Yerinde Çözümlemesi Gerektiğine İlişkin Kararın İncelenmesi”, 2021 29(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2657-2678.
- Boz S., *Memur Yargılamasında İzin ve İtiraz Süreci* (Seçkin 2014).
- Çağlayan R., “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme”, 2003 7(1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 105-128.
- Çelik N., “Vakıf Üniversitesi Öğretim Üyeleri İle Yapılan Sözleşmelerin Hukuki Niteliği Konusundaki Uyuşmazlık Mahkemesi ve Diğer Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi”, 2014 20(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, (Özel Sayı Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan) 3-15.
- Çetin E., *Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları* (Seçkin 2003).
- Çınarlı S., Arslan Hızal S. ve Hızal A., “Vakıf Üniversitelerinde Görev Yapan Öğretim Üyelerinin Ceza Soruşturması Usulü Sorunu”, 2013 (3) Leges Kamu Hukuku Dergisi 23-42.
- Çiçek İ., “2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa Göre Verilen Lüzumu Muhakeme Kararlarının İddianame Yerine geçip Geçmediği Sorunu” 2008 3(23) Terazi Hukuk Dergisi 75-84.
- Duman B., “Kamuda Görev Yapan Meslek Mensuplarının Soruşturma Usulü ve Uygulamadaki Problemler”, 2016 11(116) Terazi Hukuk Dergisi 102-109.
- Erdem A., “Üniversite Özerkliği: Mali, Akademik ve Yönetmelik Açısından Yaklaşım” 2013 3(2) Yükseköğretim ve Bilim Dergisi 97-107.
- Giritli İ., Bilgen P., Akgüner T. ve Berk K., *İdare Hukuku*, (7. Baskı Der 2015).
- Gökcan H. ve Artuç M., *Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri*, (4. Baskı Adalet 2016).
- Göktaş S., “Vakıf Üniversiteleri ile Öğretim Elemanları Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, 2021 29(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 581-621.
- Gözler K., *Hukuka Giriş* (13. Baskı Ekin 2016).
- Gözler K., *İdare Hukuku C.II*, (3. Baskı Ekin 2019).
- Gözübüyük Ş. ve Tan T., *İdare Hukuku C.I* (10. Baskı Turhan 2014).
- Günday M., *İdare Hukuku* (10. Baskı İmaj 2011).
- Gündüz F., “2547 Sayılı Kanuna Tabi Personelin Ceza Soruşturması”, Kamu Hukuku Arşivi (KHUKA), 2009 (Basım yılı 2011) 12(1) 47-56.

- Gürgen L., “2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nda Görevi Kötüye Kullanma Suçunun Soruşturma Usulü” 2018 (11) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 145-168.
- Kaman N., ‘Kamu Görevlileri’ iç Turan Yıldırım (ed) *İdare Hukuku* (8. Baskı On İki Levha 2020).
- Kanlıgöz C., “1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı”, 1993 43(1-4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 169-201.
- Karslı M., *İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı* (On İki Levha 2016).
- Keyman S., “Memurun Muhakematı Kanunu”, (1962) 19(1-4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 173-200.
- Livanelioğlu Ö., “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanununun Eleştirisi”, (2000) (2) Ankara Barosu Dergisi 33-43.
- Mesci H. ve Aydın V., “Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Kamu Görevlilerinin Ceza Soruşturma Usulü”, (2017) 7(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-91.
- Önüt L., “Vakıf Üniversitesinin Faaliyetlerinin Durdurulması ve Garantör Üniversitenin İşlevi”, 2018 17(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 95-125.
- Özek Ç., “Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi”, (1961) 26(1-4) İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 34-85.
- Pınar İ., *Açıklamalı – İctihatlı Memur Suçlarında Soruşturma Usulü* (Seçkin 1997).
- Sancakdar O., Önüt L., Doğan E., Kasapoğlu Turhan M. ve Seyhan S., *İdare Hukuku* (10. Baskı Seçkin 2021).
- Selçuk S., *Memur Yargılaması Hakkında* (TÜSİAD Yayınları 1997).
- Sever Ç., “Bir Kamu Kurumu Olarak Vakıf Üniversiteleri ve Bu Üniversitelerde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüsü”, 2016 Legal Hukuk Dergisi 1175-1216.
- Şahin İ., “4483 sayılı Kanunda Öngörülen İnceleme Görevlisinin Yetkileri ve Bu Çerçeve İzin Sisteminin Gerekliği Hakkında Değerlendirme”, 2015 19(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 249-320.
- Tutum C., *Türkiyede Memur Güvenliği* (Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü 1972).
- Ulusoy A., *Yeni Türk İdare Hukuku*, (3. Baskı Yetkin 2021).
- Yayla Y., “Memurların Yargılanması”, 1985 6(1-3) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 265-272.
- Yıldırım T. ve Samuray F., “Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Hukuki Statüsü”, 2010 (1) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81-95.
- Yıldırım T. ‘İdari İşlemler’ iç Turan Yıldırım (ed) *İdare Hukuku* (8. Baskı On İki Levha 2020).
- Yıldırım T. ve Kaman N., “İdare Hukuku Konferansları-I Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı”, (2019), 18(1) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 155 – 172.
- Yıldırım T., “Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı: Cinsel Tercih”, 2018 24(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 453-481.
- Yılmaz D., “Yükseköğretim Personeli Ceza Soruşturması, Yasal Eksiklikler ve Çözüm Önerileri”, 2013 17(1-2) Erzinan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi S.101-125.
- Zafer H., “Ceza Hukuku Uygulamasında Kamu Görevlisi”, 2012 9(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (Özel Sayı: Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan) 213-226.

Suç İşlemeye Tahrik Suçu

Provocation to Commit an Offence

Ercan Yaşar* 

ÖZ

Suç işlemeye tahrik suçunun 765 s. eski TCK düzenlemesinde yer aldığı süreçte sorunlu olduğu ve bunun üzerine çok sayıda çalışmanın yapıldığı görülmektedir. Suça ilişkin düzenleme suç genel teorisi bağlamında sorun teşkil ettiğinden hukuki niteliği üzerinde sayısız tartışma yapılmış ve mevcut düzenleme suç genel teorisi (ceza hukuku genel hükümler) açısından meşrulaştırılmaya çalışılmıştır. 5237 s. TCK düzenlemesine birtakım değişiklikler yapılarak alınan bu suç tipinin 2005 yılından bu yana yeterince tartışılmadığı görüldüğünden eski tartışmalara değinilmek suretiyle mevcut düzenlemelerin ceza hukuku genel hükümler nazariyesindeki hukuki niteliğine açıklık getirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Suç işlemeye tahrik, Tahrik, Akim kalmış azmettirme, Tahrik konusu suçlar, Cezalandırma sahasının genişletilmesi

ABSTRACT

It is seen that the crime of Provocation to Commit an Offence is a problematic regulation. That is why, the regulation in old Turkish Penal Code with rule number 765, has been the subject of many studies, including monographic works. Since the regulation of this crime shows some problems in the context of the general theory of crime, numerous discussions have been made on its legal nature, in order to legitimize it within terms of general theory of crime (general principle of criminal law). Although it included some important changes, this offense after the transfer of the offense in the new Turkish Penal Code in year 2005, was not sufficiently discussed. Here an attempt is made to clarify the legal nature of the current regulation in criminal theory with reference to the old discussions.

Keywords: Provocation to commit a crime, Provocation, Failed instigation/incitement, Crimes as provocations subject, Widening the field of punishment

* Dr. Öğr. Üyesi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, <https://orcid.org/0000-0001-9076-6795>.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Ercan Yaşar

E-posta/E-mail: ercanyasar279@gmail.com

GİRİŞ

TCK m. 214/1 düzenlemesinde ayırım yapılmaksızın tüm suçlar için tahrik fiillerinin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Burada önemli olan tahrik fiilinin herhangi bir suçun işlenmesine yönelik olmasıdır. İlgili suçun basit yahut ağır bir suç olması önem arz etmediği gibi şikâyete, talebe yahut isteme tabi olmasının da önemi bulunmamaktadır. Keza işlenmesi arzulanan suçun bireylere, topluma, devlete vs. karşı suçlar olmasının da bir önemi bulunmamaktadır. Tahrik, suç teşkil eden fiillerin işlenmesine yönelik olmak zorunda olduğundan aşağıda yer verdiğimiz üzere suç teşkil etmeyen haksızlıklara teşvik bu anlamda suç teşkil etmeyeceği gibi konumuzun kapsamının da dışında kalacaktır.

Keza TCK m. 214/2 düzenlemesinde yer verilen suç, bağımsız başka bir suç teşkil ettiğinden çalışmamızın kapsamının dışında tutulmuştur.¹ Nitekim öğretilerde de ikinci fıkrada yer verilen suçun “halkı birbirini öldürmeye tahrik” şeklinde adlandırıldığı görülmektedir.²

TCK m. 214/3 düzenlemesi ise tahrik konusu suçların işlenmesiyle ilgili olduğundan çalışma konumuzun kapsamı dahilindedir. Mukayeseli hukuk çerçevesinde baktığımızda Alman kanun koyucusu suç işlemeye tahrik suçuna yer verirken öncelikle tahrik konusu suçun gerçekleşmiş haline yer vermiş akabinde tahrik konusu suçun işlenmemiş olması halini düzenlemiş ve ceza aralığına yer vermiş ve fakat cezanın her halükârda tahrik konusu suçun gerektirdiği cezadan fazla olmayacağını düzenlemiştir. Türk kanun koyucusu ise bize göre daha yerinde bir düzenleme ile ilk önce suç işlemeye tahrik suçunun temel haline, başka bir ifadeyle tahrik konusu suçların işlenmemiş olduğu hale yer vermiş ve fakat bize göre Alman mevzuatında (ve 765. sayılı TCK’da) yer verilen ceza üst sınırına ilişkin hususa yerinde olmayarak değinmemiştir. Akabinde suç işlemeye tahrik suçunun bize göre nitelikli hali olan tahrik konusu suçun işlenmiş olması haline yer vermiştir. Bu şekilde bir düzenleme yerinde bir düzenleme olmuştur. M. 214/2 düzenlemesinde yer verdiği suçu başka bir madde altında düzenlemesi daha yerinde olurdu. Ancak bunun çalışma konumuzu ele alma üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır.

Aşağıda ayrıntısı görüleceği üzere bu suç tipine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra özellikle yer veren bir çalışmaya rastlanmamaktadır. Oysa ilgili suç tipinin suç genel teorisi içerisinde sorunlu yanları önceki kanun döneminde ehemmiyetli tartışmalara ve monografik eserlere konu olmuştur. Suç tipine ilişkin bu eser eksikliği konuya yönelişimizin yegâne sebebi değildir. Bunun haricinde 765 sayılı kanun dönemindeki düzenleme çerçevesindeki görüşlerin mevcut kanun düzenlememizle uyuşmuyor olması, tüketilen yabancı kaynakların 765 s. TCK’nın mehzat ülkelerinden olması ve 5237 s. TCK’nın iştirak düzenlemelerine yeni bir bakış açısı ile yer vermesi de konunun yeniden ele alınmasını zaruri kılmaktadır. Son olarak Türk hukuk öğretisinde ilgili suç tipinin nitelendirilmesi ile ilgili ciddi eleştirilerimiz ve kısmi çözüm önerilerimiz bulunduğundan bu suç tipinin ele alınması gayretini göstermiş bulunmaktayız.

1 765 s. eski TCK düzenlemesinde 311. maddede benzer bir hükme yer verilmediği görülmektedir. Bkz. 765 s. TCK m. 312; Anılan bu iki durumun aynı madde altında düzenlenmemesi gerektiği görüşü için bkz. Köksal Bayraktar, *Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü* (Formül Matbaası 1977) 42.

2 Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (11. Baskı, Savaş Yayınevi 2021) 264.

I. SUÇ İŞLEMENE TAHRİK VE BAĞLANTILI KAVRAMLAR

A. TAHRİK VE SUÇ İŞLEMENE TAHRİK KAVRAMLARI

Tahrik kavram olarak hareket ettirmek, harekete geçirmek anlamına gelmektedir.³ Suç işleme ile ilişkilendirilmek istendiğinde bir kimseyi suç işlemeye itmek; suça doğru yöneltmek; bir kişiyi suç yoluna doğru harekete geçirmek ve suça teşvik etmek şeklinde anlaşılabilir.⁴ Burada fiziki hareket ettirmekten (itmekten) çok suç iradesini oluşturma, kişiyi düşünsel anlamda suç işlemeye ikna etme, yönlendirme anlaşılmalıdır. Bir başka deyişle tahrik, bir başkasından belirli bir icrai yahut ihmali davranışta bulunmayı istemeye yönelik açık yahut örtülü bir irade açıklamasıdır.⁵ Tabii dolaylı faillikte olduğu gibi fiil üzerinde hakimiyet kurma durumu söz konusu olmamaktadır. Kişi her ne kadar tahrik edilmiş olsa da kendi iradesi ile hareket etmekte olduğundan tahrik halinde cebir, tehdit, hile gibi bir durum söz konusu olmamaktadır.⁶ Aynı şekilde suç işlemeye tahrikten söz edebilmek için tahrik edilenin önceden tahrik konusu suçları işleme konusunda bir fikre varması yahut varmaması önem arz etmemektedir. Tahrik edilende tahrik öncesi suç işleme iradesi hiç yoksa ve tahrik ile birlikte bu irade oluşmuşsa suç işlemeye tahrik suçundan söz edileceği gibi tahrik öncesi mevcut olan suç işleme iradesini kuvvetlendirmek de suç işlemeye tahrik açısından yeterli olacaktır.⁷ Aslında bu durum TCK m. 214/1 bağlamında neredeyse tamamen önemsiz bir tespit olmaktadır. Zira suç işlemeye tahrik suçunun oluştuğundan söz edebilmek için tahrikçinin fiiline ve ondaki maddi ve manevi unsurlara odaklanmak gerekmektedir. İlgili fiilin tahrik konusu suçları işleyebilecek olanlar üzerindeki etkisinin ilk fikri oluşturma yahut mevcut fikri kuvvetlendirme etkisi yapıyor olması tahrikçinin fiilini TCK m. 214/1 bağlamında etkilemeyecektir; soyut tehlike suçu olması da bu sonucu doğurmaktadır. Suç işleme kararı olan yığınların bu kararlarını kuvvetlendirme olsa olsa kendi fiilinin ortaya çıkardığı tehlike riski dikkate alınarak temel cezanın esasında (teşebbüste olduğu gibi) dikkate alınabilecektir; suçun soyut tehlike suçu olması bu konuda bir dikkate almayı da sorunlu hale getirebilir. Ancak bu husus TCK m. 214/3 bağlamında biraz daha önem arz etmektedir. Zira tahrik edilende tahrik öncesi bir suç işleme iradesi olsa da tahrikçinin tahrik eylemi sonrası bu irade kuvvetlenir ve tahrik konusu suç tahrik edilince gerçekleştirilirse, tahrikçi TCK m. 214/3 bağlamında sorumlu olacaktır. Yığının içinde yer alan ve suç işleme kararı olmayan birini suç işlemeye tahrik etmenin haksızlığı (değersizliği) ile suç işleme kararı olan birinin kararını kuvvetlendirmenin haksızlığı (değersizliği) eşit değildir; suça yapılan bu katkıları kanun koyucu da eşit görmemiş olacak ki azmettiren ile yardım eden arasında yaptırım anlamında bir değer farkına yer vermiştir. Soyut tehlike suçunun ortaya çıkardığı risk (riziko) farklıdır. Ancak şeriklik durumundan farklı olarak, failin fiilinin etkinliğinden çok failin fiilinin yığın içindeki birileri üzerinde doğurduğu kısmi etki ile

3 Bayraktar (n 1) 3; Kavrama ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Haluk Toroslu, 'Kamu Barışına Karşı Suçlar Bakımından Tahrik Kavramı' (2015) II Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan 1201, 1209 vd..

4 Benzer tanımlar için bkz. Bayraktar (n 1) 3.

5 Urs Kindhäuser and Edward Schramm, *Strafrecht Besonderer Teil I* (9. Auflage, Nomos 2020) § 40, Rn. 3, s. 291; von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 8.

6 "Tahrikte harekete geçirilen kimsenin irade serbestisinin tamamen ortadan kalktığı ileri sürülemez." Bayraktar, s. 30.

7 Bayraktar (n 1) 19 ve s. 133; Toroslu (n 3) 1210.

ilgili olan bu hususun faile verilecek ceza anlamında fark yaratmaması gerektiğini düşünüyoruz. Bu fiilin haksızlığı ve fiil esnasındaki kusur düşüncesiyle de daha örtüşür bir sonuç olmaktadır.

Suç işlemeye tahrik ile haksız tahrik arasında da bir ilişki mevcuttur; ancak bunlar birbirlerinden farklı hususlara delalet etmektedir. TCK anlamında haksız tahrikte fail bir kimsenin haksız fiili dolayısıyla suç işlemeye yönelmektedir. Ancak bu yönelme karşı tarafın arzulanığı yahut kanalize etmek için başvurduğu bir netice olmadığı gibi;⁸ böyle olmak zorunda da değildir. Çünkü suç teşkil eden yahut etmeyen hukuki haksızlık niteliğindeki haksız fiili gerçekleştiren kişi kendi güdülerini ile tahrik olmakta ve bu tahrik altında suç işlemek için harekete geçmektedir.⁹ İştirak açısından burada kural olarak ne azmettirme ne de yardım etme söz konusudur. Ancak haksız tahrik durumuna sebebiyet veren kişinin haksız tahrik altında suç işlemeye yönelen kişiyi bu anlamda teşvik etmesi teorik olarak mümkündür. Bu halde bir yandan haksız tahrik altında suç işleme söz konusu iken diğer yandan haksız tahrikte bulunmak (haksız fiil gerçekleştirmek) suretiyle belirli bir kişiyi suç işlemeye tahrik söz konusu olabilir. Haksız tahrik zeminini oluşturan kişinin bilinçli hareket ettiği durumlarda diğer şartların varlığı halinde azmettirme ve veya yardım etme durumlarının gerçekleşmesi mümkündür. Ancak bu halde suç işlemeye tahrik suçunun oluşmayacağını belirtmek gerekir. Zira ilgili özel suç düzenlemesi belirsiz kişileri teşvik ve yönlendirmeyi cezalandırmakta ve iştirak düzenlemelerinin ilgili fiili kapsamaması hallerinde devreye girebilmektedir. Aksi durumda tüm azmettirme fiillerinde ilgili azmettirme ile suç işlemeye tahrik suçunu içtima konusu yapmamız gerekecekti ki bu maddi suç hukuku ilkeleriyle de örtüşmez. Kaldı ki haksız tahrik, tahrik altında suç işlemiş olan kişinin kusurluluğuna, dolayısıyla alacağı cezaya etki etmekteyken suç işlemeye tahrik, kusurluluk değerlendirmesinden ve tahrik konusu suçun cezalandırılmasından çok tahrik edenin cezalandırılmasıyla ilgilidir. Keza haksız tahrik halinde tahrik eden, tahrik konusu suçun mağduruna dönüşmekteyken (ilgileri birbirlerine karşı; tezat içindedir), suç işlemeye tahrikte tahrikçinin aynı zamanda tahrik konusu suçun mağduruna dönüşmesi (kural olarak) mümkün değildir; aksine tahrik eden ile tahrik edilenin nihayetinde istediği aynı şeydir (ilgileri paralellik göstermektedir).¹⁰ Aynı şekilde suç işlemeye tahrik edilen kişi tahrik altında (tahrikçinin teşviki, kışkırtması, yönlendirmesi, harekete geçirmesiyle) tahrik konusu suçu işlemiş olsa da kendisine haksız tahrik indirimi uygulanmaz. Zira bu halde haksız tahrik indiriminin uygulanma koşullarının vücut bulması çok zordur.

Son olarak suç işlemeye tahrikte bir kimsenin tahrik eden olması, diğer bir kimsenin ise tahrik edilen olması gerekmektedir. Tahrik edenin “tahrikçi/Auffordernde” olarak nitelendirildiği de görülmektedir.¹¹ Tahrikçinin bir kimseyi kışkırtması dolayısıyla kışkırtan olarak adlandırılması da mümkündür.

8 Bayraktar (n 1) 12.

9 Haksız tahrik indirimine konu bir durumdan söz edebilmek için ilgili haksızlığın mutlaka suç teşkil etmesi gerekmemekteyken, suç işlemeye tahrik halinde tahrikçinin (failin) kişileri mutlaka bir suçu işlemeye tahrik etmesi gerekmektedir. Aynı yönde Bayraktar (n 1) 13.

10 Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Seçkin 2021) 475; Bayraktar (n 1) 13.

11 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 8.

B. SUÇ İŞLEMeye TAHRIK İLE AZMETTİRME ARASINDAKİ İLİŞKİ

Suç işlemeye tahrik ile azmettirmenin birbiriyle unsur açısından kesişip kesişmediği konusunda fikir birliği bulunmamaktadır.¹² Aşağıda hukuki nitelik hakkında bilgi verdiğimizde ayrıntısına yer verecek olmakla birlikte burada kısaca şunu belirtebiliriz. Suç işlemeye tahrik ile azmettirme arasında biri diğerini dışlayan bir ilişki mevcuttur. Bu sebeple her iki sahanın bir diğeriyle kesiştiği nokta bulunmamaktadır. Öyle ki akim kalmış azmettirme dahi suç işlemeye tahrik suçunun sahasıyla kesişmemektedir. Bir olayda azmettirme söz konusu ise o olayda akim kalmış azmettirmeden söz edilemeyeceği gibi, bir olayda azmettirme yahut akim kalmış azmettirme söz konusu ise kural olarak suç işlemeye tahrikten de söz edilemez. Ancak bu ikisinin yan yana (paralel şekilde) var olması mümkündür.¹³ Tahrikçinin bir topluluk önünde – aleni şekilde – içlerinde tanıdığı bir kişiyi göstererek “aranızda bu yiğit gibi X’lerin dükkanlarını yakacak yürekli çıkmalı, bu gece gökyüzü alevlerle aydınlanmalı ki X’ler bu bölgeyi terk etsin”, derse ve doğrudan muhatap aldığı o kişi gider suçu gerçekleştirirse, bu tarz bir durumun ortaya çıktığı söylenebilir. Bu halde tahrikçi belirli bir kişiyi azmettirdiği fiili ile aynı zamanda belirsiz sayıda kişiyi aleni şekilde suç işlemeye azmettirmiş olacaktır. Bu halde hem azmettirme hem de suç işlemeye tahrik yan yana var olmuş olmaktadır. Konuya ilişkin çözümümüze aşağıda yer vermekteyiz.

Azmettirme ile suç işlemeye tahrik arasındaki birinci fark yöneldikleri kişilerin belirlenebilir olup olmadıkları ile ilgilidir. Şayet hareketin yöneldiği kişi yahut kişiler (Adressatenkreis) belirli (sınırlı) ise bu halde azmettirmeden, belirsiz bir yığın ise tahrikten söz edilecektir.¹⁴ Bir diğer fark ise işlenilmesi istenen suçun netleştirilmesi ile ilgilidir. Azmettirme halinde azmettirmeye konu suçun suç işlemeye tahrike oranla daha net olarak belirlenmesi gerekmektedir.¹⁵

Keza akim kalmış azmettirmede de azmettirmenin neredeyse tüm koşulları mevcuttur. Akim kalan, başarıya ulaşmayan yalnızca azmettirme konusu suçun icra hareketlerini gerçekleştirmektir. Azmettirilen ikna olmakla birlikte suçun icrasına başlamadığı için azmettirmenin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmektedir. Bu sebeple suç işlemeye tahrik ile azmettirmeye teşebbüs sahaları da birbirleriyle üst üste gelmemekte, kesişmemektedirler.

II. GENEL BİLGİ

Suç işlemeye tahrik suçunun hukuki niteliğinin ne olması gerektiği konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Bu çerçevede ileri sürülen ve detayına aşağıda yer vereceğimiz görüşlerin bir kısmında suç işlemeye tahrik suçunun hazırlık hareketinin cezalandırılması anlamına geldiği belirtilirken, bir başka görüşe göre suç işlemeye tahrikin aslında tahrik edilen suçların işlenmesine yönelik bir teşebbüs hali olduğu ve bu sebeple cezalandırıldığı belirtilmekte; bir başka görüşe göre ise

12 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 7.

13 “Örneğin bir toplantı esnasında belirli ve belirsiz kişilerin suç işlemeye ikna edilmesi halinde hem azmettirmeden hem de suç işlemeye tahrikten söz edilebilir”. von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 7.

14 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 7; Schönke/Schröder/Eser, StGB § 111 Rn. 4.

15 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 7a.

suç işlemeye tahrik de bir nevi suça iştiraktır (azmettirme ve veya yardım etme) ve tahrikçi bu sebeple cezalandırılmaktadır; son olarak tüm bunlardan bağımsız şekilde suç işlemeye tahrik suçunun başlı başına, bağımsız bir suç olduğu ileri sürülmektedir.¹⁶ Mukayeseli hukukta tartışmalar bu çerçeveye sınırlıyken Türk hukukunda bu tartışmalara yapay bir tartışma daha eklenmiş ve suç işlemeye tahrik suçunun basit halinin bağımsız bir suç olduğu, tahrik konusu suçun işlenmiş olduğu halinin ise tahrik konusu suçlara iştirakin özel bir şekli olduğu ileri sürülmüştür.

Suç işlemeye tahrik suçunun aslında tahrik konusu suça hazırlık hareketi niteliğinde olduğu ve tahrik edilenin suçu işlememesi halinde cezasız kaldığı ve kanun koyucunun bu aleni tahrik niteliğindeki hazırlık hareketini cezalandırmak istediği görüşü öğretilen halen savunulmaktadır.¹⁷ Hatta bu halde tahrik konusu suçun kovuşturma şartlarının ilgili suçlar işlenmemiş olsa da suç işlemeye tahrikin kovuşturma şartlarını belirleyeceği ve böylece tahrik konusu suç şikayete tabi ise tahrik suçunun kovuşturmasının da o somut olayda şikayete tabi hale geleceği belirtilmektedir.¹⁸ Ancak bize göre suç yolu failin düşünce safhasıyla başlayacağından ve hazırlık hareketlerine de ancak bu halde başlanacağından, fail dışında kimselerin fiil ve düşüncelerinin hazırlık hareketi sayılması mümkün değildir.¹⁹ Azmettirme halinde dahi hazırlık hareketi sahası, daha doğrusu azmettirmeye konu suçun suç yolu azmettirilenin düşünce ve fiiliyatta bir şeyler yapma(ma)sıyla başlar.²⁰ Ondan önceki safha azmettirenin kendi hazırlık ve icra sahasıdır; başka bir ifadeyle azmettirmenin hazırlık ve icra safhasıdır ve azmettirmenin başlı başına bir (suç teşkil eden) haksızlık olduğu kabulü halinde azmettirme (suçunun) suç yolu olabilir.

Suç işlemeye tahrik suçunun aslında tahrik konusu suçun icra hareketlerini başlattığı ve bu sebeple tahrik konusu suçların işlenmesine yönelik teşebbüs niteliğinde olduğu görüşü artık savunulmamaktadır.²¹ Gerçekten de bu görüşü savunmak güç görünmektedir. Çünkü tahrikçinin tahrik niteliğindeki fiilinin tahrik edilenin işlemeyi düşündüğü suç bağlamında hazırlık hareketi olup olmadığı bile tartışmalıyken, bu halde tahrik edilen fail tarafından elverişli hareketlerle doğrudan

16 Türk hukuk öğretilinde 765 sayılı TCK döneminde savunulan görüşler ve mukayeseli hukukta savunulan görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bayraktar (n 1) 69 vd.

17 Toroslu ve Toroslu (n 2) 264; Bayraktar (n 1) 73; İzzet Özgenc, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Bası, Seçkin 2021) 582; Demirbaş (n 10) 497.

18 Çetin Özek, *Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler* (İstanbul Üniversitesi Yayınları, Cezaevi Matbaası 1967) 314.

19 Aynı yönde Çetin Özek, 'Devletin Şahsiyetine Karşı İşlenen Cürümlerde Cezalandırılan Hazırlık Hareketleri' (1963) 29(3) 458, 463 ayrıca bkz. 472.

20 "Bir fiilin hazırlık hareketleri cezalandırılrsa dahi, o fiile iştirak hükümlerinin dışında teşvikçi bir etki yapmış olan kimsenin hazırlık hareketlerini icra ettiği söylenemez; kanaatimizce iştirak hükümlerinin tatbik edildiği hallerde dahi, teşvik fiili, eğer maddi herhangi bir hareket mevcut değilse, hazırlık hareketi olarak kabul edilmez. Zira suçun işlenmesi için gerekli olan maddi hareketleri, maddi fail icra etmektedir. Manevi fail, asli faili, suçu işlemeğe teşvik ve ikna etmekle, hazırlık hareketlerinin dahi yapılmasını teşvik ve ikna etmiştir. Teşvikçi hazırlık hareketinin dahi hazırlayıcısıdır. Maddi fiile dair bir hareketi mevcut değildir." Özek (n 19) 463. Aksi yönde: "Hazırlık hareketlerinin ancak fiili icra eden asli maddi fail tarafından yerine getirilebileceği hususunda bir kural bulunmamaktadır. (...) Bizce manevi faillerin hareketleri, asli maddi failin icra hareketleri bakımından hazırlık hareketi niteliğini taşımaktadır." Bayraktar (n 1) 73.

21 Eski savunucuları için bkz. Bayraktar (n 1) 74.

doğruya bir icra hareketinin başlamış olduğunu iddia etmek imkânsız denecek kadar güç ve teorik olarak sorunludur.²²

Suç işlemeye tahrik suçunun aslında tahrik konusu suçları işlemeye iştirak niteliğinde olduğu ve tahrikçinin bu sebeple ve fakat asıl failin cezalandırılmamasına rağmen cezalandırıldığı savunulmaktadır.²³ Başka bir ifadeyle burada esas fiil işlenmemesine rağmen esas fiili işlemeye azmettirenin cezalandırıldığı istisna bir iştirak düzenlemesinin (icraya geçilmeden cezalandırılabilen bir iştirak tipinin) söz konusu olduğu belirtilmektedir.²⁴ Bize göre burada akim kalmış azmettirme (azmettirmeye teşebbüs) ile tahrik suçlarının aynı şeyler olduğu savunulmaya çalışılmış ve niteleme hatasına düşülmüştür.²⁵ Çünkü tahrik ile akim kalmış azmettirme halleri birbirinden farklı kavramlardır. Akim kalmış azmettirme halinde azmettirme için aranan tüm şartlar mevcuttur, yalnızca azmettirilen tipik ve hukuka aykırı fiili gerçekleştirmediği için (bizim hukuk sistemimizde olduğu gibi) cezalandırılmamaktadır yahut kanun koyucunun düzenleme yapması suretiyle (Alman hukukundan ağır suçlar için öngörülmüş olduğu gibi) cezalandırılabilir hale gelmektedir. Akim kalmış azmettirmede azmettiren ile azmettirilen arasında kişisel ve spesifik bir ilişki kurulmuştur. Oysa suç işlemeye tahrik suçunda tahrikçi ile tahrik edilen arasında bu kişisel ve spesifik (doğrudan) ilişki kurulamamaktadır. Bu sebeple ikisi farklı sahalara tekabül etmektedir. Hatta bize göre suç işlemeye tahrik ile akim kalmış azmettirme kapsamına dahi girmeyen (yukarıda belirttiğimiz gibi) fiiller cezalandırılabilir hale getirilmekte ve bu sebeple cezalandırma sahası genişletilmiş olmaktadır. Cezalandırılabilir sahaya ilişkin çemberler çizdiğimizde çekirdek çember suçun tamamlanmış hali, bir dış çember teşebbüs hali, bunun dışındaki çember şeriklik halleri iken, bu şeriklik hallerinin dışında çizilen çemberde akim kalmış azmettirme yer alırken, suç işlemeye tahrik suçu ile cezalandırılabilir hal alan fiiller akim kalmış azmettirmenin de dışında kalan bir çemberin içinde yer almaktadırlar. Anılan bu sebeplerle suç işlemeye tahrik (TCK m. 214 fıkra 1 ve 3) bir iştirak

22 Teşebbüse ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ercan Yaşar ve Hasan İba, 'Teşebbüs Derecesine Ulaşmamış İcrai Hareketlerde Gönüllü Vazgeçme' (2021) 16 (45) Ceza Hukuku Dergisi 101, 104; Aynı yönde Bayraktar (n 1) 77.

23 Bayraktar'a göre Fransız hukuk uygulama ve öğretisinde tahrikin bir iştirak çeşidi olduğu neredeyse yeknesak şekilde savunulmaktadır (Bayraktar (n 1) 78). Görüşün diğer savunucuları için bkz. Bayraktar (n 1) 77.

24 Toroslu'ya göre de suç işlemeye tahrikin, tahrik konusu suç açısından, özel olarak düzenlenmeseydi cezalandırılmayacak olan bir tür iştirake teşebbüs niteliğinde kabul edilmesi mümkündür. Toroslu (n 3) 1215.

25 Alman hukukunda suç işlemeye tahrik suçunun azmettirme (§26 StGB) ve azmettirmeye teşebbüsün (§30/1 StGB) yanı sıra düzenlendiği ve bu iki kurumu tamamlayıcı (bunlara ek) olduğu kabul edilmektedir. Aynı şeyler olsaydı Alman kanun koyucusu ayrıca suç işlemeye tahrik suçuna yer vermezdi (Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 2, s. 291). Ancak durum Alman hukukunda da açık değildir. Öğretide savunulan bir görüşe göre akim kalmış azmettirme (azmettirmeye teşebbüs) fiilinin cezalandırılabilmesi yalnızca ağır suçlar (Verbrechen, bkz. § 30 StGB) için öngörülmüş olduğundan basit suçlara (Vergehen) azmettirmeye teşebbüs edenin fiili Alman Ceza Kanunu m. 30 bağlamında cezasız kalsa da m. 111 çerçevesinde cezalandırılabilir bir hal almıştır (Michael Heghmanns, *Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil* (Springer 2009) 551.). Ancak bize göre bu görüşe katılmak mümkün değildir. Aynı yazarın da yukarıda anılan sayfada belirttiği gibi aleni tahrikten söz edebilmek için kişinin belirli bir kişi olmaması gerekir. Buna karşılık akim kalmış azmettirmeden söz edebilmek için ise kişinin belli bir kişi olması şarttır. Bu halde bu iki kurum/saha bir diğeri dışlar niteliktedir. Nitekim Alman öğretisinde de ACK m. 111'in akim kalmış azmettirme hallerinde (Verbrechen yahut Vergehen olduğuna bakılmaksızın) devre dışı kalacağı belirtilmek suretiyle görüşümüzle benzer sonuca ulaşıldığı görülmektedir. Bu durum von Bubnoff tarafından açıkça vurgulanmış ve akim kalmış azmettirme bir Vergehen'e yönelik olduğu için cezalandırılmıyor olsa da bu durum ACK m. 111'in uygulanmasının önünü açmaz zira bu hallerde m. 111 ile aranan tehlike şartı gerçekleşmemiş olur (von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 10).

türü değildir.²⁶ Ancak Alman hukukunda savunulan bir görüşe göre gerek tahrik konusu suçların işlenmiş olduğu halde gerekse işlenmemiş olduğu halde ilgili düzenlemenin özel bir azmettirme niteliğinde olduğu belirtilmektedir.²⁷ Bu şekilde algılandığında TCK m. 214/1'in de bağımsız bir suç olmadığı sonucuna varmak gerekir ki Türk hukuk öğretisindeki baskın görüş ilgili suçun bağımsız olduğu yönündedir.

Suç işlemeye tahrik suçunun aslında tahrik konusu suçlardan bağımsız olduğu görüşü de çeşitli gerekçelerle savunulmaktadır.²⁸ Bir görüşe göre suç işlemeye tahrik suçu bağımsız bir suçtur ve failin cezalandırılmasının sebebi failin tehlikeliliğidir.²⁹ Failin tehlikeliliği bize göre faile verilecek cezanın türüne ve infazın şekline etki edebilecekse de ilgili fiilin haksızlığının tespitine ve fiilin cezalandırılıp cezalandırılmamasına etki etmediğinden başvurulacak doğru bir argüman değildir. Bize göre failin fiili haksızlık teşkil ettiğinden ve soyut bir tehlike doğurduğundan cezalandırılmaya layık hale gelmekte ve bağımsız bir suç (suç teşkil eden haksızlık) halini almaktadır.³⁰ Alman ACK m. 111 düzenlemesinde yer verilen neticeye ulaşmış suç işlemeye tahrik ile neticesiz kalmış suç işlemeye tahrik hallerinin azmettirme düzenlemelerini tamamlayıcı olduğu ancak azmettirmenin özel bir görünüşü olmadığı savunulmakta ve bağımsız bir suç olduğu, kendine has tipikliği ve kendine özgü ceza aralığı (yaptırımı) olduğu da savunulmaktadır.³¹ Bizim de katıldığımız bu görüşe göre “suç işlemeye tahrik, kendine has, bağımsız bir suçtur. Tahriki gerçekleştiren, bir başkası tarafından gerçekleştirilen tahrik konusu suçun azmettirenini değil, kendi işlediği suçun failidir. Kendisini bekleyen ceza ise işlenen suçun azmettireninin alacağı cezadır. Burada azmettiren olarak cezalandırılmaz; azmettiren gibi cezalandırılır. Tahrik konusu suçun işlenmesi hali suç işlemeye tahrik suçunun bir nitelikli halidir (Deliktsqualifikation)”³².

Kanun koyucu bir kimsenin belirli bir kişiyi azmettirmesini tehlikeli bulmuş ve bunu cezalandırmanın sahasını genişleten iştirak düzenlemeleriyle düzenleme altına almıştır. Aynı kanun koyucunun bir kimsenin belirsiz sayıda kişiyi suça tahrik etmesini görece daha tehlikeli olmasına rağmen cezasız bırakması düşünülemez.³³ O ki tahrikçi olarak nitelendirilen bu kişilerin azmettirme düzenlemelerince cezalandırılması mümkün değildir, o halde ilgili tehlikeyi bertaraf etmek için özel suç düzenlemelerine yer vermek gerekir. Nitekim birçok kanun koyucu gibi Türk kanun koyucusu da bu sahayı özel suç düzenlemeleriyle cezalandırmayı seçmiştir.

26 Aynı yönde Bayraktar (n 1) 80.

27 “İkinci fıkra, azmettirme hareketinin tamamlandığı ve tahrikin tahrik edilene ulaştığı, ancak tahrik konusu suça teşebbüs edildiği veya suçun tamamlanmadığı yahut bu teşebbüs veya tamamlanmanın tahrikçinin fiili ile ilişkilendirilemediği anlamda başarıya ulaşmamış bir azmettirmedir.” Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 4, s. 292; aynı yazarın başka yerde (Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 1, s. 291) bu suç tehlike suçu olarak nitelendirdiği görülmek bu sebeple suçu bağımsız bir suç olarak algılandığı görülmektedir. İlgili suçun bağımsız bir suç olduğu görüşü için bkz. von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 4.

28 Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 4; Ayrıntılı bilgi için bkz. Bayraktar (n 1) 82.

29 Başka ülkelerin hukuk öğretisinde bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Bayraktar (n 1) 82, dn. 41.

30 Bu görüşü savunanların tehlikeliliği toplumsal ve soyut yönden değerlendirdiği ve failin tehlikeliliğinden soyutladığı görülmektedir. Görüşün savunucuları hakkında bilgi için bkz. Bayraktar (n 1) 82, dn. 48 ve 50.

31 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 4; MüKoStGB/Bosch, StGB § 111 Rn. 3.

32 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 26.

33 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 2.

Tüm bu açıklamalardan yola çıkarak belirtmeliyiz ki TCK'nın 214. maddesinin 1. fıkrasında yer verilen suç işleme tahrik fiili, kanun koyucunun özel düzenlemesi olmasaydı ne spesifik birini azmettirmeye teşebbüs (versuchte Anstiftung) şeklinde algılanırdı, ki bu kanun düzenlememizde cezalandırılabilir fiil olarak düzenlenmemiştir, ne de azmettirilenin tipik ve hukuka aykırı fiili gerçekleştirilmesiyle birlikte azmettirme (Anstiftung) olarak addedilip cezalandırılırdı. Çünkü azmettiren olarak sorumlu olabilmek için spesifik kişi ya da kişilerin azmettirilmesi gerekmektedir.³⁴ Dolayısıyla kanun koyucunun m. 214 ile getirmiş olduğu düzenleme iştirak düzenlemelerinden bağımsızdır.³⁵ Aynı şekilde suç işleme tahrik suçunun tahrik konusu suçlara teşebbüs olarak nitelendirilmesi ve teşebbüs çerçevesinde cezalandırılması da mümkün değildir.³⁶ Bu da ilgili suçu tahrike konu suçlardan bağımsız ve genel bir suça dönüştürmektedir.³⁷ Keza normal şartlarda cezalandırılabilir bir fiil olmayan bu fiillerin suç olarak düzenlenmiş olması cezalandırma sahasını genişletici (Ausdehnung der Strafbarkeit) bir etki doğurmaktadır.³⁸ Gerçekten de tipe uygun olmadığı için cezalandırılmayan, başkalarının suçu işlemesi halinde ise cezalandırma sahasını genişleten teşebbüs, iştirak gibi sahaların dışında kalan bu fiili cezalandırılabilir sahada tutmak için düzenleme yapmak cezalandırma sahasını genişletmektedir.³⁹ Bu neticeye birçok soyut tehlike suçunda ulaşmak mümkündür. Kamu barışının ve güveninin başka türlü tesis edilmesi, tehlikelerden korunması mümkün olmadığında kanun koyucunun bu düzenlemede olduğu gibi ceza hukukuna ve onun yaptırım araçlarına başvurması kaçınılmazdır.

34 Özgenç (n 17) 617; Demirbaş (n 10) 550; Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama İşığında Ceza Hukuku Genel Hükümler* (2. Baskı, Adalet 2018) 822.

35 Aynı yönde Sercan Tokdemir, 'Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme' (Doktora Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, 2021) 75; Pınar Memiş Kartal, Güçlü Akyürek, Serap Keskin Kızıroğlu, Hamide Zafer, Fulya Eroğlu, Sinan Altunç, Köksal Bayraktar, Ali Kemal Yıldız, Zeynel T. Kangal, Ali Hakan Evik, Eylem Aksoy Retornaz, Gülşah Bostancı Bozbayındır, Asuman Aytakin İnceoğlu ve Vesile Sonay Evik, *Özel Ceza Hukuku – Cilt VI* (On İki Levha 2020) 277.

36 Bayraktar (n 1) 77.

37 Bkz. madde gerekçesi. Ayrıca bkz. Bayraktar (n 1) 54 vd.; Kartal, Akyürek ve diğerleri (n 35) 277.

38 Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 2, s. 291.

39 TCK m. 214/3 düzenlemesinde yer verilen durum da cezalandırma sahasını genişletmektedir. Zira ilgili kişinin genel hükümler çerçevesinde azmettirmeden sorumlu olabildiği hallerde bu düzenlemeye ihtiyaç kalmayacaktır. Kanun koyucunun üçüncü fıkra ile kast ettiği bu kapsamın dışında kalan fiillerin suç işlemeye tahrik olarak nitelendirilmesi ve failin tahrik konusu suça azmettiren gibi cezalandırılmasıdır. Burada cezalandırma sahasını genişleten özel bir azmettirme benzeri durum söz konusudur. Azmettirme değildir çünkü azmettirme için aranan spesifik kimsenin (zaman, mekân ve konu bakımından) spesifik suça aklında bu suç yokken ikna edilmesi söz konusu değildir. Bu sebeple burada failin azmettiren sıfatıyla değil azmettiren gibi cezalandırılmasından söz edilebilir. Alman düzenlemesi de tahrik konusu suçların işlenmesi halinde failin azmettiren gibi cezalandırılması gerektiğini düzenleme altına almıştır. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da tahrik konusu suçların işlenmediği halin bağımsız bir suç olduğu, tahrik konusu suçların işlenmesi halinde bu bağımsız suçun devre dışı kaldığı belirtilmektedir (Bkz. Bayraktar (n 1) 78). Ancak tahrikçinin tahrik konusu suçlardan asıl suçular gibi cezalandırılacağını belirten eski TCK m. 311 son fıkrasının ise tahrik suçundan bağımsız bir iştirak düzenlemesi olduğu ve tahrikçinin işlenen suçun asli manevi faili olduğu belirtilmektedir (Bkz. Bayraktar (n 1) 78). *Bayraktar* da bu suçun tahrik konusu suçlara teşebbüs sahasında (Bayraktar (n 1) 77) veya bir iştirak çeşidi olarak (Bayraktar (n 1) 80) değerlendirilemeyeceğini düşünmektedir. Ancak *Bayraktar* tahrikçinin işlenen suçtan sorumlu tutulduğu bu durumun iştirakin ötesinde azmettirmeye benzer (sui generis) bir durum teşkil ettiğini savunmaktadır. Böylece bu halde bağımsız bir suç düzenlemesinin olmadığı iştirakin ötesinde bir azmettirme durumunun söz konusu olduğunu savunmuş olmaktadır. Bayraktar (n 1) 80; *Toroslu* tahrik konusu suçun işlenmesi halinde tahrikçinin işlenen suça azmettirmeden (azmettiren olarak) cezalandırılacağını belirtmekte ve böylece TCK m. 214/3'ün TCK m. 214/1 ile alakası olmayan, tahrik konusu suçlara ilişkin özel bir azmettirme düzenlemesi olduğunu düşünmektedir. *Toroslu* (n 3) 1215; Aynı yönde Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Adalet 2019) 574.

Kanun koyucu TCK m. 214 düzenlemesiyle spesifik olmayan kişi yahut kişilerin tahrik edilmesini cezalandırmayı amaçlamıştır.⁴⁰ Öyle ki failin spesifik kişi yahut kişileri suç işlemeye tahrik etmesi duruma göre ilgili suçtan azmettiren yahut yardım eden sıfatıyla cezalandırılmasına sebebiyet verebilmesine rağmen ilgili kişinin suç işlemeye tahrik suçundan cezalandırılmasına sebebiyet vermeyecektir. Hatta belirttiğimiz gibi bu halde bağlılık kuralı devreye girmediğinde başka bir ifadeyle azmettirilen kasten ve hukuka aykırı bir fiili gerçekleştirmediğinde suç işlemeye tahrik edenin iştirak hükümleri çerçevesinde cezalandırılması mümkün değildir.⁴¹ Bunun için failin doğrudan belirlenemeyen kişileri belli yahut belirlenebilir suçlara tahrik etmesi gerekir.⁴²

III. KORUNAN HUKUKİ YARAR

Suç işlemeye tahrik suçuna Türk Ceza Kanunu'nda Topluma Karşı Suçlar kısmının Kamu Barışına Karşı Suçlar bölümünde yer verilmiştir. Bu sebeple suçla korunan hukuki yarar başta kamu barışının korunmasıdır.⁴³ Suçun düzenlenmiş olduğu yer de bu düşüncüyü teyit etmektedir. Kamu barışından bir yandan hukuki güvenliğin objektif olarak tesis edilmesi, diğer yandan normun muhataplarının subjektif olarak hukuki güvenliğin korunduğunu daha doğrusu kendilerini güvende hissetmesi anlaşılmaktadır.⁴⁴

Bu suçla kamu barışının yanı sıra soyut tehlike altında bulunan tahrik konusu suçlara ait hukuki yararların da korunduğu geniş anlamda söylenebilir.⁴⁵ Zira böylece ilgili suçların işlenmesi risklerinin azaltılması ve tahrik konusu ceza normlarının geçerliliğinin tesisi sağlanmaktadır. Diğer yandan bu tahrikler neticesinde tehlike saçan belirsiz kişilerin toplum içinde olmalarının doğuracağı toplumsal huzursuzluk önlenmektedir.⁴⁶ Bu sebeple toplumun iç barışının korunduğu da söylenebilir.⁴⁷

Suç işlemeye tahrik suçu soyut tehlike suçudur (abstraktes Gefährdungsdelikt), tahrik fiilinin gerçekleşmesiyle tamamlanır.⁴⁸ Bunun için ayrıca somut bir tehlikenin doğması gerekmeyeceği gibi herhangi bir zararın/neticenin doğmasına da gerek yoktur. Bu ise ilgili suçu tahrik konusu

40 Bkz. madde gerekçesi. Ayrıca bkz. Kartal, Akyürek ve diğerleri (n 35) 277.

41 Kanunumuz (bağlılık kuralı gereği) sebebiyet verme teorisinden yola çıkarak şerikin haksız fiilinin cezalandırılmasını şerikin haksız fiiline değil şerikin, failin haksız fiiline sunduğu katkı dolayısıyla cezalandırıldığını kabul etmektedir. Bize göre şerikin fiili tek başına bir haksızlık teşkil eder ancak cezalandırmaya layık bir haksızlığa dönüşmesi ancak failin kasten ve hukuka aykırı olarak başladığı fiile teşebbüs etmiş olmasına bağlıdır (sınırlı bağlılık kuralı). Bu sebeple akim kalmış azmettirmenin cezasız kalması gerektiği düşüncesindeyiz. Nitekim kanun koyucu da bu fikirdedir.

42 Bkz. madde gerekçesi.

43 Özge Apış, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Alenen Tahrik veya Aşağılama Suçları* (Adalet 2017) 251.

44 Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 1, s. 291.

45 Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 2, s. 291; Joecks/Jäger Stuko § 111 Rn. 1.

46 "Bu suç düzenlemeleriyle yeni ve tekrarlayan suçların işlenmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır." Heghmanns (n 25) 550.

47 Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte* (7. Auflage, De Gruyter 2005) 355.

48 Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 1, s. 291; Otto (n 47) 355; Bayraktar (n 1) 186; Kartal, Akyürek ve diğerleri (n 35) 277; Mustafa Özen, '5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler' (2007) 2(8) Terazi Hukuk Dergisi 83, 89.

suçlardan bağımsız hale getirmektedir.⁴⁹ Bu açıklama TCK m. 214/3 düzenlemesi için de geçerlidir. Zira orada da TCK m. 214/1 düzenlemesindeki suç işlemeye tahrikten ve tahrik konusu suçtan bağımsız bir suç düzenlemesine yer verilmemiş, yalnızca sorumluluğun yaptırım boyutu tahrik konusu suçla ilişkilendirilmiştir. Bu ilişkilendirme yasak normu ile değil yalnızca ceza (yaptırım) normu ile yapılmıştır. Başka bir deyişle hangi suç işlenmişse, tahrik suçunun nitelikli halinin faili olan tahrikçi o (tahrik konusu) suçun cezası ile cezalandırılacaktır. Ancak burada da fail gibi değil, azmettiren gibi cezalandırılacaktır. Zira 765 s. TCK'da olduğu gibi fail gibi cezalandırılır densenydi failin şahsi sebeplerle cezalandırılmadığı halde tahrikçinin de cezalandırılmaması neticesi ortaya çıkabilirdi.⁵⁰ Kanun koyucu 5237 s. TCK'da bunu gözeterek yeni düzenlemede azmettiren gibi (sıfatıyla) kavramına yer vermiştir. Aksi durumda TCK m. 214/3 fiilinin failini TCK m. 214/3'ten değil işlenen suçtan cezalandırmamız gerekecektir, ki bu doğru bir okuma olmayacaktır.⁵¹ Alman düzenlemesinde savunulan ve bizim de savunduğumuz görüşe göre tahrik konusu suçların işlenmesi hali suç işlemeye tahrik suçunun cezasında artırımı gitme sebebidir (Straferhöhungsgrund = Cezada artırımı sebebi).⁵² Gerçekten de TCK m. 98/2'de ve TCK m. 105/son fıkrada olduğu gibi failin fiilinin doğrudan bir sonucu olmayan ancak dolaylı olarak failin ceza durumunu etkileyen bir nitelikli hal söz konusudur. Zira failin tipik fiili olan tahrik gerçekleşmiş, bu fiilinden sonra dış dünyada meydana gelen yeni değişiklik halinde failin daha fazla ceza alacağı düzenleme altına alınmıştır. Misal, normal şartlarda beş yıla kadar ceza alması gereken tahrikçi, tahrik konusu suçun öldürme olması ve gerçekleşmesi halinde birinci fıkradan değil de kasten öldürmenin gerektirdiği cezanın yaptırım normuna dönüştüğü üçüncü fıkradan ceza alacaktır. Burada kanun koyucunun ceza bir kat artırılır vb. klostlar kullanmamış olması ilgili fıkrayı nitelikli hal yapmayacağı gibi nitelikli hal olmaktan da çıkarmaz. Bu tarz bir suçta adil bir ceza normunu tesis için yapılabilecek ideal düzenleme ancak mevcut düzenleme şekli ile mümkündür.

IV. SUÇUN UNSURLARI

A. TİPİKLİK

1. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

A. FİİL

AA. GENEL OLARAK

Madde gerekçesinde suç işlemeye tahrik fiilinin aslında tahrik konusu suçta hazırlık hareketi niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Kanaatimizce bu yanlış bir tespittir. Zira hazırlık hareketinden

49 Bayraktar (n 1) 18.

50 Eski TCK düzenlemesine rağmen tahrikçinin azmettiren gibi cezalandırılması gerektiği o zaman da öğretilerde savunulmuştur. Bkz. Bayraktar (n 1) 80 ve s. 202.

51 “Tahrik kendi başına cezalandırılan, bağımsız bir suç teşkil etmekle beraber, [TCK m. 214/3 bağlamında] konu olarak başka bir suçta içinde bulundurmakla ve onun gerçekleşmesine yönelmekle bu başka suçla yakından ilişkili olmaktadır.” Bayraktar (n 1) 72; Hem başarılı (TCK m. 214/3 gibi) hem de başarısız (TCK m. 214/1 gibi) olmuş suçta tahrik hallerinde suç işlemeye tahrik suçunun tahrik konusu suçlardan bağımsız da olsa bir ilişki içinde olduğu Alman hukukunda da belirtilmektedir. von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 23.

52 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 11; von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 5'ten naklen: Werner, LK-StGB, 8. A., § 111, Anmerkung IV.

söz edebilmek için tahrik konusu suçu gerçekleştirmesi gereken kişilerin (tahrik edilenlerin) harekete geçmesi gerekmektedir. Tahrikçinin alenen tahrikte bulunması, tahrik konusu suçun hazırlık hareketi sayılamaz. Bize göre bu halde yukarıda belirttiğimiz üzere tahrik konusu suçun suç yolu olarak nitelendirilen süreci henüz başlamamıştır; suçun soyut tehlike suçu olması da bunu göstermektedir. Bu sebeple suç işlemeye tahrik suçu, tahrik konusu suçlarla ilişkili olmasına rağmen onlardan tamamen bağımsızdır.

Tahrik konusu suçun hazırlık hareketi niteliğinde olmayan suç işlemeye tahrik suçunun tipik fiilinden söz edebilmek için failin bir kimseyi suç teşkil eden herhangi bir fiile teşvik eden aleni, özendirici faaliyette bulunması gerekir (serbest hareketli suç). Öyle ki tahrik niteliğinde olabilecek her türlü söz ve icrai davranış bu suç bağlamında tipik bir fiil olabilir. Suç işlemeye tahrik bağlamında bir fiilden söz edebilmek için failin suç teşkil eden bir haksız fiilin gerçekleştirilmesini teşvik etmesi, belirsiz kişileri bu anlamda cesaretlendirmesi ve veya yönlendirmesi gerekmektedir. Tahrikçinin bunu ciddi olarak söyleyip söylemediğinin bir önemi bulunmamaktadır; önemli olan açıklamanın objektif olarak ciddi algılanmasıdır.⁵³

Ancak bu bağlamda her hareket tahrik niteliğini taşımayabilecektir. Suç işleme kararı verilmeyen veya mevcut kararı kuvvetlendirmeyen, basit bir davet, suçun işlenmesini basit şekilde onaylayan hareketler veya objektif olarak tahrik edici kabul edilemeyecek hareketlerin tahrik anlamı taşımadığı,⁵⁴ hatta bu halde görünüşte tahrik edilenlerin gerçekten tahrik olup suç işlemelerinin TCK m. 214/3'ü etkin hale getirmeyeceği söylenmelidir.⁵⁵ Tahrik bu anlamda tahrik konusu suçların işlenmesi için failin belirsiz kişilerden bir şeyler yapmayı yahut yapmamayı istemesidir. Burada suç işlemeye tahrik suçu yalnızca icrai hareketle⁵⁶ işlenebilen bir suç olmasına rağmen tahrik konusu suçların icrai yahut ihmali davranışla işlenebiliyor olmasının bir önemi yoktur. Başka bir ifadeyle bu suçun faili olan tahrikçi, yığın içinde yer alan kişileri ihmali davranışla işlenen bir suçu işlemeye tahrik edebilir. Failin belirsiz kimseleri işyerlerinin camlarını kırmaya, ateşe vermeye, politikacıları öldürmeye tahrik etmesi bu anlamda tipik olacaktır.⁵⁷ Keza belli bir politikacıyı öldürmeyi veya ona karşı başka suçların işlenmesini tahrik etmek bu kapsamda değerlendirileceği gibi göçmenlere yönelik olarak bulduğunuz yerde kötü muamelede bulunun (suç teşkil eden fiilleri söylemek suretiyle) şeklindeki tahrik de bu anlamda tipik olacaktır.⁵⁸ Nitekim Yargıtay bir belediye başkan adayının seçimi kaybetmesi üzerine meydana toplanan halka hitaben “ölmesi gereken yerde ölmesini bilmeyen namerttir (...) [bu şehirde] kan gövdeyi götürecektir” şeklinde sözler sarf etmesini

53 BGHSt 32, 310 (313); Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 2, s. 291; von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 8; Schönke/Schröder/Eser StGB § 111 Rn. 6.

54 “Herhangi bir fiil, söz ya da düşünce açıklamasının tahrik niteliğine kavuşabilmesi için bunun üçüncü şahısları suça itici bir güce sahip olması gerekmektedir”. Bayraktar (n 1) 242.

55 Aynı yönde Bayraktar (n 1) 183.

56 Aksi yönde Bayraktar (n 1) 172; Toroslu (n 3) 1209; Alman hukukunda bu suçun ihmali davranışla işlenmesini teorik olarak mümkün gören bir görüş mevcut ancak bu görüş de örnek vermekte zorlanmakta. Suça yalnızca katılımın ihmali davranışla olabileceğine dair örnekler vermektedir. Buna örnek olarak yayıncı (Herausgeber) yahut baş düzenleyici (Chefredakteur) vermekte bunların suç işlemeye tahrik suçuna yardım ettiğini belirtmektedir. MüKoStGB/Bosch StGB § 111 Rn. 25.

57 Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 3, s. 292.

58 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 23.

TCK m. 214/1 bağlamında suç işlemeye tahrik suçu olarak kabul etmiştir.⁵⁹ Ancak ilk derece muhakemesinde sonuç vermediği için Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınan bir olayda koşullar oluşmasına rağmen Cumhuriyet savcılığının ve itiraz üzerine sulh ceza hakiminin yanlış nitelemesi sonucu suç işlemeye tahrik suçunun oluşmadığı sonucuna varılmıştır.⁶⁰ Bize göre kişinin “Bu iş böyle olmaz. Her şehidimize karşılık bir x parti milletvekili indirilmeli” şeklindeki sözleri politik tartışmalardan bağımsız olarak bir suç işlemeye tahrik niteliğindedir ve TCK m. 214/1 bağlamında tipik bir fiil oluşturmaktadır. Cumhuriyet savcısının ve sulh ceza hakiminin indirme kavramı üzerinde şekillendirdiği suçun oluşmadığına yönelik değerlendirmesi yerinde değildir. Zira Türk ve Alman öğretisinde ve Alman hukuk uygulamasında da belirtildiği üzere suç teşkil eden fiilin doğrudan söylenmesi gerekmediği gibi yer ve zaman konusunda da bilgi vermesine gerek bulunmamaktadır. Keza bu tahrik şifreli şekilde de söylenebilmektedir. Alman hukuk uygulamasında “Şu havaalanını bir ziyaret edelim”, “Şehri titreten festival yapalım”, “Size korkuyu bütün çıplaklığıyla yaşatacak gösteri” gibi sloganların (cebir, hürriyeti tahdit suçlarına vücut verebilen) oturma eylemleri (Sitzblockaden) çerçevesinde tahrik fiilini oluşturduğu kabul edilmiştir.⁶¹

Suç teşkil eden haksız fiile vurgu yapıldığından kabahat teşkil eden haksız fiiller ile diğer tüm haksız fiillerin işlenmesine yönelik tahrik, teşvik ve veya özendirme bu suç bağlamında tipik bir fiil sayılmayacaktır.⁶² Ancak ilgili haksız fiiller suç teşkil etmeyen kanunlara uymama neticesini doğuruyorsa failin TCK m. 217'de tanımlanan kanunlara uymamaya tahrik suçundan sorumlu tutulması mümkündür. Tahrikçi belirli olmayan kimseleri suç teşkil eden fiilleri işlemeye ittiğinden ilgili fiilin tahrik esnasında suç teşkil etmesi gerekmektedir. Tahrikçinin suç teşkil eden fiili teşvik ederken tahrik konusu fiil suç teşkil etmekte ve fakat TCK m. 214/1 bağlamında yargılama yapılırken fiil suç olmaktan çıkarılmışsa, TCK m. 7/1 gereği işlendikten sonra (konusu suç olmaktan çıktığı için) yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Bu halde beraat kararı vermek gerekir. Şayet buna bağlı olarak bir hüküm tesis edilmiş ve kesinleşmişse infazı ve kanuni neticeleri yine TCK m. 7/1 gereği ortadan kalkar. Tahrik konusu suçun tahrik suçu işlendiği esnada yürürlükte olan bir suç olması gerekir. Dolayısıyla kanunlaşmış ancak henüz yürürlüğe girmemiş bir fiili teşvik etmekteyse, ortada henüz suç teşkil eden bir fiil bulunmadığından bu fiile tahrik etmek de suç teşkil etmeyecektir.⁶³

Failin belirsiz kimseleri tahrik ederken samimi olarak bu suçların işlenmesini isteyip istemediğinin önemi yoktur. Önemli olan failin bu söz veya davranışlarının ciddiye alınabilir olmasıdır.⁶⁴

59 Karar için bkz. Yargıtay 9 CD, E. 2010/13846 K. 2010/12518, 13.10.2010; daha önce zikreden için bkz. Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu* (5. Cilt) (Adalet 2014) 6496.

60 Selahattin Demirtaş (2), B. No: 2016/2216, 11/12/2019, § 9 vd.

61 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 23.

62 Apiş (n 43) 251 vd.

63 Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n 59) 6495.

64 Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 3, s. 291; Konuya ilişkin Alman mahkeme kararları için bkz. BGHSt 32, 310 (313).

Suç işlemeye tahrik suçu soyut tehlike suçudur, tahrik fiilinin gerçekleşmesiyle tamamlanır.⁶⁵ Somut bir tehlikenin doğmasına gerek yoktur. Aynı şekilde icrai hareketle işlenen bu suç serbest hareketli bir suçtur.⁶⁶ Failin bağlı/belirli bir hareketi gerçekleştirmesi beklenmez.

BB. ALENİYET

Aleniyet maddi unsurlardan fiille ilişkin olduğundan burada ele alınmıştır. Ancak aleniyetin cezalandırma şartı olduğu savunulduğu gibi suçun bağımsız bir unsuru olduğu da ileri sürülmektedir.⁶⁷ Biz de TCK m. 214/1 düzenlemesinde yer verilen aleniyetin bir cezalandırma şartı olmadığını, aksine suçun maddi unsurunu oluşturduğunu düşünmekteyiz.⁶⁸ Aleniyet suçun maddi unsurları altında değerlendirildiğinde tahrikçinin kastının kapsamı dahilinde olmalıdır. Bu sebeple tahrikçinin aleniyet kısmına vakıf olmadığı bir durumda kastının olmadığını belirtmemiz gerekir.

Suç işlemeye tahrik suçunun alenen işlenmesi gerektiğinde bu aleniyetin bir şekilde sağlanması gerekir. Aleniyetin hukuki niteliği açık olmamakla birlikte bunun maddi unsurlar altında değerlendirilmesi ve failin kastının kapsamında olması gerektiği belirtilmekte ve aleniyetin şu fiillerle (Kundgabebehandlung) sağlanmış olacağı (Kundgabeerfolg) söylenmektedir.

Aleniyetten söz edebilmek için (basın yoluyla işlenmesi yahut sosyal medya aracılığıyla işlenmesi hali hariç) kaç kişinin tahrikçinin ilgili fiilini algılayabilir durumda olduğu konusunda bir fikir birliği bulunmamaktadır. Hatta birçok yazarın bu konuda sayı vermekten kaçındığı görülmektedir. Ancak öğretide savunulan bir görüşe göre 10 kişilik veya daha az kişiden oluşan bir grubun önünde gerçekleşen fiil genel iştirak düzenlemelerinin devreye girmesini sağlayacağından aleniyet kısmının gerçekleşmesine engel olacaktır. Aleniyetten söz edebilmek için öyle bir sayıya ulaşmak gerekir ki bu grubun içinde birey spesifik biri olmaktan çıkıp yığının bir parçası haline almış olsun.⁶⁹ Görüş savunucusunun bu sayı aralığını en az 30 ila 50 kişiden oluşan kişiler şeklinde belirlediği görülmektedir.⁷⁰

Fiil bakımından aleniyetten kasıt ilgili fiilin başkalarının algılayabileceği şekilde uluorta, açıkça gerçekleştirilmesidir. Burada önemli olan suç işlemeye tahrik fiilinin belirsiz sayıda kişilerin erişimine açık olmasıdır. Aleniyetin bu haline kişi bakımından aleniyet denildiği de görülmektedir.⁷¹ Failin fiili gerçekleştirdiği mahalde belirsiz sayıda kişinin olması gerekmektedir. Canlı yayın başlatma halinde yahut belli sayıda kapalı Facebook arkadaşının olduğu platformda gerçekleştirilen fiilin aleni bir fiil olup olmadığı değerlendirmeye açıktır. Burada aleniyetin oluştuğunu savunmak mümkün olduğu gibi aksini savunmak da mümkündür. Bize göre burada belirsiz sayıda kişiye bu

65 Kartal, Akyürek ve diğerleri (n 35) 277; Özen (n 48) 89.

66 Bayraktar (n 1) 172.

67 Bayraktar (n 1) 180.

68 Bayraktar (n 1) 181.

69 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 10.

70 Heghmanns (n 25) 551.

71 Apiş (n 43) 62.

bilginin aktarılabilir olması ve bu paylaşımın gizlilik ihlali niteliği arz etmemesi halinde aleniyetin gerçekleştiğinden söz edilebilmelidir. Bir görüşe göre aleniyetin kişi bakımından varlığından söz edebilmek için mutlaka birden fazla kişinin tahrikçinin fiiline erişebilir olması gerekir; aktarımın olmadığı bir ortamda yalnızca birinin olduğu bir yerde yapılan tahrik, ilgili yer aleni bir yer olsa da bu suçun oluşmasına vücut vermeyecektir.⁷² Buna karşılık ilgili yer hususi bir yer olsa da tahrikçinin fiilinin birden çok kimseye ulaştığı halde de bu suçta aranan kişi/fiil bakımından aleniyetin olduğu kabul edilmektedir.⁷³ Bize göre de bu görüş yerindedir. Keza herkesin geçerken rahatlıkla görüp algılayabildiği bir reklam panosuna tahrik niteliğinde yazı veya görsel koyma halinde de aleniyetin sağlandığı kabul edilmektedir.⁷⁴ Alman mahkeme kararlarında pazar yerinde broşür şeklinde dağıtım, kişilerin posta kutularına broşürlerin atılması suretiyle, kendi aracına yapıştırdığı bir görselle trafiğe çıkmak suretiyle, bina duvarlarına yansıtmak suretiyle, yüksek sesle aktarım suretiyle, hoparlör vasıtasıyla halka açık yerlerde aktarım suretiyle işleme hallerinde aleniyetin sağlandığı kabul edilmektedir.⁷⁵

Suç işlemeye tahrik suçunun sosyal medya aracılığıyla işlenmesi de mümkündür; zira bu halde de aleniyet şartı sağlanmış olmaktadır; öyle ki sosyal medya aracılığıyla işleme suç işlemeye tahrik suçunun günümüzde çoğunlukla ortaya çıkma şeklidir.⁷⁶ Keza Yargıtay'ın, fiilin Twitter üzerinden gerçekleştirilmesi halinde aleniyet şartının gerçekleştiği yönünde kararları mevcuttur.⁷⁷ Ayrıca suçun basın (TCK m. 6/1-g bağlamında her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracının kullanılması) yoluyla işlenmesi TCK m. 218 bağlamında nitelikli hal teşkil etmektedir.

TCK m. 214 düzenlemesinde aleniyetin fiile, kişiye yahut mekâna hasredildiği belirtilmediğinden aleniyetin sağlandığının çeşitli şekillerde iddia edilmesi mümkündür. Bu aleniyet üç unsurun varlığını arama şeklinde suçun çerçevesini daraltıcı şekilde anlaşılabilirliği gibi yalnızca birini arama şeklinde suçun çerçevesini genişletici şekilde de anlaşılabilir. Misal boş bir meydana, ormanlık bir yerde kimsenin olmadığı bir sahnede tahrik niteliğindeki söz ve eylemlerde bulunmak yer bakımından aleniyeti sağlamış görünse de burada kimsenin bulunmadığına dayanarak hareket eden kişinin fiilinin aleni olmadığı söylenebilecektir.⁷⁸

Aynı şekilde kalabalık bir mahalde kamuya açık bir yerde olsa da tahrik niteliğindeki sözlerin özel bir sohbetle birine aktarılması da aleniyet şartını gerçekleştirilmeyecektir.⁷⁹ Burada mekân aleni olsa da tahrik fiili genel bir yığına aktarılmamakta ve bir kişi ile özel bir sohbet niteliğini taşımaktadır. Buna

72 Bayraktar (n 1) 139.

73 Bayraktar (n 1) 139.

74 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 13a.

75 Kararlar için bkz. von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 13a.

76 Kartal, Akyürek ve diğerleri (n 35) 285.

77 “Sanığın aleni sayılabilecek twitter hesabı üzerinden gezi eylemlerine katılanlara karşı yaralama ve benzer suçların işlenmesini kıştırtan ve teşvik eden nitelikte paylaşımlarda bulunmaktan ibaret eyleminin TCK'nın 214. maddesinde düzenlenen “suç işlemeye tahrik suçunu” oluşturduğu gözetilmeden suç vasfının belirlenmesinde yanlıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması” Y. 16. CD., 01.06.2016, E. 2016/1077, K. 2016/3583.

78 “Örneğin umuma açık bir yolda kimse bulunmasa bile, fail yaptığı konuşma ile suç işlemeye tahrikte bulunursa bu suç oluşacaktır” şeklindeki aksi yönde görüş için bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n 59) 6496.

79 Bayraktar (n 1) 176.

karşılık kamuya açık olmamasına rağmen geniş katılımın olduğu bir toplantıda yapılan tahrik fiilinin aleni olduğu kabul edilebilir.⁸⁰ Bu sebeple yer bakımından aleniyetin suç işlemeye tahrik açısından bir öneminin olmadığını düşünmekteyiz.⁸¹ Önemli olan fiilin aleni (kamuya açık) ve erişilebilir kişi bakımından belirsiz kişiye ulaşılabilir olmasıdır.

B. KONUSU

TCK m. 214/1 düzenlemesinde yer verilen suçun konusu belli olmayan kimselerin tahrik edildiği belirlenebilir suç veya suçlar oluşturmaktadır;⁸² daha doğrusu suç teşkil eden fiil yahut fiiller oluşturmaktadır.⁸³ Burada genel olarak suç işleyin demek yeterli olmayacaktır; bu suçların biraz daha spesifikleşebileceği eylem ve söylemlere yer verilmelidir.⁸⁴ Bunun için suç veya suçların isimlendirilmesi gerekmemektedir. Ancak bu kişilerin herhangi bir haksız fiili gerçekleştirmeye yahut Kabahatler Kanunu bağlamında bir kabahatin işlenmesine tahrik edilmesi bu suçun konusunu teşkil etmez; yalnızca suç teşkil eden haksız fiillere tahrik bu suçun konusunu oluşturabilir. Bu sonuca suç tipine verilen isimden de varmaktayız. Zira tahrik herhangi bir suçu işlemeye tahrik şeklinde olmalıdır. Aynı şekilde tahrik edilen suç veya suçların kasten işlenen suçlar olması gerekir. Bir kimsenin taksirli suç işlemeye yönlendirilmesi mümkün olmadığından tahrik konusu suçların, taksirli suçlar olamayacağını düşünmekteyiz.⁸⁵ Keza bu suçlardan kastın yalnızca Türk kanunları çerçevesinde suç teşkil eden fiiller olduğunu düşünmekteyiz.⁸⁶ Mevzuatımıza göre suç teşkil etmeyen veya suç olmaktan çıkarılan bir fiili işlemeye tahrikin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği açıktır. Buna karşılık tahrik konusu suçun işlenme yerinin Türkiye gerçek veya farazi ülkesi olması gerektiği gibi Türkiye’de kovuşturulabilir olup olmadığının da önemi bulunmamaktadır.⁸⁷ Önemli

80 Toroslu (n 3) 1219.

81 Aynı yönde von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 13.

82 Bayraktar (n 1) 165; Apiş (n 43) 251.

83 Toroslu (n 3) 1225.

84 Bayraktar (n 1) 166.

85 Aynı yönde Kartal, Akyürek ve diğerleri (n 35) 282; Toroslu (n 3) 1226; Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n 59) 6495. Avusturya Ceza Kanunu’nun 282. maddesinin 1. fıkrasında yer verilen cezalandırılabilen fiillere tahrik suçunda da tahrik edenin yalnızca kasıtlı suçlara tahrik edebileceği belirtilmektedir. Bkz. Christian Bertel and Klaus Schwaighofer, *Österreiches Strafrecht BT II* (9. Auflage, Springer 2010) 244; Alman hukukunda da bu şekilde kabul edilmektedir. Bkz. von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 18.

86 Aynı yönde Bayraktar (n 1) 170.

87 Kovuşturulabilirlikten kastımız suçun TCK m. 8 ve devamı hükümleri çerçevesinde Türk Ceza Kanunu’nun etki alanında olmasına rağmen, CMK düzenlemeleri çerçevesinde kovuşturulabilip kovuşturulamadığı hususudur. Bize göre tahrik konusu suçlar TCK’da düzenlenen suçlar olmasına rağmen TCK m. 8 ve devamı hükümlerinde yer verilen yer bakımından yetki (Türk kanun koyucusunun kendi kanunlarının etki alanının dışında bıraktığı) kapsamının dışında işlenmişlerse TCK m. 214/1 ve TCK m. 214/3 kapsamında tahrikçinin cezalandırılması mümkün olmayacaktır (benzer yönde Alman hukukundaki görüş için bkz. von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 21). Misal Mars yüzeyinde bulunan tahrikçi aleni olarak Mars yüzeyinde yaşayan kimselerden yine Mars yüzeyi üzerinde bir suç işlemlerini isterse onları bu çerçevede tahrik ederse TCK m. 8 ve devamı hükümlerince Türk kanunlarına göre cezalandırılması mümkün olmadığından TCK m. 214/1 ve 214/3 fıkraları bağlamında cezalandırılmaları mümkün olmayacaktır. Bu bağlamda TCK m. 214/3 düzenlemesindeki suçun bağımsız bir suç olmadığını ve sui generis bir azmettirme türü olduğunu kabul ettiğimizde, tahrik fiilleri Türkiye ülkesinde gerçekleştirilmiş olsa da tahrik konusu suçlar ülke dışında işlenmiş yahut Türk Ceza Kanunu’nun yer bakımından yetki (egemenlik) alanının dışında işlenmişlerse tahrikçinin TCK m. 214/3

olan tahrik konusu suçların Türk Ceza Kanunu'nun yer bakımından yetki alanında kalıyor olmasıdır.⁸⁸ TCK m. 214/3 düzenlemesinin tahrik suçunun nitelikli halini oluşturduğunu düşünmekteyiz. Bu sebeple suçun konusu burada da aynıdır. Tahrik konusu olan ve somut olayda bir başkası tarafından gerçekleştirilen suçun konusu, suç işlemeye tahrik suçunun konusunu oluşturmamaktadır.

Belirsiz kişilerin tahrik edilmesi için herhangi bir suç yeterli olmaktadır. Ancak failin (tahrikçinin) belirli olmayan kişileri bir suçta değil de birden çok suçta tahrik etmesi de yine tek bir konu teşkil edecek ve tek bir suç ortaya çıkacaktır.

C. FAIL

Suç işlemeye tahrik suçu bu açıdan özellik arz etmediğinden herkes bu suçun faili olabilir.⁸⁹ Kişileri suç işlemeye tahrik etmek için toplulukların içine girerek onları tahrik eden ajan provokatörlerin bu suçun faili olup olamayacağı konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre ajan provokatörlerin bu fiilleri ciddiyet taşımadıklarından bu suçun tipikliğini oluşturmazlar ve ajan provokatörler bu suçun faili olamazlar.⁹⁰ Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise ajan provokatörler de bu suçun faili olabilir ve bu durumda sorumluluklarının genel hükümler çerçevesinde belirlenmesi gerekir.⁹¹

D. MAĞDUR

Gerek birinci fıkra gerekse üçüncü fıkra bağlamında suçun mağduru toplumu oluşturan bireylerdir. Alman hukukunda devletin kamusal gücüne direnme üst başlığı altında yer verildiği için mağdurun yalnızca devlet olduğu düşünülebilir. Ancak bize göre burada spesifik bir mağdurdan söz edilemez. Toplumu oluşturan bireylerin tamamı bu suçun muhatabı ve mağduru olmaktadır. Kanaatimizce işlenen tahrik eyleminden doğrudan etkilenenler kendilerine karşı işlenen suçun mağduru, bu suçun ise olsa olsa suçtan zarar göreni olarak addedilebilirler.

2. SUÇUN MANEVİ UNSURLARI

A. KAST

Bu suç kasten işlenebilen bir suçtur. Özel bir kast yahut maksat aranmamaktadır. Önemli olan tahrikçinin tahrik niteliğindeki fiili bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi ve bu sürecin aleni olduğunu

bağlamında cezalandırılabilmesi için ülke dışında işlenen tahrik konusu suçun Türkiye'de kovuşturulabilir olması gerekir. Şayet tahrik konusu suç TCK'nın yer bakımından yetki alanının dışında kalıyorsa failin TCK m. 214/3 bağlamında cezalandırılması da mümkün olmayacaktır. Yer bakımından yetkiye ilişkin bilgi için bkz. Ercan Yaşar, 'Ceza Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması Bağlamında Ülke Kavramının Doğurduğu Tartışma ve Mülklik, Koruma, Şahsılık ve Evrensellik İlkelerine Yeni Bir Bakış', Hukukun Güncel Meseleleri Erzincan Sempozyumu, 10-13 Şubat 2022, EBYÜ, özet metni.

88 Alman hukuku açısından aynı yönde von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 21; MüKoStGB/Bosch StGB § 111 Rn. 12a.

89 Bayraktar (n 1) 130.

90 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 27'den naklen Dreher, in Festschrift für Wilhelm Gallas, s. 307 ve 313.

91 Aynı yönde Bayraktar (n 1) 131; von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 27.

bilmesi ve istemesi ve birilerinin bu tahrik fiilinden etkilenerek suç işleyebileceklerini bilmesi ve istemesidir.⁹² Tahrikçinin bu suç işlemeye tahrik fiillerini neden yapmak istediğinin (saikin/ maksadın) bir önemi yoktur.⁹³

Tahrik niteliğindeki fiilleri birilerini suç işlemeye sevk etme niyetiyle gerçekleştirmek istememesine rağmen kahraman gibi görünmek istediği için bu nitelikte fiili gerçekleştiren kişi suç işlemeye tahrik etmiş olmadığı gibi suç işlemeye tahrik suçunun faili olmaz. Öğretide buna örnek olarak aleni bir yerde bir ülkeye ait bayrağı yakma, elçilik binasına zarar verme gibi fiiller gösterilmekte⁹⁴ ve açıkça başkalarını suça itme düşüncesi olmayan kişinin tahrik kastı olmadığı gerekçesiyle suçun oluşmadığı (dolaylı olarak) söylenmektedir. Burada ilgili fiili gerçekleştiren kişi misal elçilik binasına zarar verdiğini bilmekte ve bunu istemektedir. Ancak bu fiiliyle başkalarını suça ittiğini bilmemekte ve istememektedir. Somut olayda olası kasttan söz edilebilirse, failin ayrıca tahrik suçuna olası kastla sebebiyet verdiğini söylemek mümkündür. Bu halde gerçek ve görünüşte içtima kuralları çerçevesinde bir sonuca varmak gerekir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi suçun olası kastla işlenmesi mümkündür.⁹⁵ Bunun için failin fiilinin tahrik niteliğini taşıyabileceğini bilmesine rağmen kişilerin bu çerçevede etkilenmelerine “olursa olsun” demek suretiyle kayıtsız kalması ve fiilini başlatması yahut devam ettirmesi yeterlidir.

B. TAKSİR

Bu suç taksirle işlenmemektedir. Bilinçli taksirle işlenmesi de mümkün değildir.

B. HUKUKA AYKIRILIK

Bir görüşe göre TCK m. 214/3 bağlamında tahrik konusu suç işlenirse ve fakat bu suçta hukuka uygunluk sebebi bulunduğundan asıl fail cezalandırılmıyorsa bu durum tahrikçinin tahrik konusu suçtan (TCK m. 214/3) cezalandırılmasına engel teşkil etmeyecektir.⁹⁶ Bize göre bu halde tahrik konusu suçun işlendiğinden (tipiklik ve hukuka aykırılık bağlamında) söz edilemeyecektir. Zira hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde ortada bir suç yoktur. Ancak tahrik konusu suçun gerçekleştirilmemiş olması 214/3 bağlamında cezalandırmaya engel teşkil etse de 214/1 bağlamında cezalandırmaya engel olmayacaktır.

Tahrik niteliğindeki fiillerin haber verme veya eleştiri amaçlı gerçekleştirilmesi halinde bu suçun oluşmayacağı TCK m. 218 düzenlemesinde belirtilmiştir. Bu konu malumun ilamı niteliğindedir. Zira ilgili haber veya eleştiri haber ve veya eleştiri sınırını aşmıyorsa bir suç işlenmesine de tahrik

92 Bayraktar (n 1) 191.

93 Bayraktar (n 1) 192.

94 Toroslu (n 3) 1210.

95 Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 5, s. 292; von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 30.

96 Eski TCK döneminde savunulan bu görüşe “dolayısıyla faillik müessesinden faydalanılarak varılacağı” belirtilmektedir. Görüş için bkz. Bayraktar (n 1) 202.

etmiyordur. Ancak ilgili fiil suç işlemeye teşvik ve tahrik ediyorsa TCK m. 218 kapsamının dışına çıkacağı için suç işlemeye tahrik suçu oluşacaktır. Kanaatimizce uygulamanın hatalı tespit ve muhakemelerini engellemek için getirilmiş olan bu düzenleme suç işlemeye tahrik suçuna ilişkin bir hukuka uygunluk sebebi barındırmamaktadır.⁹⁷ Kişileri suç işlemeye tahrik suçunun düşünce hürriyeti ile kesişmiyor olması gerekir. Kesişiyor ve kanun koyucu bu fiilleri cezalandırmak istemiyorsa bu bir hukuka uygunluk teşkil etmeyecek aksine cezasızlık sebebi teşkil edecektir. Çünkü suç işlemeye tahrik suçunu düzenlemekle birlikte tahrik neticesinde her an herhangi bir yerde söz konusu suçların tahrik edilenlerce işlenmesi ihtimalinin doğurduğu tehlikenin önüne geçilmek istenmektedir. Bu kişinin haber yapması yahut eleştirmesi de bu tehlikeyi azaltmamaktadır. Bu sebeple hukuka uygun hale getiren bir netice de doğmamaktadır. Kaldı ki bu haber veya eleştiri üzerine tahrik konusu suçun işlenmesi halinde ilgili kişiyi sorumsuz tutmanın yahut fiiline hukuka uygunluk vermenin de bir anlamı bulunmamaktadır. Bu sebeple 218. madde düzenlemesinin bir anlam ifade etmediği, uygulamacılara uyarı niteliğinde olduğu ve ceza kanununda yerinin olmadığı belirtilmelidir.

V. KUSURLULUK

Suç işlemeye tahrik bağımsız bir suç teşkil ettiğinden, tahrikçinin fiilini gerçekleştirme esnasında kusur yeteneğine sahip olması gerekli ve yeterlidir. TCK m. 214/3 bağlamında tahrik konusu suçların işlenmesi esnasında tahrikçinin kusur yeteneğinin geçici sebeplerle bulunmuyor olması da bir önem arz etmeyecektir.

VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. TEŞEBBÜS

TCK m. 214'te yer verilen suç işlemeye tahrik suçunun işlenebilmesi için tahrik konusu suçların işlenmesine gerek yoktur. Tahrik fiilinin gerçekleşmesi ile birlikte suç tamamlanmış olacağından bu suça teşebbüs zor görünmektedir. Ancak yazılı veya görsel basın yoluyla yapılacak olan tahrikte, suçun işlenmeye başlanması ilgili yazı, görsel yahut kaydın hazırlanması zamanı iken suçun tamamlanması ve sona ermesi ise halka arz ile gerçekleşeceğinden tamamlanma öncesi sahnenin teşebbüs olarak nitelendirilmesi gerekir.⁹⁸ Suçun tamamlanması ile sona ermesi sahasının nasıl belirleneceği açık değildir. Ancak muhatapların hazırda olduğu halde bize göre tahrik fiilinin gerçekleşmesi ile tamamlanan suç muhatapların algılamasıyla sona etmektedir.⁹⁹ Bu sebeple gönüllü vazgeçmenin gerçekleşmesi güç görünmektedir. Ancak basın yoluyla işleneceği hallerde yazı yahut görselin hazırlanması icra hareketini başlatmakla birlikte muhataplara ulaşması aşamasına kadar icra hareketi tamamlanmamış kabul edilmelidir. Bu safhada teşebbüsten söz edileceği gibi koşulların

97 Aynı yönde "Suç işlemeye tahrik söz konusu ise temel haklardan olan ifade hürriyetinden (...) aynı şekilde sanat özgürlüğünde söz edilemez". MüKoStGB/Bosch StGB § 111 Rn. 29 ff..

98 Aynı yönde Bayraktar (n 1) 187.

99 Aynı yönde von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 31.

varlığı halinde gönüllü vazgeçme de mümkün olabilecektir. TCK m. 214/3 düzenlemesinde de bu görüşten ayrılmayı gerektirecek bir durum söz konusu değildir. Bu halde de suç işlemeye tahrik suçu tamamlanmış ve sona ermiştir. Ancak tahrik edilenlerin ilgili fiili gerçekleştirmeleri halinde yaptırım normu netleşmiş olmakta ve suç işlemeye tahrik suçunun failine işlenen tahrike konu suçun yaptırım aralığı dikkate alınarak ceza verilmektedir. Suç işlemeye tahrik suçunun failinin tahrik fiilini gerçekleştirdikten sonra tahrik edilenleri suç işlemekten alıkoymaya çalışması gönüllü vazgeçme sayılamayacaktır. Ancak bu girişim tahrik edilenleri suç işlemekten alıkoymaya suç işlemeye tahrik suçunun faili TCK m. 214/1 çerçevesinde cezalandırılacaktır.

TCK m. 214/3'ün teşebbüs ve şahsi cezasızlık sebebi olan gönüllü vazgeçme açısından önemli bir durum ortaya çıkarttığı görülmektedir. Kanun koyucu tahrikçinin işlenen suçun faili gibi cezalandırılmasını öngörmediğinden ve azmettiren gibi (sıfatıyla) cezalandırılmasını öngördüğünden, tahrik konusu suçu işleyen fail ilgili suçu işlemeye elverişli hareketlerle başlar ve fakat icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçerse yahut kendi çabasıyla suçu tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesini önlerse gönüllü vazgeçme düzenlemesinden (TCK m. 37) faydalanabilecek ve teşebbüs ettiği suçtan (tamamlanan kısım esasen başka bir suç teşkil etmemekteyse) ceza almayacaktır.¹⁰⁰ Buna karşılık tahrikçi TCK m. 214/3 bağlamında sorumlu olmaya devam edecek ve cezalandırılacaktır.¹⁰¹ Bize göre bu halde tahrik konusu suç yalnızca tahrikçinin fiilinin yaptırım kısmını belirleyecektir. Tahrikçi TCK m. 214/3'ün faili sıfatıyla yargılanacak ve fakat tahrik konusu suçuna teşebbüs düzenlemesinin gerektirdiği ceza miktarı (aralığı) ile cezalandırılacaktır.

B. İŞTİRAK

Belirli bir kişiyi yahut belirli kişileri suça yönlendime, suç işleme düşüncesi olamayana suç işleme fikrinin verilmesi şeklinde ise azmettirme, mevcut suç kararının kuvvetlendirilmesi şeklinde ise yardım etme şeklini alır ve bu sebeple suç işlemeye tahrik kapsamının dışına çıkar.¹⁰² Ancak bu suça yönlendime belirsiz kişilerin suç işlemeye itilmesi şeklinde ise suç işlemeye tahrik söz konusu olmaktadır.¹⁰³ Gerçekten de azmettirmede azmettiren ile azmettirilen arasında kişisel bir ilişki kurulmaktadır. Yardım etmede de çoğunlukla bu kişisel ilişki mevcuttur ancak kimi hallerde bu ilişki tek taraflı olabilmektedir. Başka bir ifadeyle fail, yardım edenin varlığından ve kendisine yardım edildiğinden bihaber olabilmektedir. Suç işlemeye tahrikte ise bu yakın kişisel ilişki söz konusu

100 Teşebbüs ve gönüllü vazgeçme açısından sorun arz eden TCK düzenlemelerine yönelik eleştiri için bkz. Güçlü Akyürek, 'Gönüllü Vazgeçme Düzenlemesi Gerekli midir?' (2013) 10(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 183, 184 vd.; Yaşar ve İba (n 22) 101 vd.

101 Aynı yönde von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 25.

102 Bayraktar (n 1) 15.

103 Avusturya Ceza Kanunu'ndaki benzer düzenlemenin devreye girebilmesi için tahrikçinin belirli bir kimseyi yahut birçok insanı tahrik etmesi kabul edildiğinden, tahrik edilen belli bir kimse olsa da bu suçun oluşacağı belirtilmektedir. Ancak bu halde de azmettirme veya yardım etmenin koşullarının oluştuğu kabul edildiğinde suç işlemeye tahriki düzenleyen Avusturya Ceza Kanunu'nun 282. maddesinin 1. fıkrasının devre dışı kalacağı kabul edilmektedir. Bunun da ilgili düzenlemenin tali/subsidiar nitelikte olmasından kaynaklandığı belirtilmektedir. Bkz. Bertel and Schwaighofer (n 85) 244.

değildir. Tahrikçi belirsiz sayıda kişiyi suça teşvik etmekte bunlardan hangisinin bu durumdan etkileneceğini kestirememektedir.¹⁰⁴

Bir görüşe göre suça itilen bu kişilerin isnat yeteneklerinin başka bir ifadeyle kusur yeteneklerinin olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır.¹⁰⁵ Alman düzenlemesinde de tahrik konusu suçun kusurlu şekilde olmasa da hukuka aykırı olmasının yeterli olduğu belirtilmektedir.¹⁰⁶ Bize göre bu konuda ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. TCK m. 214/1 düzenlemesinde yer verilen suçun oluşumuna bu durumun etki etmeyeceği açıktır; önemli olan tahrikçinin fiilinin ve suça ilişkin diğer unsurların varlığıdır.¹⁰⁷ Ancak TCK m. 214/3 düzenlemesinde yer verilen nitelikli hal için aynı şeyleri söylemek bizim görüşümüz açısından sorun teşkil etmese de TCK m. 214/3 düzenlemesinin özel bir iştirak düzenlemesi olduğunu savunan görüş ile kusurun suçun bir unsuru olduğunu savunan görüş¹⁰⁸ açısından sorun teşkil etmektedir.¹⁰⁹ Bize göre TCK m. 214/3 düzenlemesi suç işlemeye tahrik suçunun nitelikli hali olduğundan ve tahrik konusu suç yalnızca tahrikçinin tabi olacağı yaptırımın çerçevesini belirleyeceğinden tahrik konusu suçun kusur yeteneği olmayan kişi tarafından işlenmesi TCK m. 214/3 çerçevesinde tahrikçinin/failin cezalandırılmasına engel olmayacaktır. Bu halde TCK m. 214/3 failinin yasak normu her durumda tahrik fiili oluşturmaktayken, yaptırım/ceza normu ise işlenen suçun ceza normuna dönüşmektedir. Bize göre kusur yeteneği olmayan kimselerin fiilleri de suç teşkil ettiğinden kusur yeteneği olmayanın işlemiş olduğu tahrik konusu suç da işlenmiş olmakta ve TCK m. 214/3'teki nitelikli hal teşkil eden suçun faili olan tahrikçinin cezalandırılmasının önü açılmaktadır. Ancak burada isnat yeteneği olmayan kişileri suça iten tahrikçinin aynı fiilinin kendisini diğer yandan işlenen tahrik konusu suçun dolaylı failine dönüştürme ihtimali söz konusu olabilir bu halde genel içtima kuralları gereği çözüm bulunabilmektedir. Bir fiille birden fazla farklı suça vücut veren tahrikçinin TCK m. 44 gereği TCK m. 37/2 çerçevesindeki artırımıyla bağlantılı olarak dolaylı fail olarak işlemiş olduğu suçtan sorumlu tutulması gerekecektir. TCK m. 214/3 düzenlemesinin özel bir iştirak şekli olduğunu belirten görüşe göre hareket edildiğinde ise çeşitli sonuçlara ulaşmak mümkündür. Kusur yeteneği olmayan kimseyi suça kullanan tahrikçi TCK m. 37/2 çerçevesinde dolaylı faille dönüştüğünden TCK m. 214/1'de yer verilen suçun yanı sıra TCK m.

104 Bayraktar (n 1) 16.

105 Toroslu (n 3) 1211; Yazarların isnat edilebilirlik ile kusurluluk ayırımı açık olmadığı gibi kast ve taksiri kusurun bir parçası olarak ele aldığı görülmektedir. İlgili konuda bütüncül düşünüldüğünde kendi içinde tutarlı kabul edilebilir. Ancak biz farklı görüşte olduğumuzdan yukarıda yer verilen açıklamaları yapmaktayız. Yazarların suç genel teorisinde kusurun yeri konusundaki açıklamaları için bkz. Nevzat Toroslu / Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (26. Baskı, Savaş Yayınevi 2021) s. 201 vd.; Bizim de savunduğumuz kusurluluk ve objektif-sübjektif isnadiyet ilişkisi için bkz. Özgenç (n 17) 44 vd.; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı, Seçkin 2021) 310 vd.; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10. Baskı, Seçkin 2019) 346 vd.; ayrıca bkz. Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. II* (11. Baskı, Beta 1997) 145; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. Baskı, Yetkin 2020) 412 vd..

106 Heghmanns (n 25) 550 vd.; von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 18.

107 Bunun için tahrik fiilinin tahrik edilen kusur yeteneği olmayanlar tarafından algılanabilir olması yeterlidir. Ayrıca bu kişilerin kusur yeteneklerinin olup olmadığı önem taşımaz. Aynı yönde Toroslu (n 3) 1211; aynı yönde Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n 59) 6495.

108 Kusur suçun bir unsuru ise ve fiili gerçekleştiren kusurlu değilse (failin kusur yeteneği yoksa) ortada gerçekleşmiş bir suç oluşmadığından kural olarak TCK m. 214/3 düzenlemesine gidilemeyecektir.

109 Suç işlemeye tahrik suçunu ve üçüncü fıkrayı da kapsayan durumu iki ayrı suç olarak değerlendiren olmadığı için belki de tek görüş demek gerekir.

214/3'ün sui generis azmettirenine dönüşmektedir. Bir olayda hem dolaylı fail, hem soyut tehlike suçunun faili, hem de dolaylı fail olduğu suçun azmettirenini olan tahrikçinin sorumluluğunun nasıl tespit edileceği ise cevapsız kalmaktadır.

Tahrikçinin tahrik konusu suçu kendisi işlemesi halinde de TCK m. 214/3 düzenlemesinin devreye girdiği kabul edilirse, kusur yeteneği olmayan kişileri suçta kullanan ve bu sebeple TCK m. 37/2 bağlamında dolaylı faille dönüşen tahrikçinin TCK m. 214/3 çerçevesinde cezalandırılması gerekir, ki bu halde failin ayrıca TCK m. 214/1'den kaynaklanan sorumluluğunun nasıl giderileceği açık değildir.

Görüldüğü üzere tahrik konusu suçu bağımsız bir suç olarak kabul etmemek yahut Türk hukuk öğretisinde savunulduğu gibi kısmi bağımsız kabul edip üçüncü fıkrada bir azmettirme halinin olduğunu iddia etmek içinden çıkılmaz teorik ve pratik sorunlar doğurmaktadır. Bu sebeple önerimiz doğrultusunda bir okuma, iştirak konusuna açıklık getirmekte ve karmaşayı bir nebze de olsa dindirmektedir.

Son olarak diğer suçlarda olduğu gibi suç işlemeye tahrik suçunun da birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi mümkündür. Bu durum müşterek faillik veya diğer faillik türleri gibi ortaya çıkabileceği gibi şeriklik türleri çerçevesinde de ortaya çıkabilir.¹¹⁰ Suç işlemeye tahrik suçunun müstakil suç olması düşüncemiz bu yorumu gerektirir.

C. İÇTİMA

Suç işlemeye tahrikte içtima düşüncesi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilecektir. Buna göre tahrikçinin bir fiille birden fazla suçun işlenmesini tahrik etmesi halinde içtima düşüncesi ortaya çıkabilir. Bu halde TCK m. 214/1 bağlamında tek suçun meydana gelmiş olacağında şüphe yoktur.¹¹¹ Zira tahrikçinin suç veya suçları işlemeye tahrik etmesi onun fiilinin teklifini değiştirmeyecektir. Yine failin birden fazla suça tahrik etmesi kural olarak cezasının artırımını gerektirmeyecektir. Ancak bu gerekçe ile alt sınırdan uzaklaşma mümkündür. Bu da bir artırım değil TCK m. 61/1 anlamında temel cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşmadır. İkinci ihtimal TCK m. 214/1'de yer verilen tahrik suçunun gerçekleşmesinden sonra TCK m. 214/3'te yer verilen (bize göre) nitelikli halin ortaya çıkması halidir. Bu halde de içtima sorununun nasıl çözüleceğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Son olarak TCK m. 214/1 bağlamında birden çok suçun işlenmesine tahrik etmiş olan tahrikçinin bu

110 “Sanıkların kent meclisi tarafından yapılan özerklik ilanını içeren basın açıklamasına katılıp, açıklamanın yapıldığı grup içinde yer almaları; mahkemece yapılan video dosyası inceleme ve çözümleme tutanağından basın açıklamasının başından sonuna kadar olay yerinde bulunmak suretiyle yapılan basın açıklamasına TCK'nın 39. maddesi anlamında destek verdiklerinin anlaşılması karşısında silahlı terör örgütüne üye olmasalar da suç işlemeye tahrik suçuna yardım suçunu işlediklerinden, silahlı terör örgütü adına suç işlemek ve suç işlemeye tahrik suçuna yardım etmek suçlarından cezalandırılmaları gerekirken delillerin değerlendirilmesinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi” şeklindeki Yargıtay kararının sorunlu olduğunu düşünmekteyiz. Bu yorumla suç işlemeye tahrik suçunu algılamak suretiyle hazır bulunan tahrik edilenlerin her birinin yardım eden sıfatıyla cezalandırılması gibi bir sonuç çıkacaktır ki bu suç genel teorisinin genel ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir. Y. 16. CD., 04.04.2017, E. 2017/562 K. 2017/3535.

111 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 32.

çağrısının farklı kişilerce, farklı zamanlarda ve farklı suçlara sebebiyet vermiş olması halidir. Ancak son iki durumun içtima bağlamında çözümlenebilmesi için TCK m. 214/1, m. 214/3 ve tahrik konusu suçlar arasındaki ilişkinin açıklanması gerekir. TCK m. 214/3 düzenlemesine bağımsız suç işlemeye tahrik suçunun nitelikli hali dediğimizde ortaya çıkacak olan sonuç ile sui generis azmettirme dediğimizde ortaya çıkacak olan sonuç farklı olacaktır.

TCK m. 214/3 düzenlemesinde tahrikçinin tahrik konusu suçun işlenmesi halinde azmettiren gibi cezalandırılacağı belirtilmiştir. Azmettiren gibi cezalandırılması onu azmettiren yapmaz yalnızca fail olan tahrikçinin cezasının çerçevesini belirler. Bu sebeple TCK m. 214/3 çerçevesinde işlenen suç da suç işlemeye tahrik suçudur ve fail yine bu suçtan cezalandırılır. TCK m. 214/3 çerçevesinde bir suçun nitelikli halinin oluşumuna sebebiyet veren tahrikçinin, daha sonra işlenecek olan ilişkili (tahrik konusu suçlara) göre cezalandırılması onun işlediği suç sayısında bir artırıma sebebiyet vermeyecektir. Zira halen tek bir suç söz konusu olacaktır.¹¹²

Ancak tek tahrik suçunun neticesinden birden çok aynı veya farklı suçun tahrik çerçevesinde işlenmesi halinde ne yapılacağına açıklık getirmemiştir. Burada tahrikçinin işlenen her bir münferit tahrik konusu suçtan cezalandırılacağı belirtilebilir (gerçek içtima benzeri bir durum).¹¹³ Bu halde gerçek içtimadan da söz edilemez zira tahrikçinin tek bir fiili ve ortaya çıkan tek bir suç (suç işlemeye tahrik suçunun nitelikli hali = TCK m. 214/3) söz konusudur. Tahrik konusu suçlar yalnızca tahrikçinin TCK m. 214/3 çerçevesinde alacağı cezanın alt ve üst sınırlarını belirlemektedir. Bu sebeple anılan görüşe katılmak mümkün değildir. İkinci olarak tahrikçinin işlenen birden fazla suçtan TCK m. 42 ve devamı hükümlerince cezalandırılması gerektiği söylenebilir. Yukarıda açıkladığımız gerekçeyle TCK m. 42 ve devamı hükümlerin devreye girmesi mümkün değildir. Üçüncü olarak öğretide savunulduğu gibi yalnızca bir suçtan (burada suçların farklı olması halinde ağır suçtan) cezalandırılacağı söylenebilir.¹¹⁴ Bize göre bu görüş yerinde bir görüştür ancak ortaya çıkan suçlardan ağır olanı seçmemizin sebebi yukarıda belirttiğimiz gibi yine de TCK m. 42 ve devamı hükümler olmayacaktır. Öyle ki tahrik fiili neticesinde tahrik edilenin bir fiille işlemiş olduğu birden fazla öldürme söz konusu ise tahrikçi tek bir öldürme suçunun cezasıyla cezalandırılacakken (zira işlenen suç kasten öldürmedir), tahrik edilen ise gerçek içtima gereği (m. 43/3) üç ayrı öldürme suçunun cezasıyla cezalandırılacaktır.

Tüm bu açıklamalarımız TCK m. 214/3 düzenlemesine verdiğimiz anlam çerçevesinde şekillenmiştir. Öğretide savunulduğu üzere bu düzenlemenin bağımsız bir suçun nitelikli hali değil de tahrik konusu suçların özel azmettirme düzenlemesi olduğunu düşündüğümüzde olayın içinden çıkmak güçleşmektedir. Şöyle ki tek olan suç işlemeye tahrik fiili neticesinde yığının içinde tahrik olan bir kişinin bir fiille birden fazla öldürme suçu işlediğini düşündüğümüzde tahrikçi ilgili suçun azmettiren gibi birden fazla müebbet hapis cezası alacaktır. Zira açık olmamakla birlikte azmettiren

112 Aynı yönde von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 32.

113 Bu yönde görüş için bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n 59) 6501; Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt III (3. Baskı, Seçkin 2010) 3364.

114 Bayraktar (n 1) 204.

işlenen suçların cezasıyla cezalandırılmaktadır.¹¹⁵ Tahrikçiyi azmettiren olarak algıladığımızda bu sonuca varmamız gerekir. Tahrikçinin belli bir kesimin yağmalanması ve mallarına zarar verilmesini istediğini düşünelim. Tahrik edilenlerden ikisi münferit şekilde birer yağma suçu işlemiş olsunlar, diğer ikisi ise mala zarar verme suçunu işlemiş olsunlar. Bu halde özel bir içtima düzenlemesi olmadığına göre tahrikçinin her bir suçtan ayrı ayrı ceza alması gerektiği sonucuna varmak gerekir. Oysa yukarıda belirttiğimiz gibi m. 214/3 düzenlemesini tahrik suçunun nitelikli hali kabul ettiğimizde tahrikçinin yalnızca bir yağma suçundan (en ağır o olduğu için ve ceza hukukunun genel ilkelerinden bu sonuca vardığımız için) cezalandırılması gerekli ve yeterli kabul edilmelidir.¹¹⁶ Ancak tahrikçinin her bir suçtan ayrı ayrı cezalandırılması adil, haksızlıkla orantılı bir ceza olmayacaktır.

Kanun lafzı (m. 214/3) soyut tehlike suçu olan suç işlemeye tahrik suçunun işlenmesinin yanı sıra bir de tahrik konusunda bir başkası tarafından suç işlenmesi halinde failin yalnızca tahrik üzerine işlenen suçtan azmettiren gibi/sıfatıyla cezalandırılacağını düzenlemiş görünmektedir.¹¹⁷ Tahrik konusu suçların işlenmesiyle birlikte TCK m. 214/1 düzenlemesi devreden çıkmakta ve TCK m. 214/3 düzenlemesindeki nitelikli hal devreye girmektedir. Üçüncü fıkrayı suç işlemeye tahrik suçunun nitelikli hali kabul etmeyen bir görüş şu şekilde aynı sonuca ulaşmaktadır: “Tahrik konusu suçun işlenmesi durumunda, tahrik fiili bağımsızlığını kaybeder, tahrikçinin fiili esas suçun içinde erir”.¹¹⁸ Bu erimenin sebebi olarak da “tahrik suçunun amaç suçun hazırlık hareketi olması”¹¹⁹ gösterilmektedir.

İçtima konusunda akla gelebilecek bir diğer soru ise suç işlemeye tahrik suçunun failinin aynı zamanda tahrik konusu suçun azmettireni yahut yardım edeni olup olamayacağı ve olduğunda içtima durumunun nasıl çözümleneceğidir. Alman düzenlemesinde genel hükümlere göre azmettirmenin tahrik konusu suç için gerçekleşmiş olduğu hallerde ilgili suça azmettirme ile bizdeki TCK m. 214/3'e tekabül eden ACK m. 111/1 arasında içtima hükümlerine gidilmesi gerektiği savunulmaktadır (Tateinheit).¹²⁰ Aynı şekilde bizdeki TCK m. 214/1'e tekabül eden ACK m. 111/2'nin gerçekleştiği hallerde tahrikçinin tahrik konusu suçun failine, azmettirenine veya akim kalmış azmettirmenin azmettirenine dönüştüğü hallerde ACK m. 111'in tamamen devre dışı kalacağı (talilik çerçevesinden) belirtilmektedir.¹²¹ TCK düzenlemesinden yola çıkarak zor görünse de böyle bir durumun teorik olarak mümkün olduğunu söyleyebiliriz. Bu halde failin tahrik konusu suçun azmettireni ve TCK m. 214/3 düzenlemesinin faili olacağını söylemek gerekir. Failliğin şerikliğe üstünlüğü gereği failin TCK m. 214/3 düzenlemesinin faili sıfatıyla cezalandırılması gerekir, denilebileceği gibi suç işlemeye tahrik suçunun tali oluşundan yola çıkarak tahrikçinin yalnızca işlenen suçun azmettireni olarak

115 Bu hallerde azmettirenin tek bir öldürmeden ceza alacağı iddia edilebilir.

116 Alman hukukundaki bakış da bu yöndedir. Bkz. von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 32.

117 Aynı yönde Özen (n 48) 89; Cezaların toplanması gerektiği görüşüne göre her iki suçun koruduğu hukuki yararlar farklı olduğundan tahrikçinin her iki suçtan (tahrik suçundan ve tahrik konusu işlenen suçtan) cezalandırılması gerekir. Gerçek içtima. Görüş için bkz. Bayraktar (n 1) 200; “Tahrik konusu suçun ihlal ettiği menfaat, bizzat tahrikin ihlal ettiğiinden tamamen farklı da olabilir. Örneğin suç işlemeye tahrik açısından durum böyledir”. Toroslu (n 3) 1214.

118 Bayraktar (n 1) 200.

119 Bayraktar (n 1) 242.

120 Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 6, s. 291.

121 Otto (n 47) 357.

cezalandırılacağı da ileri sürülebilir. Bu durumda failin alacağı ceza değişmeyecek olsa da TCK'nın yer bakımından yetkiye ilişkin düzenlemeleri, koşullu salıverilmeye ilişkin düzenlemeler ve genel affa ilişkin düzenlemelerde farklılık doğabilecektir. Bize göre bu halde faillğe üstünlük verip tahrikçinin cezasını TCK m. 214/3 çerçevesinde belirlemek gerekecektir.

Tahrikçinin TCK m. 214/1 bağlamındaki suçu tamamladıktan sonra tahrik konusu suçu bizzat işlemesi halinde ne yapılacağı açık değildir. Kural olarak şunu söylemek mümkündür: Birden fazla farklı suç söz konusu ve tahrikçi hem TCK m. 214/1 suçundan hem de işlediği tahrik konusu suçtan fail olarak sorumludur ve cezalandırılır.¹²² Zira burada içtima durumundan söz etmek dahi mümkün değildir. Bir başka görüşe göre bu halde görünüşte içtima durumu söz konusudur ve tahrik konusu suçun işlenmesiyle birlikte soyut tehlike suçu olan TCK m. 214/1 düzenlemesi devre dışı kalmaktadır.¹²³ Devre dışı kalmayı bir başka görüş suç işlemeye tahrik suçunun katılma karakterine bağlamakta ve tahrikçinin ana suça bir şekilde (fail, şerik) katılmasıyla suç işlemeye tahrik düzenlemesinin devre dışı kalacağı belirtilmektedir.¹²⁴ Bu sonuca soyut tehlike suçları ile zarar suçları arasındaki ilişkiden de varılabilir.¹²⁵ Bir başka görüşe göre ise “tahrik eden, daha sonra tahrik konusunu bizzat meydana getirirse gene, (765 s. TCK) m. 311/son fıkrası uygulanabilecektir”.¹²⁶ Bize göre TCK m. 214/1 düzenlemesinin tipikliğinde tahrikçinin fiili bizzat gerçekleştirmesi yer almadığından TCK m. 214/3'teki nitelikli halde de bu tipiklik gerçekleşmeyecektir. Kanaatimizce yukarıda anılan görüşlerden ilkinde katılmak gerekir. Zira korunan hukuksal değerlerin farklı olması ve soyut tehlikenin devam ediyor olması bu durumda tahrikçinin her iki suçtan da sorumlu tutulması gerektiğini göstermektedir. Tahrik konusu tek bir kişinin öldürülmesi olsa ve bu fiil tahrikçi tarafından gerçekleştirilmiş olsa da soyut tehlike suçu olan TCK m. 214/1'deki suç işlenmiş ve tamamlanmış olduğundan cezalandırılmaması güç görünmektedir. Böylece tahrik konusu suçun tahrikçi tarafından işlenmesi halinde TCK m. 214/3'teki suç işlemeye tahrik suçunun nitelikli hali meydana gelmemiş olacaktır. Çünkü TCK m. 214/3 düzenlemesinde tahrik konusu suçların tahrikçi dışındaki kişilerce işlenmesi halini düzenlemektedir. O sebeple de “tahrik konusu suçu işlemesi” etken cümle yerine “tahrik konusu suçun işlenmesi” edilgen cümle ile düzenleme yapmıştır.¹²⁷

TCK m. 43/1 düzenlemesinin mağduru belli olmayan suçlar açısından da uygulanabileceği kanun koyucu tarafından belirtilmiş olduğundan tahrikçinin bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda suç işlemeye tahrik suçunu birden fazla işlemesi halinde faile bir ceza verilecek ve bu ceza TCK m. 43 çerçevesinde artırılacaktır.¹²⁸

122 Bu yönde görüş için bkz. von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 32; Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n 59) 6501.

123 Görüşün savunucuları için bkz. von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 32.

124 MüKoStGB/Bosch StGB § 111 Rn. 36.

125 Benzer yönde Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n 59) 6499.

126 Bayraktar (n 1) 204.

127 İlgili Alman düzenlemesinin de bu şekilde anlaşıldığı konusunda fikir birliği mevcuttur. von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 8.

128 Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n 59) 6501.

VII. YAPTIRIM, SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMADA ÖNEM ARZ EDEN HUSUSLAR

TCK m. 214/1 suç işlemeye tahrik suçunun temel halini teşkil etmekte ve altı aydan beş yıla kadar hapis cezası öngörmektedir. Kanaatimizce bu konuda ek düzenleme getirilmesi suretiyle bu hallerde verilecek cezanın tahrik konusu suçun gerektirdiği cezadan fazla olamayacağı sınırlaması getirilebilir. TCK ve özel ceza kanunlarında altı aydan daha az bir ceza gerektiren suçların varlığı da dikkate alınarak bu alt sınır tamamıyla kaldırılabileceği gibi bir ay şeklinde de düzenlenebilir. Tahrik konusu suç beş yıldan fazla ceza gerektirse de TCK m. 214/3 kapsamına girmediği sürece tahrik edenin TCK m. 214/1 çerçevesinde alacağı cezaya etki etmemelidir. Failin beş yıldan fazla ceza almasının mümkün olduğu hal ise tahrik konusu suçun işlendiği ve beş yıldan fazla ceza gerektirdiği TCK m. 214/3 halleridir. Yukarıda gerekçelendirdiğimiz üzere TCK m. 214/3 düzenlemesi suç işlemeye tahrik suçunun nitelikli bir halidir. Bu halde faile verilecek ceza artmaktadır.

Gerçekten de Alman Ceza Kanunu'nun 111. madde ve 765 s. TCK'nın 311. madde düzenlemelerinde faile verilecek cezanın tahrik konusu suçun cezasından fazla olamayacağı belirtilmişken 5237 s. TCK düzenlemesinde buna yer verilmemiştir. Bu düzenlemenin olmayışı tahrik konusu suçların işlenmesi halinde faile yalnızca tahrik konusu suçlarla bağlantılı olarak ceza verileceğinden (TCK m. 214/3) sorun teşkil etmemektedir. Ancak tahrik konusu suçların işlenmemesi halinde faile verilecek ceza (TCK m. 214/1) teorik olarak tahrik konusu suçların cezasından fazla olabilecektir. Burada yukarıda belirttiğimiz üzere kanuni düzenlemenin getirilmesi arzu edilebilir. Mevcut haliyle mahkemenin bu durumu temel cezanın belirlenmesinde dikkate almasıyla ilgili orantısızlık giderilebilir. Aksi durumda failin tahrik ettiği suçun işlenmesi halinde alacağı ceza suçun işlenmemiş olmasına oranda daha az ceza gerektirmiş olacaktır ki kanun koyucunun düzenleme ile bu durumu arzu ettiği düşünülemez. Yaptırım kısmındaki maksasın geniş tutulmasındaki maksadın da bu olduğunu düşünmekteyiz.

TCK m. 214/3 düzenlemesi çerçevesinde failin cezalandırılabilmesi için yeterli düzeyde delil yoksa, başka bir ifadeyle tahrik konusu suçun işlenmesinin sebebinin suç işlemeye tahrik suçunu işleyen faille ilişkilendirilmesi ikna edici şekilde sağlanamazsa tahrik konusu suç işlenmiş olsa da tahrik eden failin TCK m. 214/3 bağlamında cezalandırılması mümkün değildir. Bu halde cezalandırma TCK m. 214/1 çerçevesinde gerçekleştirilecektir.¹²⁹ Ancak tahrikçinin TCK m. 214/3 bağlamında cezalandırılabilmesi için tahrik edilenin tahrik konusu suça fail olarak katılması şart değildir. Tahrik edilenin tahrik konusu suça azmettiren yahut yardım eden olarak katılması halinde de TCK m. 214/3 çerçevesinde sorumluluğun doğacağı kabul edilmelidir.¹³⁰ Yukarıda belirttiğimiz üzere suç işlemeye tahrik suçunun TCK m. 214/3 bağlamında işlendiğinden söz etmek için tahrik edilenin ille de fail olarak tahrik konusu suçu işlemesi gerekmez. Tahrik edilenin fail, azmettiren yahut yardım eden olması gerekli ve yeterlidir. Tahrik edilenin fail yahut azmettiren olarak tahrik konusu suçu işlediği hallerde tahrikçinin TCK m. 214/3 bağlamında alacağı ceza ilgili suç tamamlanmışsa tamamlanmış şekli tamamlanmamışsa teşebbüs şeklinin gerektirdiği ceza olacaktır. Bu okuma

129 Benzer yönde Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 4, s. 292.

130 Alman düzenlemesi açısından aynı yönde Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 3, s. 291; Otto (n 47) 356; von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 22; Schönke/Schröder/Eser StGB § 111 Rn. 14; MüKoStGB/Bosch StGB § 111 Rn. 12.

TCK m. 214/3'ün lafzı ile uyumludur. Zira o durumda işlenen suç teşebbüs halinde kalan suçtur. Tahrik edilenin yardım eden sıfatıyla tahrik konusu suça katılımı halinde işlenen suçtu iki türlü anlamak mümkündür. İşlenen suç tahrik konusu suçtur, tahrik edilenin yardım eden konumunda olması tahrikçinin TCK m. 214/3 bağlamında cezalandırılmasına etki etmeyecektir ve bu sebeple tahrikçi işlenen suçun tamamlanmış (somut olayda teşebbüs aşamasında kalmışsa teşebbüs) halinin gerektirdiği ceza ile cezalandırılacaktır, denilebilir. Kanun koyucu *işlenen suç ve azmettiren gibi/sıfatıyla* kavramlarına yer verdiği için tahrikçinin işlenen suçun yardım edeni için ortaya çıkacak olan ceza ile cezalandırılması mümkün görünmemektedir. Alman hukukunda bu halde tahrikçi için belirlenecek olan ceza aralığında yardım etmenin gerektirdiği ceza aralığının esas alınacağı savunulmaktadır.¹³¹ Somut olay adaletine uygun bu görüşü TCK m. 214/3 bağlamında iddia etmek güç görünmektedir. Ancak şu şekilde bir yorumla tahrikçinin alacağı ceza yaptırımının çerçevesinin yardım etmenin gerektirdiği ile sınırlı olması savunulabilir: Kanun koyucu işlenen suç dediği için tahrikçinin üzerinde etki doğurduğu fiil ilgili suça yardım etmemiş, o halde tahrikçinin sorumluluğu yardım edenin sorumluluğunu aşamaz. Bu durumda tahrikçinin fiilinin ceza aralığının yardım edenin fiilinin gerektirdiği ceza aralığı olması gerektiği, somut olay adaleti adına söylenebilecektir.

TCK m. 214/3 düzenlemesini, işlenen (tahrike konu) suçun özellik arz eden azmettirme hali olarak nitelendirdiğimizde işlenen tahrik konusu suçun şikâyet tabi olması halinde tahrikçinin de muhakeme edilebilmesi ve cezalandırılabilmesi için şikâyet şartının gerçekleşmesi gerekir. Zira tahrik konusu suç şikâyet tabi ise ve şikâyet şartı gerçekleşmezse azmettirenin de cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Bu durumda şöyle bir çelişki ortaya çıkmış olacaktır. Tahrik konusu suç işlenmediğinde tahrikçi TCK m. 214/1 çerçevesinde re'sen kovuşturulup cezalandırılabilirken, tahrik konusu suçun işlenmiş olduğu halde tahrikçi cezalandırılmamış olacaktır. Öğretide tahrik konusu suçun şikâyet tabi olması ve işlenmiş olması halinde tahrik konusu suçun failinin muhakemesi için şikâyet şartının gerçekleşmesi gerekirken TCK m. 214/3 bağlamındaki tahrikçinin muhakemesi için "kendisine hakaret edilen kimsenin usulüne uygun olarak şikâyette bulunmasına gerek yoktur", gibi ceza hukukunun genel hükümleriyle örtüşmeyen bir görüşün savunulduğu görülmektedir.¹³² Alman hukukunda da suç işlemeye tahrik bir tür azmettirme olarak kabul etmesine rağmen kovuşturulması sürecinin tahrik konusu suçtan (Haupttat) bağımsız şekilde şekilleneceği, tahrik konusu işlenen suçun şikâyet tabi olması da tahrikçinin re'sen kovuşturulmasına etki etmeyeceği savunulmaktadır.¹³³ Ortada tek bir suç varsa, ki tahrik konusu suçun işlendiği halde hem Alman hukukunda hem de Türk hukukunda tek suç olduğu bazı yazarlarca savunulmakta, ve bu tek suçun tahrik konusu suç olduğu kabul edilmekteyse, şikâyetin sirayeti gereği failin kovuşturulmadığı halde azmettirenin/tahrikçinin re'sen kovuşturulacağını iddia etmek şikâyet kurumunun da genel

131 Alman hukukundaki bu düşünce şu esasa dayanmaktadır: bir kimseyi şeriklik türlerinden yardım etmeye azmettiren, azmettirdiği suçun gerektirdiği ceza ile cezalandırılmaz aksine azmettirdiği suça yardım etmenin gerektirdiği ceza ile cezalandırılır. Bu esasa bakıldığında tutarlı bir görüş haline gelmektedir. von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 22 ve 25; Schönke/Schröder/Eser StGB § 111 Rn. 20; MüKoStGB/Bosch StGB § 111 Rn. 12.

132 Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n 59) 6495.

133 Otto (n 47) 356; Aynı yazarın bir önceki sayfada ilgili suçtu tehlike suçtu olarak nitelendirdiği görülmektedir. Suç işlemeye tahrik suçunun bağımsız bir suç olduğu dolaylı olarak bu yazar tarafından da teyit edilmektedir. Benzer durum *Eser* için de geçerlidir: Bir yandan tehlike suçtu olarak nitelendirmekte, diğer yandan tehlikeli azmettirme yahut azmettirmeye teşebbüsün bir görünümü olarak sınıflandırmakta. Bkz. Schönke/Schröder/Eser StGB § 111 Rn. 1 ve 22.

anlayışına aykırılık teşkil edecektir. Ancak Alman hukukunda da bu suçun bağımsız bir suç olduğunu savunan görüşler mevcuttur.¹³⁴ Bu halde tahrik konusu suçlardan bağımsız bir muhakeme usulünün olduğunu kabul etmek gerekir. Zira TCK m. 214/3 halinde faile verilecek cezanın tahrik konusu suça göre belirleneceği belirtilmişken (suç teşkil eden fiilin bir kanun maddesinde, karşılığında öngörülen cezanın bir başka kanunda veya aynı kanunun başka maddesinde yer almasında kanunilik açısından bir sakınca bulunmamaktadır)¹³⁵, muhakeme şartlarının ne olacağı ilgili tahrik konusu suçla ilişkilendirilmemiştir. O sebeple takibi re'sen yapılacaktır. Benzer sonuca ilgili suçun talep yahut istem üzerine kovuşturulması hallerinde de varmak gerekir. Tahrik konusu suçun talep yahut isteme bağlı olması tahrikçinin TCK m. 214/3 bağlamında muhakeme edilmesine ve cezalandırılmasına engel teşkil etmeyecektir.¹³⁶

Suç işlemeye tahrik suçunun işlenmesinden sonra yapılan yargılama neticesinde faile TCK m. 214/1 çerçevesinde ceza verilip bu ceza kesinleştikten sonra, aynı fiil çerçevesinde yeniden yargılama yapılıp yapılamayacağı açık değildir. Ne bis in idem ilkesi gereği bir şeyden (fiilden) bir kez cezalandırma mümkündür. Bu durumda failin suç teşkil eden fiilinin bir kez cezalandırıldığı ve bu sebeple yeniden yargılamanın aynı fiil dolayısıyla yapılamayacağı söylenebilir. Somut olay adaleti ile örtüşmediği düşünülüyorsa ikinci olarak bu halde aynı fiilin yeniden yargılama konusu yapılacağı ve hükmedilecek cezadan mevcut cezanın düşürüleceği ileri sürülebilir. Bu halde ortaya çok fazla sorun çıkacaktır. Fail hakkında hükmedilen ilk cezanın infaz edildiği yahut infaz edilmiş olduğu hallerde mahsubun TCK m. 63 çerçevesinde yapılabileceği söylenebilir. Ancak ilgili suç hakkında HAGB kararı verilmişse ve beş yıllık denetim süresi geçmişse yahut geçmemişse ne yapılacağı açık değildir. Kanaatimizce bu hallerde aynı fiilin yeniden yargılamaya açılmaması gerekir. Her ne kadar tahrik konusu suçların işlenmesi halinin tahrikçiye yüklenebilmesi için bir süre öngörülmemiş olsa da ve tahrikçinin fiili ile tahrik konusu suçu işleyenin ilgili suçu gerçekleştirmesi arasındaki illiyetin süreye tabi olmadığı açık olsa da bize göre öğretide de savunulduğu üzere üzerinden birkaç ayın geçmiş olduğu durumlarda bu illiyet bağının varlığını ispatlamak güç olacağından fail lehine bir yoruma gidilmelidir.

TCK m. 214/3 düzenlemesini tahrik konusu suça iştirak olarak kabul ettiğimizde ortaya çıkan sorunlardan biri de tahrik konusu suçun yabancılik unsuru taşınması halinde Türkiye'de muhakemesidir. Suç işlemeye tahrik eden tahrikçi tahrik fiilini Türkiye'de gerçekleştirmiş olsa da tahrik konusu suç yurt dışında gerçekleştiğinde, suçun işlendiği yer yabancı ülke olacaktır ve TCK m. 10 ve devamı maddelerince muhakeme edilebilirse muhakeme edilebilecektir.¹³⁷ TCK m. 214/3 düzenlemesini suç işlemeye tahrik suçunun nitelikli hali olarak kabul ettiğimizde bu halde ilgili suçun TCK'nın etki (yetki) alanında kalması yeterli olacak ve tahrikçiyi TCK m. 8 çerçevesinde yargılamak mümkün hale gelecektir.¹³⁸

134 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 4; MüKoStGB/Bosch StGB § 111 Rn. 40.

135 Ercan Yaşar, *Das Gesetlichkeitsprinzip* (Dr. Kovac Verlag 2018) 135 ff..

136 Aynı yönde von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 36.

137 Aynı yönde Koca ve Üzülmöz (n 105) 798 vd..

138 Alman hukukunda bu suçun yurt dışı ile ilişkili işlenmesi hakkında bilgi için bkz. MüKoStGB/Bosch StGB § 111 Rn. 12a.

SONUÇ

Çalışmada görüldüğü üzere Türk hukukunda TCK m. 214/3 düzenlemesinin çoğunlukla özel bir azmettirme şekli olarak kabul edilmesi ve ilgili düzenlemenin hukuki niteliği konusunda fikir birliğinin olmaması kanun düzenlemesini özellikle iştirak ve içtima konularında sorunlu hale getirmektedir. Belirlilik ilkesi gereği açık olması gereken bir suç normunun başta bağımsız bir suç düzenlemesi olup olmadığı konusu olmak üzere, aleniyet, şikâyete tabi olup olmama, iştirak ve içtima bakımından bu denli muğlak ve tartışmaya açık olması, ilgili normu sorunlu hale getirmekte ve reform zarureti doğurmaktadır.

Kanun metninde değişiklik yapılmasını önerme doğrultusunda fikir vermesi adına ele aldığımız bu çalışmada ilgili suç tipinin kanun koyucu, uygulama ve öğretide çoğunluk tarafından yanlış nitelendirildiğini tespit ettik; kanun koyucu, uygulama ve öğretilerde çoğunluk tarafından savunulanan aksine TCK m. 214/1 (TCK m. 214/3) düzenlemesinin bağımsız bir suç olarak addedilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu çerçevede TCK m. 214/2 düzenlemesinin ayrı bir kanun metni altına alınması gerektiği sonucuna vardığımız gibi, TCK m. 214/1 fıkrası ile TCK m. 214/3 fıkrasının aslında tek bir suçu düzenlediği ve TCK m. 214/3 düzenlemesinin ilk fıkradaki suçun nitelikli hali olduğu sonucuna vardık. TCK m. 214/3 düzenlemesinde yer verilen tahrik konusu suçların işlenmesi halinin bize göre yanlış nitelendirilmesi içtima ve iştirak konularında ciddi sorunlar doğurmaktadır. İştirak ve içtima durumuna ilişkin birçok soruna TCK m. 214/3 düzenlemesini tahrik suçunun nitelikli hali olarak addetme ile çözüm getirilebildiğini tespit ettik. Gerçekten de ilgili suçun iştirak ve içtima konusunda doğurmuş olduğu teorik ve pratik tartışmalar ancak bu şekilde bir nitelendirme ile ikna edici şekilde çözülebilmektedir.

Keza çalışmamızda teşebbüs başlığı altında yer verdiğimiz üzere suç işlemeye tahrik suçunda gönüllü vazgeçme sahası çok kısa bir suç yoluna tekabül etmekte ve gönüllü vazgeçme kurumunun işletilmesini ilgili failer bakımından imkânsız hale getirebilmektedir. Suç işlemeye tahrik suçunu işleyen failin fiilini gerçekleştirdikten sonra pişmanlık göstermesine imkân tanıma ve bu pişmanlığına indirim tesis etmek için özel bir etkin pişmanlık düzenlemesine ihtiyaç olduğu görülmektedir.¹³⁹ Bu konuda getirilecek bir etkin pişmanlık düzenlemesi tahrik konusu suçların işlenmesinin önlenmesi konusunda etkili bir araca dönüşebilecektir.

KAYNAKÇA

Akyürek G, 'Gönüllü Vazgeçme Düzenlemesi Gerekli midir?' (2013) 10(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 183-202.

Apış Ö, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Alenen Tahrik veya Aşağılama Suçları* (Adalet 2017).

Bayraktar K, *Suç İşleme Tahrik Cürmü* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Formül Matbaası 1977).

Bertel C and Schwaighofer K, *Österreiches Strafrecht Besonderer Teil II* (9. Auflage, Springer 2010).

Bosch N, *StGB § 111, in Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (4. Auflage, C.H. Beck Verlag 2021).

¹³⁹ Alman hukukunda da bu talebin olduğu görülmektedir. Bkz. MüKoStGB/Bosch StGB § 111 Rn. 35.

- von Bubnoff E, *StGB § 111, in Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, (Hrsg. Burkhard Jähnke, Heinrich Wilhelm Laufhütte, Walter Odersky), Großkommentar, (11. Auflage, De Gruyter 2005).
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Seçkin 2021).
- Dönmezer S ve Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. II* (11. Bası, Beta 1997).
- Eser A, *StGB § 111, in Schönke/Schröder Kommentar zum Strafgesetzbuch* (30. Auflage, C.H. Beck Verlag 2019).
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Adalet 2019).
- Heghmanns M, *Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil* (Springer 2009).
- Joecks W and Jäger C, *Strafgesetzbuch Studienkommentar* (13. Auflage, C.H. Beck Verlag 2021).
- Kartal P M, Akyürek G, Kızıroğlu S K, Zafer H, Eroğlu F, Altunç S, Bayraktar K, Yıldız A K, Kangal Z T., Evik A H, Retornaz E A, Bostancı Bozbayındır G, İnceoğlu A A ve Evik V S, *Özel Ceza Hukuku – Cilt VI* (On İki Levha 2020).
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı, Seçkin 2021).
- Kindhäuser U and Schramm E, *Strafrecht Besonderer Teil I* (9. Auflage, Nomos 2020).
- Otto H, *Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte* (7. Auflage, De Gruyter 2005).
- Özbek V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10. Baskı, Seçkin 2019).
- Özek Ç, 'Devletin Şahsiyetine Karşı İşlenen Cürümlerde Cezalandırılan Hazırlık Hareketleri' (1963) 29(3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 458-520.
- Özek Ç, *Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler* (İstanbul Üniversitesi Yayınları, Cezaevi Matbaası 1967).
- Özen M, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler* (2. Baskı, Adalet 2018).
- Özen M, '5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler' (2007) 2(8) Terazi Hukuk Dergisi 83-90.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Bası, Seçkin 2021).
- Parlar A ve Hatipoğlu M, *Türk Ceza Kanunu Yorumu, 3. Cilt* (3. Baskı, Seçkin 2010).
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. Baskı, Yetkin 2020).
- Tokdemir S, 'Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme' (Doktora Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi 2021).
- Toroslu N ve Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (26. Bası, Savaş Yayınevi 2021).
- Toroslu N ve Toroslu H, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (11. Bası, Savaş Yayınevi 2021).
- Toroslu H, 'Kamu Barışına Karşı Suçlar Bakımından Tahrik Kavramı' (2015) Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, C. II, (Ankara Üniversitesi Yayınları 2015) 1201-1231.
- Yaşar E ve İba H, 'Teşebbüs Derecesine Ulaşmamış İcrai Hareketlerde Gönüllü Vazgeçme' (2021) 16(45) Ceza Hukuku Dergisi 101-123.
- Yaşar E, 'Ceza Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması Bağlamında Ülke Kavramının Doğurduğu Tartışma ve Mülkîlik, Koruma, Şahsîlik ve Evrensellik İlkelerine Yeni Bir Bakış' Hukukun Güncel Meseleleri Erzincan Sempozyumu, 10-13 Şubat 2022, EBYÜ, Erzincan, özet metni.
- Yaşar E, *Das Gesetlichkeitsprinzip* (Verlag Dr. Kovac 2018).
- Yaşar O, Gökcan H T ve Artuç M, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 5. Cilt* (Adalet 2014).

27 Mayıs 1960 Tarihinde Yürürlükte Olan Ceza Mevzuatımız ve Evrensel Hukuk Bağlamında Yassıada Yargılamaları

Turkish Criminal Law in Effect at 27 May 1960 and Yassıada Case in the Context of Universal Law

Ahmet Gökçen* , Ertuğrul Ünal** 

ÖZ

27 Mayıs 1960 günü demokratik seçimlerle gelmiş Demokrat Parti hükümeti ile TBMM tarafından seçilmiş Cumhurbaşkanı Celal Bayar'a karşı askeri hareket başlatılmıştır. Başlatılan askeri hareket ile hem Demokrat Parti Hükümeti ve hem de Cumhurbaşkanı işbaşından uzaklaştırılmış, yönetim Türk Silahlı Kuvvetlerinin içinden çıkan bir Cuntanın eline geçmiştir.

Bu cunta tarafından Marmara Denizinde bulunan bir adada kurulan olağanüstü mahkemede; başta Cumhurbaşkanı Celal Bayar, Başvekil Adnan Menderes olmak üzere, Demokrat Parti Hükümetinin bakanları, milletvekilleri ve onlarla birlikte hareket ettikleri kabul edilen çeşitli idari kademelerdeki bürokratlar yargılanmışlardır (14 Ekim 1960 – 15 Eylül 1961). Adanın ismi Yassıada olduğu için burada yapılan yargılamalar da aynı isimle anılmaktadır.

Kural olarak hiç kimse işlediği zaman kanunda suç olarak tanımlanmamış bir fiilden dolayı cezalandırılmaz, fiilin işlenmesinden sonra daha ağır ceza içeren bir kanun değişikliğinde kişinin lehine olan kanun tatbik edilir. Ayrıca bir suç isnadıyla karşılaşan herkes adil yargılanma hakkına sahiptir.

Evrensel kabul gören ve insan hakları üzerine hazırlanmış bütün uluslararası sözleşmelerde yer bulan bu kurallar 27 Mayıs 1960 tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 1'inci ve 2'nci maddelerinde de yer almaktaydı. Buna rağmen Yassıada yargılamalarında kurulan özel yetkili mahkemelerde başta masumiyet karinesi ve suçta ve cezada kanunilik ilkesi olmak üzere evrensel hukuk ilkeleri ile kanunların amir hükmü sanıklar aleyhine ihlal edilmiştir. Daha da vahimi, bu ihlallerin sözde gerekçeleri, dönemin meşhur hukukçuları tarafından üretilmiştir.

Çalışmamızda Yassıada yargılamaları, ceza ve ceza muhakemesi hukuku kapsamında değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi, Lex Praevia, Adil Yargılanma Hakkı, Masumiyet Karinesi, Yassıada Yargılamaları.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.
ORCID:0000-0002-0849-7432.

** İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.
ORCID: 0000-0002-0025-9317.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Ahmet Gökçen Ertuğrul Ünal

E-posta/E-mail: ahmet.gokcen@marmara.edu.tr av.ertugrulunal@gmail.com

Geliş Tarihi/Received: 02.12.2021

Kabul Tarihi/Accepted: 31.12.2021

ABSTRACT

On May 27, 1960 a military operation had been initiated against democratically elected Demokrat Parti government and the president Celal Bayar who was elected by the Grand National Assembly of Turkey. Both National Assembly and the president had been ejected from duty and a group of soldiers within Turkish Armed Forces had taken over the control.

The junta had established a special court for the trials of Demokrat Parti members and associated persons such as president Celal Bayar, prime minister Adnan Menderes between 14 October, 1960 – 15 September, 1961. This trials were known as “Yassıada Trials”, since the court was established on the island called “Yassıada”.

As a general rule no one shall be held guilty of criminal offence on account of any act or omission which is not regulated in the law as a crime at the time of offence or omission and if a law which is regulated after the act or omission includes heavier punishment, the law which favors the perpetrator shall be implemented. Besides every person has right to have a fair trial in determination of criminal charges against him.

Those general rules given above have been accepted internationally for a long period of time and taken part in almost every treaties on human rights. Likewise Turkish Criminal Code No. 765 Art. 1 and 2 regulates those rules. However the special court which was established in Yassıada to try the members of Demokrat Parti had ignored the Code and the universal principles of criminal law especially the presumption of innocence and nulla poena sine lege against the defendants. Moreover the breach of human rights during the trial had been exonerated and justified by the most notable jurists during the process.

In this article we will evaluate Yassıada trials in the scope of the principles of criminal and criminal procedure law.

Keywords: No Punishment Without Law, Lex Praevia, Right to Have a Fair Trial, Presumption of Innocence, Yassıada Hearings

GİRİŞ

Hukuk ve demokrasi açısından yakın tarihimizin şüphesiz en acı olaylarından biri, 27 Mayıs 1960'da gerçekleştirilen askeri darbe sonucunda Türk Silahlı Kuvvetlerinin içindeki bir Cuntanın¹ Devlet yönetimini ele geçirmesi ve akabinde kurdurdukları olağanüstü mahkemede yargılananlara, aileleri ve sevenlerine yaşatılan ıstıraplardır.

Demokrasiye, evrensel hukuka ve o gün yürürlükte olan mevzuatımıza aykırı olarak gerçekleştirilen darbe ve akabinde kurulan Yüksek Adalet Divanı isimli olağanüstü mahkemede, her biri mesleğinde temayüz etmiş sözüm ona “hakim ve savcılar” görev almaktan çekinmemiş, İstanbul ve Ankara Hukuk Fakültesi mensubu bazı öğretim üyeleri ise fikirleriyle askeri cuntaya, yaptıkları ve yapacakları hukuka, ceza hukuku bilimine ve mevzuata aykırı uygulamalar konusunda yol göstermiş, fiilen katkı sunmuş, bu suretle irtikap edilen fiillerin yapılan haksız uygulamaların müşterek faileri (sorumluları) olmuşlardır².

1 Bu Cunta kendisini “Milli Birlik Komitesi” olarak adlandırmıştır.

2 Sanıklar aleyhine ihdas edilen kanunların geçmişe yürütülmesi, cezaların infazı ve kanunsuz şekilde kurulan

Bu olağanüstü mahkemede dönemin Cumhurbaşkanı Celal Bayar, Başvekil Adnan Menderes ile Demokrat Partili bakan, milletvekili ve birçok üst düzey yönetici toplamda 592 kişi yargılanıp idam dahil en ağır cezalara çarptırılmıştır³.

Sözde Yüksek Adalet Divanı, muhakemenin sonunda, Demokrat Parti iktidarıyla ilgili görüşlerini de açıklamıştır. Burada 1924 ve 1930'daki çok partili hayata geçiş denemelerinden, İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki gelişmelerden, çok partili hayata geçiş sürecinden ve 1950 seçimlerinden bahsedilmiş ve Demokratlarla ilgili eleştirilerde bulunulmuştur. Tahkikat Komisyonun kurulması ve iktisadi politikaların başarısızlığından söz edilmiş, gericilerle işbirliği yapılarak gericiliğin teşvik edildiği öne sürülmüştür. Açıklamada; “*Türkçe ezan kaldırılmıştır. Atatürk'ün dil konusunda ne kadar hassas olduğu malum iken, Türkçeyi sadeleştirme cereyanı bırakılarak, anayasa değişikliği ile ezanın eski haline dön*”dürülmesi ağır şekilde tenkid edilmiştir⁴. Buradan anlaşılmaktadır ki Demokrat Parti iktidarının dini konulardaki bazı uygulamaları bu kesimde ciddi rahatsızlığa sebep olmuştur⁵.

Devlet aklı, milletin seçilmiş temsilcilerine yapılan bu haksız ve adaletsiz uygulamaları bir nebze olsun hafifletecek kanunları ve düzenlemeleri yıllar sonra yapabilmıştır.

Yassıda yargulamaları sürecinde asıl düşündürücü olan ise haksız, adalete aykırı yaptırım ve uygulamaların hakim ve savcılar eliyle icra edilmesi, onların da akıl hocalığını her biri devlet imkanları ile yurt dışında eğitim görmüş devrin en tanınmış hukuk hocalarının yapmasıdır. Özellikle döneminde Yargıtay üyesi, Yargıtay daire başkanı sıfatı olan kişilerin, hukukçu olmanın onlara yüklediği vicdani sorumluluğu, hak ve adalet dağıtma yönündeki asli görevlerini unutarak bu tür cinayet mahkemelerinde görev kabul etmeye teşne olmaları ve kabul etmeleri üzücüdür.

Bu vesileyle oluşturulan sözde ilim heyetinde ve mahkemelerde görev almayı reddeden mümtaz hukukçular İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Kürsüsü Öğretim Üyesi Prof. Dr. Tahir Taner⁶ ile dönemin Yargıtay Başkanı Dr. Recai Seçkin'i saygıyla

mahkemelerin yürüteceği süreç için Cunta tarafından oluşturulan ilmi heyette yer alan Prof. Dr. Sulhi Dönemezer, Uğur Mumcu'nun 'Kimlerdi?' başlıklı Cumhuriyet Gazetesinin 3 Ağustos 1991 tarihli ve 24046 sayılı nüshasında yayınlanan yazısında verdiği cevapta, zorla bu heyet içerisinde yer aldığını ve zaten hükmün baştan verilmiş olduğunu, cinayetleri önlemek için hukukun temel ilkelerini ihlal etmeyi tercih ettiklerini savunmuştur: '*Bizler ertesi günü merhum Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar'ın da iltihakıyla apar topar Ankara'ya götürüldük ve hemen komisyon toplantısına alındık (...) Sabah toplantıdan önce Naci Şensoy bana, hazırladıkları metin kabul olunmazsa Yassıada'daki genç subayların orada bulunan elli kişiyi öldüreceklerini dehşet içinde söyledi. (...) Büyük bir vicdan baskısı ile karşı karşıya idik; cinayetleri önlemek ve hukukun bir temel ilkesini ihlal etmiş durumda kalmış olanlara katılmak. Cinayetleri önlemeyi tercih ettik*'. Cuntacıların ve muhakemenin uygulamalarını meşrulaştırmakla görevli bu heyette ayrıca Prof. Dr. Sıddık Sami Onar, Prof. Dr. Sahir Erman, Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Prof. Dr. Naci Şensoy, Prof. Dr. Hüseyin Nail Kubah, Prof. Dr. Nurullah Kunter, Prof. Dr. Ragıp Sarıca, Prof. Dr. Tahir Taner, Prof. Dr. Nurhan Köni, Prof. Dr. Faruk Erem, Doç. Dr. Muammer Aksoy yer almıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Emine Gürsoy Naskali**, 'Yassıada Anayasa Davasının Müdafası', iç Emine Gürsoy Naskali, Darağacındaki İstiklal Madalyası (Lale Yayıncılık 2022) 49.

3 Bkz: *Yüksek Adalet Divanı Kararları, İstanbul-Yassıada, 14 Ekim 1960 – 15 Eylül 1961*, (Kabalıcı Yayınevi 2007), 5 vd; Meydan Larousse Büyük Lügat ve Ansiklopedi, UYA-ZWİ, 20, C. Sabah, 292 vd.

4 **Şevket Süreyya Aydemir**, *Menderes'in Dramı*, (14. Basım Remzi Kitabevi 2013) 479; Anayasanın dilindeki değişiklikler için bkz. **Selim Erdin**, 'Yasaların Dili', *Mecmua*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2008), 224.

5 **İlyas Topçu, Sema Akılmak Topçu**, 'Adnan Menderes'in Yargılanması ve İdamı', (2017) (61) Akademik Bakış Dergisi 59, 68-69.

6 Tahir Taner, oluşturulan "ilim heyeti"nin aşağıda açıklayacağımız makalede şamil kanun çıkarmak istediğini farkedince

anmamız gerekir. Taner ve Seçkin; bu heyette ve mahkemede görev almayı haksızlıklara ortak olmamak için reddetmişlerdir.

Çalışmanın amacı; genç nesillere özellikle de adalet dağıtma görevi yapan genç hukukçulara ve genç hukukçu adaylarına yakın tarihimizin bu demokrasi ve hukuk cinayetleri hakkında bir nebze olsun bilgi vermektir.

Mecelle; hâkimde⁷ bulunması gereken vasıfları saymıştır. Burada bahsedilen “hakim” terimini günümüze hukukçu olarak uyarlayabiliriz. Şu halde “Hukukçu” (hakim, savcı, avukat); “*hakim*”⁸, *fehîm*⁹, *müstakîm*¹⁰, *emin*¹¹, *mekîn*¹² ve *metîn*¹³ olmalıdır¹⁴.

Bu tanımın yapıldığı zamandan günümüze gelinceye kadar yaşananlara ve mevcut hukukçu profiline baktığımızda; hukukçuları yetiştirme konusunda ne kadar çok çalışmamız gerektiği ortaya çıkmaktadır.

Aşağıda darbe ve sonrasında yaşananlar; o dönemdeki mer’i mevzuatımız ve evrensel hukuk kuralları da dikkate alınarak özellikle ceza ve ceza muhakemesi bilimi bağlamında ana hatlarıyla anlatılacak, daha doğrusu özetlenmeye çalışılacaktır.

I. 27 MAYIS 1960 ASKERİ DARBESİ VE YASSIADA YARGILAMALARI

A. GENEL AÇIKLAMALAR

27 Mayıs 1960 günü gece yarısından sonra başlatılan askeri bir hareket ile ülkenin seçimle gelmiş Demokrat Parti Hükümeti ve TBMM tarafından seçilen Cumhurbaşkanı işbaşından uzaklaştırılmış, yönetim Türk Silahlı Kuvvetlerinin içinden çıkan bir Cuntanın eline geçmiştir.

Bu cunta tarafından Marmara Denzinde bulunan bir adada kurulan olağanüstü mahkemede; başta Cumhurbaşkanı Celal Bayar, Başvekil Adnan Menderes olmak üzere, Demokrat Parti Hükümeti’nin bakanları, milletvekilleri ve onlarla birlikte hareket ettikleri kabul edilen çeşitli idari kademelerdeki bürokratlar yargılanmışlardır (14 Ekim 1960 – 15 Eylül 1961). Adanın ismi Yassıada olduğu için burada yapılan yargılamalar da aynı isimle anılmaktadır¹⁵.

bu heyette çalışmanın taşıdığı sıfatla bağdaşmayacağını belirterek heyetten çekilmiştir. Bkz: **Nazlı Ilıcak**, *15 Yıl Sonra 27 Mayıs Yargılanıyor*, C. II (Kervan Yayınları 1977), 391. Ayrıca bkz. **Osman Doğru**, *27 Mayıs Rejimi*, (İmge 1998) 34.

7 “Hâkim” kelimesinin sözlük anlamı; “Hükmeden, hüküm veren” demektir (Hayat Büyük Türk Sözlüğü, 474).

8 “Üstün zekâsı ve yüksek ahlakıyla seçkin kişi, filozof” (Hayat Büyük Türk Sözlüğü, 474).

9 “Anlayışlı, kavrayışlı, zeki akıllı”. (Hayat Büyük Türk Sözlüğü, 474).

10 “Doğru yolda olan, doğru, dürüst, namuslu” **Ayverdi**, C. II, 2239.

11 “Korkusuz, korkmaz, emniyet sahibi, güvenilir ve itimat edilir kimse” **Ayverdi**, C. I, 846.

12 “Öturaklı, güçlü, itibarlı, vakar ve nüfuz sahibi kimse” **Ayverdi**, C. II, 1987.

13 “Metanetli, Zorluk, sıkıntı ve acılar karşısında yılgınlık göstermeyen, dayanma gücünü kaybetmeyen kimse”. **Ayverdi**, C. II, 2039. Ayrıca bkz; **İlber Ortaylı**, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı* (Kronik 2015) 4 vd.

14 Bkz: Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, “Fasl-ı Evvel”, m. 1792.

15 Bkz: Meydan Larousse C. 20, Sabah, 292 vd.

Darbe esnasında iktidar mensupları evlerinden alınıp Ankara'da Harp Okulunda, İstanbul'da ise Davutpaşa Kışlasında toplanmışlar ve 29 Mayıs gecesinden itibaren Yassıada'ya nakledilmişlerdir¹⁶.

Silâhlı kuvvetler adına iktidara el koyan ve kendisine Milli Birlik Komitesi (MBK) adını veren Cunta, o dönemde kendilerine destek veren bazı hukuk fakültesi hocalarının da yardımıyla Anayasa ve ceza mevzuatında değişiklikler yapmıştır. Bu çerçevede 1924 Anayasasının birçok hükmü yürürlükten kaldırılmış, 27 maddelik yeni bir Anayasa hazırlanıp yürürlüğe konulmuştur. Bu Anayasanın 6. maddesinde, Yassıada'da toplanan kişiler hakkında tahkikat yapmak ve son soruşturma açılmasına, bunların Yüksek Adalet Divanına sevk edilip edilmemesine karar vermek üzere bir Yüksek Soruşturma kurulu teşkili, yargılamaların da Yüksek Adalet Divanınca yürütülmesini öngörülmiştir¹⁷.

Yüksek Soruşturma Kurulu 7 Temmuz 1960 tarihinde Ankara'da göreve başlamış ve işlerin hızla yürütülebilmesi için kendi bünyesinde alt komisyonlar kurulmuştur. Sanıklara daha yüksek cezalar vermeyi mümkün kılmak için Türk Ceza Kanununun 65 yaşını geçmiş olanlara idam cezası uygulanamayacağına dair 56'ncı madde hükmü MBK tarafından yürürlükten kaldırılmış ve 146'ncı maddeye üçüncü bir fıkra eklenerek bu hükümlerin geçmişe yürüyeceğine dair geçici kanun çıkarılmıştır (11 Temmuz 1960). Böylece yasama dokunulmazlığına sahip milletvekilleri, TBMM'de kullandıkları oy sebebiyle yargılanmış ve mahkum edilmiştir¹⁸.

B. YASSIADA'DA YAPILAN YARGILAMALAR

Yassıada'da zorla tutulan kişiler hakkındaki iddialarla ilgili ceza soruşturmasını ve yargılamayı mevcut ceza mevzuatına göre yapacak olan Yüksek Soruşturma Kurulu ve Yüksek Adalet Divanı üyeleri, 13 Ekim 1960 günü Yassıada'ya götürülmüş ve duruşmalar ertesi gün başlamıştır¹⁹.

Yüksek Soruşturma kurulunca yapılan tahkikat neticesinde 19 ayrı dava açılmıştır²⁰. Bu davalar kısaca aşağıda sıralanmıştır.

16 Bkz: Meydan Larousse C. 20, Sabah, 292 vd.

17 **Naskali**, (n 2) 54; Meydan Larousse C. 20, Sabah, 292 vd.; **Atilla Sav**, 'Adalet Tarihimize İlişkin Notlar', (2007) 65(3) Ankara Barosu Dergisi 186, 191. Bu soruşturma ve yargılamayı yapacak üyelerin seçimi için, Cunta tarafından kurulan hükümetin ilk adalet bakanı olan Mustafa Amil Artus, 100 kişilik bir liste oluşturmuş Cunta, bunlardan kendine yakın olan isimleri görevlendirmiştir. Önce 31 kişilik Yüksek Soruşturma Kurulu oluşturulmuş sonra da 9 asil 5 yedek hakimden oluşan Yüksek Adalet Divanı teşkil edilmiştir. Yüksek Soruşturma Kurulunun görevi bitince bunların arasından 11 kişi mahkeme nezdinde çalışmak üzere görevlendirilmiştir.

18 **Mehmet Emin Artuk ve Erkam Yılmaz**, '765 Sayılı TCK'nın 56'ncı Maddesinin Kaldırılması', iç Emine Gürsoy Naskali, Darağacındaki İstiklal Madalyası (Lale Yayıncılık 2022), 21; Meydan Larousse C. 20, Sabah, 292 vd.

19 **Sav**, (n 16) 192; Meydan Larousse C. 20, Sabah, 292 vd. Yüksek Adalet Divanı Başkanı Salim Başol'un imzasını taşıyan 07.10.1960 tarihli duruşma zaptında; son tahkikatın açılması kararının 06.10.1960 tarihinde Yüksek Adalet Divanına tevdi edildiği ve duruşma günününün 14.10.1960 olarak tayin edildiği belirtilmiştir. İlgili tutanak için bkz: TBMM Kütüphanesi, Yer: 1985-4501, C. 1.

20 Bkz: Meydan Larousse C. 20, Sabah, 292 vd; Yüksek Adalet Divanı Kararları, 11 vd.; **Topçu/Akılmak Topçu**, (n 6) 69.

1. KÖPEK DAVASI

Afganistan Kralı, Cumhurbaşkanı Celâl Bayar'a Afganistan ziyareti sırasında çok değerli olan "Afgan Tazısı" cinsi bir köpek hediye etmiştir. Köpeğe bir süre devlet çiftliğinde bakılmıştır. Celâl Bayar daha sonra bu köpeği Atatürk Orman Çiftliği hayvanat bahçesine 20.000 liraya sattırılmış ve satımdan elde edilen bu parayla da Milli Mücadele döneminde bir süre saklandığı Ödemiş ilçesine bağlı Mursallı köyünde bir çeşme yaptırmıştır. Cumhurbaşkanı Celâl Bayar ve Ziraat vekili Nedim Ökmen hakkında nüfuz ve makamlarını kötüye kullanarak kendi çıkarlarına bu satışı yaptırdıkları iddiasıyla dava açılmış, açılan davada Celâl Bayar ve Ziraat Vekili Nedim Ökmen mahkûm olmuştur. Bu dava, Türkiye Cumhuriyeti tarihinde bir cumhurbaşkanının yargılandığı ilk davadır²¹.

2. 6-7 EYLÜL OLAYLARI DAVASI

Bu dava, 6-7 Eylül 1955'te İstanbul'da meydana gelen olaylarla ilgili olup konusu 6-7 Eylül Olayları'nın Demokrat Parti hükümetince çıkartıldığına dair suçlamadır. Davanın sanıkları Adnan Menderes, Dışişleri Bakanı Fatin Rüştü Zorlu, eski Dışişleri Bakanı Fuat Köprülü, İstanbul Valisi Fahrettin Kerim Gökay, İstanbul Emniyet Müdürü Alaattin Eriş, İzmir Valisi Kemal Hadımlı, Selanik Başkonsolosu Mehmet Ali Balin, Selanik Konsolos Yardımcısı Mehmet Ali Tekinalp, Selanik Konsolosluk Kavası Hasan Uçar ve Oktay Engin'dir²². Sanıklar, Selanik'te Atatürk'ün evinin bombalanması ve akabinde Rum azınlığın evlerinin yağmalanmasının organizasyonunu yapmakla suçlanmış ve haklarında 5 ilâ 10 yıl ağır hapis ve kamu hizmetlerinden sürekli men cezası istenilmiştir²³.

Savunmalar; '*Türk hükümetinin tertip ettiği iddiası asla doğru değildir*' tezi üzerinden yapılmıştır. Bu davada sanıklardan Adnan Menderes, Fatin Rüştü Zorlu ve İzmir Valisi Kemal Hadımlı mahkûm olmuş, diğer sanıklar beraat etmiştir²⁴.

3. BEBEK DAVASI

Bebek davası Adnan Menderes ve Zeynep Kamil Hastanesi Başhekimi Dr. Fahri Atabey hakkında "yeni doğmuş gayri meşru çocuğu öldürmek ve bu suça azmettirmek" iddiasıyla açılmıştır. Buna göre, Adnan Menderes'in, metresi opera sanatçısı Ayhan Aydan'dan olan evlilik dışı çocuğunu, doğuma giren Dr. Fahri Atabey'e öldürttüğü ileri sürülmüştür²⁵.

Yargılamada Adnan Menderes Ayhan Aydan ile olan ilişkisini inkâr etmemiştir. Ayhan Aydan'ın tanık olarak dinlendiği davada, Adnan Menderes ve Ayhan Aydan'ın bebeklerinin eceliyle öldüğünü açıklamaları üzerine dava 22 Kasım 1960 tarihinde sona ermiş, Adnan Menderes ve Dr. Fahri Atabey beraat etmişlerdir.

21 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 402 vd.

22 **Topçu/Akılmak Topçu**, (n 6) 69.

23 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 407 vd.

24 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 444 vd.

25 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 606 vd.

Bu dava, Yassıada yargılamalarında Adnan Menderes aleyhinde açılan 13 dava arasından beraatle sonuçlanan tek davadır²⁶.

4. VİNYLEX ORTAKLIĞI YOLSUZLUĞU DAVASI

Vinylex davasında Adnan Menderes ve maliye bakanı Hasan Polatkan tarafından Vinylex adlı şirkete usulsüz kredi sağlandığı ve Hasan Polatkan'ın bunun için 110.000 lira rüşvet aldığı iddia edilmiştir²⁷.

Adnan Menderes tarafından kurulan bu Bankanın 27 Mayıs darbesine kadar Genel Müdürlüğünü yapan ve 1961 seçimlerinden sonra da tekrar aynı göreve getirilen Sabahattin Tulga savunmasında, krediyi suni deri imal ederek ithal ikamesi yapacak bu firmanın karlı olacağına inandıkları için verdiklerini, nitekim darbe sonrası işbaşına gelen yeni Banka yönetiminin de aynı firmaya ilave kredi vererek bu firmanın kredi limitini iki misli arttırdığını ifade etmiştir²⁸. Ancak mahkeme Adnan Menderes'i ve Hasan Polatkan'ı bu davadan da mahkum etmiştir²⁹.

5. ZİMMET VE İRTİKAP DAVASI

Milletlerarası para fonu ve imar bankasının 1956 yılı Guvernörler Meclis toplantısında iştirak eden Hey'etin Başkanı bulunan eski Ticaret Bakanı Zeyyat Mandalinci, yolluk ve diğer masrafları karşılığı olarak Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasından aldığı avansın bir kısmını çek ile mahsup ettiği halde, kalan kısmı, bankaca yapılan müracaatlara rağmen ödemediği ve zimmetine geçirdiği iddiasıyla dava açılmıştır. Zeyyat Mandalinci hakkında, ödemediği paranın adi borç mahiyetinde olduğu ve bu sebeple Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil etmediğine karar verilmiştir³⁰.

Eski Ticaret Bakanı Hayrettin Erkmen hakkında ise bakanlık sıfatını kötüye kullanarak, Zeyyat Mandalinci'nin avans bakiyesinin bir kısmını Toprak Mahsulleri Ofisine ve bir kısmını da Petrol Ofisine ödetmek suretiyle Zeyyat Mandalinci'ye menfaat temin ettiği ve böylece irtikap suçunu işlediği iddiasıyla dava açılmış, Hayrettin Erkmen cezalandırılmıştır³¹.

6. ARSA SATIŞI YOLSUZLUĞU

Bu davada tarım bakanı Nedim Ökmen, eşine ait arsaları fahiş fiyattan satın alması için hükümeti zorlamak iddiasıyla yargılanmış ve mahkûm olmuştur³².

26 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 606 vd.

27 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 621 vd; Bkz: Meydan Larousse C. 20, Sabah, 292 vd.

28 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 621 vd. Bkz: Meydan Larousse C. 20, Sabah, 292 vd.

29 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 621 vd. Bkz: Meydan Larousse C. 20, Sabah, 292 vd

30 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 615 vd. Bkz: Meydan Larousse C. 20, Sabah, 292 vd

31 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 615 vd. Bkz: Meydan Larousse C. 20, Sabah, 292 vd

32 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 562 vd. Bkz: Meydan Larousse C. 20, Sabah, 292 vd

7. İPAR TRANSPORT ŞİRKETİ DÖVİZ KAÇAKÇILIĞI DAVASI

Adnan Menderes, Fatin Rüştü Zorlu, Sebati Ataman, Hasan Polatkan, Hayrettin Erkmen, Medeni Berk, Nihat Ali Üçüncü ve Ali İpar'ın yargılandığı bu davada Fatin Rüştü Zorlu'nun Koordinasyon Kurulu üzerinde Adnan Menderes vasıtasıyla baskı kurduğu ve gemi ithal rejiminde değişiklik yaptırdığı iddia edilmiştir. Yine iddiaya göre, bu değişiklikten yararlanan Ali İpar, getirdiği 3 gemiyi kredi ile alınmış gibi göstererek yurtdışına 210.000 sterlin kaçırmıştır³³. Dava sonunda sanıklar döviz yasasına aykırı hareket etmek suçundan mahkum olmuşlardır³⁴.

8. DEĞİRMEN DAVASI

Ticaret Bakanı İbrahim Sıtkı Yırcalı yolsuz kredi kullanımı suçlamasıyla yargılanmıştır. Zamanaşımına uğradığından dava düşmüştür³⁵.

9. TÜRK PARASININ KIYMETİNİ KORUMA KANUNUNA AYKIRI HAREKET DAVASI

Refik Koraltan; ailesi için bir Alman hizmetçi getirmek ve kendisine döviz tahsis ederek Döviz Kanunu'nu ihlal etmek suçlaması ile, Hasan Polatkan ile birlikte yargılanmış ve her ikisi de mahkum olmuştur³⁶.

10. ÖRTÜLÜ ÖDENEK DAVASI

Adnan Menderes ve Başbakanlık Müsteşarı Ahmet Salih Korur, Başbakanlık örtülü ödeneğini yasalara aykırı biçimde kullanmaktan yargılanmışlar ve mahkum olmuşlardır³⁷.

11. RADYO DAVASI

Adnan Menderes ve yedi eski bakan (Fatin Rüştü Zorlu, Mükerrerem Sarol, E. Kalafat, C. Yardımcı, S. Yırcalı, A. Aker, H. Şaman), "devlet radyosunu, siyasi amaçlarına alet ederek partizanca kullanmak, muhalefete radyoyu kullanma hakkını tanımamak ve bu suretle anayasayı ihlal etmek" suçlamasıyla yargılanmışlar ve mahkum olmuşlardır³⁸.

33 **Topçu/Akılmak Topçu**, (n 6) 70.

34 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 661 vd.

35 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 11; Bkz: Meydan Larousse C. 20, Sabah, 292 vd

36 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 672 vd.

37 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 402 vd.

38 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 678 vd.

12. TOPKAPI OLAYLARI DAVASI

CHP Genel Başkanı İsmet İnönü, Manisa ve İzmir illerine seyahatinden sonra 4 Mayıs 1959 tarihinde İstanbul'a gelmiştir. İnönü Yeşilköy Havalimanı'ndan şehir merkezine giderken Topkapı'da trafik müdürü tarafından durdurulmuş ve akabinde halktan bir kısım kimselerin saldırısına maruz kalmıştır. İddiaya göre önce polis ve askerler olaya müdahale etmemiş, ancak Binbaşı Kenan Bayraktar'ın inisiyatif alması üzerine askerler olaya müdahale etmiş ve İnönü kurtarılmıştır³⁹.

Celal Bayar ve Adnan Menderes, bu olay münasebetiyle CHP lideri İnönü'ye suikast tertibi suçlamasıyla yargılanmıştır⁴⁰.

13. ÇANAKKALE İSKELE VE GEYİKLİ 31 NCİ KİLOMETRE OLAYLARI DAVASI

Adnan Menderes ve üç eski bakan, Geyikli Olayları münasebetiyle "CHP'li iki milletvekilinin seyahat özgürlüğünü engellemek" suçlamasıyla yargılanıp mahkûm olmuşlardır⁴¹.

14. KAYSERİ OLAYLARI DAVASI

2 Nisan 1960 tarihinde Kayseri'ye gelen İsmet İnönü'nün treni, vali Ahmet Kınık'ın emriyle durdurulmuştur. Kendisine Himmet Dede Demiryolu İstasyonu'nda İnönü'nün treninin durdurulması ve yolunun kesilmesi hususunda emir verilen Binbaşı Selahattin Çetiner, İnönü'ye "Sizin yolunuzu kesmek ve sizin Kayseri'ye gitmenize engel olmaktansa intiharı tercih ederim" demiştir⁴². Gecikmeli olarak yoluna devam eden İsmet İnönü'yü Kayseri'de büyük bir kalabalık karşılamıştır⁴³.

Kayseri olayları sebebiyle "CHP Genel Başkanı İsmet İnönü'nün seyahat özgürlüğünü engellemek" suçlamasıyla yargılanan 13 sanıktan 8'i beraat etmiş, içlerinde Celâl Bayar ve Adnan Menderes'in de bulunduğu 5 kişi ise mahkûm olmuştur⁴⁴.

15. DEMOKRAT İZMİR GAZETESİ DAVASI

Demokrat İzmir Gazetesi davasında Adnan Menderes, DP İzmir İl Başkanı Faruk Tunca, İzmir Valisi Kemal Hadımlı, Emniyet Genel Müdürü Cemal Gökten, İzmir Milletvekilleri Rauf Onursal, Kemal Serdaroğlu, Enver DüNDAR Başar ve Sezai Akdağ ile birlikte toplam 24 sanık yargılanmıştır⁴⁵.

39 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 572 vd.

40 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 572 vd.

41 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 782 vd.

42 Binbaşı Çetiner olaydan sonra emekli edilmiş, ancak Danıştay kararıyla görevine iade edilmiştir. Daha sonra Generalliğe kadar yükselen Çetiner, 12 Eylül Darbesinden sonra kurulan hükûmette İçişleri Bakanlığı yapmıştır.

43 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 817 vd.

44 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 807 vd.

45 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 832 vd.

Davada DP iktidarı aleyhindeki tutumu sebebiyle İzmir Gazetesinin basıldığı, tahrip edildiği ve böylece basın hürriyetinin ve Anayasanın ihlâl edildiği suçlamasında bulunulmuştur. “2 Mayıs 1959 tarihinde halkı Demokrat İzmir gazetesinin matbaasını tahrip etmeye teşvik” suçunu işledikleri iddiasıyla yargılanan 24 sanıktan 8’i beraat etmiş, içlerinde Adnan Menderes, İzmir valisi ve İzmir DP yöneticilerinin de bulunduğu 16 sanık ise mahkûm olmuştur⁴⁶.

16. 27-28 NİSAN İSTANBUL VE ANKARA’DA ÜNİVERSİTE OLAYLARI DAVASI

Bu davada Celal Bayar, Adnan Menderes, kabine üyeleri, iki ilin sıkıyönetim sorumluları ve bazı sivil görevliler, polis ve askerler tarafından gençlere ateş açıldığı iddiasıyla yargılanmıştır⁴⁷.

17. İSTİMLÂK YOLSUZLUĞU DAVASI

Adnan Menderes ve bazı kabine üyeleri, İstanbul ve İzmir valileri ile İstanbul DP yöneticileri, ve 9 eski devlet memuru İstanbul’da birçok vatandaşın mülkünü bedelini tam olarak ödemediği istimlak etmek iddiasıyla yargılanmışlardır⁴⁸.

18. VATAN CEPHESİ DAVASI

Adnan Menderes, Refik Koraltan, bir kısım kabine ve DP yönetim kurulu üyeleri 22 kişi, “*Vatan Cephesi’ni kurarak, bu örgütü bir sınıfın başka bir sınıf üzerinde tahakkümü için araç olarak kullanmak*” suçlamasıyla yargılanmışlardır. Aralarında Celâl Bayar ve Adnan Menderes’in de bulunduğu 19 sanık mahkûm olmuş, 3 sanık ise beraat etmiştir⁴⁹.

19. ANAYASAL DÜZENİ İHLÂL, YASAMA ORGANININ FONKSİYONLARINI YERİNE GETİRMESİNİ ENGELLEME

Bu davada Cumhurbaşkanı ve Başvekil dahil 405 sanık bulunmaktadır. 765 sayılı eski Türk Ceza Kanununun 146. maddesinde düzenlenmiş olan, *Anayasal Düzeni ihlâl, Yasama Organının Fonksiyonlarını Yerine Getirmesini Engelleme* suçundan açılan davadır. Sanıkların bu suçu işledikleri yönündeki iddia; temel olarak milletvekili oldukları dönemde yapılan ve Yassıada Mahkemesi tarafından anayasaya aykırı olarak kabul edilen kanunların yapımında mecliste olumlu oy kullanmış olmaları gerekçesine dayandırılmıştır⁵⁰.

Türk Ceza Kanunu’nun 146. maddesini ihlal eden 8 olay sayılmıştır. Bunlar:

46 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 832 vd.

47 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 444 vd.

48 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 402 vd.

49 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 402 vd.

50 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 12 vd.

1. 1951 ve 1953 yıllarında Cumhuriyet Halk Partisi'nin mallarına el konulması,
2. Kırşehir'in, Cumhuriyetçi Köylü Millet Partisi'ne oy verdiği için 1954 yılında ilçe yapılması, böylelikle halkın siyasi düşüncelerinden dolayı cezalandırılması,
3. 1953 yılında, hükümete 25 yıllık hizmet süresini dolduran hakimleri emekliye ayırma hakkı tanıyan kanun çıkartılarak yargı bağımsızlığının ihlal edilmesi,
4. 1954 ve 1957 yıllarında Seçim Kanununun demokrasiye aykırı olarak değiştirilmesi,
5. 1956 yılında, toplantı ve gösterileri kısıtlayıcı kanunların çıkartılması,
6. 1960 yılında art niyetle Tahkikat Komisyonu'nun kurulması,
7. Tahkikat Komisyonu'na olağanüstü yetkiler verilmesi,
8. Tahkikat Komisyonu'na verilen olağanüstü yetkilerle anayasanın fesih ve ilgasına çalışılması.

C. YARGILAMALAR VE SONRAKİ SÜREÇ

Mahkeme bu fiillere istinaden, bazı sanıkların idamına, bazılarının da ömür boyu veya ağır hapse mahkûm edilmelerine karar vermiştir⁵¹.

Yassıada'da görülen Değirmen davası zamanaşımından düşmüştür ve davanın sanıkları hakkında herhangi bir işlem yapılmamıştır. Kalan dosyalardan 17'si Anayasal Düzeni İhlal davasıyla birleştirilmiştir. Bununla beraber dosyalar bu birleştirme çerçevesi içinde ayrı ayrı ele alınarak değerlendirilmiştir⁵².

Duruşmalara aralıksız devam edilmiştir. 203 günde toplam 287 oturum yapılmıştır. Yargılanan 592 sanıktan 228'i hakkında başsavcı tarafından idam cezası istenmiştir. Bu sanıklarla ilgili olarak 1068 şahit dinlenmiş ve başından sonuna kadar basına ve halka açık tutulan duruşmalar, her gün özel bir vapurla Dolmabahçe'den Yassıada'ya götürülen ve akşamları geri getirilen yaklaşık 150 bin dinleyici tarafından takip edilmiştir⁵³.

Duruşmalar öncesinde ve süresince hastalananlar, ölenler olmuştur. Ölen sanıklar şunlardır: Zakar Tarver (İstanbul mv), Faruk Oktay (İstanbul Em Md), Yusuf Salman (İstanbul Mv), Gazi Yiğitbaşı (Afyon Mv), Lütfi Kırdar (İstanbul Mv), Nuri Yamut (İstanbul Mv), Kenan Akyüz (Bursa Mv)⁵⁴.

Sanıklardan Konya valisi Cemil Keleşoğlu intihar etmiştir (14 Temmuz 1960); Celâl Bayar 25 Eylül 1960 günü ve Adnan Menderes idam hükmünün kendisine bildirileceği 15 Eylül 1960 günü intihara teşebbüs etmiştir⁵⁵.

51 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 12 vd.

52 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 11 vd.

53 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 11; Bkz: Meydan Larousse C. 20, Sabah, 292 vd

54 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 11; Bkz: Meydan Larousse C. 20, Sabah, 292 vd

55 Bkz: Yüksek Adalet Divanı Kararları, 11; Bkz: Meydan Larousse C. 20, Sabah, 293.

Olağanüstü Mahkeme çalışmalarını 15 Eylül 1961 günü bitirmiştir. Bu sözde mahkeme tarafından; 15 kişi ölüm (Celâl Bayar, Adnan Menderes, Refik Koraltan, Fatin Rüştü Zorlu, Hasan Polatkan, Emin Kalafat, Ağâh Erozan, Hamdi Sancüar, Bahadır Dülger, Baha Akşit, İbrahim Kirazoğlu, Nusret Kirişçiöğlü, Zeki Erataman, Osman Kavrakoğlu, Rüştü Erdelhun), 31 kişi müebbet hapis (Medeni Berk, İzzet Akçal, Celâl Yardımcı, Tevfik İleri, Vacit Asena, Kemal Biberöğlü, Hilmi Dura, Himmet Ölçmen, Kemal Özer, Necmettin Önder, Selâmi Dinçer, Ekrem Anıt, Hüseyin Ortakçioğlu, Reşat Akşemsettinoğlu, Necati Çelim, Sadık Erdem, Nuri Tokay, Mazlum Kayalar, Selâhattin İnan, Murat Ali Ülgen, Selim Yatağan, Muhlis Erdener, Enver Kaya, Rauf Onursal, Kemal Serdaröğlü, Hadi Tan, Cemal Tüzün, Samet Ağaoğlu, Sezai Akdağ, Ethem Yetkiner, Kemal Aygün), 418 kişi 20 yıldan 6 aya kadar değişen çeşitli hapis cezalarına mahkûm edilmiştir. 123 kişi hakkında beraat ve 5 kişiyle ilgili ise davanın düşmesine karar verilmiştir⁵⁶.

İdam cezası verilen dosyalar MBK tarafından onaylanması için 15 Eylül 1961 günü özel bir uçakla İstanbul'dan Ankara'ya gönderilmiştir. MBK'nde yapılan oylama sonunda; başbakan Adnan Menderes, dışişleri bakanı Fatin Rüştü Zorlu ve maliye bakanı Hasan Polatkan hakkında ölüm cezalarının yerine getirilmesi, yaşı 65'i geçmiş bulunan Cumhurbaşkanı Celâl Bayar dahil olmak üzere, aynı cezaya çarptırılan öbür 12 hükümlünün cezalarının müebbet hapse çevrilmesine karar verilmiştir⁵⁷.

Dosyalar aynı gün akşam saatlerinde tekrar Yassıada'ya gönderilmiştir. Fatin Rüştü Zorlu ve Hasan Polatkan 15 Eylül 1961 gecesi, Yassıada'ya 45 km mesafedeki İmralı adasına götürülmüş ve 16 Eylül 1961 günü sabaha karşı cezalar infaz edilmiştir. Adnan Menderes intihara teşebbüs ettiği için doktorların nezaretinde iyileşmesi beklenmiş ve 17 Eylül 1961 günü o da bir hücumbotla İmralı'ya götürülerek ölüm cezası yerine getirilmiştir. İdam edilen bu üç kişi aynı yere gömülmüştür⁵⁸.

İdam cezalarının infazından sonra Yassıada'nın boşaltılmasına başlanmıştır. Müebbet hapse mahkûm 43 kişi de İmralı'ya nakledilmiştir (19 Eylül 1961). Hasta olan 8 hükümlü İstanbul'da askeri hastahaneye, 297 hükümlü Kayseri ve 113 hükümlü de Adana cezaevine götürülmüştür. Sonradan İmralı'daki hükümlüler de Kayseri cezaevine nakledilmişlerdir. Yassıada hükümlülerinden Necati Topçuoğlu (Afyon Mv), Tevfik İleri (Samsun Mv), Muhlis Erdener (İstanbul Mv), Kamil Tayşi (Diyarbakır Mv) cezaevinde iken vefat etmiştir⁵⁹.

16 Ekim 1962'de çıkan af kanunuyla, bütün cezalardan dörder yıl indirilmesi, yedi yıla mahkûm olanların şartla salıverilmeleri öngörülmüştür. Bu kanundan 283 kişi yararlanmıştır. Cumhurbaşkanı Cemal Gürsel de yetkisini kullanarak Refik Koraltan, Nedim Ökmen, Rüştü Erdelhun, Selim Yatağan, Kemal Aygün, Ağâh Erozan, Namık Argüç, Dilâver Argun, Bahadır Dülger, Samet Ağaoğlu, Selâhattin İnan, Hilmi Dura ve İzzet Akçal'ı affetmiştir. Bunu takip eden günlerde ise Etem Menderes, Necati

56 Bkz: Meydan Larousse C. 20, Sabah, 293; **Topçu/Akılmak Topçu**, (n 6) 69.

57 Bkz: Meydan Larousse C. 20, Sabah, 293; **Sav**, (n 16) 192.

58 Bkz: Meydan Larousse C. 20, Sabah, 293.

59 Bkz: Meydan Larousse C. 20, Sabah, 293.

Çelim, Sadık Erdem, Enver Kaya, Celâl Yardımcı, Mükerrerem Sarol, Hüseyin Fırat'ın cezalarının infazına ara verildiğini açıklamıştır⁶⁰.

Cezaevinde geçirdiği kalp rahatsızlığı sebebiyle 7 Kasım 1964'te Celâl Bayar'ın da serbest bırakılmasından sonra, cezaevlerinde kalan Yassıada hükümlüleri sağlık kurullarından geçirilerek alınan raporlara istinaden serbest bırakılmışlardır. Bu işlem 1964 yılı Ekim ayında tamamlanmıştır⁶¹.

1966'da çıkarılan bir af kanunuyla kamusal hakları geri verilmiştir. 1969'da Anayasada yapılan bir değişiklikle seçilme hakları da tanınmıştır. Ancak bu değişiklik Anayasa mahkemesince usul yönünden iptal edilmiştir⁶².

22.05.1987 tarihli ve 3374 sayılı "Eski Başbakanlardan Adnan Menderes ve Eski Bakanlardan Fatih Rüştü Zorlu ile Hasan Polatkan'ın İmralı'da Bulunan Mezarlarının Nakli ve İsimlerinin Bazı Tesislere Verilmesi Hakkında Kanun"la Cunta Mahkemesi tarafından idam edilen Adnan Menderes, Fatih Rüştü Zorlu ve Hasan Polatkan'ın mezarlarının hizmetleriyle mütenasip bir yere törenle nakledilmesi ve isimlerinin bazı bulvar ve tesislere verilmesi sağlanmıştır.

11.04.1990 tarihli ve 3623 sayılı Kanunla "12 Haziran 1960 tarihli ve 1 sayılı Kanununun 6'ncı maddesi uyarınca kurulan Olağanüstü Mahkeme tarafından Türk Ceza Kanununun 146'ncı maddesine göre mahkûm edilenlerin hukuken itibarları" iade edilmiştir⁶³.

23 Haziran 2020 tarihli ve 7248 sayılı Kanunla ise, 27 Mayıs 1960 darbesinden sonra yönetime geçen Cunta tarafından çıkarılan 12 Haziran 1960 tarihli ve 1 sayılı Kanununun iki hükmü, 27 Mayıs 1960 tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde ilga edilmiştir. Bu suretle 1 sayılı Kanunun Yüksek Adalet Divanı ile Yüksek Soruşturma Kurulunu kuran ve bunlara müsadere konusunda özel yetkiler getiren iki hükmü 27 Mayıs 1960 tarihinden geçerli olacak şekilde yürürlükten kaldırılmıştır⁶⁴.

7248 sayılı Kanun, varlıklarını hukuki dayanaktan yoksun hale getirdiği Yüksek Adalet Divanı ile Yüksek Soruşturma Kurulu'nun işlem ve kararlarından mağdur olanlar veya mağdurların mirasçıları için tazminat imkânı da getirmiştir⁶⁵.

60 Bkz: Meydan Larousse C. 20, Sabah, 293.

61 Bkz: Meydan Larousse C. 20, Sabah, 293.

62 Bkz: Meydan Larousse C. 20, Sabah, 293.

63 **Mustafa Şentop**, "Bir Kanunun Tahlili: 7248 Sayılı Kanun nedir, ne değildir?" (2020) (42), Yasama Dergisi 97, 100.

64 **Şentop**, (n 64) 97 vd. 7248 sayılı Kanunun Genel Gereğesinde şu açıklamalara yer verilmiştir: "Milletten aldığı bir yetki bulunmaksızın yargı erkini kullanan Yüksek Adalet Divanı'nın verdiği, doğal hâkim ilkesi başta olmak üzere evrensel hukuk prensiplerine ve o tarihte yürürlükte bulunan Anayasa hükümlerine açıkça aykırılık teşkil eden kararlar ne yazık ki hâlen hukuk sistemimizde varlıklarını ve bazı etkilerini sürdürmektedirler. Şeklen yargı kararı niteliği taşımakla birlikte esasen millet iradesini kaba kuvvetle gasp eden gücün siyasi arzularının maskesi niteliğinde olan bu kararların hukuk âlemimizden silinmesi, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin temelini oluşturan millî egemenlik, demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin gereği olarak tezahür etmekte ve ülkemiz hukuk tarihinin karanlık bir lekeden arındırılması adına zorunluluk arz etmektedir. Bu Kanun teklifiyle, 3374 ve 3623 sayılı Kanunlarla atılan adımların devamı olarak, millete ait yargı yetkisini gasp eden ve evrensel hukuk kurallarını çiğneyerek temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldıran kararlar veren Yüksek Adalet Divanı'nın kullandığı yetkilerin hukukî dayanağını oluşturan ve hâlen yürürlükte bulunan kanun hükümlerinin geçmişe dönük olarak yürürlükten kaldırılması amaçlanmaktadır".

65 **Şentop**, (n 64) 97 vd.

II. YASSIADA YARGILAMALARININ CEZA HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasalarda temel hak ve hürriyetler ile devletin rejimi düzenlenir. Anayasada düzenlenen hak ve hürriyetleri ihlal eden ya da devletin müesses nizamına yönelik davranışlardan hangilerinin suç olduğunu ve müeyyidelerini ise ceza kanunları gösterir.

Başta kanunilik ilkesi olmak üzere çok sayıda ceza hukuku ilkesi, en ağır yaptırımları bünyesinde barındıran ceza hukukunda kişilerin temel hak ve özgürlüklerine güvence altına alan ve gelişmiş bütün medeni ülkelerde kabul edilen evrensel hukuk kurallarıdır⁶⁶.

Aşağıda, inceleme konumuzla doğrudan ilgisi sebebiyle; “suçta ve cezada kanunilik ilkesi”nin bir sonucu olan “aleyhe ceza kanunlarının geçmişe yürümezliği ilkesi” ile “yasama sorumsuzluğu” bakımından açıklamalara yer verilecek ve bu ilkelerin dönemin ünlü ceza hukukçuları tarafından nasıl yorumlandığını göstermeye çalışacağız.

A. SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ

I – GENEL AÇIKLAMALAR, DARBENİN YAPILDIĞI DÖNEMDE MER’İ OLAN 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNUN KONUMUZ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kanunda gösterilmeyen fiillerin suç oluşturmadığı (kanunsuz suç olmaz; *nullum crimen sine lege*) ve yasanın suç saydığı bir fiilden dolayı ancak kanunda gösterilen cezanın veya güvenlik tedbirinin (kanunsuz ceza olmaz – *nulla poena sine lege*) verilebileceği anayasalar ve ceza kanunlarında bir kural olarak kabul edilmiştir. Ancak, yasada gösterilen fiillerin suç sayılması ve bunlar hakkında yine yasada belirtilen ceza ve güvenlik tedbirlerinin verilebilmesi, suçu ve cezaları kapsayan yasanın, fiil işlenmeden önce yürürlüğe girmiş olması şartına bağlıdır (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* – önceki bir yasa olmadan suç ve ceza olmaz)⁶⁷.

Medeni ve gelişmiş ülkelerin anayasa ve ceza kanunlarında bir kural olarak öngörülen ve kişi hak ve hürriyetlerinin bir garantisini teşkil eden suç ve cezaların kanuniliği prensibinin ana hatları şu şekilde açıklanabilir:

Ceza hukukunun esasını yasa teşkil ettiğinden bir fiilin suç sayılıp sayılmadığını anlamak için yasaya bakmak lazımdır. Yasa tarafından sarahaten yasaklanmayan her fiil meşrudur. Ancak fiilin sarahaten suç sayılması yeterli olmayıp, yasa tarafından cezasının da belirlenmesi gerekir. Hâkim, yasada yazılı olandan başka veya daha ağır bir cezaya hükmedemez. Şayet ceza yasaları suç ve cezayla ilgili bir hüküm ihtiva etmiyorlarsa, hususi hukuk sahasında olduğu gibi, hukukun genel prensiplerine, örf ve adet hukukuna ve kıyasa başvurulamaz⁶⁸. Öyle ise yasanın suç saymadığı veya yasanın suç sayıp da cezasını öngörmediği bir fiilin işlenmesi halinde hâkim beraat kararı vermek zorundadır. Bu

66 Bu konuda bkz: M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (15. Baskı Adalet Yayınevi 2020) 200 vd.

67 Hippel, 293 vd.; Udo Ebert, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (3. Auflage C.F. Müller 2001), 6.

68 Ebert, (n 68) 6 vd; Kurt Seelmann, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (2. Auflage Helbing Lichtenhahn Verlag 2005) 28 vd.

suretle yasanın açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceği gibi, yasada yazılı olandan başka ve şiddetli bir ceza ile de kimse cezalandırılmaz.

Belirtelim ki, kanunda gösterilen fiillerin suç sayılması ve bunlar hakkında yine yasada belirtilen cezaların verilebilmesi, suç ve ceza içeren yasanın, fiil işlenmeden önce yürürlüğe girmiş olması şartına bağlıdır. Bu sebeple de aleyhe kanun geçmişi yürütülemez.

1274 (1858) tarihli “Ceza Kanunname-i Hümayunu”nun 1 inci maddesi ile suçta kanunilik, 2, 3, 4 ve 5 inci maddeleriyle de, cezada kanunilik ilkesinin kabul edildiği söylenebilir⁶⁹.

1876 Anayasasının (Kanun-u Esasi) 10 uncu maddesinde yer alan kural⁷⁰ böylece Anayasal bir değere sahip olmuştur.

1926 tarihli ve 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu 1 inci maddesinde, 1961 Anayasasının 33, 1982 Anayasasının, 38 inci maddesinde bulunan kurala, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 2 nci maddesinde yer verilmek suretiyle ilkenin ceza hukukundaki önemi gösterilmiştir.

765 sayılı eski TCK’nın 1 nci maddesinin 1 inci fıkrasına göre; “*Kanunun sarıh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilmez. Kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ile de kimse cezalandırılmaz*”.

Maddede yer alan “kanun” sözcüğü, yasama organı tarafından usulüne uygun şekilde kabul edilip, yürürlüğe giren biçimsel anlamda kanunu ifade eder. Gerçekten TCK’nın 1 nci maddesinin 1 nci fıkrasında; idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağı, suç ve ceza koyma yetkisinin sadece yasama organına ait olduğu ve “kanun” teriminden de biçimsel anlamda kanunun anlaşıldığı ortaya konulmuştur.

Aynı şekilde, toplumsal vicdanda yaşayan ve yazılı olmayan örf ve adet de, suç ve ceza bakımından göz önüne alınmaz. Böylece, suç ve cezalar, örf ve adet ile ortadan kaldırılamaz. Örf ve âdete aykırı fiiller de yasada yer almadıklarından cezalandırılmaz. Aynı düşünceler ahlak için de geçerlidir⁷¹. Ahlaka aykırı fiiller yasada suç olarak düzenlenmedikçe ve karşılığında bir ceza yaptırımını öngörülmedikçe cezalandırılmaz.

Maddedeki “sarıh olarak” sözcüğü, belirlilik ilkesi ile kıyas yasağına işaret etmektedir. Belirlilik ilkesi uyarınca, suçta kanunilik ilkesinin kabul edilmesi ceza hukukunun güvence fonksiyonunun icra edebilmesi için yeterli değildir. Aynı zamanda kanunda yer alan suç tanımlarının açık ve seçik olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, bireyler hangi eylemlerinin suç oluşturduğunu kanun metninden açık bir şekilde anlayabilmelidir. Bu itibarla kanun metinleri çok açık ve herkes tarafından anlaşılabilir bir şekilde kaleme alınmalıdır. Ceza hukukunda kıyas da yasaktır⁷².

69 **Dönmezer/Erman**, I, n. 50. Karşıt görüş; **Taner**, 133; **İçel/Donay**, 79-80.

70 1876 Anayasasının 10 uncu maddesine göre; “Hürriyet-i şahsiye, her türlü taarruzdan masundur. Hiç kimse kanunun tayin ettiği sebep ve suretten maada bir bahane ile mücazat olunamaz”. Anayasasının 1909 değişikliğinde 10 uncu madde “Hürriyet-i şahsiye her türlü taarruzdan masundur. Hiç kimse şer ve kanunun tayin ettiği sebep ve suretten maada, bir bahane ile tevkif ve mücazat olunamaz” biçimini almıştır. Bkz. **Taner**, 133, dn.2.

71 **Yüce**, 61.

72 **Faruk Erem, Ahmet Danişman ve Mehmet Emin Artuk**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (14. Baskı Seçkin

Bir fiilin sarih, yani açıkça suç oluşturup oluşturmadığını anlamak için kanuna bakmak gerekmektedir. Kanun bazen suçu tanımlar. Bu yasal tanıma uymayan fiil suç oluşturmaz. Fiil belki yasada tanımı yapılan bir suça benzeyebilir, fakat benzediği için suçun tanımını yapan madde ile cezalandırılmaz (kıyas yasağı). Bazen yasa suçun tanımını yapmayarak adını söylemekle yetinir. Bu kısma giren suçların tanımları öğretici ve mahkeme içtihatları tarafından yapılır⁷³.

2. ALEYHE CEZA KANUNLARININ GEÇMİŞE YÜRÜMEZLİĞİ İLKESİ (LEX PRAEVIA)

Kanunilik ilkesinden kaynaklanan bu yasak, fiilin işlenmesinden sonra yapılan ve failin durumunu kötüleştiren düzenlemelerin, söz konusu fiil açısından uygulanmamasını ifade eder. Bu ilkeye göre işlendiği zamanın kanununa göre suç sayılmayan bir fiil geriye etkili olarak suç haline getirilemeyeceği gibi daha ağır bir ceza ile de cezalandırılmaz. Bu aynı zamanda kusur ilkesinden ileri gelen bir zorunluluktur. Çünkü ileride yürürlüğe girecek olan bir kanuna göre kendisini yönlendirmesi failden beklenemez. Böylece fiilin işlendiği sırada öngörülebilir olmayan bir durumdan, aleyhine bir sonuç çıkarılmayacağı konusunda bireye güvence verilmektedir. Kaldı ki, sonradan yürürlüğe giren bir kanunla önceden işlenen bir fiilin cezalandırılması, kişi özgürlüklerine keyfi müdahale edilmesi sonucuna yol açar⁷⁴.

Görüldüğü üzere, ceza kanunlarının geriye yürümesi yasağı, cezalandırılabilirliğin maddi şartlarında aleyhe olarak yapılan tüm kanun değişikliklerini içermektedir. Buna göre yeni bir suç tipi meydana getirilmesi veya mevcut suç tipinin uygulama alanının genişletilmesi, önceden mevcut hukuka uygunluk nedeninin kaldırılması veya uygulama alanının daraltılması bu yasak kapsamındadır. Buna karşılık failin lehine olan düzenlemeler geçmişe yürümektedir⁷⁵.

Geçmişe yürüme yasağı, bir taraftan kanun koyucuya, diğer taraftan da hakime hitap etmektedir. Kanun koyucu yeni çıkardığı bir ceza normunu, daha önce işlenen fiillere uygulamasını öngöremeyeceği gibi hakim de, mevcut bir kuralı, önceden işlenen fiillere uygulama yoluna gidemez. Aleyhe kanunun geçmişe yürümesi yasağı açısından “fiilin işlendiği zaman” belirleyici olduğunda, fiilin işlendiği sırada yürürlükte olan kanunun hangisi olduğunun belirlenmesi gerekir⁷⁶.

Bu bilgiler ışığında Yassıada yargılamalarından bir örnek vermek gerekirse, burada sanıklara daha yüksek cezalar vermeyi mümkün kılmak için 06.07.1960 tarihli ve 15 sayılı Kanun çıkarılmıştır⁷⁷. Kanunla 765 sayılı TCK'nın 56 ncı maddesi yürürlükten kaldırılmış, 146 ncı maddesine 3 üncü fıkra eklenmiştir.

765 sayılı TCK'nın 56 ncı maddesi; “*Hüküm zamanında 65 yaşını doldurmuş olanlar hakkında idam cezası yerine 30 sene ağır hapis ... cezası hükmolunur*” şeklinde idi. 15 sayılı Kanunla yapılan ilk

Yayınevi Ankara) 109 vd.

73 **Taner**, 135.

74 **Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır**, (n 67) 200 vd.

75 **Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır**, (n 67) 206 vd.

76 **Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır**, (n 67) 165 vd.

77 Resmi Gazete, 11.07.1960, Sayı 10548. Ayrıca bkz: **Artuk, Yılmaz** (n 18) 21.

değişiklik, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 65 yaşını geçmiş olanlara idam cezası uygulanamayacağına dair 56 ncı madde hükmü yürürlükten kaldırılmıştır.

15 sayılı Kanunun çıkarılması sürecinde İlim Heyetince Milli Birlik Komitesine verilen raporda 56 ncı madde hükmünün yürürlükten kaldırılmasıyla ilgili olarak şu açıklamalara yer verilmiştir⁷⁸:

“Ceza Kanununun 56 ncı maddesinin kaldırılması hakkındaki 2 nci madde hükmüne gelince: Türk Ceza Kanununun 56 ncı maddesinde yer alan hafifletici sebep, yaş küçüklüğü, sağır-dilsizlik, ve akıl hastalığı gibi failin isnat kaabiliyetine tesir eden bir sebep değildir. Filhakika isnat kaabiliyetine tesir eden bu sebeplerden her birinin, fiilin işlendiği anda mevcut olmaları halinde nazarı itibare alınmalarına mukabil, 56 ncı maddedeki hafifletici sebepte fiilin işlendiği zamana değil, hüküm zamanına itibar olunmaktadır. Bu da 56 ncı maddenin isnat kaabiliyeti ile hiçbir ilgisi olmadığını meydana koyar. Esasen 56 ncı madde hükmü, Ceza Hukuku prensipleri ile de bağdaşamaz. Nitekim bu hüküm mehz İtalyan Kanununda ve diğer medeni memleketler mevzuatında yer almamıştır, yerli ve yabancı müellifler, yaşın fazla ilerlemiş olmasının sadece takdiri bir hafifletici sebep sayılabileceğine işaretle yetinmişlerdir. Kaldı ki, Kanunumuzun 56 ncı maddesindeki hüküm, mehzı olan Fransız Ceza Kanunundaki hükümden pek farklı surette kanunumuza intikal etmiş ve binnetice Fransız Ceza Kanununda yer almasındaki mülahaza dahi gözden uzak tutulduğundan, Ceza Hukuku prensipleri ile telif edilemez bir hal almıştır.

Gerçekten Fransız Ceza Kanununun 56 ncı maddemize tekabül eden 70 inci maddesinde, yaşın fazla ilerlemiş olması, Fransız Ceza Kanununda cinayetler için derpiş edilen bütün cezalar – ezcümlle ölüm, ağır hapis ve hapis cezaları – hakkında değil, sadece yaş fazla ilerlemiş bir kimsenin bedenen tahammül edemeyeceği hidamatı Şakka ile müstemleklere tard ve teb’it cezaları hakkında nazarı itibare alınmıştır.

Kanunumuzda ise, bu cezalar esasen mevcut olmadığı için, 56 ncı maddenin Fransız Ceza Kanunundan iktibas edilmesini haklı gösterecek herhangi bir sebep yoktur ve kanunumuzun bu hükmü, hukuk prensiplerine olduğu kadar akla da aykırı düşen sonuçlara götürmektedir. Şöyle ki, aynı suçu işleyen biri 64 diğeri 60 yaşında olan iki şahıstan birincisinin davası bir seneden az bir müddetle neticelenip, ikincisinin davası 5 sene devam edecek olsa, suçu işlediği zaman diğlerinden 4 sene daha yaşlı olan failin cezasında indirme yapılmayacağı halde, 60 yaşında suç işlemiş olan ikinci şahıs, 56 ncı maddedeki indirmeden faydalanabilecektir.

Esasen 56 ncı maddenin lüzumsuz ve zararlı olması hasebiyle, kanun metninden büsbütün çıkarılması yolunda, memleketimizde ötedenberi bir cereyan ve temayül mevcuttur.

Şüphe yoktur ki, yaşın fazla ilerlemesi, akli malüliyete sebebiyet vermiş ise, kanunumuzun 46 ve 47 nci maddeleri tatbik edebileceği gibi, hakimın 59 uncu maddeyi uygulaması da imkan dahilindedir. Demek oluyor ki, 56 ncı maddedeki mecburi hafifletici sebep kaldırılırken 59 uncu maddedeki yol mahfuz

78 Raporda imzası bulunan başkan ve üyeler: Başkan: Sıddık Sami Onar, İlhan Arsel, Muammer Aksoy, Sulhi Dönmezer, Faruk Erem, İsmet Giritle, Burhan Köni, Nurullah Kunter, Bahri Savcı, Tarık Tunaya, Sahir Erman, Feyyaz Gölcüklü, Hüseyin Nail Kubalı, Ragıp Sarıca, Naci Şensoy, Hıfzı Veldet Velidedeoğlu. Rapor için bkz. **Hasan Halis Sungur**, *Anayasayı İhlal Suçları ve T.C.K. 146 cı Maddesi Hükümleri Sâkıt İktidarın Sorumluluğu*, (İstanbul Matbaası 1961) 307 vd.

tutulmuş, böylece 65 yaşını bitirmiş olan kimselerin, hukuken makbul bir sebepten dolayı cezalarının hafifletilmesi imkanı yine de açık bırakılmıştır.

Ceza Kanunumuzun 125 ila 133, 141, 142, 146, 149, 150, 163 üncü maddelerindeki vatana hiyanet suçlarının toplum hayatı bakımından taşıdığı önem göz önünde bulundurularak henüz hükme bağlanmamış olsa dahi, bu derece ağır suçları işlemiş olan kimselerin tamamen tesadüfi mahiyet taşıyan bir sebepten faydalanmaları tecviz edilemez. Sözü geçen maddelerdeki vatana hiyanet suçlarını işleyen kimselerin sırf hüküm zamanında 65 yaşını doldurmuş olmalarından dolayı kanunun derpiş ettiği cezadan kurtulmaları, amme vicdanını esaslı surette zedeler.

Bu sebeple 56 ncı madde hükmünü kaldıran kanunun, daha önce işlenmiş olan vatana hiyanet suçlarının faillerine de teşmil edilmemesi için sebep görülmemiş ve bu maksatla kanunun 3 üncü maddesi sevk edilmiştir.

Böyle bir hal sureti, suçların kanuniliği prensibine aykırı değildir: Filhakkika 3 üncü madde ile yeni bir suç yaratılmamakta ve bahis konusu vatana hiyanet suçlarının hiç birinin unsurlarında herhangi bir değişiklik yapılmamaktadır.

Diğer taraftan kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza dahi ihdas olunmaması dolayısıyla cezaların kanuniliği prensibine dahi sadık kalınmaktadır. Sadece hukuki dayanağı bulunmadığı yukarıda belirtilen 56 ncı maddede yazılı indirmeden, vatana hiyanet suçları faillerinin faydalanmamaları sağlanmaktadır.

Bu hal sureti ezcümle, 102, 118 ve 168 inci maddelerde ifade edildiği veçhile, vatana hiyanet suçlarını zaman aşımı ve iştirak bakımlarından ayrı ve istisnai esaslara tabi tutmuş bulunan kanun vazımızın mevzu bahis suçlar konusunda sahip bulunduğu noktai nazar ve sistemle dahi ahengi tesis etmek neticesini hasıl edebilecektir.

Vatana hiyanet suçlarının mahiyeti ve toplum hayatı için arzettiği olağanüstü önem, mevzu bahis suçlar kategorisi bakımından bazı umumi esaslardan ayrılmayı zaruri kılar. Nitekim diğer medeni memleketler mevzuatında dahi, arzolunan zaruret dolayısıyla, mutad esaslardan inhirafı ifade eden tatbikata tesadüf edilmektedir. Ezcümle demokratik hak ve hürriyetlerin beşiği olan Fransa'nın çok yakın tarihinde, bugün dahi meriyette bulunan bu kabil hükümler mevcuttur:

III üncü Fransız Cumhuriyetinin yürürlükteki 1875 Anayasasına tamamen uygun olarak 16 Haziran 1940 tarihinde hükümetin başına getirilen Peten, ayrıca 10 Temmuz 1940 da Meclisi Mebusan ve Ayanın, gene Anayasaya tevfikân, bir araya gelerek – 80 muhalif ve 17 müstenkife mukabil – 559 rey ile (yani mürettep adet itibarıyla mutlak ekseriyet nisabı olan 467 reyden 92 fazla rey alarak) Anayasayı tadil yetkisini de almıştır. Bu itibarla menşesinde tamamen hukuki ve meşru bir hükümet olduğu muhakkaktır. Bununla beraber icraatında, bahis mevzuu referandumu yapmamak ve teşrii meclisleri kurmamak yahut toplamamak suretiyle, Anayasayı çiğnemesi ve bertaraf etmesi sebebiyle meşruiyetini kaybettiği mülahazasına binaen, sadece fiili bir hükümet olan ve hatta Anavatan ülkesinde zerrece bir hakimiyeti dahi mevcut olmayan, üstelik Devletler Hukuku gereğince hiç bir devlet tarafından hükümet

olarak tanınmamış bulunan, de Gaulle Hükümeti tarafından Ceza Hukuku sahasında suç ve cezaların makale şümülünü açıkça kabul eden, istisnai mahkemeler ve divanlar kuran, yine istisnai ceza usulü vazeyleyen emirnameler çıkarılmıştır. Bunlar aradan yıllar geçtiği halde bugün dahi yürürlüktedir.

Misal olarak şu emirnameler zikronulabilir: 9.8.1944 tarihli emirname Peten Hükümetinin 16 Haziran 1940 tarihinden itibaren hukuken, tam ve mutlak olarak, ademi mevcudiyetini ilan ve tesis ile Peten Hükümeti zamanında konulan bilcümle kanun, nizam ve kararları tamamen hükümsüz saymıştır.

İşte bu emirname ile vazolunan evvelce mer'i Ceza Kanununun 327 nci maddesi hilafına 16 Haziran 1940 tarihinden itibaren çıkarılmış bilcümle, kanun, nizamname, talimatname ve emirlere müstenit icraatı suç ve bunları uygulayanları suçlu saymış ve gene makale şamil olarak, cezalandırmıştır.

Gene 26.12.1946 tarihli emirname tamamen makale şamil olarak (Milli şerefe liyakatsizlik) suçu ile milletin bütünlüğüne veya Fransızların hürriyetine yahut eşitliğine hanel getirme gibi fiiller, makale şamil olarak, cezalandırılmıştır.

Gene 26.12.1946 tarihli emirname tamamen makale şamil olarak (Milli şerefe liyakatsizlik) suçunu ihdas ettiği gibi, (Milli itibardan düşme) adı ile yeni bir ceza da yaratmıştır.

Diğer taraftan 10 Temmuz 1940 günü Peten'e Anayasa yetkisi tanınması hakkında rey vermiş olan bilim um mebuslar ve Ayan azası için 1875 Anayasasının rey, mütalaa ve beyan hususunda kabul etmiş bulunduğu mutlak ve devamlı ademi mesuliyet ve teşrii masuniyet esaslarına rağmen 21 Nisan 1944 tarihli emirname ve bunu tadil eden daha sonraki emirnamelerle "seçilme ehliyetlerinin kesin olarak sukutu" gibi cezalar vazolunmuştur.

Halbuki, işbu raporda mucip sebeplerini de açıkladığımız kanun tasarısının üçüncü maddesindeki hüküm ile ihtilal hukukunun tabii bir icabı olan Fransız tatbikatına benzer yollara gidilmemiş, bu suretle şahsi hürriyet ve masuniyeti sağlamak ve keyfi cezaları önlemek gayesiyle kabul edilmiş olan suçların ve cezaların kanuniliği prensibine daha titizlikle sadık kalınmıştır".

Bu değişiklik sebebiyle 1883 doğumlu ve hüküm esnasında 78 yaşında olan Cumhurbaşkanı Celal Bayar, idamla yargılanmış, göstermelik mahkeme tarafından idam cezasına çarptırılmış ancak Ankaradaki Askeri Cunta, üç kişi haricinde hükmolunan idamları onaylamadığı için verilen idam cezası infaz edilmemiş, müebbetle çevrilmiştir. Kanun değişikliğinden önce 56 ncı maddeden istifade etmesi gereken kişi sayısı; Cumhurbaşkanı Celal Bayar ve TBMM reisi Refik Koraltan da dahil 25 kişi idi⁷⁹.

Kısaca 56 ncı maddeye ilişkin ilmi heyet tarafından sunulan gerekçede; 65 yaşından büyük suç faillerine idam cezası verilemeyeceğine dair hükmün failin yaş sebebiyle kusurluluğunun etkilenmesine dayanmadığı, failin yaşı sebebiyle idam cezasının tatbik edilmemesinin doktrinde eleştirildiği, vatana ihanet suçlarının kamu düzeni açısından teşkil ettiği ihlalin ağırlığı da nazara alındığında herhangi bir teorik dayanağı olmayan 56 ncı maddenin vatana ihanet suçlarında

79 Artuk, Yılmaz, (n. 18) 21.

tatbik edilmemesinin kanunilik prensibine de aykırı olmayacağı savunulmuştur. Halbuki daha önce doktrinde böyle bir görüş ayrılığına rastlanılmadığı gibi ceza hukukunun hiç bir prensibi ile bağdaşmayan bu görüş, ceza ve ceza muhakemesi hukukunda profesör ünvanı almış kişilerce tavsiye olarak sunulmuştur. 65 yaşını doldurmuş kişiler hakkında idam cezasının infaz edilebileceğini savunan tek kişi, Faruk Erem'dir. İlim heyetinde yer alan Sulhi Dönmezer ise yukarıda yer verdiğimiz 1991 tarihli beyanında; kanunların geçmişe yürütmesi hususunda olumlu rapor vermemeleri halinde yargılanan herkesin subaylar tarafından katledileceği korkusuyla, cinayetlerini engellemek için bu şekilde görüş bildirdiğini savunarak, 56 ncı maddede yapılan değişikliğin geriye yürütülmesinin kanunilik prensibine aykırı olduğunu ikrar etmiştir⁸⁰.

15 sayılı Kanunla yapılan ikinci değişiklik, 765 sayılı TCK'nın 146 ncı maddesine 3 üncü bir fıkranın eklenmesidir. Buna göre, Anayasal düzeni ihlal suçunun düzenlendiği 146 ncı maddenin 3 üncü fıkrasına *“Birinci fıkrada yazılı suça ikinci fıkrada gösterilenden gayri surette iştirak eden fer’i şerikler hakkında beş seneden onbeş seneye kadar ağır hapis ve amme hizmetlerinden müebbeden memnuiyet cezası hükmolunur”* hükmü eklenmiştir. Böylece yapılan değişikliklerin geçmişe yürütülebileceğine dair kanuna özel bir hüküm konulmuştur.

15 sayılı Kanunun çıkarılması sürecinde İlim Heyetince Milli Birlik Komitesine verilen raporda 146 ncı maddeye eklenen hüküm ile ilgili olarak şu açıklamalara yer verilmiştir⁸¹:

“Türk Ceza Kanununun 146 ncı maddesi birinci fıkrasında, Anayasayı tebdil, tağyir, kısmen veya tamamen ilga suçlarını, ikinci fıkrasında ise bu suça gerek yalnızca gerek birkaç kişi ile birlikte kavli veya tahriri veya fiili fesat çıkararak veya meydan ve sokaklarda veya halkın toplandığı mahallelerde nutuk irad ve yafta talik ve neşriyat icra ederek teşvik eden kimseleri cezalandırmaktadır.

Ceza Kanunumuzun 146 ncı maddesinde yazılı ceza ölüm olduğuna göre, bu suça 65 inci maddeye uygun olarak fer’an iştirak edenler hakkında tatbik edilecek ceza, 65 inci maddede gösterilen ceza olarak, yani fer’i faille 10 seneden az olmamak üzere ve 24 seneye kadar varabilmek üzere ağır hapis cezası verilebilecektir.

Suç ile ceza arasındaki adil bir nisbetin temini, hukuk nizamını temelinden sarsan, demokratik müesseseleri yok etmeğe müncer olan “Anayasanın tebdil, tağyir ve ilgası” gibi en ağır suçlarda dahi gözetilmesi gereken bir esastır.

146 ncı maddede yazılı suç, bünyesi itibariyle, tek kişi tarafından işlenmesine hemen hemen imkan olmayan bir suçtur. Bu itibarla iştirak halinde işlenen her suçta olduğu gibi, bu suçta da asli failllerle fer’i failer arasında imkan nisbetinde derecelendirme yapılması, adalete olduğu kadar sosyal faydaya da uygun düşecektir.

80 Artuk, Yılmaz, (n. 18) 31; Naskali, (n 2) 49.

81 Raporda imzası bulunan başkan ve üyeler: Başkan: Sıddık Sami Onar, İlhan Arsel, Muammer Aksoy, Sulhi Dönmezer, Faruk Erem, İsmet Giritli, Burhan Köni, Nurullah Kunter, Bahri Savcı, Tarık Tunaya, Sahir Erman, Feyyaz Gölcüklü, Hüseyin Nail Kubalı, Ragıp Sarıca, Naci Şensoy, Hıfzı Veldet Velidedeoğlu. Rapor için bkz. Sungur, (n 77) 306 vd.

146 ncı maddedeki suç yalnız idare edilenler tarafından değil, amme kudreti kendilerine emanet edilen kimselerce de işlenebilir. Yukarıda bahsi geçen derecelendirme ise, bilhassa bu sonuncu halde bir mana ve önem taşır. Gerçekten amme kudretini ellerinde bulunduranların ifa ettikleri amme fonksiyonlarının değişik mahiyeti ve devlet cihazında haiz oldukları hukuki ve fiili nüfuz ve otoritenin farklılığı, böyle bir derecelendirmeyi büsbütün zaruri kılar.

146 ncı madde ile 65 inci maddede mevcut bugünkü derecelendirme ise, ihtiyaca cevap vermemekte ve muhtelif şerik ve şahısların sorumluluk derecelerini adalete uygun bir tarzda tesbite kafi gelmemektedir. Nitekim kanunumuzun 149 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında bu maddede yazılı suça fer'an iştirak eden kimseler hakkında verilecek cezanın asgari haddi 6 sene olarak tesbit edilmek suretiyle, 65 inci maddede yazılı cezadan daha hafif bir ceza tertibi yoluna gidilmiştir.

Yukarıda zikredilen sebeplerle, aynı derecelendirmenin 146 ncı maddede de yapılması adalete daha uygun görülmüş ve bu maddeye bir fıkra eklenerek fer'i şerikler hakkında 5 seneden 15 seneye kadar ağır hapis cezasına hükmedilmesi kabul olunmuştur. Bugünkü cezayı geniş ölçüde hafifleten ve böylece lehde bir hüküm olan bu fıkra, Ceza Kanununun 2 nci maddesi gereğince geçmişe şamil olarak, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenen suçlar hakkında da tatbik edilecektir.

Fer'i failler hakkında 146 ncı maddenin tesbit ettiği asli cezada indirme yapılırken, bu indirmenin daha ziyade bir emniyet tedbiri mahiyeti arzeden fer'i cezada dahi yapılması yerinde görülmemiştir. Bu sebeple fer'i faillerin, 5 seneden fazla ağır hapse mahkum olmasalar bile müebbeden kamu haklarından mahrum olacakları hususu bu fıkra da kaydedilmiştir.

Maddeye eklenen bu hüküm ile, faille yeni bir ceza verilmediği gibi, fer'i cezada herhangi bir ağırlaştırma da yapılmamaktadır. Zira sözü geçen fıkranın eklenmesinden önce dahi, fer'i faillerin cezaları, 10 sene ağır haptisten başlayacağından ve hiçbir hafifletici sebeple 5 sene ağır hapis cezasından daha aşağıya düşmesi mümkün olamayacağından, kamu haklarından müebbeden memnuiyet cezası, fer'i ceza olarak bütün hallerde terettüp edecekti. Bu itibarla işbu fer'i cezanın geçmişe teşmil edilmesi, Türk Ceza Kanununun 1 inci ve 2 nci maddelerinde ifadesini bulan prensiplere aykırı değildir”.

Böylece ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanmasında aleyhe kanunun geçmişe yürümeyeceği kuralı hiçe sayılarak aleyhe kanun geçmişe yürütülmüştür. Bu suretle 65 yaşından büyük olanlar hakkında idam cezası verilmesinin ve yasama sorumsuzluğuna sahip DP milletvekillerinin 1950-1960 yılları arasında TBMM'de kullandıkları oylar ve açıkladıkları görüşler dolayısıyla suçlandırılıp yargılanmaları mümkün hale getirilmiştir. Sonuçta açıkça hem o dönemdeki mevzuata hem de evrensel hukuk kurallarına aykırı bu hükümlere dayanılarak DP milletvekillerine ağır cezalar verilmiştir.

Keza Türkiye tarihinde ilk defa bir Cumhurbaşkanının yargılandığı Köpek davası, Türk Ceza Kanununun 146 ncı maddesindeki anayasal düzeni ihlal suçu ile birleştirilerek, suçlama vatana ihanet suçuna dönüştürülmüş ve Cumhurbaşkanı yargılanmıştır.

Kişilerin davranışlarını düzenlerken, neyin kanunda suç olarak düzenlendiğini, suç teşkil eden fiiller karşısında hangi cezalara muhatap olacaklarını bilebilmeleri zorunludur. Ancak 27 Mayıs rejiminde kişilerin davranışlarını düzenlerken neyin yasak olduğunu kestirmekte güçlük çektikleri, kanunca serbest kılınmış olmalarına karşın önceden gerçekleştirdikleri davranışlar sebebiyle sonradan yargılanıp cezalandırıldıkları, dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin hukuk tarafından korunmadığı görülmektedir⁸².

B. YASAMA SORUMSUZLUĞU

Milli iradenin serbestçe teşekkülü, Parlamento içinde tam bir söz hürriyetinin bulunmasına bağlıdır. İşte bu gayeyle Anayasalara konan yasama sorumsuzluğu milletvekillerinin meclisteki söz hürriyetlerini sağlamak amacını güder. Yasama sorumsuzluğu, milletin temsilcisi olarak parlamentoya gelen milletvekilinin yasama görevini ifası sırasında, parlamento içinde beyan ettiği düşüncelerden, verdiği oylardan, herhangi bir makama karşı sorumlu olmaması demektir. Diğer bir deyişle milletvekili, Parlamentoda yasama görevini icra ederken, düşüncelerini yargılama korkusuna kapılmadan söyleyebilir ve bu sözlerinden dolayı adli veya idari mercilere hesap vermez⁸³.

Yasama sorumsuzluğu 1924 Anayasasının 17. maddesinde “*Hiçbir mebus Meclis dâhilindeki rey ve mütalâasından ve beyanatından ve Meclisteki rey ve mütalâasının ve beyanatının Meclis haricinde irat ve izharından dolayı mesul değildir*” şeklinde düzenlenmiştir.

Yine 1924 Anayasasının 41. maddesinde “*Reisicumhur hiyaneti vataniye halinde Büyük Millet Meclisine karşı mesuldür*” hükmüne yer verilmiş ve Cumhurbaşkanı'nın görevi ile ilgili suçlar bakımından ancak vatana ihanet halinde ceza sorumluluğunun söz konusu olabileceği belirtilmiştir.

I. YASAMA SORUMSUZLUĞUNUN ŞARTLARI

Yasama sorumsuzluğunun söz konusu olabilmesi, aşağıdaki şartların varlığına bağlıdır:

aa – Oy ve sözlerin, ileri sürülen düşüncelerin, meclis çalışmalarında ve mecliste açıklanmış olması gerekir. Meclis çalışmaları terimi geniş yorumlanmalıdır. Kavram, meclisin genel kurul toplantılarını, komisyon toplantılarını, siyasi partilerin grup toplantılarını, hatta parlamento çalışmaları ile ilgili olmak şartı ile parlamento dışındaki çalışmaları kapsar⁸⁴. Bahsedilen bu yerlerde evvelce verilmiş oyların, söylenen sözlerin ve açıklanmış bulunan düşüncelerin milletvekilleri tarafından meclis dışında tekrarlanmaları halinde de yasama sorumsuzluğu kural olarak mevcuttur⁸⁵.

bb – Yasama sorumsuzluğunun ikinci şartı fiilin, oy, söz veya düşünce açıklaması yoluyla işlenmiş olmasıdır. Söz konusu yerlerde oy, söz ve düşünce şeklinde açıklanan hususların yasama göreviyle

82 Doğru, (n 7) 14 vd.

83 Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, (n 67) 235.

84 Tanör-Yüzbaşıoğlu, 228. Ayrıca bkz. Yüce, 178.

85 Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, (n 67) 235.

ilgili olup olmadığı araştırılmaz. Üye tarafından meclis çalışmalarında ve mecliste açıklanan oy, söz ve düşüncelerin niteliği ne olursa olsun yasama göreviyle ilgili oldukları kabul edilir. Kısaca sorumsuzluk meclis içindeki hakaretleri de kapsar⁸⁶. Gerçekten Anayasa Meclis içinde geçen örneğin hakaretimiz sözleri sorumsuzluk dışında bırakmak isteseydi, hakaret gibi suçların sorumsuzluk kapsamına girmeyeceğini bazı Anayasaların öngördüğü şekilde açık olarak belirtirdi⁸⁷. Bu yola başvurmayan Anayasa, hakaret suçunu sorumsuzluk kapsamı dışında tutmamıştır. Bu bakımdan bu tür suçlar, meclis çalışmaları sırasında işlenmiş olmak şartıyla sorumsuzluğa dâhildir⁸⁸.

Buna karşılık milletvekillerinin meclis çalışmaları sırasında oy kullanmaları, sözleri ve düşünce açıklamaları dışında kalan fiilleri sorumsuzluk kapsamına girmez. Bu sebeple örneğin bir üyenin meclis toplantı salonunda diğer bir üyeyi dövmesi, öldürmesi sorumsuzluk ayrıcalığından faydalanmasına engel teşkil eder⁸⁹.

2. YASAMA SORUMSUZLUĞUNUN SONUÇLARI VE ANAYASAYI İHLAL DAVASINDAKİ UYGULAMA

Yasama sorumsuzluğunun sonuçları şunlardır:

aa – Yasama sorumsuzluğu “mutlaktır”. Sorumsuzluğun meclis tarafından kaldırılması mümkün değildir.

Milletvekilinin meclis çalışmalarındaki oy ve sözleri, mecliste ileri sürdüğü düşünceleri ve bunları dışarıda tekrarlaması suç unsuru taşısaya bile, hakkında cezai takibat yapılamaz⁹⁰.

Meclis üyesi tarafından işlenen ve sorumsuzluğa giren fiil yine de hukuka aykırı olma niteliğini taşır. Ancak hukuka aykırı bir fiil işleyen üye hakkında sorumsuzluk nedeniyle cezai takibat yapılamaz. Diğer bir deyişle, hukuka aykırılık unsurunu kaldırmayan ve dolayısıyla fiili suç olmaktan çıkarmayan yasama sorumsuzluğu suçun sadece cezalandırılabilme unsurunu bertaraf eder. Zira yasama sorumsuzluğu ile Anayasa bir hukuka uygunluk sebebi değil, şahsi cezasızlık sebebi düzenlemiştir. Bu itibarla fiilin hukuka aykırılığı ve haksızlık niteliği devam etmektedir.

Yargıtay uygulaması da bu doğrultudadır⁹¹.

86 Bkz. **Erem-Danışman-Artuk**, (n 71)174 vd.; **Kıratlı**, 50 vd.

87 Örneğin, 1949 Batı Almanya Anayasası m. 46/1; 1933 Portekiz Anayasası m. 89.

88 **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, (n 67) 235-236.

89 **Arsel**, 251-252; **Teziç**, 372, 373; **Çağlayan**, Yasama Dokunulmazlığı, 213.

90 “Hemen bütün demokratik memleketler Anayasalarında kabul olunan ve Anayasa hukuklarında mebusların ademi mesuliyet prensibi diye anılan prensibe göre, mebusların teşrii vazifelerini ifa ederlerken her türlü tesir ve tazyikten beri olmaları ve korkmadan teşrii vazifelerini görebilmeleri gayesi derpiş olunmuştur. Ceza korkusu gibi yüksek tazminat ödemek korku ve endişesi de mebusları vazifelerini bihakkın ifadan geri bırakabilir. Ademi mesuliyetin hem ceza hem hukuki ve mali sahaya teşmili zaruri bulunduğundan davacı vekilinin hilafına vâki müdafaası varit görülmemiştir. Meclis kürsüsünde haksız fiil teşkil eden beyanı ve mütalaasından dolayı bir mebus hakkında ancak Meclis Dahili Nizamnamesi hükümleri tatbik edilebilir” **Yarg. 4. H.D, 1958/12171 E., 1958/5006 K., 16.07.1958; Erem-Danışman-Artuk**, (n 71) 173.

91 “Haddi zatında suç mahiyetinde bulunduğu hükümde kabul edilen sözlerin Meclis kürsüsünde söylenilmesi sebebiyle ...

Cezai sorumsuzluk sadece milletvekili bakımından söz konusudur. Aynı ifadelerin milletvekiline izafeten başkaları tarafından nakledilmesi, suç teşkil eder⁹². Yine aynı sebeple, milletvekilinin sorumsuzluk kapsamına giren fiiline iştirak eden diğer kişiler cezalandırılabilir⁹³.

bb – Sorumsuzluk “sürekli”dir. Süreklilik milletvekilinin sorumsuzluk kapsamına giren ve milletvekilliği döneminde işlediği bir fiilden dolayı sadece üyeliği sırasında değil, üyelik sıfatı sona erdikten sonra da yargılanamamasını ifade eder.

cc – Sorumsuzluk “kamu düzenindedir”. Sorumsuzluk milletvekilinin şahsi yararı için değil, parlamentonun iyi çalışması ve dolayısıyla kamu yararı için konulmuştur. Bunun sonucu olarak parlamento üyesi, yasama sorumsuzluğundan vazgeçemez⁹⁴.

Bu bilgiler ışığında somut olay incelendiğinde; Yassıadadaki birçok sanığın cezalandırıldığı anayasal düzeni ihlal davasındaki temel iddia, 1950-1960 arasında yapılan ve anayasaya aykırı olduğu kabul edilen kanunlar için TBMM’de oy kullanarak bunların yapımına katkı sunmuş olmaktır. Göstermelik Mahkeme, yasama sorumsuzluğuna sahip DP milletvekillerinin bu muafiyetlerini hiçe sayıp 1950 – 1960 yılları arasında TBMM’de kullandıkları oylar ve açıkladıkları görüşler dolayısıyla sorumlu tutulmuş ve yargılanmıştır. Sonuçta talimatla hareket eden Mahkeme heyeti, yasama sorumsuzluğunu yok sayan, hem o dönemdeki mevzuata hem de evrensel hukuk kurallarına açıkça aykırı yeni getirilen TCK’nın 146 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasına dayanarak DP milletvekillerine ağır cezalar vermiştir. Bu yapabilmek için de aleyhe ceza kanunu hükmünü geçmişe yürütmüştür.

Gerçekten 1924 Anayasasının 17. maddesinde “*Hiçbir mebus Meclis dâhilindeki rey ve mütalâasından ve beyanatından ve Meclisteki rey ve mütalâasının ve beyanatının Meclis haricinde irat ve izharından dolayı mesul değildir*” hükmü gereğince ve evrensel bir hukuk kuralı olarak milletvekilleri meclis çalışmalarındaki oy ve görüşlerinden dolayı sorumsuz kabul edilmelerine karşın, göstermelik mahkeme bu hükme taban tabana zıt hareket etmiştir. Meclis çalışmalarında milletvekillerinin serbestçe görüşlerini bildirip oy kullanarak milli iradenin yasama organında somutlaştırılması bakımından hayati önemde olan yasama sorumsuzluğu ilkesinin yok sayılması, davanın daha ziyade dönemin siyasi iktidarından intikam alma amacıyla yürütüldüğünü göstermektedir.

Anayasayı ihlal iddası; Prof. Dr. Faruk Erem’in kasten işlenen fiillerde sanıkların teşrii masuniyetten faydalanamayacağı görüşüne dayanmaktaydı. Elbette ısmarlama şekilde sanıkların cezalandırılabilmesi için sunulan bu görüş, suçun unsurlarından olan kastı, yasama dokunulmazlığını kaldıran bir sebep olarak telakki etmektedir. Ayrıca mutlak şekilde kabul edilen yasama faaliyeti sırasında verilen oy ve beyanlardan sorumlu tutulmama bahsinde de Erem, fiilin yasama faaliyeti kapsamında olup olmadığını mahkemenin değerlendirebileceğini savunmuştur.

ceza sorumluluğundan müstesna olmasının bunların hakaret mahiyetini kaldıramayacağı” **Yarg 4. C.D., 1950/2818 E. 1950/7902 K., 22.06.1950; Sahir Erman**, ‘Hakaret – Karşılıklı Tahkir – Teşrii Masuniyetin Hukuki Mahiyeti ve Şumulü’, (1951) XVII(1-2) İHFİM 455, 455 vd.

92 Kış. **Koca/Üzülmüş**, (11), 796.

93 **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, (n 67), 238.

94 **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, (n 67) 238.

Anayasayı ihlal davasına ilişkin sanık müdafilerinin savunmasında da bu görüşün getirdiği tehlikelere işaret edilmiştir⁹⁵:

‘Demek oluyor ki, Erem’in fikri kabul edilirse, mebuslar rey ve beyanlarından ötürü mevhum isnatlarla sık sık mahkemeler huzuruna gönderilebilir, maznunen isticvap ve hatta tevkif edilebilirler. Böyle bir imkanın, bizatihi mahiyetinden ötürü, siyasi heyetler tarafından ne derece suiistimale müsait olduğu ve bir yandan sorumsuzluğu bertaraf ederken, öte yandan da dokunulmazlığı zedeleyebileceği aşıkardır’.

III – YASSIADA YARGILAMALARININ CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNA HAKİM OLAN İLKELER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ceza kanunlarında tanımlanmış bir suçun işlenip işlenmediği, işlenmişse kim ya da kimler tarafından işlenmiş olduğu ve müeyyidesinin ne olacağı konusunda kural olarak ceza muhakemesi kanunlarına göre gerçekleştirilen iddia, savunma ve yargılama niteliğindeki bir dizi faaliyete ceza muhakemesi, bununla ilgilenen hukuk dalına da Ceza Muhakemesi Hukuku denir⁹⁶.

Ceza muhakemesinin amacı, şüpheli veya sanık ile mağdurun haklarını gözeterek hukuka uygun şekilde elde edilmiş delillerle maddi gerçeğe ulaşıp adaleti tesis etmektir. Her ne pahasına olursa olsun değil, kişilerin haklarına saygılı bir şekilde yürütülen muhakeme faaliyetiyle maddi gerçek araştırılıp⁹⁷ bulunmalıdır. Bu suretle adaletin gerçekleştirilmesi ve hukuki barışın sağlanması mümkün olacaktır. Gelişmiş demokratik toplumlarda iddia ve savunma makamlarının karşılıklı tezlerini eşit şekilde ortaya koyabildiği bir ortamda verilen hüküm, adil kabul edilir⁹⁸.

Ceza muhakemesinin asıl görevi, adil bir muhakeme sonucunda işlendiği iddia edilen fiile ilişkin hükme varmaktır. Maddi gerçeğe ulaşmak ise tabii hukukun taraflara yüklediği bir idealdir. Mahkeme, ceza muhakemesinin işlevi olan adil yargılama yükümlülüğünü yerine getirmek ve maddi gerçeğe ulaşma ideali doğrultusunda hareket etmek şeklindeki iki unsuru bir arada sağlarsa, kamunun tatmin olacağı bir hükme varabilir. Bu nedenle ceza muhakemesinin yürütülmesinden elde edilecek kamu menfaati, adil bir yargılamanın yapılmasıyla mümkün olacaktır.

Muhakemenin adil yapılması, devletin güvencesi ve sorumluluğu altındadır. Devlet, kişinin hakkaniyete uygun bir şekilde soruşturulması ve kovuşturulması için her türlü tedbiri almakla

95 **Emine Gürsoy Naskali**, ‘Müdafaa Eki Anayasa Davası Yassıada 1961’, iç Emine Gürsoy Naskali, Darağacındaki İstiklal Madalyası (Lale Yayıncılık 2022) 256

96 Bkz. **Ahmet Gökçen, Murat Balcı, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (5. Baskı Adalet Yayınevi 2021) 4.

97 Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin tespitine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz; **Hakan Karakehya**, *Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğin Tespiti*, (Savaş Yayınevi 2016) 3.

98 **Ünal, Ertuğrul**, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2020), 6; **Yenisey, Feridun – Nuhoglu, Ayşe**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, 76; **Centel – Zafer**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6; **Taner**, *Çelişme ve Silahların Eşitliği*, 96; **Turan, Hüseyin**, *Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, 320.

mükelleftir. Adalete kavuşmak, muhakemeye katılan kişiler için idrak ve ifa edilebilir halde olmalıdır⁹⁹.

Bu kapsamda aşağıda adil muhakemenin yapılabilmesi için büyük önemi haiz, hatta bunun olmazsa olmaz şartını oluşturan ilkelerden bahsedilecektir. Bu ilkeler, insanlık tarihinin başlangıcından itibaren uygulana uygulana günümüze kadar gelmiş ve ceza muhakemesinin ilkeleri olarak bütün gelişmiş ülkelerde kabul görmüş ve görmektedir.

Aşağıda ceza muhakemesine hakim olan ilkelerden kısaca söz edilecek ve bu ilkeler çerçevesinde Yassıada yargılamalarından bir kısım örnekler verilerek değerlendirilecektir.

A. HUKUK DEVLETİ İLKESİ

Hukuk devleti¹⁰⁰ ilkesine göre yasama, yürütme ve yargı organları, hâkimiyet adı verilen muazzam gücü, anayasa ve kanunlar çerçevesinde insan haysiyetini korumak, temel hak ve hürriyetleri gerçekleştirmek, adaleti ve hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla kullanabilirler ve bu onların meşruluğunun temelini teşkil eder¹⁰¹. Bu sebeple hukuk devleti ilkesi, ceza muhakemesinde insan hakları ile ilgili bütün prensiplerin kaynağı durumundadır¹⁰². Hukuk devletinde tüm eylem ve işlemlerin hukuka uygun biçimde yürütülmesi gerekmektedir.

Hukuk devletinde insan hak ve hürriyetlerinin korunması ve bu korumanın fiilen gerçekleştirilmesi ön plândadır. Son tahlilde hukuk devleti, hak ve özgürlüklerin fiilen tatbik edildiği bir devlettir.

99 **Bahri Öztürk**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılama Yükümlülüğü”, (2016) 15(1-2) İKÜHFD 413, 414; **Ünal**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi, 6 vd.

100 Hukuk Devleti (Rechtsstaat) kavramı, ilk defa Alman hukukçu Robert von Mohl (1799-1875) tarafından kullanılmıştır. Mohl'e göre; ferdin ve bütünüün hayat gayesi olan tabii kuvvetlerin gelişmesini koruyan ve teşvik eden devlet, hukuk devletidir. Bkz: **Yüce**, Hukuk Devleti Esasları, 5.

101 **Soysal**, hukuk devletini “vatandaşlara hukuk güvenliği sağlayan devlet” olarak tanımlamakta ve bunun sağlanabilmesi için şu şartların gerçekleşmesini aramaktadır: a – Temel hakların güvence altına alınması, b – Kanunların anayasaya uygunluğunun sağlanması, c – Yönetimde hukuka bağlılığın sağlanması d – Yargı kuruluşlarının bağımsızlığını ve güvenilirliğini sağlayacak şartların yerleştirilmesi. Geniş Bilgi için bkz. **Soysal**, 245 vd. Hukuk devletinin, insan vakar ve haysiyetine saygı duyan, kişi hürriyetine en yüksek değeri veren, insanı devletleştirmek yerine devleti insanlaştırmaya çalışan bir anlayışa sahip olduğunu belirten **Yüce**, Hukuk Devletinin unsurlarını şu şekilde sıralamaktadır a – İnsan Haysiyeti, b – Adalet, c – Temel Haklar, d – Demokratik idare, e – Hakim bağımsızlığı, f – Hukukî Tasarrufların Kazai Kontrolü. Bkz: **Yüce**, Ceza Muhakemesinde Hukuk, 9 vd. **Aldıkaçtı**, konu ile ilgili olarak, hukuk devletinde devletin bütün faaliyetlerinin hukuka tâbi olacağını, böylece devletle ferdin aynı seviyeye gelmesi sebebiyle ferdin devlete karşı korunma imkânlarının çoğalacağını belirtmektedir. Bkz: **Orhan Aldıkaçtı**, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1978) 189. **Hâtemi** ise, hukuk devletini, adalet devleti olarak nitelendirmekte; adaletin, ilâhî-tabii hukukun bir kavramı, bir değeri olduğunu ve ilâhî sevgiden kaynaklandığını belirtmektedir. Bkz: **Hatemi**, *Hüseyin, Anayasa – Kişi Hak ve Hürriyetleri*, (Tebliğ) Hak-İş Anayasa Kurultayı, Ankara, 1992, 461 vd.

102 **Bahri Öztürk**, **Durmuş Tezcan**, **Mustafa Ruhan Erdem**, **Özge Sırma Gezer**, **Yasemin F. Saygılar Kırıt**, **Esra Alan Akcan**, **Özdem Özaydın**, **Efser Erden Tütüncü**, **Derya Altınok Villemin ve Mehmet Can Tok**, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (14. Baskı Seçkin Yayıncılık 2019), 113; **İçel-Donay**, 71; **Öztürk**, *Ceza Muhakemesinde İnsan Hakları*, 3 vd.

27 Mayıs 1960 askeri darbesi akabinde getirilen uygulamalar ve Yassıada yargılamaları incelendiğinde hukuk devleti ilkesinin birçok açıdan askıya alındığı görülmektedir. Bu bağlamda bazı örnekler vermek gerekirse, 27 Mayıs 1960 darbesi akabinde TBMM kapatılarak, darbecilerden oluşan Milli Birlik Komitesi idareyi ele almış; darbeciler tarafından yürürlüğe konulan 211 sayılı İç Hizmet Kanunuyla orduya; “Cumhuriyeti koruma ve kollama görevi” verilmiştir. Böylece 1924 Anayasasının “Türkiye Büyük Millet Meclisi milletin yegâne ve hakikî mümessili olup Millet namına hakkı hâkimiyeti istimal eder” hükmü fiilen ortadan kaldırılmıştır.

27 Mayıs döneminde Milli Birlik Komitesinin kurulmasıyla yasama, yürütme ve yargılama tasarruflarında bulunan organlar fiilen ortadan kaldırılmış ve yerine bu konularda tasarruf yetkisini Komiteye devredilmiş, Devletin organik tasarruflarının yerini şahsi irade tasarrufları almıştır¹⁰³. Bu yönüyle, 27 Mayıs rejiminde iktidar, kurumların değil, şahısların iktidarı olarak nitelendirilmiştir¹⁰⁴.

“Çağdaş yargı sistemlerinde benimsendiği gibi, Yüksek Hakimler ve Yüksek Savcılar Kurulu ayrı ayrı kurulmak suretiyle yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı sağlanmak istenmişse de, özellikle 1960 ihtilali sonrasında içtihat oluşturabilecek Yargıtay ve Danıştay üyelerinin pek çoğu zorunlu olarak emekliye sevk edilmiş, yargıdaki içtihat birliği sıkıntıya sokulmuş; askeri yargı kurumlarının kurulmasıyla “yargıda teklik” ilkesi bozulmuştur”¹⁰⁵. Bu emekliye sevk etmede hakim olan anlayış, mevcut hukuk normlarını 27 Mayıs rejiminin iradesin uygun olarak yorumlayacak yargı kadrolarının görevde bırakılması, diğerlerinin yargı organlarından uzaklaştırılması şeklinde belirlemiştir¹⁰⁶.

Yassıada’da yapılan yargılamalarda temelde hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan adil yargılanma hakkı, insan haysiyetinin dokunulmazlığı, hakim önünde meramını anlatabilme, ceza yargılamasında maddi gerçeğin araştırılması, bağımsız ve tarafsız hakim önünde yargılanma, özel hayatın gizliliği, suçu sabit olana kadar suçlu sayılmama, suçta ve cezada kanunilik, aleyhe kanunun geçmişe yürütülememesi ilkeleri gibi birçok ilke çeşitli şekillerde göz ardı edilmiştir.

Bu örnekler bile Yassıada yargılamalarında temelleri özellikle 1924 Anayasasının ilk sekiz maddesiyle tesis edilen hukuk devleti esaslarının nasıl çiğnendiğini göstermektedir.

B. İNSAN HAYSİYETİNİN DOKUNULMAZLIĞI İLKESİ

İnsan haysiyeti kavramı, kanunlar tarafından tanımlanmadığı için bundan ne anlaşılması gerektiği belirgin değildir. Doktrindeki tarifleri dikkate alarak şu şekilde bir tanım vermek mümkündür: İnsan haysiyeti; kişiye, bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruhtur, manevi güçtür.

103 Doğru, (n 7) 14

104 Doğru, (n 7) 76.

105 Türkiye Büyük Millet Meclisi Ülkemizde Demokrasiye Müdahale Eden Darbe ve Muhtıralar ile Demokrasiyi İşlevsiz Kılan Diğer Bütün Girişim ve Süreçlerin Tüm Boyutları ile Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerine Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, Kasım 2012, Cilt II, 916.

106 Doğru, (n 7) 119 vd. 27 Mayıs rejiminin ilk yedi ayında Yargıtay’dan istekleri üzerine 6, re’sen 66, yaş haddinden 3 üye, yerel adli mercilerden istekleri üzerine 9, re’sen 520, yaş haddinden 3 hakim emekliye sevk edilmiştir (Doğru, (n 7) 123).

İnsanı obje haline getiren ve kişiliği nedeniyle sahip olduğu değerinkârı anlamına gelen her türlü işlemin, insan haysiyetine aykırı olduğu belirtilmektedir. İnsan haysiyetinin bağlayıcı bir hukuki değer olduğu da ayrıca vurgulanmaktadır. Son tahlilde insan haysiyeti; “*kişinin hür iradesi*” olarak ifade edilebilir¹⁰⁷.

Böyle bir iradenin dokunulmaz olduğu, ancak hukuk devletinde ileri sürülebilir¹⁰⁸. Bu sebeple hukuk devleti, insan haysiyeti kavramının kaynağını oluşturduğu gibi, sınırını da tayin eder. Yani “hür irade” olarak somutlaştırdığımız insan haysiyetinin dokunulmazlığına, ancak hukuk devleti ilkesi çerçevesinde sınırlamalar getirmek mümkündür.

“İnsan haysiyeti” vazgeçilemez bir değerdir. Bu sebeple ceza muhakemesi kanunları açıkça insan haysiyetine aykırı bir işleme ve bu işlem sonucu elde edilecek delillerin muhakemede değerlendirilmesine gösterilecek rıza ve muvafakati geçersiz saymaktadır. Buradan anlaşılmaktadır ki, insan haysiyeti kavramı sırf ahlâki bir değer olmayıp, bağlayıcı olan hukukî bir normdur. Yani onun ihlali sadece usûlî bir sonuç doğurmayıp aynı zamanda maddî hukuka dair etkiler de yapar¹⁰⁹.

Yukarıda yapılan açıklamalar bağlamında birkaç örnek vermek gerekirse; Yassıada yargılamaları boyunca sanıklara hakaretler edilmiş, tekme ve tokat vurulma gibi cebir içeren davranışlarda bulunulmuş, işkence uygulanmış, hatta soruşturma aşamasında bazı kamu görevlileri işkence altında intihar veya vefat etmiştir.

Yassıada mahkemeleri esnasında Adnan Menderes duruşma aralarında bir kapı geçidinin girişinde oturtulmuş, yüzü önündeki duvara çevrilmiştir. Kendisine her gün yapılan uyuşturucu iğnelere şikayetçi olmasına karşın “*iyi gelir*” denilerek iğnelere devam edilmiştir¹¹⁰.

Mahkeme sürecinin tamamında nazik ve saygılı üslubunu muhafaza eden Menderes, 14 Ekim 1960'taki duruşmada mikrofona geldiğinde “*Bendeniz beş aydır tamamen tecrit edilmiş bir vaziyette bulunuyorum. Bir tek odanın içinde ve günün yirmi dört saatinde, her saat değişen bir nöbetçi subay beyin nezareti altında, hiçbir kelime konuşmak imkanı olmamak şartıyla yaşıyorum. Bu itibarla konuşma takatim, akli melekelere zaafa uğramış bulunuyor. Arzım şudur; bana imkân verecek, asabımı düzeltecek bir uygulamanın tatbiki. Nöbetçi subay beyle bir kelime dahi konuşmaya mezun değilim. Beş aylık mecmu konuşmalarım on-on beş saati geçmez. ... Bendeniz huzurunuzda kumandan beyefendiye şükranlarımı arz ederim ve yine huzurunuzda subay beylerin nazik muamelelerine teşekkür ederim. Ancak hiçbir kelime konuşmadan günün 24 saatinde karşı karşıya bulunmaktayım*”¹¹¹ demiştir. Menderes, ada kumandanına “*Bu müthiş yalnızlık korkarım beni çıldırtacak*” diyerek bir ricada bulunmuştu: “*Tuvalete giderken odalardan arkadaşların sesini duyuyorum. Acaba kapıları*

107 İnsan haysiyeti konusunda bkz: Öztürk, 1994, 79 vd.; Yüce, Sanığın Savunması, 158 vd.; Aliefendioğlu, Yılmaz, Anayasa Mahkemesinin İnsan Hakları Konusundaki Genel Tavrı, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Mayıs 1993, S. 155, C. XVII, 23 vd.; Peters, (1985) § 414; Hubert Schorn, *Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren*, (1963) 17 vd.; Maihofer, Werner, *Rechtsstaat menschliche Würde*, Frankfurt am Main, 1968, 17 vd.

108 Erol Cihan, ‘50. Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu’, (1984) L(1-4) İÜHFİM 133, 143.

109 Buna örnek olarak ceza kanunlarındaki işkenceyi suç sayan hükümler gösterilebilir.

110 **Muzaffer Taşyürek**, *Adnan Menderes*, (Anonim Yayıncılık 2009) 128; **Topçu/Akılmak Topçu**, (n 6) 68.

111 **Aydemir**, (n 5) 471.

*açık bırakmanızda bir mahsur var mı? Kendileriyle konuşmadığım arkadaşlarımı hiç değilse uzaktan görebilirim*¹¹². Menderes'in mahkemedeki bu beyanlarından sonra durumunda herhangi bir değişiklik olmamıştır¹¹³.

Mahkemedeki duruşma safhalarında diğer sanıklara sigara içme ve rahatlama için verilen fasıllarda, Adnan Menderes ancak camdan bir telefon kabinini andıran ve salonun dışarısına yerleştirilen bir hücreye alınmıştır. Sigarasını da orada içebilmiştir. Adnan Menderes'in kaldığı odanın kapısında insan başı genişliğinde bir gözetleme penceresi vardı. Menderes bu dar odanın içerisinde 15 ay boyunca tecrit edilmiştir¹¹⁴.

Bu günlerde Adnan Menderes'in, Celal Bayar'ın avukatı Gültekin Başak'a; *"Gültekin bey, benim avukatlarıma ne oldu? Onlar gelmediğine göre ben ne yapabilirim?"* diye sorması üzerine bir subayın Adnan Menderes'e ağır küfürler ederek onu tekme tokat odaya kapatması da Adnan Menderes'in yargılamalar boyunca maruz kaldığı muameleyi göstermektedir¹¹⁵.

Bu örnekler bile, Yassıada yargılamaları sürecinde insan haysiyetinin korunması ilkesine ne denli aykırı hareket edildiğini göstermektedir.

C. ADİL YARGILANMA HAKKI

Adil yargılanma (dürüst işlem) hakkı ile ceza muhakemesi işlemlerinin; kandırma, yanıltma veya zorlama gibi irade serbestisini engelleyen veya savunmayı kısıtlayan yollara sapılmaksızın, hukuk devleti ilkesine uygun olarak, önceden kanunlarla gösterilmiş esaslar çerçevesinde yapılması kastedilmekte olup, bu ilke sadece kovuşturma evresini değil, soruşturma evresini de kapsar¹¹⁶. Başka bir anlatımla adil yargılanma, insan hakları ile şüpheli, sanık ve mağdur haklarını koruyarak yapılan yargılamadır¹¹⁷. Ceza muhakemesinin en temel amacı adil yargılamanın gerçekleştirilmesidir. Doktrinde, sanığın hakkı ile toplumun yararı karşı karşıya geldiğinde sanığın hakkının adil yargılanma hakkı ile korunacağı belirtilmiştir¹¹⁸.

Bir hukuk devletinde bu esasların, asgarî olarak nelerden ibaret bulunduğu İHAS'nin 6 ncı maddesinde gösterilmiştir.

İHAS'nin 6 ncı maddesinde; "Herkesin, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve

112 Taşyürek, (n 106)128.

113 Topçu/Akılmak Topçu, (n 6) 68.

114 Aydemir, (n 5) 471; Topçu/Akılmak Topçu, (n 6) 68.

115 Taşyürek, (n 106) 128-129

116 Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, (n 98) 123 vd.; Cihan, 143; Ünver/Hakeri, 16. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesinin 30.7.2008 tarih ve 1/2 sayılı kararı.

117 Centel/Zafer, 165.

118 Kunter, Yenisey, Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 32.

açık olarak görülmesini istemek hakkına sahip olduğu, hükmün açık oturumda verileceğini, ancak demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebileceği” belirtilmiş, maddenin ikinci fıkrasında, “bir suç ile itham edilen herkesin, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılacağı” ifade edilmiş, son fıkrada ise (m.6/3) her sanığın en azından aşağıdaki haklara sahip olduğu hüküm altına alınmıştır.

Bu haklar; “a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali imkanlardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı şartlar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;

e) Duruşmada kullanılan dili anlama veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından meccanen (bedelsiz olarak) yararlanmak” olarak sıralanmıştır¹¹⁹.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı, çağdaş hukuk anlayışında en fazla vurgu yapılan haklardandır. Aynı şekilde İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 10 uncu maddesinde de adil yargılanma hakkı ile ilgili bir hüküm bulunmaktadır¹²⁰.

119 Adil yargılanma hakkı demokratik bir toplumda öyle önemli bir yer tutar ki, bunun dar yorumlanması meşru görülmez (**Perez/Fransa** [BD], B. No: 47287/99, 12/2/2004, § 64.). Diğer temel hak ve özgürlüklerden farklı olarak adil yargılanma hakkı, kişilere, hakkın kapsamına giren uyumsuzluklara ilişkin yargılamalar yönünden “usuli güvenceler” sağlar (**Anghel/İtalya**, B. No: 5968/09, 25/6/2013, § 68). Adil yargılanma hakkı kapsamında, yargılamanın adil olup olmadığı, onun “bütünü” dikkate alınarak değerlendirilir (**Al-Khawaja ve Tahery/Birleşik Krallık** [BD], B. No: 26766/05, 22228/06, 15/12/2011, § 144). Ulusal mahkemelerin hukuk kurallarına ve maddi vakıalara ilişkin hataları, temel hak ve özgürlüklerden birine müdahale teşkil etmedikçe bireysel başvuru kapsamında incelenemez (**Garcia Ruiz/ İspanya** [BD], B. No: 30544/96, 21/1/1999, § 28). Ulusal mahkemeler, delilleri değerlendirme, maddi vakıaları kurgulama ve hukuk kurallarını yorumlama yönünden en iyi durumdadır. Bu nedenle, bireysel başvuru kapsamında, anılan mahkemelerin kararlarına, bunlar “keyfi” veya “açıkça mantıksız” olmadıkça ve bir bütün hâlinde yargılamanın adilliğini etkilemedikçe, adil yargılanma hakkı kapsamında müdahale edilemez (**Van Kück/Almanya**, B. No: 35968/97, 12/6/2003, § 46 ve 47; **Khamidov/ Rusya**, B. No: 72118/01, 15/11/2007, § 170). Bireysel başvuru kapsamındaki hakların soyut ve teorik olarak değil, “uygulanabilir” ve “etkili” şekilde korunması gerekir. Bu ilke, demokratik bir toplumdaki önemli yeri dikkate alındığında, adil yargılanma hakkı yönünden özellikle geçerlidir (**Stanev/Bulgaristan** [BD], B. No: 36760/06, 17/1/2012, § 231). Kararlar için bkz; **Abdullah Çelik**, *Adil Yargılanma Hakkı Rehberi*, (Anayasa Mahkemesi Yayınları 2014) 3.

120 **İHEB’in 10 uncu maddesinde**; “Herkesin, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, tam bir şekilde davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır” denilmektedir.

Adil yargılanma hakkından anlaşılması gereken; tabii, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılamanın yapılması, görülmekte olan davaların makul sürelerde bitirilmesi, yapılan yargulamaların aleni ve duruşmalı olarak yapılması ve hakkaniyete uygun hareket edilmesidir¹²¹.

Soruşturma ve kovuşturmanın makul sürede bitirilmesi de Adil yargılanma hakkının vazgeçilmez bir parçasıdır.

Makul sürede yargılanma hakkının amacı, tarafların uzun süren yargılama faaliyeti nedeniyle maruz kalacakları maddi ve manevi baskıdan korunmasıdır. Hukuki uyuşmazlıkların çözüm sürecini uzatarak çoğu zaman elde edilecek hükmün yararını ortadan kaldıran bir yargılama, adaletin yerine getirilmesindeki etkinliğe ve güvenliğe zarar vermektedir. Uyuşmazlığa ilişkin yargılamanın kısa sürede sonuçlandırılması önemli olmakla beraber, hukuki uyuşmazlığın çözümünde gerekli özenin gösterilmesi de büyük önem taşımaktadır.

Adil yargılanma ilkesi ile bağlantılı olan bir hak da savunma hakkıdır¹²². İddia ve yargılama makamlarının yetkilerine karşı savunma makamına da eşit yetkiler verilerek silahların eşitliği sağlanmalı ve silahların eşitliği ilkesi gereğince sanık ve müdafine savunma yapabilmeleri amacıyla yeterli hak ve süre tanınmalıdır¹²³. Diğer bir ifade ile muhakeme işlemleri sırasında yargılama, iddia ve savunma makamlarının eşit haklara sahip olması gerekmektedir. Bu kapsamda sanığa kendisine yapılan isnat hakkında bilgi verilmeli, sahip olduğu haklar hatırlatılmalı, savunma yapma maksadıyla gerekli zaman ve kolaylıklar sağlanmalı¹²⁴ ve bir hukukçunun (müdafiyenin) yardımından faydalanabileceği de hatırlatılmalıdır¹²⁵.

Adil yargılanma ilkesinin en önemli teminatlarından biri de tabii hakim ilkesidir. Kanuni hakim güvencesi de denilen bu ilkeye göre, hiç kimse kanunen tabii olduğu mahkemeden başka bir merci önünde yargılanmamalı, bu çerçevede bir kimseyi kanunen tabii olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuracak şekilde yargı yetkisine sahip olağanüstü mahkemeler

121 **A. Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, (8. Baskı Turhan Kitabevi 2009) 279 vd.; **Cihan**, 140.

122 **Aysun Altunbaş**, 'Adil Yargılanma Hakkı – İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü Işığında', (2007) (1) Maltepe Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi 59, 59.

123 **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, 37 vd.; **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok**, (n 98) 134; "Hakkaniyete uygun yargılanma"nın temel unsuru, yargılamanın "çelişmeli" olması ve taraflar arasında "silahların eşitliği"nin sağlanmasıdır (**Rowe ve Davis/Birleşik Krallık [BD]**, B. No: 28901/95, 16.2.2000, § 60). "Çelişmeli yargılama" ilkesi, taraflara, dosyaya giren görüşler ve diğer tarafça sunulan deliller hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar üzerinde değerlendirme yapma imkânı verilmesi anlamına gelir. Adil yargılanma hakkı, cezai konularda, soruşturma/kovuşturma makamlarının, şüphelinin/sanığın lehine veya aleyhine olarak ellerinde bulundurdukları delilleri savunma tarafına açıklamalarını gerektirir. Ancak bu husus mutlak olmayıp bazı sınırlamalara konu olabilir (Bkz. **Rowe ve Davis/ Birleşik Krallık [BD]**, § 60 ve 61). "Silahların eşitliği" ilkesi, taraflardan her birinin, karşı tarafa göre önemli bir dezavantaja uğramadan iddia ve savunmalarını ileri sürebilmesini gerektirir (**Kress/Fransa [BD]**, B. No: 39594/98, 7.06.2001, § 72); **Çelik**, (n 116) 112.

124 **Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş**, 'Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar', (2006) (7) Hukuki Perspektifler Dergisi, 145.

125 **Gözübüyük/Gölcüklü**, (n 120) 299 vd.; **Centel/Zafer**, 135.

kurulmamalıdır. Bu kural evrenseldir ve darbenin yapıldığı zamanda da bu hüküm mevzuatımız açısından cari idi.

Gerçekten konuya ilişkin hüküm 1924 Anayasasının 83 üncü maddesinde mevcuttu¹²⁶. 1924 Anayasasına göre Cumhurbaşkanı ve bakanlar Divan-ı Ali tarafından yargılanmalıdır. Divan-ı Ali'nin nasıl teşkil edileceği de Anayasada gösterilmiştir. Buna göre, Yargıtay ve Danıştay kendi aralarında gizli oyla on bir Yargıtay ve on Danıştay üyesini Divan-ı Ali'ye seçerdi ve Divan bu şekilde teşekkül ederdi¹²⁷.

Görüldüğü gibi 27 Mayıs 1960 darbesinden sonraki süreçte mer'i olan 1924 Anayasasının birçok hükmü yürürlükten kaldırılarak, 27 maddelik yeni bir Anayasa kabul edilmiş ve yürürlüğe konulmuştur. Bu Anayasanın 6 ncı maddesi, Yassıada'da toplanan sanıklar hakkında tahkikat yapmak ve son soruşturma açılmasına, bunların Yüksek Adalet Divanına sevk edilip edilmemesine karar vermek üzere bir Yüksek Soruşturma Kurulu teşkilini, yargılamaların da Yüce Divan niteliği taşıyacak yeni bir kuruluş olan Yüksek Adalet Divanınca yürütülmesini öngörmüştür. Böylece sanıklar Marmara denizinde yer alan Yassıada'da kurulan ve bugün Yassıada Mahkemeleri olarak anılan olağanüstü mahkemede yargılanmışlardır. Tabii hakim ilkesine aykırı olarak söz konusu olağanüstü mahkemenin ihdası, başlı başına adil yargılanma ilkesinin ihlal edildiğini gösteren en önemli göstergelerden biridir¹²⁸.

Yargılamalarda duruşmalara aralıksız olarak devam edilmesi, 203 günde toplam 1033 saat süren 287 oturumun yapılmış olması sanıklara savunmalarını hazırlamaları için yeterli süre verilmemiş olması da adil yargılanma hakkının ihlali bakımından kayda değerdir.

Yassıada mahkemelerinde görülen 19 ayrı davadan Değirmen davası zamanaşımından düşmüş ve davanın sanıkları hakkında herhangi bir işlem yapılmamıştır. Kalan dosyalardan 17'si anayasal düzeni ihlal davasıyla birleştirilmiştir. Bununla beraber dosyalar bu birleştirme çerçevesi içinde ayrı ayrı ele alınarak değerlendirilmiştir. Böylece anayasal düzeni ihlal davasında, anayasal düzeni ihlal suçuyla ilgisi olmayan çok sayıda iddia bu suçla ilişkilendirilerek, sanıklara daha fazla ceza verilmesinde kullanılmıştır.

Yassıada yargılamalarında mahkemece, örneğin Erzurum eski milletvekili Şevki Erker ile Samsun eski milletvekili Naci Berkman'ın Meclis Gurubunda yapmış oldukları konuşmalar arasından Adnan Menderes ve hükümeti eleştirir mahiyette olanları seçilerek, mahkeme tarafından denetleme görevlerini yerine getirdikleri gerekçesiyle tutukluluk hallerinin kaldırılmasına karar verilmiştir. Mahkeme başkanı tarafından sanık milletvekillerine, Adnan Menderes ve hükümet aleyhine beyanlarda bulunmaları halinde Yassıada'dan kurtulabilecekleri yönünde mesajlar verilmiştir¹²⁹.

126 1924 Ay m.83: Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir mahkemeye celp ve sevk olunamaz.

127 Konuya ilişkin Muammer Aksoy'un görüşleri için ayrıca bkz: **Nazlı Ilıcak**, *15 Yıl Sonra 27 Mayıs Yargılanıyor*, C. I (Kervan Yayınları 1977) 133.

128 **Doğru**, (n 7) 140 vd.

129 **M. Serhan Yücel**, *Demokrat Parti*, İstanbul, 2011, 167.

Böylece mahkeme sanıklar aleyhine delil üretmeye çalışmıştır. Ancak bunda yeteri kadar başarılı olamadığını da söylemek gerekir¹³⁰.

D. HAKİM ÖNÜNDE MERAMINI ANLATABİLME İLKESİ

Her sanığın hakim önünde derdini anlatabilmesini, ne istediğini söyleyebilmesini, hiç veya gereği gibi dinlenmeden mahkûm edilememesini, öne sürülen iddiaları ve aleyhine olan delilleri çürütebilmesini ve bu sayede muhakemenin gidişine etki edebilmesini ifade eden ilkeye, sanığın “hâkim önünde meramını anlatabilme” ilkesi denir¹³¹.

Modern ceza muhakemesinde sanık, kovuşturmanın konusu değil bir yargılama süjesidir. Bu sebeple hem hakları hem de bazı mükellefiyetleri vardır. Bu haklar çerçevesinde sanık, hakim önünde meramını anlatabilir, en azından ona bu imkân tanınır. Böylece insan haysiyetine duyulan saygı da dile getirilmiş olur.

Ceza muhakemesi hukuku ve bunu düzenleyen mevzuatımız; sanığın suçlamaları, yani suçlama konusu fiili, delil kaynaklarını, müdafî aracılığıyla dosyayı öğrenebilmeyi, bir hak olarak muhakemede hazır bulunabilmeyi, suçlamaları **öğrendikten sonra cevap verebilmeyi, bu amaçla kendisine süre tanınmasını, isnat edilen eylemin değiştirilememesini, isteklerde bulunmayı**, son sözün sanıkta olmasını, teknik yardımdan faydalanabilmeyi, eziyet ve işkenceye tâbi tutulamamayı kabul etmiştir. Yargılama sürecinde sanıklara ve müdafilerine savunmalarını yapabilme imkanının verilmesi zorunludur.

Bu bağlamda Yassıada yargılama süreci incelendiğinde, mahkeme başkanı Salim Başol’un tutum ve davranışları, kurduğu cümleler, yargılamanın ne denli hukuka aykırı şekilde yürütüldüğünü göstermektedir. Örneğin, dava süresince sanıkları sürekli azarlayan mahkeme başkanı Salim Başol’un Adnan Menderes’in avukatına hitaben “*daima böyle lüzumsuz şeyler söylersiniz, sizi susturmak için ne yapmalı*”, “*susmazsanız sustururum*”, yine bizzat Adnan Menderes’e hitaben “*eğer ben kesin deyince kesmezseniz kestirmesini bilirim*”, Hasan Polatkan’a hitaben “*öyle şey olmaz, kısa kes, az konuş*” şeklindeki sözleri, sanıklara meramlarını anlatma imkanının verilmediğini, onların bir muhakeme süjesi olarak değil suçlu oldukları baştan kabul edilen, istiskal edilmesi gereken varlıklar olarak görüldüğünü göstermektedir.

E. MADDİ GERÇEĞİN ARAŞTIRILMASI İLKESİ

Ceza muhakemesinde medenî muhakemeden farklı olarak şekli gerçeğe yetinilmeyip işin esası, yani maddî gerçek araştırılır. Ceza muhakemesinde amaç, adil yargılama ilkelerine uyularak, maddî gerçeğin araştırılması ve bulunmasıdır. Maddî gerçeğin araştırılmasının sebebi ise, suçsuz olan sanığın aklanmasına, suçlu olan sanığın ise cezalandırılmasına karar vermeye dönük bir vicdanî kanaate

130 Topçu/Akılmak Topçu, (n 6) 68.

131 Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, (n 98) 138.

ulaşma çabasıdır. Ancak bir hukuk devletinde, maddî gerçeğin “*her ne pahasına olursa olsun*” araştırılması kabul edilmemekte¹³²; delil yasakları ile bu ilkeye bazı sınırlar getirilmektedir¹³³.

Maddî gerçeğin araştırılması ilkesinin bir sonucu olarak, mahkeme, muhakemeye katılanların beyanları, itirafları, ikrarları ile bağlı değildir. Ayrıca medeni yargılamadan farklı olarak gıyapta muhakeme de istisnadır. Ceza muhakemesinde sanığın duruşmaya gelmemesi, onun suçlu olduğu anlamına gelmez. İfade edelim ki mahkeme, ileri sürülen delillerle bağlı olmadığı için re’sen delil araştırabilir ve hükmünü delillerin değerlendirilmesinden sonra verebilir. Medeni muhakemede ise hakim, tarafların ileri sürmediği hususları re’sen göz önüne alamamaktadır¹³⁴. Sanığa susma hakkı tanınan ceza muhakemesinde, savunma makamına da isnat edilen fiili de işlemediğini ispat etme mükellefiyeti getirilemez¹³⁵.

Bu açıdan Yassıada yargılamaları ele alınırsa, on yıllık DP iktidarının bütün icraatının didik edildiği, DP hükümeti ve parlamentodaki milletvekillerini mahkum etmek için adeta delil avına çıktığı, isnatlarla ilgili somut bir delil olmamasına karşın peşin hükümle sanıkların mahkûm edildikleri görülmektedir.

F. BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ HÂKİM İLKESİ

Hak aranılan mahkemenin “bağımsızlığı ve tarafsızlığı” adil yargılanmanın temel şartıdır. Hâkimlerin bağımsızlığı, onların kararlarını verirken özgür olmaları, her türlü kaygıdan, maddi ve manevi baskı ve etkiden uzak bulunmaları ile mümkündür.

Davaya bakacak olan hâkimin, davanın taraflarına karşı eşit, tarafsız ve önyargısız durması, hiçbir telkin ve baskı altında kalmadan, hukuk kuralları çerçevesinde vicdanî kanaatine göre karar vermesi gerekir.

Hakim bağımsızlığı ile ilgili uluslararası sözleşmelerde de hükümler yer almaktadır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 10 uncu maddesinde; “*Herkesin, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, tam bir şekilde davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır*” denilmektedir.

132 Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, (n 98) 66; Yurtcan, 39. Alman Federal Temyiz Mahkemesi, bu konuda devamlı aynı yönde kararlar vermektedir. Bkz: BGHSt, 14 365, BGHSt, 31 309, Löwe-Rosenberg, 24. Aufl. Einleitung, Kap.14., kn: 1. Ayrıca bkz: Dahs, Hans, Werwertungsverbote bei unzulässiger Beschlagnahme von Tagebüchaufzeichnungen, Verteidigungsunterlagen sowie bei unzulässiger Gespraechaufzeichnungen und Blutprobe, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht, Wahrheitsfindung und ihre Schranken, Karlsruhe, 1988, 122.

133 İlke ile ilgili olarak bakınız: Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, (n 98) 145 vd.; Keller, Reiner, Polizeiliche Observation und Stafprozersuale Wahrheitserforschung, Str Vert. 1984.

134 Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, (n 98) 145.

135 Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, (n 98) 145.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin, "Adil yargılanma hakkı" başlıklı 6/1'de, herkesin yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir¹³⁶.

Hakimin tarafsızlığı ise, yargılama faaliyeti sırasında hakimin taraflara karşı eşit mesafede olması, objektif davranması, kimsenin yanında durmaması ve şahsi değerlendirmelerden uzak bir biçimde uyumsuzluğu çözüme kavuşturması anlamına gelmektedir¹³⁷.

İHAM'ın "Adil yargılanma hakkı" başlıklı 6 ncı maddesinin ilk fıkrasında da, herkesin yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir¹³⁸.

Yassıada'da yapılan yargılamalarda hakimlerin bağımsızlıktan ve tarafsızlıktan ne denli uzak olduklarını göstermek bakımından şu örnek oldukça önemlidir. Yassıada yargılamalarında dava süresince sanıkları sürekli azarlayan mahkeme başkanı Salim Başol'un Menderese hitaben "*sizi buraya tıkan irade böyle istiyor*" şeklindeki ifadeleri, yargılamanın bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yapılmadığının göstergesidir. Mahkeme sürecinde mahkeme heyetince başta Adnan Menderes olmak üzere sanıklara aşağılayıcı ifadeler ve küçük düşürücü bir üslupla hitap edilmesi de mahkeme heyetinin tarafsız olmadığını göstermektedir. Hatta Yassıada yargılamalarında bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerinin tersine çevrildiği söylenebilir¹³⁹.

G. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ İLKESİ

Hukuk devletinde fertlere, maddî ve manevî varlıklarını istedikleri gibi geliştirip şekillendirebilecekleri hür bir "*hayat alanı*" tanınır. Devletin müdahalesinden korunmuş bulunan ve "*bireyin küçük dünyası*" olarak anılabilecek olan bu alan temel hak ve hürriyetler ve ülkenin siyasi rejimi bakımından hassas bir göstergedir. Bu küçük dünyamız ne kadar geniş ise, ülkede mevcut olan siyasi rejim o kadar hürriyetçi ve demokratik; ne kadar dar ise, o kadar baskıcı ve otoriterdir¹⁴⁰.

136 İHAM, İHAM'nin 6/1 maddesine göre bir mahkemenin "bağımsız" olup olmadığına karar verilebilmesi için; üyelerinin atanma şeklinin, görev sürelerinin, dış baskılara karşı korunmalarının ve bağımsızlık görünümü sergileyip sergilemediklerinin dikkate alınması gerektiği görüşünü tekrarlamıştır (Findlay-İngiltere, prg. 73 ve Incal-Türkiye, prg. 65). **Osman Doğru, Atilla Nalbant** İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt, Ankara 2012, 633.

137 **Şahin**, 218 vd.

138 Bir yargı organının "bağımsız" olup olmadığı, "üyelerinin atanma yöntemi" ve "görev süreleri", "dış baskılara karşı güvencelerin varlığı" ve "organın bağımsız bir görüntü vermesi" hususları dikkate alınarak belirlenir. Hâkimlerin görev süreleri boyunca azledilememeleri bağımsızlığın bir gereğidir. Kuvvetler ayrılığı önemli olmakla birlikte, yargısal görevlerini yerine getirirken özgür olmaları şartıyla hâkimlerin, yürütme veya yasama tarafından atanmalarına izin verilebilir (Maktouf ve Damjanović/Bosna Hersek[BD], 2312/08, 34179/08, 18.7.2013, § 49). "Tarafsızlık" kavramının iki yönü bulunmaktadır: Yargı yeri, kişisel önyargı veya eğilimden sübjektif olarak sıyrılmalı (sübjektif tarafsızlık) ve objektif bakış açısından bununla ilgili haklı kuşku ortadan kaldıracak yeterli güvenceler sunmalıdır (objektif tarafsızlık). Bu çerçevede, bağımsızlık ile objektif tarafsızlık arasında yakın bir bağ vardır (Grievies/Birleşik Krallık [BD], B.No: 57067/00, 16/12/2003, § 69). **Çelik**, (n 116) 54.

139 **Doğru**, (n 7) 122.

140 İlke için bkz: **Ergun Özbudun**, 'Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği' (1977) 1 AÜHFD, 50. Yıl

Doktrinde, insanın sosyal bir varlık olduğu ve bu nedenle hayatını ancak diğer insanlarla birlikte devam ettirebileceği gerçeğinden hareketle, insan hayatının, esas itibariyle iki yönünün bulunduğu kabul edilir. Bunlar hayatın genel ve özel yönleridir; hayatın özel yönü de “*özel hayat*” ve “*hayatın gizli alanı*” olmak üzere ikiye ayrılır¹⁴¹.

Hayatın genel yanı, korunacak bir gizliliği bulunmadığından, konumuz dışında kalır. Meselâ, kamuya açık yerlerdeki davranışlar ve sözler herkes tarafından görülüp dinlenebilir. Buna karşılık hayatın özel yanı her hukuk devletinde koruma altına alınmıştır. Hayatın gizli alanı, mutlak bir şekilde korunur hatta dokunulmaz sayılırken özel hayat nispi olarak korunmuştur. Özel hayat dar bir çerçevede, meselâ bir aile içinde söz konusu olabilirken, hayatın gizli alanı, sadece ferdi ilgilendirir ve ondan başkasının bu alana girebilmesi asla kabul edilemez; bu sebeple de dokunulmazdır¹⁴².

Bu bilgiler ışığında Bebek davası incelendiğinde, dava Adnan Menderes’in opera sanatçısı Ayhan Aydan’dan olan çocuğunu öldürttüğü iddiasıyla açılmış olsa da, davanın maddi gerçeğe ulaşmaktan ziyade Adnan Menderes’in evlilik dışı ilişkisine aleniyet kazandırarak onun şahsi itibarının zedelenmesi amacını taşıdığı söylenmelidir. Bu açıdan yargılamada özel hayatın gizliliği ve insan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesine aykırı davranılmıştır.

H. MASUMİYET KARİNESİ

Masumiyet karinesi ceza muhakemesinde sanığın haklarını koruma amacıyla benimsenmiş bir ilkedir¹⁴³. Buna göre; bir suç ile itham edilen herkes suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır ve o kimsenin masum olduğu kabul edilir¹⁴⁴. Bu ilkeyle herkes, hakkında verilecek

Armağanı, 265-296, **Öztekın Tosun**, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK’nın 50 yılı ve Geleceği*, (1977) 371 vd., **Öztekın Tosun**, ‘Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme’, (1976) XLI(3-4) İÜHFİM, 83 vd.; **Ersan Şen**, ‘Gizli Dinleme ve Görüntüleme Fiillerinin Türk Hukuku’ndaki Yeri Üzerine Bir İnceleme’, (1993) 68(7-8-9) İstanbul Barosu Dergisi, 502 vd. Ayrıca bkz: **Müller, Hany**, Das Grundrecht des Fernmeldegeheimnisses – Artikel IO GG – Und die wesentlichen Ausnahmen, in; Jahrbuch der Deutschen Bunderpost, 30. Jahrgang 1979; Rohlff, **Dietwalt**, Der Grundrechtliche Schutz der Privatsphäre, Berlin, 1960, **Rüpke, Gieselher**, Der verfassungsrechtliche Schutz des Privatheit, 1976, **Klöhn, Wolfhard**, Der Schutz der Intimsphäre im Strafprozeß, Göttingen 1984; **Detlef Krauss**, Der Schutz der Intimsphäre im Strafprozeß in; Festschrift für Wilhelm, Gallas Berlin u.a 1973, von Meiss, Reinhard, W, Die persönliche Geheimsphäre und deren Schutz im prozessualen Verfahren. Diessenhofeu, 1975, 173.

141 Hayatın genel ve özel yanlarının birbirinden nasıl ayrılacağı ve özel hayat ile hayatın gizli alanının yekdiğerinden ayırdedilmesi konusunda Alman Anayasa Mahkemesi tarafından “kuşak teorisi = Sphaerentheorie” geliştirilmiştir. Buna göre, insan hayatının merkezinde her türlü devlet müdahalesine karşı korunmuş bulunan ve dokunulmaz olduğu kabul edilen bir çekirdek alan vardır. Bu çekirdek alan, ikinci bir kuşak alanla çevrilmiştir. Bu ikinci alan da devletin müdahalesine karşı korunmuştur. Ancak dokunulmaz değildir. Yani bu alan bakımından nisbi bir koruma söz konusudur. Nihayet insan hayatı bakımından bu ikinci alanı çevreleyen üçüncü bir kuşak alan daha vardır ki, burada herhangi bir koruma söz konusu değildir. Bkz: Şen, (n 137) 504 vd.

142 **Bahri Öztürk**, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu”, Adalet Bakanlığı Bilgi Bankası (<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/113.doc>); **Erdal Noyan**, Ceza Muhakemesi, (Adil Yayınevi 2005), 103-104.

143 **Kerim Çakır**, ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Gizliliğin İhlali Suçu ve Ceza Muhakemesi Hukuku İle İlişkisi’ 2012 18(1), MÜHFHAD 227, 233 vd.

144 **Gözübüyük/Gölcüklü**, (n 120) 297, Ayrıca bu konu hakkında bkz: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı (Minelle/İsviçre 05.03.1983, A. 62-30).

kesin hükme kadar suçlu muamelesi göremez ve lekelenmeme hakkından faydalanır. Bu süreçte etkin rol oynayan hakim, savcı ve adli kolluk görevlilerinin yargılanacak veya yargılanmakta olan kimselere saygı göstermesi ve onların lekelenmeme haklarını ihlal etmemesi gerekir¹⁴⁵.

Soruşturma evresi yürütülürken alınan ifadeler ve dosyaya girecek olan her türlü delil basın yayın organlarına servis edilmemeli ve bu kimse hakkında henüz bir karar verilmediği unutulmamalıdır. Tıpkı adil yargılanma hakkında olduğu gibi masumiyet ilkesinde de temel hedef sanık hakkında hüküm verilinceye dek sanığın lekelenmemesi ve masum sayılmasıdır.

Sanığın yasal olarak suçluluğu sabit olmadan ve özellikle de savunma hakkını kullanma fırsatını bulamadan verilen bir yargı kararında suçlu olduğuna ilişkin bir kanaat yansıtılırsa, masumiyet karinesi ihlal edilmiş demektir¹⁴⁶.

Yapılan tüm muhakeme işlemlerinde yargılama ve iddia makamı öncelikle şüpheli veya sanığın masum olduğundan yola çıkarak hareket ederse, hukuka olan güven artar ve maddî gerçeğin ortaya çıkarılması kolaylaşır¹⁴⁷.

Suçsuzluk karinesi, beraat kararı verildiği hallerde sanığın suçu işleyip işlemediği hususunun şüpheli bırakılmasını da engeller. Suçluluğun yeterince ispat edilemediği hallerde “delil yetersizliğinden beraat” kararı yerine “faile isnat edilen fiilin fail tarafından işlendiğinin sabit olmadığı” gerekçesiyle beraat kararı verilmelidir¹⁴⁸.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6 ncı maddesinin ikinci bendinde de; “*Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır*” denilmektedir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından hazırlanan ve Birleşmiş milletler Genel Kurulunca 10 Aralık 1948 tarihli oturumda kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 11 inci maddesinde de masumiyet karinesine yer verilmiştir.

Belirtelim ki, soruşturma veya kovuşturmayla ilişkin yapılan basın açıklamaları ve sanığın kimliğinin açıklanması kişilik haklarının zedelenmesine sebebiyet verir¹⁴⁹.

Bu bilgiler ışığında Yassıada yargılamaları incelendiğinde yargılamalarda masumiyet karinesinin hiçe sayıldığı, daha yargılamaların başından itibaren sanıkların suçlu olduklarının kabul edildiği görülmektedir. Bunun en önemli göstergelerinden biri de daha yargılamalar başlamadan ölüm cezası verilmek istenen bir kısım sanıkların yaşlarının göz önünde bulundurulması, ölüm cezasının 65 yaş üstü kişiler bakımından uygulanamayacağına dair hükmün yürürlükten kaldırılması ve bu değişikliğin geçmişe uygulanacağına ilişkin kanuna hüküm konulmuş olmasıdır.

145 Deweer-Belçika kararı. Karar ve ayrıntılı bilgi için bkz: **M. Serhat Kaşıkara**, *Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye*, (Adalet Yayınevi 2009) 105.

146 **Gilles Dutertre**, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, (Avrupa Konseyi 2003), 181.

147 **Kaşıkara**, (n 144) 194.

148 **İlhan Üzülmaz**, ‘Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları’, (2005) (55) TBB Dergisi 41, 62.

149 **Haluk Çolak**, **Mustafa Taşkın**, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, (Seçkin Yayıncılık 2007), 780.

Muammer Aksoy'un Forum Dergisinde yayımlanan "En Büyük Tehlike: Yersiz Acıma Hissi" başlıklı yazısında yer alan şu cümleler, masumiyet karinesinin ne denli ortadan kalkmış olduğunun açık göstergesidir: "26 Mayıs günü bile bu zulüm makinesinin içinde yer alan, yani DP grubundan istifa etmemiş olan her milletvekilinin aleyhinde bir "suçluluk karinesi" mevcuttur. Yapılacak insaflı ve tarafsız bir muhakeme neticesinde suçsuzlukları meydana çıkıncaya kadar, DP grubuna dahil olan her mebusun, milletvekili yeminine ihanet etmiş ve hiç değilse Ceza Kanunu'nun 146. maddesindeki en ağır suçu işlemiş bir şahıs olarak kilit altında bulundurulması gerekir"¹⁵⁰.

Yine yargılamalar sürecinde çekilen ve sinemalarda gösterilen "Düşükler Yassıadada" filmi de, bir yandan Yassıada'da haksız olarak tutulan kişilerin haysiyetleriyle nasıl alay edildiğini göstermekte, diğer yandan daha yargılamalar bitmeden sanıkların nasıl suçlu ilan edildiklerini açıkça ortaya koymaktadır¹⁵¹.

Gerçekten Yassıada'da 14 Eylül günü gece vakti yargılananlar birden kaldırılmış, hemen giyinmeleri ve hazır olmaları istenmiştir. Bu hazırlık sadece bir film çekimi içindir. O günlerde halk arasında Yassıada'da bulunanların durumunun çok kötü olduğuna dair söylentilerin çıkmış olması sebebiyle askeri yönetim rahatsız olmuş ve hemen sinemalarda gösterilmek üzere bir film hazırlanmasını emretmiştir. Yassıada'da özgürlükleri haksız yere elinden alınan kişiler yeni geliyormuş gibi gece yarısı iskeleye götürülüp merdivenlerden yürütülmüşlerdir. Yassıada'da hayatın normal seyrettiğini göstermek için berberde, hastanede, koğuşlarda çekimler yapılmıştır. Fatin Rüştü Zorlu odasında kitap okuma taklidi yaptırılarak, Refik Koraltan kantinden alışveriş yaparken, Perihan Arıburun filmde hafif aksayarak da olsa yürürken, aylardır kamuoyunda görünmeyen Adnan Menderes kamera karşısında zorla yemek yedirilerek kayda alınmıştır¹⁵².

Düşükler Yassıada'da filmi hemen piyasaya sürülmüş ve sinemalarda gösterilmeye başlanmıştır. Bu filmde yapılan anonslarda suçlayıcı ifadeler kullanılmıştır. Örneğin, 'Vatan Cephesi başkumandanı Kemal Aygün', 'Barların haraçbaşısı Faruk Oktay', 'Üniversite gençliğinin amansız celladı Bumin Yamanoglu', 'İşte İstanbul'un kumar, eroin ve cinayet kolektif şirketi' gibi anonslar bunlardan bazılarıdır. Filmde Adnan Menderes'in zorla yemek yediği sahnede Menderes için 'poz vermeden edemez' anonsu yapılmıştır. Celal Bayar'ın görüntülerinde; 'Sofrasında kilosunu 1 liraya satılan siyah havyar bulunmamakla beraber Bayar iştahından bir şey kaybetmiş görünmemektedir' denilmiştir¹⁵³.

Bu film üzerine intihar girişiminde bulunan ancak son anda kurtarılan Celal Bayar, hastanedeki tedavisinden sonra; 'Bize, Yeşilçam oyuncularını gibi film çevirttiler. Revayı hak mıdır bu?' diye isyan etmiştir. Yassıada sakinleri aşağılayıcı bu filmde de anlaşılacağı üzere daha yargılamalar başlamadan mahkum edilmişlerdir¹⁵⁴.

150 Yazı için bkz. Doğru, (n 7) 30 vd.

151 Bkz. Mehmet Ali Birand, Demirkırat Belgeseli, 32. Gün Arşivi.

152 Bkz. Mehmet Ali Birand, Demirkırat Belgeseli, 32. Gün Arşivi .

153 Bkz. Mehmet Ali Birand, Demirkırat Belgeseli, 32. Gün Arşivi.

154 Bkz. Mehmet Ali Birand, Demirkırat Belgeseli, 32. Gün Arşivi.

SONUÇ

27 Mayıs 1960 askeri darbesiyle Türkiye Cumhuriyeti'nin meşru hükümet ve yöneticileri derdest edilmiş ve bir adaya kapatılmıştır. Milli Birlik komitesince Anayasa yürürlükten kaldırılmış ve bunun yerine 27 maddelik yeni bir Anayasa kabul edilmiştir. Yassıada'da Yüksek Adalet Divanı adında olağanüstü bir mahkeme kurulmuş, tabii hakim ilkesine aykırı olarak kurulan bu mahkemede Cumhurbaşkanı, hükümet ve TBMM üyeleri ile birçok kamu görevlisi yargılanmıştır. Belirli sanıklar hakkında, belirli bir davaya bakmak üzere kurulmuş ve hakim ve savcılar özel olarak seçilip görevlendirilmiş böyle bir mahkemenin bağımsız ve tarafsız olacağını düşünmek mümkün değildir. Nitekim yapılan yargılamalar boyunca da başta mahkeme başkanı olmak üzere mahkeme heyeti bağımsız ve tarafsız olmadığını göstermiştir.

Yargılamaların seyri ve verilen mahkumiyet kararları incelendiğinde görülmektedir ki, yapılan yargılamalarda ceza muhakemesi hukukunun ve ceza hukukunun temel ilkeleri hiçe sayılmıştır. Kanunsuz cezalar verilmiş, aleyhe hüküm getiren ceza kanunları geçmişe yürütülmüş, yasama sorumsuzluğu göz ardı edilerek milletvekilleri meclis çalışmalarında vermiş oldukları oylardan dolayı cezalandırılmıştır. Hukuk devleti ilkesine aykırı olarak sanıklar gayri insani şartlarda tutulmuş ve insan onuruna yaraşmayan muamelelere maruz bırakılmışlardır. Yargılamalar maddi gerçeğin araştırılması yerine sanıkları rencide etmek ve cezalandırmak için gerekli bir prosedür olarak yürütülmüştür. Adil yargılanma ilkesine uyulmamış, sanıklara meramlarını anlatma imkanı verilmemiştir. Birbiri ile ilgisi olmayan çok sayıdaki konuda davalar anayasal düzeni ihlal davası adı altında birleştirilerek sanıklara mümkün olan en ağır cezaların verilmesinin yolları araştırılmıştır.

Yassıada yargılamaları sürecinde asıl düşündürücü olan ise haksız, adalete aykırı yaptırım ve uygulamaların hakim ve savcılar eliyle yapılması, onların da akıl hocalığını devrin en tanınmış hukuk profesörlerinin yapmış olmasıdır. Özellikle döneminde Yargıtay üyeliği sıfatı olan hukukçuların, hukukçu olmanın onlara yüklediği vicdani sorumluluğu, hak ve adalet dağıtma yönündeki asli görevlerini unutarak bu tür cinayet mahkemelerinde görev kabul etmeleri üzücüdür. Bu vesileyle bu amaçla kurulan kurul ve mahkemelerde görev almayı reddeden mümtaz hukukçular Prof. Dr. Tahir Taner, Yargıtay Başkanı Dr. Recai Seçkin'i saygıyla anmamız gerekir.

Çalışma; genç nesillere özellikle de adalet dağıtma görevi yapan genç hukukçulara ve genç hukukçu adaylarına yakın tarihimizin bu hukuk cinayetleri hakkında bir nebze olsun bilgi vermek gayesiyle hazırlanmıştır.

27 Mayıs 1960 askeri darbesi ile yönetime elkoyan askeri Cuntanın yönetimi sivil idarecilere devretmesinden sonra Yassıada yargılamalarının meydana getirdiği hukuksuzluklar telafi edilmeye çalışılmış olsa da çok sayıda insan bu yargılamalar sırasında hastalanmış veya ölmüş, çok sayıda sanık hakkında idam cezası verilmiş, Adnan Menderes, Fatin Rüştü Zorlu ve Hasan Polatkan idam edilmişlerdir. Yassıada yargılamaları Türk yargı tarihinin en acı olaylarından biri olarak tarihimizde yerini almıştır.

KAYNAKÇA

- Aldıkaçtı O., *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1978).
- Altunkaş A.**, ‘Adil Yargılanma Hakkı – İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü Işığında’, (2007) (1) Maltepe Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi 59.
- Artuk M. E., Yılmaz E.**, ‘765 Sayılı TCK’nın 56’ncı Maddesinin Kaldırılması’, iç Emine Gürsoy Naskali, *Darağacındaki İstiklal Madalyası* (Lale Yayıncılık 2022).
- Artuk M. E., Gökçen A., Alşahin M. E. ve Çakır K.**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (15. Baskı Adalet Yayınevi 2020).
- Aydemir Ş. S.**, *Menderes’in Dramı*, (14. Basım Remzi Kitabevi 2013).
- Cihan E., ‘50. Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu’, (1984) L(1-4) İÜHFMD 133.
- Çakır K.**, ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Gizliliğin İhlali Suçu ve Ceza Muhakemesi Hukuku İle İlişkisi’ 2012 18(1), MÜHFHAD 227.
- Çelik A.**, *Adil Yargılanma Hakkı Rehberi*, (Anayasa Mahkemesi Yayınları 2014).
- Çolak H., Taşkın M.**, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, (Seçkin Yayıncılık 2007).
- Doğru O.**, 27 Mayıs Rejimi, (İmge 1998).
- Ebert U.**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (3. Auflage C.F. Müller 2001).
- Erdin S.**, ‘Yasaların Dili’, *Mecmua*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2008).
- Erem F., Danışman A. ve Artuk M. E.**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (14. Baskı Seçkin Yayınevi Ankara).
- Erman S.**, ‘Hakaret – Karşılıklı Tahkir – Teşrii Masuniyetin Hukuki Mahiyeti ve Şumulu’, (1951) XVII(1-2) İÜHFMD 455.
- Gökçen A., Balcı M., Alşahin M. E. ve Çakır K.**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (5. Baskı Adalet Yayınevi 2021).
- Gözübüyük A. Ş., Gölcüklü F.**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, (8. Baskı Turhan Kitabevi 2009).
- Ilıcak N.**, *15 Yıl Sonra 27 Mayıs Yargılanıyor*, C. I (Kervan Yayınları 1977).
- Ilıcak N.**, *15 Yıl Sonra 27 Mayıs Yargılanıyor*, C. II (Kervan Yayınları 1977).
- Kaşıkara M. S.**, *Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye*, (Adalet Yayınevi 2009).
- Karakehya H.**, *Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğin Tespiti*, (Savaş Yayınevi 2016).
- Naskali E. G.**, ‘Yassıada Anayasa Davasının Müdafası’, iç Emine Gürsoy Naskali, *Darağacındaki İstiklal Madalyası* (Lale Yayıncılık 2022).
- Ortaylı İ.**, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı* (Kronik 2015).
- Öztürk B.**, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılama Yükümlülüğü’, (2016) 15(1-2) İKÜHFD 413.
- Öztürk B., Tezcan D., Erdem M. R., Sırma Gezer Ö., Saygılar Kırıt Y. F., Alan Akcan E., Özaydın Ö., Erden Tütüncü E., Altınok Villemin D. ve Tok M. C.**, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (14. Baskı Seçkin Yayıncılık 2019).
- Sav A.**, ‘Adalet Tarihimize İlişkin Notlar’, (2007) 65(3) Ankara Barosu Dergisi 186.
- Seelmann K.**, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (2. Auflage Helbing Lichtenhahn Verlag 2005).
- Sungur H. H.**, *Anayasayı İhlal Suçları ve T.C.K. 146 cı Maddesi Hükümleri Sâkit İktidarın Sorumluluğu*, (İstanbul Matbaası 1961).
- Şentop M.**, ‘Bir Kanunun Tahlili: 7248 Sayılı Kanun nedir, ne değildir?’ (2020) (42), Yasama Dergisi 97.
- Taşyürek M.**, *Adnan Menderes*, (Anonim Yayıncılık 2009).

Topçu İ., Akılmak Topçu S., 'Adnan Menderes'in Yargılanması ve İdamı', (2017) (61) Akademik Bakış Dergisi 59.

Üzülmez İ., 'Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları', (2005) (55) TBB Dergisi 41.

Eseri Çoğaltma Hakkının Cezai Himayesi ve Şahsen Kullanma Meselesi

Criminal Protection of the Right to Reproduce Works and the Matter of Personal Use

Süleyman Emre Özdemir* 

ÖZ

Telif hakları ve bu hakların korunma seviyesi, ülkelerin gelişmişlik göstergeleri arasında yer almaktadır. Hukukumuzda, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)'nda, telif haklarının hukuki himayesinin yanı sıra cezai himayesi de öngörülmüştür. Öte yandan telif hakları, sahibine fikri çabalarının sonucu olarak ortaya çıkan çalışmaları için verilen bir ödüllendirme ve teşvik aracı olmanın yanı sıra toplumun da bu çalışmalardan fayda sağlamasına imkân veren, iki tarafın çıkarları arasında denge kurmayı amaçlayan bir sistem üzerine inşa edilmiştir. Dolayısıyla FSEK'te telif haklarını sınırlayan çeşitli hükümlere de yer verilmiştir. Bunlardan biri FSEK'in 38'inci maddesinde düzenlenen ve hukuka uygunluk sebebi teşkil eden *şahsen kullanmadır*. Şahsen kullanma esasen eser sahibinin çoğaltma hakkının sınırlandırılmasına ilişkin olup mali haklara tecavüz suçu ve özelinde eseri çoğaltma hakkının cezai himayesi bakımından durusiyet arz etmektedir. Çalışmamızda öncelikle eseri çoğaltma hakkının cezai himayesi üzerinde durulacak olup ardından bir hukuka uygunluk sebebi olarak şahsen kullanma meselesi incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Eser, Telif Hakları, Çoğaltma Hakkı, Eseri Çoğaltma Hakkının Cezai Himayesi, Şahsen Kullanma.

ABSTRACT

Copyrights and the level of protection of such rights are among the development indicators of countries. In Turkish law, Law No. 5846 on Intellectual and Artistic Works (FSEK) stipulates the legal protection as well as criminal protection of copyrights. On the other hand, copyrights are not only an instrument for awarding and encouraging the owner of such rights for their works arising out of their intellectual efforts but also a system that allows the society to benefit from such works, basically aiming to establish a balance between the interests of both parties. Therefore FSEK has various provisions restricting the copyrights. One of them is the personal use regulated in Article 38 of FSEK, which is considered a reason for compliance with the law. Personal use is actually related with restriction of the copyright owner's right to reproduce works, and it is in relation to the crime of violation of financial rights of the author, in particular, the criminal protection of the right to reproduce the work. This study will first focus on the criminal protection of the right to reproduce the work and then examine the issue of personal use as a reason for compliance with the law.

Keywords: Work, Copyrights, the Right to Reproduce Works, Criminal Protection of the Right to Reproduce Works, Personal Use.

* Dr. Öğr. Üyesi, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ORCID 0000-0003-0414-4610.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Süleyman Emre Özdemir

E-posta/E-mail: s.emreozdemir@gmail.com

GİRİŞ

Temel haklar arasında yer alan telif hakları, sahibinin fikir ve sanat eserleri üzerindeki mutlak haklarını ifade eder¹. Bu haklar sahibine, yasaklama da dahil inhisari yetkiler bahşeder². Telif haklarının ihlal edilmesi, hukuki ve hatta bazı durumlarda cezai sorumluluğu beraberinde getirir. Zira teknolojinin gelişmesiyle birlikte suiistimallerin kendini fikir ve sanat eserlerinde yoğun bir şekilde göstermesi ve hukuki himayenin yetersiz kalması, telif haklarının cezai himayesini de gerektirmiştir^{3 4}.

Telif haklarının himayesinin gerçek saiki, eser sahibinin maddi menfaatlerinin tecavüze uğraması veya böyle bir tehlikeye maruz kalmasının önlenmesidir⁵. Bu sebeple eser sahibinin mali hakları ve bunların cezai himayesi önem arz etmektedir. Hukukumuzda 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)'nin 20 ila 25'inci maddelerinde, uhdesinde çoğaltma hakkının da bulunduğu, eser sahibinin mali hakları düzenlenmiş; 71'inci maddesinde ise eser sahibinin mali haklarına tecavüz suçu ihdas edilmiştir.

Öte yandan fikir ve sanat eserleri, sadece sahibinin değil, aynı zamanda insanlığın ürünüdür⁶. Burada fikir ve sanat eserlerinden yararlanılması bakımından eser sahibinin menfaati ile toplumun ortak değerleri olan bilim, kültür ve sanatın geliştirilmesindeki menfaatinin çatışması söz konusudur⁷. Eser sahibinin haklarının sınırsız olması, bilimin, kültürün ve sanatın gelişmesini engelleyecektir. Bu sebeple eser sahibinin menfaati ile toplumun menfaati arasında bir denge kurulması ihtiyacı hasil olmuş ve eser üzerindeki mutlak haklar, toplumun o eserden faydalanabilmesi için asgari düzeyde sınırlandırılmıştır. Bu sınırlamalardan biri de FSEK'in 38'inci maddesinde düzenlenen “*şahsen kullanma*”dır. Şahsen kullanma esasen çoğaltma hakkının sınırlandırılmasına ilişkin olup eser sahibinin mali haklarına tecavüz suçu ve özelinde eseri çoğaltma hakkının cezai himayesi bakımından hususiyet arz etmektedir.

Çalışmamızda öncelikle eseri çoğaltma hakkının cezai himayesi üzerinde durulacak olup ardından bir hukuka uygunluk sebebi olarak şahsen kullanma meselesi incelenecektir.

- 1 Paul L.C. Torremans, 'Copyright (and Other Intellectual Property Rights) as a Human Right' in Paul L.C. Torremans (ed), *Intellectual Property Law and Human Rights* (3rd edn, Wolters Kluwer 2015) 225.
- 2 Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2012) 7.
- 3 Telif hakkının cezai himayesinin gerekliliği hususunda bkz. Geraldine Szott Moohr, 'The Crime of Copyright Infringement: An Inquiry Based on Morality, Harm, and Criminal Theory' 2003 83(4) Boston University Law Review 752 vd.
- 4 Hukukumuzun önemli bir parçası olan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması'nın 61 inci maddesinde taraf devletlere telif hakkına cezai himaye sağlanması hususunda yükümlülük getirilmiş ve cezai himayenin asgari ölçütleri belirlenmiştir. Detaylı bilgi için bkz. L.T.C. Harms, *A Casebook on the Enforcement of Intellectual Property Rights* (4th edn, WIPO 2018) 150, 153.
- 5 E. Hırş, *Fikri ve Sınai Haklar* (Ar Basımevi 1948) 191,192.
- 6 Zeki Hafizoğulları, 'Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi' 1999 48 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1.
- 7 Mustafa Ateş, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması* (Seçkin 2003) 238.

I. ESERİ ÇOĞALTMA HAKKININ CEZAİ HİMAYESİ

A. ESER VE ESER SAHİBİ

Telif hukukunun en temel kavramı eserdir. Eser, kelime olarak, “emek sonucu ortaya konan ürün, yapıt”, “iz, işaret, im” anlamlarına gelir⁸. FSEK’in 1/B maddesine göre ise eser, sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini ifade eder. Bu itibarla, FSEK bağlamında bir eserden söz edilebilmesi için onun fikri çaba barındırması, algılanabilir bir şekle bürünmesi, sahibinin hususiyetini yansıtması ve FSEK’te *numerus clausus ilkesi* uyarınca belirlenen eser türlerinden birine dahil olması gerekir⁹. Örneğin, romanlar, hikayeler, şiirler, dersler, mimari plan ve projeler, bilgisayar programları, müzik eserleri, heykeller, resimler, sinema eserleri, tercüme eser olarak değerlendirilebilir niteliktedir. Öte yandan FSEK’in 6’ncı maddesine göre, mevcut bir eserden faydalanılarak ve eser sahibinin haklarına zarar vermemek şartıyla oluşturulan ancak tamamıyla asıl eserden bağımsız olmamakla birlikte işleyen de hususiyetini taşıyan işlenmeler eser sayılır. Örneğin, tercüme; roman, hikâye, şiir ve tiyatro piyesi gibi eserlerden birinin bu nevilere bir başkasına çevrilmesi; müzik, güzel sanatlar, ilim ve edebiyat eserlerinin film haline getirilmesi; müzik aranjmanları işleme eserdir.

Bir eserin sahibi, onu meydana getirendir¹⁰. Bir işlenmenin sahibi ise asıl eser sahibinin hakları mahfuz kalmak şartıyla onu işleyendir. Sinema eserlerinde; yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı eserin birlikte sahibidir. Canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde, animatör de eserin birlikte sahipleri arasındadır (FSEK m. 8). Birden fazla kimselerin birlikte vücuda getirdikleri eserin kısımlara ayrılması mümkünse, bunlardan her biri vücuda getirdiği kısmın sahibi sayılır. Ancak eğer eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, eserin sahibi, onu vücuda getirenlerin birliğidir ve bu ihtimalde, birliğin adı şirket hakkındaki hükümler uygulanır. (FSEK m. 9, 10).

B. ESERİ ÇOĞALTMA HAKKI

Fikir ve sanat eserleri üzerinde, eser sahiplerinin, eserin meydana gelmesi ile birlikte kendiliğinden ortaya çıkan mali ve manevi hakları bulunur^{11 12}. Bunlar, bir bütün halinde telif haklarını oluşturur¹³.

8 <<https://sozluk.tdk.gov.tr>> Erişim Tarihi 23 Ocak 2022.

9 Tekinalp (n 2) 103.

10 Detaylı bilgi için bkz. Ateş (n 7) 77 vd.

11 Halil Arslanlı, *Fikri Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri* (Sulhi Garan 1954) 78; Abdullah Çelik, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma ve Yayma Haklarının İhlali - İhlalin Sonuçları* (Seçkin 2011) 26.

12 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 27’nci maddesinde “Herkesin meydana getirdiği, her türlü bilim, edebiyat veya sanat eserlerinden mütevellit manevi ve maddi menfaatlerin korunmasına hakkı vardır” denilmektedir.

13 Detaylı bilgi için bkz. Hayri Bozgeyik, ‘Telif Hukukunda Eğitim İstisnası’ 2015 1 (2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 24; R. Yılmaz Yazıcıoğlu, *Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’ndaki Suçlar* (On İki Levha 2009) 297.

Mali haklar eser sahibine, eserinden ekonomik yönden yararlanma, bunun şeklini tayin etme ve üçüncü kişilerin eserden haksız faydalanmalarına engel olma yetkilerini bahşeder¹⁴. Manevi haklar ise eser ile onu meydana getiren arasındaki şahsi ilişkiden kaynaklanan yetkililerdir¹⁵.

Eser sahibinin mali haklarından olan çoğaltma hakkı¹⁶, telif haklarının nüvesini teşkil etmektedir¹⁷. Zira fikir ve sanat eserleri hukukundan kaynaklanan diğer haklar, eserden sahibinin ekonomik yönden yararlanabilmesinin en eski, olağan ve yaygın yolu olan çoğaltma hakkından türemiştir¹⁸. Bunun en temel sebebi telif haklarının ilk olarak kitaplar üzerinde tanınmasıdır¹⁹. Uluslararası literatürde de telif haklarını ifade etmek üzere kullanılan “*copyright*” kelimesi eseri çoğaltma hakkına işaret etmektedir. Ancak kavram, zamanla genişlemiş ve başka manalar kazanmıştır²⁰.

Bir ürünün eser sayılabilmesi için onun çoğaltılabilir olması önemli değildir. Ancak eserin algılanabilir bir şekle bürünmesini müteakip toplumun ondan yararlanabilmesi için çoğaltılması bir gerekliliktir²¹. Böylece eser sahibi geniş kitlelere ulaşabilmekte ve buna paralel olarak eserinden ekonomik olarak faydalanabilmektedir. Bu itibarla, eseri çoğaltma hakkının, eserin çoğaltılmasıyla sağlanabilecek mali menfaatleri eser sahibi için saklı tutmak amacıyla tanındığı ifade edilmelidir²².

Hukukumuzda eseri çoğaltma hakkı ve çoğaltmanın muhtevası FSEK'in 22'nci maddesinde, “*Bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.*”

Eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması ya da eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi, her türlü ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması da çoğaltma sayılır. Aynı kural, kabartma ve delikli kalıplar hakkında da geçerlidir.

Çoğaltma hakkı, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsar” şeklinde tanzim edilmiştir.

14 İlhan Öztrak, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar* (2. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi 1977) 36; Arslan Kaya, ‘Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün Müdür?’ in Arslan Kaya, *Makalelerim - I -* (Beta 2012) 360; Tekinalp (n 2) 180; Ateş (n 7) 156,157.

15 Nüşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri* (Sevinç Matbaası 1972) 109, 110.

16 Öztrak (n 14) 54; Kaya (n 14) 360; Ateş (n 7) 162.

17 Hirş (n 5) 197.

18 Tekinalp, (n 2) 184. Ayrıca bkz. Yazıcıoğlu (n 13) 327.

19 Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin 2019) 41.

20 Tekinalp (n 2) 184; Yazıcıoğlu (n 13) 300.

21 Levent Yavuz, Türkay Alica ve Fethi Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, Cilt - I - (2. Baskı Seçkin) 817.

22 Ayiter (n 15) 125.

C. ESERİ ÇOĞALTMA HAKKININ CEZAI HİMAYESİ

Çoğaltma hakkına tecavüz, eser sahibinin ciddi ekonomik kayıplara uğramasına yol açmakta²³ ve alana ilişkin gelişmeleri engellemektedir. Bu sebeple hukukumuzda, eseri çoğaltma hakkının cezai himayesi öngörülmüş ve fakat müstakil bir ceza normu ihdas edilmemiştir. FSEK'in 71'inci maddesinde düzenlenen mali haklara tecavüz suçu ile eser sahibinin çoğaltma, işleme, yayma, temsil ve umuma iletim hakları bir bütün halinde cezai himaye altına alınmıştır^{24 25}.

FSEK'in 71'inci maddesinin 1'inci fıkrasının 1'inci bendinde, hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın bir eseri “çoğaltma”, “işleme”, “temsil etme”, “dağıtma”, “her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletmeye”; hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri “satışa arz etme”, “satma”, “kiralama veya ödünç verme suretiyle ya da sair şekilde yayma”, “ticari amaçla satın alma”, “ithal veya ihraç etme” ve “kişisel amaç dışında elinde bulundurma ya da depolama” fiillerinin mali haklara tecavüz suçuna sebebiyet verdiği kabul edilmiştir. Bu itibarla, hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın bir eseri çoğaltma, mali haklara tecavüz suçunun seçimlik hareketi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çoğaltma, kelime olarak “bir sanat eserinin aslına uygun olarak yapılan taklidi, reproduksiyon” anlamına gelmektedir²⁶. Telif hukuku bağlamında ise çoğaltma, bir eserin aslına ihtiyaç duyulmadan ondan yararlanma olanağını sağlayacak tespitlerinin, herhangi bir maddi araç yardımı ile meydana getirilmesidir^{27 28}.

Çoğaltmada ehemmiyet arz eden husus eserin sabit bir cisim veya madde üzerine tespit edilerek sonraki kullanımlar için elverişli hale getirilmesi olup²⁹ bunun nasıl yapıldığı önemli değildir³⁰. Özellikle bilim ve teknik alanındaki gelişmeler farklı çoğaltma metotlarını ortaya çıkarmıştır. Bu

23 Geoffrey S. Kerckmar, ‘Computer Software & Copyright Law: The Growth of Intellectual Property Rights in Germany’ 1997 15 (3) Penn State International Law Review (Dickinson Journal of International Law) 576.

24 FSEK'in 71'inci maddesinde mali haklara tecavüz, manevi haklara tecavüz ve bağlantılı haklara tecavüz suçları birlikte düzenlenmiştir. Esasen bunlar, değişik hukuki değerleri koruyan farklı suç tipleridir. Bkz. Murat Volkan Dülger, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku* (Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin 2020) 539, 540; H. Selcen Turan, *Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi* (Seçkin 2012) 139, 140. Ancak kanun koyucu bütüncü bir yaklaşımla bu suç tiplerini aynı maddede düzenlemiştir. Detaylı bilgi ve eleştiri için bkz. Yazıcıoğlu (n 13) 165 vd.

25 2008 tarihli 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile FSEK'in 71'inci maddesinde yer alan “manevi haklara tecavüz suçu”; 72'nci maddesinde yer alan “mali haklara tecavüz suçu” ve 80'inci maddesinde yer alan “bağlantılı haklara tecavüz suçu” bir bütün halinde FSEK'in 71'inci maddesinde tekrar düzenlenmiştir.

26 <https://sozluk.tdk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 23.01.2022.

27 Öztrak (n 14) 56, 57; Ateş (n 7) 164; Yavuz, Alıca ve Merdivan (n 21) 818; Yazıcıoğlu (n 13) 323. Krş. Ayiter (n 15) 124; Çelik (n 11) 31.

28 “Sanığın işlettiği Üniversite Fotokopi isimli iş yerinde yapılan aramada ele geçirilen hard disk içerisinde bilirkişi raporuna göre çoğaltılmaya hazır eserler tespit edilmiş olup, sanığın üzerine atılı eylemin 5846 sayılı Kanun'un 71/1. maddesinde tanımlanan manevi, mali ve bağlantılı haklara tecavüz suçunu oluşturduğu gözetilerek mahkumiyeti yerine suçtan kurtulmaya yönelik savunmasına itibar edilerek yerinde görülmeyen gerekçeyle yazılı şekilde beraat kararı verilmesi” Yargıtay 19 CD, E 2016/4753 K 2020/8635, 25.06.2020.

29 Ateş (n 7) 164; Arzu Genç Arıdemir, *Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları* (Vedat Kitapçılık 2003) 58, 59.

30 Yavuz, Alıca ve Merdivan (n 21) 823.

doğrultuda, FSEK'in 22'nci maddesinin 2'nci fıkrasında, eserin “*bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca*” kaydedilmesi çoğaltma sayılacağı açıkça ifade edilmiştir. Örneğin, ilk zamanlarda bir kitabı çoğaltmak sadece elle yazmak suretiyle mümkünken, günümüzde bu fiili gerçekleştirmek için matbaa, fotokopi makinesi, tarayıcı, bilgisayar, cep telefonu ve çeşitli yazılım veya internet teknolojileri kullanılabilir.

Çoğaltma fiilinin gerçekleşebilmesi için cisim üzerine tek bir tespitin yapılması yeterlidir. Ayrıca eser, aslından kopyalanabileceği gibi nüshalarından da tespit edilebilir. Çoğaltma için tespitin doğrudan veya dolaylı yapılması ya da sürekli veya geçici olması önem arz etmez. Bu itibarla, bir müzik eserinin tespit edilmiş olduğu taşınabilir bellekten başka bir taşınabilir belleğe kaydedilmesi ile çevrimiçi icra edilen müzik eserin telefona yahut bilgisayara kaydedilmesi çoğaltma kapsamındadır. Keza, çoğaltma bakımından bir programın internetten bilgisayarın belleğine indirilmesi ile bilgisayarın RAM (random access memory) belleğine geçici olarak kaydedilmesi arasında da fark bulunmamaktadır.

Eserin kısmen tespit edilmesi çoğaltma fiilinin gerçekleşmesi için yeterlidir. Başka bir anlatımla, çoğaltmadan söz edilebilmesi, eserin tamamen kopyalanmasını gerektirmez. Örneğin, kitabının tamamının fotokopisinin çekilmesi de sadece bir bölümünün tarayıcı kullanılarak elektronik ortama aktarılması da cezai sorumluluğu beraberinde getirir.

Çoğaltma, eserin niteliğine göre farklı yöntem ve materyallerle gerçekleştirilebilir. Örneğin, mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin fotoğraf ya da fotokopisinin çekilmesi çoğaltma olduğu gibi³¹ bunların uygulanması da çoğaltmadır (FSEK m. 22/2). Keza bilgisayar programlarının çoğaltılması, daimî veya geçici olarak, herhangi bir araçla veya herhangi bir ortamda, yükleme, görüntüleme, çalıştırma, iletme veya depolama gibi fiillerle mümkündür³².

Eseri çoğaltma fiilinin hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın gerçekleştirilmesi gerekir. Bu husus FSEK'in 71'inci maddesinin 1'inci fıkrasının 1'inci bendinde açıkça belirtilmiştir. Suç tipinde fiilin, ilgilinin rızası olmaksızın işlenmesi cezalandırılmışsa, bu tür suçlarda ilgilinin rızası tipikliği kaldıran bir etkiye sahiptir³³. Mali haklara tecavüz suçunda da rıza hukuka aykırılığı değil, tipikliği ortadan kaldırmaktadır³⁴.

Hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın eseri çoğaltma ancak kasten işlenebilir. Zira FSEK'te bu fiilin taksirle işlenebileceğine yönelik bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, eseri çoğaltma, sadece doğrudan kastla işlenebilir, zira suç tipinde hukuka aykırılık unsuruna açıkça işaret edilmiştir³⁵. Başka bir görüşe göre ise eseri çoğaltma, hem doğrudan kast hem de olası kastla

31 Genç Arıdemir (n 29) 68; Çelik (n 11) 99.

32 Ateş (n 7) 387; Çelik (n 11) 101.

33 Tipikliği kaldıran rıza konusunda detaylı bilgi için bkz. Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Baskı Adalet 2021) 551, 552; Muhammed Demirel, 'Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza' 2020 78 (3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1472.

34 Turan (n 24) 199, 200; Alp Kocaoğlu, *Telif Haklarının İhlali Suçları (FSEK md. 71)* (Seçkin 2021) 158. Aksi görüş için bkz. Yazıcıoğlu (n 13) 355; Dülger (n 24) 552, 553.

35 Yazıcıoğlu (n 13) 354.

gerçekleştirilebilir³⁶. Kanaatimizce hak sahibi kişilerin yazılı izninin olmaması tipikliğin bir unsuru olduğundan failin bu husustaki bilgisi tam ve kesin olmalıdır. Bu itibarla, çoğaltma fiili yönünden mali haklara tecavüz suçunun olası kastla işlenmesi mümkün gözükmemektedir.

FSEK'in 71'inci maddesinin 1'inci fıkrasının 1'inci bendine göre, mali haklara tecavüz suçunu işleyen, konu itibarıyla eser sahibinin çoğaltma hakkını ihlal eden kimse hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükümlenir.

Nihayet belirtmek isteriz ki mali haklara tecavüz suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabidir. Dolayısıyla çoğaltma fiili sebebiyle soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi ancak eser sahibinin veya ilgili kişilerin bu hususta yetkili makamlara başvurusuna bağlıdır (FSEK m. 75).

II. ŞAHSEN KULLANMA MESELESİ

A. ŞAHSEN KULLANMANIN ESASI

Dünya genelinde telif hakları çeşitli sınırlamalara tabi kılınmıştır³⁷. Bu sınırlamalar genellikle telif hakkı sahibinin izni olmaksızın, üçüncü kişilerin eserden ücretsiz bir şekilde faydalanmalarına imkân tanımaktadır³⁸. Böylece eser sahibinin menfaati ile toplumun o eserden faydalanabilmesi arasında bir denge sağlanmış olmaktadır³⁹.

Telif hakkını sınırlandıran hallerden biri şahsen kullanmadır^{40, 41}. Şahsen kullanma, fikir ve sanat eserlerinin ticari amaç güdülmeksizin kişisel ihtiyaçlar ölçüsünde tespitinin yapılmasıdır⁴². Eseri çoğaltma hakkının istisnası olan bu sınırlama, fikir ve sanat eserlerinin insanlığın ürünü olmasının bir gereğidir⁴³. Bu itibarla, her ne kadar eseri çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine ait olsa da şahsen kullanma halinde eseri çoğaltma hakkına tecavüz edildiği ve suç teşkil eden bir fiilin

36 Turan (n 24) 195, 196; Kocaoğlu (n 34) 214, 215.

37 Rami M. Olwan, *Intellectual Property and Development* (Springer 2013) 228; Reto M. Hilty ve Sylvie Nèrison, *Overview of national reports about "Balancing Copyright"* (Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 12-05) 1, 2. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS)'nin 13'üncü maddesinde "Üyeler münhasır haklara getirilecek sınırlamaları veya istisnaları eserden normal olarak yararlanma durumu ile çelişmeyen ve hak sahiplerinin meşru menfaatlerine makul ölçüler dışında zarar veren belirli özel hallerle kısıtlayacaktır" denilmektedir.

38 Olwan (n 37) 228.

39 Harms (n 4) 10.

40 Hirş (n 5) 200; Arslanlı (n 11) 145; Ayiter (n 15) 161; Olwan (n 37) 228; Thomas Dreier, Gernot Schulze ve Louisa Specht, *Urheberrechtsgesetz: Verwertungsgesellschaftengesetz, Kunsturhebergesetz Kommentar* (6. Auflage, C. H. Beck 2018) 1029; Frances Grodzinsky ve Maria C. Bottis, 'Private Use as Fair Use: Is it Fair?' 2007 37 (2) SIGCAS Computers and Society 12.

41 Doktrinde şahsen kullanmanın Amerikan hukukunda yer alan "fair use (adil kullanma)" kavramı ile ifade edildiği de görülmektedir. Bkz. Önder Bayrak, *Uygulamada Fikri, Sınai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Suçları* (Seçkin 2019) 350; İlhami Güneş, *Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Seçkin 2021) 262. Ancak adil kullanma, şahsen kullanmayı uhdesinde barındıran üst bir kavramdır. Bkz. Grodzinsky ve Bottis (n 40) 12; Harms (n 4) 67.

42 Tekinalp (n 2) 206; Ateş (n 7) 359.

43 Hafizoğulları (n 6) 1; Ayiter (n 15) 161.

bulunduğu söylenemez. Zira böyle bir durumda hukuka aykırılık ortadan kalmakta ve fiil hukukun meşru saydığı bir hareket haline gelmektedir. Başka bir anlatımla, üçüncü kişilerin sahibinin izni olmaksızın eseri kişisel mülahazalarla çoğaltması bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmektedir⁴⁴.

Hukukumuzda şahsen kullanma, FSEK'in 38'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, "*Bütün fikir ve sanat eserlerinin, kâr amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılması mümkündür. Ancak, bu çoğaltma hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar veremez ya da eserden normal yararlanmaya aykırı olamaz*" şeklinde ifade edilmiştir⁴⁵. Buna göre somut olayda şahsen kullanma hukuka uygunluk sebebinin varlığından bahsedebilmek için çoğaltmanın; "*şahsen kullanmaya mahsus olarak yapılması*", "*kâr amacı güdülmeksizin gerçekleştirilmesi*", "*eser sahibinin meşru menfaatlerine zarar vermemesi*" ve "*eserden normal yararlanmaya aykırı olmaması*" gerekir.

Çoğaltmanın şahsen kullanmaya mahsus olarak yapılması ile kastedilenin ne olduğu FSEK'in 38'inci maddesinde açık bir şekilde gösterilmemiştir. Doktrinde ise şahsen kullanmanın dar veya geniş olarak yorumlanabileceği ifade edilmektedir⁴⁶. Dar anlamda şahsen kullanma, çoğaltmanın sadece fiili gerçekleştiren kişinin ihtiyaçları kapsamında ya da en fazla onun aile, akraba ve arkadaş gibi dar çevresinde değerlendirilmek üzere yapılmasıdır⁴⁷. Buna ek olarak eserin aralarında çok yakın ilişki bulunmayan kişilerin oluşturduğu daha geniş bir çevrede kullanılmak üzere çoğaltılması da geniş anlamda şahsen kullanmadır⁴⁸.

Şahsen kullanmanın geniş yorumlanması eser sahibinin, dar yorumlanması ise toplumun menfaatlerini zedeler. Bu sebeple şahsen kullanma mefhumunun içeriği belirlenirken her iki tarafın da yararı gözetilmelidir. Ancak değerlendirme yapılırken telif hukukunun temelinde yer alan fikrin eser sahibine, eserinden yararlanma karşılığında ivaz verilmesi olduğu unutulmamalı ve şahsen kullanma eser sahibinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde geniş anlamda tespit edilmemelidir⁴⁹. Bu itibarla kanaatimizce şahsen kullanma, kişinin kendisi ile makul bir ölçüde aile, arkadaş ve iş çevresi gibi yakın ve şahsi bir muhitin ihtiyaçları bağlamında geçerli olmalıdır⁵⁰. Örneğin kişinin satın aldığı bir müzik eserini yakın arkadaşlarına göndermesi şahsen kullanma sınırları dahilindedir⁵¹. Keza bir yönetim kurulu üyesinin şirketin faaliyet alanına ilişkin bir konuda yayımlanan makaleyi yönetim kurulu başkanına elektronik olarak iletmesi meşrudur⁵². Buna karşılık şirketin faaliyet alanına

44 Hafizoğulları (n 6) 10; Turan (n 24) 207; Kocaoğlu (n 34) 217, 218; Bayrak (n 41) 350.

45 Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi Bern Sözleşmesi'nin 9'uncu maddesinin 2'inci fıkrasında şahsen kullanma, "*Bu eserlerin, eser sahibinin yasal çıkarlarına zarar vermemek ve eserin normal kullanımına engel olmamak kaydıyla, bazı özel durumlarda çoğaltılmasına verilecek izin, Birlik ülkelerinin mevzuatı ile düzenlenecektir*" şeklinde düzenlenmiştir.

46 Arslanlı (n 11) 145; Ayiter (n 15) 161, 162; Genç Arıdemir (n 29) 145.

47 Fransız hukukunda şahsen kullanma çok dar yorumlanmakta ve sadece çoğaltan kişinin eseri bizzat kullanması olarak değerlendirilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Ateş (n 7) 368.

48 Ateş (n 7) 363, 365; Çelik (n 11) 159.

49 Arslanlı (n 11) 146; Ayiter (n 15) 162; Ateş (n 7) 368.

50 Tekinalp (n 2) 207, 208; Kaya (n 14) 365.

51 Tekin Memiş, *Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu* (Seçkin 2002) 119.

52 Krş. Tekinalp (n 2) 207; Suluk, Karasu ve Nal (n 19) 109; Yavuz, Ahca ve Merdivan (n 21) 1337.

giren bir konuda yayımlanan makalenin çoğaltılarak tüm çalışanlara gönderilmesi şahsen kullanma bağlamında değerlendirilemez⁵³.

Şahsen kullanmanın bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilebilmesi çoğaltmanın kâr amacı güdülmeksizin gerçekleştirilmiş olmasına bağlıdır. Kâr amacı güdülmesi, eserden satış veya kiralama yöntemi ile menfaat temin edilmesi veya giderden kaçınılması suretiyle ortaya çıkabilir⁵⁴. Örneğin, bir makalenin satışa sunulmak üzere fotokopisinin çekilmesi veya derste tutulan notların ticaretinin yapılması durumlarında şahsen kullanmadan söz edilemez. Keza bir üniversitenin bulunduğu ili tanıtmak amacıyla yeni gelen öğrencilere o ile ilişkin bir gezi kitabının fotokopisini dağıtması giderden kaçınma teşkil edeceğinden şahsen kullananın şartları gerçekleşmiş olmaz⁵⁵.

Şahsen kullanma, eser sahibinin meşru menfaatlerine zarar vermemeli, haklı bir sebebe dayanmalıdır⁵⁶. FSEK'te her izinsiz kopyalamanın eser sahibine zarar verdiği düşüncesinden hareket edilmiş ve haklı bir sebebin varlığı halinde eser sahibinin zararı kabullenmesi uygun görülmüştür⁵⁷. Örneğin eserin eğitim ve öğretim amacıyla çoğaltılması haklı sebeptir ve diğer şartların da varlığı halinde eser sahibi buna katlanmalıdır. Bununla birlikte doktrinde, mesleki ve işletme faaliyetleri amacıyla yapılan çoğaltmaların haklı bir sebep olarak değerlendirilmemesi gerektiği belirtilmektedir⁵⁸.

Şahsen kullanmadan söz edilebilmesi için çoğaltmanın eserden normal yararlanmaya aykırı olmaması gerekir. Eserden normali aşan yararlanma söz konusu olduğu hallerde çoğaltmanın haklı bir sebebe dayandığı da söylenemez⁵⁹. Örneğin, bir ressama ait resmin çoğaltılarak odaya asılması halinde normal yararlanma mevcut iken resmin işyerindeki tüm bilgisayarın arka plan görseli olarak kullanılması normali aşan yararlanmadır.

Şahsen kullanmaya mahsus bir çoğaltma ancak sınırlı sayıda olabilir⁶⁰. Yapılan tespitlerin ihtiyacın üzerinde olması, eser sahibinin hakkının ihlali edildiğini gösterir. Şahsen kullanmadan söz edilebilmesi için kural olarak eserin bir adet tespiti yapılmalıdır⁶¹. Ancak şahsen kullanmanın yakın ve şahsi muhitinin ihtiyaçlarını gidermeyi de kapsamına alması sebebiyle tespit sayısını bir adet ile sınırlamak her zaman doğru olmaz⁶². Dolayısıyla yakın ve şahsi muhitin ihtiyaçlarını aşacak ölçüde yapılacak tespit normali aşan yararlanma olarak değerlendirilmelidir. Örneğin, on kişinin aldığı bir lisansüstü ders için bir makalenin çoğaltma yoluyla otuz adet tespitinin yapılması normal yararlanma olarak kabul edilemez.

53 Tekinalp (n 2) 207, 208.

54 Kaya (n 14) 367; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 21) 1338; Çelik (n 11) 160.

55 Benzer bir şekilde satış fiyatı ile fotokopi maliyeti birbirine yakın olan bir kitabı daha ucuza temin edebilmek için fotokopisini çeken kişi giderden kaçındığı için şahsen kullanma hukuka uygunluk sebebinden faydalanamaz.

56 Çelik (n 11) 161.

57 Tekinalp (n 2) 206.

58 ibid 207; Çelik (n 11) 161.

59 Tekinalp (n 2) 207.

60 Arslanlı (n 11) 147.

61 Tekinalp (n 2) 206.

62 Alman hukuk uygulamasında çoğaltma sayısının üst sınırı yedi olarak belirlenmiştir. Ancak Alman doktrininde bu şekilde kesin bir sayı verilmemektedir. Detaylı bilgi için bkz. Memiş (n 51) 76.

Öte yandan, normal yararlanma sadece tespit sayısı ile ilgili olmayıp çoğaltmanın içeriğini de dikkate alır⁶³. Başka bir anlatımla, şahsen kullanma eserden gereksinim duyulan ölçüde çoğaltma yapılmasını meşru kılar. Örneğin, hapis cezası konusunda kaynak toplayan bir akademisyenin ceza hukuku genel hükümler kitaplarının tamamını kopyalaması yahut taraması normal aşan yararlanma niteliği taşır. Burada kural olarak yapılması gereken ceza hukuku genel hükümler kitaplarının sadece ilgili kısımlarının çoğaltılmasıdır. Ancak baskısı tükenmiş ve piyasada bulunamayan bir kitabın tamamının şahsen kullanma amacıyla çoğaltılması da kanaatimizce meşru kabul edilmelidir⁶⁴.

Eseri çoğaltma işlemini yapan kişi ve çoğaltmada kullanılan teknikler şahsen kullanma hukuka uygunluk sebebinden faydalanmayı etkilemez⁶⁵. Örneğin kişinin çalışmasında kullanacağı eserin fotokopisini kendisi çekebileceği gibi ücret karşılığında bu işi meslek haline getiren kimselere de yaptırabilir. Ancak bu işi meslek edinenler, müşterinin siparişi üzerine ve onun ihtiyaç duyduğu sayı ile sınırlı olmak üzere çoğaltma işlemini gerçekleştirebilir⁶⁶. Aksi halde şahsen kullanmanın şartlarının gerçekleştiği söylenemez. Örneğin bir öğrencinin derste aldığı ses kaydını arkadaşına vermek için yazıya döktürmesi hukuka uygundur. Fakat bu işi meslek edinen kişilerce veya öğrenci tarafından ses kaydının yazıya dökülüp diğer öğrencilere satılmak üzere hazır bulundurulması mali haklara tecavüz suçunu gündeme getirir.

Dürüstlük kuralının yansımaları olan şahsen kullanmanın eser sahibinin meşru menfaatlerine zarar vermemesi ve eserden normal yararlanmaya aykırı olmaması şartlarının FSEK'in 38'inci maddesinde açıkça zikredilmesinin amacı çoğaltma fiilinin asıl hak sahibinin menfaatlerini ihlal etmeyecek şekilde kullanılması için üçüncü kişileri uyarmaktır⁶⁷. Burada dikkate alınması gereken şahsen kullanmanın hak sahibine sağladığı menfaat ile başkalarına verdiği zarar arasında aşırı bir orantısızlık bulunup bulunmadığıdır⁶⁸. Dolayısıyla hangi durumlarda eser sahibinin meşru menfaatlerine zarar verildiği veya eserden normali aşacak şekilde yararlanıldığı her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

63 Ateş (n 7) 370; Çelik (n 11) 162, 163.

64 Alman Telif ve Bağlantılı Haklar Kanunu (UrhG)'nun 53'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının 4'üncü bendinde en az iki yıldır baskısı bulunmayan eserlerin şahsen kullanma amacıyla çoğaltılabileceği hüküm altına alınmıştır.

65 Doktrinde *Ayiter*, şahsen kullanmanın fotokopi makinelerine teşmil edilecek şekilde uygulanmaması gerektiği görüşündedir. Bkz. *Ayiter* (n 15) 163.

66 Ateş (n 7) 377.

67 ibid 369.

68 Amerika Birleşik Devletleri Telif Hakkı Kanunu'nun "*fair use* (adil kullanma)" başlıklı 107'inci maddesi konu itibarıyla önem arz etmektedir. Hükme göre, adil kullanmadan söz edilebilmesinde, "*kullanımın amacı ve niteliği (örneğin ticari mahiyet arz etmeyen veya kâr amacı gütmeyen)*", "*eserin özellikleri*", "*yararlanmanın bir bütün olarak miktarı ve önemi*" ve "*söz konusu kullanımın telif hakkı konusu olan eserin potansiyel pazarı ve değeri üzerinde etkisi*" dikkate alınmalıdır. Bu hükümden hareketle ülkemiz bazı kütüphanelerinde Amerika Birleşik Devletleri'nde bulunan bazı kütüphanelerde uygulanan bir eserin yüzde onunun ya da on veya daha fazla bölümlü kitapların bir bölümünün çoğaltılmasına müsaade edildiği, çoğaltma işini meslek haline getirenlerin ise yine bu kurala uymasının beklendiği görülmektedir. Ancak kanaatimizce şahsen kullanma bağlamında böyle bir genel geçer kural konulması doğru değildir ve her somut olayda şahsen kullanmanın gerçekleşip gerçekleşmediği ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bkz. <<https://library.ku.edu.tr/hizmetler/acik-erisim-akademik-iletisim/telif-hakki-ve-adil-kullanim>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2022; <<http://www.kutuphane.itu.edu.tr/en/services/copyright-fair-use>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2022.

B. BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ ŞAHSEN KULLANMAYA MAHSUS ÇOĞALTILMASI

Yoğun mesai ve ciddi maliyetlerle ortaya çıkarılan bilgisayar programları çeşitli yöntemlerle kolaylıkla çoğaltılabilir. Özellikle diğer eser türlerine göre kısa sürede ve cüzi bir maliyetle çoğaltılabilen yazılımlar üzerindeki korsanlığın denetimi de oldukça güçtür⁶⁹. Bu sebeple kanun koyucu bilgisayar programlarının şahsen kullanılması hususunda ayrıntılı düzenlemeler yaparak konuyu ferdileştirmiştir⁷⁰. Bu doğrultuda, FSEK'in 38'inci maddesinin 3 ila 8'inci maddeleri arasında bilgisayar programlarına yönelik hükümler sevk edilmiş ve bilgisayar programları üzerinde "genel çoğaltma serbestisi", "yükleme, çalıştırma ve düzeltme serbestisi", "yedekleme kopyası serbestisi" ve nihayet "ayrıştırma serbesti" kabul edilmiştir⁷¹.

Bilgisayar programlarının şahsi kullanım amacıyla çoğaltılabilmesi, öncelikle onun hukuki yollardan elde edilmiş olmasına bağlıdır⁷². Dolayısıyla yazılım, bir işlemle veya halefiyet yoluyla ya da kanun gereği iktisap edilmiş olmalıdır. Aksi halde bilgisayar programlarının şahsen kullanılmasından söz edilemez⁷³.

Genel çoğaltma serbestisi, kişinin hukuka uygun bir şekilde iktisap ettiği bilgisayar programını, sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, hata düzeltme dâhil, yazılımın düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumlarda çoğaltmasıdır⁷⁴. Genel çoğaltma serbestisine, ağırlıklı olarak icra takibi yapan avukatın, işlemleri kolaylaştırma için satın aldığı yazılımı, sözleşmede aksine bir hüküm bulunmaması kaydıyla ofisindeki tüm bilgisayarlara yüklemesi örnek olarak gösterilebilir.

FSEK'in 22'nci maddesinin son fıkrasına göre, çoğaltma hakkı, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsar. Dolayısıyla burada zikredilen fiillerin icra edilebilmesi eser sahibinin iznine tabidir. Ancak FSEK'in 38'inci maddesinin 4'üncü fıkrasının 1'inci cümlesinde⁷⁵ hüküm altına alınan yükleme, çalıştırma ve düzeltme serbestisi, FSEK'in 22'nci maddesinin son

69 Kaya (n 14) 370.

70 FSEK'in 38'inci maddesinin 1'inci fıkrasında herhangi bir ayırım yapılmaksızın tüm eserlerin belirli şartlar altında şahsen kullanılmak üzere çoğaltılabileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak FSEK'in 38'inci maddesinin diğer fıkralarında sadece bilgisayar programlarına özgü çoğaltma hallerine ilişkin özel hükümler ihdas edilmesi, bilgisayar programlarının şahsen kullanıma müsait olup olmadığı hususunda tartışmalara yol açmıştır. Doktrinde bazı yazarlar bilgisayar programlarının genel hüküm uyarınca şahsen kullanılmaya mahsus olarak çoğaltılamayacağını savunmaktadır. Bkz. Yavuz, Alica ve Merdivan (n 21) 1340. Ancak doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, FSEK'in 38'inci maddesinin 1'inci maddesinin lafzından hareket edilmeli ve bilgisayar programlarının da şahsen kullanılmaya mahsus olarak çoğaltılabilmesi mümkün görülmelidir. Bkz. Kaya (n 14) 376, 377; Ateş (n 7) 392, 393.

71 Çelik (n 11) 170, 174. Krş. Tekinalp (n 2) 210, 211; Ateş (n 7) 384, 386.

72 Tekinalp (n 2) 209; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 21) 1341.

73 Doktrinde diğer eserler bakımından şahsen kullanmanın vuku bulabilmesi için, eserden normal yararlanma bağlamında, çoğaltma işlemi yapılan eserin orijinal olması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Memiş (n 51) 121.

74 FSEK'in 38'inci maddesinin 3'üncü fıkrası, "Sözleşmede belirleyici hükümlerinin yokluğu durumunda, hata düzeltme de dahil, bilgisayar programının düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumda, bilgisayar programının onu hukuki yollardan edinen kişi tarafından çoğaltılması ve işlenmesi serbesttir" şeklinde düzenlenmiştir.

75 FSEK'in 38'inci maddesinin 4'üncü fıkrasının 1'inci cümlesi "Bilgisayar programını yasal yollardan edinen kişinin programı yüklemesi, çalıştırması ve hataları düzeltmesi sözleşme ile önlenemez" şeklinde düzenlenmiştir.

fıkrası ile bağlantılı olarak bir bilgisayar programını hukuki yollardan edinen kişinin yazılımı istediği bilgisayara, dilediği şekilde yüklemesinin, çalıştırmasının ve hataları düzeltmesinin sözleşme ile bertaraf edilemeyeceğini ve sınırlandırılmayacağını belirtmektedir⁷⁶.

Yedekleme kopyası yapma serbestisi ise FSEK'in 38'inci maddesinin 4'üncü fıkrasının 2'nci cümlesinde⁷⁷ düzenlenmiştir. Buna göre, bilgisayar programının kullanımı için gerekli olduğu sürece, bilgisayar programını kullanma hakkına sahip kişinin bir adet yedekleme kopyası yapması meşrudur ve sözleşme ile engellenemez⁷⁸. Zira yazılımın herhangi bir sebeple silinmesi ihtimaline binaen kişinin kendini güvenceye almak istemesi hayatın olağan akışına uygundur.

FSEK'in 38'inci maddesinde ayırıştırma serbestisine de yer verilmiştir. Kullanıcılar genellikle farklı ihtiyaçlara cevap veren birden çok programı bir arada kullanmak durumundadır ve bu bilgisayar programlarının kendi aralarında bilgi alışverişi yapması gerekir. Zira mevcut bir bilgisayar programı ile diğer yazılım arasında uyum sağlanamaması halinde bilgisayarın kendisinden beklenen fonksiyonları yerine getirebilmesi mümkün değildir⁷⁹. Örneğin bir virüs önleme programının layıkıyla görevini yapabilmesi, onun kullanılacağı işletim sistemi ile uyumlu çalışmasına bağlıdır. Bu sebeple FSEK'in 38'inci maddesinin 6'ncı ve 7'nci fıkralarında belirli şartlar altında kod biçiminin çevirisine müsaade edilmiştir⁸⁰. Ancak ayırıştırma serbestisi, programdan normal yararlanma ile çelişir veya hak sahibinin meşru yararlarına makul olmayan müdahale eder şekilde kullanılmasına izin verecek tarzda yorumlanamaz (FSEK m. 38/8).

SONUÇ

Telif hakları, sahibinin fikir ve sanat eserleri üzerindeki mutlak haklarını ifade eder. Bu haklar, eseri ortaya çıkaran kimseye fikri ve zihni emeğinin bir karşılığı ve ödülüdür. Zira bir kitap, makale yazabilmek veya bir müzik eserini bestelemek ya da bir bilgisayar programı oluşturmak oldukça güç

76 Tekinalp (n 2) 210; Ateş (n 7) 385.

77 FSEK'in 38'inci maddesinin 4'üncü fıkrasının 2'nci cümlesi "Bilgisayar programının kullanımı için gerekli olduğu sürece, bilgisayar programını kullanma hakkına sahip kişinin bir adet yedekleme kopyası yapması sözleşme ile önlenemez" şeklinde düzenlenmiştir.

78 Ateş (n 7) 385; Çelik (n 11) 172.

79 Ateş (n 7) 386.

80 FSEK'in 38'inci maddesinin 6'ncı ve 7'nci fıkraları "Bağımsız yaratılmış bir bilgisayar programı ile diğer programların ara işlerliğini gerçekleştirmek üzere gerekli bilgileri elde etmek için, bilgisayar programının çoğaltılması ve işlenmesi anlamında kod'un çoğaltılmasının ve kod formunun çevirisinin de zorunlu olduğu durumlarda, bu fiillerin ifası aşağıdaki şartların karşılanması halinde serbesttir:

1. Bu fiillerin, ruhsat sahibi veya bir bilgisayar programının kopyasını kullanma hakkı sahibi diğer bir kişi tarafından veya onların adına bunu yapmaya yetkili kişi tarafından ifa edilmesi,

2. Araşılabilirliği gerçekleştirmek için gerekli bilginin, (1) numaralı bentte belirtilen kişilerin kullarımlarına sunulmaması,

3. Bu fiillerin, araştırılabilirliği gerçekleştirmek için gereken program parçaları ile sınırlı olması.

Yukarıdaki fıkra hükümleri, onun uygulanması ile elde edilen bilgilerin;

1. Bağımsız yaratılmış bilgisayar programının araştırılabilirliğini gerçekleştirmenin dışında diğer amaçlar için kullanılmasına,

2. Bağımsız yaratılmış bilgisayar programının araştırılabilirliği için gerekli olduğu durumlar dışında başkalarına verilmesine,

3. İfade ediliş bakımından esastan benzer bir bilgisayar programının geliştirilmesi, üretilmesi veya pazarlanması veya fikri hakları ihlal eden herhangi diğer bir fiil için kullanılmasına,

İzin vermez" şeklinde düzenlenmiştir.

bir iştir. Eser sahipleri, eserlerinden ekonomik olarak faydalanmak isteyebilir ve şüphesiz bu durum onların en doğal hakkıdır. Aksi halde yaşam koşulları kişileri eser meydana getirmekten yahut gerekli olan basım veya yayım gibi faaliyetleri için masraf yapmaktan engelleyebilir. Nihayetinde ise toplum bilim ve sanattan uzak kalacak ve kültürel gelişim sağlanamayacaktır.

Öte yandan telif haklarının mutlak bir değer olarak kabul edilmesi, başka bir anlatımla telif haklarının sınırsız korunması, toplumun ve bireylerin eserden faydalanabilmelerini ve gelişimin sağlanması olumsuz etkiler. Bu itibarla, kamuyla paylaşılmış bir eserde, eser sahibinin menfaati ile toplum ve birey yararı çatışma halindedir. Telif hukukunda da bu gerçeklikten hareketle, iki tarafın çıkarları arasında denge kurmaya çalışılmış ve telif haklarının bazı durumlara sınırlandırılması gerektiği kabul edilmiştir. Ancak burada esas teşkil edenin eser sahibinin telif haklarının korunması olduğu unutulmamalı ve sınırlamalar eser sahibinin aleyhine sonuç doğurmaması bakımından dar yorumlanmalıdır.

FSEK'in 38'inci maddesinde “*şahsen kullanma*” telif hakkını sınırlandıran hallerden biri olarak kabul edilmiştir. Şahsen kullanma, telif haklarının nüvesi ve eser sahibinin mali haklarından olan çoğaltma hakkını sınırlandırmaktadır. Çoğaltma hakkı, eserin çoğaltılmasıyla sağlanabilecek mali menfaatleri eser sahibi için saklı tutmak amacıyla tanınmıştır ve çoğaltma hakkının ihlali FSEK'in 71'inci maddesinde düzenlenen mali haklara tecavüz suçuna sebebiyet vermektedir. Şahsen kullanma ise fikir ve sanat eserlerinin ticari amaç güdülmeksizin kişisel ihtiyaçlar ölçüsünde çoğaltılmasıdır. Her ne kadar eseri çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine ait olsa da şahsen kullanma halinde eseri çoğaltma hakkına tecavüz edildiği ve suç teşkil eden bir fiilin bulunduğu söylenemez. Bu itibarla şahsen kullanma, çoğaltma hakkının cezai himayesini sağlayan mali haklara tecavüz suçu bağlamında bir hukuka uygunluk sebebidir.

Şahsen kullanmadan söz edilebilmesi için çoğaltmanın; şahsen kullanmaya mahsus olarak yapılması, kâr amacı güdülmeksizin gerçekleştirilmesi, eser sahibinin meşru menfaatlerine zarar vermemesi ve eserden normal yararlanmaya aykırı olmaması gerekir. Bu şartlar her somut olayda ayrı ayrı incelenerek çoğaltmanın hukuka uygun olup olmadığı değerlendirilmelidir. Öte yandan FSEK'in 38'inci maddesinde bilgisayar programlarının şahsen kullanmaya mahsus olarak çoğaltılması ayrıca düzenlenmiş olup kanun koyucu yazılımlar bakımından şahsen kullanma bağlamında genel çoğaltma serbestisini, yükleme, çalıştırma ve düzeltme serbestisini, yedekleme kopyası serbestisini ve nihayet ayırıştırma serbestisini kabul etmiştir.

KAYNAKÇA

- Arslanlı H, *Fikrî Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri* (Sulhi Garan 1954).
- Artuk M E, Gökçen A, Alşahin M E, Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Baskı Adalet 2021).
- Ateş M, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması* (Seçkin 2003).
- Ayiter N, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri* (Sevinç Matbaası 1972).
- Bayrak Ö, *Uygulamada Fikri, Sınai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Suçları* (Seçkin 2019).
- Bozgeyik H, ‘Telif Hukukunda Eğitim İstisnası’ 2015 1 (2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 23-35.
- Çelik A, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma ve Yayma Haklarının İhlali – İhlalin Sonuçları* (Seçkin 2011).

- Demirel M, 'Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza' 2020 78 (3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1469-1523.
- Dreier T, Schulze G ve Specht L, *Urheberrechtsgesetz Verwertungsgesellschaftengesetz, Kunsturhebergesetz Kommentar* (C.H.Beck 2018).
- Dülger M V, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku* (Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin 2020).
- Genç Arıdemir A, *Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları* (Vedat Kitapçılık 2003).
- Grodzinsky F ve Bottis M C, 'Private Use as Fair Use: Is it Fair?' 2007 11 Sacred Heart University Computer Science & Information Technology Faculty Publications 11-24.
- Güneş İ, *Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Seçkin 2021).
- Hafizoğulları Z, 'Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi' 1999 48 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-14.
- Harms L T C, *A Casebook on the Enforcement of Intellectual Property Rights* (4th edn, WIPO 2018).
- Hilty R M ve Nèrisson S, *Overview of national reports about "Balancing Copyright"* (Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 12-05).
- Hirş E, *Fikri ve Sınai Haklar* (Ar Basımevi 1948).
- Kaya A, 'Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün Müdür?' in Arslan Kaya, *Makalelerim - I -* (Beta 2012).
- Kercsmar G S, 'Computer Software & Copyright Law: The Growth of Intellectual Property Rights in Germany' 1997 15 (3) Penn State International Law Review (Dickinson Journal of International Law) 565-592.
- Kocaoğlu A, *Telif Haklarının İhlali Suçları (FSEK md. 71)* (Seçkin 2021).
- Memiş T, *Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu* (Seçkin 2002).
- Olwan, Rami M, *Intellectual Property and Development* (Springer 2013).
- Öztrak, İ, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar* (2. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi 1977).
- Suluk C, Karasu R, ve Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin 2019).
- Szott Moohr G, 'The Crime of Copyright Infringement: An Inquiry Based on Morality, Harm, and Criminal Theory' 2003 83(4) Boston University Law Review 731-783.
- Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2012).
- Torremans P L C, 'Copyright (and Other Intellectual Property Rights) as a Human Right' in Paul L.C. Torremans (ed), *Intellectual Property Law and Human Rights* (3rd edn, Wolters Kluwer 2015).
- Turan H S, *Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi* (Seçkin 2012).
- Yavuz, L, Alica T ve Merdivan F, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt - I -* (2. Baskı Seçkin).
- Yazıcıoğlu R Y, *Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki Suçlar* (On İki Levha 2009).
- <https://sozluk.tdk.gov.tr>
- <https://library.ku.edu.tr/hizmetler/acik-erisim-akademik-iletisim/telif-hakki-ve-adil-kullanim>
- <http://www.kutuphane.itu.edu.tr/en/services/copyright-fair-use>

Eski Hale Getirme Kurumunun İdari Yargı Alanında Uygulanabilirliği

Applicability of the Institution of Reinstatement in the Field of Administrative Jurisdiction

Asuman Çapar* 

ÖZ

Eski hale getirme kurumu, yargılama hukukuna ilişkin olarak tanınmış olan birtakım hakları, kişinin kendi kusuru olmaksızın süresinde kullanamaması durumunda başvurulabilecek bir usul hukuku kurumudur. Türk hukuk sisteminde medeni yargıda, ceza yargısında ve Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularda kullanılabilen bir usul olmasına rağmen idari yargı alanında eski hale getirme kurumu kullanılamamaktadır. Eski hale getirme kurumunun idari yargı alanında kullanılamaması, ilgililer bakımından geri dönülmez zararlara neden olabilmektedir. İdari yargı organları tarafından zaman zaman kullanılan mücbir sebep kavramı, eski hale getirme kurumunun yerini tam olarak doldurmamaktadır. Mahkemeye erişim hakkı ve hukuki dinlenilme hakkı gibi unsurları içinde barındıran adil yargılanma ilkesi uyarınca, kişilerin kendi kusuru olmaksızın yargılamaya ilişkin kesin süreleri kaçırmaması durumunda, kişilere yeni bir başvuru fırsatı verilmelidir. Diğer yargılama alanlarında tanınmasına rağmen, idari yargı alanında bu fırsatın tanınmamasının mâkul ve haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Adil yargılanma ilkesinin gereği olan eski hale getirme kurumunun, idari yargı alanında da kullanılabilmesi için gerekli kanuni düzenlemeler yapılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: İdari yargı, Adil yargılanma hakkı, Eski hale getirme, Mücbir sebep, Mahkemeye başvuru hakkı.

ABSTRACT

The institution of reinstatement is a procedure of adjective law that may be applied if a person cannot exercise a number of rights recognized in relation to the judicial law for a period of time without his/her own fault. Although it is a procedure that may be used in civil procedures, criminal procedures and individual appeals made to the Constitutional Courts in Turkish legal system, the institution of reinstatement cannot be used in the field of administrative jurisdiction. The fact that the institution of reinstatement cannot be used in administrative jurisdiction may cause to irrevocable damages for related people. The concept of force majeure which is used by administrative judicial bodies from time to time does not exactly replace the institution of reinstatement. According to the fair trial principle that contains factors such as the right of access to courts and legal right of being heard, if persons miss the exact deadlines for the trial without their own fault, they should be allowed to apply for a new one. There are no reasonable and valid grounds for this opportunity not to be recognized in the field of administrative jurisdiction although it is recognized in other judicial fields. Necessary legal regulations should be made in order for the institution of reinstatement, a necessity of fair trial principle, to be used in the field of administrative jurisdiction.

Keywords: Administrative jurisdiction, Right to fair trial, Reinstatement, Force majeure, Right of access to courts.

* Dr. Öğr. Üyesi, Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, ORCID ID: 0000-0002-7870-0811.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Asuman ÇAPAR

E-posta/E-mail: acapar@cumhuriyet.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 29.03.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 18.05.2022

GİRİŞ

Maddi hukuk alanında kişilere tanınmış olan hakların yargılama hukuku kapsamında dava edilebilmesi belli sürelerle, dava süreci ise belli bir prosedüre bağlanmıştır. Bu düzenlemeler ile yargılamanın bir nizam içerisinde yürütülmesi ve karşı tarafın süresiz bir dava tehdidi altında kalmaması hedeflenmektedir. İdari yargı alanında da gerek dava açma hakkının gerekse diğer bazı usûli hakların kullanımı belli sürelerle sınırlandırılmıştır. Hak sahipleri kimi zaman elinde olmayan sebeplerden ötürü kendilerine tanınmış olan bu hakları öngörülen süre içerisinde kullanamamaktadır. Elinde olmayan nedenlerden ötürü kişilerin kanunda öngörülen süre içerisinde ilgili hakkı kullanamaması, geri dönülmez zararlara neden olabilmektedir.

Ülkemizde idari yargı alanında uygulanmakta olan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda¹ (İYUK) eski hale getirme kurumu düzenlenmemiştir. İYUK'ta düzenlenmeyen bazı konularda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na² (HMK) atıf yapılmıştır. İYUK'un 31. maddesinde davanın ihbarı, feragat, kabul, ehliyet ve üçüncü şahsın davaya katılması gibi birtakım konularda HMK'daki ilgili hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Ne var ki İYUK'ta atıf yapılan konular arasında eski hale getirme (eski tabirle *hali sabıka irca*) kurumu bulunmamaktadır. Eski hale getirme kurumu hukuk sistemimizde ceza yargılaması alanında uygulanan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda³ da düzenlenmiştir.

Bu çalışmanın amacı Türkiye'de idari yargı alanında eski hale getirme kurumunun uygulanabilirliğini ve gerekli olup olmadığını tespit etmektir. Çalışmada eski hale getirme kurumunun hukuk sistemimizdeki genel esaslarına değinildikten sonra, idari yargı alanında eski hale getirme kurumuna benzer sonuçlar doğuran mücbir sebep faktörü incelenecektir. Devamında idari yargıda eski hale getirme kurumunun gerekliliği adil yargılanma ilkesi çerçevesinde incelenecektir. Çalışma yapılırken, literatür taraması yapılmış, ilgili mevzuattan ve yargı kararlarından yararlanılmıştır.

I. ESKİ HALE GETİRME KAVRAMI VE ESKİ HALE GETİRME KURUMUNUN GENEL OLARAK HUKUK SİSTEMİMİZDEKİ YERİ

Eski hale getirme kurumu yargılama hukukuna ilişkin bir kavram olup yargılama hukukuna ilişkin olmayan konularda kural olarak eski hale getirme istenemez.⁴ Bu kapsamda eski hale getirme kurumu ülkemizde medeni yargılama hukukunda ve ceza yargılama hukukunda düzenlenmiştir.

A. ESKİ HALE GETİRME KAVRAMI

Eski hale getirme kavramı hukuk dilinde '*eski hale iade*' ya da '*hali sabıka irca*' kavramları ile de ifade edilmektedir. Eski hale getirme kurumu, mâkul görülebilecek bir mazeret sebebiyle, kanunda

1 İdari Yargılama Usulü Kanunu, Kanun Numarası: 2577, Kabul Tarihi: 06.01.1982, Resmi Gazete (RG) 20.1.1982/17580.

2 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

3 Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi:04.12.2004, RG 14.12.2004/25673.

4 Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (2. Baskı, Yetkin 2014) 171.

belirtilen veya hakim tarafından kesin olarak belirlenmiş olan sürede öngörülen usûli işlemi yerine getiremeyen tarafa, ilgili mazeretin ispatlanması koşuluyla, yapılamamış olan usûli işlemi mevzuatın belirlemiş olduğu süreler içerisinde yapmak için imkan tanıyan bir usul hukuku kurumudur.⁵

Yargılama hukukunda yapılacak usûli işlemler belli sürelerle sınırlandırılmıştır. Bu sınırlama ile taraflar açısından hukuki belirliliğin sağlanması ve adil yargılanma hakkı çerçevesinde kalan mâkul sürede yargılanma hakkının güvenceye alınması hedeflenmiştir. Taraflar bu süreleri elinde olmayan sebeplerle ya da kusurları olmaksızın kaçırırlarsa, bu hakkın düşmüş sayılması süreyi kaçırılanlar bakımından ağır bir sonuçtur. Bu durum kesin süreleri elinde olmayan nedenlerle kaçırılan taraf açısından eşitsizlik yaratacaktır. Bu nedenle silahların eşitliği ilkesi uyarınca adil yargılanma hakkına ve hakkaniyete uygun yargılama yapılması için kişinin iradesi dışında gerçekleşen bu durumun gerçekleşmemiş sayılarak önceki hale dönüştürülmesine ihtiyaç vardır. Bunu gerçekleştiren kurum ise eski hale getirme kurumudur. Eski hale getirme kurumu kanun koyucu tarafından bir telafi mekanizması olarak getirilmiştir.⁶

Eski hale getirme kurumu özellikle taraflara tanınan süreler bakımından önem arz etmektedir. Hukukta süre kavramı bir hakkın hukuki olarak kabul edilebilecek şekilde ileri sürülebileceği sınırlı zaman dilimini ifade eder.⁷ Davanın açılmasını veya yargılama evresinde yapılması gereken işlemleri kapsayan süreler, yargılama hukukunda düzenlenmiş olan sürelerdir. Yargılamanın düzen içinde yürütülmesi amacıyla kabul edilen bu süreler kamu düzenine ilişkindir.⁸ Eski hale getirme kurumu taraflara tanınan yargılamaya ilişkin kesin süreler bakımından uygulanmaktadır. Zira kesin nitelikte olmayan süreler bakımından henüz hak kaybı gerçekleşmemiştir. Taraflara tanınmış olan süreler dava açma, üst mahkemeye başvurma, cevap verme süresi ya da başka bir usûli işlemin yapılması gibi çeşitli süreler şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Eski hale getirme kurumu, diğer usûli süreler bakımından da önemli olmakla birlikte özellikle dava açma süresi ve üst mahkemeye başvurma süresi bakımından ayrı bir önem taşır. Zira dava açma ya da üst mahkemeye başvurma süresinin kişinin elinde olmayan sebeplerle kaçırılması durumunda, diğer usûli işlemlere nazaran daha büyük bir hak kaybı ortaya çıkabilir. İstinaf ve temyiz yoluna başvuru süresinin elde olmayan nedenlerle kaçırılması durumunda da mahkemeye erişim hakkı kişinin kendi kusuru olmaksızın kullanılamamış olacaktır.

Eski hale getirme kurumu *kesin* sürelerin kaçırılması halinde başvurulabilecek bir yol olduğu için hangi sürelerin kesin nitelikte olduğunun tespiti önemlidir. HMK madde 94/1'e göre "*Kanunun belirlediği süreler kesindir*". Hakimın tayin ettiği süreler bakımından ise hakim, belirlemiş olduğu

5 Erdal Tercan, *Medeni Usul Hukukunda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) Eski Hale Getirme-Hali Sabıka İrca* (1. Baskı, Yetkin 2006) 50-51; Hülya Taş Korkmaz, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Eski Hale Getirme' (2016) 15(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 635, 637; Gökçe Yazar, 'Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler, Eski Hale Getirme ve Adli Tatil' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi 2021) 61; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, madde 101 gerekçesi <<https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>> Erişim Tarihi 03 Şubat 2022.

6 Esra Ekmekci, Gülsen Güneş, Mahmut Kaşıkçı ve Gamze Gümüşkaya, 'Vergi Hukukunda Mücbir Sebep ve Hukuksal Sonuçları Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım ve Öneriler' (2020) 78 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası 1069, 1119; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku* (7. Baskı, Yetkin 2021) 181.

7 Mustafa Kuş, 'İdari "Süre" Kavramı ve Sürelerin İhyası' (2010) (4) Terazi Hukuk Dergisi 131, 131.

8 Yazar (n 5) 6.

sürenin kesin olduğuna karar verebilir. Hakim bu durumda kesin süreye tabi tutulan işlemi hiçbir tereddüde neden olmayacak şekilde açıklar ve buna uyulmamasının sonuçlarını açık bir şekilde tutanağa geçirerek ihtarda bulunur. Sürenin kesin olduğu taraflara bildirilmezse süreyi geçirmiş olan taraf yeniden süre isteyebilir. Bu durumda verilen ikinci süre kesindir ve yeniden süre verilmez.

Eski hale getirme talebi bir sebebe dayandırılmalıdır. Bu sebep, objektif olabileceği gibi sübjektif birtakım sebeplere dayanılarak da eski hale getirme talebi yapılabilir. Sübjektif sebepler kişinin kendisinden kaynaklanan, süreyi kaçırmasını haklı kılacak, kusuruna dayanmayan, yargılamanın diğer taraflarını etkilemeyen durumlar olarak ifade edilebilir. Ağır hastalık hali ve kişinin hürriyetinden yoksun kılınması gibi durumlar buna örnek gösterilebilir. Objektif sebepler ise kişinin kendisinden kaynaklanmayan, engel olunamayan ve yargılamanın diğer tarafını da etkileyebilen sebeplerdir. Deprem, sel baskını ve yangın gibi mücbir sebep halleri ise objektif sebepler kapsamında değerlendirilebilir. Bir durumun eski hale getirme sebebi sayılıp sayılmayacağı somut olayın özelliğine göre hakim tarafından takdir edilecektir.⁹

Görüldüğü üzere eski hale getirme kurumu, yargılama hukukuna ilişkin bir süreyi elinde olmayan nedenlerle kaçırın taraf açısından yeni bir fırsat tanımaktadır. Hak sahiplerinin hayatın olağan akışı içerisinde gerek sübjektif etkenlerden gerekse objektif etkenlerden dolayı hakkını kullanamaması söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle eski hale getirme kurumu yargılama hukuku alanında önemli bir ihtiyacı karşılamaktadır.

B. MEDENİ YARGIDA ESKİ HALE GETİRME KURUMU

Eski hale getirme kurumu mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda 166 ila 174. maddeler arasında 'Hali Sabıka İrca' başlığı altında düzenlenmişti. HMK'da ise dil ve içerik bakımından yenilikler yapılarak 'Eski Hale Getirme' başlığı altında 95 ila 101. maddeler arasında düzenlenmiştir. HMK'nın 95. maddesinde eski hale getirme kurumu;

“(1) Elde olmayan sebeplerle, kanunda belirtilen veya hâkimin kesin olarak belirlediği süre içinde bir işlemi yapamayan kimse, eski hale getirme talebinde bulunabilir.

(2) Süresinde yapılamayan işlemle ulaşılmak istenen aynı sonuca, eski hâle getirme dışında, başka bir hukuki yoldan ulaşılabiliyorsa, eski hâle getirme talebinde bulunulamaz.”

şeklinde düzenlenmiştir. Eski hale getirme dilekçeyle talep edilebilir ve dilekçede dayanak sebeplerle buna ilişkin emare ve deliller gösterilir. Diğer yandan süresinde yapılamayan işlemlerin de eski hale getirme talebinde bulunmak için öngörülen sürelerde yapılması gerekir (HMK madde 97). Eski hale getirme kurumu istinaf ve temyiz başvuruları bakımından da tanınmıştır (HMK madde 98/2). İşlemin öngörülen sürede yapılmasına mâni olan sebebin ortadan kalkmasından itibaren

9 Turgay Elbir, 'Medeni Usul Hukukunda Süreler' (Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi 2021) 167-170; Eski hale getirme hakkında kararlar için bakınız Yargıtay 17 HD, E 2015/13192 K 2018/2731, 19.03.2018; Yargıtay 11 HD, E 2018/2990 K 2018/4760, 25.06.2018; Kazancı İçtihat <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 15 Mart 2022.

iki hafta içinde eski hale getirmenin talep edilmesi gerekir. İlk derece ve istinaf yargulamalarında, eski hale getirme talebi en geç nihai karar verilmeye kadar yapılabilir. Fakat nihai karar bir tarafın yokluğunda verilmişse, tahkikat aşamasında kaçırılan süreler bakımından karar verildikten sonra da eski hale getirme talebi yapılabilir (HMK madde 96).

HMK'daki düzenlemeler çerçevesinde medeni yargılamada eski hale getirme kurumunun uygulanabilmesi için gerekli olan şartlar üç madde halinde özetlenebilir. İlk olarak sürenin elde olmayan bir sebeple kaçırılmış olması gerekir. İkinci olarak başka kanuni yola başvurma imkanının olmaması gerekir. Kaçırılan işlemi başka bir yolla yapma imkanı varsa eski hale getirme kullanılamaz. Bir başka deyişle eski hale getirme kurumuna son çare olarak başvurulabilir. Son olarak başvurunun süresi içerisinde yapılması gerekir. Yukarıda izah edildiği üzere eski hale getirme talebinin kanunda belirtilen süreler içerisinde yapılması gerekir.¹⁰

HMK madde 95'te ifade edildiği üzere süresinde yapılamayan hukuki işlemle hedeflenen sonuca başka bir yoldan ulaşılabiliriyorsa eski hale getirme kurumuna başvurulamaz. Örneğin elde olmayan nedenlerden dolayı duruşmanın kaçırılması durumunda, yenileme talebinde bulunmak mümkün ise yenileme yolu kullanılmalıdır. Yine tebligatın usulsüz yapılmasında olduğu gibi öngörülen kesin sürenin başlaması söz konusu değil ise eski hale getirme kurumuna başvurulamaz.

Eski hale getirme kurumu bir kanun yolu değildir çünkü burada verilmiş bir kararın denetlenmesi söz konusu değildir.¹¹ Eski hale getirme talebinde bulunulması yargılamanın ertelenmesini gerektirmediği gibi hükmün icrasına da engel olmaz. Talebi inceleyen mahkeme, talebi haklı görmesi durumunda teminat gösterilmesi şartıyla yargılamanın ertelenmesine ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilir (HMK madde 99).

Doktrinde HMK'daki eski hale getirme hükümlerinin uygulama alanı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre maddi hukuka ilişkin, hak düşürücü süreye ya da zamanaşımına bağlanmış olan süreler bakımından bu hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Yine taraflara değil de usüli işlem yapmak için mahkemelere tanınmış olan sürelerin kaçırılması halinde bu hükümler uygulanamaz. Zira mahkemelere tanınmış olan süreler hak düşürücü nitelikte olmayıp, bu sürelerin kaçırılması durumunda işlemlerin yapılması mümkündür.¹² Diğer bir görüş ise eski hale getirme kurumu hakkın elde olmayan sebeplerle kaçırılmasını engellemeyi hedeflediği için bu kurumunun yalnızca usul hukuku alanında değil medeni hukuk alanındaki hak düşürücü süreler bakımından da uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bu görüşe göre bunun gibi içerikleri benzer olan hukuki sorunlarda eski hale getirme kurumu kıyasen uygulanabilir. Fakat ilgili kanunlarda hak

10 İsmail Ercan, *Uygulamacılar İçin Medeni Usul Hukuku El Kitabı* (6. Baskı, Seçkin 2021) 255 – 257; Orhan Eroğlu, *Medeni Usul Hukukunda Davaya Cevap* (1. Baskı, Seçkin 2018) 244-245; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayyav ve Hanağası (n 6) 182; Taş Korkmaz (n 5) 646; Elde olmayan sebep kavramı HMK tasarısında "kusuru olmaksızın gerçekleşen bir sebep" olarak ifade edilmiştir. <<https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>> Erişim Tarihi 03 Şubat 2022.

11 Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (14. Baskı, Seçkin 2021) 147.

12 Ercan (n 10) 242; Taş Korkmaz (n 5) 640-641; Pekcanitez, Atalay ve Özeks (n 4) 270; Tercan, Eski Hale Getirme (n 5) 85.

düşürücü sürenin geçmesi halinde başka bir müddetin verilemeyeceği açık bir şekilde belirtilmişse, eski hale getirme hükümlerinin kıyasen uygulanması mümkün değildir.¹³

Kanımızca eski hale getirme talebi yargılama esnasında kaçırılan süreler bakımından talep edilebilir. Kıyas hükümlerine dayanarak eski hale getirme kurumunun uygulama alanını bu derece genişletmek, hukuki birliği ortadan kaldıracak ve farklı uygulamalara neden olacaktır. Eski hale getirme kurumunu maddi hukuk alanındaki hak düşürücü süreler bakımından uygulamak, eski hale getirme kurumunun uygulama alanını kanun koyucunun amacını aşacak bir şekilde genişletme sonucunu doğurabilir. Bu nedenle eski hale getirme kurumunun uygulama alanı maddi hukuka ilişkin haklar bakımından genişletilmek isteniyorsa, bunun ilgili kanunlarda düzenlenmesi gerektiğini değerlendirmekteyiz.

HMK haricinde diğer kanunlarda belirtilen medeni yargılamaya ilişkin kesin sürelerin kaçırılması durumunda eski hale getirme kurumunun uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkabilir. HMK'nın 95. maddesinde *'bu kanun'* şeklinde ifade kullanılmayıp *'kanun'* ifadesi kullanıldığı için diğer kanunlarda belirtilen medeni yargılamaya ilişkin kesin sürelerin kaçırılması durumunda da bu kuruma başvurulabilir. Örneğin özel düzenlemelerle aile mahkemelerinde ya da tüketici mahkemelerinde taraflara verilmiş olan kesin sürelerin elde olmayan nedenlerle kaçırılması durumunda da bu hükümler uygulanabilir.¹⁴

Eski hale getirme kararı neticesinde yargılama, sürenin kaçırılmamış olması halinde mevcut olacak duruma geri döndürülür. Sürenin kaçırılması sonrasında verilmiş olan bazı kararlar hukuken ortadan kalkar. Kusursuz olarak kaçırılan ve sonradan yapılan yargılama işlemi ise zamanında yapılmış gibi hukuki sonuç doğurur.¹⁵ Diğer yandan, mahkemelerin eski hale getirme talebini kabul etmeleri durumunda hangi işlemlerin geçersiz sayılacağına kararda belirtilmesi gerekir. İslahla geçersiz kılınamayan işlemler, eski hale getirme talebinden de etkilenmez (HMK madde 100/2).

İcra iflas hukuku alanında da kesin nitelikte süreler bulunmaktadır. 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nda¹⁶ kesin sürelerin kaçırılması halinde eski hale getirme yoluna başvurulabileceğine dair açık bir hüküm yoktur. İcra İflas Kanunu'nun 18. maddesinin 1. fıkrası ve ilgili diğer maddeleri uyarınca icra mahkemesinde yapılan işlemlerde basit yargılama usulü uygulanır. Basit yargılama usulünde özel hüküm bulunmadığı durumlarda HMK'daki yazılı yargılama usulü uygulanmaktadır. Bu nedenle eski hale getirmeye ilişkin hükümlerin icra mahkemelerindeki yargılama aşamasında da uygulanabileceği söylenebilir.¹⁷ İcra iflas hukukunda, itirazını öngörülen süre içerisinde kusuru olmaksızın haklı nedene dayanarak yapamayan borçluya gecikmiş itiraz hakkı tanınmıştır.¹⁸

13 Şakir Berki, 'Hukukta Müddet Çeşitleri' (1968) 25(1-2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 99, 105.

14 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, madde 101 gerekçesi, <<https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>> Erişim Tarihi 03 Şubat 2022.

15 Nur Centel, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Eski Hale Getirme' (2011) 5(1-4) Journal of Istanbul University Law Faculty 197, 219.

16 İcra İflas Kanunu, Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 09.06.1932, RG 19/06/1932/2128.

17 Taş Korkmaz (n 5) 641; İcra iflas hukukunda eski hale getirme kurumunun uygulanamayacağına yönelik görüşler için bakınız Erdal Tercan, 'İcra ve İflas Hukuku Açısından Eski Hale Getirme' (1998) 19 (4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 117, 123.

18 İcra İflas Kanunu, madde 65; *"Borçlu kusuru olmaksızın bir mani sebebiyle müddeti içinde itiraz edememiş ise paraya*

İcra mahkemelerinde görülen işlemler haricinde diğer icra iflas işlemleri bakımından sürelerin kaçırılması durumunda eski hale getirme kurumunun kullanılıp kullanılmayacağı konusunda doktrinde tartışma vardır. Doktrinde bazı yazarlar yargılama safhasında olan kesin süreler haricinde şikayet süresinin kaçırılması, istihkak iddiasının ileri sürülmesinin kaçırılması gibi hak düşürücü süreler bakımından bu süreler kamu düzenine ilişkin olduğu için eski hale getirme kurumunun uygulanamayacağını iddia etmektedir.¹⁹ Diğer bazı yazarlar ise eski hale getirme kurumunun bu tür işlemler bakımından da kullanılabileceğini iddia etmektedir.²⁰

C. CEZA YARGISINDA ESKİ HALE GETİRME KURUMU

Eski hale getirme kurumunun ceza yargılaması alanında uygulaması vardır. Mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun²¹ 41. maddesinde “*mücbir sebepler veya beklenilmeyen veya sakınılması kabil olmayan hadiseler*” eski hale getirme sebebi olarak belirtilmişti. “*Ayrıca yapılan bir tebliğden kusuru olmaksızın haberdar olamamak*” ve bazı durumlarda duruşmada hazır bulunmamak (örneğin madde 228'de belirtilen hallerde) eski hale getirme nedeni olarak sayılmıştı.²²

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ise eski hale getirme kurumu 40 ila 42. maddeler arasında düzenlenmiştir. 5271 sayılı Kanun madde 40/1' de “*Kusuru olmaksızın bir süreyi geçirmiş olan kişi, eski hale getirme isteminde bulunabilir.*” şeklinde düzenleme yapılmıştır. “*Kusuru olmaksızın bir süreyi geçirmiş*” olma ifadesinden eski hale getirme sebepleri konusunda sınırlama yapılmadığı çıkarımı yapılabilir. Diğer yandan süreler konusunda da kanunda belirtilmiş ya da hakim tarafından belirlenmiş olan kesin süreler şeklinde bir sınırlama yapılmamıştır. 5271 sayılı Kanun madde 40/2'de ise “*Kanun yoluna başvuru hakkı kendisine bildirilmemesi halinde de, kişi kusursuz sayılır*” ifadesi ile yeni bir eski hale getirme hali daha eklenmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda madde 28'de belirtilen cebir, tehdit ve korkutma gibi kusurluğu kaldıran haller de eski hale getirme sebepleri olarak değerlendirilebilir. Bu çerçevede 5271 sayılı Kanun'un eski hale getirme sebeplerini biraz daha genişlettiği görülmektedir.²³ Ayrıca eski hale getirme kurumunun, medeni yargıdaki düzenlemelere nazaran ceza yargısında uygulama alanının daha geniş tutulduğu söylenebilir.

Görüldüğü üzere ceza yargılamasında ilgili mevzuatta eski hale getirme kurumu düzenlenerek uygulama imkanı tanınmıştır. Böylelikle ceza yargısı alanında adil yargılanma ilkesinin unsurlarından birisi gerçekleştirilmiştir. Kanun yoluna başvuru hakkının ilgiliye bildirilmemesi halinde, esasen kanun yoluna başvuru süresi işlemeye başlamayacağı için 5271 sayılı Kanun madde 40/2'de belirtilen “*Kanun yoluna başvuru hakkı kendisine bildirilmemesi halinde de, kişi kusursuz*

çevirme muamelesi bitinceye kadar itiraz edebilir. Ancak borçlu, maninin kalktığı günden itibaren üç gün içinde, mazeretini gösterir delillerle birlikte itiraz ve sebeplerini ve müstenidatını bildirmeye ve mütaakıp fıkra için yapılacak duruşmaya taallük eden harç ve masrafları ödemeye mecburdur. İtiraz üzerine icra mahkemesi ancak gecikme sebebinin mahiyetine ve hadisenin özelliklerine göre takibin tatilini tensip edebilir...”

19 Bakınız Taş Korkmaz (n 5) 641; Elbir (n 9) 173-174.

20 Tercan, İcra İflas Hukuku (n 17) 121 ve devamı.

21 Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Kanun Numarası: 1412, Kabul Tarihi: 04.04.1929, RG 20.04.1929/1172.

22 Centel (n 15) 202.

23 Özбек, Doğan ve Bacaksız (n 11) 148-149.

sayılır” ifadesi lüzumsuz görünmektedir. Zira eski hale getirme hükümlerinin uygulanabilmesi için ortada kaçırılmış olan bir sürenin olması gerekir. Söz konusu durumda ise kusurluluğun ötesinde, henüz işleme başlamış ve kaçırılmış bir süre yoktur.

D. ANAYASA MAHKEMESİNE YAPILAN BİREYSEL BAŞVURULARDA ESKİ HALE GETİRME KURUMU

Eski hale getirme kurumunun uygulanabileceği bir değer yargılama alanı Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurulardır. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un²⁴ bireysel başvuru usulünü düzenleyen 47. maddesinin 5. fıkrasında;

“Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir. Haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuramayanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler. Mahkeme, öncelikle başvuru mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek talebi kabul veya reddeder.”

şeklinde düzenleme yapılmıştır. Görüldüğü üzere bu düzenlemede bireysel başvuru süresinin elde olmayan sebeplerle kaçırılması halinde başvuru süresini kaçırarlara, mazeretin kalkmasından itibaren on beş gün içinde başvuru imkanı tanınmıştır.

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün²⁵ 64. maddesinin 2. fıkrasında “Başvurucu mücbir sebep veya ağır hastalık gibi haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvurusunu yapamadığı takdirde, mazeretinin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ve mazeretini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilir” hükmü getirilerek mücbir sebepler ve ağır hastalık halleri ek başvuru süresinin tanınabilmesi için şart koşulan haller olarak ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra ‘gibi’ ifadesinin kullanılmasından sayılan bu sebeplerin sınırlı sayıda olmadığı, buna benzer nitelikte başka durumların da başvuru süresinin yeniden tanınması konusunda mazeret teşkil edebileceği çıkarımı yapılabilir. Mazeret olarak ileri sürülen sebebin geçerli mazeret olup olamayacağı, somut olayın özelliğine göre değerlendirilecek ve buna göre on beş günlük başvuru süresinin tanınıp tanınmamasına karar verilecektir.

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 49. maddesinin 7. fıkrası uyarınca “Bireysel başvuruların incelenmesinde, bu Kanun ve İçtüzükte hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanır.” Bu kapsamda HMK’nın eski hale getirme hükümlerini düzenleyen maddelerinin gerek görülmesi durumunda Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurularda da kullanılabilmesi söylenebilir.

Eski hale getirme konusu Anayasa Mahkemesinin bazı bireysel başvuru kararlarına konu olmuştur. Anayasa Mahkemesi, hastalık raporu mazeret gösterilerek başvuru süresi geçtikten sonra yapılan bir bireysel başvuruda, hastanede yatışı gerektirmeyen akut bronşit hastalık halini bireysel başvuru

24 Kanun No: 6216, Kabul Tarihi: 30/3/2011, RG 03.4.2011/27894.

25 RG 12.07.2012/ 28351.

süresini uzatan ‘*ağır hastalık*’ olarak kabul etmemiştir ve süre aşımı nedeniyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Diğer yandan Anayasa Mahkemesine göre temsil ya da vekalet yoluyla yapılan başvurularda avukatın ya da temsilcinin de haklı mazeretlerinin dikkate alınması gerekmektedir. Temsilci ya da avukatın haklı mazeretinin dikkate alınmaması, başvuru süresinin kaçırılmasında hiçbir kusuru olmayan ve bu kişiler vasıtasıyla bireysel başvuru yapan başvuruocular bakımından mahkemeye erişimi daha baştan engelleyebilir ve telafisi imkansız şekilde hakkın kaybına sebep olabilir.²⁶

Bireysel başvurularda eski hale getirme kurumunun kullanım imkanının getirilmesi son derece yerinde bir düzenlemedir. Anayasa Mahkemesinin eski hale getirme kurumunun uygulamasına ilişkin kararlar vermesi, diğer mahkemeler bakımından emsal teşkil edecek, aynı konuda yargı organlarından farklı kararlar çıkma ihtimalini azaltacaktır. Anayasa Mahkemesinin emsal kararları hem adil yargılanma ilkesinin hem de hukuki birliğin gerçekleşmesine hizmet etmektedir.

II. ESKİ HALE GETİRME KURUMUNUN İDARİ YARGIDA UYGULANABİLECEĞİ ALANLAR

Yukarıda ifade edildiği üzere idari yargı alanında İYUK’ta eski hale getirme kurumuna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığı gibi bu konu HMK’ya atıf yapılan konular arasında da bulunmamaktadır. HMK’da düzenlenmeyen konuların idari yargılama alanında uygulanıp uygulanmayacağı konusunda doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüş HMK’da düzenlenen hükümlerin nitelik olarak uyuşması koşuluyla İYUK’ta atıf yapılmasa bile idari yargı alanında uygulanabileceğini iddia etmektedir.²⁷ Diğer görüş ise İYUK’ta açıkça atıf yapılmadığı sürece HMK hükümlerinin idari yargılama alanında uygulanamayacağını iddia etmektedir.²⁸ Kanımızca kanunda atıf olmaksızın HMK hükümlerinin idari yargılama alanında uygulanması hukuki birliği ve belirliliği tehlikeye düşürebilecek bir uygulama olacaktır. Benzer hukuki uyuşmazlıklarda mahkemelerden farklı kararların çıkması gündeme gelecektir. Bu nedenle hukuki meselelerde nitelik olarak benzerlik olsa da ilgili yerlere atfın aranması gerektiğini değerlendirmekteyiz.

Danıştay, İYUK’ta düzenlenmediği gerekçesiyle eski hale getirme kurumunun idari yargıda uygulama alanının olmadığını kabul etmektedir.²⁹ Ne var ki adli yargı alanında eski hale getirme kurumuna

26 Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2013/6325, 15/4/2014; “...27. *Başvuru konusu olayda, avukat hakkında düzenlenen sağlık raporunda akut bronşit hastalığı tanısı konulduğu ve 10 günlük istirahatın uygun görüldüğü, hastalığının ağır olup olmadığı hususunda bir tespit yapılmamakla birlikte hastalığın hastane veya sağlık kuruluşunda yatarak tedavisinin yapılmasını gerektirmemesi nedeniyle yatış işlemlerinin uygulanmadığı anlaşılmıştır.*

28. *Başvurucunun avukatı tarafından mazeret olarak ileri sürülen hastalığına ilişkin sağlık kurulu raporunda, hastalığın ağır hastalık olduğuna dair bir tespiti yer verilmediği gibi hastane veya sağlık kuruluşlarında yatarak tedavisinin yapılması yönünde bir tanının da konulmadığı görülmekle, avukat tarafından mazeret olarak ileri sürülen hastalığın haklı mazeret olarak değerlendirilmesi mümkün değildir...”, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> Erişim Tarihi 15 Mart 2022.*

27 Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku* (13. Baskı, Seçkin 2021) 234; Fatma Ebru Gündüz, ‘Mücbir Sebep İdari Dava Açma Süresine Etkisi’ (2019) 23 (2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 237, 251.

28 Taş Korkmaz (n 5) 640; Tercan, Eski Hale Getirme (n 5) 169.

29 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E 2010/3538 K 2011/1, 27.1.2011; “Eski hale getirme ile ilgili bir düzenleme 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda yer almamakta bu husus Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda düzenlenmiş

ihtiyaç olduğu gibi idari yargı alanında da eski hale getirme kurumuna ihtiyaç duyulmaktadır.³⁰ Zira idari yargı alanında da birtakım sebeplerle taraflar kendilerine tanınmış olan dava açma süresi, üst mahkemeye başvurma süresi gibi kesin nitelikteki süreleri kaçırabilmektedir. Bu durum onlar için geri dönülmez zararlara neden olabilmektedir.

İdari yargı alanında taraflara tanınan sürelerin hukuki niteliği, eski hale getirme kurumunun idari yargıda uygulanması bakımından önem taşımaktadır. Bu çerçevede hak düşürücü süre kavramının neyi ifade ettiğini hatırlamakta fayda vardır. Hak düşürücü süre kavramı bir hakkın hukuki olarak ileri sürülebileceği zaman dilimini ifade eder.³¹ Yetkinin kullanılması ile hakkın tekemmül etmesinin bir şartı olarak karşımıza çıkar. Hak o süre içerisinde kullanılmışsa hakkın şartı gerçekleşmiş ve hak tekemmül etmiş sayılır. Süre geçerse o hak ve yetki tamamlanmamış sayılır.³²

İdari yargı alanında taraflara tanınan sürelerin hukuki niteliği doktrinde bir görüşe göre hak düşürücü süre niteliğindedir. Bu nedenle taraflara tanınan sürelerin kesilmesi ya da durması söz konusu olamaz.³³ Diğer bir görüş ise idari yargı alanında taraflara tanınan sürelerin hak düşürücü nitelikte olmadığını, kendine özgü süreler olduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle bu sürelerin kaçırılması durumunda süreleri yeniden canlandıran kurumlar mümkündür.³⁴ Kendine özgü olması hususunda, hak düşürücü süre kavramının uyumsuzluğun esasına ilişkin bir kavram olduğu, bir diğer deyişle hak düşürücü sürenin geçmesi ile uyumsuzluğa konu olan hakkın düştüğü, idari dava açma süresi bakımından ise uyumsuzluğa konu olan hakkın hukuki varlığını korumasına rağmen idari yargı organlarında ileri sürülebilir olma özelliğini kaybettiği ifade edilmektedir.³⁵ Danıştay ise idari yargı alanında taraflara tanınan sürelerin hak düşürücü süre niteliğinde olduğunu, bu nedenle bunların kesilmesinin ya da durmasının söz konusu olamayacağını kabul etmektedir.³⁶

bulunmaktadır. Diğer yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda hüküm bulunmayan hususlarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı haller 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesinde belirtilmiş olup; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na gönderme yapılan hususlar arasında, 2577 sayılı Kanunla düzenlenmiş olan idari yargıda dava açma, itiraz, temyiz ve karar düzeltme süreleri yer almadığından, 2577 sayılı Kanunla öngörülen 15 günlük karar düzeltme süresinin geçirilmesi nedeniyle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 166. ve devamı maddelerinde yer alan eski duruma getirme (hali sabıka irca) ile ilgili hükümlerin olaya uygulanarak geçirilmiş olan karar düzeltme süresinin tekrar canlandırılmasına hukukten olanak bulunmamaktadır; benzer nitelikte başka bir karar için bakınız Danıştay 10 D, E 1994/7486, K 1996/346, 06.02.1996 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 29 Ocak 2022.

30 Örneğin Danıştay 3. Dairesinin E 2006/4355 K 2007/2579, 2.10.2007 tarihli kararında davacı vekili avukat sağlık sorunları nedeniyle temyiz süresini kaçırmıştır. Danıştay 3. Dairesi idari yargı alanından eski hale getirme kurumunun olmaması nedeniyle yerel mahkemenin red kararını onamıştır. Benzer nitelikte başka kararlar için bakınız Danıştay 4 D, E 2004/1131 K 2004/2444, 6.12.2004; Danıştay 7 D, E 1984/4171 K 1985/2695, 9.11.1985; Danıştay 13 D, E 2009/1108 K 2009/34, 26.10.2009 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 29 Ocak 2022.

31 Kuş (n 7) 131.

32 Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt 3* (3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası 1966) 1961.

33 ibid 1960-1961.

34 İdari yargıda dava açma sürelerinin kendine özgü süreler olduğu yönündeki görüş için bakınız Lütfi Duran, 'İdari Kazada Dava Açma Müddeti' (1945) 11 (1-2) İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 238, 249.

35 Kuş (n 7) 132.

36 İdari yargıda dava açma süresinin hak düşürücü süre niteliğinde olduğuna yönelik Danıştay kararları için bakınız Danıştay 7 D, E 1984/1081 K 1984/1385, 09.07.1984; Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, E 1996/244 K 1998/45, 13.03.1998; E 1996/244, K 1998/45, 13.03.1998; Danıştay 7 D, E 1984/1081 K 1984/1385, 09.07.1984; "Dava açma süresi hak düşürücü bir süre niteliğindedir. Yani, süresinde kullanılmayan dava hakkı düşmekte ve yargı yolu kapanmaktadır. Bu süre zorlayıcı nedenlerle (mücbir sebeplerle) durmaz ve kesilmez. Başka bir ifade ile hastalık halinde dava açma süresinin

Usul ekonomisi ve mâkul sürede yargılama ilkesi gereğince, yargulamaların belirli bir sürede bitirilmesi ve usul işlemlerinin mâkul sürede tamamlanması için yargılama işlemleri belirli sürelerle sınırlandırılmalı ve yargılama en uygun şekilde sonuçlandırılmalıdır.³⁷ Bununla birlikte aşağıda zikredileceği üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) hak arama özgürlüğü konusundaki usulü şartların katı bir şekilde uygulanmasının, özellikle yerel mahkemeler tarafından usule ilişkin kısa süreli bir kuralın katı bir şekilde uygulanmasının başvuruları mahkemeye erişim hakkından mahrum bıraktığını belirtmektedir.³⁸ Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi de süreler konusunda katı tutum sergilenmesini uygun bulmamaktadır. Anayasa Mahkemesi idari yargıda açılan tam yargı davasında dava açma sürelerinin katı bir şekilde yorumlanarak zamanaşımı nedeniyle davanın reddedilmesini hak arama özgürlüğünü sınırlayıcı olarak değerlendirmiştir.³⁹ Süreler konusunda AİHM'in ve Anayasa Mahkemesi'nin tutumu, kanun koyucunun dava açma hakkını belirli sürelerle tabi tutmasını mâkul görmekle birlikte, mümkün olduğunca kişilerin mahkemeye erişim hakkının kısıtlanmaması ve hak arama hürriyetinin önünün açılması yönündedir. Bu bağlamda idari yargıda eski hale getirme kurumunun oluşan içtihatlar uyarınca da gerekli bir kurum olarak ortaya çıktığı söylenebilir.

Eski hale getirme konusunda bir diğer önemli husus idari yargı alanında eski hale getirme sebeplerinin nelerden ibaret olacağı meselesidir. Eski hale getirme kurumu kişinin elinde olmayan nedenlerden ötürü kanunda öngörülen sürede işlemin yapılamaması durumunda kullanılır. “*Kişinin elinde olmayan sebep*” kavramına hangi hallerinin girebileceğinin belirlenmesi gerekir.

Elde olmayan sebep kavramına tarafların iradesi haricinde ortaya çıkan geçerli, haklı ve nesnel durumlar girmektedir. Deprem, kaza, yangın gibi doğal afetler ve ağır hastalık eski hale getirme sebebi olarak ileri sürülebilir.⁴⁰ Ortaya çıkan sebebin yapılması gereken işlemin kanunen öngörülen sürede yapılmasına engel olacak bir sebep olması gerekir. Bir durum daha kısa zaman diliminde yapılması gereken bir iş için eski hale getirme nedeni olarak kabul edilebilirken, daha uzun bir zaman sürecinde yapılması gereken iş için eski hale getirme nedeni teşkil etmeyebilir. Eski hale getirme için dayanılan sebebin, süresinde yapılamayan işlemin yapılmasına mâni olması gerekir. Bu halde, dayanılan sebep ile işlemin yapılamaması arasında illiyet bağının olması gerekir. Dayanılan sebeple yapılamayan işlem arasında illiyet bağı bulunmuyorsa eski hale getirme talebi kabul edilemez. Bir durumun eski hale getirme kapsamına girip girmediğinin takdirini hakim yapacaktır.⁴¹ Bu durumda eski hale getirme sebeplerinin sınırlı sayıda olmadığı, somut olayın özelliğine göre değerlendirileceği

uzatılması veya yeniden canlanması mümkün bulunmamaktadır.” <www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi 15 Mart 2022.

37 Tercan, Eski Hale Getirme (n 5) 37.

38 Perez de Rada Cavanilles v Spain App no 28090/95 (ECtHR, 28 October 1998 § 49) <http://hudoc.echr.coe.int>. Erişim Tarihi 13 Şubat 2022.

39 Bu konuda emsal kararlar için bakınız; Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2018/26811, 13/1/2022; Başvuru No: 2019/18931, 24/11/2021; Başvuru No: 2014/13156, 20/4/2017; Başvuru No: 2019/20, 24/11/2021; Başvuru No: 2013/5516, 22/1/2015 <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> Erişim Tarihi 05 Mart 2022.

40 Ercan (n 10) 256; Eroğlu (n 10) 245; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 6) 182; Taş Korkmaz (n 5) 646

41 Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 4) 169-170; Taş Korkmaz, (n 5) 648.

söylenbilir.⁴² Avukatla ya da kanuni temsilciyle takip edilen davalarda eski hale getirme sebeplerine, avukat ya da kanuni temsilci de dayanabilir.⁴³

İdari yargı alanında bilindiği üzere iki tür dava bulunmakta olup biri iptal davası, diğeri ise tam yargı davasıdır. Bu davalar idarenin hukuka aykırı işleminden menfaati ya da hakkı ihlal edilen kişiler tarafından açılabilir. Kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış idarenin, faaliyetlerini yürütürken zaman zaman hukukun dışına çıkması söz konusu olmaktadır, kişilerin bazı temel hakları ve hürriyetleri kamu gücü tarafından ihlal edilmektedir. Yargı organlarına başvurma hakkı, bu ihlallere karşı en büyük teminatlardan birisini oluşturmaktadır. Temel hakkı ya da hürriyeti kamu gücü tarafından ihlal edilen kişilerin, elinde olmayan sebeplerle dava açma hakkından ya da bir diğeri usüli haktan mahrum kalması adalet anlayışına uymamaktadır.

Ceza yargılamasında ve uyuşmazlığın tarafları arasında eşitlik ilkesinin hakim olduğu medeni yargılama hukukunda, tarafların süreleri kaçırması durumunda belli şartlarla eski hale getirme imkanı tanındığı halde, taraflar arasında eşitliğin olmadığı ve idare karşısında güçsüz durumda bulunan kişilerin bulunduğu idari yargılama hukukunda eski hale getirme kurumunun bulunmaması büyük bir eksikliklerdir.⁴⁴ Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurularda ve icra hukukunda eski hale getirme kurumundan yararlanmaya yönelik düzenlemeler yapılmıştır. İcra hukukunda itiraz süresini elinde olmayan sebeple kaçıran borçlu için gecikmiş itiraz kurumu getirilmiştir. Tüm bunlara rağmen idari yargı alanında süreleri elde olmayan nedenlerle kaçıran tarafa böyle bir hakkın tanınmamasının haklı ve mâkul bir gerekçesi bulunmamaktadır. Bu nedenle eski hale getirme uygulamasının idari yargı alanındaki kesin nitelikli süreler bakımından da uygulanacak şekilde düzenlenmesi gerektiğini değerlendirmekteyiz. İdari yargı alanında getirilecek eski hale getirme kurumu, HMK'ya atf yapılan konular arasına eklenebileceği gibi ayrıntılı olarak İYUK'ta da düzenlenebilir.

III. MÜCBİR SEBEPLERİN İDARİ YARGIDA TARAFLARA TANINAN SÜRELER ÜZERİNE ETKİSİ

Eski hale getirme kurumu İYUK'ta taraflara tanınan kesin nitelikteki süreler bakımından önem taşımaktadır. İYUK'un 7. maddesinde idari yargıda dava açma süreleri düzenlenmiştir. İYUK'un 8. maddesinde⁴⁵ ise sürelere ilişkin genel esaslardan bahsedilmiştir. İYUK'ta eski hale getirme kurumu düzenlenmemiş olmakla birlikte, idari yargı alanında doğrudukları sonuç itibarıyla eski hale getirme

42 Eski hale getirme sebeplerinin somut olaya göre değişebileceğine ilişkin kararlar için bakınız Yargıtay 11 HD, E 2018/2990 K 2018/4760, 25.06.2018; Yargıtay 17 HD, E 2015/13192 K 2018/2731, 19.03.2018; Yargıtay 16 HD, E 2016/13793 K 2020/1113, 10.03.2020, Yargıtay 10 HD, E 2017/6203 K 2017/9054, 19.12.2017; <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 15 Mart 2022.

43 Ercan (n 10) 255.

44 Gündüz (n 27) 249.

45 Madde 8 - 1. "Süreler, tebliğ, yayın veya ilan tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlar.

2. Tatil günleri sürelere dahildir. Şu kadarki, sürenin son günü tatil gününe rastlarsa, süre tatil gününü izleyen çalışma gününün bitimine kadar uzar.

3. Bu Kanunda yazılı sürelerin bitmesi çalışmaya ara verme zamanına rastlarsa bu süreler, ara vermenin sona erdiği günü izleyen tarihten itibaren yedi gün uzamış sayılır."

kurumuna benzer nitelikte bazı uygulamalar bulunmaktadır. İdari yargı alanında zaman zaman kullanılmakta olan mücbir sebepler eski hale getirmeye benzer neticeler doğurmaktadır. Bu nedenle mücbir sebeplerin idari yargı alanındaki etkisini incelemekte fayda vardır.

Mücbir sebep kavramının neyi ifade ettiği konusunda mevzuatta yapılmış ortak bir tanım bulunmamaktadır. Yapılan düzenlemelerde çoğunlukla örnekleme ile tanımlama yapılmaya çalışılmakta, terimin kapsamı açık bırakılmaktadır. Mücbir sebep halleri mevzuatta sınırlı olarak sayılmadığından, hangi durumların mücbir sebep kapsamında değerlendirileceği içtihadi olarak belirlenmektedir. Doktrinde mücbir sebep tanımlanırken çoğunlukla, dış etkenlerden kaynaklanma, kaçınılmazlık, öngörülemezlik ve nedensellik bağı gibi unsurlar belirtilmektedir.⁴⁶ Genel tanımıyla mücbir sebepler, yer sarsıntısı, deprem, ihtilal gibi önceden takdiri ve tahmini mümkün olmayan, kişinin iradesi dışında kalan ve onun tarafından önlenmesi ve öngörülmesi mümkün olmayan durumlar olarak ifade edilebilir.⁴⁷

İdare hukuku alanında mücbir sebepler en bilinen hâliyle idarenin sorumluluğu konusunda kullanılmaktadır. Bunun haricinde kişilerin idare karşısında yapmakla yükümlü oldukları ve haklarını kullandıkları bazı alanlarda karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte idare ile kişiler arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen mevzuatta mücbir sebep konusu ya düzenlenmemiştir ya da mücbir sebepler örnek kabilinden belirtilmiştir. Örneğin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda yangın, afet ve salgın hastalık gibi mücbir sebep sayılabilecek bazı haller belirtilmiştir.⁴⁸ Vergi Usul Kanunu'nda⁴⁹ 15. maddede vergi ödevine ilişkin konularda bu Kanun'da sayılan mücbir sebeplerin varlığı halinde, dava açma sürelerinin bu sebeplerin ortadan kalkmasına kadar işlemeyeceği düzenlenmiştir. Vergi Usul Kanunu'nun 13. maddesinde vergi ödevlerinden birisinin yerine getirilmesine engel olacak derecede ağır hastalık, kaza, tutukluluk, su basması, yer sarsıntısı ve kişinin idaresi dışında defterlerin elinden çıkması gibi haller mücbir sebepler arasında düzenlenmiştir.

Yargılamanın taraflarına tanınan süreler konusunda mücbir sebeplere ilişkin İYUK'ta bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargılamanın yenilenmesi sebeplerini düzenleyen İYUK'un 53. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde *“Zorlayıcı sebepler dolayısıyla veya lehine karar verilen tarafın eyleminden doğan bir sebeple elde edilemeyen bir belgenin kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması”* yeniden yargılama sebeplerinden birisi olarak düzenlenmiştir. İYUK madde 53/1(a)'da zorlayıcı sebepler – bir diğer deyişle mücbir sebepler – kesinleşmiş kararlara karşı bir başvuru yolu olan yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiş olmasına rağmen, hak arama özgürlüğünün temelini oluşturan dava açma süresini etkilememesi çelişkili bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵⁰

46 Ekmekci, Güneş, Kaşıkçı ve Gümüşkaya (n 6) 1077.

47 Onar (n 32) 1719.

48 Turan Yıldırım, 'Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı' (2019) 25(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı) 1520, 1527.

49 Vergi Usul Kanunu, Kanun No: 213, Kabul Tarihi: 4/1/1961, RG 10.01.1961/10703.

50 Ekmekci, Güneş, Kaşıkçı ve Gümüşkaya (n 6) 1117.

Mücbir sebeplerin dava açma süresine etkisi bakımından doktrindeki ve yargı içtihatlarındaki genel eğilim, dava açma süresinin hak düşürücü süre niteliğinde sayılması ve mücbir sebebin dava açma süresini uzatmayacağı şeklindedir.⁵¹ Fakat doktrinde farklı bir görüş dava açma sürelerinin hak düşürücü süre niteliğinde sayılmayacağını, dolayısıyla mücbir sebeplerin varlığı durumunda dava açma süresinin uzayacağını ileri sürmektedir.⁵² Taraflara tanınan sürelerin mücbir sebeplerle kullanılmaması durumunda, sık olmasa da bazı Danıştay kararlarında mücbir sebepler süreyi uzatan bir durum olarak değerlendirilmiştir. Danıştay, dava açma süresinin son günü 27 Mayıs 1960 tarihine gelen bir davada, darbe nedeniyle resmi kurumların kapalı olmasından dolayı ertesi gün açılan davayı mücbir sebep gerekçesiyle süre bakımından geçerli saymıştır.⁵³ Danıştayın başka bir kararında ise kanunlarda belirtilmese bile fiili ve hukuki engellerin dava süresini uzatan ya da işlemlerini durduran nedenler olarak kabul edildiği, mücbir sebeplerin dava açma süresini etkileyen bir hal olarak kabul edilmesi görüşünün kuvvet kazandığı, özellikle doğal afet gibi durumlarda dava açma süresinin devam ettiğini kabul etmenin haklı bir gerekçesinin olmayacağı belirtilmiştir.⁵⁴ Görüldüğü üzere mücbir sebep halleri dava açma sürelerine etki edebilecek bir durum olarak bu içtihatlarda uygulanmıştır.

Verilen bu kararların aksine, Danıştayın mücbir sebeplerin dava açma süresini etkilemeyeceği yönünde kararları da mevcuttur. Danıştay vermiş olduğu bir kararında dava açma süresinin hak düşürücü süre olduğunu, hak düşürücü sürelerin kesilmesinin ve durmasının mümkün olmadığını, bu nedenle hastalık durumunda dava açma süresinin uzatılması ya da yeniden canlanmasının mümkün olmadığını belirtmiştir.⁵⁵ Danıştay kişinin sağlık sorunları olsa bile vekil tayin ederek dava açmanın mümkün olduğunu belirtmiştir.⁵⁶

Sağlık mazeretinin mücbir sebep kapsamına girip girmemesi konusunda somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapmakta yarar vardır. Bazı sağlık mazeretleri kişiyi dava açmayı engelleyen bir duruma sokarken, bazıları dava açmaya engel hale sokmayabilir. Diğer yandan vekil ile dava açma imkanının olması, kanımızca dava açma süresinin kaçırılması bakımından sürelerin kesilmesine engel bir neden olarak değerlendirilmemelidir. Zira hukuk sistemimizde davaların vekille takip

51 Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukukuna Giriş* (2. Baskı, Ekin 2020) 201; Gündüz (n 27) 247.

52 Bakınız Gündüz (n 27) 242.

53 Danıştay 5 D, E 1960/947 K 1961/608, 07.03.1961 Aktaran; Gündüz (n 27) 243; Danıştay 4 D, E 1995/6183 K 1996/2698, 20.06.1996; "...Depremden sonra yörede yaşayanların tamamına yakınının can derdine düştüğü ve yaşama savaşı verdikleri, kişilerin normal zamanlarda yapabildikleri işlerin hiçbirini yapamayacak bir ortamda buldukları anlaşılmaktadır. Bu şartlar altında, normal süresinden 7 gün sonra açılan davanın...süreşasını noktasından reddedilmesinde isabet görülmemiştir..." <www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi 15 Mart 2022.

54 Danıştay 4 D, E 1995/6183 K 1996/2698, 20.06.1996 <hwww.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi 15 Mart 2022.

55 Danıştay 7 D, E 1984/1081 K 1984/1385, 09.07.1984 <www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi 15 Mart 2022.

56 Danıştay 9 D, E 2007/906 K 2008/2530, 20.05.2008; "... mücbir sebepler vergi ödevlerinin yerine getirilmesine ilişkin süreleri keseceğinden, vergi ve ceza muhataplarının adlarına tarh olunan vergi ve kesilen cezalara karşı açacakları dava; dava açma sürelerini kesmeyip, dava açma mükellefin ödevlerinden sayılmayacağından ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ile bu Kanunun 31.maddesiyle yollamada bulunulan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun İdari Yargılama Usulünde tatbik edilmesi gereken maddeleri arasında, dava açma süresinin hastalık veya sair mücbir sebepler halinde duracağına dair bir hüküm de yer almadığından ileri sürülen iddiada isabet bulunmamaktadır. Kaldı ki, rahatsızlığı nedeniyle davasını bizzat açamayan davacının davasını her zaman için tayin edeceği bir vekil vasıtasıyla süresinde açması da mümkündür." Legalbank < https://legalbank.net/> Erişim Tarihi 03 Mart 2022.

zorunluluğu bulunmayıp, hiç kimse bu konuda bir tercih yapmaya zorlanamaz, bu yolu tercih etmediği için hak kaybına uğratılmaz. Bu nedenle bu faktör dışlanarak somut olaydaki sübjektif durumlar değerlendirilmeli ve durumun mücbir sebep kapsamına girip girmeyeceğine karar verilmelidir.

Görüldüğü üzere, dava açma süresinin ya da taraflara tanınan diğer sürelerin mücbir sebepler nedeniyle kaçırılması durumunda izlenecek yöntem konusunda yargı içtihatlarında istikrar bulunmamaktadır. Bu nedenle idare hukuku alanında içtihadı olarak uygulanmakta olan mücbir sebeplerin, eski hale getirme kurumu yerine ikame edilebileceğini söylemek kanımızca mümkün değildir.

Mücbir sebeplerin varlığı durumunda sürelerin işlemeye devam edeceğinin kabulünün mâkul bir sebebi bulunmamaktadır. Bu konuda kanuni düzenlemeler yapıncaya dek yargı organlarınca, hukukun genel ilkelerine, mücbir sebep hallerinde sürelerin işlemeyeceğine ilişkin genel hukuk ilkesine ve 1982 Anayasası'nın⁵⁷ (Anayasa) 90. maddesinin 5. fıkrasının⁵⁸ verdiği yetkiye dayanarak, mücbir sebeplerin hak düşürücü sürelerin işlemesine engel bir hal olduğu yönünde istikrarlı içtihat oluşturulabilir.⁵⁹ Bununla birlikte bugüne dek bu konuda istikrarlı içtihatların oluşmamış olması bu konudaki kanuni düzenleme ihtiyacını açıkça ortaya koymaktadır. Kanuni düzenleme, uygulamada birliğin sağlanması ve olası mağduriyetlerin engellenmesi için de gereklidir.

IV. ADİL YARGILANMA HAKKI BAKIMINDAN İDARİ YARGIDA ESKİ HALE GETİRME

Eski hale getirme kurumunun hak arama hürriyeti, hukuki dinlenilme hakkı ve silahların eşitliği ilkesi gibi adil yargılanma hakkının unsurlarıyla yakından ilgili olduğu kabul edilmektedir.⁶⁰ Eski hale getirme kurumu, yapması gereken bir işlemi elinde olmayan sebeplerden ötürü yerine getiremeyen tarafa, o işlemi yapma imkanını yeniden vererek hak kaybını engelleyip hak arama özgürlüğüne hizmet etmektedir. Böylelikle iddia ve savunma hakkı etkin bir şekilde kullanılarak gerçeğin ortaya çıkarılıp adaletin gerçekleşmesi sağlanır. Bu nedenle bu kurum aynı zamanda adil yargılanma hakkına ve hukuki dinlenilme hakkına hizmet etmektedir.⁶¹ Diğer yandan mahkemeye erişim hakkını kusuru olmaksızın elinde olmayan nedenlerden dolayı kullanamayanlara yeni bir fırsat tanımaktadır. Eski hale getirme kurumu böylelikle hukuki dinlenilme hakkını ve silahların eşitliği ilkesini gerçekleştirmeye de hizmet etmektedir.

57 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863 (Mükerrer).

58 Madde 90/5; "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

59 Ekmekci, Güneş, Kaşıkçı ve Gümüşkaya (n 6) 1116.

60 Gündüz (n 27) 248-249.

61 Yazar (n 5) 64; Taş Korkmaz (n 5) 238.

Adil yargılanma hakkı açık bir şekilde ilk defa Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinin 10. maddesinde düzenlenmiş olan temel insan haklarından. Adil yargılanma hakkı genel olarak “*imkanlar ölçüsünde gerçekleri yansıtabilmesi için, uyumsuzluğun tarafları arasında fiili ve hukuki bir fark gözetmeksizin iddia ve savunmaların eşit ölçüde ve karşılıklı olarak yapıldığı dürüst bir yargılama*” olarak tanımlanabilir.⁶² Adil yargılanma hakkı yargılama hakkında usûli ilkeleri belirleyerek, objektif bir yargılama yapılmasını ve böylelikle adil karara ulaşmayı güvenceye almaktadır. Adaletin ve hukuki güvenliğin sağlanması için yargılamanın adil yapılması gerekir. Böylelikle hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından birisi gerçekleşmektedir.⁶³

Adil yargılanma hakkı pek çok hakkı⁶⁴ içerisinde barındıran kapsamlı bir haktır. En derli toplu hâliyle Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS) düzenlenmiştir.⁶⁵ Bir davanın konu bakımından AİHS'in kapsamında kalabilmesi için medeni haklara ve yükümlülükler ya da suç isnadına ilişkin olması gerekir. AİHM sözleşmede bulunan kavramların kapsamını belirlerken taraf devletlerin iç hukukundan bağımsız değerlendirme yapmaktadır. Otonom yorum çerçevesinde AİHM, medeni haklar ve yükümlülükler ya da suç isnadı kavramının kapsamını belirlerken, ulusal hukukta bu kapsama girmeyen pek çok uyumsuzluğu AİHS'in 6. maddesi kapsamında değerlendirmektedir. İdari uyumsuzluklar kural olarak AİHS'in 6. maddesi kapsamı dışında kalsa da AİHM otonom yorum yöntemiyle idari uyumsuzlukları da medeni haklar ve yükümlülükler ya da suç isnadı kapsamında değerlendirerek AİHS'in 6. maddesinin uygulama alanını genişletmektedir. AİHM iç hukukta kamu hukuku kapsamına giren bazı uyumsuzlukların⁶⁶ özü itibarıyla medeni hak ve yükümlülük ya da suç isnadına ilişkin olduğunu kabul ederek bunları 6. maddenin kapsamına dahil etmektedir.⁶⁷

Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkı, kişilerin iddia ve savunmalarını yargı organları önünde ileri sürebilmelerine fırsat sağlayan bir haktır. Bu kapsamda mahkemeye erişim hakkı bir hukuki uyumsuzluğu ve bu uyumsuzluk çerçevesinde bir talebi

62 Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku* (5. Baskı, Seçkin 2017) 529.

63 Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı* (1. Baskı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4 2018) 1.

64 Bu haklar “(A) silâhların eşitliği ilkesi, (B) çelişmeli muhakeme ve meram anlatma ilkeleri, (C) masûmiyet karinesi, (D) aleyhe delil yasağı, (E) kanunî hâkim güvencesi ve anayasal yargı yetkisi, (F) şüpheden sanık yararlanır ilkesi, (G) gerekçeli karar verme zorunluluğu” gibi haklardır. Ayrıca 1982 Anayasası'nda adil yargılanma ilkesini içeren ve destekleyen çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Bunlar “Masûmiyet karinesi (Anayasa m. 15/2, m. 38/4), makul surede yargılama (Anayasa m. 19, m. 141/4), kanunî hâkim güvencesi (Anayasa m. 37), aleyhe delil yasağı (Anayasa m. 38/5), kanuna aykırı delil elde etme yasağı (Anayasa m. 138), mahkemelerin bağımsızlığı (Anayasa m. 141), duruşmaların herkese açık olması (Anayasa m. 141/1), mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetki, işleyişi ve yargılama usûllerinin kanunla düzenlenmesi (Anayasa m. 142)” gibi düzenlemelerdir.: Gülsün Ayhan Aygörmöz Uğurlubay, Nuran Haydar ve Mehmet Korkmaz, ‘Seri Muhakeme Usûlüne İlişkin Sorunlar’ (2019) 1(2) Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 255, 277-278.

65 Tuğçe Takcı, *Türk ve Avrupa Hukukunda Temel Hak Boyutuyla Adil Yargılanma Hakkı* (1. Baskı, Adalet 2017) 11-16.

66 Örneğin AİHM eğitim görme hakkının kısıtlanmasını, mahkumun aile bireylerinin ziyaretini kısıtlayan disiplin cezasını, izinsiz inşa edilen binaya ilişkin yıkım kararını medeni haklar ve yükümlülükler ya da suç isnadı kapsamında değerlendirmiştir. Diğer yandan siyasal uyumsuzluklar, yabancının ülkeye kabulü, devlet memurluğu statüsüne ilişkin bazı uyumsuzluklar gibi kamusal yönü ağır basan pek çok uyumsuzluğun bu kapsama girmediğini değerlendirmektedir.: Lale Burcu Önüt, *İdari Yargılama Hukukunda Adil Yargılanma İlkesi Çerçevesinde Grup Dava Uygulaması* (1. Baskı, Seçkin 2018) 31.

67 ibid 29-30.

mahkemeye taşıyarak, uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteme hakkını ifade eder. Kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen ya da mahkemenin vermiş olduğu kararı etkisiz hale getiren sınırlandırmalar bu hakkı ihlal edebilir.⁶⁸ AİHS'in *Adil Yargılanma Hakkı*'ni düzenleyen 6. maddesinde mahkemeye erişim hakkı açıkça düzenlenmemiştir. Fakat yargı yolunun açık olmadığı, hakkın yalnızca kanunlarda düzenlenmiş olduğu bir durum fiiliyatta faydalı olamayacağı için AİHM bu boşluğu içtihatları ile doldurarak, mahkemeye erişim hakkını adil yargılanma ilkesi kapsamında değerlendirmektedir.⁶⁹ Daha önce bazı başvurularda bu hakka değinilmiş olsa da mahkemeye erişim hakkı AİHM tarafından ayrıntılı olarak ilk kez Golder/İngiltere Davasında ele alınmıştır.⁷⁰

Mahkemeye erişim hakkı Anayasa'nın 36. maddesinde "*Hak arama hürriyeti*" başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" Diğer yandan Anayasa'nın 40. maddesinin 2. fıkrasında "*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.*" şeklinde düzenleme yapılarak hak arama hürriyeti daha güvenceli bir hale getirilmiştir.

AİHM mahkemeye erişim hakkının mutlak olmadığını, bu hakkın doğası gereği belli ölçüde sınırlanabileceğini kabul etmektedir. Fakat bu sınırlamaların kişinin mahkemeye erişimini ve hakkın özünü zedeleyecek nitelikte olmaması gerektiğini, bu hakkın zayıflatılmaması gerektiğini ifade etmektedir. Bu kapsamda meşru bir amaç taşımayan veya uygulanan araç ile varılmak istenen amaç arasında mâkul bir orantının olmadığı sınırlamalar AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrasıyla uyumlu değildir.⁷¹ AİHM, dava açılabilmesi için getirilen yükümlülükleri uygularken adaletin zayıflamasına neden olacak aşırı şekilcilikten ve kanunlarca getirilen usul kurallarını abes duruma sokacak düzeyde bir esneklikten kaçınılması gerektiğini belirtmektedir.⁷²

Mahkemeye erişim hakkı, mutlak bir hak olmamakla birlikte hak aramak için mahkeme önüne gidebilme olanağının fiili olarak ve etkili bir şekilde mevcut olmasını gerektirir. Mahkeme hakkı hem özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından hem de idarenin işlem ve eylemleri sebebiyle ortaya çıkan

68 Anayasa Mahkemesi, E 2013/40, K 2013/139, 28/11/2013; Başvuru No: 2014/6717, 9/1/2018; Başvuru No: 2015/13014, 8/3/2018, § 40; Başvuru No: 2012/791, 7/11/2013, § 52; Başvuru No: 2013/4022, 13/4/2016 <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>> Erişim Tarihi 05 Mart 2022.

69 Ahmet Ekinci, 'Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı' (2014) 18 (3-4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 821, 823.

70 Söz konusu davada, mahkum olan başvuru, haksız ithamda bulunduğu gerekçesiyle hapis hane görevlisi hakkında dava açmak için avukatıyla görüşmek istemiş, bu isteği yetkili makamlar tarafından reddedilmiştir. Mahkum, avukatıyla görüşemediği için hapis hane görevlisi hakkında dava açamamış, bunun üzerine mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'e başvurmuştur. AİHM, her ne kadar başvuru kanunen dava açma hakkı olsa da fiilen mahkemeye başvuru hakkının engellendiğini ifade ederek AİHS'in 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir: Gökhan Çayan, *Adil Yargılanma Hakkı* (1. Baskı, Legal 2016) 49-50.

71 Sefer Yılmaz ve Meryem Yılmaz v Türkiye App no 611/12 (ECtHR, 17 November 2015 § 59); Eşim v Türkiye App no 59601/09 (ECtHR, 17 September 2013 § 19); Edificaciones March Gallego S.A. v İspanya App no 28028/95 (ECtHR, 19 February 1998, § 34); Aktaran Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2014/6717, 9/1/2018, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>> Erişim Tarihi 03 Mart 2022.

72 Eşim v Türkiye App no 59601/09 (ECtHR, 17 September 2013 § 21); Walchli v Fransa App no 35787/03 (ECtHR, 26 July 2007 § 29); Aktaran Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2014/6717, 9/1/2018 <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>> Erişim Tarihi 03 Mart 2022.

iddialar bakımından geçerlidir. Mahkemeye erişim hakkı yalnızca hukuken getirilen sınırlamaların değil aynı zamanda fiilen getirilen sınırlamaların da kaldırılmasını gerekli kılar. Devlet bu hakka yönelik sınırlamalar getirirken meşru amaca yönelik, hakkın özüne dokunmayacak meşru amaçla orantılı sınırlamalar getirebilir.⁷³ İdari yargı alanında, dava açma ya da üst mahkemeye başvurma sürelerini elinde olmayan nedenlerle kaçıran kişiler bakımından mahkemeye başvuru hakkı dolaylı da olsa engellenmektedir.

Anayasa'ya göre temel haklar ve hürriyetler konusunda Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ile iç hukuk hükümlerinin çatışması durumunda uluslararası sözleşme hükümleri uygulanır. Dava açma hakkı hak arama hürriyetinin bir parçasını oluşturmakta olup,⁷⁴ kişinin elinde olmayan nedenlerle bu hakkı kullanamaması durumunda bu haktan mahrum bırakılması hak arama hürriyetinin ihlali anlamına gelir. Bu aynı zamanda adil yargılama ilkesini ihlal eder niteliktedir.⁷⁵

Kişilere mahkemeye başvuru hakkı tanınmadığı müddetçe adil yargılanma hakkının tam olarak gerçekleştiği söylenemez. AİHS'in 6. maddesinde ve Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkı uyarınca, kişilere mâkul bir sürede mahkemeye başvuru hakkı tanınmalıdır ve kişinin kendi kusuruna dayanmayan, önlenemeyen ve öngörülmesi mümkün olmayan nedenlerden dolayı mahkemeye başvuramaması durumunda bu hakkın kullanılabilmesi için mâkul bir süre tanınmalıdır.⁷⁶

İdari yargı alanında eski hale getirme imkanının tanınmaması hukuki dinlenilme hakkını⁷⁷ da ihlal edici niteliktedir. Esasında usulüne uygun bir şekilde verilen kesin süreye uyulmaması durumunda, birtakım yaptırımlara tabi tutulması hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil etmez. Fakat hakkını kullanamayan taraf gerçek ve ciddi bir mazeret nedeniyle kesin süre içerisinde işlemini yapamamışsa ve buna rağmen tarafın ilgili işlemi yapmasına fırsat tanınmamışsa bu durum hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil edebilir.⁷⁸

Silahların eşitliği ilkesi “*davanın taraflarının usule ilişkin haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelir*”.⁷⁹

73 İnceoğlu (n 63) 23-24.

74 Danıştay 7 D, E 1999/653 K 1999/1305, 24.03.1999; “...*Hak arama özgürlüğünün kullanılması bakımından, kişinin iradesi dışında gelişen afet ve felaketler, savaş hali ve benzeri durumlarda, bu hakkın kullanılmasını olanaksız kılan çok ağır hastalık halleri, mücbir sebep sayılabilecek niteliktedir...*” <www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi 15 Mart 2022.

75 Gündüz (n 27) 254.

76 ibid 253.

77 “*Hukuki dinlenilme hakkı, İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkının da bir unsurudur. Yani, hukuki dinlenilme hakkının ihlâl edilmesi, adil yargılanma hakkının da ihlâlî sayılır. Bu açıdan hukuki dinlenilme hakkı İnsan Hakları Sözleşmesi ile de teminat altına alınmış bir haktır.*”; Hakan Pekcanitez, ‘Hukuki Dinlenilme Hakkı’ <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/Pekcanitez.pdf>753, 754.

78 Sezin Aktepe Artık, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı* (1. Baskı, Seçkin 2014) 406.

79 Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2019/5648, 3/2/2022; Başvuru No: 2013/1134, 16/5/2013 <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi 05 Mart 2022.

Eski hale getirme kurumu, bu hakkı elinde olmayan nedenlerle kaçırılan kişiler bakımından yeni bir fırsat yaratarak silahların eşitliği ilkesine de hizmet etmektedir.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde görüldüğü üzere eski hale getirme kurumu yargılamanın adil yapılması için varlığı gerekli bir kurumdur. Gerek AİHM gerekse Anayasa Mahkemesi son yıllarda vermiş olduğu kararlarda dava açma süreleri bakımından öngörülen sürelerin katı yorumlanmasından kaçınılması gerektiği yönünde kararlar vermektedir. Süreler konusunda katı bir şekilciliğin hak arama hürriyetine ve mahkemeye erişim hakkına engel olacağını belirtmektedir. Doktrinde özellikle dava açma süreleri konusunda dava açma hakkını genişletici yorumlamaların yapıldığı, katı şekilcilikten uzaklaşılmalı istendiği görülmektedir. Buna rağmen bu yaklaşımın tek başına uygulamada ortaya çıkan tüm sorunları giderdiği söylenemez. Bu nedenle bu konudaki en iyi çözüm idari yargı alanındaki bu eksikliğin kanuni düzenleme ile giderilmesidir.

SONUÇ

Eski hale getirme kurumu, kanunun kişilere tanımış olduğu usul hukukuna ilişkin bazı hakların, geçerli mazeretten dolayı belirlenen süre içerisinde kullanılamaması durumunda, öngörülen süre içinde işlem yapılmış gibi kişilerin bu hakları kullanabilmelerine imkan sağlayan bir kurumdur. Bu kurum ile kişinin elinde olmayan sebeplerle kullanamadığı hakkını kullanabilmesi için yeni bir fırsatın tanınması, kişinin kusuruna dayanmayan bir nedenden ötürü hak kaybının önlenmesi amaçlanmaktadır.

Eski hale getirme kurumu hukukumuzda idari yargılama usulü hariç diğer usul hukuku alanlarında uygulanmaktadır. İYUK'ta yargılama sırasında taraflara tanınan sürelerin elde olmayan nedenlerle kaçırılması durumunda eski hale getirme kurumuna başvurulabileceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. İYUK'ta, HMK hükümlerine atıf yapılan konular arasında da eski hale getirme kurumu bulunmamaktadır. Doktrindeki ve yargı içtihatlarındaki hakim görüş idari yargı alanında eski hale getirme kurumunun uygulanamayacağı şeklindedir. Kanımızca da yorum ya da kıyas yöntemi ile şimdiki hâliyle eski hale getirme kurumunun idari yargı alanında uygulanması mümkün değildir. Diğer yandan bu yorum pozitif hukuktaki düzenlemelere uygun olsa da bu kurumun idari yargı alanında uygulanamaması büyük bir eksiklik ve hakkaniyetle bağdaşmamaktadır.

Mevzuatta düzenlenmemiş olsa bile kişilerin haklarını kullanmalarına ya da yükümlülüklerini yerine getirmelerine mâni olan mücbir sebeplerin idari yargı kararlarında dikkate alınması, isabetli bir tercih⁸⁰ olmakla birlikte, kanımızca mücbir sebeplerin süreleri durduran bir hal olarak İYUK'ta açık bir şekilde düzenlenmesi gerekir. Zira bugüne kadar istikrarlı bir içtihadın oluşmamış olması bu ihtiyacın göstergesidir. İdari yargı alanında içtihadı olarak benimsenmiş olan mücbir sebep hallerinin var olması, nitelik olarak eski hale getirme kurumunun neticelerini ve amacını tam olarak karşılamamaktadır.

Bu sorun aynı zamanda AİHS'de tanınmış olan adil yargılanma ilkesi kapsamında kalan hak arama hürriyeti, mahkemeye erişim hakkı ve silahların eşitliği ilkesiyle de doğrudan ilişkilidir. Eski hale

80 Yıldırım (n 48) 1538.

getirme kurumu medeni yargılamada ve ceza yargılamasında ne kadar gerekli ise idari yargılamada da o kadar gereklidir; diğer yargı kollarında kişilerin bu usulü kullanmalarında ne kadar hukuki yararı varsa idari yargı alanında da o kadar hukuki yararı vardır. İdari yargı haricinde diğer yargı alanlarında eski hale getirme ya da buna benzer kurumlar uygulanmakta iken idari yargı alanında eski hale getirme kurumunun uygulanamıyor olması adalet duygusuyla bağdaşmamaktadır. Ülkemizde yargı reformları kapsamında çeşitli düzenlemeler yapılmaktadır. İdari yargı reformuna eski hale getirme kurumunun da eklenmesi, bu konuda kanuni düzenlemenin yapılması gerekir. Üstelik, idari yargılama usulünde kişilere tanınan sürelerin çoğunlukla hak düşürücü süre ya da benzeri nitelikte olması ve tanınan sürelerin kısa denilebilecek bir zamanı içermesi göz önüne alındığında, bu düzenlemenin gerekliliği bariz bir şekilde ortadadır. Tüm bu nedenlerden ötürü idari yargı alanındaki bu boşluğun, kanuni düzenlemeler ile doldurulması gerekir.

KAYNAKÇA

- Aktepe Artık S, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı* (1. Baskı, Seçkin 2014).
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *Medeni Usul Hukuku* (7. Baskı, Yetkin 2021).
- Aygörmez Uğurlubay G A, Haydar N ve Korkmaz M, 'Serî Muhakeme Usûlüne İlişkin Sorunlar' (2019) 1(2) Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 255 – 306.
- Berki Ş, 'Hukukta Müddet Çeşitleri' (1968) 25(1-2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 99-111.
- Centel N, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Eski Hale Getirme' (2011) 51(1-4) Journal of Istanbul University Law Faculty 197 – 220.
- Çağlayan R, *İdari Yargılama Hukuku* (13. baskı, Seçkin 2021).
- Çayan G, *Adil Yargılanma Hakkı* (1. Baskı, Legal 2016).
- Duran L, 'İdari Kazada Dava Açma Müddeti' (1945) 11(1-2) İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 238-263.
- Ekinci A, 'Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı' (2014) 18 (3-4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 821-848.
- Ekmekci E, Güneş G, Kaşıkçı M ve Gümüşkaya G, 'Vergi Hukukunda Mücbir Sebep ve Hukuksal Sonuçları Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım ve Öneriler' (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 1069-1138.
- Elbir T, 'Medeni Usul Hukukunda Süreler' (Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi 2021).
- Ercan İ, *Uygulamacılar İçin Medeni Usul Hukuku El Kitabı* (6. Baskı, Seçkin 2021).
- Eroğlu O, *Medeni Usul Hukukunda Davaya Cevap* (1. Baskı, Seçkin 2018).
- Gündüz F E, 'Mücbir Sebebin İdari Dava Açma Süresine Etkisi' (2019) 23(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 237-266.
- İnceoğlu S, *Adil Yargılanma Hakkı* (1. Baskı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4 2018).
- Kalabalık H, *İnsan Hakları Hukuku* (5. Baskı, Seçkin 2017).
- Kaplan G, *İdari Yargılama Hukukuna Giriş* (2. Baskı, Ekin 2020).
- Kuş M, 'İdari "Süre" Kavramı ve Sürelerin İhyası' (2010) (4) Terazi Hukuk Dergisi 131 – 147.
- Onar S S, *İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt 3* (3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası 1966).
- Önüt L B, *İdari Yargılama Hukukunda Adil Yargılanma İlkesi Çerçevesinde Grup Dava Uygulaması* (1. Baskı, Seçkin 2018).
- Özbek V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (14. Baskı, Seçkin 2021).
- Pekcanitez H, 'Hukuki Dinlenilme Hakkı' <<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/Pekcanitez.pdf>>753-791.

- Pekcanitez H, Atalay O ve Özekes M, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (2. Baskı, Yetkin 2014).
- Takcı T, *Türk ve Avrupa Hukukunda Temel Hak Boyutuyla Adil Yargılanma Hakkı* (1. Baskı, Adalet 2017).
- Taş Korkmaz H, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Eski Hale Getirme' (2016) 15 (2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 635-679.
- Tercan E, 'İcra ve İflas Hukuku Açısından Eski Hale Getirme' (1998) 19(4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 117-130.
- Tercan E, *Medeni Usul Hukukunda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) Eski Hale Getirme-Hali Sabıka İrca* (1. Baskı, Yetkin 2006).
- Yazar G, 'Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler, Eski Hale Getirme ve Adli Tatil' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi 2021).
- Yıldırım T, 'Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı' (2019) 25(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı) 1520-1538.
- Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>> Erişim Tarihi 03 Şubat 2022.
- Kazancı İçtihat <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 29 Ocak 2022.
- Legalbank < <https://legalbank.net/>> Erişim Tarihi 03 Mart 2022.
- < <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> Erişim Tarihi 07 Şubat 2022.
- <<http://hudoc.echr.coe.int>> Erişim Tarihi 13Şubat 2022.

Namık Kemal Tiyatrosunda Modern Osmanlı Yurttaşlığının Askeri Yönünün İnşası

The Construction of the Martial Aspects of Modern Ottoman Citizenship in the Namık Kemal Theatre

Ali Saçar* 

ÖZ

Bu çalışmada, Osmanlı modernleşmesinin erken dönem edebiyat örneklerinden Namık Kemal'in tiyatroları vasıtasıyla, yurttaşın askeri yönüyle inşası incelenmektedir. Avrupa örneği alınarak inşa edilmeye çalışılan yeni bir Osmanlı yurttaşlığının askeri yönünün Namık Kemal ve tiyatrosu üzerinden takip edilmeye çalışılmasının sebebi, söz konusu Osmanlı aydınının, daha sonra II. Meşrutiyet ve Cumhuriyet dönemlerinde olgunlaşacak pek çok düşüncenin Avrupadan Osmanlı'ya aktarılmasında en erken örnekleri sunmuş olmasıdır. Namık Kemal, tiyatro ve diğer birçok modern edebiyat türünde ilk örnekleri vererek Avrupa edebiyatını Osmanlı'ya getirmekle kalmamaktadır. Bunların eğitici işlevini açıkça vurgulayarak, siyasi ve hukuki kurumları da edebiyat yoluyla yeni Osmanlı yurttaşlarına tanıtmaktadır. Dolayısıyla, genel olarak Türk modernleşmesinin hızlandığı sonraki dönemleri de derinden etkileyecek biçimde, yaşadığı tarihsel dönemde Avrupada yaygın olarak kullanılan pek çok farklı edebiyat türünü kullanarak, yeni bir kuramsal düzlemi inşa etmektedir. Bu kuramsal düzlemin önemli bir unsuru Osmanlı yurttaşlığıdır. Avrupada olduğu gibi Osmanlı'da da Fransız Devrimi ile Birinci Dünya Savaşı arasındaki tarihsel dönemde, yurttaşlığın askeri yönünün inşası, ayrıca önem kazanmaktadır. İlk örneklerini Namık Kemal'in verdiği modern Osmanlı tiyatrosu, henüz kurumsallaşmakta olan modern Osmanlı düzenli ordusunun ve buna asker sağlamak için gerekli zorunlu, genel bir askerlik hizmetinin yurttaşlarca kabul görmesini sağlama işlevini üstlenmiştir. Bu çalışmada ana fikir tiyatro türünden eserlere dayanmakla birlikte, Namık Kemal'in düzyazı biçimindeki farklı edebiyat türlerindeki çalışmaları da tiyatrolarındaki düşünceleri destekleyecek biçimde, bütünselci bir yaklaşımla göz önünde bulundurulmaktadır. Sonuç olarak, Namık Kemal, Avrupada tanıştığı tiyatroya özel bir önem vererek, Osmanlı'nın Avrupa sömürgeciliği karşısında durabilmesini sağlayacak güçte düzenli ordu oluşturabilmesi için modern Osmanlı yurttaşlığının askeri yönüyle birlikte inşa edilmesine katkı sağlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Osmanlı Modernleşmesi, Namık Kemal, Tiyatro, Düzenli Ordu, Yurttaşlık.

* Dr. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, ORCID: 0000-0002-2984-0543

Namık Kemal düşüncesine ilişkin verimli bir tartışma imkanı sağlayan değerli meslektaşım, Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi sayın Ezgi Çaldıran'a teşekkür ederim.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Ali Saçar

E-posta/E-mail: ali.sacar01@gmail.com/asacar@nku.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 03.03.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 11.06.2022

ABSTRACT

This study, it's examined the construction of the martial aspects of modern ottoman citizenship through the theatre plays of Namık Kemal, one of the early literary examples of Ottoman modernization. The martial aspects of a new Ottoman citizenship, which is tried to be built by taking Europe as an example, is followed through Namık Kemal and his theatre because he impressed European ideas, which were later developed in the Second Constitutional Era of the Ottoman and the Republic of Turkey, on Ottoman in very early stage. He did not just write the first Ottoman versions of theatre and other modern European kinds of literature but also, as clearly maintained by himself, he showed the modern political and law institutions to Ottoman citizens through these literary works. So, Namık Kemal made a theoretical approach through modern literature, which had become widespread in his time, and affected next generations. In this context, modern Ottoman citizenship and especially its martial aspects, which were become more of an issue in the period between the French Revolution and the First World War, become crucial. Early modern Ottoman theatre or another saying Namık Kemal theatre has assumed the duty to raising awareness on the constitution of modern Ottoman regular army and compulsory military service. In this study, although the central topic of this study grounds on theatre plays, it pays regard to other kinds of prose literature of Namık Kemal as far as support for the central topic. In the conclusion, Namık Kemal gave particular importance to the theatre he had met in Europe and made a contribution to the construction of modern Ottoman citizenship with its military aspect for the constitution of modern Ottoman regular army strong enough to stand against European colonialism.

Keywords: Ottoman Modernization, Namık Kemal, Theatre, Regular Army, Citizenship.

GİRİŞ

Osmanlı İmparatorluğu'nda (bundan sonra Osmanlı), meşrutiyete geçiş tartışmaları devam ederken ve cumhuriyet henüz gündemde değilken¹, farklı türde ve çok sayıda eser vererek bu tartışmaların merkezindeki yerini alan bir Osmanlı düşünürü olarak Namık Kemal, Türk hukuk tarihinde göz ardı edilemeyecek önemi haizdir. Avrupai, modern bir merkezi siyasi iktidarın, yine Avrupai, modern yurttaşlık anlayışı doğrultusunda hak ve özgürlüklerle sınırlandırılmış şekilde Osmanlı'da tesis edilebilmesi için hukukun² da aralarında bulunduğu pek çok konuda gazete makaleleri, mizah yazıları³, tarih kitapları, tiyatro ve roman gibi farklı düzyazı türlerinde görüşlerini beyan etmiştir. Yazıları bir bütün olarak okunduğunda modern ve geleneksel arasındaki çekişme ve çelişmeye

- 1 Başka bir deyişle Hukuki Tanzimat döneminde. Ziyaeddin Fahri Fındıkoğlu, 'Türk Hukuk Tarihinde Namık Kemal' (1941) 7(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 177, 178.
- 2 Namık Kemal'in hukukla ilgili çeviri ve makaleleri hakkında bilgi için bkz ibid 187-92. Hukuk ve bununla bağlantılı olarak siyaset hakkındaki görüşleri üzerine yapılan çalışmalar olarak ayrıca bkz Kamran Birand, '18 inci Asır Fransız Tefekkürü ve Namık Kemal' (1945) 1(1) Felsefe Arkivi 99; Şerif Mardin, *The Genesis of Young Ottoman Thought: A Study in the Modernization of Turkish Political Ideas* (Syracuse University Press 2000) 287-336; Niyazi Berkes, *Türkiyede Çağdaşlaşma* (Ahmet Kuyaş ed, 18. Baskı, Yapı Kredi Yayınları 2012) 287-307; Rıdvan Değirmenci, 'Tanzimat Sürecinde Osmanlı Devleti'nin Hukuk Değişimi ve Namık Kemal'in Hukuk Anlayışı' (Yüksek Lisans Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2015); Sabahattin Nal, 'Namık Kemal'in Devlet Kuramı ve Devletin Sürekliliğini Sağlayacak Yönetim Biçimi' (2019) 10(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 633.
- 3 Namık Kemal'in mizah yazıları hakkında bilgi için bkz Hamza Çakır, 'Tarihimizin İlk Mizah Dergisi Diyojen'in Kapatma Cezalarına Yine Mizahi Yoldan Gösterdiği Tepkiler' (2006) 15 Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 161; Hüseyin Doğramacıoğlu, 'Namık Kemal'in Diyojen Gazetesindeki Mizahi Yazıları Üzerine Bir Değerlendirme' (2012) 7(1) Turkish Studies: International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic 935.

rağmen, özellikle Avrupa işgali tehdidi karşısında, modern Avrupa'ya karşı modern bir Osmanlı devlet teşkilatıyla ayakta kalılabileceğini Osmanlı toplumuna ve bilhassa yönetimine göstermeye çalışmıştır. Dolayısıyla da bunun için evleviyetle gerekli kurum olarak modern Osmanlı düzenli ordusunun, yeni nesil askeri eğitim kurumlarından yetişen meslek mensubu subaylarıyla ve yurttaşlardan oluşan askerleriyle kuruluşunu fazlasıyla önemsemektedir. Bu nedenle, Osmanlı'da modern siyasi iktidarın ve bunun unsuru olarak düzenli ordunun teşekkülünün genel kamu hukuku boyutunu anlamada kullanılabilir veriler bakımından, Namık Kemal, en erken örnekleri sunmaktadır.

Namık Kemal, modern Türk edebiyatının ilk örneklerini verecek kadar erken aşamada, içerisinde yaşadığı topluma göre ileri sayılabilecek meseleleri gündeme getirmiştir. Bunun için kullandığı edebiyat türlerinden birisi ve aslında kendisinin de açıkça belirttiği üzere en önemlisi tiyatrodur⁴. Osmanlı'da Türklerin yazdığı ilk modern tiyatro oyunlarından olan bu eserler⁵, henüz I. Meşrutiyet öncesinden başlayarak daha sonra II. Meşrutiyet'e ve dahası Cumhuriyet'e miras kalacak düşünceleri, düzyazı yazma ve okuma kültürünün yeterince gelişmediği, görsel temsille insanlara ulaşmanın daha uygun görüldüğü bir dönemde⁶, toplumun geniş kesimlerine yaymıştır. Bu sebeple, Namık Kemal düşüncesi üzerinden Osmanlı düzenli ordusunun tesisi incelenirken, tiyatro türünden eserleri merkeze almak daha uygun olacaktır.

Bu çalışmada temel verileri sağlayan kaynaklar, Namık Kemal'in gazete yazıları, tarih yazıları, romanları ve tiyatrolarıdır. Başlıktan da anlaşılacağı üzere, Namık Kemal'in düzenli ordu ve yurttaşın askeri yönüne ilişkin görüşleri esas olarak tiyatrolarından takip edilecek olup, diğer düzyazı türlerine, tiyatroların yazıldığı bağlamı aydınlatacak ölçüde başvurulacaktır. Namık Kemal'in yazıları, Latin alfabesine aktarılmış kaynaklar üzerinden incelenecektir. Bunların yanında Namık Kemal üzerine daha önceden yapılmış bilimsel çalışmalar da doğrudan kendisinin yazılarından çıkarılan sonuçları destekleyecek şekilde kullanılacaktır.

Çalışmada öncelikle Namık Kemal'in Osmanlı'da siyasi iktidarın merkezileşmesi ve modernleşmesi doğrultusunda ileri sürdüğü görüşler üzerinde genel olarak durulacaktır. Bu kapsamda, kendisiyle özdeşleşen ve Osmanlı toplumunda kullanımı yaygınlaşan vatan ve hürriyet kavramlarını hangi bağlamda kullandığı, tesis edilmesini istediği Osmanlı barışı çerçevesinde ele alınacaktır. Sonraki aşamada, Osmanlı barışının tesisi ve dışarıya veya başka bir deyişle Avrupa'ya karşı müdafaası için gerekli modern askeri teşkilatlanmaya yönelik yaklaşımına değinilecektir. Son olarak, Osmanlı'da

4 Namık Kemal, 'Tiyatro' *İbret* (2 Safer 1290/19 Mart 1289) 1 iç Nergiz Yılmaz Aydoğdu ve İsmail Kara (edr), *Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri: Bütün Makaleler I* (2. Baskı, Dergah 2019) 497; 'Tiyatrodan Bahseden Arkadaşlara' *Hadika* (27 Kanun-ı evvel 1288/26 Şevval 1289) 2 iç Ibid 573; 'Mukaddime-i Celal' iç Namık Kemal, *Celaleddin Harzemşah* (Oğuz Öcal ed, 2. Baskı, Akçağ 2014) 31, 46.

5 Namık Kemal öncesi dönemde Osmanlı'da modern edebiyat türleri tiyatro ve roman hakkında bilgi için bkz Ahmet Hamdi Tanpınar, *Türk Edebiyatı Tarihi: 19 uncu Asır* (7. Baskı, Çağlayan Kitabevi 1988) 148-50, 278-81.

6 Tam olarak bu nedenle, ciddi toplumsal dönüşümlerin yaşandığı devrim günlerinde tiyatrolar halkın eğitimi için kullanılmıştır. Bilge Seçkin, '1908 Devrimi'nde Politik Tiyatro ve Besa Oyunu' (2008) 38 İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 265, 266-67. Ayrıntılarına daha sonra değinilecek olan, Namık Kemal'in *Vatan yahut Silistre* tiyatrosu da 1908 devrimi döneminin en çok oynanan oyunlarından. Ibid 273. 1908 devriminin ilk haftalarında bu oyun oynanmaya başlanmıştır. Mithat Cemal Kuntay, *Namık Kemal: Devrinin İnsanları ve Olayları Arasında*, Cilt III/ Kısım I (Alfa 2019) 615.

merkezi siyasi iktidarın düzenli ordusunun kuruluşu için tiyatroyu bir eğitim aracı olarak kullanması örneklendirilerek, Türkiye’de modern siyasi kurumlardan birisinin oluşturulması, erken dönem tiyatro örnekleri üzerinden, genel kamu hukuku boyutuyla anlaşılmalı çalışılacaktır.

I. VATAN, HÜRRİYET VE OSMANLI BARIŞI

Namık Kemal, günümüzde hala vatan ve hürriyet kavramlarına yaptığı vurguyla anılmaktadır⁷. Bunlardan birisinin ön plana çıkarılmasıyla, Namık Kemal’in kamu hukukuna ilişkin görüşleri farklı bir noktaya gidecek şekilde yorumlanabilir. Oysa, daha doğru olan yöntem, vatan ve hürriyet arasında kurduğu bağlantının tespit edilmesi⁸ ve bu yolla, modern uluslararası düzenin öznelere olan ulusal barışını sağlamış ülkelere benzer bir Osmanlı barışının eserlerinde takip edilmesidir. Bu yöntemle incelendiğinde, Namık Kemal’in vatan ve hürriyeti, Osmanlı barışı çerçevesinde bir bütünün olmazsa olmaz iki parçası olarak gördüğü tespit edilebilir.

A. SİYASİ İKTİDARIN MERKEZİLEŞMESİ VE SINIRLANDIRILMASI

Namık Kemal’in çalışmaları incelendiğinde, yurttaşların hak ve özgürlüklerinin korunduğu, diğer siyasi iktidar iddiaları karşısında yeterince kuvvetlenmiş bir merkezi siyasi iktidara duyulan özlem okunabilmektedir. Tarif edilen siyasi iktidar, Avrupa’da modern toplumla birlikte gelişen merkezi siyasi iktidar veya modern devlettir. Ancak Avrupalı siyasi iktidar, Osmanlı toplumuna ve meşruiyet kaynaklarına uygun hale getirilmeye çalışılmaktadır⁹. Namık Kemal’in yaşadığı dönemde, en gelişmiş cumhuriyet örneği olarak Amerika Birleşik Devletleri henüz günümüzdeki siyasi etkiye sahip değildir, Fransa’da cumhuriyet yönetimi 1871’de Almanlara karşı yenilgiyle birlikte tekrar tesis edilmeye çalışılmıştır. İngiliz örneğindeyse, devrimci değil evrimci bir yöntemle modern öncesi dönemden kalma siyasi ve hukuki kurumlar dönüşüm geçirmektedir. Dolayısıyla, Osmanlı monarşisinin modern bir merkezi siyasi iktidar olarak kurumsallaşması ve aynı zamanda anayasal sınırlar içerisinde tutularak sınırlandırılması için Avrupalı ve geleneksel kaynaklara bir arada atıf yapılması, geçiş dönemlerinde sık gözlenen kavram kargaşası da hesaba katıldığında, olağan karşılanmalıdır. Bu nedenle de Namık Kemal’in modern Avrupa’dan aldığı kavramları ve kurumları İslami ve geleneksel bir bakış açısıyla yorumlaması, sadece İslamcı yönü de bulunan bir sentez çabasıyla açıklanamaz. Çalışmanın devamında düzenli ordu ve askerlik üzerine düşünceler ele alınmaya başlandığında, bu nokta daha iyi anlaşılacaktır.

7 Geleneksel Osmanlı şiirindeki arzu vatan kelimesini ekleyen Namık Kemal’dir. Kuntay, Cilt I (n 6) 39-40. *Tasvir-i Efkar* gazetesindeki *Yangın* başlıklı makalesinin girişine eklediği beyitte bu kavramı kullanmıştır. Ibid 65, 76-85.

8 Gülay Sarıçoban, ‘Namık Kemal ve Hürriyet Fikri’ (2019) 23(2) Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 515, 529.

9 Namık Kemal denilince akla ilk gelen ve Fransız Devrimi ürünü kavramlar olarak vatan ve hürriyet de bu bağlamda yeniden anlamlandırılmaktadır. Bernard Lewis, *Modern Türkiye’nin Doğuşu* (Metin Kıratlı çev, 5. Baskı, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları 1993) 141; Mehmet Ali Gündoğdu, ‘Namık Kemal’in Şiirlerinde “Millet”, “Şehitlik”, “Maksat” ve “Vatan” Kavramları’ (2016) 11(20) Turkish Studies: International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic 245.

Namık Kemal, öncesi ve sonrasıyla, genel olarak I. Meşrutiyet döneminde bir Osmanlı aydını olarak görüşlerini olgunlaştırarak farklı türde edebiyat çalışmalarıyla duyurmuştur. Tarih yazılarında ve tarihle ilgili roman ve tiyatrolarında, Osmanlı monarşisinin geleneksel yönetimine veya bununla kıyaslanabilecek benzer örneklere atıf yapmaktadır. Bir yandan temel bazı insani ve dini değerleri gözeterek adaletten ödün vermeyen¹⁰ ama diğer yandan siyasi iktidarın merkezileşmesi ve süreklileşmesi için savaştan yöneticileri¹¹ örnek göstermektedir. Her ne kadar güncel siyasi tartışmalarda monarşinin sınırlandırılması meselesini ön plana çıkarsa¹² da özellikle tarih yazılarında ve tarihle ilgili roman ve tiyatrolarında merkezi siyasi iktidarı bölmeye çalışanlara karşı savaş ön plana çıkmaktadır¹³. Ancak siyasi iktidarın merkezileşmesinin amacı, döneminin güncel sorunlarına karşı da Namık Kemal düşüncesinde önemli bir yer tutan¹⁴, İslam birliğinin kurulması yoluyla buna yönelen tehditlere karşı mücadelenin örgütlenebilmesidir¹⁵. Hukuk öğretisinde Avrupalı modern devletin siyasi iktidara ilişkin

- 10 Örneğin Osmanlı Padişahı Yavuz Sultan Selim'e dini sınırlarını hatırlatan alimle yine bir Osmanlı Padişahı olarak Kanuni Sultan Süleyman'a her yaptığı için güzel olduğunu söyleyen alim karşılaştırılarak, Osmanlı'nın duraklamasının sebeplerinden birisi ortaya koyulmaktadır. Namık Kemal, 'İstila Devri' iç Namık Kemal, *Evrak-ı Perişan* (Yasin Topaloğlu ed, Point 2017) 9, 24. Bir diğer örnek de Osmanlı'nın kurucusu Osman Bey'in oldukça erken aşamada yargı teşkilatı oluşturma çabasının sonraki tarihli gelişmelere katkı sağladığının vurgulanmasıdır. Namık Kemal, *Osmanlı Tarihi* (Yasin Topaloğlu ed, Elips Kitap 2013) 42-43. *Cezmi* romanının ilk sayfalarında, İran Şahı II. İsmail'in toplumuna baskı uygulamakla yaptığı hata, Namık Kemal'in Osmanlı Padişahı II. Abdülhamid'e yönelttiği *Vatan Kasidesi'*nden yapılan alıntıya eleştirilmektedir. Namık Kemal, *Cezmi* (Arzu Şimşek ed, Karbon Kitaplar tarih yok) 23.
- 11 Örneğin Yavuz Sultan Selim'in tartışılan ve eleştirilen bazı işleri, siyasi iktidarın merkezileşmesi eğilimini savunan bir anlayışla ele alınmaktadır. Namık Kemal, 'İstila Devri' (n 10) 21; 'Yavuz Sultan Selim' iç *Evrak-ı Perişan* (n 10) 135, 147, 175; *Osmanlı Tarihi* (n 10) 765-67.
- 12 Namık Kemal, 'Hubbül-vatan mine'l-iman' *Hürriyet* (29 Haziran 1868) iç Alp Eren Topal (ed), *Sürgünde Muhalefet: Namık Kemal'in Hürriyet Gazetesi*, 1. Cilt (VakıfBank Kültür Yayınları 2019) 46; 'El-hakku ya'lu ve-la yu'la aleyh' *Hürriyet* (29 Haziran 1868) iç Ibid 48; 'Ve şavirhüm fi'l-emr' *Hürriyet* (20 Temmuz 1868) iç Ibid 67; 'Usul-i meşverete dair bir mu'terize cevaben yazılmış mektup' *Hürriyet* (14 Eylül 1868) iç Ibid 142; 'Küllüküm ra'in ve küllüküm me's'ulün an ra'iyetih'i' *Hürriyet* (21 Eylül 1868) iç Ibid 148; 'Usul-i meşverete dair ikinci mektup' *Hürriyet* (21 Eylül 1868) iç Ibid 156; 'Usul-i meşverete dair üçüncü mektup' *Hürriyet* (29 Eylül 1868) iç Ibid 173; 'Usul-i meşverete dair dördüncü mektup' *Hürriyet* (12 Ekim 1868) iç Ibid 206; 'Usul-i meşverete dair beşinci mektup' *Hürriyet* (19 Ekim 1868) iç Ibid 219; 'Usul-i meşverete dair altıncı mektup' *Hürriyet* (26 Ekim 1868) iç Ibid 231; 'Devletin tedennisine dair makale' *Hürriyet* (2 Kasım 1868) iç Ibid 236; 'Usul-i meşverete dair yedinci mektup' *Hürriyet* (9 Kasım 1868) iç Ibid 261; 'Usul-i meşverete dair sekizinci mektup' *Hürriyet* (23 Kasım 1868) iç Ibid 285; 'Hasta adam' *Hürriyet* (7 Aralık 1868) iç Ibid 304; 'Avrupa şarkın asayişini ister' *Hürriyet* (7 Aralık 1868) iç Ibid 311; 'Hürriyet' *Hürriyet* (8 Mart 1869) iç Ibid 506; 'Burhan'ı tecrübi' *Hürriyet* (29 Mart 1869) iç Ibid 564; 'Courrier d'Orient ile La Turquie beyninde usul-i meşveretin kabulüne dair zuhur eden niza' üzerine mütalaa' *Hürriyet* (19 Nisan 1869) iç Ibid 599; 'Terakkide münderic bendler üzerine mütalaa' *Hürriyet* (19 Nisan 1869) iç Ibid 606; 'Hürriyet' *Hürriyet* (2 Ağustos 1869) iç Alp Eren Topal (ed), *Sürgünde Muhalefet: Namık Kemal'in Hürriyet Gazetesi*, 2. Cilt (VakıfBank Kültür Yayınları 2019) 100.
- 13 Örneğin *Gülñihal* tiyatrosunda, kötü bir şekilde tasvir edilen yerel bir siyasi iktidar odağı, Sultan III. Selim'in fermanlarını umursamamaktadır. Namık Kemal, *Gülñihal* (Zübeyde Dursun ed, Karbon Kitaplar tarih yok) 51-52. Namık Kemal'in kendi aktardığı bilgiye göre, Magosa sürgünü günlerinde yayımlanan sözü edilen eser, aslından çok fazla saptırılacak şekilde sansüre uğramıştır. Namık Kemal, 'Mukaddime-i Celal' (n 4) 43. *Celeleddin Harzemşah* tiyatrosunda Moğol akınları karşısında zayıflığın en önde gelen sebeplerinden birisi de siyasi iktidarın bölünmüşlüğü olarak görülmektedir. Namık Kemal, *Celeleddin Harzemşah* (n 4) 94-95, 132-34, 159-62. Verilen örneklerde olayların gelişiminde merkezi siyasi iktidar ile yerel siyasi iktidarlar arasındaki çekişme belirleyici olmaktadır.
- 14 Lewis (n 9); Mardin (n 2) 330-31; Namık Kemal, 'İttihad-ı İslam' *İbret* (21 Rebiulahir 1289/15 Haziran 1288) 1 iç Aydoğdu ve Kara (n 4) 84; 'Meyelan-ı Alem [İttihad ve Ordu]' *İbret* (30 Rebiulahir 1289/24 Haziran 1288) 1 iç Aydoğdu ve Kara (n 4) 114.
- 15 *Celeleddin Harzemşah*'da Müslümanların Moğol akınlarına karşı dine dayalı birlik oluşturmasının gerekliliği vurgulanmaktadır. Namık Kemal, *Celeleddin Harzemşah* (n 4) 107, 129, 132-34, 157, 165, 265-67.

düşüncenin laikleşmesiyle bağlantılı ele alındığı hatırlanacak olursa¹⁶, burada farklı bir durumla karşı karşıya kalınmaktadır. Meşruiyet kaynağı olarak İslami atıflar devam ettirilmektedir ancak dini kurumları kötüye kullanarak merkezi siyasi iktidarı bölen rakip odaklara da karşı çıkmaktadır¹⁷. Kuramsal açıdan geleneksel meşruiyet düşüncesi korunurken, pratik kaygılarla daha modern bir siyasi iktidar türüne yönelme eğilimi bulunmaktadır. Çünkü Namık Kemal'in Osmanlı toplumuyla birlikte yaşadığı önemli bir sorun, sömürgeci Avrupa devletlerinin işgaline uğrama tehdididir.

B. OSMANLI BARIŞININ TESİSİ VE MÜDAFAASI

Avrupa'nın Osmanlı'nın işgaline zemin hazırlamak için rahatlıkla başvurabileceği en temel mesele, geleneksel Osmanlı toplumunda siyasi iktidar karşısında Müslümanlardan farklı bir şekilde konumlandırılan Gayrimüslimlerin durumudur¹⁸. Modern Osmanlı yurttaşlık bilincinin oluşmaması, geleneksel İmparatorluk yönetiminde merkezi siyasi iktidardan dışlanmış ötekilerin aynı zamanda bunun müdahalesi karşısında da uzakta kalması, modern toplumla birlikte değişen dengeler karşısında, Müslüman kimliği üzerine kurulu Osmanlı toplumunda önemli bir sorun teşkil etmiştir. Modern Avrupa karşısında Osmanlı barışı, geleneksel ayrımlar üzerinden kurulamayacaktır. Dolayısıyla, Türkiye'de henüz ulus devletin kurulmasından önce, İmparatorluk coğrafyasının Avrupalılarca işgalini önleyecek bir Osmanlı yurttaşlığı oluşturmak gerekmiştir¹⁹. İşte bu noktada, kuramsal düzlemde en önemli katkılardan birisi de Namık Kemal'in ön plana çıkardığı vatan ve hürriyet kavramlarının siyasi ve hukuki tartışmalarda başat rol üstlenmesi olmuştur.

Namık Kemal'e göre, sınırları belirlenmiş bir vatanda hürriyetlerine dokunulmadan, bir arada yaşayan farklı etnik ve dini kökenden Osmanlı yurttaşları ancak anayasal monarşi altında gerçekten var olabilir²⁰. I. Meşrutiyet'e giden süreçte verilen anayasa mücadelesi²¹, sadece kuramsal bir tartışma

16 Mehmet Tefvik Özcan, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti: Hukuk Devletinin Toplumsal Koşulları Üzerine Bir Deneme* (On İki Levha Yayıncılık 2008) 49-76; Cemal Bali Akal, *İktidarın Üç Yüzü* (7. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları 2014) 203-206; Mehmet Semih Gemalmaz, *Devlet, Birey ve Özgürlük* (3. Baskı, Legal Yayıncılık 2015) 190-201; Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol ve Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku* (14. Basım, Der Yayınları 2018) 389-391.

17 *Celaleddin Harzemşah*'da sadece aristokratik ayrıcalıklarını merkezi siyasi iktidara karşı ileri sürenler değil Moğol istilasına karşı direnişi baltalayan hilafet makamı ve destekçisi ulema da kötü şekilde betimlenmektedir. Namık Kemal, *Celaleddin Harzemşah* (n 4) 167-173, 252-57.

18 Gayrimüslimlerin hukuki durumunu ifade etmek için kullanılan zimmi kavramı hakkında bilgi için bkz Cihan Osmanağaoğlu, *Tanzimat Dönemi İtibarıyla Osmanlı Tabiiyyetinin (Vatandaşlığının) Gelişimi* (Legal Yayıncılık 2004) 85-87.

19 Namık Kemal düşüncesinin, sonradan ulus devletin oluşturulmasına etkisi kabul edilmekle birlikte, İmparatorlukçu olduğu yönünde tespit için bkz Muhammet Murat Özkul, 'İmparatorluktan Ulus Devlete Kimlik Arayışında İlk Durak: Namık Kemal' (2021) 9(2) Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 421, 429.

20 Hak ve özgürlüklerin korunabileceği *usul-i meşveret* sayesinde Osmanlı yönetimi altındaki herhangi bir coğrafyada çıkan isyan üzerine Avrupa devletleri hak ve özgürlükleri gerekçe göstererek müdahalede bulunamayacaktır. Namık Kemal, 'Ve şavirhüm fi'l-emr' (n 12) 70. Aslında bu talep, kendilerini Osmanlı yurttaşı olarak gören İmparatorluk yönetimiyle özdeşleştirme yönüyle, Osmanlı'nın geleneksel hakim unsurlarını da kapsamaktadır. Namık Kemal, 'Usul-i meşverete dair altıncı mektup' (n 12) 233. Gayrimüslimlerin dahil edildiği bir anayasal yönetimde, bilhassa askerlik söz konusu olduğunda, bunlar da kendisini Osmanlı toplumunun unsuru görenek hassasiyet gösterecektir. Namık Kemal, 'Usul-i meşverete dair sekizinci mektup' (n 12) 287-88.

21 Anayasal monarşiye geçilmesi çabaları sonucunu vermiş ve Namık Kemal de Şuray-i Devlet üyesi olarak Kanun-ı Esasi hazırlık komisyonuna girmiştir. Dahası, taslak metni II. Abdülhamid'e Namık Kemal sunmuştur. Namık Kemal

değildir. Namık Kemal ve aynı nesilden Osmanlı aydınlarına göre, anayasal monarşiye geçilmesi, Osmanlı'nın Avrupa karşısında ve belki de Avrupada ayakta kalabilmesi için zorunlu bir gelişmedir.

XIX. yüzyılın sonunda, Avrupa genelinde, geniş düzenli orduların gerekliliği yaygın kabul görmüştür. Birinci Dünya Savaşı'na giden süreçte bu gereklilik, Osmanlı tarafından da fark edilmiş ve Osmanlı yurttaşlarından oluşup Osmanlı vatanını müdafaa edecek düzenli ordunun tesisi dönemin aydınlarının öncelikli gündem maddelerinden olmuştur. Bu konuda, yine en erken örnekler, Namık Kemal'in yazılarında bulunabilmektedir²². Daha sonra II. Meşrutiyet dönemine de miras kalacak bir anlayışla²³, bir yandan İslami geleneklere, bir yandan modern gelişmelere atıfla kurulmaya çalışılan ordu, Osmanlı modernleşmesinin önde giden kurumlarından birisi olarak görülmüştür. Sadece güçlü bir ordu yoluyla, sömürgeci Avrupa'nın Osmanlı topraklarına doğru yayılma eğilimi durdurulabilir ve Osmanlı, modern uluslararası ilişkilerin tarafı bir özne olabilir.

II. MODERN DÜZENLİ ORDU VE MODERN YURTTAŞIN ASKERİ YÖNÜ

Osmanlı modernleşmesi, askeri reformlara ağırlık verilerek başlamıştır. Hiç şüphesiz askeri reformlar, modern düzenli ulusal orduların doğası gereği eğitim, ulaşım, hukuk ve burada sayılmayan pek çok farklı alanda reformla birlikte gerçekleştirilebilmektedir. Namık Kemal'in yazılarında, düzenli ordu oluşturma çabalarıyla diğer alanlarda yapılan reformlar arasındaki bağlantıyı bulmak mümkündür. Anayasal sınırlara çekilmiş yönetim anlayışı, eğitim²⁴, edebiyat²⁵ ve düzenli ordu

ve Kanun-ı Esasi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Kuntay, Cilt II/Kısım II (n 6) 1139-219. 1876 tarihli Kanun-ı Esasi, yurttaşlık kavramını da görece modern biçimde açıkça düzenlemektedir. Bihterin Vural Dinçkol ve Alper Işık, '1924 Anayasası Döneminde Yurttaşlık Anlayışı' (2015) 21(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 13, 20-21; Cansu Koç Başar, 'Osmanlı Millet Sisteminden Ulusa Geçiş' (2017) 23(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 195, 203-06. Bundan önce yurttaşlık konularını düzenleyen ilk pozitif hukuk belgesi, 1869 tarihli Tabiiyyet-i Osmaniyye Kanunnamesi'dir. Özellikle Avrupalı devletlerin Gayrimüslimler üzerindeki etkisini engelleyebilmek için kabul edilen belge, 1928 yılına kadar Cumhuriyet dönemini dahi kapsayacak biçimde uzunca süre yürürlükte kalmıştır. Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi* (Onikinci Bası, Turhan Kitabevi 2007) 352; Osmanağaoğlu, (n 18) 188-96; Vural Dinçkol ve Işık, (n 21) 20, 27.

- 22 Namık Kemal, Avrupadaki görece yeni düzenli orduların geleneksel Osmanlı ordularından üstünlüğünü ve yaşadığı yüzyılın başındaki askeri reformları savunurken sözü yine anayasal yönetim meselesine getirmektedir. Namık Kemal, 'Burhan'ı tecrübi' (n 12) 564-66. Sonraki tarihli başka bir yazısında da Avrupalı düzenli orduların gelişmişliğine atıf yapmaya ve hem kara hem de denizde bu seviyeye gelinmesi gerektiğini vurgulamaya devam etmiştir. Namık Kemal, 'İdarece Muhtaç Olduğumuz Tadilat' *İbret* (15 Şaban 1289/5 Teşrin-i evvel 1288) 1 iç Aydoğdu ve Kara (n 4) 173, 175-76.
- 23 Cumhuriyet öncesinde ama İmparatorluğun son günlerinde, bir yandan görece laik diğer yandan hala geleneksel kaynaklara atıf yapan yurttaşlık eğitimi kitabının Cumhuriyet dönemi yurttaşlık eğitimi kitabıyla karşılaştırılması için bkz Ali Saçar, *Ulus Devletin ve Modern Yurttaşlığın Oluşumunda ve Gelişiminde Düzenli Ulusal Orduların Rolü* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 142-45.
- 24 Namık Kemal ve Ziya Paşa 'Türkistan'ın esbab-ı tedennis'i' *Hürriyet* (27 Temmuz 1868) iç Topal, 1. Cilt (n 12) 74. Özellikle anayasal yönetim ve eğitim arasında kurulan bağlantı için bkz Namık Kemal, 'Avrupa şarkın asayişini ister' (n 12) 314. Eğitim, yurttaşlık ve askerlik arasında kurulan bağlantı için bkz Ibid 315. İngilizlerin görece küçük bir orduyla Çin karşısında üstünlük sağlamaları eğitime bağlanmaktadır. Namık Kemal, 'Maarife Dair Bir Makale' *Hadika* (11 Teşrin-i sani 1288/10 Ramazan 1289) 1 iç Aydoğdu ve Kara (n 4) 516. Eğitim ve hürriyet arasındaki bağlantı için bkz Ibid 520. Namık Kemal'in tarihsel olarak daha erken aşamada, *Tasvir-i Efkâr*'da kadınların eğitimine de değindiği belirtilmektedir. Ömer Faruk Akün, 'Namık Kemal', *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 32. Cilt (2006) 361, 364. Namık Kemal'in eğitimle ilgili düşünceleri için ayrıca bkz Mithat Aydın, 'Namık Kemal'de "Terakki" ve "Maarif" Düşüncesi' (2013) 53(2) Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi 451, 467-73.
- 25 Edebiyat, eğitim ve düzenli ordu arasında kurulan bağlantı için bkz Namık Kemal, 'Mukaddime-i Celal' (n 4) 34-35.

gibi hususlar bir arada anlam ifade edecek ve böylece Osmanlı, medeni uluslar arasındaki saygın konumunu kazanacaktır. Bunlardan birisi diğerinden ayrılamaz, eğitilmiş subay ve er olmadan Avrupa ordularına karşı koyabilecek güçte bir Osmanlı ordusu kurulamaz. Subayların ve erlerin hak ve özgürlüklerinin belirsiz olduğu düzlemde de güçlü bir askeri yapılanma mümkün olmayacaktır. Düzenli ordu başarıyla oluşturulmadığı takdirdeyse, iyi bir eğitim sisteminin ve hak ve özgürlüklerin korunmasının en temel şartı olan Osmanlı barışı tesis edilemeyecektir. Dahası, Osmanlı toplumunun sömürge yönetimi altında bulunması dahi ihtimal dahilindedir.

A. OSMANLI MODERNLEŞMESİNİN ÖNCÜSÜ MODERN ASKERİ BÜROKRASI

Namık Kemal, Tanzimat'la kamu hukuku alanına da etki etmeye başlayan modernleşmenin en önemli unsurlarından birisi olarak yeni askeri yapılanmayı görmektedir. İmparatorluk ordusu olması sebebiyle tam anlamıyla ulusal ordu denilemeyecekse de modern düzenli orduları örnek alan Osmanlı ordusu, modernleşmeye öncülük eden bir kurum haline gelmiştir. Namık Kemal, modernleşmeye yönelttiği eleştirilerde, her zaman orduya ilişkin meseleleri ayırmakta ve yeni kurulan düzenli ordunun diğer kurumlara kıyasla daha iyi durumda olduğunu, ümitle dile getirmektedir²⁶. Bu noktada, Namık Kemal'e göre Tanzimat sonrasında yapılan reformlardan en iyi sonuç verenin düzenli ordu olduğu bile söylenebilir.

Namık Kemal'in modern Osmanlı ordusuyla ilgili olumlu görüşleri, kurumun iskeletini oluşturan subaylar ve bunları yetiştiren modern askeri eğitim kurumları için de geçerlidir. Eğitim sistemi genel olarak sorunlu olsa da askeri eğitim kurumları düzenli orduyu daha ileriye taşıyacak subaylar yetiştirmektedir. Namık Kemal, Osmanlı ordusuyla ilgili sorunların varlığını kabul etmekle birlikte, Osmanlı modernleşmesinde en başarılı bulunduğu kurum ordudur. Bunun askerlerle şahsi ilişkisinin ileri düzeyde olmasıyla ilgisi bulunabilir. Hem anayasal yönetime geçiş mücadelesinde hem de

Toplumun farklı etnik ve dini kökenden unsurlarını birleştirecek ve halkın eğitilmesini de sağlayacak bir Türkçenin geliştirilememesine yönelik eleştiri için bkz Namık Kemal, *Osmanlı Tarihi* (n 10) 447-50. Türkçeye ilişkin görüşleri için ayrıca bkz Tanpınar (n 5) 420-21. Namık Kemal'in özel yazışmaları olarak mektuplarında kullandığı dilin sadeliğine ilişkin örnekler için bkz Kuntay, Cilt I (n 6) 160-61. Namık Kemal'in en meşhur çalışmalarından *Vatan yahut Silistre* tiyatrosu da sade bir dille yazılmıştır. Alev Sınar Çilgin, 'Vatan Yahut Silistre'de Vatan Kavramı' (2005/2) 6(9) Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi 135, 143. Namık Kemal'in genel olarak yeni edebiyatı savunması hakkında ayrıca bkz Kuntay, Cilt II/Kısım I (n 6) 927-44. Türkçe'nin resmi dil olarak ilk defa 1876 tarihli Kanun-ı Esasi'de düzenlendiğini de belirtmek gerekir. Rukiye Akkaya Kia, '1876 Kanun-ı Esasi'nin 18. Maddesi Üzerine' (2011) XV(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 35, 40-41.

26 *Mekteb-i Harbiye*, Avrupa ölçütlerinde tam anlamıyla yeterli görülmesi de mevcut sınırları korumak için çalışan subaylar yetiştirmeye başlamıştır. Namık Kemal, 'Devletin tedennisine dair makale' (n 12) 239. *Harbiye ve Tıbbiye* ülkedeki görece iyi eğitim kurumlarıdır. Namık Kemal, 'Bizde adam yetişmiyor' *Hürriyet* (14 Aralık 1868) iç Topal, 1. Cilt (n 12) 317, 318. Askerlere yönelik olumsuz tavırlar karşısında Namık Kemal savunmaya geçmektedir. Namık Kemal, 'Cevap' *İbret* (27 Rebiulahir 1289/21 Haziran 1288) 2 iç Aydoğdu ve Kara (n 4) 102. *Harbiye*'de verilen eğitim ne kadar iyi olsa da buna insan yetiştirecek daha alt kademe eğitim kurumlarının sorunları dile getirilmektedir. Namık Kemal, 'Memur [Ve Tedris]' *İbret* (17 Şaban 1289/7 Teşrin-i evvel 1288) 1 iç Aydoğdu ve Kara (n 4) 178, 180-81. Düzenli ordu ve subaylar, yakın geçmişle kıyaslandığında başarılı bulunmaktadır. Namık Kemal, 'Bir Lazime-i Siyaset' *Hadika* (9 Teşrin-i sani 1288/8 Ramazan 1289) 1 iç Aydoğdu ve Kara (n 4) 513, 515. Namık Kemal'in askerden ve askeri eğitimden umutlu olduğu yönünde tespit için ayrıca bkz Müjgan Cumbur, 'Namık Kemal'e Göre Askerlik ve Ordu' iç *Namık Kemal: Doğumunun Yüzdüncü Yılında* (Atatürk, Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Kültür Merkezi Yayını 1993) 137, 171-73.

edebiyat konularında modern Osmanlı subaylarıyla çok yakın bir ilişkisi bulunmaktadır²⁷. Bu durum, askeri eğitim kurumları öğrencileri üzerindeki etkisiyle gelecek nesillere de taşınmıştır²⁸. II. Meşrutiyet sonrasında Namık Kemal'in yasaklı tiyatro oyunlarının yeniden sahnelenmesi ve Cumhuriyet döneminde de ilginin devam etmesi²⁹ bunu ispatlamaktadır. Modern Osmanlı düzenli ordusunun Namık Kemal'de ayrı bir yeri olduğu gibi Namık Kemal'in de subaylarda ve subay adayı öğrencilerde ayrı bir yeri vardır.

II. Meşrutiyet ve Cumhuriyet dönemlerine miras kalacak, devrimci bir subay neslinin yetişmesinde Namık Kemal'in katkıları göz ardı edilemez. Yazılarında, özellikle cumhuriyetçilik boyutuna ulaşacak, devrimcilik bulunmamakla birlikte, anayasal yönetime ve vatan ve hürriyet kavramlarına yaptığı vurguyla, görece daha devrimci düşünceleri ve eylemleri olan askerleri etkilemiştir. Buna oldukça erken aşamadan verilebilecek çok önemli bir örnek, I. Meşrutiyet döneminde Sırbistan'da devam eden savaşa katkı sağlamak için oluşturulan milis ordularıdır. Aralarında Mustafa Kemal Atatürk'ün babasının da bulunduğu Selanik ordusuyla³⁰ başlayan girişim İstanbul tarafından da örnek alınmak istenince³¹, Namık Kemal, daha I. Meşrutiyet döneminin henüz başında sürgüne gönderilmiştir³². Selanik ordusunun tercih ettiği bayrakta Namık Kemal etkisinin bulunmasının³³ da gösterdiği gibi milis ordularının oluşturulmasında Namık Kemal'in yaydığı düşüncelerin yeri göz önünde bulundurulduğunda, İstanbul'daki girişimde de bu ismin öne çıkması eklenince, anayasal monarşinin ilk sürgünlerinden birisi Namık Kemal olmuştur. Milis orduları için *Fransız Ulusal Muhafızları*'nın mevzuatının örnek alınması ve yeni anayasal yönetime geçişte yurttaşlardan oluşan ve yeni nesil subayların öncülük ettiği, halk tarafından kurulmuş bir askeri yapılanmanın söz konusu olması birlikte değerlendirildiğinde, neredeyse Fransız Devrimi ruhunu hatırlatacak çok ciddi bir

27 Edebiyat yönünden en önemli örneklerden birisi olarak, Magosa sürgünü döneminde askerlerin edebiyat faaliyetleriyle yakından ilgilenmesi gösterilebilir. Kuntay, Cilt II/Kısım I (n 6) 665-74.

28 Namık Kemal'in Magosa sürgünü döneminde, kendi oğlu Ali Ekrem Bolayır da Fatih'teki *Rüştiye-i Askeriye*'de okumuştur. Ibid 1034-36.

29 Cumhuriyet dönemi bakımından verilebilecek en önemli örneklerden birisi Mustafa Kemal Atatürk'tür. Cunbur (n 26) 178-79; Sariçoban (n 8) 531-32. Bu tespiti somutlaştıran en önemli verilerden birisi de Mustafa Kemal Atatürk'ün II. İnönü zaferi sonrasında Namık Kemal'in oğlu Ali Ekrem Bolayır'a gönderdiği telgraftır. Telgrafta, "...Yaralı vatanın kurtuluşu ve bağımsızlığı için ölme yolunda bugünkü nesle özveriyi öğreten büyük Kemal..." denilmektedir. Kuntay (n 6) 11. İsmet İnönü döneminde de Namık Kemal adına hatıra pulları basılmıştır. Ibid 12.

30 Atatürk'ün babası Ali Efendi'nin subayı olup gönüllü askerlere talim yaptırdığı *Selanik Asakir-i Milliye Taburu*, Kanun-ı Esasi'nin ilanından sonraki gün İstanbul'a gelmiş ve halk tarafından karşılanmıştır. İhsan Sungu, 'Atatürk'ün Babası Ali Efendi ve Mensup Olduğu Selanik Asakiri Milliye Taburu' (1939) III(10) Belleten 289, 289-91, 298-99. Hükümet tarafından kabul edilen talimatnamesine göre, silahları devlet sağlamak ve orduyu göreve hükümet çağırılmaktadır. Ancak subaylar seçimle belirlenmektedir. Ibid 322-324.

31 Ziya Paşa ve Namık Kemal, Selanik örneğinden esinlenerek, *Hediye-i Askeriye Cemiyet-i Umumiyesi* bünyesinde *Asakir-i Milliye Taburları* oluşturmak istemiştir. Sırbistan savaşı sırasında, Mithat Paşa başkanlığında bir komisyon oluşturularak gönüllü asker toplanmaya çalışılmıştır. İstanbul halkı zorunlu askerlik hizmetinden muaf olduğu için İstanbul'da gönüllü birlikler oluşturulması önem kazanmıştır. Ibid 291-95, 300-03.

32 II. Abdülhamid, Ziya Paşa'yı Suriye Valisi olarak ve Namık Kemal'i de Midilli Mutasarrıfı olarak İstanbul'dan göndermiştir. Kuntay, Cilt II/Kısım II (n 6) 1254-75.

33 *Fransız Ulusal Muhafızları* mevzuatı örnek alınarak düzenlenen Selanik taburunun sancağında, yeşil ve beyaz renkler kullanılmış ve yarım ayla birlikte, o dönemde Namık Kemal'in farklı türde edebiyat eserlerinde ön plana çıkardığı "vatan" yazısı yer almıştır. Sungu (n 30) 296-99.

girişim söz konusudur³⁴. Nihayetinde bu girişim engellendikten sonra II. Abdülhamid resmi bir milis yapılanması kurmaya çalışmış ancak başarılı olamamıştır³⁵.

B. AVRUPALI DÜZENLİ ORDULARA KARŞI GÜÇLÜ BİR OSMANLI ORDUSU

Avrupalı ülkelerin düzenli ulusal orduları karşısında güçlü bir ordu kurulabilmesinin ön koşulu, askeri personelin de askeri ve sivil boyutuyla Avrupalı askerlerin eğitim seviyesine ulaşabilmesidir. Bu kapsamda, geleneksel İmparatorluk'ta modern yurttaşlık bilincinin gelişmemiş olması ilk ve en önemli sorundur. Namık Kemal, bu nedenle, vatan ve hürriyet kavramlarını ön plana çıkararak, anayasal yönetim altında hürriyetleri korunan ve bunun devam etmesi için vatani uğruna savaşçı canını verebilecek Osmanlı yurttaşlarının yetiştirilmesini öncelikle çözülmesi gereken bir mesele olarak görmüştür³⁶.

Modern anlamıyla bir Osmanlı yurttaşlığı tesis edilecekse, Osmanlı hukuk sistemi yurttaşları hem içeriden hem dışarıdan gelecek tehlikelere karşı koruyabilecek yeterlilikte olmalıdır. Örneğin, Osmanlı monarşisinin bürokratları karşısında hiçbir güvencesi olmayan Müslüman da Osmanlı hukuk sisteminde değil müdahaleci Avrupalılarca korunabilecek durumda olan Gayrimüslim de modern yurttaşlık bilincine sahip, iyi bir asker haline getirilemeyecektir. Avrupalı ama geleneksel dayanakları gözetilen bir anayasal yönetim altında hem herkesin hürriyetleri korunacak hem de gerçek birer yurttaş haline gelen bireyler Osmanlı vatanını kendilerinin bilerek koruyacaktır. Namık Kemal, zorunlu askerlik hizmetini, bazı makul istisnalara kapı aralamakla birlikte³⁷, Gayrimüslimleri

34 Milis ordusu mensuplarının, Namık Kemal'in Fransız Devrimi'yle özdeşleşen *Marseillaise*'e nazire olarak yazdığı şarkıları söylemesi dikkat çekici bir örnektir. Kuntay, Cilt II/Kısım II (n 6) 1258-59. Namık Kemal, daha önceki tarihli bir gazete yazısında hürriyet kavramını ele alırken, *Marseillaise*'e gönderme yaparak, bu şarkının silahlanmış halk üzerindeki etkisinden bahsetmektedir. Namık Kemal, 'Hürriyet' (n 12) 101-02. Milis ordusu mensuplarının okudukları şarkı *Vatan yahut Silistre* tiyatrosunda kullanılmıştır. Namık Kemal, *Vatan Yahut Silistre* (Refik Durbaş ed, 5. Basım, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2019) 67-68. Milis ordularının kurulmaya çalışıldığı dönemde yayımlanan ve Esad Efendi'ye ait olduğu belirtilen *Hükümet-i Meşruta* başlıklı broşürde baskıya karşı direnme hakkını çağrıştıran ifadeler kullanılmaktadır. Kuntay, Cilt II/Kısım II (n 6) 1142. Namık Kemal de önceki tarihli bir makalesinde, yöneticinin sorumluluğuna ilişkin bir hadisi yorumlarken baskıya karşı direnmeyi hatırlatacak bir yaklaşım sergilemiştir. Buna göre, imam cemaatin adalet beklentisini yerine getirmese cemaat bir başkasını getirebilir. Namık Kemal, 'Küllüküm ra'in ve küllüküm me's'ulün an ra'iyyetihi' (n 12) 150. Bu tespitin devamında da padişah ile halk arasındaki sözleşmeden söz edilmektedir. Ibid 151.

35 II. Abdülhamid, düzenli ordunun henüz yeterli seviyede hazır olmadığını görmekte ve bu yüzden halkın silahlanmasıyla gönüllü milis orduları kurulmasının ihtiyaç olduğunu anlamaktadır. Ancak merkezi denetimin sağlanamaması, siyasi iktidarının sınırlandırılması konusunda hassasiyeti bilinen Abdülhamid'i tedirgin etmiştir. Rusya ile yapılan savaş esnasında, ağır yenilgi karşısında *Asakir-i Mülkiye Taburları* oluşturulmak istenmiş, bunlara Gayrimüslim askerler de alınmış ama girişim başarısızlığa uğramıştır. Sungu (n 30) 303-15; Kuntay, Cilt II/Kısım II (n 6) 1301-02.

36 Namık Kemal, 'Ve şavirhüm fi'l-emr' (n 12) 73; 'Avrupa şarkın asayişini ister' (n 12) 313-15; 'Hürriyet' (n 12) 100-02; 'İstikbal' *İbret* (İstanbul, 7 Rebiulahir 1289/1 Haziran 1288) 1 iç Aydoğdu ve Kara (n 4) 39, 41-42; 'Askerlik [Ve Hıristiyan Tebea]' *İbret* (19 Şaban 1289/9 Teşrin-i evvel 1288) 1 iç Aydoğdu ve Kara (n 4) 185, 187-89; 'Vatan' *İbret* (22 Muharrem 1290/10 Mart 1288) 1 iç Aydoğdu ve Kara (n 4) 474.

37 Örneğin, Namık Kemal, Rodos Mutasarrıfı olduğu dönemde II. Abdülhamid'e gönderdiği mektubunda, Rodos'taki Müslüman nüfusun azlığına dikkat çekerek, asker toplama bakımından burada bazı kolaylıklar sağlanmasının uzun vadede fayda doğuracağını belirtmektedir. Kuntay, Cilt II/Kısım II (n 6) 1120, 1132-37.

de içerecek kadar geniş şekilde savunmaktadır³⁸. Öyle ki geleneksel İmparatorluk yönetiminde merkezle bağlantısı tartışmalı olan ülkelerin de daha merkezîyetçi bir anlayışla Osmanlı yönetimine bağlanması yönündeki görüşlerinde açıkça, hükmedilen çok geniş coğrafya sayesinde Avrupalılara karşı güçlü bir ordu kurulabileceği belirtilmektedir³⁹.

Modern yurttaşlığın kurumsallaşması için sadece bireylerde bilinç oluşturmak yeterli değildir. Buna ek olarak gerçekten hak ve özgürlüklerinin korunmasını sağlayacak bir hukuk sistemi oluşturulması gerekmektedir. Namık Kemal, kuramsal dayanaklarını geleneksel kaynaklarda bulan ve Avrupa ülkelerinin hukuk sistemlerinde yaygın kabul gören temel ilke ve kuralları gözetilen modern bir hukuk sistemini önermektedir⁴⁰. Böylece anayasal yönetim altında hürriyetler gerçekten korunabilecek ve dahası, Avrupalı ülkelerin bilhassa Gayrimüslimler söz konusu olduğunda devreye giren alternatif uyumsuzluk çözüm usulleri ve diğer kapitülasyonlar gereksiz hale gelecektir⁴¹. Modern Osmanlı düzenli ordusunun mensupları da hukuk sistemindeki modernleşmeden yararlanacaktır.

III. TİYATRO

Namık Kemal'i Avrupa'daki sürgün döneminde en çok etkileyen kurumlardan birisi tiyatrodur. Yaşamına ilişkin çalışmalarda, mektuplarından yola çıkılarak, akşamlarını tiyatro ve benzeri etkinliklerle değerlendirdiği anlaşılmaktadır⁴². İlk tiyatro çalışmaları da Avrupa'dan dönüşünün hemen sonrasında rastlamaktadır. Dolayısıyla, Avrupalı ülkelerin anayasal düzenleri ve gelişmiş kentleri yanında modern bir edebiyat türü olarak tiyatrosunun da Namık Kemal'i etkilediği görülmektedir. Namık Kemal'in Avrupa sürgününde tanıştığı tiyatro, ömrünün geri kalanında kendi ülkesinde sürgün yaşamı sürdürmesinin de başlangıç noktası olacaktır. Namık Kemal, ilk tiyatro oyunuyla başladığı sürgün yaşamında⁴³, kısa süreli bir ara dışında⁴⁴, bir daha İstanbul'a dönemeyecektir.

38 Namık Kemal, 'Usul-i meşverete dair sekizinci mektup' (n 12) 287-88; 'Avrupa şarkın asayişini ister' (n 12) 315; 'Es'ile-i muhtasara' *Hürriyet* (29 Mart 1869) iç Topal, 1. Cilt (n 12) 553; 'Askerlik [Ve Hristiyan Tebea]' (n 36) 187-88.

39 Namık Kemal, 'İttihad-ı İslam' (n 14) 85-86; 'Meyelan-ı Alem [İttihad ve Ordu]' (n 14) 115; 'İdarece Muhtaç Olduğumuz Tadilat' *İbret* (15 Şaban 1289/5 Teşrin-i evvel 1288) 1 iç Aydoğdu ve Kara (n 4) 173, 175; 'Askerlik [Ve Hristiyan Tebea]' (n 36) 188-89.

40 Namık Kemal, 'İnnallahe ye'muru bi'l-adli ve'l-ihsan' *Hürriyet* (18 Ocak 1869) iç Topal, 1. Cilt (n 12) 392; 'Meclislere dair makale' *Hürriyet* (3 Mayıs 1869) iç Ibid 630; 'Adlün saatün hayrun min ibadeti elfi sen'e' *Hürriyet* (21 Haziran 1869) iç Topal, 2. Cilt (n 12) 26; '[Adalet ve Mahkemeler Hakkında]' *İbret* (15 Ramazan 1289/4 Teşrin-i sani 1288) 1 iç Aydoğdu ve Kara (n 4) 261; '[Adalet]' *İbret* (9 Şevval 1289-10 Şevval 1289/28 Teşrin-i sani 1288-29 Teşrin-i sani 1288) 1 iç Ibid 319; 'Ceza [I]' *İbret* (29 Şevval 1289/18 Kanun-evvel 1288) 1 iç Ibid 349; 'Ceza [II]' *İbret* (1 Zilkade 1289/19 Kanun-ı evvel 1288) 1 iç Ibid 353.

41 Namık Kemal, 'Tabiiyet-i Osmaniye' *Hürriyet* (22 Mart 1869) iç Topal, 1. Cilt (n 12) 537.

42 Kuntay, Cilt I (n 6) 264-65; İnci Enginün, 'Namık Kemal ve Tiyatro' iç *Namık Kemal: Doğumunun Yüzeşinci Yılında* (n 26) 13, 14; Akün (n 24) 367. Namık Kemal'in yurtdışında bulunduğu dönem hakkında ayrıca bkz Nermin Menemencioğlu, 'Namık Kemal Abroad: A Centenary' (1967) 4(1) *Middle Eastern Studies* 29.

43 *Vatan yahut Silistre* tiyatrosunun oynanması sonrasında Namık Kemal Magosa'ya sürgün edilmiştir. Kuntay, Cilt II/ Kısım I (n 6) 608-51.

44 V. Murad'ın tahta geçmesi üzerine Namık Kemal ve diğer sürgünler İstanbul'a dönebilmiştir. Ibid 1043-45.

A. TİYATRONUN KAMUSAL EĞİTİM İŞLEVİ

Savaş ve devrim gibi toplumlara derinden etkileyen büyük hadiselerin yaşandığı dönemler başta olmak üzere toplumsal yaşamda tiyatronun geniş kesimleri eğitici biçimde kullanılması, Avrupalı tiyatro yazarları üzerinden gözlemlenebilmektedir⁴⁵. Bunu Osmanlı toplumuna uygulamak isteyen Namık Kemal de okuma ve yazma kültürü bakımından geri sayılabilecek bir toplumda, görme ve duyma duyularına daha doğrudan ve yüz yüze bir yöntemle hitap ederek, siyasi ve hukuki kurumların tanıtımını içeren kamusal eğitim işlevini fazlasıyla kullanmıştır. Hatta Namık Kemal'in tiyatrosunda eğitim işlevini fazla ön plana çıkarması dolayısıyla edebiyat yönünün zayıf kaldığı dahi dile getirilmektedir⁴⁶.

Önceki başlıklarda Namık Kemal düşüncesiyle ilgili olarak zikredilen pek çok tespitin tiyatro oyunlarından örneklerle ispatlanması, daha aydınlatıcı olacaktır. Buna geçmeden önce son olarak değinilmesi gereken husus, tiyatronun bir edebiyat türü olarak Osmanlı yönetimi ve toplumu için kendiliğinden, modern ve Avrupalı nitelikte olmasıdır⁴⁷. Tiyatro ile topluma öğretilen kurumların modernliğinin yanında Namık Kemal'in tarihsel olarak daha önce yazmaya başladığı gazete makalelerinde olduğu gibi burada da edebiyat kuramı bakımından yenileşme, modernleşme söz konusudur.

B. TİYATRODA DÜZENLİ ORDU VE YURTTAŞIN ASKERİ YÖNÜ

Namık Kemal tiyatrosu, vatan kavramını merkeze alan ve vatan için ölme bilincini aşıl原因 bir oyunla başlamaktadır. Devamında doğrudan ilk oyundaki kadar olmasa da yurttaşlık bilincinin bu askeri yönünü besleyecek pek çok öğeye yer verilmiştir. Kimi oyunlarda açıktan yapılan bu iş, kimi oyunlarda yorum yoluyla açığa çıkarılacak imalarla yapılmıştır. Nihayetinde, Namık Kemal

45 Tiyatronun toplumu eğitici biçimde kullanılması ve sahnenin kürsüye çevrilmesi, Avrupa'daki romantik tiyatro akımıyla özdeşleşmiştir. Namık Kemal'in de Victor Hugo başta olmak üzere, bu akımın temsilcilerinden etkilendiği kabul edilmektedir. Enginün (n 42) 13; Abdulhalim Aydın, 'Namık Kemal'i Victor Hugo'ya Götüren Etkenler' (2011) 6(3) Turkish Studies: International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic 197, 199-201; Abdulhalim Aydın, 'Namık Kemal'in Sanat/Sanatçı Algısında Romantizm ve Victor Hugo Etkisi' (2012) 7(3) Turkish Studies: International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic 369; Can Şahin, 'Namık Kemal ve Beşir Fuad'daki Victor Hugo Portresi' (2017) 12(30) Turkish Studies: International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic 415, 423-27. Namık Kemal'de, romantik tiyatro dışında William Shakespeare etkisi de görülebilmektedir. Tanpınar (n 5) 387-88, 397-99; Enginün (n 42) 20-23; Mehmet Bakır Şengül, 'Hamlet (William Shakespeare) ile Gülnihal (Namık Kemal) Adlı Tiyatro Eserleri Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme' (2018) 84 Bilig 219; M. Sibel Dinçel, 'The Beginnings of Shakespearean Influences on Ottoman-Turkish Drama: Namık Kemal's Akif Bey (1874) and Gülnihal (1875)' (2019) 59/2 Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi 1170.

46 Tanpınar, dava tiyatrosu olarak nitelendirilebilecek Namık Kemal tiyatrosunda teknik yetersizlikler bulmaktadır. Tanpınar (n 5) 377-79. Bu teknik yetersizliklerin bir diğer sebebi de özellikle sürgünde yazılanların, oynanmak için değil okunmak için yazılmasıdır. İbid 395-96. Enginün de tiyatro sahnelerinin kürsüye çevrilmesinin teknik gelişmeyi olumsuz etkilediğini belirtmektedir. Enginün (n 42) 18.

47 Tanpınar (n 5) 278-79. Avrupa kültürünün İstanbul'daki merkezlerinden *Naum Tiyatrosu*, henüz 1856 yılında, gaz lambalarıyla gece aydınlatılan ilk yerlerden olmuştur. Bu da tiyatro binasının iki yönüyle de modern ve Avrupalı bir merkez haline geldiğini göstermektedir. Yuzo Nagata ve Hikari Egawa, *Bir Kentin Toplumsal Tarihi Açısından Osmanlı'nın Son döneminde İstanbul'da Tiyatro ve Çevresi* (Dergah Yayınları 2021) 138.

tiyatrosunun her yerinde Avrupalılara karşı kurulacak Osmanlı düzenli ordusu ve bunun yurttaşlık bilincine sahip askerleri hakkında göndermeler bulunmaktadır.

Namık Kemal'in altı tiyatrosunun ikisinde, başkarakter modern düzenli ordu mensubu askerdir⁴⁸. Tarihi olayları konu alan üç tiyatrosu bulunmaktadır ve bunlardan birisi haricinde⁴⁹ savaş ve askerlik gündemden düşmemektedir⁵⁰. Dolayısıyla, tiyatrolarının önemli bir kısmında hem siyasi iktidarın merkezileşmesinin önemi hem de modern düzenli ordunun askerine gerekli ahlaki ve dini ilkeler hatırlatılarak, düzenli orduya katkı sağlanmaktadır⁵¹. Daha önce belirtildiği üzere Namık Kemal düşüncesinde genel olarak, modern kurumların kuramsal dayanağı geleneksel kaynaklarda bulunmaktadır. Bu nedenle de modern öncesi toplumdaki örnekler, modern yurttaşlık bilincini destekleyecek biçimde yorumlanmalıdır.

Gülnihâl ve *Celaleddin Harzemşah* tiyatrolarına, siyasi iktidarın merkezileştirilmesi yönündeki modernleşme çabalarına katkı bakımından daha önce kısaca değinildi. Bunlardan ilki, Osmanlı modernleşmesinin oldukça erken döneminde, yerel siyasi iktidar iddiasına karşı merkezi siyasi iktidarı ön plana çıkarmaktadır. İkincisi de yine Osmanlı bakımından özel önemi haiz bir örnek üzerinden, Osmanlıların selevi olarak kabul edilen Harzemşahlar'ın⁵² Moğol istilası ve Moğol işbirlikçilerine karşı mücadelede siyasi iktidarı hem yerel hem dini siyasi iktidar iddiasına karşı merkezileştirme çabasını savunmaktadır. Osmanlı'da modern düzenli ordunun kurulması için varlığı gerekli modern siyasi iktidara giden yolda, bu örnekler önemlidir. Ancak bu çalışmanın konusu bakımından daha doğrudan verileri sağlayan, *Vatan yahut Silistre* ve *Akif Bey* tiyatrolarıdır⁵³.

48 Namık Kemal, *Vatan Yahut Silistre* (n 34); *Akif Bey* (Osman Sevim ed, Bilge Kültür Sanat 2019). *Vatan yahut Silistre* tiyatrosu, yazıldığı dönemde, 1876'da Rusça'ya yapıları başta olmak üzere yabancı dillere tercüme edilmiştir. Akün (n 24) 372; Sarıçoban (n 8) 531. Bu tiyatro Türk edebiyatının ilk romantik tiyatrosu olarak da nitelendirilmektedir. Sınar Çılgın (n 25) 136. *Akif Bey*'de başkarakter denizci bir askerdir. Bu da Türk edebiyatının denizle ilk teması olarak görülmektedir. Tanpınar (n 5) 384.

49 Namık Kemal, *Kara Bela* (Yasin Topaloğlu ed, Tema Yayınları 2019).

50 Namık Kemal, *Gülnihâl* (n 13); *Celaleddin Harzemşah* (n 4). Modern öncesi orduda da olsa başkarakter asker olan *Cezmi* romanı da burada anılmaktadır. *Cezmi*, 1546'da dünyaya gelen bir tımarlı sipahidir. Namık Kemal, *Cezmi* (n 10) 8. Sadece asker değil, şairdir. İbid 36-37. Tarihi kaynaklara göre, şair Hayreti de bir tımarlı sipahidir. Halil İnalçık, *Şair ve Patron: Patrimonyal Devlet ve Sanat Üzerinde Sosyolojik Bir İnceleme* (9. Basım, Doğu Batı Yayınları 2019) 50. Namık Kemal'de tarih, güncel meselelere çözüm üretmek için kullanılmaktadır. Namık Kemal'in tarihçi yönüyle ilgili ayrıntılı tartışma için bkz Emrah Pelvanoğlu, *Tanzimat ve Metatarih: Namık Kemal'in Tarih Anlatılarının Poetikası* (VakıfBank Kültür Yayınları 2018).

51 Cunbur (n 26) 162-67; Ertan Engin, 'Namık Kemal'in Tiyatrolarında Kavramlar' (2014) 7/29 Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi 352. *Cezmi* romanı da ideal asker tasviriyle aynı işlevi yerine getirmektedir. Cunbur (n 26) 162-63. Namık Kemal'in sözü edilen eserlerine ek olarak, *İntibah* romanında, tarihi olaylar veya savaşla ilgili olmasa da bir aşk öyküsü vasıtasıyla, Osmanlı'nın modernleşme ve Avrupa karşısındaki durumunu sembolik bir dille anlattığı değerlendirilmektedir. Esra Kürüm, "Sergüzeşt-i Ali Bey Yahut Sergüzeşt-i Ali-i Osman" Siyasi Bir Roman Olarak *İntibah*' (2021) 31/1 *Türkiyat Mecmuası* 1. Namık Kemal'in daha önce bu çalışmada adı anılmayan tek tiyatrosunda da modernleşmenin evlilik kurumuna ve medeni hukuka yaklaşıma etkisinin hissedilebildiği bir aşk öyküsü anlatılmaktadır. On dört yaşındaki Şefika, sevdiği on dokuz yaşındaki *Tıbbiye* öğrencisi Ata yerine, kırk yaşında bir Paşa'yla evlendirilmek istenmektedir. Sonunda iki aşık ölür. Namık Kemal, *Zavallı Çocuk* (Dorlion Yayınları tarih yok); Fındıkoğlu (n 1) 190. *Cezmi* romanında da erken yaşta evlendirilmek istenen bir kız çocuğunun yaşı ve evliliğe yönelik iradesi gerekçe gösterilerek evlilik kabul edilmemektedir. Namık Kemal, *Cezmi* (n 10) 182.

52 Namık Kemal, *Osmanlı Tarihi* (n 10) 23-28.

53 Bunlarda ileri sürülen düşünceleri destekleyen *Cezmi* romanı da önemli veriler sağlamaktadır.

Vatan yahut Silistre'nin henüz birinci perdesinin ikinci sahnesinde, başkarakterlerden İslam Bey, gönüllü olarak savaşa gideceğini öğrenince kendisini vazgeçirmeye çalışan Zekiye'ye vatan için ölmenin önemini anlatmaktadır⁵⁴. Dahası, Osmanlı toplumunda vatanseverliğin henüz yaygınlaşmamasını eleştirirken⁵⁵ vatani, evlatlarını besleyen, koruyan ve zamanı geldiğinde fedakarlık bekleyen bir anne olarak tasvir etmektedir⁵⁶. Erkek evlatlara düşen gerektiğinde can vererek onu korumak, kadın evlatlara düşen de bunu yapabilecek erkek evlatlar yetiştirmektir⁵⁷. Aynı perdenin dördüncü sahnesinde İslam Bey artık askerlere hitap etmektedir ve Tuna hattının savunulmasının vatan savunması için öneminden bahsetmektedir⁵⁸. Bir kez daha vatan anneye benzetilmektedir ve somut olayda Tuna, vatan ve anne aynı anlama gelmektedir⁵⁹. İslam Bey savaşa ölmek için gittiğini açıkça söylemektedir, hiçbir beklentisi bulunmamaktadır⁶⁰. İkinci perdenin ikinci sahnesinde Zekiye de erkek kılığına girerek gönüllü olmak istemekte ve yaşı küçük sanıldığından olumsuz tepki alınca, çocukların da vatan için ölebileceğini savunarak kendisini kabul ettirmektedir⁶¹. Üçüncü perdenin birinci sahnesinde açıkça vatan, iman ve Allah sevgisi birlikte anlamlandırılmaktadır⁶².

Vatan yahut Silistre'nin ikinci perdesinin dördüncü sahnesinde, Albay Sıtkı Bey, aslında kendi yaşadıklarını anlatan bir olaydan bahseder. Eşine cinsel saldırıda bulunan bir diğer askeri vuran Ali Bey isimli askerin kurşuna dizilmesi emrini yerine getirmediği için kendisi de ihraç edilen Ahmet Bey, aslında Ahmet Sıtkı Bey'dir⁶³. İhraç edildikten sonra utancından ailesinin yanına dönememiş ve daha önce yaşadıklarına rağmen sadece vatan için gönüllü er olarak tekrar orduya girip kimliğini gizleyerek albaylığa kadar yükselmiştir⁶⁴.

Vatan yahut Silistre'nin üçüncü perdesinin ikinci sahnesinde bir kalenin savunulması yerine geri çekilerek teslim edilmesini savunan asker vatana ihanetle suçlanmaktadır ancak Albay Sıtkı Bey tarafından görece modern bir yaklaşımla, öldürülmesi yerine hapsedilmesine karar verilmektedir⁶⁵.

54 Namık Kemal, *Vatan Yahut Silistre* (n 34) 8-12. *Cezmi* romanının başkarakteri Cezmi de vatan için savaşmanın ve ölmenin önemini idrak etmektedir. Namık Kemal, *Cezmi* (n 10) 35-36, 51, 56. Cezmi, Perihan ve Adil Giray'ın kanlı yüzlerini bir araya getirerek ay ve yıldızın bulunduğu bayrağa benzer bir resim oluşturmakta ve iki sevgilinin vatan için ölmesine gönderme yapmaktadır. Ibid 307.

55 Ancak üçüncü perdenin birinci sahnesinde, savaş esnasında İslam Bey, askerlerde vatan bilincini görmeye başlamıştır. Namık Kemal, *Vatan Yahut Silistre* (n 34) 36-37.

56 Ibid 11.

57 Ibid 11-12.

58 Ibid 14-16.

59 Ibid 15-16. Tuna'nın Namık Kemal için önemli bir sınır olduğu, tarih yazılarından bilinmektedir. Pelvanoğlu (n 50) 188. Tuna'nın sınır hattını oluşturması sadece dönemin güncel gelişmeleriyle ilgili görülemez. Doğal sınır özelliğine sahip Tuna, Doğu Roma İmparatoru Iustinianus tarafından, henüz VI. yüzyılda, Gotlara karşı kaleler inşa edilen bir savunma hattı olarak görülmüştür. Christon I. Archer, John R. Ferris, Holger H. Herwig ve Timothy H.E. Travers, *Dünya Savaş Tarihi* (Can Demirkan çev, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2020) 143. Roma İmparatorluğu'nun görece erken döneminde de Tuna sınırı duvarla korunmaktadır. Ibid 118.

60 Namık Kemal, *Vatan Yahut Silistre* (n 34) 15.

61 Ibid 25. Bununla birlikte, Namık Kemal, üçüncü perdenin birinci sahnesinde, geleneksel kadın ve erkek rollerini hatırlatacak biçimde, vatan için çalışan erkek ve erkek için çalışan kadın düşüncesini aktarmaktadır. Ibid 39.

62 Ibid 39. Aynı yönde söylem için bkz Ibid 49; 68.

63 Ibid 29-33; 62-69.

64 Ibid 30-33.

65 Ibid 40-41. *Cezmi* romanında da Cezmi, savaşı kaybeden tarafın kaçmakta olan askerlerine ateş açanları engellemekte

Benzer biçimde, dördüncü perdenin yedinci sahnesinde, görece modern bir yaklaşımla Avrupalı devletlerin Osmanlı'nın yardımına gelmesi olumlu karşılanmaktadır⁶⁶.

Namık Kemal, vatanın savunmasına dayalı modern savaş politikasını⁶⁷, dini yönü ağır basan geleneksel bir anlayışla Osmanlı toplumuna anlatmaktadır. Ancak bu, tüm dayanaklarını dinde bulan bir modern öncesi savaş politikası anlayışı da değildir. Daha önce değinilen Gayrimüslimlerin askerliği hakkındaki görüşler, anayasal monarşi düşüncesi ve burada da Avrupalı devletlerle aynı tarafta savaşabiliyor olmak birlikte değerlendirildiğinde, dini ve geleneksel unsurlara rağmen aslında gelecekte ulusal savaş politikası haline gelecek bir modern savaş politikasına geçiş söz konusudur. Modern bir kavram olarak vatan, modern bir edebiyat türü olarak tiyatro vasıtasıyla savaş politikasının unsuru olarak tanıtılmaktadır. Ölüm cezası yerine hapis cezasının tercih edilmesi gibi diğer modern yaklaşımların yanında, geleneksel erkek savaşçının merkezde olduğu bir anlayışın korunduğu da görülmektedir.

Akif Bey'in başkarakterlerinden Akif de henüz birinci perdenin birinci sahnesinde vatan savunması ve vatan için ölmenin öneminden bahsetmektedir⁶⁸. İkinci sahnede Akif, askeri eğitim kurumunda aldığı eğitimin hakkını vermek için sabırsızlanmaktadır⁶⁹. Görevini yerine getireceği gemi, vatanın şanlı parçasıdır, adeta hareket eden bir kaledir⁷⁰. Denizcilikte modern donanmaların kurulması görece yakın bir dönemde gerçekleştiğinden olsa gerek⁷¹, üçüncü sahnede Akif, yaşadığı bir olayı anlatırken, fırtınadan dolayı karaya dönmek zorunda kalarak Avrupalı müttefiklere karşı utanç verici duruma düşmekten çekindiğini açıkça belirtmektedir⁷². Dördüncü perdenin birinci sahnesinde Akif, dertli olduğu için rakı içerken, askerlik mesleğini etkilememesi için yediklerine titizlikle dikkat ettiği günleri üzüntüyle anmaktadır⁷³. Bir asker, sürekli olarak, barış koşullarında dahi savaşa hazır olmalıdır⁷⁴. En zayıf anında dahi Akif, bunu aklından çıkarmamaktadır.

ve dahası bunlardan birisini suda boğulmaktan kurtarmaktadır. Ayrıca düşman esirlerini öldürme emrini de yerine getirmemektedir. Namık Kemal, *Cezmi* (n 10) 68-77.

66 Namık Kemal, *Vatan Yahut Silistre* (n 34) 69.

67 Modern öncesi ve modern savaş politikası ayrımı için bkz Saçar (n 23) 17-23; 74-83.

68 Namık Kemal, *Akif Bey* (n 48) 13-15. Üçüncü sahnede, eşi Dilruba'ya çocukları olursa, vatan için ölmeye gidecek şekilde yetiştirmesini söylemektedir. Ibid 26. İkinci perde birinci sahnede Akif'in babası Süleyman da oğlunu vatana kurbanlık olarak beslediğini söylemektedir. Ibid 35.

69 Ibid 17.

70 Ibid 18. Namık Kemal'in donanma konusuna olan ilgisini gösteren bir örnek, Midilli sürgünü döneminde, Meclis-i Mebusan'da hükümete donanmayla ilgili eleştiri yönelten bir mebusun söylemine karşı bir mektubunda gemilerle ilgili yaptığı ayrıntılı açıklamadır. Kuntay, *Cilt II/Kısım II* (n 6) 1317-19. Bu da Namık Kemal'in güncel savaş teknolojisi gelişmelerini takip ettiğini göstermektedir.

71 William H. McNeill, *The Pursuit of Power: Technology, Armed Force, and Society since A.D. 1000* (The University of Chicago Press 1982) 224-30; Jeremy Black, *Savaş ve Teknoloji* (Doruk Yayıncılık 2019) 168-93.

72 Namık Kemal, *Akif Bey* (n 48) 24.

73 Ibid 75-77.

74 Savaşın olağanüstü koşullarına uyum sağlanabilmesi için barış döneminde askerlere sıkı bir disiplin uygulanmaktadır. Saçar (n 23) 203-08.

SONUÇ

Namık Kemal, Osmanlı'nın geleneksel kaynaklarını ve doğal olarak öncelikle İslami kaynakları esas alarak, Avrupai modern siyasi ve hukuki kurumların Osmanlı'daki karşılıklarını inşa etmeye çalışmıştır. Bu nedenle, geleneksel ve modern arasında çelişki oluşturan görüşleri bulunabilmektedir. Örneğin, Avrupadaki gibi siyasi iktidarın merkezileşmesini savunurken, belki de Katolik Kilisesi benzeri bir dini örgütlenme bulunmadığından, dinde reform ve laiklik tartışmalarından uzak durmuştur. Düzenli ordu ve bunun askerlerinin sahip olması gereken yurttaşlık bilincinin temeli olarak vatan ve hürriyet kavramlarını da bu nedenle geleneksel kaynaklara atıfla açıklamaya çalışmaktadır. Uygulamada, övgüyle söz ettiği, gelişimine katkı sunduğu yeni Osmanlı ordusu ve bunun modern eğitim sisteminden yetişmiş yeni subayları dikkate alındığında, Namık Kemal'in kuramsal düzlemde kalan basit bir Avrupa ile İslam sentezinden daha fazlasını anlatmaya çalıştığı görülmektedir. Öyle ki bu anlatının, dönemindeki düşüncelerle kıyaslandığında, görece devrimci ve ileride cumhuriyetçilik doğrultusunda evrim geçirmesi muhtemel bir yönü de bulunmaktadır. Namık Kemal'in yazılarında, döneminin Avrupa ve Osmanlı toplumundan yalıtılmış, Osmanlı yönetiminin gereksiz zulmüne maruz kalmış bir aydın olarak ele alındığında göz ardı edilebilecek çok ciddi devrimci öğeler bulunmaktadır. Değer yargısı belirtmeden söylenebilir ki özellikle Fransız Devrimini çağrıştıran Selanik milis ordusunun İstanbul'da boy göstermesi ve Namık Kemal'in de aralarında bulunduğu önemli isimler tarafından benzerinin İstanbul'da oluşturulmaya çalışılması, II. Abdülhamid gibi monarşinin anayasal sınırlara çekilmesini kabullenemeyen yöneticileri rahatsız etmeye ve Namık Kemal'in ömrünün geri kalanının sürgünde geçmesine yetecek kadar ilerici, devrimci bir girişimdir. Bu devrimci ruh, askeri bürokraside varlığını sürdürmüş, daha ileri bir aşamaya taşınarak II. Meşrutiyet ve Cumhuriyet dönemlerine miras kalmıştır. Namık Kemal cumhuriyetçi değildir ama cumhuriyet düşüncesinin tohumlarını ekenlerdendir. Her şeyden önce Türkiye'de modern devletin, düzenli ordusu ve vatani savunma bilincine sahip yurttaşlarıyla kurulmasına katkı sağlamıştır. Cumhuriyet'e giden yol da tam olarak buradan geçmektedir.

KAYNAKÇA

- Akad M, Vural Dinçkol B ve Bulut N, *Genel Kamu Hukuku* (14. Basım, Der Yayınları 2018).
- Akal CB, *İktidarın Üç Yüzü* (7. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları 2014).
- Akkaya Kia R, '1876 Kanun-ı Esasi'nin 18. Maddesi Üzerine' (2011) XV(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 35-45.
- Akün ÖF, 'Namık Kemal', *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 32. Cilt (2006) 361-78.
- Archer CI, Ferris JR, Herwig HH ve Travers THE, *Dünya Savaş Tarihi* (Demirkan C çev, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2020).
- Aydın A, 'Namık Kemal'i Victor Hugo'ya Götüren Etkenler' (2011) 6(3) Turkish Studies: International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic 197-204.
- Aydın A, 'Namık Kemal'in Sanat/Sanatçı Algısında Romantizm ve Victor Hugo Etkisi' (2012) 7(3) Turkish Studies: International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic 369-79.
- Aydın M, 'Namık Kemal'de "Terakki" ve "Maarif" Düşüncesi' (2013) 53(2) Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi 451-77.

- Berkes N, *Türkiye’de Çağdaşlaşma* (Kıyâş A ed, 18. Baskı, Yapı Kredi Yayınları 2012).
- Birand K, ‘18 inci Asır Fransız Tefekkürü ve Namık Kemal’ (1945) 1(1) Felsefe Arkivi 99-140.
- Black J, *Savaş ve Teknoloji* (Doruk Yayıncılık 2019).
- Cunbur M, ‘Namık Kemal’e Göre Askerlik ve Ordu’ iç *Namık Kemal: Doğumunun Yüzzellinci Yılında* (Atatürk, Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Kültür Merkezi Yayını 1993) 137-79.
- Çakır H, ‘Tarihimizin İlk Mizah Dergisi Diyojen’in Kapatma Cezalarına Yine Mizahi Yoldan Gösterdiği Tepkiler’ (2006) 15 Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 161-72.
- Değirmenci R, ‘Tanzimat Sürecinde Osmanlı Devleti’nin Hukuk Değişimi ve Namık Kemal’in Hukuk Anlayışı’ (Yüksek Lisans Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2015).
- Dinçel MS, ‘The Beginnings of Shakespearean Influences on Ottoman-Turkish Drama: Namık Kemal’s Akif Bey (1874) and Gülnihal (1875)’ (2019) 59/2 Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi 1170-87.
- Doğramacıoğlu H, ‘Namık Kemal’in Diyojen Gazetesindeki Mizahi Yazıları Üzerine Bir Değerlendirme’ (2012) 7(1) Turkish Studies: International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic 935-51.
- Engin E, ‘Namık Kemal’in Tiyatrolarında Kavramlar’ (2014) 7/29 Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi 352-61.
- Enginün İ, ‘Namık Kemal ve Tiyatro’ iç *Namık Kemal: Doğumunun Yüzzellinci Yılında* (Atatürk, Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Kültür Merkezi Yayını 1993) 13-24.
- Fındıkoğlu ZF, ‘Türk Hukuk Tarihinde Namık Kemal’ (1941) 7(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 177-223.
- Gemalmaz MS, *Devlet, Birey ve Özgürlük* (3. Baskı, Legal Yayıncılık 2015).
- Gündoğdu MA, ‘Namık Kemal’in Şiirlerinde “Millet”, “Şehitlik”, “Maksat” ve “Vatan” Kavramları’ (2016) 11(20) Turkish Studies: International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic 245-64.
- İnalçık H, *Şair ve Patron: Patrimonyal Devlet ve Sanat Üzerinde Sosyolojik Bir İnceleme* (9. Basım, Doğu Batı Yayınları 2019).
- Koç Başar C, ‘Osmanlı Millet Sisteminden Ulusa Geçiş’ (2017) 23(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 195-231.
- Kuntay MC, *Namık Kemal: Devrinin İnsanları ve Olayları Arasında* (Alfa 2019).
- Kürüm E, ‘“Sergüzeşt-i Ali Bey Yahut Sergüzeşt-i Ali-i Osman” Siyasi Bir Roman Olarak İntibah’ (2021) 31/1 Türkiyat Mecmuası 1-19.
- Lewis B, *Modern Türkiye’nin Doğuşu* (Kıratlı M çev, 5. Baskı, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları 1993).
- Mardin Ş, *The Genesis of Young Ottoman Thought: A Study in the Modernization of Turkish Political Ideas* (Syracuse University Press 2000).
- McNeill WH, *The Pursuit of Power: Technology, Armed Force, and Society since A.D. 1000* (The University of Chicago Press 1982).
- Menemencioglu N, ‘Namık Kemal Abroad: A Centenary’ (1967) 4(1) Middle Eastern Studies 29-49.
- Nagata Y ve Egawa H, *Bir Kentin Toplumsal Tarihi Açısından Osmanlı’nın Son döneminde İstanbul’da Tiyatro ve Çevresi* (Dergah Yayınları 2021).
- Nal S, ‘Namık Kemal’in Devlet Kuramı ve Devletin Sürekliliğini Sağlayacak Yönetim Biçimi’ (2019) 10(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 633-49.

- Namık Kemal, *Osmanlı Tarihi* (Topaloğlu Y ed, Elips Kitap 2013).
- Namık Kemal, *Celeddin Harzemşah* (Öcal O ed, 2. Baskı, Akçağ 2014).
- Namık Kemal, *Evrak-ı Perişan* (Topaloğlu Y ed, Point 2017).
- Namık Kemal, *Vatan Yahut Silistre* (Durbaş R ed, 5. Basım, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2019).
- Namık Kemal, *Akif Bey* (Sevim O ed, Bilge Kültür Sanat 2019).
- Namık Kemal, *Kara Bela* (Topaloğlu Y ed, Tema Yayınları 2019).
- Namık Kemal, *Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri: Bütün Makaleler I* (Aydoğdu NY ve Kara İ edr, 2. Baskı, Dergah 2019).
- Namık Kemal, *Zavallı Çocuk* (Dorlion Yayınları tarih yok).
- Namık Kemal, *Cezmi* (Şimşek A ed, Karbon Kitaplar tarih yok).
- Namık Kemal, *Gülnihal* (Dursun Z ed, Karbon Kitaplar tarih yok).
- Osmanağaoğlu C, *Tanzimat Dönemi İtibarıyla Osmanlı Tabiiyyetinin (Vatandaşlığının) Gelişimi* (Legal Yayıncılık 2004).
- Özcan MT, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti: Hukuk Devletinin Toplumsal Koşulları Üzerine Bir Deneme* (On İki Levha Yayıncılık 2008).
- Özkul MM, 'İmparatorluktan Ulus Devlete Kimlik Arayışında İlk Durak: Namık Kemal' (2021) 9(2) Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 421-32.
- Pelvanoğlu E, *Tanzimat ve Metatarih: Namık Kemal'in Tarih Anlatılarının Poetikası* (VakıfBank Kültür Yayınları 2018).
- Saçar A, *Ulus Devletin ve Modern Yurttaşlığın Oluşumunda ve Gelişiminde Düzenli Ulusal Orduların Rolü* (On İki Levha Yayıncılık 2021).
- Sarıçoban G, 'Namık Kemal ve Hürriyet Fikri' (2019) 23(2) Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 515-35.
- Seçkin B, '1908 Devrimi'nde Politik Tiyatro ve Besa Oyunu' (2008) 38 İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 265-74.
- Sınar Çılgın A, 'Vatan Yahut Silistre'de Vatan Kavramı' (2005/2) 6(9) Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi 135-45.
- Sungu İ, 'Atatürk'ün Babası Ali Efendi ve Mensup Olduğu Selanik Asakiri Milliye Taburu' (1939) III(10) Belleten 289-348.
- Şahin C, 'Namık Kemal ve Beşir Fuad'daki Victor Hugo Portresi' (2017) 12(30) Turkish Studies: International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic 415-31.
- Şengül MB, 'Hamlet (William Shakespeare) ile Gülnihal (Namık Kemal) Adlı Tiyatro Eserleri Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme' (2018) 84 Bilig 219-41.
- Tanpınar AH, *Türk Edebiyatı Tarihi: 19 uncu Asır* (7. Baskı, Çağlayan Kitabevi 1988).
- Topal AE (ed), *Sürgünde Muhalefet: Namık Kemal'in Hürriyet Gazetesi* (VakıfBank Kültür Yayınları 2019).
- Üçok C, Mumcu A ve Bozkurt G, *Türk Hukuk Tarihi* (Onikinci Bası, Turhan Kitabevi 2007).
- Vural Dinçkol B ve Işık A, '1924 Anayasası Döneminde Yurttaşlık Anlayışı' (2015) 21(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 13-41.

Uluslararası İnsancıl Hukukun Zamansal Kapsamı (II): “Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalarda” İnsancıl Hukukun Uygulanmaya Başlaması*

The Temporal Scope of International Humanitarian Law (II): The Beginning Of Implementation Of International Humanitarian Law In “Non-International Armed Conflicts”

Meltem Sarıbeyoğlu Skalar** , Hande Gür*** 

ÖZ

Uluslararası insancıl hukukun zamansal kapsamını saptamak, bu kuralların çatışma süresince uygulanabilmesi açısından son derece önemlidir. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin uluslararası insancıl hukuk kurallarının uygulanmaya başlama anının belirlenmesi, uluslararası silahlı çatışmalara ilişkin olarak belirlenmesinden çok daha zordur. Çünkü bir devletin ülkesi içinde meydana gelen şiddet durumunun uluslararası olmayan silahlı çatışma olarak sınıflandırılması ve uluslararası insancıl hukuk kurallarının bu çatışmalara ne zaman uygulanmaya başlayacağı konusu yoruma açıktır. Zira iç karışıklık ancak belli bir eşiğe ulaştığında uluslararası insancıl hukuk kuralları bu çatışmalara uygulanacağından, bunun tespiti her zaman kolay olmamaktadır. Bu makalede uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara yönelik uluslararası insancıl hukuk kurallarının uygulanabilmesi açısından uluslararası olmayan silahlı çatışmanın başlangıç anının tespit edilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası İnsancıl Hukuk, Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışma, Uluslararası Silahlı Çatışma, Cenevre Sözleşmeleri Ortak Madde 3, Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol II.

ABSTRACT

Temporal scope of international humanitarian law is of crucial importance to determine accurately when this body of law starts to apply in an armed conflict. It is much more difficult to determine the starting point of application of humanitarian law regarding non-international armed conflicts than international armed conflicts. Thus, there is an ongoing debate on whether or not an internal disturbance can be classified as a non-international armed conflict and when humanitarian law begins to apply in these conflicts. When intensity of the internal disturbance exceeds a certain threshold, it is acknowledged that humanitarian law can be applied to these conflicts, however it is not always straightforward to identify where an internal disturbance ends and when a non-international armed conflict starts. Therefore, this article investigates when the rules of international humanitarian law begin to apply in case of non-international armed conflicts.

Keywords: International Humanitarian Law, Non-international Armed Conflict, International Armed Conflict, Common Article 3 of the Geneva Conventions, Additional Protocol II to the Geneva Conventions.

* Uluslararası insancıl hukukun uluslararası nitelikte silahlı çatışmalara uygulanmasının zamansal kapsamı ise, bu yazarlarca diğer bir makalede incelenmiştir. Bkz. Meltem Sarıbeyoğlu Skalar ve Hande Gür, ‘Uluslararası İnsancıl Hukukun Zamansal Kapsamı: “Uluslararası Silahlı Çatışmalarda” İnsancıl Hukukun Uygulanmaya Başlaması’ Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2021(2), 2213-2252.

** Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, meltem.saribeyoglu@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6534-503X

*** Sorumlu yazar: Arş. Gör., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-3066-6343

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Hande GÜR

E-posta/E-mail: hande.gur@marmara.edu.tr

GİRİŞ

Uluslararası insancıl hukuk kapsamında, uluslararası olmayan bir silahlı çatışmanın sınıflandırılması, uluslararası bir silahlı çatışmanın sınıflandırılmasına göre daha karmaşıktır.¹ Zira bir devletin ülkesi içinde meydana gelen şiddet durumunun uluslararası olmayan silahlı çatışma olarak sınıflandırılması yoruma açık olduğundan, bunun tespiti her zaman kolay olmayabilir. Çünkü iç karışıklık ancak belli bir eşiğe ulaştığında, uluslararası insancıl hukuk kuralları bu çatışmalara uygulanmaktadır. Bununla birlikte, bir şiddet durumunun sadece iç çatışma veya sivil karışıklık olarak görülmesi durumunda uluslararası hukuk, bunun silahlı çatışma eşiğine ulaşmadığını ve uluslararası insancıl hukuk kurallarının uygulanmayacağı kanaatindedir.²

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar günümüzde oldukça yaygın bir silahlı çatışma türü olmakla birlikte uluslararası insancıl hukuka dair antlaşmalar hukuku, uluslararası olmayan silahlı çatışmaların ne zaman başlayacağını net bir biçimde açıklamamaktadır. Uluslararası olmayan bir silahlı çatışmanın başlangıç anını tespit etmek amacıyla, diğer bir deyişle uluslararası insancıl hukuk kurallarının ne zaman uygulanmaya başlayacağı konusunda Eski Yugoslavya ve Ruanda Ceza Mahkemeleri kararları ve öğreti yardımcı olmaktadır.³

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanacak uluslararası insancıl hukuk kuralları iki ana antlaşma metninde bulunabilir: Tüm uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanan 1949 Cenevre Sözleşmeleri⁴ ortak madde 3 ve taraf bir devletin ülkesinde "kendi silahlı kuvvetleriyle muhalif silahlı kuvvetler veya sorumlu komuta altında olan, devamlılık arz eden ve planlı askeri operasyonlar yapmalarına ve bu Protokolü uygulamalarına imkân verecek şekilde bu taraf devletin ülkesine ait bir kısmı üzerinde kontrolü elinde bulunduran diğer örgütlü silahlı gruplar arasında cereyan eden tüm silahlı çatışmalara" uygulanan 1977 tarihli Ek Protokol II⁵. Protokol'ün birinci maddesi, ortak madde 3'teki temel kuralları tanımlamaktadır. Bu Protokol'de bahsi geçen çatışma türü, uluslararası olmayan silahlı çatışma olarak kabul edilmekle birlikte; uluslararası olmayan silahlı çatışma kavramının tanımını yapma veya kapsamını belirleme iddiası taşımamakta, bu konuda bir rehberlik sağlamamaktadır. Diğer bir deyişle Ek Protokol II, sadece bu Protokol'ün uygulanabilirliği

- 1 32nd International Conference of the Red Cross and the Red Crescent (8-10 December 2015), *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts Report* (Geneva, October 2015) 8.; Emily Crawford, 'The Temporal and Geographic Reach of International Humanitarian Law' in Ben Saul and Dapo Akande (eds.) *Oxford Guide to International Humanitarian Law*, (Oxford University Press 2020) 57-76, 58.
- 2 Dapo Akande, 'Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts' in Elizabeth Wilmshurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts* (Oxford University Press eBooks 2012) 163-261, 178.; United Kingdom (UK) Ministry of Defence (ed.), *The Manual of the Law of Armed Conflict* (Oxford University Press 2004) 386, parag.15.3.1.
- 3 Julia Grignon, 'The Beginning of Application of International Humanitarian Law: A Discussion of a few Challenges' (2014) 96(893) *International Review of the Red Cross*, 139-162, 155.
- 4 Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi; Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi; Harp Esirlerine Yapılacak Muamele ile ilgili Cenevre Sözleşmesi, Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi, Cenevre 12 Ağustos 1949.
- 5 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol (I No.lu Protokol); 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol, Cenevre, 8 Haziran 1977.

açısından birtakım kriterler getirmekte olup, tüm uluslararası olmayan silahlı çatışmalar açısından bir eşik sağlamamaktadır.⁶ Tüm bunlarla birlikte, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisinin belirlenmesi açısından, uluslararası olmayan silahlı çatışma kavramı tartışılmaktadır.⁷ Öte yandan uluslararası olmayan silahlı çatışmaların, uluslararası insancıl hukuk bağlamında başlangıç anını tespit etme açısından Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (*International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY)*) de yol gösterici olduğu eklenmelidir.

İnsancıl hukuk, bir devletin ülke sınırları içinde meydana gelen i çatışma durumlarını, bu çatışmalara uygulanacak kuralların farklılığı açısından ayırmaktadır. Buna gre⁸:

- a. İnsancıl hukukun uygulanmadığı, isyan ve istisnai şiddet eylemleri gibi iç karışıklıklar ve gerilimler.⁹
- b. Bir devletin silahlı kuvvetleriyle, devletin içinde yer alan bir veya birden fazla silahlı grup arasında veya bu silahlı grupların kendi aralarındaki i çatışmalar.¹⁰
- c. Bir devletin silahlı kuvvetleriyle, devletin içinde yer alan organize silahlı kuvvetler arasındaki, Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol II'nin uygulanmaya başlayabilmesi için gereken eşiğe ulaşmış i çatışmalar.¹¹
- d. Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol I madde 1/4'te bahsedilen çatışmalar; ki bu tür çatışmalar uluslararası silahlı çatışma olarak kabul edilir.¹² İşbu çalışmada (b) ve (c) kapsamına giren i çatışmalar açısından uluslararası insancıl hukukun uygulanmaya başlangıç anı incelenecektir.

6 Helen Duffy, 'Trials and Tribulations: Co-Applicability of IHL and Human Rights in an Age of Adjudication' in Ziv Bohrer, Janina Dill and Helen Duffy, *Law Applicable to Armed Conflict* (Cambridge University Press 2020) 15-105, 32.

7 Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Roma Statüsü iki tür uluslararası olmayan silahlı çatışma tanımlamaktadır. İlki, Cenevre Sözleşmeleri ortak madde 3 bağlamındaki çatışmalar (Roma Statüsü madde 8/2 (c,d), ikincisi, uzun süreli uluslararası olmayan silahlı çatışmalar. (UCM Roma Statüsü madde 8/2 (e,f). Statüdeki bu maddelerin yalnızca UCM'nin yargı yetkisinin belirlenmesi amacıyla kaleme alındığını hatırlamak gereklidir.

8 UK Ministry of Defence (n 2) 384, parag.15.2.

9 Bkz. 1949 Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek Uluslararası Olmayan Silahlı atışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin 1977 tarihli Ek Protokol II madde 1/2 "İşbu Protokol, silahlı çatışma olarak kabul edilmeyen, ayaklanma, münferit ve düzensiz şiddet eylemleri ve benzer nitelikteki diğer eylemler gibi i gerginlik ve iç karışıklık durumlarında uygulanmaz." UCM Roma Statüsü madde 8/2(d) "Paragraf 2(c) uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara uygulanır ve dolayısıyla gösteriler, münferit ve zaman zaman meydana gelen şiddet hareketleri veya benzer nitelikteki diğer fiiller gibi iç karışıklıklar ve gerginliklere uygulanmaz." Cenevre Sözleşmelerinin gözden geçirilmiş Türkçe metni ve Ek Protokollerin tercüme metinleri için bkz. Melike Batur Yamaner, A. Emre ktem, Bleda Kurtdarcan ve Mehmet C. Uzun, *12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri*, (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları:42)

10 Bkz. Aşağıda Başlık I.

11 Bkz. Aşağıda Başlık II.

12 Burada, esasen i çatışma kategorisine giren bir duruma, uluslararası silahlı çatışmalara ilişkin uluslararası insancıl hukuk kuralları uygulanması söz konusudur. 1949 Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek Uluslararası Silahlı atışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin 1977 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol I madde 1/4 metni şu şekildedir: "nceki fıkrada sözü edilen durumlara, Birleşmiş Milletler Şartı'nda ve Birleşmiş Milletler Şartı uyarınca Devletler Arasında Dostane İlişkiler ve İşbirliği Hakkındaki Uluslararası Hukuk İlkelere Bildirgesi'nde hüküm altına alınan kendi kaderini tayin hakkını kullanan halkların, sömürgeci tahakküme, yabancıların işgaline ve ırkçı rejimlere karşı mücadele ettiği silahlı çatışmalar da dâhildir."

I. 1949 CENEVRE SÖZLEŞMELERİ ORTAK MADDE 3

Cenevre Sözleşmeleri ortak 3. madde, hükmün kapsamın ayrıntılı tanımını yapmamakta ve hangi durumlarda uygulanacağını belirtmek için kılavuz olacak kriterler içermemektedir. Söz konusu hükmün sadeliğinin, hükmün müzakere geçmişinin bir sonucu olduğu söylenebilir.¹³ 1949 Cenevre Diplomatik Konferanslarında konuya ilişkin fikirler, devletlerin kendi egemen alanlarındaki silahlı şiddete tepki verme hakkı konusunda uluslararası hukuk tarafından herhangi bir sınırlama getirilmesine itiraz edenlerle birlikte, uluslararası olmayan silahlı çatışmaların Cenevre Sözleşmeleri rejimine mümkün olan en büyük ölçüde tabi tutulması için güçlü bir çözüm getirmek isteyenler arasında dağılım göstermiştir. Buna göre, devletler ya uluslararası olmayan silahlı çatışmaları düzenleyen durumların çerçevesini çizecek ve bu çatışmalara uygulanacak bağlayıcı kuralların sayısını kısıtlayacaklar; ya da bu çatışmalara uygulanacak kuralların belirlenmesi için daha geniş bir yelpaze çizeceklerdi.¹⁴ Devletler, sözleşmedeki kurallardan daha fazlasını içeren özel antlaşmaların yapılmasını mümkün kılan ikinci durumu seçmişlerdir.¹⁵

Ortak 3. maddede yalnızca uluslararası mahiyette olmayan bir silahlı çatışmanın, 'Yüksek Akit Taraflardan birinin toprakları üzerinde meydana gelmesi' durumunda uygulanacağına işaret edilmiştir. Böyle bir çatışmanın ne zaman 'meydana gelmiş' sayılacağı hakkında söz konusu madde herhangi bir rehberlik yapmamaktadır. Bu durum uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarınca ortaya konulan kriterler ile belirlenmektedir.¹⁶ *Tadić* Davasında ICTY Temyiz Dairesi uluslararası olmayan silahlı çatışmayı, hükümet otoriteleri ile örgütlü silahlı gruplar arasında veya bir devletin ülkesindeki bu tür silahlı grupların kendi aralarında meydana gelen uzun süreli şiddet durumları olarak tanımlamıştır.¹⁷ Bu ölçüt ayrıca Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Roma Statüsü'nde de benimsenmiştir. Statü, 'gösteriler, münferit ve zaman zaman meydana gelen şiddet hareketleri veya benzer nitelikteki diğer fiiller gibi iç karışıklıklar ve gerginliklerin' uluslararası olmayan silahlı çatışmalar kapsamında sayılmayacağını; 'bir devletin toprakları dâhilinde, hükümet kurumları ile organize silahlı gruplar arasında ya da bu grupların kendi aralarında meydana gelen uzun süreli çatışmaların' uluslararası olmayan silahlı çatışmalar kapsamında sayılabileceğini belirtmiştir.¹⁸

A. ULUSLARARASI OLMAYAN SİLAHLI ÇATIŞMANIN TARAF LARI

1949 Cenevre Sözleşmeleri ortak madde 3, 'uluslararası mahiyette olmayan bir silahlı çatışma' şeklindeki negatif bir ifade ile başlamaktadır. Uluslararası silahlı çatışmaları konu edinen ortak

13 Ayrıntılı bilgi için bkz. Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 2nd Edition, 2016, madde 3, parag. 357-383. (Bundan sonra "Commentary of 2016" olarak anılacaktır.) <<https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCI-commentary>> Erişim tarihi 22 Temmuz 2021.

14 Söz konusu tartışmalar için bkz. Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Vol. II Section B., 122-123. <https://www.loc.gov/frd/Military_Law/pdf/Dipl-Conf-1949-Final_Vol-2-B.pdf> Erişim tarihi 31 Temmuz 2021.

15 Commentary of 2016 (n 13) Art. 3, parag.385.

16 Commentary of 2016 (n 13) Art. 3, parag. 383 ve 484.; Akande, 'Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts' (n 2) 178.

17 Prosecutor v. Dusko Tadić, Decision On The Defence Motion For Interlocutory Appeal On Jurisdiction, (Appeals Chamber Decision), ICTY, 2 October 1995, parag. 70.

18 UCM Statüsü madde 8/2(f).

madde 2'nin 'devletler arasındaki' silahlı çatışmaları kapsadığı düşünüldüğünde, uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmanın en azından bir tarafının devlet olmayacağı anlaşılmaktadır.¹⁹ Yani ortak madde 3'n uygulama alanı, ortak madde 2 kapsamındaki devletlerarası silahlı çatışmalardan ayrılmaktadır. Buna göre, uluslararası karaktere sahip olmayan silahlı çatışmalar, bir devlete karşı ve bir veya birden fazla devlet dışı aktöre karşı olan silahlı çatışmalardır. Bu durumda, ortak madde 3 anlamındaki silahlı çatışmaların, hiçbir devletin taraf olmadığı silahlı çatışmaları da kapsadığı kabul edilmektedir (Devlet dışı aktörlerin birbirleri arasında meydana gelen silahlı çatışmalar).²⁰ Buna karşın, Ek Protokol II bu tür çatışmalara uygulanmamaktadır. Ek Protokol II madde 1/1'e göre, bu Protokol 'bir Yüksek Akit Taraf'ın ülkesinde, kendi silahlı kuvvetleriyle muhalif silahlı kuvvetler veya diğer örgütlü silahlı gruplar arasında' cereyan eden silahlı çatışmalara uygulanacaktır. Elbette bu durum, ortak madde 3'n uygulama kapsamını değiştirmemektedir. Zaten Ek Protokol II madde 1/1, bu Protokol'n 'ortak madde 3'n uygulama koşullarını değiştirmeden, geliştirip ve tamamladığını' belirtmektedir. Aynı sebeple, Ek Protokol II madde 1/1'deki, devlet dışı aktörün Yüksek Akit Tarafın ülkesinin bir kısmı üzerinde kontrolü elinde bulundurması' şartı, sadece Ek Protokol II ile ilgilidir, ortak madde 3'te dikkate alınmamaktadır. Ortak madde 3 açısından bu kriter, devlet dışı aktörün uluslararası olmayan bir silahlı çatışmanın tarafı haline gelebilmesi için fiili bir belirleyici olabilmekte; ancak uygulanabilirliğin bir ön koşulu sayılmamaktadır.²¹ Aynı şekilde 1998'de UCM Roma Statüsü'nn kabul edilmesiyle birlikte devletler, bir devletin dâhil olmadığı, sadece farklı silahlı gruplar arasında ortaya çıkan çatışmaların da uluslararası olmayan silahlı çatışma olarak değerlendirildiğini bir kez daha teyit etmişlerdir.²²

Devletin silahlı kuvvetleri, organize olmuş silahlı gruplarla düzenli ve yoğun çatışmaya girdiğinde, bu silahlı gruplar uluslararası olmayan bir silahlı çatışmanın tarafı haline gelmektedir. Bu tür gruplar bazen devletler tarafından, isyancı, asi, terörist, suç etesi, hükümet karşıtı grup olarak adlandırılabilir; ancak uluslararası insancıl hukuka göre adlandırmanın, bu grupların statülerinin belirlenmesinde herhangi bir sonucu bulunmamaktadır.²³ Bununla birlikte, bir silahlı grubun uluslararası olmayan silahlı çatışmanın tarafı olabilmesi için belirli bir dini veya siyasi gündeminin olması da gerekmemektedir. Bu açıdan, tamamen kr etme amacı güden uyuşturucu karteli, organize suç şebekesi veya mafya grupları da gerekli şartlar sağlandığı takdirde uluslararası olmayan silahlı çatışmanın tarafı olabilmekte, aradaki çatışma da uluslararası olmayan silahlı çatışma olarak tayin edilebilmektedir.²⁴

19 Sylvain Vite, 'Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations' (2009) 91(873) *International Review of the Red Cross*, 69-94, 75.; Akande, 'Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts' (n 2) 179.; *Commentary of 2016* (n 13) Art. 3, parag. 393.

20 Tadić *Jurisdiction* (Appeals Chamber Decision), parag. 70.

21 *Commentary of 2016* (n 13) Art. 3, parag. 394, dipnot 80-81.

22 *Commentary of 2016* (n 13) Art. 3, parag. 394. UCM Roma Statüsü madde 8/2-c'nin uygulama kapsamını belirleyen madde 8/2-d, uluslararası olmayan silahlı çatışmaların en az bir devleti ihtiva ettiği sınırlaması yer almamaktadır. Dahası, 8/2-f'de, madde 8/2-e'nin 'bir devletin toprakları içinde, hükümet kurumları ile organize silahlı gruplar arasında ve bu gruplar arasında uzun süreli silahlı çatışma meydana gelirse uygulanacağı' ifade edilmiştir.

23 Annysa Bellal, *The War Report, Armed Conflict 2018* (Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, April 2019) 27.

24 Vite (n 19) 78.

B. ULUSLARARASI OLMAYAN SİLAHLI ÇATIŞMANIN EŞİĞİ (THRESHOLD)

Hükümet kurumları ile devlet dışı aktörler arasındaki veya birden fazla devlet dışı aktör arasındaki şiddet durumlarında temel soru; bu şiddet durumunun hangi noktadan itibaren uluslararası olmayan silahlı çatışma olarak adlandırılacağı ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanacak insancıl hukuk kurallarına tabi hale geleceğidir. Başka bir ifadeyle uluslararası insancıl hukuk kuralları ne zaman uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanmaya başlamaktadır?

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar için aşılması gereken eşik, uluslararası çatışmalar için gerekenden çok farklıdır. Bunun sebebi devletlerin, uluslararası hukuk tarafından iç ilişkilerinin düzenlenmesine yönelik sürdürdükleri koruma eğilimleridir.²⁵ Uluslararası olmayan silahlı çatışma ifadesi o kadar genel ve belirsizdir ki, devletler, ülkelerinde meydana gelen her türlü silahlı eylemin bu kapsama dâhil edilmesinden endişe duymuşlardır. Bunun sonucu olarak çatışma teriminin tanımlanması veya bu anlama gelecek ve koşulların belirlenmesi önerilse de, bu fikir nihayetinde terkedilmiştir.²⁶

Uluslararası Kızılhaç Komitesi (*International Committee of the Red Cross – ICRC*) uluslararası içtihatlardaki gelişme ve uygulamalara dayanarak uluslararası olmayan silahlı çatışmaları şu şekilde açıklamıştır: “Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar, Cenevre Sözleşmelerine taraf olan bir devletin ülkesinde, hükümet silahlı kuvvetleriyle bir veya daha fazla silahlı grup arasında veya silahlı grupların birbirleri arasında meydana gelen uzun süreli çatışmalardır. Silahlı çatışma asgari düzeyde bir yoğunluğa ulaşmalı ve çatışmanın tarafları asgari bir örgütlenme sergilemelidir.”²⁷ Buna göre, yeterince örgütlenmiş gruplar arasında meydana gelen silahlı şiddet durumu gerekli yoğunluk eşğine ulaşır ulaşmaz uluslararası olmayan bir silahlı çatışma başlamış kabul edilmektedir.

Bu anlayışın önde gelen örneği de *ICTY Tadić* Davası’dır. 1995 yılında Temyiz Dairesi’nin, *Tadić* davasındaki yargı yetkisine ilişkin kararında, ‘bir devletin ülkesinde, hükümet yetkilileri ve örgütlü silahlı gruplar arasında veya bu örgütlü silahlı grupların kendi aralarında, uzun süreli silahlı şiddet meydana geldiğinde’, uluslararası olmayan silahlı çatışma eşğinin aşıldığı belirtilmiştir.²⁸ 1997 yılında aynı davanın yargılama kararında Mahkeme, bu yaklaşımını, ‘Temyiz Dairesi tarafından uygulanan testin, çatışmanın iki yönüne odaklandığını bunların da çatışmanın yoğunluğunun ve çatışmanın taraflarının örgütlenmesi’ olduğunu öne sürerek geliştirmiştir.²⁹ Yani silahlı bir çatışmanın varlığını belirleme kriterleri, çatışmanın yoğunluğu ve savaşan grupların örgütlenme derecesidir. Bu kriterler daha sonra *ICTY* diğer kararlarında ve Ruanda Ceza Mahkemesi ile Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin içtihatlarında teyit edilmiştir.³⁰

25 Commentary of 2016 (n 13) Art. 3, parag. 415-416.

26 Pictet bu kararın akılcıca olduğunu belirtmektedir. Bkz. Jean S. Pictet, *Commentary on the III Geneva Convention on Relative to the Treatment of Prisoners of War* (ICRC 1960) 35.

27 International Committee of the Red Cross (ICRC), ‘How is the Term ‘Armed Conflict’ Defined in International Humanitarian Law?’ (Opinion Paper, March 2008) 5. Uluslararası Kızılhaç Komitesi’nin uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin faaliyetleriyle ilgili olarak bkz. Meltem Sarıbeyoğlu Skalar, ‘Uluslararası Kızılhaç Komitesi’nin Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalarda Faaliyetlerine İlişkin Bir Değerlendirme: Taraflara Hizmetlerini Teklif Etme Hakkı’ (2021) 27(1) MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, 48-63.

28 Tadić Jurisdiction (Appeals Chamber Decision), parag.70.

29 Prosecutor v. Dusko Tadić Judgment, Trial Chamber, (IT-94-1-T), ICTY, 7 May 1997, parag. 562.

30 Tadić Judgment (Trial Chamber), parag. 561-568.; Prosecutor v. Fatmir Limaj, Haradin Bala, and Isak Musliu, Judgment,

Özetle, bir çatışmanın uluslararası bir silahlı çatışma olup olmadığının belirlenmesi bağlamında iki temel kritere göre değerlendirme yapılmaktadır: i. tarafların örgütlenmesi; ii. şiddetin yoğunluğu. Uluslararası olmayan silahlı çatışma kavramının bu iki bileşeni soyut terimlerle aıklanmaktansa belirleyici veriler tartılarak vaka bazında değerlendirilmelidir.³¹ Bu iki kriterin gerçekleşmesi ile birlikte uluslararası olmayan silahlı çatışmanın var olduğu söylenebilecektir. Buna bağlı olarak da uluslararası insancıl hukukun uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanmaya başladığı an tespit edilmektedir.

I. ÇATIşMANIN TARAFLARININ ÖRGÜTLENMESİ (ORGANISATION)

Devlet dışı bir aktörün silahlı çatışmanın tarafı kabul edilebilmesi ve uluslararası insancıl hukuk kurallarının bu aktörlere uygulanabilmesi için bunların belli bir örgütlenme düzeyine sahip olması gerekmektedir. Diđer bir deyişle, bir devlet dışı silahlı grubun uluslararası olmayan silahlı çatışmanın tarafı olması için örgütlü silahlı kuvvetlere sahip olması gereklidir. Bu tür kuvvetler belli bir emir komuta yapısı altında olmalı ve askeri operasyonları sürdürme kapasitesine sahip olmalıdır. Elbette silahlı grupların, devletin silahlı kuvvetlerinin örgütlenme düzeyine sahip olması řart değildir; ancak belli bir düzeyde hiyerarşi ve disipline sahip olması ve uluslararası insancıl hukukun temel yükümlülüklerini yerine getirebilecek kapasitede olması gereklidir.³² Bu durumu *Tadić* Davası'nda Temyiz Dairesi kısaca 'organize olmuş silahlı gruplar (*organized armed group*)' olarak ifade etmiştir.³³

Devlet dışı silahlı aktörün yeterince organize olup olmadığını belirlemeye yönelik bir dizi faktöre dayanılmaktadır: Grup içinde bir emir komuta yapısının, disiplin kurallarının ve mekanizmalarının varlığı, bir karargahın varlığı, grubun belirli bir bölgeyi kontrol etmesi, grubun silahlara, diğer askeri teçhizata, askere ve askeri eğitime erişme yeteneği, birlik hareketlerini ve lojistiği de içeren askeri operasyonları planlama, koordine etme ve yürütme becerisi, birleşik askeri strateji belirleme ve askeri taktikleri kullanma becerisi, aynı fikirde olma ve ateşkes ya da barış antlaşmaları gibi anlaşmaları müzakere etme ve sonuçlandırma yeteneği.³⁴ Bu sayılanların, mutlak suretle gereken asgari faktörler olmadığını; sadece örgütlenme kriterinin yerine getirilip getirilmediğini belirlemeye yarayan birer gösterge olduğunu bilinmesi önemlidir.³⁵

Trial Chamber, (IT-03-66-T), ICTY, 30 November 2005, parag. 84.; Prosecutor v. Ljube Boşkoski and Johan Tarulovski, Judgment, Trial Chamber II, (IT – 04-82-T), ICTY, 10 July 2008, parag. 175. Bu kriterler diğer uluslararası hukuk kurumları tarafından da benimsenmiştir. Bkz. International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), Prosecutor v. Rutaganda, Judgment (Trial Chamber I), (ICTR-96-3), ICTR, 6 December 1999, parag. 93.; International Commission of Inquiry on Darfur, Report Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004, 25 January 2005, parag. 74-76.

31 Vite (n 19) 76.

32 Commentary of 2016 (n 13) Art. 3, parag. 429.; ICRC (n 27) 3.

33 Tadić Jurisdiction (Appeals Chamber Decision), parag.70.

34 Prosecutor v. Ramuş Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj, Judgment, Trial Chamber II, (IT-04-84bis-T), ICTY, 29 November 2012, parag.60. Ayrıca bkz. Boşkoski and Tarulovski Judgment, (Trial Chamber), parag.199-203.; Limaj Judgment, (Trial Chamber), parag. 94-134. Bu faktörler, UCM tarafından da şu davalarda uygulanmıştır: The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, (ICC-01/04-01/06), ICC, 14 March 2012, parag. 537.; The Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, (ICC-01/04-01/077), ICC, 7 March 2014, parag. 1186.; The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, (ICC-01/05-01/0821), ICC, 21 March 2016, parag. 134-136.

35 Haradinaj Judgment (Trial Chamber), parag.60.

Ne var ki, çatışmanın taraflarının örgütlenme düzeyini değerlendirmek kolay değildir. Bu zorluk uluslararası olmayan silahlı çatışmanın başlangıç anının netleştirilebilmesi açısından da belirsizliğe sebep olabilmektedir. Bu bağlamda, Suriye'de 2011 yılında başlayıp halen devam etmekte olan çatışmalar, birçok devlet dışı aktörü içeren karmaşık çatışmalar dizisi halinde olduğundan, özellikle başlarda, bu zorluğun yaşandığı iyi bir örnek olarak verilebilir. Elbette bugün için, Suriye'de ortak madde 3'ün uygulandığı uluslararası olmayan bir çatışmanın mevcut olduğu konusunda herhangi bir ihtilaf yoktur. Başından itibaren Suriye'deki silahlı çatışmalar, birleşik bir hareket olmaktan ziyade, silahlı gruplar ve Suriye hükümeti arasında, aynı zamanda silahlı grupların birbirleri arasında gerçekleştirdikleri uluslararası olmayan bir dizi silahlı çatışmadan oluşmaktadır. Suriye İç Savaşı'nda en önemli silahlı grup, DAES olarak bilinen devlet dışı aktördür. DAES, hükümet güçlerine ve diğer isyancı gruplara karşı savaşmakta olup, kontrol ettiği alanlarda oldukça organize olmuş bir komuta ve etkili bir mülki idare yapısına sahiptir.³⁶ Aynı şekilde çeşitli silahlı devlet dışı örgütlerin, hükümete ve DAES'e karşı savaştıkları görülmektedir. Bu aktörler çoğunlukla yerel düzeyde faaliyet göstermektedirler ve Suriye'nin tamamını veya bir kısmını kapsayan geniş bir ittifak ağının içinde bulunmaktadır.³⁷ Tutulan bölgelerde yerel yönetim konseyleri, genellikle silahlı gruplara ve onların uygulayıcı güçlerine bağlı bulunmaktadır. Bazı yerel yönetim konseyleri ise silahlı gruplar tarafından yönetilmektedir. Bölgede etkili bir güç olan YPG'nin (Halk Savunma Birlikleri) yerel mahkemeler kurduğu, yasa çıkarttığı kısacası birleşik bir komuta ve kontrol yapısına sahip olduğu söylenmektedir.³⁸ Bununla birlikte, Suriye İç Savaşı hakkında organizasyon kriteri ile ilgili olarak oldukça büyük bir silahlı grup olarak Özgür Suriye Ordusu'nun (ÖSO) koordineli eylemler gerçekleştirdiği, bir Genel Kurmay Başkanlığına sahip olduğu, ülkenin belirli bölgelerini kontrol ettiği, sözcülerinin ve temsilcilerinin olduğu göz önüne alındığında, ÖSO'nun da örgütlenme kriterini yerine getirdiği söylenebilir. Dolayısıyla ÖSO'nun girmiş olduğu silahlı çatışmaların devam eden uluslararası olmayan silahlı çatışmalar olduğu ve ortak madde 3'ün uygulanacağı açıktır.³⁹

2. ÇATIŞMANIN YOĞUNLUĞU (INTENSITY)

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar için gerekli olan ikinci kriter, çatışmanın şiddetinin ve savaşın seviyesinin belirli bir yoğunluk derecesine ulaşması gerektiğidir. Bu gereklilik, düşmanlıkların kolektif bir karaktere sahip olması veya hükümetin isyancılara karşı sadece polis gücü ile değil askeri

36 Terry Gill, 'Classifying the Conflict in Syria', (2016) 92 International Law Studies, 353-380, 359. DAES'e karşı Suriye'de yürütülen operasyonlarla ilgili ayrıntılı çalışma için bkz. Selami Kuran ve Hande Gür, 'Devlet-Dışı Aktörlere Karşı Meşru Müdafaa "İsteksiz veya Aciz Doktrini: Suriye ve DAES Örneği' (2017) 23(1) MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, 57-88.; Derya Aydın Okur, 'DAES'e Karşı Suriye'de Yapılan Operasyonların Meşruiyeti Bakımından 'İsteksiz ya da Aciz Devlet' Teorisi', (2015) 14(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 39-65.

37 2011'den beri faaliyet gösteren başlıca Suriyeli militan örgütlerinin haritalandırılması için bkz. Center for International Security and Cooperation (CISAC) 'Mapping Militant Organisations: Syria' (*Stanford University*) <<http://web.stanford.edu/group/mappingmilitants/cgi-bin/maps/view/syria>> Erişim tarihi 10 Mayıs 2021.

38 Bkz. Sam Dagher, 'A Complicated Ally: Kurds Fight Islamic State to Claim a Piece of Syria' (*The Wall Street Journal*, 12 November 2014) <<https://www.wsj.com/articles/kurds-fight-islamic-state-to-claim-a-piece-of-syria-141.584.3557>> Erişim tarihi 10 Temmuz 2021.

39 Grignon (n 3)156.

kuvvet kullanmak zorunda kalması durumunda karşılanmış sayılır.⁴⁰ Bu bağlamda, Ek Protokol madde 1/2’de yer alan “İşbu Protokol, silahlı çatışma olarak kabul edilmeyen, ayaklanma, münferit ve düzensiz şiddet eylemleri ve benzer nitelikteki diğer eylemler gibi i gerginlik ve iç karışıklık durumlarında uygulanmaz.” ifadesi, aynı zamanda Cenevre Sözleşmeleri ortak madde 3’n minimum eşiğini de açıklamaktadır. Bu anlayış, uygulamada devletler tarafından tasdik edilmiştir. şöyle ki, devletler uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanan diğer antlařmalarla⁴¹ da ortak madde 3 ile Ek Protokol madde 1/2’nin birleşimine atıf yapmayı tercih etmişlerdir.

Belli bir yoğunluk seviyesinin gerekliliği, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uluslararası insancıl hukukun uygulanabilmesi için gerekli olan şiddet eşiğinin, uluslararası silahlı çatışmalara göre çok daha yüksek olduğunu göstermektedir. şiddetin, silahlı çatışma olarak sınıflandırılmasını sağlayacak yoğunluk eşiğine ulaşıp ulaşmadığını saptayan bazı faktörler vardır.⁴² ICTY şiddetin yoğunluğunu değerlendirmek için birkaç belirleyici unsur geliştirmiştir: Saldırıların ciddiyeti, silahlı çatışmalarda bir artış olup olmadığı, çatışmaların bölge boyunca ve zaman dilimi içinde yayılması, hükümet glerinin sayısındaki, askeri hareketlilikteki ve çatışmanın her iki tarafı arasındaki silahların dağılımındaki artış, çatışmaların Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin dikkatini çekip çekmediği ve konuyla ilgili herhangi bir kararın geçip geçmediği gibi. Bu bakımdan, ICTY Yargılama Daireleri savaş bölgelerinden kaçmaya zorlanan sivillerin sayısını, kullanılan silahların türünü, özellikle ağır silahlar ve tanklar, birtakım ağır vasıtalar gibi diğer askeri ekipmanların kullanımı, şehirlerin bloke edilmesi ve kuşatılması ve ağır bombardımanı, yıkımın boyutu ve bombardıman veya çatışmanın neden olduğu kayıpların (l sayısı) sayısı, askeri birliklerin ve sevk edilen birimlerin adedi, taraflar arasındaki cephe hattının varlığı ve değişmesi, şehirlerin kasaba ve köylerin işgal edilmesi, hükümet glerinin kriz bölgesine yerleştirilmesi, yolların kapanması, ateşkes düzenlemeleri ve anlaşmaları, uluslararası örgütlerin temsilcilerinin ateşkes antlaşmasının hazırlanması ve uygulanması konusundaki girişimde bulunmalarını da dikkate almıştır.⁴³ Organizasyon kriterinde de bahsedildiği üzere bunlar, Mahkeme’nin belirttiği, gösterge olabilecek örneklerdir. Bu rnekler, yoğunluk kriterinin sağlandığı sonucuna varmak için belli bir durumda var olabilir; ancak zorunlu değildir.⁴⁴ Zira bu göstergeler farklı yönlere işaret ettiğinden, belli bir formüle bağlı kalmaksızın, hangi faktörlere ağırlık verilmesi gerektiğini belirlemek için durumun genel değerlendirilmesi yapılmalıdır.⁴⁵

Her halükârda bir şiddet durumunun, uluslararası olmayan silahlı çatışma eşiğine ulaşabilmesi için organizasyon ve yoğunluk kriterlerinin kümülatif olarak var olması gerekmektedir. Durumun koşullarına bağlı olarak, bir kriterin sağlanmasıyla diğer kriter hakkında sonuca varmak mümkündür.

40 ICRC (n 27) 3.

41 Bkz. 1998 UCM Roma Statüsü madde 8/2-c ve d.; 1999 Kültürel Varlıkların Korunmasına Dair Lahey Sözleşmesinin İkinci Protokol madde 22/1-2.

42 Akande, ‘Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts’ (n 2) 205.

43 Bkz., Boşkoski and Tarulovski Judgment, (Trial Chamber), parag. 177.; Ayrıca bkz. Haradinaj Judgment (Trial Chamber), parag. 49, 90-99.; Limaj Judgment (Trial Chamber), parag. 90, 135-170. Bazı UCM yargılamaları için bkz. Lubanga Trial Judgment, 2012, parag. 538; Katanga Trial Judgment, 2014, parag. 1187; Bemba Trial Judgment, 2016, parag. 137-141.

44 Commentary of 2016 (n 13) Art. 3, parag. 433.

45 Akande, ‘Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts’ (n 2) 206.

Örneğin, devlet otoriteleri ile bir devlet dışı aktör arasında yahut devlet dışı aktörlerin kendileri arasındaki son derece yoğun bir çatışmanın varlığı, bu aktörlerin uluslararası olmayan silahlı çatışmanın tarafı olması için gereken organizasyon seviyesine ulaştığının göstergesi olmaktadır.⁴⁶

Öte yandan yukarıda belirtildiği gibi devletlerin, silahlı örgütleri; isyancı, asi, terörist, suç çetesi, hükümet karşıtı grup olarak adlandırmasının veya bir silahlı grubun dini veya siyasi gündeminin olmamasının uluslararası insancıl hukuk açısından bir önemi olmayıp, bu devlet dışı aktörler gerekli şartlar sağlandığı takdirde uluslararası olmayan silahlı çatışmanın tarafı olabilmekte, aradaki çatışma da uluslararası olmayan silahlı çatışma olarak adlandırılabilir.⁴⁷ Nitekim *ICTY* görüşüne göre de, uluslararası olmayan bir silahlı çatışmanın varlığının tespiti yalnızca iki kritere dayanmaktadır: Çatışmanın yoğunluğu ve tarafların örgütlenmesi; silahlı kuvvetlerin şiddet eylemlerine girişme veya bazı hedeflere ulaşma amacı bu nedenle, konu dışıdır.⁴⁸ Ayrıca uluslararası olmayan silahlı çatışmanın iki kriterine – çatışmanın belli bir yoğunluğa ulaşması ve organizasyon düzeyi – ortak madde 3'ün kabul edilmesinden çok kısa bir süre sonra işaret edilmesi, zamanla tekrar edilmesi ve detaylandırılması, ortak madde 3'ün uygulanması için gerekli olan eşik konusundaki kararlılığı ifade etmesi açısından önemlidir.⁴⁹

C. ULUSLARARASI OLMAYAN SİLAHLI ÇATIŞMALAR İÇİN "ÇATIŞMA SÜRESİ" KRİTERİ (PROTRACTED ARMED VIOLENCE)

ICTY uluslararası olmayan silahlı çatışmalardan bahsederken 'uzun süreli silahlı şiddet' (*protracted armed violence*) ifadesini kullanmıştır.⁵⁰ Aynı şekilde UCM Roma Statüsü madde 8/2-f bendinde uzun süreli silahlı çatışma ifadesine yer verilmiştir. Bu ifadeler yanıltıcı olabilmektedir. Bu sebeple 'uzun süreli silahlı şiddet' ifadesi ile, devletin silahlı kuvvetleriyle devlet dışı aktörler arasında veya devlet dışı aktörlerin kendi aralarında meydana gelen düşmanlıkların, uluslararası olmayan bir silahlı çatışmaya dönüşmesi için sürenin hesaba katılmasının bağımsız ek bir kriter olup olmadığı sorusunun cevaplanması gerekmektedir.

Protracted (uzun süren) sözcüğü silahlı çatışmanın süresine ilişkin olduğu izlenimini uyandırır da buradaki temel koşulun, 'kuvvetin yoğunluğu' olduğu kabul edilmektedir.⁵¹ Zira bir şiddet durumunun, silahlı çatışma olarak sınıflandırılmasına neden olacak yoğunluğa ulaşıp ulaşmadığını belirlemeye yönelik 'süre'nin ötesinde faktörler vardır.⁵² Bu bağlamda *ICTY*, silahlı çatışmaların

46 Commentary of 2016 (n 13) Art. 3, parag. 434.

47 Vite (n 19) 78.

48 Bkz. Limaj Judgment, (Trial Chamber), parag.170.; Tadić Jurisdiction (Appeals Chamber Decision), parag.70.

49 Commentary of 2016 (n 13) Art. 3, parag. 435.

50 Tadić Jurisdiction (Appeals Chamber Decision), parag. 70.

51 Grignon (n 3) 157-158; Akande, 'Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts' (n 2) 205.; Commentary of 2016 (n 13) Art. 3, parag. 440.; Derek Jinks, 'The Temporal Scope Of Application Of International Humanitarian Law In Contemporary Conflicts' (Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research Background Paper prepared for the Informal High-Level Expert Meeting on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law, Cambridge, 27-29 January 2003) 6. <<https://hhi.harvard.edu/publications/temporal-scope-application-international-humanitarian-law>> Erişim tarihi 10 Ağustos 2021.

52 Akande, 'Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts' (n 2) 205.

“yoğunluğunun” göstergelerinden biri olarak silahlı çatışmanın “süresinin” ne anlamana geldiğini açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre Mahkeme, Yargılama Dairesi’nin “yoğunluk” kriterini değerlendirmek için çeşitli faktörlere dayandığını belirtmiş; bunlara örnek olarak da çatışmanın sayısı, süresi ve yoğunluğunu işaret etmiştir. Ancak bu faktörlerin, yoğunluk ölçütünün yerine getirildiğini kanıtlamak için olmazsa olmaz/zaruri/vazgeçilemez faktörler olmadığını belirtmiştir.⁵³ Yine ICTY, düşmanlıkların uluslararası olmayan silahlı çatışmalar için gerekli yoğunluğa ulaşıp ulaşmadığını değerlendirirken, silahlı çatışmaların süresinin göz ardı edilmemesine dikkat çekmiştir. atışmanın yoğunluğu değerlendirilirken, i silahlı çatışma durumunda uzun süren silahlı şiddetin gözden kaırılmamasına zen gösterilmesi gerektiğini ve bu iki kriterin – uzun süreli silahlı şiddet ve yoğunluk – yakından ilişkili olduğunu ifade etmiştir.⁵⁴

Bunun aksi düşünülürse, yani uluslararası olmayan bir silahlı çatışmanın karakterize edilmesi çatışmanın uzunluğuna bağlı olursa, çatışmanın tarafları, çatışmanın farklı zamanlarında, eylemlerinin farklı bir yasal rejim ile yönetileceği yanılığına düşebilirler. Durum böyle olunca, eylemlerinin silahlı çatışma oluşturduğunun ve savaş suçu oluşturabileceğinin farkına varmayabilirler. Ayrıca bu vaziyet, uluslararası insancıl hukuk tarafından korunan kişilerin koruma altına alınma anı açısından da önem teşkil etmektedir. Örneğin, uluslararası olmayan silahlı çatışmanın meydana gelmesi için belli bir sürenin geçmesi şartının aranması, çatışmanın başladığı andan itibaren esir düşen kişilerin uluslararası insancıl hukukun sağladığı korumadan yararlanamayacağı anlamına gelmektedir. Bu durumda, halbuki bu kişiler birkaç gün/hafta/ay sonra esir alınsaydı – uluslararası silahlı çatışmanın meydana gelmesi sürenin uzunluğuna bağlı olduğu için – uluslararası insancıl hukuk tarafından bütünüyle korunacaklardı.⁵⁵

Sonuç itibariyle, koşullara bağlı olarak kısa süreli düşmanlıklar da mevcut şiddetin belli bir yoğunluğa ulaştığını haklı kılacak başka göstergeler olduğunda, uluslararası olmayan silahlı çatışma eşiğine ulaşabilmektedir. Nispeten kısa süreli bir düşmanlığın, şiddet ve yıkım leği yüksek olduğunda uluslararası olmayan silahlı çatışmaya dönmesi mümkündür. Örneğin, Amerikalıların İnsan Hakları Komisyonu (*Inter-American Commission of Human Rights*), *Abella* davasında, Arjantin ordusuyla muhalif bir asker grubu arasında otuz saat süren bir çatışmanın, (kısa süreli olmasına rağmen) ortak madde 3 kapsamına girdiğini belirtmiştir.⁵⁶

II. EK PROTOKOL II

Ek Protokol II, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanacak birtakım kurallar içermekte; ancak buradaki hükümlerin uygulanabilmesi için ortak madde 3’te gerekenlere ilave birtakım kriterlerin karşılanması gerekmektedir. Öncelikle ortak madde 3’te olduğu gibi Ek Protokol II de ayaklanma, münferit ve düzensiz şiddet eylemleri ve benzer nitelikteki diğer eylemler gibi i gerginlik

53 Bkz. Haradinaj Judgment (Trial Chamber), parag.49.

54 Bkz. Boşkoski ve Tarulovski (Trial Chamber), parag. 175.

55 Grignon (n 3) 158.

56 Bkz. Juan Carlos Abella v Argentina, Inter-American Commission on Human Rights, (Case No. 11.137), 18 November 1997, parag. 154-156.

ve iç karışıklık durumlarında uygulanmadığı belirtilmelidir.⁵⁷ Bununla beraber, Ek Protokol II'nin uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanmasına ilişkin sunmuş olduğu eşik, ortak madde 3'te yer alandan daha yüksektir; bu sebeple ortak madde 3'ten daha sınırlı bir uygulama alanı bulmaktadır. Protokolün yüksek uygulanabilirlik eşiği, devletlerin, iç silahlı çatışmaların uluslararası düzenlemesi konusundaki isteksizliğinin bir göstergesidir.⁵⁸

Ortak madde 3 ve Ek Protokol II'nin uygulanması için farklı eşiklerin olmasının pratikteki neticesi, en az iki çeşit uluslararası olmayan silahlı çatışmaların olduğudur. Biri ortak madde 3'ün tek başına uygulandığı silahlı çatışmalar, diğeri ortak madde 3 ve Ek Protokol II'nin birlikte uygulandığı silahlı çatışmalar. Uygulamada devletler tarafından böyle bir ayırım yapılmamakla birlikte, ortak madde 3 ile Ek Protokol II'nin eşliğini karşılamak için gerekli olan kriterlerin farklılıklarına değinmekte fayda vardır. İlk olarak, Ek Protokol II'nin uygulama alanı devletin silahlı güçleri ile silahlı devlet dışı aktörler arasında çıkan çatışmalarla sınırlandırılmıştır. Bu kısıtlamayı öngörmeyen ortak madde 3'ün aksine, Protokol salt silahlı devlet dışı aktörler arasında çıkan çatışmaları kapsamına dâhil etmemekte; ancak hükümet güçleri söz konusu silahlı çatışmaya karıştığı zaman uygulanmaktadır.⁵⁹

İkinci olarak, Protokol kapsamında bir uluslararası olmayan silahlı çatışma olabilmesi için silahlı devlet dışı örgütün bölgeyi kontrol altında tutması gerekliliği vardır. Ek Protokol madde 1/1 uyarınca, bu Protokolde yer alan hükümler yalnızca bir Yüksek Akit Taraf'ın ülkesinde, 'kendi silahlı kuvvetleriyle muhalif silahlı kuvvetler arasında veya sorumlu komuta altında olan, devamlılık arz eden ve planlı askeri operasyonlar yapmalarına imkân verecek şekilde bu Yüksek Akit Taraf'ın ülkesinin bir kısmı üzerinde kontrolü elinde bulunduran diğer örgütlü silahlı gruplar arasında' meydana gelen silahlı çatışmalara uygulanacaktır. İşbu kriter, devletin genelinde veya bir bölümünde yetki sahibi olmak için devlet ile isyancı bir grubun çatıştığı durumlar için tasarlanmış görünmektedir. *Akande*'ye göre metnin lafzından, bölge üzerinde kontrol gerekliliğinin, sürekli ve uyumlu askeri operasyonları yürütme yeteneği ile ilgili olduğu; bu operasyonların fiilen gerçekleştirilmesinin değil de bunu yapabilme becerisini kapsadığı anlaşılmaktadır. Ancak uygulamada sürekli ve uyumlu askeri operasyonlar gerçekleştirilmeden, toprakların kontrolünün sağlandığını ve sürdürüldüğünü düşünmek zordur.⁶⁰ Buna karşın bu kriter, ortak madde 3 için gerekli değildir. Ortak madde 3, devlet dışı silahlı aktörlerin belli bir dereceye kadar örgütlenmelerini gerektirse de bu grupların ülkenin bir bölümünü kontrol etmelerini şart koşmamaktadır. Bu nedenle uygulamada, bir çatışma, Ek Protokol II'deki koşulları yerine getirmeksizin ortak madde 3'ün kapsamına dâhil edilebilir. Yani, Ek Protokol II'nin kapsadığı tüm silahlı çatışmalar aynı zamanda ortak madde 3'ün de kapsamındadır. Öte yandan, Protokoldeki bu hüküm eğer geniş yorumlanırsa, ortak madde 3'teki uluslararası olmayan silahlı çatışma kavramına yaklaşmaktadır. Buna

57 Ek Protokol madde 1/2: "İşbu Protokol, silahlı çatışma olarak kabul edilmeyen, ayaklanma, münferit ve düzensiz şiddet eylemleri ve benzer nitelikteki diğer eylemler gibi iç gerginlik ve iç karışıklık durumlarında uygulanmaz." Protokoldeki hiçbir düzenleme devletin ülkesi üzerindeki yetki ve sorumluluğuna zarar vermek amacıyla yorumlanamaz, devletin iç işlerine karışma gerekçesi olamaz. Ayşe Nur Tütüncü, *İnsancıl Hukuka Giriş*, (2. Baskı, Beta 2012) 57.

58 Nils Melzer and Etienne Kuster, *International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction* (ICRC November 2019) 69.

59 Akande, 'Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts' (n 2) 208.; Daragh Murray, Dapo Akande, Charles Garraway, Françoise Hampson, Noam Lubell and Elizabeth Wilmshurst, *Practitioners' Guide to Human Rights Law in Armed Conflict* (Oxford University Press 2016) 46,47.; Vite (n 19) 80.

60 Akande, 'Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts' (n 2) 208.

göre, bazı bölgelerdeki geçici kontroller Ek Protokol II'nin uygulanması için yeterli olacaktır. Tersine, dar yorumlanırsa, devlet dış aktörün, bir devlet ile benzer bir denetim uyguladığı durumlar ile sınırlı kalacaktır ve çatışma doğası gereği uluslararası silahlı çatışmalara benzeyecektir.⁶¹ Uluslararası Kızılhaç Komitesi bu konuda orta bir pozisyon sergilemektedir. Çünkü savaş durumunda bölgesel kontrol hızlıca el deđiŐtirmektedir. Bazen bir bölgenin egemenliği göreceli olmaktadır. Örneğin, Şehir merkezi hükümetin elinde kalırken, kırsal bölgelerin hükümetin idaresinden alındığı görülebilir. Bununla birlikte Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Protokol'n kurallarının etkin bir Şekilde uygulanabilmesi için mtevacı bir arazi alan dhi olsa (*control of even a modest area of land*), buranın kontrolünde bir dereceye kadar istikrar sağlanması gerektiğini belirtmektedir.⁶²

Ek Protokol II ile ortak madde 3'n uygulanması arasındaki üçüncü farklılık ise, Ek Protokol II, 'taraf devletin topraklarında,' 'o devletin silahlı kuvvetleri' ile örgütlü silahlı gruplar arasındaki uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanmaktadır. Diğer bir deyişle, Protokol, yalnızca uluslararası olmayan silahlı çatışmanın meydana geldiği devletin toprakları için geçerlidir ve ülke dıŐlık söz konusu olduğu uygulanma olanağı olamaz.⁶³ çatışmanın taraf devletin topraklarında olması ve bu devletin silahlı kuvvetleriyle silahlı gruplar arasında olması Şartları, Ek Protokol II'nin uluslararasılaŐmıŐ (*internationalized*) uluslararası olmayan silahlı atıŐmalara⁶⁴ uygulanmasını sınırlamaktadır. Şöyle ki, bir yabancı devletin, çatışmanın vuku bulduğu toprak devletin rızasıyla, i silahlı çatışmaya müdahale ettiği durumlarda, silahlı çatışma 'uluslararası olmayan' düzeyde kalmaya devam etmektedir. Buna rağmen hem mdhil devlet hem de toprak devleti Ek Protokol II'ye taraf olsa bile, bu Protokol, çatışmaya müdahale eden devletin eylemlerine uygulanmayacaktır. Çünkü Protokol, 'Yüksek Akit tarafın ülkesinde, kendi silahlı kuvvetleriyle muhalif silahlı kuvvetler arasında meydana gelen silahlı çatışmalar' için geçerlidir. Yani, atıŐma aslında Protokol'e taraf bir devletin ülkesinde gerçekleşmesine rağmen, mdhil devletin topraklarında gerçekleşmediği ve ülke devletin askeri kuvvetleriyle silahlı grup arasında olmadığı için çatışmaya taraf olan mdhil devlete Ek Protokol II uygulanmamaktadır.⁶⁵ Bir örnekle açıklamak gerekirse, A devletin topraklarında, A devleti ile X silahlı grubu arasında bir çatışma çıkması halinde; A devletin daveti zerine B devleti söz konusu çatışmaya müdahale ettiğinde, B devleti Ek Protokol II'ye taraf olsa dahi, eylemlerine Ek protokol II hükümleri uygulanmayacaktır. Çünkü atıŐma B devletin ülkesinde meydana gelmemiŐtir.

Söz gelimi Afganistan'daki silahlı çatışma 2002'de uluslararası hale geldikten sonra, yani Taliban'a karşı mücadelenin çoğu, Afgan silahlı kuvvetleri tarafından değil, NATO (*North Atlantic Treaty*

61 Vite (n 19) 79.

62 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977, Commentary of 1987, parag. 4467. <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=AA0C5BCBAB5C4A85C12563CD002D6D09&action=openDocument>> Erişim tarihi 20 Ağustos 2021.

63 Murray et al. (n 59) 47

64 Uluslararası olmayan silahlı çatışmaların uluslararasılaŐmasıyla ilgili ayrıntılı bir çalışma için bkz. Ali İbrahim Akkutay, 'Silahlı atıŐmalar Hukukunda İ Silahlı atıŐmaların UluslararasılaŐması' (2016) 65(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1-61. Ayrıca bkz. Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin 2021)189-192.

65 Akande, 'Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts' (n 2) 209.

Organization-Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü) liderliğindeki International Security Assistance Force (ISAF) tarafından yürütülmeye başlandıktan sonra, Ek Protokol II hükümleri bu destek gücüne katılan devletlere uygulanmamıştır. Esasında, Afganistan 2009'da Ek Protokol II'nin tarafı haline gelmesine rağmen ve Afganistan'da, Afganistan'ın rızasıyla savaşıyan bazı devletlerin de Ek Protokol II'ye taraf olmasına rağmen, Protokol, müdahil devletler ile silahlı gruplar arasındaki çatışmalara uygulanmamıştır. Bu koşul sıklıkla, Ek Protokol II'nin bir zayıflığı olarak görülmektedir.⁶⁶

Bu durumun, Protokol'ün madde 1/1'in tasarısı esnasında amaçlandığı pek açık değildir. Zira, hükmün dar yorumlanması ile Protokol, ülke devletine destek vermek üzere çatışmalara dâhil olan devletler açısından uygulama bulamayacaktır. Bu noktada, alternatif yorum olarak, müdahil devletlerin silahlı kuvvetlerinin, ülke devletinin silahlı kuvvetlerinin bir parçası olarak sayılması söylenebilir. *Vite*, uluslararası insancıl hukukun ruhuna uygun bir yorum yapılarak, "silahlı kuvvetleri" ifadesinin, yalnızca toprak devletinin askerlerini değil, aynı zamanda devlet adına müdahalede bulunan diğer devletleri de kapsamı gerektiğini düşünmektedir.⁶⁷ Bu sayede Ek Protokol II'nin uluslararası insancıl korumalarını genişletilmesi arzu edilse de bu yorum uluslararası hukukta destek bulamamıştır. Zira B devletinin silahlı kuvvetleri A devletinin silahlı kuvvetlerinin bir parçası olarak görülemez. Devletler kendi silahlı kuvvetlerinin tüm eylemlerinden sorumludur;⁶⁸ fakat bu şekilde bir yorum kabul edilirse, A devleti ayrıca B devletinin silahlı kuvvetlerinin eylemlerinden ötürü de sorumlu tutulabilecektir.⁶⁹

Özetle, Ek Protokol II, ortak madde 3'ü geliştirmekte ve tamamlamakta ancak uygulama koşullarını değiştirmemektedir.⁷⁰ Dolayısıyla Ek Protokol'ün 1/1 fıkrasında öngörülen ek kısıtlamalar sadece Protokol'ün uygulama alanını açıklamakta; tüm uluslararası olmayan silahlı çatışmalar hukukunu kapsamamaktadır. Ortak madde 3 böylece kendi özerkliğini korumakta ve görece daha fazla sayıda durumu kapsamaktadır.⁷¹

SONUÇ

1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi ve 1977 tarihli Ek Protokol II, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanacak uluslararası insancıl hukuk kuralları açısından iki ana antlaşma metni olup, söz konusu metinler uluslararası insancıl hukukun bu çatışmalara ne zaman uygulanmaya başlayacağı ile ilgili net bir bilgi içermemektedir. Bu eksiklik konuya ilişkin uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarıyla giderilmeye çalışılmaktadır. Buna göre, ortak madde 3'ün uygulanmaya

66 Dapo Akande, 'Afghanistan accedes to Additional Protocols to Geneva Conventions: Will AP II govern the conflict in Afghanistan?', (*EJIL: Talk Blog of the European Journal of International Law*, 30 Haziran 2009) <<https://www.ejiltalk.org/afghanistan-accedes-to-additional-protocols/>> Erişim tarihi 07 Temmuz 2021.

67 *Vite* (n 19) 80.

68 Uluslararası silahlı çatışmalarda sorumluluk açısından bkz. Ek Protokol I madde 91. Ayrıca devletlerin uluslararası hukuka aykırı fiillerinden ötürü uluslararası sorumluluğuna ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz. Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, (XII Levha 2010)

69 Akande, 'Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts' (n 2) 210.

70 1977 Ek Protokol II madde 1/1.

71 *Vite* (n 19) 80.; Murray et al. (n 59) 68.

başlaması için silahlı çatışma asgari düzeyde bir yoğunluğa ulaşmalı ve çatışmanın tarafları asgari bir örgütlenme sergilemelidir. Kısacası, yeterince örgütlenmiş gruplar arasında meydana gelen silahlı şiddet durumu gerekli yoğunluk eşiğine ulaşır ulaşmaz uluslararası olmayan bir silahlı çatışma başlamış kabul edilmektedir. Ek Protokol II ise taraf bir devletin ülkesinde kendi silahlı kuvvetleriyle muhalif silahlı kuvvetler veya sorumlu komuta altında olan, devamlılık arz eden ve planlı askeri operasyonlar yapmalarına ve bu Protokolü uygulamalarına imkân verecek şekilde bu taraf devletin ülkesine ait bir kısmı üzerinde kontrolü elinde bulunduran diğer örgütlü silahlı gruplar arasında cereyan eden silahlı çatışmalara uygulanmaktadır. Her iki metnin uygulanması arasındaki farklılıklara rağmen Ek Protokol II, ortak madde 3 geliştirmekte, tamamlamakta ve uygulama koşullarını değiştirmemekte; en nihayetinde her bir metin kendi özerkliğini korumaktadır.

KAYNAKÇA

- Akande D, 'Afghanistan accedes to Additional Protocols to Geneva Conventions: Will AP II govern the conflict in Afghanistan?', (EJIL: Talk Blog of the European Journal of International Law, 30 Haziran 2009) <<https://www.ejiltalk.org/afghanistan-accedes-to-additional-protocols/>> Erişim tarihi 07 Temmuz 2021.
- Akande D, 'Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts' in Elizabeth Wilmschurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts* (Oxford University Press eBooks 2012) 163-261.
- Akkutay Aİ, 'Silahlı atışmalar Hukukunda İ Silahlı atışmaların Uluslararasılaşması' (2016) 65(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1-61.
- Aksar Y, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II, (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin 2021)
- Aydın Okur D, 'DAEŐe Karşı Suriye'de Yapılan Operasyonların Meşruiyeti Bakımından 'İsteksiz ya da Aciz Devlet' Teorisi', (2015) 14(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 39-65.
- Batur Yamaner M, ktem AE, Kurtdarcan B ve Uzun MC, *12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri*, (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 42)
- Bellal A, *The War Report, Armed Conflict 2018* (Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, April 2019)
- Center for International Security and Cooperation (CISAC) 'Mapping Militant Organisations: Syria' (*Stanford University*) <<http://web.stanford.edu/group/mappingmilitants/cgi-bin/maps/view/syria>> Erişim tarihi 10 Mayıs 2021.
- Crawford E, 'The Temporal and Geographic Reach of International Humanitarian Law' in Ben Saul and Dapo Akande (eds.) *Oxford Guide to International Humanitarian Law*, (Oxford University Press 2020) 57-76.
- Dagher S, 'A Complicated Ally: Kurds Fight Islamic State to Claim a Piece of Syria' (*The Wall Street Journal*, 12 November 2014) <<https://www.wsj.com/articles/kurds-fight-islamic-state-to-claim-a-piece-of-syria-141.584.3557>> Erişim tarihi 10 Temmuz 2021.
- Duffy H, 'Trials and Tribulations: Co-Applicability of IHL and Human Rights in an Age of Adjudicatio' in Ziv Bohrer, Janina Dill and Helen Duffy, *Law Applicable to Armed Conflict* (Cambridge University Press 2020) 15-105.
- Erkiner HH, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, (XII Levha 2010)
- Gill T, 'Classifying the Conflict in Syria', (2016) 92 *International Law Studies*, 353-380.
- Grignon J, 'The Beginning of Application of International Humanitarian Law: A Discussion of a few Challenges' (2014) 96(893) *International Review of the Red Cross*, 139-162.

- International Committee of the Red Cross (ICRC), 'How is the Term 'Armed Conflict' Defined in International Humanitarian Law?' (Opinion Paper, March 2008)
- Jinks D, 'The Temporal Scope Of Application Of International Humanitarian Law In Contemporary Conflicts' (Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research Background Paper prepared for the Informal High-Level Expert Meeting on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law, Cambridge, 27–29 January 2003) <<https://hhi.harvard.edu/publications/temporal-scope-application-international-humanitarian-law>> Erişim tarihi 10 Ağustos 2021.
- Kuran S ve Gür H, 'Devlet-Dışı Aktörlere Karşı Meşru Müdafaa "İsteksiz veya Âciz Doktrini: Suriye ve DAES Örneği' (2017) 23(1) MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, 57-88.
- Melzer N and Kuster E, *International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction* (ICRC November 2019)
- Murray D, Akande D, Garraway C, Hampson F, Lubell N and Wilmshurst E, *Practitioners' Guide to Human Rights Law in Armed Conflict* (Oxford University Press 2016)
- Pictet JS, *Commentary on the III Geneva Convention on Relative to the Treatment of Prisoners of War* (ICRC 1960)
- Sarıbeyoğlu Skalar M, 'Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalarda Faaliyetlerine İlişkin Bir Değerlendirme: Taraflara Hizmetlerini Teklif Etme Hakkı' (2021) 27(1) MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, 48-63.
- Tütüncü AN, *İnsancıl Hukuka Giriş*, (2. Baskı, Beta 2012)
- United Kingdom (UK) Ministry of Defence (ed.), *The Manual of the Law of Armed Conflict* (Oxford University Press 2004)
- Vite S**, 'Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations' (2009) 91(873) International Review of the Red Cross, 69-94.
- 32nd International Conference of the Red Cross and the Red Crescent (8-10 December 2015), *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts Report* (Geneva, October 2015)
- Uluslararası Mahkeme Kararları ve Belgeler**
- Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 2nd Edition, 2016. <<https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCI-commentary>> Erişim tarihi 22 Temmuz 2021.
- Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Vol. II Section B. 122-123. <https://www.loc.gov/frd/Military_Law/pdf/Dipl-Conf-1949-Final_Vol-2-B.pdf> Erişim tarihi 31 Temmuz 2021.
- International Commission of Inquiry on Darfur, Report Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004, 25 January 2005.
- International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), Prosecutor v. Rutaganda, Judgment (Trial Chamber I), (ICTR-96-3), ICTR, 6 December 1999.
- Juan Carlos Abella v Argentina, Inter-American Commission on Human Rights, (Case No. 11.137), 18 November 1997.
- Prosecutor Ljube Boškoski and Johan Tarčulovski Judgment, Trial Chamber II, (IT – 04-82-T), ICTY, 10 July 2008.
- Prosecutor Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj, Judgment, Trial Chamber II, (IT-04-84bis-T), ICTY, 29 November 2012.
- Prosecutor v Fatmir Limaj, Haradin Bala, and Isak Musliu, Judgment, Trial Chamber, (IT-03-66-T), ICTY, 30 November 2005.
- Prosecutor v. Dusko Tadić, Decision On The Defence Motion For Interlocutory Appeal On Jurisdiction, (Appeals Chamber Decision), ICTY, 2 October 1995.

Prosecutor v. Dusko Tadić, Judgement, Trial Chamber, (IT-94-1-T), ICTY, 7 May 1997.

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977,

Commentary of 1987. <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=AA0C5BCBAB5C4A85C12563CD002D6D09&action=openDocument>> Erişim tarihi 20 Ağustos 2021.

The Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, (ICC-01/04-01/077), ICC, 7 March 2014.

The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, (ICC-01/05-01/0821), ICC, 21 March 2016.

The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, (ICC-01/04-01/06), ICC, 14 March 2012.

Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Göçmen Kaçakçılığı Suçunda “Maddi Menfaat Elde Etme Amacı” Kavramı*

The Concept of “The Purpose of Obtaining Material Benefits” in the Crime of Migrant Smuggling from the Point of View of International Law and Turkish Law

Yusuf Yaşar** , Umut Güneş*** 

ÖZ

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol, taraf olan her ülkeye göçmen kaçakçılığını suç haline getirme yükümlülüğünü getirmiştir.

Protokole göre göçmen kaçakçılığı ancak “*dolaylı ya doğrudan mali ya da diğer maddi menfaat elde etme amacıyla*” yapıldığında oluşmaktadır. Bu tanıma karşın bazı ülkeler göçmenlere maddi menfaat beklentisi olmadan yapılan yardımları dahi suç haline getirmişlerdir.

Çalışmamızın amacı Göçmen Kaçakçılığı Protokolünün göçmen kaçakçılığını nasıl tanımladığını açıklamak ve bazı Avrupa ülkeleri ile Türkiye’nin “*dolaylı ya doğrudan mali ya da diğer maddi menfaat elde etme amacı*”nı yasalarına nasıl yansıtıklarını incelemektir.

Anahtar Kelimeler: Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Mali Ya da Diğer Maddi Menfaat Elde Etme Amacı, Yasadışı Göç, Düzensiz Göç

ABSTRACT

Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, obliges each state party to criminalize the smuggling of migrants.

According to the Protocol, migrant smuggling only occurs when it is carried out “in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit”. Despite this definition, some countries have made it a crime even to provide assistance to migrants without the expectation of financial benefits.

The aim of our study is to explain how the Migrant Smuggling Protocol defines the migrant smuggling and to examine how some European countries and Turkey reflect the “*purpose of obtaining indirectly or directly financial or other financial benefit*” into their laws.

Keywords: Crime of Migrant Smuggling, Purpose of Financial and Other Material Benefit, Illegal Migration, Irregular Migration

* Bu makale “Uluslararası Hukukta ve Türk Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu” adlı doktora tezi çalışmasından üretilmiştir.

** Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı , ORCID: 0000-0001-9010-1371.

*** Doktora Öğrencisi Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı , ORCID: 0000-0003-1869-9617.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Yusuf Yaşar

E-posta/E-mail: yusuf.yasar@marmara.edu.tr , gunes.umut@yahoo.com

Geliş Tarihi/Received: 22.02.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 12.05.2022

GİRİŞ

Hayatı tehlike altında olan ya da ciddi zarar görme tehlikesi altında bulunan bir kişiye yardım edilmesi insani bir eylemdir. Bir yabancıyı muhakkak ya da olası bir tehlikeden kurtarmak bir seçim olmanın ötesinde ahlaki bir ödevdir. Bu nedenle doğrudan ya da dolaylı olarak maddi menfaat elde etme amacı olmadan zor durumda kalmış bir göçmenin ülke sınırından geçmesine yardım edilmesi ya da ülkede kalmasına imkân sağlanması Türk Hukukuna göre suç değildir. Buna karşın bazı ülkelerde insani nedenlerle göçmenin sınırdan geçmesine ya da ülkede kalmasına yardım edilmesi de suç olarak düzenlenmiştir.

Gerçekten de bazı Avrupa ülkeleri, düzensiz göçle daha etkin mücadele etmek amacıyla, göçmen kaçakçılığına imkân sağlamayı düzenlerken insani nedenlerle göçmenlere yardım etmeyi bilinçli olarak kapsam dışında bırakmamışlardır. Bu düzenlemelerle insani saikle kaçak göçmenlere yemek temin edenler, araçlarına alanlar, kalacak yer temin edenler de fail olarak hedefe konulmuşlardır.

Bu durum sadece Avrupa ülkeleriyle sınırlı değildir. Avustralya hukukunda da Göçmen Kaçakçılığı Protokolüne aykırı olarak, göçmen kaçakçılığı suçunun oluşabilmesi için failin mali ya da diğer maddi menfaat temin etme amacıyla hareket etmesi suçun unsuru olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle bazı durumlarda göçmenin bizzat kendisi dahi fail olabilmektedir. Örneğin Sri Lanka vatandaşı olan ve Avustralya'ya sığınmak isteyen bir göçmen, Ağustos 2001 tarihinde Sri Lanka'dan Dulcot isimli tekneye binerek Avustralya'ya doğru diğer 71 göçmenle birlikte yola çıkmıştır. Yolculuğun yedinci gününde teknenin motoru arızalanmıştır. Sri Lanka vatandaşı olan göçmen tamirci olması nedeniyle teknenin motorunu tamir etmiş ve yolculuğa bu sayede devam edebilmişlerdir. Avustralya'da yakalanan, kendi hayatından ve diğer göçmenlerin hayatından endişe ettiği için motoru tamir ettiğini söyleyen ve olaydan önce gemi mürettebatıyla bir bağlantısı da tespit edilemeyen Sri Lankalı sığınmacıya göçmen kaçakçılığı suçunu kolaylaştırdığı gerekçesiyle 3,5 yıl hapis cezası verilmesine karar verilmiştir¹.

Bunun gibi örnekler, Protokolün amacına aykırı olarak, göçmen kaçakçılığı suçunun kapsamının bazı ülkeler tarafından kasıtlı olarak genişletilmiş olduğunu göstermektedir.

Çalışmamızda ilk önce Göçmen Kaçakçılığı Protokolü'nün göçmen kaçakçılığını düzenleme biçimi ele alınacak, bu düzenlemenin Avrupa Birliği tarafından nasıl düzenlendiği incelendikten sonra Almanya, İtalya, Fransa ve Yunanistan'ın *"dolaylı ya da doğrudan maddi ya da diğer menfaat temin etme amacı"*na ulusal yasalarında nasıl yer verdiği açıklanacak ve nihayetinde Türk Hukukunun bu kavramı nasıl ele aldığı hususu ayrıntılı olarak incelenecektir.

1 Andreas Schloenhardt and Hadley Hickson, 'Non-Criminalization of Smuggled Migrants: Rights, Obligations, and Australian Practice under Article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea, and Air' (2020) 25(1) International Journal of Refugee Law 39, 56.

I. ULUSLARARASI HUKUKTA DURUM

A. GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI PROTOKOLÜNÜN “MENFAAT ELDE ETME AMACI” KAVRAMINI ELE ALIŞ BIÇİMİ

Göçmen kaçakçılığının suç olarak düzenlenmesine vesile olan uluslararası belge Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol (Protokol)dür.

Daha önce bazı ülkelerde yasadışı göçe imkan sağlama suç olarak düzenlenmiş ise de göçmen kaçakçılığının kabul edilen yasal çerçevesi Protokol ile sağlanmıştır².

Protokolün 6. maddesinde “...doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek için...” şeklinde manevi unsur belirlenmiştir³ ancak “mali veya diğer bir maddi menfaat” kavramı Protokolde tanımlanmamıştır⁴. Protokolde düzenlenen “menfaat” kavramı insani nedenlerle göçmenlere yardım edenleri kapsam dışında bırakmıştır⁵. Göçmen kaçakçılığının tanımını oluşturma çalışmaları sırasında en fazla çekişmeye neden olan husus tanıma “mali veya diğer bir maddi menfaat elde etme” amacının eklenmesi olmuştur. Tanımın ilk halinde bu unsur bulunmuyken bir kısım uluslararası organizasyonların lobicilik faaliyetleri sonucunda eklenmiştir. Bu hükmün getirilmesinde amaç ailevi ya da insani nedenlerle göçmen kaçakçılığını gerçekleştirenlerin Protokol kapsamı dışında bırakılmak istenilmesidir⁶.

Protokol tarafından göçmen kaçakçılığı suçu tanımlanırken, göçmen kaçakçıları, zor durumda olan savunmasız kişileri finansal olarak sömürmeye çalışan suçlular olarak nitelendirilmiş, göçmen kaçakçılığı ile organize suç arasındaki bağ faillerin mali ya da başka şekilde menfaat elde etme amacı olarak ön plana çıkarılmıştır⁷.

Göçmen Kaçakçılığı Protokolü temelde iki ihtiyaca cevap vermek üzere oluşturulmuştur. Bunlardan ilki devletlerin sınır güvenliğini tehdit eden organize kaçakçılık faaliyetlerinin önlenmesi iken ikincisi ise göçmenlerin hayatının ve sağlığının korunmasıdır⁸.

2 UNODC, *The Concept of “Financial or Other Material Benefit” in the Smuggling of Migrants Protocol Issue Paper*, (United Nations 2017) 1.

3 Natalia Ollus, ‘Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime: A Tool for Criminal Justice Personnel’ (2002) 122nd International Training Course, ‘The Effective Administration of Criminal Justice to Tackle Trafficking in Human Beings and Smuggling of Migrants 31, 35; Anne T. Gallagher, *The International Law of Human Trafficking* (Cambridge University Press 2010) 91.

4 UNODC (n 2) 9; Aynı yönde bkz. Abdelnaser Aljehani, ‘The Legal Definition of the Smuggling of Migrants in Light of the Provisions of the Migrant Smuggling Protocol’ (2015) 79(2) *The Journal of Criminal Law* 122,127.

5 Andreas Schloenhardt and Jessica E. Dale, ‘Twelve years on: revisiting the UN Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air’ (2012) 61(6) *Zeitschrift für öffentliches Recht* 129, 136.

6 Gallagher (n 4) 25-26.

7 Andreas Schloenhardt, ‘Migrant Smuggling And Organized Crime In Australia’ (The University of Queensland School of Law September 2011) < <https://law.uq.edu.au/files/6705/Schloenhardt-Migrant-Smuggling-and-Organised-Crime-in-Australia-Sep-2011.pdf>> accessed 01 February 2022.

8 Rachel Landry, ‘The ‘Humanitarian Smuggling’ of refugees Criminal Offence or Moral Obligation?’ (2016) Oxford

Göçmen Kaçakçılığı Protokolünün “*Suç haline getirme*” başlıklı 3. maddesinde suçun oluşabilmesi için “*financial and other material gain*” ifadesi kullanılarak failin mali ya da maddi başka bir menfaat sağlama amacıyla hareket etmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Göçmen Kaçakçılığı Protokolünün 3. maddesinde göçmen kaçakçılığı, dolaylı ya da doğrudan maddi ya da diğer menfaat elde etme amacıyla bir kişinin vatandaşı olmadığı ya da oturma hakkı bulunmadığı ülkeye yasaya aykırı olarak girişinin sağlanması olarak tarif edilmiştir.

Buradan hareketle içerisinde menfaat temin etme amacı bulunmayan yasadışı sınır geçişinin Protokole göre göçmen kaçakçılığı olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁹.

B. AVRUPA BİRLİĞİNDE DURUM

Avrupa Birliği içerisinde kaçak göçmenlere yardım edilmesini düzenleyen ana metin “Kolaylaştırma Direktifi”dir¹⁰.

AB Konseyinin 2002 tarihli 2002/90/EC direktifi yasadışı göçe ortak bir yasal tanımlama yapmış, AB üyesi ülkelere vatandaş olmayanların girişini ve transit geçişi kasıtlı olarak yardım etmeyi ve AB içerisinde oturma hakkı olmayan kişilerin ikamet etmesine maddi menfaat amacıyla yardım etmeyi bu kapsamda değerlendirmiştir¹¹.

İlgili Direktifin 1. maddesinin a fıkrasında AB vatandaşı olmayan kişilerin AB üyesi ülkelere girişi ve transit geçişine o ülke yasalarına aykırı olarak imkan sağlayanların cezalandırılması gerektiğinden bahsedilmiş ancak imkan sağlayan kişilerin maddi menfaat temin etme saikiyle hareket etmeleri şart koşulmamıştır¹².

Direktifin 2. maddesinde, 1. maddenin a bendindeki eylemin insani amaçlarla gerçekleştirilmesinin cezalandırılıp cezalandırılmaması durumunu ise üye ülkelerin takdirine bırakmıştır¹³. Direktif’in bu düzenlemesi göçmen kaçakçılığını insani nedenlerle yapan kişilerin üye ülkelerin takdirinde olacak şekilde kapsam dışında bırakılmasına olanak sağlamaktadır¹⁴.

University Refugee Studies Centre, Working Papers Series No. 119 1, 7.

9 Landry (n 9) 8.

10 Jennifer Allsopp, ‘The European Facilitation Directive and the Criminalisation of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants: Measuring the Impact on the Whole Community’ in Sergio Carrera and Elspeth Guild (eds), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings Policy Dilemmas in the EU* (47-57), (Centre for European Policy Studies (CEPS) 2016) 48.

11 ibid 48.

12 UNODC (n 2) 11.

13 Mark Provera, ‘The Criminalisation of Irregular Migration in the European Union’ (2015) CEPS (Centre for European Policy Studies) Papers on Liberty and Security in Europe 1, 17.

14 Landry (n 9) 3; Aynı yönde bkz. Melina Duarte, ‘The Ethical Consequences of Criminalizing Solidarity in the EU’ (2020) 86(1) *Theoria* 28, 34.

Ülkeye kaçak göçmenlerin girişine imkân sağlanması AB üye ülkeleri tarafından suç olarak düzenlenmiş olmasına karşın sadece İngiltere ve Almanya, suçu düzenlerken maddi menfaat unsuruna yer vermişlerdir¹⁵.

Direktifin 1. fıkrasının b bendinde ise AB vatandaşı olmayan kişilerin AB içerisinde kalmasına o ülke yasalarına aykırı olarak imkan sağlayan kişilerin maddi menfaat saikiyle hareket etmeleri gerektiği düzenlenmiştir. Yani ev sahipleri tarafından düzensiz göçmenlere bu özelliklerini bilerek ev temin edilmiş olması durumunda maddi menfaat elde etme amacı aranmaktadır¹⁶.

AB Konseyinin 2002 tarihli 2002/90/EC direktifi¹⁷ göçmen kaçakçılığı ve insani yardımı aynı statüde değerlendirdiği gerekçesiyle eleştirilmekte¹⁸ ve Protokol ile AB uygulaması arasındaki farklılığın da kaynağı olarak gösterilmektedir¹⁹.

Gerçekten de Direktif, Göçmen Kaçakçılığı Protokolünün düzenlenmesini istediği şekilde “dolaylı ya da doğrudan maddi ya da diğer menfaat temin etme amacını” AB sınırları içerisine göçmenin girişinin sağlanması ya da transit hareket edilmesi açısından zorunlu olarak düzenlenmemiştir. Direktif, üye ülkeler açısından, göçmenlere menfaat amacı taşımayan insani yardımların da suç olarak düzenlenebilmesine zemin hazırlamıştır.

I. ALMAN HUKUKUNDA DURUM

Alman hukukunda göçmen kaçakçılığı, “Federal Almanya’da Bulunan Yabancıların İkametleri, Çalışmaları ve Uyumlarına İlişkin Kanun (Aufenthaltsgesetz)” ile düzenlenmiştir.

Alman hukukunda İkamet Kanununun 95. maddesindeki fiilleri gerçekleştiren kişilerin eylemleri göçe yardım olarak nitelendirilerek iştirak hükümleri kapsamında değerlendirilmektedir²⁰. Kişinin eyleminin nitelendirilmesi yapılan yardımın kapsamına, tekrarına ve birden fazla kişiyi kapsayıp kapsamamasına göre belirlenmektedir²¹. Örneğin herhangi bir kişinin Almanya’ya yasadışı olarak

15 Provera (n 14) 17.

16 ibid 13.

17 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32002L0090>> accessed 21 December 2021.

18 Michele Levoy and Sean Binder, ‘Sea Watch: Lack of EU action is criminalising solidarity’, *Euobserver* (Brussels/Cork 3 July 2019), <<https://euobserver.com/opinion/145334>> accessed 21 December 2021.

19 Jennifer Allsopp and Maria Giovanna Manieri, ‘The EU Anti-Smuggling Framework: Direct and Indirect Effects on the Provision of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants’ in Sergio Carrera and Elspeth Guild (eds), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings Policy Dilemmas in the EU* (Centre for European Policy Studies (CEPS) 2016) 83-84.

20 Gülşah Bostancı Bozbayındır, ‘Türk Ceza Kanunu’nda Göçmen Kaçakçılığı Suçu’, *Disiplinlerarası Göç ve Göç Politikaları Sempozyumu* (2015) 377, 396.

21 Katja S. Ziegler, ‘The Legal Framework of Trafficking and Smuggling in Germany: Victim Protection Emerging from Witness Protection?’ in Elspeth Guild and Paul Minderhoud (eds), *Immigration and Criminal Law in the European Union: The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings* (Martinus Nijhoff Publishers 2006) 81.

giriş yapması ya da Almanya'da ikamet etmesi konusunda göçmenin ikametini kolaylaştıran, kararını teşvik eden veya kuvvetlendiren kişilerin fiilleri göçe yardım olarak değerlendirilmektedir²².

İkamet Kanununun 96. maddesinde ülkeye kaçak göçmenin girmesine ya da ülkede kalmasına yardım etme karşılığında faile adli para cezası ya da 5 yıl hapis cezası öngörülmüştür. Alman hukukuna göre ülkeye yasadışı yollardan kaçak göçmenin girişinin sağlanması suçunun oluşumu açısından maddi menfaat unsuru bulunmaktadır²³. Ancak failin eylemini mükerrer olarak gerçekleştirmesi halinde ya da göçmen sayısının birden çok olduğu durumlarda maddi menfaat unsurunun suçun oluşumu için mutlaka bulunmasına gerek yoktur²⁴. Alman Mahkemeleri de eyleme konu göçmen sayısının birden fazla olması ve failin eylemi tekraren işlemiş olduğu hallerde “menfaat elde etme amacı”nın suçun oluşabilmesi için gerekli olmadığı görüşündedir²⁵.

Ülkede kalmaya imkân sağlama açısından ise, Alman Hukukunda, Direktif'e uygun olarak maddi menfaat temin amacı suçun unsuru olarak düzenlenmiştir²⁶. Ülkede kalmaya imkân sağlama eylemi açısından aynı zamanda Kanunun 95. maddesinin 1. fıkrasının 4. bendinde ise eylemin doktor, hemşire, ebe, avukat gibi meslek gruplarından birine mensup kişi tarafından gerçekleştirme halinde ise ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir²⁷.

Bu düzenlemeye karşın 2018 yılında Sudanlı göçmenlerin kırsaldaki kilise binalarında uyumasına izin veren rahip Christian Hartung ve diğer dört meslektaşı hakkında Alman polisi tarafından soruşturma başlatılmış, 2019 yılında konutları aranmış, cep telefonlarına ve kilise tutanaklarına ise el konulmuştur²⁸.

2. İTALYAN HUKUKUNDA DURUM

İtalyan hukukunda göçmen kaçakçılığı 286 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 12. maddesiyle suç haline getirilmiştir.

12. maddenin 1. fıkrasına göre kaçak göçmenlerin İtalyan topraklarına girişinin teşvik edilmesi, yönlendirilmesi, organizasyonu, finansmanı veya bizzat gerçekleştirilmesi durumunda faile 1 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası ve 15.000 Euro ila 25.000 Euro adli para cezası öngörülmektedir.

22 Bozbayındır (n 21) 396.

23 Allsopp ve Manieri (n 20) 85.

24 Provera (n 14) 17; UNODC (n 2) 32.

25 BGH, 1999 NJW 2829. Karar için bkz. Ziegler, s. 84, dn. 101.

26 Provera (n 14) 18.

27 ibid 40-41.

28 Nandini Archer et al, 'Hundreds of Europeans 'Criminalised' for Helping Migrants – as Far Right Aims to Win Big in European Elections' (OpenDemocracy, 18 May 2019) <<https://www.opendemocracy.net/en/5050/hundreds-of-europeans-criminalised-for-helping-migrants-new-data-shows-as-far-right-aims-to-win-big-in-european-elections/>> accessed 24 December 2021.

Buradan anlaşılacağı üzere İtalyan hukukunda yasadışı göçmenin ülkeye girişine imkan sağlayan kişilerin maddi menfaat elde etme saikiyle hareket etmeleri suçun unsuru olarak aranmamaktadır²⁹.

Menfaat unsuru ise 12. maddenin 3. fıkrasında failin kar elde etme amacıyla hareket etmesi şeklinde ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiş olup faile verilecek olan 1 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası 1/3 oranında artırılacak ve 25.000 Euro da adli para cezasına hükmedilecektir. İtalyan Yargı kararlarında da failin maddi menfaat elde etme amacıyla hareket etmesi hali suçun unsuru olarak değil suçun nitelikli hali olarak kabul edilmektedir³⁰.

12. maddenin 5. fıkrası ise oturma izni olmayan bir yabancıya yasadışı kazanç sağlama amacıyla evini kiraya veren, barınak sağlayan, nakleden faile 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası verilmesini öngörmektedir.

Görüleceği üzere maddi menfaat temin etme amacı failin göçmenin ülkede kalmasına imkan sağlama hareketi açısından suçun unsuru olarak düzenlenmiştir³¹.

Bahsedilmesi gereken diğer bir husus ise 12. maddenin 2. fıkrasında ülke içerisinde hali hazırda bulunan ihtiyaç sahibi yabancılara insani saiklerle yardım edilmesinin cezasızlık sebebi olarak belirlenmiş olmasıdır³². Yani düzenleme acil durum halinde insani nedenlerle hareket eden kişilerin eylemlerini cezalandırmama yoluna gitmiştir³³.

Belirtmek gerekir ki İtalyan hukukundaki bu durum yabancıların ülkeye sokulmasını kapsamamaktadır. Örneğin, 2019 yılında Sea-Watch 3 gemisinin Alman kaptanı Carola Rackete, Akdeniz'de 53 göçmeni gemisine alarak kurtardıktan sonra yaklaşık 2 hafta boyunca kendisine herhangi bir limana yanaşma izni verilmemesi üzerine İtalyan karasularına izinsiz girerek Lampedusa limanına yanaşmıştır. Bunun üzerine Rackete İtalyan yetkililer tarafından gözaltına alınmıştır³⁴. 3 gün sonra Sicilya mahkemesi Rackete hakkında İtalyan savaş gemilerine direnme suçlamalarını düşürmüş ve serbest bırakmıştır ancak hakkındaki "yasa dışı göçe yardım etme" soruşturması ise devam etmektedir³⁵.

Kanaatimizce yukarıda zikredilen olayın benzerlerinin oluşmasını engellemek amacıyla İtalya mevzuatında değişikliğe gitmiştir. 5 Ağustos 2019 tarihinde İtalyan Parlamentosu tarafından

29 UNODC (n 2) 38; Provera (n 14) 17.

30 La Corte di Assise di Catania N. 12336/13 Reg. Gen. N.R. N. 9573/13 Reg. Gen. G.I.P. N. 13/13 Reg. Gen. C. Ass. 27/01/2015. Karar için bkz. <<https://sherloc.unodc.org/cld/en/st/home.html>> accessed 07 May 2022.

31 UNODC (n 2) 38.

32 Koray Doğan, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu* (2. Bası Seçkin 2008) 82.

33 Sergio Carrera, Jennifer Allsopp and Lina Vosyliūtė, 'Policing the Mobility Society: The Effects of EU Anti-Migrant Smuggling Policies on Humanitarianism' (2018) 4(3) *International Journal of Migration and Border Studies* 236, 242; Provera (n 14) 40-41.

34 <<https://www.aljazeera.com/news/2019/6/29/sea-watch-enters-lampedusa-captain-carola-rackete-arrested>> accessed 21 December 2021.

35 Övgü Pınar, 'Göçmenleri kurtaran gemi Sea Watch: İtalya'da ev hapsine alınan kaptan Carola Rackete serbest bırakıldı'(BBC, 3 Temmuz 2019) <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-48849402>> Erişim Tarihi 21 Aralık 2021.

onaylanan yasal değişikliğe göre, göçmenleri kurtaran gemilerin İtalyan karasularını ihlal etmesi durumunda 1.000.000 Euro'ya kadar adli para cezasına hükmedilecek ve gemiye de otomatik olarak el koyulacaktır³⁶.

3. FRANSIZ HUKUKUNDA DURUM

Fransız hukukunda kaçak göçmenlerin yasadışı olarak ülkeye girişlerine ve ülkede kalmalarına yasadışı olarak yardım etme L.622 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin (Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile) 1. maddesiyle düzenlenmiştir. Kanuna göre faile eylemi karşılığında 30.000 Euro ve 5 yıl hapis cezası verilmektedir³⁷.

Fransız hukukunda düzensiz göçmenin ülkeye girişine imkân sağlayan kişilerin mutlaka maddi menfaat saikiyle hareket etmeleri suçun unsuru olarak düzenlenmemiştir³⁸. Bu nedenle örneğin Fransa'nın İtalya sınırında yaşayan ve çiftçilikle uğraşan Cédric Herrou, göçmenlerin Fransa sınırından geçmesine insani nedenlerle yardımcı olduğu gerekçesiyle 2017 yılında yargılanarak 3.000 Euro adli para cezasına çarptırılmıştır³⁹. Fransız Mahkemeleri göçmenin ülkeye yasadışı sokulması durumunda failin işi meslek haline getirmiş olmasının ya da maddi menfaat temin etme amacı taşımasının zorunlu olmadığını görüşmüşlerdir⁴⁰.

KHK'nın 4. maddesine göre eylemin aile bireyleri tarafından gerçekleştirilmesi, uluslararası kuruluşların yardım amaçlı faaliyetleri kapsamında işlenmesi, tıbbi yardım ya da insan hayatının ya da onurunun korunması amacıyla gerçekleştirilmesi durumunda kişi cezalandırılmayacaktır⁴¹. Ancak bu düzenlemeye karşın 72 yaşındaki Claire Marsol, 2015 yılında Fransa'nın Nice şehrinde Antibes şehrine giderken aracına 15 yaşında bir göçmen çocuğu ve bir kadını aldığı gerekçesiyle gözaltına alınmaktan kurtulamamıştır⁴².

Fransız Hukukunda yasadışı göçmenin ülkede kalmasına imkan sağlanması açısından ise suçun oluşumu için failin mutlaka maddi menfaat elde etmek amacı taşıması gerekmektedir⁴³. Evinde 7

36 <<https://reliefweb.int/report/italy/italy-now-formally-criminalizing-solidarity>> accessed 05 January 2022.

37 Provera (n 14) 40-41.

38 İbid 17.

39 Angelique Chrisafis, 'Farmer given suspended €3,000 fine for helping migrants enter France' (*The Guardian*, 10 February 2017) <<https://www.theguardian.com/world/2017/feb/10/cedric-herrou-farmer-given-suspended-3000-fine-for-helping-migrants-enter-france>> accessed 5 Ocak 2022.

40 Tribunal De Grande Instance De Lille N° 97/02175 17/12/1997. Karar için bkz. <<https://sherloc.unodc.org/cld/en/st/home.html>> accessed 07 May 2022.

41 Provera (n 14) 40-41.

42 Nandini Archer et al, 'Hundreds of Europeans 'Criminalised' for Helping Migrants – as Far Right Aims to Win Big in European Elections' (OpenDemocracy, 18 May 2019) <<https://www.opendemocracy.net/en/5050/hundreds-of-europeans-criminalised-for-helping-migrants-new-data-shows-as-far-right-aims-to-win-big-in-european-elections/>> accessed 24 December 2021.

43 Cour De Cassation – Chambre Criminelle Pourvoi N. 13-87185 – ECLI:FR:CCASS:2015:CR00597 04/03/2015. Karar için bkz. <<https://sherloc.unodc.org/cld/en/st/home.html>> accessed 07 May 2022.

düzensiz göçmen bulunan M.Y'nin cezalandırılmasına dair kararı Fransız Yargıtay'ı kişinin maddi menfaat temin ettiği hususunda delil bulunmadığı gerekçesiyle bozmuştur⁴⁴.

4. YUNAN HUKUKUNDA DURUM

Yunan hukukunda göçmen kaçaklığı 4251 sayılı Göç ve Sosyal Uyum Kanununun 29 ve 30. maddeleriyle düzenlenmiştir.

Göç ve Sosyal Uyum Kanununun 29 ve 30. maddelerinde “mali ya da diğer maddi menfaat” göçmen kaçaklığı suçunu oluşturan bir unsur olarak düzenlenmemiştir⁴⁵. Ancak 29. maddenin 5. fıkrasında kaçak göçmenlerin ülke sınırından içeri girmesine ya da ülkeden dışarı çıkmasına imkân sağlayan failin maddi menfaat sağlama amacıyla hareket etmesi durumu ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiştir. Suçun temel şeklinde müeyyide 10 yıla kadar hapis ve 20.000 Euro adli para cezası olarak belirlenmişken maddi menfaat amacıyla hareket eden faile en az 10 yıl hapis ve 50.000 Euro adli para cezası öngörülmüştür.

Yine 29. maddenin 6. fıkrasında üçüncü ülke vatandaşlarının ülke içerisinde ikamet etmesine yardım eden ya da bu kişileri saklayarak polis soruşturmalarını engelleyen kişiler 1 yıla kadar hapis cezasının yanı sıra en az 5.000 Euro adli para cezasıyla cezalandırılmaktayken eylemin maddi menfaat temin etme amacıyla yapılmış olması durumunda ise ceza en az 2 yıl hapis cezası ve en az 10.000 Euro adli para cezası olarak belirlenmiştir.

30. madde ise failin gemi kaptanı, pilot ya da kara taşıtı sürücüsü olması durumunu düzenlemektedir. Bu maddede de failin menfaat temin etme amacıyla hareket etmesi durumu ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiş ve ceza en az on yıl hapis ve 30.000 Euro ile 60.000 Euro adli para cezası olarak öngörülmüştür.

Yunan hukukunda menfaat kavramı sadece maddi menfaat olarak dar bir şekilde yorumlanmaktadır⁴⁶.

İlgili Kanunda yardım kuruluşları açısından herhangi bir istisna bulunmadığından göçmenlerin Yunanistan sınırına güvenle gelmelerine yardım eden kişiler de fail olarak sorumlu tutulabilmektedir. Örneğin, kendisi de bir mülteci olan profesyonel yüzücü Sara Mardini, 2015 yılında hasarlı bir mülteci teknesinin güvenli bir şekilde Midilli Adasına ulaşabilmesi için 3,5 saat boyunca kızkardeşiyle birlikte yüzererek rehberlik etmeleri sonucu ünlenmiştir. 2018 yılında ise Yunan yetkililer tarafından mültecilerin güvenli bir şekilde seyahat edebilmeleri amacı taşıyan ERCI isimli bir sivil toplum kuruluşuna üye olduğu gerekçesiyle Sarah Mardini gözaltına alınmış ve 106 gün tutuklu kaldıktan sonra 5.000 Euro kefalet karşılığında serbest kalmıştır⁴⁷. Yunan Yargı kararlarında da suçun oluşumu

44 Cour De Cassation – Chambre Criminelle Arrêt n° 597 – ECLI:FR:CCASS:2015:CR00597 04/03/2015. Karar için bkz. <<https://sherloc.unodc.org/cld/en/st/home.html>> accessed 07 May 2022.

45 UNODC (n 2) 35.

46 ibid 35.

47 Fahrinisa Campana, ‘Syrian refugee ‘hero swimmer’ Sara Mardini is out of prison. She plans to keep helping refugees’ (The World, 14 December 2018) <<https://theworld.org/stories/2018-12-14/syrian-refugee-hero-swimmer-sara-mardini>>

için failin maddi menfaat temin etme amacı taşımasının suçun oluşumu için elzem olmadığı ancak suçun nitelikli hali olarak değerlendirilebileceği belirtilmektedir⁴⁸.

II. TÜRK HUKUKUNDA DURUM

Türk Hukukunda ise ufak farklılıklar bulunsa da incelenen ülkelere nazaran Göçmen Kaçakçılığı Protokolüne daha uygun olarak yapılmış bir düzenleme bulunmaktadır.

Türk hukukunda göçmen kaçakçılığı suçu 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinde düzenlenmiştir. Suçun temel şeklinin karşılığı 3 yıldan 8 yıla kadar hapis ve bin günden on bin güne kadar adli para cezası olarak belirlenmiştir. Suçun göçmenlerin hayatı bakımından tehlike oluşturması ya da göçmenler onur kırıcı davranışlara tabi tutularak işlenmesi durumunda ceza yarısından üçte ikisine kadar artırılmaktadır. Suçun örgüt faaliyeti kapsamında ya da birden fazla müşterek fail tarafından işlenmesi halinde ceza yarısından bir katına kadar artırılmaktadır.

Türk hukuku açısından göçmen kaçakçılığı suçunun oluşabilmesi yani eylemin kanuni tipe uygun olabilmesi için *“doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla”* gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Göçmen kaçakçılığı suçu ancak bahsedilen özel kast ile işlenebilir⁴⁹. *“Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat⁵⁰ elde etmek”* saiki suçun manevi unsurunun parçasıdır⁵¹. Buradan göçmen kaçakçılığının maddi kazanç sağlamak gayesiyle yapıldığı anlaşılmaktadır⁵². Örneğin yurtdışına

out-prison-she-plans-keep-helping> accessed 25 December 2021.

48 Areios Pagos 583/2019, Trapeza Nomikon Pliroforion DSA, 01/03/2019. Karar için bkz. <<https://sherloc.unodc.org/cld/en/st/home.html>> accessed 07 May 2022.

49 Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (16. Bası, Seçkin 2021) 81; Aynı yönde bkz. Ahmet Caner Yenidünya ve Mehmet Emin Alşahin, ‘Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)’ (2009) 82 TBB Dergisi 1, 35; Zeynel T. Kangal, ‘Göçmen Kaçakçılığı Suçu’ (2019) 21(Özel) D.E.Ü.H.F.D., Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan 221, 251; Türk Hukukunda özel kast – genel kast ayrımının bulunmadığı, bazı suçlar açısından Kanun Koyucunun failin özel bir saikle hareket etmesini aradığı görüşü için bkz. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Bası, Seçkin 2020) 310 – 311.

50 Yargıtay 12 CD, E 2017/7105 K 2021/1715, 17.02.2021; *“...elde edilen defterlerdeki bilgilere göre yaklaşık 3.500.000,00 Avro'nun kaçak göçmenlerden alınıp kaçakçılara ödenmesine aracılık ettikleri, defter kayıtlarına göre ...nün 15/04/2014 tarihinde olayda ölen ... ile sağ kurtulan mağdur Yazan Al Seyyid'in babaları, olayda ölen ...nin akrabası olan ...ten üçü için 5.550 Avro, olayda ölenler ...dan 2.550 ABD Doları, ...dan 1.850 Avro, ...dan 1.850 Avro, sağ kurtulan ...dan 1.850 Avro, ...den 1.850 Avro para kabul ettiği, bu paraların defter kayıtlarının yanında paranın ödeneceği kişi olarak Kerim isminin kayıtlı olduğu...”*

51 Yenidünya ve Alşahin (n 44) 35; Kangal (n 44) 251; Yargıtay 12 CD, E 2021/2356 K 2021/5660, 07.07.2021; *“Suçun manevi unsuru, failin ‘doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi bir yarar elde etmek maksadıyla’ işlenmesidir. Suçun oluşması için, bu maksadın varlığı gerekli ve yeterlidir; ancak menfaatin elde edilmiş olması gerekmez”*.

52 Yargıtay 18 CD, E 2018/3573 K 2019/15581, 06.11.2019; *“Sanığın, ‘havanın yağışlı olması ve yaşlı olması nedeniyle yol kenarında bekleyen kişiyi yardım amacıyla aracına aldığı’ yönündeki savunması, bu savunmasının aracına aldığı göçmen tarafından doğrulanması karşısında, göçmen kaçakçılığı suçunun manevi unsuru olan ‘failin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi bir yarar elde etme’ saikinin somut olayda gerçekleştiğine ve sanığın göçmen kaçakçılığı suçunu işlediğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve cezalandırmaya yeterli delillerin neler olduğu açıklanmadan”*.

giden bir nakliye kamyonunun şoförünün insani duygularla bir kişiyi ülke dışına çıkarması durumunda maddi menfaat elde etmek amacı olmadığından suç oluşmayacaktır⁵³.

Failin maddi menfaat elde etme amacı dışında bir göçmeni aracına alması bu suçu oluşturmaz⁵⁴. Failin manevi menfaat temin etmesi durumunda suç oluşmaz⁵⁵. Başka bir deyişle failin manevi tatmin amacıyla ya da acıma duygusuyla veyahut akrabalık ilişkileri nedeniyle göçmenleri ülkeye sokması, ülkede barındırması ya da ülkeden çıkarması göçmen kaçakçılığı suçuna vücut vermeyecektir⁵⁶.

Para, alacak hakkı, taşınır ya da taşınmaz malın bedelsiz ya da düşük bir bedelle devri, alacak hakkı maddi menfaat kapsamında değerlendirilebilir⁵⁷.

Suçun oluşabilmesi için menfaatin elde edilmiş olması zaruri olmadığı gibi⁵⁸ maddi menfaatin mutlaka fail tarafından elde edilmesi gerekli değildir, üçüncü kişinin maddi menfaat elde ettiği durumda da suç oluşmaktadır⁵⁹. Aynı zamanda menfaat göçmen tarafından sağlanabileceği gibi üçüncü bir kişi tarafından da temin edilebilir⁶⁰. Alman Hukukunda da kaçakçılık ücretinin göçmenin

53 Mehmet Saydam, 'Türk Ceza Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m.79)' (Doktora Tezi, Erzincan Üniversitesi 2015) 129.

54 Yargıtay 18 CD, E 2017/1180 K 2019/2921, 13.02.2019; "Sanığın, "havanın yağışlı olması nedeniyle yol kenarında bekleyen kişiyi yardım amacıyla aracına aldığı" yönündeki savunması, bu savunmasının aracına aldığı Filistinli göçmen tarafından doğrulanması..."; Yargıtay 18 CD, E 2016/13652 K 2019/1604, 17.01.2019; "Sanığın aşamalarda alınan beyanlarında amacının maddi bir menfaat karşılığı olmaksızın Almanya'da evinde kaldığı...in ricası üzerine köylüsü olan...yi Almanya'ya götürerek orada bulunan nişanlısına teslim etmek olduğunu beyan etmiş olması karşısında, göçmen kaçakçılığı suçunun manevi unsuru olan "failin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi bir yarar elde etme maksadının" somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde belirlenmesi"; Yargıtay 9 CD, E 2014/2101 K 2014/4908, 21.04.2014; "... sanığın, kayınbiraderi V. ve arkadaşının kardeşi olan M. isimli şahısları aracı ile yurt dışına götürmek isterken İpsala Gümrük Müdürlüğünde yapılan kontrolde yakalanması şeklindeki eyleminde 'sanığın doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde ettiğine veya bu maksatla atılı eylemi işlediğine' dair mahkumiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden yüklenen suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi..." karar için bkz. Kangal (n 44) 251, dn. 91.

55 Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti (TBB 2016) 23.

56 Saydam (n 48) 135.

57 Doğan (n 31) 140.

58 Yenidünya ve Alşahin (n 44) 35; Doğan (n 31)140; Kemalettin Erel, 'Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu' (2007) 71 TBB 264, 281; Kangal (n 44) 253; Yargıtay CGK, E 2016/1174 K 2019/378, 07.05.2019. "Suçun oluşması için, bu maksadın varlığı gerekli ve yeterlidir; ancak menfaatin elde edilmiş olması gerekmez"; Yargıtay 18 CD, E 2017/5261 K 2019/13965, 08/10/2019; "Sanık aşamalarda üzerine atılı suçlamayı reddederek temizlik işine gittiğini belirtmiş ise de; temizlik dışı sanık...in kolluk aşamasındaki "arkadaşım olan...ya durumu anlattım ve savcılık aşamasındaki "daha sonra...a iş olduğumu söyledim ve kiraladığım... plakalı araçla... ile söz konusu malzemeleri... mevkiinde bıraktığımız sırada jandarma ekipleri bizi yakaladılar. Ben...tan henüz para almamıştım. Bu işi yapmam karşılığında 1.000 TL alacaktım. Bir kısmını da...ya verecektim." şeklindeki ifadeleri, sanığın temizlik işi için uygun kabul edilemeyecek bir saatte yakalanması, yakalananın mevkinin ormanlık alan olması ve sanığın yakalandığı yere yakın mesafede göçmenlerin ele geçirilmesi karşısında üzerine atılı göçmen kaçakçılığı suçundan mahkumiyeti yerine hayatın olağan akışına aykırı savunmasına itibar edilerek beraatine karar verilmesi".

59 Köksal Bayraktar, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu' (2012) 9(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan, 57, 71; Ali Hakan Evik, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu' (2005) 9(3-4) 125, 167; Yargıtay CGK, E 2016/1174 K 2019/378, 07.05.2019; "Suçun tamamlanması için maddi menfaatin temin edilmesi gerekli değildir, anlaşmanın bulunması yeterlidir. Ayrıca maddi menfaatin bizzat faile yapılmış olması da zorunlu değildir, bir başkasına maddi menfaat temin edilmesi durumunda da bu suç oluşur".

60 Kangal (n 44) 253; Doğan (n 31) 141; Saydam (n 48) 135.

eşi tarafından ödenmesi durumunda kaçakçının maddi menfaati temin ettiği kabul edilmektedir⁶¹. Maddi menfaat sonradan faile ödenmek üzere üçüncü kişiye de teslim edilebilir⁶².

Her ne kadar madde metninde açıkça belirtilmemiş olsa da elde edilen maddi menfaatin haksız olması gerekmemektedir⁶³. Örneğin ülkede yasadışı olarak kaldığı kişilere otel odasını rayiç fiyattan kiralayan otel sahibi, elde ettiği maddi menfaat haklı olmasına karşın, temadi unsuru da gerçekleşmiş ise göçmen kaçakçılığı suçunu işlemiş olacaktır⁶⁴. Ticari taksi şoförünün de sınırı yasal olarak geçmeye hakkı olmayan kişileri bu niteliklerini bilerek sınırdan geçirdikten sonra yasal tarifeye uygun olarak ücret alması durumunda dahi göçmen kaçakçılığı suçunu işlediği kabul edilmelidir⁶⁵.

Maddi bir karşılık beklemeden göçmenlerin yardım etmek amacıyla ülkeye sokulması, ülkede barındırılması ya da ülkeden çıkarılması durumunda suç oluşmaz⁶⁶. Ancak madde metninde doğrudan doğruya maddi menfaat temin etme saiki arandığından, menfaatin haklı bir sebebe dayanıp dayanmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Kaçak göçmenlere, bu durumu bilerek, evini kiralayan kişinin eylemi ülkede kalmaya imkân sağlama olarak nitelendirilmeli ve suçun olduğu kabul edilmelidir⁶⁷.

Suçun manevi unsurunu oluşturan maddi menfaat elde etme saiki ve göçmenlerin rızası göçmen kaçakçılığı suçunu başka amaçla ülkeye insanların sokulduğu suçlardan ayırmaktadır⁶⁸.

Protokole nazaran Türk hukukunda menfaat daha dar anlaşılmakta ve maddi menfaate indirgenmektedir. Bir başka anlatımla maddi menfaat parayla ölçülebilir olmalıdır⁶⁹. Eğer failin amacı mağdurdan cinsel olarak istifade etmek gibi maddi olmayan bir amaç ise göçmen kaçakçılığı

61 Ziegler (n 22) 84.

62 Yargıtay 12 CD, E 2017/7105 K 2021/1715, 17.02.2021;“.. alınan beyanlarına göre, yurt dışına kaçak olarak gidecek göçmenlerin kaçakçılara ödeyeceği paraları emanete alıp kaçak göçmenlere bir şifre verdiği, göçmenlerin yurt dışına çıkması yada şifre yazılı kağıdı getirmeleri halinde parayı kaçakçılara ödediği...”.

63 Evik (n 54) 167; Erel (n 53) 281; Kangal (n 44) 253; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (19. Bası, Seçkin 2021) 105; Ersan Şen ve Erkam Malbelegi, *Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar* (Seçkin 2011) 120; Özbek,Doğan ve Bacaksız (n 44) 81.

64 Tezcan, Erdem ve Önok (n 58) 136.

65 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 44) 82.

66 Hakan Hakeri, ‘Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları (TCK 201/a ve 201/b)’ (2004) 4(1) Khuka 1, 5; Yargıtay 4 CD, E 2020/17063 K 2020/21762, 25.12.2020; “Sanığın, köylüsü olan ...â yardım ettiği yönündeki savunması ile ...in, Fransa’da yaşayan kuzeni ... â yurt dışına çıkışını sağlaması için para gönderdiği, sanığın da üvey oğlu için sahte pasaport temin ettiği, her iki pasaportu sanığın getirip kendilerine teslim ettiği ve sanığa bu iş için para vermediği yönündeki ifadesi karşısında, göçmen kaçakçılığı suçunun manevi unsuru olan “failin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi bir yarar elde etme” maksadının somut olayda gerçekleştiğine ve sanığın göçmen kaçakçılığı suçunu işlediğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve cezalandırmaya yeterli delillerin neler olduğu açıklanmadan CMK’nın 23/1-b maddesine aykırı davranılması”.

67 Yenidünya ve Alşahin (n 44) 35.

68 Yenidünya ve Alşahin (n 44) 35-36; Yurtcan (n 50) 11; Jasmin Kalach, ‘Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları’ (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2020) 28; Yargıtay CGK, E 2016/1174 K 2019/378, 07.05.2019; “Bu unsur, suçun örneğin terör maksadıyla bazı kişileri ülkeye sokmak fiillerinden ayırmak olanağını vermektedir”.

69 Yurtcan (n 50) 15.

suçu oluşmayacaktır⁷⁰. Yargıtay da kişinin göçmenle cinsel olarak birlikte olmasını maddi menfaat olarak kabul etmemektedir⁷¹.

Schloenhardt ve Hickson'a göre ise Protokol'de bulunan “diğer maddi menfaat” tabirinden failin göçmendenden parasal olarak değil de cinsel olarak faydalanmasının anlaşılması gerekir⁷². Aljehani de Protokol'deki düzenlenmiş bulunan manevi unsurun olabildiğince geniş yorumlanması gerektiğini düşünmektedir⁷³. Ancak fail tarafından kaçak göçmenin para karşılığında cinsel ilişkiye aracılık ettiğini bilerek ev kiralanması durumunda Yargıtay göçmen kaçakçılığı suçunun oluşacağı görüşündedir⁷⁴. Alman hukukunda ise maddi menfaat geniş yorumlanmakta⁷⁵ cinsel tacizi kabullenme ya da cinsel ilişkiye girme gibi fiiller menfaat kapsamında değerlendirilmektedir⁷⁶.

Kişilerin ülke sınırından geçirilmeleri eylemi terör örgütüne eleman kazandırmak amacıyla yapılırsa göçmen kaçakçılığı suçu oluşmaz⁷⁷. Çünkü suçun maddi menfaat elde etmek amacıyla işlenmiş olması şartı aranmaktadır⁷⁸. Göçmen kaçakçılığı terör örgütünün finansmanı amacıyla⁷⁹ yapılırsa bu durumda göçmen kaçakçılığı suçu oluşur ancak 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun “Terör amacı ile işlenen suçlar” başlıklı 4. maddesinde göçmen kaçakçılığı suçu da sayıldığından suç terör suçu haline dönüşecek aynı Kanunun “Cezaların artırılması” başlıklı 5. maddesi uyarınca uyarınca faile TCK'nın 79. maddesi uyarınca verilecek cezalar 3713 sayılı Kanun uyarınca artırılarak verilecektir.

70 Faruk Turhan, ‘Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Uluslararası Suçlar’ <<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>> Erişim Tarihi 04 Mayıs 2020; Yenidünya ve Alşahin (n 44) 35; Erel (n 53) 281; Kangal (n 44) 251; Doğan (n 31) 140; Mustafa Artuç, ‘Göçmen Kaçakçılığı Suçu’ (2007) 2(16) Terazi Hukuk Dergisi 53,59; Saydam (n 48) 135; Tezcan, Erdem ve Önok (n 58) 105; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 2. Cilt* (2. Bası, Adalet 2014) 2431; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcan, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (19. Bası, Adalet 2021) 88; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 44) 81.

71 Yargıtay 18 CD, E 2016/18827 K 2018/13223, 17.10.2018; “*Sanığın, kaçak göçmen ile birlikte yaşadığı, onu eş olarak gördüğü yönündeki savunmasının, kaçak göçmen tarafından da doğrulanması karşısında, göçmen kaçakçılığı suçunun manevi unsuru olan “filin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi bir yarar elde etme maksadının” somut olayda gerçekleşmediği anlaşılmalı, “...sanığın kaçak yolla yurda giren göçmenle tanışıp, ona ev tutması, ihtiyaçlarını karşılaması ve bu süre zarfında onunla cinsel ilişkiye girmesi biçiminde gerçekleşen olayda, dolaylı olarak maddi menfaat elde ettiği...” yönündeki yerinde olmayan gerekçeyle mahkumiyet kararı verilmesi”*.”

72 Schloenhardt and Hickson (n 1) 54-55; Aynı yönde bkz. Bozbayındır (n 21) 392.

73 Aljehani (n 5) 127.

74 Yargıtay 8 CD, E 2010/7282 K 2010/709, 26.01.2010; “*Sanığın yasadışı yollardan ülkeye girmiş olan Lila Usein’in fuhuş teşvik ve fuhuş için aracılıktan elde ettiği gelirden yararlanmak amacıyla 3 yıla yakın bir süre evinde barındırmak suretiyle dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla bir yabancıyı ülkede kalmasına imkan sağladığı”*, Karar için bkz. Bülent Yenigün, ‘Göçmen Kaçakçılığı Suçu’ (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2010) 62, dn. 134.

75 Ziegler (n 22) 84.

76 Bozbayındır (n 21) 393.

77 Tezcan, Erdem ve Önok (n 58) 105; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 44) 81; Yargıtay 16 CD E 2018/3143 K 2019/4108, 28.05.2019; “*Örgütün hiyerarşik yapısı içinde yer aldığı belirlenemeyen sanığın kullandığı araç ile öncülük ederek silahlı terör örgütü İŞİD/DEAŞ’a katılmak üzere gelen şahısları Gaziantep’e, oradan da terör örgütünün kontrolü altındaki Suriye topraklarının sınır komşusu olan Kilis Elbeyli ilçesine getirmek üzere öncülük ettiği esnada güvenlik güçlerince yakalanmış olduğu olayda, sanığın eyleminin süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk içermediğinin anlaşılması karşısında sübutu kabul edilen eyleminin silahlı terör örgütüne yardım etmeye teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması”*.”

78 Kangal (n 44) 252.

79 Meral Balcı ve Bilgin Birlikseven, ‘Göçmen Kaçakçılığının Terör Boyutu’ (2019) III. Uluslararası Stratejik ve Sosyal Araştırmalar Sempozyumu, 138, 138.

Failde maddi menfaat temin etme amacı değil de “zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak” amacı bulunmaktaysa göçmen kaçakçılığından değil insan ticareti suçundan bahsetmek gerekmektedir⁸⁰.

III. SONUÇ

Göçmen Kaçakçılığı Protokolü, göçmen kaçakçılığını tanımlarken mutlaka “dolaylı ya da doğrudan maddi ya da diğer menfaat temin etme amacını”nın bulunması gerektiğini vurgulamıştır. Buna karşın Avrupa Birliği tarafından uygulanan Direktif’te bu zorunluluk ülkelere getirilmemiş ve menfaat temin etme amacını suçun unsuru olarak belirlemek ülkelerin takdirine bırakılmıştır.

Üye ülkelerden Almanya menfaat unsurunu göçmenin sınırı geçirilmesine yardım etme açısından suçun unsuru haline getirmiş ancak failin bu suçu mükerreren işlemiş olması ya da göçmen sayısının fazla olması durumunda suçun oluşması için menfaat unsuruna gerek görülmemiştir. İtalya ise suçun oluşumu için menfaat unsurunu kabul etmemiş ancak menfaat unsurunu suçun ağırlatıcı nedeni olarak kabul etmiştir. Buna karşın Fransa menfaat unsurunu suçun oluşumu için elzem olarak görmemiştir. Yunanistan ise suçun oluşumu için menfaat unsurunu gerekli görmemiş ancak bu unsur ağırlatıcı neden olarak sayılmıştır.

Ülkede kalmaya imkân sağlama açısından ise, Almanya, Direktif’e uygun olarak maddi menfaat temin amacını suçun unsuru olarak düzenlemiştir. Fransa herhangi bir farklı düzenleme yapmamış, İtalya ise insani nedenlerle ülke içerisindeki göçmene yardım edilmesini suç olarak düzenlememiştir. Yunanistan ise bu seçimlik hareket açısından menfaat temin amacını ağırlatıcı neden olarak düzenlemiştir.

Türkiye ise 2021 yılında 162.371 düzensiz göçmen yakalamış olmasına⁸¹ ve 3.7 milyon göçmenle dünyanın en fazla göçmen ağırlayan ülkesi⁸² olmasına rağmen göçmen kaçakçılığına ilişkin düzenlemelerde AB ülkelerine kıyasla Göçmen Kaçakçılığı Protokolünün amacına daha uygun düzenlemeler barındırmaktadır. Türk hukukunda göçmenin sınırdan içine girmesine ya da sınırdan dışarı çıkmasına imkan sağlayan kişinin doğrudan ya da dolaylı olarak maddi menfaat temin etme amacının bulunmaması durumunda suç oluşmamaktadır.

Maddi menfaat temin etme amacı unsurunun göçmen kaçakçılığı suçunun oluşumu açısından aranmaması durumu bir nevi “insanlar arasındaki dayanışmanın cezalandırılması” sonucuna yol açmaktadır⁸³. Hâlbuki bu tür davranışlar insan dayanışmasını ortaya koyan insani ve destekleyici hareketlerdir⁸⁴.

80 Şen ve Malbeği (n 58) 91.

81 <<https://www.goc.gov.tr/duzensiz-goc-istatistikler>> Erişim Tarihi 5 Ocak2022.

82 <<https://www.unhcr.org/refugee-statistics/>> accessed 5 January 2022.

83 Duarte (n 15) 30.

84 ibid 33.

Göçmenlere maddi menfaat beklentisi olmadan yardım eden insanları da göçmen kaçakçısı olarak nitelendiren yasaların Göçmen Kaçakçılığı Protokolünün amacına uygun şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR VE MAKALELER

- Aljehani A, 'The Legal Definition of the Smuggling of Migrants in Light of the Provisions of the Migrant Smuggling Protocol' (2015) 79(2) The Journal of Criminal Law 122-137.
- Allsopp J, 'The European Facilitation Directive and the Criminalisation of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants: Measuring the Impact on the Whole Community', in Sergio Carrera and Elspeth Guild (eds), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings Policy Dilemmas in the EU*, (Centre for European Policy Studies (CEPS) 2016) 47-57.
- Allsopp J and Manieri M G, 'The EU Anti-Smuggling Framework: Direct and Indirect Effects on the Provision of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants', in Sergio Carrera and Elspeth Guild (eds), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings Policy Dilemmas in the EU*, (Centre for European Policy Studies (CEPS) 2016) 81-93.
- Artuç M, 'Göçmen Kaçakçılığı, Suçu' (2007) 2(16) Terazı Hukuk Dergisi 53-68.
- Artuk, ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (19. Bası, Adalet 2021).
- Bayraktar K, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu' (2012) 9(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan) 57-73.
- Carrera S, Allsopp J and Vosyliūtė L, 'Policing the Mobility Society: The Effects of EU Anti-Migrant Smuggling Policies on Humanitarianism' (2018) 4(3) International Journal of Migration and Border Studies 236-276.
- Doğan K, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu* (Seçkin 2008).
- Duarte M, 'The Ethical Consequences of Criminalizing Solidarity in the EU', (2020) 86(1) Theoria 28-53.
- Erel K, 'Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu' (2007) 71 TBBD 264-299.
- Evik A H, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu' (2005) 9(3-4) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 125-179.
- Gallagher A T, *The International Law of Human Trafficking* (Cambridge University Press 2010).
- Hakeri H, 'Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları (TCK 201/a ve 201/b)' (2004) 4(1) Khuka 1-17.
- Kangal ZT, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu' (2019) 21 (Özel Sayı) DEÜHFD (Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan) 221-277.
- Özbek, V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (16. Bası, Seçkin 2021).
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Bası, Seçkin 2020).
- Schloenhardt A, *Migrant Smuggling: Illegal Migration and Organised Crime in Australia and the Pacific Region* (Martinus Nijhoff 2003).
- Schloenhardt A and Dale J E, 'Twelve years on: revisiting the UN Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air', *Zeitschrift für öffentliches Recht* (2012) 61(1) 129-156.
- Şen E ve Malbeleş E, *Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar* (Seçkin 2011).
- Tezcan D, Erdem M R ve R. Önok R M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (19. Bası, Seçkin 2021).
- Yaşar O, Gökcan H T ve Artuç M, *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 2. Cilt* (2. Bası, Adalet 2014).
- Yenidünya A C ve Alşahin M E, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)', (2009) 82 TBBD 1-50.
- Yurtcan E, *Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti* (Türkiye Barolar Birliği 2016).

Ziegler K S, 'The Legal Framework of Trafficking and Smuggling in Germany: Victim Protection Emerging from Witness Protection?', in Elspeth Guild and Paul Minderhoud (eds), *Immigration and Criminal Law in the European Union: The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings* (Martinus Nijhoff Publishers 2006) 69-113.

DİĞER KAYNAKLAR

Archer Nandini et al, 'Hundreds of Europeans 'Criminalised' for Helping Migrants – as Far Right Aims to Win Big in European Elections', (OpenDemocracy, 18 May 2019) <<https://www.opendemocracy.net/en/5050/hundreds-of-europeans-criminalised-for-helping-migrants-new-data-shows-as-far-right-aims-to-win-big-in-european-elections/>> accessed 24 December 2021.

Balcı M ve Birlikseven B, 'Göçmen Kaçakçılığının Terör Boyutu', (2019) III. Uluslararası Stratejik ve Sosyal Araştırmalar Sempozyumu 138-150.

Bozbayındır GB, 'Türk Ceza Kanunu'nda Göçmen Kaçakçılığı Suçu'. Disiplinlerarası Göç ve Göç Politikaları Sempozyumu' (2015) 377-405.

Campana F, 'Syrian refugee 'hero swimmer' Sara Mardini is out of prison. She plans to keep helping refugees,' (The World, 14 December 2018) <<https://theworld.org/stories/2018-12-14/syrian-refugee-hero-swimmer-sara-mardini-out-prison-she-plans-keep-helping>> accessed 25 December 2021.

Chrisafis A, 'Farmer given suspended €3,000 fine for helping migrants enter France', (The Guardian, 10 February 2017) <<https://www.theguardian.com/world/2017/feb/10/cedric-herrou-farmer-given-suspended-3000-fine-for-helping-migrants-enter-france>> accessed 5 Ocak 2022.

Kalach J, 'Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2020).

Landry R, 'The 'Humanitarian Smuggling' of Refugees Criminal Offence or Moral Obligation?' (2016) Oxford University Refugee Studies Centre, Working Papers Series No. 119.

Levoy M and Binder S, 'Sea Watch: Lack of EU action is criminalising solidarity', *Euobserver* (Brussels/Cork 3 July 2019), <<https://euobserver.com/opinion/145334>> accessed 21 December 2021.

Ollus N, 'Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime: A Tool for Criminal Justice Personnel', (2002) 122nd International Training Course, "The Effective Administration of Criminal Justice to Tackle Trafficking in Human Beings and Smuggling of Migrants 31, 35; Anne T. Gallagher, *The International Law of Human Trafficking* (Cambridge University Press 2010) 31-43.

Pınar Ö, 'Göçmenleri kurtaran gemi Sea Watch: İtalya'da ev hapsine alınan kaptan Carola Rackete serbest bırakıldı', (BBC, 3 Temmuz 2019) <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-48849402>> Erişim Tarihi 21 Aralık 2021.

Provera M, 'The Criminalisation of Irregular Migration in the European Union', (2015) CEPS (Centre for European Policy Studies) Papers on Liberty and Security in Europe.

Saydam M, 'Türk Ceza Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m.79)' (Doktora Tezi, Erzincan Üniversitesi 2015).

Turhan F, 'Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar', <<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>> Erişim Tarihi 04 Mayıs 2020

UNODC, *The Concept of "Financial or Other Material Benefit" in the Smuggling of Migrants Protocol Issue Paper*, (United Nations 2017).

<<https://reliefweb.int/report/italy/italy-now-formally-criminalizing-solidarity>> accessed 05 January 2022.

<<https://www.goc.gov.tr/duzensiz-goc-istatistikler>> Erişim Tarihi 5 Ocak 2022. <<https://www.unhcr.org/refugee-statistics/>> accessed 5 January 2022.

< <https://sherloc.unodc.org/> > accessed 5 May 2022.

Bireysel Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması Yasası

Prohibition of Abuse of The Right to Individual Application

Betül Polat Goral^{*} 

ÖZ

2010 tarihli Anayasa Değişikliği ile anayasa yargısının temelini oluşturan bireysel başvuru mekanizması, hukuk sistemine dâhil olmuştur. Temel hak ve hürriyetlerin korunması amacı taşıyan ve iç hukukun son aşamasını oluşturan bireysel başvuruda, başvuru hakkının kötüye kullanıldığı tespit edilen başvurular Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmektedir. 6216 Sayılı Yasası'nın 51. maddesinde ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 83. maddesinde başvuru hakkının kötüye kullanılması yasaklanmıştır. Başvuru hakkının kötüye kullanılması, başvurunun reddi ve disiplin para cezası olmak üzere iki farklı hukuki sonuç doğurmaktadır. Başvurunun reddedilmesi halinde başvuru tarafından ileri sürülen temel hak ihlali iddiaları incelenmemekte ve bu karara ilişkin itiraz yolu da bulunmamaktadır. Çalışmada başvuru hakkının kötüye kullanılması yasağının hukuki kaynakları ve amacı ele alındıktan sonra AYM ve İHAM kararları ışığında yasağın kapsamı belirlenmeye çalışılmıştır. Yasağın bir diğer hukuki sonucu olan disiplin para cezasının hukuki niteliği tartışılmış ve bu cezanın muhatabının kim olabileceği sorusu takip edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Bireysel Başvuru, Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması, Başvuru Hakkının Açıkça Kötüye Kullanılması, Disiplin Para Cezası, Anayasa Mahkemesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi.

ABSTRACT

With the Constitutional Amendments made in 2010, the individual application mechanism, which forms the basis of the constitutional judiciary, has been included in the legal system. In the individual application, which aims to protect fundamental rights and freedoms and constitutes the last stage of domestic law, applications that are found to be abused are rejected by the Constitutional Court. Abuse of the right to application is prohibited in Article 51 of Law no. 6216 and Article 83 of the Constitutional Court Rules of Procedure. Abuse of the right to apply results in two different legal consequences, namely the rejection of the application and a disciplinary penalty. In case the application is rejected, the allegations of violation of fundamental rights put forward by the applicant are not examined and there is no appeal against this decision. In the study, after the legal sources and purpose of the prohibition of abuse of the right to application were discussed, the scope of the prohibition was tried to be determined in the light of the decisions of the Constitutional Court and the European Court of Human Rights. The legal characteristic of the disciplinary fine, which is another legal consequence of the prohibition, was discussed and the question of who could be the addressee of this penalty was followed.

Keywords: Individual Application, Abuse of Right to Application, Manifestly Abuse of Right to Application, Disciplinary Fine, Constitutional Court, European Court of Human Rights.

* Arş. Gör. Betül Polat Goral, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Ana Bilim Dalı, <https://orcid.org/0000-0003-3799-4320>.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Betül POLAT GORAL

E-posta/E-mail: betul.polat@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 22.02.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 11.06.2022

GENEL OLARAK

7 Mayıs 2010 tarihli ve 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanun ile anayasa yargısına bireysel başvuru mekanizması dâhil edilmiştir. 30 Mart 2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (AYM Yasası'nın) ile bireysel başvuru yolu oluşturulmuştur. Bireysel başvurunun kabulü hakkında uzun yıllar yapılan tartışmalarda temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda “*sihirli bir değnek*” benzetmesi yapılmış¹² ve bu mekanizmanın anayasa yargısı için önemi anlatılmaya çalışılmıştır. İhtiyaca binaen getirilen bireysel başvuru mekanizması, kamu gücü karşısında bireylere temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerde ikincil ve olağanüstü bir hukuk yolu sunmuştur.³ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) nezdinde de Anayasa Mahkemesi (AYM) bireysel başvuru yolu, etkili bir iç hukuk yolu olarak görülmüş⁴ böylelikle İHAM önüne gelen Türkiye aleyhine başvuruların sayısında azalma yaşanmıştır. Öte yandan bireysel başvuru mekanizmasının hukuk sistemine dâhil olması ve işlevsellik kazanması ile AYM'nin üstesinden gelmesi gereken bir iş yükü problemi ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla yüksek nüfusa sahip bir ülkede bireysel adaletin tesis edilmesi tek bir yargı organından beklenemeyeceği için Mahkeme'nin tâli niteliğinin yanında, yapılan bireysel başvurularda belli şartlar da aranmıştır.⁵ Bu kapsamda, AYM Yasası'nın 51. maddesinde ve İçtüzüğü'nün 83. maddesinde bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması yasağına yer verilmiştir.

Çalışmanın temel amacı bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması yasağının temel hak ve hürriyetler üzerindeki etkilerini tespit edebilmektir. Bu amaç ile öncelikle başvuru hakkının kötüye kullanılması yasağı genel olarak açıklanmış ve bu yasağın normatif kaynakları incelenmiş, yasağın getirilmesindeki esas gayenin ne olabileceğine ilişkin varsayımlar üzerinde durulmuştur. Bu minvalde anılan hükümlerde yer alan başvuru hakkının açıkça kötüye kullanılması ifadesindeki “*açıkça*” kavramının anlamı ve yorumu hakkında fikir yürütülmüştür.

Başvuru hakkının kötüye kullanımına ilişkin tespitin Anayasa Mahkemesi tarafından başvuru inceleme sürecinin hangi aşamasında ve ne şekilde yapıldığı normatif kaynaklardan anlaşılacaktır. Bu nedenle AYM kararlarından yasağın ne şekilde ve ne zaman tespit edildiği ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Hukuki realizm akımını takip eden eldeki çalışmada hukukun yargı kararlarından oluştuğu fikri⁶ temel kabul edilerek AYM'nin bu konu özelinde vermiş olduğu ve yayımladığı kararların tamamı tüketilmiş ve söz konusu yasağın kapsamı anlaşılmaya çalışılmıştır. Mahkeme'nin başvuru hakkının kötüye kullanılmasında tercih etmiş olduğu usul yolu ve bu konudaki tereddüdü kararlar üzerinden

1 AYM, *Arslan İlhan ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2014/6357, 04/07/2018 paras 27–28.

2 İbrahim Şahbaz, ‘Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar’, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar* Paneli (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2011) 71.

3 Öykü Didem Aydın, ‘Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru’ (2011) 15(4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121.

4 Atilla Nalbant, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasal Bireysel Başvuru’ (2015) 31(1) Anayasa Yargısı 423, 424.

5 Ali Rıza Çoban, ‘Bireysel Başvuru: Anayasa Mahkemesi İçin Ağır İş Yükü Sorunu’ iç Ahmet Taşkın (ed), *AİHM ve Türkiye II, Uluslararası Sempozyum* (Türkiye Adalet Akademisi Yayınları Yayın No: 8 2010) 186–187.

6 Ertuğrul Uzun, *Hukuk Göstergebilimi* (2.Bası, Nora Kitap 2020) 173.

ortaya konulmuştur. AYM içtihadından oluşturulan başlıklar ise karar örnekleriyle çeşitlendirilerek meselenin tartışmalı ve temel hak ve özgürlükler ile bağlantılı yönlerine dikkat çekilmiştir.

Çalışmanın ilerleyen aşamasında yasak kapsamında verilen disiplin para cezasının hukuki niteliği üzerinde durulmuştur. Ceza hukukunun mu yoksa idare hukukunun mu kapsamında yer aldığı incelemesi, insan hakları perspektifi ile belirlenmeye çalışılmış buna ilaveten literatürde yer alan görüşlere de yer verilmiştir. Disiplin para cezasının kim ya da kimler hakkında hükmedilebileceği sorusu sorulmuş, bu soruya teori ve pratik eksende yanıtlar aranmıştır. Diğer yandan bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması sayılabilecek eylemlerin saiki hakkında AYM ve İHAM yaklaşımı ile tartışılmıştır.

Çalışmanın son kısmında ise İHAS madde 35/3(a)'da kabul edilebilirlik şartı olarak düzenlenen başvuru hakkının kötüye kullanılması İHAM kararları üzerinden ele alınmıştır. Bu aşamada İHAM ve AYM içtihadındaki farklılıklar tespit edilerek meselenin temel hak ihlali iddiası üzerinde doğurduğu sakıncalar ortaya konulmuştur. Bu karşılaştırma sonunda bilhassa Anayasa Mahkemesi yaklaşımındaki eksik ve belirsiz alanlar üzerinden çözüm önerileri dile getirilmiştir.

I. ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURUDA HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI

A. BİREYSEL BAŞVURU VE BAŞVURU HAKKININ KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI

12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halkoylaması sonucunda anayasa değişikliği kabul edilmiş olup 1982 Anayasası'nda bireysel başvuru yoluna yer verilmiştir. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru mekanizmasının getirilmesi, 1961 Anayasası'nın ortaya çıkışından bu yana tartışılmış ve gündemde tutulmuş olsa da bu mekanizma 2012 yılından itibaren işlev kazanmıştır.⁷ 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Anayasa değişikliği gerçekleşmiş ve bireysel başvuru mekanizması anayasa yargısının önemli bir parçası olmuştur. Böylelikle Anayasa madde 148'de "*bireysel başvuru*" kurumu düzenlenmiş ve "*herkesin*" Anayasa'da öngörülen haklarının kamu gücü nedeniyle ihlal edildiği iddiasını AYM'ye taşıma yolu açılmıştır.

Alman anayasa anlayışında "*Verfassungsbeschwerde*" olarak isimlendirilmiş olan bu müessese, Türkçe'ye "*anayasa şikâyeti*" olarak çevrilmiştir.⁸ Türk anayasa yargısında "*bireysel başvuru*" teriminin tercih edilmesinin altında "*şikâyet*" ifadesinin olumsuz bir muhtevâsı olduğu ya da bu kavramın geniş bir kapsama sahip olduğu düşüncesi yer alabilmektedir.⁹ Başka bir açıdan düşünüldüğünde "*şikâyet*" kavramının ceza hukukuna için yorumunun cezai yaptırım talebini çağrıştırıyor olması da

7 Tahsin Erdiç, 'Karşılaştırmalı Olarak Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı (Anayasa Şikayeti)' (2015) 6(20) TADD 87, 91.

8 Servet Armağan, 'Federal Almanya'da Anayasa Şikayeti' (1971) 5(7) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi 53, 54.

9 Bahadır Kılıç, 'Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği' (2008) 24(1) Anayasa Yargısı 17, 22.

ileri sürülebilir.¹⁰ Tüm bu görüşlerle beraber, AYM Yasası'nda yer aldığı şekliyle “*bireysel başvuru*” kavramının bu mekanizmanın isimlendirilmesinde kullanılması, birkaç açıdan karışıklığa veya hataya neden olabilmekte ve istenen karşılığı sağlayamamaktadır. Bunlardan ilki, Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilecek hak sahiplerinin tamamının “*birey*” ifadesinin şümulünde yer alamamasıdır. Öte yandan söz konusu ifade, “*halk davası başvurusu*” kurumu ile “*bireysel başvuru*” mekanizması iç içe olmadığı halde böylesine bir anlam ihtivâ ediyormuş gibi yorumlanmaya da açıktır. Son olarak İHAM'a yapılan bireysel başvuru ile AYM'ye yapılan bireysel başvurunun birbiri ile karıştırılmaya müsait olduğu da ileri sürülmektedir.¹¹ Diğer taraftan anayasa hukuku doktrininde yer alan gerçek anayasa şikâyeti ve gerçek olmayan anayasa şikâyeti ayrımı dikkate alındığında bireysel başvuru ifadesi kapsamının yeterli olmadığı da anlaşılmaktadır.¹² Açıklanan tüm bu sebeplere rağmen mevzuat ve içtihat ile tutarlılık sağlanması ve anlaşılabilir olması adına çalışmamızda “*bireysel başvuru*” terimi tercih edilmiştir.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, temellerini hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımına ilişkin doktrinden alan hakkın kötüye kullanılması yasağına anayasa yargısında da yer verilmiştir.¹³ Bu yasağın anayasa yargısında işlevsel olmasının temelinde Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru sayılarında aşırılığın önlenmesi ve iş yükünün hafifletilmesi amacı yer aldığı ileri sürülmektedir.¹⁴ AYM Yasası'nın 51. maddesinde ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 83.maddesinde bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması yasaklanmıştır.

B. YASAĞIN HUKUKİ KAYNAKLARI VE YORUMU

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması yasağı, AYM Yasası madde 51 ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü madde 83'te hüküm altına alınmıştır. AYM Yasası'nın “*başvuru hakkının kötüye kullanılması*” kenar başlıklı 51. maddesi şu şekildedir:

“Bireysel başvuru hakkını açıkça kötüye kullandığı tespit edilen başvuru sahipleri aleyhine, yargılama giderlerinin dışında, ayrıca ikibin Türk Lirasından fazla olmamak üzere disiplin para cezasına hükmedilebilir”.

Bu hüküm incelenecek olursa başvuru hakkının açıkça kötüye kullanılması durumunda AYM'nin hangi usulü izlemesi gerektiğinin muğlaklık taşıdığı fark edilmektedir. Bu nedenledir ki, buradaki

10 Özcan Özbey, *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı* (Adalet Yayınevi 2012) 69–71.

11 Tolga Şirin, *Bireysel Başvuru Usul Hukuku: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 7* (Avrupa Konseyi 2018) 4.

12 Gerçek anayasa şikâyeti (echte Verfassungsbeschwerde), kamu gücü tarafından temel hakkı ihlal olan kişinin anayasa mahkemesine doğrudan başvurabilmesidir. Öte yandan gerçek olmayan anayasa şikâyetinde (unechte Verfassungsbeschwerde) ise, kişi doğrudan temel hak ihlaline kaynak olan kuralı anayasa mahkemesine taşıyabilmektedir. Ayrıntılı açıklama için bkz Fazıl Sağlam, ‘Anayasa Şikâyeti – Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar’ iç Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (edr), *Demokratik Anayasa* (1. Bası, Metis Yayınları 2012) 420–423.

13 Hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımına ilişkin tartışmaların tarihsel kökeni için bkz Sevtap Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı* (Yetkin Yayınları 2002) 39–53.

14 Hüseyin İkinci, ‘Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü’ iç Musa Sağlam (edr), *Bireysel Başvuru “Anayasa Şikâyeti”* (HUKAB Sempozyum Serisi 2011) 160.

ilk soru AYM'nin başvuru hakkının kötüye kullanılması halinde nasıl bir karar vermesi gerektiğidir. Bunun yanı sıra bir diğer önemli ve hükümde belirtilmemiş olan husus ise hükümde geçen *açıkça* kavramının etkisinin ne olduğu ve hangi durumların başvuru hakkının kötüye kullanılması sayılacağıdır. Bu sorulara yanıt aramadan önce, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 83. maddesine bakılabilir. Kanun hükmüyle benzer bir düzenlemeye sahip olan İçtüzüğü'nün 83. maddesi şu şekildedir:

“Başvurucunun istismar edici, yanıltıcı ve benzeri nitelikteki davranışlarıyla bireysel başvuru hakkını açıkça kötüye kullandığının tespit edilmesi hâlinde incelemenin her aşamasında başvuru reddedilir ve yargılama giderleri dışında, ilgilinin ikibin Türk Lirasından fazla olmamak üzere disiplin para cezasıyla cezalandırılmasına karar verilebilir.”

Her iki düzenleme birlikte okunduğunda anlaşılmaktadır ki, bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması yasağı, başvurunun reddedilmesi ve disiplin para cezasının verilmesi şeklinde iki farklı hukuki sonuca bağlanmıştır. Buna rağmen AYM Yasası'nda, İçtüzüğü'nün aksine başvurunun reddedilebileceği ifadesi yer almamaktadır. Hal böyleyken kanun hükmünün başvuru hakkının kötüye kullanılması durumunda, başvurunun reddi kararı verilmesi için yeterli olmadığı düşünülebilir. Hakkın kötüye kullanılması, dürüstlük kuralı temelinde evrensel bir nitelik taşımakta ve hukukun genel ilkesi olarak kabul edilmektedir.¹⁵ Dolayısıyla hükümde açıkça düzenlenmemiş olsa bile AYM tarafından başvuru hakkının kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi genel hukuk ilkesi gereğince mümkündür.

İçtüzükte yer alan düzenleme ile beraber AYM Yasası'ndaki başvurunun reddedilmesi yolunun eksikliği lafzi anlamda giderilmiş olsa da hâlihazırda bu değişiklik mahkeme içtihadı için yeni bir uygulama olmamıştır. Bu tespitin anlaşılabilir olması adına çalışmanın devamında AYM'nin başvuru hakkının kötüye kullanılması halinde vermiş olduğu karar türleri incelenmiştir.

Son olarak bahsetmek gerekir ki 2018 değişikliği öncesinde İçtüzüğü'nün 83. maddesi, başvuru hakkının açıkça kötüye kullanılması halinde *“para cezası verilir”* ifadesi taşımakta ve başka da bir usul öngörmemekteydi.¹⁶ Yukarıda da değindiğimiz üzere AYM Yasası madde 51'de ise *“disiplin para cezasına hükmedilebilir”* şekilde bir ifade mevcuttu. Kanun'da takdir yetkisi kapsamında öngörülen bir usule ilişkin İçtüzükte emredici bir dilin kullanılması normlar hiyerarşisine aykırılık yaratabilecekken, yer alan ifade kanuna uygun şekilde değiştirilmiş¹⁷ ve bugünkü şeklini almıştır. Böylelikle İçtüzükteki emredici ifade Kanun lafzına uygun hale gelmiştir.

I. ANAYASA'YA UYGUNLUK

Bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması yasağına ilişkin normlar hakkında akla ilk gelebilecek olan söz konusu hükümlerin Anayasaya uygunluğu tartışmasıdır.¹⁸ Bireysel başvuru hakkını

15 H Tahsin Fendoğlu, '2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanması (Ay. Md.13)' (2002) 19 Anayasa Yargısı 111, 141.

16 Osman Doğru, 'Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Biçim Yönünden Değerlendirilmesi' (2015) 31(1) Anayasa Yargısı 35, 111.

17 Şirin (n 11) 278.

18 Ali Erdem Doğanoglu, 'Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması Yasağı'

düzenleyen 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (AYM Yasası) dönemin Anamuhalefet Partisi (Cumhuriyet Halk Partisi) tarafından Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmış olsa da bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılmasına ilişkin hükümler iptal edilmemiştir.¹⁹ AYM Yasasının iptal davasına konu olması ve dava açma süre şartının sağlanmaması hasebiyle söz konusu yasanın yeniden Anayasa Mahkemesi'nin denetimine iptal davası ile sunulması mümkün değildir. Öte yandan ilgili hükümlerin yalnızca Anayasa Mahkemesi tarafından kullanılıyor olması da itiraz yolunun bu hükümler için devreye sokulamayacağı şeklinde yorumlanmaktadır.²⁰ Buna rağmen Mahkeme'nin önüne gelen bireysel başvuruda, AYM Yasası'nı anayasaya aykırı bulması durumunda, somut norm denetimi yapıp yapamayacağı akla gelebilir. Anayasa Mahkemesi'nin davaya bakmakta olan mahkeme sıfatından hareketle somut norm denetimi yapabileceği düşünüldüğü takdirde, bireysel başvuruyu incelemekte olan "Bölüm" bu denetimi yapamayacaktır. Dolayısıyla "Bölüm" bu durumu bekletici mesele sayacak ve somut norm denetimi yapması için dosyayı Genel Kural'a sevk edecektir. Bu usul her ne kadar AYM Yasası Tasarısı'nda yer almaktayken, sonrasında Kanun'da düzenlenmemiş olsa da söz konusu usulün uygulanamayacağı söylenemez.²¹

Bireysel başvuruya konu olan kamu gücünün yasama boyutu düşünüldüğünde, 6216 sayılı Kanunun bireysel başvuruya konu olabileceği ihtimali değerlendirmeye açıktır. Bu niyet ile konu tartışmaya açıldığında, 6216 sayılı Kanunun bireysel başvuru hakkını düzenleyen 45.maddesinin düzenleyici idari işlemleri ve yasama işlemlerini kamu gücü oldukları halde bu işlemleri bireysel başvurunun konusu olarak görmemesi engeli karşımıza çıkmaktadır. İdarenin düzenleyici işlemlerine karşı yargı yolu açık olduğundan nihai kararın bireysel başvuruya konu olması mümkündür. Ne var ki yasama işlemi olan kanunlar için ise doğrudan temel hak ihlali iddiası ile bireysel başvuru mümkün olmazken dolaylı olarak da kanunlar, bireysel başvurunun konusu yapılamaz. Bu durum karşısında ilgili kanunun, kamu gücü kavramını anayasaya aykırı olarak daraltıcı şekilde hüküm altına aldığı eleştirisi yapılabilir.²² Buna rağmen kamu gücü kavramının boyutlarından biri olan yasama işlemleri, ki bu işlemler TBMM tarafından tesis edilir, bireyin temel hak ihlali iddiası taşıyan bireysel başvurusuna konu edilebilmelidir.²³ Sonuç olarak bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması yasağını düzenleyen hükümlerin mevcut sistemde Anayasa Mahkemesi denetimine sokulması imkân dâhilinde değildir.

2. BİREYSEL BAŞVURU HAKKININ "AÇIKÇA" KÖTÜYE KULLANILMASI

Hem Kanun metninde hem de İçtüzük'te bireysel başvuru hakkının *açıkça* kötüye kullanılması yasaklanmış, hukukun koruma dışında bırakılmıştır. Her iki hükümde ve AYM içtihadında da var

(2018) 67(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 535, 538.

19 Anayasa Mahkemesi, E 2011/59, K 2012/34, 01.03.2012.

20 Doğanoglu (n 18) 539.

21 Sağlam (n 12) 440-443.

22 Ece Göztepe, 'Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi' (2011) 95 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 13, 26.

23 Tolga Şirin, 'Türkiye'de Anayasa Şikayeti (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması İle Mukayeseli Bir İnceleme)' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2013) 333.

olan “açıkça” ifadesinin ne şekilde yorumlanacağı, yapılan bireysel başvurular için önem taşımaktadır. Bu kavramın anayasa yargısı tarafından nasıl ele alındığı ve gelen başvurulara nasıl uygulandığı konusu, temel hak ihlali iddiasının âkabeti üzerinde ciddi bir etkiye sahiptir. Başvuru hakkını *açıkça* kötüye kullandığı tespit edilen başvuruların doğrudan reddedilmesi ve ihlal iddiasının başka bir yol ile incelenmesinin mümkün olmaması da kavram üzerindeki tartışmaları arttırmaktadır. Öte yandan bu kavramın geniş yorumu, Mahkeme’nin iş yükünü hafifletebilecek, incelenmesi gereken bireysel başvuruların da reddedilmesine neden olabileceği gibi kavramın dar yorumu aynı şekilde Mahkeme’nin iş yükünü arttıracaktır.²⁴ Bu kavramın ne şekilde ele alınması gerektiği Kanun ya da İçtüzük’te belirtilmediğinden kavramın anlamsal incelemesini yapmak yerinde olacaktır.

Öncelikle “açık” kelimesinin etimolojik olarak “*kapalı olmayan, âlenî, bâriz*” anlamlarını bünyesinde barındırdığı söylenebilir. Kelimenin anlamı gereği, başvuru hakkının *açıkça* kötüye kullanılması, yasağa aykırılığın herkesçe bilinebilecek bir şekilde ortaya koyulması gerekliliğini akla getirebilir. Diğer yandan, hukuk literatüründe “*açıkça*” kavramının İngilizce karşılığı olarak kabul edilen “*manifestly*” ifadesi köken olarak benzer anlamlar içermekle beraber “*prima facie*” tâbirini de karşılamaktadır. “*Prima facie*” tâbiri ise Latince kökenli olup “*at first sight, first appearance*”²⁵ anlamlarına tekâbül etmektedir. Bu terim, uzun yıllar Latince “*ilk bakışta, ilk izlenimde*” anlamlarını taşımış ve bu şekliyle de günümüz İngilizcesinde yer edinmiştir.²⁶ Dolayısıyla dilbilimsel bir yöntem ile başvuru hakkının *açıkça* kötüye kullanılmasının, söz konusu yasağa aykırılığın ilgili başvuruda ilk bakışta ve apaçık şekilde anlaşılması gerektiği söylenebilir. Fakat söz konusu kavramın, uygulamada nasıl bir etkisinin olduğu ayrıca ele alınması gereken bir konu olup kavramsal karşılığı sağlayıp sağlamadığı incelenmelidir.

Bu aşamada bireysel başvurunun esasına ilişkin kabul edilemezlik nedeni olan başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması kriterindeki *açıkça* kavramı üzerine düşünmek yardımcı olacaktır. Hem AYM hem de İHAM içtihadında yer alan açıkça dayanaktan yoksunluk hali başvurunun kabul edilemez bulunması için yeterlidir. İHAM yapılan başvurularda, öne sürülen iddiaların temelsiz olduğunu tespit ettiği ve *prima facie* Sözleşmesel bir ihlalin olmadığı kanaatine vardığı başvuruları açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemez bulmaktadır.²⁷ Dolayısıyla İHAM önüne gelen başvurularda, Sözleşmede yer alan bir hakkın ihlal edildiğinin açık ve belirgin bir şekilde anlaşılmasını, başvurunun açıkça dayanaktan yoksunluğu olarak kabul etmiştir. Bu yaklaşımın AYM’de de benimsendiğini söylemekle beraber uygulayıcıların, başvurunun dayanaksızlığının *açık* olmasının dışında kavramı geniş yorumladığı²⁸ ve *açıkça* tavsifini her durumda aramadığı ifade edilebilir. Öyle ki verilen kararlarda kimi yargıçlar tarafından karşıoy kullanılmasına rağmen başvurunun dayanaktan yoksun olduğunun “*açıkça*” nitelemesini nasıl taşıdığı literatürde sıkça dile

24 Bülent Algan, ‘Bireysel Başvurularda ‘Açıkça Dayanaktan Yoksunluk’ Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması’ (2014) 63(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 247, 256.

25 “*Online Etymology Dictionary*” <<https://www.etymonline.com/>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2021.

26 Ayrıntılı açıklama için bkz George Nils Herlitz, ‘The Meaning of the Term ‘Prima Facie’ (1994) 55(2) Louisiana Law Review 391.

27 David Harris, Michael O’Boyle, Ed Bates ve Carla Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Mehveş Bingöllü Kılıcı ve Ulaş Karan çev, (1. Bası, Şen Matbaa 2013) 812.

28 Algan (n 24) 256.

getirilen bir soru olmuştur.²⁹ İHAM içtihadının bu meseleyi şeffaf kılmada yetersiz kalması nedeniyle konu özelinde “boş bir kara kutu” benzetmesi yapılmakta ve bu kutunun içeriğinin nasıl doldurulacağı da tartışma konusu olmaktadır.³⁰ Örnek vermek gerekirse, tartışmanın merkezinde yer alan *açıkça* kavramının etkisi, Fedaral Alman Anayasa Mahkemesi’nin *açıkça* dayanaktan yoksunluğun reddi kararını oybirliği ile alabilmesi şartında kendisini göstermektedir.³¹ Bu düzenlemeye benzer bir şartın yokluğunda AYM ve İHAM kapsamında, *açıkça* kavramının pratikteki tezahürü, etimolojik karşılığını tam anlamıyla bulamamış ve mevcut kavrama atfedilen anlam öngörülebilir kılınamamıştır.

Başvurunun *açıkça* dayanaktan yoksunluğu hakkında söylediklerimiz, bireysel başvuru hakkının *açıkça* kötüye kullanımının anlaşılmasında önem arz etmektedir. Zira ne *açıkça* dayanaktan yoksunluk ne de başvurunun *açıkça* kötüye kullanılması hükümlerinde *açıkça* kavramının ne anlama geldiği, hangi şartlarda ve ne şekilde aranacağı belirtilmiş değildir. Bu belirsizlik ne yazık ki kimi zaman uygulayıcıların *açıkça* kavramının çizdiği (ya da çizmesi gerektiği) sınırın dışına çıkmasına elverişli bir zemin hazırlamaktadır. Öyle ki başvuru hakkının *açıkça* kötüye kullanılması ile reddedilen *Dağıstan Koçak (2) başvurusunun*³² karşıoyunda, Mahkeme’nin söz konusu yasağın kapsamını geniş bir şekilde ele aldığı eleştirisi dile getirilmiştir. Bu eleştiri, söz konusu davada başvuru hakkının kötüye kullanılmasının uygulayıcıların hepsi için yeterince *açık* olmadığını ve *açıkça* kavramının yasağın kapsamında daraltıcı bir faktör olarak kullanılmadığını da gözler önüne sermektedir.

Diğer yandan başvurunun kötüye kullanılması yasağını düzenleyen İHAS 35/3(a) hükmünde, AYM Yasası’ndan farklı olarak *açıkça* kavramına yer verilmemiştir. Buna rağmen İHAM içtihadında yasak kapsamında görülen haller için bireysel başvuru hakkının amacına *açıkça* aykırılık aranmaktadır.³³ Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında hem AYM hem de İHAM kararları üzerinden yasağın kapsamı incelenirken bu meseleye yeniden değinilecektir.

C. ANAYASA MAHKEMESİ’NİN YAKLAŞIMI

Önceki başlık altında açıkladığımız üzere AYM Yasası’nın 51. maddesinde başvuru hakkının kötüye kullanılması durumunda disiplin para cezası öngörülmüş olsa da hukuki usulün ne olacağı konusu belirsizliğini korumaktadır. İçtüzüğün 83. maddesinde ise başvurunun reddedileceği ve disiplin para cezasının verilebileceği hüküm altına alınmıştır. AYM, başvuru hakkının kötüye kullanıldığını tespit ettiği ilk dört başvuruda düşme ya da kabul edilemezlik kararı vermiştir. Bunula beraber başvuru hakkının kötüye kullanılması halinde başvurunun reddedilmesi yolu sonraki kararlarında Mahkeme’nin istikrarla takip ettiği bir usul olmuştur.

29 Harris vd (n 27) 813.

30 Helen Keller, Andreas Fischer, ve Daniela Kühne, ‘Debating The Future Of The European Court Of Human Rights After The Interlaken Conference: Two Innovative Proposals’ (2011) 21(4) European Journal of International Law 1025, 1046.

31 Konu özelinde, diğer ulusal anayasa mahkemelerindeki uygulama örnekleri için bkz Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru* (1. Baskı, On İki Levha 2015) 180–181.

32 AYM, *Dağıstan Koçak Başvurusu (2)*, B No: 2018/5489, 25.02.2021, Üye Recai Akyel ve Üye Selahattin Menteş’in sunmuş olduğu karşıoy.

33 İHAM, *Zhdanov and Others v. Russia*, App No: 12200/08, 35949/11, 58282/12, 16.07.2019 para 81.

1. YASAĞA AYKIRILIĞIN TESPİTİ

Anayasa Mahkemesi, önüne gelen davanın her aşamasında başvuru hakkının kötüye kullanımını tespit edilebilmekte ve bu tespit ile de başvuruyu reddedilebilmektedir. Mahkeme bu konuda belirgin bir yol çizmemekle beraber yapılan başvurularda çeşitli aşamalarda ve farklı yöntemlerle yasağa aykırılığı tespit etmektedir. Hangi aşamalarda yasağa aykırılık tespitinin gerçekleştiğinden bahsedecek olursak, Mahkeme hem kabul edilebilirlik inceleme sürecinde hem de esas inceleme aşamasında yasağa aykırılığı saptayabilmektedir. Bu nedenledir ki başvuru hakkının kötüye kullanılması anayasa yargısında kabul edilebilirlik şartlarından sayılmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin yasağa aykırılık nedeniyle reddettiği başvurular öncelikle ön incelemeden geçmekte sonrasında Komisyona sunulmaktadır. Bilindiği üzere Komisyon kabul edilebilirlik incelemesini kendisi yapabileceği gibi Bölüm tarafından yapılmasına da karar verebilir. Mahkeme'nin bu konu özelinde vermiş olduğu kararların bir kısmında yasağa aykırılık Bölüm tarafından kabul edilebilirlik aşamasında tespit edilmektedir.³⁴ Öte yandan Bölüm Başkanı tarafından kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verildiği takdirde yasağa aykırılık bu aşamada da gündeme gelebilmektedir. Dolayısıyla bireysel başvuru incelemesinde belli bir aşamada başvuru hakkının kötüye kullanılması yasağının dikkate alındığı veya tespit edildiği söylenemez.

Üzerinde durulması gereken bir diğer mesele de yasağa aykırılığın ne şekilde tespit edildiğidir. Bu meselenin aydınlanması için belli bir yöntemin yokluğunda içtihat üzerinden elde edilen bazı usullerden bahsedebiliriz. Öncelikle Mahkeme'nin yasağa aykırılığı çoğu kez kendi tespit ettiği söylenebilir. Mahkeme kimi zaman Merkezi Nüfus İdaresi Sistemi'nden yaptığı sorgulama³⁵ ile kimi zaman da incelenmekte olan başvurunun kendisinden anlaşılması ile yasağa aykırılığı ortaya koymuştur. Öte yandan Komisyon tarafından yapılan ön inceleme aşamasında *ölü başvurunun* tespit edilmesi ve konu hakkında başvuru vekillerine eksiklik bildirimini gönderilmesi³⁶ ile de Mahkeme yasağa aykırılığı tespit etmiştir. Bir başka kararda ise başvurucuların ölmüş olduğu Adalet Bakanlığı tarafından tespit edilmiş ve Mahkeme'ye bildirilmiştir.³⁷ Karar örneklerinden anlaşılacağı üzere yasağa aykırılığın tespiti farklı şekillerde ortaya çıkabilmekle beraber belli bir usule bağlanmamıştır. Çalışmamızın bu aşamasında Anayasa Mahkemesi'nin günümüze kadar yasağa aykırı bulduğu kararların tamamı incelenerek konu özelinde vermiş olduğu karar türlerinden bahsedilecektir.

34 AYM, *Ahmet Talha Hayat ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2015/2006, 21.02.2019 para 4; AYM, *Ali Ekber Çeçi ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2015/5463, 23.01.2019 para 3; AYM, *Kerem Elmas Başvurusu*, B No: 2015/5465, 21.02.2019 para 4.

35 AYM, *Arif Şimbi ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2013/8660, 04.02.2016 para 7; AYM, *Mehmet Denk ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2013/6264, 06.04.2016 para 7; AYM, *Hakki Aslan Başvurusu*, B No: 2013/6145, 14.04.2016 para 4; AYM, *Gülen Sünget ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2014/3567, 30.06.2016 para 6; AYM, *Murat Soydan Paksoy Diğerleri Başvurusu*, B No: 2014/1999, 13.07.2016 para 5; AYM, *Harun Yalçın ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2014/15254, 17.11.2016 para 8; AYM, *Selani Aslan ve Diğerleri Başvuru*, B No: 2014/491, 11.01.2017 para 8; AYM, *Kemal Denk ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2014/17989, 23.02.2017 para 6; AYM, *Nilgün Gökay ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2014/3303, 12.01.2017 paras 7–8.

36 AYM, *Abdulkemim Şen ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2014/15441, 9/6/2020 paras 4–5.

37 İlgili kararda, başvurucular başvuru tarihinden sonra vefat etmiş, bu nedenle ölü başvuru gerçekleşmemiştir. Mahkeme, başvurucunun esaslı unsur hakkında eksik bilgi vermesi nedeniyle başvuru hakkının kötüye kullanıldığına kanaat getirmiş, başvurucu aleyhine 500,00 TL disiplin para cezasına hükmetmiş ve başvuruyu reddetmiştir. AYM, *Ahmet Eroğlu ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2013/9418, 09.09.2015.

2. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YASAĞIN TESPİTİ HALİNDE VERMİŞ OLDUĞU KARAR TÜRLERİ

A. DÜŞME KARARI

AYM Yasası 50/5 maddesi “*davadan feragat halinde düşme kararı verilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Bunun yanında yargılamanın her aşamasında verilebilir olan düşme kararının başka şekilleri de İçtüzükte belirtilmiştir. Bu çalışmanın konusu AYM'nin düşme kararı vermesi olmadığından bu başlık altında başvuru hakkının kötüye kullanımının tespiti ile düşme kararı verilmesi arasındaki bağlantı incelenecektir.

AYM'nin başvuru hakkının kötüye kullanılmasında verdiği ilk kararlarından olan S.Ö. *başvurusu* bizim için önem arz etmektedir. Mahkeme mâkul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası ile yapılan başvuruda, başvuru aynı olay ve iddia üzerinden İHAM'a bireysel başvuruda bulunduğunu tespit etmiştir. Başvurucu İHAM'a yaptığı başvuru dâhilinde Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu'na da başvurmuştur. Komisyon inceleme sonucunda başvuru mâkul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiş ve başvuru lehine 10.000,00 TL tazminata hükmetmiştir. Söz konusu başvuruda, AYM başvuru hakkının ihlal iddiasının Komisyon kararıyla kendisine takdir edilmek üzere hükmedilen tazminat ile neticelendiğini belirtmiştir. Dolayısıyla yapılan başvuruda ihlalin ve sonuçlarının ortadan kalktığı gerekçesiyle Mahkeme “*düşme*” kararı vermiştir. Bununla beraber Mahkeme, İHAM başvurusunun ve başvuru Komisyon kararı ile lehine takdir edilen tazminatın Mahkeme'ye bildirmemesini, İçtüzük 59/5 maddesinde yer alan başvuru ile alakalı şartlardaki değişikliğin Mahkeme'ye bildirilmesi zorunluluğuna aykırı bulmuştur. Bundan hareketle bireysel başvuru hakkının kötüye kullanıldığına hükmetmiş ve başvurucuya 500,00 TL disiplin para cezası vermiştir.³⁸

Buna ilaveten, Mahkeme 2015 tarihinde vermiş olduğu *Ramazan Ay ve Diğerleri* kararında da benzer bir yaklaşım sergilemiştir. Başvurucuların aynı olay ve ihlal iddiası taşıyan İHAM başvurusunun ve bu kapsamda Komisyona yapılan müracaatın sonucunda hükmedilen tazminatın Mahkeme'ye bildirilmemesi İçtüzük madde 59/5'e aykırı bularak başvurunun kötüye kullanıldığına ve disiplin para cezasına hükmedilmiştir. Bu kararda da Mahkeme yapılan başvuruda “*ihlalin ve sonuçlarının ortadan kalkmış olması*” sebebiyle düşme kararı vermiştir.³⁹

Bahsi geçen her iki karara da dikkat edildiğinde başvuru hakkının kötüye kullanılmasının neticesinde doğrudan düşme kararı verilmediği görülmektedir. İki örnekte de düşme kararının gerekçesi başvuru hakkının ihlal iddiası ile hak kazandıkları tazminatın, başvurunun incelenmesinin devam edilmesi gerekliliğini ortadan kaldırmasıdır. Başvuru hakkının kötüye kullanıldığı tespiti için Mahkeme AYM Yasası'nda yer aldığı şekliyle başvurucuya disiplin para cezası vermek ile yetinmiştir. Dolayısıyla Mahkeme'nin başvuru hakkının kötüye kullanılmasının usul yolu olarak düşme kararını benimsediği söylenemez. Öte yandan başvuru hakkının kötüye kullanımı ile düşme kararının ilişkilendirilebileceği kararlar bu iki örnek ile sınırlıdır.

38 AYM, S.Ö. *Başvurusu*, B No: 2013/7087, 18/09/2014 paras 24–30.

39 AYM, *Ramazan Ay ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2013/7784, 10.03.2015 paras 25–32.

Mahkeme sonraki kararlarında başvuru hakkının kötüye kullanılması tespiti ile düşme kararı incelemesini ayırmıştır. Başvuruculardan birinin başvurusunu İçtüzük 59/5 maddesine aykırı hareket ettiği gerekçesiyle başvuru hakkının kötüye kullanılması olarak kabul edip reddederken, aynı davada başka bir başvuru hakkının başvuru yaptıktan sonra öldüğü gerekçesiyle başvurusu için düşme kararı vermiştir.⁴⁰ Mahkeme'nin başvuruculardan bazıları için başvuru hakkının kötüye kullanılması tespiti yaparak disiplin para cezasına hükmettiği ve diğer başvuruculardan bazıları için ise düşme kararı verdiği karar örneklerinin sayısı artırılabilir.⁴¹ Bu kararlar ışığında konumuz için yapacağımız tespit, Mahkeme'nin önceki iki kararında sergilediği yaklaşımını değiştirmiş olduğu ve artık başvuru hakkının kötüye kullanılması ile düşme kararı arasında bir bağlantı kurmaktan özellikle kaçındığıdır.

B. KABUL EDİLEMEZLİK KARARI

Konu özelinde ele almamız gereken bir diğer karar türü de kabul edilemezlik kararıdır. AYM önüne gelen bir başvuruda esasa ilişkin incelemeye geçmeden önce yapılan başvuruyu kabul edilebilirlik incelemesine tabi tutar. Kabul edilebilirlik şartlarını sağlayan bir başvuru artık esasen incelenebilir hale gelmektedir.⁴² Anayasa Mahkemesi'nin kabul edilebilirlik şartlarını adeta bir "ön-inceleme"⁴³ aşaması gibi takdir etmesinin birtakım sebepleri olabilir. Bu varsayımlardan son derece önemli olanı kabul edilebilirlik şartları taşıyan madde 48'in Mahkeme'nin iş yükünü hafifletme amacı taşıdığı fikridir.⁴⁴ Keza kabul edilebilirlik şartları AYM'ye yapılan başvurular için bir filtre görevi görmekte, ciddiyet taşımayan ya da başvuru açısından olumsuz sonuçlanması anlaşılabilir şekilde ortada olan başvuruların esas incelemeye girmeden kabul edilemez bulunmasını sağlamaktadır.⁴⁵ Bu yönüyle kimi hukukçular tarafından başvuru hakkının kötüye kullanılması yasağı da burada yer alan koşullara ek olarak kabul edilebilirlik şartlarından biri olarak sayılmaktadır.⁴⁶

Mahkeme başvuru hakkının kötüye kullanıldığı tespitinde bulunduğu iki farklı başvuruda kabul edilemezlik kararı vermiştir. Bunlardan ilki 2014 tarihli *Abdurrahman Uray başvurusu*, diğeri ise 2015 tarihli *Kemal Toraman başvurusudur*. Mahkeme ilk kararda bireysel başvurudan önce ölmüş olan başvuru adına avukat tarafından yapılan başvuruyu, başvuru hakkının kötüye kullanılması olarak görmüştür. Bilindiği üzere başvuru hakkının bireysel başvuru yaptıktan sonraki süreçte hayatını yitirmesi durumunda başvuru hakkının mirasçıları başvuruyu devam ettirebilmektedir. Başvurucunun ölümünden sonra mâkul bir süre içerisinde, ki bu süre içtihatla 4 ay olarak kabul edilmektedir, mirasçıların başvuruyu devam ettirme iradesinin gerekli menfaati taşıdığına yönelik Mahkeme'nin

40 AYM, *Arslan İlhan ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2014/6357, 04.07.2018 paras 27–32.

41 Örnekler için bkz AYM, *Akın Öztığ ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2016/14924, 28.11.2019; AYM, *Ahu Yürüyen ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2015/9698, 28.11.2018.

42 Berkan Handemir, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru* (Seçkin Yayıncılık 2015) 303.

43 Aydın (n 3) 156.

44 Alparşlan Altan, 'Alparşlan Altan'ın Konuşması', *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti)\ Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar) Paneli* (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2011) 142, 148.

45 İkinci (n 14) 151.

46 Özbey (n 10) 300.

kanaatinin oluşması halinde başvuru kabul edilebilmektedir.⁴⁷ Peki ölen bir kimse adına bireysel başvuru yapılması mümkün müdür? Bu sorunun cevabı ayrı bir çalışmanın konusu olmakla beraber, hâlihazırda Mahkeme'nin yaşayan kimselerin doğrudan ya da yasal temsilcileri ile yaptığı başvuruları incelediğini söyleyebiliriz.⁴⁸ Çeşitli ülkelerin anayasa yargısında ölen kimse adına başvuru yapılması mümkün olabilmektedir. Fakat Anayasa Mahkemesi, yapılan bireysel başvuruda kamu gücü müdahalesinin başvurucağının doğrudan ve kişisel bir hakkını etkilemiş olmasını aramaktadır.⁴⁹

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 43. ve 513. maddelerine göre aksi kararlaştırılmadığı ya da işin niteliğinin aksini gerektirmediği hallerde, bireyin hayatını kaybetmesi ile var olan vekâlet ilişkisi son bulmaktadır. Bundan hareketle bireysel başvurudan önce ölen kimse ile avukat arasındaki vekâlet ilişkisi sona ereceğinden, Mahkeme yapılan başvuruda incelenebilecek güncel bir hakkın olmadığı ve "kişi yönünden yetkisizlik kararı" verilmesi gerektiği kanaatindedir. *Abdurrehman Uray başvurusunda* ölen başvurucağına ait bilgilerin gerçeğe uygun olarak başvuru esnasında bildirilmemesi, Mahkeme'yi yanıltıcı nitelikte görülmüş ve başvuru hakkının kötüye kullanıldığı gerekçesiyle başvuruyu yapan avukata 2.000,00 TL disiplin para cezası verilmiştir.⁵⁰

Bahsi geçen diğer kabul edilemezlik kararı olan *Kemal Toraman başvurusunda* ise başvurucağının, iç hukuk yollarının tüketilmesinden itibaren 30 günlük başvuru süresine aykırı hareket ettiği halde bunu Mahkeme'ye bildirmedeği tespit edilmiştir. Dolayısıyla Mahkeme "süre aşımı" nedeniyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Buna ilave olarak başvurucağının nihai kararın kendilerine tebliğ edildiği tarihi gerçeğe aykırı olarak Mahkeme'ye sunması, başvuru hakkının kötüye kullanılması olarak kabul edilmiş ve başvurucağın 500,00 TL disiplin para cezası verilmiştir.⁵¹

Önceki başlıkta izah ettiğimiz üzere düşme kararlarındaki tespiti burada da yinelemekte fayda görmekteyiz. Mahkeme başvuru hakkının kötüye kullanılması durumunda doğrudan düşme kararı vermediği gibi kabul edilemezlik kararı da vermemektedir. İncelenen iki örnekte de kabul edilemezlik kararının gerekçesi, mevcut kabul edilebilirlik koşullarının eksikliği iken bu bilgilerin Mahkeme'den saklanması başvuru hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiş ve başvuruyu yapan avukat ve başvurular disiplin para cezası ile cezalandırılmıştır. Diğer taraftan, 2017 tarihli *Ahmet Karakuş ve diğerleri* kararında Mahkeme, bireysel başvuru şartlarına uymayan başvurucağın hakkında "süre aşımı" nedeniyle kabul edilemezlik kararı verirken aynı davadaki bir başka başvurucağının bireysel başvurudan üç yıl önce ölmüş olduğunu tespit ederek başvuru hakkının kötüye kullanıldığına hükmetmiştir. Bireysel başvurudan önce ölen başvurucağına adına başvuruyu yapan avukata ise 2.000 TL disiplin para cezası vermiştir.⁵² Bu örnekten de anlaşılacağı gibi Mahkeme artık kabul edilemezlik kriterleri ile başvuru hakkının kötüye kullanılması incelemesini birbirinden ayrı olarak değerlendirmektedir.

47 AYM, *Fatma Müge Tekin ve Özge Tekin Başvurusu*, B No: 2014/2504, 20.03.2019 paras 44–49.

48 Şirin (n 11) 30.

49 Latin Amerika Ülkelerinde bu konunun mevcut anayasa yargısında nasıl ele alındığı için bkz Sibel İnçeoğlu, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Amerika Modelleri* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 151–164.

50 AYM, *Abdurrehman Uray Başvurusu*, B No: 2013/6140, 05.11.2014 paras 30–39.

51 AYM, *Kemal Toraman ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2013/1761, 21.01.2015 paras 23–30.

52 AYM, *Ahmet Karakuş ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2014/12095, 22.03.2017 paras 23–25.

Sonuç olarak Mahkeme'nin, başvuru hakkının kötüye kullanılmasında tercih ettiği usul yolu hiçbir zaman “*düşme kararı*” ya da “*kabul edilemezlik kararı*” olmamıştır. Yine de AYM Yasası'nda takip edilecek olan usulün belirtilmemiş olmasının içtihatta tereddüt doğurduğunu ve İçtüzük ile konuya bir nebze de olsa açıklık getirildiğini söyleyebiliriz.⁵³

C. BAŞVURUNUN REDDİ

Bireysel başvurunun ikincil ve olağanüstü bir başvuru yolu olduğunu söylemiştik. Bu nedenle olağan hukuk yolları, temel hak ihlali iddiasını çözmeye öncelikli bir pozisyona sahip olmakla⁵⁴ beraber AYM temyiz merci değil “diğer bir mahkeme”⁵⁵ olarak anılmaktadır. İkincillik ilkesinden hareketle asıl beklenen, söz konusu hak ihlali ile birincil yakınlığı olan yargı organlarınca meselenin çözüme kavuşturulması, bu olmadığı takdirde iç hukukta son çare olarak AYM'ye başvurulmasıdır.⁵⁶ Anayasa Mahkemesi'nin olağanüstü ve son çare olmasının iç hukukta sürdürülebilmesi için yapılan başvuruların hukuki bir süzgeçten geçirilmek suretiyle bazılarının incelenmesine son verilmektedir.⁵⁷ Kabul edilebilirlik incelemesinin yapıldığı bu aşamaları ise yalnızca şekli şartların arandığı ön inceleme ve bu incelemeyi geçen başvurular için öngörülen kabul edilebilirlik basamağı oluşturmaktadır.⁵⁸ Daha önce de belirttiğimiz gibi bu aşamanın varlığı Mahkeme'nin gayri ciddi başvurular ile meşgul edilmemesi ve oluşacak olan ağır iş yükünün hafifletilmesi yönüyle önemlidir.⁵⁹

Bahsettiğimiz ön inceleme, Komisyonlar Başraportörünün gözetiminde mevcut bulunan “Bireysel Başvuru Bürosu” tarafından yapılır ve yapılan inceleme sonunda “başvurunun reddi” kararı verilebilir.⁶⁰ Ayrıca vurgulanmalıdır ki, “*başvurunun reddi kararı*” verme yetkisinin İçtüzük ile Komisyonlar Başrapotörüne tanınması, kimi hukukçular tarafından Anayasa'ya aykırı bulunmaktadır.⁶¹ İçtüzüğün 66 § (3) hükmüne göre başvurunun süresinde yapılmaması ya da başvuru belgelerindeki eksikliklerin süresi içerisinde tamamlanmaması halinde Komisyonlar Başraportörü tarafından başvurunun reddine karar verilir. Bu ret kararına karşı itiraz yolu açıktır. Ne var ki saydığımız bu iki hal dışında Mahkeme, başvuru hakkının kötüye kullanılması ve mükerrer başvurularda da başvurunun reddi kararı vermektedir.⁶² Diğerlerinden farklı olarak bu iki durumda, inceleme Komisyonlar Başrapotörü tarafından değil Bölümler veya Genel Kurul tarafından yapılmakta ve verilen karara karşı itiraz yolu da bulunmamaktadır.

53 Doğanoglu (n 18) 543.

54 Erdinç (n 7) 116.

55 Kanadoğlu (n 31) 42.

56 Tolga Şirin, ‘Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi’, *Kamu Hukukçuları Platformu, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru” Konulu 5. Toplantı* (2015) 66, <https://kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Tolga_Airin_333_1.pdf> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2021.

57 Osman Doğru, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi* (Legal 2012) 69.

58 Nazmiye Güveyi, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşaması* (1. Bası, On İki Levha 2015) 55.

59 Çoban (n 5) 199.

60 Doğru (n 57) 74.

61 Özbey (n 10).

62 Ayrıntılı açıklama için bkz Ali Erdem Doğanoglu, ‘Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda ‘Başvurunun Reddi Kararı’ (2018) 13(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 497.

Başvuru hakkının kötüye kullanılması halinde AYM Yasası'nın açıkça Mahkeme'nin takip edeceği usule değinmediğini buna rağmen İçtüzükte başvurunun reddedileceğinin düzenlendiğini açıklamıştık. Mahkeme bu konu hakkında verdiği ilk kararlarında başvuru hakkını kötüye kullanan başvurucu ya da vekil hakkında disiplin para cezasına hükmederken başvuruyu reddetmemiş, diğer ihlal iddialarına ilişkin kabul edilebilirlik şartlarını incelemiştir.⁶³ 2015 tarihli *Mehmet Güven Ulusoy başvurusu* ile beraber Mahkeme artık başvuru hakkının kötüye kullanılmasının tespitinde doğrudan başvuruları reddetmeye başlamıştır.⁶⁴ Bu yaklaşımın İçtüzükte yer alan düzenlemeye uygun olduğunu söylemekle beraber Mahkeme'nin usuldeki bu değişimi normatif bir yenilikten kaynaklanmamaktadır.⁶⁵ Süregelen içtihadı ile beraber Mahkeme, başvuru hakkının kötüye kullanılmasında kabul edilemezlik kararının veya düşme kararı verilmesi belirsizliğine son vermiştir. Böylelikle de literatürde bu belirsizliğin ortadan kalması için başvuru hakkının kötüye kullanılmasının kabul edilebilirlik şartlarına eklenmesi gerektiği çağırısı⁶⁶ da cevap bulmuştur. Sonuç olarak AYM nezdinde bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılmasından doğan iki farklı hukuki sonuç, başvurunun reddi ve disiplin para cezasıdır.

3. YASAĞIN KAPSAMI

AYM Yasası'nda yer alan düzenleme ile başvuru hakkının kötüye kullanılması yasağı, Mahkeme'ye yapılan başvurularda gözetilmesi gereken bir huşu haline gelmiştir. Genel hukuk ilkesi olarak görülen hakkın kötüye kullanılması yasağının bireysel başvurularda nasıl uygulanacağı ise yasada açıkça belirtilmemiştir. Böylesine bir genel hukuk ilkesinin uygulanması, bazı tehlikeleri de beraberinde getirmektedir. Şöyle ki, özel hükümlerdeki kapsamın net olmaması kimi zaman genel hukuk ilkesinin uygulanmasında keyfilik yolu doğurabilmektedir.⁶⁷ Bu nedenle Mahkeme'nin yasağın kapsamına dair bir tespitte bulunurken ayrıca özen göstermesi beklenmektedir. Zira bu ilkenin geniş yorumlanması ve akabinde para cezasına hükmedilmesi, Mahkeme'ye başvuracak kimseler üzerinde caydırıcı bir etkiye neden olabilecektir.⁶⁸ Öte yandan yasak kapsamının belirlenmesinde son derece muğlak bir kavram olan "kötüye kullanma" ibaresinin, yasal düzenlemelerde de netlik taşımadığı düşünüldüğünde, hak arama özgürlüğüne engel teşkil etmeyecek şekilde hüküm altına alınması yerinde olacaktır.⁶⁹

AYM Yasası'nda hangi durumların başvuru hakkının kötüye kullanımı sayılacağına dair bir belirleme yapılmamış olsa da İçtüzük madde 83'te, yasağın kapsamına ilişkin bazı ölçütler getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre "*başvurucunun istismar edici, yanıltıcı ve benzeri nitelikteki davranışları*"⁷⁰ başvuru

63 AYM'nin başvurucunun iddialarından başvuru hakkının kötüye kullanıldığını tespit ettiği ve diğer iddiaları kabul edilebilirlik açısından incelemeye devam ettiği ve başvurunun tamamını reddetmediği son kararı için bkz AYM, *Yümrü Dilek Başvurusu*, B No: 2013/4189, 21.05.2015.

64 AYM, *Mehmet Güven Ulusoy Başvurusu*, B No: 2013/1013, 02.07.2015 paras 33–35.

65 Doğanoglu (n 18) 543.

66 Güveyi (n 58) 122.

67 Şener Akyol, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı* (Filiz Kitabevi 1995) 16.

68 Handemir (n 42) 376.

69 Güveyi (n 58) 123.

70 Anayasa Mahkemesi İçtüzük 83. madde: "*Başvurucunun istismar edici, yanıltıcı ve benzeri nitelikteki davranışlarıyla*

hakkının kötüye kullanılması anlamına gelmektedir. Peki başvurucunun istismar edici, yanıltıcı ve benzeri nitelikteki davranışları, hangi durumları kapsamaktadır? İçtüzük hükmüne baktığımızda sayılan davranışların pratikteki karşılığının ne olacağı ve nasıl belirlenmesi gerektiğinin net olmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenledir ki Mahkeme'nin içtihat yolu ile belirlemiş olduğu birtakım kıstaslar yasağa aykırılığın tespitinde kullanılmaktadır.

AYM'nin bu alandaki ilk kararı olan S.Ö. *başvurusunda* Mahkeme, başvuru hakkının kötüye kullanılması kavramını, “*bireysel başvuru usulünün amacına açıkça aykırı olan ve Mahkemenin başvuruyu gereği gibi değerlendirmesini engelleyen davranışlar*”⁷¹ olarak kabul etmiştir. Yine aynı kararda İHAM kararlarına atıf yapılarak başvuru hakkının kötüye kullanılması hallerine yer verilmiştir. Sayılan bu haller şunlardır:

“Mahkemeyi yanıltmak amacıyla kasten gerçek olmayan maddi vakıalara dayanılması veya bu nitelikte bilgi ve belge sunulması,

Başvurunun değerlendirilmesi noktasında esaslı olan bir unsur hakkında bilgi verilmemesi,

Başvurunun değerlendirilmesi sürecinde vuku bulan ve söz konusu değerlendirmeyi etkileyecek nitelikte yeni ve önemli gelişmeler hakkında Mahkemenin bilgilendirilmemesi suretiyle başvuru hakkında doğru bir kanaat oluşturulmasının engellenmesi,

Medeni ve meşru eleştiri sınırları saklı kalmak kaydıyla bireysel başvuru amacıyla bağdaşmayacak surette hakaret, tehdit veya tahrik edici bir üslup kullanılması,

*Söz konusu başvuru yolu kapsamında ihlalin tespiti ile ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına ilişkin amaçla bağdaşmayacak surette içeriksiz bir başvuruda bulunulmasıdır.”*⁷²

Mahkeme verdiği ilk kararı ile konuya açıklık getirmeye çalışmış olsa da bu hallerin sınırlı sayıda olup olmadığı ve kullanılan soyut kavramların karşılığının ne olduğu öngörülebilirlik taşımamaktadır. Her ne kadar Mahkeme ardı ardına verdiği kararlarda S.Ö. *başvurusunda* yer alan ve yukarıda başlıklar haline dile getirdiğimiz halleri tekrarlıyor olsa da bunların sınırlı sayıda olduğunu düşünmek doğru olmayacaktır. Zira 2016 tarihli *Osman Sandıkçı başvurusunda*, İçtüzük hükmünde yer alan “*benzer nitelikte davranışlar*” ifadesi vurgulanmış ve ilgili davranışların sınırlı sayıda olmadığı belirtilmiştir.⁷³ Yine bir başka kararda bu hükmün ilgili davranışlar açısından tüketici olmadığı ifade edilmiştir.⁷⁴ Bu durumda Mahkeme'nin öngörmüş olduğu hallerin sınırlı sayıda olmadığı ve soyut kavramlarla belirsizlik taşıdığı akıld tutularak, her yeni olay özelinde aranılan niteliklerin neler olduğunun

bireysel başvuru hakkını açıkça kötüye kullandığının tespit edilmesi hâlinde incelemenin her aşamasında başvuru reddedilir ve yargılama giderleri dışında, ilgilinin ikibin Türk Lirasından fazla olmamak üzere disiplin para cezasıyla cezalandırılmasına karar verilebilir.”

71 AYM, S.Ö. *başvurusu*, 2013/7087, 18/9/2014, par. 28.

72 İbid 29.

73 AYM, *Osman Sandıkçı Başvurusu*, B No: 2013/6297, 10.03.2016 para 36.

74 AYM, *Pirfani Şahin Başvurusu*, B No: 2014/5755, 14.11.2018 para 35.

belirlenmesinde öngörülebilir bir yaklaşımın olmadığı söylenebilir.⁷⁵ Bu aşamada konu özelinde Mahkeme içtihadının tüketerek yasağa aykırı hallere dair belirlediğimiz başlıklar üzerinden yasağın içeriğine ilişkin değerlendirme yapmaya çalışmak yerinde olacaktır. Bu amaç ile Anayasa Mahkemesi'nin Şubat 2022 tarihine kadar yasak kapsamında bulunduğu ve yayımladığı yüz yirmi beş (125) başvurunun tamamı incelenmiştir. Bu kararların altmış üç (63) tanesi *ölü adına başvuru* olduğundan çalışmamızda bu kararların bir kısmına yer verilmiştir.

A. GERÇEĞE AYKIRI BİLGİ, BELGE VE OLAY

Konu özelinde ilk karar olan S.Ö. *başvurusunda* başvuru hakkının kötüye kullanıldığına dair örneklerden ilki, “Mahkemeyi yanıltmak amacıyla kasten gerçek olmayan maddi vakıalara dayanılması veya bu nitelikte bilgi ve belge sunulması” olmuştur. Çalışmamızın bu aşamasında Mahkeme'nin hangi halleri bu kapsamda tuttuğu tespit edilmeye çalışılmıştır.

AA. ÖLÜ ADINA BAŞVURU

Bu hallerden ilki, başvuru hakkının kötüye kullanılması kararlarının büyük bir kısmını oluşturan ölen bir kimse adına bireysel başvuru yapılmasıdır.⁷⁶ Mahkeme *ölü adına başvurular*da takip ettiği yaklaşımı bu konuda verdiği ilk karar olan *Abdurrehman Uray başvurusunda*⁷⁷ ortaya koymuş ve sonrasında süregelen kararlarında da bu yaklaşımı tekrar etmiştir. İHAM kararlarına atf yapan AYM, “mağdur” statüsünün iddia edilen ihlalden doğrudan etkilenen kimse olması gerektiğinin⁷⁸ altını çizmiştir.⁷⁹ Ölmüş bir kimsenin mağdurluğunun ortadan kalkacağı kabul edildiğinden bir başkasının ölen kimse adına bireysel başvuruda bulunması mümkün değildir. Elbette işkence yasağı ve yaşama hakkına ilişkin ihlal iddialarında kimi zaman mağdur yakınları da mağdur adına başvuruda bulunabilmektedir, bu özellikli durumu hariç tutmak gerekir.⁸⁰

İHAM kararlarına yapılan göndermenin yanında AYM, Türk Medeni Kanunu'nun 28. maddesine atf yaparak hukuken tanınan kişiliğin başlangıcına ve sonunu işaret etmiştir. Buna göre gerçek kişiler sağ doğmak ile kişilik kazanmakta ve ölüm ile kişilik kaybetmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 43. ve 513. maddesine göre aksi kararlaştırılmadığı ya da işin niteliğinin aksini gerektirmediği hallerde

75 Doğanoğlu (n 18) 551.

76 Şubat 2022 tarihi itibarıyla, Mahkeme'nin başvuru hakkının kötüye kullanıldığını tespit ettiği ve yayımladığı kararlardan yaklaşık olarak 60 tanesi başvurudan önce ölmüş olan kimse adına yapılan bireysel başvurular hakkındadır.

77 AYM, *Abdurrehman Uray Başvurusu*, B No: 2013/6140, 05.11.2014.

78 İHAM, *Brumarescu v. Romania*, App No: 28342/95, 28.10.1999 para 50; İHAM, *Burden v. United Kingdom*, App No: 13378/05, 29.04.2008 para 33.

79 AYM, *Gülen Sünget ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2014/3567, 30.06.2016 para 29; AYM, *Ramazan Yalçın ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2014/15360, 12.01.2017 para 27; AYM, *Cengiz Koç ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2014/18188, 08.03.2017 para 12; AYM, *Murat Soydan Paksoy Diğerleri Başvurusu*, B No: 2014/1999, 13.07.2016 para 23.

80 İHAM'ın, bireylere “actio popularis”, yani toplum yararının üstün tutularak üçüncü şahıs tarafından dava açma hakkının tanınmamasının yanında, kimi özellikli durumlarda mağdur yakınının mağdur adına başvurusunu kabul ettiğine örnek olarak bkz İHAM, *İlhan v. Turkey*, App No: 22277/93, 27.6.2000 paras 49–55.

bireyin yaşamını yitirmesi ile vekâlet verdiği vekil arasındaki ilişki de son bulmaktadır.⁸¹ Bahsi geçen hukuki dayanaklardan hareketle Mahkeme, temel hakkı kamu gücü tarafından ihlal edildiği ileri sürülen bireyin, bireysel başvuruda bulunmaksızın vefat etmesi durumunda onun adına bir başkasının başvuruda bulunamayacağını kabul etmiştir.⁸² Sonuç olarak ölen mağdur adına başkası tarafından yapılan bireysel başvuru, mahkemeyi yanıltmak amacı güttüğünden başvuru hakkının kötüye kullanılması anlamına gelmekte ve başvuru reddedilmektedir. Mahkeme süreklilik arz eden içtihadına uygun olarak yakın tarihli kararlarında da ölmüş kimse adına bireysel başvuru gerçekleştiren avukatlar hakkında disiplin para cezasına hükmederek kararın bir örneğinin ilgili barolara gönderilmesine ve başvurunun reddine karar vermektedir.⁸³

Bu aşamada akla, başvuru esnasında mağdurun ölmüş olduğu bilgisine avukatın vakıf olmadığı ihtimali gelebilir. Zira “*Mahkemeyi yanıltmak amacıyla kasten gerçek olmayan maddi vakıalara dayanılması veya bu nitelikte bilgi ve belge sunulması*” ifadesinde yanıltıcı bilginin kasten kullanılması gerektiği anlaşılmaktadır. Ölmüş başvuru sahipleri adına yapılan bir bireysel başvuruda, avukatlar başvuru esnasında bu bilgiye vakıf olmadıklarını ileri sürmüş ve vekâletnâme olmaksızın ölen mağdurların mirasçılara ait veraset ilamını Mahkeme’ye sunmuştur. Mahkeme bu kararında ölmüş bir kimse adına vekâlet ilişkisi üzerinden bireysel başvuru yapılamayacağını yanında böylesine bir başvurunun takip de edilemeyeceğine hüküm getirmiştir.⁸⁴ Mahkeme’nin bu karar üzerinden yanıltıcı bilgi, belge ve gerçek olmayan maddi vakaların ileri sürülmesi eylemlerinde “*kast*” unsurunu değerlendirmesi beklenebilirdi ki bu karar söz konusu tartışma için son derece elverişliydi. Böylelikle hüküm fıkrasında yer alan “*açıkça*” kavramının yasağa aykırı davranışın manevi unsuruyla doğrudan ya da dolaylı bir bağlantısının olup olmadığı da tartışılabilirdi. Fakat Mahkeme bu minvalde bir tartışma açmayarak doğrudan söz konusu başvuruyu reddetmiş ve avukatlar aleyhine idari para cezasına karar vermiştir. Başvuru hakkının kötüye kullanılması yasağında “*kasten yanıltıcı olma*” ifadesi bulunmasına rağmen, mağdurun ölümünü gizleme kastı olmadığı durumlarda da avukatlara disiplin para cezasının verilmesi eleştirilerin merkezinde yer almıştır.⁸⁵ Öyle ki dosyanın genelinden ve içeriğinden mağdurun başvuru öncesinde ölmüş olduğunun anlaşılabilceği bireysel başvurularda da Mahkeme bu yaklaşımından vazgeçmemiştir.⁸⁶

81 AYM, *Abdurrehman Uray Başvurusu*, B No: 2013/6140, 05.11.2014 paras 25–28; AYM, *Emin Yılmaz Başvurusu*, B No: 2014/3930, 29.06.2016 paras 26–29; AYM, *Abdulhalim Özdemir ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2014/9850, 16.11.2016 paras 25–28; AYM, *Harun Yalçın ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2014/15254, 17.11.2016 paras 39–40; AYM, *Selanik Aslan ve diğerleri başvuru*, 2014/491, 11/1/2017, par. 22–24; AYM, *Aynur Tunç ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2014/9843, 22.03.2017 para 24; AYM, *İbrahim Sönmez Başvurusu*, B No: 2014/16979, 10.05.2017 para 24; AYM, *Ali Bilbay ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2014/13550, 26.10.2017 para 23.

82 AYM, *Abdurrehman Uray Başvurusu*, B No: 2013/6140, 05.11.2014 para 30; AYM, *Demirdöven Köyü Tüzel Kişiliği ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2014/14359, 25.12.2018 para 41; AYM, *Agit Esenboğa ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2015/11241, 03.04.2019 para 40; AYM, *Hava Sipahioğlu ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2016/4317, 12.11.2019 para 24; AYM, *İhsan Uygun ve Nuran Kaya Başvurusu*, B No: 2017/28373, 29.12.2020 para 45.

83 AYM, *Ali Demir Başvurusu*, B No: 2015/3357, 10.01.2019 paras 15–16; AYM, *B.Ç. ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2015/10144, 09.05.2019 paras 59–60; AYM, *Adem Kanat ve Fatma Kanat Başvurusu*, B No: 2015/16838, 10.10.2019 paras 57–58; AYM, *Sincar Gökalg Başvurusu*, B No: 2017/24631, 03.06.2020 paras 24–25; AYM, *Abidin Meşe ve Diğerleri*, B No: 2019/11213, 29.06.2021 paras 27–30.

84 AYM, *Abdulkemim Şen ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2014/15441, 09.06.2020 paras 47–48.

85 Doğanoglu (n 18) 560.

86 AYM, *Faraç Öğredik Başvurusu (2)*, B No: 2014/20409, 02.02.2017 paras 13–14; AYM, *Ali Sevim ve Diğerleri Başvurusu*,

Ölü adına başvurular hakkında söylenmesi gereken son detay, başvuru esnasında mağdurun ölmüş olduğunun bilgisinin her ne surette olursa olsun Mahkeme'ye sunulması gerektiğidir. Başvurucunun başvuru öncesi öldüğünün tespitinde, avukatın sonradan sunduğu mirasçılardan davayı takip etme beyanları başvurunun reddedilmesini önleyememektedir.⁸⁷

BB. YANILTICI VEYA GERÇEĞE AYKIRI BEYANLAR

Bu başlık altında incelenebilecek bir diğer mesele de bireysel başvuru kapsamında sunulan bilgi ve beyanların yanıltıcı veya gerçeğe aykırı olmasıdır. Nihai kararın tebliğ edildiği tarih hakkında süre aşımı yaşamamak için farklı beyanda bulunulması⁸⁸ ya da gerçek olmadığı halde tebliğin yanlış adrese yapıldığının iddiası⁸⁹ başvuru hakkının kötüye kullanımını anlamına gelmektedir. Başka bir örnekte, karar düzeltme talebinin mâkul sürede sonuçlanmadığına ilişkin bir bireysel başvuruda, Mahkeme, başvuru yapılmadan 8 ay 10 gün önce bu talebin reddedildiğini tespit etmiştir. Dolayısıyla başvuru sahiplerinin gerçeğe aykırı beyanı başvuru hakkının kötüye kullanılması yasağının ihlali olarak görülmüş ve başvuru sahiplerine disiplin para cezası verilmesi suretiyle başvuru reddedilmiştir.⁹⁰ Bir başka bireysel başvuruda, taraflarca talep olmaksızın Yargıtay'ın karar düzeltme yoluna gittiğine ilişkin iddianın gerçeğe aykırı olduğu tespit edilmiştir. Bu iddiayı ileri süren başvuru hakkının kötüye kullanımını gerekçesiyle reddedilmiştir.⁹¹ Maddi vakalara ilişkin gerçeğe aykırı beyan taşıyan başvurularda, başvuru hakkının kötüye kullanıldığı gerekçesiyle başvurunun reddedildiği örneklerin sayısı arttırılabilir. Başvuruya konu olayda terör örgütü üyelerinin babasını öldürdüğünü ileri süren başvuru hakkının hayatta olduğu ve ölen kimse ile aynı ismi taşıdığı Mahkemece tespit edilmiş ve yasağa aykırı bulunmuştur.⁹² Benzer bir içeriğe sahip bir başvuruda babasının terör örgütü saldırısında yaralandığını iddia eden başvuru hakkının gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu elde edilen bulgularla ortaya konulmuştur.⁹³ Başka bir başvuruda Cezaevi Müdürlüğü tarafından, oda değişikliği esnasında eşyalarına el konulduğu ve geri verilmediği iddiasının gerçeğe örtüşmediği ve başvuru hakkının yanıltıcı beyanda bulunduğu saptanmıştır.⁹⁴ Mahkeme ya da savcılık kararı olmaksızın hukuka aykırı olarak evinde arama yapıldığını iddia eden başvuru hakkında hâlihazırda arama izni olduğu tespit edilmiştir.⁹⁵ Mahkeme bahsi geçen örneklerin tamamında başvuru hakkının kötüye kullanıldığına hükmetmiş ve başvuru sahiplerine disiplin para cezası vermek suretiyle başvuruyu reddetmiştir.

B No: 2015/3364, 17.07.2019 paras 28–30.

87 AYM, *Ali Sevim ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2015/3364, 17.07.2019 paras 35–37.

88 AYM, *Kemal Toraman ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2013/1761, 21.01.2015 para 29; AYM, *Salih Tatal Başvurusu*, B No: 2014/11644, 14.10.2015 paras 27–29.

89 AYM, *Erkan Karabacak Başvurusu*, B No: 2014/5757, 19.07.2017 paras 26–32.

90 AYM, *Koray Denizcilik ve Ticaret A.Ş. ve Mehmet Koray Araz Başvurusu*, B No: 2014/8778, 08.12.2016 paras 13–16.

91 AYM, *Mehmet Güven Ulusoy Başvurusu*, B No: 2013/1013, 02.07.2015 paras 33–35.

92 AYM, *Cuma Çiçi Başvurusu*, B No: 2014/277, 14.10.2015 paras 27–29.

93 AYM, *Mirze Bozma Başvurusu*, B No: 2013/5319, 13.04.2016 paras 31–33.

94 AYM, *Mehmet Reşit Arslan Başvurusu (2)*, B No: 2013/7902, 24.02.2016 paras 28–30.

95 AYM, *Mehmet Çağırıcı Başvurusu*, B No: 2013/3020, 23.03.2016 paras 53–56.

Peki davaya konu olan hemen her maddi olaya ilişkin herhangi bir yanlış beyanın ileri sürülmesi, başvuru hakkının kötüye kullanılması anlamına gelir mi? 2016 tarihli *I.S. ve diğçerleri başvurusunda* Mahkeme, yabancı uyruklu başvurucunun davaya konu olay hakkında gerçeğe aykırı bilgi sunduğunu tespit emiştir. Buna göre, başvuru Yabancılar Şube Müdürlüğünde tutulma nedeni, süresi ve tarihi hakkında gerçeğe aykırı beyanda bulunmuştur. Mahkeme bu konu özelinde daha önce uygulamadığı bir yaklaşım sergileyerek başvurucunun eksik ve yanıltıcı bilgi vermesi hakkında bir ayrıma gitmiştir. Mahkeme, başvurucunun yanıltıcı beyanını, başvuru neticesi ile doğrudan ilişkilendirmiş ve bu durumun hoş görülebilir bir “*insani hata veya hak arama çabasına bağlı bir zorlama*” olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.⁹⁶ Mahkeme’nin bu karardaki yaklaşımı, böylesine bir ayırma yapmaktan ziyade başvurucunun yabancı uyruklu olması ve kimi zaman bunun neden olabileceği hata ve yanlış anlamaların mâzur görülebileceği vurgusu da olabilir. Nitekim 2020 tarihli *Bilal Çetiner başvurusunda* Mahkeme Ceza İnfaz Kurumunda tutulan başvurucunun davaya konu olan nihai kararın tebliği hakkında yanıltıcı beyanı tespit ettiğinde böylesine bir ayrıma gitmemiştir.⁹⁷ Yine 2020 tarihli *Cenk Çelik başvurusunda*, davaya konu olan suçça dair ele geçirilen suç eşyasının miktarı ve değeri hakkında yanıltıcı bilgi sunan başvuru hakkında Mahkeme bahsi geçen ayırımı tekrar etmemiştir.⁹⁸ Böyle bir ayırımın gözetildiği varsayımı, başvurucunun yasağa aykırı sayılabilecek eylem veya ihmallerinin “*insani hata veya hak arama çabasına bağlı bir zorlamanın*” dışında tutulacağı anlamına gelmektedir. Böylelikle gerçeğe aykırı veya yanıltıcı bilgi, belge veya olay aktaran başvurucunun yasağa aykırılık teşkil edebilmesi için eylemin kasten yanıltma amacı taşıması beklenecektir. Her ne kadar *I.S. ve diğçerleri* kararında, Mahkeme’nin insani hatadan kaynaklı durumları yanıltıcı bilginin dışında tutması, yasağa aykırı davranışların yalnızca kasten işlenebilir olduğuna dair bir anlam yaratsa da Mahkeme bu yaklaşımını sonraki kararlarında yinelememiştir. Bahsettiğimiz yakın tarihli *Bilal Çetiner başvurusu ve Cenk Çelik başvurusunda* başvurucunun sunduğu maddi vaka ile örtüşmeyen bilgiyi, eylemin kastı hakkında ayırım gözetmeksizin, başvuru hakkının kötüye kullanımı saymış ve başvuruları reddetmiştir.

B. ESASLI UNSUR HAKKINDA BİLGİ

AYM’nin başvuru hakkının kötüye kullanımı olarak kabul ettiği bir diğçer durum ise “*Başvurunun değerlendirilmesi noktasında esaslı olan bir unsur hakkında bilgi verilmemesi*” olmuştur. Bu ifadede yer alan esaslı unsurun ne olduğuna Mahkeme tarafından bir saptama yapılmadığından çalışmamızda içtihat üzerinden bir belirleme yapılmaya çalışılmıştır.

AA. MÜKERRER TAZMİNAT DOĞURACAK BAŞVURULAR

Bireysel başvuru formunda yer alması gereken hususlar AYM İçtüzüğü 59 § 2 hükmünde sayılmıştır. Bununla beraber, davanın değerlendirilmesinde esaslı unsur sayılan ve yasak kapsamında kabul

96 AYM, *I.S. ve Diğçerleri Başvurusu*, B No: 2014/15824, 22.09.2016 paras 86–89.

97 AYM, *Bilal Çetiner Başvurusu*, B No: 2019/42199, 14.10.2020 paras 22–24.

98 AYM, *Cenk Çelik Başvurusu*, B No: 2018/13456, 21.10.2020 paras 29–31.

edilen hallerden ilki Mahkeme İÇtüzüğü 59 § 2 (1) hükmünde yer alan “Başvurucunun Mahkeme önünde devam eden bir başka başvurusu varsa numarası” bildirme yükümlülüğüdür. Hükme göre başvuru Mahkeme’de devam eden başka bir başvurusu varsa, bunu başvuru dilekçesinde belirtmelidir. Mahkeme, başvuruya konu aynı olay ile ihlal iddialarının daha önce de bireysel başvuruda ileri sürülmesinin, mükerrer tazminat doğurabileceğini belirtmiştir. Sayılan bu gerekçeler sebebiyle mükerrer tazminata yol açabilecek başvuruların bildirilmemesi halinde başvuru hakkının kötüye kullanılması nedeniyle başvuruyu reddetmiştir.⁹⁹ Aynı şekilde, yapılan bireysel başvuru öncesinde İHAM ya da AYM nezdinde aynı olay ve ihlal iddialarına ilişkin tazminata hükmedildiğini tespit eden AYM başvuruları reddetmiştir.¹⁰⁰ Elbette devam eden bireysel başvuruya ilişkin başvuru formundaki başvuru numarası kısmının boş bırakılması sonucunda başvurunun reddedilmesi ve başvuru sahiplerinin kimi zaman üst sınırdan disiplin para cezasına çarptırılması eleştiriye açıktır. Zira bu durum daha önce izah ettiğimiz “insani hata” kaynaklı olabileceği gibi doğrudan yanıtta kastı taşımayabilir. Başvuru hakkının kötüye kullanılmasında aranan *istismar edici, yanılıcı ya da benzeri nitelikte davranış* ile beklenen etkinin başvuru formunda yer alan ibarenin boş bırakılması ile sağlanmış olabileceği şüphelidir.

BB. TAZMİNAT KOMİSYONU KARARI

Esaslı unsur hakkında gündeme gelebilecek bir diğer durum ise bireysel başvuru öncesinde Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu¹⁰¹ tarafından verilmiş olan ihlal kararının ve tazminata hükmedilmesinin Mahkeme’ye bildirilmemesidir. Bilindiği gibi Tazminat Komisyonu, yargılamanın mâkul sürede olmadığına ya da mahkeme kararları icrasının geç, eksik olması veya hiç yerine getirilmemesine ilişkin başvuruları tazminat yolu ile çözüme kavuşturmak amacıyla taşımaktadır. Başvurucunun bireysel başvurusunda yer alan aynı olay ve ihlal iddiaları ile Tazminat Komisyonuna yaptığı müracaat sonucu tazminata hükmedilmesi ve bunun bireysel başvuru esnasında Mahkeme’ye bildirilmemesi başvuru hakkının kötüye kullanılması olarak kabul edilmiştir.¹⁰² Kimi zaman bireysel başvuru öncesinde yapılan Tazminat Komisyonu başvuruları anayasa yargılaması devam ederken neticelenmiş olabilmektedir. Böyle bir durumda da yapılan müracaat ve giderimin Mahkeme’ye bildirilmesi beklenmiş ve bu durum bireysel başvurunun değerlendirilmesinde esaslı unsur olarak kabul edilmiştir.¹⁰³ Öte yandan bireysel başvurudan önce Tazminat Komisyonu’na yapılan müracaatın sonucu ister başvurudan önce ister sonra sonuçlanmış olsun, başvuru sahiplerinin mâkul süreye ilişkin başvurusundan ferâgat etmesi de başvurunun reddedilmesine mâni olamamıştır.¹⁰⁴

99 AYM, *Ahmet Eroğlu ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2013/9418, 09.09.2015 paras 31–33; AYM, *Mehmet Denk ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2013/6264, 06.04.2016 paras 44–45; AYM, *Edaviye Türker ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2016/2625, 28.11.2019 paras 24–26.

100 AYM, *Cevdet Genç Başvurusu (2)*, B No: 2014/9043, 29.09.2016 paras 24–26; AYM, *Çenker Aslan ve Firdes Doğan Başvurusu*, B No: 2015/17803, 09.10.2019 paras 22–24; AYM, *Agit Sev ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2019/42367, 09.07.2020 paras 16–18.

101 Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu, 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun uyarınca kurulmuştur.

102 AYM, *Yıldırım Turğut Başvurusu*, B No: 2014/12199, 07.12.2016 paras 15–17.

103 AYM, *Halil Öztunç ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2014/8651, 22.06.2017 paras 31–34.

104 AYM, *Ali Sevim ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2015/3364, 17.07.2019 paras 41–42.

Mahkeme, mâkul süre ihlali iddiasından vazgeçmenin, zamanında Mahkeme'ye sunulmamış olan olgular üzerinde bir etkisinin olmayacağına kanaat getirmiştir.¹⁰⁵ Dolayısıyla, Tazminat Komisyonu müracaatının bildirilmesi ve giderim kararının verilmesi üzerine mâkul süre şikâyetinden vazgeçilmesi durumunda başvurunun reddedilmeyeceğini, başvuru hakkının kötüye kullanılmış olmayacağını varsayabiliriz.

Başvuru hakkının kötüye kullanılması hallerini başlıklar halinde ele almaya çalışsak da bu halleri birbirinden ayırmak her zaman kolay olmayabilmektedir. Bir örnek vermek gerekirse, atama işleminin haksız iptali sonucu oluşan maaş farkının yasal faiziyle beraber başvurucuya ödenmesine ilişkin nihai kararın konu olduğu bir başvuruya bakılabilir. Başvurucu hükmedilen meblağın kendisine geri ödenmediğini ileri sürmüştür. Fakat Mahkeme hükmedilen miktarın başvurucuya ödendiğini ve giderimin sağlandığını tespit etmiştir. Maaş farkının ödenmesi kararının icra edildiği bilgisi, bireysel başvurunun değerlendirmesinde esaslı unsur kabul edilmiş, bu nedenle de başvuru hakkının kötüye kullanıldığına karar verilmiştir.¹⁰⁶ Başvurucunun gerçeğe aykırı beyanı pek tabii “Mahkemeyi yanıltmak amacıyla kasten gerçek olmayan maddi vakıalara dayanılması veya bu nitelikte bilgi ve belge sunulması” anlamına gelebilmekte ve bir önceki başlığın konusu olabilmektedir. Bu sebeple söz konusu başlıklar arasında keskin bir ayrıma gidilmediği akılda tutulmalıdır.

Bireysel başvurunun incelenmesinde esaslı unsurun ne olabileceğine ilişkin bir değerlendirme yapmaya ve kararlar üzerinden belli durumları kategorize etmeye çalıştık. Sonuç olarak esaslı unsurun ne olduğu tespit ettiğimiz bazı örnekler dışında halen belirli bir çerçevede ortaya konulamadığı gibi bu unsurun başvurucular tarafından tahmin edilebilir olduğunu söylemek de mümkün değildir. Böylesine bir belirsizliğin, iç hukukta son yargı merci olan AYM'de korunmaya devam etmesi ve buna karşılık başvurucuların veya yasal temsilcilerin para cezasıyla karşılaşması kanaatimizce ağır bir sonuç doğurmaktadır. Üstelik başvurunun bütününe reddedilmesi ve ihlal iddialarının esastan değerlendirilmeye alınmaması da Mahkeme nezdinde böylesine bir belirsizliğe bağlanmıştır. Öte yandan Mahkeme'nin kendi içerisinde de bu durumun yarattığı olumsuz ve ağır sonuçlara karşı yükselen sesler yok değildir. 2021 tarihli *Dağistan Koçak (2) başvurusunda*, yasal kapsamında bugüne kadar verilen başvurunun reddi kararlarından ilkinde karşıoy dile getirilmiştir. İlgili kararda, başvurucu aynı konu ve ihlal iddiasına sahip önceki bireysel başvuru ve başvuru sonucunda elde ettiği giderim hakkında Mahkeme'yi bilgilendirmemiştir. Buna istinaden Mahkeme, başvurucunun esaslı bir unsuru sakladığı gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir.¹⁰⁷ Karşıoyda yer alan görüşe göre, başvuru hakkının kötüye kullanılmasına ilişkin İçtüzük hükmü, Mahkeme çoğunluğu tarafından amacına aykırı ve “aşırı katı” uygulanmaktadır. Mahkeme'nin rahatlıkla tespit edebileceği bir bulgu hakkında, ki başvurucunun daha önce de aynı konuda bireysel başvuruda bulunduğu kayıtlarda yer almaktadır, başvurunun kötüye kullanılması kararı verilmesi karşıoyda doğru bulunmamıştır. Karşıoyun devamında, Mahkeme'nin Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden kolaylıkla elde edebileceği bilgi ve belgelerin başvurucu tarafından sunulmamış olması kötü niyet olarak addedilmemiştir. Son olarak başvuru hakkının kötüye kullanılmasında aranan niteliğin Mahkeme'nin kendi imkânlarıyla erişim sağlayamayacağı bilgi ve belgeler

105 AYM, *Süleyman Yom Başvurusu*, B No: 2015/3429, 22.01.2019 paras 24–27.

106 AYM, *Yücel Aktay Başvurusu (2)*, B No: 2018/31550, 25.02.2021 paras 30–33.

107 AYM, *Dağistan Koçak Başvurusu (2)*, B No: 2018/5489, 25.02.2021 paras 23–25.

hakkında gerçeğe aykırı yanıltıcı bilgilendirme olduğu belirtilmiştir.¹⁰⁸ Karşıoyda yer alan eleştiri, başvuru hakkının kötüye kullanılmasında esaslı unsurun belirlenebilir kılınabilmesi adına son derece önemlidir. Zira Mahkeme başvuru hakkının eksik veya yanlış bilgilendirme yapmasında kötü niyet ve istismar edici niteliği her defasında şüphe götürmez bir şekilde tespit etmemektedir. Bu durumun sonucunda ise hükümdede yer alan *açıkça* kavramının beklenen etkisini yok sayılmaktadır.

C. BAŞVURU SONRASINDAKİ GELİŞMELER

AYM'nin başvuru hakkının kötüye kullanılmasına ilişkin yaptığı tespitlerden biri de “*Başvurunun değerlendirilmesi sürecinde vuku bulan ve söz konusu değerlendirmeyi etkileyecek nitelikte yeni ve önemli gelişmeler hakkında Mahkemenin bilgilendirilmemesi suretiyle başvuru hakkında doğru bir kanaat oluşturulmasının engellenmesi*” olmuştur. Bu kez Mahkeme bireysel başvuru sonrasında ortaya çıkan gelişmelerin yargılama seyrini etkileyebilecek nitelikte olması halinde başvuru tarafından bildirilmesi gerektiğinin altını çizmiştir. İçtüzük 59 § 5 hükmünde ise bu yükümlülük düzenlenmektedir. İlgili hükme göre; “*Başvuru formunda belirtilen bilgilerde ve başvuruyla ilgili koşullarda herhangi bir değişiklik olduğunda bunun Mahkemeye bildirilmesi zorunludur.*”

Mahkeme'nin bu konu özelinde verdiği ilk kararlardan olan S.Ö. ve Ramazan Ay kararlarında da başvuru bireysel başvuru öncesinde yapmış olduğu Tazminat Komisyonu başvurusunu, başvuru aşamasında bildirmediği gibi yargılama devam ederken Komisyon kararını da bildirmemiştir. Mahkeme İçtüzük madde 59/5 hükmünde yer alan yükümlülüğün ihlal edilmesi gerekçesiyle başvurucuya disiplin para cezası vermiş ve başvuruyu reddetmiştir.¹⁰⁹ Aynı şekilde başvuru hakkının anayasa yargılaması devam ederken aynı olay ve iddia üzerinden İHAM tarafından ihlal kararı verilmesi ve tazminata hükmedilmesinin Mahkeme'ye bildirilmemesi de başvuru hakkının kötüye kullanılması olarak kabul edilmiştir.¹¹⁰

AA. BAŞVURU KONUSU HAKKINDA GELİŞMELER

Başvuru sonrasında bildirilmesi gerekli görülen gelişmelere, başvuruya konu davanın yeniden derdest olmasını ya da davanın nihai karara bağlanmasını veyahut başvuru konusu hakkında bir gelişme yaşanmasını örnek verebiliriz. İçtüzükte ve içtihadta yer alan bildirilmesi zorunlu ve başvuru ile ilgili önemli ve yeni gelişmelerin neler olabileceğine ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Bu nedenle Mahkeme kararlarının incelenmesi konunun anlaşılabilir kılınması için yerinde olacaktır.

Başvurunun konusu olan borcun başvuru sonrasında başvuru hakkına ödenmesi bilgisinin Mahkeme'ye bildirilmemesi, Mahkeme'nin değerlendirmesi üzerinde etki yaratacağından yasağa aykırı bulunmuştur.¹¹¹ Yargıtay'ın bireysel başvuruya konu kararı bozarak idari para cezasının kaldırılmasına

108 İdib, Üye Recai Akyel ve Üye Selahattin Menteş'in sunmuş olduğu karşıoy.

109 AYM, S.Ö. Başvurusu, B No: 2013/7087, 18.09.2014; AYM, Ramazan Ay ve Diğerleri Başvurusu, B No: 2013/7784, 10.03.2015 para 32.

110 AYM, Necat Öztekin Başvurusu, B No: 2014/510, 09.06.2016 para 26.

111 AYM, Dursun Açıkbaş ve Diğerleri Başvurusu, B No: 2017/35837, 07.09.2021 paras18–21.

hükmetmesi¹¹², beraat kararı vermesi¹¹³, başvuru hakkında verilmiş olan mahkûmiyet kararını kaldırması¹¹⁴; başvuruya konu kararın, Başsavcılığın karar düzeltme başvurusu üzerine Yargıtay tarafından bozulması¹¹⁵; aynı şekilde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı ile mahkûmiyet kararının yeniden incelenmeye alınması bu nedenle başvuruya konu davanın derdest olması¹¹⁶; bireysel başvuru sonrasında başvuru sahiplerinin Maliye Bakanlığına yaptığı başvurunun reddedilmesi ve bu karara ilişkin başvuru sahiplerinin idare mahkemesinde açtığı davanın halen görülüyor olması¹¹⁷; başvuru sahibinin mağdurluk statüsünü ortadan kaldıracak nitelikte, davaya konu aracın trafik tescil kaydının silinmesi ve motorlu taşıtlar vergilerinin terkin edilmesi¹¹⁸; şikayet konusu olan kamulaştırmaz el atmaya dayalı hükmedilen tazminatın başvurudan sonra ödenmesi¹¹⁹ AYM tarafından başvuru için önemli gelişmeler olarak kabul edilmiştir. Bunların yanında başvuru sahibinin yeniden yargılama talebinin reddine ilişkin itirazının reddedilmesi kararı, kanun yararına bozularak başvuruya konu davanın yeniden görülmeye başlanmasına ilişkin gelişmenin de Mahkeme'ye bildirilmesi beklenmiştir.¹²⁰ Sayılan bu örneklerin tamamında Mahkeme bireysel başvuru sonrasında ortaya çıkan bu gelişmelerin yargılama sürecinde bildirilmemesini başvuru hakkının kötüye kullanılması olarak kabul etmiştir. Bu nedenle de yapılan başvuruları reddetmiş ve miktarları farklılık göstermekle beraber başvuru sahipleri için disiplin para cezasına hükmetmiştir.

BB. CMK M.141 TAZMİNAT YOLUNUN TÜKETİLMESİ

Mahkeme'nin bu başlık altında başvuru hakkının kötüye kullanılması olarak gördüğü bir diğer durum da bireysel başvuru sonrası, aynı olay hakkında başvuru sahibinin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesi kapsamında düzenlenen tazminat yoluna başvurmasıdır. Şöyle ki, CMK madde 141, Anayasa'da koruma altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkından bağımsız düşünülemez. Anayasa madde 19/9 hükmünde açıkça kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına aykırı işleme tâbi tutulan kimselerin uğradığı zararı devletten tazmin edebileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında sunduğu güvencenin CMK madde 141 ile ete kemiğe büründüğünü söyleyebiliriz. Söz konusu hukuk yolunun bireysel başvuru için önemli tarafı ise etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilmesidir. Her ne kadar bu kabule ilişkin AYM içtihadı zaman içerisinde değişiklik göstermiş olsa da son tahlilde Mahkeme, söz konusu tazmin istemini, tüketilmesi gereken bir hukuk yolu

112 AYM, *Şirzat Karayel Başvurusu*, B No: 2014/1312, 08.06.2017 paras 22–23; AYM, *Mehmet Kandemir Başvurusu*, B No: 2016/1050, 08.02.2018 para 19.

113 AYM, *Ç.İ. Başvurusu*, B No: 2015/1736, 07.02.2018 para 22.

114 AYM, *Abdüselam Sultan ve Hakan Soytemiz Başvurusu*, B No: 2015/1781, 21.03.2018 paras 21–23.

115 AYM, *Arslan İlhan ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2014/6357, 04.07.2018 paras 27–28.

116 AYM, *Aydın Çetinkaya Başvurusu*, B No: 2015/547, 18.04.2018 paras 18–19; AYM, *Mahmut Ceylan Başvurusu*, B No: 2015/1440, 28.06.2018 paras 18–19.

117 AYM, *Yılmaz Ekinci Başvurusu*, B No: 2018/16428, 28.01.2021 paras 36–37; AYM, *Zülfükar Güzel Başvurusu*, B No: 2017/39625, 29.06.2021 paras 27–29.

118 AYM, *Beşir Konu Başvurusu*, B No: 2018/15128, 13.04.2021 paras 23–27.

119 AYM, *Ayşe Akın ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2018/36083, 17.11.21 paras 18-21.

120 AYM, *Selman Kaplan ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2013/7302, 20.04.2016 paras 51–52.

olarak görmüştür.¹²¹ Bu doğrultuda bireysel başvuruda bulunmuş olan bir kimsenin konu dâhilinde iç hukuk yollarından biri olan bu müesseseyi de tüketmiş olması gerekmektedir. Mahkeme bireysel başvuru sonrasında CMK madde 141 kapsamında tazminat davası açan başvuruçunun bu gelişmeyi Mahkeme'ye sunmasını beklemektedir. İhtüzük madde 59/5'te yer alan yükümlülüğe aykırı olarak, bireysel başvuru sonrasında açılan tazminat davasının Mahkeme'ye bildirilmemesi başvuru hakkının kötüye kullanılması olarak kabul edilmiştir. Mahkeme söz konusu tespitte bulunduğu başvuruları reddetmiş ve miktarı farklılık göstermekle beraber başvuruçulara disiplin para cezası vermiştir.¹²²

Yasak kapsamında görülen kararlarda bireysel başvurunun değerlendirilmesini etkileyecek önemli ve yeni gelişmelerin bildirilmemesi halinde, Mahkeme'nin söz konusu gelişmelerin neden değerlendirmeyi etkileyebileceğini açıklaması sık rastlanan bir yaklaşım olmamıştır. Bunun yanında Mahkeme CMK madde 141 tazminat yoluna başvurunun bildirilmemesine ilişkin verdiği başvuru hakkının kötüye kullanılması kararlarında, bu eksik bilgilendirmenin niçin bireysel başvurunun değerlendirmesini etkileyecek nitelikte olduğunu açıklamıştır. Şöyle ki başvuruçunun açmış olduğu tazminat davası neticesinde ihlalin gerçekleşmiş olduğuna ve tazminata hükmedildiği varsayımında, başvuruçunun bu tutukluluk ile alakalı ileri sürdüğü hak ihlali iddiaları ve sonuçları da ortadan kalkacaktır. Bu durumda da başvuruçunun hak ihlali iddiasına ilişkin giderimi sağlandığından başvurunun düşmesine hükmedilecektir. Diğer bir ihtimal olan açılan tazminat davasının başvuruçuyu aleyhine sonuçlanması halinde iç hukuk yolları tüketildiğinden ihlal iddiası hakkında esas incelemeye geçilebilecektir. Son olarak açılan tazminat davasının derdest olması ihtimalinde ise başvuru yolları tüketilmemiş sayılacağından başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verilmesi gerekebilecektir. Anlaşılacağı üzere açılan tazminat davasının seyrine ilişkin farklı olasılıklarda Mahkeme'nin başvuru hakkında vereceği karar ve takip edeceği usul yolu değişeceğinden, başvuruçunun tazminat davasını açtığına dair bilgiyi her halükârda Mahkeme'ye bildirmesi gerekli görülmüştür. Öyle ki tazminat davasının bildirilmesi yükümlülüğü için kesinleşmiş bir hükme sahip olması bile şart değildir.¹²³

Son olarak verebileceğimiz bir örnek de bireysel başvuruya konu tutuklamaya ilişkin dava derdest iken başvuruçunun tutukluluğu hakkında tazminat davası açması ve bunu Mahkeme'ye bildirmemesidir. İlgili başvuruda, başvuruçunun tazminat yolu başvurusu, 12.Yargıtay Ceza Dairesi içtihadında asıl davayı etkileyecek nitelikte kabul edildiğinden, tazminat yolunun reddedilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenle de hâlihazırda reddedilecek olan bir tazminat davası yolunun başarı şansının düşük olduğu ifade edilmiştir. Zira, AYM bireysel başvuru için olağan kanun yollarının tüketilmesinde, başvuru yolunun mâkul bir başarı şansı taşımasını beklemekte ve başvuruçuları “*başarılı olamayacakları belli olan bir duvara*” yönlendirmeyi kabul etmemektedir.¹²⁴

121 Ayrıntılı açıklama için ayrıca bkz Abdulkadir Sultanoğlu, 'Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usulünde Cmk Md. 141'deki Hukuk Yolunun Etkililiği Sorunu', (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2020) 91-104.

122 AYM, *Bayram Türk Başvurusu*, B No: 2014/15613, 18.04.2018 paras 29-31; AYM, *Engin Çırakoğlu Başvurusu*, B No: 2014/8520, 10.10.2018 paras 27-29; AYM, *Mehmet Şirin Ekol Başvurusu*, B No: 2016/853, 04.04.2019 paras 30-32.

123 AYM, *Celal Uygur Başvurusu*, B No: 2016/12442, 12.11.2019 paras 25-27; AYM, *Yılmaz Benzer Başvurusu*, B No: 2017/40336, 28.11.2019 paras 30-32; AYM, *Mustafa Özçelik Başvurusu*, B No: 2017/3927, 10.12.2019 paras 31-33; AYM, *H.Y. Başvurusu*, 2017/7439, B No: 11.12.2019 paras 32-34; AYM, *Kadir Volkan Yavuzcan Başvurusu*, B No: 2016/60438, 03.06.2020 paras 33-35; AYM, *Hüseyin Tolga Çoskuner Başvurusu*, B No: 2017/35511, 09.09.2020 paras 41-43.

124 Tolga Şirin, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı* (1. Bası, On İki Levha 2015) 115.

Bu nedenle de başvuru yapanın zaten reddedileceği öngörülen bir tazminat davası açması sonucunda iç hukuk yollarının tüketilmediği bu nedenle de kabul edilemezlik kararı verilmesi varsayımı aşırı katı bulunmuştur. Bu yorumdan hareketle Mahkeme başvuru yapanın mâkul bir şansı olmayan tazminat davası yoluna başvurusunu, hâlihazırda bireysel başvuruyu etkileyebilecek niteliğe sahip bulunmamıştır. Sonuç olarak başvuru yapanın bu bilgiyi Mahkeme'ye sunmaması, başvuru hakkının kötüye kullanılması olarak saptanmamıştır.¹²⁵

Mahkeme etkili bir başvuru yolu kabul ettiği tazminat davasının kesinleşmemiş olmasına rağmen bildirilmesi gerektiğini bu konu özelinde verdiği kararlarda tekrar etmiştir. Fakat bir önceki paragrafta bahsi geçen 2021 tarihli *Özlem Dalkıran* başvurusunda, söz konusu tazminat yolunun başvuru için başarı şansının yüksek olup olmadığını değerlendirmiştir. Başvuru yapanın tutukluluğu hakkında henüz nihai karar olmadığından, tazminat davasının reddedileceği varsayımı ile hareket etmiş ve etkili olmayan bir hukuk yolu için kabul edilemezlik kararı verilemeyeceğinin altını çizmiştir. Mahkeme bu kararıyla beraber tazminat davası açan başvuru yapanlar arasında bir ayrıma gitmiş ve tazminat yolunun hangi şartlarda etkili olup olmayacağını incelemiştir. Yapılan bu ayırım ve değerlendirme Mahkeme'nin önceki içtihadından farklılık taşımaktadır. Bununla beraber, Mahkeme'nin başvuru sonrasındaki gelişmelerin bireysel başvuru incelemesine etkisini değerlendirmesi sık karşılaşılan bir yaklaşım değildir.

D. BAŞVURU ÜSLUBU

Bireysel başvuruda başvuru yapanın ya da yasal temsilcisinin kullanmış olduğu üslup kimi zaman başvuru hakkının kötüye kullanılması kararına gerekçe olabilmektedir. “*Medeni ve meşru eleştiri sınırları saklı kalmak kaydıyla bireysel başvuru amacıyla bağdaşmayacak surette hakaret, tehdit veya tahrik edici bir üslup kullanılması*”¹²⁶ Mahkeme tarafından başvuru hakkının kötüye kullanılması olarak kabul edilmiştir.

İçtüzük madde 83'te yer alan “...benzeri nitelikteki davranışlarıyla...” ifadesinden, başvuru hakkının kötüye kullanılması hallerinin sınırlı sayıda olmadığı anlaşılabilir. Buna göre, başvuru yapanın hak arama ve kendini ifade etmenin ötesinde meşru ve medeni sınırların dışına çıkarak kışkırtıcı bir üslup kullanması hukuken korunan bir değer olarak görülmemiştir. Elbette sert bir dile sahip olan ya da hiciv içeren veya tartışmacı her ifade kötüye kullanma olarak addedilmemektedir. Mahkeme'nin bu konuda kullandığı sınır başvuru yapanın medeni ve meşru eleştiri sınırını aşmasıdır. Bu doğrultuda Mahkeme veya ihlalde bulunduğu iddia edilen kamu otoritesi bünyesindeki makam ve bireylere karşı hakaret edici, tehditkâr veya kışkırtıcı bir dil kullanması bu kapsama girebilmektedir.

125 Ayrıntılı açıklama için bkz AYM, *Özlem Dalkıran Başvurusu*, B No: 2017/35203, 21.01.2021. Karşıyolda yer alan görüşe göre, CMK m.141/1-e hükümde tutuklamaya ilişkin davanın beraat veya takipsizlik ile sonuçlanması gerektiği belirtilmiştir. Zira başvuru hakkında beraat ya da takipsizlik kararının verilmesi bu kapsamda tazminat alması için yeterlidir. Dolayısıyla tutukluluğun hukuki olup olmadığına ilişkin CMK m.141/1-e bendi etkili bir yol değildir. Fakat CMK m.141/1-a bendi tahliye olan başvuru için beraat veya takipsizlik kararı şartı aranmadığından etkili bir hukuk yoludur. Bu nedenle de başvuru yapanın bu yolu tüketmiş olması gerekirdi ki başvuru zaten tazminat davası açmıştır. Netice itibarıyla başvuru, başvuru yollarını tüketmemiştir, başvurusu kabul edilemez niteliktedir.

126 AYM, S.Ö. *Başvurusu*, B No: 2013/7087, 18.09.2014 para 28.

Mahkeme'nin başvuru hukukuna ilişkin başvuru hakkının kötüye kullanıldığına kanaat getirdiği tek kararı 2016 tarihli *Osman Sandıkçı* başvurusu olmuştur. Söz konusu kararda başvuru farklı tarihlerde olmak üzere Mahkeme'ye üç farklı dilekçe sunmuştur. Mahkeme, başvuru hukukunun birinci başvuru dilekçesinde soruşturma, kovuşturma ve temyiz aşamalarında görev alan yargı ve emniyet mensuplarına yönelik aşağılayıcı ve tahkir edici ifadeler kullandığını not düşmüştür. Söz konusu aşağılayıcı ve tahkir edici ifadelerin birinci başvuru dilekçesinin hangi sayfalarında yer aldığı belirtilse de ifadelerin kendisine kararda yer verilmemiştir. Sonrasında, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Bürosu başvurucudan AYM Yasası'na ve İçtüzüğe uygun yeni bir dilekçe hazırlamasını istemiştir. Başvuru hukuku bu isteğe binaen hazırladığı ikinci başvuru dilekçesinde üslubunu sürdürmüş ve doğrudan Bireysel Başvuru Bürosu Raportörüne yönelik “*dilekçenin yazılış gayesini aşan, yakışsız ve saldırgan ifadeler*” kullanmıştır. Söz konusu ifadeler şu şekildedir; “*uydurulan bahaneler*”, belirterek “*... ben elimde olan tüm belgeleri fotokopi-or[i]jinal demeden size gönderiyorum. Gerisi sizin sütünüzün kalitesine kalmış*”. Başvuru hukuku bilgi edinme amacı taşıyan üçüncü dilekçesinde başvuru hukukunun “*birinci sınıf*”, kendisinin “*üçüncü veya beşinci sınıf vatandaş*” olarak görüldüğünü belirtmiştir. Mahkeme başvuru hukukunun saldırgan üslubunda ısrarcı olmasına dikkat çekmiş ve kullanılan ihtilafli ifadelerin Anayasa Mahkemesi başta olmak üzere doğrudan kamu otoritelerini hedef alan saldırgan ve rahatsız edici olduğuna kanaat getirmiştir. Bireysel başvuruda bulunan kimsenin kendisini daha iyi ifade etme çabası göz önünde bulundurularak başvuru hukukunun üslubu bu çabanın ötesinde, medeni ve meşru eleştiri sınırının dışında bulunmuştur. Dolayısıyla yapılan başvuru, başvuru hakkının kötüye kullanılması gerekçesiyle reddedilmiş ve başvuru hukukuna 2.000 TL disiplin para cezası verilmiştir.¹²⁷

Başvuru hukukunun aşağılayıcı ve tahkir edici ifadelerle birinci başvuru dilekçesinde yer vermesine rağmen Mahkeme'nin başvuru hakkının kötüye kullanılması kararı vermemesi ve başvuru hukukunun Bireysel Başvuru Bürosu tarafından uyarılması dikkat çekicidir. Zira başvuru hukukunun yargı ve emniyet mensuplarına yönelik aşağılayıcı ve tahkir edici ifadeler taşıyan birinci başvuru dilekçesi doğrudan reddedilmemiştir. Mahkeme'nin bu yaklaşımı, başvuruda yer alan saldırgan ve rahatsız edici ifadelerin ön inceleme aşamasında resmi bir uyarı mekanizması ile düzeltilmeye teşvik edilmesi yönündedir. *Osman Sandıkçı başvurusu*, başvuru hukukunun yasağa aykırılık teşkil etmesi konusunda Mahkeme'nin verdiği ilk ve tek karar olduğundan bu yaklaşımın sonraki başvurularda da takip edilip edilmeyeceğine ilişkin bir varsayımda bulunmak doğru olmayacaktır.

Bu meselenin bir diğer yüzü de mahkemeye sunulan dava dilekçesindeki ifadeler hakkında dava tarafına ya da yasal temsilcisine yönelik adli ya da idari para cezasına hükmedilmesinin ifade özgürlüğüne müdahale teşkil edebileceğidir. Bu konuda İHAM, mahkemeye sunulan beyanı ifade olarak kabul etmiş ve bu beyana ilişkin verilecek para cezalarının da ifade özgürlüğüne bir müdahale olduğunu pek çok kararında belirtmiştir.¹²⁸ AYM de mahkemeye sunulan beyanı ifade saymakla beraber özellikle avukat beyanlarının adil yargılanma hakkı açısından kilit önem taşıması nedeniyle yapılan müdahalenin çok istisnai olabileceğini belirtmiştir.¹²⁹ Buna ilaveten yalnızca para cezası

127 AYM, *Osman Sandıkçı Başvurusu*, B No: 2013/6297, 10.03.2016 paras 37–46.

128 İHAM, *Saday v. Turkey*, App No: 32458/96, 30.03.2006; İHAM, *Ayhan Erdoğan v. Turkey*, App No: 396/56, 13.01.2009 para 21; İHAM, *Ümit Bilgiç v. Turkey*, App No: 22398/05, 03.09.2013.

129 AYM, *Kenan Gül başvurusu*, B No: 2015/17892, 19.02.19 para 51.

değil, başvurunun reddedilmesi de ifade özgürlüğüne bir müdahale sayılabilecektir. Dolayısıyla AYM'nin bireysel başvuruda kullanılan üslubun yasak kapsamına girip girmediğini incelerken ihtilafli ifadelerin ifade özgürlüğünün koruyucu kapsamında olup olmadığını da değerlendirmesi gerekmektedir. Bu nedenle ihtilafli ifadelerin açıkça başvuruda ele alınması ve niçin ifade özgürlüğünün kapması dışında kaldığının cevaplanması gerekmektedir.

E. İÇERİKSİZ BAŞVURU VE DİĞER VARSAYIMLAR

AYM kapsamında başvuru hakkının kötüye kullanılması hallerinin sonuncusu, “Söz konusu başvuru yolu kapsamında ihlalin tespiti ile ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına ilişkin amaçla bağdaşmayacak surette içeriksiz bir başvuruda bulunulmasıdır”. Her ne kadar Mahkeme'nin belirttiği başlıklardan biri bahsi geçen niteliğe sahip içeriksiz başvurular olsa da Mahkeme'nin bu tespiti yaptığı bir başvuru olmamıştır. Bu nedenle hangi tür başvuruların ihlalin ortaya konması ve ihlal sonuçlarının giderimine aykırı nitelikte içeriksiz bir başvuru sayılacağı açık değildir.

Bu aşamada başvuru hakkının kötüye kullanılması hallerinin Mahkeme tarafından sınırlı sayıda görülmediğini¹³⁰ yeniden hatırlatalım. Bundan hareketle, incelediğimiz başlıklar dışında bazı varsayımsal hallerin de başvuru hakkının kötüye kullanılması yasağını ihlal edebileceğini söyleyebiliriz. AYM içtihadında yer alan diğer varsayımlar kapsamında sayabileceğimiz haller ise başvurunun bir başkasına zarar verme amacı taşıması, başvuruda hukuka aykırı delillerin sunulması ve Mahkeme müzekeresine eksik ve özensiz cevap verilmesidir.

Saydığımız bu son varsayımlar için örnek vermemiz gerekirse 2018 tarihli *Pirfani Şahin başvurusu* ele alınabilir. İlgili kararda, başvuru hakaret davası sonucunda verilen para cezasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiası ile Mahkeme'ye başvurmuştur. Mahkeme ise başvuru davranışlarının bir başkasına zarar vermeye yönelik saldırı niteliğinde olduğunu, “...bireysel başvuru yolunun taraflar arasındaki hesaplaşmanın bir aracı hâline dönüştürülmeye çalışıldığını...” belirtilerek yapılan başvuruyu istismar niteliğinde görmüştür.¹³¹ Mahkeme'nin ifade özgürlüğü ihlali iddiası taşıyan bir başvuruda, başvuru hukuka aykırı delil sunması ve taraflar arasındaki husumetin boyutu ile bireysel başvuru arasında kuvvetli ilişki olduğunu tespit etmesi ve buna istinaden başvuruyu reddetmesi elbette eleştiriye açıktır. Zira başvuru reddedilen başvuru tahmin edileceği üzere ifade özgürlüğü hakkı ihlal iddiası Mahkeme tarafından değerlendirilememiştir. Yapılan başvuruya konu olan hakaret davası ve sonucunda verilen para cezasının ifade özgürlüğüne bir müdahale olduğu açıktır. Üstelik bu müdahalenin hukuka aykırı olması durumunda AYM'nin ihmal suretiyle ifade özgürlüğü hakkı ihlalinde bulunduğu gündeme gelebilecektir.

Diğer varsayımlar için söyleyebileceğimiz son durum ise başvuru Mahkeme müzekeresine özenli cevap vermemesi olacaktır. Mahkeme müzekeresinin özenli bir şekilde yanıtlanmaması kural olarak yasak kapsamında görülmemektedir. Buna rağmen Mahkeme, yakın tarihli bir kararında

130 AYM, *Osman Sandıkçı Başvurusu*, B No: 2013/6297, 10.03.2016 para 36.

131 AYM, *Pirfani Şahin Başvurusu*, B No: 2014/5755, 14.11.2018 para 44–47.

başvurucunun gerekli araştırmayı yapmaksızın müzekkereyi eksik yanıtlamasını yasağa aykırı bulmuş ve başvuru şirkete disiplin para cezası vermiştir.¹³²

Başvuru hakkının kötüye kullanılması yasağı kapsamının belirlenmesi adına incelediğimiz Mahkeme kararlarından anlaşılmaktadır ki yasağa aykırılık teşkil eden haller sınırlı sayıda olmamakla beraber var olan hallerin içeriğinin nasıl doldurulacağı her seferinde öngörülebilir değildir. Bilhassa verdiğimiz son karar örneklerinde de görüldüğü gibi Mahkeme'nin kural olarak yasağa aykırı olmayan halleri de yasak kapsamına alması ve kapsamın bu şekilde genişletilmesi temel hak ihlalinin incelenmesine mâni olabilmektedir. İlk derece ve temyiz aşamalarında dahi dava taraflarının kötüniyetli başvuruları para cezası ile sonuçlanıyor ve yargılamaya devam ediliyorken Anayasa Mahkemesi nezdinde yasağa aykırılığın başvurunun reddi ile sonuçlanması son derece ağır bir sonuç doğurmaktadır. Yasağın kapsamının her halde başvuru için öngörülebilir olmaması, üstelik kimi zaman bu kapsamın Mahkeme tarafından genişletilebilmesi ve bireyin bu kapsamda görülen başvurusunun ihlal iddiası incelenmeden reddedilmesinin başvuru için ikinci bir yaptırım niteliği taşıması bu meselenin temel sakıncaları arasındadır. Öte yandan kimi hukukçular tarafından Mahkeme iş yükünün söz konusu yasak ile hafifletildiği ileri sürülse de Mahkeme'nin yasağa aykırı bulduğu karar sayısının görece azlığı varsayılan bu amaç ile örtüşmemektedir. Dolayısıyla iş yükünün hafifletilmesi gayesi, bu mekanizmanın olumsuz sonuçlarının temel hak ve özgürlükler üzerinde yarattığı sakıncaların yanında önemli bir işlev olarak görülmemelidir. Bireysel başvuru yolundaki bu sakıncaların, AYM Yasası'na ve İçtüzüğüne yasak kapsamındaki hallerin açıkça yer aldığı bir hükmün eklenmesi ile giderilmesi mümkündür. Yasağa aykırı hallerin şeffaflık ile ortaya konması bireysel başvuruda bulunacak olan başvuru sahiplerinin kendi başvurularını bu kriterler sayesinde kontrol edebilmelerini sağlamış olacaktır.¹³³ Bununla beraber yasağa aykırılık halinde AYM'nin ilk karar örneklerinde olduğu üzere başvuruyu doğrudan reddetmediği ve ihlal iddiasını incelemeye devam ettiği yaklaşımı yeniden takip edilebilir.

4. DİSİPLİN PARA CEZASI

Bireysel başvuru mekanizmasının Anayasa'da düzenlenmesinden önce yapılan tartışmalarda "kötüye kullanım tazminatı" gündeme gelmiştir. Bu tartışmalarda Federal Alman ve İspanyol sisteminde yer alan uygulamalar örnek gösterilerek bireysel başvurunun tanınması durumunda, Türk hukuk sisteminde de benzer bir uygulamaya ihtiyaç duyulacağı belirtilmiştir. Böylelikle hak arama özgürlüğüne ilişkin endişe saklı kalmakla beraber suiistimal edici, netice elde edilemeyeceği açık olan bireysel başvurular için para cezasının ihtiyaca binaen düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür.¹³⁴ Nitekim bireysel başvurunun kabulü ile beraber başvuru hakkının kötüye kullanılmasına ilişkin disiplin para cezası da AYM Yasası'nda ve İçtüzüğünde hüküm altına alınmıştır.

132 AYM, *Başkent Gazino İşletmeciliği Turizm Gıda Tic. Ltd. Şti. Başvurusu*, B No: 2017/4991, 21.07.2020 para 24–26.

133 Açıkça dayanaktan yoksunluk kriteri hakkında benzer bir önerinin sunulduğu çalışma için bkz. Keller, Fischer ve Kühne (n 29) 1047.

134 Kılınç (n 9) 52–53.

Yasağa aykırılık halinde uygulanacak olan disiplin para cezası başvuru adli sicil kaydına işlenmemektedir. Öte yandan Mahkeme sisteminde de buna benzer bir kayıt uygulaması bulunmamaktadır. Ayrıca disiplin para cezasına hükmedilmesi, başvuru hakkının kötüye kullanım oluşturmayan diğer başvuruları üzerinde de olumsuz bir etkiye sahip değildir.¹³⁵

Tüm bu özelliklerinin yanında disiplin para cezası, yapılan başvuruları yaptırım tehdidi ile karşı karşıya bıraktığından, kimi yazarlarca başvuru hakkının mahkemeye erişim hakkını ihlal eden bir müdahale olarak görülmüş¹³⁶ ve cezanın kısmen yüksek olmayan bir üst sınıra sahip olması bu açıdan olumlu karşılanmıştır.¹³⁷ Diğer taraftan para cezasının, Mahkeme'ye yapılacak olan "gereksiz" başvurular üzerinde caydırıcı bir etkisi olacağı da öğretilen yer alan başka bir görüş olmuştur.¹³⁸ Bu yol ile Mahkeme'nin sahip olduğu iş yükünün bireysel başvuru müessesesinden beklenen kamusal faydanın önüne geçmesinin önlenmesi amacı taşıdığı ileri sürülmektedir.¹³⁹ Yine de Mahkeme'nin bu konu özelinde inceleme dışında tuttuğu karar sayısı dikkate alındığında söz konusu yasağın Mahkeme'nin iş yükünün hafifletilmesine etkili bir katkı sunduğu söylenemez.

A. DİSİPLİN PARA CEZASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

AYM Yasası madde 51'de düzenlendiği üzere başvuru hakkını kötüye kullandığı tespit edilen başvurucuya disiplin para cezasının verilebileceğini, bunun hâkimin takdir yetkisi dâhilinde olduğunu söylemiştik. Benzer şekilde AYM Yasası'nın 60 § 5 hükmünde yer aldığı şekliyle, Anayasa Mahkemesi başkan ve üyeleri hakkında kötüniyetle ret talebinde bulunan kişiler için de disiplin para cezası öngörülmüştür. Maddenin devamında, verilen disiplin para cezasının bireysel başvuru hakkının veya ret talebinin kötüye kullanıldığı durumlarda verilebileceği, "*verildiği anda kesin olan ve derhâl infazı geren*" bir yaptırım olduğu belirtilmiştir. Öte yandan verilen disiplin para cezasının tahsilinin 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine tabi olduğu da madde metninde ifade edilmiştir.

AYM Yasası'ndaki düzenlemeye benzer şekilde, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 329. maddesine göre kötüniyetle veya haksız dava açan taraf için beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezası öngörülmektedir. Yine HMK madde 446'da Kanun kapsamında verilen disiplin para cezalarının, yargılamanın seyrini koruma amacıyla düzenlendiği hüküm altına alınmıştır.¹⁴⁰

Disiplin para cezasına ilişkin bahsettiğimiz kanuni düzenlemelerde bu yaptırımın hukuki niteliğine ilişkin bir vurgu yapılmadığı görülmektedir. Öte yandan öğretilen disiplin para cezasının hukuki

135 Ulaş Karan, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Rehberi* (1. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2015) 236.

136 Özbey (n 10) 382.

137 Handemir (n 42) 376.

138 Çoban (n 5) 212.

139 Ekinci (n 14) 158.

140 Söz konusu hükmün devamında ise disiplin para cezalarının kesin ve derhal yerine getirilmesi gerektiği, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edileceği de yer almaktadır. Dolayısıyla bu yaptırım, AYM Yasası'nda bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması veya kötüniyetli ret talebi hakkında öngörülen disiplin para cezası ile aynı hukuki mâhiyete sahiptir.

niteliğine dair bir görüş birliği de oluşmamıştır. Şöyle ki disiplin para cezası kararının yargısal bir karar olarak kabul edilemeyeceği, zira hukuki uyumsuzluğun çözümüne yönelik bir karar olmadığı, en azından katkı sunmadığı bu nedenle de idari nitelikte bir karar olduğu ileri sürülmektedir.¹⁴¹ Aksi görüşe göre de disiplin para cezası nitelik itibarıyla idari para cezasından farklıdır ve Kabahatler Kanunu kapsamında değil, kendi özel hükümleri çerçevesinde ele alınması gerekmektedir.¹⁴² Başkaca hukuk sistemlerinde yer alan örneklerin aksine Türk hukuk sisteminde Kabahatler Kanunu ceza hukuku alanından sıyrılmış ve idare hukuku alanına dâhil edilmiştir.¹⁴³ Diğer taraftan disiplin para cezasının ceza hukuku kapsamında sayılmasa bile cezai yönünün dikkate alınarak AYM'nin “genel yargılama yetkisinin” bu cezayı verebilmeyi kapsamadığı da ileri sürülen bir görüş olmuştur.¹⁴⁴ Her ne kadar disiplin para cezasının hukuki niteliğine ilişkin öğretilerde görüş birliği olmasa da çalışmamızda insan hakları hukuku perspektifinden konunun ele alınmasıyla öğretilerdeki tasnifin ötesine geçilmesi gerektiği işlenmiştir.

Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olan belirlilik ilkesi esasında hukuk sisteminde “*muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğinin*” öngörülebilir, bilinebilir ve erişilebilir olması demektir.¹⁴⁵ Başvuru hakkının kötüye kullanılmasına ilişkin hem AYM Yasası'nda hem de İçtüzükteki düzenlemelerde, yasağın kapsamına ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Diğer yandan belirlilik ilkesi yalnızca kanunları değil mahkeme içtihadını, öğretiyi ve yürütmenin düzenleyici işlemlerini de kapsamaktadır. Disiplin para cezasının takdir edildiği başvuru hakkının kötüye kullanılması yasağının kapsamı, düzenlendiği pozitif normlarda belirli ve öngörülebilir değilken, çalışmamızda da edindiğimiz sonuca binaen AYM içtihadında da yasağın kapsamının öngörülebilir olduğu söylenemez. Hangi durumların başvuru hakkının kötüye kullanılması yasağı kapsamında yer aldığı, muhataplar tarafından mevcut mevzuat ve içtihat üzerinden öngörülebilir ve bilinebilir olmadığından, takdir edilen disiplin para cezasının belirlilik ilkesine uygun olmadığı eleştirisi getirilebilir.

Bu konunun tartışmaya açılacak diğer bir yönü ise belirlilik ilkesi kapsamında da düşünülebilecek olan¹⁴⁶ ve Anayasa'nın 38.maddesinde düzenlenen *suçta ve cezada kanunilik* ilkesinin disiplin para cezasına uygulanıp uygulanmayacağına ilişkindir. Bu aşamada disiplin para cezasının öğretilerdeki hukuki niteliğinin, ilkenin uygulanmasında belirleyici role sahip olup olmadığı sorusuna cevap aranabilir. İlkenin adından da anlaşılacağı üzere, işlendiği esnada kanunun açıkça suç olarak düzenlemediği bir eylemi gerçekleştiren kimse hakkında cezaya veya güvenlik tedbirine

141 Tahir Muratoğlu, ‘Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları Ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu’ (2014) 19(30-31) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77, 88–97.

142 Yaşar Güçlü, *İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar* (4. Bası, Seçkin Yayıncılık 2020) 143.

143 Almanya örneği hakkında ayrıntılı açıklama için bkz Hasan Dursun, ‘Almanya’da İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması’ (2017) 9 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 203.

144 Ali Erdem Doğanoglu, ‘Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru Yargılamasına Başvurucunun Vekili Sıfatıyla Katılan Avukata Disiplin Para Cezası Vermeye Yetkili Midir?’ (2020) *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı* 485-496, <www.ankarabarosu.org.tr/hukukkurultayi2020> Erişim Tarihi 3 Haziran 2021.

145 Anayasa Mahkemesi, E 2014/100, K 2015/6, 14.01.2015.

146 Oya Boyar, ‘Suçta ve Cezada Yasallık İlkesi’ iç Sibel İncoğlu (ed), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (2. Bası, Beta Basım 2013) 293.

hükmedilememektedir. Bu ilkenin uygulanabilirlik kazanması için söz konusu fiilin veya yaptırımın suç veya ceza olarak addedilmesi gerekir. Peki suç ve ceza kavramlarının belirlenmesinde kanundaki tasnif ya da öğretilerdeki belirleme yeterli midir? Bu soruya insan hakları perspektifinden bir yanıt verilmeye çalışılırsa, İHAM madde 6'ta yer alan adil yargılanma hakkının uygulama alanından¹⁴⁷ yardım alınabilir. Bilindiği üzere adil yargılanma hakkının uygulama alanlarından biri de başvurucuya yöneltmiş olan suç isnadının varlığıdır. Suç isnadının belirlenmesinde ise Mahkeme, kendine özgü bazı ölçütler kullanmaktadır.

Taraf devletlerin sahip olduğu hukuk sistemlerinin birbirinden oldukça farklı olması ve bu gerçeğin ortaya çıkardığı karmaşıklık, İHAM tarafından özerk yorum yöntemiyle aşılmaya çalışılmaktadır. Cezai niteliğe sahip suç ve yaptırımı tespit ederken Mahkeme, iç hukuk tarafından belirlenmiş olan tasnifi doğrudan kabul etmemekte, kendi ölçütlerini olaya uygulamaktadır. Buradaki amaç ise Sözleşmenin uygulanmasında birliğin sağlanması ve taraf devletlerin yükümlülükten kaçabilecekleri bir alan yaratmanın önüne geçilmesidir.¹⁴⁸

Mahkeme'nin bu amaç ile kullandığı ölçütler ise şu şekildedir; i) suçun iç hukuktaki tasnifi, ii) suçun niteliği, ii) söz konusu suça yönelik öngörülen cezanın niteliği ve ağırlığıdır.¹⁴⁹ Ölçütlerden ilki olan suçun iç hukuktaki tasnifi, değerlendirmede başlangıç noktası mâhiyetindedir, zira iç hukukta ceza hukuku içerisinde tanımlanan bir suç zaten İHAM tarafından da cezai nitelikte kabul edilmektedir.¹⁵⁰ Öte yandan iç hukukta ceza hukuku içerisinde sınıflandırılmamış bir hukuk kuralı, diğer ölçütler ile değerlendirilmektedir. Suçun ve cezanın niteliğine ilişkin değerlendirmede; başvurucuya uygulanan hükmün herkese uygulanabilir olup olmadığına¹⁵¹, söz konusu hükmün muhatabı için caydırıcı ve cezalandırıcı bir nitelik taşıyıp taşımadığına¹⁵² ilişkin sorular sorulmaktadır. Cezanın ağırlığına dair değerlendirmede ise söz konusu hükümde öngörülen cezanın özgürlükten yoksun bırakması, ceza üst sınırının olmaması¹⁵³ ya da verilen para cezasının ödenmediği takdirde hapis cezasına çevrilebilecek

147 Başvuru hakkının kötüye kullanılması halinde verilen disiplin para cezasının ve başvurunun reddi kararının adil yargılanma hakkı kapsamında medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili bir uyuşmazlık sayılıp sayılmayacağı da tartışma konusu olabilir. Bu konunun önem arz eden yönü, disiplin para cezası ve başvurunun reddi kararına karşı yargı yolunun bulunmamasıdır. Disiplin para cezası ve başvurunun reddi kararının medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili bir uyuşmazlık olduğu kabul edildiği takdirde mahkemeye erişim hakkı temâyüz edecektir. Mahkemeye erişim hakkı aynı zamanda dava açma hakkını da kapsadığından yasağın hukuki sonuçları ve bu sonuçlara ilişkin yargı yolunun bulunmaması, hakkın uygulanabilirliği ve esası açısından ciddi öneme sahiptir. Bu konu özelinde Türkiye aleyhine beklenen bir başvuru gerçekleşmiş, ölü adına Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunan ve hakkında disiplin para cezası ve başvurunun reddi kararı verilen başvurucu İHAM'a başvurmuştur. Başvurucu, disiplin para cezası ve başvurunun reddi kararına karşı yargı yolunun bulunmayışı ve karardan önce kendisine herhangi bir uyarı yapılmaması şikâyetleriyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. İHAM hâlihazırda başvuru hakkında Hükümete bildirimde bulunmuş, Hükümeti yönelttiği sorular ilişkin yazılı görüş sunmaya davet etmiştir. İHAM, *Aktay v. Turkey*, App No: 56064/16, 58000/16, 15087/17, 18.11.2020.

148 Harris vd (n 27) 207.

149 İHAM, *Engel ve Others v. Holland*, App No: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 08.06.1979 para 82.

150 Sibel İnceoğlu, 'Adil Yargılanma Hakkı' iç Sibel İnceoğlu (ed), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (2. Bası, Beta Basım 2013) 212.

151 İHAM, *Pakozdi v. Hungary*, App No: 51269/07, 25.11.2014 para 20.

152 İHAM, *Öztürk v. Germany*, App No: 8544/79, 21.02.1984 para 53.

153 İHAM, *Campbell and Fell v. United Kingdom*, App No: 7819/77, 7878/77, 28.06.1984 paras 71–72.

olması¹⁵⁴ gibi faktörler etkili olmuştur. Söz konusu hükme ilişkin Sözleşmeye taraf devletlerde ortak bir kabulün olup olmadığı da Mahkeme'nin değerlendirmesinde etkili olabilmektedir.¹⁵⁵ Kısacası iç hukukta yer alan bir hüküm hâlihazırda ceza hukukunda sınıflandırılmış ise Mahkeme tarafından adil yargılanma hakkı kapsamında kabul edilmektedir. Dolayısıyla ilgili hüküm, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin uygulama alanına da konu olabilmektedir.¹⁵⁶

Yeniden disiplin para cezasına dönecek olursak, açıkladığımız ölçütleri bu yaptırım açısından değerlendirmeye çalışabiliriz. Disiplin para cezası iç hukukta doğrudan ceza hukukunda sınıflandırılmamış ve yukarıda da değindiğimiz gibi kendisine has normlarla hüküm altına alınmıştır. O halde disiplin para cezasının ilk etapta cezai niteliği haiz olduğu söylenemez. Bu yüzden disiplin para cezasının diğer ölçütlerle değerlendirilmesine devam edilmelidir. Disiplin para cezası AYM tarafından hem başvuruçular hem de avukatlar hakkında uygulanabilen bir yaptırımdır ve adli sicile de işlenmemektedir. Benzer bir örnek üzerinden, İHAM'ın mahkemelerin iç işleyişi için olan ve yalnızca dava tarafları hakkında verilmesi mümkün olan tedbirleri, cezai nitelikte görmediğini söyleyebiliriz. İç hukukta düzenlenen ve yargılama sürecindeki istismar edici davranışları cezalandıran kurallar, taraf devletlerin ortak meselesi olarak görülmüştür. İç hukukta ceza hukuku dışında düzenlenen ve mahkemeler tarafından uygulanan bu hukuk kuralları mahkemelerin işleyişini düzenleme amacı güttüğünden cezai nitelikte bulunmamıştır.¹⁵⁷ Başvuruçuların müdafî oldukları davada, mahkemeye itaatsizlik oluşturan ve mahkemeyi gereksiz yere meşgul eden davranış nedeniyle haklarında verilen para cezasına ilişkin başvurusunda saymış olduğumuz ölçütler sırasıyla uygulanmıştır. İç hukukta cezai alanda düzenlenmemiş olan bu hukuk kuralının ve cezasının niteliği ile ağırlığı üzerinden bir inceleme yapmıştır. Avukatların mesleki sorumluluklarına aykırı hareket etmeleri her ne kadar ciddiyet taşısa da Strazburg, başvuruçuların suçunun cezai ya da disiplin amaçlı olduğunun açık olmadığına karar vermiş ve sonraki ölçüte geçmiştir. Verilen para cezasının ödenmediği takdirde hapis cezasına dönüşmediği, bununla beraber belli bir statüdeki kimselere (avukatlara) verilmesi nedeniyle söz konusu para cezası, bir suçun işlenmesine yönelik ceza verilmesi değil daha çok disiplin yetkilerinin kullanılmasına benzetilmiştir. Para cezasının yüksek olması ve üst sınırının olmaması da doğrudan cezai nitelikte kabul edilmesi için yeterli olmamıştır.¹⁵⁸ Öte yandan iç hukukta ceza hukuku kapsamında düzenlenmiş olan ve mahkemenin işleyişi için özel bir statü gözetmeksizin herkes hakkında verilebilecek olan hapis cezaları ise cezai nitelikte kabul edilmiştir.¹⁵⁹ Bu bilgiler ışığında Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda hakkın kötüye kullanılması yasağının, yalnızca bireysel başvuruda bulunan başvuru ve avukatlar için geçerli olduğu, öngörülen cezanın ödenmemesi halinde hapis cezasına çevrilmeyeceği, cezasının adli sicile işlenmemesi ve ceza kararına ilişkin temyiz yolunun bulunmaması faktörleri dikkate alındığında yasağın ve yaptırımın cezai nitelikte

154 İHAM, *Balsyte-Lideikiene v. Latvian*, App No: 72596/01, 04.11.2008 paras 59-61.

155 Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 4* (Avrupa Konseyi 2018) 9.

156 Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar-1.cilt* (1. Bası, Avrupa Konseyi 2012) 617.

157 İHAM, *Ravnsborg v. Sweden*, App No: 14220/88 , 23.03.1994 para 33.

158 İHAM, *Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall v. Iceland*, App No: 68273/14, 68271/14 , 22.12.2020 paras 84-98.

159 İHAM, *Kyprianou v. Cyprus*, App No: 73797/01, 15.12.2005 para 61.

olduğunu söylenmek güçtür. İHAM kriterleri ile ele alındığında bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması halinde verilen disiplin para cezasının, “mahkemenin kendi işlemlerinin düzgün ve düzenli bir şekilde işlenmesini sağlamak için vazgeçilmez gücü”¹⁶⁰ mâhiyetindeki disiplin suçu olarak kabul edileceği varsayımında bulunabiliriz.

Meseleye farklı bir açıdan bakacak olursak, disiplin para cezasının hukuki niteliğinin cezai olmadığına tespiti bu yaptırıma ilişkin İHAM’a yapılan başvuruların kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi ve adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmeyeceği anlamına gelmektedir. Elbette Mahkeme’nin kullandığı ölçütler mâhiyeti itibarıyla her olaya özgü farklı sonuçlar doğurabilecek niteliktedir.¹⁶¹, bu nedenle mutlak bir tasnifin yapılması her zaman için doğru sonuçlar vermeyebilir. Yargılama sürecinin kötüye kullanılması sonucu hükmedilen para cezasının ilkesel olarak suç isnadı teşkil etmediği Mahkeme tarafından kabul edilmiştir.¹⁶² Dolayısıyla başvuru hakkının kötüye kullanılmasını halinde verilen disiplin para cezası İHAM’a taşındığında, Mahkeme’nin mevcut içtihadına paralel olarak bu para cezasının bir suç isnadından kaynaklanmadığına karar vermesi beklenmektedir.

Disiplin para cezalarına ilişkin bir diğer mesele de başvuru hakkının kötüye kullanılması yasağına aykırı eylemin taşıdığı saiktir. TCK kapsamında yer alan suçların oluşması bakımından, kural olarak kastın varlığı aranmaktadır. Kabahatler için ayrıca belirtilmediği sürece kasten ya da taksirle işlenebilecekleri hüküm altına alınmış, böyle bir ayırım öngörülmemiştir.¹⁶³ Diğer taraftan disiplin hukukuna ilişkin açık bir hüküm olmadığından, konu tartışmalı da olsa disiplin suçunun kasten ya da taksirle işlenebileceği ileri sürülmektedir.¹⁶⁴ AYM bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması gerekçesiyle reddettiği başvuruların hiçbirinde bu meseleye ilişkin bir tartışma başlatmamıştır. Bu nedenle meseleye içtihat kanadından doğrudan bir cevap verilmemiş olsa da yine içtihat üzerinden bir analiz yapmak mümkündür.

Konu ile alakalı örneklere bakacak olursak, mağdurların başvuru öncesinde öldüğünü bilmediklerini iddia eden avukatların, bu bilgiyi başvuru aşamasında bildirmemeleri nedeniyle yapılan başvuru reddedilmiştir.¹⁶⁵ Mahkeme bu kararında, avukatların yasağa aykırı kabul ettiği davranışlarının kasten ya da taksirle mi işlendiği sorusunu sormamış ve bu tartışmaya girmemiştir. Mahkeme, vekâletname sunmayan avukatların müteveffaların mirasçılarında ait veraset ilamlarını davanın devamı için yeterli görmemiştir. Daha önce de vurguladığımız üzere, 2016 tarihli bir kararında ise yabancı uyruklu başvurucunun yanıtıcı beyanını, hoş görülebilir insani bir hata olmadığına altını çizmiş ve bu nedenle bireysel başvuru hakkının kötüye kullanıldığına hükmetmiştir.¹⁶⁶ Mahkeme’nin bu kararı dikkate alındığında gerçekten de eylemin saiki hakkında bir ayırım yaptığı ve taksirli davranışları bu kapsama dâhil etmediği düşünülse de sonraki kararlarında böyle bir ayırım gözetilmemiştir. İçtüzük

160 İHAM, *Ravnsborg v. Sweden*, App No: 14220/88 , 23.03.1994 para 34.

161 Harris vd (n 27) 207–208.

162 İHAM, *Schreiber and Boetsch v. France*, App No: 58751/00, 11.12.2003.

163 Duygu Tüzün, ‘Kabahatler Kanununun Genel Hükümleri ve İdari Yaptırımlar Üzerine Bazı Gözlemler’ (2020) 5(1) Çankaya Üniveritesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3315, 3321; Güçlü (n 140) 63–64.

164 Ayrıntılı açıklama için bkz Çolpan Mücahit Küçük, ‘657 Sayılı Kanun Kapsamında Disiplin Cezaları Ve Ceza Hukuku Genel İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği’ (Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi 2019) 45–46.

165 AYM, *Abdulkemir Şen ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2014/15441, 09.06.2020 paras 47–48.

166 AYM, *I.S. ve Diğerleri Başvurusu*, B No: 2014/15824, 22.09.2016 paras 86–89.

hükmünde yer alan “*istismar edici, yanıltıcı ve benzeri nitelikteki davranışlarıyla*” ifadesine rağmen Mahkeme, muhatapların (başvurucu ve avukatlar) davranışlarında kusur unsurunu aramamıştır. Kanaatimizce, başvurucu için son derece ağır bir sonuç doğuran başvurunun reddi kararında, Mahkeme'nin hükme uygun olarak yasağın kapsamını genişleten bu yaklaşımdan vazgeçmesi ve her yeni olayda muhatapların davranışının taşıdığı saik hakkında bir değerlendirme yapması gerekmektedir. Almanya örneğinde olduğu gibi, disiplin para cezasının verilmesinde kusur şartı aranmayacaksa bile en azından kusurun verilen para cezası miktarının belirlenmesinde bir ölçüt¹⁶⁷ olabileceği de akılda tutulmalıdır.

B. DİSİPLİN PARA CEZASININ KİME VERİLEBİLECEĞİ SORUSU

Bu sorunun tartışmalı olan yönü, disiplin para cezasının avukatlar aleyhine de hükmedilebiliyor olmasıdır. AYM Yasası'ndaki düzenlemeye göre yasağa dair hakkında disiplin para cezası verilebilecek kimseler için “*başvurucular aleyhine*” ifadesi kullanılırken, İçtüzük hükmünde “*ilgilinin*” ifadesi kullanılmaktadır. Mahkeme yasağa aykırılık gerekçesiyle başvurucular aleyhine disiplin para cezasına hükmettiği kararların kimisinde, hüküm kısmında yalnızca AYM Yasası madde 51'i yani “*başvurucular aleyhine*” ifadesinin yer aldığı hükmü gerekçe göstermiştir.¹⁶⁸ Yine de bu yaklaşım başvurucular aleyhine verilen disiplin para cezalarının tamamında kendisini göstermemektedir. Fakat Mahkeme, avukatlar aleyhine hükmettiği disiplin para cezalarının tümünde hüküm kısmında hem AYM Yasası madde 51'e hem de İçtüzük madde 83'e atıf yapmıştır. Mahkeme'nin bu yaklaşımı Kanun ve İçtüzükte yer alan ifadelerin kapsamı hakkında bir ayrım yaptığını ve İçtüzükte geçen “*ilgilinin*” ifadesini avukatlar için yorumladığını düşündürebilir. Mahkeme'nin bu yönde istikrarlı bir içtihadı olmasa bile, avukatlar için disiplin para cezasına hükmederken AYM Yasası madde 51'i tek başına gerekçe göstermekten imtina ettiğini söyleyebiliriz. Bu doğrultuda, yasal düzenlemede avukatlara ilişkin bir ibarenin olmayışı, Almanya örneğinde olduğu gibi bir yasa değişikliğiyle içtihadındaki uygulamaya paralel olarak avukatlara da disiplin para cezasının verilebileceği şeklinde düzenlenebilir.¹⁶⁹

Mahkeme'nin bu zamana kadar yasak bağlamında vermiş olduğu kararların altmış üç tanesinde avukat aleyhine disiplin para cezasına ve kararın bir örneğinin avukatın bağlı olduğu baroya gönderilmesine hükmedilmiştir. Bu kararların iki tanesi haricindeki diğer kararların tamamı *ölü adına başvurulara* ilişkindir. Diğer iki karardan birinde, bireysel başvuruyu gerçekleştiren avukatın başvuru adına aynı dava konusu hakkında İHAM yargılama sürecini de takip etmesi ve tazminat kararını Mahkeme'ye bildirmemesi gerekçesiyle avukat hakkında disiplin para cezasına hükmedilmiştir.¹⁷⁰ Diğer kararda ise dava konusu suç eşyasının niceliği hakkında sunulan yanıltıcı bilginin hangi açıdan başvurunun avukatı ile bağlantılı olduğu belirtilmeden avukat aleyhine disiplin para cezasına

167 Şirin (n 23) 736.

168 AYM, *Abdüselam Sultan ve Hakan Soytemiz Başvurusu*, B No: 2015/1781, 21.03.2018; AYM, *Salih Tatal Başvurusu*, B No: 2014/11644, 14.10.2015; AYM, *Osman Sandıkçı Başvurusu*, B No: 2013/6297, 10.03.2016; AYM, *Yılmaz Ekinci Başvurusu*, B No: 2018/16428, 28.01.2021.

169 Şirin (n 56) 133.

170 AYM, *Ali Dursun ve Müslüm Demir Başvurusu*, B No: 2014/12720, 19.02.2019 paras 89–92.

hükmedilmiştir.¹⁷¹ Bu yaklaşımdan hareketle Mahkeme'nin avukat aleyhine disiplin para cezasına hükmederken her defasında yasağa aykırı eylem ile avukatın davranışlarını ilişkilendirmediğini söyleyebiliriz. Dolayısıyla başvuru adına bireysel başvuruda bulunacak olan avukatın disiplin para cezasının hangi şartlarda kendisine de verilebileceğini tahmin etmesi kolay değildir. Avukatların, yargılama süreci içinde bireyler ve mahkeme arasında bir köprü görevi gördüğü ve adaletin tecellisi için kilit öneme sahip olduğu¹⁷² dikkate alındığında avukatlara yönelik yaptırımların hukuki temelden ve belirlilikten yoksun olması elbette düşünülemez. Avukatların, mesleklerini icra ederken öngörülemez bir ceza tehdidi ile karşı karşıya kalmalarının, yargının savunma kanadında yaratacağı caydırıcı etkinin yanında, Mahkeme'nin avukatlara mesleki faaliyetlerinden hareketle disiplin para cezası vererek adeta bir meslek örgütü gibi davrandığına yönelik eleştiri de dile getirilebilir.¹⁷³

II. İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURUDA HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI

A. GENEL OLARAK

Başvuru hakkının kötüye kullanılması yasağı, İHAS'ın 17. maddesinde düzenlenen temel hakların kötüye kullanılması yasağı ile oldukça farklılık taşır.¹⁷⁴ Başvuru hakkının kötüye kullanılması usule ilişkin bir konu olarak kabul edilmiş olup İHAS madde 35/3(a) hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere başvuru hakkının kötüye kullanılması kabul edilebilirlik şartı olarak tanımlanmıştır.

Yasağa aykırılığın özünü oluşturan “kötüye kullanma” kavramı genel hukuk teorisi yorumu ile hakkın amacı dışında ve zarar verici şekilde kullanımı olarak ifade edilmiştir.¹⁷⁵ “İstisnai usuli tedbir” olarak kabul edilen başvuru hakkının kötüye kullanılması yasağına aykırılık yalnızca hakkın amacı ile bağdaşmaması ile değil aynı zamanda Mahkeme'nin işleyişini bozucu nitelikte olması ile gerçekleşmektedir.¹⁷⁶ Başvuru amacının değerlendirilmesinde yerel hukuk sisteminin ve dilinin anlaşılması gerektiğinden Mahkeme için yasağa aykırılığı tespit etmek her defasında kolay olmayabilmektedir.¹⁷⁷ Yine de taraf devletlerin başvuru hakkının gerçeğe aykırı bilgi ve olgulara dayandığına ilişkin iddiaları başvuru hakkının kötüye kullanımı kararının verilmesi için yeterli değildir. Mahkeme bu iddialarla bağlı olmadığı gibi önüne gelen delilleri değerlendirmede de özgürdür.¹⁷⁸

171 AYM, *Cenk Çelik Başvurusu*, B No: 2018/13456, 21.10.2020 paras 29–31.

172 Tolga Şirin, *Türkiye'de Düşüncenin Tutsaklığı-2: İfade Özgürlüğünün Yeşili* (Fatma Büşra Helvacıoğlu (ed), (1. Bası, Tekin Yayınevi 2021) 188–189.

173 Doğanoglu (n 144) 495–496.

174 Paulien de Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR* (Intersentia 2016) 143-144.

175 İHAM, *S.A.S v. France*, App No: 43835/11 , 01.07.2014 para 66.

176 İHAM, *Zhdanov and diğerleri v. Rusya*, 12200/08, 35949/11, 58282/12, 16/7/2019, par. 79–81.

177 De Londras Fiona ve Kanstantsin Dzehtsiarou, *Great Debates on the European Convention on Human Rights* (Macmillan International Higher Education 2018) 62.

178 İHAM, *Lapshin v. Azerbayjan*, App No: 13527/18, 20.05.2021 paras 79–81.

B. YASAĞIN KAPSAMI

Başvuru hakkının kötüye kullanılması yasağına aykırılık İHAM içtihadında dört farklı durumda tespit edilmiştir.¹⁷⁹ Bu dört durum dışında bir de diğer varsayımlar için bir başlık açacak olursak yasağa aykırılık halleri şu şekilde sayılabilir:

- Mahkeme'yi yanıltıcı, eksik ya da gerçeğe aykırı bilgi veya olay
- Hakaret edici üslup
- Dostane çözüm sürecinin gizliliği ilkesine aykırılık
- Başvurunun açıkça karşı tarafa zarar vermek amacıyla yapılması veya gerçek bir amaçtan yoksun olması
- Diğer varsayımlar

Mahkeme'yi yanıltmak amacıyla, bilerek gerçeğe aykırı olay ve olgulara dayanılması başvuru hakkının kötüye kullanılması kapsamında görülmüştür.¹⁸⁰ Keza başvuru için önemli bilgi ya da belgelerin Mahkeme'ye sunulmaması veya yargılamanın özüne ilişkin bir gelişmenin Mahkeme'ye bildirilmemesi ve başvuru yapanın bu eksikliğe yeterli bir açıklama getirememesi de yasağa aykırı bulunmuştur.¹⁸¹ Mahkeme başvuru ve başvuru yapanın avukatları tarafından bilinmesi kuvvetle muhtemel olan beraat kararının Mahkeme'ye bildirilmemesini “sorumsuzluğun can sıkıcı bir tezahürü” olarak görmüş ve yasağa aykırı bulmuştur.¹⁸² Başka bir kararda aynı avukat tarafından iki farklı zamanda yapılan fakat temelde aynı sayılabilecek başvurularda avukatın eksik ve yanıltıcı bilgi sunması yasağa aykırılık olarak görülmüştür.¹⁸³ Öte yandan deneyimsiz temsilcilerin başvuru hakkında gerçeğe aykırı bilgi yaydığı bir başvuruda, Mahkeme bu durumun temsilcilerin tecrübesizliğinden kaynaklandığına kanaat getirmiş ve durumu “*iyi niyetli bir hatanın sonucu*” olarak görmüştür.¹⁸⁴

Saydığımız bu haller kapsamında, başvuru yapanın Mahkeme'yi yanıltma niyeti şüpheye yer bırakmayacak bir şekilde tespit edilmektedir.¹⁸⁵ Dolayısıyla İHAM'ın başvuru hakkının kötüye kullanılması nedeniyle kabul edilemez bulunduğu karar sayısının görece az olması, başvuru yapanın yasağa aykırı olan niyetinin her defasında kolaylıkla saptanamamasından kaynaklanmaktadır.¹⁸⁶ Anayasa Mahkemesi içtihadına ilişkin yaptığımız değerlendirmeyi yeniden hatırlayacak olursak, İHAM yaklaşımında olduğu gibi yanıltma niyetinin her başvuru için mâkul bir kesinlikle tespit edilmediğini söyleyebiliriz. Başvuru hakkının kötüye kullanılması konusunda İHAM içtihadını benimseyen Anayasa Mahkemesi'nin İçtüzüğünde

179 William Anthony Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Philip Alston ve Vaughan Lowe (edr), (1. Bası, Oxford University Press 2015) 780.

180 İHAM, *Rehák v. The Czech Republic*, App No: 67208/01, 18.05.2004.

181 İHAM, *Mitrović v. Serbia*, App No: 52142/12, 21.03.2017 para 33.

182 İHAM, *Bekauri v. Georgia*, App No: 14102/02, 10.04.2012 para 21.

183 İHAM, *Martins Alves v. Portugal*, App No: 56297/11, 21.01.2014 paras 14–16.

184 İHAM, *Podeschi v. San Marino*, App No: 66357/14, 13.04.2017 para 88.

185 İHAM, *Gross v. Switzerland*, App No: 67810/10, 30.09.2014; İHAM, *Centro Europa 7 S.R.L. and Di Stefano v. Italy*, App No: 38433/09, 07.06.2012.

186 Leo Zwaak, 'Chapter 2: The procedure before the European Court of Human Rights' iç Pieter van Dijk and others (edr), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (4. Bası, 2006) 193.

yer alan düzenleme ile de örtüşecek şekilde başvurucunun yanıltma niyetini her başvuruda şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya koyması gerekmektedir.

Yeniden İHAM içtihadına dönecek olursak, yasak kapsamında saydığımız ilk hal için farklı örnekler vermeye devam edebiliriz. Örneğin başvurucunun Mahkeme'ye sahte sağlık raporu ibrazı¹⁸⁷ ya da kimlikte sahtecilik yapması¹⁸⁸ veya ölü adına yapılan başvuruda temsilcinin sahte yetki belgesi sunma¹⁸⁹ suretiyle belgelerin tahrif edilmesi yasağa aykırılık özelinde kabul edilemez bulunmuştur. Bilhassa, başvurucunun davaya konu belgelere bilerek zarar vermesi ya da Mahkeme'yi yanıltmayı amaçlayan kasti girişimlerinin tamamı bu yasak kapsamda değerlendirilebilmektedir.¹⁹⁰

Yasak kapsamında inceleyebileceğimiz bir diğer hal ise başvuru dilinin hakaret edici bir üsluba sahip olmasıdır. Başvurucunun yalnızca Mahkeme değil Hükümet bünyesindeki makam ve bireylere yönelik de kırıncı, hakaret edici veya kışkırtıcı bir üslup kullanması yasak kapsamında değerlendirilmiştir.¹⁹¹ Elbette kullanılan üslubun yalnızca tartışmacı olması ya da hiciv içermesi veya doğrudan saygısızca olması her surette söz konusu başvurunun yasağa aykırı olduğu anlamına gelmemektedir.¹⁹² Zira, başvurucunun üslubu kesinlikle sert ve hararetili olsa da Mahkeme ihtilaflı ifadeyi doğrudan yasak kapsamında görmemekte ve olayın şartları bağlamında ifadenin medeni ve meşru eleştiriyi aşıp aşmadığını değerlendirmektedir.¹⁹³ Aynı zamanda Mahkeme başvurucunun hakaret ve tehdit içeren ifadeleri kullanmaya devam etmemesi için bir *uyarı mekanizması* dahi benimsemiştir.¹⁹⁴ Bu uyarı Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü tarafından yapılmakta olup başvurucunun söz konusu hakaret içerikli ifadelerine son vermesi gerektiğini aksi halde doğacak sonuçların neler olabileceğini içermektedir. Dolayısıyla Mahkeme'nin uyarısı üzerine hakaret içerikli ifadeleri kullanmaya devam etmeyen başvurucunun başvurusu yasağa aykırılık nedeniyle kabul

187 İHAM, *Jian v. Romania*, App No: 46640/99, 30.03.2004.

188 İHAM, *Drijfhout v. Holland*, App No: 51721/09, 22.02.2011 paras 27–29.

189 İHAM, *Poznanski and Others v. Germany*, App No: 25101/05, 03.03.2007.

190 Hüseyin Ekinci, 'Kabul Edilebilirlik Kriterleri: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadının Anayasa Mahkemesi İçtihadına Olası Etkileri' iç Musa Sağlam (ed), *Bireysel Başvuru: İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi)* (2. Bası, Anayasa Mahkemesi Yayınları 2013) 157.

191 Başvurucu Mahkeme'ye, Mahkeme bünyesindeki birimlere ve Fransa yetkililerine hakaret edici ifadeler kullanmıştır. Söz konusu ifadeler şu şekildedir; "Devlet kara para aklama mekanizması", "mafya türü faaliyetler". Başvurucunun tekrarlanan ve benzer ifadeler içeren başvuruları Mahkeme tarafından başvuru hakkının kötüye kullanımı nedeniyle kabul edilmez bulunmuştur. İHAM, *Duringer and Others and Grunge v. France*, App No: 61164/00, 18589/02, 04.02.2003.

192 Başvurucuların ebeveynleri tarafından Bulgar makamlarına ve yetkililerine yönelik "pedofil" ifadesinin kullanılması Mahkeme tarafından saygısızlık (disrespectful) olarak görülmüştür. Buna rağmen dava konusunun ve bağlamının ebeveynler üzerinde yarattığı ağır duygusal yük ve başvurucuların başvuru esnasında henüz reşit olmamaları dikkate alınarak söz konusu ifade yasağa aykırı bulunmamıştır. İHAM, *X and Others v. Bulgaria*, App No: 22457/16, 02.02.2021 paras 142–147.

193 İHAM, *Beg S.P.A. v. Italy*, App No: 5312/11, 20.05.2021 paras 70–73.

194 Farklı tarihlerde Mahkeme'ye dilekçeler sunan başvurucu Mahkeme'nin uyarısına rağmen tehditkâr ve hakaret içeren ifadelerine devam etmiştir. Başvurucunun medeni ve meşru eleştiri sınırının dışında bulunan ifadeleri şu şekildedir: "Letonya Devleti [Mahkeme]den korkmuyor, çünkü [Mahkeme] onunla bir oyuncak gibi oynuyor", "Mahkeme faşizmi destekliyor", "önümüzdeki sekiz yıl boyunca gerçeği keşfetme fırsatını ve kendilerine tanrı diyenlerin hak ettiklerini almalarını sağlamak için [fırsatı] bulacağım". Mahkeme başvurucuyu üslubu hakkında uyarılmış buna rağmen aynı tutumu devam ettiren ve insan hakları ile alay eden başvurucunun başvurusunu kabul edilemez bulmuştur. İHAM, *Apinis v. Latvian*, App No: 46549/06, 20.09.2011 paras 3–9.

edilemez bulunmamaktadır.¹⁹⁵ Öte yandan başvurunun ihtilaflı ifadesi için özür dilemesi ya da buna benzer pişmanlık içeren davranışlarda bulunması halinde Mahkeme başvuru hakkının kötüye kullanıldığına karar vermemektedir.¹⁹⁶

Bu aşamada yeniden AYM içtihadı ile bir karşılaştırma yapacak olursak, her iki mahkemenin de yaklaşımlarının paralel olduğunu söyleyebiliriz. Ancak daha önce de dile getirdiğimiz üzere Anayasa Mahkemesi'nin başvuruda ihtilaflı ifadelerin ne olduğu ve neden medeni ve meşru eleştiri sınırını aştığı sorusunu açıkça cevaplaması hususundaki eksikliği gidermesi gerekmektedir. Zira Mahkeme bu konudaki tek kararı olan *Osman Sandıkçı* başvurusunda ihtilaflı ifadelerin yalnızca bir kısmına yer vermiştir. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün başvuru ve temsilci için bireysel başvurunun belkemiğini oluşturduğu dikkate alındığında her bir ihtilaflı ifadenin Mahkeme tarafından kendi bağlamında ve açıkça ele alınması gerektiğini söyleyebiliriz.

İHAM kapsamında başvurunun kötüye kullanılması olarak kabul edilen bir diğer durum ise İHAS madde 39/2¹⁹⁷ ve Mahkeme İçtüzüğü madde 62/2¹⁹⁸ hükümleri uyarınca taraflara yüklenen “*dostane çözüm görüşmelerini gizli tutma ödevinin*” ihlal edilmesidir. Elbette bu yükümlülük Mahkemece mutlak şekilde yorumlanamamakta ve koşulsuz bir yasak doğurmamaktadır.¹⁹⁹ Başvurunun yapılan dostane çözüm görüşmelerine açıkça atıfta bulunması başvuru hakkının kötüye kullanımı olarak görülmüştür.²⁰⁰

Yasak kapsamında sayabileceğimiz son hallerden biri de Mahkeme'ye gereksiz iş yükü yükleyen gerçek bir amaçtan yoksun olan başvurulardır.²⁰¹ Öte yandan bu durumu tespit etmek kimi zaman uygulayıcılar için bile yeterli kesinlikte olmayabilmektedir. Zira başvurunun kabul edilebilir bulunduğu bir davanın karşıoyunda söz konusu başvuru konusunun hukuken önemli bir dezavantaj yaratmadığı belirtilmiştir. Karşıoyun devamında Mahkeme'nin aşırı iş yükü vurgulanarak ilgili başvurunun yasağa aykırı sayıldığı, aslında başvurunun kabul edilemez olduğu ifade edilmiştir.²⁰² Anayasa Mahkemesi tarafından da yasağa aykırı kabul edilen bu durum için hâlihazırda bir Mahkeme kararı bulunmamaktadır.

195 Çek Cumhuriyeti yetkilileri ve halkı için aşağılayıcı ifadeler kullanan başvurunun bu ifadelerinin başvurunun bütününde nadiren yer aldığı ve Mahkeme uyarısı sonrasında tekrarlanmadığı dikkate alınarak başvurunun hakkının kötüye kullanımı teşkil etmediğine karar verilmiştir. İHAM, *Manoussos v. The Czech Republic*, App No: 46468/99, 09.07.2002.

196 İHAM, *Khachaturov v. Armenia*, App No: 59687/17, 24.06.2021 paras 71–76.

197 İHAS madde 39: 1. Yargılamanın her aşamasında, Mahkeme, davanın bu Sözleşme ve Protokoller ile tanınan insan haklarına saygı ilkesinden esinlenen bir dostane çözüm yoluyla sonuçlanmasını sağlamak için taraflara yardımcı olabilir. 2. 1. fıkrada tanımlanan işlemler gizlidir. 3. Dostane çözüm durumunda Mahkeme, olayların ve kabul edilen çözümün kısa bir özeti ile sınırlı bir kararla başvuruyu kayıttan düşürür. 4. Bu karar, dostane çözüme ilişkin olarak kararda yer alan esasların icrasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne iletilir. (https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf) Erişim Tarihi 3 Kasım 2021.

198 İHAM İçtüzük madde 62/2: 2. İstisnai koşulların haklı gösterdiği durumlarda, talep ve bununla birlikte deklarasyon metni, dostane çözüme ulaşma konusunda önceden bir girişimde bulunulmasa dahi Mahkeme'ye sunulabilmektedir. (https://www.anayasa.gov.tr/media/7263/aihm_ictuzuk_2020.pdf) Erişim Tarihi 3 Kasım 2021.

199 İHAM, *Popov v. Moldova* (No. 1), App No: 74153/01, 18.01.2005 paras 48-49.

200 İHAM, *Hadrabova v. The Czech Republic*, App No: 42165/02, 466/03, 25.09.2007.

201 İHAM, *Petrović v. Serbia*, App No: 56551/11, 18.10.2011.

202 Ölen kız kardeşi adına bireysel başvuruda bulunan başvuru, kız kardeşinin hayattayken komşusu ile arasında başlatılan ve kız kardeşin ölümünden sonra başvuru tarafından devam ettirilen yargılama sürecine istinaden adil yargılanma

İHAM içtihadından yola çıkarak oluşturduğumuz ve açıklamaya çalıştığımız bu başlıkların dışında başka hallerde de yasağa aykırılık gündeme gelebilmektedir. Nitekim bu haller sınırlı sayıda değildir.²⁰³ Davaya konu olaya ilişkin hukuka aykırı delilin Mahkeme'ye sunulması veya başvurunun salt siyasi propaganda amacı gütmesi diğer varsayımlar için sayılabilir.²⁰⁴ Buna rağmen başvurunun davalı Devletin siyasi meselelerine ilişkin eleştiri veya görüş belirtmesi²⁰⁵ ya da vatandaşların haklarına ilişkin endişe taşıması²⁰⁶ doğrudan yasağa aykırılık teşkil etmemektedir.

İHAM yaklaşımı daha önce de bahsettiğimiz gibi AYM tarafından benimsenmiş olsa da bazı farklılıklar da yok değildir. Şöyle ki, İHAM için bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması bir kabul edilemezlik nedeni olarak düzenlenmesinin yanında cezaya tabi değildir. AYM yaklaşımında ise başvurunun yasağa aykırı olması durumunda başvurunun diğer iddialarının incelenmesine imkân bırakmayan, bu nedenle de ağır sonuçları olabilecek başvurunun reddi kararı verilmektedir.²⁰⁷ Üstelik yine İHAM yaklaşımında görülmediği üzere disiplin para cezası AYM Yasası'nda ve İçtüzükte bireysel başvuru hakkının kötüye kullanımında bir yaptırım olarak düzenlenmiştir. Uygulamadaki bir diğer farklılık ise, İHAM İçtüzük madde 80'de düzenlenmiş olan yeniden gözden geçirme mekanizmasının anayasa yargısındaki eksikliğidir. İHAM kararlarına yönelik kural olarak bir "temyiz yolu" olmadığından kimi zaman karar sonrasında ortaya çıkan bazı özel haller ve bilgiler, Mahkeme'nin söz konusu kararı yeniden gözden geçirmesini gerektirebilmektedir. Her ne kadar böyle bir usul İçtüzükte düzenlenmiş olsa da bu talep için oldukça sınırlı birtakım şartlar belirlenmiştir.²⁰⁸ Hakkında karar verilmiş olan bir başvuruda, başvuru hakkının kötüye kullandığı sonradan anlaşıldığında bu usulün uygulanabileceği unutulmamalıdır. Aynı ihtimalin Anayasa Mahkemesi kararında gerçekleşmesi halinde nasıl bir yolun izleneceği Anayasa düzeyinde cevaplanması gereken bir sorudur.

Bunların dışında bir diğer ilgi çekici ayırım ise yasağa aykırılığın tespitinde kendini göstermektedir. Daha önce izah ettiğimiz üzere, Strazburg yasağa aykırılık nedeniyle kabul edilemez bulunduğu kararlarda, başvurunun yanılma kastını şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespit etmektedir.²⁰⁹

hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme bu başvuruyu kabul etmiş ve esastan incelemiştir. Yargıç David Thór Björgvinsson ve Yargıç Giorgio Malinverni'nin sunduğu karşıoyda, yapılan başvurunun başvuru hakkının kötüye kullanımı nedeniyle kabul edilemez olduğu belirtilmiştir. İHAM, *Micallef v. Malte*, App No: 17056/06, 15.10.2009.

203 İHAM, *Martins Alves v. Portugal*, App No: 56297/11, 21.01.2014 para 9.

204 İHAM, *Koch v. Poland*, App No: 15005/11, 07.03.2017 paras 30–34.

205 Güvenlik güçleri tarafından köylerini terk etmeye zorlanma köylülerinin uğradıkları zararın talebine ilişkin yapılan başvuruda, Hükümet başvurucuların siyasi propaganda amacıyla iç hukuk yollarını tüketmediği iddiasında bulunmuştur. Mahkeme başvurucuların dayandıkları olguların doğruluğundan hareketle Hükümet'in itirazını reddetmiştir. Söz konusu kararın muhalefet şerhinde Yargıç Feyyaz Gölcüklü, başvurucuların iç hukuk yollarını tüketmeden "Türk karşıtı propagandayı yaymak ve davayı kesin olarak gündeme getirmek niyetiyle Londra'daki 'Kürt İnsan Hakları Projesi' aracılığıyla uluslararası kurumlara" başvuru yaptıklarını belirtmiştir. Yargıç Gölcüklü hakkın kötüye kullanılması yaşamının evrensel bir hukuk ilkesi olduğunu vurgulayarak söz konusu başvurunun uluslararası arenayı yanlış yönlendirme amacı taşıdığını ifade etmiştir. İHAM, *Akdivar ve Others v. Turkey*, App No: 21893/93, 16.09.1996.

206 İHAM, *Loizidou v. Turkey*, App No: 15318/89, 23.03.1995 paras 42–45.

207 Doğanoglu (n 62) 528.

208 Rona Aybay, *İnsan Hakları Hukuku* (1. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2015) 169–70.

209 Mahkeme, başvurunun derdest olan davayı bildirmemesinde hileli bir niyet/kast (fraudulent intent) olmadığını belirterek başvuruyu yasağa aykırı bulmamıştır. İHAM, *G.I.E.M. S.R.L. and Others v. Italy*, App No: 828/06, 34163/07, 19029/11, 28.06.2018 paras 172–175.

Oysa Anayasa Mahkemesi tarafından her başvuruda başvurucunun yanıtma niyeti makûs bir kesinlikle ortaya konmamaktadır.

Son olarak yasal temsilcinin ihmalkâr ya da yanılıcı davranışlarının başvurunun akıbeti üzerindeki etkisi tartışmaya açılabilir. Avukatların temel hak ihlali iddialarında Mahkeme'yi asılsız şikâyetlerle meşgul etmemeleri, sürecin kurallarına hassasiyetle riayet etmeleri ve başvurucuları da buna yönlendirmeleri gerekmektedir. Öte yandan kasten ya da ihmal suretiyle gerçekleşen istismar edici davranışlarının sonucunda avukatların, başvurucuları temsil etmekten yasaklanması mümkündür.²¹⁰ İHAM İçtüzük 36 § 4 (b) hükmü uyarınca Daire Başkanı yargılamanın her aşamasında, gerektiği takdirde yasal temsilcinin başvurucuyu temsil etmesini yasaklayabilmektedir.²¹¹ Bu düzenlemenin önemi, avukatın davranışlarından kaynaklanan bir yasağa aykırılığın ortaya çıkması halinde hak ihlali iddiasının ne şekilde sonuçlanacağı konusunda ortaya çıkmaktadır. Zira bu hüküm sayesinde yasal temsilcinin yasağa aykırılık teşkil edebilecek davranışları, başvurunun kabul edilemez bulunmadan temsilcinin davadan yasaklanması ile önlenebilir olmaktadır. Bu mesele AYM nezdinde ele alındığında yasal temsilcinin başvuru sürecinde yasağa aykırı davranışlarının başvurunun hak ihlali iddiası üzerindeki olumsuz etkisinin ne şekilde giderilebileceği belirsizdir. Belirttiğimiz üzere *ölü adına başvurular* dışında AYM'nin avukatın yasağa aykırı davranışları sonucunda başvuruyu reddettiği iki kararı bulunmaktadır. Bu kararların birinde aynı başvurunun İHAM nezdinde karara bağlanmış olmasının bildirilmemesi ve diğesinde de dava konusunun niteliği hakkında yanılıcı bilginin sunulması yasağa aykırı bulunmuştur.²¹² Bu kararlardan ilkinde başvurunun mağdur statüsü kalkmış olsa da ikinci kararda yasal temsilcinin gerçeğe aykırı beyanı sonucunda başvurunun başvurusu reddedilmiştir. Unutulmamalıdır ki başvuru hakkının kötüye kullanılması yasağının başvurucuların temel hakların korumasından faydalanmama sonucunu doğurmaması gerekir.²¹³ Temel hak ihlali iddiası üzerinde sakınca yaratabilecek olan bu durumun ortadan kaldırılması adına Anayasa Mahkemesi düzeyinde bu konuya çözüm olabilecek bir yaklaşımın İHAM İçtüzüğü ile paralel bir düzenleme ile sağlanabileceği ileri sürülebilir.

SONUÇ

Bireysel başvurunun iç hukukumuza dâhil olması ve işlev kazanmasıyla beraber AYM iş yükü sorunuyla karşı karşıya kalmıştır. Bu problemin aşılması için öncelikle, yapılan bireysel başvurularda bazı şartlar aranmıştır. Genel hukuk ilkesi olarak sayılan hakkın kötüye kullanılmasının yasağına da hem Mahkeme'nin iş yükünün hafifletilmesi hem de gereksiz yere Mahkeme'yi meşgul edecek başvuruların ilk etapta elenmesi amacıyla bireysel başvuru sürecinde yer verilmiştir. Her ne kadar

210 İHAM, *Petrović v. Serbia*, App No: 56551/11, 18.10.2011.

211 İHAM İçtüzük 36 § 4 (b): “Daire Başkanı, istisnai durumlarda ve yargılamanın herhangi bir aşamasında, koşulların veya avukatın ya da yukarıdaki bent uyarınca görevlendirilen başka bir kişinin davranışının gerektirdiği kamısına varması halinde, söz konusu avukatın veya kişinin başvuru bundan böyle temsil edemeyeceğine veya başvurana yardımcı olamayacağına ve başvuranın başka bir temsilci araması gerektiğine karar verebilmektedir.” (https://www.anayasa.gov.tr/media/7263/aihm_ictuzuk_2020.pdf)

212 AYM, *Ali Dursun ve Müslüm Demir Başvurusu*, B No: 2014/12720, 19.02.2019 paras 89–92; AYM, *Cenk Çelik Başvurusu*, B No: 2018/13456, 21.10.2020 paras 29–31.

213 İlyas Doğan (ed), *İnsan Hakları Hukuku* (4. Bası, Astana Yayınları 2020) 857.

yasağın konulmasındaki amaçların bu olduğu iddia edilse de uygulamada yasağa aykırı bulunan başvuru sayısı iş yükünü hafifletmede oldukça yetersiz kalmıştır. Getiriliş amacına hizmet edemeyen bu yasağın kapsamının belirlenmesi adına normatif kaynakları olan AYM Yasası ve İçtüzüğü incelendiğinde “açıkça” kavramı ile karşılaşılmaktadır. Bu kavramın etimolojik açıdan analizi ve İHAM içtihadındaki mânâsı dikkate alındığında AYM içtihadında bu kavramın karşılık bulmadığı, düşünülenin aksine yasağın dar yorumlanmasına bir katkısının olmadığı anlaşılmıştır.

Bir diğer önemli nokta, yasağa aykırılık halinde izlenecek usul, yasağın normatif kaynaklarından biri olan AYM Yasası'nın 51. maddesinde düzenlenmemiştir. Buna rağmen İçtüzüğü'nün 83. maddesinde yasağa aykırılık teşkil eden başvuruların Mahkeme tarafından reddedileceği hüküm altına almıştır. Mahkeme bu konu özelinde verdiği ilk kararlarda usul hakkında tereddüt yaşasa da sonraki kararlarında başvurunun reddi usulünü istikrarla takip etmiştir. Başvurunun reddedilmesi halinde ise başvuru diğer ihlal iddiaları da incelenmemekte, başvuru bir bütün olarak ve karara karşı yargı yolu da olmaksızın reddedilmektedir.

Başvurucunun temel hak iddiaları üzerinde böylesine ağır sonuçları olan yasağın kapsamının açıkça belirlenmesi son derece önem arz etmektedir. Yasağın kapsamına ilişkin anılan AYM Yasası ve İçtüzüğü hükümlerinde belirleyici düzenlemeler olmadığından eldeki çalışmada Mahkeme'nin yasak kapsamında bulunduğu ve yayımladığı başvuruların tamamı tüketilmiştir. Buradaki amaç içtihat analizi ile yasağa ilişkin başlıklar elde etmek ve kapsamın sınırlarını ortaya koyabilmektedir. Başvuru hakkının kötüye kullanılmasına ilişkin ilk karar olan S.Ö. *başvurusunda*, “*bireysel başvuru usulünün amacına açıkça aykırı olan ve Mahkemenin başvuru gereği gibi değerlendirmesini engelleyen davranışlar*” şeklinde yasağa ilişkin genel bir çerçeve çizilmiştir. Buna ilave olarak çalışmada içtihat kaynaklı oluşturulan başlıklar; gerçeğe aykırı bilgi, belge ve olay; esaslı unsur hakkında bilgi; başvuru sonrasındaki gelişmeler; başvurunun üslubu; içeriksiz başvuru ve diğer varsayımlar şekilde sıralanmıştır. Yine içtihat temelinde yasağa aykırılığın kasten yanılmak amacı taşıyıp taşımadığı tartışmaya açılmış, Mahkeme'nin bazı kararları dışında böyle bir şart aramadığı kanaatine varılmıştır. İçtüzüğü'nün 83. maddesinde yer alan “*istismar edici, yanılıcı ya da benzeri nitelikte davranış*” ile beklenen etkinin her somut olayda Mahkeme tarafından aranmadığı, bu durumun da uygulamada yasağın geniş yorumlanmasına neden olduğu tespit edilmiştir.

Çalışmanın ilerleyen aşamasında, disiplin para cezasının hukuki niteliğine ilişkin literatürdeki yoğun tartışmalar aktarılmış ve meseleye insan hakları perspektifinden bakılmaya çalışılmıştır. Bu minvalde adil yargılanma hakkı kapsamında suç isnadına ve kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine ilişkin ölçütler, disiplin para cezasının niteliğinin belirlenmesinde kullanılmıştır. İHAM içtihadından yola çıkılarak sürdürülen inceleme sonucunda disiplin para cezası, cezai niteliği haiz bulunmamıştır. Disiplin para cezasının bir diğer boyutu da bu cezanın kime ya da kimlere verilebileceği sorusu olmuştur. Uygulamada başvuru ve başvuru avukatlarına disiplin para cezası verilebilse de bu konudaki yasal düzenleme eksikliğine dikkat çekilmiştir. Kanunen üst sınırı belli olsa da verilen disiplin para cezası miktarının belirlenmesinde muhatabın kusurunun bir faktör olabileceği ileri sürülmüştür.

Son olarak başvuru hakkının kötüye kullanılması yasağının İHAM nezdinde nasıl ele alındığı ve yasağın kapsamının ne olduğuna ilişkin bir değerlendirme yapılmaya çalışılmıştır. İHAM'ın başvuru hakkının kötüye kullanılmasına ilişkin başvurucunun Mahkeme'yi yanıltıcı kastının, şüpheye mahal vermeyecek surette tespit edildiği anlaşılmıştır. Her iki mahkemede de var olan yasağın hem normatif kaynakları hem de uygulama şekli karşılaştırılmıştır. AYM kapsamında sınırlı sayıda olmayan ve her somut olayda belirlenmesi gereken yasağın tespiti için hukuken öngörülebilir bir düzenlemenin yokluğu aşikâr olmakla beraber bu konudaki ihtiyaç da göz ardı edilmemelidir. Özellikle yasağa aykırı eylemin niteliğine ilişkin Mahkeme'nin genişletici yorumu temel hak iddiaları üzerinde ciddi anlamda olumsuz etkiye sahiptir. Bunun önüne geçilebilmesi ve hukuki öngörülebilirliğin sağlanabilmesi adına çalışma sonunda AYM Yasası ve İçtüzüğüne getirilebilecek bir düzenleme ile başvuru hakkının kötüye kullanılması hallerinin açıkça sayılması öneri olarak sunulmuştur. Buna ilave olarak getiriliş amacına hizmet etmenin uzağında, öne sürülen hak ihlallerinin incelenmemesi ile sonuçlanan bu yasağın hukuki sonuçlarının yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

- Akyol Ş, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı* (Filiz Kitabevi 1995).
- Algan B, 'Bireysel Başvurularda 'Açıkça Dayanaktan Yoksunluk' Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması' (2014) 63(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 247-284.
- Altan A, 'Alparslan Altan'ın Konuşması', *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar) Paneli* (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2011) 142-151.
- Armağan S, 'Federal Almanya'da Anayasa Şikayeti' (1971) 5(7) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi 53-75.
- Aybay R, *İnsan Hakları Hukuku* (1. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2015).
- Aydın ÖD, 'Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru' (2011) 15(4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121-170.
- Boyar O, 'Suçta ve Cezada Yasallık İlkesi' iç Sibel İnceoğlu (ed), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (2. Bası, Beta Basım 2013).
- Çoban AR, Ali Rıza Çoban, 'Bireysel Başvuru: Anayasa Mahkemesi İçin Ağır İş Yükü Sorunu' iç Ahmet Taşkın (ed), *AİHM ve Türkiye II, Uluslararası Sempozyum* (Türkiye Adalet Akademisi Yayınları Yayın No: 8 2010) 185-214.
- Doğan İ(ed), *İnsan Hakları Hukuku* (4. Bası, Astana Yayınları 2020).
- Doğanoğlu AE, 'Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru Yargılamasına Başvurucunun Vekili Sıfatıyla Katılan Avukata Disiplin Para Cezası Vermeye Yetkili Midir?' (2020) *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı* 485-496, <www.ankarabarusu.org.tr/hukukkurultayi2020> Erişim Tarihi 3 Haziran 2021.
- Doğanoğlu AE, 'Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda 'Başvurunun Reddi Kararı' (2018) 13(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 497-537.
- Doğanoğlu AE, 'Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması Yasağı' (2018) 67(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 535-75.
- Doğru O, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi* (İstanbul: Legal, 2012)
- Doğru O, 'Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Biçim Yönünden Değerlendirilmesi' (2015) 31(1) Anayasa Yargısı 35-65.

- Doğru O ve Nalbant A, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar-1.cilt* (1. Bası, Avrupa Konseyi 2012).
- Dursun H, 'Almanya'da İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması' (2017) 9 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 203–246.
- Ekinci H, 'Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü' iç Musa Sağlam (ed), *Bireysel Başvuru "Anayasa Şikayeti"* (HUKAB Sempozyum Serisi 2011) 137–160.
- Ekinci H, 'Kabul Edilebilirlik Kriterleri: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadının Anayasa Mahkemesi İçtihadına Olası Etkileri' iç Musa Sağlam (ed), *Bireysel Başvuru: İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi)* (2. Bası, Anayasa Mahkemesi Yayınları 2013).
- Erdiñç T, 'Karşılaştırmalı Olarak Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı (Anayasa Şikayeti)' (2015) 6(20) TADD 87–138.
- Fendoğlu HT, '2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (Ay. Md.13)' (2002) 19 Anayasa Yargısı 111–149.
- Fiona DL ve Dzehtsiarou K, *Great Debates on the European Convention on Human Rights* (Macmillan International Higher Education 2018).
- Göztepe E, 'Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi' (2011) 95 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 13–40.
- Güçlü Y, *İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar* (4. Bası, Seçkin Yayıncılık 2020).
- Güveyi N, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşaması* (1. Bası, On İki Levha 2015)
- Handemir B, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru* (Seçkin Yayıncılık 2015).
- Harris D, O'Boyle M, Bates E ve Buckley C, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Mehveş Bingöllü Kılıcı ve Ulaş Karan çev, (1. Bası, Şen Matbaa 2013).
- Herlitz GN, 'The Meaning of the Term 'Prima Facie' (1994) 55(2) Louisiana Law Review 391–408
- İnceoğlu S, 'Adil Yargılanma Hakkı' iç Sibel İnceoğlu (ed), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (2. Bası, Beta Basım 2013).
- İnceoğlu S, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Amerika Modelleri* (On İki Levha Yayıncılık 2017).
- İnceoğlu S, *Adil Yargılanma Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4* (Avrupa Konseyi 2018).
- Kanadoğlu K, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru* (1. Baskı, On İki Levha 2015).
- Karan U, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Rehberi* (1. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2015).
- Keller H, Fischer A ve Kühne D, 'Debating The Future Of The European Court Of Human Rights After The Interlaken Conference: Two Innovative Proposals' (2011) 21(4) European Journal of International Law 1025-1048.
- Kılınc B, 'Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği' (2008) 24(1) Anayasa Yargısı 17–57.
- Küçük ÇM, '657 Sayılı Kanun Kapsamında Disiplin Cezaları Ve Ceza Hukuku Genel İlkelere Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği' (Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi 2019).
- de Morree P, *Rights and Wrongs under the ECHR* (Intersentia, 2016).
- Muratoğlu T, 'Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları Ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu' (2014) 19(30-31) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77–147.
- Nalbant A, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasal Bireysel Başvuru' (2015) 31(1) Anayasa Yargısı 423-442.
- "Online Etymology Dictionary" <<https://www.etymonline.com/>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2021.

- Özbey Ö, *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı* (Adalet Yayınevi 2012).
- Sağlam F, 'Anayasa Şikayeti – Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar' iç Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (edr), *Demokratik Anayasa* (1. Bası, Metis Yayınları 2012)
- Şahbaz İ, 'Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar', *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti\ Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar) Paneli* (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2011) 71–127.
- Schabas WA, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Philip Alston ve Vaughan Lowe (edr), (1. Bası, Oxford University Press 2015).
- Şirin T, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı* (1. Bası, On İki Levha 2015).
- Şirin T, *Bireysel Başvuru Usul Hukuku: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 7* (Avrupa Konseyi 2018).
- Şirin T, "'Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması İle Mukayeseli Bir İnceleme)' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2013)
- Şirin T, *Türkiye'de Düşüncenin Tutsaklığı-2: İfade Özgürlüğünün Yeşili* (Fatma Büşra Helvacıoğlu (ed), (1. Bası, Tekin Yayınevi 2021).
- Şirin T, 'Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi', *Kamu Hukukçuları Platformu, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru" Konulu 5.Toplantı* (2015), <https://kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Tolga_Airin_333_1.pdf> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2021
- Sultanoğlu A, 'Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usulünde Cmk Md. 141'deki Hukuk Yolunun Etkililiği Sorunu', (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2020).
- Tüzün D, 'Kabahatler Kanununun Genel Hükümleri ve İdari Yaptırımlar Üzerine Bazı Gözlemler' (2020) 5(1) Çankaya Üniveristesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3315–3335.
- Uzun E, *Hukuk Göstergebilimi* (2.Bası, Nora Kitap 2020).
- Yokuş S, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı* (Yetkin Yayınları 2002).
- Leo Zwaak, 'Chapter 2: The procedure before the European Court of Human Rights' iç Pieter van Dijk and others (edr), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (4. Bası, 2006).

Anayasa Mahkemesi Kararları

- AYM, *Abdulhalim Özdemir ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2014/9850, 16.11.2016.
- AYM, *Abdulkerim Şen ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2014/15441, 09.06.2020.
- AYM, *Abdülislam Sultan ve Hakan Soytemiz Başvurusu*, B. No: 2015/1781, 21.03.2018.
- AYM, *Abdurrehman Uray Başvurusu*, B. No: 2013/6140, 05.11.2014.
- AYM, *Abidin Meşe ve Diğerleri*, B. No: 2019/11213, 29.06.2021.
- AYM, *Adem Kanat ve Fatma Kanat Başvurusu*, B. No: 2015/16838, 10.10.2019.
- AYM, *Ağit Esenboğa ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2015/11241, 03.04.2019.
- AYM, *Ağit Sev ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2019/42367, 09.07.2020.
- AYM, *Ahmet Eroğlu ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2013/9418, 09.09.2015.
- AYM, *Ahmet Karakuş ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2014/12095, 22.03.2017.
- AYM, *Ahmet Talha Hayat ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2015/2006, 21.02.2019.
- AYM, *Ahu Yürüyen ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2015/9698, 28.11.2018.
- AYM, *Akın Öztığ ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2016/14924, 28.11.2019.
- AYM, *Ali Bilbay ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2014/13550, 26.10.2017.

- AYM, *Ali Demir Başvurusu*, B. No: 2015/3357, 10.01.2019.
- AYM, *Ali Dursun ve Müslüm Demir Başvurusu*, B. No: 2014/12720, 19.02.2019.
- AYM, *Ali Ekber Çeçi ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2015/5463, 23.01.2019.
- AYM, *Ali Sevim ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2015/3364, 17.07.2019.
- AYM, *Arif Şimbil ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2013/8660, 04.02.2016.
- AYM, *Arslan İlhan ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2014/6357, 04.07.2018.
- AYM, *Aydın Çetinkaya Başvurusu*, B. No: 2015/547, 18.04.2018.
- AYM, *Aynur Tunç ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2014/9843, 22.03.2017.
- AYM, *Ayşe Akın ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2018/36083, 17.11.21.
- AYM, *B.Ç. ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2015/10144, 09.05.2019.
- AYM, *Başkent Gazino İşletmeciliği Turizm Gıda Tic. Ltd. Şti. Başvurusu*, B. No: 2017/4991, 21.07.2020.
- AYM, *Bayram Türk Başvurusu*, B. No: 2014/15613, 18.04.2018.
- AYM, *Beşir Konu Başvurusu*, B. No: 2018/15128, 13.04.2021.
- AYM, *Bilal Çetiner Başvurusu*, B. No: 2019/42199, 14.10.2020.
- AYM, *Ç.İ. Başvurusu*, B. No: 2015/1736, 07.02.2018.
- AYM, *Celal Uyğur Başvurusu*, B. No: 2016/12442, 12.11.2019.
- AYM, *Cengiz Koç ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2014/18188, 08.03.2017.
- AYM, *Cenk Çelik Başvurusu*, B. No: 2018/13456, 21.10.2020.
- AYM, *Caner Aslan ve Firdes Doğan Başvurusu*, B. No: 2015/17803, 09.10.2019.
- AYM, *Cevdet Genç Başvurusu (2)*, B. No: 2014/9043, 29.09.2016.
- AYM, *Cuma Çiftçi Başvurusu*, B. No: 2014/277, 14.10.2015.
- AYM, *Dağistan Koçak Başvurusu (2)*, B. No: 2018/5489, 25.02.2021.
- AYM, *Demirdöven Köyü Tüzel Kişiliği ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2014/14359, 25.12.2018.
- AYM, *Dursun Açıkbaz ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2017/35837, 07.09.2021.
- AYM, E 2014/100, K 2015/6, 14.01.2015.
- AYM, E 2011/59, K 2012/34, 01.03.2012.
- AYM, *Edaviye Türker ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2016/2625, 28.11.2019.
- AYM, *Emin Yılmaz Başvurusu*, B. No: 2014/3930, 29.06.2016.
- AYM, *Engin Çırakoğlu Başvurusu*, B. No: 2014/8520, 10.10.2018.
- AYM, *Erkan Karabacak Başvurusu*, B. No: 2014/5757, 19.07.2017.
- AYM, *Faraç Öğredik Başvurusu (2)*, B. No: 2014/20409, 02.02.2017.
- AYM, *Fatma Müge Tekin ve Özge Tekin Başvurusu*, B. No: 2014/2504, 20.03.2019.
- AYM, *Gülen Sünget ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2014/3567, 30.06.2016.
- AYM, *H.Y. Başvurusu*, 2017/7439, B. No: 11.12.2019.
- AYM, *Hakki Aslan Başvurusu*, B. No: 2013/6145, 14.04.2016.
- AYM, *Halil Öztunç ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2014/8651, 22.06.2017.
- AYM, *Harun Yalçın ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2014/15254, 17.11.2016.
- AYM, *Hava Sipahioğlu ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2016/4317, 12.11.2019.
- AYM, *Hüseyin Tolga Çoskuner Başvurusu*, B. No: 2017/35511, 09.09.2020.
- AYM, *I.S. ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2014/15824, 22.09.2016.
- AYM, *İbrahim Sönmez Başvurusu*, B. No: 2014/16979, 10.05.2017.

- AYM, *İhsan Uygun ve Nuran Kaya Başvurusu*, B. No: 2017/28373, 29.12.2020.
- AYM, *Kadir Volkan Yavuzcan Başvurusu*, B. No: 2016/60438, 03.06.2020.
- AYM, *Kenan Gül başvurusu*, B. No: 2015/17892, 19.02.19.
- AYM, *Kemal Denk ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2014/17989, 23.02.2017.
- AYM, *Kemal Toraman ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2013/1761, 21.01.2015.
- AYM, *Kerem Elmas Başvurusu*, B. No: 2015/5465, 21.02.2019.
- AYM, *Koray Denizcilik ve Ticaret A.Ş. ve Mehmet Koray Araz Başvurusu*, B. No: 2014/8778, 08.12.2016.
- AYM, *Mahmut Ceylan Başvurusu*, B. No: 2015/1440, 28.06.2018.
- AYM, *Mehmet Çağırıcı Başvurusu*, B. No: 2013/3020, 23.03.2016.
- AYM, *Mehmet Denk ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2013/6264, 06.04.2016.
- AYM, *Mehmet Güven Ulusoy Başvurusu*, B. No: 2013/1013, 02.07.2015.
- AYM, *Mehmet Kandemir Başvurusu*, B. No: 2016/1050, 08.02.2018.
- AYM, *Mehmet Reşit Arslan Başvurusu (2)*, B. No: 2013/7902, 24.02.2016.
- AYM, *Mehmet Şirin Ekol Başvurusu*, B. No: 2016/853, 04.04.2019.
- AYM, *Mirze Bozma Başvurusu*, B. No: 2013/5319, 13.04.2016.
- AYM, *Murat Soydan Paksoy Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2014/1999, 13.07.2016.
- AYM, *Mustafa Özçelik Başvurusu*, B. No: 2017/3927, 10.12.2019.
- AYM, *Necat Öztekin Başvurusu*, B. No: 2014/510, 09.06.2016.
- AYM, *Nilgün Gökay ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2014/3303, 12.01.2017.
- AYM, *Osman Sandıkçı Başvurusu*, B. No: 2013/6297, 10.03.2016.
- AYM, *Özlem Dalkıran Başvurusu*, B. No: 2017/35203, 21.01.2021.
- AYM, *Pirfani Şahin Başvurusu*, B. No: 2014/5755, 14.11.2018.
- AYM, *Ramazan Ay ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2013/7784, 10.03.2015.
- AYM, *Ramazan Yalçın ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2014/15360, 12.01.2017.
- AYM, *S.Ö. Başvurusu*, B. No: 2013/7087, 18.09.2014.
- AYM, *Salih Tural Başvurusu*, B. No: 2014/11644, 14.10.2015.
- AYM, *Selanik Aslan ve Diğerleri Başvuru*, B. No: 2014/491, 11.01.2017.
- AYM, *Selman Kaplan ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2013/7302, 20.04.2016.
- AYM, *Sincar Gökalp Başvurusu*, B. No: 2017/24631, 03.06.2020.
- AYM, *Şirzat Karayel Başvurusu*, B. No: 2014/1312, 08.06.2017.
- AYM, *Süleyman Yom Başvurusu*, B. No: 2015/3429, 22.01.2019.
- AYM, *Yıldırım Turğut Başvurusu*, B. No: 2014/12199, 07.12.2016.
- AYM, *Yılmaz Benzer Başvurusu*, B. No: 2017/40336, 28.11.2019.
- AYM, *Yılmaz Ekinci Başvurusu*, B. No: 2018/16428, 28.01.2021.
- AYM, *Yücel Aktay Başvurusu (2)*, B. No: 2018/31550, 25.02.2021.
- AYM, *Yümürü Dilek Başvurusu*, B. No: 2013/4189, 21.05.2015.
- AYM, *Zülfükar Güzel Başvurusu*, B. No: 2017/39625, 29.06.2021.
- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları**
- İHAM, *Akdivar ve Others v. Turkey*, App No: 21893/93, 16.09.1996.
- İHAM, *Aktay v. Turkey*, App No: 56064/16, 58000/16, 15087/17, 18.11.2020.
- İHAM, *Apinis v. Latvian*, App No: 46549/06, 20.09.2011.

- İHAM, *Ayhan Erdoğan v. Turkey*, App No: 396/56, 13.01.2009.
- İHAM, *Balsyte-Lideikiene v. Latvian*, App No: 72596/01, 04.11.2008.
- İHAM, *Beg S.P.A. v. Italy*, App No: 5312/11, 20.05.2021.
- İHAM, *Bekauri v. Georgia*, App No: 14102/02, 10.04.2012.
- İHAM, *Brumarescu v. Romania*, App No: 28342/95, 28.10.1999.
- İHAM, *Burden v. United Kingdom*, App No: 13378/05, 29.04.2008.
- İHAM, *Campbell and Fell v. United Kingdom*, App No: 7819/77, 7878/77, 28.06.1984.
- İHAM, *Centro Europa 7 S.R.L. and Di Stefano v. Italy*, App No: 38433/09, 07.06.2012.
- İHAM, *Drijfhout v. Holland*, App No: 51721/09, 22.02.2011.
- İHAM, *Duringer and Others and Grunge v. France*, App No: 61164/00, 18589/02, 04.02.2003.
- İHAM, *Engel ve Others v. Holland*, App No: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 08.06.1979.
- İHAM, *G.I.E.M. S.R.L. and Others v. Italy*, App No: 828/06, 34163/07, 19029/11, 28.06.2018.
- İHAM, *Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall v. Iceland*, App No: 68273/14, 68271/14, 22.12.2020.
- İHAM, *Gross v. Switzerland*, App No: 67810/10, 30.09.2014.
- İHAM, *Hadrabova v. The Czech Republic*, App No: 42165/02, 466/03, 25.09.2007.
- İHAM, *İlhan v. Turkey*, App No: 22277/93, 27.6.2000.
- İHAM, *Jian v. Romania*, App No: 46640/99, 30.03.2004.
- İHAM, *Khachaturov v. Armenia*, App No: 59687/17, 24.06.2021.
- İHAM, *Koch v. Poland*, App No: 15005/11, 07.03.2017.
- İHAM, *Kyprianou v. Cyprus*, App No: 73797/01, 15.12.2005.
- İHAM, *Lapshin v. Azerbaijan*, App No: 13527/18, 20.05.2021.
- İHAM, *Loizidou v. Turkey*, App No: 15318/89, 23.03.1995.
- İHAM, *Manoussos v. The Czech Republic*, App No: 46468/99, 09.07.2002.
- İHAM, *Martins Alves v. Portugal*, App No: 56297/11, 21.01.2014.
- İHAM, *Micallef v. Malte*, App No: 17056/06, 15.10.2009.
- İHAM, *Mitrović v. Serbia*, App No: 52142/12, 21.03.2017.
- İHAM, *Öztürk v. Germany*, App No: 8544/79, 21.02.1984.
- İHAM, *Pakozdi v. Hungary*, App No: 51269/07, 25.11.2014.
- İHAM, *Petrović v. Serbia*, App No: 56551/11, 18.10.2011.
- İHAM, *Podeschi v. San Marino*, App No: 66357/14, 13.04.2017.
- İHAM, *Popov v. Moldova (No. 1)*, App No: 74153/01, 18.01.2005.
- İHAM, *Poznanski and Others v. Germany*, App No: 25101/05, 03.03.2007.
- İHAM, *Ravnsborg v. Sweden*, App No: 14220/88, 23.03.1994.
- İHAM, *Řehák v. The Czech Republic*, App No: 67208/01, 18.05.2004.
- İHAM, *S.A.S v. France*, App No: 43835/11, 01.07.2014.
- İHAM, *Saday v. Turkey*, App No: 32458/96, 30.03.2006.
- İHAM, *Schreiber and Boetsch v. France*, App No: 58751/00, 11.12.2003.
- İHAM, *Ümit Bilgiç v. Turkey*, App No: 22398/05, 03.09.2013.
- İHAM, *X and Others v. Bulgaria*, App No: 22457/16, 02.02.2021.
- İHAM, *Zhdanov and Others v. Russia*, App No: 12200/08, 35949/11, 58282/12, 16.07.2019.

Sermaye Şirketlerinde Genel Kurul Kararlarının Yokluğunun veya Butlanının İleri Sürülmesinde Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*

Prohibition of Abuse of Right in Claim of Nullity or Non-Existence in General Assembly Resolution of Stock Companies

Ebru Tüzemen Atik** 

ÖZ

Sermaye şirketlerinde genel kurul kararlarının yokluğu ve butlanı, ilgili herkes tarafından, bir süreyle sınırlı olmaksızın, açılmış bir davada itiraz olarak ya da bir tespit davası yoluyla ileri sürülebilir. Yokluğun ve butlanın tespitine yönelik mahkeme kararı, yenilik doğurucu nitelikte değildir; var olan bir durumu tespit etmektedir. Yokluk ve butlan ayrımı, sonuçları bakımından büyük farklılıklar arz etmese de, butlan hâlinde hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanabileceği, yokluk hâlinde ise bunun mümkün olmadığı genel olarak kabul edilmektedir. Buna göre butlanın ileri sürülmesinin sınırını, hakkın kötüye kullanılması oluşturur. Söz konusu esas, öğretide ve yerleşik yargı kararlarında da benimsenmiştir. Son zamanlarda genel kurul kararlarının yokluğunun tespitine dair yargı kararlarında ise yokluk hâlinde de hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanabileceğine hükmedildiği görülmektedir. Bu makalede, genel kurul kararlarının butlanı hâlinde hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmasına ilişkin esaslar üzerinde durularak, yokluğun ileri sürülmesinde de bu yasağın uygulanmasının mümkün olup olmadığı hususu ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Genel Kurul, Yokluk, Butlan, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı.

ABSTRACT

The non-existence and nullity of general assembly resolutions in stock companies can be claimed as an objection in a lawsuit filed or through a declaratory lawsuit by all parties involved without regard to time limits. The court decision determining the non-existence and nullity is a declaratory judgment rather than a formative one. Although the distinction between non-existence and nullity does not differ significantly in terms of consequences, it is generally accepted that the prohibition of abuse of right can be applied in case of nullity and that this is not possible in the case of non-existence. Accordingly, the abuse of right constitutes the limit of asserting nullity. The doctrine and established court decisions have also adopted this principle in question. However, in the recent judicial decisions regarding the determination of the non-existence of general assembly resolutions, it is seen that the prohibition of abuse of right can be applied even in the non-existence cases. In this article, the principles regarding the implementation of the prohibition of abuse of right in case of nullity of the resolutions of the general assembly are explored, and the question of whether this prohibition may be applied to a claim of non-existence.

Keywords: Joint-Stock Companies, General Assembly, Non-existence, Nullity, Prohibition of Abuse of Right.

* Bu makale, 16 Aralık 2021 tarihinde Selçuk Hukuk Kongresi II'de sunulan "Sermaye Şirketlerinde Genel Kurul Kararlarının Yokluğunun veya Butlanının İleri Sürülmesinde Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı" adlı tebliğden hareketle hazırlanmıştır.

** Dr. Öğr Üyesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı ORCID: 0000-0003-4463-3806.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Ebru TÜZEMEN ATIK

E-posta/E-mail: ebru.atik@selcuk.edu.tr, ebrutuzemen@gmail.com

Geliş Tarihi/Received: 17.03.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 10.05.2022

GİRİŞ

Sermaye şirketlerinin genel kurul kararları, hukuki işlem niteliğinde olmaları nedeniyle, yokluk, butlan, iptal edilebilirlik ve askıda hükümsüzlük yaptırımlarına tâbi olabilir¹. Yokluk ve butlan yaptırımları, esasen kendiliğinden gerçekleşmektedir. Bununla birlikte yokluk ve butlan, itiraz olarak ileri sürülebileceği gibi, bir tespit davasına da konu edilebilir². Yokluk ve butlan hâllerinde, işlem, başlangıçtan itibaren hüküm doğurmayacaktır. Açıklanan nedenle yokluğun ya da butlanın ileri sürülmesi için bir süre öngörülmemiştir³. Ancak bu davanın makul bir süre içerisinde açılması gerekir⁴.

Bu makalede, anonim şirket genel kurul kararlarının yokluğunun veya butlanının ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ele alınmaktadır. Konu, özellikle son dönemlerde verilen yargı kararlarının, öğretideki genel kabul ile çelişmesi nedeniyle dikkat çekmektedir.

Yokluk ve butlan ayrımı ile dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, medeni hukuk alanına ait meselelerdir. Ancak konu, sermaye şirketlerinde genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü bakımından ayrıca önem taşımaktadır. Sermaye şirketlerinde yokluk ve butlan ayrımı ile bu ayrım neticesinde ortaya çıkan sonuçlar, özellikle kararların korporatif niteliği, *erga omnes* etkisi ve sürekliliği gibi özellikleri göz önünde bulundurularak özel bir inceleme yapılmasını gerekli kılmaktadır.

Bu makalede konu, sermaye şirketleriyle sınırlanmıştır. Bilindiği üzere, sermaye şirketleri; anonim şirket, limited şirket ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketten ibarettir (TTK m. 124/2). Bu kapsamda açıklamalar, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde ve halka kapalı anonim şirketler esas alınarak yapılmaktadır. Hukukumuzda, anonim şirketlerde genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü, TTK m. 445-451 arasında düzenlenmiştir. TTK m. 622 uyarınca, söz konusu hükümler, limited şirketlere de kıyas yoluyla uygulanacaktır. Aynı durum, TTK m. 565/2

1 Anonim şirket genel kurul kararlarının askıda hükümsüzlüğü hakkında bilgi için bkz. Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (4. Bası, Yetkin 2022) 324-324; Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (9. Bası, On İki Levha 2020) 38-50.

2 Moroğlu 'Hükümsüzlük' (n 1) 148, 178-179. Butlan bakımından bu yönde bkz. Dieter Dubs und Roland Truffer, Artikel Kommentar zu OR Art. 698-706b Hrg.: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Rolf Watter, *Basler Kommentar Obligationenrecht II Art. 530-964 OR* (5. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2016), Art. 706b, N. 5; Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz und Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht* (Stämpfli und Cie 1996), 267, § 25, N. 133; Korkut Ö, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı* (Karahan 2012) 179; Haluk Nami Nomer, *Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar*, (Beta 2008)107; Hans Michael Reimer, *Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht* (Stämpfli 1998) 141, N. 306; Wolfgang Zöllner, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 2, 4. Lieferung, §§ 241-290 (Carl Heymanns 1976) § 241, N. 34.

3 Dubs und Truffer (n 2) Art. 706b, N. 5; Forstmoser, Meier-Hayoz und Nobel (n 2) 267, § 25, N. 135. TTK m. 454/4 uyarınca, sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararlarının butlanının ileri sürülmesinde kıyasen uygulanacak olan 353/4 gereğince üç aylık süre bu kurala istisna teşkil etmektedir. Ancak bu hâlde de butlanın ya da yokluğun tespiti yönünde değil, sermaye artırımının feshi yönünde karar verilmelidir (TTK m. 353/1). Bkz. Rauf Karasu *Emredici Hükümler İlkesi* (2. Bası, Yetkin 2015) 87. Ayrıca SerPK m. 92/1-b düzenlemesinde yer alan beş yıllık süre de genel kurala istisnadır.

4 Korkut (n 2) 191; Reimer (n 2) 150, N. 322. Bu yönde bkz. Yargıtay 11 HD, E 2020/95, K 2020/4885, 10.11.2020; Yargıtay 11 HD, E 2017/1702, K 2018/8018, 18.12.2018 (Sinerji).

atfı uyarınca, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler bakımından da söz konusudur. Bu nedenle mesele, daha ziyade, anonim şirkete ilişkin hükümler dikkate alınarak incelenecek olmakla birlikte, söz konusu açıklamalar tüm sermaye şirketleri bakımından uygun düştüğü ölçüde geçerli olmaktadır⁵.

Meselenin daha iyi ortaya konulması bakımından, bu makalede öncelikle, genel olarak yokluk ve butlan kavramlarına kısaca değinildikten sonra genel kurul kararlarının yokluğuna ve butlanına ilişkin temel esaslar üzerinde durulacaktır. Ardından dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı hakkındaki temel bilgilere yer verilerek; öğretideki görüşler ve yargı uygulaması ışığında, sermaye şirketlerinin genel kurul kararlarının yokluğunun ya da butlanının tespitinde hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olup olamayacağı hakkında değerlendirmede bulunulacaktır.

Genel kurul kararlarının yokluğunun ya da butlanının ileri sürülmesinde hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı davranış, buna ilişkin açılan davanın reddi, bu davayı açan kimsenin şirketin zararından sorumluluğu, davacının pay sahibi olması hâlinde şirketten çıkarılması gibi bazı sonuçlar meydana getirebilir⁶. Bu makalenin kapsamı ve amacı doğrultusunda söz konusu sonuçlar üzerinde ayrıca durulmayacaktır.

I. GENEL OLARAK YOKLUK VE BUTLAN KAVRAMLARI

Bir hukuki işlemin kurucu unsurlarının bulunmaması, o işlemin hiç doğmamasına, yani yok hükmünde⁷ sayılmasına neden olur. Butlanda ise işlemin kurucu unsurları tam olmasına rağmen geçerlilik unsurları mevcut değildir⁸. Yokluk hâlinde, görünüşte dahi bir hukuki işlemin varlığından söz edilemezken⁹, butlan hâlinde görünüşte bir işlem bulunmakla birlikte hukuk düzeni bu işleme bir sonuç bağlamamaktadır.

5 Anonim şirkete dair söz konusu hükümler, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun (RG, 10.05.1969, S. 13195) 98. maddesi kapsamında kooperatifler hakkında da uygulanır. Hakkın kötüye kullanılması yasağına değinerek, kooperatiflere ilişkin bu yönde yapılan değerlendirme için bkz. Yargıtay 23 HD, E 2014/1083, K 2014/4348, 05.06.2014 (Sinerji). Kooperatif genel kurul kararlarının bozulması (iptali) hakkında ise Kooperatifler Kanunu'nun 53. maddesinde özel bir düzenleme getirilmiştir.

6 Bkz. Korkut (n 2) 222-228.

7 Yokluk hâlinde sözleşmenin hukuken varlık kazanamamış olması nedeniyle, gerçek ve teknik anlamda bir hükümsüzlük hâlinde de söz edilemeyeceği yönünde bkz. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I* (Seçkin 2015) 127; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Bası, Yetkin 2021) 385-387, N. 1042-1045; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku C.1 Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme* (6. Bası, Filiz 2014) 578, § 43, N. 1; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku* (7. Bası, Fakülteler Matbaası 1993) 374-381. Burada olduğu gibi, hükümsüzlüğün, sözleşmenin geçerli olmadığı hâlleri kapsamak üzere geniş anlamda kullanımı için bkz. İsmail Kırca, *Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (3. Bası, On İki Levha 2022) 1-44; Moroğlu 'Hükümsüzlük' (n 1) 27-52; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I* (12. Bası, Vedat 2014) 178.

8 Eren (n 7) 385, N. 1042.

9 Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 7) 378.

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinde yer alan “*butlan*” yaptırımını, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinde “*Kesin Hükümsüzlük*” başlığı altında düzenlenmiştir¹⁰. Yokluk ise genel hükümlerde doğrudan bir kanuni dayanağa sahip olmasa da Türk öğretisinde ve yargı kararlarında kabul edilen bir yaptırım türüdür¹¹. Yokluk ve butlan ayrımı, büyük ölçüde teorik niteliktedir. Bu iki kavram arasında, sonuçları bakımından önemli bir fark bulunmadığı söylenebilir¹². Zira her iki hükümsüzlük nedeni de hukuki yararı olan herkes tarafından, bir itiraz olarak, süresiz ileri sürülebilir. Her iki durumda da işlem başlangıçtan itibaren sonuç doğurmayacaktır. Yokluk hâlinde, varlık kazanamamış bir işlemin daha sonra var kabul edilmesi söz konusu değildir. Butlanla sakat bir işlem de icazet yoluyla ya da bir sürenin geçmesi ile düzelmez¹³. Hâkim gerek yokluk gerekse butlan hâlini, görevi dolayısıyla re'sen (*ex officio*) dikkate almalıdır¹⁴.

Butlanın ileri sürülmesinde bir süre sınırlaması yoktur. Hukukun birçok alanında butlanın uzunca bir süre sonra ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyeceği yönünde kararlarla karşılaşmak mümkündür. Özellikle kamu düzeninden olan hâllerde, butlanın, üzerinden ne kadar zaman geçerse geçsin ileri sürülebileceği kabul edilmektedir. Örneğin, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, sürekli ayırt etme gücünden yoksunluğun (TMK m. 145/2) tespiti hâlinde, üzerinden otuz yıl geçmiş evlenmenin butlanına karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁵. Kamu hukuku alanında dahi benzer bir düşünce tarzıyla hareket edildiği, üzerinden uzun zaman geçmesinin sakat hukuki işlemin geçerli kabul edilmesine neden olmayacağı yönünde kararlar verildiği görülmektedir¹⁶.

Ortaya çıkardıkları sonuçlar bakımından pek çok ortak özelliği olan bu iki yaptırım arasında hem sebepleri hem de sonuçları yönünden birtakım farkların da varlığından söz etmek gerekir. Buraya

- 10 Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 20. maddesindeki “*butlan*” kavramını yerine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinde “*kesin hükümsüzlük*” ifadesi kullanılmıştır. Buna karşılık 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 447. maddesinde hâlen “*butlan*” ifadesine yer verilmeyle, kanunlar arasında terim birliği sağlanamamıştır (Ayrıca bkz. TTK m. 391). Bu makalede, makale konusunun Ticaret Hukuku boyutuyla ele alınacak olması karşısında, Türk Ticaret Kanunu bakımından kanuni ifade olan butlan kavramı tercih edilmiştir.
- 11 Ahmet Kılıçoğlu, ‘Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması’ (1981) 38 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 209, 211; Kırca (n 7) 1; Moroğlu ‘Hükümsüzlük’ (n 1) 32, 77; Nomer (n 2) 61; Oğuzman (Öz) (n 7) 179; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi C. II* (4. Bası, Adalet 2022) 1028-1032, N. 1-9; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 7) 377-378. Bununla birlikte ticari işlerde faize ilişkin olarak TTK m. 8/4 düzenlemesinde, bileşik faize ilişkin TTK m. 8/2 ile tüketicinin korunmasına ilişkin saklı hükümlerin saklı tutulmasına ilişkin TTK m. 8/3 hükümlerine aykırı olarak işletilen faizin “yok hükmünde” olacağı düzenlenmiştir. TMK m. 83/3 ile SerPK m. 92/1-b düzenlemeleri üzerinde aşağıda ayrıca durulacaktır.
- 12 Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 7) 579, § 43, N. 2; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (19. Bası, Turhan 2015) 161-162; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 7) 378.
- 13 Hüseyin Hatemi, *Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçlar* (Sulhi Garan Matbaası 1976) 151, 256.
- 14 Şener Akyol, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı* (2. Bası, Vedat 2006) 158; Hatemi (n 13) 151.
- 15 Yargıtay HGK, E 2017/2-2672, K 2018/1717, 15.11.2018 (karararama.yargitay.gov.tr). Kararın, Abdullah Ergin tarafından kaleme alınan karşı oy yazısında “*30 yıl sonra açılan butlan davasında davacının güncel hukuki yararını ortaya koyması ve ispat etmesi hukuk güvenliği ve istikrarı adına şarttır*” denilerek, butlan hâlinde hakkın kötüye kullanılmasına bağlı bir süre kaydının varlığından söz edilmiştir.
- 16 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, oy çokluğuyla vermiş olduğu bir kararında, yanlış ALES puanıyla öğretim görevlisi kadrosuna atanan bir öğretim görevlisinin 6 yıl sonra görev süresinin yenilenmemesi işlemini, açık hata bulunan işlemlerin her zaman geri alınabileceği düşüncesiyle hukuka uygun bulmuştur. Danıştay İDDK, E 2018/2469, K 2019/2420, 15.05.2019 (Sinerji).

kadar izah edildiği üzere, yokluk ile butlan her şeyden önce *sebepleri bakımından* farklıdır. Öyle ki, yokluk hâlinde işlemin kurucu unsurlarında bir eksiklik mevcutken, butlanda kurucu unsurları var olan bir işlem içerik bakımından sakattır. Ancak bu fark, iki kavramı yalnız teorik açıdan ayırmaya elverişlidir.

Yokluk ile butlanı birbirinden ayıracak olan pratik farklar, *sonuçları bakımındandır*¹⁷. Yokluk hâlinde, hukuki sonuç doğurmaya elverişli bir işlemde ve yokluğun doğası gereği, ortaya çıkan sonuçların hafifletilmesinden söz edilemez. Bununla birlikte katı ve ağır bir yaptırım olan butlanda, ortaya çıkan sonuçlarının hafifletilmesine¹⁸ neden olan bazı ihtimallerle karşılaşmak mümkündür.

Bu farklar şu şekilde sıralanabilir: Yokluk ile butlan arasındaki *ilk fark*, batıl işlemin tahvil yoluyla geçerli hâle getirilebilmesine karşılık, yoklukta tahvilin mümkün olmamasıdır¹⁹. Zira yoklukta, ortada tahvile elverişli bir işlem yoktur. Yok hükmünde bir işlemin onaylanması da söz konusu değildir. Batıl bir işlemin tahvil suretiyle geçerli kabul edilebilmesi ise mümkün olabilir. *İkinci fark*, ispat yükü bakımındandır. Bir hukuki işlemin var olup olmadığını, yani yokluğunu ispat yükü davacı tarafa ait iken, butlan hâlinde ispat yükü davalıda olacaktır²⁰. *Üçüncü fark* ise bu çalışmanın konusuna ilişkindir. Butlanın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde mümkünken, yokluğun ileri sürülmesinde hakkın kötüye kullanılması yasağı uygulanmaz. Medeni hukuk öğretisinde, yokluk ile butlanın diğer farkları hususunda yazarlar genellikle farklı özelliklere değinirken, bu sonuç bakımından hemen herkes hemfikirdir²¹. Böylece butlanın ileri sürülmesinin sınırını, hakkın kötüye kullanılması yasağı oluştururken; yokluk hâlinde hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanması söz konusu değildir. Somut olayın özelliklerine göre yokluğun ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilse dahi, bu durum işleme fiili olarak herhangi bir uygulama kabiliyeti kazandırmayacaktır²². Zira yokluk hâlinde, bir hukuki işlemde ve buna bağlı

17 Yokluk ile butlan arasında, sonuçları bakımından pratik bir fark bulunmadığı yönündeki değerlendirme için bkz. Hatemi (n 13) 151.

18 Bkz. Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin 2021) 245.

19 Antalya, 'Borçlar' (n 7) 127; Abdülhamid Oğuzhan Hacıömeroğlu ve Kemalettin Ahmet Aksoy, 'Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü Hakkında Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım' (2020) 2 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 405, 420; Kırca (n 7) 2; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 7) 579, § 43, N. 2; Nomer (n 2) 108. Karş. Fahiman Tekil, *Anonim Şirketler Hukuku* (Alkım 1998) 308. Öğretide ayrıca, butlanın bazı tazminat iddialarına konu olabileceği, yoklukta böyle sonuçların meydana gelmeyeceği de belirtilmiştir. Bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 7) 378. Butlan hâlinde işlemin tahvili hakkında ayrıca bkz. Demet Çelikbaş, 'Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı' (1987) 3 (1-4) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 593, 599-600; Andreas Furrer, Markus Müller-Chen ve Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha 2021) 182-183, N. 478-479.

20 Antalya, 'Borçlar' (n 7) 128; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 7) 580, § 43, N. 2.

21 Sinan Sami Akkurt, 'Hukuki İşlemlerde Geçersizlik Olgusuna Genel Bir Bakış' (2014) 4 (1) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 122-123; Antalya, 'Borçlar' (n 7) 127; O. Gökhan Antalya, *Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları* (1992) 18 (3) Yargıtay Dergisi 365, 378-379; Gümüş (n 18) 233, 245; Kocayusufpaşaoğlu Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 7) 579, § 43, N. 2; Öz (Oğuzman) (n 7) 179, dn. 468; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 7) 378. Söz konusu sonuca doğrudan değinmeksizin, şekle aykırılık hâlinde taraflarca bilerek yapılan ifada hakkın kötüye kullanılması yasağının saklı olduğu yönünde. bkz. Eren (n 7) 388, dn. 170, N. 1049. Ayrıca bkz. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, 'Medeni Kanunun 50. Yıldönümünde Hakların Kötüye Kullanılması' 1978 Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu 147, 165.

22 Akkurt (n 21) 123.

bir hakkın varlık bulmasından söz edilemez; butlanda ise varlık bulan işlem ve haklar hüküm ve sonuç doğurmamaktadır²³.

Öğretide, butlan hâlinde hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanması üzerinde, daha ziyade şekle aykırılık bakımından durulmuştur²⁴. Ağırlıklı görüşe göre, şekle aykırılığın ileri sürülmesi somut olayın özelliklerine göre dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir²⁵. Ancak öğretide, şekle hiç başvurulmamış olması hâlinde, ifa gerçekleşmiş olsa dahi şekil yokluğunun ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılmayacağı görüşüne de rastlanmaktadır²⁶.

II. GENEL KURUL KARARLARININ YOKLUĞUNA VE BUTLANINA İLİŞKİN TEMEL ESASLAR

Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde öğreti²⁷ ve uygulamanın²⁸ kabulünde olan genel kurul kararlarının butlanı, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun kabulüyle birlikte, kanunun 447. maddesinde doğrudan bir hukuki dayanağa kavuşmuştur. TTK m. 447 uyarınca, anonim şirket genel kurul kararlarından, “*pay sahibinin, genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilemez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran*”, “*pay sahibinin bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarını, kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran*” veya “*anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan*” kararlar bâtıldır. Genel kurul kararlarının butlanı hâlleri sayılanlardan ibaret değildir. TTK m. 447 düzenlemesindeki “*özelliikle*” ifadesiyle ve madde gerekçesinde, burada sayılanların anonim şirket genel kurul kararlarının butlanına neden olan özel hâller olduğu açıkça belirtilmiştir. Zira butlana bir sınır çizmek doğru olmayacağı gibi, mümkün de bulunmamaktadır. Bununla birlikte Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen butlan sebepleri de (TBK m. 27), anonim şirket genel kurul kararlarının butlanı açısından uygulama alanı bulacaktır²⁹.

23 Gümüş (n 18) 233.

24 Şekle aykırılığın yaptırımı tartışmalıdır. Öğretide, yokluk, kendine özgü geçersizlik görüşleri de ileri sürülmüş olmakla birlikte, Yargıtay'a ve ağırlıklı görüşe göre şekle aykırılığın yaptırımı butlandır. Bkz. Hüseyin Altaş, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi* (Yetkin 1998) 89-147; Kılıçoğlu 'Borçlar' (n 12) 155-158; Kılıçoğlu 'Şekil' (n 11) 211-213; Öz (Oğuzman) (n 7) 157. Karş. Antalya, 'Şekil' (n. 21) 385-386. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Oğuzman, 'Şekil Noksanı Sebebiyle Butlanın Dermeyanı Hakkının Suiistimali' (1955) XXIX (6) İstanbul Barosu Dergisi 249, 249-258.

25 Altaş (n 24) 156-180; Antalya, 'Borçlar' (n 7) 136; Kılıçoğlu 'Borçlar' (n 12) 164-178; Kılıçoğlu 'Şekil' (n 11) 211-220; Öz (Oğuzman) (n 7) 157. Ayrıca bkz. Antalya, 'Şekil' (n. 21) 382.

26 Feyzioğlu (n 21) 183.

27 Bkz. Ünal Tekinalp, 'Genel Kurul Kararlarının Butlanında Anonim Ortaklığa Özgü Sebeplerin Kabulü İhtiyacı' (2009) XXV (4) Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi 5, 10-13; Hasan Pulaşlı, 'Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi' (2013) XVII (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 885, 891. Ayrıca bkz. Ayşe Odman Boztosun, 'Anonim Şirkette Genel Kurul Toplantılarına Çağrıda Usulsüzlük' (2007) 7 Türk Hukuk Dergisi 43, 44-47.

28 Mülga 6762 sayılı Kanun dönemindeki uygulamaya ilişkin olarak bkz. Yargıtay HGK, E 2013/11-1048, K 2014/430, 02.04.2014 (Lexpera). Bu dönemde verilen kararlar için ayrıca bkz. Pulaşlı 'Müeyyide' (n 27) 891, dn. 16; Tekinalp 'Butlan' (n 27) 10-13.

29 Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku* (14. Bası: Beta 2020) 200; Pulaşlı 'Şerh' (n 11) 1032-1033, N. 10; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I* (15. Bası, Vedat 2021) 596-597, N. 722c-722d; Kırca (n 7) 43; Korkut (n 2) 60-71; Moroğlu 'Hükümsüzlük' (n 1) 30, 151-152; Nomer (n 2) 74-82; Mustafa Topaloğlu, 'Anonim Şirket

Anonim şirket genel kurul kararlarının yokluğu veya butlanı hâllerinde, işlem başlangıçtan itibaren hüküm doğurmaz. Bu nedenle her iki durum da, taraflarca ileri sürülmemiş olsa dahi re'sen dikkate alınmalıdır³⁰. Ancak anonim şirket genel kurul kararları, yok hükmünde veya batıl olmasına rağmen ticaret siciline tescil edilmiş; internet sitesi açmakla yükümlü şirketlerde şirketin internet sitesine konulmuş olabilir³¹ (TTK m. 422/2, BTHY³² m. 29/2). Böylece yok hükmünde ya da batıl olan kararlar, çoğu kez ticaret siciline tescil ve ilan edilmekle kamuya duyurulmakta ve bu durum, şirket alacaklıları ile şirketle işlem yapan üçüncü kişilerde bir güvene sebebiyet vermektedir³³.

Bu noktada, yok hükmünde ya da batıl bir kararın, yönetim kurulu tarafından icra edilmemesi ve ticaret siciline tescil edilmemesi gerektiği belirtilmelidir³⁴. Ticaret sicili müdürlüğü de, butlanın (ve yokluğun) açık olduğu hâllerde bunu dikkate alarak, tescil talebini re'sen reddetmelidir³⁵. Zira Türk

Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü Davalarında İslah' (2019) Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Saygı Günü Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu 30 Ekim 2017 87, 97-98; Güzin Üçışık ve Aydın Çelik, *Anonim Ortaklıklar Hukuku* C. 1 (Adalet 2013) 347-348. OR Art. 20 bakımından bu yönde Dubs und Truffer (n 2) Art. 706b, N. 3a. TTK m 447. Butlan sebepleri hakkında özel bir hüküm düzenleme içerdiği için, burada sayılanlar dışındaki emredici hükümlere aykırılığın iptal sebebi olacağı hususunda aksi görüşte bkz. Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5. Bası, Vedat 2020) 402-403, N. 15-12; Ünal Tekinalp, 'Emredici Hükümler Yönünden Genel Kurul Kararlarının İptali ve Butlanı Sorunu' (2013) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13-18. Ayrıca bkz. Brigitte Tanner, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht: Die Generalversammlung: Teilband V/5b, Kommentierung von Art. 698-706b und 731b OR (Schulthess 2003) 414, Art. 706b, N. 138-139.

30 Forstmoser, Meier-Hayoz und Nobel (n 2) 267, § 25, N. 134; Reimer (n 2) 141, N. 307. Yargıtay 11 HD, E 1993/4926, K 1994/4130, 12.05.1994 (YKD (1994) 20 (1) 75; Erdoğan Moroğlu ve Abuzer Kendigelen, İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat (10. Bası, On İki Levha 2014) 339).

31 Tüm genel kurul kararlarının tescil ve ilanı gerekli değildir. TTK m. 422/2 uyarınca "Yönetim kurulu, tutanağın noterce onaylanmış bir suretini derhâl ticaret sicili müdürlüğüne vermek ve bu tutanakta yer alan tescil ve ilana tabi hususları tescil ve ilan ettirmekle yükümlüdür; tutanak ayrıca hemen şirketin internet sitesine konulur". Bu düzenlemede yer alan "tescil ve ilana tabi hususlar" ifadesinden, tüm genel kurul kararlarının tescile tâbi tutulmadığı anlaşılmaktadır. Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin (TSY, RG, 27.01.2013, 28541) m. 2/d-4 düzenlemesinde de "Genel kurul kararlarında tescile tabi olguların bulunması halinde, yönetim kurulu veya temsile yetkili üye ya da üyeleri"nin tescil başvurusunda bulunabileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda hangi hususların tescil ve ilanının gerektiği katalog hâlinde sayılmamışsa da bazı hâllerde açıkça genel kurul kararının tescili gerektiği düzenlenmiştir. Örneğin, tescil edilmiş olgulara meydana gelen her türlü değişikliğe (TSY m. 29), esas sözleşmenin değiştirilmesine (TTK m. 455), yapısal değişikliklere (TTK m. 152/1, 179, 189/2), temsile yetkili kişileri ve bunların temsil şekillerine (TTK m. 373/1) yönelik genel kurul kararlarının tescili (ve ilanı) gerekmektedir. Kanunda kimi zaman yalnız tescilden (örneğin, TTK m. 455, 152/1, 179, 189/2) kimi zaman da tescil ve ilandan (örneğin, TTK m. 359/2, 373/1, 399/1, 548/1) söz edilmiştir; ancak tescil edilen olgular, aksine hüküm bulunmadıkça ilan da edilecektir (TSY m. 41/1). Diğer yandan genel kurul kararı, tescile tâbi hususlardan olmamasına rağmen tescil ve ilan edilmiş de olabilir.

32 Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik (RG, 09.10.2020, S. 31269).

33 Rauf Karasu, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı" (2010) Fırat Öztan'a Armağan 1239, 1259.

34 Böyle bir durumda yönetim kurulunun hükümsüzlüğün tespiti davası açması gerekir; aksine davranış yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektirecektir. Bkz. Çamoğlu (Poroy ve Tekinalp) (n 29) 598, N. 722f; Moroğlu 'Hükümsüzlük' (n 1) 191-193.

35 Dubs und Truffer (n 2) Art. 706b, N. 5; Forstmoser, Meier-Hayoz und Nobel (n 2) 267, § 25, N. 134; Moroğlu 'Hükümsüzlük' (n 1) 380; Reimer (n 2) 141, N. 307; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve Füsün Nomer Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku* (6. Bası, Vedat 2019) 374; Zöllner (n 2) § 241, N. 33. "TTK nun 34 ncü maddesi uyarınca Ticaret Sicil Memurluğu yasal şartların mevcut olup olmadığını esas bakımından da incelemekle yükümlüdür. Ticaret Sicil Memurluğu ortaklıklarla ilgili başvurularda tescili istenen hususun yok veya butlan ile malul olduğunu tesbit ettiğinde tescil istemini reddetmek durumundadır" Yargıtay 11 HD, E 2004/11672, K 2005/10136, 21.10.2005 (Moroğlu

Ticaret Kanunu'nun 32. maddesinin ilk fıkrasında, sicil müdürünün tescil için aranan kanuni şartların var olup olmadığını incelemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin³⁶ 34/1-ç düzenlemesinde ise, müdür ve müdür yardımcıları ile tescile yetkili personelin tescil için aranan kanuni şartların var olup olmadığını incelerken “*Tescil edilecek olgunun şirket sözleşmesine ve Kanunun emredici hükümlerine aykırı bulunup bulunmadığı, tescil edilecek olgu bir ticaret şirketinin organ kararına dayanmakta ise, kararın şirket sözleşmesine ve Kanunun emredici hükümlerine uygun alınıp alınmadığı*” hususunu dikkate alması gerektiği düzenlenmiştir³⁷. Ancak buna rağmen karar, kimi zaman ticaret siciline tescil edilmiş olacaktır. Böyle bir hâlde tescilin iyileştirici etkisinden söz etmek mümkün değildir³⁸. Bununla birlikte sakat işlemin uygulanmasıyla, işlem güvenliği bakımından da bazı sakıncalar ortaya çıkmaktadır³⁹.

Hukuki yararı olan herkes (tüm ilgililer)⁴⁰, yokluğun ve butlanın tespitini talep edebilir. Pay sahiplerinin, bu davayı açmakta hukuki yararının bulunduğu karine olarak kabul edilmektedir; bunun için başkaca bir araştırma yapılmasına gerek yoktur⁴¹. Öyle ki, olumlu oy kullanan pay sahipleri de dâhil olmak üzere her pay sahibi, hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde, bir genel kurul kararının butlanını ileri sürebilir⁴². Dava sonucunda verilen, butlanın tespitine yönelik karar, tüm pay sahipleri hakkında hüküm ifade edecektir (TTK m. 450). Bununla birlikte söz konusu karar, yalnız davacı açısından değil, tüm ilgililer açısından, yani *erga omnes* etkilidir⁴³. Aynı esas, genel

‘Hükümsüzlük’ (n 1) 380, dn. 642; Sinerji). Ticaret sicili müdürünün, iptal edilebilir kararlar bakımından tescili reddedemeyeceği; yok hükmünde ya da batıl bir kararı ise tescilden kaçınabileceğinin muhakkak olduğu hususunda bkz. Ömer Teoman, ‘Ticaret Sicili Müdürü Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İptal Edilebilir Bir Kararını Tescilden Kaçınabilir mi?’ (2010) Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan II 1704-1706.

36 RG, 27.01.2013, S. 28541.

37 Yönetmelik hükmü, bu hâliyle kanun hükmünü genişletmekte olduğundan, uygulanmasında tereddüt duyulacağı hususunda bkz. Tamer Bozkurt, *Şirketler Hukuku* (13. Bası, Yetkin 2021) 370.

38 Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, (4. Auflage, Schulthess 2009) 1012, N. 1921; Forstmoser, Meier-Hayoz und Nobel (n 2) 267, § 25, N. 135; Pulaşlı ‘Müeyyide’ (n 27) 893; Tanner (n 29) 422, Art. 706b, N. 183.

39 Reimer (n 2) 139, N. 299. Karş. Forstmoser, Meier-Hayoz und Nobel (n 2) 269; § 25, N. 136.

40 “*Hukuki yararı olan herkes (tüm ilgililer)*” ifadesinden; pay sahipleri, alacaklılar, yönetim kurulu, münferiden yönetim kurulu üyeleri ve iflas idaresi anlaşılmalıdır. Denetçiler de üçüncü kişi olarak hükümsüzlüğün tespitini isteyebilir. Korkut (n 2) 185. Paylar üzerindeki rehin ve intifa hakkı sahipleri ile TTK m. 210 uyarınca denetleme ve fesih davası açma hakkına sahip olan Ticaret Bakanlığı'nın da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. Bkz. Çamoğlu (Poroy ve Tekinalp) (n 29) 598, N. 722f. SerPK m. 92/1-b uyarınca Sermaye Piyasası Kurulu da bu davayı açmaya yetkili kılınmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Korkut (n 2) 182-186.

41 Moroğlu ‘Hükümsüzlük’ (n 1) 180; Nomer (n 2) 107.

42 Çamoğlu (Poroy ve Tekinalp), (n 29) 598, N. 722f; Forstmoser, Meier-Hayoz und Nobel (n 2) 266, § 25, N. 130; Korkut (n 2) 214; Moroğlu ‘Hükümsüzlük’ (n 1) 180; Nomer (n 2) 106, 116 dn. 574; Reimer (n 2) 138, N. 294; Tanner (n 29) 420, Art. 706b, N. 174. Bu yönde BGE 74 II 41, 43 ve BGE 99 II 57.

43 Korkut (n 2) 192-193; Moroğlu ‘Hükümsüzlük’ (n 1) 185-186; Nomer (n 2) 110. Alman hukukunda da butlanın tespiti bakımından bkz. Carsten Schäfer, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz* Hrsg.: Goette W Habersack M und Kalss, S, Band 4, §§ 179-277 AktG (5. Auflage, C.H.Beck 2021) § 249, N. 24-25. İsviçre hukukunda, hükümsüzlüğe dair kararların *erga omnes* etkisi hakkında bkz. Reimer (n 2) 141, N. 304. *Erga omnes* etki, anonim şirketlere ilişkin uyumsuzlukların çözümü neticesinde ortaya çıkan hüküm yahut anlaşma çoğu zaman bu uyumsuzluğa ya da anlaşmaya taraf olmayan kimseler için de etkili olmasını ifade etmektedir. Bkz. Tolga Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim* (On İki Levha 2018) 83-86; Nomer (n 2) 208-211. Yokluğun ve butlanın tespitine dair karar, her halde tüm ilgililer açısından etkilidir (TTK m. 450). Burada bahis konusu edilen, mahkemenin kararının değil, hükümsüzlüğü ileri sürülen genel kurul kararının *erga omnes* etkisidir.

kurul kararının yokluğunun tespiti kararı için de evleviyetle geçerli olacaktır. Genel kurul kararının hukuka uygun bulunması hâlinde ise bu karar, yalnız taraflar açısından bağlayıcı kabul edilmelidir⁴⁴.

Anonim şirket genel kurul kararlarının butlanına ilişkin TTK m. 447 düzenlemesinin kaynağı, İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) 706b maddesidir. İsviçre hukukunda, butlan kavramını karşılamak üzere “*Nichtigkeit*” ifadesi kullanılmaktadır. Nitekim OR Art. 706b düzenlemesinin kenar başlığı da bu şekildedir⁴⁵. Genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne ilişkin olarak ise yokluk hâlinde “*Scheinbeschlüsse*” (*görünüşte/sözde karar*) veya “*Nichtbeschlüsse*” (*olmayan karar*) ifadeleri tercih edilmektedir⁴⁶. Ancak İsviçre’de bu iki kavram, ayrı bir yaptırımın uygulanmasını gerektirmemektedir⁴⁷.

TTK m. 447 düzenlemesi, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu’nun 241 ve 242. paragraflarına (*Aktiengesetz/AktG* § 241-242) karşılık gelmektedir. AktG § 241 hükmünde, butlan sebepleri tahdidi olarak sayılmıştır. AktG 242. paragrafının 2. fıkrasında, bir genel kurul kararının batıl olduğu itirazının, bu kararın ticaret siciline tescilinden itibaren kural olarak üç yıl içinde ileri sürülebileceği düzenlenmiştir⁴⁸. Bu süre, derdest davalar bakımından karar kesinleşinceye kadar uzayacaktır. Alman hukukunda da, İsviçre’de olduğu gibi, genel kurul kararlarının yokluğu ile butlanı arasında sonuçları bakımından bir ayırım yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı görüşü benimsenmiştir⁴⁹.

44 Böckli (n 37) § 16, N. 156; Moroğlu ‘Hükümsüzlük’ (n 1) 148, 185-187; Nomer (n 2) 111; Tanner (n 29) 417, Art. 706b, N. 155.

45 İsviçre’de 1936 tarihli das Aktienrecht’te anonim şirket genel kurul kararlarında iptal edilebilirlik (*Anfechtbarkeit*) yaptırımı düzenlenmişken, bu kararların butlanına (*Nichtigkeit*) ilişkin bir düzenleme yer almamıştır. Bu dönemde verilen kararlarda, bireysel pay sahipliği haklarını korumaya yönelik hükümlere aykırı kararların iptal edilebilir olduğu kabul edilirken (BGE 80 II 271, 275), anonim şirketin temel sistematüğünü, alacaklıların haklarını ve kamu düzenini korumaya yönelik hükümlerle bağdaşmayan kararların batıl olacağı benimsenmiştir (BGE 86 II 78, 88). Federal Mahkeme kararları uyarınca, genel kurul kararının konusunun imkânsız olması, emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olması hâllerinde de geçersiz olacağı kabul edilmelidir (BGE 93 II 30, 33 ve BGE 114 II 68, 70 f.). İsviçre Borçlar Kanunu’nda 1991 yılında yapılan reformla, genel kurul kararlarının butlanı (*die Nichtigkeit von GV-Beschlüssen*) kanunun 706b maddesinde düzenlenmiştir. 1 Temmuz 1992 tarihinde yürürlüğe giren hükümde sayılan hükümsüzlük sebepleri, OR Art. 714 uyarınca yönetim kurulu kararları açısından da geçerlidir. Söz konusu süreç hakkında bkz. Dubs/Truffer (n 2) Art. 706b, N. 1-2. İsviçre’de 1991 yılında getirilen düzenlemenin belirsizlikleri ortadan kaldırmadığı; bu nedenle başarılı olarak nitelendirilemeyeceği yönündeki eleştiri için bkz. Dubs und Truffer (n 2) Art. 706b, N. 3; Forstmoser, Meier-Hayoz und Nobel (n 2) 260, § 25, N. 87.

46 Dubs und Truffer (n 2) Art. 706b, N. 17; Forstmoser, Meier-Hayoz und Nobel (n 2) 265, § 25, N. 117; Urs Gaudenz Frei, *Nichtige Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft* (Keller 1962) 69, 109; Bertrand G. Schott *Aktiensrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln* (Dike 2009) 33-34, 103, 117; Tanner (n 29) 410-411, Art. 706b, N. 114-121.

47 Bu hususa TTK m. 477’nin gerekçesinde de işaret edilmiştir. Ayrıca bkz. Kırcı (n 7) 5.

48 Söz konusu hüküm, AktG § 23/5 düzenlemesine aykırılık teşkil eden genel kurul kararları bakımından da uygulanmaktadır. Bkz. Karasu ‘Butlan’ (n 33) 1258. Bununla birlikte AktG § 130/1, 2 ve 4 düzenlemeleri kapsamında tutanağa bağlanmamış (içeriğinde eksiklik bulunan ya da noter imzası bulunmayan) genel kurul kararlarının ticaret siciline tescilinden sonra butlanı ileri sürülemez (AktG § 242/1). İsviçre hukukunda ise butlanın islahi müessesesi ile ilgili bir düzenleme yer almamıştır. Butlan hâli, bir süreyle sınırlı olmaksızın, her zaman ileri sürülebilir. Bkz. Forstmoser, Meier-Hayoz und Nobel (n 2) 267, § 25, N. 135; Tanner (n 29) 422, Art. 706b, N. 182-183.

49 Alman hukukunda, “*Scheinbeschlüsse*” ve “*Nichtbeschlüsse*” terimlerinin yokluğu ifade etmek üzere kullanımı ile yokluk ve butlan ayırımının gereksiz olduğu yönündeki değerlendirme ve ayrıntılı açıklama için bkz. Zöllner (n 2) § 241, N. 49-57.

Türk hukukunda, anonim şirket genel kurul kararlarının yokluğu ise, TTK bakımından doğrudan kanuni bir dayanağa sahip olmamakla birlikte, öğretide ve yargı kararlarında ittifakla kabul edilmektedir⁵⁰. Bu hususta öğretide *Moroğlu* tarafından, yokluk ile butlan arasında hukuken bir ayırım yapılmasının zorunluluk olduğu ifade edilerek⁵¹, genel kurul kararlarının yokluğu hakkında bir kanuni düzenleme yapılmamış olması eksiklik olarak nitelendirilmiştir⁵².

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda⁵³ ise, yokluğun ileri sürülmesi hâlinin düzenlendiği; hatta beş yıllık süreyle sınırlandırıldığı bir hükme rastlanmaktadır. SerPK m. 92/1-b düzenlemesi ile belirli hâllerde Kurul, “*Bu durum ve işlemlerin hukuka aykırılığının Kurulca tespiti tarihinden itibaren üç ay ve her hâlde durum ve işlemin vukuu tarihinden itibaren üç yıl içinde iptal davası ve beş yıl içinde butlan veya yokluğun tespiti davası açmaya*” yetkili kılınmıştır.

Türk Medeni Kanunu'nun 83/3. maddesinde de yokluğa ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Hükümde, derneklerin genel kurul kararlarının iptali düzenlenirken, genel kurul kararlarının yok veya mutlak butlanla hükümsüz sayıldığı durumlar saklı tutulmuştur. Söz konusu düzenlemeler, genel kurul kararlarının yokluğunun Türk hukuk sistemi içerisinde mümkün kabul edildiğini göstermek bakımından önemlidir. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nda anonim şirketin butlanına veya yokluğuna karar verilemeyeceği yönündeki TTK m. 353/1 düzenlemesi de yokluk ve butlan ayırımının TTK sistematığında kabulüne işaret eden bir hüküm niteliğindedir.

Genel olarak yokluk, bir işlemin kurucu unsurlarında eksiklik bulunması hâlinde ortaya çıktığına göre, genel kurul kararlarının da kurucu unsurlarından yoksun bulunması ihtimalinde kararın yok hükmünde olduğunun kabulü gerekir. Zira bir genel kurul kararının varlığı, iki kurucu unsuru gerektirir: Bunlardan *birincisi*, bir genel kurul toplantısının yapılmış olması, *ikincisi* ise bu toplantıda bir karar alınmış olmasıdır⁵⁴. Bu unsurlardan birinin bulunmaması, işlemin hiç doğmaması yani yok hükmünde olması sonucunu ortaya çıkarır⁵⁵. Yokluk bakımından esas alınan ölçü, şekil ve usul açısından emredici hükümlere aykırılıktır⁵⁶. Buna örnek olarak, üç pay sahibinin kahvede otururken⁵⁷ veya bir anma gününde bir araya geldiklerinde⁵⁸ genel kurul toplantısı yaptıklarını iddia etmeleri gösterilebilir.

50 Sermaye şirketlerinde genel kurul kararlarının yokluğuna dair birçok karar bulunmakla birlikte, bazı kararlar bu ayırma işaret etmesi bakımından özellikle örnek olarak gösterilebilir: Yargıtay HGK, E 2002/2-441, K 2002/433, 29.02.2002 (İKİD (2003) 1995-1999; Moroğlu ve Kendigelen (n 30) 350); Yargıtay HGK, E 2013/11-1048 K 2014/430, 02.04.2014 (Lexpera).

51 Moroğlu 'Hükümsüzlük' (n 1) 35-38.

52 Erdoğan Moroğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler* (8. Bası, On İki Levha 2016) 261.

53 RG, 06.12.2012, S. 6362.

54 Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 1) 318; Bahtiyar (n 29) 198; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri* (8. Bası, Dora 2021) 251; Karasu 'Emredici Hükümler' (n 3) 72; Kırcı (n 7) 4; Moroğlu 'Hükümsüzlük' (n 1) 77; Pulaşlı 'Şerh' (n 11) 1028, N. 4; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (7. Bası, Adalet 2021) 353, N. 107; Üçışık ve Çelik (n 29) 337. Yargıtay HGK, E 2013/11-1048, K 2014/430, 02.04.2014 (Lexpera).

55 Karasu 'Emredici Hükümler' (n 3) 72. Bir genel kurulun mevcut olmadığı durumlarda “*genel kurul kararının yokluğundan*” değil, “*genel kurulun yokluğundan*” söz edilmesi gerektiği; hakkında bkz. Odman Boztosun (n 27) 45.

56 Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 1) 318; Çamoğlu (Poroy ve Tekinalp) (n 29) 594, N. 722a.

57 Ernst E. Hirsch, *Ticaret Hukuku Dersleri* (2. Bası, İsmail Akgün Matbaası 1948) 297.

58 Çamoğlu (Poroy ve Tekinalp) (n 29) 594, N. 722a.

Bir genel kurul kararının hükümsüzlüğünün ileri sürülmesinde, TTK sisteminde butlanın ikincilliği ilkesinin kabul edildiği⁵⁹, iptal yaptırımının asıl olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Bu noktada, Türk hukukunda genel kabul gören yokluk-butlan ayrımı çerçevesinde, yokluğun da ikincilliğini kabul etmek gerekecektir⁶⁰. Öyle ki yokluk; iptal ve butlan yaptırımlarına uygun düşmeyen sakatlıklar bakımından ve ancak kurucu unsurlarda eksiklik bulunması hâlinde başvurulabilecek ikincil, hatta son ihtimaldir.

Genel kurul kararının yokluğunun ya da butlanının tespitine yönelik karar, kural olarak geçmişe (*ex tunc*) etkilidir. Ancak şirketi temsile yetkili olanlar, batıl genel kurul kararına dayanarak, sahip oldukları temsil yetkisi çerçevesinde iyiniyetli üçüncü kişilerle işlem yapmışlarsa, butlan kararının geçmişe etkili olmayacağı; genel kurul kararına dayanarak ifa edilen edimlerin iadesinin iyiniyetli üçüncü kişiden istenemeyeceği kabul edilmektedir⁶¹. Burada, üçüncü kişilerin, şirketi temsile yetkili olanların yetkileri (TTK m. 371/1 ve 371/7) hususunda ortaya çıkan hukuki görünüşe güvenlerinin korunması söz konusudur⁶². Batıl genel kurul kararına dayanarak, iyiniyetli üçüncü kişilerle yapılan sözleşme, anonim şirket bakımından bağlayıcıdır⁶³. Genel kurulun onayının, işlemin geçerliliği için gerekli olduğu hâllerde ise, geçerli bir karar bulunmalıdır⁶⁴. Söz konusu esaslar, kararın yokluğu hâlinde de geçerlidir⁶⁵.

III. GENEL KURUL KARARININ YOKLUĞUNUN VEYA BUTLANININ İLERİ SÜRÜLMESİNDE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞININ UYGULANMASI

A. GENEL OLARAK HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun⁶⁶ 2. maddesinin ilk fıkrasında, “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır” denildikten sonra, ikinci fıkrasında “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz” düzenlemesine yer verilmiştir. Hakkın kötüye kullanılması yasağı (*Rechtsmissbrauchsverbot*), dürüstlük kuralının

59 Bkz. TTK m. 447 gerekçesi.

60 Kırca (n 7) 6. Geniş anlamda butlan bakımından bkz. Schäfer (n 42) § 249, N. 18. Genel kurul kararlarının butlanının veya yokluğu hususunda son derece temkinli davranmak gerektiği yönünde bkz. Böckli (n 37) 1012, N. 1922; Odman Boztosun (n 27) 44.

61 Forstmoser, Meier-Hayoz und Nobel (n 2) 236, § 25, N. 136; Korkut (n 2) 194, 201, 204; Moroğlu ‘Hükümsüzlük’ (n 1) 87, 186-187; Tanner (n 29) 423, Art. 706b, N. 189; Zöllner (n 2) § 241, N. 35. Butlan (kesin hükümsüzlük) hâlinde, hâkimin, olayın özelliklerine göre, başlangıçtan itibaren geçersizlik mümkün olmuyor veya adil sonuçlar doğurmuyorsa, ileriye etkili olacağına karar verebileceği hakkında bkz. Antalya, ‘Borçlar’ (n 7) 136. “...olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir” Yargıtay BGK, E 1983/3, K 1984/1, 25.01.1984 (Sinerji).

62 Moroğlu ‘Hükümsüzlük’ (n 1) 87, 187. Şirketle işlem yapan üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunmasının, butlanın ileri sürülmesine engel teşkil edebileceği yönünde karşı. Reimer (n 2) 140, N. 301.

63 Dubs und Truffer (n 2) Art. 706b, N. 4; Forstmoser, Meier-Hayoz und Nobel (n 2) 236, § 25, N. 136; Korkut (n 2) 194, dn. 96; Nomer (n 2) 114; Tanner (n 29) 424, Art. 706b, N. 195.

64 Korkut (n 2) 194, dn. 96; Moroğlu ‘Hükümsüzlük’ (n 1) 74-75, 151; Nomer (n 2) 114.

65 Nomer (n 2) 115.

66 RG, 22.11.2001, S. 24607.

hakların kullanılmasında ortaya çıkan bir uzantısıdır. Öyle ki, dürüstlük kuralı hem hakların kazanılmasında hem de borçların yerine getirilmesinde dikkate alınırken, hakkın kötüye kullanılması yasağı yalnız hakkın kullanılması ile ilgili bir kavramdır.

Dürüstlük kuralı ile kastedilen, subjektif değil; objektif iyiniyettir. Bu kural, birçok alanda olduğu gibi, Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanmasında da büyük bir önem taşımaktadır. Zira TTK m. 1/1 uyarınca bu kanun, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun ayrılmaz bir parçasıdır.

Dürüstlük ilkesi, somutlaştırma, tamamlama, sınırlama ve düzeltme olmak üzere, dört fonksiyona sahiptir⁶⁷. Bu ilke, sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanmasında da dikkate alınır. Anonim şirket genel kurul kararlarının hükümsüzlüğünün ileri sürülmesinde ise dürüstlük kuralı, bir hakkın kullanılması bakımından, yani sınırlama fonksiyonu itibarıyla uygulanma alanı bulmaktadır. Sınırlama fonksiyonu, her hakkın özünde bir sınır içerdiğini ifade etmektedir⁶⁸. TMK m. 2/2 düzenlemesiyle de kanunun ve hakkın mutlaklığı ilkesine bir istisna getirilerek⁶⁹ hukukun her alanında uygulanabilen bir kural kabul edilmiştir.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, soyut ve sınırlarının çizilmesine imkân olmayan bir kıstası ifade etmektedir⁷⁰. Bir hakkın, amacına aykırı kullanılması, kullanılmasında meşru bir menfaat bulunmaması ya da çok küçük bir menfaat bulunması durumunda hakkın kötüye kullanılması yasağı gündeme gelmektedir⁷¹. Hakkın kötüye kullanılmasından (*Rechtsmissbrauch*) söz edilebilmesi için ortada bir hak bulunmalı, hak açık bir şekilde dürüstlük kuralına aykırı kullanılmış olmalı ve böyle bir hakkın veya kullanılmasının sınırını belirleyen açık bir kural bulunmamalıdır⁷².

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, kamu düzenine ilişkindir⁷³. Hâkim, bu yasağı, re'sen dikkate almalıdır. Bununla birlikte hakkın kötüye kullanılması yasağının öngörülmediği TMK m. 2/2 düzenlemesi, ikincil niteliktedir. Zira hakkın kötüye kullanılması yasağı, genel ve istisnaidir; bu kuralın uygulanmasında mümkün olduğunca sınırlı ve basiretli davranılmalıdır⁷⁴. Bir genel kurul

67 Eren (n 7) N. 54.

68 Eren (n 7) N. 54.

69 Yargıtay BGK, E 1987/2, K 1988/2, 30.09.1988 (RG, 21.12.1988, S. 20026, 25-46); Yargıtay BGK, E 1983/3, K 1984/1, 25.07.1984 (Sinerji). Bu yönde ayrıca bkz. Talih Uyar, 'Yargıtay Kararlarında "Dürüstlük (Objektif İyiniyet)" Kuralı (MK. 2/1) ve "Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı" (MK. 2/II)' (2000) Seyfullah Ediş'e Armağan, Ataysoy ZG (Ed), 443.

70 Hakkın kötüye kullanılması yasağının temelindeki düşünceye ilişkin olarak ortaya atılan farklı teoriler için bkz. Altaş (n 24) 157-158; Çelikbaş (n 19) 606; Heinrich Honsell, Artikel Kommentar zu Art. 1-4 HrsG.: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Thomas Gieser, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB* (5. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2014) Art. 2 N 24-25.

71 Akyol (n 14) 24; Uyar (n 69) 442. Aynı yönde bkz. Honsell (n 46) Art. 2 N 39; Felix Matthias Rüttimann, *Rechtsmissbrauch im Aktienrecht* (Universität Zürich 1994) 43-44.

72 Kılıçoğlu 'Borçlar' (n 12) 161.

73 Bkz. Honsell (n 46) Art. 2 N 34.

74 Akkurt (n 21) 105; Akyol (n 14) 16-17; Altaş (n 24) 159-160; Antalya, 'Şekil' (n. 21) 386; Ramazan Arslan, *Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı* (S Yayınları 1989) 36-37. Çelikbaş (n 19) 613; Korkut (n 2) 214; Honsell (n 46) Art. 2 N 29. "Medeni Kanununun 2/2. maddesindeki kuralla, kanunun ve hakkın mutlaklığı kuralına istisna getirilmektedir. Ancak, bu kuralın taliliği (yani ikinciliği) de gözetilerek, öncelikle her meseleye ona ilişkin kanun hükümleri tatbik edilecek uygulanan kanun hükümlerinin adalete aykırı sonuçlara neden olabildiği bazı istisnai durumlarda da, 2/2. maddedeki kural, haksızlığı tashih edici bir şekilde uygulanabilecektir" Yargıtay BGK, E 1983/3, K 1984/1, 25.01.1984; "...hakkın

kararının butlanının ileri sürülmesinin, bazı ilgililer bakımından hakkın kötüye kullanılması teşkil ederken bazıları için etmemesi de ihtimal dâhilindedir⁷⁵.

Hakkın kötüye kullanılması yasağının her olayda uygulanması, hukuki güvenliğe aykırı düşecektir⁷⁶; bu nedenle söz konusu yasağa ancak son çare⁷⁷ (*ultima ratio*) olarak başvurulmalıdır. Öğretide ağırlıklı görüşe göre⁷⁸, hakkın kötüye kullanılması yasağının somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerekirken; diğer görüşe göre⁷⁹, bu durum keyfiliğe ve belirsizliğe neden olabileceğinden, belirli olay gruplarının ve bunlara uygulanacak ilkelerin – sınırlı olmamak üzere – önceden tespit edilmesi mümkün ve gereklidir. Bununla birlikte Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından da, kiralananın tahliyesi istemine dair uyuşmazlıklar hakkında verilen 03.11.1980 tarihli kararında, “*Objektif iyiniyet kuralının uygulanmasında kesin sınırlar koymaya imkân olmadığından ve her olayın özelliği nazara alınıp durumun değerlendirilmesi gerektiğinden uygulamaya ilişkin bu çelişkinin içtihadı birleştirme yoluyla giderilmesine yer olmadığına...*” oy çokluğuyla karar verilmiştir⁸⁰.

Butlan hâlinde hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmasında, şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağıyla sınırlanması gerektiği yönündeki, 1988 tarihli içtihadı birleştirme kararı önem arz etmektedir⁸¹. Kararda, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde bağımsız bölümü teslim ederek, alıcının onu malik gibi kullanmasına neden olan satıcının, şekil eksikliğini ileri sürerek tapuda mülkiyetin devrine yanaşmamasının, olayın özelliklerine göre hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebileceğine hükmedilmiştir. Karar, butlan hâlinde hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanabileceğinin kabul edilmesi bakımından özellikle dikkate

kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hâkime özel ve istisnai hâllerde (adaletle uygun düşecek şekilde) hüküm verme imkânını sağlamaktadır” Yargıtay HGK, E 2017/1300, K 2021/922, 06.07.2021(Sinerji).

75 Korkut (n 2) 215; Moroğlu ‘Hükümsüzlük’ (n 1) 189.

76 Altaş (n 24) 160; Arslan (n 74) 36; Çelikbaş (n 19) 613; İsmail Doğanay, ‘Medenî Kanunun İkinci Maddesindeki Objektif İyiniyet Kuralı Taşınmaz Mal Satışlarındaki Şekil Şartını Ortadan Kaldırır mı?’ (1990) Prof. Dr. Halûk Tandoğan’ın Hâtırasına Armağan 231, 255; Honsell (n 46) Art. 2 N 27; Uyar (n 68) 443.

77 Schott (n 46) 33, N. 14; Forstmoser, Meier-Hayoz und Nobel (n 2) § 25 N 17-18; Honsell (n 46) Art. 2 N 29.

78 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 7) 313, § 30, N. 2; Öz (Oğuzman) (n 7) 159-160. Genel kurul kararlarının butlanı bakımından bu yönde bkz. Korkut (n 2) 214; Tanner (n 29) 420, Art. 706b, N. 174. Yargıtay kararlarında da somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır. Bkz. Yargıtay HGK, E 2017/1300, K 2021/922, 06.07.2021 (Sinerji). “...nitelikleri itibarıyla emredici bulunan ve hâkim tarafından reşen gözetilmesi gereken şekle aykırılık ile hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı bir uyuşmazlıkta çatıştığında; hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralıyla şekil şartı kuralının aşılabilmesi için olayın özelliği büyük önem taşımaktadır” Yargıtay BGK, E 1987/2, K 1988/2, 30.09.1988 (RG, 21.12.1988, S. 20026, 25-46). Federal mahkeme kararlarında da şekle aykırılığın ileri sürülmesinde hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre belirleneceği kabul edilmektedir. Bkz. BGE 112 II 333 vd.

79 Kılıçoğlu ‘Borçlar’ (n 12) 159-160. Yazarın daha önce kaleme almış olduğu bir başka eserinde, şekle aykırılığın ileri sürülmesi bakımından, hakkın ne zaman kötüye kullanıldığını önceden kesin kurallara bağlamanın mümkün olmadığı yönündeki değerlendirme için bkz. Kılıçoğlu ‘Şekil’ (n 11) 214.

80 Yargıtay BGK, E 1980/3, K 1980/2, 03.11.1980 (Sinerji).

81 Yargıtay BGK, E 1987/2, K 1988/2, 30.09.1988 (RG, 21.12.1988, S. 20026, 25-46). İçtihadı birleştirme kararının varlığına rağmen bu husustaki tartışmaların ve uygulama farklılıklarının sona erdiği söylenemez. Kararın uygulanma alanı hakkında oy çokluğuyla verilen bir karar için bkz. Yargıtay HGK, E 2017/13-2618, K 2020/184, 20.02.2020 (Sinerji).

değerdir. Üçüncü toplantıda ve salt çoğunlukla verilen karar, öğretilerde kimi zaman son derece olumlu karşılanırken kimi zaman eleştiri konusu olmuştur⁸².

TMK m. 2/2 kapsamında, hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmasında karşı tarafa zarar verme kastının varlığı aranmaz⁸³; ancak zarar verme kastı, tazminat ödenmesine neden olabilmektedir. Hakkın kötüye kullanılması yasağına dair TMK m. 2/2 düzenlemesi, mehzar İsviçre hukukunda, ZGB Art. 2/II düzenlemesine karşılık gelmektedir ve içeriği itibarıyla aynıdır. Mehzar kanunda da zarar verme kastına yer verilmeksizin, yalnız hakkın “açıkça” (*offenbar*) kötüye kullanılmasından bahsedilmiştir⁸⁴. Alman hukukunda ise hakkın kötüye kullanılması yasağına, dürüstlük kuralına ilişkin temel düzenleme olan Alman Medeni Kanunu’nun 242. paragrafında (*Bürgerliches Gesetzbuch/BGB § 242*) yer verilmemiş, genel hükümlere ilişkin birinci kitapta ayrı bir hükümde (BGB § 226) hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenlenmiştir⁸⁵. Söz konusu hüküm kapsamında Alman hukukunda, hakkın kötüye kullanılmasından söz edilebilmesi için zarar verme amacının varlığı gerekir.

B. ÖĞRETİDEKİ YAKLAŞIM

Gerek İsviçre gerekse Türk hukukunda hâkim görüş, sermaye şirketlerinde genel kurul kararlarının yokluğunun ileri sürülmesinde hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmayacağı, butlanın ileri sürülmesinin ise ancak dürüstlük kuralı çerçevesinde mümkün olabileceği yönündedir⁸⁶. Buna

- 82 Karar, öğretilerde *Akyol* tarafından bir “*anıt karar*” olarak nitelendirilerek, olumlu karşılanmıştır. Bkz. *Akyol* (n 14) 69. Kararın genel olarak olumlu olduğu yönünde bkz. İlknur Uluğ ve Nihat Taşdelen ‘30.09.1988 Tarihli ve E. 1987 K. 1988/2 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının İncelenmesi’ (2003) *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 143-150. Aksi görüşte, karara münhasır bir eleştiri için bkz. Doğanay (n 74) 231-257. Karar öncesinde, şekil eksikliğinin yaptırımını ve bu hâlin ileri sürülmesinde hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanması hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. Çelikbaş (n 19) 593-641; Kılıçoğlu ‘Şekil’ (n 11) 209-222; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 7) 308-312, § 29, N. 1-7.
- 83 Bu yönde bkz. Yargıtay HGK, E 2017/1300, K 2021/922, 06.07.2021 (Sinerji).
- 84 İsviçre hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağı hakkında daha fazla bilgi ve anonim şirketlerde oy hakkı, azınlık hakları vb. gibi hakların kullanılmasında genel olarak uygulanmasına ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz. Rüttimann (n 71) 37-170.
- 85 Ayrıntılı bilgi ve eleştiri için bkz. Nami Barlas, ‘Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi’ (1997) *LV* (3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 191, 191-208.
- 86 Bilgili ve Demirkapı (n 53) 250; Karasu ‘Butlan’ (n 33) 1256, 1259; Karasu ‘Emredici Hükümler’ (n 3) 87; Korkut (n 2) 39, 191, 208; Moroğlu ‘Hükümsüzlük’ (n 1) 37; 187-188; Pulaşlı ‘Şerh’ (n 11) 1031, N. 8; Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı* (4. Baskı, Seçkin 2019) 533-534; Tekil (n 19) 309; Mehmet Tunç, ‘Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Yok Hükümünde Olması ve Buna Bağlı Sonuçlar’ (2021) 16 (197-198) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 365, 383; Üçışık ve Çelik (n 29) 341. Yokluğun ileri sürülmesindeki uygulamadan bahsetmeksizin, genel kurul kararının butlanının hakkın kötüye kullanılması (yasağı) çerçevesinde ileri sürülebileceği yönünde bkz. Pulaşlı ‘Şirketler’ (n 53) 362, N. 133; Fahrettin Önder, ‘Yargıtay Kararları Açısından Limited Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü’ (2005) 7(1) *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 103, 117. Benzer şekilde butlanı uzun bir süre sonra ileri sürmenin TMK m. 2’ye aykırı sayılabileceği yönünde Bahtiyar (n 29) 203; Topaloğlu (n 29) 100. Genel olarak butlan bakımından bu yönde Böckli (n 37) 2316, § 16, N. 184; Dubs und Truffer (n 2) Art. 706b, N. 6; Reimer (n 2) 139, N. 299; Schott (n 46) 319, N. 6. Yönetim kurulu kararlarının butlanı bakımından aynı yönde bkz. Hediye Bahar Sayın, Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Butlanı (2. Basi: On İki Levha 2017) 336-341.

karşılık öğretilerde, aksi yönde açıklamalara da rastlamak mümkündür⁸⁷. Çamoğlu'na göre, karardaki sakatlığı öğrenmesine rağmen, uzun süre sessiz kalıp dava açmayan ilgililerin TMK m. 2 uyarınca dava haklarının düştüğünün kabulü gerekir⁸⁸. Yazar, bu değerlendirmesinden önce, yokluğun ve butlanın tüm ilgililer tarafından, süresiz ileri sürülebileceğinden bahsetmiş, ancak ardından hakkın düşmesi bakımından bir ayırım yapmamıştır.

Önder ise, hakkın kötüye kullanılması yasağının butlanda uygulanmasının yerindeliğini değerlendirirken, butlan hâlinde ölü doğan işlemin hiçbir zaman canlanmayacağını ve bu yönüyle kuralın değiştirilemeyeceğini; ancak hakkı kullanmadaki iyiniyeti bertaraf etmenin de mümkün olmadığını ifade etmiştir. Yazara göre, sadece durumu genellemek lazımdır. Bu kapsamda yazar, kural olarak genel kurul kararlarının içe dönük nitelikte ve dış ilişkiyi ilgilendirmeyecek olması hâlinde ileri sürüldüğü zamanın dikkate alınmayacağını; ancak dış ilişkiye yansımış ve icra edilmiş bir kararı bunu bilmesine rağmen uzun süre sonra ileri süren kimsenin iyiniyetinin araştırılması gerektiğini ileri sürmüştür⁸⁹. Anılan düşünce kapsamında son olarak, yokluk ve butlanın ileri sürülmesinin bir süreyle sınırlı olmadığı belirtildikten sonra, – her iki hâli de ifade edecek şekilde – dürüstlük kuralını da dikkate almakta fayda bulunduğu belirtilmiştir⁹⁰.

Öğretilerde *Pulaşlı* ile *Bilgili/Demirkapı* tarafından, yokluk ile butlan arasında, sonuçları değil sebepleri bakımından farklılık bulunduğu kabul edilmektedir⁹¹. Ancak buna rağmen anılan yazarlar da, butlandan farklı olarak, yokluğun ileri sürülmesinde hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmayacağını belirtmektedir⁹².

Bu konuda farklı öneriler sunulduğu da görülmektedir. Butlanın ileri sürülmesinde, hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanacağını belirten *Karasu*, Alman hukukunda kabul edilen “*butlanın ıslahı*”⁹³ (*Heilung der Nichtigkeit*) müessesesinin Türkiye’de de uygulanması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir⁹⁴. Aynı düşüncedeki *Nomerè* göre, butlanın ileri sürülmesi bakımından süre sınırı

87 Çamoğlu (Poroy ve Tekinalp) (n 29) 197, N. 722f; Sanem Güngör, *Anonim Şirketlerde Menfi Genel Kurul Kararlarının İptali*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2010) 42-43; “Hükümsüzlük türleri arasında ayırım yapmaksızın, hükümsüzlük iddiasının ileri sürülmesinin hakkın suistimali mahiyetinde olmadıkça her zaman mümkün olduğu yönünde bkz. Şükrü Yıldız, “Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının İptali”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1989) 103. *Kırca* tarafından da genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne dair eserinin ikinci baskısında, bir yandan yokluk ile butlan arasındaki farklara değinilirken yokluğun ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması anlamını taşıdığı iddiasıyla aynen ifa talebinde bulunulamayacağına işaret edilmiş; diğer yandan da tespit ya da itiraz yoluyla butlan veya yokluğu ileri sürmenin tek sınırının hakkın kötüye kullanılması yasağı olduğu belirtilmiştir. Bkz. İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat, *Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* 2/2, (2. Bası, BTHAE 2017) 2, dn. 3 ve 273. Ancak eserin üçüncü baskısında, yazar tarafından bu kez, “yokluğu ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması anlamını taşıdığı iddiasıyla aynen ifa talebinde bulunulamayacağı” ifade edilmiştir. Bkz. Kırca (n 7) 2.

88 Çamoğlu (Poroy ve Tekinalp) (n 29) 197, N. 722f.

89 Önder (n 82) 117.

90 Önder (n 82) 124.

91 Bilgili ve Demirkapı (n 53) 252; Pulaşlı ‘Şerh’ (n 11) 1029, N. 5, dn. 464-465; 1031, N. 7a ve 1033, N. 10.

92 Bilgili ve Demirkapı (n 53) 250; Pulaşlı ‘Şerh’ (n 11) 1031, N. 8.

93 Butlanın ıslahı yerine “düzelmeye” ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. Nomer (n 2) 115-120.

94 Karasu ‘Butlan’ (n 32) 1260; Karasu ‘Emredici Hükümler’ (n 3) 89-90. Benzer şekilde butlanın bir süreyle bağlanmasının doğru olacağı yönünde bkz. Bilgili ve Demirkapı (n 53) 253.

bulunmaması, genel kurul kararları bakımından hukuk güvenliğine uygun düşmemektedir⁹⁵. Benzer düşünceyle, İsviçre öğretisinde *Böckli* tarafından da hâkimin, butlan kararını ileriye etkili olarak verme hususunda takdir yetkisine sahip olması ve genel kurul kararlarının butlanının ileri sürülmesi için on yıllık bir hak düşürücü süre öngörülmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁹⁶.

Korkut'a göre ise, Türk hukukunda butlanın ıslahı kurumuna yer verilmemiş olsa da butlanın süresiz şekilde ileri sürülmesini sınırlayan imkânlar bütünüyle eksik değildir. HMK m. 106 kapsamında tespit davasının görülebilmesi için "*hukuken korunmaya değer güncel bir yararın bulunması*" şartının aranmakta olması ve menfaatin dürüstlük kuralı bakımından da önem taşıması buna gerekçe olarak gösterilmiştir. Yazar tarafından, hakkın kötüye kullanılması durumunda butlan davasının dinlenmeyecek olması, çelişkili davranış yasağı, hâkimin hakkın düşmesine sınırlı bir sonuç bağlayabilmesi, kararın sadece ileriye etkili sonuç doğuracağına karar verilebilmesi ile iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması, butlanın tespiti davasının diğer sınırları olarak belirtilmiştir⁹⁷.

Davada hukuki yarar bakımından konunun ele alındığı usul hukuku öğretisinde de benzer açıklamalarla karşılaşmaktadır. Bu hususta *Hanağası* tarafından verilen bir örnekte, tarafların, yıllarca noterin imzasının bulunmadığı bir noter senedinin gereğini yerine getirmelerine rağmen yıllar sonra, bu senedin hükümsüzlüğünün tespitini istemekteki menfaatlerinin meşru olmadığı belirtilmiştir⁹⁸.

Bu noktada konunun, usul hukuku boyutuyla, özellikle dava açılmasındaki hukuki yarar kapsamında da değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira genel kurul kararının yokluğu veya butlanı, çoğu kez bir tespit davası yoluyla ileri sürülmektedir. Bu dava, HMK m. 106 kapsamında bir tespit davasıdır. Her davada olduğu gibi yokluğun veya butlanın tespiti davasında da hukuki yarar dava şartıdır (HMK m. 114/1-h). Bununla birlikte kanunda, tespit davasında hukuki yarar özel olarak düzenlenmiştir. Tespit davasında, davayı açanın, kanunda belirtilen istisnalar dışında, "*bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı*"nın bulunması gerekmektedir (HMK m. 106/2). Dava şartı olarak hukuki yarar (menfaat), dava hakkının haksız davalar açılması suretiyle kötüye kullanılmasına karşı bir güvence niteliğindedir⁹⁹. Burada söz konusu olan, dava şartı olarak hukuki yarar, yokluğu hâlinde davanın esasa girilmeksizin, davanın usulden reddine neden olan hukuki yarardır. Hukuki yararın bulunmaması, davanın kabule şayan olarak nitelendirilmesine engeldir. Dava şartı olarak hukuki yararı, davanın esastan incelenmesi hâlinde tespit edilebilecek hakkın varlığına ve ihlâlüne dayanan, davanın haklılığına etki eden menfaat kavramından ayırmak gerekir¹⁰⁰.

95 Nomer (n 2) 115.

96 Böckli (n 37) 2316, § 16, N. 183, 186.

97 Korkut (n 2) 203.

98 Emel Hanağası, *Davada Menfaat* (Yetkin 2009) 145.

99 Arslan (n 74) 67, 73-74; Hanağası (n 98) 57-60; Korkut (n 2) 180.

100 Mülga 1086 sayılı HMUK döneminde menfaat olarak anılan hukuki yarar hakkında bkz. Hanağası (n 98) 151-153.

C. KONUYA İLİŞKİN YARGI KARARLARI

Sermaye şirketlerinin genel kurul kararlarının butlanının ileri sürülmesinde hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanması, Yargıtay'ın yerleşik kararları ile kabul edilmektedir¹⁰¹. Bu kararlar çoğu kez, butlanın uzunca bir süre sonra ileri sürülmesinin, işlem güvenliği açısından yarattığı sakıncalar göz önünde bulundurularak hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesi şeklindedir. Bununla birlikte butlan hâlinde hakkın kötüye kullanılması yasağı, farklı ihtimallerde de gündeme gelmektedir. Örneğin, bir pay sahibinin genel kurulda katıldığı kararın butlanını ileri sürmesi kimi zaman hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilmektedir¹⁰². İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da, batıl bir genel kurul kararının uygulanmasına ve bunun sonuçlarına uzun yıllar bilinçli şekilde itiraz etmeyen bir kimsenin, sonradan butlanı ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir¹⁰³.

Yargıtay kararlarında, genel kurul kararlarının yokluğu halinde hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanması ise, öğretilerdeki ağırlıklı görüşün aksine bir gelişim göstermiştir. Önceleri Yargıtay kararlarında genel kurul kararlarının yokluğu hâlinde hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmayacağı benimsendiği kararlara rastlanmaktadır¹⁰⁴.

Öte yandan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 21 Mart 2016 tarihli kararında¹⁰⁵, yokluğun ve butlanın ancak dürüstlük kuralına aykırı düşmedikçe ileri sürülebileceği belirtilerek; esas mahkemesinin yokluğun tespitine dair kararının, bu husus değerlendirilmek üzere bozulduğu görülmektedir. Daire, bu karardan önce 2014 yılında vermiş olduğu bir başka kararda ise, “yok hükmündeki” bir kararın tespitine yönelik kararı, “butlanın” ileri sürülmesinin dürüstlük kuralı çerçevesinde mümkün olduğu gerekçesiyle bozmuştur. Karar, yokluk yaptırımının uygulanmasının söz konusu olduğu bir olayda butlana yönelik açıklama yapılmasıyla, yokluk hâlinde dürüstlük kuralı uygulamasına

101 Yargıtay 11 HD, E 2014/8021, K 2015/5379, 16.04.2015 (BATİDER (2015) XXXI (2) 447); Yargıtay 11 HD, E 2017/743, K 2019/236, 10.01.2019; Yargıtay 11 HD, E 2017/6325, K 2017/6651, 28.11.2017 (karararama.yargitay.gov.tr); Yargıtay 11 HD, E 2010/4754, K 2012/5432, 05.04.2012 (BATİDER (2012) XXVIII (3) 375-378). İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da karara karşı uzun süre sessiz kalarak butlanın sonradan ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmektedir. Bkz. BGE 49 II 392 vd. ile BGE 53 II 165 vd.

102 Yargıtay 11 HD, E 2003/8620, K 2003/1197, 17.02.2003 (Eriş, C. II, (3. Baskı 2004) 1730'dan aktaran Moroğlu ve Kendigelen (n 30) 351); Yargıtay 11 HD, E 2016/4343, K 2017/6376, 21.11.2017 (karararama.yargitay.gov.tr). Benzer şekilde, pay sahibinin, karara muvafakat etmiş olması hâlinde, bu durumun hükümsüz işlemi geçerli hâle getirmeyeceği ancak bundan böyle hükümsüzlüğün ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği yönünde bkz. Reimer (n 2) 140, N. 302; Forstmoser, Meier-Hayoz und Nobel (n 2) 266, § 25, N. 130; BGE 74 II 43.

103 BGE 49 II 392 vd. ve BGE 53 II 232 (Moroğlu 'Hükümsüzlük' (n 1) 190, dn. 325). İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararlarında da batıl bir işlemin, üzerinden belirli zaman geçmesiyle düzelmesi, kararın icrasının geriye döndürülmesinde pratik zorluklar bulunması, üçüncü kişilerin korunması gibi düşüncelerle, butlanın her zaman ileri sürülebileceği kuralına dair sınırlamalar üzerinde durulmuştur. Örnek olarak bkz. BGE 116 II 716. Açıklama için bkz. Nomer (n 2) 116-117; Forstmoser, Meier-Hayoz und Nobel (n 2) 267, § 25, N. 136.

104 “...Yoklukla malul olan kararlar başlangıçtan itibaren hükümsüz olduklarından sonradan geçerli hâle getirilemezler. Davacıların kötüniyetli olmaları ve toplantılara katılmamaları bu kararlara geçerlilik kazandıramaz...” Yargıtay 11 HD, E 1993/4885, K 1993/6526, 15.10.1993 (Eriş, C. II, 3. Baskı 2004, 1906-1907'den aktaran Moroğlu ve Kendigelen (n 30) 289).

105 “...yokluk ve butlanı gerektiren hususun öğrenilmesinden sonra uzun süre sessiz kalıp dava açmayan ilgililer yönünden TMK'nın 2. maddesi uyarınca dava açma hakkının düşüp düşmediğinin de değerlendirilmesi gereklidir” Yargıtay 11 HD, E 2015/15625, K 2016/3083, 21.03.2016 (BATİDER (2016) 32 (2), 303-308).

dair değerlendirmede bulunulmasından kaçınıldığı izlenimini uyandırmaktadır¹⁰⁶. Diğer yandan bu durumun kavram kargaşasından doğması da ihtimal dâhilindedir¹⁰⁷. Öğretide, 21 Mart 2016 tarihli kararda, yokluk hâlinde dürüstlük kuralının etkisinin bulunmayacağına gözden kaçırıldığı belirtilmişse de¹⁰⁸, zaman içerisinde verilen kararlar, bilinçli bir tercih varlığını ortaya koymaktadır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2017 yılında vermiş olduğu bir kararında¹⁰⁹, limited şirkette ortaklardan birinin katılmamasına rağmen toplanan çağrısız genel kurul toplantısında, kanunun öngördüğü nisaba (TTK m. 621/1-d) aykırı olarak alınan sermaye artırımı kararını batıl kabul ederek, 17 yıl sonra tespit davası açılmasını hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir. Oysa karara konu genel kurul kararı yok hükmündedir¹¹⁰ ve karara, muhalif üyelerce, bu süre içerisinde davacının çeşitli yollarla hakkını aramaya çalıştığı, bu nedenle uzunca bir süre sessiz kalmasının hak kaybına neden olmadığı düşüncesiyle şerh düşülmüştür.

Daha sonra verilen kararlarda ise açıkça, yokluğun ileri sürülmesinde hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanması ile karşılaşmaktadır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, bir başka kararında¹¹¹, “... davacının yokluğuna karar verilmesini istediği genel kurul kararlarının alınmasının üzerinden yaklaşık 9-10 yıl geçmiş olduğu da gözönüne alınarak açılan davanın iyiniyet kuralları ile bağdaşmadığı gerekçesiyle davanın reddine” yönelik kararın onanması gerektiği yargısına varmıştır.

Yakın tarihlerde verilen bir başka kararda, dört yıl süreyle sessiz kalındıktan sonra kararın yok hükmünde olduğunun tespiti için dava açılması, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmiştir¹¹². Dört yıllık sürenin dava açmak için uzun olarak değerlendirildiği olayda, 2010

106 “Dava, genel kurul kararlarının yokluğunun yazılı gere(k)çeyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Her hak gibi genel kurul kararının butlanının ileri sürülmesi de dürüstlük kuralı çerçevesinde mümkündür. (MK 2. md). Mahkemenin, butlanın ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı veya hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup olmadığını her olayda resen, somut olayın özelliklerini, davacıların gayesini, icapsız olarak geciktirilip geciktirilmediğini incelemesi gerekir” Yargıtay 11 HD, E 2013/16350, K 2014/5141, 17.03.2014 (karararama.yargitay.gov.tr).

107 Bir kararda, genel kurul kararının yokluğunun tespitine dair kararın bozulması gerektiğine yönelik karşı oy yazısında, butlanda hakkın kötüye kullanılması yasağı uygulanması gerektiğinden bahsedilmektedir. Bu durum bir kavram kargaşasını akla getirmektedir. Bkz. Yargıtay 11 HD, E 2018/1237, K 2019/4907, 26.06.2016 (karararama.yargitay.gov.tr). Daha önce verilen, butlanın tespitine yönelik bir başka kararda da benzer ifadelerle rastlanmaktadır: “...genel kurul kararlarının iptali ve yokluğunun tespitinin dava tarihlerine göre 15 ve 18 yıl sonra ileri sürülmesinin mümkün bulunmamasına göre...” Yargıtay 11 HD, E 2010/4754, K 2012/5432, 05.04.2012 (BATİDER (2012) XXVIII (3) 375-378).

108 Oruç Hami Şener, *Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku* (Seçkin 2017) 611.

109 Yargıtay 11 HD, E 2016/6325, K 2017/6651, 28.11.2017. Aynı olayda karar düzeltme isteminin oy çokluğuyla reddi yönünde bkz. Yargıtay 11 HD, E 2018/1328, K 2019/6943, 07.11.2019 (karararama.yargitay.gov.tr; Hacıömeroğlu ve Aksoy (n 19) 409, dn. 6-7).

110 Kararın değerlendirilmesi ve haklı eleştirisi için bkz. Hacıömeroğlu ve Aksoy (n 19) 405-434. Çağrısız toplantıda bütün pay sahiplerinin toplantıda hazır bulunmaması gibi usulü eksikliklerin iptal edilebilirlik yaptırımına tâbi olacağı yönündeki aksi görüş için bkz. Nomer (n 2) 63; Üçışık ve Çelik (n 29) 258.

111 Yargıtay 11 HD, E 2019/3, K 2019/7182, 13.11.2019 (İÜHF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin Kararları 2019 (On İki Levha 2020) 218). Aynı doğrultuda bkz. Yargıtay 11 HD, E 2019/1769, K 2019/4185, 10.06.2019 (Sinerji).

112 “...her hak gibi genel kurul kararının yokluğunun ileri sürülmesi de dürüstlük kuralı çerçevesinde mümkündür. ...davali şirkette büyük hissedar olan davacı şirketin ve onun yetkili temsilcisi olan D'nin, müdür ...'ın görev süresi 2010 yılında bittikten sonra davanın açıldığı 2014 yılına değin, ticari ilişkilerinin de devam ettiği yaklaşık 4 yıllık süre zarfında şirkete yeniden temsilcisi tayin edilip edilmediği hususunda bilgi sahibi olmamasının hayatın olağan akışına uygun olmadığı ve

yılında alınan kararlara karşı 2014 yılında dava açılmış ve ancak dosyanın, 2021 yılında Yargıtay'ın önüne gelerek karara bağlanabilmiş olması da ayrıca dikkat çekicidir¹¹³. Yargıtay'ın aynı yönde başkaca kararlarına da rastlamak mümkündür¹¹⁴.

IV. DEĞERLENDİRME

Sermaye şirketlerinde, genel kurul kararlarının yokluğunun ya da butlanının ileri sürülmesi, özellikle kararın uygulanması ve üzerinden uzunca bir zaman geçmesi gibi durumlarda, işlem güvenliği açısından birtakım sakıncaları barındırabilir. TTK m. 447 düzenlemesinde, butlanın tespitinde hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanabileceği yönünde bir ibare yer almamış ise de, madde gerekçesi işlem güvenliğinin sağlanması hususunda kanun koyucunun çekincesini ortaya koyar niteliktedir¹¹⁵. Madde gerekçesinde ayrıca, şekil yönünden geçersiz genel kurul kararlarının veya sebeplerinin belirlenmesinin içtihat ve öğretiyeye bırakıldığı ve bu kararların saptanmasında gerekli özenin gösterileceği inancı ifade edilmiştir.

Sermaye şirketlerinde genel kurul kararlarının yokluğunun ya da butlanının tespitinde öncelikle yapılması gereken, işlem güvenliği bakımından yokluk ve butlan hâllerinin olabildiğince sınırlı tutulması ve tereddüt duyulan hâllerde iptal edilebilirliğin kabul edilmesidir¹¹⁶. Dar yoruma rağmen, kararın yokluğu veya butlanı sonucuna ulaşılması hâlinde ise, bu ağır yaptırımların uygulanmasında klasik anlamda yokluk ile butlan yaptırımları farklı değerlendirilmelidir. Zira işlem güvenliğinin sağlanması düşüncesi, yokluğun ve butlanın aynı esaslara göre ele alınmasını haklı kılmayacaktır. Bu tespit sırasında, hakkın kötüye kullanılması yasağının istisnai niteliği, dikkate alınması gereken bir başka önemli husustur.

Mehaz düzenlemeler kapsamında İsviçre'de sonuçları bakımından bir yokluk ve butlan ayırımı yapılmadığı göz önüne alındığında, hukukumuzda ittifakla kabul edilen bu ayırımın teorik yönü

basiretli bir tacirden beklenemeyeceği tüm yazışmalarda dava dışı ...'ün muhatap alındığı ve bu nedenle davalı şirketin müdürü olduğunu bildiği gözetilerek, dava konusu 01.04.2010 tarihli toplantıda alınan kararların yokluğunun ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması olduğu ve hukuken korunamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerekir..." Yargıtay 11 HD, E 2019/3536, K 2021/2342, 11.03.2021 (Sinerji).

- 113 Yargılamaların uzunluğu karşısında, makul bir sürede butlan ya da yokluğun tespiti isteminde bulunulması durumunda da işlem güvenliğine ilişkin sakıncalar ortaya çıkabilir. Ancak bu noktada davanın ve duruşma gününün ilanı ile şirketin internet sitesine konulması (TTK m. 448/1), muhtemel zararlara karşılık öngörülebilir teminat (TTK m. 448/3) ve dava konusu genel kararının yürütülmesinin geri bırakılması (TTK m. 449) tedbirleriyle söz konusu sakıncaların büyük ölçüde önüne geçmek mümkün olacaktır. Anılan tedbirlerin, yokluğun tespiti isteminde de evleviyetle uygulanması gerekmektedir.
- 114 Bu yönde ayrıca bkz. Yargıtay 11 HD, E 2020/95, K 2020/4885, 10.11.2020 (Sinerji); Yargıtay 11 HD, E 2017/1702, K 2018/8018, 18.12.2018; Yargıtay 11 HD, E 2016/8451, K 2018/2117, 20.03.2018 (karararama.yargitay.gov.tr).
- 115 TTK m. 447 madde gerekçesinde buna ilişkin olarak, "Şirketin bir kararının, kararın alınmasından yıllar sonra bile butlanının ileri sürülebilmesi tehlikesi ve tehdidi, şirket yönetiminde pay sahiplerinde, alacaklılarda ve sermaye piyasasındaki potansiyel yatırımcılarda büyük tedirginliğe sebep olabilir. Yıllar sonra butlanın mahkemeye tespiti ise o kararın kurduğu birçok ilişkiyi çoğu kez geriye etkili olarak ortadan kaldırır. Bu sakıncası sebebiyle mahkemelerin geçersizlik kararlarını ayrıntılı ve çok yönlü değerlendirmeler sonucu sakınarak vermeleri yanında, kanun koyucunun da iptal edilebilirlik ile butlanın sınırlarını açıkça belirlemesi gerekir" ifadelerine yer verilmiştir.
- 116 Bkz. Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 1) 320; Odman Boztosun (n 27) 44; Çamoğlu (Poroy ve Tekinalp) (n 29) 598-599, N. 723.

dışında ne kadar gerekli olduğu tartışma konusu yapılabilir. Ancak her ne kadar sermaye şirketlerinde genel kurul kararlarının yokluğuna dair doğrudan bir düzenleme mevcut değilse de, TMK m. 83/3 ile SerPK m. 92/1-b düzenlemeleri, Türk hukukunda bu ayrımın kanun koyucu tarafından da benimsendiğinin açık göstergesidir.

Klasik anlamda yokluk ile butlan ayrımı bakımından hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanıp uygulanmayacağı kıstası önemli ve ayırt edici niteliktedir. Yok hükmünde bir işlemin hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanması suretiyle geçerli kabul edilmesi, “*yoktan var etme*” (*creation*) anlamını taşıyacaktır. Bu noktada Alman Federal Mahkemesi'nin, iptal ile yokluk arasındaki sınırın çizilmesi bakımından, 1953 tarihli bir kararında vermiş olduğu uç örneği hatırlamak gerekir¹¹⁷. Sokaktan geçen bir kimsenin çağrısı üzerine sokaktan geçen kimseler tarafından yapılan bir genel kurulda alınan kararın, yoklukla malul olacağını gerçek hayatta rastlanılmayacak bir ihtimale açıklayan mahkemenin bu örneği oldukça çarpıcıdır. Böyle bir örnekte, alınan kararın yokluğunun ileri sürülmesinin hangi şartlar altında olursa olsun, hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi herhâlde düşünülemeyecektir. Ancak sermaye şirketlerinde genel kurul kararlarının yokluğu, her zaman böyle net bir şekilde ortaya çıkmayabilir.

Yokluk hâlinde şeklen de olsa bir işlemin varlığından söz edilemezken, sermaye şirketlerinin yok hükmündeki genel kurul kararları çoğu kez ticareti siciline ticaret siciline tescil ve ilan edilmiş olmakla bir hukuki görünüşe neden olmaktadır¹¹⁸. Bu nedenle kanaatimizce, yokluk ve butlan kavramları şirketler hukukunda, klasik içeriğinden farklı bir boyut ve anlam kazanmaktadır. Böylece genel kurul kararlarının yokluğu, yokluğa ilişkin genel olarak kabul edilen kıstaslara nazaran farklılık gösterir.

Benzer şekilde butlan kavramı da sermaye şirketleri bakımından kendine özgü bir anlama sahiptir. TTK m. 447 anlamında butlan, genel hükümlerdeki (TBK m. 26-27) butlan (kesin hükümsüzlük) kavramından farklıdır; kendine özgü bir geçersizlik hâlini ifade etmektedir. TTK m. 447 düzenlemesinde yer alan konu yönünden butlan sebepleri, sermaye şirketlerine hâkim olan ilkelerden hareketle kabul edilmiş, özel geçersizlik hâllerini ifade etmektedir. Bu durum, sermaye şirketlerinin genel kurul kararlarının yokluğu ve butlanına ilişkin olarak, klasik yokluk ve butlandan farklı bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir.

Daha önce ele alındığı üzere, hakkın kötüye kullanılması yasağı, her somut olayda olayın özellikleri göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gereken, istisnai bir kuralı ifade etmektedir. Butlanın ileri sürülmesi bakımından hangi hallerin hakkın kötüye kullanılması olarak niteleneceğini önceden belirli kalıplara sokmaya imkân bulunmamaktadır¹¹⁹. Bununla birlikte sermaye şirketlerinde genel kurul kararlarının butlanının ve yokluğunun kendine özgü özelliklerinden yola çıkarak bazı ölçütlerin dikkate alınması uygun olacaktır.

117 Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1954, 386; Kırca (n 7) 5.

118 Bu hususta bkz. dn. 31.

119 Moroğlu 'Hükümsüzlük' (n 1) 188.

Sermaye şirketlerinde genel kurul kararlarının butlanı hâlinde hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmasında, bu kararların niteliğine ve etkisine göre bir ayrıma gidilmelidir. Korporatif (ortaksal) nitelikte ve *erga omnes* etkili bir genel kurul kararının butlanının ileri sürülmesinde, hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmasına mesafeli yaklaşılması gerekir. Bu kapsamda özellikle TTK m. 447'de örnekseme yoluyla sayılan butlan hâllerinde hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanması şirketler hukukunun temel ilkelerine aykırı olacaktır. Vazgeçilemez nitelikteki pay sahipliği haklarını sınırlandıran, kaldıran vb. kararlar, örneğin oy kullanmayı sekiz aydır pay sahibi olma şartına bağlayan ve bu nedenle TTK m. 447 uyarınca batıl bir genel kurul kararı, TTK m. 2/2 düzenlemesinin uygulanmasıyla da sıhhat kazanamaz. Böyle bir hâlde butlanın tespitini isteme hakkı, pay sahibinin şahsından kaynaklanan bir hak değildir; bu ihtimalde ileride şirket paylarını iktisap edecek kimseler dahi, üzerinden ne kadar zaman geçmiş olursa olsun butlanın tespitini talep edebilmelidir. Zira genel kurul kararlarının yokluğunun veya butlanın tespiti, diğer pay sahipleri, müstakbel pay sahipleri¹²⁰ gibi kimseler bakımından da önem taşıyabilir.

Genel kurul kararlarının yokluğunun ya da butlanının tespiti isteminde hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmasında başvurulabilecek bir başka ölçüt, ihlâlin sürekli mi yoksa münferit (*bir defaya mahsus*) nitelikte mi olduğudur¹²¹. Münferit bir ihlâl hâlinde hükümsüzlüğün ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirilmeye elverişli olabilir; ancak sürekli bir ihlâl, kim tarafından ne şekilde ileri sürüldüğüne bakılmaksızın dikkate alınmalıdır. Butlan sonucunda oluşan sakatlığın ağırlığı karşısında, pay sahiplerinden biri tarafından açılan tespit davasını hakkın kötüye kullanılması nedeniyle reddederek, ret kararının diğer pay ve menfaat sahiplerini etkilemeyeceği düşüncesiyle hareket etmek, usul ekonomisine ve hukuk devleti ilkesine de uygun düşmeyecektir. Hâkim, re'sen göz önünde bulundurması gereken ve yalnız tespit isteminde bulunana değil, tüm (mevcut ve müstakbel) pay sahiplerini ve ilgilileri etkileyen (*erga omnes* etkili) bir karardaki hükümsüzlüğü, önüne ne şekilde gelirse gelsin tespit edebilmelidir.

Bu hâlde asıl olan, genel kararın yok hükmünde mi yoksa batıl mı olduğu değil; kararın sonuçlarının niteliği ve etkisi ile ortaya çıkan hukuka aykırılığın ağırlığıdır. Yok hükmündeki ya da batıl bir genel kurul kararının, tescile tâbi hususlardan olup olmadığından bağımsız olarak, ticaret siciline tescil edilmiş olması da hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanması bakımından göz önünde bulundurulabilecek bir başka ölçüt olarak değerlendirilebilir. Ticaret siciline tescil edilmiş yok hükmündeki bir kararın re'sen terkinin mümkün değildir. Böyle bir hâlde çoğu kez, yokluğun tespitinin istenmesi gerekecektir. Bu tespit isteminin amacına aykırı ya da bu amaç dışında kullanılması hakkın kötüye kullanılması şeklinde tezahür edebilir. Ancak daha önce de belirtildiği üzere, tescilin iyileştirici etkisi söz konusu değildir. Böyle bir durumda tescil ve ilan edilen genel kurul kararından uzun süredir haberdar olmadığını belirten bir pay sahibinin davasının hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirilmesi makul kabul edilebilir.

120 Pay sahibinin değişmesi hâlinde bu durumun dava açma hakkına etkisi hakkında bkz. Abuzer Kendigelen, 'İptal Davası Açma Hakkı ve Pay Sahipliği Sifatının Cüz'i Halefiyet (Payların Devri) Sonucu Değişmesi' Makalelerim II 2001-2017, 1-24 (2. Bası, On İki Levha 2018) 1-24.

121 Bir genel kurul kararının, sürekli ya da münferit etkili olmasına göre uygulanacak yaptırım değişebilmektedir. Süreklilik ölçütü ve sonuçları hakkında farklı değerlendirmeler için bkz. Kırca (n 7) 58-64; Moroğlu 'Hükümsüzlük' (n 1) 155-157.

Genel kurul kararlarının yokluğunun ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirildiği kararlar incelendiğinde, çoğunlukla, söz konusu işlemin bilinmesine rağmen sessiz kalınmasına ve üzerinden uzunca bir süre geçtikten sonra ileri sürülmesine dayandığı anlaşılmaktadır. Kimi hâllerde, sessiz kalınan süre ne kadar uzun olursa olsun, sakatlığın derecesi dikkate alındığında bu şekilde bir sonuca varmak mümkün olmamalıdır. Öte yandan genel kurul kararının üzerinden uzunca bir zaman geçmiş olması, tek başına bir hakkın kötüye kullanılması nedeni olarak değerlendirilmemelidir. Böyle bir durumda somut olayın özelliklerini dikkate almak ve yine istisnai olarak hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurmak gerekir. Örneğin, uzun süre sessiz kalan pay sahibinin bu durumdan bir menfaat elde etmiş olması ya da yahut hükümsüzlüğü sonradan ileri sürmesinin işlem güvenliğini ciddi biçimde etkilemesi ihtimali ile karşılaştırılabilir.

Bazı yargı kararlarında, tespit isteyen karardan haberdar olduğunu açıkça gösteren bir bulgu olmamasına rağmen, üzerinden geçen uzunca sürede haberdar olmamanın hayatın olağan akışına aykırılık olarak nitelendirildiği görülmektedir¹²². Hayatın olağan akışı gibi soyut nitelikteki bir başka kıstas ile birlikte hakkın kötüye kullanılması şeklinde istisnai kuralın bir arada uygulanması sonucunda, sahte imza ile alınan kararın yok hükmünde iken geçerli kabul edilmesi kanımızca kabul edilebilir değildir. Aksi düşünce, sermaye şirketlerine hâkim olan ve kamu düzenini ilgilendiren temel ilkelere aykırı düşeceği gibi kötüye kullanıma da neden olabilecek niteliktedir. Öyle ki kararın yeni toplanacak genel kurulda görülerek kaldırılacağı, yönetim kurulu tarafından tespit davası açılacağı vb. gerekçelerle menfaat sahiplerinin oyalanmak suretiyle hak kaybına uğratılmaları da ihtimal dâhilindedir.

Genel kurul kararının üzerinden uzunca zaman geçmesi, bir düzelme nedeni olarak kabul edilecekse bunun ancak bir kanun hükmüyle, yeknesak bir uygulamaya kavuşturulması düşünülebilir. Ancak TTK m. 447 düzenlemesinde sayılan butlan sebepleri yönünden bir zaman sınırlamasının getirilmesi, kanaatimizce uygun değildir. Kanunda sayılanlar dışındaki butlan sebeplerinin ileri sürülmesinde ise bir zaman sınırlaması getirilmesi hukuki güvenlik ilkesi bakımından yerinde olacaktır. Böyle bir durumda da genel kurul kararının varlığını bilmesine rağmen belirli bir süre sessiz kalan kimsenin hak kaybına uğramasından, ancak *de lege ferenda* söz edilebilir.

Tıpkı 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 25/6. maddesinde olduğu gibi, genel kurul kararlarının TTK m. 447'de öngörülen hâller ve emredici hükümleri ilkesine (TTK m. 340) aykırılık dışında butlanın tespitinin talep edilmesinin bir süreye bağlanması mümkündür. “*Sessiz kalma suretiyle hak kaybı*” şeklinde ortaya çıkabilecek bu durum, “*bilme*”yi gerektireceğinden yalnız bir süre sınırlaması şeklinde olmayacaktır. Esasen bu hâl de TMK m. 2 kapsamında hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde değerlendirilebilecek nitelikte ise de “uzun” sayılabilecek sessiz kalma süresinin yeknesak bir anlama kavuşması, hukuki güvenlik ilkesi bakımından gereklidir. Diğer yandan bu şekildeki bir süre sınırının, Alman Hukukunda olduğu gibi (AktG § 242/2), ticaret siciline tescil edilmiş kararlar

122 Örnek olarak bkz. Yargıtay 11 HD, E 2019/1769, K 2019/4185, 10.06.2019 (Sinerji). Limited şirkette olağanüstü işlem niteliğinde önemli malvarlığı satışında ortaklar kurulu kararının aranması gerekmesine rağmen, bu şarta uyulmamasının dürüstlük kuralına aykırı olarak üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğine dair bkz. Yargıtay 11 HD, E 2010/5739, K 2012/5441, 05.04.2012 (BATİDER (2012) XXVIII (3) 385-388).

bakımından getirilmesi ve bu noktada yokluk ile butlan bakımından bir fark öngörülmemesi en makul çözüm şeklidir. Nitekim benzer bakış açısıyla, SerPK m. 92/1-b düzenlemesinde de yokluğun veya butlanın tespiti davasının açılması, beş yıllık bir süreyle sınırlandırılmıştır. Böyle bir süre belirlenirken, Türk Ticaret Kanunu'nda da yokluk ile butlan arasında bir ayrıma gidilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır.

SONUÇ

Söz konusu açıklamalar ve değerlendirmeler neticesinde bu makalede varılan sonuçlar şu şekilde sıralanabilir:

1. Sermaye şirketlerinin genel kurul kararlarının hükümsüzlüğünün tespitinde, yokluk ve butlan yaptırımlarının ikincil niteliğinin göz önünde bulundurulması ve tereddüt bulunan hâllerde iptal edilebilirliğin kabul edilmesi gerekir. Böylece bu hususta hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmasında yaşanabilecek duraksamalar da çoğu kez önemli ölçüde azalmış olacaktır.
2. Kanımızca, Türk Ticaret Kanunu'nun 447. maddesi anlamında sermaye şirketlerinde genel kurul kararlarının butlanı, klasik anlamda butlan (kesin hükümsüzlük) yaptırımından farklı, kendine özgü bir geçersizlik hâlini ifade etmektedir. Bu nedenle genel kurul kararlarının butlanı hâlinde genel kurul kararlarının, hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanması suretiyle düzeltilmesi çoğu zaman mümkün olmamalıdır. TTK m. 447 düzenlemesinde örneksene yoluyla sayılan, konu yönünden butlan hâllerinde hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanması suretiyle işlemin düzelmesi, sermaye şirketlerine hâkim olan ilkelere ve bu şirketlerin yapısına aykırı düşecektir. Bunun dışındaki, özellikle TBK m. 27 kapsamındaki butlan sebepleri bakımından genel hükümler kapsamında bir değerlendirme yapılmasına engel bulunmamaktadır.
3. İlke olarak, sermaye şirketlerinde yok hükmündeki bir genel kurul kararının dürüstlük kuralının uygulanması suretiyle geçerlilik kazanamayacağı kabulü gerekir. İşlem güvenliğinin sağlanması gerekçesi, yok hükmündeki bir genel kurulunun varlık kazanması için yeterli değildir. Bununla birlikte, ticaret siciline tescil ve ilan edilmiş bulunan, yok hükmündeki genel kurul kararları açısından da butlan hâline benzer durum söz konusudur. Genel kurul kararlarının yok hükmünde olduğu kabul edilen birçok hâlde görünüşte bir genel kurul kararı meydana gelmektedir. Ancak böyle bir durumda, somut olayın özelliklerine göre işlem güvenliğinin sağlanması adına hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanması mümkün kabul edilebilir.
4. Hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmasında ise, önceden, kesin sınırlar koymak ve birtakım objektif sınırlamalar belirlemek mümkün değildir. Bununla birlikte olaya münhasır değerlendirmede, sermaye şirketlerinin temel ilkeleri, kararların korporatif nitelikte olup olmaması, *erga omnes* etkisi, sürekliliği ile hakkın kötüye kullanılması yasağının genel ve istisnai niteliği gibi ölçütler göz önünde bulundurulmalıdır. İşlem güvenliğinin, butlan yaptırımının uygulanmamasını gerekli kıldığı hâllerde ise butlana ileriye etkili sonuçlar doğurmak üzere karar verilmesi ihtimali, daha objektif ve makul sonuçlar ortaya çıkarabilecektir.

5. Sermaye şirketlerinde genel kurul kararlarının TTK m. 447 düzenlemesinde sayılanlar ile emredici hükümler ilkesine aykırılık dışındaki sebeplerle yokluğunun veya butlanının ileri sürülmesinin, kararın ticaret siciline tescil edilmiş olduğu hâllerde, belirli bir (örneğin, beş yıl) süre ile sınırlandırılması *de lege ferenda* bir öneri olarak ileri sürülebilir. Böylece hem sessiz kalma suretiyle hak kaybı sonucunu doğuracak bu tür bir hükümle hak kaybından söz edilebilmesi için “bilme” unsuru açıkça aranmış olacak hem de hukuki güvenlik bakımından önceden tespit edilebilir bir süre sınırı öngörülmüş olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akkurt SS, ‘Hukuki İşlemlerde Geçersizlik Olgusuna Genel Bir Bakış’ (2014) 4 (1) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 99-131.
- Akyol Ş, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı* (2. Bası, Vedat 2006).
- Altaş H, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi* (Yetkin 1998).
- Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I* (Seçkin 2015). (Anılış: *Borçlar*)
- Antalya OG, *Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları* (1992) 18 (3) Yargıtay Dergisi 365-395. (Anılış: *Şekil*)
- Arslan R, *Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı* (S Yayınları 1989).
- Ayhan R, Çağlar H ve Özdamar M, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (4. Bası, Yetkin 2022).
- Ayoğlu T, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim* (On İki Levha 2018).
- Bahar Sayın H, *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Butlanı* (2. Bası, On İki Levha 2017).
- Bahtiyar M, *Ortaklıklar Hukuku* (14. Bası, Beta 2020).
- Barlas N, ‘Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medenî Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi’ (1997) LV (3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 191-208.
- Bilgili F ve Demirkapı E, *Şirketler Hukuku Dersleri* (8. Bası, Dora 2021).
- Bozkurt T, *Şirketler Hukuku* (13. Bası, Yetkin 2021).
- Böckli P, *Schweizer Aktienrecht*, (4. Auflage, Schulthess 2009).
- Çelikbaş D, ‘Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı’ (1987) 3 (1-4) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 593-641.
- Doğanay İ, ‘Medenî Kanunun İkinci Maddesindeki Objektif İyiniyet Kuralı Taşınmaz Mal Satışlarındaki Şekil Şartını Ortadan Kaldırır mı?’ (1990) Prof. Dr. Halûk Tandoğan’ın Hâtırasına Armağan 231-257.
- Dubs D und Truffer R, Artikel Kommentar zu OR Art. 698-706b Hrsg.: Honsell H, Vogt NP und Watter R, *Basler Kommentar Obligationenrecht II Art. 530-964 OR* (5. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2016).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Bası, Yetkin 2021).
- Feyzioğlu FN, ‘Medenî Kanunun 50. Yıldönümünde Hakların Kötüye Kullanılması’ 1978 Medenî Kanun 50. Yılı Sempozyumu 147-188.
- Forstmoser P, Meier-Hayoz A und Nobel P, *Schweizerisches Aktienrecht* (Stämpfli und Cie 1996).
- Frei UG, *Nichtige Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft* (Keller 1962).
- Furrer A, Müller-Chen M ve Çetiner B, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha 2021).
- Gümüş MA, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin 2021).

- Güngör S, *Anonim Şirketlerde Menfi Genel Kurul Kararlarının İptali*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2010).
- Hacıömeroğlu AO ve Aksoy KA, 'Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü Hakkında Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım' (2020) 2 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 405-434.
- Hanağası E, *Davada Menfaat* (Yetkin 2009).
- Hatemi H, *Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçlar* (Sulhi Garan Matbaası 1976).
- Hirsch E E, *Ticaret Hukuku Dersleri* (2. Bası, İsmail Akgün Matbaası 1948).
- Honsell H, Artikel Kommentar zu Art. 1-4 Hrs.: Honsell H, Vogt NP und Gieser T, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB* (5. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2014).
- Kaya A Zengin İÇ Sorkun AF Yıldız N Yıldız ME ve Oğuz E (Ed), *Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin Kararları 2019* (On İki Levha 2020).
- Karasu R, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı' (2010) Fırat Öztan'a Armağan 1239-1261. (Anılış: *Butlan*)
- Karasu R, *Emredici Hükümler İlkesi* (2. Bası, Yetkin 2015). (Anılış: *Emredici Hükümler*)
- Kendigelen A, 'İptal Davası Açma Hakkı ve Pay Sahipliği Sifatının Cüz'i Halefiyet (Payların Devri) Sonucu Değişmesi' Makalelerim II 2001-2017, 1-24 (2. Bası, On İki Levha 2018).
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (19. Bası, Turhan 2015). (Anılış: *Borçlar*)
- Kılıçoğlu A, 'Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması' (1981) 38 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 209-222. (Anılış: *Şekil*)
- Kırca İ, *Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (3. Bası, On İki Levha 2022).
- Kırca İ, Şehirali Çelik FH ve Manavgat Ç, *Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü 2/2*, (2. Bası, BTHAE 2017).
- Kocayusufoğlu N, Hatemi H, Serozan R ve Arpacı A, *Borçlar Hukuku C.1 Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme* (6. Bası, Filiz 2014).
- Korkut Ö, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı* (Karahan 2012).
- Moroğlu E, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (9. Bası, On İki Levha 2020). (Anılış: *Hükümsüzlük*)
- Moroğlu E, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler* (8. Bası, On İki Levha 2016). (Anılış: *Öneriler*)
- Moroğlu E ve Kendigelen A, *İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat* (10. Bası, On İki Levha 2014).
- Nomer HN, *Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar*, (Beta 2008).
- Odman Boztosun A, 'Anonim Şirkette Genel Kurul Toplantılarına Çağrıda Usulsüzlük' (2007) 7 Türk Hukuk Dergisi 43-52.
- Oğuzman K, 'Şekil Noksanı Sebebiyle Butlanın Dermeyanı Hakkının Suiistimali' (1955) XXIX (6) İstanbul Barosu Dergisi 249-258.
- Oğuzman MK ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (12. Bası, Vedat 2014).
- Önder F, 'Yargıtay Kararları Açısından Limited Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü' (2005) 7(1) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 103-126.
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I* (15. Bası, Vedat 2021).
- Pulaşlı H, 'Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi' (2013) XVII (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 885-898. (Anılış: *Müeyyide*)
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (7. Bası, Adalet 2021). (Anılış: *Şirketler*)

- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi C. II* (4. Bası, Adalet 2022). (Anılış: *Şerh*)
- Reimer HM, *Anfechtungs – und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht* (Stämpfli 1998).
- Rüttimann FM, *Rechtsmissbrauch im Aktienrecht*, Dissertation (Universität Zürich 1994).
- Schäfer C, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Hrsg.: Goette W Habersack M und Kalss S, Band 4, §§ 179-277 AktG (5. Auflage, C.H.Beck 2021).
- Schott BG, *Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln* (Dike 2009).
- Şener OH, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı* (4. Baskı, Seçkin 2019).
- Şener OH, *Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku* (Seçkin 2017).
- Tanner B, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht: Die Generalversammlung: Teilband V/5b, Kommentierung von Art. 698-706b und 731b OR (Schulthess 2003).
- Tekil F, *Anonim Şirketler Hukuku* (Alkım 1998).
- Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5. Bası, Vedat 2020). (Anılış: *Yeni*)
- Tekinalp Ü, 'Emredici Hükümler Yönünden Genel Kurul Kararlarının İptali ve Butlanı Sorunu' (2013) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13-18. (Anılış: *Emredici Hükümler*)
- Tekinalp Ü, 'Genel Kurul Kararlarının Butlanında Anonim Ortaklığa Özgü Sebeplerin Kabulü İhtiyacı' (2009) XXV (4) Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi 5-16. (Anılış: *Butlan*)
- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Borçlar Hukuku* (7. Bası, Fakülteler Matbaası 1993).
- Teoman Ö, 'Ticaret Sicili Müdürü Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İptal Edilebilir Bir Kararını Tescilden Kaçınabilir mi?' (2010) Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan II 1701-1706.
- Topaloğlu M, 'Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü Davalarında İslah' (2019) Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Saygı Günü Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu 30 Ekim 2017 87-119.
- Tunç M, 'Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Yok Hükmünde Olması ve Buna Bağlı Sonuçlar' (2021) 16 (197-198) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 365-411.
- Uluğ İ ve Taşdelen N, '30.09.1988 Tarihli ve E. 1987 K. 1988/2 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının İncelenmesi' (2003) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 143-150.
- Uyar T, 'Yargıtay Kararlarında "Dürüstlük (Objektif İyiniyet)" Kuralı (MK. 2/I) ve "Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı" (MK. 2/II)' (2000) Seyfullah Edis'e Armağan, Ed.: Ataysoy, ZG, 439-465.
- Üçışık G ve Çelik A, *Anonim Ortaklıklar Hukuku C. 1* (Adalet 2013).
- Ülgen H, Helvacı M, Kaya A ve Nomer Ertan NF, *Ticari İşletme Hukuku* (6. Bası, Vedat 2019).
- Yıldız Ş, 'Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının İptali, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1989).
- Zöllner W, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 2, 4. Lieferung, §§ 241-290 (Carl Heymanns 1976).

Sosyal Medya Kullanıcı Hesabı Sözleşmelerinin Dijital Tereke Yönünden Değerlendirilmesi

Evaluation of Social Media User Account Agreements in Terms of Digital Estate

Doğa Ekrem Doğançı* 

ÖZ

Günümüzde her alanda artan oranda görülen dijitalleşme diğer hukuk alanları gibi miras hukukunda da farklı hukuki tartışmaları beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda güncel bir konu olarak miras hukuku uygulamasında dijital tereke kavramıyla karşılaşmaktayız. Dijital tereke (devletler özel hukuku ve fikri mülkiyet hukuku gibi) diğer hukuk dalları yanında özellikle miras hukuku, kişiler hukuku, eşya hukuku, kişisel verilerin korunması hukuku, sözleşme hukuku gibi çeşitli alanların kesiştiği bir konudur. Bu konuya ilişkin ucu açık birçok husus bulunmakta olup bu durum hukuki belirsizlik yaratmaktadır. İncelememiz özellikle miras ve kişiler hukuku çerçevesinde yürütülecektir. Bu anlamda çalışmada eşya hukuku, vesayet hukuku, kişisel verilerin korunması hukuku ve sözleşme hukukuna ilişkin sadece tamamlayıcı açıklamalar yapılacaktır.

Öncelikle dijital değerlerin terekeye intikalini ve bunun kapsamını inceleyeceğiz. Tereke kavramı ve mirasın kazanılması hakkında genel bilgiler aktardıktan sonra, bunları dijital tereke bağlamında değerlendireceğiz. Daha sonra kişinin ölümünden sonra kişilik hakkının devam edip etmeyeceğine ilişkin görüşleri ve dijital tereke özelinde kendi değerlendirmelerimizi aktaracağız. Çalışmanın bu bölümünde çatışan menfaatler, buna ilişkin görüşümüz ve temel sorun ortaya konacaktır.

İncelemenin ilerleyen bölümlerinde sistematik bir bakış açısıyla medeni kanunun çeşitli kitaplarında yer alan hükümler dikkate alınarak bazı önerilerimiz aktarılacaktır. Bunun yanında tamamlayıcı olarak kullanıcı hesaplarına erişim yetkisi bağlamında üçüncü kişilerin de kişilik haklarının gözetilmesine yönelik bazı önerilerimizi paylaşacağız. Nihayet medeni hukuka ilişkin değerlendirmelerimizi etkileyebildiği için dijital varlıkların terekeye intikalinin sözleşmeyle sınırlandırılabilmesi hususundaki genel tespitlerimiz ile incelememizi sonlandıracğız.

Anahtar Kelimeler: Dijital tereke, Külli intikal, Dijital varlıklar, Kişiliğin korunması, İntikale elverişlilik, Sosyal medya, Özel hayatın gizliliği

* Dr. Öğr. Üyesi, Sakarya Üniversitesi, Orcid ID: 0000-0002-8771-0907

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Doğa Ekrem Doğançı

E-posta/E-mail: ddoganci@sakarya.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 02.03.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 15.06.2022

ABSTRACT

Digitization, which is increasingly seen in every field today, brings along different legal discussions in inheritance law too, as well as in many different fields of law. In this context, as a current issue, we encounter the concept of digital inheritance in the application of inheritance law. Digital estate in addition to other branches of law (such as private state law and intellectual property law) is a subject where various fields such as inheritance law, personal law, property law, personal data protection law, contract law intersect. There are many open-ended issues regarding this subject, which creates legal uncertainty. Our analyze will be carried out especially within the framework of inheritance and personal law. In this sense, only complementary explanations will be made about property law, guardianship law, personal data protection law and contract law in this study.

First of all, we will examine the inheritance of digital values and its scope. After sharing general information about the concept of inheritance and acquisition of inheritance, we will evaluate these in the context of digital inheritance. Then, we will convey different opinions on whether the personality right will continue after the death of the person and our own evaluations regarding the digital estate. In this part of the study, the conflicting interests, our view on this and the main problem will be revealed.

In the following parts of the review, some of our suggestions will be presented, taking into account the provisions of the various books of the civil law with a systematic perspective. In addition, we will share some of our suggestions regarding the observance of the personal rights of third parties in the context of access authorization to user accounts. Finally, we will conclude our review with our general findings on the fact that the transfer of digital assets to the estate can be limited by contract, as it may affect our evaluations on civil law.

Keywords: Dijital heritage, Universal succession, Dijital assets, Protection of personality, Suitability to succession, Social media, right of privacy

GİRİŞ

Gündelik hayatımızda yıllar içinde artan oranda¹ çeşitli sosyal medya hesapları kullanıyor, internette resim, ses, görüntü paylaşabiliyor ve diğer kişiler ile elektronik posta, sosyal ağlar vb. şekillerde iletişime geçebiliyoruz. Bunun gibi çeşitli dosyalarımızı, bilgilerimizi bulut hesaplarda kayıt altına alabiliyoruz. Alışverişlerimizi internet ortamında yapıyoruz. Bazen ilgili dijital sosyal medya platformlarında yapılan alışverişler sonucu kullanıcı hesabımıza indirimler, ücretsiz hizmetler vb. maddi avantajlar yükleniyor. Bu şekilde dijital olarak internette izler bırakıyoruz. İşte bırakmış olduğumuz bu dijital izlerin vefatımız sonrasında terekeye geçip geçmeyeceği, buna olumlu yanıt verilirse bunun kimlere geçeceği, bunun şartlarının ve kapsamının ne olacağı, burada bilgileri yer alan üçüncü kişilerin durumuna nasıl yaklaşılacağı irdelenmesi gereken konular arasında yer almaktadır². Bu anlamda bir kişinin mirasçısı onun elektronik posta hesabını kullanabilir, mirasçının yakını olan üçüncü

- 1 Ülkemizde elektronik ticareti işlem hacmi 2020 yılının birinci yarısında önceki yılın aynı dönemine kıyasla oransal olarak %64 arttı ve miktar olarak ise 56 milyardan 92 milyar liraya rakamına ulaştığı görülmektedir. Bu konuda Bkz Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, 'Türkiye'nin e-ticaret hacmi, yılın ilk 6 ayında yüzde 64 arttı' (TOBB, 4 Eylül 2020) <<https://www.tobb.org.tr/Sayfalar/Detay.php?rid=25881&lst=MansetListesi#:~:text=04.09.2020%20%2F%20Ankara&text=T%C3%BCrkiye'nin%20toplamlam%20e%2Dticaret,liradan%2092%20milyar%20liraya%20ula%C5%9Ft%C4%B1>> Erişim Tarihi 21 Ocak 2022.
- 2 Krş Cordula Lötscher, 'Das erbrechtliche Schicksal von Accounts bei Facebook, Google, Apple & Co.'(2020) (4) Successio 304, 304 vd.; Stephanie Herzog, 'Der digitale Nachlass – ein bisher kaum gesehenes und häufig missverstandenes Problem' (2013) 66 (52) NJW 3745, s. 3745 vd.

kişilerle bu şekilde iletişimine devam edebilir veya onların daha önceki yazışmalarını okuyabilir mi? Mirasbırakanın katılımcısı çok yüksek olan “Youtube” kanalında yayın yapmaya devam edip, gelir elde edebilir mi? Onun sosyal medya hesabını silebilir veya değiştirebilir mi? Bir kişi bizzat kendisi veya internette hizmet aldığı üçüncü kişi ile sözleşme yaparak kendi dijital verilerine ölümü sonrası erişimi kısıtlayabilir veya engelleyebilir mi? vb. soruların cevabı aranmalıdır.

Güncel örnekler arasında bu konudaki akademik çalışmalarda da sıklıkla dile getirilen Almanya’da yaşanan Facebook olayı zikredilebilir³. Söz konusu olayda Berlin metrosunda tren tarafından ezilen 15 yaşındaki bir kızın şaibeli ölümünün araştırılması için ailesi tarafından kullanıcı hesabına erişim için Facebook’a başvurulmuş, ancak Facebook tarafından kullanıcı ile yapmış oldukları genel işlem koşullarına (ve telekomünikasyonun gizliliği ilkesine) işaret edilerek söz konusu talep geri çevrilmiştir. Berlin eyalet yüksek mahkemesinin aksi yöndeki kararına rağmen Alman Federal Mahkemesi aileyi haklı bulmuş, hatta bunun üzerine aileyle Facebook tarafından kullanıcı hesabına ilişkin verilerin paylaşılması yetersiz görülmüştür. Amerika’da yaşanan başka bir olayda ise Irak’ta ölen bir Amerikan askerinin ailesinin onun elektronik posta adresine erişim sağlama isteği Yahoo şirketi tarafından yine genel işlem koşullarına dayanılarak reddedilmiş, ancak açılan dava sonucu aksi yönde mahkeme tarafından bu hesapların aileye geçeceğine karar verilmiştir⁴. Türkiye’de de güncel olarak Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk dairesi tarafından 13.11.2020 tarihinde verilen ve bundan sonraki açıklamalarımızda kısaca ‘iCloud davası’ olarak nitelendireceğimiz bir davadan bahsedebiliriz. iCloud davası dava murisin eşinin onun içinde fotoğraflar, ses ve video kayıtları ile e-ticaret sitesi hesabının, hediye çeklerinin, kuponların vb. yer aldığı iCloud hesabına erişebilmek üzere murisin şifresini alabilmek için mahkeme kararı istemini konu almaktadır⁵. Burada her ne kadar Denizli 4.Sulh Hukuk Mahkemesi davacının talebini reddetmiş ise de Antalya Bölge Adliye Mahkemesi başta dava konusu “Apple iCloud” kimliği olmak üzere diğer dijital varlıklarında terekenin aktifinde yer alabileceğini hüküm altına almıştır.

Öğretide dijital terekeye yönelik değerlendirmelerde dijital değerlere ilişkin farklı ayrımlar yapılmaktadır⁶. Genel olarak dijital terekeye konu olabilecek dijital değerler çok geniş kapsamda ele

3 BGH, 12.07.2018 – III ZR 183/17. Bu karar için örneğin Bkz Lötscher, ‘Das erbrechtliche Schicksal von Accounts’ (n 2) 305, 307 vd.; Nurten İnce Akman, ‘Mirasbırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçişi (Dijital Tereke)’, (2018) 9 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 527, 530; Çiğdem İleri, ‘Dijital Miras, Alman Federal Mahkemesi’nin “Facebook” Kararı Üzerine Bir İnceleme” (2020) (146) TBB Dergisi 123, 123 vd.

4 Pia Elisa Uhrenbacher, *Digitales Testament und digitaler Nachlass* (Peter Lang Verlag 2017) 24; İnce Akman (n 3) 529 vd.

5 Antalya 6 BAM, E 2020/1149, K 2020/905, 13.11.2020. Bu konudaki bir değerlendirme için örneğin Bkz Gizem Zeliha Sayın, ‘13. 11. 2020 Tarihli Antalya Bölge Adliye Mahkemesi Kararı ve Dijital Miras Kavramı’ (Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Bültesi, 19 Şubat 2021) <<https://law.khas.edu.tr/tr/13112020-tarihli-antalya-bolge-adliye-mahkemesi-karari-ve-dijital-miras-kavrami>> Erişim Tarihi 12 Ocak 2021.

6 Örneğin sosyal medya hesaplarına ilişkin yapılan bir ayrıma göre bu tür hesaplar; maddi getirisi olmaksızın sadece kişiler arası iletişime hizmet eden sosyal medya hesapları, maddi getirisi olan veyahut ticari amaca hizmet eden hesaplar ve nihayet karma yapıda olup her iki amaca da hizmet eden sosyal medya hesapları şeklinde üçlü bir ayrıma tabi tutulabilir. Sosyal medya hesaplarına ilişkin dijital terekenin kapsamını sosyal medya hesaplarına ilişkin ayrıma göre değerlendiren söz konusu görüş ve ayrımları için Bkz Yasemin Maraşlı Dinç, ‘Ölümden Sonra Sosyal Medya Hesaplarının Akıbeti’ (2019) (142) TBB Dergisi 273, 278 vd. Dijital varlıklara ilişkin kripto olan ve olmayan şeklinde ikili temel ayrım ve

alınmaktadır. Örneğin bu kapsamda sabit diskler, taşınabilir bellek, DVD gibi ortamlarda depolanan bilgiler, bulut hesapları, elektronik postalar, sahip olunan internet sitelerindeki bilgiler, (soğuk, sıcak vb. tipteki) cüzdanlarda yer alan kripto paralar, forum veya blok gibi çeşitli ortamlarda paylaşılan yazı, resim veya video gibi içerikler, arama motorlarında yer alan muris hakkında çeşitli bilgiler, internette çeşitli site veya platformlarda yürütülmekte olan elektronik ticarete ilişkin kayıtlar ve burada yer alan indirimler, elektronik para vb. gibi değerler zikredilmektedir⁷. Ancak dijital terekeye ilişkin yapılacak bazı tespitler, bunların kapsamı ve yapılan vurgular somut olaydaki dijital varlığın konusuna göre farklılaşabilir. Ancak söz konusu farklılıkların ayrıca incelenmesi⁸ bu çalışmanın kapsamını aşacağından, bu duruma işaret etmekle yetinip, devam eden açıklamalarımızda genel ve ortak özellikler üzerinden hareket edip, sıklıkla kullanıcı hesapları üzerinden değerlendirmeler yapacağız.

Çalışmada öncelikle dijital değerlerin terekeye dahil olup olamayacağını irdeleyeceğiz. Bu bağlamda öncelik çok kısa tereke kavramını ve TMK m. 599'u genel olarak aktaracağız. Sonra da söz konusu hükmü dijital tereke yönünden değerlendireceğiz. Kişinin ölümünden sonra kişilik hakkının devam edip etmeyeceğine ilişkin görüşleri paylaşacağız. Bunun yanında TMK m. 653'e konumuza ilişkin olarak nasıl bir anlam verilmesi gerektiği tartışılacaktır. Çalışmamızda özellikle dijital değerler arasında üçüncü kişinin bilgilerinin yer alması durumunda üçüncü kişilerin kişilik haklarının korunması hususuna, çatışan menfaat değerlerine nasıl yaklaşılması gerektiği çeşitli başlıklarda incelenecek ve bazı önerilerimiz paylaşılacaktır. Nihayet dijital varlıkların terekeye itikalinin sözleşmeyle sınırlandırılabilmesi hususunda genel hatlarıyla birtakım tespitlerimizi aktaracağız. İncelememiz esas olarak miras ve kişiler hukuku çerçevesinde yürütülecektir. Ancak bunları tamamlayıcı olarak eşya hukuku, vesayet hukuku, kişisel verilerin korunması hukuku ve sözleşme hukukuna ilişkin de açıklamalar yapacağız.

bunların alt ayrımları için Bkz Erdem Büyüksagis, Sinem Özyiğit, Selin Mirkelam Falay, İlay Ezgi Buldağ ve Mustafa Said Okur, 'Dijital Varlıkların Miras Yoluyla İntikali', (2021) 47 (2) Yargıtay Dergisi 337, 368 vd. Son zikredilen eserdeki yazarlar kripto varlıkların sınıflandırılmasında günümüzde uluslararası bir sınıflandırmanın söz konusu olmadığına işaret etmektedir (368, dp 98). Yazarlara göre fiziksel ve dijital şekilde iki ayrı malvarlığı düşünülemediği için tek bir malvarlığından yola çıkılmalıdır. O yüzden yazar Icloud davasındaki Antalya Bölge Adliye Mahkemesi'nin "*dijital malvarlığı*" ifadesini kullanmamaktadır. Yazarlar terminolojik olarak buna karşılık gelmek üzere "*malvarlığında yer alan dijital varlıklar*" ifadesini kullanmaktadırlar (374, dp 117). Bizde çalışmamızda dijital varlık ifadesini terminolojik olarak tercih edeceğiz. Buna karşılık kavramsal olarak dijital mirasın belirsizlik yarattığı ve bu anlamda maddi değer taşımaması mümkün olan ve çoğunluğu fikri haklar alanını ilgilendiren sosyal medya (kullanıcı) hesapları içinde yer alan verilerin FSEK kapsamında değerlendirilmesi yönündeki görüş için Bkz. Bkz Ahmet M Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (11. Bası, Turhan 2021) 5 vd.)

7 Hans Rainer Künzle, 'Digitaler Nachlass nach schweizerischem Recht' (2015) (9) successio, 39, 43 vd.; İleri (n 2) 127 vd.

8 Bu konuda örneğin Bkz Guidotti Nahuel, 'Glossar' in Stephanie Hrubesch-Millauer, Stephan Wolf ve Martin Eggel (eds), *Digitales Erbrecht – Perspektiven aus der Schweiz: Beiträge zum Einfluss des «Digitalen» auf das Erbrecht und die erbrechtliche Planung* (Nomos 2021) N. 54 vd.; Künzle, *Digitaler Nachlass* (n 7) 43 vd.; Martina Bosshardt ve Bur Lorena, 'Nachlassplanung und Nachlassabwicklung' in Stephanie Hrubesch-Millauer, Stephan Wolf ve Martin Eggel (eds), *Digitales Erbrecht – Perspektiven aus der Schweiz: Beiträge zum Einfluss des «Digitalen» auf das Erbrecht und die erbrechtliche Planung* (Nomos 2021) N. 126 vd.

I. TMK M. 599 ÇERÇEVESİNDE DİJİTAL TEREKEYE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Tereke bir mirasbırakanın ölmesi durumunda mirasçılara geçecek olan özel hukuk ilişkilerinin bütünüdür ifade etmektedir⁹. TMK m. 599 f. 1 ve f. 2’de de vurgulandığı üzere kural olarak mirasçılar doğrudan doğruya, bir bütün olarak, kanun gereğince mirasbırakanın aynı hakları, alacakları ve diğer malvarlığı hakları ile taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini kazanırlar ve kişisel olarak da mirasbırakanın borçlarından sorumludurlar. Bu hüküm amaca göre geniş yorumlanmak suretiyle, genel olarak kanunda ayırık bir durum öngörülmedikçe miras bırakılabilir nitelikte, ekonomik değere sahip varlıklar, ilişkiler ve fiili durumlar tereke kapsamında değerlendirilebilir¹⁰. Bu anlamda öğretide ve uygulamada ekonomik değeri olan dijital varlıklarda tereke kapsamında kabul edilmektedir¹¹.

Öğretide tereke ile malvarlığının aynı olmadığı, bunların her zaman örtüşmeyebileceği haklı olarak vurgulanmaktadır. Bir benzetme yapacak olursak her ikisi kesişen birer küme gibidir. Bu anlamda bunlardan birinde olup, diğerinde olmayan değerler söz konusu olabilir. Örneğin İntifa veya oturma hakkı, işverenin kişiliği dikkate alınarak yapılan bir hizmet sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülükler terekeye dahil olmayıp, malvarlığına dahildir. Buna karşılık örneğin denkleştirmeye tabi kazandırmalar, edinilmiş mallara katılma rejiminden sağ kalan eşe karşı (mirasçılar tarafından) ileri sürülen artık değere katılma alacağı terekeye dahil olup, malvarlığına dahil değildir¹². Bunların yanında her ikisinin kesişme alanına dahil, örneğin mirasbırakanın yapmış olduğu satış sözleşmesinden doğan bir alacak veya borç gibi taraf kişiliğinin ön planda olmadığı sözleşmeden

9 Rona Serozan ve Baki İlgay Engin, *Miras Hukuku* (6. Bası, Seçkin 2019) N 143 vd. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku* (3. Bası, Filiz 1987) 31; Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku* (13. Bası, Yetkin 2017) 10; Halil Akkanat, *Ölümün Özel Hukuk İlişkileri Üzerindeki Etkisi* (Filiz 2004) 31 vd.

10 Krş Millauer Stephanie Hrubesch, ‘Der digitale Nachlass und die Frage nach einem Sondererbrecht’ in Stephanie Hrubesch-Millauer, Stephan Wolf ve Martin Eggel (eds), *Digitales Erbrecht – Perspektiven aus der Schweiz: Beiträge zum Einfluss des «Digitalen» auf das Erbrecht und die erbrechtliche Planung* (Nomos 2021) N. 13; Lötscher, ‘Das erbrechtliche Schicksal von Accounts’ (n 2) N 20; Künzle, ‘Digitaler Nachlass’ (n 7) 40; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi, Cilt – 2 (TMK m. 575 – 639)* (1. Bası, On iki Levha 2018) TMK § 599 N. 653; Fikret Eren ve İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku* (4. Baskı Yetkin 2021) N 77.

11 Örneğin Bkz Çabri, *Miras Hukuku Şerhi Cilt – II* (n 10) TMK §599 N 653, dp 1266, 1267; Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (n 6) 5 vd. Büyüksagis, Özçiyiğit, Mirkelam Falay ve Buldağ/ Okur (n 6) 367; İnce Akman (n 3) 534. Genişletici yoruma ilişkin katıldığımız görüşü biraz daha açabiliriz. Buna göre hükümde geçen “diğer malvarlığı hakları” ifadesi ile sınırlayıcı bir sayım yapılmadığı, bu ifadenin (amaca göre genişletici yorumla) malvarlığı şeklinde okunması gerektiği ve dinamik bir yapısı olan malvarlığına da ekonomik değere sahip her tür değer ve bu bağlamda dijital varlıkların girebileceği belirtilebilir. Ancak aynı sonuca Antalya Bölge Adliye Mahkemesi farklı gerekçelerle varmıştır. Şöyle ki Icloud davasında Antalya Bölge Adliye Mahkemesi ise TMK m 599 f 2’de bir boşluk olduğuna işaret etmiştir. Bu anlamda mahkeme “diğer malvarlığı hakları” ifadesini dar ve teknik anlamda yorumlamıştır. Malvarlığı hakları arasında (TMK m 599 f 2’de açıkça belirtilen) aynı haklar ve alacak hakları yanında maddi değere sahip fikri haklar ile maddi değere sahip yenilik doğuran haklarda girer. Bu şekilde (kararda açıkça belirtilmemekle birlikte) mahkeme söz konusu ifadeyi son iki aktardığımız durumu kapsayacak şekilde olayda yorumlamış olmaktadır. Kararda boşluğun türü belirtilmemekle birlikte; bilinçsiz (kural dışı), kanun koyucunun teknolojik gelişmeleri öngörememiş olmasından kaynaklı bir boşluktan yola çıkıldığı söylenebilir. Ancak sonuç olarak mahkeme boşluğu tamamlamak suretiyle dijital varlıklara (ancak kararda dijital malvarlığı ifadesi tercih edilmektedir) TMK m 599 f 2 hükmünün uygulanabileceğini kabul etmek suretiyle bunların terekeye intikal edilebilir olduğu kararına varmıştır. Bu konuda Bkz Antalya 6 BAM, E 2020/1149, K 2020/905, 13.11.2020 4.

12 Malvarlığı ve terekenin farklılaşabileceği durumlar için örneğin Bkz O Antalya Gökhan ve İpek Sağlam, *Miras Hukuku* (4. Bası Seçkin 2019) N 83 vd. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (n 6) 2 vd. Kocayusufpaşaoğlu (n 9) 32 vd. Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Miras Hukuku* (7.Bası Filiz 2019) N 57 vd. Serozan ve Engin (n 9) § 1 N. 144 vd.; İnce Akman (n 3) 531 vd.

doğan borç ilişkileri veya aynı haklar, zilyetlik vb. para ile ölçülebilen değerler bulunmaktadır¹³. Nihayet doğrudan mirasçılardan şahsından doğan ve ne malvarlığına ne de terekeye dahil olmayan değerlerle de karşılaşılabilir, örneğin destekten yoksun kalma tazminatı veya kamu hukukundan doğan dul veya yetim aylığını talep hakkı vb. gibi¹⁴.

Bu bağlamda mirasbırakanın şahsına bağlı olan hukuki ilişkilerin terekede yer almayacağına işaret edilmektedir¹⁵. Ancak özellikle dijital terekeye konu olan yukarıda aktardığımız güncel ihtilaflarda da her zaman bu ölçütün terekeye intikal edilebilirliğinin belirlenmesinde yeterli açıklık sağlamadığı görülmektedir. Gerçekten de Almanya’da Facebook davasında Berlin Eyalet Yüksek Mahkemesi, Türkiye’de ise Denizli 4.Sulh Hukuk Mahkemesi mirasçılarının erişim isteklerinin (diğer gerekçelerin yanında) “*murisin*” özel hayatının gizliliğinin ihlal edileceği ve bu anlamda dava konusu değerlerin intikale elverişli olmadığına karar verirken; Alman Federal Mahkemesi ve Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk dairesi (diğer gerekçelerin yanında) her zaman ölü kişinin dijital değerlerini (somut olayda *Facebook* hesabı ve *ICloud* hesabı) özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilmeyeceği ve bunların intikale elverişli olabileceğine karar vermiştir¹⁶. Söz konusu kararlar mirasbırakanın ölümünden sonra kişilik haklarının akıbeti ve terekeye intikali konusundaki görüşlerin teorik düzlemde kalmadığı ve güncelliğini yitirmediğini bize göstermektedir. Aşağıda bu görüşleri ve değerlendirmemizi aktaracağız

II. MİRAS BIRAKANIN ÖLÜMÜNDEN SONRA KİŞİLİK HAKLARININ AKİBETİ VE TEREKEYE İNTİKALİ KONUSUNDAKİ GÖRÜŞLER

A. MİRASÇILARIN HATIRASININ (KENDİ KİŞİLİK HAKLARININ) KORUNMASI (“ANDENKENSCHUTZ”) GÖRÜŞÜ

Mirasçılardan hatırasının (kendi kişilik haklarının) korunması (“*Andenkenschut*z”) görüşü İsviçre ve Türk Hukuku’ndaki baskın, klasik yaklaşımı yansıtmaktadır¹⁷. Buna göre bir kişinin ölümü ile kişiliği de sona erer (TMK m. 28 f. 1). Bu görüşe göre söz konusu düzenlemenin sözü ölüm olayı ve kişiliğin sona ermesiyle birlikte kişiliğe dahil olan değerlerin de bu kapsamda sona ereceğini ortaya koyar¹⁸.

13 Çabri, *Miras Hukuku Şerhi Cilt – II* (n 10) TMK § 599 N 653; Akkanat (n 9) 77 vd.

14 Antalya ve Sağlam (n 12) N 92; Akkanat (n 9) 63 vd., 80 vd., 98 vd.; Dural ve Öz (n 12) N 70 vd.; Serozan ve Engin (n 9) N 146 vd.

15 Peter Weimar, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band III Das Erbrecht, 1. Abteilung, 1. Teilband, Art. 457–516 ZGB* (Stämpfli 2009) N 7; Arnold Escher, *Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band, Erste Abteilung: Die Erben, Art. 457–536* (3. Auflage, Schutheß 1959) Einleitung N 5 vd.; Dural ve Öz (n 12) N 58, 62.

16 Antalya 6 BAM, E 2020/1149, K 2020/905, 13.11.2020; BGH, 12.07.2018 – III ZR 183/17. Yine çeşitli vurgular ilgili mahkeme kararındaki tespitlere ilişkin için Bkz Lötscher, ‘Das erbrechtliche Schicksal von Accounts’ (n 2) 307 vd.; İleri (n 3) 129 vd.

17 Andreas Bucher, *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz* (3. Auflage, Helbing & Lichtenhahn 1999) N 219 vd., 474 vd., 510, 562; Andrea Büchler, ‘Die Kommerzialisierung Verstorbener’ (2003) (12) AJP 3, 6 vd.; Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (22. Bası, Filiz 2021) N 140; M Kemal Oğuzman, Kemal Selçü ve Saibe Oktay – Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (19. Bası, Filiz 2020) N. 56. Yine bu yönde Yargıtay’ın yaklaşımı için örneğin Bkz Yargıtay İBK, E 1978/4 K 1978/5, 04.05.1978; Yargıtay 1 HD, E 2002/1717 K 2002/3002, 7.3.2002; Yargıtay 3 HD, E 2010/4314 K 2010/5297, 29.3.2010. Yine İsviçre Federal Mahkemesi’nin bu görüşü çeşitli gerekçelerle benimsediği örnek bir karar için Bkz BGE 129 I 302 E 1.2.4, 310.

18 Krş. Ümit Gezder, ‘Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi’ (2007) 65 (1)

Artık ölümünden sonra murisin kişilik haklarının ihlal edilmesi de gündeme gelemes¹⁹. Bir başka deyişle kişilik hakkının ihlaline ilişkin talep hakkı malvarlığının bir parçası olarak kabul edilip küllü intikal kuralları uyarınca mirasçılara intikal etmez²⁰. Ancak vefat eden kişinin hatırasının korunması yakınlarının kişilik hakkı kapsamında ele alınabilir²¹. Bu anlamda mirasçılar kendi adlarına (yoksa hak ile fiil ehliyeti ve bunların usul hukukundaki görünümüleri olan taraf ve dava ehliyeti sona ermiş olan vefat eden kişinin adına ve onun temsilcisi olarak değil²²) kişiliği koruyucu davalar açabilir. İsviçre Medeni Kanun Değişikliği Ön Taslağı'nda ("Vorentwurf der Erbrechts-Revision") mirasçılarının bilgi edinme hakkını düzenleyen VE – ZGB m. 601'in üçüncü fıkrasında da²³ murisin mesleki sırlarının ("Berufsgeheimnissen") mirasçılarının bilgi edinme talebine karşı ileri sürülemeyeceğinin vurgulanması da bizce bu görüşün gelecekteki mehz İsviçre Medeni Kanun ve uygulamasında da geçerliliğini koruyacağına işaret etmektedir.

B. ÖLÜMDEN SONRAYA ETKİLİ ("POSTMORTAL") KİŞİLİK GÖRÜŞÜ

Almanya'da çok baskın olan²⁴ İsviçre ve Türk Hukuku'nda ise azınlık görüşünü yansıtan²⁵ ölümden sonraya etkili kişilik görüşünde bir kişinin kişiliğine bağlı olan bazı değerler onun ölümden sonra da devam etmektedir²⁶. Kişiliği koruyacak davaları açacak olan kişilerde mirasçılıktaki sıraya göre değil de murise olan yakınlığa göre belirlenecektir²⁷. Söz konusu görüşe göre her ne kadar TMK m. 28 f. 1 (ZGB m. 31 f. 1)'e göre kişiliğin ölümle sona ereceği belirtilmiş olsa da hukuk düzenimizde yer alan diğer hükümlerle birlikte bir değerlendirme yapıldığında aksi yönde bir görüşün de izleri görülebilir. Örneğin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 85 vd. kişiliğe yapılan saldırıya karşı korumanın

İÜHKM 207, 212; Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler* (5. Bası Legal Yayıncılık 2013) 33 vd., 110; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C 1* (17. Bası, Beta 2021) 349.

19 Hans Rainer Künzle, 'Einleitung', iç Daniel Abt und Thomas Weibel (edr), *Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung – Nachlassabwicklung – Willensvollstreckung – Prozessführung* (4. Auflage, Helbing & Lichtenhahn 2019) N 64b; Antalya ve Sağlam (n 12) N 78.

20 Antalya ve Sağlam (n 12) N 78; Oğuzman, Seliçi ve Oktay – Özdemir, *Kişiler Hukuku* (n 17) N 56.

21 Bu hakkın ölenin hatırasına saygı gösterilmesini istemeye, kendi saygı duygularının korunmasına yönelik olarak bizzat onun yakınların sahip olduğu özel bir kişilik hakkı olduğu hakkında örneğin Bkz. Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 18) 349, Gezder (n 18) 212 vd.; Antalya ve Sağlam (n 12) N 78

22 Kinga M Weiss ve Ursina Gremminger, 'Digitaler Nachlass und Erbrecht', (2020) (1) plädoyer 38, 39; Gezder (n 23) 210, 219.

23 VE – ZGB m 601a f 3: "...; das Berufsgeheimnis kann Informationsberechtigten nicht entgegeng gehalten werden.", Bundesamt für Justiz, 'Vorentwurf und Erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht)', (Laufende Rechtsetzungsprojekte Erbrecht, 5 Haziran 2020) <<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf>> Erişim Tarihi 30 Aralık 2222. Buna ilişkin bir değerlendirme için örneğin Bkz Arbeitsgruppe "Reform des Erbrechts", *Vernehmlassung zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht)*, (Verein successio 2016) N. 34.

24 Lötşcher, 'Das erbrechtliche Schicksal von Accounts' (n 2) 321 vd.

25 Örneğin Bkz. Serozan ve Engin (n 9) § 1 N 152 vd., 152h; Büyüksagis, Özyiğit, Mirkelam Falay ve Buldağ/ Okur (n 6) 344 vd.; Walter Ott ve Thomas Grieder, 'Plädoyer für den postmortalen Persönlichkeitsschutz' (2001) (6) AJP 627, 627 vd. İnsan onurunun bir kişinin vefatından sonra devlet tarafından sağlanması gerektiği hakkında Bkz Hüseyin Hatemi , *Kişiler Hukuku* (8. Bası, On iki Levha Yayıncılık 2020) 86.

26 Gezder (n 18) 214 vd.; Bilge Öztan, *Kişiler hukuku: Gerçek Kişiler* (11. Bası Seçkin 2021) 70 vd.; Antalya ve Sağlam (n 12) N 81.

27 Oğuzman, Seliçi ve Oktay – Özdemir, *Kişiler Hukuku* (n 17) N 56; Serozan ve Engin (n 9) § 1 N 152h.

(mirasçılarının yanında) kanunda belirtilen diğer kişilere de tanınması; Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun m. 14'de öngörül­düğü üzere kişinin ölümünden sonra cesedin kullanımı hakkında kişisel isteğinin dikkate alınması; yine mirasçılar dışında bir yakınının onayıyla da ölüden organ veya doku alınabilmesinin mümkün olması; Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 130 f. 1'de öngörülen kişinin hatırasına hakaret suçu zikredilebilir²⁸.

C. KİŞİLİK DEĞERLERİNİN NİTELİĞİNE GÖRE AYRIM YAPAN GÖRÜŞ

Bu görüş kişilik değerlerinin niteliğine göre bir ayırım yapmak suretiyle bazı kişilik değerlerinin mirasçılara geçebileceğini ifade etmektedir. Buna göre terekeye ekonomik/malvarlıksal yönden katkı sağlayan kişilik değerleri mirasçılara geçecek olup, bunların ihlali durumunda koruyucu davaların ötesinde mirasçılar kendi adlarına tazminat davası açabileceklerdir²⁹. Dijital terekeye ilişkin bu görüşü savunan bazı yazarlara göre, örneğin bir kişinin nişanlısı ile özel yazışmalarını içerir elektronik postalar gibi şahıs varlığının ön planda olduğu içerikler kapsam dışı sayılması gerekirken, örneğin çok tıklanan ve reklam geliri olan bir Youtube kanalı gibi malvarlığı özelliği ön plana çıkanların terekeye dahil olduğunun kabulü gerekecektir³⁰.

D. DEĞERLENDİRMELERİMİZ

Yukarıda aktardığımız mirasbırakanın ölümünden sonra kişilik haklarının akıbetine ilişkin tartışmalarda ileri sürülen görüşlerin hepsinin kabul edilebilir gerekçeleri olduğu gibi, zayıf yanları da bulunmaktadır. Öğretide daha önceki yıllarda çeşitli çalışmalarda da dile getirilmiş bu hususlardan bazılarını konumuzla ilgili olduğundan tüketici olmayacak bir şekilde aşağıda kısaca aktarıp, değerlendireceğiz.

Mirasçılarının hatırasının korunması görüşüne getirilen temel eleştirilerden biri bu görüşün sadece dolaylı bir koruma sağladığı, murisin kişilik haklarını yeterli şekilde korumadığı ve bazen ise hiç koruma sağlamadığı yönünde olmaktadır³¹. Hatta belli durumlarda murisin bir yakınının onun kişilik haklarını bizzat ihlal ettiği durumlarda, kişilik hakları bağlamında bir çatışma yaşanmakta ve

28 Gezder (n 18) 218; Öztan (n 26) 72 vd.; Serozan ve Engin (n 9) N 152h; Büyüksagis, Özyiğit, Mirkelam Falay ve Buldağ/ Okur (n 6) 346 vd.

29 Peter Breitschmid ve Annasofia Kamp, 'Persönlichkeitsschutz Verstorbener: Urheberpersönlichkeitsschutz im Besonderen' (2011) (1) 19, 19 vd.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay – Özdemir, *Kişiler Hukuku* (n 17) N 57; Serozan ve Engin (n 9) § 1 N 152i. Son zikredilen yazar İsviçre ve Alman Hukuku'nda bu görüşü savunan öğretilerdeki eserler ile uygulamada Yargıtay'ın "Çile Bülbülüm Çile" adlı eserin konu alındığı kararı ve Alman Federal Mahkemesi'nin "Marlene Dietrich" içtihadına işaret etmektedir (N.152i). Yargıtay'ın söz konusu kararı için Bkz Yargıtay HGK, E 1981/4-70 K 1983/123, 11.2.1983. Alman Federal Mahkemesi'nin söz konusu kararı için Bkz BGH, I ZB 62/09, 31.03.2010.

30 Krş Mario Martini, 'Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitschutzes im Internet' (2012) (23) JZ 1145, 1152; Peter Bräutigam, 'Der digitale Nachlass – empirischer Befund und Fragestellung', in Deutscher Anwaltverein (ed), *Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass, Stellungnahme Nr.: 34/2013* (Deutscher Anwaltverein 2013), 24 vd.; Thomas Hoeren, 'Der Tod und das Internet: Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail – und WWW-Accounts nach dem Tode des Inhabers' (2005) 53 (30) NJW 2113, 2114; Maik Brinkert, Michael Stolze and Joerg Heidrich, 'Der Tod und das soziale Netzwerk', (2013) (4) ZD 153, 155; İnce Akman (n 3) 546 vd.

31 Ott ve Grieder (n 25) 628; Serozan ve Engin (n 9) § 1 N 152g.

vefat eden kişinin korunamaması gündeme gelebilmektedir³². Söz konusu görüşte vefat eden kişinin kişilik hakkının ihlalinde özellikle bir akrabası yoksa ya da akrabası buna karşı duyarsız kalmayı tercih ediyorsa bağımsız bir koruma sağlamama durumunun gündeme gelebileceği belirtilmektedir³³. Yine bu görüşe ilişkin vefat eden kişinin korunması gereken kişilik değerlerinin yakınlarının ona karşı beslediği duygulardan daha geniş olabileceğinin göz ardı edilmesi eleştirilmektedir³⁴. Bir kişinin öldükten sonra da kişilik haklarının ihlal edilmeyeceğine ilişkin güveninin korunması gerekir ve bu kabul kişinin hayatta olduğu zaman ki hareketlerini de etkilemek suretiyle kişilik değerlerini tamamlar³⁵.

Öte yandan ölümden sonraya etkili kişilik görüşüne yönelik getirilen temel eleştirilerden biri bunun başta TMK m. 28 f. 1 (ZGB m. 31 f. 1)'in sözü yanında birtakım temel esaslara uyumlu olmamasıdır³⁶. Söz konusu görüşün detaylı bir şekilde tartışıldığı ve benzer eleştirilerin dile getirildiği bir kararında İsviçre Federal Mahkeme açıkça yukarıda aktardığımız hukuk sisteminde yer alan bir kişinin organları, cesedinin akıbeti hakkında karar verme vb. birtakım istisnalar bir kenara bırakılırsa yerleşik içtihadının mirasçılarının hatırasının korunması görüşünün kabulü yönünde olduğunu ortaya koymuştur³⁷. Söz konusu görüşün teorik gerekçeleri arasında gösterilen “*bölünmüş hak ehliyeti*” ile “*öznesiz hak ehliyeti*” görüşlerinin³⁸ hak süjesinin tespitinde çözülmesi zor dogmatik problemlere sebebiyet verebilir³⁹. Bunun gibi örneğin bunların ileri sürülebilirliğinin ne kadar süre ile sınırlandırılması gerektiği⁴⁰ veya ölenin haklarını koruyacak kişinin nasıl belirlenebileceği⁴¹ gibi bazı hukuki belirsizlikleri de doğurduğuna işaret edilmektedir. Yukarıda mirasçılarının hatırasının korunması görüşünün zayıf halkası olarak murisin kişilik haklarını mirasçılarınca yeterli şekilde veya hiç korunamayabileceği eleştirisinin gösterildiğini aktarmıştık. Söz konusu eleştiriye karşılık olarak aynı durumun benzer bir şekilde ölümden sonraya etkili kişilik görüşü için de geçerli olduğu

32 Ott ve Grieder (n 25) 628; Gezder (n 18) 214; Serozan ve Engin (n 9) § 1 N 152g.

33 Gezder (n 18) 214.

34 Ott ve Grieder (n 25) 628; Gezder (n 18) 214 vd.

35 Ott ve Grieder (n 25) 629.

36 Büchler (n 17) 6 vd.; Gezder (n 18) 217 vd. Yine bu görüşe ilişkin temel eleştirileri için örneğin Bkz Esther Knellwolf, 'Postmortaler Persönlichkeitsschutz – Andenkensschutz der Hinterbliebenen'(Dissertation Juristische Abteilung der Universität Zürich Zürich 1991) 80 vd., 146.

37 BGE 129 I 302 E. 1.2.3, 309.

38 Dieter Leipold, 'Einleitung, §§ 1922–1966', in Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker and Bettina Limperg (eds), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10 Erbrecht §§1922-2385, §§27-35 BeurkG*, (7. Auflage, C.H. BECK 2017) § 1922, N 50 vd.; Serozan ve Engin (n 9) § 1 152e; Akkanat (n 9) 81 vd.

39 BGE 129 I 302 E. 1.2.5, s. 311. Yine bu görüşün pozitif hukuktaki dayanağının zayıf olduğu, ucunun açık olduğu yönünde Bkz Büchler (n 17) 8; Serozan ve Engin (n 9) § 1 152e.

40 Ott ve Grieder (n 25) 629; BGE 129 I 302 E. 1.2.5, s. 312; Serozan ve Engin (n 9) § 1 147; Gezder (n 18) 215 vd.

41 Ölüm sonrası kişilik hakkının korunması için temsil kayımlığına ilişkin TMK m 426 f 1 b 1'den kıyasen yararlanılabileceği hakkındaki öneri için Bkz Ott ve Grieder (n 25) 629; Gezder (n 18) 216. Söz konusu hükme göre: “*Ergin bir kişi, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri bir sebeple ivedi bir işini kendisi görebilecek veya bir temsilci atayabilecek durumda değilse*” hâkimin temsil kayımlığını ilgisinin isteği üzerine veya re'sen atar. Yine *Gezder* bu durumda öncelikle eşinin veya yakın hısımlarının haklı sebepler engel olmadıkça öncelikle atanabileceğine yönelik TMK m 414'e işaret etmektedir. Ancak burada yetkilinin kişiliği koruyucu davaları açabileceği, yoksa tazminat davası açamayacağını belirtmektedir (217). Yine ceninin korunması ile benzerlik kurmak suretiyle vefat eden kişinin insanlık onurunun da bir devlet makamı tarafından korunması gerektiği hakkında Bkz Hüseyin Hatemi, *Kişiler Hukuku* (8. Bası On İki Levha 2020) 84.

ve burada da mirasbırakanın kişilik haklarına aykırılığın ileri sürülebilmesi için hayatta olanlara ihtiyacı bulunduğu vurgulanmaktadır⁴². Öte yandan kişi arkasında herhangi bir mirasçı (veya yakın) bırakmamış olsa bile yukarıda aktardığımız üzere kendisine yine de bir koruma sağlanmaktadır⁴³. Ölümünden sonraya etkili kişilik görüşünün zayıf yanlarından bir diğeri de yukarıda aktardığımız gibi sadece kişilik haklarını korumaya yönelik davalar açılabilirken, tazminat davası açılmamasıdır⁴⁴.

Kişilik değerlerinin niteliğine göre ayırım yapan görüş de beraberinde pratik birtakım sıkıntıları ve eleştirileri getirmektedir⁴⁵. Böyle bir öneri öncelikle maliyetleri arttıracaktır. Gerçekten de bu durumda, örneğin hesaptaki dijital değerlerin hepsinin teker teker dökümünün çıkarılması gerekir. Ayrıca hangi dijital verinin şahıs varlığına, hangisini malvarlığı ilişkin olduğu veya somut olayda bu ikisinden hangisinin daha baskın olduğunun tespiti ve bunun hangi ölçütlere göre yapılması gerektiği belirsizlik taşımaktadır⁴⁶. Diğer yandan bu tarz bir faaliyetin kimin tarafından yürütülmesi gerektiği hususu da belirsizdir⁴⁷.

Söz konusu eleştirilere rağmen bize göre daha ağır basan gerekçelerle kişilik değerlerinin niteliğine göre ayırım yapan görüşün dijital terekeye yönelik kabul edilebilir olduğu düşüncesindeyiz. Şöyle ki öncelikle bu görüş murisin kişilik haklarına aykırılık durumunda mirasçılara tazminat davası açabilme imkânı tanıır. Bu yönüyle söz konusu görüş, aynı durumda sadece koruyucu davaların açılmasına imkân tanıyan ölümünden sonraya etkili kişilik görüşünden mirasçılarının daha lehine bir durum arz etmektedir. Öte yandan söz konusu imkânı mirasçılar kendi adlarına (temsilcisi olarak değil) açabiliyor olmaları bakımından da temelde ilk aktardığımız görüşü esas almakta ve yukarıda aktardığımız pozitif hukuktaki dayanağınının zayıf olması yönünden eleştirileri de sınırlamış olmaktadır. Ancak söz konusu görüşün beraberinde getireceği aktarılan eleştirileri sınırlayacak çözümlere öncelik verilmelidir.

Ayrıca murisin taraf olduğu sözleşme yönünden duruma yaklaşabiliriz. Örneğin facebook, twitter veya iCloud gibi kullanıcı hesap sözleşmelerindeki hak ve borçlar mirasın açılması ile birlikte mirasçılara geçecek olup, bu bağlamda da mirasçılarının kullanıcı hesabına erişim taleplerinin mevcut

42 Knellwolf (n 36) 80, 124

43 BGE 129 I 302 E. 1.2.5, s. 311 vd.; Knellwolf (n 36) 82 vd.

44 Serozan ve Engin (n 9) § 1 152h, Akkanat (n 9) 87; Oğuzman, Seliçi ve Oktay – Özdemir, *Kişiler Hukuku* (n 17) N 56; Gezder (n 18) 217. Buna karşılık bir kişinin vefatından sonra insanlık onurunun bir devlet makamı tarafından korunması ve bu korumanın da bir hayır kurumu yararına bir manevi tazminat davası açma tarzında da olabileceği hakkında Bkz Hatemi (n 38) 86.

45 Örneğin Krş Antonia Kutscher, *Der digitale Nachlass* (V&R 2015) 102 vd.; Lena Kunz, 'Einleitung zum Erbrecht' in Lena Kunz, Tanja Mesina, Gerhard Otte ve Olaf Werner (eds), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5, Erbrecht, §§ 1922–1966*, (Seiler-de Gruyter 2017) § 1922, N 596. 6 vd.; Herzog, 'der digitale Nachlass' (n 2) 3748 vd.; Leipold (n 38) BGB § 1922 N 26.

46 Krş Peter Bräutigam, 'Anhang: Digitaler Anlass' in Wolfgang Burandt and Dieter Rojahn (eds), *Erbrecht: BGB, FamFG, ZPO, BeurkG, GBO, EGBGB, EStG, ErbStG, EuErbVO (Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 65)* (2. Auflage, C H Beck 2014) § 1922 BGB N 10; Werner – Knut Lange and Marian Holtwiesche, 'Digitaler Nachlass, eine Herausforderung für Wissenschaft und Praxis Teil I' (2016) (5) ZErB 125, 125 vd.; Werner – Knut Lange and Marian Holtwiesche, 'Digitaler Nachlass, eine Herausforderung für Wissenschaft und Praxis Teil II' (2016) (6) ZErB 157, 161.

47 Bastian Biermann, 'Der digitale Nachlass im Spannungsfeld zwischen Erbrecht und Datenschutz' (2017) (08) ZErB 210, 213; Bräutigam, *Erbrecht* (n 46) BGB § 1922 N 10; Lange and Holtwiesche, 'Teil I' (n 46) 161; Kutscher (n 45) 113 vd.

olduğu belirtilebilir⁴⁸. Türk Hukuku'nda TMK m. 599 ve İsviçre Hukuku'nda ZGB Art. 560 Abs. 1,⁴⁹ ile Alman Hukuku'nda (BGB Art. 1922 Abs. 1)⁵⁰ geçerli olan külli intikal prensibi gereğince; murisin şahıs varlığına bağlı olanlar dışında kalan, mirasçılara bir bütün olarak geçecek olan malvarlığı değerleri bulunur. Bunlar arasında murisin tarafı olduğu sözleşme ilişkileri ve bu kapsamda kullanıcı hesabı sözleşmeleri ve bundan doğan kullanım hakkı ve borçlarının da bulunduğu söylenebilir. Gerçekten de külli intikal neticesinde mirasçılardan tarafı oldukları sözleşmede mirasbırakan ile benzer haklara sahip olmaları ve kullanıcı hesabı özelinde ifade edersek, bu hesaba giriş imkanlarının da bulunması gerekir⁵¹.

Bu anlamda hukuki niteliği tartışmalı olan kullanıcı sözleşmelerinin⁵², terekeye intikale elverişli olup olmadığı konusunda dikkate alınması gereken; hizmet sağlayanın edimi olduğu ve bu edimin şahsi bir edim olmayıp iletişim platformuna hizmete sunmak, kullanıcı tarafından paylaşılan ve talep edilen içerikleri yayınlamak vb. gibi teknik hizmetlerin yerine getirilmesine yönelik olduğu, hizmet sağlayıcı yönünden karşı tarafın kimliğinin önem taşımadığı, bu sözleşmede (en azından eş bulma siteleri gibi özel durumları istisna tutarsak) ön planda olanın hesap sahibinden ziyade, hesabın kendisi olduğu vurgulanmaktadır⁵³. Dolayısıyla kullanıcı sözleşmesinin niteliğine yönelik bir değerlendirmede bunlar terekeye intikale elverişli görülmektedir⁵⁴. Teknik olarak da mirasçılardan bir üçüncü kişi değil, külli intikal gereği doğrudan taraf olduklarına işaret edilebilir⁵⁵. Sözleşmenin (tamamının veya bir kısmının) terekeye intikale elverişli olup olmadığının değerlendirilmesinde, ölçüt olarak sözleşmedeki edimin kişiye sıkı sıkıya bağlı olup olmadığının ve sözleşmede müşterinin

48 Krş BGH, III ZR 183/17 12.07.2018 N 21.

49 Krş Künzle, 'Digitaler Nachlass' (n 7) 43; Stephan Wolf and Gian Sandro Genna, *Schweizerisches Privatrecht IV/1, Erbrecht, Band 1* (Helbing Lichtenhahn 2012) 25 vd. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre de küllü intikal prensibi gereğince sadece sözleşmelerdeki sadece ödemeye ilişkin talepler değil, aynı zamanda sözleşmeden doğan bilgi edinme talepleri de mirasçılara geçecektir. Bu konuda Bkz BGE 133 III 664 E 2.5 S 667, N 4.1. Genel olarak mirasçılardan bilgi edinme hakkı hakkında Bkz Wolf and Genna (n 49) 27; Hans Rainer Künzle, 'Auskunftspflichten gegenüber Erben' (2012) (4) successio 256, 256 vd.

50 Nicola Katharina Preuß, 'BeckOGK - BGB' (Beck-Online, 1 Haziran 2018) <[https://www.google.com/search?q=Preu % C3 % 9F % 2C + in % 3A + BeckOGK + BGB % 2C + % C2 % A7 + 1922 & rlz = 1C5CHFA_enTR895 TR895 & oq = Preu % C3 % 9F % 2C + in%3A + BeckOGK + BGB%2C + %C2%A7 + 1922&aq= chrome..69i57.519j0j4 & sourceid = chrome&ie = UTF-8](https://www.google.com/search?q=Preu%20C3%20%20in%203A+BeckOGK+BGB%20%20C2%A7+1922&rlz=1C5CHFA_enTR895TR895&oq=Preu%20C3%20%20in%3A+BeckOGK+BGB%20%20C2%A7+1922&aq=chrome..69i57.519j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8)> Erişim Tarihi 21 Aralık 2021, § 1922 N 173 vd.; Leipold (n 38) BGB § 1922 N 20, 25; Bernd Müller Christmann, 'BeckOGK - BGB' (Beck-Online, 1 Kasım 2021) <[https://beckonline.beck.de/Dokument?vpath = bibdata % 2Fkomm % 2Fbeckokbg_60 % 2Fbgb % 2Fcont % 2Fbeckokbg.bgb.p1922.htm & pos = 1 & lasthit = True](https://beckonline.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%20Fkomm%20Fbeckokbg_60%20Fbgb%20Fcont%20Fbeckokbg.bgb.p1922.htm&pos=1&lasthit=True)> Erişim Tarihi 21 Aralık 2021, BGB § 1922 N 33 vd.; Herzog, 'der digitale Nachlass' (n 2) 3747.

51 Bastian Biermann, 'Form der Auskunftserteilung über Facebook-Nutzungsvertrag nach dem Tod des Kontoinhabers, KG Beschl. v. 9.12.2019 - 21 W 11/19' (2020) (5) ErbR 341, 344. Miras hukukunun kişisel verilerin korunması hukukuna kıyasen daha fazla ileri gittiği ve mirasçılara sadece bilgilendirilme hakkı vermenin ötesinde mirasbırakanın hak ve borçlarına halef olma imkanı sağladığı yönündeki tespit için Bkz Löttscher, 'Das erbrechtliche Schicksal von Accounts' (n 2) 309.

52 Karin Raude, 'Der digitale Nachlass in der notariellen Praxis' (2017) (1-2) RNotZ 17, 22 vd.; Büyüksagis, Özyiğit, Mirkelam Falay ve Buldağ/ Okur (n 6) 358 vd.; İnce Akman (n 3) 534 vd.; Löttscher, 'Das erbrechtliche Schicksal von Accounts' (n 2) 309.

53 Krş BGH III ZR 183/17, 12. 07 2018 N 35, 41, 43; Kutscher (n 45) 157; Kunz (n 45) BGB § 1922 N 596.11.

54 Örneğin Bkz Bosshardt and Lorena (n 8) N. 180. Günümüz teknolojisinde kişilerin sahip olduğu sosyal medya hesaplarının da maddi değer taşıdığı, burada yer alan verilere mirasçılardan ulaşmasında yarar olduğu ve bunların mirasa intikale elverişli olarak kabul edilebileceği hakkında Bkz. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (n 6) 5 vd.

55 ibid N 82 vd., 122.

değişmesi durumunda hizmet sunanın ediminin çekirdeğinin (esaslı bir şekilde) değişip değişmediği de esas alınabilir⁵⁶.

Kişilik değerlerinin niteliğine göre ayırım yapan bir yaklaşımda bu ayırımın (ve bu anlamda dijital değerlerin intikal edilebilirliğinin tespitinin) kimin tarafında yapılacağına irdelenmesi hukuki belirsizliğin sınırlandırılması için önem taşır. Bu tarz bir faaliyetin mirasçılar tarafından yürütülmesi çeşitli nedenlerle uygun olmayacaktır. İlk olarak bu tarz bir durum mirasçıların olası keyfi veya kötü niyetli yaklaşımı ile mirasbırakanın, mirasçıların ve intikal alacaklıların aleyhine bir durum teşkil eder. Bu bağlamda miras hukukunda kabul edilen alacaklıların korunması ilkesi gözetilerek⁵⁷ bu imkanının mirasçılara tanınması uygun olmayacaktır. İkinci olarak dijital terekede elektronik posta ve sosyal medya hesabı gibi ortamlarda üçüncü kişilerin kişilik haklarını da etkileyen, hassas yapıda bilgiler yer alabilmektedir⁵⁸. Mirasçıların özellikle terekeye ilişkin malvarlığı hakları ile bağlantısı olmayacak bu tarz bilgilere erişimi adil olmayan sonuçlara sebebiyet verebilecektir⁵⁹.

Söz konusu belirlemenin kullanıcı hesabı sözleşmesinin karşı tarafında yer alan sosyal medya şirketi tarafından yapılabileceği ileri sürülebilir. Öğretide bu öneriyi desteklemek üzere; benzer bir yaklaşımın kişisel verilerin korunması hukukunda veri sorumlusuna ilişkin bulunduğu, kullanıcı sözleşmesinin taraflar arasında yaratmış olduğu güven ilişkisi belirtilmektedir⁶⁰. Ayrıca bu şekilde kullanıcı hesabı sahibi vefat ettikten sonra söz konusu dijital mecranın sahibi olan şirket doğrudan bu verileri inceleyip ayırıştırabilecektir. Bunu yaparken kendisinden içinde bulunduğu sektörün teknik dinamiklerine azami seviyede hâkim olması beklenebilecektir. Bu anlamda söz konusu seçenekte daha yüksek hız, daha az bürokrasi ve düşük maliyetleri beklenmektedir.

Bunun yanında aktarılan güven ilişkisi sadece vefat eden kullanıcının hesabı yönünden değil, bu hesapta verileri bulunan diğer tüm katılımcılar (kullanıcı hesabı sahipleri) için de geçerlidir. Onların kişilik değerlerini de bu anlamda sosyal medya şirketinin birinci elden koruyabilecek durumda olduğu düşünülebilir. Mirasçılar külli halef olarak (hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte intikale elverişli olduğu kabul edilen)⁶¹ kullanıcı sözleşmesindeki hak ve yükümlülüklerle tabi olabilirler⁶². Bunun için onların da özellikle terekenin belirlenmesi açısından malvarlığı değerlerinin korumasına

56 Krş BGH III ZR 183/17, 12. 07 2018 N 34. Yine Alman öğretisinde esas alınan söz konusu ölçüt için örneğin Bkz Leipold (n 38) BGB § 1922 N 21; Kunz (n 45) BGB § 1922 N 596. 10 vd.

57 Antalya ve Sağlam (n 12) N 177 vd. Yine bu konuda örneğin Bkz, Cem Baygın, *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması* (Seçkin 2005).

58 Stephania Herzog, 'Der digiale Nachlass und das Erbrecht' (2018) AnWB Online 472, 474; İnce Akman (n 3) 544; İleri (n 3) 148.

59 Ayrıca aktardıklarımız dışında öğretide ölümden sonraya etkili kişilik görüşünü savunanlar mirasçıların bu konuda inisiyatif sahibi olmasının ölümden sonra kısmen de olsa varlığını kabul ettikleri bizzat "*murisin*" kişilik haklarını ihlal edebileceğine işaret etmektedirler. Bu yöndeki bir tespit için Bkz Büyüksagis, Özyiğit, Mirkelam Falay ve Buldağ/ Okur (n 6) 380.

60 Büyüksagis, Özyiğit, Mirkelam Falay ve Buldağ/ Okur (n 6) 381. Ayrıca yazarlar ölümden sonra etkili kişilik görüşünü savunduklarından, aktarmış olduklarımız yanında hesap sahibinin kişilik hakkının hesabı açarken vermiş olduğun izin dolayısıyla daha az ihlal edilmiş olacağını vurgulamaktadırlar.

61 Krş İnce Akman (n 3) 534 vd.; Lötscher, 'Das erbrechtliche Schicksal von Accounts' (n 2) 309; Raude (n 52) 22 ff

62 Krş Leipold (n 38) BGB § 1922 N 21; Kunz (n 45) BGB § 1922 N 596. 10 vd.

yönelik bilgi taleplerinin sosyal medya şirketi tarafından yerine getirilmesi gerektiği ileri sürülebilir⁶³. Sosyal medya şirketinden sadece siber güvenliğin sağlanması değil, açıkça kullanıcı sözleşmesinde öngörülmesi bile, dürüstlük kuralı gereği kullanıcı sahiplerinin şahıs ve malvarlığını korumak için⁶⁴ gerekli tedbirlerinde alınması da beklenebilir. Bunun yanında TMK m. 620 f. 2'de açıkça mirasçılarının üçüncü kişilere karşı bilgi edinme hakkı öngörülmüştür. Hükme göre: "Mirasbırakanın malî durumu hakkında bilgi sahibi olan herkes, sulh mahkemesi tarafından istenilen bilgiyi vermekle yükümlüdür. Haklı bir sebep olmaksızın bilgi vermeyenler veya yanlış ya da eksik bilgi verenler, bundan doğacak zararları mirasçılara, vasiyet alacaklılarına veya üçüncü kişilere tazminle yükümlüdürler"⁶⁵.

Buna karşılık kullanıcı hesabına ilişkin bir analizde göz ardı edilmemesi gereken, burada mirasbırakanın mirasçılarının ve kullanıcı hesabı bulunan üçüncü kişilerin yanında başka kişilerin de menfaatlerinin etkilenebileceğidir. Bu kişiler arasında kullanıcı hesabı bulunmayan üçüncü kişiler ile mirasbırakanın ve mirasçıların alacaklıları da yer almaktadır. Bu anlamda farklı menfaatlerin gözetilmesi ve bu faaliyetin hukuka uygun bir şekilde yerine getirilip getirilmediğinin denetlenmesinin önem taşıdığı⁶⁶ dikkate alınarak söz konusu seçeneğin uygun olmadığı söylenebilir.

Sosyal medya şirketinin genel olarak üçüncü kişilerin, örneğin sosyal medya şirketinde kayıtlı kullanıcı hesabı olmamakla birlikte yapmış olduğu yazışmaları veya fotoğrafları kayıt edilen kişiler gibi, menfaatinin koruma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Açıkça kanuni bir dayanak olmadan dürüstlük kuralından üçüncü kişilere yönelik genel bir koruma yükümlülüğü çıkarılması sosyal medya şirketinin sorumluluğunun bilakis dürüstlük kuralına aykırı olarak aşırı bir şekilde genişlemesine sebebiyet verecektir⁶⁷. Aktarılan gerekçelerle olan hukuk yönünden sosyal medya şirketinin kişilik değerlerinin niteliğine göre bir belirleme yapabilme yükümlülüğünün bulunmadığı⁶⁸, ancak olması gereken hukuk yönünde dijital tereke konusunda devletin gözetiminde sosyal medya şirketinin bu tarz bir yükümlülüğünün öngörüldüğü bir düzenleme ihdas edilmesi önerilebilir. Biz aşağıda olan hukuk için önerdiğimiz çözümü paylaşacağız.

TMK m. 589 f. 1' e göre: "Mirasbırakanın yerleşim yeri sulh hâkimi, istem üzerine veya re'sen tereke mallarının korunması ve hak sahiplerine geçmesini sağlamak üzere gerekli olan bütün önlemleri

63 Krş BGE 132 III 677 685 vd.; Bundesamt für Justiz, 'Vorentwurf und Erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht)', 40 vd. (Laufende Rechtsetzungsprojekte Erbrecht, 5 Haziran 2020) <<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vn-ber-d.pdf/download.pdf/vn-ber-d.pdf>> Erişim Tarihi 30 Aralık 2222.

64 O Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk: Giriş, Temel Kavramlar, Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükmeleri* (4. Bası, Seçkin 2021) 477 vd.; Şener Akyol, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı* (1. Bası Filiz 1995) 43 vd., 48 vd.; M Kemal OĞUZMAN ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar)* (23. Bası, Vedat 2017) N 932 vd.

65 Bu konuda örneğin Bkz Çabri, *Miras Hukuku Şerhi Cilt – II* (n 10) TMK § 620, N. 1092 vd.; İmre ve Erman (n 9) 385; Dural ve Ögüz (n 17) N 1761.

66 Büyüksagis, Özyiğit, Mirkelam Falay ve Buldağ/Okur (n 6) 381 vd.

67 Ancak somut olayda (mirasbırakanın ve mirasçıların alacaklılarının bundan dolayı aşırı bir zarara uğramaları gibi) çok istisnai ve sınırlı durumlarda sosyal medya şirketinin bu kişilere karşı dürüstlük kuralından kaynaklı bir koruma yükümlülüğü gündeme gelebilir.

68 Bosshardt and Lorena (n 8) 70, 91, Künzle, 'Digitaler Nachlass' (n 7) 41; Büyüksagis, Özyiğit, Mirkelam Falay ve Buldağ/Okur (n 6) 381 vd.

alır”. Bu önlemlerin de sınırlı sayıda olmadığı⁶⁹ gerek TMK m. 589 f. 1’de geçen: “...*gerekli olan bütün önlemler...*” gerekse TMK m. 589 f. 1’de geçen: “*Bu önlemler, özellikle...*” ifadeleriyle de vurgulanmaktadır. Terekenin korunabilmesine yönelik önlemlerden biri de doğal olarak terekenin mevcut halinin tespit edilebilmesidir⁷⁰. Nitekim önemli bir koruma önlemi olarak defter tutma TMK m. 590’da düzenlenmiştir. Söz konusu koruma tedbirleriyle amaçlanan terekenin ölüm günü itibarıyla aktif ve pasiflerini bir deftere sıralayarak terekenin mevcut halini tespit etmektir⁷¹. Ancak bunun ön koşullarından biri de terekeye intikal edilebilirliğin belirlenmesidir. Dijital tereke özelinde bu aşamada dijital bir varlığın murisin kişilik değerlerine ilişkin olup olmadığı ve bunun da malvarlığını etkileyip etkilemediği incelenmelidir⁷².

Hakiminin yukarıda aktardığımız özellikler dikkate alınarak gerekli önlemleri alması gerekir. Mirasçılık haklarının henüz belli olmadığı bu duruma ilişkin⁷³ TMK m. 427 f. 1 b. 3’de yönetim kayyımı atanması hususuna işaret edilmektedir⁷⁴. Söz konusu hükümde: “*Bir terekede mirasçılık hakları henüz belli değilse...*” bir yönetim kayyımı atanması öngörülmektedir. Bu anlamda TMK m. 589 f. 1 gereği talep olmasa bile dijital terekeye ilişkin ayrımı yürütülebilme için bir yönetim kayyımı atanmalıdır. Hâkimin yönetim kayyımı olarak seçeceği kişinin de aktardığımız faaliyeti yürütebilecek teknik yeterlilik ve tecrübeye sahip olup olmadığının titizlikle incelenmesi gerekir⁷⁵.

Normal şartlarda sulh hakiminin TMK m. 589 f. 1 bağlamında uygun olan tedbiri belirleme hususunda takdir yetkisi vardır⁷⁶. Ancak (incelememizde dijital terekeye yönelik) mirasçılık hakkının

69 Zekeriyâ Kurşat, *Terekenin Korunması Önlemleri* (Filiz 2010) 40; Antalya ve Sağlam (n 12) N 1517; Kocayusufoğlu (n 9) 565; İmre ve Erman (n 9) 323.

70 Nitekim Icloud davasında dijital terekenin tespitine ilişkin olarak Antalya Bölge Adliye Mahkemesi’de TMK m 589 v’da geçen bir koruma önlemi olarak terekenin tespitini konu alan bir Yargıtay kararına yer vermiştir. Bu konuda Bkz Antalya 6 BAM, E 2020/1149, K 2020/905, 13.11.2020 2.

71 Antalya ve Sağlam (n 12) N 1525; Kurşat (n 69) 63 vd.

72 Diğer özellik arz eden bir husus olan üçüncü kişilerin kişilik haklarını ise biraz aşağıda TMK m. 653 f. 3 bağlamında irdedeceğiz.

73 Ancak belirtebiliriz ki temsil kayyımından farklı olarak TMK m 427 f 1’de geçen “*özellikle*” ifadesi bir sınırlama yapmamış, malvarlığının yönetimini gerektiren diğer hallerde de yönetim kayyımı atanabileceği vurgulanmıştır. Bu konuda Bkz Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Aile Hukuku* (16. Bası, Filiz 2021) N 2233. Öğretide TMK m 427 f 1 b 3’ün esasen iki durumu içerdiği; bunlardan ilkinin mirasçılardan hepsinin varlığının bilinmesine rağmen kim olduklarının bilinmemesi, diğerinin de adı bilinmekle birlikte kaybolan ve hayatta olup olmadığı belli olmayan bir kişinin durumu hakkında olduğu belirtilmektedir. Bu konuda Bkz Mustafa Alper Gümüş, *Türk Medeni Hukukunda Kayyım* (Vedat 2006) 95. Yazara göre son aktarılan durumda da mirasbırakanın ölmüş olması ihtimaline göre ikili bir ayırım yapılmalıdır. Şayet buna ilişkin kuvvetli olasılık varsa gaibe düşen mirasın resmen yönetilmesine ilişkin TMK m. 586 f. 1; kuvvetli olasılık yoksa TMK m 427 f 1 b 3 uygulanmalıdır. Yazar bu önlemler arasındaki temel farkın kayyımın yönetiminde miras payı üzerinden hareket edilirken, terekenin yönetiminin terekenin tamamı üzerinden yürütüldüğüne işaret etmektedir (s. 95). Ancak yazara göre mirasçının varlığı veya sıfatı şüpheliyse, artık TMK m. 427 f 1 b 3 değil, terekenin resmen yönetilmesine ilişkin TMK m 592 f 1 b. 2, 3 uygulanmalıdır (s. 96).

74 Büyüksagis, Özyiğit, Mirkelam Falay ve Buldağ/ Okur (n 6) 382 vd. Yazarlar haklı olarak böyle bir durumda terekenin resmen yönetilmesine karar verilmesi tedbirinin alınamayacağını, zira TMK m 593 f 1 b 3’te geçen: “*Mirasçılardan tamamı bilinmiyorsa*” şartının burada sağlanmadığına işaret etmektedir. Gerçekten de terekenin resmen yönetilmesinde sınırlı sayı ilkesi söz konusu olup, kanunda öngörülenin dışında bir sebeple buna karar verilemeyeceği hakkında Bkz Serozan ve Engin (n 9) § 5 N 65; İmre ve Erman (n 9) 326; Örneğin Bkz Çabri, *Miras Hukuku Şerhi Cilt – II* (n 10) TMK § 592 N 367; Kurşat (n 69) 93.

75 Krş Dural, Ögüz ve Gümüş (n 73) N 1998, 2000; Gümüş, Kayyım (n 70) 70.

76 Çabri, *Miras Hukuku Şerhi Cilt – II* (n 10) N. 298; Serozan ve Engin (n 9) § 5 N 58.

belli olmadığı söz konusu duruma ilişkin uygulama alanı bulan TMK m. 427 f. 1 b. 3 hükmü (TMK m. 431 f. 1⁷⁷ ile yapılan kanuni atf uyarınca) ile uygulanabilecek TMK m. 419 ile birlikte okununca; hâkim bir tedbir olarak gecikmeksizin kayyım atamakla yükümlü sayılabilir. Ayrıca TMK m. 589 f. 1 ve TMK m. 427 f. 1 b. 3 hükmüne ilişkin dijital tereke konusunda yapılacak olan değerlendirmede TMK m. 653 f. 2 ve f. 3 hükmü de zikredilmelidir.

III. TMK 653 F. 2 VE 3 BAĞLAMINDA BAZI DEĞERLENDİRMELERİMİZ

İlk olarak TMK m. 653 f. 2'de:” *Aile belgeleri ile aile için özel anı değeri olan eşya, mirasçılardan birinin karşı çıkması hâlinde satılamaz...*” ifadesi yer almaktadır. Söz konusu ifadeden inceleme konumuz yönünden çeşitli çıkarımlar ve değerlendirmeler yapılabilmek mümkündür.

Öncelikle popüler bir tartışma konusu olan ve başlı başına ayrı bir çalışma konusu olabilecek hükümde geçen “eşya” kavramına, inceleme konusu yaptığımız dijital değerlerin girip girmediği kısaca irdelenebilir.

TMK m. 762'de:” *Taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir.*” şeklinde zikredilmektedir. Ancak eşya kavramı kanunda tanımlanmamıştır. Bu bağlamda öğretide eşya kavramının tanımları yapılmakta ve çeşitli unsurları zikredilmektedir⁷⁸. Bunlar arasında yer alan özellikle ekonomik bir değeri olan tanımlanabilir belirli bir varlığı olma unsuru ile hakimiyet kurulabilirlik (edinmeye elverişlilik) unsuru zikredilebilir. Öte yandan “*maddi olma*”nın (cismaniliğin) eşyanın unsurları arasında olup olmadığı tartışmalıdır.

Baskın görüş maddi olmayı eşyanın zorunlu bir unsuru saymaktadır⁷⁹. Sıklıkla öğretide özellikle buradan yola çıkılarak dijital değerler eşya olarak kabul edilmemektedir⁸⁰. Biz dijital varlıkların da eşya olarak kabul edilebileceği düşüncesindeyiz. Bu anlamda dijital varlıklarda eşya olarak nitelendirilebilirler ve TMK m. 653 f. 2 kapsamında ele alınabilirler. Öğretide azınlıkta kalan ve dijital varlıklar eşya kabul eden görüşler ise bu sonuca farklı gerekçelerle varmaktadır. Söz konusu görüşler arasında; “*maddi*” olma unsurunu eşyanın zorunlu bir unsuru olarak görmeyen görüş⁸¹, “*maddi*” olma kavramını genişletici yorumu ile dijital varlıkları eşya kabul edebilen görüş⁸² ve TMK

77 TMK m 431 f 1:” *Vasinin atanması usulüne ilişkin kurallar, kayyım atanmasında da uygulanır.*”

78 O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Eşya Hukuku, Cilt IV/ 1* (4. Bası Seçkin 2021) N 42 vd.; A Lâle Sırmen, *Eşya Hukuku* (9. Bası, Yetkin 2019) 4 vd.; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (8. Bası, Yetkin 2019) 46 vd.

79 Bu konuda örneğin Bkz M. Kemal Oğuzman, Kemal Seliçi ve Saibe Oktay – Özdemir, *Eşya Hukuku* (23. Bası Filiz 2021) N 19; Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, (Savaş 2016) 16; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku* (4. Bası, Yetkin 2014) 57; Sirmen (n 78) 5 vd.; Esener ve Güven (n 78) 46; Antalya ve Topuz, *Eşya Hukuku* (n 75) N 78.

80 Florent Thouvenin, Alfred Früh ve Alexandre Lombard, ‘Eigentum an Sachdaten: Eine Standortbestimmung’, 2017 (1) SZW 25, 26; Alain Schmid, Kirsten Johanna Schmidt and Herbert Zech, ‘Rechte an Daten – zum Stand der Diskussion’ (2018) (11) SIC 1, 4; Daniel Hürlimann and Herbert Zech, ‘Rechte an Daten’ (2016) sui – generis 89, 90 vd.; Gianni Fröhlich – Bleuler, ‘Eigentum an Daten?’ 6. 03. 2017 Jusletter N 1, N 3; Sirmen (n 78) 6.

81 Örneğin Bkz Benedikt Seiler and Daniel Seiler, ‘Sind Kryptowährungen wie Bitcoin (BTC), Ethereum (ETH) und Ripple (XRP) als Sachen im Sinne des ZGB zu behandeln?’ (2018) SJZ 149, N 26 vd.

82 Martin Eckert, ‘Digitale Daten als Wirtschaftsgut: digitale Daten als Sache’ (2016) SJZ 245, 247 vd.

m. 762'de eşya kavramına ilişkin kural dışı boşluk (kanun boşluğu) bulunmakta olduğu şeklinde görüş⁸³ yer almaktadır.

Bize göre eşya kavramı metodolojik anlamda dinamik bir kavram teşkil etmekte olup, bu anlamda kanunun sözünde geçen “*maddi*” olma unsurunun da fonksiyonel bir şekilde yorumlanması hususuna dikkate edilmelidir⁸⁴. Söz konusu unsura ilişkin yürütülecek amaca göre yorumda eşya kavramının ekonomik fonksiyonu ile günümüzdeki toplumsal bakış açısı da göz ardı edilmemelidir⁸⁵. Aktarılan görüşler arasında yer alan “*maddi*” olma unsurunu eşyanın zorunlu bir unsuru olarak görmeyen görüş her ne kadar TMK'da da çeşitli hükümlerde eşyanın maddi olma şartından vazgeçilmiş olsa da⁸⁶ TMK m. 762'nin maddi olma kavramını vurgulayan açık sözü dikkate alınınca olan hukuk yönünden yapılacak değerlendirmede tereddüt yaratabilir. O yüzden diğer iki görüşün, olan hukuk yönünden daha rahat bir şekilde savunulabilir olduğu düşüncesindeyiz.

Özellikle fiziki varlıklar ile dolaylı bir şekilde bağlantıya sahip olmayı yeterli gören⁸⁷, “*maddi*” olma kavramının genişletici yorumu ile dijital varlıkları eşya kabul edebilen görüş dikkat çekicidir. Örneğin bu görüşe göre bir cep telefonu veya tablet ekranında görüntülenebilir olma söz konusu maddi bağlantının varlığının kabul için yeterlidir. Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde yer alan “*maddi*” kavramının tanımlar arasında da “*madde ile ilgili*” olma, bir başka deyişle bağlantılı olma yer almaktadır⁸⁸. Ancak bir hükmün genişletici yorum ile hükmün tamamlanması arasında, daha somut olarak bir hükmün kavramsal çekirdeğinin aşılmaması noktasında bazen ince bir geçiş bulunur. İşte dijital varlıkların eşya olarak kabul edilip edilmeyeceğinin tespitinde söz konusu sınırın aşıldığı ve bu durumda kanun koyucunun TMK'nın ihdasından sonra teknolojiye göre sosyal hayat koşullarının değişmesi ve bunun en başta öngörülememesinden doğan bilinçsiz bir boşluk⁸⁹ olduğu görüşü de ileri sürülebilir. Tarihi bir yorum elemanı olarak yararlanılabilecek olan TMK genel gerekçesinde geçen: “*Medenî Kanun... gibi temel kanunların belli bir süre geçtikten sonra baştan aşağıya yeniden gözden geçirilmesi ve yaşanan çağın ve gelişen teknolojinin ihtiyaçlarına cevap verebilir hale getirilmesi kaçınılmaz*”⁹⁰ ifadesi ise her iki görüşü de destekler niteliktedir. Daha kapsamlı bir

83 François Piller, ‘Virtuelle Währungen – Reale Rechtsprobleme?’, Eine zivil – und vollstreckungsrechtliche Untersuchung aus der Sicht der Bitcoin – Nutzer’ (2017) (12) AjP 1426, 1429.

84 Krş Rona Serozan, *Eşya Hukuku* (3. Bası, Filiz 2014) N 279; Antalya ve Topuz, *Eşya Hukuku* (n 78) N 46.

85 Krş Arthur Meier – Hayoz, *Berner Kommentar, Sachenrecht, I. Abteilung, Das Eigentum, I. Teilband, Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art 641-654, ZGB*, (5. Auflage, Stämpfli 1981) N 116; Antalya ve Topuz, *Eşya Hukuku* (n 78) 46.

86 Örneğin TMK m. 762'de geçen: “...*doğal güçler*...”; TMK m 988'de bağımsız ve sürekli hakların taşınmaz mülkiyetinin konusu olabilmesi; hak veya malvarlığı üzerinde intifa hakkı kurulabilmesi (TMK m 794); devredilebilecek nitelikte alacaklar ile diğer hakların rehin hakkına konu olabilmesi (TMK m. 954).

87 Michael Mark König, ‘Software (Computerprogramme) als Sache und deren Erwerb als Sachkauf’ (1993) (48) NJW 3121, 3122; Jochen P Marly, ‘Die Qualifizierung der Computerprogramme als Sache nach § 90 BGB’ (1991) (7) BB 432, 435.

88 Türk Dil Kurumu, (Türk Dil Kurumu Sözlükleri) <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 2 Şubat 2222.

89 Krş Antalya ve Topuz, *Medeni Hukuk* (n 64) 284.

90 Cevdet Yavuz, *Türk Medeni Hukuku ve Türk Borçlar Hukuku Mevzuatı* (Beta 2014) Genel Gerekçe TBMM Adalet Komisyonu 45 vd.

inceleme bu çalışmanın kapsamını aşacağından eşya kavramına ilişkin sadece yapmış olduğumuz açıklamalar ile yetineceğiz.

TMK m. 653 f. 2'de (ZGB Art. 613) dikkat çekici olan ikinci husus kanun koyucunun TMK m. 599 f. 2'da ortaya konulan malvarlığı değerleri yanında birtakım özel durumlarda şahıs varlığı değerlerinin de terekeye intikal edebilir nitelikte olduğunu görmesidir. Hatta söz konusu bu kişilik haklarına ilişkin aile belgeleri ile aile için özel anı değeri olan eşyanın ekonomik bir değerinin de olması aranmamaktadır⁹¹. Olgusal olarak kişilik değerine vurgu yapan hükümde geçen ifadeler, terekedeki malvarlığı değerlerini etkileyen kişilik değerlerinin terekeye intikal edebilir görüşünün öncelikle savunulabilir nitelikte olduğuna işaret etmektedir.

TMK m. 653 f. 2'de (ZGB m. 613) vurgulanması gereken bir üçüncü husus, burada zikredilen “*aile*” belgesi ile “*aile için*” özel anı değeri olan eşya (“*Gegenstände, die für die Familie einen besonderen Erinnerungswert*”) ifadeleridir. Burada kanun koyucu özellikle son zikredilen özel anı değeri eşyanın aile için olduğunu açıkça vurgulamaktadır. Bu durum mirasçılarının hatırasının korunması görüşü ile yine (söz konusu görüşü çıkış noktası alan) kişilik değerlerinin niteliğine göre ayırım yapan görüşün hükmün sözüyle uyumlu olduğunu ortaya koymaktadır. Alman Hukuku'nda ise benzer şekilde BGB m. 2373 f. 2: “...*aile belgeleri ve aile resimleri...*” (“...*Familienschriften und Familienbilder...*”) denirken, İsviçre ve Türk Medeni Kanunu'ndan farklı olarak BGB m. 2047 f. 2'de: “...*mirasbırakanın kişisel ilişkilerine dayanan belgeler...*” (“...*Schriftstücke, die sich auf die persönlichen Verhältnisse des Erblassers beziehen...*”) zikredilmektedir. Son aktardığımız farklılık bize göre dijital terekeye ilişkin tartışmalarda ölümden sonraya etkili kişilik görüşünü savunan Alman Hukuku'nun da doğrudan bize uygulanabilir olmadığına işaret etmektedir⁹².

Bu anlamda TMK m. 599 ve TMK m. 653 f. 2 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde şu sonuçlara varabiliriz. Öncelikle malvarlığı değerleri kural olarak terekeye dahildir. Kişilik hakları değerleri konusunda da ikili bir ayırım yapılmalıdır. Bu kişilik hakları değerleri ailenin kişilik hakkı ile irtibatlandırılırsa, bunlar terekeye intikal edebilir. Ögretide bu tür eşyaların terekeye intikalinin kabulü için bunun tüm mirasçılar yönünden bu nitelikte olmasına gerek olmadığı, mirasçılardan bazıları açısından bu şartın sağlamanın yeterli görülebileceği belirtilmektedir⁹³. Yine dijital terekeye ilişkin yapılan değerlendirmelerde mirasçı veya mirasçılarının kişilik değerlerine ilişkin olduktan sonra, terekeye intikal edilebilirlik yönünden bunların fiziksel veya dijital ortamda bulunmasının fark yaratmayacağına işaret edilmektedir⁹⁴.

91 Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi, Cilt – 3 (TMK m. 640 – 682)* (1. Bası, On iki Levha 2018) TMK § 653 N 422; İnce Akman (n 3) 544 vd.; Dural ve Öz (n 12) N 2053. Son zikredilen yazarların da işaret ettiği üzere mali değerinin çok yüksek olması ise söz konusu bu eşyanın kişisel olma niteliğini değiştirmeyecektir (N 2054).

92 Buna karşılık (söz konusu farklılığı işaret etmeksizin) dijital terekeye ilişkin olarak Alman Hukuku'ndaki yaklaşımın Türk Hukuku içinde kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüş için Bkz İnce Akman (n 3) 556; İleri (n 3) 145, 148 vd.; Süleyman Yılmaz ve Vehbi Umut Erkan, ‘Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla İntikal Edip Edemeyeceği Sorusunun Kişisel Verileri Koruma Hukuku Kapsamında İncelenmesi’ (2020) 11(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 567, 580 vd., 581 vd.

93 Dural ve Öz (n 12) 2053; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi Cilt – III* (n 91) § 653 N 421.

94 Lange and Holtwiesche, ‘Teil I’ (n 46) 125; İnce Akman (n 3) 556.

Şayet bu kişilik hakkı değerleri bu kapsamda değil de ölüm itibarıyla sonra ermiş olduğunu kabul ettiğimiz murisin kişilik değerlerine dahil ise, yine yukarıda aktardığımız gibi bunun tereye ekonomik bir etki yapıp yapmamasına göre ikili bir ayırım yapılmalı ve buna olumlu yanıt verilirse terekeye intikal edilebilirlik kabul edilmelidir. Biz bu etkinin geniş bir şekilde yorumlanması ve dolaylı bir etkinin de bu kapsamda kabul edilebilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu tarz bir görüş beraberinde özellikle üçüncü kişilerin kişilik hakkı ihlali bakımından birtakım olumsuzluklar doğurabilir. Biz bu sakıncanın TMK m. 653 f. 3. ile (daha önce aktardığımız) TMK m. 589 f. 1 ve TMK m. 427 f. 1 b. 3 hükümlerinin birlikte okunması yanında, söz konusu görüşün sonuçlarına ilişkin yapılacak amaca uygun bir değerlendirmeye sınırlandırılabilceği düşüncesindeyiz. Buna ilişkin değerlendirmelerimizi aşağıda paylaşacağız.

TMK m. 653 f. 3'te özel kanun hükümlerinin saklı olduğuna işaret edilmektedir. Söz konusu hükmün sadece TMK m. 653 f. 2'de geçen aile belgeleri ile aile için özel anı değeri olan eşya için mi, yoksa bunun yanında ayrıca TMK m. 653 f. 1'de geçen bütünlük taşıyan eşya için de mi geçerli olduğu tartışmalıdır⁹⁵. Ancak konumuz açısından bakarsak TMK m. 653 f. 3'te TMK m. 653 f. 2'nün kastedildiği hususu tartışmalı değildir. Söz konusu hükmün işaret ettiği özel kanun hükümleri arasında özellikle 66 sayılı İstiklal Madalyası Kanunu, 2933 sayılı Madalya ve Nişanlar Kanunu ile 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Hakkındaki Kanun gösterilmektedir⁹⁶. Bizce mehaz İsviçre Kanunu'nda yer almayan söz konusu hükme inceleme konumuz olan dijital tereke yönünden özel bir anlam yüklenebilir.

Özellikle terekede yer alan dijital varlıklara ilişkin incelemede, kişilik hakları etkilenen üçüncü kişiler ile mirasçı (ve onların alacaklıları) arasında gösterilen menfaat çatışmasında söz konusu hüküm önemli bir rol oynayabilecek niteliktedir. Şöyle ki TMK m. 653 f. 2 aktardığımız üzere kişisel değeri olan eşyaya ilişkin yapılacak değerlendirme bu eşyanın bu nitelikte olup olmadığı, bu eşyanın nasıl ve kime intikal edeceğini düzenlemektedir. Yukarıda bunun içinde dijital varlıkların da olduğu kabul ettiğimiz özel anı değeri taşıyan eşyaların içinde üçüncü kişilerin de kişilik haklarını etkileyebilecek hususlar yer alabilir⁹⁷.

İşte bu konuda söz konusu kişisel varlıkların niteliği konusunda yönetim kayyımı (TMK m. 589 f. 1, TMK m. 427 f. 1 b. 3) etkinlik gösterecektir. TMK m. 653 f. 3 gereği atfı yapılan özel kanunlar arasında üçüncü kişilerin haklarını gözetenler de yer alır. Bu görevini yerine getirirken iyi bir yönetimin gerektirdiği özeni göstermekle yükümlü tutulan ve bu durumu yapabilecek yeterlilikte olması beklenen⁹⁸(ve söz konusu teknik formasyona sahip kişiler arasından seçilmesi beklenebilecek) yönetim kayyımının (TMK m. 466, TMK m. 413 f. 1 TMK m. 403 f. 3⁹⁹) bu hükümleri yapacağı değerlendirmede dikkate alması önem taşır.

95 İlk görüş için Bkz Dural ve Öz (n 12) N 2057. İkinci görüş için Bkz Çabri, Miras Hukuku Şerhi Cilt – III (n 91)§ 653 N 428.

96 Dural ve Öz (n 12) N 2058; Çabri, Miras Hukuku Şerhi Cilt – III (n 91) § 653 N 428 vd.

97 İnce Akman (n 3) 546 vd.

98 Dural, Ögüz ve Gümüş (n 73) N 1198, 2285.

99 TMK m 403 f 3:” Bu Kanunun vasi hakkındaki hükümleri, aksi belirtilmiş olmadıkça kayyım hakkında da uygulanır.”

Söz konusu özel kanunlardan bazılarını çalışmanın kapsamını aşırı genişletmemek üzere burada sadece kısaca saymakla yetineceğiz. Bunlardan birine örnek olarak 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) zikredilebilir. Kişisel veriler kişilik hakları altında özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilmektedir¹⁰⁰. Bir diğer yönden kişisel veri korumasının, bir bireyin kendi kişisel verilerinin geleceğini belirleme hakkı boyutuyla da ele alınabileceği de vurgulanmaktadır¹⁰¹. Yönetim kayyımı yürüteceği incelemede dijital terekeye konu varlıklarda üçüncü kişilerin kişisel verilerinin¹⁰² (KVKK m. 3 f. 1, d) işlenmesi durumunda (KVKK m. 3 f. 1, e); kişisel verilerin işlenme şartları ile açık rıza ve diğer hukuka uygunluk sebeplerini (KVKK m. 5, 6) birtakım temel ilkeleri (KVKK m. 4) vb.'ni gözetmesi gereklidir¹⁰³. KVKK'nın esas ilkeleri arasında yer alan dürüstlük kuralı ve ölçülülük ilkesini yönetim kayyımı dijital terekeye ilişkin yürüteceği faaliyette dikkate almalıdır. Bu anlamda yönetim kayyımı çatışan menfaatleri ve son soyutlamada hukuki işlem hayatının kesintisiz işleyişi yönündeki menfaati gözeterek hareket etmesi gerekecektir¹⁰⁴.

Bir diğer özel kanun olarak haberleşmenin gizliliği kuralı bağlamında 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu (EHK) zikredilebilir. Bu anlamda kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğin korunması başlıklı EHK m. 55 f. 2'de "*Elektronik haberleşmenin ve ilgili trafik verisinin gizliliği esas olup, ilgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde, haberleşmeye taraf olanların¹⁰⁵ tamamının rızası olmaksızın haberleşmenin dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi ve takip edilmesi yasaktır*" düzenlenmiştir. Yargı faaliyetleri ve bu bağlamda TMK m. 589

100 Oğuzman/Seliçi/ Saibe Oktay, *Kişiler Hukuku* (n 17) N 632 vd.; AKSOY, Can, *Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara 2010, s. 55; OĞUZ, Sefer, *Kişisel Verilerin Korunması Hukukunun Genel İlkeleri*, BEYDER, 2018, 13:2, s. 121-138, s. 123.

101 Furkan Güven Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması* (2. Bası, On İki Levha 2017), 66 vd.; Yargıtay HGK, E 2014/ 4 – 56 K 2015/1679, 17.06.2015.

102 Ölen kişilerin kişisel verilerinin korunması hususu ise KVKK'da düzenlenmemiştir. İlgili kişi KVKK m. 3 f. 1-Ç'de kişisel verisi işlenen gerçek kişi olarak tanımlanmıştır. Bu konuda eşi ölmüş olan bir kişinin eşinin hastaneden murisin sağlık verisini talep edip edemeyeceğini konu alan Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 18. 09. 2019 tarihli, 2019/273 sayılı kararında, bir kişinin kişiliğinin ölümle sona erdiğine ilişkin TMK m 28 ve ilgili kişinin (gerçek kişinin) kendisi ile ilgili kişisel veriler hakkında bilgi talep edebileceğine (KVKK m.11) işaret edilerek bu tarz bir talep KVKK'nın kapsamında görülmemiştir. Bu konuda Krş Kişisel Verileri Koruma Kurulu Kararı, S 2020/507, 30/06/2020. Söz karara ilişkin eleştirisel değerlendirmeler ve olması gereken hukuka yönelik olarak özellikle ölenin yakınları ve mirasçılarının menfaatlerini de dikkate alan bir düzenleme yapılması şeklindeki öneriler için örneğin Krş Murat Uçak, 'Kişisel Verilerin Ölümünden Sonra Korunması' (2021) 6 (10) İMHFD 97, 111 vd.; Büyüksagis, Özyiğit, Mirkelam Falay ve Buldağ/ Okur (n 6) 349 vd. Bu konuda son zikredilen yazar İsviçre Veri Koruma yönetmeliği m 1 f. 7'ye işaret etmekte ve eserde Türkçe çevirisini de paylaşmaktadır. Bizde birtakım yapmış olduğumuz vurgularla yazarların aktardığı maddeyi burada olması gereken hukuka yönelik yol gösterici olarak paylaşabiliriz. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında ölen kişinin eşi ve yakın akrabalarının ölen kişiye ait bilgilere ulaşma konusunda haklı bir menfaat olduğundan yola çıkılabileceğini belirtmektedir. Üçüncü kişilerin bu yöndeki talebi ise ilk fıkrada düzenlenmiştir. Bunun kabul edilebilmesi için somut olayda (ayrıca ispat edilmesi gereken) haklı bir menfaatin bulunması şeklinde olumlu bir unsur yanında, ölenin yakınları veya başka bir üçüncü kişinin bu bilgilerin açıklanmaması konusundaki üstün yararın buna engel olmaması şeklinde olumsuz bir unsur aranmaktadır (s 349). Yine bizzet maddede dikkat çekici olan murisin ölümünden sonraki kişilik hakkından söz edilmeden, özellikle eşe ve akrabalara yapılan vurgu ile İsviçre Hukuku'ndaki baskın yaklaşımı yansıtan mirasçılarının hatrasının korunması görüşüne sadık kalınmış olmasıdır.

103 Bu konuda örneğin Bkz Mesut Serdar Çekin, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 sayılı kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (3. Bası, On İki Levha 2020) N 84 vd., N 95 vd., N 135 vd., 173 vd.

104 Krş Elif Küzenci, *Kişisel Verilerin Korunması* (1. Bası Turhan 2010) 196, Çekin (n 100) N 142.

105 Haberleşme Kanunu'ndaki gizlilik kuralı bağlamında yapılacak değerlendirmede mirasçılarının üçüncü kişi değil, külli intikal prensibi gereğince taraf olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki Alman Hukuku'nda yapılan bir değerlendirme için Bkz Lötcher, 'Das erbrechtliche Schicksal von Accounts' (n 2) 319.

f. 1, TMK m. 427 f. 1 b. 3 uyarınca yönetim kayyımının mahkemenin denetimi altındaki faaliyetleri de geniş anlamda bu kapsamda sayılır. Yönetim kayyımı da (yukarıda aktardığımız KVKK m. 4'e benzer şekilde) EHK m. 55 f. 1'de yer alan (diğer ilkeler ile birlikte özellikle) dürüstlük ve ölçülülük ilkesine uygun olarak diğer hususların yanında, üçüncü kişilerin haberleşmenin gizliliği haklarını da gözeterek faaliyetlerini yürütecektir¹⁰⁶.

Bizce yukarıdaki açıklamalarımız TMK m. 653 f. 2 hükmünün amaca göre geniş yorumlanması suretiyle, sadece mirasçılardan kişilik haklarını etkileyen durumlara uygulanmamalıdır. Bu hüküm ve buna ilişkin tespitlerimiz ayrıca mirasçılardan malvarlığını etkilerken, eş zamanlı üçüncü kişilerin kişilik haklarını da etkileyen değerler hakkında da uygulama alanı bulmalıdır. Öncelikle her zaman sadece mirasçılara veya üçüncü kişileri etkileyen şekilde bir ayırım açık bir şekilde yapılamaz. Bazen her iki grubun da kişilik değerlerinin etkilenebilmesi mümkündür.

Ayrıca her iki faaliyeti de yürütecek olan yönetim kayyımının faaliyetleri arasında bu tarz bir farklılık yaratmanın bizce makul bir nedeni yoktur. Yukarıda aktardığımız üzere malvarlığına etkide zaten dolaylı bir etkiyi dahi yeterli gördüğümüzden ve dijital varlıkların terekeye intikalini geniş yorumladığımızdan mirasçılardan menfaatinin olumsuz etkilenmesi de söz konusu olmayacaktır. Diğer taraftan bu değerler doğrudan mirasçılardan önce yönetim kayyımı tarafından inceleneceğinden ve üçüncü kişilerin kişilik hakları da dikkate alınarak aşağıda aktaracağımız erişim yetkisinin seviyesi belirleneceğinden üçüncü kişilerin de korunması gereği gözetilmiş olacaktır.

Öte yandan yukarıda aktardığımız yaklaşıma bir eleştiri olarak yönetim kayyımının takip etmesi beklenen amacı gösterilebilir. Şöyle ki yönetim kayyımının takip etmesi beklenen amacın, konumuz özelinde ifade edersek; miras ortaklığı lehine mirasçılık haklarının belirlenmesi olduğu ve üçüncü kişilerin kişilik haklarını gözetmenin bu amaca da dahil olmadığı ileri sürülebilir. Baskın görüş saf anlamda bir yönetim kayyımılığı tedbirinin, sadece bir kişinin kişisel korunmasının sağlanmasına hizmet etmediğini belirtmektedir¹⁰⁷. Genel olarak vesayet kurumu ile amaçlanan; kişilerin kişisel, ekonomik ve sosyal haklarının korunmasıdır. Eş zamanlı olarak bu koruma hukuki işlem hayatında istikrar sağlar ve kamu düzenine de hizmet eder. Öncelikle kamu düzenine ilişkin emredici nitelikte kabul edilen¹⁰⁸ TMK m. 589 f. 1'e göre atanan ve TMK m. 653 f. 3 gereği atfı yapılan özel kanunlar gereği dikkate alınması gereken üçüncü kişilerin kişilik hakları da bu değerlendirmeye dahil edilmiştir. Son soyutlamada toplumun temel değerleri ve toplumsal istikrar ile olan bağ korunmuş olmaktadır¹⁰⁹.

106 Varmış olduğumuz bu sonuçtan farklı olarak (EHK m. 55 f. 1 dikkate alınmadan) sadece EHK m 55 f 2 üzerinden yargı kararlarının bir istisna olarak öngörüldüğü ve bu durumun üçüncü kişilerin haberleşmenin gizliliği haklarını ihlal edeceği hakkında Bkz Büyüksagis, Özyiğit, Mirkelam Falay ve Buldağ/ Okur (n 6) 385.

107 Gümüş, Kayyımlik (n 70) 69. Yazara göre ise yönetim kayyımılığında ekonomik korumanın yanında, kişisel koruma daha ziyade ikincil bir amaç olarak karşımıza çıkar (s. 69).

108 Çabri, *Miras Hukuku Şerhi Cilt – II* (n 10) TMK § 589, N. 298; Kurşat (n 69) 35; Antalya ve Sağlam (n 12) N 1517, 1519. Taşınabilir bellekte sadece bunun zilyetliği ve mülkiyeti terekeye geçerken, kullanıcı hesabında kayıtlı olan bilgide murisin taraf olduğu sözleşmedeki hak ve yükümlülüklerin terekeye intikal ettiği hakkında Bkz BGH vom 12. Juli 2018, III ZR 183/17, N. 50.

109 Yönetim kayyımılığında ekonomik ve kişisel korumanın birbirinden tam olarak ayıramayacağı hakkında Bkz Gümüş, Kayyımlik (n 70) 69, dp 297. Yine bu tarz bir sonuç bazen diğer vesayet tedbirlerinde de açıkça belirtilmektedir. Örneğin

IV. YÜRÜTÜLECEK İNCELEMEDE DİJİTAL DEĞERLER ARASINDA YER ALAN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE İLİŞKİN BİLGİLERİN VE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN KİŞİLİK HAKLARININ DİKKATE ALINMASI

Bu başlıkta dijital varlıkların terekeye intikalinde üçüncü kişilerin kişilik haklarının gözetilmesine yönelik bazı değerlendirmelerimizi paylaşacağız. Öncelikle bu tarz bir yaklaşıma eleştiri olarak bu kişilerin dijital ortamda faaliyetlerde bulunmak suretiyle kişilik haklarının işleneceği hususunda (ilgili kanunların açık bir rıza aranmadığı durumlarda) örtülü bir şekilde rıza göstermiş sayılabilecekleri ileri sürülebilir.

Ancak bu husus öğretilerde tartışmalıdır. Yaklaşımlardan birine göre bir kişi bir kere dijital ortamda paylaşımlar yapmakla ve faaliyetlerde bulunmakla paylaşımlarının üçüncü kişilerce ve bu anlamda mirasçılar tarafından da okunabileceğini göze aldığını belirtmektedir¹¹⁰. Diğer bir yaklaşım ise bilakis günümüzde kullanıcıların dijital ortamda faaliyetlerde bulunmakla fiziksel ortama kıyasla kişilik hakkı saldırılarına çok daha fazla açık hale geldikleri ve bu durumun onların korunma ihtiyaçlarını arttırdığına dikkat çekmektedir¹¹¹. Diğer bazı görüşler ise tartışmaya açık farklı ölçütler kullanarak duruma yaklaşmaktadır. Bu ölçütlerden birine örnek vermek gerekirse; bazıları (yazışmalar yönünden yapılan bir incelemede) ticari olup olmadığı ayrımını bir ölçüt olarak kullanmış¹¹², bunu eleştiren diğerleri ise bu ayrımın belirsiz olduğu, örneğin ticari bir elektronik posta ile de pekâlâ çok özel bir konudan bahsedilebilmesinin veya tam tersi bir mümkün olduğunu belirtilmişlerdir¹¹³.

İçinde bulunduğumuz dönemde her geçen gün farklı dijital içerik ve uygulamalar geliştirilmektedir. Bu anlamda bizce peşin olarak bir sonuca varılmadan, somut olayda güven prensibi çerçevesinde bir değerlendirilme yapılması gerekecektir¹¹⁴. Bu doğrultuda örtülü rızaya ilişkin yapılabilecek bir eleştirinin genellemeye uygun olmadığı, ancak (benimsenecek görüşe göre değişebilmekle birlikte)

geniş anlamda vesayet altında yer alan ve fiil ehliyeti kısıtlaması teşkil etmeyen kişisel amaçlı özgürlük kısıtlamasında da (mehaz düzenlemesinden farklı olarak) kanunda açıkça bireysel koruma amacı yanında toplum için tehlike oluşturma amacı da (TMK m 432 f 1) zikredilmiştir. Kişisel amaçlı özgürlük kısıtlamasının kişiyi koruma ve toplumu koruma şeklinde eş zamanlı iki amacı olduğu yönünde örneğin Bkz Ahmet Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (4. Bası Turhan 2019) 586. Buna karşılık kişisel amaçlı özgürlük kısıtlamasının kişiyi koruma amacının ön planda olduğu hakkında örneğin Bkz Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku, C 2* (22. Bası, Beta 2020) 505; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 73) N 2169. Ancak öğretilerde TMK m. 432 f. 1'de geçen toplum için tehlike oluşturma amacı; kurumun amacı ile uyumlu olmama, hükmün kendi içinde çelişki oluşturduğu gibi çeşitli açılardan eleştiri konusu yapılmaktadır. Bu konuda örneğin Bkz Alper M Gümüş, 'Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması – TMK 432-437'; (2005) 1 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 189, 201; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 73) N 2179.

110 Kutscher (n 45) 112 vd., 139 vd.; Kunz (n 45) BGB § 1922 N 633. Yine örneğin üçüncü kişilerin kişilik hakkı (genel hükümlere dayalı olarak veya kişisel verilerin korunması hukuku bağlamında) dijital terekenin intikaline engel olmayacağı hakkında Bkz Bosshardt and Lorena (n 8) 82 f, 122.

111 İnce Akman (n 3) 544. Aksi yönde dijital içerikle, fiziksel içeriği ayrı değerlendirmek için bir neden bulunmamakta olduğu, her ikisinde de şahıs varlığı hakkının etkilendiği hakkında Bkz Anton Steiner and Anna Holzer, 'Praktische Empfehlungen zum digitalen Nachlass' (2015) (5) ZEV 262, 263.

112 Hoeren (n 30) 2114; Kunz (n 45) BGB § 1922 N 608; Bräutigam, 'digitale Nachlass' (n 30) 24 vd.; İnce Akman (n 3) 544.

113 Krş Kutscher (n 45) 105; Herzog, 'der digitale Nachlass' (n 2) 3748 vd.; Leipold (n 38) BGB, § 1922 N 26; Christian Solmecke, Thomas Köbrich ve Robin Schmitt, 'Der digitale Nachlass – haben Erben einen Auskunftsanspruch?' (2015) (5) MMR 291, 295.

114 Krş Büyüksagis, Özyiğit, Mirkelam Falay ve Buldağ/ Okur (n 6) 386.

farklı ölçütler gözetilerek bir inceleme yapılmalıdır. Örneğin inceleme konusu üçüncü kişinin durumu, sosyal medya hesabının niteliği, kullanılan sosyal medya programının türü, içeriği¹¹⁵, kullanılan aygıtın türü¹¹⁶ vb. hepsi bir bütün olarak güven ilkesi çerçevesine değerlendirilmek suretiyle örtülü bir rızanın mevcut olup olmadığının irdelenebileceğini söylemekle yetinebiliriz. Bu sebepten aşağıdaki açıklamalarımıza hukuka uygunluk nedeni olarak bu tarz bir örtülü veya açık bir rızanın mevcut olmadığı ön kabulü üzerinden devam edeceğiz.

Bilgilendirme yükümlülüğü konusunda özel olarak TMK m. 646'nın sözünde sadece tereke mallarına zilyet olan ile mirasbırakana borçlu bulunan mirasçılarını; TMK m. 649 f. 3'te genel olarak paylaşmanın eşitliğe ve adalete uygun olması için göz önüne alınması gereken bütün bilgilere sahip mirasçılarını; TMK m. 620 f. 3'te ise mirasbırakanın borçlarına sahip olan mirasçılarının bilgilendirme yükümlülüğü öngörülmüştür¹¹⁷. Ayrıca TMK'da mirasbırakanın malvarlığı konusunda bilgi sahibi olan üçüncü kişilere yönelik olarak TMK m. 620 f. 3'te¹¹⁸ genel bir bilgi verme yükümlülüğü yer almaktadır. Bilgi edinme hakkı İsviçre Medeni Kanun Değişikliği Ön Taslağı'nda ("*Vorentwurf der Erbrechts-Revision*") VE – ZGB m. 601a ayrı bir madde de açıkça düzenlenmiştir. VE – ZGB m. 601a f. 1'da miras hukukuna ilişkin talep ileri sürebilecek olanların, söz konusu taleplerinin kapsamını belirlemek üzere terekeye konu malvarlığı değerlerini yöneten, iyileştiren veya bulunduranlardan bilgi edinme hakkına sahip oldukları ortaya konmuştur¹¹⁹. Hatta yukarıda aktardığımız üzere mirasçılarının bilgi edinme talebine karşı murisin mesleki sırlarının ileri sürülemeyeceği VE – ZGB m. 601a f. 3'te belirtilmiştir. Demek ki miras hukukuna veya (küllü intikal prensibi gereğince sözleşmeye taraf olan mirasçılara karşı üçüncü kişilerin bilgilendirme yükümlülüğüne) borçlar hukukuna dayalı olarak tereke konusu hakkında üçüncü kişilerin mirasçılara karşı geniş bir bilgilendirme yükümlülüğü olduğunu belirtebiliriz.

115 Bir elektronik posta veya örneğin twitter, facebook gibi bir sosyal medya uygulamasındaki kullanıcı hesabının içeriğine göre bir ayırım yapılmaması ve şahıs varlığını etkileyen kısımların ayıklanmaması gerektiği yönünde Bkz Löttscher, 'Das erbrechtliche Schicksal von Accounts' (n 2) 317; Künzle, 'Der digitaler Nachlass' (n 7) 40 vd.

116 Kullanılan taşıyıcı (sabit disk, taşınabilir bellek vb.), aygıtın yapılacak belirlemeyi etkilememesi gerektiği, böyle bir ayırımın tatmin edici olmadığı hakkında Krş Kutscher (n 45) 115 vd.; Kunz (n 45) BGB § 1922 N 596.8 vd.; Herzog, 'der digitale Nachlass' (n 2) 3747 vd.; BGH, III ZR 183/17, 12.07.2018 N 49 vd. Terekeye intikal yönünde kişisel bir bilginin sabit veya taşınabilir bellekte mi, yoksa internet sunucusunda ("*server*") mı kayıtlı olduğunun önem taşımamakla birlikte, bu sunucuyu işletenin bu bilgileri iletişim ağı dışında kalan üçüncü kişiler ile paylaşmakla haberleşme kanunu bağlamında gizlilik kuralı yönünden sorumluluğunun söz konusu olabileceği yönünde Bkz Löttscher, 'Das erbrechtliche Schicksal von Accounts' (n 2) 319.

117 Bu konuda örneğin Bkz Kocayusufpaşaoğlu (n 9) 705, 708 vd.; İmre ve Erman (n 9) 484 vd.; Antalya ve Sağlam (n 12) N 2106 vd.; Dural ve Öz (n 12) N 1958 vd.; Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (n 6) 342 vd.; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi Cilt – III* (n 91) TMK § 646 N 287, TMK § 649, N 334 ve TMK § 620, N 1092 vd.

118 TMK m 620 f 3'te şu şekilde ifade edilmektedir: "Mirasbırakanın mali durumu hakkında bilgi sahibi olan herkes, sulh mahkemesi tarafından istenilen bilgiyi vermeye yükümlüdür. Haklı bir sebep olmaksızın bilgi vermeyenler veya yanlış ya da eksik bilgi verenler, bundan doğacak zararları mirasçılara, vasiyet alacaklılarına veya üçüncü kişilere tazminle yükümlüdürler". Bu konuda temel bir eser olarak yine örneğin Bkz Andreas Schröder, 'Informationspflichten im Erbrecht' (Dissertation, Zürich Universität 1999). Yine örneğin Bkz Çabri, *Miras Hukuku Şerhi Cilt – II* (n 10) TMK § 620, N 1092 vd.

119 Art. 601a f. 1'in orijinal metni şu şekildedir: "Wer einen erbrechtlichen Anspruch geltend machen kann, ist nach dem Tod des Erblassers berechtigt, von Rechtsnachfolgern und Dritten, die Vermögenswerte des Erblassers verwaltet, besitzen oder erhalten haben, Informationen zu erhalten, die er benötigt, um den Umfang seiner Ansprüche festzustellen.". Söz konusu hükme ilişkin bir değerlendirme için Bkz Arbeitsgruppe "Reform des Erbrechts" (n 23) N 32 vd.

Yukarıda terekeye intikal edilebilirliğe ilişkin yapılacak bir değerlendirmede şahıs varlığına ilişkin kabul edilebilecek bir değer malvarlığına etkisinin esas alınması gerektiğini aktarmıştık. Ancak inceleme konusu şahıs varlığına ilişkin bir değer terekeye etkisinin incelenmesinde bu etkinin daha ziyade şahıs varlığına mı, yoksa malvarlığına mı yönelik olduğunun tespiti kolay olmayıp, varılacak sonuç (yukarı da bazılarını aktardığımız farklı ölçütler gözetilerek) somut olayda değişebilir¹²⁰. Bunların terekeye etkisinin ağırlığına göre yapılacak bir değerlendirmeyle baskın olan etkinin terekeye intikal edilebilirliği enfekte ettiği¹²¹, ya hep ya hiç tarzında bir yaklaşım adil olmayan sonuçlara sebebiyet verebilir. Bizce yönetim kayyımının yapacağı ön değerlendirmede dijital varlığın malvarlığına dolaylı etkisi terekeye intikal edilebilirliğin kabulü için yeterli sayılmalıdır.

Ancak tek başına bu durum, özellikle mirasçılar lehine öngörülen geniş bilgi edinme hakkı düşünüldüğünde üçüncü kişilerin kişilik haklarını zedeleyebilecek niteliktedir. Bu anlamda terekeye ilişkin yapılacak değerlendirmede üçüncü kişilerin kişilik haklarının korunmasının önemi daha da artmaktadır. Bundan dolayı söz konusu yaklaşımı tamamlayıcı olarak; (geniş bir şekilde) intikal edilebilir olduğu kabul edilen dijital varlıklara mirasçıların erişim yetkisinin seviyesini, çatışan menfaatler dengesine uygun olarak dürüstlük kuralı ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde belirlenmelidir. Bir başka deyişle söz konusu belirlemede mirasçıların menfaatlerini sağlamaya dönük seçeneklerden üçüncü kişilerin kişilik haklarını en az zedeleyecek olan tercih edilmelidir. Yukarıda da TMK m. 653 f. 3'in atıf yaptığı özel kanunlara ilişkin örnek olarak aktardığımız KVKK m. 4 ve EHK m. 55 f. 1'de esas alınan ölçülülük ve dürüstlük ilkeleri de bu tespitimizi desteklemektedir.

Kullanıcı hesaplarının terekeye dahil olduğu kabul edilince, bir sonraki aşamada ise sorulması gereken bunun kapsamının ne şekilde olması gerektiğidir. Bu konuda bir örnek vermek gerekirse; Apple kullanıcı kimliği ile fotoğraf, dosya, video vb.'nin yüklü olduğu iCloud hesabı; mesajlaşmaya ilişkin iMessage; yine Apple Music; Apple TV; Apple Watch gibi uygulamalar bağlıdır¹²². Apple kimlik bakiyesinde bulunan para miktarı yanında, kişilerin kayıtlı kredi kartı bilgileri, (örneğin Apple Watch uygulaması üzerinden elde edilen) düzenli konum bilgileri üzerinden mirasbırakana ilişkin birçok bilgi edinebilmek mümkün olmaktadır¹²³. Acaba murisin hesabına ölüm anındaki hesap durumu ve yetkileri ile tamamen veya kısmen erişim sağlanmalı mı, yoksa sadece sınırlı birtakım

120 Krş Bräutigam (n 43) *Erbrecht* BGB § 1922 N. 10; Lange and Holtwiesche, 'Teil II' (n 46)157, 161.

121 Şahıs varlığı ve malvarlığı hakları arasında yapılacak bir ayırmda şahıs varlığına ilişkin olguların söz konusu dijital varlığın (kullanıcı hesabının) tamamen enfekte olmasına sebep olup olmayacağı öğretide tartışılmaktadır. Bu konuda Bkz Kutscher (n 45) 105 vd.; Bräutigam, 'digitale Nachlass' (n 30) 24 vd. Bunu kabul etmeyen Alman Hukuku'ndaki baskın görüşe örnek olarak Bkz Kunz (n 45) § 1922 N 596.6 vd.; Preuß (n 50) BGB § 1922 N 387 vd.; Kutscher (n 45) 102 vd.; Solmecke/ Köbrich/ Schmitt (n 113) 291; Leipold (n 38) BGB § 1922 N 26.

122 Apple, 'Apple support, apple kimlik araması' (Apple Türkiye) <https://support.apple.com/kb/index?page=search&type=organic&src=support_searchbox_psp&locale=tr-TR&q=APPLE+K%C4%B0ML%C4%B0K> Erişim Tarihi 12 Ocak 2021 tarihinde ziyaret edilmiştir).

123 Benzer bir durum Google hesapları için de geçerlidir. Nitekim Google hesabı olan biri Gmail elektronik posta hizmeti, Google drive, youtube uygulamasında yer alan bir video bağlantısına veya Google haritalardaki harita ve konum bilgilerine ulaşabilir. Özellikle muris, Youtube da yayın yapan bir "Youtuber" ise Google hesabına entegre olan Youtube kanalı da ekonomik yönden çok kıymetli olacaktır. Yapmış olduğumuz açıklamalar için Bkz Lötscher, 'Das erbrechtliche Schicksal von Accounts' (n 2) 306. Yayınladıkları video izlenme sayısına göre ayda 30.000 TL üzerine kadar gelir elde edebilen Youtuber olarak nitelendirilen kişilerin hesaplarının da dijital terekeye konu olacağı hakkında Bkz Maraşlı Dinc (n 6) 281 vd.

bilgilere ve sınırlı yetki ile erişim uygun mudur? Belki de erişim bile sunulmadan örneğin bir liste halinde murisin verilerinin paylaşılması yeterli görülebilir mi? Bu soruların cevabı mirasçılar kadar üçüncü kişilerin durumunu da etkilemektedir. Erişim yetkisinin seviyesine (en ağırdan hafife doğru) göre bir sınıflandırma yaparsak¹²⁴,

1. Hiçbir şekilde mirasçılara kullanıcının hesabına (veya bunun içindeki verilerine) erişim tanınmaması.

1.1. Kullanıcı hesabının bir kişinin vefatından sonra silinmesi öngörülebilir. Örneğin iCloud kullanım şartlarında hesabın bir süre sonra silineceğinin öngörülmesi.

1.2. Kişinin hesabı silinmemekle birlikte, yine dışarıdan erişime izin vermeyecek şekilde sembolik olarak varlığını sürdürmesi. Örneğin bu bağlamda kural olarak hiçbir kimsenin erişim sağlayamadığı, ancak murisin arkadaşlarının ve ailesin bir araya gelip anılarını paylaşmalarını sağlayan Facebook anıtlştırılmış hesabı¹²⁵ zikredilebilir.

2. Mirasçılara kullanıcının hesabına erişim tanınmamakla birlikte, birtakım verilere erişim tanınabilir. Verilere erişimde seviyesine göre;

2.1. Mirasçılara tüm verilere erişim sağlanması,

2.2. Mirasçılara sınırlı bazı verilere erişim sağlanması,

2.3. Mirasçılara tüm veya bir kısım verilerin listesinin paylaşılması

3. Mirasçılara kullanıcının hesabına sınırlı erişim sağlanması

3.1. Mirasçılara erişim sağlanan hesaptaki verilerin boşaltılmış olması,

3.2. Mirasçılara erişim sağlanan hesabın içeriğinin değiştirilebilmesine imkan tanınmaması (hesabın dondurulmuş olması),

3.3. Mirasçılara murisin hesabında ve verilerinde tamamen erişim sağlanması, ancak bunları kullanmaya devam etme izni verilmemesi

4. Hesaba ve verilere tamamen erişim sağlanması ve bunları kullanmaya devam etme izni verilmesi

Daha önce aktardığımız üzere aktarılan seviyeler arasında somut olayda menfaat durumları ve ölçülülük ilkesi dikkate alınarak en uygun olanının tercih edilmesi gerekir. Örneğin somut olaydaki

124 Birtakım eklemeler ve değişikliklerle yapmış olduğumuz ayırım ve açıklamalar için Bkz Lötcher, 'Das erbrechtliche Schicksal von Accounts' (n 2) 306 vd.

125 Facebook, 'Anıtlştırılmış Hesaplar Hakkında' (Facebook Yardım Merkezi) <<https://tr-tr.facebook.com/help/101.771.7331640041>> Erişim Tarihi 12 ocak 2021. Bununla birlikte Facebook uygulamasında anıtlştırılmış hesaba eklenen hesap varisi uygulaması ile hesap sahibinin hayatta iken belirlemiş olduğu hesap varisi birtakım işlemler yapabilmektedir. Buna göre örneğin cenaze merasimiyle ilgili bilgi vermek gibi murisin profilinin başına tutturulan bir gönderi yazabilir, profil resim veya kapağını güncelleyebilir. Ancak bu kişi bile kullanıcı hesabınıza giriş yapamaz, onun mesajlarını okuyamaz veya arkadaşlık isteği gönderemez.

dijital veri murisin kişiliğine bağlı olup niteliği gereği bir başkası tarafından kullanılmaya uygun değilse ve para ile ölçülebilen bir değeri de yoksa bunun mirasçılar tarafından kullanılmaya devam etmeyeceğinin kabulü gerekir; buna karşılık bir “Youtuber” olarak adlandırılan murisin Youtube kanalı için aksi yönde bir sonuca varılabilir¹²⁶. Son aktarılan durumda kullanıcı hesabı her ne kadar öncesinde murisin kişiliğine yönelik özellikler taşısa da söz konusu kullanıcının ticari kullanımı ve getirileri bunun malvarlığı boyutunu kişilik değerleri boyutuna baskın hale getirebilmektedir. Bu durumda mirasçıların hesaba ve verilere tamamen erişim sağlanması ile bunları kullanmaya devam etmeye izni verilmesi de kabul edilebilmektedir¹²⁷.

Ancak öğretide genel olarak murisin kullanıcı hesabının kullanmaya devam etmek suretiyle üçüncü kişiler ile iletişim kurulması hakkının dijital terekeye konu teşkil etmeyeceğine işaret edilmektedir¹²⁸. Buna karşılık örneğin Facebook kararında özellikle metroda vefat eden genç kızın şaibeli ölümünü araştırmaya yönelik ailesinin (mirasçıların) menfaati ile üçüncü kişilerin gizliliğe ilişkin menfaatleri karşılaştırılmıştır. Burada somut olayda ağır basan mirasçıların menfaati ve üçüncü kişilerin kişilik haklarının ihlal edilmediği gözetilerek mirasçıların kullanıcının hesabı yerine, sadece bu hesapta yer alan verilere erişim yetkisi tanınmış olması yeterli görülmemiştir¹²⁹.

Bu anlamda hesap kullanıcısının kişilik değerlerinin ve kişilik özelliklerinin ön planda olduğu durumlar zikredilebilir. Burada artık mirasçıların murisin kullanıcı hesabını aktif durumda kullanımının engellenmesi gündeme gelebilir. Hatta (kişiliğin ve üçüncü kişinin beklentilerinin çok fazla öne çıktığı) bir eş bulma sitesinde murisin vefatı durumunda, bu kullanıcı hesabının terekeye hiç (veya hesabın kişiye sıkı surette bağlı olarak görülen kısmının) intikal etmemesi uygun görülebilir¹³⁰. Benzer bir şekilde çok katılımcılı ve bireysel performansın ön plana çıktığı bir bilgisayar oyununda oyuncuların birinin ölümü halinde benzer bir sonuca varılabilir¹³¹. Ancak bir dijital değer terekeye hiçbir şekilde intikal etmediğinin kabulü için, bunun dolaylı da olsa terekenin belirlenmesine etki etmeyecek olması ve bu konuda mirasçıların bilgi alma ihtiyacına hizmet etmemesi gereklidir. Aksi halde en azından dijital varlığın terekeye intikali kabul edilip, yukarıda aktarılan buna erişim yetkisinin daha üst bir seviyede sınırlandırılması daha makul görülebilir. Kişilik hakları ihlal edilen üçüncü kişilerin somut olayda yukarıda aktardığımız ölçülülük ve dürüstlük ilkesine uygun olmayan tedbirler alınması veya bu esaslara uygun alınmış tedbirlere uyulmaması suretiyle kişilik haklarının

126 Krş Löttscher, ‘Das erbrechtliche Schicksal von Accounts’ (n 2) 307; Maraşlı Dinç (n 6) 281 vd.

127 Löttscher, ‘Das erbrechtliche Schicksal von Accounts’ (n 2) 316.

128 Krş Raude (n 52) 20; Herzog, ‘der digitale Nachlass’ (n 2) 3749.

129 BGH, III ZR 183/17, 12.07.2018 N. 88 vd., 93; Bosshardt and Lorena (n 8) N. 124. Bu şekilde artık mirasçılara (pasif bir şekilde de olsa) güncel kullanım ara yüzü ile kullanıcı hesaplarını kullanabilme imkanı sağlandığı hakkında Bkz Biermann, ‘Facebook-Nutzungsvertrag nach dem Tod’ (n 51) 344 vd.; Nils W Aufner, ‘Erfüllung des Anspruchs auf Zugang zu geerbten Plattformkonten’ (2020) (9) ErbR 598, 600; Löttscher, ‘Das erbrechtliche Schicksal von Accounts’ (n 2) 308.

130 Krş Löttscher, ‘Das erbrechtliche Schicksal von Accounts’ (n 2) 314, 316. Dortmund mahkemesi bir kararında (AG Dortmund, NJW – RR 1991 s 689); “*bu hesabın kullanılmasının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunu ve bu hesabın mirasçılara geçmeyeceğine*” hükmetmiştir” (İnce Akman (n 3) 540’dan naklen).

131 Krş Büyüksagis, Özyiğit, Mirkelam Falay ve Buldağ/ Okur (n 6) 364. Fakat söz konusu oyuna ilişkin kullanıcı hesabında parasal değeri olan, örneğin bazı bilgisayar oyunlarında satın alınan dijital oyun aksesuarları gibi, bir dijital kayıt bulunmakta ise şüphesiz bu kaydın da terekeye intikali gündeme gelecektir.

ihlal edilmesi veya edilmesi tehlikesinin bulunması durumunda, mirasçılara veya sosyal medya şirketine karşı kişilik hakkını koruyucu davalar (TMK m. 24 vd./ ZGB m. 28 vd.) açmaları gündeme gelebilecektir¹³².

V. DİJİTAL VARLIKLARIN TEREKEYE İNTİKALİNİN SÖZLEŞMEYLE SINIRLANDIRILABİLMESİ

Terekeye intikal edebilirliğin belli şartlar altında sözleşme ile sınırlandırılabilmesi mümkündür¹³³. Elektronik ortamda yapılan bir sözleşme ölümden sonraya etkili bir sonuç öngörmesi durumunda söz konusu bu sözleşme ölüme bağlı tasarruf niteliğinde olup, bunlara ilişkin aranan şekil şartlarına tabi olacaktır¹³⁴. Öngörülen gerekli resmi şekli sağlamayan ölüme bağlı tasarruflar TMK m. 531 anlamında geçerli değildir. Bu bağlamda elektronik sözleşmeler yönünden dijital imzanın resmi şekil şartını sağlamadığını hatırlatabiliriz (Elektronik İmza Kanunu m. 5 f. 1). Bu sebepten hukuk sistemimizde dijital ortamda yapılan bu tür sözleşmeler geçerli olmayacaktır¹³⁵.

Ancak gerekli şekil şartlarına uyulması suretiyle durumunda da dijital varlıkların terekeye intikalini öngören kayıtların maddi yönden geçerliliği irdelenmelidir. Söz konusu incelemeyi bu kayıtların ölüme bağlı tasarruf veya sağlararası işlem olarak nitelendirilmesi durumuna göre ikili bir ayırmda yürütebiliriz. Elektronik ortamda yapılan bir işlemde açıkça bunun ölümden sonraya etkili olduğu belirtilmiyorsa, bu işlemin (şekle bağlı olan) ölüme bağlı tasarruf mu, yoksa (resmi şekle bağlı olmayan) sağlararası hukuki işlem mi olduğu belirsiz olabilir¹³⁶. Böyle bir durumda favor negotii (işlemi ayakta tutma) esası ile Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin de içtihatlarına uygun olarak¹³⁷ bunun sağlararası bir hukuki işlem olarak ayakta tutulabileceği ileri sürülebilir. Şekil yönünden bu tür kayıtların geçerli kabul edildiği son ihtimalde bunların bireysel sözleşme veya genel işlem koşulu niteliğinde olması mümkündür. Son aktarılan durumda da bu tür bireysel sözleşme olarak kabul edildiği durumda (aşırı yararlanma teşkil etmeme, ahlaka veya kişilik haklarına aykırı olmama gibi sözleşmelere ilişkin genel sınırlar çerçevesinde) geçerlilikleri tereddüt uyandırmazken, bunların genel işlem koşulu niteliğinde olmaları hali ayrıca irdelenmelidir.

132 Krş Herzog, 'der digitale Nachlass' (n 2) 3750; Lötscher, 'Das erbrechtliche Schicksal von Accounts' (n 2) 323; Künzle, *PraxKomm ErbR* (n 19) N 64b, d; Künzle, 'Digitaler Nachlass' (n 7) 42. Genel olarak kişilik haklarını koruyucu davalar için örneğin Bkz Serap Helvacı, *Türk - İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar* (Beta 2001).

133 Öğretide mirasbırakanın sadece bir dijital veriyi/ hesabı şifrelemiş olmasının da tek başına onun örtülü iradesinin ölümünden sonra bunun mirasçılara geçmesini istemeyeceği şeklinde yorumlanmaması gerektiğine dikkat çekilmektedir. Aksi yönde bir kabulün; bu kişinin, örneğin fiziksel dünyada da sahip olduğu ve kimsenin bilmediği bir banka hesabının da ölümünden sonra mirasçılara geçmesini istemeyeceği şeklinde yorumlanır ki, böyle bir kabulün bizi tutarsız sonuçlara götürebileceği belirtilmektedir. Yapmış olduğumuz açıklamalar için Bkz Bosshardt and Lorena (n 8) 84; Künzle, 'Digitaler Nachlass' (n 7) 42.

134 Künzle, 'Digitaler Nachlass' (n 7) 40.

135 Büyüksagis, Özyiğit, Mirkelam Falay ve Buldağ/ Okur (n 6) 364.

136 Sağlararası tasarruflar ile ölüme bağlı tasarruflar arasındaki ayırım ve burada yararlanılabilecek kistaslar için örneğin Bkz Antalya ve Sağlam (n 12) N 362; Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (n 6) 98 vd.

137 Yargıtay'ın (Yargıtay HGK, E 2006/3 - 754, K 2006/757, 29.11.2006) ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin (BGE 99 II 268) kararlarının ilgili bölümlerini aktarıp, bunlara katılarak bu içtihatların kıyasen sosyal medya platformundaki dijital varlıkların intikaline de uygulanabileceği yönünde Bkz Büyüksagis, Özyiğit, Mirkelam Falay ve Buldağ/ Okur (n 6) 365 vd.

Aşağıda yapmış olduğumuz ayrıma uygun olarak sırasıyla söz konusu kayıtların ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirilmesi; daha sonraki alt başlıkta ise bunların genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesi ihtimalinde geçerliliğini çalışmanın kapsamını aşmayacak şekilde genel hatlarıyla irdeleyerek incelememizi sonlandıracağız.

A. ÖLÜME BAĞLI TASARRUF OLARAK DİJİTAL VARLIKLARIN TEREKEYE İNTİKALI SINIRLAYAN KAYITLAR

Fiziksel bir ortamda ölüme bağlı tasarruflara ilişkin gerekli şekil şartlarına uyularak, mirasbırakanın mirasçılarının kullanıcı hesabına erişimini sınırlayabilmesi veya engelleyebilmesi mümkündür¹³⁸. Bu doğrultuda mirasbırakanın vefatından sonraya etkili olmak üzere; mirasçı veya mirasçılara yönelik olarak kullanıcı hesabının veya bu hesabının içindeki verilerin silinmesine yönelik arzusu bir yükleme olarak (TMK m. 515 f. 1¹³⁹/ ZGB m. 482 f. 1) öngörülebilir¹⁴⁰. Bunun haricinde bu tarz bir yükümlülük ölüme bağlı bir tasarrufun hüküm doğurması veya hükümlerini sona erdirmek için geciktirici veya bozucu koşul olarak kararlaştırılabilir¹⁴¹. Ölüme bağlı tasarrufun hüküm ve sonuçlarını doğurduğu an itibarıyla da her ilgili koşul veya yüklemenin¹⁴² yerine getirilmesi istenebilecektir (TMK m. 515 f.1 c. 2). Bu bağlamda kişilik değerleri kullanıcı hesabına müdahale ile etkilenebilecek olan üçüncü kişiler de söz konusu madde kapsamında ilgili sayılabilir¹⁴³.

Ancak bunun için koşul veya yüklemeye ilişkin kanuni esaslara riayet edilmelidir. Bunlardan hukuka ve ahlaka aykırı olanların geçersizliği söz konusu olurken (TMK m. 515 f. 2/ ZGB m. 482 f. 2), anlamsız veya faydasız olanlar yok sayılır (TMK m. 515 f. 2/ ZGB m. 482 f. 3)¹⁴⁴. Sosyal medya hesabının silinmesi konu alacak işlemin üçüncü bir kişinin kişilik hakkını ihlale sebebiyet vermesi

138 Bunun yerine getirmesi bir için bir vasiyeti yerine getirme görevlisi atanması da mümkündür. Bu konuda Bkz Bosshardt and Lorena (n 8)¹⁴⁴ vd. Yazarlar özellikle bu kişinin dijital terekeye konu işlemlerin yürütümünde yeri geldiği zaman dijital tereke konusunda uzmanlaşmış IT (bilgi/bilişim teknolojileri) danışmanlarından destek alması gerektiğine işaret etmektedirler (N 145). Bu konuda yazarlar ilgili eserde onun teknik olarak nasıl hareket edebileceğine yönelik birtakım açıklamaları da paylaşmaktadır (N 146 – 151). Nihayet gerek mirasçılardan gerekse sosyal medya şirketinin vasiyeti yerine getirme görevlisinin bilgi taleplerini karşılama yükümlülükleri bulunduğunu vurgulamaktadırlar (N 152 ff).

139 Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi, Cilt – I (495 – 574)* (1.Bası, On İki Levha 2018) § 515 N 554 vd. İmre ve Erman (n 9) 141 vd. Dural ve Öz (n 12) N 748 vd.; Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (n 6) 137 vd. Serozan ve Engin (n 9) § 4 N 150 vd.; K Kocayusufpaşaoğlu (n 9) 281 vd. Antalya ve Sağlam (n 12) N 789 vd., 796 vd.

140 Lötscher, 'Das erbrechtliche Schicksal von Accounts' (n 2) 319; Herzog, 'der digitale Nachlass' (n 2) 3750.

141 Antalya ve Sağlam (n 12) N 791; Çabri, '*Miras Hukuku Şerhi Cilt – I* (n 133) TMK § 515 N 537.

142 Ancak belirtiriz ki (koşuldan farklı olarak) başka bir maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf söz konusu olmadan, sadece mirasçıya/ mirasçılara yüklemek yükleyen bir vasiyetname de yapılabilir. Bağımsız yüklemeler hakkında örneğin Bkz Kocayusufpaşaoğlu (n 9) 281; Dural ve Öz (n 12) N 755; Antalya ve Sağlam (n 12) N 802.

143 İlginin çevresine maddi ve manevi menfaati olan herkes girebilir. Bu bağlamda bir malvarlığı menfaati ve hatta hukuken korunan bir menfaat olmasına da gerek bulunmadığı belirtilmektedir. Bu anlamda ilgili çevresi çok geniş tutulmuştur. Bu konuda örneğin Bkz Serozan ve Engin (n 9) § 4 N 151b; Dural ve Öz (n 12) N 760.

144 Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (n 6) 138, 141; Çabri, '*Miras Hukuku Şerhi Cilt – I* (n 133) TMK § 515 N 542, 552 562 vd.

durumunda bunların hukuka¹⁴⁵ ve/ veya ahlaka¹⁴⁶ aykırı sayılmak suretiyle geçersiz olması¹⁴⁷ gündeme gelebilir¹⁴⁸. Örneğin silinmeye konu olan sosyal medya hesabında üçüncü bir kişiye ait olan, kendisinde bir örneğin bulunmadığı için mirasbırakan hayatta olsa idi bir süre sonra kendisinden alacak olduğu, kendisi için manevi değerleri olan özel fotoğrafları bulunabilir. Yükleme veya koşula konu olan bir dijital değer silinmesinin mümkün olmadığı bir durumda ise ifası imkansız olan bir

145 Hukuka aykırılığın emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılığı kapsadığı hakkında örneğin Bkz. Antalya ve Sağlam (n 12) N 1137; Çabri, *'Miras Hukuku Şerhi Cilt - I'* (n 133) TMK § 557 N 1315

146 Kişilik haklarının kendi uygulama alanı bulunmakla birlikte kişilik haklarına aykırılık durumu ile ahlaka aykırılığın eş zamanlı olarak gerçekleşmesi mümkündür. Bu konuda örneğin Krş. bkz. O Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt VI/ 1,1* (2. Bası, Seçkin 2019) N 2042; Antalya ve Sağlam (n 12) N 1141 M Kemal Oğuzman ve M Turgut Öz, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1* (18. Bası, Vedat 2020) N 280 vd.

147 Ancak bu durumda da geçersizliğin türünün tespiti ve üçüncü kişinin kişilik haklarına aykırılık durumuna nasıl yaklaşılması gerektiği tartışmalıdır. Şöyle ki TMK m. 515 f. 1'de hukuka veya ahlaka aykırı koşullar ve yüklemelerin, ilişkin buldukları tasarrufu geçersiz kılacağı belirtilmiştir. Ancak buradaki geçersizliğin iptal edilebilirlik mi, yoksa kesin hükümsüzlük mü olduğu öğretide tartışmalıdır. Özellikle bu hüküm ile birlikte iptal sebeplerine ilişkin TMK m. 557 f. 1 b. 3'ü birlikte okuyan baskın yaklaşım TMK m. 515 f. 1'deki geçersizliğin iptal edilebilirlik olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedirler. Bu görüşün ileri sürdüğü gerekçelerden bazıları arasında ölüme bağlı tasarrufun ayakta kalma ilkesi ve hukuk güvenliği yer almaktadır. Örneğin bu konuda Bkz. Serozan ve Engin (n 9) § 4 N 265. Ancak son eserde yükleme ve koşula ilişkin olarak iptalin de sadece ilgili koşul ve yükleme ile sınırlı biçimde "bölümsel" uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir (§ 4 N 265). Buna karşılık öğretide hukuka ve ahlaka aykırılığın yaptırımının kesin hükümsüzlük olması gerektiğine, TBK 27'den ayrılmayı gerektiren bir sebebin söz konusu olmadığına, zaten hukuka ve ahlaka aykırı bir ölüme bağlı tasarrufun talep edilmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağı ile karşılaşacağına işaret edilmektedir. Bu konuda Bkz. Dural ve Öz (n 12) N. 732, dp 396, N 1014; Kocayusufpaşaoğlu, 336 vd; Antalya ve Sağlam (n 12) N 1147. Son zikredilen görüşün benimsenmesi durumunda kesin hükümsüzlük yaptırımı gündeme geleceğinden, hakim bunu resen dikkate alabilecek ve herkes ve bu arada aktarmış olduğumuz örnekteki kişilik hakkı ihlal edilen kişi de bunu dava yoluyla ileri sürebilecektir. Genel olarak kesin hükümsüzlüğün özellikleri hakkında örneğin Bkz. Antalya (n 146) N 672 vd; Oğuzman ve Öz (n 146) N. 546. Buna karşılık ilk görüşün benimsenmesi durumunda kişilik hakkı ihlal edilen kişinin durumu ayrıca irdelenebilir. İptal hakkını düzenleyen TMK m. 558'in ilk fıkrasında dava açma hakkı tasarrufun iptal edilmesinde menfaatine bulunan herkese ve hatta her mirasçı ve vasiyet alacaklına da değil, sadece "menfaati bulunan mirasçı veya vasiyet alacaklısı"na tanınmıştır. Yapmış olduğumuz vurgu için Krş Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (n 6). Bu anlamda aktarmış olduğumuz örnekteki gibi kişilik hakkı ihlal edilen üçüncü kişi TMK m. 558 f. 1'de davacı olabilecek kişiler arasında yer almamaktadır. Genel olarak iptal davasında davacı olabilecek olanlar hakkında örneğin Bkz. Çabri, *'Miras Hukuku Şerhi Cilt - I'* (n 133) TMK § 558 1340 vd. Öğretide iptal edilebilirlik görüşü içinde yer alan bazı alt görüşlere göre hukuka ve ahlaka aykırılığa ilişkin olarak birtakım ekstrem durumlarda kesin hükümsüzlük söz konusu olabilir. Bizce hukuka ve ahlaka aykırılık içinde bu aykırılığın niteliğine göre; bunun aşırı (ekstrem) olup olmaması esas alınarak yapılacak bir ayırım belirsiz olup, böyle bir genelleme hukuk güvenliğini zedeleyebilir. Yukarıda aktardığımız ikinci görüşün benimsendiği bir ihtimalde yüklemenin yerine getirilmesi somut olayda TMK m. 2 f. 2'nin düzeltici fonksiyonu ile sınırlandırılabilir. Bu durumda da sosyal medya hesabının silinmesi talebinin hakkın "açıkça" kötüye kullanılması sayılıp sayılmayacağı somut olay bazında değerlendirilecektir. Her halde üçüncü kişinin bu durumdan etkilenen kişilik değerleri de menfaat değerlendirilmesinin içine dahil edilecektir. Aslında ilk görüşün aktardığımız gerekçeleri arasında da hukuka ve ahlaka aykırılık durumunda iptal hakkı kullanımının TMK m. 2 f. 2'ye aykırılık teşkil ediyor olması yer almaktadır. "Hukuka ve ahlaka ekstrem aykırılığı" esas alan ve kendi içinde de bunun kabulü noktasında farklılaşan görüş hakkında Bkz. Daniel ABT, '§519'; in Daniel Abt und Thomas Weibel (eds), *Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung - Nachlassabwicklung - Willensvollstreckung - Prozessführung* (4. Auflage, Helbing & Lichtenhahn 2019) N 5 ff; Lötscher, *'der digitale Nachlass'* N 49. Son zikredilen yazar üçüncü kişilerin kişilik haklarına aykırılık durumlarının söz konusu görüşün ölçütü olan "hukuka ve ahlaka ekstrem aykırılığın" kolaylıkla sağlayabileceğinden yola çıkılmayaacağına işaret etmektedir (N 49). Yazarın katıldığı görüşe göre sosyal medya hesabının silinmesini konu alacak yüklemenin üçüncü bir kişinin kişilik hakkını ihlale sebebiyet vermesi durumunda söz konusu hukuka aykırılığa ilişkin miras hukukuna yönelik hukuki çarelere başvurulamayacaktır. Böyle bir durumda üçüncü kişi genel hükümler kapsamında (ZGB Art. 28 ff; TMK m. 25 vd.) kişiliği koruyucu davalara başvurma imkanı bulunmaktadır (N 50). Biz de çalışmamızın kapsamını arttırmamak üzere aktarmış olduğumuz açıklamalara işaret etmekle yetiniyoruz.

148 Cordula Lötscher, *der digitale Nachlass*, (Schulthess Juristische Medien AG 2021) N 46 vd.

yükleme veya koşulun söz konusu olduğunu söyleyebiliriz¹⁴⁹. Örneğin mirasbırakanın yüklemeye konu olan ve sahip olduğu kripto paralara erişimi mümkün kılan özel anahtarının (“*privat key*”) kayıtlı olduğu kağıt (kağıt cüzdan/ “*paper wallet*”) yok olmuşsa artık bunun da ifası imkansızdır¹⁵⁰.

Genel olarak hukuka, ahlaka aykırı olmayan ve imkansız olmayan şeylerin cebri icraya konu olabildikten sonra yüklemenin konusunu oluşturabileceği, ancak tereke ile ilgili olmayan bir yüklemenin de kişilik haklarına aykırı olmaması gerektiğine öğretide işaret edilmektedir¹⁵¹. Dijital terekeye konu olan verileri silmeye yönelik yapılan yüklemeye ilişkin olarak bunun geçerli olarak kabul edilebilmesi ve icra edilebilmesi için mirasbırakanın bu veriler üzerinde tasarruf etme yetkisinin bulunması ve bunun kabulü için ise öncelikle mirasbırakan hukuki konumu nedeniyle ilgili verileri silme yetkisine sahip olması gerekir¹⁵². Örneğin dijital değerlerin kayıtlı olduğu taşınabilir bellek gibi bir veri depolama alanının mülkiyetine sahipse veya arka plandaki bir sözleşme uyarınca birtakım verileri üzerinde tasarruf edebilme hususunda bir talep ileri sürebiliyorsa veya genel olarak sürekli edimli bir sosyal medya sözleşmesini feshetme imkanı bulunursa bu şart sağlanmaktadır¹⁵³. Ayrıca olumsuz bir şart olarak bunlar üzerinde üçüncü şahısların mirasbırakanın silinme talebinin yerine getirilmesinin önüne geçecek hakları bulunmamalıdır, örneğin bir sözleşmeden doğan iade talepleri veya dijital değerler üzerinde fikri mülkiyet hakları gibi¹⁵⁴.

Özellikle kullanıcı hesabı ve içindeki verilerin terekedeki malvarlığı hakları, borçları veya mirasçılara hak ve borçları külliyen intikal edebilecek nitelikte olan sözleşmeler ile bağlantılı olabilir. Böyle bir durumda söz konusu bu maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufun mirasçılarının saklı payını zedelememesi önem taşır¹⁵⁵. Aksi halde sonradan açılacak bir tenkis davasında yine hesabın içine girilmek suretiyle hesabın ekonomik etki ve belki değerine göre (örneğin yüklü olan hediye çeki veya dijital cüzdandaki para gibi) saklı payı zedelemeyecek seviyeye indirgeme gündeme gelebilir¹⁵⁶.

149 Baskın görüşe göre koşul imkansız ise bir ayırım yapılmalı ve bozucu koşul söz konusu ise ölüme bağlı tasarruf sanki bu koşul öngörülmemiş gibi geçeli kabul edilirken, geciktirici koşulda bu tasarrufun geçersiz olması gündeme gelir. Bu görüş için örneğin Bkz. Antalya ve Sağlam (n 12) N 810; Çabri, ‘Miras Hukuku Şerhi Cilt – I’ (n 133) TMK § 515 N 553; Dural ve Öz (n 12) N 746. Buna karşılık azınlıktaki görüşe göre imkansız koşul (bir önceki görüşün yaptığı gibi bir ayım yapılmaksızın) ölüme bağlı tasarrufu geçersiz kılar. Bu yönde örneğin Bkz Mehmet Ayan, Miras Hukuku (10. Baskı Adalet 2020) 153; Kılıçoğlu, Miras Hukuku (n 6) 137. Yüklemeye konusunda ise katıldığımız görüş yüklemenin bağımlı olup olmamasına göre bir ayım yapar. Şayet yüklemeye bağımsız ise imkansız olan yüklemeye rağmen ölüme bağlı tasarruf geçerlidir. Şayet yüklemeye bağımlı ise mirasbırakanın iradesi belirleyicidir. Şayet onun bu durumu bilseydi söz konusu ölüme bağlı tasarrufu yapmayacağı kabul ediliyorsa yüklemenin bağımlı olduğu ölüme bağlı tasarrufun da geçersiz olacağı, aksi durumda ise geçerli olacağı belirtilmektedir. Bu konuda örneğin Bkz Çabri, ‘Miras Hukuku Şerhi Cilt – I’ (n 133) TMK § 515 N 564; Antalya ve Sağlam (n 12) N 810.

150 Fatih Bılgılı ve Fatih M Cengil, *Blockchain ve Kripto Para Hukuku*, (1. Bası Dora Yayınları 2019) 72 vd., 74 vd., 219. Genel olarak kripto cüzdanlar hakkında ayrıca örneğin Bkz. Seiler and Seiler (n 81) N 11.

151 Dural ve Öz (n 12) N 759; Çabri, ‘Miras Hukuku Şerhi Cilt – I’ (n 133) TMK § 515 N 557.

152 Lötcher, ‘*der digitale Nachlass*’ (n 148) N 41.

153 ibid N 41.

154 Krş Lötcher, ‘*der digitale Nachlass*’ (n 148) N 41. Genel olarak dijital sosyal medya hesaplarındaki bilgilerin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda değerlendirilmesi gerektiği hakkında Bkz Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (n 6) 6.

155 Krş Lötcher, ‘*Das erbrechtliche Schicksal von Accounts*’ (n 2) 319.

156 Genel olarak tenkis davasının hüküm ve sonuçları için örneğin Bkz Eren ve Yücer Aktürk (n 10) N 1015 vd.; Antalya ve Sağlam (n 12) N 1355 vd.; Çabri, ‘Miras Hukuku Şerhi Cilt – I’ (n 133) TMK § 563 N 1466.

Öte yandan silinmeye konu olacak kullanıcı hesabının, saklı payın hesaplanabilmesi için önem taşıyan bilgiler içermesi de mümkündür¹⁵⁷. Saklı paylı mirasçıların bilgi edinme hakkı İsviçre Medeni Kanun Değişikliği Ön Taslağı'nda ("Vorentwurf der Erbrechts-Revision") VE-ZGB m. 601a ile vurgulandığını yukarıda aktarmıştık. Bu bağlamda VE-ZGB m. 601a f. 3 dikkat çekici ve TMK yönünden olması gereken hukuk açısından yol göstericidir. Bu maddeye göre saklı paylı mirasçıların bilgi edinme hakkı, murisin ölümüne bağlı tasarruflarıyla onların ellerinden alınamayacaktır¹⁵⁸. Yine murisin saklı pay taleplerini zedelemek amacıyla hesabın veya hesabın içindeki bilgilerin silinmesini konu alan ve söz konusu önem taşıyan bilgilere erişimi engelleyecek bir ölümüne bağlı tasarruf ahlaka aykırı sayılarak geçerli kabul edilmemelidir.

B. GENEL İŞLEM KOŞULU OLARAK DİJİTAL VARLIKLARIN TEREKEYE İNTİKALİ SINIRLAYAN KAYITLAR

Bu başlık altında mirasbırakan ile hizmet sunucusu şirketler arasında yapılan ve dijital varlıkların terekeye intikali sınırlayan kayıtların niteliğinin genel işlem koşulları olması haline ilişkin olarak genel hatlarıyla bazı tespitlerimizi paylaşacağız.

Gerçekten de elektronik ticaretin her geçen gün yaygınlaştığı günümüzde dijital ortamda kullanıcılar facebook, tweeter vb. diğer uygulamaları cep telefonlarına, tabletlerine vb.'ne indirip yüklemeyen önce, sıklıkla genel işlem koşulu olarak nitelendirilmeleri mümkün olan uygulama sözleşmelerini¹⁵⁹ kabul etme durumunda kalmaktadırlar. Hizmet sunanın hizmetinin ivazlı olarak kabul edilip edilmemesine (ivazın tam olarak neyi ifade ettiğine ilişkin belirlemeye)¹⁶⁰ ve ivazın bir sözleşmeyi

157 Böyle bir durumda kullanıcı hesabında yer alan bu bilgilerin hangilerinin vasiyeti yerine getirme görevlisi veya vasiyet borçluları tarafından saklı payın hesaplanabilmesi önem taşıyıp taşımadığına ilişkin bir ayırıştırmanın nasıl yürütülebileceğinin de ucunun açık olduğu hakkında Bkz Lötscher, 'Das erbrechtliche Schicksal von Accounts' (n 2) 320. Daha önce önerdiğimiz gerekçelerle atanması gerektiğini vurguladığımız yönetim kayyımı, zaten kanun gereği gerekli yeterliliğe ve teknik formasyona sahip kişiler arasından seçileceğinden (eş zamanlı olarak üçüncü kişilerin kişilik haklarını etkileyebilecek bilgileri de asgari düzeyde mirasçılarla paylaşacak şekilde) söz konusu ayırıştırma faaliyetini yürütebilmesi kendisinin beklenebilecektir.

158 VE – ZGB m. 601a f. 3: "Pflichtteilberechtigten Erben kann das Informationsrecht nicht durch eine letztwillige Verfügung entzogen werden; ...", Bundesamt für Justiz, 'Vorentwurf und Erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht)', (Laufende Rechtssetzungsprojekte Erbrecht, 5 Haziran 2020) <<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf>> Erişim Tarihi 30 Aralık 2022.

159 Krş İpek Sağlam, *Elektronik Sözleşmeler* (Legal 2007) 76 vd. Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, 'Elektronik Sözleşme Mesafeli Sözleşme Ayırımı' iç Hakan Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun (edr) *E – Ticaret Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları* (Aristo 2017) 64 vd. Merve Arslan, *Elektronik Ticaret ve Mesafeli Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması* (Seçkin 2021) 87 vd.

160 Bu anlamda, örneğin akıllı cep telefonlarına indirilen birçok uygulamalarda görüldüğü üzere tüketiciden herhangi bir bedel talep edilmemekle birlikte, uygulama geliştiricileri reklam geliri elde etmektedirler. Bunun yanında günümüzde dijital birçok ortamda tüketicinin söz konusu uygulamaya ilişkin olarak verileri analiz edilerek satıcı veya sağlayıcılar onların karar verme süreçleri, hayat koşulları vb. üzerinden yaptıkları çıkarsamalar ile ticari stratejiler oluşturmaktadırlar, bazen bunlardan bazılarını da birbirleri ile paylaşıp ortak stratejilerde üretmektedirler. Günümüzde büyük veri olarak nitelendirilen, çok farklı çeşitte, çok sayıda verilerimiz işlenmek suretiyle, bunların ticari bir meta haline geldiği söylenebilir. Bu anlamda ivaz kavramının da artık sadece ücret değil, geniş anlamda bu tür durumlar dikkate alınarak değerlendirilmesi ve bu tür işlemlerin tüketici işlemi olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Örneğin hizmetin tanımına ilişkin TKHK m 3 f 1-d'de ücret ifadesi yanında "menfaat karşılığında yapılan" ifadesi de bu tür durumları karşılamaktadır. Zaten tüketici lehine yorum esası da TKHK'nun uygulama alanını genişleten bu sonucu da desteklemektedir. Son bahsetmiş olduğumuz büyük veri kavramı ve bunun kişisel verilerin korunması ve rekabet

tüketici işlemi olarak nitelendirip nitelendirmemesine göre¹⁶¹, TKHK m. 5 (ve haksız yönetmeliği) veya TBK m. 20 vd. hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilir. Biz bu konudaki tartışmaların ucunu açık bırakarak makalemizin kapsamını genişletmemek üzere, TBK m. 20 vd. hükümleri dikkate alınarak açıklamalarımıza devam edeceğiz.

Dijital varlıkların terekeye intikalinin sınırlandırılabilmesini öngören uygulama sözleşmesindeki bu tür kayıtlar sıralı bir şekilde yürütülen genel işlem koşulu denetim mekanizmasının uygulanarak (ilişkilendirme, yürürlük ve özel kapsam denetimi gibi çeşitli ara denetim aşamalarından oluşan) kapsam denetimi aşamasında¹⁶² yazılmamış sayılmaları gündeme gelebilir. İlişkilendirme denetiminde sözleşmenin karşı tarafına genel işlem koşullarının varlığı hakkında bilgi verilmeli ve bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlanmalıdır¹⁶³. Nitekim Facebook kararında Alman Federal Mahkemesi kullanıcı hesap bilgilerine erişimi sınırlayan kayıtların daha kapsam denetimi çerçevesinde ilişkilendirilmedikleri, zira anıt hesap hakkında bilgilerin kullanıcının uygulamayı kabul ederken ki genel işlem koşulları arasında değil, Facebook'un sosyal ağında yer aldığına işaret etmiştir¹⁶⁴. Gerçekten de ilişkilendirme denetiminin koşullarının dijital ortamda yürütülen işlemlerde sağlandığının kabulü için, bu tür kayıtların en azından karşı tarafla bağlantısının ("link") paylaşılması beklenebilir¹⁶⁵.

Öte yandan bu tür kayıtlar mahkemede ilişkilendirme denetiminden geçmiş olsa idi dahi, farklı ihtimaller dahilinde bunların içerik denetimine aykırılıkları da söz konusu olabilir¹⁶⁶. Öncelikle

hukuku boyutları ile değerlendirilmesine yönelik örneğin Bkz Beste Ekin, *Kişisel Verilerin Korunması ve Rekabet Hukuku Boyutuyla Büyük Veri* (On İki Levha 2021). O yüzden bir sosyal medya uygulamasında açıkça bir bedel kararlaştırılmasına da bu durumun söz konusu sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme karakterini değiştirmeyeceği hakkında Bkz Herzog 'der digitale Nachlass und das Erbrecht' (n 58) 472; Raude (n 52) 22.

- 161 Bir sözleşmenin tüketici işlemi sayılabilmesi için ivazlı olması gerektiği, söz konusu hususun TKHK'da mal tanımında "alışverişe konu olma", hizmet tanımıda ise "hizmetin bir ücret veya menfaat" karşılığı olması sözleri ile ortaya konduğu, zaten işin doğası gereği bunun kabulü gerektiği hakkında Bkz Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Tüketici Hukuku* (Adalet 2021) 130. Yine bu yönde örneğin Bkz Sezer Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (Adalet 2021) 103; Mehmet Bahtiyar ve Levent Biçer, 'Adı İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına Serap Helvacı (ed), *Cevdet Yavuz'a Armağan, Cilt I* (Beta 2016) 397; Aydın Zevkililer ve Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, (1. Bası, Seçkin 2016) 79 vd.
- 162 Bu işlemin tüketici işlemi kabul edilmek suretiyle tüketici standart sözleşmesi kabul edilmesi durumunda bu tür sözleşmelere TKHK m 5 yanında (TKHK'da öngörülmeden) kapsam denetimine ilişkin TBK m 21'in uygulanabilirliği tartışmalıdır. Baskın görüş buna diğer gerekçelerin yanında özellikle TKHK m 83 f 1 üzerinden ve ayrıca tüketici lehine amaca göre tüketiciye daha fazla koruma sağlayıcı yorumla olumlu yanıt vermektedir. Baskın görüş için örneğin Bkz Murat Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (Adalet 2018) §20 N 42 vd. ve dp 241'de geçen yazarlar. Azınlık görüşü ise her iki kanunun farklı olguları aradığı, bu olguların sağlanması durumunda hem TBK m 20 vd., hem de TKHK m 5'in uygulama alanı bulabileceği, aksi halde tüketici standart sözleşmelere TKHK m 5'te açıkça düzenlenmediği için kapsam denetimi uygulanmayacağı belirtilmektedir. Bu görüş için Bkz Antalya (n 146) N 2149 vd.
- 163 Murat Topuz, '6098 sayılı Türk Borçlar kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi' iç Tufan Ögüz (ed), *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan* (Filiz 2013) 1146 vd.; Osman Açıköz, *Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları* (On İki Levha 2013) 256 vd.; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (25. Bası, Yetkin 2020) N 50a 2 vd.; Haluk Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. Bası, Beta 2021) N 638 vd.
- 164 Krş BGH, III ZR 183/17, 12.07.2018 N 27.
- 165 Krş Bernd Ehle and Andre Brunschweiler, 'AGB Recht Schweiz/ Deutschland, Recht im Umbruch Ein rechtsvergleichender Überblick' (2012) (5) BB International 262, 265; Orhun Ersun Civan, *Genel İş Koşulları* (Beta 2015) 171.
- 166 Bu konuda uygulamadaki farklı sözleşme kayıtları ve ihtimaller dikkate alınarak yapılan güncel bir inceleme için Bkz

murisin vefatından sonra (hizmet sunan lehine tek taraflı olağanüstü bir fesih hakkı¹⁶⁷ olarak nitelendirilebilecek) hesabının silinmesini veya hesap silinmemekle birlikte bunu içindeki verilerin silinmesini öngören bir genel işlem koşulunun sıklıkla içerik denetimine aykırılık nedeniyle geçersizliği gündeme gelecektir¹⁶⁸.

Facebook kararında Alman Federal Mahkemesi anıt hesabı açılmasını öngörmek suretiyle tek taraflı olarak hizmet sağlayıcının edim yükümlülüğünü değiştiren kayıtların, içerik denetimine aykırılıktan dolayı geçersiz olacağını tespitinde bulunmuştur¹⁶⁹. Daha somut olarak mahkemeye göre; Facebook'un anıt hesabında terekenin küllü intikali prensibine ilişkin BGB Art. 1922'de amaçlanan dürüstlük kuralına açıkça aykırılık söz konusudur; söz konusu açık yarar dengesizliği de Facebook'un kullanıcıların mahremiyetini korumaya yönelik menfaati ile de (bu menfaatin somut olayda ihlali söz konusu olmadığından) dengelenememektedir¹⁷⁰.

Her ne kadar yukarıda aktarılan ICloud davasında Denizli 4. Sulh Hukuk ve Antalya Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından tartışma konusu yapılmamış olsa da Icloud hesabına ilişkin Apple kullanım koşullarında yer alan hesap sahibinin ölümü durumunda bu hesabın içeriğinin silineceğine ilişkin bir kaydın da geçersiz olabileceği belirtilebilir¹⁷¹. Hatta genel işlem koşulları arasında söz konusu davada olduğu gibi, sosyal medya şirketi tarafından mirasçılardan onların dijital terekeye erişimine ilişkin

Bosshardt and Lorena (n 8) 99 vd. Bu konuda yazarın eserinde incelediği kayıtlardan bazıları şu şekildedir; hesabı sonlandırma klozları, hesabı sonlandırmamakla birlikte bilgilerin mirasçılarla paylaşılmayacağına dair klozlar, erişimi sınırlandıran kayıtlar, erişim için birtakım şartlar öngören klozlar, hesabın kullanılmama halinde bir süre sonra kendiliğinden silineceği öngören klozlar, anıt hesaplar, hesap içeriğini sadece yazılı şekilde bir döküm olarak mirasçılarla paylaşabileceğini öngören klozlar (N 99 – 120).

167 TBK m 24: "Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır." Bu konuda örneğin Bkz Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 148) TBK § 24 N 1 vd., 3 vd. Antalya (n 146) N 2346 vd.; Oğuzman ve Öz (n 146) N. 517 vd. Ayrıca haksız şart olarak tüketici aleyhine dürüstlük kuralına aykırı tek taraflı değişiklik klozlarına yönelik tüketici standart sözleşmelere ilişkin 29033 sayılı Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'te de çeşitli örnekler bulunduğunu burada işaret etmekle yetinebiliriz.

168 Krş Raude (n 52) 22 vd.; Leipold (n 38) BGB § 1922 N 44; Lötscher, 'Das erbrechtliche Schicksal von Accounts' (n 2) 312; Bosshardt and Lorena (n 8) N. 101 vd., 103 vd.; İnce Akman (n 3) 549 vd., 556.

169 Bosshardt and Lorena (n 8) 115 vd.

170 Birtakım yukarıda tarafımızdan yapılan vurgular ile söz konusu tespitler için Bkz BGH, III ZR 183/17, 12.07.2018 N 27, 29 vd. Ayrıca mahkeme (Berlin Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin ifade ettiğinin aksine) söz konusu kaydın içerik denetimi dışında kalan asli edimlerin, doğrudan belirlenmesine ilişkin olan alanda yer almadığına dikkat çekmektedir (N 29). Yine bu tür kayıtların içerik denetimine aykırılık neticesinde geçersiz olacağı yönünde örneğin Bkz Leipold (n 38) BGB § 1922 N 29; Kutscher (n 45) 126 vd.; Lötscher, 'Das erbrechtliche Schicksal von Accounts' (n 2) 312. Son zikredilen yazara göre böyle bir durumda: "...kullanıcı sözleşmesinde hizmet sunandan beklenen kullanıcı hesabına giriş sağlanması, kayıt altına alınan içeriklere erişim ve bunlar üzerinde tasarruf yetkisi gibi esas edimlerin yerine getirilmemiş olacağına ve sonuçta sözleşmenin amacının gerçekleşmesinin imkansızlaşacağına..." (s 312'den naklen) işaret etmektedir.

171 Nitekim Apple iCloud kullanım koşullarında "halefiyet olmaması" başlıklı maddede yer bazı ifadeleri naklen şu şekilde aktarabiliriz: "Dijital Miras özelliğiyle izin verilen durumlar haricinde ve yasalar aksini gerektirmediği sürece, Hesabınız başkasına aktarılamaz ve ölümünüz halinde Apple Hesabınıza ilişkin haklar ve Hesabınızdaki içerikler sonlandırılır. Bir ölüm belgesinin alınması halinde Hesabınız sonlandırılabilir ve Hesabınızdaki tüm içerikler silinir." Apple, 'Yasal Bilgiler, iCloud'a Hoş Geldiniz,' (Apple Türkiye) <<https://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/>> Erişim tarihi 25 ocak 2022. Alman Hukuku'nda Apple iCloud kullanım koşullarında yer alan "Kein Recht des Überlebenden" başlıklı sözleşme maddesi hakkında bu doğrultuda varılan bir sonuç için Bkz Lötscher, 'Das erbrechtliche Schicksal von Accounts' (n 2) 313.

olarak mirasçılık belgesinin getirilmesinin ötesinde talepler gündeme gelebilir. Bu bağlamda dijital tereye erişimi kabul eden bir mahkeme kararının getirilmesinin istenmesinin içerik denetimine aykırılık teşkil edebileceği ileri sürülebilir¹⁷².

Buna karşılık hesabın veya hesap içindeki verilerin silinmesini öngörmemekle birlikte kullanım koşullarının sınırlandırılmasına ilişkin bir genel işlem koşulunun geçerli olup olmayacağı; somut olaydaki uygulamanın niteliğine, bunun içeriğine ve diğer sözleşmeye refakat eden koşullar dikkate alınarak¹⁷³ değerlendirilmelidir.

Örneğin mirasçının, murisin kullanıcı hesabını aktif olarak kullanılacağını düşünelim. Böyle bir durumda kullanıcı hesabının ismi değiştirilerek kullanımını öngören bir sözleşme kaydı ile üçüncü kişilere bir farkındalık yaratılabilir. Aktarmış olduğumuz ihtimalde bu tür kayıtların geçerli olarak kabul edilebilmesi somut olayda mümkün olabilir¹⁷⁴. Yine bir kullanıcı sözleşmesinde hesabın kullanılmama halinde, bir süre sonra bu hesabın kendiliğinden silineceğini öngören bir kayıt düşünelim. Bu durumda bu sürenin çok kısa olmamasının içerik denetiminden geçmesinin mümkün olacağı ve sosyal medya şirketinin de kullanılmayan bu tür çöp hesapları (“*Müll – Account*”) bulundurmama şeklindeki menfaatinin de böylece gözetilmiş olacağı ileri sürülebilir¹⁷⁵. Bunun gibi müşterek hesaplı bir bulut hesabına ilişkin bir kişinin vefatı durumunu ele alalım. Söz konusu durumda kullanıcı sözleşmesi ile mirasçılara intikalini engellemeden, sadece aktif kullanım imkanının makul şekilde sınırlandırılması geçerli olarak kabul edilebilir¹⁷⁶. Bu bağlamda hizmet sunanın diğer üyelerinin kişilik haklarını korumaya yönelik haklı menfaatinin de değerlendirmede gözetilmesi gerekmektedir. Bu konuda yukarıda yaptığımız açıklamalara atıf yapıyoruz.

SONUÇ

Çalışmamızda varmış olduğunuz sonuçları şu şekilde sıralayabiliriz:

-Öğreti ve uygulamada dijital terekeye konu olabilecek değerler çok geniş kapsamda ele alınmaktadır. Çalışmamızda yapılan incelemede (sosyal medya) kullanıcı hesapları sıklıkla esas alınmıştır.

172 Bu konuda Bkz Bosshardt and Lorena (n 8) 111. Dikkat çekici olan, örneğin mahkemeden bu konuda erişim isteğinin kabulüne ilişkin bir karar getirilmesinin istenmesinin de bu kapsam değerlendirilebileceği, bu tarz bir talebin dijital terekeye erişimi gereksiz bir şekilde uzattığı, zorlaştırdığı vurgulanmaktadır. Yazarlar buna örnek olarak mirasçılardan; Yahoo'nun dijital terekeye erişim için İrlanda mahkemesinden ve Microsoft'un ise Amerika'daki mahkemelerden bu yönde bir kararı getirmelerini talep etmesini örnek vermektedir. Ancak söz konusu davalardaki genel işlem koşullarının içerik denetimine geçilmeden daha kapsamlı denetimi aşamasında geçersiz olmaları gündeme gelmiştir (N 111 ve dp 228'deki açıklamalar). Bu tespitlerin Türkiye'de iCloud davasına da uygulanabilir nitelikte olduğuna işaret etmekle yetiniyoruz.

173 Genel olarak içerik denetiminde dikkate alınacak kriterler için örneğin Bkz Marcus Stoffels, *AGB Recht*, 3. Auflage, Beck 2015) N 474, 484; Yeşim M Atamer, ‘Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK M. 6 ve TTK M. 55, F. 1 ile Karşılaştırmalı Olarak’ iç Başak Şit (ed) *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2012) 51; Antalya (n 148) N 2318 vd.

174 Facebook olayının icra takibi aşamasına ilişkin (“*Zwangsvollstreckungsverfahren*”) Alman Federal Mahkemesi hesabın yeniden nitelendirilmesi (“*...Benutzerkonto umbenennen*”) şeklinde bir çözüme işaret etmektedir. Buna ilişkin Bkz BGH, III ZB 30/20, 27. 10. 2020 N 47.

175 Krş Bosshardt and Lorena (n 8) 114.

176 Lötscher, ‘Das erbrechtliche Schicksal von Accounts’ (n 2) 314.

-Terekeye ilişkin yapılan değerlendirmelerde mirasbırakanın şahsına bağlı olan hukuki ilişkilerin terekede yer almayacağına işaret edilmektedir. Ancak özellikle dijital terekeye konu olan güncel ihtilaflar bu ölçütün her zaman terekeye intikal edilebilirliğinin belirlenmesinde yeterli açıklık sağlamadığını, yanıltıcı olabildiğini bize göstermektedir.

– Uygulamadaki örnekler ve kararlar mirasbırakanın ölümünden sonra kişilik haklarının akıbeti ve terekeye intikali konusundaki görüşlerin teorik düzeyde kalmadığı ve güncelliğini yitirmediğini bize göstermektedir. Söz konusu görüşlerin kabul edilebilir gerekçeleri olduğu gibi, zayıf yanları da bulunmaktadır. Çalışmamızda aktarılan daha ağır basan gerekçelerle temelde mirasçılarının hatırasının (kendi kişilik haklarının) korunması görüşünü esas alan, kişilik değerlerinin niteliğine göre ayırım yapan bir görüşün dijital terekeye yönelik değerlendirmede esas alınması gerektiğine işaret edilmiştir. Ancak söz konusu görüşün beraberinde getireceği birtakım eleştirileri sınırlayacak çözümlere bu yaklaşımın uygulamasında öncelik verilmelidir.

-Hukuki niteliği tartışmalı olan kullanıcı sözleşmelerinin terekeye intikale elverişli olup olmadığı konusunda dikkate alınması gerekenin, hizmet sağlayanın edimi olduğu ve sıklıkla şahsi bir edim olmadığı, ön planda olanın hesap sahibinden ziyade hesabın kendisi olduğu belirtilebilir. Dolayısıyla bunlar kural olarak terekeye intikale elverişli görünmektedir.

-Dijital terekenin tespitinde dijital bir varlığın murisin kişilik değerlerine ilişkin olup olmadığı ve bunun da malvarlığını etkileyip etkilemediği incelenmelidir. Kişilik değerlerinin niteliğine göre bir belirlemenin (ve bu anlamda dijital değerlerin intikal edilebilirliğinin tespitinin) kimin tarafında yapılacağına irdelenmesi hukuki belirsizliğin sınırlandırılması için önem taşır. Kullanıcı hesabına ilişkin bir analizde farklı kişi gruplarının menfaatlerinin dikkate alınması gerekebilir.

-Olması gereken hukuk yönünde dijital tereke konusunda devletin gözetiminde sosyal medya şirketinin bu tarz bir yükümlülüğünün öngörüldüğü bir düzenlemenin ihdas edilmesi önerilebilir. Olan hukuk yönünden ise bize göre hâkim TMK m. 589 f. 1 gereği talep olmasa bile dijital terekeye ilişkin ayırımı yürütülebilme için bir yönetim kayyımı (TMK m. 427 f. 1 b. 3) atamalıdır. Hâkim yönetim kayyımı olarak seçeceği kişinin de aktardığımız faaliyeti yürütebilecek teknik yeterlilikte olup olmadığını titizlikle inceleyecektir.

-Dijital terekeye ilişkin çıkarım ve değerlendirmelerde dikkate alınabilecek bir diğer madde TMK m. 653 f. 2 ve 3'dür. Bu kapsamda çalışmamızda öncelikle dijital varlıklarında eşya olarak nitelendirilebileceği, bu yöndeki görüşlerin savunulabilir olduğu ve dijital varlıkların TMK m. 653 f. 2 kapsamında ele alınabileceği söylenebilir. Dikkat çekici olan ikinci husus TMK m. 653 f. 2'de birtakım özel durumlarda ekonomik değeri olmasa da istisnai olarak şahıs varlığı değerlerinin de terekeye intikal edebilir nitelikte görülmesidir. Bir üçüncü husus TMK m. 653 f. 2 (ZGB m. 613)'de "aile" ifadesine vurgu yapılırken, Alman Hukuku'nda ayrıca BGB m. 2047 f. 2'de "*mirasbırakanın kişisel ilişkilerinin*" ön plana alınması, ölümden sonraya etkili kişilik görüşünün doğrudan bize uygulanabilir olmadığına işaret eden hususlardan biridir. Bizce çalışmamızda aktarılan gerekçelerle TMK m. 653 f. 2 hükmü, amaca göre geniş yorumlanmak suretiyle mirasçılarının malvarlığını

etkilerken, eş zamanlı üçüncü kişilerin kişilik haklarını da etkileyen değerler hakkında da uygulama alanı bulmalıdır.

-TMK m. 599 ve TMK m. 653 f. 2 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde şu sonuçlara varabiliriz: Öncelikle malvarlığı değerleri kural olarak terekeye dahildir. Kişilik hakları değerleri konusunda ise ikili bir ayırım yapılmalıdır. Bu kişilik hakları değerleri, ailenin kişilik hakkı ile irtibatlandırılırsa bunlar terekeye intikal edebilir niteliktedir. Dijital terekeye ilişkin yapılan değerlendirmelerde mirasçı veya mirasçıların kişilik değerlerine ilişkin olduktan sonra, terekeye intikal edilebilirlik yönünden bunların fiziksel veya dijital ortamda bulunması fark yaratmayacaktır. Şayet bu kişilik hakkı değerleri bu kapsamda değil de ölüm itibarıyla sona ermiş olduğunu kabul ettiğimiz murisin kişilik değerlerine dahil ise bunun tereye ekonomik bir etki yapıp yapmamasına göre ikili bir ayırım yapılmalıdır. Buna olumlu yanıt verilirse terekeye intikal edilebilirlik kabul edilebilir. Biz bu etkinin geniş bir şekilde yorumlanması ve dolaylı bir etkinin de bu kapsamda kabul edilebilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Ancak bu görüş beraberinde özellikle üçüncü kişilerin kişilik hakkı ihlali bakımından birtakım olumsuzluklar doğurabilecektir. Biz söz konusu sakıncanın kabul etmiş olduğumuz görüşün sonuçlarına ilişkin yapılacak amaca uygun bir değerlendirmeye sınırlandırılabilenliği düşüncesindeyiz.

-TMK m. 653 f. 3'te özel kanun hükümlerinin saklı olduğuna işaret edilmektedir. Bu hüküm terekede yer alan dijital varlıklara yönelik değerlendirmede kişilik hakları etkilenen üçüncü kişiler ile mirasçılar arasında gösterilen menfaat çatışmasında önemli bir rol oynayabilecek niteliktedir. Dijital özel anı değeri taşıyan varlıkların içinde üçüncü kişilerin de kişilik haklarını etkileyebilecek hususlar yer alabilir. İşte bu konuda söz konusu kişisel varlıkların niteliği konusunda etkinlik gösterecek yönetim kayyımının TMK m. 653 f. 3 gereği atfı yapılan özel kanunlar arasında üçüncü kişilerin haklarını gözetilen hükümleri de dikkate alması önem taşımaktadır.

- TMK m. 653 f. 3'de atfı yapılan kanunlar arasında, örneğin üçüncü kişilerin kişisel verilerinin işlenmesi hususunda 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile haberleşmenin gizliliği kuralı bağlamında 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu (EHK) zikredilebilir. Bu anlamda yönetim kayyımını her iki kanunun esas ilkeleri arasında yer alan dürüstlük kuralı ve ölçülülük ilkesini dijital terekeye ilişkin yürüteceği faaliyette dikkate almalıdır. Bu anlamda çatışan menfaatleri ve son soyutlamada hukuki işlem hayatının kesintisiz işleyişi yönündeki menfaat gözetilerek hareket edilmesi gerekecektir.

-Üçüncü kişilerin dijital ortamda faaliyetlerde bulunmak suretiyle, kişilik haklarını etkileyebilecek hususların okunması veya izlenmesi hususunda (ilgili kanunların açık bir rıza aramadığı durumlarda) örtülü bir şekilde rıza göstermiş sayılıp sayılmayacakları tartışmalıdır. Bizce her geçen gün farklı dijital içerik ve uygulamaların geliştirildiği içinde bulunduğumuz dönemde peşin olarak bir sonuca varılmadan somut olayda güven prensibi çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gerekir.

-Terekeye etkinin ağırlığına göre yapılacak bir değerlendirmeye baskın olan etkinin terekeye intikal edilebilirliği genel olarak etkilediği, ya hep ya hiç tarzında bir yaklaşımda adil olmayan sonuçlara

sebebiyet verebilir. Bizce yapılacak ön değerlendirmede malvarlığını dolaylı bir şekilde dahi olsa etkileyebilme, dijital varlığın terekeye intikal edilebilirliğini kabul için yeterli sayılmalıdır.

-Ancak dolaylı etkiyi kabul eden bu yaklaşım, özellikle mirasçılarının üçüncü kişilere karşı mirasbırakanın mali durumu hakkında bilgi sahibi olanlara karşı sahip oldukları bilgi edinme hakkı ve ileriye dönük olarak mehaz İsviçre kanun değişikliği taslağında da kendini gösteren bu hakkı genişleten eğilimlerde dikkate alınınca, üçüncü kişilerin kişilik hakkını zedeleyebilecek niteliktedir. Bundan dolayı söz konusu yaklaşımı tamamlayıcı olarak dijital varlıklara mirasçılarının erişim yetkisinin seviyesi, çatışan menfaatler dengesine uygun olarak dürüstlük kuralı ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde belirlenmelidir. Bir başka deyişle söz konusu belirlemede mirasçılarının menfaatlerini sağlamaya dönük seçeneklerden somut olayda menfaat durumları gözetilerek, üçüncü kişilerin kişilik haklarına en az zedeleyecek olan tercih edilmelidir. Bu tedbirlere uyulmaması durumunda kişilik hakları ihlal edilen üçüncü kişilerin mirasçılara veya sosyal medya şirketine karşı kişilik hakkını koruyucu davalar açması gündeme gelebilecektir.

-Terekeye intikal edebilirliğin belli şartlar altında sözleşme ile sınırlandırılabilmesi mümkündür. Elektronik ortamda yapılan bir sözleşme ölümden sonraya etkili bir sonuç öngörmesi durumunda, bu sözleşme ölüme bağlı tasarruflar için öngörülen şekil şartını sağlayamayacağı için geçerli değildir. Buna karşılık mirasbırakanın fiziksel bir ortamda ölüme bağlı tasarruflara ilişkin gerekli şekil şartlarına uygun bir yükleme veya koşul olarak, mirasçılarının kullanıcı hesabına erişimini sınırlayabilmesi veya engelleyebilmesi mümkündür. Özellikle söz konusu bu ölüme bağlı tasarrufların mirasçılarının saklı payını zedelememesi önem taşır. Öte yandan silinmeye konu olacak kullanıcı hesabının, saklı payın hesaplanabilmesi için önem taşıyan bilgileri içermesi de mümkündür. Bu bağlamda VE-ZGB m. 601a f. 3'te dikkat çekici ve TMK yönünden olması gereken hukuk açısından yol göstericidir. Bu maddeye göre saklı paylı mirasçılarının bilgi edinme hakkının murisin ölüme bağlı tasarruflarıyla ellerinden alınamayacaktır.

-Ancak elektronik ortamda yapılan bu işlemde açıkça bunun ölümden sonraya etkili olduğu belirtilmiyorsa, bu işlemin (resmi şekle bağlı olan) ölüme bağlı tasarruf mu, yoksa (resmi şekle bağlı olmayan) sağlararası hukuki işlem mi olduğu belirsiz olabilir. Hukuki işlemi ayakta tutma esası ile uygulamadaki eğilimlere uygun olarak, bunun sağlararası bir hukuki işlem şeklinde ayakta tutulabileceği ileri sürülebilir.

-Şekil yönünden sınırlandırıcı kayıtların geçerli kabul edildiği ihtimalde, bunların bireysel sözleşme veya genel işlem koşulu niteliğinde olması mümkündür. Özellikle bunların sıklıkla günümüzde karşılaşıldığı gibi genel işlem koşulu niteliğinde olmaları durumunda geçersiz olabilmeleri mümkündür. Dijital varlıkların terekeye intikalinin sınırlandırılabilmesini öngören kullanıcı uygulama sözleşmesindeki bu tür kayıtlar sıralı bir şekilde yürütülen genel işlem koşulu denetim mekanizmasına tabi olacaklardır. Sıklıkla daha kapsamlı denetimi aşamasında yazılmamış sayılmaları gündeme gelebilir. Bu bağlamda bu tür kayıtların en azından karşı tarafla bağlantısının ("*link*") paylaşılması önerilebilir. Öte yandan ilişkilendirme denetiminden geçmiş olsa dahi, tek taraflı olarak hizmet sağlayıcının edim yükümlülüğünü değiştiren kayıtların, içerik denetimine aykırılıktan sıklıkla

geçersizlikleri gündeme gelebilir. Buna karşılık hesabın veya hesap içindeki verilerin silinmesini öngörmemekle birlikte, kullanım koşullarının sınırlandırılmasını öngören genel işlem koşullarıyla da karşılaşılabılır. Bunların geçerli olup olmayacağı somut olaydaki uygulamanın niteliği, bunun içeriği ve diğer sözleşmeye refakat eden koşullar dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

- ABT D, '§519', in Daniel Abt und Thomas Weibel (eds), *Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung – Nachlassabwicklung – Willensvollstreckung – Prozessführung* (4. Auflage, Helbing & Lichtenhahn 2019).
- AÇIKGÖZ O, *Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları* (On İki Levha 2013).
- AKINTÜRK T ve ATEŞ D A, *Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku, C 2* (22. Bası, Beta 2020).
- AKIPEK J, AKINTÜRK T ve ATEŞ D, *Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C 1* (17. Bası, Beta 2021).
- AKKANAT H, *Ölümün Özel Hukuk İlişkileri Üzerindeki Etkisi* (Filiz 2004).
- AKSOY C, *Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara 2010.
- AKYOL Ş, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı* (1. Bası Filiz 1995).
- ANTALYA O G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/ 1,1* (2. Bası, Seçkin 2019).
- ANTALYA O G ve SAĞLAM İ, *Miras Hukuku* (4. Bası, Seçkin 2019).
- ANTALYA O G ve TOPUZ M, *Medeni Hukuk: Giriş, Temel Kavramlar, Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri* (4. Bası Seçkin 2021).
- (Kısaltma: *Medeni Hukuk*)
- ANTALYA O G ve TOPUZ M, *Eşya Hukuku, Cilt IV/ 1* (4. Bası Seçkin 2021).
- (Kısaltma: *Eşya Hukuku*)
- Arbeitsgruppe "Reform des Erbrechts", *Vernehmlassung zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht)*, (Verein succedio 2016).
- ARSLAN M, *Elektronik Ticaret ve Mesafeli Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması* (Seçkin 2021).
- ATAMER Y M, 'Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK M. 6 ve TTK M. 55, F. 1 ile Karşılaştırmalı Olarak' iç Başak Şit (ed) *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2012) 9-73.
- AUßNER N W, 'Erfüllung des Anspruchs auf Zugang zu geerbten Plattformkonten' (2020) (9) ErbR 598 – 606.
- AYAN M, *Miras Hukuku* (10. Baskı Adalet 2020).
- AYDOĞDU M, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (Adalet 2018).
- (Kısaltma: *Genel İşlem Koşulları Şerhi*)
- AYDOĞDU M ve KAHVECİ N, *Tüketici Hukuku* (Adalet 2021).
- BAHTİYAR M ve BİÇER L, 'Adı İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına Serap Helvacı (ed), *Cevdet Yavuz'a Armağan, Cilt I* (Beta 2016) 395-436.
- BAYGIN C, *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması* (Seçkin 2005).
- BIERMANN B, 'Der digitale Nachlass im Spannungsfeld zwischen Erbrecht und Datenschutz' (2017) (08) ZErB 210 – 217.
- (Kısaltma: 'digitale Nachlass')

- BIERMANN B, 'Form der Auskunftserteilung über Facebook-Nutzungsvertrag nach dem Tod des Kontoinhabers, KG Beschl. v. 9.12.2019 – 21 W 11/19' (2020) (5) ErbR 341 vd.
(Kısaltma: 'Facebook-Nutzungsvertrag nach dem Tod')
- BİLGİLİ F ve CENGİL M F, *Blockchain ve Kripto Para Hukuku*, (1. Bası, Dora Yayınları 2019).
- BOSSHARDT M ve LORENA B, 'Nachlassplanung und Nachlassabwicklung' in Stephanie Hrubesch-Millauer, Stephan Wolf ve Martin Eggel (eds), *Digitales Erbrecht – Perspektiven aus der Schweiz: Beiträge zum Einfluss des «Digitalen» auf das Erbrecht und die erbrechtliche Planung* (Nomos 2021).
- BRÄUTIGAM P, 'Der digitale Nachlass – empirischer Befund und Fragestellung', in Deutscher Anwaltverein (ed), *Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass, Stellungnahme Nr.: 34/2013* (Deutscher Anwaltverein 2013)16 – 58.
(kısaltma: 'digitale Nachlass')
- BRÄUTIGAM P, 'Anhang: Digitaler Anlass' iç Wolfgang Burandt and Dieter Rojahn (edr), *Erbrecht: BGB, FamFG, ZPO, BeurkG, GBO, EGBGB, EStG, ErbStG, EuErbVO (Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 65)* (2. Auflage, C H Beck 2014).
(kısaltma: *Erbrecht*)
- BREITSCHMID P and KAMP A, 'Persönlichkeitsschutz Verstorbener: Urheberpersönlichkeitsschutz im Besonderen' (2011) (1) 19 – 29.
- BRINKERT M, STOLZE M and HEIDRICH J, 'Der Tod und das soziale Netzwerk', (2013) (4) ZD 153 – 157.
- BUCHER A, *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz* (3. Auflage, Helbing & Lichtenhahn 1999)
- Bundesamt für Justiz, 'Vorentwurf und Erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht)', (Laufende Rechtsetzungsprojekte Erbrecht, 5 Haziran 2020)<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf> Erişim Tarihi 30 Aralık 2222.
- BÜCHLER A, 'Die Kommerzialisierung Verstorbener' (2003) (12) AJP 3 – 13.
- BÜYÜKSAGIS E, ÖZYİĞİT S, MİRKELAM F S, BULDAĞ İ E ve OKUR M S, 'Dijital Varlıkların Miras Yoluyla İntikali', (2021) 47 (2) Yargıtay Dergisi 337 – 408.
- CHRISTMANN B M, 'BeckOGK – BGB' (Beck-Online, 1 Kasım 2021) < https://beckonline.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2Fbeckokbg_60%2Fbgb%2Fcont%2Fbeckokbg.bgb.p1922.htm&pos=1&lasthit=True > Erişim Tarihi 21 Aralık 2021.
- CİVAN O E, *Genel İş Koşulları* (Beta 2015).
- ÇABRİ S, *Miras Hukuku Şerhi, Cilt – I* (TMK m. 495 – 574), İstanbul 2018.
(Kısaltma: *Miras Hukuku Şerhi Cilt – I*)
- ÇABRİ S, *Miras Hukuku şerhi, Cilt – 2* (TMK m. 575 – 639) (1. Bası, On iki Levha 2018).
(Kısaltma: *Miras Hukuku Şerhi Cilt – II*)
- ÇABRİ S, *Miras Hukuku şerhi, Cilt – 3* (TMK m. 640 – 682) (1. Bası, On iki Levha 2018).
(Kısaltma: *Miras Hukuku Şerhi Cilt – III*)
- ÇABRİ S, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (Adalet 2021).
(Kısaltma: *Tüketicinin Korunması*)
- ÇEKİN M S, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 sayılı kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (3. Bası, On İki Levha 2020).
- DURAL M ve ÖZ T, *Miras Hukuku* (7. Bası, Filiz 2019).

- DURAL M, ÖĞÜZ T ve GÜMÜŞ A M, Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Alper M Gümüş, *Aile Hukuku* (16. Bası, Filiz 2021).
- DURAL M ve ÖĞÜZ T, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (22. Bası, Filiz 2021).
- ECKERT M, 'Digitale Daten als Wirtschaftsgut: digitale Daten als Sache'(2016) SJZ 245245 – 249.
- EHLE B and BRUNSCHWEILER A, AGB Recht Schweiz/ Deutschland, Recht im Umbruch Ein rechtsvergleichender Überblick' (2012) (5) BB International 262-271.
- EKİN B, *Kişisel Verilerin Korunması ve Rekabet Hukuku Boyutuyla Büyük Veri* (On İki Levha 2021).
- EREN F, *Mülkiyet Hukuku* (4. Bası, Yetkin 2014).
(Kısaltma: *Mülkiyet Hukuku*)
- EREN F, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (25. Bası, Yetkin 2020).
(Kısaltma: *Borçlar Hukuku Genel*)
- EREN F ve YÜCER AKTÜRK İ, *Türk Miras Hukuku* (4. Baskı Yetkin 2021).
(Kısaltma: *Miras Hukuku*)
- ESCHER A, *Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band, Erste Abteilung: Die Erben, Art. 457–536* (3. Auflage, Schutthess 1959).
- ESENER T ve GÜVEN K, *Eşya Hukuku* (8. Bası, Yetkin 2019).
- FRÖHLICH – BLEULER G, 'Eigentum an Daten?' 6. 03. 2017 Jusletter N 1 vd.
- GEZDER Ü, 'Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi' (2007) 65 (1) İÜHKM 207 – 222.
- GÜMÜŞ M A, *Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık* (Vedat 2006).
(Kısaltma: *Kayyımlık*)
- GÜMÜŞ M A, 'Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması – TMK 432-437', (2005) 1 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 189 – 228.
(Kısaltma: *Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması*)
- HATEMİ H, *Kişiler Hukuku* (8. Bası On İki Levha 2020).
- HELVACI S, *Türk – İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar* (Beta 2001).
- HELVACI S, *Gerçek Kişiler* (5. Bası Legal Yayıncılık 2013)
- HERZOG S, 'Der digitale Nachlass – ein bisher kaum gesehenes und häufig missverstandenes Problem' (2013) 66 (52) NJW 3745 – 3751.
(Kısaltma: 'der digitale Nachlass')
- HERZOG S, 'Der digiale Nachlass und das Erbrecht' (2018) AnwBl Online 472 – 481
(Kısaltma: 'der digitale Nachlass und das Erbrecht')
- HOEREN T, 'Der Tod und das Internet: Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail – und WWW-Accounts nach dem Tode des Inhabers' (2005) 53 (30) NJW 2113 – 2117.
- HRUBESCH M S, 'Der digitale Nachlass und die Frage nach einem Sondererbrecht' in Stephanie Hrubesch-Millauer, Stephan Wolf ve Martin Eggel (eds), *Digitales Erbrecht – Perspektiven aus der Schweiz: Beiträge zum Einfluss des «Digitalen» auf das Erbrecht und die erbrechtliche Planung* (Nomos 2021).
- HÜRLIMANN D and ZECH H, 'Rechte an Daten' (2016) sui – generis 89 – 95.
- İLERİ Ç, 'Dijital Miras, Alman Federal Mahkemesi'nin "Facebook" Kararı Üzerine Bir İnceleme' (2020) (146) TBB Dergisi 123 – 147.
- İMRE Z ve ERMAN H, *Miras Hukuku* (13. Baskı Yetkin 2017).

- İNCE AKMAN N, 'Mirasbırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçışı (Dijital Tereke)', (2018) 9 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 527 – 560.
- KILIÇOĞLU A M, *Miras Hukuku* (11. Bası, Turhan 2021).
(kısaltma: *Miras Hukuku*)
- KILIÇOĞLU A M, *Aile Hukuku* (4. Bası Turhan 2019).
(Kısaltma: *Aile Hukuku*)
- KNELLWOLF E, 'Postmortaler Persönlichkeitsschutz – Andenkensschutz der Hinterbliebenen'(Dissertation Juristische Abteilung der Univerität Zürich Zürich 1991).
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N, *Miras Hukuku* (3. Bası, Filiz 1987).
- KÖNIG M M, 'Software (Computerprogramme) als Sache und deren Erwerb als Sachkauf' (1993) (48) NJW 3121 – 3124.
- KURŞAT Z, *Terekenin Korunması Önlemleri* (Filiz 2010).
- KUTSCHER A, *Der digitale Nachlass* (V&R 2015).
- KUNZ L, 'Einleitung zum Erbrecht' in Lena Kunz, Tanja Mesina, Gerhard Otte ve Olaf Werner (eds), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5, Erbrecht, §§ 1922–1966*, (Seiler-de Gruyter 2017)
- KÜNZLE HR, 'Einleitung', iç Daniel Abt und Thomas Weibel (edr), *Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung – Nachlassabwicklung – Willensvollstreckung – Prozessführung* (4. Auflage, Helbing & Lichtenhahn 2019).
(Kısaltma: *PraxKomm ErbR*)
- KÜNZLE H R, 'Digitaler Nachlass nach schweizerischem Recht' (2015) (9) successio 39 – 54
(Kısaltma: 'Digitaler Nachlass')
- KÜNZLE H R, 'Auskunftspflichten gegenüber Erben' (2012) (4) successio 256 – 279
(Kısaltma: 'Auskunftspflichten')
- KÜZECİ E, *Kişisel Verilerin Korunması* (1. Bası Turhan 2010).
- LANGE W K and HOLTWIESCHE M, Digitaler Nachlass, eine Herausforderung für Wissenschaft und Praxis Teil I' (2016) (5) ZErB 125 – 130.
(Kısaltma: 'Teil I')
- LANGE W K and HOLTWIESCHE M, Digitaler Nachlass, eine Herausforderung für Wissenschaft und Praxis Teil II' (2016) (6) ZErB 157 – 162
(Kısaltma: 'Teil II')
- LEIPOLD D, 'Einleitung, §§ 1922–1966', in Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker and Bettina Limpert (eds), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10 Erbrecht §§1922-2385, §§27-35 BeurkG*, (7. Auflage, C.H.BECK 2017).
- LÖTSCHER C, 'Das erbrechtliche Schicksal von Accounts bei Facebook, Google, Apple & Co.'(2020) (4) Successio 304 – 328
(Kısaltma: 'Das erbrechtliche Schicksal von Accounts')
- LÖTSCHER C, *Der digitale Nachlass*, (Schulthess Juristische Medien AG 2021)
(Kısaltma: 'der digitale Nachlass')
- MARAŞLI DİNÇ Y, 'Ölümden Sonra Sosyal Medya Hesaplarının Akıbeti' (2019) (142) TBB Dergisi 273 – 287.
- MARLY J P' 'Die Qualifizierung der Computerprogramme als Sache nach § 90 BGB' (1991) (7) BB 432 – 436.
- MARTINI M, 'Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet' (2012) (23) JZ 1145 – 1155.

- MEIER – HAYOZ A, *Berner Kommentar, Sachenrecht, I. Abteilung, Das Eigentum, 1. Teilband, Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art 641-654, ZGB*, (5. Auflage, Stämpfli 1981).
- NAHUEL G, 'Glossar' in Stephanie Hrubesch-Millauer, Stephan Wolf ve Martin Eggel (eds), *Digitales Erbrecht – Perspektiven aus der Schweiz: Beiträge zum Einfluss des «Digitalen» auf das Erbrecht und die erbrechtliche Planung* (Nomos 2021).
- NOMER H, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. Bası, Beta 2021).
- OĞUZ S, Kişisel Verilerin Korunması Hukukunun Genel İlkeleri, *BEYDER*, 2018, 13:2, s. 121-138.
- OĞUZMAN M K ve ÖZ M, *Turgut Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1* (18. Bası, Vedat 2020).
- OĞUZMAN M K ve BARLAS N, *Medenî Hukuk (Giriş,Kaynaklar, Temel Kavramlar)* (23. Bası, Vedat 2017).
- OĞUZMAN M K, SELİÇİ K ve OKTAY – ÖZDEMİR S, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (19. Bası, Filiz 2020).
- (Kısaltma: *Kişiler Hukuku*)
- OĞUZMAN M K, SELİÇİ K ve OKTAY – ÖZDEMİR S, *Eşya Hukuku* (23. Bası Filiz 2021).
- (Kısaltma: *Eşya Hukuku*)
- OTT W ve GRIEDER T, 'Plädoyer für den postmortalen Persönlichkeitsschutz' (2001) (6) *AJP* 627 – 631.
- ÖZTAN B, *Kişiler hukuku: Gerçek Kişiler* (11. Bası Seçkin 2021).
- PILLER F, 'Virtuelle Währungen – Reale Rechtsprobleme?', Eine zivil – und vollstreckungsrechtliche Untersuchung aus der Sicht der Bitcoin – Nutzer'(2017) (12) *AjP* 1426-1438.
- PREUß N K, 'BeckOGK – BGB' (Beck-Online, 1 Haziran 2018) <[https://www.google.com/search?q=Preu % C3 % 9F % 2C + in % 3A + BeckOGK + BGB % 2C + % C2 % A7 + 1922 & rlz = 1C5CHFA_enTR895TR895&oq = Preu % C3 % 9F % 2C + in % 3A + BeckOGK + BGB % 2C + % C2 % A7 + 1922 & aqs = chrome..69i57.519j0j4 & sourceid = chrome & ie = UTF-8](https://www.google.com/search?q=Preu%20C3%209F%202C%20in%203A%20BeckOGK%20BGB%202C%20C2%20A7%201922&rlz=1C5CHFA_enTR895TR895&oq=Preu%20C3%209F%202C%20in%203A%20BeckOGK%20BGB%202C%20C2%20A7%201922&aqs=chrome..69i57.519j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8)> Erişim Tarihi 21 Aralık 2021.
- RAUDE K, 'Der digitale Nachlass in der notariellen Praxis' (2017) (1-2) *RNotZ* 17-27.
- SAĞLAM İ, *Elektronik Sözleşmeler* (Legal 2007).
- SAYIN Z G, '13. 11. 2020 Tarihli Antalya Bölge Adliye Mahkemesi Kararı ve Dijital Miras Kavramı' (Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Bültesi, 19 Şubat 2021) <[https://law.khas.edu.tr/ tr/13112020-tarihli-antalya-bolge-adliye-mahkemesi-karari – ve-dijital-miras-kavrami](https://law.khas.edu.tr/tr/13112020-tarihli-antalya-bolge-adliye-mahkemesi-karari-ve-dijital-miras-kavrami)> Erişim Tarihi 12 Ocak 2021.
- SCHMID A, SCHMIDT K J and ZECH H, Alain Schmid, Kirsten Johanna Schmidt ve Herbert Zech, 'Rechte an Daten – zum Stand der Diskussion' (2018) (11) *SIC* 1 – 15.
- SCHRÖDER A, 'Informationspflichten im Erbrecht' (Dissertation, Zürich Universität 1999).
- SEILER B and SEILER D, 'Sind Kryptowährungen wie Bitcoin (BTC), Ethereum (ETH) und Ripple (XRP) als Sachen im Sinne des ZGB zu behandeln?' (2018) *SJZ* 149-163.
- SEROZAN R ve ENGİN B İ, *Miras Hukuku* (6. Bası, Seçkin 2019).
- SEROZAN R, *Eşya Hukuku* (3. Bası, Filiz 2014).
- SİRMEN A L, *Eşya Hukuku* (9. Bası, Yetkin 2019).
- SOLMECKE C, KÖBRICH T and SCHMITT R, 'Der digitale Nachlass – haben Erben einen Auskunftsanspruch?' (2015) (5) *MMR* 291 – 295.
- STEINER A and HOLZER A, 'Praktische Empfehlungen zum digitalen Nachlass' (2015) (5) *ZEV* 262 – 266.
- STOFFELS M, *AGB Recht*, 3. Auflage, Beck 2015).
- TAŞTAN F G, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması* (2. Bası, On İki Levha 2017).
- THOUVENIN F, FRÜH A and LOMBARD A, 'Eigentum an Sachdaten: Eine Standortbestimmung', 2017 (1) *SWZ* 25 – 34.

- TOPUZ M, '6098 sayılı Türk Borçlar kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi' iç Tufan Ögüz (ed), *Prof. Dr. Mustafa Durala Armağan* (Filiz 2013).
- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, 'Türkiye'nin e-ticaret hacmi, yılın ilk 6 ayında yüzde 64 arttı' (TOBB, 4 Eylül 2020) <<https://www.tobb.org.tr/Sayfalar/Detay.php?rid = 25881 & lst = MansetListesi#:~:text = 04.09.2020 % 20 % 2F % 20Ankara & text = T % C3 % BCrkiye'nin % 20toplam % 20e % 2Dticaret,liradan % 2092 % 20milyar % 20liraya % 20ula % C5 % 9Ft % C4 % B1>> Erişim Tarihi 21 Ocak 2222.
- UÇAK M, 'Kışisel Verilerin Ölümünden Sonra Korunması' (2021) 6 (10) İMHFD 97-123.
- UHRENBACHER P E, *Digitales Testament und digitaler Nachlass* (Peter Lang Verlag 2017).
- ÜNAL M ve BAŞPINAR V, *Şekli Eşya Hukuku*, (Savaş 2016).
- VARDAR HAMAMCIOĞLU G, 'Elektronik Sözleşme Mesafeli Sözleşme Ayrımı' iç Hakan Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun (edr) *E – Ticaret Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları* (Aristo 2017) 49 – 70.
- WEIMAR P, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band III Das Erbrecht, 1. Abteilung, 1. Teilband, Art. 457–516 ZGB* (Stämpfli 2009).
- WEISS K M and GREMMINGER U, 'Digitaler Nachlass und Erbrecht', (2020) (1) plädoyer 38 – 42.
- WOLF S and GENNA G S, *Schweizerisches Privatrecht IV/1, Erbrecht, Band 1* (Helbing Lichtenhahn 2012).
- YAVUZ C, *Türk Medeni Hukuku ve Türk Borçlar Hukuku Mevzuatı* (Beta 2014).
- YILMAZ S and ERKAN V U, 'Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla İntikal Edip Edemeyeceği Sorusunun Kışisel Verileri Koruma Hukuku Kapsamında İncelenmesi' (2020) 11(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
- ZEVKLİLER A/ ÖZEL Ç, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, (1. Bası, Seçkin 2016).

Paylı Malda Paylaşmayı İsteme Hakkının Uygun Olmayan Zamanda Kullanılması

Exercising the Right to Request the Dissolution of the Co-ownership at Inopportune Time

Şeyda Dursun Karaahmetoğlu* 

ÖZ

Paydaşlardan her biri paylı malın paylaşılmasını talep edebilir. Ancak uygun olmayan zamanda paydaşlar paylaşma isteminde bulunamazlar. Paylaşmayı isteme hakkına bir sınır teşkil eden “uygun olmayan zaman” kavramı yasal olarak tanımlanmamıştır. Yargıtay’ın vermiş olduğu kararlar ve doktrindeki görüşler dikkate alındığında paylaşma sebebiyle paylı mülkiyetin sona ermesi katlanılması güç külfete ya da zarara sebep olacaksa paylaşmanın talep edildiği zaman uygun olmayan zamandır. Hakim her somut olayda tüm paydaşların menfaatlerini dikkate alarak paylaşma için zamanın uygun olup olmadığını belirleyecektir. Paydaşların uygun olmayan zaman savunması defi niteliğindedir. Dolayısıyla paydaşlarca ileri sürülmedikçe hakim tarafından re’sen dikkate alınamayacaktır. Ancak somut olayda paylaşmayı isteme hakkının kullanılması aynı zamanda hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa hakim bu durumu kendiliğinden dikkate alabilir. Paydaşların savunması üzerine hakim de paylaşma için zamanın uygun olmadığını sonucuna varırsa paylaşma davası reddedilecektir. Davanın “uygun olmayan zaman” gerekçesiyle reddedilmesi halinde söz konusu karara dayanak teşkil eden koşulların değişince, başka bir ifade ile, uygun zaman gelince paydaşlar paylaşma hakkını tekrar kullanabileceklerdir.

Anahtar Kelimeler: Paylı Mülkiyet, Paylaşmayı İsteme Hakkı, Yenilik Doğuran Hak, Paylaşmayı İsteme Hakkının Sınırları, Uygun Olmayan Zaman.

ABSTRACT

Every co-owner has right to request the dissolution of the co-ownership. However, dissolution may not be requested an inopportune time. The term of “inopportune time” has not legally described. According to the rulings of Court of Cassation and opinions in doctrine, the time is inopportune if the dissolution causes serious damage and trouble to co-owners. The judge will evaluate whether the time is appropriate for the dissolution considering the interests of all co-owners in each case. The defense of co-owners regarding “inopportune time” can be described as a “plea”, therefore the judge cannot take into consideration “inopportune time” ex officio unless co-owners make a defense. However, the judge can take into consideration “inopportune time” ex officio, if the right to request the dissolution is regarded as the abuse of the right. The judge dismisses the suit if the time is inopportune for the dissolution. Each co-owner can exercise the right to request the dissolution of the co-ownership again when the facts in dissolution suit has changed.

Keywords: Collective Ownership, The Right To Request The Dissolution, The Right To Alter A Legal Relationship, The Boundaries Of The Right To Request The Dissolution, Inopportune Time.

* Doktor Öğretim Üyesi, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0001-6490-1324.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Şeyda Dursun Karaahmetoğlu

E-posta/E-mail: seyda.dursun@yalova.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 08.03.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 19.04.2022

GİRİŞ

Paylı mülkiyetin bütün paydaşlar için sona erdiği hallerden biri paylı malın paylaşılmasıdır. Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 698. maddesi (m.) uyarınca paydaşlardan her biri paylı mülkiyete tabi olan bir eşyanın paylaşılmasını isteme hakkına sahiptir. Anılan maddede paydaşlara tanınmış olan paylaşmayı isteme hakkının kullanılması bakımından üç sınırlama öngörülmüştür¹. Bu kapsamda hukuki bir işlem gereğince veya paylı malın sürekli bir amaca özgülenmiş olması sebebiyle paylı mülkiyeti devam ettirme yükümlülüğünün söz konusu olduğu durumlarda paydaşlar paylaşmayı isteyemeyeceklerdir (TMK m. 698/I). Anılan sınırlamalar bulunmasa bile uygun olmayan zamanda paydaşlar paylaşma isteminde bulunamayacaklardır (TMK m. 698/III).

Paylaşma istemine bir sınır olarak “uygun olmayan zaman” hususu TMK m. 698/III'te belirtilmiş olsa da hangi durumlarda paylaşma talebinin uygun olmayan zamanda yapılmış olacağı konusunda yasal olarak herhangi bir netlik söz konusu değildir. Dolayısıyla paylaşma talebinin hangi durumlarda uygun olmayan zamanda yapılmış olduğu her somut olayda hakim tarafından takdir edilecektir. Bu çalışmanın amacı Yargıtay kararları ve öğretilerdeki görüşleri dikkate alınarak paylı malın paylaşılmasına bir sınırlama teşkil eden “uygun olmayan zaman” kavramının içeriğini belirleyebilmektir. Anılan doğrultuda paylaşma hakkının kullanılması bakımından “uygun olmayan zaman” teşkil eden durumlar hukuki sonuçları üzerindeki mülkiyet durumuna etkisi ele alınacaktır. Bununla birlikte uygun olmayan zaman kavramı ile dürüstlük kuralının ilişkisi de çalışma kapsamında ayrıca tetkik edilecektir.

I. PAYLAŞMAYI İSTEME HAKKININ ÖZELLİKLERİ

TMK m. 698'e göre, paydaşlardan her biri paylı malın paylaşılmasını talep edebilir. Paylaşmayı isteme hakkı paya bağlı olan bir haktır². Dolayısıyla paydaş sıfatını kim haizse o kişi paylı mülkiyette paylaşma isteminde bulunabilecektir³. Diğer yandan paylardan herhangi birinin sınırlı aynı hak

- 1 Türk Medeni Kanunu dışında öngörülmüş olan paylaşmayı isteme hakkının sınırları için bakınız (bkz.): M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 22. Baskı, Filiz 2020) 379 ve devamı (vd.).
- 2 Oğuzman, Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir (n 1) 378; Haluk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 8. Bası, On İki Levha 2020) 240; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku II Mülkiyet* (Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Adalet 2020) 106; Rona Serozan, *Eşya Hukuku I* (Genişletilmiş 3üncü Bası, Filiz 2014) 243; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin 2020); Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (6. Baskı, Yetkin 2018) 298; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Eşya Hukuku* (İkinci Baskı, Beta 2018) 403; Zekeriya Kurşat, *Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi* (Arıkan 2008) 173; Tufan Öğüz, *Müşterek Mülkiyette Taksim Engelleri* (Alfa 1995) 4; Aydın Aybay “Müşterek Mülkiyette Paylı Halin Sona Ermesi” (1966) 32(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 122, 144.
- 3 Kemal Tahir Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku* (Ankara Üniversitesi 1984) 422. Aynı yönde bkz.: Kurşat (n 2) 173, 181. Ayrıca bkz.: Yargıtay 14 HD, E 2013/7499 K 2013/9723, 24.06.2013 (Kazancı). Yargıtay anılan kararda borçlu ortağın alacaklısının icra hakimliğinden İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK.) 121. maddesine göre alacağı yetki belgesine dayanarak borçlunun ortağı olduğu taşınmaz bakımından paylaşma talep edebileceği sonucuna varmıştır. Doktrinde ise paylı mülkiyet bakımından payı haczettiren alacaklıya yasal olarak doğrudan böyle bir yetki verilmemiş için böyle bir sonuca varmanın doğru olmadığı savunulmaktadır. Bu yönde bkz.: Öğüz (n 2) 82; Kurşat (n 2) 186. Ayrıca bkz.: Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku* (6. Baskı,

ile yüklü olması paylaşmayı isteme hakkının kullanılmasına engel teşkil etmez⁴. Sınırlı aynı hak sahibinin izin ya da icazetine tabi olmaksızın paydaşlar paylaşmayı isteme hakkını kullanabilirler⁵.

Paylaşmayı isteme hakkı diğer paydaş ya da paydaşlara karşı kullanılır. Bu hakkın tüm paydaşlara karşı yöneltilmesi gerekmektedir. Aksi halde paylaşma istemi hukuki sonuç doğurmayacaktır⁶. Zira paylaşma işlemi tüm paydaşlar bakımından sonuç doğuran bir işlemdir. Bu sebeple paylaşmayı isteme hakkının yalnızca birkaç paydaş bakımından sonuç doğurması başka bir ifade ile paylaşmanın kısmi olması mümkün değildir⁷.

Paylaşmayı isteme hakkının hukuki niteliği hakkında doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. Hakkın yarattığı etki bakımından günümüzde ağırlıklı olarak savunulan görüş, paylaşmayı isteme hakkını yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirmektedir⁸. Başka bir görüş ise paylaşmayı isteme hakkını eşyaya bağlı haktan doğan bir talep olarak görmektedir⁹. Bu noktada doğru bir kanaate varmak için paylaşmayı isteme hakkının kullanılmasının ardından diğer paydaşların hukuken nasıl davranması gerektiği hususu göz önünde bulundurulmalıdır¹⁰. Paylı mülkiyet birliğinde paydaşlardan birinin paylaşmayı isteme hakkını kullanması halinde diğer paydaşlar paylaşmayı

Yetkin 2020) 334 dipnot 3. Yazarlar kural olarak İİK m. 121'in paylı mülkiyet için uygulanamayacağını ancak payın tek başına satılmasının zor veya satışın çok düşük bedelle gerçekleşeceği durumlarda paylı mülkiyet payını haczettiren alacaklının İİK. m. 121 uyarınca kendisine yetki verilmek suretiyle dava açabileceğini belirtmişlerdir. Kanaatimizce, yasal olarak böyle bir açıklık olmamasına rağmen İİK. m. 121 hükmünden yararlanarak yorum yoluyla alacaklının ortaklığın giderilmesi davası açmasına izin vermek isabetli olmayacaktır. Aynı yönde bkz.: Yargıtay 6 HD, E 2001/8794 K 2001/8921, 19.11.2001 (Kazancı).

- 4 Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 2) 403; Aybay, Sona Erme (n 2) 146; Jörg Schmid ve Bettina Hürlimann-Kaup *Sachenrecht* (5., ergänzte, verbesserte und nachgeführte Auflage, Schulthess 2017) 210; Yargıtay İBGK, E 1960/1 K 1960/3, 14.03.1960 (Kazancı): "...Medeni Kanun ile Usul ve İcra ve İflas Kanunları, hükümleri hep birlikte mütaala edildiği ve intifa hakkının da irtifak hakkının bir nevi olduğu göz önünde tutulduğu takdirde, esas kaide olarak, mahkemece satılması suretiyle şüyyunun giderilmesine karar verilen bir gayrimenkulün intifa hakkı ile yükümlü olarak satılmasının kanunlara daha uygun olduğunun kabulü iktiza eder. Bu hal şekli intifa hakkının maliyetine ve kabulü ile güdülen gayeye de uygun olur..."
- 5 Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 2) 403; Kurşat (n 2) 183.
- 6 Aybay, Sona Erme (n 2) 151-152; Kurşat (n 2) 189.
- 7 Aybay, Sona Erme (n 2) 151; Kurşat (n 2) 189; Yargıtay HGK, E 1963/6-24 K 1963/67, 18.12.1963 (Kazancı): "...Paydaşların hepsini etkilendirecek bir karar verilmedikçe, şüyyun giderilmesi söz konusu olamaz."
- 8 Oğuzman, Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir (n 1) 378; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 3) 422; Nomer ve Ergüne (n 2) 240; Ayan (n 2) 106; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (Genişletilmiş ve 6750 Sayılı Kanun Eklenmiş 8. Baskı, Yetkin 2019) 215; Eren (n 2) 118; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 2) 403; Kurşat (n 2) 179; Aybay, Sona Erme (n 2) 122, 140; Aydın Aybay, *Müşterek Mülkiyette Taksim* (Sulhi Garan 1966) 16; Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku* (Yetkin 2018) 365; Çağrı Şengöz, *Paylı Mülkiyet Kavramı ve Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi* (Yetkin 2018) 91; Yargıtay HGK, E 1988/6-585 K 1988/870, 2.11.1988 (Kazancı).
- 9 Esener ve Güven (n 3) 215; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Eşya Hukuku Cilt I* (Yeniden İncelenmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Filiz 1989) 604; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdulkadir Arpacı, *Eşya Hukuku* (Filiz 1991) 137; Schmid ve Hürlimann-Kaup (n 4) 210; Arthur Meier-Hayoz, *Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht Berner Kommentar Band IV Sachenrecht 1. Abteilung: Das Eigentum* (Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage, Stämpfli 1959) 320; Robert Haab, August Simonius, Werner Scherrer ve Dieter Zobl, *ZK - Zürcher Kommentar Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht (Zweite Auflage in neuer Bearbeitung der entsprechenden Abschnitte des Kommentars von Prof. C. Wieland, 1909, Schulthess 1977) 151; Christoph Brunner ve Jürg Wichterhmann, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II Art. 457-957 Art. 1-61 SchlT*, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Thomas Geiser (3. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2007) 921.*
- 10 Kurşat (n 2) 177.

yerine getirme borcu altına girecektir¹¹. Paydaşlar bu borçlarını taksim anlaşması yaparak yerine getirebilirler. Paydaşlar, taksim sözleşmesi¹² yapılmasına ilişkin anlaşamazlarsa paylaşma hakim kararı üzerine gerçekleşecektir. Başka bir ifade ile paylaşmayı isteme hakkının paydaşlardan biri tarafından kullanılması diğer paydaşların paylaşma borcu altına girmesi için yeterlidir; onların paylı mülkiyetin sona ermesine rıza göstermesine gerek yoktur¹³. Daha doğrusu diğer paydaşlar rıza göstermese bile paylaşmayı isteme hakkı bir kez kullanılınca paylaşma borcu doğacaktır. Bu sebeple paylaşmayı isteme hakkını yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirmek daha isabetli olacaktır.

Yenilik doğuran hak niteliğinde olan paylaşmayı isteme hakkı paydaşlardan biri tarafından kullanılınca paylı mülkiyet birliği kendiliğinden sona ermemektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere yalnızca bütün paydaşlar paylaşmayı yerine getirme borcu altına girecektir¹⁴. Paylı mülkiyet birliği ancak paylaşmanın yapılmasından sonra ortadan kalkacaktır¹⁵.

II. PAYLAŞMAYI İSTEME HAKKININ SINIRI OLARAK “UYGUN OLMAYAN ZAMAN” KAVRAMI

TMK m. 698/III gereğince paydaşlar uygun olmayan zamanda paylaşma isteminde bulunamayacaklardır. Uygun olmayan zaman sınırlaması hukukumuzda paylı mülkiyet ilişkisi dışındaki başka durumlar bakımından da öngörülmüştür. Örneğin, Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 640. maddesi uyarınca belirsiz süreli adi ortaklıklarda fesih bildiriminin dürüstlük kurallarına aykırı olarak ve özellikle uygun zamanda yapılması mümkün değildir. Benzeri şekilde, TMK m. 383/ II'ye göre, aile malları ortaklığının paylaşılması ya da ayrılan ortağın payının hesaplanması uygun olmayan zamanda istenemeyecektir¹⁶.

Uygun olmayan zaman ifadesinden anlaşılması gereken paylı mülkiyete tabi eşyada paylaşmanın sonraki bir zamanda istenmesinin şimdi istenmesine nazaran özel bir sebepten ötürü paydaşlardan biri ya da birkaçının menfaatine daha uygun olması veya paylaşmanın şimdi talep edilmesinin paydaşların birinin menfaatine aykırılık teşkil etmesidir¹⁷. Bu kapsamda belirli sebepler dolayısıyla

11 Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 2) 403; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 3) 422; Kurşat (n 2) 178; Yargıtay HGK, E 1988/6-585 K 1988/870, 2.11.1988 (Kazancı).

12 Taksim sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Aybay, *Taksim* (n 8) 19.

13 Kurşat (n 2) 178.

14 Oğuzman, Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir (n 1) 378; Nomer ve Ergüne (n 2) 240; Ayan (n 2) 106; Kurşat (n 2) 189.

15 Oğuzman, Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir (n 1) 378; Ayan (n 2) 106; Kurşat (n 2) 181; Yargıtay HGK, E 1988/6-585 K 1988/870, 2.11.1988 (Kazancı).

16 Diğer örnekler için bkz.: Ögüz (n 2) 146; Kurşat (n 2) 231 dipnot 268; Barbara Graham-Siegenthaler, *Sachenrecht Art. 641-977 ZGB CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Herausgeber: Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo (3. Auflage, Schultess) 79; Haab, Simonius, Scherrer ve Dieter (n 9) 152; Meier-Hayoz (n 9) 326-327.

17 Nomer ve Ergüne (n 2) 244; Aydın Aybay, “Müşterek Mülkiyette Paylı Halin Giderilmesi Hakkının Sınırlandırılması” (1965) 56(10) *Adalet Dergisi* 1206, 1224; Ece Selin Yetkin, *Paylı Mülkiyette Paylaştırma Hakkı ve Bu Hakkın Sınırları* (Seçkin 2020) 97; Barış Demirsatan, “Boşanma Protokollerinin Paylı Mülkiyette Paylaşmayı İsteme Hakkına Etkisi” Ece Baş Süzel, Zeynep Ülkü Kahveci, Yaman Gürsel(edr), *İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yargı Kararları Sempozyumu – I Eşya Hukuku* (On İki Levha 2021) 12-13.

Aynı yönde bkz.: Kurşat (n 2) 231-232.

paydaşlar bakımından paylı mülkiyetin sona ermesi katlanılması güç külfete ya da zarara sebep olacaksa paylaşmanın talep edildiği zaman uygun olmayan zamandır¹⁸. Uygun olmayan zamanın ölçüsü paylaşma için mükemmel olan zamanın beklenmesi değil, olağanüstü sebeplerden ötürü ortaya çıkabilecek olan zararların artık söz konusu olmayacağı zamandır¹⁹. Söz konusu zarar kavramından anlaşılması gereken paylaşma sebebiyle ortaya çıkabilecek olağan zararlar değil olağanüstü zararlardır²⁰. Nitekim doktrinde paylaşma sebebiyle paydaşların katlanabileceği olağan zararların paylaşmaya engel teşkil etmeyeceği belirtilmiştir²¹. Öte yandan, paylaşmayı isteme hakkı bakımından uygun olmayan zaman değerlendirmesi yapılırken paydaşların özel durumları değil objektif koşullar dikkate alınmalıdır²². Dolayısıyla paylaşmayı isteme hakkının kullanılmasının paydaşlardan birinin beklentileri ile bağdaşmaması o hakkın kullanılması bakımından zamanın uygun olmadığı anlamına gelmez²³. Hakim uygun olmayan zaman savunmasını tüm paydaşların menfaatlerini dikkate alarak değerlendirmelidir²⁴.

Şüphesiz ki paylaşmayı isteme hakkının uygun olmayan zamanda kullanılmış olduğu iddiası bu hakkın bir dava yoluyla kullanıldığı ihtimalde gündeme gelecektir. Paydaşlar arasında bir taksim sözleşmesinin mevcudiyeti durumunda paydaşların hepsinin rızası söz konusu olduğu için paylaşmanın uygun olmayan zamanda yapıldığı iddiası gündeme gelmeyecektir²⁵.

- 18 Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 2) 405; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 3) 424-425; Sirmen (n 2) 300; Eren (n 2) 120-121; Ayan (n 2) 111; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, (n 1) 384; Kurşat (n 2) 230,232; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 9) 611; Brunner ve Wichtermann (n 9) 923; Anıl Köroğlu, *Medeni Usul Hukuku Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası* (On İki Levha 2020) 185; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku* (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 14. Baskı, Barış 2018) 258; Meier-Hayoz (n 9) 327; Schmid ve Hürlimann-Kaup (n 4) 210-211; Haab, Simonius, Scherrer ve Dieter (n 9) 152; Graham-Siegenthaler (n 16) 80; Jonas Mangisch, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK – Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)*, Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (3., überarbeitete Auflage, Orell Füssli 2016) 1257; Lardi Mauro, “Klage auf Aufhebung von Miteigentum” Herausgeber: Willi Fischer, Fabiana Theus Simoni, Dieter Gessler, *Kommentierte Musterklagen zum Personen-, zum Erb- und zum Sachenrecht* (Schulthess 2016) 189. Aynı yönde bkz.: Aybay, *Sınırlandırma* (n 16) 1224; Suat Şimşek “Ortaklığın Giderilmesi Davaları” (2010) 52 *Terazi Hukuk Dergisi*, 53, 63; Akçal (n 8) 367; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, *İzale-i Şüyu Ortaklığın Giderilmesi Paydaşlığın Giderilmesi Paylaşma Davaları* (Güncellenmiş 11. Baskı, Seçkin 2021) 162; Erhan Günay, *Ortaklığın Giderilmesi Davaları* (Seçkin 2021) 26; Mehmet Fatih İçer, *Uygulamada İzale-i Şüyu (Ortaklığın Giderilmesi) Davaları* (Adalet 2019) 22; Hasan Erdoğan, *Ortaklığın Giderilmesi (İzale-i Şüyu) Davaları* (Adalet 2008) 465; Gamze Kıldır, *Ortaklığın Giderilmesi Davası* (Turhan 2019) 52; Şengöz (n 8) 95; Mustafa Reşit Karahasanoğlu, *Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku Birinci Cilt* (Anıkan 2007) 194-195. Yargıtay HGK, E 1988/6-585 K 1988/870, 2.11.1988 (Kazancı): “...Uygun olmayan zamandan amaç bölüşmenin (taksim) paydaşlar için zararlı olduğu bir zamandır ...” ; BGE 98 II 341, 344-345.
- 19 Yetkin (n 17) 99; İçer (n 18) 22; Aybay *Sınırlandırma* (n 17) 1224.
- 20 Kurşat (n 2) 232; Graham-Siegenthaler (n 16) 80; Mauro (n 18) 189.
- 21 Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 9) 611; Kurşat (n 2) 232. Aynı yönde bkz.: Schmid ve Hürlimann-Kaup (n 4) 210.
- 22 Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Ümit Doğanay ve Aydın Aybay, *Eşya Hukuku Dersleri* (Fakülteler 1968) 97; Kurşat (n 2) 232; Yetkin (n 17) 103; Şengöz (n 8) 95. Aynı yönde bkz.: Mauro (n 18) 189; Brunner ve Wichtermann (n 9) 924.
- 23 Kurşat (n 2) 232.
- 24 Kurşat (n 2) 232; Ögüz (n 2) 150; Şimşek (n 18) 63; Yetkin (n 17) 99; Erdoğan (n 18) 465; Mangisch (n 18) 1257; Brunner ve Wichtermann (n 9) 924; Graham-Siegenthaler (n 16) 80; Heinz Rey, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum* (Dritte, ergänzte und überarbeitete Auflage, Stämpfli 2007) 198; Suad Bertan, *Aynı Haklar Cilt 1* (Balkan 1976) 412; Yargıtay HGK, E 1988/6-585 K 1988/870, 2.11.1988 (Kazancı); Yargıtay HGK, E 1976/6-473 K 1976/1998, 30.04.1976 (Kazancı).
- 25 Aynı yönde bkz.: Aybay, *Sona Erme* (n 2) 156.

Paylaşmayı isteme hakkının uygun olmayan zamanda kullanılmış olup olmadığı hakim tarafından takdir edilecektir. Hakim bu değerlendirmeyi yaparken dürüstlük kuralından yararlanacaktır²⁶. Doktrinde bir görüş, paylı mülkiyette paylaşmayı isteme hakkının kullanılmasına bir sınır teşkil eden uygun olmayan zaman kavramı dürüstlük kuralının bir yansıması olsa da her somut olayda hakkın kötüye kullanılmasının araştırılmasına gerek olmadığını savunmaktadır²⁷. Bu kapsamda hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyen bazı durumlarda da paylı mülkiyetin paylaşılmasını isteme hakkının kullanılmasına uygun olmayan zaman gerekçesi ile karşı çıkılabilir²⁸. Anılan görüş uyarınca, paylaşmayı isteme hakkının kullanımının uygun olmayan zaman sebebi ile engellenmesi ile dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi sebebiyle engellenmesi birbirinden ayrılmalıdır²⁹. Kanaatimizce de her hak gibi paylaşmayı isteme hakkının kullanılması da hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği durumlarda engellenebilir³⁰. Bu bakımından TMK m. 698/III hükmünün uygulamasını yalnızca paylaşmayı talep hakkının kötüye kullanıldığı hallerle sınırlamak hükmü atıl hale getirecektir³¹. Diğer yandan paylı mülkiyete tabi eşyanın paylaşılmasının uygun olmayan zaman sebebiyle engellenmesi hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmasa bile mümkündür³². Ancak somut olayda paylaşmayı isteme hakkının kullanılması hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa bu durumda hakkın kullanılmasının engellenmesi bakımından TMK m. 2 uygulama alanı bulacaktır³³. Zaten bu hükmün özelliği hakkın kötüye kullanılması teşkil etmese bile paylaşım talebinin engellenebilmesidir³⁴.

III. PAYLAŞMAYI İSTEME HAKKININ KULLANIMI BAKIMINDAN “UYGUN OLMAYAN ZAMAN” TEŞKİL EDEBİLECEK DURUMLAR

A. İMAR DEĞİŞİKLİĞİNİN SÖZ KONUSU OLDUĞU HALLER

Paylaşmayı isteme hakkının kullanılması bakımından uygun olmayan zaman kavramının tartışıldığı durumlardan biri imar değişikliğinin söz konusu olduğu bir zaman diliminde bu hakkın kullanılmış

26 Ögüz (n 2) 146; Nomer ve Ergüne (n 2) 244; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 384; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 3) 425; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 2) 405; Sirmen (n 2) 300; Eren (n 2) 121; Esener ve Güven (n 3) 217; Ayan (n 2) 111; Ertaş (n 18) 258; Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 9) 141; Kurşat (n 2) 230; Yetkin (n 17) 97-98; Ruhi ve Ruhi (n 18) 162; İçer (n 18) 22, 462; Şengöz (n 8) 96; Karahasan (n 18) 196; Yargıtay HGK, E 1988/6-585 K 1988/870, 2.11.1988 (Kazancı); Yargıtay 14 HD, E 2014/5027 K 2014/8512, 25.06.2014 (Kazancı). Ortaklığın giderilmesi davalarında Türk Medeni Kanunu'nun 2. Maddesi uyarınca iyiniyet incelemesi yapılamayacağı yönünde bkz.: Yargıtay 14 HD, E 2015/5562 K 2016/9455, 15.11.2016 (Yargıtay Karar Arama).

27 Ögüz (n 2) 146. Aynı yönde bkz.: Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 2) 384; Kurşat (n 2) 231; Yetkin (n 17) 98; Demirsatan (n 17) 12.

28 Ögüz (n 2) 146. Aynı yönde bkz.: Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 2) 384; Kurşat (n 2) 231.

29 Ögüz (n 2) 148.

30 Ögüz (n 2) 148; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 2) 384.

31 Yetkin (n 17) 98.

32 Ögüz (n 2) 148.

33 Ögüz (n 2) 146; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 2) 384-385. Eşlerin paylı mülkiyetinde olan ev hayvanı bakımından paylaşmayı isteme hakkının kullanılması halinde TMK m. 2'ye aykırılığın söz konusu olduğu yönünde bkz.: Barış Demirsatan, “Boşanmada Ev Hayvanlarının Hukuki Durumu” (2020) XXIV (3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 137, 153.

34 Yetkin (n 17) 99.

olmasıdır³⁵. Yargıtay tarafından verilmiş kararlara³⁶ konu olan uyuşmazlıklarda dava konusu olan paylı taşınmaz bakımından ortaklığın satış suretiyle giderilmesi talep edilmiştir. Davalılar ise imar uygulaması sebebiyle ifrazın söz konusu olabileceği gerekçesi ile davaya karşı çıkmışlar ve her iki dava da yerel mahkeme tarafından reddedilmiştir. Söz konusu uyuşmazlıklar bakımından temyiz aşamasında paylaşma isteminin uygun olmayan zamanda yapılıp yapılmadığı hususu tartışılmıştır. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi tarafından yapılan değerlendirmede şehirde semt semt imar uygulaması başlanmış olsa da taşınmazın bulunduğu bölgede henüz bir imar faaliyetinin olmadığı ancak bu bölgede imar uygulaması yapıldığı takdirde tevhid ve ifrazın mümkün olabileceği belirtmiş ve paylı taşınmaz bakımından paydaşlığın giderilmesi gerektiği sonucuna varmıştır³⁷. 14. Hukuk Dairesi ise dava konusu taşınmazın yenileme alanında kalmış olmasının uygun zaman olarak değerlendirilemeyeceğini; kaldı ki söz konusu taşınmaz bakımından şu anda herhangi bir imar yenileme çalışmasının mevcudiyeti de tespit edilemediği için ortaklığın giderilmesi davasının reddinin doğru olmadığını belirtmiştir³⁸. Doktrinde de paylı taşınmaza kısa bir süre sonra inşaat izni sağlayacak olan imar değişikliğinin söz konusu olduğu durumlarda paylaşmanın uygun olmayan zamanda istendiği savunulmuştur³⁹. Diğer yandan imar mevzuatına aykırı olarak yapılmış olan ve üzerinde dört daire bulunan paylı bir taşınmaza ilişkin açılmış olan ortaklığın giderilmesi davasında Yargıtay üzerinde dört daire bulunan yapının arzın hükümlerine tabi olacağı için menkul hükümlerine göre paylaşmanın mümkün olmadığını; davaya konu olan yapı menkul hükmünde olsaydı bile paydaşların 2981 sayılı Kanun hükümlerine göre paydaşların mirasbırakanı adına tapu tahsis belgesi düzenlendiği ve dolayısıyla mirasçı paydaşların tapu tahsis belgesine istinaden taşınmazın bir bölümünün mülkiyetini elde etme imkanları olduğu için ortaklığın giderilmesinin uygun olmayan zamanda talep edildiği sonucuna varmıştır⁴⁰. Kanaatimizce de paylı taşınmaz bakımından imar değişikliğinin söz konusu olduğu zaman diliminde paylaşma talebinde bulunulması uygun olmayan zaman olarak nitelendirilebilir. Ancak yukarıda anılmış olan Yargıtay kararında da değinilmiş olduğu üzere paylı taşınmazın bulunduğu şehir bakımından mevcut olan genel bir imar değişikliği değil de paylı taşınmazı kapsayan ya da onu ilgilendiren bir imar değişikliği halinde paylaşma talebinin uygun olmayan zamanda yapıldığı sonucuna varılabilir. Zira genel bir imar değişikliği paylaşma bakımından paydaşların menfaatine aykırılık teşkil etmezken doğrudan paylı taşınmazı ilgilendiren bir imar değişikliğinin söz konusu olması halinde paylaşmanın yapılması paydaşların menfaatine aykırılık teşkil edebilir ve zararlarına sebep olabilir. Bu sebeple paylı taşınmazı da ilgilendiren bir imar değişikliğinin söz konusu olduğu hallerde diğer paydaşların bunu ileri sürmesi üzerine hakim paylaşma davasının reddine karar verebilir. Ancak paylı taşınmaza ilişkin her imar değişikliği halinin

35 Nomer ve Ergüne (n 2) 244; Sirmen (n 2) 300; Kurşat (n 2) 233 dipnot 276; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 9) 612 dipnot 50.

36 Yargıtay 6 HD, E 1990/5245 K 1990/5808, 18.04.1990 (Kazancı); Yargıtay 14 HD, E 2014/5027 K 2014/8512, 25.06.2014 (Kazancı).

37 Yargıtay 6 HD, E 1990/5245 K 1990/5808, 18.04.1990 (Kazancı).

38 Yargıtay 14 HD, E 2014/5027 K 2014/8512, 25.06.2014 (Kazancı).

39 Sirmen (n 2) 300; Nomer ve Ergüne (n 2) 244; Kurşat (n 2) 232 dipnot 276; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 9) 612 dipnot 50.

40 Yargıtay 14 HD, E 2017/5669 K 2018/114, 9.1.2018 (Kazancı).

paylaşma bakımından doğrudan uygun olmayan zaman teşkil ettiğini söylemek doğru olmayacaktır. Hakim somut olayın koşullarını dikkate alarak TMK m. 4 gereğince bir sonuca varacaktır.

B. KENTSEL DÖNÜŞÜM SÜRECİNİN SÖZ KONUSU OLDUĞU HALLER

Yargıtay kararları dikkate alındığında uygun olmayan zaman teşkil edebilecek bir başka durum ise paylı taşınmaza ilişkin kentsel dönüşüm sürecinin söz konusu olduğu zaman diliminde paylaşma isteminde bulunulmuş olmasıdır. Yargıtay tarafından verilmiş olan kararlara⁴¹ konu olan uyuşmazlıklarda paylı taşınmazda ortaklığın giderilmesi talep edilmiştir. Söz konusu kararlardan birinde⁴² paylı taşınmaz üzerinde bulunan binanın 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun gereğince yıkıldığı ve hissedarların büyük çoğunluğunca bir inşaat firmasıyla kat karşılığı inşaat ön sözleşmesi yapıldığı gerekçesi ile davanın reddi talep edilmiştir. Yerel mahkemenin ortaklığın giderilmesi kararı vermesi üzerine karar temyiz edilmiştir. Yargıtay ise dava konusu taşınmaz kentsel dönüşüm kapsamında olduğu için ortaklığın giderilmesine karar verilmesini doğru bulmamıştır. Diğer kararda da⁴³ üzerindeki binanın 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun gereğince yıkılan taşınmaza ilişkin yerel mahkemenin ortaklığın satış suretiyle giderilmesi kararının temyizi üzerine mahkeme bozma kararı vermiş ancak, yeniden yapılan yargılama sonunca yerel mahkeme ortaklığın satış yoluyla giderilmesine karar vermiştir. Hükmün davacı tarafından temyizi üzerine dava konusu taşınmazın 6306 sayılı Kanun kapsamında yıkıldığı ve üzerine yeni bina yapılması için malikler kurulunun karar alması sebebiyle ortaklığın giderilmesi kararı bozulmuştur. Kanaatimizce, Yüksek mahkeme tarafından verilen kararlar isabetlidir. Şöyle ki, Yargıtay tarafından her ne kadar paylaşmayı isteme hakkının kullanılması bakımından “uygun olmayan zaman” değerlendirmesi yapılmamış olsa da anılan kararlardaki şartların varlığı halinde paylaşmanın uygun olmayan zamanda yapıldığı sonucuna varılabilir. Dava konusu uyuşmazlıklara konu olan taşınmazlar 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun gereğince yıkılmış ve yeni bina yapılabilmesi için kat malikleri kurulu karar almış ya da inşaat sözleşmesi yapılmıştır. Başka bir ifade ile paydaşlar riskli yapı niteliğinde olan taşınmazlarının sağlıklı ve güvenli ve bir hale gelmesi için tasfiye ve yenileme sürecini başlatmış ve devam etmektedirler. Hal böyleyken paylı taşınmaz bakımından paylaşma talebinde bulunulması halinde somut olaydaki diğer koşullar aksini göstermediği takdirde paylaşmayı isteme hakkının kullanılması bakımından zamanın uygun olmadığı nitelendirilmesi yapılabilir. Zira paydaşların hepsinin menfaati değerlendirildiğinde böyle bir sürecin içerisindeyken paylaşmanın yapılması halinde paydaşların paylaşma için uygun olan zamanda katlanılabilir olan zararın çok daha ötesinde zarara uğrama ihtimalleri yüksektir. Ancak yine de hakim somut olayın koşullarını dikkate alarak sonuca varacaktır.

41 Yargıtay 14 HD, E 2017/1069 K 2018/3083, 17.04.2018 (Kazancı); Yargıtay 14 HD, E 2016/3160 K 2018/7844, 15.11.2018 (Kazancı).

42 Yargıtay 14 HD, E 2016/3160 K 2018/7844, 15.11.2018 (Kazancı).

43 Yargıtay 14 HD, E 2017/1069 K 2018/3083, 17.04.2018 (Kazancı).

C. PAYLI TAŞINMAZA İLİŞKİN İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SÖZ KONUSU OLDUĞU HALLER

Paylaşma bakımından “uygun olmayan zaman” kavramının tartışıldığı bir başka husus ise paylı taşınmaz bakımından inşaat sözleşmesinin söz konusu olduğu hallerdir. Yargıtay kararlarına⁴⁴ konu olan uyuşmazlıklarda ortaklığın giderilmesi talep edilmiş olan paylı taşınmazlara ilişkin paydaşlar ve üçüncü bir kişi arasında bir inşaat sözleşmesi varken ortaklığın giderilmesi isteminde bulunulmuştur ve bu vesile ile ortaklığın giderilmesinin uygun olmayan zamanda talep edildiği iddiası gündeme gelmiştir. Söz konusu kararlara konu olan uyuşmazlıkların bir kısmında⁴⁵ kararı veren Hukuk Daireleri inşaat sözleşmesinin varlığı ve inşaatın ne aşamada olduğunun dikkate alınması ve dolayısıyla davanın uygun olmayan zamanda açılıp açılmadığının tartışılması gerekliliğini belirtmiştir. Benzer bir uyuşmazlıkta⁴⁶ da 14. Hukuk Dairesi paylı taşınmaza ilişkin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığı halinde taşınmazın TMK m. 698’de belirtilen sebeplerin gerçekleşmesi durumunda paylı malın paylaşamayacağını; ancak uyuşmazlıktaki inşaat sözleşmesinde tüm paydaşların imzası olmadığı için sözleşmenin geçersizliği dikkate alınarak karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Aynı Hukuk Dairesi benzer nitelikteki başka bir kararda⁴⁷ ise paylı taşınmaza ilişkin taşınmaz satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığı sebebiyle taşınmazın sürekli bir amaca özgülendiğini ve bu aşamada ortaklığın giderilmesine karar verilemeyeceğine hükmetmiştir. Doktrinde de paylı taşınmaz üzerinde inşaata başlandıktan sonra TMK m. 698/III gereğince paylaşmanın talep edilemeyeceği belirtilmiştir⁴⁸. Kanaatimizce inşaat sözleşmesinin varlığı sebebiyle taşınmazın sürekli bir amaca özgülendiği sonucuna varmak doğru olmayacaktır. Zira sürekli bir amaca özgülemeden bahsedilebilmesi için eşyanın işlevsel olarak paylı mülkiyete tabi olması bakımından sürekli bir zorunluluk bulunmalıdır⁴⁹. Bir taşınmazın inşaat sözleşmesine konu olması halinde işlevsel olarak bir zorunluluktan bahsedilemeyeceği için paylaşma talebinin paylı malın sürekli bir mala özgülendiği gerekçesiyle sınırlandırılması doğru olmayacaktır. Ancak bu noktada paylaşmanın uygun olmayan zamanda yapılıp yapılmadığı tartışılmalıdır. Kanaatimizce salt inşaat sözleşmesinin varlığı halinde doğrudan paylaşma talebinin uygun olmayan zamanda yapıldığı sonucuna varmak isabetli olmayabilir. Uygun olmayan zaman değerlendirmesinin yapılabilmesi için Yargıtay 6. Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu kararlarında belirtildiği gibi inşaatın varlığı ve ne aşamada olduğu da dikkate alınmalıdır. Bundan başka paylı taşınmazın paylaşılması halinde inşaat sözleşmesi bakımından tazminat ya da cezai şart ödenmesi gibi bir takım yükümlülükler gündeme gelebilir. Anılan hususlar birlikte değerlendirildiğinde paydaşlar bakımından katlanılması olağan dışı zararlara sebep oluyorsa paylaşma talebi uygun olmayan zaman sebebiyle reddedilmelidir.

44 Yargıtay 6 HD, E 1998/6263 K 1998/6245, 7.7.1998 (Kazancı); Yargıtay 14 HD, E 2013/6251 K 2013/8528, 3.6.2013 (Kazancı); Yargıtay 14 HD, E 2016/6568 K 2019/5613, 23.9.2019 (Kazancı); Yargıtay HGK, E 1988/6-585 K 1988/870, 2.11.1988 (Kazancı).

45 Yargıtay 6 HD, E 1998/6263 K 1998/6245, 7.7.1998 (Kazancı); Yargıtay HGK, E 1988/6-585 K 1988/870, 2.11.1988 (Kazancı).

46 Yargıtay 14 HD, E 2013/6251 K 2013/8528, 3.6.2013 (Kazancı).

47 Yargıtay 14 HD, E 2016/6568 K 2019/5613, 23.9.2019 (Kazancı).

48 Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 2) 405; Ayan (n 2) 111; Celal Erdoğan, *Ortaklığın Giderilmesi (İzaleyi Şüyyu) Davaları* (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin 1999) 299.

49 Eren (n 2) 121; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 3) 425; Demirsatan (n 17) 10.

D. PAYLI TAŞINMAZ BAKIMINDAN KAT İRTİFAKININ SÖZ KONUSU OLDUĞU HALLER

Paylı taşınmaza ilişkin paylaşma istemi bakımından uygun olmayan zaman teşkil eden başka bir husus ise paylı taşınmaz üzerinde kat irtifakının kurulmasının ardından paylaşma isteminde bulunulmuş olmasıdır. Yargıtay tarafından verilmiş olan bir karara⁵⁰ konu olan uyuşmazlıkta ortaklığın giderilmesinin talep edilmiş olduğu bağımsız bölüm, davalıların ortak mirasbırakanını adına kayıtlıdır. Taşınmazın bulunduğu parselde kat irtifakı kurulmuş olmasına rağmen dava konusu olan bağımsız bölüm halen fiilen inşa edilmediği için arsa payı olarak değerlendirilmesi gerektiği ve paylaşmanın TMK m. 698/III uyarınca uygun olmayan zamanda talep edildiği gerekçesi ile yerel mahkeme tarafından verilen satış kararına ilişkin bozma kararı vermiştir. Doktrinde de bir görüş paylı taşınmazın katları üzerinde paydaşlara kat irtifakı kurulduktan sonra TMK m. 698/III gereğince paylı halin giderilemeyeceği belirtilmiştir⁵¹. Kanaatimizce de kat irtifakının söz konusu olması halinde paylı malın paylaşılması isabetli olmayacaktır. Nitekim Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 7. maddesinde de kat mülkiyeti ve kat irtifakına tabi olan taşınmazda ortaklığın giderilmesinin talep edilemeyeceği belirtilmiştir.

E. PAYLI TAŞINMAZIN KİRA SÖZLEŞMESİNE KONU OLDUĞU HALLER

Uygun olmayan zamana örnek olarak ayrıca kira sözleşmesinin erken feshi dolayısıyla tazminat ya da cezaî şart ödenmesi gereken bir zamanda paylı taşınmaz bakımından ortaklığın giderilmesi gösterilmiştir⁵². Buna mukabil Yargıtay kararına⁵³ konu olan bir uyuşmazlıkta Çanakale Belediyesi'ne kiralanmış olan paylı bir taşınmazdaki ortaklığın satış suretiyle giderilmesi istenmiş; yerel mahkeme ise taşınmazın kiralanması sebebiyle uygun olmayan zamanda ortaklığın giderilmesi talebinde bulunulduğu gerekçesi ile davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay kira sözleşmesinin varlığının ortaklığın giderilmesine engel teşkil etmeyeceğini belirterek yerel mahkemenin kararına ilişkin bozma kararı vermiştir. Nitekim doktrinde de bir görüş, paylı taşınmazın kiraya verilmiş olmasının tek başına ortaklığın giderilmesine engel teşkil etmediğini paydaşlar için zararın gerçekleşmesi olasılığının varlığı halinde ortaklığın giderilmesinin sınırlandırılabilirliğini belirtmektedir⁵⁴. Kanaatimizce de paylı taşınmaza ilişkin kira sözleşmesinin varlığı tek başına paylaşma bakımından bir engel teşkil etmemelidir. Paylaşmayı isteme hakkının kullanılmasının uygun olmayan zaman sebebiyle sınırlandırılabilmesi için paylı taşınmaza ilişkin kira sözleşmesinin erken feshi sebebiyle ortaya çıkabilecek ödemeler sebebiyle paydaşların zararı söz konusu olmalıdır.

50 Yargıtay 6 HD, E 2005/817 K 2005/2530, 21.3.2005 (Kazancı).

51 Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 2) 405.

52 Gürsoy, Eren ve Cansel (n 3) 425; Eren (n 2) 121; Bertan (n 24) 412; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 9) 612; Yetkin (n 17) 100; Mangisch (n 18) 1257; Haab, Simonius, Scherrer ve Dieter (n 9) 152. Aynı yönde bkz.: Öğüz (n 2) 152. Yazar, paylı mülkiyet konusu eşyanın kiralandığı hallerde ortaklığın giderilmesi hakkının kullanılması paydaşların zararına yol açıyorsa hakkın kullanılmasının engellenebileceği ancak bu engellenmenin paydaşların zarara uğramayacağı bir zamana erteleme niteliğinde belirtmiştir.

53 Yargıtay 14 HD, E 2015/14420 K 2017/5028, 13.06.2017 (Kazancı).

54 Kurşat (n 2) 232 dipnot 276; Karahasan (n 18) 195.

F. PAYLI TAŞINMAZ FİYATLARININ DÜŞÜK OLDUĞU HALLER

Paylı mülkiyet konusu eşyanın bir taşınmaz olduğu ve aynen paylaşmanın mümkün olmadığı bir durumda, taşınmaz fiyatlarının çok düşük olduğu bir zamanda satış suretiyle paylaşmanın da TMK m. 698/III uyarınca mümkün olmayacağı doktrinde belirtilmiştir⁵⁵. Başka bir görüş ise piyasa dalgalanmaları sebebiyle eşyanın gerçek değerinin elde edilemeyeceği ya da ileride daha yüksek bir fiyata satılabileceği bir durumda ortaklığın giderilmesinin engellenemeyeceğini savunmaktadır⁵⁶. Bu kapsamda piyasa fiyatlarındaki genel bir düşüşün uygun olmayan zaman olarak nitelendirilmesi, uygun olmayan zaman kavramının daraltılması anlamına gelecektir⁵⁷. Benzeri yönde başka bir görüş de ortaklığın giderilmesinin ertelenmesi sebebiyle paydaşlar bakımından bir takım mali külfetlerin gündeme gelebileceği ya da kısa sürede eşyanın artırmada daha yüksek bir bedele ulaşamayacağını anlaşıldığı hallerde ortaklığın giderilmesinin ertelenemeyeceğini savunmaktadır⁵⁸.

Bundan başka açık artırma ile elde edilecek olan fiyat grev, salgın hastalık, su basması, deprem⁵⁹ ya da genel hayatın devamını engelleyecek başka bir sebeple düşük olursa bu durumda da paylı malın paylaşılmasının uygun olmayan zamanda talep edildiği gerekçesi ile sınırlandırılabilceği doktrinde belirtilmiştir⁶⁰. Benzeri şekilde eşyanın artırma ile satılmasının olanaksız olduğu hallerde de paylaşma için uygun olmayan zamanın varlığı kabul edilmektedir⁶¹. Burada dikkat edilmesi gereken husus taşınmazın en yüksek fiyatla satılacağı değil⁶² paydaşların zarar görmeyeceği zamanı⁶³ tetkik etmektir⁶⁴. Kanaatimizde de paylı malın fiyatının düşük olması tek başına “uygun olmayan zaman” gerekçesi ile paylaşmayı isteme hakkının sınırlandırılması için yeterli değildir. Önemli olan satış suretiyle paydaşlığın giderilmesi halinde malın karlı ve yüksek bir fiyata satılmasını sağlamak değil paydaşların zararına yol açmayacak bir fiyata satılmasını sağlamaktır⁶⁵. Bu kapsamda piyasa fiyatlarının genel olarak düşük olduğu bir zaman diliminin paylaşma için “uygun olmayan

55 Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 2) 405; Erdoğan (n 48) 299; Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 9) 141; Feyzioğlu, Doğanay ve Aybay (n 22) 97. Aynı yönde bkz.: Köroğlu (n 18) 185.

56 Sirmen (n 2) 300. Aynı yönde bkz.: Gürsoy, Eren ve Cansel (n 3) 425; Yetkin (n 17) 100.

57 Yetkin (n 17) 101.

58 Aybay, *Sınırlandırma* (n 17) 1224; Ögüz (n 2) 151; Kurşat (n 2) 233 dipnot 276.

59 Ruhi ve Ruhi (n 18) 162.

60 Aybay, *Sınırlandırma* (n 17) 1224; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 9) 612. Benzer yönde bkz.: Kurşat (n 2) 233 dipnot 276; Haab, Simonius, Scherrer ve Dieter (n 9) 152.

61 Karahasan (n 18) 195; Bertan (n 24) 412.

62 Ertaş (n 18) 258; Yargıtay HGK, E 1976/6-473 K 1976/1998, 20.04.1976 (Kazancı): “...Bu sebeple münasip zamanın taşınmazın en yüksek fiyatla satılabileceği zaman olarak kabulü yerinde değildir. Bu yüksek satıştan, zamanın münasip olmaması sebebiyle zarar gören paydaşlar bulunabilir...”

63 Ortaklığın giderilmesi talebinde diğer paydaşların zarara uğramasının engellenmesi gerektiği yönünde bkz.: Bertan (n 24) 412; Günay (n 18) 27; İçer (n 18) 462; Mangisch (n 18) 1257; Brunner ve Wichtermann (n 9) 924; Aynı yönde bkz.: Erdoğan (n 18) 465; Kıldır (n 18) 53; Karahasan (n 18) 194. Yargıtay HGK, E 1988/6-585 K 1988/870, 2.11.1988 (Kazancı): “... Taşınmaz malın münasip bir zamanda satılması hali, bu hakkın diğer paydaş için zararlı olacak bir şekilde kullanılmasını önlemek maksadıyla konulmuştur...” ; Yargıtay HGK, E 1976/6-473 K 1976/1998, 20.04.1976 (Kazancı).

64 Ögüz (n 2) 151; Bertan (n 24) 412; Kurşat (n 2) 233 dipnot 276; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 9) 612. Benzeri yönde bkz.: Erdoğan (n 18) 465; Karahasan (n 18) 196. Fiyat artma ihtimalinin olduğu bir zaman diliminin uygun olmayan zaman olarak nitelendirilemeyeceği yönünde bkz.: Ögüz (n 2) 151; Yetkin (n 17) 100; Şengöz (n 8) 96.

65 Aynı yönde bkz.: Brunner ve Wichtermann (n 9) 924.

zaman” olarak nitelendirilmesi doğru olmayacaktır. Ancak yukarıda belirtildiği üzere olağanüstü sebeplerden ötürü piyasa fiyatlarında bir düşüş gerçekleşirse somut olaydaki diğer koşullar da dikkate alınarak paylaşmayı isteme hakkı uygun olmayan zaman gerekçesi ile sınırlandırılabilir. Öte yandan olağanüstü nedenlerin süreklilik göstermesi halinde artık paylaşma için daha uygun zaman söz konusu olmayacağından hareketle ortaklığın giderilmesine engel olunamayacaktır⁶⁶.

G. DİĞER HALLER

Paylı mal bakımından kullanım ihtiyacının ya da zorunluluğunun söz konusu olduğu bir zaman diliminde paylaşma talebinde bulunulmuşsa paylaşma bakımından uygun olmayan zamanın söz konusu olduğundan bahsedilebilir⁶⁷. Doktrinde isabetli olarak hasat zamanında paylı mülkiyete konu olan bir biçerdöverin ve ürünün depo edileceği deponun paylaşımının talep edilmesinin uygun olmayan zamanda talep edildiği belirtilmiştir⁶⁸. Benzeri şekilde tarlada ürün yetiştiği ancak henüz devşirilmediği hallerde de tarla bakımından paylaşmanın istenmesi uygun olmayan zaman niteliğindedir⁶⁹.

IV. “UYGUN OLMAYAN ZAMAN” SAVUNMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Paylı mülkiyete konu olan bir eşya bakımından paydaşlardan biri tarafından uygun olmayan zamanda paylaşma talebinde bulunulmuşsa diğer paydaşlar TMK m. 698/III gereğince paylaşmanın uygun olmayan zamanda talep edildiği savunmasında bulunarak paylaşmaya engel olabilirler. Diğer paydaşların yapmış olduğu söz konusu savunmanın hukuki niteliği hakkında doktrindeki hakim görüş uygun olmayan zaman savunmasını geciktirici defi olarak nitelendirmektedir⁷⁰. Bu kapsamda paylaşmayı isteme hakkının uygun olmayan zamanda kullanılmış olması durumu davalı diğer paydaşlarca ileri sürülmedikçe hakim tarafından re’sen dikkate alınamayacaktır⁷¹. Anılan görüş uyarınca ayrıca defi hakkı doğduktan sonra bu haktan feragat mümkündür⁷². Gerçekten de ağırlıklı görüşün belirttiği üzere paydaşların uygun olmayan zaman savunmasını defi olarak nitelendirmek isabetlidir. Zira defi hakkını kullanan kimse muhatabın hakkının varlığını kabul etmekle birlikte özel bir sebeple kendi borcunu yerine getirmeme hakkı olduğunu ileri sürmektedir⁷³. Buna karşın itirazda

66 Demirsatan (n 17) 13.

67 Peter Liver, ‘Das Eigentum’ Herausgegeben von Arthur Meier-Hayoz, *Schweizerisches Privatrecht Fünfter Band Sachenrecht Erster Halbband* (Helbing Lichtenhahn 1977) 83.

68 Eren (n 2) 121; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 3) 425; Ertaş (n 18) 258; Kurşat (n 2) 233 dipnot 276; Ayan (n 2) 111; Yetkin (n 17) 100; Akçaal (n 8) 367; Şengöz (n 8) 96; Köroğlu (n 18) 185; Graham-Siegenthaler (n 16) 80; Rey (n 24) 198; Liver (n 67) 83.

69 Karahasan (n 18) 195.

70 Gürsoy, Eren ve Cansel (n 3) 425; Ögüz (n 2) 149; Nomer ve Ergüne (n 2) 243; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 384 dipnot 245; Eren (n 2) 121; Kurşat (n 2) 235; Yetkin (n 17) 104; Şengöz (n 8) 96; Köroğlu (n 18) 185; Haab, Simonius, Scherrer ve Dieter (n 9) 153; Brunner ve Wichtermann (n 9); Meier-Hayoz (n 9) 327.

71 Ögüz (n 2) 149; Köroğlu (n 18) 185.

72 Ögüz (n 2) 149; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 3) 425; Nomer ve Ergüne (n 2) 243; Eren (n 2) 121; Kurşat (n 2) 236; Haab, Simonius, Scherrer ve Dieter (n 9) 153.

73 Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuku İşlem Sözleşme* (Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4

karşı tarafın iddia etmiş olduğu hakkın doğmadığı ya da hakkın sona erdiği ileri sürülmektedir⁷⁴. Paydaşların birinin paylaşma talebinin ardından diğer paydaşça ya da paydaşlarca ileri sürülmüş olan uygun olmayan zaman savunmasında paylaşma hakkının varlığı ya da sona erdiği yönünde bir itiraz söz konusu değildir. Bu savunmada bulunan paydaş paylı malın paylaşılması bakımından zamanın uygun olmadığına işaret eden ve bu sebeple kendi borcunu yerine getirmesine engel teşkil eden bir sebebi ileri sürmektedir. Dolayısıyla yukarıda belirtilmiş olduğu üzere uygun olmayan savunmasının bir defa hakkı olduğu isabetli olacaktır. Defa hakkı niteliğinde olan bu husus paydaşlarca ileri sürülmedikçe hakim tarafından re'sen dikkate alınamayacaktır. Ancak paylaşmayı isteme hakkının aynı zamanda hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi halinde bu durum hakim tarafından re'sen dikkate alınabilecektir⁷⁵.

V. UYGUN OLMAYAN ZAMANDA KULLANILMIŞ OLAN PAYLAŞMAYI İSTEME HAKKININ HUKUKİ SONUÇLARI

Paylı mala ilişkin paylaşma hakkının kullanılmasının ardından paydaşlardan birinin uygun olmayan zaman savunmasında bulunmasının ardından hakim savunmada bulunan paydaşça ileri sürülmüş olan hususları takdir ederek paylaşma bakımından zamanın uygun olmadığı kanaatine varırsa açılmış olan paylaşma davasının reddi gerekecektir⁷⁶. Bu durumda paylaşma gerçekleşmediği için paylı mal bakımından paylı mülkiyet birliği de sona ermeyecektir. Hakimin verdiği davanın reddine ilişkin hüküm bir tespit hükmü olup kesin hüküm etkisine sahiptir⁷⁷. Dolayısıyla paylı mülkiyete tabi olan eşyanın paylaşılması talebiyle açılmış olan davanın paylaşmanın uygun olmayan zamanda istendiği gerekçesi ile reddedilmesi halinde paylaşmayı isteme hakkının hiç bulunmadığı hususu değil bu hakkın kullanılmasının şu an mümkün olmadığı hususu tespit edilmiş olacaktır⁷⁸. Ancak ret kararının kesin hüküm etkisi paylaşma davasının açılmış olduğu şartların ve vakıaların varlığı halinde devam edecektir. Başka bir ifade ile ret hükmünün kesinleşmesinden sonra vakıaların değişmesi halinde ortaklığın giderilmesi davası tekrar açılabilir⁷⁹. Bu sebeple paylı mülkiyete tabi olan bir eşyanın paylaşılması talebi ile açılmış olan davanın “uygun olmayan zaman” sebebiyle reddedilmesi halinde söz konusu karara dayanak teşkil eden koşulların ve vakıaların değişmesi halinde, diğer bir söylemle, uygun zaman gelince paydaşlardan herhangi biri paylaşma hakkını tekrar kullanabilecektir⁸⁰. Örneğin, paylaşma talep edilen paylı bir taşınmazın ekonomik bir durgunluk

üçüncü Bası'dan 7 inci Tıpkı Bası, Filiz 2017) 7 dipnot 8.

74 Kocayusufoğlu (n 60) 7 dipnot 8.

75 Kurşat (n 2) 235; Şengöz (n 8) 96; Yargıtay HGK, E 6-585 K 1988/870, 2.11.1988 (Kazancı). Ayrıca bkz.: Liver (n 67) 83.

76 Gürsoy, Eren ve Cansel (n 3) 425; Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 9) 141; Ögüz (n 2) 153; Ayan (n 2) 111; Nomer ve Ergüne (n 2) 243; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 384; Eren (n 2) 121; Sirmen (n 2) 301; Yetkin (n 17) 104; Şengöz (n 8) 96; Köroğlu (n 18) 185, 275; Karahasan (n 18) 196; Aybay *Sona Erme* (n 2) 156; Aybay *Sınırlandırma* (n 16) 1224. Son olarak anılan yazar, “Müşterek Mülkiyette Paylı Halin Giderilmesi Hakkının Sınırlandırılması” isimli eserinde uygun olmayan zaman savunmasının kabulü halinde davanın ertelenmesine karar vermenin davanın reddi karar vermekten daha uygun bir çözüm olduğunu savunmaktadır. Aynı yönde bkz.: Graham-Siegenthaler (n 16) 80.

77 Köroğlu (n 18) 269.

78 Köroğlu (n 18) 269, 275.

79 Köroğlu (n 18) 274-276.

80 Sirmen (n 2) 301; Ögüz (n 2) 153; Esener ve Güven (n 2) 217; Köroğlu (n 18) 276; Kurşat (n 2) 234; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 378.

sebebiyle piyasa değerinin çok altında satılması ve bu sebeple diğer paydaşların zararına sebep olması halinde paylaşma talebi reddedilecektir. Ancak ekonomik koşulların olumlu yönde değişmesi ve paylı malın paydaşların zararına olmayacak bir bedelle satılacak zamana gelmesi halinde paydaşlar tekrardan paylaşma davası açabileceklerdir⁸¹. Zira bu durumda ilk davanın reddine sebep olan vakıalar başka bir ifade ile ilk davanın uygun olmayan zaman sebebiyle reddine yol açan vakıalar artık bulunmamaktadır⁸².

Bununla birlikte doktrinde bir görüş de aslında paylaşma davasının görüleceği fakat paylaşma kararının icra edilmeyeceğini savunmaktadır⁸³. Ayrıca ortaklığın giderilmesine ilişkin kararda herhangi bir açıklık olmasa bile icra safhasına çıkan bir uyumsuzluğu icra hakiminin çözebileceği; bu kapsamda paydaşlığın açık artırma ile giderilmesi kararının ardından paraya çevirme safhasında şartların değiştiği ve zamanın artık uygun olmadığı iddia edilirse bu hususta icra hakiminin karar verme yetkisini haiz olduğunu kabul etmenin TMK m. 698/III'ün amacıyla bağdaştığı savunulmaktadır⁸⁴. TMK m. 698/III'ün mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'ndeki karşılığı olan 627. maddenin üçüncü fıkrasında 'taksim, münasip olmayan bir zamanda yaptırılmaz' hükmü yer almaktaydı. Bu hükümde yer alan taksimin yaptırılmayacağı ifadesi yürürlükteki hükümde 'istenemez' olarak değiştirilmiştir. Bu sebeple yürürlükteki hükümde yer alan bu ifadeden yola çıkarak uygun olmayan zamanın tespiti halinde paylaşma davasının reddinin gerektiğini savunmak daha isabetli olacaktır⁸⁵.

SONUÇ

Paydaşlardan her biri paylı mülkiyete tabi olan eşyanın paylaşılmasını isteme hakkına sahiplerdir. Ancak uygun olmayan zamanda paydaşlar paylaşma talebinde bulunamayacaklardır. Şüphesiz ki paylaşmayı isteme hakkının uygun olmayan zamanda kullanılmış olduğu iddiası bu hakkın dava yoluyla kullanılmış olduğu durumda söz konusu olacaktır. Paydaşlar arasında bir taksim sözleşmesinin varlığı halinde böyle bir iddianın gündeme gelmesi oldukça güçtür.

Paylaşma bakımından 'uygun olmayan zaman' kavramı yasal olarak tanımlanmamıştır. Doktrindeki görüşler ve Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar dikkate alındığında paylaşmanın daha sonraki bir zamanda talep edilmesi özel bir sebepten ötürü paydaşların menfaatine daha uygunsa ve paylaşmanın şimdi yapılması paydaşlar bakımından olağanın üzerinde külfet ve zarara sebep oluyorsa paylaşma bakımından uygun olmayan zamandan bahsedilebilir. Paylaşma bakımından uygun olmayan zaman değerlendirmesi yapılırken paydaşların dürüstlük kuralı temelinde kendi özel koşulları değil de objektif koşullar dikkate alınarak sonuca varılmalıdır.

81 Köroğlu (n 18) 276.

82 Köroğlu (n 18) 276.

83 Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 9) 613; Haab, Simonius, Scherrer ve Dieter (n 9) 153; Meier-Hayoz (n 9) 327. Ayrıca bkz.: Kıldır (n 18) 53.

84 Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 9) 613.

85 Aynı gerekçelerle bkz.: Kurşat (n 2) 234. Ayrıca bkz.: Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 9) 141. Yazarlar mülga Kanun döneminde 'yaptırılmaz' ifadesi kullanılmış olmasına rağmen bunu kararın infazı olarak anlamamak gerektiğini belirtmişler.

Yargıtay kararlarında ve doktrinde paylı taşınmaz bakımından imar değişikliğinin veya kentsel dönüşüm sürecinin söz konusu hallerde, paylı taşınmazın inşaat sözleşmesine konu olduğu ve paylı taşınmazın kiraya verilmiş olduğu hallerde paylaşma için uygun zaman olmadığı hususu gündeme gelmiştir. Bununla birlikte taşınmaz fiyatlarının çok düşük olduğu zaman diliminin de satış suretiyle ortaklığın giderilmesi bakımından uygun olmayan zaman teşkil edebileceği tartışılmıştır. Öncelikle belirtilmelidir ki yargı kararları ve doktrinde belirtilmiş olan bu hususlar paylaşma bakımından uygun olmayan zamana işaret eder nitelikte olsa da anılan durumların varlığı halinde doğrudan paylaşma için zamanın uygun olmadığını söylemek doğru olmayacaktır. Doğru sonuca varabilmek için yukarıda değinilmiş olduğu üzere paydaşların menfaatleri dikkate alınarak paylaşmanın o an yapılmasının onlar bakımından zarara sebep olup olmadığı irdelenmelidir. Burada zarar kavramından anlaşılması gereken olağanın üzerindeki zararlar. Zira olağan zararlar paylaşmaya engel teşkil etmezler.

Paydaşların uygun olmayan zamana ilişkin savunmaları defi niteliğindedir. Dolayısıyla taraflarca ileri sürülmedikçe hakim re'sen bu durumu dikkate alamaz. Ancak somut olayda paylaşmayı isteme hakkının kullanılması hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa hakim bu durumu kendiliğinden dikkate alabilir. Somut olayda hakim paylaşma bakımından zamanın uygun olmadığı sonucuna varırsa açılmış olan davanın reddi gerekir. Hakimin bu kararına dayanak teşkil eden durumların değişmesi halinde paydaşlar paylaşmayı isteme hakkını tekrar kullanabilirler.

KAYNAKÇA

- Akçaal M, *Eşya Hukuku* (Yetkin 2021).
- Akipek J, Akıntürk T ve Ateş D, *Eşya Hukuku* (İkinci Baskı, Beta 2018).
- Ayan M, *Eşya Hukuku II Mülkiyet* (Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Adalet 2020).
- Aybay A, *Müşterek Mülkiyette Taksim* (Sulhi Garan 1966) (*Taksim*)
- Aybay A, “Müşterek Mülkiyette Paylı Halin Sona Ermesi” (1966) 32(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 122-160. (*Sona Erme*)
- Aybay A, “Müşterek Mülkiyette Paylı Halin Giderilmesi Hakkının Sınırlandırılması” (1965) 56(10) Adalet Dergisi 1206-1224. (*Sınırlandırma*)
- Bertan S, *Ayni Haklar Cilt 1* (Balkan 1976).
- Brunner C ve Wichterhann J, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II Art. 457-957 Art. 1-61 SchlT*, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Thomas Geiser (3. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2007).
- Demirsatan B, “Boşanma Protokollerinin Paylı Mülkiyette Paylaşmayı İsteme Hakkına Etkisi” Ece Baş Süzel, Zeynep Ülkü Kahveci, Yaman Gürsel (edr), *İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yargı Kararları Sempozyumu – I Eşya Hukuku* (On İki Levha 2021) 1-24.
- Demirsatan B, “Boşanmada Ev Hayvanlarının Hukuki Durumu” (2020) XXIV (3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 137, 161.
- Erdoğan C, *Ortaklığın Giderilmesi (İzaleyi Şüyu) Davaları* (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin 1999).
- Erdoğan H, *Ortaklığın Giderilmesi (İzaleyi Şüyu) Davaları* (Adalet 2008).
- Eren F, *Mülkiyet Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin 2020).
- Ertaş Ş, *Eşya Hukuku* (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 14. Baskı, Barış 2018).

- Esener T ve Güven K, *Eşya Hukuku* (Genişletilmiş ve 6750 Sayılı Kanun Eklenmiş 8. Baskı, Yetkin 2019).
- Feyzioğlu F N, Doğanay Ü ve Aybay A, *Eşya Hukuku Dersleri* (Fakülterler 1968).
- Graham-Siegenthaler B, *Sachenrecht Art. 641-977 ZGB CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Herausgeber: Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo (3. Auflage, Schulthess).
- Günay E, *Ortaklığın Giderilmesi Davaları* (Seçkin 2021).
- Gürsoy K T, Eren F ve Cansel E, *Türk Eşya Hukuku* (Ankara Üniversitesi 1984).
- Haab R, Simonius, Scherrer ve Zobl D, *ZK – Zürcher Kommentar Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht* (Zweite Auflage in neuer Bearbeitung der entsprechenden Abschnitte des Kommentars von Prof. C. Wieland, 1909, Schulthess 1977).
- Hatemi H, Serozan R ve Arpacı A, *Eşya Hukuku* (Filiz 1991).
- İçer M F, *Uygulamada İzale-i Şüyü (Ortaklığın Giderilmesi) Davaları* (Adalet, 2019).
- Karahasan M R, *Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku Birinci Cilt* (Arıkan 2007).
- Kıldır G, *Ortaklığın Giderilmesi Davası* (Turhan 2019).
- Kocayusufoğlu N, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuku İşlem Sözleşme* (Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Bası'dan 7 inci Tıpkı Bası, Filiz 2017).
- Koroğlu A, *Medeni Usul Hukuku Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası* (On İki Levha 2020).
- Kurşat Z, *Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi* (Arıkan 2008).
- Liver P, 'Das Eigentum' Herausgegeben von Arthur Meier-Hayoz, *Schweizerisches Privatrecht Fünfter Band Sachenrecht Erster Halbband* (Helbing Lichtenhahn 1977).
- Mangisch J, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK – Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)*, Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser (3. überarbeitete Auflage, Orell Füssli 2016) (Art. 650).
- Mauro L, "Klage auf Aufhebung von Miteigentum" Herausgeber: Willi Fischer, Fabiana Theus Simoni, Dieter Gessler, *Kommentierte Musterklagen zum Personen-, zum Erb – und zum Sachenrecht* (Schulthess 2016) 181-191.
- Meier-Hayoz A, *Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht Berner Kommentar Band IV Sachenrecht 1. Abteilung: Das Eigentum* (Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage, Stämpfli 1959).
- Nomer H N ve Ergüne M S, *Eşya Hukuku* (Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 8. Bası, On İki Levha 2020).
- Oğuzman M K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku* (Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 22. Baskı, Filiz 2020).
- Öğüz T, *Müşterek Mülkiyette Taksim Engelleri* (Alfa 1995).
- Rey H, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum* (Dritte, ergänzte und überarbeitete Auflage, Stämpfli 2007).
- Ruhi C ve Ruhi A C, *İzale-i Şüyü Ortaklığın Giderilmesi Paydaşlığın Giderilmesi Paylaşma Davaları* (Güncellenmiş 11. Baskı, Seçkin 2021).
- Schmid J ve Hürlimann-Kaup B, *Sachenrecht* (5., ergänzte, verbesserte und nachgeführte Auflage, Schulthess 2017).
- Serozan R, *Eşya Hukuku I* (Genişletilmiş 3üncü Bası, Filiz 2014).
- Sirmen, A L, *Eşya Hukuku* (6. Baskı, Yetkin 2018).
- Şengöz Ç, *Paylı Mülkiyet Kavramı ve Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi* (Yetkin 2018).
- Şimşek S, "Ortaklığın Giderilmesi Davaları" (2010) 52 Terazi Hukuk Dergisi, 53-81.
- Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Eşya Hukuku Cilt I* (Yeniden İncelenmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Filiz 1989).
- Yetkin E S, *Paylı Mülkiyette Paylaştırma Hakkı ve Bu Hakkın Sınırları* (Seçkin 2020).

Velayetin Değiştirilmesi

Modification of Custody

Caner Taşatan* 

ÖZ

Velayet sahibi olmayan ana veya babaların, çocuğun korunması önlemlerinden biri olarak, bu hak ve yükümlülüğün veliden alınarak kendilerine verilmesini mahkemeden talep etmelerine sıklıkla rastlanılır. Bu yöndeki talebin ileri sürüldüğü yargılamalar, öğretilerde ve uygulamada, “velayetin değiştirilmesi davası” olarak adlandırılırlar. Velayetin değiştirilmesi davasının ana veya baba dışındaki kişiler tarafından da açılmasına teorik bir engel yoktur. Velayetin değiştirilmesini talep eden, velayetin kurulma anına ilişkin durumun değişikliğini ve bunun velayetin değiştirilmesi için yeterli/haklı bir sebep olduğunu ispat etmelidir. Ancak belirtilen durumların varlığı ispat edilse dahi velayetin değiştirilmesine karar verilmesi zorunlu değildir. Zira her durumda çocuğun üstün yararı gözetilir ve ona göre karar verilir. Taleple bağlı olmayan hakim, velayetin değiştirilmesi talebinin kabulü yerine, çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerin alınmasına da karar verebilir. Bu tür davalarda, özellikle ayırt etme gücü yerinde olmayan çocuklara temsil kayyımı atanması zorunlu olmalıdır. Velayetin değiştirilmesine ilişkin kararlar, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmezler ancak şekli anlamda bölge adliye mahkemesi kararı ile kesinleşirler.

Anahtar Kelimeler: Velayet, Çocuk, Çocuğun temsili, Çocuğun korunması, Velayetin kaldırılması

ABSTRACT

As one of the child protection measures, the requests of parents who do not have custody, before the courts, that this right and obligation be taken from the guardian and entrusted to them, are frequently encountered. The judgments in which this claim is made are called “the case of Modification of Custody” in doctrine and practice. Theoretically, it is possible for the case of Modification of Custody to be filed by people other than the mother or father. The claimant to modify custody must prove that the situation at the time of custody entrustment has changed and that this is a sufficient/justifiable ground for a change. However, even proving the existence of the stated situations does not necessitate the decision to change the custody. Because in all cases, the best interests of the child are taken into consideration and the decision is made accordingly. Instead of accepting the request for a modification of custody, the judge, who is not bound by the request, may also decide to take other measures concerning the protection of the child. In such cases, it should be mandatory to assign a judicial factor, especially to children who do not have sufficient mental competence. Decisions regarding the modification of custody do not constitute a final judgment materially, but procedurally, they become final with the decision of the regional court of appeal.

Keywords: Custody, Child, Child representation, Child protection, Withdrawal of custody

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0003-4090-324X

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Caner Taşatan

E-posta/E-mail: caner.tasatan@medeniyet.edu.tr

GİRİŞ

Velayet, ana ve babanın, kural olarak küçük ancak bazı durumlarda kısıtlı “çocuğun”¹ bakımının, korunmasının ve yetiştirilmesinin sağlanması amacıyla, onun kişiliği ve malvarlığı üzerinde sahip oldukları görev, yetki ve hakların bütünüdür ifade eder². Çocuğa ilişkin hak ve yükümlülüklerin bir arada bulunduğu bir kurum olan velayet, küçük veya kısıtlı üzerinde olması fark etmeksizin, çocuğun

- 1 Bu çalışmada “çocuk” kavramı, ana ve babanın birinci derecede altsoyunu, diğer bir deyişle kızını veya oğlunu ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Çocuğun yaşı önemsizdir. Ancak Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin m. 1 hükmüne göre çocuk, “(...) daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan (...)” biçiminde ifade edilmektedir. Benzer biçimde çocuk, Türk Ceza Kanunu’nun m. 6/b hükmünde “(...) henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi” ve esasen bir ceza yargılaması kanunu olan 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m. 3/1 hükmünde de “(...) Daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişi (...)” olarak tanımlanmaktadır. Belirtilen hükümlerin işaret ettiği bu kavram, Türk Medeni Kanunu’nda “küçük” olarak geçmektedir (örnek kabilinden bkz. TMK m. 12-14, m. 16, m. 126). Çalışmamızın konusunu oluşturan velayetin değiştirilmesi ise artık küçük olmayan ancak kısıtlanan, bununla birlikte ana ve babası hayatta olduğu için velayet altına alınan kişiler bakımından da söz konusu olabilir. Çocuk kavramı hakkında ayrıca bkz. Özge Yücel, *Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili* (Turhan 2011), 5 vd. Kısıtlanan ve velayet altına alınan kişilere “uygun düştüğü ölçüde” vesayet hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde bkz. ve karşı. Safa Koçoğlu, *Boşanmanın Çocuk Açısından Sonuçları* (Beta 2018) 42-43.
- 2 Kurt Affolter-Fringel and Urs Vogel, *Berner Kommentar, Die elterliche Sorge / der Kindesschutz, Art. 296-317 ZGB – Das Kindesvermögen, Art. 318-327 ZGB – Minderjährige unter Vormundschaft, Art. 327a-327c ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (Stämpfli 2016), Art. 296 N. 8-9; Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Thomas Geiser (eds), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB* (5. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2014), Schwenzer and Cottier, Art. 296 N. 3; Peter Breitschmid and Alexandra Jungo (eds), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen – und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG* (3. Auflage, Schulthess 2016), Breitschmid, Art. 296 N. 1; Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid and Alexandra Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (Tuor/Schnyder/Jungo) (14. Auflage, Schulthess 2015), § 43 N. 1; Heinz Hausheer, Thomas Geiser and Regina E. Aebi-Müller, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (6. Auflage, Stämpfli 2018), N. 17.67; Thomas Sutter-Somm and Felix Kobel, *Familienrecht* (Schulthess 2009), N. 980-981; Cyril Hegnauer, *Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts* (5. Auflage, Stämpfli 1999), N. 25.02-25.04; BGE 136 III 353 E 3.1; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Cumhur Özakman ve M. Enis Sarial, *Aile Hukuku* (3. bs., Filiz 1986), 503-504; Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, *Aile Hukuku* (2. bs., Filiz 1989), 245; Kemal Oğuzman ve Mustafa Dural, *Aile Hukuku* (2. bs., Filiz 1998) 272; Hüseyin Hatemi ve Rona Serozan, *Aile Hukuku* (Filiz 1993), 341; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku* (20. bs., Beta 2017) 406-407; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. bs., Turhan 2015), 1074-1075; Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku* (16. bs., Filiz 2021), N. 1686; Selma Bakır Çetiner, *Velayet Hukuku* (Yetkin 2000) 30; Cem Baygın, *Soybağı Hukuku* (On İki Levha 2010) 259; Abdülkerim Yıldırım, *Türk Aile Hukuku* (Savaş 2014), 151; Bilal Köseoğlu ve Köksal Kocaaga, *Aile Hukuku ve Uygulaması* (Türkiye Barolar Birliği 2009), 486-487; Fulya Erlüle, *İsviçre Medeni Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet* (Yetkin 2019), 93-94; Erol Cansel, “Velayet Hakkı ve Kötüye Kullanılması Nedeniyle Kaldırılması” (1977) 1 Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975 137, 137-138; Ebru Ceylan, “Türk Medeni Kanunu’nda Çocuğun Korunmasıyla İlgili Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi” (2017) C. 19 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Şeref Ertaşa Armağan) 349, 352; Tuba Birinci Uzun, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli” (2016) 6 (1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 135, 137; Cemil Çelik, “Velayetin Kaldırılması” (2004) 54 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 255, 256. Benzer yönde bkz. Hasibe Sena Akkışla, *Velayetin Tevdi* (Turhan 2017) 17-20. Velinin velayetten doğan haklarının onun yetkileri ve bu yetkilerin aynı zamanda onun çocuğa karşı görevleri olduğu yönünde bkz. Gülçin Elçin Grassinger, *Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçükün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler* (On İki Levha 2009) 2. Benzer yönde bkz. Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku* (9. bs., On İki Levha 2021), 180. Velayetin bir “yüküm-hak” (İsviçre öğretisinde ifade edildiği biçimiyle “Pflichtrecht”) olduğu yönünde bkz. Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (2. bs., Vedat 2017), 250-251, 253; Mustafa Alper Gümüş, *Türk Medeni Hukukunda Kayyım* (Vedat 2006), 216 dn 772. Revizyon öncesi İsviçre hukukunda bkz. ve karşı. August Egger, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Zweite Abteilung: Die Verwandtschaft Art. 252-359* (2. Auflage, Schulthess 1943), Art. 273 N. 5-7.

ebeveynine, ana ve babasına özgüdür³. Çocuk, pek çok durumda, ana ve babası evli iken doğar. Böyle durumlarda hem ana hem de baba çocuğun velisi olur. Ana ve baba, evlilikleri devam ettiği sürece velayeti birlikte kullanırlar (TMK m. 336/1). Evliliğin boşanma ile sona erdiği durumlarda ise velayet, çocuğun bırakıldığı tarafa ait olur (TMK m. 336/3)⁴. Ancak ana ve babanın birbirleriyle hiç evlenmemiş olmaları da mümkündür. Böyle durumlarda ise velayetin anaya ait olduğu kabul edilir (TMK m. 337/1)⁵.

Çocuğun velayetine tek başına sahip olan ana veya baba, bu kurumun içerisinde barındırdığı yükümlülükleri her zaman tam olarak yerine getirmeyebilir veya bunları yapmaya gücü yetmeyebilir⁶. Bu durum, temelinde, çocuğun bakımı, eğitimi ve yetiştirilmesi hususunda gerekli kararların alınıp uygulanmasına engel olur ve nihayetinde onun menfaatine aykırı sonuçlar doğurur. Böyle durumlarda çocuğun velayetine müdahale etmek ve onu yeniden düzenlemek gerekir⁷. Velayet taraflardan birine mahkeme kararıyla verilmiş olsa dahi durum böyledir zira velayete ilişkin kararlar kesin ve nihai bir hukuki durum yaratmazlar⁸. Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde hakim, resen veya talep üzerine⁹, çocuğun korunması için gerekli tüm önlemleri alır (TMK m. 346)¹⁰. Çocuğun korunması önlemlerinden biri olarak velayet sahibi olmayan kişinin (uygulamada hemen her defasında velayet sahibi olmayan ana ve babanın), mahkemeden, velinin bu hak ve yükümlülüklerinin ondan alınarak diğer ana veya babaya verilmesini, diğer bir deyişle “velayetin değiştirilmesini” talep etmelerine¹¹ sıklıkla rastlanılır. Nitekim bu yöndeki taleplerin

3 Breitschmid (2) Art. 296 N. 5.

4 Belirtelim ki TMK m. 336/3 hükmünün açık ifadesine rağmen öğretilerde ve uygulamada, özellikle TMK m. 166/3 hükmü kapsamında eşlerin mahkemeye birlikte başvurduğu veya bir eşin diğerinin davasını kabul ettiği “anlaşmalı boşanma” davalarında, tarafların anlaşmalarına bağlı olarak, hem annenin hem de babanın çocuk üzerinde “ortak (birlikte) velayet” sahibi olabileceği kabul edilmektedir. Tartışma ve görüşler için topluca bkz. Erlüle, *Birlikte Velayet* (n 2) 98 vd.; Birinci Uzun (n 2) 151 vd. Tarafların anlaşmaları olmaksızın verilen ortak velayet kararının aile hayatına saygı hakkının ihlali olduğu yönünde bkz. Anayasa Mahkemesi B 2018/27658, 06.10.2021 (RG 30.11.2021/31675). Ortak velayetin söz konusu olduğu durumlarda ana veya baba, halihazırda velayet sahibi olmasının doğal bir sonucu olarak, yalnızca diğer ana veya babaya ait velayetin kaldırılmasını yahut bunun düzenlenmesini talep edebilir. İsviçre hukukunda ise kural, ortak velayettir. Öyle ki daha önce evli olmayan çiftler bakımından dahi durum böyledir. İsviçre öğretisinde bkz. Affolter-Fringeli and Vogel (n 2) Art. 296 N. 16 vd.; Schwenzer and Cottier (n 2) Art. 296 N. 8b-8d; Tuor, Schnyder and Jungo (n 2) § 43 N. 5 vd.; Hausheer, Geiser and Aebi-Müller (n 2) N. 17.73 vd.; Breitschmid (n 2) Art. 296 N. 6. Ortak velayetin kural olmasının doğal bir sonucu olarak İsviçre hukukunda velayetin değiştirilmesi talebi, Türk hukukuna nazaran, oldukça sınırlı bir uygulama alanına sahiptir.

5 Velayetin kullanılması hususunda ayrıca bkz. Öztan (n 2) 1079 vd.; Birinci Uzun (n 2) 139 vd.

6 Hegnauer (n 2) N. 27.02.

7 Türk hukukunda velayetin mahkeme kararı ile düzenlenmiş olması zorunludur. İsviçre hukukunda ise “çocuk koruma daireleri” (*Kindeschutzbehörde*), bazı durumlarda ve özellikle tarafların anlaşmış olmaları ihtimalinde velayete ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin düzenlemeleri yapabilmektedir.

8 Baygın (n 2) 373. Bu durum, daha sonra açıklanacağı üzere, velayete ilişkin kararların çekişmesiz yargı işi olmasının doğal bir sonucudur.

9 Çocuğun korunması talebini her ilgilinin ileri sürebileceği hususunda tereddüt yoktur. Bu ilgilileri, çocuğun akrabaları, öğretmeni, başvurduğu doktor veya durumdan bilgi sahibi olan diğer üçüncü kişiler olarak sıralayabiliriz. Bkz. Sutter-Somm and Kobel (n 2) N. 1024. Çocuğun korunması talebinin her ilgilinin hakkı ve yükümlülüğü olduğu yönünde bkz. Hatemi ve Serozan (n 2) 368.

10 Bu tedbirler hakkında ayrıca bkz. Ceylan (n 2) 354 vd. İsviçre hukukunda bkz. Breitschmid (n 2) Art. 307 N. 1 vd.

11 Selahattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku* (7. bs., Filiz 1990), 500.

ileri sürüldüğü yargulamalar, öğretide ve uygulamada, “velayetin değiştirilmesi davası”¹² olarak adlandırılırlar.

I. MAHKEMEDEN VELAYETİN DEĞİŞTİRİLMESİNİN TALEP EDİLMESİ

A. DAVANIN TARAFLARI

Çocuğa ilişkin hak ve yükümlülüklerin bir arada bulunduğu bir kurum olarak velayetin, çocuğun ana ve babasına özgü olduğunu belirtmiştik. Bunun doğal bir sonucu olarak velayetin değiştirilmesi davası, çocuğun velisine karşı yöneltilir. Çocuk ise bu davanın tarafı değildir ancak ilgilisidir. Velayetin değiştirilmesi davası, uygulamada hemen her defasında, velayet sahibi olmayan ana veya baba tarafından açılır. Böyle durumlarda velayetin değiştirilmesini talep eden ana veya babanın, küçük veya kısıtlı olmaması gerekir¹³. Ancak belirtelim ki bu davanın ana veya baba dışındaki diğer ilgililer tarafından açılabilmesine de bir engel yoktur. Her ilgili, velayetin değiştirilmesini ve bu hak ve yükümlülüğün diğer ana veya babaya verilmesini talep edebilir. Özellikle ve sıklıkla karşılaşıldığı üzere büyük anne ve babalar tarafından velayetin düzenlenmesi talebinin ileri sürüldüğü davalarda hakim, değiştirilme talep edilmemiş olsa dahi, TMK m. 346 ve kısmen TMK m. 351 hükümlerinin kendisine sağladığı geniş yetki kapsamında, velayetin değiştirilerek başlangıçta dava dışında yer alan ana veya babaya verilmesine (yahut velayetin kaldırılması da dahil olmak üzere çocuğu koruyucu diğer önlemlerin alınmasına) karar verebilir¹⁴.

Velayetin değiştirilmesi davalarında, ilk aşamada, davalı ana veya babanın çocuk üzerindeki velayetinin sona erdirilmesi amaçlanır. Bu kapsamda velinin, dava sonucunda velayetin içerisinde barındırdığı hakları yitirmesi olasılığı dikkate alındığında, çocuğun yararına aykırı davranması

- 12 Velayetin değiştirilmesi talebinin ileri sürüldüğü yargulamalar, aşağıda da açıklanacağı üzere, birer çekişmesiz yargı işidir. Bu sebeple “velayetin değiştirilmesi davası”, esasen, isabetli bir terim değildir. Ne var ki bu çalışmada da bundan sonra, uygulamada bütünüyle yerleşen bu terim ve özellikle davacı-davalı terimleri kullanılmaktadır.
- 13 Burada bir hususa işaret etmek gerekir. Türk hukukunda ana veya babanın küçük veya kısıtlı olması, ilk planda, onların velayet sahibi olmasına engel değildir. Özellikle ana ve babanın evli olmadığı durumlarda, doğan çocuğun kendiliğinden ve tek başına velisi olan ananın küçük ve kısıtlı olmasına sıklıkla rastlanılır. TMK m. 337/2 hükmü, böyle durumlarda söz konusu velayetin düzenlenmesine (anadan alınmasına) ilişkindir. Benzer durumlarda baba bakımından da uygulanmaya elverişli olan bu hüküm, velayetin değiştirilmesini talep eden ana veya babanın, küçük veya kısıtlı olmamasını dolaylı biçimde düzenler. Ayrıca belirtmek gerekir ki değiştirilen velayetin halihazırda küçük veya kısıtlı bir ana veya babaya verilmesi, aşağıda açıklanacağı üzere, çocuğun üstün yararına da aykırı olur. Ana veya babanın küçük veya kısıtlı olması durumunda hakim, çocuğun üstün yararını gözeterek onun korunmasına ilişkin başka önlemlerin alınmasına da karar verebilir. İsviçre hukukunda ise durum farklıdır. Zira ZGB Art. 296/3 hükmüne göre küçük veya kısıtlıların velayet sahibi olabilmeleri, ilk planda dahi, mümkün değildir. Bkz. Hausheer, Geiser and Aebi-Müller (n 2) N. 17.71; Breitschmid (n 2) Art. 296 N. 8.
- 14 Başlangıçta dava dışında yer alan ana veya babaya velayetin verilebilmesi, nihayetinde, bu kişilere karşı da bir dava açılması ve onların davaya eklenmeleriyle mümkündür. Ancak uygulamada bu yöndeki taleplerin ileri sürüldüğü davalar, istisnasız biçimde, reddedilmektedir. Bu “müstakar” ret anlayışının arkasında, velayetin kendisine verilmesini talep etmemiş ana veya babanın, velayetin içerisinde barındırdığı yükümlülükleri tam olarak yerine getirmeyeceği veya getiremeyeceği düşüncesi olabilir. Ne var ki velayetin aynı zamanda bir yükümlülük olması ve hiçbir koşulda bundan kaçınma imkanı olmaması dikkate alındığında, uygulamadaki bu anlayışın – kısmen haklılık payı taşımakla birlikte – teorik bir zemini olmadığını söylemek gerekir. Bkz. ve karşı. Akkişla (n 2) 120.

ihtimal dahilindedir. Sözgelimi, yargılamada çocuğun temsilcisi olarak yer alan velinin, çocuk adına gerçek dışı açıklamalarda bulunması veya yargılamayı etkileyecek başka usuli başvurularda bulunması pek muhtemeldir. Söz konusu bu durum, veli ile çocuk arasında bir “menfaat çatışması”¹⁵ olduğunu açıkça gösterir¹⁶. Menfaat çatışması içerisinde bulunan tarafların yargılamada birbirlerini temsil edebilmeleri mümkün değildir. Ayrıca çocuğun, velayete ilişkin davalar sırasında, davanın tarafı olmayan bağımsız bir kişi tarafından temsil edilmesine fayda vardır. Nitekim, daha sonra açıklanacak Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin m. 12 hükmü de buna işaret eder. Bu sebeptendir ki velayetin değiştirilmesi davalarında, esasen velayete ilişkin bütün davalarda, yargılama sırasında çocuk adına bağımsız bir temsil kayyımı atanmasının zorunlu olduğu kanısındayız¹⁷. Aksi yöndeki Yargıtay¹⁸ ve Bölge Adliye Mahkemesi¹⁹ kararlarında isabet göremiyoruz. Özellikle, ayırt etme gücü yerinde olmayan çocuğun yargılama sırasında temsil edilmesi bakımından kendisine bir kayyım atanması ihtiyacı kendisini açıkça gösterir. Bununla birlikte hakim, ayırt etme gücüne sahip olan çocuğu dinleyerek, kayyım atanmasına gerek duymadan da velayetin değiştirilmesi hakkında karar verebileceğine işaret etmek gerekir²⁰.

Velayetin değiştirilmesi davalarında çocuk adına yargılamaya dahil olan temsil kayyımı, duruşmaya katılır, mahkemece toplanmak üzere delilleri gösterir veya bunları getirir, gerektiği takdirde davacı veya davalı lehine olması fark etmeksizin kanun yoluna başvurur. Bununla birlikte temsil kayyımı atanması, pratikte, önemli bir fayda da sağlamaz. Zira velayete ilişkin yargılama sırasında bu davada

15 Menfaat çatışması kavramı hakkında bkz. Gümüş (n 2) 46.

16 Çocuğun korunması önlemleri bakımından bkz. Yücel (n 1) 133-134. Velayetin kaldırılması bakımından bkz. Elçin Grassinger (n 2) 165-166; Ayşe Ziyen, *Velayet İlişkisi Bağlamında Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili* (On İki Levha 2019), 165-168.

17 Bu yönde bkz. Kayseri 2 HD BAM, E 2020/256 K 2020/259, 04.03.2020: “(...) Velayet kamu düzenine ilişkin olup, bu hususta anne ile babanın istek ve beyanlarından ziyade çocuğun menfaatlerinin dikkate alınması zorunludur. Yine bu davalar çocuğun güvenliğini doğrudan ilgilendiren davalarlardır. Bu kadar önemli bir davada, velayet hakkına sahip anne ya da babanın, kural olarak temsil olunan Ann menfaatine hareket ettiği kabul edilse dahi her zaman çocuğun yararına davranmayacağı, herhangi bir sebeple çocuk aleyhine hareket ederek onun zararına bir durum yaratma ihtimali olduğu da tartışmasıdır. Olağandır ki, bu tür davalarda davanın açılış amacı da diğer tarafın çocuğun menfaatine aykırı davrandığı iddiasıdır. O hâlde çocuk ile yasal temsilcisi arasında bir menfaat çatışmasının olduğu kabul edilerek TMK’nın 426. maddesinin ikinci fıkrası gereğince küçüğe bir temsil kayyımı atanması gerekmektedir. (...)”. Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK, E 2017/2-2486 K 2018/1148, 30.05.2018 (Kazancı); Yargıtay 2 HD, E 2017/2308 K 2017/7176, 08.06.2017; Yargıtay 2 HD, E 2014/25587 K 2015/4867, 18.03.2015 (Legalbank). Bkz. ve karşı. Gümüş (n 2) 183 vd.

18 Yargıtay HGK, E 2017/2-2069 K 2018/1179, 06.06.2018: “(...) İkinci olarak ise somut olayda davaya konu çocuğu temsil etmek üzere TMK’nın 426/2. maddesi uyarınca temsil kayyımının atanmasının gerekip gerekmediği hususu ön sorun olarak incelenmiş ve eldeki davanın velayetin değiştirilmesi istemine dair olduğu, velayetin değiştirilmesi talebine konu küçük ile boşanma kararıyla velayet kendisine bırakılan yasal temsilci davalı anne arasında; 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 426. maddesinin 2.bendinde öngörülen menfaat çatışmasının bulunmadığı, dolayısıyla temsil kayyımı atanmasının da gerekmediği kabul edilerek, ön sorun oy çokluğu ile aşılmış ve işin esasının incelenmesine geçilmiştir. (...)”. Yakın tarihli bu karar ve önceki dipnotta belirtilen güncel kararlar dikkate alındığında Hukuk Genel Kurulu’nun da bu konuda kesin bir görüş geliştiremediğini söyleyebiliriz. Temsil kayyımı atanmasına gerek olmadığı yönünde nispeten eski tarihli bkz. Yargıtay HGK, E 2007/2-251 K 2007/277, 16.05.2007 (Kazancı).

19 İzmir 16 HD BAM, E 2019/1672 K 2020/87, 07.02.2020: “(...) Her ne kadar velayetin değiştirilmesi davalarında kayyım atanmasına gerek yok ise de; somut olayda mahkeme tarafından küçüklerin temsil kayyımı ile temsiline gerek görülerek kayyım atanması için ihbarda bulunulmasına karar verilmesine ve ihbar sonrasında da kayyım atanmasının yapılmış olduğu dikkate alındığında artık karar kesinleşinceye dek küçüklerin mahkeme kararı gereğince atanan temsil kayyımı tarafından davada temsillerinin sağlanması gerekmektedir. (...)” (Legalbank).

20 Bkz. Sakarya 2 HD BAM, E 2019/1094 K 2020/122, 06.02.2020 (Legalbank).

görevli olan aile mahkemesi hakimi, temsil kayyımı atanması bakımından görevli sulh hukuk mahkemesine durumu bildirmekle yetinir. Bu da çoğu kez yalnızca yargılamayı yavaşlatır. Üstelik mahkemelerin iş yüküne bağlı olarak oldukça yavaş ilerleyen temsil kayyımı atanması süreci, çocuğun ergin olması ve velayetin ortadan kalkması aşamasına kadar dahi sürebilir. Oysa ivedi nitelikteki bu işler bakımından aile mahkemesinin de temsil kayyımı atayabilmesi mümkün olmalıdır²¹. Ne var ki mevcut kanuni düzenlemelerin buna elverişli olmadığını işaret etmemiz gerekir.

B. ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARININ GÖZETİLMESİ

Velayetin değiştirilmesi davalarında hakim, “çocuğun üstün yararını” gözetmekle yükümlüdür²². Belirtelim ki çocuğa ilişkin olarak mahkemeler, idari makamlar ve yasama organları tarafından yapılacak bütün işlemlerde onun üstün yararının gözetilmesi gerektiği, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 3/1 hükmünde²³ açıkça ifade edilmektedir. Bununla birlikte çocuğun üstün yararı kavramının neyi ifade ettiği belirsizdir²⁴. Esasen bu bir ölçüyü ifade eder. Ne var ki her çocuğun içerisinde bulunduğu aile, toplum, çevre, ekonomi gibi etkenler, çocuğun üstün yararı ölçüsünü göreceli hale getirir. Buna göre her somut olayda çocuğun üstün yararının neyi gerektirdiği hususu farklılaşır. Ancak bu gereklilik, temelinde, objektif bir durumu ifade eder. Çocuğun üstün yararının belirlenmesinde, subjektif biçimde, “onun bir yetişkin olması durumundaki farazi düşünceleri” doğrultusunda karar verilmemek gerekir²⁵. Buna göre hakim, çocuğun içerisinde

21 Bu yönde bkz. Köseoğlu ve Kocağa (n 2) 497, dn. 387.

22 İsviçre hukukunda ZGB Art. 296/1 hükmü, velayetin çocuğun üstün yararına yönelik olduğunu açıkça düzenler. Türk hukukunda buna ilişkin açık bir hüküm yoktur (karş. TMK m. 339/1). Bunun dışında, çocuğun üstün yararının çocuğun korunması önlemlerinin alınmasında temel ilke olduğu yönünde bkz. Hausheer, Geiser and Aebi-Müller (n 2) N. 17.152. Benzer yönde bkz. Tuor, Schnyder and Jungo (n 2) § 44 N. 5; Çocuğun üstün yararının velayete ilişkin hem bir kılavuz hem de sınır niteliği taşıdığı yönünde bkz. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz and Roland Fankhauser (eds), *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar* (Orell Füssli 2016), Maranta, Art. 296 N. 2. Çocuğun korunması önlemlerinin alınması sırasında hakimin gözden uzak tutamayacağı tek hususun, “çocuğun menfaatini korumaya elverişli” bir önlem alınması olduğu yönünde bkz. Akıntürk ve Ateş (n 2) 436. Ayrıca bkz. Hatemi (n 2) 190.

23 Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 3/1: “*Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.*” Benzer biçimde, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi m. 1, TMK m. 339/1 ve Çocuk Koruma Kanunu m. 4/b hükümleri, yine çocuğa ilişkin her türlü iş ve kararda, onun üstün yararının gözetilmesi gerektiğine işaret eder.

24 Bu kavram ve öğretideki tartışmalar için bkz. Affolter-Fringeli and Vogel (n 2) Art. 296 N. 13; Serozan (n 2) 65-67; Elçin Grassinger (n 2) 57-59; Yücel (n 1) 40-41; Baktır Çetiner (n 2) 32-33; Sevgi Usta, *Çocuk Hakları ve Velayet* (On İki Levha 2012), s. 92-94; İlknur Serdar, “Kişisel İlişki Kurma Hakkı” (2007) 9 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 739, 744-745.

25 Karş. Elçin Grassinger (n 2) 60; Koçoğlu (n 1) 12; Kayseri 2 HD BAM, E 2020/542 K 2020/682, 05.10.2020: “(...) *Velayet düzenlemesinde; çocukla ana ve baba yararının çatışması halinde asıl olan küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır. Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fikri ve ahlaki bakımdan en iyi şekilde gelişebilmesi ve böyle bir gelişmenin gerçekleştirilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır. Çocuğun bu konulardaki üstün yararını belirlerken; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verebilecekti ise, çocuk için karar verme makamındaki kişinin de, aynı yönde karar vermesi; yani çocuğun farazi düşüncesi esas alınacaktır. (...)*” (Kazancı).

bulunduğu koşulları dikkate alarak ve objektif biçimde belirlediği bir üstün yararı ölçüsünde, velayetin değiştirilmesi hakkında karar verir.

Velayetin değiştirilmesi talebinin kabulüne veya reddine karar verilmesinde çocuğun üstün yararı olup olmadığı hususu, hukuk dışında, özel ve teknik bir bilgiyi gerektirir. Bu yönüyle hakim, belirtilen bu dava türünde karar vermeden önce, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 5/1 hükmünde de işaret edildiği üzere, psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacı bilirkişilere başvurur. Uygulamada, söz konusu davalarda, sosyal hizmet uzmanından alınan “sosyal inceleme raporu” (kararlarda kısaca “SİR” olarak ifade edilir) veya hükümde belirtilen kişilerden ibaret bir heyet bilirkişi raporunun alınması zorunlu olarak görülmektedir²⁶. Ne var ki bunlar bağlayıcı nitelik taşımaz. Buna göre, rapor yönünde veya aksi yönde karar verilmesinde bir engel yoktur. Ancak hakim – dosya kapsamında alınmış başka bir rapor olmaksızın – bunların aksi yönde karar verebilmesi, pratikte, mümkün gözükmemektedir.

Velayetin değiştirilmesi davalarında, çocuk ile ana veya babanın yararının çatışması ihtimalinde çocuğun üstün yararına öncelik tanınır²⁷. Diğer bir deyişle ana veya babanın çocuk üzerinde velayet sahibi olmasındaki yararı, çocuğun üstün yararı karşısında dikkate alınmaz. Velayetin değiştirilmesini talep eden ana veya babanın müşterek başka çocukları bulunması durumunda ise kardeşlerin ayrılmamasına dikkat edilir²⁸. Böyle durumlarda, kardeşlerin bir arada bulunmasında çocuğun üstün yararı olduğu kabul edilir. Velayetin değiştirilmesini talep eden ana veya babanın başka bir kimseden çocuğu olması durumu biraz farklıdır. Böyle durumlarda çocuğun üstün yararı, kanımızca, diğer bir çocuğun üstün yararını incelemeyi de gerektirir. Buna göre velayeti değiştirilmesi talep edilen çocuğun üvey kardeşinin durumunun da sosyal inceleme raporu içerisinde incelenmiş olması isabetli olur.

26 Sosyal inceleme raporu, özellikle tek taraflı olarak sadece ana veya baba ile görüşüldüğü durumlarda, velayetin değiştirilmesi talebinin kabulü bakımından yeterli görülmemektedir. Bkz. Ankara 2 HD BAM, E 2019/2174 K 2020/1229, 21.10.2020: “(...) Mahkemenin kararına dayanak yaptığı 21.03.2019 havale tarihli sosyal inceleme raporunda, davalı baba ile görüşme sağlanmadan sadece davacı anne ve velayetin değiştirilmesi istenen küçük ile görüşme yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, müşterek çocuk Hatice Melek Köşirge konusunda alınan uzman raporu hüküm kurmaya yeterli değildir. O halde, mahkemeye, 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevine İlişkin Kanununun 5. maddesi uyarınca pedagoğ, psikolog ve sosyal hizmet uzmanından oluşan üç kişiden oluşacak heyet oluşturulup, taraflar, ortak çocuk ve gerekli görülen diğer kişilerle görüşme sağlanması ve tarafların oturdukları yerde sosyal inceleme yapılması sonucunda müşterek çocuğun velayeti konusunda daha kapsamlı rapor alınarak sonucu itibariyle karar verilmesi gerekirken, yetersiz uzman bilirkişi raporu dikkate alınarak eksik inceleme ve araştırmayla yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, kaldırmayı gerektirmiştir. (...)” Benzer yönde bkz. Ankara 1 HD BAM, E 2020/292 K 2020/1526, 07.10.2020; Sakarya 2 HD BAM, E 2019/1093 K 2020/192, 17.02.2020; Adana 2 HD BAM, E 2019/988 K 2020/65, 09.01.2020 (Kazancı).

27 Baktır Çetiner (n 2) 33; Diyarbakır 2 HD BAM, E 2020/317 K 2020/347, 02.10.2020; Ankara 28 HD BAM, E 2019/1752 K 2020/620, 27.07.2020 (Kazancı).

28 Bilge Öztan ve Fırat Öztan, “Boşanmada Velayetin Tevdi” (2016) 1 (2) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 473, 487; Ankara 1 HD BAM, E 2019/183 K 2020/1533, 07.10.2020 (Kazancı).

C. ÇOCUĞUN DİNLENİLMESİ

Velayetin değiştirilmesi davalarında hakim, karar vermeden önce, çocuğu dinlemesi gerekir²⁹. Belirtelim ki Yargıtay³⁰ ve Bölge Adliye Mahkemelerinin³¹ uygulaması tamamen bu yöndedir. Esasen çocuğun üstün yararının gözetilmesi de ancak bu sayede mümkün olabilir. Ne var ki Türk Medeni Kanunu'nda koruma önlemlerinin alınabilmesi için çocuğun dinlenilmesi gerektiğine ilişkin açık bir hüküm yoktur³². Buna karşın, Anayasa m. 90/5 hükmü kapsamında Türk hukuku bakımından kanun hükmünde ve gerektiğinde öncelikle uygulanabilir nitelikteki, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin m. 12 hükmüne göre, "(1) Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar. (2) Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır." Ayrıca Türkiye'nin de taraf olduğu Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin m. 3 ve m. 6 hükümleri, yine çocuğa ilişkin davalarda onun görüşünün alınması gerektiği hususunu düzenlemektedir. Bu kapsamda, velayetin değiştirilmesi davalarında, ayırt etme gücü yerinde olan çocuğun doğrudan, buna sahip olmayan çocuk ise – yukarıda açıkladığımız üzere bu tür davalarda zorunlu olarak tayin edilmesi gerekli – temsil kayyımı aracılığıyla dinlenilmesi gerekir³³.

D. VELAYET SAHİBİ ANA VEYA BABANIN KUSURUNUN ARANMAMASI

Velayetin değiştirilmesi isteminin kabul edilebilmesi, velayet sahibi ana veya babanın kusurlu olmasına bağlı değildir³⁴. Zira velayetin değiştirilmesi, temelinde, çocuğun korunmasına ilişkin bir önlemdir. Velayetin değiştirilmesi davalarında kabul veya ret yahut çocuk hakkında başkaca bir

29 Çocuğun korunması önlemleri bakımından bkz. Elçin Grassinger (n 2) 84; Akkışla (n 2) 88. Karş. Öztan ve Öztan (n 28) 480-481: Yazarlara göre boşanmada velayetin tevdiinde çocuğun görüşünü açıklamasına imkan veren özel bir düzenleme olmadığı gibi Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin m. 12 hükmü de çocuğun dinlenilmesini zorunlu kılan bir hüküm değildir.

30 Yargıtay HGK, E 2018/1072 K 2019/185, 21.02.2019; Yargıtay 2 HD, E 2020/1626 K 2020/2774, 09.06.2020 (Kazancı).

31 Sakarya 2 HD BAM, E 2019/1093 K 2020/192, 17.02.2020; İstanbul 10 HD BAM, E 2016/15 K 2016/16, 03.11.2016 (Kazancı).

32 Bununla birlikte ana ve baba, çocuğa ilişkin önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar (TMK m. 339/3). İsviçre hukukunda ise çocuğun dinlenilmesi gerektiği hususu ZGB Art. 314a hükmünde açıkça düzenlenmektedir. İsviçre hukukundaki bu hükmün, Birleşmiş Millet Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin m. 12 hükmünden daha geniş kapsamlı olarak, çocuğa ilişkin bütün işlemlerde onun dinlenilmesi gerektiğini düzenlediği yönünde bkz. Affolter-Fringeli and Vogel (n 2) Art. 314a N. 32. Çocuğun dinlenilmesi usulü hakkında bkz. Yvo (n 2) Art. 314a N. 2-5. Çocuğun dinlenildiği yargılamada yalnızca karar için gerekli olan hususlar duruşma tutanağına geçirilir. Bkz. Häfeli (n 22) Art. 314a N. 4.

33 Çocuğun dinlenilmesi sırasında, çocuğun yaşına ve ihtiyacına göre, psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı gibi kişilerin hazır bulundurulması gerekir. Aynı yönde bkz. Elçin Grassinger (n 2) 84.

34 Çocuğun korunması önlemleri bakımından bkz. Tuor, Schnyder and Jungo (n 2) § 44 N. 5; Oğuzman ve Dural (n 2) 302; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 2) N. 1732; Akıntürk ve Ateş (n 2) 436-437; Elçin Grassinger (n 2) 48; Cansel (n 2) 143; Alper Uyumaz, "Türk Medeni Kanununa Göre Çocuğun İhmal ve Anne Babaya Karşı Korunması" (2016) 14 (160) Legal Hukuk Dergisi 1971, 1979-1980. Velayetin kaldırılması bakımından bkz. Tekinay (n 11) 504; Çelik (n 2) 268.

koruma önlemi alınması kararı verilirken, hemen yukarıda da açıklandığı üzere, yalnızca çocuğun üstün yararı gözetilir. Buna göre, esasen bir yaptırım amacı taşımayan bu davada velayet sahibi ana veya babanın kusurunun aranmasına da gerek duyulmaz.

D. HAKİMİN TALEPLE BAĞLI OLMAMASI

Velayetin değiştirilmesi davalarında hakim, bu davanın kamu düzenini ilgilendirmesi bakımından, tarafların talepleriyle bağlı değildir. Bu tür davalarda re'sen araştırma ilkesi geçerlidir³⁵. Velayetin değiştirilmesi davasında hakim, davanın reddi veya kabulü dışında, TMK m. 347/1 hükmü kapsamında velayetin kaldırılması ve çocuğa vasi atanması yahut çocuğun bir aile yahut kuruma yerleştirmesi yönünde de karar verebilir³⁶. Öyle ki davanın velayetin değiştirilmesi talebiyle açılmış olması dahi gerekli değildir. Buna göre, kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesi talebini içeren bir davada mahkemenin velayetin değiştirilmesi yönünde karar verebilmesi de mümkündür³⁷. Belirtelim ki hakimin taleple bağlı olmaması, tarafların yargılama sırasında anlaşma sağlamış olmaları durumunda dahi geçerlidir. Bu kapsamda, ana ve babanın dava açıldıktan sonra velayetin değiştirilmesi veya değiştirilmemesi hususunda anlaşmış olmaları, hakimi bağlayıcı nitelik taşımaz. Benzer biçimde, davacı veya davalı sıfatlarını taşıyacak ana veya babanın davadan feragati yahut davayı kabul edebilmeleri de mümkün değildir.

II. VELAYETİN DEĞİŞTİRİLMESİ SEBEPLERİ

Velayetin değiştirilmesi, temelinde, velinin, diğer bir deyişle çocuğun bakım ve eğitimi hususundaki kararları alacak ve uygulayacak kişinin değişmesini ifade eder. Bunun doğal bir sonucu olarak velinin değişmesi, sayılan hususlar başta olmak üzere çocuğun hayatını ilgilendiren bütün konularda, önceki veli dönemine kıyasla oldukça farklı kararların alınıp uygulanmasına, nihayetinde çocuğun

35 Velayetin kaldırılması bakımından bkz. Hakkı Özlü, *Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması* (Adil 2002), 141 vd. Ayrıca bkz. Baygın (n 2) 276-277.

36 Bunun dışında, sözgelimi, çocuğun ergin olması sebebiyle velayetinin ortadan kalkması durumunda, davanın konusuz kalması sebebiyle esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi de mümkündür. Bkz. Yargıtay 2 HD, E 2021/4625 K 2021/5337, 28.06.2021: "(...) Ortak çocuklar 03.03.2001 doğumlu ... ve 07.05.2002 doğumlu ...'un karar tarihinden sonra ergin olduğu görülmektedir. Bu durumda, çocuklarla ilgili velayete ilişkin düzenleme yapılmasının yasal dayanağı kalmamış, dava konusuz hale gelmiştir. Ortak çocuklar ... ve ...'un velayetlerinin değiştirilmesi davası konusuz hale geldiğinden, yeniden hüküm oluşturulmak üzere hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir. (...)" (Legalbank); İzmir 2 HD BAM, E 2018/695 K 2018/954, 18.04.2018 (Kazancı). Çocuğun ölmesi veya evlatlık olarak verilmesi bakımından da durum böyledir.

37 Karş. Adana 2 HD BAM, E 2019/391 K 2020/37, 06.01.2020: "(...) Davalı vekilinin hükmün ikinci bendine yönelik istinaf başvurusunun incelenmesinde; dava; değişen şartlar nedeniyle velayeti davalı annede olan müşterek çocuk ile davacı baba arasındaki kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesine ilişkindir. Her ne kadar ilk derece mahkemesi hükmün ikinci bendinde çocuğun velayetinin davacıya verildiğinden bahisle çocuk mallerinin korunmasına ilişkin ihtarda bulunmuş ise de verilen bu karar HMK m.26 uyarınca taleple bağlılık ilkesine aykırı olmuştur. Kaldı ki velayetin değiştirilmesi ile ilgili somut dosya içerisinde herhangi bir dava söz konusu değildir. Bu sebeple davalı vekilinin bu konudaki istinaf başvurusun kabulüyle HMK m.353/1-b-2 dikkate alınarak mahkeme hükmünün ikinci bendinin hükümden çıkartılmasına karar vermek gerekmiştir. (...)" (Kazancı).

aleyhine sonuç doğurmaya elverişlidir³⁸. Bu sebeple velayetin değiştirilmesi, ilk bakışta, çocuğun yararı kapsamında değerlendirilmez. Velayetin değiştirilmesi talebinin kabul edilebilmesi, öncelikle, velayetin kurulma anından sonra ortaya çıkan ve çocuğun üstün yararına zarar veren veya bu ihtimali haiz bir yeterli/haklı sebebin³⁹ varlığına bağlıdır⁴⁰. “Velayetin değiştirilmesi sebepleri” olarak adlandırılabilir böyle bir sebep olmaksızın veya bu sebep ispat edilmeksizin velayetin değiştirilmesi kararı verilemez.

Velayetin değiştirilmesi sebepleri bazı hallerde kanun tarafından açıkça öngörülmüş, bazı hallerde ise Yargıtay-Bölge Adliye Mahkemesi kararları ile belirginleşmiştir. Çalışmamız kapsamında bunların sırayla incelenmesi isabetli olur. Ancak öncelikle, velayetin değiştirilmesi sebeplerinin bu sonucu doğurmasının, kural olarak, bunların süreklilik arz etmesine bağlı olduğunu ifade etmek gerekir⁴¹. Tek seferlik veya geçici sebepler, velayetin değiştirilmesi talebinin kabul edilmesi bakımından yeterli değildir. Buna göre, Yargı kararlarından anlaşılacağı üzere, velinin bulunduğu yerden sürekli kalmak niyetiyle başka yere gitmesi⁴² velayetin değiştirilmesi için yeterli/haklı bir sebep olarak kabul edilir ancak yılın belirli zamanlarında kısa süreli iş seyahatine çıkması⁴³ bu kapsamda değerlendirilmez.

A. DURUMUN DEĞİŞMESİ

Velayetin değiştirilmesi kararının verilebilmesi, esasen, velayetin kurulma anındaki durumun yeterli/haklı bir biçimde ve sürekli olarak değişmesi ihtimalinde söz konusu olur. Buna ilişkin olarak kanunda üç ayrı hükmün bulunduğunu görüyoruz: Çocuğun korunma önlemleri bakımından genel nitelikli TBK m. 351 hükmüne göre, “(1) Durumun değişmesi halinde, çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerin yeni koşullara uydurulması gerekir. (2) Velayetin kaldırılmasını gerektiren sebep ortadan

38 İzmir 18. HD BAM, E 2019/2335 K 2020/606, 16.06.2020: “(...) Buna göre: mümkün oldukça çocuğun alıştığı ortamın değiştirilmemesine, velayetin verileceği taraf yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olup olmayacağı yönünde ciddi ve inandırıcı delil olup olmadığı veya hemen meydana gelecek tehlikenin varlığının ispat edilemediği ve maddi durumun iyiliğinin tek başına velayetin değiştirilmesini gerektirmeyeceği hususunda mutlaka değerlendirilmelidir. (...)” (Kazancı).

39 Öztan (n 2) 788; Ceylan (n 2) 353. Ortak velayette taraflardan yalnızca birine ait velayetin kaldırılması bakımından bkz. Hausheer, Geiser and Aebi-Müller (n 2) N. 17.88.

40 Bu yönde bkz. Oğuzman ve Dural (n 2) 303 ancak karşı. s. 313, dn. 898. Karş. Tekinay (n 11) 500-501. İsviçre hukukunda ZGB Art. 298d hükmü, velayetin düzenlenmesinde “esaslı değişikliğin” (*wesentlicher Änderung*) gerekliliğini açıkça düzenlemektedir. Bkz. Affolter-Fringeli and Vogel (n 2) Art. 298d N. 5 vd.; Maranta (n 22) Art. 298d N. 2.

41 Öztan (n 2) 788; Baygın (n 2) 373. Velayetin kaldırılması bakımından bkz. Hayrunnisa Özdemir ve Ahmet Cemal Ruhi, *Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları* (On İki Levha 2016) 988. Yargıtay HGK, E 2013/2-2085 K 2014/30, 22.01.2014: “(...) Somut olayda, velayeti anneye verilen erkek çocuk, 2003 doğumludur. Davacı tanıkları davalı annenin kusurlu davranışı konusunda somut bir beyanda bulunmadıkları gibi, davacı baba tarafından davalı annenin müşterek çocuğu gece geç saatlerde tek başına bıraktığı iddia edilmiş ise de, annenin yetişkin yaştaki erkek kardeşinin gözetimine güvenerek, çocuğunu dayısına emanet ettiği anlaşıldığından, bu konuda davalı anneye iafe edilebilecek bir kusur bulunmamaktadır. Öte yandan, davalı annenin çocuğu zeytin toplamaya götürdüğüne ilişkin iddia konusunda hiçbir tanığım görgüye dayalı bilgisi bulunmadığından, bu iddianın da yöntemince kanıtlandığından bahsetmek mümkün değildir. Kaldı ki, anneye iafe edilen her iki olay da münferit olup, süreklilik arz etmemesi nedeniyle velayetin değiştirilmesini gerektirecek ağırlıkta olduğu kabul edilemez. (...)” (Kazancı). Ancak velinin çocuğa karşı ağır bir suç işlemesi durumunda olduğu gibi, velayetin değiştirilmesi talebinin tek seferlik bir sebepten ötürü dahi kabul edilebilir olduğuna işaret etmek gerekir.

42 Bunun uygulamada en sık karşılaşılan velayetin değiştirilmesi sebebi olduğu yönünde bkz. Baygın (n 2) 375.

43 Ankara 1 HD BAM, E 2020/271 K 2020/1554, 08.10.2020 (Kazancı).

kalkmışsa hâkim, re'sen ya da ana veya babanın istemi üzerine velâyeti geri verir"; durum değişikliğini örnekleyen TMK m. 183 hükmüne göre "Ana veya babanın başkısıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması hâlinde hâkim, re'sen veya ana ve babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır"; ana veya babanın evlenmesi durumuna özgü TMK m. 349 hükmüne göre ise, "Velâyete sahip ana veya babanın yeniden evlenmesi, velâyetin kaldırılmasını gerektirmez. Ancak, çocuğun menfaati gerektirdiğinde velâyet sahibi değiştirilebileceği gibi, durum ve koşullara göre velâyet kaldırılarak çocuğa vasi de atanabilir".

Ana veya babanın yeniden evlenmesi, TMK m. 183 ve m. 349 hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, çocuğun korunması önlemlerinin alınması ve buna bağlı olarak velayetin değiştirilmesi bakımından tek başına yeterli/haklı bir sebep değildir⁴⁴. Ne var ki burada yine çocuğun üstün yararı gözetilir. Özellikle ayırt etme gücü yerinde olan çocuğun yeniden evlenen velinin yanında kalmak istememesi, velayetin değiştirilmesi sonucunu doğurabilir. Böyle durumlarda, velayetin değiştirilmesini talep eden kimsenin bu hak ve yükümlülükleri yerine getirip getiremeyeceği hususunun da sosyal inceleme raporunda irdelenmiş olması aranır⁴⁵. Ana veya babanın başka bir yere gitmesi, çocuk ile birlikte veya ondan ayrı olmak üzere, iki ihtimalde de gerçekleşebilir. Sözgelimi, çocuğun velayet sahibi olmayan ana veya baba ile kişisel ilişki kurmasına engel olmak üzere uzak bir yere götürülmesi⁴⁶ birinci ihtimale, velayet sahibi ana veya babanın çocuğun eğitim gördüğü yerden başka bir şehirde yaşamaya başlaması ikinci ihtimale örnek gösterilebilir⁴⁷. Başka bir yere gitme durumunun, yukarıda da açıklandığı üzere, süreklilik arz etmiş olması ve çocuğun üstün yararına aykırı olması durumunda velayetin değiştirilmesine karar verilebilir. Ana veya babanın ölmesi durumunda ise diğer ana veya babanın açacağı dava, esasen burada bir değişim talebi mümkün olmadığı için, velayetin değiştirilmesi sebebi olarak değil, velayetin düzenlenmesi veya velayetin (geri) verilmesi sebebi olarak kabul edilmelidir⁴⁸.

Görüldüğü gibi velayetin değiştirilmesi bakımından kanunda öngörülen sebepler sınırlı sayıda değildir. Yargı kararlarından anlaşılacağı üzere velayet sahibi ana veya babanın iş yaşamı ilişkileri ve

44 Bu yönde bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (4. bs., Turhan 2019) 517. İsviçre hukukunda revizyon öncesi ZGB Art. 286 hükmü de bu yöneydi. Bkz. Egger (n 2) Art. 286 N. 2-3.

45 Ankara 1 HD BAM, E 2019/1459 K 2020/1563, 08.10.2020: "(...) Yapılan yargılama ve toplanan delillerden; tarafların 09.09.2017 tarihinde kesinleşen kararlar boşandıkları, 2010 doğumlu ortak çocuğun velayetinin anneye bırakıldığı, tarafların boşanmalarından sonra annenin yeniden evlendiği, görüşlerini açıklama olgunluğuna ulaşan ortak çocuğun annenin yeni eşi ile birlikte yaşamak istemediğini beyan ettiği, sosyal inceleme raporunda davacı babanın velayet görevini yerine getirebileceği görüşünün yer aldığı, bu itibarla çocuğun görüşü doğrultusunda velayetin değiştirilmesinin çocuğun üstün yararına aykırı olmayacağı, velayetin değiştirilmesi koşullarının gerçekleştiği anlaşılmaktadır. (...)" (Kazancı).

46 Bu yönde bkz. Özden Özer Taşkın, "Velayet Hakkının Kullanılması, Velayetin Değiştirilmesi" (2020) 6 (1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 239, 251.

47 Bu ikinci ihtimal, daha sonra açıklanacak, TMK m. 348 hükmü kapsamında bir velayetin kaldırılması sebebi de olabilir.

48 Karş. Zeynep Yargıç, *Türk Hukuku'nda Anlaşılabilir Boşanma Davası ve Hukuki Sonuçları* (On İki Levha 2021), 189-190. Anılan yazarca da atfı yapılan ancak burada belirttiğimiz yönde bkz. Yargıtay 2 HD, E 2008/20203 K 2009/8351, 30.04.2009: "(...) Osmaniye 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/279 – 283 Sayılı boşanma kararı ile 14.08.1999 doğumlu küçük M. K. G.'nin velayeti baba M. G.'ye verilmiş, baba M.. G.. 13.07.2008 tarihinde ölmüştür. Çocuğun velayeti askıda olup kendiliğinden anneye geçmez. (...) O halde mahkemeye davalı anneye küçüğün velayetinin kendisine tevdi edilmesi yönünde dava açması için süre verilmesi (...)" (Kazancı).

psikolojik olarak çocuklar üzerinde hissettirdiği baskı ve ihmallerin varlığı⁴⁹ gibi sebepler, velayetin değiştirilmesi bakımından yeterli birer sebep olarak kabul edilmektedir.

B. VELAYETİN KALDIRILMASI SEBEPLERİ

Velayetin değiştirilmesi davalarında, ilk aşamada, davalı ana veya babanın çocuk üzerindeki velayetinin sona erdirilmesinin amaçlandığını belirtmiştik. Velayeti sona erdiren durumlardan biri de velayetin kaldırılmasıdır. Buna göre, TMK m. 348/1, b. 1-2 hükümlerinde düzenlenen velayetin kaldırılması sebeplerinin⁵⁰, aynı zamanda, birer velayetin değiştirilmesi sebebi oldukları kendiliğinden anlaşılır. Ancak velayetin kaldırılması, kanunda çocuğun korunması önlemlerinden en ağırıdır⁵¹. Mahkemenin velayetin kaldırılması yönündeki kararı, aksi belirtilmedikçe, mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsar (TMK m. 348/3). Bu yönüyledir ki velayetin kaldırılması sebebinin, öğretide ve uygulamada, kararın verilebileceği ağırlıkta olması aranır⁵². Velayetin kaldırılması bakımından yeterli ağırlıkta olmayan bir sebebin velayetin değiştirilmesi sonucunu doğurması da mümkündür⁵³.

I. VELAYET GÖREVİNİN GEREĞİ GİBİ YERİNE GETİRİLMEMESİ

TMK m. 348/1, b. 1 hükmüne göre hakim, şu hallerde velayetin kaldırılmasına karar verir: “Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi”⁵⁴. Hükümde açıkça yer almamakla birlikte bu sebeplerin, gelecekteki durum veya davranışları konu edindiği anlaşılmaktadır⁵⁵. Ayrıca görüldüğü gibi hüküm,

49 Ankara 28 HD BAM, E 2019/2019 K 2020/607, 14.07.2020 (Kazancı).

50 Velayetin kaldırılması sebepleri için ayrıca bkz. Öztan (n 2) 1099 vd.; Özlü (n 35) 72 vd.

51 Affolter-Fringeli and Vogel (n 2) Art. 311-312 N. 11; Hausheer, Geiser and Aebi-Müller (n 2) N. 17.165; Köprülü ve Kaneti (n 2) 257-258; Oğuzman ve Dural (n 2) 313; Hatemi ve Serozan (n 2) 368; Serozan (n 2) s. 292; Elçin Grassinger (n 2) 162-163; Çelik (n 2) 267. Karş. Özlü (n 35) 68.

52 Bunun “özellikle katı ölçüde” (*besonders strenger Massstab*) olması gerektiği yönünde bkz. Yvo (n 2) Art. 311-312 N. 2; Bger 5C.207/2004, E. 3.2.1.

53 Bkz. Elçin Grassinger (n 2) 162-163; İstanbul 10 HD BAM, E 2016/15 K 2016/16, 03.11.2016: “(...) Mahkemenin kabulüne göre de hükmün 3. bendinde “1.Aile Mahkemesinin 2014/411 E, 2014/606 K nolu ilamı ile küçük Emirhan’ın velayeti davalı anneye verilmiş ise de bu kez velayetin anneden kaldırılarak davacı babaya verilmesine” şeklinde hüküm kurulması doğru görülmemiştir. Anne ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi, ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır bir biçimde savsaklamaları halinde hakim velayet hakkını kaldırabilir. (TMK.md.348) Toplanan delillerle ortaya çıkan durum yukarıda açıklanan şekilde net şartlarının varlığına yeterli olmayıp velayetin değiştirilmesine yol açar (TMK.md.183,349) Öyle ise olaya uygun kanun hükmünün belirlenmesinde hata ile velayetin değiştirilmesi (TMK.md.183, 349) yerine, Türk Medeni Kanununun 348. maddesi sonuçlarını doğuracak biçimde velayetin kaldırılmasına (nez’è) karar verilmesi yasaya uygun olmuştur. (...)”. Aynı yönde bkz. Yargıtay 2 HD, E 2017/1926 K 2017/5464, 04.05.2017; Yargıtay 2 HD, E 2017/1818 K 2017/5451, 04.05.2017 (Kazancı).

54 Hükümde yer alan “özürlü olması” ifadesi, 5378 sayılı Kanun kapsamında yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla birlikte ana veya babanın özür durumunun, hastalık veya benzer bir sebep olarak kabul edilmesi sonucunda yine velayetin kaldırılması sebebi olabileceğini belirtmek gerekir.

55 Bu sebeplerin tıp literatüründe “hastalığın seyri” olarak tercüme edilebilecek birer “prognoz” oldukları yönünde bkz. Hausheer, Geiser and Aebi-Müller (n 2) N. 17.166.

deneyimsizlik, hastalık, başka bir yerde bulunma durumlarının benzerlerinin de velayetin kaldırılması sebebi olabileceğini ifade etmekle, bu sebepleri sınırlı sayıda olmayacak biçimde düzenlemektedir⁵⁶. Esasen “velayet görevinin gereği gibi yerine getirilmemesi”, sınırlanabilir bir durum da değildir. Burada, yargı kararlarından anlaşılacağı üzere, ana veya babanın akıl zayıflığı içerisinde olması⁵⁷ yahut ana veya babanın tutuklu olması⁵⁸ gibi sebepler, TMK m. 348/1, b. 1 hükmü kapsamında, (velayet kaldırılması ile birlikte) velayetin değiştirilmesi bakımından yeterli/haklı birer sebep olarak kabul edilmektedir.

Velayet sahibi ana veya babanın ekonomik durumunun, çocuğun bakımına elverişli olmaması da TMK m. 348/1, b. 1 hükmü kapsamında incelenebilir. Velayetin değiştirilmesini talep eden veya halihazırda veli olan ana veya babanın ekonomik durumunun iyi veya kötü olması, söz konusu talebin kabulü veya reddi bakımından, kural olarak, yeterli/haklı bir sebep değildir. Özellikle uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı üzere, velayetin değiştirilmesini talep eden ana veya babanın ekonomik durumunun halihazırda veli olan ana veya babadan iyi olduğu, diğer bir deyişle çocuğun daha müreffeh bir hayat süreceği gerekçesi, tek başına, velayetin değiştirilmesi talebinin kabulünü sağlamaz. Benzer biçimde, ekonomik durumu iyi olan velinin sahip olduğu imkanları çocuk için kullanmaması veya bundan kaçınması, velayet görevinin gereği gibi yerine getirilmesini engellemesi ve esasen çocuğun üstün yararına aykırı olması sebebiyle, velayetin değiştirilmesi bakımından yeterli kabul edilir⁵⁹. Sayılan durumların tamamında hakim, çocuğun üstün yararını gözeterek karar verir.

2. ÇOCUĞA YETERLİ İLGİNİN GÖSTERİLMEMESİ VEYA ONA KARŞI YÜKÜMLÜLÜKLERİN AĞIR BİÇİMDE SAVSAKLANMASI

TMK m. 348/1, b. 2 hükmüne göre de hakim, şu hallerde velayetin kaldırılmasına karar verir: “Ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savaştırmaması”. Bu hükümde öngörülen velayetin kaldırılması sebepleri, TMK m. 348/1, b. 1 hükmünün aksine, velayet sahibi ana veya babanın geçmişteki davranışlarını konu edinir⁶⁰. Yeterli ilginin gösterilmemesi veya çocuğa karşı yükümlülüklerin ağır biçimde savaştırmaması, esasen, ihmali davranışları işaret etmektedir. Burada, yargı kararlarından anlaşılacağı üzere, çocuğun üçüncü kişilerin yanında bırakılarak velayetin getirdiği yükümlülüklerin fiilen bu kişilere devredilmesi⁶¹,

56 Akıntürk ve Ateş (n 2) 439; Kılıçoğlu (n 43) 516; Elçin Grassinger (n 2) 168-169; Çelik (n 2) 270. 743 sayılı mülga TMK döneminde bkz. ve karş. Feyzioğlu, Özakman ve Sarıal (n 2) 507.

57 Yargıtay 2 HD, E 2011/20559 K 2012/15187, 06.06.2012 (Kazancı).

58 Yargıtay 2 HD, E 2006/10576 K 2007/220, 23.01.2007 (Kazancı).

59 Ankara 2 HD BAM, E 2019/2802 K 2020/77, 22.01.2020: “(...) davalı H. hanım ve ailesinin maddi olarak durumlarının iyi olduğu fakat aile düzenlerinin bozuk olduğu, çocuklara yeterince bakım göstermediği, kış aylarında çocukların dışarıda yalın ayak gezdiği, okula göndermediği ve bakımsız oldukları bilgisine erişildiği, annenin düzensiz ekonomik, durumu evde çok sayıda kişinin yaşamaması, bakımsız olması, davacı ve ailesinin S.’i alma konusundaki istekleri ile sosyal ve ekonomik durumları gözetildiğinde S.’in velayetinin babaya verilmesinde herhangi bir engel bulunmadığı (...)” (Kazancı).

60 Bu sebeplerin kusura dayandığı yönünde bkz. Yıldırım (n 2) 156. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere velayetin değiştirilmesi (veya kaldırılması) kararının verilebilmesi, velayet sahibi ana veya babanın kusurlu olmasına, bunun doğal bir sonucu olarak da kusurlarının ispatlanmış olmasına bağlı değildir. Ayrıca bkz. Breitschmid (n 2) Art. 311-312 N. 8.

61 Adana 2 HD BAM, E 2019/1343 K 2020/91, 15.01.2020 (Kazancı).

TMK m. 348/1, b. 2 hükmü kapsamında, (velayetin kaldırılması ile birlikte) velayetin değiştirilmesi bakımından yeterli/haklı bir sebep olarak kabul edilmektedir.

C. ÇOCUĞUN KİŞİSEL İLİŞKİ KURMASINA ENGEL OLUNMASI

Çocukla kişisel ilişki kurma hakkı, velayete bağlı değildir. Velayet sahibi olmayan ana veya baba (ve gerekli koşulları sağlaması durumunda üçüncü kişiler) çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahiptir⁶². Ne var ki velayet sahibi olmayan ana veya babanın çocuk ile kişisel ilişki kurmasına engel olunmasına uygulamada sıklıkla rastlanılır. Çocuk ile kişisel ilişki kuramayan ana veya baba, Çocuk Koruma Kanunu m. 41/A vd. hükümleri kapsamında çocuk teslimi yoluna başvurabilir⁶³. Ancak bu durum, süreklilik arz etmesi koşuluyla, velayetin değiştirilmesi bakımından yeterli/haklı bir sebep olarak da kabul edilir⁶⁴. Esasen uygulamada kabul edilen bu durum, 7343 sayılı Kanun kapsamında Türk Medeni Kanunu'na iki ayrı hükümlerle dahil edilmiştir: TMK m. 182/2 hükmüne göre, "Mahkeme, kararında kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerinin yerine getirilmemesi hâlinde, çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla velayetin değiştirilebileceğini ihtar eder"; TMK 324/3 hükmüne göre, "Velayet kendisine bırakılan ana veya baba, kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerini yerine getirmese çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla velayet değiştirilebilir. Bu husus kişisel ilişki kurulmasına dair kararda taraflara ihtar edilir".

Görüldüğü gibi 7343 sayılı Kanun, çocuğun kişisel ilişki kurmasına engel olunması durumunu, uygulamada halihazırda kabul edildiği biçimde, bir velayetin değiştirilmesi sebebi olarak Türk Medeni Kanunu'nda açıkça düzenlemiştir. Bununla birlikte yukarıda zikredilen hükümlerin içeriği yeterince açık değildir. Burada, öncelikle, çocuğun kişisel ilişki kurmasına engel olunması durumunun yine süreklilik arz etmesini aramak isabetli olur. Zira çocuğun üstün yararı, yukarıda da açıklandığı üzere, kural olarak, velayete ilişkin düzenlemenin süreklilik arz etmesi, diğer bir deyişle onun değiştirilmemesi yönündedir. Ne var ki velayet sahibi ana veya babanın çocuğun kişisel ilişki kurmasına engel olmak amacıyla, sözgelimi, çocuğa karşı şiddet eylemi gerçekleştireceği

62 Çocukla kişisel ilişki kurma hakkı bakımından ayrıca bkz. Fulya Erlüle, "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması" (2010) 16 (3-4) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 217, 217 vd.; Canan Yılmaz, "Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması" (2015) 35 (1) Public and Private Law Bulletin 103, 104 vd.

63 Çocuk ile kişisel ilişki kuramayan ana veya babanın, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun m. 25 vd. hükümleri kapsamında çocuk teslimi yoluna başvurması usulü, 7343 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. Buna göre ilam veya tedbir kararı çerçevesinde çocuk ile kişisel ilişki kurmak isteyen ana veya baba, Çocuk Koruma Kanunu'na eklenen m. 41/A vd. hükümleri kapsamında, yükümlüleri tarafından rıza dahilinde uygulanmayan bu kararların yerine getirilmesi için Adalet Bakanlığı nezdinde kurulan Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü'ne başvurabilir. Ancak söz konusu uygulama, bu çalışmanın hazırlandığı dönemde henüz uygulamaya geçmiş değildir.

64 Yargıtay 2 HD, E 2013/13646 K 2014/157, 13.01.2014: "(...) *Tarafların müşterek çocuğu Tuana 2008 doğumlu olup, taraflar arasındaki anlaşmalı boşanma gereğince velayeti davalı babadadır. Dosya kapsamındaki delillerden ve tanık beyanlarından davacı kadının 01.01.2012, 15.01.2012, 01.08.2012 ve 07.08.2012 tarihlerinde müşterek çocuk ile şahsi ilişki tesisi için icra kanalıyla geldiğinde davalı babanın çocukla başka illerde bulunduğu gerekçesiyle şahsi ilişki tesis edilemediği ve davalı babanın bu nedenle tazyik hapis cezası ile cezalandırılmasından sonra şahsi ilişkinin sağlanabildiği; ayrıca icra dosyalarında kendisinin "mernis adresi İstanbul olduğu için çocuğu teslim edemediği" şeklinde savunmasına karşın 02.04.2012 tarihli sosyal inceleme raporunda Edremit'te bulunan anne-babasıyla ikamet ettiğini belirtip bu suretle anne ve çocuk arasındaki kişisel ilişkiyi engelleyerek velayet görevini kötüye kullandığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle davanın kabulü yerine reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. (...)*" (Kazancı).

yönünde diğerini tehdit etmesi veya bunu uygulaması yahut bu ölçüde – özellikle kolluk kuvvetinin müdahalesini gerektiren – olaylara sebebiyet vermesi durumlarında, tek seferlik eylemler dahi velayetin değiştirilmesi bakımından yeterli kabul edilmelidir. Bunun dışında, uygulamada halihazırda kabul edildiğinin aksine, velayet sahibi olmayan ana veya babanın, Çocuk Koruma Kanunu'na eklenen m. 41/A vd. hükümleri kapsamında resmi makamlara başvurmuş olmasına gerek yoktur. Çocuğun kişisel ilişki kurmasına engel olduğu hususunun – usul hukuku kuralları çerçevesinde – ispat edilmesi yeterli kabul edilmelidir. Nihayet, velayetin bırakıldığı ana veya babaya bunun değiştirilebileceğinin ihtar edilmesi, hükmün uygulanabilmesi bakımından mutlak bir koşul değildir. Buna göre, velayete ilişkin mahkeme kararında söz konusu ihtar yer almasa dahi, çocuğun kişisel ilişki kurmasına engel olan ana veya babadan velayetin alınması mümkündür.

D. ÇOCUĞUN TALEBİ

Velayetin değiştirilmesi davalarında, yukarıda belirtilen sebeplerden biri bulunmasa dahi, çocuğun talebi dikkate alınır. Özellikle ayırt etme gücü yerinde olan çocukların halihazırda velayet sahibi ana veya baba yanında kalmak istememesi yönündeki talepleri, diğer ana veya babanın velayetin getirdiği hak ve yükümlülükleri kullanabileceği hususunun sosyal inceleme raporu ile de tespit edilmesi ihtimalinde, dikkate alınır ve velayetin değiştirilmesi kararı verilebilmesini sağlar⁶⁵. Bu talep, mahkemeye, çocuk tarafından doğrudan yönetilebileceği gibi temsil kayyımı aracılığıyla da yöneltilmiş olabilir. Ancak her halde taleple bağlı olmayan hakim, çocuğun üstün yararı gerektirdiği takdirde, onun düşüncesine aksi yönde karar verebilir⁶⁶.

III. USUL HUKUKU BAKIMINDAN VELAYETİN DEĞİŞTİRİLMESİ

A. VELAYETİN DEĞİŞTİRİLMESİ DAVASINDA KARAR VERİLMESİ

Velayetin değiştirilmesi davalarında, davalı ana veya babanın çocuğa karşı suç konusu eylemler gerçekleştirdiğinin ileri sürülmesine sıklıkla rastlanılır. Böyle durumlarda Bölge Adliye Mahkemelerinin uygulaması, ilgili ceza yargılamasının bekletici mesele yapılması gerektiği

65 Ankara 1 HD BAM, E 2019/1164 K 2020/268, 08.01.2020: "(...) Somut olayda; tarafların Tosya Aile Mahkemesi'nin 2009/150-2011/211 Sayılı dosyası ile boşandıkları, müşterek çocuk R. Can'ın velayetinin anneye verildiği, daha sonra Tokat Aile Mahkemesi'nin 2013/586-2014/274 Sayılı dosyası ile velayetin anneden alınarak babaya verildiği, ilk derece mahkemesince alınan sosyal inceleme raporunda, velayeti istenen R. Can'ın fiziksel ve zihinsel gelişiminin normal düzeyde olduğu, yaşadığı ortama adapte olduğu ve mutlu olduğu, herhangi bir ihmal ve istismara maruz kalmadığı izleniminin edinildiği, psikolojik ve sosyal gelişiminin olumlu seyrettiği, müşterek çocuğun anneye düşkün olduğu ve tüm faktörler dikkate alındığında velayetin anneye verilmesi yönünde görüş bildirildiği görülmüştür. Tüm dosya kapsamı ve müşterek çocuğun anne yanında kalmak istediğini beyan etmesi hususu dikkate alındığında, velayetin değiştirilmesinin müşterek çocuğun yararına olacağı, bu nedenle kabul kararının yerinde olduğu (...)" (Kazancı).

66 İzmir 18 HD BAM, E 2019/1618 K 2020/23, 21.01.2020: "(...) çocuğun annesi ile birlikte yaşamak istediği ancak annenin bir anlamda seçimini yaptığı ve çocuğu yanına alamayacağını ve velayet görevini yerine getirmeyeceğinin dosya kapsamından sabit olduğu, bu durumda çocuğun menfaatinin öz babasıyla birlikte yaşamasında olduğu anlaşıldığından mahkemeye davanın kabulüne karar verilip velayet hakkının değiştirilip babaya verilmesi ve doğal sonucu olarak iştirak nafakasının kaldırılmasının usul ve yasaya uygun olduğu anlaşıldığından (...)" (Kazancı).

yönündedir⁶⁷. Ne var ki velayetin değiştirilmesi talebi hakkında karar verecek mahkeme, ceza mahkemesinin verdiği beraat kararıyla bağlı değildir (TBK m. 74/1). Ancak ceza mahkemesinin maddi vakianın varlığı hakkında vereceği kesinleşmiş karar, velayetin değiştirilmesi davasında ayrıca tartışılmasına gerek kalmaksızın bu mahkemeyi de bağlar.

Velayetin değiştirilmesi yönünde karar veren hakim, re'sen, (i) çocuk ile kişisel ilişki kurulması ve (ii) iştirak nafakası hususlarında karar verir:

(i) Çocuk ile kişisel ilişki kurulmasına ilişkin TMK m. 323 hükmüne göre, “*Ana ve babadan her biri, velâyeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir.*” Görüldüğü gibi ana ve baba, çocuk üzerinde sahip olduğu velayet değiştirilmiş olsa dahi, onunla kişisel ilişki kurulmasını isteyebilir. Ancak velayeti değiştirilen ana veya baba aleyhine yöneltilen davalarda, buna ilişkin bir talep ileri sürülmemiş olsa dahi, çocuk ile kişisel ilişki kurulması hususu re'sen düzenlenir⁶⁸. Ancak burada, yukarıda da belirtildiği üzere, çocuğun üstün yararı gözetilir. Zira kişisel ilişki kurulması, temelinde, çocuğun yararını, onun ana ve baba ilgisi ve şefkatinden mahrum kalmamasını amaçlar⁶⁹. Buna göre, çocuğun üstün yararının gerektirdiği ve özellikle çocuğa karşı suç konusu eylemlerin gerçekleştirildiği durumlarda, kişisel ilişki kurulması talebi reddedilir⁷⁰.

(ii) Velayetin değiştirilmesi davasının ileri sürüldüğü yargılamalarda iştirak nafakası hususunda da re'sen karar verilir. Burada iki ayrı ihtimal söz konusu olabilir. Birinci ihtimalde, velayetin değiştirilmesini talep eden ana veya baba, davalı ana veya babanın iştirak nafakası ödemesine karar verilmesini talep eder. Böyle durumlarda mahkemenin söz konusu talep hakkında olumlu veya olumsuz yönde bir karar vermesi gerekir⁷¹. İkinci ihtimalde, velayetin değiştirilmesini talep eden ve iştirak nafakası ödeyen taraf, bunun kaldırılmasını talep eder. Bu talep, çocuğun fiilen teslim alındığı tarihten itibaren geçmişe etkili olarak da söz konusu olabilir. İkinci ihtimalde talep, velayetin değiştirilmesi talebinin eki niteliği taşımadığı durumlarda, nisbi harca tabidir⁷².

67 Kayseri 2 HD BAM, E 2020/256 K 2020/259, 04.03.2020: “(...) Sonuç olarak; davacı vekilinin istinaf taleplerinin 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 353/1-a-4 ve 355. maddesi gereğince kabulü ile, ilk derece mahkemesi kararının tamamının kaldırılmasına davaya konu küçüklere temsil kayyımı atanması için (TMK m. 426/2) yetkili vesayet makamına ihbarda bulunulması, atanacak kayyımın duruşmaya çağırılması ve göstermesi hâlinde delillerinin toplanması, ayrıca Kayseri 15. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2019/105 Esas sayılı davasının neticesinin bekletilici mesele sayılarak sonucunda verilecek karar ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonucuna göre karar vermek üzere dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilerek aşağıdaki gibi hüküm kurulmuştur. (...)” (Kazancı).

68 Bu yönde bkz. Serdar (n 24) 777.

69 Elçin Grassinger (n 2) 194; Yeliz Yücel, *Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı* (On İki Levha 2018), 141.

70 Asena Sinanoğlu, *Türk Medeni Kanunu'na Göre Çocuk ile Kişisel İlişki Kurma Hakkı* (On İki Levha 2020), 9.

71 Ankara 2 HD BAM, E 2019/2174 K 2020/1229, 21.10.2020: “(...) Kabule göre de hükmün sonuç kısmında taleplerden her biri hakkında verilen hükmün gösterilmesi gerekir (HMK 297/2). Davacının velayetinin verilmesini istediği ortak çocuk için iştirak nafakası talebi olduğu halde bu yönde olumlu yada olumsuz hüküm kurulmaması da doğru değildir. (...)” (Kazancı).

72 Kayseri 2 HD BAM, E 2020/48 K 2020/57, 16.01.2020: “(...) Davacı erkeğin iştirak nafakasının geriye dönük olarak kaldırılması talebi velayetin değiştirilmesi talebinin eki niteliğinde olmayıp, nispi harca tabidir. Bu talep nedeniyle davanın açılması esnasında nispi harç alınmadığı gibi bu eksiklik yargılama sırasında da giderilmemiştir. Nispi harç tamamlattırılmadan müteakip işlemler yapılamaz. Mahkemece, davacı erkeğe kaldırılmasını talep ettiği bir yıllık iştirak nafakası miktarı üzerinden nispi harcın ikmali için süre verilmesi (Harçlar Kanunu m. 10-32) harç noksanlığı giderildiği

B. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Velayetin değiştirilmesi davalarında görevli mahkeme, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 4/b. 1 hükmü kapsamında, aile mahkemeleridir. Aile mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde de asliye hukuk mahkemeleri, aile mahkemesi sıfatıyla, davaya bakmakla görevlidirler. Yetkili mahkeme bakımından ise kanunda bir özel düzenleme ve kesin yetki kuralı bulunmamaktadır⁷³. Bu kapsamda, velayetin değiştirilmesi davalarında yetkiye ilişkin genel kurallar uygulanır. Buna göre davalı ana veya babanın davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi, genel yetkilidir. Bunun dışında, velayetin değiştirilmesinin HMK m. 382/2, b, b. 13 hükmü doğrultusunda çekişmesiz yargı işlerinden olması sebebiyle, aynı Kanunun m. 384 hükmü kapsamında, velayetin değiştirilmesini talep eden ana veya baba yahut diğer ilgilinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.

C. YARGILAMA USULÜ VE KANUN YOLU İNCELEMESİ

Velayetin değiştirilmesi, yukarıda da belirtildiği üzere, çekişmesiz yargı işlerindedir. Bu sebeple velayetin değiştirilmesinin ileri sürüldüğü davalarda, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, basit yargılama usulü uygulanır (HMK m. 385/1)⁷⁴ ve aksine bir hüküm bulunmadıkça re'sen araştırma ilkesi geçerlidir (HMK m. 385/2). Ayrıca bu davalarda verilen kararlar, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez (HMK m. 388). Bu sebeple, velayetin değiştirilmesi sonucunda bu hakkı kendisinden alınan ana veya babanın da aynı talebi ileri sürebilmesi mümkündür. Velayetin değiştirilmesine ilişkin davalarda ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararlara karşı istinaf yolu açık olmakla birlikte bunlar hakkında temyiz yoluna başvurulamaz (HMK m. 362/1, d)⁷⁵.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Çocuğun velayetine tek başına sahip olan ana veya babanın, bu kurumun içerisinde barındırdığı yükümlülükleri her zaman tam olarak yerine getirmediği veya bunları yapmaya gücü yetmediği

takdirde, bu talebin esasının incelenmesi ve hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi, harcın ikmal edilmemesi halinde ise Harçlar Kanunu'nun 30. maddesi gereğince işlem yapılması gerekirken belirtilen hususlar gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir. (...)" (Kazancı).

73 Yargıtay 5. HD, E 2021/3105 K 2021/9949, 20.09.2021: "(...) Velayetin değiştirilmesi ile ilgili davada kesin yetki kuralı bulunmayıp ancak davalılar tarafından bu hususun ilk itiraz olarak ileri sürülmesi halinde yetki hususu dikkate alınır. Hâkim, yetkinin kesin olmadığı hallerde, bu hususu re'sen nazara alamaz. (...)" (Legalbank).

74 Basit yargılama usulünün uygulandığı velayetin değiştirilmesi davalarında sözlü yargılama aşaması bulunmaz. Bu sebeple sözlü yargılama aşaması için ayrı gün verilmesi yönündeki talebin kabul edilmemesi, kararın kaldırılmasını gerektirmez. Bkz. Samsun 4 HD BAm, E 2020/1344 K 2020/2358, 15.10.2020 (Kazancı).

75 Yargıtay 2 HD, E 2021/1393 K 2021/3018, 14.04.2021: "(...) Velayetin değiştirilmesine ilişkin dava, çekişmesiz yargı işidir (HMK m. 362/2-b-13). Bölge adliye mahkemesince çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar kesin nitelikte olup, bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamaz (HMK m. 362/1-ç). Bu sebeple davacı-davalı babanın bu yöne ilişkin temyiz dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekmiştir. (...)" (Legalbank). Aynı yönde bkz. Yargıtay 2 HD, E 2021/4600 K 2021/5638, 01.07.2021 (Kazancı). Velayetin değiştirilmesi talebine ek olarak veya bundan ayrı ileri sürülen kişisel ilişkinin düzenlenmesi talebi hakkındaki kararlara karşı, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin uygulaması kapsamında, temyiz yolu açıktır.

durumlar olabilir. Böyle durumlarda velayet sahibi olmayan kişinin, çocuğun korunması önemli olarak, velayetin değiştirilmesini talep etmesi mümkündür. Velayetin değiştirilmesi davası olarak bilinen bu dava, uygulamada hemen her defasında velayet sahibi olmayan ana veya baba tarafından açılmakla birlikte, üçüncü kişiler tarafından da açılabilir. Velayetin değiştirilmesi davalarında, veli ile çocuk arasında menfaat çatışması bulunması sebebiyle, çocuğa bir temsil kayyımı atanması zorunlu olmalıdır. Velayetin değiştirilmesi davalarında çocuğun üstün yararı gözetilir ve bunu sağlayabilmek üzere karar vermeden önce çocuğun dinlenilmesi gerekir. Velayetin değiştirilmesi davasının temelinde bir çocuğun korunması önlemi olması sebebiyle velayet sahibi ana veya babanın kusuru aranmaz. Ayrıca bu tür davalarda hakim, taleple de bağlı değildir. Velayetin değiştirilmesi talebinin kabul edilebilmesi için velayetin kurulma anından sonra ortaya çıkan ve çocuğun üstün yararına zarar veren veya bu ihtimali haiz bir yeterli/haklı sebebin varlığı aranır. Bu sebebin, aynı zamanda, süreklilik arz etmesi aranır. Velayetin kurulma anındaki durumun değişmesi, velayetin kaldırılmasını gerektiren durumların varlığı, çocuğun kişisel ilişki kurmasına engel olunması ve nihayet çocuğun talebi, birer velayetin değiştirilmesi sebebi olarak sıralanabilir. Bu sebebin suç konusu bir eylem olması durumunda, ceza yargılamasının bekletici mesele yapılması gerekir. Ancak velayetin değiştirilmesi talebi hakkında karar verecek mahkeme, ceza mahkemesinin verdiği beraat kararıyla bağlı değildir. Velayetin değiştirilmesi yönünde karar veren hakim, çocuk ile kişisel ilişki kurulması ve iştirak nafakası hususlarında re'sen karar verir. Bu davalarda aile mahkemesi görevli, davalı ana veya babanın davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri ile velayetin değiştirilmesini talep eden ana veya baba yahut diğer ilgilinin yerleşim yeri mahkemeleri yetkilidir. Velayetin değiştirilmesine ilişkin kararlar, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmezler ancak şekli anlamda bölge adliye mahkemesi kararı ile kesinleşirler.

KAYNAKÇA

- Affolter-Fringeli K and Vogel U, *Berner Kommentar, Die elterliche Sorge / der Kindesschutz, Art. 296-317 ZGB – Das Kindesvermögen, Art. 318-327 ZGB – Minderjährige unter Vormundschaft, Art. 327a-327c ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (Stämpfli 2016).
- Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku* (20. bs., Beta 2017).
- Akkışla H S, *Velayetin Tevdii* (Turhan 2017).
- Baktır Çetiner S, *Velayet Hukuku* (Yetkin 2000).
- Baygın C, *Soybağı Hukuku* (On İki Levha 2010).
- Birinci Uzun T, “Türk Medenî Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli” (2016) 6 (1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 135-166.
- Breitschmid P and Jungo A (eds), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen – und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG* (3. Auflage, Schulthess 2016).
- Cansel E, “Velayet Hakkı ve Kötüye Kullanılması Nedeniyle Kaldırılması” (1977) 1 Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975 137-148.
- Ceylan E, “Türk Medeni Kanunu’nda Çocuğun Korunmasıyla İlgili Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi” (2017) C. 19 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Şeref Ertaşa Armağan) 349-375.

- Çelik C, “Velayetin Kaldırılması” (2004) 54 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 255-309.
- Dural M, Ögüz T ve Gümüş M A, *Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku* (16. bs., Filiz 2021).
- Egger A, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Zweite Abteilung: Die Verwandtschaft Art. 252-359* (Yazar Adı, ZK-ZGB) (2. Auflage, Schulthess 1943).
- Elçin Grassinger G, *Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçükün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler* (On İki Levha 2009).
- Erlüle F, *İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet* (Yetkin 2019).
- Erlüle F, “Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması” (2010) 16 (3-4) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 217-248.
- Feyzioğlu F N, Özakman C ve Sarıal M E, *Aile Hukuku* (3. bs., Filiz 1986).
- Gümüş M A, *Türk Medeni Hukukunda Kayımlık* (Vedat 2006).
- Hatemi H, *Aile Hukuku* (9. bs., On İki Levha 2021).
- Hatemi H ve Serozan R, *Aile Hukuku* (Filiz 1993).
- Hausheer H, Geiser, T and Aebi-Müller R E., *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (6. Auflage, Stämpfli 2018).
- Hegnauer C, *Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts* (5. Auflage, Stämpfli 1999).
- Honsell H, Vogt N P and Geiser T (eds), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB* (5. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2014).
- Kılıçoğlu A M, *Aile Hukuku* (4. bs., Turhan 2019).
- Koçoğlu S, *Boşanmanın Çocuk Açısından Sonuçları* (Beta 2018).
- Köprülü B ve Kaneti S, *Aile Hukuku* (2. bs., Filiz 1989).
- Köseoğlu B ve Kocağa K, *Aile Hukuku ve Uygulaması* (Türkiye Barolar Birliği 2009).
- Kren Kostkiewicz J, Wolf S, Amstutz M and Fankhauser R (eds), *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar* (Orell Füssli 2016).
- Oğuzman K ve Dural M, *Aile Hukuku* (2. bs., Filiz 1998).
- Özdemir H ve Ruhi A C, *Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları* (On İki Levha 2016).
- Özer Taşkın Ö, “Velayet Hakkının Kullanılması, Velayetin Değiştirilmesi” (2020) 6 (1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 239-262.
- Özlu H, *Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması* (Adil 2002).
- Öztan B, *Aile Hukuku* (6. bs., Turhan 2015).
- Öztan B ve Öztan F, “Boşanmada Velayetin Tevdii” (2016) 1 (2) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 473-495.
- Serdar İ, “Kişisel İlişki Kurma Hakkı” (2007) 9 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 739-781.
- Serozan R, *Çocuk Hukuku* (2. bs., Vedat 2017).
- Sinanoğlu A, *Türk Medeni Kanunu'na Göre Çocuk ile Kişisel İlişki Kurma Hakkı* (On İki Levha 2020).
- Sutter-Somm T and Kobel F, *Familienrecht* (Schulthess 2009).
- Tekinay S S, *Türk Aile Hukuku* (7. bs., Filiz 1990).
- Tuor P, Schnyder B, Schmid J and Jungo A, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch (Tuor/Schnyder/Jungo)* (14. Auflage, Schulthess 2015).
- Usta S, *Çocuk Hakları ve Velayet* (On İki Levha 2012).

- Uyumaz A, “Türk Medeni Kanununa Göre Çocuğun İhmalı ve Anne Babaya Karşı Korunması” (2016) 14 (160) Legal Hukuk Dergisi 1971-2005.
- Yargıç Z, *Türk Hukuku’nda Anlaşmalı Boşanma Davası ve Hukuki Sonuçları* (On İki Levha 2021).
- Yıldırım A, *Türk Aile Hukuku* (Savaş 2014).
- Yılmaz C, “Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması” (2015) 35 (1) Public and Private Law Bulletin 103-141.
- Yücel Ö, *Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili* (Turhan 2011).
- Yücel Y, *Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı* (On İki Levha 2018).
- Ziyan A, *Velayet İlişkisi Bağlamında Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili* (On İki Levha 2019).

7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Mühletin Müstakbel Alacakların Devri Üzerindeki Etkisi

The Effect of the Temporary Respite in The Ordinary Concordat on the Transfer of Future Receivables within the Framework of the Amendments Made to the Law No. 7101

Serpil Işık* 

ÖZ

Konkordato, mali durumu bozulan ve vadesi gelen tüm borçlarını ödeyemeyecek durumdaki borçlunun, ileri sürdüğü teklifin kanunda hükmedilen nitelikli çoğunluktaki alacaklı tarafından kabul edilmesi ve yetkili mercilerce tasdik edilmesi neticesinde öngörülen zamansal kesitte, kendisi için tanınan koşullarda ödenmesini sağlayan bir hukuki imkândır. 7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte, Türk hukukunda konkordato prosedürü, işleyişi ve süreci bakımından önemli değişiklikler meydana gelmiştir. Konkordatoda kesin mühletin alacaklılar bakımından sonuçlarının ifade edildiği kanun hükmü revize edilerek yeniden düzenlenmiştir. Kanun koyucu, 7101 sayılı Kanunla revize edilen İcra ve İflâs Kanunu'nun 294'üncü maddesinin 6'ncı fıkrasında, konkordato mühletinin verilmesinden önce gerçekleştirilen ve müstakbel alacağın devrine ilişkin olan sözleşmelerin, alacağın mühlet kararından sonra doğması ihtimalinde hükümsüz olacağını öngörmektedir. Borçluyu konkordato mühletinin verilmesinden önce gerçekleştirdiği alacak devirlerinin tahmin edilemeyen sonuçlarından koruyacak olan bu kural, aynı zamanda, borçlunun mali açıdan iyileşmesine hizmet edecektir. Borçlunun daha uygun koşullarda bozulan mali durumunun düzeltilmesine olanak sağlayan mühletin müstakbel alacakların devri üzerindeki etkisine ilişkin kanun hükmü, iyileşme dostu olması sebebiyle önem arz etmektedir. Çalışmamızda, genel olarak 7101 sayılı Kanun ile şekillenen konkordato prosedürü ile kesin mühletin alacaklılar bakımından sonuçları açıklandıktan sonra, kesin mühletin müstakbel alacakların devri üzerindeki etkisi ortaya konulmaya çalışılacaktır. Böylelikle, İİK m. 294/f. 6'da öngörülen kanun hükmünün amacı, şartları ile sonuçları açıklanarak 7101 sayılı Kanunla getirilen müstakbel alacakların devrine ilişkin yeni düzenlemenin değerlendirilmesi yoluna gidilecektir. **Anahtar Kelimeler:** Konkordato, Kesin Mühlet, Kesin Mühletin Alacaklılar Bakımından Sonuçları, Alacağın Devri, Mühletin Müstakbel Alacakların Devri Üzerindeki Etkisi.

* Araş. Gör. Dr., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0003-4329-1138.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Serpil Işık

E-posta/E-mail: isikserpil1988@hotmail.com; serpil.isik@istanbul.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 28.02.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 20.05.2022

ABSTRACT

Concordat is the legal opportunity that enables the debtors, whose financial situation have deteriorated and are unable to pay all their due debts, to pay their debts under the conditions provided to them in the temporal section stipulated as a result of the acceptance of the proposal by the creditor with a qualified majority as determined in the law and approval of the said proposal by the competent authorities. With the entry into force of the Law No. 7101 on the Enforcement and Bankruptcy Law and Amending Some Laws, significant changes have occurred in Turkish Law in terms of the procedure, function and process of concordat. The provision of the law, in which the consequences of the temporary respite for the creditors are expressed in the concordat, has been revised and rearranged. In the 6th paragraph of Article 294 of the Enforcement and Bankruptcy Law, which was revised by Law No. 7101, the legislator foresees that the agreements regarding the transfer of the future receivables, which were concluded before the concordat respite, shall be null and void in the event that the receivables arise after the respite decision. This rule, which will protect the debtor from the unpredictable consequences of the receivable transfers made before the concordat respite is offered, will also serve for the financial recovery of the debtor. The provision of the law regarding the effect of respite on the transfer of future receivables, which allows the recovery of the deteriorated financial situation of the debtor under more favorable conditions, is important due to being recovery friendly. In our study, after explaining the results of the concordat procedure and the temporary respite for the creditors, which are generally shaped by the Law No. 7101, the effect of the temporary respite on the transfer of future receivables will be tried to be revealed. Thus, by explaining the purpose, conditions and results of the provision of law envisaged in art 294 / para 6 of EBL, the new regulation regarding the transfer of future receivables introduced by Law No. 7101 will be evaluated.

Keywords: Concordat, Temporary Respite, Consequences of Temporary Respite for Creditors, Transfer of Claim, Effect of Respite on Transfer of Future Receivables.

GİRİŞ

İcra ve İflâs Kanunu'nda iflâsın eşiğine gelen şirketlerin bu durumdan kurtularak iyileşmelerini sağlamak amacıyla, sıklıkla başvurdukları yöntemlerden biri olan iflâsın ertelenmesi¹

- 1 İflâsın ertelenmesi (*Konkursaufschub*), borca batık olan sermaye şirketleri ile kooperatifler hakkında iflâs kararı verilmesinin, belirli bir süre için önlenmesini temin eden ve şirket veya kooperatifin bu süre zarfında alacaklısı olan kimselerin takiplerinden uzak kalması suretiyle, mali durumunu iyileştirerek iflâs halinden kurtulmasını amaçlayan bir kurumdu (Roger Giroud, *Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft* (2. Aufl. Zürich, Schulthess, 1986) § 6, s. 105, N. 3; Peter Böckli, *Das neue Aktienrecht*, (2. Aufl., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1992), N. 1715 vd.; Oğuz Atalay, *Borca Batıklık ve İflâsın Erteleenmesi* (İzmir, Sözkese Matbaacılık, 2006) 51; Alexander Dubach, *Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR: Zweck, Voraussetzungen und Inhalt*, (1998) 94, Schweizerische Juristen Zeitung 149 vd.; Baki Kuru, 'Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflâsı' 1970 (10) Adalet Dergisi 621; Hakan Pekcanitez, 'İflâsın Erteleenmesi' (2005) 79(2) İstanbul Barosu Dergisi 323; Muhammet Özkes, 'İflâsın Erteleenmesi' (İİK m. 179-179b; TTK m. 324); 2005 (33)3, Legal Hukuk Dergisi 3251; Hakan Pekcanitez, *Anonim Ortaklıkların İflâsı* (Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi. Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, No. 18, 1991) 48; Saim Üstündağ, 'Türk Ticaret Kanunu'nun 324'üncü Maddesinin Üçüncü Fıkrası Üzerine Düşünceler' (1980) 47 Günümüzde Yargı 18; İsmet Sayhan, 'Anonim Şirketlerde Aktiflerin Pasifleri Karşılıyamasının Sonucu Olarak İflâs ve İflâsın Erteleenmesi', 2005 XXIII (11) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 97; Serpil Işık, 'Sermaye Şirketleri ile Kooperatiflerin Borca Batık Olmaları Sebebiyle Doğrudan İflâslarının Söz konusu Olması Durumunda İflâsın Erteleenmesi Kurumuna Başvuru Şartlarının Kanuni Değişiklikler Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (2016) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. Fevzi Şahlanana Armağan Özel Sayı, Cilt: II) 1297-1298). İsviçre Federal Mahkemesine göre, iflâsın ertelenmesi,

(*Konkursaufschub*), 7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun² (7101 sayılı Kanun) ile yürürlükten kaldırılmıştır. İflâsın ertelenmesinin İcra ve İflâs Kanunu'ndan kaldırılması sebebiyle meydana gelen boşluğu doldurabilmek amacıyla, ekonomik sıkıntı içindeki borçluların mali durumlarını düzeltebilmeleri ile alacaklılarıyla anlaşarak borçlarını tasfiye edebilmeleri temeline dayanan konkordato kurumu hakkında yeniden düzenleme yapılması yoluna gidilmiş ve konkordato (*Nachlassvertrag; Concordat; Vergleich*) müessesesi uygulama kabiliyeti kazanmıştır³.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 285 ilâ 309/I hükümlerinde düzenlenmekte olan konkordatoda 7101 sayılı Kanun değişikliği ile önemli yenilikler gerçekleştirilerek kurum bambaşka bir çehre kazanmıştır⁴. İsviçre'de Swissair'in çöküşü üzerine 1 Ocak 2014 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu⁵ (*Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)*) revizyonu, konkordatonun işlevini önemli ölçüde genişletmiştir⁶. Türk hukukunda da, 7101 sayılı Kanunla konkordato hükümlerinde gerçekleştirilen değişikliklerle, 1 Ocak 2014 tarihinde revize edilen⁷ İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu'ndan (SchKG Art. 293-336) etkilenilmiştir⁸. Gerçekleştirilen değişikliklerle önceki dönemde konkordatonun işlemesine engel olan pek çok kanun hükmü revize edilmiş ya da yürürlükten kaldırılmıştır⁹. İflâsın ertelenmesinin borçlu menfaatine olan hükümlerinin

alacaklıların ve borçlu şirketin menfaatine ve belirli koşulların gerçekleştirilmesi ile şirkete iyileşme şansı verilmesi olarak ifade edilmektedir. Buna karşılık, alacaklıların şirketin hemen iflâsına karar verilmesine nazaran iyi duruma gelmesinin gerekli olmadığı; daha kötü bir duruma gelmemesinin yeterli olduğu da ifade edilmektedir (BGE 120 II 427).

2 RG., 15.03.2018, S. 30361.

3 Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku* (3. Bs, Ankara, Yetkin, 2020) 627-628.

4 Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı* (8. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021) 478; Serdar Kale, '7101 Sayılı İcra ve iflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflas Dışı Konkordato' (2018) 5(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 214.

5 SR 281.1

https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/11/529_488_529/20190101/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-11-529_488_529.201.90101-de-pdf-a.pdf Erişim Tarihi: 4.2.2021.

6 Oliver Kälin, *Die Sanierung der Aktiengesellschaft Ein Rechtshandbuch für Verwaltungsräte* (Schulthess, 2016) N. 682, s. 270; Michael Krampf 'Neues Sanierungsrecht: Kein grosser Wurf', 2014 (1) Plädoyer 26. <https://www.plaedoyer.ch/>; (Erişim Tarihi: 15.01.2021); Serdar Kale, 'İsviçre İcra İflas Kanununun Adi Konkordato Hükümlerine Genel Bir Bakış' 2017 4(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 153; Mert Namlı, 'Türk ve İsviçre Hukuku'nda Gerçekleştirilen Reformların Konkordato Hukuku Bakımından Getirdiği Değişiklikler' 2018 44(4) Yargıtay Dergisi 1479; Mert Namlı, 'Concordat as a Way of Restructuring in Turkish Insolvency Law after the 2018 Reform' (2019) 30 (8) International Company and Commercial Law Review, 441.

7 Lukas Muller and Ronja Lind, 'Fünf Jahre neues Sanierungsrecht: Erfahrungen, Befunde und Entwicklungen – Die Schweiz auf dem Weg zum "Swiss Chapter 11"?' (2019) Expert Focus, Zürich, EXPERTsuisse, 637; Daniel Oehri, 'Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren' (2018) 380 AISUF – Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, (Herausgeber: Peter Gauch) (Schulthess, 2018) N. 46, s. 17; Daniel Hunkeler and Zeno Schonmann, 'Grundriss des Prepacks' Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IX Neue Entwicklungen, (EIZ – Europa Institut Zürich Band/Nr. 192), (Herausgeber: Thomas Sprecher, Schulthess, 2019) 45; Oliver Kälin, 'Chancen und Risiken der aktienrechtlichen Sanierung – ein Überblick' (2020) 198 Sanierung und Insolvenz Unternehmen X, EIZ – Europa Institut Zürich 9; Peter V Kunz, Oliver Arter and Florian S Jörg, *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X* (Stämpfli, Bern, 2015) 226

8 Hakan Pekcanitez, ve Güray Erdönmez, *7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (İstanbul, Vedat, 2018) 5; Kale 'Konkordato' (n 4) 214; Cenk Akil, 'Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları (28.02.2018 Tarih ve 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere Göre)' (2019) 141 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 228.

9 Kale 'Konkordato' (n 4) 214.

konkordatoya dâhil edilmesi sağlanarak geçici mühlet kararının (İİK m. 287; SchKG Art. 293 (a)) verilmesi kabul edilmiştir¹⁰. Geçici mühlet süresi içerisinde, konkordato projesinin başarıya ulaşma şansının var olduğunun anlaşılması üzerine, borçluya bir yıllık kesin mühlet kararının verilebileceği hükme bağlanmıştır¹¹ (İİK m. 289/f. 3). Mali durumunu düzeltmek isteyen borçlu, konkordatoya müracaat ederek (geçici veya kesin)¹² mühlet kararı elde ettiğinde, İcra ve İflâs Kanunu m. 294-295'te öngörülen alacaklılar hakkındaki sonuçlar söz konusu olacaktır. Konkordatoda (geçici veya kesin) mühletin alacaklılar bakımından meydana getireceği sonuçlar kapsamında 7101 sayılı Kanun ile öngörülen yeni düzenlemelerden biri, müstakbel alacakların devrine ilişkindir (İİK m. 294/f. 6).

Çalışmamızda, 7101 sayılı Kanun ile getirilen konkordato mühletinin müstakbel alacakların devri üzerindeki etkisi (İİK m. 294/f. 6) ele alınacaktır. Bu kapsamda öncelikle, konkordato hakkında genel bilgiler verilerek konkordatoda kesin mühletin tayin edilmesine kadar ki prosedür açıklanmaya çalışılacaktır. Sonrasında ise, kesin mühletin müstakbel alacakların devri üzerindeki etkisinin ifade edildiği İİK m. 294/f. 6 hükmünün değerlendirilmesi yoluna gidilecektir. Böylelikle, İİK m. 294/f. 6'da öngörülen düzenlemenin amacı, şartları ile sonuçlarının ifade edilmesi söz konusu olacaktır.

I. TÜRK HUKUKUNDA İFLÂSTAN KURTULMA YOLU OLARAK KONKORDATO: GENEL BAKIŞ

A. KONKORDATO HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Konkordato (*Nachlassvertrag; Concordat; Vergleich*), elinde olmayan nedenlerle işleri iyi gitmeyen ve ekonomik durumu bozulan borçlunun, yaptığı teklifin kanunda öngörülen çoğunluğu karşılayan sayıdaki alacaklıları tarafından kabul edilerek yetkili makamlarca tasdik edilmesi sonucunda ileri sürdüğü teklif doğrultusunda ve uygun şartlar çerçevesinde borçlarını ödeyebilmesini sağlayan bir iyileştirme hukuku (*Sanierungsrecht*)¹³ müessesesidir¹⁴.

10 Müjgan Tunç Yücel, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları* (1. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2020) 6.

11 Asliye ticaret mahkemesi kesin mühlet kararının verilmesiyle birlikte veya kesin mühlet içerisinde uygun bir zamanda yedi alacaklıyı geçmemek ve tek sayıda olmak şartıyla bir alacaklılar kurulu oluşturabilecektir (İİK m. 289/f. 4) (Hakan Albayrak, *İflas Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları* (1. Bası, Ankara, Yetkin 2020) 95). Konkordato süreci içerisinde alacaklılar kuruluna yer verilmesinin temelinde, alacaklıların konumu güçlendirme gayesi yatmaktadır (Levent Börü, 'Adi Konkordatoda Alacaklılar Kurulu' (2018) 9(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 352; Albayrak (n 11) 95).

12 Geçici mühletin sonuçlarının öngörüldüğü İİK m. 288 uyarınca, geçici mühlet kesin mühletin sonuçlarını doğurur.

13 İyileştirme hukuku (*Sanierungsrecht*) hakkında bkz.: Harald Hess, *Sanierungshandbuch* (4. Auflage, Hermann Luchterhand Verlag, Walters Kluver Köln, 2009) N. 243 ff.; Reinhard Bork, *Einführung in das Insolvenzrecht*, JZ – Schriftenreihe; (Heft: 5, 5. Auflage überarbeitet, Mohr Siebeck, Tübingen 2009), N. 355 ff.

14 Pekcamtez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes (n 4) 477; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 3) 617; Selçuk Öztekin, Ali Cem Budak, Müjgan Tunç Yücel, Serdar Kale ve Bilgehan Yeşilova, *Yeni Konkordato Hukuku, 7101 sayılı Kanunla Değişik İcra ve İflas Kanunu m. 285-309 Şerhi*, (Editör: Selçuk Öztekin) (2. Bası, Ankara, Adalet, 2019), Madde 285, N. 7; İlhan E Postacıoğlu, *Konkordato* (İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1965) 12; Saim Üstündağ, *İflas Hukuku (İflas-Konkordato-İptal Davaları)* (8. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 2002) 227; Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı* (Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş İkinci Baskı, Ankara, Adalet, 2013) 1443; Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı* (26. Baskı, Ankara, Yetkin, 2012) 625; M. Serhat Sarısözen, *Konkordato* (Genişletilmiş 5. Bası, Ankara, Yetkin, 2021) 75; Sümer Altay ve Ali Eskioçak, *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku* (5. Bası, İstanbul, Vedat, 2019) N. 21, s. 15; Talih Uyar, 'Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri' (Güncellenmiş 2. Baskı,

Kanun koyucu konkordatoyla, mahkemenin denetimi altında, borçlu ile alacaklının anlaşarak borçlarının sadece belirli bir miktarını ya da belli vadelerde ödeyerek sona ermesinin yolunu açmıştır¹⁵. Böylelikle, konkordato sayesinde borçlu, kendisine karşı yöneltilen icra takiplerinden kurtulacak; alacaklı, icra takibine başvursaydı elde edebileceği tutardan daha fazla bir miktara sahip olacak ve son olarak da işletmelerin çalışmaya devam etmesiyle işsizliğin meydana gelmesi önlenerek kamunun menfaatinin korunması söz konusu olacaktır¹⁶. Görüldüğü üzere, konkordato borçlu, alacaklı ve kamunun menfaatlerini birlikte temin etmeyi amaçlayan bir müessesedir¹⁷.

Borçlunun konkordatoya başvurabilmesi için iflâsa tâbi şahıslardan olması şart değildir¹⁸. Yani, kendisine karşı iflâs yoluna müracaat edilebilecek olan borçlu konkordato akdedebileceği gibi; iflâsa tâbi olmayan bir borçlu da konkordato yoluna gidebilecektir¹⁹. Oysaki yürürlükten kaldırılan iflâsın ertelenmesi müessesesine müracaat edebilme imkânı sadece borca batık durumdaki sermaye şirketleri ile kooperatiflere tanınmaktaydı²⁰ (Bkz. eTTK m. 377; eİİK m. 179; Koop K. m. 63). Bu sebeple, gerçek kişi tacirler ile tüzel kişi tacirlerden sermaye şirketleri ile kooperatifler dışında kalan şahıs şirketleri bakımından iflâsın ertelenmesi talebinde bulunabilme imkânı söz konusu değildi²¹. Buna karşılık adî konkordatoda, talepte bulunan kimsenin iflâsa tâbi olup olmadığına bakılmaksızın, tüm gerçek veya tüzel kişilerin konkordato yoluna müracaat edebilmeleri mümkündür²². Görüldüğü üzere, konkordatonun, iflâsa tâbi olsun veya olmasın her borçlunun faydalanabileceği bir imkân olması, onu diğer yeniden yapılandırma müesseselerinden ayırmakta ve borçlular arasında eşitliği sağlayan bir kurum olarak nitelendirilmesini sağlamaktadır²³. *Kanaatimizce* de borçlular arasında herhangi bir ayırım yapmayan konkordato kurumunun, 7101 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen değişiklikler çerçevesinde yenilenmesi ve işlevsel bir hale getirilmesi, iflâstan kurtulmak isteyen borçlular arasında eşitliğin sağlanması bakımından yerinde bir tercih olmuştur²⁴.

Ankara, Bilge Yayınevi, 2019) 3; Kurt Amonn and Fridolin Walter, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, (9. vollständige aktualisierte Auflage, Bern, Stämpfli, 2013) § 53, N. 2, s. 515; Börü, 'Alacaklılar Kurulu' (n 11) 342. Konkordato, borcunu ödeme imkânlarından yoksun olan borçlunun kendisine karşı açılması mümkün olan takiplerden kurtulmasını sağlayan ve iflâsın önüne geçmeyi amaçlayan bir kurumdur (Sema Taşpınar Ayvaz 'Türk Hukukunda Yeniden Yapılandırma' (Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliği, 13. Antalya Toplantısı, 9-10 Ekim 2015, Antalya, 2017) 354; M. Serhat Sarısözen, *İcra-İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler* (3. Bs, Ankara, Yetkin, 2019) 88).

15 Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes (n 4) 477.

16 Mehmet Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *İcra ve İflas Hukuku* (Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, İstanbul, Beta, 2016) 517.

17 Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 3) 619.

18 Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 16) 520; Uyar, *Temel İlkeler* (n 14) 20; Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukuku C. II* (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Adalet, Ankara, 2013) 1673.

19 Muşul, *C. II* (n 18) 1673.

20 Selçuk Öztekin, *İflasın Ertelenmesi* (İstanbul, Arıkan, 2007) 26; Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 16) 503; Sarısözen, *Yenilikler* (n 14) 81.

21 Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 16) 503.

22 Michel Kähr, 'Ein Sanierungsrecht für Versicherungen' (2019) 192, Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IX Neue Entwicklungen, EIZ – Europa Institut Zürich 77. Yine, miras tasfiyesinde "terake"; kat mülkiyetinde ise, "kat malikleri kurulu" konkordatodan yararlanabilecektir (KURZKOMM-SchKG/Hunkeler, SchKG Art. 293 (n 94) N 10-11).

23 Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 16) 517.

24 Eski konkordato hükümlerinde de iflâs dışı konkordatonun her borçlu konkordato yoluna müracaat edebiliyordu. İlgili düzenlemeler uyarınca, 7101 sayılı Kanun değişikliğinden önceki konkordato hükümlerinde de (iflas dışı konkordatoda) borçlunun konkordato akdedebilmesi için iflâsa tâbi şahıslardan olması gerekmemekteydi. Bu kapsamda, iflâsa tâbi

İcra ve İflâs Kanunu'nda konkordato, adi konkordato (iflâs dışı konkordato) (İİK m. 285-308/h), iflâs içi konkordato (m. 309) ve malvarlığının terki suretiyle konkordato (İİK m. 309/a-309/f. 1) şeklinde düzenlenmiştir²⁵. Adi konkordato, mahkeme dışı konkordato ile malvarlığının terki suretiyle konkordato dışında kalan, hakkında iflâs açılmamış borçlunun teklif edebileceği, ekonomik iyileşmeyi ve borçların tasdik edilen konkordato projesi kapsamında ödenmesini amaçlayan ve İİK m. 285 vd.'nda düzenlenen konkordatodur²⁶. Çalışmamızda, adi konkordatoda verilecek olan mühlet kararının, müstakbel alacakların devri üzerindeki etkisi incelenecektir.

B. KONKORDATODA İZLENECEK PROSEDÜR VE KESİN MÜHLET KARARI VERİLMESİ

7101 sayılı Kanunla getirilen yeni düzenlemeler sonrasında konkordato sürecinin başlangıcı, borçlu veya alacaklılardan birisinin bir konkordato ön projesiyle birlikte asliye ticaret mahkemesine müracaat etmesiyle gerçekleştirilecektir²⁷. 7101 sayılı Kanun değişikliğiyle birlikte, konkordato talebinde bulunurken icra mahkemelerinin görevli olduğu eski düzenlemeden vazgeçilerek asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmiştir²⁸.

Konkordato talep etmek isteyen borçlu veya alacaklının kanunda öngörülen (İİK m. 286) belge ve mali tablolarla birlikte başvuru dilekçelerini yetkili asliye ticaret mahkemesine sunmaları gerekmektedir²⁹.

olan borçlunun konkordato akdedebilmesi mümkün olduğu gibi; iflâsa tâbi olmayan bir borçlunun da konkordato akdedebilmesi mümkündür (Muşul, C. II (n 18) 1673). 7101 sayılı Kanun değişikliğinden önceki hükümler bakımından iflâs dışı konkordatonun, iflâsa tabi olsun veya olmasın her borçlu tarafından müracaat edilebilir olması, onu diğer yeniden yapılandırma müesseselerinden ayırmaktaydı (Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 16) 517).

- 25 Süha Tanrıver, '4949 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Adi Konkordato ile İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirilmesi' (2004) 51 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 67-68; Sema Taşpınar, 'Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler' (2003) 22(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 49; Kuru, *El Kitabı* (n 14) 1444-1445; Üstündağ, *İflâs Hukuku* (n 14) 228; Kuru, Arslan ve Yılmaz (n 14) 626-627; Pekcanitez ve Erdönmez (n 8) 6-7; Muşul, C. II (n 18) 1673; Levent Börü, 'Adi Konkordatoda Alacaklıların Alacaklarını Bildirmesi' (2019) 10(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 174; Levent Börü ve Şafak Parlak Börü, 'Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkileri' (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1243. Türk hukukunda önceden bulunmayan malvarlığının terki suretiyle konkordato, 4949 sayılı Kanun değişikliği ile İcra ve İflâs Kanunumuza girmiştir. Konkordato türleri bakımından iflâs dışı (adi) konkordato ve iflâs içi konkordato ayrımı kanunda kabul edilmiştir (Taşpınar (n 25) 49).
- 26 Tanrıver, '4949 sayılı Kanun' (n 25) 67-68.
- 27 Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes (n 4) 483; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 3) 647; Pekcanitez ve Erdönmez (n 8) 13; Muhammet Özkes, 'Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı' 7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, Özkes, Muhammet (ed.) (1. Bası, İstanbul, On İki Levha, 2018) 44; Kale 'Konkordato' (n 4) 214; Altay ve Eskioçak (n 14) N. 41, s. 34.
- 28 Sarısözen, *Yenilikler* (n 14) 98. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 17. Hukuk Dairesi, 3.12.2020, E. 2020/2121, K. 202/2116: "...Dava, hukuki niteliği itibarıyla 7101 Sayılı Kanun ile değişik İİK'nın 285 ve devamı maddeleri gereğince geçici mühlet ve akabinde kesin mühlet kararı verilerek konkordatonun tasdikine ilişkindir. Konkordato talepleri hakkında İİK'nın 285. maddesinde, yetkili ve görevli mahkeme düzenlenmiş, yasada, iflâsa tabi olan borçlu için, İİK'nın 154. maddesine atf yapılarak ilgili maddenin birinci veya üçüncü fıkradaki yazılı yerlerdeki asliye ticaret mahkemesinin, iflâsa tabi olmayan borçlu için yerleşim yerindeki asliye ticaret mahkemesinin yetkili ve görevli olduğu vurgulanmıştır..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).
- 29 Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes (n 4) 483; Altay ve Eskioçak (n 14) N. 49, s. 44. İsviçre hukukunda, SchKG Art. 293 (a) hükmüne göre, başvuru, geçici bir yeniden yapılandırma planı, cari bilanço, gelir tablosu ve likidite planı veya mevcut ve gelecekteki malvarlığını gösteren ilgili belgeleri içermelidir (Bettina Kopta-Stutz, 'Gerichtliche Sanierungsverfahren für Schweizer Aktiengesellschaften Unter Berücksichtigung des aktienrechtlichen Konzepts zur

Asliye ticaret mahkemesi, İcra ve İflâs Kanunu m. 286'daki belgelerle birlikte başvuru yapılırca, ilk olarak, geçici mühlet kararının verilmesinin mümkün olup olmadığını değerlendirecektir³⁰. Mahkeme, İcra ve İflâs Kanunu m. 286'da öngörülen belgelerin eksiksiz olduğuna kanaat getirirse, derhâl geçici mühlet kararı verecektir³¹. Geçici mühlet kararının süresi üç aydır³². Buna karşılık, borçlunun ya da geçici komiserin talebi üzerine mahkemece geçici mühlet kararının en fazla iki ay daha uzatılmasına karar verilebilecektir³³.

Geçici mühlet süresi içerisinde, konkordato projesinin başarıya ulaşma şansının olduğu anlaşılırsa, konkordato isteyen alacaklının veya borçlunun talebi üzerine mahkemece kesin mühlet kararı verilebilecektir (İİK m. 289/f. 3). Kanun koyucunun kesin mühlet için öngördüğü süre bir yıldır³⁴. Bununla birlikte, mahkemece verilen bir yıllık sürenin yetmeyeceği anlaşılırsa, borçlunun veya konkordato komiserinin talebi üzerine verilen bir yıllık süre altı ay daha uzatılabilecektir³⁵ (İİK m. 289/f. 6, c. 1). Mahkeme kesin mühlet süresi içerisinde karar veremez ise mühlet süresini azami altı ay daha uzatabilir³⁶. Mahkemenin konkordato mühletini azami uzatım süresi olan altı ay daha uzatma zorunluluğu bulunmamaktadır³⁷.

Konkordato mühletinin alacaklılar (İİK m. 294), borçlular (İİK m. 297), sözleşmeler (İİK m. 296) ve rehinli alacaklılar (İİK m. 295) bakımından sonuçları olacaktır. Aşağıda, mahkemece verilecek olan kesin mühlet kararının, alacaklılar bakımından meydana getireceği sonuçlar açıklanmaya çalışılacaktır.

II. KESİN MÜHLET KARARININ ALACAKLILAR BAKIMINDAN SONUÇLARI

İcra ve İflâs Kanunu'nun 294 ilâ 295'inci maddeleri arasında kesin mühletlin alacaklılar bakımından meydana getireceği sonuçlar öngörülmektedir³⁸. 7101 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişikliklerden önce, mühletlin alacaklılar bakımından sonuçları, İİK m. 289 hükmünde ifade edilmekteydi³⁹. 7101

Auslösung von Sanierungsmaßnahmen' (2019) 295 ZStP – Zürcher Studien zum Privatrecht, Schulthess 35).

30 Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes (n 4) 485.

31 İİK m. 287/f. 1 hükmünde bu husus şu şekilde düzenlenmektedir: "Konkordato talebi üzerine mahkeme, 286 ncı maddede belirtilen belgelerin eksiksiz olarak mevcut olduğunu tespit ettiğinde derhâl geçici mühlet kararı verir ve 297 nci maddenin ikinci fıkrasındaki hâller de dahil olmak üzere, borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli gördüğü bütün tedbirleri alır."

32 Kale 'Konkordato' (n 4) 215; Uyar, *Temel İlkeler* (n 14) 44.

33 Altay ve Eskiocak (n 14) N. 49, s. 44-45; Kale 'Konkordato' (n 4) 215; Uyar, *Temel İlkeler* (n 14) 44.

34 Kale 'Konkordato' (n 4) 215.

35 Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes (n 4) 491; Altay ve Eskiocak (n 14) N. 50, s. 45; Kale 'Konkordato' (n 4) 215.

36 Rukiye Duran, 'Konkordato Mühletinin Uzatılması' (2019) 10(1) Akademik Yaklaşımlar Dergisi 67.

37 Süha Tanrıver, 'Konkordato Mühletinin Uzatılması' (1995) 7 (3) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 412-413; Duran (n 36) 67.

38 Karş.: SchKG Art. 297. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Basler Kommentar SchKG – Adrian Staehelin, Thomas Bauer und Daniel Staehelin (Herausgeber)/Alexander Vollmar, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II*, Art. 159-352 SchKG Art. 1-47 GSchG, Art. 51-58 AVIG (Basler Kommentar), 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2010, SchKG Art. 297 N 1 ff.

39 Eski İİK m. 289'da "Mühletlin alacaklılar bakımından sonuçları" kenar başlığı altında şu şekilde bir düzenleme

sayılı Kanun ile getirilen yeniliklerden sonra, kesin mühletin alacaklılar bakımından sonuçları İİK m. 294'te düzenlenerek bu konuda esaslı değişikliğe gidilmiştir⁴⁰.

İcra ve İflâs Kanunu m. 294 hükmünden ulaşılabilecek genel sonuç, kesin mühlet kararının alacaklıların haklarını sınırlandırmış olduğudur⁴¹. Konkordato mühletinin verilmesiyle, alacaklıların hakları bakımından bazı sınırlamaların yapılmasının temel gerekçesi; borçlunun konkordato mühleti içerisinde rahat hareket edebilmesi ve alacaklıların baskısı altında olmadan konkordato projesinin hayata geçirilebilmesi için faaliyetlerine devam edebilmesidir⁴².

İcra ve İflâs Kanunu m. 294'te kesin mühletin alacaklılar bakımından sonuçları ifade edilmiş olsa da burada öngörülen düzenlemeler geçici mühlet kararı bakımından da geçerli olacaktır. Zira, İcra ve İflâs Kanunu'nun 288'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca, geçici mühlet kararı, kesin mühletin sonuçlarını da doğuracaktır⁴³.

Mühletin alacaklılar bakımından doğurduğu sonuçlardan ilki, takip yasağının başlamasına ilişkindir⁴⁴. 4949 sayılı Kanunla getirilen takip yasağına ilişkin düzenlemeler, 7101 sayılı Kanun

getirilmekteydi:

"Mühlet içinde borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler duru, ihtiyati haciz kararları uygulanmaz, bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşürücü müddetler işlemez.

Mühlet sırasında taşınır veya taşınmaz rehniyle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlamış olan takiplere devam edilebilir; ancak bu takip nedeniyle muhafaza tedbirleri alınmaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez.

206 nci maddenin birinci fıkrasında yazılı alacaklar için haciz yoluyla takip yapılabilir.

Konkordato aksine hüküm içermediği takdirde mühlet, rehinle temin edilmiş her türlü alacağa faiz işlemlerini durdurur.

Takas bu Kanununun 200 ve 201 inci maddelerine tabidir. Bu maddelerin uygulanmasında konkordato mühletinin veya iflâsın ertelenmesi kararının ilanı tarihi esas alınır".

40 Sarısözen, *Yenilikler* (n 14) 166. 7101 sayılı Kanun değişikliği ile getirilen yenilikler kısaca şu şekilde ifade edilebilir: İİK m. 294/f. 4 hükmünde ifade edilen takas ve mahsup bakımından konkordato mühletinin sonuçları konusunda, 200 ve 201 inci maddelerin uygulanmasında geçici mühletin ilanı tarihinin esas alınacağı belirtilmiştir. Bu kapsamda, eİİK m. 289/f. 5'te ifade edilen "veya iflâs ertelenmesi kararını" ibaresi iflâsın ertelenmesi yürürlükten kaldırıldığı için madde metninden çıkartılmıştır. İİK m. 294 hükmüne eklenen altıncı fıkra ile eski İİK'da öngörülmeyen mühletin müstakbel alacakların üzerindeki etkisi öngörülmektedir. İİK m. 294/f. 7 ile getirilen bir yeni düzenleme, İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu'nun 9'uncu maddesinde öngörülen konu para olmayan alacakların para alacağına çevrilmesini, fakat bu alacakların aynen ifasının da iflâs tasfiyesine benzer şekilde komiserin onayıyla olmasını öngören hükümdür. İİK m. 294'te getirilen bir başka yenilik ise, maddeye eklenen 8'inci fıkra hükmüdür. Buna göre, mühletin alacaklıların hakları bakımından önemli etkilerinden biri, gecikmesinde sakınca bulunan haller dışında konkordatoya tabi alacaklara ilişkin idari davalar ve borçlunun davalı olduğu hukuk davalarının mühlet içerisinde duracak olmasıdır (İİK m. 294'ün madde gerekçesinden).

41 Kale 'Konkordato' (n 4) 230.

42 "[...] Maddeyle, kesin mühletin alacaklılar bakımından sonuçları düzenlenmektedir. Bu sonuçlar, geçici mühlet bakımından da geçerlidir. Maddeyle, kesin mühlet içinde alacaklıların haklarında bazı sınırlamalar yapılmaktadır. Alacaklıların haklarında yapılan bu sınırlamaların temel nedeni, konkordato mühleti içinde borçlunun rahat hareket edebilmesi ve alacaklıların baskısı altında olmadan konkordato projesinin hayata geçirilebilmesi için faaliyetlerine devam edebilmesinin sağlanmasıdır [...]" (İİK m. 294'ün madde gerekçesinden).

43 Bkz.: İİK m. 288: (Değişik: 28/2/2018-7101/16 md.) "Geçici mühletin sonuçları, ilânı ve bildirimi": (1) "Geçici mühlet, kesin mühletin sonuçlarını doğurur".

44 Pekcanitez ve Erdönmez (n 8) 93; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes (n 4) 492; Akil (n 8) 229.

ile muhafaza edilmiştir⁴⁵. Takip yasağının düzenlendiği, İİK m. 294/f. 1 uyarınca⁴⁶ “*Kesin mühlet içerisinde borçlu aleyhine 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun uyarınca gerçekleştirilen takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış olan takipler durur, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları uygulanmaz, bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşürücü süreler işlemez*” denilmektedir. İİK m. 294/f. 1’de öngörülen takip yasağı, mühlet kararının verilmesiyle başlar⁴⁷. Bu sonucun doğabilmesi için mühlet kararının ilân edilmesine gerek yoktur⁴⁸.

İcra ve İflâs Kanunu uyarınca, konkordato mühleti içerisinde icra takip işlemlerinin yapılmasına izin verilmediğinden, alacaklı tarafından borçlu aleyhine icra takip işlemi olarak nitelendirilmeyen muamelelerin yapılabilmesi mümkündür⁴⁹. Bu kapsamında, alacaklı, konkordato mühleti içerisinde icra dairesine müracaat ederek takip talebinde bulunabilecektir⁵⁰. Bu sebeple, takip talebi icra dairesine iletildiğinde, icra müdürü tarafından alınabilecektir; ancak, takibin sonraki aşamalarına geçilemeyecektir⁵¹. Takip yasağına rağmen gerçekleştirilen işlemler ise geçersiz (batıl) sayılacaktır⁵².

Konkordato mühletinin alacaklılar bakımından sonuçları kapsamında öngörülen takip yasağının birtakım istisnaları mevcuttur. Konkordato mühleti verilmesiyle, borçlunun malvarlığına ilişkin bir yasak söz konusu olduğundan, kira süresinin bitmesi sebebiyle yapılan takipler hakkında borçluya karşı takip başlatılabilir ve kiralanan borçlunun tahliyesi istenebilir⁵³. Yine, alacaklı konkordato mühleti içerisinde konusu malvarlığı olmayan çocuk teslimi ile ilgili bir ilamı icraya koyabilir⁵⁴.

45 Sarısözen, *Yenilikler* (n 14) 166; Pekcanitez ve Erdönmez (n 8) 93. Konkordatoda kesin mühlet içinde alacaklıların borçluya karşı takip yapmalarının yasak olmasının temel gerekçesi, borçlunun bu süreçte konkordato müzakerelerinde hazırlık yapabilmesine olanak sağlanması ve alacaklıların baskılarından kurtularak iyileşme olanağının kendisine verilmesidir (İİK m. 294’ün gerekçesinden).

46 Ayrıca, İİK m. 51/f. 2 uyarınca da bir borçlu hakkında mühlet kararı verilmişse, kendisine karşı herhangi bir icra takip işlemi yapılamaz (Murat Atalı, ‘Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları’ 7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, Özkes, Muhammet (ed.) (On İki Levha, İstanbul, 2018) 97). İcra ve İflâs Kanunu m. 51/f. 2 hükmünde bu husus şu şekilde düzenlenmektedir: “*Bir borçlu hakkında kanunda gösterilen sebeplerden dolayı icra talik edilmiş veya konkordato için mühlet verilmiş ise, o borçluya karşı takip muamelesi yapılamaz*”.

47 Pekcanitez ve Erdönmez (n 8) 93; Akil (n 8) 232.

48 Postacioğlu (n 14) 63.

49 M. Necmettin Berkin, *İflas Hukukunda Konkordato* (İstanbul, İsmail Akgün Matbaası 1949) 65; Akil (n 8) 231.

50 Pekcanitez ve Erdönmez (n 8) 93; Akil (n 8) 231. Zira, takip talebi, icra takip işlemi olmayıp taraf takip işlemidir (Akil (n 8) 231).

51 Jolanta Kren Kostkiewicz and Dominik Vock (Hrsg.): *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG* (4. Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger, Schulthess Kommentar, Schulthess, Zürich 2017) Art. 297 N. 4; Pekcanitez ve Erdönmez (n 8) 93.

52 Kuru, *El Kitabı* (n 14) 1462; Öztekin, Budak, Tunç Yücel, Kale ve Yeşilova, Madde 294 (n 14) N. 8. Doktrinde, takip yasağına rağmen gerçekleştirilen işlemlerin akıbetinin nasıl olacağı konusunda farklı görüşler de ileri sürülmektedir. Doktrinde ileri sürülen bir başka görüşe göre, yasak kapsamında olan işlemlerin gerçekleştirilmesi durumunda, gerçekleştirilen bu işlemler *kendiliğinden hükümsüz* olacaktır (Atalı (n 46) 97). Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre, yasağına rağmen yapılan icra takip işlemleri *yok* hükmünde olacaktır (Pekcanitez ve Erdönmez (n 8) 94).

53 Akil (n 8) 237.

54 Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku, Cilt IV* (3. Bs., İstanbul, Alfa Basım, 1997), 3635; Kuru, *El Kitabı* (n 14) 1461; Akil (n 8) 236. Diğer taraftan, sonuçları itibarıyla borçlunun malvarlığının azalmasına yol açabilecek olan, taşınır malın teslimi (İİK m. 294), bir şeyin yapılması (İİK m. 30, I, II) ya da konusu para olan (İİK m. 32) ilamlara dayanılarak borçlu aleyhine ilamli takip yapılamaz veya derdest takibe devam edilemez (Kuru, *El Kitabı* (n 14) 1462; Akil (n 8) 236-237).

Yeni 7101 sayılı İİK m. 294/f. 1 uyarınca, mahkemece tayin edilen mühlet içerisinde kamu alacakları hakkında da takip yasaktır⁵⁵. İcra ve İflas Kanunu'nun 7101 sayılı Kanunla değiştirilen 308/c, f. 3 hükmü uyarınca, konkordato kamu alacakları için bağlayıcı nitelik arz etmeyecektir⁵⁶.

Konkordato mühleti içerisinde, kural olarak, takipler yasak olmakla birlikte, sıra cetvelinin birinci sırasındaki imtiyazlı alacaklar bakımından haciz yoluyla takipler yapılabilecektir⁵⁷ (İİK m. 294/f. 2). Bu kapsamda, borçlunun malları haczedilerek mallarının satışı da gerçekleştirilebilecektir⁵⁸. Yine, mühlet sırasında, rehinle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabilecek veya başlamış olan takiplere de devam edilebilecektir⁵⁹ (İİK m. 295). Takip yasağı, konkordato mühleti içinde komiserin onayıyla gerçekleştirilen alacaklar bakımından da söz konusu olmayacaktır⁶⁰. Bu sebeple, mühlet içinde, komiserin onayıyla oluşan bu alacaklar bakımından borçlu aleyhinde icra takibinde bulunulabilecektir; aynı zamanda, haciz ve satış muameleleri de gerçekleştirilebilecektir⁶¹.

Konkordato mühleti içerisinde borçluya karşı yapılan takiplerden başka ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarının uygulanması da yasaklanmıştır⁶². Zira, İİK m. 294/f. 1 hükmünde, “*Mühlet içinde...ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları uygulanmaz*” denilmek suretiyle bu husus açıkça ifade edilmiştir⁶³. Oysaki, 7101 sayılı Kanun değişikliğinden önce konkordato mühleti içinde ihtiyati tedbir kararlarının uygulanması bakımından herhangi bir düzenleme getirilmemekteydi⁶⁴. İlgili maddede sadece ihtiyati haciz kararlarından söz edilmekteydi⁶⁵. Bununla birlikte, 7101 sayılı Kanun

55 Altay ve Eskiocak (n 14) N 146.

56 Altay ve Eskiocak (n 14) N 146.

57 “[...] *Maddenin ikinci fıkrasıyla, 206'ncı maddenin birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacaklar için haciz yoluyla takip yapılabileceği hükme bağlanmaktadır. Bu alacaklar için, mühlet içinde olsa da takip başlatılabilecek ve başlamış takipler devam edecektir [...]*” (İİK m. 294'ün madde gerekçesinden).

58 Atalı (n 46) 98.

59 Pekcanitez ve Erdönmez (n 8) 94; Atalı (n 46) 98; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes (n 4) 492; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 3) 660; Akil (n 8) 233; Kale ‘Konkordato’ (n 4) 231. Kanun koyucunun İİK m. 295 hükmü ile konkordatonun başarıya ulaşmasını destekleyici bir yaklaşım içerisinde olduğunu söylemek mümkündür. İİK m. 295 hükmünde gerçekleştirilen değişikliklerle kanun koyucunun güttüğü esas amaç, borçlunun mühlet esnasında rehinli takiplerle sıkıntıya girmesini önlemektir (Altay ve Eskiocak (n 14) 115).

60 Atalı (n 46) 98; Akil (n 8) 235; Kale ‘Konkordato’ (n 4) 232.

61 Kale ‘Konkordato’ (n 4) 232; Atalı (n 46) 98.

62 Pekcanitez ve Erdönmez (n 8) 94; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 3) 660; Akil (n 8) 242.

63 İİK m. 294/f. 1’de öngörülen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarının uygulanmasını engelleyen düzenleme yalnızca, konkordato mühletinden etkilenen alacaklar için geçerlidir (Akil (n 8) 244). Bu sebeple, mühlet içinde şahıslarlığı haklarına ilişkin olarak açılan davalarda elde edilen ihtiyati tedbir kararlarının uygulanmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır (Atalı (n 46) 97, dn. 7).

64 7101 sayılı Kanun değişikliğinden önce, *doktrinde* ihtiyati tedbirin caiz olduğunu ileri süren görüşteki yazarlar için bkz.: Sabri Şakir Ansay, *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri* (5. Bası, Ankara, İstiklâl Matbaası, 1960) 344; Postacıoğlu (n 14) 57-58; Kuru, C. IV (n 54) 3659.

65 Bkz.: eski İİK m. 289/f. 1: “*Mühlet içinde borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler duru, ihtiyati haciz kararları uygulanmaz, bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşürücü müddetler işlemez.*”

değişikliğinden sonra, ihtiyati tedbir kararlarının madde kapsamına dâhil edilmesi üzerine, bu konudaki tartışmalar sona ermiştir⁶⁶.

İİK m. 294/f. 1'de, takip yasağı öngörüldüğünden, kural olarak, borçluya karşı dava açılabilmesi mümkündür⁶⁷. Bu sebeple, mühlet kararı içerisinde, borçluya karşı itirazın iptali davası açılabilecektir⁶⁸. Buna karşılık, İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu Art. 297 Abs. 5'te konkordato mühleti içinde acele haller hariç olmak üzere hukuk davaları ile konkordato alacağına ilişkin idari davaların da duracağı düzenlenmiştir⁶⁹. Türk hukukunda İİK m. 294'te herhangi bir düzenleme getirilmemekle birlikte, doktrinde bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda, mühlet içinde borçlu aleyhinde dava açılabilmesi mümkündür⁷⁰. Bu kapsamda, borçluya karşı önceden açılmış olan davalara da devam edilebilecektir⁷¹.

İflâs davaları bakımından ise, bu kural geçerli değildir. Zira iflâs davaları, gerçekleşen iflâs yoluyla takibin devamı niteliğinde olduğundan, konkordato mühleti içinde açılmayacaktır⁷². Takipli iflâs yolundaki iflâs davalarından başka, mühlet kararı içinde, doğrudan doğruya iflâs hükümlerine göre dava açılması da söz konusu olamayacaktır⁷³. Zira, doğrudan doğruya iflâs davası neticesinde

66 Akil (n 8) 243. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Ceza Dairesi, 31.1.2019, E. 2019/150, K. 2019/129: “[...] Talep, ihtiyati haciz kararına itiraza ilişkindir. İhtiyati haciz talep edebilme koşulları İİK'nın 257. maddesinde gösterilmiş olup, bunlar, alacağın muaccel olması ve alacakla ilgili rehlin bulunmamasıdır. Sözü edilen maddede bunun dışında herhangi bir koşul öngörülmemiştir. Somut olayda; itiraz eden borçlu şirketin keşide ettiği talebe konu çekin süresi içinde alacaklı hamil tarafından bankaya ibraz edildiği ve karşılığının bulunmadığından ödeme yapılmadığı ihtilafsızdır. İtiraz eden borçlu şirket tarafından 07.08.2018 tarihinde konkordato istemli davanın açıldığı ve talebin kabul edildiği görülmüştür. İİK'nın 294/1. maddesinde; “Mühlet içinde borçlu aleyhine 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları uygulanmaz, bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler işlemez.” şeklinde hüküm yer almaktadır. Asıl borçlu şirket hakkında konkordato geçici veya kesin mühletinin verilmesi, ihtiyati haciz kararı verilmesine engel değildir. Yasa hükmü, ihtiyati haciz kararının verilmesini değil, uygulanmasını engellemektedir. Bu nedenle, ilk derece mahkemesince itiraz eden borçlu şirketin ihtiyati hacze vaki itirazının reddine karar verilmiş olmasında isabetsizlik görülmemiştir [...]” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

67 Postacıoğlu (n 14) 54; Kuru, *El Kitabı* (n 14) 1486; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes (n 4) 493; Muşul, C. II (n 18) 1683; Akil (n 8) 239; Altay ve Eskioçak (n 14) N. 141, s. 164. “[...] Tasarının çerçeve 21'inci maddesi, kesin mühlet içinde icra ve takip yasağı bulunması ve de günümüzde zaten davaların uzun sürdüğü dikkate alınarak, gecikmesinde sakınca bulunan haller dışında mühletin konkordatoya tabi alacaklara ilişkin idari davalar ve borçlunun davalı olduğu hukuk davalarını durduracağına ilişkin düzenlemenin metinden çıkarılması suretiyle değiştirilerek kabul edilmiştir [...]” (Adalet Komisyonu Alt Komisyon Raporu).

68 Akil (n 8) 239. Yarg. 11. HD, 14.05.1990 “[...] itirazın iptaline dair dava açılmasından sonra davalıya konkordato mehli verilmesinin bu davanın görülmesine engel teşkil etmemesine [...]” (e-uyar).

69 Art. 297 Abs. 5 SchKG. Ayrıca, bkz.: Krampf (n 6) 26-27; Josef Studer and Markus Zobeli, *Schuldbeitreibungs – und Konkursrecht Ein Leitfadens für die Praxis*, (RuP-Recht und Praxis, 5., überarbeitete Auflage, Orell Füssli, 2020) 200.

70 Postacıoğlu (n 14) 54; Kuru, *El Kitabı* (n 14) 1486; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes (n 4) 493; Pekcanitez ve Erdönmez (n 8) 97; Altay ve Eskioçak (n 14) N. 141, s. 164; Akil (n 8) 239.

71 Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes (n 4) 493; Pekcanitez ve Erdönmez (n 8) 97.

72 Akil (n 8) 240. Yarg. 11. HD, 11.05.1989, 2450/3214: “[...] Konkordato mühleti içinde icra takibi yapılamayacağı yasağı iflas takipleri için mutlaktr. Öte yandan kamu alacakları için de ayrıca bir istisna tanınmamıştır. Davacı kurum, borçlu aleyhine iflas istemli icra takibi yapıldığına ve iflas davası da iflas takibinin bir devamı olduğundan konkordato mühletinden önce açılmış iflas davalarının da durması gerekir [...]” (Akil (n 8) 240, dn. 68).

73 Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes (n 4) 493.

verilecek olan iflâs kararı, borçlunun bütün malvarlığının tasfiye edilmesi sonucunu doğuracağından, adi konkordato ile elde edilmek istenen amaca ulaşılması imkânsız bir hale gelecektir⁷⁴.

İİK m. 294/f. 1’de takip yasağından başka, kesin mühletin zamanaşımı süresi ile hak düşürücü sürelerle olan etkisi de hükmüne bağlanmaktadır. Zira, İcra ve İflâs Kanunu m. 294/f. 1 hükmünde, “... *bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler işlemez.*” denilmek suretiyle bu husus açıkça düzenlenmiştir. Bu kapsamda, konkordato mühleti esnasında, zamanaşımı süreleri duracak ve hak düşürücü süreler ise korunacaktır⁷⁵.

Konkordato mühletinin sonuçlarından bir diğeri işleyecek olan faizlere ilişkindir⁷⁶. Buna göre, tasdik edilen konkordato projesi, aksine bir hüküm içermediği takdirde, kesin mühlet tarihinden itibaren rehinle temin edilmemiş her türlü alacak için faiz işlemesi duracaktır⁷⁷ (İİK m. 294/f. 3). 4949 sayılı Kanun ile getirilen bu düzenleme⁷⁸, 7101 sayılı Kanun değişikliğinden sonra da korunmuştur⁷⁹. Görüldüğü üzere, alacaklı ile borçlu açıkça konkordato mühleti içinde faiz işleyeceğini kararlaştırabilecektir⁸⁰. Ayrıca, İİK m. 294/f. 3 hükmünde açıkça ifade edildiği üzere, rehinli alacaklar bakımından da kural olarak, konkordato mühleti içinde rehin sözleşmesinde kararlaştırılan faiz işlemeye devam edecektir⁸¹.

İİK m. 294/f. 4’te, konkordato mühletinin takas ve mahsup üzerindeki etkisi düzenlenmiştir. Buna göre, konkordato mühleti sırasında kullanılacak olan takas hakkı bakımından İİK’nın 200 ile 201’inci maddelerinde öngörülen şartlar geçerli olacaktır⁸² (İİK m. 294/f. 4, c. 1). Konkordatoda, iflâsta takası düzenleyen İİK m. 200 ve 201’in uygulanmasında geçici mühlet kararının verildiği tarih esas alınacaktır (İİK m. 294/f. 4, c. 2). Buna göre, alacaklı geçici mühlet kararının ilan edilmesinden sonra, hakkında mühlet kararı verilen borçlunun alacaklısı olursa veya alacaklı geçici mühletin ilan tarihinden sonra borçlu sıfatını iktisap ederse, aynı zamanda da alacaklının alacağı hamiline yazılı

74 Konkordato mühleti içinde iflâs yoluyla takip yasağı mutlak olup istisnaları söz konusu değildir. Bu sebeple, adi haciz yoluyla takip bakımından yasağın istisnası olarak ifade edilen durumlar iflâs yoluyla takipler bakımından söz konusu olmayacaktır (Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes (n 4) 493).

75 Akil (n 8) 244. “[...] *Bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin konkordato mühleti içinde işlemeceği husus da ilgili fıkra da yer almakta ve bu şekilde mevcut Kanunun 289 uncu maddesi hükmü muhafaza edilmektedir [...]*” (İİK m. 294’ün madde gerekçesinden).

76 Tanrıver, ‘4949 sayılı Kanun’ (n 25) 81.

77 İİK m. 294/f. 3 kapsamında, rehinli malın borçluya mı yoksa üçüncü kişiye mi ait olduğu sorusu akla gelebilir. Maddede geçen rehinli malı borçluya ait olabilecektir. Bunun dışında, borçlunun borcu için üçüncü bir kişinin de rehin göstermesi durumunda bu madde tatbik edilebilecektir. Böylelikle, borçlunun borcu için üçüncü bir kişi rehin gösterir ve borç ödenmezse, bunun üzerine rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılırsa, rehin sahibi üçüncü kişi, borçluya rücu edebilecektir (Akil (n 8) 245).

78 4949 sayılı Kanun m. 71 ile değişik eski İİK m. 289/f. 4 hükmü şu şekildedir: “*Konkordato aksine hüküm içermediği takdirde mühlet, rehinle temin edilmiş her türlü alacağa faiz işlemesini durdurur.*”

79 Pekcanitez ve Erdönmez (n 8) 97; Sarısözen, *Yenilikler* (n 14) 173.

80 Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes (n 4) 493; Akil (n 8) 243.

81 Akil (n 8) 243. “[...] *Maddenin üçüncü fıkrasında tasdik edilen konkordato projesi aksine hüküm içermediği takdirde kesin mühlet tarihinden itibaren rehinle temin edilmemiş her türlü alacağa faiz işlemesinin duracağı hükme bağlanmaktadır.*” (İİK m. 294’ün madde gerekçesinden).

82 Atalı (n 46) 100; Kale ‘Konkordato’ (n 4) 234; Akil (n 8) 246.

bir senetten kaynaklanmaktaysa takas yapılamayacaktır⁸³. Görüldüğü üzere, konkordato mühleti içinde alacaklıların takas hakları, İİK m. 294/f. 4 uyarınca iflâsta takası düzenleyen hükümlere atıf yapılmak suretiyle sınırlandırılmıştır⁸⁴.

Konkordato mühleti içinde, mühlet kararının verilmesinden önce gerçekleştirilmiş olan hacizler hakkında, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, İİK m. 186 hükmü uygulanacaktır⁸⁵ (İİK m. 294/f. 5). 7101 sayılı Kanunla İİK m. 294/f. 5'e getirilen düzenleme uyarınca konkordato mühletinin verilmesiyle gerçekleştirilmiş olan hacizler düşmeyecektir⁸⁶. İİK m. 294/f. 5'in İİK m. 186'ya yaptığı atıf neticesinde⁸⁷, mühlet kararının devamı süresince alacaklının haciz kararı bâki kalacaktır. Hacizlerin düşmesi, konkordatonun tasdiki ya da kesin mühletin kaldırılması kararı ile söz konusu olacaktır⁸⁸. Görüldüğü üzere, kanun koyucunun, getirdiği bu düzenleme sonrasında iflâstaki hükümlere yaklaşılmıştır.

İİK m. 294/f. 7'de, konkordato mühletinin konusu para olmayan alacaklara ilişkin sonuçları düzenlenmiştir. İcra ve İflâs Kanunu m. 294/f. 7 hükmüne göre, *"Konusu para olmayan alacaklar, alacaklı tarafından on eşit kıymette para alacağına çevrilerek komiserlere bildirilir. Şu kadar ki, borçlu, komiserin onayıyla taahhüdün aynen ifasını üstlenmekte serbesttir"*. Kanun koyucunun İcra ve İflâs Kanunu m. 294/f. 7'de öngördüğü düzenleme, kaynak İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu Art. 297 Abs. 9'da hükme bağlanmıştır⁸⁹. İsviçre hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak, paraya çevirme

83 Akil (n 8) 246.

84 Kale 'Konkordato' (n 4) 234.

85 Benzer hüküm, mehaz İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu Art. 297 Abs. 2'de öngörülmektedir.

86 Pekcanitez ve Erdönmez (n 8) 98; Kale 'Konkordato' (n 4) 234; Akil (n 8) 238. Yarg. 12. HD, 8.11.2005 "[...] Cebri icra yoluyla yapılan takibin durması için, konkordatonun tasdikinin kesinleşmesine gerek yoktur. Aksinin kabulü konkordato kurumunu işlemez hale getireceği gibi, diğer alacaklılar yönünde de aleyhlerine sonuç doğurur. Ancak İİK'nun 304. Maddesinde öngörülen hacizlerin düşmesi için, doğuracağı kesin sonuç bakımından konkordato tasdik kararının kesinleşmesi gerekir. İcra mahkemesince şikâyetin bu çerçevede değerlendirilip takibin durdurulmasına karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile ret kararı verilmesi isabetsizdir [...]" (Lexpera).

87 İcra ve İflâs Kanunu m. 186'da iflâsın açılmasının mevcut hacizlere olan etkisi düzenlenmiştir. Buna göre, İcra ve İflâs Kanunu m. 186 uyarınca, *"İhtiyaten haczedilmiş mallarla iflasın açıldığı zaman paraya çevrilmemiş mahcuz mallar masaya girer."*

İflâsın açılmasından evvel paraya çevrilmiş bulunan mahcuz malların bedeli, 138 ila 144'üncü maddeler hükümlerine göre haciz koydurulan alacaklılara paylaşılır. Artan kısım iflas masasına intikal eder."

88 "[...] Maddenin beşinci fıkrasıyla, konkordato mühletinden önce tatbik edilmiş hacizlerde haczedilmiş mallar için, elverdiği ölçüde Kanununun 186 ncı maddesi hükmü uygulanacaktır. Bu atıftan çıkan sonuç, konkordato mühletinin, daha önce konulmuş hacizleri kaldırıcı bir etkisinin bulunmadığıdır. Mühlet kararı devam ettiği sürece alacaklının haciz hakkı baki kalacaktır. Hacizlerin düşmesine sebep olan şey, konkordatonun tasdiki veya mühletin kaldırılması kararıdır [...]" (İİK m. 294'ün madde gerekçesinden).

89 Art. 297 Abs. 9 SchKG. Ayrıca bkz.: Kunz, Arter and Jörg (n 7) 1735, 1740; Jolanta Kren Kostkiewicz, *SchKG Kommentar, Schuldbetreibungs – und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen OFK – Orell Füssli Kommentar* (20., aktualisierte Auflage, 2020) Art. 297, N. 13, s. 812. Ayrıca Kanununun madde gerekçesinde de bu husus ifade edilmiştir: "[...] Maddenin yedinci fıkrasıyla, konusu para olmayan alacakların para alacağına çevrilmesini, fakat bu alacakların aynen ifasını da iflas tasfiyesine benzer şekilde komiserin onayıyla borçlu tarafından üstlenilmesini düzenleyen İsviçre İcra ve İflas Kanununun 297 nci maddesinin dokuzuncu fıkrasına benzer bir düzenleme yapılmaktadır [...]" (İİK m. 294'ün madde gerekçesinden).

yetkisi alacaklıya değil, komiserle tanınmıştır⁹⁰. Bahsi geçen düzenleme, 7101 sayılı Kanunla İcra ve İflâs Kanunu'na getirilen yeni düzenlemelerden biridir⁹¹.

Konkordato mühletinin alacaklıların hakları bakımından sonuçlarından bir diğeri ise, müstakbel alacakların devrine ilişkindir (İİK m. 294/f. 6; SchKG Art. 297 Abs. 4). Aşağıda, mühletin müstakbel alacakların devri üzerindeki etkisi açıklanacaktır.

III. MÜHLETİN MÜSTAKBEL ALACAKLARIN DEVRİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. GENEL OLARAK

İsviçre ve Türk hukuklarında, konkordato mühletinin müstakbel alacakların devri üzerindeki etkisi, kanun koyucu tarafından özel olarak düzenlenmiştir⁹². Buna göre, konkordato mühletinin verilmesinden önce yapılan ve müstakbel alacağın devrini konu alan sözleşmeler, söz konusu alacağın konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğması üzerine hükümsüz olacaktır⁹³ (İİK m. 294/f. 6; SchKG Art. 297 Abs. 4).

Borçluyu konkordato mühletinin verilmesinden önce gerçekleştirdiği alacak devirlerinin öngörülemeden sonuçlarından koruyacak olan bu kural, borçlunun mali açıdan iyileşmesini sağlayacaktır⁹⁴. Borçlu, konkordato mühleti içerisinde önceden gerçekleştirdiği müstakbel alacak devirlerinin geçersiz olması sayesinde alacak hakkını elde etme imkânına kavuşacaktır⁹⁵. İİK m. 294/f. 6 ile getirilen hükmün amacı, borçlunun konkordato alacaklılarının müracaat edebileceği malvarlığını korumaktır⁹⁶.

B. TÜRK VE MEHAZ İSVİÇRE HUKUKLARINDA KONKORDATO MÜHLETİNİN MÜSTAKBEL ALACAKLARIN DEVRİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİNE İLİŞKİN KANUNÎ DÜZENLEMELERİN HUKUKİ DAYANAĞI

1. TÜRK HUKUKUNDA MÜHLETİN MÜSTAKBEL ALACAKLARIN DEVRİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Türk hukukunda, mühletin müstakbel alacakların devri üzerindeki etkisi, İcra İflâs Kanunu'nun 294'üncü maddesinde düzenlenmektedir⁹⁷. Kanun koyucu, İİK m. 294/f. 6'da "*Konkordato mühletinin*

90 Kunz, Arter and Jörg (n 7) 252; Daniel Staehelin, 'Überblick über die Neuerungen im Sanierungsrecht' (2013) Aktuelle Juristische Praxis, Dike Verlag, 1735, 1740; Kren Kostkiewicz, Art. 297 (n 89) Art. 297, N. 11-12, s. 812.

91 Pekcanitez ve Erdönmez (n 8) 102. Kanun koyucu, mal vermek suretiyle konkordato yapmanın kolay olmayacağını göz önünde bulundurarak bu tarz bir düzenleme getirmiştir (Kuru, C. IV (n 54) 3893; Pekcanitez ve Erdönmez (n 8) 102).

92 İİK m. 294/f. 6; SchKG. Art. 297 Abs. 4.

93 Amonn and Walter (n 14) § 54, N. 36; Staehelin (n 90) 1740; Kunz, Arter and Jörg (n 7) 250-251.

94 Daniel Hunkeler (Hrsg.) Hans Ulrich Hardmeier, *SchKG: Kurzkommentar (Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz)* (Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014), Art. 297, N. 22.

95 Akil (n 8) 248.

96 Bkz.: aşı. III, C.

97 "[...] *Maddenin altıncı fıkrasıyla, İsviçre İcra ve İflas Kanununun konkordato mühleti verilmesinden evvel yapılan ve ileride*

verilmesinden önce, müstakbel alacağın devri sözleşmesi yapılmış ve devredilen alacak konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğmuş ise, bu devir hükümsüzdür” demek suretiyle, bu hususu açıkça ifade etmiştir. İİK m. 294/f. 6 hükmü, 7101 sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenlemelerden biridir⁹⁸. Zira, 7101 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden evvel, konkordato mühletinin verilmesinden önce yapılan temliklere ilişkin 2004 sayılı İİK’nın hükümleri arasında herhangi bir düzenleme yer almamaktaydı⁹⁹. Bu sebeple, konkordato hükümlerinin 7101 sayılı Kanun ile revize edilmesinden önce, bu tarz bir tasarruf işlemi söz konusu olduğunda, İcra İflas Kanunu’nun yürürlükten kaldırılan 290’ıncı maddesinin 2’nci fıkrası kapsamında değerlendirme yapılarak, gerçekleştirilen devirlerin geçersiz olması sağlanabilmekteydi¹⁰⁰. Böylelikle, uygulamada, mülga İİK m. 290/f. 2 hükmünde ifade edilen, “Borçlu, icra mahkemesinin izni dışında mühlet kararından itibaren rehin tesis edemez, kefil olamaz, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatını kısmen dahi olsa devredemez ve takyit edemez ve ivazsız tasarruflarda bulunmaz. Aksi halde yapılan işlemler hükümsüzdür” şeklindeki düzenleme, yapılan devir işlemlerinin hükümsüz kılınmasına imkân sağlamaktaydı¹⁰¹. Ancak, mülga İİK m. 290/f. 2 hükmü gerçekleştirilecek devirleri taşınmazlarla ve işletmenin devamlı tesisatı bakımından hükümsüz kılmaktaydı¹⁰².

Kanaatimizce, 7101 sayılı Kanunla, müstakbel alacakların devrine ilişkin İİK’da ayrı ve özel bir düzenleme getirilmesi, borçlunun malvarlığının korunarak mali durumunun iyileştirilmesini hedefleyen konkordato kurumundan beklenen amaca daha uygundur. Bu sayede borçlu, mühlet kararından önce gerçekleştirdiği müstakbel alacak devirlerini yerine getirme mecburiyetinden kurtularak daha iyi şartlarda ekonomik durumunu düzeltme imkânına sahip olacaktır¹⁰³. Ayrıca, uygulamada, alacağın temlik müessesesinin çok yaygın olduğu göz önünde bulundurulduğunda¹⁰⁴, 7101 sayılı Kanunla mühlet içerisinde müstakbel alacakların devrini yasaklayan bir düzenlemenin getirilmesi, borçlunun iyileşmesine hizmet edeceği için yerinde bir düzenleme olarak nitelendirilebilecektir.

doğacak olan alacağın devrine ilişkin olan sözleşmelerin, devredilen alacağın konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğması halinde hükümsüz olacağı hakkındaki mehz Kanununun 297 nci maddesinin dördüncü fıkrasıyla uyumlu bir düzenleme yapılmaktadır. Bu hükmün amacı borçlunun konkordato alacaklılarının müracaat edebileceği malvarlığını korumaktır. Her ne kadar bu fıkra ile elde edilmek istenen amaca 277 ve devamı maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davası ile de ulaşılabileceği düşünülebilirse de, tasarrufun iptali davası şartlarının (özellikle aciz vesikası alma şartının) pek çok olayda gerçekleşmeyebileceği dikkate alınarak İsviçre İcra ve İflas Kanunundaki çözüm şeklinin daha uygun olduğu sonucuna varılarak, yedinci fıkra düzenlenmektedir [...]” (İİK m. 294’ün madde gerekçesinden).

98 Pekcanitez ve Erdönmez (n 8) 101

99 Kale ‘Konkordato’ (n 4) 235.

100 Kale ‘Konkordato’ (n 4) 235.

101 Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 16) 528; Kale ‘Konkordato’ (n 4) 235.

102 Taşpınar (n 25) 68-69.

103 Kale ‘Konkordato’ (n 4) 235.

104 Mustafa Arıkan, ‘Türk Özel Hukukunda Alacağın Temlik’ 2005 (13) 1, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 129.

2. İSVİÇRE HUKUKUNDA MÜHLETİN MÜSTAKBEL ALACAKLARIN DEVRİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Konkordato mühletinin alacaklılar bakımından sonuçlarından biri olan mühletin müstakbel alacakların devri üzerindeki etkisi, mehz İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu Art. 297 Abs. 4'te öngörülmektedir¹⁰⁵. Bahsi geçen düzenleme, 2013 yılında yapılan ve 1 Ocak 2014 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu revizyonu¹⁰⁶ neticesinde SchKG Art. 297 Abs. 4'te kabul edilmiştir¹⁰⁷. Görüldüğü üzere, mühletin müstakbel alacakların devri üzerindeki etkisi, İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu bakımından da yeni getirilen düzenlemelerden biridir¹⁰⁸.

Mehaz İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu Art. 297 Abs. 4'te öngörülen düzenleme uyarınca, mühlet kararının tasdik edilmesinden önce gerçekleştirilen; ancak, daha sonradan talep edilebilir hale gelen alacak devirleri hükümsüz olacaktır¹⁰⁹.

İsviçre hukukunda, SchKG Art. 297 Abs. 4'te ifade edilen bu düzenleme, İsviçre Federal Mahkemesinin 1985 yılında iflâs hukukuna ilişkin olarak verdiği müstakbel alacakların devrinin iflâs açıldıktan sonra gerçekleşmesi durumunda, devralanın malvarlığına değil, iflâs masasına ait olacağı şeklindeki kararının konkordato hükümlerine yansımadır¹¹⁰. İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen bu karar, İsviçre hukukunda gerçekleştirilen değişikliklerle İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu'nun konkordatoya ilişkin düzenlemeleri bakımından da açıkça kabul edilerek kanunlaştırılmıştır¹¹¹. Böylelikle, müstakbel alacakların devrinin akıbeti, konkordato bakımından yakın bir zamanda SchKG'de açıkça düzenlenmiştir¹¹².

105 SchKG Art. 297 Abs. 4 hakkında bkz.: Amonn and Walter (n 14) § 54, N. 36; Staehelin (n 90) 1740; Kunz, Arter and Jörg (n 7) 250-251; Krampf (n 6) 27-28.

106 İsviçre hukukunda SchKG'nin revize edilen konkordato hükümleri 1 Ocak 2014 tarihinden beri yürürlüktedir (Rodrigo Rodriguez, 'Das Schweizer Sanierungsrecht im Lichte des EU-Richtlinienvorschlags über präventive Restrukturierungsmaßnahmen' (Zivilprozess und Vollstreckung national und international-Schnittstellen und Vergleich: Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern, Stämpfli, 2018) 815; Georg J Wohl, 'Die Sanierung von Immobiliengesellschaften' (2017) 178 EIZ-Europa Institut Zürich, Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VIII Immobilien und Insolvenz, Schulthess 151; Staehelin (n 90) 1735). 1 Ocak 2014 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Federal İcra İflâs Kanunu revizyonu, konkordato moratoryumunun işlevini önemli ölçüde genişlemiştir (Kälin, *Sanierung* (n 6) N. 682, s. 270). İsviçre'de 21 Haziran 2013 tarihli yeniden yapılandırma kanunu revizyonunun amacı, konkordato kurumunun alacaklıların hakları üzerindeki etkilerini, iflâsın etkilerine yaklaştırmaktır (Kren Kostkiewicz, Art. 297 (n 89) Art. 297, N. 1, s. 811; SK SchKG-Umbach-Spahn, Kesselbach and Bossart, Art. 297 (n 51) N. 1, s. 1726).

107 BSK-SchKG II-Staehelin and Vollmar, SchKG Art. 297 (n 38) N 2.

108 BSK-SchKG II-Staehelin and Vollmar, SchKG Art. 297 (n 38) N 2.

109 Amonn and Walter (n 14) § 54, N. 36; Staehelin (n 90) 1740; Kunz, Arter and Jörg (n 7) 250-251; Krampf (n 6) 27-28.

110 BGE 111 III 73 S. 76;
http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F111-III-73%3Ade&lang=de&type=show_document (Erişim Tarihi: 16.6.2021).

111 Staehelin (n 90) 1740.

112 Marco Häusermann and Urs Kraft, 'Pfandrechte in der Insolvenz', *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VII* (Thomas Sprecher Hrsg.) (Schulthess, 2016) 34. Belirtmek gerekir ki, SchKG Art. 297 Abs. 4, İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu'na yeni eklenmekle birlikte, uygulamada esaslı bir değişiklik meydana getirmemiştir (Kunz, Arter and Jörg (n 7) 251). Zira, önceki Kanun döneminde müstakbel alacakların devrine ilişkin bu kural zaten uygulanmaktaydı (Staehelin (n 90) 1740).

C. MÜHLETİN MÜSTAKBEL ALACAKLARIN DEVRİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİNİ DÜZENLEYEN HÜKÜMLERİN AMACI

İİK m. 294/f. 6'da ifade edilen ve konkordato mühletinin verilmesinden önce yapılan müstakbel alacak devirlerine ilişkin hüküm, mehaz İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu'nda (SchKG Art. 297 Abs. 4) öngörülen düzenleme ile aynı esasları içermektedir¹¹³.

İsviçre hukukunda, 2013 yılında gerçekleştirilen revizyon neticesinde, SchKG Art. 297 Abs. 4'te getirilen bu düzenlemeyle borçluya likidite sağlamanın amaçlandığı ifade edilmektedir¹¹⁴. Böylelikle, borçlu, konkordato mühleti içerisinde, elde ettiği bu geliri kendi işletmesinin iyileştirilmesi için kullanabilecektir¹¹⁵. Mehaz İsviçre hukukunda, 2013 yılında gerçekleştirilen değişikliklerle kabul edilen konkordato mühleti içerisinde doğan müstakbel alacakların devrini yasaklayan düzenleme, iyileşme dostu (*Sanierungsfreundlich*) olarak nitelendirilmektedir¹¹⁶.

7101 sayılı Kanun ile İİK m. 294/f. 6'da öngörülen ve müstakbel alacakların devrini yasaklayan hükmün amacı, İsviçre hukukunda ifade edilen kanunî düzenlemenin getirilme amacı ile benzetilmektedir. Zira, 7101 sayılı Kanun ile İcra İflâs Kanunu'nun 294'üncü maddesinin 6'ncı fıkrasına eklenen bu hüküm ile amaçlanan, konkordato alacaklılarının müracaat edebileceği ve aynı zamanda borçluya ait olan malvarlığını korumaktır¹¹⁷. Bu husus, ilgili düzenlemenin madde gerekçesinde açıkça ifade edilmektedir¹¹⁸.

Hükmün getirilme amacı olarak ifade edilen borçlunun malvarlığını koruma gayesi¹¹⁹, İİK m. 277 vd.'da öngörülen tasarrufun iptali davaları aracılığıyla¹²⁰ da sağlanabilecekse de kanun koyucu, somut olayın her birinde tasarrufun iptali davası bakımından aranan şartların – özellikle *aciz vesikasının* – temininin mümkün olamayacağını göz önünde bulundurarak İsviçre hukukundaki ile paralel bir düzenleme getirilmesini uygun bulmuştur¹²¹.

113 Pekcanitez ve Erdönmez (n 8) 101.

114 Basler Kommentar SchKG Ergänzungsband, Thomas Bauer and Daniel Staehelin, *Ergänzungsband zum Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (BSK SchKG Ergänzungsband)* (2. Aufl. Basel 2017) N. 8.

115 Kunz, Arter and Jörg (n 7) 251.

116 KURZKOMM-SchKG/Hunkeler, SchKG Art. 297 (n 94) N. 22.

117 Sarisözen, *Yenilikler* (n 14) 177; Tunç Yücel (n 10) 197; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku* (6. Bası, Ankara, Yetkin, 2020) 575.

118 Bkz.: İİK m. 294/f. 6 hükmünün madde gerekçesi.

119 Sarisözen, *Yenilikler* (n 14) 177; Tunç Yücel (n 10) 197; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 117) 575.

120 İİK m. 294/f. 6 hükmünün gerekçesinde, ilgili düzenlemeyle, elde edilmek istenen amaca tasarrufun iptali davası (İİK m. 277-284) ile de ulaşılmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir. Bununla birlikte, tasarrufun iptali davasının şartlarının pek çok durumda gerçekleşmesinin mümkün olamayacağı göz önünde bulundurularak bu şekilde bir düzenlemenin getirilmesine karar verildiği ifade edilmektedir. Bkz.: İİK m. 294'ün madde gerekçesi.

121 Akil (n 8) 247; Sarisözen, *Yenilikler* (n 14) 178.

D. KONKORDATODA MÜHLETİN MÜSTAKBEL ALACAKLARIN DEVRİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİNİN GERÇEKLEŞMESİ BAKIMINDAN GEREKLİ OLAN ŞARTLAR

1. MÜHLET KARARININ VERİLMESİNDEN ÖNCE MÜSTAKBEL ALACAĞIN DEVRİ SÖZLEŞMESİNİN YAPILMIŞ OLMASI

A. GENEL OLARAK

İcra ve İflâs Kanunu m. 294/f. 6 uyarınca, konkordato mühletinin verilmesinden önce, müstakbel bir alacağın devri sözleşmesi yapılmış ve devredilen alacak konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğmuş ise, bu devir hükümsüz olacaktır¹²². Görüldüğü üzere, İcra ve İflâs Kanunu m. 294/f. 6'da geçen mühlet kararından önce müstakbel alacağın devri sözleşmesinin yapılması devir sözleşmesinin hükümsüzlüğü bakımından mevcudiyeti aranan şartlardan biridir. Bunun için, genel olarak alacağın devri ile müstakbel alacak kavramlarının açıklanması gerekmektedir.

Alacağın devri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun¹²³ (TBK) 183 ilâ 194 hükümleri arasında düzenlenmektedir¹²⁴. Alacaklının, alacağını borçlunun rızasına gerek olmadan üçüncü bir şahsa devretmesine alacağın devri denilmektedir¹²⁵. Alacağın devri, alacağı devreden alacaklı ile devralan kişi arasında yapılacak olan yazılı bir sözleşmeye dayanmaktadır¹²⁶. Alacağın devri ile alacağı devralan kimse, devredenın sahip olduğu alacak hakkını kazanır ve bunun üzerinde tasarruf yetkisini haiz olur¹²⁷.

B. MÜSTAKBEL ALACAK KAVRAMI VE İİK M. 294/F.6 BAKIMINDAN DEĞERLENDİRMELER

Alacağın devrinde, devrin konusunu alacak hakkı oluşturmaktadır¹²⁸. Kural olarak, devre konu edilen alacak hakkının devir anında mevcut olması gerekmektedir¹²⁹. Buna karşılık, doktrinde

122 Karş. SchKG 297 Abs. 4. Mehaz İsviçre hukukunda, SchKG Art. 297 Abs. 4 hükmünde öngörülen düzenleme uyarınca, konkordatoda mühlet kararının tasdik edilmesinden önce gerçekleştirilen ancak daha sonradan talep edilebilir hale gelen alacak devirleri geçerli olmayacaktır (Amonn and Walter (n 14) § 54, N. 36; Staehelin (n 90) 1740; Kunz, Arter and Jörg (n 7) 250-251). Türk hukuku bakımından: Timuçin Muşul, *İflas ve Konkordato Hukuku* (Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Adalet, Ankara, 2019) 391.

123 RG, 4.2.2011, S. 27836.

124 Ahmet M Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. Bs., Ankara, Turhan, 2019) 1004; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Bs., Ankara, Yetkin, 2019) N. 3824, s. 1370; İrem Yayvak Namlı, 'Die Auswirkung der Forderungsabtretung oder der Schuldübernahme auf die Konventionalstrafe' (2018) 67 *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* 114.

125 Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (4. Bası, İstanbul, Vedat, 2017) N. 1, s. 389; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler* (7. Bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993) 240; M Kemal Oğuzman ve Turgut M Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (15. Bs., Vedat, 2020) N. 1655, s. 563; Arif Kocaman, *Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu* (2. Bası, Ankara, Atilla Kitabevi, 1992) 6; Mehmet Deniz Yener, 'Alacağı Devredenın Garanti Sorumluluğu ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile Yapılan Değişiklikler' 2011 (3)5 *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi* 68; Feride Demirbaş, 'Alacağı Devredenın Borçlunun Ödeme Gücünden Sorumluluğu' (2021) 11(2) *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 999. Kısaca ifade etmek gerekirse, alacağın devri, alacağın sözleşme ile üçüncü bir şahsa temlikini ifade eder (Kocaman (n 125) 6).

126 Oğuzman ve Öz, C. 2 (n 125) 574; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 125) 240; Kocaman (n 125) 8.

127 Eren (n 124) N. 3824, s. 1370. Alacak, devir sözleşmesi yapılır yapılmaz, alacağa bağlı bütün imtiyazlar ve fer'i haklarla birlikte devralana geçmektedir (TBK m. 189) (Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 125) 250).

128 Eren (n 124) N. 3862, s. 1382.

129 Kılıçoğlu (n 124) 1004.

çoğunluk tarafından ileri sürülen görüş doğrultusunda, henüz doğmamış yani, müstakbel alacakların (*Zukünftiger Forderungen*) devrinin de mümkün olduğu kabul edilmektedir¹³⁰. Bu görüşteki yazarlara göre, müstakbel alacakların devrinde temlik, alacağın geçerli bir şekilde doğması ile birlikte hükümlerini meydana getirecektir¹³¹. Doktrinde ileri sürülen görüşlerden başka Yargıtay kararlarında da müstakbel alacakların devrinin mümkün olduğu içtihat edilmektedir¹³². Ancak, gerek Yargıtay kararlarında¹³³ gerekse de doktrinde¹³⁴ kabul edilen müstakbel alacakların devrinin geçerli sayılabilmesi için her halükârda alacağın belirlenebilir bir alacak olması şarttır¹³⁵. Bununla birlikte, müstakbel alacağın ne zaman belirlenebilir olması gerektiği konusunda doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır¹³⁶. Doktrindeki hâkim görüş ile İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına¹³⁷ göre, alacağın doğduğu anda belirlenebilir olması yeterli olacaktır¹³⁸. İsviçre Federal Mahkemesi de müstakbel alacakların geçerli bir şekilde devredilebilmesi için, alacağın doğacağı an itibarıyla belirlenebilir olması gerektiğine hükmetmektedir¹³⁹.

130 Hatemi ve Gökyayla (n 125) N. 13, s. 392; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 125) 248-249; Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 18. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2021) N. 242.6; Haluk Nami Nomer, *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları* (İstanbul, Beta Basım, 2012) 50; Kılıçoğlu (n 124) 1004; Yener (n 125) 68; Fahrettin Aral ‘Topyekün Temlik’ (1992) 42 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 109 vd.; Nurcihan Dalcı, ‘Alacağın Toptan Devri Bağlamında İflas’ 2014 (63) 2 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 293. Buna karşılık doktrinde *Oğuzman/Öz*, tarafından bu görüşün kabul edilemeyeceği ileri sürmektedir (Oğuzman ve Öz, C. 2 (n 125) N. 1699, s. 575. Ayrıca doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, ileride doğacak olan bütün alacakların hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın devredilmesinin kişinin ekonomik özgürlüğünü sınırlayacağı şeklindedir. Bu görüş için bkz. Şirin Aydınçık, ‘Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amaçlı Temliki’, 2006 64(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 146-147; Baki İlkey Engin, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu* (1. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002) 29; Saibe Oktay Özdemir ‘Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri’ (1999) 57 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 287). Aksi yöndeki bu görüşe göre, müstakbel alacakların devri bakımından ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir. Bu ayırım, devir anında var olan bir hukuki ilişkiye dayanan alacaklar ile devir anında herhangi bir temeli bulunmayan alacaklar şeklindedir (Oğuzman ve Öz, C. 2 (n 125) N. 1700, s. 575-576).

131 Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 125) 248-249; Nomer, Borçlar (n 130) N. 242.6; Nomer, *Beklenen Haklar* (n 130) 52; Oğuzman ve Öz, C. 2 (n 125) N. 1699, s. 575.

132 Yarg. HGK 10.10.2019, E. 2018/13-664, K. 2019/1039 “[...] Alacağın temlikinde alacaklı, halen sahip olduğu bir hakkını devredebileceği gibi, henüz mevcut olmayan, müstakbel bir alacağımı da devredebilir [...]” (www.kazanci.com.tr). Yarg. 13. HD, 21.1.2019, E. 2016/13491, K. 2019/392 “[...] Bu sözleşmeyle devreden mevcut alacak haklarını devrettiği gibi henüz doğmamış müstakbel alacaklarını da devredebilir. (...) Sözleşmenin yapıldığı esnada mevcut olmayan müstakbel alacakların devrinde ise tasarruf işleminin yapıldığı an ile hüküm ve sonuçlarını doğurduğu an arasında bir ayırım yapılmalıdır. Bu halde temlik işlemi hüküm ve sonuçlarını alacak hakkının doğduğu anda doğurur. Yani önceden yapılan tasarruf işlemi sayesinde alacak hakkı, doğduğu anda başkaca bir işleme gerek kalmaksızın devralan malvarlığına geçer [...]” (www.kazanci.com.tr).

133 Yarg. 4. HD, 8.17.1976, E. 1976/2040, K. 1976/10645 “[...] Borçlar Yasasında yer alan genel kurallara göre doğmuş veya doğmamış bir hak ve alacağın temliki geçerlidir. Ancak özel yasalarla yanlar arasında yapılan sözleşmelerden doğmuş veya doğacak bir hak veya alacağın temlik edilemeyeceği başvurulabilir veya koşullandırılabilir [...]” (YKD., 1978, S.1, s.29-30).

134 Hatemi ve Gökyayla (n 125) N. 13, s. 392; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 125) 248-249; Aral (n 130) 109 vd.; Nomer, Borçlar (n 130) N. 242.6; Kılıçoğlu (n 124) 1004.

135 Kılıçoğlu (n 124) 1004; Abdurrahim Altun, ‘Gelecekteki Alacakların Devri’ (2019) 2(2) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 168.

136 Aral (n 130) 109 vd.

137 BGE 113 II 163; BGE 113 II 166.

138 Aral (n 130) 109; Altun (n 135) 168; Engin (n 130) 28.

139 BGE 113 II 165.

İcra ve İflâs Kanunu m. 294/f. 6'da ifade edilen müstakbel alacaklar, alacağın devrinin gerçekleştirildiği esnada henüz mevcut olmayan; ancak ileride doğacak olan alacaklardır¹⁴⁰. İfa zamanı belirsiz olsa dahi mevcut yani doğmuş bir alacak müstakbel alacak olarak nitelendirilemez¹⁴¹. Örneğin, ileride satılacak ya da kiraya verilecek olan malların satış bedeli veya kira gelirlerinin üçüncü bir şahsa devredilmesinde, müstakbel alacağın devri söz konusudur¹⁴². Görüldüğü üzere, kira ilişkisinde, kiralayan, mevcut bir kira akdine dayanarak, gelecekte doğacak olan bir ayın kirasını başka bir üçüncü kişiye devrettiğinde, devre konu olan alacak hakkı müstakbel alacakların devrine örnek teşkil etmektedir¹⁴³.

Yine, bir kimse geciktirici şarta veya vadeye bağlı olan hakkını devrettiğinde de gelecekteki muhtemel alacaklarını temlik etmiş olduğundan müstakbel alacağın devrini gerçekleştirmiş olur¹⁴⁴. Bu doğrultuda, bir satıcı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yaparak, gelecekte yapılacak olan satım sözleşmesinin kurulması durumunda müstakbel semen alacağını şimdiden üçüncü bir kişiye devrettiğinde devre konu olan semen alacağı müstakbel alacağına örnek olarak gösterilebilir. Bu hallerde, alacağın devri, devreden alacak hakkını kazandığı anda hükümlerini doğurur¹⁴⁵.

Belirtmek gerekir ki, konkordatoya ilişkin olarak 7101 sayılı Kanun ile kabul edilen ve İİK m. 294/f. 6'da ifade edilen müstakbel alacak kavramı, icra hukuku bakımında yenilik arz etmemektedir. Zira, İİK m. 89'da öngörülen üçüncü kişilerdeki alacakların haczi bahsinde müstakbel alacak kavramına rastlanılmaktadır¹⁴⁶. Buna göre, üçüncü kişilerdeki alacakların haczinde geçen müstakbel alacak kavramı uyarınca, alıcı, müstakbel mülkiyet hakkı üzerinde tasarrufta bulunabildiği için, alıcının alacaklılarının da gelecekteki (müstakbel) mülkiyet hakkını haczettirebilmesi mümkündür¹⁴⁷.

140 Akil (n 8) 247; Ayhan Akyürek ve Remziye Akyürek, *Konkordato Hukuku* (1 Bası, Ankara, Yetkin, 2019) 408. Müstakbel alacak şeklinde ifade edilen alacakların, Borçlar hukuku bakımından anlamı, alacağın henüz doğmamış olmasıdır (Ecehan Yeşilova Aras, 'Sigorta Sözleşmesinden Doğan Alacağın Devri ve Konkordato' (2021) 8(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 679).

141 Yeşilova Aras (n 140) 679.

142 Eren (n 124) N. 3862, s. 1382; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 125) 248-249.

143 Nomer, *Beklenen Haklar* (n 130) 108.

144 Nomer, *Borçlar* (n 130) N. 242.6.

145 Nomer, *Beklenen Haklar* (n 130) 107 vd.; Nomer, *Borçlar* (n 130) N. 242.6.

146 Yarg. 12. HD, 19.9.2017, 2012/19214, K. 2017/10956: "[...] İİK.nun 89.maddesi gereğince 3.şahsa, "borçlunun nezdinizde doğmuş ve doğacak hak ve alacaklarının haczine" şeklinde haciz ihbarnamesinin çıkarılması halinde 3. şahsın sorumluluğu, haciz ihbarnamesinin kendisine ulaştığı tarihteki mevcut durumla (fiili durumla) sınırlı olacağından ileride doğacak, doğması muhtemel bir hakkın bu aşamada 3.şahısça net olarak bilinmesi mümkün olmadığından, bu şekilde çıkarılan haciz ihbarnamesi, yukarıda açıklanan sebeple muhtemel alacaklar açısından sonuç doğurmaz. Ancak, devam eden hukuki münasebetin varlığı ve bu ilişki sebebiyle borçluya ödenecek ve devamlılık arz eden bir alacağın bulunduğu hallerde (kira alacağı gibi), 3.kişiye haciz yazısı gönderilebilir. Müstakbel (beklenen) bir alaktan bahsedilebilmesi için, bir hukuki ilişkinin (temelin) mevcut olması, bu hukuki ilişkiden doğacak alacağın cinsinin ve borçlunun belli olması yeterlidir. Bu halde üçüncü kişiye, doğacak alacakların haczi yönünden gönderilen birinci haciz ihbarnamesi, haciz müzekkeresinin sonuçlarını doğurur. Bu sebeple üçüncü kişi tarafından, haciz ihbarnamesinin gereğinin yerine getirilerek, daha sonra doğacak paraların icra dosyasına gönderilmesine yasal bir engel yoktur. Ayrıca borçlunun, üçüncü kişide doğması muhtemel alacaklarının haczini içerir haciz ihbarnamesi gönderilemeyeceğine yönelik şikayette bulunmasında, hukukun korunmaya değer bir hakkının bulunmadığı da muhakkaktır. Nitekim icra mahkemesince de kararın gerekçe kısmında benzer ifadelerle yer verilmiştir [...]" (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

147 Yarg. 12. HD, 28.1.2013, E. 2012/26902, K. 2013/2306: "[...] İki kişi arasında mevcut olan bir hukuki ilişkiye (temele) dayanan, henüz doğmamış olmakla birlikte ileride doğması muhtemel bulunan alacaklara müstakbel alacak denir.

Üçüncü kişilerdeki alacakların haczi bakımından söz konusu olan müstakbel alacak kavramı, 7101 sayılı Kanunla getirilen yenilikler sonrasında, konkordatoda da İİK m. 294/f. 6 ile kanun hükmü haline getirilmiştir.

Konkordatoya müracaat edilmesi durumunda, İcra ve İflâs Kanunu m. 294/f. 6 kapsamında, eser sözleşmelerinde müstakbel hakediş alacaklarının devri bakımından, sözleşmenin yüklenicisi olan kimse (borçlu), gelecekte yerine getireceği iş mukabilinde doğacak olan hakedişini malzeme temin ettiği kişiye olan borcu karşılığında devrederse, tarafların aralarında gerçekleştirdikleri bu devir işlemi geçersiz olacaktır¹⁴⁸. Buna karşılık, borçluya malzeme veren kimsenin alacağı, konkordato alacağı kabul edilerek projeye dahil edilebilecektir¹⁴⁹.

Borçlunun likiditeye kavuşarak iyileşmesini temin eden ve İİK m. 294/f. 6'da geçen müstakbel alacağın devrinin hangi amaçla gerçekleştirildiğinin bir önemi bulunmamaktadır¹⁵⁰. Bu sebeple, müstakbel alacağın devri, "ifa uğruna" veya "ifa yerine" yapılabilir¹⁵¹. Ayrıca, alacağın temlikinin ivazlı yapıldığı hallerde de İcra ve İflâs Kanunu m. 294/f. 6 hükmünün uygulanmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır.

İvazlı temliklerde, ivaz karşılığında müstakbel alacağını devreden kimse, mühlet kararından sonra alacağının doğması üzerine İcra ve İflâs Kanunu m. 294/f. 6 uyarınca devri gerçekleştirme yükümlülüğünden kurtulacaktır. Böyle bir durumda, alacağını ivaz karşılığında devreden borçlunun, kesin mühlet içinde devir yükümlülüğünden kurtularak alacağı temellük edene devretmemesi, sebepsiz zenginleşmeye sebep olacaktır. Zira, bu durumda hem temlik için elde ettiği ivaza hem de İİK m. 294/f. 6 uyarınca devrin hükümsüz kalması sebebiyle devretme yükümlülüğünden kurtulduğu alacağı aynı anda sahip olacaktır. Buna karşılık, İcra ve İflâs Kanunu m. 294/f. 6'da ivazlı temlikler bakımından müstakbel alacağın devrinin, alacağını devreden kimseler için sebepsiz

Müstakbel (beklenen) ya da doğacak alacaklar için haciz yazısı gönderilebilmesi, üçüncü kişi ile borçlu arasında süregelen bir hukuki ilişkinin varlığına bağlıdır. Hukuki münasebetin varlığı ve bu ilişki nedeniyle borçluya ödenecek ve devamlılık arz eden bir alacağın bulunduğu hallerde, üçüncü kişiye haciz yazısı gönderilebilir. Müstakbel (beklenen) bir alaktan bahsedilebilmesi için, bir hukuki ilişkinin (temelin) mevcut olması, bu hukuki ilişkiden doğacak alacağın cinsi ile borçlunun belli olması yeterlidir. Alacağın miktarının belli olup olmaması veya böyle bir alacağın doğmama ihtimalinin bulunması önemli değildir. İşçiler ve memurların işveren nezdinde işleyecek ücret alacakları, müstakbel alacaklara örnek olarak gösterilebilir. Kanun, ücret hacizlerinde, bu anlamdaki müstakbel alacakların haczedilebileceğini açıkça kabul etmektedir. Bu durumda borçlunun müstakbel (beklenen) istihkakına (alacaklarına) haciz konulması yönündeki icra müdürlüğü işlemi yerindedir. O halde mahkemece, 3. şahsın icra müdürlüğüne hitaben yazdığı, borçlunun kurum nezdindeki alacaklarına haciz konduğuna ilişkin yazısı da göz önünde bulundurularak şikâyetin reddine karar verilmesi gerekir [...]" (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yarg. 19. HD, 20.4.2000, E. 2000/964, K. 2000/2997: "[...] Bu talep müstakbel alacak haczi talebi olup, haciz sırasında bir hukuki ilişkinin veya müstakbel alacağın doğumunu ihtimal dahilinde gösteren bir hukuki temelin mevcut olması halinde haciz geçerlidir. Somut olayda davalı alacaklı vekilinin 25.12.1998 tarihli müstakbel alacak haczi talebi geçerli olduğundan ve davacı alacaklının 12.1.1999 tarihli haczinden önceki bir tarihi taşıdığından sıra cetvelinde davalı alacaklıya öncelik tanınması yerindedir. Mercii Hakimliğince bu yönler gözetilerek şikâyetin reddi gerekirken yazılı gerekçeyle kabulünde isabet görülmemiştir [...]" (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

148 Akyürek ve Akyürek (n 140) 408.

149 Akyürek ve Akyürek (n 140) 408.

150 KURZKOMM-SchKG/Hunkeler, SchKG Art. 297 (n 94) N.23.

151 KURZKOMM-SchKG/Hunkeler, SchKG Art. 297 (n 94) N.23; Tunç Yücel (n 10) 201.

zenginleşmeye sebep olabileceği öngörülerek herhangi bir düzenleme yapılmış değildir¹⁵². Diğer taraftan, *kanaatimizce*, İİK m. 294/f. 6'da bu konuya ilişkin bir düzenleme getirilmemesi eksiklik olarak nitelendirilemeyecektir. Zira, borçlunun ivazlı bir şekilde temlik ettiği müstakbel alacağının ivaz elde edildikten sonra devir işleminin İİK m. 294/f. 6 uyarınca hükümsüz kalması nedeniyle meydana gelecek olan sebepsiz zenginleşmenin Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen genel hükümler uyarınca giderilmesi mümkündür. Ayrıca, ivazlı temlikler bakımından, temellük alan Türk Borçlar Kanunu m. 191'de¹⁵³ öngörülen garanti yükümlüğüne dayanarak, alacağını elde edebilmek için konkordato masasına kaydını yaptırabilecektir¹⁵⁴.

Belirtilen hususlara ek olarak, İcra ve İflâs Kanunu m. 294/f. 6'da öngörülen müstakbel alacakların devrinin hükümsüzlüğünün konkordatoya tâbi olmayan alacaklar bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı meselesi önem arz etmektedir. Buna göre, İcra ve İflâs Kanunu m. 206'nın 1'inci sırasındaki¹⁵⁵ imtiyazlı alacaklar hakkında takipler yapılarak mühlet içerisinde ödenmesi sağlanacağından bahsi geçen alacak kalemleri bakımından İİK m. 294/f. 6'daki devir yasağı söz konusu olmayacaktır¹⁵⁶.

2. DEVREDİLEN MÜSTAKBEL ALACAĞIN MÜHLET KARARINDAN SONRA DOĞMUŞ OLMASI

A. GENEL OLARAK

Konkordatoda müstakbel alacağın devrinin hükümsüz sayılabilmesi için gerçekleşmesi gereken bir diğer şart, müstakbel alacağın devri işleminin mühletten önce yapılmış olsa dahi devre konu edilen alacağın mühlet kararından sonra doğmuş olmasıdır.

İİK m. 294/f. 6 uyarınca, müstakbel alacağın mühlet kararının verilmesinden sonra doğmuş olması ihtimalinde, gerçekleştirilen bu devir işlemi hükümsüz olacaktır¹⁵⁷. Buna karşılık, müstakbel

152 Mehaz İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanununda da bu hususa ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bkz.: SchKG Art. 297.

153 Türk Borçlar Kanunu m. 191 hükmünde aynen şu şekilde bir düzenleme yer almaktadır:
"Alacak, bir edim karşılığında devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur. Alacak bir edim karşılığı olmaksızın devredilmiş ya da kanun gereğince başkasına geçmişse, devreden veya önceki alacaklı, alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu değildir".

154 Çağatay Serdar Şahin, *Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Konkordato Hükümlerinin Alacaklılar Yönünden Sonuçları* (1. Bası, İstanbul, On İki Levha, 2020) 324 vd.

155 İcra ve İflâs Kanunu'nun 206'ncı maddesinde öngörülen 1'inci sıradaki alacaklılar şu şekilde ifade edilmiştir:
"Birinci sıra:

A) İşçilerin, iş ilişkisine dayanan ve iflâsın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları dahil alacakları ile iflâs nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatları,
B) İşverenlerin, işçiler için yardım sandıkları veya sair yardım teşkilatı kurulması veya bunların yaşatılması maksadıyla meydana gelmiş ve tüzel kişilik kazanmış bulunan tesislere veya derneklere olan borçları,
C) İflâsın açılmasından önceki son bir yıl içinde tahakkuk etmiş olan ve nakden ifası gereken aile hukukundan doğan her türlü nafaka alacakları".

156 Şahin (n 154) 325; Akil (n 8) 248; Tunç Yücel (n 10) 203.

157 Akyürek ve Akyürek (n 140) 408.

alacak, mühlet kararından önce doğmuş ancak, mühlet kararından sonra muaccel hale gelmişse, gerçekleştirilen alacağın devri işlemi geçerli olmaya devam edecektir¹⁵⁸. Bu sebeple, İcra ve İflâs Kanunu m. 294/f. 6'da öngörülen müstakbel alacak devirlerinin geçersiz sayılabilmesi için, devredilen müstakbel alacakların, mühlet kararından sonra doğması şarttır.

B. ALACAĞIN MUACCEL OLDUĞU TARİH-DOĞDUĞU TARİH ŞEKLİNDEKİ AYRIM

İcra ve İflâs Kanunu m. 294/f. 6'da öngörülen düzenleme uyarınca alacağın muaccel olduğu tarih değil; doğduğu tarih önem arz etmektedir¹⁵⁹. Uygulamada, İİK m. 294/f. 6 hükmünün söz konusu olup olmadığı değerlendirilirken, muacceliyet ile alacağın doğumu kavramlarının birbirlerinden farklı olduğuna dikkat edilmelidir.

Alacağın doğum anının ne zaman olduğu tespit edilirken, Türk Borçlar Kanunu'nun bu konuda getirdiği düzenlemeler göz önünde bulundurulmalıdır¹⁶⁰. Kural olarak, alacağın doğum anı, borç ilişkisinin kurulma anıdır¹⁶¹. Örneğin, peşin satışlarda, borç, taraflarca satım sözleşmesinin akdedilmesiyle doğar. Bununla benzer şekilde, haksız fillerde de borç, borç ilişkisinin meydana gelmesiyle doğmaktadır¹⁶². Buna karşılık, alacağın doğum anı, borç ilişkisinin kurulmasından daha sonra da gerçekleşebilecektir¹⁶³. Örneğin, faizli ödünç sözleşmesi ile kira sözleşmesinde, bahsi geçen sözleşmenin akdedildiği anda borç ilişkisi doğmakla beraber, faiz ile kira alacağı sözleşmede öngörülen sürenin geçmesiyle – *diğer bir ifadeyle daha sonra* – doğmaktadır¹⁶⁴.

Bu doğrultuda, kira sözleşmesi özelinde değerlendirildiğinde, kira sözleşmesinden kaynaklanan kira bedelini ödeme borcu, dönemi geldiği anda, yani, her ayın başında o aya ilişkin olarak doğmaktadır¹⁶⁵. Dolayısıyla, borçlunun kiracının var olması ihtimalinde, aynı zamanda kira alacağını üçüncü bir kişiye devretmişse, kira alacağının aylık olarak ödeneceğinin öngörülmesi durumunda, her ay kira ödeme borcu yeniden doğmaktadır¹⁶⁶. Böylelikle, kira alacağının devri İİK m.294/f. 6

158 Pekcanitez ve Erdönmez (n 8) 102; Talih Uyar, 'Kesin Konkordato Mühletinin 'Alacaklılar Bakımından' Sonuçları (İİK m. 294)' 2019 (2) Ankara Barosu Dergisi 173.

159 Atalı (n 46) 100-101; Sarisözen, *Yenilikler* (n 14) 177; Pekcanitez ve Erdönmez (n 8) 102; Güray Erdönmez, 'Yeni Konkordato Düzenlemesi Hakkında Bazı Tespitler' 7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler' Özekes, Muhammet (ed.) (On İki Levha, İstanbul, 2018) 140; Kale 'Konkordato' (n 4) 235; Akil (n 8) 247-248, dn. 96; Akyürek ve Akyürek (n 140) 408.

160 Pekcanitez ve Erdönmez (n 8) 102; Akil (n 8) 248.

161 Eren (n 124) N. 65.

162 Eren (n 124) N. 65.

163 Osman Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri (Legal Yayınevi, İstanbul 2018) 10; Aytekin Ataay, *Borçlar Hukukunun Genel Teorisi*, I (3. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından, Fakülteler Matbaası, 1981) 34; Eren (n 124) N. 65.

164 Eren (n 124) N. 66.

165 Murat Topuz, *Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi* (Yargıtay Kararları ile Birlikte, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017) 203; Albayrak (n 11) 107.

166 Orhan Eroğlu, *Uygulamada Konkordato* (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Ankara, Seçkin, 2021) 200; Hamide Özden Özkaya Ferendeci, *İflas Hukukunda Takas* (Beta Basım, İstanbul 2003) 220; Albayrak (n 11) 107.

uyarınca mümkün olmayıp devir sözleşmesi hükümsüz olacaktır¹⁶⁷. Bir başka örnekte, konkordato borçlusunun taşınmazına ilişkin kira alacaklarını bankadan çektiği kredi borcunun karşılığında bankaya devrettiğini farz edelim¹⁶⁸. Bankanın krediden kaynaklanan alacağı gerçekleştirilen devir sayesinde kira alacağından karşılanmaktadır¹⁶⁹. Kira borcu her ay yeniden doğan bir borç olduğundan¹⁷⁰, konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğan bu kira alacağı İcra ve İflâs Kanunu m. 294/f. 6 uyarınca geçersiz sayılacaktır ve bankaya değil; konkordato borçlusuna ödenmesi gerekli olacaktır¹⁷¹.

Diğer taraftan, finansal kiralama sözleşmeleri bakımından bir farklılık söz konusudur. Zira, finansal kiralama sözleşmelerinde kira borcu bir bütün olarak doğmaktadır¹⁷². Bu kapsamda, kira bedeli, doğmuş olan toplam bedelin taksiti veya parçası niteliğindedir¹⁷³. Hatta, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu¹⁷⁴ (FFFK) uyarınca, henüz olmayan veya imal edilmeyen bir mal için dahi kira bedeli tahsil edilebilecektir (FFFK m. 20/c. 2). Zira, sözleşmenin yapılmasıyla kiracının borcu doğmaktadır¹⁷⁵.

Borcun doğumundan farklı olarak muacceliyet ise, borcun ifasının talep edilebilir olmasıdır¹⁷⁶. İfa zamanı taraflarca farklı bir tarih olarak kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, her borç doğum anında muaccel olacaktır¹⁷⁷. Alacağın doğumu bakımından, borçluya ihtar çekilmesi, borçlunun temerrüde düşürülmesi şart değildir¹⁷⁸.

Bazı durumlarda, tarafların aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağın doğum anının belirlenmesi kolay olmaz. Oysaki, müstakbel alacağını devreden ve aynı zamanda konkordato talep eden borçlunun, devre konu ettiği alacak hakkının doğum anının yanlış tespit edilmesi, büyük hak

167 Eroğlu (n 166) 200; Albayrak (n 11) 107; Özkaya Ferendeci (n 166) 220.

168 Albayrak (n 11) 106.

169 Albayrak (n 11) 107.

170 Eroğlu (n 166) 200; Özkaya Ferendeci (n 166) 220; Albayrak (n 11) 107.

171 Albayrak (n 11) 107.

172 Topuz (n 163) 203; Argun Kötelı, *Leasing Yasa Tasarısı ve Düşündürdükleri*, 1985 XXXII (2) İktisat ve Maliye Dergisi 54.

173 Topuz (n 163) 204.

174 RG., 13.12.2012, S. 28496.

175 Topuz (n 163) 204, dn. 493.

176 Nomer, Borçlar (n 130) N. 172. Diğer bir deyişle, muacceliyet ise, alacaklının borcu isteyebileceği, borçlunun da borcu yerine getirmekle yükümlü olduğu anı karşılamak üzere kullanılmaktadır (Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 125) 800).

177 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 90: C. İfa zamanı, I. Süreye bağlanmamış borç, “İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur.” Bu bakımdan, örneğin, kira bedelini ödeme borcu, her ayın başında doğmakla birlikte, TBK m. 314 uyarınca ifa edileceği tespit edilen zamanda muaccel olacaktır (Tunç Yücel (n 10) 202). Nitekim, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 314: 2. İfa zamanı şu şekilde düzenlenmektedir: “Kiracı, aksine sözleşme ve yerel âdet olmadıkça, kira bedelini ve gerekiyorsa yan giderleri, her ayın sonunda ve en geç kira süresinin bitiminde ödemekle yükümlüdür”

178 Sarisözen, *Yenilikler* (n 14) 371; İbrahim Kaplan, ‘Yeni Türk Konkordato Hukuku (İsviçre İcra ve İflas Hukukunun Borçların Ertelenmesine (Konkordatoya) İlişkin Malvarlığı Yönetimi Sözleşmesi Hükümleriyle Mukayeseli Olarak)’ (İstanbul Yetkin Yayınları 2019) 80. Zira, borçluya çekilen ihtarın tarihi ile alacağın muaccel olduğu zaman ve alacağın doğduğu an birbirlerinden farklılık arz etmektedir (Kaplan (n 178) 80).

kayıplarının yaşanmasına sebep olacaktır¹⁷⁹. Bu sebeple, alacağın doğum anının mühlet kararından önce mi yoksa sonra mı olduğunun dikkatlice değerlendirilerek tereddütsüz bir şekilde tespit edildikten sonra, İİK m. 294/f. 6 hükmünün uygulanması önem arz etmektedir¹⁸⁰.

Kendisine konkordato mühleti verilmiş olan hakediş alacaklısının, kesinleşmemiş alacakları için borçlunun talebi üzerine hazırlayarak düzenlediği açık fatura şeklinde ifade edilen ödenmemiş fatura evrakı alacağın doğduğunu göstermeyecek ve bu anlamda bir karine teşkil etmeyecektir¹⁸¹.

Mühletten önce akdedilen müstakbel alacağın devrine ilişkin sözleşmelerde geçen alacak hakkının doğum anı, mahkemece konkordato projesinin tasdik edilmesinden sonra gerçekleşirse, böyle bir durumda da yine devir sözleşmesi İİK m. 294/f. 6 uyarınca geçersiz sayılacak mıdır?

Konkordato prosedüründe, mahkemece tasdik kararının verilmesinden sonra, mühletten önce devredilen bir (müstakbel) alacak doğarsa, artık İİK m. 294/f. 6 uyarınca, devrin geçersiz olduğu sonucuna ulaşamayacaktır¹⁸². Zira, İİK m. 294'te öngörülen sonuçlar, konkordatoda mühlet kararı süresince mühlet kararının verilmesinin alacaklıların haklarına olan etkisini öngörmektedir. Konkordato projesinin mahkemece tasdik edildiği bir aşamada, mühlet etkileri sona ereceğinden artık İİK m. 294/f. 6'da öngörülen sonuçların geçerli olacağından söz edilemeyecektir¹⁸³. Bu sebeple, konkordato projesinin tasdik kararının verilmesinden sonra devredilen alacağın doğumu üzerine, bu devir sözleşmesi geçerliliğini koruyacaktır¹⁸⁴.

E. MÜHLETİN MÜSTAKBEL ALACAKLARIN DEVRİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

İcra ve İflâs Kanunu m. 294/f. 6'da öngörülen şartların gerçekleşmesiyle birlikte, konkordatoda müstakbel alacağın devri sözleşmesi hükümsüz olacaktır. Zira, İİK m. 294/f. 6'da açıkça, "...*bu devir hükümsüzdür*" denilmek suretiyle, bu husus açıkça ortaya konulmaktadır. Bu noktada, İcra ve İflâs Kanunu m. 294/f. 6'da öngörülen hükümsüzlük hali ile kastedilen hususun ne olduğunun açıklanması önem arz etmektedir¹⁸⁵.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, İİK m. 294/f. 6'da ifade edilen sonuç, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 27¹⁸⁶ vd.'nda düzenlenen kesin hükümsüzlük hali olmayıp, yalnızca konkordato masası

179 Tunç Yücel (n 10) 202.

180 Tunç Yücel (n 10) 202.

181 Kaplan (n 178) 80; Sarisözen, *Yenilikler* (n 14) 371

182 KURZKOMM-SchKG/Hunkeler, SchKG Art. 297 (n 94) N. 29.

183 Tunç Yücel (n 10) 202.

184 KURZKOMM-SchKG/Hunkeler, SchKG Art. 297 (n 94) N. 29.

185 Şahin (n 154) 323.

186 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 27: I. Kesin hükümsüzlük: "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayaacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.*"

tarafından ileri sürülebilecek olan nispi bir geçersizlik halidir¹⁸⁷. Doktrindeki bu görüşe göre, İİK m. 294/f. 6'daki sonucun gerçekleşmesi sebebiyle alacağını alamayan temlik alacaklısı, konkordato masasına bunu yazdırarak elde etmesi gereken alacağın kendisine verilmesi üzerine tatminini sağlayabilecektir¹⁸⁸. *Kanaatimizce* doktrinde ileri sürülen nispi geçersizlik görüşü, İİK m. 294/f. 6'da ifade edilen hükümsüzlük kelimesi ile bağdaşmamaktadır.

Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, böyle bir durumda devir sözleşmesi, kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır¹⁸⁹. *Kanaatimizce*, İİK m. 294/f. 6'da öngörülen hükümsüzdür ifadesi, kesin hükümsüzlük hallerinden birisi olarak anlaşılmalıdır¹⁹⁰. Zira, İİK m. 294/f. 6'da ifade edilen düzenlemenin lafzından ve kanun koyucunun mühlet içerisinde borçlunun malvarlığını koruma yönündeki amacından hareketle, gerçekleştirilen alacak devirlerinin kesin hükümsüz olacağı sonucuna ulaşılabilecektir.

İİK m. 294/f. 6 uyarınca mühlet kararı içerisinde doğacak olan müstakbel alacak devirlerinin kesin hükümsüz olacağının kabul edilmesi üzerine, alacağın devri sözleşmesinin tamamen ortadan kalkması sonucu meydana gelecektir¹⁹¹. Böylelikle, devredilen alacak hakkı, devralan kimseye değil, hakkında konkordato mühleti verilen borçluya ait olacaktır¹⁹². Söz konusu alacak, konkordato kapsamına girerek, konkordatoya onay veren alacaklıların alacaklarının ödenmesinde kullanılacaktır¹⁹³. İİK m. 294/f. 6 uyarınca, müstakbel alacağın devrinin hükümsüz olduğu bir durumda, hakkında konkordato mühleti verilen borçlunun devrettiği müstakbel alacağa ilişkin ödemeyi alması karşısında bunu iade etme yükümlülüğü bulunmayacaktır¹⁹⁴.

Buna karşılık, İcra ve İflâs Kanunu m. 294/f. 6'da öngörülen şartların gerçekleşmediği bir durumda, alacağın devri hükümsüz olmayacak ve devre konu edilen alacak, borçluya ait sayılmayarak konkordato kapsamına dahil edilemeyecektir¹⁹⁵. Böyle bir durumda, hakkında konkordato mühleti verilen borçluya iyiniyetle ödeme yapılırsa, alacağı devralan kimsenin sebepsiz zenginleşme

187 Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 3) 663. Doktrindeki bu görüşe göre, İİK m. 294/f. 6'daki sonucun gerçekleşmesi sebebiyle alacağını alamayan temlik alacaklısı, konkordato masasına bunu yazdırarak elde etmesi gereken alacağın kendisine verilmesi üzerine tatminini sağlayabilecektir (Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 3) 663). *Kanaatimizce* doktrinde ileri sürülen nispi geçersizlik görüşü, İİK m. 294/f. 6'da ifade edilen *hükümsüzlük* kelimesi ile bağdaşmamaktadır.

188 Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 3) 663.

189 Tunç Yücel (n 10) 202. *Doktrinde ileri sürülen bu görüşe göre*, İİK m. 294/f. 6'da açıkça sözleşmenin hükümsüz olduğu ifade edilerek sözleşmenin yeniden geçerlilik kazanmasının mümkün olmamasının gerektiği ileri sürülmektedir (Tunç Yücel (n 10) 202).

190 *Kanaatimizce*, kanun koyucu burada, devir sözleşmesinin sadece alacaklıya karşı ileri sürülememesini kabul etmiş değildir. Herkes için hükümsüz kalmasını öngörmüştür. Aksi görüşte bkz.: Şahin (n 154) 324.

191 Bununla birlikte, doktrinde, kesin hükümsüzlük görüşü eleştirilmektedir. Doktrinde Şahin, borçlunun tamamen iyileşmesi üzerine alacağını almak isteyen temlik alacaklısının bu imkânını tamamen ortadan kaldıracığı için bu görüşü eleştirmektedir (Bkz.: Şahin (n 154) 324).

192 Akil (n 8) 247.

193 Akil (n 8) 247.

194 Tunç Yücel (n 10) 201. Bu sebeple, doktrinde, İİK m. 294/f. 6 hükmünün alacağı temellük edenler bakımından risk teşkil edeceği ileri sürülmektedir (Altay ve Eskioçak (n 14) N. 138, s. 162).

195 Akil (n 8) 247.

hükümlerine göre bunu isteme hakkı olacaktır¹⁹⁶. Diğer bir ifadeyle, alacağı devralan kimsenin, hakkında konkordato mühleti verilen borçludan, müstakbel alacağın devri sözleşmesinin İİK m. 294/f. 6 uyarınca hükümsüz olmadığı gerekçesiyle konkordato mühleti içerisinde talepte bulunması ve bu alacağı sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak takibe konu etmesi mümkün olacaktır¹⁹⁷. Aynı zamanda, eğer gerekli koşullar sağlanmışsa, İcra ve İflâs Kanunu m. 277 uyarınca tasarrufun iptali davasının da açılabilmesi söz konusu olacaktır¹⁹⁸.

Konkordato mühleti içerisinde müstakbel alacak devirlerinin hükümsüz kalması üzerine, borçlu iyileşirse ve mühlet kararı kaldırılırsa, bu durumda temlik sözleşmesinin akıbeti ne olacaktır?

Doktrinde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda, müstakbel alacak, mühlet kararı içerisinde doğarsa, İİK m. 294/f. 6 hükmünde devir sözleşmesinin hükümsüz olacağı açıkça kabul edildiğinden artık bu sözleşmenin tekrardan geçerli bir hale geleceğinden söz edilemeyecektir¹⁹⁹. Bu sebeple, eğer ki, taraflar aralarındaki müstakbel alacağın devri sözleşmesinin devam etmesini istiyorlarsa, alacağın devrine ilişkin yeniden bir sözleşme yapmak zorunda kalacaklardır. *Kanaatimizce*, böyle bir durumda, alacağı devreden kimse ile temlik alacaklısının alacağı devretmeye yönelik yeni bir sözleşme yapmaya mecbur kalmaları, pratiklikten uzaktır. Ayrıca, alacağı devralan kimse, İİK m. 294/f. 6'daki sonucun tekrardan meydana gelebileceğini göz önünde bulundurarak müstakbel alacağın devrine ilişkin yeni bir sözleşme yapmayı istemeyebilecektir. Böyle bir durumda ise, borçlunun, alacağın temlik gibi önemli bir imkândan yoksun kalması söz konusu olacaktır²⁰⁰.

Konkordato mühleti esnasında borçlunun iflâsına karar verilirse, bu durumun İİK m. 294/f. 6 uyarınca hükümsüz kabul edilen müstakbel alacağın devri sözleşmesine etkisinin olup olacağı da değerlendirilmelidir. *Kanaatimizce*, konkordato mühletinin kaldırılarak borçlunun iflâsına karar verilmesi ihtimalinde de İİK m. 294/f. 6'da öngörülen müstakbel alacağın devri sözleşmesinin hükümsüz olacağı şeklindeki sonucun devam edeceği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmayacaktır²⁰¹.

F. KONKORDATO MÜHLETİ İÇERİSİNDE MÜSTAKBEL ALACAĞIN DEVRİ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜNÜ TESPİT EDECEK OLAN MERCİİ

Müstakbel alacağın devri sözleşmesinin İİK m. 294/f. 6 uyarınca hükümsüz olması üzerine bu hususu tespit edecek olan merciin neresi olacağı konusunda kanunda herhangi bir düzenleme getirilmiş

196 Tunç Yücel (n 10) 201.

197 SK SchKG-Umbach-Spahn, Kesselbach and Bossart, Art. 297 (n 51) N. 10.

198 Tunç Yücel (n 10) 201.

199 Tunç Yücel (n 10) 201. Karş.: KURZKOMM-SchKG/Hunkeler, SchKG Art. 297 (n 94) N. 26; SK SchKG-Umbach-Spahn, Kesselbach and Bossart, Art. 297 (n 51) N. 10.

200 Doktrinde, böyle bir ihtimalde, borçlunun kredileri bakımından teminat teşkil eden bir kaynaktan yoksun kalacağı ifade edilmektedir (Şahin (n 154) 324).

201 Şahin (n 154) 324; Tunç Yücel (n 10) 202. *Doktrinde*, İİK m. 294/f. 6'daki hükümsüzlük yaptırımının konkordatonun tasdik edilmesi ihtimalinde de devam edeceği ileri sürülmektedir (Şahin (n 154) 324). *Kanaatimizce* de konkordatonun tasdik edilmesi üzerine İİK m. 294/f. 6'da öngörülen hükümsüzlük yaptırımının devam edeceği kuşkusuzdur.

değildir. İİK m. 294/f. 6'da öngörülen şartların gerçekleşmesi durumunda müstakbel alacağın devri sözleşmesinin hükümsüzlüğünün konkordato hükümleri uyarınca asliye ticaret mahkemesince mi yoksa genel görevli mahkemece mi tespit edileceği hususunun tartışılması gerekmektedir. Zira, gerek İİK m. 294/f. 6'daki şartların gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda gerekse de temlik alacağının temellük alan kimseye mi yoksa konkordato ilan eden borçluya mı verileceği konusunda ihtilaflar ile karşılaşılması muhtemeldir.

Konkordato mühleti içerisinde müstakbel alacağın devri sözleşmesinin hükümsüzlüğünü tespit edecek olan merciinin neresi olduğu konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir²⁰². Bununla birlikte, *kanaatimizce*, İİK m. 294/f. 6'daki hükümsüzlüğün gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti bakımından asliye ticaret mahkemelerinin görevli olması gerekmektedir²⁰³. Zira, 7101 sayılı Kanun değişikliğinden sonra asliye ticaret mahkemelerinin konkordato ile ilgili konularda görevli olduğu²⁰⁴ göz önünde bulundurulduğunda, İİK m. 294/f. 6'daki hükümsüzlüğün tespitinde de bu mahkemelerin görevli olacağı ifade edilebilecektir²⁰⁵.

Buna karşılık, devredilen alacağın kime ödeneceği konusunda bir anlaşmazlık çıkarsa, ödeme yerinin tevdi talebi bakımından, *kanaatimizce*, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 382/I-d, bent 3 uyarınca sulh hukuk mahkemesince karar verilmesi gerekmektedir²⁰⁶.

G. TARAFLAR MÜHLETİN MÜSTAKBEL ALACAKLARIN DEVRİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİNİN SÖZ KONUSU OLMAYACAĞINI KARARLAŞTIRILABİLİRLER Mİ?

Mühletin müstakbel alacağın devri üzerindeki etkisine ilişkin düzenleme (İİK m. 294/f. 6; SchKG Art. 297 Abs. 4) İcra ve İflâs hukukuna ilişkin emredici hükümlerden biridir²⁰⁷. Bu sebeple, maddi hukukta öngörülen düzenlemelere nazaran önceliklidir²⁰⁸.

Mühletin müstakbel alacakların devri üzerindeki etkisini öngören düzenleme emredici nitelikte olduğundan, konkordato yoluna müracaat ederek mühlet kararı elde eden borçlu, alacaklı ile anlaşarak alacağın devri sözleşmesine, “*müstakbel alacağın konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğması ihtimalinde dahi geçerli olacağı*” şeklinde bir hüküm getiremeyecektir²⁰⁹. Diğer bir ifadeyle, taraflarca, İcra ve İflâs Kanunu m. 294/f. 6'da yer alan kuralın aksinin kararlaştırılması mümkün değildir. Konkordato mühletinin verilmesinden sonra, alacağın devredileceğine ilişkin ayrı bir sözleşmenin yapılması da İcra ve İflâs Kanunu m. 294/f. 6 hükmüne göre uygun olmayacaktır²¹⁰.

202 Doktrinde ileri sürülen farklı görüşler için bkz.: Şahin (n 154) 324; Tunç Yücel (n 10) 202-203.

203 Şahin (n 154) 324. Aksi görüşte, bkz.: Tunç Yücel (n 10) 202.

204 Sarısözen, *Yenilikler* (n 14) 98.

205 Aksi görüşte bkz.: Tunç Yücel (n 10) 202.

206 Doktrinde bu yöndeki görüşler için bkz.: Tunç Yücel (n 10) 202-203; Şahin (n 154) 324.

207 KURZKOMM-SchKG/Hunkeler, SchKG Art. 297 (n 94) N.25.

208 KURZKOMM-SchKG/Hunkeler, SchKG Art. 297 (n 94) N.25.

209 Akil (n 8) 248.

210 Tunç Yücel (n 10) 201.

SONUÇ

Konkordato mühletinin verilmesinden önce yapılan müstakbel alacağın devrine ilişkin sözleşmelerin, devre konu alacağın konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğması ihtimalinde hükümsüz olacağı şeklindeki düzenleme, Türk hukukunda 7101 sayılı Kanunla yeni eklenen hükümlerden biridir. 7101 sayılı Kanun ile getirilen İİK m. 294/f. 6 hükmü, mehaz İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu Art. 297 Abs. 4 ile uyumludur.

Kanun koyucu, müstakbel alacak devirlerinin konkordato mühleti içerisinde doğması ihtimalinde devir sözleşmesinin hükümsüz olacağını düzenlemiştir. Borçlunun likiditeye kavuşarak iyileşmesini temin eden İcra ve İflâs Kanunu m. 294/f. 6'da geçen müstakbel alacağın devrinin hangi amaçla gerçekleştirildiğinin bir önemi bulunmamaktadır. Bu sebeple, müstakbel alacağın devri, ifa uğruna veya ifa yerine yapılabilecektir.

Ayrıca, alacağın temlikinin ivazlı yapıldığı hallerde de İİK m. 294/f. 6 hükmünün uygulanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Ayrıca, ivazlı temlikler bakımından, Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen garanti yükümlüğüne dayanarak temellük alan, alacağını elde edebilmek için konkordato masasına alacağını kaydettirebilecektir. İİK m. 206'nın 1'nci sırasındaki imtiyazlı alacaklar hakkında takipler yapılarak mühlet içerisinde ödenebileceğinden, bunlar bakımından İİK m. 294/f. 6'daki devir yasağı da söz konusu olmayacaktır.

İcra ve İflâs Kanunu m. 294/f. 6'da öngörülen müstakbel alacakların devrinin hükümsüz olup olmadığı değerlendirilirken, alacağın doğum anının dikkate alınması önem arz etmektedir. Alacağın doğum anı tespit edilirken Türk Borçlar Kanunundaki esaslar göz önünde bulundurulacaktır. Ne var ki, bazı durumlarda alacağın doğum anının tereddütsüz bir şekilde belirlenmesi kolay olmayacaktır. Buna karşılık, konkordato talep eden borçlunun devre konu ettiği müstakbel alacak hakkının doğum anının yanlış tespit edilmesinin ciddi hak kayıplarının yaşanmasına sebep olacağı göz önünde bulundurularak müstakbel alacağın doğum anının mühlet kararından önce mi yoksa sonra mı gerçekleştiğinin doğru bir şekilde tespit edilmesi ve sonrasında İİK m. 294/f. 6 hükmün uygulanması gerekmektedir.

İcra ve İflâs Kanunu m. 294/f. 6'ya göre, kesin mühlet kararının verilmesiyle birlikte, bu tarihten sonra doğan alacakları konu edinen devir sözleşmeleri hükümsüz olacaktır. *Kanaatimizce*, İcra ve İflâs Kanunu m. 294/f. 6'da yer alan "hükümsüzdür" ifadesi ile anlaşılması gereken Türk Borçlar Kanunu m. 27/f. 1 anlamında kesin hükümsüzlük halidir. Böylelikle, devredilen alacak hakkı, devralan kimseye değil, hakkında konkordato mühleti verilen borçluya ait olacaktır. Söz konusu alacak, konkordato kapsamına girerek, konkordatoya onay veren alacaklıların alacaklarının ödenmesinde kullanılacaktır.

Kanun koyucu, 7101 sayılı Kanunla konkordato mühleti içerisinde doğacak olan alacak devirlerinin hükümsüz olacağını öngörmekle, borçlunun malvarlığını korumayı amaçlamaktadır. Kesin mühlet içinde doğan alacaklarını devretme mecburiyetinden kurtulan borçlu, bu sayede, daha uygun şartlarda mali durumunu düzeltme imkânına kavuşacaktır.

Genel olarak değerlendirildiğinde, İcra ve İflâs Kanunu m. 294/f. 6 hükmü borçlunun iyileşmesine hizmet edecek niteliktedir. Bu sebeple, 7101 sayılı Kanunla müstakbel alacakların devrinin Kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi üzerine hükümsüz olacağını ifade eden yeni bir düzenlemenin İcra ve İflâs Kanunu'na getirilmesi *kanaatimizce* isabetlidir.

KAYNAKÇA

- Akil, C, 'Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları (28.02.2018 Tarih ve 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere Göre)' (2019) 141, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 227-252.
- Akyürek A ve Akyürek R, *Konkordato Hukuku* (1 Bası, Ankara, Yetkin, 2019).
- Albayrak H, *İflas Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları* (1. Bası, Ankara, Yetkin 2020).
- Altay S ve Eskiocak A, *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku* (5. Bası, İstanbul, Vedat, 2019).
- Amonn K and Walter F, *Grundriss des Schuldbetreibungs – und Konkursrechts*, (9. vollständig aktualisierte Auflage, Bern, Stämpfli, 2013).
- Ansay SŞ, *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri* (5. Bası, Ankara, İstiklâl Matbaası, 1960).
- Antalya OG, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri (İstanbul, Legal Yayınevi, 2018).
- Aral F, 'Topyekûn Temlik' (1992) 42 (1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 93-140.
- Arıkan M, 'Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki' 2005 (13) 1 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 129-155.
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S, Hanağası E, *İcra ve İflâs Hukuku* (6. Bası, Ankara, Yetkin, 2020).
- Ataay A, *Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, I* (3. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından, Fakülteler Matbaası, 1981).
- Atalay O, *Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi* (İzmir, Sözkese Matbaacılık, 2006) (*Borca Batıklık*).
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *İcra ve İflas Hukuku* (3. Bs, Ankara, Yetkin, 2020).
- Atalı M, 'Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları' 7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler (On İki Levha, İstanbul, 2018) 85-109.
- Aydıncık Ş, "Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amaçlı Temliki", 2006 64(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 131-194.
- Basler Kommentar SchKG – Staehelin A, Bauer T und Staehelin D (Herausgeber)/Vollmar A, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II*, Art. 159-352 SchKG Art. 1-47 GSchG, Art. 51-58 AVIG (Basler Kommentar), 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2010 (*BSK-SchKG II-Staehelin/Vollmar*).
- Basler Kommentar SchKG Ergänzungsband, Bauer T and Staehelin D, *Ergänzungsband zum Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (BSK SchKG Ergänzungsband)* (2. Aufl. Basel 2017) (*BSK SchKG Ergänzungsband-Bauer*).
- Berkin MN, *İflas Hukukunda Konkordato* (İstanbul, İsmail Akgün Matbaası 1949).
- Böckli P, *Das neue Aktienrecht* (2. Aufl., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1992).
- Bork, R, *Einführung in das Insolvenzrecht*, JZ – Schriftenreihe; (Heft: 5, 5. Auflage überarbeitet, Mohr Siebeck, Tübingen 2009).
- Börü L, 'Adi Konkordatoda Alacaklıların Alacaklarını Bildirmesi' (2019) 10(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 173-186 (*Alacakların Bildirilmesi*).

- Börü L, 'Adi Konkordatoda Alacaklılar Kurulu' (2018) 9(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 341-372 (*Alacaklılar Kurulu*).
- Börü L ve Parlak Börü Ş, 'Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkileri' (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1239-1277.
- Dalci N, 'Alacağın Toptan Devri Bağlamında İflas' 2014 (63)2 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 285-308.
- Demirbaş F, 'Alacağı Devredenin Borçlunun Ödeme Gücünden Sorumluluğu' (2021) 11(2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 997-1034.
- Dubach A, Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR: Zweck, Voraussetzungen und Inhalt, (1998) 94, Schweizerische Juristen Zeitung 149-160.
- Engin Bİ, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu (1. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002).
- Erdönmez G, 'Yeni Konkordato Düzenlemesi Hakkında Bazı Tespitler' 7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, Özekes, Muhammet (ed.) (On İki Levha, İstanbul, 2018) 137-142.
- Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (24. Bası, Ankara, Yetkin, 2019).
- Eroğlu O, *Uygulamada Konkordato* (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Ankara, Seçkin, 2021).
- Giroud R, *Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft* (2. Aufl. Zürich, Schulthess, 1986).
- Häusermann M and Kraft U, 'Pfandrechte in der Insolvenz', Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VII (Thomas Sprecher Hrsg.) (Schulthess, 2016).
- Hatemi H ve Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (4. Bası, İstanbul, Vedat, 2017).
- Hess H, *Sanierungshandbuch* (4. Auflage, Hermann Luchterhand Verlag, Walters Kluver Köln, 2009).
- Hunkeler D (Hrsg.) Hardmeier, HU SchKG: *Kurzkommentar (Schuldbetreibungs – und Konkursgesetz)* (Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014).
- Hunkeler D and Schonmann Z, 'Grundriss des Prepacks' Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IX Neue Entwicklungen, (EIZ – Europa Institut Zürich Band/Nr. 192) (Herausgeber: Thomas Sprecher, Schulthess, 2019) 45-50 (*Swisslex*).
- Işık S, 'Sermaye Şirketleri ile Kooperatiflerin Borca Batık Olmaları Sebebiyle Doğrudan İflaslarının Söz konusu Olması Durumunda İflasın Ertelemesi Kurumuna Başvuru Şartlarının Kanuni Değişiklikler Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (2016) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Özel Sayı, Cilt: II) 1295-1350.
- Kale S, '7101 Sayılı İcra ve iflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflas Dışı Konkordato' (2018) 5(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 213-269 (*Konkordato*).
- Kale S, 'İsviçre İcra İflas Kanununun Adi Konkordato Hükümlerine Genel Bir Bakış' 2017 4(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 153-170 (*İsviçre*).
- Kaplan İ, 'Yeni Türk Konkordato Hukuku (İsviçre İcra ve İflas Hukukunun Borçların Ertelemesine (Konkordatoya) İlişkin Malvarlığı Yönetimi Sözleşmesi Hükümleriyle Mukayeseli Olarak)' (İstanbul, Yetkin Yayınları 2019).
- Kähr M, 'Ein Sanierungsrecht für Versicherungen' (2019) 192, Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IX Neue Entwicklungen, EIZ – Europa Institut Zürich 75-97.
- Kälin O, 'Chancen und Risiken der aktienrechtlichen Sanierung – ein Überblick' (2020) 198 Sanierung und Insolvenz Unternehmen X, EIZ – Europa Institut Zürich 7-25 (*Chancen*).
- Kälin O, *Die Sanierung der Aktiengesellschaft Ein Rechtshandbuch für Verwaltungsräte* (Schulthess, 2016) (*Sanierung*).

- Kılıçoğlu AM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. Bs., Ankara, Turhan, 2019).
- Kocaman A, *Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu* (2. Bası, Ankara, Atilla Kitabevi, 1992).
- Kopta-Stutz B, 'Gerichtliche Sanierungsverfahren für Schweizer Aktiengesellschaften Unter Berücksichtigung des aktienrechtlichen Konzepts zur Auslösung von Sanierungsmassnahmen' (2019) 295 ZStP – Zürcher Studien zum Privatrecht, Schulthess 31-46.
- Köteli A, *Leasing Yasa Tasarısı ve Düşündürdükleri*, 1985 XXXII (2) İktisat ve Maliye Dergisi 52-60.
- Krampf M, 'Neues Sanierungsrecht: Kein grosser Wurf' (2014) (1) Plädoyer 26-29.
- Kren Kostkiewicz J, *SchKG Kommentar, Schuldbetreibungs – und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen OFK – Orell Füssli Kommentar* (20., aktualisierte Auflage, 2020).
- Kren Kostkiewicz J and Vock D (Hrsg.): *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, 4. Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger, Schulthess Kommentar, Schulthess, Zürich 2017. (SK SchKG-Umbach-Spahn, Kesselbach and Bossart).
- Kunz PV, Arter O and Jörg, FS *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X* (Stämpfli, Bern, 2015).
- Kuru B, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı* (Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş İkinci Baskı, Ankara, Adalet, 2013) (*El Kitabı*).
- Kuru B, *İcra ve İflas Hukuku, Cilt IV* (3. Bs., İstanbul, Alfa Basım, 1997) (C. IV).
- Kuru B, Arslan R ve Yılmaz E, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı* (26. Baskı, Ankara, Yetkin, 2012).
- Kuru B, 'Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflası' 1970 (10) Adalet Dergisi, 621-624 (*Sermaye Şirketleri*).
- Müller L and Lind R, 'Fünf Jahre neues Sanierungsrecht: Erfahrungen, Befunde und Entwicklungen – Die Schweiz auf dem Weg zum "Swiss Chapter 11"?' (2019) Expert Focus, Zürich, EXPERTsuisse, 637-643.
- Muşul T, *İcra ve İflas Hukuku C. II* (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Adalet, Ankara, 2013) (C. II).
- Muşul T, *İflas ve Konkordato Hukuku* (Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Adalet, Ankara, 2019) (*Konkordato*).
- Namlı M, 'Türk ve İsviçre Hukuku'nda Gerçekleştirilen Reformların Konkordato Hukuku Bakımından Getirdiği Değişiklikler' 2018 44(4) Yargıtay Dergisi 1479-1552 (*Değişiklikler*).
- Namlı M, 'Concordat as a Way of Restructuring in Turkish Insolvency Law after the 2018 Reform' (2019) 30 (8) International Company and Commercial Law Review, 441-453 (*Reform*).
- Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 18. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2021) (*Borçlar*).
- Nomer HN, *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları* (İstanbul, Beta Basım, 2012) (*Beklenen Haklar*).
- Oehri D, 'Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren' (2018) 380 AISUF – Arbeiten aus dem Iuristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, (Herausgeber: Peter Gauch) (Schulthess, 2018).
- Oğuzman MK ve Öz TM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (15. Bs., Vedat, 2020).
- Oktay Özdemir S, 'Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri' (1999) 57 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 265-299.
- Özekes M, 'Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı' 7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, Özekes, Muhammet (ed.) (1. Bası, İstanbul, On İki Levha, 2018) 43-83.
- Özkaya Ferendeci HÖ, *İflas Hukukunda Takas* (Beta Basım, İstanbul 2003).

- Öztek S, *İflasın Ertelemesi* (İstanbul, Arıkan, 2007).
- Öztek S, Budak AC, Tunç Yücel M, Kale S ve Yeşilova B, *Yeni Konkordato Hukuku, 7101 sayılı Kanunla Değişik İcra ve İflas Kanunu m. 285-309 Şerhi*, (Editör: Selçuk Öztek) (2. Bası, Ankara, Adalet, 2019).
- Pekcanitez, H ve Erdönmez G, *7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (İstanbul, Vedat, 2018).
- Pekcanitez H, Atalay O, Sungurtekin Özkan M ve Özkes, M *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı* (8. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021).
- Pekcanitez H, 'İflasın Ertelemesi' (2005) 79(2) İstanbul Barosu Dergisi 323-358 (*İflasın Ertelemesi*).
- Pekcanitez H, *Anonim Ortaklıkların İflası* (Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi. Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, No. 18, 1991) (*Anonim Ortakların İflası*).
- Postacıoğlu İE, *Konkordato* (İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1965).
- Rodriguez R, 'Das Schweizer Sanierungsrecht im Lichte des EU-Richtlinienvorschlags über präventive Restrukturierungsmassnahmen' (Zivilprozess und Vollstreckung national und international-Schnittstellen und Vergleich: Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern, Stämpfli, 2018) 811-836. Sarisözen MS, *İcra-İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler* (3. Bs, Ankara, Yetkin, 2019) (*Yenilikler*).
- Sarisözen MS, *Konkordato* (Genişletilmiş 5. Bası, Ankara, Yetkin, 2021) (*Konkordato*).
- Sayhan İ, 'Anonim Şirketlerde Aktiflerin Pasifleri Karşılıyamasının Sonucu Olarak İflas ve İflasın Ertelemesi', 2005 XXIII (11) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 77-121.
- Stahelin D, 'Überblick über die Neuerungen im Sanierungsrecht' (2013) Aktuelle Juristische Praxis, Dike Verlag 1735-1742.
- Studer J and Zobeli M, *Schuldbetreibungs – und Konkursrecht Ein Leitfaden für die Praxis*, (RuP-Recht und Praxis, 5., überarbeitete Auflage, Orell Füssli, 2020).
- Şahin ÇS, *Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Konkordato Hükümlerinin Alacaklılar Yönünden Sonuçları* (1. Bası, İstanbul, On İki Levha, 2020).
- Tanrıver S, '4949 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Adi Konkordato ile İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirilmesi' (2004) 51 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 67-90.
- Taşpınar S, 'Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler' (2003) 22(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 49-92.
- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler* (7. Bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993).
- Topuz M, *Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi* (Yargıtay Kararları ile Birlikte, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017).
- Tunç Yücel M, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları* (1. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2020).
- Uyar T, 'Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri' (Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, 2019) (*Temel İlkeler*).
- Uyar T, 'Kesin Konkordato Mühletinin 'Alacaklılar Bakımından' Sonuçları (İİK m. 294)' 2019 (2) Ankara Barosu Dergisi 151-176) (*Sonuçlar*).
- Üstündağ S, *İflas Hukuku (İflas-Konkordato-İptal Davaları)* (8. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 2002) (*İflas Hukuku*).
- Üstündağ S, 'Türk Ticaret Kanunu'nun 324'üncü Maddesinin Üçüncü Fıkrası Üzerine Düşünceler' (1980) 47 Günümüzde Yargı 17-20 (*Düşünceler*).
- Wohl GJ, 'Die Sanierung von Immobiliengesellschaften' (2017) 178 EIZ-Europa Institut Zürich, Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VIII Immobilien und Insolvenz, Schulthess 135-166.

- Yeşilova Aras E, 'Sigorta Sözleşmesinden Doğan Alacağın Devri ve Konkordato' (2021) 8(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 663-682.
- Yayvak Namlı İ, 'Die Auswirkung der Forderungsbretung oder der Schuldübernahme auf die Konventionalstrafe' (2018) 67 Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul 109-124.
- Yener MD, 'Alacağı Devredenin Garanti Sorumluluğu ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile Yapılan Değişiklikler' 2011 (3)5 Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi 67-75.
- Yıldırım MK ve Deren-Yıldırım N, *İcra ve İflas Hukuku* (Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, İstanbul, Beta, 2016).

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

- <http://www.e-uyar.com/>
- <https://www.lexpera.com.tr/>
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>
- <https://www.swisslex.ch/>
- <https://beck-online.beck.de/Home>
- http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F111-III-73%3Ade&lang=de&type=show_document
- <https://www.mevzuat.gov.tr/>
- https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/11/529_488_529/20190101/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-11-529_488_529.201.90101-de-pdf-a.pdf
- <https://www.resmigazete.gov.tr/>
- <https://dergipark.org.tr/tr/>
- <https://www.plaedoyer.ch/>
- <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/>
- <http://bthae.ankara.edu.tr/>

Legis Actiones Sisteminde Exceptioların Dikkate Alınması Sorunu

The Question of Taking into Consideration of Exceptio in the Legis Actiones Procedure

Serap Helvacı*^{ID}, Selahattin Eren**^{ID}

ÖZ

Roma Hukukunda exceptio, ilk yargılama aşamasında dava formülüne eklenen ve mahkûmiyeti koşula bağlayan bir kayıt olarak formula usûlünün bir ürünüdür. Yazılı formula yoluyla dava açmanın söz konusu olmadığı legis actiones sisteminde, formulaya eklenen bir kayıt olarak exceptio var olamaz. Eski usûlün katı şekilciliği nedeniyle yargılamanın yargıç önündeki ikinci aşamasında, davacının ileri sürdüğü hakkın kayıtsız şartsız inkârı dışında bir savunma ileri sürülemez. Gelgelelim bu tespit, daha sonralar exceptio yoluyla ileri sürülmesi mümkün olan savunma sebeplerinin eski usûlde yargılama sürecinde hiçbir şekilde dikkate alınmadığı anlamına gelmez. Bu savunmaların bazıları yargılamanın ilk aşamasında görevli magistratus tarafından incelenip karara bağlanır; davalının iddiasının haklı görülmesi halinde dava reddedilir. Yargılama sırasında ileri sürülmesi olanaklı olmayan savunmalar davalının mahkûm olmasını önleyemese de davacının yasayla düzenlenmiş bir yasak kuralına aykırı olarak davalı aleyhinde mahkûmiyet kararı elde etmesi halinde, davalı yasaya aykırılığı karşı dava yoluyla ileri sürülebilir ve mahkûm olduğu miktarı aynen ya da misliyle geri isteyebilir.

Anahtar Kelimeler: Exceptio, Legis Actiones, Savunma, Cognitio Praetoris, Denegatio Actionis

ABSTRACT

In Roman law exceptio, a clause inserted in the formula in the first stage of the procedure and subjecting the condemnation to a condition, was a product of the formula procedure. In the legis actio procedure, in which there is no room for suits by written formulas, the exceptio could not exist. Because of the rigid formalism of the old procedure, one could not raise a defence other than the unconditional deny of the right alleged by the plaintiff in the second stage of the procedure. However, merely this statement does not indicate that the grounds of defence, which are used to be raised through exceptio afterwards, were not in any way taken into consideration during the process. Some of these defences were examined and ruled in by the competent magistrate, and if seemed appropriate, the case was dismissed. Even though the defences that were not taken into consideration during the procedure could not prevent the defendant to be condemned, in case where the plaintiff had obtained a condemnation against the defendant contrary to any prohibitive legislation, the defendant could raise the breach of the law and demand the condemnation amount to be restituted in simple or two-fold.

Keywords: Exceptio, Legis Actiones, Defence, Cognitio Praetoris, Denegatio Actionis

* Bu çalışma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bilim Dalı nezdinde savunulan "Exceptio: Def'i Kurumunun Kökeni" başlıklı doktora tezinden türetilmiştir.

** Prof Dr, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, shelvacı@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6021-9528.

*** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, ORCID: 0000-0002-7782-4687.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Selahattin EREN

E-posta/E-mail: selahattin.eren@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 01.03.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 28.06.2022

I. LEGIS ACTIONES USULÜNDE HANGİ ANLAMDA EXCEPTIO VAR OLABİLİR?

A. FORMULA KAYDI OLARAK EXCEPTIO

Bir savunma aracı olarak *exceptio, formula* usûlünün bir ürünüdür.¹ Eski Roma'da yargı yetkisine (*iurisdictio*) ya da Romalıların deyimiyle hukuku söyleme yetkisine (*ius dicere*) sahip olan *praetorlar*, katı şekilciliğe dayandığı için hakkaniyeti sağlamakta yetersiz kalan eski yasa davaları (*legis actiones*) yerine, *formula* adı verilen yazılı metinler aracılığıyla dava açma usûlünü yaratmışlardır. *Formula* yoluyla dava açma uygulaması, yalnızca dava biçiminde bir değişiklik oluşturmamıştır; bu biçimsel değişiklik büyük maddî yenilikleri de beraberinde getirmiştir. Eski yasa davalarının şekilci ve dar kapsamlı sözlü *formulaları* bir kez aşılmca, hakkaniyete (*aequitas*) dayalı yepyeni hukuk kuralları ortaya çıkmıştır. Yargılamanın ikinci aşamasında yargıcın uyuşmazlığı incelerken gözeteceği temel noktaları ve uyuşmazlığın genel çerçevesini içeren *formula*, daha önce medenî hukukta (*ius civile*) var olmayan ve gücünü hakkaniyetten alan yeni hukuk kurallarının tanınmasını ve bunların esasen yasa ile âdetlerle sınırlı bir yargılama yürütmekle yükümlü olan yargıçlar tarafından dikkate alınmasını olanaklı kılmıştır. Savunma bakımından ise *praetorlar* medenî hukukun tanımadığı yeni savunma sebeplerini hakkaniyet düşüncesiyle tanırken, bunların yargıç tarafından dikkate alınmasını sağlamak için *formulaya exceptio* adı verilen özel kayıtlar eklemeyi tercih etmişlerdir.

Her şeyden önce *exceptio*, yargıcın uyuşmazlığı karara bağlarken uyması gereken çerçeveyi belirten yazılı *formulanın* bir bölümü, *formulaya* eklenen bir kayıttır. Ulpianus *exceptionun* bu özelliğini, *formulanın* diğer bölümlerine olan karşıtlığı üzerinden açıkça dile getirmiştir: “Def’i *intentioda* ya da *condemnatioda* talep edilen şeyi dışlamak için herhangi bir tarafın *intentiosuna* karşı ileri sürülmesi âdet olan bir tür engele denir”.²

Bu kaydın amacı, yargıcı *praetor* hukukundan doğan bir savunma sebebini dikkate almakla görevlendirerek davalının mahkûmiyetini olumsuz bir koşula bağlamak, sözcüğün etimolojisinin de gösterdiği gibi medenî hukuka göre verilmesi gereken bir mahkûmiyet kararına *istisna* oluşturmaktır. Yargılamanın yargıç önündeki ikinci aşamasında (*apud iudicem* ya da *in iudicio*) *formulanın intentio* olarak adlandırılan bölümünde yer alan, davacının talebini dayandırdığı hak iddiasının yerinde olduğu anlaşılırsa, yargıç bu kez *exceptio* bölümünde belirtilen davalının ileri sürdüğü savunma olgusunun yerindeliliğini inceler. Yargıç,

1 Romanistler arasında genel kabul, biçimsel anlamda *exceptionun fomula* usûlünün bir ürünü olduğu yönündedir; bununla birlikte Lyon Üniversitesi Romanist geleneği bu konuda alternatif bir teori ileri sürmüştür. Huvelin yazılı *formula* usûlünün kökeninin, beş yasa davasından biri olan *legis actio per iudicis postulationem* sırasında sarf edilen sözlü *formulalar* olduğunu ileri sürmüştür. Daha sonra, bu geleneğin bir diğer takipçisi olan Pétrau-Gay, tıpkı yazılı *formulalar* gibi, *exceptioların* da eski usûl zamanında mahkûmiyeti önleyen söz kalıpları şeklinde var olduğunu ve bu dönemde *exceptionun*, Klasik Hukuk Döneminde *praescriptio pro actore* olarak adlandırılacak olan ve davacıya hak talebini sınırlandırma imkânı tanıyan kayıtları da kapsadığını savunmuştur. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Paul Huvelin, ‘L’arbitrium liti aestimandae et l’origine de la formule’ ds *Mélanges Gérardin* (Sirey 1907) 319; Jean Pétrau-Gay, ‘Évolution historique des exceptions et des praescriptions’ (Thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Lyon 1916). – Bu görüşün çıkış noktası olan, yazılı *formulaların* yoktan var olmadığı yönündeki iddia doğru olsa da, *iudicis postulatio* yargı yolu hakkında günümüze pek az bilgi ulaşmış olduğu için *exceptioların* sözlü olarak bu yargı yolunda ileri sürülebildiği iddiası yeterli dayanağa sahip değildir.

2 Ulpianus D 44.1.2.pr.: Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.

ancak davalının iddiasının yerinde olmaması halinde davalıyı mahkûm eder. Sözelimi uygulamada sıklıkla görülen *exceptiolar*dan biri olan *exceptio doli malinin formula* içindeki yazılış biçimi, *exceptionun* olumsuz koşul niteliğini gözler önüne serer: *Si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat.*³ (Eğer bu olayda Aulus Agerius'un hilesiyle hiçbir şey yapılmamış ya da yapılmıyorsa).⁴

Yazılı bir kayıt olarak *exceptionun*, yazılı *formula* yoluyla dava açmanın mümkün olmadığı eski usûl sisteminde, yani *legis actiones* zamanında var olmadığına hiç şüphe yoktur.⁵ Gelgelelim bu saptama yasa davaları döneminde *exceptionun* var olup olmadığı sorununu tek başına kesin bir çözüme kavuşturmamaktadır; çünkü *exceptio* yalnızca yazılı dava *formulasına* eklenen bir kayıt değildir. Örneğin, iyiniyet davalarında hakkaniyete dayalı savunma sebepleri *ipso iure*, yani *formulaya* ayrıca bir kayıt eklenmesine gerek olmaksızın yargıç tarafından dikkate alınmıştır.⁶ Bu tür davalara içkin olduğu söylenen hakkaniyete dayalı savunma sebepleri, hüküm ve sonuçları bakımından gerçek birer *exceptiolar*dır.⁷

B. MAHKÛMİYETİ ENGELLEYEN BİR SAVUNMA OLARAK EXCEPTIO

En nihayetinde, *formulaya* eklensin ya da eklenmesin, *exceptioların* tipik özelliği, davacının ileri sürdüğü hakkı inkâr etmeksizin talebi etkisizleştirmeleridir.⁸ Paulus, *exceptioların* mahkûmiyeti önleyici etkisini şöyle ifade etmiştir: “*Exceptio* bazen davalıyı mahkûmiyetten kurtaran bazen de mahkûmiyeti azaltan bir koşuldur.”⁹ *Praetor* hukukuna ait olan ve mahkûmiyeti olumsuz koşula bağlayan usûl hukuku araçları, ileri sürülme biçimi ne olursa olsun *exceptiodur*. Nasıl ki iyiniyet yargılamalarında hakkaniyet *exceptioları formulaya* eklenmeksizin ileri sürülebiliyorsa, bazı savunma sebepleri *formulanın* hiç bulunmadığı yasa davaları sisteminde de mahkûmiyeti engelleyen araçlar olarak yargılama sırasında pekâlâ dikkate alınıyor olabilir. Dolayısıyla davalının kendisini, davacının hakkını inkâr etmeksizin savunmasının bir yolu varsa, bu savunma aracı da bir anlamda *exceptiodur*.¹⁰ *Legis actiones* sisteminde *exceptionun* var olup olmadığı sorununun tartışılmaya değer yönü ve özü şu soruda gizlidir: Eski usûl sisteminde davalının, davacının hakkını doğrudan inkâr etmeksizin mahkûmiyeti engellemek için bir savunma sebebi ileri sürmesi olanaklı mıdır?

3 Gaius Institutiones IV.119.

4 Eserdeki Latince ve Eski Yunanca'dan yapılan tüm çeviriler yazarlara aittir.

5 André Edmond Giffard, *Leçons sur la procédure civile romaine* (Domat-Montchrestien 1932) 104; Max Kaser und Karl Hackl, *Das Römische Zivilprozessrecht* (Zweite Aufl, Beck 1996) 71.

6 İyiniyet davalarında *ipso iurenin* anlamına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Otto Lenel, *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen* (Gustav Koester 1876) 88 ff.

7 Raymond Carré de Malberg, ‘Histoire de l’exception en droit romain et dans l’ancienne procédure française’ (Thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Paris 1887) 166 ff.

8 *Exceptio formulaya* eklenen bir kayıtlı sınırlı değildir; mahkûmiyeti önlemeye yönelik bir usûl hukuk aracı anlamında *exceptio*, biçimsel anlamından daha geniştir. Bkz Sigmund Wilhelm Zimmermann, *Traité des actions ou Théorie de la procédure privée chez les romains: Exposé historiquement depuis son origine jusqu’à Justinien* (Trad Louis Etienne, 2^e éd, Toussaint 1846) 280.

9 Paulus, D 44.1.22.pr.: *Exceptio est condicio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem.*

10 Öğretide *exceptioya* birçok anlam verilmiştir. 1) Biçimsel anlamda *exceptio*, yazılı dava *formulasına* eklenen bir kayıttır. 2) Usûl hukukuna ait savunma aracı olarak *exceptio*, davacının talebini dayandırdığı hakkın doğrudan inkârına ilişkin *ipso iure* savunmaları dışındaki, mahkûmiyeti engelleyen tüm savunmaların ortak adıdır. 3) Maddî anlamıyla *exceptio*, biçiminden ve yargılamaya etkisinden bağımsız olarak savunma sebebinin dayandığı maddî olgunun kendisidir. – *Exceptionun* farklı anlamlarının sınıflandırması ve açıklaması için bkz Malberg (n 6) 8 ff.

Roma Hukukunun en eski usûl sisteminde davacının talebini etkisizleştirerek mahkûmiyeti önleyen savunma araçlarının, yani *exceptioların* var olup olmadığı sorununa ilişkin günümüze ulaşan tek bilgi kaynağı, Klasik Hukuk Döneminin büyük hukukçusu Gaius'un *Institutiones* adlı eserinde yer alan şu ünlü metindir: *Alia causa fuit olim legis actionum. nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.*¹¹ İlk bakışta yazarın kastı çok açık gibi görünür: “Eskiden yasa davaları bakımından durum başkaydı. Hakkında bir kez dava açılmış olan bir şeye ilişkin, daha sonra doğrudan hukuk gereği dava açılmazdı; o zamanlar, şimdi olduğu gibi, def’iler hiç kullanımda değildi”. Bu çeviriyi esas alan Girard, metni, kavrama hangi anlam atfedilirse atfedilsin, *legis actiones* sisteminde yargılama sırasında *exceptionun* hiç var olmadığı biçiminde yorumlamıştır.¹² Fransız Romaniste bakılırsa, itiraz dışında kalan savunma sebeplerinin, eski usûl sisteminde yargılamanın herhangi bir aşamasında dikkate alınması mümkün değildir; dolayısıyla davacının dayandığı hakkı kayıtsız şartsız inkâr etmediği her halde davalı, davayı kaybetmeye mahkûmdur.

Buna karşın bu cümleye, *ut nunc* ifadesini yorumlama şekline göre bir başka anlam daha vermek mümkündür. Nitekim sayısız yazar metni şu şekilde çevirmeyi tercih etmiştir: “o zamanlar *exceptioların* kullanımı hiç de şimdiki gibi değildi”.¹³ Bu yorum biçimine göre eski usûl zamanında *exceptio* vardır; *legis actiones* sisteminde Gaius’un zamanına kıyasla farklı olan, bu savunma sebeplerinin *kullanım biçimidir*. *Formulaya* eklenen bir kayıt olarak *exceptio* mevcut olmasa da, *legis actiones* sisteminde yargılama sırasında davalı, davacının dayandığı hakkı kayıtsız şartsız inkâr etmeksizin mahkûmiyeti engelleyecek bir savunma sebebi ileri sürebilir.

Gaius’un sözü geçen metni her iki görüşten herhangi birini destekleyecek şekilde kullanılabilir. *Legis actiones* sisteminde yargılama sırasında itiraz dışında herhangi bir savunma aracının ileri sürülüp sürülemediği sorunu, anlamı belirsiz olan tek bir metinden yola çıkılarak kesin bir çözüme kavuşturulamaz. Bu konuda başka hiçbir kaynağın bulunmadığı göz önüne alındığında, sorunun yanıtını eski hukukun genel özelliklerinde aramaktan başka bir seçeneğin olmadığı açıktır. Temel sorun iki alt soruna indirgenebilir: (1) *Formula* usûlünde *exceptio* yoluyla ileri sürülebilen tüm olgulara, *legis actiones* zamanında hukuken sonuç bağlanır mı? (2) *Legis actiones* sisteminde itiraz dışındaki savunma sebeplerinin yargılama sırasında ileri sürülmesi olanaklı mıdır? Yanıt olumluysa nasıl? Sırasıyla iki sorunu inceleyelim.

11 Gaius *Institutiones* IV.108.

12 Paul Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain* (rééd Jean-Philippe Lévy, 8^e éd, Dalloz 2003) 1093 n 4. – Aynı doğrultuda bkz André Edmond Giffard, *Précis de droit romain*, t I (2^e éd, Dalloz 1934) 139; Francesco De Martino, *La giurisdizione nel diritto romano* (CEDAM 1937) 85.

13 Bkz Friedrich Ludwig von Keller, *De la procédure civile et des actions chez les romains* (Trad Charles Thorin, Capmas 1870) 154; Mortiz August von Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, erster Bd: Der Römische Civilprozess, *Legis Actiones* (Adolph Marcus 1864) 124; Calixte Accarias, *Précis de droit romain*, t II (4^e éd, Cotillon 1886) 1195; Abel Hendy Jones Greenidge, *The Legal Procedure of Cicero’s Time* (Clarendon Press 1901) 230 ff; Moritz Wlassak, ‘Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren: Römischrechtliche Studien, mit Beiträgen zur Lehre von der Einlassung und vom gerichtlichen Anerkenntnis’ (1907) (28=41) *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung* 1, 98 n 2; Moritz Wlassak, *Der Ursprung der römischen Einrede* (Gerold & co 1910) 10.

II. ESKİ HUKUKTA EXCEPTIOYA GEREKSİNİM VAR MIDİR?

A. ESKİ HUKUKTA HAKKANİYETİN TANINIP TANINMADIĞI SORUNU

Legis actiones zamanında usûl hukuk aracı anlamında bir *exceptionun*, yani davacının talebini dayandırdığı hakkı inkâr etmeksizin mahkûmiyeti önleyen bir savunma aracının var olup olmadığı sorunu, öncelikle eski hukukun maddî kuralları ve hukukî sonuç bağlanan savunma olgularıyla ilişkilidir. *Exceptionun* yaratılışındaki amaç, davalıya hakkaniyet gereği yeni savunma sebepleri tanımadır; Klasik Hukuk Döneminde var olan *exceptioların* önemli bir bölümü hakkaniyete (*aequitas*) dayanır.¹⁴ *Legis actiones* zamanında adı ne olursa olsun hakkaniyete dayalı *exceptiolar* ile benzer işlevi yerine getiren bir savunma aracının varlığı, eski hukukta hakkaniyet kavramının tanınmış olmasına bağlıdır. *Legis actiones* zamanında itiraz dışındaki savunmaların ne şekilde ileri sürüldüğünden önce, en önemli savunma olgularının dayandığı hakkaniyet kavramı özelinde, maddî hukuka göre hangi savunma sebeplerinin hukuk düzenince kabul edildiğini incelemek gerekir.

Eski hukukta hakkaniyetin tanınıp tanınmadığına ilişkin doğrudan bilgi veren güvenilir bir kaynak mevcut değildir. Bu sorun Romanistler arasında çokça tartışılmıştır. Modern def'i kuramının şekillenmesinde önemli katkıları bulunan Savigny, hakkaniyetin eski hukuk zamanında da tanınmış olduğunu ileri sürmüştür.¹⁵ Büyük hukuk bilgisine göre, yüzyıllara yayılan eski hukuk sistemi boyunca hakkaniyet gibi önemli bir hukuk ilkesinin bilinmemesi olanaklı değildir; çünkü var olan hukukun somut olaya uygulanması eski zamanlarda da âdil olmayan sonuçlara pekâlâ yol açabilirdi. Bu nedenle Savigny, daha *praetorlar exceptioları* yaratmadan önce hakkaniyetin ve buna dayanan savunma olgularının hukuken dikkate alındığını savunmuştur.

Günümüzde olduğu gibi, eski usûl zamanında da belirli bir uyumsuzlukta hukuk kurallarının uygulanmasının adalet duygusunu zedeleyen sonuçlara yol açmış olabileceğine kuşku yoktur. Gelgelelim bu varsayım başlı başına eski hukukta hakkaniyetin tanınmış olduğunu göstermez. Her ne kadar bazı hallerde hukuk düzeni hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilse de, bu olumsuz sonuçlara yönelik alınan önlemlerin, yeni hukuk kuralı yaratmanın biricik yolu olan yasal bir düzenlemeye kadar varması zorunlu değildir; çünkü ataların örf âdetlerine dayanan hukuk anlayışının egemen olduğu bu devirde yasa yapmanın istisnâ bir yol olması bir yana, eski hukuk zamanında karşılaşılan hakkaniyete aykırı durumlar oldukça sınırlı olmalıdır. Yasalar dönemin toplumsal ve ekonomik ihtiyaçlarını karşılayacak düzeydedir ve bir anlamda doğası gereği âdildir.¹⁶

Roma'nın toplumsal, iktisadî, coğrafi ve siyasi açıdan küçük bir *civitas* olduğu eski devirlerde hukuk kurallarını belirleyen meta üretimi ile mübadele ilişkileri çok az gelişmiştir. Dönemin egemen

14 *Exceptio doli mali* ya da *exceptio doli generalis* olarak bilinen ve her türlü *dolus* (hile) halinde ileri sürülen genel nitelikli *exceptionun* yanı sıra, *exceptio pacti conventi* (varılan anlaşma def'i) ve *exceptio pecuniae non numeratae* (sayılmamış para def'i) gibi pek çok hakkaniyete dayalı özel nitelikli *exceptiolar* da mevcuttur. *Exceptionun* uygulama alanının oldukça genişleyip birtakım usûle ilişkin savunmalar ile yasaya ve kamu düzenine aykırılık savunmalarını kapsar hale geldiği Klasik Hukuk Döneminde bile, *praetor* hukukuna ait bu savunma aracının en önemli uygulama alanı hakkaniyet olmuştur.

15 Friedrich Carl von Savigny, *Traité de droit romain*, t V (Trad Ch. Genoux) (2^e éd, Firmin Didot Frères 1858) 186.

16 Malberg (n 6) 24.

üretim biçimi küçük ölçekli tarım ve hayvancılığa dayalı kapalı aile ekonomisidir; kölelerin üretim sürecindeki yeri henüz önemsizdir. Uzun mesafeli ticaret yok denilecek kadar sınırlıdır. Böylesine az gelişmiş mübadele ilişkilerini düzenleyen hukuk kuralları da buna uygun olarak basittir. Kullanım değeri edinmenin başlıca yolu mal değişimidir. Para bilinse de, alım satım ve kira gibi özellikle ticarete öneme sahip olan mübadele ilişkileri yerine; mal değişimi, ödünç ve saklama gibi ücretsiz sözleşmeler daha yaygındır. Alım satım tanındıktan sonra bile uzun süre borçlar için vade ya da koşul öngörmek mümkün olmamıştır; mal ile bedelin anlaşma anında değiştirildiği peşin satış, hukukî sonuç doğuran tek satış türüdür.

Böyle bir tablo karşısında yasa ve âdetlerin var olan toplumsal ilişkileri düzenlemekte, yepyeni bir kurumun hukuka dahil edilmesini gerektirecek kadar yetersiz kalması olası değildir. Eski hukukta hakkaniyete sonuç bağlanmasına ve hakkaniyet gereği yeni savunma araçlarını tanınmasına gerek yoktur; çünkü var olan hukuk kuralları toplumsal ve ekonomik ihtiyaçları karşılamaktadır. Ayrıca eski usûl sistemine hakkaniyetin dikkate alınması önünde bir başka engel daha vardır: Sözü edilen mübadele ilişkilerindeki az gelişmişlik ve basitlik, bu ilişkileri düzenleyen hukuka da yansımıştır. Eski hukuka egemen olan temel ilkenin, yani katı şekilcilik ile basitlik arasında yakın bir ilişki vardır. Şimdi katı şekilciliğin hakkaniyetin hukuken tanınmasına imkân verip vermediğini inceleyelim.

B. KATI ŞEKİLCİLİĞİN HAKKANİYETLE BAĞDAŞMAMASI

Roma Hukukunda görülen en eski usûl sistemi olan *legis actiones* sisteminin en büyük özelliği, maddî hukuka egemen olan katı şekilcilikten kendi payını almış olmasıdır. Özel mülkiyetin ve toplumsal sınıfların ortaya çıkışıyla gelişen hukuk ister maddî ister usûle ilişkin olsun, her şeyden önce şekil demektir.

Eski hukuk anlayışında hukukî işlemde bir hakkın doğumu, hukukî işlemin ataların âdetlerine (*mores maiorum*) uygun olarak belirli usûllere göre yapılmış olmasına bağlıdır; aksi takdirde herhangi bir hukukî işlemin ve hakkın varlığından söz edilemez. Eski şekilcilikten izler taşıyan Klasik Hukuk Döneminde yaşamış olan büyük hukukçu Ulpianus, şekle bağlı olmayan basit anlaşmalardan borç doğmayacağını açıkça belirtmiştir: “Çıplak anlaşma borç doğurmaz”.¹⁷ Hukukî şekil, hukuk kuralları ile diğer toplumsal kuralları birbirinden ayıran yegâne unsurdur. Şekil yoksa, bir hukukî işlem ya da hak da yoktur.

Öte yandan, eski hukukta şekilcilik, tıpkı hukukî işlem ile hakkın doğumu gibi, hakkın sona ermesi bakımından da en önemli ilkedir. Nasıl ki bir hakkın doğumu gerekli şeklin yerine getirilmesine bağlıysa, aynı şekilde sözleşmeden doğan bir hakkın sona ermesi de hakkın sona ermesi için gerekli şekilci işlemin yerine getirilmesine bağlıdır. Eski hukuk devrinde şekle bağlı olmayan basit bir ifa (*solutio*) medenî hukuka göre borcu sona erdirmez. Sözleşmeden doğan borcun ifasının ardından borçlu, borcun *hukuken* sona ermesi amacıyla alacaklıyla şekle bağlı yeni bir işlem yapmalıdır. Yapılacak bu işlem ise doğrudan alacak hakkını doğuran hukukî işlemin kendisidir. Eski hukukta

17 Ulpianus, D 2.14.7.4: Nuda pactio obligationem non parit. – Aynı doğrultuda bkz Paulus, *Sententiae*, II.14.1: Ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur. (Roma vatandaşları arasında çıplak anlaşmadan bir dava doğmaz).

hakkı doğuran işlem ile hakkı sona erdiren işlem arasında paralellik söz konusudur.¹⁸ Bu meseleyi Gaius şu şekilde dile getirmiştir: “Hukuken bağtlanan her şey hukuken tam tersiyle ortadan kalkar”.¹⁹ Hakkı doğuran işlem ile hakkı sona erdiren işlem arasında paralellik ilkesini bildiren kaynaklar, klasik metinlerle sınırlı değildir. Romalı tarihçi Titus Livius’un anlatısına göre M.Ö. 390 yılında M. Manlius Capitolinus, borçları nedeniyle özgürlüğünü kaybedecek olan bir *centurionu* kurtarmak için onun borçlarını ödedikten sonra, ayrıca bronz külçe ve teraziyle (*per aes et libram*) şekle bağlı bir işlem yapmıştır.²⁰ Daha sonra borcu sona erdirici bu işlem, Klasik Hukuk Döneminde de korunarak *imaginaria solutio*, yani hayali bir ifa olarak adlandırılmıştır.²¹

Kadim hukukî işlemlerde aranan şeklin içeriğine gelince, tüm işlemler için geçerli tek bir usûlden söz edilemez; gerekli şekil işlemin niteliğine göre farklılaşır. Örneğin, *stipulationun* en eski türü olan *sponsio* adlı tek tarafa borç yükleyen işlemde yerine getirilmesi gereken şekil, hazır bulunan alacaklı ile borçlunun iradelerini, sırasıyla *spondes* (vaat ediyor musun?) ve *spondeo* (vaat ediyorum) sözcüklerini içeren soru ve yanıt şeklinde sözlü olarak açıklamalarından ibarettir; buna karşın, bronz bir külçe ve terazi yardımıyla (*per aes et libram*) yapılan borçlandırıcı işlemlerde aranan şekil, tarafların hazır bulunması, külçe ve terazi, tanıklar ile terazi tutan bir başka kişinin varlığı gibi birçok farklı unsurun bir araya gelmesinden oluşur.

Hukukî şekil yalnızca hakkın doğumu ve sona ermesi bakımından aranan temel şart değildir, hukukî işlemleri ve bundan doğan hakkı her türlü yabancı unsurdan soyutlayan bir ilkedir. Katı şekilci bir hukuk sisteminde, hukukî işlemin geçerli olması için gerekli şeklin yerine getirilmesi yeterlidir. Şeklin dışında herhangi bir geçerlilik şartı aranmaz ve paralel bir işlemle sona erdirilmedikçe hukukî işlemde doğan hakkın tüm tehditlere karşı korunması sağlanır. Tarafların iradelerinin oluşumundaki ve bozukluklar, irade açıklamalarındaki yanılma, kazandırmanın geçerli bir hukukî sebebe dayanmaması gibi günümüzde hukukî işlemin geçerliliğini etkileyen pek çok unsur eski hukukta önemsizdir. Sözleşme gerekli usûle uygun olarak kurulduktan sonra geçerlilik kazanır. Hukukî işlemin kaynağı tarafların iradeleri değil, yerine getirilmiş olan şekildir. Benzer şekilde, borcun sona ermesi bakımından gerekli şekle bağlı işlemin yerine getirilmesi dışında hiçbir sebep dikkate alınmaz; ifa edilen borç sona erdirici işlem yapılmadıkça devam eder. Bu anlamda katı şekilciliğin benimsendiği eski hukukta şekil esasa üstün gelir.

Şekilciliğin egemen olduğu eski hukuk, şeklin dışında kalan hakkaniyeti dışlar. Kurulmuş bir işlem hakkaniyete aykırı bir olgu nedeniyle geçersiz sayılamaz; ifa gibi hakkaniyete dayanan bir

18 Malberg (n 6) 21.

19 Gaius, D 50.17.100: Omnia, quae iure contrahuntur, contrario iure pereunt.

20 Titus Livius, Ab Urbe Condita VI.14: inde rem creditorum palam populo soluit libraque et aere liberatum emittit. – Capitolinus’un borcu sona erdirmek için külçe ve terazi yoluyla bir işlem yapmasının sebebi, *centurionun* borcunun bu tarz bir işlemde doğmuş olmasıdır. Titus Livius bu hususu açıkça bildirmese de, kişi üzerinde teminat etkisine sahip olan *nexum* adlı işlemin külçe ve teraziyle yapıldığı bilinmektedir.

21 Bkz Gaius, Institutiones, III.173: Est et alia species imaginariae solutionis, per aes et libram; quod et ipsum genus certis ex causis receptum est, ueluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit, siue quid ex iudicati causa debeatur. (Hayali ifanın, külçe ve terazi aracılığıyla olan bir başka görünümü daha vardır. Bu türden bir hayali ifa belirli hallerde, sözgelimi eğer bir şey bronz külçe ve teraziyle yapılmış bir işlemle ya da bir yargı kararı sebebiyle borçlanılırsa kabul edilmiştir.)

olgu nedeniyle bir hak sona erdirilemez. Hakkaniyet kurallarının ortaya çıkışı, katı şekilcilikle mücadelenin bir sonucudur. Şekilcilik ile hakkaniyet karşıt kavramlardır. Bu nedenle, hakkaniyetin hukuk dışı bir kavram olduğu eski hukukta ve *legis actiones* sisteminde, itiraz niteliği taşımayan ve hakkaniyete dayanan savunma araçları var olamaz. Klasik Hukuk Döneminde *exceptio pecuniae numeratae* ile *exceptio pacti conventi* gibi hakkaniyete dayalı *exceptiolar*, yasa davaları zamanında herhangi bir şekilde ileri sürülüyor olamaz. *Exceptioların* en önemli kullanım alanı olan hakkaniyet eski hukuka yabancı bir kavram olduğuna ve genel olarak şeklin kapsamında yer almayan olgular hukukun konusu olmadığına göre, Klasik Hukuk Döneminde *exceptio* olarak ileri sürülmesine izin verilen savunma sebeplerinden büyük bölümü, *legis actiones* zamanında henüz tanınmamış hukuk dışı olgulardır.²² Bu nedenle, *legis actiones* usulünde yargılama sırasında bir savunma aracı ileri sürülmesi olanaklıysa da bunlar az sayıda olmalıdır.²³

Bununla birlikte hakkaniyetin eski hukukta tanınmaması, *legis actiones* zamanında hiçbir savunma aracının var olamayacağı anlamına gelmez; çünkü itiraz dışındaki tüm savunma sebeplerinin tamamı hakkaniyete dayanmaz. Klasik Hukuk Döneminde bazı *exceptiolar* yasayla düzenlenmiş bir yasak kuralına aykırı taleplere, bazıları da usüle aykırı taleplere karşı ileri sürülür. Bu nedenle, hakkaniyetin eski hukukta tanınmaması yalnızca sorunun daraltılmasına hizmet eder. Klasik Hukuk Döneminde *exceptio* yoluyla ileri sürülen diğer savunma sebeplerinin eski hukukta var olup olmadığı sorununa yanıt bulmak için, genel olarak *legis actiones* sisteminde yargılama usulünün itiraz dışında herhangi bir savunma aracı ileri sürülmesine elverişli olup olmadığı değerlendirilmelidir.

III. LEGIS ACTIONES ZAMANINDA MAHKÛMİYETİ ÖNLEYİCİ BİR SAVUNMA ARACI OLARAK EXCEPTIONUN VAR OLUP OLMADIĞI SORUNU

Eski Hukuk Döneminde tanınan savunma sebeplerinden bağımsız olarak, eski yargılama usulünün davalıya savunmalarını ileri sürmesine imkân verip vermediğini irdelemek gerekir. Sonuçta bir savunmanın dayandığı olgunun hukuk kuralına konu edilmiş olması ile bunun yargılama sırasında ileri sürülebilmesi farklı konulardır. *Legis actiones* sisteminde yargılama sırasında savunma aracı ileri sürülüp sürülemediği sorunun yanıtını, yargılama usulünün genel yapısında arayalım.

Legis actiones sisteminde yargılama, tıpkı *formula* usulünde olduğu gibi, biri *magistratus* diğeri yargıç önünde olmak üzere iki farklı aşamadan oluşur. *In iure* (hukuk önündeki) olarak adlandırılan ilk aşamada yargı yetkisine (*iurisdictio*) sahip olan *magistratus*, *apud iudicem* (yargıç önünde) ya da *in iudicio* (yargılamada) denilen ikinci aşamada tarafların seçtiği ve *magistratusun* görevlendirdiği özel bir yargıç süreci yönetir. Uyuşmazlığı karara bağlayan kişi yargıç (*iudex*), yargılamayı hazırlayan *magistratus*dur. İki aşamada faaliyetin niteliğindeki farklılık, bu süreçlerde gözetilen usul kurallarının da farklılaşmasına neden olmuştur. İlk aşamada katı şekilcilik ilkesi egemen olduğu halde, ikinci aşamada şekilcilik aynı yoğunlukta değildir. Bu nedenle, davalının *exceptio* ileri sürme imkânına sahip olup olmadığı sorununu her iki aşama bakımından ayrı ayrı incelemek gerekir.

22 Bethmann-Hollweg (n 12) 125; Lenel (n 5) 42; Malberg (n 6) 22.

23 Malberg (n 6) 22.

A. YARGIÇ ÖNÜNDE EXCEPTIO İLERİ SÜRÜLEBİLİR Mİ?

Eski hukuktaki katı şekilcilik gerek maddî hukuk gerek usûl hukuku bakımından geçerli bir ilkedir. Zaten maddî hukuk ile usûl hukuku şeklinde ikilik, eski hukukta var olmayan bir ayrımdır. Hukukun bir bütün olarak görüldüğü hukuk düzeninde maddî hukuk kuralları ile usûl kuralları ayırt edilmez.²⁴ Bu anlayışa göre dava (*actio*) ile hak (sübjektif *ius*) iç içe geçmiştir. Bu anlayışı Celsus şöyle dile getirmiştir: “Dava kendisine borçlanılan şeyi bir yargılamayla takip etme hakkından başka hiçbir şey değildir.”²⁵ Eğer bir kimse medenî hukuka göre bir hakka sahipse, bu hakkı yargıya taşımasına imkân veren bir davaya da sahip olmalıdır.

İlk aşamanın aksine, yargıç önünde yargılama herhangi bir ritüel yerine getirilmeksizin, belirli sözcükler sarf edilmeksizin ya da birtakım hareketler yapılmaksızın yürütülür. Yargılama yargıç önünde tarafların katılımıyla sözlü olarak yürütülür. Yargıç tarafları dinler ve delilleri serbestçe değerlendirir. Bu anlamda ikinci aşama şekle bağlı değildir.²⁶

Buna karşın, yargılamada şekilciliğin hiçbir etkiye sahip olmadığı da söylenemez; ikinci aşamada şekilcilik dolaylı bir rol oynar. Katı şekilciliğin yargılama sırasındaki görünümü basitlik ya da teklilik ilkesidir. Nasıl şekilcilik nedeniyle bir hukukî işlemde ancak tek bir hak doğuyorsa, aynı şekilde yargılamanın konusu davacının talebini dayandırdığı tek bir hak ya da bu hakka dayanak oluşturan olgudur. Yargılama usûlünde teklilik ilkesi “Tek dava, tek talep” ya da “Tek dava, tek hukukî sorun” şeklinde ifade edilebilir.²⁷

Yargıcın görevi yalnızca dava konusu hakkın var olup olmadığını, dolayısıyla hakkın doğumu için gerekli hukukî şeklin yerine getirilip getirilmediğini incelemektir. Tam bir delil serbestisinin geçerli olduğu yargılamada yargıç, sunulan deliller ışığında iddia konusu olgunun gerçekleşip gerçekleşmediğini serbestçe takdir eder. Nitekim yargıç kararına karşılık gelen *sententia* kavramının etimolojisi, yargıç faaliyetinin aslında bir olgunun gerçekleşip gerçekleşmemiş olduğunu duyu organları aracılığıyla saptama ve bu konuda kanaat getirmekten ibaret olduğunu göstermektedir.²⁸ Uyuşmazlığı karara bağlamak belirli olgunun gerçekleşip gerçekleşmediğini saptamak amacıyla kullanılan bir takdir meselesidir.

24 Klasik Hukuk Döneminde bile *praetor* bildirgelerinde maddî hukuk ile usûl hukuk kurallarının ayırt edilmeksizin düzenlendiği görülür. *Praetorum* sıklıkla kullandığı *actionem habere* (davaya sahip olmak) maddî hukuk uyarınca bir hakka sahip olmakla aynı anlama gelir. *Edictum perpetuum* ve bildirgelerde hukukî imkânların yazılı biçimi için bkz Otto Lenel, *Das Edictum Perpetuum* (dritte verbesserte Aufl, Verlag von Bernhard Tauchnitz 1927).

25 Celsus D 44.7.51: Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat, iudicio persequendi.

26 Katı şekilcilik ilk aşamanın aksine ikinci aşamada yargılamanın şekilsiz yürütülmesinin sebebi, iki aşamalı yargılama usûlünün ortaya çıkış sürecinde aranmalıdır. Esasen tek aşamadan oluşan ve dinî-büyüsel ritüeller aracılığıyla tanrıların işaretlerine göre karara bağlanan medenî yargılamada, hukukun rasyonelleşmesi ve dünyevileşmesi sonucunda yargıçlık görevi başta *magistratusa* bırakılmış ve zaman içinde pratik sebeplerle kişilere havale edilmeye başlanmıştır. Böylelikle medenî yargılama iki aşamaya ayrılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Max Kaser, ‘Prätor Und Judex Im Römischen Zivilprozess’ (1964) (32) Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 329, 347 ff.

27 Rudolph von Jhering, *L’Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t IV (Trad De Meulenaere, 2^e éd, Marescq 1880) 20, 136; Otto Karlowa, *Der Römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen* (Weidmannsche Buchhandlung 1872) 346; Lenel (n 5) 42; Malberg (n 6) 26 ff; Edouard Cuq, *Manuel des institutions juridiques des romains* (2^e éd, Plon 1928) 863.

28 Kaser (n 26) 346 ff.

Gelgelelim yargıç faaliyeti gerekli şeklin yerine getirilip getirilmediğine ilişkin olgusal bir incelemeyle sınırlıdır. Yargıcın görevi esasen hukukî değerlendirmeleri kapsamaz; davacının ileri sürdüğü hakka dayanak olan olgunun dışında bir başka hak ya da olguyu içermez. Yargıç hakkın doğumu için gerekli şeklin dışında, hukukî işlemin geçerliliği bakımından yeni geçerlilik şartları yaratamaz; tarafların gerçek iradelerini, kazandırmanın sebebini, işlemin yapıldığı koşulları dikkate alamaz. Hukukî vasıflandırma yargıcın görevi dışındadır.

Yargıcın görevinin sınırlı içeriği, kimliğiyle son derece uyumludur: Eski Roma'da yargıç kural olarak belirli bir uyumsuzluğu karara bağlamak için geçici olarak görevlendirilen özel bir kişidir. Ayrıca yargıcın, hukukun din görevlilerinin tekelinde olduğu dönemde bir din görevlisi olması ya da daha sonraları hukukçu vasfına sahip olması aranmaz; belirli bir toplumsal tabakaya aidiyet yargıçlık için yeterlidir.²⁹ Dolayısıyla yargıcın çoğunlukla hukuk alanında uzmanlaşmamış özel kişiler arasından seçildiği ve yargıçlara kılavuzluk edecek hukuk öğretisinin gelişmemiş olduğu bu dönemde, yargıcın hukukî değerlendirmelerde bulunması ve hukuk yaratması beklenemez. Yargıcın görevi (*officium iudicii*) teklik ilkesi gereği davanın temel konusu olan olgunun gerçekleşip gerçekleşmediğini yasa ve âdetler çerçevesinde saptamakla sınırlıdır.

Exceptionun varlığı bizatihi teklik ilkesine aykırıdır.³⁰ *Legis actiones* sisteminde en azından yargılamanın ikinci aşamasında, talebin dayandırıldığı hak kayıtsız şartsız inkâr edilmeksizin mahkûmiyeti önlemek amacıyla bir savunma aracı ileri sürülemez; çünkü *exceptio* ileri sürüldüğünde davalı, aslında davacının hakkını kabul etmekle birlikte bu hakka uygun bir hüküm kurulmaması için bir başka sebep ve olgu ileri sürmüş olur.³¹ İster *stipulatio* ister külçe ve teraziyle yapılan işlemden doğmuş olsun, borcun sona ermesi için gerekli şekilde bağlı işlem yapılmadığı takdirde borç devam eder ve davacı alacak hakkını dava yoluyla ileri sürebilir; alacak hakkı medenî hukuka göre var olduğundan davalı yargılama sırasında davacının alacak hakkını inkâr edemez, fakat borcu ödemiş olduğunu ileri sürmek ister. Gelgelelim bu yeni iddianın ileri sürülmesi, yargılamanın konusuna ikinci bir olgunun eklenmesini gerektirir. *Exceptionun* tanındığı bir yargılama usûlünde bu örnekte yargıç iki sorun ve olguyu incelemekle yükümlüdür: (1) Davacının ileri sürdüğü alacak hakkının, dolayısıyla bu hakkın doğumu için gerekli hukukî şeklin yerine getirilip getirilmediği sorunu; (2) Davalının ileri sürdüğü *exceptionun* dayandığı olgu olan borcun ödenip ödenmediği sorunu. Dolayısıyla her *exceptio* yargılama sırasında yeni bir iddia ve olgunun bu kez davalı tarafından ileri sürülmesi anlamına gelir; Klasik Hukuk Döneminde *exceptionun* dayandığı olguyu ispat yükünün davalıya ait olduğu kabul edilmesinin sebebi de budur.³² *Exceptio* ikinci bir olgunun yargılamaya eklenmesi bakımından yargılamayı davacının iddiasından saptırmaya yönelik bir savunma aracıdır.³³

29 İki aşamalı yargılama sisteminin var olduğu *legis actiones* ile *formula* usûllerinde yargıç, önceden hazırlanmış yargıçlığa elverişli özel kişilerin kaydolduğu listelerden seçilir. Eski hukuk döneminde başlangıçta bu kişiler yalnızca *Senatus* üyeleri iken, sonraları *equites* sınıfına mensup kişiler de listeye dahil edilmiştir.

30 Bethmann-Hollweg (n 12) 125; Lenel (n 5) 46; Malberg (n 6) 27; Cuq (n 27) 863.

31 Zimmern (n 7) 281.

32 Ulpianus, D 44.1.1: Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est (Def'i kullanan, yargıya başvurmuş sayılır. Def'ide davalı, davacıdır).

33 Malberg (n 6) 33.

Öyleyse, teklik ilkesinin egemen olduğu eski yargılama usûlünün ikinci aşamasında *exceptio*, ileri sürülme biçimi ne olursa olsun var olamaz. Bununla birlikte, *legis actiones* zamanında davalının kendisini hiçbir savunma imkânına sahip olmadığı da doğru değildir. Teklik ilkesi çerçevesinde olanaklı olan tek savunma biçimi, günümüzde *itirazlar* olarak adlandırılan ve davacının ileri sürdüğü hakkın doğrudan doğruya inkârından oluşan savunma araçlarıdır. İnkâr iki biçimde olabilir: Davalı davacının ileri sürdüğü hakkın ya hiç doğmamış olduğunu ya da sona ermiş olduğunu iddia edebilir. İlk durumda mutlak inkâr, ikincisinde nisbî inkârdan söz edilir.³⁴ Bu savunma aracı yargılamanın teklifi ilkesine aykırı değildir: Davacının ileri sürdüğü hakkın medenî hukuka göre var olmadığını iddia etmekle davalı yargılamaya yeni bir olgu taşımış olmaz; tam tersine yargılamanın asıl konusu olan olguyu çürütmeye yönelik bir girişimde bulunmuş olur. Bu dönemde yargıcın dikkate alabileceği tek savunma aracı *ipso iure* sonuç doğuran medenî hukuk savunmaları, yani itirazlardır. Şekilci yargılama usûlünde davalının, davacının iddiasına karşı olumlu ya da olumsuz bir yanıt vermekten başka bir imkânı yoktur. *Formula* sisteminde *exceptionun* temel özelliği olan ve davacının iddiasına “evet, ama” biçiminde yanıt verme imkânı henüz mevcut değildir.³⁵

Yargılamanın ikinci aşamasında davacının hakkını inkâr etmeksizin mahkûmiyeti önlemenin bir yolu olmadığını tespit ettiğimize göre geriye, davalının bu tür savunmalarının yargılamanın ilk aşamasında *magistratus* tarafından dikkate alınıp alınamayacağı sorununun incelemek kalıyor.

B. MAGISTRATUS ÖNÜNDE EXCEPTIO İLERİ SÜRÜLEBİLİR Mİ?

Yargılamanın ilk ve başlangıç aşaması olan *in iure* safhasında davalının, davacının ileri sürdüğü hakkı inkâr etmeksizin bir başka savunma sebebi ileri sürüp süremeyeceği sorunun yanıtı, *legis actiones* sisteminde yargılamanın başlangıç aşamasının temel özelliklerinde saklıdır.

Magistratus önündeki ilk aşamada, yargıç önündeki yargılamadan farklı olarak katı şekilcilik hâkimdir. Yargılamanın başlaması ve uyuşmazlığın nihai karara bağlanacağı yargıç önüne taşınması, ilk aşamada belirli sözlü ritüellerin gerçekleştirilmesine bağlıdır. Beş yasa davasından biri olan *legis actio per sacramentumun* şekli, Gaius’un belirttiği gibi³⁶ bu dava genel nitelikli olduğundan yasa davalarındaki katı şekilcilik hakkında fikir verebilecek model bir usûldür. Bir şeye yönelik *sacramentum* usûlü şu şekilde gerçekleştirilir:³⁷

34 Maddî hukuka ilişkin savunma sebeplerinin def’i ile itiraz şeklinde, itirazların ise kendi içinde mutlak inkâr ile nisbî inkâr biçiminde sınıflandırılmasını Savigny’ye borçluyuz. Bkz Savigny (n 14) 157 ff.

35 Jhering (n 27) 53.

36 Gaius Institutiones IV.13: Sacramenti actio generalis erat. de quibus enim rebus ut aliter ageretur, lege cautum non erat, de his sacramento agebatur: eaque actio proinde periculosa erat falsi ***** atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem, qua periclitatur reus, si temere neget, et restipulationem, qua periclitatur actor, si non debitum petat. nam qui uictus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine; eaque in publicum cedebat praedesque eo nomine praetori dabantur, non ut nunc sponsionis et restipulationis poena lucro credit aduersarii, qui uicerit.

37 *Sacramentum* davası gerek bir kişiye yönelik (*in personam*) gerek bir şeye yönelik (*in rem*) açılır. Gaius bir *sacramentum in remin* şeklini betimlemiştir.

Eğer şeye yönelik bir dava açılırsa, salt hukuk önüne taşınması ya da götürülmesi mümkün olan taşınır ile kendi kendine hareket edebilen şeyler üzerinde de şu şekilde *vindicatio* ile hukuk önünde hak iddia edilebilirdi: *Vindicatio* ile hak iddia eden elinde bir asa tutardı; ardından şeyin kendisini, örneğin bir köleyi kavrar ve şöyle derdi: “Ben bu insanın, durumuna uygun olarak, Quirites hukukuna göre bana ait olduğunu ileri sürüyorum; al işte, söylediğim gibi üzerine değnek koydum.” Ve aynı anda insanın üzerine asa koyardı. Benzer şekilde, karşı taraf da aynı şeyleri söyler ve yapardı. Her ikisi de *vindicatio* ile hak iddia ettikten sonra *praetor* “İkiniz de bu insanı bırakın!” derdi, onlar da bırakırlardı. *Vindicatio* ile ilk hak iddia eden diğerine şöyle sorardı: “Hangi sebeple *vindicatio* ile hak iddia ettiğini söylemeni istiyorum.” O da yanıtlardı: “Değneğimi koyduğuma göre hukuku yerine getirdim.” Ardından *vindicatio* ile ilk hak iddia eden “Haksız yere *vindicatio* ile hak iddia ettiğin için *sacramentum* ile beş yüz *asa* sana meydan okuyorum.” derdi; benzer şekilde karşı taraf da “Ben de sana” derdi. Eğer şey[in değeri] bin *asin* altındaysa, *sacramentum* miktarını elli olarak belirlerdi. Ardından kişiye yönelik yargıya başvurulduğu zamankiyle aynı şeyler yerine getirilirdi. Daha sonra *praetor vindiciaları* bu ikisinden birinin lehine açıklar, yani herhangi birini geçici zilyet olarak belirlerdi ve ona, uyumsuzluğa ve hak iddialarına, yani şeye ve semerelere yönelik karşı tarafa bir güvence göstermesini emrederdi. Gelgelelim bizzat *praetor sacramentum* sebebiyle her ikisinden hazineye bırakmak üzere başka güvenceler de alırdı. Asa da haklı mülkiyetin bir göstergesi olan mızrak yerine kullanılırdı, zira [eskiler] özellikle düşmanlardan ele geçirilenlerin haklı mülkiyete göre kişiye ait olduğuna inanırlardı. *Centumvir* mahkemelerine bir mızrak konması bundandır.³⁸

Yasa davası, görüldüğü gibi, tarafların belirli sözcükleri söylemeleri ve birtakım jestlerde bulunmaları gibi birçok farklı unsurun bir araya gelmesiyle gerçekleştirilen bir ritüeldir. Şeklin yerine getirilmesi için gerekli sözlü *formulanın*³⁹ tek bir sözcüğünün bile yanlış söylenmesi yargılamanın başarısızlıkla sonuçlanmasına yol açar. Öyle ki Gaius üzüm bağlarına ilişkin bir dava açılmak istendiği zaman, bu tür davalar için öngörülen *formulada* “ağaç” sözcüğü geçtiği için şekil yerine getirilirken “üzüm bağları” denmesi halinde davacının davayı kaybettiğini belirtmiştir.⁴⁰

38 Gaius Institutiones IV.16: Si in rem agebatur, mobilia quidem et mouentia, quae modo in ius adferri adduciae possent, in iure vindicantur ad hunc modum: qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, uelut hominem, et ita dicebat: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM; SICVT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSVI, et simul homini festucam inponebat. aduersarius eadem similiter dicebat et faciebat. cum uterque vindicasset, praetor dicebat: MITTTE AMBO HOMINEM, illi mittebant. qui prior vindicaerat, ita alterum interrogabat: POSTVLO, ANNE DICAS, QVA EX CAVSA VINDICAVERIS? ille respondebat: IVS FECI, SICVT VINDICTAM INPOSVI. deinde qui prior vindicaerat, dicebat: QVANDO TV INIVRIA VINDICAVISTI, QVINGENTIS ASSIBVS SACRAMENTO TE PROVOCO; aduersarius quoque dicebat similiter: ET EGO TE; aut si res infra mille asses erat, quinquagenarium scilicet sacramentum nominabant. deinde eadem sequebantur, quae cum in personam ageretur. postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituerebat, eumque iubebat praedes aduersario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti causa, quia id in publicum cedebat. festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii, quando iusto dominio ea maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus iudiciis hasta proponitur.

39 *Formula* genel olarak söz kalıbı anlamına gelir; Roma Hukuku gibi sözlü şekilci bir hukuk sisteminde bu kavram sözlü *formulaları* ifade eder. Gelgelelim medenî yargılama usûllerinden biri olan *formula* sisteminde bu sözcük, önceden hazırlanmış yazılı bir dava açma kalıbı anlamına bürünmüştür.

40 Bkz Gaius Institutiones IV.11.

Şekilci ilk aşamada yetkili *magistratusun* temel görevi, tarafların yargılamanın başlaması için gerekli şekli yerine getirilmesini gözetmek ve onlara bu sırada eşlik etmektir. Yargı yetkisi anlamında kullanılan *iusdictio* sözcüğünün *ius* (hukuk) ve *dicere* (söylemek) sözcüklerinden türemiş olması, *magistratusun* öncelikli görevinin hukuki şekli ya da ritüelin yerine getirilmesini sağlamak olduğunu göstermektedir; çünkü arkaik zamanlarda *ius* sözcüğünün asıl anlamı şekil ve ritüeldir.⁴¹ *Actio* sözcüğünün kökenini oluşturan *agere* (yürütmek, davranmak, hareket etmek, yerine getirmek, yapmak) her şeyden önce gerekli şekli yerine getirmek anlamına gelir.

Başından sonuna kadar planlı ve katı şekilci böyle bir usûlde, ilk bakışta herhangi bir savunma sebebinin ileri sürülmesi mümkün değil gibi görünür. *Sacramentum in rem* usûlünde olduğu gibi, yasa davalarına ait hiçbir *formula*da davalıya kendisini savunma imkânı veren bir söz kalıbı yoktur.

Bununla birlikte, hukuk tekniğinin gelişmişlik düzeyi ne olursa olsun, herhangi bir dönemde yargılamaların hiçbir dava şartı söz konusu olmaksızın başlatılması söz konusu olamaz. Bazı savunmalar nitelikleri gereği her dönemde dikkate alınması zorunlu olan olgulardır. Örneğin, usûl kurallarına aykırı bir yargılamanın, sırf şekilci ritüelde bu olgunun ileri sürülmesine imkân veren bir *formula* bulunmadığı için başlatılmasına izin verilmesi beklenemez.

Nitekim Gaius Klasik Hukuk Döneminde *exceptio* yoluyla ileri sürülen bir savunmanın *legis actiones* zamanında yargılama sırasında dikkate alındığını şu şekilde belirtmiştir: “Eskiden yasa davaları bakımından durum başkaydı. Hakkında bir kez dava açılmış olan bir şeye ilişkin olarak, daha sonra bir dava doğrudan hukuk gereği açılmazdı; o zamanlar, şimdi olduğu gibi, def’ler hiç kullanımda değildi.”⁴² Dolayısıyla Klasik Hukuk Döneminde *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* yoluyla ileri sürülen, aynı davanın ikinci kez açılmayacağına ilişkin savunma eski usûlde de dikkate alınmıştır; fakat bu dönemde *formula* usûlü ve biçimsel anlamda *exceptio* söz konusu olmadığı için savunmanın *dikkate alınma şekli* farklıdır. Doğrudan hukuk gereği (*ipso iure*) dikkate alınan bu tür bir usûl savunması, yargılamanın ikinci aşamasında yargıç tarafından dikkate alınıyor olamaz; çünkü yargılamanın teklifine aykırı olmasının bir yana, davacının iddiasının yerindeliliğine girmeden doğrudan dava hakkının mevcut olup olmadığına dair bir inceleme gerektiren bu savunma öncelikli olarak değerlendirilmelidir.⁴³ Usûle ilişkin savunmalar yargılamanın ilk aşamasında *magistratus* tarafından karara bağlanıyor olmalıdır. O halde ritüellerden oluşan katı şekilci *in iure* aşamasında bu tür savunmaların dikkate alınmasının nasıl mümkün olduğunu belirlemek gerekir.

41 *Sacramentum in rem* sırasında kendisine niçin köle üzerinde hak iddia ettiği sorulan davalı, “ius feci, sicut vindictam inposui” (Değneğimi koyduğuma göre hukuku yerine getirdim) derken şekilden söz etmektedir. Genel olarak şekilcilik, toplumsal kuralların hukuk kuralları ile din kuralları biçiminde ayrılmadığı arkaik dönemlerin bir kalıntısıdır. Zaman içinde dünya görüşü rasyonelleştikçe hukuk dinî ve büyüsel unsurlardan arınma yoluna girmiştir. Böylelikle şeklin işlevi değişmiştir.

42 Gaius Institutiones IV.108: *Alia causa fuit olim legis actionum. nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.*

43 *Formula* usûlünde bu savunmanın *exceptio* yoluyla yargıca havale edilmesinin sebebi, *magistratusun* savunma olgusunun gerçek olup olmadığını bilmemesi ve gerekli incelemeyi bizzat yapmak yerine bunu yargıca havale etmeyi tercih etmesidir. Meselenin niteliği gereği bu savunma, yargıç tarafından davanın esasına girilmeksizin öncelikli olarak incelenir. Gelgelelim yargıca görev kapsamını ve sıralamasını bildirmeye yarayan bir *formulanın* var olmadığı *legis actiones* zamanında, yargıcın bu savunmayı ilk olarak değerlendirilmesini sağlayacak bir imkân yoktur. Bu nedenle usûle ilişkin savunmalar yargılamanın ilk aşamasında ileri sürülüyor olmalıdır.

Usûle ilişkin savunmalar, yargılamanın ilk aşamasındaki ritüellerden önce değerlendiriliyor olmalıdır.⁴⁴ Hayatın olağan akışı gereği *legis actiolar* için gerekli şekil yerine getirilmeden önce *magistratus* ile taraflar arasında bir ön görüşme yapılıyor olması büyük olasılıktır.⁴⁵ En nihayetinde bir yasa davası için gerekli şeklin yerine getirilmesi, öncelikle bu işleme katılacak olan tüm kişilerin yapılacak ritüelin niteliği ve içeriği konusunda anlaşmış olmalarına bağlıdır. Ritüelden önceki bu ön görüşme, yasa davasına başlanmadan önce *magistratusun* tarafların iddia ve savunmalarını dinleyip yargılamaya temel olacak bir ön incelemede bulunması için uygun bir zamandır. Bu nedenle davalının, başta usûle ilişkin savunmaları olmak üzere davacının iddiasına karşı savunmalarını ön görüşme sırasında ileri sürdüğünü varsaymak mümkündür.

Yargılamanın ilk aşamasında yapılan bu ön inceleme, Klasik Hukuk Dönemi kaynaklarında *causae cognitio* olarak adlandırılmıştır. Klasik Hukuk Döneminde *causae cognitio* sıradan bir incelemeden çok, hukukî teorisi oluşturulmuş bir hukuk kurumudur. Dönemin hukuk öğretisi *formula* sisteminde *praetor cognitiosunun* uygulama alanını, kapsamını ve sonuçlarını belirlemiştir.⁴⁶ Örneğin, bazı *actioların* tanınması, *praetor* bildirgesinde somut olayının özelliklerinin *praetor* tarafından incelenip (*causa cognita*) *exceptio* talebinin uygun bulunmasına bağlanmıştır. *Praetor* incelemesinin olumsuz sonuçlanması halinde *denegatio actionis* adı verilen, davanın reddi yaptırımını söz konusu olur.

Legis actiones zamanında *magistratusun* ön incelemesinin sonucunda *denegatio actionis* yetkisine sahip olup olmadığı sorunu öğretilerde çokça tartışılmıştır. Girard'ın başını çektiği bir görüşe göre, *magistratusun* gerekli şeklin yerine getirilmesi için üzerine düşen sözleri söylemekten ibaret mekanik bir rolden başka hiçbir yetkiye sahip olamaz; eski katı şekilci usûl sisteminde yasanın öngörmediği hiçbir dava tanıyamayacağı gibi, yasada öngörülmüş bir davayı reddedemez.⁴⁷ Bu bakış açısına göre *denegatio actionis* yetkisine sahip olmayan *magistratusun* davalının ileri sürdüğü hiçbir savunmayı karara bağlaması mümkün değildir. Kaynaklarda kayda değer bir metinle desteklenmeyen Girard'ın inanılacak olursa, eski hukukun katı şekilciliği usûle aykırı bir dava açılmasına bile imkân sağlamaktadır.

Girard'ın büyük otoritesine rağmen, *legis actiones* zamanında *magistratusun denegatio actionis* yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir.⁴⁸ Hukuk kaynakları eski usûlde *iusdictio* sahibi

44 Accarias (n 12) 1195 ff.

45 Ön görüşmeye ilişkin bkz Jhering (n 27) 85, 88; Karlowa (n 27) 346; Malberg (n 6) 47; Georges Cornil, *Ancien droit romain: Le problème des origines* (Librairie des sciences juridiques & Recueil Sirey 1930) 132.

46 Bkz Henri Lévy-Bruhl, 'La causae cognitio sous la procédure formulaire' (1924) (5) Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 383 ff.

47 Paul Frédéric Girard, 'La date de la loi Aebutia' (1897) 21 Nouvelle revue historique de droit français et étranger 249, 257 ve 261 n 3; 'Nouvelles observations sur la date de la loi Aebutia' (1908) 29 Zeitschrift der Savigny-Stiftung Romanische Abteilung 113, 127 ff; (n 11) 1036, 1093 n 4. – Aynı doğrultuda bkz Félix Senn, *Leges perfectae minus quam perfectae et imperfectae* (Arthur Rousseau 1902) 5 ff; De Martino (n 11) 70 ff; Henri Lévy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi* (Sirey 1960) 170 ff. – *Magistratusun* rolünün yalnızca şekle ilişkin olduğu yönündeki görüş Jhering'e kadar geriye gider. Bkz Rudolph von Jhering, *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t III (Trad De Meulenaere, Marescq 1877) 330 ff.

48 *Legis actiones* zamanında *magistratusun denegatio actionis* yetkisine sahip olduğu görüşü günümüzde ağır basmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar için bkz Keller (n 12) 153 ff; Moritz Wlassak, *Römische Prozessgesetze: Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens Zweite Abteilung* (Duncker & Humblot 1891) 335; Otto Lenel, 'Der Prätor im legis actio' (1909) (30=43) Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung 329 ff; Malberg (n

magistratusun yargılama sürecinde oldukça etkin bir rol oynadığını ve dava verme veya reddetme yetkisine sahip olduğunu kanıtlamaktadır. Bu metinlerden en önemlisi, *Lex Osca tabulae Bantinae* adıyla bilinen ve Lucania bölgesinde (Italia) yer alan Bantia kenti yakınlarında bulunan bir yasa tabletinde yazılıdır.⁴⁹ Bir yasa davası başlatmak isteyen bir kimseyi on günden fazla bir süre boyunca geri çeviren *praetor* ya da *praefectusun* bin *sestertius* tutarında bir para cezasına çarptırılması öngörülmüştür. Demek ki *magistratus* davayı reddedebilir; on günün ardından gündeme gelen para cezasının, davayı reddetme yetkisini sebepsiz yere kullanan *magistratusları* caydırmak amacıyla öngörülmüş olması muhtemeldir. Başka birçok metin daha *legis actiones* zamanında *denegatio actionisin* varlığını doğrulamaktadır.⁵⁰

Ayrıca eski usûlde *denegatio actionisin* tanındığı savını, medenî yargılama usûlü ile kent kuruluşa yasalarının gelişim seyri aracılığıyla doğrulamak da olanaklıdır. Eski Roma'da kamu devlet gücünü kullanan *magistratusların* yetkilerinin, başlangıçta oldukça geniş olduğu ve tarihsel süreç içinde demokratikleşme hareketlerinin etkisiyle gitgide sınırlandırıldığı bilinmektedir.⁵¹ *Formula* usûlünün uygulanmaya başlandığı Geç Cumhuriyet Döneminde *denegatio actionis* yetkisinin tanındığına kuşku yoktur; demokratik hareketlerin basıncı altında *magistratus* yetkilerinin pek çok sınırlamaya tâbi tutulduğu bu dönemde *denegatio actionis* tanınırken, *magistratusların* âdeta kral yetkilerini devraldığı ilk dönemlerde benzer bir yetkiye sahip olmamaları beklenemez.

Öte yandan, *imperiumun* niteliği *magistratusların* her zaman *denegatio actionis* yetkisine sahip olduğunu desteklemektedir. Cumhuriyet Dönemi *magistratuslarının* *imperiumu*, ataların

6) 47; Cuq (n 27) 362 n 5; Cornil (n 45) 132; Leopold Wenger, *Praetor und Formel* (Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften 1926) 55 ff; Leopold Wenger, *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure* (Otis Harrison Fisk tr, rev edn, Rothman 1986) 103 ff; Giffard (n 4) 68; Kaser (n 26) 360 ff; Peter Stein, *Regulae Iuris: From Juristic Rules to Legal Maxims* (Edinburgh University Press 1966) 17; Bernardo Albanese, *Il processo privato romano delle legis actiones* (Palumbo 1987) 115; Bruno Schmidlin et Carlo Augusto Cannata, *Droit privé romain II: Obligations, successions, procédure* (2^e éd, Payot 1991) 300 ff; Salvatore Sciortino, 'Denegare iudicium e denegare actionem' (2015) (58) *Annali del seminario giuridico dell'Università degli studi di Palermo* 197, 235 ff; Emilio Caroli, 'Studi sulla bipartizione del processo privato romano' (Tesi di Dottorato, Università degli Studi di Milano 2016) 133 ff.

49) Osk dilinde yazılmış yasanın Latince çevirisi şöyledir: praetor siue praefectus, quod posthac Bantiae fuerit, si quis apud eos cum altero lege agere uolet aut pro iudicato manum incere earum quae his legibus scriptae sunt, ne quem prohibuerit plus quam dies decem proximos. (12) si quis aduersus ea prohibuerit multa tanta esto, nummum mille, siue quis eum (plus) magistratus multare uolet, [dumtaxat] minoris partis pecuniae multa multare liceto. (Eğer bir kimse bundan sonra Bantiada *praetor* ya da *praefectus* olacak kişiler önünde başkasına karşı yasaya göre dava açmak ya da bu yasalarda yazılı meselelerde yargılama gereğince el koymak isterse, onu ilk on günden daha fazla engelleyemesinler. Eğer bir kimse bunlara aykırı olarak engellerse, ceza tutarı bin *sestertius* olsun ya da eğer bir *magistratus* onu daha fazla bir tutara çarptırmak isterse, parasının yarısından daha azına kadar bir tutara çarptırmasına izin verilsin). – Latince çeviri metni Crawford'a aittir. Bkz Michael Hewson Crawford, *Roman Statutes*, vol 1 (Institute of Classical Studies 1996) 281.

50) *Legis actiones* zamanında *magistratusun* *denegatio actionis* yetkisine sahip olduğunu doğrulayan metinler için bkz Titius Livius, *Ab Urbe Condita* 41.9.11; Valerius Maximus, *Factorum et dictorum memorabilium* VII.7.5; Cicero, *Ad Atticum* 7.2.8; *De Oratore* I. 36.166; *In Verrem* II.2.16.39. – Girard bu metinlerin birçoğunun, *formula* usûlünün yürürlüğe girmesinden önemli rol oynayan *lex Aebutia* yürürlüğe girdikten sonraki döneme ait olduğunu savunmuştur. Yazara göre *praetor denegatio actionis* yetkisine, katı şekilciliğinin terk edildiği *formula* usûlünde sahip olmuştur. Bkz Girard (n 42) 288; Girard (n 11) 1036 n 4.

51) Wlassak (n 48) 352 ff; Wenger (n 47) 53 n 72. – Buna karşın, medenî yargılama usûlünün, kamu hukukunun gelişim seyrine istisna oluşturduğu; özel hukuktan doğan uyumsuzlukların arkaik zamanlarda devlet tarafından değil, doğrudan kabile reisleri ya da kişilerin seçtiği özel kişiler tarafından karara bağlandığı ve zaman içinde devletin yerleşmesiyle birlikte özel kişiler arasındaki uyumsuzluklara devlet müdahalesinin mümkün hale geldiği de savunulmuştur.

âdetlerinden başka hiçbir sınırlamaya tâbi olmayan kralın *imperiumu* model alınarak tasarlanmıştır. Ordulara komuta etme, halk meclisleri ile *Senatus'u* toplantıya çağırma ve oturumlara başkanlık etme, yasa önerisinde bulunma gibi oldukça önemli yetkileri içeren *imperium*, aynı zamanda yargı yetkisi anlamında kullanılan *iurisdictioyu* da kapsamaktadır.⁵² Nasıl krallık zamanında yargı yetkisine sahip olan kral medenî uyuşmazlıkları bizzat karara bağlıyorsa, aynı şekilde Cumhuriyet dönemi *magistratus*larından *imperium* sahibi olanları da aynı yetkiye sahiptir.⁵³

Dolayısıyla *legis actiones* zamanında *imperium* ve *iurisdictio* yetkilerini ellerinde tutan *magistratus*lar, medenî yargılamalarda *denegatio actionis* yetkisine sahiptir. Yargılamanın ilk aşamasında yasa davasının ritüeli yerine getirilmeden önce yapılan ön görüşme sırasında *magistratus*, davalının ileri sürdüğü usûle ilişkin savunmaları karara bağlar; savunmanın haklı olması halinde *denegatio actionis* yaptırımını uygulanır ve dava yargıç önünde ikinci bir aşama hiç olmaksızın dava reddedilir. Böylelikle, Klasik Hukuk Döneminde *exceptio* yoluyla ileri sürülen usûle ilişkin savunmalar, *formulanın* söz konusu olmadığı eski usûlde *magistratus denegatio actionis* sayesinde dikkate alınmış olur. *Denegatio actionis* yaptırımını, davalının savunmalarına yargılama sırasında sonuç bağlanması bakımından sonraki dönemin *exceptiosunun* işlevini yerine getirir.

IV. YASAYA AYKIRILIK SAVUNMALARININ DİKKATE ALINMASI

Legis actiones zamanında davalının usûle ilişkin savunmalarının yargılamanın ilk aşamasında yetkili *magistratus* tarafından dikkate alındığı ve haklı bulunmaları durumunda *denegatio actionis* yaptırımının uygulandığı yönündeki saptama, Klasik Hukuk Döneminde *exceptio* yoluyla ileri sürülen bütün savunmalar için geçerli midir? Böyle bir soru sormakta yarar vardır; çünkü *exceptio* yoluyla ileri sürülen usûle ilişkin savunmalar ile diğer *exceptiolar* arasında niteliksel bir farklılık bulunur. Klasik Hukuk Döneminde *exceptioların* büyük çoğunluğu, kurumun ortaya çıkışı amacına uygun olarak hakkaniyeti sağlamaya yönelik maddî hukuktan doğan savunmalardır. Bazı usûle ilişkin savunmaların *exceptio* yoluyla ileri sürülmesi, eski usûlde *denegatio actionis* yetkisini kullanan *magistratusun* pratik sebeplerle şüpheli olgunun incelenmesini yargıca bırakmayı tercih etmesinden kaynaklanmıştır. Üstelik *exceptio* kurumu ortaya çıktığı zaman, bu tür usûle ilişkin savunmalar henüz *formula* içinde *exceptio* görünümünde bile değildir; yargıcın uyuşmazlığın esasına girmeden önce incelemesi için *formulanın* hemen başına ve yargıcı görevlendiren kaydın (*iudex esto*) hemen ardına yazılan *praescriptio pro reo* adlı kayıtlardır. Daha sonra esasen niteliği gereği *exceptiolar*dan ayrışan bu savunmalar, biçimsel benzerlikleri nedeniyle *exceptioların* arasına karışmışlar; *exceptio* olarak adlandırılıp *formulada* bu şekilde yazılmışlardır.⁵⁴ Dolayısıyla maddî hukuktan doğan *exceptiolar*

52 *Iurisdictio* yetkisi *imperiumun* doğal bir unsurudur. Bu doğrultuda bkz Keller (n 12) 7; Girard (n 11) 1032 n 5; Cuq (n 27) 805; Wenger (n 47) 31.

53 Kralın *iurisdictioya* sahip olduğuna ilişkin bkz Halikarnaslı Dionysios, *Romaikes Arkhaologias* 4.25: Τῶν γὰρ πρὸ αὐτοῦ βασιλέων ἀπάσας ἀξιούντων ἐφ' ἑαυτοὺς ἄγειν τὰς δίκας καὶ πάντα τὰ ἐγκλήματα τὰ τ' ἴδια καὶ τὰ κοινὰ πρὸς τὸν ἑαυτῶν τρόπον δικαζόντων ἐκείνος διελῶν ἀπὸ τῶν ἰδιωτικῶν τὰ δημόσια, τῶν μὲν εἰς τὸ κοινὸν φερόντων ἀδικημάτων αὐτὸς ἐποιεῖτο τὰς διαγνώσεις, τῶν δ' ἰδιωτικῶν ἰδιώτας ἔταξεν εἶναι δικαστὰς, ὄρους καὶ κανόνας αὐτοῖς τάξας, οὗς αὐτὸς ἔγραψε νόμους. – Cicero, *De Re Publica* 5.2.3: Nec vero quisquam privatus erat disceptator, aut arbiter litis; sed omnia conficiebantur iudiciiis regiis.

54 Bkz Gaius, *Institutiones* IV.133: Sed his quidem temporibus, sicut supra quoque notauimus, omnes praescriptiones ab

ile usûle ilişkin *exceptiolar* arasında gerek niteliksel gerek tarihsel gelişimleri bakımından önemli bir farklılık vardır. Bu nedenle yasa davaları zamanında usûle ilişkin savunmaların *magistratus denegatio actionis* yoluyla yargılama sırasında yaptırımı bağıyor olması tek başına, maddî hukuktan doğan *exceptiolar*ın da aynı şekilde değerlendirildiği anlamına gelmez.

Klasik Hukuk Döneminde *exceptio* yoluyla ileri sürülen maddî hukuka ilişkin savunma sebeplerinin birçoğunun hakkaniyete (*aequitas*) dayandığına ve eski hukukta hakkaniyet kavramına sonuç bağlanmadığına değinmiştik. *Exceptio doli mali* ve *pacti conventi* gibi hakkaniyete dayalı sayısız savunma, hakkaniyetin hukuk dışında kalması nedeniyle eski usûl zamanında ister *denegatio actionis* ister başka bir şekilde olsun, hiçbir şekilde dikkate alınmayabilir. Gelgelelim, bu olgu maddî hukuktan doğan savunmaların alanını önemli ölçüde daraltsa da, *legis actiones* zamanında hiçbir maddî hukuk savunmanın bulunmadığını göstermemektedir; çünkü maddî hukuka ilişkin *exceptiolar* hakkaniyete ilişkin olanlardan ibaret değildir.

Klasik Hukuk Dönemine ait bazı *exceptiolar*ın dayandığı hukuk kuralları, *praetor* tarafından hakkaniyet düşüncesiyle düzenlenmemiştir; bu tür *exceptiolar*a temel olan hukuk kuralı yasalarla yaratılmış olup, Gaius'un deyimiyle özlerini medenî hukuktan alırlar.⁵⁵ Örneğin, Klasik Hukuk Döneminde *praetorum exceptio* tanıdığı iki savunma sebebinin doğrudan bir yasayla düzenlendiği bilinmektedir: *exceptio legis (P)laetoriae* ile *exceptio legis Cinciae*. Gerek *lex Plaetoria*'nın gerek *lex Cincia*'nın *legis actiones* sistemi yürürlükteyken düzenlendiğine kuşku yoktur; bu dönemde *formulaya* eklenen bir kayıt olarak *exceptio* var olmadığına göre, bu yasalardan doğan savunmalara bir başka şekilde sonuç bağlanıyor olması gerekir.

Bu savunmalar yargıç tarafından dikkate alınamaz; çünkü bunların ileri sürülmesi yargılamanın teklifi ilkesine aykırı olarak yargılamaya ikinci bir olgunun taşınmasına anlamına gelir. Bunun sebebi, bu savunmaların, davacının hakkının doğrudan doğruya inkâr edilmesine ilişkin itiraz niteliği taşımamalarıdır: Yasak kuralını düzenleyen yasalar, kurala aykırı olarak yapılan işlemin ve bundan doğacak hakkın doğrudan geçersizliğini öngörmemiş, yalnızca bu tür işlemleri yasaklamıştır. Bu nedenle yasağa rağmen yapılan işlem geçerlidir; davacı bu işlemde doğan hakkını yargı önünde ileri sürebilir.

Bir görüşe göre eski usûl zamanında bu yasalardan doğan savunmalar, tıpkı usûle ilişkin savunmalar gibi, yargılamanın ilk aşamasında *magistratus* tarafından karara bağlanır ve bu durumda *denegatio actionis* yaptırımı uygulama alanı bulur.⁵⁶ Bununla birlikte, bu görüşü benimseyen yazarların bazıları

actore proficiscuntur. olim autem quaedam et pro reo opponebantur, qualis illa erat praescriptio: EA RES AGATVR, SI IN EA RE PRAEIVDICIVM HEREDITATI NON FIAT, quae nunc in speciem exceptionis deducta est et locum habet, cum petitor hereditatis alio genere iudicii praeiudicium hereditati faciat, uelut cum singulas res petat; est enim iniquum per unius.

55 Gaius Institutiones IV.118: Exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas, alias causa cognita accommodat. quae omnes uel ex legibus uel ex his, quae legis uicem optinent, substantiam capiunt uel ex iurisdictione praetoris proditae sunt. (Bazı def'ileri *praetor* bildirmede ortaya koyar, bazılarını da meseleyi inceledikten sonra bahşeder. Bütün bunlar ya özlerini yasalardan ve yasa gücüne sahip olan işlemlerden alır ya da *praetorum* yargı yetkisinden kaynaklanır).

56 Yasaya aykırı taleplere karşı savunmaların *legis actiones* sisteminde yargılamanın ilk aşamasında *magistratus* tarafından dikkate alındığı ve *denegatio actionis* yaptırımının uygulandığı yönünde bkz Ernst Immanuel Bekker, *Die Aktionen des*

magistratusun yasaya aykırı talebe karşı ileri sürülen savunmayı bizzat inceleyerek karara bağladığını, bazıları da *denegatio actionis* kararı verebilmek için savunmanın yerindelğine ilişkin gerekli incelemeyi *sponsio praeiudicialis*⁵⁷ aracılığıyla bir yargıca havale ettiğini iddia etmiştir.⁵⁸ Savunma ister *praetor cognitiosu*yla ya da *sponsio praeiudicialis* aracılığıyla yargıç incelemesiyle değerlendirilsin, en nihayetinde bu yazarların tamamı savunmanın haklı bulunması halinde *magistratus* tarafından *denegatio actionis* yaptırımının uygulanacağı konusunda görüş birliği içindedirler.

Gelgelelim *legis actiones* zamanında yasaya aykırı taleplere karşı ileri sürülen savunmaların *magistratus* tarafından dikkate alınıp haklı bulunması halinde davanın reddedildiği kanısında değiliz. *Imperium* ve *iurisdictio* sahibi *magistratus*ların *datio actionis* ya da *denegatio actionis* yetkilerinin bulunuyor olması, bu yetkilerin her zaman kullanıldığı anlamına gelmez. *Lex Plaetoria* ve *lex Cincia* başta olmak üzere bir yasanın düzenlediği yasak kuralına aykırı taleplere karşı savunmalar, yargılamanın ilk aşamasında *magistratus* tarafından karara bağlanmaz.

Bu savunmaların yargılamanın ilk aşamasında dikkate alınması, bu konuda *magistratus* tarafından bir ön inceleme yapılmasına bağlıdır. Fakat bu inceleme talebin davacının talebi ile yasak kuralının maddi hukuk yönünden karşılaştırılmasını, bu nedenle de *magistratusun* zorunlu olarak uyuşmazlığın esasına girmesini gerektirir. Oysa *magistratus* uyuşmazlığın esasına girip olguları incelemez.⁵⁹ İkili yargılama usulünde *magistratusun* temel görevi, deliller aracılığıyla dava konusu asıl şüpheli olgu hakkında karar verecek olan yargıcın bu faaliyeti yerine getirebilmesi için davayı hazırlamaktır. Bu amaçla *magistratus* dava şartlarını inceler, *legis actio* için gerekli şeklin yerine getirilmesinde rol alır ve tarafların seçtiği kişiyi yargıç olarak görevlendirir. Bunun ötesinde *magistratusa* uyuşmazlığın esasına girerek yasaya aykırılık gibi bazı savunmaları değerlendirme rolünü atfetmek, iki aşamalı yargılama usulünün doğasıyla bağdaşmaz. Öyle ya, yargı yetkisine sahip olduğu düşünüldüğünde, bir kez uyuşmazlığın içeriği hakkında bilgi sahibi olduktan sonra *magistratusu*, uyuşmazlığı nihai

Römischen Privatrechts, zweiter Bd: Prätorisches, richterliches, kaiserliches Recht (Verlag von Franz Vahlen 1871) 280; Accarias (n 12) 1195 ff; Wlassak (n 12) 98 n 1; Charles Appleton, 'La Sanction de la loi Cincia sous les actions de la loi et en cas de délégation' (1931) 10(3) *Revue historique de droit français et étranger* (1922-) Quatrième série 423, 432; Albanese (n 48) 115.

- 57 Gaius'tan öğrendiğimiz *sponsio praeiudicialis*, arkaik dönemde hukuken tanınmadığı için dava konusu edilemeyen bir konunun, yargı önüne taşınabilmesi için uyuşmazlık taraflarınca yapılan *sponsio* adlı sözlü ve şekle bağlı sözleşmedir. Bkz Gaius *Institutiones* IV.94.
- 58 *Sponsio praeiudicialis*in eski usulde yasaya aykırı taleplere karşı ileri sürülen savunmaların yargılama sırasında ön sorun olarak bir başka yargıç tarafından değerlendirilmesini sağlamak için kullanıldığı yönünde görüş için bkz Savigny (n 14) 187; Keller (n 12) 154; Bethmann-Hollweg (n 12) 124. – Görüşe dayanak olarak gösterilen en önemli metin ve yorumu için bkz Friedrich Carl von Savigny, 'Von dem Schutz der Minderjährigen im Römischen Recht, und insbesondere von der lex Plaetoria' (1842) (10) *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 232, 248. – Söz konusu metin Plautus'un *Rudens* (V.3.25-27) adlı komedyasına aittir; yirmi beş yaşından küçük Labrax adlı karakter yaş küçüklüğü nedeniyle kandırılarak sözleşme yaptığını, karşı tarafın davranışının *dolus* oluşturduğunu ileri sürer ve yargıca başvurmaktan söz eder. Gelgelelim bu metin *sponsio praeiudicialis* kanıtı olamaz; çünkü Labrax pekâlâ *actio legis Plaetoriae* adlı ceza davasından da söz ediyorsa olabilir. Aynı doğrultuda bkz Jhering (n 27) 119.
- 59 Kuşkusuz tarafların talep ettiği hukuki imkânların verilip verilmeyeceği sorunu, *magistratusun* uyuşmazlığın esas hakkında belirli bir düzeyde bilgi edinmesini gerektirir. Fakat bu durumda bile *magistratus* hiçbir zaman uyuşmazlığı dayandığı şüpheli olguyu (sözleşmenin kurulup kurulmadığı, borcun sona erip ermediği vs.) araştırmaz; talep edilen hukuki imkânları bu olguların gerçek olması varsayımında korunmaya değer bir menfaatin var olup olmayacağına göre tanır. Bkz Kaser (n 26) 330.

olarak karara bağlamaktan ne alıkoçabilir? *Magistratusun* uyuşmazlığın esasını karara bağladığı bir usul sisteminde bir yargıca gerek yoktur. İki aşamalı yargılama usulü Roma usul sisteminin tipik özelliğidir; On İki Levha Yasası zamanında özel hukuktan doğan uyuşmazlıkların biri *magistratus* önünde diğeri yargıç önünde olmak üzere iki aşamaya çoktan ayrılmış olduğu bir gerçektir.⁶⁰ *Magistratusun* ilk aşamada yasaya aykırılık savunmalarını dikkate alması ve dolayısıyla uyuşmazlığın esasına girmesi, iki aşamalı yargılama usulünün doğasına aykırı gibi görünür.

Bununla birlikte, *magistratusun* maddi hukuka ilişkin savunmaları bizzat karara bağlama yetkisine sahip olmadığını ileri süren geleneksel görüşe katılmak mümkün değildir. Geleneksel tarih yazımına göre iki aşamalı yargılama usulünün doğuşu, arkaik dönemde yargılamayı bizzat karara bağlayan kralın ve daha sonraki dönemde *magistratusların* yetkilerini sınırlamaya ve bu yetkilerin kullanımında keyfiyeti önlemeye yönelik demokratik bir reformun ürünüdür.⁶¹ Bu nedenle, medenî uyuşmazlıklarda bir yargıç atanmasının zorunlu olduğu kabul edilmiştir.⁶² Bu görüşün mantıksal sonucu, *legis actiones* zamanında *magistratusun* bir yasak kuralına aykırı taleplere karşı ileri sürülen savunmaları bizzat inceleyip karara bağlayamayacağıdır. Oysa yargıç atanması herhangi bir demokratik programın parçası olamaz. Eğer böyle olsaydı, her şeyden önce yargıçlık görevinin reformun demokratik niteliği gereği tüm vatandaşlara açık olması beklenirdi; fakat başlangıçta yalnızca senatörlerin, daha sonra *equites* kesiminden kişilerin bu göreve seçilebiliyor olması, böyle bir demokratik reformun söz konusu olmadığını göstermektedir.⁶³

İki aşamalı yargılama usulünün ortaya çıkışı pratik sebeplerden kaynaklanmıştır. Birincisi, *magistratus* kentnin büyümesiyle birlikte artan iş yükünü paylaşdırmak istemiştir.⁶⁴ Ayrıca *magistratus* politik makamının gerektirdiği tarafsızlığını sağlamak için özel menfaatlerin söz konusu olduğu medenî uyuşmazlıkları karara bağlama sorumluluğundan kurtulmak ve politik sermayesini bu uğurda harcamamak istemesi muhtemeldir. Kentin yönetimi için insanlara komuta etme ve emretmek olan *imperiumun* niteliği, deliller aracılığıyla şüpheli bir olgunu gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin kanaat getirmekten ibaret olan yargılama faaliyetiyle bağdaşmaz. O halde *legis actiones* zamanında

60 Gaius Institutiones IV.17a: Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. eaque res talis fere erat. qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIII X MILIA SESTERTIORVM DARE OPORTERE AIO: ID POSTVLO AIAS AN NEGES. aduersarius dicebat non oportere. actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, TE PRAETOR IVDICEM SIVE ARBITRVM POSTVLO VTI DES. itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat. item de hereditate diuidenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit. idem fecit lex Licinnia, si de aliqua re communi diuidenda ageretur. itaque nominata causa ex qua agebatur statim arbiter petebatur.

61 Halikarnassoslu Dionysios bu reformun, kendi yetkilerini gönüllü olarak sınırlayan yüce gönüllü kral Servius Tullius'un eseri olduğunu ileri sürmüştür. Bkz Dionysios, Romaikes Arkhaologias 4.25. – Genellikle bu reform öğretilde Cumhuriyet Dönemi'nin bir ürünü olarak görülmüştür. Bu doğrultuda bkz Theodor Mommsen, *Droit public romain*, t III (trad PF Girard, réimpr 1893, Bocard 1984) 262; Otto Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, erster Bd: Staatsrecht und Rechtsquellen (Verlag von Veit & Comp 1885) 193; Girard (n 11) 21 ff; Cuq (n 27) 806; Wlassak (n 48) 328 ff; Wenger (n 47) 25 n 13.

62 İki aşamalı yargılama usulünün kaynağını kentnin kuruluş yasalarından alan bir zorunluluk olduğuna ilişkin bkz Girard (n 11) 1036; Lévy-Bruhl (n 47) 172.

63 Kaser (n 26) 332.

64 Yargı yetkisine sahip olan *magistratusun* iş yükü nedeniyle bir yargıç atadığı görüşü için bkz Friedrich Carl von Savigny, *Traité de droit romain*, t VI (trad Ch. Genoux, 2^e éd, Firmin Didot Frères 1859) 291; Kaser (n 26) 344 ff.

magistratus iurisdictio yetkisi gereği medenî uyuşmazlıkları doğrudan karara bağlama yetkisine sahip olsa da, artan iş yükü ve politik sebeplerle bu görevi özel bir kişiye havale etmeye başlamıştır.

Sonuç olarak, yasak kuralına aykırı taleplere karşı ileri sürülen savunmalar, uyuşmazlığın esasına ilişkin bir incelemeyi zorunlu kıldığından, yargılamanın *in iure* aşamasında *magistratus* tarafından dikkate alınmaz; bu bakımdan usûle ilişkin savunmalardan ayrışır. Yasaya aykırılık savunmalarının yargılamanın teklifi ilkesi gereği ikinci aşamada yargıç tarafından dikkate alınmayacağını da belirtmiştik. Öyleyse yasaya öngörülen bir yasak kuralına aykırı olarak bir dava açıldığında davalı, haklı bir savunma sebebine sahip olmasına rağmen bu savunmayı yargılama sırasında ileri süremez ve mahkûm olmaktan kurtulamaz.

V. DAVA BİÇİMİNDE SAVUNMA SİSTEMİ

A. GENEL OLARAK

Cincius Yasası ve Plaetorius Yasası gibi eski hukuk zamanında çıkarılmış olan ve bir yasak kuralı düzenleyen yasalardan doğan savunma sebeplerinin yargılama sırasında dikkate alınmıyor olması bu yasaların niteliğiyle ilgilidir. Cincius Yasası *lex imperfecta*, Plaetorius Yasası ise *lex minus quam perfecta* niteliği taşır. Bu tür yasaların ortak özelliği, yaptırımlarındaki eksikliklerdir. Günümüzde olduğu gibi, Klasik Roma Hukukunda da yasaya aykırı yapılan bir işlem için öngörülen olağan yaptırım geçersizliktir; bu tür yasalar *leges perfectae* olarak adlandırılmıştır. Gelgelelim eski hukukta çıkarılan yasalar, *lex perfecta* niteliği taşımaz; yasaların halen istisnai olduğu bu dönemde çıkarılan yasalar, yasağa aykırı bir hukukî işlemin geçersizliğini öngörmez. Bu durumda yasağa aykırı işlem ve ondan doğan hak geçerlidir. Bu nedenle, bir kimse yargı önünde yasağa aykırı bir talepte bulunabilir; davalı ise gördüğümüz gibi, davacının hakkını inkâr etmediği için yasadan doğan savunmayı ileri süremez.

Öte yandan gerek *lex imperfecta* gerek *lex minus quam perfecta* niteliği taşıyan yasalar hiçbir hukukî sonuç doğurmayan düzenlemeler de değildir.⁶⁵ Bu yasalar davalıya, mahkûmiyetle sonuçlanan yargılamanın ardından davacıya karşı yasaya aykırı bir talepte bulunmuş olduğunu dava yoluyla ileri sürme imkânı tanır. Böylelikle davalı mahkûm olmuş olduğu miktarı duruma göre aynen ya da misliyle geri isteme imkânına sahip olur.

Yasaya aykırı bir takibe maruz kalan kişiye sağlanan hukukî koruma eski usûl sisteminde görüldüğü gibi oldukça dolaylıdır. Eski usûlün kendine özgü koşulları gereği yargılama sırasında ileri sürülemeyen itirazlar dışındaki maddî hukuka ilişkin savunmalar, daha sonra bir başka yolla ileri sürülür. Mahkûm olunan miktarın aynen ya da misliyle iadesine yönelik sonraki dava ise savunma amaçlıdır; daha önce mahkûm olmuş kişi bu yeni davada davacı görünümünde olsa da, aslında bu dava kaybedilen önceki davanın bir uzantısıdır. Önceki yargılama sırasında ileri sürülemeyen savunmaların, bu kez iddia şeklinde yeni bir davada ileri sürülmesinden ibarettir. Bu nedenle *legis actiones* zamanında maddî hukuka ilişkin itiraz dışındaki savunmaların bu ileri sürülme biçimi, *dava biçiminde savunma sistemi* (System der Vertheidigung in Form der Klage) olarak adlandırılmıştır.⁶⁶

65 Senn (n 47) 16.

66 Bu adlandırmayı Jhering'e borçluyuz. Bkz Jhering (n 27) 107 ff. – Jhering'in ortaya attığı bu teoriyi destekleyen yazarlar

Bununla birlikte geçersizlik yaptırımını öngörmeyen bütün yasaların doğrudan ya da dolaylı sonuçları bir değildir. Bazı yasalara aykırı taleplere karşı savunma amaçlı açılan dava ceza davası niteliğindeki, bazıları yasaların yaptırımını ise yalnızca mahkûm olunan miktarın olduğu gibi iadesidir. Dolayısıyla dava biçiminde savunma sistemine göre uygun dava, yasanın niteliğine ve yaptırımına göre farklılık göstermektedir.

B. LEX MINUS QUAM PERFECTA VE MİSLİYE İADE

Ulpianus *lex minus quam perfecta*nın tanımını şöyle yapmıştır: “Bir şeyin yapılmasını meneden, eğer yapılmışsa da onu bozmayan, fakat yasaya aykırı olarak yapılan bir ceza bağlayan yasa daha az tam yasadır.”⁶⁷ *Lex minus quam perfecta* yasağa aykırı hukuki işlemi geçersiz kılmayan, fakat yasaya aykırı işleme dayanarak hak talebinde bulunan kişiye yönelik bir para cezası öngören bir yasadır. *Lex minus quam perfecta* tipinde bir yasanın öngördüğü yasak kuralına aykırı bir talebin yöneltildiği yargılama davalının mahkûmiyetiyle sonuçlandıktan sonra, bu kez davalı kendisine karşı yasak kuralına aykırı bir takipte bulunulduğunu ileri sürerek mahkûm olmuş olduğu miktarı misliyle geri alma hakkına sahiptir.

Gaius'tan öğrendiğimize göre *lex minus quam perfecta* niteliği taşıyan yasaların öngördüğü para cezasını elde etmek için, beş yasa davası arasında *legis actio per manus iniectio* adlı yargı yoluna başvurulur.⁶⁸ Esasen *manus iniectio*, kişi üzerinde icranın söz konusu olduğu eski hukukta alacaklının borcunu ödemeyen borçluyu alıkoymasına olanak sağlayan bir icra yoludur;⁶⁹ fakat bu yargı yolu aynı zamanda *lex minus quam perfecta* tipindeki yasaların yaptırımını hayata geçirmek için kullanılmıştır. Bu icra yolunda öngörülen, borçlunun *vindex* adlı bir garantör göstererek alacaklının kendi üzerine koymuş olduğu eli kaldırması imkânı, onun yasaya aykırı taleplere karşı da uygulanmasını mümkün kılmıştır. Yasa davasının olağan uygulama alanından bir sapma oluşturan bu kullanımında, *manus iniecto pro iudicato*, yani bir yargılama gereğince el koymadan söz edilir.⁷⁰ Bu durumda el koyan karşı tarafın hakkındaki mahkûmiyet kararına rağmen borcunu ödemediğini değil, onun kendisine karşı yasaya aykırı bir takipte bulunmuş olduğunu ileri sürer.

icın bkz Karlowa (n 27) 348; Lenel (n 5) 47; Girard (n 11) 1093 n 4; Malberg (n 6) 52 ff; Senn (n 47) 94 n 3.

67 Ulpianus Reglae pr.2: Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam iniungit ei, qui contra legem fecit.

68 Gaius *manus iniectio* yoluyla bir yaptırma kavuşan yasalara örnek olarak *lex Furia de sponsu*, *lex Marcia de usuris* ve *lex Furia testamentaria* adlı yasalardan söz etmiştir. Bkz Gaius Institutiones IV.22-24.

69 Bkz Gaius Institutiones IV.21: Per manus iniectioem aequae de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, uelut iudicati lege XII tabularum. quae actio talis erat: qui agebat, sic dicebat: QVOD TV MIHI IVDICATVS siue DAMNATVS ES SESTERTIVM X MILIA, QVANDOC NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIVM X MILIVM IVDICATI MANVM INICIO, et simul aliquam partem corporis eius predebatur; nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agere, sed uindicem dabat, qui pro se causam agere solebat. qui uindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et uinciebatur. [Aynı şekilde el koyma davası, bir yasayla bu şekilde dava açılacağı düzenlenmiş olan şeyler hakkında da açılırdı; örneğin On İki Levha Yasası'na göre, bir yargı kararına ilişkin olduğu gibi. Bu dava şöyleydi. Davacı şöyle derdi: *Bana karşı yargılandığım ya da mahkûm olduğum on bin sestertiusu sen zamanında ödemedin, bu mesele yüzden yargılamamın on bin sestertiusu için ben sana el koyuyorum*. Ve bunu der demez onun vücudunun bir parçasını kavradı; yargılanmış olanın eli üzerinden çekmesine ve kendi kendine yasa davasını yürütmesine izin verilmezdi, fakat kendisi yerine davayı yürütmesi âdet olan bir *vindex* atardı. Bir *vindex* atamayan, davacı tarafından eve götürülür ve zincire vurulurdu].

70 Bu deyim için bkz Gaius Institutiones IV.22.

Manus iniecto pro iudicato şu şekilde gerçekleşir: Daha önce bir yargılamada bir yasak kuralına aykırı olarak mahkûm olmuş el koyan, *manus iniectio*nun olağan seyrine uygun olarak kendisine karşı böyle bir takipte bulunmuş olan alacaklısına el koyar; ardından zincire vurulmak istemeyen el koyulan, *vindex* belirleyerek ya da istisnai hallerde buna gerek kalmaksızın üzerindeki eli kaldırıp el koyan tarafından alıkoyulmaktan kurtulur. Gaius prosedürün devamını betimlememiş olsa da tahmini hiç güç değildir: El koyulanın eli kaldırması el koyanın iddiasının, yani yasaya aykırı bir mahkûmiyet kararının inkârı anlamına geldiğine göre artık şüpheli bir olgu ortaya çıkmıştır; bu durumda icra yolunun devam edebilmesi için öncelikle bu olgunun araştırılması ve taraflardan hangisinin haklı olduğunun tespiti gerekir.

Magistratusun atadığı bir yargıç, daha önce borçlu ya da el koyan aleyhinde verilmiş yasak kuralına aykırı bir mahkûmiyet kararı bulunup bulunmadığı inceler. Böylelikle icra prosedürü bir icra davasına dönüşmüş olur. İncelemenin sonucunun olumlu olması halinde el koyulan ve onu kaldıran, yasağa aykırı bir takipte bulunmuş olduğu için el koyanın mahkûm olmuş olduğu miktarın iki katı tutarında bir para cezası ödemeye mahkûm edilir.⁷¹ Sonuç olarak, kendisine karşı yasaya aykırı bir mahkûmiyet elde edilmiş olan borçlu, daha sonra *manus iniectio* yoluyla mahkûm olmuş olduğu miktarın iki katını elde edebilir.

C. LEX IMPERFECTA VE AYKEN İADE

Ulpianus günümüze büyük eksikliklerle ulaşmış olan metninde, *lex imperfecta*yı şu şekilde açıklamıştır: “(...) bazı *cognatio* hısımları dışında (...) yasaklar; eğer daha fazlası bağışlanmışsa da bunu bozamaz.”⁷² Lex Cinciadan söz eden Ulpianus, *cognatio* hısımları istisna olmak üzere belirli bir sınırın üstündeki bağışlamaların yasa tarafından yasaklandığını, yasaya aykırı bağışlamaların da geçerliliğini koruduğunu belirtmiştir. *Lex imperfecta* bu bakımdan *lex minus quam perfecta*ya benzemektedir; fakat iki farklı yasa tipi arasında önemli bir farklılık vardır: Gördüğümüz gibi *lex minus quam perfecta* yasak kuralına aykırılığın yaptırımı olarak asıl miktarın iki katı tutarında bir para cezası öngördüğü halde⁷³, *lex imperfecta* böyle bir ceza öngörmez. Bu durum *lex imperfecta*nın hiçbir hukukî sonuç doğurmayan bir yasa olarak görülmesine neden olmuştur. Oysa *lex imperfecta*nın önemli bir işlevi vardır. *Lex imperfecta* tipindeki yasak kuralı düzenleyen yasalar, yasağa aykırı olarak

71 İki kat tutarındaki para cezası *manus iniectio*nun doğrudan ve doğal bir yaptırımı değil, birçok davada söz konusu olan, davacının iddiasını haksız yere inkâr eden davalıya yönelik olarak öngörülmüş olan bir yargılama kuralıdır. – Bu kural için bkz Gaius *Institutiones* IV.171: *aduersus infitantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur, uelut si iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur.* (inkâr edenlere karşı bazı hallerde iki kat davası düzenlenir, örneğin eğer yargılama, ödeme, verilen zarar, *damnatio* yoluyla bırakılan belirli mallar sebebiyle bir dava açılırsa).

72 Ulpianus *Reglae* pr.1: “... prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et si plus donatum sit, non rescindit. – Ayrıca bkz Macrobius (*In somnium Scipionis* II.17.13) *lex imperfecta* tanımını doğrulamıştır: *Sed quia inter leges quoque illa imperfecta dicitur in qua nulla deviantibus poena sancitur.*” (Fakat yasalar arasında da, ihlal edenlere hiçbir ceza öngörmeyene tam olmayan yasa denir).

73 Klasik Hukuk Döneminde iki kat cezasının *manus iniectio*nun doğrudan ve doğal bir yaptırımı olmadığı gözardı edilmiş, bu yaptırım *manus iniectio*ya ve onun uygulanmasına neden olan yasaya atfedilmiştir. Yasak kuralı düzenleyen yasalar yaptırım türüne göre sınıflandırınca, *lex minus quam perfecta*nın yasak kuralın aykırı işlemi geçersiz kılmamakla birlikte para cezası öngören bir yasa olduğu kabul edilmiştir.

yapılan hukukî işlemleri hukukî sebep yönünden sakatlar; böylelikle yasal sınırı aşan bağışlamaların sebepsiz zenginleşme teorisi uyarınca bağışlayana iade edilmesi olanaklı olur.

Bağışlamanın iadesi beş yasa davası arasında *legis actio per condictioem (condictio)* yoluyla talep edilir. Aslında *condictio* yalnızca sebepsiz zenginleşme davası değil, genel olarak bir alacak hakkını talep etmek için başvuru olan bir davadır. Nitekim Gaius *condictio*nun bu özelliğini açıkça bildirmiştir: “Şeye yönelik davalar *vindicatio*, bir şeyin verilmesinin ya da yapılmasının gerektiğini iddia ettiğimiz kişiye yönelik davalar ise *condictio* olarak adlandırılır”.⁷⁴ Bu davanın en önemli uygulama alanlarından biri geçerli bir sebebe dayanmayan kazandırmaların iadesidir. Sebepsiz zenginleşme teorisinin *legis actiones* zamanında da var olan çok eski bir kuram olduğu bilinmektedir.⁷⁵ Daha sonra Klasik Hukuk Döneminde *condictio*lar farklı sebeplerine göre sınıflandırıldığında, yasağa aykırı kazandırmaların iadesini amaçlayan kişiye yönelik dava, *condictio ob iniustam causam* ya da *condictio ex iniusta causa* olarak adlandırılmıştır.

Dolayısıyla *legis actiones* zamanında *lex Cincia* gibi *lex imperfecta* niteliği taşıyan bir yasayla yasaklanan bir hukukî işleme dayanarak alacaklı borçlunun mahkûm olmasını sağladığında, daha sonra borçlu kendisine karşı yasak kuralına aykırı bir takipte bulunduğu ileri sürerek *condictio* yoluyla vermiş olduğunun iadesini elde edebilir. Bu durumda mahkûmiyet yalın iadeye (*in simplum*) ilişkindir, yani mahkûmiyet miktarı kazandırma miktarının aynısıdır; çünkü davanın amacı yalnızca geçerli bir sebebe dayanmayan kazandırmanın iadesidir. *Lex minus quam perfecta* için gündeme gelebilecek *manus iniectio*nun aksine, *condictio* adlı davada uyumsuzluk konusu miktarı aşan bir para cezasına ya da misliyle iadeye imkân veren herhangi bir hukuk kuralı uygulanmaz.

VI. SONUÇ

Sonuç olarak, yazılı dava *formulasına* eklenen bir kayıt olan *exceptio* bu şekilde dava açmanın olanaklı olmadığı *legis actiones* sisteminde doğal olarak var olamaz. Bu durumda, Klasik Hukuk Döneminde kural olarak bir *formula* kaydı yoluyla ileri sürülen savunma sebeplerinin eski usûlde ileri sürülüp sürülemediği sorunu gündeme gelir. Arkaik dönemin ilksel toplumsal ve ekonomik koşullarında temel olarak üretim ve mübadele ilişkilerini düzenleyen hukuk kuralları da basittir. Hukuk kurallarının âdil olmayan sonuçlar doğurması halinde bu kurallardan ayrılınmasını gerektirecek hakkaniyet kavramı henüz hukukun konusu değildir. Klasik Hukuk Döneminde *exceptionun* ortaya çıkışında başat rol oynayan hakkaniyete dayalı savunmalar *legis actiones* zamanında hukuk dışı olgulardır. Bu nedenle, eski usûl sisteminde davacının dayandığı hakkın kayıtsız şartsız inkârı dışındaki savunmalar, ileri sürmenin bir başka yolu olsa bile pek az olmalıdır.

Yargılama sürecinde egemen olan katı şekilcilik ve teklik ilkesi gereği yargıç ne usûle ilişkin savunmaları ne de itirazlar dışındaki maddî hukuk savunmalarını dikkate alabilir; buna karşın,

74 Gaius Institutiones IV.5: Appellantur autem in rem quidem actiones vindicationes, in personam uero actiones, quibus dari fieriue oportere intendimus, conductiones.

75 Ulpianus D.12.5.6: Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condicti: in qua sententia etiam Celsus est. (Sabinus bir kimsenin haksız sebeple elinde olanın *condictio* ile talep edilmesinin mümkün olduğunu düşünen eskilerin görüşünü daima onaylamıştır. Celsus da bu görüştedir).

yargılamanın hazırlık aşamasında görevli *magistratus*, *iurisdictio* yetkisi gereği savunmaları karara bağlayıp gerektiğinde davayı reddedebilir. Gelgelelim uyuşmazlığın esası hakkında değerlendirme yapmamayı âdet edinmiş olan *magistratus*lar, yasada düzenlenmiş bir yasak kuralına aykırı taleplere karşı savunmalar gibi maddî hukuka ilişkin itiraz dışındaki savunma sebeplerini hiç incelememişlerdir. Bu nedenle, eski usûlde bu tür savunma sebeplerinin varlığına rağmen, davalı bu savunmalarını yargılamanın hiçbir aşamasında ileri sürme imkânına sahip değildir. Bu büyük eksiklik, davalıya kendisine karşı yasaya aykırı bir takipte bulunulmuş olduğunu yeni bir davayla ileri sürme imkânı tanınarak giderilmeye çalışılmıştır. Savunma amaçlı dava sistemi olarak adlandırılan bu işleyişte, davalı yargılama sırasından ileri süremediği savunmayı bir iddia haline getirerek ihlal edilen yasak kuralının niteliğine göre yalın ya da misli iade talebinde bulunabilir.

KAYNAKÇA

- Accarias C, *Précis de droit romain*, t II (4^e éd, Cotillon 1886).
- Albanese B, *Il processo privato romano delle legis actiones* (Palumbo 1987).
- Appleton C, 'La Sanction de la loi Cincia sous les actions de la loi et en cas de délégation' (1931) 10(3) *Revue historique de droit français et étranger* (1922-) Quatrième série 423-449.
- Bekker EI, *Die Aktionen des Römischen Privatrechts*, zweiter Bd: Prätorisches, richterliches, kaiserliches Recht (Verlag von Franz Vahlen 1871).
- Bethmann-Hollweg MAvon, *Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, erster Bd: Der Römische Civilprozess, Legis Actiones (Adolph Marcus 1864).
- Caroli E, 'Studi sulla bipartizione del processo privato romano' (Tesi di Dottorato, Università degli Studi di Milano 2016).
- Cornil G, *Ancien droit romain: Le problème des origines* (Librairie des sciences juridiques & Recueil Sirey 1930).
- Crawford MH, *Roman Statutes*, vol 1 (Institute of Classical Studies 1996).
- Cuq E, *Manuel des institutions juridiques des romains* (2^e éd, Plon 1928).
- De Martino F, *La giurisdizione nel diritto romano* (CEDAM, 1937).
- Giffard AE, *Leçons sur la procedure civile romaine* (Domat-Montchrestien 1932).
- — *Précis de droit romain*, t I-II (2. éd, Dalloz 1934).
- Girard PF, 'La date de la loi Aebutia' (1897) 21 *Nouvelle revue historique de droit français et étranger* 249-294.
- — 'Nouvelles observations sur la date de la loi Aebutia' (1908) 29 *Zeitschrift der Savigny-Stiftung Romanische Abteilung* 113-169.
- — *Manuel élémentaire de droit romain* (rééd Jean-Philippe Lévy, 8^e éd, Dalloz 2003).
- Greenidge AHJ, *The Legal Procedure of Cicero's Time* (Clarendon Press 1901).
- Huvelin P, 'Arbitrium liti aestimandae et l'origine de la formule' ds *Mélanges Gérardin* (Sirey 1907) 319-354.
- Jhering Rvon, *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t III (trad Meulenaere, Marescq 1877).
- — *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t IV (trad Meulenaere, 2^e éd, Marescq 1880).
- Karlowa O, *Der Römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen* (Weidmannsche Buchhandlung 1872).
- — *Römische Rechtsgeschichte*, erster Bd: Staatsrecht und Rechtsquellen (Verlag von Veit & Comp 1885).
- Kaser M, 'Prätor Und Judex Im Römischen Zivilprozess' (1964) (32) *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 329-362.
- — und Hackl K, *Das Römische Zivilprozessrecht* (zweite Aufl, Beck 1996).

- Keller FLvon, *De la procédure civile et des actions chez les romains* (trad Charles Thorin, Capmas 1870).
- Lenel O, *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen* (Gustav Koester 1876).
- — ‘Der Prätor im legis actio’ (1909) (30=43) *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung* 329-354.
- — *Das Edictum Perpetuum* (dritte verbesserte Aufl, Verlag von Bernhard Tauchnitz 1927).
- Lévy-Bruhl H, ‘La causae cognitio sous la procédure formulaire’ (1924) (5) *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 383-431.
- — *Recherches sur les actions de la loi* (Sirey 1960).
- Malberg RCde, ‘Histoire de l’exception en droit romain et dans l’ancienne procédure française’ (Thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Paris 1887).
- Mommsen T, *Droit public romain*, t III (trad PF Girard, réimpr 1893, Boccard 1984).
- Pétrau-Gay J, ‘Évolution historique des *exceptiones* et des *praescriptiones*’ (Thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Lyon 1916).
- Savigny FCvon, ‘Von dem Schutz der Minderjährigen im Römischen Recht, und insbesondere von der lex Plaetoria’ (1842) (10) *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 232-297.
- — *Traité de droit romain*, t V (trad Ch. Genoux, 2^e éd, Firmin Didot Frères 1858).
- — *Traité de droit romain*, t VI (trad Ch. Genoux, 2^e éd, Firmin Didot Frères 1859).
- Schmidlin B et Cannata CA, *Droit privé romain*, t II: Obligations, successions, procédure (2^e éd, Payot 1991).
- Sciortino S, ‘Denegare iudicium e denegare actionem’ (2015) (58) *Annali del seminario giuridico dell’Università degli studi di Palermo* 197-240.
- Senn F, *Leges perfectae minus quam perfectae et imperfectae* (Arthur Rousseau 1902).
- Stein P, *Regulae Iuris: From Juristic Rules to Legal Maxims* (Edinburgh University Press 1966).
- Wenger L, *Praetor und Formel* (Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften 1926).
- — *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure* (Otis Harrison Fisk tr, rev edn, Rothman 1986).
- Wlassak M, *Römische Prozessgesetze: Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens Zweite Abteilung* (Duncker & Humblot 1891).
- — ‘Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren: Römischrechtliche Studien, mit Beiträgen zur Lehre von der Einlassung und vom gerichtlichen Anerkenntnis’ (1907) (28=41) *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung* 1-113.
- — *Der Ursprung der römischen Einrede* (Gerold & co 1910).
- Zimmern SW, *Traité des actions ou Théorie de la procédure civile chez les romains: Exposé historiquement depuis son origine jusqu’à Justinien* (trad Louis Etienne, 2^e éd, Toussaint 1846).

5510 Sayılı Kanuna Göre Sosyal Güvenlik Kurumunun Ölüm Sigortası Kapsamında Üçüncü Kişilere Rücuunda “Kast” Şartının İncelenmesi

The Analysis of “Intent” As a Condition in Terms of Recourse to Third Parties by the Social Security Institution within the Scope of Death Insurance in Accordance with the Law No. 5510

Nurşen Canıklıoğlu* , Nuray Kovancı** 

ÖZ

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 39. maddesi ile uzun vadeli sigorta kolundan bağlanan aylıklar için Sosyal Güvenlik Kurumu'na rücu hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla üçüncü bir kişinin kastı nedeniyle sigortalının ölümü halinde 5510 sayılı Kanun uyarınca hak sahiplerine bağlanacak aylığın başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı Kurumca üçüncü kişilere rücu edilir (m. 39/1). Belirtilmelidir ki Kurumun rücu hakkı, üçüncü kişinin kasıtlı fiili ile sınırlandırılmıştır. Üçüncü kişi, kasta dayanmayan eylemi sonucunda sigortalının ölümüne neden olmuş ise bağlanan ölüm aylığı sebebiyle Kurum karşısında sorumlu tutulamaz.

Anahtar Kelimeler: Sosyal Güvenlik Kurumu, Ölüm Sigortası, Üçüncü Kişi, Rücu Hakkı, Kast

ABSTRACT

By Article 39 of the Law No. 5510 on Social Insurance and Universal Health Insurance, the Social Security Institution is granted with the right to recourse in respect of pensions subject to long term insurance branch. Therefore, if an insurance holder dies due to the intentional acts of a third party, half of the first advance capital of the pension to be granted to the rights owners shall be recourse to the third parties by the Institution in accordance with the Law No. 5510 (Art. 39/1). It should be stated that the right to recourse of the Institution is limited to the intentional acts of third parties. If a third party causes the death of an insurance holder as a result of an unintentional act, they shall not be held responsible before the Institution on account of the survivor's pension.

Keywords: Social Security Institution, Death Insurance, Third Party, Right of Recourse, Intent

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0001-5864-8270.

** Hâkim, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, nuraykovanci@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-0269-6606.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Nurşen CANIKLIOĞLU

E-posta/E-mail: nursenca@hotmail.com

Geliş Tarihi/Received: 01.04.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 15.06.2022

GİRİŞ

Ölüm, gerçekleşeceği kesin olup zorunlu olarak bütün insanların karşılaştacağı bir olaydır¹. Sigortalı açısından bir risk olmayan ölüm, genel olarak geçimleri sigortalı tarafından sağlanan geride kalan hak sahipleri açısından gelir kaybına ve doğrudan veya dolaylı olarak gider artışına yol açan, güvence altına alınması gereken bir risktir². Ölümün sosyal bir risk olarak nitelendirilmesinin kaynağında, ölen kişinin çalışırken elde ettiği emek geliri ile diğer aile bireylerinin geçimini sağladığı düşüncesi yatmaktadır³.

Sosyal Güvenlik Hukukumuzda ölüm olayı iki ayrı sigorta kolunda ele alınmaktadır. İş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine gelir bağlanmasının koşulları, kısa vadeli sigorta hükümleri kapsamında iş kazası ve meslek hastalığı sigortasında düzenlenmiştir (SSGSSK m. 16/1-c, 20). İş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölüm netice itibarıyla ölüm sigortası açısından da sosyal sigorta edimini gerektiren bir olgu olduğu için koşulların mevcut olması halinde hak sahiplerine iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölüm halinde ölüm sigortasından da aylık bağlanacak, ancak gelir ve aylıkların birleşmesine göre işlem yapılacaktır. Buna karşılık sigortalının iş kazası ve meslek hastalığı dışında herhangi bir nedenle ölümü halinde ise hak sahiplerine yapılacak yardımlar hakkında sadece ölüm sigortası hükümleri uygulama alanı bulacaktır (SSGSSK m. 32-37)⁴. 5510 sayılı Kanunda ölüm sigortası, uzun vadeli sigorta kolları içinde yer almaktadır (m. 3/5).

Sigortalının iş kazası veya meslek hastalığı dışında bir sebeple ölmesi durumunda Sosyal Güvenlik Kurumu hak sahiplerine ölüm sigortasından Kanunda öngörülen şartlarda sosyal sigorta yardımlarını yapmakla yükümlüdür. Ölüm sigortasından yapılan temel yardım ise, ölüm aylığı bağlanmasıdır⁵. Bu yardımın amacı, geçimleri sigortalı tarafından sağlanan hak sahiplerine sigortalının ölümünden sonra maddi destek sağlanmasıdır⁶.

Öte yandan sosyal güvenlik sisteminin sürdürülebilirliğini sağlamak için Kurumun aktüeryal dengesinin korunması büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle 5510 sayılı Kanunda Kuruma, yaptığı sosyal sigorta yardımlarını zarara neden olan kişilerden belirli koşullar altında talep etme imkânı getirilmiştir. Kurumun, yapılan sosyal sigorta yardımlarını, tazmin sorumlularından geri isteme

- 1 A. Can Tuncay ve Ömer Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri* (Yenilenmiş 20 nci Bası, Beta 2019) 8; Nüvit Gerek, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (2. Baskı, Anadolu Üniversitesi 2002) 3.
- 2 Ali Güzel, Ali Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (Yenilenmiş 19. Bası, Beta 2021) 646; Nuray Gökçek Karaca, 'AB Ülkeleri ve Türkiye'de Zorunlu Sosyal Sigorta Sisteminde Ölüm Sigortasından Hak Sahiplerine Sağlanan Sosyal Güvenlik Yardımları', A. Can Tuncay'a Armağan (Legal 2005) 999, 999.
- 3 Nurşen Caniklioğlu, '506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu Açısından Geride Kalanların Korunması' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 1997) 23.
- 4 Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 2) 646; Tuncay ve Ekmekçi (n 1) 546. Ayrıca bkz. A. Can Tuncay, 'Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri' Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013 (İstanbul 2015) 463, 578.
- 5 Ali Rıza Okur, 'Çalışmanın Gelir ve Aylıklara Etkisi' Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan Cilt: II (Beta 2011) 2141, 2166; Nurşen Caniklioğlu, 'Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri' Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012 (Ankara 2014) 377, 456; Gökçek Karaca (n 2) 1002. Ölüm sigortasından sağlanan diğer yardımlar; ölüm toptan ödemesi, aylık almakta olan kız çocuklarına evlenme ödeneği verilmesi ve cenaze ödeneği verilmesidir (SSGSSK m. 32/1). Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 2) 682 vd.; Tuncay ve Ekmekçi (n 1) 563 vd.
- 6 Okur, 'Çalışmanın Gelir ve Aylıklara Etkisi' (n 5) 2166.

hakkına öğretilmiş ve uygulamada “rücu hakkı”, bu kapsamda açılan davalara da “rücu davası” denilmektedir⁷. Kurumun rücu hakkına ilişkin hükümler Sosyal Güvenlik Hukukuna özgü ve özgün bir sorumluluk esası öngörmekte olup genel hukuktan ayrı bir hukuksal yapıya sahiptir⁸.

5510 sayılı Kanun, uzun vadeli sigorta kolları açısından 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nda bulunmayan bir düzenlemeye yer vererek uzun vadeli sigorta kollarından bağlanan aylıklar için Kuruma rücu hakkı tanımıştır⁹. 5510 sayılı Kanunun “Uzun vadeli sigorta kolları bakımından üçüncü kişinin sorumluluğu” başlıklı 39. maddesindeki hükme göre; “Üçüncü bir kişinin kastı nedeniyle malûl veya vazife malûlü olan sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine, bu Kanun uyarınca bağlanacak aylığın başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı için Kurumca zarara sebep olan üçüncü kişilere rücu edilir.

Malûllük, vazife malûllüğü veya ölüm hali, kamu görevlilerinin veya er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmiş ise, bu fiillerden dolayı haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler veya bağlanan aylıklar için Kurumca, kurumuna veya ilgililere rücu edilmez.”¹⁰.

5510 sayılı Kanunun 39. maddesinden doğan rücu hakkının amacı, kasti hareketi ile sigortalının ölümüne ve dolayısıyla hak sahiplerine aylık bağlanmasına neden olan üçüncü kişiye kısmen de olsa medeni ceza vermek ve Kuruma gelir sağlamaktır¹¹. Üçüncü kişilerin bir başkasını, konumuz

7 Ali Güzel, ‘Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene Rücu ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar’ Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1996 Yılı Toplantısı (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 1996) 279, 283; Ali Güzel ve Ali Rıza Okur, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (Yenilenmiş 10. Baskı, Beta 2004) 314; Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 2) 436, 446; Mustafa Çenberci, *Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi* (Olgaç Matbaası 1985) 295; Kadir Arıcı, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku* (Gazi Kitabevi 2015) 300; Müjdat Şakar, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (Yenilenmiş 13. Baskı, Beta 2020) 264; Cevdet İlhan Günay, *İş Davaları, Açıklama, Dava Dilekçesi, İlgili Mevzuat, Yargı Kararları* (6. Baskı, Yetkin 2019) 1620; Halil Özdemir, ‘Sosyal Güvenlik Kurumunun Rücu Alacağı Hukuki Niteliği’ (2019) 45 (2) Yargıtay Dergisi 635, 637; Nihat Seyhun Alp, *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Kapsamında Rücu Davaları* (1. Baskı, Seçkin 2018) 19; Orhan Ersun Civan, ‘İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Rücu Hakkının Hukuki Niteliği ve Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Koşulları’ (2015) 64 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 531, 532; Resul Aslanköylü, *En Son Değişikliklerle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi – SSK ve Bağ-Kur Kanunu ile Karşılaştırmalı – Cilt: 2* (3. Baskı, Bilge 2017) 1858; Utkan Arslı, ‘Rücu Davalarında Tavan Sınırlamasının İptali ve Ortaya Çıkardığı Sorunlar ve 01.07.1994 Günlü YİBBGKK’(2007) (6) Sicil İş Hukuku Dergisi 185, 196.

8 Çenberci (n 7) 187 vd.

9 Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 2) 687. Ayrıca bkz. A. Can Tuncay, ‘5510 Sayılı Kanun Açısından Ölüm Sigortası’ Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan Cilt 2 (Beta 2010) 1231, 1243; Tuncay ve Ekmekçi (n 1) 495. Hükümün eleştirisi hakkında bkz. Levent Akın, ‘5754 Sayılı Yasa Sonrasında Yeni Malullük Sigortası’ Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan Cilt 2 (Beta 2010) 879, 920 vd.

10 17.4.2008 tarihli ve 5754 sayılı Kanunun 65. maddesiyle birinci fıkrada yer alan “malûl kalan” ibaresi “malûl veya vazife malûlü olan” şeklinde değiştirilmiş; aynı Kanunun 66. maddesiyle ikinci fıkrada yer alan “Malûllük” ibaresinden sonra gelmek üzere “vazife malûllüğü” ibaresi eklenmiştir.

11 Aslanköylü, *Şerh C. 2* (n 7) 1440; Alp (n 7) 125 vd. Rücu davalarında, zararlandırıcı sigorta olayı sonucu yapılan yardımlar nedeniyle Kurumun malvarlığında meydana gelen eksikliği giderme ve masrafları karşılama amacının bulunduğu hakkında bkz. Çenberci (n 7) 187; Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 2) 435; Aydın Başbuğ, *Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene ve Üçüncü Kişiyne Rücuu* (Kamu-İş 1992) 25; Civan (n 7) 533; Özdemir (n 7) 644; Ercan Turan, ‘5510 Sayılı Yasa Kapsamında Rücu Tazminat Davaları’ (2009) (15) Sicil İş Hukuku Dergisi 193, 193.

açısından ise sigortalıları koruma yükümü onların tüm vücut bütünlüğünü kapsamaktadır. Bu bağlamda bir başkasının vücut bütünlüğüne karşı olumsuz davranışlardan kaçınma yükümü ölüme sebep olmama fiilini de içermektedir. İşte bu nedenle üçüncü kişiler koruma yükümünün ihlal ile sigortalıların ölümlerine neden olduklarında Kurumun hak sahiplerine sundukları edimi tazmin etmekle sorumlu tutulmuşlardır¹².

Yukarıda da belirtildiği üzere 506 sayılı Kanunda *ölüm sigortasından bağlanan aylıklar* için Kuruma rücu hakkı tanıyan bir düzenleme bulunmamaktaydı. Buna karşılık 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 63. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında,“(1) Üçüncü bir kimsenin suç sayılır hareketi ile bu Kanunda sayılan yardımların yapılmasını gerektiren bir halin doğmasında, Kurum, sigortalı veya hak sahiplerine gerekli bütün yardımları yapar.

(2)Ancak, Kurum, yapılan bu yardımların ilk peşin değeri için üçüncü kişilere, istihdam edenlere, (...¹³) ve diğer sorumlulara rücu eder. Bu kimselerin hak sahiplerine yaptıkları ödemeler dolayısıyla Kurumun zarara uğraması halinde, hak sahiplerine rücu hakkı saklıdır.”¹⁴ hükümlerine yer verilmişti. Anılan maddede “Bu Kanunda sayılan yardımların” yapılmasını gerektiren bir halin doğmasına neden olan üçüncü kişilerden söz edildiği için, Bağ-Kur tarafından sigortalıya yapılması öngörülen yardımların kapsamına uzun vadeli sigorta kollarından yapılan yardımlar, dolayısıyla ölüm aylığı da girmekte, sonuç olarak 1479 sayılı Kanun açısından ölüm sigortasından yapılan yardımlar rücu edilebilmekteydi¹⁵.

24.7.2003 tarih ve 4956 sayılı Kanun ile 1479 sayılı Kanunun 63. maddesine, “Taksirli suç sayılır hareketi ile bu Kanunda sayılan yardımların yapılmasına neden olan üçüncü kişinin sigortalının eşi, çocukları, ana ve babası olması halinde, bu kişilere rücu edilmez. Kurumun rücu hakkını doğuran suç sayılır hareket yurt dışında meydana gelmiş, suçun faili yabancı uyruklu ve yurt dışında ikamet ediyorsa, bu kişilere rücu edilmez.” fıkraları eklenmişti. 5510 sayılı Kanun çıkarılırken bazı maddeleri dışında hem 506 hem de 1479 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış, Kurumun uzun vadeli sigorta kolları açısından üçüncü kişiye rücu hakkı 39. maddede biraz daha farklı bir içerikle özel olarak düzenlenmiştir.

5510 sayılı Kanunun 39. maddesi kapsamında Kurumun rücu hakkının söz konusu olabilmesi için; zarar görenin sigortalı olması, zarara üçüncü kişinin neden olması, zararın üçüncü kişinin kasıtlı bir hareketiyle gerçekleşmesi, sigortalının ölümü halinde hak sahiplerine ölüm sigortasından aylık bağlanması ve kasti hareket sonucu oluşan zarar ile aylık bağlama işlemi arasında uygun illiyet bağının gerçekleşmiş bulunması gerekmektedir¹⁶.

Biz bu çalışmada 5510 sayılı Kanunun 39. maddesine göre Sosyal Güvenlik Kurumunun ölüm sigortası kapsamında üçüncü kişilere rücuunda sorumluluğun koşullarından kastı ele almaya

12 Ali Nazım Sözer, *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku* (Güncellenmiş 4. Baskı, Beta 2019) 200.

13 Bu kısımda yer alan “...araç sahiplerine...” ibaresi, Anayasa Mahkemesi'nin 27.3.2002 tarihli ve 2001/343 Esas, 2002/41 Karar sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Bkz. RG., 13.11.2002, 24935.

14 Söz konusu maddenin ikinci fıkrası, 20.6.1987 tarih ve 3396 sayılı Kanunun 11. maddesi ile değiştirilmiş şeklidir.

15 Yargıtay 10 HD, E 809 K 5441, 7.7.1978 (Mustafa Çenberci ve Turgut Uygur, *Bağ-Kur Kanunu Şerhi* (Olgaç Matbaası 1979) 273 vd.)

16 Aslanköylü, *Şerh C. 2* (n 7) 1440.

çalışacağız. Mevcut düzenlemenin kapsam ve koşullarını daha iyi ortaya koyabilmek ve 1479 sayılı Kanun açısından daha önceki uygulama ile karşılaştırmalı inceleme yapabilmek amacıyla da 1479 sayılı Kanunda yer alan düzenlemeye yeri geldikçe değineceğiz.

Son olarak ekleyelim ki, 1479 sayılı Kanun ile 5510 sayılı Kanundaki düzenlemelerin farklılığı sebebiyle somut olaylarda hangi kanun hükmünün uygulanması gerektiğini tespit edebilmek için kanunların zaman bakımından uygulanması konusu üzerinde de özel olarak durulacaktır.

I. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN KURUMUN RÜCU ALACAĞINDAN SORUMLULUĞUNDA KASTIN ROLÜ

Yukarıda da belirtildiği gibi 5510 sayılı Kanun m. 39/1 hükmünde ölüm sigortasından bağlanan aylıklar için Kuruma üçüncü kişilere rücu olanağı tanınmış, ancak bunun için kusurun en ağır düzeyi olan kastın varlığı aranmıştır¹⁷. Bir diğer ifadeyle üçüncü kişinin sorumluluğu sadece kasıtlı davranışı ile sınırlandırılmıştır¹⁸. Dolayısıyla üçüncü kişiye rücu, üçüncü kişinin ancak kasıtlı hareketi sonucu sigortalıya verdiği zararlar sebebiyle ve kusuru oranında söz konusu olacaktır¹⁹.

Üçüncü kişilerin rücu alacağından sorumluluğu, Kurumun rücu hakkının doğumu Kanunun öngördüğü koşulların hep birlikte gerçekleşmesine bağlıdır. Bu koşullardan herhangi birinin gerçekleşmemesi halinde üçüncü kişiye rücu söz konusu olmayacaktır. Konumuz açısından ise zararlandırıcı olayda üçüncü kişinin kastının bulunmaması sorumluluğun doğumuna engeldir ve bu hâlde Kurum rücu hakkını kullanamaz²⁰.

Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda 5510 sayılı Kanunun m. 39/1 hükmüne göre Kurumun rücu hakkının, üçüncü kişinin sadece kasıtlı fiiline özgülenmiş olduğunu belirtmektedir²¹. Yargıtay'a göre, Kanunun açık ve buyurucu hükmüne göre; üçüncü kişi, kasta dayanmayan fiili sonucunda sigortalının ölümüne neden olmuş ise, hak sahiplerine bağlanan aylıkların ilk peşin değerinin yarısından sorumlu tutulması mümkün değildir. Yüksek Mahkeme taksirli eylemlerin 39. maddedeki rücu kapsamı dışında tutulduğunu ifade etmektedir²². Dolayısıyla bu kapsamda yapılacak değerlendirmede, sorumluluğun doğması için aranan kast unsuru özellikle gözetilmeli ve irdelenmelidir²³.

17 Sözer, *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku* (n 12) 200.

18 Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 2) 687; Tuncay, 'Ölüm Sigortası' (n 9) 1243; Aziz Can Tuncay, '5510 Sayılı Kanun Açısından Maluliyet Sigortası'nın Esasları' Ali Güneren'e Armağan (İstanbul Barosu Yayınları 2010) 13, 28; Tuncay ve Ekmekçi (n 1) 495.

19 Arıcı (n 7) 303.

20 Çenberci (n 7) 192 vd.; Başbuğ (n 11) 63; Resul Aslanköylü, *En Son Değişikliklerle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi – SSK ve Bağ-Kur Kanunu ile Karşılaştırmalı – Cilt: 1* (3. Baskı, Bilge 2017) 901.

21 Yargıtay 10 HD, E 2015/24631 K 2016/2049, 16.02.2016; Yargıtay 10 HD, E 2016/191 K 2018/837, 12.02.2018; Yargıtay 10 HD, E 2016/2976 K 2018/7382, 02.10.2018; Yargıtay 10 HD, E 2017/2998 K 2019/4882, 28.05.2019; Yargıtay 10 HD, E 2016/18066 K 2019/5759, 03.07.2019 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 2 Mart 2021.

22 Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin verdiği bir karara göre, "5510 sayılı Yasanın 39. madde kapsamında sorumluluk için olayda kast unsurunun bulunmasının gerektiği ancak dava konusu olayın trafik kazası olduğu ve kast unsurunun olmadığı dikkate alınmadan davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir." Yargıtay 10 HD, E 2016/16683 K 2019/2332, 13.03.2019 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 2 Mart 2021.

23 Yargıtay 10 HD, E 2014/20646 K 2016/165, 18.01.2016 ((Mayıs-Haziran 2016) 90 (2016/3) İstanbul Barosu Dergisi, 565 vd.)

1479 sayılı Kanunun 63. maddesinde düzenlenen rücu hakkının kullanılabilmesi için ise, üçüncü kişinin “suç sayılır hareketi” ile Kanunda belirtilen yardımların yapılmasına neden olması koşulu aranmakta idi. Bunun sonucunda, üçüncü kişinin sorumluluğuna gidilebilmesi için suç sayılır bir hareketin varlığı gerekmektedir²⁴. Bir diğer ifadeyle, madde hükmü, “suç”la çerçevelenmiş sınırlı bir sorumluluk öngörmekteydi. Üçüncü kişinin sigorta yardımlarının yapılmasını gerekli kılan zararlandırıcı eylemi suç niteliğini taşımıyorsa üçüncü kişinin sorumlu tutulması mümkün olmamakta²⁵ Kurum yaptığı yardımları üçüncü kişiye ve diğer sorumlulara rücu edememekteydi²⁶.

Bir hareketin suç sayılıp sayılmayacağına ise Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre belirlenmesi gerekmektedir²⁷. 1479 sayılı Kanunun 63. maddesi kapsamında, işlenen suç kasıtlı değil de taksirli suç niteliğinde olsa dahi üçüncü kişi rücu alacağından dolayı sorumlu tutulabilmekte, örneğin, tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu sigortalının ya da hak sahiplerinin ölümüne neden olan üçüncü kimse, diğer yasal koşullarda oluşmuş ise, Kurumca ilgililere sağlanan yardımlardan dolayı Kuruma karşı sorumlu tutulmaktaydı²⁸.

Görüldüğü üzere, 5510 sayılı Kanunun 39. maddesi, 1479 sayılı Kanunun 63. maddesiyle karşılaştırıldığında; “suç sayılır hareket” yerine “kasıt” ölçütünü getirerek 1479 sayılı Kanuna oranla daha dar kapsamlı bir içerik oluşturmuştur²⁹.

II. KAST KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

Kast kavramı hem Borçlar Hukuku hem de Ceza Hukuku kavramıdır. Dolayısıyla 5510 sayılı Kanunun 39. maddesinin uygulanmasında “kast”ın hangi ilke ve esaslar çerçevesinde tespit edileceği önem taşımaktadır.

Biz çalışmanın bu bölümünde, Türk Borçlar Hukuku ve Türk Ceza Hukuku bakımından kast kavramını ve çeşitlerini inceleyeceğiz.

B. TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA KAST

Sorumluluk hukukunda, sorumluluk türlerinden en yaygın ve en geniş olanı, kusur sorumluluğudur. Burada sorumluluk, zarar veren kişinin kusurlu davranışına dayanır ve bu sebeple bu tür sorumluluğa “kusur sorumluluğu” denilmektedir³⁰.

24 Caniklioğlu, ‘Yargıtay’ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi’ (n 5) 434.

25 Çenberci ve Uygur (n 15) 263.

26 Ahmet Kılıçoğlu, ‘Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu’ (1974) 31 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 395, 443; Aslanköylü, *Şerh C. 2* (n 7) 1450.

27 Aslanköylü, *Şerh C. 2* (n 7) 1450; Caniklioğlu, ‘Yargıtay’ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi’ (n 5) 435.

28 Aslanköylü, *Şerh C. 2* (n 7) 1451. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin konuya ilişkin bir kararına göre, “...Diğer bir ifade ile anılan madde; üçüncü kişilerin, suç sayılır taksirli veya kasıtlı bir hareketi sonucunda Bağ-Kur sigortalısına veya hak sahiplerine sağlık yardımı yapılmasına, malullük, yaşlılık veya ölüm aylığı bağlanmasına neden olursa, Kuruma, bu yardımları rücu geri isteme hakkı veren bir yasal düzenlemedir.” Yargıtay 10 HD, E 2020/1759 K 2020/4976, 28.09.2020 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 2 Mart 2021.

29 Alp (n 7) 126 vd.; Turan (n 11) 203.

30 Cevdet Yavuz, ‘Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Göre “Kusursuz Sorumluluk” Halleri ve İlkeleri’ (2008) 14 (4) Marmara

Kusur sorumluluğunun kurucu unsuru, kusurdur. Bu sebeple, sorumluluğun doğması için zarar, fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılık unsurlarından başka zarar verenin kusurlu olması da gerekir. Burada “kusur olmadan sorumluluk olmaz” ilkesi geçerlidir³¹. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 49/1'e göre; kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Kusur, kast ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılır³². 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda kast kavramı tanımlanmamıştır. Kast, kusurun bir çeşidi olarak kanun maddelerinde (TBK m. 49/2, m. 316/3, m. 325/2, m. 407/2 c.2, m. 477/1) terim olarak geçmektedir³³.

Öğretide yapılan bir tanıma göre; kast, haksız fiil failinin zararlı sonucu bilerek ve isteyerek hareket etmesini ifade eder³⁴. Kastta zarar verenin iradesi, hukuka aykırı sonuca yönelmiştir³⁵. Kişi, fiilinin sonucunu bilmekte ve istemektedir³⁶. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da konuya ilişkin bir kararında kastı, “Kast, kusurun en ağır derecesidir. Kast, failin hukuka aykırı sonucu tasavvur ettiğini (bu sonucun bilincinde olduğunu) ve bu sonucu istediğini ifade eder.” şeklinde açıklamıştır³⁷.

Öğretide kastın, öngörme ve isteme olmak üzere iki unsurdan oluştuğu ifade edilmektedir. Buna göre, öngörme unsuru, hukuka aykırı sonucun önceden öngörülmesi ve bilinmesi iken; ikinci unsur da, kişinin hukuka aykırı sonucu istemesidir³⁸.

Kast, doğrudan kast ve dolaylı kast (ihtimalî kast) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır³⁹. Doğrudan kastta zarar veren, hukuka aykırı sonucu doğrudan doğruya istemekte, kabul etmektedir⁴⁰. Örneğin bir kişiye zarar vermek amacıyla aracı bu kişinin üzerine süren kişi kasten hareket etmiş olmaktadır⁴¹.

Kastın bir diğer çeşidi ise dolaylı kasttır. Dolaylı kast, öğretide olası kast (ihtimalî kast)⁴² olarak da ifade edilmektedir⁴³. Dolaylı kast durumunda, zarar veren hukuka aykırı sonucu doğrudan istememesine rağmen, bu ihtimali göz önüne alarak, buna razı olarak hareket etmektedir⁴⁴. Örneğin,

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 29, 30; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Baskı, Yetkin 2021) 594.

31 Eren (n 30) 594, 655; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: II* (Genişletilmiş 15. Bası, Vedat 2020) 12, 54; Yavuz (n 30) 31.

32 Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt II m. 49-82* (Yetkin 2022) 1167; Oğuzman ve Öz (n 31) 56; Mustafa Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (1. Baskı, Seçkin 2021) 154 vd.

33 O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 2* (Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin 2019) 74.

34 Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, Filiz 1993) 493; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş – Güncelleştirilmiş 24. Bası, Turhan 2020) 405; Oğuzman ve Öz (n 31) 56; Ünlütepe (n 32) 154. Aynı yönde bkz. Oğuz Sadık Aydos, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin 2022) 101.

35 Eren (n 30) 659.

36 Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku* (n 34) 405; Oğuzman ve Öz (n 31) 56.

37 Yargıtay HGK, E 2015/10-2236 K 2019/34, 29.01.2019 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 3 Nisan 2022.

38 Antalya (n 33) 75.

39 Eren ve Dönmez (n 32) 1169; Antalya (n 33) 76; Ünlütepe (n 32) 154.

40 Eren ve Dönmez (n 32) 1169; Antalya (n 33) 76.

41 Aydos (n 34) 101.

42 Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 34) 493; Oğuzman ve Öz (n 31) 56.

43 Ünlütepe (n 32) 154.

44 Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 34) 493; Oğuzman ve Öz (n 31) 56; Antalya (n 33) 76; Aydos (n 34) 101;

hasmının sadece evini yakmak isteyen bir kimsenin bu yangın esnasında hasmının da ölebileceğini düşünerek evi ateşe vermesi halinde, fail, hasmının yanarak ölmesini doğrudan doğruya istememekle birlikte, böyle bir sonucun gerçekleşme ihtimalini kabul etmekte, onu göze almaktadır. Dolayısıyla fail dolaylı kast ile hareket etmektedir⁴⁵.

Doğrudan kast ile dolaylı kast arasında ise hukuki sonuçları yönünden bir fark bulunmamaktadır⁴⁶.

C. TÜRK CEZA HUKUKUNDA KAST

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Türk Borçlar Kanunu'nun aksine kast kavramını tanımlamıştır. Türk Ceza Kanunu'nun 21/1. maddesine göre; “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*”. Bu düzenleme ile kastın, suçun genel nitelikte manevi (sübjektif) bir unsuru olduğu ortaya konulmuştur⁴⁷.

Türk Ceza Kanunu, bir suçun gerçekleşmesi bakımından esas manevi unsuru “kast” olarak belirlemiş ve suçun oluşmasını kasten gerçekleştirilen bir fiilin varlığına bağlamıştır. Davranış kasten gerçekleştirilmemişse, kural olarak, cezalandırılabilir bir davranış da söz konusu değildir⁴⁸. Bir diğer anlatımla, Kanunun suç saydığı bir eylem dolayısıyla kişinin cezalandırılabilmesi için kural olarak eylemin kasten işlenmiş olması gerekir⁴⁹. Türk Ceza Kanunu'na göre, taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hâllerde cezalandırılır (m. 22/1). TCK m. 21/1 hükmünde yer alan ilk cümle ve m. 22/1 hükmü birlikte ele alındığında, kural olarak, suçlar kasten işlenebilir, istisnaen, taksirle işlenebilir. Bu nedenle bir suçun taksirle işlenebilmesi için kanunda açıkça ve ayrıca taksirle işlenebileceği belirtilmelidir⁵⁰.

Öğretide de benzer tanım verilmekte ve kast, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirme, olarak tanımlanmaktadır⁵¹. Dolayısıyla kast iki unsurdan oluşmaktadır: 1. Bilme, 2. İsteme (irade)'dir⁵².

TCK 30/1. maddede, “*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz*” hükmüne yer verilmiştir. Şu halde, failin kasten hareket etmiş sayılabilmesi için bilmesi gereken hususlar, sonuç alt unsurunu da kapsayacak biçimde suçun kanuni

Ünlütepe (n 32) 1544.

45 Eren ve Dönmez (n 32) 1169 vd.

46 Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 34) 493; Antalya (n 33) 76; Ünlütepe (n 32) 155.

47 Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75* (4. Bası, Beta 2015) 229.

48 M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Adalet 2019) 391.

49 Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Yenilenmiş Bası, Beta 2016) 426.

50 Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Adalet 2019) 407.

51 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 48) 394; Caniklioğlu, ‘Yargıtay’ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi’ (n 5) 435.

52 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 48) 394; Caniklioğlu, ‘Yargıtay’ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi’ (n 5) 435; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Güncellenmiş 15. Baskı, Seçkin 2020) 376; Kayıhan İçel, ‘Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli “Kast” ’ (2007) (12) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 61, 62; Tuğrul Katoğlu, ‘*Olası Kasıt ve Suça Teşebbüs*’ Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan Cilt: 1 (Ankara 2015) 611, 613; Özen (n 49) 411; Zafer (n 47) 230.

tanımında yer alan bütün maddi unsurlardır⁵³. Dolayısıyla, bilme, fiilin Kanunda öngörülen tüm unsurlarını kapsamalıdır⁵⁴. Kastın isteme unsuru ile kastedilen ise, suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurların gerçekleştirilmesinin istenmesidir. Daha açık deyişle isteme unsuru, suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurların gerçekleştirilmesine yönelik iradeyi ifade etmektedir⁵⁵.

Kastın çeşitleri ise, doğrudan doğruya kast ve olası kاستtır. Türk Ceza Kanununda hem “kast” hem de “olası kast” tanımlanmıştır (TCK m. 21). Fail suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurları bilerek ve isteyerek hareket ediyorsa bu durumda doğrudan kast söz konusudur⁵⁶. Olası kast (gayri muayyen, dolayısıyla, belirli olmayan kast veya dolus eventualis⁵⁷) ise, TCK’nın 21. maddesinin ikinci fıkrasında, “*Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır*” şeklinde düzenlenmiştir⁵⁸. Failin suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, hareketine devam etmesi ve fiilin olası sonuçlarını kabullenmesi halinde, olası (muhtemel) kast söz konusu olur. Diğer bir ifadeyle, hareketinin belli bir neticeyi meydana getirebileceğini öngören failin, söz konusu hareketi yapmaktan kaçınmaması, “olursa olsun” demesi, olası kastın varlığını gösterir⁵⁹.

Türk Ceza Kanununda olası kastın varlığı halinde temel cezada indirim yapılması öngörülmüştür. TCK m. 21/2’ye göre, “*Bu halde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir.*”

III. ÖLÜM AYLIĞININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE RÜCUU BAKIMINDAN KASTIN BELİRLENMESİ

A. YARGI KARARLARINDA BENİMSELENEN GÖRÜŞ

Yargıtay’ın, 5510 sayılı Kanunun m. 39/1 hükmüne dayanan uyuşmazlıklar hakkında vermiş olduğu kararlarının incelenmesinden, kastın varlığı konusunda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Kast”

53 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 48) 394; İçel, *Ceza Hukuku* (n 49) 426; aynı yazar, ‘Kast’ (n 52) 62; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 13. Baskı, Seçkin 2020) 154, 159 vd.

54 Katoğlu (n 52) 613; Zafer (n 47) 232.

55 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 48) 399.

56 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 48) 399.

57 İçel, *Ceza Hukuku* (n 49) 430.

58 TCK’nın 21. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde yapılan olası kast tanımının eksik olduğu yönünde bkz. Katoğlu (n 52) 614.

59 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 48) 401. Aynı yönde bkz. Zafer (n 47) 235. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’na göre, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 21. maddesi; “..Olası kastı doğrudan kasttan ayıran diğer ölçüt; suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşmesinin muhakkak olmayıp, muhtemel olmasıdır. Fail, böyle bir durumda muhakkak değil ama, büyük bir ihtimalle gerçekleşecek olan neticenin meydana gelmesini kabullenmekte ve “olursa olsun” düşüncesi ile göze almakta; neticenin gerçekleşmemesi için herhangi bir çaba göstermemektedir. Olası kastta fiilin kanunda tanımlanan bir sonucun gerçekleşmesine neden olacağı muhtemel görülmesine karşın, bu neticenin meydana gelmesi fail tarafından kabul edilmektedir.” Yargıtay CGK, E 2014/1-200 K 2016/250, 10.05.2016 (Yusuf Yaşar ve Nil M. G. Diken, ‘Karar İncelemesi – Bilinçli Taksir ve Olası Kast (Dolus Eventualis) Farkının Değerlendirilmesi’ (2018) 7 (1) Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi 97, 98 vd.)

başlıklı 21. maddesindeki düzenlemeyi esas aldığı görülmektedir. Gerçekten 10. Hukuk Dairesinin konuya ilişkin 2012 yılında vermiş olduğu bir kararında şu açıklamalara yer verilmiştir: “5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “Kast” başlıklı 21. maddesi; “Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.” düzenlemesini içermektedir. Buna göre, Kanunun suç saydığı bir eylem dolayısıyla kişinin cezalandırılabilmesi için, kural olarak eylemin kasten işlenmiş olması gerekir. Kastın unsurları ise: 1-)Öngörme Unsuru; Failin kasten hareket etmiş sayılabilmesi için, sonuç alt unsuru da dahil olmak üzere yasal tanımda yer alan tüm unsurları öngörmüş, yani onları bilmiş olması gerekir. 2-)İsteme (irade) Unsuru; Bir şeyin bilinmiş olması, o şeyin aynı zamanda istenmiş olduğunu göstermez. Yani, öngörme, aynı zamanda isteme anlamına gelmez. Bu nedenle, failin kasten hareket ettiğini söyleyebilmek için, başta kanunda tanımlanan sonuç alt unsuru olmak üzere, öngördüğü tüm hususları aynı zamanda istemiş olması gerekir. Failin öngördüğü ile istediği arasında uygunluk varsa, yani öngördüğü sonuca ulaşmak için iradesini harekete geçirmişse, kastı oluşmuş sayılır ve bundan sorumlu tutulur. 5510 sayılı Kanunun 39. maddesi, 1479 sayılı Kanunun 63. maddesiyle karşılaştırıldığında; “suç sayılır hareket” yerine “kast”; “ilk peşin değer” yerine “ilk peşin sermaye değerinin yarısı” ölçütü getirilerek 1479 sayılı Kanuna oranla daha dar kapsamlı bir içerik oluşturmuş olup, bu düzenlemenin amacı; “kasti” hareketiyle sigortalı veya sigortalının ölümü halinde haksahiplerine aylık bağlanmasına neden olan üçüncü kişiye kısmen de olsa medeni ceza vermek ve Kuruma gelir sağlamaktır...”⁶⁰.

Yargıtay’ın aynı yönde 2019 tarihli bir kararına göre de; “5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 21. maddesine göre suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır. Türk Ceza Kanunundaki taksirli eylemler 39. maddedeki rücu kapsamı dışında tutulmuştur. Bir fiilin kasıt veya olası kasıt ile işlenip işlenmediği, maddi olgunun tespiti, ceza hukukunun mesuliyete ilişkin esas ve ilkeleriyle yapılabileceği ortadadır.”⁶¹.

Öte yandan Yargıtay, istisnai bazı kararlarında 5510 sayılı Kanunun 39. maddesine ilişkin olarak Borçlar Hukukundaki kast kavramını esas almıştır. Yargıtayın bu yöndeki bir kararına göre; “Bu fıkra kapsamında rücu edilecek kişilerin sorumlulukları, üçüncü kişinin kasti fiili ile kanunda belirtilen sosyal sigorta yardımlarının yapılmasını gerektiren bir halin doğması ve sigortalı ya da hak sahiplerine bu yardımların yapılması koşuluna bağlanmıştır. Kast, hukuka aykırı eylemin sonuçlarıyla birlikte, bilerek ve isteyerek işlenmesidir...Ancak, eylemi yapanın kasıtlı davranmış olduğunun söylenebilmesi için, bütün zararların önceden istenilmiş bulunması aranmaz...Kastın özel bir türünü oluşturan ve ihtimali kast (olası kast) olarak adlandırılan kusur türünde; fail, işlediği fiilin hukuka aykırı sonuç verebileceğini öngörmekte ve bu sonuçları istememekle birlikte kabul etmektedir.Kanunun açık ve buyurucu hükmüne göre; kasta dayanmayan fiili sonucunda sigortalının malul kalmasına veya ölümüne neden olan üçüncü kişinin,

60 Yargıtay 10 HD, E 2010/14720 K 2012/5051, 19.03.2012 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 3 Nisan 2022.

61 Yargıtay 10 HD, E 2019/2476 K 2019/8596, 14.11.2019. Aynı yöndeki kararlar için bkz. Yargıtay 10 HD, E 2015/16472 K 2017/5230, 19.06.2017; Yargıtay 10 HD, E 2015/17802 K 2017/7300, 26.10.2017; Yargıtay 10 HD, E 2015/23227, K 2017/8306, 27.11.2017; Yargıtay 10 HD, E 2015/24171 K 2017/8400, 28.11.2017; Yargıtay 10 HD, E 2016/191 K 2018/837, 12.02.2018; Yargıtay 10 HD, E 2016/18898 K 2019/3884, 25.04.2019 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 2 Mart 2021.

sigortalıya veya hak sahiplerine bağlanan aylıklar nedeniyle, anılan madde kapsamında Kurumun rücu alacağından sorumlu tutulması mümkün değildir.”⁶². Görüldüğü üzere Yargıtay 10. Hukuk Dairesi bu kararında kast kavramı açısından Borçlar Hukukundaki tanımdan hareket etmiştir.

Sonuç olarak, uygulamada Yargıtay’ın istisnai bazı kararları dışında, 5510 sayılı Kanunun 39/1. maddesindeki kast kavramı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda öngörülen esaslara göre değerlendirilmektedir.

B. ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLER

Öğretideki bir görüşe göre, 1479 sayılı Kanunun 63. maddesi uyarınca, üçüncü kişinin suç sayılır fiili taksirli suç niteliğinde olsa bile Kurum bu kişiye karşı rücu hakkını kullanabilirken 5510 sayılı Kanun m. 39/1 uyarınca üçüncü kişi Kuruma karşı sadece kast nedeniyle sorumlu tutulabilir⁶³. Bu görüşe göre, 5510 sayılı Kanunun 39. maddesinin yürürlüğe girdiği tarihten sonra üçüncü kişi kasta dayanmayan suç sayılır hareketinden dolayı sorumlu tutulamaz⁶⁴.

Öğretideki bir başka görüş, 5510 sayılı Kanunun 39. maddesindeki düzenlemeyi 1479 sayılı Kanunun 63. maddesindeki düzenleme ile karşılaştırmakta ve bunun sonucunda 5510 sayılı Kanun ile “suç sayılır hareket” yerine “kasıt” ibaresi getirilerek 1479 sayılı Kanuna oranla daha dar kapsamlı bir düzenleme oluşturulduğunu belirtmektedir⁶⁵.

Öğretideki aynı yöndeki bir başka görüş de, 5510 sayılı Kanun 39. maddesi ile “suç sayılır hareket” yerine “kasıt” ölçütü getirilerek 1479 sayılı Kanuna oranla daha dar kapsamlı bir içerik oluşturulduğuna dikkat çekmektedir. Bu görüş kapsamında yazar, madde uygulamasında en büyük sorunun, kastın ortaya çıkarılmasında yaşanacağını ifade etmektedir. Zira, yazara göre kast kavramı ceza hukukuna özgü bir kavram olup, suç sayılır hareket yerine, kasti eylemin aranması, bu durumun ceza hükmüyle ortaya konulmasını zorunlu kılacaktır⁶⁶.

C. GÖRÜŞÜMÜZ

506 sayılı Kanunda ölüm aylığı yönünden Kuruma rücu hakkı tanınmamış iken, ölüm aylığının üçüncü kişilere rücuu 1479 sayılı Kanunda düzenlenmiş, bu Kanun uyarınca Kurumun rücu hakkının doğumu için ölüme üçüncü kişinin suç sayılır hareketinin sebep olması aranmıştı. 5510 sayılı Kanunda ise konu özel olarak düzenlenmiş ancak hak sahiplerine bağlanan ölüm aylıklarının rücuu için üçüncü kişinin suç sayılır hareketi değil, kasıtlı hareketi aranmıştır (m. 39/1) Bu anlamda 5510

62 Yargıtay 10 HD, E 2017/3705 K 2017/5701, 13.09.2017. Aynı yönde bkz. Yargıtay 10 HD, E 2015/19485 K 2017/6977, 18.10.2017; Yargıtay 10 HD, E 2015/23686 K 2018/406, 25.01.2018 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 2 Mart 2021.

63 Aslanköylü, *Şerh C. 2* (n 7) 1439.

64 Aslanköylü, *Şerh C. 2* (n 7) 1452 vd.

65 Alp (n 7) 126 vd.

66 Turan (n 11) 203.

sayılı Kanundaki 39. madde 1479 sayılı Kanundaki düzenlemeden daha farklı, yeni bir düzenleme niteliğindedir.

Öte yandan 1479 sayılı Kanun m. 63'teki düzenleme 5510 sayılı Kanundaki düzenlemeden farklı olsa da söz konusu bu düzenleme kanun koyucuyu ve Yargıtayı etkilemiştir. Bunu öncelikle 39. madde gerekçesinde görmek mümkündür. Gerçekten 5510 sayılı Kanunun 39. maddesinin gerekçesinde, “Üçüncü bir kişinin suç sayılabilir bir hareketi sonucu malûllük veya ölüm sigortasından yardım yapılmasını gerektiren bir halin doğması halinde üçüncü kişinin sorumluluğu bu madde ile düzenlenmiştir.” ifadelerine yer verilmiştir⁶⁷. Görüldüğü gibi 39. madde metninde olmamasına rağmen madde gerekçesinde üçüncü bir kişinin “suç sayılabilir bir hareketi”nden söz edilmiştir. Ancak madde gerekçesi ile madde metninin uyuşmadığı açıktır.

5510 sayılı Kanun m. 39/1 hükmü ile 1479 sayılı Kanundaki hükmü birlikte değerlendirdiğimizde, kanun koyucunun ölüm sigortasından hak sahiplerine bağlanan aylıkların rücu konusunda bir yandan kapsam genişlemesi yaptığı, diğer yandan da bu aylıkların üçüncü kişiye rücu edilebilme olanağını sınırladığı görülmektedir. Gerçekten daha önce sadece 1479 sayılı Kanun kapsamında bağlanan ölüm aylıkları rücu edilebilirken 5510 sayılı Kanunla artık *tüm sigortalıların* hak sahiplerine bağlanan ölüm aylıklarının üçüncü kişilere rücu mümkün hale gelmiştir. Buna karşılık 1479 sayılı Kanundaki düzenlemeden farklı olarak 5510 sayılı Kanunda rücu için üçüncü kişinin eyleminin *kasta dayanması* aranarak üçüncü kişiye rücu sınırlandırılmıştır.

Yasal durum bu şekilde olmakla birlikte, yukarıda da belirtildiği gibi yapılan düzenleme Madde Gerekçesine tam olarak yansıtılmamıştır. Bu noktada Gerekçeye üstünlük tanındığında, üçüncü kişinin Kurumun rücu alacağından sorumluluğu ancak *kasta dayanan suç sayılabilir bir hareketi* ile ölüm sigortasından yardım yapılmasını gerektiren bir eylemi olması halinde mümkün olabilecektir. Bu yönde yorum yapıldığında ise rücu davasına bakan hukuk hâkiminin üçüncü kişinin kasten işlediği eylemin *suç niteliği taşıyıp taşımadığını* da belirlemesi gerekecektir ki, bunun isabetli olup olmadığı aşağıda tartışılacaktır.

Bize göre, 5510 sayılı Kanunun 39/1. maddesinin metni dikkate alındığında kast kavramının Borçlar Hukuku anlamında esas alınması yerinde olacaktır. Bu kasıtlı eylemin ayrıca suç niteliği taşıyıp taşımadığı ise değerlendirilmeye alınmamalıdır. Gerçekten, bize göre, 1479 sayılı Kanun m. 63/1 ve 5510 sayılı Kanun m. 39/1 uyarınca bağlanan ölüm aylıklarının üçüncü kişilere rücu edilmesine imkan sağlama şeklindeki benzerliği, Yargıtayın, 1479 sayılı Kanunun 63. maddesine ilişkin “içtihat hafızasına” dayanması ve 63. maddede yer alan “suç sayılır hareket” ile 39. maddede yer alan “kast” kavramını karşılaştırmak suretiyle somut olaylara Türk Ceza Kanunu hükümlerini uygulaması için yeterli değildir. Buna karşılık Yargıtay verdiği kararlarında genel olarak bu içtihat hafızasına dayanmakta, uyuşmazlıkların hukuki dayanaklarını ortaya koyarken Türk Ceza Kanunu hükümlerine yer vermekte ve adeta ölüm aylıklarından üçüncü kişiye rücu için üçüncü kişinin eyleminin suç sayılır olmasını da aramaktadır.

Gerçekten Yargıtay verdiği kararlarında öncelikle 5510 sayılı Kanunun 39/1. maddesindeki düzenleme ile 1479 sayılı Kanunun 63. maddesindeki düzenlemeyi karşılaştırmakta, 5510 sayılı

67 TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi <<https://mevzuat.tbmm.gov.tr>> Erişim Tarihi 28 Mart 2022.

Kanunun 39. maddesi ile “suç sayılır hareket” yerine “kasıt” ölçütü getirilerek 1479 sayılı Kanuna oranla daha dar kapsamlı bir içerik oluşturulduğuna isabetli bir şekilde, dikkat çekmektedir⁶⁸. Ancak Yüksek Mahkeme 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren sayıca daha az kararları dışında konuya Türk Ceza Kanunu çerçevesinde yaklaşmakta, kast kavramını Türk Ceza Kanunu kapsamında açıklamaktadır. Yargıtaya göre, suç kavramı Türk Ceza Kanununa göre tespit edilebilir. Yine Yargıtaya göre, TCK m. 21/1 uyarınca “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*”⁶⁹. TCK m. 22/1 hükmüne göre de; “*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır*”.

Görüldüğü üzere Yargıtay vermiş olduğu bu kararlarında kast kavramını suç ile ilişkilendirmekte, açıkça belirtmemiş olsa da bu açıklamalarının sonucu olarak üçüncü kişinin suç sayılır kasıtlı bir hareketi ile sigortalının ölümüne sebep olmasını aramış olmaktadır. Oysa 5510 sayılı Kanunun 39/1. maddesinde sadece kasıtlı eylemden söz edilmiştir. Söz konusu 39. madde, 1479 sayılı Kanunun 63. maddesinin aksine “suç” kavramından söz etmemektedir. Üçüncü kişinin kasti hareketi, onun suç teşkil eden eylemi ile ilişkilendirilmemiştir. Türk Ceza Kanununda ise kast, suçun oluşması ile yani suçun varlığı ile ilgilidir. Ceza hâkimi maddi olgulara göre kasten öldürme eylemi yönünden kastın varlığını tespit ettiğinde, bunun suç teşkil edip etmeyeceğini Ceza Hukukunun genel ilke ve esaslarına göre değerlendirecektir. Oysa 5510 sayılı Kanunun 39. maddesinin ifadesine göre rücu davasında hâkim, bir ceza hâkimi gibi üçüncü kişinin eyleminin suç teşkil edip etmediğini belirlemekle yükümlü değildir. Hâkim, sadece kastın varlığını, bir diğer ifadeyle üçüncü kişinin kasıtlı hareketini tespit etmekle yükümlüdür.

Öte yandan rücu sorumluluğu Sosyal Güvenlik Hukukuna özgü özel bir sorumluluk türü olsa da üçüncü kişinin eylemi hem bir ceza yargılamasına hem de ölenin (sigortalının) desteğinden yoksun kalanlar açısından bir tazminat davasına konu olabilecektir. Bu noktada özellikle açılmış olan ceza davasında verilen kararların hukuk hâkimini bağlayıp bağlamayacağı da özel olarak değerlendirilmelidir. Gerçekten, 5510 sayılı Kanunun 39. maddesi kapsamında üçüncü kişinin rücu sorumluluğunun temelinde yatan kasten öldürme eylemi, Borçlar Hukukuna göre haksız fiil iken Ceza Hukukuna göre ise suç teşkil etmektedir⁷⁰. Bu nedenle burada her iki hukuk dalındaki düzenleme ve uygulamaların birbiri ile ilişkisi de ortaya konulmalıdır.

Hemen belirtelim ki Türk Borçlar Kanunu Borçlar Hukuku açısından yargılamanın Ceza Hukuku ile ilişkisini özel olarak düzenlemiştir. TBK m. 74’e göre, “*Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.*” Söz konusu madde hâkimin, zarar verenin kusurunun olup olmadığı

68 Yargıtay 10 HD, E 2015/23227, K 2017/8306, 27.11.2017; Yargıtay 10 HD, E 2015/24171 K 2017/8400, 28.11.2017; Yargıtay 10 HD, E 2016/191 K 2018/837, 12.02.2018.

69 Yargıtay 10. HD, E 2016/13575 K 2019/452, 29.1.2019 <www.kazanci.com>Erişim Tarihi 9 Mayıs 2022. Ayrıca bkz. dn. 61’deki kararlar.

70 Ahmet M. Kılıçoğlu, ‘Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medenî Hukuk İlişkisi’ (1973) 29 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 185, 186.

hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığını açıkça belirtmiştir. Buna karşılık maddi olayların tespiti açısından durum biraz daha farklılık arz edecektir. Gerçekten Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre⁷¹, maddi olayların tespitine ilişkin ceza mahkemesi kararı hukuk hâkimini bağlayacaktır.

Sonuç olarak, TBK m. 74'teki açık hüküm karşısında, hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi ceza mahkemesince verilen kusur ve derecesinin esasları da hukuk hâkimini bağlamayacaktır⁷². Yukarıda da vurguladığımız gibi, 5510 sayılı Kanunun 39. maddesinin uygulanması açısından aksi yönde bir değerlendirme yapmak, yani kastın tespitinde ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümlerini dikkate almak için 39. madde gerekçesi ve konunun 1479 sayılı Kanundaki düzenleniş biçimi yeterli kabul edilemez. Tüm bu nedenlerle biz Yargıtay'ın 5510 sayılı Kanunun 39. maddesine ilişkin olarak Borçlar Hukukundaki kast kavramını esas aldığı kararlarını daha isabetli bulmaktayız.

Sorumluluk hukukunda kusur kavramı, Ceza Hukukuna oranla farklı özellikler gösterir. Nitekim sorumluluk hukukunda kusur kavramı daha geniştir⁷³. Ancak son olarak şunu da belirtmek gerekir ki, esasında kast kavramının Ceza Hukukundaki tanımı ile özel hukukta yapılan tanımı benzerlik göstermektedir. Ceza Hukuku yönünden suç teşkil eden kasten öldürme hali Borçlar Hukuku yönünden de sorumluluğu doğuracaktır. Somut bir uyuşmazlıkta kast kavramının ister Borçlar Hukuku ister Ceza Hukukundaki tanımı esas alınsın, her iki tanımın aynı unsurlara dayanması sebebiyle aynı hukuki sonuca, yani üçüncü kişinin rücu alacağından Kuruma karşı sorumlu tutulması sonucuna ulaşılması gerekecektir. Fakat bir uyuşmazlığın çözümündeki kavramların kanun koyucunun düzenleme biçimine ve amacına göre yorumlanması ve kullanılması olası tereddütleri ortadan kaldıracaktır.

71 Yargıtay HGK, E 2019/9-681 K 2021/1526, 30.11.2021 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 28 Mart 2022. Yargıtay HGK'na göre; "25.Hemen belirtilmelidir ki, hukuk hâkiminin yukarıda açıklanan bu bağımsızlığı sınırsız değildir. Gerek öğretide ve gerekse Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında, ceza hâkiminin tespit ettiği maddi olaylarla ve özellikle "fiilin hukuka aykırılığı" konusu ile hukuk hâkiminin tamamen bağlı olacağı kabul edilmektedir.../... 26.Vurgulamakta yarar vardır ki, hukuk usulü bir şekil hukukudur. Davanın açılması, itirazların ileri sürülmesi, tanıkların ve diğer delillerin bildirilmesi belirli süre koşullarına bağlı kılındığı gibi, ikinci tanık listesi verilememesi, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı gibi, yargılamanın süratle sonuçlandırılması gayesi ile belirli kısıtlamalar getirilmiştir. Bunun sonucunda, hukuk hâkimi şekli gerçeği arayacak, maddi gerçek öncelikli hedef olmayacaktır. Ancak ceza hâkimi bunun tersine öncelikli hedef olarak maddi gerçeğe ulaşmaya çalışacaktır. O hâlde ceza mahkemesinin maddi nedensellik bağı (illiyet ilişkisi) tespit eden kesinleşmiş hükmü hukuk hâkimini bağlamaktadır.../... 27.Yargıtayın yerleşik uygulamasına ve öğretilerdeki genel kabule göre, maddi olgunun tespitine ilişkin ceza mahkemesi kararı hukuk hâkimini bağlar. Ceza mahkemesinde bir maddi olayın varlığı ya da yokluğu konusundaki kesinleşmiş kabule rağmen, aynı konunun hukuk mahkemesinde yeniden tartışılması olanaklı değildir".

72 Yargıtay 10. Hukuk Dairesine göre; "Ne var ki; ceza mahkemesi kendine has usuli olanakları nedeniyle hükme esas aldığı maddi olayların varlığını saptamada daha geniş yetkilere sahiptir. Bu nedenle ceza mahkemesinde saptanacak maddi olayın yargısal bir kararla saptanmış olması gerçeğinin hukuk hakimini de bağlaması gerekir. Bu hal; Kamunun yargıya olan güvenin korunmamasın bir gereği olduğu gibi, anılan maddede öngörülen kuralında doğal bir sonucudur. Nitekim bu husus, Yargıtayın yerleşmiş ve kökleşmiş görüşleri ile de kabul edilmiş bulunmaktadır. Şu halde hukuk hakimisi ceza mahkemesince saptanan maddi olaylarla bağlı olup orada belirlenen kusur oranlarıyla bağlı değildir." Yargıtay 10 HD, E 2019/2889 K 2019/8683, 18.11.2019 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 28 Mart 2022.

73 Eren ve Dönmez (n 32) 1178.

IV. SİGORTALİYİ DOLAYLI KAST (OLASI KAST) İLE ÖLDÜREN ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN RÜCU ALACAĞINDAN SORUMLU TUTULUP TUTULAMAYACAĞI

Kurumun hak sahiplerine ölüm aylığı bağlamasına neden olan üçüncü kişinin öldürme eyleminin dolaylı kasta (ihtimali kasta/olası kasta) dayanması mümkündür. Bu durumda da üçüncü kişiye rücuun mümkün olup olmayacağına belirlenmesi gereken bir husustur. Bu nedenle bu başlık altında bu konuya değinmeyi yararlı bulduk.

Dolaylı kast halinde 5510 sayılı Kanununun 39. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı noktasında öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretilerdeki bir görüşe göre, 5510 sayılı Kanununun 39. maddesi uyarınca, sigortalının ölümüne olası kast ile sebep olan kişiye rücu mümkün değildir⁷⁴. Buna karşılık öğretilerdeki bir başka görüşe göre, olası kastın kastın türü olarak kabul edilmesi nedeniyle olası kast halinde 39. maddenin uygulanması yönünden bir tereddüt yaşanmaması gerekir⁷⁵.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi de verdiği bazı kararlarında dolaylı (ihtimali) kasttan söz etmiştir. Bu bağlamda verdiği bir kararında Yargıtay 10. Hukuk Dairesi şu yönde açıklamalarda bulunmuştur: *“Bu fıkra kapsamında rücu edilecek kişilerin sorumlulukları, üçüncü kişinin kasti fiili ile kanunda belirtilen sosyal sigorta yardımlarının yapılmasını gerektiren bir halin doğması ve sigortalı ya da hak sahiplerine bu yardımların yapılması koşuluna bağlanmıştır. Kast, hukuka aykırı eylemin sonuçlarıyla birlikte, bilerek ve isteyerek işlenmesidir (Prof. Tunçomağ-Borçlar Hukuku Dersleri 1. Cilt-1965). Ancak, eylemi yapanın kasıtlı davranmış olduğunun söylenebilmesi için, bütün zararların önceden istenilmiş bulunması aranmaz. (Ord. Prof. Dr. Andreas B. Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt, İstanbul-1948, Çeviren Doç. Dr. Bülend Davran) Kastın özel bir türünü oluşturan ve ihtimali kast (olası kast) olarak adlandırılan kusur türünde; fail, işlediği fiilin hukuka aykırı sonuç verebileceğini öngörmekte ve bu sonuçları istememekle birlikte kabul etmektedir. Kanunun açık ve buyurucu hükmüne göre; kasta dayanmayan fiili sonucunda sigortalının malul kalmasına veya ölümüne neden olan üçüncü kişinin, sigortalıya veya hak sahiplerine bağlanan aylıklar nedeniyle, anılan madde kapsamında Kurumun rücu alacağından sorumlu tutulması mümkün değildir.*

Davaya konu somut olay yukarıda belirtilen esaslar dahilinde değerlendirilerek davanın yasal dayanağının 5510 Sayılı Kanun’un 39. maddesi olup olmadığı araştırılmalı, yasal dayanağın anılan kanunun 39. maddesi olması durumunda meydana gelen kazada kasıt unsurunun bulunmaması karşısında, davanın reddine karar verilmesi gerekir”⁷⁶.

Yargıtay yukarıda anılan kararında, ihtimali kast halinde üçüncü kişinin, ölüm sigortasından bağlanan aylıklar nedeniyle 39. madde uyarınca Kurumun rücu alacağından sorumlu olduğunu açıkça ifade etmemiştir. Bununla birlikte Yargıtay, kararında kastı *“hukuka aykırı eylemin sonuçlarıyla birlikte, bilerek ve isteyerek işlenmesi”* şeklinde tanımlamış ve eylemi yapanın kasıtlı davranmış olduğunun söylenebilmesi için, bütün zararların önceden istenilmiş olmasının aranmayacağını belirtmiştir.

74 Arzu Gökalp Civan, ‘Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm Sigortası’ (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2019) 231.

75 Turan (n 11) 203.

76 Yargıtay 10 HD, E 2015/23686 K 2018/406, 25.1.2018; aynı yönde Yargıtay 10 HD, E 2017/3705 K 2017/5701, 13.9.2017 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 2 Mart 2022.

Akabinde ihtimali kastın, kastın özel bir türünü oluşturduğunu açıkça zikretmiştir. İhtimali kast durumunda failin, işlediği fiilin hukuka aykırı sonuç verebileceğini öngörmekte ve bu sonuçları istememekle birlikte kabul etmekte olduğunu da ifade etmiştir. Sonuç olarak Yargıtay, Kanunun açık ve buyurucu hükmüne göre; fiili kasta dayanmayan üçüncü kişinin anılan madde kapsamında Kurumun rücu alacağından sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir.

Karardaki anlatım biçimi karşısında Yüksek Mahkemenin 39. maddede belirtilen kastın, doğrudan ve dolaylı (ihtimali kast) kast olmak üzere her iki türü de kapsadığını düşündüğünü ifade edebiliriz. Dolayısıyla tüm bu anlatımlar karşısında Yargıtayın dolaylı kastı rücu kapsamında değerlendirdiğini ve dolaylı kast halinde 39. madde uyarınca üçüncü kişiye rücu kabul ettiğini söyleyebilmek mümkündür.

Bize göre de, üçüncü kişinin sorumluluğu için kastın varlığı zorunlu olup dolaylı kastın kastın bir çeşidi olması karşısında dolaylı kasta (olası kasta) dayanan eylemler de 39. madde kapsamında kabul edilmelidir. Dolayısıyla üçüncü kişinin eyleminin dolaylı kasta dayandığının tespit edilmesi hâlinde söz konusu kişi Kurum karşısında sorumlu tutulmalıdır. Kaldı ki, yukarıda⁷⁷ dolaylı kastı anlatırken öğretilen örnek de dikkate alındığında, hasmının sadece evini yakmak isteyen, öte yandan bu yangın esnasında hasmının da ölebileceğini kabul ederek evi ateşe veren failin, dolaylı kasta dayanan eylemi nedeniyle 39. madde anlamında Kurumun rücu alacağından sorumlu tutulmaması isabetli kabul edilemez.

Buna karşılık 5510 sayılı Kanunun 39. maddesinin açık ifadesi karşısında *kasta dayanmayan fiili* sonucunda sigortalının ölümüne neden olan üçüncü kişi, hak sahiplerine bağlanan aylıklar nedeniyle, anılan madde kapsamında rücu alacağından sorumlu tutulamaz⁷⁸. Yargıtay da, “*taksirli eylemlerin 39. maddedeki rücu kapsamı dışında tutulmuş*” olduğuna hükmetmiştir⁷⁹. Bunun sonucunda taksirin bir türü olan *bilinçli taksir* m. 39 hükmünün kapsamı dışında kalır. Nitekim Yargıtay verdiği bir kararda bu sonuca açıkça dikkat çekmiştir. Yargıtaya göre, “... *somut olayda, eylemin bilinçli taksirle işlendiğine dair verilen ceza mahkemesi hükmünün Yargıtaya onanarak kesinleşmiş olması ve bilinçli taksir halinin, anılan 39. maddede öngörülen kast unsuru kapsamında bulunmaması karşısında davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde yanılığın değerlendirme sonucu hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir*”⁸⁰.

Son olarak şunu da ekleyelim ki, Türk Borçlar Kanunu m. 64 uyarınca *haklı savunmada* bulunduğu için sigortalıyı öldüren üçüncü kişiye Kurum rücu edemez. Haklı savunma, bir kişinin kendisi veya bir başkasının hukuki varlığını, bir kişinin mevcut veya çok yakın hukuka aykırı bir saldırısından kurtarmak amacıyla söz konusu kişinin hukuki varlığını ihlal eden zorunlu bir savunma fiilinde bulunmasını ifade etmektedir⁸¹. Böyle bir durumda da olayda kast unsurunun bulunduğundan söz etmek mümkün değildir. Nitekim TBK m. 64/1’de “*Haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına*

77 Bkz. II, B.

78 506 sayılı Kanunun hastalık sigortası kapsamında üçüncü kişinin rücu sorumluluğunun düzenlendiği 39. maddesine ilişkin olarak hastalığa sebep olanın kastından maksadın, üçüncü kişinin hastalığı bilerek istemesi olduğu, olası (ihtimali) kastın dahi sorumluluk nedeni olduğu hakkında bkz. Çenberci (n 7) 298.

79 Yargıtay 10 HD, E 2019/2476 K 2019/8596, 14.11.2019 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 1 Şubat 2022.

80 Bkz. dn. 79’daki karar (Yargıtay 10 HD, E 2019/2476 K 2019/8596, 14.11.2019).

81 Eren (n 30) 694; Eren ve Dönmez (n 32) 1453.

veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz." denilmektedir. Hükmün Kurumun rücu hakkını kapsadığını da kabul etmek gerekir.

V. HAK SAHIPLERİNE AYNI OLAY SEBEBİYLE HEM ÖLÜM AYLIĞININ HEM DE ÖLÜM GELİRİNİN BAĞLANMASI HALİNDE RÜCU

5510 sayılı Kanuna göre üçüncü kişinin eylemi sonucu ölüm bir iş kazası niteliği taşıyorsa bu durumda hak sahiplerine koşulların varlığı halinde, yani ölüm aylığı bağlanması için gerekli prim gün sayısı ya da sigortalılık süresinin mevcut olması halinde ölüm gelirinin yanında ölüm aylığı da bağlanacaktır. Gerçekten 5510 sayılı Kanun m. 54/1, (c) hükmü uyarınca, "*Malüllük, yaşlılık, ölüm sigortaları ve vazife malüllüğü ile iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından hak kazanılan aylık ve gelirler birleşirse, sigortalıya veya hak sahibine bu aylık veya gelirlerden yüksek olanın tamamı, az olanın yarısı, eşitliği halinde ise iş kazası ve meslek hastalığından bağlanan gelirin tümü, malüllük, vazife malüllüğü veya yaşlılık aylığının yarısı bağlanır*". Dolayısıyla bu ihtimalde hak sahiplerine hem ölüm sigortasından ölüm aylığı hem de iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan ölüm geliri bağlanabilecektir.

Bu durumda bağlanan ölüm aylığının rücu açısından üçüncü kişinin kasti eylemi aranırken, bağlanan ölüm geliri açısından ise kast dışındaki diğer kusur halleri yeterli olacaktır. Zira 5510 sayılı Kanun m. 21/4 hükmü uyarınca iş kazası üçüncü bir kişinin *kusuru nedeniyle* meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilir.

Görüldüğü gibi m. 21/4 hükmü uyarınca üçüncü kişiye rücuda kast gerekli olmayıp, üçüncü kişinin genel olarak kusurlu olması gerekli ve yeterlidir. Bu nedenle üçüncü kişiye rücu edilen tutarın kaynağının ölüm aylığı mı yoksa ölüm geliri mi olduğunun belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Ancak bu belirlemeden sonra olayda kastın mı aranacağı yoksa diğer kusurluluk hallerinin varlığının yeterli olup olmayacağı söylenebilecektir⁸².

VI. KANUNLARIN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

Kanunlar, kural olarak, yürürlükte buldukları süre içinde uygulanırlar. Bir başka deyişle, kanunlar yürürlüğe girdikleri tarihten yürürlükten kaldırıldıkları tarihe kadar meydana gelen olaylara ve ilişkilere uygulanırlar; yürürlük tarihinden önceki veya yürürlükten kalktıktan sonraki olay ve

82 Yargıtay 10. Hukuk Dairesi de verdiği bir kararda, direksiyon hakimiyetini kaybetmesi nedeniyle kullandığı aracın devrilmesiyle meydana gelen trafik kazası sonucu sigortalının ölümüne neden olan davalı üçüncü kişinin eyleminde Kurumun rücu hakkının varolması için şart olan kast unsuru bulunmadığının belirgin olması karşısında, kazanın iş kazası olup olmadığı, sigortalının hak sahiplerine ölüm aylığı mı yoksa trafik iş kazasından dolayı gelir mi bağlandığının belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir, Yargıtay 10 HD, E 2016/12264 K 2019/456, 29.1.2019. Aynı yönde Yargıtay 10 HD, E 2016/13575 K 2019/452, 29.1.2019; Yargıtay 10 HD, E 2015/24171 K 2017/8400, 28.11.2017 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 1 Şubat 2022.

ilişkilere uygulanmazlar⁸³. Kanunların yürürlüğe girdikleri tarihten önce gerçekleşen olaylara uygulanamamasına kanunların geçmişe etkili olmaması (makale şamil olmama ilkesi) veya kanunların geriye yürümemesi denir⁸⁴.

1982 Anayasasının 38. maddesinin 1. ve 2. fıkraları ceza hukuku bakımından kanunilik ilkesini tanımlamaktadır. Buna göre suç tanımında ve cezada suçun işlendiği zaman kanunu esas alınır. İşlendiği zaman kanununa göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı ceza verilemez ve o kanunun öngördüğü cezadan daha ağır ceza verilemez. Anayasada açıkça belirtilen bu durum dışında geriye yürümezliğe yer verilmiş değildir⁸⁵.

Kanunların geçmişe uygulanmaması ilkesinin temelinde çeşitli sebepler vardır. Bu sebeplerden birincisi hukuk güvenliği ilkesi olup⁸⁶ kanunların zaman itibarıyla uygulanmasının anılan ilke ile doğrudan bağlantısı bulunmaktadır⁸⁷. Kişiler bir işlemi yaptığı sıradaki kanunlarla bağlı olmalıdırlar. Kişiler daha sonra çıkan kanunlara tâbi olurlarsa hukuk güvenliği sarsılır. Bu nedenle yeni bir kanundan önce olup bitmiş olaylar ve ilişkiler yeni kanundan etkilenmez⁸⁸. Vatandaşın güveninin korunması ancak aynı konuya ilişkin kural getiren yeni yasanın önceye etkili olmaması (makale şamil olmama) ile mümkündür⁸⁹.

Kamu düzeninin, emredici hukuk kurallarının ve genel ahlakın gerektirdiği durumlarda ise kanunların geriye yürümemesi ilkesi dışına çıkmak mümkün olabilir⁹⁰. Buna göre, istisnaen, yeni kanunun kamu düzenini ve genel ahlâkı ilgilendiren emredici hükümleri ile kanunun diğer emredici hükümlerinin geçmişe yürüyebileceği ve aynen uygulanacağı kabul edilmektedir⁹¹. Yürürlüğe giren kanunda, kanunun geriye yönelik uygulanacağına ilişkin özel bir hüküm varsa bu durumda da kanun geçmişe yürütülebilir⁹².

83 Serap Helvacı ve Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk – Medeni Hukuka Giriş – Kişiler Hukuku – Aile Hukuku* (6. Bası, Legal 2020) 13. Aynı yönde bkz. O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk Cilt: 1* (Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin 2021) 389; Resul Aslanköylü, 'Sosyal Güvenlik Hukukunda Sosyal Güvenliğe İlişkin Kanunların Geriye Yönelik Uygulanıp Uygulanamayacağı ve Kazanılmış Hak Kavramı' (2009) (15) Sicil İş Hukuku Dergisi 213, 213; Muhammet Özkes, 'Özel Hukuk-Kamu Hukuku ve Yargılama Hukuku Bakımından Kanunların Zaman İtibarıyla Uygulanması' Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan Cilt: II (Ankara 2010) 2859, 2862.

84 Antalya ve Topuz (n 83) 390; Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (Genişletilmiş 16. Baskı, Ekin 2019) 288.

85 Tekin Akıllıoğlu, 'Yasaların (Anayasa Dahil) Zaman İçinde Uygulanması' (1984) 1 Anayasa Yargısı 279, 284.

86 Gözler (n 84) 288.

87 Caniklioğlu, 'Yargıtay'ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi' (n 5) 414. Yargıtay'a göre; "...toplum barışının temel dayanağı olan hukuka ve özellikle kanunlara karşı güveni sağlamak ve hatta, kanun koyucunun keyfi hareketlerine engel olmak için öğretilere tersini öngören bir hükmü kendi bünyesinde taşımayan bir kanunun kural olarak geriye yürütemeyeceği (geçmişe etkili olamayacağı) esaslı kabul edilmiştir..." Yargıtay HGK, E 2008/13-160 K 2008/147, 20.2.2008 (Ali Nazım Sözer, 'Kanunların Önceye Etki Yasağı: Sosyal Sigortalar Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme' (2013) 8 (Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi Dergisi 2477, 2482.)

88 Gözler (n 84) 288.

89 Sözer, 'Kanunların Önceye Etki Yasağı' (n 87) 2479.

90 Aslanköylü, 'Kanunların Geriye Yönelik Uygulanıp Uygulanamayacağı' (n 83) 215; Özkes (n 83) 2865.

91 Antalya ve Topuz (n 83) 391 vd.; Gözler (n 84) 291.

92 Aslanköylü, 'Kanunların Geriye Yönelik Uygulanıp Uygulanamayacağı' (n 83) 215.

5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihi ilk olarak 1.1.2007 olarak belirlenmiş iken Anayasa Mahkemesi'nin 15.12.2006 tarihli iptal kararı⁹³ ile 5510 sayılı Kanunun kimi düzenlemelerinin iptal edilmesi üzerine kanun bu tarihte yürürlüğe girememiştir. 5510 sayılı Kanunun yürürlüğü üç kez ertelendikten sonra son olarak Kanunun 108. maddesi 17.04.2008 tarihli 5754 sayılı Kanunun 74. maddesi ile değiştirilerek yürürlük tarihi belirlenmiştir. Bu değişiklikler çerçevesinde 5510 sayılı Kanunun 108. maddesine uyarınca rücu hükümleri 2008 yılı Ekim ayı başında yürürlüğe girmiştir.

Yargıtay, rücu davaları bakımından kanunların geçmişe etkili olmamasını (önceye etki yasağı) gerekçe göstererek kanunların derhal uygulanmasını kabul etmemiş, olayın gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan önceki mevzuatı yeni kanun döneminde de uygulamaya devam etmiştir⁹⁴.

Yargıtay, bu yönde verdiği bir kararda bizce de isabetli olarak şu değerlendirmelerde bulunmuştur: *"Rücu tazminat davalarının öncelikle yasal dayanağının saptanması zorunlu olup, bunun için de kanunların zaman bakımından uygulanması konusu irdelenmelidir. Kanunların geriye yürütülmesi veya yürütülmemesine ilişkin mevzuatımızda genel bir hüküm bulunmamakta ise de, toplum barışının temel dayanağı olan hukuka ve kanunlara karşı güveni sağlamak, kanun koyucunun keyfi davranış ve tasarruflarını önlemek için, öğretide kanunların geriye yürütülmemesi esası kabul edilmiştir. Buna göre özellikle hukuk güvenliği dikkate alındığında, Özel Hukuk ve Kamu Hukuku alanında kural olarak her kanun, ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonraki zamanda meydana gelen olaylara ve ilişkilere uygulanır, o tarihten önceki zamana rastlayan olaylara ve ilişkilere uygulanmaz. Kanunların geriye yürütülmemesi (geçmişe etkili olmaması) kuralının istisnalarından birini, beklenen (ileride kazanılacağı umulan) haklar oluşturmaktadır. Kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin kurallar yönünden de kanunların geriye yürütülmesi söz konusudur. Yargılama hukukunu düzenleyen kanunlar da, ilke olarak geçmişe etkilidir. Şu durumda rücu tazminat davaları bakımından; 5510 sayılı Kanunun 39. maddesinin 01.10.2008 tarihi öncesinde gerçekleşen kaza ve olaylara uygulanmasına olanak veren bir düzenleme bulunmadığı gibi, maddenin, yukarıda sıralanan istisnai durumlar kapsamında değerlendirilemeyeceği de açık olduğundan, 01.10.2008 gününden önce meydana gelen kaza ve olaylara 5510 sayılı Kanunun uygulanma olanağı bulunmamaktadır."*⁹⁵ Yargıtay bu kararında belirttiği gibi 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce meydana gelen olaylara 39. madde hükümlerini uygulamamaktadır.

Belirtelim ki konu özellikle trafik kazası sonucu ölümler açısından önem taşımaktadır. Gerçekten kusurlu bir eylemiyle trafik kazası sonucu ölüme sebebiyet vermek TCK anlamında bir suç oluşturduğu için söz konusu üçüncü kişiye 1479 sayılı Kanun m. 63 uyarınca rücu edilebilecekken 5510 sayılı Kanunun 39. maddesi geçmişe etkili uygulandığında eylemi kasta (doğrudan veya dolaylı kasta) dayanmayan kusurlu üçüncü kişiye rücu mümkün olamayacaktır.

Yargıtay'ın 2016 yılında verdiği bir karara konu olayda dava, trafik kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine bağlanan ölüm aylıkları nedeniyle uğranılan Kurum zararınının 1479 sayılı Kanunun 63. maddesi

93 Anayasa Mahkemesi, E 2006/111 K 2006/112, 15.12.2006. RG., 30.12.2006, 26392, 5. Mükerrer.

94 Sözer, 'Kanunların Önceye Etki Yasağı' (n 87) 2518 vd.

95 Yargıtay 10 HD, E 2015/7321 K 2016/13238, 01.11.2016 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 17 Ocak 2022. Aynı yönde bkz. Yargıtay 10 HD, E 2011/2602, K 2011/4307, 29.3.2011; karar ve kararı isabetli bulan görüş için bkz. Caniklioğlu, 'Yargıtay'ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi' (n 5) 435 vd.

uyarıca davalıdan tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın yasal dayanağının 5510 sayılı Kanunun 39. maddesi olduğundan bahisle kast unsuru bulunmadığından davanın reddine karar verilmiştir. Buna karşılık Yargıtay, 14.10.1997 tarihinde gerçekleşen olay sonucu yaşamını yitiren sigortalının hak sahiplerine yapılan sosyal sigorta yardımları nedeniyle uğranılan zararın rücu alınması için açılan davanın yasal dayanağının 1479 sayılı Kanunun 63. maddesi olduğuna hükmetmiştir⁹⁶. Dolayısıyla da olayda kastın değil, taksir de dahil suç sayılır bir eylem sonucu ölüme sebebiyet verilip verilmediği araştırılacaktır.

Bizce de Yargıtay kararı isabetli olup 5510 sayılı Kanunun yürürlüğünden sonra meydana gelen olaylara 5510 sayılı Kanunun ilgili hükmü, yürürlüğünden önce meydana gelen olaylara ise 1479 sayılı Kanunun ilgili hükmü uygulanmalıdır⁹⁷.

SONUÇ

506 sayılı Kanunda ölüm sigortası kapsamında hak sahiplerine bağlanan aylıklar için Kuruma rücu hakkı tanıyan bir düzenleme bulunmamakta idi. Öte yandan 1479 sayılı Kanunun 63. maddesi kapsamında Bağ-Kur tarafından ölüm sigortasından yapılan yardımlar üçüncü kişilere rücu edilebilmekteydi. 5510 sayılı Kanunun 39. maddesi ile getirilen yeni düzenleme ile uzun vadeli sigorta kollarından bağlanan aylıklar için Kuruma üçüncü kişiye rücu hakkı tanınmıştır.

Ölüm sigortası yönünden 5510 sayılı Kanunun 39/1. maddesi uyarınca üçüncü bir kişinin kastı nedeniyle sigortalının ölümü halinde hak sahiplerine, bu Kanun uyarınca bağlanacak aylığın başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı için Kurumca zarara sebep olan üçüncü kişilere rücu edilir.

Üçüncü kişinin sorumluluğu sadece kasıtlı davranışı ile sınırlandırılmıştır. Bu nedenle, üçüncü kişi, kasta dayanmayan fiili sonucunda sigortalının ölümüne neden olmuş ise, hak sahiplerine bağlanan aylıkların ilk peşin değerinin yarısından sorumlu tutulması mümkün değildir.

Kast, hem Borçlar Hukuku hem de Ceza Hukuku kavramıdır. Yargıtay, 5510 sayılı Kanunun m. 39/1 kapsamında kastın varlığı konusunda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Kast" başlıklı 21. maddesindeki düzenlemeyi esas almaktadır. Yargıtay, istisnai bazı kararlarında ise 5510 sayılı Kanunun 39. maddesine ilişkin olarak, Borçlar Hukukundaki kast kavramını esas almıştır. Kanaatimizce, 5510 sayılı Kanunun 39/1. maddesinin sadece kastı ifade eden metni ve TBK m. 74 hükmü dikkate alındığında kast kavramının, Borçlar Hukuku anlamında esas alınması yerinde olacaktır.

Üçüncü kişinin sigortalıyı dolaylı kasta (olası kasta) dayanan eylemi sonucu öldürmesi durumunda, dolaylı kastın, kastın çeşitlerinden biri olmasından hareketle üçüncü kişi Kurum karşısında sorumludur. 5510 sayılı Kanunun 39. maddesinin açık ifadesi karşısında rücu kapsamı dışında tutulan eylemler, kasta dayanmayan eylemlerdir.

96 Yargıtay 10 HD, E 2014/23566 K 2016/3324, 15.03.2016 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 23 Mayıs 2021.

97 Caniklioğlu, 'Yargıtay'ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi' (n 5) 435.

5510 sayılı Kanununun 39. maddesindeki düzenleme, söz konusu maddenin Kanunun yürürlüğü öncesinde gerçekleşen olaylar hakkında uygulanmasına olanak veren bir düzenleme bulunmaması ve genel olarak kanunların geriye yürümemesi kuralı karşısında maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren gerçekleşen olaylara uygulanmaktadır. Bu yönde rücu davaları bakımından, 1.10.2008 tarihinden önce meydana gelen olaylara şartların bulunması hâlinde 1479 sayılı Kanununun 63. maddesi, 1.10.2008 tarihinden itibaren gerçekleşen olaylara ise 5510 sayılı Kanununun 39. maddesi uygulanacaktır.

KAYNAKLAR

- Akıllıoğlu T, 'Yasaların (Anayasa Dahil) Zaman İçinde Uygulanması' (1984) 1 Anayasa Yargısı 279-291.
- Akın L, '5754 Sayılı Yasa Sonrasında Yeni Malullük Sigortası' Prof. Dr. Ali Güzelle Armağan Cilt 2 (Beta 2010).
- Alp NS, *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Kapsamında Rücu Davaları* (1. Baskı, Seçkin 2018).
- Antalya OG, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 2* (Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin 2019).
- Antalya OG ve Topuz M, *Medeni Hukuk Cilt: 1* (Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin 2021).
- Araslı U, 'Rücu Davalarında Tavan Sınırlamasının İptali ve Ortaya Çıkardığı Sorunlar ve 01.07.1994 Günlü YİBBGKK'(2007) (6) Sicil İş Hukuku Dergisi 185-205.
- Arıcı K, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku* (Gazi Kitabevi 2015).
- Artuk ME, Gökçen A, Aşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Adalet 2019).
- Aslanköylü R, 'Sosyal Güvenlik Hukukunda Sosyal Güvenliğe İlişkin Kanunların Geriye Yönelik Uygulanıp Uygulanamayacağı ve Kazanılmış Hak Kavramı' (2009) (15) Sicil İş Hukuku Dergisi 213-220 (*Kanunların Geriye Yönelik Uygulanıp Uygulanamayacağı*).
- Aslanköylü R, *En Son Değişikliklerle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi – SSK ve Bağ-Kur Kanunu ile Karşılaştırmalı – Cilt: 1-2* (3. Baskı, Bilge 2017) (*Şerh*).
- Aydos OS, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin 2022).
- Başbuğ A, *Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene ve Üçüncü Kişiyeye Rücuu* (Kamu-İş 1992).
- Canıklıoğlu N, '506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu Açısından Geride Kalanların Korunması' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 1997).
- Canıklıoğlu N, 'Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri' Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012 (Ankara 2014) 377-531 (Yargıtay'ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi).
- Civan OE, 'İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Rücu Hakkının Hukuki Niteliği ve Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Koşulları' (2015) 64 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 531-594.
- Çenberci M, *Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi* (Olgaç Matbaası 1985).
- Çenberci M ve Uygur T, *Bağ-Kur Kanunu Şerhi* (Olgaç Matbaası 1979).
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Güncellenmiş 15. Baskı, Seçkin 2020).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Baskı, Yetkin 2021).
- Eren F ve Dönmez Ü, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt II m. 49-82* (Yetkin 2022).
- Gerek N, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (2. Baskı, Anadolu Üniversitesi 2002).
- Gökalp Civan A, 'Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm Sigortası' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2019).
- Gökçek Karaca N, 'AB Ülkeleri ve Türkiye'de Zorunlu Sosyal Sigorta Sisteminde Ölüm Sigortasından Hak Sahiplerine Sağlanan Sosyal Güvenlik Yardımları', A. Can Tuncay'a Armağan (Legal 2005.999.1044).

- Gözler K, *Hukuka Giriş* (Genişletilmiş 16. Baskı, Ekin 2019).
- Günay Cİ, *İş Davaları, Açıklama, Dava Dilekçesi, İlgili Mevzuat, Yargı Kararları* (6. Baskı, Yetkin 2019).
- Güzel A, 'Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene Rücu ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar' Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1996 Yılı Toplantısı (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 1996) 279-309.
- Güzel A ve Okur AR, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (Yenilenmiş 10. Bası, Beta 2004).
- Güzel A, Okur AR ve Caniklioğlu N, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (Yenilenmiş 19. Bası, Beta 2021).
- Helvacı S ve Erlüle F, *Medeni Hukuk – Medeni Hukuka Giriş – Kişiler Hukuku – Aile Hukuku* (6. Bası, Legal 2020).
- İçel K, 'Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli "Kast" ' (2007) (12) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 61-70 ('Kast').
- İçel K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Yenilenmiş Bası, Beta 2016) (*Ceza Hukuku*).
- Katoğlu T, 'Olası Kasıt ve Suça Teşebbüs' Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan Cilt: 1 (Ankara 2015) 611-626.
- Kılıçoğlu A, 'Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu' (1974) 31 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 395-446.
- Kılıçoğlu AM, 'Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medeni Hukuk İlişkisi' (1973) 29 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 185-225.
- Kılıçoğlu AM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş – Güncelleştirilmiş 24. Bası, Turhan 2020) (*Borçlar Hukuku*).
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 13. Baskı, Seçkin 2020).
- Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: II* (Genişletilmiş 15. Bası, Vedat 2020).
- Okur AR, 'Çalışmanın Gelir ve Aylıklara Etkisi' Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan Cilt: II (Beta 2011) 2141-2179 (Çalışmanın Gelir ve Aylıklara Etkisi).
- Özdemir H, 'Sosyal Güvenlik Kurumunun Rücu Alacağının Hukuki Niteliği' (2019) 45 (2) Yargıtay Dergisi 635-676.
- Özekes M, 'Özel Hukuk-Kamu Hukuku ve Yargılama Hukuku Bakımından Kanunların Zaman İtibariyle Uygulanması' Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan Cilt: II (Ankara 2010) 2859-2875.
- Özen M, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Adalet 2019).
- Sözer AN, 'Kanunların Önceye Etki Yasağı: Sosyal Sigortalar Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme' (2013) 8 (Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi Dergisi 2477-2534.
- Sözer AN, *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku* (Güncellenmiş 4. Baskı, Beta 2019) (*Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*).
- Şakar M, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (Yenilenmiş 13. Baskı, Beta 2020).
- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, Filiz 1993).
- Tuncay AC, '5510 Sayılı Kanun Açısından Ölüm Sigortası' Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan Cilt 2 (Beta 2010) 1231-1244 (*Ölüm Sigortası*).
- Tuncay AC, '5510 Sayılı Kanun Açısından Maluliyet Sigortası'nın Esasları' Ali Güneren'e Armağan (İstanbul Barosu Yayınları 2010) 13-28.
- Tuncay AC, 'Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri' Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013 (İstanbul 2015) 463-602.
- Tuncay AC ve Ekmekçi Ö, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri* (Yenilenmiş 20 nci Bası, Beta 2019).

- Turan E, ‘5510 Sayılı Yasa Kapsamında Rücuan Tazminat Davaları’ (2009) (15) Sicil İş Hukuku Dergisi 193-211.
- Ünlütepe M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (1. Baskı, Seçkin 2021).
- Yaşar Y ve G. Diken NM, ‘Karar İncelemesi – Bilinçli Taksir ve Olası Kast (Dolus Eventualis) Farkının Değerlendirilmesi’ (2018) 7 (1) Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi 97-113.
- Yavuz C, ‘Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Göre “Kusursuz Sorumluluk” Halleri ve İlkeleri’ (2008) 14 (4) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 29-61.
- Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75* (4. Bası, Beta 2015).

Gölge Yazarlık Sözleşmelerinin Geçerliliği ve Akademik Gölge Yazarlığın Cezalandırılabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme

An Evaluation on the Validity of Ghostwriting Contracts and Punishability of Academic Ghostwriting

Emir Göka* , Bedirhan Erdem** 

ÖZ

Başkasının adıyla yayınlanmak üzere eser yaratma faaliyeti olarak özetlenebilecek gölge yazarlık, birden fazla hukuk dalını ilgilendiren hukuki sorunları ve tartışmaları barındıran bir konudur. Bu çalışmada öncelikle gölge yazarlık kavramı açık bir biçimde ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Sonrasında Türk fikri mülkiyet hukuku, borçlar hukuku ve ceza hukukunda konuyla ilgili sorun ve tartışmalardan önemli bazılarına ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir. İlk iki alan bakımından özellikle manevi hakların devri ve gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerliliği ele alınmıştır. Ceza hukuku bağlamında ise akademik gölge yazarlığın de lege lata ve de lege ferenda cezalandırılabilirliği değerlendirilmiş ve gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerli olup olmamasının FSEK m. 71/II'de düzenlenen suç bakımından rıza üzerindeki etkisi ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Gölge yazarlık, eser sahibinin manevi hakları, manevi hakların devri, adın belirtilmesi hakkı, eser sahibi olarak tanınma hakkı, intihal, başkasına ait esere kendi eseri gibi isim koyma suçu, ceza hukukunda rıza, istihdam dolandırıcılığı, akademik belgelerde sahtecilik, dolandırıcılıkta zarar olarak tasarrufun amacının boşa çıkartılması.

ABSTRACT

Ghostwriting, which can be summarized as the activity of creating a work to be published under someone else's name, is a subject that contains legal issues and discussions that concern more than one area of law. First, this study makes efforts to present a clear understanding of the concept of ghostwriting. Then, some important issues and discussions are evaluated under Turkish intellectual property law, law of obligations and criminal law. In terms of the first two areas, especially the transfer of moral rights and the validity of shadow authorship agreements are dealt with. In the context of criminal law, the effect of the ghostwriting agreements' validity on consent in terms of the crime regulated under Article 71/II of Law on Intellectual and Artistic Works is examined in detail, and accordingly, the punishability of academic ghostwriting is evaluated de lege lata and de lege ferenda.

Keywords: Ghostwriting, author's moral rights, transfer of moral rights, right of paternity, right of attribution, plagiarism, crime of presenting someone else's work as one's own, consent in criminal law, employment fraud, forgery in academic documents, thwarting of the disposal's purpose as loss in fraud.

* İ. D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, ORCID: 0000-0002-0129-1685

** Berlin Humboldt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alman Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi, ORCID: 0000-0002-8833-1757.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Emir Göka

E-posta/E-mail: emir.goka@bilkent.edu.tr, erdembed@hu-berlin.de

Geliş Tarihi/Received: 15.02.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 28.06.2022

I. İNCELEMENİN YÖNTEMİ VE KAPSAMI

Gölge yazarlık, başkasının adıyla yayınlamak üzere eser yaratma faaliyeti olarak özetlenebilir. Yazarlık ibaresiyle yerleşmiş olan kavramdan anlaşılanın aksine, bu faaliyet, yalnızca bilim ve edebiyat eserleri için değil, müzik, mimari, güzel sanat eserleri veya başka eserler için de yürütülebilir¹. Bu çalışmanın konusu ilim ve edebiyat eserlerini tanımlayan 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (bundan böyle “FSEK” olarak anılacaktır) m. 2/I-1’de “*herhangi bir şekilde ... yazı ile ifade olunan eserler*” ibaresiyle belirtilenlerden başlıcaları olan bilimsel eserler, edebiyat eserleri, kurgusal olmayan eserler, otobiyografiler ve siyasi konuşma metinleriyle sınırlandırılmıştır. Ancak çalışmanın ceza hukukuyla ilgili bölümünde bunlardan sadece bilimsel eserler, yani akademik gölge yazarlık ele alınmıştır². Çalışmanın genelinde, fikri mülkiyet hukukunu ilgilendiren eserlerin neredeyse tümünde yapıldığı üzere, karşılaştırmalı bir inceleme yapılması tercih edilmiş ve bunun için de konuyla ilgili birden fazla önemli monografi barındıran Alman, İsviçre ve Avusturya hukuku kaynakları seçilmiştir. Özellikle arz eden bazı konularda *common law* ve Fransız hukuku kaynaklarına da yer verilmiştir.

Çalışmanın ilk kısmında gölge yazar kavramı ele alınmış, bunun benzer kavramlarla ilişkisi ve farklılıkları ortaya koyulmuştur. Kavramla ilgili ana tartışmalar ayrıntılı olarak değerlendirilerek kavramın sınırları çizilmeye çabalanmıştır. Devamında gölge yazarın eser sahipliği incelenmiştir. Burada gölge yazarlık sözleşmesinin yapılmasıyla adın belirtilmesi hakkının *bir bütün olarak* devredilmiş olup olmayacağı sorunu da ele alınmıştır. Esas olarak gölge yazarlık sözleşmesinin geçerliliğini ve hükümlerini ilgilendiren bu konunun öne alınmasının sebebi, gölge yazarın eser sahipliğinin açıklanabilmesi için bu konudaki tartışmalara değinilmesinin gerekli olmasıdır. Sonraki bölümde gölge yazarlık sözleşmesinin hukuki niteliği ve tarafların yükümlülüklerine değinilmiştir. Ardından sözleşmenin geçerliliği iki aşamada incelenmiştir. İlk aşamada adın belirtilmesi hakkının *kullanımından feragatin* (veya *kullanımının* devrinin) *per se* sözleşmenin geçersizliğine yol açıp açmadığı değerlendirilmiştir. İkinci aşamada ise yukarıda sayılan her bir eser türü özelinde gölge yazarlık sözleşmesinin geçerli olup olmayacağı, bu eser türleriyle ilgili tartışmalar üzerinden ayrı ayrı ele alınmıştır. Bu başlığın sonunda, öğretilerde fazla tartışılmamış olması sebebiyle, gölge yazar kullanılmış eserleri konu edinen tüketici işlemlerinin geçerliliği konusunda da kısa bir değerlendirme yapılmıştır. Gölge yazarlık sözleşmesinin geçersiz sayıldığı durumlarda gerçekleşecek iade yükümlülüklerine, özellikle taşıması sebebiyle, yalnızca bilimsel eserler bağlamında yer verilmiştir. Sözleşmenin hükümlerine yeri geldikçe, özellikle II, C ve III’te değinilmiş, ancak bu konu ayrı bir başlıkta ele alınmamıştır.

Çalışmanın devam eden kısmında, sıklıkla bilim dolandırıcılığı (*Wissenschaftsbetrug*) olarak adlandırılan gölge yazarlığın cezalandırılabilir fiil niteliği³ incelenmiştir. Bu inceleme iki aşamaya

1 Alessandra von Planta, *Ghostwriter* (Stämpfli 1998) 4; Ulrike Mielke, *Der Schatten und sein Autor: Eine Untersuchung zur Bedeutung des Ghostwriters* (Peter Lang 1995) 65 ff.; Cüneyt Bellican, *Fikri Hukukta Manevi Haklar ve Manevi Hakların Korunması* (Yayımlanmamış Doktora Tezi 2008) 75; Savaş Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (On İki Levha 2012) 242-243.

2 Bu konu, para karşılığında tez veya diğer akademik yayınların ya da öğrenci ödevlerinin hazırlanması üzerinden sıkça kamuoyuna yansımaktadır ve Yüksek Öğretim Kurulu, yakın tarihte, bu faaliyette bulunanlarla ilgili olarak Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunduğunu açıklamıştır. Bkz. <<https://www.yok.gov.tr/Sayfalar/Haberler/2021/para-ile-odev-ve-tez-hazirlayan-ile-hazirlatanlara-suc-duyurusu.aspx>> Erişim Tarihi 12 Ekim 2021.

3 Bu çalışma kapsamında “*strafrechtliches Unrecht*”, “ceza hukuku anlamında haksızlık” olarak değil, “*cezalandırılabilir fiil*”

ayrılmıştır. İlk aşamada, gölge yazarlığın cezalandırılabilir fiil niteliği, dolandırıcılık ve sahtecilik suçları yönünden *de lege lata* tartışmaya açılmıştır. Bu aşamada, bağlantılı olabilecek suçlar gölge yazarlık odağında değerlendirilmiş ve bu değerlendirme sırasında hangi durumlarda gölge yazarlığın suç oluşturabileceği önceden belirlenmeye çalışılmıştır. Yine burada FSEK m. 71/1-2’de düzenlenen “başkasına ait esere kendi eseri gibi isim koyma” suçu odağında ceza hukukunda rızanın hukuki niteliği ve suçu inceleme yöntemindeki yeri tartışılmıştır. İncelemenin ikinci aşamasında, gölge yazarlığa özgü suç tanımı öngören bir ceza normunun yaratılması gereksinimi *de lege ferenda* ele alınmıştır. İkinci aşamadaki tartışmanın hedefi, “*bilimsel dürüstlük’ cezaen korunmaya değer bir hukuki varlık mıdır*” sorusunun yanıtlanmasıdır. Bu soruya yanıt verebilmek için ilkin tek başına dürüstlüğün hukuki varlık niteliğine sahip olup olmadığı tartışılmış, sonrasında gölge yazarlık olarak adlandırılan faaliyet alanına, ceza hukuku müdahalesinin gerekliliği, disiplin ve kabahat hukukunun ceza hukuku ile ilişkisi kapsamında incelenmiştir.

II. GÖLGE YAZAR

A. KAVRAM

Gölge yazar kavramı, bu çalışma kapsamında ele alınan hukuk sistemlerinde fikir ve sanat eserlerini düzenleyen temel kanunlar olan FSEK, Alman Telif Hakları Kanunu⁴ (bundan böyle “Alman UrhG” olarak anılacaktır), İsviçre Telif Hakları Kanunu⁵ (bundan böyle “İsviçre URG” olarak anılacaktır) ve Avusturya Telif Hakları Kanunu’nda⁶ (bundan böyle “Avusturya UrhG” olarak anılacaktır) tanımlanmamıştır⁷. Kavramın öğretide de üzerinde tamamen uzlaşılmış bir tanımı bulunmamaktadır. Her ne kadar yukarıda I’de yapıldığı gibi gölge yazarlığı başkasının adıyla yayınlanmak üzere eser yaratma biçiminde özetlemek mümkün olsa da, aslında bu sadece kavramın tartışmalı olmayan unsurlarından hareketle yapılmış kaba bir açıklamadan öteye gitmemektedir. Kavram daha yakından incelendiğinde, özellikle konuyla ilgili ayrıntılı çalışmalarda tanımların birbirinden önemli bazı konularda ayrıldığı görülmektedir. Bunları değerlendirmeye geçmeden önce, bir hareket noktası oluşturmak için öğretideki tanımların büyük çoğunluğunda yer verilen üç temel unsur kısaca şöyle sayılabilir: (i) gölge yazarın (kısmen veya tamamen) bir eser yaratmış veya yaratacak olması; (ii) bu

olarak; “*Unrecht*”, “haksızlık” olarak değil “*ihlal edicilik*” olarak Türkçeleştirilmiştir. Hans Kudlich, ‘Die strafrechtliche Beurteilung des Wissenschaftsplagiats’ in Thomas Dreier und Ansgar Ohly (eds.), *Plagiate, Wissenschaftsethik und Recht* (Mohr Siebeck 2013) 117, 118.

4 9 Eylül 1965 tarihli “*Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)*”.

5 9 Ekim 1992 tarihli “*Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG)*”.

6 6 Nisan 1936 tarihli “*Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)*”.

7 Yalnız bilimsel alanla ilgili mevzuatta gölge yazarlığı yaptırma bağlayan düzenlemeler vardır. Bunlara örnek olarak hukukumuzda 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu m. 53/5-b ve Avusturya Üniversiteler Kanunu’nda (*Bundesgesetz über die Organisation der Universitäten und ihre Studien (Universitätsgesetz)*) §§ 51(2)(32), 82 ve 116a gösterilebilir. Bunlardan fikri mülkiyet hukuku anlamında gölge yazarlığın unsurlarıyla ilgili bazı sonuçlar çıkartmak mümkündür. Bununla birlikte, bunların kapsamı yalnızca bilimsel etğin ihlal edildiği durumlara sınırlı olduğu için öğretide yapılan tanımlarda, isabetli olarak, bu düzenlemelere başvurulmadığı görülmektedir. Bu düzenlemelerin asıl önemi, *bilimsel alanda* intihal ile gölge yazarlık arasında fark bulunup bulunmadığı (aşağıda II, B, 1) ve bilimsel eserleri konu edinen gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerli olup olmadığında (aşağıda III, B, 2, a) kendini gösterir.

eserin kendisi dışındaki bir kişinin (görünürdeki yazarın) adıyla yayınlanacak (umuma arz edilecek) olması ve (iii) bu konuda tarafların anlaşmış olması⁸. Bunlardan ilkinde yer alan “yaratmış” ibaresi ile ikincisinde yer alan “(görünürdeki yazarın) adıyla” ibaresi aşağıda değinilecek tartışmaların odağında yer almaktadır. Kavramın sınırlarının belirlenmesi açısından üçüncüsünün en azından varlığıyla ilgili bir duraksama yoktur; ama ileride değinileceği üzere bu anlaşmanın kapsamı, hükümleri ve geçerliliği konusunda tartışmalar vardır.

Yukarıda anılan ikinci unsurdaki ibareyi ilgilendiren ve bizce de haklı olan yaygın bir görüşe göre, eserin gölge yazar dışındaki bir kişinin adıyla yayınlanmasının yanında, *başkasının seçeceği müstear adla* yayınlanması konusunda anlaşıldığı durumlarda da gölge yazarlık söz konusudur⁹. Yalnız kanımızca bundan anlaşılması gereken, müstear adı seçme yetkisi verilen kişiye, gölge yazar ile eser arasındaki bağlantıyı kesebilecek ölçüde geniş bir tasarruf imkanının tanınmasıdır. Bunun tipik örneği olarak sıklıkla, “güzel edebiyat eserleri”nden (*belles lettres, schöngeistige Literatur*) farklı olarak ele alınan¹⁰, edebi niteliği daha düşük olan “seri edebiyat eserleri”nin (*Trivialliteratur*) satışını artırmak amacıyla doğrudan yayınevi tarafından seçilen müstear adla (*Verlagspseudonym*) yayınlanması gösterilmektedir¹¹. Ancak yayınevi müstear adı kullanılan her durumda değil, yalnızca bu yolla hemen yukarıda değindiğimiz ölçüde tasarruf imkanının tanındığı durumlarda gölge yazarlıktan söz edilebilecektir. Örneğin, Hamm Yüksek Eyalet Mahkemesi’nin bir kararına konu olan olayda, yayınevi yaptığı anlaşmalar yoluyla belli tarz ve içerikte eserler için hep aynı müstear adı kullanmakta, bazen içeriğine göre aynı yazarın yazdığı eserler farklı müstear adlarla ya da farklı yazarların yazdığı eserler aynı müstear adla yayınlanabilmektedir¹². Uyuşmazlığa konu olaydaki

8 Türk hukuku: Pelin Karaaslan, ‘Gölge Yazarlık Sözleşmesi’ (2020) 15(164) Terazi Hukuk Dergisi 765, 766; Yalçın Tosun, *Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar* (On İki Levha 2016) 233; Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Turhan 2008), s. 312; Savaş Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (On İki Levha 2015) 57-58; Temel Nal ve Cahit Suluk (Rauf Karasu), *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Seçkin 2021) 77, dn. 103; Zeynep Mine Eryıldırım, *Elektronik Kitap Uygulanması ve Getirdiği Hukuki Sorunlar* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019) 27. İsviçre hukuku: Manfred Rehbinder, ‘Verbraucherschützende Bemerkungen zum Urheberrecht des Ghostwriters’ in Ernst Brem et al. (eds.), *Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini* (de Gruyter 1990) 651-652; von Planta (n 1) 3; Gitti Hug in Barbara K. Müller ve Reinhard Oertli (eds.), *Urheberrechtsgesetz (URG), Stämpflis Handkommentar (SHK)* (2. Auflage, Stämpfli 2012) Art. 6, N. 6. Alman hukuku: Roland Schimmel, ‘Akademische Ghostwriter: Urheberschaftszuschreibung als nicht verkehrsfähiges Gut’ (2012) 14(1) Kunst und Recht 10, 10; Axel Metzger, ‘Zulässigkeit und Bindungswirkung von Ghostwriter-Abreden’ in Thomas Dreier ve Ansgar Ohly (eds.), *Plagiate, Wissenschaftsethik und Recht* (Mohr Siebeck 2013) 99 (intihalle karşılaştırarak); Thomas Hoeren in Ulrich Loewenheim (ed.), *Handbuch des Urheberrechts* (3. Auflage, Beck 2021) § 10, N. 3. Karş. Hansjörg Stolz, *Der Ghostwriter im deutschen Recht* (Beck 1971) 2-4, 32 ff., 66 ff.; Mielke (n 1) 17. Avusturya hukuku: Markus Gassler, *Die Zurechnung der Urheberschaft unter besonderer Berücksichtigung von Ghostwriting* (2019) <<https://unipub.uni-graz.at/obvugrhrs/content/titleinfo/4382108>> 8 accessed 2 October 2021. Karş. Sebastian Brehm, *Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten bei Ghostwriter-Verträgen* (2015) <<https://othes.univie.ac.at/39434/>> 2-3 accessed 2 October 2021.

9 Özellikle bkz. Stolz (n 8) 3. Ayrıca bkz. Dennis Groh, ‘Mit fremden Federn’: Zur Wirksamkeit von Ghostwritervereinbarungen’ (2012) 114(9) Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 870, 870; Ralph Osenberg, *Die Unverzichtbarkeit des Urheberpersönlichkeitsrechts* (Diss. 1979) 114; Rehbinder (n 8) 651; von Planta (n 1) 2, 8; Brehm (n 8) 14.

10 Örneğin bkz. von Planta (n 1) 3-4; Hans-Jürgen Ahrens, ‘Der Ghostwriter – Prüfstein des Urheberpersönlichkeitsrechts’ (2013) 115(21) Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 21, 21.

11 Stolz (n 8) 3; Groh (n 9) 870; Osenberg (n 9) 114; Rehbinder (n 8) 651; von Planta (n 1) 2, 8; Ahrens (n 10) 21. Karş. Mielke (n 1) 4, 20.

12 OLG Hamm 22.07.1966 4 U 105/66 “Irene von Velden” (1967) 69(5) Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht

sözleşmede “*Irene von Velden*” müstear adının kullanılmasının sadece yayınevinin yetkisinde olduğu, başka yazarların eserlerinde de kullanılabileceği, aynı kuralın, yazarın başka eserlerinin, yayınevine ait diğer müstear adlarla yayınlanmasında da geçerli olduğu hükümleri yer almaktadır¹³. Mahkeme, özellikle yayınevinin bir müstear adı birden fazla kişiye izafe edebilmesi sebebiyle “*Irene von Velden*”in fikri mülkiyet hukuku anlamında müstear ad olarak görülemeyeceğini açıkça belirtmiştir¹⁴. Burada müstear adın belli bir kişiye izafe edilme imkanı kalmamaktadır.

Karardaki açıklama Türk hukuku bakımından da geçerli sayılmalıdır. Gerçekten de burada FSEK m. 15/1’de ve Türkiye’nin taraf olduğu Bern Sözleşmesi¹⁵ m. 7(3)’te düzenlenen müstear addan farklı bir durum vardır. Öncelikle, gölge yazarın kendi eseri veya eserleri üzerinde kullanılabilecek müstear adla ilgili başkasına tanıdığı yetkinin genişliği sebebiyle müstear adı ona izafe etmek mümkün olmamaktadır. Diğer taraftan, müstear ad belirleyerek eseri bu adla yayınlamaya karar veren eser sahibi, Bern Sözleşmesi m. 7(3)’ten de anlaşılabilir üzere, dilediği zaman gerçek adını açıklayıp müstear adı kullanmayı bırakabilir¹⁶. Oysa yaratılan eserin yayınevinin (ya da başkasının) seçeceği müstear adla yayınlanacağı konusunda yapılan anlaşma, bu hükümler anlamında müstear ad kavramının dışında kalmakta olup gölge yazarlık kavramına dahildir¹⁷. Burada gölge yazarın sonradan başkasının seçtiği müstear adın kullanılmasını engelleyip engelleyemeyeceği, gölge yazarlık sözleşmesinin geçerliliği ve hükümleriyle ilgili tartışmalarda ulaşılabilecek sonuçlara bağlıdır (aşağıda II, C ve III, B)¹⁸.

Alman hukukunda *Stolz* tarafından savunulan bir görüşe göre, gölge yazarın, başkasının kimliğine bürünüp onun üslup (*Stil*) ve fikir dünyasına (*Vorstellungsgelt*) göre eseri yaratması (= *Fremdoriertheit*) gölge yazarlığın zorunlu bir kavramsal unsurudur¹⁹. Bu unsur, aynı zamanda, gölge yazarlık sözleşmesinin geçerliliğin temel şartıdır²⁰. Gölge yazarın başkasının kimliğine

(GRUR) 260 ff. <<https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-GRUR-B-1967-S-260-N-1>> accessed 20 October 2021.

13 ibid 260.

14 ibid 261.

15 24 Temmuz 1971 ve 28 Eylül 1979’da tadil edilmiş Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi. Asıl ve tadil edilmiş metinlerin onay süreci için sırasıyla bkz. 2 Haziran 1951 tarihli, 7824 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 5777 sayılı Kanun; 21 Eylül 1953 tarihli, 8513 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 13598 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı; 12 Temmuz 1995 tarihli, 22341 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 4117 sayılı Kanun; 21 Ekim 2003 tarihli, 25266 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 2003/6170 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı.

16 Adolf Dietz, ‘The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Civil Law Countries’ (1994-1995) 19(3-4) Columbia – VLA Journal of Law & the Arts 199, 219; Stolz (n 8) 5; Mielke (n 1) 14; von Planta (n 1) 9; Suluk ve Nal (Karasu) (n 8) 83; Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat 2012) § 14, N. 33. Bu husus, Bern Sözleşmesi’ne ilişkin DFMÖ (WIPO) rehberindeki m. 6(tekrrar)’a dair açıklamalarda da açıkça ifade edilmiştir. Bkz. <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/615/wipo_pub_615.pdf> 41 accessed 6 October 2021.

17 Stolz (n 3) 3; Rehbindler (n 3) 651; von Planta (n 3) 2, 8. Karş. Mielke (n 3) 4, 20.

18 Bu konuda özellikle bkz. Osenberg (n 9) 103 ff. Yalnız burada, Almanya’daki 25.10.1994 tarihli Markaların ve Diğer İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun (*Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen*) § 5 uyarınca yayınevlerinin, yayınevi müstear adı temin edebileceğini ifade eden yazarların olduğunu belirtelim. Bkz. Andreas Dustmann in Axel Nordemann, Jan Bernd Nordemann, Christian Czychowski (eds.) *Fromm/Nordemann Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Einigungsvertrag (Urheberrecht), neu: zur EU-Portabilitätsverordnung* (12. Auflage, Kohlhammer 2018) § 13, N. 36.

19 Stolz (n 8) 3. Aynı yönde bkz. Mielke (n 1) 17.

20 Stolz (n 8) 66 ff., 81. Yazarın eser sahipliğinin tanınması hakkının devredilemeyeceğini ve bundan feragat edilemeyeceğini, aksi takdirde eser sahibi ile eser arasındaki bağın zedeleneceğini (ibid 50 ff., 60-61), yalnızca *Fremdoriertheit*’in

bürünebilmesinin ön şartı böyle birinin varlığı olduğuna göre, bu şartın benimsenmesi aynı zamanda gölge yazarlığın ancak görünürdeki yazarla sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra ortaya çıkabileceğinin kabulünü gerektirir (böylece yukarıda anılan birinci unsurdaki “yaratmış” ibaresi reddedilmiş olmaktadır)²¹. Bu görüş haklı olarak eleştirilmektedir. Örneğin, Ahrens’e göre, Stolz, Alman UrhG § 7’deki “Eser sahibi eserin yaratıcısıdır” (yaratma gerçeği veya gerçek eser sahipliği ilkesi; FSEK m. 8/ I²²) kuralına uygun biçimde gölge yazarın eser sahibi olduğunu belirtmesine rağmen, sözleşmenin geçerliliğini eserin başkasının üslup ve fikirlerine göre yaratılmasına bağlayarak yaratma kavramına yasada bulunmayan duygusal ve psikolojik bir unsur eklemektedir²³. Diğer taraftan çoğu eser bir biçimde başkalarının düşüncelerinin etkisi altında, onlara yönelerek, onları geliştirerek veya onlardan saparak kaleme alınır (güneşin altında yeni bir şey yok (Ecclesiastes 1:9))²⁴. Yine yayınlanmak üzere yazılan çoğu eser hedef kitlesinin muhtemel beklenti ve zevkini karşılayacak şekilde onlara yönelerek hazırlanırken, iş ilişkisi kapsamında yazılanlar da (FSEK m. 18/II) işverenin beklenti ve isteklerine uygun olur²⁵. Eserin münhasıran sahibinin fikirlerinden oluşmasıyla ancak istisnaen karşılaşılabılır. Ayrıca gölge yazarlık sözleşmesinin geçerliliği eserin ne ölçüde görünürdeki yazarın üslup ve fikir dünyasına göre yaratıldığına bağlanırsa, bunun tespiti büyük ölçüde eseri okuyanın sübjektif değerlendirmesine bağlı olacağı için, böyle bir ölçütün kabulü uygun değildir²⁶. Son olarak, gölge yazarlık yalnızca sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkmamaktadır. Birçok durumda gölge yazar tarafından önceden (kimse taklit edilmeden) hazırlanmış bir eser de gölge yazarlık sözleşmesinin konusunu oluşturabilmektedir²⁷. Yukarıda değinilen seri edebiyat eserleri buna da örnek gösterilebilir. Yine örneğin, akademik gölge yazarlık alanında, tez-ödev yazım bürosu vb. adlarla faaliyet gösteren ve internet ya da sosyal medya üzerinden birçoğuna ulaşılabilecek işletmeler, akademik metinleri veya ödevleri talep hâlinde sunmak üzere önceden hazır bulundurabilmektedir.

gerçekleşmesi hâlinde görünüşteki yazarın yaratılmış esere gölge yazardan “daha yakın” olacak olması sebebiyle bu bağın zedelenmeyeceğini ve sözleşmenin bu sebeple geçerli olacağını (ibid 66-67) ifade ettiğini belirtmekte, görüşe haksızlık edilmemesi ve bütünlüğün sağlanması bakımından fayda vardır. Yalnız yazarın buna ilişkin açıklamaları Alman hukukuna özgü bazı düzenleme, karar ve değerlendirmelere dayanmaktadır.

- 21 Mielke (n 1) 18. Gerçi karşı. Stolz (n 8) 3-4, 33-34. Tespitte ilgili ayrıca bkz. von Planta (n 1) 2. Groh bunu dar anlamda gölge yazarlık olarak ele almaktadır. Groh (n 9) 870. Belirtelim ki, gölge yazarın ileride anlaşabileceğini umduğu bir kişinin kimliğine bürünerek eseri yaratması ve sonrasında bu kişiyi, bu esere ilişkin bir gölge yazarlık anlaşması yapmaya ikna etmesi teorik olarak mümkün olsa da, karşılaşılabileceği sıklık itibarıyla gerçekçi bir ihtimal olarak görülemeyeceğinden yapılan değerlendirmenin isabetini etkilemez.
- 22 Nuşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri* (Sevinç 1972) 85; Şafak Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (3. Bası, Yetkin 2009) 87.
- 23 Ahrens (n 10) 22-23. Bu eleştiri Türk hukuku bakımından da geçerlidir.
- 24 Bkz. von Planta (n 1) 94-95.
- 25 Osenberg (n 9) 126-127; von Planta (n 1) 95. von Planta burada dn. 403’te Frisch’in şu veciz ifadesine atıf yapmaktadır: “Ancak yine de birinin bunu okuyacağı düşünülmeden yazılmış yazı olmadığına inanıyorum” (“Und doch, glaube ich, gibt es kein Schreiben ohne die Vorstellung, dass jemand es lese ...”).
- 26 von Planta (n 1) 95.
- 27 Türk hukuku: Bellican (n 1) 89-90; Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 243-244; Karaaslan (n 8) 767. İsviçre hukuku: von Planta (n 1) 2, 11 ff. Alman hukuku: Groh (n 9) 871 (bu durumun daha nadir olacağını ifade ederek). Avusturya hukuku: Brehm (n 8) 3.

Gölge yazarın bizzat görünürdeki yazarla sözleşme yapması da zorunlu değildir²⁸. Örneğin, gölge yazarla görünürdeki yazarın arasında bir yayınevi veya tez-ödev yazım bürosu bulunabilir. Bu doğrultuda, kanımızca, gölge yazarın görünürdeki yazarı bizzat seçmesi ve hatta onun kimliğini bilmesi dahi gerekmez.

Sonuçta, gölge yazar, bir eseri kısmen veya tamamen yaratarak bu eserin başka bir kişinin adıyla ya da başkası tarafından seçilecek müstear adla²⁹ yayınlanması veya umuma arz edilmesi konusunda anlaşan gerçek kişi olarak tanımlanabilir³⁰. Aşağıda bu anlamıyla gölge yazarlık ile intihal, eserin müstear adla, adsız veya rızası alınmamış olan başka bir kişinin adıyla yayınlanması ve birden çok kişinin eser sahipliği kurumları arasındaki ilişki ele alınacaktır.

B. BENZER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ VE BUNLARDAN AYIRT EDİLMESİ

1. İNTİHAL

İntihal³¹ kurumu FSEK’te özel olarak düzenlenmemiştir. Bununla beraber, FSEK m. 71/İ’nin 3. ve 5. bentlerindeki iki ceza normu intihale ilişkindir. İlki bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunmanın, ikincisi ise bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatici mahiyette kaynak gösterilmesinin cezai yaptırımını düzenlemektedir. Ayrıca FSEK m. 71/I-2’de başkasına ait esere kendi eseri olarak ad koyma suçu düzenlenmiştir. Bu fıkranın intihalle ilişkisine aşağıda değinilecektir. Bunlara ek olarak, FSEK m. 67/III’te hükümde sayılan haller bakımından hiç kaynak gösterilmemesi ya da yanlış veya kifayetsiz (yetersiz) kaynak gösterilmesi durumunda m. 67/II’nin uygulanacağı öngörülmüştür. Son olarak, FSEK m. 35’te iktibas serbestisi kurala bağlanmıştır. Baştan belirtmek gerekir ki, bu hükme uygun iktibas yapılması intihal teşkil etmeyecektir³².

28 Matthias Seemann, *Übertragbarkeit von Urheberpersönlichkeitsrechten* (Stämpfli 2008) 370.

29 Bundan anlaşılması gerekenin müstear adı seçme yetkisi verilen kişiye, gölge yazar ile eser arasındaki bağlantıyı kesebilecek ölçüde geniş bir tasarruf imkanının tanınması olduğu yukarıda açıklanmıştır.

30 Bu aşamada, pozitif düzenlemelerin eksikliğinde, gölge yazar kavramının sınırlarının, çoğu kez hukuk politikasıyla ilgili önceden akla konmuş amaçlarla çizildiğini düşündüğümüzü belirtmek isteriz. Konuya ayrıntılı olarak eğilen yazarlar hukuka, özellikle fikri mülkiyet hukukuna bakış açısına göre, gölge yazarın faaliyetlerini ek unsurlarla daraltmakta veya tam tersi biçimde genişletmektedir. Çünkü bu, doğrudan gölge yazarlık sözleşmesiyle ilgili yapılacak çıkarımların etki alanını belirlemektedir. Bunların yine de görece uzun biçimde aktarılmasındaki temel amaç bu konuda hukuk politikasını belirleyecek olan yasa koyucu ve yargılama mercilerine yardımcı olabileceği umududur. Serozan’ın yorumla ilgili açıklamalarını burada evleviyetle geçerli saymak gerekir: “Yorum konusunu kaparken [...] değinilmesi daha doğrusu ‘itiraf’ edilmesi gerekli bir nokta şudur: Hiçbir yorum yorumcunun kişisel (öznel) anlayışından (eğiliminden, çevresinin koşullandırmalarından) soyutlanamaz. Çağdaş ‘hermeneutik’in (yorum sanatının) kanıtlandığı gibi, tüm yorum yöntemleri, aslında yorumcunun baştan kafasına koyduğu bir çözümü meşru kılmaya yarayan kılıflardan başkaca bir şey değildir.” Rona Serozan, *Hukukta Yöntem – Mantık* (2. Bası, Vedat 2017) N. 255b.

31 İntihal sözcüğünün kökeni konusunda ilginç ve ayrıntılı bilgiler için bkz. Julian Waiblinger, “Plagiat” in der Wissenschaft: Zum Schutz wissenschaftlicher Schriftwerke im Urheber – und Wissenschaftsrecht (Nomos 2012) 20 ff. Klaus Weber, ‘Das Plagiat im Urheberrecht’ (2013) 7 Wettbewerb in Recht und Praxis 859, N. 1-7; Axel Nordemann in Axel Nordemann, Jan Bernd Nordemann, Christian Czychowski (eds.) *Fromm/Nordemann Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Einigungsvertrag (Urheberrecht)*, neu: zur EU-Portabilitätsverordnung (12. Auflage, Kohlhammer 2018) § 24, N. 59; Manfred Rehbinder und Alexander Peukert, *Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* (18. Auflage, Beck 2018) N. 126. Açıklamalara göre, her eserin onu yaratanın ruhundan bir parça taşıdığı düşüncesiyle bağlantılı olarak *plagium* kavramının bir anlamı da “insan hırsızlığı”dır (*Menschenraub*).

32 Tekinalp (n 16) § 13, N. 4a.

FSEK hükümlerinin yanı sıra, bilimsel alanı düzenleyen birincil ve ikincil mevzuatta da intihalle ilgili hükümler vardır. Öncelikle 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 53/5-’de³³ intihal kavramı kullanılmadan³⁴ intihal fiili “Başkalarına ait özgün fikir, metot, veri veya eserleri bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendisine ait gibi göstermek” biçiminde düzenlenmiştir. Bu fiil, “akademik bir kadroya bir daha atanmamak üzere üniversite öğretim mesleğinden çıkarma” olarak tanımlanan üniversite öğretim mesleğinden çıkarma yaptırımına tabi tutulmuştur. Hemen belirtelim ki, aynı fıkranın b bendinde bilimsel/akademik gölge yazarlık “Atama ve yükselmelerde, unvan veya derece kazanılmasında; anket uygulama, veri toplama gibi akademik değerlendirme içermeyen katkılar dışında kişisel emek ve birikimine dayanmayan, başkaları tarafından ücret karşılığında veya ücretsiz olarak üretilmiş yayın ve çalışmalar kullanmak” ifadesiyle öngörülüp aynı yaptırıma bağlanmıştır. Buna aşağıda III, B, 2, ’da değinilecektir. Yine bilimsel alanla ilgili ikincil mevzuatta da intihale ilişkin benzer düzenlemeler vardır³⁵.

FSEK m. 67/III, 71/I-3 ile 71/I-5’teki fiiller ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ve dn. 35’te anılan ikincil mevzuattaki intihal tanımlarının birbiriyle örtüşmediği açıktır. Öncelikle, ikinci sayılanlardaki “Başkalarına ait özgün fikir, metot, veri veya eserleri” ifadesinden intihal yapılan kaynağın FSEK anlamında bir eser teşkil etmesinin zorunlu olmadığı anlaşılmaktadır. Yine, aşağıda açıklanacağı üzere, ikinci sayılanlardaki “...bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendisine aitmiş gibi göstermek” ifadesine FSEK m. 71/I-3 ile FSEK m. 71/I-5’teki “yetersiz” kaynak gösterme yorum yoluyla dahil sayılabilecek olsa da, FSEK m. 71/I-5’te yer alan “yanlış” veya “yanıltıcı” kaynak gösterme dahil edilemeyecektir³⁶. Ancak bu farklılık tek başına eleştiri sebebi değildir. Çünkü

33 Söz konusu fıkra 15.04.2020 tarihli, 31102 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 7243 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değiştirilmiş ve üniversite öğretim mesleğinden çıkarma yaptırımını gerektiren ek fiiller düzenlenmiştir. Maddenin değişiklikten önceki hâlinde yalnızca şu anda a bendinde öngörülmüş olan intihal fiili mevcuttur. Bu fiil de 09.12.2016 tarihli, 29913 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 6764 sayılı Kanununun 26. maddesiyle hükme dahil edilmiştir.

34 Bilimsel araştırma ve yayın etiğine aykırı eylemleri düzenleyen ÜAK Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi (<https://www.uak.gov.tr/etik-inceleme> Erişim Tarihi 03 Kasım 2021) m. 4/1-’de intihal fiili aynı şekilde tanımlanmıştır.

35 24519 sayılı Doçentlik Yönetmeliği (15.04.2018 tarih, 30392 sayılı RG) m. 1/2’de intihalle ilgili olarak Üniversitelerarası Kurul’un (ÜAK) düzenlemelerine atıf yapılmıştır. Yukarıda dn. 34’te değinildiği üzere, ÜAK Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi m. 4/1-’de, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 53/5-’dakiyle aynı tanıma yer verilmiştir. YÖK’ün 21510 sayılı Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği (20.04.2016 tarih, 29690 sayılı RG) m. 3/1-’deki intihal tanımında ise diğer tanımlardan farklı olarak “özgün” ibaresine yer verilmemiştir. Kanımızca özgün ibaresine yer verilmeyen bu tanım daha isabetlidir. Çünkü bilimsel alanda intihal için mutlaka yararlanılan eserin ilgili kısmının özgün bir fikir ihtiva etmesi gerekmez. Örneğin, başkasının özgün bir fikrini açıklayan ve/veya özetleyen bir eserin ilgili bölümünün de atıf yapılmaksızın iktibas intihal olacaktır.

Ayrıca ÜAK Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönerge m. 4/I-’de “haksız yazarlık” kavramına da yer verilmiştir. Burada sayılan “aktif katkısı olmayan kişileri yazarlar arasına dâhil etmek veya olan kişileri dâhil etmemek” ile “aktif katkısı olmadığı hâlde nüfuzunu kullanarak ismini yazarlar arasına dâhil ettirmek” durumlarında yine gölge yazarlık söz konusudur. Aynı düzenleme YÖK Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi m. 4/1-’de de vardır. <https://www.yok.gov.tr/Documents/Mevzuat/yuksekogretim_kurumlari_bilimsel_arastirma_ve_yayin_etigi_yonergesi.pdf> Erişim Tarihi 03 Kasım 2021.

36 Kanımızca bilimsel alandaki intihal kavramına bilinçli olarak yanlış veya yanıltıcı biçimde kaynak göstermenin dahil edilmemiş olması isabetlidir. 6 Temmuz 2012 tarihli Alman Genel Fakülteler Gününde tüm bilim alanları için üzerinde uzlaşılan “Bilimsel Yeterlilik Çalışması Yazarları İçin İyi Bilimsel Uygulama” (*Gute wissenschaftliche Praxis für das Verfassen wissenschaftlicher Qualifikationsarbeiten*) ortak metni m. III/7’deki intihal tanımında da bunlar yer almamaktadır. <<https://www.uni-regensburg.de/assets/universitaet/ombudspersonen/aft-dhv-gwp.pdf>> accessed 6 November 2021. Bununla birlikte, bu davranışların, tespit edebildiğimiz kadarıyla, başka kurullarla yaptırıma

özellikle Alman öğretisinde, tartışmalı olmakla birlikte, (Türk hukukunda 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ve dn. 35'te anılan ikincil mevzuatta düzenlenen) bilimsel alandaki intihal kavramının, fikri mülkiyet hukukundaki intihalden daha geniş olduğu ifade edilmektedir³⁷. Anılan hükümlere bakıldığında, bu ayrım hukukumuz bakımından da geçerli görünmektedir.

İntihalin yeknesak bir kavramdan ziyade birçok hukuk dalında farklı ihlalleri anlatmak için kullanılan, hukuken netlik kazanmamış bir üst kavram olduğunu belirtenler de vardır³⁸. Özellikle Alman hukukunda fikri mülkiyet hukukuna özgü bir intihal kavramının gereksiz olduğu görüşü de taraftar toplamaktadır³⁹. Gerçekten de FSEK m. 67/III, 71/I-3 ve 71/I-5'teki düzenlemelerin fikri mülkiyet hukukuna özgü bir intihal kavramı altında toplanması yerine eser sahipliğinden doğan hakların ihlalini ve bunun sonuçlarını düzenleyen diğer hükümler gibi münferit olarak ele alınması düşünülebilir. Fakat bu görüşlerin değerlendirilmesi eldeki çalışmanın kapsamını aşacaktır. Aşağıda hukukumuzda yerleşmiş olması sebebiyle fikri mülkiyet hukuku kapsamında "intihal" kavramı ele alınacaktır. Yalnız FSEK m. 67/III'ün, 71/I-3 ile 71/I-5'ten tek farkı "yanıltıcı" sözcüğünü içermemesi olduğundan tekrardan kaçınmak amacıyla FSEK m. 71 üzerinden bir değerlendirme yapılacaktır. Ayrıca her ne kadar yukarıda fikri mülkiyet alanında intihal ile bilimsel alanda intihal arasındaki ayrımın mevcut düzenlemelere göre hukukumuzda da geçerli olduğu belirtilmiş olsa da özellikle her iki alanda da yaptırıma tabi tutulan fiillerin benzerliği nedeniyle aradaki sınır silikleştiği için yeri geldikçe bilimsel alanda intihalle ilgili düzenlemelere de değinilecektir.

Öğretide FSEK m. 71/I-3 ve 71/I-5'teki ceza normlarının intihal fiilini düzenlediği belirtilmektedir⁴⁰. FSEK m. 71/I-3 bakımından bu tespitin doğruluğu ortadadır. FSEK m. 71/I-5'teki yetersiz, yanıltıcı kaynak göstermenin ise intihal kavramı altında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışılabilir. Bu tartışmanın kavramsal karşılığı, başarısız/kötü bilim insanlığı, yazarlık (veya öğrencilik) ile intihal arasında bir sınır olup olmadığıdır. Bazı yazarlara göre, kabul edilmiş akademik standartların altında kalsa bile kısmen atıf yapılan durumlar intihal olarak değerlendirilmeyebilir⁴¹.

bağlanmamış olması isabetli olmamıştır.

37 Ulrich Loewenheim in Gerhard Schricker und Ulrich Loewenheim (eds.), *Urheberrecht Kommentar* (6. Auflage, Beck 2020) § 23, N. 29. Bağımsız bir bilimsel intihal (bilim etiği anlamında intihal değil) kavramına ihtiyaç olduğu yönünde: Volker Rieble, *Das Wissenschaftsplagiat: Vom Versagen eines Systems* (Vittorio Klostermann 2010) 79 ff.; Volker Rieble, 'Erscheinungsformen des Plagiats' in Thomas Dreier und Ansgar Ohly (eds.), *Plagiate, Wissenschaftsethik und Recht* (Mohr Siebeck 2013) 38 ff.; Ulrike Grübler, 'Urheberrecht im Bereich der Wissenschaft' in Hartwig Ahlberg, Horst-Peter Götting und Anne Lauber-Rönsberg (eds.), *Beck'scher Online-Kommentar – Urheberrecht, Sonderbereiche* (32. Auflage, Beck 2021) N. 31 <<https://beck-online.beck.de>> accessed 6 November 2021. Karş. Weber (n 31) N. 44 ff. İsviçre hukuku bakımından özellikle bkz. Cyrill P. Rigamonti, *Urheberpersönlichkeitsrechte: Globalisierung und Dogmatik einer Rechtsfigur zwischen Urheber und Persönlichkeitsrecht* (Stämpfli 2013) 256-257.

38 Nordemann (n 31) § 24, N. 60.

39 Bkz. Waiblinger (n 31) 39 ff. ve orada anılan yazarlar. Karş. Weber (n 31) N. 45-46.

40 Kemal Gözler, *Örnekleriyle Usulsüz Alıntı Sorunu* (Yazarın Kendi Yayını 2013) 53-54. Buraya FSEK m. 71/I-2'deki "başkasına ait esere kendi eseri olarak ad koyma"yı da dahil eden yazarlar vardır. Tekinalp (n 16) § 13, N. 4; Bozbel (n 8) 261 (ancak yazar 5. bendi dahil etmemektedir).

41 Bkz. Nicholas Bamforth, 'Combating Plagiarism: the Experience at Oxford University' in Thomas Dreier und Ansgar Ohly (eds.), *Plagiate, Wissenschaftsethik und Recht* (Mohr Siebeck 2013) 68 (yazar böyle durumların intihal olarak değerlendirilebileceğini ifade etmekte, ancak "may" kelimesini kullanarak aksinin de mümkün olduğunu ima etmektedir). Rieble atıf yanlışlıklarının intihal karşısında savunma teşkil etmesini (*Zitierfehler als Einrede*), intihal iddiasıyla karşı karşıya kalanların her zaman intihal değil, baştan savma atıf yapmış olduklarını ileri sürmesini alaycı bir

Kanımızca bu konuda FSEK m. 71/I-5'te kullanılan “yetersiz”, “yanlış” ve “yanıltıcı” kavramları arasında bir ayrıma gidilmelidir⁴². İlki bağlamında, ceza normunu öngören yasa koyucunun intihal bakımından “*atf yapılmaması*” ile “*yetersiz atf yapılması*” arasındaki zaten çizilmesi güç olan kavramsal sınırı reddettiği kabul edilmelidir. Fakat aynı bentte düzenlendiklerinden hareketle “yanlış” veya “yanıltıcı” kaynak gösterme de intihal kavramına dahil sayılmamalıdır.

İntihal kavramının özünde başkasının eserini kendine mal etme bulunur⁴³. Bunun sonucunda ilk (orijinal) kaynakla kurulması gereken bağ kesilerek okuyucunun ayniyeti veya benzerliği şeffaf bir şekilde görmesi engellenir⁴⁴. Yanlış veya yanıltıcı biçimde kaynak gösterilmesinde ise, bu davranış bilinçli olarak yapılsa bile, bu şeffaflık yalnızca ilk bakışta (*prima facie*) eksiktir. Çünkü yanlış veya aldatıcı olarak da olsa gösterilen kaynağa ulaşmak mümkündür. Diğer taraftan yanlış veya yanıltıcı biçimde kaynak gösteren, başkasının eserini kendine mal etmemekte, yalnızca bu eseri içeriğine uygun düşmeyen şekilde alıntılanmaktadır. Bu tek başına intihal değildir; ancak özellikle bilinçli olarak yanlış veya yanıltıcı kaynak gösterilerek *intihalin gizlenmeye çalışılmış olabileceği* gözden kaçırılmamalıdır⁴⁵. Yani değerlendirmede belirleyici olması gereken, yararlanılan esere ulaşmakta şeffaflığın sağlanıp sağlanmadığıdır. Sonuçta, fikri mülkiyet hukukunda intihal bakımından FSEK m. 71/1-3 ve 71/1-5'ten bir eserden hiç veya yeterli derecede kaynak gösterilmeden iktibasta bulunulması unsurunu çıkartılabilmektedir. Ancak yasanın lafzı tam bir tanım yapmak için yeterli değildir. İntihalin gölge yazarlıkla ilişkisine geçmeden öğreti ve yargı kararları üzerinden ek bazı açıklamalarda bulunulması gerekmektedir.

Öncelikle, yararlanılan esere hiç veya yeterli derecede atf yapılmamasıyla kastedilen eserin ilgili kısmına, bundan yararlanılan yerde atf yapılmasıdır⁴⁶. Ülkemizde özellikle uygulamacılara yönelik kitaplarda karşılaşıldığı biçimde, yararlanılan eserlere kitabın ilgili bölümlerinde atf yapılmayıp bunların yalnızca kaynakçada gösterilmesi intihal teşkil edebilir (bkz. FSEK m. 35/II).

dille eleştirmektedir. Rieble, *Erscheinungsformen*, (n 37) 43-44.

42 Karş. Gözler (n 40) 53-54. Yazar üçünü de intihal tanımına dahil etmektedir.

43 Loewenheim (n 37) § 23, N. 28; Nordemann (n 31) § 24, N. 59-60; Gassler (n 8) 42; Emre Gökyayla, ‘Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İntihal Kavramı’ iç Tekin Memiş (ed.), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yılığ 2009* (On İki Levha 2009) 285, 285.

44 Benzer yönde açıklamalar için bkz. Rieble, *Erscheinungsformen*, (n 37) 44.

45 Yama yaparak intihal (*Patchwork Plagiat*) diye de adlandırılan bu gibi durumlarda kuralına uygun ve yeterli açıklıkta olmayan (mesela atf yapılan yerdeki konuyla ilgisiz veya ilgisi tam anlaşılamayan “karşılaştırınız”, “bakınız” atıfları yapma) fazla sayıda atıfla bir yama etkisi yaratılarak intihalin üstü örtülmeye çalışılır. Buna örnek olarak Almanya'nın eski Savunma Bakanı *Karl-Theodor zu Guttenberg'in* “Verfassung und Verfassungsvertrag” isimli çalışması gösterilmektedir. Wolfgang Löwer, ‘*Aus der Welt der Plagiate*’ (2012) 3(1) Rechtswissenschaft (RW) 116, 117. Eski Bakan'ın çalışmasının intihal içerdiği sonucuna varılmasında etkili olan ölçütler ve değerlendirmeler için bkz. Rieble, *Erscheinungsformen*, (n 37) 44. İntihalin gizlenmesi ihtimaliyle ilgili olarak Türk hukukunda bkz. Gökyayla (n 43) 288. Kanımızca 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 53/5-a ve yukarıda dn. 35'te anılan ikinci mevzuatta yer alan “...bilimsel kurallara uygun biçimde atf yapmadan kısmen veya tamamen kendisine aitmiş gibi göstermek” ifadesi de açıklamalarımızı desteklemektedir. Aksi takdirde intihali de kapsayacak şekilde doğrudan bilimsel kurallara uygun biçimde atf yapmama fiili yaptırıma tabi tutulurdu. Ancak yine de, yukarıda dn. 36'da belirttiğimiz üzere, bilinçli olarak yanlış veya yanıltıcı kaynak göstermenin ayrı bir hükümlerle yaptırıma bağlanmaması isabetli olmamıştır.

46 Frederik Becker in Volker Epping (ed.), *Niedersächsisches Hochschulgesetz mit Hochschulzulassungsgesetz Handkommentar* (Nomos 2016) § 8, N. 79 (atf yapılan bölümde şerhin isminden bağımsız olarak genel açıklamalar yapılmaktadır).

Fikri mülkiyet hukuku anlamında intihalin yalnızca FSEK m. 1/B/I-âda tanımlanmış ve bu kanun altında korunan eserler bakımından söz konusu olabileceği, bu nitelikte olmayan fikrî ürünlerin atıfsız olarak kullanılmasının intihal teşkil etmeyeceği belirtilmektedir⁴⁷. Yargıtay içtihadı da bu yöndedir⁴⁸. Ancak daha önce belirtildiği üzere, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 53/5-a ve yukarıda dn. 35'te anılan ikincil mevzuat uyarınca hukukumuzda bilimsel anlamda intihal kavramına eser olarak korunmayan bazı kalemler de dahildir⁴⁹.

İntihale başkasının eserinin tamamının veya bir kısmının atıfsız alınması yol açabilir⁵⁰. İntihalin varlığı için atıf yapılmayan eserin birebir alınması gerekli değildir, kelimeler değiştirilerek veya takdim-tehir yapılarak iktibas da yeterlidir (*içerik intihali, Inhaltsplagiat*)⁵¹. Yalnız eserin tamamını veya bir kısmını iktibas eden kişi bunu kendine mal etmemişse, adın belirtilmesi hakkı ihlal edilmesine rağmen ortada intihal yoktur⁵². Bu durumla özellikle güzel sanat eserlerinin reproduksiyonlarında karşılaşılabılır.

Yukarıda açıklananlar intihalin *objektif unsuruna* ilişkindir. İntihalin bir de *sübjektif unsuru* vardır⁵³. Buna göre, intihalin “bilinçli” yapılması gerekmektedir⁵⁴. Ancak bundan ne anlaşılacağı tartışmalıdır. Hâkim görüşe göre, intihal kasıtlı olmalıdır⁵⁵, ihmal yeterli değildir⁵⁶. Azınlıktaki görüşe göre ise intihal bilinci ile kasıt eş anlamlı olmayıp intihalin daha objektif bir biçimde değerlendirilmesi

47 Gökyayla (n 43) 286; Bozbel (n 8) 56. Alman hukukunda aynı yönde: Gernot Schulze in Thomas Dreier ve Gernot Schulze (eds.), *Urheberrechtsgesetz Kommentar* (6. Auflage, Beck 2018) § 23, N. 27.

48 Yargıtay HGK, E. 2017/11-7, K. 2020/185, 20.2.2020 Kazancı, Erişim Tarihi 1 Kasım 2021; Yargıtay HGK, E. 2017/11-63, K. 2019/86, 7.2.2019 Kazancı, Erişim Tarihi 1 Kasım 2021.

49 Eser olarak korunmayan hususlardan intihale ilişkin olarak bkz. Loewenheim (n 37) § 23, N. 30; Haimo Schack ‘Wissenschaftsplagiat und Urheberrecht’ in Thomas Dreier und Ansgar Ohly (eds.), *Plagiate, Wissenschaftsethik und Recht* (Mohr Siebeck 2013) 82; Hug (n 8) Art. 9, N. 23.

50 Tekinalp (n 16) § 13, N. 3; Gözler (n 40) 54; Bozbel (n 8) 56; Schulze (n 47) § 23, N. 27; Schack (n 49) 83.

51 Tekinalp (n 16) § 13, N. 3; Bozbel (n 8) 56; Löwer (n 45) 117; Becker (n 46) § 8, N. 79; Schulze (n 47) § 23, N. 27; Schack (n 49) 83.

52 Markus Müller-Chen, ‘Grundlagen und ausgewählte Fragen des Kunstrechts’ 129(II) Zeitschrift für Schweizerisches Recht 5, 77-78. Anonim veya müstear adla yayınlanmış eserlerden intihal yapılabilmesi bu tespiti etkilemez (bkz. aşağıda dn. 71). Çünkü bu eserlerden intihale de eseri kendine mal etme şartı aranır.

53 Loewenheim (n 37) § 23, N. 32; Nordemann (n 31) § 24, N. 63; BGH ‘Plagiatsvorwurf’ Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1960 <<https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-GRUR-B-1960-S-500-N-1>> accessed 3 November 2021 500, 503.

54 Türk hukuku: Tekinalp (n 16) § 13, N. 3; Gözler (n 40) 55. Alman hukuku: Loewenheim (n 37) § 23, N. 28, 32; Nordemann (n 31) § 24, N. 60, 63; Schulze (n 47) § 23, N. 27-28; Schack (n 49) 81 ff.; Hartwig Ahlberg in Hartwig Ahlberg and Horst-Peter Götting (eds.), *Möhring/Nicolini Urheberrecht* (4. Auflage, Beck 2018) § 3, N. 44; Helmut Haberstumpf in Wolfgang Büscher, Stefa Dittmer and Peter Schiwiy (eds.), *Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht* (3. Auflage, Carl Heymanns 2015) § 23, N 18; Alexander Peukert in Gerhard Schricker und Ulrich Loewenheim (eds.), *Urheberrecht Kommentar* (6. Auflage, Beck 2020) § 13, N. 9; Winfried Bullinger in Artur-Axel Wandtke und Winfried Bullinger (eds.), *Praxiskommentar Urheberrecht: UrhG* (5. Auflage, Beck 2019) § 24, N. 12; Tobias Lettl, *Urheberrecht* (4. Auflage, Beck 2021) § 4, N. 92. İsviçre hukuku: Hug (n 8) Art. 9, N. 21.

55 Rehbinder und Peukert (n 31) N. 448; Peukert (n 54) § 13, N. 9; Schack (n 49) 82; Weber (n 31) N. 13. Ceza hukuku bakımından FSEK m. 71'deki suçlarda kastın aranacağı şüphesizdir (TCK m. 21, 22).

56 Ulrich Loewenheim und Matthias Leistner in Ulrich Loewenheim (ed.), *Handbuch des Urheberrechts* (3. Auflage, Beck 2021) § 8, N. 30. Nitekim Alman ceza hukuku öğretisinde, kasıttan farklı olarak, bilinç (*Wissen*) öznal öğesinin yalnızca öngörülül (bilinçli) taksirde olabileceği, taksirde genel bir bilinç öğesinin kabul edilmediği görülmektedir. Rudolf Rengier, *StRAFRECHT Allgemeiner Teil* (13. Auflage, Beck 2021) § 14, N. 13.

gerekir⁵⁷. Yine hâkim görüşe göre, objektif olarak intihal teşkil eden bir fiil bilinçli şekilde yapılmamışsa, intihal değil, “farkında olmadan sahiplenme” (*unbewusste Entlehnung*) söz konusu olur⁵⁸. Bunun intihal yapanlarca sıkça başvurulan bir savunma olduğu ifade edilmekle birlikte, özellikle başkasının önceden etkilenilmiş fikrinin kişinin bilinçaltına yerleşip sonraki bir zamanda kendi özgün fikriymiş gibi hatırlandığı kriptomnezi (*cryptomnesia*, *Kryptomnesie*) durumlarının örnekleri olduğu belirtilmektedir⁵⁹. Bu durumlarda atıf yapılmadan iktibas edilen eserin başkasına aitliği (*Fremdheit*) bilinç dahilinde değildir (bkz. dn. 57). Hâkim görüşe göre, intihal fiilinin kasıtlı olması gerektiğinden ve kastın varlığı fiilin işlendiği anda aranacağından böyle durumlarda intihal yoktur. Bilinç eksikliğinin bir sonucu olarak burada intihaldeki ahlaki kınanabilirlik de yoktur; ancak bu durumlarda da FSEK m. 35’teki sınır aşılmışsa adın belirtilmesi hakkı yine ihlal edilmiştir⁶⁰.

Sonuç itibariyle, intihal, bir eseri, sahibine hiç veya yeterli derecede atıfta bulunmaksızın, kısmen veya tamamen, birebir ya da değiştirerek, bilinçli olarak kendine mal etme, kendininmiş gibi göstermedir⁶¹.

Yukarıdaki açıklamalar intihal ile gölge yazarlık karşılaştırmasında iki hususun öne çıktığını göstermektedir. İlk olarak, gölge yazarlık durumlarında henüz ortada atıf yapılmadan iktibas edilebilecek, yayınlanmış veya herhangi bir biçimde umuma arz edilmiş bir eser yoktur⁶². İkinci olarak ise gölge yazarlıkta gölge yazarın rızası varken, intihalde böyle bir rıza bulunmamaktadır. Türk hukukunda kavramlar arasındaki temel farkın intihalde eser sahibinin rızasının bulunmaması olduğu oybirliğiyle kabul edilmektedir⁶³. İsviçre ve Avusturya öğretisinde de bu görüş kabul görmektedir⁶⁴. Alman hukukunda ise bu görüşü savunanlar olduğu gibi⁶⁵ gölge yazarlığın fikri mülkiyet hukuku açısından eser sahibinin rıza verdiği bir intihal hali olduğunu ileri sürenler de vardır⁶⁶.

Anılan ilk hususla ilgili olarak intihal için eserin yayınlanmış veya umuma arz edilmiş olması gerekir mi sorusu ortaya çıkmaktadır. Hemen belirtelim ki, bu soru daha ziyade teorik öneme sahiptir, ancak yine de ele alınmaya değerdir. Bilindiği üzere, eser sahipliği hukuki durumu salt eserin yaratılmasıyla kazanılır,

57 Rieble, *Erscheinungsformen*, (n 37) 33-34. Ancak en azından intihale konu eserin farkında olunması ve buna rağmen esere atıf yapılmamış olması gerektiğinde şüphe olmamalıdır. Schack (n 49) 86. Benzer yönde bkz. Ahlberg (n 54) § 3, N. 44.

58 Gözler (n 40) 55; Loewenheim (n 37) § 23, 32-33; Ahlberg (n 54) § 3, N. 43-44; Schack (n 49) 86; Hug (n 8) Art. 9, N. 21. Loewenheim (n 37) § 23, 32-33; Nordemann (n 23) § 24, N. 62-63.

60 Loewenheim (n 37) § 23, N. 33. Dolayısıyla asıl fark intihalın ceza hukuku bakımından sonuçlarının farkında olmadan sahiplenmeye uygulanmamasıdır. Ahlberg (n 54) § 3, N. 44. Aynısı Türk hukuku için de geçerlidir. Gözler (n 40) 55.

61 Benzer bazı tanımlar için bkz. Türk hukuku: Gözler (n 40) 53-54; Tekinalp (n 16) N. 3 vd.; Bozbel (n 8) 55 vd.; Erel (n 22) 144; Eryıldırır (n 8) 26; Bellican (n 1) 76. İsviçre hukuku: Hug (n 8) Art. 9, N. 21; von Planta (n 1) 9-10. Alman hukuku: Bullinger (n 54) § 13, N. 2 ve § 23, N. 12; Schulze (n 47) § 23, N. 27; Peukert (n 54) § 13, N. 9; Schack (n 49) 81. Avusturya hukuku: Gassler (n 8) 42.

62 Gassler (n 8) s. 43. Karş. Tekinalp (n 16) § 13, N. 4; Bozbel (n 8) 261. Yalnız *Gassler’in* gölge yazarlığa konu eserin sadece sözleşme kurulduktan sonra yaratılmaya başlandığına ilişkin ifadesi isabetli değildir.

63 Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 243; Bellican (n 1) 71, dn. 272 ve 76; Karaaslan (n 3) 768; Eryıldırır (n 8) 27, dn. 94.

64 İsviçre hukuku: von Planta (n 1) 9-10. Avusturya hukuku: Gassler (n 8) 43; Brehm (n 8) 3.

65 Stolz (n 8) 4; Metzger (n 8) 100. *Nordemann* kavramları karşılaştırmamakla beraber, intihalın eser sahibinin rızası olmadan gerçekleşeceğini açıkça ifade etmektedir. Nordemann (n 31) § 24, N. 60

66 Bullinger (n 54) § 13, N. 22; Dieter Leuze, ‘Ghostwriter im Abhängigkeitsverhältnis – Bemerkungen zum Urteil des OLG Frankfurt a.M. ‘betriebswirtschaftlicher Aufsatz’ (2010) 112(4) Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 307, 308. Karş. Becker (n 46) § 8, N. 73.

eserin yayınlanması veya umuma arzı yalnızca eser sahipliğine karine oluşturur (FSEK m. 8, 11, 12)⁶⁷. Bu bağlamda, örneğin, bir kişinin bilgisayar ortamında bulunan yayını bir veri taşıyıcıyla alıp kendi adıyla yayınlayan kişi kavramsal olarak intihal mi yapmış sayılacaktır? Öğretide bazı yazarlar FSEK m. 71/I-2'deki başkasına ait esere kendi adını koyma suçunu da intihal kapsamında kabul etmektedir⁶⁸. Aynı fiilin tarafların anlaşması hâlinde gölge yazarlık teşkil edeceğinde tereddüt olmadığına göre⁶⁹, kastedilen ancak eser sahibinin rızası olmadan bunun yapılması olabilir. Halihazırda yayınlanmış bir eserin tamamını kendine mal edenin intihal yaptığında şüphe yoktur. Ancak verilen örnekte olduğu gibi eser yayınlanmamışsa, kanımızca, yukarıda açıklanan intihalden *daha vahim* ve doğrudan kendi içinde “başkasına ait esere kendi adını koyma” kavramı altında ayrıca değerlendirilmesi gereken farklı bir durum vardır. Bu doğrultuda, eser sahibi olarak tanınma hakkının, doğal olarak, eserin umuma arzından *önce* var olması⁷⁰, açıklanan ihlalin de intihal olarak nitelendirilmesini gerektirmez. Aksi takdirde intihal kavramının içine eser sahibi olarak tanınma hakkından başka FSEK m. 14/I'deki ilk umuma arz hakkının ihlal edilmiş olduğu durumlar da dahil edilmiş olur. Bu ise halihazırda tartışmalı olan bir kavramın sınırlarını daha da belirsiz hale getirir. Dolayısıyla fikri mülkiyet hukuku anlamında intihal kavramına yalnızca yayınlanmış veya umuma arz edilmiş olup FSEK m. 35 anlamında halihazırda iktibası mümkün eserlerin konu olabileceği kanaatindeyiz⁷¹. Ancak 2547 sayılı Kanun m. 53/5-a ve dn. 35'te anılan ikincil mevzuatta tanımlanan bilimsel alanda intihale burada tartışılan fiil de dahildir, çünkü orada FSEK altında bir eserin varlığı bile aranmamaktadır.

İkinci husus bakımından ise, hâkim görüşün kabul ettiği üzere, kanımızca da fikri mülkiyet hukuku anlamında “rıza verilmiş intihal”den söz edilemeyeceği için gölge yazarlık da intihal kavramına dahil edilemez. Gölge yazarlık ile intihal olsa olsa bilimsel alanda eş muamele edilebilecek kavramlardır. Fakat 2547 sayılı Kanun m. 53/5-b ve ÜAK Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi m. 4/1-e (ve YÖK Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi m. 4/1-e) uyarınca hukukumuzda bilimsel alanda da intihal ile gölge yazarlık kavramları arasında fark güdüldüğü görülmektedir.

2. MÜSTEAR AD, ANONİM ESER VE KENDİ ESERİNİ BAŞKASININ ADIYLA YAYINLAMA

FSEK m. 15/I uyarınca eser sahibi, eserini müstear adla (*pseudonym, Deckname*) veya adsız (anonim) olarak yayınlatabilir. Bu, eser sahibi olarak tanınma hakkının “negatif” yönde kullanılmasıdır (*the right not to claim authorship*)⁷². Bu hakkın tanınmasındaki gerekçenin eser sahibinin, özellikle eserin

67 Erel (n 22) 86 vd., 99 vd.

68 Tekinalp (n 16) § 13, N. 4; Bozbel (n 8) 261.

69 Bkz. Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 243.

70 von Planta (n 1) 110; Tekinalp (n 16) § 14, N. 24; Gunda Dreyer in Gunda Dreyer, Jost Kotthoff, Astrid Meckel ve Christian-Henner Hentsch (eds.) *Heidelberg Kommentar, Urheberrecht* (4. Auflage, C. F. Müller 2018) § 13, N. 10.

71 *Yasaman* da intihale konu eserin “sahipliği(nin) çekişmesiz aleniyete kavuşmuş veya yayınlanmış” olması gerektiğini belirtmektedir. Hamdi Yasaman, *Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku: Fikir ve Sanat Eserleri, Endüstriyel Tasarımlar, Patentler ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalâalar, Birlikli Raporları* (Vedat 2006) 287. Belirtelim ki, eserin yayınlanmış olması yeterlidir, anonim veya müstear adla yayınlanmış eserlerden de intihal mümkündür. Tekinalp (n 16) § 14, N. 26; Peukert (n 54) § 13, N. 9; Mustafa Ateş, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması* (Seçkin 2003) 143.

72 Cyrill P. Rigamonti, ‘Deconstructing Moral Rights’ (2006) 47(2) *Harvard International Law Journal* 353, 364. Bkz. yukarıda dn. 16'da anılan DFMÖ (WIPO) Rehberi 41.

yayınlanacağı yer ve zaman itibarıyla tepki çekme ihtimaline karşı kendi ismini gizli tutmak isteme ihtimali olduğu düşünülebilir⁷³. Aksi takdirde eser sahibi, eserini yayınlamaktan imtina edebilecektir. Ancak bu hakkın temelinde bundan daha liberal bir düşünce yatmaktadır: Eseri yaratan kişi, *kendi kimliğinin* onun üzerinde görünüp görünmeyeceğine ve görünecekse nasıl görüneceğine karar verme hakkına sahip olmalıdır⁷⁴.

Müstear ad ile gölge yazarlık kavramları, yaratılmış eserin iki durumda da gerçek eser sahibinin adıyla yayınlanmaması bakımından birbirine benzemektedir. Ancak bu olgu dışında tamamen farklı kavramlardır ve birbirinden ayırt edilmeleri güç değildir. Daha sorunlu olan husus, neden eser sahibine eserini müstear adla ya da adsız olarak yayınlama hakkını veren FSEK m. 15/I'den gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerliliğiyle ilgili olumlu yönde sonuç çıkartılmayacağına açıklanmasıdır. Bunun için FSEK m. 15/I'in koruduğu menfaat ile gölge yazarlık sözleşmesinin ilişkili olduğu menfaatlerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Aşağıda önce kavramsal açıklamalara yer verilecek, sonrasında bu konu değerlendirilecektir. Bu değerlendirmenin içinde gölge yazarlık ile kendi eserini (rızasını almadan) başkasının adıyla yayınlamanın farkına da kısaca değinilecektir.

Eser sahibinin müstear adıyla (veya adsız olarak) yayınlanan eserin başka bir kişiyle bağı yoktur⁷⁵. Gölge yazarlıkta ise eserin başka bir gerçek kişinin adıyla ya da onun seçtiği müstear adla yayınlanacağı konusunda anlaşılmalıdır. Müstear ad kural olarak serbestçe seçilir, hayal ürünü adların birleşiminden veya eser sahibinin sadece ön adından oluşabilir ve birden fazla eserde kullanılabilir⁷⁶. Fikri mülkiyet hukukunda gerçek veya müstear adla yayınlanan eserler arasında *bunların korunması bakımından* ayırım yapılmaması, bu konuda fark varsa giderilmesi gerektiği belirtilmektedir⁷⁷. Çünkü müstear ad seçen eser sahibi, genellikle, yalnızca bu adla kamunun önüne çıkmakta ve kamu da onu ve eserlerini bu adla tanımaktadır⁷⁸. Bundan farklı olarak, eserin başka bir kişinin adıyla yayımlandığı durumlarda gerçek eser sahibiyle eserin bağı kamunun gözünde tamamen kesilmektedir. Daha önce ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, eserin başkasının seçtiği müstear adla yayımlandığı durumlarda da FSEK m. 15/I anlamında müstear ad değil, gölge yazarlık vardır⁷⁹.

Bunlara ek olarak, müstear ad kullanıp kullanmamak, kullanacaksa bunun ne olacağına karar vermekte serbest olan eser sahibinin daha sonra bunu değiştirmesi veya bundan vazgeçerek gerçek adını açıklaması kural olarak mümkündür⁸⁰. Oysa yukarıda değinildiği üzere, gölge yazarlıkta gerçek eser sahibinin kendi

73 Bkz. Ahmet Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar* (5. Bası, Turhan 2019) 242.

74 Bkz. Ernst Hirsch, *Hukuki Bakımdan Fikri Say, İkinci Cilt, Fikri Haklar (Telif Hukuku)* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1943) 137; Ateş (n 71) 142; Peukert (n 54) § 13, N. 22.

75 Stolz (n 8) 3. Ayrıca bkz. Erel (n 22) 100.

76 Dorothee Thum in Artur-Axel Wandtke und Winfried Bullinger (eds.), *Praxiskommentar Urheberrecht: UrhG* (5. Auflage, Beck 2019) § 10, N. 11-12.

77 ibid § 10, N. 11.

78 ibid § 10, N. 11.

79 Bkz. yukarıda II, A. Aynı yerde, “başkasının seçtiği müstear ad” ifadesinden anlaşılması gerekenin, müstear adı seçme yetkisi verilen kişiye, gölge yazar ile eser arasındaki bağlantıyı kesebilecek ölçüde geniş bir tasarruf imkanının tanınması olduğu açıklanmıştır.

80 Suluk ve Nal (Karasu) (n 8) 83; Tekinalp (n 16) § 14, N. 33; Denis Barrelet und Willi Egloff, *Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* (4. Auflage, Stämpfli 2020) Art. 9, N. 10;

adını açıklayarak görünürdeki yazarın adını veya onun seçtiği ve tasarrufundaki müstear adı bertaraf edip edemeyeceği gölge yazarlık sözleşmesinin geçerli olup olmadığı, geçerliyse bunun hükümlerinin ne olduğuyla ilgili tartışmalarda ulaşılabilecek sonuçlara bağlıdır (bkz. aşağıda II, C ve III, B)⁸¹.

Gölge yazarlık sözleşmelerinin kamuyu aldattığı/yanılttığı görüşü⁸² (bkz. aşağıda III, B, 2, b) kabul edildiği takdirde, bununla müstear ad arasında bir kavramsal farklılık daha ortaya çıkmaktadır. Bunu ortaya koymak için öğretide sıkça değinilen bir ABD mahkeme kararındaki dikkat çekici açıklamaları aktarmakla yetiniyoruz: “Bu [gölge yazarlık], *müstear ad altında yazı yazılmasının bir hali değildir. Böyle durumlarda yazar, kullandığı müstear addan bağımsız olarak, hakikatte, gerçek yazardır ve başka birinin beceri, yetenek ve yazarlığını kullanarak, bunu sahte bir görüntü altında kendisininmiş gibi yutturmamaktadır.*”⁸³

Buraya kadarki açıklamalarla müstear ad ile gölge yazarlığın farklı kavramlar olduğu ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Şimdi FSEK m. 15/I'den gölge yazarlık sözleşmesinin geçerliliğiyle ilgili olumlu bir sonuç çıkartılamayacağına değinilecektir⁸⁴. FSEK m. 15/I yalnızca eser sahibinin *kendi kimliğini* eserin üzerinde gösterip göstermeme ve gösterecekse bunun ne şekilde olacağına (gerçek adıyla mı, yoksa müstear adıyla mı) karar verme hakkını düzenlemektedir⁸⁵. Bu hüküm, eser sahibine eserini kendi adı yerine bir başka gerçek kişinin adıyla (ya da başkasının belirleyeceği müstear adla) yayınlama hakkı vermemekte, daha doğrusu bu konuyla ilgili bir kural getirmemektedir. Bu bakımdan iki durumu birbirinden ayırmak gerekmektedir. Eser sahibinin kendi eserini başka bir kişinin adıyla, onun rızasını almaksızın yayınlamayacağına tereddüt bulunmamaktadır⁸⁶; burada anlaşma olmadığından gölge yazarlık da yoktur. Diğer taraftan, eser sahibinin bunu başkasıyla anlaşarak, yani bir gölge yazarlık anlaşması yoluyla (adın belirtilmesi hakkının *kullanımını* devrederek (bkz. aşağıda II, C ve III, B, 1)) yapıp yapamayacağı konusunda, eserini adsız ya da müstear adla yayınlatabilenin, başkasının adıyla da yayınlatabileceği (buna da izin verildiği) gibi bir *evleviyet kanıtıyla kıyas* yapılamayacaktır. Çünkü buradaki menfaatler arasında benzerlik yoktur; bunlar

Seemann (n 28) 152; Stolz (n 8) 5; Mielke (n 1) 14; von Planta (n 1) 9. Müstear adla yayınlanacağı konusunda yayıneviyle anlaşılabilir ve buna uygun olarak yayınlanan bir eser bakımından sonradan müstear adın değiştirilmesinin borca aykırılık teşkil edip etmeyeceği ayrı bir meseledir. Bkz. Rigamonti (n 37) 270; Rigamonti, ‘Moral Rights’ (n 72) 378.

81 Özellikle bkz. von Planta (n 1) 9; Stolz (n 8) 3; Brehm (n 8) 3.

82 Örneğin bkz. Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 247; Osenberg (n 9) 109 ff.; Groh (n 9) 875.

83 Roddy-Eden v. Berle, 108 N.Y.S. 2d 597, 600 (Sup. Ct. 1951) Casetext Erişim Tarihi 25.10.2021: “*It is not an instance of writing under a nom de plume. In such a case, regardless of the pen name employed by the writer, he is, in truth, the real author and is not exploiting the ability, talent and authorship of another, palming it off under the false pretense that it is his own.*”

84 Genel olarak karşı. Karaaslan (n 8) 769 vd.

85 Hirsch (n 74) 137: “*Bu hakkın bir neticesi, eserin sahibi olarak kendisini ammeye tanıtmak isteyip istemediğini, bunu arzu ettiği takdirde, ne tarzda tanıtmak istediğini tayin edebilmek salahiyetidir. Meri hukuk [...] adını zikretmek, müstear bir nam kullanmak yahut eseri anonim neşrettirmek şıklarından hangisini tercih edeceğini, eser sahibinin ihtiyarına bırakmıştır.*”; Ateş (n 71) 142: “*Manevi hak, eser sahibinin kimliğini, onun seçmiş olduğu biçimiyle himaye eder. Bu sebeple, eser sahibi bu sıfatını eserinde farklı isim altında tanıtabilir.*” Hakkın tanıdığı yetkilerin açık bir sayımı için bkz. Barrelet und Egloff (n 80) Art. 9, N. 10. Karşı. Dietz (n 16) 208; ama aynı zamanda bkz. 219-220.

86 Bu durumda bir görüş kişilik hakkını koruyan hükümlere göre, diğer bir görüş ise FSEK m. 15/III uyarınca dava açılabilirliğini ileri sürmektedir. İlk görüş için bkz. Tekinalp (n 16) § 14, N. 27; Ateş (n 71) 143. İkinci görüş için bkz. Ayiter (n 22) 119-120; Erel (n 22) 144. Kendi eserini, rızasını almadan başkasının adıyla yayınlama intihal değildir. Tekinalp (n 16) § 13, N. 4.

büyükten küçüğe (*çoğu yapabilen azı da yapabilir*) ya da küçükten büyüğe (*hafiften sorumlu olan ağırdan da sorumludur*)⁸⁷ karşılaştırılabilecek kavramlar değildir. Müstear adla veya adsız yayınlama, eser sahibinin eserle bağının kopmadığı, istediği anda gerçek adını açıklayabileceği, sadece kendisini ilgilendiren durumlardır⁸⁸. Gölge yazarlıkta ise eser sahibi ile eserin bağı kopmuştur ve bu konuda gölge yazarla görünüşteki yazarın menfaatleri çatışmaktadır. Hatta buraya haksız rekabet ihtimali sebebiyle özellikle yayınevlerinin rakiplerinin ve alım tercihleri etkilendiği ölçüde tüketicilerin de menfaatlerini dahil etmek gerekmektedir (bkz. aşağıda III, B, 2, b ve III, C)⁸⁹. Oysa bunlar eserin müstear adla veya adsız olarak yayınlanmasından hiçbir şekilde etkilenmemektedir.

3. BİRDEN ÇOK KİŞİNİN ESER SAHİPLİĞİ

Birden çok kişinin eser sahibi olduğu durumlarda da gölge yazarlıkla karşılaşılması mümkündür. Bu bağlamda, Türk hukukunda birden çok kişinin eser sahipliğinin iki türü birbirinden bazı noktalarda ayrılır. FSEK m. 10/I uyarınca iştirak hâlinde eser sahipliğinde, eser sahipleri ortak çalışma iradesiyle eseri birlikte yaratır⁹⁰. Dolayısıyla buradaki gölge yazarlık sözleşmesinin konusu gölge yazarın önceden yarattığı bir eser olamaz. FSEK m. 9 kapsamındaki ortak (müşterek) eser sahipliğinde ise birbirinden bağımsız olarak eser niteliğini haiz eserler bir araya getirildiği için⁹¹ gölge yazar eseri önceden yaratmış olabileceği gibi diğer yazarla anlaşılardan sonra yaratmış olması da mümkündür⁹².

Birden çok kişinin eser sahipliğinde söz konusu olan gölge yazarlıkta, eserin üzerinde gölge yazar dışındaki eser sahibinin (veya sahiplerinin) adı yer alır. Gölge yazar haricindeki eser sahibinin eseri yayınlamasıyla, iştirak hâlinde eser sahipliğinde gölge yazarın esere katkıları, ortak eser sahipliğinde ise gölge yazarın birleştirilen eseri de yayınlanmış olur⁹³. Bu durumda diğer yazar(lar) da gerçekte eser sahibidir⁹⁴, ancak gölge yazarın katkısı veya birleştirilen eseri bakımından yalnızca görünürdeki yazar durumundadır.

Ortak eser sahipliğinde, gölge yazarın ve diğer yazarın yarattıkları ürünlerin birbirinden bağımsız olarak eser niteliğinde olması yeterlidir. İştirak hâlinde eser sahipliğinde ise diğer yazarın (veya yazarların) eser sahibi sayılabilecek ölçüde yaratıcı katkıda bulunmuş, hususiyetini yansıtmış olması gerekir⁹⁵. “Diğer yazar” yalnızca eserle ilgili bazı dileklerini belirtmiş, bazı ana hatları belirlemiş veya

87 Kıyasta evleviyet kanıtının bu iki uygulaması için bkz. Serozan (n 30) § 2, N. 190-191.

88 Bu bağlamda, adın belirtilmesi hakkının *kullanılmasından feragat* ile eserin anonim olarak umuma arz edilmesi de birbirinden farklı kavramlardır. Hug (n 8) Art. 9, N. 18a.

89 Özellikle bkz. Rehbinden (n 8) 662 ff. Hatta yazara göre, gölge yazarlık anlaşmalarının geçerliliğinin değerlendirilmesinde esas alınması gereken tüketicilerin menfaatidir.

90 Erel (n 22) 90; Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 93.

91 Erel (n 22) 93; Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 91-92.

92 İsviçre hukukunda birden fazla kişinin eser sahipliği bakımından bu ayrımın kaldırılmış olması sebebiyle karşı. von Planta (n 1) 47, dn. 192 ve 50 ff.

93 ibid 49.

94 Bkz. von Planta (n 1) 49; Rehbinden (n 8) 652 (*Rehbinden*, diğer yazar birden çok kişinin eser sahibi olmasının şartlarını sağladıysa durumun böyle olduğunu, ancak genellikle esere yaratıcı katkı sunmadığı için şartları sağlayamayacağını belirtmektedir).

95 Erel (n 22) 89-90; Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 94.

gölge yazarın talimatlarını yerine getirmişse, iştirak hâlinde eser sahipliği değil⁹⁶, gölge yazarın tek başına eser sahipliği söz konusudur.

C. GÖLGE YAZARIN ESER SAHİPLİĞİ VE ADIN BELİRTİLMESİ HAKKININ DEVRİ SORUNU⁹⁷

FSEK m. 8/I uyarınca eserin sahibi, onu meydana getirendir (*yaratma gerçeği veya gerçek eser sahipliği ilkesi*⁹⁸). Benzer kurallar Alman UrhG § 7, İsviçre URG m. 6 ve Avusturya UrhG § 10'da da vardır. Türk hukukunda eser sahipliği hukuki durumu, eserin yaratılması maddi fiiliyle⁹⁹ kendiliğinden, *ipso iure* doğmaktadır¹⁰⁰. Buna göre, sözleşmede kararlaştırılmış bütün yükümlülüklerden bağımsız olarak ve eser başkasının adıyla yayınlanmış olmasına karşın, eserin sahibi onu yaratan gölge yazardır¹⁰¹. Maddi fiiller temsile cevaz vermediğinden eserin baştan itibaren başkasını temsilen, başkasını eser sahibi kılacak şekilde yaratılması da mümkün değildir¹⁰². Fakat öğretilerde bazı yazarlarca savunulan eser sahibi olarak tanınma hakkının veya bunun bir görünümü olarak adın belirtilmesi hakkının bütün olarak devredilebileceği görüşü¹⁰³ kabul edilirse, eseri yarattığı anda eser sahibi olan gölge yazar devirle birlikte bu statüsünden kaynaklanan haklarını kullanma imkanını, özellikle FSEK m. 11/I'deki (bkz. İsviçre URG m. 8/I, Alman UrhG § 10(1)) karine de dikkate alındığında, büyük ölçüde kaybedecektir. Hakkın bir bütün olarak devrini konu alan sözleşmelere geçerlilik ve etki tanınması FSEK m. 15/III'teki davanın açılmasını da engelleyecektir¹⁰⁴. Bu takdirde, paragrafın başında değinilen gerçek eser sahipliği ilkesi pratikte anlamsızlaşacaktır. Dolayısıyla aşağıda sözü edilen manevi hakların bir bütün olarak devrini konu alan sözleşmelerin geçerli olup olmadığı tartışmasına değinilecektir.

İsviçre hukukunda, İsviçre URG m. 16/I'de mali ve manevi haklar arasında ayırım gözetilmeden telif hakkının devredilebileceğinin düzenlenmiş olmasından yola çıkan bir görüşe göre, manevi haklar da

96 Rehbinden (n 8) 652; BGE 136 III 225 E. 4.3. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Bahar Öcal Apaydın ve İdil Tuncer Kazancı, 'İsviçre Federal Mahkemesinin Eser Sahipliğinin Tespitine İlişkin Kararının İncelenmesi' (2012) 3(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 331, 347 vd.

97 Adın belirtilmesi hakkı (*Namensnennungsrecht*), eser sahibi olarak tanınma hakkının (*Anerkennungsrecht*) bir görünümünden ibarettir. Her ne kadar FSEK m. 15'te "adın belirtilmesi salahiyeti" kavramı kullanılmışsa da, hükmün eser sahibi olarak tanınma hakkının bahsettiği tüm hakları eser sahibine sağladığı kabul edilmektedir. Bkz. Ateş (n 71) 140 vd.; Bellican (n 8) 61, dn. 224 (yazarın söz konusu kavramların birbirini ikame edebileceği görüşüne katılmıyoruz.) Bu çalışmadaki başlıklarda FSEK m. 15'in lafzına sadık kalmak tercih edilmiş, ancak metinde iki kavram arasındaki ayırım dikkate alınmıştır.

98 Ayiter (n 22) 85; Erel (n 22) 87.

99 Ayiter (n 22) 85; Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 77; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme* (4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, Filiz 2017) § 9, N. 6

100 Ayiter (n 22) 85; Erel (n 22) 87; Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 77.

101 Reto M. Hilty, *Urheberrecht* (2. Auflage, Schulthess 2020) N. 260; Martin Wirtz in Axel Nordemann, Jan Bernd Nordemann, Christian Czychowski (eds.) *Fromm/Nordemann Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Einigungsvertrag (Urheberrecht), neu: zur EU-Portabilitätsverordnung* (12. Auflage, Kohlhammer 2018) § 7, N. 11; Hug (n 8) Art. 6, N. 6; Bellican (n 1) 71. Aynı yönde ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Seemann (n 28) 305, 312-314, 370 ff.

102 Hug (n 8) Art. 6, N. 6; Erel (n 22) 88; Kocayusufpaşaoğlu (n 99) § 45, N. 10. Hilty başkasını temsilen ve onu eser sahibi kılacak şekilde eser yaratılmayacağı sonucuna maddi fiil kavramı üzerinden değil, gerçek eser sahipliği ilkesi üzerinden varmaktadır. Hilty, *Urheberrecht* (n 101) N. 260.

103 von Planta (n 1) 106 ff., 112-121; François Dessemontet, *Intellectual Property Law In Switzerland* (4. Edition, Wolters Kluwer 2019) N. 105. Benzer yönde: Hug (n 8) Art. 9, N. 17 ff., 19.

104 Bkz. von Planta (n 1) 144 ff.

kural olarak devredilebilir¹⁰⁵. Eser sahibi olarak tanınma hakkı özelinde bu tespit Bern Sözleşmesi m. 6(tekrrar) f. 1'daki “*Eser sahibinin mali haklarından bağımsız olarak ve bu hakların devrinden sonra dahi, eser sahibi, eseri üzerindeki sahipliğini ileri sürmek ... hakkına sahip olacaktır*” düzenlemesine *per se* aykırı değildir, çünkü bundan eser sahibi olarak tanınma hakkının veya Bern Sözleşmesi'yle korunan diğer manevi hakların devredilemeyeceği sonucu çıkartılamaz¹⁰⁶. Fakat bu görüşteki yazarlar arasında hangi manevi hakların devredilebileceği konusunda uzlaşa yoktur¹⁰⁷. Bazı yazarlara göre, eser sahibi olarak tanınma hakkının veya bunun bir görünümü olarak adın belirtilmesi hakkının gölge yazarlık sözleşmesiyle bir bütün olarak devri mümkündür¹⁰⁸. Bu görüşe ayrıntılı bir gerekçe sunan *von Planta'ya* göre¹⁰⁹, gölge yazarlık sözleşmesinde tarafların ulaşmak istediği asıl amaca ancak gölge yazarın manevi haklarının da devriyle ulaşılabilir. Bunun geçerli olup olmadığı incelenirken, öncelikle manevi hakların çekirdek alanı (*Kernbereich*) ve dış alanı (*Aussenbereich*) ayrımı kabul edilmelidir¹¹⁰. Hakkın devri çekirdek alan dışında mümkün sayılmalıdır¹¹¹. Çekirdek alanın kapsamı ise eser sahibinin kişilik hakkına göre belirlenecektir. Dolayısıyla gölge yazarlık sözleşmesiyle eser sahibi olarak tanınma hakkının devrinin geçerli olup olmadığı incelenirken, bunun gölge yazarın kişilik hakkını ihlal edip etmediği değerlendirilmelidir¹¹². Yazara göre, özetle, *bir eserle ilgili övgü de eleştiri de eserin üzerinde adı görünen kişiye yöneleceğinden* şu üç şart kümülatif olarak gerçekleşmedikçe eseri yaratan gerçek yazarın onuru ve itibarı devirden etkilenmeyecektir: (i) gerçek yazar kamu tarafından bilinmeli, (ii) eser, gerçek yazarın kişiliğini yansıtacak ölçüde kişisel-entelektüel içeriğe sahip olup onun kişiliğine ilişkin sonuç çıkartılabilecek nitelikte bulunmalı ve (iii) bu içerik gerçek yazara izafe edilebilmesi, yani kamunun gözünde bu içeriğin eserin üzerinde adı görünenin değil, gerçek yazarın fikirleri olduğu varsayılabilir¹¹³. Bu açıklamalardan sonra yazar, gölge yazarın kamu tarafından bilinip bilinmemesine göre bir ayırım yapmakta ve her iki durumda da gölge yazarın eser sahibi olarak tanınma hakkının devrinin, gölge yazarın kişilik

105 Dessemontet (n 103) N. 82; Reto M. Hilty, *Lizenzvertragsrecht: Systematisierung und Typisierung aus schütz – und schuldrechtlicher Sicht* (Stämpfli 2001) 21 ff., 26. Bu görüşteki başka yazarlar için bkz. Seemann (n 28) 252, dn. 973.

106 Bkz. von Planta (n 1) 109-110. Aynı yönde: Seemann (n 28) 263 ff. (yalnız yazar manevi hakların devriyle ilgili farklı görüştedir). *Common law* bakış açısından aynı yönde ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Sam Ricketson, 'Is Australia in Breach of Its International Obligations with respect to the Protection of Moral Rights?' (1990) 17(3) Melbourne University Law Review 462, 472. Karş. Barrelet und Egloff (n 80) Art. 9, N. 7. *Ricketson'un* da dikkat çektiği üzere (472, dn. 42) 1928 tarihli Roma Konferansı'nın Raportörü *Eduardo P. Caselli'nin* genel raporda açıkladığı şahsi görüşüne göre, Bern Sözleşmesi m. 6(tekrrar)'daki eser sahibi olarak tanınma hakkı devredilemez ve bundan feragat edilemez. Rapor için bkz. <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/877/wipo_pub_877.pdf> 171 accessed 2 November 2021.

107 Bkz. Seemann (n 28) 252-253.

108 von Planta (n 1) 106 ff., 112-121; Dessemontet (n 103) N. 105. Benzer yönde: Hug (n 8) Art. 9, N. 17 ff., 19. Karş. Jacques de Werra in Barbara K. Müller und Reinhard Oertli (eds.), *Urheberrechtsgesetz (URG), Stämpflis Handkommentar (SHK)* (2. Auflage, Stämpfli 2012) Art. 16, N. 18-20, 22; Herbert Pfortmüller in Barbara K. Müller und Reinhard Oertli (eds.), *Urheberrechtsgesetz (URG), Stämpflis Handkommentar (SHK)* (2. Auflage, Stämpfli 2012) Art. 14, N. 22; Hilty (n 105) 22-23; Rigamonti (n 37) 265 ff.

109 Bkz. von Planta (n 1) 104 ff.

110 von Planta (n 1) 104-106. Karş. Seemann (n 28) 259 ff.; de Werra (n 108) Art. 16, N. 16; Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 247.

111 Bu ayırımın kendisi ve sonuçları tartışmalıdır. Ayrımı kabul etmekle birlikte, dış alanda kalan hakların (kendisinin değil) *kullanımının devredilebileceğini* belirten yazarlar vardır. Örneğin bkz. Barrelet und Egloff (n 80) Art. 9, N. 7.

112 von Planta (n 1) 112.

113 ibid 114-115.

hakkını ihlal etmediği ve bu sebeple devrin geçerli olduğu sonucuna ulaşmaktadır¹¹⁴. Bu görüşün sonucu ise yazarın şu cümleleriyle özetlenebilir: “Bu [hakkın devri] bir yandan görünürdeki yazarın hakkı herkese karşı ileri sürebileceği anlamına gelir. Diğer yandan devir yoluyla gölge yazar telif hakkını kesin olarak kaybetmiştir ve hakkın üzerinde başkaca tasarruflarda bulunma yolu kapanmıştır.”¹¹⁵ “Ayrıca o [görünürdeki yazar] eser sahipliğini gölge yazara veya üçüncü kişilere karşı fikri mülkiyet hukukundan kaynaklanan davalarla (hukuk veya ceza) koruyabilir.”¹¹⁶ “Hakkını devreden gölge yazar, sıfat eksikliği sebebiyle kendini eser sahipliğinin gaspı veya eserde yetkisiz olarak yapılan değişikliklere karşı koruyamaz.”¹¹⁷ Bu doğrultuda fikri mülkiyet hukukunun amacının, fikri ürünleri ekonomik olarak kullanılabilen ticari metalar kılmak olduğunu belirten yazar, gölge yazarlık sözleşmesine (açıklanan biçimde) etki tanınmamasının bu amaca ters düşeceğini ifade etmektedir¹¹⁸.

İsviçre öğretisinde karşı görüşteki yazarların bir kısmına göre manevi hakların devri kural olarak mümkün değilken¹¹⁹, böyle genel bir kabulde bulunmayan diğer bir kısmına göre eser sahibi olarak tanınma hakkı ve/veya adın belirtilmesi hakkının devri mümkün değildir¹²⁰. Federal Mahkeme'nin de genel olarak manevi hakların devredilemeyeceğini belirttiği¹²¹ ve hâkim görüş olarak belirttiği eser sahibi olarak tanınma hakkının devredilemeyeceği yönündeki görüşe yollama yaparak buna göre hüküm kurduğu¹²² kararları vardır. Bu görüşteki yazarlardan *Barrelet/Egloff*, eser sahibi olarak tanınma hakkının devredilebileceği görüşünün yukarıda anılan Bern Sözleşmesi m. 6(tekerrar) f. 1'e

114 von Planta (n 1) 115-121. *Hilty* ise manevi hakların kural olarak devredilebileceğini savunmasına rağmen eser sahibi olarak tanınma hakkının devredilemeyeceğini, olsa olsa bunun önemli bir sonucu olan adın belirtilmesi hakkından feragatin (bunun anlamı için bkz. aşağıda III, B, 1) mümkün sayılabileceğini belirtmektedir. *Hilty* (n 105) 22-23. *von Planta* ayrıca İsviçre URG m. 11'de düzenlenen, FSEK m. 16'da eserde değişiklik yapılmasını menetmek başlığıyla öngörülmuş olan (bkz. Ateş (n 71) 145 vd.) eserin bütünlüğünün korunması hakkı (*Recht auf Werkintegrität*) bakımından da eserde yapılabilecek değişikliklerin gölge yazarın değil, görünürdeki yazarın itibarını etkileyecek olduğunu ileri sürerek bu hakkın bir bütün olarak devredilebileceğini belirtmektedir. von Planta (n 1) 109, 122-124. Oysa İsviçre öğretisinde manevi hakların kural olarak devredilebileceğini kabul eden yazarların bile çoğunluğu eserin bütünlüğünün korunması hakkının devredilemeyeceğini kabul etmektedir. Bkz. Seemann (n 28) 252, dn. 977'de anılan yazarlar. Yalnız aynı dipnotta *von Planta* s. 109'a da atıf yapılmıştır; burada *von Planta*'nın 122 ilâ 124'üncü sayfadaki açıklamalarının dikkate alınmamış olduğunu düşünüyoruz.

115 von Planta (n 1) 131: “Dies bedeutet zum einen, dass der Namensträger das Recht ebenfalls gegenüber jedermann durchsetzen kann. Zum andern verliert der Ghostwriter durch die Übertragung endgültig das Urheberrecht und ist von weiteren Verfügungen über das Recht ausgeschlossen.”

116 ibid 145: “Auch kann er seine Werkherrschaft gegen den Ghostwriter oder gegen Dritte mittels urheberrechtlicher (zivil – und strafrechtlicher) Klagen verteidigen.”

117 ibid 149: “Durch die Übertragung seines Rechts ist der Ghostwriter mangels Aktivlegitimation nicht in der Lage, sich gegen die Anmassung der Urheberschaft oder gegen unbefugte Änderungen des Werkes zur Wehr zu setzen.”

118 von Planta (n 1) 94. Benzer yönde: Dessemontet (n 103) N. 124.

119 Seemann (n 28) 255 ff. (ancak yazar bazı manevi hakları dışarıda tutmaktadır); Barrelet und Egloff (n 80) Art. 9, N. 7; Streuli-Youssef Magda, ‘Besonderheiten des Urheberrechtes im Rechtsverkehr’ (1996) Heft 8 Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 958, 963.

120 de Werra (n 108) Art. 16, N. 18-20, 22; Pfortmüller (n 108) Art. 14, N. 22; *Hilty*, *Urheberrecht* (n 101) N. 399, 597; *Hilty* (n 105) 22-23; Rigamonti (n 37) 265 ff. *Hilty*'e göre, tıpkı biyolojik babalık gibi eser sahipliği de değiştirilmesi mümkün olmayan bir olgudur. *Hilty*, *Urheberrecht* (n 101) N. 399, 597

121 BGE 136 III 225, E. 3.3. Karar, yeterli gerekçe sunulmamış olması sebebiyle eleştirilmektedir. Dessemontet (n 103) N. 82, dn. 93.

122 BGer 4P.145/2003, E. 3.

uygun olmadığını belirtmektedir¹²³. Yine aynı görüşteki *de Werra*'ya göre, günümüzde eserlerin giderek kolektif olarak ve/veya eser sahibine yabancı araçlarla (bilgisayarlar gibi) yaratılıyor olması artık eser sahiplerinin kişisel olarak yaratma faaliyetinde bulunmadığı anlamına gelmediği gibi bundan doğrudan eser sahiplerinin kişiliğini ilgilendiren manevi hakların korumasından vazgeçilmesi gerektiği sonucu da çıkartılamaz¹²⁴. *Rigamonti* de, eser sahibi olarak tanınma hakkının dogmatik nitelendirmesinden bağımsız olarak, İsviçre URG m. 6'daki (FSEK m. 8) *gerçek eser sahipliği* ilkesi uyarınca yalnızca eser ile onu yaratan gerçek kişi arasında hukukten kurulan bağın, hakkın içeriği bakımından devrinin mümkün olmadığını açıkça gösterdiğini belirtmektedir¹²⁵. Ayrıca manevi haklar bakımından Bern Sözleşmesi m. 6(tekrar) f. 2'deki (ayrıca bkz. FSEK m. 19, 63 vd.) mirasa (intikale) elverişlilikle ilgili düzenlemenin manevi hakların ve özel olarak eser sahibi olarak tanınma hakkının sağlararası işlemlerle de devredilebileceğinin lehinde olduğu yönündeki olası itirazlar ikna edici olmayacaktır; çünkü burada mirasçılar kendilerini *eser sahiymiş gibi* göstermekle ve kendilerinin eser sahipliğini (haklı olarak) reddedecek üçüncü kişilere karşı harekete geçmekle yetkili kılınmamakta, yalnızca hakkı kullanma (örneğin, murisin eser sahipliğini reddedene dava açma) yetkisine sahip olmaktadır¹²⁶. Buna ek olarak, manevi hakkın devredilebileceği kabul edilirse, bunun mantıkî sonucu *tekrar devredilmesinin* de mümkün olduğudur ve bu, fikri mülkiyet hukukunun karakteriyle bağdaşmayacaktır¹²⁷. Son olarak *Seemann*, manevi hakların devriyle ilgili ayrıntılı çalışmasında hem eser sahibi olarak tanınma hakkının hem de bunun bir görünümü olan adın belirtilmesi hakkının devredilip devredilemeyeceğini lafzî, sistematik, tarihsel ve teleolojik açılardan değerlendirmiş ve ikisinin de devredilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır¹²⁸.

Türk hukuk öğretisindeki hâkim görüş de manevi hakların bir bütün olarak devredilemeyeceğini savunmaktadır¹²⁹. Bunlardan feragat edilemeyeceğini belirten yazarlar da vardır¹³⁰. Yargıtay içtihadı da manevi hakların devredilemeyeceği ve bunlardan feragat edilemeyeceği yönündedir¹³¹. Alman

123 Barrelet und Egloff (n 80) Art. 9, N. 7.

124 *de Werra* (n 108) Art. 16, N. 18.

125 *Rigamonti* (n 37) 266-267.

126 Bkz. *Rigamonti* (n 37) 267.

127 *de Werra* (n 108) Art. 16, N. 19. Ancak yazar son tahlilde, manevi hakların devredilip devredilemeyeceğinin her bir manevi hak için ayrı ayrı incelenmesi gerektiği görüşündedir (N. 20 ff.).

128 *Seemann* (n 28) 304 ff., 312-314. Aslında yazara göre, eser sahibi olarak tanınma hakkından farklı olarak, sadece adın belirtilmesi hakkının devri *gerçek eser sahipliği ilkesine* aykırı olmayacaktır ve teleolojik olarak devrin kabulü için makul sebepler vardır. Bununla beraber, sistematik ve tarihsel açıdan eser sahibi olarak tanınma hakkının devredilemeyeceği İsviçre hukukunda öyle yerleşmiştir ki, bunun bir görünümü sayılan adın belirtilmesi hakkının bundan müstesna tutulması ancak hukuki güvenliği sağlayacak açık bir hukuk kuralıyla mümkün sayılabilecektir.

129 Tekinalp (n 16) § 14, N. 9; Ayiter (n 22) 196; Erel (n 22) 34-35, 283; Kılıçoğlu (n 73) 238 Gökyayla (n 40) 145, 238; Bozbel (n 8) 100, 193; Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 153; Ateş (n 71) 130-131; Bellican (n 1) 316, 575; Tosun (n 8) 89 vd.; Karaaslan (n 8) 796; Cannur Ercan, 'Fikri Hak Kavramı ve Eser Sahibinin Manevi Haklarının Genel Anlamda Kişilik Hakkıyla İlişkisi' (2021) 12(46) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 377, 388, 395-396; Mustafa Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler* (Seçkin 2020) 32, 41.

130 Örneğin bkz. Ayiter (n 22) 213; Erel (n 22) 309; Bellican (n 1) 330; Ateş, *Fikri Haklar* (n 129) 32. Yalnız burada feragatle kastedilen hukuki işlem yoluyla manevi hakkın *kullanımından* feragat değil, hakkı tamamen sona erdiren feragattir.

131 Yargıtay HGK, 11-368/393, 28.05.2008; Yargıtay 11. HD, E. 2013/3484, K. 2014/8875, 9.05.2014. Yargıtay 11. HD, E. 2011/5707, K. 2012/13237, 13.09.2012 kararında adın belirtilmesi hakkının bir bütün olarak devredilemeyeceği ve hatta bir başkasını eser sahibi olarak gösterecek şekilde kullanımının da devredilemeyeceği belirtilmiştir: "*Anılan Yasa'nın 15 nci maddesinden kaynaklanan manevi hak, eser ile sahibi arasında ilişki nedeni ile eser sahibine sıkı sıkıya bağlı bir hak olup,*

hukukunda da hâkim görüş manevi hakların kural olarak devredilemeyeceği doğrutusundadır¹³², ancak bunun önemli sebeplerinden birinin Alman hukukunda *monist teorinin* kabul görmesi olduğu belirtilmelidir (bkz. Alman UrhG § 29 ve 39)¹³³. Yine Fransız Telif Hakları Kanunu¹³⁴ m. L121-1'de manevi hakların kişiye bağlı olduğu ve devredilemeyeceği düzenlenmiştir¹³⁵.

Kanımızca eser sahibi olarak tanınma hakkının ve bunun bir görünümü olan adın belirtilmesi hakkının bir bütün olarak devredilemeyeceği görüşü hukukumuz bakımından isabetlidir. Fakat Anayasa m. 13 ve 48 uyarınca sözleşme özgürlüğü ancak yasayla sınırlanabileceği için bunun dayanağının ortaya koyulması gerekmektedir. İlk olarak, manevi hakların devrinin *gerçek eser sahipliği ilkesiyle* uyuşmayacağı yönündeki yukarıda değinilen açıklamalar haklıdır ve FSEK m. 8/I uyarınca Türk hukuku için de geçerlidir. Dahası, FSEK'te sağlararası işlemlerle ilgili düzenlemelere manevi haklar dahil edilmemiştir. Manevi haklar yalnızca eser sahibinin ölümünden sonra kimler tarafından kullanılacakları bakımından düzenlenmiştir (m. 19, karş m. 63). Sağlararası tasarruflarla ilgili m. 48 vd.'nda sadece mali hakların devri ve kullanılmasının devri düzenlenmiştir. Manevi haklar ne rehin, hapis hakkı ve cebri icranın caiz olmadığı kalemleri sayan m. 61'de ne de bunların caiz olduğu kalemleri sayan m. 62'de zikredilmiştir. Bununla birlikte, m. 62/I-3'te *alenilemiş eser üzerindeki* mali hakların ancak *eser sahibinin* manevi menfaatlerini ihlal etmemek şartıyla bu işlemlere konu olabileceği açıkça belirtilmiştir. Kanımızca yasa koyucunun sağlararası işlemlerle ilgili hükümlere manevi hakları genel olarak dahil etmemesi, bunları düzenlerken manevi hakları *göz önünde bulundurmadığı anlamına gelmemektedir*. FSEK m. 19'da eser sahibinin ölümü hâlinde manevi hakların kimin tarafından kullanılacağını ve FSEK m. 62/I-3'te de manevi menfaatlerin ihlal edilmemesi kaydıyla mali hakların rehin, hapis hakkı ve cebri icraya konu olabileceğini düzenlemiş olan yasa koyucunun, manevi haklarla ilgili olarak sağlararası işlemlerdeki sessizliği ancak *bilinçli susma* olarak yorumlanabilir. Kanımızca bu sistematik incelemeden, yasa koyucunun mali hakların bir bütün olarak devrini düzenleyen FSEK m. 49/I'de manevi haklar bakımından susarak bunların devriyle ilgili *olumsuz* çözümü kabul ettiği sonucuna ulaşılabilir¹³⁶. Dolayısıyla tarafların böyle bir

bu hakkın bir başkasına devri söz konusu olamayacağı gibi, manevi hakkı kullanma yetkisinin devri halinde dahi eserin eser sahibi ile olan bağımlı ortadan kaldıracak ve bir başkasının eser sahibi olarak gösterileceği biçiminde serbesti tanıyan yetki devri de geçerli olamaz." Yine Yargıtay 11. HD, E. 1970/2985, K. 1970/5092, 14.12.1970 kararına göre: "Eser sahibinin şahsına has ve onun tarafından kullanılacak manevi hakları, devir alana bu gibi sözleşmeler nakletmez. Hatta ismin zikrini isteyebilmek yetkisi, kısaltma ve değişikliklere karşı müdahale etmek selahiyeti eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirmelere muhalefet hakkı gibi manevi haklardan feragat olunduğu yolunda şart ihtiva eden mukaveleler de hükümsüzdür." Feragat bakımından bkz. ve karş. Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 160; Ateş (n 71) 145; Ercan (n 129) 388, 396.

132 Dustmann (n 18) Vorbemerkung § 12-14, N. 9; Peukert (n 54) § 13, N. 34; Angelika Hoche in Artur-Axel Wandtke und Winfried Bullinger (eds.), *Praxiskommentar Urheberrecht: UrhG* (5. Auflage, Beck 2019) § 29, N. 5; Reh binder und Peukert (n 31) N. 833; Stolz (n 8) 60-61; Ansgar Ohly in Gerhard Schrickler und Ulrich Loewen heim (eds.), *Urheberrecht Kommentar* (6. Auflage, Beck 2020) § 29, N. 8.

133 Ohly (n 132) § 29, N. 1. Monist teoriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Bellican (n 1) 13 vd., burada ifade ettiğimiz husus bakımından özellikle 17-18.

134 1 Temmuz 1992 tarihli "Code de la propriété intellectuelle".

135 Bu konuda bkz. Jean-Luc Piotraut, 'An Author's Rights-Based Copyright Law: The Fairness and Morality of French and American Law Compared' (2006) 24(2) Cardozo Arts & Entertainment Law Journal 549, 612 ff. (eleştirel açıklamalarla).

136 Bunun reddi hâlinde, öngörülemez sonuçlarla karşılaşılacaktır. Örneğin, mali hakların tekrar devrini yazılı muvafakat şartına bağlayan FSEK m. 49'da da manevi haklara ilişkin bir kural getirilmemiştir. Eğer manevi hakların devrinin

devri kararlaştırdığı sözleşmeler *yasaklayıcı hükme aykırılık* sebebiyle geçersiz (kesin hükümsüz) olacaktır. Ancak tahvilin şartları sağlanmışsa, bunun aşağıda III, B, 1'de açıklanacak olan *manevi hakkın kullanımının devrine* tahvil edilmesi mümkündür. Her halükârda, Türk hukukunda gölge yazarlık sözleşmesiyle eser sahibi olarak tanınma veya adın belirtilmesi hakkının görünürdeki yazara bir bütün olarak devrinin önu kapalıdır.

Türk hukukunda durum açıklanan biçimde olmakla beraber, *von Planta'nın* yukarıda anılan görüşünü teorik olarak değerlendirmekte fayda vardır. Yazarın, eser sahibi olarak tanınma hakkının bir bütün olarak devri reddedilir ve gölge yazarın daima kendi adını açıklayabileceği kabul edilirse, bunun gölge yazarın ekonomik menfaatlerine aykırı düşeceği¹³⁷ tespiti aslında kendi içinde tutarlıdır. Ancak görüş daha yakından incelendiğinde sorunlar ortaya çıkmaktadır. Yazar, kabul ettiği ayrıma göre, genel kişilik hakkı ile manevi hakların çakıştığı çekirdek alanda kalanlar dışında manevi hakların devredilebileceğini ileri sürmekte¹³⁸ ve *eserin kişilik hakkı üzerindeki etkisinin* yaratma faaliyetiyle değil, eserin nasıl kullanıldığı ve alenileştirildiğiyle ilgili olduğunu belirtmektedir¹³⁹. Esere karşı yöneltilecek övgü ve eleştiriler yalnızca görünürdeki eser sahibinin kişiliğini ilgilendirdiği için gölge yazarlık sözleşmesiyle eser sahibi olarak tanınma hakkının devri mümkün sayılmalıdır¹⁴⁰.

Kanımızca bu değerlendirme eser sahibi olarak tanınma hakkının devrinin *hukuki sonuçlarından* ziyade bazı *fili/pratik sonuçlarına* ilişkindir. Oysa devre izin verilmesinin hukuki sonucu, daha önce açıklandığı üzere, gölge yazarın hakkının tamamen sona ermesi ve buna bağlı olarak eser sahipliğinden kaynaklanan diğer haklarını da hukuken kullanamaz hale gelmesidir. Öyleyse *von Planta'nın* kanımızca yeterli olarak değinmediği asıl sorun, *tek bir eseri konu edinse bile*, gölge yazarın *tasarrufişlemi niteliğinde* bir sözleşmeyle eser sahibi olarak tanınma hakkını bir bütün olarak devrinin, yani *bizzat bu işlemin* hem eser sahibinin menfaatleri hem de fikri mülkiyet hukukunun sistemi bakımından nasıl değerlendirileceğidir. Bu doğrultuda, katıldığımız görüşe göre, hakkın bütün olarak devrinin eserin pazarlanabilirliğini yükseltici ve eserden edinilebilecek ekonomik faydayı artırıcı etkisi devre izin verilmesi için yeterli değildir¹⁴¹. Bu durumda eserin yaratıcısının eserleri üzerinde hiçbir hakkı kalmayacaktır¹⁴². Hakkı devralan bizzat harekete geçmediği sürece, *eseri yaratan* üçüncü kişilerin ihlallerine karşı doğrudan önlem alamayacaktır¹⁴³. Diğer taraftan, *gerçek eser sahipliği ilkesi* geçerli olduğu sürece bu görüş, fikri mülkiyet hukukunun sistemi bakımından da savunulabilir değildir¹⁴⁴. Eser sahibi olarak tanınma veya adın belirtilmesi hakkının devrine

bilinçli susma yoluyla olumsuz cevaplandığı kabul edilmezse, bu devre izin verilmesinin mantıkî sonucu manevi hakkı devralanın bunu tekrar devredilebilmesi olacağından (de Werra (n 108) Art. 16, 19) TMK m. 5 atfıyla TBK m. 12 uyarınca bu devrin yazılı muvafakate bağlı olmayacağı şeklinde hukuki güvenlik bakımından kabul edilemez bir sonuca ulaşılacaktır.

137 Bkz. von Planta (n 1) 93. Hatta yazar, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa tarafların farazi iradesinin hakkın bir bütün olarak devredilmesi olduğunun varsayılacağını da ileri sürmektedir (140).

138 ibid 105 ff.

139 ibid 113-114, 147-148.

140 ibid 115-121, 146 ff.

141 Seemann (n 28) 311-312.

142 Rigamonti (n 37) 266-267. Yalnız bkz. yukarıda dn. 128.

143 ibid 266-267.

144 ibid 266-267.

izin verilmesi Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olan başlıca ülkelerde benimsenmiş bu ilkenin (örneğin, FSEK m. 8/I, İsviçre URG m. 6, Alman UrhG § 7, Avusturya UrhG § 10) altını boşaltarak¹⁴⁵ eser sahipliğine ilişkin adı karinenin (FSEK m. 11, İsviçre URG m. 8, Alman UrhG § 10, Avusturya UrhG § 12) temelini ortadan kaldıracaktır. Sonuçta gölge yazarlıkla ilgili temel sorunlardan biri olan kamunun ve özellikle tüketicilerin yanıtılmasının¹⁴⁶ (bkz. aşağıda III, B, 2, b ve III, C) kural hâline gelmesi riski oluşacaktır¹⁴⁷. Yani mevcut fikri mülkiyet hukuku sisteminde hakkın bir bütün olarak devrinin savunulması, sadece sonuçları itibarıyla bile isabetli görünmemektedir.

Buraya kadar gölge yazarlık kavramı ele alınmış, bunun benzer kavramlarla ilişkisi ve farkları ortaya koyulmuş, gölge yazarın eser sahipliği ile bu kapsamda adın belirtilmesi hakkının devredilip devredilemeyeceği tartışmasına değinilmiştir. Şimdi gölge yazarlık sözleşmesi ve bunun geçerliliğiyle ilgili değerlendirmelere yer verilecektir.

III. GÖLGE YAZARLIK SÖZLEŞMESİ

A. HUKUKİ NİTELİĞİ VE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Gölge yazarlık sözleşmesi, gölge yazar tarafından yaratılmış veya yaratılacak olan eserin görünürdeki yazarın adıyla (ya da başkasının seçeceği müstear adla) yayınlanacağına ilişkin sözleşmedir¹⁴⁸. Bu sözleşme ivazlı veya ivazsız olabilir. Daha önce değinildiği üzere, sözleşmenin tarafları kural olarak gölge yazar ve görünürdeki yazardır; ancak böyle olması zorunlu değildir. Mesela gölge yazarın, görünürdeki yazarla sözleşme ilişkisi içindeki bir üçüncü kişiyle (örneğin, bir yayınevi ya da tez-ödev yazım bürosu) anlaşması da mümkündür¹⁴⁹. Gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerliliği aşağıda III, B'de ele alınacaktır; bu doğrultuda alttaki açıklamalar yalnızca sözleşmenin geçerli sayıldığı durumlarda pratik önem kazanacaktır.

Öğretide gölge yazarlık sözleşmesinin duruma göre özellikle eser, vekalet, hizmet, satış (veya *sui generis* devir), lisans veya yayım sözleşmesi niteliğinde olacağı ifade edilmektedir¹⁵⁰. Oysa gölge yazarın edimine dahil olan ve sözleşmeyi karakterize eden, yarattığı eserin başkasının adıyla yayınlanmasına katlanma unsuru yasada düzenlenmemiştir. Bilindiği üzere, bir sözleşmeyi oluşturan

145 Bkz. de Werra (n 108) Art 16, N. 22; Pfortmüller (n 108) Art. 14, N. 22. Seemann (n 28) 312: "Zum Anerkennungsrecht gehört z.B. auch das Recht zur Bestimmung der Urheberbezeichnung. Verfügt der Rechtserwerber über dieses Recht, steht es ihm offen, eine andere Person als den wahren Werkschöpfer als Urheber zu nennen. Damit wird das Schöpferprinzip aufgegeben und die Urheberbezeichnung zu einer „Urheber-Marke“, die grundsätzlich unabhängig von der wahren Urheberschaft ist."

146 Bu bağlamda, von Planta'nın güzel edebiyat eserleri, bilimsel eserler ve kurgusal olmayan (*non-fiction*) eserler bakımından ünlü kişilerin yazar olarak lanse edildiği durumlarda bile haksız rekabet teşkil edebilecek yanıltıcılığın bulunmadığı iddiası ve buna sunduğu gerekçeler ikna edici olmaktan uzaktır. von Planta (n 1) 135-136.

147 Eser sahibi olarak tanımma hakkının gölge yazarlık sözleşmesiyle geçerli olarak devredilebileceği görüşündeki Dessemontet bile bunun bir sorun olduğunu vurgulamaktadır. Dessemontet (n 103) N. 105.

148 Rehbinden (n 8) 652, 654; von planta (n 1) 2; Seemann (n 28) 370; Rigamonti (n 37) 263; Hug (n 8) Art. 9, N. 19. Karş Stolz (n 8) 3. Başkasının seçeceği müstear adın özelliğiyle ilgili açıklamalar için bkz. yukarıda II, A.

149 Seemann (n 28) 370.

150 Bkz. von planta (n 1) 11 ff.; Seemann (n 28) 370; Bellican (n 1) 76 vd; Rehbinden (n 8) 654; Groh (n 9) 871; Ahrens (n 10) 21.

unsurlar yasanın öngördüğü sözleşme tiplerinin hiçbirinde kısmen veya tamamen öngörülmemişse, burada karma veya bileşik değil, *yepyeni*, yani *sui generis* bir sözleşme mevcuttur¹⁵¹. Bu sözleşmelerin tamamlanması mahkeme içtihatlarıyla belirlenmiş adetler, iş ilişkilerinde geçerli teamüller, bazı durumlarda hâkimin hukuk yaratması ve ancak nitelikleri elverdiği ölçüde bunlara benzeyen sözleşme tiplerine ilişkin hükümlerden kıyas yapılması yoluyla olur¹⁵². Dolayısıyla gölge yazarlık sözleşmelerinde yukarıda sayılan sözleşme tiplerinden de ancak bu biçimde yararlanılabilir¹⁵³, yoksa bunlar tek başına gölge yazarlık sözleşmesinin hukuki nitelendirilmesinde kullanılamaz. Örneğin, sözleşme eser yaratılmadan önce kurulmuşsa, sonucun taahhüt edilip edilmediğine göre eser veya vekalet sözleşmesi hükümlerinden yararlanılması mümkündür. Şayet bir yayınevi müstear adı söz konusuysa ve TBK m. 487 uyarınca yayınevi eseri çoğaltarak yayımlamayı üstlenmişse, yayın sözleşmesine ilişkin hükümlerden de yararlanılabilir. Sözleşme eser yaratıldıktan sonra kurulmuşsa, satış sözleşmesi hükümlerine başvurulabilir. Yalnız sözleşen taraflar ortak bir amaç gütmeyeceğinden adi ortaklık sözleşmesi hükümlerine başvurulamaz¹⁵⁴.

Gölge yazarın asli edim yükümlülükleri, sözleşme kurulduğu anda sözleşmeye konu eserin halihazırda yaratılmış olup olmadığına göre değişir. Eserin henüz yaratılmamış olduğu durumlarda, gölge yazar öncelikle eseri yaratma ve teslim etme yükümlülüğü altındadır¹⁵⁵. Bunun yanında, gölge yazarın yaratılmış veya halihazırda mevcut eserin görünürdeki yazarın adıyla yayınlanmasına *katlanma* yükümlülüğü vardır¹⁵⁶. Burada gölge yazar, aslında hukuken karşı koyma hakkına sahip olduğu bir fiile muhalefet etmeme borcu altına girmektedir¹⁵⁷. Türk ve İsviçre öğretilerinde gölge yazarın bu yükümlülüğünden genellikle bu hakkın *ileri sürülmesinden/kullanılmasından feragat*¹⁵⁸ veya bazen adın belirtilmesi hakkının *kullanımının devri*¹⁵⁹ şeklinde söz edilmektedir. Alman ve Avusturya öğretisinde de bunun eser sahibi olarak tanınma veya adın belirtilmesi hakkını sona erdirecek, kesin bir feragat olmadığını ifade eden yazarlar vardır¹⁶⁰. Kanımızca gölge yazarın karakteristik asli edim yükümlülüğü olan bu katlanma yükümlülüğü sebebiyle gölge yazarlık sözleşmesi bir sürekli borç ilişkisidir¹⁶¹.

151 Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Osman B. Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması* (Seçkin 1995) 20 vd., dn. 126.

152 ibid 20 vd., dn. 126.

153 Benzer yönde: Karaaslan (n 8) 768.

154 Bkz. von Planta (n 1) 17, dn. 58.

155 ibid 57 ff.

156 Benzer yönde: Bellican (n 1) 300-301, 324.

157 Katlanma yükümlülüğüyle ilgili olarak bkz. Kocayusufpaşaoğlu (n 99) § 3, N. 6.

158 Rigamonti (n 37) 263-264; Barrelet und Egloff (n 80) Art. 9, N. 15; Seemann (n 28) 372; Rehbinden und Peukert (n 31) N. 794; Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 160; Ateş (n 71) 145.

159 Rehbinden (n 8) 656 (atf yapılan yerde genel açıklamalarda bulunan yazar adın belirtilmesi hakkına ilişkin olarak 658 ve 666'da hakkın kullanılmasından feragat kavramını kullanmıştır); Karaaslan (n 8) 769 vd.

160 Alman hukuku: Schulze (n 47) § 13, N. 31; Bullinger (n 54) § 13, N. 22; Dustmann (n 18) § 13, N. 12, 19. Karş. Stolz (n 8) 61 ff.; Haberstumpf (n 54) § 13, N. 7 ff. Avusturya hukuku: Gassler (n 8) 40; Brehm (n 8) 19.

161 Stolz bu tespiti gölge yazarın aşağıda açıklanacak gizlilik yükümlülüğü dolayısıyla yapmaktadır. Ancak Türk hukuku bakımından bu tespit, yalnızca gizlilik yükümlülüğünün bir asli edim yükümlülüğü olduğu kabul edilirse isabetli olacaktır. Bkz. Stolz (n 8) 95 ff. Genel açıklamalar için bkz. Özer Seliçi, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi* (Fakülteler Matbaası 1976) 4 vd., 10.

Gölge yazarın gerçekte eseri yaratının kendisi olduğunu saklama/gizleme biçiminde bir *kaçınma* yükümlülüğünün sözleşmenin asli unsuru olup olmadığı tartışmalıdır. İsviçre öğretisinde çoğunlukta görünen yazarlar bunun gölge yazarlık sözleşmesinin zorunlu bir kavramsal unsuru olmadığını belirtmektedir¹⁶². Böyle bir yükümlülüğünden söz edebilmek için bunun sözleşmeden açık olarak anlaşılabilmesi gerekmektedir¹⁶³. Bununla ilgili tereddüt varsa, gölge yazarın böyle bir yükümlülüğü olmadığı kabul edilmelidir¹⁶⁴. Buna karşın, Alman ve Avusturya öğretisinde genellikle gölge yazarın gerçek eser sahibi olduğunu saklamakla yükümlü olacağı belirtilmektedir¹⁶⁵. Alman hukukunda konuyu monografik olarak ele almış olan *Stolz'un* gölge yazarın sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek davranışlardan kaçınmakla yükümlü olduğuyla ilgili açıklamalarından da, tereddüt hâlinde gölge yazarın eser sahipliğini saklama yükümlülüğünün olduğunun kabul edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır¹⁶⁶.

İlk görüşe gerekçe sunan *von Planta'ya* göre, gölge yazarın kimliği birçok durumda kamu tarafından bilinebilir, hatta onun tanınırlığı bazen eserin pazarlamasında dahi kullanılabilir¹⁶⁷. *Rehbinder'in* ise bu görüşü kamunun ve tüketicinin menfaatlerinin korunması gerekçeleriyle savunduğu anlaşılmaktadır¹⁶⁸. Kanımızca gölge yazarlık sözleşmelerinin birçok eser türünü konu edinebilmesi, kavramsal olarak gizlilik anlaşmasının bunun zorunlu bir unsuru olmadığı görüşünü desteklemektedir. Konumuz bakımından özellikle otobiyografiler ve siyasi konuşma metinlerinde taraflar gölge yazarın kamu tarafından bilinmesini önemsememiş, gölge yazara bir gizleme yükümlülüğü yüklememiş olabilir. Bununla birlikte, Alman ve Avusturya öğretisinde haklı olarak belirtildiği üzere, yapılan sözleşmelerin büyük çoğunluğunda, özellikle edebi ve bilimsel eserleri konu edinenlerde, taraflar gölge yazarın eser sahipliğini saklama/gizleme yükümlülüğü altında olduğunu kararlaştıracaktır. Yani gizlilik anlaşması genellikle (*more often than not*) gölge yazarlık sözleşmesinin bir unsuru olarak karşımıza çıkacaktır. Dolayısıyla aşağıda III, B'de yer alan sözleşmenin geçerliliğiyle ilgili değerlendirmeler bu durum da dikkate alınarak yapılmıştır. Diğer taraftan, ilk görüş taraftarlarınca savunulan ve gölge yazarın eser sahipliğini saklama/gizleme yükümlülüğünün sözleşmeden açıkça anlaşılması gerektiği savı kanımızca isabetli değildir. Bu, sözleşmenin yorumu ve tamamlanmasıyla ilgili bir meseledir. Bunlara ilişkin genel kabul gören araç ve ilkelere¹⁶⁹ herhangi bir sonuca ulaşılamadığı takdirde, doğal olarak, gölge yazarın böyle bir yükümlülüğü olduğu varsayılmayacaktır. Ancak bu nadiren karşılaşılabilecek bir durumdur.

Görünürdeki yazarın yükümlülüklerine gelindiğinde, eğer ivazlı bir gölge yazarlık sözleşmesi yapılmışsa, görünürdeki yazar öncelikle kararlaştırılan ivazı ifayla yükümlü olacaktır. Bu, genellikle

162 von Planta (n 1) 62-63; Rebinder (n 8) 667-668; Seemann (n 28) 372. Bu görüşte olduğu anlaşılan: Rigamonti (n 37) 264; Barrelet und Egloff (n 80) Art. 9, N. 16. Bkz. ve karşı. Mielke (n 1) 17; Osenberg (n 9) 102 ff., 107. *von Planta* bu yükümlülüğün kararlaştırılmadığı durumları *gerçek olmayan gölge yazarlık*, kararlaştırıldığı durumları ise *gerçek gölge yazarlık* olarak adlandırmaktadır (63).

163 von Planta (n 1) 62-63; Rebinder (n 8) 667-668; Seemann (n 28) 372.

164 von Planta (n 1) 63; Rebinder (n 8) 667-668.

165 Alman hukuku: Peukert (n 54) § 13, N. 37; Bullinger (n 54) § 13, N. 22. Avusturya hukuku: Gassler (n 8) 50.

166 Stolz (n 8) 82. Yazar, gölge yazarın, gerçeği, arkadaşlarına ve ilgili taraflara açıklayabileceğini belirtmektedir.

167 von Planta (n 1) 62-63.

168 Rebinder (n 8) 667-668.

169 Bkz. Kocayusufpaşaoğlu (n 99) § 32, N. 1 vd. ve § 33, N. 1 vd.

bir miktar paranın ödenmesidir¹⁷⁰. Görünürdeki yazarın eserden elde edilecek gelirden otomatik olarak gölge yazara da pay verme yükümlülüğü yoktur, ancak bunun aksi kararlaştırılabilir¹⁷¹. Görünürdeki yazar kural olarak eseri yayınlamak ve çoğaltmak veya başkaca şekillerde kullanmak yükümlülüğü altında da değildir¹⁷². Fakat böyle bir yükümlülük açık olarak öngörülmemişse bile, örneğin, gölge yazarın elde edeceği gelir bunların yapılmasına bağlı şekilde düzenlenmişse, sözleşmenin yorumundan görünürdeki yazarın böyle bir yükümlülüğü olduğu sonucuna ulaşılabilir. Son olarak, görünürdeki yazar da, tıpkı gölge yazar gibi, sözleşmeyle gerçek eser sahibinin kendisi olmadığını saklama/gizleme yükümlülüğü altına girebilir. Bu yükümlülüğün varlığıyla ilgili olarak yukarıda gölge yazar bakımından açıklananlar burada da geçerlidir.

B. GÖLGE YAZARLIK SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİ

1. ADIN BELİRTİLMESİ HAKKININ KULLANIMINDAN FERAGAT (KULLANIMININ DEVRİ) BAKIMINDAN

Osenberg'e göre, gölge yazarlık sözleşmeleri, gerçek yazarın adının belirtilmesi hakkının kullanılmasından feragatini, eserin görünürdeki yazarın adıyla yayınlanmasına rıza gösterilmesini ve buna ilişkin bir gizlilik anlaşmasını içerdiği için adın belirtilmesi hakkı adeta *de facto* devredilmiş olur (*quasi-Übertragung*)¹⁷³. Gölge yazarın teorik olarak eserin gerçek sahibi olduğunu açıklayabilmesi onun manevi menfaatlerinin ağır biçimde zarara uğradığı sonucunu değiştirmez. Çünkü böyle bir açıklama yapan gölge yazardan borca aykırılık sebebiyle tazminat talep edilebileceği gibi ona karşı gizlilik sözleşmesinin aynen ifası için dava da açılabilir¹⁷⁴. Yazara göre, gölge yazarın eser sahipliğini gizleme yükümlülüğü altında olmayıp gerçek eser sahibi olduğunu özel çevresinde açıklayabileceği sözleşmelerde de onunla eser arasındaki bağ alenileşmediği için manevi menfaati yine savunulabilir ölçüyü aşar şekilde ihlal edilmektedir¹⁷⁵. Sonuç itibarıyla, manevi hakkın *de facto* bir bütün olarak devrine yol açan bu sözleşmeler geçersizdir¹⁷⁶.

Bu görüşün Türk hukuku bakımından da tartışılması gerekir. Çünkü yazarın görüşünü gerekçelendirirken belirttiği hususlar, özellikle gölge yazarın tazminat yükümlülüğünün doğması ve alacaklının menfaati bulunduğu sürece yapmama borçlarının aynen ifası için dava açabilmesi¹⁷⁷ (İİK

170 von Planta (n 1) 68.

171 ibid 68.

172 ibid 68.

173 Osenberg (n 9) 94 ff. Türk hukukunda aynı yönde: Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 247: "Adına ne denirse densin, kullanım hakkının devri ya da bundan feragat, de facto manevi hakkın devri ile aynı sonuçları doğuracaktır."

174 Osenberg (n 9) 98 ff.

175 ibid 107 ff.

176 ibid 101. Yazar sözleşmelerin geçersizliğini bir tek bu sebebe dayandırmamaktadır; ama bunu *per se* geçersizliğe yol açan bir sebep olarak belirtmektedir. Bununla birlikte, siyasi konuşma metinleri ile otobiyografileri konu edinen gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerli olduğu görüşündedir (126). Osenberg'in görüşüne kısmen benzer biçimde, Fransız hukukunda gölge yazarla yapılacak gizlilik anlaşmasının eser sahibi olarak tanınma hakkını *per se* ihlal ettiği ve bu sebeple geçersiz olacağı kabul edilmektedir. Bkz. Rigamonti (n 37) 264, dn. 941. Yazar bu konuda, yukarıda II, Ada değindiğimiz üzere, İsviçre hukukunun daha esnek olduğunu belirtmektedir.

177 Mustafa Dural, 'Akitten Doğan Yapmama Borçları' (1970) 4(6) İÜMHAD 7, 20 vd. Ancak gölge yazarlık sözleşmesinde

m. 30/III) Türk hukukunda da farklı değildir. Yukarıda II, C’de Türk hukukunda adın belirtilmesi hakkının devrini konu alan sözleşmelerin yasaklayıcı hükme aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olacağı açıklanmıştır. Dolayısıyla adın belirtilmesi hakkının *kullanımından feragat* (veya bu hak bakımından farklı bir anlama gelmediğini düşündüğümüz başka bir ifadeyle *kullanımının devri*) bu yasağın dolanılmasına yol açıyorsa, bunu konu edinen sözleşmeler de kesin hükümsüz olacaktır. Böylece gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerliliğiyle ilgili inceleme daha bu aşamada son bulacak ve sözleşme kategorik olarak *bu sebeple* geçersiz sayılacaktır. Bu doğrultuda, öncelikle, adın belirtilmesi hakkının ileri sürülmesinden/kullanımından feragat veya kullanımının devrinden ne anlaşılması gerektiğine bakılmalıdır.

Türk öğretisinde manevi hakların *kullanımının devredilebileceği* kabul edilmektedir¹⁷⁸. Böyle bir devir kapsamında eser sahibi bunların kullanılış tarzını da belirleyebilir¹⁷⁹. Özellikle mali haklar devredilirse, devredilen mali haklardan yararlanabilmenin gerektirdiği ölçüde manevi hakların *kullanımı da devredilmiş* olur¹⁸⁰. İlk olarak vurgulanması gereken burada aslında teknik anlamda bir devrin söz konusu olmadığıdır¹⁸¹. *Hilty’nin* bu konudaki açıklamasını doğrudan aktarmaya çalışırsak: “*Şu anda genel olarak eser sahibinin manevi haklarına ilişkin yetkilerin [...] devredilemez olduğu varsayılmaktadır; ancak aynı şekilde eser sahibinin bu yetkilerin kullanımından feragat edebileceği veya bunlardan belirli bazılarının kullanımını üçüncü kişilere devredebileceği de kabul edilmektedir; yalnız bu devir, böyle bir üçüncü kişinin (devren) hak iktisabı anlamında bir devir değildir; daha ziyade üçüncü kişi yalnızca (asıl) hak sahibinin yerine yeterli bir şekilde hareket etmekle yetkili olur.*”¹⁸² Dolayısıyla burada bir devir değil, eser sahibinin işleme konu manevi hakkı bakımından hukuken engelleyebileceği bir *müdahaleye katlanma yükümlülüğü* altına girmesi söz konusudur¹⁸³.

bu ihtimal ancak gölge yazarın gerçeği açıklamaya *hazırlanmış* görünürdeki yazarca öğrenilmesi gibi durumlarda gerçekleşebilir.

178 Manevi hakların genel olarak kullanımının devredilebileceği hakkında bkz. Ayiter (n 22) 196; Erel (n 22) 34-35, 294; Tekinalp (n 16) § 14, N. 9; Bellican (n 1) 222-223, 575; Suluk ve Nal (Karasu) (n 8) 112; Ateş, *Fikri Haklar* (n 129) 32. Adın belirtilmesi hakkının kullanımının devri özelinde bkz. Karaaslan (n 8) 769 vd.; Tosun (n 8) 211 vd., özellikle 230 vd. Karş. Yargıtay 11. HD, E. 2011/5707, K. 2012/13237, 13.09.2012: “*manevi hakkı kullanma yetkisinin devri halinde dahi eserin eser sahibi ile olan bağımlı ortadan kaldıracak ve bir başkasının eser sahibi olarak gösterileceği biçiminde serbesti tanıyan yetki devri de geçerli olamaz*”. Bu bağlamda, manevi haklara ve özel olarak adın belirtilmesi hakkına getirilen sınırlamaların “sektörün gerektirdiği hallerde” geçerli olacağı görüşü için bkz. Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 247-248. Özellikle karşı. Rigamonti (n 37) 261; Haimo Schack, *Urheber – und Urhebervertragsrecht* (9. Auflage, Mohr Siebeck 2019) N. 377; BGH 16.06.1994 I ZR 3/92, GRUR 1995, 671 ff.

179 Tekinalp (n 16) § 14, N. 9.

180 Ateş, *Fikri Haklar* (n 129) 46.

181 Hilty (n 105) 22.

182 Hilty (n 105) 22: “*Im Allgemeinen wird nun davon ausgegangen, die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse seien [...] nicht übertragbar; ebenso wird freilich anerkannt, dass der Urheber auf die Ausübung dieser Befugnisse verzichten beziehungsweise gewisse von ihnen Dritten zur Ausübung überlassen kann, wobei es sich bei dieser Überlassung aber eben nicht um eine Übertragung im Sinne eines (derivativen) Rechtserwerbs eines solchen Dritten handeln soll; vielmehr soll der Dritte nur anstelle des (originär) Berechtigten in adäquater Form aktiv werden dürfen.*”

183 Bkz. Bellican (n 1) 575. Bunun, manevi hakkın ileri sürülmemesi konusunda nispi etki doğuran bir anlaşma olduğu konusunda bkz. Schack, *Urhebervertragsrecht* (n 178) N. 305. Eser sahibinin manevi haklarının, kişilik hakkından farklı bir kavram olduğu tereddütsüz olmakla beraber (Ayiter (n 22) 110-111; Erel (n 22) 136. Kısmen karşı. Tosun (n 8) 260 vd.), bunları da kişilik değerlerine (*Persönlichkeitsgüter*) dahil olduğu ve gölge yazarlık sözleşmelerinde böyle bir mutlak hakka müdahalede bulunulduğundan yola çıkan *Seemann* gölge yazarın buna rızasının hukuka uygunluk sebebi teşkil

Yani eser sahibi karşısında bir alacak hakkı elde edilmektedir. Bu kapsamda, hukukumuzla ilgili değerlendirmeye devam etmeden önce, böyle bir yükümlülüğün kararlaştırıldığı sözleşmelerin geçerliliğiyle ilgili olarak karşılaştırmalı hukuktaki durumun incelenmesi yararlı olacaktır.

İsviçre öğretisinde, yine bu öğretinin mensubu olan *Osenberg'in* yukarıda aktarılan görüşü kabul görmemektedir. Hâkim görüşe göre, gölge yazarın adın belirtilmesi hakkının kullanımından feragati geçerlidir¹⁸⁴. Bu durumda, adın belirtilmesi hakkına sahip olmaya devam eden gölge yazar daima bu hakkını kullanabilecektir; ama sözleşmeye aykırı davranması sebebiyle tazminat ödemek zorunda kalacaktır¹⁸⁵.

Alman öğretisinde¹⁸⁶ ve mahkeme içtihatlarında¹⁸⁷ da adın belirtilmesi hakkının kullanımından feragatin geçerli olduğu ifade edilmektedir. Ancak İsviçre hukukundan farklı olarak, gölge yazarın katlanma yükümlülüğünü zaman itibarıyla sınırlandırabilmek için¹⁸⁸ öğretilde, ileride yaratılacak eserleri konu edinen lisans sözleşmelerinin kurulmasından 5 yıl sonra her iki tarafa da fesih hakkı veren Alman UrhG § 40 f. I c. 2 (karş. FSEK m. 50/II) ve lisans hakkı sahibinin hakkını kullanmamasından ötürü eser sahibinin cayma hakkını ileri sürmemeyi en fazla 5 yıl süreyle taahhüt edebileceğini düzenleyen § 41 f. 2 c. 2 (yalnız bu fıkra 1.03.2017 tarihinde değişmiştir¹⁸⁹; karşı. FSEK m. 58/V) hükümlerinin *kıyasen* gölge yazarlık sözleşmelerine de uygulanması önerilmiş¹⁹⁰ ve bu, içtihatlarla da kabul edilmiştir¹⁹¹. Bununla birlikte, bu hükümlerde düzenlenen menfaat dengesi ile

edip etmediğini incelemiştir. Yazara göre, gölge yazarlık sözleşmesinde adın belirtilmesi hakkına görünürdeki yazarın müdahalesine verilen rıza, İsviçre Medeni Kanunu m. 27 (TMK m. 23) uyarınca kişilik hakkına müdahaleye verilen rızalarda olduğu gibi, kural olarak hukuka veya ahlaka aykırı değildir. Yine kişilik hakkına müdahaleye verilen rızaya benzer olarak bu rıza da her zaman geri alınabilir. Geri almanın etkisi geleceğe yöneliktir. Bununla birlikte, yine de taraflar arasında bir güven ilişkisi kurulmuş olduğundan, gölge yazar uygun olmayan bir zamanda rızasını geri almışsa, İBK m. 404/II'ye (TBK m. 512) kıyasen görünürdeki yazarın bundan doğan zararını tazminle yükümlü olacaktır. Bkz. Seemann (n 28) 53 ff., 372 ff., 379.

184 Hilty, *Urheberrecht* (n 101) N. 399, 597; Seemann (n 28) 372 ff.; Barrelet und Egloff (n 80) Art. 9, N. 15; Hug (n 8) Art. 9, N. 19-20; Rigamonti (n 37) 263-264; Rehbindler (n 8) 656.

185 Barrelet und Egloff (n 80) Art. 9, N. 15.

186 Bullinger (n 54) § 13, N. 22; Schulze (n 47) § 13, N. 31; Metzger (n 8) 106 ff., 114-116; Schack, *Urhebervertragsrecht* (n 178) N. 378.

187 OLG Frankfurt a.M. 'Zulässige Ghostwriter-Vereinbarung bei wissenschaftlichem Aufsatz eines Honorarprofessors' Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2010 <<https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-GRUR-B-2010-S-221-N-1>> accessed 17 October 2021 221, 223.

188 Metzger (n 8) 105.

189 Hükümün atfı yapılan eski hali şöyleydi: "Auf das Rückrufsrecht kann im Voraus nicht verzichtet werden. Seine Ausübung kann im Voraus für mehr als fünf Jahre nicht ausgeschlossen werden."

190 Tespitle ilgili olarak bkz. Metzger (n 8) 105. Öğreti için bkz. Bullinger (n 54) § 13, N. 22; Schulze (n 47) § 13, N. 31; Metzger (n 8) 114-115; Schack, *Urhebervertragsrecht* (n 178) N. 378. Bu hakkın kullanılmasının sonuçlarıyla ilgili olarak özellikle bkz. Thorsten Feldmann, 'Zulässigkeit und Grenzen von Ghostwriter-Vereinbarungen' (2009) 29 jurisPR-ITR Anm. 5 <www.juris.de> accessed 29 November 2021.

191 OLG Frankfurt a.M. 'Zulässige Ghostwriter-Vereinbarung bei wissenschaftlichem Aufsatz eines Honorarprofessors' Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2010 <<https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-GRUR-B-2010-S-221-N-1>> accessed 17 October 2021 221, 223; OLG München 'Pumuckl-Illustrationen' Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs-Report (GRUR-RR) 2004 <<https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-GRUR-RR-B-2004-S-33-N-1>> accessed 12 October 2021 33, 35; OLG München 'Tatort-Vorspann' Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs-Report (GRUR-RR) 2011 <<https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-GRUR-RR-B-2011-S-245-N-2>> accessed 12 October 2021 245, 248.

gölge yazarlık sözleşmesindeki ilgisizliği olmaması sebebiyle açıklanan kıyasen uygulamayı, bizce de haklı olarak, eleştiren yazarlar vardır¹⁹². Kanımızca Türk hukukunda da FSEK m. 50/II veya 58/V'den *kıyasen* yararlanılarak gölge yazara bir *olağan fesih* hakkı tanınması mümkün değildir. Olsa olsa sürekli borç ilişkisi niteliğinde olan gölge yazarlık sözleşmeleri genellikle hiçbir bir süreye bağlanmamış (*belirsiz süreli*) olarak akdedileceğinden ve TMK m. 23 uyarınca kimse sonsuza kadar bir sözleşmeyle bağlı tutulamayacağından dolayı her iki tarafın da bir *olağan fesih* hakkına sahip olduğu düşünülebilir¹⁹³. Tarafların *olağanüstü (haklı) fesih* hakkı da şüphesiz saklıdır.

Kanaatimizce adın belirtilmesi hakkının kullanımından feragatin, *de facto*, hakkın bir bütün olarak devrine yol açması sebebiyle gölge yazarlık sözleşmelerini *per se* geçersiz kıldığı görüşü incelenirken öncelikle FSEK m. 11'deki adi karineye değinilmelidir. Gerçekten de bu karine sebebiyle, görünürdeki yazar, aksi ispatlanmadığı sürece, hukuken eser sahibi olarak görüleceği için eser sahipliğinden doğan bütün yetkileri kullanabilecektir. Gölge yazar katlanma yükümlülüğüne uymayıp adının belirtilmesi hakkını FSEK m. 15/III'e dayanarak kullanırsa veya gizlilik anlaşmasının varlığına rağmen eser sahipliğini kamuya açıklarsa tazminat ödemekle yükümlü olacaktır¹⁹⁴ (yukarıda belirtilen fesih ihtimalleri saklıdır). Buna karşın, kanımızca *Osenberg'in* gölge yazarın tazminat ödemekle yükümlü olacak olması sebebiyle menfaatlerinin ağır biçimde (sanki manevi hak devredilmiş gibi) zarar göreceğine ve bu sebeple sözleşmenin geçersiz olacağına yönelik açıklamaları isabetli değildir¹⁹⁵. Bir kere, yukarıda değinilen menfi sonuçları (örneğin ve özellikle tazminat ve/veya cezai şart) göze alan gölge yazarın eser sahipliği, bunu ispatlayabildiği sürece, hukuken korunmaktadır. Bu da hakkın bir bütün olarak devrinin (yukarıda II, C'de açıklandığı üzere) mevcut fikri mülkiyet hukuku sistemine uygun olmaması sorununu hukuki bir sorun olmaktan çıkartıp *pratik bir soruna* dönüştürmektedir. Kanımızca bu durum, yasayı dolanma ihtimalini ortadan kaldırır. Bu aşamada karar gölge yazara bırakılmalıdır. Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, adının belirtilmesi hakkının kullanımından feragat eden eser sahibi için bu sözleşme kural olarak öngörülemeyen ekonomik sonuçlara da yol açmamaktadır¹⁹⁶. Hatta *Metzger*, gölge yazarın adının belirtilmesinden feragatinin doğrudan onun kişiliğini (maddi ve manevi varlığını) geliştirme özgürlüğünün bir ifadesi olduğunu belirtmektedir¹⁹⁷. Buna göre, eser sahibini *katı-paternalist* bir anlayışla korumak onun eseri üzerinde tasarruf edebilme özgürlüğünü Anayasa'ya aykırı düşecek ölçüde sınırlamak anlamına gelecektir. Dolayısıyla sırf adın belirtilmesi hakkının kullanımından feragatin, *de facto*, hakkın bir bütün olarak devri sonucunu doğuracağından bahisle gölge yazarlık sözleşmelerinin daha baştan kategorik olarak geçersiz sayılması gerektiği görüşü kanımızca isabetli değildir. Ancak bu, gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerli olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerliliği başka sebeplerle de tartışmalıdır. Aşağıda farklı eser türleri bakımından bunlara değinilecektir.

192 Dustmann (n 18) § 13, N. 20; Groh (n 9) 872 ff. Ayrıca bkz. Peukert (n 54) § 13, N. 37.

193 Bu konuda bkz. Seliçi (n 161) 136 vd.; Pınar Altınok-Ormancı, *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi* (Vedat 2011) 91.

194 Tekinalp (n 16) § 14, N. 34.

195 Gizlilik anlaşmasının aynen ifasının istenmesi ihtimali bakımından da buradaki açıklamalar geçerlidir. Yukarıda dn. 177'de belirtildiği üzere bu, pratikte nadiren karşılaşılabilecek bir ihtimaldir.

196 Dustmann (n 18) § 13, N. 20; Groh (n 9) 872 ff.

197 Metzger (n 8) 105-106.

2. KONUSU OLAN ESER TÜRLERİ BAKIMINDAN

Çalışmanın bu kısmının FSEK m. 2/I-1'de “herhangi bir şekilde ... yazı ile ifade olunan eserler” ile sınırlı olduğu yukarıda I'de belirtilmişti. Aşağıdaki inceleme gölge yazarlığa konu olan başlıca yazılı eser türleri olan edebi eserler (güzel edebiyat eserleri (*schöngeistige Literatur, nichttrivialen Romanen*)) ve seri edebiyat eserleri (*Trivialliteratur*)), kurgusal olmayan eserler (*Sachbücher, non-fiction works*), bilimsel eserler, otobiyografiler ve siyasi konuşma metinlerini kapsayacaktır. Yalnız gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerliliği konusunda eser sahibi olarak tanınma veya adın belirtilmesi hakkının bir bütün olarak devredilmesi ya da *de facto* böyle bir sonucun doğmasıyla ilgili tartışmalar yukarıda aktarıldığı için aşağıda bunlara ayrıca yer verilmeyecek, her bir eser türü özelindeki tartışmalara değinilecektir.

A. BİLİMSEL ESERLER

Bilimsel eserleri konu edinen gölge yazarlık (akademik gölge yazarlık) faaliyetinin giderek bir meslek ve hatta sektör hâline geldiği rahatlıkla söylenebilir. İnternette veya sosyal medyadan yapılacak basit bir aramayla önceden hazırlanmış veya yazılmak istenen konuda hazırlanacak bir tezin fiyatının yaklaşık ne kadar olacağı tespit edilebilmektedir. Örneğin, Almanya'da akademik tez çalışmalarında sayfa başı fiyat genellikle 20 ilâ 75 Euro arasında olup yüksek lisans tezi veya mezuniyet çalışması için 3.000 ilâ 6.000 Euro, doktora tezleri için ise yaklaşık 10.000 Euro'dan başlayıp kompleks çalışmalarda 100.000 Euro civarına ulaşabilen fiyatlar talep edildiği belirtilmektedir¹⁹⁸. Türkiye'de de burada *erişim linkini paylaşmayı tercih etmediğimiz* birçok site veya sosyal medya hesabı üzerinden yaklaşık fiyatlara kolaylıkla ulaşılabilmektedir; hatta ayrıntılı bilgi isteyenler için matbu talep formları ve iletişim bilgileri de mevcuttur.

Bilimsel eserleri konu edinen gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerliliği, *akademik unvan almak için gereken bilimsel eserleri konu edinenler* (bu ifadeyi aşağıda alıntılanan kanun hükmüne uygun olarak atama, yükselme, derece kazanma gibi işlemler için gerekli olan eserleri de içerecek şekilde kullanıyoruz) ile *bundan bağımsız olarak bilimsel eserleri konu edinenler* olmak üzere iki başlık altında incelenebilir. Bunların yanında, bilimsel eser olarak nitelendirilemeyecek olsalar bile *akademik gölge yazarlık* kapsamında oldukları kabul edilen¹⁹⁹, öğrencilerin öğretim kurumlarının ölçme-değerlendirme faaliyeti kapsamında yaptığı gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerliliği de bu başlık altında değerlendirilecektir.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 53/5'in b bendinde “*Atama ve yükselmelerde, unvan veya derece kazanılmasında; anket uygulama, veri toplama gibi akademik değerlendirme içermeyen katkılar dışında kişisel emek ve birikimine dayanmayan, başkaları tarafından ücret karşılığında veya ücretsiz olarak üretilmiş yayım ve çalışmalar kullanmak*” ifadesiyle *akademik unvan elde etmeye yönelik bilimsel eserleri* konu alan gölge yazarlık sözleşmeleri, akademik bir kadroya bir daha atanmamak üzere üniversite öğretim mesleğinden çıkarılma şeklinde tanımlanan “*üniversite öğretim mesleğinden*

198 Bkz. Groh (n 9) 870-871.

199 Schimmel (n 8) 10 ff.

çıkarma” yaptırımına bağlanmıştır. Kanımızca bu, sadece idari sonuçları olan bir kural değildir. Bununla aynı zamanda gölge yazarlık sözleşmelerinin akademik unvan elde etmek için gereken bilimsel eserleri konu alması da yasaklanmaktadır. Yasa koyucunun bir yandan gölge yazarlık faaliyetinden sadrolmuş eserlerin unvan almakta kullanımını bu denli ağır bir yaptırıma bağlayıp, diğer yandan sözleşmenin içeriğine bunların dahil edilmesini serbest bırakmış olması düşünülemez. Dolayısıyla bu kapsamda kalan eserleri konu edinen gölge yazarlık sözleşmeleri yasaklayıcı hükme aykırılık sebebiyle kesin hükümsüzdür (TBK m. 27). Buraya yalnızca tez çalışmaları değil, makaleler, tebliğ metinleri vb. de dahildir. Kanaatimizce *değınilen hüküm olmasaydı bile* ilgili unvanı elde etmek için yapılması gereken yayınları gösteren mevzuat hükümlerinin²⁰⁰ değerlendirilmesinden de bu sonuca ulaşılabilirdi. Çünkü bu düzenlemelerin sözünde açıkça belirtilmese de, en azından özünden, bu yayınları yazarın kendisinin yaratmasının gerekli olduğu (*Eigenhändigkeitserfordernis*) sonucuna varılacaktır²⁰¹. *Schimmel* de bu kurallara yasaklayıcı norm gözüyle bakılması gerektiğini ifade etmektedir²⁰². Öğretide gölge yazarın akademik mevzuata tabi olmadığı, ancak faaliyeti *bu mevzuatı ihlal etmeyi amaçladığı için* sözleşmenin ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz olacağını savunan yazarlar da vardır²⁰³. Ancak kanımızca yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde Türk hukukunda unvan alınması için gerekli bilimsel eserleri konu alan gölge yazarlık sözleşmeleri bakımından ahlaka aykırılığın değerlendirilmesine gerek yoktur.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda unvan almak için gerekli olanlar dışındaki bilimsel eserlerde gölge yazar kullanılması yaptırıma tabi tutulmamıştır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla yasa düzeyinde bunu doğrudan yaptırıma bağlayan başka bir düzenleme de yoktur. Yalnızca 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 53/b-3’ün h alt bendinden, hemen aşağıda açıklanacağı üzere, yasa koyucunun (unvan için gerekli olmayan eserleri konu edinse dahi) bilimsel alanda gölge yazarlığa ilişkin değerlendirmesinin dolaylı olarak anlaşılması mümkündür. Bu sebeple, yukarıda unvan almak için gereken bilimsel eserleri konu edinen gölge yazarlık sözleşmeleriyle ilgili ulaşılan sonuca, diğer bilimsel eserleri konu edinen gölge yazarlık sözleşmeleri bakımından ulaşamayacaktır. Öyleyse diğer bilimsel eserleri konu alan gölge yazarlık sözleşmelerinin başka sebeplerle geçersiz olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Burada ilk değerlendirilmesi gereken ise bunların TBK m. 27 uyarınca ahlaka aykırı sayılıp sayılmayacağıdır. Bilindiği üzere, bir sözleşmenin ahlaka aykırı olup olmadığının değerlendirilmesinde topluma mal olmuş asgari ahlaki değerler (sosyal ahlak) ile hukuk kurallarına içkin olan etik değerler (hukuki ahlak) birlikte gözetilmelidir²⁰⁴.

Öncelikle, yasa düzeyinde konuyu doğrudan düzenleyen bir düzenleme bulunmasa da, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 53/b-3’ün h alt bendinde aylıktan veya ücretten kesme cezasına bağlanmış fiiller altında zikredilen ve aynı zamanda ikincil mevzuata bakıldığında, ÜAK Bilimsel

200 Mesela Doçentlik Yönetmeliği m. 4/2-c uyarınca YÖK tarafından belirlenen doçentlik asgari şartlarını sağlayacak çalışmaların yapılması.

201 Bkz. Schimmel (n 8) 12.

202 ibid 12.

203 Seemann (n 28) 374. Ayrıca bkz. OLG Düsseldorf ‘Irreführende Spitzengruppenbehauptung eines wissenschaftlichen Ghostwriters’ Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs-Report (GRUR-RR) 2011 <<https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-GRUR-RR-B-2011-S-474-N-1>> accessed 17 October 2021 474, 474-475.

204 Kocayusufpaşaoğlu (n 99) § 42, N. 39 vd.

Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi m. 4/1-’de (ve YÖK Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi m. 4/1-’de) bilimsel araştırma ve yayın etiğine aykırı eylemler arasında sayılmış “haksız yazarlık” kavramı altında ele alınan “*aktif katkısı olmayan kişileri yazarlar arasına dâhil etmek veya olan kişileri dâhil etmemek*” ile “*aktif katkısı olmadığı hâlde nüfuzunu kullanarak ismini yazarlar arasına dâhil ettirmek*” davranışları, hukuk düzenimizde, unvan alınmasından bağımsız olarak, bilimsel eserlerde gölge yazarlığın etiğe aykırı bulunduğunu göstermektedir. Gerçi 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 53/5-b’ den farklı olarak, m. 53/b-3’ün h alt bendinin ve yönergenin lafzından, burada düzenlenen davranışların yalnızca birden çok kişinin eser sahipliğinde meydana gelebileceği ve davranışı gerçekleştirenin kendi adını yazarlar arasına dahil ettirmeye veya başka yazarların adını çıkartmaya zorlayabilecek bir konumda olması gerektiği izlenimi edinilmektedir²⁰⁵. Oysa bilimsel araştırma ve yayın etiği açısından aynı davranışların anlaşma yoluyla ve tek kişi eser sahibi gösterilerek yapılması arasında bilimsel etiğe aykırılık bakımından fark yoktur. Dolayısıyla Türk hukukunda gölge yazarlığın etik değerlere aykırı bulunduğu söylenebilir.

Topluma mal olmuş asgari ahlaki değerlere göre yapılacak incelemede ise hem akademinin dışındaki makul ve dürüst insanların anlayışı hem de akademik çevrede genel kabul gören standartlar dikkate alınmalıdır. İlki bakımından, bilimsel eser sahibini o konuda uzman sayan toplumun, eserde adı bulunan kişinin gerçek yazar olmasına güvenebilmekte haklı bir beklentisi olduğu gibi bilgiyi vereni doğru bir şekilde teşhis edebilmekte de menfaati vardır²⁰⁶. Bilim insanlarına duyulan güven ve sunulan imkanlar (üniversite kadroları, araştırma bursları, ödenekler vb.) birçok yönden toplumun onların bilimsel ilerlemeye katkı sunacağı konusundaki beklentisine bağlıdır²⁰⁷. Oysa ona ait sanılan eserler ve düşünceler gerçekte başkasına aitse, aradaki bu bağlantı kopmaktadır²⁰⁸. İkincisi bakımından ise bilimsel eserlerde gölge yazarlık konusunu ayrıntılı olarak incelemiş yazarlar, bilimsel alanda gölge yazarlığın etiğe aykırı sayılacağını belirtmektedir²⁰⁹. *Metzger*, bilimsel alanda tamamen veya çoğunlukla kabul gören etik kurallar ve sosyal standartlar dikkate alındığında bu sözleşmelerin ahlaka aykırı olacağını ifade etmektedir²¹⁰. *Schimmel’e* göre ise bilimsel eserleri konu edinen gölge yazarlık sözleşmeleri parayla ölçülemeyecek değerlerin ticarileştirilmesi sebebiyle ahlaka aykırı sayılmalıdır²¹¹. Türk hukukunda *Serozan* aynı gerekçeyle akademik unvanların satımının ve genel olarak gölge yazarlık sözleşmelerinin ahlaka aykırılıktan ötürü geçersiz olduğunu savunmaktadır²¹². Tüm bu değerlendirmelere göre, kanımızca, unvan almak için gerekli olmayan bilimsel eserleri

205 Muhtemelen bu kurallar, bilimsel eserlerde gölge yazarlığın sıkça değinilen örneklerinden olan profesörlerin (veya kıdemli öğretim üyelerinin), asistanları (veya kendilerinden daha kıdemsiz öğretim üyelerini) gölge yazar olarak kullanması dikkate alınarak düzenlenmiştir.

206 Bkz. Schimmel (n 8) 14; Groh (n 9) 875; Karaaslan (n 8) 772. Karş. Rehbinden (n 8) 666-667; von Planta (n 1) 135 ff. Ayrıca bkz. aşağıda dn. 219 ve bununla ilişkin metin.

207 Schimmel (n 8) 14.

208 ibid 14.

209 Ayrıntılı bilgi için bkz. Schimmel (n 8) 12 ff.; Metzger (n 8) 107 ff., 115 (yazar bu sonuca özellikle Alman yüksek öğretim kurumlarının konuyla ilgili yayınladıkları (toplu) metinleri inceleyerek varmıştır).

210 Metzger (n 8) 113 ff.

211 Schimmel (n 8) 14.

212 Rona Serozan, *Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku* (8. Basi, Vedat 2018) III § 7, N. 14

konu edinen gölge yazarlık sözleşmeleri, ahlaka aykırı olduklarından TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüzdür.

Öğrencilerin yıl sonu değerlendirmesinde dikkate alınacak ödevleri vb. çalışmalarıyla ilgili olarak yaptığı gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerliliği konusunda ise unvan alınması için gereken bilimsel eserlerle ilgili yukarıdaki ilk yaklaşım benimsenebilir. Gölge yazarla anlaşılan öğrenciler dersi geçerek diploma almak amacıyla bunu yapmaktadır. Bu bağlamda, öğrencinin kayıtlı bulunduğu eğitim kurumundan mezun olabilmesi için müfredata dahil olan derslerde başarılı olması gerektiğiyle ilgili hükümler, doğal olarak, *öğrencinin bu yükümlülükleri bizzat yerine getirmesi gerektiği (Eigenhändigkeitserfordernis)* biçiminde yorumlanacaktır (örneğin bkz. Yükseköğretim Kanunu m. 44, Milli Eğitim Temel Kanunu m. 26, 27). Kanımızca, yukarıda açıklanan gerekçelerle bunlara da yasaklayıcı hüküm niteliği atfedilmelidir ve öğrencilerin yaptığı sözleşmeler bunları ihlal ettiği için kesin hükümsüz sayılmalıdır²¹³.

Bilimsel eserleri konu edinen gölge yazarlık sözleşmelerinin geçersiz olmasının ilk sonucu gölge yazarın FSEK m. 15/III uyarınca eser sahipliğinin tespitini serbestçe talep edebilmesi ve sözleşmeye aykırılıktan söz edilemeyeceği için herhangi bir tazminat yükümlülüğüyle karşılaşmamasıdır. Ayrıca TBK m. 27/II uyarınca bu geçersizlik kural olarak sözleşmenin tamamına sirayet edecektir²¹⁴. TBK m. 182/II uyarınca gölge yazardan cezai şartın ifası da talep edilemeyecektir. Eğer gölge yazarlık sözleşmesi para karşılığında yapıldıysa, görünürdeki yazarın bunun iadesi için sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurması mümkündür (bkz. dn. 217). Bununla beraber, TBK m. 81 uyarınca “*Hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez. Ancak, açılan davada hâkim, bu şeyin Devlete mal edilmesine karar verebilir.*” Hâkim görüşe göre, bu hükmün uygulama alanı yalnızca diğer tarafı hukuka veya ahlaka aykırı bir amacı gerçekleştirmeye teşvik etmek ya da bu davranışından dolayı ödüllendirmek için yapılan kazandırmalarla sınırlıdır²¹⁵. Yani kazandırmada bulunanın amacı dikkate alınır. Ancak kazandırmada bulunanla birlikte zenginleşen kişi de hukuka veya ahlaka aykırı amaçla hareket etmişse, yani bu amacın gerçekleştirilmesinde onun da en az kazandırmada bulunan kadar payı varsa, hâkim zenginleşmeyi kazananın elinde bırakılmayıp Devlete mal etmelidir²¹⁶.

213 Bu konuda, özellikle ilköğretim ve ortaöğretim düzeyinde, sıkça yasanın düzenlemeyi yönetmeliklere bırakmasından ötürü ikincil mevzuata bakılması yararlı olacaktır. Örneğin, okul öncesi eğitim ve ilköğretim düzeyinde Milli Eğitim Bakanlığı Okul Öncesi Eğitim ve İlköğretim Kurumları Yönetmeliği (26.07.2014 tarihli ve 29072 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır) m. 55/1-c’nin 15. alt bendinde; ortaöğretim düzeyinde Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği (07.09.2013 tarihli ve 28758 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır) m. 167/3-j’de *snava kendi yerine başkasını sokma ve başkasının yerine snava girme* fiillerinin okul değiştirme disiplin cezasını gerektirdiği düzenlenmiştir. Benzer şekilde yükseköğretim düzeyinde Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği (18.08.2012 tarihli ve 28388 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır) m. 8/1-d’de aynı fiilin iki yarıyl için uzaklaştırma cezasını gerektirdiği öngörülmüştür. Okul öncesi eğitim ve ilköğretim düzeyini düzenleyen yönetmelik *dışındaki* diğer iki yönetmelikte (eleştiriye çok açık bir şekilde) disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hâllere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı türden yaptırımın uygulanacağı düzenlenmiştir (sırasıyla m. 167/5 ve m. 10). Kanaatimizce öğrencinin sınava yerine başkasını sokması ile yıl sonu değerlendirmesine dahil olacak ödev vb. çalışmalarını gölge yazara yaptırmaları arasında bir fark yoktur.

214 Bkz. von Planta (n 1) 92.

215 Tespit için bkz. Pınar Çağlayan Aksoy, ‘Sebepsiz Zenginleşme Hukukunda İade Talebinde Bulunulmasını Engelleyen TBK Madde 81 Hükmü Üzerine Bir İnceleme’ (2015) 31(4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 131, 157 vd.

216 Tespit ve ayrıntılı bilgi için bkz. Çağlayan Aksoy (n 215) 171-172; M. Turgut Öz, ‘Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç

Kanımızca bilimsel eserleri konu alan gölge yazarlık sözleşmelerinde kural olarak her iki taraf da hukuka veya ahlaka aykırı amaçla hareket etmektedir. Bir kere görünürdeki yazarın hukuka veya ahlaka aykırı amaç güttüğünde ve gölge yazara kazandırmayı bu amacın gerçekleştirilmesini teşvik ya da ödüllendirmek için yaptığında tereddüt etmemek gerekir. Gölge yazar açısından duruma bakıldığında, ilk olarak gölge yazarın bilimsel bir eseri kaleme almayı taahhüt ettiğinin bilincinde olduğu tespit edilecektir. Çünkü bilimsel eserlerin yazımında uyulması gereken kurallara (örneğin, konuya uygun olan bir dil ve terminoloji kullanılması, kaynak gösterilmesi ve bunun tabi olduğu katı usullere uyulması) uygun bir eser hazırlaması gerekmektedir. Buradan hareketle, kural olarak, bilimsel eserin türü ve kullanılma amacı da (tez veya başkaca monografik çalışmalar, makale, tebliğ metni, öğrenci ödevi vb.) gölge yazarca bilinecektir. Esasen yukarıda değinildiği üzere, gölge yazarın alacağı bedel bunlara göre belirlendiğinden bunun aksini düşünmek gerçekçi görünmemektedir. Öyleyse gölge yazar ya *hukuken* görünürdeki yazarın elinden çıkması gereken bilimsel eseri yazmayı taahhüt ettiğinin bilincindedir ya da, her halükârda, böyle bir eseri kaleme almayı kabul etmesi sebebiyle bilimsel etik kurallarına aykırı davranılmasında en az görünürdeki yazar kadar pay sahibidir. Aynıysa böyle bir eseri, talep hâlinde teslim etmek üzere önceden hazırlamış gölge yazar için de geçerlidir. Dolayısıyla bilimsel bir eserin görünürdeki yazarının gölge yazardan iade talep etmesi hâlinde mahkemenin TBK m. 81 uyarınca kazancın Devlete mal edilmesine karar vermesi isabetli olacaktır²¹⁷.

B. EDEBİYAT ESERLERİ VE KURGUSAL OLMAYAN ESERLER

Hukuken *gri alan* olarak nitelendirilen²¹⁸ gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerliliği meselesinin çözümünün en çetrefil olduğu alan edebiyat eserleri ve kurgusal olmayan eserlerdir. Bu eser türleriyle ilgili asıl tartışma eser sahipliği konusunda kamunun yanıtılmasından ötürü gölge yazarlık sözleşmesinin genel ahlaka aykırı sayılıp sayılmayacağıdır²¹⁹. Aynı gerekçeyle bu tartışmada eserin görünürdeki yazarın adıyla yayınlanmasının haksız rekabeti yasaklayan hükümlere aykırı olup olmayacağıyla ilgili değerlendirmelere de yer verilmektedir.

İlişkileri' iç Herdem Belen ve İsmail Altay (eds.) Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları Cilt III (İstanbul Barosu 2014) 16, 32-33.

217 Gölge yazara para dışında bir kazandırma yapılmış ve sözleşmenin geçersizliği sebebiyle görünürdeki yazar bunun iadesini istihkak davasıyla isteyebilecek durumdaysa, bu (aynı) talebe TBK m. 81'in uygulanıp uygulanmayacağı veya bu talebin kabul görüp görmeyeceğiyle ilgili tartışmalar için bkz. Çağlayan Aksoy (n 215) 163 vd.

218 Groh (n 9) 874.

219 Tartışmanın gerekçesiyle ilgili açıklamalar için bkz. Stolz (n 8) 70 ff.; Rehbinder (n 8) 665 ff.; Groh (n 9) 874 ff. Genel olarak toplumu yanıltıcı fiillerin üstlenilmesinin, içerdiği edim itibarıyla sözleşmeyi ahlaka aykırı kıldığı yönünde: Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Baskı, Yetkin 2021) N. 1019. Esasen bu tartışma yalnızca edebiyat eserlerini ve kurgusal olmayan eserleri için değil, yukarıda değinilmiş bilimsel eserleri ve aşağıda değinilecek olan otobiyografiler ile siyasi konuşma metinleri için de geçerlidir. Bu bağlamda, bilimsel eserleri konu alan gölge yazarlık sözleşmelerinin genel ahlaka aykırılığıyla ilgili açıklamalarımızda kamunun gerçek yazarı bilmekteki menfaati daha önce değerlendirilmiştir (bkz. yukarıda dn. 206 ve buna ilişkin metin). Otobiyografiler ve siyasi konuşma metinlerinin ayrı bir başlıkta ele alınmasının sebebi ise kamunun yanıtılması konusunda bunlara ilişkin değerlendirmelerin, haklı olarak, edebiyat eserleri ve kurgusal olmayan eserlerden çok daha farklı olmasıdır. Bunları aynı yerde ele almanın deyimindeyse *suyu bulandırma* riski vardır.

Tartışmada kamunun yanıltılması sorunundan hareket etmek isabetlidir. Ancak edebiyat eserlerine veya kurgusal olmayan eserlere ilişkin her gölge yazarlık sözleşmesinin daha baştan, kategorik ve soyut olarak kamuyu yanılttıklarından ötürü ahlaka aykırılık sebebiyle *per se* geçersiz sayılması hukuken makul ve mümkün görünmemektedir. Burada kamu kavramı somutlaştırılarak gölge yazarlık sözleşmesinin somut olayda gerçekten yanıltıcı bir etki doğurup doğurmadığının değerlendirilmesi gerekir. Bu doğrultuda, psikik bir fenomen olan yanıltmanın genel ahlaka aykırılıkla bağlantısının kurulabilmesi için somut ve bireysel model olarak (ortalama) tüketici üzerindeki etkisinin incelenmesi şarttır. Dolayısıyla, aşağıda aktarılacak bazı yazarların da belirttiği üzere, odağa alınması gereken soru, gerçek yazarın gizlenmesinin tüketicileri yanıltıp yanıltmadığı ve alım kararlarında (tüketim tercihlerinde) etkili olup olmadığıdır²²⁰. Aksi takdirde, edebi ve kurgusal olmayan eserlerle ilgili olarak birbirinden çok farklı şartlar altında yapılan, alt eser türleri (*subgenre*) itibarıyla geniş bir yelpazeye yayılan ve farklı kitleleri etkileyen gölge yazarlık sözleşmelerinin tümü, kimin yanıltıldığı ve ne ölçüde yanıltıldığı gözetilmeden (ve bu sebeple aslında ahlaka aykırılık da gerekçelendirilmeden) geçersiz sayılmış olacaktır. Aşağıda anılacak görüşlerden sadece soyut olarak “kamunun yanıltılması”na dayananlar açıklanan anlamda eksiktir. Belirtelim ki, *somut olaydaki* gölge yazarlık sözleşmesinin taraflarının izlediği ortak amacın doğrudan kamuyu yanıltmak olduğu tespit edilebiliyorsa sözleşmeyi ahlaka aykırılık sebebiyle baştan geçersiz saymak ihtimal dahilindedir. Bunun dışında, aşağıda ilginç bir örnekle açıklanmaya çalışılacağı üzere, etki değerlendirmesi sonucunda ortalama tüketicici yanılttığı tespit edilen bir gölge yazarlık faaliyetinin kararlaştırılmış olduğu sözleşmeler, kanımızca, böyle bir ortak amaç güdülüp güdülmemesinden bağımsız olarak *konusu itibarıyla* ahlaka aykırı ve geçersizdir.

Bir görüşe göre, görünürdeki yazarın gerçekte *bir başkasına ait olan tüylerle süslenmiş/sunulmuş* olması kamuyu rahatsız edecektir ve kamunun bu konuda yanıltılmamakta menfaati vardır²²¹. Buna karşı çıkanların aksine, kamunun büyük bir bölümü bir eseri satın alırken kapakta adı yazanın onun gerçek yazarı olduğunu düşünerek hareket etmektedir²²². Bu konuda Berlin Eyalet Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda²²³, geleneksel tıbbi yöntemlere karşı daha popüler ampirik tıbbi yöntemleri savunan ve bu konuda belli hastalıklarla ilgili “... *Hastalıklarına Karşı Başarılı Olma Yöntemleri*” başlıklı bir kitap serisi olan ünlü doğal tedavi pratisyeni Manfred Köhnlechner'in adı, söz konusu kitap serisini yayınlaması konusunda anlaşmış olduğu davalı tarafından “*Deri Hastalıklarına Karşı Başarılı Olma Yöntemleri*” başlıklı eserin kapağında da kullanılmıştır. İç kapakta ise *Manfred K. Deneysel Tıp Enstitüsü* ifadesi altında yazar olarak *Christiana H.* görünmektedir. Davacı tüketici derneği, kapakta *Köhnlechner'in* adının kullanılmasının haksız rekabet teşkil ettiğini iddia etmiştir. Davalı (temyiz eden) ise (i) kendi bakış açısına göre gerçek yazarın *Köhnlechner* olduğunu, yalnızca bu kitapları yazarken başkalarından yardım aldığını, (ii) kaldı ki kapakta yer alan adın mutlaka bir eserin yazarı olarak görülemeyeceğini, kimsenin bir kitabın üzerinde adı yazanın o kitabın tamamını tek başına yazmış olmasını bekleyemeyeceğini, kurgusal olmayan eserlerin yazımında sıklıkla asistan

220 Gölge yazar tarafından yazılmış bir esere ilişkin tüketici işlemlerinin geçerliliği hakkında bkz. aşağıda III, C.

221 Groh (n 9) 874-875; Osenberg (n 9) 94. Aynı yönde: Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 247. Benzer yönde: Karaaslan (n 8) 772.

222 Groh (n 9) 875.

223 KG Berlin, Urteil vom 09. April 1976 – 5 U 731/76 – Manfred Köhnlechner <www.juris.de> accessed 8 November 2021.

kullanıldığını, (iii) başlıkta yer alan adın mutlaka yazar olarak anlaşılamayacağını ve editör, bir eserin temelini atan veya eserle yakından bağlantılı olan kişiler de olabileceğini ileri sürmüştür. Bu iddiaya karşı mahkeme heyeti, özellikle güzel edebiyat eserleri ve popüler bilim eserlerinde kamunun azımsanamayacak bir kısmının kapakta adı görüneni eserin gerçek yazarı olarak algıladığını ve *söz konusu kamunun bir parçası olan heyetin bundan hayat deneyimlerine göre emin olduğunu* ifade etmiştir²²⁴. Yine Alman Federal Mahkemesi'nin bir kararına göre, eser sahibinin belirtilişi kamuyu yanıltmayacak bir tarzda yapılmak zorundadır²²⁵.

Bu doğrultuda, özellikle Alman öğretisinde, eserin üzerinde gerçek yazarın adının kullanılmamasının kamuyu yanıltıp yanıltmadığının *somut olay bazında* incelenmesi gerektiği belirtilmekte ve yukarıda açıkladığımız üzere, bu incelemede esas ölçüt olarak eserin türüne ve ortalama tüketicinin beklentisine bakılmaktadır²²⁶. *Dustmann'a* göre, *gerçek yazarı kendini göstermemekle birlikte kimsenin yazar olarak lanse edilmeye de çalışılmadığı* siyasi konuşma metinleri gibi durumlar hariç olmak üzere, gölge yazarlık sözleşmeleri çoğunlukla tüketicileri yanılttıkları için genel ahlaka aykırılık sebebiyle geçersizdir²²⁷. Türk hukukunda da *Karaaslan* tüketicilerin alım tercihini etkilediği ölçüde bu sözleşmelerin genel ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz olacağını ifade etmektedir²²⁸. Konuyu doğrudan kamunun yanıltılması üzerinden ele alan *Groh'a* göre, otobiyografiler ve siyasi konuşma metinleri dışında *seri edebiyat eserleri de dahil* olmak üzere gölge yazarlık anlaşmaları kamuyu yanılttığı için genel ahlaka aykırıdır ve bu sebeple geçersizdir²²⁹. Yine Amerikan hukukunda, yukarıda dn. 83'e ilişkin metinde ilgili kısmı tercüme edilmiş olan *Roddy-Eden v. Berle* kararı ile gölge yazarlık sözleşmelerinin, eser türünden bağımsız olarak, kamuyu yanıltmayı amaçladıkları sebebiyle geçersiz olacağına hükmedilmiştir²³⁰.

Öte yandan, İsviçre öğretisinde çoğunlukta görünen aksi yöndeki görüş, fikri mülkiyet hukukuna göre görünürdeki yazarın gerçek yazar olmamasının tüketicilerin alım kararı üzerinde belirleyici bir rol oynamadığını ve haksız rekabet teşkil etmeyeceğini savunmaktadır²³¹. Dolayısıyla gölge yazarlık sözleşmesinin bu sebeple ahlaka aykırı sayılması mümkün değildir. Alman hukukunda da bu görüşü savunan yazarlar vardır²³². Bu görüşteki yazarlara göre, öncelikle, *seri edebiyat eserleri* bakımından

224 Ayrıca mahkemeye göre, her ne kadar eserin yaratımında ve materyallerin bir araya getirilmesinde Köhnlechner'in fikirlerinin baskın olduğu varsayılrsa ve eser onun serisinde kullandığı ruha uygun kaleme alınsa bile, esere yeni şeklini ve hususiyetini veren, gerçek yazar olan gölge yazardır.

225 BGH 'Straßen – gestern und morgen' Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1963 <<https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-GRUR-B-1963-S-40-N-1>> accessed 18 November 2021 40, 43.

226 Schulze (n 47) § 13, N. 31; Peukert (n 54) § 13, N. 38. Avusturya hukukunda benzer yönde: Brehm (n 8) 9 ff.

227 Dustmann (n 18) § 13, N. 19.

228 Karaaslan (n 8) 772.

229 Groh (n 9) 874-875.

230 Ancak karş. *Copyrights Act* § 106A(e).

231 Seemann (n 28) 374; Rehinder (n 8) 661 ff.; von Planta (n 1) 131 ff. Yalnız manevi hakların bir bütün olarak devredilebileceğini kabul eden *Dessemontet* dahi gölge yazarlık sözleşmeleri bağlamında kamunun yanıltılmamakta menfaati olabileceğini ve bununla ilgili olarak haksız rekabet hükümlerinin incelenmesi gerektiğini belirtmektedir. *Dessemontet* (n 103) N. 105.

232 Stolz (n 8) 70 ff., 77 ff.; Feldmann (n 190) 3. Gerçi *Stolz* bu konudaki genel çıkarımlarını tüketiciyi aldatmadığı neredeyse tartışmasız olan otobiyografiler ve kısmen daha tartışmalı olan seri edebiyat eserleri üzerinden yapmıştır. Güzel edebiyat eserleri, kurgusal olmayan eserler ve bilimsel eserler özelinde bir açıklamada bulunmamıştır.

(bkz. yukarıda II, A) tüketicinin alım kararı yalnızca ilgili serinin içeriğine yöneliktir ve yazarın kim olduğundan bağımsızdır²³³. Yazarlar *güzel edebiyat eserleri* ve *kurgusal olmayan eserler* bakımından da günümüzde eser sahibinin hususiyetinin çoğu esere yansımadağı, tüketicilerin eserin yazarından ziyade içeriğiyle ilgilendiğı ve yazara ilişkin çıkarımlarını da eser üzerinden gerçekleştirdiğini ifade ederek aynı sonuca varmakta ve bununla ilgili olarak *Laresé'in* şu sözlerine atıf yapmaktadır²³⁴: “*Eseri şekillendiren yaratıcısı değildir; eser, onunla temas kuran insanı şekillendirir.*”²³⁵ Yazarlar buraya ünlü kişilerin görünürdeki yazar olarak yer aldığı gölge yazarlık sözleşmelerini de dahil etmektedir. Alman öğretilinde bu görüşü savunan *Feldmann* ise kamunun yanıltılmasının gölge yazarlık sözleşmelerinin ahlaka aykırı sayılmasına gerekçe olamayacağını, çünkü bu *ahlaki lekenin* gölge yazarlık sözleşmesinin özünü oluşturduğunu belirtmektedir; aksi takdirde bütün gölge yazarlık sözleşmeleri geçersiz olacaktır²³⁶. Oysa çözülmeye çalışılan asıl konu da budur ve bunun çözümü bir kelime oyunundan fazlasını gerektirir görünmektedir.

Yukarıdaki tartışmalar bakımından başta da belirttiğimiz güçlük, eserin gerçek yazar yerine görünürdeki yazarın adıyla yayınlanmasının tüketicinin alım kararına etkisinin değerlendirilmesinde çıkmaktadır. Kamunun yanıltılıp yanıltılmadığının bu ölçüte bağlı olarak tespiti isabetlidir; ama buna hukukçuların *kendi arasında* çözebileceğı bir sorun gibi muamele etmek uygun görünmemektedir. Buna rağmen, en azından ünlü kişilerin görünürdeki yazar olarak gösterildiğı güzel ve seri edebiyat eserleri ile kurgusal olmayan eserlerde tüketicinin alım kararının etkilenmeyeceğini ileri sürmenin doğru olmayacağı söylenebilir.

Konuyla ilgili yaptığımız kısa araştırmada ulaştığımız ilginç bir çalışmada, yayınlanması hedeflenen bir kitabın ne kadar satış yapacağıyla ilgili öngörü sunmayı hedefleyen bir *yapay zeka* programı geliştirilmiş ve bunda yazarın görünürlüğü, yazarın önceki satışları, kitabın ait olduğu tür (*genre*), konusu, yayınlandığı ay ve yayıncının bazı özellikleri ölçüt alınmıştır²³⁷. Bir örnekte, programın kitapla ilgili olarak öngördüğü satış 23.000 adet olmasına rağmen kitap 211.000 adete yakın satarak en çok satanlar listesine girmiştir. Kitap, ünlü aktör ve komedyen *Aziz Ansari'ye* aittir ve öngörüdeki hata, *yazarın* önceden hiçbir yayını (ve dolayısıyla satışı) olmamasından kaynaklanmıştır. Bu örnekten tek başına sonuç çıkartılamayacak olsa da, ünlü kişilerin yazar olarak görünmesinin tüketicinin eseri satın alma kararına etkisi olmadığını ya da bunun tüketicinin menfaatini etkilemediğini savunmak, özellikle de sosyal medya ve buradaki ünlüler ile “*influencer*”ların etkisi düşünüldüğünde, gerçekçi görünmemektedir.

Bu açıdan bakıldığında en azından ortalama tüketicinin yanıltılmasıyla ilgili birkaç önemli hususu vurgulamak mümkün olabilir. Öncelikle, eğer edebiyat eserlerini ve kurgusal olmayan eserleri konu alan gölge yazarlık sözleşmeleri ünlü kişilerin adını fikri alanda da ticarileştirmek için yapılmışsa,

233 von Planta (n 1) 134-135; Stolz (n 8) 70 ff., 78; Reh binder (n 8) 666. Bu görüşte olmamakla birlikte, seri edebiyat eserleri bakımından aynı yönde: Osenberg (n 9) 108, 114.

234 von Planta (n 1) 135-136; Reh binder (n 8) 666-667. Yazarlar aynı sonucu bilimsel eserler bakımından da savunmaktadır. Ancak yukarıda III, B, 2, a'da açıklanan sebeplerle buna katılmak mümkün görünmemektedir.

235 “*Nicht der Schöpfer prägt das Werk, sondern das Werk prägt die zu ihm in Verbindung tretende Person.*”

236 Feldmann (n 190) 3.

237 Çalışma için bkz. <https://www.springerprofessional.de/success-in-books-predicting-book-sales-before-publication/17286174>

bunlar kural olarak ortalama tüketiciyi yanıltıcı etki doğuracaktır ve TBK m. 27 uyarınca genel ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz sayılacaktır. Böyle durumlarda tarafların ortak amacının kamuyu yanıltılmak olmasından ötürü aynı sonuca varılması da mümkün olabilir. Ancak bu şart her halde gerçekleşmez; mesela gölge yazar, görünürdeki yazarın kimliğini bilmiyor olabilir (bkz. yukarıda II, A). Bu örneğe karşın, özellikle seri edebiyat eserlerini konu alan sözleşmelerde genellikle ortalama tüketicinin alım kararını etkileme ölçütü gerçekleşmeyeceğinden kamuyu yanıltma söz konusu olmayacaktır. Arada kalan diğer durumlarda mahkemenin somut olay bazında değerlendirme yapması gerekecektir. İtiraf etmek gerekir ki, bazı yönlerden farklı gerekçelerle de olsa katıldığımız, somut olaya ağırlık veren bu görüşün (bkz. yukarıda dn. 226, 227, 228'te atıf yapılan eserler) zayıflığı, sözleşmenin geçerliliği konusunda hukuki öngörülebilirliği kısmen ortadan kaldırmasıdır. Bu benimsenip göze alındığı takdirde, taraflar arasındaki sözleşmeyle rekabet hukukunun ihlal edilip edilmediğinin mahkemelerce pratik bir zorunluluk olarak Rekabet Kurumu'na sorulmasında olduğu gibi burada da kamunun yanıltılıp yanıltılmadığı konusunda bilirkişiye veya somut olayın ilgilendirdiği uzman kuruma (örneğin Reklam Kurulu) başvurulması düşünülebilir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, gölge yazarlık sözleşmesi genel ahlaka aykırı sayılmasa bile, yayıncının şartları varsa haksız rekabet veya yanıltıcı reklam sebebiyle sorumluluğunun doğması mümkündür²³⁸. Diğer taraftan, bu yaptırımların öngörülmüş olması, özellikle aşağıda açıklanacak şekilde reklam yoluyla aldatılmış olan tüketicinin, şartları varsa, hile sebebiyle iptal hakkını kullanmasını engellemez²³⁹. Dikkat edilsin ki, buradaki hilenin gölge yazarlık sözleşmesinin geçerliliğiyle bir ilgisi yoktur; bu, gölge yazarın yaratmış olduğu eseri konu alan tüketici işlemi ilgilendirmektedir.

C. OTOBİYOGRAFİLER VE SİYASİ KONUŞMA METİNLERİ

Öğretide neredeyse oybirliğiyle, yukarıda aktarılan konularda görüşleri tamamen zıt olan yazarlar tarafından dahi, otobiyografiler ve siyasi konuşma metinlerini konu alan gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerli olduğu, haklı olarak, kabul edilmektedir²⁴⁰. Buna göre, makul her tüketici bunların başka kişilerce yazılmış olabileceğinin farkındadır ve alım kararlarında yazarın bir belirleyiciliği yoktur. Dolayısıyla kamunun yanıltılması sorunu ortaya çıkmamaktadır.

238 Peukert (n 54) § 13, N. 38. Bunun şartlarıyla ilgili olarak bkz. Hamdi Pınar, 'Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet İhlalleri' (2012) 18(2) MÜHF-HAD 129, 129 vd. Avusturya hukukunda benzer şartların gölge yazarlık sözleşmesi bakımından incelemesi için bkz. Brehm (n 8) 9 ff.

239 Kocayusufoğlu (n 99) § 37, N. 10.

240 Alman hukuku: Groh (n 9) 875; Schulze (n 47) § 13, N. 31; Stolz (n 8) 70 ff.; Peukert (n 54) § 13, N. 38; Dustmann (n 18) § 13, N. 19. İsviçre hukuku: von Planta (n 1) 119 ff., 133 ff.; Rehbindler (n 8) 666-667; Osenberg (n 9) 98 ff., 126-127. Türk hukuku: Karaaslan (n 8) 772. Ayrıca bkz. Marlena Jankowska, 'On the Implications of the Unalienability of the Right of Authorship for Ghostwriting Contracts' (2013) 18 Review of Comparative Law 77, 90-91.

C. ÖZEL OLARAK: TÜKETİCİ İŞLEMLERİNİN GEÇERLİLİĞİ

Yukarıda gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerliliği değerlendirilmiştir. Son olarak, kısaca, gölge yazarlık sonucu ortaya çıkmış bir eseri konu alan tüketici işlemlerinin geçerliliğine değinmekte fayda vardır. Baştan belirtmek gerekir ki, bir sözleşmenin kurulmasında TTK m. 55'e göre haksız rekabet teşkil eden ve sorumluluğa yol açan davranışlarda bulunmuş olması tek başına sonuçta ortaya çıkan sözleşmenin içeriğinin TBK m. 27 uyarınca hukuka veya ahlaka olduğunu göstermez²⁴¹. Öyleyse görünürdeki yazarın gerçek yazar gibi gösterilmesi haksız rekabete yol açan bir davranış sayılsa bile, yayınevleri ile kitabevleri, yayınevleri ile tüketiciler ya da kitabevleri ile tüketiciler arasındaki sözleşmelerin salt bu sebeple TBK m. 27 uyarınca geçersiz olduğu sonucuna varılamaz. Aynıysa haksız rekabetle bağlantılı bir konu olan aldatıcı reklamlarla ilgili 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 61/3 ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m. 29 için de geçerlidir.

Gölge yazarlık sözleşmeleri hakkında yukarıda aktarılan kamuyu yanıltıcılık tartışmasında ölçüt olarak ortalama düzeyde, makul tüketicinin anlayışının esas alındığı belirtilmişti. Bu bağlamda, somut olayda tüketicinin iradesi hile sebebiyle sakatlanmış da olabilir²⁴². Hile, sözleşmenin kurulması aşamasında taraflardan birinin, diğerini sözleşme yapmaya sevk etmek için sözleri veya davranışları ile onda kasten yanlış bir kanaat uyandırması ya da mevcut yanlış kanaati güçlendirerek bunun devam etmesine izin vermesidir²⁴³. TBK m. 36 uyarınca hilenin mevcudiyeti için hile eyleminde bulunulması ve buna bağlı olarak karşı tarafın hile olmasaydı hiç veya en azından bu şartlarla yapmayacağı bir hukuki işlemi yapması gerekmektedir²⁴⁴. Hilenin reklam yoluyla da gerçekleştirilmesi mümkündür; yalnız bu, ancak kasten tüketicileri aldatacak nitelikte reklam yapılması ve bunun sözleşmenin kurulması aşamasına sirayet etmesi hâlinde söz konusu olur²⁴⁵. Her ne kadar çoğu kez reklam veren (üretici, genel dağıtımçı vb.) ile satışı yapan farklı kişiler olsa ve TBK m. 36/II uyarınca üçüncü kişinin hilesi hâlinde sözleşmenin tarafı olan satıcı ancak hileyi biliyorsa veya bilebilecek durumdaysa tüketicinin iptal hakkı doğsa da, öğretide satıcının ürünle ilgili olarak müşterinin aydınlatılmasını üreticiye ya da genel dağıtımçıya bırakmış olması durumunda bunların sözleşmenin kurulması bakımından satıcının yardımcı kişisi olacağı ve üçüncü kişi sayılamayacağı, özellikle reklam veren ile satıcı aynı şirketler grubuna dahilse bunun geçerli olacağı haklı olarak ifade edilmektedir²⁴⁶.

Öyleyse gölge yazarlığa konu bir eserin tüketiciler tarafından satın alınmasında hileden söz edebilmek için öncelikle gerçek yazar yerine görünürdeki yazarın adı kullanılmıyaydı, tüketicinin

241 Ernst Kramer in Arthur Meier-Hayoz (ed.), *Berner Kommentar zum schweizerisches Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterband 1a: Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR* (Stämpfli 1991) Art. 19-20, N. 142; Peter Jung in Peter Jung und Philippe Spitz (eds.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Stämpfli Handkommentar (SHK)* (2. Auflage, Stämpfli 2016) Einleitung N. 15.

242 Osenberg (n 9) 113; Bellican (n 1) 95 vd.; Schack, *Urheber – und Urhebervertragsrecht* (n 178) N. 378. Karş. Rehlinger (n 8) 666-667.

243 Kocayusufpaşaoğlu (n 99) § 37, N. 1.

244 *ibid* § 37, N. 2 vd.

245 *ibid* § 37, N. 9.

246 *ibid* § 37, N. 10.

o işlemi hiç veya en azından bu şartlarla yapmayacağı kabul edilebilmelidir. Yukarıda yaptığımız açıklamalar gereği, bu koşul, bilimsel eserlerin tamamında, edebiyat eserleri ile kurgusal olmayan eserlerde ise kural olarak ünlü bir kişi görünürdeki yazar olarak lanse edilmişse gerçekleşecektir. Edebiyat eserleri ile kurgusal olmayan eserlerde görünürdeki yazar ünlü değilse veya söz konusu olan bir otobiyografi ya da siyasi konuşma metniyse, ortada yine satıcının veya üçüncü kişinin hile eylemi vardır; ancak kural olarak tüketicinin işlemi yapması ile hile eylemi arasında illiyet bağı olmayacaktır. Şayet buna rağmen, tüketicinin sözleşmeyi yaparken yazara verdiği önem karşı tarafça biliniyorsa, bu konuda yerine getirilmesi çok zor olan ispat yükü tüketici tarafından yerine getirilebildiği takdirde, hile sebebiyle iptal hakkı yine doğacaktır. Bununla birlikte, genellikle gölge yazarlığa konu eserleri satan bayiiiler (kitabevleri) gölge yazar kullanıldığından habersiz olacağı için çoğu kez üçüncü kişinin hilesinin şartlarının sağlanması gerekecektir. Açıkçası bu konudaki ispat yükünün yerine getirilmesi de oldukça güç olduğu için birçok durumda tüketici hileden kaynaklanan iptal hakkına sahip olamayacaktır (şartları sağlandığı takdirde saik hatası sebebiyle iptal hakkı saklıdır). Ancak reklam yoluyla hile durumunda yukarıda değinilen şartlar mevcutsa, artık üçüncü kişinin hilesinden söz edilemeyeceği için, tüketicinin TBK m. 30/II uyarınca satıcının hileyi bilebilecek durumda olduğunu ispatlaması beklenmeyecektir. TBK m. 39 uyarınca iptal hakkının tabi olduğu 1 yıllık hak düşürücü sürenin başlangıcı bakımından hilenin öğrenildiği tarih olarak gölge yazarın eser sahipliğini kamuya açıkladığı değil, bu konudaki davanın başarıya ulaştığının öğrenildiği tarih esas alınmalıdır. Tüketiciden hukuken kesinleşmemiş bir iddiaya/söylentiye bağlı olarak harekete geçmesi beklenemez.

IV. CEZA HUKUKUNDA DE LEGE LATA GÖLGE YAZARLIK

Yalan, ceza hukukunda, tek başına suç oluşturmaz²⁴⁷. Ancak bazı koşullar altında yalan, ceza normunun tanımladığı suç oluşturan fiilin bir unsuru olarak karşımıza çıkar. Tanıklık görevini yerine getirirken gerçeğe aykırı açıklama yapmak, savaş zamanında gerçek dışı haberler aracılığıyla halkta endişe yaratmak, pazarda emek ve mal değerlerini değiştirmek için gerçek dışı söyleme başvurmak, dolanla (hileli davranışla) kişinin malvarlığında zarar doğuracak bir tasarrufta bulunmasını sağlamak ya da gerçeğe aykırı belge düzenlemek fiilleri buna örnek gösterilebilir. Bu örneklerden anlaşılacağı üzere, yalan ancak ona eklenen sonuçlar, yöneldiği kişi veya şey ya da ona başvurulduğu zaman, yer ve bağlam dikkate alınarak, belirli bir “ihlal ediciliğe”²⁴⁸ ulaştığı zaman, ceza yasa koyucusu tarafından ceza normunun bir ögesi hâline getirilmektedir²⁴⁹. Gölge yazarlık sözleşmesi sonucunda ortaya çıkan eserin görünürdeki yazarı, öncelikle o esere adını koyduğu sırada

247 Bernd Schünemann, ‘Gefährden Fake News die Demokratie, wächst aber im Strafrecht das Rettende auch?’ (2019) 166(10) *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* 621. Kudlich (n 3) 119.

248 Bkz. yukarıda dn. 3.

249 Ayrıca ceza normunun ögesi hâline gelen yalan davranışı da tüm yalanları kapsamaz. Ceza hukukunda egemen öğretisi, kaba, çıplak ve kolay anlaşılabilir gerçek dışı beyanların ceza yasa koyucusunun düzenlediği yalan kavramının dışında kaldığını kabul etmektedir. Sami Selçuk, *Dolandırıcılık*, (Yasa 1982) 272. Mağdurbilimden (*Viktimologie*) yola çıkarak basit yalanların hukuki varlığı ihlal edemeyeceği, bu nedenle bu fiillerin maddi anlamda hukuka aykırı kabul edilemeyeceği görüşü için bkz. Claus Roxin und Luis Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre* (5. Auflage, Beck 2020) § 14, N. 16.

yazılı biçimde yalan söylemektedir. Sonrasında bu eseri, ilgili makamlara sunarak örtülü biçimde yalan söylemektedir. Gölge yazarlık *de lege lata* incelenirken, gölge yazarlık sözleşmesinden türeyen yazılı ya da sözlü yalanların, yalanı fiilin bir ögesi olarak düzenleyen ceza normlarının kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği araştırılacaktır. Bu araştırma kapsamında dört ülkenin ceza hukuku öğretilerinden yer yer yararlanılarak dolandırıcılık ve belgede sahtecilik suçu incelenecektir. Araştırmanın sonunda gölge yazarlığın, yürürlükteki Türk hukukunda fikri mülkiyete karşı işlenen bir suç olmadığı ortaya koyulurken, tartışma, eser sahibinin adını belirtmek hakkı üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlarının ceza hukukunda rızanın geçerliliğine etkisi üzerinden yapılacaktır.

A. DOLANDIRICILIK

Gölge yazarlığın kavramsal üst başlığı, sıklıkla bilim dolandırıcılığı olarak belirtilse de böyle bir dolandırıcılık, bu çalışma kapsamında inceleme konusu yapılan ülkelerin ceza yasalarında²⁵⁰ dolandırıcılığın bir türü olarak karşımıza çıkmamaktadır²⁵¹. Dolandırıcılık suçu maddi olarak, birbirini nedensel olarak izleyen ve işlevsel olarak birbirine bağlanabilen dolan, hata, malvarlığı üzerinde tasarruf ve zarar unsurlarının varlığına bağlıdır. Suçun manevi unsuru haksız olarak zenginleşme istencini de içine alan kasıttır. Gölge yazarlık, dolandırıcılık yönünden ikiye ayrılarak incelenebilir: Gölge yazar ile görünürdeki yazar arasındaki ilişki yönünden ve görünürdeki yazarın gölge yazarlık sonucunda ortaya çıkan eser aracılığıyla üçüncü kişilerle kurduğu ilişki yönünden.

1. GÖLGE YAZARLIK ANLAŞMASININ TARAFLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ YÖNÜNDEN DOLANDIRICILIK

İlk sorun kümesinin temelindeki hukuki soru, hükümsüz olan sözleşme sonucunda elde edileceği beklenen “edimin”, malvarlığı değerinin ceza hukuku tarafından korunup korunmayacağıdır. Bu, öğretide oldukça tartışmalıdır²⁵². Bir görüş, hukuk düzeninin teklifi ilkesinden²⁵³ yola çıkarak ceza hukukunun, malvarlığı kavramını tek başına tanımlayamayacağı, medeni hukukun kurallarına bağ(ım)lı (*Zivilrechtsakzessorietät*²⁵⁴) olduğunu ileri sürmektedir. Aksi görüş, ceza hukukunda böylesi bir bağlılığın söz konusu olamayacağını; kaynağı, üretimi ve kullanımı dolayısıyla hukuka aykırılık oluşturan eşyanın, eksik borçların, ahlaka aykırı edimlere yönelik “taleplerin” ya da kesin hükümsüz sözleşmelerden doğan “beklentilerin” de cezaen korunmaya değer malvarlığı değerine sahip olduğunu kabul etmektedir. Çünkü bu görüş, suç politikası temelli bir yaklaşım geliştirerek, “suç örgütünün/suç çevresinin, daha doğrusu hukuken yasaklanmış alanın, içinde ceza hukukundan

250 Dolandırıcılığa ilişkin maddeler Alm.CK §§263-265e, Av.CK §§146-150, İsv.CK Art. 146-147, 163, TCK m. 157-158.

251 Marion Völger, *Wissenschaftsbetrug, Strafrechtliche Aspekte, unter besonderer Berücksichtigung des Missbrauchs staatlicher Forschungsbeförderung* (Schultess 2004) 13.

252 Herkesten önce bkz. Selçuk (n 249) 22 vd.

253 Ingeborg Puppe, *Kleine Schule des juristischen Denkens* (4. Auflage, UTB 2019) 154.

254 Esasında bu tartışma malvarlığına karşı işlenen suçlarda “başkasına aitlik” (*Fremdheit*) üzerinden de yapılmaktadır. Ceza hukukunda, bir şeyin tek başına failin egemenliğinde bulunmadığı ve sahihsiz olmadığında başkasına ait olduğu kabul edilmektedir. Hans Kudlich in Helmut Satzger, Wilhelm Schluckebier und Gunter Widmaier (eds.) *Strafgesetzbuch Kommentar (SSW-StGB)* (2. Auflage, Carl Heymanns 2014) § 242, N. 11.

*arındırılmış bir alan*²⁵⁵’in açılmasını reddetmektedir²⁵⁶. Aslında bu işlevsel yaklaşıma aynı biçimde vergi hukukunda da rastlanmaktadır ve bu yaklaşım herhangi bir tartışmaya neden olmamaktadır. Vergi hukukunda, vergi doğurucu olayın yasal olarak yasaklanmış olmasının bir etkisi yoktur. Çünkü aksini düşünmek yasaklı faaliyetlerden elde edilen geliri, izin verilen faaliyetlerden elde edilen gelire göre imtiyazlı duruma getirecektir²⁵⁷.

Ayrıntılandırmak gerekirse, hükümsüz sözleşmeden kaynaklı ekonomik “taleplerin” ya da “beklentilerin” malvarlığı değeri konusundaki ilk görüş, medeni hukukun malvarlığına ilişkin kendi kavramsallaştırmasına bağlı kalmanın daha isabetli olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre yasa koyucu, belirli bir davranış modelini yasaklayarak normatif bir ayrıma gitmektedir. Bu ayrımla norma aykırı işlemin hüküm ve sonuçları ile norma uygun (yani hukuki) işlemin hüküm ve sonuçları farklılaştırılmaktadır. Eğer ceza yargıcı, norma aykırı işlemde, norma uygun işlem gibi hak ve borç doğduğunu kabul edecek biçimde yorum yaparsa normatif düzen içinde kasten çatışkı yaratmış olur²⁵⁸. Bu çatışkı, hukuk düzeninin teklifine aykırılık oluşturur. Bu görüşün aksine ikinci görüş, ceza hukukunda amaç düşüncesinden yola çıkmakta ve cezaen korunan hukuki varlıkların yorumunda ceza hukukunun özerkliğini vurgulamaktadır²⁵⁹. Bu görüşe göre, ilk görüşün çatışkı savı oldukça isabetsizdir. Çünkü malvarlığına karşı işlenen suçlarda, özellikle dolandırıcılık suçunda, zarara uğratılan “malvarlığı hakları” değil, “kişinin iktisadi olarak değer arz eden her bir durumu (pozisyonu)”dur²⁶⁰. Bunlar, hak olarak somutlaşma yeteneğine (*Konkretisierungsfähigkeit als subjektives Recht*) sahip olmasından bağımsız olarak korunur²⁶¹. Gerçekten de ceza normu, medeni hukukta yasak getiren norma karşın izin veren ya da yükümlü kılan bir norm getirmemektedir. Buradaki çatışkı, olsa olsa bir değer çatışkısı olabilir²⁶². Fakat bunu değer çatışkısı olarak kabul etmek de iki gerekçeyle olanaklı değildir²⁶³. İlk, görüleceği üzere, ceza yargıcı, ceza normunu somut uyuşmazlığa uygularken hükümsüz sözleşmeden doğmayan talep hakkına yönelik herhangi

255 “*der strafrechtsfreie Raum im kriminellen Milieu*”.

256 Alexandra Windsberger, ‘Verbotene Gegenstände als Schutzgüter des Strafrechts? – Über die Auslegung des Vermögensbegriffs’ (2021) 133 (1) ZStW 123, 126.

257 Karş. Andreas Spickhoff, ‘Zivilrechtliche Wertungen und strafrechtlicher Vermögensbegriff’ (2002) 57 (20) JZ 970, 975. BGE 70 I 254, BGE 111 II 295. Ceza uyuşmazlıkları yönünden Federal Mahkeme’nin değişik kararları için bkz. Völger (n 251) 145.

258 Puppe (n 253) 154. Bu görüş Binding’in şu sözlerle özetlenebilir: “*Hakkın olmadığı yerde dolandırıcılık da yoktur*.” Karl Binding, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil Erster Band* (2. Auflage, Verlag von Wilhelm Engelmann 1902) 157.

259 Selçuk (n 249) 29.

260 Spickhoff (n 257) 971.

261 SSW-StGB/Satzger (n 254) § 263, N. 138.

262 Hukuk, normatif düzen olarak ele alındığı zaman üç tür çatışkının birbirinden ayrılarak incelenmesi gerekir. İlk çatışkı önermeler mantığında “*p, aynı anda p’nin değildir*” biçiminde ortaya çıkan mantıksal çatışkıdır. Bu çatışkı türü, olgular dünyasının önermelerine aittir. Norm düzeninde bu çatışkıya rastlanamaz, hukukta ancak deontik (yükümlülüğe ilişkin) ve normatif çatışkı olanaklıdır. Deontik çatışkı, “*davranış p hem yükümlülüktür hem yasaktır*”; normatif çatışkı, “*davranış p hem yasaklanmıştır hem de davranış p’ye izin verilmiştir*” biçiminde ortaya çıkar. Windsberger (n 256) 142.

İlk görüşün söz ettiği çatışkı ne deontik ne normatif çatışkıdır. Mantıksal çatışkı zaten olamaz. Ancak değer çatışkısı olarak değerlendirilebilir. Değer çatışkısı, belirli bir olguya (kavramsal olgu dâhil) ilişkin (pozitif, negatif, nötr) değerlendirmelere ilişkindir ve aşağıdaki örneklerde görülebilir: (i) *hem p’nin hem p’nin değilinin değeri pozitiftir*, (ii) *p’nin değeri hem pozitiftir hem negatiftir*, (iii) *p’nin değeri hem pozitiftir hem nötrdür*. Windsberger (n 256) 143.

263 Aksi görüş için bkz. Satzger (n 261) § 263, N. 160; Windsberger (n 256) 143.

bir değerlendirme yapmamaktadır. Aksine yargıç, ceza normunu yorumlarken doğrudan doğruya kişilerin iktisadi durumundaki değişimi değerlendirmekte ve değişimin ceza normunda tanımlanan fiilden kaynaklanıp kaynaklanmadığını saptamaktadır. İkinci olarak hukuk düzeninin teklifine başvurarak aynı kavramı, farklı hukuk dallarında aynı biçimde anlamlandırabilmek için, yasa koyucunun bu hukuk dallarında aynı kavrama başvurmasının altında yatan değerlendirmeleri arasında bir paralellik olması gerekir. Değerlendirmeler arasında paralellik ya da kısaca değer paralelligi yoksa bir kavramın tüm hukuk dallarında yeknesak anlama bağlanması hukuk düzeninin teklifi ile haklı kılınmaz²⁶⁴.

İlk görüş benimsenirse gölge yazarlık sözleşmesinin hükümsüz olması durumunda, dolan ve hata unsurları bulunsa dahi malvarlığında tasarruf ve zarar unsurlarının bulunamayacağı, bu nedenle salt gölge yazarlık ilişkisi yönünden bir dolandırıcılık suçunun söz konusu olamayacağı kabul edilmelidir. İkinci görüş benimsenirse dolandırıcılık suçunun unsurlarının salt bu ilişki yönünden gerçekleşebileceğini kabul etmek gerekir. O hâlde, sırf karşı tarafla aralarında geçerli bir hukuki ilişkinin olmaması sebebiyle dolandırıcılık suçunun işlenmediği sonucuna varılamaz.

2. GÖRÜNÜRDEKİ YAZARIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE OLAN İLİŞKİSİ YÖNÜNDEN DOLANDIRICILIK

Gölge yazarlık sonucunda ortaya çıkan eserin görünürdeki yazarı, gerçek dışı biçimde kendini eserin sahibi olarak tanıtmaktadır. Bilimsel eserlerde unvan almayı sağlayan yayınlar bakımından gölge yazar kullanan, bu yolla, akademik derece veya unvanı almaya olanak sağlayacak kararı verecek makamın üyelerini eserin sahibi olduğuna inandırmaktadır. Dolandırıcılık yönünden sorun, birbirini izleyen dolan ve hata unsurlarında değil, malvarlığı üzerinde tasarrufta ve zarar unsurlarında karşımıza çıkmaktadır²⁶⁵. Görünürdeki yazara akademik unvanın verilmesi, tek başına unvanı veren kamu kurumunun malvarlığında tasarruf olarak değerlendirilemez. Aynı şekilde, unvanın verilmesinin malvarlığına ilişkin bir zarar ortaya çıkardığı da düşünülemez. Sonuç olarak, görünürdeki yazara, gölge yazarlık anlaşmasının sonucunda ortaya çıkan esere dayanılarak bir unvan verilmesi başlı başına dolandırıcılık suçunu oluşturmaz²⁶⁶.

Gölge yazarlık anlaşmaları sonucunda ortaya çıkan eserlerle yürütülmekte olan ya da yürütülmüş bir akademik süreç düşünüldüğü zaman, ilk bakışta zarar unsurunun oluştuğu izlenimi veren davranışların olduğu düşünülebilir. Örneğin, tez danışmanının harcadığı zaman, üniversitenin tez yazımı için sunduğu olanaklar, eserin basılması, okurlar tarafından eserin satın alınması, lisansüstü

264 Thomas M. J. Möllers, *Juristische Methodenlehre* (3. Auflage, Beck 2020) § 6, N. 17 ff.

265 Kudlich (n 3) 121. Nitekim dolandırıcılık suçunda, malvarlığında tasarruf ve zarar unsurları birbirlerine oldukça bağlı unsurlardır. Völger (n 251) 146. Her ne kadar metin içinde dolan unsuru yönünden bir sorun olmadığı belirtilmişse de burada altı çizilmesi gereken husus, gölge yazar tarafından kaleme alınmış eserin sunulması yoluyla gerçekleştiği kabul edilecek dolan davranışının, icrai (etkin) davranış değil, ihmali (edilgin) davranış olduğudur. TCK, ihmal davranışı yönünden genel hükümlerde genel geçer bir kurala yer vermemekte, bu nedenle, ihmal davranışına yönelik benimsenecek kuram (doğalçı ya da normativist (düzgücü)) ölçütünde dolanın değerlendirilmesi gerektiği unutulmamalıdır.

266 Ingke Goeckenjan, „Wissenschaftsbetrug“ als Straftat? (2013) 68(13) JZ 723, 726.

öğretim bursunun verilmesi, araştırma görevlisi, öğretim görevlisi ya da öğretim üyesi²⁶⁷ olarak maaş verilmesi. Aslında bu davranışlar, dolandırıcılık suçunun zarar unsurunu oluşturmaz. Çünkü birincisi, görünürdeki yazar bu davranışların çoğunu karşı edimiyle karşılamış, ilgilinin malvarlığında azalmayı önlemiştir²⁶⁸. İkincisi, görünürdeki yazar ona sunulan olanakların, yardımların nesnel koşullarını sağladığı için karşı taraf edimini yerine getirmektedir. Bu nesnel koşulların dışındaki koşullarda ilgilinin aldatılması, zararı doğrudan değil, dolaylı olarak aldatmaya bağlıdır. Zararın dolaylı olarak aldatmaya bağlandığı durumlarda, zararın doğrudan aldatmaya bağlanmasını gerektiren dolandırıcılık suçu yönünden tipik malvarlığı zararının oluştuğu kabul edilemez²⁶⁹.

Fakat dolandırıcılık suçu yönünden zarar unsurunun oluştuğunun kabul edebileceği iki olay grubu bulunmaktadır. İlk olay grubu, görünürdeki yazarın, akademik başarısına, yaşamına, uzmanlığına katkıda bulunmak amacıyla ekonomik olarak desteklenmesi (burs verilmesi) durumunda, bu desteğin yöneldiği hedefe gölge yazarlık nedeniyle ulaşılamaması ya da bu hedefe hiç ulaşamayacak olması durumudur. İkinci olay grubu ise görünürdeki yazarın, belirli işlere başvurabilmek ya da belirli makam ve kadrolara yükseltilebilmek için görünürdeki yazarı olduğu eseri kendi yazmış gibi göstermesi ve o esere bağlanan kişisel niteliklere sahip olduğu konusunda karşı tarafı aldatması durumudur. İki olay grubu da dolandırıcılık suçu oluşturan fiilin zarar alt ögesine ilişkin olduğu için öncelikle dolandırıcılık suçunda zararın tespiti incelenecektir.

A. DOLANDIRICILIK SUÇUNDA ZARAR

Dolandırıcılık suçunu tanımlayan ceza normuyla, kişinin malvarlığında tasarrufta bulunma özgürlüğü değil, malvarlığının zarara uğratılmasından korunması amaçlanır. Bu nedenle kişi aldatıldığı için malvarlığında tasarrufta bulunmuş ve ancak sonrasında malvarlığından bir azalma olmamışsa dolandırıcılıktan bahsedilemez²⁷⁰. Dolandırıcılık suçunda zararın konusu, somut olaydaki malvarlığının üzerinde yapılan tasarrufun konusu değil, bir bütün olarak malvarlığının kendisidir. Yani işlem öncesi ve sonrası bir bütün olarak malvarlığı değerleri zararın konusunu oluşturur²⁷¹.

Dolandırıcılık suçunda zararın varlığı birbirini izleyen iki aşamada tespit edilir: (i) Malvarlığı değeri üzerinde hataya bağlı olarak bir tasarrufta bulunulmuş olması ve (ii) bu tasarruf sonrasında hataya düşürülerek ilgili değerın çıkarıldığı işleme ilişkin olarak malvarlığında bir azalmanın gerçekleşmiş olması (negatif (eksi) bakiye). Görüldüğü üzere ilk aşamada malvarlığı değeri nicel olarak

267 İlgili örnek halihazırda araştırma görevlisi, öğretim üyesi ya da öğretim görevlisi olarak bir iş ilişkisine sahip olduğu sırada, ilk defa gölge yazarlık sözleşmesi yapanlara ilişkindir. Bu iş ilişkisinin kurulması için gölge yazarlık sözleşmesi sonucunda ortaya çıkan eser üzerinden edinilen akademik durum ya da unvanın kullanılması konusu aşağıda istihdam dolandırıcılığı başlığı altında incelenmiştir.

268 Satzger (n 261) § 263, N. 229.

269 Kudlich (n 3) 121; Satzger, (n 261) § 263, N. 233.

270 Roland Hefendehl in Roland Hefendehl und Olaf Hohmann (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5: §§ 263-358 StGB* (3. Auflage, Beck 2019) § 263, N. 528, 542.

271 *ibid* § 263, N. 530. Bu iki aşamanın birbiriyle sıkı bağlantı içinde olduğu konusunda bkz. Klaus Tiedemann in H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan und Klaus Tiedemann (eds.) *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 9, Teilband 1: §§ 263 bis 283d* (12. Auflage, De Gruyter 2012) § 263, N. 158.

saptanırken, ikinci aşamada bir hesap çıkarılmaktadır²⁷². Muhasebeye ilişkin kuralları, dolandırıcılık suçunda bu iki aşamada da göz önüne almak kaçınılmazdır. Bu nedenle hesap çıkarılırken değerlerin hesaplanabilir ve karşılaştırılabilir olması, kısaca para ölçütünde nicel kılınabilir olması gerekir. En nihayetinde dolandırıcılıkta zararın tespiti öncelikli olarak bir hesap işlemine dayanmaktadır²⁷³. Buna ek olarak, muhasebenin kurallarından yola çıkılmış olsa da normatif bilgi alanı olan ceza hukukunun hem malvarlığı değerinin hem zararın tespitinde normatif müdahalelerde bulunması kaçınılmazdır. Ancak malvarlığı zararının para değeri üzerinden nicel kılınabiliyor olması gerektiği her zaman göz önünde tutulmalıdır²⁷⁴.

Zararın tespitinde esas alınan an, kural olarak, malvarlığı üzerinde tasarrufun yapıldığı andır²⁷⁵. Bu an, aldatan ile aldatılanın girdiği somut ilişki/iletişime göre belirlenir. Bu nedenle zararın oluştuğu ana ilişkin mutlak bir değerlendirmeden ziyade olay gruplarına göre zararın oluşum aşamalarından söz edilebilir. Bunlar, özel hukuktaki borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemine paralel olarak, anlaşma (*Vereinbarungsphase*) ve gerçekleştirme (*Realisationsphase*) aşamalarıdır²⁷⁶. Anlaşma aşamasında ortaya çıkan borç altına girilmede dolandırıcılık²⁷⁷ (*Eingehungsbetrug*), aldatmaya bağlı olarak, edim ve karşı edimin birbirlerine eşit olmadığı ve sözleşmedeki edimlerin hâlihazırda ifa edilip, borcun yerine getirilmediği durumda söz konusudur. Buradaki en büyük sorun, malvarlığının zarara yol açacak ölçüde bir tehlikeye düşürülmesinin dolandırıcılık fiilinin sonuç alt ögesini karşılayıp karşılamadığıdır²⁷⁸. Anlaşma aşamasında değil de edimin ifası sırasında aldatmayla karşılaşıldığı borcun yerine getirilmesinde dolandırıcılık (*Erfüllungsbetrug*) türü iki olasılıkta gözlemlenebilir. Bir olasılıkta, ilgili, sözleşmenin konusu edime kıyasla daha az malvarlığı değerini kabul etmekte ya da malvarlığı değerini kabulden vazgeçmektedir. Bir diğer olasılıkta ise yükümlü olduğundan daha yüksek bir malvarlığı değerini elinden çıkarmaktadır²⁷⁹. Bu dolandırıcılık türünde genellikle fail sözleşmenin kurulmasından sonra ifasının niteliğinde dolana başvurmakta, aldatılan ise bu dolan sonucunda bu ifayı kabul etmektedir²⁸⁰.

Görünürdeki yazarın üçüncü kişilerle kurduğu ilişkiler yönünden dolandırıcılıkta zarar unsurunun oluştuğu düşünülebilecek iki olay grubu oldukça tartışmalıdır. İlk olay grubu, kişinin karşı taraftan herhangi bir karşılık beklemeक्सizin yaptığı kazandırmalarda, yani daha en başından bilerek

272 Hefendehl (n 270) § 263, N. 530. Tiedemann (n 271) § 263, N. 159.

273 Hefendehl (n 270) § 263, N. 536.

274 Alman Federal Anayasa Mahkemesi güveni kötüye kullanma suçunda zarar unsuruna yönelik yorumunda da zararın nicel kılınabilir olmasını (*Beifferbarkeit*) aksi takdirde yasallık ilkesinin yargıya yüklediği normu belirginleştirme yükümlülüğüne aykırı davranılmış olacağına yönelik yerleşik içtihat geliştirmiştir. BVerfG 126, 170 (211), 130, 1 (47f.). Mahkemenin bu yorumunun belirli olay gruplarında yaratacağı pratik zorluğa ilişkin değerlendirmeler için bkz. Hefendehl (n 270) § 263, N. 540. Hangi olay gruplarında sorun oluşturduğuna ilişkin bkz. Tiedemann (n 271) § 263, N. 158.

275 Hefendehl (n 270) § 263, N. 541. Sözleşme anının esas alınmasından anlaşılması gereken o anın öncesi ve sonrasındaki malvarlığı değerleridir. Tiedemann (n 271) § 263, N. 161.

276 Hefendehl (n 270) § 263, N. 632. Tiedemann (n 271) § 263, N. 160.

277 Detaylı açıklama için bkz. Aşağıda IV, B, 1, b, bb.

278 Hefendehl (n 270) § 263, N. 634. Tiedemann (n 271) § 263, N. 176.

279 Hefendehl (n 270) § 263, N. 636.

280 ibid § 263, N. 649.

ve isteyerek kendi malvarlığını azaltacak işlemi yapmaya razı biçimde anlaştığı durumda zarar unsurunun varlığına ilişkindir. İkinci olay grubu ise borç altına girişte dolandırıcılık konusu altında değerlendirilebilecek olan, başvuru kişinin kişisel niteliğine yönelik dolan sayesinde istihdam ediliyor olması durumudur. İlk olay grubu malvarlığı değerinin öznelleştirilmesi; ikinci olay grubu ise somut tehlike ile zararın eşit tutulmasına ilişkindir. Dikkat edilirse ikisi de normun mümkün olan anlamının sınırını aşma ve böylece yasallığa aykırı olarak faili cezalandırma riskini barındırmaktadır. Bu nedenle oldukça dikkatli biçimde incelenmeyi gerektirir.

AA. MALVARLIĞINDA YAPILAN TASARRUFUN AMACINA ULAŞMAMASI DURUMUNDA DOLANDIRICILIK

Kişinin anlaşmaya başlamadan önce veya anlaşma sırasında bilerek ve isteyerek malvarlığını azaltan davranışı gerçekleştirmesi durumunda, kişi kendi sorumluluğunda malvarlığını azaltmıştır. Bu kişinin malvarlığındaki azalmaya katlanmak zorunda olduğu düşünülebilir. Bunun en tipik örneği, yardım dolandırıcılığıdır. Yardım eden, yardımı öncesinde de yardım ettiği sırada da yardım edilenden herhangi bir karşılık beklemezsizin malvarlığını azaltmaktadır ve buna razıdır. Bu durumda dolandırıcılık suçunun oluştuğunu kabul edebilmek için Alman öğretisinde geliştirilen amaca aykırılık ya da amacın eksikliği kuramı (*Zweckverfehlungslehre*) içinde iki görüş öne çıkmaktadır. İlk görüşe göre, dolandırıcılık suçunu tanımlayan ceza normunun uygulanma alanında, kişinin bilinçli olarak kendi malvarlığını azaltması durumu yer almaz. Ancak kişi bu malvarlığını azaltmak için koyduğu hedefte, yani tasarruftaki amacında aldatılmışsa norm uygulanır. İlk görüşe göre, amaca aykırılık ya da amaçta eksiklik cezalandırılabilirliği genişletici etkiye sahiptir²⁸¹. İkinci görüşe göre ise dolandırıcılık suçunu tanımlayan ceza normunun uygulanma alanına kişinin bilinçli olarak kendi malvarlığını azaltması da dahildir. Çünkü bu kişinin o anda o kimseye yardım etmeye hazır olması, kendi malvarlığını o kimse için bilerek ve isteyerek azaltmaya hazır olması o dolana bağlıdır; ancak zararın oluşması için o tasarrufundaki amaçta bir eksikliğin bulunması gerekir. Görüleceği üzere ikinci görüş, ilk görüşün aksine, amaca aykırılık ya da amaçta eksiklik ölçütünü cezalandırılabilirliği daraltmak için kullanılmaktadır²⁸². İkinci görüş, hem ceza normunun kapsamını belirlemek konusunda daha isabetlidir hem yasallık ilkesine daha uygundur²⁸³. Bu nedenle ikinci görüş üzerinden konu değerlendirilecektir.

Bir kimse eğer belirli bir amaca ulaşmak için malvarlığını azaltacaksa ve ancak bu tasarrufla amacına ulaşamıyorsa dolandırıcılık söz konusu olabilir. Bu durumda mağdur malvarlığını azaltması için değil, ulaşmak istediği amaç yönünden aldatılmaktadır. Nitekim mağdur her koşulda malvarlığı üzerinde bir tasarrufta bulunacaktır ve bunun kendi malvarlığını azaltacağıının da en başından beri bilincindedir. Ancak mağdur, o tasarrufu belirli bir amaca yönelik olarak yapmakta ve aldatma sonucunda o amaca ulaştığını/ulaşacağını düşünmektedir. Oysa tasarruf amacına ulaşmamıştır;

281 ibid § 263, N. 836.

282 ibid § 263, N. 837.

283 Anayasa uygunluk yönünden detaylı tartışma için bkz. ibid § 263, N. 843-844. Bu görüşün getirdiği yorumun da anayasaya aykırı olduğu konusunda bkz. Jonas Krainbirg, *Spenden – und Bettelbetrag?* (Duncker & Humblot 2015) 115.

diğer bir ifadeyle mağdur amacına aykırı olarak tasarrufta bulunmuştur²⁸⁴. Söz konusu amaç, mağdurun güdüsüne göre ya da manevi yönden tatmini ölçüt alınarak değil; mağdurun somut edimine içkin biçimde, edimin ekonomik ve toplumsal anlamıyla nesnel olarak saptanan amaçtır²⁸⁵. Lisans öğrencilerine burs veren bir kimsenin, başkasına gösteriş yapmak arzusuyla burs dağıtması ya da komşusundan geri kalmamak için onun verdiği burs miktarından daha yüksek miktarda burs vermesinde, ne gösteriş ne geri kalmama arzusu amaç olarak değerlendirilebilir²⁸⁶. Amaç, lisans öğretiminde öğrenci olanların desteklenmesidir.

Esasen failin karşı edimini ifa etmesiyle dengelenen malvarlığının sahibinin, kendi kişisel amacına ulaşamadığı gerekçesiyle zarara uğradığından bahsedilemez²⁸⁷. Ancak bir kimseye sağlanan ekonomik katkının amacı özellikle akademik bir tezin desteklenmesiye, desteklenen kişinin, eserin özgün biçimde kendisi tarafından yazıldığı konusunda destekleyeni örtülü ya da açık biçimde aldatması, tasarrufun amacına aykırılık oluşturur. Bu durumda dolandırıcılık suçunun olduğu kabul edilecektir²⁸⁸. Fakat İsviçre ceza hukuku öğretisinde ileri sürülen bir görüş, burada tezin başkasına yazdırılmasının tek başına amaca aykırılık oluşturmayacağını vurgulamaktadır. Bu görüşe göre, tezin desteklenmesinin amacı, “bilimsel ölçütleri” karşılayan bilimsel bir eserin yaratılmasıdır. Eğer gölge yazarlık anlaşması sonucu ortaya çıkan eser, bilimsel ölçütlere uygunsa tasarruf amacını gerçekleştirmiştir. Bu durumda zarardan bahsedilemez²⁸⁹. Ancak bu görüşe katılmak olanaksızdır. Zira yukarıda değinildiği üzere amaç, somut edime içkin ve edimin toplumsal ve ekonomik anlamıyla nesnel olarak tespit edilecek amaçtır. Aksi takdirde, amaca aykırılık ya da amaçta eksiklik kuramının cezalandırılabilirliği sınırlandırıcı etkisinden bahsedilemez²⁹⁰. Ayrıca “bilimsel ölçütler” oldukça geniş ve görel bir kavramdır. Bu kabul edildiği takdirde, gölge yazarlık anlaşmasının bulunmadığı aksi örnekte, yani görünürdeki yazar olmayan bir bursiyerin emek harcıyarak bizzat yazdığı bilimsel eserin de bu ölçütlerden birine aykırı görülerek zarar doğurduğu ileri sürülebilir. Oysa edim (o kişinin yazacağı tez için burs desteği) ve karşı edim (tezin o kişi tarafından yazılması, yoksa herhangi bir yolla ortaya o kişinin adını taşıyan bir tez koyulması değil) birbirini dengelediği sürece amaca aykırılığa başvurularak zararın olduğu ileri sürülemez. Aksi takdirde sırf malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunma özgürlüğünün ihlali, dolandırıcılık suçunun oluşması için yeterli görülecektir.

284 Satzger (n 261) § 263, N. 222-223.

285 Hefendehl (n 270) § 263, N. 838; Satzger (n 261) § 263, N. 226.

286 Hefendehl (n 270) § 263, N. 838; Satzger (n 261) § 263, N. 227.

287 Satzger (n 261) § 263, N. 229. Zarardan bahsedebilmek için malvarlığını nesnel değil özne biçimde yorumlamak, yani sahibinin kişisel seçim ve arzularına bağlı kalarak malvarlığını anlamlandırmak gerekir. Dikkate alınabilecek ve dikkate alınamayacak amaçların belirlenmesindeki zorluk konusunda bkz. Hefendehl (n 270) § 263, N. 839. İlgili tasarrufla belirli bir amaca ulaşmanın malvarlığı kavramı içinde değerlendirmenin olanaksız olduğu, zarar kavramına dahil edilmesinin ise ancak muhasebe kurallarına başvurularak olanaklı olacağı konusunda bkz. Krainbirg (n 283) 74, 75ff.

288 Kudlich (n 3) 123; Völger (n 251) 164.

289 Simone Messmer, ‘Ghostwriting’ (2016) Jusletter Rz. 6. Alman hukukundaki benzer yaklaşım için bkz. Goeckenjan (n 266) 727. İsviçre ceza hukukunda tam aksi yönde bir görüş benimsemek de olanaklıdır. Çünkü öğretilerde amaca aykırılık görüşü yerine malvarlığı üzerinde yapılan tasarrufun “kişisel değeri” üzerinde duran ve bu kişisel değer üzerindeki aldatmanın da dolandırıcılık suçunu oluşturacağı kabul edilmektedir. Bkz. Völger (n 251) 148 ff.

290 Yukarıda dn. 282.

Hâlbuki dolandırıcılık suçunu öngören ceza normuyla, irade özgürlüğünün değil, malvarlığının korunması amaçlanır²⁹¹.

BB. İSTİHDAM DOLANDIRICILIĞI

İstihdam dolandırıcılığı, borç altına girişte dolandırıcılığın bir alt türüdür²⁹². Borç altına girişte dolandırıcılığın kabul edilebilmesi için hâlihazırda aldatılanın edimini ifa etmeden önce malvarlığında zararın tespit edilmesi gerekir. Bu tespit için muhasebe kurallarından yola çıkılır²⁹³. Sözleşmenin kurulduğu anda muhasebe kuralları gereği, askıda işlem (*schwebendes Geschäft*) söz konusudur. Muhasebe terimi olan askıda işlemde, iki taraf borçlanmıştır ve ancak taraflarca sözleşmenin ifasına başlanmamıştır. Kurala uygun bir bilançoda askıda işlemde doğan alacaklar ve borçlar hesaba katılarak mahsup edilemez; bir taraf edimini ifa etmedikçe işlemin askıda olması sona ermez²⁹⁴. Şayet, borçlanılan edimin değeri, bunun karşılığında talep edilecek olan ve askıda işlemde doğan edimin değerini aşıyorsa, burada artık değer ölçüsünde kayba yol açan bir tahakkuk söz konusudur. Bu durumda denge ilkesine aykırılık oluşacak ve ihtiyatlılık ilkesi (*Vorsichtsprinzip*) uyarınca kayıp, hukuken negatif (eksi) bakiyenin risksiz önlenmesi olanağı olmadığı sürece, pasifte gösterilecektir²⁹⁵. Bu muhasebe ilkeleri uygulanarak zararın kurulmasının ceza hukuku yönünden olanaklı olabilmesi için aldatmayla kurulan tam iki tarafa borç yükleyen ilişkide tarafların borçlarının aynı anda değil, sırayla muaccel olması gerekir²⁹⁶.

İstihdam sırasında, istihdam edilen (işe, kadroya, belirli bir pozisyona başvuran) üstleneceği görevin gerekliliklerini gerçekte sağlamıyor ve o gereklilikleri sağladığı konusunda istihdam edeni (iş veren, kamu idaresi) aldatarak²⁹⁷ ilgili borç ilişkisinin tarafı oluyorsa ve sözleşmeden doğan karşılıklı taleplerin değerleri kıyaslandığında zarar tespiti sözleşme kurulduğu anda yapılabiliyorsa, burada istihdam dolandırıcılığı (*Anstellungsbetrug*) söz konusudur²⁹⁸. Bu dolandırıcılık türünde malvarlığında zarara yol açacak tehlikenin varlığı, istihdam edilenin sözleşmeyle kararlaştırılan edimini, gelecekte sözleşmeye uygun biçimde ifa etmeye yetkin olmaması durumda ortaya çıkar²⁹⁹. Zararın tespitinde, sözleşmenin kurulduğu an esastır; ancak hâlihazırda süren bir iş ilişkisinin varlığında, fiilen gerçekleştirilen edimler de sözleşmenin kurulduğu anda istihdam edenin malvarlığında zarar doğurucu etkiye sahip olup olmadığına göz önüne alınır. İstihdam edilen, bu süre boyunca istihdam edenin taleplerini sözleşme hükümlerine (doğrudan yasayla düzenlenen

291 Hefendehl (n 270) § 263, N. 842.

292 Hefendehl (n 270) § 263, N. 667; Tiedemann (n 271) § 263, N. 223.

293 Hefendehl (n 270) § 263, N. 637. Yukarıda dn. 274.

294 ibid § 263, N. 638.

295 ibid § 263, N. 639.

296 ibid § 263, N. 640.

297 Burada dikkat edilmesi gereken konu, susma seklindeki aldatmanın ihmali davranış olduğudur. Dolandırıcılığın, ihmal suretiyle işlenebilmesi için açıklama yapmaya ilişkin bir yükümlülüğün olması gerekir. Dolandırıcılık söz konusu olduğunda güven ilişkisinden (dürüstlük kuralı gereği) doğacak olan yükümlülükler akla gelmektedir. Tiedemann (n 271) § 263, N. 51, 63.

298 Hefendehl (n 270) § 263, N. 667; Satzger (n 261) § 263, N. 262; Tiedemann (n 271) § 263, N. 223.

299 Hefendehl (n 270) § 263, N. 668; Satzger (n 261) § 263, N. 262; Völger (n 251) 147.

yükümlülükler varsa bunlar da dahil) ya da o istihdam ilişkisini kuran hukuki dayanağın hükümlerine uygun olarak yerine getirmişse, zarardan söz edilemeyecektir. Çünkü taahhüt edilen ve ifa edilen hizmet, istihdam edenin ödediği ücreti karşılamıştır³⁰⁰. Bu nedenle istihdam dolandırıcılığında, dolanın konusu objektif olarak sözleşme anında zarar doğurmaya doğrudan doğruya elverişli olmadığı sürece, aldatma sonucunda istihdam edilmenin kendiliğinden dolandırıcılık olduğu savunulamaz. Dolayısıyla istihdam dolandırıcılığını, dolanın konusunun istihdam edilenin ediminin ifasına bağlı olduğu ve ifasından bağımsız olduğu durumlar olarak ikiye ayırarak incelemek gerekecektir. İstihdam edilen, edimin ifasına yönelik mesleki nitelikleri konusunda dolana başvuruyorsa zararın oluşması için istihdam edilenin, istihdam edenin talimat ve isteklerine uygun olarak edimleri gerçekleştirme yetkinliğinin de olmaması gerekir. Nitekim o iş için gereken asgari ölçütlerin nesnel olarak sağlanamaması hâlinde bu yetkinliğin olmadığı kabul edilecektir. Bununla birlikte, istihdam edilen, edimin ifasına yönelik olarak değil, istihdam edenin özellikle ücreti arttırmak için önceden belirlediği koşullara yönelik bir dolana başvuruyorsa, bu kez istihdam edilenin edimleri yerine getirme yetkinliği tartışılmaksızın zararın gerçekleştiği kabul edilecektir³⁰¹.

İstihdam dolandırıcılığı konusunda en tartışmalı ve görünürdeki yazarın kurduğu ilişkilerde de ortaya çıkmaya en olanaklı olan olay grubu, dolanın konusunun istihdam edilenin kişisel özelliği olduğu, istihdam edenin yaptığı ödemenin nedeni sırf bu kişisel özellik olmamakla birlikte, istihdam eden bu kişisel özelliğin onda bulunmadığını bilseydi başvuranın (görünürdeki yazarın) istihdam edilemeyeceği durumlardır. Bu olay grubunda Alman öğretisinde çoğunluk görüş, kamu istihdamı ve özel istihdam arasında bir ayrıma gitmekte ve devlet ile memur arasındaki sadakat bağının devletin malvarlığına etki eden bir gözetim ödevi yüklediği ve bu nedenle istihdam edilenin güvenilir olmamasının zararı doğurmaya yeterli olabileceğini savunmaktadır³⁰². Bu görüş, zararın kurulmasında şu sorunun (olumlu) yanıtlanmasının yeterli olacağını ileri sürmektedir: “*Başvurucu, yasa ya da idarenin düzenleyici işlemlerinde istihdam edilmemeye ilişkin engel nedeniyle başvurusunun reddedilmesini gerektirecek ya da istihdam edildiği takdirde memurluktan çıkarılmasını gerektirecek bir özelliği konusunda mı dolana başvurmuştur?*” Azınlık görüşüne göre ise memur olarak istihdamına ilişkin kişinin kişisel özelliklerinde aldatılma suçun oluşumu için yeterli değildir; yerine getireceği görevlerin, ifa edeceği edimlerin değerine bu kişisel özelliğin doğrudan etki ediyor olması da gerekmektedir. Böyle bir etki yoksa devletin malvarlığının değil, devletin sunduğu kamu hizmetinin bu dolandan etkilendiği düşünülebilir. Dolandırıcılık suçunun tanımını öngören ceza normu, devletin genel olarak işlemlerde bulunma özgürlüğünü koruma³⁰³ ya da kamu görevlisi olarak istihdam edeceği kişilerin güvenilir olmasını sağlama amacını taşımaz³⁰⁴. Dolandırıcılıkta zararın muhakkak nicel kılmabilen değerler üzerinden kurulması gerektiği de düşünüldüğü zaman³⁰⁵, kamu istihdamı – özel istihdam ayırımına gidilmeksizin, istihdam edilen o işe ilişkin mesleki uzmanlık

300 Hefendehl (n 270) § 263, N. 668.

301 ibid § 263, N. 669.

302 İlgili görüş hakkında detaylı açıklama için bkz. Tiedemann (n 271) § 263, N. 224.

303 Hefendehl (n 270) § 263, N. 676.

304 Mustafa Temmuz Oğlakçioğlu, ‘Zum Vermögensschaden beim Anstellungsbetrug’ (2020) 5 Juristische Rundschau 255, 261.

305 Yukarıda dn. 273-274.

koşullarını sağladığı ve işin gereklerine uygun biçimde edimlerini yerine getirme yetkinliğine sahip olduğu sürece (eğer kişisel özellikleri ücreti arttırıcı bir etki yaratmıyorsa) dolandırıcılıktan bahsedilemez³⁰⁶.

Görünürdeki yazar, üçüncü kişilerle kurduğu istihdam ilişkilerinde, gölge yazarlık sözleşmesinin konusunu oluşturan akademik eseri kendisinin yazdığı ve o esere bağlanan kişisel nitelikteki özelliklere sahip olduğu konusunda dolana başvurmaktadır. Bununla birlikte, o eseri sunarak elde ettiği akademik unvan ve niteliğin kendisi gerçeğe aykırı değildir. Yani görünürdeki yazar, bu akademik unvan ve niteliğe sahip olduğu konusunda istihdam edeni aldatmamaktadır. Bu nedenle görünürdeki yazar istihdam edilirken o nitelik ya da unvanında eksiklik olduğundan bahisle istihdam dolandırıcılığının oluştuğundan söz edilemez. Buna karşılık hâlihazırda bu eseri kendisinin yazmış olduğu için verilen bir ücret söz konusuysa ya da maaş sınıflandırmasında bu nedenle yükselmişse, manevi unsurların da oluşmasıyla birlikte artık dolandırıcılık suçunun oluştuğu kabul edilecektir. Görünürdeki yazarın, o eseri kendisinin yazdığı ve o esere bağlanan kişisel nitelikteki özelliklere sahip olduğu konusunda dolanın istihdam ilişkisinde zarar olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği yukarıda bahsedilen görüşler çerçevesinde değerlendirilebilir. Zararın tespiti için ilk görüşün sorduğu, yukarıda aktarılmış olan soruya Türk hukuku yönünden kamu hizmeti sunan üniversitelerde istihdam söz konusuysa olumlu yanıt vermek kaçınılmazdır³⁰⁷. Çünkü Türk hukukunda gölge yazarlık meslekten çıkarma cezasıyla karşılaşmaktadır (2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 53/5-b). İkinci görüş yönünden değerlendirildiğinde ise böylesi bir dolanın zarara yol açması oldukça istisnaidir. Çünkü üniversitelerde istihdam söz konusu olduğunda görünürdeki yazarın ilgili mesleki koşulları nesnel ve biçimsel olarak karşıladığında kuşku yoktur. Ancak burada da mesleki uzmanlık koşullarını yerine getirme konusu oldukça belirsizdir. Akademik görevleri yerine getirme yetkinliğinin var olup olmadığı ikinci görüş yönünden önem arz edecektir. Bu yetkinlik, o kimsenin ancak daha önceki akademik çalışma ve bulunduğu akademik pozisyonlardan anlaşılabilmesine göre, bütün çalışmalarında gölge yazar kullanmış bir kimsenin, akademik görevleri yerine getirmeye yetkin olduğunu kabul etmek olanaksız olacaktır. Ancak böyle uç bir olasılıkta ikinci görüş uyarınca da zararın kurulduğu kabul edilebilir.

B. GÖRÜNÜRDEKİ YAZARIN DOLANDIRICILIK FAİLİ OLDUĞU HALLERDE GÖLGE YAZARIN MÜŞTEREK FAİL YA DA YARDIM EDEN OLARAK CEZA SORUMLULUĞU

Görünürdeki yazarın üçüncü kişilerle girdiği ilişkiler yönünden dolandırıcılık suçunu işlediğinin kabul edildiği hallerde, gölge yazarın ceza sorumluluğunun tartışılması gerekir. Gölge yazarın, görünürdeki yazar ile müşterek fail olarak mı suçu işlediği yoksa görünürdeki yazarın işlediği suçta yardım eden olarak mı katıldığının belirlenmesi gerekir. Çünkü gölge yazar, görünürdeki yazarın ilgili suçu işlemesi için oldukça önemli bir fiil gerçekleştirmektedir: Eserin yaratılması.

306 Oğlakçıoğlu (n 304) 260-261.

307 Belirtelim ki Alman öğretisinde bilim dolandırıcılığı yönünden daha ziyade ilk görüş ileri sürülmektedir. Tiedemann (n 271) § 263, N. 224.

Müşterek faillik, iki temel sütun üzerine kuruludur: İlki ortak suç işleme planı ya da birlikte suç işleme kararı, ikincisi bu planın ya da kararın ortaklaşa icrası³⁰⁸. Ortak suç işleme planı ya da kararı, müşterek failliğin öznel koşuludur. Bu koşul altında, müşterek faillerin bilerek ve isteyerek ortak bir etki gerçekleştirmeleri aranır³⁰⁹. Planın ortaklaşa icrasında, genellikle yapılan iş bölümü üzerinden icra aşamasında birlikte suça etki edilmesi ve böylelikle suç teşkil eden fiilin üzerinde birlikte egemenlik kurulması söz konusudur³¹⁰. Bu nedenle hazırlık aşamasında etkide bulunan bir kimsenin, icra sırasında ortaklaşa etkide bulunduğu bahsedilemez. Çünkü fail, sözcük anlamı gereği, fiili eyleyen kişidir; ayrıca hazırlık aşamasındaki ortaklık suçun oluşumunda bir katkıya sahip olsa da suç oluşturan fiil üzerinde egemenlik kurmaya yetmez³¹¹.

İcra aşamasında suça iş bölümü gereği ortak etkide bulunmak, suç teşkil eden fiile yönelik yapılan katkıların eş zamanlı olmasını gerektirmez. Zira planın icrası denildiğinde, teşebbüs başlangıcından o suçun biçimsel olarak tamamlanmasına kadar geçen aşama göz önüne alınacaktır³¹². Yine müşterek faillerin aynı mekanda bulunarak katkılarını gerçekleştirmeleri de gerekmemektedir³¹³. Bununla birlikte, icra aşamasında yapılan katkının, katkıyı yapanı müşterek fail kılabilmesi için belirli bir öneme sahip olması gerekir. Yani iş bölümüyle gerçekleşen icra çerçevesinde bu icrayla bağlantılı bir işlevi yerine getiriyor olmalıdır³¹⁴.

Kasıtlı ve hukuka aykırı olarak işlenen suç oluşturan fiile kasten yardım sağlayan kişi, suça yardım etme nedeniyle cezalandırılacaktır. Yardımın, fiilin gerçekleştirilmesini olanaklı kılması, kolaylaştırması, kuvvetini arttırması ya da fiilin gerçekleşeceğine yönelik bir güvence sağlaması gerekir (nedensellik)³¹⁵. Ancak suçun gerçekleşmesinde her türlü katkı yardım etme olarak kabul edilmez³¹⁶. Bu katkının somut olay nezdinde nedensel olarak suçun fail tarafından gerçekleştirilme riskini, daha doğrusu gerçekleştirilme olasılığını arttırmış olması gerekir (objektif yüklenebilirlik)³¹⁷. Yardım etme hazırlık aşamasında suçun tüm unsurlarıyla tamamlanmasına kadar söz konusu

308 Bernd Schünemann und Luís Greco in Gabriele Cirener *et al.* (eds.) *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 2: §§ 19 bis 31* (13. Auflage, De Gruyter 2021) § 25, N. 176. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin 2021) 586 vd.; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Seçkin 2020) 455; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı Adalet 2020) 726, 728; Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (25. Baskı, Savaş 2019) 352; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, Seçkin 2021) 525.

309 Schünemann und Greco (n 308) § 25, N. 195. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 308) 732; Koca ve Üzülmöz (n 308) 455-456; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 308) 526; Özgenç (n 308) 599.

310 Schünemann und Greco (n 308) § 25, N. 176; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 308) 728; Koca ve Üzülmöz (n 308) 457; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 308) 525-526; Özgenç (n 308) 586-587.

311 Schünemann und Greco (n 308) § 25, N. 205; Koca ve Üzülmöz (n 308) 459; Özgenç (n 308) 597.

312 Schünemann und Greco (n 308) § 25, N. 206; Koca ve Üzülmöz (n 308) 458.

313 Schünemann und Greco (n 308) § 25, N. 207; Koca ve Üzülmöz (n 308) 459; Özgenç (n 308) 591 vd.; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 308) 731.

314 Schünemann und Greco (n 308) § 25, N. 211; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 308) 730; Koca ve Üzülmöz (n 308) 457; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 308) 526; Özgenç (n 308) 587, 589 vd.; Toroslu ve Toroslu (n 308) 353.

315 Schünemann und Greco (n 308) § 27, N. 3; Koca ve Üzülmöz (n 308) 498. Nedensellik ve zorunluluk yönünden farklı değerlendirme için bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 308) 545 vd.; Özgenç (n 308) 599. Karş. Toroslu ve Toroslu (n 308) 353-354.

316 Schünemann und Greco (n 308) § 27, N. 5.

317 *ibid* § 27, N. 6.

olabilir³¹⁸. Yardım edenin, yardım etme kastı iki yönlüdür: (i) yerine getirdiği yardım yönünden ve (ii) tüm detaylarıyla kesinleşmiş, somutlaşmış olsa da, saldırının yönü ve ihlal edicilik içeriği belirli olan gelecekteki suç yönünden³¹⁹. Doğrudan kasıt aranmaz³²⁰. Müşterek faillik ile yardım etme arasındaki farkın ortaya kesin ölçütlerle koyulması oldukça güçtür. Somut olayın özelliklerinden yola çıkarak kişinin o suçun sonucundaki yararı, suça yaptığı katkısının kapsamı ve suç üzerinde egemenlik kurup kurmadığına bakılması gerekir³²¹.

Gölge yazarın ceza sorumluluğunun kapsamının faillik üzerine mi yoksa katılma üzerine mi kurulacağı sorusunda dikkat edilmesi gereken en önemli konu, gölge yazarın eseri yazıp o kimseye teslim etmesi fiiline yönelik öznel koşullar (birlikte suç işleme kararı ya da yardım kastı) ve bu fiilin, gölge yazarın görünürdeki yazar tarafından işlenecek suça işlevsel olarak egemen olup olmadığıdır. Bir kimseye sağlanacak olan ekonomik desteğin amacı özellikle akademik bir tezin desteklenmesiye, desteklenen kişinin, eserin özgün biçimde kendisi tarafından yazıldığı konusunda destekleyeni örtülü ya da açık biçimde kasten aldatması durumunda, gölge yazarın eseri yazması ve teslim etmesi, faillik ve katılmaya ilişkin koşullar altında yardım etme ya da müşterek faillik olarak değerlendirilmeye elverişlidir. Bununla beraber, görünürdeki yazarın istihdam dolandırıcılığı suçunu işlediğinin kabul edildiği durumlarda gölge yazarın eseri yazması, tek başına müşterek faillik için yeterli değildir. Gölge yazarın eseri yazması ve teslim etmesi fiili, görünürdeki yazarın eseri kendisinin yazmış olduğu ve o eserden çıkartılan kişisel nitelikleri üzerinde yaptığı aldatma davranışının alt ögesini oluşturduğu aldatma fiilinin icra aşamasında gerçekleşmemektedir. Nitekim istihdam dolandırıcılığında gölge yazarın sırf eseri yazarak ve sonrasında görünürdeki yazara teslimini sağlayarak dolandırıcılık fiili üzerinde egemenlik kurduğu kabul edilemeyecektir. Ne var ki koşulların bulunması hâlinde yardım etme söz konusu olabilir.

B. BELGEDE SAHTECİLİK

Belgede sahtecilik suçlarında cezaen korunan hukuki varlık, hukuki ilişkilerde güven ve ispat aracı olarak kullanılacak belgelerin sahliliğine (*Echtheit*) ve doğruluğuna (*Wahrheit*) olan kamu güvenidir³²². Belgenin sahliliğine olan kamu güvenine karşı suç oluşturan fiiller, çalışma kapsamında incelediğimiz ceza yasalarında ortak bir biçimde düzenlenmiş olsa da belgenin doğruluğuna olan kamu güvenine karşı suç oluşturan fiiller bakımından bir ayrıklılık bulunmaktadır³²³. Bu yasalarda ortak olarak gözlenen üç sahtecilik ipotezi şu biçimdedir: (i) sahte olarak belge düzenleme, (ii) gerçek belgeyi değiştirme, (iii) sahte belgeyi kullanma. İsviçre ceza yasa koyucusu, ayrıklı olarak “*hukuken*

318 Schünemann und Greco (n 308) § 25, N. 44; Koca ve Üzülmöz (n 308) 499; Özgenç (n 308) 621 vd.

319 Schünemann und Greco (n 308) § 25, N. 63; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 308) 750; Koca ve Üzülmöz (n 308) 502.

320 Schünemann und Greco (n 308) § 25, N. 64.

321 Esasında bu karma nitelikli yaklaşım Alman Federal Mahkemesi tarafından benimsenen görüştür. Mahkeme bu görüşü benimseyerek ayırımın çizilmesinde ilk derece mahkemelerinin takdir yetkisini oldukça geniş tutmaktadır. Çünkü bu ölçütlerden hangisine öncelik verileceği ya da suçun sonucundaki yararın ne derece önem taşıdığı önceden belirlenmemektedir. ibid § 25, N. 42.

322 Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (11. Baskı, Savaş 2021) 233.

323 Dolandırıcılığa ilişkin maddeler: Alm.CK §§267-282, Av.CK §§223-231, İsv.CK Art. 251-257, TCK m. 206-212.

önemli olguların gerçeğe aykırı belgelenmesi ya da belgelendirilmesi” (Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 in fine) biçiminde genel bir düzenlemeye de yer vermiştir. Bu ayrıksılık gölge yazarlığın, maddi ve fikri sahtecilik ayırımında incelemesini gerektirmektedir³²⁴. Ancak öncelikle akademik yazıların belge niteliğine kısaca değinilecektir.

I. GÖLGE YAZARLIK SONUCUNDA ORTAYA ÇIKAN ESERİN BELGE NİTELİĞİ

Akademik yazılarda, özellikle lisans öğretiminde bitirme tezinde, lisansüstü öğretiminde yüksek lisans ve doktora tezlerinde, akademiye doçentlik tezinde yapılan açıklamalar bir gerçeğin hukuken anlamlı kılınmasına hizmet eder. Her ne kadar İsviçre ceza hukuku öğretiminde bir görüş tarafından bu yazıların, doğrudan doğruya hukuken önemli açıklamaları vücuda getiremeyeceği savunulsa da³²⁵ aslında, ilgili yazılar, *yazarın o yazının varlığı için gerekli koşulları karşıladığını belgelemektedir*. Akademik yazılar, o yazarın, o yazıyı kaleme alması için gerekli temel yeteneklerinin bulunduğu kanıtıdır³²⁶. Yalnız akademik yazılar, üniversitede öğretim üyesi olan kimse tarafından düzenlenmiş olsa dahi belgenin düzenlenmesi ile kamu görevi arasında bağlantı olmadığı için resmi belge olarak değerlendirilemez.³²⁷ Akademik yazılar, özel belgelerdir.

2. MADDİ VE FİKRİ SAHTECİLİK AYRIMINDA GÖLGE YAZARLIK ANLAŞMASI SONUCUNDA ORTAYA ÇIKAN ESER

A. MADDİ VE FİKRİ SAHTECİLİK AYRIMI

Maddi sahtecilik (*Urkundenfälschung*), dar anlamda sahit olmayan belgenin düzenlenmesiyken, fikri sahtecilik (*Falschbeurkundung*) sahit ancak doğru olmayan belgenin düzenlenmesidir³²⁸. Maddi sahtecilik, belgenin köken, kaynak anlamında özgünlüğü (*Authentizität*) ile ilgilidir. Fikri sahtecilik, belgenin içerik yönünden uygunluğu (*Richtigkeit*) ile ilgilidir. Fikri sahtecilikte belge, görünümü yönünden yolsuz değildir, biçimsel olarak belgenin sahit belgeden bir farkı yoktur. Bu durumda sahte olan, belgenin özüdür³²⁹.

Maddi sahtecilikte, köken, kaynak anlamında özgünlük, özellikle belgenin düzenleyeni yönünden tartışmaya açıktır. Fiili düzenleyen ile görünüşteki düzenleyen farklıysa artık sahit bir belgeden bahsedilemez. Ancak fiilen düzenleyenden ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Somut kurama göre, fiili düzenleyen, bizatihi belgedeki açıklamayı kendi eliyle var eden kimseyken; egemen olan

324 Sahir Erman, *Sahtekârlık Cürümleri*, (3. Baskı, Sulhi Garan 1970) 270 vd. Toroslu ve Toroslu, *Özel Kısım* (n 322) 241 vd.

325 Völger (n 251) 223. Bunun savunulması tamamen işlevseldir. Bu sayede belgenin tanımı olabildiğince daralacak ve İsv. CK’de düzenlenen özel belgede fikri sahtecilik suçunun uygulanma alanının sınırlandırılacaktır. ibid 168. Bkz. Aşağı B, 2, b, bb.

326 Messmer (n 289) Rz. 10.

327 ibid Rz. 19.

328 Messmer (n 289) Rz. 12 ve 14; Völger (n 5) 165-166. Karş. Toroslu ve Toroslu, *Özel Kısım* (n 322) 242.

329 Erman (n 324) 271. Erman, bu ayrımı daha farklı biçimde değerlendirmektedir. Fikri sahtecilik kavramının cezalandırılan yazılı yalan ile cezalandırılmayan yazılı yalan arasındaki farkı ortaya koymadığını, fikri sahtecilik olarak değerlendiren birçok durumun maddi sahtecilik olarak değerlendirmektedir. Bunun dışında kalan fiillerin ise “*ya hiç suç teşkil etmemekte yahut başka ad taşıyan bir suç sıfatı ile cezalandırılmakta*” olduğu belirtmektedir. Erman (n 324) 281-282.

soyut kurama göre düzenleyen, o belgedeki açıklamayla fikren düzenleyici olduğu ve bu nedenle açıklamanın fikri olarak ondan ileri geldiği kabul edilen kimsedir.³³⁰ Görüldüğü üzere soyut kuram, bir yüklem (isnat) kuramıdır. Fiilen düzenleyici, fikri ürünün sahibi değildir. Açıklama kendisine yükletilendir³³¹.

Soyut kuram gereği, gölge yazarlık anlaşması sonucunda ortaya çıkan esere görünürdeki yazarın adını koyması ya da imzalaması durumunda belge sahihtir. Görünürdeki yazar, başkasına ait bir işi kendi işi hâline getirip, o işin kendisinden kaynaklandığı izlenimi yaratmak istemektedir. Bir kimse kullanma yetkisi içinde olduğu ad altında bir belgeyi paylaşıyor; daha doğrusu o belge üzerinden o adla açıklamada bulunuyorsa, belge köken, kaynak anlamında özgündür. Bu nedenle, örneğin, bir öğrencinin ya da öğretimin üyesinin, kendi adını kullanarak o eserin kaynağının kendisi olduğunu sağlaması, zaten kendisi yönünden özgün olduğuna ilişkindir ve sahihtir³³². Bununla birlikte, gölge yazarlık durumunda bir yalanın söz konusu olmadığı düşünülemez. Örnekteki öğrenci ya da öğretimin üyesi gerçekte başkasına ait eserin kendi eseri olduğuna yönelik yazılı yalana (*schriftliche Lüge*) başvurmaktadır. Ancak bu yalan, maddi sahtecilik olarak değil; ancak ceza normu varsa fikri sahtecilik olarak değerlendirilebilir³³³. Alm.CK, Av.CK ve TCK yönünden özel belgedeki bu yazılı yalan, sahtecilik olarak değerlendirilemez. Ancak İsv.CK yönünden kesin bir değerlendirmeye varmak oldukça güçtür. Çünkü “*hukuken önemli olguların gerçeğe aykırı belgeleneşmesi ya da belgelendirilmesi*” biçiminde genel bir düzenlemenin varlığı, özel belgedeki yazılı yalanı fikri sahtecilik olarak değerlendirmeye kapı açmaktadır.

B. FİKRİ SAHTECİLİK VE GÖLGE YAZARLIK

AA. GÖLGE YAZARLIK ANLAŞMASI SONUCUNDA ORTAYA ÇIKAN ESERİN İSV.CK'YE GÖRE ÖZEL BELGEDE FİKRİ SAHTECİLİK OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

İsviçre ceza hukuku öğretisinde fikri sahteciliğin tüm belge türleri yönünden genel bir düzenlemeye sahip olması öğretimin tarafından eleştirilmiştir. 1995 yılında belgedeki sahtecilik suçlarına yönelik yürürlüğe giren yasanın tasarısında fikri sahteciliğe ilişkin bu düzenlemenin kaldırılması öngörülmüşse de ekonomik suçlarla mücadele edilmesi için önemli bir araç olduğu gerekçesiyle ilgasına yönelik talep reddedilmiştir³³⁴. Aslında Federal Mahkeme içtihadı, her belgenin değil, ancak içeriğine yüksek derecede güvenilen/inanılan³³⁵ belgelerdeki içerik yalanlarının bu madde kapsamında

330 SSW-StGB/Wittig (n 254) § 267, N. 41.

331 Messmer (n 289) Rz. 12.

332 Gölge yazarlık eserinin sahihliği, sıklıkla verilen şu örnekten yola çıkıldığında daha kolay anlaşılacaktır. Bir öğrenci, arkadaşının ödevini ondan habersiz kopyalayıp, çıktısını alıp, kendisinin ödeviymiş gibi kendi ad ve imzasıyla öğretimin üyesine verdiğinde belge sahihtir. Ancak öğrenci, ödevin içeriğinin kendisine ait olduğu konusunda öğretimin üyesine yalan söylemektedir. Messmer (n 289) Rz. 12.

333 Goeckenjan (n 266) 728; Messmer (n 289) Rz. 13.

334 Messmer (n 289) Rz. 15; Völger (n 251) 167.

335 Yüksek derecede güvenilirlik ölçütüyle normun uygulanma alanının daraltılması, Alman ceza hukuku öğretimi ve uygulamasında, resmi belgede dolaylı fikri sahtecilik suçu (Alm.CK § 267) yönünden yüksek derecede ispat kuvveti ölçütüne başvurularak yapılmaktadır. SSW-StGB/Wittig (n 254) § 271, N. 7.

değerlendirileceğine yöneliktir. Mahkemeye göre, güvenilirliği yüksek derecede olan belgeler hiç şüphesiz, belgenin içeriğini incelemekle yükümlü kılınmış bir kimsenin bulunduğu ya da özellikle yasal bir kural tarafından bu güvenilirliği tespit edilen belgelerdir³³⁶. Belgenin güvenilirliğini yasal olarak saptayan herhangi bir kural yoksa ve o kimse özel belgenin doğruluğunu sağlamakla yükümlü değilse de eğer o kimsenin böylesi bir *yükümlülük benzeri durumun* (*garantenähnliche Stellung*) içinde yer aldığı kabul ediliyorsa, bu belge üzerinde fikri sahteciliğin işlenebileceği kabul edilebilmektedir. Çünkü bu durumda, kişi, özellikli ve nitelikli biçimde güven verici bir durumda bulunmaktadır. Özellikle bu olasılıkta, nesnel (objektif) güven ilişkisi gereği, içinde bulunduğu durum, belgenin muhataplarının o belgeye yüksek derecede güvenmesini/inanmasını gerektirmektedir³³⁷.

Akademik yazılar, Federal Mahkeme'nin ortaya koyduğu bu iki ölçütü sağlamamakla birlikte son ölçüt, akademik yazılara oldukça uygun düşmektedir. Çünkü akademik dürüstlük kuralları gereği akademik yazıları yazanların *yükümlülük benzeri bir durumda* olduğunu kabul etmek gerekir. Fakat akademik yazı yazan herkesin böyle özellikli, nitelikli biçimde güven verici durumda bulunduğu söylenemez³³⁸. Ancak ve ancak akademik meslek üstlenip, hâlihazırda meslek yaşamını büyük ölçüde bir üniversiteye adanmış olan kişilerin bu durumda olduğu kabul edilebilir. Bu durumda, İsv.CK'de yer alan fikri sahtecilik düzenlemesinin gölge yazarlık anlaşmasıyla ortaya çıkan eseri, bitirme tezi olarak sunan lisans öğrencisi yönünden uygulanmayacağı, ancak doçentlik tezi olarak sunan doktor öğretim üyesi için uygulanabileceği söylenebilir³³⁹. Fakat bu durum bir kesinlik arz etmemektedir, suçun varlığı ilk elden yargılama makamının yapacağı yoruma bağlıdır. Doğrudan yasadan anlaşılmayan bir suçun varlığına yönelik bilinmezlik, belirlilik ilkesine aykırılık oluşturacaktır³⁴⁰.

BB. GÖRÜNÜRDEKİ YAZARIN GÖLGE YAZARLIK ANLAŞMASI SONUCUNDA ORTAYA ÇIKAN ESERİ SUNARAK RESMİ BELGEDE FİKRİ SAHTECİLİK SUÇUNUN DOLAYLI FAİLİ OLMA DURUMU VE TCK M. 206'DAKİ YALAN BEYAN SUÇU

Diplomanın ya da akademik unvanı sunan belgenin düzenlenmesinde görünürdeki yazarın davranışıyla kamu görevlisinin bilgisizliğinden faydalanarak resmi belgede fikri sahtecilik suçunu işlediği ve dolaylı fail olarak cezalandırılabileceğini savunmak olanaklı değildir³⁴¹. Bir belge, ilişkili olduğu olgular yönünden, doğrudan doğruya kendi üzerinden çıkarılabilen yaşam olaylarına yönelik kanıt işlevini yerine getirir. O olayı var eden hukuki ve fiili koşullar örtülü olarak belgeyle kanıtlanmaz. Daha doğru ifadeyle, resmi belgenin kanıt kuvveti, o belgeden çıkartılacak tüm bilgileri kapsayacak biçimde genişletilemez³⁴². Diploma, belirli bir kimsenin belirli bir üniversiteden, belirli

336 İlgili kararların tümü için bkz. Messmer (n 289) Rz. 19, dn. 36.

337 İlgili kararların tümü için bkz. Messmer (n 289) Rz. 19, dn. 42.

338 Aksi görüş için bkz. Völger (n 251) 226.

339 Messmer (n 289) Rz. 24; Völger (n 251) 178.

340 Messmer (n 289) Rz. 25.

341 ibid Rz. 28.

342 SSW-StGB/Wittig (n 254) § 271, N. 7.

bir alanda öğrenimini tamamladığına kanıt oluşturur. Diploma, bu kimsenin notlarının doğruluğunu ya da bu kimsenin akademik yeteneklerini belgelemez³⁴³.

Alm.CK, Av.CK ve İsv.CK'deki dolaylı fikri sahtecilik suçunun aksine TCK m. 206'da oldukça farklı bir düzenleme yer almaktadır. Çünkü “*bir resmi belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunan kişi*” ifadesi dolaylı fikri sahteciliği değil, doğrudan doğruya yalan beyanda bulunmayı cezalandırmaktadır. Gerekçede yer alan “sahte belgenin düzenlenmesi gerekliliği”, “o kişinin gerçeğe uygun beyanının o belge için zorunlu olması” ögeleri yasa maddesinden anlaşılılmaktadır. Dolaylı fikri sahtecilik olabilmesi için sahit ancak doğru olmayan belgenin düzenlenmesi gerekir. Ancak TCK m. 206 ipotezinde böyle bir koşul da yoktur. Peki, Yasa, ceza hukuku anlamında ihlal edici olmayan salt yalan beyanı cezalandırdığı bu biçimiyle uygulanacak olursa görünürdeki yazarın açık ya da örtülü beyanı cezalandırılabilir mi? “*Resmi belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine*” karşı bulunuyorsa cezalandırılabilir. Ancak böyle bir uygulama o ceza normunu özünden soyutlamak ve salt biçimsel olarak kabul etmek anlamına gelecektir. Bu da bir normun sözüyle ve özüyle uygulanmasını öngören TMK 1/İ'e aykırılık oluşturur. Bu nedenle yasa gerekçesinde açıklanan unsurlarla (“belgenin düzenlenmesi”, “belgeyi düzenlemek konusunda o kimsenin doğru beyanda bulunması yükümlülüğü”) birlikte okunarak TCK m. 206'nın dolaylı fikri sahteciliğe yaklaştırılması isabetli olacaktır³⁴⁴. Nitekim Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir³⁴⁵.

C. HÜKÜMSÜZ GÖLGE YAZARLIK ANLAŞMASININ RIZANIN GEÇERLİLİĞİNE ETKİSİ YÖNÜNDEN BAŞKASINA AİT ESERE KENDİ ESERİ OLARAK İSİM KOYMA SUÇU (FSEK M. 71/I-2)

Gölge yazarlık sahtecilik ve dolandırıcılık suçları yönünden incelerken, gölge yazarlık anlaşması çerçevesinde doğan yazılı ya da sözlü yalanların dogmatik ceza hukukundaki yeri tartışmaya açıldı ve hangi olasılıklarda gölge yazarlık anlaşması çerçevesinde doğan yazılı ya da sözlü yalanların bir ceza normunun kapsamında değerlendirileceği dört ülke hukukuna göre saptandı. Bu saptama ve değerlendirmelerden sonra, FSEK m. 71/I-2 düzenlenen suçun oluşup oluşmadığı gölge yazarlık anlaşmasının bu suça etkisi üzerinden tartışılacaktır. Bu başlık altında yapılacak tartışmanın uzun olması, sözleşme ve rıza kavramlarının birbirine olan anlamsal yakınlığının, ceza hukukunda tipiklik ve hukuka aykırılık arasındaki ilişkinin rıza yönünden karmaşıklığının ve ön doğru olarak hukuk düzeninin teklığının gölge yazarlık anlaşması çerçevesinde tartışılıyor olmasından kaynaklanmaktadır. Bu çalışmada böylesi uzun uzadıya tartışılması gereken konulara değinilmesini gerektiren sorun, bir başkasının eserine kendi eseriymiş gibi ad koyma fiilinin, yukarıda açıklanan hükümsüzlük hallerinde bir sözleşmesel edim konusu oluşturamamasına rağmen ceza hukukunda rıza konusu oluşturup oluşturmadığıdır.

343 Messmer (n 289) Rz. 28.

344 Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (6. Baskı, Adalet 2019) 754.

345 Yargıtay 11 CD, 30129/17131, 22.10.2014; Yargıtay 21 CD, 598/419, 27.04.2015.

I. RIZANIN HUKUKİ NİTELİĞİ ÜZERİNE

Medeni hukuk öğretisinin sunduğu “hukuken önemli fiiller” şeması içinde rızanın sınıflandırılması oldukça zordur. Tıpkı malvarlığı ve başkasına aitlik kavramlarında olduğu gibi ceza hukukunun medeni hukuka bağ(ım)lılığı (*zivilrechtliche Akzessorietät*) rıza yönünden de tartışmaya açılmak zorundadır.

A. HUKUKİ İŞLEM, HUKUKİ İŞLEM BENZERİ FİİL VE MADDİ FİİL YÖNÜNDEN RIZA

Hukuk özneleri birbirleriyle olan hukuki ilişkilerini hukuki işlemler yoluyla düzenler ve hukuku işlem, bu düzenleyici etkisi nedeniyle, o öznenin kişisel özerkliği (*persönliche Autonomie*) gerçekleştirebilmesi için hukuku şekillendirir³⁴⁶. Belirli bir öz yani içerik kazandığında, hukuki işlemin koşullarının yerine geldiği kabul edilir. Geçerlilik koşulları olarak da adlandırılan ek koşullar gerçekleştiği anda ise o hukuki işlemde yönelinen hukuki sonuç doğar³⁴⁷. Hukuki işlem, en azından bir irade açıklamasını şart koşar ve açıklama, özel hukuk ilişkilerinde değişiklik yapmayı, bir hukuki sonuca yol açmayı amaçlar. Bu hukuki sonuç, yalnızca hukuk düzeni öyle öngördüğü için değil, ayrıca ve öncelikle irade açıklamasında bulunan özne öyle istediği için doğar. Yani kural olarak hukuki işlem, amaçsal öge barındıran, belirli bir hukuki sonuç doğurma amacına yönelmiş irade açıklaması (davranış) içerir³⁴⁸. Hukuki işlemi, diğer hukuki fiillerden ayıran, hukuki sonuç doğurmaya yönelen bu davranıştaki iradenin (istencin) varlığıdır. Bu nedenle hukuki işlem benzeri fiiller ve maddi fiiller, hukuki işlemden ayrılır.

Hukuki işlem benzeri fiiller, hukuki işlem değildir. Çünkü davranış iradi olarak gerçekleştirilse de hukuki sonuç ona yönelmiş bir iradenin varlığından bağımsız olarak doğar. Kural olarak hukuki işlem benzeri fiillerde irade açıklaması bulunur, ancak yasada öngörülen hukuki sonuç, o istenmemiş olsa da doğar³⁴⁹. Hukuki işlem benzeri fiiller hakkında hukuki işlem ve irade açıklamasına ilişkin hükümler doğrudan değil, o hükümlerin amacı bunu haklı kıldığı ölçüde, kıyasen uygulanır³⁵⁰. Maddi fiiller ise ne hukuki işlem ne hukuki işlem benzeri fiillerdir. Çünkü bunlarda açıklama ya da bilgilendirme amacı taşımaksızın davranış gerçekleşir ve yasa doğrudan bu davranışa o kimsenin hukuki anlamdaki istencini göz önüne almaksızın sonuç bağlar. Davranışın, açıklayıcı amaç barındırmaması onu hukuki işlem benzeri fiillerden ayırırken; hukuki sonuca yönelik iradenin önemsizliği, onu hukuki işlemden ayırır³⁵¹. Maddi fiillere kural olarak ne hukuki işlemlere ne de irade açıklamasına ilişkin hükümler kıyasen uygulanır³⁵².

Rıza hukuki işlem değildir, çünkü bunda hukuki sonuca (tipe uygunluğa ve/veya hukuka uygunluğa) yönelmiş bir irade söz konusu değildir³⁵³. Rıza hukuki işlem benzeri fiil de değildir, çünkü hukuki

346 Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (12. Auflage, Beck 2020), § 28, N. 1.

347 ibid N. 1.

348 ibid N. 2.

349 ibid N. 8.

350 ibid N. 10.

351 ibid N. 13.

352 ibid N. 15.

353 Matthias Stief, ‘Zivilrechtlicher Vertrag und rechtfertigende Einwilligung im Strafrecht – zugleich Überlegungen

sonuç, doğrudan sonuca yönelmiş irade olmasa da o iradenin kapsamında dolaylı olarak etkisini doğurur. Rıza maddi fiil de değildir, çünkü rıza gösterenin kendi iradesinin dışına yönelen açıklayıcı bir amaç taşıması gerekir.

B. RIZANIN ATİPİKLİĞİ VE CEZA HUKUKUNDA RIZANIN İŞLEVSEL ELE ALINIŞI

Rızanın hukuki niteliğinin nasıl açıklanacağına ilişkin yöntemsel sorunun yanıtı oldukça görelidir. Çünkü bu sorun hangi hukuk dalında ortaya çıkıyor ve o hukuk dalına rıza yönünden hangi işlev düşüncesi egemen oluyorsa soru ona göre yanıtlanmaktadır. Bu görelî yaklaşımda soruyu yanıtlamak, kavramsal olarak rızanın “hukuki işlem”e göre nasıl konumlandırılacağına ilişkin tartışmaya yanıt arayışıdır. Konumlandırma tartışmasında ağırlıklı olarak iki yaklaşım gözlenmektedir: İlki rızayı olabildiğince hukuki işleme yaklaştırma; ikincisi rızayı olabildiğince hukuki işlemden uzaklaştırma.

Hukuki sorumluluğun tartışıldığı alanlarda, rıza hukuki işleme yaklaştırılırken; ceza sorumluluğunun tartışıldığı alanlarda rıza hukuki işlemden olabildiğince uzaklaştırılmaktadır. Ceza hukukunun bu yaklaşımı, belirli bir pratik kaygının sonucudur: “Rızanın geçerliliği”. Rıza hukuki işleme yaklaştırıldıkça, hukuki işlem ehliyeti, tasarruf edilebilirlik, rızaya yönelik iradenin dışsallaşmasındaki şekil koşullar ve benzeri konularda ceza hukuku, medeni hukuka bağlı kalmak yükümlülüğüyle karşı karşıya kalmaktadır. Buna karşın rıza hukuki işlemden uzaklaştırıldıkça, ceza hukuku rızanın geçerliliğinden rızanın hukuki sonucuna kadar birçok konuyu kendisi belirleyebilmektedir. Ceza hukukundaki bu yaklaşım isabetsiz olarak değerlendirilemez. Fakat rızanın hukuki işlemle arasındaki ilişkinin açıkça ortaya koyulmasının ceza hukukçularının pratik kaygılarının aksine bir sonuç doğuracağını düşünmek isabetsizdir.

Rızanın dar anlamda hukuki sonuca yönelen bir irade açıklaması olmadığı apaçiktir³⁵⁴. Nitekim rızada, müdahalenin fiili olarak gerçekleştirilmesi arzu edilir. Fakat rızada da hukuki işlemde olduğu gibi amaçsal³⁵⁵ bir öge bulunur. Aslında bu amaçsal öge yoluyla, hukuki işlemde olduğu gibi, kişisel özerklik gerçekleştirilir. Denklem oldukça basit ve bir o kadar da hukuki işlem olarak anlaşılmaya açıktır: O kişinin arzuladığı müdahalenin fiilen gerçekleştirilmesi neden hukuk düzeniyle çatışmamaktadır? Çünkü o kimse, o kişisel özerkliğini gerçekleştirmek için o fiili müdahaleyi istemiştir³⁵⁶. Rızada iradenin dışsallaşması, yani iradenin içeriği konusunda müdahale edecek olanın bilgilenmesinin herhangi bir biçimde sağlanması şarttır. Bu yönden rıza, irade açıklamasına da yaklaşmaktadır. Bu gerekçelerle, rızayı “atipik (ayrık) hukuki işlem” olarak ele almak daha doğru gözükmektedir³⁵⁷. Ona bu ayrıkılığı veren, alışlagelmiş hukuki işlem dogmasından rızanın

zum Grundsatz der freien Widerruflichkeit einer Einwilligung’ in Karl Riesenhuber, Kanako Takayama und Moritz Bälz (eds.) *Funktionen des Vertrages* (Nomos) 157-158. Yalnız burada “rıza” ile kastedilenin bir müdahalenin fiilen gerçekleştirilmesine gösterilen rıza olduğunu, yoksa, örneğin, sınırlı ehliyetinizin yaptığı bir işleme yasal temsilcisinin rızası olmadığını belirtmek isteriz.

354 Neuner (n 346) § 28, N. 29.

355 Amaç, bir şeyin ilk nedeni olarak gördüğümüz arzudan başka bir şey değildir. Benedictus de Spinoza, (çev. Çiğdem Dürüşken), *Ethica* (7. Baskı, Alfa 2019) 284-285.

356 Neuner (n 346) § 28, N. 30.

357 ibid § 28, N. 31.

ayrılmasını ve kendi içinde açıklanmasını gerektiren özgü dogmatik yapısıdır. Rızanın bu atipikliği hukuk dallarındaki farklılaşmanın asıl gerekçesidir ve onun bu biçimde ele alınan dogmatik yapısı ceza hukukundaki pratik kaygıyı gidermeye yarayacak niteliktedir.

Ceza hukukundaki pratik kaygı, ceza yasası odağında ve özellikle hukuki varlık kuramı çerçevesinde rızanın kavramsallaştırılmasına neden olmaktadır. Fakat atipik yapıyı yalnız ceza hukuku odağında kavramsallaştırmak hiç istenmeyecek bir sonucu da beraberinde taşır: Hukuk düzeninin teklifine aykırılık. Rıza dahilinde gerçekleştirilen fiil, ceza hukukuna uygun ve ancak medeni hukuka aykırı olamaz. Bu nedenle rıza, ceza yasası odağında ve özellikle hukuki varlık kuramı çerçevesinde anlamlı kılınacaksa, bunun suçun incelenmesi yönteminde yeniden ele alınması zorunludur³⁵⁸.

2. FSEK M. 71/I-2 ODAĞINDA CEZA HUKUKUNDA RIZANIN SUÇU İNCELEME YÖNTEMİNDEKİ YERİNİN TARTIŞMAYA AÇILMASI

A. GÖLGE YAZARLIĞA İLİŞKİN SORUN: HUKUKA UYGUNLUĞUN GÖRELİLEŞMESİ?

Gölge yazarlık anlaşmasıyla, eseri meydana getiren kişi, yani eser sahibi (FSEK m. 8), kendisinin gölgede kalmasına, karşı tarafın ise eser sahibi olarak görünmesine rıza göstermektedir. Türk ceza hukuku öğretisinde egemen görüş, fikri ürünün sahibinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olduğu ve FSEK m. 71/I-2'de düzenlenen başkasına ait esere kendi eseri olarak ad koyma suçunun oluşmadığını kabul etmektedir³⁵⁹. Burada gölge yazarın üzerinde *tasarruf ettiği* hak, adın belirtilmesine ilişkin manevi haktır. Savunduğumuz görüşe göre, adın belirtilmesi hakkının bir bütün olarak devri mümkün değildir; ancak bunun kullanılması devredilebilir (bkz. yukarıda II, C; III, B). Burada incelenen akademik/bilimsel gölge yazarlık sözleşmelerinin geçersizliği de gölge yazarın adın belirtilmesi hakkı üzerinde hiçbir şekilde tasarruf edememesinden değil, o sözleşmelerin konusunun yasanın emredici hükümlerine veya genel ahlaka aykırı olmasından kaynaklanır (bkz. yukarıda III, B, 2, a). Bu görüş benimsendiği takdirde, Türk ceza öğretisindeki egemen görüşle ortaya yalnızca nadiren (sözleşmede adın belirtilmesi hakkının bir bütün olarak devri kararlaştırıldıysa ve bunun kullanımın devrine tahvili mümkün değilse) çatışkı çıkabilir. Fakat Türk fikri mülkiyet hukuku öğretisinde bazı yazarlar ve özellikle Yargıtay içtihadı³⁶⁰, adın belirtilmesi hakkı üzerinde,

358 Yukarıda *Möllers'e* yapılan atıfta (dn. 246), farklı hukuk dallarında kullanılan aynı kavramın farklı anlamlara gelebileceği, o hukuk alanları arasında değer paralellığı bulunmadığı sürece sırf hukuk düzeninin teklifi ilkesi gereği anlamın yeknesaklaştırılmamasından söz edilmiştir. Rıza söz konusu olduğunda da esasında anlam yeknesaklaştırılmamakta, ilgili hukuk alanlarına göre rızanın atipik yapısı somut kılınmakta ve ancak ona bağlanan sonuçlar yönünden hukuk alanları arasında bir uyumlaştırmaya gidilmektedir. Medeni hukuk ve ceza hukuku yönünden, anlam ya da sonucun birbirine bağımlı ve aynı kılınmasından ziyade anlamların farklılaşması ve ancak ortaya çıkan sonuçların görelisi olsa dahi uyumlu olması amaçlanmaktadır.

359 Alp Kocaoğlu, *Telif Hakkının İhlali Suçları* (FSEK md. 71) (Seçkin 2021) 219; H. Selcen Turan, *Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi* (Seçkin 2012) 223; Cüneyt Şamil Oğurlu, *Fikir ve Sanat Eserlerinin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019) 70; Kemal Alimoğlu, *Fikir ve Sanat Eserleriyle İlgili Manevi Mali ve Bağlantılı Hakların İhlali Suçları* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2010) 69; Mehmet Reşat Yavuz, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71. Maddesinde Düzenlenen Manevi, Mali veya Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçu* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2010) 75.

360 Bkz. yukarıda dn. 131, 173, 178.

bu hakkın kullanılmasının devri de dahil, *tasarruf edilemeyeceğini* kabul etmektedir. Bu kabul ise üzerinde bu biçimde *tasarruf edilemeyen* bir hakkın varlığı gerekçesiyle gölge yazarın rızasını da geçersiz kılacaktır³⁶¹. Burada, Yargıtay içtihadının da bu yönde olması sebebiyle pratik karşılığı, en azından şimdilik, bizim savunduğumuz görüşten daha fazla olan bu görüş dikkate alınarak açıklama yapılması isabetli olacaktır. Buna göre, rızanın geçersizliği sonucunda, FSEK 71/I-2 uyarınca gölge yazarın ve görünürdeki yazarın ceza sorumluluğunun tartışmaya açılması gerekir.

Türk ceza hukuku ile Türk fikri mülkiyet hukuku arasındaki bu fark, hukukun görelileşmesi ve en sonunda ceza hukukuna uygun ve ancak fikri mülkiyet hukukuna aykırı bir durumla karşılaşılmasına neden olmaktadır. Öncelikle hukuk disiplinleri arası görelileşmenin kabul edilebilir olduğu ve burada hukuka aykırı olmakla birlikte cezalandırılabilir “haksızlığı” ortadan kaldıran bir tasarrufun olduğu (*Strafunrechtsausschließungsgrund*) ileri sürülebilir. Bu sav, ilk bakışta pratik gelse de normatif bütün olarak hukukun tekliği ilkesine aykırıdır. Bununla birlikte, savın tam aksine hukukun tekliği ilkesi gereği, FSEK 71/I-2’deki suçun oluştuğu da ileri sürülemez. Çünkü ilgili FSEK 71/I-2 normu, bireysel hukuki varlığı (*Individualrechtsgut*) cezaen korumayı amaçlar. Bu normda amaç, kişisel fikri hakka, fikri mülkiyete yönelik yapılan saldırılardan o kişisel fikri hakkın sahibini korumaktır. Gölge yazarlık anlaşmasına dayanarak ad belirtilmesi ne saldırı niteliğine sahiptir ne de ortada korunacak bir kişi vardır.

İki hukuk dalındaki anılan görüşler arasındaki görelileşmenin uyumlaştırılması³⁶² için ceza hukukunda rızayı, tüm suçlar yönünden tipikliği ortadan kaldıran neden olarak kabul eden görüşü benimsemek yerinde olacaktır. Türk ceza hukuku öğretisinde rızanın etkisi yönünden ağırlıklı iki görüş benimsenmektedir. Hukuka aykırılığı suçun unsuru olarak eden görüş, tipik fiilin gerçekleşmesine rağmen rızanın bu tipik fiili hukuka uygun duruma getirdiğini kabul eder. Ancak bazı suçlarda rızanın olmaması, tipikliğin bir unsurudur ve rıza varsa öncelikle tipik fiil oluşmaz. Bu görüşün aksine hukuka aykırılığı suçun özü olarak kabul eden görüşe göre, rıza, suçun maddi unsuru olan fiilin olumsuz unsuru olan hukuka uygunluk nedenlerinden biridir. Rıza varsa ceza hukuku anlamında tipik fiil gerçekleşmiş olamaz.

B. HUKUKA UYGUNLUĞUN GÖRELİLEŞMESİNİ ORTADAN KALDIRMAK İÇİN RIZANIN HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ DEĞİL TİPKİKLİĞİ KALDIRAN NEDEN OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

Cezalandırılabilir fiil incelenirken rızanın nerede ele alınacağı konusu ön sorun olarak cezalandırılabilir fiilin kendi başına bir sistem içinde nasıl ele alınacağı sorununu da içerir. Bu oldukça

361 Rıza ve sözleşme arasındaki ilişki iki ayrı kurama göre açıklanabilir. Genişletme ya da bağlılık kuramına göre, sözleşmenin bağlayıcılığı ve doğurduğu sonuçlar, sözleşmenin temelinde elde edilen ya da sözleşmenin içinden çıkarılabilen rızaya doğru genişletilir. Ayrıştırma kuramına göre, sözleşme ile rıza birbirinden farklıdır. Sözleşmeden doğan edimin alacaklısının, sözleşmeye dayanarak bizzat bu edimi elde etmesi kimi durumlarda ayrıksı olarak hukuka uygunluk nedeni oluşturabilir. İki kuram da kendine özgü sorunları beraberinde getirmektedir. İlk kuram, rızayı, sözleşmesel ilişkiye dayandığı zaman “geri alınmaz” kılmaktadır. Oysa rızanın her an geri alınabilirliği onu hukuken meşru kılan en önemli nedendir. İkinci kuram ise kendiliğinden hak almayı (ihkak-ı hak) zorda kalmanın koşulları olmaksızın haklılaştırabilmektedir. Stief (n 353) 152.

362 Yukarıda dn. 358.

uzun bir tartışmadır ve bu çalışma kapsamına dâhil edilmesi olanaklı değildir. Ancak söz konusu tipiklik ve hukuka aykırılık olduğunda, benimsenecek yöntemin çözümleyici mi yoksa bütünsel mi olduğunun netleştirilmesi şarttır. Tipiklik ve hukuka aykırılık arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi, suçun ögelere ayrılarak çözümlendiği çözümleyici (analitik) bakış açısını değil; doğada yansıyan fiile yönelik yapılan kademeli, basamaklı değerlendirmelerle ilerleyen bütüncül (sentetik) bakış açısını gerektirir. Ceza hukukunda fiil, hukuk öncesi yani doğal alanda varlık kazanır. Bu nedenle tipiklik ve hukuka aykırılık bir öge tartışması değil, aksine, normatif değerlendirme basamakları/kademelerine yönelik ayırım tartışmasıdır.

Tipiklik basamağında, cezaen korunan hukuki varlığa yönelik zarar doğurucu veya tehlike yaratıcı müdahalenin yasal tanımda yer verildiği biçimiyle oluşup oluşmadığı değerlendirilir; hukuka aykırılık basamağında ise yasa koyucunun değerlendirmeleri temelinde, menfaat çatışmasında üstün tutulan menfaate etki tanınıp tanınmayacağına ilişkin değerlendirme yapılır. Başka deyişle hukuki varlığın sahibi ya da taşıyıcısı, yasal tanımdaki biçimiyle zarara ya da tehlikeye uğratıldığında tipiklik gerçekleşmiştir. Ancak yasa koyucu daha üst değerlerdeki hedefe ulaşmak için böylesi bir zararın verilmesine ya da tehlike yaratılmasına istisnai olarak izin verdiği durumda, hukuki varlığın sahibi ya da taşıyıcısına yönelik bu fiil hukuka aykırı değildir. Bu değerlendirme basamaklarındaki fark dikkate alındığında, geçerli bir rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmesi, hukuka aykırılığa ilişkin basamakta yerini alması olanaksız gözükmektedir. Yasal olarak ona tanınmış tasarruf edilebilir alanda, bir kimsenin kişisel özerliğini gerçekleştirmek için yaptığı tasarrufları, hiçbir biçimde hukuki varlığa yönelik zarar doğurucu veya tehlike yaratıcı bir müdahale olarak değerlendirilemez. Aksine bu müdahale, o kişinin yaşamını şekillendirebilmesi ve o hukuki varlığı desteklemek için gerçekleştirilmektedir³⁶³.

Rızayı hukuka aykırılığa ilişkin değerlendirme basamağından tipikliğe ilişkin değerlendirme basamağına taşıyan güçlü azınlık görüşünün temel dayanağı bireysel hukuki varlıklar için geliştirdiği birey odaklı özgürlükçü hukuki varlık kuramıdır³⁶⁴. Bu azınlık görüşü iddiasını, hukuka uygunluk nedenlerine yönelik anlayışıyla ve rızanın hukuki niteliğiyle gerekçelendirir. Bu görüş ve görüşe yöneltilen eleştiriler detaylı olarak aşağıda ele alınacaktır.

AA. RIZANIN DAYANAĞI VE CEZAEN KORUNAN HUKUKİ VARLIKLAR İLİŞKİSİ

Rızayı hukuka aykırılığa ilişkin değerlendirme basamağından tipikliğe ilişkin değerlendirme basamağına taşıyan görüşe göre,

“[...] geçerli her rızanın tipikliği kaldırdığının kabulündeki en belirleyici neden, birey odaklı özgürlükçü hukuki varlık kuramında yatar. Bireyin özgür gelişimine hizmet eden hukuki varlık söz konusuysa bu hukuki varlığın sahibinin ya da taşıyıcısının özgür gelişimini

363 Claus Roxin, ‘Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut’ in Martin Böse und Detlev Sternberg-Lieben (eds.), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag* (Duncker & Humblot 2009) 271.

364 İlgili terimin “*liberal ve bireyle bağlantılı hukuki değer öğretisi*” olarak çevirisi için bkz. Koca ve Üzülmez (n 308) 291.

sınırlamayan aksine onun özgür gelişiminin dışavurumu olan tasarrufunu oluşturan fiil, hukuki varlığa saldırı olarak değerlendirilemez.³⁶⁵ Rızanın tipikliği ortadan kaldırma etkisi, [...] kaynağını, doğrudan doğruya Temel Yasa'nın 2. maddesinin I. fıkrası³⁶⁶ uyarınca anayasa hukuku tarafından korunan davranış özgürlüğünden alır. Rıza gösteren tarafından bu özgürlüğün kullanılması, aynı anda rızayı gösterenin bünyesinde bulunan hukuki varlığa saldırıyı ve böylelikle suç tipinin gerçekleştirilmesini olanaksız kılar. (Rızayı) hukuku uygunluk (nedeni) olarak kavramsallaştıranlar tarafından, ... 'vücut bütünlüğü, hareket özgürlüğü, şeref, mülkiyet ve bireye ait başka hukuki varlıkların' salt kendileri (tek başına bir değer ifade ettiği) için hukuk düzeninin korumasından yararlandığı görüşü ileri sürülmekte ve hukuki varlıkları 'vücut bütünlüğü, hareket özgürlüğü ve benzerinden daha fazlası bu değerleri korumak, sürdürmek iradesini' de kapsadığı görüşüne karşı çıkmaktadır. Fakat böylelikle, birbirinden ayrılmaz olanlar, parçalanmıştır. Mülkiyet ancak malikin iradesiyle kullanılabilir ve malikin iradesiyle bağı koparılmış bir mülkiyet anlamsız bir tasavvurdur, hareket etme özgürlüğü (en azından örtülü olarak) hareket etmeyi isteyen bir iradeyi şart koşar ve dahası [...] tek başına vücut bütünlüğü, kemik ve et yığıdır, ancak ruh ile bağlantısı kurulduğunda sahip olunabilir ve kontrol edilebilir. Rudolphi'nin şu ifadesinde karşılığını bulduğu üzere, 'hukuki varlık ve hukuki varlık üzerindeki tasarruf yetkisi sadece birlik oluşturmaz, dahası tasarrufun konusu ve tasarruf yetkisi birbiriyle olan bağlılık ilişkisi içinde, suçun yasal tanımıyla koruma altına alınan hukuki varlığın ta kendisidir'. Yani hukuki varlığın sahibinin iradesine aykırı gerçekleştirilen fiilde, hukuki varlığa yapılan saldırının varlığı ortadan kalkmaz, zira bu (iradeye aykırılık) onun (yani hukuki varlığa yapılan saldırının) bir koşuludur. Stratenwerth'in isabetli olarak belirttiği üzere, ilgilinin iradesi sadece hukuki koruma için anlam ifade etmez, dahası korunan konuya (varlığa) dâhildir.³⁶⁷

BB. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN SİSTEMATİĞİ YÖNÜNDEN RIZA

Rızayı hukuka aykırılığa ilişkin değerlendirme basamağından tipikliğe ilişkin değerlendirme basamağına taşıyan görüşe göre, rıza olduğunda, rıza dahilinde gerçekleştirilen fiil, ceza normunda soyutlanan fiile karşılık gelemez. Çünkü bu fiilin o hukuki varlığa müdahalesinin, saldırı oluşturmadığını; aksine o varlığı geliştirdiğini ileri sürmektedir. O varlığı geliştiren müdahale, ceza normunun kural kısmında soyutlanan fiile karşılık gelen bir müdahale değildir.³⁶⁸ Suçun incelenmesinde bütüncül ancak kademeli (basamaklı) sistemi benimseyen bu görüşün, tipiklik ve hukuka aykırılık arasındaki ilişkide, rızayı, tipikliğe ilişkin yapılan değerlendirme basamağında ele almasındaki diğer bir gerekçesi, rızanın hukuka uygunluk nedenlerinin temelinde yatan "menfaat dengesi" ve "gereklilik" ölçütlerini sağlamıyor olmasıdır. Buna göre,

365 Roxin und Greco (n 249) § 13, N. 12.

366 Herkes, başkasının hakkını çiğnemediği, anayasal düzene ve ahlak kuralına aykırılık oluşturmadığı sürece kendi kişiliğini özgürce geliştirme hakkına sahiptir.

367 Roxin und Greco (n 249) § 13, N. 14; Roxin (n 363) 271.

368 Roxin und Greco (n 249) § 13, N. 13.

“[...] rızanın tipikliği ortadan kaldırma kuvvetinin olduğunu, yalnızca (ceza hukukundaki) tipiklik öğretisi değil, (rızanın) hukuka uygunluk nedenlerinin sistematığına yabancı kaldığı gerçeği de doğrulamaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinin tümü [...] menfaat dengesi ve gereklilik ilkelerine dayanır: Kaçınılmaz bir çatışma durumunda hukuk düzeni tarafından daha az değer biçilen menfaatin feda edilmesi, daha yüksek değere sahip olan menfaatin korunması için gerekli olduğu takdirde hukuka uygundur. Fakat rızada ne rıza gösteren ile rıza gösterilen fiili işleyen arasında bir menfaat çatışması ne de failin işlediği fiilin gerekliliğinin değerlendirilmesi söz konusudur. Rızanın bu yapısal farklılığı hukuka uygunluğun çoğunlukla ağır basan menfaat ilkesinin, rıza söz konusu olduğunda ise eksik/yetersiz menfaat ilkesinin sonucu olduğunu savlayan Mezger tarafından onun geliştirdiği hukuka uygunluk nedenlerinin ikici sisteminde ortaya koyulmuştur: ‘Tipiklikte, ihlal edildiği düşünülen irade o olay nezdinde geri çekilir, böylelikle eksik/yetersiz menfaat ilkesi gereği hukuka uygunluk gerçekleşir’. Fakat bu gerekçe konunun gerçekte hukuka uygunlukla değil, tipiklik sorunu ile ilgili olduğunu çoktan göstermektedir. Çünkü rızanın iradeyi geri çektiği gerekçesiyle değil, iradeye daha en baştan saldırıldığı ve böylece Mezger’in önermelerine göre tipikliğin gerçekleştiği düşünülemeyeceği için geçerli bir rıza durumunda ihlal edilmiş bir iradeden de bahsedilemez.”³⁶⁹

CC. CEZA HUKUKUNDA RIZANIN ATİPİK HUKUKİ İŞLEM OLMASININ SONUCU

Rızayı hukuka aykırılığa ilişkin değerlendirme basamağından tipikliğe ilişkin değerlendirme basamağına taşıyan görüş, rızayı salt genel davranış özgürlüğünün kullanımı olarak kabul etmektedir. Kişisel özerkliğin yansımaları olarak salt genel davranış özgürlüğü, bireylerin, devletin düzenlemesi ya da yetkilendirmesi olmaksızın, başkalarıyla olan ilişkisini bizzat kendisi düzenlemesidir³⁷⁰. Devletin izin veren ya da yetkilendiren hiçbir normu, bu özerkliğin kaynağını oluşturmaz. Aksine kişinin, hukuki ilişkilerini bizzat kendince şekillendirmek için kaynağını kendi özünde barındırdığı bu yetki devlet tarafından korunur. Böylece devlet, kişinin, özerk biçimde kurguladığı hukuki ilişkilerini tanıyarak kendini sınırlar³⁷¹. Kişisel özerklik, hukuki işlemler aracılığıyla gerçekleştirdiğimiz tüm davranışları kapsar; ancak salt irade açıklaması anlamında hukuki işlem özgürlüğü olarak değerlendirilemez³⁷². Kişisel özerklik, sözleşme özgürlüğünü, örgütlenme özgürlüğünü, hakkın nasıl ve ne zaman kullanılacağını ya da kullanılmayacağını belirleme özgürlüğünü, hastaya tanınan özerkliği de içinde barındırır.

Rızayı tipikliğe ilişkin değerlendirme basamağından ele alan görüş, rızanın hukuki niteliğinin hukuki sonuca yönelik irade açıklanmasından ziyade istenen fiili müdahalenin icrasının kabulüne yönelik iradenin dışsallaşması olarak görmektedir. Buna göre,

369 Roxin und Greco (n 249) § 13, N. 22; Roxin (n 363) 272.

370 Neuner (n 346) § 10, N. 28.

371 ibid § 10, N. 29.

372 ibid § 10, N. 31-32.

“Hukuki anlamda rıza, iradenin herhangi bir biçimde dışarıya yansıtılmasını (dışsallaşmasını) şart koşar (aracılık/dışsallaşma kuramı). Buna karşılık, Zitelmann tarafından kurulan ve günümüzde genel olarak terk edilmiş olan irade açıklaması kuramı (hukuki işlem kuramı), rızayı, faile (her an ilgili tarafından) geri alınabilir olan (ilgiliye) saldırma yetkisi veren özel hukuka ait bir hukuki işlem olarak kavrar. Rızada, geri alınabilir olsa da hukuki varlığın sahibi ya da hamilinin bağlanması söz konusu olmadığı gibi, aksine kullanımı medeni hukuk kurallarının koşullarına bağımlı olmayan ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuki varlıkların hukuki işlemlerin konusu olamayacağı gerçeğinden ayrı olarak, Temel Yasa madde 2 fıkra I anlamında genel davranış özgürlüğünün kullanılması söz konusudur.”³⁷³ “Bu her şeyden önce malvarlığı değerleri üzerinde başkasının müdahalesine izin veren bağlayıcı sözleşme yapılmasını, örneğin komşunun ağacı devirmesine izin vererek malikin yükümlü kılınmasını, dışlamaz. Bunun içinde rıza saklıdır, yani anlaşma üzerine ağacın kesilmesi mala zarar verme suçu değildir. Fakat sözleşme, kendi koşulları ve hükümleri içinde salt bir rızanın sonucu olmanın ötesine geçer.”³⁷⁴

C. RIZANIN HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ DEĞİL TİPKİKLİĞİ KALDIRAN NEDEN OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ GÖRÜŞÜNE YÖNELTİLEN DÖRT ELEŞTİRİ VE ELEŞTİRİLERİN İSABETSİZLİĞİ

Ceza hukukunda rızayı, hukuka uygunluk nedenlerinden daha farklı değerlendiren ve rızayı tipikliği kaldıran neden olarak kabul eden görüş, dört açıdan eleştirilere maruz kalmaktadır. Sırasıyla eleştiriler, tipiklik, hukuka uygunluk nedenlerinin sistematik yapısı ve hukuki varlık hakkındaki gerekçelerine yöneliktir. En sonunda ise bu görüşün ceza yaptırımını yönünden katlanılmaz sonuçlar doğuracağı iddia edilmiştir. Aşağıda bu eleştirilere dayanak oluşturan iddialar başlıklar hâlinde tek tek incelenecek ve eleştirilerin isabetsizliği ortaya koyulacaktır.

AA. TİPKİKLİK ANLAYIŞINA YÖNELİK ELEŞTİRİ: “TİPE UYGUNLUK, CEZA NORMUNUN SÖZÜNE UYGUNLUKTUR” İDDİASI

Suç tanımı öngören ceza normlarının uygulanmasında doğrudan sözel yorum yapılacağını kabul eden görüşe göre, rıza, fiilin tipe uygunluğuna ilişkin olamaz. Çünkü tipiklik, yasal tanımda fiile yönelik yapılan betimlemenin sözel anlamıyla ilgilidir. Örneğin, yasada yer alan “zarar verme” unsuru, bir kimse buna rıza gösterse de dış dünyada gerçekleşmiştir. Bu görüş isabetli değildir. Çünkü suç tanımı öngören ceza normunun kural kısmı, sözüyle ve özüyle uygulanır. Kuralın sözü hukuki varlık odağında yorumlanır. Hukuki varlık odağında yorum yapıldığında rıza gösterilen fiilin, ceza normundaki soyut fiilin dış dünyada somutlaşmış hâli olduğu iddia edilemez³⁷⁵. Tipiklik ve hukuka aykırılık değerlendirme basamakları, suç genel kuramına ilişkin kuramsal bir tartışmadır. Suç genel kuramı, kuramcının sistem düşüncesiyle, akla ve yasanın sistematığına uygun olarak nasıl bir kurgu

373 Roxin und Greco (n 249) § 13, N. 71.

374 ibid § 13, N. 72.

375 Roxin (n 363) 274.

yapacağına ilişkindir. Salt ceza yasa koyucusunun sözcük seçimine dayanarak rıza gibi tartışmalı bir kurumun ceza hukuku dogmatığı yönünden yerini belirlemek akla uygun değildir³⁷⁶.

**BB. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN SİSTEMATİK YAPISINA YÖNELİK ELEŞTİRİ:
“RIZADA BİRİ KAMUSAL DİĞERİ BİREYSEL İKİ MENFAAT ÇATIŞMA DURUMUNDADIR”
İDDİASI**

Alman ceza hukuku öğretisinde, nesnel “değer” kavramından yola çıkarak hukuki varlığı ve suçun yapısını değerlendiren görüşün taraftarları, rıza durumunda menfaat çatışmasının olduğunu kabul eder. Bir görüşe göre, bireysel hukuki varlıklar, hukuki varlığın taşıyıcısının o hukuki varlığa bağlı olarak kendini belirlemesinden bağımsız olarak korunur. Bu nedenle geçerli rıza durumunda, “*tipiklikte tanımlanan ‘değersizlik’*” gerçekleşmiştir. Çatışan menfaatler, tipiklikte tanımlanan bu “değersizlik” ile hukuki varlığın taşıyıcısının kişisel özerkliğine yönelik kendi menfaatindeki “değerlilik”tir. Başka bir görüşe göre, devlet, bireyin hukuki ilişkilerini onun somut iradesinden bağımsız olarak korur. Bu bir “*değer ilişkisi*”dir. Çatışma, değer ilişkisi üzerinde kamusal menfaat ile bireyin somut iradesinin yöneldiği menfaat arasındadır³⁷⁷. Hukuki varlığı toplumsal gerçekler temelinde kavramaktan uzak, yaşamın gerçekliğinden kopuk bu görüşleri anlamak epey güçtür. Kişinin genel davranış özgürlüğünün kapsadığı alanda gerçekleştirdiği ilişkilerine hukuk düzeni bir değersizlik atfedemez. Dahası ceza hukuku hukuki varlığa yönelik “*soyut değersizlikler*”le değil, zarar ve tehlike ile ilgilenir ve soyut tehlike suçları hariç, zarar da tehlike de toplumsal yaşamda oldukça somut bir karşılığa sahiptir³⁷⁸. Bir üçüncü görüşe göre, rıza “*hukuki varlıktan vazgeçme (feragat)*”³⁷⁹ olarak anlaşılır. Bu vazgeçme durumunda, yasa koyucunun herkese yönelik yaptığı değer biçici kararı (o kimsenin korunmaya değerliği) ile o kimsenin o somut olayda yasa koyucunun değerlendirmesinden sapan öznel kararı (o varlıktan vazgeçerek kendini belirlemesi) arasında değer çatışması vardır. Bu değer çatışmasında, yasa koyucunun değerlendirmeleri, o kimsenin öznel gelişimi için feda edilir. Bu görüş de diğer iki görüş gibi isabetsizdir. Vazgeçme belirleyici ölçüt değildir³⁸⁰. Kişi rıza vererek, o hukuki varlığa ilişkin herhangi bir şekilde ve yönde geliştirebileceği olanaklarından vazgeçmemektedir. Aksine varlığa ilişkin olanaklarını kendi belirlemekte ve böylelikle kendi için o olanakları iyileştirmektedir³⁸¹.

376 ibid 275.

377 ibid 276.

378 ibid 276.

379 ibid 277.

380 Fakir bir kimseye yardım etmek için üzerindeki montu veren bir kimse, zilyetliği devretmektedir. Burada bir “vazgeçme”den söz edilebilir. Ancak cinsel birleşme yaşayan çiftin, cinsel özgürlüklerinden vazgeçtiği söylenemez. Bu nedenle rızayı açıklamak için “vazgeçme” kavramına başvurmak isabetsizdir.

381 Roxin (n 363) 277.

CC. HUKUKİ VARLIK ANLAYIŞINA YÖNELİK ELEŞTİRİ: “HUKUKİ VARLIK ÜZERİNDE TASARRUF ETME OLANAĞI BULUNMAYANLAR, CEZAEN KORUMADAN YARARLANAMAZ” İDDİASI

Bireysel hukuki varlıkların bünyesine o hukuki varlıklara yönelik kişisel özerkliğe dayalı tasarruflarda bulunma yetkisinin dâhil edilmesini reddeden görüşe göre, rızayı her durumda tipiklik basamağında değerlendiren görüş, tasarruf yetkisine sahip olmayan çocuklar ve ayırt etme gücünden yoksunlar ile bu yetkiye sahip olanlar arasında Anayasaya aykırı bir ayırım yapmaktadır. Bu yetkiye sahip olmayanlara yönelik işlenen suç ile bu yetkiye sahip olanlara yönelik işlenen suçlar göz önüne alındığında, yasa birey odaklı özgürlükçü hukuki varlık kuramını doğrulamamaktadır. Çünkü yasada bu yetkiye sahip olmayanlara yönelik saldırılar, olanlara göre daha az ihlal edici olarak değerlendirilmemektedir³⁸². Yani böylesi bir hukuki varlık kuramı benimsenirse algılama ve irade etme yetisi gelişmemiş olanlara yönelik suçlar daha hafif cezalandırılması gerekir. Bu görüş daha sonrasında bu eleştirisini daha da ileriye taşımış ve kendi kurguladığı yaralama örneği üzerinden birey odaklı özgürlükçü hukuki varlık anlayışını eleştirmiştir. Buna göre, eğer yaralama o kişinin vücut bütünlüğünü ve o bütünlük üzerinde özerkliğe dayalı tasarrufta bulunma olanağını koruyorsa, hiçbir biçimde davranış sergileme olanağı bulunmayan kimseler (bebek, komada olan hasta vb.) bu normun cezaen korumasından yararlanamaz. Bu da insanlık dışı sonuçlara yol açabilir³⁸³.

Bu görüş isabetsizdir. İlk, fiil ehliyeti olmayan kimseler yönünden o kimselerin iradelerinin olmayışından değil, iradelerinin yasal temsilinden bahsedilir. Yasal temsilcinin verdiği rıza dâhilinde gerçekleşen müdahalenin temsil olunanın iradesine saldırdığı ileri sürülemeyeceği gibi temsil olunana yönelik saldırı yapıldığında da onun iradesinin saldırıya uğramadığı söylenemez³⁸⁴. Birey odaklı özgürlükçü hukuki varlık kuramını cezaen korumada boşluk yarattığı iddiasıyla eleştirmek, kişisel özerklik ve kişiliğin korunması arasındaki sıkı ilişkinin görmezden gelindiğini gösterir. Hukuk, yaşadığı sürece, insana kendisinin fizik ve biyolojik varlığını aşar yeterlilikte kişi niteliği atfeder. Bu atfın özünü oluşturan özerklik, ilk olarak insanın kendi vücut bütünlüğü ve mülkiyetinin müdahaleden uzak kalmasına ilişkin hakkını barındırır. Sonrasında, ikinci olarak, bu özerklikten vücut bütünlüğü ve mülkiyet üzerinde kendi istencine göre tasarrufta bulunma hakkı doğar. Vücut bütünlüğü ve mülkiyetin oluşturduğu alana ilişkin temel korumadan yeni doğan bir bebek ya da bilinç kaybı yaşayan bir kimse elbette yararlanmaktadır. Bu kimselerin o anda fiil ehliyetinin bulunmaması, onlara atfedilen kişiliğin özünü oluşturan özerklik gereği müdahalelerden korunma hakkını sınırlandırmaz³⁸⁵.

382 ibid 279.

383 ibid 280.

384 ibid 280.

385 ibid 282.

DD. ORTAYA ÇIKACAK HUKUKİ SONUÇLARA YÖNELİK ELEŞTİRİ: “KİŞİSEL ÖZERKLİK BİREYSEL VARLIKLARA EKLENDİĞİNDE, CEZALANDIRILABİLİR FİLLERİN KAPSAMI GENİŞLER” İDDİASI

Birey odaklı özgürlükçü hukuki varlık kuramının, bireysel hukuki varlıkları kişisel özerklik içinde anlamlandırmasının, cezalandırılabilir fiilin alanını genişlettiğini düşünen görüş uyarınca, rıza tipiklik basamağında incelenemez. Çünkü birey odaklı özgürlükçü hukuki varlık kuramı kabul edilirse, bir kimsenin mülkiyetinde olan taşınmazından dilediğince yararlanabilme olanağını sınırlayan bir geçidin kapatılması da mala zarar verme olarak değerlendirilebilir. Bu iddiayı öne süren görüş de yukarıda değerlendirilen görüşler gibi isabetsizdir. Çünkü suç tanımı öngören ceza normu sözüyle ve özüyle olaya uygulanırken öncelikle sözel olarak açık normatif koşulların gerçekleşmesi aranır. Örnekte verildiği üzere henüz sözel olarak zarar denilebilecek bir olgu oluşmamıştır ki öz olarak normun uygulanmasına ilişkin tartışmaya geçilebilsin³⁸⁶.

D. RIZANIN HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ DEĞİL TİPKİLİĞİ KALDIRAN NEDEN OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ GÖRÜŞÜNÜN TCK M. 26/II VE FSEK M. 71/II-2 YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

TCK’de ceza hukukunda rızanın etkisi açıkça düzenlenmemiştir. Yalnızca rıza durumunda failin cezalandırılmayacağı belirtilmiştir. Her ne kadar gerekçede hukuka uygunluk nedeni olduğu belirtilse de yasa gerekçesi ceza hukuk dogmatığı yönünden asıl kaynak olamaz. Bununla birlikte, TCK’de rızayı konu edinen düzenlemenin, rızanın hukuki niteliğini hukuki işleme yaklaştırdığı kabul etmek gerekir. Çünkü “*kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin... açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiil*” ifadesi, rıza açıklayan ile müdahalede bulunacak kişi arasında konusu bir tarafa her an geri alınabilir bir müdahale yetkisi veren, diğer tarafa katlanma yükümlülüğü yükleyen sözleşmesel ilişki kurulduğu biçiminde anlaşılmaya daha açıktır. Yukarıda belirtildiği üzere rıza atipik bir hukuki işlemdir ve kendi dogmatik yapısı, ceza yasası odağında ve benimsenen hukuki varlık kuramı uyarınca inşa edilebilir. Öncelikle Yasa’nın sözüne birebir bağlı kalınarak rıza anlaşılmaya çalışılırsa, rızanın hukuka uygunluk nedeni olan hakkın (yetkinin) kullanımından hiçbir farkı kalmaz. İkincisi rıza, hak üzerinde tasarruf, yani sahibinin hukuken korunan menfaati olarak bir kişiye ya da herkese yönelik bir şey yapmaya, yapmamaya veya katlanmaya zorlama kudretinin kullanımı değil, cezaen koruma altına alınan hukuki varlık üzerinde genel davranış özgürlüğünün kullanılması dolayısıyla gerçekleştirdiği kabul edilen tasarruftur. Genel davranış özgürlüğü, teknik anlamda, bir hak değildir. Buna ek olarak, salt TCK m. 26/II sözüne bağlı kalınarak rıza anlamlı kılınmaya çalışılırsa cezaen korunan her bireysel hukuki varlığın hak olduğu iddiasıyla karşılaşılacaktır ve bu iddianın isabetsizliği apaçıktır³⁸⁷. Üçüncüsü, hukuki varlığa yönelik tasarruf edilebilirlik, ceza normuna ve ceza hukukuna egemen olan paternalizm³⁸⁸ kurgusunda

386 ibid 283.

387 Toroslu ve Toroslu (n 322) 107 vd.

388 Paternalizm, hukuken, bir kimsenin, kendisine karşı korunmasıdır. Ceza hukukunda, hukuki varlık kuramı özellikle ve öncelikle bireylerin kendi yaşamlarını belirlemeye, şekillendirmeye ilişkin özerkliklerinden ve bireylerin kişisel gereksinmelerinden yola çıkar. Öyle ki bir kimsenin suçun hem faili hem mağduru olamamasının altında yatan neden

değerlendirilir. Bu nedenle tasarruf edilebilirlik, ilgili bireysel hukuki varlığın (i) suçun işlenmesi için doğrudan doğruya mağdurun ortak etkisini arayan ve temelde mağdurun korunmasına hizmet eden ceza normu ile düzenlenmemiş olmaması ve (ii) hukuki paternalizm (AY m. 17, TMK m. 23³⁸⁹) gereği kişinin korunmasının söz konusu olmamasına ilişkindir.

İsim belirtme yetkisinin devredilmezliği nedeniyle hükümsüz kalan gölge yazarlık anlaşması tek başına rızayı geçersiz kılmaz. FSEK m. 71/I-2'de cezaen korunan hukuki varlık, bizatihi eser sahibine aittir. Gölge yazarın olur verdiği fiil, yani anlaştığı kişinin esere kendi adını koyması, FSEK m. 71/I-2'deki tipik fiil değildir³⁹⁰. Buna karşı iki itiraz yöneltilebilir: İlk olarak, maddede “başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koyan kişi” ifadesi yer almaktadır. Dış dünyada da olgusal olarak bu fiil gerçekleşmiştir. Gerçekleşen bu fiil, nasıl olur da olmamış sayılır? İkinci olarak ise FSEK m. 71/I-4'de yer alan “hak sahibi kişilerin izni olmaksızın” ibaresi FSEK m. 71/I-2'de düzenlenmemiştir; bu nedenle rıza tipikliği değil, hukuka aykırılığı ortadan kaldırır.

İlk itiraz suçun maddi konusu ile hukuki konusunu birbirine karıştırmaktadır. Rıza dahilinde bir kimsenin malına zarar verildiğinde, elbette dış dünyada somut biçimde gözlenen bir değişim, bozulma, yok olma mevcuttur. Ancak bu, mülkiyete yönelik bir saldırı değil, aksine mülkiyetin kullanılmasının desteklenmesidir³⁹¹. Aynı biçimde dış dünyada elbette bir esere ad koyulmuştur. Bu eser o adla

de bu özerklik temelinde kurulan hukuki varlık kuramıdır. Bu nedenle ceza hukukunda paternalizme çok sınırlı olarak etki tanınabilir. Özellikle iki alan belirleyicidir: (i) Özerlikten kaynaklı tasarruflarda bulunma olanağı bulunmayanların (akıl hastalığı, zor, hata ya da benzeri durumlar) korunması ve (ii) çocuğun korunması. Roxin und Greco (n 249) § 2, N. 33.

389 TMK m. 23'te yer alan “ahlaka aykırılık”, ceza hukukunda tek başına rızanın geçersizliği sonucunu doğurmaz. Bunun nedeni hukuk ile ahlak arasındaki katı pozitivist ayrımın dogmatik ceza hukukuna egemen olmasıdır. Nitekim rıza sırf “ahlaka aykırı” olduğu için geçersiz kılınırsa, ceza normunun amacı, hukuki varlığı cezaen koruma altına almaktan çıkar. Artık amaç, öncelikle ahlak yargılarının cezaen korunmasıdır. Fakat ceza normuna böyle bir amaç yüklenemeyeceği apaçaktır.

390 Karş. Goeckenjan (n 266) 726.

391 Roxin und Greco (n 249) § 13, N. 13. Türk öğretisinde “birey odaklı özgürlükçü hukuki varlık kuramı”ndan yola çıkan ve yasa koyucunun seçimi gereği ikici yaklaşımın TCK sistematiğine uygun düştüğünü savunan görüşün iddiaları şu yöndedir: (i) TCK'de açık bir düzenleme vardır, Alm.CK'de yoktur. Bu durum, rıza hakkında sınırlı bir Türk öğretisi tartışmasını gerektirir. (ii) Mala zarar verme ve yaralama suçlarında rıza hukuka uygunluk nedenidir çünkü ilkinde özgünlendiği amacıyla kullanılamayacak ölçüde özü bozulan bir şey ya da ikincisinde önem arz edecek derecede bedensel, fiili etki altında bırakılmış ya da sağlığı bozulmuş bir beden vardır. (iii) Yaşayan kimse ölümü için olur verip, öldürülürse artık o bir cesettir. Yaşayan bütüncül organizmanın ölümü tipik değişimdir. Muhammed Demirel, ‘Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza’ (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1491-1493.

Bu üç iddianın isabetsizliğini ortaya koymadan önce belirtilmelidir ki, “birey odaklı özgürlükçü hukuki varlık kuramı”ndan yola çıkıp yine de ikici ayrım sonucuna varmak, ilgili hukuki varlık kuramının argümantasyonundan sapmaktır. Bu nedenle bu kuramın savlarını kullanıp sonrasında farklı sonuca varmak, hukuki varlığa farklı bir kuram çerçevesinde bakıldığını gösterir. Görüş, öncelikle dayandığı hukuki varlık kuramını netleştirmelidir.

Görüşün ilk iddiası iki yönden isabetsizdir. İlk olarak, Alman hukukunda rızanın hukuki dayanağı gelenek-görenek hukukudur ve rızanın koşulları yasa hükmüyle açıkça ortaya konmasa da yargı kararlarıyla oldukça netleşmiştir. Rengier (n 56) § 23, N. 1. Alman ceza hukukundaki bu netlik, yine de sınırlı bir öğretisi tartışmasına yol açmamıştır. Dahası Türk öğretisinin, başlığı ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler olan bir bölümde düzenlenmiş ve hukuki nitelendirmede soru işaretleri barındıran bir yasal tanım karşısında, Alman öğretisine nazaran daha çok tartışmayla zenginleşme gereksinimi vardır. İkinci olarak, hukukta kuram, doğa bilimlerinin aksine, pratik kaygı nedeniyle bir sonuca varma zorunluluğundan doğar ve bu sonucun diğer olaylarda da aynı biçimde temsil edilebilir ve fakat olay ölçeğinde değiştirilebilir olması gerekir. Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (8. Auflage, Suhrkamp 2020) 18 vd.

dosyalandırılmıştır, o adla basılmış, o adla çıktısı alınmıştır. Fakat bu o kimsenin fikri mülkiyetine saldırı değil, aksine bunun kullanımının desteklenmesidir. İkinci itiraza göre “izin olmaksızın” yazılmayan maddelerde, rıza, fiili hukuka uygun kılarken, bu ibarenin bulunduğu maddelerde ise rıza, fiili tipik olmaktan çıkarır. Rıza hakkında ikinci (düalist) yaklaşım öğretide savunulsa da yukarıda da gerekçelendirildiği üzere salt yasa koyucunun o suçta “rıza” yazıp yazmadığına bakılarak rızanın hukuki niteliği değerlendirilemez³⁹².

V. CEZA HUKUKUNDA DE LEGE FERENDA GÖLGE YAZARLIK

De lege ferenda gölge yazarlık incelemesi, gölge yazarlık anlaşması yapılmasını ve bu anlaşma sonucunda ortaya çıkan eserin sunulmasını suç olarak düzenlemenin ceza hukuku politikası yönünden değerlendirilmesidir. Bu değerlendirme altında, dürüstlüğü (*fairness, Lauterbarkeit*) cezaen korunmayı gerektirip gerektirmediği ve bilimsel dürüstlüğe aykırılığının doğrudan adli cezaya bağlanmasının yürürlükteki hukuk yönünde ne ölçüde tutarlı olacağı incelenecektir. Türk ceza hukuku politikası yönünden yapılacak bu incelemede karşılaştırmalı olarak Almanya’da 2012 yılında gölge yazarlık suçu için önerilen taslak da değerlendirilecektir.

A. HUKUKİ VARLIK KURAMI YÖNÜNDEN GÖLGE YAZARLIĞIN SUÇ OLARAK DÜZENLENMESİ

I. YÖNTEMBİLİMSEL OLARAK “HUKUKİ VARLIK” KAVRAMSALLAŞTIRMASI ÜZERİNE

A. HUKUKİ VARLIĞA YAKLAŞIM SORUNU: ÖZNELLİK-NESNELLİK TARTIŞMASI

Ceza normunun amacı, hukuki varlığın belirli saldırılara karşı cezaen koruma altına alınmasıdır. Cezaen korunan hukuki varlıktan ne anlaşılması gerektiği konusunda ağırlıklı olarak iki farklı hukuki varlık yaklaşımı bulunmaktadır: (i) Hukuki varlığa öznel yaklaşım sonucu geliştirilen yöntemsel ya da düzene içkin hukuki varlık kavramı (*methodischer oder systemimmanenter Rechtsgutsbegriff*), (ii) hukuki varlığa nesnel yaklaşım sonucu geliştirilen düzen eleştirel hukuki varlık kavramı³⁹³ (*systemkritischer Rechtsgutsbegriff*). Öznel anlayışa ait düzene içkin hukuki varlık kavramı, hukuki

Hukukta kuramın sınırını soyutlukla tümevaran yasa koyucu değil; zorunluluk, temsil edilebilirlik ve değiştirilebilirlikle tümdengelen akıl belirler. Görüşün ikinci iddiası, hukuki varlık ile doğal varlığın yani hukuki konu ile maddi konunun birbirine karıştırılmış olması nedeniyle isabetsizdir. Görüşün üçüncü iddiası hem hukuki konu ile maddi konuyu birbirine karıştırdığı için hem hukuki paternalizme dikkat etmeksizin kestirmeden bir sonuca vardığı için isabetsizdir.

392 Türk öğretisinde ikinci görüşün detaylı açıklaması için bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 308) 544; Demirel (n 391) 1472 vd.; Koca ve Üzülmöz (n 308) 291 vd. Ayrıca bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 308) 336 vd. Rızayı bazı durumlarda kusurluluk yönünden de değerlendiren görüş için bkz. Özgenç (n 308) 369. Türk öğretisinde FSEK 71/I-2 yönünden ikinci yaklaşım için bkz. Kocaoğlu (n 359) 217 ve dn. 773; Turan (n 359) 222. Bu iki itirazın temelinde “tipe uygunluk, suç tanımı öngören ceza normunun sözüne uygunluktur” iddiası yer almaktadır. Bu iddianın eleştirisi için bkz. yukarıda dn. 376.

393 Hukuki varlığın düzen eleştirel olması ve iktidarın keyfi cezalandırmalarını sınırlama işlevine sahip olduğu özellikle İtalyan öğretisinde Bricola tarafından kapsamlı biçimde açıklanmıştır. Vittorio Manes, ‘Der Beitrag der italienischen Strafrechtswissenschaft zur Rechtsgutlehre’ (2002) 114(3) ZStW 720, 721. Türk ceza hukuku öğretisinde “hukuksal değerlerin eleştirel fonksiyonu” başlığı altında değerlendirilmektedir. Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer* (Seçkin 2003) 605 vd.

varlığı salt ceza yasa koyucusunun amacına indirger. Buna göre, yasa koyucunun yasadığı ceza normuyla koyduğu hedef, başlı başına hukuki varlığın kendisidir. Hukuki varlık yalnızca ceza normunun anlamlandırılmasında rol alır. Bunun için de yalnızca yasa koyucunun iradesine bakılır. Nesnel anlayış, hukuki varlığı yasa koyucunun cezalandırma yetkisinin sınırlandırılmasına ve haklılaştırılmasına hizmet eden bir kavram olarak ele alır. Bu anlayışa göre, hukuki varlığın kendisi yasa koyucunun iradesinden bağımsızdır. Hukuki varlık cezalandırma yetkisini sınırlandırırken, bu sınır içinde kalan ceza normu meşru bir ceza normu olarak kabul edilir³⁹⁴. İsbetli olarak ikinci yaklaşım taraftarları, ilk yaklaşımı hukuki varlığı salt metinsel kılmakla yani yasa metnine kapatmakla eleştirmiştir³⁹⁵. Gerçekten de hukuki varlık, belirli bir toplum gerçekliğine ilişkindir ve zarara uğratılması ya da tehlikeye düşürülmesi sonucunda toplum barışını bozan bir gereksinme ya da yarara denk düşer. Hukuki varlığın bu toplumsal gerçekliği sayesinde ceza hukukunda fiilin toplum karşıtlığından (antisosyallik) bahsedilebilmektedir. İkinci yaklaşım, hukuki varlık kavramını yasa koyucunun iradesinden bağımsızlaştırdığı için yasa koyucunun yasada belirlediği bazı hukuki varlıkları eleştirme ve reddetme olanağı bulmaktadır³⁹⁶. Görüldüğü üzere nesnel yaklaşım *de lege ferenda* gölge yazarlık tartışması yapabilmek için uygun bir bakış açısını bize sunmaktadır. Bu tartışmaya geçmeden önce nesnel anlayışın hukuki varlık kavramına yüklediği işlevin kısaca gözden geçirilmesinde yarar vardır. Çünkü kavramlar, belirli sorunların çözümü için işlev (görev) yüklediğimiz adlandırmalardır³⁹⁷. Bu nedenle bir kavramın ortaya çıkış koşulları ve kullananları tarafından hangi sorunlarla bağlantılı olarak kullanıldığı incelenmeden o kavram üzerinden tartışma yürütmek isabetsiz olacaktır.

B. NESNEL ANLAYIŞ UYARINCA HUKUKİ VARLIK KAVRAMINA YÜKLENEN İŞLEV

Hukuki varlık kavramı, Aydınlanmanın ürünüdür. Hukuki varlık kavramının tarihsel olarak ilk görünüm biçimleri, Beccaria'nın ve Beccaria'nın görüşlerinin Almanya'daki temsilcisi Hommel'in "topluma zarar vericilik" ölçütü³⁹⁸, sonra Feuerbach'ın "hakkın ihlali" ölçütüdür³⁹⁹. Tam olarak kapsamlı açıklamalarla doğrudan doğruya ceza hukuku anlamında hukuki varlık adlandırmasına Birnbaum başvurmuştur⁴⁰⁰. Beccaria'dan bu yana "hukuki varlık" kavramına yüklenen görev şudur:

394 Roxin und Greco (n 249) § 2, N. 4, 12.

395 ibid § 2, N. 5.

396 Manes (n 393) 721.

397 Gilles Deleuze and Felix Guattari, (trans. Hugh Tomlinson and Graham Burchell), *What is Philosophy?* (Columbia University Press 1994) 5, 21 ff. "*Kavramlar, onlar olmadan hiçbir anlam ifade edemeyecekleri ve yalnızca çözümleri ortaya çıktıkça ayrıştırılabilecek veya anlaşılabilir sorunlara bağlıdır*". ibid 16.

398 Cesare Beccaria, (çev. Sami Selçuk), *Suçlar ve Cezalar Hakkında* (6. Baskı, İmge 2016) 51, 55.

399 P. J. A. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts* (Georg Friedrich Heyer 1801) 17, 31.

400 Bernd Schünemann, 'Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation' in Roland Hefendehl, Andrew von Hirsch und Wolfgang Wohlers (eds.), *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* (Nomos 2003) 138. Hukuki varlık kavramını, aydınlanmanın ürünü olarak algılamak, onu belirli bir zaman dilimine hapsedmek ya da kökenini belirli bir çağ ile ilişkilendirmek için değildir. Aydınlanmadan anladığımız, bireysel özgürlükçü akılcılıktır. Bu felsefe uyarınca ceza hukukuna bireysel ahlakçı yaklaşım reddedilir ve ancak devletin ahlaksal olarak belirli sınırlara uyması gerektiği kabul edilir. Bu nedenle bu felsefe devletin şiddet tekelinin sınırlarının apriori belirlenmesini de işlev edilmiş bir ceza hukuku kuramını gerektirir. Luis Greco, *Lebendiges und Totes in Feurbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen*

“Keyfi çıkarlar değil, ancak başarılı bir ortak yaşam ve birlikte varoluş için zorunlu olan gereksinme ve yararlar ceza hukukuyla sağlanan korumanın konusunu oluşturabilir”⁴⁰¹. Buna göre düşünce ya da topluma yansıtılmayan, dışsallaşmayan davranış suç oluşturmaz⁴⁰². Bireysel hoşnutsuzluklar, çıkar gruplarının arzuları, salt ideolojik yönelimler, tabular, dini ya da ahlaki ayıplar cezaen korumanın konusu olamaz⁴⁰³. Açıkça görüleceği üzere hukuki varlık kavramıyla arzulanan cezalandırma yetkisinin sınırlandırılması ve sınırlandırılan alan içinde devletin cezaya başvurmasının haklı sayılmasıdır. Özel anlayış, yani düzene içkin hukuki varlık kavramı, hukuki varlığa yüklenen görevi göz ardı eder⁴⁰⁴. Hukuki varlıklar, hukukun yarattığı varlıklar değil; hukuken tanınan ve koruma altına varlıklardır. Söz konusu varlıkların kaynağı insan yaşamı ve etkileşimlerinin kendisidir⁴⁰⁵. Hukuki varlık, gelişim ve ilerlemeye açıktır. Yasa koyucunun hukuki varlık konusundaki değerlendirmesine bağlı kalmak, devinim ve değişim içinde olan hukuki varlıkları, yasa koyucunun iradesine sabitlemek olur. Ceza yasası, onu kaleme alanların güdülerinden ve niyetlerinden bağımsızdır.

2. DÜRÜSTLÜĞÜN HUKUKİ VARLIK OLARAK KABUL EDİLEMESİ ÜZERİNE

A. VARLIK VE DEĞER ARASINDAKİ FARK

Düzen eleştirel hukuki varlık anlayışının, hukuki varlığı olabildiğince toplumsal gerçeklere dayandırmasının altında yatan neden, o hukuki varlığı, kendi başına var olan bir soyutlama yani salt “değer” olarak anlamanın önüne geçmektir. Çünkü değer ya da değersizlik, hukuki varlık kuramının dayandığı (cürmî zarar anlamında) sonuç odaklı düşünsel temele oturmaz. İnsan aklının herhangi bir somutluğa gereksinmeden yarattığı değerler, salt kendisi için, kendi başına ve kendi soyutluğunda anlam ifade eder. Bu soyutluğa belirli bir sınır çizilemez, bu nedenle hukuki varlığa yüklenen “haklılaştırma” işleviyle “değer” kavramı bağdaşmaz. Ayrıca “değer” düşüncesi, salt bir buyruğa uyma ya da uymama sonucunda, o buyruğa uyma ya da uymama davranışına yönelik yapılan bir nitelemedir. Salt nitelemeler, suç tanımı öngören ceza normuyla ortaya koyulabilecek hiçbir saldırının konusunu oluşturamaz⁴⁰⁶.

strafrechtlichen Grundlegendiskussion (Duncker & Humblot 2009) 228 ff.

401 Schünemann (n 400) 142.

402 *La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen Art. 5: La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société./ Das Gesetz darf nur solche Handlungen verbieten, die der Gesellschaft schaden./Yasa, yalnızca topluma zarar veren fiilleri yasaklayabilir.* Fransız Devrimi'nden hemen sonra çıkan kitabında Feuerbach, dışsallaşmayan davranışların cezalandırılmayacağını şu şekilde açıklamaktadır: “İhlal edici olarak bakılması gereken her fiil, bir şeyi zorunlu olarak şart koşar: dışsallaşan, dış dünyada idrak edilebilen fiil olmak. İnsanın kendi iç dünyasına ait olanlar asla ihlal edici olamaz, bu nedenle suç da oluşturamaz”. Feuerbach (n 399) 45.

403 Roxin und Greco (n 249) § 2, N. 13, 17, 43; Schünemann (n 400) 142.

404 Günümüzde hukuki varlık kavramını reddeden ve anayasa hukukunun hukuki varlıkla istenen yetki sınırlamasını gerçekleştirmeye daha elverişli olduğunu iddia eden görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşlerin eleştirisi ve anayasa hukukunun “hukuki varlık” kavramının işlevini yerine getirmedeki başarısızlığı için bkz. Schünemann (n 400) 144 ff. Ceza normu denetiminde ölçülülük kavramının, hukuki varlık kuramının aksine sonuçlar verebileceği eleştirisi için bkz. Manes (n 393) 750 ff.

405 Franz von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts (7. Auflage, J. Guttentag 1896) 50. Türk öğretisinde herkesten önce bkz. Toroslu ve Toroslu (n 308) 109: “Varlık, insanın ihtiyaçlarını tatmine elverişli her şeyi ifade eder.”

406 Hukuki varlık kuramını ve bu kuram içinde yapılan tanımlama girişimlerini eleştiren Stratenwerth “değer” kavramının neden elverişsiz olduğunu şu şekilde açıklamaktadır: “Değerin konusunu oluşturdandan bağımsız olarak değer niteliği

B. HUKUKİ VARLIK KURAMI YÖNÜNDEN BİR DEĞER OLARAK DÜRÜSTLÜK

AA. GENEL OLARAK DÜRÜSTLÜK

“Dürüst” (*Fair*), “yalan söyleme!” buyruğuna uyan bir davranış için yapılan soyut nitelemedir ve hukuki varlık odağında kurulan ceza hukuku dogmatikğine yabancı kalması gereken bir sıfattır. Çünkü hukuki varlığa saldırı oluşturan fiil, zarar veya tehlike anlamında bir cürmî zarara yol açar. Bir fiilin dürüst olmaması, sırf niteliklidir ve tek başına zarar ya da tehlikeye yani cürmî zarara neden olmaya yeterli değildir. Nitekim dürüstlük sonuç odaklı bir düşünsel temele sahip değildir, ceza normuyla ortaya koyulabilecek bir saldırının konusunu oluşturamaz. Dürüstlük gibi bir adlandırmayı ceza hukukuna sokmanın bir başka tehlikesi ise ceza hukuku dogmatikğinde belirli bir süre egemenliğini hissettirmiş “ödeve aykırılık” görüşünün yeniden etkinlik kazanması olacaktır. Gerçekten de ödeve aykırılık görüşü, suç oluşturan fiillerin hukuki konusunu, hukuki varlık olarak değil salt yükümlülükler olarak görmekte ve temelini ahlak felsefesinde bulmaktadır. Dürüstlüğün tek başına hukuki varlık olarak kabul edilmesi, örtülü olarak salt “yalan söyleme!” buyruğunun yerine getirilmemesinin cezalandırılmasından başka bir şey olmayacaktır⁴⁰⁷.

Ceza hukuku politikası yönünden, sırf dürüst olmadığı için bir davranışı cezalandırmak hukuki varlık kuramıyla haklı kılınmaz. Aslında başkalarının da bağlı olduğu kurallara, bir kimsenin riayet etmemesi, tanım gereği, dürüst bir davranış değildir. Toplumun ya da toplumsal bir kümenin bağlı olduğu ve toplumun ya da bu kümenin üyelerince birbirine uyulması için zorunlu kılınan her kural, bir üye tarafından göz ardı edildiği, uyulmadığı takdirde, üyenin bu davranışı, toplumun ya da kümenin diğer üyelerine karşı dürüst olmayan bir davranıştır. Bu davranış, sırf “doğru olmadığı”, “ayıplandığı”, “dürüst bir insanın yapacağı bir davranış olmadığı” için cezalandırılmaz⁴⁰⁸.

BB. ÖZEL OLARAK BİLİMSSEL DÜRÜSTLÜK YA DA AKADEMİK BÜTÜNLÜK

Bilimsel dürüstlük ya da akademik bütünlük (*akademische Integrität*), akademi olarak adlandırılan toplumsal ya da mesleki kesimin üyeleri için geçerlilik arz eden kuralların oluşturduğu düzendir. Gölge yazarlığın bilimsel dürüstlük olarak adlandırılan düzene aykırılık oluşturduğu açıktır. Ancak yukarıda açıklanan gerekçelerle, salt bu düzene aykırı davranışlara karşı devletin doğrudan doğruya adli ceza aygıtıyla karşılık verebileceğini düşünmek isabetsizdir. Bilimsel dürüstlük tek başına bir hukuki varlık olamaz. Ancak o dürüstlük üzerindeki kamusal ve ekonomik yararların, hukuki varlık olarak değerlendirilebileceği düşünülebilir. Nitekim akademik derece ve unvanların temelindeki emeğin gerçekten o unvanı alan kişi tarafından harcanmış olduğu ve bu nedenle bu kimsenin derecesinin ve unvanının dürüst olduğuna yönelik kamusal ve ekonomik yararın önemi yadsınamaz. Fakat akademik dürüstlükten beklenen bu yararların tam olarak ne olduğu ortaya koyulmalıdır. Yani akademik dürüstlüğü çiğnemek, akademi olarak adlandırılan toplumsal ya da mesleki kesimi açacak ölçüde bir etki doğurabilir mi ve salt bu etki nedeniyle, toplum karşısı ya da topluma zararlı olarak

ihlal edilebilir değildir (cürmî zarar doğuramaz).” Günther Stratenwerth, “Zum Begriff des “Rechtsgutes” in Eser Albin (eds.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag* (Beck 1998) 383.

407 Roxin und Greco (n 249) § 2, N. 49c.

408 ibid § 2, N. 49d. Ayrıca bkz. Schünemann (n 247) 622.

değerlendirilebilir mi? Kanımızca, ilk bakışta, akademik olarak dürüst olunmaması durumunda, öncelikle ve doğrudan akademiyle bağlantılı davranış kuralları, yine öncelikli ve doğrudan akademiye içkin önlemler ve yaptırımlarla koruma altına alınmalıdır⁴⁰⁹. Çünkü eninde sonunda bu konu, belirli bir kesimde egemen olan dürüst davranmaya ya da kabul görmeye ilişkin davranış kurallarının çiğnenmesine ilişkindir⁴¹⁰. Bu aşamada tartışmanın artık hukuki varlıkları korumakta ceza hukukunun ikincilliği (*Subsidiarität*) üzerinden detaylandırılması gerekmektedir⁴¹¹.

B. CEZA HUKUKUNUN İKİNCİLLİĞİ YÖNÜNDEN GÖLGE YAZARLIĞIN SUÇ OLARAK DÜZENLENMESİ

A. SUÇ TANIMI ÖNGÖREN CEZA NORMUNUN YARATILMASINDA ANAYASAL ÖLÇÜLÜK İLKESİ VE CEZA HUKUKUN İKİNCİLLİĞİ

Jhering'in ifadesiyle,

“Ceza yasasının amacı diğer yasaların amacından farksızdır: Toplumun yaşam koşullarını güvence altına almak. Yalnızca bu amacın takip edilmesinin yolu oldukça özgüdür, amaca ulaşılması için cezaya başvurulur. Peki niçin?⁴¹²... (Çünkü) bir fiilin toplumun yaşam koşullarına yönelttiği tehlikenin yalnızca cezayla korunabildiği durumda, o fiil yasamayla suç olarak tanımlanır.⁴¹³... Toplumun yaşam koşulları, toplumsal varlıklardır. Cezanın ağırlığı, varlığın hukuken ne kadar değerli, önemli olduğunun ölçüsüdür.⁴¹⁴”

Gerçekten de hukuki varlıkların korunması sadece ceza hukukuna özgülenmiş bir işlev değil, aksine bir araç olarak hukuk düzeninin tümü tarafından üstlenilmiş bir işlevdir. Hukuki varlıkların korunmasında, ceza hukuku yaptırımlarının dışında kalan hukuk yaptırımlarının yetersiz kalacağı durumda, ceza hukuku devreye girmektedir. Cezanın bu “son çare” niteliği onu, tüm diğer hukuk dallarının altında, ikincil kılmaktadır⁴¹⁵. Ceza hukukunun ikincilliği, anayasa hukukunda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında başvuru olan “ölçülülük” değerlendirilmesinin “gereklilik” koşuluna karşılık gelir. Buna göre, özgürlüğü bağlayıcı ceza, adli para cezası ve güvenlik önlemine oranla daha hafif bir araçla (zorla), söz konusu hukuki varlığın korunması sağlanabiliyorsa, ceza hukukunun müdahalesi gerekli değildir⁴¹⁶.

Gölge yazarlık yönünden ceza hukukunun ikincilliği ceza hukuku ile kabahat hukuku ve disiplin hukuku arasındaki ilişkinin değinilmesini gerektirir. Her ne kadar kabahatlerin, salt kamu düzeni ve esenliğine aykırı müdahalelerden kamunun korunması amacıyla düzenlendiği ileri sürülse de

409 Kudlich (n 3) 120. Yalan haber (*fake news*) yönünden farklı değerlendirme için bkz. Schünemann (n 247) 627 ff.

410 Kudlich (n 3) 119.

411 Kudlich (n 3) 119-120; Goeckenjan (n 266) 731-732. Karşı görüş için bkz. Tobias Linke, ‘Brauchen wir ein „Promotions – und Prüfungsstrafrecht“?’ NVwZ (2015) 327, 331-332.

412 Rudolph von Jhering, *Zweck im Recht*, Band I (6.-8. Auflage, Breitkopf und Härtel 1923) 378.

413 ibid 382.

414 ibid 384.

415 Roxin und Greco (n 249) § 2, N. 97.

416 ibid § 2, N. 97.

aslında kabahat tanımı öngören ceza normları ile suç tanımı öngören ceza normları arasında, hukuki varlığın korunması işlevi yönünden bir farklılık yoktur. Fakat kabahatlerdeki ihlal edicilik, hiçbir zaman suçlardaki ihlal ediciliğe ulaşmamakta ve kabahatlerin ihlal ediciliği suçlara göre önemsiz kalmaktadır. Bu önemsizlik değerlendirmesi, ikincilik tartışması üzerinden yapılmaktadır⁴¹⁷.

2. BİLİMSEL DÜRÜSTLÜK ÜZERİNDEKİ AKADEMİK ALANI AŞAN TOPLUMSAL YARARIN KORUNMASI İÇİN CEZA HUKUKUNUN MÜDAHALESİNİN GEREKLİLİĞİ ÜZERİNE

Bilimsel dürüstlük üzerinde akademi olarak adlandırılan toplumsal ya da mesleki kesimi aşan belirli yararların olduğu kabul edilebiliyor ve dürüst olunmaması durumunda bu yararların gerçekleşmemesinin toplum karşısı ya da topluma zararlı olarak değerlendirilebiliyorsa ancak bu koşullar altında “gölge yazarlık” anlaşmasının oluşturduğu ihlale karşılık ceza yaptırımının gerekliliği tartışılabilir. Bu tartışma içinde ilkin, gölge yazarlığın suç tanımı öngören ceza normuyla tanıma bağlanmasının yasa tekniği yönünden zorluğu ve doğuracağı uygulama sorunları incelenecektir. Bu zorluk ve sorunlar, 2012 yılında Almanya’da ileri sürülen oldukça sade ve anlaşılır gölge yazarlık suç tanımı odağında ele alınacaktır. İkinci başlık altında, bilimsel dürüstlüğün akademi olarak adlandırılan toplumsal ya da mesleki kesimin içinde disiplin hukuku ile koruma altına alınması ve bu kesimi asan etkilerinin kabulü halinde kabahat hukukunun yaptırımlarıyla korunmasının uygunluğu ve elverişliliği tartışılacaktır.

A. MÜDAHALE ÖRNEĞİ OLARAK BİLİM DOLANDIRICILIĞI SUÇUNA İLİŞKİN 2012 ALMAN ÜNİVERSİTELER BİRLİĞİ’NİN ÖNERİSİ

AA. ALMANYA’NIN YÜRÜRLÜKTEKİ CEZA HUKUKU VE İLGİLİ ÖNERİ

Alman hukukunda gölge yazarlığa özgülenmiş suç tanımı öngören bir ceza normu yürürlükte değildir. Akademik dürüstlüğe aykırı davranışlar ancak malvarlığı ya da fikri mülkiyeti ihlal ettiği zaman ceza hukukunun konusunu oluşturmaktadır⁴¹⁸. Gölge yazarlığını ceza hukuk politikası yönünden cezalandırma boşluğu olarak değerlendiren bilim insanları ve üniversite profesörlerinin temsilciliğini yapan Alman Üniversiteler Birliği (*deutscher Hochschulverband*) 2012 yılının ağustos ayında “Bilim Dolandırıcılığı” suçuna yönelik aşağıdaki öneride bulunmuştur:

“Bilim Dolandırıcılığı

(1) Akademik derece ya da akademik unvanın alınmasını sağlayan nitelik çalışmasını (Qualifikationsarbeit) bir üçüncü kişi için yazan kimse, iki yıla kadar hapis cezası ya da para cezasıyla cezalandırılır.

417 ibid § 2, N. 60-62.

418 Goeckenjan (n 266) 729.

(2) Birinci fıkrada belirtilen, üçüncü kişi tarafından tamamen ya da kısmen yazılan nitelik çalışmasını, yazarı olmaksızın kendisininmiş gibi gösteren kimse, iki yıla kadar hapis cezası ya da para cezasıyla cezalandırılır.”⁴¹⁹

BB. ÖNERİYE YÖNELİK ELEŞTİRİLER

Öneri ceza yasama tekniği yönünden oldukça sorunludur. Gölge yazarlık anlaşması, esas itibariyle, gölge yazar ile görünürdeki yazar arasında olan iki taraflı bir ilişkidir. Ancak ilk fıkra “üçüncü kişi”den söz etmektedir. İlk fıkra “bir üçüncü kişi için yazan” değil “bir başkası için yazan” olmalıdır. Bununla beraber ilk fıkradaki düzenlemeden fiilin icrasının ne zaman başladığı, fiilin ne zaman tamamlandığı anlaşılammamaktadır. Bu suç, ilk cümlenin yazılması mı yoksa tüm eserin kaleme alınmasıyla mı tamamlanmaktadır? Öneriden bu anlaşılammamaktadır. Ayrıca bir eser gölge yazar tarafından yazılırken hâlihazırda nitelik çalışması olarak değerlendirileceği belli değildir, onun nitelik çalışması olarak değerlendirilmesi için görünürdeki yazarın o eseri nitelik çalışması olarak sunması gerekir. Gölge yazar bunu bilmelidir; bu nedenle buradaki eksikliği gidermek için aldatmaya yönelik ek bir özne unsurun suça eklenmesi gerekir. İkinci fıkradaysa dikkat çeken iki sorun vardır. Fıkrada başkası tarafından kısmen yazılmış bir eserin varlığı durumunda, eğer o kimse yazarı değilse, bilim dolandırıcılığı suçunu işlediği kabul edilmektedir. Pekiyi, başkası tarafından kısmen yazılmış bir eserin görünürdeki yazarı hangi durumlarda o eserin yazarı olarak kabul edilecektir? Bu soruya ikinci fıkrada net bir yanıt bulunmamaktadır. İkinci olarak, bu fıkrada gölge yazar ile görünürdeki yazar arasında bir ortak etki aranmamaktadır. Dikkat edilirse başkası tarafından kaleme alınan bir eseri, onun haberi olmadan kendisiymiş gibi kullanan kimse de bu normun kapsamına girmektedir⁴²⁰.

B. ADLİ CEZANIN GEREKLİLİĞİ TARTIŞMASI

Alman hukukunda ilgili birliğin yaptığı öneriden bağımsız olarak, yukarıda hukuki varlığa yönelik yapılan tartışmalar göz önüne alındığında, gölge yazarlığın suç olarak düzenlenmesinin ceza hukukunun ikincilliğine aykırılık oluşturacağı açıktır. Normatif olarak gereklilik tartışması yapmak bu aykırılığı tüm netliğiyle ortaya koyacaktır. Bu durumda sorulması gereken soru bellidir: “*Bilimsel dürüstlük üzerindeki kamusal ve ekonomik yararın korunması yönünden adli cezadan başka bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin daha yararına olarak değerlendirilebilecek başka bir seçenek var mıdır?*”⁴²¹. Soruya doğrudan olumsuz yanıt veren görüş, gölge yazarlığın dolandırıcılık ve belgede sahteciliğe çok benzediğini belirterek, hukuk düzeninde gölge yazarlığın suç niteliğine ilişkin büyük bir belirsizlik

419 “Hochschulverband will Ghostwriting unter Strafe stellen”, 13.08.2012 <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/dhv-fordert-strafen-fuer-ghostwriting-plagiate-wissenschaftsbetrug/> accessed 24 November 2021 İsviçre ceza hukukunda bir görüşün ileri sürdüğü bilim dolandırıcılığı tanımı ise gölge yazarlığı, bilim dolandırıcılığı içinde değerlendirme olanağı vermemektedir. “... olgular hakkındaki doğru olmayan savlarla, özellikle daha önce bulunmuş, uydurulmuş, araştırmaya yabancı kalan veya değiştirilmiş araştırma sonuçlarının bilgileri aracılığıyla, o konu üzerinde çalışanları veya ekonomik destekçi, yayıncı ya da işveren anlamındaki referanslarını aldatan ve böylelikle kendisi ya da başkası yararına bu kimselerin malvarlıklarına zarar vermesini sağlamak”tır. Völger (n 251) 16.

420 Goeckenjan (n 266) 729.

421 ibid 731.

olduğu, bu belirsizliğin açıklığa kavuşturulması için ayrı bir ceza normu yaratılmasının daha uygun olacağını ileri sürer⁴²². Bu görüş iki yönden isabetsizdir. İlkin, gölge yazarlık, dolandırıcılık ve belgede sahtecilik suçlarına çok benzememekte, yalnızca söz konusu hukuk düzeninde özel belgede fikri sahtecilik hiçbir sınırlama olmaksızın cezalandırılıyorsa bir sahtecilik türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda da artık gölge yazarlığa ilişkin özgü bir ceza normu düzenlemenin gereği kalmaz. İkinci olarak, hukuk düzeninde bir fiilin suç olup olmadığı belirsiz olamaz. Bir fiil ya suçtur ya değildir. Oldukça isabetsiz olan bu görüşün aksine bilimsel dürüstlük üzerindeki kamusal ve ekonomik yararın korunması için ceza hukuku yerine idare hukukunun yaptırımlarına başvurma daha isabetli olduğu aşağıda iki yaptırım örneği üzerinden aktarılacaktır.

AA. DİSİPLİN CEZASI: GÖRÜNÜRDEKİ YAZARIN ELDE ETTİĞİ AKADEMİK DERECE VE UNVANIN ALINMASI YAPTIRIMININ DÜZENLENMESİ

Akademik dürüstlüğe aykırı fiiller, akademi olarak adlandırılan toplumsal kesimde egemen olan dürüst davranmaya ya da kabul görmeye ilişkin davranış kurallarına aykırı fiillerdir. Bu nedenle öncelikli olarak akademik dürüstlüğe aykırı fiillere, bu kesimin kendi içindeki önlem ve yaptırımlarla karşılık verilmesi gerekir. Bu karşılık, en başta, görünürdeki yazarın, akademik derece ya da akademik unvandan kaynaklı niteliğinin ondan alınması olacaktır. Akademik derece ya da unvanın alınması yaptırımı, adli ceza yaptırımına göre kişilerin temel hak ve özgürlüklerine yapılan müdahale için daha uygundur. Çünkü bir idari işlemdir, ceza hukukunun cezaya bağladığı sonuçlar doğmamakta, ceza yargılamasının temel hak ve özgürlüklere yönelen müdahalelerine konu olmamaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki uygunluğun yanı sıra etkililik yönünden de akademik derece ya da unvanın alınması daha elverişli bir yaptırım olarak gözükmektedir. Çünkü bu yaptırım sadece akademik dürüstlüğe aykırı fiille elde edilmiş olan niteliğin o kimseden alınması değil, akademik ya da mesleki yaşamında bir kimsenin taşınmayı hiç arzulamayacağı bir damgayı beraberinde taşımaktadır. Bu da ceza yaptırımından beklenen genel önleme işlevinin derece ve unvanın alınması yaptırımıyla da sağlanabileceğini göstermektedir. Burada bir gerçekliğe de yer vermek gerekir. Gölge yazarlığın suç olarak düzenlenmesi, suç ile ceza arasındaki ölçülülük gereği, ceza yaptırımının hafif olmasını gerektirecektir. Bir suçun devlet tarafından ortaya çıkarılması ve soruşturma konusu yapıp takip edilmesinde, o suç için öngörülen cezanın hafif olması oldukça engelleyici bir etki oluşturmaktadır. Bu yönde de üniversite, üniversitelerin oluşturduğu birlik ya da kurulların gölge yazarlığa karşı vereceği tepki, Cumhuriyet savcısının vereceği tepkiden daha hızlı ve etkin olacaktır⁴²³.

Türk hukukunda gölge yazarlık, yükseköğretim kurumlarında meslekten çıkarma cezasıyla yaptırma bağlanmıştır. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 53/5-b'de gölge yazarlık “*Atama ve yükselmelerde, unvan veya derece kazanılmasında; anket uygulama, veri toplama gibi akademik değerlendirme içermeyen katkılar dışında kişisel emek ve birikimine dayanmayan, başkaları tarafından ücret karşılığında veya ücretsiz olarak üretilmiş yayın ve çalışmalar kullanmak*” şeklinde tanımlanmıştır. Akademi olarak adlandırılan toplumsal kesimde egemen olan dürüst davranmaya ya da kabul

422 Messmer (n 289) Rz. 39-40. Aynı yönde Völger (n 251) 245.

423 Goeckenjan (n 266) 731.

görmeye ilişkin davranış kurallarına aykırılığı bu yaptırımla karşılamak kanımızca isabetlidir. Ancak gölge yazarlığın ihlal ediciliği, bir bütün olarak, ancak disiplin yaptırımına ek olarak kabahat öngören ceza normuyla karşılanabilir.

BB. İDARİ PARA CEZASI: GÖLGE YAZARLIK ANLAŞMASININ KABAHAHAT ÖNGÖREN CEZA NORMU İLE YASAKLANMASI

Yürürlükteki Türk hukuku, görünürdeki yazarın unvan ya da derecesini alırken, bu yaptırım konusu olan fiile katılan gölge yazarı ve aracıları, disiplin hukukunun mahiyeti gereği, hukuki yaptırımdan başışık tutmaktadır. Bu boşluğu dolduracak en uygun düşen yaptırım idari para cezasıdır⁴²⁴. Kabahat öngören ceza normu ile suç tanımı öngören ceza normu arasında içerik yönünden bir farklılık bulunmaz. Kabahat, yasa koyucunun ceza hukukunun dışında kalan ve doğrudan idarenin hükmedebildiği bir yaptırımla karşılık verdiği ihlallerdir⁴²⁵. Ancak bir fiili doğrudan kabahat olarak nitelendirebilmek için bu fiile karşılık gelen yaptırımın idari para cezası (veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımının) öngörülmesi gerekir⁴²⁶. Fiilin, yasal tanıma uygun olması, hukuka aykırı olması ya da failin bu fiil dolayısıyla kusurluluğuna ilişkin suç ve kabahat arasında bir farklılık yoktur⁴²⁷. Bir fiilin, suç olarak mı yoksa kabahat olarak mı düzenleneceği yasa koyucunun takdirinde⁴²⁸ olmakla birlikte, bu fiillerin hukuk düzenindeki ihlal ediciliğinin nitelik ve nicelik yönünden farklı olduğu göz ardı edilemez⁴²⁹. Ceza hukuku, bireyin hem özgür yaşamı hem de insan onuruna yaraşır gelişimi için vazgeçilmez olan hukuki varlıkları zarara uğratan ya da bunları somut tehlikeye sokan fiilleri ve aynı biçimde faili tarafından yaratıldıktan sonra önlenmesi ve kontrol edilmesi güç olan çok ağır soyut tehlikeleri konu edinir. Buna karşılık, kabahatler, belirli bir kurum ya da sisteme ilişkin tehlikelere karşı ya da bu kurum ya da sistemin varlığını sürdürebilmesi için gerekli olan önlemlere yönelik ihlalleri konu edinir. Dikkat edilirse, en alışıldık kabahatler, bireye ait hukuki varlıklara saldırmayan ancak güvencesi devlet olan kurum ve sistemlerin sahip olduğu düzeni sarsan tehlikeli davranışlardır. Aynı biçimde bir kurumun içinde dürüst davranmaya yönelik kuralların oluşturduğu düzenin sarsılması da ceza hukukunun değil kabahat hukukunun konusudur⁴³⁰. Kanımızca 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 53/5-b ilgili fiili, kabahat öngören ceza normuyla da düzenlemeli ve böylece gölge yazarın fiilini ve gölge yazarlık anlaşmasına aracılık edenlerin katkısını yaptırımla karşılamalıdır.

Belirli bir toplumsal kesimde egemen kurallara aykırılık oluşturan fiillere idari para cezasıyla karşılık verilmesinin en tipik örneği, sporda uyarıcıyla (*doping*) mücadele kapsamında uygulanan cezadır.

424 Bilimsel dürüstlüğe aykırı davranışların, bir ticari faaliyet çerçevesinde desteklenmesini önlemek için ceza hukukunun müdahalesinin anayasaya aykırı olmayacağı yönünde bkz. Linke (n 411) 332-333.

425 Wolfgang Mitsch in Wolfgang Mitsch (ed.) *Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz (KK-OWiG)* (5. Auflage, C. H. Beck 2018) Einleitung, A, N. 1.

426 Haluk Toroslu, *Ceza Müeyyidesi* (Savaş 2010) 19. Alman hukuku yönünden karşı. Mitsch (n 425) A, N. 3.

427 Karş. Toroslu (n 426) 20.

428 Mitsch (n 425) A, N. 3.

429 *ibid* C, III, 2, N. 114-115.

430 *ibid* C, III, 2, N. 117.

Alman ceza hukukunda, spor dolandırıcılığı başlığında suç olarak düzenlenen uyarıcı kullanımı, aslında suç olarak düzenlenecek bir ihlal ediciliğe sahip değildir. Gerçekten de Alman ceza hukuku öğretisindeki egemen görüş uyarınca, spor yarışmalarında performans arttırıcı ya da uyarıcı kimyasal kullanımının spor alanındaki fırsat eşitliğine ilişkin olduğu, bu alanı düzenleyen kurallara ilişkin olduğu ileri sürülmektedir. Alman ceza hukuku öğretisi tarafından ceza hukuku dogmatikinden habersiz olduğu eleştirisi alan Alman ceza yasası koyucusunun düştüğü bu yanılgıya, Avusturya, İsviçre ve Türk yasa koyucuları düşmemiştir. Spor yarışmalarında olduğu gibi akademik yaşamda da geçerli olan ve bu sınırları belirlenmiş toplumsal kesimin üyelerini muhatap alan dürüst davranmaya ve kabul görmeye ilişkin kuralların çiğnenmesinin, ekonomik kazanç sağlamanın kaynağı olduğu gölge yazarlık anlaşmalarının da kabahat öngören ceza normuyla yasaklanmasının daha isabetli olacağı açıktır.

VI. SONUÇ

Bu çalışmada ulaşılan sonuçların ve belli başlı tartışma konularında savunulan görüşlerin aşağıdaki şekilde özetlenmesi mümkündür:

- Gölge yazar kavramı tartışmalıdır ve yasal bir düzenlemenin yokluğunda yüksek ihtimalle tartışmalı kalmaya da devam edecektir. Bu çalışmada kabul ettiğimiz gölge yazar tanımı, “bir eseri kısmen veya tamamen yaratarak bu eserin başka bir kişinin adıyla ya da başkası tarafından seçilecek müstear adla yayınlanması veya umuma arz edilmesi konusunda anlaşılan gerçek kişi” şeklindedir. Öncelikle, buradaki “başkası tarafından seçilecek müstear ad” ifadesinden anlaşılması gereken, müstear adı seçme yetkisi verilen kişiye, gölge yazar ile eser arasındaki bağlantıyı kesebilecek ölçüde geniş bir tasarruf imkanının tanınmış olmasıdır. Diğer taraftan, gölge yazarın başkasının kimliğine bürünüp, onun üslup ve fikir dünyasına göre eseri yaratmasının (= *Fremdororientiertheit*) bir kavramsal gereklilik olduğu görüşü reddedilerek bu unsur tanıma dahil edilmemiştir. Bunda gölge yazar tarafından önceden (kimse taklit edilmeden) hazırlanmış bir eserin gölge yazarlık sözleşmesinin konusunu oluşturabilmesinin önemli bir payı vardır.
- İntihalin fikri mülkiyet hukuku ve bilimsel alanda farklı kavramlar olduğu kabul edilmelidir. Mevzuatımızda bunu destekleyecek düzenlemeler mevcuttur. Aynı düzenlemeler incelendiğinde, hukukumuzda sadece fikri mülkiyet hukuku bakımından değil, bilimsel alanda da intihal ile gölge yazarlığın farklı kavramlar olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır.
- Türk öğretisindeki hâkim görüş ve Yargıtay içtihadıyla paralel olarak, gölge yazarlık sözleşmesiyle eser sahibinin manevi haklarından olan adın belirtilmesi hakkının bir bütün olarak devredilebileceği görüşü reddedilmelidir. II, C başlığında açıklandığı üzere, yasa koyucu mali hakların bir bütün olarak devrini düzenleyen FSEK m. 49/I’de manevi haklar bakımından bilinçli olarak susmuş ve böylece bunların devriyle ilgili *olumsuz çözümü* kabul etmiştir. Bu tespit, FSEK’in anılan bölümde değerlendirilen diğer hükümleriyle de uyum içindedir. Sonuçta, eserin sahibi onu yaratan gölge yazardır ve gölge yazar tarafından eserin görünürdeki yazarın adıyla yayınlanacağını kabul edilmesi bunu etkilemeyecektir.

- Fakat adın belirtilmesi hakkının bir bütün olarak devredilemeyeceğinin kabulü, onun kullanımından da feragat edilemeyeceği şeklinde anlaşılmalıdır. Hakkın kullanımından feragat, eser sahibinin işleme konu manevi hakkı bakımından hukuken engelleyebileceği bir müdahaleye katlanma yükümlülüğü altına girmesi biçiminde anlaşılmalıdır. Böyle bir feragatin *de facto* hakkın bir bütün olarak devri sonucunu doğuracağını ileri sürerek gölge yazarlık sözleşmelerini bu sebeple geçersiz sayan görüş, III, B, 1 başlığında açıklanan sebeplerle isabetli görünmemektedir. Ancak FSEK m. 11'deki adi karinenin, katılmadığımız bu görüşün güçlü yanlarından birini teşkil ettiği tekrar vurgulanmalıdır. Alman ve İsviçre öğretisinde hâkim görünen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, gölge yazarlık sözleşmesiyle adın belirtilmesi hakkının kullanımından feragat geçerlidir. Gölge yazarlık sözleşmelerini sırf bu sebeple (*per se*) geçersiz saymak imkânı yoktur. Ancak bundan gölge yazarlık sözleşmelerinin tamamının geçerli olduğu sonucu da çıkmamaktadır. Geçerlilik incelemesine eser türü özelinde devam edilmesi gerekmektedir. Bu konuda, eser türüne göre ayrı ayrı değerlendirme yapılmasının aynı durumlara, yani gölge yazarlık sözleşmelerine, farklı muamele edilmesi anlamına geleceği yönündeki düşünceler isabetli değildir. Kanımızca eser türüne göre gölge yazarlık sözleşmesinin ilgilendirdiği menfaatler değiştiğinden bunların tek bir sepette toplanması mümkün görünmemektedir.
- Bilimsel eserlere ilişkin gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerliliği ikiye ayrılarak incelenmelidir. Eğer ortada unvan almak için gereken bir bilimsel eseri konu edinen bir gölge yazarlık sözleşmesi varsa, kanaatimizce bu sözleşme III, B, 2, a'da açıklanan sebeplerle yasaklayıcı hükme aykırılıktan kesin hükümsüzdür. Aynısı öğrencilerin yıl sonu değerlendirmesinde dikkate alınacak ödev vb. çalışmalarını konu alan gölge yazarlık sözleşmeleri için de kabul edilmelidir. Ancak yasal düzenleme yokluğundan dolayı bunlarla ilgili olarak ulaşılan sonuca diğer bilimsel eserleri konu edinen gölge yazarlık sözleşmeleri bakımından ulaşılamayacaktır. Yine anılan bölümdeki gerekçelerle bunların genel ahlaka aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olduğu kabul edilmelidir. Böyle durumlarda her iki tarafın da hukuka veya ahlaka aykırı amaçla hareket etmesi sebebiyle, bir bilimsel eserin görünürdeki yazarının gölge yazardan iade talep etmesi hâlinde mahkemenin TBK m. 81 uyarınca kazancın Devlete mal edilmesine karar vermesi isabetli olacaktır.
- Edebiyat eserleri ve kurgusal olmayan eserleri konu edinen gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerliliği, belki de karar verilmesi en zor konudur. Kanımızca burada da ikili bir ayrıma gidilmelidir. Bu eser türlerini konu alan tüm gölge yazarlık sözleşmelerinin kamuyu yanıltması sebebiyle genel ahlaka aykırılıktan kesin hükümsüz olduğu görüşü tam olarak isabetli görünmemektedir. Bunun tam tersi istikamette, bu sözleşmelerin hiçbirinin kamuyu yanıltmadığı görüşü de gerçekçi olmaktan uzaktır. III, B, 2, b'de açıkladığımız üzere, bizce bu eserleri konu alan gölge yazarlık sözleşmeleri ünlü kişilerin adını fikri alanda ticarileştirmek için yapılmışsa, bunların TBK m. 27 uyarınca genel ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz olacağı kabul edilebilir. Ancak diğer durumlarda, özellikle seri edebiyat eserlerinde, tüketicinin alım kararını etkileme ölçütü kural olarak gerçekleşmeyeceğinden kamuyu yanıltma ve genel ahlaka aykırılık söz konusu olmayacaktır.

- Otobiyografiler ve siyasi konuşma metinleriyle ilgili gölge yazarlık sözleşmeleri ise, öğretilerdeki hâkim görüşe paralel olarak, geçerli sayılmalıdır.
- Eğer III, C'de açıklanan şartlar gerçekleşmişse, görünürdeki yazarın adıyla yayınlanmış eseri satın alan tüketicinin hile sebebiyle sözleşmeyi iptal edebileceği kabul edilmelidir. Yalnız bu durumda TBK m. 39 uyarınca hilenin öğrenildiği tarih olarak gölge yazarın eser sahipliğini kamuya açıkladığı değil, bu konudaki davanın başarıya ulaştığının öğrenildiği tarih esas alınmalıdır. Tüketiciden hukuken kesinleşmemiş bir iddiaya/söylentiye bağlı olarak harekete geçmesi beklenmemelidir.
- Gölge yazar ile görünürdeki yazar arasında geçerli bir sözleşme ilişkisi bulunmasa da gölge yazarlık anlaşmasından doğacak “talep” ve “beklenti”ler dolandırıcılık suçunu tanımlayan ceza normunun koruması altında değerlendirilebilir.
- Bir kimseye sağlanacak olan ekonomik desteğin amacı özellikle akademik bir tezin desteklenmesiyse, eserin özgün biçimde kendisi tarafından yazıldığı konusunda destekleyeni örtülü ya da açık biçimde kasten aldatarak ve aldatma sonucu malvarlığına zarar vererek yarar sağlayan görünürdeki yazar, dolandırıcılık suçu işlemiştir. Gölge yazarın eseri yazıp teslim etmesi fiili, koşulları içinde yardım etme suretiyle katılma ya da müşterek fail olarak değerlendirilebilir.
- Görünürdeki yazarın, gölge yazarlık anlaşması sonucu ortaya çıkan eseri sunarak elde ettiği akademik unvan gerçeğe aykırı değildir. Bu nedenle görünürdeki yazar, bu akademik unvan ve niteliğe sahip olduğu konusunda kendini istihdam edeni aldatmamaktadır. Dolayısıyla görünürdeki yazar istihdam edilirken, o nitelik ya da unvanda eksiklik olduğundan bahisle istihdam dolandırıcılığının oluştuğundan söz edilemez. Buna karşılık hâlihazırda bu eseri kendisi yazmış olduğu için verilen bir ücret söz konusuysa ya da maaş sınıflandırmasında bu nedenle yükselmişse manevi unsurların da oluşmasıyla birlikte artık dolandırıcılık suçunun işlendiği kabul edilecektir.
- Görünürdeki yazarın, o eseri kendisinin yazdığı ve o esere bağlanan kişisel nitelikteki özelliklere sahip olduğu konusundaki dolanının, istihdam ilişkisinde zarar olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kamu istihdamı söz konusu olduğunda dolandırıcılığı kabul etmek olanaklıyken; diğer görüş önceden yapılan bu kabulü benimsememektedir. Fakat her durumda, dolandırıcılık suçunda zarar unsurunun gerçekleşmesi ve davranışın da zarar doğurmaya elverişli olması gerekir.
- İstihdam dolandırıcılığı hallerinde gölge yazarın koşulları içinde yardım ederek suça katıldığı kabul edilebilir. Müşterek faillik, gölge yazarın katkısı hazırlık aşamasında gerçekleştiği için olanaklı gözükmemektedir.
- Görünürdeki yazar, özel belgede fikri sahtecilik işlediği için onun fiili, Türk hukukunda belgede sahtecilik suçu yönünden tipik değildir; cezalandırılmaz.
- Adın belirtmesi hakkının bir bütün olarak devredilememesi nedeniyle gölge yazarlık anlaşmasının geçersiz olması tek başına rızayı geçersiz kılmaz. FSEK m. 71/I-2'de cezaen korunan hukuki varlık, bizatihi eser sahibine aittir; bireysel hukuki varlıktır. Gölge yazarın rıza

verdiği fiil, yani kendi eserine görünürdeki yazarın adını koyması, FSEK m. 71/I-2'deki tipik fiil değildir; ceza sorumluluğu doğmaz.

- Ceza hukuku politikası yönünden, sırf dürüst olmadığı için bir davranışı cezalandırmak hukuki varlık kuramıyla haklı kılınmaz. Aslında bir kimsenin başkalarının da bağlı olduğu kurallara riayet etmemesi, tanım gereği, dürüst bir davranış değildir.
- Bilimsel dürüstlük ya da akademik bütünlük, akademi olarak adlandırılan toplumsal ya da mesleki kesimin üyeleri için geçerlilik arz eden kuralların oluşturduğu düzendir. Gölge yazarlığın bilimsel dürüstlük olarak adlandırılan düzene aykırılık oluşturduğu açıktır. Ancak yukarıda açıklanan gerekçelerle, salt bu düzene aykırı davranışlara karşı devletin doğrudan doğruya adli cezayla karşılık verebileceğini düşünmek isabetsizdir.
- Bilimsel dürüstlük tek başına bir hukuki varlık olamaz. Bu dürüstlük üzerindeki kamusal ve ekonomik yararların hukuki varlık olarak değerlendirilebileceği düşünülebilir. Çünkü akademik derece ve unvanların temelindeki emeğin gerçekten o unvanı alan kişi tarafından harcanmış olduğu ve bu nedenle bu kimsenin derecesinin ve unvanının dürüst olduğuna yönelik kamusal ve ekonomik yararın önemi yadsınamaz. Fakat akademik dürüstlükten beklenen bu yararların tam olarak ne olduğu ortaya koyulmalıdır. Akademi olarak adlandırılan toplumsal ya da mesleki kesimi aşan hangi etkinin toplum karşısı ya da topluma zararlı olarak değerlendirilebileceğinin netleştirilmesi şarttır. Bu netleştirilmeksizin ceza normuna başvurmak isabetsiz olacaktır. Bu netleştirildiği takdirde dahi gölge yazarlığın, doğrudan doğruya adli cezaya bağlanması ceza hukukunun ikincilliği ilkesine aykırılık oluşturur. Gölge yazarlığın, kabahat öngören ceza normuyla tanımlanması ve yaptırıma bağlanması, ihlal ediciliğin giderilmesi ve önleyicilik yönünden daha elverişlidir.

KAYNAKÇA

- Ahlberg H in Hartwig Ahlberg und Horst-Peter Götting (eds.) *Möhring/Nicolini Urheberrecht* (4. Auflage, Beck 2018).
- Ahrens HJ, 'Der Ghostwriter – Prüfstein des Urheberpersönlichkeitsrechts' (2013) 115(21) *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)* 21-25.
- Alimoğlu K, *Fikir ve Sanat Eserleriyle İlgili Manevi Mali ve Bağlantılı Hakların İhlali Suçları* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2010).
- Altınok-Ormancı P, *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi* (Vedat 2011).
- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin E ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükmümler* (14. Baskı Adalet 2020).
- Ateş M, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması* (Seçkin 2003).
- Ayiter N, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri* (Sevinç 1972).
- Bamforth N, 'Combating Plagiarism: the Experience at Oxford University' in Thomas Dreier und Ansgar Ohly (eds.), *Plagiate, Wissenschaftsethik und Recht* (Mohr Siebeck 2013) 67-79.
- Barrelet D und Egloff W, *Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* (4. Auflage, Stämpfli 2020).
- Beccaria C, (çev. Sami Selçuk), *Suçlar ve Cezalar Hakkında* (6. Baskı, İmge 2016).

- Becker F in Volker Epping (ed.), *Niedersächsisches Hochschulgesetz mit Hochschulzulassungsgesetz Handkommentar* (Nomos 2016).
- Bellican C, *Fikri Hukukta Manevi Haklar ve Manevi Hakların Korunması* (Yayımlanmamış Doktora Tezi 2008).
- Binding K, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil Erster Band* (2. Auflage, Verlag von Wilhelm Engelmann 1902).
- Bozbel S, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (On İki Levha 2012). (Kısaltma: Fikir ve Sanat Eserleri)
- Bozbel S, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (On İki Levha 2015).
- Brehm S, *Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten bei Ghostwriter-Verträgen* (2015) <<https://othes.univie.ac.at/39434/>>.
- Bullinger W in Artur-Axel Wandtke und Winfried Bullinger (eds.), *Praxiskommentar Urheberrecht: UrhG* (5. Auflage, Beck 2019).
- Çağlayan Aksoy P, 'Sebepsiz Zenginleşme Hukukunda İade Talebinde Bulunulmasını Engelleyen TBK Madde 81 Hükmü Üzerine Bir İnceleme' (2015) 31(4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 131-180.
- de Spinoza B, (çev. Çiğdem Dürüşken), *Ethica* (7. Baskı, Alfa 2019).
- de Werra J in Barbara K. Müller und Reinhard Oertli (eds.), *Urheberrechtsgesetz (URG), Stämpflis Handkommentar (SHK)* (2. Auflage, Stämpfli 2012).
- Deleuze G and Guattari F, (trans. Hugh Tomlinson and Graham Burchell), *What is Philosophy?* (Columbia University Press 1994).
- Demirel M, 'Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza' (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1469-1523.
- Dessemontet F, *Intellectual Property Law In Switzerland* (4. Edition, Wolters Kluwer 2019).
- Dietz A, 'The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Civil Law Countries' (1994-1995) 19(3-4) Columbia – VLA Journal of Law & the Arts 199-227.
- Dreyer G in Gunda Dreyer, Jost Kotthoff, Astrid Meckel ve Christian-Henner Hentsch (eds.) *Heidelberg Kommentar, Urheberrecht* (4. Auflage, C. F. Müller 2018).
- Dural M, 'Akitten Doğan Yapmama Borçları' (1970) 4(6) İÜMHAD 7-22.
- Dustmann A in Axel Nordemann, Jan Bernd Nordemann, Christian Czychowski (eds.) *Fromm/Nordemann Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Einigungsvertrag (Urheberrecht), neu: zur EU-Portabilitätsverordnung* (12. Auflage, Kohlhammer 2018).
- Ercan C, 'Fikri Hak Kavramı ve Eser Sahibinin Manevi Haklarının Genel Anlamda Kişilik Hakkıyla İlişkisi' (2021) 12(46) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 377-412.
- Erel Ş, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (3. Bası, Yetkin 2009).
- Fikret E, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Baskı, Yetkin 2021).
- Erman S, *Sahtekârlık Cürümleri*, (3. Baskı, Sulhi Garan 1970).
- Eryıldırım ZM, *Elektronik Kitap Uygulaması ve Getirdiği Hukuki Sorunlar* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019).
- Feldmann T, 'Zulässigkeit und Grenzen von Ghostwriter-Vereinbarungen' (2009) 29 jurisPR-ITR Anm. 5 <www.juris.de>.
- Feuerbach PJA, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts* (Georg Friedrich Heyer 1801).
- Gassler M, *Die Zurechnung der Urheberschaft unter besonderer Berücksichtigung von Ghostwriting* (2019) <<https://unipub.uni-graz.at/obvugrhs/content/titleinfo/4382108>>.
- Goeckenjan I, '„Wissenschaftsbetrug“ als Straftat?' (2013) 68 (13) JZ 723-732.

- Gökyayla E, 'Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İntihal Kavramı' iç Tekin Memiş (ed.), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı* 2009 (On İki Levha 2009) 285-292.
- Gözler K, *Örnekleriyle Üsülsüz Alıntı Sorunu* (Yazarın Kendi Yayını 2013).
- Greco L, *Lebendiges und Totes in Feurbachs Strafrecht. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion* (Duncker & Humblot 2009).
- Groh D, "Mit fremden Federn": Zur Wirksamkeit von Ghostwritervereinbarungen' (2012) 114(9) *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)* 870-875.
- Grübler U, 'Urheberrecht im Bereich der Wissenschaft' in Hartwig Ahlberg, Horst-Peter Götting und Anne Lauber-Rönsberg (eds.), *Beck'scher Online-Kommentar – Urheberrecht, Sonderbereiche* (32. Auflage, Beck 2021) <<https://beck-online.beck.de>>.
- Gürzumar OB, *Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukukun Korunması* (Seçkin 1995).
- Haberstumpf H in Wolfgang Büscher, Stefa Dittmer und Peter Schiwy (eds.) *Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht* (3. Auflage, Carl Heymanns 2015).
- Hefendehl R in Roland Hefendehl und Olaf Hohmann (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5: §§ 263-358 StGB* (3. Auflage, Beck 2019).
- Hilty RM, *Lizenzvertragsrecht: Systematisierung und Typisierung aus schütz – und schuldrechtlicher Sicht* (Stämpfli 2001).
- Hilty RM, *Urheberrecht* (2. Auflage, Schulthess 2020). (Kısaltma: Urheberrecht)
- Hirsch E, *Hukuki Bakımdan Fikri Say, İkinci Cilt, Fikri Haklar (Telif Hukuku)* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1943).
- Hoche A in Artur-Axel Wandtke und Winfried Bullinger (eds.), *Praxiskommentar Urheberrecht: UrhG* (5. Auflage, Beck 2019).
- Hoeren T in Ulrich Loewenheim (ed.), *Handbuch des Urheberrechts* (3. Auflage, Beck 2021).
- Hug G in Barbara K. Müller und Reinhard Oertli (eds.), *Urheberrechtsgesetz (URG), Stämpflis Handkommentar (SHK)* (2. Auflage, Stämpfli 2012).
- Jankowska M, 'On the Implications of the Unalienability of the Right of Authorship for Ghostwriting Contracts' (2013) 18 *Review of Comparative Law* 77-92.
- Jung P in Peter Jung und Philippe Spitz (eds.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Stämpflis Handkommentar (SHK)* (2. Auflage, Stämpfli 2016).
- Karaaslan P, 'Gölge Yazarlık Sözleşmesi' (2020) 15(164) *Terazi Hukuk Dergisi* 765-773.
- Kılıçoğlu A, *Sinai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar* (5. Bası, Turhan 2019).
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Seçkin 2020).
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (6. Baskı, Adalet 2019).
- Kocaoğlu A, *Telif Hakkının İhlali Suçları (FSEK md. 71)* (Seçkin 2021).
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme* (4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, Filiz 2017).
- Kramer E in Arthur Meier-Hayoz (ed.), *Berner Kommentar zum schweizerisches Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterband 1a: Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR* (Stämpfli 1991).
- Krainbirg J, *Spenden – und Bettelbetrug?* (Duncker & Humblot 2015).
- Kudlich H, 'Die strafrechtliche Beurteilung des Wissenschaftsplagiats' in Thomas Dreier und Ansgar Ohly (eds.), *Plagiate, Wissenschaftsethik und Recht* (Mohr Siebeck 2013) 117-133.

- Lettl T, *Urheberrecht* (4. Auflage, Beck 2021).
- Leuze D, 'Ghostwriter im Abhängigkeitsverhältnis – Bemerkungen zum Urteil des OLG Frankfurt a.M. 'betriebswirtschaftlicher Aufsatz' (2010) 112(4) Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 307-309.
- Linke T, 'Brauchen wir ein „Promotions – und Prüfungsstrafrecht“?' NVwZ (2015) 327-333.
- Loewenheim U in Gerhard Schricker und Ulrich Loewenheim (eds.), *Urheberrecht Kommentar* (6. Auflage, Beck 2020).
- Loewenheim U und Leistner M in Ulrich Loewenheim (ed.), *Handbuch des Urheberrechts* (3. Auflage, Beck 2021).
- Löwer W, 'Aus der Welt der Plagiate' (2012) 3(1) Rechtswissenschaft (RW) 116-138.
- Luhmann N, *Das Recht der Gesellschaft* (8. Auflage, Suhrkamp 2020).
- Magda SY, 'Besonderheiten des Urheberrechtes im Rechtsverkehr' (1996) Heft 8 Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 958-965.
- Manes V, 'Der Beitrag der italienischen Strafrechtswissenschaft zur Rechtsgutlehre' (2002) 114 (3) ZStW 720-736.
- Messmer S, 'Ghostwriting' (2016) Jusletter 1-16.
- Metzger A, 'Zulässigkeit und Bindungswirkung von Ghostwriter-Abreden' in Thomas Dreier ve Ansgar Ohly (eds.), *Plagiate, Wissenschaftsethik und Recht* (Mohr Siebeck 2013) 99-116.
- Mielke U, *Der Schatten und sein Autor: Eine Untersuchung zur Bedeutung des Ghostwriters* (Peter Lang 1995).
- Mitsch W in Wolfgang Mitsch (ed.), *Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz (KK-OWiG)* (5. Auflage, C. H. Beck 2018).
- Müller-Chen M, 'Grundlagen und ausgewählte Fragen des Kunstrechts' 129(II) Zeitschrift für Schweizerisches Recht 5-135.
- Neuner J, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (12. Auflage, Beck 2020).
- Nordemann A in Axel Nordemann, Jan Bernd Nordemann, Christian Czychowski (eds.) *Fromm/Nordemann Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Einigungsvertrag (Urheberrecht), neu: zur EU-Portabilitätsverordnung* (12. Auflage, Kohlhammer 2018).
- Oğlakçioğlu MT, 'Zum Vermögensschaden beim Anstellungsbetrug' (2020) 5 Juristische Rundschau 255-263.
- Oğurlu CŞ, *Fikir ve Sanat Eserlerinin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019).
- Ohly A in Gerhard Schricker und Ulrich Loewenheim (eds.), *Urheberrecht Kommentar* (6. Auflage, Beck 2020).
- Osenberg R, *Die Unverzichtbarkeit des Urheberpersönlichkeitsrechts* (Diss. 1979).
- Öcal Apaydın B ve Tuncer Kazancı İ, 'İsviçre Federal Mahkemesinin Eser Sahipliğinin Tespitine İlişkin Kararının İncelenmesi' (2012) 3(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 331-389.
- Öz MT, 'Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri' iç Herdem Belen ve İsmail Altay (eds.) Prof. Dr. İsmet Sungurbeye Armağan Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları Cilt III (İstanbul Barosu 2014) 16-36.
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, Seçkin 2021).
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin 2021).
- Öztan F, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Turhan 2008).
- Peukert A in Gerhard Schricker und Ulrich Loewenheim (eds.), *Urheberrecht Kommentar* (6. Auflage, Beck 2020).

- Pfortmüller H in Barbara K. Müller und Reinhard Oertli (eds.), *Urheberrechtsgesetz (URG), Stämpfli Handkommentar (SHK)* (2. Auflage, Stämpfli 2012).
- Pınar H, 'Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet İhlalleri' (2012) 18(2) MÜHF-HAD 129-156.
- Piotraut JL, 'An Author's Rights-Based Copyright Law: The Fairness and Morality of French and American Law Compared' (2006) 24(2) *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 549-616.
- Puppe I, *Kleine Schule des juristischen Denkens* (4. Auflage, UTB 2019).
- Rehbinder M und Peukert A, *Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* (18. Auflage, Beck 2018).
- Rehbinder M, 'Verbraucherschützende Bemerkungen zum Urheberrecht des Ghostwriters' in Ernst Brem *et al.* (eds.), *Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini* (de Gruyter 1990) 651-669.
- Rengier R, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (13. Auflage, Beck 2021).
- Rieble V, 'Erscheinungsformen des Plagiats' in Thomas Dreier und Ansgar Ohly (eds.), *Plagiate, Wissenschaftsethik und Recht* (Mohr Siebeck 2013) 31-50. (Kisaltma: Erscheinungsformen)
- Rieble V, *Das Wissenschaftsplagiat: Vom Versagen eines Systems* (Vittorio Klostermann 2010).
- Rigamonti CP, 'Deconstructing Moral Rights' (2006) 47(2) *Harvard International Law Journal* 353-412. (Kisaltma: Moral Rights)
- Rigamonti CP, *Urheberpersönlichkeitsrechte: Globalisierung und Dogmatik einer Rechtsfigur zwischen Urheber und Persönlichkeitsrecht* (Stämpfli 2013).
- Roxin C und Greco L, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre* (5. Auflage, Beck 2020).
- Roxin C, 'Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut' in Martin Böse und Detlev Sternberg-Lieben (eds.), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag* (Duncker & Humblot 2009) 269-287.
- Satzger H, Schluckebier W und Widmaier G (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar (SSW-StGB)* (2. Auflage, Carl Heymanns 2014). (Kisaltma: SSW-StGB/Yazar)
- Schack H 'Wissenschaftsplagiat und Urheberrecht' in Thomas Dreier und Ansgar Ohly (eds.), *Plagiate, Wissenschaftsethik und Recht* (Mohr Siebeck 2013) 81-98.
- Schack H, *Urheber – und Urhebervertragsrecht* (9. Auflage, Mohr Siebeck 2019). (Kisaltma: Urhebervertragsrecht)
- Schimmel R, 'Akademische Ghostwriter: Urheberschaftszuschreibung als nicht verkehrsfähiges Gut' (2012) 14(1) *Kunst und Recht* 10-16.
- Schulze G in Thomas Dreier ve Gernot Schulze (eds.), *Urheberrechtsgesetz Kommentar* (6. Auflage, Beck 2018).
- Schünemann B und Luís G in Gabriele Cirener *et al.* (eds.) *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 2: §§ 19 bis 31* (13. Auflage, De Gruyter 2021).
- Schünemann B, 'Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation' in Roland Hefendehl, Andrew von Hirsch und Wolfgang Wohlers (eds.), *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* (Nomos 2003) 133-154.
- Schünemann B, 'Gefährden Fake News die Demokratie, wächst aber im Strafrecht das Rettende auch?' (2019) 166(10) *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 620-640.
- Seemann M, *Übertragbarkeit von Urheberpersönlichkeitsrechten* (Stämpfli 2008).
- Selçuk S, *Dolandırıcılık*, (Yasa 1982).
- Seliçi Ö, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi* (Fakülteler Matbaası 1976).
- Serozan R, *Hukukta Yöntem – Mantık* (2. Bası, Vedat 2017).

- Serozan R, *Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku* (8. Baskı, Vedat 2018). (Kısaltma: Medeni Hukuk)
- Spickhoff A, 'Zivilrechtliche Wertungen und strafrechtlicher Vermögensbegriff' (2002) 57(20) JZ 970 147-168.
- Stief M, 'Zivilrechtlicher Vertrag und rechtfertigende Einwilligung im Strafrecht – zugleich Überlegungen zum Grundsatz der freien Widerruflichkeit einer Einwilligung' in Karl Riesenhuber, Kanako Takayama und Moritz Bälz (eds.) *Funktionen des Vertrages* (Nomos 2013) 147-168.
- Stratenwerth G, 'Zum Begriff des "Rechtsgutes"' in Eser Albin (eds.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag* (Beck 1998) 377-391.
- Stolz H, *Der Ghostwriter im deutschen Recht* (Beck 1971).
- Suluk C, Karasu R ve Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Seçkin 2021).
- Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat 2012).
- Thomas M. J. Möllers, *Juristische Methodenlehre* (3. Auflage, Beck 2020).
- Thum D in Artur-Axel Wandtke und Winfried Bullinger (eds.), *Praxiskommentar Urheberrecht: UrhG* (5. Auflage, Beck 2019).
- Tiedemann K in H. W. Lauffhütte, R. Rissing-van Saan und Klaus Tiedemann (eds.) *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 9, Teilband 1: §§ 263 bis 283d* (12. Auflage, De Gruyter 2012).
- Toroslu H, *Ceza Müeyyidesi* (Savaş 2010).
- Toroslu N ve Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (25. Baskı, Savaş 2019).
- Toroslu N ve Toroslu H, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (11. Baskı, Savaş 2021). (Kısaltma: Özel Kısım)
- Tosun Y, *Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar* (On İki Levha 2016).
- Turan HS, *Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi* (Seçkin 2012).
- von Jhering R, *Zweck im Recht*, Band I (6.-8. Auflage, Breitkopf und Härtel 1923).
- von Liszt F, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (7. Auflage, J. Guttentag 1896).
- von Planta A, *Ghostwriter* (Stämpfli 1998).
- Völger M, *Wissenschaftsbetrug, Strafrechtliche Aspekte, unter besonderer Berücksichtigung des Missbrauchs staatlicher Forschungsbeförderung* (Schultess 2004).
- Waiblinger J, "Plagiat" in der Wissenschaft: Zum Schutz wissenschaftlicher Schriftwerke im Urheber – und Wissenschaftsrecht (Nomos 2012).
- Weber K, 'Das Plagiat im Urheberrecht' (2013) 7 Wettbewerb in Recht und Praxis 859-866.
- Windsberger A, 'Verbotene Gegenstände als Schutzgüter des Strafrechts? – Über die Auslegung des Vermögensbegriffs' (2021) 133 (1) ZStW 123-151.
- Wirtz M in Axel Nordemann, Jan Bernd Nordemann, Christian Czychowski (eds.) *Fromm/Nordemann Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Einigungsvertrag (Urheberrecht), neu: zur EU-Portabilitätsverordnung* (12. Auflage, Kohlhammer 2018).
- Yasaman H, *Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku: Fikir ve Sanat Eserleri, Endüstriyel Tasarımlar, Patentler ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalâalar, Bilirkişi Raporları* (Vedat 2006).
- Yavuz MR, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71. Maddesinde Düzenlenen Manevi, Mali veya Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçu* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2010).

Örnek Bir Karar Çerçevesinde Çocuğun Soyadının Değiştirilmesi Bakımından Yargıtay'ın Tutumunun Eleştirisi

A Critique of the Supreme Court's Attitude Towards Requests to Change the Child's Surname in Light of a Recent Decision

Esra Dursun 

ÖZ

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2021/184 Esas, 2021/716 Karar ve 28.01.2021 tarihli kararında, çocuğun soyadı değişikliği için açılan davanın babanın yokluğunda görülerek hüküm verilmesinin yerinde olmadığına, zira bu yargılama sonunda babanın hukuki durumunun etkilenme ihtimalinin bulunduğuna karar verilmiştir. Uygulamada çocuğun soyadı değişikliği yargılamasında, bunun gibi birçok hatalı tespitle karşılaşmaktadır. Zira uygulanan hükümler başta olmak üzere yargılamaya bakış açısı kararda da olduğu gibi hatalıdır. Bu çalışmada, çocuğun soyadı değişikliği yargılaması, 28.01.2021 tarihli Yargıtay kararı ve kararın arka planını oluşturan perspektif ekseninde incelenmiştir. Bu inceleme için Kanun'un sistematığı ve yargılamaya hakim ilkeler değerlendirilmiş ve soyadı değişikliği hakkının niteliği ile kullanımı açıklanmıştır. Nihayetinde çocuğun soyadı değişikliği yargılamasında görevli mahkeme ve taraf/taraflar tespit edilerek yargılamanın maddi hukuk ve usul hukuku boyutu değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Çocuğun soyadı, Çocuğun üstün yararı, Görevli mahkeme, Yargılamanın tarafları

ABSTRACT

In the decision of the 2nd Civil Chamber of the Supreme Court (Docket Number: 2021/184, Decision Number: 2021/716, Date: 28.01.2021), the judgement of the lawsuit for the child's surname change was found unlawful since the legal status of the father shall likely to be affected. In practice, many other incorrect determinations were found in the proceedings for the surname change of the child. Especially, the applied provisions and the judiciary point of view is often incorrect as in the judgement. In this article, the child's surname change proceedings were examined according to the Supreme Court Judgement dated 28.01.2021 and the perspective that constituted the background of the judgement. This review evaluated the systematic of the law and the principles governing the proceedings and explained the nature and use of the right to change surnames. Finally, the substantive law and procedural law perspectives of the proceedings were evaluated according to the determination of the competent court and party/parties of the child's surname change proceedings.

Keywords: Child's surname, The best interests of the child, Competent court, Parties of the proceeding

* Avukat (İstanbul Barosu), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, ORCID: 0000-0002-1247-7100

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Esra DURSUN

E-posta/E-mail: esraadursun@gmail.com

Geliş Tarihi/Received: 09.03.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 05.05.2022

I. OLAY

Anne, velayeti kendisinde olan çocuğunun soyadının, babasının soyadı yerine kendi soyadı olması için İstanbul Anadolu 21. Aile Mahkemesi'nde dava açmıştır. Dava sonunda talep kabul edilmiş ve karar kesinleşmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise yalnızca nüfus müdürlüğünün davalı olarak gösterilmesi ve babanın yokluğunda karar verilmesi nedenleriyle kanun yararına bozma talebinde bulunmuş ve bunun üzerine Yargıtay 2. Hukuk Dairesi kanun yararına bozma kararı vermiştir. İlgili karar 26.03.2021 tarihinde, 31435 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

II. OLAYIN GELİŞİMİ

A. İSTANBUL ANADOLU 21. AİLE MAHKEMESİ'NİN 30.10.2018 TARİH VE 2018/472 E. 2018/900 K. KÜNYELİ KARARI

Velayeti annede olan çocuk babasının soyadını taşımaktadır. Davacı anne, İstanbul Anadolu 21. Aile Mahkemesi'nde, "çocuğun annesinin soyadını kullanmaya izin" konulu dava açmıştır¹. Davalı olarak Kartal Nüfus Müdürlüğü'nün gösterildiği dava kabul edilmiştir. Yerel mahkeme, gerekçesinde, velayet hakkı kendisine bırakılan annenin kendi soyadını çocuğa vermesi yönünde Türk Medeni Kanunu (TMK) madde (m.) 321 bağlamında bir düzenleme bulunmadığını, engel nitelikte görülen 2525 sayılı Soyadı Kanunu m. 4/2'nin iptal edildiğini ve TMK m. 27 uyarınca haklı nedenlerin varlığının soyadı değişikliğine izin verdiğini ileri sürmüştür. Yine gerekçede, anne ile çocuk arasındaki soyadı farklılığının günlük yaşamda anne açısından zorluklara neden olabileceği; çocuğun da psikolojisinin etkilendiği iddiasının haklı neden olarak değerlendirildiği, Anayasa m. 10 gereği erkeğe tanınan soyadını taşıma hakkının kadına da tanınması gerektiği belirtilmiştir. İlâveten, çocuğun velayetinin annede bulunmasının annenin kendi soyadının kullanılmasını hususunda dava açma hak ve menfaatine işaret ettiğine dikkat çekilmiş ve dava kabul edilmiştir. Yerel mahkeme kararı yasal süresi içerisinde istinaf edilmediğinden hüküm kesinleşmiştir.

B. YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞI'NIN KANUN YARARINA BOZMA TALEBİ VE YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ'NİN 28.01.2021 TARİH VE 2021/184 E. VE 2021/716 K. KÜNYELİ KARARI

Adalet Bakanlığının 10.09.2020 tarihli yazısı üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, 2020/83751 sayılı ve 04.01.2021 tarihli yazısı ile kanun yoluna başvurulmadığı için kesinleşen yerel mahkeme kararı bakımından kanun yararına bozma talebinde bulunmuş ve dosya Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'ne gönderilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın talebi üzerine Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, kanun yararına bozma kararı vermiştir². Karara göre, yerel mahkeme kararında davalı olarak yalnızca Kartal Nüfus Müdürlüğü'nün gösterilmesi ve çocuğun babasının yokluğunda davanın görülüp hüküm verilmesi yerinde değildir. Yüksek mahkeme, verilecek karar küçüğün babasının hukuki durumunu da etkileyeceğinden babanın davaya dahil edilmesi; gösterdiği taktirde delillerin toplanması, tüm deliller birlikte değerlendirilerek gerçekleştirilecek sonucu uyarınca bir hüküm kurulması gerektiğini

1 İstanbul Anadolu 21 Aile Mahkemesi, E 2018/472 K 2018/900, 30.10.2018 (Karar yayınlanmamıştır).

2 Yargıtay 2 HD, E 2021/184 K 2021/716, 28.01.2021.

ifade etmiş ve yerel mahkemenin eksik hasım ve inceleme ile karar verdiğini belirtmiştir. Bu sebeple Yargıtay, ilgili şekilde hüküm kurulmasını doğru görmeyerek İstanbul Anadolu 21. Aile Mahkemesi'nin 2018/472 Esas (E) ve 2018/900 Karar (K) künyeli kararını kanun yararına bozmuştur.

III. HUKUKİ SORUN

Bu çalışmaya konu olan Yargıtay 2. Hukuk Dairesi kararında, çocuğun soyadı değişikliği talepli bir davada babanın da yargılamaya katılması gerektiği ve babanın yokluğunda davanın görülmesinin yerinde olmadığı ileri sürülmüştür. Bu ifadelerden anlaşılacağı üzere Yargıtay, çocuğun soyadı değişikliği yargılamasında babanın davaya taraf olması gerektiğini kabul etmektedir. Bu sebeplerle incelenmesi gereken hukuki sorun çocuğun soyadının değiştirilmesi bakımından yargılamanın taraf/ tarafları ve bu hususun kaynağı olan soyadı değişikliği hakkının niteliği ve kullanımının belirlenmesidir. Daha genel bir tabirle çocuğun soyadı değişikliğinin maddi hukuk ve usul hukuku anlamında incelenmesi gerekmektedir.

IV. İNCELEME

A. GENEL OLARAK

Ad, öz ad ve soyadı olmak üzere iki ana ögeden oluşur. Bilindiği üzere soyadı veya diğer bir deyişle aile adı, adın kişileri birbirinden ayırma özelliğini bünyesinde ihtiva eder ve aynı nesilden gelenleri de diğerlerinden ayırır³. Soyadının bir kimseyi diğer kimselerden ayırma özelliği adın düzen fonksiyonu bağlamında son derece önem arz etmektedir. Düzen fonksiyonunun yerine getirilmesini sağlayan adın değişmezliği/sürekliliği ilkesi, soyadının değiştirilmesi bakımından da dikkat edilmesi gereken hususlardan ilkidir. Bu nedenlerle kanun koyucu, adın değiştirilmesinin düzenlendiği TMK m. 27'de, değişiklik için haklı bir sebebin varlığını aramıştır⁴. Fakat temelde, evlenen kadının soyadına yargı kararları ile getirilmeye çalışılan çözümün ne yazık ki var olan problemleri sona erdirmemesi, çocuğun soyadı bakımından da sorunların gündemde kalmasına neden olmaktadır. Zira Kanun hükmünün değiştirilmemesi ve bu nedenle kadının evlilik sonrasında da münhasıran kendi soyadını kullanmasının ancak mahkeme kararı ile mümkün olması suni bir çare yaratmaktadır. Soyadının belirlenmesi safhasında yaşanan bu problem doğal olarak çocuğun soyadının kazanılması, değiştirilmesi noktasında da sorunlara sebep olmakta ve bu sorunlar ne yazık ki geçici çözümler ile ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır.

B. ÇOCUĞUN SOYADININ DEĞİŞTİRİLMESİ

1. TMK M. 321 VE M. 27'NİN KARŞILAŞTIRILMASI

TMK m. 321, "Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin... soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekarlık soyadını taşır" şeklindedir. TMK m. 321'in "evli değilse

3 Yıldız Abik, *Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı* (Seçkin 2005) 31; Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler* (Dokuzuncu Baskı, Legal 2021) 175-176; Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (Yirmi İkinci Baskı, Filiz 2021) 170; Esra Dursun, *Türk Medeni Hukukunda Kadın ve Çocuğun Soyadı* (On İki Levha 2018) 8.

4 Abik (n 3) 47.

ananın” şeklinde olan kısmının Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi⁵ sonrasında anne ve babası evli olmayan çocukların soyadı noktasında doktrinde çeşitli tartışmalar⁶ ileri sürülmüştür. Her ne kadar Nüfus Hizmetleri Kanunu⁷ (NHK) m. 28⁸ olması gereken hukuk bakımından tatmin edici olmasa da hukuki açıdan sonuç doğurmaktadır⁹. Anılan gerekçelerle denebilir ki çocuk ile babası arasındaki soybağı hangi şekilde kurulmuş olursa olsun çocuk babasının soyadını alacaktır¹⁰.

5 Anayasa Mahkemesi, E 2005/114 K 2009/105, 8.2.2011.

6 Bu hususta bir görüş, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrasında anne babası evli olmayan çocuk bakımından soyadının ne olacağı hususunun Medeni Kanun'da bir karşılığı olmadığını ileri sürmektedir. Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun, Medeni Kanun hükmünü değiştirmeyeceğini zira bu Kanun'un nüfus hizmetlerini düzenleyen prosedür bir kanun olduğunu ve maddi hukuk kuralları koyan Medeni Kanun'a etki etmeyeceğini belirtmektedir. Yine görüşe göre bu hüküm ancak Medeni Kanun'a eklenirse bir sonuç doğuracaktır. İlgili eleştiriler bakımından bkz. Saibe Oktay Özdemir, 'Anayasa Mahkemesi'nin Soyadı Kanunu m. 4'ü İptal Eden 8.12.2011 Tarih ve 119/165 Sayılı Kararı'nın Değerlendirilmesi' iç Tufan Ögüz ve İlhan Helvacı (edr), *Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012)* (On İki Levha 2013) 189 vd.; Saibe Oktay Özdemir, 'Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler' Prof. Dr. Zahit İmr'e Armağan (Der 2009) 298. Anayasa Mahkemesi'nin ilgili iptal kararı sonrasında anne ve babası evli olmayan çocukların soyadının ne olacağı sorusuna TMK m. 321 bağlamında cevap verilemeyeceği, tanıma yahut babalığa hüküm olup olmadığının da bu sonucu değiştirmeyeceği, bu hususun esasen düzen kuralları içeren Nüfus Kanunu hükmü ile düzenlenmemesi gerektiği de ileri sürülen bir diğer görüştür. Fakat ilgili görüşe göre de anne babası evli olmayan çocuklar bakımından, çocuk ile baba arasındaki soybağı ilişkisi tanıma yahut babalığa hüküm ile kurulmuşsa bu halde çocuğun soyadının babanın soyadı olacağını bugün için benimsenmesi gerekir. İlgili görüş için bkz. Burak Özen, 'Soyadının Soğbağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması' *Makaleler-Tebliğler (2001-2020)* (On İki Levha 2021) 280-281. Bir diğer görüşe göre ise çocuk ile babası arasındaki soybağının kurulmuş olması, çocuğun babasının soyadını alması için yeterli değildir, anne babası evli olmayan çocuğun menfaatlerine göre soyadı belirlenmelidir. Bkz. Ayça Akkayan Yıldırım, 'Evlilik Dışı Çocuğun Soyadı ve 02.07.2009 Tarih 2005/114 E. 2009/105 K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararının Bu Bağlamda Değerlendirilmesi' Prof. Dr. Rona Serozanı Armağan (On İki Levha 2010) 83-84. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı öncesinde de tanınan yahut babalığa hüküm verilen çocukların soyadının annesinin soyadı olacağı biçimindeki TMK m. 321'in geniş yorumunun esasen mümkün olmadığı, zira kanun koyucunun gerek eski Nüfus Kanunu m. 20/5 gerek Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 28/4 uyarınca esas amacının, tanınan veya babalığa hükmedilen çocukların, babalarının soyadını alması gerektiği şeklinde tezahür ettiği yönünde bkz. Dural ve Ögüz (n 3) 175; Cem Baygın, *Soybağı Hukuku* (On İki Levha 2010) 100. İlgili iptal kararı sonrasında NHK m. 28/4 ile TMK m. 321 arasındaki uyumsuzluğun giderildiğine dair bkz. Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (Altıncı Baskı, Turhan 2015) 214, dn. 757. İptal edilen bölümle birlikte kanun boşluğunun hala devam ettiği yönünde bkz. Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku* (On Yedinci Baskı, Beta 2021) 427. İptal edilen bölüm sonrası oluşan kanun boşluğunun velayet hakkına bağlı olarak doldurulması gerektiği yönünde bkz. Ece Baş Süzel ve Gökçe Kurtulan, 'Çocuğun Soyadına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi' (2015) 10 (135-136) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77, 85.

7 Nüfus Hizmetleri Kanunu, Kanun Numarası: 5490, Kabul Tarihi: 25.04.2006, RG 29.04.2006/26153.

8 NHK m. 28 (4): "*Tanınan veya babalığa hüküm kararı ile soybağı kurulan çocuklar babalarının hanesine baba adı ve soyadı ile nakledilir*". Bu düzenlemeye ek olarak Soyadı Nizamnamesi m. 15'de de "*Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuklar babalarının soyadını taşırlar. Evlilik dışında doğan çocuklar, ana onların soyadını alırlar. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çift soyadı taşıyorsa, çocuk onun bekarlık soyadını taşır. Evlilik dışında doğmuş çocuklar, ana ve babanın birbirleri ile evlenmesi veya babalarının tanınması ya da hakimnin babalığa karar vermesi ile babanın soyadını alır*". Soyadı Nizamnamesi, Dayandığı Kanun: 2525, Kabul Tarihi: 24.12.1934, RG 27.12.1934/2891.

9 Helvacı (n 3) 179-180; Dursun (n 3) 60; Başak Başoğlu, 'Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi' (2017) 8 (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 351, 365.

10 Bilge Öztan, *Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler* (On Birinci Bası, Yetkin 2021) 417-418. Gamze Turan Başara, 'Ana İle Evlilik Dışında Doğan Çocuk Arasındaki İlişkiyi Düzenleyen Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2017) (131) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 211, 217. Bu yöndeki görüşlerden birine göre NHK m. 28 (4) ve buna bağlı çıkartılmış diğer mevzuat gereği Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı olmasa dahi TMK m. 321 hükmünün değiştiğini ve her nasılsa babası ile arasında soybağı kurulmuş çocuğun soyadının babasının soyadı olacağını kabul etmek gerekir. Bkz. Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve M. Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (On Altıncı Baskı, Filiz 2021)

Bu sebeple anne ve babası evli küçüğün soyadının aile adı olduğu ve bunun da esasen babanın soyadı anlamına geldiği mevcut düzenlemeler ışığında açıktır¹¹. Ne yazık ki evlenmede aile adına ilişkin kanun değişikliği olmadığı müddetçe çocuğun soyadı bakımından farklı bir sonuç mümkün değildir.

TMK m. 27 ise adın değiştirilmesi hakkının düzenlendiği hükümdür. Hükümün birinci fıkrası "*Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir*" biçimindedir. Düzenleme uyarınca haklı bir sebebin varlığı halinde hakimden adın değiştirilmesi talep edilebilecektir.

TMK m. 321 soyadının kazanılması ile alakalı bir kural içermekte iken m. 27 ise soyadının değiştirilmesini düzenlemektedir. Yani kişinin soyadını kazanması aile hukukuna ilişkin hüküm ile belirlenirken soyadı değişikliği kişiler hukukuna ilişkin hüküm ile tespit edilecektir¹². Her iki hüküm de emredici niteliktedir. Öncelikle incelenmesi gereken ise bu iki hükmün karşı karşıya gelmesidir. TMK m. 27'de düzenlenmiş olan haklı sebep, TMK m. 321'in uygulanmaması için bir istisna teşkil etmektedir¹³. Zira kişinin soyadının değişmesindeki menfaati, Kanun'un soyadının kazanımına ilişkin hükmünün uygulanmamasına ve iki emredici hükümden birinin tercih edilmesine neden olabilir. TMK m. 27 kişilik hakkının özel bir görünümü teşkil etmekte ve çocuğun menfaatinin gerektirmesi halinde m. 321'in uygulanmasının önüne geçmektedir. Bunun yanında, soyadının değişmezliği ilkesi¹⁴ her ne kadar ad değiştirme bakımından öncelikli ilke olsa da çocuğun üstün yararı gündeme geldiğinde artık işlem yararının bir kenara bırakılması gerektiği açıktır¹⁵. Bu nedenle TMK m. 321'de emredici olarak düzenlenen ve çocuğun soyadının aile adı yani babanın soyadı olması gerektiğini belirten hüküm, TMK m. 27'deki halin mevcut olması durumunda ikinci plana atılacak ve çocuğun soyadının farklı bir soyadı olması ihtimali gündeme gelecektir.

2. ÇOCUĞUN SOYADININ DEĞİŞTİRİLMESİNDE BAKIŞ AÇISI

A. KANUNUN SİSTEMATİĞİ VE HAKLI NEDEN KRİTERİ BAKIMINDAN

Çocuğun soyadının değiştirilmesi yargılamasında gözetilmesi gereken hükmün ve takip edilmesi gereken bakış açısının TMK m. 27 bağlamında olması gerektiği açıktır¹⁶. Yargılamanın, kişiliğin bir parçası olan soyadının değiştirilmesiyle alakalı olduğu unutulmamalı ve çocuğun üstün yararı da tüm bu inceleme faaliyetine eklenmelidir. Zira Kanun'un sistematüğinden bakıldığında ad değiştirme konusunun esas düzenlendiği hüküm hali hazırda m. 27'dir. TMK m. 321 yalnızca çocuğun soyadı kazanımını konu etmektedir. Bir kez soyadını kazanmış çocuk bakımından ileri sürülecek değişiklik taleplerinin, Kanun'un ad değişikliği için öngördüğü hüküm bağlamında değerlendirilmesi

351.

11 Öztan, *Aile Hukuku* (n 6) 1010.

12 Arzu Genç Arıdemir, 'Türk Hukukunda Anne ve Babası Evli Olan Çocuğun Soyadı ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar' (2011-2012) 8 (1-2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan) 731, 742.

13 Oktay Özdemir, 'Eşitliğe Aykırı Hükümler' (n 6) 300; Dursun (n 3) 63. Bu yönde bakınız bkz. Serkan Ayan, 'Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadın İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi' (2012) 16 (4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19, 30.

14 Soyadının fonksiyonları bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun (n 3) 19 vd.

15 Bu yönde bkz. Deniz Ergene, 'İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanunda Değişiklik Önerisi' (2011) 31 (2) Milletlerarası Hukuk Bülteni 123, 141.

16 Öztan, *Kişiler Hukuku* (n 10) 433.

gerekmektedir. İncelemeye konu kararda yer alan çocuk da soyadını kazanmıştır, uyuşmazlık bunun değişikliğinin istenmesi noktasındadır. O halde artık soybağının hükümleri kısmında yer alan TMK m. 321'in temel mantığından hareket etmek, olayı anne ve babanın durumu temelli bir yaklaşıma sebep olacak şekilde incelemek ve hatta kadın erkek eşitliği çerçevesinde anne babanın eşitliğini tartışmak esas sorunu temel bağlamından oldukça uzaklaştırmaktadır¹⁷. Edinme biçimi her ne kadar eleştiriye açık olsa da çocuk bir kez soyadı edindikten sonra bunun değiştirilmesi, haklı bir sebebin varlığı noktasında incelenmelidir.

Haklı sebep kriterinin hangi bakış açısından ilerlemesi gerektiği sorusuna cevap bulmak ilgili davalardaki problemleri sahalardan biridir. Zira dava çocuğun soyadı değişikliğidir, o halde yalnızca çocuk bakımından haklı bir sebebin varlığı irdelenmelidir. Aranacak bu haklı sebebi temelde anne yahut baba açısından değerlendirmeye almak hem Kanun'un sistematğine hem de yargılamanın temel mantığına aykırı olacaktır. Yani annenin toplum içerisindeki yeri, özellikle çocukla bağının dış dünyaya açıklanması bakımından durumu yahut annenin psikolojik hali gündeme gelmemeli ve bu hususlara değinilerek kararlar verilmemelidir. Çocuğun var olan soyadı onun için ne gibi zorluklar yaratıyor, yaşamının devamı için sorunlara neden olabilecek nitelikte mi, bu soyadı ile hayatına devam etmesi onun menfaatlerini tehlikeye düşürüyor mu gibi sorular sorulmalı ve bakış açısı ebeveynlerden çekilmelidir. Çünkü burada soyadı değiştirilen kişi, çocuktur. Aksi durum, çocuğu, anne babanın psikolojik istismarına maruz bırakmakta¹⁸, çocuğun soyadını anne babanın velayet savaşı¹⁹ sırasında yahut sonrasında başlattıkları bir başka savaş haline getirmekte²⁰ ve çocuğu da bunun ortasına koymaktadır²¹. Oysa Kanun sistematığı açıktır, soyadı değişikliği kişilik hakkı ile alakalıdır ve bu nedenle bizatihi soyadı değişecek kişiden, olayımız özelinde ise çocuktan hareket edilerek TMK m. 27 şartları değerlendirilmelidir.

17 Yargıtay'ın genel tutumu TMK m. 321 ekseninde inceleme yapmak yönündedir. Bkz. Yargıtay 20 HD, E 2015/9584 K 2016/1662, 15.02.2016; Yargıtay 20 HD, E 2018/6562 K 2019/855, 11.02.2019; Yargıtay 18 HD, E 2016/9861 K 2016/10849, 29.09.2016.

18 Tuba Birinci Uzun, 'Aile Soyadı Çıkmazı – Anayasa Mahkemesi'nin Çocuğun Soyadı Velayeti Kendisine Bırakılan Annesi Tarafından Değiştirilmesi Hakkındaki 25 Haziran 2015 Tarihli ve 2013/3434 Başvuru Sayılı Kararının İncelenmesi' (2016) (4) Ankara Barosu Dergisi 97, 112.

19 Mehz İsviçre Medeni Kanunu m. 270a, temelde çocuğun beraber yaşadığı ebeveyni ile aynı soyadını taşıması yönünde bir kabulden hareket etmektedir. Fakat hükmün devamında ebeveyn sorumluluğunda meydana gelen değişikliğin çocuğun soyadı üzerinde bir değişikliğe sebep olmayacağı ve ad değiştirme hükümlerinin saklı olduğu düzenlenmiştir. Böylece çocuğun soyadının ilgili değişikliklerden etkilenmesinin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Bkz. Claudia Stehli, 'Art. 270a' in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser (eds), *OFK – Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch) ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (3. Auflage, 2016) N 4.

20 Başoğlu (n 9) 360.

21 Bu yönde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E 2015/18-3257 K 2016/117, 29.01.2016: "...Boşanma sebebiyle velayet hakkının sırf anneye verilmiş olması çocuğun soyadının değiştirilmesi için haklı bir neden sayılmadığı gibi hukuki mevzuat da buna cevaz vermemektedir. Bir an için mevzuatın böyle bir duruma izin verdiği kabul edilse dahi sonradan gelişen sebeplerden dolayı çocuğun yararı açısından velayetin babaya yeniden verilmesi hallerinde bu kez baba, velayet hakkına dayanarak tekrar çocuğun soyadını değiştirmek isteyecektir. Madem ki velayet kimde ise çocuk onun soyadını taşıyacaktır, o halde baba bu haktan mahrum edilemez. Böyle bir uygulamanın nüfus kayıtlarının güvenilirliğini ve istikrarını zedeleyeceği ve asıl bu gibi uygulamaların çocuğun ruh hali üzerinde çok derin ve etkili travma yaratacağı açıktır. Yargı mercilerinin bu durumu ve çocuğun yüksek yararını gözeterek anne ile babanın ya da ailelerin hukuken oluşmuş statüleri değiştirmeye çalışmalarına izin vermemesi gerekir".

Evlilik dışında doğmuş ve baba ile soybağı kurulmuş bir çocuğun doğrudan babasının soyadını almasını yerinde görmeyen ve çocuğun annesinin soyadını taşıması gerektiğini ileri süren bir görüşe göre²² bu halde çocuk bakımından TMK m. 27 çerçevesinde soyadının değiştirilmesi davası açılabilir. İlgili görüş, m. 27 uyarınca aranacak haklı neden kriteri bakımından ise bazı özel nedenlerin doğrudan haklı neden teşkil etmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Buna göre örneğin çocuğu tanıyan babanın çocuğa soyadını vermek istemesi ve annenin de buna muvafakat etmesi halinde ilgili durum haklı neden sayılmalıdır²³. Yukarıda da açıkladığımız üzere kanaatimizce anne baba odaklı bir bakış açısı çocuğun soyadının değiştirilmesi bakımından değerlendirmeye alınmamalıdır. Bu nedenle ilgili görüş uyarınca ileri sürülen doğrudan haklı neden kriterine katılmak mümkün değildir. Zira anne babanın çocuğa verilecek soyadı bakımından anlaşmış olması çocuğun o soyadını almak bakımından menfaati ve hayatına ilgili soyadı ile devam etmek noktasında üstün yararı olduğunu göstermeyecektir²⁴. Bu sebeple çocuğun üstün yararının bunu gerektirmesi halinde ancak TMK m. 27 bağlamında bir değerlendirme ile soyadı değişikliğine karar verilebilecektir²⁵.

Doktrindeki başka bir görüş²⁶ ise çocuğun anneden farklı bir soyadı taşımasının anne ile çocuk arasındaki bağı zayıflattığını ve çocuğun soyadının anneden farklı olmasının sosyal çevrede sorulara neden olma ihtimalini gündeme getirmekte ve çocuğun annesinin soyadını almasını bu gerekçelerle haklı neden olarak ileri sürmektedir. Yine bir görüş²⁷ de kişinin kendi sosyal çevresinde başka bir adla tanındığı için açtığı isim değişikliği davalarında bu durumun haklı neden kabul edilmesinden bahisle, velayeti anneye bırakılmış çocuğun soyadının değiştirilmesi bakımından da haklı nedenin ortaya çıktığını savunmaktadır. İlgili görüşlerdeki ihtimallerde pek tabii çocuğun yaşamına devam etmesi zorlaşabilecek ve bu hallerde soyadının değişmesi onun menfaatine bir durum teşkil edebilecektir. Fakat somut olay değerlendirilmeden veya çocuğun yararı araştırılmadan salt bu hususların varlığı kanaatimizce haklı neden kriterini sağlamaktan uzaktır²⁸. Nitekim bir görüşe²⁹ göre de günümüzdeki değer yargıları bakımından çocuğun kendisine bakan kişiden farklı soyadı taşıması başlı başına onun bakımından olumsuz bir husus teşkil etmez ve soyadı değişikliği yoluna gidilmesi için haklı sebep sayılmaz. Zira soyadı değişecek çocuğun hangi gerekçe ile sosyal bir zarar göreceği somut olarak ispatlanmalıdır. Özellikle boşanma sonrası, çocuğun hayatına birlikte devam

22 Akkayan Yıldırım (n 6) 85.

23 Akkayan Yıldırım (n 6) 86.

24 Anne ve babası ile yaşamayan çocuğun soyadına ilişkin menfaatinin çeşitli hallerde ortaya çıkması ihtimali bulunduğu ve bu nedenle ilgili sorun bağlamında bağlayıcı bir kural getirilemeyeceği yönünde bkz. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (Yirminci Bası, Filiz 2021) 137.

25 Öztan, *Kişiler Hukuku* (n 10) 433.

26 Ergene (n 15) 141.

27 Süleyman Mortaş, 'Evlilen Kadın İle Velayeti Kadına Bırakılan Çocuğun Soyadının Belirlenmesinde "Kocanın Soyadı" Parametresi' (2016) 20 (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 31, 338. Velayeti anneye bırakılmış çocuğun annesinin soyadını alması gerektiğine dair bkz. Rona Serozan, *Medeni Hukuk (Genel Bölüm/Kişiler Hukuku)* (Vedat 2015) 483; Öztan, *Aile Hukuku* (n 6) 1015.

28 Benzer yönde bkz. Başara (n 10) 224. Soyadının değişmezliği ilkesine istisna tanınmasının gerekliliğinin takdir edilmesi ve otomatik birtakım değerlendirmelerden kaçınılması gerektiği yönünde bkz. Genç Arıdemir (n 12) 745-746.

29 Özen (n 6) 286; Başara (n 10) 224-225. Aksi yöndeki bir görüşe göre ise çocuk adına hukuksal işlemler yapan anne ile çocuğun soyadının farklı olması toplumumuz bakımından hoş karşılanmaz ve bu nedenle uygun değildir. Bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (Gözden Geçirilmiş Beşinci Baskı, Turhan 2020) 452.

ettiği annesinin sosyal çevresinde babasının kimliğinin saklanması isteği m. 27 bakımından haklı bir sebep olarak görülemeyecektir³⁰.

İncelemeye konu karar ve onun arka planını oluşturan yerel mahkeme kararı da yukarıda eleştirdiğimiz noktadan hareket etmektedir. Zira yayınlanmamış olan yerel mahkeme kararında, haklı nedenin varlığının öznesi olarak öncelikle annenin "haklı" gerekçeleri sıralanmış³¹ ve çocuğun haklı gerekçesine de adetten değinilmiştir. Oysa yargılamanın tek ve biricik öznesi çocuktur, o halde haklı nedenin tecellisinin bizatihi çocukta aranması gerekmektedir. Yerel mahkeme kararında annenin psikolojisine de değinilerek haklı neden kriterinin açıklanmaya çalışılması bu nedenle hatalıdır. Özellikle kadın erkek eşitliğinden bahisle annenin de soyadını taşıma hakkı olduğu şeklinde bir değerlendirme yapılması ve bu biçimde adeta bir hak yaratılması yerinde değildir. Kaldı ki Yargıtay'ın kanun yararına bozma kararında çocuğun haklı nedenleri hiç değerlendirilmemiş ve ebeveyn merkezli bir inceleme yapılmıştır. Yukarıda da değindiğimiz gibi çocuğun soyadı değişikliği bakımından oluşturulan gerekçelerin ebeveyn odaklı olması bu yargılamanın ruhuna aykırıdır.

B. UYGULANAN HUKUKİ KURUMLAR BAKIMINDAN

Çocuğun soyadının değiştirilmesinde odağa ebeveynlerin konulması, bakış açısını şekillendiren hukuki kurumların da yanlış biçimde seçilmesine neden olmaktadır. Bugüne değin verilen kararlarda sıklıkla yapılan hatalı değerlendirme çocuğun soyadı değişikliğinin velayet hakkı kapsamında incelenmesidir³². Soyadı, soybağının; velayet hakkına bağlı olmayan hükümleri kapsamındadır³³. Her ne kadar çocuğa ön adını verme ebeveynlere velayet hakkı kapsamında tanınmış bir hak olsa da soyadı kanun gereği kendiliğinden kazanılır³⁴. Arada velayet ilişkisi bulunmasa da soybağının bulunması, soyadının kazanılması açısından yeterlidir³⁵. Yine Kanundaki düzenlenme yeri³⁶ ve

30 Özen (n 6) 287.

31 "4272 sayılı yasanın 27. Mad. Gereğince haklı nedenler var ise soyadının değiştirilebileceğinin düzenlendiği, iddia kapsamında çocuk ile anne arasında soyadı farklılığının günlük yaşamda anne açısından zorluk taşıyabileceği, yine çocuğun psikolojisinin etkilendiği yönündeki iddiaların haklı neden olarak mahkememizce değerlendirildiği, Anayasa Mahkemesinin 26/06/2015 tarihli 2013/3434 başvuru no lu dosyasında bu yöndeki talebin red edilmesine dair verilen kararların kanunilik unsuru taşımadığından bahisle hak ihlali olarak değerlendirildiği, Anayasanın 10. Mad. Gereğince Erkeğe tanınan soyadını taşıma hakkının kadına da verilmesi gerektiği, çocuğun velayetinin annede olmasından dolayı annenin de kendi soyadını kullanması hususunda dava açmakla yukarıda belirtilen maddeler gereğince hak ve menfaatinin olduğu anlaşılma davanın kabulü yönünde aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur..."

32 1996 yılına kadar İsviçre Federal Mahkemesi de beraber yaşadığı annesi ile soyadı aynı olmayan çocuklar bakımından yalnızca beraber yaşamının ispatını soyadı değişikliği için yeterli görse de bu tarihten sonra içtihat değiştiren mahkeme, çocuğun bu durum nedeniyle ciddi ve somut zararlara maruz kaldığının ispat edilmesi gerektiğine ve farklı soyadının tek başına çocuğu olumsuz etkilemeyeceğine hükmetmiştir. Bkz. Ergene (n 15) 142-143; Ayan (n 13) 63-64. Çocuğun soyadının velayet hakkına bağlı olması gerektiğine ve velayet sahibi ebeveyn seçimi hakkı tanınması gerektiği yönünde bkz. Baş Süzel ve Kurtulan (n 6) 87-88. Çocuğun soyadının değiştirilmesi davasının, velayet hakkına bağlı olarak kullanılacağı yönünde bkz. Adem Albayrak, 6100 Sayılı HMK'ya Göre Hazırlanmış Asliye Hukuk Davaları (Açıklamalı, Örnekli, İctihatlı, Uygulamaya Yönelik) (3. Baskı, Adalet 2017) 39.

33 Annesi babası evli olan çocuğun öz adının değiştirilmesi davasının ise velayet hakkı kapsamında kaldığı yönünde bkz. Bilal Cengiz, *Türk Hukukunda Ad ve Adın Değiştirilmesi* (Adalet 2011) 87.

34 Birinci Uzun (n 18) 105.

35 Dural, Ögüz ve Gümüş (n 10) 349; Baygın (n 6) 96 vd.; Birinci Uzun (n 18) 105; Oktay Özdemir, 'Karar Değerlendirmesi' (n 6) 191.

36 TMK m. 321, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun İkinci Kitap, İkinci Kısım, Birinci Bölümü altındaki Beşinci Ayrımda

Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği TMK m. 321'in "evli değilse ananın" ibaresi ile de bu husus belirgindir³⁷.

Anne babası evli olmayan çocuğun soyadının değiştirilmesine dair temel kararlardan birini 2015 yılında Anayasa Mahkemesi vermiştir³⁸. Karar, her ne kadar çocuğun annesinin soyadını kullanabilmesi şeklinde neticelense de gerekçesi bir dizi karmaşayı barındırmaktadır. Zira karar, çocuğun soyadının velayet hakkına bağlı olarak değiştirilebileceği mantığından hareket etmektedir. Oysa soyadı, velayet hakkına bağlı olmayan bir soybağı hükmüdür.

Çocuğun soyadı değişikliği bakımından sıfır noktasına velayet hakkının konulması esasen çocuktan çok anne babanın hakları üzerinden bir yol çizilmesine neden olmaktadır. Halbuki ilgili dava bakımından bu unsurlar esas veya tali değil, hatta çocuğun menfaati ile çatışıyorse dikkate alınmaması gereken hususlardır. Hal böyle iken birtakım Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında velayet hükümlerine atıf yapılması³⁹, çocuğun soyadının velayet değişikliğine bağlı olduğu düşüncesini yansıtan kararlar verilmesine neden olmaktadır. Bu durum çocuğun üstün yararı ve soyadının değişmezliği ilkesi ile uyumlu olmadığı gibi Kanun'un sistematiği ile de çelişmektedir. Çocuğun soyadının velayet hakkına dayanarak değiştirilmesini sağlayan çözüm Kanun temellerine aykırıdır⁴⁰. Bununla birlikte Yargıtay, son yıllarda verdiği bazı kararlarda çocuğun soyadını belirleme hakkının velayet hakkı kapsamında yer aldığı şeklindeki hatalı yaklaşımını bir nebze değiştirmiş ve çocuğun üstün yararı gözetilmeden yalnızca velayet hakkına bağlı olarak soyadı değişikliğine hükmedilemeyeceğine dair hüküm kurmaya başlamıştır⁴¹.

Bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin 2011 tarihli iptal kararının⁴² da incelenmesi gerekmektedir. İlgili hükmün çocuğun soyadının değiştirilmesi davaları bakımından karşılığı olmasa da iptal edilmesi sonrasında neredeyse tüm kararlarda bu iptal kararına atıf yapılır hale gelmiştir ki bu

yer alır. Beşinci Ayrım "Soybağının Hükümleri" başlıklıdır. Bkz. Birinci Uzun (n 18) 105.

37 Oktay Özdemir, 'Karar Değerlendirmesi' (n 6) 192. Bu kısmın iptali, evlilik dışı doğan ve babası ile soybağı kurulan çocuğun soyadının babasının soyadı olacağı sonucunu doğurmaktadır.

38 Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2013/3434, 25.6.2015, Resmi Gazete Sayısı 29490.

39 Bkz. Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2013/3434, 25.6.2015, Resmi Gazete Sayısı 29490. Yargıtay 2 HD, E 2018/1306 K 2018/4719, 09.04.2018 künyeli kararda: "... Tüm bu açıklamalar ışığında; velayet hakkı tevdi edilen annenin çocuğun soyadının kendi soyadı ile değiştirilmesi yönündeki talebinin velayet hakkı kapsamındaki yetkilerin kullanımı ile ilgili olduğu, velayet hakkı kapsamında çocuğun soyadını belirleme hakkının da yer aldığı..."

40 Dural ve Ögüz (n 3) 174; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 24) 126. Benzer yönde bkz. Ceren Yıldız ve Nazlı Hilal Demir, 'Ayten Yıldırım Başvurusu Işığında Babanın veya Annenin Soyadı Karşısında 'Çocuğun Üstün Yararı' Hakkında Kısa Bir Değerlendirme' (2018) 10 (100) Fasikül Hukuk Dergisi 429, 435. Bununla birlikte İsviçre Medeni Kanunu m. 270'ada çocuğun, sorumluluğunu alan, velayeti kendinde olan ebeveyni ile aynı soyadını taşıyacağı düzenlenmiştir. Hükmün, temelde çocuğun beraber yaşadığı ebeveyni ile aynı soyadını taşıması yönünde bir kabulden hareket etmektedir. Doktrinde bir görüş, İsviçre Medeni Kanunu'nda yer alan bu düzenlemenin, çocuğun birlikte yaşadığı ebeveyni ile aynı soyadını taşıma düşüncesini gerçekleştirmeye yönelik olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 24) 137, dn. 453. Fakat ilgili maddenin devamında ebeveyn sorumluluğunda meydana gelen değişikliğin çocuğun soyadı üzerinde bir değişikliğe sebep olmayacağı ve ad değiştirme hükümlerinin saklı olduğu düzenlenmiştir. Böylece çocuğun soyadının ilgili değişikliklerden etkilenmesinin önüne geçilmeye çalışılmıştır.

41 Bu yönde bkz. Yargıtay 2 HD, E 2020/2674 K 2020/3825, 16.09.2020; Yargıtay 2 HD, E 2017/1097 K 2018/12772, 12.11.2018; Yargıtay 2 HD, E 2020/5434 K 2021/1492, 18.02.2021.

42 Anayasa Mahkemesi, E 2010/119 K 2011/165, 8.2.2011.

çalışmaya konu karar bakımından yerel mahkemenin verdiği kararda da değinilmiştir⁴³. İlgili hüküm 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun ilga edilmiş olan m. 4/2 ilk cümlesidir⁴⁴. Hüküm, esasen soyadı kullanımının ülkemiz bakımından ilk defa zorunlu olduğu ve herkesin bir soyadı seçimi yaptığı süreçte uygulanmıştır⁴⁵. Hükümde, ilgili dönemde iki yıllık süre içerisinde evliliğin boşanma veya fesihle sona ermesi halinde çocuğun velayeti annede kalmış olsa bile soyadını babanın seçeceğini düzenlenmektedir. Uygulaması kalmamış ve düzenlenme amacı ortadan kalmış bir hükmü iptal eden⁴⁶ Anayasa Mahkemesi kararı⁴⁷ sonrasında, çocuğun soyadı bakımından bu karara atıf ve kadın erkek eşitliğine⁴⁸ vurgu yapılması yanlış bir mantığın tezahürüdür. Bu tartışmayı haklı hale getirdiği zannedilen kanun iptalinin tekrarı da aynı biçimde konuyla alakasızdır ve neden ısrarla hala gerekçe olarak zikredildiği anlaşılmalıdır.

C. UYGULANAN İLKELER BAKIMINDAN

Çocuğun durumunun uyumsuzluğun merkezinde yer aldığı davalar bakımından kural olarak irdelenmesi gereken ilke çocuğun üstün yararadır. Bilindiği üzere çocuğun üstün yararı yahut diğer bir ifade ile çocuğun üstün menfaati, çocuk eğer bir yetişkin olsaydı ilgili durum için nasıl karar verecekse aynı kararın yetkili merci tarafından da verilmesidir⁴⁹. Başka bir anlatım ile çocuğu etkileyecek, çocukla ilgili alınacak ve/veya çocuğun merkezde olduğu kararlar bakımından odak noktasının çocuk olması ve onun hali hazırdaki yaşamı ile gelecek hayatı bakımından ona en faydalı durumun tespit edilmeye çalışılması faaliyetidir. Çocuğun soyadının değiştirilmesi davasında da bu ilkenin tatbik edilmesi ve soyadının değiştirilmesinin çocuğun faydasına olup olmadığının irdelenmesi gerekecektir. Yukarıda da anlatıldığı gibi bu irdeleme faaliyetinde ve haklı nedenin saptanmasında bakış açısı ebeveynlerden çekilmeli, çocuğa odaklanılmalıdır. Çalışmaya konu karardaki gibi, özellikle ayırt etme gücünden yoksun bir çocuğun soyadının değişmesi çeşitli hallerde onun yararına olabilir. Bir suç haberine konu olan ve kimliği herkes tarafından öğrenilmiş bir çocuk bu duruma örnektir. Söz gelimi, çocuğun suçun mağduru olması veya suça sürüklenmesi ve pek çok kimsenin de kimliğini öğrenmesi gibi bir ihtimalde, ileride tanınmaması için soyadının değişmesi onun menfaatinedir. Yahut korunması ve güvenliği bakımından özel tedbirler alınması gereken bir çocuğun soyadının değiştirilmesi de bu duruma örnek gösterilebilir. Bu halde de soyadının değişmesi çocuğun yararına olacaktır.

43 "2525 sayılı yasanın 4/2. maddesinin Anayasa Mahkemesinin 2010/119 esas 2011/165 karar sayılı ilamı ile iptal edildiği... engel nitelikte görülen yukarıda belirtilen kanunun da Anayasa Mahkemesince iptal edildiği...".

44 "Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır".

45 Ayan (n 13) 67; Oktay Özdemir, 'Karar Değerlendirmesi' (n 6) 183 vd.

46 Başoğlu (n 9) 357 vd. Kararın gerekçesi ve ayrıntılı eleştirisi için bkz. Oktay Özdemir, 'Karar Değerlendirmesi' (n 6) 183 vd. Hükmün kaldırılmasının yerinde olduğuna dair bkz. Baş Süzel ve Kurtulan (n 6) 81.

47 Anayasa Mahkemesi, E 2010/119 K 2011/165, 8.2.2011.

48 Yargıtay kararlarında da değinilen özellikle kadın erkek eşitliği nevinden hususlar her ne kadar çocuğun soyadını ilk defa kazanması bakımından son derece önem arz etse de bir kez soyadı kazanmış bir çocuğun bunu değiştirmesi gündeme geldiğinde artık tartışılması yerinde değildir. Bu yönde bkz. Mortaş (n 27) 323. Benzer yönde bkz. Yıldız ve Demir (n 40) 435.

49 Gülçin Elçin Grassinger, *Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler* (On İki Levha 2009) 59.

Fakat çalışmaya konu kararda çocuğun üstün yararı incelemesi bertaraf edilmiştir, en azından karar gerekçesinden anlaşılan budur⁵⁰. Zira, çocuğun yeni soyadını almak bakımından üstün bir menfaati varsa ve de bu durum hukuka uygun biçimde gerekçelendirilmiş ise o halde babasının hukuki durumunun etkilenmesi ihtimali ikinci planda kalacaktır. Aksi ihtimalde, yani bu yeni soyadını almak çocuğun yararına değilse bu halde kararın gerekçesinin çocuğun üstün yararı ile ilgili değerlendirme yapması ve babanın durumuna atıf yapmaması gerekmektedir. Oysa karar tek bir hususa odaklanmıştır ve bunun da çocuğun üstün yararı olmadığı açıktır⁵¹.

Çocuğun üstün yararının yanında incelenmesi gereken bir diğer ilke de soyadı bakımından genel ilkelere olan düzen ilkesidir. Düzen ilkesinin bir görünümü olan soyadının değişmezliği, kişilerin bireyselleştirilmesinin tam olarak yerine getirilmesini ve toplumda kişilerin güveninin korunmasını sağlamaktadır. Fakat kişinin çıkarının toplumun çıkarından üstün olması halinde ancak bu ilkenin aksine bir tutumla soyadının değiştirilmesi gündeme gelmektedir. Çocuklar bakımından da bu ilkenin etkisi olduğu tartışılmazdır. Zira her çocuk, çocuk olma vasfından önce bir bireydir ve soyadını bir kez kazandıktan sonra onu kişiliğinin bir parçası haline getirmektedir. Ebeveyninin çıkarları için çocuğun soyadını değiştirmek ve üstelik bunu onun üstün yararını incelemeden yapmak, soyadının sürekliliği ile bağdaşmayacaktır. Çocuğun soyadının değişmezliği de en az yetişkinlerin soyadlarının değişmezliği kadar değerli ve ancak onun menfaati ve üstün yararı nispetinde esnetilebilir olmalıdır. Soyadının sürekliliği ilkesinin yalnızca kişinin çıkarı karşısında ikinci plana atılabildiği bir düzen bakımından makaleye konu karar, çocuğun soyadının değiştirilmesinde bu ilkenin neden uygulanmadığına yönelik bir gerekçe sunulmadığını incelememiş ve adeta babanın soyadının değişmezliğini çocuğun soyadının değişmezliğine indirgemıştır.

3. SOYADININ DEĞİŞTİRİLMESİ HAKKININ NİTELİĞİ VE KULLANIMI

Bilindiği üzere ayırt etme gücüne sahip olan küçükler sınırlı ehliyetsizdir. Sınırlı ehliyetsizlerin tek başına hareket ederek adın değiştirilmesi davası açıp açamayacağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre adın değiştirilmesini isteme her ne kadar kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımı olsa da sınırlı ehliyetsizler bakımından yasal temsilcinin de davaya katılması çıkar durumuna daha uygundur⁵². Zira bu değişiklik ilgili sınırlı ehliyetsiz bakımından çeşitli yükümlülükler getirebilir.

50 Gerek yerel mahkemeler gerek Yargıtay ve gerekse Anayasa Mahkemesi tarafından yakın bir döneme kadar verilen çoğu kararda çocuğun üstün yararı hiç veya gereği gibi incelenmemiştir. Fakat Yargıtay yeni tarihli kararlarında, velayet hakkı incelemesi yaparak her ne kadar hatalı bir noktadan soyadını değerlendirse de çocuğun üstün yararının öncelikli olarak araştırılması gerektiğine ilişkin bir yaklaşım sergilemektedir. Bu yönde bkz. "... Anne tarafından çocuğun soyadının değiştirilmesi davası açıldığında, çocuğun üstün yararına bakılır. Eğer çocuğun üstün yararı varsa annenin bekarlık soyadı çocuğa verilebilir. Üstün yarar yoksa davanın reddine karar verilmelidir". Yargıtay 2 HD, E 2020/5434 K 2021/1492, 18.02.2021; Yargıtay 2 HD, E 2017/1097 K 2018/12772, 12.11.2018.

51 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bir kararında, velayeti anneye bırakılan çocuğun soyadının annenin soyadı ile değiştirilmesinin ancak bu soyadının annenin bekarlık soyadı olması halinde ve çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa mümkün olduğunu, annenin ikinci evliliği dolayısıyla kazandığı soyadının çocuğa verilemeyeceğini hüküm altına almıştır. İlgili karar çocuğun üstün yararı değerlendirmesinde soyadının niteliği bakımından bir sınırlama koyarak Kanun'un aramadığı bir hususu şart haline getirmiş görülmektedir. Bkz. Yargıtay 2 HD, E 2020/565 K 2020/4810, 15.10.2020.

52 Ergun Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu* (Dördüncü Baskı, Fakülteler Matbaası 1979) 201; Zahit İmre, 'Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar, Özellikle İsim Hakkı ve İsim Hakkının Korunması' (1974), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan) 797, 840; Aytekin Ataay, *Şahıslar Hukuku*

Diğer bir görüşe⁵³ göre ise ad değiştirme kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır ve hakkın şahsen kullanılması gerekir⁵⁴. Bu halde kişinin ayırt etme gücünün varlığı yeterlidir. Bu nedenle, nispi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olan soyadın değiştirilmesinin özellikle ayırt etme gücüne sahip çocuk tarafından kullanımı için ayrıca yasal temsilci rızası aramak hem Kanun'un getirdiği şartlar hem de hakkın niteliği bakımından uygun değildir⁵⁵. Bir başka görüş ise davanın açılabilmesi olgusu ile alakalı daha geriden bir bakışla, öz adın değiştirilmesi bakımından yasal temsilcinin davaya katılımını gerekli görmekte ise de ergin olmayan bir çocuğun anne ve babasından ayrı olarak soyadının değiştirilmesinin mümkün olmadığını ileri sürmektedir⁵⁶. Buna göre çocuğun soyadı ancak anne babası uygun biçimde soyadını değiştirirse onlara bağlı olarak değişebilecek ve fakat çocuk ergin olmadıkça onlardan ayrı biçimde bu davayı açamayacaktır⁵⁷. Eski Yargıtay uygulaması da bu görüşü destekler nitelikte kararlar barındırmaktadır⁵⁸. Buna göre çocuğun soyadı değişikliği davası yasal temsile kapalıdır ve çocuk ancak ergin olduktan sonra bu davayı kendi adına açabilir. Fakat bu çalışmaya konu karardan da görüleceği üzere Yargıtay'ın konuya bakışı değişiklik göstermiş ve uygulama yasal temsile cevaz vermeye başlamıştır⁵⁹.

(Üçüncü Baskı, Fakülteler Matbaası 1978) 205; Dural ve Ögüz (n 3) 184. Bu görüşün daha tutarlı olduğu yönünde bkz. Aydın Zevkililer, M. Beşir Acabey ve K. Emre Gökyayla, *Medeni Hukuk Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku* (Beşinci Baskı, Savaş 1995) 405.

- 53 Bülent Köprülü, *Medeni Hukuk – Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, Aile Hukuku* (Fakülteler Matbaası 1970-1971) 236-237; Selahattin Sulhi Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku* (Filiz 1992) 284; Helvacı (n 3) 190; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 24) 139; Özen (n 6) 296; Serozan (n 27) 483; Öztan, *Kişiler Hukuku* (n 10) 429; Başoğlu (n 9) 362-363; Dursun (n 3) 64. Ayırt etme gücü bulunan çocuklar bakımından kanuni temsilcinin rızasının alınmasının, anne babanın çocuklar üzerindeki paha biçilemez hakları düşüldüğünde çok isabetli olduğu ve fakat Kanun'a bu yönde bir hüküm konulmadıkça kanuni temsilci rızasının hukuk tekniği açısından desteklenemeyeceği yönünde bkz. Abdulkadir Arpacı, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)* (Beta 2000) 177.
- 54 Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararında, "O halde velayete sahip ana ve baba bu hakka dayanarak, kişiye sıkı sıkıya bağlı kişilik haklarıyla ilgili çocuğun soyadının değiştirilmesi davasını açamaz" şeklinde hüküm kurulmuştur. Bkz. Yargıtay 18 HD, E 2003/4315 K 2003/6899, 29.09.2003.
- 55 Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 24) 139.
- 56 Cengiz (n 33) 94. Benzer yönde bkz. Abik (n 3) 142. Cengiz'in görüşüne aksi yönde bkz. Genç Arıdemir (n 12) 744; Özen (n 6) 296.
- 57 Bu yönde bkz. Baygın (n 6) 101. Çocuğun soyadını değiştirme hakkını bu biçimde uzun süre sınırlamanın davayı açmaktaki haklı menfaati ortadan kaldırması ihtimali nedeniyle yerinde olmadığına dair bkz. Başoğlu (n 9) 364.
- 58 *Baba soyadını veya çocuk ergin olduktan sonra kendi soyadını usulüne uygun olarak açacağı bir dava sonunda verilecek kararla değiştirmedikçe çocuğunda soyadı değişmez*; Yargıtay 18 HD, E 2007/1509 K 2007/3520, 17.04.2007; Yargıtay 18 HD, E 2008/11663 K 2009/1466, 23.02.2009.
- 59 Yargıtay 2 HD, E 2020/5434 K 2021/1492, 18.02.2021. "Adana 8. Aile Mahkemesi'nin 30.03.2018 tarihli ilamı ile "Soyadının değiştirilmesi istenen ... dosyadaki bilgi ve belgelere göre evlilik birliği içerisinde doğmuş ve TMK'nın 321. maddesine göre ailenin diğer bir deyimi babanın soyadını almıştır. Böylece bu çocuk reşit oluncaya kadar veya baba TMK'nın 27. maddesindeki koşulları kanıtlayarak soyadını değiştirmedikçe soyadını değiştirme konusu yasal olarak kapanmıştır. Çocuğun anne ve babasının boşanmış olması, sadece boşanma ve velayet hakkı nedeniyle anneye böyle bir dava açma hakkı bahsetmeyeceği" gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş, bu karar üzerine davacı anne tarafından süresinde istinaf kanun yoluna başvurulmuş, Adana Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesinin 10.02.2020 tarih, 2018/1375 esas ve 2020/272 karar sayılı ilamı ile ilk derece mahkemesinin gerekçesi değiştirilerek "Velayet sahibi annenin bildirdiği delillerle çocuğun soyadının değiştirilmesinin üstün yararına olduğunu kanıtlayamadığı" gerekçesi ile davacının istinaf talebi esastan reddedilmiş, hüküm davacı anne tarafından temyiz edilmiştir... Anayasa Mahkemesi'nin benzer olaylarda verdiği hak ihlaline ilişkin kararları da gözetilerek davanın kabulüne karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir" Yargıtay 2 HD, E 2020/2674 K 2020/3825, 16.09.2020.

Çocuğun soyadının değiştirilmesi noktasında özelleşen bir görüşe göre her ne kadar çocuğa öz adının verilmesi velayete bağlı olsa da soyadının verilmesi velayete değil soybağı ilişkisine dayanır ve bu nedenle velayet hakkı sahibinin tek taraflı kullanması mümkün olmamalıdır⁶⁰. Bir başka görüşe göre⁶¹, her ne kadar yasal temsil yoluyla çocuğun adının değiştirilmesi talep edilebilse de soyadının değiştirilmesi konusunda çocuğun anne babasının yasal temsilci sıfatıyla hareket etmesine izin verilmemesi ve çocuğa bir kayyım⁶² atanması gerekecektir. Zira çocuğun çıkarının esas alınması gereken bu davada anne baba ile çocuk arasında çıkar çatışması gündeme gelecektir. Bir diğer görüşe⁶³ göre ise ayırt etme gücüne sahip çocuklar bakımından soyadının değiştirilmesi ancak baba tarafından istenebilecektir.

Doktrinde, adın değiştirilmesinin, nispi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu noktasında uzlaşa sağlandığı görülmektedir⁶⁴. Fakat hakkın kullanımı bakımından ortaya çıkan görüşler yukarıda açıklandığı şekli ile farklılık arz etmektedir. Kanaatimizce de kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olan soyadı değişikliği hakkının ayırt etme gücüne sahip kişi bakımından şahsen kullanılması gerekir ve yasal temsilcinin rızasının alınmasına yahut davaya katılımının beklenmesine gerek yoktur.

Çalışmaya konu kararın öznesi olan çocuk ise davanın açıldığı tarihte ayırt etme gücüne sahip değildir, tam ehliyetsizdir. Bu gibi tam ehliyetsiz çocuklar bakımından hakkın kullanımı için yasal temsilin mümkün olması gerektiği zira tam ehliyetsiz çocuğun da sınırlı ehliyetsiz çocuk kadar soyadının değiştirilmesine ihtiyaç duyabileceği ifade edilmektedir⁶⁵. Kanaatimizce, çocuğun soyadı değişikliği bakımından yasal temsili kabul eden ve fakat yasal temsilcinin kimler olabileceği noktasında sınırlama getiren görüşe⁶⁶ bu noktada üstünlük tanınması gerekecektir. Zira ilgili görüşe göre çocuğun soyadı değişikliği davasında anne babanın çıkarları ile çocuğun çıkarları arasında çatışma gündeme geleceğinden çocuğa kayyım atanmalıdır. Böylece ebeveynler ile çocuk arasındaki menfaat çatışmasının önüne geçilecek ve bu durum çocuğun çıkarlarını gözetmek bakımından daha işlevsel olacaktır.

60 Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 24) 140.

61 Özen (n 6) 296-297; Başara (n 10) 227. Çocuğun soyadı değişikliğinin velayet hakkı kendisine bırakılan anne tarafından talep edilmesi halinde kayyım tayinine gerek olmadığına zira halde hakimnin görevi icabı çocuğun üstün yararını gözetmeğine dair bkz. Öztan, *Aile Hukuku* (n 6) 1016.

62 Çocuğun öz adının değiştirilmesi davasında anne baba arasında uyuşmazlık varsa bu uyuşmazlık sebebiyle çocuğa kayyım tayin edilmesinin gerekli olmadığı, zira ad değişikliği davasında önemli olanın bu talebin haklı ve önemli bir sebebe dayanması olduğundan hakimnin bu sebebin varlığını yahut yokluğunu çocuğun üstün yararını da düşünerek takdir edeceği yönünde bkz. İmre (n 52) 842. Doktrinde Köprülü, ad değişikliği için ayırt etme gücüne sahip çocuğun tek başına hareket edebileceğini savunmaktadır. Fakat aksi görüşte olanlar bakımından, anne babanın değişikliğe rıza göstermemesi halinde menfaat çatışması nedeniyle çocuğa kayyım atanması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Köprülü (n 53) 237.

63 Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku* (Dokuzuncu Baskı, Adalet 2020) 168.

64 Bkz. Öztan, *Kişiler Hukuku* (n 10) 429; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 24) 139; Başara (n 10) 227.

65 Özsunay (n 52) 201; Helvacı (n 3) 190; Dural ve Ögüz (n 3) 184; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 24) 139-140; Serozan (n 27) 483; Genç Arıdemir (n 12) 743; Öztan, *Kişiler Hukuku* (n 10) 429; Dursun (n 3) 64.

66 Özen (n 6) 296-297.

Çalışmaya konu kararda ise soyadının değiştirilmesi bakımından hakkın niteliği incelenmemiş ve içerisinde ayırt etme gücü olmayan bir çocuğun bulunduğu yargılamada hakkın kullanımı noktasında açıklama yapılmamıştır.

C. ÇOCUĞUN SOYADININ DEĞİŞTİRİLMESİ YARGILAMASINDA USUL

I. GENEL OLARAK

Çocuğun soyadının değiştirilmesi yargılamasında usulün belirlenmesi, Yargıtay tarafından verilmiş kararın değerlendirilmesi açısından önemlidir. Soyadının değiştirilmesi hakkının niteliği ve bu hakkın kimler tarafından kullanılabilmesi ehemmiyet arz ettiğinden, yukarıda öncelikle ilgili hususlar incelenmiştir. Bunlara bağlı olarak yargılamanın taraf/tafları ve davanın açılabilmesi mahkemenin de tespiti, özellikle uygulamanın bu davaya bakış açısının saptanması açısından önemlidir. Zira uygulama olması gerekenden farklı bir yol izlemekte ve bu da yargılamaya yanlış bir perspektiften bakılmasına ve kararların da aynı hatalı perspektif ekseninde verilmesine neden olmaktadır.

Görevli mahkeme ve taraf/tafların tespitine geçilmeden önce soyadı değişikliğinin hangi yargı türüne dahil olduğu tespit edilmelidir. Zira TMK m. 27'de düzenlenmiş olan adın değiştirilmesinin, çekişmeli yargı alanına mı yoksa çekişmesiz yargı alanına mı dahil olduğu noktasında doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır⁶⁷. Yargılamanın çekişmesiz yargı işi olduğunu kabul edenler⁶⁸ olduğu gibi çekişmeli yargı alanına dahil olduğunu kabul edenler de bulunmaktadır⁶⁹. Bir görüşe göre ise çekişmesiz yargı işi olan adın değiştirilmesi çekişmeli yargı işine dönüştürülmektedir⁷⁰. Gerek HMK (Hukuk Muhakemeleri Kanunu) m. 382'de yer alan ve ad ile soyadı değişikliğini çekişmesiz yargı işi sayan açık düzenleme⁷¹ gerek TMK m. 27'nin aksini düzenlememesi sebebiyle kanaatimizce soyadı değişikliği çekişmesiz yargı alanına dahildir⁷².

67 Öztan, *Kişiler Hukuku* (n 10) 434.

68 Baki Kuru, *Nizasız Kaza* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1961) 66; Köprülü (n 53) 237; Ali Cem Budak, 'Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı' (2006) Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı – IV-Türkiye Barolar Birliği 128, 129-130; Aslı Aras, *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü* (Yetkin 2017) 31; Helvacı (n 3) 187; Ayan ve Ayan (n 63) 170; Zeynep Güler, *Türk Hukuku'nda Kadının Soyadına İlişkin Gelişmeler Çerçevesinde Çocuğun Soyadı* (On İki Levha 2019) 18.

69 Engin Şimşek, 'Adın Kazanılması ve Değiştirilmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2011) 113.

70 Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 6) 432-433. Nüfus Hizmetleri Kanunu kapsamında yapılacak olan düzeltmelere dair uygulamada hasım olarak nüfus idaresinin gösterilmesinin suni bir hasım yaratma olduğu ve çekişmesiz yargı işini çekişmeli hale soktuğuna dair bkz. Ejder Yılmaz, 'Savcıların Hukuk Davalarındaki Görevleri' (1972) 29 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 255, 270. Kanuni hasım yaratarak nüfus memurunu taraf haline getirmenin adın değiştirilmesini çekişmeli yargı alanına dahil etmeyeceği ve maddi anlamda taraf olamayacak kişi veya makamı şekli olarak taraf haline getirmenin de bunu sağlamayacağı yönünde bkz. Kuru (n 68) 22.

71 HMK m. 382 (Çekişmesiz Yargı İşleri):

2) Aşağıdaki işler çekişmesiz yargı işlerinden sayılır:

a) *Kişiler hukukundaki çekişmesiz yargı işleri:*

2) *Ad ve soyadın değiştirilmesi.*

72 Bir işin çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilip edilmemesi noktasında uyumsuzluk yokluğu, subjektif hak yokluğu, re'sen harekete geçme gibi çeşitli kriterler bakımından değerlendirme yapılmaktadır. Fakat HMK m. 382'de çekişmesiz yargı işi olarak anılan işlerin ilgili kriterler bakımından değerlendirilmesine ve bu kriterlerin gerçekleştiğinin araştırılmasına

Çalışma kapsamında değerlendirilen Yargıtay kararı, hangi yargılama türünün kabul edildiği yönünde bir değerlendirme ihtiva etmemektedir. Karar gerekçesinde ise dava, davacı, davalı gibi terimler kullanılmıştır. Her ne kadar ilgili kavramlar tercih edilmiş olsa da bu, Yargıtay'ın ilgili husustaki görüşüne yönelik açık bir anlama gelmemektedir. Zira başkaca kararlarında yüksek mahkeme ilgili kavramları kullanmış olsa da yargılamanın çekişmesiz yargı alanına dahil olduğunu kabul etmiştir⁷³.

Doktrinde bir görüşe⁷⁴ göre, çekişmeli ve çekişmesiz yargıda kullanılan kavramların nitelikleri gereği farklı olması gerekmektedir. Buna göre, dava; davacı, davalı gibi terimler çekişmeli yargı alanına dahildir ve bu nedenle çekişmesiz yargı alanında kullanılmaları yerinde değildir. Yine ilgili görüşe göre çekişmesiz yargı alanında dava yerine "iş"⁷⁵, davacı ve davalı terimleri yerine ise ilgili (alakadar)⁷⁶ terimleri tercih edilmelidir.

Bilindiği üzere davacı, maddi hukuk anlamında hak sahibi olan kişinin sıfatı iken davalı, hakkın yükümlüsünün sıfatıdır⁷⁷. Karşılığını çekişmesiz yargı alanında bulan "ilgili" kavramı ise verilecek karar üzerine hukuki durumunun etkilenme ihtimali bulunan kişiye karşılık gelir⁷⁸. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, çocuğun soyadı değişikliği kanaatimizce bir çekişmesiz yargı işidir. Fakat Yargıtay kararında yer alan ifadelerin ve kabullerin daha net anlaşılabilmesi adına çalışmamızda kararda yer alan terimler tercih edilmiştir⁷⁹.

2. GÖREVLİ MAHKEME

Çocuğun soyadının değiştirilmesi davasında usuli anlamda incelenecek ilk husus görevli mahkemenin tespitidir. Görevli mahkeme HMK m. 1 gereği kanunla tespit edileceğinden söz konusu davanın hangi kanun ve kanun hükmü çerçevesinde ele alınması gerektiği önem arz etmektedir. TMK m. 27 ekseninde inceleme yapılması gerektiği ve yargılamanın da çekişmesiz yargı işi olduğu yönündeki kanaatimiz yukarıda belirtilmişti. Bilindiği üzere HMK m. 383 uyarınca aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesidir. Fakat NHK m. 36⁸⁰ asliye hukuk mahkemelerinin görevine ilişkin özel bir düzenleme içermektedir. Bu

gerek bulunmamaktadır. Bkz. Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku Cilt I* (İkinci Baskı, Yetkin 2018) 115.

73 Bu yönde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2013/18-464 K 2013/1698, 25.12.2013.

74 Kuru (n 68) 139; Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz, *Medeni Usul Hukuku* (Dinamik Kitap) (On Beşinci Baskı-Üçüncü Sürüm, On İki Levha 2021) 2118.

75 Kuru (n 68) 139; Tanrıver (n 72) 113; Pekcanitez, Özekes, Akkan ve Taş Korkmaz (n 74) 2118.

76 Doktrinde Kuru alakadar terimini tercih ederken Pekcanitez, Özekes, Akkan ve Taş Korkmaz ise ilgili (alakadar) terimini tercih etmektedir. Bkz. Kuru (n 68) 139 ve Pekcanitez, Özekes, Akkan ve Taş Korkmaz (n 74) 2118. Tanrıver ise ilgili veya talepte bulunan terimlerinin söz konusu olacağını ileri sürmektedir. Bkz. Tanrıver (n 72) 113.

77 Pekcanitez, Özekes, Akkan ve Taş Korkmaz (n 74) 611-612; Tanrıver (n 72) 527.

78 Tanrıver (n 72) 113; Pekcanitez, Özekes, Akkan ve Taş Korkmaz (n 74) 2121; Budak (n 68) 155.

79 Çalışma kapsamında kullanılan "dava" teriminden kasıt "çekişmesiz yargı işi" ve "davacı, davalı, taraf" terimlerinden kasıt ise "ilgili" kavramıdır.

80 NHK m. 36/1-a ve b: "Nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davaları, düzeltmeyi isteyen şahıslar ile ilgili resmî dairesinin göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet savcılarının tarafından yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli asliye hukuk mahkemesinde açılır.

Haklı sebeplerin bulunması hâlinde aynı konuya ilişkin düzeltme yapılması hâkimden istenebilir. Ad değişikliği hâlinde, nüfus müdürlüğü bu kişinin çocuklarının baba veya ana adına ilişkin kaydı, soyadı değişikliğinde ise eşin ve ergin olmayan çocukların soyadını da düzeltir".

noktada öncelikle belirtilmelidir ki soyadı değişikliğinin NHK m. 36'da düzenlenmiş olan adın düzeltilmesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkin de doktrinde tartışmalar bulunmaktadır. Bir görüşe göre ilgili hüküm kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir⁸¹. Diğer bir görüş ise adın değiştirilmesinde usulün NHK m. 36 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁸². Yargıtay ise, özellikle Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında⁸³ da belirttiği üzere, HMK m. 383 düzenlemesi bulursa da görevli mahkemenin NHK m. 36 hükmü nedeniyle asliye hukuk mahkemesi olduğunu ileri sürmekte ve bu nedenle de soyadı değişikliğine ilişkin usuli süreci NHK m. 36 kapsamında ele almaktadır⁸⁴. Kanaatimizce de soyadı değişikliği her ne kadar çekişmesiz yargı işi olsa da görevli mahkemenin tespitinde NHK m. 36 dikkate alınmalıdır. Zira hüküm, temelde nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin olsa da birinci fıkranın b bendinde *ad değişikliği* ifadesine yer verilmiştir. Bu ise kanun koyucunun, adın düzeltilmesinden bahsederken ad değişikliğini de kapsama aldığını ve hatta arada bir ayırım gözetmediğini göstermektedir⁸⁵. Yine aynı bentte yer alan ilk cümle "*haklı sebeplerin bulunması halinde*" hakimden düzeltme istenebileceği şeklinde değiştirilmiştir⁸⁶. Haklı sebeple düzeltme şeklinde ifadesini bulan hükmün esasen TMK m. 27'de yer alan haklı sebebe de vurgu yapması, kanun koyucunun amacının yukarıda belirtilen şekilde olduğunu göstermektedir. Anılan gerekçelerle, soyadı değişikliğinin usuli anlamda NHK m. 36 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve görevli mahkemenin de asliye hukuk mahkemesi olduğu sonucuna ulaşılabacaktır⁸⁷. Zira HMK m. 383'te de belirtildiği üzere aksi bir düzenlemenin olması halinde çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkemenin tespiti, özel düzenleme ile belirlenen mahkemeler dikkate alınarak yapılacaktır.

Çocuğun soyadı değişikliği nezdinde görevli mahkemenin tespiti açısından yaşanan bir diğer karmaşa ise aşağıda yer alan kararlarda da görüleceği üzere asliye hukuk ve aile mahkemeleri nezdindedir. Bunun temelinde ise esasen yargılama bakımından hangi hükmün esas alınması gerektiğine dair yaşanan tartışma yatmaktadır⁸⁸. TMK m. 321 temelli bir değerlendirme yapılması halinde, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 4⁸⁹ gereği görevli

81 Helvacı (n 3) 186 vd. Bu yöndeki bir görüş her ne kadar ad değişikliğinin NHK m. 36 kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmasa da bu konuda TMK m. 27'de düzenlememe bulunmaması nedeniyle NHK m. 36'ın örneksene yolu ile uygulanabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. Zevkliler, Acabey ve Gökyayla (n 52) 401-404. Yine bu yönde bir diğer görüşe göre ise adın değiştirilmesi Nüfus Kanunu kapsamında değerlendirilemeyeceği için nüfus memuru da yargulamada hazır bulunamayacaktır. Bkz. Yılmaz (n 70) 272.

82 Özsunay (n 52) 201-202; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 24) 139; Öztan, *Kişiler Hukuku* (n 10) 434; Dural ve Öğüz (n 3) 184; Ayan ve Ayan (n 63) 170; Cengiz (n 33) 83; Şimşek (n 69) 119.

83 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2013/18-464 K 2013/1698, 25.12.2013.

84 Benzer yönde bkz. Yargıtay 17 HD, E 2014/1591 K 2014/2198, 20.02.2014.

85 Cengiz (n 33) 84.

86 Nüfus Hizmetleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7039, Kabul Tarihi: 19.10.2017, RG 03.11.2006/30229, m. 9.

87 Bu konudaki bir görüş, HMK 383 uyarınca görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi olduğunu fakat adın değiştirilmesi ile adın düzeltilmesi arasında ayırım yapılmaksızın asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğuna dair Yargıtay kararlarının bulunduğunu ifade etmektedir. Bkz. Helvacı (n 3) 188, dn. 568.

88 Bkz. IV, B, 1.

89 Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanun, Kanun Numarası: 4787, Kabul Tarihi: 09.01.2003, RG 18.01.2003/24997 m. 4 şu şekildedir:

Aile mahkemeleri, aşağıdaki dava ve işleri görürler:

mahkemenin aile mahkemesi olması gerekecektir. Bir kararında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, evlilik birliği içinde doğan ve doğumla "aile soyadını" kazanan çocuğun, soyadı değişikliği talebiyle dava açması halinde bunun ergin kişinin haklı nedenle soyadı değişikliği niteliğinde olmayacağını ve görevli mahkemenin bu nedenle aile mahkemesi olması gerektiğine hükmetmiştir⁹⁰. Yine başka kararlarında Yargıtay, kan bağına dayanan veya yapay soybağı ile kazanılan soyadının veli yahut vasinin talebi ile değiştirilip değiştirilemeyeceğine ilişkin uyumsuzluğun TMK m. 321 çerçevesinde çözüme kavuşturulması gerektiğini ve bu nedenle görevli mahkemenin aile mahkemesi olacağına karar vermiştir⁹¹.

Çalışmaya konu olayda da dava aile mahkemesinde açılmıştır. Yerel mahkeme de bu durumu velayet hakkı kapsamında ve temelde annenin durumundan hareketle incelemiştir. Yargıtay ise görevli mahkeme bakımından herhangi bir inceleme yapmamış ve yerel mahkemenin aile mahkemesi olmasını bozma kararına konu etmemiştir. Kanaatimizce görevle alakalı bu kabul hatalıdır. Yerel mahkemenin bakış açısının velayet hakkı temelli olması ve ayrıca TMK m. 321 nezdinde de inceleme yapması, davanın da aile hukukundan doğan işlerden olduğu kanısını doğurmakta ve bu nedenle de uyumsuzluk aile mahkemesinde incelenmektedir. Oysa yukarıda da açıklanan⁹² sebeplerle soyadının değiştirilmesinin, soyadı değiştirilecek kişi bir çocuk olsa dahi kişi varlığı hakları kapsamında incelenmesi gerekir. Davanın TMK m. 27 özelinde değerlendirilmesi gerektiği, özellikle m. 321'in çocuğun soyadını kazanması bakımından getirilmiş bir hüküm olduğu ve fakat çocuğun soyadı değişikliğini düzenlemediği hususları karşısında Yargıtay kararlarına katılmak mümkün değildir⁹³.

1. 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun Üçüncü Kısım hariç olmak üzere İkinci Kitabı ile 3.12.2001 tarihli ve 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna göre aile hukukundan doğan dava ve işler,

2. 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna göre aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi,

3. Kanunlarla verilen diğer görevler.

90 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2015/259 K 2015/2625, 18.11.2015. Kararın devamında, 'Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyeler tarafından davanın haklı sebeple soyadının değiştirilmesi niteliğinde olduğu, bu nedenle uyumsuzluğun asliye hukuk mahkemesinde çözümlenmesi gerektiği ileri sürülmüş ise de bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından yukarıda açıklanan gerekçelerle kabul edilmemiştir' açıklaması yer almakta ve bazı üyelerin TMK m. 27 bağlamında değerlendirme yaptığı görülmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E 2015/18-3257 K 2016/117, 29.01.2016 künyeli bir kararında da yine benzer şekilde hüküm kurmuştur: "...Bu düzenlemelerden çıkan sonuç şudur ki; çocuğun soyadı, ana ve babasıyla soybağı ilişkisini göstermektedir. O halde, ergin olmayan çocuğun, doğumla veya kan bağına dayanan soybağının yahut da yapay soybağının (evlat edinme) kurulmasıyla kazandığı soyadının; velayet hakkına sahip olan ebeveyn ya da çocuk vesayet altında ise vasisinin talebiyle değiştirilip değiştirilemeyeceği sorunu, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 321. maddesi hükmü ve soybağının hükümleri esas alınarak çözülecektir. Bu hüküm ve soybağının hüküm ve sonuçlarına dair diğer düzenlemeler, TMK'nun "Aile Hukuku" başlığını taşıyan ikinci kitabında, "Hısımlık" başlıklı ikinci kısmının "Soybağının Hükümleri" başlıklı ikinci ayırımında yer almaktadır..."

91 Yargıtay 20 HD, E 2015/9584 K 2016/1662, 15.02.2016; Yargıtay 20 HD, E 2018/6562 K 2019/855, 11.02.2019; Yargıtay 18 HD, E 2015/2159 K 2015/17250, 26.11.2015; Yargıtay 18 HD, E 2016/9861 K 2016/10849, 29.09.2016; Yargıtay 18 HD, E 2015/1196 K 2015/14266, 13.10.2015.

92 TMK m. 321 ve m. 27 kapsamında yapılan değerlendirmeler için bkz. IV, B, 1.

93 Yukarıda anılan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E 2015/18-3257 K 2016/117, 29.01.2016 künyeli kararının karşı oy gerekçesi de bu hususu teyit etmektedir: "... Dava, evlilik birliği içinde doğan, anne ve babanın boşanması sonucu velayeti anneye verilen çocuğun soyadının değiştirilmesi davasıdır. Dava, küçüğe velayeten annesi tarafından açılmıştır. Dava açılan Asliye Hukuk Mahkemesi davayı esasdan inceleyip davanın kabulüne karar vermiş, davalı Nüfus İdaresi vekilinin temyizi sonucu Özel Dairece esasdan bozulmuştur. Mahkemece verilen direnme kararı Hukuk Genel Kurulu'nun çoğunluğu

Anılan gerekçelerle, kanaatimiz, ilgili davanın TMK m. 27 bağlamında incelenmesi gerektiği yönünde olduğundan görevli mahkeme de asliye hukuk mahkemeleri olmalıdır⁹⁴. Bu hususun kabulü dahi ilgili uyuşmazlıklarda mahkemelerin bakış açısını ve yargılamanın seyrini değiştirecek bir gelişmeye neden olacaktır.

3. TARAFILARIN TESPİTİ

A. DAVACI

Çocuğun soyadı değişikliğini talep edenin kim olabileceği esasen soyadı değiştirme hakkının hukuki niteliği ve kullanımı ile alakalıdır. Zira verilen karardan etkilenme ihtimali bulunan kişi aynı zamanda hakkı kullanan kişi olacaktır. Uygulama, davanın niteliğini maddi hukuk anlamında farklı biçimde ele aldığı gibi usul hukuku anlamında da taraf sıfatı olmayan kişilere bu sıfatı atfetmektedir. Çalışmaya konu kararda tam ehliyetsiz olan çocuğun annesi, davacı sıfatı ile "Çocuğun Annesinin Soyadını Kullanmaya İzin" konulu⁹⁵ davayı açmıştır.

Çekişmeli yargı işlerinde yer alan davacı ve davalı kavramları, daha önce de belirtildiği üzere çekişmesiz yargı işlerinde yerini ilgili terimine bırakır. Buna göre ilgili, doktrinde⁹⁶ yapılan bir tasnife göre maddi anlamda ilgili ve şekli anlamda ilgili olarak ayrılmaktadır. Maddi anlamda ilgili, verilecek karar sonucunda hukuki durumu etkilenen kişiye işaret etmekte iken şekli anlamda ilgili ise başvuruda ilgili olarak gösterilen kişiye karşılık gelmektedir. Hukuki durumunun etkilenmesi faaliyetinin doğrudan gerçekleşmesi gerekir, dolaylı bir etkilenme kişiye ilgili sıfatını bahşetmeyecektir⁹⁷. Anılan nedenlerle, Yargıtay kararında davacı olarak gösterilen kişinin kim olabileceği esasen

tarafından, görevli Mahkemenin Aile Mahkemesi olduğu gerekçesiyle bozulmuştur. Dava, yukarıda da belirtildiği gibi, çocuğa velayeten annesi tarafından çocuk adına ve soyadı değiştirme davası olarak açılmıştır. Davada, anne; çocuğun velayeti kendisine tevdi edildiğinden, küçüğün de artık kendisinin soyadını alması gerektiği ve velayet kendisinde olduğundan istediği gibi soyadını değiştirebileceği iddialarında bulunmayıp, küçüğün kendisiyle yaşadığından soyadının farklı olmasının küçüğün sosyal durumunu, psikolojisini etkilediğini, okul çevresinde ve resmi ilişkilerde küçüğü zor duruma soktuğunu iddia ederek MK 27. madde uyarınca haklı nedene dayalı olarak soyadı değiştirme talebinde bulunmuş olup, aile hukuku kapsamında soybağı, babalık, nesebin reddi gibi iddialar sözkonusu değildir. Dava, 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu kapsamında ve MK. 27. md.ne dayalı, bir "nüfus kaydı tashihi – soyadı tashihi davası" dır. Görevli, mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesi olup, mahkemenin haklı sebeplerle soyadı değiştirme davasında, Medeni Kanunun velayete, evlilik içinde doğan küçüğün soyadının babanın soyadı olduğuna dair hükümleri de değerlendirecek ve ayrıca annenin, MK. 27. maddeye göre haklı sebeple soyadı değiştirmeyi velayeten talep edip edemeyeceğine karar verecek olması, nüfus davası olan bu davaya Aile Mahkemesinin görevli olacağı sonucunu değiştirmez. Bu sebeplerle sayın çoğunluğun göreve dair bozma görüşüne katılmıyoruz..."

94 Mortaş (n 27) 337; Güler (n 68) 19. Aksi yönde, çocuğun soyadının velayet hakkı kapsamında değiştirilmesine ilişkin davalarda aile mahkemesinin görevli olacağına dair bkz. Mehmet Gökhan Pehlivan, 'Soyadı Kavramı ve Küçüklerin Soyadı ile Velayet Hakkı Arasındaki İlişkinin Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi' (2016) (7) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 793, 823-824. Aynı yönde bkz. Albayrak (n 32) 38. Yargıtay 18 HD, E 2016/9861 K 2016/10849, 29.09.2016 "Bu itibarla; çocuğun soyadının velayet hakkı kapsamında değiştirilmesine dair davanın, ergin kişinin haklı sebeple soyadının değiştirilmesi niteliğinde değil, evlilik birliği içinde doğan çocuğun, doğumla kazandığı "aile soyadının" değiştirilmesi talebine dair olması sebebiyle görevli mahkeme aile mahkemesidir".

95 Soybağına bağlı olarak düzenlenen soyadının, çocuğun soyadı değişikliği davalarında "kadının çocuğa soyadını vermesi" olarak ele alınmasının yerinde olmadığı yönünde bkz. Öztan, *Kişiler Hukuku* (n 10) 433.

96 Kuru (n 68) 141 vd.; Pekcanitez, Özkes, Akkan ve Taş Korkmaz (n 74) 2121; Aras (n 68) 124 vd.

97 Pekcanitez, Özkes, Akkan ve Taş Korkmaz (n 74) 2121.

ilgilinin kim olabileceğinin tespitinden, yani verilecek karardan doğrudan etkilenecek kimsenin belirlenmesinden geçecektir. Bu husus da hakkın kullanımı ve niteliği bakımından yukarıda yapılan açıklamalar ile yakından ilgilidir. Soyadının değiştirilmesi hakkının özellikle ayırt etme gücüne sahip çocuk tarafından kullanımı için yasal temsilci rızasının aranması gerektiği yönündeki görüşe katılmadığımızı daha önce izah etmiştik. Bu nedenle, nispi anlamda kişiye sıkı biçimde bağlı bu hakkın kullanımı için ayırt etme gücüne sahip çocuğun tek başına hareket etmesi mümkündür. Verilecek karardan etkilenecek kişinin çocuk olduğu düşünüldüğünde, değişikliği talep edecek kişi de çocuk olacaktır. Yargıtay'ın ifadesi ile davacı, ayırt etme gücüne sahip olan çocuktur.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuklar bakımından ise yasal temsil mümkündür zira bu durumdaki bir çocuğun menfaati de soyadı değişikliğini gerektiriyor olabilir. Kural olarak dava ehliyeti olmayan tam ehliyetsiz gerçek kişi yasal temsilcisi tarafından temsil edilir. Fakat yasal temsilci davada taraf değildir, yalnızca temsil ettiği kişi adına hareket eder⁹⁸. Yasal temsilci ile çocuk arasında menfaat çatışması bulunması halinde ise çocuğa kayyım tayin edilmesi gerekecektir⁹⁹. İlgili dava kayyım tarafından çocuk adına açılacaktır. Eldeki çalışmaya konu olayda yer alan çocuk da tam ehliyetsizdir ve annesi yasal temsilcisi sıfatı ile ilgili davayı açmıştır. Daha önce de belirttiğimiz gibi annenin, çocuğun soyadı değişikliği yargılamasında yasal temsilci sıfatı ile hareket ederek davayı açması yerinde değildir. Anne ile çocuk arasında menfaat çatışması gündeme gelecektir. Bu nedenle çocuğa kayyım atanması gerekecektir. Üstelik çalışmaya konu kararın verildiği yerel mahkeme ve Yargıtay'ın tutumu da ilgili menfaat çatışmasını görünür kılmaktadır. Zira davanın öznesinin çocuk olmaktan çıktığı ve anne ile babanın davanın odak noktası haline geldiği ilgili kararların gerekçelerinden anlaşılmaktadır. Yerel mahkeme, gerekçesinde, "*annenin çocuğa soyadını verme hakkı*" denebilecek bir olguya değinmiş ve çocuğunun annenin soyadını neden taşıyabileceğini annenin haklı nedenleri ile açıklamaya çalışmıştır¹⁰⁰. Yine Yargıtay da babanın hukuki durumuna atıf yapmıştır. Anılan nedenlerle görülmektedir ki dava konusu ve odak noktası esas amacından uzaklaşmakta ve dava adeta anne babanın davası haline gelmektedir. Anne babanın çıkarı ile çocuğun çıkarının çatıştığı ve çocuğun menfaatlerinin, uygulamanın bu tutumu da dikkate alındığında, tehlikeye düştüğü çok açıktır. Bu sebeple çocuğun soyadının değiştirilmesi davalarında anne veya babanın yasal temsilci sıfatıyla hareket etmesine izin verilmemesi ve çocuğa bir kayyım atanması gerektiği yönündeki görüşe¹⁰¹, hem davanın seyri hem usul hukukunun gerekleri anlamında katılmaktayız.

B. DAVALI

Çalışmaya konu Yargıtay kararında yalnızca nüfus müdürlüğünün (Kartal Nüfus Müdürlüğü) davalı gösterilerek babanın yokluğunda davanın sonuçlandırılması eksiklik olarak görülmüştür. Yargıtay, nüfus müdürlüğünün davalı olarak gösterilmesini olağan karşılamış ve buna ek olarak

98 Pekcanitez, Özkes, Akkan ve Taş Korkmaz (n 74) 667-668.

99 Tanrıver (n 72) 536; Pekcanitez, Özkes, Akkan ve Taş Korkmaz (n 74) 668.

100 "2525 Sayılı Yasanın 4/2. Maddesinin Anayasa Mahkemesinin 2010/119 esas 2011/165 karar sayılı ilamı ile iptal edildiği, boşanmadan sonra velayet hakkı kendisine verilen annenin kendi soyadını çocuğa vermesi yönünde TMK 321 mad. Kapsamında bir düzenleme bulunmadığı... iddia kapsamında anne ile çocuk arasında soyadı farklılığının günlük yaşamda anne açısından zorluk taşıyabileceği...".

101 İlgili görüşe dair açıklamalar için bkz. yukarıda IV, B, 3.

babanın yokluğuna, davaya dahil edilmesi gerektiğine ve eksik hasım ile inceleme yapılarak hüküm kurulduğuna vurgu yapmıştır. Yargıtay kararındaki bu ifadelerden babanın hangi sıfatla davaya dahil olması gerektiğine dair net bir anlam çıkmamaktadır. Karar gerekçesinden çıkarılacak ilk anlam, Yargıtay'ın, babanın davalı olarak yargılamaya katılması gerektiği yönünde bir görüşe sahip olduğudur. Zira, *“somut olayda; davacı anne davalı olarak sadece Kartal Nüfus Müdürlüğü'nü göstermiş, çocuğun babasının yokluğunda dava görülmüş... eksik hasım ve inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir”* şeklinde gerekçelendirilen kısımdan, davalı olarak yalnızca nüfus müdürlüğünün gösterilmemesi gerektiği anlamı çıkmaktadır. Babanın da davalı olarak gösterilmesi gerektiği, Yargıtay ifadesinin mefhumu muhalifinden anlaşılmalıdır. Ek olarak “hasım” kavramına yer veren Yargıtay, babanın davadaki yokluğunu tarafta eksiklik olarak nitelemektedir. Üstelik Yargıtay'ın, nüfus müdürlüğünün davalı olarak gösterilmesine yönelik tutumundan da davalı sıfatını bu yargılama bakımından olağan gördüğü açıktır. Belirtilmelidir ki Yargıtay'ın başkaca kararlarında da hemen hemen aynı gerekçeler ile hüküm kurulmuş ve babaya da husumet yöneltilmesi gerektiğine karar verilmiştir¹⁰².

Yargıtay'ın karardaki tutumunun babanın “ilgili” olması yönünde olduğu ihtimali de değerlendirilmelidir. Zira karar gerekçesinde değinilen *“küçüğün babasının hukuki durumunun etkilenmesi”* ifadesi bahse konu ilgili tanımı ile örtüşmektedir.

Karar gerekçesinde her ne kadar babanın davadaki sıfatı çok açık biçimde belirtilmese de kanaatimizce, Yargıtay'ın babanın davadaki rolüne biçtiği anlam, babanın davalı olarak yargılamaya katılması yönündedir. Yüksek mahkemenin isim değişikliği davalarında nüfus müdürlüğü başta olmak üzere davalı bir tarafın varlığını araması hususuna ek olarak yukarıda yapılan açıklamalar düşünüldüğünde, Yargıtay'ın tutumunun bu biçimde tezahür ettiği söylenebilecektir. Zira çalışmaya konu karar da dahil olmak üzere Yargıtay, NHK m. 36'da yer alan *“Kayıt düzeltme davaları nüfus müdürü veya görevlendireceği nüfus memuru huzuru ile görülür ve karara bağlanır”*¹⁰³ düzenlemesine binaen baba dışında nüfus müdürlüğünün de davalı olarak gösterilmesi gerektiğine hükmetmekte¹⁰⁴ ve davanın nüfus idaresi yokluğunda görülemeyeceğini ileri sürmektedir¹⁰⁵.

102 *“Dava, çocuğun soyadının değiştirilmesine ilişkin olup, mahkemece talebin kabulüne karar verilmiştir. Bu istek babanın haklarına da etkilidir. Bu bakımdan babaya da husumet yöneltilerek davanın görülmesi, babanın göstermesi halinde delillerinin toplanılması gerekir. Mahkemece baba davaya dahil edilerek hukuki dinlenilme hakkı (HMK m. 27) çerçevesinde delillerinin sunulması ve gösterdiği takdirde usulince toplanılıp, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken babanın savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracak şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.”* Yargıtay 2 HD, E 2016/24827 K 2017/15180, 21.12.2017.

103 NHK m. 36'nın eski halinde, cumhuriyet savcısının da bu davada hazır bulunacağı düzenlenmişse de ilgili kısım iptal edilmiştir. Bkz. Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6217, Kabul Tarihi: 31.03.2011, RG 14.04.2011/27905.

104 *“Velayet altındaki çocuğun soyadının değiştirilmesi davası aynı zamanda nüfus kayıtlarının da düzeltilmesini gerektirdiğinden, nüfus müdürlüğünün yasal hasım olarak davada yer alması gereklidir”* Yargıtay 2. HD E 2021/3902 K 2021/5831, 06.07.2021. Evli kadının yalnızca kendi soyadını kullanmak için açtığı davada da Yargıtay kocanın davalı olarak gösterilmemesini bozma nedeni saymaktadır. Bkz. Yargıtay 2 HD, E 2020/3305 K 2020/4931, 21.10.2020; Yargıtay 2 HD, E 2011/8917 K 2012/23632, 04.10.2012; Yargıtay 2 HD, E 2015/15481 K 2015/20360, 04.11.2015. Bazı kararlar ve eleştirisi için bkz. Dursun (n 3) 108 vd.

105 Köprülü (n 53) 237; Cengiz (n 33) 95.

Çocuğun soyadı değişikliği yargılamasında davalı bir taraf yaratan ve genelde nüfus müdürlüğünün, çalışmaya konu eldeki karar özelinde ise babanın davalı olarak gösterilmesi gerektiğini ileri süren Yargıtay'ın görüşüne katılmak mümkün değildir. İlk olarak ifade edilmelidir ki NHK m. 36'da nüfus memurunun yargılamaya katılımı öngörülmüşse de bu katılım kamu düzeni ile alakalıdır. Doktrinde¹⁰⁶ de ifade edildiği üzere bu gibi çekişmesiz yargı işlerinde özel kanun hükümlerince yargılamaya katılma görevi kendilerine yüklenmiş olan nüfus memuru gibi kişilerin durumu, ilgililerin durumundan farklıdır. Bu kimselerin yargılamada hazır bulunmasının sebebi kamu yararını korumak içindir, yoksa hak arama hürriyetinden değildir. Doktrindeki bir görüşe göre de nüfus idaresinin davalı olarak gösterilmesi yerinde değildir zira adın değiştirilmesi esasen hasımsız bir davadır¹⁰⁷. Yine başka bir görüş nüfus idaresinin kanuni hasım olarak gösterilmesini yapay bir taraf yaratılması olarak nitelendirmektedir¹⁰⁸.

Çalışmamız özelinde ele alınan karar bakımından öncelikle belirtilmelidir ki çekişmesiz yargı işi olan çocuğun soyadının değiştirilmesi davasında babanın davalı olması, yargılamanın niteliği gereği mümkün değildir. Bu yargılamanın, çekişmeli bir yargı işi olduğu kabul edilse dahi babanın davalı olması mümkün olmayacaktır zira taraf sıfatına sahip olan davalı, kural olarak maddi hukuk anlamında hakkın yükümlüsüdür¹⁰⁹. Oysa çocuğun soyadı değişikliği hakkı bakımından babanın yükümlü olmadığı açıktır. Kanaatimizce babanın yargılamadaki rolünün ilgili olması da mümkün değildir. Zira çekişmesiz yargı işleri bakımından ilgili, yukarıda da anıldığı üzere verilecek karardan hukuki durumu etkilenecek kişidir. Üstelik bu etkilenme doğrudan olmalıdır zira dolaylı bir etkilenme sebebiyle kişinin ilgili olması mümkün değildir¹¹⁰. Çocuğun soyadı değişikliği bakımından ise hukuki durumu etkilenecek, kişilik değerlerinde farklılık meydana gelecek tek kişi bizatihi çocuktur. Davanın, babanın kişilik değerlerine bir etkisi olmadığı gibi yargılama sonunda verilecek karar onun hukuki durumunu da etkilemeyecektir. Anılan sebeple babanın ilgili olması da bu dava bakımından kabul edilebilir değildir.

Çocuğun soyadı değişikliği bakımından davalı veya ilgili sıfatına dair yukarıda yapılan değerlendirmelere ek olarak araştırılması gereken bir diğer husus da babanın (yahut ebeveynlerin) bu dava bakımından dinlenmesi, görüşünün alınması ve bu faaliyetin sınırlandırılmasıdır. Yargıtay'ın anılan görüşüne benzer şekilde 1964 tarihli bir kararında¹¹¹ İsviçre Federal Mahkemesi, çocuğun soyadı değişikliği bakımından ebeveynin rolüne dikkat çekmiştir. İlgili kararda mahkeme, çocuğun soyadı

106 Budak (n 68) 156-157.

107 Tekinay (n 53); Kuru (n 68) 21; Arpacı (n 53) 177-178; Köprülü (n 53) 238; Helvacı (n 3) 187; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 6) 433. Bu yönde bkz. Ataay (n 52) 207. Aksi görüş için bkz. Özsunay (n 52) 202. Kanunda bu konuda herhangi bir düzenleme olmadığı ve bu nedenle davalı olarak nüfus memurunun bulunmasının gerekli olmadığı yönünde bkz. Zevkliler, Acabey ve Gökyayla (n 52) 406. Her ne kadar dava açılırken nüfus müdürü veya görevlendireceği nüfus memurunun hazır bulunması gerekse de bu kimselerin hasım gösterilmesi gerekmediğine dair bkz. Ayan ve Ayan (n 63) 170. Bunun bir dava olmaması nedeniyle husumet, hasım gibi kavramların bu yargı işinde kullanılmasının yerinde olmadığına dair bkz. Pekcanitez, Özekes, Akkan ve Taş Korkmaz (n 74) 2119.

108 Kuru (n 68) 22.

109 Pekcanitez, Özekes, Akkan ve Taş Korkmaz (n 74) 611.

110 Pekcanitez, Özekes, Akkan ve Taş Korkmaz (n 74) 2121.

111 BGE (Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts) 89 I 153 <<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c1089153.html#Opinion>> accessed 03 January 2022.

değişikliği davasında babaya dinlenme hakkının tanınması gerektiğini ifade etmiştir¹¹². Karara göre çocuk bakımından talep edilen soyadı değişikliği davasında babanın menfaatleri de dikkate alınmalı ve eğer mümkünse baba ilgili talebe dair dinlenmelidir. Doktrinde de Federal Mahkeme kararının doğru olduğu, zira bir babanın kendi soyadının çocuğu tarafından taşınmasını isteme hakkının olduğu yönünde görüşler ileri sürülmüştür¹¹³. Her ne kadar TMK m. 27'de anılan haklı sebeplerin, soyadının taşınmasının istenmesi hakkı karşısında baskın olduğu belirtilse de babanın en azından bir defa dinlenmesi gerektiği de bazı yazarlarca ifade edilmiştir¹¹⁴.

Yukarıda da anılan bir görüşe¹¹⁵ göre de çocuğun soyadı değişikliğini içeren davada, aradaki çıkar çatışması nedeniyle anne babanın yasal temsilci sıfatıyla hareket etmesine olanak vermemek gerekirse de ebeveynlerin dinlenmesi gerekir. Üstelik bu dinleme, anne veya babanın velayet hakkının varlığından yahut soyadlarının çocuğun soyadı ile aynı olup olmamasından bağımsızdır. Davada, değişikliğe ilişkin düşüncelerini aktarma hakkına sahip anne veya babanın yasal temsilci sıfatı ile hareket edememesi nedeniyledir ki çocuğa bir kayyım atanması gerekecektir. Başka bir görüşe¹¹⁶ göre ise baba ile çocuk arasındaki ilişkilerin yoğunluğunun değerlendirilmesi açısından imkan varsa babanın dinlenmesi gereklidir. Fakat soyadı üzerindeki hak kişisel bir haktır ve bu nedenle esasen babanın buna itiraz hakkı yoktur. Zira değişikliğe uğrayan babanın soyadı değil, çocuğun kişiliğinin bir parçası olan kendi soyadıdır. Bir başka görüş¹¹⁷ ise annenin boşanıp yeniden evlenmesi sebebiyle çocuğun soyadının değiştirilmek istenmesi haline özgü olmak üzere, babanın menfaatlerinin bundan zarar görme ihtimalinin olduğunu ve bu nedenle ilgili hususun babaya bildirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Görüşe göre babanın, dinlenilmesini talep hakkı bulunmaktadır. Fakat esasen babanın rızasının, çocuğun üstün yararı karşısında önemi yoktur. Eğer çocuğun menfaati gerektiriyorsa TMK m. 27 anlamında haklı nedenin varlığı ortaya çıkacağından babanın rıza göstermemesi soyadı değişikliğini etkilemeyecektir.

Yargıtay kararında yer alan gerekçenin hukuki dayanağının ne olabileceği konusunda yukarıda yaptığımız değerlendirmeler neticesinde babanın sıfatının davalı veya ilgili olamayacağını ifade etmiştik. Fakat anne babanın dinlenmesinin bu yargılama bakımından ve yargılama ile bağdaşır ölçüde gerekli olduğu söylenebilir. Çünkü çocuğun soyadı değişikliği hem kamu düzeni hem çocuğun üstün yararı gereğince nitelikli bir araştırmayı gerektirmektedir. Anne babanın dava bakımından dinlenmesi ise bu kimselerin yargılamaya taraf veya ilgili olarak katılmalarını gerektirmemektedir. Zira çekişmesiz yargı işlerinde zaten re'sen araştırma ilkesi caridir ve bu nedenle hakim, yargılama için gerekli olan hususları kendi inisiyatifini çerçevesinde tayin edecek ve nitelikli bir araştırma için ihtiyaç duyduğu ispat vasıtalarına da re'sen başvuracaktır¹¹⁸. Hal böyle iken, ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğun soyadı değişikliği için kayyım tarafından açılacak davada hakim, bu değişikliğin

112 Tekinay (n 53) 284. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yönde birçok kararı olduğuna dair bkz. İmre (n 52) 842.

113 Tekinay (n 53) 284; Özsunay (n 52) 202.

114 Tekinay (n 53) 284.

115 Özen (n 6) 297.

116 Genç Arıdemir (n 12) 746.

117 Öztan, *Aile Hukuku* (n 6) 1017.

118 Kuru (n 68) 159-160; Budak (n 68) 170; Tanrıver (n 72) 113; Aras (n 68) 69.

çocuk bakımından gerekliliği; faydası, onun üstün yararı ve haklı neden olgusunu araştırırken anne babanın dinlenmesine karar verebilir ve görüşlerini alabilir. Bu faaliyeti ise yargılamanın özelliği nedeniyle re'sen yürütecektir. Anne veya babanın davaya katılımının, davanın tarafı yahut ilgisi biçiminde olmasına gerek yoktur. Ayrıca ifade edilmelidir ki bu dinleme faaliyeti yalnızca yargılamanın daha sağlıklı yürütülmesi içindir, yoksa HMK m. 27'de¹¹⁹ karşılığını bulan hukuki dinlenilme hakkı ile alakalı değildir. Çocuğun soyadı değişikliği bakımından anne ya da baba, taraf; müdahil yahut ilgili sıfatını haiz değildir ve verilecek karardan da etkilenmezler. Bu nedenle kendi hakları bakımından hukuki dinlenilme haklarının olduğundan bahsedilemez. Zira davaya katılma hakkı olmayan üçüncü kişilerin hukuki dinlenilme hakkı bulunmamaktadır ve verilecek karardan etkilenme ihtimali olmayan kişilere de dinlenilme hakkı verilmesine gerek yoktur¹²⁰.

Babanın davaya dahil olmasının arandığı çalışmaya konu kanun yararına bozma kararının, babanın davalı yahut ilgili sıfatları ile yargılamaya katılmasının mümkün olmaması nedeniyle yerinde olmadığı açıktır. Yargıtay'ın, babanın dinlenmemesine, çocuğun soyadı değişikliği için yapılacak haklı neden ve küçüğün üstün yararı araştırmasında eksiklik anlamını yüklenmediği de kararda geçen ifadelerden anlaşılmaktadır. Zira kararda, babanın davaya dahil edilmesi ve eksik hasımla inceleme yapılmaması, aksi halde babanın hukuki durumunun olumsuz etkilenme ihtimali değerlendirilmiştir. Yani Yargıtay bizatihi babanın hukuki durumunun bu kararlarla etkilenme ihtimalini değerlendirerek babanın da davalı olması ve göstermesi halinde delillerin toplanması gerektiğini ifade etmiştir. Fakat çocuğun soyadının değiştirilmesi bakımından bir bozma kararı bu nedenle gündeme gelmemelidir zira davanın esas konusu çocuk ve çocuğun soyadının haklı nedenle değişmesidir. O halde babanın durumunun etkilenme ihtimali nedeniyle, davalı olarak gösterilmemesini bozma gerekçesi yapmak yerinde olmayacaktır. Kaldı ki babanın hukuki durumunun etkilenmesi de yukarıda anlatıldığı üzere mümkün değildir. Zira bu dava sonucunda verilecek karar yalnızca çocuğu ilgilendirmekte ve onun kişisel hakkı bakımından bir değişiklik yaratmaktadır. Bu yargılamaya anne yahut babanın katılımı ancak onların dinlenmesi nedeniyle olmalıdır ki bu da yine kendi durumlarının değerlendirilmesi için değil çocuğun durumunun değerlendirilmesi amacıyla olacaktır. Bu nedenle Yargıtay'ın, verdiği kararda, babanın durumundan bahisle bir değerlendirme yapması yerinde değildir.

SONUÇ

İncelemeye konu Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 28.01.2021 tarih, 2021/184 E. ve 2021/716 K. sayılı kanun yararına bozma kararında, çocuğun soyadının değiştirilmesi bakımından yapılacak yargılamada babanın da davaya dahil edilmesi gerektiği, çocuğun soyadının değiştirilmesi yönündeki kararın babanın hukuki durumunu etkileyeceği, babanın yargılamada yer almamasının eksik hasım ve inceleme ile hüküm kurulması anlamlarına geleceği belirtilmiştir. Yani Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından çocuğun soyadı değişikliği yargılamasında babanın da davalı olarak

119 HMK m. 27 (1): "Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler".

120 Hakan Pekcanitez, 'Hukuki Dinlenilme Hakkı' (2000) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Prof. Dr. Seyfullah Ediş Armağan) 753, 763-764

gösterilmesi gerektiği düşünülmektedir. Yargıtay'ın bu kabulünün temelinde esasen çocuğun soyadı değişikliği yargılamasında hakkın kim tarafından kullanılacağı, Kanun'un hangi hükmü kapsamında değerlendirme yapılması gerektiği, haklı nedenin ve çocuğun üstün yararının ne anlamlara geleceği gibi birçok noktadaki bakış açısının hatalı olarak değerlendirilmesi yatmaktadır. Nihayetinde uygulamanın bu hususlardaki perspektifi, yargılamanın ebeveynler yönünden karşılığını yanlış saptamakta ve babanın da davalı olarak gösterilmesi gerektiği şeklindeki sonuca ulaşılmaktadır.

İlk olarak belirtmelidir ki nispi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı olan soyadı değişikliğini talep hakkı ayırt etme gücüne sahip çocuğun kendisine aittir. Çalışmaya konu kararın öznesi olan çocuk ise davanın açıldığı tarihte tam ehliyetsizdir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan tam ehliyetsiz çocuklar bakımından nispi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımı için yasal temsil mümkün olmalı ise de soyadı değişikliği bakımından çocuk ile ebeveyn arasında ortaya çıkan menfaat çatışması çocuğa bir kayyım atanmasını gerektirmektedir. Ebeveyn ile çocuk arasında oluşan çıkar çatışmasının sonucu olan ve çocuğun haklarının korunması bakımından önem arz eden kayyım atanması işleminin eldeki karar bakımından lüzumu, gerek yerel mahkemenin gerek Yargıtay'ın odak noktasını çocuktan uzaklaştırıp davayı anne babanın davası haline getirmesinden de anlaşılabilir. Bu sebeple çocuğun soyadının değiştirilmesi davalarında anne veya babanın yasal temsilci sıfatıyla hareket etmesine izin verilmemesi ve çocuğa bir kayyım atanması, yargılamanın gerekliliklerine uygun düşmektedir.

Çalışmaya konu karar bakımından yerel mahkeme tarafından kurulan gerekçede TMK m. 321 uyarınca yapılan değerlendirmeler yerinde değildir. Soyadı değişikliğinin, soyadı değiştirilecek kişi bir çocuk olsa dahi kişi varlığı hakları kapsamında ve TMK m. 27 özelinde incelenmesi gerekir. Zira TMK m. 321 soyadının kazanılması ile alakalı bir kural içermekte iken m. 27 soyadının değiştirilmesini düzenlemektedir. Yani kişinin soyadını kazanması aile hukukuna ilişkin hüküm ile belirlenirken soyadı değişikliği kişiler hukukuna ilişkin hüküm ile tespit edilecektir. Bu nedenle çocuğun soyadı değişikliği bakımından esas alınması gereken hüküm TMK m. 27 olmalıdır.

HMK m. 382'de yer alan açık düzenleme uyarınca soyadı değişikliği çekişmesiz yargı işidir. Soyadı değişikliğini düzenleyen TMK m. 27 ise bu hususta ayrık bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bu nedenle soyadı değişikliği çekişmesiz yargı alanına dahildir.

Çalışmaya konu olayda dava aile mahkemesinde açılmış ve mahkeme de bu durumu velayet hakkı kapsamında ve temelde annenin durumundan hareketle TMK m. 321 çerçevesinde incelemiştir. Yargıtay kararında ise görevli mahkeme ve inceleme kapsamı değerlendirmeye alınmamış ve aile mahkemesinin görevi tartışılmamıştır. Oysaki yargılamanın aile mahkemesinde yapılması yerinde değildir. Davanın TMK m. 27 ve adın değiştirilmesine ilişkin usuli düzenlemenin de yer aldığı NHK m. 36 çerçevesinde görülmesi gerekmektedir. NHK m. 36 uyarınca görevli mahkeme ise asliye hukuk mahkemesi olmalıdır.

Yargıtay'ın kanun yararına bozma kararı gerekçesinde esas aldığı husus babanın yargılamaya katılmamış olmasıdır. Fakat karar gerekçesinde yer alan ve net olmayan ifadelerden babanın, davalı mı yoksa ilgili mi olarak yargılamaya katılımının arandığı hususunun değerlendirilmesi gerekmiştir.

Yargıtay'ın isim değişikliği davalarında genel olarak nüfus müdürlüğünü dahi davalı taraf olarak nitelemesi ve eldeki karar özelinde babanın yokluğu sonucuna eksik hasım ifadesi ile vurgu yapması da düşünüldüğünde, kararda, babanın davadaki rolüne davalı taraf anlamını yüklediği tespit edilmiştir. İlgili görüş ve buna bağlı verilen bozma kararı yerinde değildir. Zira çocuğun soyadının değiştirilmesi bir çekişmesiz yargı işidir ve babanın bu yargılama bakımından davalı olması, yargılamanın niteliği gereği mümkün değildir. Keza babanın yargılamadaki rolünün ilgili olması da mümkün değildir zira çekişmesiz yargı işleri bakımından ilgili, verilecek karardan hukuki durumu doğrudan etkilenecek kişidir. Çocuğun soyadı değişikliği bakımından ise hukuki durumu etkilenecek ve kişilik değerlerinde farklılık meydana gelecek tek kişi bizatihi çocuktur. Verilecek karar babanın kişilik değerlerine tesir etmeyeceği gibi onun hukuki durumunu da etkilemeyecektir. Yargıtay'ın babanın davadaki rolünü hatalı olarak tespit edip bunu ana gerekçe haline getirerek yerel mahkeme kararını bozması anılan nedenlerle yerinde değildir.

Her ne kadar babanın (veya annenin) çocuğun soyadı değişikliği davasında davacı, davalı yahut ilgili sıfatları bulunmasa da hakim tarafından dinlenmesi mümkündür. Zira çocuğun soyadı değişikliği hem kamu düzeni hem çocuğun üstün yararı gereğince nitelikli bir araştırmayı gerektirmektedir. Anne babanın dava bakımından dinlenmesi ise bu kimselerin yargılamaya taraf veya ilgili olarak katılmalarını gerektirmemektedir. Zira çekişmesiz yargı işlerinde zaten re'sen araştırma ilkesi caridir ve bu nedenle hakim, yargılama için gerekli olan hususları kendi inisiyatif çerçevesinde tayin edecek ve nitelikli bir araştırma için ihtiyaç duyduğu ispat vasıtalarına da re'sen başvuracaktır. Bu nedenle anne veya babanın davaya katılımının, davanın tarafı yahut ilgilisi biçiminde olmasına gerek yoktur.

Anılan gerekçelerle, çocuğun soyadı değişikliği bakımından, olması gereken hukuk bağlamında yapılması gereken inceleme ile çalışmaya konu kararda mahkemenin yapmış olduğu değerlendirmelerin uyuşmadığı, kararda ulaşılan sonuç ve gerekçenin maddi hukuk ve usul hukuku anlamında yerinde olmadığı görülmektedir.

KAYNAKÇA

- Abik Y, *Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı* (Seçkin 2005).
- Akipek J, Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku* (On Yedinci Baskı, Beta 2021).
- Akkayan Yıldırım A, 'Evlilik Dışı Çocuğun Soyadı ve 02.07.2009 Tarih 2005/114 E. 2009/105 K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararının Bu Bağlamda Değerlendirilmesi' *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan* (On İki Levha 2010) 69-89.
- Albayrak A, *6100 Sayılı HMK'ya Göre Hazırlanmış Asliye Hukuk Davaları (Açıklamalı, Örnekli, İçtihatlı, Uygulamaya Yönelik)* (3. Baskı, Adalet 2017).
- Aras A, *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü* (Yetkin 2017).
- Arpacı A, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)* (İkinci Baskı, Beta 2000).
- Ataay A, *Şahıslar Hukuku* (Üçüncü Baskı, Fakülteler Matbaası 1978).
- Ayan M ve Ayan N, *Kişiler Hukuku* (Dokuzuncu Baskı, Adalet 2020).

- Ayan S, 'Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadın İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi' (2012) 16 (4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19-87.
- Baş Süzel E ve Kurtulan G, 'Çocuğun Soyadına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi' (2015) 10 (135-136) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77-90.
- Başoğlu B, 'Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi' (2017) 8 (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 351-378.
- Baygın C, *Soybağı Hukuku* (On İki Levha 2010).
- Birinci Uzun T, 'Aile Soyadı Çıkmazı – Anayasa Mahkemesi'nin Çocuğun Soyadı Velayeti Kendisine Bırakılan Annesi Tarafından Değiştirilmesi Hakkındaki 25 Haziran 2015 Tarihli ve 2013/3434 Başvuru Sayılı Kararının İncelenmesi' (2016) (4) Ankara Barosu Dergisi 97-137.
- Budak AC, 'Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı' (2006) Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı – IV- Türkiye Barolar Birliği 128-187.
- Cengiz B, *Türk Hukukunda Ad ve Adın Değiştirilmesi* (Adalet 2011).
- Dural M ve Ögüz T, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (Yirmi İkinci Baskı, Filiz 2021).
- Dural M, Ögüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (On Altıncı Baskı, Filiz 2021).
- Dursun E, *Türk Medeni Hukukunda Kadın ve Çocuğun Soyadı* (On İki Levha 2018).
- Elçin Grassinger G, *Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler* (On İki Levha 2009).
- Ergene D, 'İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun'da Değişiklik Önerisi' (2011) 31 (2) Milletlerarası Hukuk Bülteni 123, 141.
- Genç Arıdemir A, 'Türk Hukukunda Anne ve Babası Evli Olan Çocuğun Soyadı ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar' (2011-2012) 8 (1-2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan) 139-154.
- Güler Z, *Türk Hukuku'nda Kadının Soyadına İlişkin Gelişmeler Çerçevesinde Çocuğun Soyadı* (On İki Levha 2019).
- Helvacı S, *Gerçek Kişiler* (Dokuzuncu Baskı, Legal 2021).
- İmre Z, 'Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar, Özellikle İsim Hakkı ve İsim Hakkının Korunması' (1974), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan).
- Kılıçoğlu AM, *Aile Hukuku* (Gözden Geçirilmiş Beşinci Baskı, Turhan 2020).
- Köprülü B, *Medeni Hukuk – Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, Aile Hukuku* (Fakülteler Matbaası 1970-1971).
- Kuru B, *Nizasız Kaza* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1961).
- Mortaş S, 'Evlene Kadın İle Velayeti Kadına Bırakılan Çocuğun Soyadının Belirlenmesinde "Kocanın Soyadı" Parametresi' (2016) 20 (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 311-369.
- Oğuzman K, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (Yirminci Bası, Filiz 2021).
- Oktay Özdemir S, 'Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler' Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan (Der 2009) 289-305.
- Oktay Özdemir S, 'Anayasa Mahkemesi'nin Soyadı Kanunu m. 4'ü İptal Eden 8.12.2011 Tarih ve 119/165 Sayılı Kararı'nın Değerlendirilmesi' iç Tufan Ögüz ve İlhan Helvacı (edr), *Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012)* (On İki Levha 2013) 183-199.
- Özen B, 'Soyadının Soğbağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması' *Makaleler-Tebliğler (2001-2020)* (On İki Levha 2021) 271-297.

- Özsunay E, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu* (Dördüncü Baskı, Fakülteler Matbaası 1979).
- Öztan B, *Aile Hukuku* (Altıncı Baskı, Turhan 2015).
- Öztan B, *Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler* (On Birinci Bası, Yetkin 2021).
- Pehlivan MG, 'Soyadı Kavramı ve Küçüklerin Soyadı ile Velayet Hakkı Arasındaki İlişkinin Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi' (2016) (7) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 793-829.
- Pekcanitez H, 'Hukuki Dinlenilme Hakkı' (2000) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Prof. Dr. Seyfullah Edişe Armağan) 753-791.
- Pekcanitez H, Özkes M, Akkan M ve Taş Korkmaz H, *Medeni Usul Hukuku* (Dinamik Kitap) (On Beşinci Baskı-Üçüncü Sürüm, On İki Levha 2021).
- Serozan R, *Medeni Hukuk (Genel Bölüm/Kişiler Hukuku)* (Vedat 2015).
- Stehli C, 'Art. 270a' in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser (eds), *OFK – Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch) ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (3. Auflage, 2016).
- Şimşek E, 'Adın Kazanılması ve Değiştirilmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2011).
- Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku Cilt I* (İkinci Baskı, Yetkin 2018).
- Tekinay SS, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku* (Filiz 1992).
- Turan Başara G, 'Ana İle Evlilik Dışında Doğan Çocuk Arasındaki İlişkiyi Düzenleyen Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2017) (131) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 211-238.
- Yıldız C ve Demir NH, 'Ayten Yıldırım Başvurusu Işığında Babanın veya Annenin Soyadı Karşısında 'Çocuğun Üstün Yararı' Hakkında Kısa Bir Değerlendirme' (2018) 10 (100) Fasikül Hukuk Dergisi 429-435.
- Yılmaz E, 'Savcıların Hukuk Davalarında Görevleri' (1972) 29 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 255-287.
- Zevkliler A, Acabey MB ve Gökyayla KE, *Medeni Hukuk Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku* (Beşinci Baskı, Savaş 1995).

Blokzincir, Veri Koruma ve Genel Veri Koruma Tüzüğü*

Blockchain, Data Protection and General Data Protection Regulation

Bilâl Toprak** 

Öz

Blokzincir her geçen gün kullanımı yaygınlaşan bir teknolojidir. Blokzincir ile kriptografi kullanılarak birbirine bağlanan blokların kayıt listesi tutulmaktadır. Blokzincirde veriler sıralanarak bloklara kaydedilir ve her blok bir zaman damgasına sahiptir. Bir blok dolduktan sonra yeni bir blok üretilir.

Dağıtık kayıt sistemlerinde veriler belirli bir yerde değil birden fazla yerde ve yine birden fazla kontrol mekanizmasıyla muhafaza edilerek güvenlik sağlanmaktadır. Böylelikle sistemde bulunan verinin sadece bir yerde tutulması halinde ortaya çıkabilecek olan bozulma, silinme ve saldırıya uğrama gibi problemler ortadan kalkmış olur. Blokzincir sistemi bir dağıtık kayıt sistemidir.

Herhangi bir veri parçası Blokzincir teknolojisi ile işlendiğinde, hash adı verilen benzersiz, 256 bitlik bir sayıya dönüştürülür. Aynı veri girildiği sürece her zaman aynı sonuç ortaya çıkar. Hash sistemi ters çevrilerek çalıştırılmaz, bu sayede sistemden çıkan sonuçtan sisteme giren verilere ulaşmak imkansızdır.

Genel Veri Koruma Tüzüğü madde 4/1'e göre; kişisel veri belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ait her türlü bilgi anlamına gelir. Bir Blokzincirin kullanım durumuna bağlı olarak bloklarda depolanan veriler, belirlenmiş veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ait veriler olabilir.

Genel Veri Koruma Tüzüğü'ne göre veri sorumlusu kişisel verilerin işleme amaç ve vasıtalarını tek başına ya da başkalarıyla birlikte belirleyen gerçek veya tüzel kişi, kamu makamı, kurumu ya da diğer bir kamu kuruluşu anlamına gelir. Blokzincir sisteminde veri sorumlusunun kim olabileceği, Blokzincirdeki bütün aktörlerin veri sorumlusu olarak kabul edilip edilemeyeceği, madencilerin hangi kategoriye sokulabileceği hususları değerlendirilmelidir. Ayrıca hash değerlerinin, açık anahtar ve özel anahtarların kişisel veri niteliği, değerlendirilmesi gereken bir başka konudur.

Genel Veri Koruma Tüzüğü'ne göre veri sahibinin veriye erişim, verinin düzeltilmesi ve verinin silinmesini talep etme hakkı bulunmaktadır. Blokzincir sisteminde veri sahibinin bu haklarını nasıl kullanabileceği belirsizdir. Genel Veri Koruma Tüzüğü madde 3'e göre, bu tüzük veri işlemenin Birlik sınırlarında gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın belirli şartlar dahilinde geniş bir çerçevede uygulama alanı bulur. Blokzincir sisteminin Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün uygulama alanına girip girmediği incelenmelidir.

Anahtar Kelimeler: Blokzincir, Kişisel Veri, Veri Koruma, Genel Veri Koruma Tüzüğü, Dağıtık Kayıt Sistemi.

* 12-14 Kasım 2021 tarihlerinde KVKK, İstanbul Üniversitesi ve Türk Alman Üniversitesi ortaklığıyla yapılan I. Uluslararası Kişisel Verileri Koruma Kongresi'nde sunulan sözlü tebliğin genişletilmiş ve düzeltilmiş tam metin halidir.

** Araştırma Görevlisi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ORCID ID: 0000-0002-8539-9959.

ABSTRACT

Blockchain is a technology that is becoming widespread every day. A record list of blocks connected to each other using blockchain and cryptography is kept. In the blockchain, the data is sorted and saved in blocks, and each block has a time stamp. After a block is full, a new block is generated.

In distributed ledger technology, security is ensured by keeping the data not in a specific place, but in more than one place and again with more than one control mechanism. In this way, the problems such as corruption, deletion and attack that may occur if the data contained in the system is kept only in one place are eliminated. The blockchain system is a distributed ledger technology.

When any piece of data is processed using Blockchain technology, it is converted into a unique, 256-bit number called a hash. As long as the same data is entered, the same result will always occur. The hash system cannot be executed by inverting it, so it is impossible to access the data entering the system from the result coming out of the system.

According to Article 4/1 of the General Data Protection Regulation, 'personal data' means any information relating to an identified or identifiable natural person. Depending on the use of a blockchain, the data stored in the blocks may be data belonging to an identified or identifiable natural person.

According to the General Data Protection Regulation, 'controller' means the natural or legal person, public authority, agency, or other body which, alone or jointly with others, determines the purposes and means of the processing of personal data. Who can be the data controller in the blockchain system, whether all the actors in the blockchain can be considered as data controllers, and which category the miners can be put into should be evaluated? In addition, it is another issue that needs to be evaluated whether the hash values, public key and private keys are personal data.

According to the General Data Protection Regulation, the data subject has the right of access to the data, rectification of the data and erasure of the data. It is unclear how the data owner can use these rights in the blockchain system. According to article 3 of the General Data Protection Regulation, this regulation finds wide scope of application within certain conditions, regardless of whether data processing takes place within the borders of the Union. It should be examined whether the Blockchain system falls within the scope of the application of the General Data Protection Regulation.

Keywords: Blockchain, Personal Data, Data Protection, General Data Protection Regulation, Distributed Ledger Technology

GİRİŞ

Genel Veri Koruma Tüzüğü (Tüzük) ve Blokzincir sisteminin birbiriyle ilişkisi çeşitli güçlükleri bünyesinde barındırmaktadır. Tüzük hazırlık aşamasındayken Blokzincir sistemi henüz günümüzdeki kadar yaygın bir şekilde kullanılmadığından göz önünde bulundurulma gereği duyulmamıştır. Bu sistemin o yıllarda bilinen tek uygulama örneği olarak Satoshi Nakamoto tarafından duyurulan Bitcoin sistemi olduğu söylenebilir.

Blokzincir sisteminin kullanım alanlarının yaygınlaşması neticesinde bir taraftan diğer tarafa bilgi akışı oldukça kolay bir hale gelmiştir. Sistem belirli prensipler ışığında çalışmakta ve dünyanın herhangi bir yerinde bulunan taraflar arasında çeşitli veri aktarımı yapılabilmektedir. Tüzük Avrupa Birliği tarafından hazırlanırken belirlenen temel hedeflerden birisi veri aktarımının güvenli şekilde sağlanmasıdır. Burada verinin ne olduğuna ilişkin kapsam da geniş tutularak bireyler bakımından daha geniş bir koruma sağlanması hedeflenmiştir. Kapsamın geniş tutulması, Blokzincir sisteminin

yaygınlaşması ve Tüzük'ün yürürlüğü girmesi neticesinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin çeşitli sorunlar ortaya çıkmaya başlamıştır.

Blokzincir sistemi merkeziyetsiz olarak tasarlanmıştır. Bu sisteme giren her şey dağıtık kayıt sistemi adı verilen ve dünyanın hemen her yerine yayılmış sunuculara yayılır. Böylelikle bir sunucudan kaynaklı olası bir sorundan ötürü bilgiye erişim kesintiye uğramaz. Ayrıca sunucularda yer alan bilgiler birbirinin aynısı olacağından bir sunucuya yapılan saldırı neticesinde kötü niyetli ortaya çıkabilecek hareketlerin önüne geçilir. Çünkü diğer sunucularda bu bilgiler ilk halleriyle olduğu gibi korunmaktadır. Tüzük merkeziyetsiz bir yapıya uygun değildir. Tüzük ile veri sahiplerine çeşitli haklar verilmiş, veri sorumlularına ise çeşitli yükümlülükler yüklenmiştir. Burada veri koruma otoriteleri olası uyumsuzluklarda bir muhatap bulmak isterler. Bu durum Blokzincir sisteminin çalışma mantığı ile birçok noktada uyumsuzluğa neden olmaktadır.

Genel Veri Koruma Tüzüğü ve Blokzincir sisteminin uyumsuz yapıları göz önüne alındığında Blokzincir sisteminde yer alan verilere ilişkin Tüzük bakımından bir değerlendirme yapılması gereği ortaya çıkmıştır. Buradan hareketle Tüzük ve Blokzincir sistemi incelenip problemler ortaya konulmuş ve olası çözüm önerileri sunulmaya çalışılmıştır.

I. BLOKZİNCİR TEKNOLOJİSİ

A. KAVRAM

Blokzincir sisteminin herkes tarafından uzlaşa sağlanmış ve kabul görmüş evrensel bir tanımı bulunmamaktadır. Blokzincir, bir algoritma tarafından tutulan ve birden fazla düğümde yani dağıtık kayıt sistemini depolayan bilgisayarlarda depolanan, paylaşılan ve senkronize olan dijital bir veri tabanıdır¹. Böylelikle merkezi bir sunucu sistemi ya da güvenilir bir otorite kaldırılarak oluşturulan güven mekanizması internetin geneline dağıtılmış olmaktadır². Ayrıca Blokzincir, verilerin sıralı bir şekilde bloklara kaydedildiği, her bir kaydın zaman damgasının olduğu, bir blok dolunca sonraki blokun üretildiği, blokların zincir şeklinde birbirine bağlı olduğu bir veri tabanıdır³. Kısaca söylemek gerekirse Blokzincir, matematiksel yöntemler içeren ve bunun getirdiği imkanlarla şeffaf, güvenilir ve tutarlı bir altyapı sağlayan bir teknolojidir⁴.

1 Michèle Finck,'Blockchain Technology' in Michèle Finck (ed), *Blockchain Regulation and Governance in Europe* (Cambridge University Press 2018) 6; Rosanna Mannan, Rahul Sethuram and Lauryn Younge,'GDPR and Blockchain: A Compliance Approach' (2019) 5 *European Data Protection Law Review* (EDPL) 421-426, 422; Georgios Dimitropoulos,'The Law of Blockchain' (2020) 95 *Washington Law Review* 1117-1192, 1127.

2 Blokzincir teknolojileri hakkında bilgi için bkz; <<https://blokzincir.bilgem.tubitak.gov.tr/blok-zincir.html>> Erişim Tarihi 01.12.2021.

3 Vedat Güven ve Erkin Şahinöz, *Blokzincir – Kripto Paralar – Bitcoin* (Kronik 2018) 44; Unal Tatar, Yasir Gokce and Brian Nussbaum,'Law versus technology: Blockchain, GDPR, and tough tradeoffs' (2020) *Computer Law & Security Review* 1-11, 2.

4 Gülçin Büyüközkan Feyzioğlu,'Teknolojide Yeni Çağın Başlangıcı: Blokzincir' iç E. Eylem Aksoy Retornaz and Osman Gazi Güçlütürk (edr), *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I – Blokzincir ve Hukuk* (Onikilevha 2021) 19.

Ethereum'un mucidi Vitalik Buterin'in Blokzincir tanımı da dikkate değerdir. Buterin'e göre Blokzincir, herkesin program yükleyebileceği ve programları kendi kendilerine çalışması için bırakabileceği, her programın mevcut önceki bütün durumlarının her zaman ve herkes tarafından erişilebilir olduğu ve programların zincir üzerinde çalıştığına dair çok güçlü bir kripto-ekonomik güvenlik garantisi taşıyan sihirli bir bilgisayardır⁵.

B. HERKESE AÇIK VE ÖZEL BLOKZİNCİRLER

Blokzincir sistemlerinin tek bir türü yoktur. Herkese açık veya özel, izinli ya da izinsiz, merkezi yapılı veya merkezi yapılı olmayan Blokzincir sistemleri olabilir. Herkese açık ve izin gerektirmeyen blokzincirlerde, herkes gerekli yazılımı temin edip kurarak bir düğümü edinebilir⁶. İzin gerektirmeyen bu tarz bir sistemde katılım için herhangi bir kısıtlama olmamakla birlikte şeffaflık bu sistemlerin önemli bir özelliğidir⁷.

Herkese açık sistemlerde herhangi bir erişim kısıtlaması yer almadığı için gerekli yazılıma sahip her kişi sistemdeki bütün defteri indirebilmekte ve eşler arasındaki işlem verilerini görüntüleyebilmektedir⁸. Burada şeffaflık olabilecek en üst düzeydeyken, gizlilik ise en aza indirilmiş olmaktadır.

Blokzincirlerin birden fazla türünün olabileceğinden bahsetmiştik. Bu sistemler özel ve ancak bir izin aracılığıyla erişilebilir sistemler de olabilir. Burada sisteme bir sanal özel ağ (VPN) ile erişilebilir. Böylelikle sadece belirli kişilerin verilere erişimi bulunabilir⁹. İzinli ve izinsiz sistemler arasındaki temel fark birine katılmak için erişim serbestisi bulunurken diğerinde buna ihtiyaç duyulmamasıdır¹⁰. İzinsiz Blokzincir sistemleri herkesin kullanımı için genele hitap eder tarzda tasarlanmışken, izinli Blokzincir sistemleri ise genellikle belirli bir amaç için tasarlanırlar. İzinli sistemler herkesin

5 Vitalik Buterin, *Visions, Part 1: The Value of Blockchain Technology* <<https://blog.ethereum.org/2015/04/13/visions-part-1-the-value-of-blockchain-technology/>> Erişim Tarihi 01.12.2021.

6 Primavera De Filippi and Aaron Wright, *Blockchain and the Law: the Rule of Code* (Harvard University Press 2018) 31; Rainer Kulms, 'Blockchains: Private Law Matters' (2020) *Singapore Journal of Legal Studies* 63-89, 67; Dylan Yaga, Peter Mell, Nik Roby and Karen Scarfone, 'Blockchain Technology Overview' (2018) *National Institute of Standards and Technology Internal Report 8202 5*; Eliza Mik, 'Blockchains: A Technology for Decentralized Marketplaces' in Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa and Cristina Poncibò (eds), *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms* (2019) 163.

7 Finck, *Technology*, (n1) 14; Büyüközkan Fezyioğlu, (n4) 4; Gyr Eleonor, 'Dezentrale Autonome Organisation DAO' (4 Dezember 2017) 4; Robert Herian, 'Blockchain, GDPR, and Fantasies of Data Sovereignty' (2020) *12 Law, Innovation and Technology* 1-19, 7; Michael Isler, 'Datenschutz auf der Blockchain' (4 Dezember 2017) *Jusletter* 6; Dimitropoulos, (n1) 1130.

8 Anisha Mirchandani, 'The GDPR-Blockchain Paradox: Exempting Permissioned Blockchains from the GDPR' (2019) *29 Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal* 1201-1242, 1210.

9 Mirchandani, (n8) 1211; Eleonor, (n7), 4; Yaga, Mell, Roby and Scarfone, (n6) 5.

10 Büyüközkan Fezyioğlu, (n4) 4; Mesut Serdar Çekin, 'Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?' (2019) *77 İstanbul Hukuk Mecmuası* 315-341, 321.

katılımına ve görüntülemesine açık olan sistemler değildir¹¹. Bu sistemlerde tarafların kimlikleri belirli olup sadece bazı niteliklere sahip taraflar sisteme dahil olabilmektedir¹².

C. KULLANICI VE BLOKZİNCİR ARASINDAKİ ETKİLEŞİM

Blokzincir sistemi diğer bütün bilgi teknolojilerinde olduğu gibi veri parçalarından oluşmaktadır. Blokzincir sistemini diğerlerinden ayıran en temel özelliklerden birisi bu veri parçalarının tek bir yerde toplanmaması, düğüm adı verilerin ve birden fazla yere yayılmış şekilde bulunması ve teorik olarak her düğümün birbirinin aynı olmasıdır¹³.

Blokzincir sistemini kullanan bir internet sitesiyle etkileşime giren kullanıcı, açık anahtar adı verilen (bu anahtar uzun bir harf ve sayı dizisinden oluşmaktadır) bir anahtar aracılığıyla tanımlanır¹⁴. Bu açık anahtar yalnızca kullanıcının kendisi tarafından bilinen bir özel anahtarın kullanımını neticesinde aktive edilmiş olur (özel anahtarın fonksiyonu bir çeşit dijital imza gibidir)¹⁵.

D. DAĞITIK KAYIT SİSTEMİ VE DÜĞÜMLER

Blokzincir sisteminin merkezinde başka bilgi teknoloji sistemlerinde de olduğu gibi dijital veriler bulunmaktadır. Bu parçalar tek bir yerde değil düğüm adı verilen birden çok yerde işlenip depolanmaktadır¹⁶. Blokzincir sistemini oluşturan her bir bilgi parçası bir sistem aracılığıyla senkronize olmaktadır ve böylelikle merkeziyetsiz bir yapı kurulmaktadır¹⁷. Buna dağıtık kayıt sistemi denir. Dağıtık kayıt sistemi ile veri bir yerde değil birden çok yerde tutulur. Bunun doğal bir sonucu olarak veri birden çok kontrol mekanizması ile korunarak, tüm verilerin tek bir yerde tutulması neticesinde ortaya çıkabilecek olan silinme, bozulma, kaybolma ve saldırıya uğrama gibi problemlere karşı bir çözüm bulunmuş olur¹⁸. Veriler aynı anda birden çok yerde depolandığından, bazı düğümlerde bir sıkıntı meydana gelse bile sistemde herhangi bir kayıp meydana gelmemektedir¹⁹.

Düğümler bir Blokzincir sistemindeki her bir katılımcıya verilen genel bir isimdir. Blokzincir ağına bağlı her bilgisayar çeşitli işlemler hakkında bilgi içeren Blokzincirin bir kopyasını alır. Matematiksel algoritmayı açan ve böylece ağın çalışmasını sağlayan Blokzincir ağına bağlı her bir bilgisayar birer

11 Herian, (n7) 7.

12 Finck, Technology, (n1) 15; Mik, (n6) 164.

13 Adrien Alberini and Vincent Pfammatter, 'Blockchain and Data Protection' in Daniel Kraus, Obrist Obrist and Olivier Hari (eds), *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law* (Edward Elgar Publishing 2019) 275; De Filippi and Wright, (n6) 34.

14 Grigol Abashidze, 'Das Blockchain-System und die Gesetzgebung zu personenbezogenen Daten' (2020) *Deutsch-Georgische Zeitschrift Für Rechtsvergleichung* 43.

15 Alberini and Pfammatter, (n13) 275-276.

16 Alberini and Pfammatter, (n13) 275; Büyüközkan Feyzioğlu, (n4) 4.

17 Eleonor, (n7), 3; Mik, (n6) 162.

18 Eleonor, (n7), 4; Finck, Technology, (n1) 18; Güven ve Şahinöz, (n3) 74; Alberini and Pfammatter, (n13) 275; De Filippi and Wright, (n6)36; Mannan, Sethuram and Younge, (n1) 422.

19 Finck, Technology, (n1) 7.

düğümdür²⁰. Düğümlerin ortak özelliği Blokzincir ekosistemine dahil olabilmek için her birinin belirli bir donanım ve yazılıma ihtiyaç duymalıdır. Blokzincir sistemi merkezi olmadığı ve eşler arası (P2P) çalışma prensibini benimsediği için düğümler bir yazılım aracılığıyla birbirleriyle etkileşime girerek Blokzincir sisteminin çalışmasını sağlarlar. Düğümler, Blokzincirin bir kopyasını saklar ve bu şekilde blokların güvenliği ve doğruluğu garanti altına alınmış olur²¹.

Her düğüm kendi iradesiyle ağa katılmakta ve nihayetinde merkeziyetsiz bir ağ sistemi oluşmaktadır. Özel Blokzincir sistemlerinde düğüm sayısı sınırlıdır ve her düğüm benzersiz bir şekilde tanımlanır. Herkese açık Blokzincir sistemlerinde ise düğüm sayısı sınırsızdır ve herhangi bir kişi bu ağa katılabilir²².

E. HASH FONKSİYONU

Blokzincir sisteminde bir veri işlenirken bu veri 256 bitlik eşsiz bir diziye dönüştürülür²³. Buna da hash adı verilir. Hash fonksiyonu, herhangi bir uzunluktaki herhangi bir veriyi standart uzunluktaki bir veriye dönüştüren benzersiz bir parmak izidir²⁴. Fonksiyona giren veri tek bir harf veya rakam olabileceği gibi, bir cümle ya da bir paragraf bile olabilir²⁵. Kullanıcı sisteme bir giriş değeri verir, sistem bunu hesapladıktan sonra bir çıkış değeri verir. Sisteme girilen veri aynı oldukça çıkış değeri de her zaman aynı olur²⁶. Bu husus hash fonksiyonunun değişmez bir kuralıdır. Ancak sisteme giren verinin içindeki harflerden biri küçük harften büyük harfe dönüştürülse bile çıktı verisi tamamen değişir ve yeni bir veri meydana gelmiş olur²⁷.

Hash fonksiyonunu önemli kılan hususlardan birisi bunun tersine çevrilmesinin mümkün olmamasıdır. Böylelikle çıktı verisi kullanılarak en başta hash fonksiyonuna sokulan veriye ulaşılamayacağı söylenebilir²⁸. Ancak gerçekten de hash fonksiyonunun her zaman için tam bir anonimlik sağlayabileceği garanti edilemez. Bazı durumlarda kolaylıkla ve kısa bir sürede hash fonksiyonundan çıkan veri kullanılarak ilk başta sisteme sokulan giriş verisine ulaşmak mümkün olabilir. Bu sebeple hash fonksiyonlarının her zaman için tam anlamıyla anonimlik sonucu doğuracağı söylenemez²⁹.

20 Geniş bilgi için bkz; <<https://medium.com/coinmonks/blockchain-what-is-a-node-or-masternode-and-what-does-it-do-4d9a4200938f>> Erişim Tarihi 01.12.2021.

21 Geniş bilgi için bkz; <<https://nodes.com>> <<https://101blockchains.com/blockchain-nodes/>> Erişim Tarihi 01.12.2021.

22 Abashidze, (n14) 44.

23 Yaga, Mell, Roby and Scarfone, (n6) 7.

24 Finck, Technology, (n1) 7; Alberini and Pfammatter, (n13) 276; Jorn Erbguth, 'Five Ways to GDPR-Compliant Use of Blockchains' (2019) 5 European Data Protection Law Review (EDPL) 427-433, 429.

25 Güven ve Şahinöz, (n3) 50.

26 Alberini and Pfammatter, (n13) 276.

27 Christopher Millard, 'Blockchain and Law: Incompatible Codes?' (2018) 34 Computer Law & Security Review 843-846, 844; Yaga, Mell, Roby and Scarfone, (n6) 7; Mannan, Sethuram and Younge, (n1) 423.

28 Alberini and Pfammatter, (n13) 276.

29 Ed Felten, 'Does Hashing Make Data "Anonymous"?' <<https://www.ftc.gov/news-events/blogs/techftc/2012/04/does-hashing-make-data-anonymous>>, Erişim Tarihi 01.12.2021.

Hash fonksiyonlarının anonimliği sorununu kurgusal bir olay ile örneklendirelim; elimizde hash fonksiyonuna sokulmuş bir Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası olduğunu ve çıktı verisini bildiğimizi varsayalım. Bu aşamada henüz kimlik numarasının kendisi bilinmemekte ve hash fonksiyonu geri döndürülemediği için bu veriye ulaşmak mümkün görünmemektedir. Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının kimlik numaraları 11 haneli rakamlardan oluşmaktadır. 0 rakamı ile başlaması mümkün olmayan bu sayı dizisinin olası bütün ihtimalleri bir Microsoft Excel tablosunda oluşturulup daha sonra hash fonksiyonuna sokulursa ortaya çıkan sonuçlar ile ilk başta elimizde olan hash fonksiyonu çıktısı kıyaslanarak doğru kimlik numarası bulunabilir. Bu işlem günümüzde kullanılan bilgisayarlar aracılığıyla teorik olarak kısa bir sürede yapılabilir. Tüm bunlardan hareketle hash fonksiyonunun Genel Veri Koruma Tüzüğü anlamında bir anonimleştirme ihtiyacını her zaman karşılayamayabileceğini belirtmek faydalı olur³⁰.

F. AÇIK ANAHTAR – ÖZEL ANAHTAR

Dijital sistemlerin güvenliğinin sağlanmasında çeşitli kriptografik yöntemler kullanılmaktadır. Çoğu zaman kullanıcı adı ve şifre istenen sistemlerde güvenliğin biraz daha artırılmasının istendiği durumlarda daha karmaşık ve çözülmesi zor sistemler kullanılabilir. Blokzincir sisteminde de güvenliğin sağlanması noktasında kriptografik sistemler kullanılarak elde edilen anahtarlar tercih edilmiştir.

Kriptolojide güvenliğin sağlanabilmesi için simetrik ve asimetrik şifreleme kullanılmaktadır. Simetrik şifreleme yönteminde hem şifrenin koyulması hem de çözülmesine yarayan tek bir şifre bulunurken; asimetrik şifrelemede birbiriyle matematiksel olarak bağlantısı bulunan ve farklı olan iki anahtar kullanılmaktadır. Bu iki anahtar birbirinin yerine geçememekte ve birbirini tamamlama görevi görmektedir³¹. Bu anahtarlardan birine açık diğere ise özel anahtar denir³². Açık anahtarlar, gerçek veya tüzel kişilerin ya da bir makinenin işlemlerini takma isimlendirme ile yapabilmeye izin veren bir harf ve sayı dizisinden ibarettir³³. Açık anahtar şifreleme amacıyla, özel anahtar ise şifrenin çözülmesi amacıyla kullanılmaktadır. Bu anahtarlar arasındaki matematiksel ilişki tek yönlü kabul edilmekte yani açık anahtarın kullanımı ile özel anahtara ulaşılması neredeyse imkânsız kabul edilmektedir³⁴.

Blokzincir sistemi kullanıldığında özel anahtar kullanıcı ile hesap arasındaki bağlantıyı, genel anahtar ise hesap ile Blokzinciri ağları arasındaki bağlantıyı sağlamaktadır. Her iki anahtar türü de işlemi yapan tarafın izlenebilmesine ancak takma isimlendirme sayesinde bu kişilerin direkt olarak tanımlanamamasına hizmet eder³⁵. Açık anahtarlar, isim veya adres gibi ek veriler ile

30 Alberini and Pfammatter, (n13) 283.

31 Yaga, Mell, Roby and Scarfone, (n6) 11.

32 De Filippi and Wright, (n6)15.

33 Finck, 'Blockchains and the General Data Protection Regulation' in Finck Michèle (ed), *Blockchain Regulation and Governance in Europe* (Cambridge University Press 2018) 96; Abashidze, (n14) 44.

34 Güven ve Şahinöz, (n3) 45-46.

35 Alberini and Pfammatter, (n13) 281.

ilişkilendirilmedikçe belirli bir veri sahibini nitelemeyen verilerdir³⁶. Bu şifreleme sisteminde açık anahtarla şifrelenen veriler yalnızca özel anahtar kullanılarak çözülebilmektedir³⁷.

G. MADENCİLER

Blokcincir sistemlerinde dijital para birimlerinin iletimi, verilerin depolanması ve akıllı sözleşmelerin işlerlik kazanabilmesi noktasında madencilerin rolü büyüktür. Madenciler bu işlemleri yaptıktan sonra bu çabalarının bir karşılığı olarak blok ödülleri ve ücretler almaktadırlar³⁸.

Madenciler, sisteme bir işlem kaydedildiğinde bunun gerçekliğinin ağ tarafından doğrulanması noktasında yer alan kişilerdir³⁹. Dünyanın hemen her yerinden birçok insan bu işlemleri doğrulamak için bir tür rekabet içerisine girer. İşlemlerin doğrulanmasına madencilik denir ve bunun neticesinde çeşitli ödüller alınabilir⁴⁰. Madenciler doğrulama işlemi neticesinde yapılan işlemleri daha önce yapılmış işlemlerin kayıtlarının tutulduğu verilere ekleyerek yaparlar ve Blokcincir defterindeki blokları sabitleyerek bir zincir oluşturup bu blokları birbirilerine bağlarlar⁴¹.

Yeni blokların kabulü bu blokların madenciler tarafından üretilmesine bağlıdır. Bir kullanıcı tarafından yapılan bir işlem imzalandığında bu işlem kaydı bütün sisteme yayılır. Madenciler işlemleri yeni bloklar halinde birleştirirler ve ardından bunu Blokcincir ağında yayınlarlar⁴².

2. GENEL VERİ KORUMA TÜZÜĞÜ

A. GENEL OLARAK

Blokcincir ve Genel Veri Koruma Tüzüğü ilişkisini incelemeyen önce Tüzük'ün temel kavramlarının incelenmesi isabetli olacaktır. Böylelikle Blokcincir sistemi ile Genel Veri Koruma Tüzüğü ilişkisi incelenirken kavramların daha anlaşılır olması hedeflenmiştir. Bu bölümde Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde yer alan bütün hususlar incelenmemiş, sadece Blokcincir sistemiyle alakalı olduğu düşünülen bölümler seçilerek ele alınmıştır.

B. KİŞİSEL VERİ

Kişisel veri gerçek kişiye ilişkin her türlü veri olarak tanımlanabilir⁴³. Tüzük m4/1'e göre kişisel veri, belirli ya da belirlenebilir bir gerçek kişiye ait her türlü bilgi anlamına gelir, belirlenebilir gerçek

36 Finck, B. Regulation, (n33) 282.

37 Finck, Technology, (n1) 28; Yaga, Mell, Roby and Scarfone, (n6) 11.

38 De Filippi and Wright, (n6)180; Güven ve Şahinöz, (n3) 65.

39 Dimitropoulos, (n1) 1128.

40 Güven ve Şahinöz, (n3) 65; Dimitropoulos, (n1) 1129.

41 Geniş bilgi için bkz; <<https://psp.academy/define-blockchain-what-is-the-role-of-miners/>> Erişim Tarihi 01.12.2021.

42 Finck, Technology, (n1) 20.

43 Geniş bilgi için bkz; Bilal Toprak,İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması (Yetkin 2021) 24 vd.

kişi; bir isim, kimlik numarası, konum bilgisi, çevrimiçi tanımlayıcı ya da söz konusu gerçek kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya toplumsal kimliğine ilişkin bir veya daha fazla etkene atıfta bulunarak doğrudan ya da dolaylı olarak tanımlanabilen kişidir⁴⁴. Tüzük gerekçesi 30'a göre gerçek kişiler, internet protokol adresleri (IP adresi), çerez tanımlayıcıları veya radyo frekansı tanımlama etiketleri ile ilişkilendirilebilirler⁴⁵. Böylelikle sunucular tarafından alınan benzersiz tanımlayıcılar ve diğer bilgiler birleştirildiğinde gerçek kişilerin profilleri oluşturulabilir.

Kişisel veri, eldeki verilerden ya da veri sorumlusunun elinde bulunan ya da bulunması muhtemel diğer bilgilerle bağlantılı verilerden tanımlanabilen gerçek kişiye ait veriler olarak tanımlanabilir⁴⁶. Kişisel veri tanımının yanında bir de daha çok koruma gerektiren verileri nitelemek için hassas kişisel veriler tanımına da yer verilmiştir. Hassas kişisel veriler, daha yüksek uyumluluk yükümlülükleri ve koşulları içeren, ırk veya etnik köken, siyasi görüşler, dini veya felsefi inançlar ya da sendika üyeliğine ilişkin veriler ile bir gerçek kişinin kimlik teşhisinin sağlanması amacıyla genetik veriler ve biyometrik veriler, sağlık ile ilgili veriler ya da bir gerçek kişinin cinsel yaşamı veya cinsel eğilimine ilişkin veriler olarak nitelendirilebilir⁴⁷.

C. VERİ İŞLEME

Kişisel verilerin işlenmesi hususu Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde tanımlanmıştır. Tüzük m4/2'ye göre işleme, otomatik yöntemlerle olsun veya olmasın, kişisel veri veya kişisel veri setleri üzerinde gerçekleşen toplama, kaydetme, düzenleme, yapılandırma, saklama, uyarılma veya değiştirme, elde etme, danışma, kullanma, iletim yoluyla ifşa etme, sıralama ya da birleştirme, sınırlama, silme veya imha etme gibi herhangi bir işlem ya da işlem dizisi anlamına gelmektedir.

Temelde veriler üzerinde yapılacak herhangi bir müdahale veri işleme olarak kabul edilmelidir⁴⁸. İşleme faaliyetinin otomatik yollarla yapılıp yapılmaması yapılan faaliyetin veri işleme niteliğini etkilemez.

D. VERİ SAHİBİ

Kişisel verisi işlenen gerçek kişiye veri sahibi denilebilir. Tüzük'ün tanımlar başlıklı 4'üncü maddesinde doğrudan bir tanım bulunmamasıyla birlikte 1'inci fıkrada kişisel veri tanımıyla birlikte bir tanıma yer verilmiştir. Buradan hareketle veri işleme faaliyetine konu olan gerçek kişinin, veri sahibi ya da bir diğer kullanımıyla ilgili kişi olduğu kabul edilmek suretiyle tüzel kişiler kapsam dışı bırakılmıştır.

44 Article 29 Data Protection WP,'Opinion 4/2007 on the Concept of Personal Data' (2007) 6.

45 Gerçek kişiyle ilişkilendirilebilen verilerin kişisel veri olduğuna dair bkz; Article 29 Data Protection WP, concept of personal data, (n44) 9.

46 Paul Lambert, *Understanding the New European Data Protection Rules* (CRC Press 2018) 112.

47 Lambert, (n46) 112; Toprak, (n43) 30 vd.

48 Paul Voigt and Axel Von dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)* (Springer International Publishing 2017) 9; Lambert, (n46) 125; Toprak, (n43) 40.

E. VERİ SORUMLUSU

Veri sorumlusunun tanımına Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde yer verilmiştir. Tüzük m4/7'ye göre veri sorumlusu, kişisel verilerin işleme amaçlarını ve hangi vasıtalar ile işleneceğini tek başına ya da başkalarıyla belirleyen gerçek veya tüzel kişi, kamu kurumu ya da kuruluşu veya diğer herhangi bir organdır. Buradan hareketle hemen her varlığın veri sorumlusu olarak kabul edilebileceği söylenebilir⁴⁹.

Veri sorumlusu tek başına hareket edebileceği gibi birden fazla kişiden de oluşabilir. Tüzük hazırlanırken sorumlulukların açık bir şekilde düzenlenmesi hedeflendiğinden 26'ncı maddede ortak veri sorumlularına özel bir düzenlemeye de yer verilmiştir⁵⁰.

Veri sorumlusunun tespitinde önemli olan bir diğer husus veri işleme amacının belirlenmesidir. Buna göre veri işlemenin yürütülmesine değil verilerin işlenmesine karar verme gücünü elinde barındıran kişinin veri sorumlusu olduğundan söz edilebilir. Veri sorumlusu işlemenin amacına ve temel unsurlarına karar veren kişidir. Buradan hareketle veri sorumlusu hangi verilerin ne kadar süre işleneceğini, bu verilere kimin erişeceğini, hangi güvenlik önlemlerinin alınması gerektiğini belirleyecek kişidir⁵¹.

F. VERİ İŞLEYEN

Veri işleyenin tanımına Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde yer verilmiştir. Tüzük m4/8'e göre veri işleyen, veri sorumlusu adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişi, kamu kurumu ya da makamı veya diğer herhangi bir organdır.

Veri sorumlusu veri işleme faaliyetinin bir kısmını veya tamamını, kendi çalışanlarından birine veya dışarıdan seçeceği üçüncü bir veri işleyene devredebilir. Veri işleyenden söz edilebilmesi için veri sorumlusundan ayrı bir gerçek ya da tüzel kişinin bulunması ve veri sorumlusu adına verilerin işlenmesi gerekmektedir⁵².

Veri işlemenin hukuka uygun oluşu veri sorumlusunun verdiği iş ile belirlenmektedir. Veri işleyenin görev sınırlarının dışında çıkması durumunda artık o da bir veri sorumlusu olur ve duruma göre ortak veri sorumluluğundan söz edilebilir⁵³.

49 Voigt and Von dem Bussche, (n48) 18; Lambert, (n46) 125; Toprak, (n43) 34 vd.

50 Voigt and Von dem Bussche, (n48) 18.

51 Voigt and Von dem Bussche, (n48) 19; Toprak, (n43) 34.

52 Article 29 Data Protection WP, Opinion 1/2010 on the Concepts of "Controller" and "Processor" (2010) 25; Voigt and Von dem Bussche, (n48) 20; Lambert, (n46) 126; Toprak, (n43) 39.

53 Article 29 Data Protection WP, controller & processor, (n52) 25.

G. ANONİMLEŞTİRME VE TAKMA İSİMLENDİRME

1. ANONİMLEŞTİRME

Anonimleştirme bir gerçek kişiyle verinin herhangi bir bağlantısı kalmayacak şekilde değiştirilmesini sağlayan bir metottur. Tüzük gerekçesi 26'ya göre veri koruma prensipleri veri sahibinin artık tanımlanmadığı ya da tanımlanmayacak şekilde isimleştirildiği anonim bilgiler için geçerli olmaz.

Anonimleştirme, rastgeleleştirme ve genelleştirme diyebileceğimiz iki teknikte sağlanabilir. Rastgeleleştirme, veriler ile gerçek kişi arasındaki güçlü bağlantıyı giderirken verilerin doğruluğunu değiştirmeden oluşturulur ve veriler yeterince belirsiz hale geldikten sonra artık gerçek kişiye başvurmak mümkün olmaz⁵⁴. Genelleştirme ise verilerin ilgi ölçüğünü veya sırasını değiştirerek (örneğin bir şehir yerine bir bölge ya da bir hafta yerine bir ay) veri sahiplerinin niteliklerini genellemek, seyreltmektir⁵⁵.

Genel Veri Koruma Tüzüğü gerekçesi 26'ya göre iyi bir anonimleştirme yapılması halinde artık Tüzük'ün uygulama alanı kalmaz. Anonimleştirme genellikle istatistiki amaçlı veya araştırma odaklı kullanılıyor olsa da veri sorumlusu ya da veri işleyen tarafından anonimleştirilmiş bilgilerin eski haline getirilme ihtimali varsa Tüzük'ün uygulanacağından söz etmek gerekir⁵⁶. Anonimleştirme ile veri sorumluları Tüzük'ün getirdiği birçok yükümlülüğün kurtulmakta; zaman, para ve personelden tasarruf edebilmektedir.

Bir işlemin gerçekten anonimleştirme olarak nitelendirilmesi eşiği oldukça yüksektir. Her bir anonimleştirme tekniğinin fonksiyonelliğini test edebilmek için temelde şu üç soruya cevap verilmesi gerekir; (i) bir gerçek kişiyi ayırt etmek hâlâ mümkün müdür? (ii) bir gerçek kişiyle ilgili kayıtları ilişkilendirebilmek hala mümkün müdür? (iii) bir gerçek kişi hakkında bilgiye ulaşılabilir mi?⁵⁷ Bu sorulara olumsuz cevap verilebiliyorsa bir anonimleştirmeden söz edilebilir.

2. TAKMA İSİMLENDİRME

Takma isim verme metodu bir gerçek kişinin kimliğinin saklanması için kullanılacak pratik bir yöntemdir. Takma isimlendirme kişisel verilerin korunması alanında da kendine yer bulabilmiştir. Tüzük m4/5'e göre takma isimleştirme, ek bilgilerin ayrı bir yerde muhafaza edilmesi ve belirli ya da belirlenebilir gerçek kişiye yöneltilmemesinin sağlanması amacıyla ve teknik ve organizasyonel tedbirlere tabi olması şartıyla, kişisel verilerin ek bilgiler kullanılmadan spesifik bir veri sahibiyle artık ilişkilendirilemeyecek şekilde işlenmesi anlamına gelir⁵⁸.

54 Article 29 Data Protection WP, 'Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques' (2014) 12; Article 29 Data Protection WP, concept of personal data, (n44) 21.

55 Article 29 Data Protection WP, Anonymisation, (n54) 16.

56 Voigt and Von dem Bussche, (n48) 13-14.

57 Article 29 Data Protection WP, Anonymisation, (n54) 3.

58 Lambert, (n46) 116.

Takma isimlendirme, ismin veya diğer özelliklerin belirli şekillerde değiştirilmesiyle elde edilir. Kişilerin tanımlanmasına olanak verebilecek ek bilgiler ayrı bir yerde kodlanmalı ve bu bilgilere erişebilecek kişi sayısı sınırlandırılmalıdır⁵⁹. Takma isimlendirilmiş veri anonimleştirilmiş veri değildir ve anonimleştirmenin sağlanabilmesi için ek adımların atılması gerekmektedir⁶⁰.

Anonimleştirme neticesinde veri sorumlusunun artık Genel Veri Koruma Tüzüğü bakımından bazı yükümlülükleri yerine getirmek durumunda kalmayacağını söylemiştik. Takma isimlendirmede durum farklıdır. Tüzük gerekçesi 26'ya göre bu yöntem ile ek bilgiler kullanılarak hala veri sahibine erişim mümkündür⁶¹. Buradan hareketle takma isimlendirme yapan veri sorumluları hâlâ Genel Veri Koruma Tüzüğü kapsamında olup, bundan ötürü ortaya çıkan yükümlülükleri yerine getirmeye devam etmelidirler.

H. VERİ SAHİBİNİN HAKLARI

I. VERİYE ERİŞİM HAKKI

Veri sahibinin en temel haklarından birisi kendisi hakkında işlenmiş olan verilere erişim hakkıdır. Konuyu düzenleyen Tüzük m15'e göre veri sahibi veri sorumlusundan kişisel verilerinin işlenip işlenmediği hakkında doğrulama yapma ve eğer kişisel verileri işleniyorsa bu verilere erişmeyi talep etme hakkına sahiptir. Böylelikle verilerine erişim hakkı olan veri sahibi açısından Tüzük daha etkin bir şekilde uygulanabileceğinden veri işlemenin adilliği ve şeffaflığı da artmış olur⁶².

Genel Veri Koruma Tüzüğü gerekçesi 66'ya göre çevrimiçi ortamda unutulma hakkını güçlendirebilmek adına silme hakkı, kişisel verileri herkese açık hale getiren bir veri sorumlusunun bu kişisel verilerin bağlantılarını ve kopyalarını da silmek için bunları işleyen diğer veri sorumlularını da kapsayacak şekilde genişletilmelidir. Bu yapılırken veri sorumlusu veri sahibinin talebini kişisel verilerini işleyen diğer veri sorumlularına da ulaştırılabileceği şekilde gerekli teknolojik altyapıyı hazırlamalıdır.

Veri sahibinin veriye erişim hakkını kullanabilmesi için mutlaka bir veri ihlali olması gerekmemektedir. Veri sahibi istediği her an bu hakkını kullanabilir⁶³. Veri sahibinin kişisel verilerine erişim talebinin karşılanmaması durumunda veri sorumlusuna Tüzük m83/5 uyarınca 20.000.000 Euro'ya veya bir önceki mali yıl cirosunun %4'üne kadar idari para cezası uygulanabilir.

59 Voigt and Von dem Bussche, (n48) 15.

60 Article 29 Data Protection WP, Anonymisation, (n54) 21; Alberini and Pfammatter, (n13) 280; Article 29 Data Protection WP, concept of personal data, (n44) 18.

61 Ayrıca bkz; Article 29 Data Protection WP, Anonymisation, (n54) 21; Alberini and Pfammatter, (n13) 281; Article 29 Data Protection WP, concept of personal data, (n44) 12.

62 Voigt and Von dem Bussche, (n48) 150; Lambert, (n46) 182.

63 Lambert, (n46) 183.

2. VERİLERİN DÜZELTİLMESİ VE SİLİNMESİ

a. Genel Olarak

Veri sahibinin kendisiyle ilgili verilerden yanlış işlenenlerinin düzeltilmesini veya silinmesini istemesi Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde düzenleme alanı bulabilmiş haklardandır. Tüzük gerekçesi 65'e göre veri işleme özellikle yasa dışı olursa ya da eksik veya yanlış bilgiler içerirse veri sahiplerinin hak ve özgürlüklerini olumsuz yönde etkileeneğinden, Tüzük veri sahibine veri sorumlusunun faaliyetlerini sınırlama ve etkilemeye yönelik farklı imkanlar sunar. Bu haklar düzeltme hakkı ve silme hakkı olarak sayılabilir. Veri sahibi bu haklarını yanlış veya eksik verilerin Tüzük'e göre hukuka aykırı olduğu durumlarda kullanabilir.

Veri sahibi bu haklardan hangisini kullanmak istediğine kendisi karar vermelidir. Hangi hakkın kullanımı en faydalı şekilde olacaksa onun tercih edilmesi veri sahibinin yararına olur. Örneğin veri işleme faaliyetinin yasal olduğu ancak verilerin eksik işlendiği bir durumda düzeltme hakkının kullanımı amaca hizmet eden bir tercih olur⁶⁴.

b. Düzeltme Hakkı

Düzeltilme hakkı veri sahibinin hakları ve özgürlükleri üzerindeki olası olumsuz veya negatif etkilerin ortadan kaldırılması noktasında yardımcı olabilir⁶⁵. Tüzük m16'ya göre veri sahibi, veri sorumlusundan yanlış olan kişisel verilerinin derhal düzeltilmesini isteme hakkına sahiptir. Veri sahibi, veri işlemenin amaçları göz önünde bulundurulduğunda, gerektiğinde ek beyanda bulunarak eksik kişisel verilerinin tamamlanması hakkına da sahiptir.

Veri sahibinin eksik verilerinin işlenmesi gereken durumlarda veri sorumlusu açısından tekrar hukuka uygunluk kriteri aranmasına gerek yoktur. Burada hem daha önceden hukuka uygun bir veri işleme faaliyetine devam edilir hem de veri sahibinin düzeltme talebinin yerine getirilebilmesi mevzuata uymanın gereğidir. Veri sorumlusu burada bilgi ekleyerek işlenen veri miktarını artırdığından, bu şekilde yapılan bir tamamlama faaliyetinin sadece işleme amacına ulaşmak için gerekli olduğu kadar yapılması önemlidir⁶⁶.

c. Silme Hakkı

Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün 17'nci maddesinde veri sahibinin verilerinin silinmesini isteyebilmesine yönelik bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre veri sahibi, veri sorumlusunun kendisi hakkında işlediği kişisel verilerini gecikme olmaksızın silmesini talep etme hakkına sahiptir ve veri sorumlusu Tüzük m17'de düzenlenen hallerden birinin varlığı durumunda gecikmeden veri sahibinin kişisel verilerinin silmekle yükümlüdür. Tüzük m17/1-a'ya göre hukuka uygun bir şekilde toplanıp yine hukuka uygun bir şekilde işlenen kişisel veriler bakımından en başta var olan veri işleme amacının artık geçerli olmaması durumunda, veri sorumlusunun mevzubahis kişisel verileri silme

64 Voigt and Von dem Bussche, (n48) 154.

65 Voigt and Von dem Bussche, (n48) 154; Lambert, (n46) 191 vd.

66 Voigt and Von dem Bussche, (n48) 156.

yükümlülüğü doğar. Bu durumu bir örnekle açıklayalım. İşçi ihtiyacı duyan bir işverenin vermiş olduğu iş ilanına başvuran işçilerin özgeçmiş dosyalarının işlenmesi ilk etapta hukuka uygundur. Ancak işveren, diğer bir deyişle veri sorumlusu aradığı işçiyi bulup artık o pozisyonu doldurduktan sonra o ana kadar elinde bulunan özgeçmiş dosyaları bakımından veri işleme amacı geçerliliğini yitirmiş olur. Böyle bir durumda özgeçmiş dosyası sahipleri işverenden talepte bulunabileceği gibi, Tüzük m5/1 uyarınca veri minimizasyonu ilkesi gereği işverenin kendisi de bu dosyaları silme yükümlülüğü altındadır⁶⁷.

3. BLOKZİNCİR VE GENEL VERİ KORUMA TÜZÜĞÜ İLİŞKİSİ

A. BLOKZİNCİR SİSTEMİNDEKİ KİŞİSEL VERİLER

1. AÇIK ANAHTAR – ÖZEL ANAHTAR

Blokzincir sisteminde veriler taraflar arasında bir hesaptan diğerine aktarılabilir. Bunun için açık ve özel anahtarlar kullanılmaktadır. Blokzincir sisteminde amaçlanan verilerin taraflar arasında takma isimlendirme yöntemiyle aktarılmasının sağlanmasıdır. Takma isimlendirme, kayıtların birbiriyle ilişkilendirilebilmesini engellemez ve şifrelenmiş kişisel veriler uzmanlar tarafından yeterince zaman ayrıldığında şifre çözme anahtarını bilen birisi gerçek kişiye ulaşabilir⁶⁸. Buradan hareketle şifrelenmiş verilerin anonim veri değil kişisel veri niteliğini haiz veriler olduğu söylenebilir. Böylelikle yoğun bir çaba neticesinde de olsa teorik olarak hâlâ gerçek kişiyle irtibatın sağlanabilmesi açık ve özel anahtarları kişisel veri kategorisine sokmaktadır⁶⁹.

Blokzincir sistemine ilişkin yapılan araştırmalar neticesinde açık anahtarların IP adreslerine kadar izlenebildiği, kullanıcıların bir işlemi ağa iletirken doğrudan ağa bağlandıkları ve bu sebeple de IP adreslerinin açığa çıktığı tespit edilmiş ve bu durum kişilerin kimliğine ulaşılabilmesine imkân vermiştir⁷⁰. Kullanıcıların IP adreslerinin tespiti ve yine kendilerine ulaşılması neticesinde açık anahtarların kişisel veri niteliğini haiz olduğu söylenebilir⁷¹. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Patrick Breyer v Bundesrepublik Deutschland* kararında IP adresi kişisel veri olarak sınıflandırılmıştır⁷². Bu karardan hareketle açık anahtarların kişisel veri niteliğini haiz olduğu tekraren söylenebilir. Ancak aynı IP adresini kullanan birden fazla kullanıcı olabileceği için her olayda direkt olarak IP adresinin

67 Voigt and Von dem Bussche, (n48) 157; Lambert, (n46) 198 vd; Toprak, (n43) 126.

68 Finck, B. Regulation, (n33) 96.

69 Alberini and Pfammatter, (n13) 282; CNIL, 'Blockchain Solutions for a Responsible Use of the Blockchain in the Context of Personal Data' (2018) 6; Marco Tullio Giordano, 'Blockchain and the GDPR: New Challenges for Privacy and Security' in Benedetta Cappiello and Gherardo Carullo (eds), *Blockchain, Law and Governance* (Springer 2021) 282.

70 Finck, B. Regulation, (n33) 97; Abashidze, (n14) 46.

71 Article 29 Data Protection WP, 'Processing of Personal Data on the Internet' (1999) 2. Aksi görüş için bkz; Luis-Daniel Ibáñez, Kieron O'Hara and Elena Simperl, 'On Blockchains and the General Data Protection Regulation' (2018) 13 University of Southampton 6.

72 Karara ulaşmak için bkz; Case C-582/14 Patrick Breyer v Bundesrepublik Deutschland [2016] EU:C:2016:779 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62014CJ0582>> Erişim Tarihi 01.12.2021.

bir gerçek kişiye ait kişisel veri olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Her somut olayın kendi içinde değerlendirilip sonuca ulaşılması daha hakkaniyetli olur.

Açık anahtar ve özel anahtarların kişisel veri niteliğini haiz olmadan kullanımları için çeşitli önlemler alınabilir. Buna göre karma ve tek seferlik anahtarlara dayalı bir işlem kullanan gizli bir adres ile bu sorun aşılabilir. Monero kripto para biriminde yeni bir özel adres ile gizli bir anahtar oluşturulmak suretiyle işlemin alıcısı gizlenmektedir⁷³. Bitcoin'in izahnamesinde ise yapılan işlemin sahibi ile bağlantısını engellemek için yeni anahtar çiftlerinin kullanılması önerilmektedir⁷⁴. Zcash kripto para biriminde yapılan işlemler herkesin erişimine açık şekilde tutulmasına rağmen, ikili doğru yanlış cevap sağlayan sıfır bilgi kanıtları ile gizlilik sağlanabilmiştir⁷⁵. Bir başka çözüm önerisi ise kişisel verilere *gürültü* eklemektir. Bu yapılırken çeşitli işlemler birlikte gruplandırılır ve dışarıdan bakıldığında mevzu bahis işlemin gönderici ve alıcısının tespiti mümkün olmaz⁷⁶. Bu yöntemin umut vadeden yönü 29'uncu Madde Çalışma Grubu'nun aradığı güvencelerin sağlandığı durumlarda, gürültü ekleme tekniğinin kabul edilebilir bir anonimleştirme tekniği olmasıdır⁷⁷.

2. DAĞITIK KAYIT SİSTEMİNDEKİ VERİLER

Dağıtık kayıt sistemlerinin standart bir türü bulunmamaktadır. Buradan hareketle her dağıtık kayıt sistemi kendi içinde değerlendirilmeli ve barındırdığı verilerin niteliğine göre değerlendirme yapılmalıdır. Blokzincir sistemine eklenen her veri kişisel veri niteliğini haiz değildir⁷⁸. Herkese açık dağıtık kayıt sistemlerinde her zaman için bir gerçek kişi ile ilgili veya ilişkilendirilebilir veriler bulunabilir. Böyle durumlarda bu veriler Genel Veri Koruma Tüzüğü bakımından korunmaya değer kişisel veriler olur.

Dağıtık kayıt sistemindeki bloklarda veriler düz metin halinde, şifreli olarak ya da zincire hash fonksiyonu ile eklenmiş olarak bulunabilirler. Bloklarda düz metin halinde bulunan ve herhangi bir şifrelemeye tabi olmayan verilerin kişisel veri niteliğini haiz olduğu söylenebilir⁷⁹. Hash fonksiyonuna tabi tutulan işlemler de her zaman için anonimlik sonucuna ulaştırmamaktadır⁸⁰. Bu durum, 29'uncu madde çalışma grubunun değerlendirmesine göre, veriler ile veri sahibinin hala ilişkilendirilebilmesine imkân verdiğinden, bunların kişisel veri niteliğini haiz oldukları söylenebilir⁸¹.

73 Monero kripto para biriminin gizliliği sağlamaya ilişkin politikası hakkında detaylı bilgi için bkz; <<https://www.getmonero.org/resources/moneropedia/stealthaddress.html>> Erişim Tarihi 01.12.2021.

74 Bitcoin izahnamesine ulaşmak için bkz; <<https://bitcoin.org/en/bitcoin-paper>> Erişim Tarihi 01.12.2021. Ayrıca bkz; Ibáñez, O'Hara and Simperl, (n71) 7.

75 Geniş bilgi için bkz; <<https://z.cash/technology/zksnarks/>> Erişim Tarihi 01.12.2021.

76 Finck, B. Regulation, (n33) 98.

77 Article 29 Data Protection WP, Anonymisation, (n54) 12-13.

78 Alberini and Pfammatter, (n13) 282.

79 Finck, B. Regulation, (n33) 93.

80 Mirchandani, (n8) 1225; Isler, (n7) 4.

81 Alberini and Pfammatter, (n13) 283.

Blokszincir sisteminde dağıtık kayıt sistemlerinde yer alan verilerin Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün kapsamından çıkarılması için bazı ihtimaller mevcuttur. Sistemde yapılan işlemlere ilişkin verilerin doğrudan Blokszincirinde depolanmasını önleyebilecek birtakım teknik çözümler geliştirilmektedir. Kişisel veriler zincirin dışında muhafaza edilebilir ve sadece bir hash fonksiyonu ile zincire bağlanabilir. Bu durumda zincir içindeki veriler ile zincirin dışında kalan verilerin hash fonksiyonları hâlâ Tüzük anlamında kişisel veri olarak nitelendirilebilecekken, zincir dışı veriler Tüzük kapsamına girmeyecek şekilde ayarlanabilir⁸². Burada zincir dışındaki veriler Tüzük'ün aradığı şekilde başvurunun mümkün olduğu, verilerin şifrelenmiş ve değiştirilme imkanının da bulunduğu bir veri tabanına kaydedilebilirler⁸³.

B. BLOKZİNCİR SİSTEMİNDE VERİ SORUMLUSU – VERİ İŞLEYEN

Blokszincir sisteminde Genel Veri Koruma Tüzüğü'nden kaynaklanan hakların kullanımı için veri sorumlusunun tespit edilmesi hayati öneme sahiptir. Burada veri sorumlusunun belirlenmesinde zorlayıcı olan kısım dağıtık kayıt sisteminin merkeziyetsiz bir yapısının bulunmasıdır. Genel Veri Koruma Tüzüğü ve diğer birçok veri koruma düzenlemesi, verilerin yönetildiği merkezi yapıların bulunduğu bir düzen için hazırlanmıştır. Ancak Blokszincir sisteminin esası merkeziyetsiz oluşuna dayandığı için burada rolleri tespit etmek her zaman kolay değildir. Genel Veri Koruma Tüzüğü'ne göre veri sorumlusu veri işleme amaçlarını ve araçlarını tek başına belirler⁸⁴. Blokszincir sisteminde bu şekilde tek başına karar alma mekanizması bulunmamaktadır. Bu durum ise veri sorumlusunun tespitini oldukça güçleştirmektedir. Blokszincir sistemindeki aktörleri tek tek ele alarak kimlerin veri sorumlusu olabileceğini tespit etmek faydalı olur.

Blokszincir sistemini ilk defa tasarlayanların veri sorumlusu olup olmadığı sorusu ilk olarak akla gelebilir. Bu tasarımcılar sistemin başlatılması ve işletilmesinden sorumlu olmayıp, veri işleme amacını ve araçlarını belirleme yetkisine de sahip olmadıkları için Genel Veri Koruma Tüzüğü kapsamında veri sorumlusu olduklarından söz etmek mümkün değildir⁸⁵.

Blokszincirlerin çeşitli biçimleri bulunmaktadır⁸⁶. Özel Blokszincir sistemlerinde veri sahibinin taleplerine yanıt verebilecek bir sistem yöneticisi gibi merkezi bir aracının tanımlanabilmesi hala mümkündür. Ancak herkese açık dağıtık kayıt sistemlerinde ağ bütün düğümler tarafından merkezi olmayan bir şekilde yönetildiği için tek bir sorumlu ya da merkezi bir kontrol noktası bulunmamaktadır⁸⁷.

Düğümlerin veri sorumlusu olup olamayacağı sorusu akla gelebilir ancak düğümler işleme amaç ve araçlarını tek başlarına belirlemedikleri için veri sorumlusu olduklarından söz edilemez. Düğümler

82 CNIL, (N69) 7.

83 Finck, B. Regulation, (n33) 94-95; Mirchandani, (n8) 1229.

84 Veri sorumlusunun nasıl tespit edildiğine dair bkz yukarıda II, E.

85 Alberini and Pfammatter, (n13) 286; Isler, (n7) 13.

86 Bkz yukarıda I, B.

87 Finck, B. Regulation, (n33) 99; Erbuth, (n24) 431.

Blokzincir sistemine katılıp katılmama kararını kendileri verdikleri için özerktirler. Bir görüşe göre düğümler veri işleyendir ve veri sahipleri bu kişilerden talepte bulunabilir⁸⁸.

Düğümlerin Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün 26'ncı maddesine göre ortak veri sorumlusu olup olmadıklarının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Tüzük gerekçesi 79'a göre veri sahiplerinin hak ve özgürlüklerinin yanında denetleyici makamların izleme ve önlemleriyle ilgili olarak veri sorumlularının ve veri işleyenlerin sorumluluk ve yükümlülüklerinin korunması, bir veri sorumlusunun nerede olduğu da dahil olmak üzere Tüzük kapsamına giren sorumluluklar net bir şekilde tahsis edilmelidir. Veri işlemenin amaçları ve araçları diğer veri sorumluları ile belirlendiğinde veya bir veri sorumlusu adına veri işleme faaliyetinin yürütüldüğü durumlarda ortak veri sorumlusu olunmasından söz edilebilir. Düğümlerin hangisinin hangi sorumlulukları veya yükümlülükleri yerine getireceği belli olmadığı gibi veri işleme amaç ve araçlarını da ortaklaşa belirlemeleri söz konusu olmadığından ortak veri sorumlusu oldukları söylenemez⁸⁹. Düğümler Blokzincir sisteminde bireysel bir şekilde hareket ederler. Düğümlerin dışındaki aktörlerden bir grubun ortak amaçlarını gerçekleştirmek amacıyla bir araya gelmeleri halinde ortak veri sorumlusu olup olmayacaklarının da ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Fransız Veri Koruma Otoritesi CNIL'e göre bir grup katılımcı Blokzincir sisteminde bir amaç doğrultusunda veri işleme faaliyetine girişecekse veri sorumlusu önceden belirlenmelidir. Bu kişiler grup adına karar veren bir katılımcıyı belirlemeyi ve söz konusu katılımcıyı veri sorumlusu olarak atamayı da tercih edebilirler⁹⁰.

Düğümler Blokzincir sisteminde verilerin yalnızca şifrenmiş halini veya hash fonksiyonunu görür ve üzerinde bir değişiklik yapamazlar. Buradan hareketle düğümlerin Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün aradığı şekilde ihtiyaçlara cevap verebilen kişiler olduğu söylenemez⁹¹.

CNIL'e göre, Blokzincire veri yazma hakkına sahip olan ve madencilerin doğrulama yapabilmesi için veri göndermeye karar verebilen katılımcılar veri sorumlusudur. CNIL'e göre bu kişiler veri işleme amaçlarını ve araçlarını belirleyen kişilerdir⁹².

Blokzincir sistemi her ne kadar merkeziyetsiz bir yapıda da olsa ve bazı sistemlerde işlemleri kimin gerçekleştirdiğini ve ne zaman gerçekleştirdiğini kimse denetlemese bile, sistemin geliştirilmesi, kurulması, piyasaya sürülmesi ve devam eden faaliyetlerden sorumlu bir veya birden fazla çekirdek geliştirici veya operatör hala bulunmaktadır. Bu kişilerin kişisel verilerin işleme amaç ve araçlarına muhtemel etkileri göz önünde bulundurulduğunda Genel Veri Koruma Tüzüğü anlamında veri sorumlusu olabileceklerinden söz etmek mümkündür⁹³.

88 Finck, B. Regulation, (n33) 100; Alberini and Pfammatter, (n13) 288.

89 Alberini and Pfammatter, (n13) 289.

90 CNIL, (N69) 2.

91 Finck, B. Regulation, (n33) 100.; aksi görüş için bkz; Giordano, (n69) 279.

92 CNIL, (N69) 1.

93 Alberini and Pfammatter, (n13) 287. Karşıt görüş için bkz; Isler, (n7) 13.

Birden çok Blokzincir türünün olduğundan söz etmiştik. Özel Blokzincir sistemlerinde kimlerin hangi role bürüneceğinin tespiti nispeten daha kolaydır⁹⁴. Özel sistemlerde işlemleri onaylayan madencilerin veri sorumlusu olduğu söylenebilir⁹⁵. Herkese açık Blokzincir sistemlerinde bütün madencileri veri sorumlusu olarak nitelendirmek ise hayatın gerçeklerinden uzaktır. Burada sorulması gereken soru madencilerin veri işleme amaç ve araçlarını belirleyip belirlemediğidir. Eğer belirleyebiliyorlarsa madencilere de veri sorumlusu denilebilir⁹⁶. CNIL'e göre madenciler kural olarak sadece katılımcılar tarafından gönderilen işlemleri onaylamakta ve bu işlemlerin amacına dahil olmamaktadırlar. Bu sebeple işleme amaç ve araçlarını tanımlamazlar. Örneğin kendi adına Bitcoin alım satımı yapan kişiler, bu işlemler diğer gerçek kişiler adına mesleki veya ticari bir kaygı güdülmeden yapıldığı sürece veri sorumlusu olarak nitelendirilemezler⁹⁷. Bir an için madencilerin ortak veri sorumlusu olma ihtimali düşünülebilir. Ancak daha önce bahsettiğimiz gibi ortak veri sorumlusu olarak nitelendirilebilmek için birtakım şartların bulunması gerekmektedir. Madencilerin hangisinin hangi sorumlulukları veya yükümlülükleri yerine getireceği belli olmadığı gibi veri işleme amaç ve araçlarını da ortaklaşa belirlemeleri söz konusu olmadığından ortak veri sorumlusu oldukları söylenemez.

Blokzincir sisteminde veri işleyen tek başına tespiti zordur. Veri sorumlusu adına hareket edilmesi gerekliliği ve Blokzincir sistemlerinin çoğunun merkezizsiz yapılardan oluştuğu düşünüldüğünde direkt olarak sistemde yer alan bir kişiye veri işleyen demek hakkaniyetli bir yaklaşım olmaz. Ancak sisteme veri yükleyen herkesin kendisi açısından veri işleyen, diğer kişiler açınsındansa potansiyel bir veri işleyen olduğundan söz edilebilir⁹⁸. Bir görüşe göre her düğüm sisteme veri yükleyen diğer düğümler açısından veri işleyendir⁹⁹. Özel Blokzincir sistemlerinde ise durum biraz daha farklıdır. Burada Blokzincir sistemini yöneten bir operatör¹⁰⁰ bulunduğu için bu kişiler veri işleyen olarak nitelendirilebilirler¹⁰¹. CNIL'e göre madenciler bazı durumlarda veri işleyen olarak nitelendirilebilirler. Böyle bir durumda madenciler yapılan işlemlerin teknik kriterleri karşılayıp karşılamadığı ve Blokzincir kurallarına göre katılımcının işlemini gerçekleştirmesine izin verilip verilmediğini kontrol ederken veri sorumlusunun talimatlarını takip etmektedirler¹⁰².

C. BLOKZİNCİR SİSTEMİNDE VERİ SAHİBİNİN HAKLARINI KULLANIMI

I. VERİYE ERİŞİM HAKKININ KULLANIMI BAKIMINDAN

Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün 15'inci maddesi ile veri sahibine kendisi hakkında işlenen kişisel verilere erişim hakkı verilmiştir. Burada dağıtık kayıt sisteminde bulunan bir veriye erişimin nasıl sağlanabileceği hususunun irdelenmesi gerekmektedir.

94 Giordano, (n69) 279.

95 Isler, (n7) 13.

96 Alberini and Pfammatter, (n13) 287.

97 CNIL, (N69) 2.

98 Alberini and Pfammatter, (n13) 289.

99 Giordano, (n69) 279.

100 Yaga, Mell, Roby and Scarfone, (n6) 35.

101 Alberini and Pfammatter, (n13) 289.

102 CNIL, (N69) 3.

Veri sorumluları dağıtık kayıt sistemlerinde yer alan verilerden hangilerinin şifrelenmiş hangilerinin ise hash fonksiyonuna sokulduğunu her zaman tam anlamıyla bilemeyebilirler. Bir veri sahibinin Blokzincir sistemindeki düğümle düzgün bir bağlantı kurduğu varsayımında bile kendisi hakkında bir veri işlenip işlenmediğini teyit edebilmesi her zaman mümkün olmaz. Veri sahibi istediği her zaman herkese açık bir ağa katılabilir ve buradaki verilerin kopyasını elde edebilir. Ancak burada bu erişimin ve elde edilen verilerin Genel Veri Koruma Tüzüğü anlamında veriye erişimi sağlayıp sağlamadığı düşünülmelidir. Ayrıca Genel Veri Koruma Tüzüğü'ne göre veri sahibi verilerine veri sorumlusu aracılığıyla erişim hakkına sahiptir ve bu veriler kriptografik olarak takma isimlendirilme metoduna maruz kalırsa veri sorumlusu açısından veriye erişim neredeyse imkânsız hale gelir. Kendisi veriye erişemeyen bir veri sorumlusunun veri sahibine cevap verebilmesi mümkün olamaz¹⁰³. Veri sorumlusunun, kişisel verileri doğrulama için madencilere göndermeden önce veri sahibine kolayca erişebileceği ve açık terimlerle formüle edilmiş kısa bilgiler sağlaması bu hakkın kullanımı kolaylaştırabilir¹⁰⁴.

Veri sahibinin verilerine erişimi noktasında değinilmesi gereken bir diğer husus açık anahtar – özel anahtar kullanımınıdır. Blokzincir sisteminde diğer dijital platformlarda olduğu gibi 'şifremi unuttum' ya da 'hesabımı kurtar' gibi bir seçenek bulunmamaktadır. Buradan hareketle herhangi bir üçüncü kişinin anahtar aracılığıyla hesap sahibi gerçek kişileri tanımlayabilmesinin mümkün olmadığı söylenebilir¹⁰⁵. Ancak bir kişi özel anahtarına erişimini kaybettikten sonra bir daha hesabına da erişimi mümkün olmayacağından, veriye erişim hakkını etkili bir biçimde kullanamayacağı da belirtilmelidir.

2. VERİLERİN DÜZELTİLMESİNİ, SİLİNMESİNİ İSTEME HAKKI BAKIMINDAN

Blokzincir sistemi, sonradan kurcalanma ihtimaline karşı dayanıklı ve dirençli oluşuyla öne çıkan bir sistemdir¹⁰⁶. Özellikle sansüre karşı dayanıklı bir tasarım tercih edildiği için Blokzincir sisteminde bir şeyin 'unutulması' teorik olarak mümkün değildir¹⁰⁷.

Genel Veri Koruma Tüzüğü m5/1-d'ye göre, kişisel veriler her zaman için doğru ve güncel olmalıdır. Bunun sağlanamadığı durumlarda ise hatalı olan kişisel verilerin gecikme olmaksızın silinmesi veya düzeltilmesinin sağlanması noktasında gerekli bütün makul adımların atılması gerekmektedir.

Veri sorumluları Genel Veri Koruma Tüzüğü bağlamındaki taleplerini veri sorumlusuna yöneltebilirler. Bu durum veri sahibinin söz gelimi kişisel verilerinin düzeltilmesini isteme hakkını bütün düğümlere hitap edebileceği anlamına gelir¹⁰⁸. Blokzincir sisteminde kapatılan bir bloktaki

103 Finck, B. Regulation, (n33) 106.

104 CNIL, (N69) 8.

105 Alberini and Pfammatter, (n13) 282.

106 Finck, B. Regulation, (n33) 106; De Filippi and Wright, (n6)35; Millard, (n27) 844; Erbuguth, (n24) 428; Patrick Van Eecke and Anne-Gabrielle Haie, 'Blockchain and the GDPR: The EU Blockchain Observatory Report' (2018) 4 European Data Protection Law Review (EDPL) 531-534, 533.

107 Finck, B. Regulation, (n33) 106; Alberini and Pfammatter, (n13) 291.

108 Finck, B. Regulation, (n33) 105.

veriler bütün düğümlere yayıldığı için veri sahibinin bütün düğümlere ulaşması ve bu talebini iletmesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Kaldı ki veri sahibinin düğümlerden birine veya tamamına ulaştığı varsayımında bile Blokzincir sistemi değişikliğe müsaade etmeyecek şekilde programlandığı için düğümlerin böyle bir talebi karşılaması da mümkün değildir¹⁰⁹. Düzeltilmesi istenen veri yeni bir bloka kaydedildiğinde her ne kadar eski, yanlış veri mevcudiyetini devam ettirecek olsa bile Blokzincir sistemine düzeltilmiş veri de kaydedilmiş olur¹¹⁰.

Veri sahibinden gelecek taleplere ilişkin çözüm bulunabilmesi adına kişisel verilerin zincir dışında tutulması seçeneği bir çözüm yolu olarak düşünülebilir. Bu şekilde bloka dokunulmadan ve Blokzincir sisteminin değişmezliği ilkesinden de etkilenmeden talepler karşılanabilir¹¹¹. Ayrıca bloklar arasında kişisel verilerin kaldırılmasına izin veren ve blokları birbirine bağlayan hash fonksiyonlarının bozulmadan muhafaza edilebilmesine imkân veren bukalemun hash fonksiyonları da kullanılabilir¹¹².

Veri sahibinin haklarından bir diğeri veri sorumlusundan kendisi ile ilgili kişisel verilerin gecikmeksizin silmesini istemeyebilmesidir. Bu husus Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde 17'nci maddede düzenlenmiştir. Blokzincir sisteminin mevcut haliyle olası veri silme taleplerinin karşılanabilmesi mümkün değildir¹¹³. Blokzincir sisteminin tasarımında bloklar kapatıldıktan sonra hash fonksiyonu ile bir çıktı alınıp bu değer diğer blokun içine yerleştirildiği için en ufak bir değişiklik bütün blokların değişmesine sebep olur¹¹⁴. Hal böyleyken değişikliğe karşı dayanıklı şekilde tasarlanan Blokzincir sisteminde veri sahiplerinin silme taleplerinin mevcut sistemde karşılanmasının imkânsıza yakın olduğu söylenebilir¹¹⁵. Veri silme taleplerinin karşılanması için blok dışında şifrelenmiş bir veri tabanı kullanılması bir çözüm yolu olarak değerlendirilebilir¹¹⁶. Ayrıca verilerin geri dönüşü olmayacak şekilde şifrelenmeleri halinde bunların Genel Veri Koruma Tüzüğü anlamında silinmiş olduğu kabul edilmektedir¹¹⁷. Başka bir metoda göre; bir silme talebi geldiğinde Blokzincire silinmesi istenen veriye referans içeren ve bunu anlamsız kılan bir işlem eklenmesidir. Bu durumda bile hâlâ eski veriler mevcudiyetini muhafaza edebilir¹¹⁸. Şu hususu da belirtmek gerekir ki herkese açık

109 Alberini and Pfammatter, (n13) 291; Eleonor, (n7), 4; Mik, (n6) 171; Ibáñez, O'Hara and Simperl, (n71) 6; Giordano, (n69) 282; Tatar, Gokce and Nussbaum, (n3) 5; Herian, (n7) 9.

110 CNIL, (N69) 9.

111 Finck, B. Regulation, (n33) 105; Kulms, (n6) 87; Mirchandani, (n8) 1229; Erbguth, (n24) 433; Mannan, Sethuram and Younge, (n1) 423; Tatar, Gokce and Nussbaum, (n3) 8; Van Eecke and Haie, (n106) 533.

112 Geniş bilgi için bkz; Tatar, Gokce and Nussbaum, (n3) 8.

113 De Filippi and Wright, (n6)35; Alberini and Pfammatter, (n13) 291; Mirchandani, (n8) 1224; CNIL, (N69) 6.

114 Eleonor, (n7), 4.

115 Alberini and Pfammatter, (n13) 293; CNIL, (N69) 8; Mannan, Sethuram and Younge, (n1) 424. Blokzincir sisteminin hiç değişmeyeceğine yönelik düşüncenin hatalı olduğu ve her ne kadar son derece külfetli ve pahalı bir uğraş olsa da bunun mümkün olduğuna dair görüş için bkz Finck, Technology, (n1) 30; De Filippi and Wright, (n6)36; Alberini and Pfammatter, (n13) 295; Yaga, Mell, Roby and Scarfone, (n6) 34; Mik, (n6) 172.

116 Finck, B. Regulation, (n33) 107; Kulms, (n6) 87; Mirchandani, (n8) 1229; CNIL, (N69) 8; Millard, (n27) 845; Giordano, (n69) 283.

117 Alberini and Pfammatter, (n13) 295; Mirchandani, (n8) 1238; CNIL, (N69) 8; Ibáñez, O'Hara and Simperl, (n71) 8.

118 Ibáñez, O'Hara and Simperl, (n71) 8.

Blokzincir sistemlerinde ‘yüzde 51 saldırısı’¹¹⁹ ihtimali bulunmaktadır. Bu saldırının gerçekleşmesi teorik olarak çok zor ve uğraştırıcı olsa bile yine de sisteme müdahalede bulunulabilir¹²⁰.

Özel Blokzincir sistemlerinde belirli katılımcıların bloğun içeriğini düzenleme, işlemleri tersine çevirme gibi imkanları bulunmaktadır. Bu sebeple özel Blokzincir sistemlerinde veri sahiplerinden gelecek düzeltme ve silme taleplerinin daha rahat bir şekilde karşılanabileceği söylenebilir.

D. TÜZÜK’ÜN BÖLGESEL UYGULAMA ALANI

Herkes açık Blokzincir sistemlerine dünyanın her yerinden katılım mümkündür. Merkezi olmayan bir sistem şeklinde tasarlanan Blokzincir mekanizmasının bu dağılım üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Buradan hareketle tek bir ülkede değil birden çok ülkede eşzamanlı çalışan bir sistem olan Blokzincir sistemine uygulanacak hukuk noktasında problemler ortaya çıkmaktadır.

Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün 3’üncü maddesine göre bu tüzük veri işlemenin Birlik içerisinde meydana gelip gelmediğine bakılmadan, Birlik bünyesindeki bir veri sorumlusunun veya veri işleyen işletmesinin faaliyetleri bağlamında kişisel verilerin işlenmesine uygulanır. Burada amaç Tüzük’ün kapsama alanını geniş tutmaktır. Böylelikle Blokzincir sistemindeki düğümler dünyanın neresinde olursa olsun bloklarda kişisel veri barındırıldığı durumlarda Tüzük’ün uygulama alanına girmiş olurlar.

Blokzincir ve Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün bölgesel uygulama alanına ilişkin değinilmesi gereken bir diğer konu sınır ötesi veri işlemele ilişkindir. Tüzük’ün 44’üncü maddesine göre, işlenmekte olan veya üçüncü bir ülkeye veya uluslararası bir kuruluşa aktarıldıktan sonra işlenmesi amaçlanan kişisel verilerin aktarımı, üçüncü ülke veya uluslararası kuruluşa yapılacak sonraki aktarımları da kapsayacak şekilde, ancak bu Tüzük’ün diğer hükümlerine tabi olmak kaydıyla, bu Bölümde belirtilen koşullara uyulması halinde gerçekleşebilir. Bu Tüzük’le güvence altına koruma seviyesinin zedelenmemesi adına bu Bölüm’de yer alan tüm düzenlemeler uygulanır.

Blokzincir sisteminde bloklar halinde depolanan veriler herhangi bir yerde bulunabilen madenciler tarafından zincire dahil edilmektedir. Dağıtık kayıt sistemi her yeni blokun eklenmesinden sonra bunun düğümlere dağıtılması ve eşitlenmesi şeklinde çalışır. Blokların içinde kişisel veri barındırıldığı göz önünde bulundurulduğunda her yeni blok tamamlandığında sınır ötesi veri işleme faaliyeti yapılmış olur. Burada Tüzük’e uygunluğun sağlanabilmesi için m44’te belirtilen önlemlerin alınması pratikte kolay değildir. Hal böyleyken Tüzük m49/1-a’ya göre veri sahibi bilgilendirilip açık rızasının alınması daha uygulanabilir bir çözüm olabilir¹²¹. Burada da rızanın nasıl alınacağı ve sonradan veri sahibinin rızasını geri alması durumunda ne olacağı sorusu belirsizliğini korumaktadır. Avrupa

119 Yüzde 51 saldırısı hakkında geniş bilgi için bkz; Güven ve Şahinöz, (n3) 64., ayrıca bkz; <<https://medium.com/crypto-wisdom/what-is-51-attacks-in-cryptocurrency-how-does-it-work-ca8642283e43>> Erişim Tarihi 01.12.2021.

120 Mik, (n6) 172.

121 Finck, B. Regulation, 103.

Birliği Adalet Divanı *Bodil Lindqvist*¹²² kararında kişisel verilerin internet sayfasına yüklenmiş olmasını, bu verilere dünyanın her yerinden erişilebilir olmasına rağmen, sınır ötesi veri aktarımı olarak görmemiş ve bu verilerin gizli olmadığına yönelik değerlendirmede bulunmuştur. Ancak kanaatimizce Blokzincire dahil edilen veriler dünyanın her yerindeki sunucularla eşitlendiği için bunun bir sınır ötesi veri işleme faaliyeti olarak nitelendirilmesi ve buna uygun şekilde veri işleme faaliyeti yapılması gerekmektedir.

SONUÇ

Blokzincir teknolojisinin kullanımı son yıllarda artarak devam etmektedir. Nispeten yeni sayılabilecek bu sistemin kullanım alanları arttıkça daha çok kişiye hitap edeceği ve bünyesinde daha çok kişisel veriyi barındıracağı aşikardır.

Genel Veri Koruma Tüzüğü 2018 yılının mayıs ayında yürürlüğe girmiş ve kişisel verilerin korunması alanında birçok yeniliğe hayatımıza sokmuştur. Tüzük'ün uygulama alanı sadece Avrupa Birliği üyesi ülkeler ile sınırlandırılmadığı için bu değişiklikler ve yenilikler dünyanın her yerindeki birçok kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak etkilemektedir.

Blokzincir sistemi ile Genel Veri Koruma Tüzüğü birçok noktada uyumsuzluk içerisindedir. Herkese açık Blokzincir sistemlerindeki veriler ilk bakışta şifrelenmiş ve güvenli gibi görünsede bu bilgilerin kullanımı sonucunda bir gerçek kişinin kimliği tespit edilebilir.

Blokzincir sisteminde merkezietçi bir yapı bulunmamaktadır. Bu durum Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün aradığı muhatapları / sorumluları bulma noktasında ciddi zorluklara sebebiyet vermektedir. Veri sorumlusu ve veri işleyenin tespiti noktasında bir görüş birliğine şu an için varılabilmiş değildir.

Blokzincir sisteminde veriler herkesin erişimine açık ve değiştirilemez şekilde tutulmaktadır. Bu husus Tüzük'ün temel ilkeleriyle çelişmektedir. Veri sahipleri her zaman için verilerine Tüzük'ün aradığı koşullarda erişemeyebilir. Veri sahibinin en temel haklarından birisi olan verilerin düzeltilmesini ya da duruma göre silinmesini isteme hakkı da Blokzincir sisteminin yapısı gereği amaçlandığı şekilde kullanılamayabilir.

Veri koruma gereklerine cevap verebilecek bir Blokzincir yapısının tasarlanması için çalışmalar yapılmaktadır. Geçici bir çözüm olarak kişisel veri niteliğini haiz bilgilerin Blokzincir dışındaki veri tabanlarında şifreli bir şekilde muhafaza edilmesi ve gerektiğinde düzeltilmesi ya da silinmesi bir çözüm yolu olarak düşünülebilir. Ancak günün sonunda mevzuat ile Blokzincir sisteminin uyumunu sağlayacak değişiklikler yapılmadığı sürece tam anlamıyla bir çözümden söz etmek mümkün olmaz. Kanun koyucu tarafından gerekli düzenlemeler yapıldıktan sonra Blokzincir teknolojisinin veri koruma süreçlerini iyileştirebileceğinden söz edilebilir.

122 Tüzük yürürlüğe girmeden önce uygulamada olan Direktif hükümlerine göre verilen karara ulaşmak için bkz; <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=FCA1C7BD485907B3D581DBA1C747B4C2?text=&docid=48382&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1221894>> Erişim Tarihi 01.12.2021.

KAYNAKÇA

- Abashidze G, 'Das Blockchain-System und die Gesetzgebung zu personenbezogenen Daten' (2020) Deutsch-Georgische Zeitschrift Für Rechtsvergleichung
- Alberini A and Pfammatter V, 'Blockchain and Data Protection' in Kraus Daniel, Obrist Obrist ve Hari Olivier (eds), *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law* (Edward Elgar Publishing 2019)
- Article 29 Data Protection WP, 'Processing of Personal Data on the Internet' (1999)
- Article 29 Data Protection WP, 'Opinion 4/2007 on the Concept of Personal Data' (2007)
- Article 29 Data Protection WP, 'Opinion 1/2010 on the Concepts of "Controller" and "Processor"' (2010)
- Article 29 Data Protection WP, 'Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques' (2014)
- Buterin V, Visions, Part 1: The Value of Blockchain Technology, <<https://blog.ethereum.org/2015/04/13/visions-part-1-the-value-of-blockchain-technology/>>, Erişim Tarihi 01.12.2021
- Büyükoğlan Feyzioğlu G, 'Teknolojide Yeni Çağın Başlangıcı: Blokzincir' iç Aksoy Retornaz E. Eylem ve Güçlütürk Osman Gazi (edr), *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I – Blokzincir ve Hukuk* (Onikilevha 2021)
- CNIL, 'Blockchain Solutions for a Responsible Use of the Blockchain in the Context of Personal Data' (2018)
- Çekin MS, 'Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var Mı?' (2019) 77 İstanbul Hukuk Mecmuası 315-341
- De Filippi P and Wright A, *Blockchain and the Law: the Rule of Code* (Harvard University Press 2018)
- Dimitropoulos G, 'The Law of Blockchain' (2020) 95 Washington Law Review 1117-1192
- Eleonor G, 'Dezentrale Autonome Organisation DAO' (4 Dezember 2017)
- Erbguth J, 'Five Ways to GDPR-Compliant Use of Blockchains' (2019) 5 European Data Protection Law Review (EDPL) 427-433
- Felten E, Does Hashing Make Data "Anonymous"?, <<https://www.ftc.gov/news-events/blogs/techftc/2012/04/does-hashing-make-data-anonymous>>, Erişim Tarihi 01.12.2021
- Finck M, 'Blockchain Technology' in Finck Michèle (ed), *Blockchain Regulation and Governance in Europe* (Cambridge University Press 2018)
- Finck M, 'Blockchains and the General Data Protection Regulation' in Finck Michèle (ed), *Blockchain Regulation and Governance in Europe* (Cambridge University Press 2018)
- Giordano MT, 'Blockchain and the GDPR: New Challenges for Privacy and Security' in Cappiello Benedetta ve Carullo Gherardo (eds), *Blockchain, Law and Governance* (Springer 2021)
- Güven V ve Şahinöz E, *Blokzincir – Kripto Paralar – Bitcoin* (Kronik 2018)
- Herian R, 'Blockchain, GDPR, and Fantasies of Data Sovereignty' (2020) 12 Law, Innovation and Technology 1-19
- Ibáñez LD, O'Hara K and Simperl E, 'On Blockchains and the General Data Protection Regulation' (2018) 13 University of Southampton
- Isler M, 'Datenschutz auf der Blockchain' (4 Dezember 2017) Jusletter
- Kulms R, 'Blockchains: Private Law Matters' (2020) Singapore Journal of Legal Studies 63-89
- Lambert P, *Understanding the New European Data Protection Rules* (CRC Press 2018)
- Mannan R, Sethuram R and Younge L, 'GDPR and Blockchain: A Compliance Approach' (2019) 5 European Data Protection Law Review (EDPL) 421-426

- Mik E, 'Blockchains: A Technology for Decentralized Marketplaces' in DiMatteo Larry A., Cannarsa Michel ve Poncibò Cristina (eds), *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms* (2019)
- Millard C, 'Blockchain and Law: Incompatible Codes?' (2018) 34 *Computer Law & Security Review* 843-846
- Mirchandani A, 'The GDPR-Blockchain Paradox: Exempting Permissioned Blockchains from the GDPR' (2019) 29 *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal* 1201-1242
- Tatar U, Gokce Y and Nussbaum B, 'Law versus technology: Blockchain, GDPR, and tough tradeoffs' (2020) *Computer Law & Security Review* 1-11
- Toprak B, *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması* (Yetkin 2021)
- Van Eecke P and Haie AG, 'Blockchain and the GDPR: The EU Blockchain Observatory Report' (2018) 4 *European Data Protection Law Review (EDPL)* 531-534
- Voigt P and Von dem Bussche A, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)* (Springer International Publishing 2017)
- Yaga D, Mell P, Roby N and Scarfone K, 'Blockchain Technology Overview' (2018) National Institute of Standards and Technology Internal Report 8202

Roma Devletinde Vergilendirme*

Taxation in the Roman State

Duygu Özer Sarıtaş**, Mehmet Mert Özyıldırım***

Öz

Cumhuriyet döneminde kamu harcamalarının bir bölümü, *tributum* adı verilen ve her bir vatandaşın serveti oranında alınan dolaysız bir şahsi vergi aracılığıyla finanse edilmekteydi. Bunun yanı sıra devlete ait arazileri kullanan kişilerden arazinin kullanılmasına karşılık olarak alınan kira ücretleri, liman vergileri, gümrük vergileri yol geçiş ücretleri ve Roma'nın devlet tekeli olduğu sektörlerde verdiği imtiyazlar da önemli gelir kalemleri arasındaydı. Ancak zaman içerisinde özellikle vergilerin tarh ve tahsili aşamasında ortaya çıkan problemler önemli bir kaynak israfına sebep oldu. Bu duruma bir çözüm bulabilmek amacıyla Cumhuriyet dönemindeki bazı uygulamalar *Augustus* tarafından değiştirilmiş ve vergi sistemi ıslah edilmiştir. Fakat söz konusu yeni vergi sisteminin de kusursuz olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Bu kapsamda çalışmada, Roma devletindeki kamu harcamalarının finanse edilebilmesi için zaman içerisinde geliştirilen yöntemler ve bu yöntemlerin aksayan yönleri ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Roma Vergi Sistemi, *Publicani*, *Tributum*, Dolaysız Vergi, Vergi Tarhı

ABSTRACT

In the Republican period, a part of the public expenditures was financed through a direct personal tax called *tributum*, which was collected from each citizen in proportion to his wealth. In addition, the rents which were collected from the people who occupied the public lands, the customs duties, the port dues, the road tolls and the royalties given by the Roman state in the sectors where there were government monopolies were also among the important items of income. However, over time, the problems that occurred especially during the process of assessment and collection of the taxes led to a significant waste of resources. In order to find a solution to this situation, some practices in the Republican period were changed by *Augustus* and the tax system was reformed. But it is also not likely to assert that the aforementioned new tax system was flawless. In this context, the methods developed over time so as to finance the public expenditures in the Roman state and the defects of these methods are discussed.

Keywords: Roman Taxation System, *Publicani*, *Tributum*, Direct Tax, Tax Assessment

* Çevirisini yaptığımız ilgili çalışma, Roscoe Pulliam tarafından hazırlanmış ve "Taxation in the Roman State" adı altında "The Classical Journal" dergisinde yayınlanmıştır. Çalışma, The Classical Association of the Middle West and South, Inc. (CAMWS) adlı kuruluş tarafından çıkarılan söz konusu derginin, Haziran 1924 tarihinde yayınlanan 19. cildinin 545 ile 553'üncü sayfaları arasında yer almaktadır. Dergiye ve çalışmaya ulaşmak için bkz. <<https://www.jstor.org/stable/3289068>>, (Son Erişim Tarihi 05.03.2022).

** Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-8983-1075.

*** Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı, mertozyildirim@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7663-6599.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Duygu Özer Sarıtaş

E-posta/E-mail: duozer@anadolu.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 09.03.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 15.06.2022

ROMA DEVLETİNDE VERGİLENDİRME

Roma'nın egemen olduğu dönemlerde gerçekleştirilen çok sayıda inşaat faaliyeti göz önüne alındığında, bu işleri tamamlamak için oldukça yüksek miktarlarda para toplanıp harcandığı olgusu insanı hayrete düşürmektedir. Bu noktada her ne kadar Romalı *magistra*'ların ücret almadan hizmet ettikleri ve iş gücünün büyük bir kısmının köleler tarafından karşılandığı doğru olsa da sürekli devam etmekte olan çok sayıda fetih ve Romalılaştırma faaliyetleriyle, imar ve inşaat projelerinin büyük ölçekli kamu harcamalarını gerektirdiği de doğrudur. Ayrıca *magistra*'ların önceden belirlenmiş bir ücret olmaksızın hizmet gördüklerine dair elimizde bol miktarda kanıt olsa bile zaman zaman bu hizmeti gören bazı dürüst olmayan kişilerin zimmetine geçirdikleri paralar, hepsine hatırı sayılır bir maaş ödenmesine yetecek kadar fazla olmalıdır. Bu nedenle devletin çeşitli projelerini finanse etmek amacıyla mali kaynak sağlamak, Roma'nın idaresi konusunda yerine getirilmesi gereken en temel ve önemli yükümlülüklerden bir tanesidir. Nitekim yeterli miktarda gelir ve elverişli bir finansal sistem olmadan lejyonlar, barbar kabileleri durdurmak amacıyla sınır bölgelerinde tutulamaz, büyük askeri yollar ve görkemli kamu binaları inşa edilemez, sanat ve endüstrideki büyük gelişmeler desteklenemezdi.

Cumhuriyetin ilk dönemlerinde, askerlik de dâhil olmak üzere bütün kamu hizmetlerinin ücretsiz bir şekilde görülmesi sebebiyle hükümeti idare etmenin maliyeti düşüktü. Bu nedenle bir savaşı devam ettirmek veya bazı kamu girişimlerini desteklemek amacıyla ihtiyaç duyulan para, *tributum* adı verilen ve yalnızca ihtiyaç halinde her bir vatandaşın serveti oranında alınan dolaysız bir şahsi vergi aracılığıyla toplanmaktaydı. Özellikle savaş zamanında bir nevi para ödücüne benzeyen bu vergi miktarı, daha sonra savaşılan düşmandan bir gelir elde edilince vatandaşlara iade edilirdi. Ancak Roma'nın, İtalya Yarımadası'ndaki fetihlerini genişletip, fethedilmiş bölgelerden büyük miktarda para toplama imkânı elde etmesiyle birlikte *tributum*'a da ihtiyaç duyulmamaya başlanmış ve M.Ö. 167 itibarıyla bu verginin toplanmasına tamamen son verilmiştir. Bu tarihten itibaren *Augustus* Dönemi'ne kadar, Roma vatandaşları dolaysız vergiden muaf tutulmuştur. Bu noktada kamu harcamalarının karşılanabilmesi amacıyla geliştirilen ve söz konusu muafiyetin tanınmasını mümkün kılan kaynak sağlama yöntemlerini yaklaşık olarak dört ayrı başlık altında incelemek mümkündür.

Zamansal açıdan ilk olarak ele alınması gereken husus, İtalya topraklarındaki kamu arazilerini kullanan kişilerden elde edilen kira gelirleridir. Nitekim İtalya'nın çeşitli bölgeleri, değişik şekillerde Roma'nın kontrolü altına girdikçe geniş ölçekli araziler, *ager publicus* olarak devlet mülkiyetine ayrılmıştır. Bu şekilde mülkiyeti devlete ait söz konusu toprakları kullanan kişilerden, arazinin kullanılmasına karşılık olarak makul bir ücret alınmış ve bu da hazinenin oldukça güvenilir ve sabit bir kaynak ile finanse edilmesine imkân sağlamıştır.

İkinci büyük gelir kaynağı, fethedilen eyaletlerden toplanan *tributum*'dur. Her eyalet, bir kısmı eyalet idaresinin masraflarını bir kısmı da Roma şehrinin gereksinimlerini karşılamak amacıyla kullanılan belirli miktardaki *tributum* vergisini hazineye ödemek zorundadır. Bu kapsamda ilk zamanlarda eyaletlerden, vergi miktarını toplamak konusunda her türlü yola başvurmakta serbest olan yerel

yetkililer aracılığıyla belirli aralıklarda, çoğu zaman her beş yılda bir, toplanıp teslim edilecek bir götürü bedeli ödemeleri talep edilmiştir. Sicilya gibi bazı eyaletlerde ise *tributum*, araziden elde edilen ürünlerin onda biri üzerinden alınmıştır. Daha sonraki dönemlerde ise eyaletlerdeki vergi toplama hakkının, bu ayrıcalığı elde edebilmek amacıyla en çok ödeme yapmayı teklif eden mültezimlere devredilmesinin genel bir uygulama haline geldiği görülmektedir. İlk başta bu imtiyaz, eyalet içerisinde açık artırma yoluyla yerel bir yükleniciye devredilmiş; ancak *Gaius Graccus* zamanında bu uygulama terk edilerek vergi toplama ayrıcalığı, Romalı yüklenici şirketlere satılmak üzere Roma'da açık artırmaya çıkarılmıştır. Söz konusu yüklenicilere *mancipes* adı verilmekteyken, *mancipes*'in temsilcileri olan ve fiilen vergi toplama işini yürüten kişilere de *publicani* denilmektedir.

Toplanan gelirlerin üçüncü grubunu, Roma topraklarının bir bölümünden diğerine miktarları ve çeşitleri açısından büyük farklılıklar gösteren sayısız ve değişik türdeki dolaylı vergiler oluşturmaktadır. Akdeniz ticaretiyle uğraşan gemiler için ödenen liman vergileri, bir eyaletten diğerine ve eyaletlerden İtalya'ya giden mallar üzerinden tahsil edilen gümrük vergileri, çarşı-pazar işlem ücretleri, köprü ücretleri, yol geçiş ücretleri ve açık artırma yoluyla yapılan satışlar üzerinden alınan vergiler bu kapsamda örnek gösterilebilir. Bahsi geçen vergilerin, bazı dönemlerde bizzat Roma'nın görevlileri tarafından toplandığı bilinse de genellikle bu gelirler, eyaletlerden alınan *tributum* vergisinde olduğu gibi mültezimler aracılığıyla tahsil edilmiştir. Bu başlık altında ele alınabilecek sabit standartlara sahip tek gelir türü ise bir kölenin azat edilmesi sebebiyle değerinin %5'i üzerinden alınan vergidir.

Roma'nın devlet tekeli olduğu sektörlerden ve madencilik, balıkçılık ya da kerestecilik alanlarında verdiği imtiyazlardan dolayı elde ettiği gelirleri de dördüncü bir genel başlık altında incelemek mümkündür. Söz gelimi her ne kadar büyük ölçeklerde bir gelir sağlansa da tuz satışları tamamen devletin tekelindedir. Ayrıca ormanlık alanlarda olduğu gibi madenler, taş ocakları ve balık avlama bölgelerinin de devlet mülkiyetinde olduğunun kabul edilmesi sebebiyle bu kaynaklardan ürün elde etmeyi taahhüt eden şirketlerin hazineye imtiyaz ücreti ödemesi zorunludur.

Bu dört olağan gelir kaleminin yanı sıra, büyük etki doğuran bazı olaylarda durumu idare edebilmek amacıyla bir acil durum önlemi olarak birkaç kez olağanüstü vergilere de başvurulmuştur. Bu tür tipik bir örnek, Roma hazinesinin tamamen tükendiği İkinci Pön Savaşı sırasında yaşanmış ve olası bir felaketin önüne geçebilmek amacıyla vatandaşlardan, devlete yüksek miktarlarda katkıda bulunmaları talep edilmiştir. Ancak bu tarz durumların oldukça nadir olduğu belirtilmelidir.

Bahsedilen kalemlerden elde edilen gelirler çoğu durumda devletin tüm harcamalarını karşılamakta yeterli olsa da, söz konusu vergilendirme sisteminin bazı aksayan yönleri de bulunmaktadır. Bu kapsamda belki de en bariz olarak nitelendirilebilecek sorun, verginin tahsil yönteminden kaynaklanmaktadır. Aslında Roma tarafından yapılan meşru kamu harcamalarını finanse etmek için fiilen ihtiyaç duyulan para miktarı, modern bir hükümetin toplaması gereken miktarla kıyaslandığında oldukça düşüktür. Nitekim Roma'da eğitim veya yardım faaliyetleri için kaynak ayrılmıyor, kamu görevlilerine herhangi bir maaş ödenmiyor ve silahlanma için göreceli de olsa oldukça düşük miktarlarda para harcanıyordu. Fakat tahsilatlar yalnızca meşru kamu harcamalarını karşılamak amacıyla yapılmış olsaydı, eyaletlerde ikamet eden vergi mükelleflerinin üzerindeki yükün de çok

daha hafif olması gerekirdi. Gerçekte ise eyaletlerden fiilen toplanan miktar o kadar fazlaydı ki tahsil edilen vergiler, Roma egemenliğinin en rahatsız edici özelliği; bu vergileri toplayan *publicani*'ler de halk arasında en çok nefret edilen şahsiyetler olarak öne çıkmaya başladı. Kamu harcamalarını finanse etmek için gereken miktar ile fiilen toplanan miktar arasındaki bu fark vergi toplama hakkını elde edenlerin cebine kalmaktaydı. Bu noktada her ne kadar teorik olarak kanunsuzlukların önüne geçebilmek amacıyla çıkarılmış çeşitli düzenlemeler mevcut olsa da bu kurallar oldukça nadiren uygulama alanı bulmuştur. Zira kuralları uygulama yetkisi, vergi toplayıcısının zimmete para geçirmesine katkıda bulunan ve elde edilen gelirden kendisine pay verilen eyalet yöneticisine aittir. Ancak bu usulsüz vergi toplama yöntemi, yalnızca talihsiz eyaletler üzerinde ağır bir yük oluşturmak ve eyalet yönetiminin güvenilirliğini sarsmakla kalmamış aynı zamanda Roma açısından ekonomik anlamda zararlı ve tutumlu olmayan bir durumun da ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Nitekim eyaletlerden sistematik olarak bir rant elde etmek amaçlansa dahi devletin, Roma'nın genel yararına olacak şekilde bu kazancı kullanmak yerine kamu düzenine tehdit oluşturabilecek kadar zenginleşmiş *equites* sınıfının servetlerini daha da arttırmasına izin vermesinde hiçbir menfaati yoktur.

Cumhuriyet Dönemi'ndeki vergi sisteminde müsamaha gösterilen bir diğer önemli sorun; geçiş bedelleri, harçlar ve imtiyaz karşılığı alınan ücretlerin tahsil edilmesinde karşımıza çıkmaktadır. Zira eyaletler, bazı durumlarda siyasi sınırlarına karşılık gelen bazı durumlarda ise tamamen gelişigüzel bir şekilde bölümlenen bir dizi ticaret bölgesine ayrılmıştır. Bu sınırlar içerisinde geçerek taşınan mallar üzerinden de çeşitli harçlar alınmaktadır. Söz konusu harçların miktarı ise duruma göre değişiklik gösterse de genel olarak bir eyaletten diğerine giden mallardan alınan ücret, bir eyaletten Roma'ya giden mallara göre çok daha yüksektir. Ek olarak, liman vergileri, yol ve köprü geçiş ücretleri de nakliye faaliyetlerini masraflar sebebiyle neredeyse imkânsız hale getirmekteydi. Bahsedilen tüm bu sorunların sonucu olarak dağınık ve birbirinden çok farklı yapıdaki bölgeleri bir araya getirerek onlardan homojen bir birlik, tam anlamıyla bütünleşik bir imparatorluk oluşturulmasını sağlayacak yegâne unsur olan eyaletler arası ticaret cazipliğini yitirmiş, böylece Roma'nın egemen olduğu heterojen nüfusun büyük ölçüde birbirleriyle etkileşimde bulunması ve aralarında bir birlik ya da karşılıklı dayanışma duygusunun gelişmesi engellenmiştir. Ayrıca sahip olunan tüm topraklar üzerinde malların serbest dolaşımına izin verilseydi, imparatorluğun genel servetinin büyük ölçüde artmasına da imkân sağlanabilirdi.

Bu sistemdeki üçüncü kusur, vergilerin tarh edilmesinde tek bir genel uygulamanın olmaması ve herkese adil muamele yapılmamasıdır. Nitekim eyaletlerde, *Augustus* zamanına kadar hiç *census* yapılmamış ve belirli bir bölgede tarh edilen vergi, en iyi ihtimalde ne ödenmesi gerektiğine dair dayanaksız bir tahmin, en kötü ihtimalde ise vergi toplamayı üstlenen kişinin suistimal etmeyi hedeflediği bedel üzerinden hesaplanmıştır. Ayrıca hem arazi vergisi hem de dolaylı vergiler açısından her eyaletin zenginliğine göre bir paylaşırma durumu da söz konusu değildir. Örneğin, bir dönem Sicilyadan gelen ürünler üzerinden yüzde beş, İspanya'dan gelenlerden yüzde iki ve İliryadan gelenlerden yüzde iki buçuk oranında vergi alındığı görülmektedir.

Son olarak Anayasada, tedbirlere ve kurallara bağlı bir biçimde mali işleri idare edebilecek güvenilir ve tecrübeli bir yöneticinin başa geçmesi öngörülmediği için Cumhuriyet Dönemi maliyesinin

genel idari yapısında da sorunlar bulunmaktadır. Bu bağlamda; görev süresi yalnızca bir yıl olan quaestor'lar, genellikle finansal sorunlara aşına olmayan kişiler arasından seçilmekte ve hazine üzerindeki yetkilerini hem senato hem de diğer bazı *magistra*'lar ile paylaşmak zorunda kalmaktadır. Sonuç olarak tüm bu dönem boyunca, yapılacak masraflar ve alınacak vergilerin birbirine denk olmasına çaba gösterilmemiş, her bir özel ihtiyacı karşılayabilmek için belirli bir bütçe oluşturularak neyin gerekli olacağına dair dikkatli öngörüler yapılmamış ve kaynak temini ile bunların kullanılması büyük bir kısmı vergi toplamayı üstlenen kişilerin tahminlerine dayanan varsayımsal bir faaliyet olarak görülmüştür. Böylelikle öngörülemeyen herhangi bir acil durumda, çare olabilecek vasıtalara dahi başvurulmadan kolayca eriyebilme ihtimali bulunan sınırlı bir rezerv, Roma'nın iflasını engelleyebilecek tek unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

Roma Devleti içerisindeki genel yozlaşmanın artması sonucu durum daha da kötüleşse de bariz eksikliklerine rağmen bu sistem Cumhuriyetin sonuna kadar değişmeden yürürlükte kalmıştır. Fakat İmparatorluk kurulduğunda yeni rejimin karşılaştığı ilk sorunlardan biri vergilendirme konusunda olmuş ve *Augustus*'un bu konuda sarf ettiği üstün gayretler sonucunda sistem daha kapsamlı, düzenli ve adil bir temel çerçevesinde tam anlamıyla yeni baştan ele alınmıştır. Bu kapsamda *Augustus*, öncelikle her eyaletin durumunun zenginliğine göre adil bir şekilde belirlenebilmesi amacıyla imparatorluk genelinde *census* yaptırmıştır. Ayrıca eyaletlerden alınan arazi vergisinin suistimale açık bir şekilde mültezimler tarafından toplanması uygulamasına son verilmiş ve vergilerin tahsilinin özel memurlardan oluşan bir kurul tarafından yapılacağı kararlaştırılmıştır. *Procuratores Augusti* olarak adlandırılan ve atlı sınıfından seçilmesi uygun görülen bu memurlara sabit bir maaş da bağlanmıştır. Bunlara ek olarak *Augustus*, eski dönemlerden beri toplanan bazı dolaylı vergilerin ticarete zarar verdiğini ve sınai kalkınmayı engellediğini fark ederek bu vergileri de yeniden düzenleme görevini üstlendi. Sonuç olarak her ne kadar tüm bu reform faaliyetleri sırasında *Augustus*'un sahip olduğu yetkiler sınırsız olmasa da iktidarı sona erdiğinde sistemdeki birçok önemli problemi ıslah etmeyi başarmıştı.

İmparatorluğun yeni mali sistemi içerisinde yapılandırılan vergileri üç genel başlık altında toplamak mümkündür. Bunlardan ilki ve en önemlisi eyaletlerden alınan servet vergisidir. Söz konusu vergi; arazi, ev, gemi, köle ve her türlü mülk üzerinden alınmaktadır. Cumhuriyet Dönemi'nde eyaletlerden alınan eski vergiden farklı olarak bu dönemde *census* yapıldığı için vergi yükü imparatorluk toprakları içerisinde daha adil bir şekilde paylaştırılmış ayrıca kaynak israfı ve sistemin suistimal edilme ihtimali de oldukça azalmıştır. Tüm eyaletlerden toplanan bu sürekli verginin yanı sıra yalnızca Mısır ve Afrika'dan, Roma şehrine erzak temini amacıyla alınan *annona civicus* ve büyük askeri kuvvetlerinin bulunduğu eyaletlerden birliklerin ikmali amacıyla alınan *annona militaris* adında hububat olarak ödenmesi gereken özel vergiler de mevcuttu. Bu noktada eyaletlerden alınan sürekli vergilerin bazı durumlarda nakdi olarak değil fakat aynı olarak alındığı örneklere de rastlanılmaktadır. Söz gelimi Hollanda, eyalet vergisinin bir kısmını Roma şehrine düzenli olarak hayvan derisi tedarik etmek suretiyle ödemiştir.

Önem sırası açısından ikinci sırada gelen vergi türü; önemli bir kısmı Cumhuriyet döneminden kalan vergiler ile *Augustus* tarafından eyaletlerin, devlete finansman sağlama yükümlülüğünü

hafifletmek amacıyla oluşturulup M.Ö. 167 yılındaki son *tributum*'un toplanmasından bu yana doğrudan vergi ödemekten muaf tutulan İtalya ve Roma'daki halktan alınmaya başlanan dolaylı vergilerdi. Son bahsedilen kategori içerisinde alıcılar tarafından ödenmesi gereken ve kölelerin satış bedeli üzerinden yüzde dört, açık artırma yoluyla satılan tüm malların değeri üzerinden ise yüzde bir oranında alınan vergileri örnek vermek mümkündür. Bu dönemde alınan vergilerden bir diğeri de hem devletin uzun yıllar boyunca doğrudan vergiler açısından muafiyet tanıdığı bireylerden belirli bir miktarda gelir toplanmasını sağlamak hem de evliliklerin ve ailelerin genişlemesini teşvik etmek şeklinde iki farklı amaca hizmet eden veraset vergisidir. Nitekim çıkarılan düzenlemeye göre; günümüz değeriyle yaklaşık beş bin doları aşan bir mirasın, miras bırakanın çocuğu olmayan vasiyet alacaklısı tarafından elde edilmesi halinde söz konusu kişiden yüzde beş oranında veraset vergisi alınacağı kararlaştırılmıştır. Buraya kadar bahsedilen ilgili başlık altındaki tüm vergiler yalnızca İtalya topraklarında ikamet eden kişilerden tahsil edilmiştir. Bunların yanı sıra bazı eski gümrük vergileri, tacirlerden alınan kişi başına alınan vergi ve bir takım liman harçları da İmparatorluk döneminde toplanmış olan gelirler arasındadır. Bahsedilen kalemler arasındaki liman harçları, bu dönemde dahi israfa ve suistimale açık olan eski usul kullanılarak toplanan tek vergiydi. Gümrük vergilerinin en önemlilerinden biri ise Kızıldeniz ve Arabistan yoluyla Doğu'dan gelen mallar üzerinden yüzde yirmi beş oranında alınan vergiydi.

İmparatorluğun topladığı üçüncü vergi türü; İtalya dışında ikamet eden özgür kişiler bakımından ayrı ayrı değerlendirilen artan oranlı gelir vergisidir. İtalya'da ikamet eden kişilerin bu vergiden muaf olmalarının sebebi ise *ager publicus* olarak ayrılan kamu topraklarını kullanmadıkları sürece doğrudan vergiden muaf olmalarını kabul eden geleneksel hakkın uygulanmasından kaynaklanmaktadır. Her kişinin serveti üzerinden ayrı ayrı hesaplanan bir matraha sahip olan bu vergiyi, günümüz anlamındaki modern gelir vergisine benzetmek mümkündür.

Her ne kadar üzerinde bazı ufak değişiklikler yapılmış olsa da değiştirilmiş yeni vergi sistemi tüm İmparatorluk dönemi boyunca yürürlükte kalmıştır. Bu noktada, *Tiberius* ve *Caligula*'nın imparatorlukları sırasında birtakım dolaylı vergilerin yüzdelerinde küçük değişiklikler yapılmış; *Nerva* döneminde mevcut koşulların etkisiyle veraset vergisi düşürülmüş ve ancak *Vespasianus* tarafından mali kaynakların yeniden organize edildiği M.S. 70 yılında sistem üzerinde bazı kapsamlı değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bahsedilen bu son reform ile kamu gelirlerinin artırılması ve vergi yükünün daha adil bir şekilde dağıtılması amaçlanmıştır. Söz konusu reform kapsamında getirilen en önemli yenilik, imtiyazlı sınıfların vergiden muaf tutulmasının ortadan kaldırılmasıdır. *Vespasianus* bu noktada vergilerin tahsili açısından mevcut uygulamaya nazaran daha ekonomik olabilecek bir yöntem geliştirmeye de çaba göstermiştir. Nitekim elli yıldan kısa bir süre sonra *Hadrianus*'un yoksulluktan muzdarip bir halktan para toplanamadığı için devlete ödenmesi gereken 900.000.000 *sestertii* değerindeki vergi borcunu affetmek zorunda kalması, sistemin aksayan yanlarını düzeltme ve gelecekte karşılaşılabilecek olası mali sıkıntıları önleyebilme çabalarının ne kadar önemli olduğunu gözler önüne sermektedir.

Mali sistemdeki başarısızlıkların, Roma'nın gücünün nihai olarak tükenmesinde önemli bir rolü bulunmaktadır. Her ne kadar devleti, kesin ve aralıksız bir şekilde çöküşe götüren gerileyişin başka

derin sebepleri olsa da bu konudaki en belirgin nedenlerin başında finansal problemler gelmektedir. Ancak kapsamlı bir şekilde düşünüldüğünde, İmparatorluğun son yıllarında ortaya çıkan diğer sorunların büyük bir bölümünün de adaletsizlik üzerine kurulu kusurlu bir mali sistemden kaynaklanmadığını ileri sürmek mümkün değildir. Nihayetinde krizin en ciddi sonuçları da eyaletlerde değil bizzat Roma şehrinin kendisinde ortaya çıkmıştır.

Eyaletlerde yaşayanlar bakımından bu dönemde Roma'nın bölgeye yaptığı fetih hareketleri, çoğu zaman yalnızca başlarındaki yöneticilerinin değişmesini sağlayan eylemler olarak görülmüş ve birçok örnekte söz konusu değişiklikler halk açısından olumlu karşılanmıştır. Bu durum özellikle Roma valisinin, yerli despot yöneticilere nazaran çok daha ılımlı kaldığı ve en kötü ihtimalde dahi acımasız bir idaredeki keyfi uygulamaların sonlandırıldığı doğudaki eyaletler için söz konusudur. Fakat fetihlerin Roma'daki yansımaları eyaletlere kıyasla daha farklı olmuştur. Nitekim birden bire eyaletlerden şehre akan yoğun miktarda para, vatandaşların karakterlerinde bozulmalara yol açmıştır. Artık kişilerin yetenekleri ve girişimleri eskisi kadar değer görmemektedir. Bu dönemde bedeli yurttaşlarının kanyla dahi ödenmemiş savaş ganimetleriyle zenginleşen Romalılar günlerini, hiçbir emek vermeden elde ettikleri lüks içerisinde rahatça yaşayıp; gayretlerinin ve becerilerinin karşılığını vermedikleri eyalet halklarının ürünlerini tüketerek ve paralı askerlerce köleleştirilen sanatçılar ile aydınlar tarafından eğlendirilip eğitilerek geçirmektedir. Gerçekleştirdikleri büyük emek sömürüsüne imkân sağlayan tek husus ise nesiller öncesinde yaşamış atalarının, halkların sistematik şekilde istismar edilmesini sağlayan bir sistem geliştirmeyi başarmış olmasıdır.

Bütün bunların sonucu olarak, bir zamanların güçlü Romalı figürü ortadan kayboldu ve yerini ahlaki, entelektüel ve fiziksel bir zayıflık durumu aldı. Bu zayıflık, atalardan miras kalan sistemin güçsüzleşip çöktüğü ve tâbi halklardan gelir toplandığı halde paralı askerlerin artık sınırları muhafaza etmediği bir dönemde saldıran kalabalık barbar ordularının çaresiz, umutsuz ve kendisini hiçbir şekilde koruyamayan zayıf bir İtalya ile karşılaşmalarına sebep oldu; zira iki yüzyıl boyunca ülke kendi benliğini tamamen yitirmişti. Sonuç kaçınılmazdı ve bu sonuca yol açan faktörler arasında azımsanamayacak bir öneme sahip olan husus da Roma vatandaşlarının yiğitliğinin rahatlık içerisinde yok olmasına zemin hazırlayan vergilendirme sistemiydi.