

VOLUME + CİLT: 28 + ISSUE + SAYI: 2 DECEMBER ARALIK 2022 ISSN: 2529-0142

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
HUKUK
ARAŞTIRMALARI
DERGİSİ
MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

"MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK
FAKÜLTESİ'NİN KURULUŞUNUN 40. YILI ÖZEL
SAYISI"



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: 2 /DECEMBER / ARALIK • 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

Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA (Baş Editör)

Dr. Öğr. Üyesi Zafer İÇER (Editör)

Dr. Öğr. Üyesi Canan ÜNAL (Editör)

Dr. Öğr. Üyesi Ebru ZEYBEK CEBECİ (Editör)

Arş. Gör. Can YÖNEY

Arş. Gör. Ümit Barış BAYINDIR

Arş. Gör. Nagihan TANDOĞAN ÖZBAYKAL

Arş. Gör. Gözde GÜNAY

Arş. Gör. Burak YILMAZ

Dizgi • Typesetting

Burcu DİKER

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" kısaltmasının kullanılması önerilir. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, TÜBİTAK – ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ULUSAL HAKEMLİ bir dergidir.

İçindekiler / Contents

Zımnî Red İşleminde Dava Açma Süresi Sorunu

The Issue of Term Litigation on Implied Rejection Administrative Act

Turan Yıldırım.....633

Hannah Arendt’te Haklara Sahip Olma Hakkı

The Right to have rights in Hannah Arendt

Altan Heper 650

Uluslararası Teamül Hukuku Kurallarının Varlığının ve Değişiminin Tespiti

Determining the Existence and the Change of the Rules of Customary International Law

Hakkı Hakan Erkiner, Aybüke Tezel.....662

Anayasanın Anlamı Nedir? Semantik Bir Yanıt

What is the Meaning of the Anayasa? A Semantic Answer

Tolga Şirin.....694

Cıva Tehlikesi ile Mücadelede Küresel Uzlaş: Minamata Sözleşmesi

The Global Consensus on Combating the Threat of Mercury: Minamata Convention

Ali Kerem Kayhan 713

Sınır Adaleti ve AIHM’nin Geçici Tedbir Kararları Üzerine Kritik Bir İnceleme

A Critical Review on Border Justice and the ECtHR’s Interim Measures

Ekin Deniz Uzun 744

Covid-19 Pandemisini Biyopolitika Üzerinden Okumak: Çıplak Hayatın Fukoyen Bağlamıyla Devlet Düzenine Yeniden Dahli

Reading The Covid-19 Pandemic Through Foucauldian Biopolicy: Reincluding Bare Life In The State Order

A. Ersin Bayra.....774

Sahte ve Gerçeğe Aykırı Belge Kavramlarının Ceza Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi ve Sonuçları

Concepts of Forged and False Documents Evaluation and Results in the Context of Criminal Law

Başar Pancaroğlu.....806

Seri Muhakeme Usulünde İctima Uygulaması ve Katalog İçi Suçların Birlikte İşlenmesi Sorunu

The Implementation of Aggregation of Crimes in Serial Judgement Procedure and the Problem of Coincide of in-Catalog Crimes

Oğuzhan Demir 848

Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Kanun Yolunun Amacı

Purpose of Legal Remedies in Turkish Law and Comparative Law

M. Kamil Yıldırım, Recep Aşit 865

Hâkimin Yargı Kararı Oluşturma Metodu, Bu Metodun Aşamaları ve Metoda Hâkim Olan Metodolojik On İki Temel İlke

Judicial Decision-making Method of the Judge, Steps of this Method and Twelve Fundamental Methodological Principles Commanding this Method

O. Gökhan Antalya.....905

Milletlerarası Özel Hukukta Uygulanacak Hukukun Lex Fori Esasına Göre Belirlenmesi

The Determination of Applicable Law Based on Lex Fori in Private International Law

Sibel Özel.....962

Limited Ortaklıklarda Opsiyon Haklarının Hukuki Niteliği

(Legal Qualification of Option Rights in Limited Liability Companies)

Murat Yusuf Akın, Rifat Cankat 979

Erken Yaşta Evlilikle Mücadele Kapsamında Ergin Olmayanlarla Evliliğin Bir Süresiz Geçersizlik (Mutlak Butlan) Sebebi Olarak Düzenlendiği İsviçre Medeni Kanunu’nun Revizyonuna Yönelik Ön-Tasarı

A Measure for the Fight Against Early Marriage: Preliminary Draft Law on the Revision of Swiss Civil Code Stipulating Marriage with Minors as an Invalidity Ground Not Subject to a Time Limit (Absolute Invalidity)

Fulya Erlüle..... 1003

Ürün Kira Sözleşmesinde Kiracının Kullanma ve İşletme Yükümlülüğü

The Lessee’s Obligation to Use and Operate In Product Lease Agreements

İpek Sağlam , H. Sena Akkışla 1029

Theodor Kipp’in Çifte Etki (Doppelwirkung) Kuramı Işığında Geçersiz Sözleşmelerin Yenilik Doğuran Hakların Kullanılması Yoluyla Çözülüp Çözülemeyeceği Sorunu Üzerine Değerlendirmeler

Assessments on the Problem Regarding Whether Void Contracts can be Solved by the Use of Formative Rights Within the Scope of Theodor Kipp’s Double Effect (Doppelwirkung) Theory

Ahmet Türkmen 1065

Marka Hukukunda Barkod Kullanımı ve Barkoda Müdahaleden Kaynaklanan Tecavüz Halleri

Usage of Barcode in Trademark Law and Circumstances of Infringement Caused by Intervention in the Barcode

Remzi Tamer Pekdinçer 1085

Program Formatları Arasında Önemli Ölçüde Benzerliğin Tespiti Yöntemleri ve Fikir/ İfade Ayrılığı Doktrini

Methods for the Determination of Substantial Similarity Between Program Formats and the Idea/ Expression Dichotomy Doctrine

R. Eda Giray..... 1111

Normatif Zararın Bir Çeşidi Olarak Ev İşlerini Yürüten Eşin Zararı

Housewife Damage as a Type of Normative Damage

Hakkı Mert Doğu 1138

Yargıtay Kararı İncelemesi – Ticari İlişki Olmadan Alınan Çekin Kambiyo Senedi Vasfı ve Bu Hususun İcra Mahkemesinde İncelenmesi

Decision of the Court of Cassation – The Validity of the Cheque in the Absence of a Commercial Relationship and its Examination Before the Enforcement Court

Ömer Faruk Saçar, Merve Uysal..... 1155

Cezalandırıcı Tazminat Kavramına İngiliz Hukuku Odaklı Bir Bakış

Punitive Damages from an English Law Perspective

İşıl Yelkenci..... 1176

Eser Sahibine Tanınan Mali Hakların Koruma Süreleri

Durations of Protection of Economic Rights Granted to the Author

Ozan Ali Yıldız 1213

Zimni Red İşleminde Dava Açma Süresi Sorunu

The Issue of Term Litigation on Implied Rejection Administrative Act

Turan Yıldırım* 

ÖZ

İdareye yapılan başvuruların Kanunda belirtilen sürelerde cevaplanmaması halinde, istek reddedilmiş sayılarak, dava açma süresi işletilmeye başlanmaktadır. Anayasanın 74.maddesindeki, vatandaşların başvurularının gecikmeksizin yazılı olarak cevaplandırılması yönündeki hüküm; 125.maddedeki dava süresinin yazılı bildirimle başlayacağını düzenleyen kuralla birlikte okunduğunda, ortada yazılı bildirim olmayan hallerde dava açma süresinin başlamaması gerekir. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, bu konuda farklı kararlar olduğu için yapılan içtihatların birleştirilmesi talebini, farklı kararların, hukuki istikrarı zedeleyecek düzeyde olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Halbuki Anayasanın 40.maddesini doğrudan uygulanabilir hüküm niteliğinde bulan Danıştay, 74.ve 125.maddeyi de doğrudan uygulayarak, zimni red işlemi sorununu çözümleyebilirdi.

Anahtar Kelimeler: Dilekçe Hakkı, İdari Başvuru, Dava Açma Süresi, Zimni Red, Anayasa Kuralının Doğrudan Uygulanması

ABSTRACT

If the applications made to the administration are not answered within the time limits specified in the Law, the request is deemed to be rejected and the time limit for filing a lawsuit begins. When the provision in Article 74 of the Constitution stating that citizens' applications should be answered in writing without delay is read together with the rule in Article 125 stating that the time limit of bringing a lawsuit will begin with a written notification, the time limit for filing a lawsuit should not start in cases where there is no written notification. Since there were different decisions on this issue, a request for unification of jurisprudence was made to the Assembly on the Unification of Jurisprudence of the Council of State. The request was rejected by the Assembly on the grounds that the different decisions were not at a level that would harm the legal stability. However, the Council of State, which found Article 40 of the Constitution to be a directly applicable provision, could have solved the problem of implied refusal by directly applying Articles 74 and 125.

Keywords: Right of Petition, Application to The Administration, Time Limits to File a Lawsuit, Implied Rejection, Direct Application of a Constitutional Rule

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0001-6612-993X

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Turan Yıldırım

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

Geliş Tarihi/Received: 01.09.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 14.11.2022

GİRİŞ

İdari Yargılama Usulü Kanununun 10. 11. ve 13. maddelerinde idareye yapılan başvuruların otuz gün içinde cevaplanmaması halinde talebin reddedilmiş sayılacağı yönünde düzenlemeler mevcuttur.¹ Ayrıca çeşitli başvurularda (örneğin disiplin işlemlerinde) mevzuatta öngörülen sürelerde idarenin cevap vermemesi halinde de talep reddedilmiş sayılmaktadır. İmar Kanununun 30. maddesindeki istisna hariç,² idarenin başvuruya cevap vermemesi, zımni red işlemi olarak nitelenmektedir. Dava açma süresi, zımni red için gereken süre tamamlandıktan sonra işletilmeye başlanmaktadır. Aşağıda açıklanacağı üzere Anayasaya açıkça aykırı olan zımni red işlemi, idarenin cevap vereceği kanaatiyle bekleyen bireylerin dava süresini kaçırmalarına sebep olmakta; hak arama hürriyetini ihlal etmektedir.

Bu çalışmada Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun Mart 2022 tarihli kararı³ ele alınarak, zımni red denilen idari uygulamanın, Anayasaya aykırılığı bir kez daha hukukçuların dikkatine sunulacaktır.⁴

I. ANAYASAYA AYKIRILIK

İdarenin başvurulara yazılı cevap verme zorunluluğu Anayasa'nın 74. maddesinden kaynaklanmaktadır. 74. maddeye göre: Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Maddenin ikinci fıkrası, başvuruların gecikmeksizin cevaplandırılmasını düzenlemektedir. İkinci fıkra şöyledir: Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu gecikmeksizin, dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir.

Anayasa, başvuruların sonucunun, gecikmeksizin, yazılı olarak bildirilmesini emrettiği için; İdari Yargılama Usulü Kanunundaki, idarenin sessizliğine hukuki sonuç bağlayan, hükümler, Anayasaya açıkça aykırıdır.

Bu noktada belirtilmesi gereken bir husus daha mevcuttur. Anayasanın 74. maddesi, 2001 tarihinde yeniden düzenlenmiştir. Bu durumda 1982 tarihli İdari Yargılama Usulü Kanunu ile 2001 tarihli Anayasa kuralı arasındaki aykırılık, Anayasanın doğrudan uygulanması suretiyle giderilebilirdi. Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi, uygulanabilir nitelikteki Anayasa hükmünün doğrudan uygulanmasını gerektirmektedir.⁵ Nitekim Anayasanın 38.maddesine 2001 tarihinde eklenen, "Hiç

1 Kanunun ilk halinde altmış gün olan süreler, 2021 tarihli, 7331 sayılı Kanunla 30 güne indirilmiştir.

2 İmar Kanununun 30. maddesine göre, yapı kullanma izni için yapılan müracaatların en geç otuz gün içinde neticelendirilmemesi halinde, kullanma izni verilmiş sayılmaktadır. Bu kural, idarenin sessizliğinin sonuçlarına idarenin katlanmasını öngördüğü için daha adildir.

3 E.2021/2, K.2022/1, T.15.03.2022. RG.19.06.2022

4 Zımni reddin Anayasaya aykırılığı ve idarenin sessizliğinin, İmar Kanunundaki gibi, zımni kabul olarak düzenlenmesi görüşü için bkz. Turan Yıldırım, *İdari Yargı* (Beta Yayıncılık 2008) 341 vd.

5 Anayasanın 177.maddesinde göre: Anayasanın halkoylaması sonucu kabulünün ilanı ile birlikte yürürlüğe girecek hükümleri ve mevcut ve kurulacak kurum, kuruluş ve kurullar için yeniden kanun yapılması veya mevcut kanunlarda değişiklik yapılması gerekiyorsa bunlara ilişkin işlemler mevcut kanunların Anayasaya aykırı olmayan hükümleri veya doğrudan Anayasa hükümleri, Anayasanın 11 inci maddesi gereğince uygulanır.

kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.” Kuralı doğrudan uygulanmıştır. Aynı şekilde 74.maddedeki cevaplandırma zorunluluğu da doğrudan uygulanmalıdır.

İdarenin başvuru cevaplandırmamasını zımni red olarak kabul ederek, dava süresini başlatmak, Anayasanın 125. maddesine de aykırıdır. Çünkü 125.maddenin üçüncü fıkrasında, idari işlemlere karşı açılacak davalarda dava süresinin, yazılı bildirim tarihinden başlayacağı düzenlenmiştir. Dava süresini yazılı bildirim tarihinden başlatan açık hükme rağmen, cevap vermemeyi, dava süresini başlatan zımni red işlemi olarak kabul etmek, 125.maddeyle bağdaşmamaktadır. Ortada dava açma süresini başlatan bir yazılı bildirim olmadığı sürece dava açma süresi başlamamalıdır.

İdareyi yazılı cevap vermeye zorlayan bir başka Anayasa kuralı ise 40.maddedir. 40.madde yazılı cevapta başvurulacak hukuki yolların ve süresinin de gösterilmesini emretmektedir. 2001 tarihli Anayasa değişikliği sırasında eklenen fıkra göre: Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.

2001 tarihli değişikliklere rağmen idarenin sessizliğine hukuki sonuç bağlanması ve dava süresinin başlatılması, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesine uygun değildir. Doğrudan uygulanabilir nitelikteki Anayasa hükümleri, İdari Yargılama Usulü Kanununun sözü edilen kurallarını kaldırmıştır. Bu kurallar uygulanmamalıdır.

II. DANIŞTAYIN GELİŞTİRDİĞİ ÇÖZÜM

İdari Yargılama Usulü Kanunun 10.,11. ve 13. maddelerindeki düzenlemeler, dava süresini başlattığı için hak arama hürriyetinin ihlaline sebep olmaktadır. Devlet olarak kabul ettikleri idareye güvenen, müracaatının sonucunun kendisine bildirileceğine inanan insanlar, dava açma süresinin geçtiğini çok sonra anlayabilmektedirler. Hatta bazen idarenin iş yoğunluğu sebebiyle uzun süre sonra verdiği cevaplara rağmen dava açma süresinin geçtiği gerekçesiyle, hak arama hürriyeti ihlal edilmektedir.

İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararına konu olan Danıştay kararlarında bu önemli sorun, idarenin sessizliği karşısında, dava açma süresini işletmemek suretiyle çözümlenmiştir. İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararından anlaşıldığına göre dava açma süresini işletilmediği Danıştay kararları şunlardır: Danıştay 10.Dairesinin 19/10/2020 tarih ve E:2018/3979, K:2020/3931 sayılı kararı⁶; Vergi Dava

6 Danıştay Onuncu Dairesince verilen 19/10/2020 tarih ve E:2018/3979, K:2020/3931 sayılı karar:

11/05/2013 tarihinde meydana gelen patlamalar sonucunda yakınlarının hayatını kaybetmesi nedeniyle manevi zarara uğradıkları iddiasıyla manevi tazminat istemiyle açılan davada; idare mahkemesince, daha önce açılan davaya ait dilekçenin davalı idareye tevdiine ilişkin mahkeme kararının 25/02/2014 tarihinde davalı idareye tebliğ edildiği, idarenin cevap vermemesi üzerine 26/04/2014 tarihinde zımni ret işleminin olduğu, zımni ret işlemine karşı en son 25/06/2014 tarihinde dava açılması gerekirken 26/08/2015 tarihinde açılan davanın esasının incelenemeyeceği gerekçesiyle davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir.

Kararın düzeltilmesi aşamasında verilen Daire kararında; Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrası dayanak alınmak

Daireleri Kurulunun 14/11/2018 tarih ve E:2018/1049, K:2018/940 sayılı kararı⁷; Danıştay Yedinci Dairesinin 24/12/2018 tarih ve E:2016/9084, K:2018/6223 sayılı kararı⁸; Danıştay Yedinci Dairesinin

suretiyle, dava dilekçesinin davalı idareye tevdiine ilişkin mahkeme kararında, davalı idarenin dava dilekçesine 60 günlük yasal cevap verme süresi içerisinde cevap vermemesi hâlinde davacı tarafından hangi usûlün takip edilmesi gerektiği konusunda açıklama yapılmadığı gibi, idarece cevap verilmemesi hâlinde davanın kaldığı yerden devam edip etmeyeceği ya da zimni ret işlemi oluşacağından bu işleme karşı yasal süresinde dava açılması gerektiği hususlarında da gerekli izahatın yapılmadığı, bu durumun hukuk devleti ilkesi ve hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil edeceği, davacıların 17/06/2015 havale tarihli dilekçesi ile davaya devam etme iradelerinin açıkça ortaya konulduğu, işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken süre aşımı nedeniyle davanın reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet bulunmadığı gerekçesiyle idare mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmiştir. Bozma kararına uyulmuştur.

- 7 Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca verilen 14/11/2018 tarih ve E:2018/1049, K:2018/940 sayılı karar; Davacı adına serbest dolaşıma giriş beyannamesi muhteviyatı eşya nedeniyle ek olarak tahakkuk ettirilen özel tüketim ve katma değer vergilerine ve para cezalarına vakı itirazın zımnen reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; vergi mahkemesince, itiraz başvurusuna idarenin 30 gün içinde cevap vermediği, zimni ret tarihinden itibaren 30 gün içerisinde davanın açılmadığı gerekçesiyle davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir. Temyiz isteminin reddedilmesinden sonra karar düzeltme aşamasında, Danıştay Yedinci Dairesinin 26/05/2017 tarih ve E:2016/4808, K:2017/4756 sayılı kararıyla, itiraza konu işlemde bu işleme karşı başvurulacak yargı mercii veya idari makamın belirtilmesine, bu işleme itiraz edilmesi ve itiraz üzerine tesis edilecek işleme karşı dava açılması halinde izlenecek yol ve sürelerin de gösterilmesine karşın, itiraz üzerine idarî makamın sükûtu halinde izlenecek yol ve süreler gösterilmediği gibi, dava yoluna başvurulması için “idarî makamlarca verilecek ret kararı” üzerine denilmek suretiyle, kesin cevabın beklenilmesi gerektiği belirtilerek davacının eylemsiz bırakıldığı ve bu ifadenin Anayasa’nın 40. maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin gerekçede belirtildiği gibi son derece karışık olan mevzuat karşısında kişilerin yargı yeri ve idarî makamlar önünde haklarını sonuna kadar arayabilmelerini olanaklı kılmak amacıyla öngörülen zorunluluğa aykırı ve dolayısıyla, Anayasa’nın 36. maddesinde öngörülen hak arama hürriyetini sınırlayıcı bir sonuç doğurduğu ve Anayasa’nın temel hak ve hürriyetlerin korunmasını düzenleyen 40. maddesine açıkça aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle vergi mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Vergi mahkemesinin, bozma kararına uymayarak davanın süre aşımı nedeniyle reddi yolundaki ilk kararında ısrarına ilişkin kararı, Vergi Dava Daireleri Kurulu tarafından, Dairenin gerekçesi doğrultusunda bozulmuştur.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 23/10/2019 tarih ve E:2019/183, K:2019/816 sayılı kararı da aynı yöndedir.

- 8 Danıştay Yedinci Dairesince verilen 24/12/2018 tarih ve E:2016/9084, K:2018/6223 sayılı karar; Serbest dolaşıma giriş beyannamesi muhteviyatı eşyanın ödeme şeklinin peşin olmadığının tespit edildiğinden bahisle kaynak kullanımını destekleme fonu payının matraha dahil edilmesi suretiyle ek olarak tahakkuk ettirilen katma değer vergisi üzerinden hesaplanan ve ihtirâzı kayıtlı ödenen para cezalarının faiziyle birlikte iadesi için yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; vergi mahkemesince, mahkemenin merciiine tevdi kararının idareye tebliği üzerine idarece 30 gün içinde cevap verilmeyerek itirazın zımnen reddedildiği, zimni ret süresinin bitiminden itibaren 30 gün içerisinde açılması gerekirken bu süre geçtikten sonra açılan davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir.

Temyiz başvurusu üzerine, Dairece; 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nun [242](#). maddesinde, yükümlülerin kendilerine tebliğ edilen gümrük vergileri, cezalar ve idari kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde itiraz edebileceklerinin, itirazların 30 gün içinde karara bağlanarak ilgiliye tebliğ edileceğinin, itirazın reddi kararlarına karşı idari yargı mercilerine başvurulabileceğinin hükme bağlandığı, bu hükümlere göre idari itiraz prosedürü tamamlanmadan idari yargı yoluna başvurulamayacağı gibi itiraz başvurusunun 30 gün içinde karara bağlanarak sonucunun ilgiliye tebliğinin yasal bir zorunluluk olduğu, aksi halde idari başvuruların cevap verilmeyerek sürüncemede bırakılması ve hak arama özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğuracak uygulamaların ortaya çıkmasının kaçınılmaz olduğu belirtilmiş ve Anayasa’nın 40. maddesinin ikinci fıkrasına işaret edildikten sonra neticede, merciiine tevdi kararı sonrasında idarenin cevap vermemesi sonucu oluşan ve dava konusu edilen zimni ret işleminde, ortada yazılı bir işlem bulunmadığı, dolayısıyla bu işleme karşı başvurulacak yargı mercii veya idarî makam ile başvuru süresinin gösterilmediğinin açık olduğu, zimni ret işleminin dava açma süresini başlatan yazılı bildirim olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle anılan karar bozulmuştur. Vergi mahkemesince bozma kararına uyulmuştur.

(Danıştay Yedinci Dairesinin 05/03/2019 tarih ve E:2016/6253, K:2019/982 sayılı kararı da aynı yönde olup, vergi mahkemesince bozma kararlarına uyulmuştur.)

05/11/2020 tarih ve E:2017/354, K:2020/4455 sayılı kararı⁹ ve Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 22/03/2021 tarih ve E:2020/1734, K:2021/2140 sayılı kararı.¹⁰

Bu kararlar incelendiğinde, Anayasanın 40.maddesinin dayanak alındığı görülmektedir. Kararlarda, ortada yazılı bir işlem bulunmaması, bu işleme karşı başvurulacak yargı mercii veya idari makam ile başvuru süresinin gösterilmemesi sebebiyle zımni red, dava açma süresini başlatan yazılı bildirim olarak kabul edilmemektedir.

Dava açma süresinin işletilmemesi yönündeki kararlarda 40.maddeye dayanılması isabetli olmakla birlikte eksiktir. Çünkü, yukarıda değinilen dilekçe hakkına ilişkin 74.madde, idareye gecikmeksizin yazılı cevap yükümlülüğü getirmiştir. Anayasanın 74.maddesi karşısında İdari Yargılama Usulü Kanunun zımni red hükümleri uygulanamaz. Bu önemli gerekçenin yanı sıra idari işlemler karşı dava açma süresinin yazılı bildirimle başlayacağını düzenleyen 125.madde de bu kararlarda kullanılmalıdır. Yazılı bildirim olmadığı takdirde Anayasanın 125.maddesi gereğince dava açma süresinin başlayamayacağı vurgulanmalıdır.

İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararında; zımni red işleminin dava açma süresini başlatacağı yönündeki kararlar ise İdari Dava Daireleri Kurulunun 16/12/2019 tarih ve E:2019/857, K:2019/6576 sayılı kararı ile Danıştay Sekizinci Dairesinin 21/03/2018 tarih ve E:2018/725, K:2018/1605 sayılı kararıdır.

İdari Dava Daireleri Kararına konu olan uyuşmazlıkta Danıştay 13.Dairesi, “dava konusu işlemde davacının hangi kanun yolları ve mercilere başvurabileceği ve dava açma süresi belirtilmediğinden idarenin doğru bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve hak arama özgüllüğünün ihlal edilmiş olması” gerekçeleriyle, dava açma süresini başlatılmaması yönünde karar vermiştir.

9 Danıştay Yedinci Dairesince verilen 05/11/2020 tarih ve E:2017/354, K:2020/4455 sayılı karar:

6183 sayılı Kanun'un 37. maddesi uyarınca gümrük, katma değer ve özel tüketim vergilerinin ödenmesine yönelik olarak tesis edilen işleme yapılan itirazın zımnen reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davada; vergi mahkemesince, gümrük vergilerinin tahsiline ilişkin olarak ödeme emriyle başlanacak takibatın öncesinde 6183 sayılı Kanun'un 37. maddesine göre düzenlenen yazının Gümrük Kanunu'nda düzenlenen idari itiraz yoluna tabi olmadığı, itiraz başvurusunun 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, zımni ret işleminin oluştuğu tarihten itibaren dava açma süresi yeniden işlemeye başladığından bu süre geçtikten sonra açılan davada süre aşımı bulunduğu gerekçesiyle davanın süre aşımı yönünden reddine karar verilmiştir. Bu karara yönelik yapılan istinaf başvurusu da reddedilmiştir. Temyiz başvurusu üzerine, Dairece; Anayasa'nın 40. maddesindeki düzenlemeye aykırı olarak dava konusu işlemde, başvurulacak mercii ve başvuru süresinin tereddüte mahal bırakmayacak şekilde gösterilmediği, Anayasa'nın 40. maddesi dikkate alınmaksızın davanın süre aşımından reddi yolunda verilen mahkeme kararına yönelik istinaf başvurusunun reddine ilişkin kararda hukuki isabet bulunmadığı gerekçesiyle, kararın bozulmasına karar verilmiştir. Bozma kararına uyulmuştur.

10 Danıştay Dokuzuncu Dairesince verilen 22/03/2021 tarih ve E:2020/1734, K:2021/2140 sayılı karar:

Düzeltilme başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; vergi mahkemesince, mahkemenin merciiine tevdi kararının idareye tebliği üzerine idarece cevap verilmeyerek itirazın zımnen reddedildiği, zımni ret işleminden itibaren 30 günlük dava açma süresi geçirildikten sonra açılan davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir.

Temyiz başvurusu üzerine, Dairece; Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 27/01/2021 tarih ve E:2020/11, K:2021/1 sayılı kararına atıf yapılarak, dava dilekçesinin merciiine tevdi kararından sonra şikayet mercii tarafından cevap verilmeyerek zımni ret işlemi gerçekleştiği, dolayısıyla bu işleme karşı başvurulabilecek kanun yolları ve mercilerinin neler olduğu ve başvuru sürelerinin belirtilmediği, Anayasa hükmü karşısında yasal süresi içerisinde dava açıldığının kabulü gerektiği gerekçesiyle vergi mahkemesi kararı bozulmuştur. Vergi mahkemesince bozma kararına uyulmuştur

Ancak direnme kararı üzerine İdari Dava Daireleri Kurulu, zikredilen kararı vermiştir. Bu husus, idari yargıda zımni red işleminin hukuka aykırılığının kabulünün yaygınlaşması bakımından umut vericidir.

III. DANIŞTAY BAŞSAVCISININ DÜŞÜNCESİ

Danıştay Başsavcısı, zımni red işlemlerinde yazılı bildirim olmadığı için genel dava süresinin uygulanması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. Başsavcı görüşünde; başvuru yolları ve süresi gösterilmeyen idari işlemin yazılı bildirimi dava açma süresini başlatmayacağından, hangi tarihte açılırsa açılсын davanın süresinde olduğu yönündeki görüşün gerekçesi şöyle açıklanmıştır: **“...Bu görüşün temelinde, doğrudan uygulanabilir bir anayasal yükümlülük olan başvuru yollarının gösterilmesi yükümlülüğünün idarece yerine getirilmemesinin külfetini, hak arama özgürlüğünü kısıtlayacak şekilde ilgiliye yüklemenin hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yaklaşım olduğu düşüncesi yatmaktadır...”**

İdarenin Anayasal yükümlülüğünü yerine getirmemesi karşısında dava açma süresinin başlamayacağı görüşüne karşı ileri sürülen gerekçe ise Anayasanın 40.maddesinde süre uzatımı veya tazminat gibi herhangi bir müeyyide düzenlenmemiş olmasıdır. Bu gerekçede unutulmuş husus şudur: Anayasaya bakıldığında sadece, 40.maddede değil tüm temel hak ve hürriyetleri düzenleyen maddelerde müeyyide düzenlenmemiştir. Örneğin 17.madeye göre: “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.” Maddede hiçbir müeyyide bulunmamaktadır. Bu sebeple Başsavcı Görüşündeki bu ifade, 40.maddenin ihlaline gerekçe olamaz. Bu düşünüş, tüm temel hak ve hürriyetleri Anayasal teminattan yoksun bırakacağı için endişe vericidir.

Başsavcı Görüşünde dikkati çeken bir başka nokta ise dava açma süresinin gerekliliğinin savunulmasıdır. Ancak belirtmek gerekir ki zımni red işleminde tartışılan konu, dava süresi değil, idarenin Anayasayı fütursuzca ihlal etmesidir. Dolayısıyla Görüşteki şu ifadeler de yukarıdaki sakıncayı içermektedir: **“...Anayasa’nın 40 maddesinin ikinci fıkrasında veya başka bir norm ile sürelerin uygulanmayacağına dair bir düzenleme olmaması nedeniyle, dava açma sürelerinin başlamayacağı görüşü idari istikrar, hukuki belirlilik ve kamu düzeni ilkelerinin ve sürelerle ilgili normlarının tamamen göz ardı edilmesi sonucuna götürür...”**

Dikkatle bakılırsa; Başsavcı Görüşü, Anayasanın 40.maddesinin tamamen göz ardı edilmesi sonucuna götürmektedir. Nitekim 40.maddenin göz ardı edildiği Başsavcı görüşündeki şu sözlerden anlaşılmaktadır: **“...Bu bakımdan, ülkemizde halen idari işlemlerin bir kısmının başvuru yolları gösterilmeden tesis edildiği düşünüldüğünde, bu işlemlere karşı dava açma süresinin başlamadığı ve açılan davanın süresinde kabul edilmesi gerektiği yönündeki yaklaşımın, hak arama özgürlüğü ile idari istikrar arasındaki dengeyi bozacak nitelikte olduğu değerlendirilmektedir...”**

Bu mantıkla daha da ileri giderek müeyyide içermeyen tüm maddelerin göz ardı edilmesi de savunulabilir. Ayrıca unutulmamalıdır ki sürelerle ilgili normlar Anayasanın altında olan ve

Anayasaya aykırılık içermemesi gereken kanun hükümleridir. Anayasa ile kanun çelişkisi halinde üst norm olan Anayasanın uygulanması gerektiği, temel bir yorum ilkesidir.

Başsavcı Görüşüne ilişkin üzerinde durulacak bir başka nokta, zımni reddin kişiler için güvence olduğunun belirtilmesidir. Başsavcı Görüşüne göre: “...*Zımni ret müessesesini, idareye sükut imkanı tanımak suretiyle işlem tesis etme usulü olarak değerlendirmek eksik olabilir. Asıl amacın, başvuruların makul bir sürede sonuçlandırılmasına idari makamları zorlamak suretiyle, kişiler açısından bir güvence oluşturmak olduğu göz ardı edilmemelidir...*” Uygulamada İdari Yargılama Usulü Kanunundaki düzenleme, idareyi cevap vermeye zorlamamaktadır. Aksine idare, cevap vermemeyi hukuki yetki olarak gördüğü için, kişiler, zımni red süresi içinde, hak arama hürriyetlerini kullanamamaktadırlar.

IV. İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KURULU KARARI

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun görüştüğü dosyada iki konu tartışılmıştır. İlki idarenin başvuru yollarını göstermediği işlemlerde dava açma süresi; ikincisi ise zımni red işlemlerinde dava açma süresi.

İdarenin yazılı olarak bildirdiği özel veya genel dava açma süresine tabi idari işlemlerde, dava açma süresinin belirtilmediği hallerde, genel dava açma süresinin uygulanması gerektiği doğrultusunda içtihadın birleştirilmesine oyçokluğuyla karar verilmiştir.

Zımni red işlemleri üzerine açılan davalarda, dava açma süresinin işletilmesi veya işletilmemesi konusunda; Danıştay dava daireleri ve kurulları kararları arasındaki aykırılığın, içtihatların birleştirilmesi yoluyla giderilmesine yer olmadığına da oyçokluğuyla karar verilmiştir.

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, zımni red işlemleri üzerine açılan davalarda dava açma süresinin hesaplanması konusunda verilen farklı kararları, içtihadı birleştirme kararı vermeye yetecek düzeyde görmemiştir. Kurul kararına göre içtihadın birleştirilmesi için, kararlar arasındaki farklılıkların, devamlılık gösterecek şekilde sürdürülmesi gerekmektedir. Farklı kararların varlığı tek başına içtihadı birleştirme yoluna gidilmesi için yeterli görülmemiş; isteme konu aykırılığın, hukuki istikrarı zedeleyecek nitelikte bir sürekliliğe sahip olması şartı da aranmıştır.

Kararın ilgili kısmı şöyledir: “*Zımni ret işlemleri üzerine açılan davalarda, dava açma süresi hesaplanırken Anayasa’nın 40. maddesinin ikinci fıkrasındaki kural uygulanmak suretiyle dava açma süresinin işletilmesi veya işletilmemesi konusunda Danıştay dava daire ve kurullarınca birbirine aykırı kararlar verilmiş olmasının içtihadı birleştirme yoluna gidilebilmesi için yeterli olup olmadığının saptanabilmesi, konunun 2575 sayılı Kanun’un 39. maddesinde belirtilen lüzum unsuru yönünden irdelenmesini gerekli kılmaktadır.*”

Anılan hükme göre içtihatların birleştirilmesine karar verilebilmesi için öncelikle isteme konu kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekmekte

olup, maddi olay ve hukuki dayanağı aynı veya benzer davalarda farklı kararlar verilmesi halinde içtihat aykırılığından söz edilebilmektedir.

Farklı kararların varlığı tek başına içtihadı birleştirme yoluna gidilmesi için yeterli olmayıp, isteme konu aykırılığın hukuki istikrarı zedeleyecek nitelikte bir sürekliliğe sahip olması, bir başka ifadeyle kararlar arasındaki aykırılıkların devamlılık gösterecek şekilde sürdürülmesi gerekmektedir.

İçtihatların birleştirilmesinden beklenen amaç, bir normun uygulanması konusunda Danıştay dava daireleri veya kurullarının kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında süregelen aykırılık ve uyumsuzlukları gidermek ve normun yeknesak bir biçimde yorumlanmasını temin etmek suretiyle daha sonra verilecek kararlarda istikrarın ve içtihat birliğinin sağlanmasıdır. Bu doğrultuda İçtihatları Birleştirme Kurulu kararları, genel olarak bir yasa hükmünden ne anlaşılması gerektiğini ortaya koyan kararlardır.

İçtihadın birleştirilmesindeki amacın kararlar arasında oluşan aykırılık veya uyumsuzluğun giderilmesi suretiyle hukuki istikrarın sağlanması olduğu dikkate alındığında, isteme konu aykırılığın hukuki istikrarı zedeleyecek nitelikte bir sürekliliğe sahip olup olmadığının değerlendirilerek bir sonuca ulaşılması gerekmektedir.

Bu doğrultuda, Danıştay dava daire ve kurullarınca verilen kararlar incelendiğinde, zımni ret işlemleri üzerine açılan davalarda Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeden hareketle dava açma süresinin işletilmediği kararların sınırlı sayıda olduğu, evvelden beri dava açma süresinin işletilmesi yönünde değerlendirme yapıldığı, konuya ilişkin farklı yönde kararlar verildiği görülmekle birlikte bu durumun süregelen bir içtihat farklılığına yol açmadığı anlaşılmaktadır.

Bu nedenlerle, zımni ret işlemleri üzerine açılan davalarda, dava açma süresi hesaplanırken Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasındaki kural uygulanmak suretiyle dava açma süresinin işletilmesi veya işletilmemesi konusunda Danıştay daire ve kurullarınca verilen kararlar arasında süregelen bir aykırılık bulunmadığı, dolayısıyla 2575 sayılı Kanun'un 39. maddesinde aranan lüzum unsurunun gerçekleşmediği sonucuna varılarak içtihatların birleştirilmesine yer olmadığına oyçokluğuyla karar verildi.

Kurulun, zımni red işlemlerinde dava açma süresi sorununu çözme imkanı ve yetkisi varken; Anayasanın 40.,74. ve 125 maddelerinin göz ardı edilmesi uygulamasına fırsat vermesine katılmak mümkün değildir. Aşağıda karşı oylar kısmında bu konudaki eleştirilere yer verilecektir. Ayrıca Başsavcı Görüşünde de içtihadın birleştirilmesi gerektiği belirtilmektedir.

Danıştay Kanununun 39.maddesi, "lüzumlu görmek" ifadesine yer vermiştir.¹¹ Ancak, içtihatlar arasındaki farklılığın hukuki istikrarı zedeleyecek bir süreklilikte olması şartına yer vermemiştir.

11 "İçtihatları Birleştirme Kurulu, dava dairelerinin veya idari ve vergi dava daireleri kurullarının kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk görüldüğü veya birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi gerekli görüldüğü takdirde, Danıştay Başkanının havalesi üzerine, Başsavcının düşüncesi alındıktan sonra işi inceler ve

Maddedeki “lüzumluluk” konunun önemiyle ortaya çıkarılmalıdır. Açık bir Anayasa ihlalini konu alan farklı kararlar, derhal Anayasaya uygun şekilde birleştirilmeliydi.

Kararın memnun edici tek yönü, Başsavcılık Görüşüne uyulmamış olmasıdır. En azından, yargı mercilerinin zımni red işlemlerine karşı dava açma süresinin işletmeyeceği yönündeki kararlarının önu kapanmamıştır. Karşı oylar ve yukarıda zikredilen kararlar bu uygulamanın yaygınlaşacağı kanaatini uyandırmaktadır.

V. KARŞI OYLAR

Karşı oylar iki başlıkta toplanabilir. İlki içtihatların birleştirilmesi veya birleştirilmemesi gerektiği yönündeki usule ilişkin görüş, ikincisi ise yazılı olarak bildirilen idari işlemlerde dava açma süresinin belirtilmediği hallerde dava açma süresinin işletilmeyeceği görüşü

Karara karşı oy yazan bir kısım üye/üyeler, mevcut farklılığın içtihatları birleştirmeye yetecek düzeyde olduğunu; hukuk kurallarının uygulanmasında birlik ve eşitliğin sağlanması açısından içtihatların birleştirilmesi gerektiğini belirtmişlerdir.¹²

Usule ilişkin bir diğer Karşı Oy yazısında ise iki konuda da içtihatların birleştirilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Karşı Oy sahiplerine göre; “İçtihatlar, hangi yönde birleştirilirse birleştirilsin adilane bir neticeye varılamayacaktır.” Bu sebeple, hukuki güvenlik ve idari istikrarın korunması ile kişilerin mahkemeye erişim haklarının korunması arasındaki adilane dengenin kurulmasının her bir somut uyuşmazlığın özelliğine göre yargı mercilerinin yargılama sürecindeki takdir yetkisine bırakılmasında hukuki yarar bulunduğu görüşü ileri sürülmüştür.¹³

lüzumlu görürse, içtihadın birleştirilmesi veya değiştirilmesi hakkında karar verir.”

- 12 “Zımni ret işlemleri üzerine açılan davalarda, dava açma süresi hesaplanırken Anayasa’nın 40. maddesinin ikinci fıkrasındaki kural uygulanmak suretiyle dava açma süresinin işletilmesi veya işletilmemesi konusunda Danıştay daire ve kurullarınca verilen kararlar arasında aykırılık bulunduğu açıktır. Esasen bu husus Kurul tarafından da kabul edilmekle birlikte “lüzum unsuru”nun gerçekleşmediğinden bahisle içtihadın birleştirilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Kanaatimizce, Kurulca da kabul edilen kararlar arasındaki aykırılık, konunun esastan görüşülmesi için yeterli olduğundan, Danıştay daire ve kurulları arasında oluşan görüş ve yorum farklılığının, hukuk kurallarının uygulanmasında birliğin ve eşitliğin sağlanması açısından İçtihatları Birleştirme Kurulunca incelenerek içtihadın birleştirilmesi suretiyle giderilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, konunun esasa ilişkin verilecek bir kararla açıklığa kavuşturulması ve kararlar arasındaki aykırılığın içtihatların birleştirilmesi yoluyla giderilmesi gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz.”

- 13 “İçtihatların “özel veya genel dava açma süresinin işletilmesi gerektiği” yönünde birleştirilmesine karar verilmesi halinde; somut bir uyuşmazlıkta, idari işlemde başvuru yolları ve dava açma süresi belirtilmediği için Anayasa ile tanınan hakkı ihlal edilen ilgilinin, süre aşımı nedeniyle mahkemeye erişim konusunda oluşacak hak ihlalini giderici karar verebilme imkânı ortadan kalkacaktır.

İçtihatların “özel veya genel dava açma sürelerinin işletmeye başlamayacağı” yönünde birleştirilmesi halinde ise, idari işlemde etkilenen kişilerin ve idarenin uzun yıllar dava ihtimaliyle karşı karşıya kalacak olması nedeniyle hukuki güvenlik ve idari istikrar sağlanamayacak olmasının yanı sıra, kamu düzenine ilişkin olan dava açma süresi belirsiz hale gelecek ve ilgililerin dava açma hakkını kötüye kullanabilmeleri sonucunu doğuracaktır.

Görüldüğü üzere içtihatlar hangi yönde birleştirilirse birleştirilsin adilane bir neticeye varılamayacaktır.

Bu itibarla içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilmeyip, hukuki güvenlik ve idari istikrarın korunması ile kişilerin mahkemeye erişim haklarının korunması arasındaki adilane dengenin kurulmasının her bir somut uyuşmazlığın

İçtihatların birleştirilmesi; idarenin yazılı olarak bildirdiği özel dava açma süresine tabi idari işlemlerde, dava açma süresinin belirtilmediği hallerde, genel dava açma süresinin uygulanması gerektiği doğrultusunda olmuştur. Böylelikle daha kısa olan özel dava açma süresi yerine 60 günlük genel süreden yararlanma hakkı tanınmış olmaktadır. Bu durumun niçin adil bir sonuç olmadığını anlamak zordur. Ayrıca mahkemelerin her somut olayda erdiği kararlar farklı olduğu için içtihatların birleştirilmesi yoluna gidildiği de unutulmamalıdır. Somut olayda mahkemenin takdir yetkisi kullanmasının hak arama hürriyetini kısıtladığı mevcut kararlardan anlaşılmaktadır. Bazı davalarda mahkeme takdir yetkisini kısa olan özel dava açma süresinin uygulanması gerektiği yönünde kullandığı için özel dava süresinden haberdar olmayan kişiler dava süresi sebebiyle hak arama hürriyetlerini kullanamamışlardır.

Yazılı olarak bildirilen idari işlemlerde dava açma süresinin belirtilmediği hallerde dava açma süresinin işletilmeyeceği görüşüyle İçtihadı Birleştirme Kararına katılmayan üyeler, Anayasanın 40.maddesine uygun olmayan bildirimlerin dava açma süresini başlatmayacağı görüşünü savunmuşlardır.¹⁴

özelliğine göre yargı mercilerinin yargılama sürecindeki takdir yetkisine bırakılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Açıklanan nedenlerle, idari işlemlerde dava açma süresinin belirtilmediği hallerde özel ve genel dava açma süresinin işletilmesi veya işletilmemesi konusunda Danıştay dava daireleri ve kurulları kararları arasında var olan aykırılıkların içtihatların birleştirilmesine “lüzum bulunmadığı”, istemin esasa girilmeksizin usul yönünden reddi gerektiği oyu ile, işin esasının incelenmesine geçilmesine ilişkin karara katılmıyoruz.”

- 14 “Anayasa’nın 40. maddesine eklenen ikinci fıkranın gerekçesinde, değişikliğin, kişilerin yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanması amacıyla ve son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesinin hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk hâline gelmesi nedeniyle yapıldığına değinilmiştir.

Anayasal düzenlemeler ve değinilen gerekçeden, Devletin, her türlü işlemlerinde, bu işlemlere karşı başvurulacak yargı yeri veya idari makamlar ile başvuru süresinin gösterilmesinin bir anayasal zorunluluk hâline getirildiği anlaşılmaktadır. Anayasa’nın bağlayıcılığı karşısında, bu zorunluluğa; yasama, yürütme ve yargı organlarının, idare makamlarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının uymakla yükümlü oldukları sonucuna ulaşılmaktadır.

Anayasa koyucu, Anayasa’nın 40. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen kuralla kişilerin yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanması amacıyla Devletin işlemlerine karşı başvurulacak kanun yolu, mercii ve sürelerin bilinmesi görevini ilgililerden alıp, bunları işlemde belirtme görevi olarak Devlete vermiştir.

Bu açıdan bakıldığında kural, kamu gücünün bir tezahürü olan, tek yanlı, kesin, yürütülmesi gereken ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanan idari işlemler karşısında kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin korunabilmesi için bu işlemleri idari ve yargısal merciler önüne taşıyabilmelerini ve hak arama özgürlüklerini etkin biçimde kullanabilmelerini olanaklı kılmaktadır.

Devletin, işlemlerinde, kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğunu düzenleyen Anayasa’nın 40. maddesinin ikinci fıkrasının, ayrı bir yasal düzenlemenin varlığını gerektirmeyen, doğrudan uygulanabilir nitelik taşımasından dolayı, (Anayasa Mahkemesince verilen 08/12/2004 tarih ve E:2004/84, K:2004/184 sayılı karar) yasama, yürütme ve yargı organlarının, idare makamlarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının işlemlerinde, bu işlemlere karşı başvurulacak idari mercileri ve kanun yolları ile sürelerini belirtmesi zorunludur.

Bu kapsamda, Anayasa’nın 125. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 40. maddesinin ikinci fıkrasının birbirleriyle olan ilişkisine de değinmek gerekmektedir.

Anayasa’nın 125. maddesinin üçüncü fıkrasında, idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin, yazılı bildirim tarihinden başlayacağı; 03/10/2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun’un 16. maddesiyle Anayasa’nın 40. maddesine eklenen ikinci fıkrada ise, Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu kurala bağlanmıştır.

Anayasa’da yer alan düzenlemeler, normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde yer aldığından bu kuralların birbirine üstünlüklerinden söz etmek mümkün olmamakla birlikte, Anayasal normlar değerlendirilirken normun kabul edildiği tarihe bakılarak yorum yapılabilmesi mümkündür. Bu kapsamda, her ne kadar Anayasa’nın 125.

Anayasanın 40.maddesinin doğrudan uygulanabilir nitelik taşıdığına vurgulanması da Karşı Oy yazısını önemli kılmaktadır.

Bir üyenin Karşı Oyu olduğu anlaşılan bir diğer görüşte ise özel veya genel dava açma süresine tabi idari işlemlerde dava açma süresinin belirtilmemesi durumunda dava açma süresinin başlamayacağı savunulmuştur. Ancak süresiz dava açılmasının sakıncaları gözetilerek, bu sürenin bir yılı aşamayacağı yönünde içtihadın birleştirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Zımnî red konusuna girilmemekle birlikte

maddesinde, idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin, yazılı bildirim tarihinden başlayacağı belirtilmişse de; 40. maddeye eklenen fıkrayla idari işlemlerde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağına ve sürelerinin belirtmesi zorunluluğu da getirilmiştir. Bu nedenle dava açma süresinin başlangıcı yönünden salt yazılı bildirim koşulunun yerine getirilmesi ile yetinilmemesi ayrıca ilgililere bildirilen idari işlemlerde başvuru süresi ve başvuru yerinin de gösterilmesi gerekmektedir. Dava açma süresini başlatacak olan Anayasa'nın amir hükmü gereğince başvuru mercii ve süresini de gösteren yazılı bildirimdir. Bunun dışındaki yazılı bildirimler, Anayasa'nın 40. maddesinin amir hükmüne uygun olmadığından, dava açma süresi işlemeye başlamaz.

Bu itibarla, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, başvuru süresi bildirilmeyen işlemlerin ilgisine tebliği dava açma süresini başlatmayacağından, bu tür davalarda dava açma süresinin geçmesinden sonra açılan davaların süre yönünden reddedilmemesi gerekmektedir.

Öte yandan, bir idari işleme karşı hangi kanun yoluna başvurulabileceği hususunda mevzuattaki belirsizliklerin hak arama özgürlüğünün etkin bir biçimde kullanılmasına engel olabileceği nazara alındığında, Anayasa koyucunun, herhangi bir hak kaybı yaşanmaması için, dava açma süresi yanında zorunlu idari başvuru yolları ile yargısal başvuru yolları yönünden ortaya çıkabilecek belirsizliklerin giderilmesi yükümlülüğünü de söz konusu Anayasa hükmüyle işlemi tesis eden makama yüklediği izahtan varestedir.

Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme, 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile "Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması" hakkını içeren Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 77/31 sayılı Kararı ile bilgi edinme hakkı, dinlenilme hakkı, idari işlemlerin gerekçeli olması, hukuki yardım ve temsil hakkı, idari işlemde başvuru yolları ve sürelerinin gösterilmesi olarak belirlenmiş bulunan beş temel idari usul ilkesinden bir tanesi olan "idari işlemde başvuru yolları ve sürelerinin gösterilmesi" ilkesini iç hukukumuza aktarmıştır. Bu ilke de diğer ilkeler gibi bireyin idarenin işlemleri karşısında korunması amacını taşımakla birlikte, özellikle bireylere tanınmış bulunan Anayasal bir haktır.

"idari işlemde başvuru yolları ve sürelerinin gösterilmesi" bir usul ilkesidir. Hukuki anlamda esasın güvencesi olan usul; hakların, yükümlülüklerin veya hukuki durumların ortaya çıkışı veya icrasının, az ya da çok şekle ilişkin olarak kurala bağlanmasıdır. Maddî hukuk, esas itibarıyla usule bağlıdır. Başka bir deyişle, maddî hukukun soyut kalıplardan çıkarılarak somutlaştırılması, somut olaylara uygulanarak güncelleştirilmesi için usulün ve usulde yer alan çeşitli somut aşamaların geçirilmiş olması gerekmektedir.

Usulün ve usul hukukunun bir amaç olmadığı, sonucu belirlediği sürece, doğru ve adil bir karara ulaşmada bir araç olduğu açıktır. Ancak, kararın maddî sonucu yanında tamamen değersiz ya da tamamen ihmal edilebilir nitelikte olduğunu söylemeye imkân yoktur. Çünkü maddî hukukun her somut olayda uygulanması, gerçekleştirilmesi, soyut düzenlemeden çıkarılıp uygulanabilir hâle getirilmesi, usul tarafından ve usulün içinde mümkün olmaktadır.

Kamu gücünün ve imkânlarının kullanımına ve kamu adına hareket etme yetkisine sahip bulunan idarecilerin, kamu görevlisi olmaları, belli eğitim düzeyinde bulunmaları ve imza atma ve işlem tesis etme yetkisi verilebilmesi için belli deneyimi edinmiş olma yeterliliği ve gerekliliği dikkate alındığında, bilgi yoksunluğu nedeniyle hak kaybına uğrama durumuna düşürülen eğitimsiz ve dava açma süresinin işlem metninde yazılmaması durumunda bu işleme karşı hangi idari veya yargısal mercilere hangi sürede başvurulacağını bilemeyen bireylerin hukukunun korunması demokratik devlet olmanın sonucudur. Bu nedenle, bireysel işlemlerin tesisi sırasında işlem metninde yer verilecek "başvuru yolları ve sürelerinin gösterilmesi" uygulaması ile kamu hayatında hukuk güvenliği sağlanacaktır.

Bu durumda, Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerin belirtmek zorunda olduğunu öngören Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye rağmen, idari makamlarca tesis edilen ancak dava açma ve başvuru süreleri belirtilmemiş olan idari işlemlerde, idarenin doğru bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve hak arama özgürlüğünün ihlâl edilmiş olması karşısında, işlemin davacıya tebliğ edildiği tarihte dava açma süresinin işlemeye başlamayacağı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle içtihadın yazılı olarak bildirilen idari işlemlerde dava açma süresinin belirtilmediği hallerde dava açma süresinin işletilmeyeceği yönünden birleştirilmesi gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz."

Karşı Oy yazısındaki açıklamalar, zımnî red işlemleri için de geçerlidir. Bu sebeple bu görüşe daha ayrıntılı yer verilecektir.

Karşı Oy yazan üye de Anayasanın 40.maddesinin doğrudan uygulanabilir nitelik taşıdığını belirtmektedir. Karşı Oy yazısındaki ifade şöyledir: “...*Anayasal düzenlemeler, kural olarak doğrudan uygulanacak hükümlerden olmayıp, kanunlarda gerekli düzenlemeler yapılarak uygulamaya geçirilirler. Ancak, öğretide ve Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında, yürürlüğe konulması gereken kanunî düzenlemede yer verilmesi gereken konuların Anayasa metninde açıkça kurala bağlandığı durumlarda, yürürlükteki kanunlarda değişiklik yapılması gerekmeksizin Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanacağı kabul edilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 40. maddesinin ikinci fıkrasının doğrudan uygulanması gerektiğini, 08/12/2004 tarih ve E:2004/84, K:2004/124 sayılı kararında; 5225 sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu’nda başvurulacak kanun yolu ve süresinin özel olarak düzenlenmemiş olmasının, Anayasa’nın 40. maddesine aykırılık oluşturmadığını belirterek benimsemiş ve kişiler hakkında tesis edilen işlemlere karşı kanun yolları, başvurulacak merciler ile sürelerin belirtilmesi yönünden Devlete verilen görevin bir zorunluluk içerdiğine, bu zorunluluk nedeniyle her kanunda özel bir düzenleme yapılması gerekmediğine değinerek, Anayasa’nın 40. maddesinin ikinci fıkrasının doğrudan uygulanır nitelik taşıdığını kabul etmiştir...*”

Anayasanın 40.maddesini 125.madde ile birlikte değerlendirmek gerektiğinin savunulduğu Karşı Oy yazısında, 125.maddede sözü edilen yazılı bildirim, “*Anayasa’nın âmir hükmü gereğince başvuru mercii ve süresini de gösteren yazılı bildirimdir. Bunun dışındaki yazılı bildirimler, Anayasa’nın 40. maddesinin âmir hükmüne uygun olmadığından, dava açma süresini başlatmayacaktır.*”

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına atıfla iyi niyet ve dürüstlük ilkelerinin idari işlem ve eylemlerde de uygulanması gereğine işaret edilmesi, Karşı Oyun bu kısmını da aktarmayı gerekli kılmıştır: “...*Öte yandan, dava açma süreleri açısından, başvuru yolu, mercii ve sürelerini göstermeyen idarelerin hukuka aykırı bu davranışlarının dürüstlük kuralı bağlamında usûl hukukuna yansımasının da irdelenmesi gerekmektedir.*

Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, kanun hükümlerinin katı uygulanmasının yol açacağı adalete, hakkaniyete ve ahlâk anlayışına aykırı, hayat ihtiyaçlarına uymayan sonuçları önleyecek bir genel kural, bir temel hukuk ilkesi niteliğindedir. Öyle ki, bu ilke Medenî Kanun’un 2. maddesinde açıkça düzenlenmiş olmasaydı bile yine de sonuç değişmezdi; bir temel hukuk ilkesi olarak dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı her zaman uygulama alanı bulabilirdi. (M. Kemal OĞUZMAN, Namı BARLAS, Medeni Hukuk, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2021, s. 293)-

Dürüstlük kuralının ve buna bağlı olarak hakkın kötüye kullanılması yasağının sadece medenî hukuk veya daha geniş kapsamlı olarak özel hukuk alanında uygulanabilecek bir kavram olduğu sanılmamalıdır. Dürüstlük kuralı hukukun her alanında, bu arada kamu hukuku dalında da daima dikkate alınması gereken bir temel hukuk ilkesidir. (OĞUZMAN-BARLAS, s. 244-245) idare hukukunun kullandığı birçok kavram, kurum ve ilke idare hukukundan çok daha önce

özel hukuk tarafından hazırlanmış; idare hukuku bu kavram ve kurumları esas itibarıyla özel hukuktan almıştır. Ancak idare hukuku bu özel hukuk kavramlarını çoğunlukla olduğu gibi almamış, bunları kendine uydurmuştur. Nihayet bazı istisnâî durumlarda idarî yargı hâkimi bir medenî hukuk kavramını, kurumunu veya ilkesini olduğu gibi uygulayabilir. Örneğin medenî hukuktaki iyi niyet ilkesi idare hâkimi tarafından uygulanabilir. (Kemal GÖZLER, idare Hukuku, C. 1, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 120)

Bir kimsenin aldatıcı davranışlarda bulunarak veya başka şekillerde hukuka veya ahlâka aykırı hareket ederek yarattığı duruma dayanmak suretiyle bir hakkı kullanması halinde, onun bu davranışının hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi gerekir. (OĞUZMAN-BARLAS, s. 255) Dürüstlük ilkesi ve onun somut planda özel bir uygulanma biçimini oluşturan hakkın kötüye kullanılması yasağı, hukuk düzeninin merkezi kavramları arasında yer alırlar; adeta hukukun genel ilkesi mertebesinde dirler. (Süha TANRIVER, Medeni Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, C. 1, Ankara, 2020, s. 427)

Hukukun tüm alanlarında olduğu gibi usûlde de dürüstlük kuralının uygulanacağı konusunda günümüzde artık bir tereddüt yoktur. ... Çünkü hukukî koruma sağlamakla görevli kuruluşların, davanın tarafının veya temsilcisinin hakkın kötüye kullanılması suretiyle lehine sonuç çıkarma çabalarına yardımcı olması veya göz yumması söz konusu olamaz. (Ramazan ARSLAN, Medeni Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı, S Yayınları, Ankara, 1989, s. 62)

Tarafın dürüstlük kuralına aykırı davranışının meydana getirdiği sonuçtan yararlanması mümkün değildir. (Güray ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, On İki Levha Yayınları, C. 1, İstanbul, 2017, s. 912)

Usûl hukuku alanında da dürüstlük kuralının geçerli olduğu, tarafların ileri sürdüğü iddia ve savunmaların da bir hakkın kullanılması mahiyetinde olduğundan hakkın kötüye kullanılması yasağına tâbi olduğu, aynı zamanda tarafların dürüstlük kuralına aykırı olarak meydana getirdiği durumlardan usûl hukuku alanında da yararlanmasının mümkün olmadığı açıktır

Bir idarî işlemde başvuru yolları, mercileri ve süresinin gösterilmemesi halinde, davalı idare tarafından süre itirazında bulunulması usûl kurallarının kendisine tanıdığı yetkiyi kullanma görüntüsü altında lehine usûlî sonuç çıkarmasına sebebiyet vereceğinden hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir...”

Karşı Oy yazan Üye, Anayasanın 40.maddesindeki usule uyulmaksızın yapılan bildirimin dava süresini başlatmaması gerektiğini savunmakla birlikte, bu durumun sakıncalarına da değinmektedir. İdari işlem ve eylemlerin, devamlı olarak yargı denetiminin tehdidine maruz kalması, bu durumun kamu düzeninin ihlal etmesi, idari istikrarı bozması ve kamu hizmetlerinin düzenli işlemlerini engellemesi sakıncalar arasında sayılmaktadır. Ancak Anayasal zorunluluğa uyulmayarak hak arama hürriyetinin kısıtlanmasının da sakıncalı olduğu hemen vurgulanmıştır.

İdari istikrar ve hak arama hürriyetini bağdaştıracak makul çözüm; dava açma süresinin, işlemin bildiriminden itibaren bir yıl olarak kabulü olarak önerilmektedir. Fransa uygulamasından yararlanılarak, ¹⁵ ulaşılan sonuç şu şekilde ifade edilmiştir: “*Başvuru yolları, mercii ve süresi*

- 15 “...Bu noktada, benzer bir konunun Fransız idari yargı sistemi içerisinde tartışma konusu olduğu anlaşılmaktadır. Fransız hukuk sisteminde, başvuru yolları, mercileri ve sürelerinin gösterilmesine ilişkin zorunluluğun işlemi hukuka aykırı kılan değil, işlemin bildirimini usûlsüz kılan bir zorunluluk olarak değerlendirildiği görülmektedir. Kanunî bir düzenleme olarak anılan hukuk düzeninde yer alan başvuru yolları ve sürelerinin gösterilmesi zorunluluğunu yerine getirmemenin yaptırımı, bu işleme karşı dava açma süresinin başlamaması şeklinde düzenlenmiştir. Fransız İdari Yargı Kanunu’nun R421-5 maddesinde, “Bir idari karara karşı dava açma süreleri, kararın ilgiliye tebliğinde başvuru yollarının gösterilmesi hâlinde işlemeye başlar.” kuralına yer verilmiştir. (Code de Justice Administrative, Erişim: <https://www.legifrance.gouv.fr/>).
- Fransız Danıştayının 13/07/2016 tarihli M. A.B. kararında konunun ele alındığı ve Kanun’da yer alan düzenlemenin ve içtihadın sınırlarını belirleyen bir karar verildiği görülmektedir.
- Karara konu olayda, eski polis komiseri A.B. 24/06/1991 tarihinde tesis edilen ve kendisini emekliye ayıran işlemi 26/09/1991 tarihinde yapılan tebligatla öğrenmiştir. Tebligat tarihinden daha önce ise kendisine sözlü bir bildirim yapılmıştır. Bu sözlü bildirim sırasında 2 aylık bir süre içerisinde dava açabileceği bildirilmiştir. Bununla birlikte, bu sözlü bildirim sırasında dâhi İdari Yargı Kanunu’nun R. 421-5. maddesi uyarınca tebligatlarda yer alması gereken, davanın idari yargıda mı yoksa başka bir yargı kolunda mı; eğer dava idari yargıda açılacak ise genel görevli mahkemelerde mi yoksa özel görevli mahkemelerde mi açılacağına dair bilgiler yer almamıştır. A. B. işlemin bu şekilde bildirilmesinden 22 yıl sonra Lille İdare Mahkemesinde dava açmıştır.
- Fransız Danıştay kararında öncelikle, Fransız İdari Yargı Kanunu’ndaki düzenlemelerden hareketle, başvuru yolları ve başvuru ve dava süreleri konusunda bilgi verme zorunluluğuna uyulmaması veya idarenin bu bilgileri ilgiliye verdiğine dair kanıt bulunmaması hallerinde, ilgili kişiye İdari Yargı Kanunu’nda yer alan genel dava açma sürelerinin uygulanmayacağını ve kişilerin dava açma süreleri geçmiş olsa bile dava açabileceklerini kabul etmiştir. Ancak bu durumun sakıncalarına değinen Fransız Danıştaya göre, “hukukî güvenlik ilkesi; hiçbir zaman sınırı konulmadan, uzun bir zaman geçmesiyle pekiştirilen durumlara müdahale edilemeyeceğini ve bir hukukî durumun aradan uzun bir zaman geçmesiyle kesinlik kazanmasını ifade eder. Hukukî güvenlik ilkesi, idarenin bireysel kazanımlara belirli bir zaman geçtikten sonra müdahale edememesini gerektirdiği gibi; bireylerin de bireysel idari işlemlere karşı tesis edilme tarihinden itibaren veya kendilerine tebliğ edilme tarihinden itibaren veya tebliğ yapılmamış olsa bile işlemi öğrendikleri tarihten itibaren süresiz olarak, her istedikleri zaman dava açamamalarını gerektirir... Bununla birlikte, bireysel işlemin muhatabı olan kişi başvuru ve dava yollarına, ancak mâkûl süreler içerisinde başvurabilir.”
- Fransız Danıştay bu mâkûl süreyi, “İlgili kişinin öne sürdüğü özel şartlar hariç olmak üzere bu mâkûl süre, ilgili kişiye tebliğ yapıldığı hâllerde tebliğden itibaren; tebliğ yapılmadığı hâllerde ise işlemin tesis edildiğinin öğrenildiği tarihten itibaren 1 yılı geçemez, ilgili kişinin söz konusu idari işlem için kanunlarda öngörülen özel idari başvuru yollarına başvuru süresinin geçmediği hâllerde 1 yıl geçmiş olsa bile başvuru hakkı saklıdır. Sonuç olarak usûlüne uygun bir tebligat yapılmamış olsa bile dava açma hakkı bahsedilen istisnalar dışında tebliğden itibaren veya öğrenme tarihinden itibaren 1 yıl ile sınırlanmıştır. İlgili kişinin ileri sürdüğü gecikme sebebi kabul edilirse bu 1 yıl istisnai olarak aşılabılır.” şeklinde ortaya koymuştur.
- Mâkûl süreyi belirlemekteki amacını ve bu sürenin çerçevesini belirleyen gerekçesinde ise şu ifadelerle yer vermiştir: “Yukarıda dile getirmiş olduğumuz kuralın tek amacı İdari Yargı Kanunu’nda öngörülmüş olan başvuru yollarının ve süresinin gösterilmemiş olduğu tebligatların geçersiz sayılması nedeniyle genel dava açma süresi geçirilmiş olsa bile, dava açma hakkı veren hükmün çerçevesini çizmektir. Kanunen yer alması gereken bilgilerin yer almadığı tebligatlarda dava açma süresine üst sınır getirilmesi hak arama hürriyetinin özüne yönelik bir tehdit taşımamaktadır. Getirilen kural yalnızca Kanunun usûlsüz tebligatlar için getirdiği yaptırımın mâkûl sürelerin ötesinde bir uygulamaya konu olmasından kaçınma maksadı taşımaktadır. Usûlsüz tebligatlarda dava açma süresinin 1 yıllık bir mâkûl süre ile sınırlandırılması muhtemel davalı idarelerin aşırı gecikmeli açılan davalar sonucu çıkabilecek iptal kararlarına mâruz kalmalarını önleyecek, adaletin daha iyi işlemesini sağlayacak ve hukukî durumların güvenliğe ve sabitliğe kavuşmasını sağlayacaktır. Tüm bu anlatılanlarla birlikte; önüne gelen somut olayın ortaya çıkış tarihinden ne kadar süre geçmiş olursa olsun, mâkûl süre olarak belirlemiş olduğumuz 1 yıllık süreyi somut olaya uygulayıp uygulamama yetkisi, somut olayı inceleyen idare mahkemesininindir. İdare mahkemesi önüne gelen olayın şartlarına ve niteliğine göre mâkûl süreyi daha uzun bir süre olarak kabul edebilir.”
- Belirtilen değerlendirmelerden hareketle, Fransız Danıştayınca, eksik bilgiler nedeniyle usûlsüz tebligatla bildirilen

gösterilmeyen idarî işlemler bakımından bu işlemlere karşı süresiz dava açma hakkının bulunması idarî istikrarı zedeleyeceğinden dava açma süresinin işlemin bildiriminden itibaren mâkûl bir süre sonrasında biteceğinin, bu mâkûl sürenin bir yıl olarak kabul edilmesinin uygun olacağı sonucuna ulaşılmıştır.”

Karşı Oyda açıklanan görüşlerin hukuki değeri sebebiyle, daha yaygın bir okuyucu kitlesine ulaştırmak amacıyla ayrıntılı yer verilmiştir. Ancak, Anayasanın 40.maddesine aykırı bildirilen bir işleme karşı dava açma süresinin başlamaması gerektiğini savunan bir yargıcın, Anayasanın amir hükümlerine rağmen hiç bildirilmeyen işlemlerde de aynı kanaate ulaşması beklenirdi. Anayasanın 40.,74. ve 125. maddeleri yukarıda da belirtildiği üzere doğrudan uygulanabilir hükümlerdir. Kanundaki zımni red kuralları uygulanamaz.

VI. DAVA TEHDİDİ – HAK ARAMA HÜRRİYETİ

Dava sürelerinin uygulanmasında, karşı oy veren üyeler de dahil, İçtihatları Birleştirme Kurulunun hassas olduğu bir önemli nokta mevcuttur. İdarî istikrar ilkesi gereğince idare işlem ve eylemler, süresiz dava tehdidi altında kalmamalıdır. Bu hususa Kararda şöyle değinilmiştir: “...**Anayasa’nın 40. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca idarî işlemde başvuru yolu ve süresini belirtmekle yükümlü bulunan idarelerin, bu yükümlülüğü yerine getirmemesinin tüm sonuçlarının ilgili kişilerin üzerine bırakılması nasıl adil bir çözüm değilse, Anayasa’nın 125. maddesi ve 2577 sayılı Kanun’un 7. maddesinin genel dava açma sürelerine dair âmir hükümlerine aykırı olacak şekilde yazılı bildirim tarihinden itibaren dava açma süresinin başlatılmaması da adil bir çözüm değildir. Kişilerin, kendilerine yazılı bir bildirim yapıldığı hâlde, idarî işlemin iptali istemiyle istedikleri zaman dava açabilecekleri şeklinde bir hakka sahip olmadıklarını bilmesi gerekir. Zira, dava açma süresi, kamu düzenine ilişkin bir konu olup, sürenin başlangıcının kişilerin takdirine bırakılması mümkün değildir.**

Gerek Anayasa’da gerekse kanunlarda ilgililere, kendilerine yazılı olarak bildirilen idarî işlemlere karşı istedikleri zaman dava açabilecekleri gibi bir serbestlik tanınmamıştır. Dolayısıyla kendisine yazılı olarak bildirilen bir idarî işlemin iptali istemiyle dava açmayı düşünen bir kişinin, mutlaka

idarî işleme karşı 2 aylık dava açma süresinin İdari Yargı Kanunu’nun R. 421-1. maddesi uyarınca işlemeye başlamayacağı, 2 aylık süre geçirilmiş olsa bile davanın açılacağı, bununla birlikte A.B.’nin, iptalini istediği işlemin tebliğ edilmesinden tam 22 yıl sonra Lille İdare Mahkemesinde açtığı dava mâkûl süre aşıldıktan sonra açıldığından Lille idare Mahkemesinin, söz konusu davayı 2 aylık genel dava açma süresinin kaçırılması nedeniyle değil; mâkûl dava açma süresinin aşırı olarak geciktirilmesi nedeniyle reddetmesi gerektiğine karar verilmiştir. (Conseil d’Etat, Assemblée, 13/07/2016, No:387763) (Erişim: <https://www.conseil-etat.fr/arianeweb> – Ariane Web Arama Motoru) (Kararın çevirisi için bkz. AYDIN, M. A., Başvuru Yolu ve Süresi Gösterilmeyen Tebligatın Dava Açma Süresine Etkisi, Fransız Danıştay’ın Eski Polis Komiseri M.A.B. Kararı, Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 134, Ekim 2017, s. 86-89) Fransız Danıştay’ı İdarî Yargı Kanunu’nda yer alan hükmü yorumlamak suretiyle idarî istikrar ilkesi gereği kendi içtihadının ve Kanun’un uygulama alanının sınırlarını belirleyen bir karar vererek, başvuru yolları ve süresi gösterilmeyen idarî işlemler bakımından bu işlemlere karşı dava açma süresinin hiç başlamaması şeklinde mevzuatta öngörülen hükmün sakıncalarını gözeterek, somut olayın özelliklerini de dikkate almak suretiyle, dava açma süresinin mâkûl süre olarak belirlediği 1 yıl olarak uygulanacağına, ancak belirlenen bu mâkûl sürenin her somut olayın özelliklerine göre daha fazla belirlenebileceğine karar vermiştir...”

bir dava açma süresinin olduğunu, kendisine istediği zaman dava açabileceği yönünde bir hakkın tanınmadığını öngörmesi, dava açmak istiyorsa bir an önce hazırlıklarını yapması ve süresi içinde davasını açması gerekir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere, idari işlemlerin belirli bir süre sınırlaması olmaksızın, süreklilik arz edecek şekilde veya makul olmayacak ölçüde uzun bir süre dava konusu edilebilme olasılığının bulunmasının, kamu hizmetlerinin işleyişini aksatacağı ve idarede bulunması gereken istikrarı bozacağı kuşkusuzdur. Dolayısıyla hukuki güvenlik ve idari istikrarın sağlanabilmesi amacıyla dava açma sürelerinin, idarenin işlem ve eylemlerinin özelliklerine göre belli bir süre ile sınırlandırılabilceği, ayrıca süresiz/sınırsız dava açma tehdidinden ötürü, idareye güven doğrultusunda alınan izinlere ve ruhsatlara dayanılarak yüksek maliyetlere katlanılmak suretiyle gerçekleştirilen yatırımlar nedeniyle maddi ve manevi zararların ortaya çıkabileceği, bu zararların tazmin edilmesi için adli ve idari davalar açılarak bozulan hukuk düzeninin yeniden oluşturulması yoluna gidileceği, bunun da hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı, idari istikrar ve hukuki güvenlik ilkelerinin ihlal edileceği açıktır...”

Görüldüğü gibi, Anayasanın “amir” hükümlerinin uygulanmaması, idari istikrar ve hukuki güvenlik ilkelerinin ihlali endişesiyle, hukuka uygun bulunmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki açık Anayasa kuralı mevcutken, yargıç bu kuralı göz ardı etmek yetkisine sahip değildir. Anayasa Mahkemesinin bir kararında da belirtildiği üzere Anayasa hükümleri yargıcın takdir yetkisinin sınırındır.¹⁶

Ayrıca kamu hizmetlerinin düzenli işlemesi, idari istikrar, hukuki güvenlik ilkeleri, idareyi koruyan değil; aksine kişileri idarenin hukuk dışı tasarruflarından koruyan ilkelerdir. Hukuk sınırları dahilinde tesis edilen işlem ve eylemlerin idarenin işleyişine olumsuz yansımaları düşünülemez. Kararda sözü edilen olumsuzluklar, idari işlemin hukuka aykırılığı sebebiyle verilen yargı kararlarında kaynaklanan hallerdir. İçtihadı Birleştirme Kararındaki örnekle açıklamak gerekirse: “**Süresiz/sınırsız dava açma tehdidinden ötürü, idareye güven doğrultusunda alınan izinlere ve ruhsatlara dayanılarak yüksek maliyetlere katlanılmak suretiyle gerçekleştirilen yatırımlar nedeniyle maddi ve manevi zararların ortaya**” çıkması, işlemin hukuka aykırılık gerekçesiyle iptali halinde mümkündür. Hukuka uygun bir ruhsatın iptali söz konusu olamayacağı için ortaya zarar çıkması da mümkün olamayacaktır. İçtihatları Birleştirme Kurulu, idari yargı kararlarının güvenilmez olduğu kanaatini uyandıracak bu tür ifadelerden kaçınmalıdır.

Ayrıca, unutulmamalıdır ki süresinde açılan her dava, bu mantıkla, idare bakımından bir tehdittir. Yargı sürecinin uzaması sebebiyle, seneler sonra verilen iptal kararları, uygulama sorunu çıkarmaktadır. Anayasa Mahkemesinin adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki kararlarına

¹⁶ “Mahkemelerin hukuk kurallarını yorumlama yetkisi, bunların Anayasa hükümleri ışığında yorumlanması yükümlülüğünü de beraberinde getirmektedir. Buna göre mahkemeler, önlerindeki uyumsuzluğa uygulayacakları mevzuat hükümlerini anayasal ilke ve güvenceleri gözeterek yorumlama mecburiyeti altındadır. Bir mevzuat hükmünün birden farklı biçimde yorumlanmasının mümkün olduğu hâllerde Anayasa’ya aykırı olan yorumun benimsenmesinden kaçınılması Anayasa’nın üstünlüğü ilkesinin bir gereğidir. Diğer bir ifadeyle Anayasa’ya uygun yorum ilkesi hâkimin hukuk kurallarını yorumlama serbestisinin sınırını oluşturmaktadır.”(Başvuru No:2019/39033).

bakıldığında, yargı sürecinin uzadığı haller görülecektir. Yargı sürecinin uzaması elbette bütünüyle mahkemelerin sorumluluğunda değildir. İdari yargının iş yükünün fazlalığından kaynaklanan bu sorunların temelinde idarenin hukuka uymamayı alışkanlık haline getirmesi yatmaktadır. İdari istikrarı bozan, davalar değil, idarenin farklı uygulamalarıdır. Bu sebeple idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamak için geliştirilmiş olan hukuki güvenlik ve idari istikrar ilkeleri, hak arama hürriyetinin – Anayasanın açık hükmüne rağmen – ihlal edilmesinde kullanılmamalıdır. İdari yargının hak ve hürriyetlerin korunmasında hassas olması beklenir. Kamu gücünü kullanan idare, korunmaya muhtaç değildir.

SONUÇ

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, farklı karar sayısını içtihatları birleştirmeye yetecek düzeyde görmemekle, önemli bir kamu hukuku sorununu çözme fırsatını bir kenara bırakmıştır. Anayasanın 40.maddesinin idareye işlemlerinde hukuki yolları ve süresini gösterme zorunluluğu getiren hükmü ile idareye derhal yazılı cevap verme yükümlülüğü getiren 74.madde kuralı birlikte ele alınarak, zımnî red işlemlerinde dava süresinin işlemeye başlamayacağı kabul edilmeliydi. İdare, eğer dava tehdidi altında kalacaksa, kendi tutumu yüzünden kalmış olacağından sonuçlarına da katlanmak zorunda kalmalıdır. 74.maddenin ikinci fıkrasındaki açık hükmün doğrudan uygulanabilir nitelik taşıdığı açıktır. 40.maddenin doğrudan uygulanması gerektiğini savunan bir hukukçunun 74.madde için farklı bir görüş ileri sürmesini gerektirecek sebep bulunmamaktadır.

Aynı şekilde yazılı bildirimde başvuru mercilerinin ve süresinin gösterilmemesini hak arama hürriyetiyle bağdaşmaz bulan hukukçuların, idarenin hiç cevap vermemesini, olağan bulmaları da anlaşılamamaktadır. Yukarıdaki Karşı Oyda zikredilen iyi niyet ve dürüstlük ilkelerinin uygulanması gereken tipik bir örnek söz konusudur. Anayasanın 74. maddesine aykırı suskunluk ve bu suskunluğa idare lehine sonuç bağlanmasını talep etmek iyi niyet ve dürüstlük ilkeleriyle bağdaşmaz.

İdarenin iyi niyet ve dürüstlük ilkelerine aykırı şekilde kişilerin başvurularına cevap vermemesi halinde, yargı 74.maddeyi doğrudan uygulayarak, dava açma süresinin başlamayacağını kabul etmelidir. İçtihadı birleştirme kararında zikredilen kararların idari yargıda yaygınlaşması temennisiyle...

KAYNAKÇA

Yıldırım T., *İdari Yargı* (Beta Yayıncılık 2008)

Hannah Arendt'te Haklara Sahip Olma Hakkı

The Right to have rights in Hannah Arendt

Altan Heper* 

ÖZ

Hannah Arendt (1906-1975) 20.yüzyıl düşünce yaşamına damgasını vurmuş bir düşünür olarak, günümüz siyaset felsefesinde ve hukuk felsefesinde önem taşımaktadır. Haklara sahip olma olma hakkı kuramı insan haklarının temellendirilmesinde önemli ölçüde taraftar bulmuştur. Bu kuramda insan haklarının temellendirilmesi ve insan haklarına saygının güvence altına alınması yer almaktadır. Bu kuramın oluşmasında Arendt'in kendi yaşamındaki acı tecrübelerin, Nazi döneminin barbarlığın belirleyici bir rol oynadığı genel olarak kabul edilmektedir. Bu yazıda Arendt'in baş eserlerinden biri olan "Totalitarizmin Kaynakları" kitabındaki görüşler ışığında geleneksel insan hakları kuramına, doğal hukuk tezlerine yönelttiği eleştiriler ele alınacak, Arendt'in haklara sahip olma kuramından bir insan onuru kuramı inşa edilip edilemeyeceği tartışılacak, son bölümde günümüzde Arendt'in kuramının ünlü düşünürlerce üstlenilmesi ve günümüz tartışmalarına katkısı işlenecektir.

Anahtar Kelimeler: Hannah Arendt, Haklara hak sahibi olmak, "Totalitarizmin Kaynakları", Geleneksel insan hakları kuramına eleştiri, İnsan hakları ve insan onuru ilişkisi, Arendt resepsiyonu.

ABSTRACT

Hannah Arendt (1906-1975), as a philosopher who left her mark on the intellectual life of 20th century, is important in contemporary political philosophy of law. Her theory of the right to have rights has found significant favor in the reasoning of human rights. This theory includes the reasoning of human rights and the guarantee of respect for human rights. It is generally accepted that the bitter experiences in Arendt's own life and the barbarism of the Nazi period played a decisive role in the formation of this theory. In this article, Arendt's criticisms of the traditional theory of human rights and natural law theses in the light of the views in one of her major works, "The Origins of Totalitarianism", will be discussed, whether a theory of human dignity can be constructed from Arendt's theory of the possession of rights will be discussed, and in the last section, the assumption of Arendt's theory by famous thinkers today and its contribution to contemporary debates will be discussed.

Keywords: Hannah Arendt, The Right to have rights, "The Origins of Totalitarianism, Critic of the traditional concept of human rights, The Relationship between human rights and human dignity, Arendt's reception

* Doç., Dr. jur. Dr. Tübingen Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı, ORCID: 0000-0001-6207-752X

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Altan Heper

E-posta/E-mail: altan.heper@ozyegin.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 27.08.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 16.12.2022

I. GİRİŞ

Hiç şüphesiz Hannah Arendt 20. yüzyılın düşünce yaşamına damgasına vuran, siyaset felsefesi kadar hukuk felsefesi açısından da önemli bir düşünürdür. Arendt'in kuramında merkezi bir rol oynanan haklara sahip olma hakkı (*Recht auf Rechte*) tezi siyaset felsefesi, hukuk felsefesinin yanında insan hakları kuramcılarını da yakından ilgilendirmektedir.¹

Arendt insan hakları kuramını çeşitli yazı ve kitaplarında geliştirmiştir. Arendt'in insan hakları konseptinde insan haklarının kuramsal temellendirilmesi, insan haklarına saygının güvence altına alınması yer almaktadır. Arendt insan hakları kuramını kısaca haklara sahip olma hakkı olarak adlandırılacak bir temele dayandırmaktadır. Bu kuramın oluşmasında Arendt'in yaşadığı acı olaylar, Alman vatandaşlığından çıkartılmasından sonra hiçbir yurttaşlığı olmadan 1951'e kadar Amerikan vatandaşlığını alana kadar çektiği sıkıntılar da önem taşımaktadır. Arendt 27 yaşından 45. yaşına kadar vatansız (*heimatlos*) olarak yaşadı. Kuramının anlaşılmasında yaşamına ve eserlerine kısaca bir göz atmakta yarar vardır.

II. YAŞAMI VE ESERLERİ

Hannah Arendt 14 Ekim 1906'da Almanyada Hannover yakınlarında Linden kasabasında doğmuştur. Fakat çocukluğunu ve gençliğini dönemin Doğu Prusyasında yer alan, ünlü felsefeci Kant'ın yaşadığı şehir Königsberg'de (günümüzde Rusya'nın toprağı olan Kaliningrad) geçirmiştir. Hannah Arendt yedi yaşındayken babasını kaybeder. Annesinin dindar olmaması nedeniyle küçük Arendt Yahudi olduğunun bilincine anti-semitizmle karşılaştığında varır. Annesi ona okulda Yahudi düşmanlığıyla karşılaştığında, kendisini savunmasını, sınıfı terk ederek durum hakkında şikayetçi olmasını tembihlemiştir.² Arendt çok genç yaşlarda Kant'ı ve Kerkegaard'ı okumaya başlamış ve felsefe okumaya karar vermiştir. Lisede bir öğretmenin derslerini boykot çağrısı nedeniyle okuldan uzaklaştırılan Arendt liseyi 1924'de dışardan bitirmiştir. Arendt Marburg'da felsefe, Protestan teolojisi ve Yunanca okumaya başlamış, düşünür burada dönemin meşhur filozofu Martin Heidegger'le tanışmış, Heidegger'in zamanla sevgilisi olmuştur. Daha sonra Heidelberg'de ve Freiburg'da öğrenimini sürdürmüş ve Freiburg'da Karl Jaspers'in danışmanlığında doktora yapmıştır. Tezin başlığı "Augustinus'da Aşk Kavramı" dır. Bir yıl sonra Berlin'e taşınan Arendt orada Günter Stern ile evlenmiştir. 8 yıl sonra bu evlilik boşanmayla bitmiştir. Bu dönemde Berlinde Rahel Varnhagen konulu bir doçentlik tezi yazmaya başlamıştır. Arendt 1933'te Nazi Almanyası'nda direniş grubunda yer aldığı için ve gelecekteki felaketleri önceden gördüğü için annesiyle beraber Almanyadan Paris'e kaçmak zorunda kalmıştır. Orada Aliyah Gençliği adlı Yahudi örgütü dahil birçok örgütte Nazi Almanyası'na karşı direniş mücadelesine katılmıştır. Aliyah Gençliği örgütü

1 Çok sayıda Arendt biyografisi arasından Elisabeth Young-Bruehl, *Hannah Arendt-Dünya Aşkıyla*, çev. Ali Selman, (İletişim 2012); aynı kitabın Almancası için *Hannah Arendt – Leben – Werk und Zeit*, (Fischer Taschenbuchverlag, 1986); Thomas Wild, *Hannah Arendt. Leben, Werk, Wirkung*. (Suhrkamp-Basis Biographie, Band 17, 2006); Grit Straßenberger, *Hannah Arendt zur Einführung*, (Junius 2015).

2 Günter Gaus ile Hannah Arendt arasında görüşme, Günther Gaus, Was bleibt? Es bleibt die Muttersprache in: Albert Reif (Hrg.), *Gespräche mit Hannah Arendt*, (DTV-Verlag 1976), 9 (15).

Yahudi çocukların ve gençlerin yaşamını kurtarmak için Filistin'e göndermektedir. Arendt 1940'ta yine kendisi gibi mülteci olan komünist Heinrich Blücher ile evlenmiştir. Daha sonra Arendt, eşi ve annesiyle birlikte Güney Fransa'da Vichy hükümeti bölgesindeki Gurs kampına gönderilmiştir. Buradan eşi ve annesiyle kaçmayı başaran Arendt Amerika vizesiyle İspanya'ya, Portekiz üzerinden New York'a gelmiştir. Amerikâda önce Alman göçmenleri için çıkartılan "Aufbau" (İnşa) gazetesinde çalışmış, 1955'te Berkeley Üniversitesi'nde, 1963'te Chicago Üniversitesi'nde Siyasi Kuram alanında profesör unvanı almıştır. Daha sonra New York Üniversitesi'nde *New School for Social Research*'te çalışmıştır. Arendt felsefeci olarak adlandırılmayı kesinlikle reddetmiş, yaptığı işin siyaset felsefesi olmadığını, siyasi kuram olduğunu iddia etmiştir. 1933'te Almanya'yı terkinden sonra ilk kez 1949'da Yahudi kültürünün kurtulması projesi kapsamında Almanya'ya gelmiş ve Martin Heidegger ile tekrar karşılaşmıştır. Karl Jaspers ile görüşmelerini de sürdürmüştür.³

III. TOTALİTARİZMİN KAYNAKLARI

Arendt 1951'de en önemli çalışması sayılabilecek Totalitarizmin Kaynakları (*The Origins of Totalitarianism*) çalışmasını yayınladı. Arendt bu kitabı eklerle genişleterek, kendi redaksiyonuyla 1955'te Almanca olarak "*Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*"⁴ (Total Egemenliğin Unsurları ve Kaynağı) başlığıyla yayınladı. Bu kitap totalitarizm araştırmalarında klasikleşmiş, başucu kitabı haline gelmiştir. Aşağıda bu kitap ve özellikle meşhur 9. bölümündeki "İnsan Haklarının Çıkması"⁵ kısmında eleştiriler ele alınacaktır. Arendt'e göre insan haklarına klasik yaklaşım eleştiriye tâbi tutulmalı, çünkü klasik yaklaşım boş ve soyut ve de çatışma anında bir işe yaramayan niteliktedir. Arendt'e göre "bu kitap ilk bakışta, hatta ikinci kez de bakıldığında korkunç bir zalimliği anlamaya çalışmayı ortaya koyar".⁶ Arendt üç ana temayı ele almaktadır. Bunlar anti semitizm, emperyalizm ve total egemenliktir. İnsan hakları konusundaki ana fikirleri 9. bölümün II. kısmındaki emperyalizm ile ilgili açıklamalarda bulmaktayız. Arendt burada insan haklarının çelişkili yapısı konusunda fikirler geliştirmektedir. Arendt bu çelişkili yapıyı milli devletlerin çöküşüyle bağlantılı görmekte ve bu bağlamda meşhur talebini "haklara sahip olma hakkı"nı dile getirmektedir.

Bu merkezi talebi daha iyi anlayabilmek için Arendt'in eylem kuramının antropolojik temellerini incelemeliyiz. Bir insanın tayin edici özelliği nedir? İnsan onuruna uygun bir yaşam sürmek için neyin güvence altına alınmış olması gerekir? Arendt bu konuda bazı cevapları *The Human Condition* (*Vita Activa oder vom tätigen Leben*) başlıklı çalışmasında vermektedir. Buradaki temel soru bir faaliyette bulunduğumuzda ne yaparız? şeklindedir. Arendt burada insani temel faaliyetleri çalışma (varlığı güvence altına alma anlamında), bir şeyleri tesis etme (suni bir şeylerin dünyasının üretimi)

3 Arendt'in yaşam hikâyesi için Elisabeth Young-Bruehl in: *Arendt Handbuch*, (1.Edition, Metzler 2011, (Eds. Wolfgang Heuer, Bernd Heuer, Bern Heiter, and Stefani Rosenmüller).

4 Çok sayıda edisyon arasından *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft, Antisemitismus, Imperialismus, totale Herrschaft*, (19. Edition Verlag Piper 2019) yılında yapılmıştır.

5 Original Almanca metinde "*Aporie der Menschenrechte*" ifadesi geçmektedir. Aporie çıkmaz, çelişkili, çözümsüz, sonuç alınamayacak olarak anlaşılmalıdır.

6 Hannann Arendt, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft, Antisemitismus, Imperialismus, totale Herrschaft*, (n.3) s. 25.

ve sadece sonuç olarak doğrudan doğruya insanlar arasında cereyan eden faaliyet olarak eylem ve de sadece bir insanın değil, çok sayıda insanın yeryüzünde yaşaması olgusu olarak eylem şeklinde analiz etmektedir. Arendt Aristoteles gibi eylemi ve konuşmayı bizi insan yapan unsurlar olarak görmektedir. “Eylemli olarak ve konuşarak insanların her biri, kim olduklarını ortaya koymaktadır, aktif olarak karakterlerinin, kişiliklerinin yeganeliğini göstermektedir ve böylece dünya sahnesine çıkmaktadır.”⁷ Bu eylemle kamusal siyasi bir alan ortaya çıkmaktadır.⁸ Bu kamusal alanın korunması ve eylemin olanaklı kılınması onurlu bir yaşam için vazgeçilemez. Çünkü “tiranın özelliği zalimliği değildir, asıl olan kamusal siyasi alanın yok edilmesidir”⁹ Arendt bu bağlamda haklara sahip olma hakkını gündeme getirir ve insanların bir ilişkiler sisteminde yaşadıklarını ve eylemleri ve düşünceleri nedeniyle değerlendirildiğini, bunu ancak bu hakkı kaybeden milyonlarca insanı ve dünyanın yeni küresel örgütlenmesinde bu hakkı tekrar kazanamamalarını gördükten sonra anladığımızı belirtir.

Arendt Arjantin’den İsrail gizli servisine kaçırılan, Nazi Döneminde milyonlarca Yahudinin öldürülmesinin mimarlarından Eichmann’ın İsrail’de yargılanmasını takip etmiştir ve bu gözlemlerinden “Adolf Eichmann Kudüs’te: Kötülüğün Sıradanlığı Üzerine” adlı eseri 1963’te ortaya çıkmıştır.¹⁰ Bu çalışma onu neredeyse tüm Yahudi örgütleriyle çatışmaya götürmüştür. Yahudi mahalli örgütlerinin Nazilerle işbirliğini korkusuz bir şekilde eleştirmesi bu çatışmayı daha da körüklemiştir.¹¹

Yine 1963’te yazdığı “Devrim Üzerine” başlıklı çalışması konumuz açısından özel bir önem arz etmektedir. Bu çalışmada Arendt 1791 tarihli Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesini (*Declaration des droits de L’homme e du citoyen*) ve 1776 tarihli Virjinya İnsan Hakları Bildirgesini (*Virginia Bill of Rights*) karşılaştırmaktadır. Arendt özellikle Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesinde yer alan her insanın doğal ve devredilmez haklarından bahsedilmesinde, insan haklarının çelişkili, çıkmaz (*aporie*) doğası sorununun açıkça kendini gösterdiğini belirtmektedir.¹²

IV. İNSAN HAKLARININ ÇIKMAZ ÖZELLİĞİ

Arendt insan hakları konusunda esas problemin insan hakları bildirgelerinde yattığını, bu bildirgelerin baştan beri uygulama şansı olmadığını belirterek eleştirmektedir. Bu bildirgelerin gerçekçi bir noktadan hareket etmediğini vurgulayan Arendt burada Fransız Bildirgesi’nin yayınlandığı devrim yıllarında, konuya eleştirel yaklaşan Edmund Burke’ün görüşlerine başvurmaktadır. Burke daha o zamanlar da insan haklarının tüm insanlar için talep edilmesine rağmen uygulamada sadece vatandaş hakları olarak kaldığını belirtmektedir. Bu şekilde ifade edilen “insan hakları” zaten

7 Hannah Arendt, *Vita Activa oder vom Leben*, (3. Edition Verlag Piper. 2005), 17, 213 (ingilizce *The Human Condition* başlıklı orijinalden yapılan Türkçe çevirisi *İnsanlık Durumu*, çev. Bahadır Sina Şener, İletişim 2008) .

8 ibid 219.

9 Ibid. 280.

10 Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem. Ein Bericht von der Banalität des Bösen*, (Rowohlt 1964); Türkçe tercümesi *Kötülüğün Sıradanlığı*, Özge Çelik, (4. baskı Metis 2014)

11 Hannah Arendt, ayrıntılı olarak Annette Vowinckel, *Grundwissen Philosophie: Hannah Arendt*, (Cornelsen 2006, 126 f.

12 Orijinal başlık *On Revolution* (Viking Press 1963); Almanca çeviri *Über die Revolution* (Piper 1963); türkçe *Devrim Üzerine*, çev. Onur Eylül Kara, (İletişim 2012).

hukuken bir arada bulunan mevcut toplum içerisinde yaşayan insanlar için geçerli olmaktadır, yani bu toplumun dışındaki insanlar için bir şey ifade etmemektedir. Burke bu bağlamda provakatif bir şekilde insan haklarının pratikte bir kişinin vatandaşı olduğu ülkenin hakları olduğunu, “bir İngiliz’in haklarından” bahsedilebileceğini, “insanların haklarının” çok soyut kaldığını söylüyor. Arendt’in bu eleştiriyi üstlendiğini söyleyebiliriz.¹³

Arendt açısından insanlara doğumları ile birlikte hak kazandıkları doğal haklardan bahsetmek saçmadır.¹⁴ Arendt’e göre doğuştan gelen bir haktan bahsedilecekse, tüm vatandaşlık haklarından, yani vatandaşlığa bağlı haklardan ilke olarak farklı bir hak olabilir. Fransız İnsan ve Vatandaş Haklarının kabulünden sonra, 1. Dünya Savaşı sonrası, devlet birliklerinin çöküşünden (örneğin Avusturya – Macaristan Birliğinin) sonra insan hakları gündeme geldi. İlk İnsan Hakları Bildirgesinden 150 yıl sonra insan haklarının önemi yüz binlerce vatansız ve mültecinin varlığıyla kendini net bir biçimde gösterdi. İşte bu insanlar savaş sonrası birdenbire hiçbir hakkı, hukuku olmayan, eski statülerine, kendi toplumlarına dönüşü mümkün olmayan veya diğer bir topluma kabulü olanaksız hale gelen insanlara dönüştü.

Arendt bu durumu insan haklarının sonu olarak görmekte ve bunun nedenini de milli devletlerin çöküşü olarak değerlendirmektedir. Çöküş olarak da ulusun milli devleti ele geçirmesini anlamaktadır.

Arendt’e göre milli devlet açısından bir trajedi ortaya çıkmaktadır. Bu trajedi nasıl ortaya çıkıyor? Bu çatışma nasıl ortaya çıkmaktadır? Devlet bir yandan milliyetine, vatandaşlığına bakmazsınız yabancı da dahil o ülkede yaşayan herkezi korumakla yükümlüdür, diğer yandan ulus bilinciyle yaşayan vatandaşı korumak yükümlülüğüyle hareket eden devletin bu yükümlülükler arasında çatışma çıkabilmektedir. Ulus esas olarak homojen bir yapı olarak düşünülmemekte, bu homojen yapıya ancak soy bağıyla, doğumla, yani soy sopl a ait olan dahil edilmektedir, devletin halk unsurunu ancak bu kişiler, daha açık bir ifadeyle tüm haklara sahip vatandaşlar oluşturmaktadır, yani ulusu oluşturanlar sadece homojen yapıyı oluşturan tam haklara sahipler olmaktadır. Böylece belli ölçülerde devlet yasa koyucu ve yasallığı koruyuculuktan çıkıp, ulusun homojen yapısını koruyucu bir hale gelmektedir ve bunun bir aracı haline dönüşmektedir. Millet yasanın yerine geçmektedir.¹⁵

Devletin ülke sınırları içinde herkesi koruyacağı yolundaki yazılı olmayan yasası millet lehine değişmektedir: Nazi döneminin ünlü ilkesi “*Hukuk, Alman ulusuna yarayandır*” idi. Arendt açısından bu ilke Yahudilerin vatandaşlıktan çıkarılmaları, bir anda hiçbir temel hakka sahip olmayan insanlar haline gelmelerinde kendini göstermektedir. “İnsan hakları” kavramı boş bir ifade olmaktan başka bir şey olamaz. İnsan hakları kavramı totaliter veya demokratik, mağdur veya mağduru mağdur eden, bunu izleyen açısından aynı şekilde sahte veya saçma sapan bir kavram haline gelmektedir. Arendt böyle bir gelişmenin olacağını Nazileri iktidara geldiği 1933 yılında görmüş ve Almanya’yı terk etmiştir.

13 Hannah Arendt, (n.4), s. 619.

14 ibid 607 f.

15 ibid. 488.

Böylece Arendt açısından Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesi'ne göre insan haklarını koruması beklenen milli devlet tuhaf bir biçimde insan haklarının tehlikeye düşmesine neden olmaktadır. Devlet bir yasayla bir insanı vatandaşlıktan çıkartabilmekte, hiçbir hakkı bulunmayan “var olmayan insanların ülkesine” (*Niemandsländ*) sürebilmektedir. Arendt buna örnek olarak 1944'de A.B.D'deki Yahudi mültecilerin durumunu göstermektedir. Arendt açısından mültecilerin durumunun belirsizliği onların davranışlarıyla değil, bunun yerine hukuki statüleri ile yakından ilgilidir. Bu durumun acısını da en çok onlar çekmektedir. Mülteciler A.B.D'ye geldikleri yer itibarıyla sınır dışı edilememektedir. Savaş döneminde bile geçerliliğini koruyan mütakabiliyet anlaşması olan milletler arasında bir konvansiyona tabidirler ve böylece korunmaktadırlar. Milli devletlerin sınırları dışında bulunmaktadır ve istisnai durumu oluşturmaktadır ve üstüne üstlük kabul edildikleri ülkenin yasal sistemini olağanüstülükleriyle tehlikeye sokmaktadır. Kabul eden devletler bu mültecileri ne yapacaklarını bilememektedir.¹⁶

Bu bağlamda Arendt Kant'ta gündeme gelen bu tür dışlamaları engelleyebilecek dünya devleti fikrinin işe yarayıp yaramadığını sorgulamaktadır.¹⁷ Arendt Kant gibi böyle bir dünya devletinin gerçekçi olmadığını düşünmektedir.

Totalitarizmin sonucu, devlet gücü sayesinde insan haklarının çıkmaz niteliği nedeniyle insan haklarını yok etmek için esas tehlikeyi de oluşturmaktadır.

Arendt açısından toplum sözleşmesini kurmak için doğal durumdan çıkış, insanların doğal eşitliği, doğuştan beraberinde getirdikleri doğal haklar gibi kuramlar, devletin insan haklarının garantörü olduğu iddiasının çürütülmesiyle anlamsız hale gelmiştir. Çünkü Arendt'e göre insanlar doğuştan eşit değil, eşitsizdir. Böylece İnsan Hakları Bildirgelerinde yer alan insanların doğuştan eşit oldukları talebi ikinci bir çıkmazdır. Eşitlik verili değildir, bizler eşit olarak insani eylemin ürünü olarak varız. Bir grubun üyeleri olarak eşit olmamız, bu grubun kendi kararına dayanarak eşit hakları garanti etmesine bağlıdır. Bu şekilde anlaşılan insan hakları sadece “vatandaş hakları” olur ve hukuka bağlı bir toplum içerisinde sadece kendi üyeleri için geçerli olur. Birisi bu topluluktan atıldığında, dışlandığında artık bu haklar geçerli değildir. Hakkında herhangi bir yasanın geçerli olmadığı birisi için yasa önünde eşitliği savunmak saçmalaktır. Bu nedenle gerçek bir insan hakkı daha farklı bir temele, daha sağlam temellere sahip olmalıdır. Arendt bu bağlamda kendi tezini inşa ederek, tek ve gerçek insan hakkını haklara sahip olma hakkı olarak temellendirmektedir.¹⁸ Bu hak herkesin hukuki olarak talep edilecek haklara sahip olma hakkı olarak anlaşılmalıdır. Bu bakımdan haklara sahip olma bir insanın bir toplumun üyesi olma hakkını içermekte, bu toplumda bu insan için diğer haklar da garanti altına alınabilmektedir. İşte bu toplumun üyeliğinde insan onuru kendini göstermektedir.

16 Ibid.489.

17 Kant'ın dünya devleti tezi için Immanuel Kant, *Ebedi Barış Üzerine Felsefi Bir Deneme*, çev. Celal Yeşilçayır, (Fol 2021); Arendt'in Kant üzerine çalışması: *Kant'ın Siyaset Felsefesi Üzerine Dersler*, çev. Devrim Sezer, İsmail İlgar (İletişim 2019).

18 Arendt uzmanlarından Stefan Rosenmüller bu tezin kökenlerini Immanuel Kant'ta, Gottlieb Fichte'nin *Grundriss des Völker-und Weltbürgerrechts* (§22) de bulunduğunu düşünmektedir (Stefanie Rosenmüller 'Hannah Arendt' in: *Menschenrechte, Ein interdisziplinäres Handbuch*, Eds. Arnd Pollmann/Georg Pollmann, (Metzler 2012), s. 79 (82) ; Arendt'in bu tezi için ayrıntılı bir makale dizisi *Vom Recht, Rechte zu haben*, eds. Stephanie DeGooyer/Alastair Hunt/Lida Maxwell/and Samuel Mayn (Hamburg Edition 2018, çev. Jürgen Bauer, Edith Nerke (ingilizce orijinali „The Right to Have Rights“))

Arendt her iki çıkmazdan bir çıkış yolu imasında bulunmaktadır. Bu yol için insan hakları konusunda radikal bir yenilik gereklidir. Arendt'in fikirlerinin çok benzerlerini 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 6. maddesinde „ herkes her nerede olursa olsun hukuki kişiliğinin tanınması hakkına sahiptir“ ve 15. maddenin 1. fıkrasında “her bireyin uyrukluk hakkı vardır“ hükümlerinde görmekteyiz.¹⁹

V. İNSAN ONURU VE İNSAN HAKLARI

Günümüz hukuk felsefesi ve insan hakları felsefesindeki tartışmalarında insan onuru kavramı merkezi bir önemdedir, birçok hukuk sistemi, insan onuruna kurucu bir özellik atfetmektedir.²⁰ İnsan onurunun kavramlaştırılmasında birçok felsefeci Arendt'in haklara sahip olma hakkı konseptinden bir insan onuru kavramı oluşturmakta, bazıları çeşitli versiyonlarda bunu geliştirmektedir.²¹

Thiele bu bağlamda bir çok siyaset felsefecisinin, 20. yüzyılda nasyonal sosyalizmin, Stalinizmin ve diğer totaliter sistemlerin ağır insan hakları ihlallerinin o döneme kadar (1945'ler) var olan ahlaki konseptlerin (örneğin insan haklarının) pratikte pek bir işe yaramadığını bize gösterdiğini belirtmektedir. Devletler hukukunda bu nedenle 1945 sonrası yeni bir konseptte ihtiyaç olduğu sonucuna varıldı. Diğer konular yanında gelecekte, büyük kitlelerin hiçbir hakkı olmaksızın, tamamen korumasız olarak güçlülerin karşısında oyuncak olmalarını önlemek görevi ortaya çıkmıştı, bu büyük kitleler içinde başta geçmişte Avrupada yaşayan Yahudiler gelmekteydi. Bu düşünceler, tartışmalar temelinde Hannah Arendt yukarıda da açıklandığı gibi her insanın dininden, milliyetinden bağımsız olarak korunması gerektiği teziyle, haklara sahip olma hakkı konseptini ortaya atmıştı. Haklara hak tezi tüm insanların aynı ahlaki toplumun üyeleri olduğu, bu topluma ait olduğu tezine dayanmaktadır ve bu nedenle herkes insan onuruna hak kazanır. Thiele ve birçok felsefeci Arendt açısından insan onurunun barbarlığın yaşattığı tarihi tecrübelerle bir cevap olduğunu düşündüğünü belirtmektedir. Bu konseptte göre insan onuru insanın biyolojik doğasında veya toplumsal konumunda verili bir özellik değildir. İnsan onuru tarihi olaylar sonucu motiflere dayanan ve siyasi olarak istenen, taşıyıcısına koruma sağlayan bir konsepttir. Bu konseptin özelliği, tarihte ilk defa insan onurunun hukuken garantiler bahşedici bir güçle donatılmış olmasıdır.²²

İnsan onuru kavramının Arendt'in kuramındaki yeri için Totalitarizmin Kaynakları başlıklı temel eserinden uzun bir alıntı gerekli olmaktadır:

19 Bu yoldaki bir yorum için Christoph Menke/Arnd Pollmann, *Philosophie der Menschenrechte zur Einführung*, (Junius 2007) s. 23.

20 Alman Anayasasının 1. maddesi “İnsan onuruna dokunulamaz. Tüm devlet erki insan onuruna saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür” Avrupa Birliği Anayasa taslağı aynı şekildedir.

21 Bu tartışmaların bir kısmı için Felix Thiele, „Grundlagen der Menschenwürde-Diskussion, Einleitung in Teil A“, in: Menschenwürde und Medizin, Eds. J. C Joerden, E. Hilgendorf and F. Thiele (Duncker& Humblot) 2013) s. 13 (23); Georg Lohmann, „Menschenwürde als „Basis“ von Menschenrechten“, in: *Menschenwürde und Medizin*, (Eds. J.C Joerden, E. Hilgendorf, F. Thiele, (Ducker& Humblot 2013), s. 179 (182 f.).

22 Thiele, ibid 24.

“Giderek, haklara sahip olmak diye bir hakkın (ve bu kişinin, eylemlerine ve görüşlerine göre yargılandığı bir çerçevede yaşaması anlamına gelmektedir) ve bir tür örgütlü topluluğun üyesi olmak gibi bir hakkın varlığının, ancak yeni bir küresel siyasi durum nedeniyle bu hakları yitirmiş ve yeniden kazanması da olanaksız milyonlarca insan ortaya çıktığında farkına vardık. Sorun şuradadır: Bu felâket bir uygarlık yokluğundan, geri kalmışlıktan ya da sırf tiranlıktan dolayı ortaya çıkmış değildir, tersine onarılması olanaksız, çünkü istesek de istemekse de gerçek anlamda tek bir Dünya’da yaşamaya başladık, yeryüzünde artık ‘uygar olmayan’ tek bir nokta bile kalmadı. Yurdun/evin ve siyasi statünün yitirilmesi, ancak tam örgütlü bir insanlık eliyle, beşeriyetten tamamen çıkartılmakla özdeş hale gelebilirdi.

Buradan da anlaşılmaktadır ki, insan, insan olarak temel niteliğini, **insanlık onurunu**²³ yitirmeden de İnsan Hakları denen hakları yitirebilir. Sadece siyasi topluluğu yitirmek, insanı beşeriyetin dışına sürer.

Bu kayıba karşılık gelen ve hiçbir zaman insan hakları arasında adı dahi anılmamış hakkın, 18. yüzyılın kategorileri içerisinde dile getirilmesi olanaksızdır; çünkü bu kategoriler, hakların doğrudan insanın ‘doğasından doğduğunu’ varsaymaktadırlar; o yüzden bu doğanın, doğa yasalarına göre mi yoksa Tanrı’nın görüntüsü olarak yaratılmış bir varlığa göre mi tahayyül edildiği, ‘doğal’ haklarla mı yoksa tanrısal buyruklarla mı ilgili olduğu hemen hiçbir fark yaratmaz. **Belirleyici etken şudur: Bu haklar ve onların kazandırdığı insan onuru**²⁴, dünyada tek bir insan bile kalsa geçerli ve gerçek olarak kalmaya devam etmelidir; beşeri çoğulluktan bağımsızdırlar ve bir insan beşeri topluluğun dışına atıldığında da geçerliliklerini sürdürmeleri gerekir.

İnsan hakları ilk kez ilan edildiğinde, tarihten ve tarihin toplumun belli tabakalarına tanıdığı ayrıcalıklardan bağımsız oldukları kabul edilmişti. Bu yeni bağımsızlık, yeni keşfedilmiş olan **insan onurunu**²⁵ oluşturmıştı. **Bu yeni onurun**²⁶, başından beri oldukça belirsiz bir doğası vardı.”²⁷

Lohmann bu bağlamda Arendt açısından “hak” kavramının şu şekilde analizini yapmaktadır: Hak sözcüğü Arendt açısından iki anlama gelmektedir, hakkın birinci anlamı haklara sahip olma hakkıdır, ikinci anlamı hukuki, dava edilebilen, yargı konusu yapılan, talep edilebilen insan ve vatandaş haklarıdır. Burada Arendt’in hak kavramı tam bir açıklığa kavuşmamıştır. Lohmann Arendt’de bu hakkın tam anlamıyla bir insan hakkı olarak anlaşılmasının fasit bir daire olacağını belirtmektedir. Arendt’in anladığı biçimiyle bu hak sadece ahlaki ödev olarak temellendirildiğinde daha da zayıf bir nitelik taşıyacaktır.²⁸ Ahlaki ödevlerden otomatik olarak, doğrudan doğruya haklar da doğmaz.

23 Bold tarafımdan yapılmıştır.

24 Bold tarafımdan yapılmıştır.

25 Bold tarafımdan yapılmıştır.

26 Bold tarafımdan yapılmıştır.

27 Hannah Arendt, Totalitarizmin Kaynakları, cilt 2, Emperyalizm, çev. Bahadır Sina Şener, (4. Baskı, İletişim 2014, s. 305, 306

28 Gosepath’in eleştirisi Stefan Gosepath, Hannah Arendts Kritik der Menschenrechte und ihr ‚Recht, Rechte zu haben‘ in: Ed. Heinrich – Böll-Stiftung: *Hannah Arendt. Verborgene Tradition-Unzeitgemäße Aktualität?* (=DYPH, Sonderband 16) s. 279 f.

Arendt de bu nedenle olsa gerek, bu hakkın insan hakları düzeyine çıkartılan bir hak olması konusunda ısrar etmiş olmalıdır, ama ahlaki ödevden bunun çıkarılmayacağını düşünebildiğine göre insan haklarının çıkmazı (*Aporie der Menschenrechte*) sonucuna varması kaçınılmaz olmaktadır.

Arendt'in insan hakları kuramını açmazları nedeniyle reddeden felsefecileri, ismen zikretmek gerekirse, başta Brunkhorst²⁹, Menke³⁰ ve en etraflıca da eleştiren olarak Gosepath³¹ saymak gerekir.

Lohmann Arendt'in betimlediği, insanların toplama kamplarında katledilmesinde, yerlerinden yurtlarından edilmesinde, herkesin üzerinde tasarruf edebileceği sahipsiz hayvanlar gibi bir konuma düşmesinde önemli, temel nitelikli bir hakkın kaybolmuş olması gerektiğini düşünmektedir³² ve bu hak tüm bu kaybolan haklara tekabül eden bir hak olmaktadır, bu hak hiçbir şekilde insan hakları bağlamında ifade edilmemiş, 18.yüzyıl kategorileri içerisinde düşünölmeyecek bir hak niteliğindedir.³³ Bu hak ne doğal hukuk bağlamında doğadan, ne akli hukuk bağlamından akıldan, ne de dinsel inanç bağlamından Tanrı'nın sureti olan yaratıktan türetilebilecek bir haktır. Bu bağlamda Arendt bu "hakkın" yerine ikâme edilebilecek yeni bir kavram ortaya atmaktadır. Bu kavram insan onurudur. Bu kavram Arendt'in hak kavramının anlaşılmasına son derece uygundur. Arendt'in açıklamaları da bu yorumu haklı çıkartmaktadır. Arendt insan onurundan bahsettiği yerde daha önce de alıntıldığım şu ifadeleri kullanmaktadır: "**Belirleyici etken şudur**"³⁴: Bu haklar ve onların kazandırdığı **insanlık onuru**, tek bir insan bile kalsa geçerli ve gerçek olarak kalmaya devam etmelidir; beşeri çoğulluktan bağımsızdırlar ve bir insan, beşeri topluluğun dışına atıldığında da geçerliliklerini sürdürmeleri gerekir."³⁵ Lohmann Arendt'te insan haklarının insan onuru ile bağının bulanık olduğunu haklı olarak belirtmektedir.³⁶ Gerçekten de Arendt şunları söylerken belirsizlikten bahsetmektedir: "Bu yeni bağımsızlık, yeni keşfedilmiş olan insan onurunu oluşturmuştu. Bu yeni onurun, başından beri oldukça belirsiz bir doğası vardı." Lohmann Arendt'in insan onuru kavramıyla insan hakları ilişkisini bu bağlamda tam olarak anlayamadığını belirtmektedir. Gerçekten de yeni olan kavram insan onuru değildir, 1945 öncesi insan onuru kavramı, insan haklarının taşıyıcısı ile ilişkilendirilmemektedir, insan haklarının insan onuruyla bağı açıkça ortaya konmadan, net bir biçimde böyle bir temellendirme yapılmaksızın ele alınıyordu. Lohmann 1945 sonrası insan onuruna hakları garanti altına alan bir nitelik tanınması konseptini önermektedir. Lohmann'a göre 1945 sonrası Arendt'in yukarıda alıntısını yaptığımız "yeni keşfedilmiş insan onuru" haklara sahip olma hakkı olarak bizatihi subjektif bir hak olmamakta, bunun yerine insan onuru münferit bireyin insan haklarının taşıyıcısı olarak kabul görmesini güvence altına almaktadır. Lohmann'ın insan onuru konseptini son tahlilde Arendt'in haklara sahip olma hakkını insan onurunun içeriği olarak yorumlayarak, buradan da insan onurunu/haklara hak sahibi olmayı hukuki olarak koruma

29 Hauke Brunkhorst, *Hannah Arendt*, (C.H. Beck 1999), 93 f..

30 Christoph Menke, "The" Aprioras of Human Right" and the" One Human Dignity": Regarding the Coherence of Social Research 74, *An Internationally Quarterly* (3), 200, s.739 (740 f.) Lohmann'ın adı geçen makalesine atfen s.183.

31 Gosepath, *ibid*.

32 Lohmann, (n.20)s. 183

33 Arendt, (n.4) s. 616

34 Tarafımdan bold ve italik yapılmaktadır.

35 Arendt (n.26)s. 306; Almanca aslı (n.4) s. 616.

36 Lohmann, (n.20) s.184.

altına alarak güvenceye alma olarak açıklayabiliriz. Bu konsept kanaatimce de oldukça ikna edici görünmekte, insan onurunu metafizik temellerden uzaklaştırarak, daha belirgin, somut bir içeriğe kavuşturmaktadır.

Arendt'in haklara sahip olma hakkı konseptini sağlığında, ama yoğun olarak ölümünden sonra yoğun olarak tartışıldı. Haklara sahip olma konsepti hiç şüphesiz Arendt'in siyaset kuramındaki en tanınmış ve en çok yorumlanan, tartışılan konseptir.³⁷ Günümüzün tüm önemli düşünürleri Arendt'in modern insan hakları tezlerine ilişkin eleştirilerine yönelik bir pozisyon almışlardır, bazıları benimserken, bazıları tezi eleştirmişlerdir. Bu konu başlı başına ayrı bir makalenin konusunu oluşturacağı için bu isimlerden burada sadece birkaçını, Giorgio Agamben³⁸, Etienne Balibar³⁹, Seyla Benhabib⁴⁰, Jürgen Habermas⁴¹, Rahel Jaeggi⁴², Claude Lefort⁴³, John Rawls⁴⁴u ismen zikretmekle yetineceğiz.

VI. GÜNÜMÜZDE HANNAH ARENDT'İN HAKLARA HAK KURAMININ ÖNEMİ

Günümüzde yeryüzünde yerlerinden yurtlarından olmuş, çeşitli nedenlerle ülkesini terketmiş 70 milyona insana yakın insan bulunmaktadır. Ülkemizde bu durumda kesin rakamlar olmamakla beraber yaklaşık 8 milyon düzensiz göçmen bulunmaktadır. Arendt tezini bir ölçüde kendi biyografisi çerçevesinde oluşturmuştur. Bir yandan vatansız, hiçbir yurttaşlığı olmayan insanların sıkıntıları, diğer yandan o dönemde hiçbir hak statüsü içinde göremediğimiz insanların, öldürülen, her türlü keyfi muameleye tutulan insanların gelecekte aynı duruma düşmemeleri için ne yapılabilir düşüncesi Arendt'in konseptinde rol oynamaktadır.⁴⁵ Küreselleşen dünyada, güney-kuzey ikileminde güneyin gittikçe fakirleştiği, neo-liberal siyasetlerin yoksul ülkeleri daha da yoksullaştırdığı, tek kutuplu bir dünya için vekâlet savaşlarının yaygınlaştığı bir dünyada düzensiz göçmen hareketlerinin devam etmesi kaçınılmaz görünmektedir. Bu bağlamda 1990'larda adeta bir rönesans yaşayan Arendt'in 21. yüzyılda da önemini kaybetmeyeceğini söyleyebiliriz.

Yukarıda açıklanan görüşlerin özeti olarak da Arendt'in insan haklarının temellendirilmesinde ahlaki temel yerine, siyasi bir temel inşa etmek istediğini, bu temelinde uluslararası topluma

37 Peg Birmingham, 'Rezeptionsdiskurse, Menschenrechte' in: *Arendt Handbuch*, Eds. Wolfgang Heuer/Bern Heiter and Stefanie Rosenmüller (Metzler 2011), s. 374-377..

38 Giorgio Agamben, *Homo sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben*, (Suhrkamp 2002)

39 Etienne Balibar, *Sind wir Bürger Europas? Politische Integration, soziale Ausgrenzung und die Zukunft der Nationalen*, (Hamburger Edition 2003).

40 Seyla Benhabib, *The Reluctant Modernism of Hannah Arendt*, (Thousand Oaks 1996); *Die Rechte der Anderen, Migranten, Bürger*, (Suhrkamp 2008).

41 Jürgen Habermas, 'Über den inneren Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie' in: *Die Einbeziehung des Anderen*, (Suhrkamp 1996), s. 293-305.

42 Rahel Jaeggi, 'Die im Dunklen sieht man nicht: Hannah Arendts Theorie der Politisierung' in: *Hannah Arendt: – Unzeitgemäße Aktualität?* Ed. Heinrich – Böll-Stiftung (Heinrich – Böll-Stiftung 2007)s. 241-250.

43 Claude Lefort, *Verborgene Tradition Democracy and Political Theory*, (University of Minnesota Press 1984)

44 John Rawls, *Das Recht der Völker*, (DeGruyter 2002).

45 Arendt'in iltica hakkı ve insan hakkı konusunda Federal Almanya İdare Mahkemesi Başkanı Prof. Dr. Dr. h.c Klaus Renner'in tebliği Klaus Rennert, *Hannah Arendt, Asylrecht und Menschenwürde*, (Nomos 2017).

dayandırılabilceği söylenebilir. Uluslararası toplumun hazırladığı insan hakları bildirgelerinin insan haklarını koruyabileceği, hayata geçirilmesi bağlamında aktif bir rol oynayacağına bizzat Arendt şüpheyli yaklaşmaktadır. Biz de bu şüpheyi paylaşmaktayız.

Yukarıda Arendt'in tezinde, haklara hak konseptinde insan onuru vurgusunun bulunmadığını, Arendt'in kendisinin haklara "hak sahibi olma" konseptinde bu "hak" ile insan onuru arasında doğrudan bir bağ kurmadığını belirtmiştik. Lohmann'ın haklara hak konseptiyle insan onuru arasında bağ kurması ve bu "hakkın" aslında insan onurundan çok farklı bir şey olamayacağını ifade etmesi, bu yöndeki Arendt çalışmaları için değerli bir başlangıç noktası olacaktır.

Ayrıca bir siyaset felsefecisi olarak Arendt'in haklara hak tezinin siyasi kuramlara verimlilik sağlarken, hukuk kuramı açısından aynı verimliliği gösteremeyeceğini söyleyebiliriz.

KAYNAKLAR

- Agamben G., *Homo sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben*, (Suhrkamp 2002).
- Arendt H., *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft, Antisemitismus, Imperialismus, totale Herrschaft*, (19. Edition Verlag Piper 2019).
- Arendt H., *Totalitarizmin Kaynakları, cilt 2, Emperyalizm*, çev. Bahadır Sina Şener, (4. Baskı, İletişim 2018).
- Arendt H., *Eichmann in Jerusalem. Ein Bericht von der Banalität des Bösen*, (Rowohlt 1964); *Kötülüğün Sıradanlığı*, Türkçesi Özge Çelik, (4. baskı Metis 2014).
- Arendt H., *Vita Activa oder vom Leben*, (3th. Edition Verlag Piper 2005); (ingilizce The Human Condition başlıklı orijinalden yapılan Türkçe çevirisi İnsanlık Durumu, çev. Bahadır Sina Şener, Metis 2008) .
- Arendt H., *On Revolution* (Viking Press 1963): Almanca çeviri Über die Revolution (Piper 1963); türkçe *Devrim Üzerine*, çev. Onur Eylül Kara, (İletişim 2012).
- Arendt H. *Kant'ın Siyaset Felsefesi Üzerine Dersler*, çev. Devrim Sezer, İsmail Ilgar, (İletişim 2019).
- Balibar, E., *Sind wir Bürger Europas? Politische Integration, soziale Ausgrenzung und die Zukunft der Nationalen*, (Hamburger Edition 2003).
- Benhabib, S., *The Reluctant Modernism of Hannah Arendt*, (Thousand Oaks 1996); *Die Rechte der Anderen, Migranten, Bürger*, (Suhrkamp 2008).
- Birmingham, P., 'Rezeptionsdiskurse', *Menschenrechte in: Arendt Handbuch*, Eds. Wolfgang Heuer/Bern Heiter and Stefanie Rosenmüller (Metzler Stuttgart,) s. 374-377.
- Brunkhorst, H., *Hannah Arendt*, (C.H. Beck 1999).
- DeGooyer S., Hunt A., Maxwell L. and Mayn S. , *Vom Recht, Rechte zu haben*, (Hamburger Edition 2018) (kitabın ingilizce orijinali „The Right to Have Rights“)
- Gaus, G., 'Was bleibt? Es bleibt die Muttersprache' in: Ed. Albert Reif, *Gespräche mit Hannah Arendt*, (DTV-Verlag 1976), s. 9-34
- Gosepath, S., 'Hannah Arendts Kritik der Menschenrechte und ihr ‚Recht, Rechte zu haben‘ in: Ed. Heinrich – Böll-Stiftung: *Hannah Arendt. Verborgene Tradition-Unzeitgemäße Aktualität?* (Heinrich – Böll Stiftung 2007) s. 279-288
- Habermas J., 'Über den inneren Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie' in: *Die Einbeziehung des Anderen*, (Suhrkamp 1996) s. 293-305.

- Jaeggi R., ‚Die im Dunklen sieht man nicht: Hannah Arendts Theorie der Politisierung‘ in: Ed. Heinrich –Böll-Stiftung *Hannah Arendt: Verborgene Tradition – Unzeitgemäße Aktualität?* (Heinrich – Böll Stiftung 2007) s. 241-250
- Lefort, C. *Democracy and Political Theory*, (University of Minnesota Press 1984)
- Lohmann, G., ‚Menschenwürde als „Basis“ von Menschenrechten,‘ in: Eds. J. C Joerden, E. Hilgendorf and F. Thiele, *Menschenwürde und Medizin*, (Dunker & Humblot 2013) s. 179-194.
- Menke, C., Pollmann, A., *Philosophie der Menschenrechte zur Einführung*, (Junius 2007)
- Menke C., ‚The“ Aprioras of Human Right” and the” One Human Dignity’: Regarding the Coherence of Social Research 74 An Internationally Quarterly (3), 200, s. 739-762
- Rawls J., *Das Recht der Völker*, (DeGruyter 2002).
- Rennert, K., *Hannah Arendt, Asylrecht, Menschenwürde*, (Nomos 2017).
- Rosenmüller, S., ‚Hannah Arendt‘ in: Eds. A. Pollmann, G. Lohmann, *Menschenrechte, Ein interdisziplinäres Handbuch* (Metzler 2012) s. 79-83.
- Straßenberger, G., *Hannah Arendt zur Einführung* (Junius 2015).
- Young-Bruehl, E., *Hannah Arendt, Leben-Werk und Zeit*, (Fischer Taschenbuchverlag 1986); Türkçe çevirisi Hannah Arendt-Dünya Aşkıyla, çev. Ali Selman, (İstanbul 2012).
- Young-Bruehl, E., *Leben* in: Eds. Wolfgang Heuer, Bernd Heuer, Bern Heiter, and Stefani Rosenmüller *Arendt Handbuch*, (J.B Metzler 2011).
- Thiele, Felix, Grundlagen der Menschenwürde-Diskussion, Einleitung in Teil A, in: J.C Joerden, E. Hilgendorf and F. Thiele, *Menschenwürde und Medizin*, (Dunkcer & Humblot 2013) s.13-34.
- Vowinckel A., *Grundwissen Philosophie: Hannah Arendt*, (Cornelsen 2006).
- Wild, T., *Hannah Arendt. Leben, Werk, Wirkung*. (Suhrkamp 2006).

Uluslararası Teamül Hukuku Kurallarının Varlığının ve Değişiminin Tespiti

Determining the Existence and the Change of the Rules of Customary International Law

Hakkı Hakan Erkiner* , Aybüke Tezel** 

ÖZ

Uluslararası teamül hukuku kurallarının nasıl tespit edileceği, uluslararası teamül hukukunun en karmaşık konularından biridir. Uluslararası teamül hukuku kurallarının yazısız hukuk kuralları olması, bu kuralların varlığının ve zaman içerisinde geçirdikleri değişimin tespitini önemli hâle getirmektedir. Ancak, uluslararası teamül hukuku kurallarının maksatlı bir kanun yapma sürecinin ürünü olmaması ve kendiliğinden gelişmesi bu kuralların tespitini zorlaştırmaktadır. Mevcut hukuk kurallarını araştıran uluslararası mahkeme kararları ve bu kararlara doktrinde yöneltilen eleştiriler, somut vakaları ele almaları sebebiyle, meselenin aydınlatılmasına önemli katkılar sunmaktadır. Uluslararası mahkeme kararları ve doktrin incelendiğinde, devletlerin uluslararası nitelikteki eylem ve işlemlerinin, iç hukuk işlemlerinin, uluslararası örgütlerin kararlarının, uluslararası andlaşmaların uluslararası teamül hukuku kurallarının tespitinde doğrudan başvurulabilecek araçlar olduğu, uluslararası mahkeme kararlarının ise söz konusu kuralların saptanmasında dolaylı bir rolü olduğu sonucuna varılmıştır. Metodoloji yönünden yapılan değerlendirme neticesinde ise, uluslararası teamül hukuku kurallarının, yalnızca tümevarım metodu ile değil, tümdengelim metodu kullanılarak da tespit edilebileceği düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası teamül hukuku, Uluslararası örf ve âdet hukuku, Teamül, Örf ve âdet, Yapılageliş kuralları.

ABSTRACT

Determining the rules of customary international law is one of the most controversial issues of public international law. The fact that the rules of customary international law are unwritten rules of law makes determination of the existence of these rules and the changes they have undergone over time important. The spontaneous and unwritten nature of these rules presents difficulty in determining their existence and the changes they have undergone over time. International courts' judgments ascertaining the rules of customary international law and the criticisms directed at these judgments in the doctrine contribute significantly to clarifying the issue, since they deal with concrete cases. When examining doctrine and international courts' judgments, it has been concluded that international acts of the governments, domestic legal act, resolutions of international organizations, and multilateral agreements can be used in determining such rules. As a result of the evaluation made in terms of methodology, it is thought that the rules of customary international law can be determined not only by the inductive method, but also by using the deductive method.

Keywords: Customary international law, rules of customary international law, custom, customary rules.

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-0779-6414.

** Yüksek Lisans, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, ORCID: 0000-0003-1060-2964.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Hakkı Hakan Erkiner

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

Geliş Tarihi/Received: 01.09.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 23.11.2022

GİRİŞ

Egemenlerin, çeşitli sebeplerle sık sık temas etmesi neticesinde devletler arası ilişkileri düzenleyen kurallar meydana gelmiştir. Devletlerin uygulamalarından s z len bu kurallar, teamüli kuralları yaratmış ve uluslararası normatif sistemin başlangıcını teşkil etmiřtir¹. Uluslararası hukukun aslı kaynaklarından biri olan uluslararası teamül hukuku (UTH) kuralları, Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Statüsü'n n 38. maddesinde “*hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası teamül*” şeklinde düzenlenmiştir.

Literatürde bu hukuk kurallarını ifâde etmek için teamül, örf ve âdet, yalnızca âdet, yapılageliş kuralları olmak üzere çeşitli kavramlar kullanılmaktadır. Teamül kavramı sözlükte “*bir yerde öteden beri yapılagelmekte olan, âdet ve kanun hâline gelmiş olan mu mele*”² olarak açıklanmaktadır. Tanımda yer alan kanun tabiri, ‘toplumda, uyulması konusunda kanun gücünde etkiye sahip kuralları’ ifâde etmektedir. Ancak bu kurallara uymamanın hukukî bir yaptırımını bulunmamaktadır. Dolayısıyla, teamül kavramı, hukuken bağlayıcılığı olmadığı hâlde, uyulması gerektiği konusunda g   bir ortak kanaatin olduğu kuralları da kapsamaktadır. Bu itibarla, ‘teamül’ ifâdesi, yalnız başına kullanıldığında, team llerden kaynaklanan ve hukuken bağlayıcı nitelikte olan uluslararası hukuk kurallarını, hukuken bağlayıcı olmayan uluslararası nezâket kurallarından ayırmakta yetersiz kalmaktadır. Bu sebeple, söz konusu ayrımın tereddüde yer veremeyecek şekilde ortaya konulabilmesi ve bir kavram kargaşası oluşmasına imkân verilmemesi için, çalışmamızda hukuken bağlayıcılığı olan uluslararası teamül kurallarını tanımlamak için “uluslararası teamül hukuku (UTH) kuralı” if desinin kullanılmasının daha yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Uluslararası teamül hukuku, uluslararası hukukun aslı kaynaklarından biri olmasına ve uluslararası antlaşmalar ile beraber ya da antlaşmaların bulunmadığı alanlarda kendi başına devletler arası ilişkileri düzenleyerek, uluslararası hukuk düzenini sağlama noktasında önemli bir yer tutmaktadır³. Buna karşın, bu tür kuralların nasıl tespit edileceği hususundaki belirsizlikten dolayı, uluslararası hukukun en tartışmalı konularından biridir. Son yıllarda pek çok yazar bu konu üzerinde eğilmiş, çeşitli teoriler ortaya atılmış ve Uluslararası Adalet Divanı kararları bu çerçevede analiz edilmiştir. Ancak, konu üzerindeki belirsizlikler hâlâ devam etmektedir. Bu belirsizliklerin giderilmesi için yapılan çalışmalara katkı sunabilmek amacıyla, makalemizde *UTH kurallarının varlığı ve değişimi hangi araç ve yöntemler ile tespit edilebilir* sorusunun cevabı aranacaktır.

Bu bağlamda, ilk bölümde UTH kurallarının nasıl oluştuğu, bu kuralların bağlayıcılığına ilişkin görüşler ve kurucu unsurlar anlatılarak açıklanacaktır. İkinci bölümde, kuralları tespit ederken başvurulabilecek araçlar irdelenecektir. Aynı zamanda, mevcut bir kuralın kapsamında ve içeriğinde

1 Hakkı Hakan Erkiner, ‘Grotius  ncesinde İlk Modern Uluslararası Hukuk Düşüncesinin Oluştuğu Tarihsel Koşullar ve Erken Klâsik Dönemdeki  ğreti’ (2012) 18(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 51, 83; ayrıca bkz. Hakkı Hakan Erkiner, ‘Uluslararası Hukukta Uluslararası Topluluk Kavramının Başlıca Görünümleri’ (2010) 16(1-2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 77.

2 <<http://lugatim.com/s/team%C3%BCI>> (Erişim 16.07.2022).

3 Bkz. Saadet Kök Değerli, ‘Uluslararası Teamül Hukuku Kurallarının Gelişiminde Uluslararası Yargı Kararlarının Rolü’ (Doktora Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt  niversitesi 2020), 95-96.

gerçekleşen değişimlerin nasıl tespit edilebileceği araştırılacaktır. Son bölümde ise, tespit aşamasında kullanılabilecek yöntemler ve kurucu unsurların nasıl araştırılacağı mütâlaa edilecektir.

I. ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKU KURALLARININ OLUŞUMU

A. ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKUNUN TEMELİ

Uluslararası teamül hukuku kurallarının temeline ilişkin tartışmalar, kuralların nasıl bağlayıcılık kazandığı hususu üzerinde yapılmaktadır. Bu tartışmalar, temelde irâdecî ve objektivist görüşler etrafında toplanmaktadır⁴.

İrâdecî görüş, uluslararası teamül hukukunu öznelere zımî rızasına dayandırmaktadır. Grotius, devletler arası ilişkilerde, devletlere üstün bir otorite ve irâde bulunmadığı için uluslararası hukukun kaynağını devletlerin müşterek rızasına dayandırmıştır⁵. Wolfke, eşit olmaları nedeniyle, devletlerin yalnızca kendi egemen irâdeleriyle bağlanabileceklerini belirtmiştir. Bununla birlikte, bağlayıcı gücü sözleşmesel kurallarla aynı olan UTH kurallarının, devletlerin mefruz rızaları olmaksızın bağlayıcılık kazanacağını kabul etmenin, uluslararası hukukun güvenilirliğine zarar vereceğini ifâde etmiştir⁶.

Objektivist yaklaşım uluslararası hukukun dayanağının her türlü irâdenin dışında olduğunu kabul etmektedir⁷. Bu görüşün savunucuları, UTH kurallarının kaynağını mantıksal veya sosyal bir zorunluluktan doğan sosyal olgulara dayandırmaktadır⁸. Kelly, UTH kurallarını “toplumun normatif açıdan gerekli olarak algıladığı sosyal olgular” olarak tanımlamıştır⁹.

Öktem, bu iki yaklaşımın, birbirini tamamlayıcı nitelikte olduğunu dile getirmiştir. Devletlerin irâdesi hem kuralın ortaya çıkması hem de içeriğinin şekillenmesi açısından önem arz etmektedir. Öte yandan, devletlerin irâdesinin kuralların oluşumunda yok sayılması, devletlerin egemen eşitliği ilkesi ve ısrarlı muhâlefet kavramı ile de çelişmektedir. Sonuç olarak, UTH kuralları, uluslararası hukuk öznelere uluslararası toplumun ihtiyaçlarını karşılamak için ortaya çıkan davranış biçimlerinin hukuk kuralına dönüşmesi yönünde irâde göstermesi ile oluşur¹⁰.

B. ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKU KURALLARININ KURUCU UNSURLARI

Uluslararası teamül hukuku kuralları, genel uygulamadan hâsıl olan *maddî unsur* ve devletlerin kanaatini ifâde eden *manevî unsurdan* oluşmaktadır. UTH kurallarının oluşması için iki kurucu

4 Emre Öktem, *Uluslararası Teamül Hukuku* (Beta 2013) 22-23.

5 Hakkı Hakan Erkiner, ‘Uluslararası Hukuk Düşüncesinde Klâsik Öğretinin Kuruluşu: Hugo Grotius ve Postgrotien Yazarlar Samuel Von Pufendorf, Richard Zouche, Cornelius Van Bynkershoek ve Samuel Rachele İlişkin İnceleme ve Değerlendirme’ (2012) 18(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 3, 69.

6 Karol Wolfke, *Custom in Present International Law*, (Travaux de la Société des Sciences et des Lettres de Wrocław 1964) 157-158.

7 Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap* (15. Bası, Turhan 2021) 14.

8 Öktem (n 4) 36.

9 J. Patrick Kelly, ‘The Twilight of Customary International Law’ (2000) 40(2) Virginia Journal of International Law 449, 477.

10 Öktem (n 4) 45-46.

unsurun varlığının gerekliliği, öğretide iki unsur doktrini olarak adlandırılmaktadır. Bu teoriye göre, devletlerin genel, istikrarlı ve yeknesak uygulamaları uluslararası teamül hukuku kurallarının maddî unsurunu, diğer bir ifâdeyle genel uygulamayı oluştururken, “*bu uygulamanın bir hukuk kuralı uyarınca – kuralın niteliğine göre – zorunlu, yasak ya da caiz olduğu yönünde devletlerin kanaati*”¹¹ manevî unsuru, y ni *opinio juris*’i teşkil etmektedir.

Doktrinde iki unsur yaklaşımını reddeden görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar, manevî unsuru UTH kurallarının tek kurucu unsur olarak kabul etmektedir ve devlet uygulamalarının yalnızca *opinio juris*’in kanıtı niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşü göre, şayet *opinio juris* açıkça tespit edilebiliyorsa, maddî unsurun önemi kalmamaktadır¹². Ancak kurucu unsurlar, bunların birbirinin saptırıcı etkisini sınırlandırmaktadır. Manevî unsurun varlığı, maddî unsur temelinde araştırma yapılarak saptanırken, hangi devlet uygulamalarının UTH kuralı yaratmaya muktedir olduğunu tespit edebilmek için manevî unsura başvurulur. Dolayısıyla, bunların birbirinden bağımsız olduğu kabul edilemez, biri diğerine tercih edilemez. Her iki unsur da birbirini tamamlayıcı niteliktedir¹³.

Uluslararası Adalet Divanı da UTH kurallarının varlığını araştırırken iki unsur temelinde inceleme yapmıştır. Bu bağlamda en çok atıf yapılan kararlardan biri *Kuzey Denizi Kıta Sahanlıkları* kararlarıdır. Divan anılan kararda, devlet uygulamalarının hem yaygın hem de neredeyse yeknesak olması ve hukuk kuralının ya da hukukî bir yükümlülüğün söz konusu olduğuna ilişkin genel bir kabulü göstermesi gerektiğini belirtmiřtir¹⁴. Divanın 2019 yılında karara bağladığı *Chagos Takımadalarının 1965 Yılında Morityus’tan Ayrılmasının Hukukî Sonuçları* kararında *Kuzey Denizi Kıta Sahanlıkları* kararlarına atıf yapılarak, genel uygulamanın ve *opinio juris*’in UTH kurallarının kurucu unsurları olduğu vurgulanmıřtır¹⁵. Divanın, ilerleyen bölümlerde anlatılacağı üzere, iki unsur yaklaşımından uzaklaştığı yönünde eleştiriler ve iddialar bulunmasına rağmen, teorik olarak hâlâ iki unsur yaklaşımını benimsediği görülmektedir.

1. MADDÎ UNSUR

UTH kurallarının maddî unsurunu genel, yaygın ve hemen hemen yeknesak devlet uygulamaları oluşturmaktadır. Maddî unsurun nasıl teşekkül ettiğine ilişkin doktrinde farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Pazarıcı, maddî unsuru “*aynı durumlarda aynı davranış ve tutumların sürekli*

11 Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, *Uluslararası İnsancıl Teamül ( rf-Adet) Hukuku*, Cilt 1: Kurallar, ( ev.) Emre  ktem ve diğerleri, (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 66, 2005), XXXIX.

12 Bkz. Bin Cheng, ‘United Nations Resolutions on Outer Space: “Instant” International Customary Law?’ (1965) 5 *Indian Journal of International Law* 23, 36; Andrew T. Guzman, ‘Saving customary international law’ (2005) 27 *Michigan Journal of International Law* 115, 153-154; Brian D. Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications* (Cambridge University Press 2010), 122, 124.

13 Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument Reissue with a new Epilogue* (Cambridge University Press 2006) 410-411.

14 North Sea Continental Shelf Cases, Judgment (ICJ Reports 1969) 43.

15 Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Judgment (ICJ Reports 2019) 40.

olarak *tekrarlanması*” olarak ifâde etmiştir¹⁶. Benzer şekilde, Öktem, bütün alışkanlıklar, âdetler ve teamüllerin, önceki davranışın taklit edilmesi yoluyla oluştuğunu dile getirmiştir¹⁷. Bu görüşün aksine, D’Amato, UTH kurallarının ortaya çıkması için devletlerin başkalarının geçmişte davrandıkları gibi davranması gerektiğinin kabul edilmesi durumunda, devletlerin uygulamaları mevcut kural ile çelişmeyeceği için yeni UTH kurallarının oluşamayacağını ileri sürmüştür¹⁸. Kök Değerli ise, UTH kurallarının bilinmeyen bir tarihte ortaya çıkan bir soruna karşı geliştirilen bir davranışın esas hatlarıyla devam ettirilmesi olduğunu ve dolayısıyla, önemli olanın söz konusu davranışların tekdüze bir şekilde devamlılığı olmadığını, bunların esası üzerinden devam ettirilmesinin yeterli olduğunu belirtmiştir¹⁹.

Maddî unsura ilişkin olarak, hangi uygulamaların maddî unsuru teşkil ettiği, kimlerin uygulamalarının dikkate alınacağı, uygulamanın ne ölçüde genel ve yeknesak olması gerektiği, uygulamaların uzun bir süre boyunca tekrarlanmasının gerekip gerekmediği sorularının cevaplanması gerekmektedir.

Devletlerin fiilî ve sözlü eylemleri ile belirli durumlarda kaçınma hareketlerinin devlet uygulaması olarak maddî unsurun değerlendirilmesinde dikkate alınabileceği genel kabul görmektedir. Devletlerin fiilî eylemlerinin devlet uygulaması olduğu konusunda hiçbir şüphe bulunmamaktadır. Fiilî eylemler ile birlikte sözlü eylemlerin de bir uygulama türü olduğu kabul edilmektedir. Bunların devlet uygulaması olarak kabul edilmesi iki açıdan önem arz etmektedir. İlk olarak, tüm devletler fiilî uygulamaya dâhil olma fırsatı bulamamaktadır. Fiilî uygulamalarıyla kuralın oluşumuna dâhil olamayan devletlerin beyanları vasıtasıyla UTH kurallarının oluşumuna katılmaları veya protestoları ile bu kuralların oluşumunu engelleme imkânına sahip olmaları uluslararası hukuk kurallarının demokratik bir şekilde oluşması için önem arz etmektedir. Bununla birlikte, devletlerin, uluslararası hukuk tarafından yasaklanmasına rağmen, zaman zaman soykırım suçu işledikleri veya kuvvet kullanma yasağını ihlâl ettikleri görülmektedir. Şayet, devletlerin bu eylemleri kınayan açıklamalarına veya protestolarına değer atfedilmemesi, bunların UTH kuralı hâline gelmesine imkân sağlayabilir²⁰. Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK), sözlü eylemlerin devlet uygulaması niteliğini kabul etmiştir ve bunların mutlaka kamuya açık ve diğer devletler tarafından bilinir olması gerektiğini belirtmiştir²¹. Fiilî ve sözlü eylemlerin yanında, kaçınma davranışları da bir devlet uygulaması olarak dikkate alınabilir. Ancak, bu tür bir davranışın bir UTH kuralının oluşumu açısından anlam ifâde etmesi için devletlerin bilinçli olarak eylemde bulunmaktan kaçınması gerekmektedir. Kuvvet kullanmaktan kaçınma bunun bir örneğidir²².

16 Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk* (13. Basi, Turhan 2014) 104.

17 Öktem (n 4) 57.

18 Anthony A. D’Amato, *The Concept of Custom in International Law* (Cornell University Press 1971) 4 – 5.

19 Kök Değerli (n 3) 87-88.

20 Bkz. Rein Müllerson, ‘The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary International Law’ K. Wellens (eds) *International Law: Theory and Practice, Essays in Honour of Eric Suy* (Kluwer Law International Law 1998) 162.

21 International Law Commission, ‘Draft Conclusions on Identification of Customary International Law with Commentaries’ (2018) II Yearbook of the International Law Commission 122, 133; ayrıca bkz. International Law Association, ‘Committee on Formation of Customary (General) International Law, Final Report of the Committee, Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000) London Conference, 14-15.

22 International Law Commission (n 21) 133.

Kimlerin eylemlerinin devlet uygulaması olduğu cevaplanması gereken bir diğer sorudur ve bu konudaki tartışmalar iki husus üzerinde toplanmaktadır. İlk tartışma, devletlerin eylemlerinin yanında, uluslararası örgütlerin eylemlerinin de genel uygulamanın değerlendirilmesinde dikkate alınıp alınmayacağıdır. Klasik görüşe göre, uluslararası hukukun başlıca aktörleri olmaları dolayısıyla, yalnızca devletlerin eylemleri UTH kurallarını oluşturabilir. Devletler, uluslararası hukukun yegâne aktörleri olmasa da yalnızca onlar tam tüzel kişiliğe sahiptir. Bu sebeple, esasen devletlerin uygulamaları uluslararası hukuku oluşturabilir ve deėiřtirebilir²³. Buna karşın, bazı yazarlar tarafından, uluslararası örgütlerin uygulamalarının da, UTH kurallarının oluşumuna ve gelişimine katkıda bulunabileceği ileri sürülmüştür. Bu görüşü savunan yazarlar, uluslararası örgütlerin kendilerini kuran devletler tarafından yetkilendirilmesine dayanmaktadır²⁴. Devletlerin bazı yetkilerini uluslararası örgütlere devrettiği g r lmektedir²⁵. Örneğin, devletler belirli yetkilerini Avrupa Birliğine (AB) devretmişlerdir, dolayısıyla devrettikleri yetkileri kullanamamaktadırlar. Eğer uluslararası örgütlerin davranışları genel uygulamaya dâhil edilmezse,  ye devletler örgüte devrettikleri yetki kapsamına giren konulara katkıda bulunamayacaklar ya da kısıtlı olarak katkıda bulunabileceklerdir²⁶.

Bu husustaki diğer tartışma, devletlerin hangi organlarının eylemlerinin devlet uygulaması olarak kabul edilebileceğidir. Klasik görüş, yalnızca devlet adına antlaşma akdetmeye yetkili olan devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışışleri bakanının eylem ve işlemlerinin devlet uygulaması olarak dikkate alınabileceğini kabul etmektedir²⁷. Günümüzde ise, bir devletin yasama, yürütme ve yargı organlarının eylem ve işlemlerinin, devletlerin uluslararası sorumluluğunu doğurabildiği gibi, devletler arası ilişkilerde de etki yaratabildiği genel kabul g rmektedir²⁸. Uluslararası Hukuk Komisyonunun ‘‘Uluslararası Hukuka Aykırı Fiilden Dolayı Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler Tasarısı’’ çalışmasının 4. maddesinde hangi organların davranışlarının devlet uygulaması olduğu şu şekilde ifâde edilmiştir: ‘‘Milletlerarası hukuka göre, bir organ, ister yasamaya, yürütmeye, yargıya ilişkin ya da ister başkaca işlevleri yerine getiriyor olsun, bunun Devlet  rg tlenmesi içindeki durumu ne olursa olsun, ister merkezi idare içinde, ister bir yerel idare niteliğinde olsun, bütün Devlet organlarının davranışları Devletin bir fiili olarak kabul edilir²⁹.’’ UHK, ‘‘Uluslararası Teamül Hukuku  zerine Taslak Sonuçlar’’ çalışmasında, anılan maddeye atıf yaparak, uygulamayı gerçekleştiren devlet organının yerine getirdiği görevin ve devlet teşkilatı içerisindeki konumunun önemli olmadığını, devlet tarafından yetkilendirilen kişi ve kurumların davranışlarının devlet uygulaması

23 Michael Byers, *Custom, Power and the Power of Rules, International Relations and Customary International Law* (Cambridge University Press 2003) 13.

24 Kristina Daugirdas, ‘International Organizations and the Creation of Customary International Law’ (2020) 31(1) *European Journal of International Law* 201, 206.

25 Niels Blokker, ‘International Organizations and Customary International Law’ (2017) 14(1) *International Organizations Law Review* 1, 9.

26 Michael Wood (Special Rapporteur), ‘Third Report on Identification of Customary International Law’, (UN Doc. A/CN.4/682, 2015), 53.

27 International Law Association (n 21) 17.

28 Henckaerts, / Doswald-Beck (n 11) XLI-XLII.

29 Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Milletlerarası Sorumluluğu* (1. Baskı, On İki Levha 2008) 122-123.

olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir³⁰. Ancak bir UTH kuralının oluşması için, uygulamanın hukuk olduğuna dair bir inançla yapılması gerekmektedir. Devlet adına yetkilendirilen kişilerin davranışları devletin uluslararası sorumluluğunu doğursa da, devletin uygulamaya ilişkin inancını yansıtmayabilir. Dolayısıyla, uygulamayı gerçekleştiren organın devlet adına hareket etmesi yeterli değildir, uygulamanın devletin *opinio juris*'i ile de uyumlu olması gerekmektedir.

Maddi unsurun oluşması için genel, sabit ve yeterince yeknesak bir uygulamanın varlığı gereklidir. Genellik kriterinin karşılanması için kesin bir formül bulunmamakla birlikte, yeterince yaygın ve temsil edici olması gerektiği dile getirilmiştir. Lachs, yaygınlık ve temsil ediciliği “*farklı siyasi, ekonomik ve hukuki sistemlere sahip devletlerin, tüm kıtalardaki devletlerin sürece katılımının dikkate alınması*” olarak ifade etmiştir³¹. UHK, temsil edici olmanın, –çeşitli çıkarlar ve/veya çeşitli coğrafi bölgeler dâhil olmak üzere– tüm koşulları kapsadığını belirtmiştir³². *Kuzey Denizi Kıta Sahanelikleri* kararlarında, UAD, “*menfaatleri özellikle etkilenen devletlerin*” katılımını içermesi koşuluyla, kayda değer bir süre geçmeden dahi, UTH kurallarının oluşum sürecine çok yaygın ve temsili bir katılımın kendi başına yeterli olabileceğine karar vermiştir³³.

Genel uygulama aynı zamanda sabit ve yeknesak olmalıdır. Uygulama hem kendi içinde hem kolektif olarak tutarlı ve istikrarlı olmalıdır. “Kendi içinde tutarlılık”, uygulaması incelenen her devletin aynı durumlar karşısında aynı davranışı sergilemesini ifade ederken; “kolektif olarak tutarlılık”, devletlerin kayda değer ölçüde farklı uygulamalar geliştirmemiş olmasını ifade etmektedir³⁴. Uygulamanın tutarsız olması hâlinde hem kuralın içeriği hem de *opinio juris* belirsiz olabilir³⁵. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne taraf olan devletlerin ölüm cezasına yönelik davranışlarının yeknesak olmaması, ölüm cezası yasağının kesin kural olduğuna dair *opinio juris* eksikliğinin bir göstergesi olarak değerlendirilmektedir³⁶. Ancak uygulamanın tam bir uyum içinde olması gerekmemektedir. UAD, kararlarında uygulamanın katı bir uyum içerisinde olması gerekmediğine³⁷, hemen hemen yeknesak olmasının yeterli olduğuna hükmetmiştir³⁸.

UTH kurallarının oluşması için uygulamanın kaç kez tekrarlanması ve ne kadar süre geçmesi gerektiğini düzenleyen bir kural bulunmamaktadır³⁹. Uygulamanın genel, sabit ve yeterince yeknesak olması, kuralın oluşumu için yeterlidir, belirli bir sürenin geçmesine ihtiyaç duyulmamaktadır⁴⁰. Buna

30 International Law Commission (n 21) s. 133.

31 North Sea Continental Shelf Cases (n 14) 227.

32 International Law Commission (n 21) 136.

33 North Sea Continental Shelf Cases (n 14) 42, 43.

34 Maurice Mendelson, ‘The Formation of Customary International Law’ (1998) 272 Recueil des Cours de l’Académie de Droit international 155, 212 ; ayrıca bkz. International Law Association (n. 21) 22.

35

36 Bkz. Sezercan Bektaş ve Ali Özdemir, ‘Uluslararası Teamül Hukukunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yargılama Hukukuna Etkisi’ (2022) 161 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 309, 332.

37 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Judgment, (ICJ Reports 1986) 98.

38 North Sea Continental Shelf Cases (n 14) 43.

39 Josef L. Kunz, ‘The Nature of Customary International Law’ (1953) 47(4) American Journal of International Law 662, 666; Wolfke (n. 6) 58.

40 International Law Commission (n 21) 136.

karşın, oluşmakta olan kuralın içeriğinin belirginleşmesi ve uygulamanın tutarlı olup olmadığının gözlemlenebilmesi için mâkûl bir sürenin geçmesi gerekmektedir⁴¹.

2. MANEVÎ UNSUR (OPINIO JURIS)

UTH kurallarının ikinci kurucu unsuru manevî unsur, diğ r bir ifâdeyle *opinio juris*'tir. *Opinio juris* kavramı, “uygulamaya hukuken cevaz verilebilir olduğu veya uygulamanın hukuken zorunlu olduğu inancı” olarak tanımlanmaktadır⁴². Öktem, hukukilik inancı ile zorunluluk inancının  elişebileceğine dikkat çekmiştir. Bu görüşe göre, devletin bir davranışı hukuka uygun olmakla birlikte, menfaatlerine aykırı olabileceğı gibi, siyaseten zorunlu ama hukuka aykırı da olabilir⁴³.

Opinio juris'in kaynağının ne olduğu ve nasıl tespit edilebileceğı konusunda fikir birliğı bulunmamaktadır. Raman, *opinio juris*'i “gelecekteki kararların gerekliliğine ilişkin müşterek beklentiler” olarak tanımlamıştır. *Opinio juris*, öznel inanç ve tavırların doğrudan araştırılması mümkün olmadığı için geçmişteki davranışların bağlamsal olarak analiz edilmesi sonucunda saptanabilir⁴⁴. Byers ise, *opinio juris*'i “kolektif bilgi” veya “ortak anlayış” (*shared understanding*) olarak isimlendirmiştir. Yazara göre, devletlerin ilgili ve ilgisiz uygulamaları arasında ayrımı sağlayan ortak anlayış *opinio juris*'i ifâde etmektedir⁴⁵. UAD Statüsü'n n 38. maddesinde yer alan “hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulama” ifâdesi, devlet uygulamasının hukuk olduğu bilinciyle yapılması gerektiğini yansıtmaktadır. Söz konusu bilinç, ilgili uygulamanın aksine bir davranışın uluslararası sorumluluk gerektireceğı kabulünü i ermektedir⁴⁶.

UAD kararlarında da *opinio juris*'in önemi vurgulanmıştır. Divan, *Lotus* kararında, devlet uygulaması yeterince yaygın ve yeknesak olduğu hâlde, *opinio juris* eksik olduğu için uygulamanın UTH kuralı olmadığına h kmetmiştir⁴⁷. *Sığınma Hakkı* kararında, öznel bir yükümlülük duygusu ile hareket edilmeyen bir uygulamayı UTH kuralı olarak kabul etmekten ka ınmıştır⁴⁸.

Kuzey Denizi Kıta Sahanlıkları kararında da *opinio juris*'in önemi şu şekilde vurgulanmıştır: “Söz konusu eylemler, yalnızca sabit bir uygulama oluşturmakla kalmamalı, aynı zamanda bu uygulamanın zorunlu kıldığı bir kuralın varlığı ile bu uygulamanın zorunlu hâle getirildiğine dair bir inancın kanıtı olacak şekilde olmalıdır. Böyle bir inanca duyulan ihtiyaç, y ni manevî unsurun varlığı, *opinio juris* sive *necessitatis* kavramının içinde saklıdır. Bu nedenle ilgili Devletler, hukukî bir yükümlülük derecesine varan bir şeye uyduklarını hissetmelidir. Eylemlerin sıklığı ve hatta m tat karakteri tek başına yeterli değildir. Örneğın tören ve protokol alanında, neredeyse değişmez bir şekilde gerçekleştirilen, ancak

41 Mark Eugen Villiger, *Customary International Law and Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers 1985) 24.

42 International Law Association (n 21) 32 – 33.

43 Öktem (n 4) 102.

44 Venkata K. Raman, ‘The Role of the International Court of Justice in the Development of International Customary Law’ (1965) 59(4) *American Society of International Law Proceedings* 169, 175.

45 Byers (n 23) 148.

46 Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk – 1*, (5. Bası, Seçkin 2019) 74.

47 SS “*Lotus*”, Judgment (Serie A – No. 10, PCIJ Reports 1927) 28.

48 Koskenniemi (n 13) 245.

*herhangi bir hukukî görev olarak değil, sadece nezâket, uygunluk veya gelenek vasıtasıyla hareket edilen birçok uluslararası eylem vardır*⁴⁹.”

Anılan kararda da belirtildiği üzere, manevî unsurun önemi, UTH kurallarıyla uluslararası nezâket kurallarından, geleneklerden ve sair uygulamaları birbirinden ayırmasında ortaya çıkar. Bu kavramlar, hukukî bir hak ve görev yaratabilecek ölçüde yaygın ve yeknesak olmasına rağmen, uygulamaların hukukî bir hak ve görev olduğuna ilişkin kanaatin yokluğu sebebiyle, bu uygulamalar UTH kuralı hâlini almazlar⁵⁰. Bunlar, hukuken bağlayıcı değildir. Bu sebeple, UTH kurallarının aksine, bunlar ihlâl edildiğinde, devletlerin uluslararası hukukî sorumluluğu doğmaz⁵¹. Ancak belirtmek gerekir ki, bir uluslararası nezâket kuralına veya bir geleneğe *opinio juris*'in eklenmesi ve dolayısıyla söz konusu uygulamanın hukukî bir zorunluluk olarak addedilmesi durumunda, uygulama bir UTH kuralına dönüşür⁵².

II. ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKU KURALLARINI TESPİT ARAÇLARI

Uluslararası teamül hukuku kurallarının tespitine ilişkin belirli bir ispat usulü bulunmamaktadır. Ulusal hukuk sistemlerinin aksine, uluslararası teamül hukukunda kuralın hem varlığının hem de içeriğinin belirlenmesi gerekmektedir⁵³. Uluslararası mahkemeler, Uluslararası Hukuk Komisyonu, devletler ve bu alanda çalışan akademisyenler bu kuralları tespit ederken çeşitli araçlara başvurmaktadır. Bu araçların başlıcaları devletlerin uluslararası alanda etki doğuran eylem ve işlemleri, uluslararası antlaşmalar, uluslararası örgütlerde ve uluslararası konferanslarda alınan kararlar, ulusal ve uluslararası mahkeme kararları ile devletlerin iç hukuk işlemleridir. Makalenin bu bölümünde bahsi geçen araçların UTH kurallarının tespitinde kullanılmasına ve bu kuralların gelişimindeki etkisine ilişkin tartışmalara yer verilecek ve Uluslararası Adalet Divanının bu araçları UTH kurallarını tespit ederken nasıl kullandığı irdelenecektir.

A. ULUSLARARASI NİTELİKTEKİ EYLEM VE İŞLEMLER

Devletlerin, uluslararası nitelikteki eylem ve işlemleri, bunların uluslararası ilişkilerde etki doğuran davranışlarını ifâde etmektedir. Maddî unsur anlatılırken değinildiği üzere, fiilî eylemler, sözlü eylemler ve belirli durumlarda kaçınma hareketleri devlet uygulamalarıdır ve bunların uluslararası alanda gerçekleştirilmesi hâlinde, uluslararası nitelikteki eylem ve işlemlerden bahsedilebilir. Uygulama biçimlerinin hangisine öncelik veya ağırlık verilmesi gerektiği ya da sözlü eylemlerin, özellikle de devlet beyanlarının, uygulama biçimi olup olmaması gibi çeşitli tartışmalar bulunmaktadır.

Müllerson, UTH kurallarını oluşturan uygulamaların, uluslararası hukukun tüm öznelinin görünür, açık, gözlemlenebilir davranışları ve bu davranışa yönelik öznel tutumları olmak üzere iki

49 North Sea Continental Shelf Cases (n 14) 44.

50 International Law Association (n 21) 35.

51 Öktem (n 4) 111.

52 Kunz (n 37) 667.

53 Öktem (n 4) 212.

yönü olduğunu ifâde etmiştir. Bu  znel tutum, eylemin içinde zımnen var olabilir veya uygulamayı oluşturan farklı davranışlar vasıtasıyla diğer devletlere aktarılabilir. Müllerson, söylemin de bir eylem olduğunu belirtmiştir. Sözlü eylemlerin önemi iki noktada ortaya çıkmaktadır. İlk olarak, devletlerin diplomatik beyanları, çoğunlukla devletlerin hukukî konumunu daha açık bir şekilde gösterir. Bununla birlikte, birkaç devlet fiili uygulamada bulunabilirken, diğerleri ya diplomatik beyanlarda bulunurlar ya da konuya ilişkin hiç uygulamaları bulunmaz⁵⁴.

UAD de kararlarında devlet beyanlarına sıklıkla atıf yapmaktadır. *Nikaragua* kararında kuvvet kullanma yasağının uluslararası teamül hukukunun temel ve esaslı bir ilkesi olduğu yönünde devlet temsilcileri tarafından yapılan beyanlara önem atfetmiřtir⁵⁵. Benzer şekilde, *Nükleer Testler* davasında da Fransa'nın, testleri sona erdirece ine ilişkin açıklamalarının diğer devletler tarafından dikkate alınabileceğini ve bu beyanların etkililiğine g venebilece ini varsaymak zorunda olduğunu vurgulamıřtır⁵⁶.

Sözlü uygulamaların bir uygulama biçimi olduğu genel kabul görse de, doktrinde beyanların tek başına uygulama teşkil edemeyeceği ileri s r lm ştir. Thirlway'e göre, soyut iddialardan oluşan devlet beyanları uygulama olarak kabul edilemez. D'Amato'ya göre ise, devletlerin iddialarının çelişmesi mümkün olduğu için, beyanlar güvenilir uygulamalar değildir. Devletlerin fiili eylemleri daha ikna edici ve kesindir⁵⁷. Buna karşın, Akehurst fiili eylemlerin de  elişebilece ini ve bunların devletlerin beyanlarından daha tutarlı olduğunun s ylenemeyece ini belirtmiřtir⁵⁸. Öktem, fiili eylemler ile beyanlara ilişkin tartışmanın maddî ve manevî unsur arasındaki önem ve öncelik tartışmasının başka bir görünümü olduğuna dikkat çekmiştir. Her iki tartışmada da güçlü devletlerin hukuk ları fiili uygulamanın daha önemli olduğunu öne sürmüşlerdir. Zira, tüm devletler kolayca fikir beyan edebilirken, başı alanlarda yalnızca güçlü devletler fikirlerini hayata geçirebilirler. Dolayısıyla, fiili uygulamaların daha fazla tercih edilmesi güçlü devletlerin lehine sonuçlar do urur⁵⁹.

Sözlü eylemler, *opinio juris*'in bir kanıtı olabilir. Örneğin, bir devlet temsilcisinin bir basın toplantısındaki beyanları, temsil ettiği devletin belirli bir hukukî soruna ilişkin konumunu g sterebilir⁶⁰. Ancak, bunlar her zaman *opinio juris*'i yansıtmayabilir. Diplomatik yazışmalar ve sözlü eylem olarak kabul edilen diğer işlemler, yalnızca beyanda bulunan devletin siyas  menfaatlerine uygun olan if deleri de ihtiva edebilir⁶¹. Keza, diplomatik yazışmalar ve devlet temsilcilerine verilen talimatlar, devletlerin bir UTH kuralına karşı objektif ve genel görüşünü izhar etmekten ziyâde, ilgili devletin yalnızca belirli bir anda, belirli bir mesele üzerindeki görüşünü yansıtabilir⁶². Ancak bir

54 Rein Müllerson, 'On the Nature and Scope of Customary International Law' (1997) 2(3) Austrian Review of International and European Law 341, 344.

55 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (n. 37) 98-101, 106-107,  ktem (n 4) 233.

56 Nuclear Tests Case (Australia v. France), Judgment (ICJ Reports 1974) 269.

57 D'Amato (n 18) 50-51.

58 Michael Akehurst, 'Custom as a source of international law' (1975) 41(1) British Yearbook of International Law 1, 2.

59 Öktem (n 4) 228.

60 Mendelson (n 34) 206-207.

61 Kunz (n 37) 667-668.

62 Seha L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş 1. Cilt* (3. Bası, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1968)

diplomatik uyumsuzluğa ilişkin yapılan diplomatik yazışmalarda ve bir hâkim veya hakem önünde kullanılan savlarda aynı ilkeler defaatle öne sürülürse, bunlar bir UTH kuralının unsurlarına ilişkin önemli bir kaynak oluşturabilir⁶³.

Devletlerin resmî yayınları da *opinio juris*'in tespitinde önemli araçlardır. Bu yayınlar askerî kılavuzlar ve resmî haritalar gibi devlet adına yayınlanan ve hukuk olarak kabulün tespit edilebileceği belgeleri içerir⁶⁴. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) kararlarında askerî kılavuzlara sıkça başvurulmuştur. Mahkeme, insancıl hukuk kurallarını belirlerken, bağımsız gözlemcilerin askerî harekât alanlarına girişlerinin engellenmesi ve dolayısıyla uygulamanın tespit edilmesindeki güçlükten dolayı devletlerin resmî açıklamalarına, askerî kılavuzlara ve yargı kararlarına başvurmuştur⁶⁵.

Protestolar da devletlerin uluslararası nitelikteki eylem ve işlemleri arasında yer almaktadır. Bunlar, bir uygulamanın UTH kuralına dönüşmemesine rıza gösterilmediğinin en açık ifâdesidir⁶⁶. Devletlerin bir uygulamaya karşı protestoları bir kuralın oluşumunu engelleyeceği gibi, bazen protesto etmemesi, başka bir ifâde ile sessiz kalması da kuralın oluşumuna katkı sağlayabilir. Doktrinde *acquiescence* teorisi olarak adlandırılan bu görüş, devletlerin itiraz niteliğinde tepki göstermeleri gereken hâllerde sessiz kalması devletlerin söz konusu uygulamanın teamüli niteliğini kabul ettiği varsayımına dayanmaktadır⁶⁷. Uluslararası Hukuk Komisyonuna göre, devletler tepki verecek durumda ise ve koşullar da tepki verilmesini gerektiriyorsa, makûl bir zaman içerisinde tepki verilmemesi *opinio juris*'in bir kanıtıdır⁶⁸.

Bu teori, devletlerin her zaman bir kuralın oluştuğunun farkında olamayacakları gerekçesiyle eleştirilmiştir⁶⁹. Öte yandan, devletler uygulamayı bilinçli olarak destekledikleri için değil, bu uygulamaya karşı kararsız veya ilgisiz oldukları için de sessiz kalabilirler⁷⁰. Bu teoriye yöneltlen en dikkat çekici eleştiri ise, menfaatleri risk altında bulunan devletlerin bir kuralın oluşumuna karşı sessizliği kuralın kabulü olarak mütâlaa edilebileceği için, devletlerin önemli bir kısmının çıkarları doğrudan etkilenmedikçe, *devletlerin sessizliğinin* kuralın kabulü olarak değerlendirilemeyeceğidir⁷¹.

100.

63 Lazare Kopelmanas, 'Custom as Means of the Creation of International Law' (1937) 18 British Year Book of International Law 127, 133.

64 International Law Commission (n 21) 141.

65 Harmen Van der Wilt, 'State Practice as Element of Customary International Law: A White Knight in International Criminal Law?' (2019) 20 International Criminal Law Review 784, 794; karar için bkz. Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgment, (Case No: IT-94-1-T, ICTY 1995) 55.

66 Wolfke (n 6) 57.

67 Ian C. MacGibbon, 'The Scope of Acquiescence in International Law' (1954) 31 British Year Book of International Law 143, 143.

68 International Law Commission, s. 140-142.

69 Jonathan I. Charney, 'Universal international law' (1993) 87(4) American Journal of International Law 529, 538.

70 Byers (n 23) 106.

71 Kelly (n 9) 473.

Sonuç olarak, devletlerin her zaman diğ r devletlerin uygulamalarından haberdar olması ve bunları protesto etmesinin beklenmesi gerçekçi olmasa da, devletlerin genelinin bir uygulamaya karşı sessiz kalması, bu uygulamanın hukuka uygun olarak görüldüğünün bir göstergesi olabilir.

B. İ  HUKUK İŞLEMLERİ

İ  hukuk işlemleri, özellikle ulusal mevzuatlar ve ulusal yargı kararları, UTH kurallarının tespitinde kullanılabilecek araçlar arasında yer aldığı genel kabul görmektedir. Sert düalizmi savunan yazarlar, iç hukuk işlemlerinin hukuk yapıcı etkisine karşı çıkmasına ve yalnızca uluslararası ilişkilerden sorumlu organların eylemlerinin devlet uygulaması olarak kabul edileceğini ileri s rm    r⁷². Hâkim Nyholm ve Altamira, *Lotus* kararına verdikleri karşı oy yazılarında bu hususu vurgulamışlardır. Hâkim Nyholm UTH kurallının tespitinde yalnızca ulusal mevzuatlara ba vurulamayacağını, mutlaka devletlerin uluslararası alanda sonuç doğuran eylemlerinin de gerekli olduğunu belirtirken⁷³, Hâkim Altamira, ulusal mevzuatların doğası gereği uluslararası hukuk alanında sonuç doğurmadığı için UTH kuralları yaratmaya muktedir olmadığını dile getirmi tir⁷⁴.

Buna karşın, birçok devlet organının eylem ve işlemlerinin uluslararası alanda etki doğurabildiği göz önüne alındığında, bunların devlet uygulaması olarak kabul edilmemesi gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır⁷⁵ ve UTH kurallarının tespitinde göz ardı edilmesi bu kuralların tespitini zorla tıracaktır. Keza, vatandaşları kendi devletlerinden koruyan insan hakları hukuku gibi bazı uluslararası hukuk alanları, devlet içi meseleleri içerdiği için iç hukukta meydana gelen eylem ve işlemlerin de devlet uygulaması anlayışına dâhil edilmesini gerektirmektedir⁷⁶. Nitekim, birçok devletin mevzuatında yer alan devletler arası genel ve müşterek uygulamayı gösteren hükümlerin UTH kuralına d n    ğ  gözlemlenmektedir. Örneğin, açık denizler, karasuları ve limanlarla ilgili birçok UTH kuralı ulusal kanunlar sayesinde oluşmuştur ve dolayısıyla bunların mevcudiyetleri de ulusal kanunlar vasıtasıyla tespit edilebilir⁷⁷. Ancak, Uluslararası Hukuk Komisyonu, ulusal mahkeme kararlarının UTH kurallarının tespitinde önemli bir rol oynayabilmesine karşın, bunlara yardımcı bir araç olarak ba vurulabileceğini ifâde etmiştir. Çalışmanın 13. Taslak Sonucu'nun yorumunda bunu iki gerekçeye dayandırmıştır. İlk olarak, ulusal içtihatlar belirli bir ulusal bakışı yansıtabilirler. Diğ r yandan, bu mahkemeler uluslararası hukuk uzmanlığına sahip olmayabilir ve devletler tarafından ileri sürülen argümanlardan haberdar olmayabilirler⁷⁸.

72 Philip M. Moremen 'National court decisions as state practice: a transnational judicial dialogue' (2006) 32 North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation 259, 275-276.

73 *Lotus* (n 47) 59-60.

74 *Lotus* (n 47) 95-96.

75 Moremen (n 70) 279.

76 Anthea Elizabeth Roberts, 'Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation' (2001) 95(4) American Journal of international law 757, 777.

77 Meray (n 60) 100-101.

78 International Law Commission (n 21) 149-150.

Devletlerin ulusal mevzuatları ve ulusal içtihatları *opinio juris*'in tespitinde de önemli bir rol oynamaktadır. Kanun hükümlerinin esası itibarıyla, başka devletler tarafından da benimsenmesi gerektiği inancı saptanabiliyorsa, söz konusu kanunun *opinio juris*'in tespiti açısından önem arz ettiği ileri sürülmüştür⁷⁹. Bir kanun çıkarılırken pratik saikler ile ve ulusal güvenlik ve menfaat kaygılarıyla hareket edilmiş olması mümkün olmasına rağmen, söz konusu kanun, başka devletlerin kanunları ile benzerlikler gösteriyorsa, UTH kurallarının tespitinde göz önüne alınabilir. Uluslararası insan hakları hukukunu düzenleyen kanunlar çıkarılırken, zımni ifâdelerle de olsa uluslararası teamüli standartlar ile bağlantı kurulduğuna rastlanmaktadır⁸⁰.

Devlet organlarının uygulamalarının birbiriyle çelişmesi ya da tutarsız olması hâlinde, bu uygulamaların UTH kurallarının tespitinde dikkate alınıp alınmayacağı belirsizdir. Akehurst bu tür bir tutarsızlık söz konusu olduğunda yürütme organının uygulamalarının dikkate alınması gerektiğini öne sürmüştür⁸¹. Başka bir görüşe göre ise, devlet organları arasındaki yetki dağılımına bakılması ve tespit edilmeye çalışılan kural ile ilgili alanda ulusal hukukun yetkilendirdiği organın uygulamasının dikkate alınması gerektiği söylenmiştir⁸². Buna karşın, Uluslararası Kızılhaç Komitesi "Uluslararası İnsancıl Teamül Hukuku" çalışmasında, bir devletin çeşitli organlarının uygulamalarının çelişkili olması durumunda, bu uygulamaların UTH kurallarının oluşumuna katkıda bulunamayacağını ifâde etmiştir⁸³.

Uluslararası Adalet Divanı bazı kararlarında iç hukuk uygulamalarına başvurmuştur. *Tutuklama Emri* davasında, görevi başında bulunan dışişleri bakanlarının, savaş suçu veya insanlığa karşı suç işlediğinden şüphe edilmesi durumunda, cezai kovuşturmaya karşı sahip olduğu diplomatik bağışıklığa ilişkin UTH kapsamında bir istisnanın varlığı araştırılırken, ulusal mevzuat ve yüksek mahkeme kararları incelenmiştir⁸⁴. *Devletin Yargı Bağışıklıkları* kararında mahkeme içtihatlarının, ulusal mevzuatların ve devletlerin yabancı mahkemeler önünde dile getirdikleri taleplerinin önemi vurgulanmıştır⁸⁵. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi kararlarında da ulusal mahkeme kararlarına başvurulduğu görülmektedir. Mahkeme *Tadic* kararında uluslararası olmayan silâhlı çatışmalarda ciddi insancıl hukuk ihlallerinde bireysel cezai sorumluluğu tanıma eğilimini kanıtlamak amacıyla Nijerya Biafra iç savaşı sırasında Nijerya Mahkemelerinin muharip olmayanları öldüren askerlere ölüm cezası verdiği mahkeme kararlarını göstermiştir⁸⁶.

Sonuç olarak, devletlerin iç hukuktaki uygulamaları, çeşitli organların uygulamaları arasında tutarsızlık olmadığı müddetçe, UTH kurallarının tespitinde önemli bir rol oynamaktadır. Öte yandan, iç hukuk organlarının uygulamalarının bağlı bulundukları devletin uluslararası eylem ve işlemleriyle de uyumlu olup olmadığı incelenmelidir. Zira, UHK'nın da belirttiği üzere, özellikle

79 Lepard (n 12) 176.

80 Öktem (n 4) 245.

81 Akehurst (n 56) 21.

82 Moremen (n 70) 293.

83 Henckaerts, J. M. / Doswald-Beck (n 11) XLII.

84 The Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment (ICJ Reports 2002) 24.

85 Bkz. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening), Judgment (ICJ Reports 2012) 24.

86 Van der Wilt (n 63) 795.

ulusal mahkemeler devletler tarafından ileri sürülen argümanlardan ve dolayısıyla kendi devletlerinin ilgili konudaki görüşlerinden haberdar olmayabilirler. Bu sebeple, bu uygulamalar incelenirken, UTH kurallarının tespitinde başvurulan diğ r araçlarla birlikte değ rlendirilmelidir.

C. ULUSLARARASI ÖRGÜTLERİN KARARLARI VE UYGULAMALARI

Devletlerin uluslararası ilişkilerdeki inhisarı İkinci Dünya Savaşını müteakiben sona ermiş ve uluslararası örgütler, devletlere oranla sınırlı da olsa, bu alanda daha aktif bir rol oynamaya bařlamıřlardır⁸⁷. Uluslararası ilişkilerdeki artan rolleri ile beraber, UTH kurallarının tespitinde söz konusu örgütlerin kararları da dikkate alınmaya başlamıştır. Bu bağlamda, geniş bir temsil edicilik gücüne sahip olmasından dolayı⁸⁸ en çok Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurul kararlarına başvurulmaktadır. Ancak belirtilmelidir ki, BM Genel Kurul kararları tavsiye niteliğinde olduğundan bağlayıcılığı bulunmamaktadır⁸⁹.

BM Genel Kurul kararlarının tek başına bir UTH kuralını yaratması mümkün değildir, ancak bu tür kararlar söz konusu kuralların varlığına ve içeriğine ilişkin kanıt saėlayabilir⁹⁰. BM Genel Kurul kararlarının UTH kurallarını yansıtıp yansıtmadığı incelenirken, karara olumlu oy veren devletlerin kararda yer alan kuralın hukuk olarak kabul edildiği yönündeki beyanları, olumsuz oy veren devletlerin konumlarına ilişkin açıklamaları, çekimser oylar veya mutabakattan (*consensus*) ayrılmalar dikkate alınabilir. UAD, 2019 yılında verdiği *Chagos Takımadalarının 1965 Yılında Morityus'tan Ayrılmasının Hukukî Sonuçları* kararında benzer bir yaklaşım benimseyerek, 1514 (XV) sayılı BM Genel Kurul kararının kabul edilme koşullarını ve çekimser oyların nedenlerini incelemiştir: “*Divan, 1514 (XV) sayılı Kararın, resmî olarak tavsiye niteliğinde olmasına rağmen, içeriği ve kabul edilme koşulları bakımından bir teamüli norm olarak self-determinasyon hakkına ilişkin beyan edici niteliği haiz olduğu kanaatinde-dir. Karar 9 çekimser oya karşı 89 oyla kabul edildi. Oylamaya katılan Devletlerin hiçbiri, self-determinasyon hakkının varlığına itiraz etmedi. Bazı Devletler çekimser kalmalarını, böyle bir hakkın uygulanması için gereken süreye dayanarak gerek elendirdi*”⁹¹.

BM Genel Kurul kararları, özellikle *opinio juris*’in ispatında önemli bir yer tutmaktadır. UAD, *Nükleer Sil hl r* danışma görüşünde, BM Genel Kurul kararlarının, bağlayıcı olmasalar da, bir kuralın varlığına ya da *opinio juris*’in oluşumuna önemli katkılar sağlayabileceğini belirtmiřtir⁹². Bu kararların neredeyse evrensel katılıma sahip olması nedeniyle  ye devletlerin ortak görüşlerine ilişkin kanıtlar sunabilir⁹³. Oybirliğiyle veya oybirliğine yakın bir oranda kabul edilen bir BM Genel Kurul

87 Hakkı Hakan Erkiner, ‘Uluslararası Topluluk Kavramı’ 16(1-2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 39, 41.

88 Aksar (n 44) 92.

89 ibid 93.

90 International Law Association (n 21) 55.

91 Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965 (n 15) 41.

92 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion (ICJ Reports 1996) 254 – 255.

93 International Law Commission (n 21) 147.

kararı, uluslararası toplumun kanaatini kanıtlayıcı nitelikte olabilir. Ancak, neredeyse konsensüs ile alınan bir kararın her zaman hukukî beklentiyi yansıttığını kabul etmek gerçekçi değildir⁹⁴.

Bu tür kararların, *opinio juris*'in kanıtı olarak kabul edilebilmesi için göz önüne alınması gereken birkaç husus bulunmaktadır. Öncelikle, devletlerin oy verme saikleri, *opinio juris* tespit edilirken dikkate alınmalıdır. Zira, devletler, kararın hukukî bir etkisi olmadığı inancıyla veya kararın mevcut hukukun beyanı değil, yalnızca *lex ferenda* olduğunu düşünerek oy kullanabilirler. Keza, devletler, yükümlülüğün hukukî olmayacak kadar sulandırılmış olması veya farklı devletler için farklı anlamlar taşıyacak kadar muğlak olması ya da içeriğinin hukukî yönünün tam olarak anlaşılamaması gibi nedenlerle de oy kullanabilirler⁹⁵. Öte yandan, çekimser veya olumsuz oy kullanan devletlerin gerekçeleri de bilhassa incelenmelidir. Zira, oy gerekçeleri, itirazın içeriğini aydınlatılabileceği gibi, çekimser veya olumsuz oy kullanan devletlerin kararın tümüne mi yoksa belirli kısımlarına mı muhâlefet ettiğinin belirlenmesini sağlar⁹⁶.

Bu kararların *opinio juris*'in kanıtı olarak kabul edilebilmesi için kararın içeriğine⁹⁷ ve kararda yer alan ifâdelere⁹⁸ de bakılmalıdır. Divan, *Nikaragua* kararında, kararlardaki üslûbu dikkate almıştır: “Devletlerin benimsedikleri bazı Genel Kurul kararlarının üslûbu, kuvvet kullanma yasağı ilkesini bir teamül hukuku konusu olarak kabul ettiklerini kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde göstermektedir”⁹⁹.

Opinio juris'in ispat edici niteliğini gösteren en önemli UAD kararlarından biri *Nikaragua* kararıdır. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “Birleşmiş Milletler Şartı uyarınca, *opinio juris*, diğerlerinin yanı sıra, özellikle ‘Birleşmiş Milletler Şartı uyarınca Devletler Arasında Dostâne İlişkiler ve İşbirliğine Temas Eden Uluslararası Hukuk İlkelerine İlişkin Bildirge’ başlıklı 2625 (XXV) sayılı karara yönelik devletlerin ve tarafların tutumlarından çıkarılabilir. Bu tür kararların metnine rıza göstermenin etkisi, (...) kararla beyan ettikleri kuralın ya da kurallar dizisinin geçerliliğinin kabul edilmesi olarak da anlaşılabilir”¹⁰⁰.

Bu husustaki bir diğer önemli karar *Nükleer Silâhların Kullanımının ya da Tehdidinin Hukuka Uygunluğu* danışma görüşüdür. Divan, Genel Kurul kararlarının bağlayıcı olmasalar bile bir kuralın varlığının veya bir *opinio juris*'in kanıtı olabileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte, bir dizi kararın yeni bir kuralın oluşturulması için gerekli olan *opinio juris*'in kademeli gelişimini de gösterebileceği ifâde edilmiştir¹⁰¹. Divan, üye devletlerden her koşulda nükleer silâh kullanımını yasaklayan bir sözleşme yapmalarını talep eden kararların önemli bir çoğunlukla kabul edilmesinin nükleer silâhların yasaklanması konusundaki arzuyu gösterdiğini belirtmiştir¹⁰². Bununla birlikte, davada ele alınan kararların birkaçının önemli sayıda olumsuz oy ve çekimser oy ile kabul edildiğine

94 Jordan J. Paust, ‘Customary International Law: Its Nature, Sources and Status as Law of The United States’ (1990) 12(1) Michigan Journal of International Law 59, 73 – 75.

95 International Law Association (n 21) 58 ff.

96 Henckaerts, / Doswald-Beck (n 11) XLIII-XLIV.

97 Guzman (n 12) 155.

98 International Law Commission (n 21) 148.

99 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (n 37) 102.

100 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (n 37) 99 – 100.

101 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (n 92) 254 – 255.

102 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (n 92) 255.

dikkat  ekmiřtir¹⁰³. Bu hususları belirttikten sonra, yeni doğmakta olan *opinio juris*'in varlığını kabul etmekle beraber, devletlerin caydırıcılık uygulamasına bağlı kalmasının kuralın oluşumunu engellediğine karar vermiřtir¹⁰⁴.

Bahsi geçen kararda, Divanın, bir Genel Kurul kararının doğrudan *opinio juris*'i tespit etmeye muktedir olmadığına karar vermesi ve *Nikaragua* kararına hiç atıf yapılmaması, bu kararındaki tutumundan uzaklaştığının işareti olarak yorumlanmıřtır¹⁰⁵. Ancak, Divan, Genel Kurul kararlarına verilen çekimser oylara ve söz konusu kararlar ile uygulama arasındaki tutarsızlıklara işaret ederek karar vermiştir. Keza, *Nikaragua* kararında da Genel Kurul kararı vasıtasıyla tespit edilen *opinio juris*'in devlet uygulamaları ile tamamlanması gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla, Divanın BM Genel Kurul kararlarının *opinio juris*'i kanıtlayabileceği yönündeki görüşünden ayrıldığı sonucuna varılması yerinde değildir.

Koskenniemi, BM Genel Kurul kararlarının *opinio juris*'i yansıtıcı etkisinin belirsiz olduğunu ifâde etmiştir. Zira, devletler siyasi bir jest veya bir ittifakın gereği olarak oy vermiş olabileceği gibi, güçlü bir devletin baskısı neticesinde ya da düşman devleti zor durumda bırakmak için de oy vermiş olabilir. Bu durumda, kararların *opinio juris*'i yansıttığından bahsetmek mümkün değildir. Öte yandan, devletler kararların bağlayıcı olmamasına güvenerek, oy kullanırken özgürce hareket edebilirler¹⁰⁶.

Doktrinde, Genel Kurul kararlarının UTH kurallarının varlığının tespiti için gerekli olabileceği ileri sürülmüştür. Higgins, aynı konuya ilişkin aynı doğrultuda birden çok kararın olması durumunda bu kararların ispat değeri taşıdığını dile getirmiřtir¹⁰⁷. Kanaatimizce, bu kararlar UTH kurallarının varlığını doğrudan kanıtlamasa da, aynı hususta birçok kararın olması *opinio juris*'i kanıtlayabilir. Zira, devletler sıklıkla dile getirilen bir uygulamanın UTH kuralı hâline dönüşebileceğinin bilincindedirler. *Acquiescence* teorisinde belirtildiği üzere, tepki gösterilmesi gereken ve tepki gösterme imkânı bulunan bir uygulamaya karşı sessiz kalınması, bu uygulamanın kabul edildiği anlamına gelebilir.

D. ULUSLARARASI ANTLAşMALAR

Uluslararası antlaşmaların imzalanması veya onaylanması, bir ölçüde *opinio juris*'i kanıtlayabilir. Onay işlemi, onaylayan devletin, antlaşma ile bağlanma arzusunu ortaya koyar. Dolayısıyla, onaylayan devletin antlaşma hükümlerinin hukukî niteliğine ilişkin kanaatinin bir g stergesidir¹⁰⁸. Buna karşın, imza işlemi, imzalayan devletin antlaşmayı onaylama rızasını g stermesine rağmen, devletin

103 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (n 92) 255.

104 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (n 92) 255.

105 Loretta Chan, 'The Dominance of The International Court of Justice in The Creation of Customary International Law' (2016) 6(1) Southampton Student Law Review 44, 63.

106 Koskenniemi (n 13) 434 – 435.

107 Rosalyn Higgins, 'The United Nations and Lawmaking: The Political Organs' (1970) 64(First Session) American Society of International Law Proceedings 37, 38.

108 Lepar  (n 12) 194.

hukuken bağlı olma rızasını izhar etmez¹⁰⁹. Yine de imza işlemi, antlaşma pek çok devlet tarafından imzalanmışsa, *opinio juris*'in bir ifâdesi olabilir. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 18. maddesi uyarınca, bir devlet, antlaşmayı imzaladığı zaman antlaşmaya taraf olmama niyetini açıkça ortaya koyana kadar, antlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldıracak davranışlardan kaçınmak zorundadır. Buna göre, antlaşma onay veya başkaca usuller ile yürürlüğe girecekse, imza ile onay arasındaki süreçte devlet teknik olarak antlaşma ile bağlı olmamasına rağmen, antlaşmayı imzalamayan devletlerle de aynı konumda değildir. İmzacı devlet, antlaşmaya henüz taraf olmasa da belirli hak ve yükümlülüklerle sahiptir¹¹⁰. Bununla birlikte, antlaşmayı imzalayan fakat onaylamayan devletin, antlaşma hükümlerini desteklediği veya en azından bunlara karşı olmadığı kabul edilebilir. Zira bir devletin, onaylamayacağı bir antlaşmayı, yalnızca siyasi bir saikle veya uluslararası topluluğun sempatisini kazanmak amacıyla imzalaması pek olası değildir¹¹¹.

Devletler, imza ve onay işlemlerinden sonra, antlaşma yükümlülüklerini üstlenmelerine karşın, *opinio juris*'in varlığından söz edebilmek için antlaşma hükümlerinin, antlaşmadan bağımsız bir şekilde bir UTH kuralı olarak da bağlayıcı olduğunun kabul edilmesi gerekir¹¹². *Nikaragua* kararında bu husus şu şekilde ifâde edilmiştir: “İki devlet, belirli bir kuralı bir antlaşmaya dâhil etmeyi kabul ettiğinde, bu antlaşma o kuralı hukuken bağlayıcı hâle getirmek için yeterlidir, ancak uluslararası teamül hukuku alanında, tarafların kural olarak gördükleri şeyin içeriğine ilişkin ortak görüşü yeterli değildir. Divan, devletlerin *opinio juris*'inde bu kuralın varlığının uygulama tarafından teyit edildiği hususunda tatmin olmalıdır¹¹³.” Dolayısıyla, taraf devletler, antlaşmada yer alan yükümlülükleri yalnızca antlaşma gereği yerine getiriyorlarsa, antlaşmadan bağımsız olarak *hukuki bir yükümlülüğe sahip olmadıklarına* inanıyorlarsa, *opinio juris*'in varlığından bahsedilemez¹¹⁴.

UTH kurallarını kodifiye ettiğini açıkça beyan eden sözleşmeler, sözleşme hükümlerinin teamüli vasfını kanıtlayabilir. Örneğin, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin 1. maddesinde “Sözleşmeci Devletler, ister barış zamanında isterse savaş zamanında işlensin, önlemeyi ve cezalandırmayı taahhüt ettikleri soykırımın Uluslararası hukuka göre bir suç olduğunu teyit eder¹¹⁵” hükmü yer almaktadır. *Soykırım Sözleşmesi*'ne Çekinceler danışma görüşünde, Sözleşme'nin asıl amacının, ‘soykırımın, uluslararası hukuka göre suç olarak kabul edildiğini’ göstermek olduğu belirtilerek, “Sözleşme'nin temelinde yer alan ilkelerin, medeni milletler tarafından ve herhangi bir akdi yükümlülük olmaksızın dahi devletler üzerinde bağlayıcı olarak kabul edilen ilkeler” olduğu tespit edilmiştir¹¹⁶. Buna karşın, sözleşmenin önsözünde, sözleşme hükümlerinin UTH kurallarını

109 ibid 193.

110 Öktem (n 4) 258.

111 ibid 259.

112 Gennady M. Danilenko, ‘The Theory of International Customary Law’ (1988) 31 German Yearbook of International Law 9, 38.

113 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (n 37) 98.

114 Arthur M. Weisburd, ‘Customary international law: The Problem of Treaties’ (1998) 21(1) Vanderbilt Journal of Transnational Law 1, 24.

115 Sözleşme metni için bkz. <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/231.202.0093827bm_11.pdf> (Erişim tarihi: 03.06.2021).

116 Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion (ICJ

yansıtığı beyan edilse de, çoğu zaman sözleşmeler yeni hükümler de ihtiya eder¹¹⁷. Örneğin, 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi hem mevcut UTH kurallarını kodifiye etmiştir hem de yeni hükümler getirmiřtir¹¹⁸. Yine de tarafların antlaşmanın mevcut kuralları kodifiye ettiğini beyan etmesi, bu yönde bir delil teşkil edebilir. Bu tür bir antlaşmaya taraf devletlerin sayısı ne kadar fazlaysa bu kanıt o kadar ikna edicidir¹¹⁹.

Bir kodifikasyon sözleşmesi olmasa da, bir antlaşmanın neredeyse evrensel düzeyde kabul görmesi de, söz konusu antlaşmanın hükümlerinin UTH kurallarını yansıtığının kuvvetli bir göstergesi olabilir¹²⁰. UAD da antlaşma hükümlerinin UTH kurallarını yansıtıp yansıtmadığını araştırırken, taraf devletlerin sayısını dikkate almıştır. Örneğin, *Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği* davalarında, 1958 Cenevre Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan eşit uzaklık prensibinin teamüli niteliğini incelerken, Sözleşmeye katılımın ve onayların sayısının kayda değer olmakla birlikte yeterli olmadığını belirtmiřtir¹²¹. *Sığınma Hakkı* kararında da 1933 Montevideo Sözleşmesi'nin yalnızca 11 devlet tarafından onaylanmış olmasının iddianın zayıflığını ortaya koyduğuna karar vermiřtir¹²². Antlaşmanın geniş bir katılımıla onaylanmış olmasının yanında, ilgili antlaşmaya taraf olmayan devletlerin, antlaşmanın hem imzalanması sırasındaki hem de sonrasındaki tutumu antlaşma hükümlerinin UTH kuralı olup olmadığının belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır¹²³.

Sonuç olarak, uluslararası antlaşmalar, UTH kurallarının tespitinde önemli bir yer tutmaktadır.  nemli miktarda devletin taraf olduğu antlaşmalar, antlaşmaların akdedilme aşamasındaki imza ve onay işlemleri devletlerin *opinio juris*'ini yansıtabilir. Ancak, bir antlaşmadaki bir veya belirli hükümlerin teamüli vasfı haiz olması için antlaşmaya taraf devletlerin yalnızca antlaşma yükümlülüğünü yerine getirme saikiyle hareket etmemeleri, antlaşmadan bağımsız olarak *hukuki bir yükümlülüğü sahip olduklarına* inanmaları gerekmektedir.

Reports 1951) 23.

117 Akehurst (n 56) 46; aynı düzenleme içerisinde dahi, UTH kuralının kodifiye edilirken söz konusu kurala birtakım yenilikler getirilmesi mümkündür. Örneğin, Antlaşmaların geçici uygulanmasını düzenleyen 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ile Devletler ve 1986 Uluslararası  rg tler arasındaki Antlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi'nin 25.maddesinin, geçici uygulamanın nasıl hayata geçirileceğine ilişkin ilk bölümünün teamül hukukunu kodifiye etmesine rağmen, geçici uygulamanın sona ermesine ilişkin ikinci bölümü için aynı durumun söz konusu olmadığı ileri sürülmüştür. Bkz. Meltem Sarıbeyoğlu Skalar, *Uluslararası Hukukta Antlaşmaların Geçici Uygulanması* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 8-10.

118 Alp Eren Tanyeri, 'Uluslararası Hukukta  zel Hassas Deniz Alanları ve Türk Sularına Uygulanması' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2018) 16.

119 International Law Association (n 21) 44.

120 International Law Commission (n 21) 143.

121 North Sea Continental Shelf Cases (n 14) 42.

122 Asylum Case (Colombia/Peru), Judgment (ICJ Reports 1950) 277.

123 International Law Commission (n 21) 144.

E. ULUSLARARASI MAHKEME KARARLARI

Mahkeme kararları, UAD Statüsü'nde uluslararası hukukun tâli kaynağı olarak nitelendirilmiş¹²⁴ ve yalnızca uyuşmazlığın tarafları üzerinde ve karar verilen dava için bağlayıcı olduğu belirtilmiştir¹²⁵. Uluslararası yargı kararları her ne kadar uluslararası hukukun yardımcı kaynakları olsa da UTH kurallarının belirlenmesinde önemli bir yer tutmaktadır. Uluslararası mahkemelerin kararları, UTH kurallarının varlığının dikkate alınması gereken davalarda, bu tür kuralların varlığının veya yokluğunun belirlenmesi noktasında değer taşımaktadır¹²⁶. Ancak, önemle belirtmek gerekir ki, uluslararası mahkemeler yalnızca mevcut kuralları tespit etmekle görevlidirler, hukuk yaratamazlar. Bu husus, *Nükleer Silâhların Kullanımının ve Tehdidinin Hukuka Uygunluğu* danışma görüşünde vurgulanmıştır. Kararda Divanın hukuk yaratamayacağı ve görevinin dava konusu olan nükleer silâhların kullanımına ve tehdidine uygulanabilir hukuk ilkelerinin ve kurallarının varlığını veya yokluğunu tespit etmek olduğu belirtilmiştir¹²⁷.

UAD kararlarının uluslararası hukukun yardımcı kaynakları olduğunu söyleyen 38(1)(b) hükmü ile kararın yalnızca taraflar üzerinde bağlayıcı olduğunu belirten 59. madde birlikte değerlendirildiğinde, kararların “bir defaya mahsus” verildiği sonucu çıkmaktadır. Byers, Divanın müteakip davalarda önceki kararlarına dayanması neticesinde, bunların uluslararası hukuk üzerindeki etkisini devam ettirdiğini ileri sürmüştür¹²⁸. Uluslararası Adalet Divanı ve diğer uluslararası mahkemeler, mahkemenin statüsüne, muhakemenin kalitesine (ne kadar kapsamlı bir inceleme yapıldığına), mahkemenin yetkilendirildiği antlaşmaya ve buna benzer faktörlere bağlı olarak emsal niteliği taşıyan kararlar verebilirler¹²⁹. Bu tür kararların verildiği tarih ile mevcut uyuşmazlık arasında kısa bir süre geçmişse ya da kuralı değiştirecek miktarda devlet uygulaması ortaya çıkmamışsa bu kararlar önem arz edebilir¹³⁰. Ancak Divan UTH kuralı yarattığı öne sürülen devlet uygulamalarını yeterince araştırmaksızın, önceki kararları takip ettiği gerekçesiyle eleştirilmektedir¹³¹. UTH kurallarının meşrûyetini devlet uygulamalarından alması sebebiyle, Divanın bu eğiliminin kararların meşrûyetini önemli ölçüde engellediği belirtilmiştir¹³².

Sonuç olarak, uluslararası mahkemeler bir uygulamada meydana gelen değişimleri tespit etmekle yükümlüdür. Dolayısıyla, her davada kurala ilişkin devlet uygulamalarını ve *opinio juris*'i araştırmalıdır. Uluslararası mahkemelerin uygulamada meydana gelen değişimleri saptamaktan imtina etmesi yerinde değildir ve bu tür eğilimler, uluslararası mahkemelerin kararlarının UTH kurallarının tespitindeki rolünü de azaltmaktadır.

124 Bkz. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m.38(1)(d) (n 2).

125 Bkz. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m.59 (n 2).

126 International Law Commission (n 21) 149.

127 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (n 92) 237.

128 Byers (n 23) 121.

129 Mendelson (n 34) 202.

130 Byers (n 23) 122.

131 Hugh Thirlway, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989” (2005) 76(1) British Yearbook of International Law, 116. [Aktaran: Chan (n 105) 48.]

132 Chan (n 105) 56.

III. ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKU KURALLARINI TESP T YÖNTEMLERİ

A. UNSURLARIN TESPİTİ

UAD Statüsü'n n 38. maddesinde, iki unsurun varlığının nasıl belirleneceğine ilişkin belirli bir formül bulunmamaktadır. Unsurların tespitine yönelik olarak hem doktrinde çeşitli savlar ileri sürülmüş hem de UAD farklı dönemlerde farklı yaklaşımlar benimsemiştir.

Lotus kararına kadar geçen dönemde, bu dönemde hâkim olan monolitik anlayış doğrultusunda, devlet uygulaması ile *opinio juris* arasında belirgin bir ayrım yapılmamıřtır¹³³. *Lotus* kararında bir kaçınma yükümlülüğünün teamüli niteliği incelenirken manevî unsurun devlet uygulamasından bağımsız olarak belirlenmesi gerekliliği ortaya çıkmış ve bunun sonucu olarak, manevî unsurun maddî unsurdan ayrı olarak araştırılması fikri ortaya  ıkmıřtır¹³⁴. UAD, *Lotus* kararında ortaya çıkan bu tutumu *Sığınma Hakkı* kararında genelleştirmiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “Kolombiya H k meti, ileri sürdüğü kuralın ilgili devletler tarafından uygulanan sabit ve yeknesak bir teamül (usage) ile uyumlu olduğunu ve bunun sığınma hakkı veren devlete ait bir hak ve bölgesel devlete düşen bir yükümlülüğün ifâdesi olduğunu kanıtlamalıdır. Bu sonuca, Mahkeme Statüsü'n n 38. maddesinde uluslararası teamülün ‘hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak’ ifâde edilmesinden varılmaktadır.” Bu atıftan anlaşıldığı üzere, Divan, sözü edilen kararında yer alan UTH kurallarının Statüde yer alan tanımına dayanarak, iki unsur arasındaki ayrımı genelleştirmiştir.

Maine Körfezi kararı ile birlikte, Divanın unsurların ayrı ayrı araştırılması fikrinden uzaklaşmaya başladığı görülmektedir. Kararda yer alan “devletlerin *opinio juris*’inde var olan bir dizi teamüli kural, önyargılı fikirlerden tümdengelim yoluyla değil, yeterince yaygın ve ikna edici uygulamanın analizine dayanan tümevarım ile test edilebilir¹³⁵” if desinden Divanın *opinio juris*’in uygulamadan yola çıkararak tespit edilebileceği fikrini benimsediği sonucuna varılmaktadır. Bu yaklaşım, unsurların müstakil ve ayrı bir test ile saptanması yaklaşımı ile çelişmesine rağmen, anılan kararda iki unsur doktrininden tamamen uzaklařılmamıřtır¹³⁶.

Divanın, *Nikaragua* kararında, *opinio juris*’in devlet uygulamaları temelinde araştırma yapılarak tespit edilebileceği yaklaşımını benimsemesi nedeniyle, unsurların ayrı ayrı tespit edilmesi gerektiği fikrinden daha fazla uzaklaştığı görülmektedir. Kararın sıklıkla atıf yapılan kısmı şu şekildedir: “Devletlerin uygulamalarında, devletlerin g   kullanılmaktan veya birbirlerinin içişlerine m d hale etmekten kaçınmaları bakımından, söz konusu kuralların uygulanmasının kusursuz bir şekilde tam bir tutarlılık içinde olması beklenemez. Divan, bir kuralın teamül olarak oluşması için ilgili uygulamanın kural ile muhakkak katı bir şekilde uyumlu olması gerektiği kanaatinde değildir. Divan, teamüli kuralların varlığını ortaya çıkarmak için, devletlerin davranışının bu tür kurallar ile genel olarak

133 Bkz. Bkz. Jean D’Aspremont, ‘The Four Lives of Customary International Law’ (2019) Forthcoming in International Community Law Review < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3345589 > (Erişim tarihi: 01.06.2022), 4-11.

134 ibid 12.

135 Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment (ICJ Reports 1984) 299.

136 D’Aspremont (n 134) 17.

tutarlı olmasını ve belirli bir kuralla tutarsız olan devlet davranışlarının genel olarak yeni bir kuralın tanınmasının göstergesi olarak değil, bu kuralın ihlâli olarak değerlendirilmesini yeterli görmektedir. Bir devlet muteber olan bir kuralla *prima facie* çelişkili bir şekilde hareket ediyorsa, ancak davranışını kuralın kendisinde bulunan istisnalar ve gerekçelere başvurarak savunuyorsa, (...) bu tutumu kuralı zayıflatmaktan ziyâde teyit etmektedir¹³⁷.”

Divanın anılan kararda geleneksel anlamdaki iki unsur yaklaşımından uzaklaştığı konusunda doktrinde fikir birliği olmasına rağmen, hangi unsuru öne çıkardığı konusunda farklı değerlendirmeler yapılmıştır. Banteka, iki gerekçeye dayanarak, bu kararda manevî unsura daha fazla ağırlık verildiğini ileri sürmüştür. Yazara göre, geleneksel anlamda genel, tutarlı ve yeknesak devlet uygulamasının, *opinio juris* tarafından teyit edilmesi beklenirken, BM Genel Kurul Kararı vasıtasıyla tespit edilen *opinio juris*’in devlet uygulaması tarafından teyit edilmesi gerektiğinin söylenmesi, geleneksel yaklaşımdan uzaklaştığını göstermektedir. Keza, aynı yazar, kuralın oluşması için aranan yeknesaklık eşiğinin düşürülmesi ve genel uygulamadan sapan eylemlerin yeni bir kuralın oluşmakta olduğunun göstergesi olarak değil, mevcut kuralın ihlâli olarak değerlendirilmesini manevî unsurun öne çıkarılması olarak yorumlamıştır¹³⁸. Buna karşın, Aksar, Divanın, *Nikaragua* ve *Maine Körfezi* kararlarında manevî unsurun varlığını devlet uygulamasına dayandırdığı için, maddî unsura daha fazla ağırlık verdiğini ifade etmiştir¹³⁹.

Nikaragua kararının ardından pek çok reformist görüş ortaya atılmış ve bir unsurun varlığının diğer unsurdan yola çıkılarak tespit edilebileceği görüşü taraftar kazanmıştır. Bu görüşler içerisinde en çok dikkat çekeni Kirgis’in “değişken ölçek” (*sliding scale*) görüşüdür. Bu görüşe göre, çok sık ve tutarlı devlet uygulaması, şayet bu uygulamanın normatif olmadığı inancı kesin olarak saptanamıyorsa, *opinio juris*’e dair güçlü kanıtlar olmasa dahi bir UTH kuralını oluşturur. Uygulamanın sıklığı ve tutarlılığı azaldıkça, *opinio juris*’in tespiti için daha ikna edici kanıtlar gereklidir. Buna karşın, *opinio juris* açıkça tespit edilebildiği takdirde, devletlerin sürekli olarak iddia edilen kurala göre davrandığını gösteren daha muteber bir UTH kuralının oluşabileceğini belirtmiştir¹⁴⁰.

Bu dönemde pek çok yazar, yaygın, tutarlı ve yeknesak devlet uygulamasının *opinio juris*’in güçlü bir göstergesi olduğunu dile getirmiştir. Örneğin, Danilenko, sabit ve yeknesak devlet uygulamasının, uygulamanın bir UTH kuralı olduğu yönünde uluslararası toplumun irâdesinin göstergesi olduğunu ifade etmiştir¹⁴¹. Kirgis’in görüşüne benzer şekilde, Uluslararası Hukuk Derneğinin pek çok üyesi, maddî unsurun oluştuğu kesin olarak tespit edilebiliyorsa ama uygulamanın hukukî bir yükümlülük veya hak meydana getirmeyeceğine ilişkin inanç açıkça anlaşılmıyorsa, *opinio juris*’in kanıtlanmasının gerekli olmadığını öne sürmüşlerdir. Zira yeterince yaygın olan bir uygulamanın, bu tür inancın mevcut olduğunu gösterme olasılığı oldukça yüksektir. Buna karşın, bir uygulamanın hukuka uygun

137 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (n 37) 98.

138 Nadia Banteka, ‘Theory of Constructive Interpretation for Customary International Law Identification’ (2018) 39(3) Michigan Journal of International Law 301, 334–335.

139 Aksar (n 44) 68.

140 Frederic L. Kirgis, ‘Custom on a Sliding Scale’ (1987) 81(1) The American Journal of International Law 146, 149.

141 Danilenko (n 96) 35.

olduğuna dair kabul devlet davranışlarından kolaylıkla anlaşılabiliyorsa, devlet uygulamasına ilişkin nispi eksikliklerin telafi edilebileceği belirtilmiřtir¹⁴².

UHK, iki kurucu unsurun ayrı ayrı araştırılması gerektiğini belirtmesine rağmen, her iki unsurun aynı materyal üzerinden saptanabileceğini dile getirmiştir. Örneğin, resmî bir devlet raporu bir uygulama niteliği taşırken veya devletin uygulamasına yönelik bilgi sağlarken, aynı zamanda uygulamanın altında yatan hukukî görüşün de bir göstergesi olabilir¹⁴³. Komisyonun bu görüşü çelişkili olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. İki unsurun aynı materyal üzerinden değerlendirilmesinin, aslında devlet uygulamasının *opinio juris*’in kanıtı olarak görüldüğünün kabulü olduğu ileri s r lm řtir¹⁴⁴.

B. METODOLOJİK DÜALİZM: TÜMDENGELİM – TÜMEVARIM

Uluslararası hukuk metodolojisi terimi, daha dar anlamıyla uluslararası hukuk kurallarını tespit etmek için kullanılan yöntemleri ifâde etmektedir. Hukuk kurallarını tespit etme yöntemleri, bu kuralları belirli davalarda uygulama metotlarından farklı olup, bu kuralların uygulanması, kuralın tespitinden sonraki aşamayı oluřturmaktadır¹⁴⁵. Hem kuralların tespitinde hem de bu kuralların yorumlanmasında esasen tümdengelim ve tümevarım yöntemleri kullanılmaktadır. Ancak hukuk kurallarının yorumlanması bu makalenin kapsamı dışında olduğundan, bu başlıkta yalnızca anılan yöntemlerin UTH kurallarının tespitindeki rolü irdelenecektir.

Geleneksel yaklaşımda, UTH kuralları tümevarım yoluyla tespit edilir. Bu yöntemde, bir hukuk kuralı, devlet uygulamasının ve *opinio juris*’in ampirik olarak gözlemlenen bireysel örneklerinden yola çıkarak saptanır. Bu süreçte özelden genele giderek, sistematik bir gözlem ve ampirik bir genelleme yapılır¹⁴⁶. Roberts, “uygulamanın ne olduğuna” odaklanan bu yöntemi tasvir  gerçeklik (*descriptive accuracy*) olarak adlandırmıştır. Yazara göre, bu yöntem, kuralların devlet davranışlarından yola çıkarak içeriğinin belirlenmesi açısından önemlidir. Zira devlet davranışlarına dayanmayan kurallar, gerçekçi olmayan standartlar belirler ve nihayetinde bu tür kuralların unutulması muhtemeldir¹⁴⁷. Talmon, tümevarım metodunun kullanılmasının mümkün olmadığı dört durum tanımlamıştır. Bu görüşe göre, yeni ortaya çıkan meseleye ilişkin yeterli devlet uygulaması bulunmadığında, devlet uygulamaları çelişkili olduğunda, *opinio juris* tam olarak belirlenemediğinde ve devlet uygulaması ile *opinio juris* tutarsız olduğunda tümevarım yöntemi kullanılamaz. Bu tür durumlarda, özellikle ihm l ve kaçınma hareketlerinden oluşan uygulamaların teamüli niteliği belirlenirken, başka bir deyişle belirli eylemleri yasaklayan UTH kuralları tespit edilirken tümdengelim yolunun kullanılması daha

142 International Law Association (n 21) 40.

143 International Law Commission (n 21) 129.

144 Jörg Kammerhofer, ‘Between Pragmatism and Disenchantment: The Theory of Customary International Law after the ILC Project’ in Merkouris, P./Kammerhofer J./Arajarvi, N. (Ed.), *The Theory, Practice and Interpretation of Customary International Law* (3-28) (Cambridge University Press 2022), 14.

145 Stefan Talmon, ‘Determining Customary International Law: The ICJ’s Methodology Between Induction, Deduction and Assertion’ (2015) 26(2) *The European Journal of International Law* 417, 419-420.

146 Talmon (n 146) 420.

147 Roberts (n 76) 770.

yerinde olacaktır¹⁴⁸. Roberts, katı geleneksel yaklaşımın, emperyalist devletler başta olmak üzere birkaç devletin uygulamalarına dayanarak UTH kurallarının ortaya çıkmasına sebep olduğu ve statükoyu meşrûlaştırdığı gerekçesiyle, temsil edici olmadığı yönünde eleştirmiştir¹⁴⁹.

Modern yaklaşım olarak nitelendirilen tümdengelim metodu, kuralların genel ifâdelerinden yola çıkılarak tespit edilmesini ifâde etmektedir. Bu yöntemde ya genel olarak kabul gören bir kural veya ilkeden hukukî muhakeme yoluyla çıkarım yapılır¹⁵⁰ ya da *opinio juris* ön plana çıkartılır ve çok sayıda devlet tarafından onaylanan antlaşmalar veya BM Genel Kurul kararlarına dayanarak UTH kuralları saptanır¹⁵¹. Tümdengelim yönteminde bir vargıyı (*conclusion*) kanıtlamak için örneklere dayanılmaz. Bu yöntemde herhangi bir varğı çelişkili örneklerle çarpıtılamadığı için, tümevarım yönteminde görülen zayıflıklar bu yöntemde görülmez¹⁵².

UAD'nin tümdengelim yöntemini her iki şekilde de kullandığı görölmektedir. İlk olarak, davaya uygulayabilecek somut bir hukuk kuralı bulamadığında, mevcut bir prensipten bir yükümlölük çıkartmak suretiyle tümdengelim yöntemini kullanmaktadır. Örneğin, *Korfu Boğazı* kararında, barış zamanında mayınların varlığını gemilere bildirme yükümlölüğünü tespit ederken, temel insanî mülâhazalar, denizde haberleşme özgürlüğü, devletin kendi topraklarını diğer devletlerin haklarına aykırı olarak kullanmama yükümlölüğü gibi genel kabul görmüş prensiplerden yola çıkmıştır¹⁵³. Divanın temel hak ve prensiplerden UTH kuralları çıkarması, yeni bir kural ihdası olarak değerdendirilmiş ve bu itibarla, iki unsur yaklaşımından uzaklaştığı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁵⁴. Divanın kullandığı diğer bir yöntem ise, BM Genel Kurul kararları gibi bağlayıcı olmayan bir belgenin *opinio juris*'i yansıttığı kabulüyle, UTH kuralının varlığını araştırmasıdır. Divan, *Nikaragua* kararında bu yaklaşımı benimseyerek, “*Birleşmiş Milletler Şartı uyarınca, opinio juris, diğerlerinin yanı sıra, özellikle ‘Birleşmiş Milletler Şartı uyarınca Devletler Arasında Dostâne İlişkiler ve İşbirliğine Temas Eden Uluslararası Hukuk İlkelerine İlişkin Bildirge’ başlıklı 2625 (XXV) sayılı karara yönelik devletlerin ve tarafların tutumlarından çıkarılabilir*”¹⁵⁵ sonucuna varmıştır. Divan bu kararda, BM Genel Kurul kararına başvurarak *opinio juris*'i tespit etmeyi yeterli görmemiş, *opinio juris*'e devlet uygulamasının da eşlik etmesi gerektiğini vurgulamıştır. Dolayısıyla, *Korfu* kararının aksine, bu kararda iki unsur doktrininden uzaklaşmamıştır¹⁵⁶.

Merkouris, tümevarım ve tümdengelim yöntemlerinin, UTH kurallarının farklı aşamalarında kullanılabilecek yöntemler olduğunu savunmaktadır. Yazara göre, uluslararası mahkemelerin, bazı

148 Talmon (n 146) 422.

149 Roberts (n 76) 769.

150 Talmon (n 146) 420.

151 Alberto Alvarez-Jiménez, ‘Methods for The Identification of Customary International Law in The International Court of Justice’s Jurisprudence: 2000—2009’ (2011) 60(3) The International and Comparative Law Quarterly 681, 687, 689.

152 William Thomas Worster, ‘The Inductive and Deductive Methods in Customary International Law Analysis: Traditional and Modern Approaches’ (2014) 45(2) Georgetown Journal of International Law 445, 455-456.

153 Kök Değerli (n 3) 220.

154 Kök Değerli (n 3) 313.

155 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (n 37) 99 – 100.

156 Alvarez-Jiménez (n 152) 688; Kök Değerli (n 3) 232-233.

davalarda tümevarım, diğ rlerinde tümdengelim metodunu kullanması metodolojik bir tercih değıldir. UTH kuralları uzun bir süre boyunca varlıklarını devam ettirir ve hukukî sonuçlar üretir. Her iki metod arasındaki fark bu noktada ortaya çıkar. Buna göre, tümevarım yöntemi UTH kurallarının oluşumuna odaklanırken, tümdengelim bir hukuk kuralı tespit edildikten sonra bu kuralın bir olaya nasıl uygulanacağı ile ilgilenir¹⁵⁷. Worster ise her iki yöntemin i  içe geçtiğini ve iki yöntem arasında bir seçim yapılması gerekmediğini belirtmiştir. Bu görüşe göre, tümevarım yönteminde kısmen tümdengelimsel sonuçlara dayanılırken, tümdengelim yönteminde, hipotezi tümevarımsal olarak teyit etmek için devlet uygulamalarına ihtiyaç duyulur¹⁵⁸.

UAD kararları incelendiğinde açıkça görülmektedir ki, UAD, uluslararası teamül hukuku kurallarının tespitinde hem tümdengelim hem de tümevarım yöntemlerini kullanmaktadır. Divanın bu yöntemleri neye dayanarak seçtiği açık değıldir, ancak kanaatimizce en kolay şekilde sonuca ulaşabileceği yöntemi benimsemektedir. Birçok durumda *opinio juris*’in tespiti genel uygulamanın tespitinden daha zordur. Neredeyse evrensel katılıma sahip BM Genel Kurul kararları ve antlaşmalar *opinio juris*’in güçlü kanıtlarıdır ve dolayısıyla bunların varlığı *opinio juris*’in tespitini kolaylaştırmaktadır.

C. VAR OLAN BİR ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKU KURALININ DEĞİşİMİNİN TESPİTİ: ÖRNEK YAKA ÇÖZÜMLEMESİ OLARAK MEş  MÜDÂFAA HAKKININ İNCELENMESİ

Mevcut bir UTH kuralına ilişkin devlet uygulaması ve *opinio juris*’indeki değışimler kuralın içeriğinin veya kapsamının değışmesine sebep olabilir. Bu bağlamda, UTH kurallarının tespiti yalnızca bu kurallarının oluşumu yönünden değıl, bunların değışimi hususunda da önem arz eder. Çoğu zaman bir kuralın değışimini tespit etmek, oluşumunu tespit etmekten daha zordur. Zira mevcut kuraldan sapan uygulamaların, kurala aykırılık mı teşkil ettiği yoksa kuralın içeriğinin veya kapsamının değışimine mi sebep olduğunu belirlemek oldukça güçtür. Ancak günümüzde, devletlerin inançlarını kolektif olarak yansıtan vasıtaların artmasıyla beraber, UTH kurallarındaki değışimler daha kolay tespit edilebilir hâle gelmiştir. Bu bağlamda, BM Genel Kurulu gibi uluslararası örgütlerin geniş bir temsil edicilik gücüne sahip olan organlarının kararları ve çok taraflı antlaşmalar, kuralın muhteviyatının veya kapsamının değıştiği inancının y ni bu yönde ki *opinio juris*’in güçlü bir göstergesi olabilir. Bu tür bir inancın tespit edilmesi, mevcut kural ile örtüşmeyen uygulamaların bir hukuk ihlâli olarak değıl, kuralda meydana gelen değışimin göstergesi olarak kabul edilmesini sağlayabilir. Bu savın daha iyi açıklanabilmesi amacıyla, *opinio juris*’teki ve genel uygulamadaki değışimlerin daha kolay tespit edilebildiği devlet dış aktörlere karşı sınır ötesinde meş  müdâfaa hakkının kullanılması meselesi örnek vaka olarak analiz edilecektir.

Kuvvet kullanma yasağının istisnalarından biri olan meş  müdâfaa hakkı BM şartı’nın 51. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hükümde “*antlaşmanın hiçbir hükümünün, Birleşmiş Milletler  yelerinden birinin sil hl  bir saldırıya hedef olması hâlinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve*

157 Panos Merkouris, ‘Interpreting the Customary Rules on Interpretation’ (2017) 19 International Community Law Review 126, 136-137.

158 Worster (n 153) 520.

güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel veya ortak meşrû müdâfaa hakkına hâlel getirmeyeceği” belirtilmiştir. Anılan maddeden kimden gelen veya kime atfedilebilen saldırılara karşı meşrû müdâfaa hakkının kullanılabilmesi anlaşılamamasına rağmen¹⁵⁹, klasik görüşü savunan yazarlar, yalnızca devletlerden gelen saldırılara karşı meşrû müdâfaa hakkının kullanılabilmesini savunmaktadırlar. Bu görüşe göre, 51.madde BM Şartı m.2(4) bir istisnası olarak düzenlendiği ve m. 2(4) “devletler arasında” kuvvet kullanılmasını yasakladığı için yalnızca devletlerden gelen silâhlı saldırılara karşı meşrû müdâfaa hakkı kullanılabilir¹⁶⁰. Bu görüşü savunan yazarların diğer gerekçesi, uluslararası teamül hukukunu yansıttığı kabul edilen 1974 tarihli 3314 (XXIX)¹⁶¹ sayılı BM Genel Kurul kararında silâhlı saldırı kavramının “belli bir yoğunluğa erişmiş kuvvet kullanma eylemlerini” kapsadığının kabul edilmesidir¹⁶².

UAD’nin *Nikaragua* kararında belirttiği gibi, meşrû müdâfaa hakkı hem bir antlaşma kuralı hem de bir UTH kuralı olarak varlığını sürdürmektedir¹⁶³. Meşrû müdâfaa hakkına başvurulması için gerekli olan şartlar mevcut olduğu takdirde, söz konusu hak uluslararası teamül hukukuna dayanarak da uygulanabilir¹⁶⁴.

17 Şubat 1995 tarihli ve 49/60 sayılı BM Genel Kurul kararında “Uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturabilecek, devletler arasındaki dostane ilişkileri tehlikeye atabilecek, uluslararası işbirliğini engelleyebilecek ve insan haklarını, temel özgürlükleri ve toplumun demokratik temellerini yok etmeyi amaçlayan terör eylem, yöntem ve uygulamalarının Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerinin ağır bir ihlâli olduğu” beyan edilmiştir¹⁶⁵. 16 Ocak 1997 tarihli ve 51/210 sayılı BM Genel Kurul kararı¹⁶⁶ ile 26 Ocak 1999 tarihli ve 53/108 sayılı Genel Kurul kararında¹⁶⁷ aynı hususlar tekrar edilmiştir.

BM Şartı’nın kabul edilmesinden önceki dönem de dâhil olmak üzere, devlet dışı silâhlı aktörlerin saldırılarına karşı meşrû müdâfaa hakkına başvurulmuş pek çok devlet uygulaması bulunmaktadır. Bu bağlamdaki incelenebilecek ilk devlet uygulaması Caroline olayıdır. 29 Aralık 1837 yılında İngiltere, Navy Adası ile Amerikan toprakları arasında erzak ve mühimmat taşıyan Caroline isimli gemiyi, geminin ABD limanında demirli olduğu sırada, yakarak batırmıştır. Bu olay neticesinde iki kişi ölmüş ve ABD’nin İngiltere tarafından egemenliğinin ihlâl edildiği gerekçesiyle yaptığı protestoya karşı İngiltere meşrû müdâfaa hakkına başvurduğunu beyan etmiştir¹⁶⁸. Caroline olayı, bir devletin

159 Ceren Zeynep Pirim, ‘Devletlere Atfedilemeyen Silâhlı Saldırılarına Karşı Meşrû Müdafaa: Uluslararası Hukukta Sınır Ötesi Operasyonun Hukukî Zemini’ (2019) 40 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 245, 252.

160 ibid 250.

161 UN Doc. A/RES/3314(XXIX) <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/739/16/IMG/NR073916.pdf?OpenElement>> (Erişim tarihi : 14.08.2022).

162 Pirim (n 160) 252.

163 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (n 37) 94.

164 Hakkı Hakan Erkiner, *Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020), 347.

165 UN Doc. A/RES/49/60 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/768/19/PDF/N9576819.pdf?OpenElement>> (Erişim tarihi 14.08.2022).

166 UN Doc. A/RES/51/210 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/761/65/PDF/N9776165.pdf?OpenElement>> (Erişim tarihi: 14. 08.2022).

167 UN Doc. A/RES/53/108 <<https://digitallibrary.un.org/record/265702>> (Erişim tarihi: 14.08.2022).

168 Yücel Acer ve İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk* (11. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 345.

başka bir devletin topraklarında konuşlanan devlet dışı sil hl  aktörlerin saldırısına uğraması hâlinde, konak devletin yardımını istedikten sonra, yeni saldırıların yapılmasını önlemek için konak devletin topraklarında meşrû müdâfaa hakkını kullanabileceği görüşünü destekler niteliktedir¹⁶⁹.

Fransa ve Cezayir arasındaki Tunus nedeniyle, Hindistan ve Pakistan arasında Keşmir nedeniyle başlayan çatışmalarda, Fransa ve Hindistan eylemlerini meşrû müdâfaa hakkına dayanarak savunmuřlardır¹⁷⁰. ABD'nin Vietnam Savaşı sırasında Kamboçya'ya sığınan düşman unsurlarına karşı düzenlediği saldırılar geniş çapta eleştirilmiş, ancak bu eleştirilerin operasyonların hukukiliğine karşı olmadığı, savaş karşıtlığının artmasından kaynaklandığı  ne s r lm řt r¹⁷¹. Portekiz, Zambiya'nın düşman kuvvetlerinin toprakları üzerinde konuşlanmasına ve bunların eğitim ve tedariklerine izin verdiği gerekçesiyle Zambiya'ya karşı meşrû müdâfaa hakkına başvurmuştur. Portekiz 1969 ve 1971 yılları arasında, benzer gerekçelere dayanarak Senegal ve Gine'ye karşı da askerî eylemlerde bulunmuřtur¹⁷².

Güney Afrika Cumhuriyeti, 1970'li ve 80'li yıllarda, Angola, Mozambik, Zambiya, Lesotho ve Botswana Devletlerinin, kendisine tekrar eden saldırılar gerçekleştirmekte olan terörist unsurları barındırdığı gerekçesiyle, bahsi geçen Devletlere karşı meşrû müdâfaa hakkına dayanarak askerî harekâtlar d zenlemiřtir¹⁷³. Aynı dönemde, Fas, Batı Sahra  atıřmasında¹⁷⁴, İsrail ise sil hl  Filistinli grupların kararg hlarının bulunduğunu ileri sürdüğü Ürdün ve Lübnan'a düzenlediği askerî operasyonlarda meşrû müdâfaa hakkına dayanmıřtır¹⁷⁵.

1980'li ve 90'lı yıllarda, Irak'ın kampları bulunan PKK'nin tekrar eden şekilde kendi topraklarına saldırması üzerinde Türkiye meşrû müdâfaa hakkına başvurmuştur. Türkiye'nin meşrû müdâfaa hakkına başvurmasına karşı, uluslararası toplulukta önemli bir tepki oluřmamıřtır¹⁷⁶. 90'lı yıllarda İran, Halkın Mücahitleri  rg t 'nün Irak'ta kararg hları bulunduğu gerekçesiyle, bunlara karşı askerî eylemlerde bulunmuştur. Uluslararası toplum İran'ın bu eylemini saldırı olarak nitelendirmesine rağmen, söz konusu saldırı kınanmamıřtır¹⁷⁷. 1998 yılında El Kaide  rg t 'nün ABD'nin Kenya ve Tanzanya'daki büyükelçilik binalarına gerçekleştirdiği saldırıların akabinde, ABD, Afganistan ve Sudan'da bulunan El Kaide unsurlarına meşrû müdâfaa zemininde saldırılar d zenlemiřtir¹⁷⁸.

169 Michael N. Schmitt, 'Counter-Terrorism and the Use of Force in International Law' (2002) 79International Law Studies, US Naval War College 7, 44.

170 Mary Ellen O'Connell, Christian J. Tams, Dire Tladi, 'Self-Defence against Non-state Actors', Max Planck Trialogues on the Law of Peace and War, vol 1, (Cambridge University Press 2019) 137 [Aktaran: Erkiner (n. 165) 355.]

171 Schmitt (n 170) 41.

172 Terry D. Gill, Kinga Tibori-Szab . 'Twelve Key Questions on Self-Defense against Non-State Actors' (2020) 95(1) International Law Studies 467, 476.

173 Gill & Tibori-Szabo (n 173) 476.

174 O'Connell / Tams / Tladi, s. 138 [Aktaran: Erkiner (n 165) 355.]

175 Gill & Tibori-Szabo (n 173) 476.

176 Erkiner (n 165) 356.

177 Christian J. Tams, 'The Use of Force against Terrorists' (2009) 20(2) European Journal of International Law 359, 380.

178 Gill & Tibori-Szabo (n 173) 479.

2000’li yıllara gelindiğinde, devlet dışı aktörlerden gelen silâhlı saldırıların arttığı ve ciddileştiği görülmektedir. ABD 11 Eylül 2001’de Dünya Ticaret Merkezine ve Pentagon’a gerçekleştirilen saldırılardan El Kaide’yi sorumlu tutmuş ve Afganistan’da kendi topraklarında bulunan Örgüt lideri Usame bin Ladin’i iade etmesini, Örgüt’ün tüm üyelerinin teslim olmasını veya dışarı atılmasını ısrarla istemesine rağmen, Taliban rejimi bu talepleri yerine getirmemiştir¹⁷⁹. Bunun üzerine, BM Güvenlik Konseyi’nde 1368 ve 1373 sayılı kararlar alınmıştır ve Konsey her türlü terörizmle mücadele etmek için gerekli tüm tedbirleri almaya hazır olduğunu beyan etmiş ve terörizmin neden olduğu uluslararası barış ve güvenlik tehditleriyle her türlü araçla mücadele etmeye karar vermiştir¹⁸⁰.

11 Eylül saldırılarından günümüze kadar da bu hususta birçok devlet uygulaması örneği bulunmaktadır. 2006 yılında İsrail’in Lübnan’a karşı gerçekleştirdiği sınır ötesi operasyonlar, 2011 yılında Kenya tarafından gerçekleştirilen askerî harekâtlar, 2014 yılında ABD önderliğinde kurulan IŞİD karşıtı Koalisyonun askerî eylemleri¹⁸¹ ve Birleşik Krallık, Kanada, Fransa, Avustralya, Almanya, Hollanda, Yeni Zelanda, Polonya, Norveç, Danimarka, Belçika, İsrail, Türkiye gibi çok sayıda devletin Suriye’deki terör örgütleri ile mücadele etmek için giriştikleri operasyonlar¹⁸² bunlara örnek verilebilir.

Görülmektedir ki, devletlerin başka devletlerin toprakları üzerinde konuşlanan devlet dışı silâhlı grupların terör faaliyetlerine karşı meşrû müdâfaa hakkına başvurdıkları pek çok devlet uygulaması bulunmaktadır. Bu uygulamaların farklı kıtalardaki ve farklı hukuk sistemlerine dâhil olan devletleri içermesi nedeniyle yeterince temsil edici olduğu görülmektedir. Öte yandan, maddî unsurun oluşması için bir diğer kıstas olan yeterince yaygın ve yeknesak devlet uygulamalarının varlığı da gözlemlenmektedir. Devletler, devlet dışı silâhlı aktörlerden gelen ve konak devletlere isnat edilemeyen saldırılara karşı neredeyse her hâlde, konak devletin toprakları üzerinde meşrû müdâfaa hakkını kullanmıştır. BM Genel Kurulu ve Güvenlik Konseyi kararları incelendiğinde, uluslararası barış ve güvenliği tehlikeye atabilecek terör eylemlerinin meşrû müdâfaa hakkını doğuran silâhlı saldırı eylemleri olduğunun uluslararası toplumda kabul edildiği, dolayısıyla *opinio juris*’in oluştuğu görülmektedir. Bu değerlendirmenin ışığında, devletlerce, devlet dışı silâhlı aktörlerin silâhlı saldırılarına karşı meşrû müdâfaa hakkının kullanılmasının teamüli bir nitelik kazandığı sonucuna varılmaktadır.

SONUÇ

Uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşması için maddî ve manevî unsurların varlığı gereklidir. Maddî unsur genel, sabit ve yeterince yeknesak devlet uygulamalarını ifâde ederken manevî unsur, diğer bir ifâdeyle *opinio juris* uygulamaya hukuken cevaz verildiği veya uygulamanın zorunlu olduğuna ilişkin inanç olarak tanımlanmaktadır. UTH kurallarının kurucu unsurları olan

179 Serdar Örne, *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı: 1991 ve 2003 Irak Harekâtları*, (Seçkin 2013) 174.

180 ibid.

181 Bkz. Gill & Tibori-Szabo (n 173) 483-486.

182 Bkz. Erkiner (n 165) 363-365.

bu unsurların varlığı, uluslararası mahkemelerin kararlarında, çeşitli araç ve yöntemler ile tespit edilmektedir.

UTH kurallarının tespitinde kullanılan araçlardan ilki devletlerin uluslararası nitelikteki eylem ve işlemleridir. Uluslararası nitelikteki uygulamaların UTK kurallarını oluşturmaya muktedir olduğu ve dolayısıyla bu kuralların tespitinde dikkate alınabileceği konusunda hiçbir şüphe bulunmamakla beraber, bazı yazarlar devletlerin beyanları ya da sözlü eylemleri devletlerin uluslararası nitelikteki uygulamalarının problemli kısmını teşkil etmektedir. Zira devletler siyasi ve sair sebeplerle de beyanda bulunabilecekleri için beyanlar devletlerin *opinio juris*'ini yansıtmayabilir. Bununla birlikte, devletlerin iç hukuklarındaki uygulamaları, y ni yasama, yürütme ve yargı organlarının eylemleri de, farklı organların uygulamaları arasında tutarsızlık bulunmadığı müddetçe, UTH kurallarının tespitinde önemli bir rol oynamaktadır.

Neredeyse oybirliği ile alınan uluslararası örgütlerin kararları da UTH kurallarının tespitinde kullanılabilecek araçlardan biridir. UAD kararlarında, özellikle BM Genel Kurul kararlarına başvurulduğu görülmektedir. Bu tür kararlar *opinio juris*'in en önemli kanıtlarından biri olmasına rağmen, tek bir kararın *opinio juris*'i yansıttığını söylemek oldukça güçtür. Zira, devletler oy kullanırken farklı saiklerle hareket edebilirler. Dolayısıyla, aynı hususa ilişkin birden çok kararın bulunması veya kararla aynı doğrultuda birçok başka uygulamanın olması hâlinde bir UTH kuralının oluştuğundan bahsetmek daha doğru bir çıkarım yapılmasını sağlar. Benzer şekilde, neredeyse evrensel katılımın olduğu uluslararası antlaşmalar da UTH kurallarının tespit vasıtalarından birisidir. Ancak bir uluslararası antlaşmanın hükümlerinin UTH kurallarını ihtiva ettiği sonucuna varılabilmesi için, bu kuralların antlaşma yükümlülüğü dışında, UTH kuralları olarak da var olduğuna dair inancın olması gerekmektedir. Son olarak, uluslararası mahkeme kararları da UTH kurallarının tespitine önemli bir katkı sunmasına rağmen, bu kararlar yalnızca davanın görüldüğü sırada mevcut kuralları tespit eder. Davadan sonra kuralda değişiklikler meydana gelmesi mümkündür.

UTH kurallarının, UAD divanı kararlarında, tümdengelim ve tümevarım yöntemleri ile tespit edildiği görülmektedir. Divan tümevarım yöntemini kullanırken ya davaya uygulanabilecek somut bir kuralı bulamadığı zaman, mevcut bir prensipten bir yükümlülük çıkartmakta ya da neredeyse oybirliği ile alınan BM Genel Kurul kararlarının *opinio juris*'i yansıttığı kabulüyle hareket etmektedir. Bu yöntemleri hangi kıstaslara dayanarak benimsediği açık olmasa da sonuca en kolay ulaşabileceği yöntemi seçiyor olması kuvvetli bir ihtimaldir.

Son olarak, genel uygulamada ve *opinio juris*'te meydana gelen değişimler neticesinde, mevcut bir UTH kuralı değişebilir. Özellikle evrensel düzeyde katılıma ve dolayısıyla yüksek temsil edicilik gücüne sahip olan BM Genel Kurulu kararları ile bu değişimler daha kolay bir şekilde tespit edilebilmektedir. Bu savı kanıtlamak amacıyla örnek vaka olarak devlet dışı sil hl  aktörlere karşı meşrû müdâfaa hakkı konusu incelenmiştir. Bu incelemede görülmüştür ki, daha önce yalnızca devletler arasında meşrû m d faaya izin verilmesine rağmen 11 Eylül saldırıları sonrasında verilen BM kararları neticesinde bu yöndeki *opinio juris* değişmiştir. Bununla birlikte, farklı hukuk sistemlerinden ve kıtalardan pek çok devlet uygulaması da *opinio juris*'teki değişime eşlik etmektedir.

Dolayısıyla, yalnızca devletlerden gelen saldırılara karşı meşrû müdâfaa hakkına başvurulabileceğine ilişkin UTH kuralı, devlet dışı silâhlı aktörlerden gelen saldırılara karşı da başvurulabilecek şekilde genişlemiştir.

KAYNAKÇA

Kitaplar, Kitap Bölümleri ve Makaleler:

- Aksar Y, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk – 1* (5. Bası, Seçkin 2019).
- Acer Y / Kaya İ, *Uluslararası Hukuk* (11. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020).
- Byers M, *Custom, Power and the Power of Rules, International Relations and Customary International Law* (Cambridge University Press 2003).
- D'Amato A A, *The Concept of Custom in International Law* (Cornell University Press 1971).
- Erkiner H H, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Milletlerarası Sorumluluğu* (1. Baskı, On İki Levha 2008).
- Erkiner H H, *Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020).
- Henckaerts J M & Doswald-Beck L, *Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku, Cilt 1: Kurallar*, (çev.) Emre Öktem ve diğerleri, (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 66).
- Koskeniemi M, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument Reissue with a new Epilogue* (Cambridge University Press 2006).
- Kök Değerli S, 'Uluslararası Teamül Hukuku Kurallarının Gelişiminde Uluslararası Yargı Kararlarının Rolü' (Doktora Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi 2020).
- Lepard B D, *Customary international law: a new theory with practical applications* (Cambridge University Press 2010).
- Meray S L, *Devletler Hukukuna Giriş 1. Cilt* (3. Bası, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1968).
- Pazarcı H, *Uluslararası Hukuk* (13. Bası, Turhan 2014).
- Pazarcı H, *Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap* (15. Bası, Turhan 2021).
- Tanyeri A E, 'Uluslararası Hukukta Özel Hassas Deniz Alanları ve Türk Sularına Uygulanması' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2018).
- Sarıbeyoğlu Skalar M, *Uluslararası Hukukta Antlaşmaların Geçici Uygulanması* (On İki Levha Yayıncılık 2021).
- Öktem E, *Uluslararası Teamül Hukuku* (Beta 2013).
- Örnek S, *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı: 1991 ve 2003 Irak Harekâtları*, (Seçkin 2013).
- Villiger M E, *Customary International Law and Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers 1985).
- Wolfke K, *Custom in Present International Law*, (Travaux de la Société des Sciences et des Lettres de Wrocław 1964).

Makaleler:

- Akehurst M, 'Custom as a source of international law' (1975) 41(1) British Yearbook of International Law 1-53.
- Alvarez-Jiménez A, 'Methods for The Identification of Customary International Law in The International Court of Justice's Jurisprudence: 2000—2009' (2011) 60(3) The International and Comparative Law Quarterly 681-712.
- Banteka N, 'Theory of Constructive Interpretation for Customary International Law Identification' (2018) 39(3) Michigan Journal of International Law 301-342.
- Bektaş S ve Özdemir A, 'Uluslararası Teamül Hukukunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yargılama Hukukuna Etkisi' (2022) 161 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 309-346.

- Blokker N, 'International Organizations and Customary International Law' (2017) 14(1) International Organizations Law Review 1-12.
- Chan L, 'The Dominance of The International Court of Justice in The Creation of Customary International Law' (2016) 6(1) Southampton Student Law Review 44-71.
- Charney J I, 'Universal international law' (1993) 87(4) American Journal of International Law 529-551.
- Cheng B, 'United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' Customary Law?' (1965) 5 The Indian Journal of International Law 23-48.
- Danilenko G M, 'The Theory of International Customary Law' (1988) 31 German Yearbook of International Law 9-47.
- Daugirdas K, 'International Organizations and the Creation of Customary International Law' (2020) 31(1) European Journal of International Law 201-233.
- D'Aspremont J, 'The Four Lives of Customary International Law' (2019) Forthcoming in International Community Law Review 1-31. < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3345589 > (Erişim tarihi: 01.06.2022).
- Erkiner H H, 'Grotius  ncesinde İlk Modern Uluslararası Hukuk Düşüncesinin Oluştuğu Tarihsel Koşullar ve Erken Klâsik Dönemdeki  ğreti' (2012) 18(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 51-146.
- Erkiner H H, 'Uluslararası Topluluk Kavramı' 16(1-2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 39-75.
- Erkiner H H, 'Uluslararası Hukukta Uluslararası Topluluk Kavramının Başlıca Görünümleri' (2010) 16(1-2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 77-133.
- Erkiner, H H, 'Uluslararası Hukuk Düşüncesinde Klâsik  ğretinin Kuruluşu: Hugo Grotius ve Postgrotien Yazarlar Samuel Von Pufendorf, Richard Zouche, Cornelius Van Bynkershoek ve Samuel Rachel'e İlişkin İnceleme ve Değerlendirme' (2012) 18(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 3-142.
- Gill T D, Tibori-Szab  K, 'Twelve Key Questions on Self-Defense against Non-State Actors' (2020) 95(1) International Law Studies 467-505.
- Guzman A T 'Saving customary international law' Michigan Journal of International Law (2005) 27(1) 115-176.
- Higgins R, 'The United Nations and Lawmaking: The Political Organs' (1970) 64(First Session) American Society of International Law Proceedings 37-48.
- Kammerhofer J, 'Between Pragmatism and Disenchantment: The Theory of Customary International Law after the ILC Project' in Merkouris, P./Kammerhofer J./Arararvi, N. (Ed.), *The Theory, Practice and Interpretation of Customary International Law* (3-28) (Cambridge University Press 2022).
- Kelly J P, 'The Twilight of Customary International Law' (2000) 40(2) Virginia Journal of International Law 449-544.
- Kirgis F L, 'Custom on a Sliding Scale' (1987) 81(1) The American Journal of International Law 146-151.
- Kopelmanas L, 'Custom as Means of the Creation of International Law' (1937) 18 British Year Book of International Law 127.
- Kunz J L, 'The Nature of Customary International Law' (1953) 47(4) American Journal of International Law 662-669.
- MacGibbon I C, 'The Scope of Acquiescence in International Law' (1954) 31 British Year Book of International Law 143-186.
- Mendelson M, 'The Formation of Customary International Law' (1998) 272 Recueil des Cours de l'Académie de Droit international 155-410.

- Merkouris P, 'Interpreting the Customary Rules on Interpretation' (2017) 19 International Community Law Review 126-155.
- Moremen P M, 'National court decisions as state practice: a transnational judicial dialogue' (2006) 32 North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation 259-309.
- Müllerson R, 'On the Nature and Scope of Customary International Law' (1997) 2(3) Austrian Review of International and European Law 341-360.
- Müllerson R, 'The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary International Law' K. Wellens (eds) *International Law: Theory and Practice, Essays in Honour of Eric Suy* (Kluwer Law International Law (1998).
- Paust J J, 'Customary International Law: Its Nature, Sources and Status as Law of The United States' (1990) 12(1) Michigan Journal of International Law 59-91.
- Pirim C Z, 'Devletlere Atfedilemeyen Silâhlı Saldırılarına Karşı Meşru Müdafaa: Uluslararası Hukukta Sınır Ötesi Operasyonun Hukukî Zemini' (2019) 40 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 245-303.
- Raman V K, 'The Role of the International Court of Justice in the Development of International Customary Law' (1965) 59(4) American Society of International Law Proceedings 169-177.
- Roberts A E, 'Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation' (2001) 95(4) American Journal of international law 757-791.
- Schmitt M N, 'Counter-Terrorism and the Use of Force in International Law' (2002) 79International Law Studies, US Naval War College 7-73.
- Talmon S, 'Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology Between Induction, Deduction and Assertion' (2015) 26(2) The European Journal of International Law 417-443.
- Tams C J, 'The Use of Force against Terrorists' (2009) 20(2) European Journal of International Law 359-397.
- Van der Wilt, 'State Practice as Element of Customary International Law: A White Knight in International Criminal Law?' (2019) 20 International Criminal Law Review 784-804.
- Weisburd A M, 'Customary international law: The Problem of Treaties' (1998) 21(1) Vanderbilt Journal of Transnational Law 1.
- Worster W T, 'The inductive and deductive methods in customary international law analysis: Traditional and modern approaches' (2014) 45(2) Georgetown Journal of International Law 445-522.

Uluslararası Mahkeme Kararları:

- SS "Lotus", Judgment (Serie A – No. 10, PCIJ Reports 1927).
- Asylum Case (Colombia/Peru), Judgment (ICJ Reports 1950).
- Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion (ICJ Reports 1951).
- North Sea Continental Shelf Cases, Judgment (ICJ Reports 1969).
- Nuclear Tests Case (Australia v. France), Judgment (ICJ Reports 1974).
- Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment (ICJ Reports 1984).
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion (ICJ Reports 1996).
- The Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment (ICJ Reports 2002).
- Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment (ICJ Reports 2012).
- Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Judgment (ICJ Reports 2019).
- Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgment, (Case No: IT-94-1-T, ICTY 1995).

Raporlar:

International Law Commission, 'Draft Conclusions on Identification of Customary International Law with Commentaries' (2018) II Yearbook of the International Law Commission 122.

International Law Association, 'Committee on Formation of Customary (General) International Law, Final Report of the Committee, Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000) London Conference.

Michael Wood (Special Rapporteur), 'Third Report on Identification of Customary International Law', (UN Doc. A/CN.4/682, 2015).

Birleşmiş Milletler Kararları:

UN Doc. A/RES/49/60<<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/768/19/PDF/N9576819.pdf?OpenElement>> (Erişim tarihi 14.08.2022).

UN Doc. A/RES/51/210 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/761/65/PDF/N9776165.pdf?OpenElement>> (Erişim tarihi: 14. 08.2022).

UN Doc. A/RES/53/108 <<https://digitallibrary.un.org/record/265702>> (Erişim tarihi: 14.08.2022).

UN Doc. A/RES/3314(XXIX) <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/739/16/IMG/NR073916.pdf?OpenElement>> (Erişim tarihi : 14.08.2022).

İnternet Kaynakları:

<<http://lugatim.com/s/team%C3%BCI>> (Erişim 16.07.2022).

<https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/231.202.0093827bm_11.pdf> (Erişim tarihi: 03.06.2021).

Anayasanın Anlamı Nedir? Semantik Bir Yanıt

What is the Meaning of the Anayasa? A Semantic Answer

Tolga Şirin* 

ÖZ

Anayasa sözcüğünün Türkiye'deki öyküsü, kendine özgüdür. İlk kez XIX. yüzyılda Avrupadaki metinlerin çevrilmesi sırasında oluşan karmaşa sonraki yıllarda da varlığını devam ettirmiştir. Bu kavramın nasıl adlandırılacağı konusu hem akademik hem de siyasi tartışmalara neden olmuştur. Bu makale, anayasa sözcüğünün Avrupadaki gelişimi ile Türk kavram tarihindeki yerini ele almakta, bu siyasi tartışmaları aktarmakta ve anayasa sözcüğü için bulunan Kânûn-u Esâsî, Teşkilât-ı Esasiye Kanunu, Anayasa sözcüklerinin her birinin, içeriklerinden bağımsız olarak, sembolik bir değeri olduğunu savunmaktadır. Makalede diğer pek çok bulgunun yanı sıra anayasa sözcüğüyle ilgili en eski kullanımın, Almanya Dresden'de mukim gazeteci Mustafa Nermi'nin 10 Haziran 1932 tarihli Cumhuriyet Gazetesi'nde yayımlanan ırkçı bir makalesinde olduğu bulgusu aktarılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, Etimoloji, Dil Devrimi, Kavram Tarihi, Kânûn-u Esâsî, Teşkilat-ı Esasiye

ABSTRACT

The story of the word constitution ('anayasa') in Turkey is unique. The confusion that arose while translating texts in Europe for the first time in the 19th century continued to exist in the following years. The issue of how to name this concept has caused both academic and political debates. The paper deals with the place of the word 'anayasa' in the Turkish conceptual history, conveys these political debates, and argues that each of the words for the word constitution, such as Kânûn-u Esâsî, Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, and Anayasa has a symbolic value, regardless of their content. One of the study findings, inter alia, is that the oldest use of the word anayasa was in a racist article published in Cumhuriyet on 10 June 1932 by journalist Mustafa Nermi residing in Dresden, Germany.

Keywords: Anayasa, Etymology, Language Revolution, Conceptual History, Kânûn-u Esâsî, Teşkilat-ı Esasiye

* Doçent Doktor, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-7172-5426.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Tolga Şirin

E-posta/E-mail: tolga.sirin@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 24.08.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 16.11.2022

ÖN AÇIKLAMA

Makalenin başlığı hayli basit. Bunun farkındayım. Fakat bunu tercih etmemin özel bir anlamı var: Bu soruyu, 2002 yılının güzünde Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne adım attığım ilk gün Profesör İbrahim Kaboğlu'nun anayasa hukuku açılış dersinde tahtada görmüştüm.¹ Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi'nin "40. Yıl Özel Sayısı" çağrısı posta kutuma iletildiğinde, bu Fakülte'de mesai harcamaya başlayışımın 20'nci yılını tamamladığımı ayımsadım ve eski günlere dönüp çeşitli düşüncelere daldım. Bu düşüncelerin bir kısmı pek iç açıcı değildi.² Fakat bunlara rağmen bunlardan biri, anayasa hukuku alanında bana ilk kez sorulan "Anayasanın Anlamı Nedir?" sorusuna, bu sembolik yıl dönümünde bir yanıt sunmak ve (olumlu anıların hatırına) bu yanıtı Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi'ne göndermek vardı.

GİRİŞ

Kimi sözcükler büyüdür. "Anayasa", "hürriyet" veya "adalet" gibi sözcüklerdeki büyü, dört başı mamur tanımının veya arka planındaki teorinin incelikli ikna ediciliğinden değil; toplumun hasretlerine ve kimi yaralarına merhem bulma özlemine karşılık veren bir çağrışım içermesinden ileri gelir.

"Anayasa" sözcüğü özelinde konuşacak olursak, bunu daha Osmanlı Anayasası'nın (namıdiğer "Kânûn-u Esâsî") kabul edildiği zamanlarda bile görürüz. 1876 yılında kabul edilen fakat daha iki yıl geçmeden askıya alınan ve otuz yıllık istibdat (tiranlık) döneminden sonra, Jön Türklerin öncülüğünde gerçekleştirilen 1908 Devrimi ile yeniden yürürlüğe giren anayasayı ele alalım.³ Jönler, Anayasa'nın yeniden yürürlüğe girmesi için saygı duyulması bir diğerkâmlık içindeydiler.⁴ Gelgelelim uğruna canlarını bile feda etmeye hazır oldukları Anayasa'yı hareketin kimi öncü kadroları bile okumamıştı. Örneğin dönemin fedailerinden Dr. Nâzım Bey, devrimden bir süre sonra verdiği bir demeçte, Anayasa'yı hayatı boyunca okumadığını, çoğu Jön'ün de aynı durumda olduğunu itiraf etmişti.⁵ Devrimciler için mesele, Anayasa'nın içeriği değildi, neyi nasıl simgeleştirdiği idi. "Hürriyet" baskıya karşı durmayı; "anayasa" da bunun bütünsel düzenini ifade ediyordu.

Bu imge, Cumhuriyet yıllarında da böyle devam etti. Kavramın teknik ayrıntılarına girmek gerekmeden, Anayasa'nın yanında veya karşısında olmak, siyasal bir konum almayı ifade etti. Örneğin 1968 hareketinin Türkiye'deki önde gelen isimleri, kendilerine yöneltilen pek çok suçlamayı eğip bükmeden yanıtlarken, konu anayasa olduğunda özel bir hassasiyet göstermişler; anayasal

1 İbrahim Kaboğlu, o derste bir okuma listesi de sunarken Mümtaz Soysal'ın "Anayasa'nın Anlamı" kitabına gönderme yapmıştı. Bkz. Mümtaz Soysal, *Anayasa'nın Anlamı* (Gerçek Yayınevi 1987).

2 Olumsuzluğun yargısal olarak tespit edildiği güncel iki örnek için bkz. *Zübeyde Füsun Üstel ve diğerleri* [GK], B. No: 2018/17635, 26/7/2019; *Deniz Pelin Dinçer Akan ve diğerleri*, B. No: 2017/30653, 29/6/2022.

3 1908 Devrimi hakkında bkz. Aykut Kansu, *1908 Devrimi* (İletişim Yayınları 2017).

4 Buradaki "jön" (*jeune*) sözcüğü Fransızca "genç" anlamına gelir. Genç sıfatı (Giovine Italia, Junge Deutschland, Jeune Europe) XIX. yüzyıldaki Avrupa kent devrimlerinde "devrimci" sıfatına yakın bir anlam taşırdı. Atatürk'ün "Gençliğe Hitabe"si bu imayla da kavranmalıdır.

5 Orhan Erkanlı, *Anılar, Sorunlar, Sorumlular* (Baha 1972) 399.

düzeni yıkmakla itham edildiklerinde, 1961 Anayasası'nın asıl savunucularının kendileri olduklarını teessüfle ileri sürmüşlerdi.⁶ Öyle ki "Anayasa'yı sahiplenmek", (içeriğine dönük ayrıntılı bir tartışmaya girmek gerekmez) o yıllarda devrimci mücadele için bir önkoşul olarak görülmüştü.⁷ Örneğin sürgündeki Nâzım Hikmet dahi 27 Mayıs'tan da Anayasası'ndan da beklentilerini düşük tutmamıştı.⁸

Halkın anayasa ile kurduğu ilişki de kendine özgüydü. Anayasa (yine içeriğinden bağımsız olarak) süregelen sorunların çözümü için bir reçete, bir çözüm vesikası olarak algılandı.⁹

Yani sözü uzatmadan toparlarsak "anayasa fetişizmi" yakın tarihimizde hiç eksik olmadı.¹⁰

Anayasa sözcüğü, bugün de ağızlardan düşmüyor. Bu bağlamda, 12 Eylül Anayasası'nı kötülemek konusunda bir ortaklaşma bulunurken, "yeni anayasa" sözcüğünden bir umut marjı devşiriliyor.¹¹ Bu yapılırken anayasa sözcüğüne farklı kesimler farklı işlevler yüklüyor. Buna karşılık, sözcüğün tek boyutlu anlamına dair hatırı sayılır bir oydaşma bulunuyor.¹²

Hâl böyleyken, 2022 yılında "anayasanın anlamı nedir" gibi bir sorunun arkaik kaldığının farkındayım. Fakat ön açıklamanın verdiği motivasyonla bu soruya semantik bir perspektifle yanıt vermeyi ve en azından bu sözcüğün kısa öyküsüne dair yaptığım araştırmaların bulgularını ortaya koymak istiyorum.

I. ANAYASA SÖZCÜĞÜNÜN BATI'DAKİ EVRİMİ

Anayasa'nın semantik kökenini arıyorsak, öncelikle kısaca da olsa bu sözcüğün ortaya çıktığı coğrafyadaki öyküsüne göz gezdirmemiz gerekir. Bu bakımdan göz gezdireceğimiz yer Avrupa olmaktadır.

Kavramın, Avrupa dillerindeki karşılıkları genellikle fonetik benzerlik taşır. İngilizcede ve Fransızcada *constitution*, İtalyancada *costituzione*, İspanyolcada *constitución*, İsveçcede *konstitution* sözcükleri anayasa anlamına gelir.

6 Örneğin bkz. Halit Çelenk, *1. THKO Davası* (68'liler Yayınları 2008); Mahir Çayan, *Savunma* (İleri Yayınları 2018). Ayrıca solun 27 Mayıs'a yaklaşımını kavramak için mutlaka bkz. Hikmet Kıvılcımlı, *27 Mayıs ve Yön Hareketi'nin Sınıfsal Eleştirisi* (Sosyal İnsan 2008).

7 Bkz. Murat Sarica, *Anayasayı Niçin Savunmalıyız?* (İzlem Yayınları 1969).

8 Anjel Açıköz (der.), *Bizim Radyoda Nâzım Hikmet* (TÜSAV 2004) 137 vd.

9 Çok sayıda örnek arasında mesela Şemsi Belli'nin (Selda Bağcan tarafından bestelenip seslendirilen) "Anayasso" şiirindeki ifadeler bu algıyı iyi özetler: "Yerin, yurdun adresesin bilmirem/ Angarada: Anayasso!/ Ellerinden öpiy Hasso/ Yap bize de iltimaso/ Bu işin mümküni yoh mi hooy baboov?" Bkz. Şemsi Belli, *Anayasso / Yansımalarıyla Birlikte Bir Şiir* (Babiali Yayınları 2003).

10 "Anayasal fetişizm" kavramı batı literatüründe farklı anlamlarda kullanılıyor. Fakat baskın ve burada da kullandığımız anlam, usulün öze, hukuki olanın siyasi olana öncelendiği ve politik sorunların anayasa kurallarının değiştirilmesi yoluyla açılacağına dönük sanrıyı ifade eder. Bu türden bir kullanım örneği için bkz. Costas Douzinas, 'The Left and Constitutional Reform' (CLT 4 June 2009) <<https://criticallegalthinking.com/2009/06/04/the-left-and-constitutional-reform/>> Erişim Tarihi 2 Ağustos 2022.

11 Ayrıkça olarak bkz. Kemal Gözler, *Anayasa Değişikliği Gerekli mi? 1982 Anayasası İçin Bir Savunma* (Ekin Yayınları 2001).

12 Bilimsel çalışmalarda sözcüklerin tek boyutlu olması, en azından her duyan bilim insanının ondan aynı şeyi anlaması önemli ve önceliklidir. W. Phillips Shively, *The Craft of Political Research: A Primer* (Englewoof Cliffs 1974) 31.

Bu kelimelerin ortak kökeni Latince'dir. Latince kökü “duran şey veya yer” anlamına gelen **sta* – kökü, konumuz açısından özellikle önem taşır. Örneğin “devlet” anlamına gelen *Staat* (Alm.), *state* (İng.) *estado* (İsp.), *stato* (İt.) sözcükleri veya Afganistan, Hindistan gibi, sonu – *istan* ile biten devlet isimleri hep bu kökten türemiştir.¹³ Söz konusu kök, zaman içinde şekillenmiş; çeşitli fiil ve isimlerin de ortaya çıkmasına temel oluşturmıştır. Mesela, “kurmak”, “dikmek”, “durmak”, “oluşturmak” gibi anlamlar taşıyan *statuere* bu kökten gelen bir fiildir. Bu fiilin, – *ion* son ekiyle isimleştirilmiş biçimi *station* veya *institution*’dur ve Türkçe karşılıkları “müteşekkil”, “oluşum” veya “kurum” olmaktadır. Bu saydığım son ifadeler, İngilizce'deki *constitution* sözcüğünün “-stitution” kısmının Türkçe karşılıklarını da vermektedir.¹⁴

Fakat *constitution* sözcüğünün bir de başında *con* – ifadesi vardır. Bu ön ek, Latince “birlikte” gibi bir anlam taşır ve önüne geldiği sözcüğe işteşlik anlamı katar. Şimdi bu iki bilgiyi birleştirdiğimizde şöyle bir sonuca ulaşabiliriz: *Con*-stitution sözcüğünün, bir batılının kulağında “kuruşum” benzeri bir tınısı vardır.

Bu sözcük, nasıl bir tını içerirse içersin, modern zamanlarda bir devletin kuruluşuna ilişkin temel kurallar bütünü anlamı kazanmıştır. Fakat bu da bir defada olmamış, belli bir evrimin sonucunda gerçekleşmiştir.¹⁵

Bugün “anayasa” dediğimizde sözcüğün Amerikan ve Fransız devrimleri ile kazandığı modern anlamından bahsederiz. Oysa bu sözcük veya onun muadilleri modern zamanlardan çok daha önce de varlık gösterir.

Sözcüğün öyküsü Avrupa’da ve İngiltere’de farklı biçimlerde olmuştur. Önce Kıta Avrupası’ndan başlayalım.¹⁶

Burada ayrıntılarına girmek mümkün değil ama sözcüğün ilk kullanımı, “insan bedeninin durumu”nu tanımlamak için olmuştur. Kısa bir süre sonra (devleti bir tür organik yapı olarak gören felsefenin de etkisiyle) politik yapının tanımlanması için kullanılan bu kavram, o yıllarda “normatif” anlamda değil; bir ülkenin, çok farklı (iklim, nüfus, coğrafya, gelenek ve görenekler gibi) faktörlerin etkisiyle biçimlenen yapısını tanımlamak için kullanılmaya başlanmıştır.

Kavramın anlamında hukukun ağırlık kazanması, XVIII. yüzyıla tekabül eder. Bu yıllarda “anayasa” dendiğinde, bir ülkedeki temel hukuksal yapının belirlediği “durum” anlaşılmaya başlanmıştır. Fakat altını çizmek gerekir ki, bu süreçte anayasa hâlâ “temel kuralları” değil; söz konusu kuralların

13 Devlet sözcüğü bağlamında bkz. Kemal Gözler, “Devlet’ Kelimesi Üzerine Bir Deneme”, (2017), 129 *Türkiye Günlüğü*, 5-9.

14 Bu konudaki açıklamalar için bkz. Charles Talbot Onions, *The Oxford Dictionary of English Etymology* (Oxford University Press 1966).

15 Dieter Grimm und Heinz Mohnhaupt, *Verfassung: Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart* (2. Aufl., Duncker & Humblot: 2002).

16 Bu başlık altındaki açıklamalar ve evrimin ayrıntılı açıklamaları için bkz. Grimm und Mohnhaupt, *Verfassung: Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*, (n 14); Dieter Grimm, *Constitutionalism: Past, Present, and Future* (Oxford University Press 2016); Dieter Grimm, ‘Type of Constitutions’, in Michel Rosenfeld and András Sajó (eds) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2016) 98-129.

oluşturduğu yapıyı ifade ediyordu. Gerçi kavramların kullanımında keskinlik olmadığı için imparatorun koyduğu kimi kurallara “anayasa” dendiği vakiydi. Fakat bu tür durumlarda dahi anayasa, iktidara dair kuralları değil, kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallarla ilgiliydi.¹⁷ Söz konusu dönemde “mutlakiyet” geçerli olsa da devlet yönetimiyle ilgili kurallar yok değildi. Bunlar ya bizzat İmparator tarafından bahşediliyor ya da çeşitli seçkinlerle yapılan sözleşmelerle senede bağlanılarak üretiliyordu. Fakat bu kurallara dahi “anayasa” değil, “temel kanunlar” (*Fundamentalgesetze*) deniyordu.¹⁸

Kavramın İngiltere’deki gelişimi ise – diğer pek çok şeyde olduğu gibi – farklı yaşanmıştır. Bu ülkede *constitution* kavramı, ilkin Kral’ın koyduğu resmî kuralları ifade etmiştir. Fakat zaman içinde bu kural koyma işine parlamentolar (Lortlar Kamarası ve Avam Kamarası) da katılmaya başlayınca, söz konusu kurallara *statute* denmeye başlanmıştır. XVII. yüzyıla kadar söz konusu kurallar özel bir alanı imlemezken, devlet yönetimine dair kurallara özgü bazı normların (örn. “*Instrument of Government*”) üretilmesiyle birlikte, bu alana özgü kurallara “*constitution*” denmeye başlanmıştır. Kavram, tam olarak 1688’deki “Muhteşem Devrim”den sonra ise “iktidarı düzenleyen kurallar bütünü” anlamıyla tekil bir anlam kazanmıştır. Ne var ki İngiltere’deki tarihsel gelişmeler, *constitution* kavramının tek bir metni işaret eder bir evrime yönelmesine neden olmamıştır.¹⁹ Bu ülkede *constitution* bugün dahi “nevi şahsına münhasır” bir anlam taşır.

Buraya kadar yazılanları toparlayacak olursak; *constitution* sözcüğü (veya onun farklı dillerdeki muadilleri) Batı’da farklı bağlamlarda farklı anlamlarda kullanılsa da, Ortaçağ’ın sonuna doğru bile bugünkü anlamını taşımamıştır. Ayrıntıları bir tarafa bıraktığımızda kavram, Yeni Çağ’a kadar “kurucu” (yani kural yaratan) değil, “bildirici” (yani var olan durumu tanımlayan) bir nitelik taşımıştır.²⁰

Bu durumu değiştiren şey ise Amerikan ve Fransız devrimleridir. Bir çağı kapatıp yeni bir çağı açan bu devrimler, anayasa kavramında da radikal bir değişiklik yaratmıştır. Bu devrimlerin kıymetiharbiyeleri, bir yandan iktidarın yapısal olarak el değiştirmesini sağlamaları, diğer yandan da yıktıkları eski rejimi “adaletsiz” olmakla mahkûm edip hukuksal metinlere göndermeyle yeni bir düzen kurmalarındır. Bu düzendeki öncelikli dert, yöneticilerin kurallara bağlanması olmuştur. Fakat böylesi girişimler geçmişte de vardır. Bu yeni sayılmaz. Devrimlerin getirdiği yenilik, söz konusu kuralların; (i) yöneticinin bahşetmesiyle veya tanrısal dayanaklarla değil bizzat yönetilenlerin iradesiyle üretilmesi, (ii) iktidarın sınırlandırılması amacını gütmesi, (iii) diğer kanunlar gibi olağan değil, onlardan daha üstün olacak biçimde tasarlayan bir felsefi bakış açısıyla ele alınmasıdır.²¹

17 Bu kullanımı özellikle ceza kanunlarında görürüz. Örneğin 1532 tarihli *Constitution Criminalis Carolina* veya 1768 tarihli *Constitution Criminalis Theresiana* gibi. Bkz. Grimm, ‘Type of Constitutions’ (n 13) 360

18 Grimm und Mohnhaupt, *Verfassung: Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart* (n 13) 91, 105.

19 Grimm, *Constitutionalism: Past, Present, and Future* (n 13) 6, 55.

20 Özellikle bkz. Grimm und Mohnhaupt, *Verfassung: Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart* (n 13) 102.

21 Grimm, ‘Type of Constitutions’ (n 13)

Kuşkusuz bu felsefe kendiliğinden gelişmiş değildir. Reform ve Rönesans gibi çeşitli faktörlerin, üretim araçlarındaki değişimlerin vs. etkisi vardır. Ayrıntıları bir tarafa bıraktığımızda bu sürecin özü sekülerizasyondur. Şöyle ki, devrimler, ilahi egemenlik mantığını kırmış, onun kimi kabullerini laikleştirmiştir. Örneğin (i) egemenliğin kaynağı Tanrısalken, ona ait olan “asli, üstün, sürekli ve mutlak” sıfatlar yeryüzündeki bir soyutlamaya; “ulus”a uyarlanmıştır. Tek tek kişilerin iradelerini aşan, zaman ve mekân üstü olan ve fakat dünyevi karakter taşıyan bu soyutlamaya egemenlik bahşedilmiştir. (ii) Geçmişte ilahi nitelik taşıyan doğal haklar, yurttaş ve insan hakları olarak da dünyevileştirilerek iktidarın sınırlandırılması aracı hâline getirilmiştir. Bu bakımdan, yurttaş ve insan hakları/medeni haklar, anayasalara yazılmış ve erkler ayrılığına göre biçimlenen siyasi iktidarın bu üstün haklara dokunamayacağı kabul edilmiştir. (iii) Dinsel kuralların, dünyevi kurallardan üstün olması mantığı, “anayasa” ile diğer kanunlar arasındaki ilişkiye uyarlanmıştır. Anayasa, bir “kurucu iktidar” (*pouvoir constituant*) oluşturan ulusun hukuk düzeni “yaratan” iradesinin yansıması olarak tanımlanırken; diğer kurallar bu iradenin “yarattığı” kurulmuş iktidarın (*pouvoir constitué*) ürünü olarak kodlanmıştır.²²

Bu aşamadan sonra anayasa kavramı, yönetilenlerin iktidara katılımına dayanan, siyasi iktidarın sınırlandırıldığı (özellikle erkler ayrılığı ve temel hak ve özgürlüklerin korunması) ve diğer hukuk kurallarından daha üstün nitelik taşıyan kurallar bütünü anlamı kazanmıştır. Her iki devrim de bu kuralları tek bir metinde topladığı için anayasa kavramı esasen hukuksal bir boyutta sabitlemiş, devrimlerin fikirleri tüm dünyaya yayıldığı için bu anlayış küreselleşmiştir. Anayasa bugün genel olarak farklı sınıflar arasında bir uzlaşma, pek çok ülkede devlet yönetiminde liberal ilkelere dair bir taahhüt anlamı taşıyor gibidir, fakat bu her zaman için böyle değildir.²³

II. ANAYASA SÖZCÜĞÜNÜN TÜRKİYE'DEKİ EVRİMİ

Anayasa sözcüğünün Türkiye'deki evrimi Tanzimat'tan 1961'e kadar aşama aşama gerçekleşmiştir.

A. İLK KULLANIMLAR

Constitution sözcüğü veya onun herhangi bir muadilini, Türkiye'nin modernleşme öncesi döneminde görmemekteyiz. Bu sözcük, Batı'dan tercüme yoluyla aktarılmıştır. Kavramın Türkçeye ilk kez çevrilişi XIX. yüzyıla denk gelir. Bu süreçte de bazı karmaşalar yaşanmış, sözcüğe Türkçe karşılık bulmak kolay olmamıştır. Örneğin Gülhane Hatt-u Hümayûnu batı dillerinde “*Charte*” (yani bir senet) olarak çevrilmiş ve fakat sonradan *Charte* sözcüğünün Türkçe okunuşundaki şart, “koşul” olarak algılanmaya başlanmış ve Batı'daki anayasal yönetimler de iktidarın şarta bağlandığı “meşrut” yönetimler olarak kavramaya başlanmıştır. *Constitutionel* ile *conditional* kelimeleri arasındaki farkın belirsiz olduğu bu dönemde bu kelimeye karşılık olarak, “nizam-ı esâsi”, “tanzimât-ı esâsiyye”,

22 Bruce Ackerman bu denklemi “yöneticilerin, yönetilenlerce konulan anayasaya; yönetilenlerin, yönetenlerce konulan yasaya uyması” biçiminde ifade etmekte ve bunu “düalist demokrasi” olarak nitelendirmektedir. (Bruce Ackerman, *We the People* (Harvard University Press 1993))

23 Örneğin Jakobenlerin 1793 Anayasası veya Bolşeviklerin 1918 Anayasası hiç de böyle bir anlam taşımaz.

“nizâmat-ı serbestâne”, “nizâmat-ı esâsiyye”, “nizamnâme-i esâsiyye”, “kavânin-i esâsiyye”, “usul-ü esâsiyye”, “kanun-ı esâsî”, “kanun-ı cedit”, “kanun-ı meşrutîyet” ve “Konstitüsiyon” sözcüklerinin birbirlerinin yerine geçmek üzere kullanıldığını görürüz.²⁴

Bu karmaşa, hangi Avrupa anayasalarından esinlenilerek hazırlandığı ve adlandırıldığı konusunda tartışmalar bulunan Osmanlı Anayasası’nın yürürlüğe girmesiyle, bir ölçüde giderilmiştir.²⁵ 1876’dan itibaren tercih, “Kânûn-ı Esâsî” olmuştur. Bu kavramdaki kanun ifadesinde bir ihtilaf yoktur. Fakat esas sözcüğü konusunda kimi eleştiriler ortaya çıkmıştır. Örneğin ilk anayasa hukukçularından Babanzade İsmail Hakkı Bey’in “esas” sözcüğünü yerinde görmediğini, bunun yerine “*fondamental*” sözcüğünün daha uygun olacağını ileri sürdüğünü okuruz.²⁶ Fakat ister Batı dillerinden esinlenerek “*fondemantal*” densin, ister Doğu dillerinden esinlenerek “esas”; her iki kavramın da temel ve ana gibi anlamlar taşıdığı ortadadır.

Bu dönemde “Kânûn-ı Esâsî”, özellikle 1908 Devriminin parolalarından biri olmuştur. Jakobenlerden ilham alan Türk Jakobenlerinin öncülüğünde gerçekleşen Devrim, “*Liberté! Égalité! Fraternité!*” sloganını, “Hürriyet! Müsavat! Uhuvvet! Adalet!” biçiminde uyarlamış birinci burjuva devrimini gerçekleştirmiştir.²⁷ Söz konusu devrimde, tıpkı Fransız Devrimi’nde olduğu gibi esasen “hürriyet” vurgusu ön plana çıkmıştır.

B. YENİ TÜRKİYE VE KAVRAMSAL KOPUŞU: TEŞKİLÂT-I ESÂSİYE KANUNU

Osmanlı İmparatorluğu’nun çöküş sürecinde başkent İstanbul ve Osmanlı parlamentosu Meclis-i Umumî, düşman güçlerince işgal edilince, Mustafa Kemal Paşa önderliğinde Ankara’da bir kurucu meclisin toplanması çağrısı yapılmıştı. Bu çağrıda, stratejik nedenlerle doğrudan doğruya Osmanlı İmparatorluğu hedef alınmamıştı. Hatta Anadolu’daki “millî mücadele hareketi”nin ilk iddialarından biri, saltanatı ve hilafeti kurtaracaklarıydı.²⁸ Bununla birlikte, hareketin liderinin “millî sır” olarak ifade ettiği üzere, uzun erimli amaç, saltanatın ve hilafetin kaldırılması ve yepyeni bir cumhuriyetin

24 Niyazi Berkes, *Türkiye’de Çağdaşlaşma* (Yapı Kredi Yayınları 2003) 319-320. Bunlardan Cumhuriyet’in ilk dönemlerine kadar kullanılan “konstitüsyon” kelimesinin literatürdeki ilk yansımaları ve kapsamlı değerlendirmeler için bkz. Kemal Gözler, *Hukuk Dilinin Öz Türkçeleşmesi Üzerine* (Ekin Yayınları 2021) 151-202.

25 Bu konuda tartışmalar için bkz. Coşkun Üçok, ‘1876 Anayasasının Kaynakları’, *Türk Parlâmentoculuğunun İlk Yüzyılı: 1876–1976* (Siyasi İlimler Türk Derneği 1976). Öğretideki farklı görüşlerin derlemesi için bkz. Selda Kaya Kılıç, ‘Kanun-ı Esasinin İlanı’, (2006) *Devlet Dergisi*, 485. Yeni bir araştırma, Kânûn-u Esâsî’nin 1867 tarihli Avusturya Anayasası ile büyük ölçüde benzerlik taşıdığını ileri sürmektedir. Bkz. Aylin Koçunyan, *Negotiating the Ottoman Constitution: 1839–1876* (Peeters 2018) 267 vd.

26 Bkz. Babanzâde İsmail Hakkı, *Hukuk-ı Esasiye*, Fernaz Balcıoğlu ve Ayça Büşte Balcıoğlu (çeviren) (Erguvani Yayınları 2017).

27 Sungur Savran, Türk Devrimi’ni aşamalara bölmeyi; süreci, birinci burjuva devrimi (1908) ve ikinci burjuva devrimi (1919-1923) diye adlandırmayı daha doğru buluyor. Sungur Savran, *Türkiye’de Sınıf Mücadeleleri*, (Yordam 2016) 107. Dışarıdan bir perspektifle görmek için bkz. Leon Trotsky, ‘Jön Türkler’ 2021 10(19) *Anayasa Hukuku Dergisi* 281-289

28 Örn. Sivas Kongresinde alınan kararlardan biri, saltanatın ve hilafet makamlarının korunması için millî güçlerin etkin, millî iradenin egemen kılınmasının esas olduğu yönündeydi. Bu karar, bir yandan hareketin amacının saltanat ve hilafeti korumak olduğunu söylüyor ama diğer yandan millî egemenliği bu makamlara göre daha üstün bir konuma taşıyordu. Buna benzer pragmatik ve akılcıl adımlara, farklı dönemeçlerde rastlanmaktadır.

kurulmasıydı.²⁹ Ne var ki; söz konusu bağlamda bu “sır”ın açıkça ileri sürülmesi tehlikeliydi. Bu gizli gündemin, hareketin içindeki farklı unsurların zihinlerde oluşmamasını isteyenler, ayrı bir “Kânûn-u Esâsî” yapar görünmek istememişlerdi.³⁰ Bu çerçevede, 1921’de hazırlanan metne “Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu” adı verilmişti.³¹

Teşkilat kavramının şekil verme, oluşturma, kurma sözcüğünün isimleşmiş biçimi olduğu akıldan tutulduğunda aslında bu gönderme, *constitution* sözcüğüne yaklaşmaktaydı.³² Teşkilât Kanunu’nun başına esas koyma tercihinin değişmemesi ise onu diğer mevzuattan ayırma, temel veya ana görme eğiliminin de sürdüğünü gösteriyordu. Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu kavramı 1924 Anayasası için de aynen kabul görmüştür.

Bu yeni ifade, genç Cumhuriyet’in, Osmanlı İmparatorluğu ile mesafelenme (hatta “kopma” da diyebiliriz) arayışına da uygundu. Şöyle ki; Osmanlı’da “Kanun-ı Esâsî” diye ifade edilen anayasa sözcüğü, Cumhuriyet’in yeni döneminde “Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu” diye yeni bir kavramla biçim değiştirmiş oldu. Bu yeni sözcük, eskinin eskide kaldığı, yeni durumun temellerinin de başka olduğunu ortaya koymak açısından sembolik de bir anlam taşıyordu. Bu sembolik dönüşüm; Meşrutiyet’in reddini, Cumhuriyet’in kuruluşunu haber veriyordu. Bu bakımdan eğer 1908 Devrimi, Fransız Devrimi’ne benziyorsa bu süreçte Kemalistlerin rolü de Jakobenlere benziyordu. Çünkü tarihin bu aşamasında Türkiye’de liberalizme nazaran Cumhuriyetçilik ön plana çıkıyor, bu da kendini egemenlik ve bağımsızlık kavramlarıyla dışa vuruyordu.

C. DİL DEVRİMİ

1924 Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden bir süre sonra, “Jön Türk” hareketinin öteden beri sürdürdüğü “dilde reform” tartışmasına hız kazandırılmış; önce 1928 yılında, bugün dahi Anayasa’ya aykırılığı ileri sürülemeyecek olan “Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki hakkında Kanun” kabul edilerek Latin harflerine geçilmiş, ardından gerçekleştirilen dil devrimi uyarınca Türkçenin yabancı dillerden arındırılması için sistemli ve resmî bir çabaya girişilmiştir.³³ Bu politikada bir

29 Mustafa Kemal Atatürk’ün Nutuk’taki “... ben milletin vicdanında ve geleceğinde hissettiğim büyük gelişme kabiliyetini bir millî sır gibi vicdanımda taşıyarak yavaş yavaş bütün bir topluma uygulamak mecburiyetinde idim” ifadelerinden hareketle Osmanlı Devleti’nden sonraki tüm devrim ve inkılapların Atatürk’ün İstiklal savaşıdan çok öncesinde tasarlandığı savı “Millî Sır Teorisi” olarak adlandırılır. Bu teoriye yönelik eleştirel bir analiz için bkz. Taha Parla, *Türkiye’de Siyasal Kültürün Resmi Kaynakları: Atatürk’ün Nutuku*, Cilt 1 (Deniz Yayınları 2017). Bu eleştiriye yanıtlar için bkz. Ersin Kalaycıoğlu, ‘Kemalizm ve Post-Kemalizm Ayrışmasında Türkiye’de Siyaset Bilimi’, iç İlker Aytürk ve Berk Esen (ed.) *Post-Post-Kemalizm* (İletişim 2022) 51-97.

30 Soysal, *Anayasa’nın Anlamı* (n 1) 30.

31 Sağlam sadece ana kuruluşun düzenlenmiş olmasını da bu kavramsal tercihin nedeni görmektedir. Fazıl Sağlam, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, (Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları 2013) 225.

32 Kavramın yerindeliğine dair açıklamalar ve bu konudaki dönemin ders kitaplarıyla ilgili olarak bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (4. Baskı Ekin Yayınları 2021) 71-74.

33 Doğan Avcıoğlu’na göre “Latin harflerinin kabulü düşünülmüş; Enver Paşa, eski yazının çeşitli biçimlerde okunmasını engellemek amacıyla Arap harflerine bağlı kalmakla birlikte bir ‘harf inkılabı’nı orduda uygulamıştır. Tanin gazetesi, bir sütununu yeni usule göre dizdirmiştir. İsmet Paşa, hatıralarında, savaşta karışıklık yaratır gerekçesiyle harf inkılabını durdurduğunu yazmaktadır.” İttihat ve Terakki döneminde toplum yaşamının birçok alanında, Cumhuriyet’ten sonra, köklü biçimde gerçekleştirilecek olan reformların ilk örnekleri verilmiştir. Bkz. Doğan Avcıoğlu, *Türkiye’nin Düzeni*:

yandan kültürel emperyalizmden arınma, diğer yandan ulus-devlet ve ulusun dinselikten arınması ereği izleniyordu.

Bu çerçevede 1932 yılında (bugün de anayasal olarak korunan) Türk Dil Kurumu kurulmuş ve bu tarihten itibaren çok sayıda yabancı sözcüğün yerine Türkçe yeni sözcükler üretilmiş veya keşfedilmiştir.³⁴

İşte tarihin bu dönemeci, bugünkü anayasa sözcünün de ortaya çıkışına denk gelmektedir. Bu bağlamda ilk değişim, “kanun” sözcüğünün yerine “yasa” sözcüğünün bulunuşu olmuştur.

Türkçeye Arapçadan, Arapçaya da Yunancadaki kanōn (κανων) sözcüğünden geçen kanun kavramı, Osmanlıda (özellikle kanunname biçimiyle) XV. yüzyılda II. Mehmet tarafından çıkartılan “Fatih Kanunnamesi”nden, Osmanlı Devleti’nin yıkılışına kadarki süreçte, farklı anlamlar taşıyacak şekilde de olsa kullanılan bir sözcüktü.³⁵

Aynı coğrafyada, özellikle Moğol-İran İmparatorluğu döneminde yasa kelimesi de biliniyordu. Asker ve siyaset işlerinin düzenlenmesi için çıkartılan Cengizhan Yasası da (Yasa-yi Kadim-i Cingiz Han veya Yasak-i buzurg) bunun bilinen örneklerindendi. Moğol geleneği, geçmişte hüküm sürdüğü topraklarda, özellikle de (başta vergi kuralları olmak üzere) hukuk kurallarının kötüye kullanılmasını engellemek için halkın göreceği yerlerdeki taşlara kazılması şeklinde bir geleneğe sahip olan Ortadoğu’da etkisini göstermişti. Bu bakımdan “yasakname” veya “yasağname” gibi kavramlar, Osmanlı’da da biliniyordu. Fakat İmparatorluk’ta baskın kavram “kanunname” idi.³⁶

Yeni Türkiye’nin resmî dilini özellikle Arapça etkisinden arındırma arayışı yıllarında TDK, kanun sözcüğü yerine, zaten bilinegelen “yasa” sözcüğünü öne çıkarmıştı. Bu yeni tercih, Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu’nun yerine de yeni bir sözcüğü gerekli kılıyordu.

Ç. ANAYASA SÖZCÜĞÜNÜN İLK KULLANIMLARI

Dil Devrimi yıllarına dönük bir tarama yaptığımızda anayasa kavrama dönük en eski kullanımın 10 Haziran 1932’de Cumhuriyet Gazetesi’nde olduğunu görüyoruz. Yazarı “M. Nermi” olan ve başlığı “Brüning’ten sonra Almanya...” olan yazıda anayasa sözcüğü şöyle geçmektedir:

Dün, Bugün, Yarın (Tekin Yayınları 1996) 278. Dil reformunun eleştirel analizi için ise bkz. Geoffrey Lewis, *Trajik Başarı: Türk Dil Reformu*, Mehmet Fatih Uslu (çeviren) (Çeviribilim Yayınları 2016).

34 Dil devriminin anlamı, bu konuda büyük katkılar sunan Nurullah Ataç tarafından şöyle dile getirilmiştir: “Dil, bir uygarlık olayıdır. Bir uygarlığın kurduğu dil, başka bir uygarlığın düşündüklerini söyleyemez, yetmez onu söylemeye. Bir ulus uygarlığını değiştirdi mi, dilini de değiştirmek zorundadır.” Bkz. *Ulus Gazetesi*, 9 Kasım 1951. Nurullah Ataç’ın Türkçeye görkemli katkılarını anlamak için mutlaka bkz. Yılmaz Çoban, *Ataç’ın Sözcükleri* (TDK Yayınları 1963).

35 Bu kelimenin, Yunancadaki ilk anlamı “düz çubuk”tur ve antik dönemde, vergilendirmeye ilişkin arazi kayıtlarında kullanılan bir uzunluk ölçüsü birimini ifade etmektedir. Bu çubuklarla ölçülen arazilerden alınan vergilerin yazıldığı kanun defterleri zamanla tüm düzenlemeleri ima eder bir anlam kazanmıştır. Müslümanların Mısır’a ve Suriye’ye egemen olmalarından sonra, bu coğrafyada süregelen vergilendirme sisteminin devam ettirilmesi süreciyle sözcüğün Arapçaya oradan da Osmanlıya geçtiği düşünülmektedir. Bu bilgiler için bkz. Tolga Şirin, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı* (On İki Levha Yayınları 2019).

36 Paragraftaki bilgiler için bkz. Şirin, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı* (n 32).

“Reich adı verilen Alman devleti, bu anayasanın ifadesidir. Eski Alman derebeyliği zamanından kalan bu [birbirinden farklı devletlerin bir aradalığı] vaziyeti Weimar anayasası değiştirememiştir.”³⁷

Bu ilk yazıda dikkat çekici talihsiz nokta, o sırada yükselişe yeni geçmekte olan Nazilerin ve Adolf Hitler’in övülmesidir:

“Sözlerinde içtimaî karanlığın yıldırımını tutuşan Hitler, böyle bir vaziyetin kahramanıdır. İncilin kurtarıcı bir peygamber bekliyen milletleri gibi Alman milleti de birleştiren, onun büyük sıkıntısını silken, elinde kurtuluşun bayrağını taşıyan bir kahramana, yeni bir Teutoburg Hermann’ına defne çelengi uzatmak için zamanını bekliyor.”³⁸

Nazilere sempatiyle yaklaşan, yazısını Dresden’den gönderen ve Nermi soyadı taşıyan bu yazar büyük olasılıkla Mustafa Nermi’dir. Bunu, şu bilgilerden türetiyoruz: Araştırmacı Mete Soytürk’ün, Dresden Devlet Kütüphanesi Müzik arşivinde yaptığı araştırmada notalarını ve güftesini bulduğu “Türk İzmir Marşı”nın üzerinde güfteci olarak ise Mustafa Nermi’nin adı yazılıdır.³⁹ Keza Mustafa Mermi, Ernest von Aster’in *Fransız İhtilali’nin Siyasi ve Sosyal Fikirleri* kitabını 1927’de eski dille Türkçeye çeviren kişidir.⁴⁰ Mete Tunçay’a göre “M. Mermi, 1890’da doğmuş; Paris ve Berlin’de okumuş; Darülfünun’da müderrislik etmiş; Cumhuriyet, Yeni İstanbul ve Hürriyet’te yazmış ve 1971’de ölmüş bir felsefeci”dir.⁴¹ Onun ismini ilkin İttihat ve Terakki’nin Almanya’ya gönderdiği bir genç olarak Alman Spartakistlerine katılıp 1919’da Türkiye Sosyalist İşçi ve Çiftçi Fırkası’nın *Kurtuluş* dergisini çıkaranların arasında⁴², sonraları da Pan-Türkçülük ile antisemitizminin iç içe geçtiği yazılar kaleme alan ve o yıllarda Almanya’da “yarı fahri müşavir” gibi hareket eden ve yazdıklarından anlaşıldığı kadarıyla ırkçılığa kaymış biri olarak görmekteyiz.⁴³

37 M. Nermi, ‘Brüning’ten sonra Almanya...’, *Cumhuriyet Gazetesi*, 10 Haziran 1932.

38 M. Nermi, ‘Brüning’ten sonra Almanya...’, *Cumhuriyet Gazetesi*, 10 Haziran 1932.

39 ‘Sesini Arayan Marş’, *Milliyet Gazetesi*, 13 Mayıs 2007. Bu marş, şu anda popüler olan ve yaygın olarak bilinen “İzmir Marşı” değildir.

40 Ernest von Aster, *Fransız İhtilali’nin Siyasi ve Sosyal Fikirleri* (Şennur Şenel (tr), Phoenix 2004). Şennur Şenel, Latin harflerine uyarlamıştır. Ayrıca bkz. Zafer Toprak, “Mustafa Nermi ve Fransız İhtilâl-i Kebiri” (1989) 67 *Tarih ve Toplum* 59.

41 Mete Tunçay “Kurtuluş’un Almanca Özel Sayısı: Türkiye Sosyalist İşçi ve Çiftçi Fırkası’nın Yayın Organı”, (1989) 65 *Tarih ve Toplum* 50. Ayrıca bkz. Mustafa Mermi, “Yeni Bir Tecavüz Olarak Milletler Cemiyeti”, (1989) 65 *Tarih ve Toplum* 51-52. (Metinde M. Mermi’nin 29 Haziran 1971’de Hürriyet’te çıkan ölüm ilanı fotoğrafı da yer alır.)

42 Emel Akal, *Milli Mücadelenin Başlangıcında Mustafa Kemal, İttihat Terakki ve Bolşevizm* (İletişim Yayınları 2002), 104.

43 Almanya’da yaşayan Mustafa Nermi’nin Yahudiler hakkındaki ırkçı görüşleri için bkz. Avner Levi, *Türkiye Cumhuriyeti’nde Yahudiler*, (İletişim Yayınları 1996) 106-107; Rifat N. Bali, *1934 Trakya Olayları* (Kitabevi 2008) 104-108. Temel metin için bkz. Mustafa Nermi, “Hakikat Yürüyor”, *Vakit*, 2-3 Haziran 1934.

Bu bir talihsizlik olsa da kavramın öyküsü her zaman için belli bir ideolojinin tekelinde kalmamıştır. Kavram sonraki yıllarda da artan şekilde farklı isimlerce kullanılmıştır. Örneğin Kâzım Karabekir⁴⁴ veya Besim Atalay⁴⁵ gibi muhafazakâr isimler, anayasa kavramını olağan biçimde kullanmıştır.

Ulusal basında da, Amerikan anayasası⁴⁶, Hatay anayasası⁴⁷, Hindistan ana yasası⁴⁸, İngiliz ana yasası⁴⁹, Irak anayasası⁵⁰ ve Sovyet ana yasası⁵¹, gibi yabancı anayasalar için (genellikle “ana yasa” biçiminde) kolaylıkla kullanılan bu kavram, Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu’nun karşılığı da olmuştur. Örneğin 1937 yılında yapılan anayasa değişikliği “Teşkilâtı Esasiye Tadilatı Kabul Edildi” manşetiyle duyurulmuştur ama Meclis’teki görüşmeler hakkında bilgi sunan sürmanşette “Anayasa Tadilatı ve Toprak Kanunun Ruhı” başlığına yer verilmiştir.⁵² Bu dönemde basında “esas yasa” gibi kullanımlara rastlansa da bu ayrıksı kalmıştır.⁵³

Anılan yıllar için dikkatimizi çeken nokta, özellikle anayasa hukukçusu Ahmet Ağaoğlu’nun bu kavramı istikrarla kullanarak yaygınlaşmasına katkı sunmuş olmasıdır.⁵⁴ Bunun ters istikametinde ise Fuat Köprülü yer almaktadır. Gerçi bazı meclis görüşmelerinde kendisi de “anayasa” kavramını kullanmakta sorun görmeyen⁵⁵ Köprülü, yine de sözcüğe daha 1940’lı yıllardan itibaren karşı çıkan isim olarak bilinir. Köprülü, örneğin “yasa gibi, ancak Moğol istilâsından sonra meydana çıkan tarihi bir istilâhın ana teşkilat kânûnumuza ad olması da ne kadar doğrudur bilmiyorum” diyerek itirazını açıkça dile getirmiştir.⁵⁶

Bu itirazlara rağmen 1940’lı yıllarda anayasa sözcüğü iyice oturmaya başlamıştır.⁵⁷

44 Örn. 1942 yılında TBMM’de, milletvekili olma koşullarıyla ilgili olarak sürdürülen bir tartışmada Kazım Karabekir “Mebus intihabında beyan edilmiş olan kayıtlar arasında meselâ; Cumhuriyetçi olmak, milliyetçi olmak, halkçı olmak, devletçi olmak vesair vasıflar var mı? Yok amma anayasanın, ana maddesi bize bu altı umdeyi emrediyor. Bizim iddiamız da bu umdeye istinat ederek milliyetçilik vasfının ihmale uğramasıdır.” şeklinde bir açıklamada bulunmuştur. Bkz. TBMM Zabıt Ceridesi, D.6, C. 29, B. 17, 14 Aralık 1942, 99.

45 “Sayın general (savaş) kelimesini atalım (harp) kelimesini alalım buyurdular. Bugün alırsak dahi yarın bu Anayasada değişecektir. Anayasada bir kelimenin olması kıyamete kadar o kelimeyi saklamağa sebep midir? Hem Anayasada nice nice kelimeler vardı ki Türkçe oldu. Hattâ Anayasada terkipler bile vardır, bugün bir tanesi kalmadı.” TBMM Zabıt Ceridesi, D. 6, C. 24, İ.3, 3 Nisan 1941, 74.

46 M. Turhan Tan, ‘Amerika Cumhurreisine Verilen Vâsi Selâhiyet’, *Cumhuriyet*, 8 Kasım 1936, 8.

47 ‘Hatay Anayasası’, *Cumhuriyet Gazetesi*, 22 Nisan 1937, s. 1

48 “Hindistan’da Neler Oluyor”, *Cumhuriyet Gazetesi*, 6 Nisan 1937, 3.

49 ‘M. Makdonald Dün İstifasını verdi’, *Cumhuriyet Gazetesi*, 8 Haziran 1935, 5.

50 ‘Kral Gaziyülevvel Irak Meclisini Feshetti’, *Cumhuriyet Gazetesi*, 1 Kasım 1936, 1.

51 ‘Sovyet ana yasası’, *Cumhuriyet Gazetesi*, 18 Mayıs 1936, 7

52 ‘Anayasa Tadilatı ve Toprak Kanunun Ruhı’, *Cumhuriyet Gazetesi*, 6 Şubat 1937, 1.

53 Bkz. Ahmet Ağaoğlu, ‘Önderin Beyannamesi’, *Cumhuriyet Gazetesi*, 4 Şubat 1935, 2.

54 Ağaoğlu’nun 1927’deki anayasa hukuku ders notlarında bu kullanım yoktur. Boğaç Erozan, *Ahmet Ağaoğlu ve Hukuk-ı Esasiye Ders Notları* (Koç Üniversitesi Yayınları 2007). Yusuf Ziya Özer, *Mukayeseli Hukuku Esasiye Dersleri*, (Recep Uluoğlu Matbaası 1939).

55 Örn. bkz. TBMM Zabıt Ceridesi, D. 8, C.1, T. 0, 26 Ağustos 1946, 121; TBMM Zabıt Ceridesi, D. 8, C.1, T.0, 26 Ağustos 1946, 43.

56 Nihad Sami Banarlı, *Türkçenin Sırları* (Kubbealtı Neşriyat 2017).

57 Dönemin hukuk literatürü ele alındığı için burada aktararak tekrara düşmüyoruz. Bilgi için bkz. Gözler, *Hukuk Dilinin Öz Türkçeleşmesi Üzerine* (n 20).

D. İKİ İLERİ: TEŞKÎLÂTÎ ESÂSİYE KANUNU ANAYASA OLUYOR

1945 yılına gelindiğinde Dil Devrimi'nin uzantısı olarak İsmet İnönü'nün hazırlattığı bilinen bir metin, İzmir Mebusu Şükrü Saracoğlu ve 222 arkadaşının imzasıyla ve “Anayasa Teklifi ve Teşkilatı Esasiye Encümeni Mazbatası” adıyla TBMM Genel Kuruluna gelmiştir.⁵⁸

“Teşkilâtı Esasiye Kanunundaki yabancı sözlerin Türkçe karşılıklarıyla (sic) değiştirilmesi, dil devrimimizin hukuk ve idare alanında da gerçekleşip kökleşmesine yardım edeceği düşüncesiyle” hazırlandığı ifade edilen metnin üst yazısında “eski Teşkilâtı Esasiye Kanunu hükümlerinin esasında hiç bir değişiklik yapılmamış, manaya tamtamına bağlı kalınmış” olduğu ifade edilmiştir.⁵⁹ Söz konusu metine ek olarak bir de “hangi yabancı sözlerin hangi Türkçe asıllarıyla karşılandığını gösteren” bir gerekçe sunulmuştur. Bu gerekçede anayasa sözcüğünün tercih edilme nedeni (yazım hatalarına dokunmadan) şöyle açıklanmaktadır:

“Teşkilâtı Esasiye Kanunu (Constitution, loi constitutionnelle), anayasa diye adlandırılmıştır. Yasamak eski türkçede kurmak, tesis etmek, teşkil etmek, teşkilâtlandırmak ve hususile kanun yapmak, nizam koymak mânalarına gelir. Bu kökten yasak kelimesi dilimizde kanunca menedilmiş mânasında kalmıştır. Aynı kökten yasa ismi eski türkçede anakanun, Teşkilât Kanunu mânasına gelir. Bunun için yasamak = teşri etmek (Légiférer), yasama (Bkz. madde 5) = teşri (Législation) mânalarına alınmıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin yasayıcı ve yasayan = teşrii vasıfları, Meclisin yapısı icabı (Législatif+constituant) mânasında alınmak gerektir. Bunun için yasamak ve yasama kelimeleri de bu geniş mâna ile kullanılmış bulunuyor.

Aynı kökten yasalı (Bkz. madde 59) = meşru (Légitime), yasaız = gayri meşru (illégitime) mânalarındadır. Anayasaya uygunluk ise (constitutionnalité) demek olacaktır. Geniş mânası ile vazın kanun (Législateur) yerine yasacı diyebiliriz. Dar mânası ile bu kavram kanunca kelimesi ile karşılanacaktır. Meşru kelimesi sadece kanuni mânasında kullanıldıkça bu kelime ile karşılanmıştır: Esbabı meşrua = kanun hükümleri (Bkz. madde 28). Kanun kelimesi alakonmuştur (Bkz. madde 9).⁶⁰

Söz konusu metnin oylamasına geçildiğinde, Feridun Fikri Düşünsel, birinci maddenin oylanıp kabul edilmesinden sonra söz alarak, “anayasa kelimesinin ayrıca reye konulması lazımdır” diyerek itirazda bulunmuşsa da bu sav, “şimdiye kadar kanun isimlerinin ayrıca reye konmaması” olmasından ötürü reddedilmiştir.⁶¹

Sonuç itibarıyla 455 milletvekilinden 365'inin katıldığı oylamada teklif oy birliğiyle kabul edilmiştir.⁶²

58 TBMM Zabıt Ceridesi, D. 7, C. 15, İ. 2, 10 Ocak 1945, s. 41-56.

59 TBMM Zabıt Ceridesi, D. 7, C. 15, İ. 2, 10 Ocak 1945, (ek) 1.

60 TBMM Zabıt Ceridesi, D. 7, C. 15, İ. 2, 10 Ocak 1945, (ek) 3.

61 TBMM Zabıt Ceridesi, D. 7, C. 15, İ. 2, 10 Ocak 1945, 47.

62 *Resmî Gazete*, S. 5905, 15 Ocak 1945.

Teklifin görüşmelerindeki genel hava, değişikliği olumlu karşılama yönündedir. Bu bağlamda Besim Atalay'ın şu belirlemesi ve anması çalışmamız açısından dikkate değerdir:

“Arkadaşlar, (Anayasa) kelimesi hakikaten bir başarı olmuştur. Bugün dilimizde şu âna kadar (Konstitüsyon, kontitüsyonel) kelimelerini karşılayan bir kelime yoktu. Bugün görülüyor ki daha (Anayasa) kabul edilmeden evvel yazılan yazılarda Anayasa «Konstitüsyon» karşılığı olarak kullanılıyordu. Amerika anayasası yerine «Amerika kontitüsyonu». Görülüyor ki o tâbir «Konstitüsyon» karşılığı olarak hukuk dilimizin bir eksikliğini tamamlamıştır. Bunu yaparken bu çalışmalar esnasında üç büyük ismi, – benim hatırıma gelen bunlardır – anmayı vazife icabı sayıyorum: Bunlardan birisi (Lehçe-i Osmani)'yi vücuda getiren Ahmet Vefik Paşa merhumdur. Türk dâvasını, Türk mefkuresini benimsiyen bu büyük Türk'ü burada bu güzel vesile ile minnetle anıyorum.

Şemseddin Sami merhumun Türk dili uğrındaki aziz yazılarını hatırlayarak onun hatırası önünde saygı ile eğiliyorum.

Bir de kıymetli arkadaşımız ve bu dâva için daima buraya, bu kürsüye çıkan ve çok defalar üzüle üzüle kürsüden inen kıymetli ve rahmetli arkadaşımız Tunalı Hilmi'yi de hürmetle yad etmeyi de vazifeden sayıyorum.”⁶³

Anılan isimler (özellikle de Tunalı Hilmi Bey), dil devriminin ve dilsel çağdaşlaşmanın öncüleri olarak burada yeniden anılmalıdır. Fakat bunun ötesinde söz konusu dönüşümün, eski rejimden kopuşun ve özellikle 1928'den itibaren başlayan laik atılımın bir uzantısı sayılması gerekir. Zira dildeki Türkçeleşme, Kuran dili Arapçadan koparken egemenliğin dünyevileşmesiyle de yakından ilişkilidir. Bu bakımdan o yıllarda anayasa sözcüğünün laik bir tınısı olduğu göz ardı edilemez.

E. BİR GERİ: ANAYASA, TEŞKÎLÂT-I ESÂSİYE KANUNU OLUYOR

Türkiye Büyük Millet Meclisinin “Osmanlıca'yı son dayanağından da söküp çıkarmış olacağı” ve “tarihi bir kararla milletimizi beş asır konuştuğunu yazma ve yazılanı anlama nimetinden mahrum bırakan bu suni dilin kalkmış olacağı” ve “bu sayede Türk yazı dilinin de bu sapaktan kurtularak ana yatağına dönmüş olacağı” düşünülen⁶⁴ bu girişim, Demokrat Parti'nin yasama çoğunluğunu kazanmasıyla tersine dönmüştür.

Bu defa da belirlemeler aynı gergin tonda fakat ters istikamettedir. “Lisana, Anayasa yoluyla ve Anayasa diliyle tecavüz edildiği” ve “din gibi (...) milletimizi birbirine bağlayan unsurlardan” görülen Anayasa'nın kullandığı “lisanın, baba ile evlâdı birbirleriyle anlaşılamaz hâle getirdiği”⁶⁵

63 TBMM Zabıt Ceridesi, D. 7, C. 15, İ. 2, 10 Ocak 1945, 46-47.

64 TBMM Zabıt Ceridesi, D. 7, C. 15, İ. 2, 10 Ocak 1945, 43-44.

65 TBMM Tutanak Dergisi, D. 9, C. 18, T. 3, 24 Aralık 1952, 395.

suçlamalarının hedefi olan 1945 değişikliğine hukuksal tepki gecikmemiştir. Anayasa kavramının bilinen muhalifi Fuat Köprülü, 203 arkadaşıyla birlikte bir değişiklik önergesi sunmuştur.⁶⁶

Anayasa'daki “yapay dilden” tekrar “yaşayan dil”e dönülmesi gerekliliği gerekçesiyle sunulan önergede Anayasa'daki öz Türkçe sözcüklerin büyük bir kısmı Osmanlıca karşılıklarıyla değiştirilmiştir.

Değişikliğin gerekçesi şöyledir:

“4695 sayılı Kanunla mevkii meriyete vaz edilen Anayasanın, Türk Dilinde yaşayan (sic) birçok kelime ve ıstılahların atılarak yerlerine ya yeniden uydurulan veyahut eski Türk lehçelerinde yaşarken hayatiyetini kaybeden kelimelerin şekilleri değiştirilmek ve bazan (sic) da Moğolca gibi yabancı dillerden edatlar ve ekler alınarak yapılan kelime ve ıstılahlardan yeni bir halita vücuda getirilmek suretiyle yapıldığı görülmüştür. Dilde ırkçı ve tasfiyeci bir zihniyetle son ifade şekli verilen Anayasanın bugünkü dilinin, Türk milletinin gerek tabii bir şekilde kullandığı yazı diline ve gerekse yine tabiliğini muhafaza eden konuşma diline aykırı bir mahiyet taşıdığı da ayrıca müşahade (sic) edilmiştir.”⁶⁷

Fakat işin ilginç yanı, değişiklik önergesinde bu defa “teşkilât-ı esâsiye” sözcüğü yerine “anayasa” sözcüğünün korunması gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁸ Ancak daha sonra başkaca DP milletvekilleri, 1945 metnini tümüyle yürürlükten kaldırıp 1924 metnine geri dönmeyi teklif etmiştir. Anayasa Komisyonu, Köprülü'nün ayrıntılı önergesine nazaran toptancı bir “çözüm” getiren bu yeni önergeyi kolaylıkla benimsemiş ve 1945 yılına kadar yapılan beş değişiklik ile birlikte eski metne dolayısıyla da eski dile dönüş kabul edilmiştir.⁶⁹ Sonuç itibarıyla 1952 yılında Anayasa, tekrardan “Teşkilât-ı Esâsiye” adını almıştır.

F. ANAYASA'YA KALICI OLARAK DÖNÜŞ: 1961 ANAYASASI

Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu ismini geri getiren Demokrat Parti iktidarı, bu normu ihlal etmekte gecikmedi. Özellikle 1950'li yılların ikinci yarısından itibaren artan bu ihlaller nihayet 27 Mayıs 1960 müdahalesine yol açtı. 27 Mayıs Hareketi, Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu'nun üstünlüğünü ortadan kaldırmıştı. 1924 tarih ve 491 sayılı Teşkilâtı Esasiye Kanunu'nun Bazı Hükümlerinin Kaldırılması ve Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkında (1 no.lu) Geçici Kanun, satır aralarında kavramın adının ne olduğunu da ilan ediyordu. 1 no.lu Geçici Kanun'un daha hemen başındaki açıklama şöyleydi:

“İktidar Partisi idarecileri tarafından *Anayasa'nın* çiğnenmesi, Türk Milletinin bütün fert ve insanlık hak ve hürriyetlerinin ve masuniyetlerinin ortadan kaldırılması, muhalefet

66 TBMM Tutanak Dergisi, D. 9, C. 18, T. 3, 24 Aralık 1952, (Ek).

67 TBMM Tutanak Dergisi, D. 9, C. 18, T. 3, 24 Aralık 1952, (Anayasa komisyonu raporu) 3.

68 Cem Eroğul, önergenin 102'nci maddesinde “anakanun” sözcüğünün kullanılmış olmasına dikkat çekmektedir. Bkz. Cem Eroğul, ‘Anayasa ve Tüze Dilinin Türkçeleştirilmesi’ (1994) 49(3-4) *AÜSBF Dergisi* 119, 137.

69 Kanun için bkz. *Resmî Gazete*, S. 8297, 31 Aralık 1952.

murakabesi işlemez hale getirilerek tek parti diktatoryası kurulması suretiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi fiilen bir parti grubu durumuna düşürülmüş ve meşruluğunu kaybetmişti.”⁷⁰

Kanun’un 1’nci maddesi de yeni getirilecek normun adını koyuyordu:

“Millî Birlik Komitesi, yeni **Anayasa** ve Seçim Kanunu, demokratik usullere uygun olarak, kabul edilip buna göre en kısa zamanda yapılacak genel seçimlerle yeniden kurulacak olan Türkiye Büyük Millet Meclisine iktidarı devredeceği tarihe kadar Türk Milleti adına hâkimiyet hakkını kullanır.”

Bu tercih, Türkiye’de laiklik hassasiyetini öne çıkaran, sosyal hakları pekiştiren, sınıf hareketinin ve örgütlenme düzeyinin yükselmesine zemin hazırlayan, bu bakımdan ilerici nitelik taşıyan 1961 Anayasası hazırlanırken aynen benimsendi. 1960’lı ve ‘70’li yıllarla birlikte bu kavram artık geriye dönülemez biçimde oturdu.

12 Eylül 1980’teki darbeden sonra oluşturulan Danışma Meclisi içinde bu sorun, hayli tali kaldı. Bu tartışmayı açan tek ismi Danışma Meclisinin Şanlıurfa üyesi Mehmet Velid Koran oldu. Koran’ın savları konumuzla doğrudan ilişkili olduğu için aynen aktarmak anlamlı olabilir:

Bugüne kadar Meclislerde hiçbir tasarı ve teklif «yasa» namı ile Resmî Gazetede ilân edilmemiş, numara almamış ve neşredilmemiştir. Türkiye ‘Büyük Millet Meclisinde her teklif ve tasarı «kanun» adı altında yayınlanmış, neşredilmiş ve numara almıştır. Türkiye Cumhuriyetinin kuruluşunda da bunun adı «Teşküat-ı Esasiye Kanunu» idi. 1961 Anayasası neden kanunî esasi olmadı?.. Belki kanunî esasi Arapça bir kelime idi; ama Devletin temelini, Devletin vatandaşla olan ilişkilerini, Devlet kurum ve kuruluşlarını belirleyen bir kanunun adı, pekâlâ esas teşkilât kanunu olabilirdi! Bu, esas teşkilât kanunu, anayasa demek değildir. Yasa, ilmi lügatta «‘Kanun» karşılığı değildir. Bu bir galat-ı meşhurdur. Yasa, örf ve adet, anane ve gelenek demektir. Bunun adı, gönül arzu eder ki, Türkiye Cumhuriyeti Esas Teşkilât Kanunu olsun.

İkinci Cumhuriyet adı verilen 1960 Harekâtından sonra Teşkilâtı Esasiye Kanununu hazırlamak üzere görevlendirilmiş profesörler, kendilerinin fakültede okuttukları derslerin isminin kanuna girip, kahraman kesilmeleri için adını Anayasa koymuşlardır. Biz fakültede okurken iki tane hocamız vardı, Allah rahmet eylesin. Birisi, «Esas Teşkilât Hukuku» diye dersi okuturdu, diğeri «Anayasa» Hukuku derdi. Esas Teşkilat Hukuku olarak ders veren hocamız, rahmetli, ilim abidesi, irfan abidesi merhum Ali Fuat Başgil idi. «Anayasa Hukuku» olarak ders veren zatı muhterem profesörün adı da, onu da Allah rahmet eylesin, Hüseyin Nail Kübalı idi. Hüseyin Nail Kübalı’nın Komisyonadaki ağırlığı veya o günkü Millî Birlik Komitesindeki ağırlığı veya Sıddık Sami ile olan yakınlığı, Esas Teşkilat Kanununun adını, Anayasa olarak meydana getirmiştir. Başka hiçbir ilmi yolu yoktur, hiçbir şekilde

70 Vurgu orijinal metinde yoktur. Yazım hataları orijinal metindedir. *Resmî Gazete*, S. 10525, 14 Haziran 1960.

izahatı da mümkün değildir. Gönلüm arzu ederdi ki, yine ekseriyeti muhterem profesör olan hocalarımız bu yanlışlığı düzeltsin ve bu Meclisten çıkan her teklif ve tasarının adı «Kanun» olduğu gibi, bunun da adı Esas Teşkilât Kanunu olsun.”⁷¹

1961 Anayasası’na ve Dil Devrimine hınç yüklü bu söylem, 1982 Anayasası’nı hazırlayanların koştur bir eğilimi olmasına rağmen karşılık bulmamıştır. Bu durum anayasa sözcüğünün mayasının tuttuğunun göstergesidir.

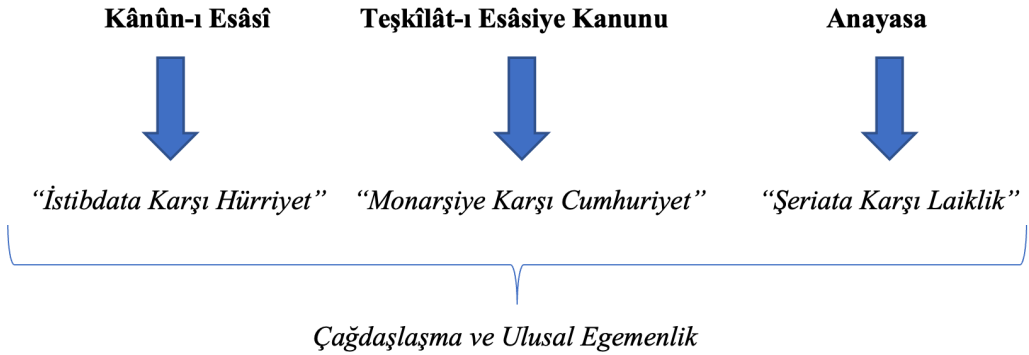
Bugün anayasa sözcüğü dışında bir alternatif neredeyse akla bile gelmemektedir. Bu, anayasa sözcüğünün oturduğunu, Dil Devrimi’nin pek çok tartışmaya rağmen bu bağlamda da başarıya eriştiğini gösterir.⁷²

SONUÇ

Anayasa kavramının semantik tarihine baktığımızda onun anlamının her şeyden önce bir “sembol” olduğu sonucuna ulaşırız. Kavram, ilk ortaya çıktığı andan itibaren bir çağdaşlaşmanın ve dünyevileşmenin sembolü olmuştur. 1908’de “hürriyet”, 1920’de “millî egemenlik” ve 1960’larda ise bu ikisini birden keşişiminde duran “tam bağımsızlık” talebinde bulunanlar tarafından sahiplenilmiştir.

Kavramın sembolik yanı, adlandırma biçimine de sirayet etmiştir. “Kânûn-u Esâsî”, baskıdan kurtulmanın parolası iken; “Teşkilât-ı Esâsiye” biçimindeki isim değişikliği, bir önceki düzenden (eski rejimden) kopmanın sembolü olmuştur. Bu kopmanın artık gerçekleştiği bağlamda türetilen “anayasa” sözcüğü ise sözcüğün laik anlamıyla “ulusal” (bu bakımdan dinsel öğelerle bezeli “millî” değil) egemenliğin pekiştirilmesi ve İlahî egemenliğin ve şeriat düzeninin reddiyesiyle ilgilidir. Tüm bu gelişim sürecinin çatı kavramları ise, az önce ifade ettiğimiz üzere, çağdaşlaşma ve ulusal egemenliktir.

Buna göre kavramların neyi sembolize ettiği şu şekilde şematize edilebilir:



71 Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 126’ncı Birleşim, 4’üncü Oturum, C. 7, 12/08/1982, s. 501-502.

72 Kavramın tutma nedenleri konusunda özgün bir değerlendirme için bkz. Gözler, *Hukuk Dilinin Öz Türkçeleşmesi Üzerine* (n 20).

Bu şema, aynı zamanda “Anayasa’nın anlamı nedir?” sorusunun semantik yanıtıdır. Fakat bu yanıtın güncel durumu karşılayıp karşılamadığı kuşkulu olabilir. Zira kavram ilkin 12 Eylül darbesi ve sonrasında üretilen metin ve özellikle 2017 yılında yaşanan anayasa değişikliğiyle birlikte hiç olmadığı kadar aşınmış, bünyesindeki olumlu çağrışım (ayrı bir yazıya konu olacak denli) ters yüz olmuştur.

Bu ana sonuç dışında, araştırmada ulaştığımız bulguları da paylaşmak gerekiyor:

Birincisi, Anayasa sözcüğünün kullanımına dair ulaşabildiğimiz en eski tarih 10 Haziran 1932’dir. Kavram, Cumhuriyet Gazetesi’nde Alman Anayasası’nı ifade eder biçimde, eski bir İttihatçı olan ve liberal olmayan ideolojilere angaje olan Mustafa Nermi tarafından kullanılmıştır. Bizde, kavramın yaygınlaşmasında anayasa hukukçusu Ahmet Ağaoğlu’nun Cumhuriyet gazetesindeki köşe yazılarının etkisi olduğu izlenimi oluşmuştur.

İkincisi, anayasa sözcüğü, 1945’teki reformdan çok daha önce tedavüle girmiş ve benimsenmiştir. Bu bakımdan anayasa değişikliği, olmayan bir kavramı empoze etmemiş, yaygınlaşmakta olan bir kavramı tescillemiştir.

Üçüncüsü, 1950’lerde, Türk Dil Kurumunun neolojik türetimlerine ve Anayasa’daki kavramlara karşı çıkışlar olsa da bizzat anayasa kavramına dönük itirazlar (Fuat Köprülü hariç olmak üzere) cılızdır. 1960’larda itibaren, kavrama dönük esaslı bir itiraz bulunmamaktadır.

Bu ana ve ara sonuçları da aktardıktan sonra, şimdi metnin ön açıklama kısmında yazdıklarıma dönmek isterim. 2002 yılında ilk kez anayasa hukuku dersine katıldığımda “anayasanın anlamı” kitabını elinden düşürmeyen ben, Mümtaz Soysal’ın bu soruya yanıt verirken kullandığı bir belirlemeyi yanlış anlamıştım. Marmara Üniversitesi’nin kuruluşunun kırkinci yılında, o sıralara oturan hukuk fakültesi öğrencilerinin bu yanlış anlamaya düşmemesi için şu teknik notu, Hoca’yı da saygıyla anarak düşmek isterim:

Anayasa sözcüğü, hem diğer yasalara nazaran temel olduğunu dolaysız anlatan yapısı itibarıyla hem de kavrama Türkçe dilinin kendine has tadını katmasından ötürü yerinde bir kavramdır. Bununla birlikte, kavrama dönük “öbür yasaların anası olan, onları doğuran, onlara analık eden, dayanak olan bir yasa”⁷³ biçimindeki belirleme, yanlış anlaşılmaya müsaittir. Şöyle ki herhangi bir kanun, konu itibarıyla Anayasa’ya dayanmak zorunda değildir. Kanunlar, Anayasa’da bulunmayan konuları düzenleyip Anayasa’nın öngördüğü alanların dışında da kurallar getirebilir. Burada önem taşıyan nokta, Anayasa’ya dayanmak değil, Anayasa’ya aykırı olmamaktır. “Yasama yetkisinin genelliği” denilen bu ilke uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi, dayanağı Anayasa’da bulunmayan bir konuda, Anayasa’ya aykırı olmamak üzere kanun çıkarabilir.

Bu sorun, küçük bir ayrıntı olabilir ama o günün toy Marmara Hukuk öğrencisi için önem taşıyordu.

73 Soysal, *Anayasa’nın Anlamı* (n 1) 7.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- Ackerman B, *We the People* (Harvard University Press 1993).
- Açıkgöz A (der.), *Bizim Radyoda Nâzım Hikmet* (TÜSAV 2004).
- Akal E, *Milli Mücadelenin Başlangıcında Mustafa Kemal, İttihat Terakki ve Bolşevizm* (İletişim Yayınları 2002).
- Avcıoğlu D, *Türkiye'nin Düzeni: Dün, Bugün, Yarın* (Tekin Yayınları 1996).
- Avner L, *Türkiye Cumhuriyeti'nde Yahudiler*, (İletişim Yayınları 1996).
- Aster E", *Fransız İhtilali'nin Siyasi ve Sosyal Fikirleri* (Şennur Şenel (tr), Phoenix 2004).
- Babanzâde İsmail Hakkı, *Hukuk-ı Esasiye*, Fernaz Balcioğlu ve Ayça Büşte Balcioğlu (çeviren) (Erguvani Yayınları 2017).
- Bali R. N., *1934 Trakya Olayları* (Kitabevi 2008).
- Banarlı N S, *Türkçenin Sırları* (Kubbealtı Neşriyat 2017).
- Belli Ş, *Anayasso / Yansımalarıyla Birlikte Bir Şiir* (Babiali Yayınları 2003).
- Berkes N, *Türkiye'de Çağdaşlaşma* (Yapı Kredi Yayınları 2003) .
- Çayan M, *Savunma* (İleri Yayınları 2018).
- Çelenk H, *1. THKO Davası* (68'liler Yayınları 2008).
- Çoban Y, *Ataç'ın Sözcükleri* (TDK Yayınları 1963).
- Douzinan C, 'The Left and Constitutional Reform' (CLT 4 June 2009) <<https://criticallegalthinking.com/2009/06/04/the-left-and-constitutional-reform/>> Erişim Tarihi 2 Ağustos 2022.
- Erkanlı O, *Anılar, Sorunlar, Sorumlular* (Baha 1972).
- Eroğul C, 'Anayasa ve Tüze Dilinin Türkçeleştirilmesi' (1994) 49(3-4) *AÜSBF Dergisi*.
- Erozan B, *Ahmet Ağaoğlu ve Hukuk-ı Esasiye Ders Notları* (Koç Üniversitesi Yayınları 2007).
- Gözler K, *Anayasa Değişikliği Gerekli mi? 1982 Anayasası İçin Bir Savunma* (Ekin Yayınları 2001).
- , "Devlet' Kelimesi Üzerine Bir Deneme", (2017), 129 *Türkiye Günlüğü*.
- , *Hukuk Dilinin Öz Türkçeleşmesi Üzerine* (Ekin Yayınları 2021).
- , *Türk Anayasa Hukuku* (4. Baskı Ekin Yayınları 2021).
- Grimm D, 'Type of Constitutions', in Michel Rosenfeld and András Sajó (eds) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2016).
- , *Constitutionalism: Past, Present, and Future* (Oxford University Press 2016).
- – und Mohnhaupt H, *Verfassung: Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart* (2. Aufl., Duncker & Humblot: 2002).
- Kalaycıoğlu E, 'Kemalizm ve Post-Kemalizm Ayrışmasında Türkiye'de Siyaset Bilimi', iç İlker Aytürk ve Berk Esen (ed.) *Post-Post-Kemalizm* (İletişim 2022).
- Kansu A, *1908 Devrimi* (İletişim Yayınları 2017).
- Kaya Kılıç S, 'Kanun-ı Esasinin İlanı', (2006) *Devlet Dergisi*.
- Kıvılcımlı H, *27 Mayıs ve Yön Hareketi'nin Sınıfsal Eleştirisi* (Sosyal İnsan 2008)
- Koçunyan A, *Negotiating the Ottoman Constitution: 1839-1876* (Peeters 2018).
- Lewis G, *Trajik Başarı: Türk Dil Reformu*, Mehmet Fatih Uslu (çeviren) (Çeviribilim Yayınları 2016).
- Nermi M, "Yeni Bir Tecavüz Olarak Milletler Cemiyeti", (1989) 65 *Tarih ve Toplum* 51-52.
- Onions C T, *The Oxford Dictionary of English Etymology* (Oxford University Press 1966).
- Özer Y Z, *Mukayeseli Hukuku Esasiye Dersleri*, (Recep Ulusoglu Matbaası 1939).
- Parla T, *Türkiye'de Siyasal Kültürün Resmi Kaynakları: Atatürk'ün Nutuk'u*, Cilt 1 (Deniz Yayınları 2017).

- Sağlam F, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, (Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları 2013).
- Sarıca M, *Anayasayı Niçin Savunmalıyız?* (İzlem Yayınları 1969).
- Savran S, *Türkiye’de Sınıf Mücadeleleri*, (Yordam 2016).
- Shively W P, *The Craft of Political Research: A Primer* (Englewoof Cliffs 1974).
- Soysal M, *Anayasa’nın Anlamı* (Gerçek Yayınevi 1987).
- Şirin T, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı* (On İki Levha Yayınları 2019).
- Toprak Z, “Mustafa Nermi ve Fransız İhtilâl-i Kebiri” (1989) 67 *Tarih ve Toplum* 59.
- Trotsky L, ‘Jön Türkler’ 2021 10(19) *Anayasa Hukuku Dergisi* 281-289.
- Tunçay M, “Kurtuluş’un Almanca Özel Sayısı: Türkiye Sosyalist İşçi ve Çiftçi Fırkası’nın Yayın Organı”, (1989) 65 *Tarih ve Toplum* 50-52
- Üçok C, ‘1876 Anayasasının Kaynakları’, *Türk Parlâmentoculuğunun İlk Yüzyılı: 1876–1976* (Siyasi İlimler Türk Derneği 1976).

Gazete Yazıları ve Tutanaklar

- ‘Anayasa Tadilatı ve Toprak Kanunun Ruhı’, *Cumhuriyet Gazetesi*, 6 Şubat 1937.
- ‘Hatay Anayasası’, *Cumhuriyet Gazetesi*, 22 Nisan 1937.
- ‘Kral Gaziyülevvel Irak Meclisini Feshetti’, *Cumhuriyet Gazetesi*, 1 Kasım 1936.
- ‘M. Makdonald Dün İstifasını verdi’, *Cumhuriyet Gazetesi*, 8 Haziran 1935.
- ‘Sesini Arayan Marş’, *Milliyet Gazetesi*, 13 Mayıs 2007.
- ‘Sovyet ana yasası’, *Cumhuriyet Gazetesi*, 18 Mayıs 1936.
- “Hindistanda Neler Oluyor”, *Cumhuriyet Gazetesi*, 6 Nisan 1937.
- Ağaoğlu A, ‘Önderin Beyannamesi’, *Cumhuriyet Gazetesi*, 4 Şubat 1935.
- Nermi M., ‘Brüning’ten sonra Almanya...’, *Cumhuriyet Gazetesi*, 10 Haziran 1932.
- Nermi M, “Hakikat Yürüyor”, *Vakit*, 2-3 Haziran 1934.
- Tan M T, ‘Amerika Cumhurreisine Verilen Vâsi Selâhiyet’, *Cumhuriyet Gazetesi*, 8 Kasım 1936.
- TBMM Tutanak Dergisi, D. 9, C. 18, İ. 3, 24 Aralık 1952.
- TBMM Zabıt Ceridesi, D. 6, C. 24, İ. 3, 3 Nisan 1941.
- TBMM Zabıt Ceridesi, D. 6, C. 29, İ. 17, 14 Aralık 1942.
- TBMM Zabıt Ceridesi, D. 7, C. 15, İ. 2, 10 Ocak 1945.
- TBMM Zabıt Ceridesi, D. 7, C. 15, İ. 2, 10 Ocak 1945.
- TBMM Zabıt Ceridesi, D. 7, C. 15, İ. 2, 10 Ocak 1945.
- TBMM Zabıt Ceridesi, D. 8, C.1, İ. 0, 26 Ağustos 1946.
- TBMM Zabıt Ceridesi, D. 8, C.1, İ. 0, 26 Ağustos 1946.

Kararlar

- Deniz Pelin Dinçer Akan ve diğerleri*, B. No: 2017/30653, 29 Haziran 2022.
- Füsun Üstel ve diğerleri* [GK], B. No: 2018/17635, 26 Temmuz 2019.

Cıva Tehlikesi ile Mücadelede Küresel Uzlaş: Minamata Sözleşmesi

The Global Consensus on Combating the Threat of Mercury: Minamata Convention

Ali Kerem Kayhan* 

ÖZ

1950 ve 1960'lı yıllarda Japonya'da yaşanan ve metil cıvaya bağlı büyük çaplı zehirlenmelerin yaşandığı, 'Minamata felaketi' olarak bilinen olay, cıva ve cıvanın verebileceği zararlar konusunu dünya gündemine taşımıştır. Sonraki dönemde bilimsel çalışmalarla cıvanın insan sağlığına zararları ortaya konmuştur. Bu alanda küresel ölçekte düzenlemelere gidilmesi, ancak içinde bulunduğumuz yüzyılda mümkün olmuştur. 2000'li yılların başında UNEP nezdinde yürütülmeye başlanan çalışmalar, yoğun bir müzakere süreci sonucunda ancak 2013 yılında tamamlanabilmiştir. 2017 yılında yürürlüğe giren Cıvaya İlişkin Minamata Sözleşmesi (Minamata Sözleşmesi), son yıllarda akdedilen küresel çevre korumasına ilişkin yegâne sözleşmelerden biridir. Sözleşme, uluslararası çevre hukuku için oldukça yenilikçi olarak değerlendirilebilecek hususları ele alması ile öne çıkar. Sözleşme, cıvanın üretim, ticaret ve atık bertarafı gibi farklı hususlarını küresel ölçekte ele aldığı gibi; zanaatkarlık ve küçük ölçekli altın madenciliği gibi yerel hususları da içerecek şekilde, cıvanın insan hayatındaki yeri ve kullanımına geniş kapsamlı düzenlemeler getirmektedir. Sözleşme; cıva sorunu ile mücadele için seçilmiş yollar önermesi, bireysel olduğu kadar sistematik denetime de izin veren bir yapıya sahip olması gibi özellikleri ile klasik çevre koruma anlaşmalarından ayrılır. Bununla birlikte Minamata Sözleşmesi, diğer uluslararası sözleşmelerdeki tehlikeli madde ve atıklara ilişkin bağlantılı maddeleri kabul etmesiyle bu alandaki sözleşmelerle işbirliği yapacak şekilde düzenlenmiştir. Türkiye 2022 yılı itibarıyla Sözleşme'ye taraf olmuştur. Minamata Sözleşmesi, uluslararası çevre hukukunun günümüz olaylarına karşı yaklaşımı ile olduğu kadar, geleceğini de anlamak için incelenmesi gereken bir anlaşmadır.

Anahtar Kelimeler: Çok Taraflı Çevre Anlaşmaları, Cıvaya İlişkin Minamata Sözleşmesi, Uluslararası Çevre Hukuku, UNEP, Cıva, Tehlikeli Maddeler.

* Dr. Öğr. Üyesi, Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Yalova, Türkiye, ORCID: 0000-0002-4102-3204.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Ali Kerem Kayhan

E-posta/E-mail: alikerem.kayhan@yalova.edu.tr.

Geliş Tarihi/Received: 31.08.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 18.11.2022

ABSTRACT

The Minamata disaster, which took place in Japan in the 1950s and 1960s brought the threat of mercury to the world agenda. In the later period, scientific studies have revealed the potential harm of mercury to human health. It has only been possible in the current century to start to work on the mercury issue globally. The work carried out by the UNEP in the early 2000s could only be completed in 2013 as a result of intensive negotiations. The Minamata Convention on Mercury entered into force in 2017, is regarded as one of the most substantial agreements concluded in recent years. The Convention addresses distinctive issues in international environmental law. First of all, the Convention undertakes only one element, mercury, but it also addresses mercury in a holistic way containing the mercury's production, trade, waste disposal and etc. It also covers the regional approaches such as artisanal and small-scale gold mining. The Convention introduces innovative regulations such as proposing alternative ways to combat mercury pollution and accepting the differentiation of states without categorizing them (developed and developing states). In addition to that, the Convention is arranged in such a way to cooperate with the other treaties on hazardous materials and wastes. The Convention, which was adopted by Turkey in 2022, is one of the few environmental agreements concluded in recent years. The Convention is not only a product of contemporary international environmental law, also introduces the future of the regulatory development in this field.

Keywords: Multilateral Environmental Agreements, Minamata Convention on Mercury, International Environmental Law, UNEP, Mercury, Hazardous Substances

GİRİŞ

Uluslararası çevre hukuku için dönemsel bir ayırım yapmamız gerekirse kabaca iki döneme ayırmamız mümkündür. İlk dönem, Stockholm Konferansı'nın yapıldığı 1972 ile Rio Konferansı'nın yapıldığı 1992 yılları arasındaki süreci kapsar. Bu dönemde uluslararası çevre hukukunun, uluslararası hukukun bir alt dalı olarak kabul edildiği ve küresel çevre korumasının, uluslararası düzenlemelerde dikkate alınmaya başlandığı görülür. İkinci dönemse 1992 tarihli Rio Konferansı'ndan günümüze dayanan süreci kapsar; çevre koruması anlayışının kalkınma ile birlikte ele alınmaya başlandığı, devletlerin gelişmişlik düzeyine göre farklı sorumluluklarının olduğuna dair kanaatin genel olarak kabul edildiği ve sürdürülebilir kalkınma kavramının uluslararası çevre hukukunca kabul edildiği bir dönem olarak ifade edilebilir.

Ancak geçtiğimiz son 10 yılda, uluslararası çevre hukukuna ilişkin gelişmeler oldukça yavaşladığını müşahade etmekteyiz. Rio Konferansı'ndan 20 yıl sonra, 2012 yılında yapılan Rio+20 Konferansı ile beklenen küresel etki oluşmamış ve bu konferans, uluslararası çevre hukuku açısından hukuki ve sosyal anlamda kayda değer bir katkı sunamamıştır. Son dönemde devletlerin yegâne gündemini, küresel iklim değişikliğine ilişkin müzakereler işgal etmiş, sonrasında da ortaya çıkan COVID-19 pandemisi çevreye ilişkin meselelerde olası gelişmeleri sekteye uğratmıştır.

Bu gelişmeler yaşanırken geçtiğimiz 10 yıl içerisinde imzalanan ve yürürlüğe giren bir düzenleme özellikle dikkat çekmektedir. 2013 yılında imzalanıp 2017 yılında yürürlüğe giren 'Cıvaya İlişkin Minamata Sözleşmesi' (Minamata Sözleşmesi) her ne kadar güncel gelişmelerin gölgesinde

kalmış olsa da uluslararası hukuk alanında, son dönemde akdedilen en önemli andlaşmalardan biridir. Çevre ve insan sağlığı için büyük zararlar içeren cıvayı her yönü ile ele almayı hedefleyen Sözleşme, modern uluslararası çevre hukukunun yapısını yansıtmaktadır. Oldukça meşakkatli bir müzakere sürecinden sonra imzalanan Minamata Sözleşmesi, incelemeye değer önemli hususları da beraberinde getirmektedir. Sadece cıvayı konu edinen Sözleşme, çevrenin korunmasıyla birlikte insan sağlığını koruyacak hedefler belirlemesi ve bu amaçla birtakım maddelere yer vermesi nedeniyle de dikkat çeker. Türkiye'nin 2022'de Sözleşme'ye taraf olması ile ülkemizin bu Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini tespit etmek bakımından ayrıca önem arz eder. Bu çalışma ile öncelikle Minamata Sözleşmesi'nin müzakere süreçlerinin ve getirdiği düzenlemelerin, uluslararası çevre hukuku çerçevesinden değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Bu değerlendirme dört ana başlık altında toplanarak dört bölümde yapılmıştır. Bu dört bölümü Türkiye'nin Sözleşme ile bağlantısının incelendiği son bölüm takip etmektedir.

Çalışmanın ilk bölümünde cıvaya ilişkin bilgiler verilerek cıvanın, uluslararası çevre hukukunun bir konusu hâline gelmesine neden olan ve 'Minamata felaketi' olarak bilinen cıva kaynaklı felakete değinilecek ve cıvanın, insan sağlığı için zararları ele alınacaktır. İkinci bölümde Sözleşme'nin müzakere aşamalarına değinilecektir. Müzakere aşamalarında devletlerin farklı görüşleri, UNEP'in etkileri ve bir uluslararası çevre hukuku sözleşmesinde farklılaşan görüşlerin metnin ortaya çıkmasını nasıl etkilediği incelenecektir. Üçüncü bölümde Sözleşme'nin getirdiği düzenlemeler kapsamlı bir biçimde ortaya konacaktır. Sözleşme'nin koyduğu kurallar, devletlerin yükümlülükleri ve Sözleşme ile getirilen denetim usulleri bu bölümde incelenecektir. Dördüncü bölümde Minamata Sözleşmesi'nin tehlikeli kimyasallar ile ilgili uluslararası andlaşmalarla bağlantılarına değinilecek ve Taraflar Konferansı kararları değerlendirilerek Sözleşme'nin cıva sorunu ile başa çıkmak için yeterliliği tartışılacaktır. Beşinci bölümde Türkiye'nin Sözleşme'ye taraf olmasına ilişkin sürece değinilerek, ülkemizin Sözleşme kapsamındaki yükümlülükleri hakkında ana hatları ile bilgi verilecektir. Sonuç bölümünde Cıvaya İlişkin Minamata Sözleşmesi'nin uluslararası çevre hukuku bakımından getirdiği yenilikler derlenerek Sözleşme'nin değerlendirmesi yapılacaktır.

I. CIVA, MİNAMATA FELAKETİ VE CIVANIN İNSAN SAĞLIĞINA ZARARLARI

A. CIVA HAKKINDA

Sıvı yapıdaki tek element olan cıva, çevrede yaygın olarak bulunan, kalıcı nitelikte doğal bir elementtir.¹ Cıva, Dünya'nın jeolojik rezervuarlarında bulunan bir madde olarak; volkanik patlamalar, toprak erozyonu ve kayaların aşınması gibi doğal yolların yanı sıra insan faaliyetlerinin bir sonucu olarak atmosfere salınır.² Sıfır santigrat derecede bile buharlaşabilen cıva, doğada oldukça uzun bir süre mevcudiyetini koruyabilir.³ Hava ile taşınabilen cıva, suya ve toprağa nüfuz ederek birikebilmektedir.

1 Thomas B Lawrence, 'Mercury Pollution' in Richard Crume (ed) *Environmental Health in the 21st Century* (ABC-CLIO 2018) 391, 392.

2 Henrik Selin and Noelle Eckley Selin, *Mercury Stories: Understanding Sustainability through a Volatile Element* (The MIT Press 2020) 52-58; Lawrence (n 1) 391-392.

3 Rafaela Rodrigues da Silva, Jeffer Castelo Branco, Silvia Maria Tagé Thomaz and Augusto Cesar, 'Minamata Convention:

Atmosfer, okyanus ve kara arasında, bir döngü içinde hareket edebilen cıvanın doğada birikimi ile ilgili net bir ölçüm yapılamamıştır, bu nedenle cıva döngüsünün tamamlanmasının, on yıllar ile yüzyıllar gibi geniş bir zaman aralığını kapsayabildiği ileri sürülmüştür.⁴ Cıva, yüzyıllar boyunca bu döngü ile derin okyanus tortularına, göl çökeltilerine ve yeraltı topraklarına karışarak buralara yerleşmiştir.⁵

Eski dönemlerdeki kullanımı ve kültürel yeri doğrultusunda cıvanın güvenli ve faydalı bir madde olduğuna inanılmıştır.⁶ Antik çağlardan beri, insanların cıvadan çeşitli biçimlerde yararlandığı görülür. İlk uygulamalar, cıvanın, altını cevherden ayırmak için madencilik işlemlerinde kullanılması şeklinde gerçekleşmiştir.⁷ Ayrıca frenginin (sifiliz) ilk dönemlerdeki tedavisinde yine cıvadan yararlanıldığı ortaya konmuştur.⁸ Arkeolojik veriler, dünyanın ilk cıva yeraltı madeninin Türkiye’de, Konya’ya bağlı Selçuk ilçesinin bir kazası olan Sızma bölgesinde bulunduğunu ve günümüzden 8000 yıl önce zincifreden (*cinnabar*) çıkarılarak cıva üretildiğini göstermektedir.⁹

Sanayi devrimi ile cıvanın kullanım alanlarının bir hayli arttığı görülür. Özellikle kömür gibi fosil yakıtların yakılması, yüksek sıcaklık derecelerinde metallerin eritilmesi ve çimento üretimi gibi endüstriyel faaliyetlerde cıva yan ürün olarak kullanılmaktadır. Bunun yanında ilaçlar, termometreler, diş amalgamları, piller ve floresan lambalar dahil olmak üzere çok sayıda ürün cıva içermektedir. Bütün bu işlemler sırasında ve bu işlemler sonrasında ortaya çıkan atıkların bertarafı sırasında çevreye büyük miktarda cıva boşaltılmaktadır.¹⁰

Cıvaya ilişkin en dikkat çekici detay, element formunun yanında organik bir yapıya ulaşabilmesidir. Element formunda doğaya salındıktan sonra cıva (Hg), oksitlenmeye maruz kalmadan atmosferde uzun mesafeler kat edebilmektedir. Cıva, sucul sistemlere (*aquatic systems*) geçince mikroorganizmalar tarafından biyolojik olarak kullanılabilir bir form olan metil cıvaya (MeHg) dönüştürülmektedir.¹¹ Bununla birlikte kalıcı nitelikte olan metil cıva, çeşitli organizmalar tarafından kolayca emilebilmekte ve böylece gıda ağı içine girerek biyolojik ağ içinde yayılmaktadır.¹² Metil cıva, bulunduğu besin zincirinde hacmini arttırmakta, özellikle balıklarda ve kabuklu deniz hayvanlarında yüksek

analysis of the socio-environmental impacts of a long-term solution’ (2017) 41 (N. Especial) Saúde Debate 50, 51.

4 UNEP Chemicals and Health Branch, *Global Mercury Assessment 2018* (2019) 24, <<https://www.unep.org/resources/publication/global-mercury-assessment-2018>> accessed 17 June 2022.

5 ibid 6.

6 Henrik Selin, ‘Global Environmental Law and Treaty-Making on Hazardous Substances: The Minamata Convention and Mercury Abatement’ (2014) 14 (1) *Global Environmental Politics* 1, 2.

7 Lawrence (n 1) 391-392; ibid 4.

8 William E Brooks, ‘Industrial Use of Mercury in the Ancient World’ in Michael S Bank (ed) *Mercury in the Environment: Pattern and Process* (Berkeley 2012) 19.

9 ibid.

10 Lawrence (n 1) 391-392; Selin, ‘The Minamata Convention and Mercury Abatement’ (n 6) 4; *Earth Negotiations Bulletin*, (7 June 2010) 28 (1) 1.

11 Selin, ‘The Minamata Convention and Mercury Abatement’ (n 6) 4-5.

12 David C Eversa, Susan Egan Keaneb, Niladri Basuc and David Bucka, ‘Evaluating the effectiveness of the Minamata Convention on Mercury: Principles and recommendations for next steps’ (2016) 569-570 *Science of the Total Environment* 888.

konsantrasyonlara çıkabilmektedir.¹³ Yüksek düzeyde metil cıva içeren deniz ürünlerini tüketerek ciddi oranda cıvaya maruz kalınmasının mümkün olduğu ortaya konmuştur.¹⁴

Metil cıvanın toksik etkisinin boyutu, geç bir dönemde, 1950 ve 1960'lı yıllarda Japonya'nın Minamata Körfezi'nde yaşanan bir trajedi ile anlaşılabilmiştir.¹⁵ Cıvanın insan sağlığı üzerindeki etkisine dair incelikli araştırmaların dünyanın gündemine taşınması, Japon halkı üzerindeki etkisini nesiller boyu gösteren bu trajedi aracılığıyla olmuştur.

B. MINAMATA FELAKETİ

Japonya'nın güneyindeki Minamata kasabası, halkının büyük bir kısmının geçimini balıkçılıkla sağladığı bir sahil kasabasıdır. Bölgede bulunan Chisso firmasına ait fabrikada 1932 yılından itibaren 'asetaldehit', 1941 yılından itibaren ise 'vinil klorür monomeri' (VCM) üretilmiş, üretim aşamalarında katalizör olarak cıva kullanmıştır.¹⁶ Şirket, 1932 yılından itibaren takriben 36 yıl boyunca endüstriyel atık sularını düzenli olarak Minamata Körfezi'ne ve Minamata Nehri'ne boşaltmıştır.¹⁷ Atık sudaki metil cıvanın çevreye salınması sonrasında deniz ekosisteminde birikmesiyle deniz alanında kirlenme meydana gelmiştir. Bir süre sonra bölgedeki balıkçılar fabrikanın atık sularının balıkları öldürdüğünü ve körfez genelinde balık ve kabuklu deniz canlılarının azaldığını iddia etmeye başlamışlardır. Bunun yanında özellikle balık tüketen kedilerin titremeye tutulduğu ve öldükleri gözlemlenmiştir. İnsanlarda hastalığa ilişkin ilk vakıa ise 1956 yılında bildirilmiş ve salgına dönüşen bu hastalık, bilinmeyen bir merkezi sinir sistemi hastalığı olarak değerlendirilmiştir.¹⁸ Aynı yıl içerisinde 52 hasta tespit edilmiş, 17 kişinin bu nedenle hayatını kaybettiği belirlenmiştir.¹⁹

Bölgede yer alan fabrikanın yöneticileri, hastalık ile tesislerinden salınan atık su arasında olası bir bağ olduğunu uzun süre reddetmişlerdir. Chisso tarafından yapılan araştırmalarda, atık suların metil cıva zehirlenmesine yol açtığı anlaşıldığında bile, şirketin bu bilgiyi halktan gizlemeye çalıştığı ortaya konmuştur.²⁰ Şirket, ilk vakıanın tespit edilmesinden itibaren 1968 yılına kadar, asetaldehit üretimini devam ettirmiştir. Japon hükümeti ise ancak aynı yıl, 1968'de, hastalığa, Chisso'nun tesislerinden çıkan ve metil cıva içeren atıkların neden olduğuna ilişkin resmi kararı açıklamıştır. Atıkların körfeze boşaltılmasının deniz faunasında kirliliğe neden olduğu ve metil cıvanın bu yolla insanlara bulaştığı kabul edilmiştir.²¹

13 Lawrence (n 1) 391-392.

14 UNEP Chemicals Branch, *Global Mercury Assessment 2002* (2002) 35. <<https://www.unep.org/resources/report/global-mercury-assessment-2002-0>> accessed 10 June 2022.

15 Selin, 'The Minamata Convention and Mercury Abatement' (n 6) 2; UNEP, *Global Mercury Assessment 2018* (n 4) 6; Selin and Selin, *Mercury Stories* (n 2) 61; Rodrigues da Silva *et al* (n 3) 51.

16 Selin and Selin, *Mercury Stories* (n 2) 78.

17 Yoko S Crume, 'Minamata Disease' in Richard Crume (ed) *Environmental Health in the 21st Century* (ABC-CLIO 2018) 393.

18 *ibid* 393-394.

19 Selin and Selin, *Mercury Stories* (n 2) 78.

20 Crume (n 17) 393-394.

21 *ibid* 394; Selin and Selin, *Mercury Stories* (n 2) 79; Rodrigues da Silva *et al* (n 3) 51.

Yüksek düzeyde metil cıvaya maruz kalınması nedeniyle oluşan bu hastalığa bölgenin adı olan 'Minamata hastalığı' adı verilmiştir. Minamata hastalığı, metil cıva bulaşan balık ve kabuklu deniz hayvanlarının tüketilmesi yolu ile cıvaya maruz kalan insanların merkezi sinir sistemlerinde ağır hasarlara neden olan nörolojik bir hastalıktır.²² Hastalığının yegâne tedavisi semptomları azaltmak ve rehabilitasyonla sınırlı olup Minamata hastalığı mağdurlarının toplam sayısının 20.000 ila 30.000 arasında olduğu tahmin edilmektedir.²³

1969 yılında mağdurların ailelerini temsil eden kişiler, Japonya'da Kumamoto Bölge Mahkemesi'nde Chisso'ya karşı dava açmışlardır. Dört yıllık dava sürecinin sonunda mahkeme Chisso'yu sorumlu bularak tespit edilen tüm hastaların tazminat alma hakkına sahip olduğunu ortaya koysa da kurban ailelerinin bireysel olarak tazminat alma mücadelesi oldukça sürüncemeli geçmiştir. Nihayetinde temyize giden dosyada Japon Yüksek Mahkemesi'nin 1988 yılında verdiği kararla, Chisso'nun eski başkanı ve fabrika müdürü ihmal ile ölüm ve yaralamaya yol açtıklarından dolayı 2 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır. Bu kişiler ceza sürelerini denetimli serbestlik ile geçirmişlerdir.²⁴

Minamata Körfezi ve etrafındaki suların, özellikle de deniz tabanında bulunan çamurlaşmış kitlelerin temizlenmesine 1977 yılında başlanmıştır.²⁵ Bölgedeki uzun süre devam eden temizlik ve iyileştirme çalışmalarının akabinde, ilk Minamata hastalığı mağdurunun resmi olarak tespit edilmesinden yaklaşık 40 yılı aşkın bir süre sonra, 1997 yılında, Minamata Körfezi balık tüketimi için güvenli ilan edilmiştir.²⁶

Bu felaket ve sonrasındaki sürece bakıldığında bölge halkının yaralarının sarıldığını söylemek mümkün değildir. Halk, Chisso şirketinin hak ettiği oranda sorumlu tutulmadığını ve bölgede kirliliğin uygun ve yeterli bir biçimde temizlenmediğini dile getirmektedir. Japon hükümetinin de insan sağlığına ve çevreye verilen zararı tam olarak değerlendirmedeğini ve mağdurlara yeterli düzeyde tazminat ödemediğini iddia etmektedir.²⁷ Minamata felaketi, cıvanın zararlarının anlaşılması için bir milat olmuş, o dönemden itibaren cıva ve metil cıvanın olumsuz yanlarının tespiti ve bertarafına yönelik çalışmalar hızlanmıştır.

C. CIVANIN İNSAN SAĞLIĞINA ZARARLARI

Cıvanın, organik, en toksik hali olan metil cıvanın çok çeşitli zararları tespit edilmiştir. Bunların en başında metil cıvaya maruz kalan cenin gelmektedir. Zira metil cıva, hamilelerde plasentadan geçmekte ve cenine nüfuz ederek, ceninin nörolojik gelişimini olumsuz yönde etkilemektedir.²⁸ Cıva, insan sağlığına çok yönlü hasarlar verebilmektedir. Kanında yüksek düzeyde cıva bulunan

22 Hisashi Yokoyama, *Mercury Pollution in Minamata* (Springer 2018) 6.

23 Crume (n 17) 393.

24 Hisashi Yokoyama, *Mercury Pollution in Minamata* (Springer 2018) 44, Selin and Selin, *Mercury Stories* (n 2) 79.

25 Crume (n 17) 394.

26 Selin and Selin, *Mercury Stories* (n 2) 79.

27 Rebecca Kessler, 'The Minamata Convention on Mercury A First Step toward Protecting Future Generations' (2013) 121(10) *Environmental Health Perspectives*, A 304, A 308.

28 UNEP, *Global Mercury Assessment 2002* (n 14) 35; Crume (n 17) 393.

yetişkinlerde doğurganlıkta azalma, beyin ve sinir hasarı ve kalp hastalığı ortaya çıkabilmektedir.²⁹ Cıvaya maruziyet sonucunda oluşan rahatsızlıklar arasında ellerde ve ayaklarda uyuşukluk, ataksi, görme kaybı, işitme ve konuşma bozuklukları, iç organları ve merkezi sinir sisteminin zarar görmesi, felç ve koma sayılabilir. Bu rahatsızlıklar ölümle sonuçlanabilmektedir.³⁰

Saf cıva, inorganik cıva bileşikleri veya organik (metil) cıva bileşiklerine maruz kalmanın farklı sonuçları olmaktadır. Metil cıva, cıvanın en zararlı hali olsa da saf cıva ve cıva bileşiklerinin de insan sağlığına zarar verdiği ortaya konmuş, toksik nitelik gösterdiği bulunmuştur.³¹ Cıvaya maruziyetin güvenli bir eşiği olup olmadığı sorusu ise halen cevaplanmış değildir. Zira geçmiş yıllarda güvenli olduğu düşünülen dozlar günümüzde güvenli kabul edilmemekte, güvenli bir cıvaya maruziyet seviyesi ortaya konamamaktadır.³²

Etkilerinin uzun süreler boyunca sürdüğü bilenen cıvanın doğadaki kalıcılığı hala tam olarak anlaşılamamıştır. Cıvanın günümüzde kontrolsüz bir biçimde salımının devam etmesi insanlık için bir risk olarak kabul edilmektedir.³³ Günümüzde cıvadan kaynaklanan riskler, Minamata bölgesinde olduğu gibi yerel ölçekli olarak görülmemektedir. Cıvanın atmosferde uzun mesafeler kat edebileceğinin farkına varılmasıyla cıva kirliliği artık hem yerel hem de küresel bir sorun olarak kabul edilmektedir.³⁴ Herhangi bir devlet, cıvanın sınır ötesi etkilerini kontrol edebilme imkanına sahip değildir. Bu da meselenin küresel ölçekli bir çözüm gerektirdiğini göstermektedir.

II. MINAMATA SÖZLEŞMESİ'NE GİDEN YOL

Cıvanın insan sağlığı ve çevre üzerindeki olumsuz etkilerine ilişkin bilimsel çalışmaların ortaya konması ile, cıvaya yönelik düzenlemeler yapılması hususunda tartışmalar başlamıştır.³⁵ Cıva, ilk kez Uzun Menzilli Sınıraşan Hava Kirliliği Sözleşmesi (UMSAHK) kapsamında 1988 Aarhus Ağır Metaller Protokolü'nde bir kirleticisi olarak vasıflandırılmıştır.³⁶ Protokol, cıva da dahil olmak üzere ağır metallerden kaynaklanan kirliliği ele alma çabaları bağlamında öncü bir düzenleme olmuştur.³⁷

29 Earth Negotiations Bulletin (7 June 2010) 28 (1) 1.

30 David A Wirth and Noah M Sachs, 'Hazardous Substances and Activities' in Lavanya Rajamani and Jacqueline Peel (eds) *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (2nd edn, Oxford University Press 2021) 588; Crume (n 17) 393; Rodrigues da Silva *et al* (n 3) 52.

31 Rodrigues da Silva *et al* (n 3) 51.

32 Selin and Selin, *Mercury Stories* (n 2) 95; Wirth and Sachs (n 30) 588; Kessler (n 27) A 305.

33 Rodrigues da Silva *et al* (n 3) 58.

34 Henrik Hallgrim Eriksen and Franz Xaver Perrez, 'The Minamata Convention: A Comprehensive Response to a Global Problem' (2014) 23(2) *International and European Chemicals Regulation* 195, 195; Selin and Selin, *Mercury Stories* (n 2) 55-56.

35 Selin and Selin, *Mercury Stories* (n 2) 62.

36 2237 UNTS 4, Protocol to the 1979 Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution on Heavy Metals, 24 June 1998.

37 Philippe Sands and Jacqueline Peel, *Principles of International Environmental Law* (4th edn, Cambridge University Press 2018) 276.

Cıvaya ilişkin bir uluslararası sözleşmenin hazırlanmasına ilişkin görüşmeler ise 2000'li yılların başından itibaren Birleşmiş Milletler Çevre Programı (UNEP) nezdinde gerçekleşmiştir. 2001 yılında gerçekleşen UNEP Yönetim Konseyi'nin³⁸ 21. toplantısında, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) cıvaya ilişkin bir çalışma yapılmasını önermiştir.³⁹ Toplantı sonucunda UNEP tarafından cıva ve bileşiklerine ilişkin küresel ölçekli bir çalışma (Küresel Cıva Değerlendirmesi) yapılmasına karar verilmiştir.⁴⁰ İki yıl içerisinde Küresel Cıva Değerlendirmesi bitirilmiş ve UNEP Yönetim Konseyi'ne sunulmuştur. Oldukça kapsamlı olan Küresel Cıva Değerlendirmesi'nde öncelikle cıvanın insan ve çevre üzerindeki olumsuz etkileri incelenmiştir. Çalışmada cıva kullanım alanları incelenerek, dünya çapında cıva üretimleri araştırılmış, devletlerin cıva ve cıvadan kaynaklı atıkların bertarafında uyguladıkları ulusal modeller ele alınmıştır. Bunlara ek olarak, cıvanın olumsuz etkilerini ortadan kaldırmak için mücadele yolları değerlendirilmiştir. Çalışmanın son bölümünde cıva ile küresel çapta mücadele için bir düzenleme yapılması durumunda bunun muhtemel olumlu ve olumsuz yönleri değerlendirilmiştir.⁴¹

2003 yılında gerçekleşen UNEP Yönetim Konseyi toplantısında Küresel Cıva Değerlendirmesi'ne dayanılarak cıva ve bileşiklerinden kaynaklanan insan sağlığına ve çevreye yönelik riskleri azaltmak için küresel ölçekli eylemlere ihtiyaç duyulduğu kabul edilmiştir. Yönetim Konseyi kararınca cıva kaynaklı kirlilik karşısında harekete geçilmesi gerektiği vurgulanmış ve devletlere teknik yardım ve kapasite geliştirme faaliyetleri için 'Cıva Programı' isimli bir uluslararası aracın oluşturulması kabul edilmiştir.⁴²

Sonraki UNEP Yönetim Konseyi görüşmesi olan 2005 yılı toplantısında cıva, gündemde yerini almıştır. Bu toplantıda cıva ile mücadele için hangi araçların kullanılabileceğine yönelik görüşmelerde fikir ayrılıkları meydana gelmiştir. Devletler, cıva sorununun ciddiyetini kabul etmekle birlikte, sorunun çözümü için farklı anlayışlara sahip olmuşlardır. Görüşlerdeki temel farklılık, cıvaya ilişkin düzenlemelerin gönüllük esaslı bir biçimde yürütülmesi ile bağlayıcı bir uluslararası sözleşmenin hazırlanmasına ilişkin olmuştur. Başını Norveç ve İsviçre'nin çektiği kimi devletler, bağlayıcı bir uluslararası sözleşmenin hazırlanması taraftarı olmuşlardır. Bu devletler sadece cıvayı değil, cıvanın yanında diğer tehlikeli ağır metalleri de kapsayan bağlayıcı bir sözleşmenin hazırlanmasına ilişkin olarak çağrıda bulunarak, gönüllülük esaslı düzenlemelerin yeterli olamayacağını iddia etmişlerdir.⁴³ Bağlayıcı bir uluslararası düzenleme yapılması görüşünü destekleyenlerin başında o dönemde cıva kullanımını ve salınımları kontrol etmek için kapsamlı bir mevzuat uygulamakta olan Avrupa Birliği (AB) ve olası bir sözleşme ile teknik ve mali yardımı almayı umut eden Afrika kıtası devletleri de

38 2012 yılında yapılan değişiklikler ile UNEP Yönetim Konseyi'nin ismi UNEP Çevre Meclisi olarak değiştirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Kerem Kayhan, 'Birleşmiş Milletler Çevre Programı Üzerine Bir İnceleme' (2013) 33(1) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 61, 65.

39 Eriksen and Perrez (n 34) 196.

40 UNEP/GC.21/5 (2001).

41 UNEP, *Global Mercury Assessment 2002* (n 14).

42 UNEP/GC.22/4 (2003). Ayrıca bkz. Earth Negotiations Bulletin, (7 June 2010) 28 (1) 1.

43 Steinar Andresen, Kristin Rosendal and Jon Birger Skjærseth, 'Why negotiate a legally binding mercury convention?' (2013) 13(4) International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics 425, 429-433; Eriksen and Perrez (n 34) 196; Earth Negotiations Bulletin, (28 February 2005) 16 (47) 1-10.

yer almıştır. Bu devletler, bağlayıcı bir sözleşmenin uluslararası işbirliğini arttıracaklarını ve sağlanan destekler ile cıvaya karşı etkili bir mücadele yapılabileceğini savunmaktaydılar.⁴⁴

Gelişmiş devletlerden ABD, Kanada, Avustralya ve Japonya, cıva ile mücadelenin gönüllülük esaslı olması gerektiğini dile getirmişlerdir. Bu devletler, bağlayıcı bir sözleşmenin gerek müzakere aşamalarının gerekse de idaresinin çok fazla zaman ve kaynak gerektireceğini, gönüllülük esaslı uygulamaların ise daha az maliyetli olmasının yanında daha etkili sonuçlar getireceğini savunmuşlardır. Mücadelenin, Cıva Programı'nın güçlendirilmesi suretiyle yürütülmesini önermişlerdir.⁴⁵ Başını Çin ve Hindistan'ın çektiği gelişmekte olan ülkelerin büyük çoğunluğu da bu düşüncüyü destekleyerek bağlayıcı bir sözleşmenin hazırlanmasına karşı çıkmışlardır. Bu devletlerin ana tezleri, cıva sorunu ile mücadele etmek için yeterli kapasitelerinin olmadığıdır. Bağlayıcı bir sözleşmenin ekonomik kalkınmalarını sınırlayabileceği konusunda endişelerini dile getirmişlerdir.⁴⁶

Nihayetinde 23. Yönetim Konseyi toplantısında, cıva üzerine bağlayıcı bir sözleşmenin yapılmasına yönelik uzlaşıya varılamamıştır.⁴⁷ Toplantının sonucunda Cıva Programı'nın geliştirilmesine karar verilmiştir. Cıva Programı'nın ismi 'Küresel Cıva Ortaklığı' olarak değiştirilmiş ve daha kurumsal bir yapıya kavuşturulmuştur.⁴⁸ Toplantıda cıvaya ilişkin riskler ele alınarak, cıva içermeyen alternatiflere ilişkin bilgi alışverişinde bulunulması istenmiştir. Hükümetlerden, özel sektörden ve uluslararası kuruluşlardan, cıvadan kaynaklanan riskleri azaltmak için derhal harekete geçmeleri istenmiştir. 2005 yılında alınan kararda uluslararası bir sözleşme yapılmasına yönelik ümitlerin tamamen sona erdiğini de söyleyemeyiz. Zira kararda 2007 yılında yapılacak toplantı için cıva konusunda bağlayıcı bir metnin hazırlanması dahil olmak üzere alternatif çözümlerin değerlendirilmesine ihtiyaç olduğu ifade edilmiştir.⁴⁹

2007 yılına gelindiğinde cıva meselesi, 24. UNEP Yönetim Konseyi'nin gündemindeki yerini korumuştur. Geçmişe kıyasla o dönemde bağlayıcı bir uluslararası sözleşmenin yapılmasına yönelik desteğin arttığı görülmüştür. Hatta tartışmalar, bağlayıcı bir sözleşme hazırlanırsa muhteviyatının ne olacağına yönelik olarak gelişmiştir. Bu noktada iki seçenek gündeme gelmiştir. Bunlardan ilki, cıvaya ilişkin tamamen bağımsız, yeni bir sözleşmenin hazırlanması iken, diğeri, tehlikeli kimyasallara ilişkin mevcut sözleşmelerden birine cıvaya ilişkin meselelerin ek bir protokol ile dahil edilmesi olmuştur. Cıvanın Stockholm Kalıcı Organik Kirleticiler Sözleşmesi'ne (Stockholm Sözleşmesi)⁵⁰ bir protokol olarak eklenmesi başta gelen düşüncelerden biri olmuştur.⁵¹ Yoğun müzakereler sonucunda delegeler, iki yönlü bir uygulama için anlaşmaya varmışlardır. Bunlardan ilki, UNEP'in cıvaya ilişkin yeni bir rapor hazırlaması ve Küresel Cıva Ortaklığı'nın güçlendirilmesi

44 Andresen *et al* (n 43) 425-433.

45 Eriksen and Perrez (n 34) 196; ayrıca bkz. UNEP/GC.23/INF/19 (2004).

46 Earth Negotiations Bulletin, (28 February 2005) 16 (47) 10; Andresen *et al* (n 43) 425.

47 Leah C Stokes, Amanda Giang and Noelle E Selin; 'Splitting the South: China and India's Divergence in International Environmental Negotiations' (2016) 14 (1) Global Environmental 15,16.

48 UNEP/GC.23/9-IV (2006).

49 Earth Negotiations Bulletin, (7 June 2010) 28 (1) 1.

50 2256 UNTS 119, Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants, 22 May 2001.

51 Eriksen and Perrez (n 34) 198.

kararı olmuştur. İkinci olarak, küresel cıva sorununa ilişkin olarak değerlendirmelerde bulunmak üzere devletlerden, bölgesel ekonomik iş birliği örgütlerinden ve paydaş temsilcilerinden oluşan Açık Uçlu Çalışma Grubu (*Open-Ended Working Group*) kurulmasına karar verilmiştir. Çalışma grubu olası bir sözleşmenin yapısı ve etkileri üzerine çalışma yapmakla yetkili kılınmıştır. Böylelikle mesele 2009'daki Yönetim Konseyi toplantısına bırakılarak çalışmalar iki yönde devam ettirilmiştir.⁵²

Açık Uçlu Çalışma Grubu'nun toplantılarında cıvadan kaynaklanan olumsuzluklar ile mücadele için olası tüm uluslararası hukuk yolları tartışılmıştır. Ortaya konan alternatifler arasında cıvaya ilişkin Stockholm Sözleşmesi'ne veya bir başka sözleşmeye ek bir protokol yapılması, tamamen yeni bir sözleşmenin hazırlanması ve diğer gönüllü eylemler değerlendirilmiştir.⁵³

İlk etapta, cıvanın bir kirletici olarak Stockholm Sözleşmesi'ne dahil edilmesi üzerinde durulan alternatiflerin başında gelmiştir. Zira, cıvanın bir formu olan metil cıva organik bir madde olduğu için Stockholm Sözleşmesi kapsamına kolaylıkla dahil edilebilir. Ancak cıvanın sadece metil hali organik kirletici olarak tanımlanabilmektedir. Saf cıva ve diğer cıva bileşikler bu farklı bir uzmanlık gerektirmektedir. Bu nedenle cıvanın Stockholm Sözleşmesi içerisinde dahil edilmesi uygun bulunmamıştır.⁵⁴

Toplantılarda ortaya atılan alternatiflerden bir diğeri de Tehlikeli Atıkların Sınırlarötesi Taşımının ve Bertarafının Kontrolüne İlişkin Basel Sözleşmesi (Basel Sözleşmesi)⁵⁵ çerçevesinde cıvanın düzenlenmesi olmuştur. Ancak Basel Sözleşmesi, cıvayı yalnızca bir atık olarak ele alabildiği ve cıvanın başta üretim olmak üzere diğer boyutlarını kapsayamayacağı için bu yöntem kabul edilmemiştir.⁵⁶

Bu süreçte genel kanaat, diğer sözleşmelerden bağımsız, cıvaya ilişkin yeni bir sözleşme hazırlanması yönünde gelişmiştir. Bunun başlıca nedeni, cıvaya ilişkin düzenlemelerin Stockholm Sözleşmesi ve benzeri bir sözleşmeye dahil edildiği takdirde yapılacak sözleşmelerde tahsis gerektireceği ve bunun yeni bir sözleşme yapmaktan daha zor olacağı idi. Bunun yanında cıvaya ilişkin yeni bir sözleşme ile gelecekte kurşun ve kadmiyum gibi tehlikeli ağır metallerin de eklenebileceği ileri sürülmüştür.⁵⁷

Uluslararası bir sözleşmenin hazırlanmasına ilişkin görüşmeler devam ederken, ABD başkanlık seçimleri müzakere sürecinde büyük bir etki yaratmıştır. 2009 yılı ocak ayında Obama yönetiminin başa geçmesi ile ABD yaklaşımını tamamen değiştirmiş ve cıvaya ilişkin bağlayıcı bir uluslararası sözleşme yapılması tarafına geçmiştir. ABD'nin bu taraf değişikliği, müzakereler için bir dönüm noktası olmuştur.⁵⁸ Aynı yıl içerisinde yapılan UNEP Yönetim Konseyi toplantısında Hükümetlerarası

52 UNEP/GC.24/3 (2007); Andresen *et al* (n 43) 429.

53 Earth Negotiations Bulletin, (7 June 2010) 28 (1) 2.

54 Andresen *et al* (n 43) 430.

55 1673 UNTS 126, The Convention on the Control of Transboundary Movement of Hazardous Wastes and Their Disposal, 22 March 1989.

56 Andresen *et al* (n 43) 430.

57 Eriksen and Perrez (n 34) 198.

58 Eriksen and Perrez (n 34) 209; Andresen *et al* (n 43) 435-436. ABD'nin Sözleşme'ye katılımı ile ilgili süreç için bkz. John H Knox, 'The United States, Environmental Agreements, and the Political Question Doctrine' (2015) 40(4) North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation 933-976.

Müzakere Kurulu'nun (*Intergovernmental Negotiating Committee*) oluşturularak, 2010 yılı itibari ile uluslararası bir sözleşme için resmi müzakerelerin başlatılmasına karar verilmiştir.⁵⁹

Resmi müzakereler geniş çaplı katılıma sahne olmuş, görüşmelere 190'dan fazla devlet katılmıştır.⁶⁰ Bu süreç içerisinde çeşitli hususlarda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bunlardan ilki sözleşmenin kapsamı ile alakalıdır. Görüşmelerde sözleşmenin, sadece cıvayı mı kapsayacağı, yoksa diğer ağır metalleri de mi içereceği konusu ana mesele olmuştur. Özellikle kurşun ve kadmiyum gibi küresel ölçekte endişeye yol açan maddelerin sözleşme çerçevesine dahil edilmesi hususunda tartışmalar yaşanmıştır. Nihayetinde sözleşmenin cıva ile sınırlı tutulmasıyla, gelecekte kapsamının arttırılmasına imkân verecek şekilde hazırlanmasına karar verilmiştir.⁶¹ Cıvanın çok farklı kullanımları olması sözleşmenin hazırlanma sürecini etkilemiştir. Zira cıvanın, amalgam içeren diş dolguları, aşılar, lambalar ve cilt kremleri gibi bir dizi üründe kullanılması bütün bu endüstrilerin etkilenmesi anlamına gelmekteydi. Bunun yanında cıva madenciliği, kömürle çalışan enerji santrallerinden atmosfere salınan cıva emisyonları ve çimento üretim tesisleri gibi kaynaklardan toprağa ve suya salımlar, altın zanaatkarlığında cıvanın kullanılması gibi farklı düzenlemeler gerektiren hususlar meseleyi çok boyutlu hale getirmiştir.⁶²

Sözleşme'nin hazırlanma sürecinde benzer uluslararası sözleşmeler çerçevesinde oluşturulan kurumlar ve usuller müzakere sürecini hızlandırmıştır. Özellikle daha önceki yıllarda tehlikeli maddelerle ilgili akdedilen sözleşmelerin müzakerelerine katılan uzmanların, geçmiş tecrübelerinden yararlanarak sözleşmeler arasında uyumun sağlanmasına çaba gösterdikleri görülmüştür. Benzer şekilde, UNEP tarafından yapılmış geçmiş yıllardaki çalışmalar yol gösterici nitelikte olmuştur.⁶³ Sözleşme'nin hazırlanması aşamasında Dünya Sağlık Örgütü ve Birleşmiş Milletler Sınai Kalkınma Örgütü gibi yetkili kurumlarla gayri resmi istişarelerde bulunulmuş, Sıfır Cıva Çalışma Grubu (*Zero Mercury Working Group*) ve Uluslararası Kalıcı Organik Kirletici Maddeleri Tasfiye Ağı (*International POPs Elimination Network*) gibi hükümet dışı kuruluşların katkılarından yararlanılmıştır.⁶⁴

Minamata Sözleşmesi'nin resmi müzakereleri dört yıldan az bir sürede tamamlanmıştır. Sözleşme, 2013 yılında Japonya'da Minamata bölgesinin yakınlarında yer alan Kamamoto şehrinde düzenlenen konferansta imzalanmıştır.⁶⁵ Bu bölgede yaşanan trajedinin anılması maksadıyla Sözleşme'nin adı Minamata Sözleşmesi olarak kabul edilmiştir.⁶⁶ Sözleşme'nin 31. maddesi ile Sözleşme'nin yürürlüğe girişi için gerekli usuller belirlenmiştir. Buna göre Sözleşme, 50. ülkenin taraf olduğu tarihten 90 gün

59 UNEP/GC.25/5 (2009).

60 Sands and Peel (n 37) 938.

61 Katharina Kummer Peirys, 'International chemicals and waste management' in Malgosia Fitzmaurice, Marcel Brus and Panos Merkouris (eds) *Research Handbook on International Environmental Law* (2nd edn, Edward Elgar 2021) 456; Eriksen and Perrez (n 34) 198; Andresen *et al* (n 43) 431.

62 Jessica Templeton and Pia Kohler, 'Implementation and Compliance under the Minamata Convention on Mercury' (2014) 23(2) RECIEL 211, 213.

63 Selin, 'The Minamata Convention and Mercury Abatement' (n 6) 3.

64 Eriksen and Perrez (n 34). 209.

65 *ibid* 200.

66 Kessler (n 27) A 308.

sonra yürürlüğe girmektedir. Yeterli taraf sayısına 4 yıl içerisinde erişilmiş ve Sözleşme 16 Ağustos 2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁶⁷

Bundan sonraki bölümde Sözleşme'nin içeriğine ilişkin incelemeler yapılacaktır.

III. SÖZLEŞME'NİN GETİRDİĞİ DÜZENLEMELER

A. GENEL OLARAK MİNAMATA SÖZLEŞMESİ

Minamata Sözleşmesi, cıvayı her yönü ile ele alan bir uluslararası sözleşme olarak dikkat çekmektedir. Kimyasal maddeler ve atıklar ile ilgili diğer uluslararası sözleşmelerin aksine, tek bir maddeyi (cıva) ele almakla birlikte, bu maddeden kaynaklanan riskleri geniş kapsamlı bir biçimde düzenleyen bir yapı arz etmektedir.⁶⁸

Sözleşme'nin amacı 1. maddede ifade edildiği şekilde, insan sağlığını ve çevreyi, cıva ve cıva bileşiklerinin insan kaynaklı emisyonlardan (*emissions*) ve salımlardan (*releases*) korumak olarak tanımlanmıştır. Sözleşme ile emisyonlar atmosferik salınımlar olarak ifade edilirken, salım ifadesi ile cıvanın toprağa ve suya karışması hadisesi belirtilmektedir. Minamata Sözleşmesi'nin en önemli özelliklerinden biri, taraf devletlerin cıva emisyonlarında belirli bir rakamsal azaltma elde etmesini öngören bir yaklaşım benimsememesidir. Bunun yerine Sözleşme, cıva emisyonlarını ve salımlarını kontrol etme yoluna gitmektedir.⁶⁹ Bu amaçla Sözleşme; cıvaya ilişkin üretim, kullanım, ticaret, madencilik, depolama ile ilgili düzenlemeler ve atık cıvanın bertarafını kapsayan birbirinden farklı hususları içermektedir.⁷⁰ Bu yaklaşımda cıvanın kullanıldığı çeşitli ürünler, süreçler ve sanayideki azaltımlar da dahil olmak üzere cıvayı doğadaki döngüsü boyunca kontrol etmek için önlemler alınmalıdır.⁷¹

Sözleşme'nin giriş kısmında Rio Bildirisi'nin ilkelerinin teyit edildiği kabul edilmiştir. Böylelikle Sözleşme, uluslararası çevre hukukunun ilkelerine tek tek değinmek yerine Rio Bildirisi'nde yer alan ilkelerin kabulü ile yetinmiştir. İlkelerle ilişkin bu yaklaşım, Sözleşme'nin müzakere süreçlerinde çeşitli tartışmaları beraberinde getirmiştir. Bunların başında ihtiyat ilkesi gelir. Minamata Sözleşmesi'nin içerisinde ihtiyat ilkesine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığı görülmektedir. Buna neden olarak da cıvanın ortaya koyduğu risklerin ve olumsuz etkilerinin günümüzde genel kabul gördüğü ve meselenin bilimsel belirsizlik içermediği düşüncesi gösterilmektedir. Cıva meselesinin ihtiyata ilişkin değil, bir diğer uluslararası çevre hukuku ilkesi olan önlemeye ilişkin olduğu, önleme ilkesinin de Sözleşme'nin temelini oluşturduğu ileri sürülmektedir.⁷² Cıva gibi kirletici bir maddeye ilişkin

67 55 ILM 582, Minamata Convention on Mercury, 10 October 2013. 20 Ağustos 22 tarihi ile Sözleşme'ye 137 devlet taraf olmuştur. Bkz. <<https://www.mercuryconvention.org/en/parties>> accessed 20 August 2022.

68 Peirys (n 61) 445-446; Wirth and Sachs (n 30) 588; Tseming Yang, 'The Minamata Convention on Mercury and the Future of Multilateral Environmental Agreements' (2015) 45 Envtl L Rep News & Analysis 10064, 10066.

69 Wirth and Sachs (n 30) 588.

70 Sands and Peel (n 37) 276.

71 Wirth and Sachs (n 30) 589.

72 Eriksen and Perrez (n 34) 201.

bir Sözleşme olan Minamata Sözleşmesi'nde akla gelen uluslararası çevre hukuku ilkelerinden bir diğeri de kirleten öder ilkesidir. Müzakereler boyunca kirleten öder ilkesi, cıva içeren atıklar ve atık alanları ile depolama ve finansman tartışmaları bağlamında tartışılmıştır. Bununla birlikte, kirleten öder ilkesinin nasıl işlevsel hale getirilebileceği hususu belirlenememiştir.⁷³

Sözleşme'nin idari yapısından bahsetmemiz gerekirse, Sözleşme çerçevesince Sekreteryaya vazifesi UNEP'e verilmiştir.⁷⁴ Ana karar mercii olarak ise Taraflar Konferansı oluşturulmuştur. Taraflar Konferansı'nın yetkileri Sözleşme'nin uygulanmasını gözden geçirmek, uluslararası kuruluşlar ile işbirliği yürütmek, taraf devletlerce hazırlanan ulusal raporları değerlendirmek, Uygulama ve Uyum Komitesi'nin önerilerini dikkate almak olarak belirlenmiştir. Bunun yanında Taraflar Konferansı, Sözleşme'de yapılacak değişikliklere ilişkin kararların alındığı kurumdur.⁷⁵

Minamata Sözleşmesi'nde olası değişikliklerin Taraflar Konferansı'nda oybirliği ile kabul edilmesi için her türlü çabanın harcanması gerektiği kabul edilmekle birlikte, oybirliği sağlanmadığı takdirde tarafların dörtte üç çoğunluğunun oyuyla değişikliklerin kabul edilebileceği öngörülmüştür.⁷⁶ Bu yol ile Sözleşme'nin eklerinde yapılan değişiklikler tüm taraflar için bağlayıcı olacaktır. Herhangi bir taraf eklerde yapılan değişiklikler ile bağlanmak istemiyorsa, buna ilişkin olarak beyanını Sözleşme'ye taraf olma aşamasında sunmalıdır.⁷⁷ Sözleşme'nin eklerinde bir değişiklik kabul edildiği taktirde, taraflara bilgi verilmektedir. Taraflar kendilerine bu bilgi sunulduktan sonra 1 yıl içerisinde eklerde yapılan değişiklikleri kabul etmediklerine ilişkin olarak bilgilendirmede bulunarak bu değişikliklerden imtina edebilmektedirler.⁷⁸

Sözleşme, uyumsuzlukların çözümü için usuller belirlemiştir. Taraflara madde 25 ile Sözleşme'nin Ek E maddesinde oluşturulan tahkim yolu ve Uluslararası Adalet Divanı'na başvuru seçenekleri tercihli olarak sunulmuştur. Minamata Sözleşmesi'ne herhangi bir çekince konulmasına ise izin verilmemiştir.⁷⁹

Bundan sonraki bölümde Sözleşme'nin getirdiği düzenlemelere ve kontrol önlemlerine değinilecektir.

B. CIVA ARZ KAYNAKLARI VE TİCARETİ MESELESİ

Minamata Sözleşmesi'ne ilişkin olarak ilk olarak ele alacağımız husus cıva arz kaynakları ve ticaretine ilişkin düzenlemelerdir. Cıva arz kaynaklarına bakıldığında çok farklı şekillerde mevcut olabildikleri görülmektedir. Cıva arzı özellikle birincil cıva madenciliği, cıvanın bir yan ürün olarak (katalizör) kullanılması, geri dönüşüm, hizmet dışı bırakılan sanayi tesislerinden kalan artıklar, petrolün ve

73 Eriksen and Perrez (n 34) 201.

74 UNEP/MC/COP.1/29/MC-1/11.

75 Minamata Sözleşmesi, madde 23.

76 Minamata Sözleşmesi, madde 26.

77 Minamata Sözleşmesi, madde 30/5.

78 Minamata Sözleşmesi, madde 27/3.

79 Minamata Sözleşmesi, madde 32.

doğal gazın işlenmesinden geri kazanımı gibi hallerde ortaya çıkmaktadır.⁸⁰ Minamata Sözleşmesi, madde 3 ile belirli cıva kaynaklarına sınırlamalar koyarak cıva arzını kontrol etme yoluna giden bir yapıya sahiptir. Arzı kontrol etmek için öncelikle birincil madencilik yöntemlerine ilişkin hususlar düzenlenmiştir. Sözleşme'nin en sert uygulamalarından biri olarak ifade edebileceğimiz bu düzenlemede, taraf devletlerin cıva arzına yol açacak yeni cıva madeni kurmaları yasaklanmaktadır. Bunun yanında madencilik faaliyetlerinin Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 15 yıl içerisinde aşamalı olarak durdurulması gerektiği kabul edilmiştir.⁸¹

Geçmiş yıllarda faal olan büyük cıva madenlerinin birçoğu Sözleşme'nin müzakereleri öncesinde kapatılmıştır. Tarihi, büyük cıva madenleri olan Idrija (Slovenya) ve Almaden (İspanya) cıva madenleri sırasıyla 1995 ve 2002 yıllarında kapatılmıştır.⁸² Sözleşme müzakere edildiği tarihlerde faal olarak bilinen madenler Kırgızistan ve Çin'de yer almaktadır.⁸³ Müzakerelerin başlarında Kırgızistan, madencilik faaliyetlerini yeniden yapılandırmak ve alternatif geçim kaynaklarına yatırım yapmak için mali ve teknik yardım karşılığında madenlerin kapatılacağını açıklamıştır.⁸⁴ Bununla birlikte Kırgızistan henüz Minamata Sözleşmesi'ne taraf olmamıştır.⁸⁵ Birincil cıva madenciliğini devam ettiren diğer bir devlet olan Çin, 2017 yılında 15 yıl içerisinde mevcut madenlerde birincil cıva madenciliğini yasaklayacağını beyan etmiştir.⁸⁶

Madencilik ile ilgili hükümlerin yanında Sözleşme'nin 3. maddesinin 5. fıkrası, tarafların cıva arzına ilişkin mevcut stoklarını tespit etmelerini istemekte, yıllık 10 metrik tonun üzerinde stok üreten cıva arzlarını ayrıca belirlemeleri gerektiğini öngörmektedir. Aynı fıkarda 'klor-alkali' tesislerinden arda kalan cıvanın herhangi bir geri kazanım ve geri dönüşüm yolu tercih edilmeden bertaraf edilmesi istenmektedir.

Son olarak madde 3, cıva arzının yanında cıva ticaretine ilişkin düzenlemeler getirmektedir. Sözleşme'nin müzakere aşamalarında cıva ticareti önemli gündem maddelerinden biri olmuştur. Devletler genel olarak ticaretin yasaklanması yerine, Basel ve Rotterdam Sözleşmesi'ne⁸⁷ benzer bir biçimde ticaretin yönetimine odaklanmışlardır. Norveç ve İsviçre'nin başını çektiği kimi ülkeler, Rotterdam Sözleşmesi'nde yer alan ön bildirimli kabul (*the Prior Informed Consent*) usulüne benzer bir sistemin oluşturulması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Rotterdam Sözleşmesi'nde tanımlanan ön bildirimli kabul şeması uyarınca, ticaret için ihracatçı tarafın ithalatçı taraftan açık bir yazılı izin

80 Eversa *et al* (n 12) 890.

81 Minamata Sözleşmesi, madde 3/5(b).

82 Selin and Selin, *Mercury Stories* (n 2) 99,100. Idrija ve Almaden'deki madenlere, 2012 yılında UNESCO tarafından Dünya Mirası statüsü verilmiştir. Bilgi için bkz. <<https://www.atlasobscura.com/places/idrija-mercury-mine>> accessed 10 August 2022.

83 Eriksen and Perrez (n 34) 204.

84 *ibid*; Selin, 'The Minamata Convention and Mercury Abatement' (n 6) 8.

85 20 Ağustos 2022 itibarı ile taraf devletler için bkz. <<https://www.mercuryconvention.org/en/parties>> accessed 20 August 2022.

86 Selin and Selin, *Mercury Stories* (n 2) 100. Çin 2016 yılı itibarı ile Sözleşme'ye taraf olmuştur. Bkz <<https://www.mercuryconvention.org/en/parties>> accessed 20 August 2022.

87 2244 UNTS 337, Rotterdam Convention on the Prior Informed Consent Procedure for Certain Hazardous Chemicals and Pesticides in International Trade, 10 September 1998.

alması gerektiği öngörülmektedir.⁸⁸ Kanada'nın da dahil olduğu bir kısım devletler, bu sisteme karşı çıkmışlar ve idaresinin çok külfetli olacağını savunarak, yerine daha esnek bir mekanizma yapılması gerektiğini savunmuşlardır. Ancak bu ülkelerin önerisi kabul edilmeyerek ön bildirimli kabul usulüne uygun bir sistem oluşturulmuştur.⁸⁹ Buna göre, taraflar arasındaki ticaret için ithalatçı tarafın yazılı onay vermesi gerekmekte, aksi taktirde ürünlerin ihracatına izin verilmemektedir.⁹⁰ İhracat, yalnızca izin verilen kullanımlar veya çevreye uyumlu geçici depolama için yapılabilecektir.⁹¹ Bunun yanında Sözleşme ile, taraf olmayan bir devlete yapılacak ihracat için de önceden izin alınması gerekmektedir.⁹² Taraf olmayan devletlerin Sözleşme'nin 10 ve 11. maddelerine uygun bir biçimde önlemler alması gerektiği, ihracatı yapan taraf devletin bu önlemleri incelemekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir. Bu tür bir ihracatın yalnızca Sözleşme'de izin verilen kullanımlar veya çevreye uyumlu geçici depolama için yapılabileceği belirlenmiştir.⁹³ Cıva arzının kapsamı ve belirlenmesine ilişkin güçlükler dikkate alındığında Taraflar Konferansı'na 3. madde içinde yetki tanınarak cıva arzına ilişkin usullerin takip edilmesi amaçlanmıştır.

C. CIVA KATKILI ÜRÜNLER VE ÜRETİM İŞLEMLERİ MESELESİ

1. CIVA KATKILI ÜRÜNLER

Minamata Sözleşmesi, madde 4 ile tarafların istisnalar haricinde içerisinde cıva bulunan yeni ürünlerin imalat, ithalat ve ihracatını yapmamalarını öngörmekte ve cıva içeren ürünlerin üretimlerinde çeşitli kısıtlamalara gitmektedir. Burada kısıtlamalarda ikili bir usul oluşturulmuştur. 4. madde ile bağlantılı olan Ek A ile hem istisnalar düzenlenmiş hem de üretiminin azaltılması hedeflenen ürünler belirlenmiştir.

Ek A'da ilk olarak istisnai hükümlere yer verilmiştir. Aralarında askeri amaçlı, araştırmaya yönelik ve geleneksel usuller için kullanılan ürünlerin yer aldığı istisnalar belirlenmiş ve Sözleşme kapsamından çıkarılmıştır.

Üretiminin azaltılması öngörülen ürünlere ise Sözleşme'de Ek A'da iki bölümde yer verilmektedir. I. Bölüm, 4. maddenin 1. fıkrası ile bağlantılı olarak 2020 yılından sonra üretim, ithalat ve ihracatına izin verilmeyecek olan ve aşamalı olarak kullanımdan kaldırılması istenen ürünleri listelemektedir. Burada içeriğinde %2 oranının üzerinde cıva içeren piller, çeşitli floresan lambalar, cıva buharlı lambalar, cıva içeren kozmetik ürünlerin de dahil olduğu yasaklı ürünler yer almaktadır.⁹⁴ Taraflar, 2020 yılından itibaren Ek A, Bölüm I'de listelenen cıva eklenmiş ürünlerin üretimine, ithalatına veya ihracatına izin vermeme yükümlülüğü altına girmişlerdir.

⁸⁸ Rotherdam Sözleşmesi, Ek III.

⁸⁹ Selin, 'The Minamata Convention and Mercury Abatement' (n 6) 8.

⁹⁰ Minamata Sözleşmesi, madde 3.

⁹¹ Minamata Sözleşmesi, madde 3/6.

⁹² Selin, 'The Minamata Convention and Mercury Abatement' (n 6) 8.

⁹³ Minamata Sözleşmesi, madde 3/6(b)

⁹⁴ Minamata Sözleşmesi, Ek A, I. Bölüm.

Ek A'nın II. Bölümü ise 4. madde, 3. fıkra ile bağlantılı olarak dental amalgam işlemlerinde cıva kullanımının azaltılmasına ilişkindir. İlgili maddede taraflardan belirlenen 9 önlemden tercih edecekleri ikisini uygulamaları istenmiştir. Herhangi bir süreye tabii tutulmayan maddede önlemler, cıva içermeyen alternatif dolgu yöntemlerinin kullanılması, cıva içermeyen malzemelerin araştırılması, cıva içeren diş sağlığı uygulamaların sigortalanmaması gibi farklı usulleri içermektedir.⁹⁵

2. ÜRETİM İŞLEMLERİ

Minamata Sözleşmesi'nin 5. maddesi, ana hatları ile tarafların cıva veya cıva bileşiklerinin kullanıldığı üretim tesislerinde emisyonları ve salımları azaltmak için gerekli tedbirleri almalarını öngörmektedir. Taraflar, 5. madde çerçevesinde bu tesislerde kullanılan cıva ve cıva bileşiklerine ilişkin bilgileri Sözleşme yürürlüğe girdikten sonra en geç 3 yıl içerisinde Sekretaryaya sunmalıdırlar.

Bunun yanında madde 5, cıva ve cıva bileşenlerinin kullanıldığı sanayi faaliyetlerinde Ek B'de listelenen üretim işlemlerini sürelerle bağlı olarak kısıtlamaktadır. Ek B, Bölüm I'de iki ürünün üretim sürecine değinilmektedir. Burada 'klor-alkali' üretiminin 2025, 'asetaldehit' üretiminin ise 2018 yılına kadar aşamalı olarak durdurulması hedeflenmektedir.⁹⁶

Ek B, Bölüm II ise, 3 ürünün üretim sürecini kapsamaktadır. Bunlar 'vinil klorür monomer' (VCM), 'sodyum veya potasyum metilat veya etilat' ile 'poliüretan'dır. Bu ürünler için benzer azaltım usulleri öngörülmüştür. İlgili maddeye göre VCM ve 'sodyum veya potasyum metilat veya etilat' için 2010 yılı verileri baz alınarak 2020 yılına kadar, %50'lik oranda azaltım istenmektedir. VCM için bu azaltım cıvanın kullanımına ilişkin iken, 'sodyum veya potasyum metilat veya etilat' için ise emisyonlar ve salımlara ilişkin olarak tanımlanmıştır. Poliüretan için ise bu süreler Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden sonraki 10 yılda alınacak tedbirler olarak tanımlanmıştır. Bu süreler içerisinde cıva içermeyen alternatif bir katalizör bulunması için çalışmaların yürütülmesi hedeflenmiştir.⁹⁷

3. İLGİLİ EKLERDE DEĞİŞİKLİKLER VE MUAFİYETLER

Sözleşme'nin 4 ve 5. maddeleri ile bağlantılı olan ekler (Ek A ve Ek B) gözden geçirilme ve değişikliklere açık bir biçimde düzenlenmiştir. Herhangi bir taraf, Ek A ve Ek B'de değişiklik yapılması için öneride bulunabilmektedir. Taraflar Konferansı, Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden sonra en geç 5 yıl içerisinde ekleri gözden geçirerek olası değişiklikleri değerlendirecektir.⁹⁸ Eklerin bu şekilde gözden geçirilmesi ile, uzun vadede, cıvaya ilişkin tüm kullanımların sona erdirilebileceği değerlendirilmektedir.⁹⁹

95 Minamata Sözleşmesi, Ek A, II. Bölüm.

96 Minamata'daki kirlenmenin kaynağının asetaldehit üretimi olduğu bilinmektedir. Bkz. Kessler (n 27) A 308.

97 Eversa *et al* (n 12) 892.

98 Taraflar Konferansı'nın 2022 yılında yapılan toplantısı ile ilk kez eklerde değişikliğe gidilmiştir. UNEP/MC/COP.4/28/Add.1/MC-4/3.

99 Eriksen and Perrez (n 34) 205.

Taraflara Sözleşme'nin 6. maddesi çerçevesince Ek A ve Ek B'de belirtilen taahhüt sürelerine ilişkin muafiyet kaydı yaptırımlarına olanak sağlanmaktadır. Herhangi bir taraf, başkaca bir işlem veya kabul aranmadan 5 yıl ile sınırlı olarak muafiyet kaydı talebinde bulunabilmektedir. Taraflar Konferansı'nca muafiyet kaydının bir kereye mahsus uzatılması da mümkün kılınmıştır. Ancak, muafiyetlerin mevcut taahhütlerin sona erme tarihinden itibaren en fazla 10 yıl uzatılabileceği kabul edilmiştir.¹⁰⁰

C. CIVA EMİSYONLARINA VE SALIMLARINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1. ATMOSFERİK CIVA EMİSYONLARININ DÜZENLENMESİ

Minamata Sözleşmesi'nin ana düzenlemelerinin başında atmosferik cıva emisyonları gelmektedir. Emisyonlarla ilgili olan düzenleme, müzakerelerdeki en tartışmalı konulardan biri olmuştur. Burada emisyonların azaltılması, tamamen ortadan kaldırılması veya kontrolünün sağlanması yönünde fikir ayrılıkları yaşanmıştır.¹⁰¹ Atmosferik emisyonlar, özellikle kömürün yakılmasında ortaya çıkmakta olup, cıva salınımlarının en büyük kaynağı olarak görülmektedir.¹⁰² Müzakerelerde kömür kullanımını kısıtlama yollarına değil, kömür kaynaklı enerji santrallerinden salınan cıva emisyonlarını azaltmanın yollarına odaklanılmıştır.¹⁰³

Nihayetinde Sözleşme ile atmosferik emisyonların kontrol edilmesine ve mümkün olduğu ölçüde azaltılmasına karar verilmiştir. Sözleşme'nin 8. maddesinde bu emisyonların kontrol edilmesi ve azaltılmasına ilişkin düzenlemeler yer almakta, aynı zamanda bağlantılı noktasal kaynaklar listelenmektedir. Ek D'de belirlenen noktasal kaynaklar, kömürle çalışan elektrik santralleri ve endüstriyel kazanlar, demir dışı metallerin üretiminde kullanılan döküm ve pişirme işlemleri, atık yakma tesisleri ve çimento klinker üretim tesisleri olarak sayılmıştır. Tarafların bu kaynaklara ilişkin yükümlülükleri, mevcut olan ve yeni yapılacak tesisler için farklı kurallar getirmektedir.

Sözleşme, mevcut kaynaklardan salınan emisyonlar için yeni kaynaklara nazaran daha kolay uygulanır kurallar koymuştur. Ek D'de listelenen mevcut kaynaklara ilişkin esas yükümlülükler, kontrol önlemlerinin alınmasıdır. Taraflar, bu kaynaklara ilişkin olarak Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden itibaren en geç 10 yıl içinde kontrol önlemlerini almalıdır.¹⁰⁴ Sözleşme ile kontrol önlemleri için farklı seçenekler sunulmuştur. Seçenekler arasında emisyonların azaltılması için sayısal bir hedef veya emisyon sınır değeri belirlenmesi, mevcut en iyi tekniklerin ve en iyi çevresel uygulamaların kullanılması, çoklu kontrol stratejisi uygulanması ve/veya tarafların ortaya koyacağı alternatifler sayılmıştır. Burada Sözleşme, taraf devletlerin farklı önlemler alabilmelerine yönelik seçenekler sunarak önemli bir esneklik sağlamaktadır.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Minamata Sözleşmesi, madde 6/9.

¹⁰¹ Eriksen and Perrez (n 34) 206.

¹⁰² Wirth and Sachs (n 30) 589.

¹⁰³ Selin, 'The Minamata Convention and Mercury Abatement' (n 6) 11.

¹⁰⁴ Selin, 'The Minamata Convention and Mercury Abatement' (n 6) 12.

¹⁰⁵ Sands and Peel (n 37) 276-277.

Sözleşme ile Ek D'de tanımlanan yeni kaynaklar için ise daha katı kurallar belirlenmiştir. Yeni kaynaklar için emisyonları kontrol etmek ve mümkünse azaltmak için güncel en iyi tekniklerin ve en iyi çevresel uygulamaların kullanılması istenmektedir. Bu uygulama mevcut kaynaklar için seçimlik bir yol iken, yeni kaynaklara ilişkin olarak zorunlu bir uygulama olarak kabul edilmiştir.

Sözleşme ile emisyonlara ilişkin yükümlülükler uyulmasını sağlamak için, tarafların Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden sonraki en geç 5 yıl içerisinde ilgili kaynaklardan gelen cıva emisyonlarına ilişkin bir envanter oluşturmaları gerekmektedir.¹⁰⁶ Taraflar Konferansı'na ise envanterlerin hazırlanması konusunda rehberlik etme görevi verilmiştir. Bu tür bir rehberlik, envanterlerin birbirleri ile uyumlu ve güvenilir olarak hazırlanması için önem arz etmektedir.¹⁰⁷ Bunun yanında tarafların Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden itibaren 4 yıl içerisinde mevcut emisyonlara ilişkin alınacak önlemleri ve hedeflerini belirten bir ulusal plan hazırlayabilecekleri belirlenmiştir. Son olarak, tarafların gelecekte cıva emisyonlarını azaltmak için Ek D'de sayılmayan farklı kaynaklara yönelik önlemler alabilecekleri öngörülmüştür.¹⁰⁸

2. CIVANIN TOPRAĞA VE SUYA SALIMINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Cıvanın atmosfere salınması kadar toprağa ve suya karışması da önem arz etmektedir. Suya ve toprağa salınan cıvanın tespit edilmesi havaya salınan emisyonlara nazaran daha zordur. Araştırmacıların ölçebildiği suya cıva salımları; madencilik sektöründen, kanalizasyon sistemlerinden, cıva eklenmiş ürünlerin sızıntılarından ve kömürle çalışan enerji santrallerinden kaynaklanan atıklar olarak çeşitlenmektedir. Ancak, mevcut bilgiler oldukça eksik bulunmakta ve salımların tam olarak belirlenemediği kabul edilmektedir.¹⁰⁹

Sözleşme'nin 9. maddesi ile bu mesele, cıvanın toprağa ve suya salımları (*release*) kapsamında düzenlenmiştir. İlgili madde ile tarafların cıva ve cıva bileşiklerinin salımlarını kontrol etmeleri ve mümkün olduğunca azaltmaları istenmiştir. Ancak, Sözleşme'de salımlara ilişkin kaynak kategorilerini belirleyen bir ek tanımlanmamıştır.¹¹⁰ Bunun yerine 9. madde çerçevesince taraflara, salımlar ile mücadele için öneriler getirilmektedir. Tarafların salım sınır değerleri belirlemeleri, mevcut en iyi teknikler ve en iyi çevresel uygulamaları tercih etmeleri, çoklu kirlletici kontrol stratejileri belirlemeleri veya diğer alternatif yolları içeren çeşitli yöntemler kullanarak tedbir almaları istenmiştir. Sözleşme, yürürlüğe girdikten sonra en geç 3 yıl içerisinde, tarafların insan kaynaklı cıva salım noktalarını belirlemelerini ve sonraki süreçte bu bilgileri güncel tutmalarını öngörmektedir.¹¹¹ Her bir tarafın ülke içi salımlara ilişkin bir envanter oluşturmaları istenmiştir. Envanterin hazırlanmasının yanında ulusal hedeflerin ve tedbirlerin yer aldığı uygulama planlarının da hazırlanması teşvik edilmektedir.

¹⁰⁶ Minamata Sözleşmesi, madde 8/7.

¹⁰⁷ Eversa *et al* (n 12) 895.

¹⁰⁸ Minamata Sözleşmesi, madde 8/6.

¹⁰⁹ UNEP, *Global Mercury Assessment 2018* (n 4) 30.

¹¹⁰ Eriksen and Perrez (n 34) 207.

¹¹¹ Minamata Sözleşmesi, madde 9.

Envanterin Sözleşme yürürlüğe girdikten sonra 5 yıl içerisinde hazırlanması istenirken, uygulama planının hazırlanmasına ilişkin kuralların Taraflar Konferansı'na belirlenmesine karar verilmiştir.¹¹²

D. ZANAATKARLIK VE KÜÇÜK ÖLÇEKLI ALTIN MADENCİLİĞİ MESELESİ

Zanaatkarlık ve küçük ölçekli altın madenciliği, Minamata Sözleşmesi içinde önem arz eden bir diğer düzenlemedir. Bu konunun dahil edilmesi ile bireyler ve küçük işletmeler tarafından yürütülen faaliyetler Sözleşme kapsamına alınmıştır.

Altın madenciliğinde cıva bazı ayrıştırma yöntemlerinin kullanımı çok eski zamanlara dayanmakla birlikte, bu yöntem günümüzde genel olarak tercih edilmemektedir. Büyük maden şirketleri cıva kullanarak ayrıştırma yolunu 1800'lü yılların sonlarından itibaren bırakarak, siyanür liçi (*cyanide leaching*) kullanımına geçmişlerdir.¹¹³ Günümüzde de büyük ölçekli altın madenciliğinde cıva bileşikleri kullanılmamaktadır.¹¹⁴ Cıvanın tortu ve kayalardan altın parçacıklarının ayrıştırılması için küçük ölçekli kullanımı ise halen devam etmektedir. Bunun yanında altın zanaatkarlığı olarak bilinen altın işleminde ayrıştırma işlemleri için de cıva kullanılmaktadır.¹¹⁵ Zanaatkarlık ve küçük ölçekli altın madenciliği, bireysel işlemlere dayansa da önemli bir yekûn tutan bir cıva kullanım yoludur. Zira küçük ölçekli altın madenciliği, dünyada çıkarılan altının yüzde 30'a kadar varan oranda payına sahiptir.¹¹⁶ Küçük ölçekli altın madenciliğinde cıva, maden cevherinden altın çıkarmanın en basit ve en ucuz yolu olmaktadır. Başta Asya, Güney Amerika ve Afrika'da olmak üzere 60'dan fazla ülkede 15 milyon insanın geçim kaynağı olduğu bilinmektedir.¹¹⁷

Zanaatkarlık faaliyetini yürütenler ve küçük ölçekli altın madencileri, cevherden altın parçacıklarını ayırmak için herhangi bir koruyucu önlem almadan tehlikeli seviyelerde cıvaya maruz kalmaktadır.¹¹⁸ Sadece çalışanlar değil, bölge halkı da cıvanın olumsuz etkilerine maruz kalmaktadır. Özellikle madencilik sahalarının yakınında yer alan su kütlelerinde biriken cıva, biyolojik olarak reaksiyona girerek çok daha toksik özellik gösteren metil cıva haline gelebilmekte ve canlı ekosistemi olumsuz yönde etkileyebilmektedir.¹¹⁹

Zanaatkarlık ve küçük ölçekli altın madenciliği kaynaklı cıva, madenciler ve bölge üzerinde önemli etkilere neden olduğu gibi küresel cıva kirliliğine de katkıda bulunmaktadır.¹²⁰ Zira zanaatkarlık ve küçük ölçekli altın madenciliğinin küresel emisyonların üçte birinden fazlasını oluşturarak en büyük cıva kirliliği kaynağı olduğu ileri sürülmektedir.¹²¹ Buna ek olarak zanaatkarlık ve küçük ölçekli altın

112 Minamata Sözleşmesi, madde 20.

113 Selin and Selin, *Mercury Stories* (n 2) 185.

114 Selin, 'The Minamata Convention and Mercury Abatement' (n 6) 13.

115 UNEP, *Global Mercury Assessment 2018* (n 4) 10.

116 Selin, 'The Minamata Convention and Mercury Abatement' (n 6) 13.

117 ibid 13.

118 Kessler (n 27) A 307.

119 Selin and Selin, *Mercury Stories* (n 2) 187.

120 Eversa *et al* (n 12) 893.

121 Kessler (n 27) A 307; UNEP, *Global Mercury Assessment 2018* (n 4) 15.

madenciligi, dünya çapında suya cıva salımına neden olan en büyük kaynak olarak görülmektedir.¹²² Son olarak, bu faaliyetlere ilişkin bilgilerde eksiklikler olduğu, faaliyetlerin yapıldığı alanların birçoğunda verilere erişilemediği dile getirilmektedir.¹²³ Yukarıda saydığımız nedenlerle zanaatkarlık ve küçük ölçekli altın madenciliğinin Sözleşme’de ayrı bir maddede düzenlenmesine karar verilmiştir.

Minamata Sözleşmesi, cevherden altın çıkarmak için cıva bileşenlerinin kullanıldığı zanaatkarlık ve küçük ölçekli altın madenciligi ve işlenmesi için özel önlemler getirmektedir. Madde 7 ile belirlendiği şekilde, kendi topraklarında zanaatkarlık ve küçük ölçekli altın madenciligi işleten her bir tarafın, cıva ve cıva bileşiklerinin kullanımını azaltmasının yanında, bu tür işlemlerden kaynaklanan emisyon ve salımları azaltması, mümkün olduğu ölçüde de ortadan kaldırması için gerekli önlemleri alması gerektiği öngörülmektedir.

Madde 7 uyarınca, ülkesinde mevcut küçük ölçekli altın madenciligi ve zanaatkarlığı faaliyetlerinin önemsiz sayılabilecek düzeyden daha fazla olduğunu tespit eden taraf devletler, bir ulusal eylem planı hazırlamalıdır.¹²⁴ Ulusal eylem planı, tarafların cıva ürünlerini azaltma hedeflerini ve eylemlerini içermelidir. Bu plan, her 3 yılda bir gözden geçirilmek üzere Sekreteryaya sunulacaktır. Ulusal eylem planına ilişkin usuller Sözleşme’de Ek C’de tanımlanmıştır. Planlar, emisyonların ve salımların düşürülmesine ve bireylerin cıvaya maruz kalmasının olabildiğince azaltılmasına ilişkin usulleri belirtmelidir. Bunun yanında zanaatkarlık ve küçük ölçekli altın madenciligi faaliyetlerine ilişkin sektörlerin kayıt altına alınmasını kolaylaştıracak adımları da içermelidir.¹²⁵

Madde 7’ye tabi tüm tarafların sektördeki cıva kullanımını azaltması gerekmesine rağmen, elde edilen azaltımlar ülkeden ülkeye değişecektir. Zira devletlerin ulusal eylem planları farklı azaltma hedeflerini içerecektir. Bu değişkenlik, Sözleşme’nin etkinlik değerlendirmesinde zorlayıcı bir faktör olarak görülmektedir.¹²⁶

E. ATIKLARA İLİŞKİN MESELELER

Sözleşme, cıvanın geçici olarak depolanması ve cıva atıklarının çevreye uyumlu bir biçimde yönetimi için düzenlemeler getirmektedir. Madde 10, cıva ve cıva bileşiklerinin geçici olarak depolanması ve taşınmasının çevreye duyarlı bir şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğini öngörmektedir. Madde 11 ise, cıva atıklarının bertarafının çevreye duyarlı bir biçimde yapılması gerektiğini kabul etmektedir. Minamata Sözleşmesi atık cıvanın taşınması ve bertarafı hususunda doğrudan Basel Sözleşmesi’nin hükümlerini kabul etme yoluna gitmiştir. Gerek madde 10 gerekse de madde 11’deki usullerde Basel Sözleşmesi kapsamındaki düzenlemelerin esas alınması gerekmektedir. 11. maddenin 1. fıkrası ile, atıklara ilişkin olarak Basel Sözleşmesi’nde belirlenen tanımların Basel Sözleşmesi’ne taraf devletler

122 UNEP, *Global Mercury Assessment 2018* (n 4) 30.

123 Eversa *et al* (n 12) 893.

124 Minamata Sözleşmesi, madde 7/3.

125 Selin and Selin, *Mercury Stories* (n 2) 209, 210.

126 Eversa *et al* (n 12) 893. Bu çalışmanın yapıldığı dönem itibarı ile 7. madde çerçevesince hazırlanan raporlar için bkz. <<https://www.mercuryconvention.org/en/parties/national-action-plans>> accessed 14 August 2022.

için geçerli olduğu, Basel Sözleşmesi'ne taraf olmayan devletler için ise rehber olarak kabul edilmesi gerektiği belirlenmiştir. Minamata Sözleşmesi'ne taraf devletlerden, Basel Sözleşmesi'ne taraf olmasalar dahi, ilgili hükümlerde Basel Sözleşmesi'nin düzenlemelerini uygulamaları beklenmektedir.

Minamata Sözleşmesi, kirlenmiş sahalara (*contaminated sites*) için de taraflara yükümlülükler getirmektedir. Cıva ve cıva bileşikleriyle kirlenmiş sahaların tespit edilmesi ve değerlendirilmesine ilişkin hükümler madde 12'de yer almaktadır. Sözleşme kirlenmiş sahalara ilişkin olarak, tarafları, olabildiğince cıvanın insan sağlığı ve çevreye zararının azaltılması için çaba göstermeye çağırmakta ve bu amaçla işbirliğinin geliştirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

F. SAĞLIK İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

Minamata Sözleşmesi, sağlık ile ilgili hususları içerisinde barındırarak klasik çevre andlaşmalarından ayrılmaktadır. Sözleşme, henüz giriş kısmında Minamata hastalığı dahil olmak üzere cıva kirliliğinden kaynaklanan sağlık sorunlarına değinir.

Sözleşme'nin müzakerelerinde gelişmekte olan devletler tarafından sağlık sorunlarına ilişkin bir maddenin Sözleşme'ye dahil edilmesi talep edilmiştir. Gelişmiş devletlerin geneli bu öneriye karşı çıkmıştır. Zira böyle bir düzenlemenin halk sağlığına ilişkin uygulamaların Sözleşme'ye dahil edilmesine önayak olacağı ve yüksek maliyetli sonuçları olacağı düşüncesi hâkim olmuştur. Nihayetinde Sözleşme'ye, insanların cıva ve cıva bileşiklerine maruz kalmasından korunması için genel önlemler almaya teşvik eden, kısa bir madde konulmasına karar verilmiştir.¹²⁷ Bu amaçla hazırlanan 16. madde, hassas gruplar başta olmak üzere risk altındaki popülasyonları tespit etmek ve korumak için stratejiler ve programlar geliştirmeye / uygulamaya teşvik eden bir hüküm olarak dikkat çeker. İlgili madde ile tarafların, cıvaya maruz kalan kişilerin tedavisi ve bakımı için sağlık hizmetlerinin etkinliğini arttırması talep edilmektedir. Taraflardan cıvadan kaynaklanan sağlık risklerinin önlenmesi, teşhisi ve tedavisi için kurumsal kapasitelerini güçlendirmeleri istenmektedir. Bu amaçla hazırlanan 16. madde, bilime dayalı kılavuzların ve önleyici programların uygulanmasını öngörmektedir.

İlgili madde ile taraflara somut bir sorumluluk yüklenmese de Minamata Sözleşmesi, sağlıkla ilgili ayrı bir madde içeren ilk uluslararası çevre andlaşması olarak tarihe geçmiştir.¹²⁸ 16. madde, Dünya Sağlık Örgütü ve ILO kılavuzlarının dikkate alınmasını talep ederek sağlık alanında iş birliğinin de önünü açmıştır. Sağlık ile ilgili düzenlemeler sadece bu madde ile kısıtlı tutulmamıştır. Sözleşme'de araştırma ve geliştirmeye ilişkin olarak düzenlenen 19. madde, cıvanın insan sağlığı üzerindeki etkilerinin araştırılmasını öngörmekle birlikte, bu konuda tarafları işbirliğine çağırılmaktadır.¹²⁹

¹²⁷ Kessler (n 27) A 308.

¹²⁸ Selin and Selin, *Mercury Stories* (n 2) 113.

¹²⁹ Minamata Sözleşmesi, madde 19/1(c).

G. SÖZLEŞME'NİN MALİ YAPISI

Minamata Sözleşmesi, tarafların Sözleşme çerçevesindeki faaliyetleri için, kapasiteleri dahilinde mali kaynak sağlamayı taahhüt ettiklerini belirlemektedir. Bu kaynaklar; ilgili politikaları, kalkınma stratejilerini, ulusal bütçeleri ve özel sektör katılımını içerecek şekilde geniş kapsamlı tutulmuştur.¹³⁰ Bu yaklaşımda Sözleşme'nin uygulanması için kaynak sağlamanın her bir tarafın sorumluluğunda olduğu değerlendirilmektedir.¹³¹ Minamata Sözleşmesi, ortak fakat farklılaştırılmış sorumluluklar çerçevesince sadece gelişmiş devletleri destek sağlamakla yükümlü tutmamış, tüm tarafların kapasiteleri oranında mali mekanizmaya katkıda bulunmalarını talep etmektedir.¹³² Ancak, en az gelişmiş devletler, küçük ada devletleri ve geçiş ekonomisindeki devletlerin durumuna özellikle dikkat çekilmiş ve bu devletlere alternatif teknolojilerin sunulmasının üzerinde durulmuştur.¹³³

Mali meseleler müzakerelerin başından beri ana gündem maddelerinden biri olmuştur. Bu süreçte, gelişmiş devletler mali destekler için Küresel Çevre Olanakları'nın (GEF)¹³⁴ yetkilendirilmesi gerektiğini iddia ederken, gelişmekte olan devletler Sözleşme içerisinde bağımsız bir mekanizma kurulmasını talep etmişlerdir. Gelişmekte olan devletlerin bu yöndeki talepleri, Sözleşme içerisinde doğrudan denetlenecek bir mekanizma oluşturulması nedeniyledir. Müzakereler sonucunda mali mekanizmanın iki başlı olmasına kanaat getirilmiş ve hem GEF'in yetkili kılınmasına hem de "kapasite artırma ve teknik yardımı desteklemek için özel bir uluslararası programın" oluşturulmasına karar verilmiştir.¹³⁵ GEF Yardım Fonu, Sözleşme'nin uygulanmasını desteklemek için yeni mali kaynaklar sağlamakla yetkili kılınmıştır. Uluslararası program ise Taraflar Konferansı'nın gözetiminde işletilecektir. Bu programa yapılacak mali desteklerin yalnızca gönüllülük esası sağlanması gerektiği kabul edilmiştir.¹³⁶

H. SÖZLEŞME İLE BELİRLENEN DENETİM ARAÇLARI

I. UYUM MEKANİZMASI

Sözleşmenin 15. maddesi gereğince Sözleşme'ye uyumun sağlanması için bir mekanizma oluşturulmasına karar verilmiştir. Uygulama ve uyum (*implementation and compliance*) ile yetkili bir komite vasıtasıyla yürütülen 'uyum mekanizması' (*compliance mechanism*),¹³⁷ doğrudan Taraflar Konferansı'na bağlı olarak çalışmaktadır.

Uyum mekanizması, müzakerelerde tartışılmalı maddelerden biri olmuştur. Gelişmekte olan devletler, uyum mekanizmasının kurulması için, mali destek ve kapasite geliştirme konusunda

¹³⁰ Minamata Sözleşmesi, madde 13.

¹³¹ Eriksen and Perrez (n 34) 207.

¹³² Eriksen and Perrez (n 34) 202, 203.

¹³³ Minamata Sözleşmesi, madde 14.

¹³⁴ Bir diğer kullanımı ile 'Küresel Çevre Fonu'.

¹³⁵ Minamata Sözleşmesi, madde 13/6. Ayrıca bkz. Templeton and Kohler (n 62) 216.

¹³⁶ Selin, 'The Minamata Convention and Mercury Abatement' (n 6) 15.

¹³⁷ Bir diğer kullanımı ile 'uygunluk mekanizması'.

destek almalarını ön koşul olarak talep etmişlerdir. Müzakerelerde mali destek sağlanacağına dair güvenceler sağlandığı için uyum mekanizması oluşturulması konusunda uzlaşa gerçekleşmiştir.¹³⁸ Nihayetinde, uyum mekanizmasının destekleyici, kolaylaştırıcı (*facilitative*), cezalandırıcı olmayan (*non-punitive*) ve taraflar arasında cepheleşmeye yol açmayan (*non-confrontational*) nitelikte olması gerektiği konusunda geniş çaplı bir fikir birliği sağlanmıştır. Ancak ilk etapta mekanizmanın doğrudan Sözleşme ile mi yoksa ilk Taraflar Konferansı kararı ile mi kurulması gerektiği konusunda bir anlaşmaya varılamamıştır.¹³⁹ Nihayetinde, Rotterdam ve Stockholm sözleşmelerinin tecrübesi dikkate alınarak uyum mekanizmasının gecikmeksizin Sözleşme'nin içerisine dahil edilmesine, usullerin belirlenmesinin ise Taraflar Konferansı'nın ikinci toplantısına ertelenmesine karar verilmiştir.¹⁴⁰

Minamata Sözleşmesi, güncel olarak uyum sistemini benimseyen son dönemde akdedilen küresel çevre andlaşmalarının başında gelmektedir.¹⁴¹ Benzer konularda düzenlemeler içeren Rotterdam ve Stockholm Sözleşmeleri içerisinde uyum mekanizmaları oluşturma çabaları, sözleşmeler için gerekli oldukları düşünülmesine rağmen başarılı olamamıştır. Bu nedenle Minamata Sözleşmesi'nin bir uyum mekanizması oluşturabilmesi önemlidir.¹⁴² Sözleşme'nin imzalandığı dönem artık cezalandırıcı uyum müesseselerin tercih edilmediği ve devletlerin ulusal koşullarını önceleyen, kolaylaştırıcı yapıların tercih edilmeye başladığı bir dönem olarak kabul edilmektedir.¹⁴³ Minamata Sözleşmesi'nde uyum mekanizması da bu yaklaşıma uygun bir biçimde kolaylaştırıcı yapıda dizayn edilmiştir.

15. madde ile kurulan uyum mekanizması, Sözleşme'nin uygulanmasını teşvik etmekle ve Sözleşme'ye uyumu gözden geçirmekle yetkili kılınmıştır. Uygulama ve uyuma ilişkin olarak hem bireysel hem de sistemsal sorunları denetleyecek bir yapıda oluşturulmuştur.¹⁴⁴ Oldukça yenilikçi olan bu yöntem ile Sözleşme'nin kontrol önlemlerinin güçlendirilmesi amaçlanmaktadır.¹⁴⁵ Mekanizmayı oluşturan Uygulama ve Uyum Komitesi, 15 kişiden oluşmakta, coğrafi eşit temsil ilkesi gözetilerek Taraflar Konferansı'nca seçilmektedir. Komite, tarafların bildirimlerini, ulusal raporlarını ve Taraflar Konferansı'nın talebi üzerine diğer meseleleri değerlendirerek çeşitli önerilerde bulunabilmektedir. Oybirliği ile karar alması beklenen Komite'nin fikir birliğine varamadığı durumlarda dörtte üç çoğunlukla karar alabileceği kabul edilmiştir.¹⁴⁶

138 Templeton and Kohler (n 62) 211; Selin and Selin, *Mercury Stories* (n 2) 69.

139 Eriksen and Perrez (n 34) 208.

140 Minamata Sözleşmesi, madde 15/5.

141 Meinhard Doelle, 'Non-Compliance Procedures' in Lavanya Rajamani and Jacqueline Peel (eds) *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (2nd edn, Oxford University Press 2021) 986.

142 Templeton and Kohler (n 62) 211; Eriksen and Perrez (n 34) 208.

143 Templeton and Kohler (n 62) 214.

144 Minamata Sözleşmesi, m. 15/2.

145 Templeton and Kohler (n 62) 220; Doelle (n 141) 986.

146 Minamata Sözleşmesi, madde 15/6.

2. RAPORLAR VE SÖZLEŞME’NİN GÖZDEN GEÇİRİLMESİ

Minamata Sözleşmesi’nde taraf devletlerin düzenli olarak rapor sunması beklenmektedir. Raporlarda tarafların cıva meselesine ilişkin aldıkları önlemleri, bu önlemlerin etkinliklerini ve karşılaştıkları zorlukları belirtmeleri beklenir. 21. madde çerçevesince hazırlanan raporların cıvanın arz kaynakları ve ticaretine (madde 3), cıvaya ilişkin üretim işlemlerine (madde 4), zanaatkarlık ve küçük ölçekli altın madenciliğine (madde 7), atmosferik cıva emisyonlarına (madde 8) ve salımlara (madde 9) ilişkin bilgileri içermesi gerektiği kabul edilmiştir. Taraf devletlerin raporların dışında, tercihen uygulama planları da hazırlayabileceği ve bunu Sekreteryaya sunabileceği belirlenmiştir.¹⁴⁷

Sözleşme ile Taraflar Konferansı’nca, ilki Sözleşme’nin yürürlüğe girmesinden itibaren en geç 6 yıl içerisinde olmak üzere, periyodik olarak Sözleşme’nin değerlendirilmesi gerektiği öngörülmüştür. Madde 22 ile düzenlenen ve adı ‘etkinlik değerlendirilmesi’ (*effectiveness evaluation*) olarak belirlenen bu sistemle tarafların sunduğu raporlar ele alınmakta ve mevcut teknik, bilimsel, finansal, çevresel ve ekonomik kısıtlar ele alınarak değerlendirme yapılmaktadır.¹⁴⁸

IV. SÖZLEŞMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE GELECEĞİ ÜZERİNE

1980’li yılların sonlarından bu güne kadar geçen süre içinde tehlikeli madde ve atıklara ilişkin bir dizi uluslararası sözleşme akdedilebilmiştir. Sırasıyla Basel, Rotterdam ve Stockholm sözleşmeleri, Minamata Sözleşmesi’nin öncüsü olmuştur. Minamata Sözleşmesi, kurumsal olarak adı geçen sözleşmelerden bağımsız olsa da model olarak onları izlemektedir.¹⁴⁹ Mesela Minamata Sözleşmesi, atıklar hususunda Basel Sözleşmesi ile uyumlu olacak şekilde dizayn edilmiştir. Sözleşme, 11. madde ile tarafları cıva ve cıva atıklarını çevreye duyarlı bir şekilde depolamaları ve bertaraf etmeleri hususunda mecbur bırakmaktadır. Hatta Minamata Sözleşmesi Taraflar Konferansı’nın, Basel Sözleşmesi ile iş birliği içinde, çevreye duyarlı depolama ve bertaraf için teknik kılavuzları geliştirmek gibi bir misyonu olduğu da ortaya konmuştur.¹⁵⁰ Minamata Sözleşmesi’nin bir diğer etkilendiği sözleşme, Stockholm Sözleşmesi’dir. Minamata Sözleşmesi’nde kullanılan “mevcut en iyi teknikler” ve “en iyi çevresel uygulamalar” gibi tanımlamaların Stockholm Sözleşmesi ile benzerlik gösterdiği görülmektedir.¹⁵¹ Bir diğer örnek olarak da Rotterdam Sözleşmesi’nde öngörülen ticarete ilişkin ön bildirimli kabul usulünün Minamata Sözleşmesi’nde uygulanması verilebilir.¹⁵² Minamata Sözleşmesi ile Sekreteryaya vazifesi verilen UNEP’in yukarıda saydığımız sözleşmelerin idaresini yürütmesi de bu sözleşmelerin yakın bir işbirliği içerisinde olmasını sağlamaktadır.

Diğer uluslararası çevre sözleşmeleri dikkate alındığında Minamata Sözleşmesi’nin farklılaşan unsurları da dikkat çekmektedir. Minamata Sözleşmesi’nin yukarıdan aşağıya (*top down*) kuralcı

147 Minamata Sözleşmesi, madde 20.

148 Minamata Sözleşmesi, madde 22/3.

149 Selin, ‘The Minamata Convention and Mercury Abatement’ (n 6) 3; Eriksen and Perrez (n 34) 209.

150 Selin and Selin, *Mercury Stories* (n 2) 173, 174.

151 Eriksen and Perrez (n 34) 203. Bkz. Minamata Sözleşmesi, madde 2(b) ve 2(c); Stockholm Sözleşmesi, madde 5(f).

152 Rotterdam Sözleşmesi, Ek III. Minamata Sözleşmesi, madde 3.

düzenlemelerden ziyade, taraflara çeşitli seçenekler sunmak suretiyle esnek bir yapı gösterdiği tespit edilmektedir.¹⁵³ Sözleşme'nin birçok hükmünde ortak bir standart oluşturma'nın tercih edilmediği görülmektedir.¹⁵⁴ Mesela, mevcut en iyi tekniklerin kullanımı ile taraflara hangi düzenlemelerin kendileri için uygulanabilir olduğunu belirlemeleri hususunda özgürlük verilmektedir. Böylelikle devletlerin uygulamaları teknik ve ekonomik gelişim düzeylerine bağlı olarak değişebilecektir.¹⁵⁵ Benzer bir yaklaşım cıva katkılı ürünlerin kullanımı, emisyonlar ve salımlara ilişkin hükümlerde seçimlik alternatif yolların kullanılması sureti ile sağlanmaktadır. Bunun yanında 6. madde çerçevesinde taraflara tanınan muafiyetlerle farklılaşma kabul edilmektedir.

Minamata Sözleşmesi'nin uzun süreli etkinliği, kontrol önlemlerinin güçlendirilmesine bağlıdır.¹⁵⁶ Sözleşme ile belirlenen yükümlülüklerin çoğu, Taraflar Konferansı'nın etkinliği ve uluslararası toplumun meseleyi incelemesine dayanacaktır. Taraflar Konferansı bugüne kadar 4 kez toplanmış ve çeşitli kararlar almıştır. 2017 yılında yapılan ilk Taraflar Konferansı toplantısında cıvanın arz kaynakları, ticareti ve emisyonlarına ilişkin olarak kapsamlı usul kuralları belirlenmiştir.¹⁵⁷ Toplantıda alınan karar ile Sekreteryaya görevi UNEP'e verilmiştir.¹⁵⁸ Toplantıda 21. maddeye ilişkin raporlama usulleri de belirlenmiştir.¹⁵⁹ Taraflar Konferansı'nın ikinci toplantısı 2018 yılında gerçekleşmiş, bu toplantı ile geçici olarak İsviçre'de konumlandırılan Sekreteryaya'nın burada sürekli olarak faaliyetlerini sürdürmesine karar verilmiştir.¹⁶⁰ 2019 yılında gerçekleşen üçüncü Taraflar Konferansı'nda, 4. ve 5. maddelere ilişkin olan eklerde (Ek A ve Ek B) değişiklikler gündeme alınmıştır. Sözleşme gereğince, Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden itibaren 5 yıl içerisinde eklerin gözden geçirilmesine karar verilmişti. Üçüncü Taraflar Konferansı toplantısında bu husus dikkate alınarak, *ad hoc* yapıda bir grup uzmanın görevlendirilerek, Ek A ve Ek B'nin güncellenmesine yönelik çalışma yapmasına karar verilmiştir.¹⁶¹ Bu çalışma dördüncü Taraflar Konferansı'nda sunulmak üzere hazırlanmıştır. Ancak 2020 yılında yapılması beklenen Taraflar Konferansı küresel pandemi nedeniyle gecikmeli olarak iki turda yapılabilmektedir. İlk toplantı 2021 yılında çevrimiçi olarak gerçekleştirilmiş, ikinci toplantı ise 2022 yılının mart ayında Endonezya'da yüz yüze yapılabilmektedir. Bu toplantılar sonucunda Ek A ve Ek B'de çeşitli değişiklikler kabul edilmiştir.¹⁶² Bunun yanında mali mekanizmanın gözden geçirilmesine yönelik bir dizi karar alınmış,¹⁶³ Sözleşme'nin ilk etkinlik değerlendirilmesine ilişkin çalışmalara başlanmasına karar verilmiştir.¹⁶⁴

153 Lavanya Rajamani and Jacqueline Peel, 'International Environmental Law: Changing Context, Emerging Trends, and Expanding Frontiers' in Lavanya Rajamani and Jacqueline Peel (eds) *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (2nd edn, Oxford University Press 2021) 15.

154 Selin, 'The Minamata Convention and Mercury Abatement' (n 6) 11.

155 Eversa *et al* (n 12) 889.

156 Templeton and Kohler (n 62) 213.

157 UNEP/MC/COP.1/29/MC-1/1.

158 UNEP/MC/COP.1/29/MC-1/11.

159 UNEP/MC/COP.1/29/MC-1/8.

160 UNEP/MC/COP.2/19/MC-2/1, MC-2/8.

161 UNEP/MC/COP.3/23/MC-3/1.

162 UNEP/MC/COP.4/28/Add.1/MC-4/3.

163 UNEP/MC/COP.4/28/Add.1/MC-4/7.

164 UNEP/MC/COP.4/28/Add.1/MC-4/11.

Minamata Sözleşmesi'nin tam anlamı ile beklentileri karşılayıp karşılamayacağını ve cıva emisyon ve salımlarının yeterince azaltılıp azaltılamayacağını ancak gelecek gösterecektir.¹⁶⁵ Cıvanın çevrede döngüsü yıllarca sürdüğü için, cıvanın bulunduğu ortamlarda azalmasının içinde bulunduğumuz yüzyılın ikinci yarısında gerçekleşmesi beklenmektedir.¹⁶⁶ Ancak son 30 yılda bazı bölgelerde cıva kullanımındaki hızlı düşüş, gelecekte olumlu bir değişimin mümkün olduğunu göstermektedir.¹⁶⁷ Bu tezi kuvvetlendiren bir argüman, devletlerin Sözleşme ile gelen yükümlülüklerini uygulamaya başladığının müşahade edilmesi ile destekleyici niteliktedir. Mesela, birçok ülkenin Sözleşme'nin 5. maddesinde belirlenen 'klor-alkali' üretim süreçlerini son tarih olan 2025 yılının öncesinde tamamlaması beklenmektedir.¹⁶⁸ Sözleşme, kimi taraf devletlerin Sözleşme hükümlerinin ötesine geçen ulusal politikaları yürürlüğe koymalarına vesile olmuştur. Mesela AB ve ABD, uygulamaya başladığı saf cıva ihracat yasaklarını geçtiğimiz yıllarda cıva bileşiklerini içerecek şekilde genişletme yoluna gitmiştir.¹⁶⁹

V. MINAMATA SÖZLEŞMESİ VE TÜRKİYE

Türkiye, Minamata Sözleşmesi'ni 24 Eylül 2014 tarihinde imzalamıştır.¹⁷⁰ 2019 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne (TBMM) sunulan Sözleşme, 2022 yılının şubat ayında TBMM tarafından uygun bulma kanunu ile kabul edilmiş,¹⁷¹ ağustos ayında ise Cumhurbaşkanlığı Kararı ile onaylanmıştır.¹⁷² Kanun'un gerekçesinde cıvanın insan sağlığı ve çevre için olumsuz özelliklerinden bahsedilmiş ve Sözleşme'nin hedeflerine değinilmiştir. Sözleşme ile cıva ve cıva bileşiklerinin üretim, ihracat ve ithalatının yasaklanmasının amaçlandığı, cıvaya ilişkin atık ve stokların etkin bir biçimde bertaraf edilmesinin hedeflendiği ifade edilmiştir. Türkiye, taraf olma sürecinde bir beyanda bulunarak, Sözleşme'nin eklerinde yapılacak değişikliklerin kabulünün ancak Türkiye'nin taraf olmaya ilişkin işlemleri vasıtası (onay, kabul, tasvip veya katılma) ile olacağını bildirmiştir.¹⁷³ Böylelikle Taraflar Konferansı kararları ile Sözleşme'nin eklerinde yapılacak değişikliklerin kendiliğinden Türkiye için geçerli hale gelmesinin önüne geçilmiştir.

Türkiye'nin Sözleşme ile dikkatimizi çeken en önemli sorumluluğu, bundan sonraki dönemde ülkemizde herhangi bir cıva kaynağı bulursa bile bunu işletmek için bir cıva maden işletme tesisi

165 Eriksen and Perrez (n 34) 210.

166 Wirth and Sachs (n 30) 589.

167 Selin and Selin, *Mercury Stories* (n 2) 71.

168 Eversa *et al* (n 12) 890.

169 Selin and Selin, *Mercury Stories* (n 2) 195-196. ABD'nin uygulamaları için ayrıca bkz. U.S. Geological Survey, *Mineral Commodity Summaries*, (January 2022) <<https://pubs.usgs.gov/periodicals/mcs2022/mcs2022-mercury.pdf>> accessed 30 June 2022.

170 <<https://www.mercuryconvention.org/en/parties>> accessed 20 August 2022.

171 Cıvaya İlişkin Minamata Sözleşmesinin Beyan ile Birlikte Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Karar Numarası: 7360, Kabul Tarihi: 15/2/2022, RG 24.2.2022/31760.

172 Cıvaya İlişkin Minamata Sözleşmesinin İlişik Beyanla Birlikte Onaylanması Hakkında Karar, Karar Numarası: 5960, Karar Tarihi: 12/8/2022, RG 13.8.2022/31922.

173 Minamata Sözleşmesi madde 30(5) uyarınca, taraf devletlerin Sözleşme'nin eklerinde yapılan değişikliklerin kendiliğinden geçerli olmaması için, taraf olmaları esnasında beyanda bulunmalarına imkân verilmiştir.

kurulamayacak olmasıdır. Sözleşme'nin 3. maddesi ile yasaklandığı üzere, taraflar cıva çıkarılması amacıyla yeni maden tesisi kuramamaktadır. Cıvanın insan sağlığına zararları düşünüldüğünde ve günümüzde cıvaya alternatif ürünlerin kullanılmakta olduğu bilgisini ele aldığımızda,¹⁷⁴ bunun Türkiye açısından bir dezavantaj olduğunu düşünmüyoruz.

Minamata Sözleşmesi ile cıvanın kullanımı tamamen yasaklanmamış ve çeşitli kurallar vasıtası ile cıva ticaretinin yapılabilmesine müsaade edilmiştir. Türkiye de Minamata Sözleşmesi çerçevesince oluşturulmuş olan ön bildirimli onay gerektiren ticari sistem çerçevesince, 3. maddede belirtilen istisnalar haricinde cıva ticareti yapabilecektir.¹⁷⁵ Bunun yanında Türkiye, Sözleşme'nin 4. maddesinde düzenlenen cıva katkılı ürünler ve 5. maddede düzenlenen cıva ve cıva bileşenlerinin üretim aşamalarında Sözleşme ile belirlenen kısıtlama sürelerine uymakla yükümlüdür. Bu çerçevede Türkiye'nin, cıva ve cıva bileşiklerine ilişkin bilgileri 3 yıl içerisinde Sekretarya'ya sunması gerekmektedir.¹⁷⁶

Türkiye'nin diğer önemli yükümlülükleri emisyonlara ilişkin 8. madde ve salımlara ilişkin 9. madde kapsamındadır. Buna göre, Türkiye 5 yıl içerisinde cıva emisyonlarına ve cıva salınımlarına ilişkin bir envanter oluşturarak Sekretarya'ya sunulmalıdır. Bunun yanında Türkiye'nin, emisyonların azaltılmasına yönelik seçimlik düzenlemelerini 10 yıl içerisinde uygulamaya koyması beklenmektedir.¹⁷⁷

Türkiye için dikkate değer bir diğer önemli husus, atık cıvanın taşınması ve bertarafına ilişkin yükümlülükleridir. Türkiye, Basel Sözleşmesi'ne taraf olduğu için Minamata Sözleşmesi'nde 11. maddede yer alan Basel Sözleşmesi'ne yapılan atıflarda ilgili sözleşmenin hükümlerini doğrudan uygulayacaktır. Bu noktada Türkiye'nin Minamata Sözleşmesi ile bağlantılı olan tehlikeli maddelere ve atıklara ilişkin uluslararası sözleşmelere halihazırda taraf olduğu bilgisini vermemiz yerinde olacaktır. Türkiye, Basel Sözleşmesi'ne 1993,¹⁷⁸ Stockholm Sözleşmesi'ne 2009,¹⁷⁹ Rotterdam Sözleşmesi'ne ise 2017¹⁸⁰ yılında taraf olmuştur.

Türkiye, 21. madde çerçevesince Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin olarak düzenli raporlarını Sekretarya'ya sunmakla yükümlüdür.

Türkiye'nin Minamata Sözleşmesi'nden çekilmek istemesi durumunda 3 yıl beklemesi gerekecektir. Zira madde 33 ile Sözleşme'nin taraf için yürürlüğe girmesinden ancak 3 yıl sonra çekilmeye ilişkin

174 <<https://www.unep.org/news-and-stories/story/many-products-still-contain-mercury-these-alternatives-could-replace-them>> accessed 12 August 2022.

175 Minamata Sözleşmesi, madde 3/6.

176 Minamata Sözleşmesi, madde 5/5.

177 Minamata Sözleşmesi, madde 8/5.

178 Tehlikeli Atıkların Sınırlarötesi Taşımının ve Bertarafının Kontrolüne İlişkin Basel Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 3957 Kabul Tarihi: 28/12/1993, RG 30.12.1993/21804.

179 Kalıcı Organik Kirleticilere İlişkin Stokholm Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 5871 Kabul Tarihi: 2/4/2009, RG 30.7.2009/ 27304.

180 Bazı Tehlikeli Kimyasalların ve Pestisitlerin Uluslararası ticaretinde Ön Bildirimli Kabul Usulüne Dair Rotterdam sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Karar Numarası: 6988, Kabul Tarihi: 9/3/2017, RG 3.4.2017/30027.

bildirimde bulunulabileceği kabul edilmiştir. Bu bildirimin de Sekreteryaya tarafından teslim alındıktan 1 yıl sonra yürürlüğe konacağı kabul edilmiştir.

Yukarıda ifade edilen belirli süreler içerisinde yürürlüğe konması gereken yükümlülüklerde başlangıç tarihi olarak, Türkiye'nin Sözleşme'ye taraf olduğu tarih esas alınacaktır.

SONUÇ

Uluslararası çevre hukukuna ilişkin son dönemde akdedilen sözleşmelerin başında 2017 yılında yürürlüğe giren Minamata Sözleşmesi gelir. Minamata Sözleşmesi, cıvayı yaşam döngüsü boyunca ele almakta, cıvanın çevre ve insan sağlığına ilişkin risklerini azaltmayı amaçlamaktadır. Sözleşme, sadece cıvaya ilişkin olmasına rağmen cıvanın farklı kullanımlarını çok geniş bir ölçekte, bütüncül olarak ele almıştır. Cıvanın sanayideki kullanımları, cıva emisyon ve salımları, cıva arzına yol açan üretim safhaları ve atıkların bertarafı dahil olmak üzere tüm aşamaları düzenlenmiştir. Bunların yanında cıvanın zanaatkarlık ve küçük ölçekli altın madenciliği gibi bölgesel ve düşük düzeyli kullanımları da Sözleşme kapsamındadır. Tamamı cıva ile ilgili olmasına rağmen birbirinden farklı düzenlemeler gerektiren hususlar başarılı bir biçimde Sözleşme içerisine dahil edilebilmiştir. Bunların yanında Sözleşme çerçevesince bireysel incelemelerin yanında, sistematik değerlendirmelerin de yapılabilmesini sağlayan özgün bir denetim mekanizması (uyum mekanizması) oluşturulabilmesi kayda değer bir gelişmedir. Tehlikeli maddelere ilişkin olarak düzenlenen diğer uluslararası sözleşmeler olan Rotterdam ve Stockholm sözleşmelerinin benzeri bir mekanizma kurma konusundaki başarısızlığı da dikkate alınınca konunun önemi daha iyi anlaşılmaktadır. Sözleşme'nin cıva ile mücadelede tek tip yol belirlememesi yenilikçi hususlarından bir diğeridir. Sözleşme'nin birçok maddesinde cıva ile mücadele için taraflara alternatif uygulamaları seçme imkânı tanınmaktadır. Bu esnek yaklaşımdan Sözleşme'nin yumuşak hukuk (*soft law*) görünümü, gönüllülük esaslı bir yapısı olduğu anlaşılmamalıdır. Aksine, cıvaya ilişkin yeni kaynaklar için sıkı kural ve yasaklar getirmesi ile geleceğe yönelik sert bir yapıda dizayn edildiğini düşünüyoruz.

Sözleşme'nin başarısını değerlendirmek için henüz çok erken olmakla birlikte, farklı sektörlerde kullanılan bir ürün olan cıvayı riskli bularak, kullanımını kısıtlaması ve 130'dan fazla devletin bu kısıtlamaları kabul ederek Sözleşme'ye taraf olması dikkate alınması gereken bir husustur. Sözleşme'nin tam anlamıyla başarılı olup olamayacağı ancak gelecekte Taraflar Konferansı'nın etkinliğine ve devletlerin Sözleşme'ye uygun hareket edip etmediklerine bağlı olacaktır.

Türkiye açısından Minamata Sözleşmesi'ne taraf olma iradesi gösterilmesi değerlidir. Sözleşme'nin uzun vadeli bir mücadele öngördüğü düşünüldüğünde, Sözleşme'nin getirdiği düzenlemelere uyulması ülkemizde çevre ve insan sağlığının korunması için olumlu görünmektedir.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

- Andresen S, Rosendal K and Skjærseth J B, 'Why negotiate a legally binding mercury convention?' (2013) 13(4) *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 425-440.
- Brooks W E, 'Industrial Use of Mercury in the Ancient World' in Bank M S (ed.) *Mercury in the Environment: Pattern and Process* (Berkeley 2012) 19-24.
- Crume Y S, 'Minamata Disease' in Crume R (ed) *Environmental Health in the 21st Century* (ABC-CLIO 2018) 393-395.
- Doelle M, 'Non-Compliance Procedures' in Rajamani L and Peel J (eds) *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (2nd edn, Oxford University Press 2021) 972-987.
- Earth Negotiations Bulletin, (28 February 2005) 16 (47).
- Earth Negotiations Bulletin, (7 June 2010) 28 (1).
- Eriksen H H and Perrez F X, 'The Minamata Convention: A Comprehensive Response to a Global Problem' (2014) 23(2) *International and European Chemicals Regulation* 195-210.
- Eversa D C, Keaneb S E, Basuc N and Bucka D, 'Evaluating the effectiveness of the Minamata Convention on Mercury: Principles and recommendations for next steps' (2016) 569-570 *Science of the Total Environment* 888-903.
- Kayhan A K, 'Birleşmiş Milletler Çevre Programı Üzerine Bir İnceleme' (2013) 33(1) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 61-90.
- Kessler R, 'The Minamata Convention on Mercury A First Step toward Protecting Future Generations' (2013) 121(10) *Environmental Health Perspectives A* 304-A 309.
- Knox J H, 'The United States, Environmental Agreements, and the Political Question Doctrine' (2015) 40(4) *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 933-976.
- Lawrence T B, 'Mercury Pollution' in Crume R (ed) *Environmental Health in the 21st Century* (ABC-CLIO 2018) 391-392.
- Peirys K K, 'International chemicals and waste management' in Fitzmaurice M, Brus M, and Merkouris P (eds) *Research Handbook on International Environmental Law* (2nd edn, Edward Elgar 2021) 441-458.
- Rajamani L and Peel J, 'International Environmental Law: Changing Context, Emerging Trends, and Expanding Frontiers' in Rajamani L and Peel J (eds) *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (2nd edn, Oxford University Press 2021) 1-32.
- Rodrigues da Silva R, Branco J C, Tagé Thomaz S M and Cesar C, 'Minamata Convention: analysis of the socio-environmental impacts of a long-term solution' (2017) 41 (N. Especial) *Saúde Debate* 50-62.
- Sands P and Peel J, *Principles of International Environmental Law* (4th edn, Cambridge University Press 2018)
- Selin H and Selin N E, *Mercury Stories: Understanding Sustainability through a Volatile Element* (The MIT Press 2020)
- Selin H, 'Global Environmental Law and Treaty-Making on Hazardous Substances: The Minamata Convention and Mercury Abatement' (2014) 14 (1) *Global Environmental Politics* 1-19.
- Stokes L C, Giang A and Selin N E, 'Splitting the South: China and India's Divergence in International Environmental Negotiations' (2016) 14 (1) *Global Environmental Politics* 12-31.
- Templeton J and Kohler P, 'Implementation and Compliance under the Minamata Convention on Mercury' (2014) 23(2) *RECIEL*, 211-220.
- U.S. Geological Survey, *Mineral Commodity Summaries*, (January 2022) <<https://pubs.usgs.gov/periodicals/mcs2022/mcs2022-mercury.pdf>> accessed 30 June 2022.

UNEP Chemicals and Health Branch, *Global Mercury Assessment 2018* (2019) <<https://www.unep.org/resources/publication/global-mercury-assessment-2018>> accessed 17 June 2022.

UNEP Chemicals Branch, *Global Mercury Assessment 2002* (2002) <<https://www.unep.org/resources/report/global-mercury-assessment-2002-0>> accessed 10 June 2022.

Wirth D A and Sachs N M, 'Hazardous Substances and Activities' in Rajamani L and Peel J (eds) *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (2nd edn, Oxford University Press 2021) 574-592.

Yang T, 'The Minamata Convention on Mercury and the Future of Multilateral Environmental Agreements' (2015) 45 *Envtl L Rep News & Analysis* 10064-10075.

Yokoyama H, *Mercury Pollution in Minamata* (Springer 2018)

Uluslararası Sözleşmeler

1673 UNTS 126, The Convention on the Control of Transboundary Movement of Hazardous Wastes and Their Disposal, 22 March 1989.

2237 UNTS 4, Protocol to the 1979 Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution on Heavy Metals, 24 June 1998.

2244 UNTS 337, Rotterdam Convention on the Prior Informed Consent Procedure for Certain Hazardous Chemicals and Pesticides in International Trade, 10 September 1998.

2256 UNTS 119, Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants, 22 May 2001.

55 ILM 582, Minamata Convention on Mercury, 10 October 2013.

T.C. Kanun ve Kararları:

Bazı Tehlikeli Kimyasalların ve Pestisitlerin Uluslararası ticaretinde Ön Bildirimli Kabul Usulüne Dair Rotterdam sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Karar Numarası: 6988, Kabul Tarihi: 9/3/2017, RG 3.4.2017/30027.

Cıvaya İlişkin Minamata Sözleşmesinin Beyan ile Birlikte Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Karar Numarası: 7360, Kabul Tarihi: 15/2/2022, RG 24.2.2022/31760.

Cıvaya İlişkin Minamata Sözleşmesinin İlişik Beyanla Birlikte Onaylanması Hakkında Karar, Karar Numarası: 5960 Karar Tarihi: 12/8/2022, RG 13.8.2022/31922.

Kalıcı Organik Kirleticilere İlişkin Stokholm Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 5871 Kabul Tarihi: 2/4/2009, RG 30.7.2009/27304.

Tehlikeli Atıkların Sınırlarötesi Taşımının ve Bertarafının Kontrolüne İlişkin Basel Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 3957 Kabul Tarihi: 28/12/1993, RG 30.12.1993/21804

UNEP Karar ve Belgeleri

UNEP/GC.23/INF/19 (2004).

UNEP/GC.24/3 (2007).

UNEP/GC.22/4 (2003).

UNEP/GC.21/5 (2001).

UNEP/GC.25/5 (2009).

UNEP/GC.23/9-IV (2006).

Minamata Sözleşmesi Taraflar Konferansı Kararları

UNEP/MC/COP.1/29/MC-1/1.

UNEP/MC/COP.1/29/MC-1/11.

UNEP/MC/COP.1/29/MC-1/8.

UNEP/MC/COP.2/19/MC-2/1.

UNEP/MC/COP.2/19/MC-2/8.

UNEP/MC/COP.3/23/MC-3/1.

UNEP/MC/COP.4/28/Add.1/MC-4/11.

UNEP/MC/COP.4/28/Add.1/MC-4/3.

UNEP/MC/COP.4/28/Add.1/MC-4/7.

İnternet Siteleri:

<<https://www.atlasobscura.com/places/idrija-mercury-mine>> accessed 10 August 2022.

<<https://www.mercuryconvention.org/>> accessed 12 August 2022.

<<https://www.unep.org/news-and-stories/story/many-products-still-contain-mercury-these-alternatives-could-replace-them>> accessed 12 August 2022.

Sınır Adaleti ve AİHM'nin Geçici Tedbir Kararları Üzerine Kritik Bir İnceleme

A Critical Review on Border Justice and the ECtHR's Interim Measures

Ekin Deniz Uzun* 

ÖZ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM), Mahkeme İçtüzüğü madde 39'da acil müdahale gerektiren durumlar için uygulanmak üzere düzenlenmiş olan geçici tedbir kararları, sınır adaleti kavramı ile bağlantılı olarak, devletlerin mültecilere karşı gerçekleştirdiği geri itme operasyonları dikkate alınarak analiz edilir. Geçici tedbir kararları, geri itme operasyonları gibi devletlerin hukuka aykırı eylemlerini durdurucu ve dolayısıyla mülteciyi koruyucu etki gösterebilecek niteliktedirler. Bahsi geçen hukuka aykırı haller, başta devletlerin mültecilerin ülkelerine gelişlerini engelleyici devlet politikaları olmak üzere, onların kara veya denizde mültecileri geri itmeleri örnekleri kapsamında değerlendirilir.

Yürütülen tartışmalar iki ana araştırma sorusu üzerinden şekillenir. İlki, Avrupa kıtasında yer alan bazı devletlerin geri itme operasyonları neticesinde, şiddet boyutuna ulaşan sınır politikalarının hukuki sonuçları nelerdir? İkincisi ise sınır adaletinin sağlanması ve dolayısıyla şiddetin elimine edilmesi amacıyla, AİHM'nin geçici tedbir kararları aracılığı ile çözüm arayışı içerisine girilebilir mi?

AİHM'nin hukuka aykırı devlet uygulamaları karşısında aldığı geçici tedbir kararlarının yapısı, işleyişi, etkileri, ilgili karar örnekleri etrafında kritik bir gözle ortaya konulur. Analiz, öneri ve tespitlerle birlikte tamamlanır.

Anahtar Kelimeler: Mülteci, Geri İtme, Sınır Adaleti, Geçici Tedbir Kararı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

ABSTRACT

In connection with the concept of border justice, the interim measures of the European Court of Human Rights (ECHR), which were issued in Rule 39 of the Rules of Court to be applied for situations requiring urgent intervention, are analysed by taking into account the pushback operations carried out by the states against refugees. Interim measures can stop unlawful actions of states, such as pushback operations and thus have a protective effect on refugees. The aforementioned illegal cases are evaluated within the scope of the examples of refugees' pushback on land or at sea, especially the state policies preventing them from arriving in their countries.

Two main research questions shape the discussions. First, what are the legal consequences of border policies that have reached the level of violence due to pushback operations by some states on the European continent? Secondly, is it possible to seek a solution through the interim measures of the ECtHR to ensure border justice and thus eliminate violence?

The structure, functioning and effects of the interim measures taken by the ECtHR against unlawful state practices are presented with a critical eye around the examples of the ECtHR' delivered decisions. The analysis is completed with suggestions and determinations.

Keywords: Refugee, Pushback, Border Justice, Interim Measure, European Court of Human Rights.

* Dr. Öğretim Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-9757-0223.

GİRİŞ

Mülteci koruması çok taraflı anlaşmalar sonucunda devletler tarafından üstlenilen taahhütlerin yerine getirilmesi ile mümkündür.¹ Devletin mülteci korumasına ilişkin taahhütlerini eyleme dönüştürmesi, garanti edilmiş olan hakları güvence altına almak yönünde hareket etmesi ile gerçekleşebilir.² Örneğin, Gammeltoft-Hansen sığınma talep etmek eyleminin takip eden şekilde gerçekleşeceği yanlıgısına düşmemek gerektiğinin altını çizer: mülteci sınıra vardığında, doğrudan devlet yetkililerine sığınma talep etmek istediğini belirtir, ve ilgililer vakit kaybetmeden sığınma prosedürüne ait işlemleri başlatırlar. Böyle bir varsayım, Gammeltoft-Hansen'e göre, nadiren gerçek ile örtüşmektedir.³

Bahsi geçen senaryonun gerçeklik ile örtüşmemesinin nedeni, günümüzde özellikle bazı zengin-batılı-demokratik devletlerin⁴ göç politikalarının sıkışmış olmasından ve hatta sığınma başvurularını engellemek amacı ile geri itme operasyonlarına başvuruyor olmalarından kaynaklanır. Örneğin, devletlerin mültecinin sığınma başvurusunu yapmasına engel olmak amacıyla gerçekleştirdikleri geri itme operasyonları, başta geri göndermeme ilkesi⁵ olmak üzere, mülteci haklarına ve korumasına

1 Thomas Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control* (Cambridge University Press 2011), 24.

2 James C Hathaway and R Alexander Neve, 'Making International Refugee Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection' (1997) 10 Harv. Hum. Rts. J 115, 116.

3 Gammeltoft-Hansen (n 1).

4 *Zengin-batılı-demokratik* devlet kavramını takip eden analizle açıklayabiliriz:

"[S]ervet eşitsizliği demokrasi için kötüdür, yine de demokrasilerin servet eşitsizliğini azaltan politikalar uygulama olasılığı da yüksektir. Bunun basit nedeni, serveti olmayanların veya çok az serveti olanların sayısının daha fazla olması ve dolayısıyla zenginlerden daha fazla oy almasıdır." Kenneth Scheve and David Stasavage, 'Wealth Inequality and Democracy' (2017) 20 Annu. Rev. Polit. Sci 452.

Bahsi geçen ifade, refah seviyesi yüksek olan birtakım devletlerin mültecilere yönelik yürütmekte oldukları şiddete kadar uzanan sınır politikalarını eleştirmek amacı taşımaktadır. Örneğin, Emma Larking bu duruma şu şekilde açıklama getirir: "*Zengin liberal demokrasiler, tüm insanların doğuştan gelen özgürlüğünü ve eşitliğini tanıdığını ve insan haklarını desteklediğini iddia eder, ancak aynı zamanda sınırlarını güçlendirmek ve mültecileri hapsedmek için milyarlarca dolar harcarlar.*" Emma Larking, *Refugees and the Myth of Human Rights Life Outside the Pale of the Law* (Ashgate Publishing Limited 2014) 1.

Özellikle, Ortadoğu ve Afrika ülkelerinden, Avrupa kıtasına yönelik bir mülteci ve göç hareketliliği söz konusudur. Achiume, bahsi geçen göç ve mülteci akışını, Avrupalıların 18. Yüzyıl ortasından 20. Yüzyıla uzanan dönemde kolonileştirdiği bölgelerdeki insanların hareketliliği kapsamında, Üçüncü Dünya ülkelerinden, Birinci Dünya ülkelerine göç terminolojisi üzerinden açıklar. E Tendayi Achiume, 'Migration as Decolonization' (2019) 71 Stanford Law Review 1513.

5 Geri göndermeme ilkesi Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme (1951 Cenevre Sözleşmesi) madde 33'te takip eden şekilde düzenlenmiştir:

"1. Hiçbir Taraf Devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ilkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade ("refouler") etmeyecektir.

2. Bununla beraber, bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan veya özellikle ciddi bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkûm olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturmaya devam eden bir mülteci, işbu hükümden yararlanmayı talep edemez." Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme (kabul ediliş tarihi 28 Temmuz 1951, yürürlüğe giriş tarihi 22 April 1954) 189 UNTS 137 (1951 Cenevre Sözleşmesi).

Ayrıca bölgesel düzlemde etkinliği olan başka sözleşmelerde de geri göndermeme ilkesi ile bağlantılı düzenlemelerin yer aldığını görürüz. Bunun için bkzn Latin Amerikada Mülteciler ve Silahlı Çatışmalardan ve Diğer Şiddet Durumlarından

aykırılık teşkil eder. Geri itme operasyonlarının önüne geçilmesi ya da durdurulması, mültecinin geri dönüşü olmaz bir çok olumsuz sonuç ile karşı karşıya kalmasını engeller. Geri itme operasyonunun etkisiz hale getirilmesi amacı ile başvurulabilecek olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) geçici tedbir kararlarının önemi de burada yatar. AİHM tarafından verilen geçici tedbir kararının, karara konu eylemin mağduru olan kişiyi ve sınır adaletini koruyucu etkisi vardır.

Bahsi geçen fikirler etrafında dört ana bölüm altında analiz şekillenir.

Giriş bölümünü takip eden ikinci bölümde, ilk olarak devletlerin mültecilerin ülkelerine gelişlerini önlemek/caydırmak amacıyla yürüttükleri politikalar üzerine bilgi verilmektedir. Tarihsel gelişim süreci içerisinde, devletlerin göç ve sığınma politikalarının hangi ana etmenler çevresinde şekillendiği tartışılmaktadır. Böylelikle, mültecileri caydırıcı bir devlet politikası olarak kabul edilebilecek olan geri itme operasyonlarının, devletlerin göç ve sığınma politikalarında hangi düzleme oturduğu açıklanmaktadır. Bu çok yönlü inter-disipliner araştırma şekli esasen sınır adaleti kavramı üzerinden geri itme eylemlerinin açıklanması amacından doğmuştur. Bahsi geçen analizi takiben, ikinci olarak, Avrupa kıtasında yer alan bazı devletlerin geri itme operasyonları neticesinde, şiddet boyutuna ulaşan sınır politikaları örnekleri ortaya konulmaktadır. İkinci bölüm içerisinde ayrıca, Avrupa kıtasında yer alan ve geri itme operasyonları uygulayan devletlerin şiddet boyutuna ulaşan sınır politikalarının hukuki sonuçları, devletlerin sorumlulukları bağlamında ele alınmaktadır.

Üçüncü bölümde, sınır adaletinin sağlanması amacıyla, AİHM'nin geçici tedbir kararları aracılığı ile çözüm arayışı içerisine girilebilir mi sorusunun cevabı aranmaktadır. Bu kapsamda sırasıyla takip eden başlıklar göz önünde bulundurulur: geçici tedbir kararının içeriği, usule ilişkin izlenen yol, geçici tedbir kararlarının bağlayıcı olup olmadığı ve devletlerin geçici tedbir kararlarına uyması veya uymaması hallerinin nasıl gerçekleştiğinin AİHM karar örnekleri ile ortaya koyulması.

Sonuç olarak, Mahkeme'nin geçici tedbir kararlarının devletler tarafından uygulanmasındaki aksaklıklara işaret edilmektedir. Anlaşılabacağı üzere, bu çalışmanın araştırma alanı hukuki düzlemde eksik ya da boşluk bulmak arayışı değildir. Mevcut olan aksaklık ve mültecilerin devletlerce etkin bir şekilde korunmaması hususunun, uluslar üstü bir mahkeme tarafından mülteciler lehine yönlendirilebileceği üzerine inceleme yapılmaktadır. Neticesinde, hangi hususlar bağlamında güçlendirme yapılmasının ya da revizyona gidilmesinin sınır adaletini sağlayıcı etkiye sahip olabileceği önerileri ile tartışma sonlandırılmaktadır.

Kaçan Kişilerin Korunmasına İlişkin Cartagena Bildirgesi (22 Kasım 1984) OAS Doc OEA/Ser L/V/II 66/doc 10. 1984 Cartagena Bildirgesi'nin III (5) numaralı bölümünde şu ifadeler yer almaktadır: "Mültecilerin uluslararası korunmasının temel taşı olarak geri göndermeme ilkesinin (sınırdan reddedilme yasağı dahil) önemini ve anlamını yinelemek. ...".

II. HUKUKTA VE UYGULAMADA SINIR ADALETİ

A. SORUNUN TEMELLENDİRİLMESİ

Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme (Convention relating to the Status of Refugees/ 1951 Cenevre Sözleşmesi)'ye göre⁶ mülteci, ırk, din, tabiiyet, belli bir toplumsal gruba mensubiyet veya siyasi düşünceleri yüzünden zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korkan kişidir.⁷ Mülteciler vatandaşı oldukları devletin korumasını kaybetmiş olmaları nedeniyle başka ülkelere sığınma arayışı içerisindeyler.⁸ Bu sebeple, devletlerin mülteci kavramının hukuki niteliğini çarpıtmaksızın, sınır adaleti anlayışına uygun hareket etmesi gereklidir. Fakat, bazı devletler sınır şiddeti boyutuna ulaşan eylemleri ile, mültecinin sahip olduğu hak ve özgürlükleri yok saymaktadırlar. Kotef, şiddet ancak gizli kaldığı veya varlığı bir şekilde kabul edilmediği sürece sürdürülebilir, der.⁹ Hukuki düzlemde, Avrupa kıtasında yer alan bazı devletlerin sınırlarında gerçekleştirmekte oldukları sınır adaletsizlikleri örneklerinin konuşulması ve irdelenmesi şiddetin gün yüzüne çıkması ve normalleşmemesi için önemlidir. Bahsi geçen fıkirden hareketle takip eden kısımda, bazı Avrupalı devletlerin sınır şiddetine ulaşan politik karar ve uygulamaları analiz edilmektedir.

Takip eden paragraflarda verilen örnekler, devletlerin göç ve sığınma politikaları ile bağlantılı olarak, mültecilerin akışını eylemde nasıl kontrol ettiklerini göstermektedir. Tartışılan ana

- 6 Günümüzde, mülteci ifadesini uluslararası hukuk 1951 Cenevre Sözleşmesi'nde yer alan tanım üzerinden yapmaktadır. Bahsi geçen tanım takip eden şekildedir:
“...ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen kişi”. 1951 Cenevre Sözleşmesi (n 5) madde 33.
- 7 Savaştan kaçarak başka bir ülkeye sığınmak isteyen kişilerin – savaş mültecilerinin – uluslararası hukuk tarafından korunup korunmadıkları farklı akademik araştırmalara konu olmuştur. Detaylı inceleme için bkzn David Cantor and Jean-François Durieux (eds), *Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law* (BRILL 2014).
- Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) 1951 Cenevre Sözleşmesi'ni temel alarak, bir kişinin ülkesini, zorlayıcı nedenler dolayısıyla terk etmiş olmasının onun mülteci statüsünün kabul edilmesi için yeterli olduğunu kabul eder. Ayrıca, sığınma talep edilen ülke tarafından kendisine mülteci statüsünün verilmiş/tanınmış olması zorunluluğunu aramamaktadır. UNHCR, 'Handbook On Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees' (UNHCR, 2019) para 28 <<https://www.unhcr.org/publications/legal/5ddfdcd47/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html>> erişim tarihi 25 Mayıs 2021.
- Dolayısıyla, BMMYK mülteci kavramını, mültecilik (*refugeehood*) halini doğuran temel nedenler bağlamında değerlendirir:
Ekonomik imkânsızlık, iklim krizi, ayrıca silahlı tetikçiler, hükümet görevlileri ve rakip çete üyeleri gibi çeşitli ajanlar dünya çapında milyonlarca insanı yerinden ediyor, onları evsiz bırakıyor ve onları sınırların ötesine kaçmaya zorluyor. İltica protokolleri, bu karmaşık küresel sorunların çözümü değil, acı çeken bireyler için bir çözüm yoludur. John Washington, *The Dispossessed A Story of Asylum and The US-Mexican Border and Beyond* (Penguin Random House 2020) 213.
- 8 Uluslararası mülteci hukuku ciddi boyutta risk altında olan yabancılara devletin koruma sağlaması mantığı üzerine inşa edilmiştir. James C Hathaway, 'International Refugee Law: The Michigan Guidelines on the Internal Protection Alternative' 1 <<https://www.refworld.org/pdfid/3dca73274.pdf>> accessed 15 March 2022. Ayrıca bkzn James C Hathaway, 'A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law' (1990) 31 Harvard International Law Journal.
- 9 Hagar Kotef, 'Violent Attachments' (2020) 48 SAGE Political Theory 1, 5.

başlıklar ve örneklemeler, zorla göç kavramının günümüze has bir yapısının olmadığını, sınır adaleti kavramının devletlerin diğer devletler ve global boyutta etkisi olan hadiseler ile etkileşimi sonucunda nasıl şekillendiğini ortaya koymaktadır.¹⁰ Mültecilerin sığınma taleplerinin devletlerce değerlendirilmesinin, tarihsel, politik ve hukuki gelişmeler temeli üzerine oturtulmasının ardından, devletlerin mültecilere ilişkin politikalarındaki katılaşmanın geri itme operasyonları¹¹ ile olan bağlantısı, ilgili örnekler kapsamında irdelenmektedir.

B. DEVLETLERİN MÜLTECİLERE İLİŞKİN POLİTİKALARINDAKİ KATILAŞMANIN GERİ İTME OPERASYONLARI İLE OLAN BAĞLANTISI

Devletlerin mülteci politikası ya da ilgili stratejileri, çoğunlukla başka etkenlerden bağımsız olarak ortaya çıkmazlar. Bu etkenler, örneğin, Zolberg ve diğerlerinin ortaya attığı “Haiti-Küba sendromu” terminolojisi ile açıklama bulmaktadır.¹²

Devletlerin politik tutumlarının bireyler, gruplar ve diğer devletler ile olan ilişkilerini belirlemesinde iki etken birbiri ile etkileşim halindedir: devletlerin kimleri güvenlik algısı dışına taşırdığı,¹³ dünyayı etkileyen siyasi, ekonomik, askeri, günümüz koşullarında gündeme gelen iklimsel değişiklikler¹⁴ ve diğer insan hakları ihlallerine yol açan zulüm sebeplerinin kuvveti. İkinci Dünya Savaşı sonrası döneme bakıldığında örneğin, başlıca dönüm noktalarının, devletlerin göç politikalarını etkilediğini

- 10 Literatürde toplu göç ve dış ilişkiler-politik gelişmeler arasındaki bağ, farklı düşünürler tarafından, örneğin uluslararası ilişkiler ve politika düzleminde irdelenmiştir. Çalışmalar için bkz Demetrios G Papademetriou and Mark J Miller, *The Unavoidable Issue: US Immigration Policy in the 1980s* (Institute for the Study of Human Issues 1983). Ayrıca bkz Birce Altıok and Salih Tosun, ‘Understanding Foreign Policy Strategies during Migration Movements: A Comparative Study of Iraqi and Syrian Mass Refugee Inflows to Turkey’ [2019] Taylor & Francis Turkish Studies 1-21 <<https://mirekoc.ku.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/Altıok-Tosun-2019-Understanding-foreign-policy-strategies-during-migration-movements.pdf>> accessed 25 January 2022.
- 11 Geri itme operasyonları sistematik ve belli bir gruba ya da kişiye yönelik kara veya denizde gerçekleştirilen, politik dokuya sahip, çoğunlukla üst düzeyde istismar veya işkenceye varan unsurlar taşıyan eylemlerdir. Legal Centre Lesvos, ‘Crimes Against Humanity in the Aegean’ (2021) <<http://legalcentrelesvos.org/wp-content/uploads/2021/02/Collective-Expulsions-in-the-Aegean-LCL-01.02.2021-1.pdf>> accessed 10 January 2022.
- 12 Bu terminoloji, önerisini şu temele dayandırır: 1980’li yıllarda, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Kübalı mültecilere, mülteci statüsü tanınması yönünde çekince göstermekteydi. Çünkü, onlar ABD’nin karşıtı olduğu ideolojik yönetime sahip, komünist bir ülkeden gelmekteydiler. Ancak, aynı yaklaşım, komünist olmayan başka bir ülkeden kaçan Haitili mülteciler için takip edilmemiştir. Aristide R Zolberg, Astri Suhrke and Sergio Aguayo, *Escape from Violence: Conflict and the Refugee Crisis in the Developing World* (Oxford University Press 1992) 273.
- 13 Bahsi geçen güvenlik algısı ifadesi, devletlerin kişileri ülke güvenliğine tehdit oluşturmaları yönünde görmeleri hususunun politik, siyasi, ekonomik etmenler gibi unsurlara bağlı olarak değerlendirmelerine göre değiştiğini vurgulamak için kullanılmıştır. Devletlerin kişi ya da grupları tehdit olarak dikkate aldıkları noktada artık onlar güvenlik sorununa dönüşürler. Bahsi geçen düzlemde bir incelemenin, örneğin Yunanistan Devleti ile bağlantılı olarak yürütüldüğünü görürüz. Dimari am, ‘Desecuritizing Migration in Greece: Contesting Securitization through “Flexicuritization”’ [2021] International Migration 1-15 <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/imig.12837?casa_token=oIXRfQEi07QAAAAA%3AJxP2RubZMl3DCTAIReU0Xq99VpCPvhcbFs5ciT9sQFIH_G3NhZ9GxHir98i0BeuKW2W2FSKDTfn5Lj8> accessed 2 February 2022.
- 14 İklim değişikliklerinin küresel ısınma ile bağlantılı olarak zorla göçe neden olmakta olduğu meselesi literatürde yer almaktadır. İngilizcedeki kullanımı ile *climate refugee* günümüz iklimsel koşulları neticesinde yaşadıkları yerleri terk etmek zorunda kalan insanları ifade eder. Jane McAdam, ‘Protecting People Displaced by the Impacts of Climate Change: The UN Human Rights Committee and the Principle of Non-Refoulement’ (2020) 114 American Journal of International Law 4, 708-725.

gözlemleyebiliriz. İlki, soğuk savaş dönemi ve bitişi¹⁵, bir diğeri ise ABD topraklarında, El-Kaide eliyle gerçekleştirilmiş olan, Dünya Ticaret Merkezi kulelerine ve Pentagon'a yapılan 9/11 terör saldırıları. Terörle mücadele kaygısının yükseliş gösterdiği dönemde, dünya genelini etkileyen, Suriye iç savaşının başlaması ve artan mülteci sayısı karşısında, devletlerin sınır politikalarını mülteciler aleyhine daraltmaları durumunun gerçekleşmiş olduğunu ekleyebiliriz.¹⁶

Suriye savaşının başlaması sonrasındaki dönemde, Avrupalılaşıma (Europeanization) hedefi ekseninde,¹⁷ Avrupa devletleri, ülkelerine giriş çıkışları kontrol altına almak veya ülkelerine girişleri topluca engellemek için yeni yöntemler geliştirmeye başladılar.¹⁸ Bahsi geçen değişimlere, devletlerin sınırları arasında yer alan geçiş alanlarında (transit spaces) gün yüzüne çıkan ve kendisini geri itme operasyonları olarak gösteren devlet şiddeti örnek olarak verilebilir.¹⁹ Yapılan bir çalışmada, devletlerin sınırları arasında yer alan geçiş alanlarının, mültecilerin hareket kabiliyetlerini engelleyici sınırlara dönüştüğü ifade edilmektedir. Bahsi geçen bu engeller, sınır adaletsizliğinin bir yansımasıdır. Sınır adaletsizliği global boyutta, devletler arası ekonomik dengesizlikler ve toplumlar seviyesinde mevcut insan hakları ihlalleri neticesinde bireylerin göç hareketliliğinin artışı karşısında, devletlerin sınır geçiş kontrollerinde sıkılaşma olduğunun ifadesidir. Sınır adaletsizliği, devletlerin, mültecilerin ülkelerine girişlerini önlemek amacıyla, sınır şiddetine ulaşan uygulamalara başvurmalarını anlatır.²⁰

Günümüzde, sınır adaletsizliğinin bir yansıması olarak ortaya çıkan geri itme operasyonları örneklerinin yoğunlukla görüldüğü coğrafi alan, mültecilerin Avrupa kıyılarına ulaşmak için kullandığı Akdeniz rotasıdır. Örneğin, Doğu Akdeniz rotası dahilinde kalan Yunanistan açık denizde ve karada geri itme operasyonları uygulamaktadır.²¹ Yunanistan mültecilere, ya korunmaları

15 Soğuk savaş dönemi, İkinci Dünya Savaşı sonrası, Sovyet Rusya'nın sona ermesine kadar geçen süreç içerisinde, ABD ve Sovyet Rusya arasındaki güç savaşlarının dünya devletlerinin arasındaki bölünmelere ve siyasi-askeri gerginliğe dönüştüğü periyod olarak özetlenebilir. Soğuk savaş – *cold war* – ifadesi ilk defa George Orwell tarafından, 'You and the Atom Bomb' isimli makalesinde kullanılmış ve günümüze kadar varlığını sürdürmüş bir terimdir. Orwell'in bahsi geçen makalesi takip eden şekilde bulunabilir. George Orwell, 'You and the Atom Bomb' (*The Orwell Foundation*, November 1945) <<https://www.orwellfoundation.com/the-orwell-foundation/orwell/essays-and-other-works/you-and-the-atom-bomb/>> accessed 15 March 2022.

16 Bknz Suzan Ilcan, 'The Borderization of Waiting: Negotiating Borders and Migration in the 2011 Syrian Civil Conflict' [2020] SAGE Journals Environment and Planning C: Politics and Space <<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/239.965.4420943593>> accessed 28 March 2022.

17 Søren Dosenrode, 'Europeanization', *Oxford Research Encyclopaedias* (2020) <<https://oxfordre.com/politics/view/10.1093/acrefore/978.019.0228637.001.0001/acrefore-978.019.0228637-e-1477>> accessed 4 November 2021.

18 Cathryn Costello, 'Safe Country? Says Who?' (2016) 28 *International Journal of Refugee Law* 4, 601-622.

19 Katie Kuschminder ve Anna Triandafyllidou, 'Smuggling, Trafficking, and Extortion: New Conceptual and Policy Challenges on the Libyan Route to Europe' 52 *Antipode Wiley Online Library* 1, 206 – 208 <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/anti.12579>> accessed 8 December 2021.

20 Itamar Mann, 'Border Justice in the Age of Pandemic' (*Just Security*, August 2020) <<https://www.justsecurity.org/72078/border-justice-in-the-age-of-pandemic/>> accessed 7 March 2022.

21 Not olarak, toplu sınır dışı etme yasağı dahilinde de değerlendirilebilecek olan geri itme operasyonlarını, AİHM Protokol No 4 bünyesinde dikkate almaktadır. İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme ile bu Sözleşme'ye Ek Birinci Protokol'da Tanınmış Bulunan Haklardan ve Özgürlüklerden Başka Hak ve Özgürlükler Tanıyan Protokol No: 4 16 Eylül 1963, ETS 46 (Ek Protokol No 4).

Fakat Yunanistan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) taraf devlet olmasına rağmen, bahsi geçen Ek Protokol No 4'ü imzalamamış olan tek devlettir. Council of Europe, 'Chart of Signatures and Ratifications of Treaty 046' <<https://www.coe.int/en/web/conventions/recent-changes-for-treaties?module=signatures-by-treaty&treaty-num=046>> accessed

yönünde yardım sunmak yerine, yapay dalgalar yaratmak suretiyle – botlarda bulunan kişilerin yaşı, cinsiyetini dikkate almaksızın – onları geri iterek açık denize (örneğin Ege Denizi'ne) bırakmakta, ya da devlet sınırına kara yoluyla ulaşmaları söz konusu olmuş ise, istismar altında ve kötü muamele ile, belli bir merkezde tuttuktan sonra, (örneğin Meriç Nehri üzerinden, Türkiye sınırına doğru) geri itmektedir.²² Devlet eliyle yürütülen ve mevcut/gelecek mültecileri yıldırma amacı güden bu geri itme operasyonlarının içinde barındırdığı şiddet, işkence kapsamında insanlığa karşı suçlar boyutunda değerlendirilmektedir.²³ Yunanistan sınır kuvvetlerinin geri itme eylemlerine ilişkin bazı şikayetler AIHM'de de derdesttir.²⁴

Doğu Akdeniz rotası dahilinde durum bu şekilde iken, Orta Akdeniz rotasına da bakılmalıdır. Bir AB iç raporu, AB'nin Libya'ya yardım etmek için fon sağladığını, Frontex gözetim uçları tarafından alınan kayıtlarda suiistimallerin kaydedildiğini yazmaktadır.²⁵ Bir başka çalışma, Orta Akdeniz

28 March 2021.

Hal böyle iken, AIHS bünyesinde topluca sınır dışı etme yasağı, madde 3 işkence yasağı ile bağlantılı olarak da gözetildiğinden, Yunanistan'ın sözleşme boyutunda sorumluluğu olmalıdır. AIHM'nin ilgili değerlendirmesi için bkz *Abu Zubaydah v Litvanya* App no 46454/11 (ECtHR, 31 May 2018) para 607.

Yunanistan Devleti tarafından yürütülen geri itme olaylarına ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz ECRE European Council on Refugees and Exiles, 'Greece: Pushbacks by Sea to Go Before ECtHR, Access to Procedures Restricted on Land, Rule of Law Concerns in Asylum System Persist, Commission Challenges Legality of the Safe Third Country Concept' (ECRE, January 2022) <<https://ecre.org/greece-pushbacks-by-sea-to-go-before-ecthr-access-to-procedures-restricted-on-land-rule-of-law-concerns-in-asylum-system-persist-commission-challenges-legality-of-the-safe-third-country-concept/>> accessed 28 March 2022.

- 22 Özgün E Topak, 'The Biopolitical Border in Practice: Surveillance and Death at the Greece-Turkey Borderzones' (2014) 32 SAGE Journals Environment and Planning D: Society and Space 5.

Ayrıca bkz The Council of Europe Commissioner for Human Rights, 'Greek Authorities Should Investigate Allegations of Pushbacks and Ill-Treatment of Migrants, Ensure an Enabling Environment for NGOs and Improve Reception Conditions' (12 May 2021) <<https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/greek-authorities-should-investigate-allegations-of-pushbacks-and-ill-treatment-of-migrants-ensure-an-enabling-environment-for-ngos-and-improve-reception>> accessed 28 March 2022.

- 23 Salam Kawakibi, 'The Syrian Crisis and Its Repercussions: Internally Displaced Persons and Refugees' (European University Institute, Florence Robert Schuman Centre For Advanced Studies Migration Policy Centre (MPC)) MPC Research Report 2013/03, 3 <<https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/29453/MPC-RR-2013%2003.pdf?sequence=1>> accessed 25 March 2022. Ayrıca bkz Itamar Mann and Niamh Keady-Tabbal, 'Torture by Rescue: Asylum-Seeker Pushbacks in the Aegean How Summary Expulsions from Greece Have Continued with Impunity' (*Just Security*, 26 October 2020) <<https://www.justsecurity.org/72955/torture-by-rescue-asylum-seeker-pushbacks-in-the-aegean/>> accessed 14 November 2022. Itamar Mann, 'Border Violence as Crime' (2021) 42 U Pa J Int'l L 675 <<https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol42/iss3/3/>> accessed 14 November 2022. Ioannis Kalpouzos and Itamar Mann, 'Banal Crimes against Humanity: The Case of Asylum Seekers in Greece' (2015) 16 Melbourne Journal of International Law <<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2015/1.html>> accessed 14 November 2022.

- 24 *LA and Others v Greece* App no 12237/20 (ECtHR, 5 March 2020). Ayrıca bkz *AA v Greece* App no 12736/20 (ECtHR, 7 March 2020).

- 25 Rapor için bkz European External Action Service (EEAS), 'Libyan Coast Guard and Navy Monitoring – Four Monthly Report August – November 2021' (Council of Europe 2022) Restreint UE/EU Restricted EEAS (2022) 1, 9 <<https://s3.documentcloud.org/documents/21185907/libyan-coast-guard-and-navy-monitoring-four-months-report-august-november-2021.pdf>> accessed 4 April 2022. Analiz için bkz Joe Galvin, 'Is the EU Funding a "War on Migration"? Here's the Evidence' (*The Outlaw Ocean Project*, February 2022) <<https://theoutlawocean.substack.com/p/is-the-eu-funding-a-war-on-migration?token=eyJ1c2VyX2lkIjoyNDZNTkE2OCwicG9zdF9pZCI6NDgwNTcxMzMzIl8iOiJpZGVpKysImldhCI6MTY0Mzc5MjAzOCwiZXhwIjoxNjQzNzk1NjM4LCJpc3MiOiJwdWltMjQwMTQyIiwic3ViIjoicG9zdC1yZWJfdGlubj91.1L4d31RF9r6XvVqebSCZPYJkt90Dy07ahOWB04iXqdk&s=r>> accessed 18 March 2022.

rotası mülteci geçişlerinde, dağları, çölleri ve denizleri aşarak Avrupa'ya sığınma talebinde bulunan mültecilerin yolculuklarının sonunda çoğunlukla şiddetli geri itmelerle karşı karşıya kalmakta olduklarını ortaya koymaktadır.²⁶

Yukarıda incelenen durum, Tunus ve Fas'ı İspanya'ya bağlayan batı Akdeniz rotası göç hareketliliği için de söylenebilir. Günümüzde, Batı Afrika, Doğu ve Afrika Boynuzundan Kuzey Afrika'ya doğru ilerleyen göçmenlerin ve mültecilerin takip eden tehlikelerle karşı karşıya oldukları bilinmektedir: “Yargısız infazlar, çölde ölüme terk edilme, fidye almak da dahil olmak üzere işkence, cinsiyete dayalı şiddet ve sömürü, zorla çalıştırma, zorla evlendirme ve diğer ağır insan hakları ihlalleri.”²⁷

Örnek olarak işaret edilen yukarıdaki analizlerde bahsi geçen devletlerin görmezden geldiği husus, mülteciler için menşe ülkelerine geri dönmenin bir seçenek olmadığıdır. Bu durumda da mültecilerin içerisinde bulundukları çıkmaz, sınır adaletinin sağlanmaması ile bir kör düğüme dönüşmektedir. Bu kör düğüme hukuki boyutta bir açıklama ve çözüm arayışı getirmek istersek, takip eden tespit ve araştırmada bulunulması önerilebilir. Mülteci tarafından, sığınma başvurusu yapılmak istenilen devletin, başvuru talebini işleme almaması, ilgili devletin hukuka aykırı eylemi kapsamında açıklanmalıdır.²⁸ Çünkü, en başta mültecilerin sığınma talep etme hakkının varlığı uluslararası hukuk belgelerinde düzenlenmiş olup, devletlerin mültecilerin bu taleplerini değerlendirmeye almak zorunlulukları bulunmaktadır.²⁹ O halde uluslararası hukuk gözüyle, bahsi geçen sorumlulukların haritasının çıkarılması ve bu sorumlulukların yerine getirilmemiş olması halinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Takip eden kısımda, devletlerin hakimiyet alanında olan mültecilere karşı yükümlülükleri analiz edilmektedir. Bahsi geçen analiz, ilerleyen bölüm ve kısımlarda, AİHM geçici tedbir kararlarının önemi ve işlevinin daha net ortaya koyulmasına olanak sağlanması amacıyla yapılmaktadır.

IOM yetkilisi, “Bu yılki ölümlerin yarısından fazlası Libya kıyılarında kaydedildi” şeklinde bir açıklamada bulunmuştur. UN News Global Perspective Human Stories, ‘UN Says at Least 70 Migrants Dead or Missing off Libyan Coast’ (*United Nations*, 17 Mart 2022) <https://news.un.org/en/story/2022/03/1114172?utm_source=UN+News+-+Newsletter&utm_campaign=0054957c32-EMAIL_CAMPAIGN_2022_03_17_09_05&utm_medium=email&utm_term=0_fdbf1af606.005.4957c32-107378218> accessed 18 March 2022.

- 26 Talitha Dubow and Katie Kuschminder, “I Don’t Have any Other Choice” – Refugee Women’s Journeys to Europe’ (*Women & Migration*, 25 November 2021) <<https://womenandmigration.com/case-study/journey/>> accessed 8 December 2021.
- 27 UNHCR, ‘Routes Towards The Western and Central Mediterranean Sea Working on Alternative to Dangerous Journey for Refugees’ (2021) UNHCR’s Updated Risk Mitigation Strategy and Appeal 6 <<https://www.unhcr.org/60f148924.pdf>> accessed 29 March 2022.
- 28 Amnesty International, ‘Greece: Violence, Lies, and Pushbacks Refugees and Migrants Still Denied Safety and Asylum At Europe’s Borders’ (2021) <https://www.amnesty.gr/sites/default/files/new_edited_22_jun_greece-violence_lies_and_pushbacks2_eur25-4307-2021_002_002.pdf> accessed 6 September 2021.
- 29 1951 Cenevre Sözleşmesi madde 31-33 (n 5); Protocol Relating to the Status of Refugees (adopted 31 January 1967, entered into force 4 October 1967) 606 UNTS 267 (1967 Protocol); Ek Protokol No 4 art 4.

C. DEVLETLERİN HAKİMİYET ALANINDA OLAN MÜLTECİLERE KARŞI YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Devletlerin uluslararası hukuk düzenlemeleri tarafından tanınan hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesinin önüne geçmesi ve hak ihlallerinden kaçınması gereklidir.³⁰ İnsan hakları ve mülteci hakları düzleminde, ülkelerin sorumluluk alanını belirlemek, devletlerin egemenlik haklarıyla şekillenen ince çizgide yürüyebilmek demektir. Söz konusu devlet, uluslararası hukuktan doğan sorumluluklarını yerine getirmedikçe, bahsi geçen çizgi incilir ve üzerinde yürümek daha da zor hale gelir.³¹ Örneğin, devletler benimsedikleri göç politikaları aracılığı ile, mültecilere karşı hukuken doğan sorumluluklarını eksiye düşürmek yoluna gidebilmektedirler. Mültecinin sınırlarına temasını önlemek için bazı ülkeler dikenli tellerle çitler örmekte, sınırlarına asker yığmakta ve hatta sınır bölgelerinde gazetecilerin bulunmasını yasaklamaktadırlar.³² Birçok devlet, sınır üzerinden insan geçişini kontrol etmek amacıyla, sınırlarına duvar örmektedir. Çünkü fiziksel engel, sınırın yasal boyutta soyutlanması somut bir gerçeklik haline dönüştürür ve sınırı geçenlerin izinsiz giriş yapanlar olarak suç işlemiş olmaları düzleminde değerlendirilmesine kapı açar.³³

İşte devletler de politik söylemler ve medyanın desteği ile mevcut önyargıları beslemek ve uluslararası hukuk kurallarından doğan sorumluluklarını kendi siyasi yönelimleri doğrultusunda manipüle etmek yoluna gidebilmektedirler.³⁴ Bu yönelim gerçekleşirse, sonuç itibarı ile mültecilerin korunmaması ya da hak ettikleri koruma mekanizmalarının onlar lehine işletilmemesi durumu ortaya çıkabilmektedir.³⁵

Devletlerin fiilen mültecilere karşı olan sorumluluklarından kaçma eğilimlerinin, hukuken değerlendirmeye alınması durumunda, olan ve olması gereken arasında bir dengesizlik olduğunun tespit edilmesi söz konusu olmaktadır. Hali hazırda bazı devlet uygulamaları örneklendirilmiş olduğundan, sorumluluklar bağlamında hukuken olması gerekenin incelenmesi üzerinden devam edilebilir. Bu bağlamda, devletlerin mültecilere karşı sorumlulukları alanında iki temel yönün tartışılması hedeflenmelidir:

- Devletin kontrolü altında olan mültecileri koruması bakımından sorumluluğu uluslararası hukuk düzleminde ne kapsamda açıklanabilir?

30 Viviana Waisman, 'Human Trafficking: State Obligations to Protect Victims' Rights, the Current Framework and a New Due Diligence Standard' (2010) 33 Hastings International & Comparative Law Review 385, 387.

31 Damla B Aksel and Ahmet İçduygu, 'Borders and the Mobility of Migrants in Turkey' (CEASEVAL Research on The Common European Asylum System, 2019) 23 <http://ceaseval.eu/publications/32_WP4_Turkey.pdf> accessed 25 October 2021.

32 Vanessa Gera and Monika Scislowska, 'Tensions Rise in Migrant Standoff at Poland-Belarus Border' [2021] The Washington Post <https://www.washingtonpost.com/world/migrants-camp-overnight-at-polish-border-after-tense-day/2021/11/09/f4d71f48-4138-11ec-9404-50a28a88b9cd_story.html>accessed 16 October 2021.

33 Moria Paz, 'The Law of Walls' (2017) 28 The European Journal of International Law 2, 616.

34 Ruben T Azevedo and others, 'When the Lens Is Too Wide: The Political Consequences of the Visual Dehumanization of Refugees' (2021) 8 Humanities and Social Sciences Communications 2-3 <<https://www.nature.com/articles/s41599-021.00786-x.pdf>> accessed 23 October 2021.

35 ibid 2.

- Devletin uluslararası hukuktan doğan mültecilere karşı söz konusu olan sorumluluklarını yerine getirmesi konusu nasıl değerlendirilmelidir?

Devam eden analiz, yukarıda sorulan sorulara yanıt arar.

1. Devletin kontrol alanında olan mültecilere karşı sorumluluklarının uluslararası hukuk düzleminde açıklanması

Bu kısımda ortaya atılan sorunun cevabının verilebilmesi için, iki ana başlık altında ilerlenmesi gerekmektedir. İlki, ülkenin hakimiyet alanı tabiri ile ne ifade edildiğini belirlemek; ikincisi mültecilerin sığınma talebinde bulunmak için geçtiği yolculuk dikkate alındığında, varış noktasında bulunan devletin, hukuken mülteci ile ne düzlemde ve nasıl etkileşimde bulunması gerektiğini ortaya koymak.

Öncelikle, yukarıda değinilen ilk soruyu yanıtlayalım. Devletler ve sivil toplum kuruluşları insan hakları belgelerinin üreticileridir. Ancak, bir devlet insan hakları sözleşmesine taraf olduğunda, uluslararası sorumluluğu da işler hale gelmektedir. Gemalmaz, bireyin uluslararası insan hakları hukukunun ana öznesi olduğunu açıklar. Böylece birey, vatandaşı olduğu devletin hükümetinin olası, mutlak ve keyfi tasarruflarına tâbi olduğu durumlarda hukuki koruma açısından daha sağlam imkanlarla donatılmış olmaktadır.³⁶ Devletlerin bu sorumluluk alanı fiilen, sınır aşan yetkiye giren durumları da kapsamaktadır. Bu hallerde, ilgili devlet, hukuki yetkisizlik (absence of jurisdiction) savunmasına giremez.

Uluslararası kamu hukukunda, devlet egemenliğinin temel bir unsuru olan yargı yetkisi (jurisdiction), genel olarak ulusal toprakla yakından ilişkili olarak kabul edilmektedir.³⁷ Uluslararası insan hakları hukuku bakımından yargı yetkisinin kapsamı tartışmalıdır.³⁸ İnsan hakları hukukunda yargı yetkisi kavramının yalnızca bölgesel olmadığını, aynı zamanda devletlerin toprakları dışındaki kişiler üzerinde etkin kontrolü olması durumunu da kapsadığını ifade edebiliriz. Milanovic'in yaklaşımı ile,

“insan hakları anlaşmalarındaki yargı yetkisi kavramı, esas olarak bir devletin belirli bir bölge veya kişiler üzerinde sahip olduğu gerçek yetki ve kontrol sorunuyla ilgilidir. Bu bağlamda ‘yargı yetkisi’, yasal olarak kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın, fiili güç anlamına gelir – ne daha fazlası, ne de daha azı.”³⁹

Genellikle, mültecilerin bir başka ülkeye girişleri için gerekli yasal dokümanlara sahip olmaları mümkün olamamaktadır. Sınır aşan hareketlilikte mülteciler geleneksel yolları izleyerek seyahat

36 Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş* (6. bası, Legal 2007) 1520.

37 Seunghwan Kim, ‘Non-Refoulement and Extraterritorial Jurisdiction: State Sovereignty and Migration Controls at Sea in the European Context’ (2017) 30 *Leiden Journal of International Law* 51.

38 Literatürdeki ilgili tartışmaların detayları için lütfen bkz ibid 51-53.

39 Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy* (Oxford Scholarship Online 2011) 41.

edememektedirler. Bu yüzden de çoğunlukla mültecilerin insan kaçakçılarına başvurmaları ya da kendi çabaları sonucu kara ya da deniz yoluyla, hedeflenen ülkeye giriş yapmaya çalışmaları durumları ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, mültecilere yönelik müdahalede bulunan herhangi bir devlet aynı zamanda, mülteci üzerinde hakimiyeti ve dolayısıyla kontrolü olan devlettir. Bu anlayıştan yola çıkarak, insan hakları mahkemeleri ve yarı-yargı organları ya ev sahibi devletin bölgeye dayalı yargı yetkisini ya da mültecinin devletin veya görevlilerinin etkin kontrolüne girmesi halinde temasa dayalı yargı yetkisini değerlendirmektedirler. Her ne kadar uluslararası mülteci hukukunun ana öznesi mülteci ise de, bireyin mülteci olarak koruma elde edebilmesi için devlete veya ajanlarına yakın olması koşulu insan hakları mahkemeleri ve yarı-yargı organları tarafından bir yakınlık/temas şartı olarak kabul edilmektedir.⁴⁰

İleri sürülen fikri sağlamlaştırmak adına, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)⁴¹ madde 1 ile AİHM'nin bu konu üzerine yapmış olduğu değerlendirmesine başvurulabilir. İnsan haklarına saygı yükümlülüğü üzerine inşa edilmiş olan madde 1'e göre, "[y]üksek Sözleşmeciler Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar." AİHS madde 1 gereğince öngörülen yargı yetkisi bölgesel olsa da M.K. ve Diğerleri v. Polonya davasında⁴², AİHM Polonya'nın sınır kontrolü yapması neticesinde kişileri uluslararası korumadan mahrum bırakması durumunun onun bölgesel yargı yetkisine girdiği yorumunda bulunduğunu görmekteyiz. Ayrıca sınır aşan yargı yetkisinin, Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. İtalya davası paragraf 74'te yer alan açıklama doğrultusunda, devletin yetkililerinin fiilen kişiler üzerinde etkinlik gösterdiği durumları da kapsadığını anlamaktayız:

"Devletin, kendi toprakları dışında faaliyet gösteren yetkilileri aracılığıyla bir birey üzerinde kontrol ve yetki kullandığı ve dolayısıyla yargı yetkisine sahip olduğu her durumda, Devlet, söz konusu bireyin durumuyla ilgili olan Sözleşme'nin I. Bölümü kapsamındaki hak ve özgürlüklerini korumak yükümlülüğü altındadır. Bu anlamda Mahkeme, Sözleşme haklarının "bölünebileceğini ve uyarlanabileceğini" kabul etmiştir."⁴³

Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. İtalya davasına konu olan olayda da yer aldığı üzere, günümüz dünyasında en çok karşılaşılan sınır adaletsizliği sorunu, devletlerin hakimiyet alanına girmiş olan mültecilere geri itme operasyonları ile cevap vermesinden doğmaktadır. Varılması hedeflenen devletin, mültecilerin sığınma başvurularını değerlendirmeksizin onları geri itmesi, çoğunlukla şiddet ve kötü muameleyle varan bir tutumla gerçekleştirilmektedir, ve bu eylemler hukuka aykırıdır. Bunun temel sebebi ise, uluslararası hukuk kapsamında emredici kural olarak kabul edilen geri göndermeme ilkesinin, devletlere kişilerin sığınma taleplerini değerlendirme zorunluluğu getirmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Geri itme operasyonları, başta geri göndermeme ilkesinin ihlali olmak

40 Moria Paz, 'Between the Kingdom and the Desert Sun: Human Rights, Immigration, and Border Walls' (2016) 34 Berkeley Journal of International Law 1, 7.

41 İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olarak değiştirilmiş) (AİHS), 11 ve 14 numaralı Protokollerle değiştirilmiş, 4 Kasım 1950, ETS 5.

42 *M K and Others v Poland* App nos 40503/17, 42902/17 and 43643/17 (ECtHR, 23 July 2020).

43 *Hirsi Jamaa ve Diğerleri v Italy* App no 27765/09 (ECtHR, 23 February 2012) para 74.

üzere, toplu sınır dışı etme yasağı ve yaşam hakkının⁴⁴ ihlali gibi hukuki sonuçlar çerçevesinde değerlendirilebilecek hak ihlallerine yol açmaktadır. Kişinin mülteci olmasının sebebi, zulüm nedeni olabilecek bir durumdan kaçmak olduğu için, onun sığınma talebinin dikkate alınmaksızın geri itilerek gönderilmesi, onarılamaz sonuçları beraberinde getirebilmektedir. Aynı zamanda, işkence veya kötü muamele yasağı ile çelişen boyutta, mültecilerin geri itilmesi gerçekleşir ise,⁴⁵ bu durumun da uluslararası suçlar kategorisinde irdelenmesi gerekmektedir.⁴⁶

Dolayısıyla, sığınma talebi ile gelmiş olan kişilere, her ne kadar söz konusu olan devletçe sığınmacı statüsü verilmesi zorunluluğu, devlet için hukuken bağlayıcı olarak kabul edilmese de, devletlerin geri göndermeme yükümlülüğü bu husustan bağımsız olarak değerlendirilmesi gereken bir teamül hukuku kuralıdır.⁴⁷ Devletlere yüklenen geri göndermeme sorumluluğunu devletlerin pozitif yükümlülükleri kapsamında da algılamak gerekir. Örneğin, AİHS madde 2 ve 3⁴⁸ dikkate alındığında, devletlerin ölümlerin, kötü muamele ve kaybolma iddialarının araştırılması yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır.

Geri itme operasyonları örnekleri temel alındığında, bu eylemlerin organik yapısında, insan hayatını ve onurunu hiçeştiren, işkence boyutunda değerlendirilebilecek muameleler yatmaktadır. Dolayısıyla mültecilerin, sığınma taleplerini dahi göz önünde bulundurmaksızın, bir devletin bu kişileri güvenliklerini ve beden bütünlüklerini tehlikeye atması – örneğin çıplak arama yaptıktan ve kötü koşullar altında beklettikten sonra – açık denize ya da diğer bir ülkenin kara sınırına doğru itmesinin, herhangi bir hukuki düzenleme temelinde gerekçelendirilmesi/doğrulanması mümkün olamayacağı gibi, devletin kişilere yönelik pozitif yükümlülüklerini de yerine getirmemiş olduğu sonucunu yaratmaktadır.⁴⁹

Devam eden analiz, yukarıda sorulan ikinci soru ile ilişkilidir: devletin uluslararası hukuktan doğan sorumluluklarını yerine getirmemesi hali söz konusu olur ise, bu durumu nasıl değerlendirmeliyiz?

44 Yaşam hakkının uluslararası hukuktaki yerinin ve öneminin incelenmesi açısından bkz Safa Reisoglu, 'Right to Life' (1998) III Perceptions Journal of International Affairs <<http://sam.gov.tr/pdf/perceptions/Volume-III/december%201998-february%201999/SafaReisoglu.pdf>> accessed 31 March 2022.

45 Felipe González Morales, 'Report on Means to Address the Human Rights Impact of Pushbacks of Migrants on Land and at Sea' <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/106/33/PDF/G2110633.pdf?OpenElement>> accessed 18 September 2021.

46 Legal Centre Lesvos (n 11).

47 Sir Elihu Lauterpacht and Daniel Bethlehem, 'The Scope and Content of the Principle of Non – Refoulement' in UNHCR (eds) Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection (Cambridge University Press 2003) 87.

48 AİHS (n 41) madde 3 işkence yasağını düzenler. Buna göre "[h]iç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz."

49 Amnesty International (n 28).

2. Devletin kontrol alanında bulunan mültecilere karşı uluslararası hukuktan doğan sorumluluklarını yerine getirmemesi meselesi

Devletin mültecilere yönelik sorumluluğu konusu, farklı teorilere tabi tutularak irdelenebilir.⁵⁰ Örnek olarak deontolojik etik teorisine bakılabilir. Değinilen teori takip eden sıralı kurallar etrafında sorumluluk meselesini açıklamaktadır.

- Başkasına zarar verilemez. Garantör konumunda olan, başka bir kişiye zarar verirse, zarar gören tarafa karşı sorumluluk almalıdır.
- Sorumluluk tazminat ödenmesi ile gerçekleşir ya da başka bir yol ile karşılığı sağlanır.⁵¹

Ancak deontolojik etik, garantör/devlet için başkalarına zarar vermemek dışında başka bir sorumluluk belirlememektedir. Örneğin, başkaları için iyilik yapmak amacıyla bir yol seçmeyi veya ortak bir çıkar oluşturmaya yönelik çalışmayı talep etmemektedir. Bu nedenle deontolojik yaklaşımın, kişinin kendi hayatını – kimseye zarar vermeme – mottosu ile idame ettirmesi mantığı üzerine kurduğu düşünüldüğünde, bu anlayışın bencilliği veya bireyciliği teşvik ettiği ileri sürülmektedir.⁵²

Deontolojik yaklaşımı devletlerin mültecilere karşı olan sorumlulukları meselesine uygulayalım. Bu durumda, devletler tarafından mültecilere zarar vermemek düzleminde yol gösterilmesinin, mültecilere yine de zarar verebileceği sonucuna varabilmekteyiz. Örneğin, bir devlet mültecileri şiddet içermeyen bir şekilde geri iterse veya sığınma başvurularını mültecilere fiziksel olarak zarar vermeksizin dolaylı veya pasif yollarla kabul etmezse, yine de mülteciler için bu durum tehlikeli sonuçlara yol açabilmektedir. Dolayısıyla fiilen yıkıcı bir eylemde bulunmama durumu, mültecilere bir can simidi sunularak tamamlanmalıdır. Bu can simidi mülteciyi her türlü baskıdan, kendilerine yabancılaşmadan ve manipülasyondan kurtarmak amacıyla yapılmalıdır.⁵³ Öte yandan, kişilerin belli bir refah düzeyine ulaşmaları amacıyla, onlara yardım edilmesi yönünde bir kavrayışın olup olmaması gerekliliğini ahlaki açıdan da tartışabiliriz. Hatta, başka birine yardım etmek hususu, toplumlar boyutunda daha geniş bir düzlemde değerlendirilebilir. Bu noktada karar verilmesi gereken husus, dünyadaki tüm devletlerin zor durumdaki kişilere destek sağlamaları gibi, onlar için evrensel bir hedefin belirlenmesinin ne kadar gerçekçi olacağıdır.⁵⁴

Anlaşılaçağı üzere, bazı devletleri veya tüm devletleri mültecileri korumak gibi bir hedefi gerçekleştirmeleri isteğiyle, onları bu yönde sorumlu kılmak hassas bir konudur. “[M]ümkün olan dünyaların en iyisinde”⁵⁵ sahip olduklarımıza sığınarak, sahip olmadıklarımızı göz ardı edebilir,

50 Jean-François Akandji-Kombe, ‘Positive Obligations under the European Convention on Human Rights A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights’ 1-68 <<https://rm.coe.int/168007ff4d>> accessed 4 April 2022.

51 Paul Tiedemann, ‘Are There Moral Duties toward Refugees? Considerations in Legal Ethics’ (2021) 10 MDPI Laws 7-8.

52 ibid 8.

53 ibid 9.

54 ibid 13.

55 Voltaire, *Candide* (1759) <https://esgici.files.wordpress.com/2010/09/candide_voltaire1.pdf> accessed 3 November 2021.

böylelikle mevcut adaletsizlikleri ve koruyucu olmayan sığınma sistemlerini bile tolere edebiliriz. Öte yandan, sorumluluk kavramını sağlam bir zemine indirgeyen başka bir yolu da seçebiliriz – insan haklarını korumak ve saygı göstermek anlayışını sürdürmek için dünyada yaşayan her bireye sorumluluk yüklemek – gibi.⁵⁶

İdeal olan amaçlar bir yana, devletlerin uluslararası hukuk kapsamında mültecileri geri göndermeme ilkesine sadık kalmamaları bile, esasen onların mültecilere yönelik temel düzeyde yer alan sorumluluklarını yerine getirmekten kaçındıkları anlamına gelmektedir. Bu çerçevede, makalenin bir sonraki adımında ulaşmayı hedeflediği noktaya yönelmek gerekir: günümüz devletleri arasındaki güç dinamikleri içerisinde, AİHM'nin geçici tedbir kararları, devletlerin mültecilere karşı olan başta geri göndermeme yönündeki sorumluluklarını hatırlatmada ne kadar etkili olabilir? Bu soruyu, bir yapbozun parçaları benzetmesi yaparak, metaforik düzlemde yeniden formüle edebiliriz. AİHM, uluslararası mülteci hukuku rejimi içerisinde, sınır adaletinin sağlanması bakımından yapbozun parçalarını birleştirici ana rollerden birisine sahip midir? Devam eden tartışma bu sorunun ışığı altında ilerler.

III. GEÇİCİ TEDBİR KARARLARININ MÜLTECİLERİN KORUNMASINDAKİ ÖNEMİ

A. AİHM MAHKEME İÇTÜZÜĞÜ MADDE 39'UN SINIRLARININ ÇİZİLMESİ

AİHM'den geçici tedbir talep edilen davalar, AİHS bünyesinde tanınmış olan hak ve özgürlüklere temas eden, sonuçları itibari ile, ağır ve onarılamaz bir zarar doğması riskinin bulunduğu durumları ilgilendirir.⁵⁷ Örneğin, ülkesine geri gönderilirse hayatını kaybetmek (AİHS Madde 2), kötü muameleye maruz kalmak (AİHS Madde 3) veya ailesinden ayrılmak (AİHS Madde 8) gibi sonuçlar bu kapsamda işaret edilebilir.

Geçici tedbir kararını bir mekanizma olarak düşünebiliriz. Bu mekanizmanın amacı, AİHS bünyesinde bir hakkının ihlal edilmesi ve ihlal neticesinde ortaya çıkacak sonucun geri dönüşü olmayan hasara yol açması sonucu ile karşı karşıya kalacak olan kişinin uğrayacağı zararları önlemektir.⁵⁸

56 Guy S Goodwin-Gill, 'Concluding Comments: Revisiting the Principles of Protection for Migrants, Refugees and Other Displaced Persons, One Year On' [2021] Cornell International Law Journal <<https://cornellilj.org/wp-content/uploads/2021/10/Goodwin-Gill-online-essay-formatted.pdf>> accessed 3 November 2021.

57 *Mamatkulov and Askarov v Turkey* App no 46827/99, 46951/99 (ECtHR, 4 February 2005) para 104. AİHM genellikle, sığınma davalarında başvuru taleplerini AİHS'nin 2. ve 3. maddelerinde yer alan yaşam hakkı ile işkence yasağı ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye maruz kalmama hakkı ile ilgili olarak değerlendirmektedir. Bununla birlikte, madde 39'a, istisnai durumlarda, 4. madde (kölelik ve zorla çalıştırma yasağı) veya 8. Madde (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) kapsamındaki diğer hakları korumak için başvurulabileceği de belirtilmelidir. European Legal Network on Asylum (ELENA) and European Council on Refugees and Exiles (ECRE), 'Research on ECHR Rule 39 Interim Measures' <<http://madde14.org/images/b/b0/Ecrerule39.pdf>> accessed 10 March 2022.

58 Clara Burbano Herrera and Yves Haeck, 'Staying the Return of Aliens from Europe through Interim Measures: The Case-Law of the European Commission and the European Court of Human Rights' (2011) 13 European Journal of Migration and Law 31.

Geçici tedbir kararlarının çoğunluğu mevcut durumun kötüleşmemesi adına, devletin eylemi durdurması yönünde yönlendirici bir karakter içerirken, bir kısmı ise devletin belli bir yükümlülüğü yerine getirmesi gerekliliğini kapsamaktadır. Dolayısıyla, geçici tedbir kararı, devletlerin mağdura koruma sağlamak gibi olumlu eylemlerde bulunmasını veya dava uluslararası organ tarafından çözülene kadar bir infazı veya iadeyi geciktirerek bu yöndeki olumsuz eylemlerin bertaraf edilmesini amaçlamaktadır.⁵⁹ AİHM bahsi geçen hususu, takip eden şekilde özetler:

“[Madde 39], Mahkemenin başvuru gerektiği gibi incelemesini engelleyebilecek geri dönüşü olmayan durumlardan kaçınmada ve uygun olduğunda başvurucuya Sözleşme’de ileri sürülen haklardan pratik ve etkili bir şekilde yararlanmasını sağlamada hayati bir rol [oynar].”⁶⁰

Örneğin, mültecilerin geri itilmesinin durdurulması yönünde AİHM geçici tedbir kararı verebilir. Bu karar, mültecilerin içerisinde bulundukları mevcut durumun daha da kötüleşmemesi adına – devletin devam eden eylemini yapmamasının – sağlanması amacına yönelik olarak değerlendirilmelidir. Örneğin, AİHM F.G. v. İsveç davası, paragraf 110’da geri itme eylemlerini de içerir, sınır dışı etme meselesi ile ilgili olarak takip eden ilkeyi ortaya koymaktadır:

“Sınır dışı etme bağlamında, söz konusu kişinin sınır dışı edilmesi halinde, hedef ülkede bir ölüm cezası, işkence veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza riskiyle karşı karşıya kalacağına inanmak için önemli nedenler varsa, 2. ve 3. maddeler, taraf devletin bu kişiyi sınır dışı etmemesi gerektiğini belirtir.”⁶¹

Hazır yeri gelmişken buraya not düşmeliyiz. Mültecilerin geri gönderilmesi riskini içeren durumlar için geçici tedbir kararlarının değerlendirilmesi meselesi yeni değildir. Örneğin, 1976 senesinde, 199 çocuğun Vietnam’a sınır dışı edilmesini içeren Becker v. Danimarka davası geri gönderme ve geçici tedbir kararı ilişkisi bünyesine oturtulabilecek olan bir yapıya sahiptir. Döneminde, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun, Danimarka devletinden, mevcut yargılamanın yürütülmesine zarar verebilecek hiçbir adım atmamasını ve yargılamayı beklerken çocukların gönderilmesi yönünde vermesi söz konusu olabilecek herhangi bir nihai kararını da ertelemesini talep ettiğini görmekteyiz.⁶²

AİHM aynı şekilde, sığınma talebinde bulunan kişilerin, geri gönderilmesi halinde politik, etnik veya dini sebepler dolayısıyla zulümle karşılaşabileceklerini değerlendirmesi halinde, geçici tedbir

59 Helene Legeay, Carla Ferstman, and Diego Rodriguez-Pinzon, ‘Panel I: The Use of Interim Measures by the Committee against Torture: Towards a Comprehensive Instrument for the Protection of Victims and Witnesses in Torture Cases’ (2013) 20 Human Rights Brief 4, 1-10.

60 *Mamatkulov and Askarov v Turkey* (n 57) para 125.

61 *FG v İsveç* App no 43611/11 (ECtHR, 16 January 2014) para 110.

62 *Henning Becker v Denmark* App no 7011/75 (ECtHR, 3 November 1975) <<https://www.refworld.org/cases,COECOMMHR,3ae6b7058.html>> accessed 4 April 2022. Detaylı analiz için bkz Eva Rieter, *Preventing Irreparable Harm Provisional Measures in International Human Rights Adjudication* (Antwerp/Oxford: Intersentia 2010) 271.

kararı vermektedir.⁶³ Bu hallerde, AİHM, söz konusu devletten, başvuranın temel haklarının ihlali konusunda gerçek bir risk altında olabileceği başka bir ülkeye ya da kendi ülkesine geri gönderilmesi kararının uygulanmamasını talep etmektedir. Bu kapsamda, madde 39 aracılığı ile başvuru sahiplerinin davaları AİHM önünde görülmeden önce, AİHS'den doğan haklarının olası ihlaline neden oluşturan devletin eylemlerinin durdurulması gerçekleşmiş olmaktadır.⁶⁴

Yukarıda verilen ön bilgi üzerine, AİHM'in, Mahkeme İçtüzüğü madde 39'da yer alan geçici tedbir kararını nasıl ve ne kapsamda verdiği sorularını yanıtlamalıyız.

İlk adımda, AİHM Mahkeme İçtüzüğü madde 39'da yer alan düzenlemeye bakalım:

“1.Daire veya gerektiği takdirde, Bölüm Başkanı ya da işbu maddenin 4. fıkrası uyarınca görevlendirilen nöbetçi bir hâkim, taraflardan birinin ya da ilgili başka bir kişinin talebi üzerine veya resen, tarafların menfaati ya da yargılamanın uygun bir şekilde yürütülmesi için alınması gerektiğini düşündükleri ihtiyati tedbirleri taraflara bildirebilmektedirler.

2.Gerektiği takdirde, Bakanlar Komitesi, bir davada alınan tedbirlerden derhal haberdar edilmektedir.

3.Daire ya da gerektiği takdirde, Bölüm Başkanı veya işbu maddenin 4. fıkrası uyarınca görevlendirilen nöbetçi bir hâkim, tarafları, bildirilen ihtiyati tedbirlerin uygulanmasına ilişkin her türlü sorun hakkında kendilerine bilgiler sunmaya davet edebilmektedir.

4.Mahkeme Başkanı, ihtiyati tedbir talepleri konusunda karar vermek üzere Bölüm Başkan Yardımcılarını nöbetçi hâkimler olarak görevlendirebilmektedir.”⁶⁵

Madde 39 düzenlemesinden hareketle, AİHM'nin ihtiyati tedbir kararı alabilmesi için birtakım şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Bu şartlar, İçtüzüğün 39. maddesinin kendi metninde bulunmamakta, ancak AİHM tarafından içtihatları aracılığıyla tesis edilmiş bulunmaktadır.

AİHM'nin ihtiyati tedbir kararı verme kriterleri, Mahkeme içtihatlarıyla birlikte takip eden şekildedir: a) ciddi nitelikte onarılamaz bir zarar tehdidi olmalıdır; b) zarar yakın olmalıdır; c) ilk bakışta, kişinin ülkeden çıkarılmasının, AİHS'yi ihlal edeceğine dair tartışılabilir bir durum olmalıdır.⁶⁶ Bahsi geçen durumlar içerisinde olan kişinin kendisi ya da temsilcisi ihtiyati tedbir kararının alınması için başvuruda bulunabilir. Ancak bahsi geçen şartların varlığı, AİHM'nin hemen geçici tedbir kararı vermesi için yeterli değildir. Bunun için, bir takım usule dayalı kuralların başvuru için izlenmiş olması da gereklidir. Öncelikle, geçici tedbir kararının verilebilmesi için ilgili devletin iç hukuk yolları ile mevcut meselenin çözümünün mümkün olmaması aranmaktadır. Kişinin, AİHS

63 *Abdollahi v Türkiye* App no 23980/08 (ECtHR, 3 November 2009); *MA v Switzerland* App no 52589/13 (ECtHR, 18 November 2014).

64 ELENA and ECRE (n 57) 13.

65 Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Mahkeme İç Tüzüğü' (Council of Europe, Ocak 2020) <https://www.echr.coe.int/documents/rules_court_tur.pdf>accessed 10 March 2022.

66 ELENA and ECRE (n 57) 14.

bünyesinde bir hakkının ihlal edilmesi olasılığının yanı sıra, iç hukuk yollarınca işletilen ya da işletilmeyen/işletilmemiş olan sürecin tespiti de önemlidir.

Ayrıca talepler, gerekli tüm destekleyici belgelerle birlikte yapılmalıdır. Özellikle ilgili yerel mahkeme veya diğer kararlar ile başvuranın iddialarını doğruladığı düşünülen diğer materyallerin başvuruya ilâştirilmiş olması gereklidir.⁶⁷ Geçici tedbir talebi, tedbir uygulanmadığı takdirde başvuranın maruz kalacağı tehlikeyi çok büyük ölçüde (very prima facie) gösteren kanıtlarla desteklenen bir biçimde sunulmalıdır. Bu, davanın kabul edilebilirlik aşamasında (admissibility criteria), AİHM tarafından gözetilen ispat seviyesinden daha düşük bir eşiktir diyebiliriz. Çünkü, burada önemli olan, başvuranın durumunu farklı kılan özel bir durumun olduğunun kanıtlanmasıdır.⁶⁸ Öte yandan, grup halinde zulüm olduğunda, başvuranın, durumunu farklı kılan özel bir halin olduğunu göstermesine gerek yoktur. AİHM, bütün bir azınlığı ilgilendiren büyük çaplı ihlallerde, daha fazla özel ayırt edici haller araştırmasının yapılmasına gerek olmadığını belirtir.⁶⁹ Madde 39 geçici tedbir talebine, AİHS'in 34. maddesi uyarınca, AİHM'ye yapılan tam bir başvuru eşlik etmesi veya geçici tedbir talebinin yapılan başvuruyu takip etmesi beklenir. Tam başvuru yapılmaması söz konusu olur ise, tedbir kaldırılır.⁷⁰

Geçici tedbir talepleri, normalde nihai ulusal kararın alınmasından sonra mümkün olan en kısa sürede yapılmalıdır. Nihai ulusal kararın yakın tarihli olduğu ve özellikle iade veya sınır dışı etme davalarında derhal uygulama riskinin bulunduğu durumlarda, başvuru sahipleri ve temsilcileri, bu kararı beklemeden geçici tedbir taleplerini sunmalıdırlar.⁷¹ Yapılan başvuruda, başvuru sahibinin, AİHS'ye aykırı olarak onarılamaz bir zarar riskiyle karşı karşıya olduğunu kanıtlaması aranır. Bunun için başvuranın olaya ilişkin iddialarına, mümkünse, belgeye dayalı kanıtlar eşlik etmelidir. Yalnızca başvuranın korkusunun ifade edilmesi nadiren yeterli kanıt olarak kabul edilir. AİHM, iddia edilen onarılamaz zarar riskinin gerçek olup olmadığını değerlendirirken, başvuran tarafından sunulan gerçeklerin güvenilirliği, ülkedeki genel durum ve ilgili olduğu durumlarda BMMYK'nın olaya müdahilliği de dahil olmak üzere bir dizi olgu ve koşulu dikkate alır.⁷²

Bu noktada vurgulanması gereken bir husus vardır. AİHM geçici tedbir kararı verirken, gerekçesinde, geniş ve muğlak tabirler de kullanmamalıdır. Aksi halde, bu durum devletler üzerinde tedbirlere uyma konusunda isteksizlik ya da bahsi geçen muğlak alanlara dayanarak tedbir kararını ifa etmeme durumunu yaratabilir.⁷³ Bunun yanı sıra, tedbir kararı verilebilmesi için, gündem konusu olan hadisenin acillik gerektirmesi ve geri dönüşü olmayacak bir hasara yol açabilecek nitelikte olması aranır.

67 'Rules of Court Practice Directions Requests for Interim Measures' (European Court of Human Rights) 55 <https://www.echr.coe.int/Documents/PD_interim_measures_ENG.pdf> accessed 11 March 2022.

68 Herrera and Haack (n 58) 33.

69 *Salah Sheekh v the Netherlands* App no 1948/04 (ECtHR, 23 May 2007) para 148

70 UNHCR, 'Toolkit on How To Request Interim Measures Under Rule 39 of the Rules of The European Court Of Human Rights For Persons in Need of International Protection' (UNHCR Representation to the European Institutions in Strasbourg, 2009) 10 <<https://www.refworld.org/pd/4f8e8f982.pdf>> accessed 11 March 2022.

71 'Rules of Court Practice Directions Requests for Interim Measures' (n 67) 56.

72 UNHCR, 'Toolkit on How to Request Interim Measures Under Rule 39 of the Rules of The European Court of Human Rights for Persons in Need of International Protection' (n 70).

73 *Aleksanyan v Russia* App no 46468/06 (ECtHR, 22 December 2008) para 223.

Geçici tedbir kararlarının harekete geçirilmesi için aranan koşulların bir adım ilerisinde, AİHM tarafından bu yönde verilen kararların, uygulamadaki işlerliğini de incelemeliyiz. Bahsi geçen etkililik, devletlerin – AİHM’nin kararına uyup uymadıkları ve bu kararlara uymak zorunda olup olmadıkları – denklemi üzerinden, takip eden şekilde açıklanabilir.

B. AİHM MAHKEME İÇTÜZÜĞÜ MADDE 39’UN UYGULAMADAKİ YERİ

Geçici tedbirler AİHS metni yerine, yalnızca Mahkeme İktüzüğünde düzenlenmiş olsa da devletler bu yönde verilen kararlara uymakla yükümlüdür. AİHM’nin iki Büyük Daire kararı, AİHM’ye, özellikle AİHS’nin 34. maddesine dayanarak bu yükümlülüğü netleştirme fırsatı vermiştir.⁷⁴ İstisnai olarak gerekçelendirilmemişse, geçici tedbir kararlarına uyulmaması AİHS’nin 34. maddesinin ihlaline yol açar. AİHM bahsi geçen bağlayıcılığı takip eden şekilde ifade eder:

“Aynı durum, 39. maddede öngörülen geçici tedbirlere uyulması konusunda da geçerlidir, çünkü bu tür tedbirler Mahkeme tarafından bireysel başvuru hakkının etkinliğini sağlamak amacıyla belirtilmiştir...Dolayısıyla, bir Sözleşmecî Devletin makamları, Mahkeme tarafından belirtilen tedbire uymak için makul olarak atılabilecek tüm adımları atmazlarsa, Madde 34 ihlal edilmiş olacaktır.”⁷⁵

Öte yandan, ulusal üstü bir mahkeme tarafından verilmiş olan geçici tedbir kararına, söz konusu devletin uyma zorunluluğu olup olmadığı meselesi klasik uluslararası hukuk teorisi çerçevesinde de yeniden sorgulanabilir. Schachter ve Pasqualucci’nin fikirlerini harmanlar isek, devletlerin bağımsızlık hakları ile geçici tedbirlerin uygulanması zorunluluğunun kesişim noktasını yorumlayabiliriz. Klasik görüşe göre, uluslararası hukuk, devletin gönüllü iradesi üzerinden yürür. Devlet bir antlaşmayı onaylaması veya gelişen bir uluslararası hukuk ilkesine ısrarla itiraz etmemesi halinde egemenliğinin belirli bir yönünden vazgeçmiş olmaktadır. Fakat, klasik görüş bu durumda devletin yalnızca anlaşmanın açık hükümlerine bağlı olduğunu belirtir. Dolayısıyla devletin açıkça kabul ettiğinden daha fazla yükümlülük altına girmemesi durumu söz konusudur. Devam eden fikir aracılığı ile, geçici tedbire ilişkin bir kararın alınması ve uygulanması gerekliliğinin devlete bildirilmesi halinde, devlet bu yönde bir zorunluluğun kurucu belgede yer almadığını ve dolayısıyla bağlayıcı olmadığını ileri sürebilir. AİHM düzleminde, AİHM Mahkeme İktüzüğü bünyesinde, geçici tedbir kararının bağlayıcı olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere, AİHM’nin yaşayan sözleşme mantığı ile, geçici koruma tedbir kararlarının devletler üzerinde bağlayıcı olduğu yönünde günümüzde kabulü söz konusudur.⁷⁶ Bu kabulün gerekliliği uluslararası insan hakları hukukunun varlık nedeninde yatar: uluslararası insan hakları hukukunun amacı,

74 *Mamatkulov and Askarov v Turkey* (n 57); *Paladi v Moldova Cumhuriyeti* App no 39806/05 (ECtHR, 10 March 2009). Ayrıca bkz Press Unit, ‘Factsheet – Interim Measures’ (European Court of Human Rights, Mart 2020), 10 <<https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/144.202.0205931Geçici%20Tedbirler.pdf>> accessed 15 March 2022.

75 *Paladi v Moldova Cumhuriyeti* (n 74) para 88.

76 Jo M Pasqualucci, ‘Interim Measures in International Human Rights: Evolution and Harmonization’ (2005) 38 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1, 6. Ayrıca bkz Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice (Developments in International Law)* (Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff 1991) 10.

bireyleri, devletin gücünü kötüye kullanmasından veya devletin, devlet içindeki kuruluşlar veya kişiler tarafından güçlerini kötüye kullanmalarını engellemedeki başarısızlığından korumaktır.⁷⁷

Geçici tedbir kararlarının bağlayıcılığı ve önemi bağlamında, AİHM'nin uygulamada geçici tedbir kararlarını, mülteciler ve sınır dışı etme örneklendirmelerinde nasıl değerlendirmiş olduğunu, bu kararların sonuçları ile birlikte devam eden kısım ortaya koymaktadır.

C. GEÇİCİ TEDBİR KARARLARININ ALINMASI VE UYGULANMASI ÖRNEKLERİ

AİHM'nin geçici tedbir kararı vermesi örnekleri ile nadiren karşılaşıldığı söylenemez. Örneğin, 20 Ağustos ve 3 Aralık 2021 tarihleri arasında AİHM, toplam 198 başvuran tarafından getirilen taleplerin 47'si hakkında geçici tedbir uygulanmasını işleme koymuştur. Taleplerin 13'ü 20 Ağustos-31 Ekim 2021 tarihleri arasında, 34'ü ise kasım ve aralık aylarında uygulanmıştır. Bu taleplerin kırk dördü Polonya'ya, biri Litvanya'ya ve ikisi Letonya'ya karşı yapılmıştır.⁷⁸

AİHM, geri itme operasyonlarını AİHS Ek Protokol No 4 madde 4 altında düzenlenmiş olan yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesi yasağı dahilinde dikkate almaktadır. Toplu sınır dışı etme yasağı, yalnızca söz konusu devletin bölgesel yargı yetkisi kapsamında değil, devletin ülke sınırları dışındaki alanlarında da etkindir.⁷⁹ Örneğin, Hirsi Jamaa ve diğerleri v. İtalya davasında AİHM, mültecilerin İtalya'dan Libya'ya geri itilmeleri durumuna ilişkin değerlendirmesinde, geri gönderme yasağının bir devletin topraklarıyla sınırlı olmadığını, aynı zamanda açık denizlerde meydana gelen faaliyetler de dahil olmak üzere ülke toprakları dışında gerçekleşen eylemler için de geçerli olduğunu belirtmektedir.⁸⁰

Buradan hareketle, aşağıdaki paragraflarda, mültecilerin ilgili devletçe geri itilmesi olaylarını kapsayan geçici tedbir karar örneklerine değinilerek, AİHM'nin vurguladığı noktalara, hangi durumların gerçekleşmiş olması halinde tedbir kararı aldığına, ve tedbir kararlarını hangi koşullarda uzatıp, kaldırdığına bakılmaktadır.

⁷⁷ ibid 7.

⁷⁸ Registrar of the Court, 'Requests for Interim Measures Concerning the Situation at the Borders with Belarus' (December 2021) 1 <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:LcHnO9XIC7QJ:https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/%3Flibrary%3DDECHR%26id%3D003.720.2976-9785391%26filename%3DRequests%2520for%2520interim%2520measures%2520concerning%2520the%2520situation%2520at%2520the%2520Polish-Belarusian%2520border.pdf+%&cd=1&hl=pl&ct=clnk&gl=pl&client=safari>> accessed 18 March 2022.

⁷⁹ Uluslararası insan hakları hukuku belgeleri, bir kişinin devletin topraklarında ikamet etmesi veya o devletin yargı yetkisine tabi olması halinde geçerlidir. Yargı ve yarı yargı organları, devletin yargı yetkisinin, bir devletin bireyleri veya belirli bir alan üzerinde *etkili kontrolü* olduğu tüm davaları kapsadığını kabul etmektedir. Solon Solomon, 'Migrant Boats on the High Seas and Their Interception through Psychologically Coercive Measures: Is There a Case to Extraterritorially Apply Human Rights Law?' (2019) 37 Netherlands Quarterly of Human Rights 1, 41.

AİHM, *Hirsi Jamaa ve Diğerleri v İtalya* davasında takip eden tespitte bulunmuştur: "Devlet bireyin durumuyla ilgili olarak onun [insan haklarını] güvence altına almak yükümlülüğü altındadır." *Hirsi Jamaa and Others v Italy* (n 43) para 132.

⁸⁰ *Hirsi Jamaa and Others v Italy* (n 43) para 64, 81-82.

İlk olarak geçici tedbir kararlarının verilmiş olduğu iki davaya değinelim. 25 Ağustos 2021 tarihinde, AİHM iki davaya ilişkin geçici tedbir kararı vermiştir. Bunlardan ilki, R.A. ve diğeri v. Polonya davası, diğeri ise; H.M.M. ve Diğeri v. Letonya davasıdır.⁸¹ AİHM, uygulanmasına karar verilen tedbirlerin geçerliliğinin 15 Eylül 2021 tarihinde sona ereceğini belirtmiştir. AİHM, Polonya ve Letonya makamlarının sınırda beklettikleri mültecilere yiyecek, su, giysi ve yeterli tıbbi bakım sağlaması; mümkünse geçici barınak temin etmeleri gerektiğini belirtmiştir. Not olarak, AİHM'nin değindiği zorunluluk, devletlerin egemenlik haklarının ihlal edilebileceği yönündeki bir değerlendirme ile de bağdaştırılmamalıdır. Nitekim, AİHM de vermiş olduğu kararda, devletlerin sınırında bekleyenlere insani yardımda bulunmasının, onların egemenlik haklarını kısıtlamayacağını hatırlatır. Ancak daha sonra Polonyalı yetkililer, AİHM tarafından verilen karardaki geçici tedbirleri uygulamamış, soğuk hava şartları altında sınırda bekleyen insanların sığınma taleplerini değerlendirmemişlerdir.⁸² H.M.M. ve Diğeri v. Letonya davasına ilişkin olarak da, 15 Eylül 2021 tarihinde AİHM, geçici tedbir kararının uygulanmasına son verilmesine karar vermiştir. AİHM'nin belirttiği üzere, grupta bulunan toplam 11 kişi (altı yetişkin ve beş çocuk), başta sağlık sorunları olmak üzere insani nedenlerle ve bazılarının reşit olmaması sebebiyle, Letonya topraklarına kabul edilmişlerdir. Diğer başvuranlar artık sınır bölgesinde veya yakınında bulunmamaktadırlar.

M.K. ve Diğeri v. Polonya⁸³ davasında AİHM, sınır kapısına geldiklerinde sığınma başvurusunda bulunmalarına izin verilmeyen ve zincirleme olarak kendi ülkelerine geri gönderilme riskiyle karşı karşıya olan başvuranların durumunu incelemiştir. AİHM bu dava kapsamında, İçtüzüğü'nün 39. maddesi uyarınca geçici tedbir kararının verilmesi gerekliliğini takip eden hususlara dayandırmıştır: başvuranın bir Rus vatandaşı olarak Belarus devletinden uluslararası koruma başvurusunda bulunmak imkanının olmaması; Çeçenya'ya sınır dışı edilme riski altında olması; ve orada işkence veya diğer insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleler ile karşı karşıya kalacak olması. 8 Haziran 2017 tarihinde, saat 10.52'de AİHM (görev hâkimi), Polonya Hükümeti'ne başvuranın 23 Haziran 2017 tarihine kadar Belarus'a gönderilmemesi gerektiğini belirterek, Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. maddesinin uygulanmasına karar vermiştir. Bahsi geçen karar, planlanan sınır dışı etme zamanından önce, Polonya hükümetine bildirilmiştir. Bununla birlikte, başvuran saat 11.25'te, yine de Belarus'a

81 Bahsi geçen davalara ilişkin değerlendirmeler AİHM tarafından yayımlanmış olan basın açıklamasında yer alan bilgiler ışığında yapılmıştır. Detaylar için bkzn Registrar of the European Court of Human Rights, 'Court Indicates Interim Measures in Respect of Iraqi and Afghan Nationals at Belarusian Border with Latvia and Poland' <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003.713.4761-9667819&filename=Notification%20and%20application%20of%20interim%20measures%20in%20the%20case%20R.A.%20and%20Others%20v.%20Poland%20lodged%20by%2032%20Afghans.pdf>> accessed 4 April 2022.

82 Polonya Hükümeti Mahkeme'nin vermiş olduğu ilgili geçici tedbir kararına ilişkin takip eden açıklamayı yapmıştır: "Polonya Mahkeme'nin vermiş olduğu kararın insani yönünü anlasa da komşu ülkenin bütünlüğünü ihlal edemez. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bir taraf devletin yargı yetkisi dahilinde geçerlidir; ancak Belarus imzacı devlet değildir. Belarus tarafının rızası olmadan Belarus Cumhuriyeti topraklarında kalan kişilere karşı Polonya Cumhuriyeti topraklarından alınan herhangi bir eylem, Belarus topraklarında gerçekleştirilen müdahale teşkil edecektir. Bu nedenle, Sınır Muhafız memurları, yabancılardan topraklara temaslarına izin veremez veya malların ve ticari malların sınırdan düzensiz bir şekilde geçişine neden olamaz." Republic of Poland Ministry of the Interior and Administration, 'Poland Provided the ECHR with Its Position on the Order for Interim Measures' (30 September 2021) <<https://www.gov.pl/web/mswia-en/poland-provided-the-echr-with-its-position-on-the-order-for-interim-measures>> accessed 4 April 2022.

83 *MK and Others v Polonya* App no 40503/17, 42902/17 and 43643/17 (ECtHR, 23 July 2020).

iade edilmiştir.⁸⁴ Dolayısıyla davalı devlet, 34. madde kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmemiştir.

Kebe ve Diğerleri v. Ukrayna davasında da, geçici tedbir kararının uygulanma nedenlerinin AİHM tarafından açıklandığını görürüz. 2 Mart 2012 tarihinde, başvuranlar adına hareket eden Z., AİHM'ye, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 39. maddesi uyarınca geçici tedbir uygulanması talebinde bulunmuştur. Z., geri gönderilmek üzere bindirildikleri geminin rotasının Suudi Arabistan olma riskinin bulunduğunu belirtmiştir. Z., Suudi Arabistan yetkililerinin başvuranları kötü muamele ile karşı karşıya kalacakları menşe ülkelerine zorla geri göndermeleri yönünde karar alacaklarına ilişkin gerçek bir risk söz konusu olduğunu ileri sürmüştür. Bu sebeple, başvuranlar, AİHM'den Ukrayna Hükümeti'nin, onların gemiyi terk etmesi, bir avukata ve iltica prosedürüne erişimlerine izin vermesi için karar almasını talep etmişlerdir. Aynı gün AİHM geçici tedbir kararı verilmesi talebini kabul etmiştir.⁸⁵

Benzer bir sonuca AİHM D.A. ve Diğerleri v. Polonya davasında da erişmiştir.⁸⁶ Bahsi geçen davada, başvuranlar 14 ve 18 Temmuz 2017 tarihleri arasında üç kez Terespol'deki Polonya-Belarus sınır kapısına seyahat etmişlerdir. Başvurucular, her defasında, şiddetli silahlı çatışmanın sürdüğü Suriye'den geldiklerini belirtmişler ve uluslararası koruma başvurusunda bulunmak istediklerini açıkça ifade etmişlerdir. Başvuranların Terespol sınır kapısına geldikleri tüm durumlar için, Polonya'ya girişlerine izin veren herhangi bir belgeye sahip olmadıkları ve yalnızca ekonomik nedenlerle göç etmeye çalıştıkları gerekçeleriyle, Polonya sınırından uzaklaştırılmaları yönünde idari karar alınmıştır. Sınır muhafızları görevlileri tarafından Lehçe hazırlanan ve başvuranlar tarafından imzalanmayan resmi belgelerde, başvuranların zulüm riski altında olduklarını belirtmelerinin yanı sıra, ekonomik veya kişisel nedenlerle (özellikle Avrupa'da yaşayan ailelerine katılmak veya Belarus dışında profesyonel kariyer yapmak için) göç etmeye çalıştıklarını söyledikleri kaydedilmiştir. 20 Temmuz 2017 tarihinde, başvuranlar Terespol'deki sınır kapısına geldiklerinde, temsilcileri Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. maddesi uyarınca başvuranların Belarus'a sınır dışı edilmesinin önlenmesini talep etmiştir. 20 Temmuz 2017 günü, saat 10.08'de AİHM görev hâkimi, başvuranların 3 Ağustos 2017 tarihine kadar Belarus'a gönderilmemesi gerektiğini belirterek, Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. maddesinin uygulanmasına karar vermiş ve bu karar planlanan sınır dışı etme zamanından önce Hükümete bildirilmiştir. Fakat başvuranlar, saat 11.25'te yine de Belarus'a geri gönderilmişlerdir. 21 Temmuz 2017 tarihinde başvuranlar, yanlarında AİHM'nin geçici tedbir kararına ilişkin kararını bildiren mektubun bir kopyası ile Terespol'deki sınır kontrol noktasına geri dönmüşlerdir. Başvuranlar, sınır muhafızlarının uluslararası koruma taleplerini görmezden gelen tutumları ile karşılaştıklarından, görüşmenin seyrini cep telefonlarına kaydetmeye çalıştıklarını da iddia etmişlerdir. Ancak yine iddia edildiği üzere, görüşmeyi yapan görevliler bunu fark edince, başvuruçuların telefonlarını almışlar ve kayıtları silmişlerdir. Ardından, başvuranlar tekrar Belarus'a geri gönderilmişlerdir. 21 Temmuz 2017'de Hükümet, AİHM'den, İçtüzüğün 39. maddesinde belirtilen geçici tedbire ilişkin kararını yeniden gözden geçirmesini talep etmiştir. Hükümet, başvuranların hiçbir zaman uluslararası koruma

84 ibid para 15 ve 16

85 *Kebe and Others v Ukrayna* App no 12552/12 (ECtHR, 12 January 2017) para 24-25.

86 *DA and Others v Polonya* App no 51246/17 (ECtHR, 8 July 2021) para 5-27.

talep etmediklerini ve böyle bir koruma için herhangi bir gerekçe göstermediklerini ileri sürmüştür. 3 Ağustos 2017’de AİHM görev hâkimi, geçici tedbirin 8 Eylül 2017’ye kadar uzatılmasına karar vermiştir. Buna göre, AİHM sığınma başvurularının incelenmesini bekleyen başvuru sahiplerinin Belarus’a geri gönderilmemesi gerektiğini bildirmiştir. 7 Eylül 2017 tarihinde AİHM görev hâkimi geçici tedbirin bir sonraki bildirimine kadar uzatılmasına karar vermiştir. 20 Ekim 2017 tarihinde, Hükümet, davanın kabul edilebilirliği ve esasına ilişkin görüşlerini sunarken, AİHM’den geçici tedbiri kaldırmasını tekrar talep etmiştir. 22 Şubat 2018’de Bölüm Başkanı bu talebi reddetmiştir.

A.S. ve Diğerleri v. Litvanya⁸⁷ davasında da AİHM, geçici tedbir kararını beş Afgan uyruklu lehine, 8 Ağustos 2021 tarihinden 29 Eylül 2021 tarihine kadar uygulanmak üzere almıştır. Fakat AİHM, 29 Eylül 2021 tarihli kararında, Belarus-Litvanya sınırında kalmış olan beş Afgan mülteci hakkında, 8 Ağustos tarihli geçici tedbir kararının uygulanmasının devam etmemesine karar vermiştir. Çünkü, başvuruların halihazırda Litvanya topraklarında bulunmaları durumu göz önünde bulundurulmuş ve Litvanya Hükümeti de, sığınma talepleri incelenene kadar başvurucuları Litvanya’dan sınır dışı etmeyeceklerine dair AİHM’ye güvence vermiştir.

Yukarıda yer alan örnekler, AİHM’nin geçici tedbir kararlarını nasıl ve hangi durumlarda aldığını ortaya koyar. Fakat AİHM’nin geçici tedbir kararı alması sürecine ilişkin durum üzerine bir tespit yapılması da gereklidir. İlk olarak, AİHM’nin geçici tedbir kararı verebilmesi için aranan yasal şartları göz önünde bulundurduğumuzda, AİHM’nin bu şartları sıkı bir şekilde değerlendirmesi fiilen acil müdahale gerektiren durumlarda, kişilerin hali hazırda mevcut olan mağduriyetlerini arttıran bir etkiye neden olabilir. Örneğin, AİHM tarafından yayımlanan geçici tedbir kararının uygulanması şartlarını içeren yönergede takip eden ifade yer alır: “*Mahkeme İç Tüzüğü’nün 39. maddesi uyarınca geçici tedbir talebinde bulunan başvuru sahipleri veya kanuni temsilcileri aşağıda belirtilen gerekliliklere uygunluk göstermelidir.*”⁸⁸ Bahsi geçen uygunluk kriterleri, makalenin yukarıda yer alan ilgili bölümlerinde açıklandığı üzere, başvuruya eşlik eden bilgiler, başvurunun faks ya da mektup ile AİHM’ye ulaştırılması, başvuru zamanının en kısa sürede olacak şekilde gözetilmesi, iç hukuk yollarının tüketilmiş olması başlıkları altında değerlendirilebilir.⁸⁹ Bu durumda, yapılacak olan geçici tedbir kararı alınması yönündeki başvuru, şekli şartlardan birisine uygunluk göstermez ise, bu durum AİHM’nin başvuru değerlendirmeye almaması anlamına gelebilir.

Mann, AİHM’nin AİHS 3. madde bağlamında geçici tedbir kararı vermesine ilişkin yaptığı bir incelemede, başvuranın sınır dışı edilmesi durumunda insanlık dışı muamele tehdidi ile karşı karşıya kalabileceğine dair somut kanıt sunulmasında ısrar etmemesi gerektiği yönünde bir analiz ortaya koyar.⁹⁰ Mann’ın eleştiri getirdiği nokta, mültecilerin pratikte mahkemeye istenilen kanıtları sağlayıp

87 Registrar of the European Court of Human Rights, ‘Court Indicates Interim Measure in Respect of Afghan Nationals at the Lithuanian Belarusian Border’ <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003.711.3024-9633156&filename=Interim%20measures%20Lithuanian-Belarus%20border.pdf>> accessed 4 April 2022.

88 ‘Rules of Court Practice Directions Requests for Interim Measures’ (n 67) 55.

89 ibid 55-56.

90 Itamar Mann, ‘A Lost Opportunity for Border Justice at the European Court of Human Rights’ (*EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*, February 2022) <<https://www.ejiltalk.org/a-lost-opportunity-for-border-justice-at-the-european-court-of-human-rights/>> accessed 18 March 2022.

sağlayamamaları üzerinde durulması halinde, madde 39 kapsamındaki geçici tedbir kararlarının uygulamada işlevsiz hale gelebileceği üzerinedir. Aynı düzlemde, Eleftheriadis, sınırda gerçekleşen, geri itme eyleminin kanuna aykırılık kapsamında başlı başına bir ihlal olduğunu ekler. Dolayısıyla, kişinin hukuka aykırı eylemin gerçekleştiğinin iddia edildiği bölgede bulunduğunu kanıtlaması dışında başka bir kanıtı ihtiyaç duyulmaması gerekir. Bu yönde bir yaklaşımın benimsenmesi, AİHM'nin madde 39 uyarınca geçici tedbir kararı vermesi için aranacak olan şartları daha basit ve uygulanabilir bir zemine oturtmasını sağlar. Çünkü burada asıl mesele, devlet tarafından organize edilen hukuka aykırı eylemin varlığıdır. Bu nedenle geri dönüşü olmayacak olan devlet eliyle gerçekleştirilen eylemlere ilişkin iddiaların, bir an önce yerli ve ulus üstü kurumlar (örneğin AİHM) tarafından etraflıca araştırılması – ve dolayısıyla kurumların şekli şartları katı bir şekilde değerlendirmiyor olması – büyük önem taşımaktadır.⁹¹

İkinci endişe verici husus, devletin AİHM'nin verdiği geçici tedbir kararına uymaması halinde ne olacağı sorusunda yatar. Sonuç itibarıyla bu hal mültecinin devam eden mağduriyetinin kendisi için istenmeyen bir sonuca doğru gideceği anlamına gelir. Devletin sorumluluğu meselesini ise, uzun vadeli olarak değerlendirmek gerekir. Uzun vadede, geri itme operasyonlarının örneğin işkence boyutunda insanlığa karşı suçlar kapsamında değerlendirilmesi söz konusu olur ise, ilgili devlet yetkililerinin eylemlerinin Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) tarafından dikkate alınması durumu söz konusu olabilir. Ancak geçmiş tecrübeler, UCM'nin mültecilerin ilgili devlet yetkilileri tarafından istismar edildikleri iddiaları ile yapılan başvurulara olumlu yanıt vermediğini göstermektedir.⁹² Dolayısıyla uzun vadede, mültecilere yönelik istismar ve kötü muamele, insan hakları ihlallerine ilişkin yayımlanan raporların ve akademik tartışmaların işaret ettiği meselelerin ötesine yani kelimelerin dışına taşınamamış olmaktadır.

SONUÇ

Devletler, dünya genelinde ortaya çıkan siyasi, askeri ve ekonomik etmenler paralelinde, sınır kontrollerini çeşitli yollarla sıkılaştırabilmekte, ülkelerine giriş çıkışları kontrol veya ülkeye girişleri engellemeye yönelik yöntemlere başvurabilmektedirler. Bahsi geçen yöntemler dahilinde makale geri itme operasyonları üzerine inceleme yürütmüştür. Analiz kapsamında açıklandığı üzere, sığınma başvurusunda bulunmak amacı içerisinde olan bir mültecinin, ilgili devlet tarafından, bu amacına ulaşmasının geri itme operasyonu ile engellenmesi, devletin hukuka aykırı eylemi olarak değerlendirilmelidir. Mültecinin devlet kontrolü altına girmesinden itibaren, sığınma talep etmek

91 Pavlos Eleftheriadis, 'Pushbacks and Lawlessness' (*EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 25 March 2022) <https://www.ejiltalk.org/20837-2/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=ejil-talk-newsletter-post-title_2> accessed 28 March 2022.

92 Communiqué to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Under Article 15 of the Rome Statute, 'The Situation in Nauru and Manus Island: Liability for Crimes Against Humanity in the Detention of Refugees and Asylum Seekers' <https://c5e65ece-003b-4d73-aa76-854664da4e33.filesusr.com/ugd/b743d9_e4413cb72e1646d8bd3e8a8c9a466950.pdf> accessed 5 April 2022. Ayrıca bkz European Center for Constitutional and Human Rights, 'Migrants and Refugees in Libya Face Crimes against Humanity: The ICC Must Investigate' <https://www.ecchr.eu/en/case/migrants-and-refugees-in-libya-face-crimes-against-humanity-the-icc-must-investigate/#case_case> accessed 5 April 2022.

isteğinin, devlet tarafından dikkate alınması gereklidir. Sığınma talebinin değerlendirilmesine ilişkin sürecin başlatılması, sınır adaletinin mülteci lehine sağlanması için elzemdir. Sınır adaleti, her bireyin sığınma arama hakkı olduğunu, devletlerin ilgili hukuki düzenlemelerine ve uygulamalarına yansıtılması ile mümkün olabilir. Fakat günümüzde, devletlerin mültecilerin sığınma başvurularını sınır adaletinin sağlanması amacına uygun bir şekilde hayata geçirmediğini, özellikle geri itme operasyonları örnekleri dahilinde görmekteyiz.

AİHM geçici tedbir kararları, mültecinin geri itme operasyonları kapsamında devletin hukuka aykırı eylemine karşı, sınır adaletinin sağlanması açısından en hızlı korumayı getirir. Geçici tedbir kararları devletlerin hukuka aykırı eylemlerini durdurucu etkiye sahiptir. Ancak bazen uygulamada devletlerin, AİHM tarafından verilmiş geçici tedbir kararına rağmen, karara konu eylemine devam ettiğini – örneğin mültecileri geri ittiğini görmekteyiz. Devletlerin mültecilere karşı sorumlulukları meselesi dahilinde irdelendiği üzere, devletlerin uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerini yerine getirmeleri beklenir. Ayrıca, AİHM içtihadı gereğince de, geçici tedbir kararları bağlayıcıdır.

AİHM geçici tedbir kararlarının karşı karşıya kaldığı tek sorun, devletlerin karara uygun davranıp davranmadıkları meselesi değildir. AİHM tarafından geçici tedbir kararının ivedilikle alınması ve uygulanması gerekliliği, devletin hukuka aykırı eyleminin mağduru açısından büyük önem taşır. Geçici tedbir kararlarının uygulanması hakkında usule ilişkin kuralların katı takibi, mülteciye hızlı bir şekilde koruma getirilmesine engel oluşturabilecek sonuçlara yol açabilir. Bu sebeple, AİHM'nin ivedilik gerektiren ve geri dönüşü olmaz insan hakları ihlalleri ile sonuçlanabilecek olan geri itme olaylarında, usule ilişkin süreci daha esnek bir şekilde değerlendirmesi beklenmektedir.

Öte yandan, yukarıda bahsi geçen hususlar dikkate alınarak AİHM geçici tedbir kararlarının etkisiz olduğu yönünde bir sonuca ulaşılmamalıdır. Çünkü AİHM, yalnızca önüne gelen meseleler üzerine karar vermekle kalmaz, verdiği kararlar aracılığı ile aynı zamanda AİHS kapsamındaki hakları açıklamak ve hakların etki alanını aydınlatmak yolları ile, mağdurun korunması açısından devletlere yol göstericilik yapar. Geçici tedbir kararları aracılığı ile, ulusal üstü bir mahkemenin bir devletin hukuka aykırı eylemine işaret etmesi, Kotefe atıfı, şiddetin görünür kılınması, dillendirilmesi ve dolayısıyla bilinmesi için önemlidir. Çünkü şiddetin varlığı kabul edildiği ölçüde gerçeklik kazanır ve ancak o zaman yok edilmesi için çaba sarf edilebilir.

KAYNAKÇA

Abu Zubaydah v Litvanya App no 46454/11 (ECtHR, 31 May 2018)

Abdollahi v Türkiye App no 23980/08 (ECtHR, 3 November 2009)

AA v Greece App no 12736/20 (ECtHR, 7 Mart 2020)

Achiume E T, 'Migration as Decolonization (2019) 71 Stanford Law Review

Altioğ B and Tosun S, 'Understanding Foreign Policy Strategies during Migration Movements: A Comparative Study of Iraqi and Syrian Mass Refugee Inflows to Turkey' [2019] Taylor & Francis Turkish Studies

Aleksanyan v Russia App no 46468/06 (ECtHR, 22 December 2008)

Aksel D B and İçduygu A, 'Borders and the Mobility of Migrants in Turkey' <http://ceaseval.eu/publications/32_WP4_Turkey.pdf> accessed 25 October 2021

- Amnesty International, 'Greece: Violence, Lies, And Pushbacks Refugees and Migrants Still Denied Safety and Asylum at Europe's Borders' <https://www.amnesty.gr/sites/default/files/new_edited_22_jun_greece-violence_lies_and_pushbacks2_eur25-4307-2021_002_002.pdf> accessed 6 September 2021
- Azevedo R T and others, 'When the Lens Is Too Wide: The Political Consequences of the Visual Dehumanization of Refugees' (2021) 8 *Humanities And Social Sciences*
- Akandji-Kombe J F, 'Positive Obligations under the European Convention on Human Rights A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights' 1-68 <<https://rm.coe.int/168007ff4d>> accessed 4 April 2022.
- Communiqué to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Under Article 15 of the Rome Statute, 'The Situation in Nauru and Manus Island: Liability for Crimes Against Humanity in the Detention of Refugees and Asylum Seekers' <https://c5e65ece-003b-4d73-aa76-854664da4e33.filesusr.com/ugd/b743d9_e4413cb72e1646d8bd3e8a8c9a466950.pdf> accessed 5 April 2022
- Council of Europe, 'Chart of Signatures and Ratifications of Treaty 046' <<https://www.coe.int/en/web/conventions/recent-changes-for-treaties?module=signatures-by-treaty&treatyenum=046>> accessed 28 March 2021
- Council of Europe, 'Chart of Signatures and Ratifications of Treaty 046' <<https://www.coe.int/en/web/conventions/recent-changes-for-treaties?module=signatures-by-treaty&treatyenum=046>> accessed 28 March 2021
- Cantor D and Durieux J F (eds), *Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law* (BRILL 2014)
- Costello C, 'Safe Country? Says Who?' (2016) 28 *International Journal of Refugee Law*
- DA and Diğerleri v Polonya* App no 51246/17 (ECtHR, 8 July 2021)
- Dosenrode S, 'Europeanization', *Oxford Research Encyclopedias* (2020) <<https://oxfordre.com/politics/view/10.1093/acrefore/978.019.0228637.001.0001/acrefore-978.019.0228637-e-1477>> accessed 4 November 2021
- Dubow T and Kuschminder K, "I Don't Have Any Other Choice" – Refugee Women's Journeys to Europe' (*Women & Migration*, 25 November 2021) <<https://womenandmigration.com/case-study/journey/>> accessed 8 December 2021
- ECRE European Council on Refugees and Exiles, 'Greece: Pushbacks by Sea to Go Before ECtHR, Access to Procedures Restricted on Land, Rule of Law Concerns in Asylum System Persist, Commission Challenges Legality of the Safe Third Country Concept' (ECRE, January 2022) <<https://ecre.org/greece-pushbacks-by-sea-to-go-before-ecthr-access-to-procedures-restricted-on-land-rule-of-law-concerns-in-asylum-system-persist-commission-challenges-legality-of-the-safe-third-country-concept/>> accessed 28 March 2022
- Eleftheriadis P, 'Pushbacks and Lawlessness' (*EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 25 March 2022) <https://www.ejiltalk.org/20837-2/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=ejil-talk-newsletter-post-title_2> accessed 28 March 2022
- European Center for Constitutional and Human Rights, 'Migrants and Refugees in Libya Face Crimes against Humanity: The ICC Must Investigate' <https://www.ecchr.eu/en/case/migrants-and-refugees-in-libya-face-crimes-against-humanity-the-icc-must-investigate/#case_case> accessed 5 April 2022
- European Court of Human Rights, 'Court Indicates Interim Measures in Respect of Iraqi and Afghan Nationals at Belarusian Border with Latvia and Poland' <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=EC_HR&id=003.713.4761-9667819&filename=Notification%20and%20application%20of%20interim%20>

- measures%20in%20the%20case%20R.A.%20and%20Others%20v.%20Poland%20lodged%20by%2032%20Afghans.pdf> accessed 4 April 2022
- European External Action Service (EEAS), 'Libyan Coast Guard and Navy Monitoring – Four Monthly Report August – November 2021' (Council of Europe 2022) Restreint UE/EU Restricted EEAS (2022) 1 <<https://s3.documentcloud.org/documents/21185907/libyan-coast-guard-and-navy-monitoring-four-months-report-august-november-2021.pdf>> accessed 4 April 2022
- European Legal Network on Asylum (ELENA) and European Council on Refugees and Exiles (ECRE), 'Research on ECHR Rule 39 Interim Measures' <<http://madde14.org/images/b/b0/Ecrerule39.pdf>> accessed 10 March 2022
- FG v *İsveç* App No 43611/11 (ECtHR, 16 January 2014)
- Galvin J, 'Is the EU Funding a "War on Migration"? Here's the Evidence' (*The Outlaw Ocean Project*, February 2022) <<https://theoutlawocean.substack.com/p/is-the-eu-funding-a-war-on-migration?token=eyJ1c2VyX2lkIjoyNDZNTc2OCwicG9zdF9pZCI6NDgwNTcxMzMzIl8iOiJiZGVVPKysImldhCI6MTY0Mzc5MjAzOCwiZXhwIjoxNjQzNzk1NjM4LCJpc3MiOiJwZWdWItMjQwMTQyIiwic3ViIjoicG9zdC1yZWZjdGlvbiJ9.1L4d3IRF9r6XvVqebSCZPYJkt9ODy07ahOWB04iXqdk&s=r>> accessed 18 March 2022
- Gera V and Scisłowska M, 'Tensions Rise in Migrant Standoff at Poland-Belarus Border' [2021] *The Washington Post* <https://www.washingtonpost.com/world/migrants-camp-overnight-at-polish-border-after-tense-day/2021/11/09/f4d71f48-4138-11ec-9404-50a28a88b9cd_story.html> accessed 16 November 2021
- Georgia D, 'Desecuritizing Migration in Greece: Contesting Securitization through "Flexicuritization"' [2021] *International Migration* <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/imig.12837?casa_token=olXRfQEi07QAAAAA%3AJxP2RubZMl3DCTAIReU0Xq99VpCPvhcbFs5ciT9sQFIH_G3NhZ9GxHir98i0BeuKW2W2FSKDTfn5Lj8> accessed 2 February 2022
- Gammeltoft-Hansen T, *Access to Asylum International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control* (Cambridge University Press 2011)
- Gemalmaz M S, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş* (6th edn, Legal 2007)
- Goodwin-Gill G S, 'Concluding Comments: Revisiting the Principles of Protection for Migrants, Refugees and Other Displaced Persons, One Year On' [2021] *Cornell International Law Journal* <<https://cornellilj.org/wp-content/uploads/2021/10/Goodwin-Gill-online-essay-formatted.pdf>> accessed 3 November 2021
- Goldner L I and Nagy B, 'External Border Control Techniques in the EU as a Challenge to the Principle of Non-Refoulement' (2021) 17 *European Constitutional Law Review*
- Hathaway J C, 'A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law' (1990) 31 *Harvard International Law Journal*
- Hathaway J C and Neve R A, 'Making International Refugee Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection' (1997) 10 *Harv. Hum. Rts. J* 115
- Henning Becker v Denmark* App no 7011/75 (ECommHR, 3 November 1975) <<https://www.refworld.org/cases,COECOMMHR,3ae6b7058.html>> accessed 4 April 2022
- Herrera B C and Haeck Y, 'Staying the Return of Aliens from Europe through Interim Measures: The Case-Law of the European Commission and the European Court of Human Rights' (2011) 13 *European Journal of Migration and Law*
- Hirsi Jamaa and Diğerleri v Italy* App no 27765/09 (ECtHR, 23 February 2012)
- Hathaway J C, 'International Refugee Law: The Michigan Guidelines on the Internal Protection Alternative' <<https://www.refworld.org/pdfid/3dca73274.pdf>> accessed 15 March 2022

- 'Incident or Information Report' <<https://interactive.guim.co.uk/2016/08/nu-files/pdf/sca140418.pdf>> accessed 8 December 2021
- Ilcan S, 'The Borderization of Waiting: Negotiating Borders and Migration in the 2011 Syrian Civil Conflict' [2020] SAGE Journals Environment and Planning C: Politics and Space <<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/239.965.4420943593>> accessed 28 March 2022
- İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme ile bu Sözleşme'ye Ek Birinci Protokol'da Tanınmış Bulunan Haklardan ve Özgürlüklerden Başka Hak ve Özgürlükler Tanıyan Protokol No: 4 16 Eylül 1963, ETS 46 (Ek Protokol No 4)
- İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olarak değiştirilmiş) (AİHS), 11 ve 14 numaralı Protokollerle değiştirilmiş, 4 Kasım 1950, ETS 5
- Kebe and Diğerleri v Ukrayna* App no 12552/12 (ECtHR, 12 January 2017)
- Kotef H, 'Violent Attachments' (2020) 48 SAGE Political Theory
- Kawakibi S, 'The Syrian Crisis and Its Repercussions: Internally Displaced Persons and Refugees' (European University Institute, Florence Robert Schuman Centre For Advanced Studies Migration Policy Centre (MPC)) MPC Research Report 2013/03 <<https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/29453/MPC-RR-2013%2003.pdf?sequence=1>> accessed 25 March 2022
- Kim S, 'Non-Refoulement and Extraterritorial Jurisdiction: State Sovereignty and Migration Controls at Sea in the European Context' (2017) 30 Leiden Journal of International Law
- Kuschminder K and Triandafyllidou A, 'Smuggling, Trafficking, and Extortion: New Conceptual and Policy Challenges on the Libyan Route to Europe' 52 Antipode Wiley Online library <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/anti.12579>> accessed 8 December 2021
- Kalpouzos I and Mann I, 'Banal Crimes against Humanity: The Case of Asylum Seekers in Greece' (2015) 16 Melbourne Journal of International Law <<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2015/1.html>> accessed 14 November 2022.
- LA and Others v Greece* App no 12237/20 (ECtHR, 5 Mart 2020)
- Lauterpacht S E and Bethlehem D, 'The Scope and Content of the Principle of Non – Refoulement' in UNHCR (eds) *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection* (Cambridge University Press 2003)
- Legeay H, Ferstman C, and Rodriguez-Pinzon D, 'Panel I: The Use of Interim Measures by the Committee against Torture: Towards a Comprehensive Instrument for the Protection of Victims and Witnesses in Torture Cases' (2013) 20 Human Rights Brief
- Larking E, *Refugees and the Myth of Human Rights Life Outside the Pale of the Law* (Ashgate Publishing Limited 2014)
- Latin Amerika'da Mülteciler ve Silahlı Çatışmalardan ve Diğer Şiddet Durumlarından Kaçan Kişilerin Korunmasına İlişkin Cartagena Bildirgesi (22 Kasım 1984) OAS Doc OEA/Ser L/V/II 66/doc 10
- Legal Centre Lesvos, 'Crimes Against Humanity in the Aegean' (2021) <<http://legalcentrelesvos.org/wp-content/uploads/2021/02/Collective-Expulsions-in-the-Aegean-LCL-01.02.2021-1.pdf>> accessed 17 May 2021
- Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme (kabul ediliş tarihi 28 Temmuz 1951, yürürlüğe giriş tarihi 22 April 1954) 189 UNTS 137 (1951 Cenevre Sözleşmesi)
- Mamatkulov and Askarov v Turkey* App no 46827/99, 46951/99 (ECtHR, 4 February 2005)
- MK and Diğerleri v Polonya* App no 40503/17, 42902/17 and 43643/17 (ECtHR, 23 July 2020)
- McAdam J, 'Protecting People Displaced by the Impacts of Climate Change: The UN Human Rights Committee and the Principle of Non-Refoulement' (2020) 114 American Journal of International Law

- Mann I, 'Border Justice in the Age of Pandemic' (*Just Security*, August 2020) <<https://www.justsecurity.org/72078/border-justice-in-the-age-of-pandemic/>> accessed 7 March 2022
- Mann I, 'Attack by Design: Australia's Offshore Detention System and the Literature of Atrocity' [2021] *European Journal of International Law* <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3787661> accessed 14 April 2021
- Mann I, 'A Lost Opportunity for Border Justice at the European Court of Human Rights' (*EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*, February 2022) <<https://www.ejiltalk.org/a-lost-opportunity-for-border-justice-at-the-european-court-of-human-rights/>> accessed 18 March 2022
- Mann I and Keady-Tabbal N, 'Torture by Rescue: Asylum-Seeker Pushbacks in the Aegean How Summary Expulsions from Greece Have Continued with Impunity' (*Just Security*, 26 October 2020) <<https://www.justsecurity.org/72955/torture-by-rescue-asylum-seeker-pushbacks-in-the-aegean/>> accessed 14 November 2022.
- Mann I, 'Border Violence as Crime' (2021) 42 U. Pa. J. Int'l L. 675 <<https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol42/iss3/3/>> accessed 14 November 2022.
- MA v Switzerland* App no 52589/13 (ECtHR, 18 November 2014)
- Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Mahkeme İç Tüzüğü' <https://www.echr.coe.int/documents/rules_court_tur.pdf> accessed 10 March 2022
- Morales F G, 'Report on Means to Address the Human Rights Impact of Pushbacks of Migrants on Land and at Sea' <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/106/33/PDF/G2110633.pdf?OpenElement>> accessed 18 September 2021
- M K and Others v Poland* App nos 40503/17, 42902/17 and 43643/17 (ECtHR, 23 July 2020)
- Milanovic M, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy* (Oxford Scholarship Online 2011)
- Orwell G, 'You And The Atom Bomb' (*The Orwell Foundation*, Kasım 1945) <<https://www.orwellfoundation.com/the-orwell-foundation/orwell/essays-and-other-works/you-and-the-atom-bomb/>>
- Papademetriou D G and Miller M J, *The Unavoidable Issue: US Immigration Policy in the 1980s* (Institute for the Study of Human Issues 1983)
- Pasqualucci J M, 'Interim Measures in International Human Rights: Evolution and Harmonization' (2005) 38 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*
- Paz M, 'Between the Kingdom and the Desert Sun: Human Rights, Immigration, and Border Walls' (2016) 34 *Berkeley Journal of International Law*
- Paz M, 'The Law of Walls' (2017) 28 *The European Journal of International Law*
- Protocol Relating to the Status of Refugees (adopted 31 January 1967, entered into force 4 October 1967) 606 UNTS 267 (The 1967 Protocol).
- Press Unit, 'Factsheet – Interim Measures' <<https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/144.202.0205931Geçici%20Tedbirler.pdf>> accessed 15 March 2022
- Rieter E, *Preventing Irreparable Harm Provisional Measures in International Human Rights Adjudication* (Antwerp/Oxford: Intersentia 2010)
- Reisoğlu S, 'Right to Life' (1998) III *Perceptions Journal of International Affairs* <<http://sam.gov.tr/pdf/perceptions/Volume-III/december%201998-february%201999/SafaReisoglu.pdf>> accessed 31 March 2022
- Registrar of the Court, 'Requests for Interim Measures Concerning the Situation at the Borders with Belarus' (December 2021) 1 <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:LcHnO9XIC7QJ:https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/%3Flibrary%3DECH>>

- R%26id%3D003.720.2976-9785391%26filename%3DRequests%2520for%2520interim%2520measure
s%2520concerning%2520the%2520situation%2520at%2520the%2520Polish-Belarusian%2520border.
pdf+&cd=1&hl=pl&ct=clnk&gl=pl&client=safari> accessed 18 March 2022
- 'Rules of Court Practice Directions Requests for Interim Measures' <https://www.echr.coe.int/Documents/PD_interim_measures_ENG.pdf> accessed 11 March 2022
- Registrar of the European Court of Human Rights, 'Court Indicates Interim Measure in Respect of Afghan Nationals at the Lithuanian Belarusian Border' <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003.711.3024-9633156&filename=Interim%20measures%20Lithuanian-Belarus%20border.pdf>> accessed 4 April 2022
- Republic of Poland Ministry of the Interior and Administration, 'Poland Provided the ECHR with Its Position on the Order for Interim Measures' (30 September 2021) <<https://www.gov.pl/web/mswia-en/poland-provided-the-echr-with-its-position-on-the-order-for-interim-measures>> accessed 4 April 2022
- Scheve K and Stasavage D, 'Wealth Inequality and Democracy' (2017) 20 *Annu. Rev. Polit. Sci.*
- Schachter O, *International Law in Theory and Practice (Developments in International Law)* (Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff 1991)
- Solomon S, 'Migrant Boats on the High Seas and Their Interception through Psychologically Coercive Measures: Is There a Case to Extraterritorially Apply Human Rights Law?' (2019) 37 *Netherlands Quarterly of Human Rights*
- Tiedemann P, 'Are There Moral Duties toward Refugees? Considerations in Legal Ethics' (2021) 10 *MDPI Laws* <https://www.canlii.org/en/commentary/doc/2021CanLIIDocs497#!fragment/zoupio_Tocpdf_bk_1/BQCwhgziBcwMYgK4DsDWszIQewE4BUBTADwBdoAvbRABwEtsBaAfX2zhoBMAzZgI1TMAjAEoANMmylCEAIqJCuaJ7QA5KrERCYXAnmKV6zdt0gAynlIAhFQCUAogBl7ANQCCAOQDC9saTB80KTsljAA> accessed 28 October 2021
- The Council of Europe Commissioner for Human Rights, 'Greek Authorities Should Investigate Allegations of Pushbacks and Ill-Treatment of Migrants, Ensure an Enabling Environment for NGOs and Improve Reception Conditions' (12 May 2021) <<https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/greek-authorities-should-investigate-allegations-of-pushbacks-and-ill-treatment-of-migrants-ensure-an-enabling-environment-for-ngos-and-improve-recept>> accessed 28 March 2022
- Tsakiris M, 'Refugees in the Media: How the Most Commonly Used Images Make Viewers Dehumanise Them' [2021] *The Conversation* <https://theconversation.com/refugees-in-the-media-how-the-most-commonly-used-images-make-viewers-dehumanise-them-171865?mc_cid=7be43e4a0c&mc_eid=0cd57908d5> accessed 13 December 2021
- Topak Ö E, 'The Biopolitical Border in Practice: Surveillance and Death at the Greece-Turkey Borderzones' (2014) 32 *SAGE Journals Environment and Planning D: Society and Space*
- UNNewsGlobalPerspectiveHumanStories, 'UN Says at Least 70 Migrants Dead or Missing off Libyan Coast' (United Nations, 17 Mart 2022) <https://news.un.org/en/story/2022/03/1114172?utm_source=UN+News+-+Newsletter&utm_campaign=0054957c32-EMAIL_CAMPAIGN_2022_03_17_09_05&utm_medium=email&utm_term=0_fdbf1af606.005.4957c32-107378218> accessed 18 March 2022.
- 'UN Torture Prevention Body Suspends Visit to Australia Citing Lack of Co-Operation' (*United Nations Human Rights Office of the High Commissioner*, 23 October 2022) <<https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/10/un-torture-prevention-body-suspends-visit-australia-citing-lack-co-operation>> accessed 1 November 2022

- UNHCR, 'Toolkit On How To Request Interim Measures Under Rule 39 of The Rules of The European Court Of Human Rights For Persons In Need of International Protection' <<https://www.refworld.org/pdfid/4f8e8f982.pdf>>
- UNHCR, 'Handbook On Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating To The Status of Refugees' <<https://www.unhcr.org/publications/legal/5ddfc47/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html>> accessed 25 May 2021
- UNHCR, 'Routes Towards The Western and Central Mediterranean Sea Working on Alternative to Dangerous Journey for Refugees' (2021) UNHCR's Updated Risk Mitigation Strategy and Appeal <<https://www.unhcr.org/60f148924.pdf>> accessed 29 March 2022
- Voltaire, *Candide* (1759) <https://esgici.files.wordpress.com/2010/09/candide_voltaire1.pdf> accessed 3 November 2021
- Waisman V, 'Human Trafficking: State Obligations to Protect Victims' Rights, the Current Framework and a New Due Diligence Standard' (2010) 33 *Hastings International & Comparative Law Review* 385
- Washington J, *The Dispossessed A Story of Asylum and The Us-Mexican Border and Beyond* (Penguin Random House 2020)
- Zolberg A R, Astri Suhrke, and Sergio Aguayo, *Escape from Violence: Conflict and the Refugee Crisis in the Developing World* (Oxford University Press 1992)

Covid-19 Pandemisini Biyopolitika Üzerinden Okumak: Çıplak Hayatın Fukoyen Bağlamıyla Devlet Düzenine Yeniden Dahli

Reading The Covid-19 Pandemic Through Foucauldian Biopolicy: Reincluding Bare Life In The State Order

A. Ersin Bayra * 

ÖZ

Covid-19 ile birlikte korkunun ve ölümün kök saldıgı doğa haline geri dönmüş ve devletin bu savaş benzeri durumu sonlandıran bir Leviathan olarak küllerinden doğduğu bir döneme girilmiştir. Böylece Covid-19 ile iktidarla çıplak hayat arasındaki – modern devletin öteden beri sakladığı – gizli bağ yeniden ortaya çıkmıştır. Nitekim yaşamı ve sağlığı korumak adına hak ve özgürlüklere son dönemlerde görülmemiş ölçüde yoğun bir şekilde müdahale edilmiştir. Bu bağlamda biyopolitika, iktidar tarafından kamu sağlığı gerekçesi ile biyolojik bir varlık olan insan üzerindeki normatif kontrolü pekiştirme aracı olarak kullanılmıştır. Bu doğrultuda biyopolitika ayrıca iktidarın biyolojik yaşamı korumaya yönelik müdahalelerin meşrulaştırılmasına hizmet etmiştir. Bunun yanı sıra Covid-19, kapitalist düzen içinde insan yaşamının bir üretim ve kar kaynağı haline getirildiğini açıkça gözler önüne sermiştir. Öyle ki toplumun geneline yönelik hak ve özgürlüklere ilişkin sert tedbirlerden bazı meslek grupları ve/veya sektörler muaf tutulmuştur. Bu durum, insanı başlı başına bir değer olarak kabul eden ve ona devlet karşısında onur sahibi bir varlık olarak hak ve özgürlükler tanıyan insan hakları sistemine aykırılık teşkil etmektedir. Bu meyanda salgının insanı ahlaki yönünden ve bireyselliğinden uzaklaştıran bir yönü de bulunmaktadır. Biyopolitikanın bu olgusal yönünü kavrayabilmek için ise kavramın teorik bir düzleme oturtulması gerekmektedir. Biyopolitikanın kavramsal çerçevesi oldukça tartışmalı olmakla birlikte çalışma kapsamında biyopolitika sadece Fukoyen bağlamıyla irtibatlı olarak kullanılmaktadır. Zira Foucault biyopolitikayı salgın hastalıklar üzerinden ve olgusal düzeyde değerlendirmektedir. Bu sebeple çalışma kapsamında evvela genel olarak biyopolitika kavramına ve kavramın Fukoyen okumasına, ardından biyopolitikanın salgın hastalıklar ile irtibatına değinilecek, son olarak Covid-19 sonrası yaşananlar olgusal olarak Foucault'nun biyopolitik perspektifi ile değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Biyopolitika, Covid-19, çıplak hayat, pandemi, salgın hastalık.

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-3391-6707.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: A. Ersin Bayra

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

Geliş Tarihi/Received: 01.09.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 08.12.2022

ABSTRACT

With Covid-19, the state of nature, where fear and death seeped into, was returned and a period was entered where the state rises from the ashes as a Leviathan that ends this war-like situation. Thereby, with Covid-19, the secret link between power and bare life – which the modern state kept hidden for a long time – has rearised. In order to preserve life and health, rights and freedoms have been interfered with in an unprecedented way nowadays. Biopolitics has been used by the government as a means of reinforcing normative control over human, a biological entity, for public health. Biopolitics also served to legitimize the government's interventions to protect biological life. Covid-19 has clearly revealed that life of a human has become a source of production and profit in the capitalist system. Some occupational clusters and sectors have been exempted from drastic measures that were taken regarding the rights and freedoms of the society in general. This situation constitutes a contradiction to the human rights system, which accepts humans as a value in their own right and grants them rights and freedoms as an honorable being vis-à-vis the state. The epidemic also has an aspect that distances people from their moral side and individuality. In order to understand this factual aspect of biopolitics, the concept needs to be placed on a theoretical plane. While the conceptual framework of biopolitics is highly controversial, in the study biopolitics is only used in connection with the Foucauldian context, inasmuch as Foucault also evaluates biopolitics through epidemics and at a factual level. Within the scope of the study, initially, the concept of biopolitics and the Foucauldian reading of the concept, subsequently the connection of biopolitics with epidemic diseases will be mentioned, and finally the post-Covid-19 events will factually be evaluated with Foucault's biopolitics perspective.

Keywords: Biopolitics, Covid-19, bare life, pandemic, epidemic disease.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

A. GENEL OLARAK

Bir kavram olarak *biyopolitika* ilk kez İsveçli siyaset bilimci *Rudolf Kjellén* tarafından kullanılmıştır.¹ *Kjellén* 1920'de yayımlanan “*Grundriß zu einem System der Politik*” ve 1924'te yayımlanan “*Der Staat als Lebensform*” isimli çalışmalarında devleti canlı bir organizma olarak değerlendirmiştir.² İsveçli düşünüre göre³ devlet, toplumda yer alan sınıf ve gruplar arası çıkar çatışmaları sonucu ortaya çıkmış doğal bir varlıktır. Bu bakımdan devlet, hayatın gerilimleri üzerinde yükselen canlı bir

- 1 Thomas Lemke, *Biopolitics: An Advanced Introduction*, (çev. Eric Frederick Trump, New York University Press 2011) 9-10.
- 2 Altuğ Koç, ‘Michel Foucault'nun Biyopolitika Kavramının Teorik Çerçevesi’ (2018) 2(2) Uluslararası Kriz ve Siyaset Araştırmaları Dergisi 193, 195.
- 3 Aslına bakılırsa bu görüş Antik dönemlerden beri var olan organizmacı devlet kuramına dayanmaktadır. Burada biyopolitikayı organizmacı kuramdan ayıran ise devlet olmanın doğal biçiminin ulus devlet olarak görülmesidir. Keza *Kjellén*'in kuramında bireyler etnik biyolojik varlıklar olarak tanımlanmaktadır. 1920'lerden itibaren organizmacı devlet kavramına ırkçı bir perspektif kazandırılmıştır. O zamanlar yaygın olarak kullanılan halkın bedeni metaforu ile otoriter ve hiyerarşik olarak yapılandırılmış, ırksal olarak homojen bir topluluk kastedilmektedir. Bu fikir ile farklı kalıtsal biyolojik kalitelere göre halkların ve ırkların doğal bir hiyerarşisi olduğu kabul edilmektedir. Bu sebeple bireylere ve topluluklara eşit olmayan bir şekilde muamele etmek sadece haklı değil, aynı zamanda gerekli görünmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Lemke (n1) 10-11.

organizma gibidir. Buradaki temel varsayım tüm sosyal, politik ve yasal bağların yaşayan bir bütüne dayanmasıdır.⁴

Biyopolitika her ne kadar ilk kez XX. yüzyılda kavramsallaştırılmış olsa da olgusal olarak izi Antik Çağ’a dek izlenebilmektedir. Keza kavram – aşağıda izah edileceği üzere – etimolojik olarak *bios* ve *politikos* kelimelerinden, yani yaşam ve politikanın birbirine eklenmesi ile oluşturulmuştur. Bununla birlikte Antik Yunancada *bios* dışında *zoe* de yaşam kelimesinin karşılığı olarak kullanılmaktadır. Aristoteles’in izini sürerek ulaşılan bu etimolojik farklılıklar nedeniyle doktrinde *biyopolitikanın* kavramsal çerçevesine ilişkin çok sayıda tartışma bulunmaktadır.

Nitekim aşağıda da değinileceği üzere *Roberto Esposito*, *Thomas Lemke*, *Giorgio Agamben*, *Michael Hardt*, *Antonio Negri* ve *Ernesto Laclau* gibi düşünürler – birçok yönüyle eksik kalacak olsa da – Türkçe’ye “yaşam politikası” olarak çevrilebilecek olan bu kavramı oldukça farklı yönleri ile ele almışlardır. Bu yönüyle *biyopolitika*; neoliberal süreç, emperyalizm ve hatta küresel iklim değişikliği gibi farklı perspektiflerle ilintili olarak irdelenen bir kavramdır. Ancak *biyopolitikaya* asıl şöhretini kazandıran *Michel Foucault* olmuştur. Öyle ki Fransız düşünür, *biyopolitikanın* çerçevesini yeniden çizmiştir.⁵

Ancak teorik olarak bu çeşitliliği derinlemesine irdelemek çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Bununla birlikte özellikle kamu hukuku alanında oldukça yeni bir kavram olan *biyopolitikayı* anlaşılabilir kılmak ve çalışma bağlamında uygun bir teorik düzleme oturtabilmek adına kavramsal analizine oldukça geniş bir yer ayrılmıştır. Öte yandan çalışmanın devamında *biyopolitika* sadece *Fukoyen* bağlamı ile sınırlı olarak ele alınacaktır. Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki *Foucault* dahi *biyopolitika* kavramının teorik çerçevesini tam olarak çizmemiştir.

Nitekim Fransız düşünür tarafından *biyopolitika* evvela tıp ile kapitalist toplum arasındaki bağlantı, sonrasında nüfusun yaşamının siyasallaşması, son olarak da neo-liberal yönetsellik çalışması kapsamında değerlendirilmiştir. Dolayısıyla *Foucault’nun* – birbirleriyle oldukça irtibatlı da olsa – üç farklı *biyopolitika* okuması bulunmaktadır. Covid-19 ile çıplak hayatın iktidar tarafından yeniden araçsallaştırılmasını konu edinen çalışmamızda *biyopolitika*, yukarıda ifade edilenlerden sadece nüfusun tamamına yoğunlaşan *Fukoyen* perspektif ile ele alınacaktır. Zira bu okumada *Foucault*, iktidar ile toplum arasındaki ilişkiyi salgın hastalıklar üzerinden çözümlemektedir.

Öyle ki *Foucault* bu minvalde *biyopolitikaya* – *zoe* ile *bios* ayırımından ziyade – salgın hastalık⁶ olgusu üzerinden yaklaşmaktadır. Bu doğrultuda iktidarın cüzam, veba ve çiçek salgınları vesilesi ve kamu

4 Kasper Simo Kristensen, Michel Foucault on Bio-power and Biopolitics, (Social and Moral Philosophy Master’s Thesis University of Helsinki Faculty of Social Sciences 2013) 8.

5 Çiğdem Tuğaç, ‘Foucault’nun Biyopolitik Yönetimsellik Yaklaşımı Bağlamında Uluslararası İklim Değişikliği Müzakereleri’ (2021) 7(1) Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi 33, 36-38.

6 Bu noktada belirtmek gerekir ki Foucault’nun bu okuması salgın hastalık örneği üzerinden sınırlı kalmamıştır. Zira bu meyanda ayrıca hırsızlık, kutluk ve şehir düzenlemeleri üzerinden de biyopolitik bir değerlendirmede bulunmuştur. Örnek vermek gerekirse hırsızlığı bir olgu olarak feodal dönemde sözlü ve yazılı yasa toplumunda hırsızlığın sadece cezalandırıldığını, devletin merkezileşmesi ile birlikte cezaevleri gibi kurumlar vasıtasıyla bu kişilerin disipline edilmek istendiği, kapitalist düzen sonrasında ise hırsızlığın bir maliyet hesabına dahil edilerek alınacak tedbirlerin bu ölçüde belirlendiğini ifade etmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Michel Foucault, *Güvenlik Toprak Nüfus, College de France Dersleri*

sağlığı gerekçesiyle hukuku araçsallaştırarak hayatın her alanına sızma kapasitesini artırdığını ortaya koymuştur. Bunun dışında *Foucault*'ya göre sermaye güçlendikçe insan sadece bir kitlenin, yani nüfusun, parçası olarak istatistiki veriler içinde anlamlı olan bir rakam gibi görülmeye başlamıştır. Bu da insanın, ahlaki değerlerinden arındırılarak – hem Antik Yunan'dan gelen geleneğe hem de modern hukuk düzenine aykırı olarak – hukukun karşısında bir üretim aracı, bir makine gibi değerlendirilmesine yol açmıştır.

Bu doğrultuda çalışmada *biyopolitika* ile biyolojik yaşam siyasete dahil edilirken, ahlaki değerlerin hukuk alanının dışına çıkarılması konu edilmektedir. Bu kapsamda bir yandan Covid-19 pandemisi sonrası kamu sağlığı gerekçesi ile hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yaygınlaşması, diğer yandan alınan bu tedbirlerin farklı meslek grupları ile sektörlerle aynı şekilde uygulanmaması gibi nedenler; kavramın salgın hastalıklara ilişkin yönünün – iktisadi koşullar da göz önünde bulundurularak – değerlendirilmesi ihtiyacını ortaya çıkarmıştır.

Bu bakımdan Covid-19'un bugününü ve gelecekte getireceklerini kavrayabilmek adına en başta *biyopolitikanın* teorik çerçevesi çizilmeli, bunun ardından *biyopolitika* Fukoyen bağlamıyla ve salgın hastalıklar çerçevesinde analiz edilmelidir. Nitekim çalışmanın devamında Covid-19'un siyasal iktidarın biyopolitik dönüşümü ile hak ve özgürlüklere yönelik müdahaleleri Fukoyen bir perspektif altında değerlendirilecektir. Zira Covid-19 sonrası *biyopolitika* – tıpkı *Foucault*'nın çalışmalarında ortaya koyduğu gibi – hem iktidarın normatif kontrolünü yaygınlaştırması hem de insan yaşamının bir maliyet analizine dahil edilmesi için bir araç olarak kullanılmıştır. Aslına bakılırsa tüm bunlar, tarihsel süreç bakımından yeni gelişmeler değildir. Öyle ki geçmişte belli ölçekte – cüzzam, veba ve çiçek salgınlarında olduğu gibi – benzer dönüşümler yaşanmıştır. Bu sebeple modern dönemdeki gelişmeler irdelenmeden evvel kavramın etimolojik kökeni Antik döneme kadar takip edilecektir.

B. ANTİK YUNAN VE ROMA DÖNEMİ

Aristoteles'e göre insan bir *politikon zoon*⁷ yani siyasal bir hayvandır. *Foucault* da, Aristoteles'in ifadesine benzer şekilde, modern dönemden itibaren yaşayan insanın – yaşamı canlı bir varlık olarak siyasete dahil edilen – bir hayvana dönüştüğünü belirtmektedir.⁸ Dolayısıyla *Foucault*'ya göre modern insan, siyasal bir hayvan olmanın ötesine geçen ve yaşamı siyasi alana dahil edilmiş bir hayvandır. Bu noktada *Agamben* için insan artık canlı bir varlık olarak yaşamı siyasete dahil olmuş bir hayvan değil, aksine siyasetin doğal bedenine girdiği vatandaşdır.⁹ Bahsi geçen üç büyük düşünüre göre de – aralarında önemli farklılıklar bulunmakla birlikte – insan yaşamı ve siyaset birbirine eklemlenmiş iki farklı olgudur.

1977-1978 (çev. Ferhat Taylan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2013) 6-10.

7 Literatürde yaygın bir şekilde *zoon politikon* şeklinde kullanılıyor olsa da Aristoteles insanın siyasal bir hayvan olduğunu ifade eden bu terimi πολιτικὸν ζῷον (*politikon zoon*) şeklinde kullanmaktadır. Aristotle, 'Politics', 1.1253a< <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.01.0057%3Abook%3D1%3Asection%3D1253a>> accessed 30 May 2022.

8 Michel Foucault, *Cinselliğin Tarihi* (çev. Hülya Uğur Tanrıöver, 2. Bası, Ayrıntı 2007) 105.

9 Giorgio Agamben, *Kutsal İnsan, Egemen İktidar ve Çıplak Hayat* (çev. İsmail Türkmen, 2. Bası, Ayrıntı 2015) 222.

Biyopolitika kavramı Antik Yunan'da yaşam anlamına gelen *bios* kelimesine politika kelimesinin karşılığı olan *politikos* sözcüğünün eklenmesi ile oluşturulmuştur. Kavramın yeniden ortaya çıkarılmasında büyük katkısı bulunan *Foucault – Aristoteles*'ten hareketle – insan yaşamını *bios* kelimesinden yola çıkarak ele almaktadır. Ancak, *Agamben* Antik Yunan'da *hayat/yaşam* sözcüğünü karşılayan tek bir terim bulunmadığını ifade ederek *Foucault*'yu eleştirmektedir. İtalyan düşünüre göre Antik Yunan'da tüm canlı varlıkların yalın yaşamını ve canlılık olgusunu anlatmak için *zoe*, bir birey veya grubun yaşam biçimine/hayat tarzına işaret etmek için ise *bios* kavramına başvurulmaktadır.¹⁰

Aslına bakılırsa *Aristoteles* eserlerinde insan doğasını *zoe*, insan yaşamını ise *bios* kavramı ile nitelendirmektedir.¹¹ Burada *zoe* ile yalın bir yaşam ifade edilirken¹² *bios* ile belli bir amaca bağlı yaşam anlatılmaktadır.¹³ Buna karşın ne *zoe* ne de *politikon zoon* salt insana özgü kavramlardır. *Aristoteles*'e göre insan – sürü halinde yaşayan herhangi bir canlının olmadığı manada – bir siyasal hayvandır. Konuşma yetisi sayesinde diğer hayvanlardan ayrılan insan, iyiyi kötünden ve haklıyı haksızdan ayırma yetisine de sahiptir. Nitekim insan, doğasında bulunan ereği yani *politikon zoon*'u tamamlama yönünde karar ve irade gösterebilmektedir. Bu bakımdan *Aristoteles* politikayı sadece örgütlenme manasında kullanmamaktadır.¹⁴

Aristoteles için *bios*, amacı olan bir yaşamdır. *Zoe*'nin aksine yaşayan tüm insanların sahip olduğu bir nitelik değildir. Örneğin tamamlanmamış olan ve başka bir varlığa ihtiyaç duyan köleler bu vasıftan yoksundur.¹⁵ Nitekim *Aristoteles*'e göre bir insanın kölesi onun parçası gibidir.¹⁶ Öyle ki araçlar cansız köle, köleler ise canlı araçlardır. Bu bakımdan köleler yoksulların öküzleri olarak nitelendirilmektedir.¹⁷ Üstelik bu doğaldır da; efendinin yönetici, kölenin de yönetilen olması doğaya uygundur, çünkü doğası gereği tam olmayan ve başkasına bağlı olan kişiler doğuştan köledir.¹⁸

Öyleyse *bios*, doğa gereği sahip olunan bir potansiyele karşılık gelen *zoe*'nin site (*polis*) içerisinde varlık kazanmasıyla ortaya çıkmaktadır. Zira *Aristoteles*'e göre aileler günlük gereksinimlerinin ötesinde birleşerek köyleri, köyler de bir araya gelerek siteyi oluşturmaktadır. Bu itibarla insan ereğine ancak site ile ulaşabilmektedir.¹⁹ Bu manada belirli ortak bir zeminde birleşen bireylerden

10 Agamben, *Kutsal İnsan* (n 9) 9. Bu noktada ifade etmek gerekir ki Ernesto Laclau, Agamben'in *bios* ile *zoe* arasındaki irtibatı doğru kavrayamadığını iddia etmektedir. Zira Laclau *bios*'un *zoe*'yi kapsadığını, dolayısıyla bu iki kelime arasında kavramsal bir ayrım bulunmadığını belirtmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Ernesto Laclau, 'Bare Life or Social Interminacy?' (2007) *Sovereignty and Life* 11, 17.

11 Ruhtan Yalçiner, 'Bios Politikos' iç Onur Kartal (ed), *Biyopolitika – Cilt 1 Platon'dan Arendt'e Biyopolitikanın Felsefi Kökenleri* (Notabene 2016) 50.

12 Önder Özden, 'Biyolojik Ufka Karşı İki Modern: Agnes Heller ve Ferenc Feher' iç Onur Kartal (ed), *Biyopolitika – Cilt 2, Foucault'dan Günümüze Biyopolitikanın İzdüşümleri* (Notabene 2016) 87.

13 Yalçiner (n 11) 57.

14 Efe Baştürk, 'Aristoteles Düşüncesinde Politik Biyoloji ve Prohairesis' (2019) 18(1) *Kaygı* 206, 221-222.

15 Yalçiner (n 11) 57-60.

16 Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik* (çev. Saffet Babür, 1.Bası, Ayraç 1997) V.6-7 1134b-10 103.

17 Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik* (n 16) VIII.11-12 1161b-5 172.

18 Aristoteles, *Politika* (çev. Mete Tunçay, 1.Bası, Remzi Kitapevi 1993) 8-11.

19 Aristoteles, *Politika* (n 18) 8-9.

oluşan topluluk, insanın siyasal bir hayvan olma vasfını tamamlayan noktalardan biridir. Bu durum insanın siyasal bir hayvan oluşu (*politikon zoon*) ile toplumsal bir hayvan (*koinönikon zoon*) oluşu arasındaki bağlantıyı göstermektedir.²⁰ İnsan böylece yaşayan bir canlı olmanın yanında siyasal bir sürecin unsuru da olmaktadır.²¹

Bu minvalde site ile *zoe* – çıplak hayat yani doğmuş olmak – siyasal yapının kapsamına dahil edilmiştir.²² *Zoe* – çıplak hayat altında – *oikos*'a²³ – haneye – hükmetmektedir. Bu bakımdan aile içinde hane reisinin otoritesi söz konusudur. Birey kendi sınırlarından çıkarak siteye dahil olduğu andan itibaren ise *zoe*'yi terk ederek *bios*'a adım atmış demektir.²⁴ Siyasal bir hayvan olarak doğan insan, toplumun temel birimi *oikos*'un duvarlarını aşarak siteye girmektedir.²⁵ Bu doğrultuda *Aristoteles oikos*'a hâkim düzeni doğa kanunlarıyla, site içindeki düzeni ise doğa kanunlarının yanında ihtiyaca yönelik ilişkilerle açıklamaktadır. Zira *Aristoteles*'e göre siteyi oluşturan ilk topluluk olan ailenin kendisi doğal bir birlik olduğu için buradaki ilişkiler doğa kanuna tabidir. Ailelerin bir araya gelmesi sonucu çeşitli köylerden oluşmuş site ise kendi kendine yeterliğe erişmiş yetkinlikte bir doğal topluluktur.²⁶ Bu manada site, aile içi ilişkilerden kaynaklanan ihtiyaçları aşan gereksinimlerin tamamlandığı en yetkin topluluk biçimidir.²⁷

Bu kapsamda *zoe* site öncesindeki çıplak hayata ve evdeki özel hayata, *bios* ise siyasal varoluşa denk düşmektedir. Her ne kadar söz konusu dönemde henüz bugünkü anlamda kamusal/özel alan ayrımı bulunmasa da *zoe* ile *bios* arasındaki ilişki bu ikiliği andırmaktadır. Kişi siteye dahil edilmesiyle birlikte evdeki yalın bir canlı varlık olmaktan çıkarak siyasal bir ereğe özgülenmektedir.²⁸ İnsan siyasal bir hayvandır, ancak öteki canlılardan farklı olarak varoluş kapasitesini de sorgulayabilmektedir.²⁹ Bu çerçevede bireyler bir *politikon zoon* olarak ihtiyaçlarda birleşmek suretiyle siteye – ve böylece toplumsallığa (*koinönikon zoon*)-, site ile birlikte değerlerde ve ahlaki tekamülde bir araya gelerek de siyasal yaşama (*politikos bios*)³⁰ varmaktadır. Öyleyse siyasetin var olmasının temel nedeni *zoe* değil, insanın dili aracılığıyla çıplak hayattan ayrılarak siteye dahil olmasıdır. *Zoe*'nin site kapsamına

20 Yalçiner (n 11) 65.

21 Özden (n 12) 89.

22 Abdurrahman Aydın, 'Giorgio Agamben: Etten İbareti İnsan ve Biyopolitika Makinesi' iç Onur Kartal (ed), Biyopolitika – Cilt 2, Foucault'dan Günümüze Biyopolitikanın İzdüşümleri (Notabene 2016) 124.

23 Antik Yunancada *oikos* aile, ailenin mülkü ve ev gibi birbiri ile irtibatlı anlamlara gelmektedir. Ancak bu kavramın çalışma kapsamındaki önemi *Aristoteles*'e göre ailelerin birleşerek site haline gelmeden evvel bu düzen içinde yaşamasıdır. Dolayısıyla *oikos* yani hane/aile bu manada toplumun temel birimidir. Detaylı bilgi için bkz. *Aristoteles, Politika* (n 18) 8-12.

24 Emre Tekin, 'Siyasal Mekân Olarak Kamp: Egemenlik ve İstisna Hali' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2020) 31-32.

25 Aydın (n 22) 124.

26 Tekin (n 24) 31-32.

27 *Aristoteles, Politika* (n 18) 33.

28 Agamben, *Kutsal İnsan* (n 9) 221.

29 Agamben, *Kutsal İnsan* (n 9) 9-13.

30 Nitekim *Aristoteles*'e göre üç tür yaşam biçimi vardır. Bunlardan felsefi yaşam hakikatin tefekkürüyle ilgilenmekle, siyasi yaşam şerefli faaliyetlerle meşgul olmakla (ki bunlar iyilikten kaynaklanan faaliyetlerdir) ve haz yaşamı vücudun zevkleriyle ilgilidir. Bkz. *Aristotle, 'Eudemian Ethics, Books I, II and III'* (trans. Michael Woods, 2. Bası, Clarendon Press 2005) V 1215b-5 4.

girmesiyle birlikte çıplak hayat siyasallaşmıştır.³¹ Önce çıplak hayat siyasal alana dahil olmakta, sonrasında da site ile birlikte – çıplak hayat dışarıda bırakılarak – siyasal bir yaşam biçimine geçilmektedir.

Foucault ise yaşamın siyasal alana girmesiyle egemen iktidarın uzunca bir süre yaşam ve ölüm üzerinde hak sahipliğini elinde tuttuğunu belirtmektedir. Öyle ki Fransız düşünüre göre bu hak, Antik Roma'da aile reislerinin çocukları ve kölelerinin yaşamları üzerinde hak sahibi olmasına imkân veren *patria potestas*³² kurumundan türemiştir.³³ Bu noktada *Agamben*'e göre hayat ve ölüm üzerindeki hakka ilişkin ilk formül *vitae necisque potestas* ile ortaya konmuştur.³⁴ Ancak esasen bu kurum egemenin iktidarına değil, babanın oğlu üstündeki mutlak yetkisine ilişkindir. Yöneticinin vatandaşlarının yaşamları üzerindeki yetkisi olan *imperium*³⁵ da *vitae necisque potestas* kurumundan gelmektedir. Netice itibarıyla Roma düzeni içinde erkek vatandaşlar çıplak hayattan çıkarak hukuksal ve siyasal düzenin öznesi olmak için aynı zamanda mutlak bir öldürme yetkisinin nesnesi de olmak zorundadır.³⁶ Dolayısıyla yaşam; öncelikle site devleti ile siyasal alana dahil edilmiş, sonrasında ise Roma ile siyasal düzen içinde yer almak için iktidar lehine vazgeçilen bir konuma indirgenmiştir.

C. MODERN DÖNEM SONRASI GELİŞMELER

Antik Yunan ve Roma'da durum böyle iken *Agamben*'e göre modern siyaseti tanımlayan ise ne *zoe*'nin siteye ne de *çıplak hayatın* devlet iktidarının hesaplamalarına dahil edilmesidir. Antik dünyada birey siteye katılırken *zoe* (çıplak hayat) *bios*'tan (siyasal yaşamdan) ayrılmaktadır. Bugün ise çıplak hayat devlet düzenine dahil edilmekte, hatta meşruiyetin dünyevi temeli çıplak hayata dayandırılmaktadır. Modern dünyanın sarsılmaz temellerinden biri olan 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde dahi bu düşüncenin izleri kolaylıkla görülebilir. Nitekim bildiride yer alan “insanın özgür ve eşit doğan bir varlık olarak devredilemez haklara sahip olduğu” ifadesi ilgili düşüncüyü yansıtmaktadır. İşte bu kapsamda modern devlet ve liberalleşme süreciyle *zoe* siyasallaştırılmakla kalmamış, aynı zamanda hukukileştirilmiştir.³⁷

Çıplak hayat artık siyasetin hem öznesine hem de nesnesine dair bir unsurdur. Bu noktada gerek devlet iktidarının örgütlendiği gerekse bu iktidardan özgürleşmenin gerçekleştiği mekân, çıplak hayatın ta kendisidir. Modern devletin³⁸ buradaki başarısı ise öteden beri iktidar ile çıplak hayat

31 Agamben, *Kutsal İnsan* (n 9) 9-17.

32 Pater ailesinin (aile reisi) ailesindeki kişiler ve köleleri üzerindeki iktidarı.

33 Foucault, *Cinselliğin Tarihi* (n 8) 99.

34 Roma Hukuku'ndaki yaşam ve ölüm üzerinde hak kavramı için bkz. Agamben, *Kutsal İnsan* (n 9) 108-112.

35 Tüm mülki, askeri, idari, hukuki ve icrai yetkilerin bir sentezi olan mutlak yetki.

36 Agamben, *Kutsal İnsan* (n 9) 108-112.

37 Agamben, *Kutsal İnsan* (n 9) 154-158.

38 Modern devlet ve toplum sözleşmesi düşüncesi üzerine önemli katkıları bulunan Thomas Hobbes da bu ayrımın farkında olacak ki *De Homine* adlı eserinde insanın sadece doğal bir bedenden oluşmadığını, politik beden de bir parçası olduğunu belirtmektedir. İngiliz düşünüre göre birey bu yüzden aynı zamanda hem insan hem yurttaşdır. Yani aynı anda biyolojik ve siyasi iki bedene sahiptir. Bu bakımdan düşünür, fizik kuralları ile siyasetin ilkelerini bağdaştırmaya çalışmaktadır. Bkz. Thomas Hobbes, *Man and Citizen* (trans. Charles T. Wood, The Anchor Books 1978) 35. Ayrıca

arasında var olan gizli bağı ortaya çıkarmasıdır. Dolayısıyla Batı siyasetinin temel ikiliği dost-düşman ayrımı değil, çıplak hayat (*zoe*)-siyasal varoluş (*bios*)tur. Keza Agamben'e göre modern demokrasilerin totaliter rejimlere dönme eğilimi de modern devletin en başından beri bu ikilik üzerine inşa edilmesinden kaynaklanmaktadır.³⁹

Zoe – bios ikiliği aracılığıyla modern siyaset – Nazi rejiminde görüldüğü gibi – çıplak hayattan başka hiçbir değeri tanımayan bir düzeye evrilebilmektedir. Nitekim İtalyan düşünürüne göre Nazi kampları – tarih boyunca görülmüş en mutlak *biyokamplar* olarak – *bios*'un *zoe*'ye indirgendiği mekanlardır.⁴⁰ Dolayısıyla bu gibi mutlak iktidarın söz konusu olduğu durumlarda egemen keyfi olarak *bios*'u *zoe*'ye indirgeme gücüne erişmektedir.⁴¹ Bu kapsamda bireyin modern devlet ile birlikte – hukukun ve siyasal iktidarın karşısında – hem özne hem de nesne konumuna geldiği belirtilmektedir. Ancak bu durum hak ve özgürlükler bakımından büyük bir kazanım olduğu kadar önemli ölçüde bir tehlike de arz etmektedir. Evet, bireyin merkezi iktidara karşı verdiği mücadele sonucu kazandığı hak ve özgürlükler onu hukukun öznesi yapmaktadır. Ancak özneleştirme süreciyle beraber birey, aynı zamanda devlet düzeninin nesnesi haline gelmektedir. Dolayısıyla birey, iktidarı sınırlandırmak isterken ona hayatının her alanına müdahil olabileceği gücünü de bahşetmektedir. Dahası, kaçmak istediği iktidara – istemeden de olsa – hak ve özgürlükleri sınırlandırma, hatta askıya kudreti tanımaktadır.⁴²

İfade etmek gerekir ki *biyopolitika* zamanla yaşamın tümüne nüfuz eden bir yönetim tekniği olmasının yanında ekonomik çıkarların maksimize etme yöntemi olarak da kullanılmaya başlamıştır. Nitekim sanayi devrimi ve endüstriyel devrimin getirdiği ekonomik gelişmelere paralel olarak emek gücü sermaye için hiç olmadığı kadar önemli bir değer haline gelmiştir. Dolayısıyla yaşam sadece siyasetin değil, en fazla kâr elde etmeyi amaçlayan ekonomik süreçlerin de merkezine yerleşmiştir. Bu bakımdan kapitalizm ile *biyopolitik* süreçler ekonomik alanda da tesirini göstermeye başlamıştır.⁴³ Kapitalizm, kendisine gereken uysal bedenleri yaratma gücüne sahip bir *biyoiktidarın* gelişimine ihtiyaç duymaktadır.⁴⁴ Modernizm de siyasallık yerine toplumsallığı önemsemektedir ki bu kapitalizmin işleyişi açısından daha da elverişlidir.

belirtmek gerekir ki Thomas Hobbes'un bu farkındalığı egemen (hükümran) düzeyinde de geçerlidir. İngiliz Orta Çağ siyasetinin önemli kavramlarından biri olan *kralın iki bedeni* teorisi bu yaklaşımı desteklemektedir. Buna göre politik beden egemenliğin temel unsurlarını (sürekli, yanılmaz vb.) taşıırken biyolojik beden ölümlüdür ve insanlığın kusurlarını içerir. Bkz. Abdullah Eryiğit, *Yasa-Üstü İnsan: Platon'dan Agamben'e Yasa ve Hukuk İkileminde İnsan* (Runik 2021) 143.

39 Agamben, *Kutsal İnsan* (n 9) 15-19.

40 Agamben, *Kutsal İnsan* (n 9) 204. Bu noktada bir başka İtalyan düşünür Esposito'ya göre Nazi kamplarında gerçekleşen *biosun zoeye* indirgenmesi değildir. Buralarda önce *zoe* tinselleştirilmiş, sonrasında ise tinin biyolojikleştirilmesi gerçekleştirilmiştir. Bkz. Roberto Esposito, *Bios, Biopolitics and Philosophy* (trans. Timothy Campbell, University of Minnesota Press 2008) 142.

41 Richard A. Barney ve Helene Scheck, 'Early and Modern Biospheres, Politics, and the Rhetorics of Plague' (2010) 10(2) *Early Modern Cultural Studies* (Rhetorics of Plague, Early and Late) 1,16.

42 Agamben, *Kutsal İnsan* (n 9) 146.

43 Cengiz Baysoy, Münevver Çelik ve Sinem Özer, 'İtalyan İşçilik Geleneği ve Biyopolitika' iç Onur Kartal (ed), *Biyopolitika – Cilt 2*, Foucault'dan Günümüze Biyopolitikanın İzdüşümleri (Notabene 2016) 146.

44 Agamben, *Kutsal İnsan* (n 9) 11.

Sonuç olarak *biyopolitika* ile yaşamla ilgili siyaset kastedilmektedir. Kavramın *biyo* ön eki, yaşam için iki farklı kelimeye sahip olan Yunanca'dan gelmektedir: *zoe* ve *bios*.⁴⁵ Bu noktada *Foucault biyopolitika* kavramını *zoe* ile *bios* ayırımından ziyade doğurganlık, sağlık, eğitim ve göç gibi olgular üzerinden temellendirmektedir.⁴⁶ *Agamben* ise *zoe/bios* ayırımına istinaden *Foucault*'nın tezinin⁴⁷ düzeltilmesi gerektiğini düşünmektedir.⁴⁸ Nitekim İtalyan düşünürü göre Antik dünyada birey siteye dahil olurken *zoe* yani çıplak hayat siyasal hayat olan *bios*'tan ayrılmaktadır.⁴⁹ Bu noktada ifade etmek gerekir ki – her ne kadar kavramsal çerçevenin çizilmesi adına konuya ilişkin çeşitli tartışmalara kısaca değinilmişse de – bu bölümün amacı, *biyopolitikanın* çeşitli tarihsel ve çağdaş anlamlarının tarafsız bir açıklamasını veya nesnel bir temsilini sunmak değildir. Bu bakımdan çalışma kapsamında *biyopolitika* – Yunanca sözcük dağarcığına bakılmaksızın – salt biyolojik süreçlerin siyasetin ve iktidarın alanına dahil edilmesi anlamı ile sınırlı olarak ele alınacaktır.

II. YAŞAM ÜZERİNDEKİ İKTİDAR BAĞLAMINDA BİYOPOLİTİKA

A. FUKOYEN BİYOPOLİTİKANIN DOĞUŞU VE GELİŞİMİ

1. BİYOPOLİTİKA KAVRAMININ ORTAYA ÇIKIŞI

Foucault, *biyopolitika* kavramına ilk olarak 1974 tarihinde Rio de Janeiro'da katılmış olduğu bir seminerde “*Toplumsal Tıbbın Doğuşu*” başlıklı bildirisinde yer vermiştir.⁵⁰ Fransız düşünür burada tıp ile kapitalist toplum arasındaki bağlantı üzerine bir değerlendirmede bulunmuştur.⁵¹ *Foucault* bu kavramsallaştırmanın ardından teorisinin çerçevesini iki kez değiştirmiştir. Söz konusu bildiride Avrupa'da kapitalist toplumun ortaya çıkışı ile *biyopolitika* arasında analitik bir bağlantı kuran *Foucault*, aynı kavramı daha sonra nüfusun yaşamının siyasallaşması üzerinden ele almıştır. Son olarak, neo-liberal yönetimsellik çalışması kapsamında bir değerlendirme yapmıştır.⁵² Fransız düşünürün *biyopolitikanın* çerçevesini oluşturma aşamaları genel olarak bu şekildedir.

45 Kristensen (n 4) 8.

46 Tekin (n 24) 32.

47 Aşağıda detaylı olarak izah edeceğimiz üzere *Foucault biyopolitikayı* doğum ve ölüm oranlarını, sağlık düzeylerini, yaşam süresini ve bunları etkileyebilecek tüm koşulları devlet iktidarının alanına dahil edilme süreci üzerinden ele almaktadır. Bkz. *Foucault, Cinselliğin Tarihi* (n 8) 103-105.

48 Agamben'e göre *Foucault* sadece bireylerin – eski dünyadan modern dünyaya geçiş sürecinde – kendilerini özneleştirirken dışsal bir denetimin gücüne tabi olmak zorunda kalmaları nedeniyle aynı zamanda nesneleştirildiği süreci izlemekle yetinmektedir. Oysa bireylerin – hukukun bir öznesi olarak merkezi iktidara karşı giriştikleri mücadele sayesinde – kazandığı hak ve özgürlükler, üstü örtülü ancak giderek kuvvetli bir şekilde onları aynı zamanda devlet düzeninin bir nesnesi yapmaktadır. Dolayısıyla bu süreç insanları aslında kaçıp kurtulmak istedikleri egemen iktidar için yeni ve çok daha korkunç bir alan yaratmaktadır. İtalyan düşünürü göre biyolojik hayatın ve gereksinimlerin siyasal alan için belirleyici hale gelmesi XXI. yüzyıl demokrasilerinin çabucak totaliter devletlere, totaliter devletlerin de hiçbir kesinti yaşamadan demokrasilere dönüşebilmesine imkân tanımaktadır. Zira bu dönemde biyopolitika gözetim ve denetim teknikleri ile – çıplak hayatın siyasal alana dahil edilmesinin bir adım ötesine geçerek – hayatın kendisini şekillendirmek için en uygun örgütlenme biçimi olarak öne çıkmaktadır. Bkz. *Agamben, Kutsal İnsan* (n 9) 144-146.

49 *Agamben, Kutsal İnsan* (n 9) 154.

50 Utku Özmağas, ‘Biyopolitika: İktidar ve Direniş, Foucault, Agamben, Hardt-Negri’ (2. Baskı, İletişim 2019) 118.

51 Kim Su Rasmussen, ‘Foucault's Genealogy of Racism’ (2011) 28 Sage: Theory, Culture, and Society 34, 36.

52 Hazel Marie M. Vitales, ‘Foucault and Beyond: From Sovereignty Power to Contemporary Biopolitics’ (2020) 9 Mabini

Kavramın gelişimini iktidarın salgın hastalıkları bir mutlaklaşma aracı olarak kullanıp kullanmadığı açısından irdelediğimizde ilk aşamada *biyopolitikanın* birey, toplum ve devletin dönüşümüne paralel olarak incelendiğini görmekteyiz. Nitekim Fransız düşünürü göre tıp XVIII. yüzyıldan itibaren yavaş yavaş toplumun her alanına sirayet etmeye başlamıştır. Öyle ki bu yüzyıldan itibaren şehrin su kaynaklarının, havasının ve hatta kanalizasyonunun tıbbi alana dahil edilmesi, bu genişlemeyi en somut biçimde ortaya koymaktadır. Bu doğrultuda dikkat çekici olan ise *tıbbi otoritenin* güçlendikçe iktidarın elinde önemli bir müdahale aracı haline gelmesidir. İşte Foucault'ya göre XX. yüzyılda normal ve anormalin tıbbi normlar üzerinden tespit edilerek toplum üzerinde bir *normalleştirme* girişiminin başlaması bu sürece denk düşmektedir.⁵³ Dolayısıyla *Fukoyen normalleştirme* çalışmamız açısından oldukça önemlidir. Ancak söz konusu kavramın anlaşılabilmesi için evvela iktidarın ve toplumun *biyopolitika* tarihini – *Fukoyen* tabirle *biyotarihini* – ele almak gerekmektedir. Bu noktada altını çizmek gerekir ki *Fukoyen biyotarih* salgınlar tarihinden ibaret değildir. Yukarıda da ifade edildiği üzere *Foucault biyopolitika* içerisinde doğurganlık, sağlık, hırsızlık, şehir planlaması ve kıtlık gibi birçok farklı olguyu değerlendirmektedir.

2. GENEL OLARAK BİYOTARİHİ GELİŞMELER

1976 tarihine gelindiğinde Foucault, *biyopolitika* ve *biyoiktidar* olarak adlandırdığı yeni bir iktidar teknolojisiinden söz etmektedir.⁵⁴ *Biyolojik olanın devletleştirilmesi* olarak tanımlanan bu süreç, yaşam ve ölüm üzerinde mutlak bir hak talep eden klasik hükümlanlık teorisinde⁵⁵ bir sapmaya yol açmaktadır.⁵⁶ Yukarıda da değinildiği üzere, Batı Avrupada Antik Roma'dan itibaren hükümdarın uyruğunun yaşamı üzerinde hakka sahip olduğu düşüncesi egemendir. Ancak zamanla bu fikir yumuşatılarak mutlak ve koşulsuz değil, devletin bekasının tehlikede olduğu durumlarda başvurulabilen istisnai bir hak olarak ele alınmıştır. Örneğin bu kapsamda hükümdar uyruklarından devletin savunması için yaşamlarını ortaya koymasını talep edebilmektedir. Bu anlamda hükümdar uyruklarının yaşamları üzerinde – dolaylı bir şekilde de olsa – hak sahibidir ve bu hakkın simgesi kılıçtır.⁵⁷ Bu gelişmelere paralel olarak XVII. yüzyıla gelindiğinde insanların yaşamlarını korumak için bir araya gelerek toplum sözleşmesi oluşturdıkları, böylece tüm haklarını bir egemene devrettikleri fikri ortaya atılmış ve yaşamın korunması için gerçekleştirilen bu devirde yaşam hakkı istisna

Review 161,167.

53 Emre Koyuncu, 'Foucault'nun Siyaset Felsefesinde Biyopolitikanın Doğuş' iç Onur Kartal (ed), *Biyopolitika – Cilt 2, Foucault'dan Günümüze Biyopolitikanın İzdüşümleri* (Notabene 2016) 23-27.

54 Koyuncu (n 53) 39.

55 Bu noktada ifade etmek gerekir ki feodal düzen sonrası ortaya çıkan modern devlet düşüncesinden itibaren yaşam ve ölüm üzerindeki bu mutlak anlayış değişmeye başlamıştır. Nitekim mutlak egemenlik düşüncesinin en önemli savunucularından biri olan Thomas Hobbes'da dahi yaşam hakkı iktidara devredilmemiştir. Zira Hobbes'a göre devlet bireyin canını koruması için vardır. Hatta bu kapsamda kişinin yaşamını korumamak üzerine yaptığı ahitler geçersizdir. Bkz. Thomas Hobbes, *Leviathan* (çev. Selim Lim, 6. Bası, YKY 2007) 104.

56 Michel Foucault, *Toplumu Savunmak Gerekir* (çev. Şehsuvar Aktaş, YKY 2002) 246-247.

57 Foucault, *Cinselliğin Tarihi* (n 8) 99-100.

tutulmuştur.⁵⁸ Böylece toprağın hükümranı, disipline edilen mekanın mimarına dönüşmüştür. Söz konusu düşünceye göre sözleşmeye dahil olan herkes davranışlarını yasaya uydurmalıdır.⁵⁹

XVIII. yüzyılagelindiğindehalen bireyin bedeni üzerine odaklanmış disiplinci ve düzenleyici bir iktidar bulunmaktadır. Bu iktidar bireyleri okul ve ordu gibi idari kurumlarla sürekli olarak gözetlemekte, denetlemekte, eğitmekte ve kullanmaktadır. Bireyin itaatkarlığına koşut olarak yararlılığını da hedefleyen ve insan bedenine yönelen bu disiplin tekniği *Fukoyen* tabirle *anatopolitikadır*.⁶⁰ Bedenin *anatopolitikası* altında insan adeta bir makine gibi değerlendirilmektedir.⁶¹ Ancak XVIII. yüzyılın ikinci yarısından itibaren⁶² aslında disiplinci tekniği dışlamayan, hatta kimi zaman onu kullanan yeni bir iktidar teknolojisi ortaya çıkmıştır. Sanayi çağının getirdiği ekonomik ve siyasal ihtiyaçlara paralel olarak doğan bu yeni teknik – bedenle ilgilenen disiplinci iktidarın aksine – insanların yaşamlarına odaklanmaktadır. Artık iktidar, bireyi terbiye etme hedefinden çok daha fazlasına, yaşamın her alanına sızma kapasitesine sahiptir.⁶³

Karantina gibi fiziki tedbirlerle bedeni terbiye etmek yerine, yaşam süresi, sağlık düzeyi, doğum ve oranları gibi biyolojik faktörlere yönelen ve bu hususta bir dizi müdahale tekniği geliştiren bu yeni iktidar teknolojisini *Foucault*, *nüfusun biyopolitikası* olarak isimlendirmektedir. İktidar tek tek bedenlerle ilgilenmek yerine nüfusun tamamına yoğunlaşmaktadır. Böylece varlığı yaşatmak ve öldürmek üzerinden somutlaşan eski tip yönetim biçiminin yerini, yaşamı yavaş yavaş kuşatan bu yeni bir iktidar teknolojisi almıştır.⁶⁴ *Foucault* bedenlerle ilgilenen, sürekli olarak onları denetleyen ve gözetleyen, bu yönüyle fiziksel tedbirlere dayalı eski tip – yani disiplinci – iktidarı *anatopolitika* kavramı üzerinden açıklarken, doğum ve ölüm gibi doğal fenomenler yani insan türünün biyolojisi üzerinden ele aldığı iktidar biçimini ise *biyopolitika* terimi kapsamında değerlendirmektedir.⁶⁵

Bu doğrultuda insan, XVIII. yüzyılın ikinci yarısından itibaren, yavaş yavaş siyasal bir hayvan olmaktan çıkarak yaşamı üzerinde siyasetin pay ve rey sahibi olduğu biyolojik bir varlığa dönüşmüştür. Yukarıda da izah ettiğimiz üzere, *Aristoteles* insanı *siyasal bir hayvan* olarak tanımlarken *bios* yerine *zoe* terimini kullanmayı tercih etmiştir. Keza siyasal hayvanın hayatının – yani *zoe*'nin – *bios* olarak nitelendirilebilmesi için toplumsal yaşama, dolayısıyla da hukuki düzene dahil olması gerekmektedir. Bu meyanda *zoe/bios* ayrımı bireyin bedenlen kendisi olsa da işlevsel olarak farklı bir mahiyette olduğunu ortaya koymaktadır. Öte yandan XX. yüzyıldan itibaren ayrım iyice derinleşmiş, biyolojik

58 Foucault, *Toplumu Savunmak Gerekir* (n 56) 247.

59 Foucault, *Güvenlik Toprak Nüfus* (n 6) 27-43.

60 Foucault, *Cinselliğin Tarihi* (n 8) 103.

61 Umut Koloş, *Foucault, İktidar ve Hukuk, Modern Hukukun Soybilimi* (2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2016) 268.

62 Foucault her ne kadar biyopolitik tedbirlerin kökenini feodal döneme kadar götürüyor olsa da biyopolitikayı büyük ölçüde modern devletin gelişim sürecine paralel ele almaktadır. Ancak Giorgio Agamben ve Blandine Kriegel gibi düşünürler biyopolitikanın tarihini çok daha erken tarihlere kadar götürmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Agamben, *Kutsal İnsan* (n 9) 15; Blandine Kriegel, *The State and the Rule of Law* (trans. Marc A. LePain ve Jeffrey C. Cohen, Princeton University Press 1995) 150.

63 Foucault, *Toplumu Savunmak Gerekir* (n 56) 247-255.

64 Foucault, *Cinselliğin Tarihi* (n 8) 103.

65 Ferhat Taylan, 'Önsöz' *Güvenlik Toprak Nüfus* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2013), 19-21.

hayat her geçen gün daha çok bir hukuk kuralına, insan ise *biyosiyasal bir bedene* indirgenmiştir. Bu durum iktidarın kişiye – kendi totaliter amaçları uğruna – hak ve özgürlükler tanıdığını ya da en azından siyasal emelleri için bunları gözden çıkarabileceğini göstermektedir. Öyle ki siyasallığın temelinde yatan bu ayırım aynı zamanda yasanın dışında kalanların ya da – istisnai durumlarda – çıkarılanların çıplak hayata geri döndürüldüğü anlamına gelmektedir. Zira bu kişiler bundan böyle hukuk düzeninin koruması altında değildir.⁶⁶

İkinci Dünya Savaşı sırasında Yahudilerin toplama kamplarına gönderilirken vatandaşlıktan çıkarılması buna bir örnektir. Nitekim hukuki korumadan yoksun kalan bu kişilerin öldürülmesinin yasal olarak suç teşkil etmediği düşünülmüştür. Denilebilir ki Nazi toplama kampları hukuk düzeni içindeki *çıplak hayatı* temsil etmektedir.⁶⁷ Günümüzde ise devletler olağanüstü hâl tedbirlerine başvurarak olağan hukuk düzeninin dışına çıkmayı bir alışkanlık haline getirmektedir. İşte modern demokrasilerin günbegün totaliter devlete doğru kayışının ve günümüz siyasetinin çoğu kez hayattan başka bir değer tanımayışının ardında bu çıkmaz yatmaktadır.⁶⁸

B. KAMU HUKUKUNDA BİYOPOLİTİK DÖNÜŞÜMLER

1. İKTİDAR, TOPLUM VE DEVLET

Foucault'nun tarih boyunca iktidar, toplum ve devlet nezdinde yaşandığını belirttiği dönüşümleri üç tür iktidar mekanizması üzerinden açıklamaktadır. Bunlardan ilki – özellikle modern devlet öncesinde görülen – yasa koyan ve bunu çiğneyenleri cezalandıran, ikincisi – modern devlet ile birlikte kurumsallaşan – gözetim ve ıslah teknikleri ile disipline eden, üçüncüsü ise *Foucault'nun* güvenlik mekanizmaları olarak adlandırdığı ve yaşamı bir maliyet hesabına dahil eden disiplindir. Bu noktada – yukarıda ifade ettiğimiz sıralamayla – cüzzam, veba ve çiçek salgınlarına denk düşüyor gibi görünen bu üç sistemin – ağırlık herhangi birinde olmak üzere – bir arada çalışabileceği unutulmamalıdır. Öyleyse bunlar aslında birbirini takip eden yahut ortadan kaldıran mekanizmalar değildir.⁶⁹

Yine de tüm bu mekanizmalar önemli farklılıklar içermektedir. Nitekim yukarıda da izah edildiği üzere önce – feodal dönem – sözlü ve yazılı *yasa toplumunun* – kral devlet ile özdeşleşen – sonra üzerinde merkezi bir otorite bulunan *disiplin toplumunun* ve nihayet – iktisadi gerekçelerle – *nüfusun* önem kazandığı bir süreç yaşanmıştır. Dolayısıyla bu süreç içinde sadece iktidarın öznesi değil, yöneldiği nesne de değişmiştir. Keza hükümranlılığın esas olduğu *yasa toplumunda* – insan toprağa bağlı görüldüğü için – iktidar belirli bir toprağın üzerindedir. Ancak *disiplin toplumunda* iktidar tek

66 Agamben, *Kutsal İnsan* (n 9) 221-222.

67 Agamben, *Kutsal İnsan* (n 9) 159-162.

68 Agamben, *Kutsal İnsan* (n 9) 19.

69 Foucault, *Güvenlik Toprak Nüfus* (n 6) 3-9.

tek bireylerin bedenleri ile ilişkilidir. *Biyopolitikada* ise iktidar *nüfusun bütünü* üstünde geçerlidir.⁷⁰ Bu bakımdan artık insan bedeninin *anatopolitiği* değil insan türünün *biyopolitiği* söz konusudur.⁷¹

Yukarıda sayılan ilk iktidar mekanizması feodal topraklarda doğmuş olan ve – yazılı ve sözlü – *yasa toplumu*na denk gelen *adalet devletinde* ortaya çıkmıştır. Nitekim feodal dönem merkezi otoritenin bulunmadığı ve hukukun kurumsallaşmadığı bir aşamadır. İkincisi ise XV. ve XVI. yüzyıllarda *disiplin toplumu* içinde gelişen ve – feodal devletin aksine – sınırları belirli bir *idari devlette* doğan bir modeldir. Modern devletin öncülü olarak kral devletlerin geliştirdiği bu aralıkta hükümdarlar içte ve dışta otoritelerini arttırmak için sürekli bir orduya, iktisaden güçlü olmak için ise merkantilist ekonomiye ihtiyaç duyulmuştur.⁷² Keza bu çağlar iktisadi alanda geçimlik ekonomiden kâra dayalı yeni bir modele geçişin yaşandığı dönemlere denk düşmektedir.⁷³

Ancak her ne kadar bu süreçte iktidar tipi yavaş yavaş değişiyor olsa da *yasa toplumu* bir anda sona ermemiş ya da yerini *disiplin toplumu*na bırakmamıştır. Aynı şekilde üçüncü iktidar mekanizmasını teşkil eden *nüfusun yönetimi* de diğer iki modelin ikamesi değildir. Zira nüfusun yönetiminde ekonomik gerekçelerle nüfus üzerinde yoğunlaşmakta ve kontrol güvenlik düzenekleri vasıtasıyla sağlanmaktadır, lakin bu yasanın ya da disiplin tekniklerinin ortadan kalktığı anlamına gelmemektedir. Foucault'nun *yönetimsel idare* olarak tanımladığı bu iktidar teknolojisinin temel hedefi nüfustur ve işleyişi güvenlik düzenekleri üzerinden sağlanmaktadır. *Biyopolitika* bağlamı ile bu modele *yönetimsellik (governmentality)* adını verilmektedir.⁷⁴ Bu, normalleştirici olan ve şiddeti doğrudan kullanmayan yeni bir iktidar tipidir.⁷⁵

Foucault'ya göre *biyopolitika* bağlamında sadece devlet, toplum ve iktidarda değil; normatiflik⁷⁶ düzeyinde de bir farklılaşma yaşanmıştır. Bu değişim, üretimin maksimize edilmesini hedefleyen yeni iktidar tekniklerinin anlaşılması için oldukça önemlidir. Zira bu kapsamda anormal görülenin dışlanması yerine normalleştirilmesini hedefleyen yeni bir yönetim tarzı benimsenecektir.⁷⁷ Ancak bu süreci anlamak için evvela *Fukoyen biyotarih* süreci incelenmelidir. Bu sürecinin ilk aşamasını oluşturan *yasa toplumunda* kanun olumsuz kodlamaktadır. *Disiplin toplumu* ise gerçeğin tamamlayıcısı olarak çalışmakta ve bu sistemde topluma her an ne yapması gerektiği buyurulmaktadır.⁷⁸ Normal olan/olmayan sürekli belirlenmekte ve toplum disiplin yaptırımları

70 Foucault, *Güvenlik Toprak Nüfus* (n 6) 12.

71 Foucault, *Toplumu Savunmak Gerekir* (n 56) 248.

72 Michel Foucault, *Biyopolitikanın Doğuşu*, Collège de France Dersleri 1978-1979 (çev. Alican Taylan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2015) 37-41.

73 Nihat Bulut, *Feodaliteden Küreselleşmeye Ekonomik İktidar Siyasal İktidar İlişkisi* (Seçkin 2003) 80-82.

74 Foucault, *Güvenlik Toprak Nüfus* (n 6) 97-98.

75 Tuğaç (n 5) 39.

76 Foucault norm ve normalleştirmeye dair bu sorunu Deliliğin Tarihi'ni yazarken tez danışmanı Georges Canguilhem'den miras almıştır. Bkz. Taylan (n 65) 16.

77 Micheal Foucault, *Abnormal, Lectures at The Collège de France 1974-1975* (trans. Graham Burchell, Verso 2003, 48-50.

78 Foucault, *Güvenlik Toprak Nüfus* (n 6) 43-46.

kanalı ile yönetilmektedir.⁷⁹ Bu iktidar tipi toplumu sürekli düzene sokmakta, denetlemekte, gözetlemekte, değerlendirmektedir.⁸⁰

Bu doğrultuda *disiplin toplumunda* önce bir norm belirlenmekte ve insanların hareketi bu kurala uygun hale getirilmeye çalışılmaktadır. Dolayısıyla normal, norm üzerinden belirlenmektedir. *Foucault* disiplin teknikleri vasıtasıyla normalin norm üzerinden belirlendiği bu süreci *normlama* olarak isimlendirmektedir. Ancak çiçek salgını sonrası ortaya çıkan aşılama modelinde süreç bunun tam tersine işlemiştir. Zira bu kapsamda istatistiki çalışmalarla bir normallik eğrisi belirlenmiş, eğrinin dışında kalanlar ise bir maliyet hesabına dahil edilerek tedbir alınmıştır. Dolayısıyla burada normdan normale değil, normalden norma gidilmiştir. Yani yasanın bir sosyal mühendislik aracı şeklinde kullanılarak olması gerekeni olan haline getirmeyi amaçladığı dönemden, istatistiki olarak mevcut olanın hukuken olması gerekene dönüştürüldüğü aşamaya geçilmiştir. Öte yandan buna göre kronik hastalıklar, yaşlılar ya da herhangi bir sebeple işgücüne katılamayacağı düşünülenler gözden çıkarılabilmektedir. *Foucault*'ya göre bu bir *normlama* değil, *normalleştirme* sürecidir.⁸¹

Bu bağlamda *Foucault*, kamu hukukunun ağırlık merkezinin kaydığı görüşündedir. Öncelikle XVII. ve XVIII. yüzyılın temel meselelerinin – iktidarın temelinin ya da meşruiyet koşullarının neler olduğu gibi – yanına XVIII. yüzyıldan itibaren iktidarın sınırlanması düşüncesinin eklenildiğini belirtmektedir. Bu minvalde her bireyin iktidar karşısında bazı haklara sahip olduğu düşüncesi gelişmiştir. Üstelik bu haklardan bazılarında bireyin bizzat kendisi dahi feragat edememektedir. Öte yandan bu hukuki gelişmelerin yanında yönetim pratiğinde de önemli değişimler yaşanmıştır. Nitekim iktisadi düşüncedeki yeniliklere paralel olarak yönetimin yetki alanının sınırı sadece hukukla değil faydayla da çizilmeye başlanmıştır. Böylece devletin her eyleminin bir maliyet analizine dahil edilmesi düşüncesi yerleşmiştir. Dolayısıyla artık sadece kendisine dayanan, halkını ve kuvvetini öne koyan iktidar anlayışı terk edilmiştir. Yeni iktidar modeli bireysel ve müşterek çıkarları aynı anda gözetmelidir. Hem toplumsal fayda hem ekonomik kâr göz önüne alınmalıdır. Bu, serbest piyasa dengesi ve kamusal güç arasında oynanan karmaşık bir oyundur.⁸²

2. HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI VE SINIRLAMANIN MALİYETİ

Biyopolitika kral devlet ile kurumsallaşmaya başlayan disiplinci teknik gibi bireyselleştirici değildir, aksine yığınlaştırıcı bir politika izlemektedir. Bu yeni iktidar teknolojisinin odağı nüfustur. Bu sebeple artık ölümcül salgınlara değil, üretimin azalmasına yol açarak ekonomik kayıplara neden olan hastalıklara yoğunlaşmaktadır. *Biyoiktidar* – yaşam ve ölüm üzerinde karar verme yetkisi ile donatılmış egemenlik modelinin aksine – nüfusun üretkenliğine dolayısıyla da sağlığına odaklanmaktadır. Bu doğrultuda üretkenliği artırmak için nüfus artışının yanı sıra ölüm/doğum oranları, ortalama yaşam süresi gibi hususlar da bu yeni iktidar tipinin temel kaygıları arasında yer

79 Michael Hardt ve Antonio Negri, *İmparatorluk* (çev. Abdullah Yılmaz, 5. Bası, Ayrıntı 2003) 47.

80 Foucault, *Cinselliğin Tarihi* (n 8) 106.

81 Foucault, *Güvenlik Toprak Nüfus* (n 6) 51-57.

82 Foucault, *Biyopolitikanın Doğuşu* (72) 37-41.

almaktadır.⁸³ *Biyopolitika* kapitalizm için vazgeçilmez olan emeği maksimize edebilmek uğruna bedeni mümkün olan en verimli ve uzun şekilde kullanmak istemektedir. Bu bakımdan *biyopolitika* kapitalizm için vazgeçilmez bir konumdadır.⁸⁴

Öyle ki Agamben'e göre ekonomik düzenin ihtiyaç duyduğu uysal bedenleri sağlayamayan eski tip disiplinci iktidarın yerini alan bu yeni iktidar biçiminin sağladığı disiplinci teknikler olmadan kapitalizmin zaferi mümkün olmayacaktır.⁸⁵ Buna karşın yeniden hatırlatmak gerekir ki nüfusun önemi kapitalizm ile fark edilen yeni bir olgu değildir. Nitekim *merkantilist* ve *kameralist* düşüncede⁸⁶ de nüfusun artışı ve kontrolü oldukça önemlidir. Bu nedenle de – yukarıda da izah edilen – bir dizi disiplinci tedbire başvurulmuştur. Ancak XVIII. yüzyıldan itibaren – başta *bırakınız yapsınlar* ilkesini benimseyen *fizyokrasi* olmak üzere – ekonomi alanındaki gelişmeler nedeniyle nüfus – sadece hükümdarın tebaası olarak görülen – basit bir topluluk olmaktan çıkmıştır. Bir yandan nüfusun davranışları, alışkanlıkları, talepleri göz önüne alınmış; diğer yandan ise kanaatlerine müdahale edilmeye çalışılmıştır.⁸⁷

Bundan böyle popülasyon sadece iktidar tarafından baskı altına alınacak bir nesne değil, aynı zamanda kapitalizm tarafından kuşatılan bir kaynaktır. Öyle ki XIII ve XVIII. yüzyıllar arasındaki cüzzam ve veba salgınlarında hasta kişiler önce toplumdan dışlanmış, sonrasında ise toplum içine kapatılarak dönüştürülmeye çalışılmıştır. Ancak XVIII. yüzyıldan itibaren çiçek hastalığı ve aşı pratiği göz önüne alındığında iktidarın kişilerin özgürlük alanına müdahale etmektense nüfusu yönetmeyi tercih ettiği görülmektedir.⁸⁸ Bu noktada ifade etmek gerekir ki bu süreç aynı zamanda siyasal bakımdan liberalleşme, iktisadi bakımdan liberalleşmenin yanında kapitalizmin de geliştiği döneme denk düşmektedir. Keza nüfusun sosyal kontrolü kapitalizm için de olmazsa olmazdır. Öte yandan kapitalizm için hayati bir mesele olan nüfusun kontrolü, sadece ideoloji ile sağlanamamış, insanların bedenleri üzerinde de bir denetim gerçekleştirilmesi gerekmiştir. Bu meyanda da insan bedeni ve sağlığı kapitalist toplumda olabildiğince öncelenmiştir. Böylece insan bedeni *biyopolitik* bir gerçeklik olarak konumlandırılmış; tıp, bir strateji haline getirilmiştir.⁸⁹ Ayrıca hatırlatmak gerekir ki Foucault *yönetimsellik* ile birlikte liberalizmi *biyopolitiğin* genel çerçevesine oturtmaktadır.⁹⁰ Bu bağlamda iktidarı devlet kuramı çerçevesinde ele alarak liberal devlet, toplum ve birey arasındaki *biyopolitik* ilişkileri hesaba katmaktadır. Bu da bizi, iktidarın biyolojik varlıklar üzerindeki normatif

83 Foucault, *Toplumu Savunmak Gerekir* (n 56) 248.

84 Foucault, *Cinselliğin Tarihi* (n 8) 103.

85 Agamben, *Kutsal İnsan* (n 9) 11.

86 Merkantilist ve bunun Alman coğrafyasında karşılığı olan da kameralist düşüncede toplum ile devletin refahı bir tutulmaktadır. Bu kapsamda güçlü devleti temel alan bunun için ihracatın artırılıp ithalatın sınırlandırılması gerektiğini savunun merkantilist düşüncede üretimin artırılması esastır. Bunun için de kalabalık ve sağlıklı bir nüfusa ihtiyaç duyulmaktadır. Bkz. George Rosen, *A History of Public Health* (Revised Expanded Edition, Johns Hopkins University Press 2015) 55-59.

87 Foucault, *Güvenlik Toprak Nüfus* (n 6) 63-67.

88 Foucault, *Güvenlik Toprak Nüfus* (n 6) 11.

89 Koç (n 2) 195.

90 Foucault, *Güvenlik Toprak Nüfus* (n 6) 341.

kontrol yeteneğinin – yaşamın siyasete eklemelenmesi olarak tasarlanan *biyopolitika* vasıtasıyla – artırılıp artırılmadığı sorusuna götürmektedir.⁹¹

Kapitalist sistem içinde özgürlük, hukuk dışında bir de maliyet hesabına dahil edilmektedir. Burada hukuk öznesi ile çıkar nesnesi arasında hem bir özdeşlik hem de çatışma söz konusudur. Bu bağlamda liberal devlet altında hukuken özgürleşen vatandaşlar aynı zamanda iktisaden iktidarı besleyen nesneler haline dönüşmektedir.⁹² Bireysel ve kolektif çıkarlar arasında bir denge oluşturulması gerekmektedir. Örneğin işçilere tanınan hak ve özgürlüklerin üretim için tehlike arz etmemesi icap etmektedir. *Foucault*'nın liberalizme özgü iktidar ekonomisi adını verdiği bu durum, piyasa ile bireyler arasında bir özgürlük-güvenlik dengesi barındırmaktadır. Aslına bakılırsa – yukarıdaki *biyotarih* süreci içerisinde ifade ettiğimiz – *yasa toplumunda* da hükümdarı tebaasını korumaya zorlayan çeşitli hukuki ve ekonomik ilişkiler ağı mevcuttur. Ancak bu daha çok dışarıya yönelik bir korumadır. Öyle ki bu düşünceye göre hükümdar tebaasını dış düşmanlardan da korumalıdır. Liberalizmin sunduğu koruma ise esas olarak bizzat iktidarın kendisine yöneliktir. Lakin bunu gerçekleştirirken devreye soktuğu güvenlik mekanizmaları aynı zamanda korumaya yöneldiği hak ve özgürlüklerin varlığını anlamsız hale getirebilmektedir.⁹³ İşte bu noktada salgın hastalıklara karşı alınan tedbirler, iktidarı pekiştiren bu süreci en sarıh yönüyle ortaya koymaktadır. Böylece iktidarın *biyopolitika* ile gizlenen saklı çekirdeği – çıplak hayatın siyasi ve hukuki alana dahil edilmesi – açığa çıkarılacaktır.

III. SALGIN HASTALIKLAR KAPSAMINDA FUKOYEN BİYOPOLİTİKA

Foucault ortaya koyduğu *biyopolitika* tezi ile politik süreç ve yapıları biyolojik belirleyiciler üzerinden değerlendirmiştir. Bunu gerçekleştirirken de tarihsel süreçte biyolojik yaşamın siyasetin merkezine nasıl yerleştiğini analiz etmiştir. Ayrıca egemenlik kavramını yeniden formüle etme çabasına girişmiştir. Bu perspektiften *biyoiktidar* terimi egemenliğin modern yorumlarından biri haline gelmiştir. Ancak yukarıda detaylı olarak ifade ettiğimiz üzere *Foucault*'nın *biyopolitikaya* biçtiği anlam bunlardan ibaret değildir. Bu nedenle çalışma kapsamında kavramın sınırlarının çizilmesi gerekmektedir. Nitekim çalışmada *biyopolitika* sadece egemen gücü yeniden ifade eden siyasi bağlamıyla ele alınacaktır.⁹⁴ Keza çalışmanın amacı, siyasal iktidarın salgın hastalıklar karşısındaki değişimini analiz etmektir. Bu kapsamda *biyopolitika* sadece dört büyük salgın özelinde incelenecektir: Cüzzam, veba, çiçek ve Covid-19.

91 Barney ve Scheck (n 41) 16.

92 Koç (n 2) 197.

93 Foucault, *Biyopolitikanın Doğuşu* (72) 56.

94 Lemke (n1) 33-34.

Foucault da çalışmalarında, Covid-19 hariç,⁹⁵ bu sıralamayı takip ederek işe cüzzamları dışlayan model ile veba kurbanlarını içeri kapatan sistemi karşılaştırmakla başlamıştır.⁹⁶ Bu doğrultuda evvela *Orta Çağ* boyunca cüzzamlı olan ile olmayanı ayıran yasalara, nizamnamelere ve dini ritüellere değinmiştir. Bu *Fukoyen* bağlamda *yasa toplumuna* denk düşmektedir. Sonrasında ise *Geç Orta Çağ*'dan itibaren şehirleri dışarı kapayan; şehrin içindekilerin ise ne zaman, nasıl, hangi saatte evlerinden çıkabileceklerini düzenleyen; hane içinde yapacaklarına dahi karışan, hatta bunun için hastanın bulunduğu her evi takip etmek üzere nöbetçi görevlendiren nizamnameleri etüt etmiştir. Belirtmek gerekir ki *Foucault*'ya göre – yasa toplumunda sadece olumsuz kodlayan normatif sistemin aksine – veba salgınına ilişkin bu hukuki araçlar *disiplinci* bir sistemin ürünüdür. Bu konudaki son örnek ise XVIII. yüzyıl çiçek salgını sonucu ortaya çıkan aşılama pratikleridir. Bu yüzyıldan itibaren cüzzam gibi toplumdan dışlama yahut veba gibi toplumu içeri kapatmak gibi yöntemler yavaş yavaş terk edilmiş, böylece – topluma belirli bir disiplini dayatmak yerine – çeşitli güvenlik mekanizmalarının işletildiği döneme girilmiştir. Tekrar etmek gerekir ki birbirinden ayrı ya da birbirinin devamı olarak bir yasa, disiplin yahut güvenlik mekanizmaları çağı yaşanmamıştır. Bununla birlikte tarih boyunca her birinin ağır bastığı dönemler mutlaka olmuştur.⁹⁷

Yukarıda sayılan salgınlardan cüzzam ele alındığında *Orta Çağ*'da bu hastalığa yakalananların Tanrı tarafından cezalandırıldığının düşünüldüğü, bu yüzden hastalananların sadece fiziken değil ahlaken de dışlandığı görülmektedir.⁹⁸ Bu minvalde cüzzamlı hastaların toplumdan atılması katı bir bölünmeyi ve sosyal mesafeyi içermiştir. Nitekim cüzzamlılar feodal şehrin duvarlarının ötesine atılmış, böylece birbirine yabancı iki kitle oluşturulmuştur. Öte yandan hastaların bu şekilde toplumdan dışlanması onları sadece sosyal değil, hukuki ve siyasal alanın da dışına çıkarmıştır. Böylece cüzzamlılar hem hukukun hem de toplumun karşısında yaşayan ölümler haline gelmiştir. Öyle ki cüzzamlı ilan edilen kişiler şehrin dışına atılırken hukuken öldükleri kabul edilmekle kalmamış, bir de bu kişiler için cenaze törenleri düzenlenmiştir. Üstelik toplumun bir kesimini marjinalleştiren bu yöntemler sadece cüzzamlılara değil, toplum tarafından istenmeyen – dilenci, serseri, aylak gibi – tüm kesimlere karşı bir araç olarak kullanılmıştır.⁹⁹ Diğer taraftan cüzzamlılar için şehirlerin dışına inşa edilen yapılar, salgın sona erdikten yüzyıllar sonra dahi kullanılmaya devam etmiştir. Bu kapsamda toplumun ıslaha muhtaç olduğu düşünülen kesimi – başta iktisaden veya ahlaken düşkün olduğu kabul edilenler – bu yapılarda kalmaya zorlanmıştır. Bu kişiler, cüzzamlı muamelesi görerek toplumdan dışlanmıştır.¹⁰⁰

Bununla birlikte toplumu hasta olandan arındırmak için hastanın toplumdan çıkarılmasına dayanan bu model, XVII. yüzyılın sonlarından itibaren yavaş yavaş ortadan kalkmaya başlamıştır.

95 Aslına bakılırsa Fransız düşünür iktidar çözümlemesini sadece salgın hastalıklar üzerinden almamıştır. Zira salgınların yanında olgusal olarak hırsızlık, şehir planlaması ve hatta kıtlık üzerinden de bu tür çözümleri gerçekleştirmektedir. Ancak çalışma kapsamında sadece salgın hastalıklara ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir. Bununla birlikte Foucault hayatını 1984 yılında kaybettiği Covid-19 salgınına incelemesi mümkün olmamıştır. Nitekim çalışma bağlamında da Foucault'nun izi sürülerek bu eksikliğin giderilmesi hedeflenmektedir.

96 Arnold I. Davidson, *'Intro' Abnormal* (Verso 2003) 20.

97 Foucault, *Güvenlik Toprak Nüfus* (n 6) 9-11.

98 Michel Foucault, *Kliniğin Doğuşu-Tıbbi Algının Arkeolojisi* (çev. Şule Ünsaldı, 3. Bası, Epos 2014) 218.

99 Foucault, *Abnormal* (n 77) 43-44.

100 Michel Foucault, *Deliliğin Tarihi* (çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 4. Bası, İmge 2006) 28.

Aslına bakılırsa dışlama modelinin yerini alacak olan yeni kontrol mekanizması da oldukça eski bir yöntemdir. Yine de veba salgınlarından sonra ağırlık bu yeni sosyal kontrol aracına verilmiştir. Bu kapsamda şehirler dışarı kapatılmış ve bölümlere ayrılmıştır. Bu noktada ifade etmek gerekir ki veba kurbanlarının içeri kapatılması şeklindeki bu yeni model, kendini en iyi karantina tedbirinde göstermektedir.¹⁰¹ Bu kapsamda evvela mekânsal bir çerçeveleme gerçekleştirilerek şehre giriş çıkışlar yasaklanmıştır. Mahalleler her biri farklı görevlilerin emrinde olacak şekilde bölünmüş, giriş çıkışlar kontrol altına alınmıştır. Hatta vebalıların bulunduğu haneler dışarıdan kilitlenmiş ve tüm gün boyunca gözetim altında tutulmuştur.¹⁰²

Dolayısıyla belirsiz bir bölgeye itilen cüzzamlıların aksine vebalılar için şehrin içinde incelik ve ayrıntılı olarak belirlenmiş bir mekân tasarlanmıştır. *Cüzzam* salgınları, sınırları belirgin olmayan bir iktidar tipinin söz konusu olduğu feodal dönemde gerçekleşmiştir. *Kara Veba* ise mutlak iktidarın hâkim olduğu bir çağda patlak vermiştir. Dolayısıyla alınan önlemler ile dönemin yaygın siyasi anlayışı tutarlıdır. Bu dönemde ayrıca merkezi otorite tarafından kurumsal bir *sıhhi politika* da geliştirilmeye başlamıştır. Nitekim cüzzamlılar sadece toplumdan dışlanırken veba salgını sırasında şehirler dört parçaya bölünmüş, her mahalleye müfettişler atanmış, her sokağa gözeticiler konulmuştur. Bu doğrultuda sürekli olarak bir teftiş ve gözetim¹⁰³ sağlanmıştır. Vebalı evler nöbetçiler tarafından denetim altında tutulmuş, giriş çıkış yasaklanmıştır. Hanenin ihtiyaçlarına yönelik alışverişler bu nöbetçiler tarafından gerçekleştirilmiştir.¹⁰⁴ Hasta olmayanlar ise evlerine erzak yığmak zorunda kalmış, günlük alışverişler kanca ve sepet gibi yardımcı araçlarla teması en aza indirecek şekilde yapılmıştır. Öte yandan karantinaya alınan evler, havasının temizlenmesi gerektiği düşüncesi ile, – hane halkı birkaç saatliğine belirli bir bölgede tutularak – baştan aşağı temizlenmiş ve çeşitli kokular ile hastalıktan arındırılmaya çalışılmıştır.¹⁰⁵

Vebaya karşı işletilen mekanizma bireylerin sabit bir yere kapatıldığı, tüm hareketlerinin denetlendiği, her şeyin kayıt altına alındığı bir modeldir. Bu kapsamda merkez ve yerel idareler birbirine bağlanmıştır. Böylelikle iktidar bölünmeden, hiyerarşik ve sürekli olarak icra edilebilmiştir. Burada bütüncül bir disiplin düzeneği söz konusudur. Bu doğrultuda veba salgınına karşı aslında kamu sağlığından ziyade daha çok kamu düzeni üzerinden tepki verilmiştir. Böylece veba salgını karşısında iktidarın en ince ayrıntıya kadar müdahil olabildiği yeni bir disiplin mekanizması yaratılmıştır. Bu olağan dönemlerde yasanın çiğnendiği değil, olağanüstü durumlarda hak ve özgürlüklerin askıya alındığı modelin öncülüdür. Bu minvalde vebaya yakalanmış bir şehir siyasal anlamda olağan dışı

101 Foucault, *Abnormal* (n 77) 44.

102 Michel Foucault, *Hapishanenin Doğuşu* (çev. Mehmet Ali Kılıçbay, İmge 1992) 245.

103 Sokaklarda devriyeler atılmış, vebalı hanelerin kapılarına bekçi dikilmiştir. Her bir mahalle ve sokaktan sorumlu müfettişler atanmış ve görevliler sürekli olarak teftiş edilmiştir. Öte yandan karantina kapsamında hanelerden kaçmayı engellemek için hastaların kendilerini pencereden göstermesi istenmiş, bunu gerçekleştirilmeyenlerin hanelerine cebren girilmiştir. Zira görevliler pencereye çıkmadığı durumlarda bunun nedenini öğrenmek zorundadır. Böylece hastaların öldüğü, saklandığı ya da kaçtığı kolayca tespit edilmiştir. Bkz. Foucault, *Hapishanenin Doğuşu* (n 102) 246-247.

104 Foucault, *Abnormal* (n 77) 45-46.

105 Foucault, *Hapishanenin Doğuşu* (n 102) 246-247.

olmakla birlikte oldukça ayrıntılı, mutlak ve şiddete dayalı disiplinci bir mekanizma sunmaktadır. Bu manada *Leviathan* ölüm getiren salgın karşısında kılıç hakkını titizlikle kullanmaktadır.¹⁰⁶

Cüzzam ve vebanın aksine çiçek proaktif bir modeldir. Zira önceki iki sistemde görülen hasta olanın sosyal olarak yalıtılması ya da toplum içine kapatılarak tedavi edilmeye çalışması gibi yöntemler artık daha az izlenmektedir. Nitekim aşılama pratiğinde hasta olan ile olmayan arasında bir ayırım yapılmamaktadır. Zaten bu modelin hedefi hastalardan ziyade nüfusun bütünüdür. Bu kapsamda istatistiki veriler üzerinden salgına bağlı ölümlerin normal dağılımı tespit edilmektedir. Buna göre ilk hedef ölüm oranlarının normalleştirilmesidir. Ancak bunun için alınacak önlemler bir maliyet analizine dahil edilmekte ve ölüm oranlarının bu eğri ile uyumlu olması hedeflenmektedir. Aşılama pratiğinde gerçekleştirilen gözetim, insanların aşı olmaya değil değmeyeceğinin tespitini içermektedir.¹⁰⁷ İfade etmek gerekir ki cüzzam tedbirleri feodal düzenin, vebanın kiler ise mutlakliyetin ürünleriyken kişiyi önemli ölçüde sınırlamıyor gibi gözükken ancak dışarıdan kuşatan ve birey olarak görmekten ziyade maliyet hesabı dahilinde bir rakama indirgeyen bu yaklaşım da liberalizm ve kapitalizmin ürünüdür.

Bu kapsamda üç salgına karşı alınan tedbirler karşılaştırıldığında öncelikle cüzzam ile veba arasında bir dışlama/içleme ikiliği görülmektedir. Cüzzamda iktidar mesafe isterken vebada hayatın her alanına müdahil olur. Cüzzam bir arınma ritüeli sunarken vebada bireylerin sağlığının, yaşamının, ömrünün ve gücünün en üst düzeye çıkarılması hedeflenir. Cüzzamda kamu sağlığı sorunu hasta olanı toplumdan çıkarmakla, vebada ise sağlıklı bir nüfus üretmekle somutlaşır. Veba bu manada siyasi bir denetim modeli sunmaktadır ve mutlak monarşilerin en büyük icatlarından biridir. Öyle ki cüzzam karşısında olumsuz – reddedilme, dışlanma-, vebaya ilişkin olumlu tepkiler – içeriye kapatma, gözetleme, sağlıklı kılma – gösterilmiştir. Bu sebeple veba ile kurumsallaşan ve yaygınlaşan; yani biçimlendiren, gözlemleyen, bilen ve çoğaltan bir pozitif iktidara dönüşüm süreci başlatılmıştır.¹⁰⁸

Üstelik veba ile ortaya koyulan disiplinsel şema, hastalıklı ve sağlıklı iki grup arasındaki ayrıma dayanmamaktadır. Zira – cüzzamın aksine – alınan zorlayıcı tedbirler sadece hasta olanlara yönelik değildir. Bu doğrultuda sağlanan gözetim ve denetim, iktidarın mutlaklaşmasına hizmet etmektedir. Cüzzamlıların şehirden atılması sadece sıhhi olarak değil ahlaken de kötülüklerden arınmış bir toplumu idealize ederken vebada hastaların hanelere, şehrin ise dışarı kapatılmasıyla disiplinli bir toplumun düşü kurulmaktadır. Nasıl ki toplum sözleşmecileri hukuku saf teoriye göre işletebilmek adına bir doğa durumu hayal etmişse, veba dönemi sonrası mutlak iktidarlara da mükemmel bir disiplin sistemi oluşturmak adına veba durumuna benzer bir olağanüstü hâl sürecini düşlemektedir. Ancak disiplin herhangi bir aygıt ya da kurumla özdeş değildir. Bu manada disiplin bir iktidar tipi, hatta bir iktidarı icra etme tarzıdır. Devlet karantina tedbiri ile başlatılan bu süreci hastane, hapishane hatta okul ve ordu gibi uzmanlaşmış müesseseler aracılığı ile kurumsallaştırmıştır. Bu kapsamda toplumsal karantina olarak adlandırabileceğimiz kapalı disiplinlerden, *Foucault*'nın *panopticon tarzı*¹⁰⁹ olarak

106 Foucault, *Hapishanenin Doğuşu* (n 102) 248-261.

107 Foucault, *Güvenlik Toprak Nüfus* (n 6) 54-57.

108 Foucault, *Abnormal* (n 77) 46-48.

109 Jeremy Bentham'ın Panoptikon'u modern iktidarın anlaşılması açısından oldukça önemli bir eserdir. Bu metinde

nitelendirdiği merkezi denetime ve hayatın kendisine sirayet etmiş bir disiplinsel düzeye geçilmiştir. Nitekim böylece iktidarın sürekli olarak görüldüğü ama varlığının ispat edilemediği bir model oluşturulmuştur. Bu aynı zamanda iktidarın otomatikleşmesi ve bireysellikten çıkarılması anlamına gelmektedir. Öyle ki bu sistemde iktidarı kimin icra ettiği önemli değildir. Bu model, iktidarın belli bir disiplini zorla dayatmak yerine, en küçük ve en uzak unsurlara kadar ulaşabileceği düzenekler yaratmasına ve böylece disiplinin kendi kendini üretilmesini sağlamaktadır.¹¹⁰

Bu da bizi *Foucault*'nın *yönetimsel akıl çağı* olarak adlandırdığı döneme götürmektedir. Zira liberalleşme süreciyle yasa, hükümdarın karşısına geçerek iktidarın sınırını çizmeye başlamıştır. Bu doğrultuda özellikle XVII. yüzyıldan itibaren kamu hukukuna yönelik tartışmalarda hükümdarın hangi sınırı aştığında gayrimeşru ilan edileceği sık sık gündeme gelmiştir.¹¹¹ Ancak devamında bu sınır, iktidarın mutlaklığından yönetimin aşırılığına doğru çekilmeye başlanmıştır. Artık asıl mesele yönetimin hangi noktada aşırıya kaçtığına tespit edilmesidir. Bunun ana nedeni XVIII. yüzyılda yaşanan iktisadi ve siyasi gelişmelere paralel olarak yönetim aklının kendi kendini sınırlandırmak durumunda kalmasıdır. *Foucault*, *biyopolitikanın* bu bağlamını *ekonomi politik* olarak adlandırmaktadır. Buna göre iktidarın kısıtlanmasının temeli sadece hukukta değil iktisatta da aranmaktadır. Zira devlet artık ne yapıp ne yapamayacağını iktisaden de düşünmek zorundadır. Böylece kapitalizmin yaygınlaşmasına bağımlı olarak İngiliz radikalizminin fayda sorunu, devlet aklı pratiğinin sınırlarından biri haline gelmiştir.¹¹² Neoliberal sistemin baş edemediği Covid-19 salgını karşısında da otoriter eğilimler güç kazanmış ve *biyopolitika* kavramı yeniden gündeme gelmiştir. Bu doğrultuda çalışmanın sonraki bölümünde iktidarın biyopolitikayı otoritesine pekiştirici bir araç olarak kullanımı Covid-19 salgını ekseninde ele alınacaktır.

IV. COVID-19 EKSENİNDE FUKOYEN BİYOPOLİTİKA

A. GENEL OLARAK

Çin'in 31 Aralık 2019 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü'ne (DSÖ) oldukça bulaşıcı bir hastalıkla karşı karşıya olunduğunu bildirmesinin ardından, DSÖ tarafından evvela 30 Ocak 2020 tarihinde Uluslararası Öneme Sahip Halk Sağlığı Acil Durumu'nun söz konusu olduğu, 11 Mart 2020'de ise

dairesel bir bina bulunmakta ve tutuklu hücreleri binanın çeperinde konumlanmaktadır. Tutukluların odaları ayrıdır ve birbirleri ile iletişim kurmaları mümkün değildir. Gözetleme kulesi ise dairenin merkezinde yer almaktadır. Her bir hücre gözetmen tarafından görülebilirken gözetleme kulesinde birinin olup olmadığı dışarıdan anlaşılamamaktadır. Bkz. Jeremy Bentham, *Panoptikon: Gözün İktidarı* (çev. Barış Çoban ve Zeynep Özarslan, 2. Bası, Su Yayınları 2016), 14-16.

110 Foucault, *Hapishanenin Doğuşu* (n 102) 249-271.

111 Merkezi iktidarın güçlendiği ve monarşilerin öne çıktığı bir aralık olan XIV. ve XV. yüzyıllarda Niccolo Machiavelli, Jean Bodin ve Thomas Hobbes mutlak egemenlik düşüncesini savunurken, modern devletin liberalleşme sürecine paralel olarak John Locke ve Montesquieu gibi düşünürler ise devlet düzeni içinde hak ve özgürlüklerin öne çıktığı bir yapıdan bahsetmektedir. Bu doğrultuda liberal görüş taraftarları liberalizmin teorisini formüle ederken güçler ayrılığı ve hukukun üstünlüğü gibi ilkeler üzerinde durmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol ve Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, (18. Bası, Der Yayınları, 2022), 112-131.

112 Foucault, *Güvenlik Toprak Nüfus* (n 6) 14-37.

salgının pandemiye¹¹³ evirildiği ilan edilmiştir.¹¹⁴ Bu tarihlerden itibaren dünyada idari, iktisadi, hukuki, siyasi ve sosyal alanlarda büyük değişiklikler olmuştur. Örneğin Covid-19'un ortaya çıkmasından bu yana selamlaşmalar sadece birer dirsek darbesinden ibaret hale gelmiştir. Diğer yandan sosyal izolasyon kuralları hayatın olağanı olmuştur. İnsanlar artık yiyecek ve içeceklerini birbiri ile paylaşmamaya başlamıştır. Ev ziyaretleri sona ermiş, düğün ve cenaze törenleri yasaklanmıştır. Belki yaşam biçimine ilişkin kurallar resmi olarak aynı kalmış ama pandemi olağan hayat düzenini geçersiz kılmış ve anlamını değiştirmiştir. Böylece olağanüstü yasal düzenlemeler adı altında geçici bir kültür ve düzen ortaya çıkmıştır.¹¹⁵

Öte yandan Covid-19 sonrası değişen sadece sosyal yaşantı ya da yaşam biçimi değildir. Toplumlar tecrit altına alınmış, parlamentolar kapanmış ve dünya genelinde olağanüstü hâl rejimleri yürürlüğe konulmuştur.¹¹⁶ Hastalığı takip etme adına uygulanan dijital gözetim teknikleri özel hayatın gizliliğini ihlal ediyor olsa da büyüyen salgın tehdidi karşısında normalleşmiştir.¹¹⁷ Ayrıca nüfusun bir kısmının evde kalması ve virüse maruz kalma riskinin en aza indirilmesi için toplumun geri kalanı eskisinden çok daha fazla çalışmaya devam etmiş ve kendi sağlıklarını hatta yaşamlarını riske atmıştır. Bazıları ise çalıştıkları işyerlerinin kapanması nedeniyle işlerini kaybetmiş ve işsizlikle karşı karşıya kalmıştır.¹¹⁸

Salgın sonrasında uygulanan sokağa çıkma yasakları nedeniyle birçok ülkede ekonomi neredeyse durma noktasına gelmiştir. Bu kapanmalarda yaşam için kritik olan sektörler ise bu tedbirlerden muaf tutulmuştur. Örneğin karantina altındaki nüfusun gıda kıtlığı ile karşılaşmamasına yönelik politikalar geliştirilmiştir. Diğer yandan bu olağanüstü halin dönüştürücü gücü sayesinde bazı devletlerde ikamet statüsü belirsiz olan sığınmacılar devletin hukuki topluluğuna dahil edilerek siyasi bir varlık haline getirilmiştir.¹¹⁹ Tüm bu gelişmeler *Fukoyen* bir tabirle *biyopolitik zamanlarda* yaşadığımızı göstermektedir.¹²⁰ Bu bakımdan çalışmanın devamında iktidar ile toplum arasındaki sosyo-politik, sosyo-ekonomik ve hukuki ilişkideki biyopolitik değişim *Fukoyen* bir okuma ile analiz edilecektir.

113 Pandemi oldukça geniş bir alanda tesirini gösteren salgın hastalıkları tanımlamak için kullanılmaktadır. Bkz. Muzaffer Şeker, Ali Özer, Zekeriya Tosun, Cem Korkut ve Mürsel Doğrul, *Covid-19 Pandemisi Değerlendirme Raporu* (TÜBA 2020) 20.

114 Recep Öztürk, 'Outbreak Control and Preparatory Actions in the New Normal Period' in Muzaffer Şeker, Ali Özer ve Cem Korkut (eds), *Reflections on the Pandemic in the Future of the World* (TÜBA 2020) 60; Şeker, Özer, Tosun, Korkut ve Mürsel Doğrul (n 112) 15.

115 Helga Maria Lell, 'Law as Culture in Argentina's Emergency Context' (2020) 23 *In the Realm of Corona Normativities* 267, 272.

116 David Chandler, 'The Coronavirus: Biopolitics and the Rise of "Anthropocene Authoritarianism"' (2020) 18(2) *Russia in Global Affairs* 26, 26.

117 Ch Sathyamala, *COVID-19: A Biopolitical Odyssey* (International Institutes of Social Studies, Working Paper No. 667 2020) 24.

118 Stijn De Cauwer ve Tim Christiaens, 'The Multitude Divided: Biopolitical Production During the Coronavirus Pandemic' in Vincent Lyon-Callo, Yahya M. Madra, Ceren Özselçuk, Jared Randall, Maliha Safri, Chizu Sato ve Boone W. Shea (eds), *Pandemic and the Crisis of Capitalism-A Rethinking Marxism Dossier* (ReMarx Books 2020) 120.

119 Jure Leko, 'At the Borders of Europe On Spatial Mobility During the Covid-19 Crisis' (2020) 23 *In the Realm of Corona Normativities* 81, 88.

120 De Cauwer ve Christiaens (n 117) 120.

Öyle ki salgınlar sadece biyolojik değil sosyo-politik yapılarla da ilişkilidir. Bu doğrultuda günümüzde Covid-19 aracılığıyla küresel ölçekte egemenliği anlamının yeni bir yolu test edilmektedir. Bu kapsamda iktidar, hukuk aracılığı ile hem biyolojik yaşam alanı olan bedeni hem de kamusal hayatın her bir zerresini baştan sona kuşatmaktadır.¹²¹ Bu noktada ifade etmek gerekir ki *biyopolitikanın* en somut hali sadece salgına karşı alınan önlemlerde yahut Covid-19 bağlamındaki yasalarda bulunmamaktadır. *Biyopolitika* yaşam biçimine ve sağlığa ilişkin tüm kurallarda kendini göstermektedir. Bu doğrultuda trafik kazalarını azaltmaya yönelik düzenlemeler, sigara içme kısıtlamaları, aşılama çizelgeleri, alkollü içeceklerin satışına ve tüketimine ilişkin kuralların tamamı *biyopolitikanın* hukuk düzenindeki yansımalarıdır.¹²²

Bununla birlikte *biyopolitika* bu bölümde sadece salgın hastalıklar bağlamı ile ele alınacaktır. Nitekim yukarıda da ifade ettiğimiz üzere modern dönem boyunca hükümetler nüfuslarının sağlığını yönetmekle giderek daha fazla ilgilenmiştir.¹²³ Bu bakımdan günümüzde yaşananlar *biyopolitika* tarihi bakımından yeni değildir. Bu kapsamda *Fukoyen* öngörü hükümetlerin nüfuslarının refahına yönelik kaygılarına öncelik vereceğini, ancak bunun aynı zamanda iktidarlara mutlaklaştıracağını söylemektedir. Zira salgın gibi olağanüstü zamanlarda kişisel hak ve özgürlüklerin önce topluma ve devlete, nihayetinde bizzat bireyin kendine zarar verdiği iddia edilmektedir.¹²⁴ Dolayısıyla *Foucault*'nın veba salgını üzerinden resmettiği disiplin toplumu *Hobbes*'un – canının güvenliği için tüm hak ve özgürlüklerinden vazgeçerek oluşturulan – devletini andırmaktadır. Zira Covid-19'un uyandırdığı canavar *Leviathan*'a oldukça benzemektedir.¹²⁵

B. SİYASAL İKTİDARIN BİYOPOLİTİK DÖNÜŞÜMÜ

Foucault, iktidarın toplumsal bedenle kurduğu ilişkiden bahsetmek için *biyopolitika* kavramını kullanmaktadır. Hatta *Foucault*'ya göre biyopolitik yönetim teknikleri, hukuksal alanın da ötesine geçen ve her bir bireysel bedene nüfuz eden bir iktidar ağı olarak yayılmaktadır.¹²⁶ Bu sayede devlet biyolojik ve politik yaşam arasındaki sınırı çizebilen bir varlık olarak konumlanmaktadır.¹²⁷ Bu noktada iktidar, bir salgın hastalık olan veba ile günlük yaşamın en küçük ayrıntısına bile nüfuz

121 Paul B. Preciado, 'Learning from the Virus' (Artforum, May/June 2020) Erişim Tarihi: 29 Ağustos 2022.

122 Marta Bucholc, 'The Corona Crisis as a Test of National Habitus: The Imperative of Obedience' (2020) 23 In the Realm of Corona Normativities 251, 253.

123 De Cauwer ve Christiaens (n 117) 119.

124 Richard Münch, 'With the Corona Pandemic into the Governmentality of the Present?' (2020) 23 In the Realm of Corona Normativities 503, 506.

125 Bu noktada ifade etmek gerekir ki *Leviathan* eserinin orijinal kapağında şehir manzarasının ön sıralarında iki ufak insan silüeti bulunmaktadır. İlk Francesca Falk tarafından fark edildiği üzere bu iki figürün veba döneminde doktorlar tarafından gaga şeklindeki maskelerden taktığı görülmektedir. Ancak eser içinde buna dair bir ibare bulunmamaktadır. Ayrıca 1665 tarihli büyük Londra veba salgını da eserden daha sonra patlak vermiştir. Nitekim XIX. yüzyılda çiçek salgını ile yaygınlaşan tıbbi yönetim de henüz ortaya çıkmamıştır. Dolayısıyla biyopolitikaya ilişkin Hobbesyen yaklaşım dikkate alınmaya değer olmakla birlikte hükümete adanmış bir sağlık yönetiminin işaret edilmesi iddiası için yeterli argüman bulunmamaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Grischka Petri, 'Masking the Invisible / Segments of Political Space' (2020) 23 In the Realm of Corona Normativities 375, 383-392.

126 Paul B. Preciado, 'Learning from the Virus' (Artforum, May/June 2020) Erişim Tarihi: 29 Ağustos 2022.

127 Leko (n 118) 89.

edebilme gücü ve meşruiyeti kazanmıştır. Keza salgınların yarattığı kaos vasıtasıyla hükümetler kontrollerini doğrudan vatandaşların fiziksel varlığına yönelterek, sürekli bir gözetim ve denetim sağlayabilecekleri disiplinli toplumu inşa edebilmiştir.¹²⁸

Benzer şekilde ulus devlet de Covid-19 tehdidi altındaki nüfusu kontrol etmenin bir yolu olarak *biyopolitikayı* kullanmıştır.¹²⁹ İşte karantina, sosyal izolasyon ya da sokağa çıkma yasakları gibi tedbirler biyolojik bir tehdide verilen yasal yanıtlardır.¹³⁰ Unutulmamalıdır ki *biyopolitika* yaşama ve ölüme karar verme üzerine inşa edilen klasik hükümlerlik anlayışından bir sapma teşkil etmektedir. Öyle ki *biyopolitik iktidar* hem insan yaşamını hem de refahı geliştirmek için istatistiksel parametrelere başvurmaktadır.¹³¹ *Biyopolitika* bağlamında vatandaş hukukun öznesi değil, biyo-istatistiksel veriler yoluyla kontrol edilen biyolojik unsurların toplamı olan nüfusun üyesidir. Dolayısıyla Covid-19 ne kadar çok yayılırsa söz konusu veriler o denli artacak, böylece nüfusun gözetim ve denetimi o ölçüde kolaylaşacaktır.¹³²

Biyopolitika bağlamındaki iktidarı yani *biyoiktidarı* uygulamanın özel bir yolu da *Foucault'nun kitleleştirme*¹³³ dediği yöntemdir. Nitekim liberal demokrasi altında yaşayan bireylerin bedeni *biyopolitika* ile nüfusa dayalı istatistiki bir veri haline getirilmiştir. Bu veriler yoluyla hükümetler biyo-gözetim ve biyo-denetime dayalı teknolojik tedbirleri kamu sağlığı gerekçesi ile meşrulaştırmış ve böylece iktidar yaşamın her alanına dahil olmuştur.¹³⁴ Üstelik söz konusu olan hayatın kendisi olduğunda, devlet tarafından her şey meşrulaştırılabilmektedir. Bu durum *biyopolitik* yöntemlerin tehlikesini göstermektedir. Nitekim Covid-19 salgını esnasında her gün resmi kuruluşlar tarafından açıklanan istatistiki veriler hastalığa karşı alınan tedbirleri kamuoyu nezdinde normalleştirmiştir. Diğer yandan *Foucault'nun anatomopolitika* olarak ifade ettiği teknikte ise insan bedeni ekonomik, siyasi ve bilimsel bir sorun haline gelmiştir.¹³⁵ Bu tekniğe göre insanlar sağlık ve güvenlik özlemine

128 Lukas van den Berge, 'Biopolitics and the Coronavirus Foucault, Agamben, Žižek' (2020) 49(1) Netherlands Journal of Legal Philosophy 3, 3.

129 Jeroen De Kloet, Jian Lin ve Yiu Fai Chow, 'We are doing better: Biopolitical nationalism and the COVID-19 Virus in East Asia' (2020) 23(4) European Journal of Cultural Studies 635, 636.

130 Salgın sırasında siyasi iktidarların bilim kurullarının önerileri doğrultusunda aldığı kararlar, tıbbın iktidar tarafından bir norm üretme aracı olarak kullanıldığının tipik bir örneğidir. Bkz. Sabır Güler Sevlı, 'Koronavirüs ve Biyopolitika Tartışmaları: Agamben ve Foucault' (2020) 2 (22) MSGSÜ Sosyal Bilimler Dergisi 315, 317.

131 Nicholas De Genova, 'Life versus Capital: The COVID-19 Pandemic and The Politics of Life' (2021) 33(3) Cultural Dynamics 238, 239.

132 Mathieu Arminjon ve Régis Marion-Veyron, 'Coronavirus Biopolitics: The Paradox of France's Foucauldian Heritage' (2021) 43(5) Hist Philos Life Sci. 1, 5.

133 Foucault kapitalist burjuva devletin bireylerin doğal gruplarından alıkoyularak toplumun anonim bir kitle olarak inşa edildiğini belirtmektedir. Oluşturulan bu kapitalist toplumda amaç bireylerin tek tipleşmesi ve kitlesel tüketime sürüklenmesidir. Bunun için bireylerin birbirleriyle dolaysız iletişimlerini koparılmış ve kendilerini temsil etmeyen soyut bir otoriteye boyun eğmeleri sağlanmıştır. Bkz. Foucault, *Biyopolitikanın Doğuşu* (72) 99-100.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki bu kavram aynı zamanda Foucault'nun yönetsellik üzerinden ele aldığı yönetim devleti bakımından da kilit bir kavramdır. Nitekim temel olarak nüfus üzerinde yoğunlaşan ve ekonomik bilgiye dayalı bir yönetim icra eden bu devlette toplum güvenlik düzenekleri ile sürekli olarak kontrol altında tutulmaktadır. Burada nüfus yani yönetilenler yasaya uymaktadır, çünkü bunu anonim bir şekilde en başta kendilerinin istediklerine inanmakta ya da en azından yönetenler tarafından inandırılmaktadırlar. Bkz. Foucault, *Güvenlik Toprak Nüfus* (n 6) 97-102.

134 Paul B. Preciado, 'Learning from the Virus' (Artforum, May/June 2020) Erişim Tarihi: 29 Ağustos 2022.

135 Nicolae Sfetcu, 'Biopolitics in the COVID-19 Pandemic' (Researchgate, 28 October 2020) <<https://www.researchgate.net/>

dayanan bir otorite tarafından verimli bir şekilde yönetilmektedir.¹³⁶ Covid-19 pandemisi sırasında da iktisadi kaygılarla alınan tedbirler farklı yaş ve meslek gruplarına göre değişiklik göstermiştir.

Tüm bu gelişmeler Covid-19 salgını insan yaşamı ile devlet iktidarı arasındaki ilişkinin yeniden gözden geçirilmesini gerektirmektedir. Zira vatandaşların itaati ve iktidarın biyolojik kontrolü arasında bir ilişki bulunmaktadır. Öyle ki devlet birçok krizin üstesinden gelebilirken ölüm bunlardan biri değildir. Yine de olağanüstü durumlarda devlete itaat ile ölüm önlenir.¹³⁷ Bu noktada belirtmek gerekir ki – yukarıda ifade edilen – klasik hükümler anlaşıldığı gibi hak ve özgürlüklerin öne çıkarılması yoluyla gerçekleşmemiştir. Aksine bu yeni hükümet paradigmasıyla biyo-güvenlik gerekçesiyle iktidar hak ve özgürlükleri askıya alma gücüne erişmiştir. Hatta bu kapsamda tüm siyasal faaliyetlerin ve sosyal ilişkilerin bir süreliğine sonlandırılması dahi meşru kılınabilmiştir.¹³⁸ Öyle ki bu kapsamda hak ve özgürlükleri sınırlandıran/askıya alan birçok devlette salgına karşı alınan tedbirler olağanüstü hâl ilan edilmeden hayata sokulmuş, hatta kimi devletlerde önce sınırlama/askıya alma faaliyetleri gerçekleştirmiş ve söz konusu tedbirlerin yasal dayanağı ya sonradan bulunmuş ya da oluşturulmuştur¹³⁹

C. BİR KÂR KAYNAĞI OLARAK YAŞAM

Pandeminin sosyo-politik etkileri bağlamında Covid-19 nedeniyle siyasal iktidarın uğradığı dönüşümün daha net anlaşılması adına salgına karşı alınan tedbirlerin *biyopolitikanın* hangi modeli kapsamında olduğu belirlenmelidir. Nitekim aşağıda izah edileceği üzere alınan tedbirler ile devletlerin hem ekonomik yapıları hem de yönetim biçimleri arasında irtibat bulunmaktadır. Aslına bakılırsa Covid-19'a yanıt olarak yukarıda bahsedilen her üç model de belli ölçüde uygulanmıştır. Yaşlıların bakım evlerinde başıboş ölüme terk edilmesi ile cüzzam, karantina tedbirleri ile veba, aşı ile de çiçek hastalığı modeli hayata geçirilmiştir. Ancak her ne kadar üç modelden de örnekler bulunsun da bunlar arasındaki baskın model olarak veba öne çıkmaktadır.¹⁴⁰

Evvela ifade etmek gerekir ki Covid-19 cüzzam modeline geri dönüşün artık pek mümkün olmadığını ortaya koymuştur. Özellikle yaşlıları dışlayıcı tedbirler dışında bu modele pek başvurulmamıştır. Diğer yandan karantina, sokağa çıkma yasağı, seyahat kısıtlaması ve sınırların kapatılması gibi disiplin tedbirler ise tüm dünyada yaygın olarak uygulanmıştır. Ayrıca, Covid-19 aşısının geliştirilmesi ile hak ve özgürlüklere yönelik kısıtlayıcı tedbirler zamanla gevşetilmeye başlatılmıştır. Üstelik Covid-19 aşısı zorunlu da tutulmamıştır. Hatta sadece aşı olmayanlara kamusal alanlarda farklı prosedürler

publication/344927820_Biopolitics_in_the_COVID-19_pandemic> accessed 29 August 2022.

136 Bucholc (n 121) 253.

137 Lell (n 114) 271.

138 Sebli (n 129) 321.

139 Alexander F. Filippov, 'States, Bodies and Corona-Crisis: Sociological Notes to Pandemic' (2020) 23 In the Realm of Corona Normativities 487, 490.

140 Sathiyamala (n 116) 24.

uygulanmıştır. Bu bakımdan aşılama tekniği disipliner modelin aksine liberal toplumlardaki hak ve özgürlüklerle uyumludur.¹⁴¹

Bununla birlikte önce Çin'in Wuhan şehrinde, sonrasında dünyadaki birçok devlette hayata geçirilen ve ev hapsini içeren sokağa çıkma yasağı gibi tedbirlerin pek çok açıdan veba salgınları sırasında uygulanan katı disiplinci önlemler ile benzeştiği görülmektedir. Hastalar için katı bir mekânsal bölümlenme, şehrin dışarı kapatılması ve şehirden ayrılma yasağı getirilmesi ve tüm nüfusun evlerine hapsedilmesi gibi tedbirler bunun en iyi örneğidir. Diğer yandan Singapur, Güney Kore, Tayvan, Hong Kong ve Japonya'da ise modern disiplin ve kontrol teknikleri uygulanmıştır. Bu devletlerde Covid-19 testleri çoğaltılmış ve hastalar mobil cihazlar aracılığıyla sürekli bir dijital gözetime maruz bırakılmıştır.¹⁴²

Bu gelişmeler otoriter sistemler aldığı sert tedbirlerle veba; liberal demokrasiler ise hak ve özgürlükleri orantılı bir biçimde kısıtlayan ve böylece özgürlüklere mümkün olduğunca müdahale etmeyen önlemlerle çiçek hastalığı modelini hatırlatmaktadır.¹⁴³ Tabi ki bu durum veba benzeri önlemleri sadece otoriter yönetimler tarafından alındığı anlamına gelmemektedir. Öyle ki Covid-19 bağlamında en çok öne çıkan iki örnek üzerinden gidilecek olursa, otoriter Çin; şehirleri dışarıya, insanları ise tamamen evlerine kapatan oldukça sıkı uygulamaları hayata geçirmiştir.¹⁴⁴ Bunun dışında yüz tanıma, vücut ısısı izleme gibi teknolojiler vasıtasıyla vatandaşlar üzerinde yoğun bir denetim-gözetim ağı kurulmuştur.¹⁴⁵ Ancak liberal bir örnek olan İngiltere'de – salgının başlangıcında ekonomik sisteme zarar vermemek için sürü bağışıklığını denemiş olsa da – vaka sayılarındaki hızlı artışın ardından ülkeye girişi yasaklamaya varan tedbirler uygulamaya konulmuştur.¹⁴⁶ Bu durum liberal sistemlerin bile salgın dönemlerinde veba modeline yaklaşan uygulamaları hayata geçirdiğini göstermektedir.

Önemle vurgulamak gerekir ki – aşağıda detaylı olarak izah edileceği üzere – liberal demokrasilerin bu tercihleri hak ve özgürlüklerin korunması kadar ekonomik gerekçelere de dayanmaktadır. Bu doğrultuda çalışma kapsamında Covid-19 salgının ekonomik etkileri de biyopolitik bağlamı ile değerlendirilmelidir. Nitekim *biyopolitika* ile yaşam üzerine siyasetten kasıt *hayatı yaşatmak* ile *ölmesine izin vermek* arasındaki sınır üzerinde somutlaşmaktadır. Keza bu kapsamda iktidar belirli yaşamları diğerlerinden daha fazla harcanabilir veya feda edilebilir bulmaktadır. Bu bağlantı içinde bazılarının yaşaması için bazılarının ölmesi gerekmektedir.¹⁴⁷ Öyle ki pandeminin başında alınan

141 Jan Christoph Suntrup, 'Corona: Biopolitical Models and the Hygiene of Tact' (2020) 23 In the Realm of Corona Normativities 137, 140-142.

142 Paul B. Preciado, 'Learning from the Virus' (Artforum, May/June 2020) Erişim Tarihi: 29 Ağustos 2022.

143 Suntrup (n 140) 140-142.

144 KFA Fuarçılık, 'Çin'de Covid-19 Salgını', BUTSO, 01 Mayıs 2020) <https://butso.org.tr/belgeler/2020/2020_Ulke_Raporlari/Cin_Ulke_Raporu_Mayis_2020.pdf> Erişim Tarihi 18 Temmuz 2022.

145 De Kloet, Lin and Chow (n 129) 636.

146 Şener Aktürk, 'Comparative Politics of the Coronavirus Pandemic' in Muzaffer Şeker, Ali Özer and Cem Korkut (eds) *Reflections on the Pandemic in the Future of the World* (Turkish Academy of Sciences Publications 2020) 318-319.

147 Ali Rıza Taşkale ve Christina Banalopoulou, 'The Biopolitics of the Coronavirus Pandemic: Herd Immunity, Thanatopolitics, Acts of Heroism' in Vincent Lyon-Callos, Yahya M. Madra, Ceren Özselçuk, Jared Randall, Maliha Safri, Chizu Sato ve Boone W. Shea (eds), *Pandemic and the Crisis of Capitalism-A Rethinking Marxism Dossier* (ReMarx Books

sıkı tedbirlerin ardından iktisadi tahribata dikkat çeken hükümetler zamanla ekonomilerini korumak adına – salgının yayılmasına ve daha fazla ölüme yol açacağına dair tıbbi kesinliğe rağmen – alınan önlemleri gevşetmiştir.¹⁴⁸

Bu noktada İngiltere ve ABD gibi devletlerde pandemi esnasında uygulanan sürü bağışıklığı¹⁴⁹ yöntemine dikkat çekmek gerekmektedir. Nitekim bu devletler salgın sırasında hak ve özgürlükler vurgusunu öne çıkararak *biyopolitikanın thanatopolitik*¹⁵⁰ (ölmesine izin veren) yönünü gizlemiştir. Özgürlükçü gözüken bu yöntem gerçekte kârı ve zenginliği insan yaşamından üstün tutan mükemmel bir *thanatopolitik* yaklaşıma dayanmaktadır. Bu *biyopolitikanın* sadece yaşamı teşvik etmekle kalmayıp aynı zamanda ölümü yönetmekle de ilgili olduğunu göstermektedir. Bazı insanları başkaları uğruna meşru olarak harcanabilir kılan *biyopolitika*, bu bakımdan toplumun zayıf kesimine karşı bir şiddet sistemine dönüşebilmektedir. Bu kapsamda örneğin sermaye için bir üretim aracı olmaktan uzaklaşan yaşlı ve yoksul kesim kolayca feda edilebilmektedir.¹⁵¹

Böylece insan yaşamı bir kâr kaynağı haline geldiğinde üretim *biyopolitikleşmektedir*. Bu nedenle Covid-19 gerekçesiyle alınan kamu sağlığı önlemlerinin amacı, insanların evlerinde sağlıklı bir biçimde – üretmeden – oturmasını sağlamak değil; sağlıklı, uysal ve özellikle üretken bir iş gücünü yeniden yaratmak ve bunu sürdürmektir. Nüfusun sağlığının korunması için toplumun bir kesiminin sağlık risklerine, sömürüye, yoksulluğa ve genel olarak olumsuz yaşam koşullarına daha fazla maruz kalması gerekmektedir.¹⁵² Bahsi geçen koşullar altında düşük ücretli ve güvencesiz işçi grubu, geliri olmadan sağlıklı bir şekilde evde kalmak veya enfekte olma riski altında işe gitmek arasında bir seçim yapmaya zorlanmıştır. Ayrıca emeği pandemi sırasında dahi vazgeçilemez olanlar, sermayenin harcanabilir kıldığı kişiler arasında yer almıştır. Bu yönüyle *biyopolitika*, yaşamı politik ve ekonomik değerlendirmeler yoluyla düzenleyen bir mekanizma olarak öne çıkmaktadır. Dolayısıyla *biyopolitika* kapitalizm ile iç içe geçmiş bir yönetim tekniğidir.¹⁵³

2020) 146.

148 Joshua Clover, 'The Rise and Fall of Biopolitics: A Response to Bruno Latour' (Chicago Journals, 29 Mart 2020). Örneğin İngiltere Başbakanı Boris Johnson başlangıçta salgına karşı herhangi bir hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı politika geliştirmemiştir. Nitekim ekonomik gerekçelerle sadece endüstri değil; barlar, restoranlar faaliyetlerine devam etmiş hatta festival etkinliklerine dahi ara verilmemiştir. Her ne kadar salgını hızla yayılması nedeniyle ölüm ve hasta sayılarının hızla artmasıyla sokağa çıkma yasağı gibi tedbirlere başvurulmak zorunda kalınsa da mümkün olan en kısa zamanda alınan tedbirler gevşetilmiştir. Bkz. Joelle Grogan, 'Right Restriction or Restricting Rights? The Uk Acts to Address Covid-19' (SSRN, 4 Mayıs 2020) 62-64.

149 Aslında hem öjenik hem de sosyal-Darwinist yönü bulunan sürü bağışıklığı yöntemi ile toplumun en zayıf üyelerinden vazgeçilerek geri kalan nüfusun hem biyolojik hem de ekonomik olarak güçlenmesi hedeflenmektedir. Bkz. Thomas Dreier, '«Law as Culture» in Times of Corona' (2020) 23 In the Realm of Corona Normativities 41, 53.

150 Yaşam siyaseti anlamına gelen biyopolitikanın aksine thanatopolitika ölüm siyaseti anlamına gelmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Duygu Özakin, 'Thanatopolitika ve Danse Macabre: Andrey Platonov'un Can Adlı Eserinde Ölümün Siyasallaşması' (2020) 5 Kültür Araştırmaları Dergisi 43, 46.

151 Taşkale (n 143) 146-149.

152 De Cauwer ve Christiaens (n 117) 118-120.

153 Taşkale (n 143) 146-150.

SONUÇ YERİNE: ÇIPLAK HAYATIN MALİYETİ VE DEVLET DÜZENİNE YENİDEN DAHLİ

Çalışmada *Fukoyen* bir perspektif benimsenerek *biyopolitika* ile biyolojik yaşamla siyasetin birbirine eklenmesi kastedilmektedir. Zira bu bağlamda kişi hukukun karşısında sadece ahlaki değil, aynı zamanda biyolojik bir varlık olarak öne çıkmaktadır. Böylece insan hukukun öznesi olarak bireyselleşmekte, ancak diğer yandan iktidarın uygulandığı nesneye dönüşmektedir. Dolayısıyla hukuk insanı nesneleştirmenin akli aracı haline gelmektedir. Bu doğrultuda iktidar, salgın hastalıklarla mücadeleyi öne sürerek biyolojik bir varlık olan insanın üzerindeki normatif kontrolünü pekiştirebilmekte ve böylece faaliyet alanını genişletebilmektedir. Çalışma kapsamında da *biyopolitikanın* bu yönü esas alınarak Covid-19 sonrası yaşanan gelişmeler *Fukoyen biyopolitika* üzerinden okunmuştur.

Aslında bakılırsa Covid-19 pandemisi iktidarın *biyopolitik* yöntemleri uygulamaya başladığı ilk salgın değildir. Öyle ki – yukarıda da ifade edildiği üzere – cüzzam, veba ve çiçek salgınlarında da günümüzdekilere benzer tedbirlere başvurulmuştur. Keza Covid-19 salgınının başında yaşlılar ve iyileşmesi zor görülen kişiler – tıpkı bir cüzzamlı gibi – ölüme terk edilirken sonrasında pandeminin hızını azaltmak adına hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı tedbirler alınmıştır. Bu kapsamda hastalığa yakalananlar – vebalılara benzer şekilde – karantina altına alınmış, ilerleyen dönemde Covid-19 aşısının geliştirilmesi ile – daha önce çiçek salgınında olduğu gibi – alınan tedbirler gevşetilmiştir. Bununla birlikte Covid-19 çıplak hayatın devlet düzenine yeniden dahil edildiği, bunun yanı sıra bir maliyet hesabına da katıldığı bir döneme girildiğini işaret etmektedir.

Bu durum Antik Yunan'dan beri süre gelen *zoe* ile *bios* arasındaki ayrımın artık eskisi kadar net olmadığını ortaya koymaktadır. Nitekim modern devlet ile birlikte egemene devredilen hak ve özgürlüklerden hariç tutulan yaşam hakkı, liberal sürece paralel olarak hukuk düzeni içinde feragat edilemeyen, hatta iktidar tarafından olağanüstü durumlarda bile sınırlandırılmayan bir hak olarak düzenlenmiştir. Ancak Covid-19 salgını göstermiştir ki birey, yaşamı tehdit altında olduğunda tüm haklarından vazgeçebilmektedir. Dolayısıyla bu tür dönemlerde *zoe*'yi koruyor olmak, iktidarın tüm eylemlerini meşrulaştırmaktadır. Esasen bu aynı zamanda bireyin tekrar *zoe*'ye indirildiği anlamına gelmektedir. *Agamben'in* salgın esnasında kaleme aldığı görüşleri¹⁵⁴ de bu yöndedir. İtalyan

154 Bu noktada ifade etmek gerekir ki Agamben'in salgının ilk patlak verdiği günlerde birbirini ardı sıra kaleme aldığı bu yazılar aynı dönemde Jean-Luc Nancy, Roberto Esposito ve Slavoj Žižek gibi düşünürler tarafından eleştirilmiştir. Zira bu düşünürler Covid-19 sonrası genel olarak yönetim paradigmasının otoriterleşme eğilimi göstereceğini düşünmektedir. Diğer yandan Yuval Noah Harari ve Alain Badiou ise güncel yazılarında daha çok küresel iş birliğine yönelik vurgu yapmaktadır. Tüm bu görüşler salgın esnasında sadece çevrimiçi olarak yayımlandığı için bu görüşler için ilgili adrese yapmak zorunda kalınan atıflar için orijinal kaynaklarından kontrol gerçekleştirilmiştir. Konuya ilişkin çevrimiçi kaynaklara bkz. Jean-Luc Nancy, 'Viral İstisna' (*Terrabayt*, 13 Mart 2020) <<https://terrabayt.com/dusunce/viral-istisna/>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2022; Roberto Esposito, 'Curati a Oltranza' (*Antinomie*, 28 February 2020) <<https://antinomie.it/index.php/2020/02/28/curati-a-oltranza/>> accessed 20 August 2022; Slavoj Žižek, 'Monitor and Punish? Yes, Please!' (*The Philosophical Salon*, 16 March 2020) <<https://thephilosophicalsalon.com/monitor-and-punish-yes-please/>> accessed 20 August 2022; Yuval Noah Harari, 'The World After Coronavirus' (*Financial Times*, 20 March 2020) <<https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>> accessed 20 August 2022; Alain Badiou, 'On the Epidemic Solutions' (*Verso*, 23 March 2020) <<https://www.versobooks.com/blogs/4608-on-the-epidemic-situation>> accessed 20 August 2022.

düşünür bu kapsamda küresel bir panik dalgasının etkisinde insanların çıplak hayatı korumak için iktidarın tüm eylemlerine boyun eğdiğinin altını çizmektedir. *Agamben'e* göre bu refleks uzun bir süredir olağanüstünün olağanlaştırılmasının bir sonucudur. Öyle ki insan biyolojik bir varlığa indirgendiğinin farkında bile değildir, uzun yıllar zaten olağanüstü hâl içinde yaşadığından özgürlük talebinde dahi bulunmamaktadır.¹⁵⁵ Covid-19'un gerçekleştirdiği ise istisnai halin normal bir yönetim paradigması haline gelişini küresel ölçekte yaygınlaştırmasıdır.¹⁵⁶

İktidar her zaman çıplak hayatı zapt etmenin peşinde olmuştur, ancak elindeki – şiddet, teknoloji ya da tıp gibi – araçlar vasıtasıyla ne kadar çaba gösterse de hayat elinden daima kaçmıştır. Covid-19 ile ise, toplumun saf biyolojik varlıklara indirgenmiş olması nedeniyle, çıplak hayatın yönetimi oldukça kolaylaşmıştır.¹⁵⁷ Bu noktada unutulmaması gereken, yaşamın kaybedilmesi korkusu ile iktidara tamamen boyun eğilmesi ile *Leviathan'ın* küllerinden doğacağıdır.¹⁵⁸ Keza *Hobbes'un* toplum sözleşmesinde birey ötekinin de devretmesi koşuluyla hak ve özgürlüklerinden bir egemenin lehine olacak şekilde vazgeçmektedir.¹⁵⁹ Covid-19 salgınında ise iktidar hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerini şiddet tekeli elinde bulundurduğu için değil, istatistiki veriler yoluyla ve hastalığın korkutuculuğuyla gerçekleştirecektir. Zira kişiler sadece kendi hak ve özgürlüklerinden vazgeçmemekte, başkalarının vazgeçmesini de talep etmektedir.

Foucault'nun biyopolitika tezinde de ortaya koyduğu gibi neoliberal düzen içinde sermaye kârı maksimize etmek için bazı yaşamları gözden çıkarmaktadır. Tüm bu süreç 2001 yılındaki terör saldırılarının ardından artan otoriter eğilim ile beraber düşünüldüğünde pandeminin otoriterleşme sürecini hızlandıracağı söylenebilir. Nitekim mutlak monarşiler ile birlikte bir kamu politikası olarak başlayan sıhhi politikanın *biyopolitik* yönü liberalizm ve kapitalizmle beraber artmıştır. Keza *Foucault* da çalışmalarında bu dönüşümü ele alabilmek için *biyopolitikayı* liberal sisteminin esasları uyarınca incelemiş ve daha sonra kuramını olgusal düzeye indirgeyerek salgın hastalıklara yoğunlaşmıştır.

Bu yönüyle *biyopolitik* bağlamı ile liberalizm sadece iktidarın sınırlandırılmasını değil, iktidarın üzerinde uygulandığı hukuk öznelerinin idare edilme şeklindeki bir değişimi de ifade etmektedir.¹⁶⁰ Bu sayede halk tek tek bireylerden oluşan bir topluluk olarak değil, yönetimi belli maliyetlere tabi bir grup yani nüfus olarak ele alınmaya başlamıştır. Böylece bedenlerle tek tek ilgilenmek yerine nüfusun

155 Giorgio Agamben, 'Hayatta kalmaktan başka ahlaki değeri olmayan bir toplum nedir?' (*Universus*, 18 Mart 2020) <<https://uni-versus.org/2020/03/18/ceviri-agamben-mart2020/>> Erişim Tarihi 25 Ağustos 2022; Giorgio Agamben, 'L'invenzione di un'epidemia' (*Quodlibet*, 26 February 2020) <<https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-l-invenzione-di-un-epidemia>> Erişim Tarihi 25 Ağustos 2022.

156 Giorgio Agamben, 'Covid-19: Gereksiz Bir Acil Durumun Yarattığı İstisna Hali' (*Terrabayt*, 27 Şubat 2020) <<https://terrabayt.com/covid19/covid-19-gereksiz-bir-acil-durumun-yarattigi-istisna-hali/>> Erişim Tarihi 25 Ağustos 2022; Giorgio Agamben, 'Lo stato d'eccezione provocato da un'emergenza immotivata' (*Il Manifesto*, 26 February 2020) <<https://ilmanifesto.it/lo-stato-deccezione-provocato-da-un'emergenza-immotivata>> accessed 25 August 2022.

157 Giorgio Agamben, 'Ev Alev Alev Yanarken' (*E-skop*, 4 Kasım 2020) <<https://www.e-skop.com/skopbulten/ev-alev-alev-yanarken/5924>> Erişim Tarihi 25 Ağustos 2022; Giorgio Agamben, 'Quando la casa brucia' (*Quodlibet*, 5 October 2020) <<https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-quando-la-casa-brucia>> accessed 25 August 2022.

158 Giorgio Agamben, 'Salgın Üzerine Düşünceler' (*E-skop*, 28 Mart 2020) <<https://www.e-skop.com/skopbulten/salgin-uzerine-dusunceler/5704>> Erişim Tarihi 25 Ağustos 2022.

159 Hobbes, *Leviathan* (n 55) 99.

160 Foucault, *Biyopolitikanın Doğuşu* (72) 22-23.

tamamına yoğunlaşan yeni bir iktidar tekniği ortaya çıkmıştır. Bu noktada *Foucault*, yaşamı yavaş yavaş kuşatan bu yeni yönetim biçiminin, varlığını yaşatmak ve öldürmek üzerinden somutlaştıran eski tip yönetimlerin yerini aldığını belirtmektedir.

Diğer yandan *Foucault*'ya göre – *liberalizmin* aksine – *neoliberalizm* iktisadi olarak basit bir ticaret ve tüketim toplumunu değil, rekabet mekanizmalarının toplum içinde en yüksek hacme erişebildiği bir üretim toplumunu hedeflemektedir.¹⁶¹ Dolayısıyla sistemin sürekliliği ve üretimin devamlılığı için yaşam vazgeçilebilir bir unsur olarak konumlanmaktadır. Bu nedenle Covid-19 neoliberal düzen içinde *biyopolitikanın thanatopolitik* yönünün gizlendiği, ancak nihayetinde hak ve özgürlük vurgusu altında birinin yaşamı için diğerinin feda edildiği yeni bir dönemin başlangıcını işaret etmektedir. Bu sebeple Covid-19, yaşamın maliyet analizine dahil edildiği ve bu yüzden toplumun kimi kesimlerinin çıplak hayata itildiği yeni bir devlet aklını ortaya çıkarmıştır.

KAYNAKÇA

- Agamben G, 'Covid-19: Gereksiz Bir Acil Durumun Yarattığı İstisna Hali' (*Terrabayt*, 27 Şubat 2020) <<https://terrabayt.com/covid19/covid-19-gereksiz-bir-acil-durumun-yarattigi-istisna-hali/>> Erişim Tarihi 25 Ağustos 2022.
- Agamben G, 'Ev Alev Alev Yanarken' (*E-skop*, 4 Kasım 2020) <<https://www.e-skop.com/skopbulten/ev-alev-alev-yanarken/5924>> Erişim Tarihi 25 Ağustos 2022.
- Agamben G, 'Hayatta kalmaktan başka ahlaki değeri olmayan bir toplum nedir?' (*Universus*, 18 Mart 2020) <<https://uni-versus.org/2020/03/18/ceviri-agamben-mart2020/>> Erişim Tarihi 25 Ağustos 2022.
- Agamben G, *Kutsal İnsan, Egemen İktidar ve Çıplak Hayat* (çev. İsmail Türkmen, 2. Bası, Ayrıntı 2015).
- Agamben G, 'L'invenzione di un'epidemia' (*Quodlibet*, 26 February 2020) <<https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-l-invenzione-di-un-epidemia>> Erişim Tarihi 25 Ağustos 2022.
- Agamben G, 'Lo stato d'eccezione provocato da un'emergenza immotivata' (*Il Manifesto*, 26 February 2020) <<https://ilmanifesto.it/lo-stato-deccezione-provocato-da-un'emergenza-immotivata>> accessed 25 August 2022.
- Agamben G, 'Quando la casa brucia' (*Quodlibet*, 5 October 2020) <<https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-quando-la-casa-brucia>> accessed 25 August 2022.
- Agamben G, 'Salgın Üzerine Düşünceler' (*E-skop*, 28 Mart 2020) <<https://www.e-skop.com/skopbulten/salgin-uzerine-dusunceler/5704>> Erişim Tarihi 25 Ağustos 2022.
- Akad M, Vural Dinçkol B ve Bulut N, *Genel Kamu Hukuku*, (18. Bası, Der Yayınları, 2022).
- Aktürk Ş, 'Comparative Politics of the Coronavirus Pandemic' in Muzaffer Şeker, Ali Özer and Cem Korkut (eds) *Reflections on the Pandemic in the Future of the World* (Turkish Academy of Sciences Publications 2020) 309-324.
- Aristotle, 'Eudemian Ethics, Books I, II and III' (trans. Michael Woods, 2. Bası, Clarendon Press 2005).
- Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik* (çev. Saffet Babür, Ayraç 1997).
- Aristoteles, *Politika* (çev. Mete Tunçay, Remzi Kitapevi 1993).
- Aydın A, 'Giorgio Agamben: Etten İbarettir İnsan ve Biyopolitika Makinesi' iç Onur Kartal (ed), *Biyopolitika – Cilt 2, Foucault'dan Günümüze Biyopolitikanın İzdüşümleri* (Notabene 2016) 109-134.

161 Foucault, *Biyopolitikanın Doğuşu* (72) 128.

- Badiou A, 'On the Epidemic Solutions' (*Verso*, 23 March 2020) <<https://www.versobooks.com/blogs/4608-on-the-epidemic-situation>> accessed 20 August 2022.
- Barney RA ve Scheck H, 'Early and Modern Biospheres, Politics, and the Rhetorics of Plague' (2010) 10(2) *Early Modern Cultural Studies* (Rhetorics of Plague, Early and Late) 1-22.
- Baştürk E, 'Aristoteles Düşüncesinde Politik Biyoloji ve Prohairesis' (2019) 18(1) *Kaygı* 206-224.
- Baysoy C, Çelik M ve Özer S, 'İtalyan İşçilik Geleneği ve Biyopolitika' iç Onur Kartal (ed), *Biyopolitika – Cilt 2*, Foucault'dan Günümüze Biyopolitikanın İzdüşümleri (Notabene 2016) 136-166.
- Bentham J, *Panoptikon: Gözün İktidarı* (çev. Barış Çoban ve Zeynep Özarslan, 2. Bası, Su Yayınları 2016) 9-76.
- Bucholc M, 'The Corona Crisis as a Test of National Habitus: The Imperative of Obedience' (2020) 23 *In the Realm of Corona Normativities* 251-256.
- Bulut N, *Feodaliteden Küreselleşmeye Ekonomik İktidar Siyasal İktidar İlişkisi* (Seçkin 2003).
- Chandler D, 'The Coronavirus: Biopolitics and the Rise of "Anthropocene Authoritarianism"' (2020) 18(2) *Russia in Global Affairs* 26-32.
- Davidson AI, *'Intro' Abnormal* (Verso 2003).
- De Cauwer S ve Christiaens T, 'The Multitude Divided: Biopolitical Production During the Coronavirus Pandemic' in Vincent Lyon-Callo, Yahya M. Madra, Ceren Özselçuk, Jared Randall, Maliha Safri, Chizu Sato ve Boone W. Shea (eds), *Pandemic and the Crisis of Capitalism-A Rethinking Marxism Dossier* (ReMarx Books 2020) 118-127.
- De Genova N, 'Life versus Capital: The COVID-19 Pandemic and The Politics of Life' (2021) 33(3) *Cultural Dynamics* 238-245.
- De Kloet J, Lin J ve Chow YF, "'We are doing better': Biopolitical nationalism and the COVID-19 Virus in East Asia' (2020) 23(4) *European Journal of Cultural Studies* 635-640.
- Dreier T, '«Law as Culture» in Times of Corona' (2020) 23 *In the Realm of Corona Normativities* 41-60.
- Eryiğit A, *Yasa-Üstü İnsan: Platon'dan Agamben'e Yasa ve Hukuk İkileminde İnsan* (Runik 2021).
- Esposito R, *Bios, Biopolitics and Philosophy* (trans. Timothy Campbell, University of Minnesota Press 2008).
- Esposito R, 'Curati a Oltranza' (*Antinome*, 28 February 2020) <<https://antinomie.it/index.php/2020/02/28/curati-a-oltranza/>> accessed 20 August 2022.
- Filippov AF, 'States, Bodies and Corona-Crisis: Sociological Notes to Pandemic' (2020) 23 *In the Realm of Corona Normativities* 487-497.
- Foucault M, *Abnormal, Lectures at The Collège de France 1974-1975* (trans. Graham Burchell, Verso 2003).
- Foucault M, *Biyopolitikanın Doğuşu, Collège de France Dersleri 1978-1979* (çev. Alican Taylan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2015).
- Foucault M, *Cinselliğin Tarihi* (çev. Hülya Uğur Tanrıöver, 2. Bası, Ayrıntı 2007).
- Foucault M, *Deliliğin Tarihi* (çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 4. Bası, İmge 2006).
- Foucault M, *Güvenlik Toprak Nüfus, College de France Dersleri 1977-1978* (çev. Ferhat Taylan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2013).
- Foucault M, *Hapishanenin Doğuşu* (çev. Mehmet Ali Kılıçbay, İmge 1992).
- Foucault M, *Kliniğin Doğuşu-Tıbbi Algının Arkeolojisi* (çev. Şule Ünsaldı, 3. Bası, Epos 2014).
- Foucault M, *Toplumu Savunmak Gerekir* (çev. Şehsuvar Aktaş, YKY 2002).
- Grogan J, 'Right Restriction or Restricting Rights? The Uk Acts to Address Covid-19' (SSRN, 4 Mayıs 2020) 62-69.
- Harari YN, 'The World After Coronavirus' (*Financial Times*, 20 March 2020) <<https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>> accessed 20 August 2022.

- Hardt M ve Negri A, *İmparatorluk* (çev. Abdullah Yılmaz, 5. Bası, Ayrıntı 2003).
- Hobbes T, *Leviathan* (çev. Selim Lim, 6. Bası, YKY 2007) 104.
- Hobbes T, *Man and Citizen* (trans. Charles T. Wood, The Anchor Books 1978).
- KFA Fuarcılık, 'Çi' n'de Covid-19 Salgını', (*BUTSO*, 01 Mayıs 2020) <https://butso.org.tr/belgeler/2020/2020_Ulke_Raporlari/Cin_Ulke_Raporu_Mayis_2020.pdf> Erişim Tarihi 18 Temmuz 2022.
- Koloş U, *Foucault, İktidar ve Hukuk, Modern Hukukun Soybilimi* (2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2016).
- Koç A, 'Michel Foucault'nun Biyopolitika Kavramının Teorik Çerçevesi' (2018) 2(2) Uluslararası Kriz ve Siyaset Araştırmaları Dergisi 193-218.
- Koyuncu E, 'Foucault'nun Siyaset Felsefesinde Biyopolitikanın Doğuş' iç Onur Kartal (ed), *Biyopolitika – Cilt 2, Foucault'dan Günümüze Biyopolitikanın İzdüşümleri* (Notabene 2016) 21-60.
- Kriegel B, *The State and the Rule of Law* (trans. Marc A. LePain ve Jeffrey C. Cohen, Princeton University Press 1995).
- Kristensen KS, Michel Foucault on Bio-power and Biopolitics, (Social and Moral Philosophy Master's Thesis University of Helsinki Faculty of Social Sciences 2013).
- Laclau E, 'Bare Life or Social Interminacy?' (2007) *Sovereignty and Life* 11-22.
- Leko J, 'At the Borders of Europe On Spatial Mobility During the Covid-19 Crisis' (2020) 23 *In the Realm of Corona Normativities* 81-94.
- Helga Maria Lell, 'Law as Culture in Argentina's Emergency Context' (2020) 23 *In the Realm of Corona Normativities* 267-272.
- Lemke T, *Biopolitics: An Advanced Introduction*, (çev. Eric Frederick Trump, New York University Press 2011).
- Münch R, 'With the Corona Pandemic into the Governmentality of the Present?' (2020) 23 *In the Realm of Corona Normativities* 503-508.
- Nancy JL, 'Viral İstisna' (Terrabayt, 13 Mart 2020) <<https://terrabayt.com/dusunce/viral-istisna/>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2022.
- Özakın D, 'Thanatopolitika ve Danse Macabre: Andrey Platonov'un Can Adlı Eserinde Ölümün Siyasallaşması' (2020) 5 *Kültür Araştırmaları Dergisi* 43-69.
- Özden Ö, 'Biyolojik Ufka Karşı İki Modern: Agnes Heller ve Ferenc Feher' Onur Kartal (ed), *Biyopolitika – Cilt 2, Foucault'dan Günümüze Biyopolitikanın İzdüşümleri* (Notabene 2016) 87-108.
- Özmkas U, 'Biyopolitika: İktidar ve Direniş, Foucault, Agamben, Hardt-Negri' (2. Baskı, İletişim 2019) 118.
- Öztürk R, 'Outbreak Control and Preparatory Actions in the New Normal Period' in Muzaffer Şeker, Ali Özer ve Cem Korkut (eds), *Reflections on the Pandemic in the Future of the World* (TÜBA 2020) 55-74.
- Petri G, 'Masking the Invisible / Segments of Political Space' (2020) 23 *In the Realm of Corona Normativities* 375-408.
- Preciado PB, 'Learning from the Virus' (Artforum, May/June 2020)
- Rasmussen KS, 'Foucault's Genealogy of Racism' (2011) 28 *Sage: Theory, Culture, and Society* 34-51.
- Rosen G, *A History of Public Health* (Revised Expanded Edition, Johns Hopkins University Press 2015).
- Sathyamala C, *COVID-19: A Biopolitical Odyssey* (International Institutes of Social Studies, Working Paper No. 667 2020).
- Sevli SG, 'Koronavirüs ve Biyopolitika Tartışmaları: Agamben ve Foucault' (2020) 2 (22) *MSGSÜ Sosyal Bilimler Dergisi* 315, 341.
- Sfetcu N, 'Biopolitics in the COVID-19 Pandemic' (Researchgate, 28 October 2020) <https://www.researchgate.net/publication/344927820_Biopolitics_in_the_COVID-19_pandemic> accessed 29 August 2022.

- Suntrup JC, 'Corona: Biopolitical Models and the Hygiene of Tact' (2020) 23 In the Realm of Corona Normativities 137, 146.
- Şeker M, Özer A, Tosun Z, Korkut C ve Doğrul M, *Covid-19 Pandemi Değerlendirme Raporu* (TÜBA 2020).
- Taşkale AR ve Banalopoulou C, 'The Biopolitics of the Coronavirus Pandemic: Herd Immunity, Thanatopolitics, Acts of Heroism' in Vincent Lyon-Callo, Yahya M. Madra, Ceren Özselçuk, Jared Randall, Maliha Safri, Chizu Sato ve Boone W. Shea (eds), *Pandemic and the Crisis of Capitalism-A Rethinking Marxism Dossier* (ReMarx Books 2020) 146-153.
- Taylan F, 'Önsöz' Güvenlik Toprak Nüfus (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2013).
- Tekin E, 'Siyasal Mekân Olarak Kamp: Egemenlik ve İstisna Hali' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2020).
- Tuğaç Ç, 'Foucault'nun Biyopolitik Yönetimsellik Yaklaşımı Bağlamında Uluslararası İklim Değişikliği Müzakereleri'(2021) 7(1) Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi 33-47.
- Van Den Berge L, 'Biopolitics and the Coronavirus Foucault, Agamben, Žižek' (2020) 49(1) Netherlands Journal of Legal Philosophy 3-6.
- Vitales HMM, 'Foucault and Beyond: From Sovereignty Power to Contemporary Biopolitics' (2020) 9 Mabini Review 161-178.
- Yalçın R, 'Bios Politikos' iç Onur Kartal (ed), *Biyopolitika – Cilt 1 Platon'dan Arendt'e Biyopolitikanın Felsefi Kökenleri* (Notabene 2016) 49-82.
- Zizek S, 'Monitor and Punish? Yes, Please!' (*The Philosophical Salon*, 16 March 2020) <<https://thephilosophicalsalon.com/monitor-and-punish-yes-please/>> accessed 20 August 2022;

Sahte ve Gerçeğe Aykırı Belge Kavramlarının Ceza Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi ve Sonuçları

Concepts of Forged and False Documents Evaluation and Results in the Context of Criminal Law

Başar Pancaroğlu* 

ÖZ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 204 ve devamında, konusunu belge oluşturan birtakım suçlar öngörülmektedir. İlgili suçların kanuni tanımlarında sahte belge, gerçek belge ve gerçeğe aykırı belge kavramları kullanılmıştır. Bu kavramların Türk öğreti ve uygulamasında karıştırıldığı ve gereği gibi anlaşılmadığı tespit edilmiştir. Söz konusu kavramların açıklığa kavuşturulmasından önce, ceza hukuku anlamında belgeden ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmuştur. İlgili suçların ihdas edilme amaçları ve bu suçlarla korunan hukuki menfaatler göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu kavramların farklı anlamlara geldiği tespit edilmiştir. Bu kavramların farklı anlamları taşımasından kaynaklanan hukuki sorunlar ele alınmış ve bu sorunlara yönelik mevcut Türk Ceza Kanunu hükümleri çerçevesinde çözüm yolları belirtilmiştir. Tespit edilen hukuki sorunlar bakımından mevcut Türk Ceza Kanunu sistemindeki çözüm yollarının yetersiz kaldığı ve buna bağlı olarak bazı cezaya müstahak fiillerin cezalandırma dışı kaldığı anlaşılmıştır. Alman ceza hukuku sistemiyle mukayese edilerek, bağımsız iki ayrı suç olan belgede sahtecilik ve gerçeğe aykırı belge düzenlemek suçlarına ilişkin uygulamadaki sorunların çözümüne yönelik normatif önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Sahte belge, gerçeğe aykırı belge, belgede sahtecilik, resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan, özgü suçlarda dolaylı faillik.

ABSTRACT

There are some crimes that are the subject of the document in the 204 and subsequent articles of the Turkish Penal Code No. 5237. The concepts of forged documents, real documents and false documents are used in the legal definitions of the related crimes. It has been determined that these concepts are confused and not properly understood in Turkish doctrine and practice. Before the clarification of the aforementioned concepts, what should be understood from the document in terms of criminal law has been revealed. It has been determined that the aforementioned concepts have different meanings on the basis of the purposes of the creation of the relevant crimes and legal interests protected by them. The legal problems arising from the different meanings of these concepts are discussed and solutions for these problems are stated within the framework of the current Turkish Penal Code provisions. It has been understood that the solutions in the current Turkish Penal Code system are insufficient in terms of the identified legal problems, and accordingly, some acts that deserve punishment are excluded from punishment. By comparing with the German criminal law system, normative suggestions have been made for solving the problems in practice regarding the crimes of forgery of document and issuing false documents, which are two separate crimes.

Keywords: Forged document, false document, forgery of document, false statement in the preparation of the official document, indirect perpetration in specific crimes.

* Arş. Gör. Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-2283-4693.

** Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Başar Pancaroğlu

E-posta/E-mail: basar.pancargolu@gop.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 18.08.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 23.12.2022

GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) sisteminde, konusunu belge teşkil eden suçların kanuni tanımlarında (m. 204 ve devamında) belgeyi nitelendirmek üzere **sahte, gerçek ve gerçeğe aykırı** sıfatlarına yer verilmiştir. Bu sıfatların hangi anlamlarda kullanıldığı, farklı anlamları taşıyıp taşımadığı ve bir belgenin hangi koşullarda sahte, gerçek veya gerçeğe aykırı olacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu sıfatların açıklığa kavuşturulması, suçta kanunilik ilkesinin bir gereği olarak, özellikle TCK m. 204 ve devamında tanımlanan suçlardan hangisinin uygulanıp uygulanmayacağı noktasında önem taşımaktadır. Yargıtay'ın, azımsanmayacak sayıdaki kararlarında, bu sıfatları birbiri yerine kullandığını, aynı özellikleri taşımasına rağmen iki belgeden birini sahte diğerini sahte olarak kabul etmediğini, hatta salt hukuki geçerliliği sona eren bir belgenin sahte nitelikte saydığını göz önünde bulundurduğumuzda, belgeyi nitelendiren bu sıfatların Türk uygulaması tarafından hâlen anlaşılamamış olduğunu tespit etmekteyiz.

Bu makalede, özellikle TCK m. 204 ve devamındaki suç tanımlarında yer alan **sahte belge** ve **gerçeğe aykırı belge** kavramlarından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda, bu sıfatların bilinçli bir şekilde mi tercih edildiği yoksa bunların aslında aynı anlamlara mı sahip olduğu tartışılacaktır. Bu tartışmalar bakımından, belgede sahtecilik suçlarına yönelik derinlikli ve geniş kapsamlı çalışmalara sahip Alman ceza hukukunda geliştirilen uygulama ve öğreti görüşleri de dikkate alınacaktır. Karşılaştırmalı hukuk zemininde, bu sıfatların taşıdıkları anlamların farklı olduklarının kabul edilmesinden doğan sorunlu meseleler ele alınarak, TCK'deki belgede sahtecilik suçlarına ilişkin hükümlerin Yargıtay'ın çelişkili içtihatlar geliştirmesine neden olup olmadığı tartışılacaktır. Son olarak, belgede sahtecilik suçlarına ilişkin olarak isabetli ve yerleşik bir uygulamanın geliştirilebilmesi için kanuni düzenlemelerde değişiklik yapılmasının gerekli olup olmadığı değerlendirilecek, gerekli ise buna yönelik normatif önerilerde bulunulacaktır.

I. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU İLE ALMAN CEZA KANUNU SİSTEMİNDE BELGEDE SAHTECİLİK VE GERÇEĞE AYKIRI BELGE DÜZENLEME SUÇLARI

Belgede sahtecilik suçları, TCK sisteminde, belgenin resmî (m. 204) ve özel (m. 207) nitelikte olmasına göre iki ayrı maddede tanımlanmıştır. TCK m. 204/1'de herhangi bir kişinin **sahte resmî belge düzenlemesi, gerçek bir resmî belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirmesi** veya **sahte resmî belgeyi kullanması** fiilleri suç olarak düzenlenmiştir (*seçimlik hareketli suç*). Ancak, fail kamu görevlisi olup görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu bir resmî belge üzerinde söz konusu seçimlik hareketleri gerçekleştirirse, m. 204/2 uyarınca cezalandırılacaktır (*fail ve konu bakımından nitelikli hâl*). Bu fiillerin yanı sıra TCK m. 204/2'de bir "üçüncü seçimlik hareket" (?) gibi görünen başka bir fiile yer verilmiştir. Bu ise, kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu bir resmî belgeyi **gerçeğe aykırı olarak düzenlemesi** şeklinde ifade edilmiştir.

TCK m. 207/1'de herhangi bir kişinin **sahte özel belge düzenlemesi** ve **bunu kullanması** yahut **gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirmesi** ve **bunu kullanması** suç olarak düzenlenmiştir (*çok hareketli suç*). TCK m. 207/1, sahte özel belgeyi kullanan kişi ile belgeyi sahte

olarak düzenleyen veya sahte hale getiren kişinin aynı olduğu hâllerde uygulama alanı bulmaktadır. Fail veya şerik sıfatıyla düzenlenmesine veya bu hale getirilmesine kendisi neden olmamış olsa bile, bir kişinin sahte özel belgeyi bu özelliğini bilerek kullanması fiili ayrıca bağımsız bir suç olarak öngörülmüştür (TCK m. 207/2).

Niteliği itibarıyla özel belge kapsamında olmalarına rağmen, bazı belgeler üzerinde gerçekleştirilecek sahtecilik fiilleri bakımından TCK m. 204 hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür (TCK m. 210/1). Bu düzenlemenin pratik olarak en önemli sonucu şudur: Sahteciliğin konusu TCK m. 210/1’de belirtilen türdeki belgeler ise, çok hareketli suç yapısına sahip özel belgede sahtecilik hükümleri değil, seçimlik hareketli suç yapısındaki resmî belgede sahtecilik hükümleri uygulanacaktır. Buna göre, söz konusu türdeki belgelerin sahte olarak düzenlenmesi veya sahte olarak değiştirilmesi suçun oluşumu bakımından yeterli olacaktır. Ayrıca bu durumda, fail hakkındaki temel ceza TCK m. 204/1 hükmüne göre belirlenecektir.

TCK m. 210/2’de (birinci cümle), kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensuplarının görevleri gereği düzenlemeye yetkili oldukları **özel belgeleri gerçeğe aykırı olarak düzenlemesi** bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır. TCK m. 207’den farklı olarak, söz konusu hükümde belirtilen türdeki bir özel belgenin sahteliğinden değil, gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesinden bahsedilmiştir. Düzenlenen belgenin kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması hâlinde, ilgili sağlık mesleği mensubu resmî belgede sahtecilik suçundan dolayı (TCK m. 204/2) sorumlu tutulacaktır (TCK m. 210/2, ikinci cümle).

TCK m. 206’da ise, bir resmî belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunmak şeklinde tanımlanan **resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan** suçu öngörülmüştür. Madde gerekçesine baktığımızda, bu suçla, kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu bir resmî belgeyi **gerçeğe aykırı olarak düzenlemesine** kişilerin yalan beyanlarıyla neden olmasının cezalandırıldığı anlaşılmaktadır.

Alman Ceza Kanunu (StGB) sisteminde, belgede sahtecilik suçları, konu itibarıyla genel ve özel olarak birden fazla maddede düzenleme altına alınmaktadır. Genel (torba) belgede sahtecilik suçu StGB § 267’de tanımlanmıştır (*Urkundenfälschung*). Buna göre, “*Hukuki ilişkilerde aldatmak amacıyla, sahte belge (unechte Urkunde) düzenleyen, doğru bir belgeyi (echte Urkunde) sahte hale getiren (verfälscht) ya da sahte olarak düzenlenen veya sahte hale getirilmiş bir belgeyi kullanan kişi beş yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır*” (§ 267/1). StGB’de, TCK’den farklı olarak, belgede sahtecilik suçları bakımından resmî belge – özel belge ayırımına yer verilmemiş; sadece **belge (Urkunde)** kavramıyla yetinilerek her iki türdeki belge üzerinde gerçekleştirilecek sahtecilik fiilleri aynı haksızlık içeriği kapsamında kabul edilmiştir¹.

1 29 Mayıs 1943 tarihli değişiklik öncesinde 1871 tarihli Alman İmparatorluk Ceza Kanununun (Reichsstrafgesetzbuch) 267. maddesi şu şekildeydi: “*Hukuka aykırı bir amaçla, yerli veya yabancı bir resmî belgeyi ya da haklar veya hukuki ilişkilerin ispatını ilgilendiren bir özel belgeyi sahte olarak düzenleyen veya bunları sahte olarak değiştiren ve bunları aldatmak amacıyla kullanan kişi, belgede sahtecilik suçundan dolayı hapis cezası ile cezalandırılır*” 29 Mayıs 1943 tarihli değişiklik sonrasında, 267. maddede tanımlanan belgede sahtecilik suçunun konusu bakımından resmî ve özel belge ayırımı terk edilerek sadece “belge (Urkunde)” kavramı öngörülmüştür. Ayrıca, söz konusu değişiklik sonrasında, belgede sahtecilik suçu “çok hareketli suç” olmaktan çıkarılarak “seçimlik hareketli suç” hâline getirilmiştir. (Volker Erb,

Bununla birlikte, StGB’de, bazı türdeki belgeler üzerinde gerçekleştirilecek sahtecilik fiilleri ayrı maddelerde bağımsız birer suç olarak tanımlanmıştır. Buna göre, resmî kimlik belgeleri (§ 276), ikamet belgeleri (§ 276a), araç belgeleri (§ 276a) ve sağlık raporları (§ 277, 279) üzerinde gerçekleştirilecek sahtecilik fiilleri bakımından § 267 hükmü uygulanmayacaktır. Özel olarak düzenlenen bu suç tanımları ile § 267 arasında *genel norm – özel norm ilişkisi* bulunmaktadır.

Bir bilgisayara veya başka bir bilişim sistemine kaydedilen veri, henüz belirli bir nesne üzerinde tecessüm etmiş özellikte olmadığı ve bu haliyle belge olarak nitelendirilemeyeceği düşüncesiyle, StGB § 269 hükmünde, ispat için önemli nitelikteki (*beweiserheblich*) elektronik veriler üzerinde gerçekleştirilen sahtecilik fiilleri bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir (§ 269/1). Önemle belirtmek gerekir ki, § 269’deki suçun uygulanması, “ispat açısından önemli verinin cismani olarak ortaya konulması hâlinde sahte veya tahrif edilmiş bir belge niteliğine sahip olmaları” şartına bağlanmıştır.

StGB § 348’te ise, görev başında gerçeğe aykırı belgelendirme (*Falschbeurkundung im Amt*) suçu tanımlanmıştır: “*Kamusal (resmî) belge düzenlemeye yetkili olan bir kamu görevlisi, kendi yetki alanı içerisindeki hukuken önemli bir olguyu gerçeğe aykırı olarak belgeler (falsch beurkundet) ya da kamusal (resmî) sicil, kütük veya elektronik ortamda gerçeğe aykırı (falsch) tescil veya yükleme işlemi yaparsa, beş yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır*” (§ 348/1). Öğretideki² ve uygulamadaki³ hâkim görüşe göre, StGB § 267’den farklı olarak, StGB § 348’de belgenin doğruluğu (*Echtheit*) değil, içeriğindeki beyanların gerçeğe uygunluğu (*Wahrheit*) koruma altına alınmaktadır. Buna göre, kamu görevlisinin kendisine tahmil edilen gerçeği (hakikati, mevcut durumu, olanı) belgeleme görevini yerine getirmeyerek gerçeğe aykırı belge düzenleme fiili suç olarak kabul edilmiştir.

Kamu görevlileri bakımından öngörülen bu yükümlülük suçu, ayrıca StGB § 278’de **kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensupları** bakımından da öngörülmüştür. Buna göre, “*Bir makam veya sigorta şirketi tarafından kullanılmak üzere, gerçek durumunu bilmesine rağmen bir kişinin sağlık durumu hakkında gerçeğe aykırı rapor (unrichtiges Zeugnis) düzenleyen doktor ve diğer ruhsatlı sağlık mesleği mensupları iki yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır.*” StGB § 278’da belirtilen türde bir gerçeğe aykırı sağlık raporunun, bir makam veya sigorta şirketi tarafından kullanılmak veya sağlık durumu hakkında herhangi bir kişiyi aldatmak amacıyla **kullanılması** ayrıca suç olarak tanımlanmıştır (StGB § 279).

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (4. Auflage, Band 5, C.H. Beck, 2022) § 267 Rn. 15.

- 2 Bernd Hecker, *Schönke/Schröder Kommentar zum Strafgesetzbuch* (30. Auflage, C.H. Beck, 2019) StGB § 348 Rn. 1, 9; Günter Heine und Frank Schuster, *Schönke/Schröder Kommentar zum Strafgesetzbuch* (30. Auflage, C.H. Beck, 2019) StGB § 271 Rn. 1; Georg Freund, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (3. Auflage, C.H. Beck, 2019, § 348 Rn. 1; Ingeborg Puppe und Kay Schumann, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch* (5. Auflage, Band 3, 2017, StGB § 271 Rn. 3; Puppe ve Schumann (n 2) StGB § 348 Rn. 1; Erb (n 1) § 271 Rn. 1-2.
- 3 “Resmî belgeleri düzenlemeye yetkili bir kamu görevlisi, yetkisi dâhilinde bir konuya ilişkin hukuken önemli bir olguyu gerçeğe aykırı bir şekilde belgelendirirse Ceza Kanunu’nun 348. Maddesine göre cezalandırılır. Buna göre, belgelendirme görevi bulunan bir noter, resmî yetkileri dahilinde **sahte olmayan (doğru) bir resmî belgeyi muhtevası itibarıyla gerçek olmayacak şekilde düzenler** ve belgelendirme konusu hususlar hukuken önemli sayılırsa, § 348 hükmüne göre cezalandırılır.” (OLG Frankfurt, Urteil vom 19.04.1985 – 5 Ss 608/84); BGH, Urteil vom 27. 8. 1998 – 4 StR 198–98 (LG Bochum); BGH, Urteil vom 25. 5. 2001 – 2 StR 88/01 (LG Limburg a.d.L.).

Konumuzla ilgili son olarak belirtilmesi gereken suç tipi, StGB § 271’de düzenlenen **dolaylı gerçeğe aykırı belgelendirmedir** (*Mittelbare Falschbeurkundung*). StGB § 348’deki suçun özgülü suç olması göz önünde bulundurularak, **kamu görevlisi olmayan kişilerin** § 348 anlamında gerçeğe aykırı bir resmî belge düzenlenmesine neden olma – özellikle dolaylı fail suretiyle – fiillerinin cezasız kalmaması amacıyla ihdas edildiği belirtilen⁴ bu suç tanımında “*Haklar veya hukuki ilişkilerle ilgili önemli beyan, müzakere veya olguların, aslında hiç yapılmamış veya başka şekilde yapılmış ya da o nitelikteki bir kişi tarafından yapılmamış veya başka bir kişi tarafından yapılmış olmasına rağmen, bunları yapılmış veya gerçekleşmiş gibi resmî belgelerde, kütüklerde, elektronik verilerde veya sicillerde belgelenmesine veya yüklenmesine neden*” olunması cezalandırılmaktadır (§ 271/1). Bu nitelikteki bir belge, kayıt veya verinin düzenlenmesine neden olmasa dahi, hukuki ilişkilerde aldatmak amacıyla böyle bir belge, kayıt veya veriyi **kullanan** kişi de § 271/1’e göre cezalandırılmaktadır (§ 271/2). Maddenin üçüncü fıkrasında ise cezayı artıran bir nitelikli hâle yer verilmiştir.

Anlaşılabacağı üzere hem TCK hem de StGB sisteminde, belgede sahtecilik suçları bakımından sahtelik ile gerçeğe aykırılık şeklinde belirgin olarak kavramsal bir farklılık gözetilmiştir. StGB’nin bazı düzenlemelerinden hareketle, bu kavramların aynı anlamda kullanılmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Örneğin, yanlış resmî kimlik edinmek suçunun tanımlandığı StGB § 276’da, § 267’de yer verilen *unechte* ve *verfälschte Urkunde* kavramı ile § 271 ve § 348’de yer verilen “*Falschbeurkundung*” kavramının farklı anlamlara sahip olduğuna işaret edilmiştir. Nitekim, daha sonraki bölümlerde ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, Alman öğreti ve uygulamasında da söz konusu kavramların aynı anlamlara gelmediği konusunda hâkim görüş bulunmaktadır.

TCK sistemi bakımından sahte, gerçek ve gerçeğe aykırı belge kavramlarından tam olarak neyin anlaşılması gerektiği, kanuni düzenlemelerde bu kavramların bilinçli bir şekilde kullanılıp kullanılmadığı ve bu bağlamda TCK’nin ilgili düzenlemelerinin nasıl yorumlanması gerektiği hususlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

II. BELGE, SAHTE BELGE, GERÇEK BELGE VE GERÇEĞE AYKIRI BELGE KAVRAMLARI

A. BELGE KAVRAMI

Bahse konu kavramların açıklığa kavuşturulması için ilk olarak **belge** kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır. Zira **sahte**, **gerçek** ve **gerçeğe aykırı** ibareleri, esasında belge kavramının nitelikleridir (vasıf, sıfat). Tabiidir ki, nitelenen şey (belge) bilinmedikçe nitelikli nesnenin (sahte, gerçek ve gerçeğe aykırı belge) ne olduğu anlaşılamaz.

4 Heine und Schuster (n 2) § 271 Rn. 1a.

Belge kavramı ne TCK'de ne de StGB'de tarif edilmiştir. Ancak öğretî⁵ ve uygulamadaki⁶ hâkim kabul, belgenin unsurlarını şu şekilde ortaya koymaktadır:

- Belge, yazılı bir **irade beyanını** (yani bir insan düşüncesini) içermelidir. Dolayısıyla, belge içeriğindeki beyan, gerçek veya hayali belli bir kişi veya kişilere **isnat edilebilir** (atfedilebilir, yüklenebilir, izafe edilebilir) olmalıdır.
- Belge, kâğıt veya levha benzeri ispat gücü olan maddeler aracılığıyla **somutlaştırılmış** olmalıdır.
- Belge içeriğindeki beyan **hukuken önemli** bir özellik taşımalıdır.

Bu unsurlardan hareketle, hukuk düzeninin kendisine hüküm ve sonuç bağladığı irade beyanlarını ispatlayan yazılı nesnelerin sahtecilik fiillerine maruz bırakılmasının ceza normuyla engellenmeye çalışıldığını anlamaktayız. Bu anlamda, bir veya birden çok kişinin, hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içinde, gerektiğinde diğer unsurlarla birlikte hukuki sonuçlar doğurmaya yönelmiş irade beyanından oluşan **hukuki işlemleri**⁷ ispatlamaya elverişli herhangi bir **yazılı nesnenin**, TCK m. 204 ve devamındaki suçlar anlamında **belge** olduğunu düşünüyoruz.

Belge, belirli bir hukuki sonucun meydana gelmesine yönelmiş irade beyanından oluşan hukuki işlemin somutlaştığı yazılı bir nesne olduğundan, bir irade beyanının varlığı için gereken şartlar ne ise bu şartların söz konusu belgede bulunması gerekir. İrade beyanı iki unsurdan oluşur. Bunlardan birincisi subjektif unsur olarak **irade**, ikinci ise objektif unsur olarak **beyandır**⁸. Belge içeriğinde yer alan beyanın belli bir kişi tarafından irade edildiğinin belge üzerinden doğrudan anlaşılması gerekir. Yazılı irade beyanlarında, irade sahibi, yazılı metnin kendisinden sâdır olduğunu veya bu metni teyit ettiğini belirtecek **beyan iradesini** belge içeriğinde açığa vurması gerekir. Beyan iradesinin belge içeriğinde açığa vurulmadığı hâllerde kişinin iradesini dış aleme aksettirme ve yürürlüğe koyma bilinci⁹ bulunmadığından, irade beyanından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Yazılı irade beyanının belli bir kişiye veya kişilere isnat edilebilmesi için bu beyanın imzalanmış olması zorunlu olmayıp, bu husus belge içeriğindeki her türlü ifade veya işareten anlaşılabilir¹⁰.

5 Puppe und Schumann (n 2) § 267 Rn. 17; Erb (n 1) § 267 Rn. 25; Heine und Schuster (n 2) § 267 Rn. 2; Sahir Erman, *Ticari Ceza Hukuku Cilt III Sahtekarlık Suçları* (4. Baskı, Nizam Terzioğlu Matematik Araştırma Enstitüsü Baskı Atölyesi, 1981) 308; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (12. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2017) 811; Ahmet Gökçen, *Belgede Sahtecilik Suçları* (5. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018) 47; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (7. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020) 762, 766; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (15. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2017) 891.

6 BGH, Urteil vom 3. 7. 1952 – 5 StR 151/52 (LG Verden); OLG Köln, Urteil vom 27-10-1982 – 3 Ss 568/82; OLG Köln, Urteil vom 4. 7. 1978 – 1 Ss 231/78; Yargıtay 11. CD, E.2018/6165 K.2021/2805, 18.3.2021; Yargıtay 11. CD, E.2018/65919 K.2019/737, 22.1.2019; Yargıtay 21. CD, E. 2015/4583 K. 2015/6264, 16.12.2015.

7 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2019) 123.

8 ibid 132; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 1 Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri* (2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019) 141, 144.

9 Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt* (5. Baskı, Filiz Kitabevi, 2010) 131.

10 Koca ve Üzülmöz (n 5) 765; Tezcan, Erdem ve Önok (n 5) 892; Hasan Tahsin Gökcan, 'Resmî Belgede Sahtecilik Suçu' (2009) 67(3) Ankara Barosu Dergisi 93, 100.

Belge, kâğıt veya levha benzeri ispat gücü olan maddeler aracılığıyla **somutlaştırılmış** olması gerektiğinden, cismani varlığı olmayan bir şeyin ceza hukuku anlamında belge sayılması mümkün değildir. Bu anlamda, özellikle bilişim sistemlerindeki veriler, kendilerine hukuk düzenince hüküm ve sonuç bağlansa bile, belgede sahtecilik suçlarının konusunu **oluşturmazlar**^{11,12}. StGB § 269 hükmünde, elektronik veriler üzerinde gerçekleştirilen sahtecilik fiillerinin bağımsız suç olarak düzenlenmesinin altında yatan düşünce de budur. İlk kez 1986 yılında Alman Ceza Kanunu'na bilgisayar suçluluğuyla mücadele amacıyla getirilen bu hükümle, belgede sahtecilik (§ 267) kapsamında cezalandırılabilmesi mümkün olmayan fiillerin cezalandırılabilmesi, hukuki ilişkilerin kurulması ve ispatlanması bakımından her geçen gün daha fazla öneme sahip hâle gelen elektronik verilerin işlenmesi ve nakli kapsamında ortaya çıkan koruma boşluklarının giderilmesi hedeflenmiştir¹³. StGB § 269'daki suç tanımına benzer bir düzenleme içermeyen TCK sisteminde, hukuki sonuçları itibarıyla belge gibi işlev gören elektronik veriler üzerinde gerçekleşen sahtecilik fiilleri bakımından bir **boşluk** bulunmaktadır. Bu gibi durumlarda, ancak TCK m. 244'te tanımlanan *sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme* suçuna ilişkin hükümler uygulanabilir.

Belge içeriğindeki beyanın **hukuken önemli** bir özellik taşımasından maksat, belgeyi teşkil eden yazılı irade beyanının, bizzat kendisinden kaynaklı olarak, hukuk düzenince hüküm altına alınmış ve hukuk düzeninde karşılığı olacak bir şekilde kendisine sonuç bağlanmış olmasıdır. Nitekim hukuki işlemin varlığı için de irade beyanının doğrudan hukuki sonuçlar doğurmaya yönelmiş olması gerekir¹⁴. Başka bir ifadeyle, belgede yazılı irade beyanı, kendisinden hariç başka bir hukuki ilişkinin ispat aracı olması gerekir. Belgenin sahtecilik fiillerinden korunmaya çalışılması, onun herhangi bir hukuki ihtilafta “delil” olabilmesi özelliğinden değil, bizzat kendisinden başka bir hukuki ilişkinin delili olmasından ileri gelmektedir.

Hukuk düzenince hüküm altına alınmaktan maksat, belgenin içeriğindeki yazının pozitif hukuk kurallarıyla hüküm altına alınmış olması ve yine bu kurallara göre geçerliliğinin bulunmasıdır. Hukuk düzeninde karşılığı olacak şekilde sonuç bağlanmasından kastedilen ise, belge içeriğini teşkil eden irade beyanının hukuk düzeni tarafından tanınan bir etkiye sahip bulunmasıdır. Yani, belge herhangi bir kişi veya şeyin hukuki statüsünü tespit ediyor veya hukuki statüsünde değişiklik meydana getirebiliyorsa, onun hukuk düzeni tarafından tanınan bir etkiye sahip olduğu kabul edilir.

Öğretide, maksatlı belge (*Absichtsurkunde*) ve tesadüfi belge (*Zufallsurkunde*) ayrımında bulunulması isabetli olmamıştır. Buna göre, bir belge, düzenleyicisi tarafından doğrudan hukuki sonuç doğurmaya yönelik olarak kendisinin veya bir başkasının kanıt sağlamasına olanak sağlamak

11 İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Bası, 2021, Seçkin Yayınevi) 136. Ayrıntılı bilgi için bkz. Başar Pancaroğlu, 'Bilişim Sistemlerindeki Veriler Bağlamında Belgede Sahtecilik Suçu' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2019) 203 vd.

12 Yargıtay ise bu konuda yerleşik bir uygulama henüz geliştirememiştir. Bazı kararlarda elektronik verilerin belgede sahtecilik suçlarına konu **olabileceği** kabul edilirken (Yargıtay CGK, E.2016/1065 K.2017/27, 24.1.2017), bazı kararlarda ise belirtmiş olduğumuz gerekçeye istinaden elektronik verilerin belgede sahtecilik suçlarına konu olamayacağı kabul edilmiştir (Yargıtay 11. CD, E.2014/6872 K.2014/7366, 03.07.2014; Yargıtay 11. CD, E.2018/4004 K.2019/2115, 28.02.2019).

13 Heine und Schuster (n 2) § 269 kn. 1.

14 Eren (n 7) 123; Kocayusufpaşaoğlu (n 9) 90; Antalya (n 8) 144

amacıyla hazırlanmışsa maksatlı belgedir. Başlangıçta yalnızca hukuk dışı bir fonksiyonu yerine getiren ve sadece üçüncü bir tarafça yapılabilmek üzere sonrasındaki bir değişiklikte kendisine başka bir anlam yükleme yoluyla herhangi bir hukuki ihtilafı ispat etmeye olanak sağlayan somut irade beyanları ise tesadüfi belgedir. Bunun en tipik örneği, düzenleyicisinin fikirlerine göre yalnızca kişiler arası anlam yüklenmesi gereken, ancak nihayetinde bir dava sırasında sunulup düzenleyici ile muhatap arasındaki yakın ilişkinin varlığını gösteren ve hukuki bir ihtilafta delil vasfını kazanan aşk mektubudur. Öğretide, belgenin herhangi bir hukuki ihtilafta delil olabilmesinin ona ceza hukuku anlamında belge vasfı kazandıracağı ve düzenlendikleri anda herhangi bir harici olayı ispat etmek amacıyla düzenlenmemiş olmasına rağmen daha sonradan bir üçüncü şahıs (örneğin mahkeme) tarafından hukuki bir uyuşmazlığın konusunu ispat edebilme vasfı verilen yazılı beyanların da belgede sahtecilik suçlarının konusunu oluşturabileceği ileri sürülmektedir¹⁵.

Belgede sahtecilik suçlarında, salt belgenin ispat gücüne sahip olması değil, hukuk düzenince hüküm altına alınmış, hukuk düzeninde karşılığı olacak şekilde sonuç bağlanmış ve belge aracılığıyla ispat gücüne kavuşmuş belirli irade beyanlarının doğruluğu korunmaya çalışılmaktadır. Kanaatimizce gerek medeni ve idari yargılamada gerekse ceza yargılamasında delil olarak sunulan bir yazılı irade beyanı, bir şekilde manipüle edilmiş olsa dahi, sırf bir hukuki uyuşmazlıkta delil olabilme özelliği sebebiyle belgede sahtecilik suçlarının konusunu oluşturamaz¹⁶. Bir yargılama faaliyeti sırasında ikame edilecek delillerin doğru ve gerçeğe uygun olması, hukuki işlemler aracılığıyla işleyecek hukuki ilişkilerin güvenliği için değil ve fakat adil bir yargıya varılması (adaletin sağlanması) bakımından önem taşıyan bir husustur. Nitekim TCK'de bir suçun delillerinin yok edilmesi, silinmesi, gizlenmesi, değiştirilmesi veya bozulması fiilleri “*Adliye Karşı Suçlar*” başlığı altında bağımsız bir suç olarak öngörülme suretiyle, suç delillerinin mevcudiyeti ve gerçekliklerine ilişkin menfaat müstakilen koruma altına alınmıştır (m. 281).

Sonuç itibarıyla, TCK'nin 204 ve devamındaki hükümler anlamında belgenin tarifini şu şekilde yapabiliriz: Belge, belli bir gerçek veya tüzel kişiye atfedilebilen, hukuk düzenince kendisine hüküm ve sonuç bağlanmak üzere oluşturulmuş anlamlı bir irade beyanını yazılı olarak ihtiva eden ve tedavül etmeye elverişli somut nesnelerdir.

B. NORMUN AMACI VE KORUNAN HUKUKİ MENFAAT TEMELİNDE SAHTE BELGE KAVRAMI

1. NORMUN AMACI – KORUNAN HUKUKİ MENFAAT

Türk öğretisindeki hâkim görüşe göre, TCK m. 204 ve 207'de tanımlanan belgede sahtecilik suçlarıyla korunan hukuki menfaat, toplum tarafından hukuk düzeninin kendilerine hüküm ve sonuç bağladığı belgelerin doğruluğuna ve gerçekliğine duyulan inanç ve güvendir; kısa bir ifadeyle **kamu**

15 Heine und Schuster (n 2) § 267 kn. 14; Koca/Üzülmez (n 5) 765; Gökçen (n 5) 64; Gökcan (n 10) 97.

16 Farklı gerekçelerle aynı görüş için, Puppe und Schumann (n 2) § 267 Rn. 15; Erb (n 1) § 267 Rn. 34; Paul Krell, ‘Zur Beweisfunktion der Urkunde’ (2019) 166. Jahrgang Seiten (1–784) Golttdammer's Archiv für Strafrecht 325, 328

güvenidir¹⁷. Bununla birlikte, diğer bir görüşte ise, bu suçlarla, kamu güveninin yanı sıra belgeye bağlanan “özel menfaatlerin” de koruma altına alındığı ileri sürülmüş; bu suçların işlenmesiyle hem genel anlamda kamu güveninin hem de ilgili belgeye sonuç bağlanan kişisel menfaatlerin ihlal edildiği savunulmuştur¹⁸.

StGB § 267’de tanımlanan belgede sahtecilik suçuyla korunan hukuki menfaat konusunda Alman öğretisinde hâkim olan görüşün ise şu şekilde olduğu belirtilmektedir¹⁹: Maddi olarak somutlaştırılmış beyanların delil olarak kullanılmasına ve belli bir düzenleyicinin garantör olarak beyanlarının arkasında durarak bunların hukuk düzeni içerisinde etkili bir biçimde delil teşkil etmesine bağlı olan ispat ilişkileri anlamında hukuki ilişkilerin inanılabilirliği ve güvenilirliği (*Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs*).

Hâkim görüşe karşılık olarak ileri sürülen görüşte ise, belgede sahtecilik suçuyla korunan hukuki menfaatin esasında bireysel tasarruf özgürlüğüne yönelik olduğu, sahte belgenin olası muhataplarının hukuki ilişkilerde kullanılmak üzere manipüle edilmiş delillere (hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş somut irade beyanlarına) dayanarak, söz konusu (sahte) belge olmadığı bir durumda esasında yapmayacakları hukuken önemli bir tasarrufta bulunmaya yönlendirilmesiyle ihlal edilen bireysel menfaatlerde aranması gerektiği belirtilmiştir²⁰. Bu suç, öncelikle, sahte belgelerin sunulması yoluyla hukuki ilişkiler bağlamında kendisi için olumsuz sonuçlar doğuracak olan tasarruflara sevk edilme tehlikesinden bireyi korumaya hizmet eder. Ancak, bu koruma, belgenin içeriği itibarıyla yanıltıcı bir irade beyanı ihtiva etmesine yönelik değil, **belgenin muhataplarına sağlamış olduğu ispat fonksiyonuna hâlel getirilmesine** karşılık öngörülmüştür. Buna göre, belgede sahtecilik suçlarıyla korunan hukuki menfaatin anlaşılabilmesi için, hukuki ilişkilerde önemi haiz olan irade beyanlarının ispat aracı olarak yazı ile diğer ispat araçları (söz, ses-görüntü kaydı vb.) arasındaki farkın ve bu farkın hukuk sistemi nazarındaki sonuçlarının göz önünde bulundurulması gerekir. Hukuki ilişkilerde önemi bulunan yazılı irade beyanlarının (yazılı hukuki işlemlerin) muhataplarının kendilerine sunulan belgeler konusundaki avantajı (yararı), daha ziyade, beyan sahibini **sözüne bağlı tutmanın** daha kolay olması nedeniyle yalnızca teknik nitelikte bir ispat aracı olmasında yatmaktadır²¹. Yani beyan sahibinin belli olduğu ve hukuken önemli bir beyan içeriğine sahip yazılı belgelerin hukuk

17 Erman (n 5) 201; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 5) 843; Koca/Üzülmez (n 5) 762; Tezcan, Erdem ve Önok (n 5) 890; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (16. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017) 436; Yener Ünver, ‘TCK’daki Evrakta Sahtecilik Suçları’ (2013) 4(4) Hukuk köprüsü 95, 95; Rahime Erbaş, ‘Kamu Görevlisi Olmayan Sağlık Mesleği Mensuplarının Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi Suçu (TCK md. 210/2)’ (2013) LXXI (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 331, 333; Keskin Kaylan, ‘Belgelerde Sahtecilik Suçları, 765 sayılı TCK. İle Hükümet Tasarısı ve TBMM Adalet Komisyonunca Kabul Edilen Tasarı Metnindeki Düzenlemelere Göre Karşılaştırmalı Bir İnceleme Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar’ (2004) Türkiye Barolar Birliği, 2004, 163.

18 Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt:4* (3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 1985) 40; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (9. Baskı, Savaş Yayınevi, 2018) 214; Zeki Hafızogulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar* (2. Baskı, US-A Yayıncılık, 2017) 165; Çetin Arslan ve İhsan Baştürk, ‘Belgede Sahtecilik Suçunun Konusu Olarak Elektronik Ortamdaki Veriler’ (2013) 8(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 195, 201; Gökcen (n 10) 94.

19 Heine und Schuster (n 2) § 267 Rn. 1; Puppe und Schumann (n 2) § 267 Rn. 1; Erb (n 1) § 267 Rn. 1.

20 Puppe und Schumann (n 2) § 267 Rn. 6; Erb (n 1) § 267 Rn. 9.

21 Erb (n 1) § 267 Rn. 9. Aynı yönde, Krell (n 16) 328.

sistemindeki kıymeti, beyan sahibinin şu veya bu şekilde – içerik olarak – yalan beyanda bulunması halinde bile, onu başarılı bir şekilde sorumlu tutabilmekten ileri gelmektedir. Belge, beyan sahibinin beyanından hukuki olarak sorumlu olacağının garantisini içeren, kanıtlanması amaçlanan hukuki olgunun (içeriğin) aleni bir şekilde arz edilme aracıdır. Hukuki ilişkilerde böylesi bir garantiyi sağlayan belgenin manipüle edilmesi, bu (sahte) belgeye aldanarak güvenen muhatapları açısından ilgili hukuki ilişkinin bizatihi varlığına yönelik ispat zorluğu doğuracaktır. Nitekim, belgede beyan sahibi olarak görünen kişi gerçekte beyanda bulunmamış ise, yani **belge doğru değilse**, söz konusu görünüşte (sahte) beyan, hukukun bu nitelikteki beyanlara bağlamış olduğu sonuçları (etkileri) doğurmayacaktır²². Dolayısıyla, StGB § 267’de tanımlanan suçun neden sadece hukuki ilişkilerde kullanılan belgelerin doğruluğuna (*Echtheit*) ilişkin menfaati koruduğu, buna karşın belge üzerinde düzenleyen olarak görünen birinin içerik olarak gerçeğe aykırı açıklamalarda bulunduktan ve daha sonra bu açıklamalarından sorumlu olmak istememesinden doğan hukuki menfaatleri korumadığı açıkça belirgin hale gelmektedir.

Kanaatimizce, öğretideki hâkim görüşün ileri sürdüğü **kamu güveni** menfaati ancak resmî belgeler için anlamlı olabilir. Zira, bilhassa **özel belgelerin ilişkin olduğu hukuki ilişkiler**, devletin tekelinde özel yasal koşullar altında vatandaşlara sunulan ve bu sıfatla ceza hukuku kapsamında özel korumadan yararlanan para (TCK m. 197), kıymetli damga (TCK m. 199) veya mühür (TCK m. 202) gibi bir **kamu müessesesi** olarak kabul edilemez. Nitekim devlet müdahalesi olmaksızın her bireye, özel hukuk ilişkileriyle bağlantılı olarak kendi beyanlarını somutlaştırarak diğer kişilere sunma imkânı verilmiştir. Özel belgelere konu münferit hukuki ilişkilerin birer kamu müessesesi olarak kabul edilmesi mümkün olmadığından, özel belgede sahtecilik suçuyla **özel belgelere duyulan bir kamu güveninden bahsedilemez**. Buna karşın, resmî belgeler ancak kanunen yetkilendirilmiş kamu görevlileri tarafından ve yine kanunda öngörülen koşullara uygun bir şekilde düzenlenebildikleri için, bu türdeki belgelerin devlet kontrolünde – kamu görevlileri eliyle – düzenlenip hukuki ilişkilerde kullanılmak amacıyla ihraç edildikleri hususunda – para, kıymetli damga veya mühürde olduğu gibi – kamunun genel bir güven duyduğundan, duyması gerektiğinden bahsedilebilir.

Ancak, **kamu güveni menfaati** görüşü, belgede sahtecilik suçlarının ihdas edilme amacını açıklama noktasında **soyut ve belirsiz** kalmaktadır. Zira para, kıymetli damga veya mühürde sahtecilik gibi suçların konularını teşkil eden nesnelerin ilgili yasal koşullara uygun bir şekilde kamu görevlileri eliyle düzenlendikleri hususunda kamunun bir güven duyması gerektiği şüphesizdir. Ancak bu nesnelerin taklitlerinden korunmak istenmesinin nedeni ve gayesi, kamunun bu nesnelerin doğruluklarına duymuş olduğu güvenin sarsılması olmayıp, söz konusu nesnelerin meydana getirilmelerinin altında yatan bireysel menfaatlerdir. Örneğin parada sahtecilik suçunun ihdas edilme amacı, bir ödeme aracı olarak devletin tekelinde basılan paranın ekonomik sistemde güvenceli bir şekilde tedavül edilmesindeki bireysel (ekonomik) menfaatlerin teminat altına alınmasıdır. Başka bir ifadeyle, hukuk düzeninin doğruluklarını özel olarak güvence altına aldığı nesnelerin neden ceza hukuku yaptırımıyla korunduğu sorusuna, bu nesnelerin hukuk düzeni içerisinde görmüş olduğu fonksiyonlarına bakılarak bir cevap verilmesi gerekir. Bu nedenle, öğretide ve uygulamada hâkim

22 Puppe und Schumann (n 2) § 267 Rn. 6.

görüşün (kamu güveni menfaati), belgede sahtecilik suçlarının ihdas edilme amacını ortaya koyma noktasında yetersiz kaldığını düşünmekteyiz²³.

Gerek resmî gerekse özel belgeler, yazılı hukuki işlem sıfatlarıyla, bizzat kendilerinden başka bir hukuki ilişkiyi (olguyu) ispatlayıcı birer araç niteliğindedirler. Hangi makam veya kişiden sâdır olduğuna ve hangi konuyu içerdiğine bakmaksızın, **hukuk düzeni tarafından kendisine hüküm ve sonuç bağlanan yazılı irade açıklamalarının, başka bir ifadeyle yazılı hukuki işlemlerin doğruluğu ve güvenilirliği, hukuk düzeninin işleyişi bakımından önem taşımaktadır**. Toplumu oluşturan kişilerin maddi ve manevi varlıklarının gelişimi, hukuk düzeni içerisinde yapılacak irade açıklamalarıyla gerçekleştirilir. Başka bir anlatımla, kişiler, kendisine hukuken hüküm ve sonuç bağlanan irade açıklamaları aracılığıyla hukuk düzeni dâhilinde haklara sahip olacak, haklarını kullanabilecek, borç altına girebilecek ve borçlarını ifa edebileceklerdir. Kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmesi için hukuk düzeni içerisinde hak ve borç sahibi olmaları zorunluluk arz ettiğinden, bunların temini için gerekli olan irade açıklamalarının doğruluğuna olan güven ve inancın koruma altına alınması elzemdir. Ancak, bunlardan yazılı irade beyanları **gerek ispat kuvvetini haiz olmaları gerekse aleniyete elverişli olarak tecessüm etmeleri sebebiyle**, diğer irade açıklama şekillerine nazaran hukuk düzeni nazarında daha fazla itibar görmektedir. Zira yazılı irade açıklamaları bahsini ettiğimiz özellikleri nedeniyle güvenilir ve öngörülebilir bir hukuk düzeni bakımından güvence teşkil etmektedir²⁴.

Kişileri yazılı hukuk işlemler yapmaya sevk eden temel sebep, yazılı şeklin mahiyeti itibarıyla diğer irade açıklama şekillerine nazaran, içerdikleri hukuki olguları ispatlayıcı özelliğinin daha elverişli olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak, özellikle ses veya görüntü kaydıyla kıyaslandığında, yazılı şeklin neden güvence altına alındığı sorusuna cevap bulmak zorlaşmaktadır. Bu noktada ise, hukuki işlemlerin kurucu unsurunu teşkil eden **irade beyanı** unsuru ön plana çıkmaktadır. Hukuki işlemlerin kurucu unsuru olan irade beyanı, yazılı hukuki işlemlerde beyan sahibi tarafından **beyan iradesi** aracılığıyla yazılı olarak güvence altına alınmaktadır. Bu suretle beyan sahibi, belge içeriğindeki beyanın kendisi tarafından verildiği hususunda ilgili muhataplara **garanti** vermektedir. Hukuk sisteminde yazılı şeklin diğer irade açıklama şekillerine nazaran daha fazla değer görmesinin altında yatan sebep, işte bu garantiyi sağlayıcı karakteridir. **Ancak yazılı hukuki işlemlerdeki bu garanti fonksiyonun gerçekleşebilmesi için görünürdeki beyan sahibi ile gerçekteki beyan sahibinin aynı olması gerekir**. Aksi hâlde, gerçekte bir irade beyanı olmadığından (fiil iradesi yokluğundan), hukuk düzeninin ilgili beyan içeriğine bağlamış olduğu hüküm ve sonuçlar hiç doğmayacaktır (yokluk yaptırımı). Bu sakıncalı durumun ise aktüel ve potansiyel olarak iki tehlikeli sonucu olacaktır: **Birincisi**, ilgili belgenin muhatapları belge üzerinde gözükken “beyan sahibini” ilgili hukuki işlemin hüküm ve sonuçları bakımından sorumlu tutamayacaktır. **İkincisi**, ilgili muhataplar bakımından söz konusu belgenin ilişkin olduğu hukuki işlemlerin yazılı şekilde yapılmasına yönelik bir güvensizlik ve çekinme duygusu oluşacaktır. Bunlardan her ikisi de hukuk sisteminin işleyişinden (*Rechtsverkehr*) beklenen bireysel menfaatlerin tehlikeye girmesine sebep olacaktır. İşte

23 Tezimizde benimsediğimiz bu görüşü (Pancaroglu (n 11) 43) **değiştirmiş** bulunmaktayız.

24 Ünver de (n 17, 78) belgede sahtecilik suçlarıyla korunan hukuki değerlerin temelinde **hukuksal işleyişin güvenliği** olduğunu belirtmiştir.

belgede sahtecilik suçları, bu iki tehlikeli duruma karşılık olarak ihdas edilmiştir. Belgede sahtecilik suçlarıyla, hukuk düzeninin kendilerine hüküm ve sonuç bağladığı belgelere dayalı olarak işlem yapabilmelerine yönelik **bireylerin tasarruf özgürlüğü** güvence altına alınmaktadır²⁵. Nitekim resmî belgeler bakımından belgenin yetkili kamu görevlisi tarafından düzenlendiği, özel belgeler bakımından ise görünen beyan sahibi tarafından düzenlendiğine yönelik duyulacak güven ve inanç, bireylerin söz konusu belgelerle yapacakları hukuki işlemlerin hüküm ve sonuçlarının etkili bir şekilde doğabilmesine yönelik tasarruf özgürlüğünden ileri gelmektedir.

Belgelerin garanti fonksiyonuna yönelik bireylerin tasarruf özgürlüğü, belgelerin ilişkin oldukları hukuki işlemlerden doğacak olan bireysel menfaatler ile sıkı bir ilişki içerisinde olsa da belgenin ilişkin olduğu hak ve sair menfaatlerin bu suçlarla korunduğu görüşünün isabetli olmadığını düşünmekteyiz. Belgede sahtecilik suçları dolayısıyla birtakım bireysel menfaatler ihlal edilmiş olabilir; ancak bu menfaatler, sahteciliğin unsur olduğu başka suçlar varsa bu suçların konusunu teşkil edecektir. Örneğin, belgede sahtecilik suçu işlenmek suretiyle belgenin ilişkin olduğu menfaat hususunda bir kişi zarara uğratarak yarar sağlanmış olabilir. Bu durumda, belgenin ilişkin olduğu menfaat dolandırıcılık suçuyla (TCK m. 157) korunmaktadır. Bir kamu kurumunda görev yapan kamu görevlisi veya özel bir kuruluştaki çalışan yetkili kişi, sahtecilik yapmak suretiyle kamu kurumunun veya özel kuruluşun malvarlığını zarara uğratarak yarar sağlamış olabilir. Bu örnekte ise, kamu kurumunun veya özel kuruluşun malvarlığı zimmet (TCK m. 247) veya güveni kötüye kullanma suçuyla (TCK m. 155) korunmaktadır. Keza, çocuğun soy bağına ilişkin belgelerde yapılan sahtecilik durumunda, aile düzeniyle birlikte çocuğun ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkı ihlal edilmiş olacaktır²⁶. Ancak söz konusu hak, TCK'nin 231. maddesinde düzenlenen çocuğun soybağını değiştirme suçuyla zaten korunmaktadır. Anlaşılabacağı üzere, belgelerin garanti fonksiyonundan kaynaklanan bireysel tasarruf özgürlüğü, belgeler aracılığıyla yapılacak hukuki işlemlerin sağlamış olduğu bireysel hak ve sair menfaatlere **ön gelen** bir hukuki menfaattir.

2. SAHTE BELGE (UNECHTE URKUNDE) KAVRAMI

Hukuk düzeninin kendilerine üstünlük tanıdığı yazılı hukuki işlemlerin (belgelerin) doğuracağı hüküm ve sonuçlar, ancak belgelerin garanti fonksiyonunun sağlandığı durumlarda söz konusu olabilecektir. Bunun sağlanamadığı durumlarda, hukuk düzeninin belgelere bağlamış olduğu hüküm ve sonuçlar hiç doğmayacak ve ilgili muhatapların belgeden bekledikleri menfaatler en baştan itibaren tehlikeye girecektir. Bununla birlikte, belgenin garanti fonksiyonunun sağlandığı ve fakat beyan sahibinin gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu hâllerde (aldatma), yazılı hukuki işlemin (belgenin) hukuka uygun bir şekilde kurulduğunu ve fakat belge muhataplarının belgeye dayanarak kurulan hukuki ilişkiyi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 36 ve 39 hükümleri uyarınca sona erdirmeye, devam ettirmeye veya ilgili hukuki ilişkiyi sona erdirmekten doğan alacak, tazminat vb.

25 Puppe und Schumann (n 2) § 267 Rn. 8.

26 Fatma Umay Genç, 'Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu' (2018) Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Ayşe Nuhoğlu, Faruk Turhan (Editörler). Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, 162-163.

talep etme haklarının olduğunu belirtmemiz gerekir. Başka bir deyişle, belge üzerinde beyan sahibi olarak görünen kişi ile gerçekte beyan sahibi olan kişinin **aynı** olduğu durumlarda, belge içeriği beyan sahibinin gerçek iradesini yansıtmasa dahi belgenin ilişkin olduğu hukuki ilişkinin hüküm ve sonuçları tehlikeye girmemekte; belge muhatabının beyan sahibini söz konusu hukuki işlem dolayısıyla **bizzat belge sayesinde** sorumlu tutması mümkün olabilmektedir. Böyle bir durumda, belge muhataplarının belgenin garanti fonksiyonuna yönelik tasarruf özgürlükleri ihlal edilmiş olmayacaktır.

Belgede sahtecilik, belgenin garanti fonksiyonunu ortadan kaldıran aldatma fiillerini konu almakta ve fakat yazılı yalan anlamındaki aldatma veya muvazaa fiillerini kapsamamaktadır²⁷.

Belgede sahtecilik suçlarının belgelerde bulunması gereken garanti fonksiyonunu ortadan kaldıran fiilleri konu aldığı dikkate alındığında, sahte belgeden ne anlaşılması gerektiği kolaylıkla açığa kavuşmaktadır. **Sahte belge**, kısa bir ifadeyle, gerçek düzenleyici ile görünürdeki düzenleyicinin **aynı olmadığı** hukuken önemli bir beyan içeriğine sahip yazılı bir cisimdir. Örneğin A ve B bir satım sözleşmesi yapacaktır. A, satım sözleşmesinde kimliğini C olarak belirtiyor ve sözleşmeyi C adına imzalıyor. Bu “sözleşme” **sahte bir belge** olup C’nin herhangi bir iradesi (fiil iradesi) olmadığından “sözleşme” hiç kurulmamış olur ve yokluk yaptırımına maruz kalır (TBK m. 1). Buna karşın, A ve B bir satım sözleşmesi düzenliyor ve kendi adlarıyla sözleşmeyi imzalıyorlarsa, sözleşme içeriği A ve/veya B’nin gerçek iradesini yansıtmasa bile, hukuken kurulmuş bir sözleşme mevcut olduğundan sözleşmenin (belgenin) sahteliğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Belgenin doğru olduğu (yani irade beyanının hukuken mevcut olduğu) ve fakat içeriği itibarıyla beyan sahibinin gerçek iradesini yansıtmadığı hâllerde, ilgili hukuki işlemin (örneğin sözleşmenin) dayanağını teşkil eden normatif düzenlemeler uyarınca bizzat ilgili işlemde doğan yaptırımlar (geçersizlik, iptal etme, tazminat, iade vb.) aracılığıyla beyan sahibini sorumlu tutmamız mümkündür. Örneğin, A ve B bir satım sözleşmesi yapıyor ve kendi adlarıyla sözleşmenin altına imza atıyorlar; ancak satıcı A sözleşme içeriğinde malın niteliği hususunda gerçeğe aykırı bir beyanda bulunuyor (aldatma). Keza, A ve B gerçekte bir bağış sözleşmesi yapmak istemelerine rağmen görünüşte bir satım sözleşmesi düzenliyorlar (muvazaa).

Her iki örnekte de düzenlenen sözleşmeler (belgeler) hukuken kurulmuştur ve sahte değildir.

Ancak birinci örnekte alıcı B, TBK m. 36/1 uyarınca sözleşmeyle bağlı değildir ve aldatıldığını öğrendikten itibaren 1 yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını satıcıya bildirirse verdiği şeyin iadesini (TBK m. 39/1), aldatıldığından dolayı uğramış olduğu zararın tazminini (TBK m. 39/2, m. 49/1) talep edebilir. Hatta bu örnekte alıcı B, TBK m. 39/1 uyarınca, sözleşmeyi örtülü veya açık bir şekilde onayarak sözleşmenin geçerli bir şekilde hüküm ve sonuçlarının doğmasını sağlayabilir. İkinci örnekte ise muvazaalı işlem hükümleri (TBK m. 19) uygulanacaktır. Bu durumda da kurulmuş bir sözleşme mevcuttur. Ancak görünürdeki işlem (satım sözleşmesi) tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığından kesin hükümsüzdür²⁸, gizli sözleşme (bağış sözleşmesi) ise tarafların gerçek ve ortak iradelerine uygun olduğu için geçerlidir; meğerki gizli sözleşme kanunun öngördüğü geçerlilik şekline uygun bir şekilde yapılmış olsun²⁹.

27 Heine und Schuster (n 2) § 267 kn. 54; Erb (n 1) § 267 Rn. 9.

28 Eren (n 7) 401; Antalya (n 8) 352.

29 Eren (n 7) 406; Antalya (n 8) 354.

Anlaşılabacağı üzere, sahte belge, **doğru olmayan belge** (*unechte Urkunde*) anlamına gelmektedir. Bir belgenin doğru (*echt*) veya sahte (*unecht*) olup olmadığı, belge üzerinde görünen düzenleyicinin (beyan sahibinin) doğru olup olmadığına bağlıdır. Eğer görünürdeki beyan sahibi ile gerçekteki beyan sahibi aynı ise belge doğrudur; bunlar farklı ise belge sahtedir³⁰. Bu nedenle, bir belgenin sahte olup olmadığının tespiti için araştırılması gereken ilk husus, belge üzerinde görünen beyan sahibinin gerçekten söz konusu belgeyi düzenleyip düzenlemediğidir. Şayet belge üzerinde görünen beyan sahibinin gerçekten söz konusu belgeyi düzenlediği tespit edilirse belgenin sahte olmadığı sonucuna varılacaktır. Belge içeriğinin beyan sahibinin gerçek iradesini yansıtip yansıtmadığı ise, belgenin sahteliği bağlamında araştırma konusu yapılmayacaktır.

Belge üzerinde görünen beyan sahibinin gerçekten söz konusu belgeyi düzenlemediğinin (yani böyle bir beyanda bulunmadığının) anlaşılması, bu yazılı beyanın TCK m. 204 ve 207 anlamında sahte belge olduğunu kabul etmek için yeterli değildir. Daha önce de belirtildiği üzere, sahte belge kavramı belgenin bir niteliğini göstermektedir. **Belge izlenimi veren, belge görünümünü veren, belgeymiş gibi** şeklinde bir sıfat, nitelik taşıyan sahte belge kavramından bahsedilebilmesi için, sahte olduğu iddia edilen nesnenin belgenin özelliklerini bünyesinde barındırması gerekmektedir. Sahte belge kavramı, zihinsel olarak kavram gereklilikleri konusunda bir belgeye dayandığından, sahte olduğu iddia edilen nesne ceza hukuku anlamında bir belgenin objektif gerekliliklerini (cismani olma ve hukuken önemli bir beyanı içermeye) taşımıyorsa bu nesne bakımından belgede sahtecilik suçlarına ilişkin hükümler uygulanmayacaktır. Bu nedenle, tüm sahteciliklerde, taklit edilen (sahte) nesnenin, orijinallliği varsayımında belge kavramına dahil edilip edilemeyeceği dikkatle kontrol edilmelidir³¹. Bu kontrol ise şu şekilde olmalıdır: Görünürdeki beyan sahibi ile gerçekteki beyan sahibinin farklı olduğu (sahte) nesne şayet gerçekten de görünürdeki beyan sahibi tarafından düzenlenmiş olsaydı, yazılı bir hukuki işlem (belge) olarak kabul edilecek miydi? Sahte nesnenin doğru olduğu farz edildiği bir durumda belgenin kümülatif unsurlarını taşıyan bir nesneden bahsedilebiliyorsa, bu takdirde sahte belgenin varlığı kabul edilmelidir. Belgenin cismani olma ve hukuken önemli bir beyanı içermeye unsurları objektif karakterli olduklarından, sahte olduğu iddia edilen bir nesnenin bu unsurlar itibarıyla belge izlenimi verip vermediği objektif olarak değerlendirilmelidir. Buna göre, sahte yazılı bir nesne sahteliği düzeltilmediğinde daha önce açıkladığımız belge tarifine giriyorsa, bu sahte yazılı nesne türüne göre TCK m. 204 veya 207 anlamında sahte belge olarak kabul edilmelidir. Önemle belirtmemiz gerekir ki, belge içeriğine ilişkin hukuki ilişkilerin tâbi olduğu kurallar farklılık arz ettiği ve kendi bağlamları çerçevesinde değer taşıdığı için, **belge içeriğinin hukuken önemli olup olmadığı ilgili hukuki ilişkinin (resmî veya özel) tâbi olduğu pozitif düzenlemeler çerçevesinde tespit edilmesi gerekir**. Bir sahte nesne, sahtecilik fiilinin gerçekleştirildiği anda ve bu andaki dışa yansıyan hâliyle hukuk düzenince hüküm ve sonuç bağlanabilen bir yazılı belge izlenimi veriyorsa, belgede sahtecilik suçlarının konusunu teşkil edecektir. Genel itibarıyla bu izlenimin verilmiş olması söz konusu nesnenin sahte belge olarak kabul edilmesi için yeterli olup, ayrıca bunun muhataplarını aldatıcı nitelikte olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur. Bu doğrultuda, **niteliksel olarak zayıf bir sahtekarlık olduğu için nispeten daha az dikkatle sahte olduğu fark edilebilir münferit**

30 Krell (n 16) 334.

31 Erb (n 1) § 267 Rn. 28.

sahtecilik olaylarında, sahte belgenin mevcudiyeti göz ardı edilemez. Yalnızca yüzeysel bir gözlemciyi aldatabilecekleri için bazı sahtecilikleri belgede sahtecilik suçlarının kapsamından çıkarmak, hukuki işlemlerin belgelerle yapılma kolaylığının gerekliliklerine uygun düşmeyecektir³².

Sahtelik niteliği ilk aşamada belge düzenleyicisinin gerçekte kim olduğunun ortaya çıkarılmasıyla mümkün olacağından, bu noktada gerçek belge düzenleyicisinin nasıl belirleneceği önemli bir konudur. Gerçek düzenleyicinin (beyan sahibinin) tespiti hususunda **fiziksellik veya bedensellik teorisi** (*Körperlichkeitstheorie*) ve **zihinsellik veya isnat-izafe teorisi** (*Geistigkeitstheorie, Zurechnungstheorie*) olmak üzere iki teori bulunmaktadır. *Bedensellik teorisi*, beyan sahibinin tespiti bakımından, beyanın bizzat kimin elinden yazıldığını dikkate almaktadır. *Zihinsellik* (isnat, izafe) *teorisinde* ise, beyanın zihinsel olarak kime atfedildiği belirleyicidir. Bu teoriye göre, bir belgeyi düzenleyen kişi, mutlaka onu bizzat yazan kişi değil, beyanın belgede somutlaşmasını isteyen ve kendisini ona bağlı hissetmek isteyen kişidir³³ (irade sahibi). Günümüz öğretisi³⁴ ve uygulamasında³⁵, beyan sahibinin belirlenmesi hususunda **zihinsellik teorisi** benimsenmektedir. Yani belgenin düzenleyicisinden maksat, belge içeriğindeki beyanın kim tarafından **irade edildiği**dir. Dolayısıyla, bir belgenin gerçekteki düzenleyicisinin tespit edilmesi için belgenin fiilen kim tarafından düzenlendiğine değil, içeriğindeki beyanın kim tarafından irade edildiğine bakılmalıdır. Bu anlamda, stenograf, daktilograf, sekreter, kâtip ve sair kişiler aracılığıyla yazılan belgelerin düzenleyicisi bu kişiler değil, bu kişilere yazmaları için irade beyanında bulunan kişilerdir. Örneğin, duruşma tutanaklarının düzenleyicisi zabıt kâtibi değil, ilgili duruşmanın hâkimidir.

Beyan ile beyan sahibi arasındaki ilişki hukuki bir ilişkidir, yani bir isnat ilişkisidir. Bu isnat veya izafe ilişkisi, bizzat beyanın kendisine yüklenilmesi iradesiyle hareket eden kişiyle kurulabilir. Bununla birlikte, bu isnat ilişkisi, hukuken mevcut olan ikincil bir isnat ilişkisinden, yani bir beyanın neden olduğu **maddi hukuk sonuçlarının kişiye yönelik hâsıl olması anlamındaki isnat ilişkisinden ayırt edilmelidir**³⁶. Bunların ayırt edilmesi, özellikle temsil ilişkilerinde gerçek düzenleyicinin kim olduğu hususunda önem arz etmektedir.

Gerçek belge düzenleyicisinin tespiti bakımından bazı tartışmalı sorunlar vardır:

a. İradeyi fesada uğratan hâllere maruz kalarak belge düzenlenmesi sorunu

Bir kişinin cebir, tehdit, hata veya aldatma yani iradeyi fesada uğratan hâller altında belge düzenlemesi durumunda belge düzenleyicisinin kim olduğu konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretide hâkim olan ve bizim de benimsemiş olduğumuz görüşe göre, mutlak cebir (*vis absoluta*) dışındaki **zorlayıcı cebir** (*vis compulsiva*), **tehdit, hata veya aldatmaya** dayalı olarak bir belgenin düzenlenmesi

32 Erb (n 1) § 267 Rn. 29.

33 Heine und Schuster (n 2) § 267 kn. 55.

34 Heine und Schuster (n 2) § 267 kn. 55; Erb (n 1) § 267 Rn. 125; Puppe und Schumann (n 2) § 267 Rn. 63; Gökcan (n 10) 99; Artuk/Gökcan/Alşahin/Çakır (n 17) 418; Koca ve Üzülmaz (n 5) 765; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2016) 497; Toroslu (n 18) 228; Kaylan (n 17) 165.

35 OLG Hamm, Urteil vom 12.7.2016 – 10 U 83/15; BayObLG, Urteil vom 17.12.1980 – RReg. 3 St 250/79 a-f; Yargıtay CGK, E.2016/1065 K.2017/27, 24.1.2017.

36 Puppe und Schumann (n 2) § 267 Rn. 64.

durumunda, belgenin **gerçek düzenleyicisi** zorlayıcı cebre, tehdide, hataya veya aldatmaya maruz kalan kişidir³⁷. Zira bu gibi hâller, geçerli bir irade beyanının varlığını etkilememekte, yalnızca irade beyanının iptal edilebilirliğine yol açmaktadır. Bu çerçevede, **zorlayıcı cebir, tehdit, hata veya aldatmaya dayalı olarak bir kişinin belge düzenlemesi hâllerinde sahte belgeden söz edilmez**. Örneğin, bir kişiye zorlayıcı cebir veya tehditte bulunarak kendisini borç altına sokabilecek bir senet düzenlettirildiğinde (senedin yağması), düzenlenen senet sahte olmayacaktır. Keza, nüfus müdürlüğündeki kamu görevlisine gerçeğe aykırı beyanda bulunarak içerik itibarıyla gerçeği yansıtmayan bir ikamet belgesi düzenlendiğinde, söz konusu ikamet belgesi sahte olmayacaktır. Buna karşın, mutlak cebre dayalı olarak cebir uygulanan kişinin adıyla bir belge düzenlendiğinde, bu belgenin sahte olduğunu kabul etmemiz gerekir. Zira mutlak cebir altında bir belgenin düzenlenmesi söz konusu ise (örneğin bir kişinin elini tutarak imza attırmak), belgenin gerçek düzenleyicisi cebre maruz kalan kişi değil, cebri uygulayan kişidir³⁸. Dolayısıyla, bu durumda, görünürdeki düzenleyici (mutlak cebre maruz kalan) ile gerçek düzenleyici (mutlak cebri uygulayan) farklılık arz etmektedir.

b. Temsil ilişkisine dayalı olarak belge düzenlenmesi sorunu

Tartışmalı meselelerden ikincisi ise temsil ilişkileridir. Temsil ilişkileri, borçlar hukuku öğretisinde, farklı açılardan çeşitli tasniflere tâbi tutulmaktadır. Temsilcinin, temsil edilen adına ve hesabına hareket ettiğinin açık bir şekilde belli edildiği durumlarda **açık temsil** (*offene Stellvertretung*) söz konusudur. Örneğin, A, B adına ve hesabına bir satım sözleşmesi yapmak istiyor. Satım sözleşmesini “B’yi temsilen A” şeklinde imzalıyor. Temsilcinin, temsil edilen adına ve hesabına hareket ettiğinin örtülü olduğu ve temsil edilenin temsilciye kendi adına imza atma yetkisi tanıdığı temsil ilişkisine ise **gizli veya örtülü temsil** (*verdeckte Stellvertretung*) adı verilmektedir. Yukarıdaki olay üzerinden örnek verirse, B adına ve hesabına satım sözleşmesi yapmak isteyen A’ya B tarafından kendisi adına imza atma yetkisi veriliyor, A satım sözleşmesini “B adıyla” imzalıyor.

Türk hukuk sisteminde sadece açık temsil ilişkisine yer verilmiş olup gizli temsil ilişkisi kabul edilmemiştir. Açık temsil ilişkilerinde, temsilcinin bulunmuş olduğu beyanın maddi hukuk etkileri ikinci bir işleme gerek olmaksızın temsil edilen kişide sonuç doğurur³⁹. Açık temsil ilişkilerinde, öğretilde⁴⁰ ve uygulamadaki⁴¹ hâkim görüşe göre **temsilci** belgenin (hukuki işlemin) **beyan sahibi**

37 Erb (n 1) § 267 Rn. 67, 213; Puppe und Schumann (n 2) § 267 Rn. 70, 71; Heine und Schuster (n 2) § 267 kn. 55. Eren (n 7) 423.

38 Eren (n 7) 133; Antalya (n 8) 406; Kocayusufoğlu (n 9) 473.

39 Eren (n 7) 481; Antalya (n 8) 580.

40 Claudia Schubert, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (9. Auflage, C.H. Beck, 2021) BGB § 166 Rn. 1; Puppe und Schumann (n 2) § 267 Rn. 64; Eren (n 7) 481; Antalya (n 8) 585.

41 “Beyan sahibi (yetkisiz temsilci) tarafından başka bir gerçek kişiyi temsil etme iradesini açıklayan bir beyan şayet ilgili kişi (yetkisiz temsilci) tarafından kendi adına imzalanmışsa, söz konusu belgenin beyan sahibi (düzenleyicisi) temsil edilen kişi değil, ilgili kişidir (yetkisiz temsilcidir) ... Belge aslında ondan (yetkisiz temsilciden) geldiği için, **iddia edilen temsil yetkisinin var olup olmadığı hususu belgenin doğruluğunun (Echtheit) değerlendirilmesi açısından önemsizdir**. Beyan sahibinin temsil yetkisi yoksa, temsil yetkisinin olduğuna ilişkin gerçeğe aykırı beyan yazılı bir yalanı teşkil eder-bu belge § 267 StGB’ye göre sahte değildir ... **Gerçek bir kişi adına açık temsil yoluyla bir belgenin imzalanması durumunda, temsil ilişkisinin fiilen mevcut olmadığından bahisle belgenin sahte olduğu söylenemez**.” (BGH, Urteil vom 24.06.1993-4 StR 570/92 (LG Essen). Bununla birlikte, özellikle bir kamu kurumu veya ticaret şirketi adına yapılan işlemlerde, ilgili kamu kurumunun veya şirketin temsilcisi sıfatıyla hareket eden kişiler bakımından ayrı bir değerlendirme yapılmaktadır. Bu gibi

olarak kabul edilir. Nitekim açık temsil ilişkilerinde temsilcinin yapmış olduğu hukuki işlemin maddi hukuk bağlamındaki hüküm ve sonuçları adına işlem yapılan kişi (temsil olunan) bakımından doğacak ise de söz konusu hukuki işlemin kurulmasını sağlayan irade beyanı temsilci tarafından gerçekleştirilmektedir. Bunun sonucu olarak, temsil ilişkisi mevcut olmasa dahi, bir kişinin başka bir kişi adına ve hesabına hareket ederek bir belge düzenlemesi durumunda (yani yetkisiz temsil hâlinde) **sahte belgeden bahsedilemez**⁴². Bu durumda, belgenin ilişkin olduğu hukuki işlem hukuken kurulmuştur, ancak hüküm ve sonuç doğurması yetkisiz temsil hükümleri uyarınca temsil olunan kişinin iradesine bırakılmıştır (TBK m. 46 – 48).

Türk hukuk sisteminde istisnai olarak kabul edilen dolaylı temsil ilişkilerinde ise, belgede sahtecilik suçları bakımından önem arz eden bir durum yoktur. Zira dolaylı temsil ilişkilerinde, temsilci kendi adına ve fakat bir başkası hesabına hareket ettiğinden, yapılan hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarının kim bakımından doğacağından bağımsız olarak, temsilci kendi adına belgeyi düzenlediği için belgenin sahteliğinden söz edilemeyecektir.

Türk hukuk sisteminde kabul edilmeyen ve fakat Alman hukuk sisteminde kabul edilen gizli/örtülü temsil ilişkilerinde, Alman öğreti⁴³ ve uygulamasındaki⁴⁴ hâkim görüşe göre, bir başkasının adını ve imzasını kullanarak düzenlenen bir belgenin (*Handeln unter fremdem Namen*) sahte olmadığına kabul edilebilmesi için şu üç koşulun **bir arada** bulunması gerekir: 1-İsim sahibinin (temsil olunanın) temsil edilme iradesine sahip olması; 2 – isim taşıyıcısının (temsilcinin) isim sahibini temsil etme iradesine sahip olması 3 – söz konusu hukuki işlem türü için isim sahibi tarafından bizzat kendi el yazılı imzasının kanunen zorunlu olmaması. Türk hukuk sisteminde bu türdeki temsil ilişkisi kabul edilmediğinden, **adı ve imzası kullanılan kişinin izni (rızası) bulunsa dahi**, bir başkasının adı ve imzası kullanılarak düzenlenen bir belge sahtedir. Yargıtay'ın, bu gibi olaylarda, belgenin sahte olduğunu kabul ettikten sonra failin “sahtecilik kastı” veya “zarar vermek bilinci ve iradesi” ile hareket edip etmediğinin araştırılması gerektiği ve rızasına dayanarak başkasının adına imza atan kimsede sahtecilik kastının varlığının kabul edilemeyeceği yönündeki yerleşik uygulamasının⁴⁵ isabetli

durumlarda, gerçek kişilerdeki temsil ilişkisinden farklı olarak, belgeyi kendi adıyla ancak yetkisiz olarak kamu kurumu veya şirket kaşesini bastıktan sonra imzalayan kişilerin yalnızca yetkili makamı temsil etmelerine izin verildiğini iddia etmekle kalmadıkları, aynı zamanda söz konusu belge içeriğindeki beyanın yetkili makamın kendisi tarafından yapılan bir açıklamaymış gibi davrandıkları kabul edilmektedir. Dolayısıyla, kamu kurumu veya şirket adına “yetkiliymiş” gibi davranan kişilerin kamu kurumu veya şirket adına düzenledikleri belgeler sahte kabul edilmektedir. İçtihatlar için bkz. BGH, Urteil vom 6.12.1961 – 2 StR 350/61 (LG Gießen); BGH, Urteil vom 11.1.1955 – 5 StR 290/54 (LG Berlin); BGH BeschL. vom 23.6.1992 – 1 StR 280/92. Bu görüşte olanlar, Puppe und Schumann (n 2) § 267 Rn. 76; Heine und Schuster (n 2) § 267 kn. 17a.

42 Puppe und Schumann (n 2) § 267 Rn. 80; Heine und Schuster (n 2) § 267 kn. 58; Gökçen (n 5) 158; Koca ve Üzülmüş (n 5) 775.

43 Heine und Schuster (n 2) § 267 kn. 58; Puppe und Schumann (n 2) § 267 Rn. 66; Erb (n 1) § 267 Rn. 137.

44 BGH, Beschluß vom 21.03.1985 – 1 StR 520/84 (LG Stuttgart); BGH, Urteil vom 2.2.1954 – 2 StR 483/53. OLG Stuttgart, Urteil vom 8.12.1950 – Ss 126/50.

45 Yargıtay CGK, E. 2017/15-1060 K. 2018/391, 2.10.2018; Yargıtay 11. CD, E. 2019/11498 K. 2020/2777, 8.6.2020; Yargıtay 11. CD, E. 2017/4995 K. 2018/636, 30.1.2018; Yargıtay 15. CD, E. 2017/2092 K. 2017/22602, 7.11.2017. Anlaşılmaktadır ki, Yargıtay'ın bu isabetsiz yerleşik uygulaması, Yargıtay CGK'nin 30.03.1992 tarihli ve 80/98 sayılı kararında yer verilen “*Belgede sahtecilik suçlarında kast, zarar vermek bilinci ve iradesi olarak kabul edilmektedir. Mağdurun önceden verdiği rıza üzerine onun imzasını taklit ederek kullanan failde mağdura zarar vermek bilinci bulunmayacağından sahtecilik kastının varlığı ileri sürülemez. Ancak doğal olarak rıza üzerine başkasının imzasını taklit eden failin,*

olmadığını düşünmekteyiz. Alman uygulamasında ise, geçerli bir gizli/örtülü temsil ilişkisinin mevcut olmadığı ve fakat belge üzerinde ismi gözüken kişinin rızası doğrultusunda onun ismi ve imzasıyla düzenlenen belgelerin sahte olduğu ve failin belgede sahtecilik suçundan (§ 267) dolayı sorumlu tutulması gerektiği haklı olarak kabul edilmektedir⁴⁶.

c. Belgeleme-Tasdikleme görevine dayalı olarak belge düzenlenmesi sorunu

Belgenin gerçek düzenleyicisinin kim olduğu hususundaki tartışmalı meselelerden sonuncusu ise, bir beyanın varlığını belgelendiren **beyan belgeleri**dir (*Erklärungsurkunden*). Genel olarak tanıklık belgeleri (*Zeugnisurkunden*) kapsamında yer alan beyan belgeleri, gerçek kişiler tarafından yapılan bir beyanın eksiği ve fazlası olmadan yapıldığını doğrulayan (tasdik eden, onaylayan) belgelerdir. Örneğin, noter veya tapu müdürlüğü nezdinde yapılan satım sözleşmesi, soruşturma veya kovuşturma makamları tarafından alınan şüpheli ya da tanık ifadeleri yahut trafik kazası yapan kişinin beyanları üzerine kolluk tarafından düzenlenen kaza tespit tutanağı beyan belgeleri niteliğindedir. Beyan belgeleri bir beyanı tasdik etmek üzere düzenlendiklerinden, bu nitelikteki belgelerin düzenleyicileri tasdik, doğrulama, belgeleme işini yapan kişilerdir (ilgili görevlilerdir). Bu anlamda, yukarıda belirtmiş olduğumuz beyan belgelerinin düzenleyicileri, sırasıyla, noter veya kâtabi, tapu memuru, şüpheli veya tanık ifadesini alan soruşturma veya kovuşturma görevlileri (kolluk, savcı, hâkim), trafik polis memurudur. Dolayısıyla, beyan belgelerinde, **belgeleme konusunu teşkil eden beyanlar ilgili kişilerin gerçek iradelerini yansıtmasa dahi**, söz konusu beyan belgeleri belgeleme görevlileri tarafından düzenlendiği sürece sahte değildir. Hatta bir kişi kimliği hakkında dahi yanıltıcı beyanda bulunarak bir beyan belgesinin düzenlenmesine neden olursa, bu beyan belgesi yetkili belgelendirme görevlisi tarafından düzenlendiği sürece sahte olmayacaktır. Örneğin, kolluk görevlileri tarafından yakalanan şüpheli A, kimliğini B olarak belirtmek suretiyle ifadesini verir ve kolluk görevlileri şüpheli A'nın ifadelerini içeren ifade tutanağını B adına düzenlese bile, ifade tutanağı sahte olmayacaktır. Zira ifade tutanağının gerçek düzenleyicisi ile belge üzerinde görünen düzenleyici aynıdır (yani kolluk görevlisidir).

C. GERÇEĞE AYKIRI BELGE KAVRAMI

I. BAĞIMSIZ BİR SUÇ OLARAK GERÇEĞE AYKIRI BELGE DÜZENLEMEK SUÇU

Alman ceza hukukunda, belge üzerinden yapılacak aldatma fiilleri, *Unechtheit* (doğru olmama) ve *Unwahrheit* (gerçeğe aykırılık) kavramları üzerinden değerlendirilmektedir⁴⁷. Şayet belgenin gerçek

mağdura herhangi bir zarar vermeyeceği kanısı ile hareket ettiği sabit olmalıdır. Mağdurun rızasının kastı ortadan kaldırılabilesi için fiilin işlenmesinden önce açıklanması zorunludur. Mağdurun rızası açık olabileceği gibi zımni de olabilir. Özellikle iki kişi arasındaki ilişkiler, böyle bir rızanın varlığını ciddi olarak kabule elverişli olduğu takdirde, bu rızaya dayanarak başkasının imzasını atan kimsede sahtecilik kastının varlığı kabul olunamaz” açıklamalara dayanmaktadır.

46 “Çek hesap sahibinin imzasını taklit ederek düzenlenen bir çek, hamil buna muvafakat etse bile, sahte belgedir. Hamilin rızası veya onayı Ceza Kanunu’nun 267. maddesinin uygulanmasını engellemez.” (BayObLG, Beschluß vom 30-09-1987 – RReg. 2 St 110/87)

47 Heine und Schuster (n 2) § 267 kn. 54; Puppe und Schumann (n 2) § 267 Rn. 6; Erb (n 1) § 267 Rn. 9; Freund (n 2) § 348 Rn. 1. “Bir belge, belge üzerinde düzenleyici olarak görünen kişiden geliyorsa doğrudur (echte); düzenleyici olarak görünen

düzenleyicisi ile belge üzerinde görünen düzenleyici farklıysa, belge doğru değildir (*unecht*), yani sahtedir (*unechte Urkunde*). Belgede görünen düzenleyici aynı zamanda belgenin gerçek düzenleyicisi ise belge doğrudur, yani sahte değildir. Belge doğru olmakla birlikte içeriğindeki beyan düzenleyicinin gerçek iradesini yansıtmıyorsa, gerçeğe aykırıdır (*unwahre Urkunde*). Bu ayrım StGB'de de açıkça benimsenmiştir. Buna göre, § 267'de tanımlanan genel nitelikteki belgede sahtecilik suçu ile diğer münferit belgelerdeki sahtecilik suçlarının (§ 269, 276, 276a, 277, 279) uygulanabilmesi için belgenin sahte olması (*unechte*) gerekmektedir. Düzenleyicinin gerçek iradesini yansıtmayacak şekilde belge düzenlediği hâllerde (*unwahre Urkunde*), söz konusu genel ve münferit belgede sahtecilik suç tanımları uygulanmamaktadır. Gerçeğe aykırı belge düzenleme fiilleri, bağımsız birer suç tipi olarak tanımlanmıştır (§271, 276, 278, 348). Bu ayrım doğrultusunda yerleşik bir içtihadı sahip olan Alman uygulamasında, örneğin pasaport düzenlemeye yetkili kamu görevlisinin pasaportta bulunması gereken bilgileri gerçeğe aykırı bir şekilde belirtmek suretiyle düzenlediği bir pasaportun § 267'deki belgede sahtecilik suçunun konusunu değil, § 348'deki suçun konusunu oluşturduğunu kabul edilmiştir⁴⁸. Keza, bir şirkette fatura düzenlemeye yetkili kişinin, gerçekte söz konusu hizmet verilmemesine rağmen verilmiş gibi göstererek düzenlemiş olduğu faturanın sahte olmadığını, dolayısıyla § 267 hükmünün uygulanmasının mümkün olmadığına karar verilmiştir⁴⁹.

Alman ceza hukukunda herhangi bir karşı görüş olmaksızın benimsenen söz konusu bu ayrım, Türk öğreti⁵⁰ ve uygulamasında⁵¹ **maddi sahtecilik ve fikri sahtecilik ya da içerik sahteciliği** kavramlarıyla açıklanmaya çalışılmaktadır. Buna göre, belgenin düzenleyicisi konusunda yapılan bir aldatma varsa maddi sahtecilik, belgenin içeriği itibarıyla yapılan bir aldatma varsa fikri sahtecilik söz konusudur. Bu ayrım, fikri sahtecilik olarak adlandırılan aldatma fiillerinin yalnızca resmî belgede sahtecilik suçu (TCK m. 204/2) bakımından değerlendirilebileceği, özel belgede sahtecilik düzenlemesinin (TCK m. 207) ise sadece maddi sahtecilik fiillerini kapsadığı kabul edilmektedir. Örneğin, düzenleyicilerinin doğru olduğu ve fakat içeriğindeki beyanların tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığı kira sözleşmesi⁵², satım sözleşmesi⁵³, kat malikleri genel kurul toplantı tutanağı⁵⁴,

kişiden gelmiyorsa sahtedir (unechte). Bir belgenin sahte olup olmadığı sorusunun, onun maddi içeriğinin gerçeğe uygun (Wahrheit) olup olmadığı sorusuyla hiçbir ilgisi yoktur. Şayet belgenin gerçekteki düzenleyicisi ile görünen düzenleyici aynı değilse, belge her zaman (ve yalnızca) sahtedir. Belge içeriğindeki fikri muhtevanın tamamen veya kısmen gerçeğe aykırı olması hususu, belgenin kim tarafından irade edildiği konusuyla (düzenleyici meselesiyle) ilgili olmadığından, § 267 StGB anlamında bir belgeye sahte niteliğini vermez ... Sahte olmayan belgelerdeki gerçeğe aykırı bilgiler, yani yazılı yalanlar, § 267 StGB'ye göre değil ancak yalnızca § 271, 348 StGB'ye göre resmî belgeler bakımından ceza hukuku sorumluluğu gerektirebilir." (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.02.1999 – 2 Ss 411/98 – 72/98 III); Aynı yönde, OLG Stuttgart, Beschluss vom 20.01.1981 – 4 Ss (25) 329/80.

48 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.02.1999 – 2 Ss 411/98 – 72/98 III.

49 OLG Stuttgart, Beschluss vom 20-01-1981 – 4 Ss (25) 329/80.

50 Erman (n 5) 271; Devrim Güngör, *Resmî Belgelerde Sahtecilik Suçu* (1. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2010) 83, 91; Tezcan, Erdem ve Önok (n 5) 1056; Gökcan (n 10) 106.

51 Yargıtay CGK, E. 2016/500, K. 2021/243, 02.06.2021; Yargıtay 11. CD, E. 2021/12167, K. 2021/7249, 27.09.2021; Yargıtay 11. CD, E. 2021/12174, K. 2021/7178, 23.09.2021; Yargıtay 7. CD, E. 2018/4168, K. 2021/1664, 09.02.2021; Yargıtay 11. CD, E. 2018/915, K. 2020/3834, 01.07.2020.

52 Yargıtay 11. CD, E. 2021/6042 K. 2021/6345, 13.9.2021.

53 Yargıtay 11. CD, E. 2021/12167 K. 2021/7249, 27.9.2021.

54 Yargıtay 11. CD, E. 2020/304 K. 2021/6716, 10.11.2021.

sevk irsaliyesi⁵⁵, araç uygunluk belgesi⁵⁶ gibi özel belgeler sahte olarak kabul edilmemiş ve TCK'nin 207. maddesi uygulanmamıştır. Fikri veya içerik sahteciliği şeklinde adlandırılan fiillerin yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebileceği kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, bir kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmî bir belgeyi gerçeğe aykırı olarak düzenlemesi fikri sahteciliktir ve bu fiil dolayısıyla kamu görevlisinin TCK m. 204/2 uyarınca ceza hukuku sorumluluğu bulunmaktadır. Örneğin, yetkili kamu görevlisinin gerçek iradesini yansıtmayacak şekilde düzenlenen dilekçe⁵⁷, dekont⁵⁸, salıverme tutanağı⁵⁹, muayene raporu⁶⁰, tebligat⁶¹ gibi resmî belgeler sahte olmamalarına rağmen TCK m. 204/2 kapsamında kabul edilmektedir.

Öğretide maddi sahtecilik – fikri sahtecilik ayrımının herhangi bir anlamının olmadığı, her iki hâlde de belgenin sahte olduğu ileri sürülmüştür⁶². Bu görüşe göre, düzenleyicinin gerçek iradesini içeriğine yansıtmayacak şekilde bir belge düzenlemesi durumunda da “sahte” bir belgenin varlığı söz konusudur. Görüş sahiplerine göre, kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu bir resmî belgeyi düzenlerken huzurunda cereyan eden bir olayı veya olguyu olduğundan farklı bir şekilde yazması, yani gerçeğe aykırı içerikte bir belge düzenlemesi durumunda dahi sahte bir belge düzenlenmiş olur. Bu nedenle, TCK m. 204/2'de seçimlik hareket olarak yer verilen “gerçeğe aykırı belge düzenlemesi” ifadesinin gereksiz olduğu iddia edilmiştir. Ancak aynı yazarlar, özel belgede sahtecilik (TCK m. 207) suçuyla ilgili olarak, bir belgenin düzenleyicisinin doğru olduğu ve fakat belge içeriğindeki beyanların düzenleyicisinin gerçek iradesini yansıtmadığı hâllerde belgenin sahte olmadığını belirtmişlerdir⁶³. Yazarlar, bu açıklamalarıyla, bir kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmî bir belgeyi içerik itibarıyla gerçeğe aykırı düzenlemesi halinde belgenin “sahte” olduğunu ancak kamu görevlisi olmayan bir kişinin içerik itibarıyla gerçek iradesini yansıtmayan bir özel belge düzenlemesi durumunda ise belgenin “sahte olmadığını” belirterek çelişkili bir sonuca varmışlardır.

Kanaatimizce, gerçek düzenleyici ile belge üzerinde görünen düzenleyicinin aynı olduğu ve fakat düzenleyicinin belge içeriğindeki beyanlarında gerçek iradesini yansıtmadığı durumlar (yazılı yalan) sahtecilik kavramı altında değerlendirilemez⁶⁴. Başka bir deyişle, hukuken önemli bir içeriğe sahip olup olmadıklarına bakılmaksızın, **yazılı şekilde yalan söylemek sahtecilik değildir**. Bununla birlikte, nihayetinde aynı sonuçları vermesine rağmen, Türk öğreti ve uygulamasında benimsenen maddi sahtecilik – fikri sahtecilik şeklindeki ayrımın da kavramsal olarak **yanlış** ve **kafa karıştırıcı** olduğunu düşünmekteyiz.

55 Yargıtay 11. CD, E. 2018/4168 K. 2021/1664, 9.2.2021.

56 Yargıtay 11. CD, E. 2019/41 K. 2021/765, 27.1.2021.

57 Yargıtay CGK, E. 2017/524 K. 2020/765, 1.10.2021.

58 Yargıtay 11. CD, E. 2018/6026 K. 2021/9303, 27.10.2021.

59 Yargıtay 11. CD, E. 2021/7053 K. 2021/6215, 1.7.2021.

60 Yargıtay 11. CD, E. 2017/13494 K. 2021/4649, 1.6.2021.

61 Yargıtay 11. CD, E. 2019/5426 K. 2021/4047, 27.4.2021.

62 Koca ve Üzülmüş (n 5) 776; Erbaş (n 17) 336.

63 Koca ve Üzülmüş (n 5) 809.

64 Aynı yönde: Erman (n 5) 347.

Belgede sahtecilik suçlarıyla korunan hukuki menfaat göz önünde bulundurulduğunda, resmî veya özel bir belge düzenleyicisinin gerçeğe aykırı beyanlarda bulunması, belgede sahtecilik suçlarına ilişkin normların amaçları bakımından tehlike oluşturmamaktadır. Zira bu gibi durumlarda (yazılı yalanlarda), belgenin garanti fonksiyonu hâlen devam etmektedir. Bu sayede, belge içeriğinde gerçek iradesini yansıtmayan beyan sahibi (kamu görevlisi veya herhangi bir kişi), belgeyle ispatlanması amaçlanan hukuki ilişkiye dair hükümler aracılığıyla, gerçeğe aykırı beyanından dolayı sorumlu tutulabilmektedir. Yani bu durumda ilgili muhatapların belgenin garanti fonksiyonuna yönelik korunan tasarruf özgürlükleri ihlal edilmemektedir. Biz, sahtecilik kavramını sadece belgenin garanti fonksiyonunu ortadan kaldıran aldatma fiilleri olarak anladığımızdan, **bir resmî veya özel belgenin içeriğinde düzenleyicinin gerçek iradesini yansıtmayan beyanlara yer verilmesi durumunu gerçeğe aykırı belge** kavramıyla açıklamayı daha uygun buluyoruz. Bu bakımdan, Alman hukukunda benimsenen doğruluk ve gerçeklik ayrımının kavramsal olarak daha isabetli olduğunu düşünüyoruz⁶⁵. Bu bağlamda, belgenin gerçekteki düzenleyicisi ile görünürdeki düzenleyicisi farklıysa belge **sahtedir**; belge sahte olmamakla birlikte, düzenleyici belge içeriğinde gerçek iradesini yansıtmayan beyanlara yer vermişse, bu **gerçeğe aykırı belgedir**.

Gerçeğe aykırı belge, beyan sahibinin belge içeriğinde gerçeği ifade etmemesi, yani yazılı suretle yalan söylemesi anlamına gelmektedir. Bir kişinin herhangi bir suretle gerçeğe aykırı beyanda bulunması, ancak gerçeği ifade etme konusunda hukuki bir yükümlülüğün olması şartıyla ceza hukuku sorumluluğunu gerektirebilir. Böyle bir yükümlülüğün bulunmadığı hâllerde, salt bir kişinin gerçeğe aykırı ifadede bulunması o kişinin ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmez. Nitekim Türk ceza hukukunda, gerçeği ifade etmemenin ceza hukukuyla yaptırım altına alındığı durumlarda (örneğin TCK m. 267, m. 272, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu m. 359), yalan beyanda bulunan kişilerin gerçeği ifade etme hususunda hukuki bir yükümlülük altında olduğunu anlamaktayız. **Ancak kanaatimizce, gerçeği ifade etme hususunda hukuki bir yükümlülüğün bulunması, bu yükümlülük ihlalinin ceza hukuku müdahalesi için yeterli değildir.** Gerçeği ifade etme hususundaki bir hukuki yükümlülük ihlalinin ceza hukuku müdahalesini gerekli kılmaması için bu yükümlülük ihlalinin kamu düzenini bozucu nitelik taşıması, başka bir deyişle, cezaya müstahak (*strafwürdig*) bir vasfa sahip olması gerekir.

Kişilerin, hukuki ilişkiler kapsamında birbirleriyle yapacakları hukuki işlemler kapsamında, irade açıklamaları sırasında gerçeği ifade etme hususunda hukuki bir yükümlülüklerinin olmadığını söylemek mümkün değildir. Nitekim, iki taraflı (muvazaa) veya tek taraflı (aldatma) olarak gerçeğe aykırı bir hukuki işlemin yapıldığı hâllerde, muvazaa ve aldatma fiilleri borçlar hukuku çerçevesinde **haksızlık** olarak kabul edilmiş ve bu fiillere karşılık olarak birtakım yaptırımlar (geçersizlik, tazminat, iade) öngörülmüştür. İşte bu yaptırımların sebebini teşkil eden muvazaa ve aldatma haksızlıkları, taraflara terettüp eden **gerçeği ifade etme yükümlülüğü** olarak tezahür eden yasak normun ihlalinin kaynaklanmaktadır. Ancak, borçlar hukuku müdahaleleriyle yaptırım altına alınan bu yükümlülük ihlalinin ceza hukuku müdahalesiyle de yaptırım altına alınabilmesi için, söz konusu yükümlülük ihlalinin kamu düzenini bozucu nitelik taşıması gerekir. Türk ceza hukuku

65 Erman da (n 5, 392) bu kavramsal ayrıma işaret etmek üzere, belgenin **sıhhati** (doğruluğu) ve **gerçeğe uygunluğu** kavramlarını kullanmıştır.

sisteminde, özel belgeler bakımından gerçeği ifade etme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, bazı müesseseler bağlamında (sağlık, iflas, vergi gibi) kamu düzenini bozucu nitelikte olduğu kabul edilerek ceza yaptırımına altına alınmıştır (TCK m. 210/2, m. 161/1-c, d; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu m. 359/a-2).

Bunlar haricinde, genel olarak özel belgeler bakımından **salt** gerçeği ifade etme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin kamu düzenini bozucu nitelik taşıyıp taşımadığı tartışılabilir. Ancak, yukarıda belirttiğimiz özel durumlar haricinde, özel belgeler bakımından salt gerçeği ifade etme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ceza hukuku sorumluluğunu gerekli kılmamaktadır. Zira özel belgelerle yapılacak hukuki işlemler, kural olarak, sadece ilgili hukuki ilişkinin taraflarını ilgilendirmekte ve yalnızca taraflar arasında bir öneme sahiptir. Yalnızca taraflar arasında önemi bulunan ilgili hukuki ilişkinin (iflas, vergi gibi) bir kamu müessesesi olarak görülmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, belge ile yalan söyleyen kişinin ilgili muhatapları aldatması sadece kişiler arası bir uyuşmazlık doğurur; kamu düzeni açısından herhangi bir tehlike veya zarar oluşturmaz. Öte yandan, özel belgeler bakımından salt gerçeği ifade etme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin suç olarak kabul edildiği bir sistemde, neden sözlü olarak gerçekleşen hukuki ilişkilerde bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin suç teşkil etmediği sorusuna cevap bulunması gerekir. Zira borçlar hukuku kapsamında öngörülen bu yükümlülük sadece yazılı hukuki işlemlerle sınırlı tutulmamıştır. Tüm bu nedenlere dayalı olarak, özel belgelerde salt bu yükümlülüğün ihlali hâllerinde, bu yükümlülüğün amaçladığı hukuki menfaatlerin borçlar hukuku yaptırımıyla korunmasını yeterli görmek ve ceza hukuku korumasının ise gerekli olmadığını kabul etmek gerekir.

Bir resmî belgenin yetkili kamu görevlisi tarafından mevzuatta öngörülen içerik ve şekle uygun olarak düzenlenmesi gerektiğinden, bu tür belgeleri düzenlemekle yetkili kamu görevlilerinin gerçeği ifade etme yükümlülükleri vardır. Kamu görevlilerine tahmil edilen bu yükümlülük, bizzat resmî belgelerin dayanağını teşkil eden pozitif düzenlemelerden kaynaklanmaktadır. Mevzuat uyarınca kendisine **belgelendirme görevi** verilen kamu görevlilerinin, belgelendirme konusunu teşkil eden olguları eksik ve fazlası olmaksızın gerçeğe uygun olarak beyan zorunluluğu bulunmaktadır⁶⁶. Hukuki ilişkiler kapsamında resmî belgelerin ispat kuvvetinin (değerinin) özel belgelere nazaran daha fazla olmasının (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 204) nedeni, resmî belgelerin içeriğindeki beyanların kanun tarafından güvence altına alınması ve yine kanun tarafından güvence altına alınan kişilerce (kamu görevlileri) düzenlenmeleridir. Resmî belgelerin düzenleyicisi ve içeriği itibarıyla sağlamış olduğu bu garanti fonksiyonuna yönelik ilgili muhataplar bakımından korunması gereken tasarruf özgürlüğü bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle, özel belgelere kıyasla, hukuk düzeni tarafından resmî belgelere tanınan özel ispat kuvvetinin sağlamış olduğu **çifte bir güvence** vardır. Bunlardan ilki, belgenin düzenleyicisinin kamu görevlisi olduğuna yöneliktir ve ilgili muhatapların bu husustaki tasarruf özgürlüğü belgede sahtecilik suçuyla zaten koruma altına alınmıştır. İkincisi ise, resmî belgelerin içeriğindeki beyanların doğruluğuna yöneliktir. Bu güvencenin koruma altına alınabilmesi, belgelendirme görevi altındaki kamu görevlilerinin gerçeği ifade etme yükümlülüklerini gereği gibi ifa etmeleriyle mümkündür. İşte bu nedenle, özel belgelerin aksine, resmî belgeleri

66 Freund (n 2) § 348 Rn. 1.

düzenlemeye yetkili olan kamu görevlilerinin gerçeği ifade etme yükümlülüklerini ihlal ederek gerçeğe aykırı resmî belge düzenlemesi kamu düzenini bozucu niteliğe sahiptir. Bu yönü itibarıyla, **belgelendirme görevi bulunan kamu görevlilerinin gerçeğe aykırı belge düzenlemesi suçu, genel görevi kötüye kullanma suçunun özel bir görünümünü teşkil etmektedir.**

TCK'nin 204 ve devamındaki düzenlemelerinde, belgeyi nitelendirmek üzere *sahte, gerçek ve gerçeğe aykırı* kavramlarına yer verilmiştir. Kanun koyucunun özellikle **sahte ve gerçeğe aykırı** kavramlarını farklı anlamlara gelecek şekilde kullandığını ve bu anlam farklılığının ise yukarıda açıkladığımız esasa göre yapılmasını gerektiğini düşünmekteyiz. Nitekim TCK m. 204/2'nin gerekçesine ilişkin olarak, *“Söz konusu suçu oluşturan hareketler, birinci fıkrada tanımlanan suçu oluşturan seçimlik hareketlerden ibarettir. Ancak, bu bağlamda özellikle belirtilmelidir ki, kamu görevlisinin gerçeğe aykırı olarak bir olayı kendi huzurunda gerçekleştirmiş gibi, bir beyanı kendi huzurunda yapılmış gibi göstererek belge düzenlemesi halinde, bu fıkra hükmünde tanımlanan suç oluşur.”* şeklindeki açıklamalarla, **gerçeğe aykırı** belge kavramı açıklanmaya çalışılmıştır. Anlaşıldığı üzere, TCK m. 204/1'in gerekçesinde, *“Bir kişinin, düzenlediği belgeye başkasının adını yazması ve belgeyi imzalaması durumunda da bir belge vardır; ancak, bu belge sahtedir.”* açıklamasıyla tarif edilmeye çalışılan sahtelik kavramı ile TCK m. 204/2'nin gerekçesinde bahsedilen gerçeğe aykırılık kavramı birbirinden farklı anlamlara sahiptir. Dolayısıyla, **niteliği itibarıyla farklı bir haksızlık türü** olan gerçeğe aykırı resmî belge düzenlemek suçu (TCK m. 204/2), **gerçek özgü suç** sıfatıyla **bağımsız bir suç tipi** özelliği göstermektedir. Diğer yandan, kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensuplarının düzenlemeye yetkili oldukları – özel – belgeleri gerçeğe aykırı olarak düzenlemesi TCK m. 207 kapsamında kabul edilmemiş, TCK m. 210/2'de **bağımsız bir suç tipi** olarak öngörülmüştür. Bu maddenin gerekçesinde de gerçeğe aykırı belge düzenlenmesi ile sahte belge düzenlenmesi arasındaki farklılığa işaret edilecek açıklamalara yer verilmiştir.

Bu ayrım dikkate alındığında, belgede sahtecilik suçlarının tanımlandığı TCK m. 204 ve 207 düzenlemelerinin konusunu oluşturan sahte belgeden ne anlaşılması gerektiği kolaylıkla anlaşılmaktadır. TCK m. 204/1, 204/2 ve 207'de yer verilen *sahte olarak düzenlemek, gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirmek ve sahte belge kullanmak* tabirlerinden, belgenin gerçekteki düzenleyicisi ile görünürdeki düzenleyicinin farklı olma durumunun anlaşılması gerekir. TCK m. 204/2'de, bu fiillerden ayrı olarak, *“gerçeğe aykırı olarak belge düzenlemek”* fiiline yer verilmiştir. Keza, TCK m. 210/2 hükmünde, kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensuplarının gerçeğe aykırı belge düzenlemesinden bahsedilmiştir. İşte bu fiiller için öngörülen gerçeğe aykırı belge kavramından, bir kişinin gerçek iradesini yansıtmayacak şekilde belge düzenlemesi anlaşılmalıdır. Bu çerçevede, A kişisi B adına bir kimlik belgesi düzenlerse, **TCK m. 204/1 anlamında sahte (resmî) belge** düzenlenmiş olur. Buna karşın, nüfus müdürlüğünde kimlik belgesi düzenlemeye yetkili olan bir kamu görevlisi, talebi olmamasına rağmen B adına bir kimlik belgesi düzenlerse, **TCK m. 204/2 anlamında gerçeğe aykırı (resmî) belge** düzenlenmiş olur. Şayet nüfus müdürlüğünde kimlik belgesi düzenlemeye yetkili kamu görevlisi kendi adına (kamu görevlisi sıfatıyla) değil de bir başkası adına imza atarak kimlik belgesi düzenlerse, **TCK m. 204/2 anlamında sahte (resmî) belge** düzenlenmiş olur. Keza, heyet halinde yetkili bulunan kamu görevlilerden biri, heyet halinde imzalanarak düzenlenmesi gereken bir resmî belgeyi kendi başına düzenler ve diğerlerinin adına da belgeyi imzalarsa, bu durum da **TCK**

m. 204/2 anlamında sahte (resmî) belgeden söz edilir⁶⁷. TCK m. 207 bakımından bakılacak olur ise, A kişisi B adına bir borç senedi düzenlerse, **sahte (özel) belge** düzenlemiş olur. Şayet A kişisi, gerçekte olmadığı hâlde, B'ye borçlu olduğunu gösterir bir borç senedini kendi adına düzenlerse, **gerçeğe aykırı (özel) belge** düzenlemiş olur. Gerçeğe aykırı özel belge düzenlemek TCK m. 207 kapsamına girmediğinden, A bu suçtan dolayı sorumlu olmayacaktır.

Bu bakımdan, Türk öğreti ve uygulamasında, gerçeğe aykırı olarak düzenlenen özel belgelerin TCK m. 207 kapsamında olmadığı yönündeki hâkim görüşün sonuç itibarıyla **isabetli** olduğunu belirtmemiz gerekir⁶⁸. Alman öğreti⁶⁹ ve uygulamasında⁷⁰ da gerçeğe aykırı olarak düzenlenen özel belgelerin belgede sahtecilik suçu (§ 267) kapsamında olmadığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte, TCK ve StGB sistemlerinde, kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensuplarının görevleri gereği düzenlemeye yetkili oldukları **özel belgeleri** gerçeğe aykırı olarak düzenlemesi **bağımsız bir suç** olarak öngörülmüştür (TCK m. 210/2; StGB § 278).

TCK sisteminde, sahte ve gerçeğe aykırı belge kavramlarının yukarıda belirttiğimiz şekilde anlaşılması gerekir. Ancak, TCK m. 205 ve 208'deki suç tanımlarında geçen **gerçek resmî veya özel belge** kavramları, gerçeğe aykırı olmayan belge anlamında değil **sahte olmayan belge** manasında anlaşılmalıdır. Zira söz konusu suçlarla korunan hukuki menfaat dikkate alındığında, TCK m. 205 veya 208 anlamındaki bir belgenin gerçek olmasından maksat ilgili belgenin hukuken geçerli olmasıdır. Bir belge sahte olduğu durumda (yokluk yaptırımıyla) hukuken geçersiz addedilir; gerçeğe aykırı olduğu durumda ise hâlen hukuken geçerliliğini devam ettirir. Nitekim belgede sahtecilik suçlarının tanımlandığı TCK m. 204 ve 207 düzenlemelerinde yer verilen *gerçek bir resmî/özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren* seçimlik hareketi için kullanılan “gerçek belge” kavramı “sahte olmayan belge” anlamında kullanılmıştır. Sonuç olarak, TCK m. 205 ve 208'de tanımlanan suçların konusunu teşkil eden gerçek resmî veya özel belge kavramlarından, söz konusu belgenin sahte olmaması kastedilmektedir. Bunun pratik anlamda sonucu olarak, şayet bir kişi gerçek iradesini yansıtmayacak şekilde belge düzenler (gerçeğe aykırı belge), sonrasında bu belge TCK m. 205 veya 208 anlamında bozulur, yok edilir veya gizlenirse, söz konusu belgenin türüne göre TCK m. 205 veya 208 hükümleri uygulanacaktır.

Gerçeğe aykırı (resmî) belge düzenleme suçu, haksızlık içeriği ve niteliği itibarıyla (resmî) belgede sahtecilik suçundan farklılık arz etmekte; maddi anlamda **bağımsız bir suç** özelliği taşımaktadır. Bu nedenle, gerçeğe aykırı (resmî) belge düzenlemek suçunun TCK'de belgede sahtecilik suçu (m. 204) altında tanımlanması, hatta belgede sahtecilik fiillerine “seçimlik” izlenimi verecek

67 Gökçen (n 5) 305.

68 Böylelikle, kamu görevlilerinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu bir resmî belgeyi gerçeğe aykırı olarak düzenlediği belgelerin “sahte” olduğunu kabul eden görüşün (Koca ve Üzülmaz (n 5) 776; Ünver (n 17) 97) **doğru olmadığını** düşünüyoruz. Keza, TCK m. 210/2'de öngörülen suçun konusu bakımından gerçeğe aykırılık hâlini sahtelik ile eşdeğer tutan görüş (Erbaş (n 17) 336) de **doğru değildir**.

69 Puppe und Schumann (n 2) § 267 Rn. 5. Erb (n 1) § 271 Rn. 1; Heine und Schuster (n 2) § 267 kn. 48.

70 “Bir yetki dâhilinde hukuken önemli bir olguyu gerçeğe aykırı belgelendirmek, yani gerçeğe aykırı içeriğe sahip doğru bir belge düzenlemek yalnızca § 348 StGB durumunda cezalandırılabilir, ancak burada olduğu gibi **özel hukuk alanındaki belgelerde cezalandırılmaz**.” (OLG Stuttgart, Beschluß vom 20.01.1981 – 4 Ss (25) 329/80); aynı yöndeki kararlar için bkz. BayObLG, Beschluß vom 21.05.1987 – RReg. 4 St 45/87; BGH, Urteil vom 6.12.1961 – 2 StR 350/61 (LG Gießen).

şekilde öngörülmesi sistemselsel olarak **doğru olmamıştır**. Kanun koyucu, **gerçeğe aykırı resmî belge düzenleme fiilini**, TCK m. 204/2'de resmî belgede sahtecilik suçunu oluşturan seçimlik hareketlerden biri gibi öngörmüş olsa da bu fiilin belgede sahtecilik suçu olmadığını, **maddi anlamda bağımsız bir suç** olduğunu kabul etmek gerekir. Bu nedenle, *gerçeğe aykırı resmî belge düzenlemek* suçunun, nitelikli resmî belgede sahtecilik suçunu (TCK m. 204/2) oluşturan seçimlik hareketlerden biri olduğunu ileri süren görüşe⁷¹ iştirak etmemekteyiz. Buna bağlı olarak, TCK m. 204/2'de öngörülen gerçeğe aykırı resmî belge düzenlemek suçunun TCK m. 204/1'de tanımlanan resmî belgede sahtecilik suçunun **nitelikli hâli olarak kabul edilmesi de mümkün değildir**. Bu suç TCK m. 204/1'deki suçun nitelikli hâli olmadığından, görünüşte özgü suç değil **gerçek özgü suç** vasfındadır. Bu bağlamda, kamu görevlisinin işleyeceği gerçeğe aykırı resmî belge düzenlemek suçuna özel faillik sıfatı taşımayan kişilerin müşterek fail anlamında iştirak ettiği bir ihtimalde, bu kişilerin aynı zamanda TCK m. 204/1'deki suçun faili olduğu kabul edilemeyecektir.

Gerçeğe aykırı belge ile sahte belgenin farklı olduğu dikkate alındığında, gerçeğe aykırı resmî belgenin düzenlenmesine neden olmamakla birlikte bu nitelikteki bir resmî belgenin **kullanılması** fiilinin TCK'de **suç olarak tanımlanmadığını** belirtmemiz gerekir. Zira TCK m. 204'te sadece *sahte resmî belgeyi kullanma* fiiline yer verilmiştir. Bu bakımdan, örneğin, kamu görevlisi A düzenlemeye yetkili olduğu bir resmî belgeyi gerçeğe aykırı olarak düzenler, daha sonra bu belgeyi B'ye verir ve B kendisine verildikten sonra gerçeğe aykırı olduğunu öğrendiği bu belgeyi kullanırsa, B'nin TCK m. 204 uyarınca sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır. Aynı durum, TCK m. 210/2'de öngörülen suç bakımından da geçerlidir. Buna göre, kamu görevlisi olmayan bir sağlık mesleği mensubu gerçeğe aykırı olarak belge düzenler, sonrasında bu belgeyi düzenlenmesine iştirak etmeyen A'ya verir ve A bir hukuki işlem kapsamında gerçeğe aykırı belgeyi kullanırsa, A'nın salt bu fiili dolayısıyla ceza hukuku sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir.

2. GERÇEĞE AYKIRI RESMÎ BELGE DÜZENLEMEK SUÇUNUN KONUSU ANLAMINDA RESMÎ BELGE

Alman Ceza Kanununun Görevde İşlenen Suçlar başlıklı bölümü altında 348. maddede, gerçek bir özgü suç olarak kamu görevlisinin görevde gerçeğe aykırı belgelendirme suçuna yer verilmiştir. Alman öğreti⁷² ve uygulamasında⁷³, § 348'deki suçun, kamu görevlisinin genel yükümlülüğü olan yasal görevi yerine getirme görevini (*Pflicht zur rechtmäßigen Amtsführung*) değil, yalnızca **belgelendirme görevlisinin gerçeği ifade etme görevini** (*Pflicht des Urkundsbeamten zur Wahrhaftigkeit*) konu aldığı belirtilmektedir. Bu nedenle, yenilik doğurucu idari işlemler sonucunda düzenlenen tasarruf belgeleri (*öffentliche Dispositivurkunde*) herhangi bir olguyu belgelendirmedikleri, buna bağlı olarak ne gerçek ne de gerçeğe aykırı olabildiklerinden, bu tür resmî belgelerin kural olarak § 348

71 Koca ve Üzülmüş (n 5) 776; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Bası, Seçkin Yayınevi, 2021) 610, 611; Ünver (n 17) 97; Gökcan (n 10) 111.

72 Puppe und Schumann (n 2) § 348 Rn. 5, 25; Freund (n 2) § 348 Rn. 1; Bernd Hecker (n 72) (30. Auflage, C.H. Beck, 2019) § 348 kn. 10.

73 BGH, Urteil vom 24-10-1990 – 3 StR 196/90 (LG Duisburg); OLG Hamm, Urteil vom 5. 11. 1976 – 3 StR 392/76; OLG Frankfurt, Urteil vom 19.04.1985 – 5 Ss 608/84

kapsamında olmadığı kabul edilmektedir⁷⁴. Bu bakımdan, koşulları oluşmamasına rağmen hukuka aykırı bir şekilde emir, talimat veya karar veren bir kamu görevlisi gerçeği ifade etme görevini değil, genel anlamdaki kamu görevini ihlal etmiş olur. Örneğin, belirli koşulların oluşması halinde idari bir işlem sonucunda düzenlenen izin, ruhsat belgeleri (örneğin sürücü belgesi, eczacılık ruhsatı) bu anlamda tasarruf belgeleridir. Söz konusu izin, ruhsat belgelerinin sebebinin teşkil eden idari işlem için öngörülen yasal koşullar oluşmamasına rağmen, ilgili kamu görevlisinin hukuka aykırı olarak idari işlemde bulunmak suretiyle bir izin veya ruhsat belgesi düzenlemesi halinde, bu belgeler kural olarak § 348 kapsamında olmayacaktır⁷⁵.

Keza, resmî belge niteliğinde olmalarına rağmen, yalnızca belli bir kamu kurumunun iç hizmet ilişkisinde kullanılan belgelerin de § 348 kapsamında olmadığı kabul edilmektedir⁷⁶. Basit resmî belgeler (*schlicht-amtliche Urkunde*) olarak adlandırılan bu nitelikteki resmî belgeler ancak bir kamu kurumunun iç hizmet ilişkisinin sınırları içerisinde işlev görürler. Bunlar genel hukuki ilişkilerde kullanılmak üzere düzenlenmediklerinden, resmî belgelere tanınan özel ispat kuvvetine bağlı olarak ilgili muhataplara sağlanan güvenceler açısından tehlike oluşturmazlar⁷⁷.

StGB § 348’le korunan hukuki menfaat dikkate alınarak, ancak resmî belgelerin özel (nitelikli, artırılmış) ispat kuvvetinin geçerli olduğu bilgilere yönelik gerçekleşen gerçeğe aykırılıkların § 348 kapsamında olduğu kabul edilmektedir. Bir resmî belge içeriğindeki bilginin özel ispat kuvvetine sahip olabilmesi için ise **iki koşul** aranmaktadır:

Birinci koşul, resmî belge içeriğindeki olgunun, yetkili kamu görevlisi tarafından doğrudan veya dolaylı biçimde algılanarak belgelenmesi gerekir. Buna göre, kamu görevlisinin kendisinin gözlem (kontrol, inceleme) yoluyla **algılamadığı**, algılamakla birlikte belgelendirdiği olgunun doğruluğunu **teyit etme imkanının olmadığı** hâllerde, söz konusu olgulara ilişkin bilgiler resmî belgenin özel ispat kuvvetinden faydalanamayacak ve bu olgulara ilişkin gerçeğe aykırı bilgiler § 348 kapsamında olmayacaktır⁷⁸. Örneğin, bir noterin onaylama şeklinde düzenlemiş olduğu bir belge içeriğindeki bilgiler noterin algısı kapsamında olmadığından, bu nitelikteki olgular gerçeğe aykırı olsa dahi §

74 Puppe und Schumann (n 2) § 348 Rn. 5; Erb (n 1) § 271 Rn. 18, 19; Freund (n 2) § 348 Rn. 31. “Sürücü ehliyeti için başvuran kişinin teorik sınavını üçüncü bir şahsın girmesini sağlayarak başvuran adına sürücü belgesinin düzenlenmesine neden olan sürücü eğitmeni, (348 kapsamında resmî belge bulunmadığından) § 271 StGB’ye göre cezalandırılmaz.” (OLG Hamm, Beschluss vom 27.04.1987 – 4 Ss 240/87)

75 “Yabancı ülkede düzenlenen bir sürücü belgesini rüşvet almak suretiyle bir Alman sürücü belgesine (aktaran) kamu görevlileri, § 15 StVZO’nun gerekli koşulları karşılanmasa da, kural olarak görevde gerçeğe aykırı belgelendirme suçunu işlemezler (§ 348 StGB).” BGH, Urteil vom 24-10-1990 – 3 StR 196/90 (LG Duisburg)

76 “(Gümrük idaresinde çalışan) bir kamu görevlisi tarafından resmî yetkisi dâhilinde belirli bir gümrük idaresinde delil olarak kullanılması amacıyla yapılan yazılı beyan § 348 StGB kapsamında değildir.” (OLG Celle, Urteil vom 09.12.1986 – 1 Ss 414/86); “Yabancılar dairesi tarafından diğer makamlara sunulmak üzere verilen ve bir yabancı için iltica başvurusunun, kontenjanın geçmesi nedeniyle kabul edilemeyeceğini belirten belge, §§ 273, 271 StGB anlamında resmî belge değildir.” (AG Hamburg, Entscheidung vom 13.02.1991 – 149 Ds 202 Js 1/91); “Federal Posta İdaresinin posta dağıtım defteri, § 348 StGB anlamında resmî bir kitap değildir.” BGH, Urteil vom 5. 1. 1955 – 4 StR 503/54 (LG Bielefeld).

77 Freund (n 2) § 348 Rn. 14; Puppe und Schumann (n 2) § 348 Rn. 16; Heine und Schuster (n 2) § 271 kn. 8-9; Erb (n 1) § 271 Rn. 12.

78 Puppe und Schumann (n 2) § 348 Rn. 12; Freund (n 2) § 348 Rn. 10; Hecker (n 72) § 348 Rn. 12.

348 kapsamında değerlendirilmemiştir⁷⁹. Keza, adına ikamet belgesi düzenlenen kişinin gerçekte nerede ikamet ettiğine dair bilginin doğruluğu ilgili kamu görevlisi tarafından teyit edilmesi mümkün olmadığından, gerçeğe aykırı ikamet bilgisini içeren bir ikamet belgesi § 348 kapsamında sayılmamıştır⁸⁰.

Bir olgunun (bilginin) resmî belgenin özel ispat kuvveti kapsamında olabilmesinin **ikinci koşulu**, söz konusu bilginin ilgili resmî belgenin ispatlamayı amaçladığı konuların kapsamında olmasıdır⁸¹. Alman uygulamasında, bir olgunun resmî belgenin ispatlamayı amaçladığı konuların kapsamında olup olmadığı denetlenirken, söz konusu bilginin ilgili normatif düzenlemeler uyarınca resmî belgenin zorunlu unsurlarından olup olmadığına bakılmaktadır⁸². Eğer resmî belgenin düzenlenmesi için zorunlu olan (bulunmadığında resmî belgenin geçersiz sayılmasını gerekli kılan) bir unsura ilişkin bilgi söz konusu ise, bu bilginin gerçeğe aykırı olarak belgelenmesi § 348 kapsamında olacaktır. Öğretide bu koşul genel olarak kabul edilmekle birlikte, bir hususun resmî belgenin ispatlamayı hedeflediği konular arasında kalıp kalmadığının denetlenmesi için ilgili resmî belgenin dayanağını teşkil eden normatif düzenlemelere bakılmasının gerekli ve fakat yetersiz olduğu; resmî belgenin konusunu oluşturan hukuki ilişkinin anlamının da dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir⁸³. Bu bakımdan örneğin, mahkeme duruşma tutanaklarında her ne kadar muhakemeye katılan süjelerin (sanık, tanık gibi) kimliklerinin belirtilmesi zorunlu ise de süjelerin kimliklerinin yanlış olması, ilgili duruşma tutanaklarını § 348 anlamında gerçeğe aykırı resmî belge hâline getirmeyecektir⁸⁴. Keza, Alman öğreti ve uygulamasında, mahkemelerin vermiş olduğu hükümlerin konusunu teşkil eden sübut belirlemeleri ile süjelerin iddia ve savunma içeriklerine ilişkin belirlemelerin de § 348 kapsamında olmadığı görüşü hâkimdir⁸⁵.

79 BGH, Urteil vom 5. 1. 1968 – 4 StR 432/67 (LG Hagen).

80 OLG München, Beschluß vom 8.2.2006 – 5 St RR 109/05; OLG Köln, Beschluß vom 20.4.2007 – 81 Ss 39/07.

81 Freund (n 2) § 348 Rn. 24; Puppe und Schumann (n 2) § 348 Rn. 9, 10; Hecker (n 72) § 348 Rn. 12; Güngör (n 50) 91.

82 “§ 348 StGB suçu, özellikle, bir resmî belgenin düzenlenmesi için yasalarca öngörülen gerekli olguları içerir; ancak, kural olarak, **yasa veya diğer düzenlemelere göre zorunlu olmayan ve gerçeğe aykırı bir şekilde ifade edilmesi belgelendirme işleminin geçerliliğini etkilemeyen olgular bu kapsamda değildir**. Noterin, bir tasdik sürecine dahil olan kişilerin kimliklerini nasıl tespit ettiğine yönelik yöntem bilgisi, bu kişilerin kimliklerinin aksine, § 348 StGB anlamında hukuken önemli olgular kapsamında sayılmaz.” BGH, Beschluß vom 6.8.2004 – 2 StR 241/04 (LG Limburg/Lahn); “(Zorunlu olarak) ne kanunda ne de başka bir düzenlemede belirtilmesi gerekli olan ve gerçeğe aykırı bir şekilde beyan edilmesi belgelendirmenin geçerliliğini etkilemeyen bir olgunun belgelenmesi, hukuken önemli bir olgunun belgelenmesi olarak kabul edilemez. Bir noter, kendisine müracaat eden bir kişinin Almanca dilini yeterli derecede bildiğini gerçeğe aykırı bir şekilde belgelendirir, “§ 348 StGB suçunu işlemiş olmaz.” BGH, Urteil vom 25.5.2001 – 2 StR 88/01 (LG Limburg a.d.L.); “Araç ruhsatlarının 2. Bölümünde yer alan kişisel bilgiler, § 348 StGB kapsamında değildir. Zira araç ruhsat belgeleri, ilgili kişilerin kişisel bilgilerinin doğru olduğunu veya adına ruhsat düzenlenen kişinin aracın gerçek lehdarı veya hak sahibi olduğunu kamuoyuna belgelendirmez.” (BGH, Beschluß vom 2.12.2014 – 1 StR 31/14). Noterlerin onaylama ve düzenleme usulüne göre yaptıkları işlemler neticesinde düzenlenen resmî belgelerin hangi hususları ispatladığı konusunda bkz. BGH, Beschluß vom 14.08.1986 – 4 StR 400/86 (LG Münster); BGH, Urteil vom 27.8.1998 – 4 StR 198–98 (LG Bochum).

83 Puppe und Schumann (n 2) § 271 Rn. 10; Erb (n 1) § 271 Rn. 16.

84 “**Sahte isimle dava açan birinin kişisel bilgilerini ihtiva eden bir duruşma tutanağı veya mahkeme kararı § 271 ve 348 kapsamına girmez**; çünkü duruşma tutanaklar ve mahkeme kararları bir kişinin kendisi tarafından verilen isim altında görünüp dava açtığını belgeler ve fakat **verdiği kişisel bilgilerin veya davasını haklı göstermek için sunduğu olguların gerçeğe uygun olduğunu belgelemez**.” OLG Hamm, Urteil vom 5. 11. 1976 – 3 Ss 392/76.

85 Heine und Schuster (n 2) § 271 kn. 23; Erb (n 1) § 271 Rn. 19; Puppe und Schumann (n 2) § 271 Rn. 18; Freund (n 2) §

Türk ceza hukukunda ise, TCK m. 204/2'de tanımlanan gerçeğe aykırı resmî belge düzenlemek suçunun hangi koşullarda uygulanması gerektiği, hangi türdeki resmî belgelerin bu kapsamda olduğu, resmî belge içeriğindeki hangi olgulara ilişkin gerçeğe aykırılıkların bu suçu oluşturacağı hususunda herhangi bir bilimsel değerlendirmenin yapılmadığını anlamaktayız. Bununla birlikte, Yargıtay'ın, bazı kararlarında, Alman öğreti ve uygulamasında benimsenen kabullerle paralellik arz eden sonuçlara vardığını söyleyebiliriz. Örneğin, bir ilçe emniyet müdürlüğünün envanterine ilişkin **gerçeğe aykırı teslim-tesellüm belgesi**⁸⁶ ve bir devlet hastanesinde ameliyat raporlarına ilişkin **gerçeğe aykırı ameliyat kayıt defteri**⁸⁷ TCK m. 204/2 bakımından cezalandırma dışı bırakılmıştır. Keza, vatandaşlık hakkını alabilmeye yönelik yapılan bir muvazaalı evlilik neticesinde düzenlenen **aile cüzdanı**⁸⁸ ve kimliği konusunda yalan beyanda bulunması üzerine adını verdiği kişi ile ilgili olarak yapılan yargılama neticesinde ilgili kişi hakkında verilen **mahkumiyet hükmü**⁸⁹ bakımından TCK m. 204/2 değerlendirilmesi kabul edilmemiştir. Bununla birlikte, Yargıtay'ın vermiş olduğu bazı kararlar, Alman öğreti ve uygulamasında benimsenen hâkim görüşlerle farklılık arz etmektedir. Örneğin, yasal koşullar oluşmaksızın düzenlenen bir **sürücü belgesi**⁹⁰ ve davacının gerçeğe aykırı iddialarının doğru olduğuna kanaat getirilerek verilen bir **mahkeme kararı**⁹¹ TCK m. 204/2 anlamında gerçeğe aykırı belge kabul edilmiştir. Türk uygulamasının, özellikle gerçeğe aykırı resmî belge düzenleme suçuna ilişkin olarak (TCK m. 204/2), **teorik bir zeminde gelişen yerleşik bir içtihadının bulunmadığını** belirtmemiz gerekir.

Özellikle TCK m. 204/2'de tanımlanan gerçeğe aykırı resmî belge düzenlemek suçunun konusu bağlamında, hangi türdeki resmî belgelerin bu kapsamda olduğu ve resmî belge içeriğindeki hangi bilgilerin gerçeğe aykırılık arz etmesi durumunda bu suçun uygulanması gerektiği meselesi çalışmamızın kapsamı dışında kaldığından, bu suçla (ve TCK m. 210/2'deki gerçeğe aykırı özel belge düzenlemek suçuyla) ilgili böyle bir meselenin olduğunu belirtmekle yetineceğiz.

III. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU SİSTEMİNDE SORUNLU BİR ALAN: DOLAYLI FAİLLİK SURETİYLE GERÇEĞE AYKIRI RESMÎ BELGE DÜZENLENMESİNE NEDEN OLMA

A. SORUNUN TESPİTİ VE MEVCUT ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNİN TARTIŞILMASI

Türk ceza hukuku sisteminde, resmî belge düzenlemeye yetkili bir kamu görevlisine **gerçeğe aykırı beyanda bulunarak** TCK m. 204/2 anlamında resmî belge düzenlenmesine neden olan kişilerin ceza hukuku sorumluluğunun nasıl belirleneceği konusunda sorun bulunmaktadır. Daha önce ifade edildiği üzere, bir kişinin cebir (vis compulsiva), tehdit, hile veya hata nedeniyle gerçek iradesini

348 Rn. 30.

86 Yargıtay CGK, E. 2017/525 K. 2019/307, 11.04.2019.

87 Yargıtay CGK, E. 2016/500 K. 2021/243, 02.06.2021.

88 Yargıtay 11. CD, E. 2007/476 K. 2009/14320, 18.11.2009.

89 Yargıtay CGK, E. 2013/221 K. 2014/214, 29.04.2014.

90 Yargıtay CGK, E. 2018/189 K. 2019/350, 18.04.2019.

91 Yargıtay CGK, E. 2015/11-584 K. 2019/183, 12.03.2019.

yansıtmayacak şekilde belge düzenlemesi durumunda, düzenlenen bu belge sahte değil, gerçeğe aykırı nitelikte olur. Buna istinaden, söz konusu tartışmalı meseleye konu ettiğimiz olayda, kamu görevlisinin iradesi aldatma (gerçeğe aykırı beyan) nedeniyle fesada uğratılsa da düzenlediği resmi belge **sahte olmayacaktır**. Dolayısıyla, Türk öğretisinde⁹² belirtildiğinin aksine, kamu görevlisini aldatarak gerçeğe aykırı resmi belge düzenlenmesine neden olan kişilerin resmi belgede sahtecilik suçunu (TCK m. 204/1) işlediğinden bahsedilemez. Zira bu olaylarda, TCK m. 204/1’de tanımlanan resmi belgede sahtecilik suçunun konusunu teşkil eden “sahte belge” bulunmamaktadır.

Resmî belge düzenlemeye yetkili bir kamu görevlisine gerçeğe aykırı beyanda bulunarak gerçeğe aykırı resmî belge düzenlenmesine neden olma fiili, esasında, **dolaylı faillik suretiyle** işlenen gerçeğe aykırı resmî belge düzenleme suçunu oluşturmaktadır⁹³. Aldatma nedeniyle **kastı bulunmayan** (TCK m. 30/1) kamu görevlisinin bu suç bakımından sorumlu olmayacağı tartışma dışıdır. Dolaylı faillik ilişkisinin bulunduğu durumlarda, arka plandaki kişinin işlenen suç bakımından **fail** sıfatına sahip olacağı öngörülmüştür (TCK m. 37/2). Bununla birlikte, dolaylı faillik ilişkisinin özgü suçlar bakımından söz konusu olduğu hâllerde, arka plandaki kişinin özel faillik sıfatını taşıyamaması durumunda nasıl bir yol izleneceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, özel faillik sıfatını taşımayan bir kişinin bu sıfatı taşıyan kişiyi araç kılarak özgü suçun işlenmesine neden olması hâlinde, özel faillik sıfatını taşımayan kişinin söz konusu özgü suçtan dolayı “fail” sıfatıyla sorumlu tutulmasına engel bulunmamaktadır⁹⁴. Buna karşılık, dolaylı faillik ilişkisinin olduğu durumlarda, arka plandaki kişinin fail olarak sorumlu tutulabilmesi için ilgili suç tanımında öngörülen özel faillik sıfatını taşıması gerektiği belirtilmiştir⁹⁵. Bu bağlamda, dolaylı fail konumundaki kişinin özel faillik sıfatını taşıyamaması durumunda, işlenen özgü suçtan dolayı fail olarak sorumlu tutulması mümkün değildir.

Kanaatimizce, bir faillik türü olarak dolaylı faillik hâlinde, arka plandaki kişinin TCK m. 28 ve 37/2 uyarınca fail sıfatıyla sorumlu tutulabilmesi için, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen faillik sıfatının özelliklerini taşıması gerekir. Bu husus, suçta kanunilik ilkesinin bir gereğidir. Failin iradesi üzerinde hâkimiyet kurmak suretiyle ön plandaki kişinin gerçekleştirdiği fiil üzerinde hâkimiyet kuran arka plandaki kişi, kanun koyucu tarafından dolaylı faillik müessesesiyle **fail ile eşdeğer** tutulmuştur. TCK m. 28 ve 37/2 hükümleri, dolaylı faillik ilişkisinde arka plandaki kişinin hangi statü altında sorumlu tutulabileceklerini tespit etmektedir. Böylelikle, müstakil faillik statüsüne bağlanan tüm hukuki sonuçlar bu statüye denk tutulan dolaylı fail konumundaki kişi bakımından

92 Gökcan (n 5) 341; Koca ve Üzülmüş (n 5) 789; Gökcan (n 10) 124.

93 Freund (n 2) § 271 Rn. 7; Erb (n 1) § 271 Rn. 51; Heine und Schuster (n 2) § 271 kn. 1a.

94 Sulhi Dönmez ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 2* (10. Baskı, Beta Yayınevi, 1994) 505; Erman (n 5) 383; Meral Ekici Şahin, ‘Dolaylı Faillikle İlişkin Bazı Sorunlar’ Eylül – Ekim 2013 Cilt: 8, Sayı:109-110 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7, 12. Güngör (n 50) 100; Hasan Sınar, ‘Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik’ Nisan 2011 Cilt: 6, Sayı: 15 Ceza Hukuku Dergisi 59, 78-79; Hakan Hakeri, ‘Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İştirak’ 2006 Cilt:1 Sayı:1 Ceza Hukuku Dergisi 75, 92.

95 Günter Heine und Bettina Weißer, *Schönke-Schröder Kommentar zum Strafgesetzbuch* (30. Auflage, C.H. Beck, 2019) StGB, § 25 kn. 48-49; Wolfgang Joecks und Jörg Scheinfeld, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (4. Auflage, C.H. Beck, 2020) StGB § 25 Rn. 55; Heine und Schuster (n 2) § 271 kn. 2; İzzet Özgenç, *Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik* (İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayınları, 1996) 207; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020) 762; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (20. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020) 419.

da geçerli olacaktır. Buna bağlı olarak, bir kişinin müstakil fail sıfatıyla sorumlu tutulabilmesi için aranılan unsurlar, dolaylı fail konumundaki kişilerin fail sıfatıyla sorumlu tutulabilmesi bakımından da aranacaktır. Dolayısıyla, özgü suçlarda bir kişinin dolaylı faillik suretiyle “fail” sıfatıyla sorumlu tutulabilmesi için, ilgili özgü suç tanımında belirtilen türde faillik sıfatına sahip olması gerekir. Aksi hâlde, özel faillik sıfatını taşımayan kişiler ilgili özgü suçun fail unsurunu karşılamadığından, bunlar hakkında TCK m. 28 ve 37/2’deki düzenlemelerin uygulanması mümkün değildir. Nitekim, şeriklik müessesesini konu alan bir madde altında düzenlenmesine rağmen, özgü suçlarda faillik sıfatının nasıl belirleneceğini hükme bağlayan TCK m. 40/2 bu hususu açıkça ortaya koymaktadır. Bu nedenledir ki, madde başlığına bakarak TCK m. 40/2 hükmünün faillik müessesesini konu almadığını ve TCK m. 28, 37/2 düzenlemelerinin söz konusu hükme ön gelen bir özellik taşıdıklarını ileri süren görüşe⁹⁶ katılmamaktayız. Sonuç olarak, özgü suç niteliği taşıyan TCK m. 204/2’deki suçun dolaylı faillik suretiyle işlendiği olaylarda, kamu görevlisini aldatarak gerçeğe aykırı resmî belge düzenlenmesine neden olan kişilerin, bu suçtan dolayı TCK m. 37/2 uyarınca “fail” olarak sorumluluğu yoluna gidilemez.

Özgü suçlarda dolaylı fail konumundaki kişilerin TCK m. 40/2 gereğince TCK m. 204/2’deki suçtan dolayı fail sıfatıyla sorumlu tutulmaları mümkün olmasa da bu kişilerin yine aynı suçtan dolayı “şerik” sıfatıyla sorumlu tutulmasına engel bir durumun olmadığı ileri sürülmüştür⁹⁷. Belirtilen görüşe dayanak olarak ise TCK m. 40/2 hükmü gösterilmiştir. Bu görüşün TCK’de benimsenen sistem bakımından teorik olarak **hatalı** olduğunu düşünmekteyiz. Zira bir kişinin şerik sıfatıyla sorumlu tutulabilmesi, TCK m. 40/1’de öngörülen bağlılık kuralına ilişkin şartların varlığına bağlıdır. Tartışma konusu ettiğimiz olaylarda ise, kamu görevlisi **aldatılmak suretiyle** gerçeğe aykırı resmî bir belge düzenlenmektedir. Yani kamu görevlisinin aldatma nedeniyle kastı olmadığından (TCK m. 30/1), **kasten işlenmiş bir suç bulunmamaktadır**. Dolayısıyla, bu gibi olaylarda şeriklik hükümlerinin uygulanabilmesi bakımından gerekli olan *kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı* şartı sağlanmamaktadır⁹⁸. Özetle, resmî belge düzenlemeye yetkili bir kamu görevlisine gerçeğe aykırı beyanda bulunarak resmî belge düzenlenmesine neden olan kişilerin, TCK m. 204/2’de tanımlanan suçtan dolayı azmettiren veya yardım eden sıfatıyla da sorumlu tutulması mümkün değildir⁹⁹.

Yargıtay, kamu görevlisini aldatmak suretiyle gerçeğe aykırı resmî belge düzenlenmesine neden olan kişilerin resmî belgede sahtecilik suçundan (TCK m. 204/1) sorumlu tutulması gerektiği yönünde yerleşik bir uygulama geliştirmiştir¹⁰⁰. Yargıtay’a göre, bir kamu görevlisinin aldatılması nedeniyle içerik itibarıyla gerçeğe aykırı olarak düzenlediği bir resmî belge “sahte”dir. Bu yanlış uygulamanın, bir belgenin sahteliği ile gerçeğe aykırılığı arasındaki farkın anlaşılmamasından

96 Hakeri (n 94) 92; Ekici Şahin (n 94) 13; Sınar (n 94) 79.

97 Öztürk ve Erdem (n 95) 419. Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75* (7. Bası, Beta Yayınevi, 2019) 543.

98 Özgenç (n 95) 207-208; Akbulut (n 95) 764. Benzer yönde, Güngör (n 50) 100.

99 Özgenç (n 95) 209.

100 Yargıtay CGK, E. 2016/21-1093 K. 2021/98, 11.3.2021; Yargıtay 11. CD, E. 2021/13399 K. 2021/7327, 27.9.2021; Yargıtay 15. CD, E. 2017/34703 K. 2021/3340, 22.3.2021; Yargıtay 15. CD, E. 2017/1507 K. 2018/2828, 24.4.2018; Yargıtay 11. CD, E. 2016/10356 K. 2018/8615, 31.10.2018; Yargıtay 23. CD, E. 2015/7434 K. 2016/5747, 4.5.2016; Yargıtay 11. CD, E. 2012/23111 K. 2014/6950, 10.4.2014.

kaynaklandığını düşünüyoruz. Yargıtay’ın benimsemiş olduğu **bu uygulama**, suçta kanunilik ilkesiyle bağdaşmadığından **hukuka aykırıdır**. Öte yandan, Yargıtay’ın gerçeğe aykırı olarak düzenlenen özel belgelerin “fikri sahtecilik” teşkil ettiğinden bahisle TCK m. 207 hükmünün uygulanmaması yönündeki içtihatları ile söz konusu – hukuka aykırı – uygulamasının çeliştiğini belirtmemiz gerekir. Nitekim kamu görevlisinin – aldatılması nedeniyle – gerçeğe aykırı olarak düzenlemiş olduğu resmî belge ile bir kişinin gerçek iradesini yansıtmayacak şekilde düzenlemiş olduğu gerçeğe aykırı özel belge arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Her iki durumda da belge düzenleyicilerinin gerçek iradesini yansıtmadığı beyanları içeren gerçeğe aykırı belge bulunmaktadır.

Suçta iştirake ilişkin genel prensipler göz önünde bulundurulduğunda, bu gibi olaylarda ne dolaylı failliğin ne de şerikliğin mevcut olduğunu kabul edebiliriz. Bu bakımdan, kamu görevlisini aldatarak gerçeğe aykırı resmî belge düzenlenmesine neden olan kişiler, bir özgü suç olan gerçeğe aykırı resmî belge düzenlenmek suçundan (TCK m. 204/2) dolayı herhangi bir sıfatla sorumlu tutulamayacaktır. Alman ceza hukukunda, belirttiğimiz gerekçelere dayalı olarak, resmî belge düzenlemeye yetkili bir kamu görevlisine gerçeğe aykırı beyanda bulunarak bir resmî belge düzenlenmesine neden olma fiilleri, **bağımsız bir suç** olan dolaylı gerçeğe aykırı belgelendirme (StGB § 271) kapsamında cezalandırılabilir. Bu bağlamda, görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu bir resmî belgeyi gerçeğe aykırı olarak düzenleyen kamu görevlisi, StGB § 348’deki suçtan dolayı cezalandırılmaktadır. Herhangi bir suretle kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmî belgenin gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesine **neden olan** kişiler ise StGB § 271 uyarınca sorumlu olmaktadır. StGB § 271’deki suçun başlığı dolaylı gerçeğe aykırı belgelendirme (*Mittelbare Falschbeurkundung*) şeklinde adlandırılmasına rağmen, bu suçu oluşturan gerçeğe aykırı resmî belge düzenlenmesine neden olma fiilinin kapsamına geniş anlamdaki bütün iştirak hâllerinin girdiği belirtilmektedir¹⁰¹. Yani hem StGB § 348’deki suçun işlenmesine müşterek fail veya şerik anlamında iştirak eden kişiler hem de cebir, tehdit veya aldatmayla kamu görevlisine gerçeğe aykırı resmî belge düzenlettiren dolaylı fail konumundaki kişiler, StGB § 271/1 uyarınca cezalandırılmaktadır. Öte yandan, düzenlenmesine herhangi bir suretle neden olmamasına rağmen gerçeğe aykırı resmî belgeyi bu niteliğini bilerek **kullanan** kişiler de StGB § 271/2 uyarınca sorumlu tutulmaktadır.

TCK sisteminde, bir kamu görevlisinin gerçeğe aykırı resmî belge düzenlemesine müşterek fail veya şerik anlamında iştirak eden kişilerin ceza hukuku sorumluluğu konusunda normatif anlamda bir sorun yoktur. Eğer kamu görevlisinin işlemiş olduğu bu suça müşterek fail anlamında iştirak edilmişse, bu kişi TCK m. 40/2 gereğince TCK m. 204/2’deki suç dolayısıyla azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır. Şayet bu suça azmettiren veya yardım eden anlamında iştirak edilmişse, bu kişinin sorumluluğu TCK m. 204/2’deki suçtan dolayı TCK m. 38 veya m. 39 uyarınca belirlenecektir. Bununla birlikte, bir özgü suç niteliğinde olan TCK m. 204/2’deki suçun işlenmesine dolaylı faillik suretiyle neden olan kişilerin ceza hukuku sorumluluğunun nasıl belirleneceği konusunda bir sorun bulunmaktadır. Şayet **dolaylı faillik ilişkisi TCK m. 28 kapsamında ise**, özgü suçlarda dolaylı faillik hükümlerinin uygulanamayacağı görüşünü benimsediğimizden, kamu görevlisi olmayan (yani suça konu resmî belgeyi düzenlemeye yetkisi bulunmayan) arka plândaki kişi ancak azmettiren veya

101 Freund (n 2) § 271 Rn. 17, 18; Erb (n 1) § 271 Rn. 2. Aksi yönde: Puppe und Schumann (n 2) § 271 Rn. 31.

yardım eden olarak sorumlu tutulabilecektir. Zira bu ihtimalde ön plandaki kamu görevlisi tarafından işlenen kasten ve hukuka aykırı bir suç bulunduğu için şeriklik hükümlerinin uygulanmasına engel bir durum yoktur. Ancak **dolaylı faillik ilişkisi kamu görevlisini aldatmak suretiyle gerçekleşirse**, özel faillik sıfatı bulunmayan arka plandaki kişi bakımından TCK m. 204/2'deki suça ilişkin olarak ne dolaylı faillik ne de şeriklik hükümlerini uygulayabilmekteyiz. Dolayısıyla, bu olaylarda, TCK m. 204 hükmünün uygulanması mümkün değildir.

Bu açıklamalarımız, gerçek özgü suç niteliğini haiz TCK m. 210/2'deki suçun dolaylı faillik suretiyle işlendiği olaylar bakımından da geçerlidir. Buna göre, söz konusu suçun TCK m. 28 kapsamında dolaylı faillik suretiyle işlendiği durumlarda, (özel faillik sıfatını taşımayan) arka plandaki kişi bu suçtan dolayı ancak şerik sıfatıyla sorumlu tutulabilecektir. Buna karşın, kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensuplarını aldatmak suretiyle **TCK m. 210/2'de belirtilen türde gerçeğe aykırı bir özel belge düzenlenmesine neden olan** (ve özel faillik sıfatı taşımayan) **kişilerin cezalandırılacakları bir kanun hükmü bulunmamaktadır**¹⁰².

TCK sisteminde, özel faillik sıfatını taşımayan kişilerin kamu görevlilerini aldatarak gerçeğe aykırı resmî belge düzenlemesine neden olması olaylarında uygulanabilecek tek düzenlemenin m. 206'da tanımlanan *Resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan* suçu olduğunu düşünüyoruz. Ancak Yargıtay, bu suçu dar bir kapsamda uygulamakta; yalan beyanın konusunu sadece **kimlik ve adres gibi kişisel bilgiler** ile sınırlı tutmaktadır. Buna göre, örneğin bir idari işlem veya cezai soruşturma kapsamında resmî belge düzenlemeye yetkili kamu görevlisine kimlik veya adres bilgisi hakkında gerçeğe aykırı beyanda bulunan kişiler, TCK m. 206 bakımından sorumlu tutulmaktadır. Yargıtay, resmî belge düzenleme yetkisine sahip kamu görevlisine kişisel bilgileri hakkında yalan beyanda bulunan kişilerin işlemiş olduğu bu fiilin hem TCK m. 206'daki suçu hem de 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 40/1'de düzenlenen kabahati teşkil ettiğini kabul etmekte; bu durumda 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 15/3'teki içtima kuralının göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca Yargıtay'a göre, bu suçun uygulanabilmesi için söz konusu yalan beyanın kamu görevlisi tarafından delil aranmaksızın, başkaca herhangi bir araştırma, inceleme ve işlem yapılmaksızın, doğrudan doğruya resmî belgenin düzenlenmesine dayanak alınması gerekir. Şayet kamu görevlisinin görevi gereği gerçeğe uygunluğunu araştırıp, doğruluğuna kanaat getirdiği takdirde söz konusu beyanı resmî belgeye geçirmesi söz konusu ise, TCK m. 206 hükmü uygulanmayacaktır. Son olarak, TCK m. 206'daki suçun oluşabilmesi için bu nitelikteki bir gerçeğe aykırı beyanın kamu görevlisine ifade edilmesi yeterli olmayıp, suçun oluşumu için söz konusu yalan beyan üzerine resmî belgenin düzenlenmesi aranmaktadır.^{103, 104}

102 Aynı yönde, Erbaş (n 17) 349.

103 İlgili açıklamaları içeren ve bu açıklamalar doğrultusunda verilen kararlar için bkz. Yargıtay CGK, 25.6.2019, E. 2019/8-249 K. 2019/499; Yargıtay CGK, E. 2015/9-45 K. 2018/224, 22.5.2018; Yargıtay CGK, E. 2014/9-207 K. 2017/266, 9.5.2017; Yargıtay CGK, E. 2013/9-619 K. 2014/378, 16.9.2014; Yargıtay 11. CD, E. 2021/11922 K. 2021/6010, 28.6.2021; Yargıtay 8. CD, E. 2021/134 K. 2021/17642, 15.9.2021; Yargıtay 2. CD, E. 2021/428 K. 2021/2869, 17.2.2021; Yargıtay 9. CD, E. 2013/6777 K. 2013/14188, 18.11.2013; Yargıtay 11. CD, E. 2006/8501 K. 2009/2366, 12.3.2009; Yargıtay 11. CD, E. 2006/3130 K. 2008/1104, 27.2.2008; Yargıtay 11. CD, E. 2007/4064 K. 2007/4263, 19.6.2007.

104 Bununla birlikte, Yargıtay 11. Ceza Dairesinin vermiş olduğu son kararlarda, TCK m. 206'da düzenlenen suç ile 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 40/1'de öngörülen kabahat arasında bir ayırım yapılmıştır. Buna göre, "Kamu görevlisinin,

Yargıtay'ın TCK m. 206'da tanımlanan suça ilişkin olarak benimsemiş olduğu bu uygulamanın, ilgili maddenin gerekçesinde yer alan açıklamalara dayandığını görmekteyiz. TCK'nin 206. maddesinin gerekçesinde yer alan açıklamaların ise, İtalyan Ceza Kanununun kaynaklık ettiği mülga 765 sayılı TCK'nin 343. maddesine ilişkin öğreti ve uygulamalardan mülhem olduğunu anlamaktayız:

5237 sayılı TCK m. 206'daki suçun yapısına benzeyen 765 sayılı TCK m. 343 hükmüne göre, “Her kim resmi bir varaka tanzimi esnasında kendisinin veya başkasının hüviyet ve sıfatı yahut mezkur varaka ile sıhhati ispat olunacak sair ahval hakkında memurine karşı yalan beyanatta bulunursa, bundan dolayı genel veya özel bir zarar husule geldiği takdirde, üç aydan bir seneye kadar hapis cezasile cezalandırılır. – Eğer mezkur varaka tevellüdat, münakehat ve vefiyata yahut adli işlere müteallik bulunursa, fail altı aydan iki seneye kadar hapsolunur.” Görüldüğü üzere, mülga Kanunun 343. maddesinde öngörülen suç iki şekilde işlenebilir: **Birincisi** “resmi bir varaka tanzimi esnasında kendisinin veya başkasının hüviyet ve sıfatı hakkında memurine karşı yalan beyanatta bulunmak”, **ikincisi** ise “mezkur (resmî) varaka ile sıhhati ispat olunacak sair ahval hakkında memurine karşı yalan beyanatta bulunmak”tır. Öğretide, hüviyet hakkındaki yalan beyanların her hâlükârda, başka hususlara ilişkin yalan beyanların ise ancak düzenlenen varakanın söz konusu hususların sıhhatini (doğruluğunu) ispata tahsis edilmiş bulunması şartıyla 343. madde kapsamına gireceği belirtilmiştir¹⁰⁵. Buna göre, hüviyeti veya düzenlenecek varaka ile sıhhati ispat olunacak hususların **dışında** kalan konularda yalan beyanda bulunarak memur tarafından bir resmî belge düzenlenmesine neden olan kişilerin, 343. maddedeki suçtan değil ve fakat dolaylı faillik suretiyle işlenen resmî varakada sahtecilik suçundan dolayı sorumlu tutulması gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁶. Öte yandan, yalan beyan üzerine düzenlenen varakanın (hüviyet dışında kalan hususları gösterir) beyanın doğruluğunu ispatlamaya tahsis edilmiş olmasının 343. maddedeki suçun oluşabilmesi bakımından tek başına yeterli olmadığı belirtilmiştir. Buna göre, beyanı alan memurun, beyanın doğruluğunu inceleyip buna kanaat getirdikten sonra resmî belgeyi düzenlemesi hâllerinde 343. madde uygulanmayacaktır. Zira resmî belge sadece kişinin beyanı üzerine değil de memura yapılacak inceleme sonucuna göre meydana getirilmekte ise, düzenlenen bu resmî varakanın beyanın doğruluğunu ispata tahsis edilmiş olduğu söylenemeyecektir¹⁰⁷.

Mülga 765 sayılı TCK'nin 343. maddesine ilişkin öğreti ve uygulamalardan mülhem TCK m. 206 madde gerekçesini dayanak alan Yargıtay'ın, yalan beyanda bulunarak kamu görevlisinin gerçeğe aykırı resmî belge düzenlenmesine neden olma fiilleri bağlamındaki günümüz uygulamasını şu şekilde özetleyebiliriz: **1) Kişi, bir idari veya adli işlem kapsamında kamu görevlisi tarafından kendisine başvurulması üzerine**, kamu görevlisine kişisel bilgileri hakkında gerçeğe aykırı beyanda bulunur ve bu bilgilere dayalı olarak resmî belge düzenlenirse TCK m. 206 suçu oluşmaktadır. **2) Kişi, herhangi bir hukuki ilişki kapsamında kamu görevlisine başvurarak** kişisel bilgileri veya başka

görevi nedeniyle resmi belge düzenlediği sırada yalan beyanda bulunulması halinde TCK'nin 206. maddesi uygulanacaktır. Resmî belge düzenlenmesi sırasında olmayıp da kamu görevinin gereği gibi yerine getirilebilmesi için, kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı olarak sorması durumunda, kimliği hakkında gerçeğe aykırı beyanda bulunulması halinde Kabahatler Kanunu'nun 40/1. maddesi uyarınca idari para cezası verilmesi gereklidir.”

105 Erman (n 5) 450.

106 Erman (n 5) 453.

107 Erman (n 5) 453.

bir hususta gerçeğe aykırı beyanda bulunur ve bu bilgilere dayalı olarak resmî belge düzenlenirse TCK m. 204/1'deki suç oluşur.

Yargıtay'ın, yalan beyanda bulunarak kamu görevlisinin gerçeğe aykırı resmî belge düzenlenmesine neden olma fiilleri bakımından benimsemiş olduğu uygulamasının çeşitli nedenlerle **hatalı** olduğunu düşünüyoruz: **İlk olarak**, ister kamu görevlisi tarafından kendisine başvurusun isterse de bir hukuki işlemi gerçekleştirmek üzere kendisi kamu görevlisine başvursun, bir kişinin kamu görevlisine herhangi bir konuda yalan beyanda bulunarak bu bilgileri içeren bir resmî belgenin düzenlenmesine neden olması hâlinde, **düzenlenen belge sahte değil gerçeğe aykırı nitelikte olur**. Bu nedenle, daha önce de ifade edildiği üzere, bu gibi olaylarda ne TCK m. 204/1'deki suçun ne de TCK m. 204/2'deki suçun oluştuğundan bahsedilebilir. **İkinci olarak**, TCK m. 206'da öngörülen suçun uygulama alanının öğreti ve Yargıtay kararlarında belirtildiği şekilde daraltılmasının hukuki bir izahı yoktur. TCK m. 206'daki suç, kişilerin gerçeği ifade etme yükümlülüğü altında olduğunu ve bu yükümlülüğe aykırılığın ceza sorumluluğunu gerektirdiğini öngörmektedir. Kişilere istisnai olarak tahmil edilen bu yükümlülüğün getirilme amacını, resmî belgelerin hukuki ilişkiler kapsamında sağlamış olduğu ispat ve garanti fonksiyonlarında aramak gerekir. Daha önce ayrıntılı bir şekilde açıklandığı üzere, resmî belgelerin düzenleyicisi ve içeriği itibarıyla temin ettiği garanti fonksiyonu hukuki ilişkiler bakımından korunmaya değer görülmüştür. Resmî belgelerin hukuki ilişkilerde temin ettiği bu özel garanti fonksiyonuna yönelik koruma hem bunları düzenleyen kamu görevlilerine hem de bunların düzenlenmesine neden olan ilgili muhataplar bakımından geçerli olmak zorundadır. Başka bir ifadeyle, bir kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmî belgeyi gerçeğe aykırı olarak düzenlemesinden meydana gelen tehlike ile bir kişinin kamu görevlisini aldatarak gerçeğe aykırı resmî belge düzenlenmesine neden olmaktan meydana gelen tehlike arasında bir farklılık yoktur. Bu husus dikkate alındığında, TCK m. 204/2 ve TCK m. 206'deki suçların aynı amaçla ihdas edildiklerini düşünüyoruz.

B. SORUNA DAİR DEĞERLENDİRME VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİMİZ

TCK m. 206, kamu görevlisini aldatarak onun gerçeğe aykırı bir resmî belge düzenlemesine neden olan kişilerin – dolaylı fail sıfatıyla – TCK m. 204/2'deki suçtan **sorumlu tutulamamasından doğan boşluğu dolduran bir özellik taşımaktadır**. TCK sisteminde, kamu görevlisini aldatarak TCK m. 204/2 anlamında gerçeğe aykırı bir resmî belge düzenlenmesine neden olan kişiler ancak m. 206 uyarınca sorumlu tutulabilir. Bu çerçevede, öncelikle, TCK m. 206'nın kişisel bilgiler hakkında verilen yalan beyanlarla sınırlı tutulması gerektiği yönündeki uygulamanın terk edilmesi gerekir. Ayrıca, öğretileri ileri sürülen görüş ve bu görüşten mühlhem TCK m. 206 gerekçesinde belirtilen “*resmî belge sadece kişinin beyanı üzerine değil de, memurca yapılacak inceleme sonucuna göre meydana getirilmekte ise, bu maddedeki suç oluşmaz.*” şeklindeki sınırlamanın da **yanlış olduğunu** belirtmemiz gerekir. Zira bir resmî belgenin içerik itibarıyla garanti fonksiyonuna sahip olabilmesi için, her şeyden önce, resmî belge içeriğindeki olgunun yetkili kamu görevlisi tarafından **algılanarak** belgelenmiş olması gerekir (yukarıda bkz. başlık 2.3.2.) Aksi takdirde bunlar resmî belgenin özel ispat kuvvetinden

faydalanamayacaktır¹⁰⁸. Örneğin, meydana gelen bir kaza sonrasında olay mahalline gelen trafik polislerinin tarafların beyanlarına dayalı olarak düzenleyecekleri kaza tespit tutanağı resmî belge olmasına rağmen, içeriğindeki tüm bilgiler resmî belgelere atfedilen özel ispat kuvvetinin kapsamında olmayacaktır. Örneğin trafik polislerinin **inceleme yapmaksızın salt tarafların beyanları üzerine tutanağa geçirdiği bilgiler** resmî belgelere tanınan özel ispat kuvvetinden mahrumdur. Zira bu bilgilerin doğruluğu konusunda trafik polislerinin teyit etme iradesi bulunmamaktadır. Bir an için öğreti ve uygulamada ileri sürülen bu görüş kabul edilirse, örneğin notere sahte kimlik belgesi verip kimlik belgesinin doğruluğunu denetlemeyen veya denetlemekle birlikte sahteliğini tespit edemeyen noterin düzenlemiş olduğu gerçeğe aykırı noterlik belgesi nedeniyle, ilgili kişinin TCK m. 206'daki suçtan dolayı sorumluluğu olmayacaktır. Çünkü 1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 72/3 gereğince, noterler, iş yaptırarak kimselerin **kimlik bilgilerinin doğruluğunu denetlemekle** yükümlüdür.

Gerçeğe aykırı resmî belge düzenleme suçunun doğrudan (m. 204/2) veya dolaylı olarak (m. 206) işlenmesi arasında korunan hukuki menfaat bakımından bir farklılığın olmadığı kabul edilmelidir. Nitekim aynı zamanda bir görev suçu niteliğindeki¹⁰⁹ **kamu görevlisinin gerçeğe aykırı resmî belge düzenlemesi suçunun** “*Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*” bölümünde değil de “*Kamu Güvenine Karşı Suçlar*” bölümünde düzenlendiğini dikkate alırsak, TCK m. 204/2'de öngörülen bu suçun haksızlık içeriğinin belirlenmesi hususunda kamu görevine riayetden ziyade hukuki ilişkilerde resmî belgelerin sağlamış olduğu ispat fonksiyonunun teminat altına alınmasının ön planda tutulduğu sonucunu çıkarırız. Bu teminatın sağlanması açısından, bu suçun bizzat kamu görevlisi tarafından işlenmesi ile dolaylı olarak başkası tarafından işlenmesi arasında fark gözetilmemesi gerekir. Diğer yandan, herhangi bir kamu görevlisine göreviyle bağlantılı olarak salt yalan beyanda bulunulmasının suç olarak kabul edilmediği bir sistemde, kişilerin gerçeği ifade etme yükümlülüğüne aykırılık fiilinin ceza yaptırımına tâbi tutulmasının yalnızca resmî belge düzenlemekle yetkili kamu görevlileriyle sınırlı tutulmasının sebebinin de **resmî belgelerin hukuki ilişkilerde arz ettiği önemde** aramak gerekir.

Bu kabulden hareketle, TCK m. 206'da tanımlanan suç, **konusu itibarıyla** TCK m. 204/2'deki kamu görevlisinin gerçeğe aykırı resmî belge düzenlemesi suçundan **farklı değildir**. Buna göre, kişinin yalan beyanı üzerine kamu görevlisi tarafından düzenlenen resmî belge TCK m. 204/2'deki suçun kapsamına giriyorsa, yalan beyanda bulunan kişinin düzenlenen bu gerçeğe aykırı resmî belge nedeniyle TCK m. 206'daki suçtan sorumluluğu olacaktır. Daha açık bir ifadeyle, TCK m. 206 hükmü, TCK m. 204/2'de tanımlanan **gerçeğe aykırı resmî belge düzenleme suçunun – aldatma yoluyla – dolaylı faillik suretiyle işlenmiş şeklidir**.

TCK m. 206'daki suçun, “*bir resmî belge düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunan kişi*” şeklinde tanımlanması, salt yalan beyanda bulunmanın suç teşkil ettiği izlenimi vermektedir. Hukuk düzenince resmî belgelere atfedilen özel garanti fonksiyonu ancak resmî belgenin düzenlenmesiyle birlikte geçerli olur. Resmî belgenin düzenlenmediği bir aşamada, yalan söylemek suretiyle resmî belgenin özel ispat kuvvetinin kapsamına girebilecek bir bilginin gerçeğe aykırı olarak

108 Puppe und Schumann (n 2) § 348 Rn. 18.

109 Freund (n 2) § 348 Rn. 3; Hecker (n 72) § 348 Rn. 1; Puppe und Schumann (n 2) § 348 Rn. 1.

tezahür etmesi, TCK m. 204/2 ve m. 206 suçlarıyla korunan hukuki menfaat bakımından tehlike arz etse de bu suçların oluşumu bakımından yeterli görülmemelidir. Bu aşamadaki fiiller (yalan söylemek), ilgili suçlar bakımından **ancak teşebbüs hükümlerinin** (TCK m. 35) uygulanmasını gerektirebilir. Öte yandan, doğrudan faillik yoluyla işlenen gerçeğe aykırı resmî belge düzenlenmesi suçunun (TCK m. 204/2) oluşumu için resmî belgenin düzenlenmesi gerekli görülürken, dolaylı faillik suretiyle işlenen gerçeğe aykırı resmî belge düzenlenmesine neden olma suçunun (TCK m. 206) “teşebbüs suçu” şeklinde formüle edilmesinin hukuki bir izahı bulunmamaktadır. Nitekim Alman Ceza Kanununda dolaylı gerçeğe aykırı belgelendirme suçunun tanımlandığı § 271’de “neden olmak” ifadesine yer verilerek, söz konusu suçun oluşumu için resmî belgenin düzenlenmesi gerekli görülmüştür. Her ne kadar uygulamada TCK m. 206’daki suçun oluştuğundan bahsedilebilmesi için resmî belgenin düzenlenmesi aransa da olası tereddütleri gidermek amacıyla, TCK m. 206’daki suç tanımının “*Bir resmî belge düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunarak gerçeğe aykırı resmî belge düzenlenmesine neden olan kişi*” şeklinde **yenilenmesini öneriyoruz**.

Bu kabullerimizin benimsenmesi durumunda sistemselsel olarak önemli bir sorun çıkmaktadır. Kamu görevlisini **aldatarak** gerçeğe aykırı resmî belge düzenlenmesine neden olan kişi, TCK m. 206 uyarınca üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılacaktır; kamu görevlisine **cebir veya tehdit uygulayarak** gerçeğe aykırı resmî belge düzenlenmesine neden olan kişi ise, TCK m. 204/2 uyarınca azmettiren veya yardım eden sıfatıyla üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır. Görüldüğü üzere, özü itibarıyla aynı haksızlığın aldatma yoluyla dolaylı faillik suretiyle işlenmesi ile cebir-tehdit yoluyla dolaylı faillik suretiyle işlenmesi arasında, cezalandırma bakımından önemli derecede farklı bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Ön plandaki kişinin (kamu görevlisinin) iradesinin cebir veya tehditle fesada uğratarak bir suçun işlenmesinde araç konumuna getirilmesi ile bu kişinin aldatılarak araç konumuna getirilmesi arasında haksızlık içeriği itibarıyla bir fark bulunduğu söylenebilir. Ancak bu husus, arka plandaki kişinin sorumlu olacağı – yani ön plandaki kişinin işlediği – suç bakımından temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Tartışma konusu ettiğimiz olaylarda ise, salt dolaylı faillik ilişkisinin ne suretle kurulduğu noktasından hareketle hem suç tipi değişmekte hem de soyut ceza aralıkları bakımından adaletsiz bir durumla karşılaşmaktadır. Cezalandırma bakımından haksız bir sonuç doğuran bu meselenin çözümü bakımından, TCK m. 206’da tanımlanan suç fiilinin genişletilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Buna göre, TCK m. 206’daki suçun “*Bir resmî belge düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisinin cebir, tehdit veya hileyle gerçeğe aykırı resmî belge düzenlemesine neden olan kişi*” şeklinde **tanımlanmasını öneriyoruz**.

Son olarak, daha önceki açıklamalarda belirtildiği üzere, gerçeğe aykırı resmî belgenin düzenlenmesine (müşterek fail veya şerik anlamında) neden olmaksızın ve fakat bu özelliğini bilerek **gerçeğe aykırı resmî belgenin kullanılması** fiili, TCK sisteminde **tanımlanmış bir suç değildir**. Resmî belge ve özel belge, içeriklerinde yer alan hukuken önemli irade beyanlarının belli bir düzenleyiciden geldiğini garanti edici bir fonksiyona sahip olmaları açısından farklı değildirler. Ancak, resmî belgeler bizzat kanun tarafından güvence verilen kamu görevlileri tarafından düzenlendikleri için, bu belgelerin düzenleyicileri bakımından sağlamış oldukları garanti fonksiyonu özel belgelere nazaran daha fazladır. TCK sisteminde, resmî belgede sahtecilik ile özel belgede sahtecilik suçlarının

ayrı maddelerde düzenlenmesi, özel belgede sahtecilik suçuna göre resmî belgede sahtecilik suçuna bakımından cezalandırılmaya müstahak olan hareketlerin öne çekilmesi ve cezanın daha ağır olarak öngörülmesi hususlarının sebepleri işte bu garanti fonksiyonundaki önem farklılığıdır. Buna karşılık, resmî belgeler, özel belgelerden farklı olarak, içeriklerindeki unsurların mevzuat tarafından güvence altına alınması nedeniyle içerik itibarıyla da bir garanti fonksiyonuna sahiptir. Hukuk düzeninin resmî belgelere atfettiği özel ispat kuvveti, resmî belgelerin düzenleyicisi ve içeriğinden kaynaklanan bu çifte garanti fonksiyonundan ileri gelmektedir. Resmî belgelere tanınan bu çifte garanti fonksiyonu dikkate alındığında, düzenleyici unsurundan kaynaklı garanti fonksiyonunun aldatma yoluyla ortadan kaldırılması haksızlığı (yani sahte resmî belgenin kullanılması) ile içerik unsurundan kaynaklı garanti fonksiyonunun aldatma yoluyla ortadan kaldırılması haksızlığı (yani gerçeğe aykırı resmî belgenin kullanılması) arasında cezalandırma bakımından farklılık gözetilmemelidir. Bu nedenle, sahte resmî belgenin kullanılması fiilinin bağımsız suç (TCK m. 204/1, 2) olarak düzenlendiği ve fakat gerçeğe aykırı resmî belgenin kullanılması fiilinin ise cezaya müstahak görülmediği TCK sisteminde bir boşluğun olduğunu düşünmekteyiz. Bu nedenle, TCK'nin 206. maddesine yeni bir fıkra eklenmek suretiyle, “*Düzenlenmesine neden olmamakla birlikte, gerçeğe aykırı bir resmî belgeyi bu özelliğini bilerek kullanan kişi ... cezalandırılır.*” şeklinde bir suçun ihdas edilmesini öneriyoruz.

SONUÇ

TCK m. 204 ve devamında tanımlanan suçların konusunu teşkil eden belge, belli bir gerçek veya tüzel kişiye atfedilebilen, hukuk düzenince kendisine hüküm ve sonuç bağlanmak üzere oluşturulmuş anlamlı bir irade beyanını yazılı olarak ihtiva eden somut nesne anlamına gelmektedir. Diğer irade açıklama şekillerinden farklı olarak, belge, içeriğindeki hukuken önemli beyanın düzenleyici tarafından irade edildiği hususunda ilgili muhataplara **garanti** vermektedir. Hukuki ilişkiler sırasında kişileri belgeye dayalı olarak tasarrufta bulunmaya sevk eden sebep, esas itibarıyla belgelerin sağlamış olduğu bu garanti fonksiyonudur. TCK m. 204 ve devamında yer alan ve konusu belge olan suçlarla, hukuk düzeninin kendilerine hüküm ve sonuç bağladığı belgelere dayalı olarak işlem yapabilmelerine yönelik **bireylerin tasarruf özgürlüğü** güvence altına alınmaktadır. Öğreti ve uygulamada hâkim olan **kamu güveni menfaati** görüşü, bu suçların ihdas edilme amacını açıklama noktasında **soyut ve belirsiz** kalmaktadır.

Söz konusu suçların kanuni tanımlarında **sahte**, **gerçek** ve **gerçeğe aykırı belge** kavramları kullanılmıştır. Belgeyi nitelendiren bu sıfatların her biri farklı anlamlara sahiptir. Belgenin sözünü ettiğimiz garanti fonksiyonunun gerçekleşebilmesi için görünürdeki beyan sahibi ile gerçekteki beyan sahibinin aynı olması gerekir. Aksi takdirde, belgenin garanti fonksiyonu ortadan kalkarak, buna güvenerek işlem yapacak ilgili muhatapların tasarruf özgürlükleri ihlal edilecektir. Belgenin sahteliği, söz konusu garanti fonksiyonunu ortadan kaldıran fiillerdir. Bu bakımdan, bir belgenin sahte olup olmadığı, belge üzerinde görünen düzenleyicinin doğru olup olmadığına bağlıdır. Şayet belge üzerinde beyan sahibi (düzenleyici) olarak görünen kişi gerçekten de o belgenin düzenleyicisi ise, belge doğrudur yani **sahte değildir**. TCK m. 204 ve 207'de yer alan “*gerçek bir resmî/özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren*” şeklindeki fiilde geçen “gerçek bir resmî/özel belge”den

kastedilen, bu nitelikteki doğru (sahte olmayan) belgelerdir. Keza, TCK m. 205 ve 208 hükümlerinde yer alan “gerçek bir resmî/özel belge” kavramından anlaşılması gereken de bu nitelikteki (doğru) belgelerdir. Belgede beyan sahibi olarak görünen kişinin gerçekte böyle bir belge düzenlemediği tespit edilirse, düzenlenen belge **sahtedir**. TCK m. 204 ve 207’deki suçları oluşturan “*bir resmî/özel belgeyi sahte olarak düzenleyen*”, “*gerçek bir resmî/özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren*” ve “*sahte resmî/özel belgeyi kullanan*” fiillerin konusunu işte bu nitelikteki sahte belge oluşturmaktadır. Ancak belge üzerinde görünen beyan sahibinin gerçekten söz konusu belgeyi düzenlemediğinin anlaşılması, TCK m. 204 ve 207’deki suçların konusu anlamında sahte belgenin varlığını kabul etmek için yeterli değildir. Bir sahte nesne, sahtecilik fiilinin gerçekleştirildiği anda ve o andaki dışa yansıyan hâliyle hukuk düzenince hüküm ve sonuç bağlanabilen bir yazılı belge **izlenimi** verdiği sürece belgede sahtecilik suçlarının konusunu teşkil edecektir.

Belgenin sahte veya doğru (kanun lafzıyla gerçek) olarak nitelendirilmesi yapılırken, belge içeriğinde yer alan beyanın belge düzenleyicisinin **gerçek iradesiyle uyumlu olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur**. Bu nedenle, bir kişinin içeriğinde gerçek iradesiyle uyumlu olmayan – yalan – beyanlara yer vererek belge düzenlemesi hâlinde, düzenlenen belge **sahte olmayacaktır**. Bununla birlikte, bir kişinin düzenlemiş olduğu belge içeriğinde yer verdiği beyanların gerçek iradesini yansıtmayı yansıtmadığı sorusu, belgenin gerçeğe aykırı olup olmadığı noktasında bir öneme sahiptir. Şayet bir belge içeriğindeki beyan, düzenleyicisinin gerçek iradesini yansıtıyorsa **gerçeğe uygun belge**, yansıtmıyorsa **gerçeğe aykırı belgeden** söz edilir. Bu suretle, mülga 765 sayılı öğreti ve uygulamadan mülhem maddi sahtecilik-fikri sahtecilik şeklindeki ayrımın kavramsal olarak yanlış ve kafa karıştırıcı olduğu sonucuna varılmıştır. TCK m. 204/2 ve m. 210/2 hükümlerinde yer alan “*gerçeğe aykırı belge düzenleyen*” fiilin konusunu bu nitelikteki gerçeğe aykırı belgeler oluşturmaktadır. Bu bakımdan, gerçeğe aykırı resmî (m. 204/2) ve özel (m. 210/2) belge düzenlemek, sahtecilik suçlarından ayrı olarak, **bağımsız** suç tipleridir.

Herkesin, hukuki ilişkiler kapsamında yapacağı hukuki işlemler sırasında gerçek iradesini açıklama yükümlülüğü vardır. Borçlar hukuku yaptırımlarının öngörüldüğü bu yükümlülüğe aykırılık, ancak kamu düzenini bozduğu sürece ceza hukuku sorumluluğu gerektirebilir. Resmî belgelerin yetkili kamu görevlileri tarafından mevzuatta öngörülen içerik ve şekle uygun olarak düzenlenmeleri gerektiğinden, bunlara hukuk düzeni tarafından özel bir ispat kuvveti tanınmıştır. Resmî belgelerin hukuki ilişkiler kapsamında hem düzenleyici hem de içerik itibarıyla garanti fonksiyonuna sahip olduğu dikkate alındığında, bunların gerçeğe aykırı olarak düzenlenmeleri de söz konusu artırılmış garanti fonksiyonuna dayalı olarak işlem yapacak ilgili muhatapların tasarruf özgürlüğünü ihlal edecektir. Buna karşın, özel belgelerin içerikleri itibarıyla sağlamış olduğu böyle bir garanti fonksiyonu bulunmamaktadır. Özel belgelerin ilgili muhataplara sağlamış olduğu tek garanti fonksiyonu, içerdikleri beyanların görünen düzenleyiciden sâdır olduğu hususudur. Resmî ve özel belgelerin hukuki ilişkiler kapsamında sağlamış oldukları bu fonksiyonlar göz önünde bulundurularak, sahtecilik fiilleri resmî ve özel nitelikteki tüm belgeler için suç kabul edilmiştir (TCK m. 204, 207). Buna karşın, yazılı yalan anlamındaki gerçeğe aykırılık fiilleri esas itibarıyla resmî belgeler (m. 204/2) bakımından suç sayılırken, özel belgeler bakımından ise sadece belli nitelikteki türleri (m. 210/2) ve kamu düzenini ilgilendiren özel durumlar (TCK m. 161/1-c, d; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu

m. 359/a-2) bağlamında suç sayılmıştır. Bunlar haricinde kalan özel belgelerin **saht** gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi veya kullanılması, başka bir suçun unsurunu oluşturmadığı sürece ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmemektedir.

Bir kişinin cebir (vis compulsiva), tehdit, hile veya hata nedeniyle gerçek iradesini yansıtmayacak şekilde belge düzenlemesi durumunda, düzenlenen belge **sahte değil, gerçeğe aykırı nitelikte olur**. Bu bakımdan, cebir, tehdit veya hile kullanılarak bir kamu görevlisine görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmî bir belge düzenlettirildiğinde, düzenlenen resmî belge gerçeğe aykırı olacaktır. Özellikle kamu görevlisini aldatarak gerçeğe aykırı resmî belge düzenlenmesine neden olan kişilerin TCK m. 204/1’de tanımlanan suçu işlediklerini kabul eden öğreti ve uygulamadaki hâkim görüş, bu konuda hatalıdır. Zira bu gibi olaylarda, düzenlenen resmî belge sahte olmadığından, TCK m. 204/1’deki suçun konusu bulunmamaktadır. Bir kişiye cebir (vis compulsiva), tehdit, hile uygulayarak gerçek iradesini yansıtmayacak şekilde belge düzenlemesine neden olma fiili, esasında gerçeğe aykırı belge düzenlemek suçunun dolaylı faillik suretiyle işlenmesi hâlidir. Ancak TCK sisteminde öngörülen gerçeğe aykırı belge düzenlemek suçları (TCK m. 204/2, m. 210/2), **gerçek özgü suç** niteliğindedirler. Özgü suçlarda özel faillik sıfatını taşımayan kişilerin fail olamayacağı (TCK m. 40/2) dikkate alındığında, kamu görevlisi veya sağlık mesleği mensubu kişiye cebir (vis compulsiva), tehdit veya hile uygulayarak TCK m. 204/2 ve m. 210/2’de belirtilen türde gerçeğe aykırı bir resmî/özel belge düzenlemesine neden olan kişiler, özel faillik sıfatını taşımadıkları takdirde, söz konusu özgü suçlardan dolayı TCK m. 28 ve 37/2 uyarınca “fail” olarak sorumlu tutulamayacaklardır.

Mevcut TCK sisteminde, TCK m. 204/2 ve m. 210/2’deki suçların dolaylı faillik suretiyle işlenmesi durumuna ilişkin meselenin çözümüne yönelik hukuki yollar, çeşitli ihtimallere göre şu şekildedir: **1 – Dolaylı faillik ilişkisi TCK m. 28 kapsamında** ise, ön plândaki kişinin işlemiş olduğu kasten ve hukuka aykırı bir suç bulunduğundan, özel faillik sıfatı taşımayan arka plândaki kişi söz konusu özgü suçlardan dolayı sadece şerik sıfatıyla sorumlu tutulabilir (TCK m. 40/2). **2 – Dolaylı faillik ilişkisi kamu görevlisini/sağlık mesleği mensubunu aldatmak suretiyle** gerçekleşirse, ön plândaki kişinin işlemiş olduğu kasten ve hukuka aykırı bir suç bulunmadığından, özel faillik sıfatı taşımayan arka plândaki kişi söz konusu özgü suçlardan dolayı ne fail ne de şerik sıfatıyla sorumlu tutulabilir. Bu durumda, kamu görevlisini aldatmak suretiyle TCK m. 204/2’de belirtilen türde gerçeğe aykırı bir resmî belge düzenlenmesine neden olan (ve özel faillik sıfatı taşımayan) kişiler bakımından uygulanacak tek düzenleme TCK m. 206 hükmüdür. Buna karşın, kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensuplarını aldatmak suretiyle **TCK m. 210/2’de belirtilen türde gerçeğe aykırı bir resmî belge düzenlenmesine neden olan** (ve özel faillik sıfatı taşımayan) **kişilerin cezalandırılacakları bir kanun hükmü bulunmamaktadır.**

Mülga 765 sayılı TCK’nin 343. maddesine ilişkin öğreti ve uygulamalardan mülhem TCK m. 206 madde gerekçesini dayanak alan Yargıtay’ın, TCK m. 206’daki suçun uygulamasını, bir idari veya adli işlem kapsamında düzenlenen resmî belgelere yönelik kişisel bilgiler hakkında söylenen gerçeğe aykırı beyanlar ile resmî belgeyi düzenleyecek kamu görevlisinin denetlemeyeceği hususlarla sınırlı tutmasının hukuki bir gerekçesi yoktur. TCK m. 206’da tanımlanan suç, **konusu itibarıyla** TCK m. 204/2’deki kamu görevlisinin gerçeğe aykırı resmî belge düzenlemesi suçundan **farklı değildir**.

Mevcut TCK sisteminde, kamu görevlisini **aldatarak** gerçeğe aykırı resmî belge düzenlenmesine neden olan (ve özel faillik sıfatı taşımayan) kişi TCK m. 206 uyarınca cezalandırılırken, kamu görevlisine **cebiri veya tehdit uygulayarak** gerçeğe aykırı resmî belge düzenlenmesine neden olan (ve özel faillik sıfatı taşımayan) kişi ise, şerik sıfatıyla TCK m. 204/2'den sorumlu tutulmaktadır. Bu durum, esasında aynı nitelikte haksızlıkta bulunan (dolaylı faillik suretiyle gerçeğe aykırı resmî belge düzenlemek) kişilerin hem suç tipi hem de ceza miktarı itibarıyla farklı şekilde muamelelere tâbi tutulmaları sonucunu doğurmaktadır. Salt dolaylı faillik ilişkisinin kurulmasına neden olan davranışın özelliğinden kaynaklı olarak ceza hukuku sorumluluğu bakımından böyle bir farklılığın gözetilmesinde hukuki bir izah yoktur. Diğer yandan, gerçeğe aykırı resmî belge düzenlemek suçunun doğrudan veya dolaylı olarak işlenmesi arasında, normun amacı ve korunan hukuki menfaat noktasında herhangi bir farklılık yoktur. Bu bağlamda, doğrudan faillik yoluyla işlenen gerçeğe aykırı resmî belge düzenlenmesi suçunun (TCK m. 204/2) oluşumu için resmî belgenin düzenlenmesi gerekli görülürken, dolaylı faillik suretiyle işlenen gerçeğe aykırı resmî belge düzenlenmesine neden olma suçunun (TCK m. 206) “teşebbüs suçu” şeklinde formüle edilmesinin de hukuki bir izahı bulunmamaktadır. Tüm bu gerekçelere dayalı olarak, TCK m. 206'daki suçun “*Bir resmî belge düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisinin cebiri, tehdit veya hileyle gerçeğe aykırı resmî belge düzenlemesine neden olan kişi*” şeklinde **değiştirilmesini öneriyoruz**.

Mevcut TCK sisteminde, düzenlenmesine neden olmamakla birlikte, **gerçeğe aykırı resmî belgeyi bu özelliğini bilerek kullanan kişilerin sorumlu tutulacağı bir kanun hükmü bulunmamaktadır**. Resmî belgelerin hukuki ilişkiler kapsamında hem düzenleyici hem de içerik itibarıyla garanti fonksiyonuna sahip olduğu göz önünde bulundurulduğunda, düzenleyici unsurundan kaynaklı garanti fonksiyonunun aldatma yoluyla ortadan kaldırıldığı (sahte) bir resmî belgenin kullanılması ile içerik unsurundan kaynaklı garanti fonksiyonunun aldatma yoluyla ortadan kaldırıldığı (gerçeğe aykırı) resmî belgenin kullanılması arasında cezalandırma bakımından farklılık gözetilmemelidir. Bu nedenle, TCK'nin 206. maddesine yeni bir fıkra eklenmek suretiyle, “*Düzenlenmesine neden olmamakla birlikte, gerçeğe aykırı bir resmî belgeyi bu özelliğini bilerek kullanan kişi ... cezalandırılır.*” şeklinde **bağımsız bir suçun ihdas edilmesini öneriyoruz**.

KAYNAKÇA

- Akbulut B**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020).
- Antalya G**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 1 Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri* (2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019).
- Arslan Ç ve Baştürk İ**, ‘Belgede Sahtecilik Suçunun Konusu Olarak Elektronik Ortamdaki Veriler’, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(2).
- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K**, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (16. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017).
- Dönmezer S ve Erman S**, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 2*, (10. Baskı, Beta Yayınevi, 1994).
- Ekici Şahin M**, ‘Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar’ (2013) Cilt: 8, Sayı:109 – 110 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7-25.
- Erb V**, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (4. Auflage, Band 5, C.H. Beck, 2022).

- Erbaş R**, 'Kamu Görevlisi Olmayan Sağlık Mesleği Mensuplarının Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi Suçu' (TCK md. 210/2)' (2013) 71(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 331-351
- Erem F**, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt:4* (3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 1985).
- Eren F**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2019).
- Erman S**, *Ticari Ceza Hukuku Cilt III Sahtekarlık Suçları* (4. Baskı, Nizam Terzioğlu Matematik Araştırma Enstitüsü Baskı Atölyesi, 1981).
- Freund G**, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (3. Auflage, Band 5, StGB § 348, C.H. Beck, 2019).
- Genç FU**, 'Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu' (2018) Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Ayşe Nuhoglu, Faruk Turhan (Editörler). Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan.
- Gökcan HT**, 'Resmî Belgede Sahtecilik Suçu' (2009) 67(3) Ankara Barosu Dergisi 93-126
- Gökcan A**, *Belgede Sahtecilik Suçları* (5. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018).
- Güngör D**, *Resmî Belgelerde Sahtecilik Suçu* (1. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2010).
- Hakeri H**, 'Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İştirak' (2006) 1(1) Ceza Hukuku Dergisi 75-109.
- Hafizoğulları Z ve Özen M**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar* (2. Baskı, US-A Yayıncılık, 2017).
- Hecker B**, *Schönke-Schröder Kommentar zum Strafgesetzbuch* (30. Auflage, StGB § 348, C.H. Beck, 2019).
- Heine G und Schuster F**, *Schönke-Schröder Kommentar zum Strafgesetzbuch* (30. Auflage, StGB § 271, C.H. Beck, 2019).
- Heine G und Weißer B**, *Schönke-Schröder Kommentar zum Strafgesetzbuch* (30. Auflage, StGB, § 25, C.H. Beck, 2019).
- Joecks W und Scheinfeld J**, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (4. Auflage, StGB § 25, 2020).
- Kaylan K**, *Belgelerde Sahtecilik Suçları*, 765 sayılı TCK. İle Hükümet Tasarısı ve TBMM Adalet Komisyonunca Kabul Edilen Tasarı Metnindeki Düzenlemelere Göre Karşılaştırmalı Bir İnceleme Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar (Türkiye Barolar Birliği, 2004).
- Koca M ve Üzülmüş İ**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (7. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020).
- Kocayusufoğlu N**, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt* (5. Baskı, Filiz Kitabevi, 2010).
- Krell P**, 'Zur Beweisfunktion der Urkunde' (2019) 166. Jahrgang Goldammer's Archiv für Strafrecht 2019, 325-338.
- Özbek VÖ, Doğan K, Bacaksız P ve Tepe İ**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (12. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2017).
- Özgenç İ**, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik* (İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayınları, İstanbul, 1996).
- Özgenç İ**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021).
- Öztürk B ve Erdem MR**, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (20. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020).
- Pancaroglu B**, 'Bilişim Sistemlerindeki Veriler Bağlamında Belgede Sahtecilik Suçu' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2019)
- Puppe I und Schumann K**, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch* (5. Auflage, Band 3, StGB § 267-271-348, 2017).
- Schubert C**, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (9. Auflage, Band 1, 2021).
- Sınar H**, 'Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik' (2011) 6(15) Ceza Hukuku Dergisi 59-86
- Soyaslan D**, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2016).
- Tezcan D, Erdem MR ve Önok M**, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (15. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2017).

Toroslu N, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (9. Baskı, Savaş Yayınevi, 2018).

Ünver Y, ‘TCK’daki Evrakta Sahtecilik Suçları’ (2013) 4(4) Hukuk köprüsü 93-107.

Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75* (7. Baskı, Beta Yayınevi, 2019).

Seri Muhakeme Usulünde İctima Uygulaması ve Katalog İçİ Suçların Birlikte İşlenmesi Sorunu

The Implementation of Aggregation of Crimes in Serial Judgement Procedure and the Problem of Coincide of in-Catalog Crimes

Oğuzhan Demir* 

ÖZ

Ceza muhakemesi sisteminde yapılan majör değişikliklerin, uygulamada gerek sistemin diğer müesseseleri ile gerek maddi ceza hukuku kurumlarıyla çelişmesi oldukça muhtemeldir. Seri muhakeme usulünün tatbik edilmeye başlanmasıyla birlikte birçok tartışma gündeme gelmiş ve bu usul, muhakeme ilkeleri ve hâkim/savcı konumu gibi birçok açıdan ele alınmıştır. Bahsi geçen tartışmalardan bir tanesi de suçların, zincirleme şekilde veya birlikte işlenmesi halinde nasıl bir yol izleneceğidir. Bu doğrultuda CMK m. 250'de düzenlenen bu özel usulün, sistemle bütünleştirilmesi ve ortaya çıkan sorunların çözümü amacıyla ilgili hükümde bazı değişiklikler yapılmıştır. Ancak hükümde iyileştirme amacıyla yapılan bahse konu bu tadilat, başka problemleri ortaya çıkarmıştır.

Anahtar Kelimeler: Seri Muhakeme Usulü, Talepname, Katalog Suçlar, İctima Uygulaması, Hukuki Kesinti.

ABSTRACT

Major amendments made to the system of criminal procedure, in the practice, are very likely to conflict with other institutions of the said system as well as that of the substantive criminal law. With the implementation of the serial judgement procedure, many discussions have come to the fore, some of which regarded the principles of procedure and positions of judges and prosecutors. One of these discussions concerns the occasions where the crime in question is a successive offence, or coincide of offenses. Based on such debates, certain amendments were introduced to the Article 250 of the Turkish Code of Criminal Procedure, the provision that lays down the specifics of this distinctive procedure, in order to integrate it with the system of criminal procedure, and to solve the problems faced by then. Yet, these amendments, which had been devised to resolve then existing challenges, brought about brand new conundrums

Keywords: Serial Judgement Procedure, Requisition, In-Catalog Offences, Implementation of Aggregation of Offenses, Legal Interruption.

* Araştırma Görevlisi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0001-5731-4367.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Oğuzhan Demir

E-posta/E-mail: oguzhandemir@istanbul.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 01.09.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 24.11.2022

GİRİŞ

Türk ceza muhakemesi hukuku 2019 yılı itibarıyla, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu dönemindeki ceza kararnamesi usulünden sonra benzeri bir muhteviyatı haiz bir usul olan seri muhakeme usulüyle tanışmıştır. Seri muhakeme usulü, birtakım şartların varlığı halinde soruşturma evresinin sonunda gündeme gelen ve uygulanma zorunluluğu bulunan özel bir muhakeme usulüdür. Cumhuriyet savcısı, katalog suçlar açısından kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar vermediği takdirde belirli nitelikleri haiz olan şüpheliye kendisine ulaşılabilmesi kaydıyla usul hakkında bilgilendirme yaparak müdafî huzurunda teklif yapar. Teklifin kabul edilmesi halinde gerekli unsurlara yer verilerek bir belgeyle görevli mahkemeden talepte bulunulur. Mahkeme, şüpheliyi dinledikten sonra talepnameye ilişkin karar vererek hüküm kurar ve süreç tamamlanmış olur. Fakat tüm bu süreçte bazı sorunların ortaya çıkması oldukça muhtemeldir. Bu sorunlardan bir tanesi de suçların çokluğu halidir.

Seri muhakeme usulü çerçevesinde CMK m. 250’de yer alan katalog suçlardan birisi, birden fazla kez işlenebileceği gibi bu suç, kataloğa dâhil olan veya olmayan bir diğer suç ile birlikte de işlenebilir. Hükümün ilk halinde mezkûr durumlar açısından Cumhuriyet savcısının ne şekilde hareket edeceği normatif olarak düzenlenmemiştir. Keza CMK m. 250’nin uygulanmasındaki usul ve esasların belirlenmesi amacıyla çıkarılan *Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliği*’nde de herhangi bir yönlendirmeye yer verilmemiştir. Bu doğrultuda bazı sorunlar ortaya çıkmakta ve uygulamada yeknesaklık sağlanamamaktaydı.

2021 yılında 7331 sayılı *Ceza Muhakemesi Kanunu Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun* ile CMK m. 250’de yapılan değişikliklerle birlikte zincirleme suç halinde ve katalog suçların katalog dışı suçlarla birlikte işlenmesi durumunda gerçekleştirilecek uygulamalara normatif bir nitelik kazandırılmıştır. Ancak bu düzenlemeyle daha farklı problemler doğmuştur. Bunlar; değişiklik öncesi dönemde birden fazla işlenen suçların muhakemesinde ve katalog içi suçların birlikte işlenmesi durumunda uygulamanın ne şekilde gerçekleşmesi gerektiği hususlarıdır.

Çalışmamızda öncelikle katalog suçlarda zincirleme suçun, değişiklik öncesi ve sonrası durumu incelenecek ve ortaya çıkan/çıkabilecek problemler çözülmeye çalışılacaktır. Yine katalog suçlar açısından aynı neviden fikri içtima müessesesi ele alınacaktır. Akabinde katalog suçların, katalog dışı suçlarla içtima durumu ve özellikle *birlikte işlenme* ibaresi tetkik edilecektir. Nihai olarak katalog içi suçların birlikte işlenmesi durumunda uygulamanın ne şekilde icra edileceği değerlendirilecektir.

I. SERİ MUHAKEME USULÜNDE BİRDEN FAZLA AYNI SUÇ AÇISINDAN İÇTİMA

A. ZİNCİRLEME SUÇ UYGULAMASI

Türk Ceza Kanunu ve özel kanunlarda yer alan bazı suçlar açısından kamu davası ertelenmesine karar verilmiyorsa, tedrici olacak şekilde, seri muhakeme usulünün uygulanabileceği kabul edilmiştir¹.

1 Mustafa Ruhan Erdem ve Candide Şentürk, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Kurum Olarak Seri Muhakeme Yöntemi’ (2019) 14(41) Ceza Hukuku Dergisi 573, 586; Gülsün A. Aygörmüş ve Mehmet Korkmaz, *Ceza Muhakemesi*

Bu suçların bazıları açısından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün olduğundan talepname hazırlanırken ne şekilde hareket edileceği 2021 yılına kadar belirlenmemiştir. Zira mezkûr müessese açısından herhangi bir ictima düzenlemesine yer verilmemiş ve Cumhuriyet savcısının, yaptırımı belirlerken yalnızca TCK m. 61/1'deki ölçütleri esas alacağı kabul edilmişti. Esasında büyük bir çoğunluğu mağduru belirli olmayan bu katalog suçlar açısından CMK m. 250'de yapılan son değişiklikle² birlikte zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilmiştir.

1. 7331 SAYILI KANUN ÖNCESİ

Gerekli şartların varlığı halinde uygulanması zorunluluk arz eden mevzubahis usul açısından yaptırımın belirlenmesi noktasında olası kast indirimi veya bilinçli taksir artırımı, teşebbüs, zincirleme suç ve haksız tahrik gibi kurumların varlığından söz edilebilse dahi bu kurumlar, Cumhuriyet savcısı tarafından dikkate alınmayacaktır³. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere yalnızca TCK m. 61/1'deki ölçütlere göre yaptırım belirlenecektir. Seri muhakeme usulünün uygulanmaya başlamasıyla birlikte yaklaşık on dokuz aylık süreçte düzenlenen talepnamelerde zincirleme suç hükümleri göz önünde bulundurulmamıştır⁴.

7331 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesine kadar doktrinde bir görüş, zincirleme suçun varlığı halinde bu suçların, genel soruşturma usulüne tabi olduğu kanaatindeydi⁵. Başka bir görüş ise tek bir fiil açısından ceza hesaplamasının yapılacağı ancak zincirleme suç artırımının gerçekleşemeyeceğini kanaatine varmıştır⁶. Diğer bir görüşe göre ise hükümde herhangi bir düzenleme olmamasından mütevellit zincirleme suçlar açısından ayrı ayrı talepname oluşturulması gerektiği ancak bu durumun da adaletsiz sonuçlar doğuracağı ileri sürülmüştür⁷. Nitekim bu görüş, TCK m. 43'ün şartlarının oluşması halinde seri muhakeme usulünün uygulanmamasına yönelik düzenleme yapılabileceğinden bahsetmiştir⁸.

Hukukunda Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulü Muhakeme Stratejileri (On İki Levha, 2021) 8; Muhammed Emre Tülay, 'Seri Muhakeme Usulü (CMK m. 250)' (2020) 85(2) İzmir Barosu Dergisi 117, 120-121; Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. Bası, Seçkin 2022) 582; Öznur Sevdiren, 'Adil Yargılama Hakkı Bağlamında Seri Muhakeme Usulü Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler' (2020) 15(189-189) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 585.

2 7331 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi: 08/07/2021, [RG: 14/07/2021-31541].

3 Hakan Yavuz, *Ceza Muhakemesinde Kovuşturmaya Alternatif Yöntemler* (Adalet, 2020) 268; Ayşe Özge Atalay, 'Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Usulü ve Mukayeseli Hukuktaki Benzer Usuller' (2020) 0(2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 653, 674.

4 Enes Kocakale, 'Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü' (Yüksek Lisans Tezi Kırıkkale Üniversitesi 2021) 96.

5 Hüsnü Aldemir, *Ceza Yargılamasında Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri* (2. Bası, Adalet 2020) 39-40; Seyfettin Çağlar, 'Seri Muhakeme Usulü' (Yüksek Lisans Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi 2021) 45.

6 Karakehya ve Tunçer (n 6) 105.

7 Abdullah Batuhan Baytaz, 'Seri Muhakeme Usulü' (2020) 8(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 227, 246-247; Kocakale (n 5) 96. Benzer yönde eleştiri için bkz: Hakan Karakehya ve Asuman İnce Tunçer, *Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama* (Adalet, 2021), 104-105.

8 Baytaz (n 6) 247; Kocakale, (n 4) 97.

Bu başlık çerçevesinde ele alınması gereken bir başka husus, yapılan değişiklik⁹ öncesi zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına elverişli olan dosyalar açısından değişiklikte birlikte ne şekilde hareket edilmesi gerekliliğidir¹⁰. Başka bir ifadeyle 7331 sayılı Kanun'a kadar teselsül etmiş suçlar açısından TCK m. 43/1 mi uygulanacak yahut bu hüküm göz önünde bulundurulmadan mı süreç tamamlanacaktır? Örneğin, 2019 ve 2021 yılları arasında ruhsatsız olarak işlettiği kahvehanenin mühürlenmesine rağmen her defasında mührü bozarak faaliyetlerine devam eden fail açısından 7331 sayılı Kanun sonrası nasıl bir uygulama yapılacaktır?

Kanaatimizce yukarıdaki tartışma açısından TCK m. 7/2'de öngörülen lehe uygulama ilkesi ekseninde bir değerlendirme yapılmalıdır. Zira seri muhakeme usulü, karma bir nitelik arz etmekte olup hüküm kurulurken etki ettiği kurum açısından maddi ceza hukuku¹¹; soruşturma açısından olumlu bir muhakeme şartı olması bakımından ise muhakeme hukuku özellikleri taşımaktadır¹². Bu suretle somut olay çerçevesinde 7331 sayılı Kanun'un öncesi ve sonrası ele alınarak karşılaştırma yapılmalıdır. Bu karşılaştırma yapılırken önceki ve sonraki bütün hükümler olaya ayrı ayrı uygulanır ve akabinde ortaya çıkan sonuçlardan lehe olanı bulunur¹³. Aynı örnek üzerinden açıklama yapılacak olursa 7331 sayılı Kanun öncesinde teselsüldeki suçlar açısından ya ayrı ayrı talepname düzenlenecek yahut genel soruşturma usulüne göre soruşturma ve kovuşturma yapılarak zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

Somutlaştırılacak olursa mühür bozma fiilinin üç defa icra edildiği ve her bir fiil açısından alt sınırdan cezanın belirlendiği varsayımında ilk ihtimalde; altı aylık hapis cezası üzerinden ayrı ayrı talepname düzenlenecek ve bu cezalarda yarı oranında indirim yapılacaktır. İkinci ihtimalde ise genel soruşturma usulü sonrası alt sınırdan uzaklaşarak bir yıllık hapis cezasına hükmedilebilecek ve bu ceza, dörtten birinden dörtte üçüne kadar arttırılabilecektir¹⁴. 7331 sayılı Kanun sonrasında ise seri muhakeme usulüne dayalı olarak Cumhuriyet savcısı, alt sınırdan uzaklaşarak bir yıllık hapis cezasını dörtten birinden dörtte üçüne kadar arttıracak ve nihayetinde yarı oranında indirim uygulayacaktır.

2. 7331 SAYILI KANUN SONRASI

CMK m. 250/4'ün meri halinde “...koşulları bulunduğu takdirde zincirleme suça ilişkin hükümler uygulandıktan sonra...” düzenlemesine yer verilmiş ve katalog içi suç açısından zincirleme suça ilişkin şartların sağlanması halinde ceza artırımı yapılabileceği kabul edilmiştir. Bu değişikliğin gerekçesinde ise “...uygulamada zincirleme suçlarda seri muhakeme usulünün uygulanıp uygulanmayacağı

9 Bkz: Aşağıda I, A, 2.

10 Zira seri muhakeme usulünün yürürlüğe girmesinden itibaren 2021 yılındaki düzenlemeye kadar açılan dosyaların tamamı kesinleştirilmemiştir.

11 Yavuz Erdoğan, ‘Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü’ 2020 18(209) Legal Hukuk Dergisi 1995.

12 Karakehya ve Tunçer (n 6) 18-19; Tülay (n 1) 118.

13 İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Bası, Seçkin 2021) 144-146; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Bası, Seçkin 2021) 80-81.

14 Belirlenen cezalar açısından uygulamadaki kararlardan hareketle varsayma dayalı bir tespitte bulunulmuştur.

konusunda yaşanan tereddütlerin giderilmesi amaçlanmaktadır." şeklinde tespitte bulunulmuştur¹⁵. Böylelikle Cumhuriyet savcısı ilgili suç açısından öncelikle TCK m. 61/1'deki ölçütlerden hareketle *bir ceza* belirleyecek, akabinde bu cezada *dörtte birinden dörtte üçüne* kadar olabilecek şekilde bir artırımı yapacak ve nihayetinde seri muhakeme usulünün imkân tanıdığı *yarı oranında indirim*i gerçekleştirerek yaptırımı belirleyecektir¹⁶. Örneğin, farklı zamanlarda bahis oynama amacıyla yasadışı olan araba yarışlarına katılan bir kimse açısından trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu (TCK m. 179/2) çerçevesinde talepname düzenlenecek olması halinde ilk olarak *üç ay ile iki yıl* arasında bir ceza belirlenecektir¹⁷. Bu cezada ise TCK m. 43 gereği artırımı yapılacak ve nihayetinde yarı oranında indirimle süreç tamamlanmış olacaktır.

Seri muhakeme usulüne tabi bir suç açısından hukuki kesintinin varlığı halinde ne şekilde hareket edileceği belirsizdir. Somutlaştırmak gerekirse zincire tabi suçlardan birisi açısından talepname düzenlenmişse bu takdirde hukuki bir kesintiden söz edilecek midir? Genel soruşturma usulü açısından Yargıtay kararlarına bakıldığında ilgili suça ilişkin olarak iddianamenin düzenlenmiş olması, hukuki bir kesinti yaratmakta olup iddianame düzenlenilen ilgili fiil/fiiller ile bu belgenin düzenlenmesinden sonraki fiil/fiiller arasında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını engelleyecektir¹⁸. Bu noktada Cumhuriyet savcısı tarafından önceki fiil/fiiller açısından talepname düzenlenmesi halinde kesintiden söz edebilmek için kanaatimizce taleptamenin hukuki niteliği değerlendirilmelidir.

Talepname, gerekli şartların varlığı halinde Cumhuriyet savcısı tarafından hazırlanarak birtakım hususları içeren ve görevli/yetkili mahkemeye sunulan bir belgedir¹⁹. Soruşturma konusu fiil ile faili, isnat olunan hükümleri ve hatta uygulanacak yaptırımı kapsamasından mütevellit, iddianameyle oldukça benzerlik gösteren taleptamenin hukuki niteliği tartışmalıdır. Talepname; ilk görüşe göre iddianame ile aynı nitelikte iken²⁰; ikinci görüşe göre iddianame yerine geçen belgeyle benzerdir²¹.

15 Bkz: 7331 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Adalet Komisyon Raporu m. 22, T: 28. 06. 2021, Dönem: 27, Yasama Yılı: 4, Erişim Tarihi: 06. 06. 2022.

16 Ozancan Belci, *Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü* (Yetkin, 2021) 123.

17 2021 yılında yayınlanan istatistiklerde seri muhakeme usulü açısından Türkiye genelindeki dosyaların %66'sından fazlasını oluşturan suç, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçudur (TCK m. 179/2-3).

18 "...Yapılmakta olan soruşturma sonucunda toplanan delillerin failin suçu işlediği yönünde yeterli şüphe oluşturmaya üzerine Cumhuriyet savcısınca şüpheli hakkında CMK'nın 170. maddesi uyarınca iddianamenin düzenlenmesiyle hukuki kesinti oluşmaktadır. İddianamenin düzenlenmesiyle olaylar arasında hukuki kesinti olduğundan iddianamenin düzenlenmesinden sonra devam eden eylemler ise başka bir ceza soruşturmasının konusunu oluşturacaktır. Başka bir anlatımla sanık hakkında iddianame düzenlendikten sonra, sanık tarafından aynı suçun tekrar işlenmesi durumunda, yeni ve ayrı bir suç söz konusu olacaktır.", Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E 2019/438 K 2021/305, 24. 06. 2021. Benzer yönde kararlar için bkz: Yargıtay 9 CD, E 2020/1447 K 2020/164, 01. 06. 2020; Yargıtay 9 CD, E 2021/198 K 2021/2260, 14. 04. 2021.

19 Sertaç Işıka, 'General Evaluation of Serial Trial Procedure in Turkish Criminal Procedure Law' (2021) 16(45) Ceza Hukuku Dergisi 157, 169; Zahit Yılmaz ve Özge Apış, 'Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi' (2020) 26(1) 2020, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 62, 78; Ercan Yaşar, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü", (2020) 0(65) 2020 Adalet Dergisi 255, 23.

20 Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (9. Bası, Seçkin 2021) 874; Yavuz, (n 3) 287.

21 Sevdiren (n 1) 597; Taşkın (n 22) 62; Enes Köken, 'Soruşturma Evresinin Kör Noktası: İddianame Yerine Geçen Belge' (2021) 16(174) Terazi Hukuk Dergisi 250, 260. Ancak yazar, eserinde taleptamenin asıl olarak karma bir özellik taşıdığını ifade etmiştir.

Başka bir görüşe göre bu belge, *sui generis* nitelik taşımaktadır²². Diğer bir görüşe göre ise ceza kararnamesi niteliği arz etmektedir²³. Kanaatimizce talepname; delilleri içermemesi sebebiyle iddianameden; dava açma özelliği taşımamasından ötürü ceza kararnamesinden ve savcılık tarafından düzenlemesi sebebiyle iddianame yerine geçen belgeden farklılaşmakta ve kendine özgü bir nitelik taşımaktadır²⁴.

Hukuki kesinti; af, mahkûmiyet veya düşme kararı gibi çoğu zaman bir aşamayı sonlandıran muhakeme işlemlerinin, suç işleme kararını farazi olarak ortadan kaldırmasıyla teselsüle ket vurmasıdır²⁵. Fonksiyonel olarak talepname düzenlenmesinin de bir makamın kendi yükümlülüğünü tamamlama işlemi olduğu ifade edilebilir²⁶. Bu suretle kanaatimizce tıpkı genel soruşturma usulünde olduğu gibi seri muhakeme usulü açısından da Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenen belge ile hukuki kesintinin gerçekleşeceği kabul edilmelidir. Ancak yönetmelikte şüphelinin aynı gün mahkemeye yönlendirileceği²⁷ ve uygulamada sürecin, amacına uygun bir şekilde oldukça hızlı tamamlanmasından ötürü bu minvaldeki bir sorunun gündeme gelmesi oldukça düşük ihtimaldir. Nihayetinde tamamlanmış bir seri muhakeme sürecinden sonra gerçekleştirilen fiiller açısından da zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağını ifade etmek gerekir.

B. AYNI NEVİDEN FİKRİ İÇTİMA

Aynı neviden fikri içtima, tek fiille aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi olup failin cezasını dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılması sonucunu doğurur²⁸. Lakin aynı neviden fikri içtimadan söz edebilmek için fiil, farklı konular üzerinde gerçekleşmelidir²⁹. Seri muhakeme usulünün uygulanabilmesi mümkün olan suçlar incelendiğinde Türk Ceza Kanunu'ndan seçilen suçların çoğunluğunun, topluma ve devlete karşı suçlar başlıkları altında düzenlenmekte olduğu görülmektedir³⁰. Belirlenen suçların neredeyse tamamının, gerçek kişilere karşı işlenemeyeceği³¹ ve mezkûr suçların, mağdurlarının toplumu oluşturan herkes olduğu kabul edilmektedir³². Yine

22 Belci (n 13) 134; Yılmaz ve Apış (n 16) s. 64. Taşkın'a göre talepname, hüküm yerine geçen belge olarak ifade edilebilir. Bkz: Şaban Cankat Taşkın, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulü* (Adalet, 2020) 20.

23 Baytaz (n 6) 258.

24 Belci (n 13) 133-134.

25 "...mahkûmiyet hükmü, şikayetten vazgeçme üzerine verilen düşme kararı ve af yasasında olduğu gibi iddianamenin düzenlenmesi de hukuki kesinti oluşturmaktadır.", Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E 2012/1244 K 2012/1775, 18. 09. 2012.

26 Kocakale (n 4) 29; Çağlar (n 5) 87.

27 **Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliği Madde 10/9** – Şüphelinin teklifi müdafî huzurunda kabul etmesi halinde şüpheli, aynı gün mahkemeye yönlendirilir.

28 Neslihan Göktürk, 'Suçların İçtima', (2014) 2(1-2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 44; Özgenç (n 10) 688; Koca ve Üzülmüş (n 10) 540.

29 Göktürk (n 28) 55; Özgenç (n 10) 688; Koca ve Üzülmüş (n 10) 541.

30 Mustafa Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (5. Basi, Adalet 2020) 969.

31 Yenisey ve Nuhoglu (n 17) 876; Aygörmüş ve Korkmaz (n 1) 11; Yavuz (n 3) 252.

32 Bu suçları, mağdursuz suçlar olarak adlandıran görüş için bkz: Yenisey ve Nuhoglu (n 17) 872.

katalogda yer alan ve özel kanunlarda düzenlenen suç tipleri bakımından da mağdurun belirli bir kimse olmadığının ifade edilmesi mümkündür³³.

Yukarıdaki ifadenin aksine değerlendirmede bulunulabilecek suç tipleri açısından ise doktrinde tartışmalar bulunmaktadır³⁴. Örneğin, başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçu çerçevesinde bir görüşe göre mağdur, kimlik bilgileri kullanılan gerçek kişi iken³⁵; diğer görüşe göre adliye veya adli mekanizmadır³⁶. Yine gürültüye neden olma suçu açısından belirlenebilir kişilerin de mağdur olabileceği ifade edilmiştir³⁷. CMK m. 250/8-b ve CMSMY m. 12/1-b'de "*mağdur veya suçtan zarar görenlerin kimliği...*" ibaresine yer verilmiştir. Mevzubahis ibareden kanun koyucunun, bazı suçlar açısından gerçek kişilerin mağdur olabileceğini kabul ettiği anlaşılabileceği gibi bu düzenlemelerin, kataloğa sonradan eklenecek suçlar açısından da getirilmiş olabileceği şeklinde de yorum yapılabilir.

CMK m. 250/1'de yer alan suç tipleri, toplumu oluşturan herkese karşı işlenen suçlardan olmasından mütevellit bu suçlar tek bir fiille birden fazla kez işlenemeyecektir³⁸. Mağdur yönünden tartışmalı olan suçlar bakımından ise suçların konusu sebebiyle tek fiille, birden fazla aynı suç işlenemeyecektir. Örneğin, tek fiille birden fazla su arkının yolunun değiştirilmesi mümkün gözükmemektedir³⁹. Yine bir kimse, kendisi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla doğası gereği aynı anda iki farklı kişiye ait kimlik bilgilerini kullanamayacaktır. Bu suretle kanaatimizce meri düzenlemedeki katalog suçlar açısından aynı neviden fikri iktimain uygulanabilmesi mümkün gözükmemektedir.

II. SERİ MUHAKEME USULÜNDE FARKLI SUÇLAR AÇISINDAN İCTİMA

A. KATALOG DIŞI SUÇLARLA BİRLİKTE İŞLENMESİ

Seri muhakeme usulünün amacı, ispatlanması nispeten daha kolay olan suçlar açısından sürecin hızlı bir şekilde tamamlanması⁴⁰ olsa da bazı hallerde CMK m. 250/1'de yer alan suçlar, başka bir

33 Baytaz (n 6) 238; Işıka (n 16) 163. Bu suçların uygulamada çokça karşılaşılan suç tipleri olmadığı yönünde bkz: Gökhan Taneri, *Seri Muhakeme Usul-Şartlar-Suçlar ve Hüküm ve Basit Yargılama Usulü* (2. Bası, Seçkin 2021) 99.

34 Bu suçlar; hakkı olmayan yere tecavüz (154/2-3), genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması (TCK m. 170), ve başkasına ait kimlik ve kimlik bilgilerinin kullanılmasıdır (TCK m. 268).

35 Kocakale (n 4) 71; Çağlar (n 5) 43.

36 Mustafa İberyay Arıkan, 'Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçu' (2016) 65(4) Ankara Barosu Dergisi 1061, 1074; Sevdiren (n 1) 586-587.

37 Beşir Babayiğit ve Abdullah Enes Karacan 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri', (2020) 8(16) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 863.

38 "...Aynı neviden fikri iktimadan söz edilebilmesi için 1 – Hareket ya da fiilin hukuki anlamda tek olması, 2 – Birden fazla suçun işlenmiş olması, 3 – İşlenen birden fazla suçun "aynı suç" olması, 4 – Bu suçların mağdurlarının farklı olması gerekmektedir. Bu dört şart birlikte gerçekleştiğinde, faile tek ceza verilecek, ancak bu ceza artırılacaktır.", Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E 2018/33 K 2021/288, 17. 06. 2021, <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 13. 05. 2022. Aynı yönde bkz: Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E 2017/911 K 2021/291, 17. 06. 2021, <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 13. 05. 2022.

39 Esasında TCK m. 154/3 çerçevesinde özel kişilere ait suların mecrasının değiştirilmesi de cezalandırılmaktadır. Bkz: Babayiğit ve Karacan, n(37) 863. Lakin bu noktada asıl tartışma, birden fazla su arkının yolunun değiştirilmesinde elverişli olabilecek tek bir fiilin bulunup bulunamamasıdır. Yine TCK m. 154/2 ve m. 154/3'ün istisnailiğine ilişkin bkz: Taşkın (n 22) 24.

40 Olgun Değirmenci, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü (CMK m. 250)' (2020) Ankara Batı Adliyesi

suçla birlikte işlenmiş olabilir. Örneğin, müteaddit defa ateş ederek bir kimseyi tehdit eden ve genel güvenliği kasten tehlikeye sokan fail açısından farklı neviden fikri içtima gündeme gelecektir. Yine sahte parayı kabul ettikten sonra bu parayla dolandırıcılık suçu işleyen bir kimse açısından iki ayrı fiilden cezalandırma yapılacaktır.

İşte mezkûr örneklerde olduğu gibi günlük hayatta da sıklıkla katalogda yer alan suç ile katalog dışı bir suçun birlikte işlenmesi söz konusudur. Bu nitelikteki somut olaylarda Cumhuriyet savcısı tarafından ne tarz bir uygulama gerçekleştirileceği 2021 yılına kadar normatif olarak düzenlenmemiştir. Böylelikle doktrinde çeşitli görüşler yer almakta ve farklı uygulamalar önerilmekteydi.

1. KATALOG DIŞI SUÇLAR İLE FARKLI NEVIDEN FİKRİ İÇTİMA

Farklı neviden fikri içtima müessesesi gereği failin, tek fiille birden fazla farklı suçu işlemesi ihtimalinde uygulanacak yaptırım, en ağır suç açısından belirlenen ceza olacaktır⁴¹. Seri muhakeme usulünün uygulanmasıyla birlikte katalog bir suçun, katalogda yer almayan bir suçla arasındaki ilişki, farklı neviden fikri içtima niteliğinde ise Cumhuriyet savcısının hangi usule başvuracağı noktasında tereddüt yaşanıyordu. 7331 sayılı Kanun ile getirilen değişikliğe kadar doktrinde ağırlık görüş, failin yalnızca cezası daha ağır olan suçtan dolayı cezalandırılacağını belirterek muhakemenin, genel usule göre ilerlemesi gerektiği kanaatine varmıştır⁴². Diğer görüşe göre CMK m. 250'de bir istisnaya yer verilmemesi ve her bir suçun esasında bağımsızlığını koruduğu gerekçeleriyle katalog suç açısından seri muhakeme usulü uygulanacak, kataloga girmeyen suç açısından ise genel usule göre süreç tamamlanacaktır⁴³.

Örneğin, illegal bir şekilde kumarhane işleten bir kimsenin, aynı zamanda bu mekânın muhtelif yerlerini uyuşturucu kullananlara tahsis etmesi halinde tek fiille hem kumar oynanması için yer sağlama hem de uyuşturucu madde kullanılmasını kolaylaştırma suçları işlenmiş olacaktır. Bu durumda birinci görüşe göre iddianame düzenlenerek kovuşturma sonucunda yalnızca uyuşturucu madde kullanılmasını kolaylaştırma suçundan dolayı ceza verilmesi gerekir iken; diğer görüşe göre kumar oynanması için yer sağlama suçundan talepname, uyuşturucu madde kullanılmasını kolaylaştırma suçundan ise iddianame düzenlenmesi şeklinde uygulama gerçekleştirilmeliydi⁴⁴.

7331 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte CMK m. 250/11'e "*Seri muhakeme usulü, bu kapsama giren bir suçun, kapsama girmeyen başka bir suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde*

Dergisi 16, 17; Yenisey ve Nuhoglu (n 17) 874; Yavuz (n 3) 252; Şahin ve Göktürk (n 1) 580. Suçların katalog şeklinde belirlenmesine yönelik eleştiri için bkz: Erdoğan (n 11) 2030.

41 Göktürk, (n 28) 45; Özgenç (n 10) 694-696; Koca ve Üzülmüş (n 10) 550.

42 Karakehya ve Tunçer (n 6) 107; Tülay (n 1) 125; Yaşar (n 16) 263; Aldemir (n 5) 36; Çağlar (n 5) 45. Babayiğit ve Karacan (n 37) 862. Özen ise yalnızca sorunu tespit etmekle yetinmiştir. Bkz: Özen, (n 40) 972.

43 Değirmenci, Seri Muhakeme Usulü (n 34) s. 20; Atalay (n 3) 667; Baytaz (n 6) 246. Ancak Baytaz, bu durumda seri muhakeme usulünden beklenen faydanın sağlanamayacağını ifade etmiştir. Bkz: ibid. *Işıka* ise bu aşamada artık seri muhakeme usulünün uygulanma zorunluluğu olmadığını ve genel muhakeme usulüne başvurulması gerektiği kanaatindedir. Bkz: Işıka (n 16) 167.

44 Taneri (n 29) 50.

uygulanmaz.” şeklinde bir cümle eklenmiş olup bu değişikliğin gerekçesi, “*uygulamada yaşanan sorunların önüne geçmenin amaçlanması*” olarak ifade edilmiştir⁴⁵. Artık farklı neviden fikri içtima halinde katalog dışı suç, katalog suçu beraberinde götürecektir ve CMK. 250’nin zorunluluğunu ortadan kaldırmış olacaktır. Böylelikle yukarıdaki örnek açısından genel soruşturma usulü takip edilecek ve kovuşturma sonrasında yalnızca uyuşturucu madde kullanılmasını kolaylaştırma suçundan ceza verilecektir. Nihayetinde mezkûr değişiklik öncesi gerçekleştirilen fiil açısından ne şekilde hareket edileceği değerlendirilmelidir. Burada lehe olan kanunun uygulanması kuralından mütevellit genel soruşturma usulü izlenmelidir. Zira yalnızca en ağır cezayı gerektiren suçtan verilecek ceza, bir suç açısından talepname düzenlemesi diğer suç açısından iddianame düzenlenmesi sonucu uygulanacak cezalara nazaran failin lehine sonuç doğurmaktadır.

2. KATALOG DIŞI SUÇLAR İLE GERÇEK İÇTİMA

Ceza hukukunda failin fiilinin, tek olmadığı durumlarda fikri içtima gündeme gelmeyecek ve işlenen her suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırma yapılacaktır. Her ne kadar işlenen suçlar arasında fiil tekliği açısından bir ilişki olmasa da muhakeme hükümleri gereği bir birliktelikten söz edilebilir. Meri düzenlemeye göre seri muhakeme usulünün kapsamında olmayan bir suçun, katalog suçla birlikte işlenmesi sonucunda tüm suçların genel usule göre soruşturulup kovuşturulacağı kabul edilmektedir. Lakin suçlar arasındaki birlikteliğin, nasıl bir nitelik arz ettiği izaha muhtaçtır. Bu suretle mezkûr düzenlemede yer alan “*birlikte işlenme*” ibaresinin; salt fikri içtimayı mı nitelendirdiği yahut bir tür bağlantıyı mı karşıladığı değerlendirilmelidir⁴⁶.

CMK’da *suçların birlikte işlenmesi* ibaresini içeren hükümlerin gerekçeleri incelendiğinde herhangi bir açıklamaya rastlanmamaktadır. Doktrinde ilgili ibarenin yorumlanması açısından uzlaştırma kurumundaki 2019 öncesi düzenleme önerilmiş yahut esas alınmış⁴⁷ ve bu düzenlemeye yönelik yapılan değerlendirmelere paralel bir sonuca varılmıştır⁴⁸. Fakat bu değerlendirmeler, birbirinden farklı sonuçlar doğurmaktadır. Bir görüş, araç-amaç suç ilişkisini veya geniş anlamda bağlantının varlığı yeterli görmektedir⁴⁹. Diğer bir görüşe göre mevzu bahis ibarenin, görünüşte ve fikri içtimayı karşıladığı kabul edilmelidir⁵⁰. Basit yargılama usulüne ilişkin düzenleme çerçevesindeki bir başka

45 “...*bu kapsama giren bir suçun, kapsama girmeyen başka bir suçla birlikte işlenmiş olması*” ifadesinin değerlendirilmesi bakımından bkz: Aşağıda II, A, 2.

46 CMK m. 250/11’in son cümlesi, uygulamada yaşanan sorunların sona erdirilmesi amacıyla getirilmiştir. Bu düzenlemenin CMK m. 250’in ilk halinde yer almama gerekçesi açısından akla ilk olarak yeni bir uygulamada ortaya çıkabilecek problemlerin öngörülebilmesi gelebilecek olsa da kanaatimizce bu varsayım isabetli değildir. Zira mevzu bahis usulle aynı anda yürürlüğe giren ve bir kovuşturma usulü olan basit yargılama usulünün düzenlendiği CMK m. 251/8’de açıkça kapsama giren bir suçun, kapsama girmeyen başka bir suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde genel usulün izleneceği açıkça kabul edilmiş ve gerekçesinde uygulamada yaşanan sorunların önüne geçmenin amaçlandığı belirtilmiştir. Lakin hem CMK m. 250 hem de m. 251 birlikte incelendiğinde “birlikte işlenme” ibaresinin kapsamı anlaşılamamaktadır.

47 CMK m. 253/4 – ...*Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte aynı mağdura karşı işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz.*

48 Olgun Degirmenci, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü (CMK m.251-252)’(2020) 15(161) Terazi Hukuk Dergisi 36, 44; Yavuz (n 3) 254; Yılmaz ve Apiş (n 16) 97; Çağlar (n 5) 46.

49 Erdal Yerdelen v.d., *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, (Adalet 2018) 160.

50 Bahri Öztürk, ‘7188 sayılı Kanunla Getirilen Ceza Muhakemesi Hukukuna İlişkin Yeni Düzenlemelere Toplu Bakış’ iç

görüş ise suçlar arasında aynı olay ekseninde ve zaman-mekân ölçütü çerçevesinde fiili bir bağlantının varlığını aramaktadır⁵¹.

Yargı kararlarına bakıldığında *Yargıtay 4. Ceza Dairesi*; zamansal anlamda sıkı yakınlığın, birliktelik açısından bir zorunluluk olduğunu kabul ederken⁵² *Ceza Genel Kurulu*, ilgili ölçüt bakımından yalnızca zamansal ve mekânsal yakınlıktan söz etmiş ve herhangi bir sınırlama getirmemiştir⁵³. Yine *basit yargılama usulünde birlikte işlenmiş olmama koşulu* açısından 2021 tarihli bir ceza dairesi kararının *Karşı Oy* gerekçesinde ise yoğunluğu önem taşımaksızın suçlar arasında irtibatın bulunması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁴.

Gerek doktrindeki görüşler gerek yargı kararları incelendiğinde istikrarlı bir uygulamadan söz edilememektedir. Kanaatimizce *suçların birlikte işlenmesi* ibaresi bakımından ilk olarak *ceza muhakemesi anlamında tek fiil* gündeme gelmelidir. Burada öncelikle vurgulamak gerekir ki maddi ceza hukukundaki fiil ile ceza muhakemesi anlamında fiil⁵⁵ farklı anlamlar arz etmektedir⁵⁶.

Murat Balcı v.d. (edr), *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer 102 Yaşında Tebliğler-Panel* (Adalet 2020) 105; Uğur Aşkın, Veysel Topuz ve Burak Bilge, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, (3. Bası, Adalet 2021) 233.

51 Mahmut Koca, ‘Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama Usulü’ (2020) 7(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 173, 181; Zafer İçer, ‘Basit Yargılama Usulü(CMK m.251, 252)’ (2020) 12(125) Fasikül Hukuk Dergisi, 6, 10.

52 “Suçların birlikte işlenip işlenmediği hususunun, suçlar arasında bağlantı bulunup bulunmadığı hususundan farklı olduğu kuşkusuzdur. Somut olayda, sanığın katılana önce telefonda hakarete bulunduğu, bu olaydan bir saat sonra ise katılanın yanına giderek tehditte bulunduğu ileri sürülmüş, yargılama sırasında hakaret suçundan beraat kararı verilmiş, tehdit suçundan ise mahkumiyet hükmü kurulmuştur. Her iki olayın meydana geliş biçimi, meydana geldiği yerler ve olaylar arasındaki zaman aralığı nazara alındığında eylemler arasında bağlantı olduğu ancak birliktelik bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu halde suçlar birlikte işlenmediğinden...”, Yargıtay 4 CD, E 2018/7983 K 2019/1023, 24. 01. 2019, <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 17. 05. 2022. Benzer yönde bkz: Yargıtay 4 CD, E 2018/4424 K 2018/15161, 20. 09. 2018; Yargıtay 4 CD, E 2019/2301 K 2019/9622, 22. 05. 2019, <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 17. 05. 2022.

53 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E 2018/112 K 2018/635, 13. 12. 2018, <http://www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 17. 05. 2022.

54 “...birlikte işlenmesi kavramından söz edilebilmesi için bu usule tabi suç ile tabi olmayan suç arasında az ya da çok bir irtibatın varlığı aranmalıdır. Suçların birlikte işlenip işlenmediğini belirlemek için, suçların nitelikleri, işleniş biçimleri, zamani, işlendiği yer bir bütün halinde değerlendirilmelidir.”, Yargıtay 10 CD, E 2020/20568 K 2021/2416, 22. 02. 2021, <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 18. 05. 2022.

55 Detaylı bilgi için bkz: Tuba Kelep Pekmez, *Ceza Muhakemesinde Fiil* (On İki Levha 2019) 216.

56 “Fiil kavramı; ceza muhakemesinde ve maddi ceza hukukunda kullanılan ortak bir kavram olmakla birlikte kullanıldığı alana göre içerik olarak farklılık arz etmektedir. Ceza muhakemesi anlamında fiil, uyumsuzluk konusu olay olup, muhakemenin konusunu oluşturan olayın bütününi ifade etmektedir. Maddi ceza hukukunda ise, belirli bir amaca yönelen, kişinin isteğine göre ve iradesine bağlı, dış dünyada etki doğuran icrai yahut ihmali bir insan davranışıdır. Ceza muhakemesindeki fiil, maddi ceza hukuku anlamında tek bir fiilden oluşabileceği gibi birden fazla fiilden de oluşabilir. Bu itibarla ceza muhakemesindeki fiil kavramı, maddi ceza hukukundaki fiil kavramından daha geniş bir içeriğe sahiptir. Bununla birlikte, maddi ceza hukuku anlamındaki tek fiilin, ceza muhakemesinde birden fazla fiili oluşturması mümkün değildir. Ceza muhakemesinde Cumhuriyet savcısı, yapmış olduğu soruşturma sonucunda kaleme aldığı kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar veya iddianame ile uyumsuzluğun konusunu ve sınırlarını ortaya koymaktadır. Ceza muhakemesine konu edilen fiilin aynı olup olmadığının tespitinde de iddianame veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararda belirtilen olaylar bütünüünün esas alınması gerekmektedir. Buna göre fiilin aynı olup olmadığı, iddianame ve kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararda yer alan fiilin işlendiği yer, fiilin süresi, zamanı, kullanılan araçlar, kullanılma biçimleri belirtilmek suretiyle bireyselleştirilerek ve tanımlanan olaylar göz önünde bulundurularak belirlenecektir. Fiilin aynı olup olmadığının belirlenmesinde Cumhuriyet savcısınca yapılan hukuki nitelendirmenin bir önemi bulunmamaktadır...”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E 2016/984 K 2020/400, 06. 10. 2020, <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 20. 05. 2022.

Ceza muhakemesinde fiil; *zaman, mekân, araç, mağdur, konu ve hareket unsurlarından oluşan olgu/ olaylar silsilesini* ifade eder⁵⁷. Lakin fiilin tekliği tespiti, tek başına yeterli olmayacaktır. Zira CMK'nın ilgili hükümlerindeki “*birlikte*” lafzı, bu usullerin amacıyla birlikte değerlendirilmelidir. Uzlaştırma, seri muhakeme ve basit yargılama usulleri, onarıcı adalet izleri taşıyan ve önemi görece düşük suçlar açısından sürecin daha çabuk ve daha az maliyetli tamamlanması için getirilen yöntemlerdir⁵⁸. Ceza politikası çerçevesinde katalog suçlar, toplum açısından basit bir ihlal niteliği taşısa da⁵⁹ suçların çokluğu halinde kamu düzeninin ihlalindeki tesir artmış olacaktır. Bu suretle kanun koyucu; katalog dışı suçun devreye girdiği durumlarda şüpheli/sanığı, bu yöntemlerden mahrum bırakmak istemiştir⁶⁰. Böylelikle mevzu bahis ibarenin, sübjektif bir anlam da içerdiği ifade edilebilir.

Sübjektif ölçütün ise “*araç-amaç suç ilişkisi*” ekseninde incelenmesi isabetli olacaktır⁶¹. Lakin bunun yanında ceza muhakemesi anlamında fiilden kaynaklı zaman-mekan ölçütü de göz önünde bulundurulmalı ve özel usullerin uygulanamaması için mezkur ölçütlerin kümülatif olarak varlığı tespit edilmelidir.

Böylelikle CMK m. 250 (ve hatta CMK m. 251 ve m. 253) kapsamında ceza muhakemesi anlamında tek fiilin varlığını tespit ettikten sonra suçlar arasında *araç-amaç ilişkisi ve zaman-mekân yakınlığı* aranmalıdır. Bu noktada hâkim tarafından belirlenmesi gereken sübjektif bir bağın, Cumhuriyet savcısı tarafından tespit edilecek olması sebebiyle bir eleştiri getirilebilir. Lakin kanun koyucunun verdiği yetkiyle yaptırımı belirleyebilen süjenin, bu sübjektif bağın varlığını da değerlendirebilmesi çelişki arz etmeyecektir.

Tüm bu açıklamalardan sonra görüş farklılıklarının pratik sonucu şu şekildedir: suçların birlikte işlendiği varsayımında her iki suç da genel usule göre soruşturulup kovuşturulacak, birlikte işlenmediği ihtimalinde ise katalog içi, suç seri muhakeme usulüne; katalog dışı suç, genel usule tabi olacaktır. Örneğin, hasmının yanına giderken üzere ruhsatsız bir silah taşıyan ve hasmını gördüğü anda yaralama fiilini gerçekleştiren fail açısından araç-amaç suç ölçütünden hareketle birlikte işlenmeden bahsedilebilir. Fakat hasmına ulaşmadan önce tesadüfen çıkan kavgada gerçekleştirilen silahla yaralama fiili açısından aynı sonuca varılmayacaktır. Bu durumda ilk örnek açısından her iki suç da genel usule tabi olacak iken; ikinci olayda ruhsatsız silah taşınma fiili seri muhakeme usulüne; kasten yaralama fiili ise genel usule göre soruşturulacaktır.

Nihai olarak bu başlıkta 7331 sayılı Kanun öncesi birlikte işlenen ve gerçek içtima uygulanacak olan suçlar açısından ne şekilde uygulama yapılacağı incelenmelidir. Doğrudan ifade etmek gerekir

57 Kelep-Pekmez (n 49) 250.

58 Öztürk (n 44)101; Baytaç (n 6) 231; İçer (n 45) 6; Aşkın, Topuz ve Bilge(n 44) 28.

59 7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Adalet Komisyon Raporu, Karar Tarihi 07/10/2019.

60 “İtiraz konusu kural uyarınca uzlaşma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması halinde, uzlaşma kapsamına alınmamış olması anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirindedir. Öte yandan, kanun koyucu, farklı hukuksal konumda olan kişileri farklı yaptırımlara tabi tutabilir...”, Anayasa Mahkemesi, E 2013/20 K 2013/50, 12. 05. 2013.

61 Bu ölçütü, birlikteliğin bir türü olarak değerlendiren görüş için bkz: Yerdelen v.d. (n 43) 160.

ki ilgili dönemde işlenen bu suçlar açısından ayrı ayrı usuller işletilmelidir⁶². Bunun nedeni; “*seri muhakeme usulü, bu kapsama giren bir suçun, kapsama girmeyen başka bir suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde uygulanmaz.*” hükmünden kaynaklanan şartın, fail açısından daha aleyhe bir sonuç doğurmasıdır. Diğer bir deyişle normatif bir engelin olmadığı dönemde fail, katalog suç açısından seri muhakeme usulünden yararlanabilecek iken; meri düzenlemeden mütevellit katalog dışı bir suç usulüne muhatap kılınacaktır.

B. KATALOG İÇİ SUÇLARIN BİRLİKTE İŞLENMESİ

CMK m. 250/11’de yapılan değişiklik sonucunda katalog suçların, katalog dışı suçlarla birlikte işlenmesi halinde uygulamada yaşanan sorunların önüne geçilmiş olsa da kanaatimizce bu hükümle yeni bir sorun ortaya çıkmıştır: Katalog içi suçların birlikte işlenmesi halinde ne şekilde hareket edilebilir/edilmelidir? Bu husus çerçevesinde ayrı başlık altında değerlendirmelerde bulunmanın daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. Nihayetinde belirtmek isteriz ki katalog içi suçlara verilecek örneklerde farklı neviden fikri içtima açısından fiilin tek olma hususuna dair mevcut tartışmalara değinilmeyecektir.

III. KATALOG İÇİ SUÇLARIN BİRLİKTE İŞLENMESİ SORUNU

A. NORMATİF BİR DÜZENLEMENİN OLMAMASI

Seri muhakeme usulündeki katalog suçlar incelendiğinde yaklaşık on beş tane suçun, bu usule tabi olduğu anlaşılmaktadır. Günlük hayatta mevzu bahis suçlar, bazen maddi ceza hukuku anlamında tek bir fiil bazen de ceza muhakemesi anlamında tek fiille işlenmiş olabilir. Kanun koyucu, bu haller bakımından herhangi bir normatif düzenlemeye yer vermemiştir.

CMK m. 250’nin ilk halinden 2021 değişikliğine kadar olan süreç açısından bir değerlendirme yapıldığında seri muhakeme usulünde suçların çokluğu durumunun unutulduğu akla gelebilir. Lakin ilgili usulle aynı anda yürürlüğe giren basit yargılama usulü çerçevesinde açıkça bir düzenleme⁶³ yapılması bu ihtimali ortadan kaldırmaktadır. Nitekim 2021 yılında yapılan değişikliğin gerekçesinde de bu hususa yer verilmiştir. Değişiklikle birlikte birden fazla olan suçlardan birisi katalog dışı ise seri muhakeme usulü yokmuş gibi bir süreç izlenmesi söz konusudur.

Seri muhakeme usulü çerçevesinde normatif açıdan asıl eksiklik, katalog suçların çokluğu halinde gerçekleştirilecek uygulamanın belirlenmemesidir⁶⁴. Bu belirsizlik ise oldukça önemli iki sorun yaratmaktadır. Bunlardan birisi, katalog suçların; farklı neviden fikri içtima ilişkisinde tek bir

62 Değirmenci, Seri Muhakeme Usulü (n 34) 20; Atalay (n 3) 667; Tülay (n 1) 125. Aksi yönde bkz: Işıka (n 16) 167; Erdem ve Şentürk (n 1) 587.

63 CMK m. 251/8 – *Basit yargılama usulü, bu kapsama giren bir suçun, kapsama girmeyen başka bir suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde uygulanmaz.*

64 Çağlar (n 5) 73.

talepname üzerinden hareket edilip edilemeyeceği problemidir. İkincisi ise birlikte işlenen katalog suçlarda ayrı ayrı talepname mi düzenleneceği yoksa genel usule mi başvurulacağı sorunudur.

B. BİRLİKTE İŞLENEN KATALOG İÇİ SUÇLARDA ÇEŞİTLİ UYGULAMALAR

1. KATALOG İÇİ SUÇLARDA FARKLI NEVİDEN FİKRİ İÇTİMA

Katalog suçlarda farklı neviden fikri içtima uygulaması açısından bir farazi örnek bir de yargı kararına konu olmuş bir olay üzerinden gitmenin daha anlaşılır olacağı kanaatindeyiz:

“Kooperatifi denetlemeye gelen personel tarafından ticari defterlerin istenmesi üzerine yönetim kurulu üyesi K, gerçekte öyle bir olay olmamasına rağmen “bu belgeler, yakın zamanda çıkan yangında ziyan olmuştur.” şeklinde beyanda bulunarak tutanağı bu şekilde düzenletir.”

“Yapılan denetimde H’nin sahibi olduğu kiraathanede tombala makinası, pullar ve diğer kumar malzemeleri ele geçirilmiştir”.⁶⁵

İlk olay açısından K’nın, tek fiille Kooperatif Kanunu Ek m. 2’de yer alan suçu ve resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunu işlediğinden söz edilebilir⁶⁶. İkinci olayda ise H’nin, 1072 sayılı Kanun’da yer alan suç ile kumar oynanması için yer ve mekân sağlama suçunu gerçekleştirdiği kabul edilebilir⁶⁷. Bu olaylardaki tüm suçlar tek fiille gerçekleşmiş olup CMK m. 250 kapsamında kalmaktadır.

Yukarıdaki olaylarda Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma aşamasının sonunda nasıl bir uygulama gerçekleştirilecektir? Normatif düzenlemenin yoksunluğundan hareketle iki farklı sonucu varılabilir. Bunlar; ayrı ayrı talepname düzenlenmesi ve yalnızca cezası daha ağır olan suçtan tek talepname düzenlenmesidir.

Katalog suçların farklı neviden fikri içtima ilişkisine girmesi halinde kanaatimizce uygulama, şüphelinin lehine olacak şekilde gerçekleştirilmeli ve yalnızca cezası ağır olan suçtan tek talepname düzenlenmelidir. Zira bu suç tipleri açısından sürecin hızlı bir şekilde tamamlanması arzulanmış ve bu doğrultuda bir katalog oluşturulmuştur. Bu katalog, seri muhakeme usulünün amacı noktasında ihlalin boyutunu sınırlamakta olduğundan şüphelinin, farklı neviden fikri içtimadan yararlanmasına engel olunmamalıdır. Keza tek fiil ile farklı katalog içi suçların işlenmesi durumda iki ayrı talepnameden işlem yapılması, hem maddi ceza hukukunda fiil hem de ceza muhakemesi anlamında fiil anlayışıyla bağdaşmayacaktır.

65 Yargıtay 8 CD, E 2018/743 K, 2020/12448, 03. 06. 2020, <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 24. 05. 2022

66 KK Ek m.2’deki suçun cezası; *üç aydan iki yıla kadar hapis ve elli günden beş yüz güne adli para cezası* iken resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu açısından bu aralık, *üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası* şeklindedir.

67 1072 sayılı Kanun m.2’deki suçun cezası; *bir yıldan beş yıla kadar hapis ve yüz günden bin güne kadar adli para cezası* iken kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçu açısından bu aralık, *bir yıldan üç yıla kadar hapis ve iki yüz günden aşağı olmamak üzere adli para cezası* şeklindedir.

CMK m. 250 olmasaydı yalnızca cezası ağır olan suçtan cezalandırılacak kimsenin, gerekli şartların gerçekleştirilmesi halinde yarı oranında indirimden mahrum bırakılmaması gerekir. Böylelikle somut olaylar açısından cezası ağır olan suç üzerinden yarı oranında indirim gerçekleştirilmelidir⁶⁸. Lakin ifade etmek gerekir ki yaptırım belirlenirken TCK m. 61 çerçevesinde alt sınırdan uzaklaşılmalıdır.

2. KATALOG İÇİ SUÇLARIN BİRDEN FAZLA FİİLLE İŞLENMESİ

Birden fazla fiille yakınlık oluşturacak şekilde işlenen katalog içi suçlar (gerçek içtima uygulanacak suçlar) açısından da örnekler üzerinden açıklama yapılacaktır:

“Asker eğlencesinde kutlama yapmak isteyen bir gruptaki A, fazlaca alkol aldıktan sonra arabaya binerek konvooya katılır. Alkolünde etkisiyle oldukça işlek bir caddede arabayı zikzak çizer bir şekilde kullanan A, ruhsatsız olarak taşıdığı silahı, camdan çıkararak 5 el ateş eder. Silah sesini duyan komşular, korkularından balkondan uzaklaşırlar.”

“Daha önce de “tombala” olarak tabir edilen kumar oyununun oynatılması ve ruhsatsız olması nedeniyle mühürlenerek kapatılan işyerinde, yine tombala oynatıldığı ihbarını alan güvenlik görevlilerinin 21.10.2011 günü saat 02.20’de yaptıkları kontrolde, sanığı tombala oynatırken yakaladıkları, sanık aynı gün saat 06.00’da alınan ifadesinde “6-7 aydır tombala oynatmaktayım, polis baskınlarında yakalanmamak için değişik adresleri kullanıyorum, T. B. ... sayılı yerdeki işyeri daha önce mühürlenmişti, burada uzun süredir tombala yapmadığımız için polisler gelmez diye düşündüm ve 20.10.2010 günü işyerinin kapısını açtım, tombala oynamaya başladım....” diyerek ikrarda bulunduğu halde...”⁶⁹.

İlk olay bakımından A’nın; trafik güvenliğini tehlikeye sokma, ruhsatsız silah taşıma ve genel güvenliği kasten tehlikeye sokma suçlarını işlediği kabul edilebilir. İkinci olayda ise B açısından mühür bozma ve kumar oynanması için yer ve mekân sağlama suçları gündeme gelebilir. Birden fazla fiil ile gerçekleştirilen bu suç çokluğu durumu, tamamen CMK m. 250’nin kapsamında kalmaktadır.

Burada önemli olan husus, suçlar arasında belirli bir yakınlık olması halinde gerçekleştirilecek uygulamadır. Bunun nedeni, belirli bir yakınlık bulunmadan gerçek içtima ilişkisindeki katalog suçlar açısından doğası gereği ayrı ayrı talepname düzenlenecek olmasıdır.

Suçların birlikte işlenmesi halinin, hem fikri içtima hem de gerçek içtimayı kapsadığını ancak gerçek içtima açısından başkaca ölçütlerin arandığı hususunu yukarıda ifade etmiştik⁷⁰. Katalog suçların birlikte işlenmesi durumu da farklı neviden fikri içtimada olduğu gibi normatif olarak düzenlenmemiştir. Bu durumda suçlar açısından ya genel usule göre işlemler icra edilecek ya da seri muhakeme usulü çerçevesinde ayrı ayrı talepname hazırlanacaktır.

CMK m. 250/11’den hareketle bu eksikliğin, kıyas yoluyla giderebileceği ve suç çokluğu halinde genel usule başvurulması kabul edilebilir. Ancak kanaatimizce bu uygulama, isabetli olmayacaktır. Zira

68 Aksi yönde bkz: Aldemir (n 5) 43.

69 Yargıtay 11 CD, E 2013/21653 K 2014/9252, 13. 05. 2014, <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 29. 05. 2022.

70 Bkz: Yukarıda II, A, 2.

muhakeme hukukunda kıyas serbestliğinin istisnaları bulunmaktadır. Bunlar; istisnai hükümler ve sınırlayıcı hükümlerdir⁷¹. Mevzubahis müessese karma nitelik taşıması ve CMK m. 250/11'in de istisnai bir özellik arz etmesi sebebiyle kıyas yapılamayacaktır. Böylelikle katalog suçların çokluğu durumunda bir birliktelikten söz edilebilse dahi seri muhakeme usulünün dışarısına çıkılmamalıdır. Nihayetinde somut örneklerden yola çıkarak bu gibi durumlarda ayrı ayrı talepname oluşturulmalıdır.

SONUÇ

Suçların çokluğu durumu, özel muhakeme usullerinde farklı uygulamalara başvurulmasına sebep olmaktadır. Anılan bu durum, seri muhakeme usulü açısından bilhassa zincirleme suç ve suçların birlikte işlenmesi halinde gündeme gelmektedir. Suçların birlikte işlenmesi lafzı, ceza muhakemesi hukukuna ait bir kavram olup farklı şekillerde yorumlanmaktadır. Bu ibarenin evleviyetle farklı neviden fikri içtimaı kapsadığı ifade edilmelidir. Diğer durumlar açısından ise maddi ceza hukukunda fiil ve ceza muhakemesinde fiil ayırımından yola çıkılarak ve ilgili usullerin mahiyeti göz önünde bulundurularak ayrıca sübjektif bir bağın gerektiği kabul edilmelidir. Sübjektif bağ ise araç-amaç suç olarak ele alınmalıdır.

Sonuç olarak bu ibare, *birden fazla katalog suçun tek fiille işlenmesi, katalog içi ve katalog dışı suçların tek fiille işlenmesi, araç-amaç suç niteliği taşıyan katalog içi suçların birden fazla fiille işlenmesi ve araç-amaç suç niteliği taşıyan katalog içi ve katalog dışı suçların birden fazla fiille işlenmesi* şeklinde dört farklı durumu kapsamaktadır. İşte bu durumlarda yeknesak ve isabetli bir uygulamadan bahsedebilmek için normatif bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır.

Seri muhakeme usulünde yaklaşık iki yıllık bir sürecin ardından 7331 sayılı Kanun ile *zincirleme suç, katalog içi ve katalog dışı suçların tek fiille işlenmesi ve araç-amaç suç niteliği taşıyan katalog içi ve katalog dışı suçların birden fazla fiille işlenmesine* ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bu durumlar açısından belirsizliğin, sona erdiğinden söz edilebilse de mezkûr kanun öncesinde işlenen suçlar açısından sürecin, zaman bakımından uygulamayı düzenleyen TCK m. 7/2 ekseninde tamamlanması gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu suretle hukuki kesinti çerçevesinde taleptamenin hukuki niteliği de tartışılmıştır. Yine aynı neviden fikri içtima çerçevesinde tespitlerde bulunulmuş ve suçların niteliği gereği ilgili müessesenin uygulanamayacağı kabul edilmiştir.

Belirsizliğin devam ettiği bir diğer nokta, katalog içi suçların çokluğu durumudur. Normatif bir düzenlemenin olmaması hasebiyle CMK m. 250'de olası bir değişiklik yapılana kadar müessesenin amacından hareketle işlemler gerçekleşmelidir. Bu doğrultuda farklı neviden fikri içtima halinde tek talepname üzerinden ceza indirimi; gerçek içtima halinde ise ayrı ayrı talepnameyle uygulama yapılmalıdır Nihayetinde suçların çokluğu açısından tüm ihtimaller örnekler üzerinden açıklanmıştır.

71 Yenisey ve Nuhoğlu (n 17) 113.

KAYNAKÇA

- Aldemir H, *Ceza Yargılamasında Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri* (2. Bası, Adalet 2020).
- Arıkan Mustafa İ, 'Başkasına Ait Kimlik Veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçu' (2016) 65(4) Ankara Barosu Dergisi 1061-1084.
- Aşkın U, Topuz V ve Bilge B, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma* (3. Bası, Adalet 2021).
- Atalay Ayşe Ö, 'Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Usulü ve Mukayeseli Hukuktaki Benzer Usuller' (2020) 0(2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 653-732.
- Aygörmez G ve Korkmaz M, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulü Muhakeme Stratejileri* (On İki Levha 2021).
- Babayiğit Beve Karacan Abdullah E, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri,' (2020) 8(16) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 851-907.
- Baytaç Abdullah B, 'Seri Muhakeme Usulü' (2020) 8(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 227-274.
- Belci O, *Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü* (Yetkin 2021).
- Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (20. Bası, Beta, 2021).
- Çağlar S, 'Seri Muhakeme Usulü' (Yüksek Lisans Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi 2021).
- Değirmenci O, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü (CMK m. 250)' (2020) *Ankara Batı Adliyesi Dergisi* 16-22.
- Değirmenci O, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü (CMK m.251-252)' (2020) 15(161) Terazi Hukuk Dergisi 36-51.
- Erdem Mustafa R. Ve Şentürk C, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Kurum Olarak Seri Muhakeme Yöntemi' (2019) 14(41) Ceza Hukuku Dergisi 573-601.
- Erdoğan Y, 'Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü' 2020 18(209) Legal Hukuk Dergisi 1989-2036.
- Göktürk N, 'Suçların İçtimai', (2014) 2(1-2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 31-59.
- Işıka S, 'General Evaluation of Serial Trial Procedure in Turkish Criminal Procedure Law' (2021) 16(45) Ceza Hukuku Dergisi 157-174.
- İçer Z, 'Basit Yargılama Usulü(CMK m.251, 252)' (2020) 12(125) Fasikül Hukuk Dergisi 6-15.
- Karakehya H ve İnce Tunçer A, *Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama* (Adalet, 2021).
- Kelep Pekmez T, *Ceza Muhakemesinde Fiil* (On İki Levha 2019).
- Koca M, 'Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama Usulü' (2020) (2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7173-196.
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Bası, Seçkin 2021).
- Kocakale E, 'Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü' (Yüksek Lisans Kırıkkale Üniversitesi 2021).
- Köken E, 'Soruşturma Evresinin Kör Noktası: İddianame Yerine Geçen Belge' (2021) 16(174) Terazi Hukuk Dergisi 250 – 263.
- Özen M, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (5. Bası, Adalet 2020).
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Bası, Seçkin 2021).
- Öztürk B, '7188 sayılı Kanunla Getirilen Ceza Muhakemesi Hukukuna İlişkin Yeni Düzenlemelere Toplu Bakış,' iç Murat Balcı v.d. (edr), *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer 102 Yaşında Tebliğler-Panel* (Adalet 2020) s. 97-122.
- Sevdiren Ö, 'Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Seri Muhakeme Usulü Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler' (2020) 15(189-189) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 573-616.

- Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. Bası, Seçkin 2022).
- Taneri G, *Seri Muhakeme Usul-Şartlar-Suçlar ve Hüküm ve Basit Yargılama Usulü*, (2. Bası, Seçkin 2021).
- Taşkın Şaban C, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulü* (Adalet, 2020).
- Tülay Muhammed E, ‘Seri Muhakeme Usulü (CMK m. 250)’ (2020) 85(2) İzmir Barosu Dergisi 117 – 157.
- Yaşar E, ‘Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü’ (2020) 0(65) Adalet Dergisi 255-299.
- Yavuz H, *Ceza Muhakemesinde Kovuşturmaya Alternatif Yöntemler* (Adalet 2020).
- Yenisey F ve Nuhoglu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (9. Bası, Seçkin 2021).
- Yerdelen E. vd., *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma* (Adalet 2018).
- Yılmaz Z ve Apış Ö, ‘Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi’ (2020) 26(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 62-106.

Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Kanun Yolunun Amacı*

Purpose of Legal Remedies in Turkish Law and Comparative Law

M. Kamil Yıldırım**, Recepat Aşıit***

ÖZ

İlk derece, istinaf ve temyiz mahkemelerince gerçekleştirilen yargılamalar, farklı esaslara ve işlevlere sahip olsalar da, esas itibarıyla, bir bütün olarak medeni usul hukukunun amacının gerçekleştirilmesine hizmet ederler. Medeni usul hukukunun temel amacı, gerçek duruma uygun doğru bir karar verilmesidir. Bu sayede, sübjektif hakların himayesi, objektif hukukun tesisi, bireysel etkin hukuki koruma, hukuki güvenlik ve barış temin edilir. Öte yandan, kararı veren hakimlerin insan olması ve hata yapma olasılığı hiçbir zaman göz ardı edilemeyeceği için, bu hataları en aza indirmek ve elverdiği ölçüde somut olayda gerçeğe uygun doğru bir karar verilmesini sağlamak üzere kanun yolu mekanizması oluşturulmuştur. Bu mekanizmada yer alan istinaf kanun yolunda hem denetim hem de bizzat vakıa tespitleri yapılarak, temyiz kanun yolunda ise denetim yoluyla, bu temel amacın gerçekleştirilmesine hizmet edilir. Ayrıca, her ülkede tek bir mahkeme olarak kurulan temyiz mahkemesi, bu bağlamda yapmış olduğu denetim ve verdiği kararlarla, hukuk uygulamasında birliğin, belirliliğin, öngörülebilirliğin ve güvenliğin sağlanmasına ve hukukun geliştirilmesine hizmet eder.

Anahtar Kelimeler: Kanun yolunun amacı, somut olay adaleti, hukuki birlik, ilkesel temyiz, hukukun geliştirilmesi.

ABSTRACT

Although the proceedings carried out by the courts of first instance, appeal and cassation have different principles and functions, they essentially serve to realize the purpose of civil procedural law as a whole. The main objective of civil procedural law is to render a correct decision in accordance with the real situation. This ensures the protection of subjective rights, the establishment of objective law, effective individual legal protection, legal security and peace. On the other hand, since judges who make decisions are human beings and the possibility of making mistakes can never be ignored, a remedy mechanism has been established to minimize these mistakes and, to the extent possible, to ensure that a correct decision is made in accordance with the reality in the concrete case. In this mechanism, the appellate remedy serves the realization of this fundamental objective through both supervision and fact-finding, and the cassation remedy through supervision. In addition, the court of cassation, which is established as a single court in each country, serves to ensure unity, certainty, predictability and security in the application of law and the development of law through its review and decisions in this context.

Keywords: Purpose of legal remedies, substantial justice, legal unity, appeal in principle, development of law.

* Bu makale, Marmara Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin (5.10.2017 tarihli ve 30201 Sayılı Resmi Gazete) 27. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen doktora tezinin savunabilmesi için tezden makale üretilmesi lüzumu uyarınca "Kanun Yolu Yargılamasında Hukuka Aykırılık Denetimi" isimli tezden üretilmiştir.

** Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-1427-5529.

*** Ar. Gör., Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, recepatit@sakarya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4521-1720.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: M. Kamil Yıldırım

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

Geliş Tarihi/Received: 01.09.2022

Kabul Tarihi/Accepted:

30.11.2022

GİRİŞ

İstinaf incelemesini gerçekleştiren Bölge Adliye Mahkemelerinin fiilen 20.07.2016 tarihinde göreve başlaması ile hukumuzda kanun yolu sistemi değişmiştir. Artık, kural olarak, ilk derece mahkemesince verilen kararlara karşı istinaf (Hukuk Muhakemeleri Kanunu – HMK m. 341 vd.) ve istinaf mahkemesince verilen kararlara karşı temyiz (HMK m. 361 vd.) incelemesi/denetimi yapılmaktadır. Mukayeseli hukuka paralel bir şekilde, hukukumuzda da ilk derece, istinaf ve temyiz olmak üzere, üç aşamalı bir yargılama mekanizması işlemeye başlamıştır. Bu durum, kanun yolunun amacının ne olduğu sorusunun güncelliğini pekiştirmiş ve önemini artırmıştır. Kanun yolunun amacının belirlenmesi, kanun yolu mahkemesince, itiraz edilen kararın ve yapılan yargılamanın denetimi bakımından büyük önem arz etmektedir¹. Ayrıca bir usul hukuku kurumu olan kanun yolunun amacının doğru bir şekilde tespiti, söz konusu kuruma ilişkin hükümlerin yorumlanmasını kolaylaştırır² ve tartışmalı olan hususların açıklığa kavuşturulmasına hizmet eder³. İlâveten, amacın belirlenmesinin diğer yararı, yargılama hükümlerinin, temelde, saptanan amaca uygun olarak yorumlanması gereğidir⁴. Usul kanunları da, diğer kanunlar gibi yeterince açık olmayabilir ve yorum ihtiyacı doğurabilir. Usul hukukunda da amaçsal (teolojik) yorum şekli esas olarak benimsendiğinden, belirlenecek amaç, ilgili usul kanunu hükümlerinin yorumu bakımından da yarar sağlayacaktır^{5/6}.

Bu bağlamda kanun yolunun amacının tespiti için, öncelikle genel olarak medeni usul hukukun amacı ele alınmalıdır. Başka bir deyişle, kanun yolunun amacı, usul hukukunun amacından ayrı ve bağımsız bir şekilde tespit edilemez⁷. Zira ilk derece yargılaması ve devamında gerçekleştirilen kanun yolu yargılaması birbirinden tamamen ayrı ve bağımsız değildir⁸. Usul hukukunun amacı ile

1 Hanns Prütting, *Die Zulassung der Revision* (Heymann 1977) 85-86.

2 Nevhis Deren-Yıldırım, 'Kanun Yollarına Dair Bazı Düşünceler' iç *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007* (Türkiye Barolar Birliği 2008) 3, 4.

3 Peter Lames, *Rechtsforbildung als Prozesszweck, zur Dogmatik des Zivilverhafrsrechts* (Mohr – Paul Siebeck 1993) 6.

4 Bruno Rimmelspacher, *Zur Prüfung Von Amts Wegen Im Zivilprozess* (Otto Schwartz & Co. 1966) 10-13.

5 Hans Friedhelm Gaul, 'Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozess' (1968) 168 *Archiv für die civilistische Praxis* 27, 43-44; Ejder Yılmaz, *Medeni Yargılama Hukukunda Islah* (4. Baskı, Yetkin 2013) 28.

6 Ancak hemen belirtelim ki usulün amacı tek başına her sorunun çözümünde belirleyici bir kriter olarak esas alınamayacağı gibi [Gaul, *Zweck* (n 5) 35; Hans Friedhelm Gaul, 'Yargılamanın Amacı – Güncelliğini Koruyan Bir Konu' (çev. Nevhis Deren Yıldırım), *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku* (der. Kamil Yıldırım) (6. Bası, Beta 2011) 75, 79], kanun yolunun amacı da tek başına her bir münferit sorunun cevabını vermez [Peter Gottwald, *Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz* (Duncker & Humblot 1975) 81].

7 Hannes Unberath, 'Der Zweck der Rechtsmittel nach der ZPO-Reform – Theorie und Praxis' (2007) 120 *Zeitschrift für Zivilprozess* 323, 325; Deren-Yıldırım, *Kanun Yolları* (n 2) 4; M. Kamil Yıldırım, 'Kanun Yolu Olarak İstinaf' iç *Türkiye Barolar Birliği İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantısı 7-8 Mart 2003* (Türkiye Barolar Birliği 2003) 285, 288.

8 Alman hukukunda da kanun yolunun amacının usul hukukunun amacıyla birlikte ele alınarak açıklanmaktadır. Bu bağlamda kanun yollarının usul hukuku çerçevesinde özel bir göreve sahip olduğu ve bu görevin de yerinde bir kararın doğru olduğuna ilişkin teminatı (*Richtigkeitsgewähr*) kademeli olarak kuvvetlendirmek olduğu belirtilmektedir (Peter Gilles, 'Die Berufung in Zivilsachen und die zivilgerichtliche Instanzenordnung' in Peter Gilles (ed), *Humane Justiz, Die deutschen Landsberichte zum ersten internationalen Kongreß für Zivilproßrecht in Gent 1977* (Athenäum 1977) 147, 157; M. Kamil Yıldırım, *Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf* (Nesil Matbaacılık 2000) 11; Yıldırım, *Kanun Yolu* (n 7) 291). Ancak bu hususu eleştiren Gilles'e göre, kanun yolunun amacı, somut uyumsuzluk hakkında doğru bir karar verilmesinde tarafın şahsi menfaati ve özellikle kaybeden tarafın menfi karara karşı korunması ihtiyacıdır. Kanun yolunun temel görevi, iptali

kanun yolunun amacı birbirini bertaraf etmez, aksine tamamlar⁹. Farklı şekillerde yapılandırılan mahkemelerce gerçekleştirilen yargılamalar, bir bütün olarak usul hukukunun amacının gerçekleştirilmesine hizmet ederler ve birbiriyle çelişik amaçlara sahip olamazlar¹⁰.

Çalışmamızda, öncelikle medeni usul hukukunun amacı ele alınacak, ardından genel olarak kanun yolunun işlevleri ve amacı/amaçları incelenecek, akabinde oldukça tartışmalı olan temyiz kanun yolunun amacı üzerinde durulacak ve son olarak hem istinaf hem de temyiz kanun yolunun amacına ilişkin ileri sürülen görüşler değerlendirilecektir.

I. MEDENİ USUL HUKUKUNUN AMACI

Medeni usul hukukunun amacının ne olduğu öğretilerde tartışmalıdır. Bu konuda öğretilerde ağırlıklı olarak savunulan görüşler, kısmen, diğer görüşleri tamamen dışlamamakta, öncelik noktasında birbirlerinden ayrılmaktadırlar. Bu bağlamda medeni usul hukukunun tek başına ve/veya diğer amaçlarla birlikte; taraflar arasındaki uyuşmazlığı ortadan kaldırmak, sübjektif hakları himaye etmek, objektif hukuku gerçekleştirmek, hukuki güvenliği ve hukuk barışını tesis etmek ve korumak¹¹, hukukun gelişimini sağlamak, adaletli karar vermek¹², adaleti temin talebini (*Justizgewähranspruch*) yerine getirmek¹³, taraflar arasında mevcut hakları tespit etmek, temin etmek ve korumak¹⁴, gerçeklik temelinde hakkı tespit etmek ve tanımak¹⁵, maddi gerçeğe ulaşmak, amacına sahip olduğu ifade edilmektedir¹⁶.

talep edilen kararın doğruluğuna ilişkin varsayımı bertaraf etmektedir. Kanun yolunun diğer amaçları ise, kamu yararı bakımından adalete duyulan güvenin pekiştirilmesi ve hukuk birliğinin sağlanmasıdır (Gilles, *Berufung* (n 8) 157-158).

- 9 Rudolf Pohle, 'Empfiehl es sich, die Revision (Rechtsbeschwerde) zu den oberen Bundesgerichten (außer in Strafsachen) einzuschränken und ihre Zulässigkeit in den einzelnen Gerichtsbarkeiten einheitlich zu regeln?' Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag Hannover 1962 (Mohr, 1962) 7, 10-11; Hans-Martin Pawlowski, 'Aufgabe des Zivilprozesses' (1967) 80 *Zeitschrift für Zivilprozess* 345, 357.
- 10 Gottwald, *Revisionsinstanz* (n 6) 85.
- 11 Stürner'e göre, medeni usul hukukunun amacı sübjektif hakların himayesi, objektif hukukun korunması, hukuki barış ve hukuki güvenlidir. Asli amaç sübjektif hakların korunmasıdır. Diğer üç amaç ise asli amacın ortaya çıkardığı sonuçlardır. Her dört amaç da hukuk devleti ilkesinin önemli unsurları olmakla birlikte, sübjektif hakların himayesi yönündeki asli amaç doğrudan anayasadaki temel hak ve özgürlüklerden kaynaklanmaktadır. Rolf Stürner, 'Prozesszweck und Verfassung' in FS Gottfried Baumgärtel (Heymann 1990) 545, 545-546.
- 12 Yılmaz, *Islah* (n 5) 30; Ejder Yılmaz, 'Usul Ekonomisi' (2008) 57 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 243, 248-250. Yine Yılmaz, adaletli bir karar verebilmek için, kararın maddi gerçekleri yansıtması gerektiğini ifade etmektedir (Yılmaz, *Islah* (n 5) 30).
- 13 Meinhard Heinze, 'Parteiherrschaft versus Richtermacht im Zivilprozess' in FS Kostas E. Beys (Sakkulas 2003) 515, 518.
- 14 Sema Taşpınar, 'Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu' iç Av. Dr. Faruk Erem Armağanı (Türkiye Barolar Birliği 1999) 759, 775-781; Sema Taşpınar, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri* (Yetkin 2001) 105-107.
- 15 Gaul, *Zweck* (n 5) 49 vd, 53; Gaul, *Amaç* (n 6) 93; Deren-Yıldırım, *Kanun Yolları* (n 2) 7; M. Kamil Yıldırım, 'Avrupa İspat Hukuku Tablosu-Kitap İncelemesi' (2004-2006) 12 (1-3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Doç. Dr. Mehmet Somer Armağanı) 797, 797. Yıldırım'a göre medeni usul hukuku, sübjektif hakların korunmasını ve somut olay adaletini aynı anda sağlamalıdır. Sübjektif hakların korunması, somut olay adaletini sağlar, somut olay adaleti ise ileride verilecek kararlara emsal teşkil ederek hukuki birliğin sağlanmasına hizmet eder (M. Kamil Yıldırım, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi* (Kazancı 1990) 33).
- 16 Bu konuda öğretilerde yer alan diğer görüşler ve detaylı açıklamalar için bkz. Recep Aşit, 'Delil Sözleşmeleri Bakımından İrade Serbestisinin Sınırı' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2015) 32-42; Gaul, *Zweck* (n 5) 28 ff; Gaul, *Amaç* (n 6) 80 vd.; Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab and Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht* (18rd edn, Beck 2018) § 1, Kn.

Öğretide bizim katıldığımız görüşe göre, medeni usulün amacı, gerçeğe ulaşmak¹⁷ ve doğru hüküm vermektedir. Maddi hukuk kurallarının unsurlarını karşılayacak maddi vakıaların tespiti ve uygun olan hukuk normunun somut uyumsuzluğun çözümünde uygulanması şeklinde cereyan eden medeni yargılamada, hayat olayını oluşturan maddi vakıaların gerçekten meydana gelip gelmediğinin tespiti ve böylece doğru hüküm verilebilmesi amaçlanır¹⁸.

Özel hukukta kişilere bazı haklar tanınmış ve yükümlülükler yükümlenmiştir. Çoğu zaman herhangi bir dış baskıya gerek olmaksızın bu haklara uyulur ve yükümlülükler yerine getirilir. Ancak özel hukukça tanınmış bu haklara uyulmadığı ve yükümlülükler yerine getirilmediği takdirde yahut yükümlülüklerin yerine getirilmesiyle ilgili miktar, şekil, zaman gibi hususlarda bir uyumsuzluk ortaya çıktığında, kişiler mahkemeye başvuracaklardır¹⁹. Zira kişiler, özel hukukta sahip oldukları bu hakların korunması ve yükümlülüklerin yerine getirilmesi hususunda adaletin sağlanmasını bizzat kendilerince gerçekleştiremezler. Kural olarak bizzat hakkını elde etmek (ihkak-ı hak) yasaklanmıştır. Devlet bizzat hak elde etmeyi yasakladığından bu husustaki adaleti temin talebini mahkemeler vasıtaıyla karşılamaya çalışmaktadır²⁰.

Bu bakımdan medeni usul de, hak sahiplerinin hakkına kavuşmasının bir aracı olan bizzat hakkını elde etmeyi ortadan kaldırmak için ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla medeni usul, kişilerin haklarını elde etmek ve adaleti temin talebini karşılamak üzere başvurulacak bir araçtır. Bu noktada esas mesele bu aracın kendi iç yapısının hangi amaca göre dizayn edileceği ve hakkın korunması ile adaleti temin talebinin nasıl karşılanacağıdır²¹.

9-19; Michael Stürner, *Die Anfechtung von Zivilurteilen, Eine Funktionelle Untersuchung der Rechtsmittel im deutschen und englischen Recht* (Beck 2002) 32-37; Lames (n 3) 28 ff; Unberath (n 7) 325-327; Yıldırım, *Delillerin Değerlendirilmesi* (n 15) 32 vd.; Deren-Yıldırım, *Kanun Yolları* (n 2) 4-7; Taşpınar, *Amaç* (n 14) 761 vd.; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku* (7. Bası, Filiz 2000) 3-17; Ramazan Arslan, *Medeni Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi* (Turhan 1977) 3-4; Murat Atalı, *Medeni Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasası* (Yetkin 2014) 84-91; Cenk Akil, *İstinaf Kavramı* (Yetkin 2010) 28-34; Tolga Akkaya, *Medeni Usul Hukukunda İstinaf* (Yetkin 2010) 65-68; Ali Cem Budak, 'Alangoya'ya Göre Yargılamanın Amacı ve Hâkimin Gerçeği Aramaktan Vazgeçmesi' (2019) 6 (2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33, 34 vd.

17 H. Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler* (Fakülteler Matbaası 1979) 86; H. Yavuz Alangoya, M. Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren – Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (8. Baskı, Beta 2011) s. 5; Murat Yavaş, *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları İle Bu Kuralların İstisnaları* (2. Baskı, Seçkin 2020) 86; Abdurrahim Karşı, *Medeni Muhakeme Hukuku* (5. Baskı, Filiz 2020) 25; Meral Sungurtekin-Özkan, 'Anayasanın Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Medeni Yargılama Hukuku' (2009) 11, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Bilge Umar Armağanı) 553, 561-563; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku C. 1* (4. Bası, Yetkin 2021) 130. Tüm yargılama hukuklarının amacının maddi gerçeği tespit etmek olduğu yönünde; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı* (8. Baskı, Onikilevha 2020) 10. Yargılamanın amacının maddi hukuka ilişkin hakların himayesi olduğu, yargılama faaliyetinin en önemli unsurunun gerçeğin ortaya çıkarılması, hakikate ulaşılması olduğu yönünde; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku* (6. Bası, Filiz 2022) 3-4; Budak (n 16) 39. Hakimin yargılamanın gerçeğe ulaşmak şeklindeki amacına bağlı kalmasının ve bu yönde çaba göstermesinin, sağlıklı bir yargılama süreci ve yargılama sonunda doğru bir karar verilmesi bakımından bir gereklilik olduğu ve gerçeğin aranmasının AY m. 36 ve AIHS m. 6'da teminat altına alınan hak arama hürriyetinin de bir gereği olduğu yönünde; Budak (n 16) 39.

18 Alangoya, *İlkeler* (n 17) 86.

19 Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 17) 8; Karşı, *Medeni Muhakeme* (n 17) 25.

20 Aşit (n 16) 39.

21 Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 17) 5.

Yargılama faaliyeti, somut olaya uygulanacak hukuk kurallarının tespiti, uygulanması ve sonuç olarak hüküm verilmesi faaliyeti olduğu için olayın belirlenmesi temel meseledir. Olay, kendisine uygulanacak hukuk normunu karşılıyorsa lehte hüküm verilir, karşılamıyor ise dava reddedilir. Bu bağlamda hakka kavuşmayı sağlayan veya hak mevcut olmadığı için davanın reddi şeklinde ortaya çıkan hükmün doğruluğu, dayandığı olayın gerçekliğine bağlıdır²². Dolayısıyla hakkın mevcut olup olmadığının tespiti temelde gerçeğin tespitine bağlıdır. Usulün amacının gerçek olarak kabul edilmesi²³, hakların tespiti ve korunması ile ters düşmez²⁴. Buna karşılık, medeni usul haklara kavuşmanın bir aracı olduğundan, gerçek olmadan hakların elde edilmesi, medeni usulün içyapısının oluşturulmasında yönlendirici bir amaç niteliğini taşımaz²⁵. Yine sübjektif hakların himayesi, objektif hukukun tesisi, hukuki barışın ve güvenliğin korunması, gerçek duruma uygun doğru bir hüküm verilmesinin doğal sonucudur. Zira gerçeğin tespit edilmesi ve buna uygun hukuk kuralının uygulanması ile bir yandan tarafların sübjektif hakları tespit edilmiş ve tanınmış olur, diğer yandan objektif hukuk kurallarının geçerli kılınması sağlanır²⁶. Bu sayede de hukuki güvenlik ve barış tesis edilmiş olur²⁷. Hukuki güvenliğin tesisi ve bireysel hukuki koruma ancak gerçeğe yönelmiş bir yargılama ile mümkündür²⁸.

Bununla birlikte bazı hallerde (kesin hüküm ve süre sınırlanmalarına yönelik hükümler gibi) gerçeğe ulaşma amacı, hukuki barışın sağlanması gerekçesi sınırlandırılabilir²⁹. İlaveten gerçek, her ne pahasına olursa olsun değil, hukuk kuralları içerisinde, özellikle de adil bir yargılanma hakkının gerektiği koşullar çerçevesinde araştırılır³⁰. Bu bakımdan davaların makul sürede sonuçlandırılması gereği de³¹, gerçeğe ulaşma amacını sınırlandırılabilir³². Zira yargılamanın uzaması, hem gerçeğe ulaşmayı güçleştirir ve geciktirir³³ hem de sağlanan hukuki himayenin de etkin olmasını engeller.

22 Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 17) 5; Sungurtekin-Özkan (n 17) 562.

23 Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısının genel gerekçesinde de usulün amacının maddi gerçeklik olduğu özellikle vurgulanmış ve bu amaca ulaşmaktan ödün verilmeyecek bir düzenleme yapılmaya çalışıldığı ifade edilmiştir. Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Ankara 19.06.2009, 4.

24 Alangoya, *İlkeler* (n 17) 90, dp. 286.

25 Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 17) 5; Alangoya, *İlkeler* (n 17) 90, dp. 286. Gaul'e göre gerçeğin bulunması yargılamanın bir amacı değildir. Gerçeğin tespiti sadece hakkın tespiti için vazgeçilmez ve zorunlu bir araçtır. Çünkü gerçeğin olmadığı yerde adaletten de bahsedilemez (Gaul, *Amaç* (n 6) 93). Benzer yönde bkz. Rimmelspacher, *Prüfung* (n 4) 17 ff.

26 Deren-Yıldırım, *Kanun Yolları* (n 2) 7; Ramazan Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı* (S yayınları 1989) 38.

27 Arslan, *Dürüstlük Kuralı* (n 26) 38-39.

28 Alangoya, *İlkeler* (n 17) 90, dp. 286.

29 Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 17) 6; Arslan, *Dürüstlük Kuralı* (n 26) 39; Budak (n 16) 40-41. Bu husustaki istisnalar için ayrıca bkz. Budak (n 16) 40-41.

30 Bu bağlamda söz gelimi hukuka aykırı olarak elde edilen deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz (AY m. 38; HMK m. 189/2).

31 İHAS m. 6'da düzenlenen adil yargılama hakkı, bünyesinde makul bir sürede yargılanma hakkını da barındırır. Yine, AY m. 14/ IV'e göre de, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir. Ayrıca, HMK m. 30 uyarınca hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.

32 Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 17) 7.

33 Alangoya, *İlkeler* (n 17) 89. Çok uzun süren yargılama, hayat olayının doğru tespit edilmesi imkânını azaltır. Zira hakkında hüküm verilecek olay ile delil ikamesi arasında uzun zaman geçmesi delillerin değerini de nisbileştirir (Walter H. Rechberger, 'Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması' (çev. Kamil Yıldırım), *İlkeler Işığında Altında Medeni Yargılama Hukuku* (der. Kamil Yıldırım) (6. Bası, Beta 2011) 1, 5).

Hukuki himayenin etkin olabilmesi için, yargılamanın makul bir sürede sonuçlandırılması gerekir³⁴. Ancak yargılamanın, makul bir sürede sonuçlandırılması için hızlandırılması, gerçeğe ulaşma amacı tamamen göz ardı ederek düşünülmemelidir. Bu nedenle yargılamanın hızlandırılmasını sağlayacak hükümler ile gerçeğe ulaşma amacının bağdaştırılması gerekir³⁵. Bir usul kanunu, elverdiği ölçüde hem bir hayat olayının mükemmel bir şekilde tespitini, hem de yargılamanın hızla yapılmasını sağlayacak bir dengeleyici sistem sunuyorsa, bu daha da önem kazanır³⁶.

II. KANUN YOLUNUN İŞLEVİ VE AMACI

A. GENEL OLARAK

Mahkemelerin, alt-üst mahkemeler şeklinde dikey yapılandırılması ve bu mahkemelerde gerçekleştirilen yargılamaların ve verilen kararların farklı olması, beraberinde farklı işlevleri, amaçları ve sonuçları gündeme getirmiştir.

İlk derece mahkemesinde yapılan yargılamanın ve verilen kararın, kural olarak, doğru olduğu kabul edilir. Ancak taraflar, bu yargılamanın ve verilen kararın doğruluğundan şüphe duyabilirler ve verilen karar tarafları tatmin etmemiş olabilir. Bu noktada taraflar, kanun yoluna başvurarak kendileri açısından elverişsiz olan ve yanlış olduğunu iddia ettikleri mahkeme kararının daha elverişli ve doğru bir karar ile değiştirilmesini sağlamaya çalışırlar³⁷.

Öte yandan, kararı veren hakimler de insandır ve her insan yanılabilir. Dolayısıyla da mahkemece verilen kararlar hatalı, eksik ya da yanlış olabilir³⁸. Bu durum sadece ilgili tarafların hukuki durumuna zarar vermekle kalmaz, aynı zamanda hukuk kurallarının etkinliğini tehlikeye sokar ve gerçek anlamda hukuki barışın sağlanmasına zarar verir³⁹. Kanun yolu, mahkemelerce hatalı,

34 Sühra Tanrıver, 'Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gerek Önlemler Üzerine' (2000) 49 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 67, 67 vd.; Mine Akkan, 'Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma' (2007) 3 (6) Medeni Usul ve İcra – İflâs Hukuku Dergisi 29, 40.

35 Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 17) 7-8.

36 Rechberger (n 32) 5.

37 *Rimmelspacher'e* göre bu nedenle kanun yolunun esas amacı daha elverişli bir hükme ulaşmaktır. (Bruno Rimmelspacher, 'Vor § 511' in Wolfgang Krüger and Thomas Rauscher (eds) *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung Band 2* (6rd edn, Beck 2020) Kn. 3. Aynı yöne bkz. Paul Zweifel, *Revision, Reinigung und Erläuterung nach st. gallischer Zivilprozeßordnung* (Diss. 1952) 4). *Rechberger and Simotta'* ya göre, Avusturya hukukunda geçerli olan yargılamanın konsantrasyonu ilkesi mahkeme kararlarının kontrolünü sınırlar. Kanun yolu denetimi, ilk derece yargılamasında sözlü duruşmanın sonuna kadar mevcut bulunan maddi ve hukuki durumla sınırlı olarak gerçekleşir ve kural olarak kanun yolu incelemesinde yeni vakıya ve delil ileri sürülmesi yasaktır. Bu nedenle kanun yolu gerçekliği değil, alt derece mahkemesince gerçekleştirilen yargılamayı kontrol eder (Walter H. Rechberger and Daphane-Ariane Simotta, *Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren* (9rd edn, Manzschke 2017) 600, Kn. 5).

38 Rosenberg, Schwab and Gottwald (n 16) § 134, Kn. 19; Hans W. Fasching, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts* (2rd edn, Manzschke 1990) 841, Kn. 1659; Herman Büttner, *Berufung und Revision – Zivilprozessuale Rechtsmittel im Wandel* (Nomos 2010) 11; Zweifel (n 36) 4; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri* (7. Baskı, Ankara Üniversitesi Yayınları 1960) 342; Ejder Yılmaz, *İstinaf* (Yetkin 2005) 16; Haluk Konuralp ve Emel Hanağası, 'Fransız Hukuku'nda İptal Amaçlı İstinaf Yolu' (2007) 5 (54) Legal Hukuk Dergisi 1795, 1795, Akkaya, *İstinaf* (n 16) 68; Adem Albayrak, *Hukukta İstinaf Uygulaması* (3. Baskı, Adalet 2017) 1.

39 Fasching, *Lehrbuch* (n 37) 841-842, Kn. 1659.

eksik veya yanlış olarak verilen yahut böyle olduğuna inanılan kararların denetimi, düzeltilmesi ve nihayetinde doğru karar verilmesine hizmet eder⁴⁰. Dolayısıyla kanun yolu, mahkemelerce verilen kararların mümkün olabildiğince en doğru olması yönünde önemli bir güvence sağlar ve mahkeme kararlarının kalitesini artırır⁴¹. Bu sayede mahkeme kararlarının doğruluğu konusundaki kuşkular en aza indirilmiş olur⁴² ve halkın yargıya olan güveni artar⁴³. Nitekim hukuk sosyolojisi araştırmalarına göre, taraflar, hataların kontrolü imkanına sahip olan hukuk sistemini adil olarak hissederler ve adil olduğunu hissettikleri yargılama sonucunda kendileri bakımından verilen kararı (olumsuz veya arzu edilmeyen bir karar olsa dahi) daha iyi kabul ederler⁴⁴. Yine kanun yolu ile alt mahkemelerce verilen kararların denetlenmesi ve gerektiğinde iptal edilmesi imkanının mevcut olması, hatalardan kaçınmaya yardımcı olur. Çünkü bu imkan ve olasılık, hakimleri hukuk kurallarını uygularken ve kararlarını verirken daha dikkatli ve özenli olma konusunda teşvik eder ve bu noktada da kanun yolunun önleyici işlevinden söz edilir⁴⁵. İlaveten üst mahkemelerce yapılan denetim ve verilen kararlar alt derece mahkemeleri için öğretici ve yol gösterici bir işleve sahiptir⁴⁶.

40 Stürner, *Anfechtung* (n 16) 38; Christoph G. Paulus, *Zivilprozessrecht* (5rd edn, Springer 2013) 220; Kn. 585; Martin Ahrens, in Karl Eichele, Bern Hirtz and Rainer Oberheim, *Berufung im Zivilprozess* (5rd. edn, Luchterhand 2017) 5, Kn. 118; Thomas Schafft, *Selektion von Rechtsmittelverfahren durch gesetzliche Zugangsbeschränkungen* (Mohr Siebeck 2005) 117; Arslan, *Yenilenme* (n 16) 9; Akkaya, *İstinaf* (n 16) 69; Murat Özgür Çiftçi, *Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf* (3. Baskı, Adalet 2016) 7. *Ankermann*'a göre, kanun yolları kararın doğruluğunu kontrol etme ihtiyacına binaen var olan kontrol araçları/enstrümanlarıdır (Ankermann, Ernst, 'Vor § 511' in Rudolf Wassermann (ed), *Alternativkommentar zur Zivilprozeßordnung* (Luchterhand 1987) Kn. 19. Aynı yönde: Detlev Behrens, *Die Nachprüfbarkeit zivilrichterlicher Ermessensentscheidungen* (Duncker & Humblot 1979) 89). Alman, Amerikan ve Fransız Hukuk sistemlerinde de kanun yolunun öncelikli fonksiyonu kararların doğruluğunu ve hataların düzeltilmesini temin etmektir (Gerhard Wagner, 'Ökonomische Analyse der Rechtsmittel' in Reinhard Bork, Thomas Eger and Hans-Bernd Schäfer (eds), *Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts* (Mohr Siebeck 2009) 162-163).

41 Rosenberg, Schwab and Gottwald (n 16) § 134, Kn. 19; Rechberger and Simotta (n 36) 600, Kn. 5; Othmar Jauernig and Burkhard Hess, *Zivilprozessrecht* (30rd edn, Beck 2011) § 72, Kn. 6; Walter Zeiss and Klaus Schreiber, *Zivilprozessrecht* (11rd edn, Mohr Siebeck 2009) 245.

42 Abdullah Dinçkol, 'Hakimin Takdir Yetkisine Dayanarak Verdiği Kararların Denetlenmesi' (1995) 9 (1-3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 143, 148; Zweifel (n 36) 4.

43 Büttner, *Berufung und Revision* (n 37) 12; Rosenberg, Schwab and Gottwald (n 16) § 134, Kn. 19.

44 Ruth Klendauer, Bernhard Streicher, Eva Jonas and Dieter Frey, 'Fairness und Gerechtigkeit' in Hans-Werner Bierhoff and Dieter Frey (eds), *Handbuch der Sozialpsychologie und Kommunikationspsychologie* (Hogrefe 2006) 188-189; Katharina Gelbrich, § 522 Abs. 2 und 3 ZPO im Kontext des Rechtsmittelsystems – eine rechtsvergleichende Untersuchung (Gardez 2014) 121, 162.

45 Rechberger and Simotta (n 36) 600, Kn. 5; Zeiss and Schreiber, (n 40) 245-246; Eberhard Schilken, *Zivilprozessrecht* (7rd edn, Franz Vahlen 2014) 400, Kn. 865; Rosenberg, Schwab and Gottwald (n 16) § 134, Kn. 19; Wagner (n 39) 163; Mustafa Reşit Belgesay, *İsbat ve Hüküm Teorileri B. 3* (İstanbul Üniversitesi 1951) 206. "Yargı yerlerinde görev yapan hâkimler de her insan gibi yanılabilir, usul ve kanuna aykırı düşen bazı kararlar vermiş olabilirler veya verdikleri kararlar, taraflar için doyurucu sayılamayabilir. Diğer yönden hâkimlerin, belli olaylarda uyguladıkları kanunları ve ilgili öteki hukuk kurallarını kendi kanılarına göre başka başka biçimlerde yorumlamaları olanağı ve olasılığı vardır. İşte yargı yerlerinin verdikleri kararlarda, gerek yanılma gerekse başka biçimde yorumlama sonucu olarak doğan ve olağan sayılması gereken kanuna ve hukuka aykırılıkların zamanında giderilmesini sağlamak amacıyla bazı uygun metodların konulması zorunlu olmuştur. Genel olarak "Kanun yolu" diye tanımlanan bu metodlara başvurulması olanağı ile, gerek toplum gerekse taraflar için güvence sağlanması görevi de yerine getirilmiş olmaktadır. Böylece bir temel hukuki uyumsuzluğun yargı yerlerinde çözülmesi sonunda esastan verilecek kararların, gerek bireylerin gerekse toplumun adalet duygularını daha büyük ölçüde doyurması da gerçekleşecektir. O halde, denebilir ki, kanun yollarına başvurulması olanağı, kişi haklarına ve topluma güvence sağlama bakımından Anayasa'ya tüm olarak uygun düşmektedir." Anayasa Mahkemesi, E 1970/31 K 1971/21, 18.2.1971, RG. 9.7.1971/13890.

46 Rechberger and Simotta (n 36) 600, Kn. 5; Wagner (n 39) 163.

Kanun yolunun gerek taraf gerekse de kamu menfaatine yönelik sahip olduğu bu işlevler, tek başına kanun yollarının amacını ortaya koymaz. Öğretide genel olarak kanun yollarının amacının, bu işlevlerin ötesinde, somut olay adaletinin sağlanması (maddi bakımdan doğru bir kararın verilmesi) yönüyle taraf menfaatine; hukuk birliğinin sağlanması, hukuki barış ve güvenliğin tesisi ve hukukun geliştirilmesi suretiyle kamu menfaatine hizmet ettiği ifade edilmektedir⁴⁷.

Öğretideki bir görüşe göre, hukuk dogmatiği açısından kanun yolunun amaçları taraf menfaatleri ve kamu menfaatleri bakımından ikiye ayrılır. Taraf menfaatleri yönünden kanun yolunun amaçları; adaletin derecesinin artırmak, yargılamanın taraflarının verilen kararı kabul etme derecesini yükseltmek ve yeknesaklığı temin etmektir. Kamu menfaatleri bakımından kanun yolunun amaçları ise; alt derece mahkemelerini kontrol etmek, yargıya olan güveni muhafaza etmek ve hukukun yeknesak bir şekilde uygulanmasını güvence altına almaktır⁴⁸.

Diğer bir görüşe göre ise, kanun yolunun amacı, hem taraf hem de kamu menfaati bağlamında etkin bir hukuki koruma sağlamak ve mahkeme kararlarının doğruluğunu temin etmek üzere onları kontrol etmektir⁴⁹.

B. SOMUT OLAY ADALETİNİN SAĞLANMASI

Kanun yolunun amacı olarak somut olay adaleti, özellikle ilk derece mahkemesi kararlarına karşı başvuru istinaf kanun yolunda öncelikli amaç olarak ortaya çıkar⁵⁰. Bu bağlamda kanun yolunun ilk plandaki amacının, iptali istenilen kararın, usulün maddi adaleti gerçekleştirme amacına uygun olup olmadığını kontrol etmek olduğu belirtilmektedir⁵¹.

47 Rosenberg, Schwab and Gottwald (n 16) § 134, Kn. 19; Martin Meyer-Mickeleit, *Revision, Kassation und Final Appeal* (AluReda 1996) 157 ff; Stürner, *Anfechtung* (n 16) 38 ff; Schafft (n 39) 29, 111, 112; Christian Saueressig, *Das System der Rechtsmittel nach dem Zivilprozessreformgesetz* (Heymann 2008) 309 ff; Unberath (n 7) 328 ff; Deren-Yıldırım, *Kanun Yolları* (n 2) 10 vd.; Yıldırım, *İstinaf* (n 8) 7, 24 vd.; Recep Akcan, *Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri* (Nobel 1999) 8-10; Akkaya, *İstinaf* (n 16) 69 vd.; Akil, *İstinaf* (n 16) 39; Muhammet Özkes ve Nilüfer Boran Güneysu, *Deliller Ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı* (HMK m. 353/l-a-6) (Onikilevha 2021) 5.

48 Dieter Leipold, 'Rechtsmittel als Verfahrensfortsetzung oder Entscheidungskontrolle' in Peter Gilles, Klaus F. Röhl, Paul Schuster and Dieter Stempel (eds), *Rechtsmittel im Zivilprozess – unter besonderer Berücksichtigung der Berufung* – (Bundesanzeiger 1985) 285, 289.

49 Hans W. Fasching, 'Einleitung' in Hans W. Fasching and Andreas Konecny (eds), *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen – Band IV/I* (2rd edn, Manzschke 2005) Kn. 22; Erich Kodek, 'Vor § 461' in Walter H. Rechberger (ed), *Kommentar zur Zivilprozessordnung* (4rd edn, Verlag Österreich 2014) Kn. 3.

50 Erich Schwinge, *Grundlagen des Revisionsrechts* (2rd edn, Emil Semmel 1960) 26; Herbert Roth, 'Neues Rechtsmittelrecht im Zivilprozess – Berufungsinstanz und Einzelfallgerechtigkeit' (2005) 4 *Juristen Zeitung* 174, 174; Stürner, *Anfechtung* (n 16) 38, 44; Alexander Klasuer and Georg E. Kodek, *Jurisdiktionsnorm und Zivilprozessordnung samt Einführungsgesetzen und Nebengesetzen sowie den Vorschriften des Europäischen Zivilprozessrechts* (18rd edn Manzschke 2018) § 502, E38; Deren-Yıldırım, *Kanun Yolları* (n 2) 10; Selçuk Öztekin, 'Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf Kanun Yolu, Amacı ve Felsefesi' iç *Türk Hukukunda İstinaf Reformu Sonrası Yargıtay'ın Temyiz İncelemesinde Hukukilik Denetiminin Sınırları Sempozyumu Ankara 20-21 Nisan 2017* (Türkiye Adalet Akademisi 2017) 171, 178; Selçuk Öztekin, *Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz*, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 341-m. 373 Şerhi (Yetkin 2021) 56; Akkaya, *İstinaf* (n 16) 69.

51 Schilken (n 44) 400, Kn. 865; Yıldırım, *İstinaf* (n 8) 5; Deren-Yıldırım, *Kanun Yolları* (n 2) 10.

Hakimin hata yapması ve yanlış karar vermesi durumunda, bu yanlış kararın kesin hüküm etkisine kavuşmaması için taraflar istinaf mahkemesine başvurur⁵². İstinaf kanun yolunda, ilk derece mahkemesince gerçekleştirilen yargılamada ve verilen kararda, hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığı ve yapılan vakia tespitlerinin tam ve doğru olup olmadığı kontrol edilir. Ayrıca bu incelemede, söz konusu hususlarda bir yanlışlık ve/veya eksiklik tespit edildiği takdirde, istinaf mahkemesi bu eksikleri tamamlayarak ve yapılan hataları gidererek somut uyumsuzluk hakkında bizzat karar verir. İlaveten tarafların istinaf mahkemesinde yeni vakia ve delil ileri sürebilmeleri sınırlı hallerde de olsa mümkündür. Bu çerçevede istinaf kanun yolunun amacının daha çok somut olay adaletinin gerçekleştirilmesine hizmet etmek olduğu kabul edilir⁵³.

Kanun yolunun amacı olarak somut olay adaleti kavramından kasıt, salt hakkaniyete göre karar vermek⁵⁴ olmayıp, onu da içine alacak şekilde daha üst bir kavram olarak maddi anlamda doğru bir karar verilmesidir⁵⁵. Bu bağlamda somut olay adaletinin sağlanması, maddi anlamda doğru karar verilmesi buyruğunun somut olayda gerçekleştirilmesidir ve bu buyruk hukuk devleti ilkesinden ortaya çıkar⁵⁶.

Münchbach/Lotz'a göre, vakialara ilişkin hatalar ile hukuki hatalar konusunda ayırımın yapıldığı istinaf kanun yolu sisteminde somut olay adaletinin sağlanması amacı geri planda kalmaktadır⁵⁷.

52 Stürner, *Anfechtung* (n 16) 38.

53 Roth, *Einzelfallgerechtigkeit* (n 49) 174-175; Stürner, *Anfechtung* (n 16) 44; Christoph Althammer, 'Die Zukunft des Rechtsmittelsystems' in Alexander Bruns, Joachim Münch and Astrid Stadler (eds), *Die Zukunft des Zivilprozesses* (Mohr Siebeck 2014) 93; BGH NJW 2004, 2751; Deren-Yıldırım, *Kanun Yolları* (n 2)10; Yıldırım, *İstinaf* (n 8) 5; Akkaya, *İstinaf* (n 16) 69; Öztekin, *İstinaf* (n 49) 178; Öztekin, *Şerh* (n 49) 56, 68; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2020) 600; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku C. 2* (Yetkin 2021) 40; Albayrak (n 37) 9-10; Şule Güneş, 'Medeni Usul Hukukunda İstinaf İncelemesi Sonunda Verilebilecek Kararlar Ve Sonuçları' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2019) 13; Selin Akgül-Teber, 'Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkelerin İstinaf Yargılamasındaki Görünümü' (Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi 2020) 5; Ömer Mirac Ay, '6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Duruşma Yapmadan Karar Verebileceği Haller' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2019) 9. İstinaf denetimi ile amaçlananın hukukilik denetiminin yanı sıra vakia denetiminin de sağlanabilmesi ve böylece maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi, sübjektif hakların himayesi ile etkin hukuki korumanın sağlanarak bireylerin hukuka güvenini tesis etmek olduğu yönünde; Deniz Meraklı-Yayla, *Medeni Usul Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması* (Yetkin 2014) 22.

54 Hakkaniyet göre karar vermek daha ziyade hakimin takdir yetkisine göre karar verdiği durumlar ile kanun boşluklarının doldurulmasında söz konusu olur (Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku* (2. Baskı, Vedat 2008) 35, 146; M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (22. Baskı, Vedat 2016) 45, 92, 93; M. Ahmet Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk* (Türhan 2016) 159, 166, 167). Yargıtay'ın somut olay adaleti kavramını daha çok hakkaniyet göre karar verilen durumlar için kullandığı hususunda bkz. Akkaya, *İstinaf* (n 16) 70.

55 Roth, *Einzelfallgerechtigkeit* (n 49) 176, 178; Akkaya, *İstinaf* (n 16) 70.

56 Roth, *Einzelfallgerechtigkeit* (n 49) 176; Yıldırım, *İstinaf* (n 8) 2 vd.

57 Werner Münchbach and Michael Lotz, 'Justizreform – Reform oder gut verkaufter Abbau des Rechtsschutzsystems?' (1999) 9 Zeitschrift für Rechtspolitik 374, 374, 376. *Leipold*'a göre, istinaf aşamasında ilk derece yargılamasının tam olarak yenilenmesi nispetinde mahkeme kararının adaletli olma derecesi yükselir. Zira mümkün olduğu ölçüde doğrudan ve tam olarak somut olaydaki uyumsuzluğun detaylı bir şekilde ele alınması oranında somut olay adaletine yaklaşırlar. İstinaf mahkemesi ilk derece mahkemesi kararının kontrolü ile sınırlandırılmış olsa bile önemli olan husus, bu kanun yolu ile adaletli karar verme, kararın taraflarca kabulü ve karara güven hususlarının yeterince sağlanıp sağlanmadığıdır (Leipold (n 47) 290).

C. HUKUKİ GÜVENLİĞİN VE HUKUK BARIŞININ SAĞLANMASI

Kanun yoluna başvurulması ile iptali istenen kararın kesinleşmesi ertelenir. Ancak önemli olmayan nedenlerden dolayı mahkemelerce verilen kararların kesin hüküm etkisine kavuşması engellenmemelidir. Ayrıca kamu da, kanun yolu incelemesinden ötürü gereksiz masrafları üstlenmek zorunda bırakılmamalıdır. Kanun yolu incelemesinden kaynaklanan giderlerin tamamen taraflarca karşılanması ise hak arama özgürlüğünü tehdit eder^{58/59}. Öte yandan mahkeme kararlarının tamamının kanun yolu incelemesine tabi olması, bu incelemeyi fiilen imkansız kılar. Bu noktada hukuki barış ve güvenlik düşüncesi gündeme gelir⁶⁰. Bu bağlamda hukuki barışın ve güvenliğin sağlanmasıyla kastedilen, uyumsuzluğun kesin olarak sona erdirilmesidir⁶¹.

Hukuk barışı ve güvenliğinin sağlanması kanun yolunun amacı olmayıp, kanun yoluna başvuru imkanının süre ve kararlar yönünden sınırlandırılmasının⁶² temelinde yatan gerekçedir⁶³. Diğer bir ifadeyle, hukuk barışı ve güvenliğinin sağlanması düşüncesi ile kanun yoluna başvuru belli bir süre ile sınırlandırılır. Yine bu düşünce gereğince bazı kararlara karşı kanun yoluna başvurulamayacağı kabul edilir. Kanun yolu incelemesine tabi kararlar bakımından da bu husus yine bir amaç değil, kanun yolu mahkemesince yapılan inceleme sonucunda uyumsuzluğun kesin olarak sona erdirilmesiyle ortaya çıkan bir sonuçtur.

D. HUKUK BİRLİĞİNİN SAĞLANMASI VE HUKUKUN GELİŞTİRİLMESİ

Hakimler, yargılama yaparken ve karar verirken hukuk kurallarını, gerek yanılmaları gerekse de farklı şekillerde algılamaları nedeniyle, yanlış yorumlayıp hukuka aykırı kararlar verebilirler. Kanun yolu mahkemesince gerçekleştirilen denetim ile objektif hukuk kurallarının doğru bir şekilde anlaşılması ve uygulanması sağlanır. Böylelikle hukuk kurallarının ülke içerisinde yeknesak bir şekilde uygulanması sağlanarak bir yandan hukuk/içtihat birliği tesis edilir, öte yandan hukukun gelişimine katkıda bulunulur. Bu nedenle de kanun yolu hem taraf menfaatine hem de kamu menfaatine hizmet eder⁶⁴. Kanun yolunun amacı olarak hukuk birliğinin sağlanması ve hukukun geliştirilmesi, öncelikle temyiz kanun yolu mahkemesince gerçekleştirilir^{65/66}.

58 Stürner, *Anfechtung* (n 16) s. 41; Deren-Yıldırım, *Kanun Yolları* (n 2) 11-12.

59 Bu noktada unutulmamalıdır ki, kanun yolu sistemi tarafından sağlanan mahkeme kararlarının doğruluğundaki artışın toplumsal yararı, kanun yolu başvurusunun bireysel yararından daha fazladır. Bu nedenle, kanun yolu sisteminde elde edilmesi beklenen bireysel faydanın, böyle bir sistemin giderlerinden daha az olması oldukça makuldür. Wagner (n 39) 193.

60 Stürner, *Anfechtung* (n 16) 41.

61 Rosenberg, Schwab and Gottwald (n 16) § 1, Kn. 17; Akkaya, *İstinaf* (n 16) 75.

62 Stürner, *Anfechtung* (n 16) 41-42; Akkaya, *İstinaf* (n 16) 75.

63 Fasching, *Lehrbuch* (n 37) 841-842, Kn. 1659.

64 Stürner, *Anfechtung* (n 16) 43-44; Deren-Yıldırım, *Kanun Yolları* (n 2) 13.

65 Stürner, *Anfechtung* (n 16) 44; Wolfgang Grunsky and Florian Jacoby, *Zivilprozessrecht* (16rd edn, Vahlen 2018) 217, Kn. 648; Akcan (n 46) 16; Akkaya *İstinaf* (n 16) 72, dp. 73; Yıldırım, *İstinaf* (n 8) 24, dp. 64.

66 20.11.2017 tarih ve 696/45 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yapılan değişiklikle Yargıtay Kanunu'na eklenen Geçici 16. Maddeye göre, içtihadı birleştirme toplantıları dışındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla Hukuk ve Ceza Genel Kurulları üyeleri Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu tarafından belirlenen yirmi üyeden oluşur. Ayrıca bu üyeler sürekli

III. TEMYİZ KANUN YOLUNUN AMACI

A. GENEL OLARAK

Genel olarak kanun yolunun amacının, hem somut olay adaletini sağlamak suretiyle taraf menfaatine, hem de hukuk uygulamasında birliği sağlamak ve hukukun geliştirilmesine katkıda bulunmak suretiyle kamu menfaatine hizmet etmek olduğu kabul edilir. Ancak gerek hukukumuzda gerekse de mukayeseli hukukta özellikle temyiz kanun yolunun öncelikli amacının taraf menfaatine mi yoksa kamu menfaatine mi hizmet etmek olduğu tartışmalıdır⁶⁷.

B. TEMYİZ KANUN YOLUNUN AMACINA İLİŞKİN MUKAYESELİ HUKUKTAKİ GÖRÜŞLER

Öğretide temyiz kanun yolunun amacının ne olduğu konusunda çok çeşitli görüşler mevcuttur. Bu görüşler temelde beş yönden ortaya konabilir.

1. TARAF MENFAATİNE ÖNCELİK VEREN GÖRÜŞ

Bu görüşü savunanlara⁶⁸ göre, somut olay bakımından doğru bir karar verilmesi yönündeki taraf menfaati temyizcinin öncelikli amacıdır. Zira temyiz yargılaması bakımından belirleyici olan taraflardır ve temyiz bir taraf kanun yolu olarak yapılandırılmıştır. Her kanun yolu gibi temyiz de ilk planda, iptali istenen kararın doğruluğunu, karara karşı kanun yoluna başvuran tarafın menfaati yönünde, kontrol etmeye hizmet eder⁶⁹.

şekilde görev yapar. İlgili düzenleme 31.12.2022 tarihine kadar yürürlükte kalacak, bu tarihten sonra ilgili Kurullara ilişkin hükümler uygulanmaya devam olunacaktır. Bu düzenleme ile Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu tarafından belirlenen üyelerin genel kurulda sürekli olarak görev yapmaları, temyiz kanun yolunun hukukun geliştirilmesini sağlama amacı karşısında isabetli değildir. Bu düzenlemenin isabetsizliği ve Fransız hukukunda olduğu gibi, genel kurula katılacak üyelerin, uzmanlıkları da göz önüne alınarak Birinci Başkanlık veya daire başkanı tarafından seçildiği sistemin daha yerinde olduğu yönünde bkz. Ozan Tok, 'Fransız ve Türk Medeni Yargılama Hukuklarında Temyiz Mahkemesinin Yapısı ve İşlevi' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2021) 173-174.

67 Fritz Baur, 'Die dritte Instanz im künftigen Zivilprozess' (1958) 71 *Zeitschrift für Zivilprozess* 161, 161 ff; Schwinge (n 49) 26 ff; Gottwald, *Revisionsinstanz* (n 6) 82-83; Prütting (n 1) 92 ff; T. Ludger Traut, *Der Zugang zur Revision in Zivilsachen* (Heymann 2006) 51 ff; Axel Rosenthal, *Probleme im zivilprozessualen Revisionszulassungsrecht nach Inkrafttreten des ZPO-RG vom 01.01.2002* (Logos Berlin 2007) 27 ff; Matthias Jacobs, 'Vor § 542-566' in Freidrich Stein and Martin Jonas (eds), *Kommentar zur Zivilprozessordnung Band 6* (23rd edn, Mohr Siebeck 2018) Kn. 8-13; Ahrens (39) 5-7; Yıldırım, *İstinaf* (n 8) 24; Deren-Yıldırım, *Kanun Yolları* (n 2) 7 vd.; Saim Üstündağ, *Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim* (İstanbul Üniversitesi 1968) 15 vd.; Üstündağ, *Medeni Yargılama* (n 16) 817 vd.; Selçuk Öztekin, 'HUMK m. 427'deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 10.1.1986 Tarihli Kararı', (1987) 2 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 62, 66 vd.; Öztekin, *İstinaf* (n 49) 175 vd.; Akcan (n 46) 16, Atalı (n 16) 96-97; Ersin Erdoğan, 'Temyiz İncelemesinde Yabancı Hukukun Denetimi' (2018) 44 (3) Yargıtay Dergisi 813, 828-830, Serap Keskin, 'Ceza Muhakemesinde Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 1996) 26 vd.

68 Hermann Mannheim, *Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße im Strafverfahren* (Springer 1925) 21 ff; Wolfgang Grunsky, 'Vor § 545' in Freidrich Stein and Martin Jonas (eds), *Kommentar zur Zivilprozessordnung* (21rd edn, Mohr Siebeck 1996), Kn. 5. Ayrıca Prütting (n 1) 87 dp. 13'te belirtilen diğer yazarlar.

69 Traut (n 66) 56.

Temyiz incelemesinin ancak taraflarca başvurulması durumunda gerçekleştirilmesi, temyizın caizlik şartı olarak hukuki yarar şartının mevcut olması, yargılama giderlerinin taraflarca karşılanması, temyiz mahkemesinin tarafların talepleri kapsamında inceleme yapabilmesi, aleyhe karar verme yasağının mevcut olması, tarafların temyiz başvurusundan feragat edebilmeleri, temyiz mahkemesinin soyut bir hukuki sorun hakkında değil somut uyuşmazlık hakkında karar vermesi, temyiz mahkemesinin sadece bozucu değil aynı zamanda düzeltici karar da vermesi ve verilen kararın sadece davanın tarafları bakımından kesin hüküm teşkil etmesi, temyizın taraf menfaatine hizmet ettiğini gösteren hususlardır⁷⁰.

Alman Medeni Usul Kanunu (AMUK) m. 561'e göre, istinaf mahkemesi kararının gerekçesi bir hukuka aykırılığı ortaya koyuyor olmasına rağmen, kararın kendisi diğer nedenlerden dolayı sonuç itibarıyla doğru ise, temyiz başvurusu reddedilir. Gilles'e göre, bu hüküm, temyizın öncelikli amacının yargı kararlarında yeknesaklığı güvence altına almak olmadığını, aksine öncelikli amacın somut olay adaletini sağlamak olduğunu açık bir şekilde göstermektedir. Zira yeknesaklığı tehlikeye düşüren hukuka aykırılıklar son tahlilde hiçbir şekilde önem taşımamaktadır⁷¹.

Fasching de 1971 tarihli bir eserinde, kanun koyucunun temyizi somut hukuki uyuşmazlık bakımından karar veren bir kanun yolu olarak yapılandırdığını, temyiz başvurusu, temyiz yargılaması, temyiz mahkemesince verilerek kararlar bakımından tarafların belirleyici olduğunu, yine temyiz masraflarının taraflarca ödendiğini, bu nedenlerle temyizın hukuk birliğini temin etmeye yönelik bir kontrol aracı olmadığını, hem Alman hem de Avusturya hukukunda temyizın ana görevinin somut olay bakımından doğru karar verilmesi olduğunu belirtmiştir⁷².

Pawlowski'ye göre, temyizın, hukukun geliştirilmesi ve hukuk birliğini sağlama yönünde salt kamu yararına çalışması, totaliter hukuk düşüncesinin bir ürünüdür. Her derece yargılamasının amacı, taraflar arasında burada ve şimdi (hic et nunc) geçerli olan hukukun tespitidir⁷³.

70 Stein/Jonas/Grunsky (n 67) Vor § 545, Kn. 2-5; Axel Kuhlmann, *Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozessrecht* (Duncker & Humblot 2010) 90-91; Meyer-Mickeleit (n 46) 159; Nina Dethloff, 'Zugang zur Revisionsinstanz' (2000) 10 Zeitschrift für Rechtspolitik 428, 432; Artur May, *Die Revision in den zivil – und verwaltungsgerichtlichen Verfahren* (2nd edn, Heymann 1997) 16, Kn. 39; Fasching, *Lehrbuch* (n 37) 929, Kn. 1844.

71 Peter Gilles, *Rechtsmittel im Zivilprozeß* (Athenäum 1972) 79-80; Peter Gilles, '2002 Medeni Usul Hukuku Reformu Sonrası Hipertrofik Bir Medeni Yargının Problem Sahası Olarak Alman Kanun Yolu Sistemi' (çev. Evrim Erişir) iç *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007* (Türkiye Barolar Birliği 2008) 19, 46. Kuhlmann'a göre, 2001 yılında yapılan reformla her ne kadar temyizın görevi hukukun gelişimi ve yeknesaklığın sağlanmasına hizmet etmeye daha fazla yaklaştırılsa da bu durum temyizın bir taraf kanun yolu olarak subjektif hukuki koruma ve somut olay adaletini sağlama görevini değiştirmez. Temyizın öncelikli ve esas amacı subjektif hukuki koruma sağlamaktır ve bu amaç hukuk birliğini sağlama ve hukukun geliştirilmesine katkı sunma amacının bir sonucu ya da yansıması olarak görülemez (Kuhlmann (n 69) 90).

72 Hans W. Fasching, *Probleme des Revisionsverfahrens – Skizze einer rechtsvergleichenden Betrachtung der Revision im deutschen und im österreicherischen Zivilprozess* (De Gruyter Berlin-Newyork 1971) 7-8. Fasching, daha sonra yazdığı eserde Avusturya hukukunda temyizın görevinin hem taraf menfaati bakımından somut olay adaletini sağlama hem de kamu menfaati bakımından hukuk uygulamasında yeknesaklığın temin etme olduğunu, bununla birlikte Avusturya hukukunda ZVN 1983 ve özellikle de WGN 1989 değişikliklerinden sonra, eski düzenlemelerin aksine, taraf menfaatlerinin öneminin geri plana itildiğini ifade etmiştir (Fasching, *Lehrbuch* (n 37) 929, Kn. 1845-1846).

73 Pawlowski (n 9) 352-358.

2. HUKUK BİRLİĞİNİN SAĞLANMASI VE HUKUKUN GELİŞTİRİLMESİ YÖNÜNDE KAMU MENFAATİNE ÖNCELİK VEREN GÖRÜŞ

Bu görüşe göre, temyiz kanun yolunun öncelikli ve ağırlıklı amacı, hukuk birliğinin sağlanması ve muhafaza edilmesi ile hukuk gelişimine katkı sunulmasıdır^{74/75}. Temyiz her ne kadar bir taraf kanun olarak yapılandırılmış ise de taraf menfaati ve somut olay adaleti temyizcinin öncelikli amacı değildir. Zira temyizde doğru bir karar verilerek taraflar arasındaki hukuki uyumsuzluğun giderilmesi ve bireysel menfaatlerin korunması, ancak bu husus kamu menfaatini de ilgilendiriyorsa söz konusu olur⁷⁶. Alman hukukunda 2001 yılında yapılan değişiklikten sonra değere/kabule bağlı temyiz sisteminden izne bağlı temyiz sistemine geçilmiştir⁷⁷. Buna göre temyiz kanun yoluna, ancak hukuki

74 Baur (n 66) 175; Horst-Eberhard Henke, *Die Tatfrage: Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität* (Duncker & Humblot 1966) 191 ff; Friedrich Essinger, *Gesetzesverletzung als Revisionsgrund im Zivilprozess* (Diss. 1912) 10; Horst-Eberhard Henke, 'Rechtserkenntnis, Rechtsfortbildung und Konfliktlösung: Die Verfahrenstypen der Zivilprozessordnung in erster und in höherer Instanz' (1996) 109 *Zeitschrift für Zivilprozess* 135, 163-164; Stürner, *Anfechtung* (n 16) 44; Rosenberg, Schwab and Gottwald (n 16) § 134, Kn. 21-22; Klaus Reichold, 'Vor § 542' in Heinz Thomas and Hans Putzo (eds), *Zivilprozessordnung Kommentar* (40rd edn, Beck 2019) Kn. 1; Jauernig and Hess (n 40) § 74, Kn. 1-2; AK-ZPO/*Ankermann* (n 39) vor § 545, Kn. 2; Adolf Baumbach, Wolfgang Lauterbach, Jan Albers and Peter Hartmann, *Zivilprozessordnung Kommentar* (77rd edn, Beck 2019) Übers § 542, Kn. 1; Lambros Sinaniotis, 'Revisibilität unbestimmter Rechtsbegriffe' in FS Rolf A. Schütze (Beck'sche 1999) 877, 883. Taraf menfaatinin temyize başvuru bakımından herhangi bir rol oynamadığı yönünde; Jauernig and Hess (n 40) § 72, Kn. 6, 11; Reinhard Greger, 'Der deutsche Zivilprozess im Umbruch' in FS Kostas E. Beys (Sakkulas 2003) 459, 471; Eike Ullmann, 'Gedanken zum neuen Recht der Revision und der Rechtsbeschwerde in Zivilsachen' (2002) 6 *Wettbewerb in Recht und Praxis* 593, 597; Unberath (n 7) 333; Grunsky and Jacoby (n 64) 217, Kn. 648. Temyize başvuru bakımından belirleyici olan hususun kamu menfaati olduğu, ancak kanun koyucunun iradesine göre, bariz yanlışlık nedeniyle sonuç düzeltilmesinin gerektiği durumunda, somut olayda adil bir hüküm verilmesinin de temyize başvuruyu haklı kıldığı yönünde bkz. Andreas Piekenbrock and Götz Schulze, 'Die Zulassung der Revision nach dem ZPO-Reformgesetz' (2002) 14 *Juristen Zeitung* 911, 912, 921.

75 Temyizin amacının salt hukuk birliğini sağlamak olduğunu savunan diğer bir görüşe göre, bireysel davalarda maddi adaletin gerçekleştirilmesi temyizcinin yapısı için değil, sadece ve ancak temyizcinin hukuk birliğini sağlama yönündeki kamu menfaatini temin etmesi için önemlidir (Franz Adickes, *Grundlinien durchgreifender Justizreform: Betrachtungen und Vorschläge unter Verwertung englisch-schottischer Rechtsgedanken* (De Gruyter 1906) 32). Diğer bir deyişle, temyiz mahkemesinin ve temyizcinin ödevi, hukuk birliğini sağlamak ve hukukun gelişimine hizmet etmektir. Hukuk birliğinin ve hukukun gelişiminin anayasal temelleri ise, hukuki güvenliği temin etmek ve hukuki eşitliği (kanun önünde eşitliği) sağlamaktır (Felix Weyreuther, *Revisionszulassung und Nichtzulassungsbeschwerde in der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte* (Beck 1971) 1-2).

76 Wolfgang Krüger, '§ 543' in Wolfgang Krüger and Thomas Rauscher (eds) *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung Band 2* (6rd edn, Beck 2020) Kn. 3; Hans-Joachim Heßler, 'Vor 543' in Richard Zöllner (ed), *Zivilprozessordnung* (32rd edn, Otto Schmidt 2018) Kn. 3; Jauernig and Hess (n 40) § 74, Kn. 1.

77 Federal Mahkeme'nin sürekli olarak artan iş yükünün azaltılması konusunda tarihsel gelişim itibarıyla önceleri değere bağlı temyiz sistemi içerisinde temyize başvuru değerinin artırılması yoluna gidilmiştir. Ancak bu da sorunu çözmeye konusunda yetersiz kalmıştır (Robert Fischer, 'Zur Entwicklung des Revisionsrechts seit dem Bestehen des Bundesgerichtshofs' (1978) *Deutsche Richterzeitung* 2, 4-6; Hanns Prütting, '§ 542' in Bernhard Wieczorek and Rolf A. Schütze (eds), *Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Großkommentar, Band 7* (4rd edn, De Gruyter 2018) Kn. 20-22; Rosenthal (n 66) 10 ff). Öte yandan Federal Mahkeme'nin yalnızca ilkel/temel hukuki sorunlarla ilgilenmesi gerektiği ve değer sınırlarının bir uyumsuzluğun hukuki önemini değerlendirmek için uygun bir kriter olmadığı ve temyizcinin kabul edilebilirliğinin "cüzdana bağlı" olmaması gerektiği ileri sürülmüştür. İlaveten değere bağlı temyiz, hukuk davalarında tarafların rolleri dikkate alındığında son derece olağan dışı olarak, ekonomik olarak güçlü olana uygunsuz bir şekilde ayrıcalık tanımlama eleştirilmiş ve "sosyal dengesizlik" yaratmakla suçlanmıştır (BT-Dr. 14/4722, s. 58-60; Hermann Büttner, 'Revisionsverfahren – Änderungen durch das Zivilprozessreformgesetz' (2001) 21 *Monatsschrift für deutsches Recht* 1201, 1201 ff; Rosenthal (n 66) 23). 1975 yılında kanun koyucu eski AMUK m. 554b ile ilkel öneme sahip olmayan uyumsuzluklar bakımından temyize başvuruyu engellemeye çalışmış ancak bu girişim de başarısız olmuştur.

mesele ilkel bir öneme sahipse veya hukukun gelişmesi yahut hukukta yeknesaklığın sağlanması için temyiz mahkemesinin kararı gerekli ise, izin verilir (AMUK m. 543/II). Bu bağlamda temyiz izni, istinaf mahkemesi tarafından verilir. Ancak istinaf mahkemesi tarafından temyize izin verilmemesi halinde, taraflar, temyiz mahkemesine izin verilmeme şikayeti (*Nichtzulassungsbeschwerde*) başvurusu yapabilirler (AMUK m. 544). Ayrıca temyiz sebebi olan hukuka aykırılık, tarafların haklarına ilişkin her hukuk kuralına aykırılığı değil yalnızca temyiz edilebilir hukuka aykırılığı ifade eder. İlâveten temyiz mahkemesi, bu hukuka aykırılığı, alt derece mahkemesinin vakia tespitleriyle bağlı olarak kontrol edebilir. Bu hususlar taraf menfaati ile açıklanamaz⁷⁸. Temyiz, kamu menfaatini de ilgilendiren hukuki uyumsuzluklarda hatalı mahkeme kararlarını ortadan kaldırarak somut olay adaletinin gerçekleştirilmesine ancak sınırlı olarak hizmet eder⁷⁹. Dolayısıyla taraf menfaati

Çünkü Federal Alman Anayasa Mahkemesi 1980 yılında verdiği kararda başarıya ulaşma ihtimali olan her temyiz başvurusunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir (BVerfG 54, 277: NJW 1981, 39). 2001 tarihli Reform Kanunu ile kanun koyucu başarı ihtimaline yönelik temyize başvuru nedenini ortadan kaldırıp, temyize başvuruyu sadece temel hukuki nedenlerle sınırlı bir izne tabi kıldı (AMUK m. 543/II). Bu son düzenlemenin anayasaya uygunluğu konusunda Federal Alman Anayasaya Mahkemesi şimdiye kadar olumsuz bir karar vermedi (BVerfG NJW 2004, 1371; BVerfG NJW 2004, 1729; Günter Hirsch, 'Verfassungsrechtliches Bestimmtheitsgebot und gerichtliche Auslegung am Beispiel der neuen Zugansvoraussetzungen zur dritten Instanz' in FS Joachim Wenzel (Dr. Otto Schmidt 2005) 39, 47 ff; Andreas Piekenbrock, 'Der Zugang zum BGH als Verfassungsproblem: Eine unendliche Geschichte?, Zugleich Anmerkung zu BVerfG' (2004) 6 Anwaltsblatt 329, 329 ff; Peter Gottwald, 'Verfassungsrechtliche Fragen des neuen deutschen Rechtsmittelrechts' in FS Nemeth Janos (Elte Kiado Budapest 2003) 289, 294-295; Wiczorek/Schütze/Prütting (n 76) § 542, Kn. 37). Bununla beraber öğretilerde bu yeni düzenlemenin anayasal yönden problemli olduğu da ileri sürülmektedir. Zira, kanun koyucu, temyize başvuruda somut olay adaletinin sağlanması ile kamu menfaatini temin arasındaki gerilim ilişkisini makul bir şekilde çözüme kavuşturmalıdır. Başarı ihtimali olan ancak "ilkel önemi" olmayan bir temyiz başvurusuna izin verilmemesi anayasanın hukuk uygulamasında eşitlik ilkesini ve kanun yolunun açıklığı ilkesini ihlal eder. Çünkü bu yeni düzenleme uyarınca karar "ciddi" ve "bariz" bir hukuki hataya dayanıyor ve bu yüzden de temyiz başarı ihtimali olsa bile, bu karara karşı temyiz başvurusu hukuki mesele ilkel öneme sahip değilse reddedilecektir. Bu durumun temyiz "kontrol yönünün" önemini azaltacağı göz ardı edilmemelidir. Öte yandan "ciddi" ve "bariz" hukuk ihlalleri genellikle "somut olay adaletini" diğer hukuk ihlallerinden daha fazla tehdit eder ve bunların (ciddi ve bariz hukuk ihlallerinin) tespiti ve giderilmesi çok daha basittir. Ayrıca "ilkel önemliliğin" varlığına ilişkin yapılacak yargısal tartışma, "hataların giderilmesi" dahil olmak üzere temyize izin verilmesinden daha çok zaman ve emek gerektirir. İlâveten bu hususlar yeni düzenlemenin adaleti temin talebi ve hak arama hürriyetinin anayasal gerekliliklerini karşılayamadığını da ortaya koymaktadır (Nikolaj Fischer, 'Verfassungsrechtliche Probleme des „neuen“ zivilprozessualen Revisionsrechts' (2002) 3 Anwaltsblatt 139, 143; Christian Dorn, 'Die Verfassungsmässigkeit des geänderten Rechtsmittelrechts der ZPO' (2002) 4 Anwaltsblatt 208, 211-212).

78 Essinger (n 73) 10; Schwinge (n 49) 32; Rosenberg, Schwab and Gottwald (n 16) § 134, Kn. 21; Reiner Martin, *Prozessvoraussetzungen und Revision* (Heymann 1974) 1-2. Bu argümanlar şu şekilde eleştirilmektedir; eski AMUK m. 563 – mevcut AMUK m. 561'e göre, istinaf mahkemesi kararının gerekçesi bir hukuka aykırılığı ortaya koysa da, karar sonuç itibarıyla doğru ise temyiz başvurusu reddedilir. Bu husus temyiz sadece hukuka aykırılıkları kontrol mekanizması olmadığının ispatıdır. Temyiz soyut hukuka aykırılıktan ziyade sonuç itibarıyla doğru bir karar verilmesi yönünde bozucu ve düzeltici etkiye sahip olan bir üst mahkeme olarak yapılandırılmıştır (Karl August Bettermann, 'Anfechtung und Kassation' (1975) 88 Zeitschrift für Zivilprozess 365, 372; Prütting (n 1) 92-93). İlâveten temyiz mahkemesinin alt derece mahkemesince gerçekleştirilen vakia tespitleri ile bağlılığı mutlak ve tam değildir. Özellikle de uygulamada temyiz mahkemesi, alt derece mahkemesince yapılan vakia tespitleriyle bağlılığını yumuşatmakta ve ortadan kaldırmakta olduğundan, temyiz mahkemesi vakia tespitlerini her zaman alt derece mahkemesiyle aynı açıdan değerlendirmemektedir (Prütting (n 1) 92-93; Peter Schlosser, 'Die Nachprüfung von Tatsachenfeststellungen durch die Revisionsinstanz in Zivilsachen' in Peter Schlosser (ed), *Tatsachenfeststellungen in der Revisionsinstanz* (Alfred Menzer 1982) 9, 25).

79 Thomas/Putzo/Reichold (n 73) Vor § 542, Kn. 1; Peter Gottwald, 'Ein fast perfektes System – Zivilrechtsschutz in Deutschland' FS Wolfgang Krüger (Beck 2017) 375, 381. *Sinaniotis'e* göre, temyiz esas amacı hukukun doğru yorumlanması ve uygulanmasıdır, yani hukuki birliği sağlamaktır. İçtihatlar birliğin sağlanması ise, temyiz amacı değil, sonucudur. Bu husus, temyiz mahkemesi kararlarının alt mahkemeleri bağlamamasından anlaşılmaktadır ki, bu

temyizın öncelikli amacı olmayıp, hukuki birliğin sağlanması ve hukukun geliştirilmesi yönünde yapılan temyiz incelemesinin bir sonucudur⁸⁰.

Stadler'e göre ise, temyiz bir karışımın birleşimidir (*mixtum compositum*). Zira temyiz bir yönüyle tarafların bireysel menfaatleri için kendisinden faydalanan bir taraf kanun yoludur, ancak diğer yönüyle de temyiz yargılamasının yapılması kamu menfaatleri bakımından gerekli olmalıdır⁸¹.

Avusturya hukukunda da temyizın amacı daha çok temyiz başvurusunun ancak önemli hukuki meseleler bağlamında caiz olmasına ilişkin sınırlamalar çerçevesinde ele alınmaktadır. Avusturya Medeni Usul Kanunu (AvMUK) m. 502/I uyarınca, temyizın caiz olabilmesi için, istinaf mahkemesince karara bağlanan hukuki meselelerin çözümünün, hukuk birliği, hukuk güvenliği veya hukukun gelişimi bakımından önemli olması gerekir. Bugün Avusturya hukukunda ağırlıklı olarak, temyizın somut olay adaletinin sağlanmasına da hizmet ettiği ancak bunun temyizın öncelikli görevi olmadığı, temyizın öncelikli görevinin, içtihatlarda yeknesaklığın sağlanması, hukuk güvenliği ve hukukun geliştirilmesine katkı sunulması yönünde kamu menfaatine hizmet etmek olduğu kabul edilmektedir⁸². Temyiz kanun yoluna müracaat için öngörülen sınırlamaların yanı sıra, temyiz

da anayasal anlamda hakimın bağımsızlığı ilkesine tekabül etmektedir. Bununla beraber temyiz, asıl amacının (hukuki birliği sağlama) dışında somut davada adil bir karar ile taraf menfaatlerini de korumaya çalışan bir kanun yoludur. Aksi takdirde temyiz mahkemesinin kararı, bir nevi hukuki konularda birliki görüşü olurdu (Sinaniotis (n 73) 883-884).

80 Essinger (n 73) 13. *Heßler* ise, izne bağlı temyizın ve bu bağlamda yapılan sınırlandırmaların, temyiz mahkemesinin subjektif hakların korunması görevini geri plana atmaması gerektiğini belirtmektedir (Zöller/*Heßler* (n 75) § 543, Kn. 8).

81 Astrid Stadler, 'Revision und öffentliches Interesse' in FS Nikolaos K. Klamaris (Sakkoulas 2016) 753, 763. *Stürner*'e göre ise, medeni usul hukukunun subjektif hakları koruma amacı Anayasaya tarafından kanun koyucuya yüklenmiş bir görevdir. Ancak kanun koyucu bu görevini yerine getirirken hukuki barışın ve hukuki kesinliğin sağlanmasını da göz önünde bulundurur. Bu nedenle yargılamanın farklı aşamalarında bazı yönlerde belirli çerçevede ağırlık verilebilir. Nitekim temyiz kanun yolunun caizlik şartları ve diğer yönlerden sınırlandırılmasında kamu yararının gözetilmesi bunun bir yansımasıdır (Stürner, *Prozesszweck* (n 11) 546). *Fischer*'e göre, Alman temyiz mahkemesinin tarihsel gelişimi ve ödevi medeni usul ve ceza usul hukuku bakımından farklı şekillerde gerçekleşmiştir. Medeni usul hukuku bakımından temyize başvuru imkanı sürekli sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırmalar, temyiz değerinin artırılması, belirli konularda temyize başvurusu imkanının ortadan kaldırılması ve son olarak sadece ilkesel hukuki meselelerde bakımından temyize başvurulabileceği şeklinde ortaya çıkmıştır. Bu değişikliklerden sonra temyiz, hukuki birliğin sağlanması ve hukukun gelişimini temin etme yönünde kamu menfaatine hizmet eder. Bununla beraber bu kamu menfaati her halde somut taraf menfaati ile sağlanır (Fischer, *Zur Entwicklung* (n 76) 3-6).

82 Fasching, *Lehrbuch* (n 37) 929, Kn. 1843-1846; Alfons Zechner, 'Vor §§ 502 ff' in Hans W. Fasching and Andreas Konecny (eds), *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen – Band IV/1* (2rd edn, Manzsch 2005) Kn. 44; Kodek, *Rechberger Kommentar zur ZPO* (n 48) Vor § 502, Kn. 4; Oskar J. Ballon, in Oskar J. Ballon, Bettina Nunner-Krautgasser and Birgit Schneider (eds), *Einführung in das Zivilprozessrecht – Streitiges Verfahren* (13rd edn, Manzsch 2018) 313, Kn. 584; Herbert Pimmer, 'Bemerkungen zur Leitfunktion des Obersten Gerichtshofs in Zivilsachen' in Robert Fucik, Andreas Konecny, Elisabeth Lovrek and Paul Oberhammer (eds), *Zivilverfahrensrecht Jahrbuch 2010* (neuer wissenschaftlicher Verlag 2010) 275, 280; Klasuer and Kodek, *JN-ZPO* (n 49) § 502 ZPO, E38-40; Andrea Bonomi and Rita Lenz, 'Österreich' in *Der Kampf gegen die Überlastung der höheren Gerichte* (Schulthess Polygraphischer 1995) 305, 319; Walter Buchegger, in Walter Buchegger, Astrid Deixler-Hübner and Richard Holzhammer (eds), *Praktisches Zivilprozessrecht I – Streitiges Verfahren* (Springer 1998) 403; Franz Petrasch, 'Das neue Revisions – (Rekurs-) Recht' (1983) 7 *Österreichische Juristen-Zeitung* 169, 177; Karl – Heinz Danzl, '»Erhebliche Rechtsfrage« und »Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung«' in FS Irmgard Griss (Jan Sramek 2011) 95, 96-97; Karl – Heinz Danzl, 'Die Anrufbarkeit des OGH in streitigen Zivilrechtssachen – von Franz Klein bis zur Gegenwart: Analyse – Rückblick – Ausblick' in FS Rainer Sprung (Manzsche 2001) 39, 97-98. *Kralik*'e göre, yüksek mahkemenin öncelikle içtihatlarda yeknesaklığı sağlamaya yönelik hizmeti, sadece hukuki değerlendirmeler bakımından anlamlıdır. Somut uyumsuzluğun hukuki yönden en doğru çözümü de hukuki yeknesaklığa uygun olarak gerçekleştirilen çözümdür. Hukuki yeknesaklık düşüncesi aynı zamanda temyizın bireyci (ferti) karakterine de uygundur (Rodrich Kralik, 'Die Beweiswürdigung im zivilgerichtlichen Verfahren' (1954) 7

nedenlerinin ve temyiz yargılamasının kontrol alanının diğer kanun yollarına göre daha sınırlı olması ve özellikle de temyiz mahkemesinde vakia meselelerinin incelenmemesi, onun öncelikli görevinin kamu menfaatine hizmet etmek olduğunu ortaya koyar⁸³. Ancak bununla birlikte, kanun koyucu her ne kadar AvMUK m. 502 ile temyiz mahkemesinin prensip olarak sadece önemli hukuki meselelerle ilgilenmesini istemiş olsa da uygulamada temyiz mahkemesi iptali istenen kararda ağır (büyük) hataların (*grober Fehler*) mevcut olduğu durumlarda (hukuk normunun savunulamaz bir hukuki görüş çerçevesinde yanlış yorumlanması, esaslı bir hukuki hatanın mevcut olması, bariz hatalı değerlendirmeler gibi) somut olay adaleti bağlamında denetim yapmakta ve bu hataları gidermektedir⁸⁴.

Rechberger/Simotta'ya göre ise, temyizın iki amacı vardır. Bunlardan birincisi, istinaf mahkemesi kararını, hukuki meselenin çözümü ve usul kurallarına uyulması yönünden kontrol etmektir. İkinci amaç ise, hukuk birliğini, hukuk güvenliğini ve hukukun gelişimini temin etmektedir⁸⁵.

İsviçre hukukunda temyiz incelemesini gerçekleştiren Federal Mahkemeye başvuru bakımından karma bir sistem benimsenmiştir. Malvarlığına ilişkin davalarda kural olarak değere bağlı temyiz sistemi geçerlidir. Ancak bununla beraber, kanunda öngörülen değeri aşmayan davalarda hukuki mesele ilkesel bir öneme sahip ise, temyiz kanun yoluna başvurulabilir (İsviçre Federal Mahkeme Kanunu m. 74). Federal Mahkemenin temyiz incelemesinde yapacağı hukuk kontrolü kural olarak federal hukuka aykırılıklarla sınırlıdır. Bu nedenle öğretide ağırlıklı olarak Federal mahkemenin öncelikli görevinin federal hukukun yeknesak yorumlanmasını ve uygulanmasını sağlamak olduğu ifade kabul edilmektedir⁸⁶. Yine Federal Mahkeme Kanunu'nda 2006 yılında yapılan değişiklik

Österreichische Juristen-Zeitung 157, 157). Ayrıca, temyiz mahkemesinin "ülkedeki hukuki yeknesaklığın garantörü ve sembolü" olduğu yönündeki görüş için bkz. Danzl, *Erhebliche Rechtsfrage* (n 81) 96, dp. 5.

83 Kodek, *Rechberger Kommentar zur ZPO* (n 48), Vor § 502, Kn. 4.

84 Rechberger and Simotta (n 36) 638-639, Kn. 1111; Pimmer (n 81) 280; Klasuer and Kodek, *JN-ZPO* (n 49), §502 ZPO, E40; Robert Fucik, Alexander Klauser and Barbara Kloiber, *Österreichisches und Europäisches Zivilprozessrecht* (12rd edn, Manz'sche 2015) § 502, 509.

85 Rechberger and Simotta (n 36) 635-636, Kn. 1108.

86 J. Walter Habscheid, *Schweizerisches Zivilprozess – und Gerichtsorganisationsrecht* (2rd edn, Helbing & Lichtenhahn 1990) 782-783; Hans Dubs, *Beschränkung der Rechtsmittel*, in *Mélanges Henri Grisel* (Editions Ides et calendes Neuchâtel 1983) 669, 680; Georg Messmer and Hermann Imboden, *Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen – Berufung, zivilrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde und staatsrechtliche Beschwerde* (Schulthess 1992) 102, Kn. 72; Karl Spühler and Dominik Vock, *Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund* (2rd, edn Schulthess 2011) 82; Oscar Vogel, Karl Spühler and A. Miriam Gehri, *Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz* (8rd edn, Stämpfli 2006) 380; Samuel Baumgartner, Anette Dolge, R. Alexander Markus and Karl Spühler, *Schweizerisches Zivilprozessrecht* (10rd edn, Stämpfli 2018) 418; Christoph Hurni, *Zum Rechtsmittelgegenstand im Schweizerischen Zivilprozessrecht* (Stämpfli 2018) 99, Kn. 302; Peter Münch and Christian Luczak in Thomas Geiser, Peter Münch, Felix Uhlmann and S. Philipp Gelzer (eds), *Handbücher für die Anwaltspraxis Prozessieren vor Bundesgericht (HAP Bundesgericht)* (4rd edn, Helbing & Lichtenhahn 2014) § 2, Kn. 2.1. Staehelin and Bachofner'e görüşe göre, temyiz, hem doğru bir karar elde etmeye yönelik taraf menfaatine hem de federal hukukun yeknesak bir şekilde uygulanmasına hizmet eder (Adrian Staehelin and Eva Bachofner in Adrian Staehelin, Daniel Staehelin, Pascal Grolimund and Eva Bachofner (eds), *Zivilprozessrecht – Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts* (3rd edn, Schulthess 2019) § 27, Kn. 3). Seiler'e göre ise, Federal mahkemenin ana görevi, federal hukukun yeknesak bir şekilde uygulanmasını temin etmek ve anayasal hakları korumaktır (Hansjörg Seiler, 'Art. 95' in Hansjörg Seiler, Nicolas von Werdt, Andreas Güngerich and Niklaus Oberholzer (eds), *Bundesgerichtsgesetz (BGG) Bundesgesetz über das Bundesgericht, SHK – Stämpfli Handkommentar* (2rd edn, Stämpfli 2015) Kn. 12). Schott'a göre, Federal mahkemenin

öncesi bilim komisyonunca hazırlanan raporda, Federal mahkemenin diğer mahkemelerden farklı olarak özel görevinin, hukuk uygulamasında yeknesaklığı temin etmek, hukukun gelişimine katkı sunmak ve anayasal düzenlemelerin korunmasını gerçekleştirmek olduğu belirtmiştir⁸⁷. Daha sonra hazırlanan hükümet taslağı gerekçesinde ise, Federal Mahkemenin ana görevi olarak bu hususlar aynı şekilde tekrarlanmış⁸⁸, ayrıca hak arayan bireyler için somut olayda hukuki koruma sağlamanın da Federal mahkemenin ana görevlerinden biri olduğu ifade edilmiştir⁸⁹.

İngiliz hukukunda istinaf mahkemesi olarak *Court of Appeal*'in amacı hukuk birliğini ve yeknesaklığını sağlamaktır. En üst mahkeme olan *House of Lords*'un rolünü devralan *Supreme Court*'un temel görevi ise hukukun geliştirilmesi olup bu mahkeme doğrudan tarafların dilekçesi ile harekete geçirilemez ve bu mahkemenin alt mahkemelerin farklı kararlarını düzeltme ödevi yoktur⁹⁰.

Fransız hukukunda ağırlıklı görüş, temyizcinin amacının hukuk uygulamasında yeknesaklığı sağlamak ve objektif hukuku korumak olduğu yönündedir⁹¹. Ancak bununla beraber Fransız Anayasa Konseyi'nin 1980 ve 1988 tarihlerinde verdiği kararlarda, bir kanun yolu olarak temyizcinin, etkin hukuki korumanın sağlanması yönünde esaslı bir garanti olduğu ifade edilmiştir⁹². Yine öğretide de 1979 yılında yapılan değişiklik ile temyiz mahkemesinin yeni vakia tespitleri ve delillerin değerlendirilmesinin gerekmediği durumlarda tarafların başvurusu üzerine yapılan temyiz

temel fonksiyonu, federal hukukun doğru ve yeknesak uygulanmasını temin etmek, hukukun gelişimini sağlamak ve bireysel hukuki himayeyi garanti altına almaktır (Markus Schott, 'Art. 95' in Marcel Alexander Niggli, Peter Uebersax and Hans Wiprächtiger (eds), *Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz* (3rd edn, Helbing & Lichtenhahn 2018) Kn. 10). *Däniken*'e göre, Federal mahkemenin öncelikli amacı, federal hukukun yeknesak bir şekilde uygulanmasını sağlamaktır ve bu amaç aynı zamanda Federal mahkemenin anayasal görevidir. Ayrıca hukuki yeknesaklık beraberinde hukuk güvenliğini ve hukukun gelişiminin sağlanmasını getirir (Franz von Däniken, *Rechts und Tatfragen im Haftpflichtprozess* (Schulthess Polygraphischer 1976) 7-8). *Hauser*'e göre, Alman, Avusturya ve İsviçre Hukuku'nda temyiz mahkemesinin görevi, bütün ülke çapında yeknesak bir hukuk uygulamasını temin etmek ve kendi örnek uygulama prensipleri ile hukukun aynı/eşit şekilde uygulanmasını sağlamaktır (Robert Hauser, 'Die Wahrung der Einheit der Rechtsprechung in rechtsvergleichender Sicht' in FS Karl Heinz Schwab München (Beck 1990) 176, 199).

87 Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege, Schlussbericht an das Eidgenössische Justiz – und Polizeidepartement 1997, s. 12; Hurni (n 85) 99-100, Kn. 302-304.

88 Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001, s. 4342.

89 Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001, s. 4214; Marco Chevalier, *Die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht* (Helbing & Lichtenhahn 2009) 11, Kn. 31. *Tsikrikas*'a göre de, İsviçre Federal Mahkemesi, temyiz yargılamasında sadece iptali istenen kararı bozmakla yetinebileceği gibi, geniş kapsamlı vakia tespitlerinin gerekmediği hallerde, uyumsuzluk hakkında bizzat da karar verebilmektedir. Bu nedenle, İsviçre hukukunda da temyiz öncelikle yargılamanın tarafları bakımından etkin hukuki koruma sağlamaya hizmet etmektedir (Dimitrios Tsikrikas, 'Cassation und Revision im europäischen Vergleich – eine rechtsvergleichende und rechtshistorische Skizze' (1999) 4 Zeitschrift für Zivilprozess International 171, 183).

90 Meyer-Mickeleit (n 46) 160-162; Stürner, *Anfechtung* (n 16) 43-45; Yıldırım, *İstinaf* (n 8) 13; Florian Bley, *Die zweite Instanz nach deutschem und englischem Zivilprozessrecht – Zugang und Prüfungsprogramm* (Peter Lang 2011) 33 ff.

91 Frédérique Ferrand, 'Justizentlastung in Frankreich' (1997) 2 Zeitschrift für Zivilprozess International 43, 67, dp. 56; Tsikrikas (n 88) 174; Meyer-Mickeleit (n 46) 162; Jean Jonquères, 'Die Überprüfung von Tatsachenfeststellungen durch die Cour de Cassation-zivilrechtliche Aspekte' in Peter Schlosser (ed), *Tatsachenfeststellungen in der Revisionsinstanz* (Alfred Menzer 1982) 27, 32; Rosenberg, Schwab and Gottwald (n 16) § 135 Kn. 22; Murat Yavaş, *Medeni Usul Hukukunda Temyiz* (Seçkin 2015) 18, dp. 16; Fulya Teomete-Yalabık, 'Fransız Hukukunda Temyizin Tarihi Gelişimi ve Temyiz Sebepleri' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2010) 63; Tok, *Temyiz* (n 65) 87-88.

92 Tsikrikas (n 88) 175, dp. 5.

incelemesinin sonunda bizzat hukuki uyumsuzluk hakkında karar verebileceği ve bu bağlamda temyizcinin ayrıca yargılamanın taraflarının etkin hukuki korumasına hizmet ettiği belirtilmektedir⁹³.

3. TARAF MENFAATI VE KAMU MENFAATİNİ EŞDEĞERDE GÖREN GÖRÜŞ

Öğretideki diğer bir görüşe göre temyizcinin amacı hem somut olay adaletini sağlamak hem de hukuk birliğini tesis etmektir⁹⁴. Kuşkusuz temyiz, hukuk uygulamasında birlik sağlanmasına hizmet eder. Ancak temyiz yargılamasının yapılandırılmasını göz önüne alındığında, bu husus taraf menfaatlerinin, kamu menfaatini sağlamak için kullanılan bir araç ve tali bir ürün olduğunu ortaya koymaz⁹⁵. Her iki amaç da arasında öncelik-sonralık ilişkisi olmayıp her iki amaç da aynı derecede önemlidir. Bu husus hem maddi hukuka hem de usul hukukuna aykırılıkların denetiminde aynı şekilde geçerlidir⁹⁶. Hatta öğretideki bir görüşe göre, bu iki amaç kavramsal olarak da birbirinden

93 Tsirikas (n 88) 176, 202. Yine Fransız hukukunda temyizcinin somut olay adaletinin sağlanmasına da hizmet ettiği yönünde görüşler için ayrıca bkz. Sypros Tsantinis, 'Kassation, Rechtsstaat und Rechtsmittelstaat' in FS Nikolaos K. Klamaris (Sakkoulas 2016) 833, 839-840, dp. 41; Tok, *Temyiz* (n 65) 85-86. İlaveten Fransız hukukunda kanun yolunun öncelikli fonksiyonunun kararların doğruluğunu ve hataların düzeltilmesini temin etmek olduğu yönde bkz. Wagner (n 39) 162-163.

94 Rudolf Pohle, *Revision und neues Strafrecht* (T. Weicher 1930) 80 ff; Pohle, 44. *DJT* (n 9) 14; Werner Sarstedt and Reiner Hamm, *Die Revision in Strafsachen* (De Gruyter 1983) 8; Johann Julius Wilhelm von Planck, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts Band II – Besonderer Teil* (Beck – Nördlingen 1896) 506; Dietrich Holzheid, *Gesetzesverletzung als Grundlage der Revision im Zivilprozeß*, (Diss 1933) 13-15; Hans Arnold, 'Die Neuordnung des Zugangs zum Bundesgerichtshof in Zivilsachen' (1975) 12 *Juristische Rundschau* 485, 485; Gottwald, *Revisionsinstanz* (n 6) 86 ff; Rolf Hannich, 'Vor § 542' in Rolf Hannich and Christian Meyer-Seitz (eds), *ZPO-Reform 2002 mit Zustellungsreformgesetz* (Beck 2002) Kn. 16; May (n 69) 22, Kn. 50, 54; Andreas Voßkuhle, *Rechtsschutz gegen den Richter* (Beck 1993) 248; Stein/Jonas/Jacobs (n 66) Vor § 542-566, Kn.12-13; Gerd Pfeiffer, 'Der BGH – nur ein Gericht für das Grundsätzliche?' (1999) 36 *Neue Juristische Wochenschrift* 2617, 2617-2618; Rosenthal (n 66) 40-41; Menno Aden, 'Revisibilität des kollisionsrechtlich berufenen Rechts' (2009) 7 *Recht der internationalen Wirtschaft* 475, 476; Ernst Wunderli, *Die Trennung von Tat- und Rechtsfrage bei den zivilrechtlichen Rechtsmitteln oberster Instanz im französischen und deutschen Recht* (Diss. 1947) 53-54. *Heßler*'e göre, temyiz bir taraf kanun yoludur ve temyiz başvurusunun hukuki himaye amacını gerçekleştirmeye hizmet eder. Bu nedenle temyizcinin amacı en azından ve aynı zamanda zorunlu olarak da hatalı kararları ortadan kaldırarak somut olay adaletini gerçekleştirmektir. Bununla beraber, bu bireysel hukuki amaç aynı zamanda temyiz mahkemesinin, hukukun gelişimi sağlamak ve hukuki birliği temin etme yoluyla yeknesak hukuki koşulları yaratma yönünde kamu menfaatine hizmet etme göreviyle de örtüşmektedir. İlaveten salt izne bağlı temyiz sisteminde de temyiz mahkemesi bireysel kararlardaki hatalara müdahale eder ve somut olay bakımından doğru karar vermesine yönelik doğruluk kontrolü görevinden kaçınmaz (Zöller/Heßler (n 75) Vor § 542-566, Kn. 1-2 ve § 543, Kn. 8). *Rimmelspacher*'e göre, temyiz mahkemesinin görevi sadece somut olay adaletini sağlamak değildir. Temyiz mahkemesinin daha önemli görevi özel hukuk mahkemeleri aracılığıyla hukuk uygulamasının yeknesaklaştırılmasını sağlamak ve teşvik etmektir. Bu da kuşkusuz somut kararlar aracılığıyla gerçekleştirilir. Bu nedenle de yeknesaklık kontrolü ile taraf adaleti arasında gerçek bir çatışma veya çelişki söz konusu değildir (Bruno Rimmelspacher, 'Zur Systematik Revisionsgründe im Zivilprozess' (1971) 84 *Zeitschrift für Zivilprozess* 41, 49). *Musielak*'a göre de, temyiz, hem kamu menfaatine hem de taraf menfaatine hizmet eder ve bu her iki amaç da birbirini kapsar. Çünkü, somut olayda doğru bir karar verilmesi, zaten kamu menfaatine hizmet eder. Diğer bir ifadeyle, kamu menfaati, temyiz mahkemesine somut olay adaletini gerçekleştirmeye ödevini de yükler. Devletin hukuki himaye talebinde bulunan ve bunun için yargılama giderleri ve diğer külfetleri üstlenen vatandaş, mahkemenin, hakkını vereceğine, yani hukuki uyumsuzluğu hakkında ilgili kanuna uygun olarak doğru bir karar vereceğine güvenebilmelidir. Bu husus, yasaya göre başvurusu mümkün olan ilk derece ve diğer kanun yolu mahkemelerinin tamamı için geçerlidir (Hans-Joachim Musielak, 'Der Zugang zur Revisionsinstanz im Zivilprozess' in FS Walter Gerhardt (RWS Verlag 2004) 653, 668, 669, 672, 676, 677).

95 Gottwald, *Revisionsinstanz* (n 6) 86; Rosenthal (n 66) 39.

96 Gottwald, *Revisionsinstanz* (n 6) 86, 89; Sarstedt and Hamm (n 93) 8.

açıkça ayrılmaz. Zira diğr olayları dikkate almaksızın sadece somut olay bakımından adalet talep etmek kavramsal olarak mümkün değıldir^{97/98}. Temyiz mahkemesinin yapacağı inceleme ile hem hukuk uygulamasında birlik sağlanarak kamu menfaatine hizmet edilmiş olur hem de bu inceleme sonucunda hatalı mahkeme kararı ortadan kaldırılarak taraf menfaati korunur⁹⁹. Gerçek hukuki birlik ancak adaletli karar verilmesiyle sağlanır^{100/101}.

4. MADDİ HUKUKA AYKIRILIK VE USUL HUKUKUNA AYKIRILIK AYRIMINI ESAS ALAN GÖRÜŞ

Bu görüşe göre, maddi hukuka aykırılık nedeniyle başvuru olan temyizın iki amacı mevcuttur. Bu amaçlar, bir yönüyle hatalı kararların giderilmesi suretiyle kararların maddi doğruluğunun sağlanması, diğr yönüyle de hukuk uygulamasında birliğin sağlanması düşüncesidir. Bu noktada tartışılmalı husus temyizın bu her iki ödevinden hangisine öncelik ve ağırlık verileceğidir¹⁰². Temyizin tarihsel oluşumu dikkate alındığında¹⁰³ bu kanun yolunda hukukta ve içtihatlarda birliğı sağlama

97 Sarstedt and Hamm (n 93) 8.

98 Her iki amacı kavramsal olarak birleştiren görüş öğretilde eleştirilmiştir. Zira temyizi kabil olmayan bir hukuki uyumsuzluk hakkında istinaf mahkemesi, temyiz mahkemesinin hukuki birliğini sağlayan soyut hukuki değerlendirmesinden saparak ona aykırı bir şekilde somut uyumsuzluk hakkında karar verebilir ve bu karar somut uyumsuzluk bakımından doğru bir karar olabilir. Ya da istinaf mahkemesi birden çok hukuki sorun hakkında karar verirken birden çok soyut hata yapmakla birlikte bu hatalar veya aykırılıklar birbirini ortadan kaldırabilir ve istinaf mahkemesi somut olay bakımından sonuç itibarıyla doğru bir karar verebilir. Nitekim, kanuna (eski AMUK m. 563 – mevcut AMUK m. 561) göre, istinaf mahkemesi kararının gerekçesi bir hukuka aykırılığı ortaya koysa da, karar sonuç itibarıyla doğru ise temyiz başvurusu reddedilir. Prütting (n 1) 91.

99 Bettermann (n 77) 402.

100 Rimmelspacher, *Revisionsgründe* (n 93) 49; Gottwald, *Revisionsinstanz* (n 6) 87.

101 *Kuchinke*'ye göre ise her iki amaç birbiriyle karşılaştırılmaz. Zira bir hukuk kurumunun içeriğı ve etkisi sadece onun fonksiyonundan anlaşılır. Temyizin hem somut olayda doğru adil karar verme hem de hukuk uygulamasında birliğı sağlama ve hukuku geliştirme fonksiyonu mevcuttur (Kurt Kuchinke, *Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz*, (Ernst und Werner Gieseking 1964) 46-47). *Prüttinge* göre *Kuchinke* her ne kadar bu iki amacı karşılaştırılmaz (*unvergleichbar*) olarak belirtse de sonuç olarak yetkinlik özelliğı bakımından özü itibarıyla temyizın hukuk birliğini sağlama amacını üstün tutmaktadır (Prütting (n 1) 87, dp. 108).

102 Schwing (n 49) 26-27.

103 *Schwinge*'ye göre 1898 tarihli Alman Medeni Usul Kanunu'nda İmparatorluk mahkemesinin (*Reichsgericht*) görevleri arasında taraf menfaati göz önünde tutulmamıştır (Schwing (n 49) 26, dp. 1). İddia edilen aksine hem Alman hukukundaki temyiz (*Revision*) hem de Fransız hukukundaki temyiz (*Kassation*) kanun yolunun görevi hukuk birliğini sağlamak ve korumaktır (Schwing (n 49) 42). *Faschinge* göre ise, 19. yüzyılda federal birliğin sağlanması amacına ulaşmak için İmparatorluk mahkemesinin görevinin hukukta yeknesaklığı sağlamak olduğunun vurgulanması anlaşılabilir bir durumdur. Ancak bu arada durum kökten değışmiştir. Modern bir hukuk devletinde yüksek mahkemenin görevinin merkezinde, mahkemeler tarafından uygulanan bütün hukuk normlarının denetimi yer almaktadır (Fasching, *Probleme des Revisionsverfahrens*, s. 15). *Holzheid* göre, temyiz mahkemesinin amacı bakımından taraf menfaatinin göz önünde tutulmadığı yaklaşımı yerinde değıldir. Temyiz mahkemesi sıklıkla hukuki birliğini sağlama yönünde kamu menfaate hizmet etmeyen meseleleri de incelemektedir. Çünkü pozitif düzenlemeler uyarınca temyiz mahkemesinin denetimi bunun çok ötesindedir. Temyizin amacı aynı zamanda somut olayda doğru karar verilmesidir. Kamu menfaatinin mevcut olmaması tek başına somut uyumsuzluğun temyiz edilebilirliğini engellemez. Ayrıca temyizın amacı olarak hukuk yeknesak uygulanması yönündeki kamu menfaati ile somut olayda doğru ve adil bir karar verilmesi yönündeki taraf menfaati birbiriyle çelişmez (Holzheid (n 93) 13-15).

amacının egemen olduğu açık bir şekilde anlaşılır. Bu amaç aynı zamanda temyizizin kapsamını ve denetim sınırlarını belirler¹⁰⁴.

Bununla birlikte usul hukukuna aykırılık nedeniyle başvuru temyizde amaç, maddi hukuka aykırılık nedeniyle başvuru temyize göre farklılık arz eder. Zira usul hukukuna aykırılık nedeniyle başvuru temyiz, somut olay bakımından bir düzeltme aracıdır. Bu ihtimalde usul hukukuna aykırılığın somut olay dışında hukuk uygulamasında birliğin sağlanması bakımından önemli olup olmaması, maddi hukuka aykırılığa dayanan temyiz aksine, önemsizdir. Usul hukukuna aykırılığa dayanan temyiz kanun yolunda egemen olan amaç, hukuki birliğin sağlanması değil, alt derece mahkemesi hakimlerinin keyfi davranmalarını engellemek ve usul kurallarına titiz bir şekilde uyulmasını sağlamaktır. Usul hukuku kuralları, hakimlerin keyfiliğine karşı kişiler bakımından önemli bir güvencedir. Bu kurallara özenli bir şekilde uyulmasında hem kişilerin hem de toplumun yararı bulunur. Temyiz mahkemesince kararın bozulması, usul kurallarına tam uyulması ve dikkat edilmesi bakımından, ihmalkar ve dikkatsiz hakimler için bir uyarı oluşturur^{105/106}.

5. TEMYİZ BAŞVURUSU VE TEMYİZ YARGILAMASINA GÖRE AYRIM YAPAN GÖRÜŞ

Bu görüşü savunanlara göre, temyiz kanun yolunun amacı, temyiz başvurusu ve temyiz yargılaması bakımından farklı şekillerde ortaya konabilir. Kanun koyucunun temyiz başvurusu için öngördüğü şartlar (hukuki meselenin ilkesel öneme sahip olması, hukuk birliği ve gelişimi için temyiz mahkemesinin kararının gerekmesi) bakımından kural olarak kamu menfaatleri ön planda tutulmuştur. Ancak bu husus tek başına temyizizin amacının kamu menfaatine hizmet etmek olduğunu ortaya koymaz. Zira temyiz kanun yoluna izin verilmesi için aranan şartlar, sadece temyiz yargılaması yapılabilmesi için öngörülen erişim filtreleridir ve bunlar tek başına temyizizin amacını belirlemez¹⁰⁷.

104 Schwinge (n 49) 32-33.

105 Nitekim temyiz mahkemesi maddi hukuka aykırılıklar bakımından temyiz nedenleri ile bağlı değildir. Tarafların genel olarak maddi hukuka aykırılık iddiasında bulunması yeterli olup, böyle bir itirazın varlığı halinde temyiz mahkemesi maddi hukuk kurallarının uygulamasının tamamını denetler. Buna karşılık usule aykırılıklar bakımından genel usule aykırılık iddiası yeterli olmayıp, tarafların usule aykırılığı somut vakıalarla belirtmesi ve bu somut vakılarda usule aykırılıkların mevcut olduğunu ortaya koyması gerekir. Bu hususlar da söz konusu ayrımın diğer haklı gerekçelerini teşkil eder (Schwinge (n 49) 35-36; Martin, *Prozessvoraussetzungen*, (n 77) 1-2. Ayrıca bkz. Akcan (n 46) 19-21). Bu yaklaşım da öğretilde eleştirilmiştir. Zira usule aykırılıkların ileri sürülmesi zorunluluğunun nedeni temyiz mahkemesinin iş yükünün azaltılması ve daha sonradan bu itirazların ileri sürülmesinin engellenmesi suretiyle yargılamanın hızlandırılmasıdır. İlâveten bu husus yasal bir zorunluluk olmasa dahi pratik bakımdan gereklidir. Zira usuli hataların temyiz mahkemesince kendiliğinden tespiti genellikle kolaylıkla gerçekleştirilemez (Gottwald, *Revisionsinstanz* (n 6) 89).

106 Bu gerekçe de, hakimlerin keyfi davranmalarının önlenmesinin ve kurallara titiz bir şekilde uyulmasının sağlanmasının sadece usule aykırılıklarda değil aynı zamanda maddi hukuka aykırılıklarda da geçerli olduğu belirtilerek eleştirilmiştir. Akcan (n 46) 20.

107 Prütting (n 1) 92, 94; Wiczorek/Schütze/Prütting (n 76) § 542, Kn. 12-14; Traut (n 66) 61; Joachim Wenzel, 'Das neue zivilprozessuale Revisionszulassungsrecht in der Bewährung' (2002) 46 *Neue Juristische Wochenschrift* 3353, 3353; Saueressig (n 46) 310-311; Holger Schwarz, *Die reformierte Berufung im Spannungsfeld zwischen Tatsachen und Revisionsinstanz – erstinstanzliche Sachverhaltsrekonstruktion und Auslegung individueller Vertragserklärungen im Fokus berufsgerichtlicher Urteilskontrolle nach der ZPO-Reform* (Gardez! 2008) 138-139. Piekenbrock and Schulze'e göre de, temyize başvuru sadece kamu menfaatine yönelik olsa bile, temyiz incelemesi taraf menfaatlerine hizmet eder (Piekenbrock and Schulze (n 73) 919). Wenzel, kanun koyucunun, temyiz başvurusu için öngördüğü sınırlamalarla

Kanun koyucu, izin verilen temyiz yargılaması bakımından tamamen tarafları belirleyici kılarak, temyiz yargılamasını sonuç itibarıyla somut olayda adil bir karar verilmesi yönünde taraf menfaatine hizmet edecek şekilde yapılandırmıştır. Nitekim tarafların temyiz başvurusunu geri alabilmeleri veya temyiz başvurusundan feragat edebilmeleri, temyiz yargılaması bakımından tarafların yegane belirleyici olduklarını ve hukuk birliğini sağlama ve hukukun gelişimine katkıda bulunma düşüncesinin arka planda kaldığını açıkça ortaya koyar¹⁰⁸. Yine, temyiz kanun yolunun kabule şayanlık şartlarında hukuki yarar şartının mevcut olması, temyiz kanun yolu açık olsa bile istinaf mahkemesi kararına karşı temyize başvurup başvurmamakta tarafların tamamen serbest olması ve bu bağlamda tasarruf ilkesinin geçerli olması, temyiz mahkemesinin ancak tarafların temyiz talepleri kapsamında inceleme yapabilmesi ve temyize başvuru giderlerinin taraflarca karşılanması kamu menfaati ile açıklanamaz¹⁰⁹. İlâveten AMUK m. 561'e göre, istinaf mahkemesi kararının gerekçesi bir hukuka aykırılığı ortaya koyuyor olmasına rağmen kararın kendisi diğer nedenlerden dolayı sonuç itibarıyla doğru ise, temyiz başvurusu reddedilir. Bu husus da temyizcinin öncelikli ve ağırlıklı amacının, somut olayda adil ve doğru karar verilerek taraf menfaatlerine hizmet etmek olduğunu net bir şekilde göstermektedir¹¹⁰. Zira yeknesaklığı tehlikeye düşüren hukuka aykırılıklar nihayetinde hiçbir şekilde önem taşımamaktadır¹¹¹.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Alman Medeni Usul Kanunu'nda 1975 yılında yapılan değişiklikler hakkında verdiği kararlarda temyiz kanun yolunun amacı bakımından bu görüşe yakın bir yorum yapmıştır. Federal Anayasa Mahkemesi, temyiz mahkemesinin ilkesel öneme sahip olmayan hukuki konularda yapılan temyiz başvurusunu kabul etmeyebileceğine ilişkin kanuni düzenlemeyi (eski AMUK m. 554b), başarıya ulaşma ihtimali olan her temyiz talebinin kabule şayan sayılması gerektiği şeklinde yorumlamıştır¹¹². Yine mahkemenin müstekar (yerleşik) içtihadına göre, temyiz kanun yolunun, kabule şayanlık şartları (değere bağlı ve/veya izne bağlı temyiz olması) ve temyiz edilebilir hukuk kuralları yönünden sınırlandırılması, onun içtihat birliğini sağlama ve hukukun gelişimine katkı sunma yönünde kamu menfaatlerine hizmet ettiğini ortaya koyar. Ayrıca, temyiz mahkemesince, iptali istenen kararın doğruluğunun kontrolünün, itiraz edilen karardaki vakia tespitlerine bağlı olarak gerçekleştirilmesi de temyizcinin tarafların somut olayda haklarını elde etmelerine yardımcı olma amacını geri plana iter. Ancak bütün bu sınırlamalara rağmen, açık olan bir temyiz incelemesinde amaç, somut olay bakımından hukuken doğru bir karar verilmesini temin etmektedir. Bu amaç, doğrudan ve kendiliğinden kanuni düzenlemelerden ortaya çıkar. Çünkü temyiz, somut olay bakımından doğru karar bir karar verilmesi yönünde tarafların hizmetinde olan

taraf menfaatlerini, kamusal menfaatleri yerine getirmek için bir taşıt/araç olarak (bu yönde bkz. Ullmann (n 73)597) kullanmak istemediğini, aksine bu sınırlamalarla temyiz başvurusunu daha adil kılmak istediğini ifade etmektedir (Wenzel (n 106) 3353). *Musiellak'a* göre, temyize başvuru bakımından, sadece kamu menfaatinin mi, yoksa aynı zamanda somut olayda doğru karar verilmesi yönünde taraf menfaatinin de mi dikkate alınması gerektiği yönündeki tartışma ve sorun, görünüşte bir problemdir. Çünkü anayasa gereği hukukun herkese eşit uygulanması gerekir ve somut olayda doğru ve adil karar verilmesi, zaten kamu menfaatine ilişkindir (Musiellak (n 93) 680).

108 Wiczorek/Schütze/Prütting (n 76) § 542, Kn. 15a; Traut (n 66) 61-63.

109 Prütting (n 1) 89.

110 Gilles, *Rechtsmittel* (n 70) 79; Gilles, *Hipertrofik* (n 70) 46; Traut (n 66) 61-62.

111 Gilles, *Rechtsmittel* (n 70) 79-80; Gilles, *Hipertrofik* (n 70) 46.

112 BVerfG 49, 148; NJW 1979, 15; BVerfG 54, 277; NJW 1981, 39; Schlosser (n 77) 25.

bir taraf kanun yolu olarak yapılandırılmıştır. Bu husus hem izne bağlı hem de değere bağlı temyiz için geçerlidir. Kuşkusuz bu durum temyiz diğer amaçlarının (içtihat birliğini sağlama ve hukukun geliştirilmesi) daha az önemde olduğu anlamına gelmez. Açık olan bir temyiz incelemesinde prensip olarak bu amaçlar birbiriyle çatışmaz, aksine el ele yürürler. Somut olay bakımından verilen doğru karar ile bir yandan içtihat birliği ve hukukun geliştirilmesi sağlanır, öte yandan alt derece mahkemesine karşı temyiz kontrol fonksiyonu gerçekleştirilmiş olur¹¹³. Özetle mahkemeye göre, kabule şayanlık şartlarını taşıyan ve açık olan bir temyiz incelemesinde temyiz amacı, somut olay adaletini sağlamak, hukukta birliği tesis etmek ve hukukun geliştirilmesine katkı sunmaktır ve bu amaçlar aynı değer olup aralarında öncelik-sonralık ilişkisi yoktur¹¹⁴.

Gummer'e göre de, temyiz başvurusu bakımından öngörülen sınırlamalar, caiz ve açık olan bir temyiz incelemesinin amacı bakımından herhangi bir rol oynamaz ve açık olan bir temyiz incelemesinde amaç somut olay bakımından doğru karar verilmesidir. Ayrıca temyize başvurusu için öngörülen, hukuki meselenin ilkel öneme sahip olması ve hukukun geliştirilmesine katkı sunması şartları bakımından, tarafların somut olayda doğru karar verilmesi yönündeki menfaati yeterli değildir. Ancak temyiz başvurusu için öngörülen üçüncü ihtimal olan, içtihat birliğinin sağlanması için temyiz mahkemesinin kararının gerekmesi şartı bakımından durum farklıdır. Bu son ihtimal, temyiz incelemesine, somut olay bakımından doğru karar verilmesi yönünde erişim izni verilmesi bakımından hareket özgürlüğü sağlar¹¹⁵. Nitekim uygulamada temyiz mahkemesi de, özellikle istinaf mahkemesi tarafından temyize izin verilmemesi üzerine kendisine yapılan şikayette (*Nichtzulassungsbeschwerde*) bu son ihtimali geniş yorumlayarak, somut olay adaleti yönündeki taraf menfaatleri bakımından kararın kontrolünü sağlamak üzere, temyiz başvurusuna izin vermektedir¹¹⁶.

C. TEMYİZ KANUN YOLUNUN AMACINA İLİŞKİN TÜRK HUKUKUNDAKİ GÖRÜŞLER

Türk hukukunda da temyiz kanun yolunun amacının ne olduğu konusunda çok çeşitli görüşler söz konusudur. Öğretideki bir görüşe göre temyiz amacı, hukuk uygulamasında ve içtihatlarda birliğin sağlanması, hukukun doğru ve eşit uygulanması¹¹⁷ ve kanunun objektif iradesinin hakim

113 BVerfGE 54, 277, 289; NJW 1981, 39, 41.

114 Reinhard Gaier, 'Die Nichtzulassungsbeschwerde in der Rechtsprechung des BGH' in NJW-Sonderheft 2. Hannoveraner ZPO-Symposium 20. September 2003 18, 19.

115 Peter Gummer, 'Die Revision – noch ein Weg zur Einzelfallgerechtigkeit?' in FS Max Vollkommer (Otto Schmidt 2006) 325, 327; Zöller/Heßler (n 75) § 543, Kn. 8.

116 Gummer (n 114) 328; Wolfgang Ball, 'Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle – Das neue Revisionsrecht' Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentages Band I, Gutachten Berichte (Beck 2004) A69, A74, A75, A86. Gottwald de, temyiz mahkemesinin yılda yaklaşık 5.000 davaya baktığını, ilkel öneme sahip hukuk meselelerinin açıklanması ve hukukun geliştirilmesi bakımından bu kadar fazla dava olduğuna inanmanın zor olduğunu, bu durumun temyiz mahkemesinin kendisini salt kamu yararına ilişkin sorunlarla sınırlandırmadığını, aynı zamanda taraf menfaatlerine hizmet etmek yönünde temyize izin verdiğini ortaya koyduğunu belirtmektedir (Peter Gottwald, 'Alman Federal Adalet Mahkemesi-Genel İlkeler ve Bireysel Adalet Arasında Yer Alan Bir Yüksek Mahkeme' (çev. Fulya Teomete Yalabık) (2013) 9 (24) Medeni Usûl ve İcra – İflâs Hukuku Dergisi 151, 166).

117 Necmettin Berkin, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (Hamle Matbaası 1969) 214; Necip Bilge ve Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri* (3. Baskı, Sevinç Matbaası 1978) 57, 640; Necip Bilge, *Medeni Yargılama Hukukunda Karar Düzeltilme* (Ankara Üniversitesi 1973) 6; Burhan Gürdoğan, *Yargıcın Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi* (Ankara

kılınmasıdır¹¹⁸. Temyiz incelemesi sonucunda uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmemesi, temyiz incelemesinin temyiz sebepleri ile sınırlı olmadan ve sadece hukuka aykırılık yönünden yapılması, tarafların temyiz incelemesinde yapılacak duruşmaya gelmemesi halinde ilk derece yargılamasından farklı olarak duruşmaya tarafların yokluklarında devam edilmesi¹¹⁹ hususları, temyiz kanun yolunun hukuk birliğini sağlamaya ve hukukun geliştirilmesine katkı sunmaya

Üniversitesi 1967) 29, 42; Ömer Sivrihisarlı, *Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri Ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı* (İstanbul Üniversitesi 1978) 17; İlhan E Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (6. Bası, Sulhi Garan Matbaası 1975) 95, 723; Budak ve Karaaslan (n 17) 400, Kn. 5; Sami Selçuk, 'Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlamalara Uymamanın Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri' (2013) 19 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Nur Centel Armağanı) 319, 326. *Pekcanitez* de genel olarak yüksek mahkemelerin hukuk ve içtihat birliğinin sağlanması yolunda amaçlarının olduğunu belirtmektedir. Yine *Pekcanitez*, temyizcinin amacının hukuk uygulamasında birliğin sağlanması, kanunların eşit uygulanması ve hukukun gelişmesinin sağlanmasını olduğunu, hukuka aykırı kararın bozularak kaldırılmasının taraf yararına, hukuk uygulamasında birliğin sağlanmasının kamu yararına hizmet ettiğini, bu amaçların birbirine üstünlüğünün olmadığını belirtmektedir (Hakan Pekcanitez, 'Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Temyiz Kanun Yolunda Yargısal Denetimin Sınırı Maddi ve Hukuki Denetim' iç *Türk Hukukunda İstinaf Reformu Sonrası Yargıtay'ın Temyiz İncelemesinde Hukukilik Denetiminin Sınırları Sempozyumu Ankara 20-21 Nisan 2017* (Türkiye Adalet Akademisi 2017) 217, 221, 249). Arslan'a göre, genel olarak kanun yolunun kabulünde amaç, yargı organlarının verilen her türlü yargısal kararların doğru olmasını sağlamak ve kararın doğru olmadığı kuşkusunun varlığı halinde söz konusu kararın düzeltilmesini tesis etmektir (Arslan, *Yenilenme* (n 16) 9). *Sungurtekin'e* göre, kanun yolunun amacı mahkemece verilen nihai kararların, denetim suretiyle gerçeğe uygunluğunu sağlamanın yanı sıra, hukukun uygulanmasında birliği dolayısıyla hukuki güvenliği temin etmektir (Meral Sungurtekin, 'Karar Düzeltmenin Kanun Yolu Niteliği ve Karar Düzeltme Dilekçesinde Sebep Gösterme Zorunluğu Bulunup Bulunmadığı Meselesi' (1990) 16 (4) Yargıtay Dergisi 471, 473). Yine *Sungurtekin'e* göre, kanun yolunun amacı, bir taraftan verilen kararların maddi bakımdan doğruluğunu temin etmek ve böylelikle taraf menfaatine hizmet; diğer yandan ise, hukukun uygulamasında birliği sağlayarak hukukun gerçekleşme ve gelişimine yardımcı olmak ve bu suretle hukuki güvenliği temin ederek kamu yararına hizmettir. Aslında bu iki husus birbirini tamamlamaktadır (Sungurtekin, *Karar Düzeltme* (n 116) 474). *Üstündağ'a* göre temyiz kanun yolunun, somut olay bakımından kararın maddi haklılığı temin etmek ve hukuk uygulamasında birliği sağlamak üzere iki amacı vardır. Türk hukukunda temyize erişim için öngörülen değerin (eski HUMK m. 427) düşük olması nedeniyle temyiz kanun yolunun ön planda tarafların menfaatini dikkate alarak, tesis edilmiş olduğu söylenebilir (Üstündağ, *Kanun Yolları* (n 66) 15, 17; Üstündağ, *Medeni Yargılama* (n 16) 820). Ancak bununla birlikte *Üstündağ* başka eserlerinde, temyiz mahkemesinin tesisindeki esas amacın hukuk kaidelerinin uygulamasında ayrılıkları ortadan kaldırarak, hukukun uygulamasında birliği ve hukuki güvenliği sağlamak olduğunu belirtmektedir (Saim Üstündağ, 'Temyizin Nakzından Sonraki Durum' iç *Saim Üstündağ Makaleler İçtihat Tahlilleri Çeviriler* (Adalet 2010) 49, 50; Saim Üstündağ, '1711 Sayılı Kanun'un Kanun Yolları Bakımından Getirdiği Değişiklikler Ve Bunların Değerlendirmesi' iç *Saim Üstündağ Makaleler İçtihat Tahlilleri Çeviriler* (Adalet 2010) 181, 190). *Kuru* da, Yargıtay'ın en önemli görevinin bütün yukorta hukuk kurallarının aynı şekilde uygulanmasını diğer bir ifadeyle içtihat birliğini gerçekleştirmek olduğunu ifade etmektedir (Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı C. 2* (Yetkin 2020) 1469; Baki Kuru ve Burak Aydın, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (Yetkin 2020) 547-548).

118 Öztekin, *Temyiz* (n 66) 66-67; Öztekin, *İstinaf* (n 49) 176; Öztekin, *Şerh* (n 49) 54-55.

119 *Akkaya'a* göre, temyiz duruşmasına tarafların gelmemesi halinde yokluklarında duruşmaya devam edileceğine ilişkin düzenleme (HMK m. 369/5), temyiz kanun yolunda taraf menfaatlerinin ön planda tutulmadığını ortaya koymaktadır. Zira yazara göre, şayet temyiz incelemesinde taraf menfaatleri ön planda tutulsaydı, tarafların duruşmaya gelmemesi halinde temyiz incelemesine son verilmesi gerekirdi. Çünkü taraflar kendi menfaatleri için yapılması gerekenleri yapmadıkları için, onların yokluğunda yargılama yapılması tasarruf ilkesiyle bağdaşmazdı (*Akkaya İstinaf* (n 16) 72, dp. 74). Yine *Akkaya*, Türk hukukunda temyizcinin kamu ve tarafların yararlarının bir arada gerçekleştirilmesini amaçlayan bir kanun yolu olarak yapılandırıldığını, zira Yargıtay'ın delillerin takdirine müdahale ettiğini, ancak istinaf mahkemelerinin göreve başlamalarından sonra, bu mahkemelerce verilen kararların Yargıtay'ca denetlenmesinin öncelikle hukuk birliğinin korunmasına, hukuki güvenliğe ve kamu yararına hizmet edeceğini belirtmektedir (*Akkaya İstinaf* (n 16) 74; Tolga Akkaya, 'Temyize Başvuru Hakkının Sınırlandırılması ve İzne Bağlı Temyiz Sistemi', iç Osman Berat Gürzumar (ed), Halûk Konuralp Anısına Armağan (Yetkin Yayınları 2009) 65, 98). Ayrıca *Akkaya'a* göre, temyiz tâli olarak, başvuruda bulunan tarafın hukuki korunma ihtiyacının karşılanmasına ve somut olay adaletinin gerçekleştirilmesine de hizmet etmektedir (*Akkaya, Temyiz* (n 118) 69).

hizmet ettiğini ortaya koyar¹²⁰. Temyizin amacı olarak kanunun objektif iradesinin hakim kılınması ise bireysel bir temele dayanır. Bu da kanun önünde eşitlik ilkesidir (AY m. 10). Bu ilke, hukuk kurallarının aynı şartlar altında bulunan herkese aynı şekilde uygulanmasını gerektirir. Kanunlara uyulması ve kanunların eşit uygulanmasındaki genel yarar, aynı zamanda hak arayanların bireysel yararlarının gerçekleştirilmesini de hizmet eder. Dolayısıyla genel yarar ve taraf yararı birbirlerini mutlaka iten kavramlar olmayıp, aksine, temyiz kanun yolu teknik ve ilke itibarıyla her iki yarara da hizmet etmektedir¹²¹.

- 120 Öztekin, *Temyiz* (n 66) 67; Burhan Gürdoğan, ‘Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk’ (1956) 11 (3) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 258, 274; Bilge ve Önen (n 116) 640; Akkaya *İstinaf* (n 16) 72-73.
- 121 Öztekin, *Temyiz* (n 66) 67; Öztekin, *İstinaf* (n 49) 177; Öztekin, *Şerh* (n 49) 55; Sema Taşpınar-Ayvaz, ‘İstinafın Sonraki Temyiz İncelemesi ve Sonuçları’ iç *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007* (Türkiye Barolar Birliği 2008) 151, 205-206. Bununla beraber Öztekin, Yargıtay’ın yapacağı son incelemenin amacının hukuk kurallarının doğru ve bütün ülkede yeknesak bir şekilde uygulanması olduğunu vurgulamaktadır (Öztekin, *İstinaf* (n 49) 176). Yine Öztekin, kararın maddi haklılığının sağlanması amacının, temyizden içtihat birliğini sağlama amacı karşısında öncelikli amaç olmadığını belirtmektedir. Yazara göre, somut olayda adil karar verilmesi amacı istinafa başta gelen amacdır. Maddi haklılığın sağlanması amacının ön plana çıkarılması, temyiz mahkemesi kurumunun esas görevi ihmal edilerek, ona bir istinaf mahkemesi fonksiyonunun atfedilmesi anlamına gelir (Öztekin, *İstinaf* (n 49) 178; Öztekin, *Şerh* (n 49) 56). Yılmaz’a göre, artık çağımızda hukuk yargılamasının toplumsallığı (sosyallığı) ağır basmakta olduğundan, esas olan hukuk birliğini yaratmak ve korumaktır ve bunun kaçınılmaz sonucu da somut olayda adaletin gerçekleştirilmesidir. Her iki amaç da birbirinden ayrılmayacak kadar birbiri içinde var olmakta ve birbirini bütünülemektedir (Ejder Yılmaz, ‘Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeliği Sorunu’ (1988) 1 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 131, 133). Pekcanitez, Atalay ve Özkes, kanun yolunun yanlış kararın düzeltilmesi yoluyla taraf menfaatlerine, içtihat birliğinin sağlanması ve gelişmesi yönüyle de kamu menfaatlerine hizmet ettiğini ve bu iki amaç arasında üstünlük olmadığını ve bu amaçların birbiriyle çelişmediğini ifade etmektedir (Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 17) 474). Akcan da, kanun yolunun amacı olarak somut olay adaletinin sağlanması ve hukuk uygulamasında birliğin gerçekleştirilmesi amaçlarının iç içe geçtiğini ve bunların birbirini tamamlayan hususlar olduğunu, kanun yolunun amacının, bu her iki amaca ulaşmak olduğunu ve bunlar arasında öncelik-sonralık ilişkisi olmadığını belirtmektedir (Akcan (n 46) 9-10). Yine Akcan, temyizden amacının öncelikle hukuk birliğini sağlamak ve hukukun gelişmesine katkı sunmak olduğunu ifade etmektedir (Akcan (n 46) 16). Bununla birlikte temyizden amacı esas amacı, hukuk yargılamasında birliğin sağlanması ve hukukun geliştirilmesi olarak kabul edilse bile, hukuka uygun olmadığı düşünülen kararların temyiz edilmesi durumunda, artık temyizden amacı, kamu ve taraf yararlarına hizmet etmektir (Akcan (n 46) 17. Aynı yönde; İbrahim Özbay, ‘6100 Sayılı Hukuk Muhakemeler Kanununa Göre İstinafın Sonraki Temyiz Sistemimizde Temyiz Edilebilen ve Edilemeyen Kararlar’ (2011) 69 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. İlhan Özay Armağanı) 411, 413-414). Karaaslan da, temyizden kanun yoluna başvurulması halinde hem hukuk birliğine hizmet edilmiş hem de tarafların hukuki himayesine katkı sağlanmış olacağını belirtmektedir (Varol Karaaslan, ‘Kanun Yolu Sistemine Eleştirel Bir Bakış’ (2019) 15 (43) Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Dergisi 441, 460). Teomete Yalabık, bireysel etkin hukuki korumanın ikinci plana itildiği bir kanun yolunun düşünülmemeyeceğini aynı şekilde içtihat birliğini hafife alan bir kanun yolunun da ömrünün uzun olmayacağını belirtmekte ve Öztekin’le atıfta genel yarar ve taraf yararının birbirini itmediğini ve temyizden her ikisine de hizmet ettiğini belirtmektedir (Teomete Yalabık (n 90) 7). Atalay’a göre, her ne kadar Yargıtay’ın üst derece mahkemesi, temyiz mahkemesi olarak fonksiyonu, hukuk ve içtihat birliğinin sağlanması ve objektif hukukun gerçekleştirilmesi olarak kabul ediliyorsa da, Yargıtay aynı zamanda ikincil olarak birey menfaatlerine hizmet edecektir (Oğuz Atalay, ‘Tartışmalar’ iç *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007* (Türkiye Barolar Birliği 2008) 74, 74). Tanrıver’e göre ise, istinafa ön planda olması gereken olay adaleti ve etkin hukuksal korunma boyutudur. Buna karşılık temyizde ise, gerçek anlamda istinaf sistemine işlerlik kazandırılacak olursa, yargısal denetim boyutu ön planda olduğu için aynı ya da birbirine benzer olaylarda ülke genelinde hukuk uygulamasında birliği sağlama, hukuku yeknesaklaştırma, hukukun gelişimine katkı sunma ön plandadır (Süha Tanrıver, ‘Tartışmalar’ iç *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007* (Türkiye Barolar Birliği 2008) 75, 75). Yine Tanrıver’e göre, temyiz yargılaması kapsam itibarıyla salt hukuka uygunluk denetimiyle sınırlı bulunduğu için, esas itibarıyla, hukuk kurallarının, aynı ya da birbirine benzeyen olaylarda, ülke genelinde yeknesak bir biçimde uygulanmasını gerçekleştirmeye yönelmiştir ve temyiz mahkemesi, bu işlevi, içtihatların birleştirilmesi

Diğer bir görüşe göre, kanun yolu incelemesinin salt hukukun geliştirilmesi ve hukuk birliğinin sağlanması görevlerini üstlenmesi, yani kamu yararına çalışması, hukuk devleti bakımından sorgulanmalıdır. İstinaf ve temyiz başvurusunda tasarruf ilkesinin geçerli olması, talep sonucunun kanun yoluna başvuran tarafça belirlenmesi, taraflarca kanun yoluna başvuru giderlerinin karşılanması, istinaf ve temyiz şartları arasında hukuki menfaat şartının bulunması hususları, kanun yolu incelemesinin kaderinin taraflarca belirlendiğini ortaya koyar. Kanun yolunun birincil amacı, bireysel etkin hukuki korumaya hizmet etmektir. İlâveten Türk hukukunda değere bağlı temyiz sisteminin tek kriter olarak kabul edilmesi temyiz incelemesinin yaygın bir şekilde uygulanmasına yol açmıştır. Hukukumuzda istinaf ve temyiz kanun yolları arasındaki amaç ve nitelik farkı yok denecek kadar azdır. Bireysel etkin hukuki korumaya hizmet, hem istinafın hem de temyizcinin en önemli amacıdır¹²².

Öğretideki başka bir görüşe göre, Fransız ve Alman hukukundaki gelişim göz önüne alındığında temyiz kanun yolunun, başta hukuki yeknesaklık olmak üzere kamu yararının yanı sıra, somut

kurumuna işlerlik kazandırılması üzerine yerine getirir (Tanrıver, *Usul C.2* (n 52) 41). Çiftçi'ye göre, kanun yolları, subjektif nitelik olan kişisel adaletin sağlanmasının bir teminatı olduğu gibi aynı zamanda ve daha da önemlisi objektif nitelik olan hukuki gelişim ve birliğe bulunduğu katkı ile kamu düzeninin korunmasının teminatı da teşkil eder (Çiftçi, *İstinaf* (n 39) 9).

- 122 Deren-Yıldırım, *Kanun Yolları* (n 2) 13-14; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 17) 448. Atalı'ya göre de, temyiz kanun yolunun öncelikli amacı her hâlikârda subjektif hakların korunmasıdır (Atalı (n 16) 97). Erdoğan da aynı sebeplerle temyiz kanun yolunun tereddütsüz bir şekilde taraf menfaatlerine de hizmet ettiğini belirtmekte ancak bu amacın öncelikli amaç olduğunu açıkça ifade etmemektedir. Erdoğan'a göre, temyizcinin amacı, hem somut uyuşmazlık bakımından taraf menfaatlerinin doğru ve adil bir şekilde sağlanmasına hem de hukuk yaratılması, yargı organları arasında uyumun sağlanması, maddi hukuk kurallarının yeknesak şekilde yorumlanması ve doğru olarak uygulanması, alt derece mahkemelerinde usul hukuku kurallarına uygun hareket edilip edilmediğinin kontrol edilmesi şeklinde somutlaşabilecek kamu menfaatlerine hizmet etmektedir (Erdoğan (n 66) 828-830). Yavaş'a göre ise, usul hukukunun amacı, maddi hakikati tesis etmek ve bu bağlamda tarafları tatmin eden bir kararın ortaya çıkmasını sağlamak olduğuna göre kanun yolunun amacı da bundan ayrı düşünülemez. Somut olayda maddi hakikati temsil eden nihai kararın oluşması (gerek ilk derece mahkemesi kararı gerekse de kanun yolu incelemesinden sonra) öncelikle tarafların tatmin olmasına, sonra da hukuki barışın ve nihayetinde toplumsal barışın tesisine önemli katkı sağlar. Kanun yolu başvurusunun kabul edilmesi ile bir yandan verilen kararın hukuka uygunluğunun sağlanması ve bu şekilde maddi hakikatin ortaya konulması, diğer taraftan hukuk uygulamasında birliğin elde edilmesi, hukuki ve toplumsal barışın oluşturulması ile somut olay adaletinin gerçekleşmesinin önünün açılarak bireyin subjektif haklarının etkin olarak korunmasının hedeflendiği söylenebilir (Yavaş, *Temyiz* (n 90) 25-28). Karşlı, temyiz yolunun düzenlenmesinde kanun koyucunun bu amaçlardan (adil karar verme yönünde taraf menfaatine hizmet – hukuk birliğinin ve hukukun gelişiminin sağlanması yönünde kamu menfaatine hizmet) hangisini ön planda tuttuğu konusunda kesin bir fikir söylemenin güç olduğunu ifade etmektedir (Abdurrahim Karşlı, *İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi* (İstanbul Üniversitesi 1995) 24). Yine Karşlı daha sonra kaleme aldığı diğer bir eserinde, yargılamanın bir bütün olduğunu, baştan sona kadar aynı amaca hizmet ettiğini, dolayısıyla ilk derece mahkemesinde ayrı, istinafta ayrı ve temyizde ayrı amaç olamayacağını, her mercide amacın aynı olması gerektiğini ve bu amacın da maddi gerçeği, doğru olan hali tespit edip taraf menfaatini korumak olduğunu belirtmektedir (Karşlı, *Medeni Muhakeme* (n 17) 768). Akife göre de, kanun yollarının ve bu noktada istinafın varlık nedeni esas olarak daha doğru, yani maddi gerçeğe uygun bir karara ulaşmaktır. Ancak bununla beraber, temyiz kanun yolunun hukuk birliğini sağlama amacı, somut olay adaletinden önce gelmektedir (Akil, *İstinaf* (n 16) 34, 204). Beydola'ya göre de, kanun yolunun amacı alt mahkeme tarafından verilen kararlardaki yanlışlıkları düzeltmek suretiyle maddi gerçeği sağlamak ve bu sayede taraf menfaatini korumaktır. Hukuk ve adalet çatıştığında tarafların menfaatleri hukuki birliğin sağlanması için ihlal edilemez. Doğru ve adil karar sonucu hukukta birlik sağlanır ve bu sayede hukuka güven artar (Aysun Beydola, 'Hukuk Yargılamaında Kanun Yolu Olarak İstinaf' (Doktora Tezi, Yakın Doğu Üniversitesi 2019) 7-8). Atalı/Ermenek/Erdoğan'a göre, temyiz yolunun öncelikli amacı, somut uyuşmazlıkta hukukun doğru olarak uygulanıp uygulanmadığını denetlemek ve bu sayede hukuk kurallarının ülke genelinde yeknesak şekilde uygulanmasını (içtihat birliğini) sağlamaktır (Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 52) 601).

olayda maddi adaleti gerçekleştirmek ve sübjektif hakların himayesini sağlamak suretiyle birey yararını ön planda tutmak şeklinde, medeni ve ceza usul hukuku için müşterek bir amaca sahip olduğu söylenebilir¹²³.

Anayasa Mahkemesi, kanun yolunun amacını, genel ifadelerle, taraflara ve topluma güvence sağlamak, toplumun adalet duygularını daha büyük ölçüde doyurmak¹²⁴, yargı yerleri tarafından verilen kararların kural olarak başka bir yargı yeri tarafından denetlenmesine imkân tanınmak suretiyle daha güvenceli bir yargı hizmeti sunmak olarak ifade etmektedir¹²⁵.

Yargıtay eski tarihli bir içtihadı birleştirme kararında; usul kurallarıyla güdülen amacın maddi hakka varma olduğunu, sadece hukuki istikrar için maddi hakka ulaşma amacının göz ardı edilemeyeceğini ve ancak bu şekilde bir uygulama ile adalet duyulan güveninin artırılabilceğini belirtmektedir¹²⁶. Yeni tarihli bir başka kararında ise; temyiz kanun yolunun amacının, kanunların ülkenin sınırları içinde yer alan bütün mahkemelerde aynı anlayışla (yeknesak) uygulanmasını sağlamak, içtihatlar yoluyla hukukun geliştirilmesine katkıda bulunmak ve hatalı kararların düzeltilmesini sağlamak suretiyle kanun yoluna başvuruda bulunan tarafın menfaatini korumak olduğunun söylenebileceğini, bununla birlikte genel olarak temyiz esas amacının, hukuk yargılamasında birliğin sağlanması ve hukukun geliştirilmesi olarak kabul edilse bile, hukuka uygun olmadığı düşünülen kararların temyiz edilmesi durumunda, artık temyizcinin, kamunun ve tarafların yararlarına hizmet edeceğini belirtmektedir¹²⁷.

IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Medeni usulün amacı olan, hayat olayını oluşturan maddi vakıaların gerçekten meydana gelip gelmediğinin tespiti ve buna göre somut olayda doğru karar verilmesi, aynı zamanda kanun yolunun da temel amacıdır. Kanun yolunun diğer amaçları olarak; sübjektif hakların himayesi, objektif hukukun tesisi, hukukun geliştirilmesi, hukuk uygulamasında ve içtihatlarda yeknesaklığın sağlanması ve bu suretle hukuki belirliliğin ve güvenliğin tesis edilmesi ise, bu temel amacın ortaya çıkardığı sonuçlardır. Bu hususlar hukuk devleti ilkesi bakımından önemli olmakla birlikte, gerçeğin tespit edilerek somut olayda doğru karar verilmesi yönündeki temel amaç, hem hukuk devleti ilkesinin önemli bir unsurudur hem de doğrudan kanuni düzenlemelerden kaynaklanır. Bu temel amaç, ilk derece, istinaf ve temyiz mahkemesi için aynı olmakla birlikte, mahkemelerin bu temel amaca ulaşmak için izledikleri yol ve yöntemler farklıdır. Bu durum, mahkemelerin farklı şekillerde yapılandırılmasından, yargılamanın ve bireysel hukuki korumanın etkinliğini temin etme gereğinden kaynaklanır.

123 Yıldırım, *İstinaf* (n 8) 13; Tok, *Temyiz* (n 65) 93-94.

124 Anayasa Mahkemesi E 1970/31 K 1971/21, 18.2.1971

125 Anayasa Mahkemesi, *Kemal Demir*, B. No: 2014/17141, 6.7.2017, § 67; Anayasa Mahkemesi, *Serkan Şeker*, B. No: 2017/15118, 2.6.2020, § 40; Anayasa Mahkemesi E 2014/164 K 2015/1, 14.1.2015.

126 Yargıtay İBBGK, E 1960/21 K 1960/9, 9.05.1960.

127 Yargıtay İBHKG, E 2013/1 K2014/1, 21.02.2014.

İlk derece mahkemesi kararlarına karşı gidilen istinaf kanun yolunda, ilk derece mahkemesince verilen kararın ve yapılan yargılamanın doğru olup olmadığı denetlenir ve ilk derece mahkemesince eksik veya hatalı olarak gerçekleştirilen hususlar giderilerek somut olayda doğru bir karar verilmesi sağlanır. Mukayeseli hukuktaki eğilime paralel bir şekilde Türk hukukunda da kabul edilen sınırlı istinaf kanun yolunda, tarafların yeni vakıaları ve delilleri istinaf mahkemesinde ileri sürmeleri kısıtlıdır. İstinaf yargılaması, ilk derece mahkemesindeki davanın devamı olarak değil, ilk derece mahkemesince gerçekleştirilen hataların ve eksikliklerin denetimi ve giderilmesine yönelik bir enstrüman olarak yapılandırılmıştır. Bu hususun temelinde, ilk derece yargılamasının bir deneme-prova yargılamasına dönmesinin engellenmesi ve genel olarak yargılamanın hızlandırılması ilkesi yatmaktadır. Ancak bu durum, istinaf mahkemesinin esas amacını değiştirmez. Zira istinaf yargılamasının merkezinde, maddi vakıaların gerçekten gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti ve buna göre somut olayda doğru karar verilmesi söz konusudur.¹²⁸ İstinaf mahkemesinin, ilk derece mahkemesince gerçekleştirilen yargılamayı ve verilen kararı denetimi, hukuki uyumsuzluk hakkında maddi vakıalar yönünden de yeni bir mahkeme kararı verilmesi ile sonuçlanır. Yine istinaf yargılamasında, kanunda öngörülen hallerde, yeni vakia ve deliller ileri sürülebilir ve istinaf mahkemesi duruşma yaparak, tarafları ve tanıkları dinleyebilir. İstinaf mahkemesi gerek ilk derece aşamasında gerekse de istinaf aşamasında taraflarca getirilen dava malzemesini (vakıaları ve delilleri) inceleyerek bizzat vakia tespiti yapabilir ve hukuki uyumsuzluğun esası hakkında karar verebilir.

İstinaf mahkemesi kararlarına karşı gidilen temyiz kanun yolunda da, istinaf mahkemesince yapılan yargılamanın ve verilen kararın (ilk derece mahkemesince gerçekleştirilen yargılama ve verilen karar da göz önünde bulundurularak) doğru olup olmadığı denetlenir. İstinaf mahkemesince eksik veya hatalı yargılama yapılması yahut hukuka aykırı karar verilmesi durumunda, temyiz mahkemesince, ya bozma kararı ile dosya alt derece mahkemesine gönderilmek suretiyle ya da yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı takdirde düzelterek onamak suretiyle, somut olayda doğru bir karar verilmesi sağlanır. Temyiz yargılamasında, yeni vakia ve delillerin ileri sürülmesi çok daha istisnaidir ve temyiz mahkemesi temelde, alt derece mahkemelerince yapılan vakia tespitlerine bağlı olarak denetim gerçekleştirir. Ancak temyiz mahkemesinin vakia tespitleri ile bağılılığı, bu tespitlerin eksik veya hatalı olmaması halinde söz konusudur. Diğer bir ifadeyle, temyiz mahkemesinin alt derece mahkemelerince gerçekleştirilen vakia tespitleri ile bağılılığı tam ve mutlak değildir. Temyiz mahkemesi, vakia tespitlerini her zaman alt derece mahkemeleriyle aynı açıdan değerlendirmemektedir.¹²⁹ Şayet alt derece mahkemelerince gerçekleştirilen vakia tespitlerinde eksiklik veya hata (özellikle de ispat

128 İstinaf mahkemelerinin kuruluşuna ilişkin 26.06.2004 tarih ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un Genel Gereğesinde istinaf mahkemelerinin kuruluşu nedenine ilişkin olarak şu açıklama yer almaktadır; "Yargılama süreci bir sistemdir. Bu sistem, uyumsuzluk ve çekişme hakkında verilecek hüküm kesinleşinceye kadar birden çok evreleri kapsamaktadır. Yargılamanın bu özelliği, temelde, gerçeğe ulaşarak adli hataları önlemek amacına dayanır. Evrelerden birisi, "kanun yolu" adı verilen "denetim muhakemesi"dir. Esasta denetim muhakemesinin en önemli evresini oluşturan temyiz yolunda, doğrudan öğrenme yargılaması yapılmaz. Temyiz üzerine verilecek hüküm sadece hukuka aykırılığı denetler; bu nedenle maddi ve hukuki gerçeklere ulaşmak ve adli hataları gidermek bakımından, uyumsuzluk ve çekişmenin maddi olay yani ispat yönünden ve hukuka aykırılık açısından uygun bir sonuca bağlanıp bağlanmadığını denetleyen ve temyiz yolundan önce gelen ayrı bir kanun yoluna gereksinim olduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır".

129 Prütting (n 1) 92-93; Schlosser (n 77) 25.

kurallarına aykırılık) söz konusu ise, bu bağlılık ortadan kalkar. Çünkü, alt derece mahkemeleri bir vakıa iddiasının gerçek olup olmadığını, tamamen serbest bir şekilde değil, ilgili hukuk düzeninin öngördüğü ilke ve kurallar (ki bunlar vakıaların tam ve gerçeğe uygun tespit edilmesi esasına dayanır) çerçevesinde tespit eder. İşte bu vakıa tespiti sırasında, ilgili hukuk kurallarının ihlali de bir hukuka aykırılık teşkil eder ve temyiz denetimine tabidir. Bu bağlamda, örneğin, bir vakıa iddiasının gerçek olup olmadığına yönelik yapılan delil ikamesinin ve/veya delil değerlendirilmesinin¹³⁰ hukuka aykırı olması durumunda, temyiz mahkemesi yapılan vakıa tespiti ile bağlı değildir. Bu noktada temyiz mahkemesinin, istinaf mahkemesinden ayrılan yönü, temyiz mahkemesince bizzat vakıa tespiti yapılmasının mümkün olmamasıdır. Zira temyiz mahkemesi, duruşmalar yapan¹³¹ ve bizzat delilleri değerlendirerek vakıa tespitleri yapabilen bir derece mahkemesi değildir. Bu ihtimalde (eksik veya hatalı vakıa tespitinde), istinaf mahkemesi kural olarak bizzat vakıa tespiti yaparak, temyiz mahkemesi ise dosyayı alt derece mahkemesine göndererek, bu eksiklik veya hatanın ortadan kaldırılmasını sağlamak suretiyle, somut olayda gerçeğe uygun doğru karar bir verilmesini sağlar. Başka bir deyişle, istinaf mahkemesi hem denetim hem de bizzat tespit yaparak, temyiz mahkemesi ise denetleyerek, somut olayda gerçeğe uygun doğru bir karar verilmesini temin eder.

Dolayısıyla da istinaf ve daha sıkı olarak temyiz kanun yolunda, yeni vakıa ve delil ileri sürülmesinin sınırlı olması ve temyiz mahkemesinin alt derece mahkemelerince gerçekleştirilen vakıa tespitleri ile bağlılığı, mutlak değildir ve gerçeğin tespit edilerek somut olayda doğru karar verilmesi yönündeki

130 Kanun yolu ile delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi de çelişmez, aksine her iki kurum da gerçeği bulmak yönündeki ortak amaca ulaşmanın farklı yönlerini ifade eder. Kanun koyucu bir yandan vakıa hakimine bir değerlendirme serbestisi bırakarak, diğer yandan, hata olasılığı hiçbir zaman göz ardı edilemeyeceği için, gerçeğin bu tespitini kontrol etmek için bir denetleme otoritesi oluşturarak, gerçeğin tespit edilmesini garanti eder. Bu husus temelde hem istinaf hem de temyiz kanun yolu için geçerlidir (Gerhard Walter, *Freie Beweiswürdigung, Eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingungen und Grenzen der freien richterlichen Überzeugung* (Mohr 1979) 320-321). Türk hukukunda, Mehaz ve Mukayeseli hukuktan farklı olarak, hakimin gerçeğe ulaşmasını sınırlandıran senetle ispat kuralının eleştirisi için bkz. Yıldırım, *Delillerin Değerlendirilmesi* (n 15) 209-212; M. Kamil Yıldırım, 'Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi' *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku* (der. Kamil Yıldırım) (6. Bası, Beta 2011) 107, 113 vd.; M. Kamil Yıldırım, 'Quo Vadis Senetle İspat Zorunluluğu?' Prof. Dr. Necmettin M. Berkin'e Armağan (Filiz 2021) 1487, 1511-1512 Pınar Çiftçi, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları* (Adalet 2018) 462 vd.; Varol Karaaslan, 'Senetle İspat Mecburiyeti Gerçekten Bir Mecburiyet mi?' (2019) 15 (44) *Medeni Usul ve İcra – İflâs Hukuku Dergisi* 813, 832 vd.; Ozan Tok, *Medeni Usul Hukukunda Delil Başlangıcı* (Seçkin 2016) 26-27.

131 Bu noktada, öğretilde, temyiz duruşmasına tarafların gelmemesi halinde yokluklarında duruşmaya devam edileceği (HMK m. 369/5) ve bu durumun temyiz kanun yolunda taraf menfaatlerinin ön planda tutulmadığını gösterdiği, zira şayet temyiz incelemesinde taraf menfaatleri ön planda tutulsaydı, tarafların duruşmaya gelmemesi halinde temyiz incelemesine son verilmesi gerekeceği şeklindeki yaklaşım (Akkaya *İstinaf* (n 16) 72, dp. 74) kanaatimizce isabetli değildir. Çünkü öncelikle temyiz kanun yolunda duruşma yapılması ilk derece ve istinaf aşamasından farklı olarak kural değil, istisnadır. Temyiz incelemesi kural olarak dosya üzerinden yapılır (HMK m. 369/2). İkinci olarak, temyiz mahkemesinde yapılan duruşma ile ilk derece ve istinaf mahkemelerinde yapılan duruşmaların niteliği birbirinden farklıdır. Zira temyiz mahkemesi bir vakıa derecesi mahkemesi olmadığından, ilk derece ve istinaftan farklı olarak, temyiz duruşmasında deliller değerlendirilerek vakıa tespiti yapılamaz. Temyiz duruşmalarının amacı esasen, temyiz dairelerinin dosya üzerinden yaptıkları incelemenin heyetçe değil, çoğunlukla raportörlerin aracılığıyla gerçekleştirilmesi ve bu yüzden bazı inceliklerin gözden kaçması ihtimaline binaen taraflara, bu incelikleri şifahen istedikleri gibi heyete arz etmelerine ve dosyadaki iddia ve savunmalarına belginleştirmelerine ve açıklığa kavuşturmalarına imkan sağlamaktır (Samim Bilgen, 'Temyiz Mahkemesindeki Duruşmalardan Neler Bekleyebiliriz?' (1954) 5 *Ankara Barosu Dergisi* 424, 427; Gürdoğan, *Temyiz* (n 119) 273). İlaveten istinaf duruşmasına da tarafların gelmemesi halinde tahkikat yokluklarında yapılarak karar verilir (HMK m. 358/1, 3). Bu husus istinaf mahkemesinde de taraf menfaatinin ön planda tutulmadığını göstermez.

temel amaçtan sapıldığı anlamına gelmez. Bu sınırlamalar, modern usul kanunlarında yargılamanın ağırlıklı merkezinin ilk derece yargılaması üzerine kurulmasının ve yargılamanın hızlandırılması ilkesinin bir sonucudur. İlâveten unutulmamalıdır ki, istinaf yargılamasından önce ilk derece mahkemesince, temyiz yargılamasından önce ise hem ilk derece hem de istinaf mahkemesince gerçekleştirilen bir ispat faaliyeti (vakıa tespiti/denetimi) ve yargılama mevcuttur. Bu nedenle, alt dereceden üst mahkemelere doğru gidildikçe yapılan yargılamanın ve denetimin daha sınırlı olması son derece doğaldır. Bu husus, bir hukuki ilke olan etkinliğin (*Effizienz*) ve bireysel etkin hukuki koruma sağlamanın da bir gereğidir^{132/133}. Bununla birlikte, yargılamanın hızlandırılması ilkesi ile kanun yolu mahkemeleri için öngörülen sınırlamalar, kanun yolunun temel amacı ile birlikte değerlendirilmelidir. Bu nedenle de, yargılamanın makul bir sürede sonuçlandırılması için öngörülen hükümler ile gerçeğe ulaşma ve somut olayda doğru karar verme amacını bağdaştırılan bir dengeleyici sistem daha da önem kazanır.

Kanun yolunun diğer amacı olarak hukuk uygulamasında ve içtihatlarda yeknesaklığın sağlanması da kuşkusuz son derece önemlidir. Zira bireylerin hukuka uygun davranabilmeleri için, davranışlarını nasıl düzenlemeleri gerektiğini bilmesi gerekir. Ancak bu bilgi, bazı yazılı hukuk normlarından ya hiç ya da belirli ve kesin olarak elde edilmemektedir. Normun anlamı genellikle ya içtihatlarca verilmekte veya aydınlatılmaktadır. Bu nedenle hukukun kesinliğinin ve bilebilirliğinin sağlanabilmesi için içtihatlarda birliğin olması zorunludur¹³⁴. İlâveten, ülke içerisindeki mahkemelerin aynı/benzer konular hakkında farklı kararlar vermeleri, hem kanun önünde eşitlik ilkesini zedeleyerek¹³⁵ halkın yargıya olan güvenini azaltır hem de hukuki belirliliği, öngörülebilirliği ve güvenliği ortadan kaldırır. Bu nedenle de kanun önünde eşitlik ilkesinin uygulanması, hukuki belirlilik, öngörülebilirlik ve güvenliğin sağlanması ve halkın yargıya olan güveninin azalmaması/ortadan kalkmaması için içtihatlarda birliğin olması gerekir¹³⁶.

132 Etkinlik, araç ve amaç ilişkisi hakkında değer hükmü sonucudur. Genel olarak sistemin aşırı yük altında olduğu durumlarda, bireyin etkin hukuki korunması amacına ulaşamaz (Peter Gottwald, 'Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Maßnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe des Zivilverfahrensrechts?' in Gutachten A für den 61. Deutschen Juristentag (Beck 1996) A7, A8). Bu bağlamda etkinliğin sağlanması, görevini layıkıyla gerçekleştirebilmesi için organların işlevlerine uygun bir şekilde yapılandırılması ve oluşturulmasıdır (Voßkuhle (n 93) 47). Bu nedenle, ilk derece mahkemesi kararına karşı gidilen istinaf, hem kontrol/denetim hem de bizzat vakıa tespiti yapan bir vakıa derecesi mahkemesi olarak, istinaf mahkemesi kararına karşı başvuru temyiz ise kural olarak sadece kontrol/denetim mahkemesi olarak yapılandırılmıştır. Bu sayede, yargılamanın aşırı derecede uzamasının önüne geçilir ve özellikle de her ülkede temyiz incelemesini yapan tek mahkemenin aşırı yük altında kalması engellenerek bireysel etkin hukuki koruma sağlanmaya çalışılır.

133 Öte yandan mukayeseli hukukta değere bağlı temyiz sisteminden ilkesel temyiz (*Grundsatzrevision*) sistemine geçişin temelinde yatan düşünce temyiz kanun yolunun amacı değil, temyiz mahkemesinin artan iş yükünün azaltılması, yargılamanın hızlandırılması (Fischer, *Zur Entwicklung* (n 76) 3-6; Wiczorek/Schütze/Prütting (n 76) § 542, Kn. 20-22) ve temyize başvuru şartlarının daha adil kılınmak istenmesidir (Wenzel (n 106) 3353).

134 Schwinge (n 49) 48.

135 Öztekin, *Temyiz* (n 66) 67; Öztekin, *İstinaf* (n 49) 177.

136 Mahkeme kararları arasında farklılık bulunması yahut aynı hususta daha önce çıkan kararlardan farklı bir hüküm kurulması halinde bu farklılaşmaya ilişkin olarak mahkemeler tarafından makul bir açıklama da getirilmemesi ve içtihatlardaki farklılığı giderici mekanizmanın bulunmaması veya işletilmemesi hallerinde, hukuk güvenliği ve hukuki belirlilik ilkeleri ihlal edilir, yargı sistemine olan kamusal güven zedelenir ve AY m. 36 ve İHAS m. 6'da düzenlenen adil yargılama hakkı ihlal edilmiş olur (Anayasa Mahkemesi, *Aşır Tunç*, B. No: 2015/17453, 22.1.2019). Hukukumuzda hem ilk derece ve istinaf mahkemeleri hem de temyiz mahkemesi olan Yargıtay'ın kendi dairesince verilen farklı ve

Üzerinde durulması gereken son husus, temyizcinin, somut olay adaletinin (somut olayda doğru karar verilmesinin) sağlanması yönünde taraf menfaatine, hukuk uygulamasında birliğin sağlanması ve hukukun geliştirilmesi yönünde kamu menfaatine hizmet etmek amaçlarının, birbirinden ayrılmaz veya birbiriyle çatışmaz iki amaç olup olmadığıdır. Bu noktada yapılan tartışmalar ve savunulan görüşler haklı olarak her iki amacın mutlak olarak birbiriyle çatışan amaçlar olmadığını ortaya koyduğu gibi, bu iki amacın her zaman birbiriyle örtüşen nitelikte amaçlar olmadığını da ortaya koymaktadır. Zira hukuk birliğinin sağlanması, somut olayda verilen kararın doğruluğundan ziyade hukuk uygulamasında birliğin güvene altına alınmasına, mahkemelerce uygulanan hukukun aynılığına ve doğruluğuna yöneliktir¹³⁷. Hukuk birliğini sağlayan karar, her zaman somut olay bakımından doğru (adil) bir karar teşkil etmeyebilir. Hukukun geliştirilmesi ise, kanun yolu mahkemelerince yapılan denetim ve verilen kararlar ile hukuk kurallarının anlamının açıklığa kavuşturulmasına, hukuki düzenlemelerdeki eksiklik ve/veya boşlukların tamamlanmasına ve ileride yapılacak düzenlemelerde hukuk kurallarının yapılandırılmasına ilişkindir¹³⁸.

Genel olarak temyizcinin amacının yanı sıra temyiz mahkemesince gerçekleştirilecek inceleme sırasında da taraf menfaati ile kamu menfaati her zaman el ele yürüyemeyebilir ve bu menfaatler arasında çatışma gerçekleşebilir. Zira hukuk uygulamasında birliğin sağlanması amacı, yeknesaklığı tehlikeye düşürecek hukuki uyumsuzluklar hakkında karar verilmesini gerektirir. Ancak taraflar sahip oldukları tasarruf yetkisi ile temyiz kanun yoluna başvurup başvurmamakta tamamen özgür oldukları gibi, temyiz incelemesi sırasında temyizden feragat ederek temyiz incelemesini istedikleri gibi sonlandırabilirler. Bu durumda, feragat ile uyumsuzluk sona erdiği için kamu yararının sağlanmasından¹³⁹ ziyade, esasen kamu yararı bakımından hukuk uygulamasında birliği tehlikeye

çelişkili kararlar ciddi bir sorundur. Bu konuda her ne kadar mukayeseli hukukta mevcut olmayan bir kurum olarak içtihadı birleştirme kurumu ile bu sakıncalar giderilmek istense de Yargıtay, içtihadı birleştirme kararı vermek konusunda çok da istekli davranmamaktadır (Baki Kuru, *İçtihatların Birleştirilmesi Yolu ile İlgili Bazı Sorunlar* (Ankara Üniversitesi 1977) 12 vd.; Ejder Yılmaz, “İçtihadı Birleştirme” veya “Adalettteki Çelişkiye Son Verme” İhtiyacı iç *Ejder Yılmaz Makaleler C. 2* (Yetkin 2014) 1159, 1165; Ejder Yılmaz, ‘Çelişkili Mahkeme Kararları ve Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Hakkındaki Uygulamaları’ Prof. Dr. Necmettin M. Berkin’e Armağan (Filiz 2021) 1517, 1517 vd.; Hakan Pekcanitez, ‘Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Değerlendirilmesi’ (2019) 144 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 383, 388-389). Kanaatimizce istinaf ve temyiz kanun yoluna başvuruda kural olarak sadece değere bağlı istinaf ve temyiz sisteminin bulunması da bu sorunun meydana gelmesine önemli ölçüde sebebiyet vermektedir. Mukayeseli hukukta salt değere bağlı kanun yolu sitemi artık terk edilmiştir (Değere bağlı temyiz ve istinaf sistemlerinin eleştirisi için bkz. H. Yavuz Alangoya, ‘Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m.427 Hükmü ile Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı’ Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı (Türkiye Barolar Birliği 2004) 17, 17 vd.; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 17) 517-518). Zira bu sistemin en büyük dezavantajı, birçok mahkeme kararının denetim dışında kalmasına ve uygulamada çok sayıda farklı ve çelişkili kararlar olmasına sebebiyet vermesidir. Değere bağlı kanun yolunun karşısında yer alan ilkesel kanun yolu sistemi ile hem temyiz mahkemesinin sürekli aynı/benzer olaylarla ilgilenmesi ortadan kalkacağından temyiz yargılaması hızlanır hem de belli değerin altında olan davalar bakımından da temyiz denetimi yapılmak suretiyle hukuk uygulamasında birliğin sağlanması daha iyi oranda gerçekleşir. Ancak ilkesel nitelikte temyizde, temyiz denetimine izin/kabul kararı verilmesinde sübjektif değerlendirmenin söz konusu olabilmesi onun önemli bir dezavantajıdır (Dubs (n 85) 685-688). Bu nedenle kanaatimizce hukukumuzda da, mevcut değere bağlı istinaf ve temyizcinin yanında ilkesel nitelikte istinaf ve temyizcinin de mevcut olduğu karma kanun yolu sistemine geçilmesi daha yerinde bir yaklaşım olur (Karş. Akkaya, *Temyiz* (n 118) 98; Taşpınar-Ayvaz (n 120) 163-164; Özbek, *Temyiz* (n 66) 66-67).

137 Traut (n 66) 54.

138 Lames (n 3) 3-5.

139 Özbek, *İstinaf* (n 49) 177, dp. 16.

sokan ve/veya hukukun gelişimi bakımından hakkında karar verilmesi gereken ilkesel bir hukuki meselenin tarafların tasarrufları ve menfaatleri doğrultusunda temyiz incelemesine kapatılması söz konusu olabilir. İlâveten taraflar menfaatleri doğrultusunda, temyiz taleplerini sınırlandırarak kamu yararı bakımından hakkında karar verilmesi önem arz eden uyumsuzluğun bir bölümünü temyiz incelemesinin kapsamı dışında bırakabilir¹⁴⁰. Ayrıca, temyiz incelemesinin gerçekleştirilebilmesi için başvuran tarafın şahsi nitelikteki hukuki yararının bulunması gerekir. Yine temyiz mahkemesi soyut hukuki konular hakkında değil, somut olayla ilgili olarak hem bozucu hem de düzeltici nitelikte karar vermektedir¹⁴¹.

Bütün bu hususlar aynı zamanda, temyiz kanun yolunun kanun koyucu tarafından bir taraf kanun yolu olarak yapılandırıldığını, temyiz kanun yolunda tarafların belirleyici olduğunu, temyiz taraf menfaatine hizmet etme amacının, kamu menfaatine hizmet etmenin bir sonucu, yansıması veya yan ürünü olmadığını, aksine gerek ilkesel gerekse de değere bağlı temyizde somut olayda doğru karar verilmesi yönünde taraf menfaatlerine hizmet etmenin temyiz öncelikli ve dizayn edici amacı olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Gerçek anlamda içtihat birliği ve hukukun geliştirilmesi ancak somut olay bakımından verilen doğru karar ile sağlanabilir ve ancak böyle bir uygulama ile yargıya duyulan güven artırılabilir.

KAYNAKÇA

- Aden M, 'Revisibilität des kollisionsrechtlich berufenen Rechts' (2009) 7 Recht der internationalen Wirtschaft 475-477.
- Adickes F, *Grundlinien durchgreifender Justizreform: Betrachtungen und Vorschläge unter Verwertung englisch-schottischer Rechtsgedanken* (De Gruyter 1906).
- Akcan R, *Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri* (Nobel 1999).
- Akgül-Teber S, 'Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkelerin İstinaf Yargılamasındaki Görünümü' (Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi 2020).
- Akil C, *İstinaf Kavramı* (Yetkin 2010) [İstinaf].
- Akkan M, 'Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma' (2007) 3 (6) Medeni Usûl ve İcra – İflâs Hukuku Dergisi 29-68.
- Akkaya T, 'Temyize Başvuru Hakkının Sınırlandırılması ve İzne Bağlı Temyiz Sistemi', iç Osman Berat Gürzumar (ed), Halûk Konuralp Anısına Armağan (Yetkin Yayınları 2009) 65-101 [Temyiz].
- Akkaya T, *Medeni Usul Hukukunda İstinaf* (Yetkin 2010) [İstinaf].

140 Traut (n 66) 55.

141 Prütting (n 1) 92-93; Bettermann (n 77) 372. Şayet kanun koyucu, temyiz mahkemesince hukuk birliğini sağlamak amacını öncelikli olarak kabul etseydi, somut olaylarla ilgili kararları temyiz mahkemesine taşımak da gerekli olmazdı. Bunun yerine, temyiz mahkemesinin, içtihat birliği bakımından önemli olan soyut hukuki meseleler hakkında karar vermesi ve bu karar ile temyiz mahkemesinin hukuk kurallarına ilişkin yapmış olduğu yorumunun bağlayıcı olması ile yetinilirdi (Karş. Keskin (n 66) 29-30). İlâveten, salt hukuki birlik ve istikrar için somut olayda doğru karar verilmesi suretiyle hak sahiplerinin hakkına kavuşmasının göz ardı edilmesi, ontolojik anlamda da usul hukuku kuralları açıklanamaz. Zira medeni usul hukuku, hak sahiplerinin hakkına kavuşmasının bir aracı olarak bizzat hakkını elde etmeyi ortadan kaldırmak için ortaya çıkmıştır.

- Alangoya HY, 'Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m.427 Hükmü ile Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı' Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı (Türkiye Barolar Birliği 2004) 17-48 [Kanun Yolu].
- Alangoya HY, *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler* (Fakülteler Matbaası 1979) [İlkeler].
- Alangoya HY, Yıldırım MK ve Deren – Yıldırım N, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (8. Baskı, Beta 2011).
- Albayrak A, *Hukukta İstinaf Uygulaması* (3. Baskı, Adalet 2017).
- Althammer C, 'Die Zukunft des Rechtsmittelsystems' in Alexander Bruns, Joachim Münch and Astrid Stadler (eds), *Die Zukunft des Zivilprozesses* (Mohr Siebeck 2014).
- Ansay SŞ, *Hukuk Yargılama Usulleri* (7. Baskı, Ankara Üniversitesi Yayınları 1960).
- Arnold H, 'Die Neuordnung des Zugangs zum Bundesgerichtshof in Zivilsachen' (1975) 12 *Juristische Rundschau* 485-492.
- Arslan R, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı* (S yayınları 1989) [Dürüstlük Kuralı].
- Arslan R, *Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi* (Turhan 1977) [Yenilenme].
- Aşit R, 'Delil Sözleşmeleri Bakımından İrade Serbestisinin Sınırı' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2015).
- Atalay O, 'Tartışmalar' iç *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007* (Türkiye Barolar Birliği 2008) 74-74.
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medeni Usul Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2020).
- Atalı M, *Medeni Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı* (Yetkin 2014).
- Ay ÖM, '6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Duruşma Yapmadan Karar Verebileceği Haller' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2019).
- Ball W, 'Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle – Das neue Revisionsrecht' *Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentages Band I, Gutachten Berichte* (Beck 2004) A69-A87.
- Ballon JO, Nunner-Krautgasser B and Schneider B (eds), *Einführung in das Zivilprozessrecht – Streitiges Verfahren* (13rd edn, Manz'sche 2018).
- Baumbach A, Lauterbach W, Albers J and Hartmann P, *Zivilprozessordnung Kommentar* (77rd edn, Beck 2019).
- Baumgartner S, Dolge A, Markus RA and Spühler K, *Schweizerisches Zivilprozessrecht* (10rd edn, Stämpfli 2018).
- Baur F, 'Die dritte Instanz im künftigen Zivilprozess' (1958) 71 *Zeitschrift für Zivilprozess* 161-187.
- Behrens D, *Die Nachprüfbarkeit zivilrichterlicher Ermessensentscheidungen* (Duncker & Humblot 1979).
- Belgesay MR, *İsbat ve Hüküm Teorileri B. 3* (İstanbul Üniversitesi 1951).
- Berkin N, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (Hamle Matbaası 1969).
- Bettermann KA, 'Anfechtung und Kassation' (1975) 88 *Zeitschrift für Zivilprozess* 365-438.
- Beydola A, 'Hukuk Yargılamaında Kanun Yolu Olarak İstinaf' (Doktora Tezi, Yakın Doğu Üniversitesi 2019).
- Bilge N ve Önen E, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri* (3. Baskı, Sevinç Matbaası 1978).
- Bilge N, *Medeni Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme* (Ankara Üniversitesi 1973).
- Bilgen S, 'Temyiz Mahkemesindeki Duruşmalardan Neler Bekleyebiliriz?' (1954) 5 *Ankara Barosu Dergisi* 424-428.
- Bley F, *Die zweite Instanz nach deutschem und englischem Zivilprozessrecht – Zugang und Prüfungsprogramm* (Peter Lang 2011).
- Bonomi A and Lenz R, 'Österreich' in *Der Kampf gegen die Überlastung der höheren Gerichte* (Schulthess Polygraphischer 1995) 305-327.

- Buchegger W, Deixler-Hübner A and Holzhammer R (eds), *Praktisches Zivilprozessrecht I – Streitiges Verfahren* (Springer 1998).
- Budak AC, 'Alangoya'ya Göre Yargılamanın Amacı ve Hâkimin Gerçeği Aramaktan Vazgeçmesi' (2019) 6 (2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33-44.
- Budak AC ve Karaaslan V, *Medeni Usul Hukuku* (6. Bası, Filiz 2022).
- Büttner H, 'Revisionsverfahren – Änderungen durch das Zivilprozessreformgesetz' (2001) 21 Monatsschrift für deutsches Rechts 1201-1209 [Revisionsverfahren].
- Büttner H, *Berufung und Revision – Zivilprozessuale Rechtsmittel im Wandel* (Nomos 2010) [Berufung und Revision].
- Chevalier M, *Die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht* (Helbing & Lichtenhahn 2009).
- Çiftçi MÖ, *Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf* (3. Baskı, Adalet 2016) [İstinaf].
- Çiftçi P, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları* (Adalet 2018) [İspat Hakkı].
- Däniken F, *Rechts und Tatfragen im Haftpflichtprozess* (Schulthess Polygraphischer 1976).
- Danzl KH, '»Erhebliche Rechtsfrage« und »Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung«' in FS Irmgard Griss (Jan Sramek 2011) 95-131 [Erhebliche Rechtsfrage].
- Danzl KH, 'Die Anrufbarkeit des OGH in streitigen Zivilrechtssachen – von Franz Klein bis zur Gegenwart: Analyse – Rückblick – Ausblick' in FS Rainer Sprung (Manzsche 2001) 39-108 [Die Anrufbarkeit].
- Deren-Yıldırım N, 'Kanun Yollarına Dair Bazı Düşünceler' iç *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007* (Türkiye Barolar Birliği 2008) 3-19 [Kanun Yolları].
- Dethloff N, 'Zugang zur Revisionsinstanz' (2000) 10 Zeitschrift für Rechtspolitik 428-432.
- Dinçkol A, 'Hakimin Takdir Yetkisine Dayanarak Verdiği Kararların Denetlenmesi' (1995) 9 (1-3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 143-155.
- Dorn C, 'Die Verfassungsmässigkeit des geänderten Rechtsmittelrechts der ZPO' (2002) 4 Anwaltsblatt 208-212.
- Dubs H, Beschränkung der Rechtsmittel, in *Mélanges Henri Grisel* (Editions Ides et calendes Neuchâtel 1983) 669-688.
- Eichele K, Hirtz B and Oberheim R, *Berufung im Zivilprozess* (5rd. edn, Luchterhand 2017) [Yazar, in Eichele/Hirtz/Oberheim].
- Erdoğan E, 'Temyiz İncelemesinde Yabancı Hukukun Denetimi' (2018) 44 (3) Yargıtay Dergisi 813-846.
- Essinger F, *Gesetzesverletzung als Revisionsgrund im Zivilprozess* (Diss. 1912).
- Fasching WH and Konecny A (eds), *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen – Band IV/I* (2rd edn, Manzsch 2005) [Yazar, in Fasching/Konecny].
- Fasching WH, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts* (2rd edn, Manzsch 1990) [Lehrbuch].
- Fasching WH, *Probleme des Revisionsverfahrens – Skizze einer rechtsvergleichenden Betrachtung der Revision im deutschen und im österreichischen Zivilprozess* (De Gruyter Berlin-Newyork 1971) [Probleme des Revisionsverfahrens].
- Ferrand F, 'Justizentlastung in Frankreich' (1997) 2 Zeitschrift für Zivilprozess International 43-69.
- Fischer N, 'Verfassungsrechtliche Probleme des „neuen“ zivilprozessualen Revisionsrechts' (2002) 3 Anwaltsblatt 139-144 [Verfassungsrechtliche Probleme].
- Fischer R, 'Zur Entwicklung des Revisionsrechts seit dem Bestehen des Bundesgerichtshofs' (1978) Deutsche Richterzeitung 2-6 [Zur Entwicklung].
- Fucik R, Klauser A and Kloiber B, *Österreichisches und Europäisches Zivilprozessrecht* (12rd edn, Manz'sche 2015).

- Gaier R, 'Die Nichtzulassungsbeschwerde in der Rechtsprechung des BGH' in NJW-Sonderheft 2. *Hannoveraner ZPO-Symposion* 20. September 2003, 18-23.
- Gaul HF, 'Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozess' (1968) 168 *Archiv für die civilistische Praxis* 27-62 [Zweck].
- Gaul HF, Yargılamanın Amacı – Güncelliğini Koruyan Bir Konu' (çev. Nevhis Deren Yıldırım), *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku* (der. Kamil Yıldırım) (6. Bası, Beta 2011) 75-106 [Amaç].
- Geiser T, Münch P, Uhlmann F and Gelzer SP (eds), *Handbücher für die Anwaltspraxis Prozessieren vor Bundesgericht (HAP Bundesgericht)* (4rd edn, Helbing & Lichtenhahn 2014) [HAP Bundesgericht – Yazar].
- Gelbrich K, § 522 Abs. 2 und 3 ZPO im Kontext des Rechtsmittelsystems – eine rechtsvergleichende Untersuchung (Gardez 2014).
- Gilles P, '2002 Medeni Usul Hukuku Reformu Sonrası Hipertrofik Bir Medeni Yargının Problem Sahası Olarak Alman Kanun Yolu Sistemi' (çev. Evrim Erişir) iç *Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007* (Türkiye Barolar Birliği 2008) 19-53 [Hipertrofik].
- Gilles P, 'Die Berufung in Zivilsachen und die zivilgerichtliche Instanzenordnung' in Peter Gilles (ed), *Humane Justiz, Die deutschen Landsberichte zum ersten internationalen Kongreß für Zivilproßrecht in Gent 1977* (Athenäum 1977) 147-170 [Berufung].
- Gilles P, *Rechtsmittel im Zivilprozeß* (Athenäum 1972) [Rechtsmittel].
- Gottwald P, 'Alman Federal Adalet Mahkemesi-Genel İlkeler ve Bireysel Adalet Arasında Yer Alan Bir Yüksek Mahkeme' (çev. Fulya Teomete Yalabık) (2013) 9 (24) *Medenî Usûl ve İcra – İflâs Hukuku Dergisi* 151-172.
- Gottwald P, 'Ein fast perfektes System – Zivilrechtsschutz in Deutschland' FS Wolfgang Krüger (Beck 2017) 375-383.
- Gottwald P, 'Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Maßnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe des Zivilverfahrensrechts?' in Gutachten A für den 61. Deutschen Juristentag (Beck 1996) A7 – A104 [61. DJT].
- Gottwald P, 'Verfassungsrechtliche Fragen des neuen deutschen Rechtsmittelrechts' in FS Nemeth Janos (Elte Kiado Budapest 2003) 289-297 [Verfassungsrechtliche Fragen].
- Gottwald P, *Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz* (Duncker & Humblot 1975 [Revisionsinstanz]).
- Greger R, 'Der deutsche Zivilprozess im Umbruch' in FS Kostas E. Beys (Sakkulas 2003) 459-472.
- Grunsky W and Jacoby F, *Zivilprozessrecht* (16rd edn, Vahlen 2018).
- Gummer P, 'Die Revision – noch ein Weg zur Einzelfallgerechtigkeit?' in FS Max Vollkommer (Otto Schmidt 2006) 325-331.
- Güneş Ş, 'Medeni Usul Hukukunda İstinaf İncelemesi Sonunda Verilebilecek Kararlar Ve Sonuçları' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2019).
- Gürdoğan B, 'Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk' (1956) 11 (3) *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 258-285 [Temyiz].
- Gürdoğan B, *Yargıcın Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi* (Ankara Üniversitesi 1967) [Takdir Hakkı].
- Habscheid JW, *Schweizerisches Zivilprozess – und Gerichtsorganisationsrecht* (2rd edn, Helbing & Lichtenhahn 1990).
- Hannich R and Meyer-Seitz C (eds), *ZPO-Reform 2002 mit Zustellungsreformgesetz* (Beck 2002).
- Hauser R, 'Die Wahrung der Einheit der Rechtsprechung in rechtsvergleichender Sicht' in FS Karl Heinz Schwab München (Beck 1990) 176-212.

- Heinze M, 'Parteiherrschaft versus Richtermacht im Zivilprozess' in FS Kostas E. Beys (Sakkulas 2003) 515-543.
- Henke HE, 'Rechtserkenntnis, Rechtsfortbildung und Konfliktlösung: Die Verfahrenstypen der Zivilprozessordnung in erster und in höherer Instanz' (1996) 109 Zeitschrift für Zivilprozess 135-182 [Rechtserkenntnis].
- Henke HE, *Die Tatfrage: Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität* (Duncker & Humblot 1966) [Die Tatfrage].
- Hirsch G, 'Verfassungsrechtliches Bestimmtheitsgebot und gerichtliche Auslegung am Beispiel der neuen Zugangs Voraussetzungen zur dritten Instanz' in FS Joachim Wenzel (Dr. Otto Schmidt 2005) 39-58.
- Holzheid D, *Gesetzesverletzung als Grundlage der Revision im Zivilprozeß*, (Diss 1933).
- Hurni C, *Zum Rechtsmittelgegenstand im Schweizerischen Zivilprozessrecht* (Stämpfli 2018)
- Jauernig O and Hess B, *Zivilprozessrecht* (30rd edn, Beck 2011).
- Jonquéres J, 'Die Überprüfung von Tatsachenfeststellungen durch die Cour de Cassation-zivilrechtliche Aspekte' in Peter Schlosser (ed), *Tatsachenfeststellungen in der Revisionsinstanz* (Alfred Menzer 1982) 27-57.
- Karaaslan V, 'Kanun Yolu Sistemine Eleştirel Bir Bakış' (2019) 15 (43) *Medenî Usûl ve İcra – İflâs Hukuku Dergisi* 441-466 [Kanunyolu].
- Karaaslan V, 'Senetle İspat Mecburiyeti Gerçekten Bir Mecburiyet mi?' (2019) 15 (44) *Medenî Usûl ve İcra – İflâs Hukuku Dergisi* 813-845 [Senetle İspat].
- Karşlı A, *İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi* (İstanbul Üniversitesi 1995) [Temyiz].
- Karşlı A, *Medeni Muhakeme Hukuku* (5. Baskı, Filiz 2020) [Medeni Muhakeme].
- Keskin S, 'Ceza Muhakemesinde Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 1996).
- Kılıçoğlu MA, *Medeni Hukuk* (Turhan 2016)
- Klasuer A and Kodek EG, *Jurisdiktionsnorm und Zivilprozessordnung samt Einführungsgesetzen und Nebengesetzen sowie den Vorschriften des Europäischen Zivilprozessrechts* (18rd edn Manzsche 2018).
- Klendauer R, Streicher B, Jonas E and Frey D, 'Fairness und Gerechtigkeit' in Hans-Werner Bierhoff and Dieter Frey (eds), *Handbuch der Sozialpsychologie und Kommunikationspsychologie* (Hogrefe 2006).
- Konuralp H ve Hanağası E, 'Fransız Hukuku'nda İptal Amaçlı İstinaf Yolu' (2007) 5 (54) *Legal Hukuk Dergisi* 1795-1818.
- Kralik R, 'Die Beweiswürdigung im zivilgerichtlichen Verfahren' (1954) 7 *Österreichische Juristen-Zeitung* 157-167.
- Krüger W and Rauscher T (eds) *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung Band 2* (6rd edn, Beck 2020) [MüKoZPO/Yazar].
- Kuchinke K, *Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz*, (Ernst und Werner Gieseking 1964).
- Kuhlmann A, *Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozessrecht* (Duncker & Humblot 2010).
- Kuru B ve Aydın B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (Yetkin 2020).
- Kuru B, *İçtihatların Birleştirilmesi Yolu ile İlgili Bazı Sorunlar* (Ankara Üniversitesi 1977) [İçtihatların Birleştirilmesi].
- Kuru B, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı C. 2* (Yetkin 2020) [HMK C. 2].
- Lames P, *Rechtsfortbildung als Prozesszweck, zur Dogmatik des Zivilverfahrensrechts* (Mohr – Paul Siebeck 1993).
- Leipold D, 'Rechtsmittel als Verfahrensfortsetzung oder Entscheidungskontrolle' in Peter Gilles, Klaus F. Röhl, Paul Schuster and Dieter Strempel (eds), *Rechtsmittel im Zivilprozess – unter besonderer Berücksichtigung der Berufung* – (Bundesanzeiger 1985) 285-294.

- Mannheim H, *Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstösse im Strafverfahren* (Springer 1925).
- Martin R, *Prozessvoraussetzungen und Revision* (Heymann 1974) [Prozessvoraussetzungen].
- May A, *Die Revision in den zivil – und verwaltungsgerichtlichen Verfahren* (2rd edn, Heymann 1997).
- Meraklı-Yayla D, *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması* (Yetkin 2014).
- Messmer G and Imboden H, *Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen – Berufung, zivilrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde und staatsrechtliche Beschwerde* (Schulthess 1992).
- Meyer-Mickeleit M, *Revision, Kassation und Final Appeal* (AluReda 1996).
- Musielak HJ, 'Der Zugang zur Revisionsinstanz im Zivilprozess' in FS Walter Gerhardt (RWS Verlag 2004) 653-683.
- Münchbach W and Lotz M, 'Justizreform – Reform oder gut verkaufter Abbau des Rechtsschutzsystems?' (1999) 9 Zeitschrift für Rechtspolitik 374-382.
- Niggli MA, Uebersax P and Wiprächtiger H (eds), *Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz* (3rd edn, Helbing & Lichtenhahn 2018) [BSK BGG – Yazar].
- Oğuzman MK ve Barlas N, *Medeni Hukuk* (22. Baskı, Vedat 2016).
- Özbay İ, '6100 Sayılı Hukuk Muhakemeler Kanununa Göre İstinaftan Sonraki Temyiz Sistemimizde Temyiz Edilebilen ve Edilemeyen Kararlar' (2011) 69 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. İl Han Özay Armağanı) 411-438.
- Özekes M ve Boran Güneysu N, *Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı (HMK m. 353/ I-a-6)* (Onikilevha 2021).
- Öztek S, 'HUMK m. 427'deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 10.1.1986 Tarihli Kararı', (1987) 2 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 62-74 [Temyiz].
- Öztek S, 'Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf Kanun Yolu, Amacı ve Felsefesi' iç *Türk Hukukunda İstinaf Reformu Sonrası Yargıtay'ın Temyiz İncelemesinde Hukukilik Denetiminin Sınırları Sempozyumu Ankara 20-21 Nisan 2017* (Türkiye Adalet Akademisi 2017) 171-191 [İstinaf].
- Öztek S, *Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 341-m. 373 Şerhi* (Yetkin 2021) [Şerh].
- Paulus GC, *Zivilprozessrecht* (5rd edn, Springer 2013).
- Pawlowski HM, 'Aufgabe des Zivilprozesses' (1967) 80 Zeitschrift für Zivilprozess 345-391.
- Pekcanitez H, 'Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Temyiz Kanun Yolunda Yargısal Denetimin Sınırı Maddi ve Hukuki Denetim' iç *Türk Hukukunda İstinaf Reformu Sonrası Yargıtay'ın Temyiz İncelemesinde Hukukilik Denetiminin Sınırları Sempozyumu Ankara 20-21 Nisan 2017* (Türkiye Adalet Akademisi 2017) 217-253 [Temyiz Denetimi].
- Pekcanitez H, 'Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi' (2019) 144 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 383-419 [Yargıtay].
- Pekcanitez H, Atalay O ve Özekes M, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı* (8. Baskı, Onikilevha 2020).
- Petrasch F, 'Das neue Revisions – (Rekurs-) Recht' (1983) 7 Österreichische Juristen-Zeitung 169-205.
- Pfeiffer G, 'Der BGH – nur ein Gericht für das Grundsätzliche?' (1999) 36 Neue Juristische Wochenschrift 2617-2623.
- Piekenbrock A and Schulze G, 'Die Zulassung der Revision nach dem ZPO-Reformgesetz' (2002) 14 Juristen Zeitung 911-922.

- Piekenbrock A, 'Der Zugang zum BGH als Verfassungsproblem: Eine unendliche Geschichte?', *Zugleich Anmerkung zu BVerfG* (2004) 6 *Anwaltsblatt* 329-333.
- Pimmer H, 'Bemerkungen zur Leitfunktion des Obersten Gerichtshofs in Zivilsachen' in Robert Fucik, Andreas Konecny, Elisabeth Lovrek and Paul Oberhammer (eds), *Zivilverfahrensrecht Jahrbuch 2010* (neuer wissenschaftlicher Verlag 2010) 275-284.
- Planck JJW, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts Band II – Besonderer Teil* (Beck – Nördlingen 1896).
- Pohle R, 'Empfiehl es sich, die Revision (Rechtsbeschwerde) zu den oberen Bundesgerichten (außer in Strafsachen) einzuschränken und ihre Zulässigkeit in den einzelnen Gerichtsbarkeiten einheitlich zu regeln?' *Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag Hannover 1962* (Mohr, 1962) 7-90 [44. DJT].
- Pohle R, *Revision und neues Strafrecht* (T. Weicher 1930) [Revision].
- Postacıoğlu İE, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (6. Bası, Sulhi Garan Matbaası 1975).
- Prütting H, *Die Zulassung der Revision* (Heymann 1977).
- Rechberger HW (ed), *Kommentar zur Zivilprozessordnung* (4rd edn, Verlag Österreich 2014) [Yazar, *Rechberger Kommentar zur ZPO*].
- Rechberger HW and Simotta DA, *Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren* (9rd edn, Manzsche 2017).
- Rechberger HW, 'Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması' (çev. Kamil Yıldırım), *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku* (der. Kamil Yıldırım) (6. Bası, Beta 2011) 1-16.
- Rimmelspacher B, 'Zur Systematik Revisionsgründe im Zivilprozess' (1971) 84 *Zeitschrift für Zivilprozess* 41-73 [Revisionsgründe].
- Rimmelspacher B, *Zur Prüfung Von Amts Wegen Im Zivilprozess* (Otto Schwartz & Co. 1966) [Prüfung].
- Rosenberg L, Schwab KH and Gottwald P, *Zivilprozessrecht* (18rd edn, Beck 2018).
- Rosenthal A, *Probleme im zivilprozessualen Revisionszulassungsrecht nach Inkrafttreten des ZPO-RG vom 01.01.2002* (Logos Berlin 2007).
- Roth H, 'Neues Rechtsmittelrecht im Zivilprozess – Berufungsinstanz und Einzelfallgerechtigkeit' (2005) 4 *Juristen Zeitung* 174-178 [Einzelfallgerechtigkeit].
- Sarstedt W and Hamm R, *Die Revision in Strafsachen* (De Gruyter 1983).
- Saueressig C, *Das System der Rechtsmittel nach dem Zivilprozessreformgesetz* (Heymann 2008).
- Schafft T, *Selektion von Rechtsmittelfverfahren durch gesetzliche Zugangsbeschränkungen* (Mohr Siebeck 2005).
- Schilken E, *Zivilprozessrecht* (7rd edn, Franz Vahlen 2014).
- Schlosser P, 'Die Nachprüfung von Tatsachenfeststellungen durch die Revisionsinstanz in Zivilsachen' in Peter Schlosser (ed), *Tatsachenfeststellungen in der Revisionsinstanz* (Alfred Menzer 1982) 9-27.
- Schwarz H, *Die reformierte Berufung im Spannungsfeld zwischen Tatsachen und Revisionsinstanz – erstinstanzliche Sachverhaltsrekonstruktion und Auslegung individueller Vertragserklärungen im Fokus berufungsgerichtlicher Urteilskontrolle nach der ZPO-Reform* (Gardez! 2008).
- Schwinge E, *Grundlagen des Revisionsrechts* (2rd edn, Emil Semmel 1960).
- Seiler H, von Werdt N, Güngerich A and Oberholzer N (eds), *Bundesgerichtsgesetz (BGG) Bundesgesetz über das Bundesgericht, SHK – Stämpfli Handkommentar* (2rd edn, Stämpfli 2015) [SHK BGG – Yazar].
- Selçuk S, 'Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlamalara Uymamanın Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri' (2013) 19 (2) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* (Prof. Dr. Nur Centel Armağanı) 319-363.
- Serozan R, *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku* (2. Baskı, Vedat 2008).
- Sinaniotis L, 'Revisibilität unbestimmter Rechtsbegriffe' in FS Rolf A. Schütze (Beck'sche 1999) 877-885.

- Sivrihisarlı Ö, *Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri Ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı* (İstanbul Üniversitesi 1978).
- Spühler K and Vock D, *Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund* (2rd, edn Schulthess 2011).
- Stadler A, 'Revision und öffentliches Interesse' in FS Nikolaos K. Klamaris (Sakkoulas 2016) 753-768.
- Staehelin A, Staehelin D, Grolimund P and Bachofner E (eds), *Zivilprozessrecht – Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts* (3rd edn, Schulthess 2019) [Staehelin/Staehelin/Grolimund/Bachofner – Yazar].
- Stein F. and Jonas M. (eds), *Kommentar zur Zivilprozessordnung Band 6* (23rd edn, Mohr Siebeck 2018) [Stein/Jonas/Yazar].
- Stürner M, *Die Anfechtung von Zivilurteilen, Eine Funktionelle Untersuchung der Rechtsmittel im deutschen und englischen Recht* (Beck 2002) [Anfechtung].
- Stürner R, 'Prozesszweck und Verfassung' in FS Gottfried Baumgärtel (Heymann 1990) 545-553 [Prozesszweck].
- Sungurtekin M, 'Karar Düzeltilmenin Kanun Yolu Niteliği ve Karar Düzeltilme Dilekçesinde Sebeup Gösterme Zorunluğu Bulunup Bulunmadığı Meselesi' (1990) 16 (4) Yargıtay Dergisi 471-489.
- Sungurtekin-Özkan M, 'Anayasanın Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Medeni Yargılama Hukuku' (2009) 11, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Bilge Umar Armağanı) 553-574.
- Tanrıver S, 'Tartışmalar' iç *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007* (Türkiye Barolar Birliği 2008) 75-75 [Tartışmalar].
- Tanrıver S, 'Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gerek Önlemler Üzerine' (2000) 49 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 67-83 [Etkinlik].
- Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku C. 1* (4. Bası, Yetkin 2021) [Usul C.1].
- Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku C. 2* (Yetkin 2021) [Usul C. 2].
- Taşpınar S, 'Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu' iç *Av. Dr. Faruk Erem Armağanı* (Türkiye Barolar Birliği 1999) 759-787 [Amaç].
- Taşpınar S, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri* (Yetkin 2001) [İspat Sözleşmeleri].
- Taşpınar-Ayvaz S, 'İstinaftan Sonraki Temyiz İncelemesi ve Sonuçları' iç *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007* (Türkiye Barolar Birliği 2008) 151-209.
- Teomete-Yalabık F, 'Fransız Hukukunda Temyizin Tarihi Gelişimi ve Temyiz Sebepleri' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2010).
- Thomas H and Putzo H (eds), *Zivilprozessordnung Kommentar* (40rd edn, Beck 2019) [Thomas/Putzo/Yazar].
- Tok O, 'Fransız ve Türk Medeni Yargılama Hukuklarında Temyiz Mahkemesinin Yapısı ve İşlevi' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2021) [Temyiz].
- Tok O, *Medeni Usul Hukukunda Delil Başlangıcı* (Seçkin 2016) [Delil Başlangıcı].
- Traut TL, *Der Zugang zur Revision in Zivilsachen* (Heymann 2006).
- Tsantinis S, 'Kassation, Rechtsstaat und Rechtsmittelstaat' in FS Nikolaos K. Klamaris (Sakkoulas 2016) 833-850.
- Tsikrikas D, 'Cassation und Revision im europäischen Vergleich – eine rechtsvergleichende und rechtshistorische Skizze' (1999) 4 Zeitschrift für Zivilprozess International 171-204.
- Ullmann E, 'Gedanken zum neuen Recht der Revision und der Rechtsbeschwerde in Zivilsachen' (2002) 6 Wettbewerb in Recht und Praxis 593-603.
- Unberath H, 'Der Zweck der Rechtsmittel nach der ZPO-Reform – Theorie und Praxis' (2007) 120 Zeitschrift für Zivilprozess 323-345.

- Üstündağ S, ‘1711 Sayılı Kanun’un Kanun Yolları Bakımından Getirdiğı Değışiklikler Ve Bunların Değerlendirmesi’ iç *Saim Üstündağ Makaleler İctihat Tahlilleri Çeviriler* (Adalet 2010) 181-207.
- Üstündağ S, ‘Temyizin Nakzından Sonraki Durum’ iç *Saim Üstündağ Makaleler İctihat Tahlilleri Çeviriler* (Adalet 2010) 49-101.
- Üstündağ S, *Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim* (İstanbul Üniversitesi 1968) [Kanun Yolları].
- Üstündağ S, *Medeni Yargılama Hukuku* (7. Bası, Filiz 2000) [Medeni Yargılama].
- Vogel O, Spühler K and Gehri AM, *Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz* (8rd edn, Stämpfli 2006).
- Voßkuhle A, *Rechtsschutz gegen den Richter* (Beck 1993).
- Wagner G, ‘Ökonomische Analyse der Rechtsmittel’ in Reinhard Bork, Thomas Eger and Hans-Bernd Schäfer (eds), *Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts* (Mohr Siebeck 2009).
- Walter G, *Freie Beweiswürdigung, Eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingungen und Grenzen der freien richterlichen Überzeugung* (Mohr 1979).
- Wassermann R (ed), *Alternativkommentar zur Zivilprozeßordnung* (Luchterhand 1987) [AK-ZPO/Yazar].
- Wenzel J, ‘Das neue zivilprozessuale Revisionszulassungsrecht in der Bewährung’ (2002) 46 *Neue Juristische Wochenschrift* 3353-3359.
- Weyreuther F, *Revisionszulassung und Nichtzulassungsbeschwerde in der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte* (Beck 1971).
- Wieczorek B and Schütze AR (eds), *Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Großkommentar, Band 7* (4rd edn, De Gruyter 2018) [Wieczorek/Schütze/Yazar].
- Wunderli E, *Die Trennung von Tat-und Rechtsfrage bei den zivilrechtlichen Rechtsmitteln oberster Instanz im französischen und deutschen Recht* (Diss. 1947).
- Yavaş M, *Medeni Usul Hukukunda Temyiz* (Seçkin 2015) [Temyiz].
- Yavaş M, *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları İle Bu Kuralların İstisnaları* (2. Baskı, Seçkin 2020) [Senetle İspat].
- Yıldırım MK, ‘Avrupa İspat Hukuku Tablosu-Kitap İncelemesi’ (2004-2006) 12 (1-3) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* (Doç. Dr. Mehmet Somer Armağanı) 797-808 [Avrupa İspat Hukuku].
- Yıldırım MK, ‘Kanun Yolu Olarak İstinaf’ iç *Türkiye Barolar Birliğı İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantısı 7-8 Mart 2003* (Türkiye Barolar Birliğı 2003) 285-317 [Kanun Yolu].
- Yıldırım MK, ‘Quo Vadis Senetle İspat Zorunluluğı?’ Prof. Dr. Necmettin M. Berkin’e Armağan (Filiz 2021) 1487-1517 [Quo Vadis].
- Yıldırım MK, ‘Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi’ *İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku* (der. Kamil Yıldırım) (6. Bası, Beta 2011) 107-128 [Senetle İspat].
- Yıldırım MK, *Hukuk Devletinin Gereğı: İstinaf* (Nesil Matbaacılık 2000) [İstinaf].
- Yıldırım MK, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi* (Kazancı 1990) [Delillerin Değerlendirilmesi].
- Yılmaz E, ‘“İctihadı Birleştirme” veya “Adaletteki Çelişkiye Son Verme” İhtiyacı’ iç *Ejder Yılmaz Makaleler C. 2* (Yetkin 2014) 1159-1175 [Adaletteki Çelişkiye Son Verme].
- Yılmaz E, ‘Çelişkili Mahkeme Kararları ve Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Hakkındaki Uygulamaları’ Prof. Dr. Necmettin M. Berkin’e Armağan (Filiz 2021) 1517-1554 [Çelişkili Mahkeme Kararları].
- Yılmaz E, ‘Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeliğı Sorunu’ (1988) 1 *Türkiye Barolar Birliğı Dergisi* 131-155 [Yasayolları].

- Yılmaz E, 'Usul Ekonomisi' (2008) 57 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 243-274 [Usul Ekonomisi].
- Yılmaz E, *İstinaf* (Yetkin 2005) [İstinaf].
- Yılmaz E, *Medeni Yargılama Hukukunda Islah* (4. Baskı, Yetkin 2013) [Islah].
- Zeiss W and Schreiber K, *Zivilprozessrecht* (11rd edn, Mohr Siebeck 2009).
- Zöller R (ed), *Zivilprozessordnung* (32rd edn, Otto Schmidt 2018) [Zöller/Yazar].
- Zweifel P, *Revision, Reinigung und Erläuterung nach st. gallischer Zivilprozeßordnung* (Diss. 1952).

Hâkimin Yargı Kararı Oluşturma Metodu, Bu Metodun Aşamaları ve Metoda Hâkim Olan Metodolojik On İki Temel İlke

Judicial Decision-making Method of the Judge, Steps of this Method and Twelve Fundamental Methodological Principles Commanding this Method

O. Gökhan Antalya* 

ÖZ

Hâkimin adil bir yargı kararı oluşturabilmesi için hukuk ve hukuk metodoloji bilgisinin yanı sıra hukuk metodolojisi yardımıyla hukuk bilgisini uygulayabilmesi yeteneği de gereklidir. Hâkim önce olayı, daha sonra da hukuku anlamalıdır. Bu bakımdan ilk olarak hâkimin olayı ve hukuku okuyup nasıl anlayacağı önem arz eder. Öte yandan hâkimin yargı kararı oluşturma metodu, çeşitli aşamalardan oluşmaktadır. Bu aşamalara hâkim on iki metodolojik temel ilke vardır. Bu çalışmada hâkimin yargı kararı oluşturma metodu, bu metodun aşamaları ve bu metoda hâkim olan metodolojik on iki temel ilke ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yargı Kararı Oluşturma, Hukukun Uygulanması, Karar Oluşturma Metodu, On İki Metodolojik İlke, Hukuk Metodolojisi

ABSTRACT

For a judge to make a just judicial decision, the skill of implementing legal knowledge with the help of legal methodology as well as legal knowledge and legal methodological knowledge is necessary. The judge must first understand the fact and then the law. In this vein, it is important how the judge reads and understands the fact and the law. On the other hand, the judge's method of making a judicial decision consists of various steps. Twelve fundamental principles command this method. In this study, the judge's method of making a judicial decision, the steps of this method and the twelve fundamental principles commanding this method will be addressed.

Keywords: Making Judicial Decision-making, Implementation of Law, Decision-making Method, Twelve Methodological Principles, Legal Methodology.

* 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: 01.09.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 17.11.2022

I. GİRİŞ

Cicero, bir hatip için, üç şeyin önemli olduğunu ortaya koymuştu:

Birincisi, doğru gerekçeyi bulma (gerekçelendirme);

İkincisi, keskin bir zihin;

Üçüncüsü, metoda uygun ilerleme ve çalışma. Bunlara bir de “yeteneği” ilave edebiliriz.

Cicero’dan hareketle, her hâkim, – aynı *Dworkin*’in “herkül¹”ü gibi – zihnindeki hukuk normuna ilişkin doğru hukuki bilgiyi, doğru bir hukuki metodla ve yeteneğiyle uyumsuzluk konusu olaya uygulama ve bu uygulamayla vardığı hukuki sonucu – yargı kararını – gerekçelendirmelidir.

Hukukçu için hukuk metodolojisi, en kısa ifadeyle:

1. Olayı (maddi olguları) okuyarak anlama;
2. Kanunu (hukuki olguları) bulma;
3. Kanunu hukuk doktrini ve yargı uygulaması yardımıyla okuyarak anlama (yorumlama, tamamlama ve düzeltme);
4. Yargı kararını verme ve gerekçelendirme.

Hâkimin haklı ve adil yargı kararına varabilmesi, sadece hukuk ve hukuk metodolojisi bilgisine sahip olmasına bağlı değildir; onunla birlikte hukuk metodolojisi yardımıyla hukuk bilgisini uygulayabilmesi yeteneğine bağlıdır.

Bunu yapabilmesi içinde hâkim önce olayı anlaması, sonra da hukuku anlaması gerekir. Hâkimin olayı okuyup nasıl anlayacağı ve hukuku okuyup nasıl anlayacağı konusunda önce genel bilgiler verilecek; sonra aşağıda on iki metodolojik ilkeyle ışığında hâkimin uyumsuzluk konusu olayı çözme metodun aşamaları değerlendirilecektir.

II. HÂKİMİN YARGI KARARINI OLUŞTURMA METODU VE BU METODUN AŞAMALARI

A. HUKUK METODOLOJİSİNİN METODUNUN TEMEL ALINMASI VE ONUN TARİHSEL GELİŞİMİNDEN YARARLANILMASI

Hukukçu, hukuki faaliyetinde hukuk metodolojisinin tarihsel gelişimini öğrenmelidir. Hukuk metodolojisinin tarihsel gelişimi hukukun tarihsel gelişimine bağlı ve onunla paralel gelişmiştir. Hâkim, hukuk metodolojisine hâkim bu görüşleri hukuk teorisinin ışığında bilmeli ve bu bilgilerden yararlanmalıdır². Bu bilgiler onun hukuk metodolojisine açılan penceresi olacaktır.

1 O Gökhan Antalya, *Hukuk Bilimine Katkı Olarak Cilt I Hukuk Teorisi* (2. Baskı, Seçkin 2020) N 1466 vd.

2 Joachim Rückert and Ralf Seinecke, ‘Zwölf Methodenregeln für den Ernstfall’ in Joachim Rückert and Ralf Seinecke

Hukuk metodolojisi hukukun tarihsel gelişimine paralel olarak, temel okul/ekol/teoriler üzerinde dayanır³: Temel olarak hukuk doktrinin ilkeleri okulu, kavram hukukçuluğu, serbest hukuk okulu, menfaat hukukçuluğu, değer hukukçuluğu, savunduğumuz normatif değer hukukçuluğu, eleştirel-politik hukuk okulu, sosyoloji hukuk okulu, hukukun ekonomik analiz okulu, hukuki gerekçelendirme teorisi, denkleştirme görüşü vd.

Bizim hukuka ve hukuk metodolojisine bakış açımız, hukukun ilke ve fonksiyonlarını dikkate alan normatif değer hukukçuluğu görüşüdür.

Hukuk normunu ve maddi olayı anlamak, hukuk teorisi dahil temel hukuk disiplinlerine hâkim olmayı; hukuku uygulamak da hukuk metodolojisine hâkim olmayı zorunlu kılar. Hukuk metodolojisi de, geliştirdiği veya geliştireceği metotlarda temel hukuk bilgilerinden, örneğin hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi, hukuk teorisi (hukuk sistem bilim, hukuk dilbilim, Hukuk anlam bilim (hermeneutik), hukuk mantığı), hukuk tarihi, hukuk psikolojisi, hukuk antropolojisi vd.lerinden yararlanır. Hukuk biliminin kalitesi, aynı zamanda onun metodolojisinin kalitesidir; tam tersi, hukuk metodolojisinin kalitesi, aynı zamanda hukukun kalitesidir.

B. HÂKİMİN YARGI FAALİYETİNDEKİ SIFATINI VE YARGILAMA FAALİYETİNİN NİTELİK VE ÖZELLİKLERİNİ DİKKATE ALMASI

Her hukukçunun faaliyeti, hukuki – uyuşmazlığı – sorunu belirlemek ve bu sorunu çözmeye yöneliktir. Bu faaliyet, hukukçunun sıfatına göre farklılık gösterir.

Hâkimin hukuki faaliyeti, dava konusu hukuki uyuşmazlıkta yargı kararına – sonucuna – varmaya yöneliktir. Hâkim yargılama faaliyetindeki sıfatı ve rolünün nitelik ve özelliklerini dikkate alarak metodolojik yaklaşımda bulunur.

Dava taraflarının yargılamadaki faaliyeti ise şu şekilde gerçekleşir; davacı vekilinin faaliyeti yargılama için maddi olaylardan hareketle hukuki iddiasını ortaya koyma faaliyetidir, davalının faaliyeti ise gerek davacının hukuki iddiasından gerekse diğer maddi olaylardan hareketle hukuki savunma ve karşı hukuki iddia şeklinde gerçekleşir.

Hukuki mütalaa (uzman görüşü) veren akademisyen de kendisine sunulan hukuki uyuşmazlık konusunda hukuki çözüme ilişkin bilimsel görüş verme faaliyetinde bulunur.

Bilirkişi ise, kendi bilimsel bilgi ve yetkinliğini kullanarak, hâkimin verdiği görev kapsamında hâkimin hukuki sonuca varabilmesini sağlamak üzere, hukuki uyuşmazlığa ilişkin maddi olgu/olguları bilimsel olarak inceleme, değerlendirme ve sonucu varma faaliyetinde bulunur.

(eds), *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner* (3rd edn, Nomos 2017) N 43 vd.

3 Hukukun ve hukuk metodolojisinin tarihsel gelişimi için bkz. Antalya, *HBK C. I: HT* (n 1) N 2470 vd.; O Gökhan Antalya, *Hukuk Bilimine Katkı Olarak Cilt II Hukuk Metodolojisi* (Seçkin 2021) N 44 vd.

Tüm bu hukuki faaliyetlerde hukukçu ya da bilirkişi, dogmatik hukuk bilgisini hukuk metodolojisi bilgisiyle uygular.

C. HİÇBİR OLAYIN KENDİNE ÖZGÜ ÇÖZÜM METODU VE KURALININ OLMAMASI (METOD SERBESTİSİNİN REDDİ)

Radbruch, yorumun aslında sonuç olduğu, bu sonucun uygun yorum ve elemanlarıyla araçları ile önceden belirlenen sonucu belirlemek seçilmiş olduğu iddiasını kabul etmez⁴. Hiçbir olayın çözümünün kendine özgü metodu ve kuralı söz konusu olamaz.

Gerçekten, hukuk, hukuk metodu ve bu metoda hâkim olan ilke ve esaslar, uygulayanın – hâkimin – keyfine bırakılmaz; bırakılırsa verilen yargı kararı kontrol edilemez ve keyfi değer yargılarına sebep olabilir. Bu da kanunilik ilkesini, hukuk güvenliğini, hukuk düzenin değerler bütünlüğünü, hukukun makullüğünü ile kabul edilebilirliğini zedeler ve varılan yargı kararı adaletin gerçekleşmesine hizmet etmez. Hukukun güvenilirliğini ve gerçekliğini ortadan kaldırır. Hukukta keyfilik, hele metotta keyfilik, hukuk metodolojisinin, amacı ve fonksiyonuyla bağdaşmaz.

D. TEMEL HUKUK DİSİPLİNLERİNDEN YARARLANILMASI

Hukuk normunu ve maddi olayı anlamak, hukuk teorisi dahil temel hukuk disiplinlerine hâkim olmayı; hukuku uygulamak da hukuk metodolojisine hâkim olmayı zorunlu kılar. Hukuk biliminin kalitesi, aynı zamanda onun metodolojisinin kalitesidir; tam tersi, hukuk metodolojisinin kalitesi, aynı zamanda hukukun kalitesidir.

Hukukçu hangi safhada, hangi sıfatla hukuki uyumsuzluğu çözmek durumunda ise, aşağıdaki işlemleri hukuki çözüm sürecini aşamalara uygun ve ilkelere göre gerçekleştirmek durumundadır.

Hâkim, yargı kararında haklı şekilde eşit davranabilmek, adaleti sağlayabilmek ve demokratik hukuk devletine kanunla bağlılığı sağlayabilmek için, hukuk ilke ve kavramlarını değerlendirmeli, sadece doğru olarak adil karar vermeli, yargı kararını tam olarak hukuka uygun şekilde gerekçelendirmeli, boşluk ihtiva etmeyen hukuk sistemine uygun şekilde mantıksal dedüksiyonla sonuç çıkarmalıdır⁵.

4 Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (Koehler 1969) 169.

5 Rückert and Seinecke (n 2) N 33.

III. UYUŞMAZLIK KONUSU OLAYIN HUKUKİ ÇÖZÜM METODU: YARGI KARARI OLUŞTURMA METODU, METODUN AŞAMALARI VE METODA HÂKİM OLAN ON İKİ İLKE

A. GENEL OLARAK

Hukuk metodolojisi, kural olarak hukukun uygulanmasını ve uygulama sonucunda ortaya çıkan yargı kararının gerekçelendirmesini konu edinir; hukuk ve kanun ve onların uygulanmasına yoğunlaşır. Klasik hukuk metodolojisi, salt bir “*anlam (hermeneutik) bilim*” şeklinde yorum metodu olarak, kanun metni ve hâkim hukuku sanatı şeklinde anlaşılmaktaydı. Halbuki modern hukuk metodolojisi, hukuk metodolojisini bir yandan hukuk anlam bilim yanında gerekçelendirme bilimi olarak görmekte ve diğer yandan hukukun maddi olaya uygulanması şeklinde de anlaşılmaktadır⁶.

B. UYUŞMAZLIK KONUSU OLAYIN HUKUKİ ÇÖZÜM YÖNTEMİ, İLKELERİ VE AŞAMALARI

1. GENEL OLARAK

Yukarıda belirttiğimiz üzere, hukukçunun hukuki uyuşmazlığı çözmek için olaya hangi sıfatla bakacağını bilmesi ve o bakış açısına uygun hukuki çözüm üretmesi gerekir. Hukuk eğitiminde öğrencinin; yargılamada davacının, davalının, hâkimin, bilirkişinin, hukuki mütalaa verenin (uzman görüşü verenin); öğretim üyesinin hukuki uyuşmazlığı çözüm metodu, hukuki bakımdan farklı özellikler gösterir ve farklı bakış açılarından bakmayı zorunlu kılar.

Temel hukuk metodolojisine bağlı ve onun bilgi ve tekniğinden hareket eden mesleğe özgü bir hukuk metodolojisi de söz konusudur. Her hukuk mesleğinin temel hukuk metodolojisi bilgisini esas alan bir meslek hukuk metodolojisi söz konusudur: Hukuk öğrencisi için pratik çalışma ve sınav olay çözümü metodolojisi, davacı/davalı taraf ya da onların vekilleri için hukuk metodolojisi – savcı için hukuk metodolojisi-, hâkim için yargı kararı metodolojisi, bilirkişi için hukuk metodolojisi⁷, akademisyen için bilimsel hukuki mütalaa (uzman görüşü) metodolojisi vb.

Meslek hukuk metodolojisi hukuki uyuşmazlığa yaklaşım bakımından farklılık teşkil etse de temelde hukuk metodolojisinin belirli bir mesleğe uyarlanmasından ibarettir. Bu sebeple, meslek metodolojisi, hukuk metot ve tekniğinin belirli bir mesleğe uygulanmasından başka bir şey değildir.

Meslek hukuk metodu, hukuki uyuşmazlığın çözüm safhasına göre de farklılık gösterir. Davanın açılması, dilekçeler safhası, inceleme, kanun yollarına başvuru aşamalarında metot farklılık gösterse de özde aynıdır; temel olarak hukuk metodolojisi bilgi, ilke ve kurallarına tabidir.

Hukukçu hangi safhada, hangi sıfatla hukuki uyuşmazlığı çözmek durumunda ise aşağıdaki işlemleri hukuki çözüm süreci aşamalarında gerçekleştirmek durumundadır.

6 Antalya, *HBK C. II: HM* (n 3) N 90 vd.

7 Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (6th edn, Springer 1991) 271 vd.; Peter Schwacke, *Juristische Methodik: Mit Technik der Fallbearbeitung* (5th edn, Deutscher Gemeindeverlag 2011) 181 vd. Bilirkişinin raporunun yazı dili için Hendrik Wieduwilt, ‘Die Sprache des Gutachtens Aufsatz’ (2010) *Juristische Schulung* 288, 288 vd.

Hukukçunun faaliyette bulunduğu meslek alanına göre hukuk metodolojisinin uygulanması uygulayanın amacına (hedefine) göre farklılıklar ve özellikler gösterse de, temelinde hukuk metodolojisi bilimine dayanır. Örneğin hukuk fakültesi öğrencisinin pratik çalışma (sınav olayı) sorularını çözerken uygulayacağı hukuk metodolojisi yine hukuk metodolojisi bilgilerini temel almakta ise de farklı nitelik ve özellikler gösterir⁸. Örneğin, pratik çalışmada ya da sınav sorularının cevaplanmasında öğrenciye maddi olayı verilir; ondan olayı belirlemesi beklenmez. Aşağıda hukukçunun hâkim sıfatına sahip olduğu varsayılarak açıklamalarda bulunulacaktır.

2. GENEL OLARAK UYUŞMAZLIK KONUSUNUN OLAYIN ÇÖZÜM AŞAMALARI VE İLKELERİ

Bir olayın tespiti ve bu uyuşmazlığın çözümü için genel olarak aşağıdaki aşamalardan geçildiği kabul edilmektedir⁹:

1. Sorunu tanımlama,
2. Bilgiyi arama,
3. Çözüm alternatiflerini arama,
4. Çözüm alternatiflerini (çözüm imkanlarını) değerlendirme,
5. Çözümü uygulama stratejisinin seçimi,
6. Çözümü uygulama.

Krüger, uyuşmazlığın çözümü için aşağıdaki çözüm şeması aşamalarını önermektedir¹⁰:

1. Ön koşullar,
2. Yerin belirlenmesi,
3. Alternatiflerin tespiti,
4. Alternatiflerin değerlendirilmesi,
5. Sonuç,
6. Son.

Kilian'ın çözüm şeması aşamaları ise aşağıdaki şekildedir¹¹:

- 8 Hukuk fakültesi öğrencisinin pratik çalışma (sınav) olayı hukuki çözme metodu için bkz. O Gökhan Antalya, 'Hukuk Öğrencisinin Pratik Çalışma – ya da Sınav – Olayının Hukuki Çözüm Metoduna Hakim On İki Metodolojik Temel İlke' (2021) 27(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 440, 440 vd.
- 9 Jochen Schneider, 'Theorie juristischen Entscheidens' in Frank Saliger, Winfried Hassemer and Ulfrid Neumann (eds), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (9th edn, CF Müller 2016) 325.
- 10 Bkz. Frank von Krüger, *Nicht-lineares Information Retrieval in der Juristischen Informationssuche* (Elwert 1997).
- 11 Wolfgang Kilian, *Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung* (Athenäum 1974) 151.

1. Sorunun durumu,
2. Amaç (hedef),
3. Alternatiflerin tespiti,
4. Bilgilerin toplaması,
5. Alternatiflerin seçimi,
6. Alternatiflerin yerine getirilmesi,
7. Öğrenme projesi.

3. HUKUKİ UYUŞMAZLIK KONUSU MADDİ OLAYIN HUKUKİ ÇÖZÜM METODU, AŞAMALARI VE TEMEL İLKELERİ ÖNERİLERİ

Bir hukuki sorunun çözümü için hukuk metodolojisi doktrinde farklı çözüm şemaları önerilmekte ve bu şemalarda da çeşitli aşamalar öngörülmektedir. Aşağıda doktrinde bazı önerilere değinilecektir:

a. Hirş'in Önerisi:

Hirş, uyuşmazlık konusu olayın hukuki çözümü için on yedi ana kural saymaktadır:

Birinci kural¹²: “Olayı saptayıp kendinize mal ediniz!”

İkinci kural¹³: “Sorunun özünü tahlil ederek, soruların özünü saptayınız!

İncelemeye sorudan hareket ederek başlayınız!

Ne sıfatla cevap vereceğinizi kestirmeden işe girişmeyiniz!”

Üçüncü kural¹⁴: “Karar vermeden, olaya uygulanacak hukuku zaman ve yer bakımından araştırınız!”

Dördüncü kural¹⁵: “Talep hakkını ve bu hakkın dayandığı esasları tahlil etmeden nitelemeye girişmeyiniz!”

Beşinci kural¹⁶: “İddia ve savunmanın dayanabileceği hukuki ilişkiyi saptayınız!”

12 Erns E Hirş, *Pratik Hukukta Metot* (8. Bası, BTHAE 2017) 9.

13 ibid 11.

14 ibid 15.

15 ibid 21.

16 ibid 28.

Altıncı kural¹⁷: “İddiaya dayanak olan hukuki ilişki vakıadan hemen anlaşılıyorsa, bunu sistematik bir biçimde arayarak saptamaya çalışınız!”

Yedinci kural¹⁸: “Şema yapmadan, hükmünüzü vermeyiniz!”

Sekinci kural¹⁹: “Milletin karakuşi hükümlerden bıktığını, en önemsiz kararın bilgi istediğinizi unutmayınız!

Tahmin ettiğiniz hukuk ilişkisinin kanuni koşullarını bir kez de, bilime bakarak, kontrol ediniz!”

Dokuzuncu kural²⁰: “Olayı aydınlatmadan hükmünüz vermeyiniz!”

Onuncu kural²¹: “Talep hakkını aynı zamanda mümkün mertebe çeşitli hukuk ilişkilerine dayandırmaya çalışınız!”

Onbirinci kural²²: “Davanın koşulları ile dayanağını, davanın açılmasına engel olan iptidai itirazlar ile def’ileri birbirinden ayırt etmeye dikkat ediniz!

İptidai itirazları çözümledikten sonra, davanın sebebi ve dayanağını inceleyiniz ve ancak bundan sonra def’ilere geçiniz!

Davaya sebebiyet veren olayın birden çok vakıadan oluşabileceğini unutmayınız!”

Onikinci kural: “Uyuşmazlığı tam olarak açıklayınız, fakat kısa kesiniz. Dış görünüşe de önem veriniz.”

Onüçüncü kural²³: “Yazıya başlamadan planını hazırlayınız!”

Ondördüncü kural²⁴: “Fikirler arasındaki sıralamaya önem veriniz!”

Onbeşinci kural²⁵: “Duruşmalarda az ve ölçülü konuşunuz! Hazırcevap olmaya çalışınız!”

Onaltıncı kural²⁶: “Duruşmalarda ayrıntıları bir tarafa bırakarak, sadece can alıcı notları kısaca açıklamakla yettiniz!”

17 ibid 34.

18 ibid 39.

19 ibid 43.

20 ibid 52.

21 ibid 62.

22 ibid 88.

23 ibid 98.

24 ibid 112.

25 ibid 117.

26 ibid 122.

Onyedinci kural ²⁷: “Fikrinizi açık olarak anlatınız! Üslubunuz, herkesin, halkın bile anlayabileceği bir üslup olmalıdır!” .

b. Afdomeit/Wälde’nin Önerisi

Adomeit²⁸ ve Wälde²⁹ geliştirdiği karar teorisine göre “Gerekçelendirme – Kullanma – Şeması” (Argumentations-Ablauf-Schema) şu şekildedir:

1. Karara konu hukuki sorunların tanımlanması,
2. Hukuk dogmatığı ile gerekçelendirilebilir karar opsiyonlarının belirlenmesi ve oluşturulması,
3. Sonuçların değerlendirmesi: Sorun ile ilgili sonuç beklentisinin seçimi,
4. Sorun alanına ilişkin önemli hedef (amaç) yapısının belirlenmesi,
5. Hedef (amaç) yapının operasyonlaştırılması: Sıralama / Değerlendirme skalası,
6. Temel (önemli) sonuç beklentisi için olasılık tahmini,
7. Operasyonelleştirilmiş hedef yapısına dayalı olarak olası bir karar verme stratejisinin sonuçlarının değerlendirilmesi,
8. Belirsiz olan faktöre göre temel (önemli) sonucun değerlendirilmesi,
9. Karar verme sürecine dayalı seçim eylemi,
10. Duyarlılığın kontrol edilmesi,
11. Hukukilik (yasallık) kriterlerinin kontrol edilmesi: “Karar verme sistemi karar önerisi için hukuki mi (yasal mı)?” sorusunun sorulması.
12. Fonksiyonluluk (işlevsellik) kriterlerin incelenmesi: Özellikle şu sorulara bağlı olarak inceleme:
 - a) Yeterli bilgi ile çalışıldı mı?
 - b) Diğer karar verme sistemlerinin daha iyi bilgi verme yeteneği var mı?
 - c) Karar uygulanabilir mi?
13. Gerekçelendirme.

²⁷ ibid 131.

²⁸ Klaus Adomeit, ‘Methodenlehre und Juristenausbildung’ (1970) Zeitschrift für Rechtspolitik 176 vd.

²⁹ Thomas W Wälde, *Juristische Folgenorientierung* (Athenium 1979).

c. Rückert/Seinecke'in Önerisi

Rückert/Seinecke, zor (ciddi) olaylara hukukun uygulanmasının, yani hukuk normlarının yorumlama, uygulama ve hukuku geliştirmesine hizmet eden pratik metodu olarak aşağıda inceleyeceğimiz on iki metot kuralı önermektedir³⁰.

1. Ne yapmak istiyorsan netleştir³¹.
2. Metot sorunları, anayasal sorun olarak incele ve değerlendir³².
3. Metodun tarihsel gelişimini bil ve ondan yararlan³³.
4. Yorum canonlarını (elemanlarını) rehber olarak kullan³⁴.
5. Metni dinle³⁵.
6. Sisteme bak³⁶.
7. Kanun koyucuya göre bak³⁷.
8. Amaçla ilgilen³⁸.
9. Aykırı yorumlama, hukuku geliştir ve denkleştir³⁹.
10. Hukuku hukuk devletine uygun geliştir⁴⁰.
11. Bazen denkleştirme gerekebilir⁴¹.
12. Adaleti unutma⁴².

30 Rückert and Seinecke (n 2) N 32 vd. von Jhering, "hukuk biliminde alaycılık ve ciddiyet" (Schmerz und Ernst im Rechtswissenschaft, 1884) başlıklı yazısından hareketle, hukukta, metotta alaycılık, metottaki ciddiyetle ve de tam tersiyle yapılarak dengelenmesi gerektiğini belirtmektedir (Rückert and Seinecke (n 2) N 32).

31 ibid N 34 vd.

32 ibid N 38 vd.

33 ibid N 43.

34 ibid N 44.

35 ibid N 47 vd.

36 ibid N 49 vd.

37 ibid N 52 vd.

38 ibid N 56 vd.

39 ibid N 59 vd.

40 ibid N 64 vd.

41 ibid N 68 vd.

42 ibid N 72 vd.

d. Möllers'in Önerisi

Möllers, hukuki gerçekliği sağlamaya yönelik zorunlu altı aşamalı kontrol metodu ile hukuki çözüm teklifi geliştirmiştir⁴³:

- Birinci aşama: Uyuşmazlık konusu olayın maddi olgularının belirlenmesi (maddi hermeneutik),
- İkinci aşama: Savigny'nin dörtlü kanonu ve sonuç merkezli yorum; yorum,
- Üçüncü aşama: Genel hukuk ilkeleri ve kanun prensipleri ile somutlaştırma,
- Dördüncü aşama: hukukun yüksek değerleri kontrol,
- Beşinci aşama: Hukukun geliştirilmesi ve sınırlandırılması,
- Altıncı aşama: Hakkaniyet kontrolü ve gerçekliği değerlendirme⁴⁴.

e. Voßkuhle'nin Önerisi

Voßkuhle altı aşamalı hukukun uygulaması teklifinde bulunmaktadır⁴⁵:

- Etkenler (motifler)
- Gerçekler
- Olgular
- Alternatifler
- Çerçeve
- Sonuç analiziyle gerekçeler.

IV. HUKUKİ UYUŞMAZLIĞA KONU MADDİ OLAYIN HUKUKİ ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN ÖNERİMİZ

A. MADDİ OLAYIN VE HUKUKUN ANLAŞILMASI

1. Genel Olarak

Hukuki bir uyuşmazlığın çözümü, uyuşmazlık konusu maddi olayın tespiti, olayın anlaşılması ve hukukun anlaşılmasıyla uygulanması olmak üzere iki aşamada yapılır. hukuk metodolojisi sadece

43 Thomas MJ Möllers, *Juristische Methodenlehre* (CH Beck 2017) § 14, N 89 vd., 93 vd.

44 Ayrıca idare hukukunda üç aşamalı deneme teklifi için bkz. Eberhard Schmidt-Aßmann and Wolfgang Hoffmann-Riem, *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft* (Nomos 2004) 11, 54 vd.

45 Başka bir altı aşamalı deneme teklifi için bkz. Andreas Voßkuhle, 'Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht' in Hartmut Bauer, Detlef Czybulka, Wolfgang Kahl and Andreas Voßkuhle (eds), *Umwelt, Wirtschaft und Recht* (Mohr Siebeck 2002) 171, 188 vd.

hukuku anlama metodolojisi yanında, uyumsuzluk konusu maddi olayı anlama metodolojisidir. Gerçekten, uygulanacak hukukun belirlenmesi, maddi olayın olgularının anlaşılmasıyla başlar.

2. Maddi Olaydan ve Hukuktan Ne İstediyini Netleştirilmesi

Kim ki hukukun uygulamayla – yorumlamasıyla – uğraşırsa, ne yapacağını bilmesini gerekir⁴⁶. Bunun içinde, hukukçunun “*ne yapmak istediğinizi netleştir*”⁴⁷mesi gerekir. Bunu yapabilmesi, hâkimin hukuk dogmatikini ve uyumsuzluk konusu olayı anlaması gerekir. Hukuk dogmatik de anlama, hukuk doktrini ve hukukun uygulanması ile anlaşılır. Bu noktada hukuk uygulaması daha hukuk dogmatik ve metodik ile bağlı iken, hukuk doktrini ise hukuk dogmatikinin olması gerekeni yönünden daha az ve hukuk politikası ise en az bağlıdır.

Hukuku uygulayan sadece hukuku değil, uygulayacağı maddi olayı da netleştirmeli ve anlamalıdır. Hukukçu bu netleştirmeyi meslek sıfatına göre yapacaktır. Yargılamada davacı vekilini yargı iddiası ile davalı vekilinin savunma ve karşı iddiası hedefine göre farklılık gösterir. Hâkim ise maddi gerçeği ulaşılarak, hukuku uygulayarak adaletle ulaşmaya çalışır.

3. Maddi Olay ile Hukuk Normunun Karşılıklı İlişkisi

Wendel, söylediği üzere, “gerçekleri değiştiremeyiz. Bu nedenle her zaman gerçeklerle ilgili kanunu kabul etmeliyiz”⁴⁸. Hukukçu, hukuku uygularken maddi olay gerçekliğini saptırmamalıdır⁴⁹.

Hukuk bilimi, toplumsal yaşamın gerçek maddi olgularını ve sonuçlarını dikkate alır; bu sebeple hukuk bilimi, gerçekçi bir bilim dalıdır⁵⁰. Hukuk metodolojisi de hukuk bilimi metodu gibi intra – ve inter bir disiplindir. Modern hukuk metodolojisinde, ilk aşamada maddi olguyu belirleme metodu ile olayı anlama; sonra da ikinci aşamada hukuku anlama sanatı ve tekniğidir.

Hukuk normunun maddi olayla olan ilişkisi söz konusudur.

Biz aşağıda hukukun uygulanmasını “olay alanı” ve “hukuk alanı” olarak ikiye ayırt edip inceleyeceğiz.

Bu ilişkiyi açıklayan Fikentscher’in “olay norm teorisi”, Engisch’in “ileriye geriye giden bakış açısı” ve F.Müller’in “normun alanı teorisi” burada hatırlatmakta yarar bulunmaktadır⁵¹. Bu teoriler üzerinde kısa açıklamalarda bulunalım.

46 Rückert and Seinecke (n 2) N 34 vd.

47 Macht Dir klar, was Du tun willst.

48 Wendel, *Vorlesung, Law & Economics*.

49 Möllers (n 43) § 13, N 12.

50 Horst Eidenmüller, ‘Rechtswissenschaft als Realwissenschaft’ (1999) *Juristenzeitung* 53, 55 vd.

51 Antalya, *HBK C. II: HM* (n 3) N 2087 vd.

a. *Engisch'in İleri – Geri Bakış Açısı Görüşü*

Hukuki çözümün başlangıcı maddi olayın anlamlandırılması ile yani maddi olay hermeneutiği ile başlar. Maddi olay ile hukuk normu arasındaki ilişkiyi “*ileri – geri bakış acısı*” (Hin – unf Herwandern des Blickes) görüşü ile açıklamıştır. *Engisch* ileri – geri bakış acısı ile maddi olay ile norm arasındaki ilişkinin doğru olarak kurulması, yargı kararının daha doğru ve gerçekçi olabilmesinin ilk adımı olduğunu belirtmektedir⁵². Üst önerme somut olayla ilgisini ortaya konulması kadar somut olayında üst önerme ilişkisinin kurulması gerekir yani norm somut olayı kapsayarak onu altlaması gerektiği kadar somut olayda üst normun kapsamında olmalıdır. Doktrine kabul görüldüğü üzere, bu bakış açısının doğru olarak kurulması hâkimin maddi olayın gerçekliği ile ilgi doğru bilgi sahibi olması ve bu sayede de yargı kararında doğru beyanlarda bulunmasını sağlar⁵³.

b. *Fikentscher'in Olay Normu Teorisi*

Fikentscher ise, bu noktada “*olay normu teorisi*”nde (Fallnormtheoris), hukuk normunun, olay normu olarak somutlaştırılması zorunluluğundan bahsetmektedir. Olay normuna, hermenenulik döngü ile norma ve maddi olaya çıkarak ve inerek ulaşılabilceğini iddia etmektedir⁵⁴; başka bir deyişle hukuk normu uygulanmadan evvel kural olarak olay norm olarak somutlaştırılmalıdır. Bu görüşe göre, kanunla bağlı hukuk değil, olay normla bağlı hukuk söz konusudur⁵⁵. Kanun hukuku ile hâkimin hukuku aynı seviyede hukuk kaynağı olarak kabul eden bu yaklaşımı kabul etmemekteyiz⁵⁶. Gerçekten olay değil, norm yargı kararının hukuk kaynağıdır⁵⁷.

c. *F. Müller'in Normun Alanı Teorisi*

aa. *F. Müller'in Sistemik Pozitivizm Görüşü*

F. Müller, sistemik pozitif bakış ayına dayanan teorik ve pratik model geliştirmiştir⁵⁸: Yazar pozitivistizmin varsayımlarını, yeknesaklık (bütünlük), sistem, boşluk içermemesi ve hukuki uygulamalar üzerinden tartışmıştır.

52 Karl Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung* (3rd edn, Winter 1963) 15.

53 Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung* (2nd edn, Duncker & Humblot 1976) 197; Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (2nd edn, Athenäum 1972) 79; Franz Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (2nd edn, 1991) 421; Philippe Mastronardi, *Juristisches Denken* (2nd edn, UTB 2003) N 677 vd.

54 Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung* (Mohr Siebeck 1977) 201 vd.

55 ibid 323.

56 Larenz (n 7) 144; Bydlinski (n 53) 518 vd.

57 Axel Metzger, *Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht* (Mohr Siebeck 2009) 81.

58 Friedrich Müller, *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung, von Methodik und Sprache* (2nd edn, Duncker & Humblot 2013) 17.

Yazar, hukuk bilimini otonom bir bilim olarak kabul etmiştir. Hukuk faaliyetin fonksiyonun farklılaşma, kontrol ve stabilizasyon (Differenzierung, Steuerung, Stabilisierung) olduğunu kabul etmektedir⁵⁹.

F. Müller, metodik hukuk pozitivizmi kodifikasyon sistemi olarak kabul etmekte; sistemin yeknesaklığın bütünlüğü, yani özellikle temel hak ve özgürlerin birbiriyle uyumluluğunu sağladığını kabul etmektedir. Tüm hukuki olayların mantıksal çıkarımla (tasımla) çözülebileceğini; hukukun uygulanmasının hukuk sisteminin – objektif – mantıksal çıkarımından başka bir şey olmadığını; Hukuku uygulayanın bizzat kendisi hukuk gerçekleştirdiğini⁶⁰; “altlama (tasım) modelinin (Subsumtionsmodel) norm-metinsel (Normtext) temelli olduğunu⁶¹; pozitif hukukun temelini oluşturan temel hukuk düşüncesi içinde “*intra ius*”un karine olduğunu; çözülmemiş her yeni hukuki sorunun sistem içinde çözülebileceğini; kanun boşluklarının da doğal hukukun gereklerine uygun olarak temel hukuk ilkeleri ve prensipleri doldurulabileceğini savunmaktadır.

bb. F. Müller’in Altlama (Tasım) Modeli

F. Müller’in hukuk pozitivizmi, hâkim hukuku, norm teorine dayalı salt hukukun uygun uygulanmasına ilişkin mantıksal altlamadır (tasımdır).

Yazarın altlama (tasım) modeli (Subsumtionsmodel), norm-metinsel (Normtext) temellidir⁶².

cc. F. Müller’in Norm Alanı Teorisi

F. Müller, kamu hukuku alanında geliştirdiği “*normun alanı teorisi*”nde (Normberichslehre), maddi olay hermeneutiğini temellendirme çalışmıştır⁶³. Bu görüşe göre, norm kendiliğinden somut olaya uygulanmaz; önce normun metni ile maddi olay, hukuk normuna uygun hale getirilmeli; ondan sonra maddi olaya uygulanmalıdır.

59 Friedrich Müller, *Recht – Sprache – Gewalt* (Duncker & Humblot 1975) 9.

60 Friedrich Müller, *Richterrecht* (Duncker & Humblot 1986) 51 vd.

61 Müller, *Richterrecht* (n 60) 26.

62 ibid 26.

63 Bu görüşe katılanlar için bkz. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (CF Müller 1999) N 60 vd.; Wolfgang Hoffmann-Riem, ‘Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft’ in Eberhard Schmidt-Aßmann and Wolfgang Hoffmann-Riem (eds), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft* (Nomos 2004) 26 vd., 53 vd.; Gregor Kirchhof, *Grundrechte und Wirklichkeit* (CF Müller 2007) 11, 15; Möllers (n 43) N 11 vd.; Joachim Rückert, ‘Einführung’ in Joachim Rückert and Ralf Seinecke (eds), *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner* (2nd edn, Nomos 2012) N 28; Frank Laudenklos, ‘„Juristische Methodik“ bei Friedrich Müller (geb. 1938)’ in Joachim Rückert and Ralf Seinecke (eds), *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner* (2nd edn, Nomos 2012) N 1109 vd.

Yazar, normun alanı teorisine göre, alanları⁶⁴ *sorun çözme (olay) alanı* (Problemlösungsbereich, Faalbereich), *norm program alanı* (Normprogrammberich, Normberich) ve *karar alanı* (Entscheidungberich) olarak üçe ayırmıştır⁶⁵:

Yazara göre, bir olayla ilgili karar vermek zorunda olan hukukçu, önce kendi hukuk bilgilerine göre maddi olayla ilgili olan hukuk normu metni belirleyecektir. Hukukçu maddi olayla uygun olan hukuk normlarının hukuki olguları üzerinde çalışacaktır. Bu alan, *”maddi alanı”*’nı (Sachbereich) oluşturur. Maddi alanda, hukukçu ön hukuk bilgisi ile *”olay alanı”*’nı (Faalbereich) sınırlar. *Norm programında* (Normprogramm), tüm dilsel datalar anlamlandırılması yani metnin yorumlandırılması, tüm yorum araçları aracılığıyla gerçekleşir. Hukukçu kararını, bu norm programı aracılığıyla olay alanı yani maddi alanda normatif olguları ile olayın sonuçlarını belirleyecektir (*Norm alanı*) (Normbereich). Hukuk normunda düzenlenen soyut-genel cümle norm programı ile norm alanına uygulanır. Norm alanında, *”...bu durumda,.. bu gibisi geçerlidir”* sonucuna varılır.

Daha sonra hukukçu, kendi çalışmasını bireyselleştirerek, *”karar normu”*’na (Entscheidungsnorm, Entscheidungsformel, Urteilstenor) ulaşır. Burada hukuk normundan basit bir mantıksal sonuç çıkarma söz konusudur: *”... Böyle bir durum olduğu için, dava red edilmelidir” ya da kabul edilmelidir.*

Maddi olayın, olaya alanının norm programının kapsamına uygunluğu denetlenmelidir. Norm alanında yaşamın gerçek verileri kararın maddi temellerini oluşturmalıdır. Böylelikle sadece yorumun sonucu değil, karşılıklı etki ile olayın sosyal gerçekliği ortaya konulabilir.

F.Müller’in teorisi, doktrinde belirsiz olduğu⁶⁶; olan ile olması gereken ayırt etmediği⁶⁷; içinde bir değer barındırmadığı⁶⁸ yönünden eleştirilmiştir.

B. HUKUK DOKTRİNİ VE HUKUK UYGULAMASININ DİKKATE ALINMASI VE BUNLARIN KARŞILIKLI İLİŞKİSİ

1. KAVRAMLAR

Hukuk biliminin konusu hukuk doktrini ve hukuk uygulamasını ve bunlar arasındaki ilişkilerdir. Öyleyse önce bu üç terimin kavramsal anlamının ortaya konulması gerekir:

Hukuk bilimi, her şeyden önce, hem hukuk uygulama hem de hukuk doktrini olarak hukukla ilgili tüm faaliyetlerin tümü olarak anlaşılmalıdır.

64 Sonuçların etkisi alanı, kontrol alanı ve öğrenme alanı ayrımı için bkz. Hoffmann-Riem (n 63) 11, 34 vd.

65 Friedrich Müller and Ralph Christensen, *Juristische Methodik Band I: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis* (11th edn, Duncker & Humblot 2013) N 16.

66 Hans-Joachim Koch and Helmut Rüssmann, *Juristische Begründungslehre* (CH Beck 1982) 172.

67 Hans Herbert von Arnim and Stefan Brink, *Methodik der Rechtsbildung unter dem Grundgesetz* (Speyer 2001) 254.

68 Joachim Wolf, ‘Die unterschätzte Bedeutung des Sachverhalts in Juristenausbildung und Rechtswissenschaft’ in Hermann Butzer, Markus Kaltenborn and Wolfgang Meyer (eds), *Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat: Festschrift für Friedrich E. Schnapp zum 70. Geburtstag* (Duncker & Humblot 2008) 873 vd.

İlaveten hukuk bilimi, bu hukukla ilgili faaliyetin ve özellikle dogmatik hukuka ilişkin faaliyetin, akla uygun pratik bir davranış doktrini olduğu; ancak *kesin bir bilim olmadığını* (keine exakte Wissenschaft) ifade eder⁶⁹.

Hukuk biliminin bir parçası olan *hukuk doktrininin*, hukuk biliminin akademik bir parçası olarak, olan hukuk normu ve onunla ilgili hukuki sorunları (yargı uygulamasında ortaya çıkan sorunlar dahil) üzerine bilimsel görüş (karşı görüş), inceleme, eleştiri şeklindeki bilimsel görüş ve yorumlar ile olması gereken norm önerilerine ilişkin bilimsel görüşler anlaşılmaktadır.

Hukuk doktrini, hukuk bilim adamlarının verdiği bir yandan teorik dersler, uygulama dersleri ve seminerleri içeren akademik eğitim faaliyeti, diğer yandan da yaptığı bilimsel akademik yayınlar ile sempozyum, panel vb. bilimsel etkilerde yaptığı sunum, tebliğ vb akademik sunumlardır. Akademik hukuki faaliyet, hukuk bilim adamının bir olay ya da durum hakkında bilimsel araştırma, tespit, inceleme, analiz, değerlendirme ve sonuç çıkarma faaliyetidir.

Akademik araştırma ve değerlendirmenin temel konusu, akademik öğretim görevlileri tarafından yapılan hukuki olay ve sorunlara ilişkin bilimsel görüşlerdir; bunun kapsamında hukuku uygulamayla – yargı kararına – ilişkin olay ve sorunlar da dahildir. Her hukukçu akademisyen bilimsel düşünce süreçlerinde genellikle pratik hukuk yaşamı hesaba katar.

Gerçek hayatta hukukla ilgili herhangi bir faaliyet, “uygulanma” olarak kabul edilir. Üç farklı hukuki alanında yani hukukun uygulanmasına, kanun yapılmasına ve kanunun şekillendirilmesine ilişkin her aktif faaliyet uygulamadır. Bu üç faaliyet bakarsak:

- Hukukun mahkemeler ve yürütme (idare) tarafından verilen olaylara – hukukun – uygulanması (yargı kararı ve idari karar);
- Yasama meclisi, merkezi veya yerel yönetim birinde hukuk kuralı (Kanun, tüzük, yönetmelik vb) koyma – kanunlaştırma – sürecine katılım;
- Hukukun şekillendirilmesi, hukuki iş ve işlemlerin danışman ya da avukatlar tarafından planlanması ve yapılandırılması.

2. HUKUK DOKTRİNİ İLE HUKUK UYGULAMASI ARASINDAKİ İLİŞKİ

a. Genel Olarak

Thales’e atfedilen bir hikayeden hareket edersek, Thales bir gün gökyüzüne ve yıldızlara bakarken önündeki çukuru göremez ve içine düşer. Çukurda debelenirken o sırada orda bulunan, Trakyalı köylü kızı Thales’e bakıp alaycı bir şekilde gülererek “yıldızlara bakacağına önüne baksaydın çukura düşmezdin” der. Bazı anlatılara göre Thales çukura düşünce ölür, bazılarına göre ise çukurdan çıkar. Burada önemli olan Thales’in ölmesi ya da çukurdan çıkmasından ziyade Thales gibi büyük bir

69 Martin Kriele, *Recht und praktische Vernunft* (Vandenhoeck & Ruprecht 1979) 17.

filozofun, yıldızların ve gökyüzünün sırlarını çözmeye uğraşırken nasıl olup da bu kadar basit ve somut bir gerçekliği; yürüdüğü yolu bilememiş olmasıdır? İşte tam bu noktada köylü kızıyla Thales'in ilişkisi soyut düşünce ile yaşamın somut sorunları arasındaki ilişkiyi ve kısaca doktrin – uygulama (teori-pratik) ilişkisini sorunun gündeme getirir. İşte hukuk doktrini ile hukuk uygulaması arasındaki ilişkide bu şekilde tartışılmalıdır.

İlk olarak, hukuk doktrini ve hukuk uygulamanın “gerçek hayatta birbiriyle ilişkisi nasıldır?” sorusu içinde “biri diğerinin bilgisine başvuruyor mu?”, “Ondan etkileniyor mu?” sorularının cevaplamamız gerekir.

Doktrinin hukuk uygulamasına verdiği önem ile uygulamanın hukuk doktrine verdiği önem arasında belli bağlantılar olduğu gerçektir. Hukuk doktrini ve uygulama arasındaki karşılıklı ilişki tüm hukuk biliminde aynı değildir.

Hukukun farklı alanlarına – hukukun uygulanması, hukukun konulması (kanunlaştırma), ve hukuku yapılanma göre ayrı ayrı ele almalıyız. Bu alanların her birinde, içerikle ilgili sorular ve yaklaşımın metodolojik sorunları farklıdır. Bu altı yönlü ilişkideki farklılık aşağıdaki şemada özetlenebilir⁷⁰:

	İçerik sorunu	Metodolojik sorun
Hukukun uygulanması	Kim haklıdır? Haklılık ölçütü nedir?	Karar nasıl belirlenir?
Hukukun konulması	Kanun içeriği ne olmalıdır?	Seçilen içeriği nasıl kanun metnine dönüştürürüz?
Hukukun yapılanması	Hukuki işlemin içeriği ne olmalıdır?	Hukuki işlemin kurulmasına nasıl ulaşırız?

Hukukun bu üç alanındaki ilişki üç şekilde olabilir: diyalog, monolog ve birbirini tanımama. Eğer hukuk doktrini ile hukuk uygulaması birbirini tanımaması söz konusu olamaz. Bu sebeple hukuk doktrini ve uygulama arasındaki diyalog ve monolog ilişkisi aşağıda incelenecektir:

b. Diyalog ilişkisi

Üç ilişki alanında hukuk doktrin ve uygulama arasındaki bir diyalogdan söz edilebilir. Hukuk doktrini ve uygulaması, geleneksel olarak, hukukun uygulamasında ve hukukun yapılandırılmasında hukuki içerik sorunlarında karşılıklı olarak birbirini dikkate alır. Demokratik hukuk devletlerinde, hukuk kuralı koyma (kanunlaştırma) yöntemi olarak diyalog yöntemi tercih edilmektedir.

Hukukun yorumlanmasında diyalog ilişkisini aşağıda inceleyeceğiz:

aa. Hukuk Uygulamasının Pratiğinin Hukuk Doktrini İçin Önemi

Doktrin, hukuku uygulayan makamlar, – bunlar içinde mahkeme – yerleşmiş emsal uygulamalarının, – yargı kararlarının (içtihatların) – içeriğini konu olarak alır ve bilimsel olarak inceler.

70 Ernst Höhn, ‘Wie grau ist die Theorie? Gedanken zum Verhältnis von Doktrin und Praxis in der Jurisprudenz’ (1994) Aktuelle juristische Praxis 412.

Doktrin, uygulamanın hukuk normlarının içeriğine ilişkin ortaya koyduğu görüşünü ana kaynak olarak kullanır. Uygulamanın ortaya koyduğu görüşten birçok yönden de etkilenir.

Birçok hukuk disiplinin de hukuk uygulamaları yayınlandığından, doktrinin bunları takip edebilmesi ve onları inceleyip değerlendirmesi mümkündür. İdare hukukunda uygulama ile ilgili bir doktrinin dezavantajı, idari makamların uygulamalarının çoğu zaman yayınlanmamasıdır.

bb. Hukuk Doktrinin Hukuk Uygulamasının İçin Önemi

Kural olarak, mahkemelerde ve idari makamlarda çalışanlar, hukuki faaliyetlerine ilişkin pratikte hangi maddi olguların hukuk normların kapsamına girdiğine ilişkin doktrinin bilgilerinden takip ederler; onlardan yararlanır.

Hakimlerin kanunun uygulanmasında hukuk doktrininden yararlanacağı TMK m.1/son fıkra hükmüdür. Bu hukuku uygulayanın “daha değerli” ya da “hakim” doktrinel görüşü kural olarak kabulleneceği anlamına gelmez¹². Hakim, doktrindeki kabul gören hem çoğunluk görüşü hem de azınlık görüşlerden yararlanır; hatta kendisi kararına uygun farklı bir görüşünü uygulayabilir.

3. HUKUK DOKTRİNİ VE HUKUK (YARGI) UYGULAMASININ BİRBİRİNİ TAMAMLAMASI

Hukuk biliminde hukuk doktrini ve hukuk (yargı) uygulaması (pratiği)/içtihat birbirinin zıttı değildir⁷¹. Aksine, her ikisi de birbirini tamamlar. Hukuk doktrini ve yargı uygulaması, aynı hukuki sorunları konu alırlar ve bunları çözerler. Her ikisi de hukuki sorunları tespit ve çözmek için aynı hukuk yöntemleri kullanır. Hukuk doktrini ve içtihat aynı yorumu yöntemini kullandığı bazen kullanmadığı gözlenebilir. Bu farklılık hukuki faaliyetin amacından ve onunla birlikte ayrıca görev tanımı, görevi gerçekleştirme şeklinden kaynaklanır.

Hukuk doktrin, yargı uygulamasından farklı olarak, hukuki sorunlara olabildiğince geniş ve derinlemesine yaklaşma şansına sahiptir. Hukuk doktrininin hukuk uygulaması için ya da tam tersi hukuk uygulamasının hukuk doktrinine yararlı olması için, birbiriyle anlaşmalı ve birbirini yadsımamalıdır⁷².

von Savigny’inin belirttiği üzere, Her teorisyen “*pratik olanı, her uygulayıcı teorik ruhu*” sürdürmeli ve geliştirmelidir. “*Bunun olmadığı yerde, teori ile pratik arasındaki ayrımın mutlak hale geldiği yerde, kaçınılmaz olarak teorinin boş bir oyuna ve pratiğin sadece bir yalın bir tekniğe dönüşmesi tehlikesi vardır*”⁷³.

71 Immanuel Kant, ‘Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis’ in Immanuel Kant, Friedrich von Gentz and August Wilhelm Rehberg (eds), *Über Theorie und Praxis* (Suhrkamp 1967) 171; Theodor W Adorno, ‘Marginalien zu Theorie und Praxis’ in Theodor W Adorno (ed), *Stichworte, Kritische Modelle* 2 (Suhrkamp 1969) 41 vd.; Höhn (n 70) 411 vd.

72 Eike Schmidt, ‘Gesetzgebung, Rechtspraxis und Jurisprudenz als Gegenstände kritischer Betrachtung’ (1986) 1/69 (1/2) *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1, 6.

73 H.J. Hirsch’ten alıntı s. 39’dan naklen (Bkz. Hans Joachim Hirsch, ‘Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im

Uygulama doktrine açık olmalıdır⁷⁴. Yani doktrinde savunulan görüşlere karşı ciddi bir tutum almalı, onları değerlendirmelidir. Aynı zamanda hukuk doktrinine hukuki uyumsuzluk sorunlarını öğrenme ve bunlara çözüm getirmelerine fırsatı vermeli; çözümler hukuk doktrinin getirdiği çözüm ve değerlendirmelerinden yararlanmalıdır. Özellikle, yargı uygulamalarının düzenli şekilde yayınlanmalıdır. Bu sayede hukuk doktrini de hukukun uygulama gerçekliğiyle ilgilenme fırsatına kavuşur.

Öte yandan, hukuk doktrini yargı uygulamasını daha fazla dikkate almalıdır⁷⁵.

Her şeyden önce, hukukçular mesleki yaşamlarında kapsam, içerik ve yöntem açısından hazırlamak için her üç hukuk dalında da (hukukun uygulanması, kanun yapma, hukuki yapılanma) uygulamalarıyla uğraşmak zorundadır⁷⁶. Bu da dış dünyaya görünmeyen sosyal kültürel ve politik alanlarının hukukçular için tanınması ve anlaşılması için çalışmaları gerektiği anlamına gelir. Hukuk öğrencileri, genç avukatlar kendilerini bu üç alanda hem hukuk doktrinde hem de yargı uygulamasında yetiştirmeleri gerekir.

Yeni kanunların normların oluşturulması ve bunların yorumlanmasında ile yeni yaşam ilişkilerinde hukuki işlemlerin planlanması ve yapılandırılması hukuk doktrini önemli bir öncü işlev görür; yargı uygulaması da bu çalışmadan hukuk doktrininden yararlanır⁷⁷.

Diğer yandan hukuk doktrini yasal alanla ilgili olanın yerine, sorunla ilgili olgusal bir bakış gerektirmesi gerekir. Hukuk doktrini bu konuda yargı kararları tanıtımı ve eleştirilerine bilimsel faaliyetlerinde yer vermelidir.

Hukuk doktrini faaliyetine odak noktası olarak çözülecek hukuki sorunu koymalıdır. Bu hukuki sorun yargı kararı uygulamasında tartışılan ya da tartışılacak sorun olmasında yarar bulunmaktadır.

Ayrıca hukuk doktrini sadece hukuki faaliyet yöntemlerine ve sadece yorumlamaya ilişkin değil, yasama (kanunlaştırma) faaliyetine bilgi vermeli ve onun yöntemlerini geliştirmelidir⁷⁸.

V. HÂKİMİN UYUŞMAZLIK KONUSU OLAYI HUKUKİ ÇÖZÜM METODU: YARGI KARARININ OLUŞUM SÜRECİNİN AŞAMALARI VE BU AŞAMAYA HÂKİM OLAN ONİKİ METODOLOJİK TEMEL İLKE

Hukuki çözüm, uyumsuzluğun hangi aşamada olduğuna göre değişebilir, yargılama aşamasında, hatta yargılama öncesi ve sonrasında olmasına göre ve de hukuki uyumsuzluğu çözenin sıfatına göre farklı

Strafrecht' in Hans-Heinrich Jescheck and Theo Vogler (eds), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989* (De Gruyter 1989) 21 vd.)

74 Adorno (n 71) 176; Höhn (n 70) 12.

75 Schmidt (n 72) 6.

76 Höhn (n 70) 12.

77 Rudolf Wiethölter, 'Sanierungskonkurs der Juristenausbildung?' (1986) 1/69 (1/2) *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 21, 21.

78 Höhn (n 70) 12.

amaç, nitelik ve özellikler gösterebilir. Bu farklılıklar hukuki uyumsuzluk çözüm süreci aşamalarının temel ilke ve esasların hukuk metodolojisinin bilgilerine dayandığı gerçeğini değiştirmez.

Aşağıda maddi uyumsuzluğun hâkimin hukuki çözümüne (yargı kararına) ilişkin metod temel alınarak açıklamalar yapılacaktır:

A. MADDİ OLAYIN ANLAŞILMASI: OLAYIN OKUNMASI

Hâkim, maddi alanda maddi olayı okuyup anlamaya çalışacaktır.

İLKE 1. Hâkimin maddi olayın olguları belirlenmesinde yaklaşımını ve tavrını belirlemesi

1.1. Hâkim, mesleki sıfatına uygun olarak maddi olayı hukuku değerlendirmesi

Hâkim önüne gelen uyumsuzluğa hangi meslek sıfatıyla hukuku maddi olaya uygulayacağını göre değerlendirmesi gerekir. Bu sıfat hem uygulanacak hukuk hem de maddi olay bakımından önem taşımaktadır.

Hâkim mesleki sıfatına göre hukuku uygulayacaktır. Hâkimin, hukuk hâkimi, ceza hakimi, idari yargı hakimi ya da anayasa yargısı hakimi olmasına göre olaya ve uygulayacağı hukuka yaklaşımı farklı olacaktır.

Hukuk hâkimi, hukuk mahkemesinde özel hukukun yeknesaklığı ilkesine uygun olarak tüm özel hukuk düzeninde, hatta kamu hukuku normlarında uygulayacağı hukuk normunu arayacak; uygulanacak bir kanun hükmü yoksa örf ve âdet hukukuna başvurabilecek, bu da yoksa kendisi hukuk kuralı yaratabilecektir (TMK m.1/II).

Ceza hâkimi TCK m.2 hükmünde düzenlenen Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği, kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz. İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz. Ceza hâkimi ise kanunilik ilkesi doğrultusunda sadece ceza normlarının bulunduğu olaya uygulanabilecek ceza kanunlarını kaynak olarak kullanabilecek, ne örf ve âdet hukuku normlarına dayanabilecek ne de kendisi olaya uygulanabilecek hukuk normu yaratabilecektir. Aynı şekilde vergi hâkimi de kanunilik ilkesi doğrultusunda olaya uygulanabilecek vergi normunu değerlendirecektir.

Hâkimin mesleki sıfatına göre yargılama usul ve esasları da değişmektedir. – Özel – hukuk hâkimi, maddi olayın gerçekliğini 6100 sayılı Medeni Yargılama Kanunu'na (HMK) göre, örneğin görevi, yetkiyi, tarafların yetkisini, dava şartlarını, dava çeşitlerini, ispat yükünü, delilleri vb. değerlendirecektir.

Hatta hukuk hakiminin uygulayacağı yargılama usulü görev ayrımına göre, hatta dava türlerine göre farklılık gösterir. Sulh hukuk mahkemesi hâkimi (HMK m.312 (1) a), basit yargılama usulüne (HMK m. 312 vd.); asliye hukuk mahkemesi hâkimi ise yazılı yargılama usulüne (HMK m. 128 vd.) göre yargılama yapacaktır. Ticaret mahkemesi hâkimi m.312(1)'de sayılan davaları, örneğin basit yargılama usulüne (HMK m. 312 vd.) göre yargılamasını yapacaktır. Aile mahkemesi hâkimi, örneğin boşanma davasında yargılamayı 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunu ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) m. 128 hükmüne⁷⁹ göre yapacaktır.

Hukuk hâkimi, HMK hâkim olan ilkeler, örneğin tasarruf ilkesi⁸⁰, taraflarca getirilme ilkesi⁸¹, taleple bağlılık ilkesi⁸², hukuki dinlenilme hakkı⁸³, aleniyet hakkı⁸⁴, dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü⁸⁵, usul ekonomisi ilkesi ve diğer ilkeler doğrultusunda⁸⁶ yargılama yapmalıdır. TMK m.1 ve HMK m.33 (1) hükmüne göre hukuk hâkim, Türk hukukunu resen uygular.

Ceza hâkimi ise, ceza yargılamasının nasıl yapılacağı hususundaki kurallar ile bu sürece katılan kişilerin hak, yetki ve yükümlülüklerini düzenleyen 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanun'unu (CMK) uygulayacaktır. Örneğin, CMK. m. 217'e göre, Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş

79 Boşanmada yargılama usulü: "Madde 184 – Boşanmada yargılama, aşağıdaki kurallar saklı kalmak üzere Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tâbidir: 1. Hâkim, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanan kanaat getirmedikçe, bunları ispatlanmış sayamaz. 2. Hâkim, bu olgular hakkında gerek re'sen, gerek istem üzerine taraflara yemin öneremez. 3. Tarafların bu konudaki her türlü ikrarları hâkimi bağlamaz. 4. Hâkim, kanıtları serbestçe takdir eder. 5. Boşanma veya ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz. 6. Hâkim, taraflardan birinin istemi üzerine duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir."

80 Tasarruf ilkesi: "Madde 24 – (1) Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz. (2) Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz. (3) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder."

81 Taraflarca getirilme ilkesi: Madde 25 – (1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. (2) Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz.

82 Taleple bağlılık ilkesi: Madde 26 – (1) Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir. (2) Hâkimin, tarafların talebiyle bağlı olmadığına ilişkin kanun hükümleri saklıdır.

83 Hukuki dinlenilme hakkı: Madde 27 – (1) Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler. (2) Bu hak; a) Yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, b) Açıklama ve ispat hakkını, c) Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içerir.

84 Aleniyet ilkesi: Madde 28 – (1) Duruşma ve kararların bildirilmesi alenidir. (2) Duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilebilir. (3) Tarafların gizlilik talebi ön sorunlar hakkındaki hükümler çerçevesinde gizli duruşmada incelenir ve karara bağlanır. Hâkim, bu kararının gerekçelerini, esas hakkındaki kararı ile birlikte açıklar. (4) Hâkim, gizli yargılama işlemleri sırasında hazır bulunanları o yargılama ile ilgili edindikleri bilgileri açıklamamaları hususunda uyarır ve 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun gizliliğin ihlaline ilişkin hükmünün uygulanacağını ihtar ederek bu hususa tutanağa geçirir.

85 Dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü: Madde 29 – (1) Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar. (2) Taraflar, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler.

86 Usul ekonomisi ilkesi: Madde 30 – (1) Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmasını sağlamaya yükümlüdür.

ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir; bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir. Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.

1.2. Hâkimin, maddi olayı objektif ve tarafsız olarak değerlendirmesi ve hukuku uygulaması

Hâkim çözmekle yükümlü olduğu olayı, kendi kişisel ön yargı ve ön anlayışına göre değil, objektif ve tarafsız olarak değerlendirmek durumundadır.

Klasik olay-tepki-modelinde (stimulus-response-Modelle), olaya ilgili kişinin tavrı – onun reaksiyonu – bir sonucunu doğurur⁸⁷. Maddi olayın hukuk normuna dedüksiyonla uygulanmasında ise, maddi olaya hâkimin tavrı yargı kararı sonucunun doğurur.

Ancak Rottleuther'in söylediği üzere⁸⁸, hukuku uygulayan (genellikle hâkim) dava taraflarınca kendisine sunulan olaylardan (O) kendisince – ispat edilebilirliği ile – gerçekliğini kabul ettiği maddi olaya (MO) tepki gösterir.

Bunu şematize edersek:

Olaylar : (Fall, stimulus)	Olaylar (O)	
Hâkimin kabul ettiği olaylar	Maddi Olay	(MO)
Tavır : (Attitüde)	Hakim	(A)
Reaksiyon (Reaktion, response)	Yargı Kararı	(YK)

Hukuku uygulayan (hâkim) hangi olay olgularının yargı kararına esas alınacağını belirler. Bunu yaparken önce hangi fiil ve olayların hukuka ilişkin olduğunu belirlemek durumdadır. Hukuka uygun ya da aykırı olduğunu belirlediği fiil ve davranışları temel aldığı maddi olayları temel almalıdır. Hukuku uygulayan yargılamada maddi yaşam olgularını zedelememelidir. Bu zedeleme, olmayan bir maddi olay olgusunu varmış gibi kabul etmek ya da ispatlanmadığı halde ispatlanmış olarak kabul etme veya olan bir olguyu yokmuş gibi kabul etme ya da ispatlanmamış şeklindeki bir tavır olabilir.

İşte hâkimin sübjektif yargılama tavrının yargı kararını zedelenmesine imkân verilmelidir. Hâkimin yargı faaliyetinde tarafsız ve bağımsız olması ve bu tarafsızlığın ve bağımsızlığının Anayasal ve kanunen teminat altına alınması, onun tavrının sübjektifleşmesini ve vereceği yargı kararının bireyselleşmesini engelle. Demokratik hukuk devleti ilkesi ve bu ilkedeki hukuk devleti ilkesi, kuvvetler ayrılığı ilkesi ve yargı kararlarının içsel ve dışsal sistemsel bütünlüğü hâkimin yargılama tavrının ve bunun sonucu vereceği yargı kararının tarafsızlaşmasına ve objektifleştirilmesine hizmet eder.

87 Bkz. Hubert Rottleuthner, *Richterliches Handeln, Zur Kritik der juristischen Dogmatik* (Athenäum 1973) Kap 6; Karl-Dieter Opp and Rüdiger Peuckert, *Ideologie und Fakten in der Rechtsprechung: Eine soziologische Untersuchung über das Urteil im Strafprozess* (Goldmann 1980); Rüdiger Lautmann, *Justiz – die stille Gewalt* (VS 1982).

88 Rottleuthner (n 87) 82 vd., özellikle 88 vd.

Hukukçu kendine verilen olaydaki hukuki durumun ne olduğunu belirleyebilmesi için önce olayın maddi olgularını belirlemesi gerekir.

İLKE 2. Hâkimin maddi olayın (durumun) olgularını belirlemesi ve anlaması

1. Genel Olarak

“Olaydaki hukuki durum nedir?” sorusuna cevap verebilmesi için öncelikle olay üzerinde çalışılmalı ve olayın maddi olgularını tespit etmesi gerekir.

Gerçekten, hukuk normu ve yaşam gerçekliği içindeki maddi olay (olgu) ilişkisi söz konusudur. Bu ilişki içinde, mantıksal dedüksiyon için,

- Maddi olayın (olgunun) somutlaştırması ve delillendirmesi zorunludur.
- Maddi olgunun hukuken belirlenmesi, nitelendirilmesi ve ispatlanması gereklidir.
- Kanun normunun uygulama alanının belirlenmesi için, hukuk normunun hukuki olgularının tespiti gerekir (*normun uygulama alanının belirlenmesi*).

Maddi olayın olguları, hukuk kuralının hukuki olgusunun konusunu oluşturur: Öyleyse öncelikle “Maddi olayın olgusu neler idi, neler oldu, neler olmalıydı?” sorusuna cevap vermek gerekir.

- Hukuki olgu sadece dışsal olgulardan değil, aynı zamanda arzu ve isteğe, hatta etkenlere ilişkin (saikle ilişkin) içsel olgulardan oluşabilir. Örneğin temel (saik) hatası, beyan hatası, gabin gibi⁸⁹.
- Tanımlayıcı olguların (örneğin reşit olma yaşı, evlenme yaşı) yanında, normatif olgular ve değerlendirme olguları söz konusu olabilir⁹⁰.

Tartışmalı olmakla birlikte⁹¹, görüşümüze göre, hukuki olgu özelliği gereği sadece bir norm yardımı ile belirlenebilir. Söz konusu mutlaka bir hukuk normu olmalıdır. Borç hukuki ilişkisinin de bir hukuk normu olduğunu hatırlayalım.

Sonrasında da hangi hukukun geçerli ve uygulanabilir olduğunu belirlememiz gerekir:

Somut olaya uygun hukuki yaptırımın uygulanabilmesi için, özel hukukta, kim, kimden, neyi, hangi hukuki sebebe dayanarak talep edebilir sorusuna cevap aramak; ceza hukukunda, kim, hangi davranışı sebebiyle, hangi ceza kanuna göre cezalandırılabilir sorusuna yanıt bulmak gerekir.

Hâkim, maddi olayın olgularını belirlerken:

89 Ruhun makine düşüncesi içindeki yeri konusunda bkz. Gilbert Ryle, *Der Begriff des Geistes* (Reclam 1969).

90 Karl Larenz and Claus-Wilhelm Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (3rd edn, Springer 1999) 104 vd.

91 Bkz. Manfred Rehbinder, *Rechtssoziologie* (2nd edn, CH Beck 1989) 14; Klaus Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht* (Mohr Siebeck 1969) 90 vd.

- Önce, maddi olay olgularını, hukuk normunun hukuki olgularından ayırt edecek;
- Sonra, maddi olayın olgularını – ve ona ilişkin belgeleri – farklı boyutları ile inceleyerek, tespit edecek ve anlayacaktır.

2. Hâkimin Maddi Olayın Olguları Farklı Boyutları ile Anlaması

Hukukçu hukuki faaliyet ve çalışmalarına kural olarak maddi gerçeklik ile başlar ve hukuki olaya ilişkin önemli olanla önemli olmayana birbirinden ayırır.

Maddi olayın olgusunun anlaşılmasında hukuken önemli olan hususlar üç boyutta değerlendirilir:

- Maddi olgudaki yarar ve değer ve yarar (değer) dengesinin anlaşılması,
- Maddi olgu süreçlerini ve durumunun anlaşılması,
- Maddi olguda yer alan irade beyanının (iradeleri açıklamasının) anlaşılması (İradenin – Sözleşmenin) Yorumu)⁹².

Hukuku uygulayan (hâkim), yukarıda belirttiğimiz üzere bilgi bilimi bilgilerinden hareketle, hukuk kuralına uygun olarak hukuki olayın olgularının tespitini yapar, bu tespitine ilişkin delilleri değerlendirerek, birtakım yargı kararlarına (sonuçlara) ulaşır.

3. Maddi Olayın Çözüm Metodu ve Tekniği

Olay çözüm metodu ve tekniği konusunda, Alman dilindeki eserlere bakıldığında⁹³ nispeten katı bir tekniğin geliştirildiği görülmektedir. Özellikle bilirkişiler belirli bir olaya ilişkin hukuki olayı değerlendirirken, vardıkları karar sonuçlarını ifade ettikleri raporda, tartışmalı ve tartışmasız maddi olayları birbirinden ayırmalıdır⁹⁴.

Bilirkişi rapor tekniğinde ve hukuk eğitiminde pratik çalışma veya sınavdaki olayı çözüm metodunda, “bağlantılar tekniği” (Relationentechnik) önem arz eder. Bağlantı, bir yargı kararı değildir; bilirkişinin tartışmalı olduğu belirlenen maddi olay hakkındaki karara ilişkin bir önerisi veya öğrencinin bu konudaki görüşüdür.

Olayların çözüm metodu, aynı zamanda *hukuki talepler metodu* ile yakın ilişki içindedir. Hukukçu, Roma hukukundan günümüze hukuki olarak soruna “*quae sit actio?*” diyerek başlar. Bu soru, genel olarak olay “*hangi hukuki durumdur?*” şeklindedir.

92 O Gökhan Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu Cilt V/1, 1 Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri)* (2. Baskı, Seçkin 2019) N 2571 vd.; Antalya, *HBK C. II: HM* (n 3) N 2314 vd.

93 Berg’in, “Gutachten und Urteil”, Schneider’in “Der Zivilrechtsfall”, Sattelmacher’in “Bericht, Gutachten und Urteil”.

94 Ayrıca bkz. Brian Valerius, *Einführung in den Gutachtenstil* (3rd edn, Springer 2009).

Maddi olayın hangi hukuki duruma ilişkin olduğunu, kim, kimden, hangi hukuki sebebe dayanarak neyi talep edebilir sorularına ilişkin olarak talebin hukuki durumu belirler. Bu kapsamda, *kanunların ya da taleplerin yarışması ya da çatışması* dikkate alınmalıdır⁹⁵.

4. Hâkimin Maddi Olayın Olgularını Hukuk Kuralının Hukuki Olgularından Ayırt Etmesi

a. Genel Olarak

Kural olarak, hukuk kuralının hukuki olguları maddi olayın olgularından çok kolay olarak ayrılır. Hukuk uygulamasında, uygulayıcılar, olaya ilişkin olguların hukuki olanları ile hukuka ait olmayanlarını ayırmakla işe başlarlar.

Yine de maddi ve hukuki sorunun mantıksal olarak birbirinden ayrılması gerekip gerekmediği ve nasıl ayrılacağı hukuk metodolojisinde tartışılmaktadır⁹⁶.

Pozitif hukukta maddi olay ve hukuk ayrımı, maddi sorun ve hukuki sorun olarak ayrılmaktadır. Bu ayrım özellikle yargılama hukukunda ayrı bir önem taşır. Yabancı hukukun uygulanmasında ve ispat hukukunda, özellikle ispat yükü bakımından önemlidir. Hukuku hâkim uygularken, iddia eden taraflar maddi olayı ispat yükü altındadır (TMK m.6)⁹⁷.

b. Maddi Sorunlar ile Hukuki Sorunların Birbirinden Bağımsızlığı

Kural olarak maddi sorun ile hukuki sorun birbirinden bağımsızdır⁹⁸. Dünyasal olgu “olan” (Sein) ile hukuk, yani bağlayıcılık taşıyan ve hukukun kaynağına dayanan “olması gereken” (Sollen) bu ayrımın temelini oluşturur⁹⁹.

Maddi ve hukuki sorun (olgu) ayrımı bağlamında bu kavramlar arasındaki ilişki, Karl Engisch tarafından “*ileriye ve geriye giden bakış*” (Hin – und Herwandern des Blickes) görüşü ile açıklanmaya çalışılmıştır¹⁰⁰. Bu görüşü Hukuk metodolojisinde inceleyeceğiz¹⁰¹.

Felsefi hermeneutik yaklaşım da hukuk teorisine farklı bir bakış açısı getirerek, her anlamanın, hukuk dahil, dil ve geleneksel yaklaşıma bağlı anlayışa göre değil, daha önceki uygulanmış olaylara uygun ölçütlere göre şekillendiğini ifade etmektedir¹⁰². Bu sebeple hukuk, önceki emsal – tipik –

95 Bkz. Antalya, *HBK C. II: HM* (n 3) N 1928 vd.

96 Bkz. Antalya, *HBK C. II: HM* (n 3) N 489.

97 Bkz. O Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Marmara Hukuk Yorumu Cilt I Medeni Hukuk (Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükmeleri)* (4. Baskı, Seçkin 2020) N 2274 vd.

98 Joachim Vogel, *Juristische Methodik* (De Gruyter 1998) 18.

99 Bkz. Antalya, *HBK C. I: HT* (n 1) N 2277 vd.; Antalya, *HBK C. II: HM* (n 3) N 491.

100 Engisch (n 52) 15.

101 Antalya, *HBK C. II: HM* (n 3) N 2090 vd.

102 Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik* (5th edn, Mohr Siebeck 1986) 313 vd., 330.

yargı kararlarına uygun olarak uygulanmaktadır. Bu yaklaşım hukuk metodolojisinde olay ve tipik düşünce görüşüyle dile getirilmektedir¹⁰³.

c. Hâkimin Hukukun Konusu Olabilecek Maddi Olayın Olgularını Belirlemesi

Bir hukuki uyuşmazlığın çözümünde, her hukukçu gibi hâkim de, önce uyuşmazlığın temelini teşkil eden somutlaşmış maddi olguları hukukçu gözüyle tespit etmesi gerekir. Her olayın her bilim disiplini yönünden farklı bilgi ve metotlarla değerlendirilebilmesi söz konusudur. Hukukçu maddi olayın olgularını hukuk bilgisi ve metoduyla değerlendirir. Hukuk bilgisinde, toplumsal yaşam ilişkilerinin, bu ilişkilerdeki yarar dengelerinin ve değerlerin normun amacında yer aldığı unutulmamalıdır.

5. Hâkimin Maddi Olayın Olgularını İncelemesi, Tespiti ve Anlaması

a. Genel Olarak

Maddi olayın olgularının tespiti hukuka dahil olmakla birlikte, hukuk metodolojisinin konusu değildir, ama hukukun uygulanmasının ilk ve temel aşamasıdır. Olguların yargısal gerçekliğinin belirlenmesi hukuk yargılaması teorisinin alanını oluşturur. Maddi olayların tespiti bir anlama ve tanıma faaliyeti olarak hukuk yargılaması ile gerçekliğe ulaşır.

Olayın hukuken çözümü, onun tüm maddi olguları hakkında ayrıntılarıyla, tam olarak bilgi edinilmesine bağlıdır. Eğer olayın maddi olguları eksik ve yanlış tespit edilir ya da tam anlaşılamazsa, doğru yargıya varmak mümkün olmaz.

Hukukçu “*Fetvayı, anlatışa göre verir.*” Bunun için olayın ilgisinin hukukçuya, olayın olgularını doğru ve gerçeğe uygun olarak anlatması gerekir. Hukukçu olmayanlar olayı subjektif olarak kendi cephelerinden ortaya koyarlar; doğru olarak ve gerçeğe uygun bir şekilde veremezler ya da eksik verebilirler; ayrıntılara yer vermeyebilirler. Ama gerçek bu ayrıntılarda saklanmış olabilir. Bazen de saklamanın ya da gizlemenin doğru olduğunu sanabilir. Bunun için olayı anlatanın, hukukçuya güvenmesi sağlanmalıdır. Olayın eksikleri yöneltilecek sorularla tamamlanmalı, anlatımdaki yanlışlıklar bu yolla düzeltilmelidir.

Hukukçu yerinde ve doğru soruları sorarak, olayın hukuken önemli noktalarını aydınlatmalı ve olayı ispat etmeye çalışmalıdır. Olayla ilgili diğer belgelerle olayın gerçekliğini ve ispat edilebilirliğini sorgulamalıdır. Yargılamada iddia ve savunma olaylarının oluşumunda olayın tespiti ve anlaşılması önem taşır. İspat bakımından da, tanık sorgulamasında soru ayrı öneme sahiptir. Bunun için de hukukçu soruları sorarken, anlatılanı anlama ve sorgulama yöntemlerini ve tekniklerini kullanmalıdır. Bu yöntem ve teknikleri hakim öğrenmeli ve bu yönde yeteneğini geliştirmelidir.

Maddi olayın olgularının, hukuken önemli olanlarını anlama ve tanıma faaliyetinin amacı, tarihi bir araştırma yapmak değil, aksine sadece hukukun uygulanması amacı için pratik gerçeği belirlemektir.

103 Antalya, HBK C. II: HM (n 3) N 1488 vd.

Bu sebeple, hukukta, formal (şekli) gerçeklikle maddi gerçeklik her zaman örtüşmeyebilir. Özellikle ispat yükü ve ispat araçları maddi gerçekliği karartabilir.

Bilgi bilimi metodığı, hukukçu için ayrı bir önem taşır. Hukuk da maddi olguları, akli düşünce, bilgi ilkeleri ve bilimsel anlam dışında değerlendirmez, bilgi biliminin bilgisini kullanır, ondan hareketle maddi olguları tespit eder.

Hukuk yargılaması, maddi olaydaki hukuki gerçekliği arar. Felsefi bir soru olarak, hukuken “gerçek nedir?” sorusuna şu cevap verilebilir: Hukukun uygulanmasını sağlamak amacıyla, gerçek olarak görünen konusunda, yargılama yanlışı yapmaksızın, hakim (ya da idarenin) ikna edilmesi süreci sonucunda belirlenendir.

Yargılama yanlışına, yanlıs hukuk metodolojisi kuralı sebebiyet verebilir.

Hukukçu, olayın maddi olgularını doğru tespit etmeli, olguların gerçekliğini araştırmalı ve gerçekliğin ispat edilebilirliğini açıklığa kavuşturarak, olayı kendisine mal etmelidir.

b. Hâkimin Çekişmeli Olayları Çekişmesiz Olaylardan Ayırt Etmesi

Hukuka “olay” dahildir. Bu tüm bilim dalları için geçerlidir. Hukuki olay bir maddi olgudur ki bu maddi olgu konusunda taraflar ya da ilgililer uzlaşma içinde değildir. Taraflar arasında çekişmeli (tartışmalı) olmayan durumlar, olay olarak kabul edilmez¹⁰⁴. Öyleyse maddi olayda hukuken çözülmesi gereken hususu, yani çekişmeli olan olgularla çekişmeli olmayan olguları birbirinden ayırmamız gerekir¹⁰⁵.

Çekişmeli olaylar, genellikle kanuni gerekçeler ve kanuni çözüm dikkate alınarak belirlenir¹⁰⁶.

c. Hâkimin Maddi Olayın Olgularını Tüm Yönleriyle Bir Bütün Olarak Anlamaya Çalışması

aa. Genel Olarak

Hukuk eğitiminde pratik çalışma ya da sınavda verilen olayın hukuki çözümünde öğrenci önce olayın maddi olgularını tespitiyle işe başlamayı; bunlardan hareketle hukuki çözümü üretmeyi öğrenir. Gerçekten, her olayın hukuki olarak doğru biçiminde çözülmesi için, uyumsuzluk konusu olayın tüm yönleriyle bir bütün olarak tam ve doğru bir biçimde anlaşılması gerekir. Olay doğru biçimde ele alınmaz ise doğru bir şekilde değerlendirilemez ve anlaşılamaz. Eğer hukukçu olayı doğru biçimde ele almaz ve değerlendirmezse, olaya getirdiği hukuki çözüm eksik, hatalı ya da

104 Heinrich Honsell and Theo Mayer-Maly, *Rechtswissenschaft: Die Grundlagen des Rechts* (Nomos 2017) 45.

105 Jan Schapp, ‘Der Fall in der juristischen Methodenlehre’ in Gottfried Gabriel and Rolf Gröschner (eds), *Subsumtion, Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre* (Mohr Siebeck 2012) 227 vd.

106 Honsell and Mayer-Maly (n 104) n 45 vd.

yanlış çözüm olur. *Zevkliler*’in dediği gibi, “*Neye çözüm bulmasını bilmeyen, hangi çözümü bulması gerektiğini de bilemez*”¹⁰⁷.

Olayın anlaşılması meslek hukukçuları için ayrı bir önem taşır. Dava konusu uyuşmazlığı eksik, hatalı şekilde değerlendiren, doğru olarak değerlendirmeyen dava taraflarının iddiaları ya da kararları yanlış olacaktır. Bu uyuşmazlık hakkında verilecek olan yargı kararı da doğru ve haklı olmayacaktır. Bunun için de yargılamaya katılanlar ve karar vericiler, uyuşmazlık konusu olaya hâkim olmalı, olayı kendilerine mal etmelidirler.

Olayın anlaşılması, uyuşmazlık konusu “olayın okuması” (anlamlandırılması) olarak hukuk metodolojisinin temel konusudur.

Bir olayın doğru çözümü ancak maddi olayın doğru ve tam olarak anlaşılması ve değerlendirilmesi ile ortaya çıkabilir¹⁰⁸. Bu nedenle, maddi olayın kapsamının ve içeriğinin eksiksiz ve bir bütün olarak anlaşılması gerekir. Maddi olayı eksiksiz ve hatasız okumak ve anlamak için yeterli zaman ayırmak gerekir. Bu zamanı ayırmadan aceleyle olaya ilişkin hukuki yargıya varmak değildir.

Her olayın farklı olduğu gerçeği unutulmamalıdır; en ufak ayrıntı, bilinen bir durumu bilinmeyen bir duruma dönüştürebilir ve bu ayrıntıya göre de varılacak çözüm değişebilir. Olayın olguları üzerinde çalışmak için harcanan zaman hiçbir şekilde boşa gitmez.

Bu nedenle maddi olay birkaç kez okunmalıdır. İlk okuma esnasında, spontan olarak akla gelen düşünceler, bir sayfaya not edilmelidir.

Maddi olay ikinci ve gerekirse üçüncü kez okunarak “değerlendirilmelidir”. Metindeki önemli kısımları, farklı renklerde boyamak ya da altlarını farklı şekillerde işaretlemek yararlı olur.

Uzun ve karmaşık metinli olaylarda, kişisel bir taslak ya da şema oluşturulması tavsiye edilir.

Hukuki uyuşmazlıkta olayla ilgili tarih verisi varsa, bunları kronolojik sırayla gösteren bir zaman çizelgesi içinde not ya da taslak oluşturulmalıdır.

Maddi olayı anlamak ve çözmek için gerekli olan her olgudan yararlanılmalıdır. Maddi olay, yapay gözüke ve hayatın olağan akışına aykırı olsa bile olduğu gibi alınmalı, tekrar sorgulanmalıdır. Bunlar bizi gerçeğe götürecek yollar olabilir. Maddi olayda gerçekliği şüpheli olan olgularda şüphe giderilmeli; eksik maddi olgular tamamlanmalıdır¹⁰⁹.

Maddi olayda eksiklik ve belirsizlik görülüyor, bu durum olayı yeniden gözden geçirmek için bir fırsat olarak kullanılmalıdır. Daha yoğun düşünme bile yardımcı olmazsa, maddi olay tekrar anlaşılmaya çalışılmalıdır. Olayın olağan yaşam koşullarına uygunluğu varsayım olarak kabul edilmelidir¹¹⁰.

107 Aydın Zevkliler, ‘Hukuk ve Öğreti’ (1994) (3) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 375, 397.

108 Dirk Olzen and Rolf Wank, *Zivilrechtliche Klausurenlehre* (6th edn, Vahlen 2010) 4 vd.

109 Uwe Diederichsen and Gerhard Wagner, *Die BGB-Klausur* (9th edn, CH Beck 1997) 161 vd.

110 ibid 161 vd.

Yine olayla ilgili herhangi bir bilgi verilmediği takdirde, bilgi verilmeyen hususlarda hukuka uygunluğun var olduğu kabul edilecektir. Örneğin olayda, A ve B'nin hukuki ehliyeti konusunda bilgi verilmeden bir satış sözleşmesinin imzalandığını söyleniyorsa, ehliyet yönünden geçerli bir sözleşme olduğu kabul edilecektir.

bb. Maddi Olayın Doğru Okunması İlke ve Esasları

Olayın doğru şekilde anlaşılması aşağıdaki esaslara uyulmasına bağlıdır:

aaa. Olayı Dikkatli Dinle ya da Oku

Olayın dikkatle dinlenmesi ve/veya okunması, olayların eksiksiz, tam ve doğru bir şekilde anlaşılması için gereklidir¹¹¹. Bu gereklilik, doğru çözüme varmaya kadar geçecek tüm aşamalarda söz konusudur.

Bunun için yazılı belge dikkatli bir şekilde baştan sona okunmalı, sözlü anlatımda ise hiçbir sözcük kaçırılmaksızın anlatım dinlenmelidir. Her sözcüğün, hatta bağlacın önemli olduğu unutmamalıdır. Örneğin, “ve” bağlacını “veya” bağlayıcı olarak dinlemek ya da okurken bu anlamıyla anlamak, olayın ya da sorunun yanlış anlaşılmasına ve bunun sonucu olarak varılacak cevabın da yanlış olmasına sebep olur. Gözden kaçırılan ya da atlanan her sözcük, tüm sonucu etkileyebilir.

Uygulamada özellikle özel hukukta davanın taraflarca hazırlanması ilkesi hâkim olduğundan, avukatın ihmal ettiği ya da atladığı bir olay olgusu karşı tarafın davayı kazanmasına sebep olabilir.

Okuma ve dinleme sakin, dikkatli ve konsantre olunarak yapılmalı, bunu sağlayan bir ortamda icra edilmelidir. Hukukçu, dinlediği ve okuduğu olayı kendisine mal etmelidir.

bbb. Olayı Tüm Yönleriyle Bir Bütün Olarak Anla

(I). Bütün Olarak Anlama

Uyuşmazlık konusu olayın sadece bir bölümünün anlaşılması doğru ve haklı çözüm için yeterli değildir. Olayın geçmişiyle birlikte bir bütün olarak tüm yönleriyle anlaşılması gerekir¹¹². Bunun için acele etmeden, soğukkanlı bir şekilde olayın tümü okunmalı ve dinlenmelidir. Olayın sadece başının, aralıklarla bazı bölümlerinin ya da yalnızca sonucunun okunması ve dinlenmesi, olayın bir bütün olarak algılanmasını ve anlaşılmasını engeller.¹¹³

Dinleme mümkün olduğunca kesilmeden bir bütün olarak yapılmalıdır. Dinlemeden önce ve sonra anlatandan sözlü anlatımını kâğıda dökmesini istemek ve bu metnin tekrar okumak faydalıdır. Okumadan sonra, anlatımda bulunanla birlikte, soru cevaplarla olayın üstünden gidilmeli, olayın gerçekliğine ilişkin boşluklar tamamlanmalıdır.

111 Zevkliler (n 107) 398.

112 ibid 398.

113 ibid 399.

Sözlü anlatımda hukukçu tarafından not alınmasında fayda bulunmaktadır, sözlü anlatımdan sonra bu notlar okunmalı, olaydaki boşluklar soru-cevaplarla tamamlanmalıdır.

(2). Baştan Aşağıya Birden Fazla Kez Okuyarak Anlama

Olaya ilişkin metinler önce, hukuki çözümü sağlayan sorularla, baştan aşağı bir kez okunmalıdır¹¹⁴. Tereddüt ve şüphe halinde tekrar başa dönerek okuma yapılmalıdır.

Her paragraf cümle cümle, her cümle de temel cümle ve yan cümle ayrımı içinde daha fazla düşünülerek, kendine mal edilerek ve değerlendirilerek okunmalıdır.

Bu aşamada hukuki uyumsuzluğun çözümüne uygun esas olay ve olgular tespit edilir. Bu olaydaki maddi olgular gerçeğe uygun şekilde anlaşılmalı çalışılır.

Doğru yapılan bir okuma meslek yaşamında hukukçunun zaman kaybına neden olmaz, aksine zaman kazanılmasını sağlar.

(3). Olan – Muhtemel – Sorularla Anlama

Pratik çalışma ya da sınavdaki olay, olay talimatı/sınav talimatı ile birlikte okunmalı ve değerlendirilmelidir; zira bu talimatlar olayın bütünü parçalarıdır¹¹⁵.

Pratik çalışma ya da sınavdaki sorunun ne olduğu bilinmeden olayın belirlenmesi ve anlaşılması mümkün değildir. Eğer olayda sorulan soru dışında, başka muhtemel soruların cevapları aranır, sorunun dışında farklı bir cevap verilmiş olur; bu cevap da not değerlendirmesinde dikkate alınmaz. Sorunun cevabı yanında başka yanlış bilgilere yer verilmesi de doğru cevabın sorgulanmasına sebep olacaktır. Her sorunun cevabı kendi sorusunda cevaplanmalıdır. Sorular, olayın anlaşılması ve doğru cevaba ulaşılması için bazen yönlendirici olabilir, ipucu niteliğinde ifadeler barındırabilir. Bazı durumlarda akıllıca sorulan soru, karmaşık bir sorunun anahtarı olabilir.

Uygulamada ise meslek sahibi hukukçulara sorular verilmez. Meslek hayatında hukukçular genelde dinlediklerini yorumlayarak ya da yazılan metinleri okuyarak olayı ve olayın olguları tespit etmeye, değerlendirmeye ve anlamaya çalışırlar. Hukukçu bu aşamada, hukuki uyumsuzluğu çözüme ilişkin soruları kendisine sorar.

Bunun için olayın özünün anlaşılması, o uyumsuzluğun çözümüne ilişkin soruların ne olması gerektiğinin belirlenmesi lazım gelir¹¹⁶. Bu sorular, hukuki olayın ne sıfatla cevaplanacağına göre değişir. Örneğin bir hukuki uyumsuzlukta cevabı arayan davacının soracağı sorularla, davalının soracağı sorular farklılık arz eder. Her dava tarafı karşı tarafın soracağı soruları ve bunların cevap ve çözümlerini sorgulamalıdır. Taraf vekilinin davadaki başarısı da sadece kendisinin sorduğu sorulara

114 ibid 399.

115 ibid 400.

116 Hırş (n 12) 11.

bağlı değildir, karşı tarafın sorduğu sorulara verebildiği cevaplara da bağlıdır. Hukuki uyumsuzluğu çözen hâkimin soracağı sorular ise farklıdır. Hâkim, dava taraflarının verdikleri cevaplar ve sundukları çözümlerin yanında, yargı kararı için gerekli kendi çözümü sağlayacak soruları da sormalıdır. Hukukçunun başarısı maddi olayı sorularla sorgulamasına bağlıdır.

Hukukçunun olayı anlama faaliyeti, kişisel yetenek ve becerisine bağlı olduğu kadar, fakültede aldığı metodik bilgi ve uygulama derslerinde yaptığı faaliyetlere de bağlıdır. Uygulama dersleri öğrenciyi meslek yaşamına hazırlamakta, onun mesleğine uygun olarak yetişmesine hizmet etmektedirler.

Hukuk öğrencileri, gelecekteki meslek faaliyetlerinde bir olayda hangi olgular üzerinde durulması gerektiğini, bu olguların hangi hukuk kuralının olgusuna karşılık teşkil ettiğini, iddia ve savunmada olayın hangi olgularının kullanacağını, bunlardan hangisinde ispat yükünün kendisinde, hangisinde karşı tarafta olduğunu, bu maddi olguların ispat edilip edilemediğinin tespit ve değerlendirmesini, lisans bilgilerine göre öğretim üyesinin gözetiminde ya da değerlendirmesiyle yapar. Meslek hukukçusu ise olayın ve olguların tespitini ve değerlendirmesini kendi başına yapmak durumundadır.

(4). Şema ve Taslaklarla Olayı Anlama

Yargı kararını vermeden önce yapılacak şema ve taslaklar maddi olayı anlamamıza yardımcı olur¹¹⁷. Bazı karmaşık olayların şemasının yapılması, olayı basitleştireceğinden ve görünür kılacağından, olayın doğru ve tam olarak anlaşılmasına hizmet eder.

Çok uzun ve çok karmaşık, anlaşılması zor olayları içeren metinler tüm yönleriyle bir küçük şemada özetlenebilir. Karışık ve anlaşılmasız ayrıntılı ilişkilerin olduğu olaylar bir şemada basit ve özetlenmiş şekliyle olayı kolay anlaşılabilir hale gelebilir. Olay şema ile daha hızlı hatırlanır, ana hatlarıyla anlaşılır hale gelir.

Okunan ya da dinlenen uzun, karmaşık ve zor bir olayın temel noktalarının kısa notlar halinde önem ve tarihsel süreci içinde dava dosyasının özetlenmesi olayı anlamamıza yardımcı olur. Taslak mümkün olduğunca özlü ve kısa ve de önemli olayları ortaya koyacak şekilde olmalıdır. Yargılamada hâkim dava safahatındaki gelişmeleri ve delilleri bir kısa hatırlatma notları hazırlarsa, bu notlar hâkimin davanın safahatını hatırlatmasına yardımcı olur.

Yargı kararı için bir taslak hazırlanması ve sonrasında bu taslakların düzgün bir dille tekrar metne aktarılması uygundur. Günümüzde bilgisayar yazı programları yargı kararı taslağının hazırlanması, gözden geçirilmesine imkân tanımaktadır. Taslak bilgisayara kayıt edilip kesinleştirilmeden önce son bir kez daha okunmalıdır.

¹¹⁷ Aynur Yongalık ve Yaşar Karayalçın, Hukukta Öğretim Kaynakları Metod-Problem Çözme (8. Bası, BTHAE 2020) 266; Zevkliler (n 107) 402.

d. Maddi Olayların Doğruluğunu ve Gerçekliğini Anlama, Tespit Etme ve İnceleme

aa. Genel Olarak

Hâkim olayı tam anlamıyla kendisine mal edebilmesi için, onu bir bütün olarak dikkatlice okuması – ya da dinlemesi – yeterli değildir; hukukçu olayı tüm gerçekliği ile doğru anlamalıdır. Metni doğru okuyan, ama yanlış anlayan hâkimin verdiği yargı kararı da doğal olarak yanlış olacaktır. Hâkim, olay doğru değerlendirmesine sorularına verilen cevaplar yararlı olur. Olayların doğru anlamlandırılması, doğru anlaşılmış sorulara doğru ve anlamlı cevaplarla sağlanır; sorular yargı kararının doğru gerekçelendirmemizi katkı sağlar.¹¹⁸

Okunan metnin günlük konuşma dilindeki anlamı yanında, hukuk dilindeki anlamını da dikkate alınması gerekir.

Bir metnin okumadaki anlamının kime göre gerçek ya da doğru olduğunu hukuk metodolojisi ortaya koyar. Hâkim, dava tarafların sundukları metinlerindeki anlamı, onların hedef ve amaçlarını dikkate alarak değerlendirecektir. Davada karşı tarafın bu metne ilişkin görüş ve itirazlarını da değerlendirmek durumundadır.

Kural olarak maddi olayın doğruluğu, zamanına uygun objektif yaşamın gerçekliğine uygun doğruluktur. Bir maddi olgunun doğruluğunun ispatını ise yargılama hukuku belirler.

bb. Değerlendirme Unsurları

Maddi olayın doğruluğu ve gerçekliği anlayabilmek için aşağıdaki unsurlar değerlendirilir¹¹⁹:

- Amaç (hedef),
- Davranış alternatifleri (aksiyonlar/alternatifler),
- Çevresel (toplumsal yaşam) etkiler (durum, yaşamsal durum),
- Amaç (karar) kriterleri (nitelik ve özellikler),
- Amaca (sonuca) varma kriterleri.

cc. Hâkimin Olayların Dayandığı Metinleri İncelemesi ve Güvenirliğini Denetlemesi

Hâkim kendisine sunulan kaynak metnin güvenilirliği sağlayacak kalite denetlemesinde geçirmek zorundadır. Bu sebeple, hâkim her gerçeği aramak için sorduğumuz temel bir sorudan hareket etmesi gerekir:

¹¹⁸ Zevkliler (n 107) 401.

¹¹⁹ Egon Schneider, Harald Schneider and Helmuth Brauer, *Der Zivilrechtsfall in Prüfung und Praxis* (7th edn, Vahlen 1988) 10.

“O metin,

– Kimin, kime,

– Neyi,

– Neye dayanarak,

– Nerede, ne zaman, nasıl vb. bilgi vermektedir?”

Bir hukuk metninin eleştirisel denetleme listesindeki kalite (güvenilirlik) denetiminin temel sorularını şu şekilde sıralayabiliriz:

a. “Metin hakkında ne biliniyor?” sorusuyla ilgili olarak,

aa. “Metnin amacı nedir?”

bb. “Ne nitelikte ve özellikte bir metindir?”

cc. “Güncelliği, etkinliği nedir? Hangi düzeyde, ne ölçüde

dd. “Kim(ler)i hedefliyor?”

ee. “Özenli mi? Ciddiyet mi?”

ff. “Metnin kaynaklarının nereden, nasıl alıntılandığı?”

gg. “Metin Araştırmayla Alaka mı?”

b. “Yazar kimdir? Yazar hakkında ne biliyorsunuz?”

c. “Metni nerede okunuz?”

Yukarıdaki sorular ışığında kaynak metnin eleştirel denetlenmesi sonucunda;

1. Kaynaktan endişeye edilmiyorsa yani güvenilir ise, bunun daha fazla tartışılmasına gerek yoktur ve bu metinden kaynak olarak yararlanılabilir.
2. Bir kaynakla ilgili endişeler, onun dikkate alınmasını engelleyecek kadar ağır basıyorsa, o kaynağı göz ardı etmemiz gerekebilir. Güvenilmez metinlere kaynakçada yer vermemek gerekir; bu metinlerden yararlanmamak gerekir.
3. Kaynağın güvenilirliği şüpheli ise, bilgiler güvenilir bir kaynak tarafından yalanlanmıyorsa ve de daha iyi bir güvenilir kaynak da bulunamıyorsa, kaynakta ifade edilen görüş yeniden süzgeçten geçirilerek, gerçek olmayan bilgilerden arındırılarak, bu tür kaynaktan ihtiyatla yararlanılmalıdır.

B. MADDİ OLAYIN OLGULARININ BELİRLENMESİ

1. Genel Olarak

“Olaydaki hukuki durum nedir?” sorusuna cevap verebilmesi için, hâkim öncelikle olay üzerinde çalışmalı ve olayın maddi olgularını tespit etmesi gerekir.

Maddi olayın hukuki olgularının tespiti için aşağıdaki soruların cevapları aranmalıdır:

a. Kişilerin Tespiti

Maddi olayda kaç kişi ve hangi kişiler yer aldığı tespit edilmeli, kimlikleri belirlenmelidir.

Olaya katılan kişilerin nitelikleri belirlenmelidir. Kamu ve özel hukuk kişisi mi? Gerçek kişi ya da tüzel kişi mi? Özel hukuk tüzel kişi ise, ticari şirket mi yoksa dernek ya da vakıf mı? Kamu tüzel kişi ise hangi tüzel kişi? olduğu tespit edilmelidir.

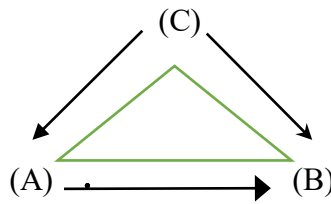
Davacının ve davalının arasındaki ilişki ortaya konulmalıdır.

Olaya katılanların hangilerinin birlikte hareket ettiği, hangisinin bireysel hareket ettiği belirlenmelidir. Birlikte hareket edenlerin katılımlarının nitelik ve özellikleri belirlenmelidir.

Birlikte hareket etmese de kişiler arasında ilişki varsa bu ilişki belirlenmelidir.

Kısa bilgi notu ve özet için kişiler büyük harfle kısaltılabilir. Örneğin (A), (B), (C)

Kişiler arasındaki maddi ilişkiler kısa şemalarla ifade edilebilir. Örneğin,



2. Olayların Zamansal Gelişiminin Belirlenmesi

Olayların zamansal gelişimi tarihsel (kronolojik) olarak belirlenmeli; bu zamansal ilerleme daha sonra mantıksal olarak kontrol edilmelidir.

Olaylar mantıksal ilişki içinde bir zaman çizelgede ifade edilebilir.

Örneğin:

TARİH	OLAY
26.Şubat.2020	Öneri
03.Mart.2020	Kabul
04.Mart.2020	Teslim
11.Mayıs.2020	Ayıp İhbarı
28.Mayıs.2020	Dönme
....	---

ya da

	Öneri	Kabul	Teslim	Ayıp İhbarı	Dönme
2020	-----+	-----+	-----+	-----+	-----+
	26.02	03.03	04.03	11.05	28.05

3. Hukuki Uyuşmazlığa İlişkin Olay Olgularını Belirlemek

Hukuki uyuşmazlığı ilgilendiren olay olgularının belirlenmesi gerekir. Örneğin ceza hukukunda “(A) suçlu mudur?” şeklindeki sorunun cevabında ya da özel hukukta “(A), kimden neyi talep edebilir?” sorusunun cevabına ilişkin maddi olay olgularının belirlenmesi gerekir.

Genel olarak soruya ilişkin olay olgularını belirlemeye ilişkin olarak özel hukukta, kim, kimden ve neyi talep edebilir sorusuna cevap aramak gerekir.

Olayda verilen tüm kişi ve ilişkiler düşünülerek, kimin kimden neyi talep edip edebileceğine ilişkin tüm olasılıklar belirlenmelidir.

Örneğin,

(A), (B)’den (x)’yi talep edebilir.

(A), (C)’den (x)’yi talep edebilir.

(B) ve (C), (A)’dan (x)’i talep edemez.

.....

Ceza hukukunda ise, kim, hangi davranışı sebebiyle, hangi ceza kanuna göre cezalandırılabilir sorusuna yanıt bulmak gerekir.

Bunun içinde ceza hukukunda (A)’nın suç teşkil edebilecek olay olguları belirlenmelidir. Örneğin,

(A),

(x) olgusundan, örneğin, hırsızlıktan,

(y) olgusundan, örneğin kişiyi yaralamaktan,

(z) olgusundan, örneğin ruhsatsız silah taşımaktan,

.....

cezalandırılabilir.

C. HUKUKU ANLAMAK: HUKUKU UYGULAMAK

İLKE 3. Hukuki soruna ilişkin çözümün temel amacını (hedefi) belirle

Hâkim için temel amaç, maddi uyuşmazlığa yargı kararıyla hukuki çözüm getirmektir.

Hukuku uygulayanın üç temel fonksiyonuna (üç fonksiyon modeline) uygun değerlendirme:

- Birinci fonksiyon: hukuk kuralını yorumlayarak uygulamak,
- İkinci fonksiyon: Hukuku tamamlayarak geliştirmek,
- Üçüncü fonksiyon: Hukuku düzelterek geliştirmek.

İLKE 4. Hukuki çözümler ve gerekçelendirme için hukuki bilginin hukuk kaynaklarından belirle (Hukukun kaynakları) (TMK m. I):

4.1. Genel Olarak

Her hukuki uyuşmazlık için geçerli olan temel soru uygulanacak hukuk normunu (ya da normlarını), öncelikle kanun hükmünü (ya da hükümlerini) belirlemektir = "quae sit actio?".

Doğru ve gerçek şekilde belirlenmiş ve ispat edilmiş olayın maddi olgularına uygun hukuk normunun (kanun hükmünün) – hukuki – olgularının belirlenmesi gerekir.

Kanun hükmünün hukuki olguları, özel hukukta talep normunun; ceza hukukunda ceza normunu; kamu hukukunda yetki normunun temelini ve unsurlarını oluşturur.

Bilindiği üzere,

Hukuk normu : hukuki olgu ve hukuki sonuçtan oluşur; soyut ve geneldir.

Maddi Olay ise : Maddi olgulardan oluşur; somuttur.

4.2. Kanun Hükmünü Hukuk Düzeninin Sistematiği İçindeki Yerini Belirle

Talep normu (ceza normu ya da yetki normu) hukuk düzeni ve bu hukuk sistemi içinde yer alan kanun/lar sistematiği içindeki yeri belirlenir.

Bunun için kanunun örneğin TMK'nun sistematiğinden yararlanılabilir:

TÜRK MEDENİ KANUNU

İkinci Kitap : Aile Hukuku

Birinci Kısım : Evlilik Hukuku

Birinci Bölüm : Evlenme

Dördüncü Ayırım : Batıl Olan Evlenmeler

B. NİSBİ BUTLAN

I. Eşlerin Dava Hakkı

2. Yanılma .

Kanunun varsa kavram fihrisinden yararlanabilirler.

4.3. Hukuki Olguları Hukuki Sonuçtan Ayırt Et.

Hukuk normunu oluşturan hukuki olguları ile hukuki sonuç (yaptırım) birbirinden ayırt edilmelidir.

İşte hukuk kaynağının belirlenebilmesi için – somut – maddi olayın olgularının, hukuk normunun (kanun hükmünün) – soyut – hukuki olgularına uygunluğun dedüksiyonla ortaya konulması gerekir.

Özel hukukta, ... yükümlüdür, ödenir, sorumludur, talep edebilir, hak sahibidir, isteyebilir, seçebilir, kaldırabilir, değiştirebilir vb şekillerde ifade edilir.

Ceza hukukunda, ... cezalandırılır, verilir, hükmolunur, arttırılır vb şekilde ifade edilir.

Hukuk normunun muhatap sükeleri: özel hukukta hak sahibi ve yükümlü kişisi belirlenmelidir.

4.4. Kanun Hükmünün Metnini Oku

Uygulanacak kanun hükmünün belirlenmesi için, hukuk sisteminin ve sistem içindeki kanun metninin bilinebilmesi için, kanunun okunması gerekir.

Kanunun metni yavaşça, bir kelime, bir noktalama işareti atlanmaksızın okuması gerekir. Özellikle cümlelerin olumlu ya da olumsuz cümle niteliği dikkate alınmalıdır. Zira kanun hükmünün olumsuz

cümle yapısı onun olgunun olumsuz şekliyle değerlendirmemizi gerekli kılar. Yine bir virgül (,) ; her bir kelime örneğin “özellikle” kelimesi farklı anam ve özellik taşıır.

Kanun metni sıkça ve çokça okunmalıdır.

4.5. Kanunun Metni içindeki Bağlaçları Dikkate Al

Kanun metninin olgularının mantıksal yapısına dikkat edilmelidir. Kanun metninde kullanılan “ve”, “veya” ve diğer bağlaçlara dikkat edilmesi gerekir.

4.6. Kanunun Metninin Olgusal Yapısını Analiz Et

Kanun metinleri, “ (Şayet) Eğer...-hukuki olgular – öyle ise ... – hukuki sonuç. – “ yapısı içindedir.

“(Şayet) Eğerde...” yer alan hukuki olguların birbirine hangi bağlaçlarla bağlanmışsa hukuki olgularda ona göre değişecektir. Örneğin “ve” bağlacı hukuki olguların birlikte kümülatif olarak arandığı; “veya” bağlacı ise genellikle hukuki olguların seçimlik olduğunu gösterir.

Kanun hükmünde yer alan hukuki olgulardan hâkimin takdirine bırakılan olguları belirlenir. Örneğin, hâksiz fiilden sorumluluğunda doğabilmesi için TBK m.49’da aranan olgulardan fiilin “kusurlu” ya da “hukuka” aykırı olması hâkimin değerlendirilmesine bırakılmıştır.

4.7.1. Özel Hukukta Hukuk Normları TMK m.1 Hükmündeki Yer Aldığı Sıra ile Uygula

4.7.1.1. Asli kaynak: Kanun hükmünü uygula (Kanun hukuku).

Bir kanun normunun uygulanabilir olabilmesinin (kümülatif) şartları şunlardır:

- Geçerli olması,
- Maddi bir olaya veya maddi bir duruma ilişkin kural talebi olması,
- Uygulanabilir olması.

Yardımcı hukuk kuralının uygulanabilesinin şartı : KANUN BOŞLUĞU söz konusu olması gerekir.

Kanun boşluğunun söz konusu olmadığı durumlar:

- Hukuk dışı alanlar,
- Kanun koyucunun bilerek (bilinçli susma) ile hukuk dışı alan yaratması.

Kanun boşluğunun söz konusu olduğu durumlar:

Boşluk Çeşitleri:

Başlangıçtaki (Birincil) boşluk:

- Kural içi boşluk (yetkilendirme) boşluğu :
 - Atıf boşluğu,
 - Genel terim boşluğu (Belirsiz kavram, normatif kavram, değerlendirme yetkisi veren terimler (takdir kavramları) ve Genel kayıtlar (Hukukun genel ilkeleri, kanun prensipleri)
 - Tanımlama boşluğu,
- Kural dışı boşluk:
 - Gerçek Boşluk :
 - Gerçek bilinçli boşluk (Açık boşluk) : (Hakimin hukuku tamamlaması)
 - Kural eksikliği boşluğu,
 - Kanun yanlışlığı kuralığı,
 - Gerçek bilinçsiz boşluk :
 - Kanunun sözüyle özünün çatışması : Amaç (istisnai) boşluğu,
 - Kanun hatası boşluğu ve Kanun yanlışlığı boşluğu,

Sonraki (İkincil) Boşluk :

- Gerçek olmayan boşluk (Örtülü boşluk) :
 - Çatışma Boşluğu : (Hakimin hukuku düzeltmesi)
 - Kural çatışması boşluğu,
 - Amaç (değer) çatışması boşluğu,
 - Hukukun genel ilkesi (kanun prensibi) çatışması boşluğu.

4.7.1.2. Birinci yardımcı kaynak: örf ve âdet kuralını uygula (Örf ve adet hukuku).

örf ve adet normunun uygulanabilir olabilmesinin (kümülatif) şartları:

- Objektif unsur: Toplumda sürekli uygulanma,
- Sübjektif unsur: Toplumsal inanç,

- Hukuki Unsur: Yaptırım (Tartışmalı).

Örf ve Adet Kuralı da yoksa,

4.7.1.3. İkincil yardımcı kaynak: hâkimin yarattığı kural (Hâkimin hukuku)

Boşluk doldurma kurumları:

- Kıyas :
Çeşitleri

-Kanun kıyası ve

-Hukuki kıyas (toplu kıyas)

Şartları:

- Kanunda boşluk olmalı,
- Bilinçli susma kıyasa imkan verilmesi,
- Kıyas yasağı olmamalı,
- Benzerlik ilişkisi : Değer benzerliği olmalı

- Kıyasın özel şekillerini uygulama:
 - Karşıt kavram (mefhumi muhalif) kanıtı : Ters kıyas,
 - Daha güçlü (haklı) Kıyas : Alt kıyas,
 - Büyükten küçüğe kanunun anlamının uygulanması,
 - Küçükten büyüğe kanunun anlamının uygulanması,
- Doğrudan kural yaratma.
- Kanun koyucu olarak doğrudan hukuk yaratması (TMK m.1/II).

Hâkim kural yaratırken dikkat edeceği hususlar:

Konulacak kuralın genel ve soyut olması,

- Konulacak kuralın objektif olması,
- Somut olaya ilişkin gerçeklik faktörlerinin dikkate alınması,
- Somut olaya ilişkin ideal faktörlerinin dikkate alınması,
- Değer ve menfaat dengesinin dikkate alınması,

- Hukuk düzenine, genel hukuk ilkelerine uygun olması,
- Bilimsel görüşlere uygun olması,
- Yerleşmiş yargı uygulamasına uygun olması,
- Hukuk idelerine (adalete, hukuk güvenliğine ve eşitliğe) uygun olması,
- Tüm benzer olaylara uygulanabilir kural olmalı.

4.7.2. Ceza hukukunda kanunilik ilkesini uygula.

Kanunilik İlkesini düzenleyen Anayasa m. 38'de “*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.*” ve TCK m.2 hükmüne göre “*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.*”

4.8. Hukukun uygulanmasında yardımcı kaynaklardan yararlan (TMK m.1/son f)

TMK m.1/ son fıkraya göre “*Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.*”

- 4.8.1. Hukuk doktrininden yararlan,
- 4.8.2. Yerleşmiş yargı kararlarından yararlan,

İLKE 5. Uyuşmazlık konusu maddi olayın çözümü için hukuku uygula: Asli hukuk kaynağı olan kanun hükmünü uygula:

5.1. Kanunun Normlarının Kontexini (birbiriyle olan bağlamlarını) dikkate al: Kanun hükmünün uygulanma şekilleri:

- Birliktelik İlişkisi:
 - Normların Kümülatif Uygulanması,
 - Normların Alternatif Uygulanması,
 - Normların Paralel Uygulanması: Normların yarışması (TBK m.61).

Özel hukukta normların yarışmasında TBK m.60 hükmünü uygula: “*Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilirse hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.*”

- Dışlama ilişkisi : Normların uygulanamaması, normların çatışması. Çatışmadan doğan kanun (çatışma) boşluğunda hakimın hukuk yaratması Çatışmanın Giderilmesi

İlkeleri:

- Özellik İlkesi,
- Zamansal öncelik ilkesi,
- Alt normun üstün normun hiyerarşisine tabi olması ilkesi,
- Alternatif (seçim) ilavesi İlkesi ya da Tamamlama İlkesi,
- Kanuna Karşı Hilenin Önlenmesi İlkesi

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

5.2. Kanun normlarının uygulanmasını farklı boyutlara göre değerlendir:

5.2.1. Kişi boyutunda uygula,

5.2.2. Mekansal boyutta (Çoklu hukuk sisteminde) uygula:

5.2.2.1. Uluslararası boyutta.

- Devletlerarası boyutta
- Avrupa Birliği hukukunda (Doğrudan ve dolaylı uygulama)
 - Birincil kurallar
 - İkincil kurallar (Tüzük, Direktifler, Kararlar, Öneri ve Görüşler)
 - Üçüncül kurallar

5.2.2.2. Milli boyutta,

5.2.3. Yatay ve dikey ilişkide uygula :

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

5.2.3.2. Yatay ilişkide uygulama alanı (Özellik ilişkisi),

5.2.4. Kanun normlarının kombine edilmesi:

5.2.4.1. Niteliklerine göre uygula:

5.2.4.1. Emredici kanun hükmü,

5.2.4.2. Tamamlayıcı hukuk kuralları (özellikle atıf kuralları),

5.2.4.3. Yorumlayıcı hukuk kuralları,

5.2.4.4. Tanımlayıcı hukuk kuralları,

5.2.4.5. Düzen kuralları,

5.1.2.4.2. Talep esasına göre:

- a. Tam Hukuk kuralı,
- b. Bağımlı Eksik Hukuk kuralı /Yardımcı Hukuk kuralı
 - Tanım Kuralı,
 - Tamamlayıcı Hukuk Kuralı,
 - Yorumlayıcı hukuk kuralı,
 - Atıf kuralı,
 - İspat kuralları,
 - Özel İspat kuralları,
 - Faraziye (Fiksiyon) kuralları,
 - Kanuni karineler
- Sınırlı (eksik) hukuk kuralları

c. Bağımlı Eksik Hukuk kuralı /Yardımcı Hukuk kuralı

5.2.5. Zamansal boyutta uygula,

Temel Kurallar:

- Kural : Aksi yürürlük kuralında düzenlenmedikçe, kanunların yayınladığı anda yürürlüğe girmesi ilkesi,
- Kural : Yeni tarihli kanunun önceki kanunu yürürlükten kaldırması kuralı, (kanunların birbirini izlemesi ilkesi)
 - İstisna : Daha güçlü (üstün değerli) hukuk kuralının zayıf (değersiz) normu kaldırması/ uygulanmasını engellemesi
 - İstisna : Eski normun etkisini sürdürmesi
- Kural : Kuralların geriye yürümezliği ilkesi
 - İstisna : Kazanılmış hakların korunması ilkesi

- İstisna : Kamu düzeni ve genel ahlak kuralları
- İstisna : Emredici hukuk kuralları

5.2.6. Anlamsal boyutta uygula : Kanunun Yorumlanması ve Gerekçelendirilmesi.

İLKE 6. Kanunu yorumla, geliştir (tamamla ve düzelt) ve gerekçelendir (anlamsal boyutta uygula):

6.1. Kanunu Yorumlayarak Gerekçelendir :

- Yargı kararını yorum elemanları ile gerekçelendir,
- Kanun metnini amacındaki normatif değere uygun gerekçelendir,
- Gerekçelendirmede özel hukukta TMK m.1/I'de ifade edildiği “*Kanun, sözüyle ve özüyle deşindiğı bütün konularda uygulanır.*” şekliyle uygulayarak gerekçelendir:
- Kanunu uygularken, Kanunun terim ve metnini amaca uygun olarak subjektif amaçsal yorumu temel al; bunu önce sözel elemanla ve sonra diğeri yorum elemanları ile gerekçelendir,
- Kanunu uygularken, kanunun tamamlanmasında objektif amaca uygun yorumu; düzeltilmesinde objektif yorumu esas al,
- Yorum ilkeleri ile gerekçelendir,
- Yorum elemanlarının – araçlarının – gerekçelendirmedeki ağırlıklarını dikkate al¹²⁰:
- Öncelikli emredici normları uygula:
- Yorum kurallarını uygula,
- Karine kurallarını uygula,
- Gerekçelendirme yükü kurallarını uygula,
- Değerlendirme kurallarını uygula:
- Değerlendirme (hareketli sistemle) ve (sübjektif ve objektif görüşün birlikte uygulanması (kombinasyon teorisi)
- Anayasaya uygun yorum,
- Avrupa Birliğı hukukuna uygun yorum.

120 Bkz. Möllers (n 43) § 14, N 101.

-Kanunun amacına uygun olarak kanun hükmünü amaçsal daraltılmış ya da genişletilmiş şekliyle uygula.

6.1.1 Kanunun terimlerini amaca uygun yorumla (kavramsallaştır):

- Heck'in kavramsal Çekirge ve Kavramsal cÇerçeve Metodu
- Koch'un Üç Alan/Aday Metodu
- Greimas'ın Gösterge Bilim Dörtlüsü

6.1.2. Kanun 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. Sistemantik 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. Adaletle uygun yorum,

6.1.3.2. Temel hak ve özgürlere uygun 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. Kanunun Amacı (Özü) İle Kanun Metninin (Sözünün) Çatışmasında, Kanunun Amaca Uygun Yorumlanması İlkesi,

6.1.3.7.2. Anayasaya Uygun Yorum İlkesi, (Anayasa merkezli Yorum)

6.1.3.7.3. Avrupa Birliği Hukukuna Uygun Yorum İlkesi (AB Hukuku merkezli yorum),

6.1.3.7.4. Hukukun Genel İlkelerine (Kanun prensibine) Uygun Yorum İlkesi,

6.1.3.7.5. Yerleşmiş Yargı Uygulamasına ve Doktrine Uygun Yorum İlkesi,

6.1.4 Diğer gerekçelendirme metotlarından yararlan:

6.1.4.1. Eşyanın niteliği (özü) metodu

6.1.4.2. Topik (İlke) Metodu

Viehweg'in topik (ilke) hukukçuluğu görüşü.

Esser'in çağdaş retorik gerekçelendirme görüşü

Tipiklik Metodu :

Tipin oluşturulması ve tipiklik dizisi (katalogu) Tip/ Olay/ Karar karşılaştırılması.
Larenz'in tipiklik görüşü

6.1.5. Kanun hükmünün amacını dikkate alarak hükmü daraltarak ve genişleterek yorumlama (Amaçsal genişletme ve Amaçsal daraltma).

6.2. Hukuku geliştir (Hakimin hukuku) :

Hukuku geliştirirken,

- *contra legem* hukukun gelişmesinde (düzeltilmesinin) kabul edilmediği halleri dikkate al;
- Ön şart : Adalet aykırılık,
- Hukuk güvenliğinin ihlali,
- Eşitlik ilkesinin ihlali,
- Kanunilik ilkesinin ihlali,
- Hukukun Genel İlkeleri, Özellikle Kanun Prensiplerinin ihlali
- Değerlerin , özellikle temel hak değerlerinin ihlali, değer olarak Güvenin korunması ilkesinin ihlali,
- Kanunların çatışmaması,
- *intra legem extra ius* hukukun geliştirilmesinde zorunlu olduğu halleri dikkate al:

Ön şart : Adaletin gerekli kılması,

- Birincil hukukun uygulanması,
- Birincil hukuka uygun hukukun geliştirilmesi (tamamlanması),
- Temel hakların ihlalin korunması:
 - Anayasa merkezli yorum ve
 - Anayasaya uygun yorum.

6.2.1. Kanunun Tamamla:

Metodu: Sübjektif Yorum

6.2.2. Kanunun Düzelt:

Metodu: Objektif Yorum + Hukuk idesi :Adalet

Kanunu Düzeltme Şekilleri:

6.2.2.1. Amaçsal Düzeltme (Amaca Uygun Düzeltme).

6.2.2.2. İlkesel Düzeltme (Hukukun Genel İlkesine Uygun Düzeltme).

6.2.2.3. Normların Çatışmasının Düzeltilmesi.

6.3. Hukuku somutlaştır:

Metotları:

6.3.1. Tip/olay/dava karşılaştırma metoduyla somutlaştırma,

6.3.2. Hareketli Sistem metoduyla somutlaşma.

Willburg'un hareketli sistemi .

Uygulama Alanı:

- Genel (İç Boş) Kavramların Somutlaştırılması (Örneğin, takdir yetkisinin somutlaştırılması),
- Genel Hukuk İlkelerinin (Hukuk Prensiplerinin) Somutlaştırılması (Örneğin, Anayasal ilkelerinin somutlaştırılması).

İLKE 7. Mantıksal işlemle (dedüksiyonla) maddi olaya kanun normunu hukuki olgularını uygula:

Formal Mantık – Maddi Mantık

Klasik Mantık – Modern (Matematik/ Sembolik) Mantık

Klasik Mantık – Önergeler Mantığı – Niceleme/Yüklem Mantığı

Temel mantık kuralı: ‘*tümü (her) ...dir.*’ : ‘*ya hep ya hiç.*’

Çeşitleri:

- Dolaylı dedüksiyon : tasım : olumlu tasım – olumsuz tasım
 - Basit (kategorik) tasım
 - Bileşik (kategorik olmayan) tasım
- Dolaysız dedüksiyon :
 - Karşı (zıd) anlam
 - Karşıtlık dedüksiyon
 - Altlık (kapsama) dedüksiyon
 - Çelişki dedüksiyon
 - Eşdeğerlilik
 - Evirme
 - Çevirme
 - Devirme.

Temel formu :

$A_x(T_{1x} R_{1x})$: Tüm x 'ler için geçerlidir. Ne zaman x , T_1 olgusunu gerçekleştirirse, o zaman x için R_1 hukuki sonucu geçerli olur.

T_{1a} : a , T_1 olgusunu gerçekleştirmiştir.

R_{1a} : a için R hukuki sonucu geçerlidir.

Klasik örnek:

Büyük Önerme : Bütün **insanlar** ölümlüdür.

Küçük Önerme : *Sokrates* **insandır**.

Sonuç : O halde, *Sokrates* ölümlüdür.

Hukuktan örnek :

Hukuk normu : Tüm katiller cezalandırılır.

Maddi olay : A katildir.

Hukuki sonuç (yargı kararı): A cezalandırılır.

Temel Mantık İlkeleri:

- Özdeşlik ilkesi
 - ‘Her şey kendisi ile özdeşdir.’
 - Temel formu : ‘**x, x’dir.**’
- Çelişmezlik ilkesi
 - ‘X hem A hem de A olmayan olamaz.’
 - ‘**X, X olmayandır.**’
- Üçüncü durumun olanaksızlığı ilkesi
 - İkili gerçekliğe göre :doğru ve yanlış
 - ‘**Her x, ya A ya da A olmayan olmalıdır.**’
 - Üçlü gerçekliğe göre : doğru, yanlış, nötr
- Leibniz’in nedensizlik (özü nedensiz olgu olmaz) ilkesi

İLKE 8. Hukuki çözümü (yargı kararını) 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,

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

- Temel (önemli) sonuç beklentisi için olasılık tahmini,
- Belirli maddi olgu ve belgelere göre hukuki sonuçlar içinde temel (önemli) sonucun değerlendirilmesi,
- Belirsiz olan maddi olgu ve belgelere göre hukuk sonuçlar içinde temel (önemli) sonucun değerlendirilmesi.

İLKE 10. Yargı kararını oluşturma stratejisinin belirle ve bu stratejinin sonuçlarını değerlendir:

İLKE 11. Yargı kararının hukuki sonucunu ve uygulanabilirliğini denetle:

Yargı kararını;

11.1. Hukukilik (yasallık) kriterleriyle denetle,

11.2. Hukukun Gerçekliğine Uygunluğunu Denetle:

11.2.1. Mantıksal işlemle (endüksiyonla) denetle,

11.2.2. Yargı kararını 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 benimseyebilirliğini (kabul edilebilirliğini) denetle,

11.5. Hukukun (Hakkın) Fonksiyonu (işlevselliği) kriterleriyle denetle,

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

a. Genel Olarak

Mevlana Celaleddin'in söylediği üzere, “Ne kadar bilersen bil; anlatabildiğin, karşıdakinin anlayabildiği kadardır.” Onun için doğru ve haklı sonucun, – öğrencinin doğru çözümünün-, açıklık, kısalık ve bütünlük içinde ortaya konulamaması halinde, varılan sonuç başarılı olmaz, en azından sonucun başarı gücü gölgelenir¹²¹. Hirş’in ifade ettiği gibi, “Uyuşmazlığı tam olarak açıklayınız, fakat kısa kesin. Dış görünüşe de önem veriniz”¹²².

Doğru sonucu yazma, kişinin yeteneğine bağlı değildir. Yazma zevk ve alışkanlığına sahip olan, yazma tekniğini ve dil kurallarını bilen, plân ve paragrafların oluşmasıyla ilgili gerekli deneyimi bulunan

121 Bu konuda bkz. Zevkliler (n 107) 421; Hirş (n 12) 92; Karayalçın ve Yongalık (n 117) 272.

122 Hirş (n 12) 95.

herkes, zamanla başarıya ulaşır. Bunun için hukukçunun, özellikle hakimin kendini yetiştirmesi, geliştirmesi ve düzeltmesi gerekir.¹²³

b. Yargı Kararının Açık Olması

Yargı kararı açık, kısa, net ve anlaşılabilir ifadelerle ortaya konulması gerekir¹²⁴. Yargı kararında kullanılan ifadede duru bir şekilde günlük yaşam dili tercih edilmeli¹²⁵, mümkün olduğunca gerekli olan yerde kanun metninde kullanılan terim ve cümlelerde uzmanlık dili (hukuk) kullanılmalıdır¹²⁶. Özellikle, hukuk terimleri ilgili hukuk bilim dilinde kanundaki anlamıyla kullanılmalıdır.

İfadenin açık olabilmesi için aşağıdaki nitelik ve özelliklere sahip cümleler kullanılmalıdır:

aa. Hâkim Yargı Kararında Basit, Yalın ve Kolay Cümleler Kullanmalı

Yargı kararı ifadeleri basit, kolay ve anlaşılabilir olmalıdır. Yargı kararında, dolambaçlı ve ağdalı ifadelerden kaçınılmalıdır. Cümledeki ifade gereksiz yere uzatılmamalı, gereksiz ayrıntılara yer verilmemelidir.

Özellikle dolambaçlı ya da ağdalı hukuki çözüm veya iddia ifadeleri, muhatabını, olay çözümünü denetleyen öğretim üyesini, yargılamada hâkimin vereceği kararının kanun yolundaki denetimini olumsuz etkiler. Bu dolambaçlı ya da ağdalı ifadeler hâkimin bilgisizliğini ya da kararın haksızlığını örtme ya da doğru karardan sapma saptırma çabası olarak algılanabilir.

Güzel söz yazma ya da söyleme (hitabet) sanatı elbette en uygun ifade tarzıdır, ancak bunun kötüye kullanılmaması gerekir. Kötüye kullanma, olayın gerçeğini gizleme, saklama, saptırma ya da yargılamayı uzatma, akıl karışıklığına sebep olma vb. şekilde olabilir. Güzel söz söyleme iddianın ya da savunmanın ya da verilen kararının anlaşılmasını kolaylaştırır ve bunları basitleştirir. Bir ifade mümkün olduğunca basitleştirmeli, duru bir Türkçe kullanılmalıdır.

İddia ya da verilen yargı kararı, – öğrencinin çözümü – makul ve haklı olduğu konusunda ikna edici olmalıdır. İfadede kullanılan kelime ve cümleler ne kadar basit olursa o kadar kolay anlaşılabilir olacaktır.

bb. Hâkim Yargı Kararında Düzgün Cümleler Kullanmalı

Yargı kararındaki cümlelerde, gerekçenin kapsamı ve içeriği düzgün bir şekilde ortaya konulmalıdır. Cümle içindeki ifadeyle yargı kararında amaçlanan gerekçeyi anlamaya uygun kelimeler seçilmeli;

¹²³ Enise Kantemir, *Yazılı ve Sözlü Anlatım* (Engin Yayınevi 1997) 114.

¹²⁴ Üslupta açıklık ve objektiflik için bkz. Hırş (n 12) 123 vd.

¹²⁵ Zevkliler, arı Türkçe kullanılmasını tavsiye etmektedir. Bkz. Zevkliler (n 107).

¹²⁶ Antalya, *HBK C. I: HT* (n 1) N 2602.

yani kim, kime, neyi, niçin, nasıl, nerede, ne zaman, hangi vb. şeklindeki bilgiler, net olarak düzgün ifadelerle yargı kararında ortaya koymalıdır.

Yargı kararında kullanılan düzgün ifadeli düzgün cümle, düzgün bir şekilde anlamı açıklar. Yargı kararında, devrik cümle kullanmaktan kaçınmak gerekir.

İddia ya da savunma, olay ve kurala uygun şekilde doğrudan ifade edilmelidir; dolaylı ifadelerinden, özellikle karşıt kavram kanıtı şeklindeki ifadelerden kaçınılmalıdır.

cc. Hâkim Yargı Kararında Kısa ve Öz Cümleler Kullanmalı

Anlaşılabilir ifade en iyi kısa cümlelerle ifade edilir; bunun için de yargı kararında uzun ve birleşik cümlelerden kaçınılmalıdır. Zaten en zor ifade kısa olarak ifade edilebilir.

Yargı kararında ve onun gerekçesinde, aynı cümle ya da paragraf veya paragraflar içinde birbiriyle çelişkili, karmaşık ve zıt ifadeler kullanılmamalıdır.

Cümle içinde cümle kullanmaktan kaçınılmalıdır. Yargı kararında, uzun cümleler içinde anlatmak istenilen ifade kaybolmamalı, cümlelerin içinde de muhataplar kaybolmamalıdır.

Güzel sözler kısa ve özlü olur. *Pascal*'ın yazdığı üzere “*Bu mektubu her zamanınkinden uzun yazıyorum, çünkü kısa yazacak kadar vaktim yok*”.

dd. Hâkim Yargı Kararında Münasebetsiz Cümleler Kullanmamalı

Hukukçunun, özellikle hâkimin kullandığı cümle üsluba uygun olmalı, münasebetsiz ifadeler içermemelidir. Yargı kararı resmi yazı olduğundan, kararda özlü ve resmi bir üslup kullanılmalıdır.

Hâkim yargı kararında, bağımsızlığını ve tarafsızlığını ya da objektifliğini tereddüde düşürecek ifadelerden kaçınılmalıdır.

HMK m. 32/2’de “Okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz olan dilekçenin yeniden düzenlenmesi için uygun bir süre verileceği ve bu dilekçenin dosyada kalacağı, verilen süre içinde yeni bir dilekçe düzenlenmezse, tekrar süre verilmeyeceği” düzenlemiştir¹²⁷. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, nezaket ve saygı kuralları içerisinde kalınarak icapsız sözlere yer verilmeyen ve hukuk kuralları dışına çıkan münasebetsiz temyiz evrakının yeniden düzenlenmesi halinde inceleneceğine karar vermiştir¹²⁸.

¹²⁷ Yargıtay 19 HD, E 2011/8814 K 2011/11780, 3.10.2011 sayılı kararında “Davalı vekilinin karar düzeltme dilekçesinde, yerel mahkeme hakimine yönelik olarak savunma sınırlarını aşan icapsız sözlerin yer aldığı görülmüştür. Bu haliyle karar düzeltme dilekçesinin münasebetsiz evrak niteliğinde olduğunun kabul etmiştir.”

¹²⁸ Yargıtay HGK, E 2007/9-22 K 2007/18, 24.1.2007.

ee. Hâkim Yargı Kararında Dil Bilgisine Uygun Cümleler Kullanmalı

Yargı kararı, cümle dilbilgisi (yazım) kurallarına uygun bir şekilde yazıldığında, yazıda ifade edilmek istenenin yanlış anlaşılması engellenir; ifade anlaşılır olur.

Yargı kararında yazım kurallarına uyma, iletişimi kolaylaştırma ve yazmada birliği sağlamaya hizmet eder¹²⁹.

Özellikle özne yüklem ve tümleş ilişkisine dikkat edilmelidir. Cümle içinde ya da cümleler arasında kullanılan bağlaçlar da anlamlarına ve dil bilgisi kurallarına uygun olarak kullanılmalıdır. Dil bilgisi kurallarına dahil olan noktalama işaretlerine dikkat edilmelidir.

c. Yargı Kararı Konuya Uygun Kısalıkta Olmalı

İfade amaca ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır, ne eksik ne de fazla cümleyle oluşturulmalıdır. İfade amaca uygun kapsam ve içeriği, saf özü ifade eden kısalıkta olmalıdır¹³⁰.

İfadede tekrardan kaçınılmalı, gereksiz uzun cümlelere yer verilmemelidir. İfadelerde ilgisi olmayan şeylere yer vermemeli, gereksiz ayrıntıya girilmemeli, karmaşaya yer vermemelidir. İfadede konu dışına çıkılmamalıdır¹³¹.

Kısa ve özlü ifadeler, ilgisinin konuyu sıklımadan dikkatine vererek okumasına, anlatılanı anlamasına ve anlatılanı izlemesine yardımcı olur.

Yargılamada sözlü ifade süresi sınırlı olduğundan, hâkim ve dava tarafları bu süreyi akılcı kullanmak zorundadır. Bu sebeple soruyu yeterli özde ve kısalıkta cevaplamak durumundadır. Soru dışında akla gelen muhtemel sorunları tartışmak ve bunları cevaplamak, kısıtlı süre içerisinde mümkün değildir. Öğrenci ayrıntılarda boğulmamalı ve ayrıntıda kaybolmamalıdır. Sorunun özünü kaybetmeden, cevabı cevabın temel esaslarını kapsayacak şekilde kısa ve öz bir biçimde vermelidir. Uсталık, sorunun cevabını, kapsamlı ancak özlü bir şekilde kısaca vermektir.

Zamanla ve uygulamayla kazanılan bu özlü ve kısa anlatım ustalığı, her hukukçunun, özellikle hâkimin en önemli yeteneğidir. Hâkim özellikle uzun yargı kararlarında gerekçesini tartıştıktan sonra kısa ve öz özet bir ara gerekçe ortaya koymalıdır. Uygulamada avukatlar da uzun dilekçelerde ya da uzun anlatımlarda, ara özetlere yahut dilekçenin sonunda ya da her ilgili bölümün sonunda – bir kısa özete yer vermelerinde yarar bulunmaktadır.

129 Bkz. Cahit Kavcar, Ferhan Oğuzkan ve Sedat Sever, *Türkçe Öğretimi* (Engin Yayınevi 1997).

130 Zevkliler (n 107) 429 vd.

131 Hirş (n 12) 96.

d. Yargı Kararı Bütün Olmalı

Yargı kararı metni, aynı anlam etrafında toplanan, biçimce de birbirine bağlanan fikirlerden, mantıklı bütünlük taşıyan cümlelerden meydana gelir. Yargı kararını oluşturan paragraflar ve paragrafın yapısını belirleyen temel öge olan cümleler belli bir mantıklı sıralama içinde bir bütünlük taşımalıdır.

Metin ve onu oluşturan paragraflara ilişkin cümleler arasında, metnin kendine özgü yapısı içinde düşünsel ve sistematik bir bütünlük bulunmalıdır¹³².

Doğru anlatımlı bir paragrafta her cümle kendinden önceki cümlenin devamı, kendinden sonraki cümlenin ise hazırlayıcısıdır. Bunun için de cümleler arasındaki dil ve anlatım ilişkisi bir bütünlük içinde ortaya konulmalıdır. Çünkü bu bütünlük olmadan cümleler arasında ilişki oluşturulamaz. Her cümle, kendi içinde taşıdığı anlam ve paragrafta yüklendiği göreviyle metindeki düşüncüyü belirgin bir şekilde ortaya koyar.

aa. Hâkim Yargı Kararını Belirli Bir Düşünsel Sırayla ve Sistematik Sıralamayla İfade Etmeli

Doğru yazabilmek için, doğru düşünmek gerekir. Düşündükten sonra da düşünceleri doğru ve amaca uygun düşünsel ve sistematik sırayla anlatabilmek lazım gelir¹³³. Anlatılanlar doğru ve uygun şekilde yazıya dökülmelidir. Düşüncenin nasıl ifade edileceği, bu düşünce yazıya dökülmeden önce planlanmalı ve yapılan plana göre düşünce yazıya geçirilmelidir¹³⁴.

Belirli bir sıra ile ifade, aynı olaya ilişkin maddi olgular ile kanun normunun hukuki olguları arasındaki bağ ile diğer hukuki olgular arasındaki mantıklı ve hukuki bir bağın belirli mantıklı bir uyumla ve sırayla açıklanması anlamına gelir.

Olayın gelişiminin değerlendirilmesi, olayların tarih sırasına göre yapılmalı; önceki olayların sonraki olaylarla olan ilişkisi ve etkisi göz ardı edilmemelidir. Ancak kanun hükmünün, değerlendirme yapılırken belirli bir anın esas alınmasını öngörmesi durumunda, bu ana göre tespit ve değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin, miras hukuku değerlendirmelerinde miras bırakanın ölüm tarihi esas alınır.

Olayın çözümünde hukuki olgu olarak önem taşıyan ve hukuki sonucu etkileyen “etkin” hukuki olgular ön planda tutulmalıdır. Olayın olgularından önemli olan önemsiz; değerli olan değersiz tercih edilmelidir. Olayın olguları bu sıralamaya göre incelenmeli ve değerlendirilmelidir; bu sıralama çerçevesinde olgular ifade edilmelidir. Önemsiz olay olgusu önemli olan olgunun önüne çıkmamalı, önemli olguyu örtmemelidir.

Yargı kararında, “*önemli olan ilk intiba*” olacağından, maddi olayın ve bunun hukuki çözümünün ve de dayandığı gerekçelerin önemli ve can alıcı noktalarını öne çıkarmalıdır. Önemsiz noktalarla uğraşarak yargı kararının temel esasının gölgelenmesine ve kaybına sebebiyet verilmemelidir.

132 Zevkliler (n 107) 432 vd.

133 Hırş (n 12) 112; ibid 433.

134 Hırş (n 12) 98.

BB. HÂKİM YARGI KARARINDA İFADELERİ ARASINDA MANTIKİ BİR İLİŞKİ OLMALI

Ortaya konulan anlatımda ifadeler, kendi içinde uyumlu olmalıdırlar, mantıksal olarak birbirlerine uygun olmalıdır ve birbirleri ile çelişmemelidirler¹³⁵. Anlatım sadece belirli bir sıra içinde olmamalıdır, aynı zamanda mantıksal bir uyum içinde amaca uygun ifadelerle anlatılmak istenen ortaya konulmalıdır. Anlatımda kullanılan ifadeler, anlatımla arzulanan amaca uygun olarak, çelişkisiz bir şekilde ve mantıki ilişki içinde yazıya aktarılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Adomeit K, 'Methodenlehre und Juristenausbildung' (1970) Zeitschrift für Rechtspolitik 176 vd.
- Adorno TW, 'Marginalien zu Theorie und Praxis' in Theodor W Adorno (ed), *Stichworte, Kritische Modelle 2* (Suhrkamp 1969).
- Antalya OG ve Topuz M, *Marmara Hukuk Yorumu Cilt I Medeni Hukuk (Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri)* (4. Baskı, Seçkin 2020).
- Antalya OG, 'Hukuk Öğrencisinin Pratik Çalışma – ya da Sınav – Olayının Hukuki Çözüm Metoduna Hakim On İki Metodolojik Temel İlke' (2021) 27(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 440 vd.
- 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].
- Antalya OG, *Marmara Hukuk Yorumu Cilt V/1, 1 Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri)* (2. Baskı, Seçkin 2019).
- Arnim HH and Brink S, *Methodik der Rechtsbildung unter dem Grundgesetz* (Speyer 2001).
- Bydlinski F, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (2nd edn, 1991)
- Diederichsen U and Wagner G, *Die BGB-Klausur* (9th edn, CH Beck 1997).
- Eidenmüller H, 'Rechtswissenschaft als Realwissenschaft' (1999) *Juristenzeitung* 53 vd.
- Engisch K, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung* (3rd edn, Winter 1963).
- Esser J, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (2nd edn, Athenäum 1972)
- Fikentscher W, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung* (Mohr Siebeck 1977).
- Gadamer HG, *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik* (5th edn, Mohr Siebeck 1986).
- Hesse K, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (CF Müller 1999).
- Hirsch HJ, 'Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht' in Hans-Heinrich Jescheck and Theo Vogler (eds), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989* (De Gruyter 1989).
- Hirş EE, *Pratik Hukukta Metot* (8. Baskı, BTHAE 2017).
- Hoffmann-Riem W, 'Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft' in Eberhard Schmidt-Aßmann and Wolfgang Hoffmann-Riem (eds), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft* (Nomos 2004).
- Honsell H and Mayer-Maly T, *Rechtswissenschaft: Die Grundlagen des Rechts* (Nomos 2017).
- Höhn E, 'Wie grau ist die Theorie? Gedanken zum Verhältnis von Doktrin und Praxis in der Jurisprudenz' (1994) *Aktuelle juristische Praxis* 412 vd.

135 Hirş (n 12) 96; Zevkliler (n 107) 434 vd.

- Kant I, 'Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis' in Immanuel Kant, Friedrich von Gentz and August Wilhelm Rehberg (eds), *Über Theorie und Praxis* (Suhrkamp 1967).
- Kantemir E, Yazılı ve Sözlü Anlatım (Engin Yayınevi 1997).
- Kavcar C, Oğuzkan F ve Sever S, *Türkçe Öğretimi* (Engin Yayınevi 1997).
- Kilian W, *Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung* (Athenäum 1974).
- Kirchhof G, *Grundrechte und Wirklichkeit* (CF Müller 2007).
- Koch H and Rüssmann H, *Juristische Begründungslehre* (CH Beck 1982).
- Kriele M, *Recht und praktische Vernunft* (Vandenhoeck & Ruprecht 1979).
- Kriele M, *Theorie der Rechtsgewinnung* (2nd edn, Duncker & Humblot 1976).
- Krüger F, Nicht-lineares Information Retrieval in der Juristischen Informationssuche (Elwert 1997).
- Larenz K and Canaris CW, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (3rd edn, Springer 1999).
- Larenz K, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (6th edn, Springer 1991).
- Laudenklos F, '„Juristische Methodik“ bei Friedrich Müller (geb. 1938)' in Joachim Rückert and Ralf Seinecke (eds), *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner* (2nd edn, Nomos 2012).
- Lautmann R, *Justiz – die stille Gewalt* (VS 1982).
- Mastronardi P, *Juristisches Denken* (2nd edn, UTB 2003).
- Metzger A, *Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht* (Mohr Siebeck 2009).
- Möllers TMJ, *Juristische Methodenlehre* (CH Beck 2017).
- Müller F and Christensen R, *Juristische Methodik Band I: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis* (11th edn, Duncker & Humblot 2013).
- Müller F, *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung, von Methodik und Sprache* (2nd edn, Duncker & Humblot 2013).
- Müller F, *Recht – Sprache – Gewalt* (Duncker & Humblot 1975).
- Müller F, *Richterrecht* (Duncker & Humblot 1986).
- Olzen D and Wank R, *Zivilrechtliche Klausurenlehre* (6th edn, Vahlen 2010).
- Opp K and Peuckert R, *Ideologie und Fakten in der Rechtsprechung: Eine soziologische Untersuchung über das Urteil im Strafprozess* (Goldmann 1980).
- Radbruch G, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (Koehler 1969).
- Rehbinder M, *Rechtssoziologie* (2nd edn, CH Beck 1989).
- Rottleuthner H, *Richterliches Handeln, Zur Kritik der juristischen Dogmatik* (Athenäum 1973).
- Rückert J and Seinecke R, 'Zwölf Methodenregeln für den Ernstfall' in Joachim Rückert and Ralf Seinecke (eds), *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner* (3rd edn, Nomos 2017).
- Rückert J, 'Einführung' in Joachim Rückert and Ralf Seinecke (eds), *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner* (2nd edn, Nomos 2012).
- Ryle G, *Der Begriff des Geistes* (Reclam 1969).
- Schapp J, 'Der Fall in der juristischen Methodenlehre' in Gottfried Gabriel and Rolf Gröschner (eds), *Subsumtion, Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre* (Mohr Siebeck 2012).
- Schmidt E, 'Gesetzgebung, Rechtspraxis und Jurisprudenz als Gegenstände kritischer Betrachtung' (1986) 1/69 (1/2) *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1 vd.
- Schmidt-Aßmann E and Hoffmann-Riem W, *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft* (Nomos 2004).

- Schneider E, Harald Schneider and Helmuth Brauer, *Der Zivilrechtsfall in Prüfung und Praxis* (7th edn, Vahlen 1988).
- Schneider J, 'Theorie juristischen Entscheidens' in Frank Saliger, Winfried Hassemer and Ulfrid Neumann (eds), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (9th edn, CF Müller 2016).
- Schwacke P, *Juristische Methodik: Mit Technik der Fallbearbeitung* (5th edn, Deutscher Gemeindeverlag 2011).
- Tiedemann K, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht* (Mohr Siebeck 1969).
- Valerius B, *Einführung in den Gutachtenstil* (3rd edn, Springer 2009).
- Vogel J, *Juristische Methodik* (De Gruyter 1998).
- Voßkuhle A, 'Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht' in Hartmut Bauer, Detlef Czybulka, Wolfgang Kahl and Andreas Voßkuhle (eds), *Umwelt, Wirtschaft und Recht* (Mohr Siebeck 2002).
- Wälde TW, *Juristische Folgenorientierung* (Athenlium 1979).
- Wieduwilt H, 'Die Sprache des Gutachtens Aufsatz' (2010) *Juristische Schulung* 288 vd.
- Wiethölter R, 'Sanierungskonkurs der Juristenausbildung?' (1986) 1/69 (1/2) *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 21 vd.
- Wolf J, 'Die unterschätzte Bedeutung des Sachverhalts in Juristenausbildung und Rechtswissenschaft' in Hermann Butzer, Markus Kaltenborn and Wolfgang Meyer (eds), *Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat: Festschrift für Friedrich E. Schnapp zum 70. Geburtstag* (Duncker & Humblot 2008).
- Yongalık A ve Karayalçın Y, *Hukukda Öğretim Kaynakları Metod-Problem Çözme* (8. Bası, BTHAE 2020).
- Zevkliler A, 'Hukuk ve Öğreti' (1994) (3) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 375 vd.

Milletlerarası Özel Hukukta Uygulanacak Hukukun *Lex Fori* Esasına Göre Belirlenmesi

The Determination of Applicable Law Based on *Lex Fori* in Private International Law

Sibel Özel* 

ÖZ

Lex fori terimi uyuşmazlığa bakan mahkemenin hukukunu, bir başka ifadeyle forum devletinin hukukunu işaret etmektedir. Milletlerarası özel hukukta genel kural usulî meselelere *lex fori*'nin uygulanması, buna karşılık esasa uygulanan hukukun bir bağlama kuralı aracılığıyla belirlenmesidir ki bu hukuk yabancı bir hukuk olabileceği gibi *lex fori* de olabilir.

Kanunlar ihtilafı hukukunda *lex fori*'nin esasa uygulanacak hukuku belirleyen genel bir kural olması yaklaşımı kabul edilmemektedir; bununla birlikte *lex fori*'nin uygulanmasına imkân tanıyan milletlerarası özel hukuk yöntemleri bulunmaktadır. Uygulanacak hukuk forum devletinin kamu düzeni ile çatışmıyorsa, o hukuk uygulanmaz; yerine *lex fori* uygulanır. Her devletin siyasi, sosyal ve ekonomik yapısını koruyan müdahaleci kuralları bulunmaktadır ve bu maddi hukuk kuralları, kapsama alanındaki bütün meselelere uygulanacak hukuk ne olursa olsun doğrudan uygulanırlar.

Renvoi *lex fori*'nin uygulandığı bir başka yöntemdir. Yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralları *lex fori*'ye iade atfı yaptığında, forum devletinin hâkimi bu atfı kabul ederek kendi hukukunu uygulayacaktır. Forum devleti mahkemesi uygulanacak yabancı hukukun içeriğinin tespit edilememesi halinde de kendi hukukuna göre hüküm verecektir. Bunun dışında modern kanunlar tek taraflı kanunlar ihtilafı kuralları getirerek *lex fori*'nin uygulanmasını sağlamaktadır. Belirli durumlarda bu kural sadece politik bir tercihe dayanmaktadır.

Bu makale milletlerarası özel hukukta *lex fori*'nin uygulanmasının artık milliyetçi ya da şovenist bir yaklaşım olarak kabul edilmediğini öne sürmektedir. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu ile kıyaslandığında MÖHUK'un *lex fori*'yi daha fazla konuda esas almamış olması eleştiriye açıktır.

Anahtar Kelimeler: *Lex Fori*, Uygulanacak Hukuk, Kamu Düzeni, Müdahaleci Kurallar, Atf (Renvoi), Tek Taraflı Kanunlar İhtilafı Kuralı

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı, ORCID: 0000-0003-4027-6258.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Sibel Özel

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

Geliş Tarihi/Received: 01.09.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 20.11.2022

ABSTRACT

The term “*lex fori*” refers to the law of the court seized with a case, in other words, the law of the forum state. In private international law, it is a general rule that procedural issues are governed by *lex fori*; whereas the applicable law to substance is regulated by a conflict rule which refers either to *lex fori* or a foreign law.

Regarding conflict of laws, the *lex fori* approach is not supported as a general rule to applicable law, however, there are some private international law tools that allow *lex fori*. When the applicable foreign law is incompatible with the public policy of the forum state, that law will not apply, and *lex fori* will instead govern the dispute. Every state has overriding mandatory rules which safeguard its political, social or economic organization and those substantive rules will apply directly all cases falling within their scope irrespective of the law otherwise applicable.

Renvoi is also another way of application of *lex fori*. When conflict of laws of the designated foreign law refers back to *lex fori*, the judge of the forum state will accept that referral and apply its own law. Also, the forum state applies its own rules if the content of the applicable foreign law cannot be established. Moreover, the modern codifications include unilateral conflict of law rules in order to apply *lex fori*. In some cases, it is based on just a political choice.

This article argues that the application of *lex fori* in private international law will no longer characterized as a nationalist or chauvinist approach. In comparison to Swiss Private International Law Act it is fair to say that Turkish Private International Law Act should have used more *lex fori* approach.

Keywords: *Lex Fori*, Applicable Law, Public Policy, Mandatory Rules, Renvoi, Unilateral Conflict Rule

I. GENEL OLARAK

Lex fori terimi uyuşmazlığı çözümleyecek mahkemenin kendi hukukunu ifade etmektedir. Bu bağlamda mahkemenin hukuku usulî meselelere mutlak olarak ve esasa ilişkin meselelerde ise belli durumlarda uygulanmaktadır.

Usulî meselelerin *lex fori*'ye tâbi olması tartışmasız kabul gören genel bir ilkedir. Bu ilke açıkça kanun maddesinde yer almasa bile usulî olarak vasıflandırılan her meselede doğrudan *lex fori* uygulanır: *lex fori regit processum*¹. Hangi meselelerin usulî ve hangilerinin esasa ilişkin olduğunun ayrımı vasıflandırma ile gerçekleşir ve bu vasıflandırma da *lex fori*'ye göre yapılır. Sonuç itibarıyla usulî olarak vasıflandırılan meselelerde hangi hukuk uygulanacak tartışması yapılmamakta ve forum devletin hukuku uygulanmaktadır.

Milletlerarası özel hukuk açısından usul kavramı uyuşmazlığın esastan sonucunu en az etkileyecek konular için kullanılmaktadır. Usulî meseleler yabancı hukukun uygulanmasının pratik ihtiyaçlara uygun olmadığı durumlarda kendini göstermektedir. Bu itibarla teorik olarak maddi sonucu etkilemeyeceği düşünülen hususlar ile taraflar ve mahkeme açısından yabancı usul kurallarını öğrenme ve uygulamanın daha fazla yük getireceği hususlar usulî olarak vasıflandırılmaktadır².

1 Marta Requejo Isidro, ‘Lex Fori (lex fori in proprio foro)’ in Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari and Petro de Miguel Asensio (eds), *Encyclopedia of Private International Law* (Edward Elgar Publishing (2017) 1105-1113 <<http://hdl.handle.net/11858/00-001M-0000-002E-9722-C>> accessed 13 July 2022.

2 Michael Bogdan, ‘Private International Law as Component of the Law of Forum’ (2011) 348 *Recueil des cours* 9, 151.

Bu noktada usulî meselelerle esasa ilişkin meseleler ayrımında yapılacak vasıflandırmanın *lex fori*'ye tâbi olması, her ülkenin usulî mesele tanımında farklı tercihlerde bulunabileceği sonucunu doğurmaktadır. Örneğin İngiliz hukukunda zamanaşımı meselesi usulîdir ve İngiliz mahkemesi zamanaşımıyla ilgili meselelerde yabancı hukuku uygulamayı reddederek *lex fori* olarak İngiliz hukukunu esas almaktadır³. Aynı şekilde özellikle Amerikan hukukunda, yabancı hukukun uygulanmasını engellemek ve uyumsuzluğu *lex fori*'ye tâbi kılmak amacıyla bir meselenin usulî olarak vasıflandırılması mümkün olabilmektedir⁴.

Esasa uygulanacak hukukun tespiti ise tek taraflılık ya da çok taraflılık yöntemi ile gerçekleşmektedir. Geleneksel ya da klasik metodoloji Savigny ile başlayan çok taraflılık yöntemidir. Burada yabancılık unsuru taşıyan hayat ilişkisi bir bağlama kuralı aracılığıyla en yakın bağlantılı hukuka bağlanmaktadır. Bağlama noktası (milli hukuk, mutad mesken, ika yeri vb.) bir vakıayı işaret etmektedir ve vakıanın gönderdiği hukuk başlangıçta bilinmemektedir; *lex fori* olabileceği gibi yabancı bir hukuk da olabilir.

Çok taraflılık yönteminin esası hukuk sistemlerinin birbiriyle eşit olduğu ve *lex fori* ile yabancı hukukun kolayca yer değiştirebileceği varsayımına dayanmaktadır. Bu yöntem uygulanacak hukukun içeriği ile ilgilenmemekte ve sonuç yeknesaklığını hedeflemektedir⁵. Çok taraflılığın zıddı olan tek taraflılık yönteminde ise maddi hukuk kuralları tek taraflı olarak kanunlar ihtilafı meselelerine de uygulanmaktadır. Bir başka ifadeyle maddi hukuk kuralı kapsama alanına yabancılık unsuru taşıyan ilişkileri de dahil etmiştir. Bu noktada karar verilmesi gereken husus, hukuk kuralının belirli bir duruma uygulanma yetkisinin olup olmadığının tespiti⁶. Bu yöntemde hayat ilişkisi bir hukuk sistemine bağlanmamakta; tam tersi yönden hareketle hukuk kuralının o ilişkiye uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmektedir. Bu itibarla *lex fori*'nin maddi kuralları uygulama alanını ülkesel ya da kişisel olarak sınırlamaktadır⁷. Tek taraflılık yöntemi tarihsel olarak çok taraflılıktan önce gelmektedir ve Ortaçağ Statücüler döneminde kanunlar ihtilafı meselelerinde kullanılmıştır. Kuzey İtalya'da şehir devletlerinin hukuklarının (statuta) hangi hukuki ilişkileri kapsadığı ele alınmıştır. Statücüler hukuk kurallarını nesnel (*real*), ülkesel veya şahsi (*personal*) olarak ayırmışlar ve buna göre bir hukuk kuralı ülkesel ise kuralın sadece onu çıkaran devletin sınırları içinde uygulanacağını kabul etmişlerdir. Bu durumda ülkesel bir kanun o devlet ülkesinde bulunan vatandaş-yabancı herkese uygulanacaktır. Şahsi hukuk kuralları ise onu çıkaran devletin sınırları dışında da o devlet ile bağı olan herkese uygulanma imkânına sahiptir⁸. Dolayısıyla forum devleti ülkesel kanunlarını o ülkede cereyan eden olaylara; şahsi kanunlarını da o ülke dışında bile olsa kendi tebaasına uygulamaktadır.

Mahkemeler kendi usul kurallarını sırf ilişki yabancı hukukla bağlantılı diye değiştiremezler. "Oyunun kuralları oyun yerinin kuralları olmalıdır". Bu nedenle usulî olarak vasıflandırılan yabancı kurallar uygulanmayacaktır. Ole Lando, 'Lex Fori in Foro Proprio' (1995) 2(4) Maastricht Journal of European and Comparative Law 359, 363.

3 Bogdan (n 2) 146.

4 Bkz. Albert A Ehrenzweig, 'The Lex Fori-Basic Rule in the Conflict of Laws' (1960) 58(5) Michigan Law Review 637, 677.

5 Frank Vischer, 'General Course on Private International Law' (1992) 232 Recueil des cours 9, 35-36.

6 Stephanie Francq, 'Unilateralism' in Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari and Petro de Miguel Asensio (eds), *Encyclopedia of Private International Law* (Edward Elgar Publishing 2017) 1779.

7 Vischer (n 5) 36.

8 Bkz. Symeon Symeonides, 'Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism' (2017) 384 Recueil des cours 9, 40; Alex Mills, *Confluence of Private International Law and International Law* (Cambridge University Press 2009) 33;

19. yüzyılda Savigny ile başlayan çok taraflılık yöntemi Kıta-Avrupasında hâkim yöntem olarak tek taraflılığın yerini almıştır. Ancak Amerikan hukukunda özellikle Amerikan devrimi olarak ifade edilen yaklaşımlarda tek taraflılık yöntemi varlığını sürdürmüştür. Bu bağlamda Currie'nin menfaat analizi, tek taraflılık yöntemiyle uygulanacak hukuku belirlerken hukuk kurallarının uygulanmasında devletin ekonomik ve sosyal siyasalarını gerçekleştirme yönünde menfaati olduğunu savunmuş ve forum devletinin ancak kendi hukukunun uygulanmasında menfaati yoksa yabancı hukuku uygulayabileceğini öngörmüştür⁹. Dolayısıyla Amerikan devrimindeki yaklaşım forum devletinin hukukunun uygulama alanına giren bütün meselelerde *lex fori* uygulamasının kabulüdür¹⁰.

Amerikan devrimindeki yaklaşımlar doğrudan Kıta-Avrupa hukukunda benimsenmemiş olsa da etkileri ve yansımaları AB düzenlemelerinde ve ulusal kodifikasyonlarda kendisini göstermiştir. Forum devleti hukukunun prensip olarak yabancı hukukun önüne geçerek öncelikle uygulanması *lex fori in foro proprio* olarak adlandırılmakta¹¹ ve Kıta-Avrupasında da varlığını sürdürmektedir.

Lex fori in foro proprio yöntemi uygulanacak hukuk ile mahkemenin yetkisi arasındaki paralelliğe dayanmakta ve yabancı hukukun uygulanmasının külfetli, pahalı ve zaman tüketen bir süreci gerektirdiği durumlarda *lex fori* tercihini ortaya koymaktadır¹².

Uygulanacak hukuk ile mahkemenin yetkisi arasındaki paralelliği esas alan devletler, mahkemelerin milletlerarası yetkisinin tesis edildiği uyuşmazlıklarda esasa uygulanacak hukuku *lex fori*'ye göre tayin etmektedir. Diğer yandan ancak esasa uygulanacak hukukun forum devleti hukuku olduğu durumlarda mahkemelerin yetkili olacağı yaklaşımı da paralellik prensibine dayanmaktadır. Örneğin Alman mahkemeleri ölenin terekesinin idaresi ile ilgili meselelerde Alman mahkemelerinin yetkisini sadece Alman hukuku mirasa uygulanacak hukuk ise kabul etmektedir¹³. Dolayısıyla milletlerarası yetki ile uygulanacak hukuk arasındaki paralellik mahkemenin yetkili olduğu durumda esasa da *lex fori*'nin uygulanması yönünde olabileceği gibi, esasa uygulanacak hukukun *lex fori* olduğu her durumda milletlerarası yetkili bir mahkemenin tesisi zorunluluğunu da gerekli kılmaktadır.

Lex fori in foro proprio yaklaşımının en önemli avantajı yargılamada daha fazla öngörülebilirlik, hız ve akışkanlık olarak görülmektedir. Özellikle iflas ve miras gibi usulî meselelerle esasa ilişkin meselelerin iç içe geçtiği durumlarda bu avantajlar daha fazla önem arz etmektedir. Ancak *lex fori*'ye yönelik en önemli eleştiri forum shopping noktasında kendisini göstermektedir¹⁴.

Gonzalo Parra-Aranguren, 'General Course of Private International Law: Selected Problems' (1988) 210 Recueil des cours 9, 61.

9 Ayrıntılı bilgi için bkz. Friedrich K. Juenger, 'General Course on Private International Law (1983)' (1985) 193 Recueil des cours 123, 216; Vischer (n 5) 48; Symeonides (n 8) 112 ff.

10 Francq (n 6) 1784.

11 Requejo Isidro (n 1) 2.

12 ibid 2.

13 Lando (n 2) 359-360.

14 Requejo Isidro (n 1) 2.

Uygulanacak hukukun *lex fori* esasına göre tespiti, mahkemenin yetkisinin tesis edilmesi halinde uygulanacak hukukun buna paralel olarak belirlenmesi tercihi¹⁵ yanında milletlerarası özel hukuk yöntemleri olan kamu düzenine aykırılık, doğrudan uygulanan kurallar (müdahaleci kurallar), yabancı hukukun tespit edilememesi veya atıf (renvoi) yoluyla da gerçekleşmektedir. Ancak daha da önemlisi modern milletlerarası özel hukuk kanunları gerek devletlerin kendi sosyal ve ekonomik menfaatleri gerekse ilgili taraf menfaatini korumak adına bir siyasa tercihi olarak da belli konularda *lex fori*'yi esas almaktadır. Burada yabancı hukukun dışlanarak mahkemenin hukukunun uygulanması, ilişkinin o devlet ile yakın bağlantısı yanında tümüyle politik bir tercihe de dayanmaktadır. Liberal kapitalizm çağının zirvesinde Savigny'nin ortaya koyduğu amaçlar günümüz sosyo-ekonomik koşullarına uymamakta ve bu nedenle devletler kanunlar ihtilafı kurallarını uygularken maddi hukuklarının koruduğu ve temsil ettiği siyasaları yabancılık unsuru taşıyan ilişkilerde de devam ettirmek istemektedir. Bu itibarla milletlerarası özel hukukta uygulanacak hukukun *lex fori* esasına göre tesisi istisnai bir durum değildir ve modern gelişmelere de aykırılık teşkil etmemektedir.

Bu makale klasik kanunlar ihtilafı yönteminde de *lex fori*'nin uygulandığını ve özellikle belirli konularda devletlerin politik tercihle *lex fori*'yi esas alabileceğini göstermeyi hedefleyerek, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)¹⁶ özelinde bir değerlendirme yapacaktır.

II. KANUNLAR İHTİLAFI SİSTEMİNDE LEX FORI'NİN UYGULAMA ALANLARI

A. KAMU DÜZENİNE AYKIRILIK

Klasik kanunlar ihtilafı sisteminde ilişkiye uygulanacak hukukun bağlama noktası aracılığıyla içeriği önceden bilinmeyen bir hukuk sistemine bağlanarak belirlenmesinin yol açacağı olumsuzluklar kamu düzeni kavramıyla giderilmekte ve forum devletinin temel siyasasına, değerlerine ve toplumsal ahlâkına aykırı yabancı hukukun uygulanması reddedilmektedir. Bu durumda esasa uygulanacak hukuk nihai olarak *lex fori* olmaktadır.

Uygulanması öngörülen yabancı hukukun forum devletinin kamu düzenine aykırılığı halinde tüm davanın reddi görüşü kabul görmemiştir¹⁷.

Yabancı hukukun forum devletinin kamu düzenine aykırılığı halinde uygulanmayacağı kuralı açıkça milletlerarası özel hukuk mevzuatlarında vurgulanırken, çoğu durumda uygulanacak hukukun nasıl belirleneceğine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Mahkeme yabancı hukuku kamu düzenine aykırı olduğu için uygulamadığında, uyuşmazlığı çözmek için başvuracağı hukuk

15 Klasik Common Law sisteminde boşanmaya uygulanan hukuk İngiliz mahkemelerinin yetkili olmasına binaen İngiliz hukuku olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. P.R.H Webb, 'Thoughts on the Place of English Law as Lex Fori in English Private International Law' (1961) 10(4) International and Comparative Law Quarterly 818, 823 ff.

16 RG 12.12.2007/26728.

17 Bkz. Bogdan (n 2) 179.

sistemi kendi hukuku olacaktır. Alman MÖHK m. 6¹⁸, Polonya MÖHK m. 7¹⁹, İsviçre MÖHK m. 17²⁰ yabancı hukukun forum devletinin kamu düzenine aykırı olması halinde uygulanmayacağını belirlemiş; ayrıca bir düzenleme yapmamıştır. Buna karşılık Türk MÖHUK m. 5 “*yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır*” şeklinde bir düzenleme yaparak kamu düzenine aykırılık halinde doğrudan Türk hukukunun uygulanmasını öngörmemiş ancak gerekli görülen hallerde Türk hukukunun uygulanmasını esas almıştır. Bu itibarla öncelikle *lex causae*’nın uygulanabilecek diğer hükümlerine bakılacak ve Türk kamu düzenine aykırı olmayan başka bir hükmün uygulanması mümkün görülürse, o hükme göre karar verilecektir. Ancak çoğu durumda yabancı hukuk sisteminin temel değerleri ve siyasası Türk kamu düzeni ile çatıştığında Türk kamu düzenine aykırı olmayan bir hükmün uygulanma kabiliyeti olmadığından, uyumsuzluk Türk hukukuna göre çözümlenecektir²¹.

Görüldüğü üzere MÖHUK kamu düzenine aykırılık halinde dahi doğrudan *lex fori* uygulamasını işaret etmemiş ve *lex causae*’nın kamu düzenine aykırı olmayan hükümlerinin esas alınmasına imkân tanımıştır. Dolayısıyla MÖHUK m. 5’in kaleme alınış şekli MÖHUK’un *lex fori* ile ilgili yaklaşımını da göstermektedir. Yabancı hukukun Türk kamu düzenine aykırılığı halinde bile uygulanacak hukuk *lex fori*’den önce yabancı hukuktaki kamu düzenine aykırı olmayan diğer hükümlerin araştırılması ile belirlenecek; buna imkân olmayan hallerde son çare olarak Türk hukuku uygulanacaktır.

Sonuç itibarıyla milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramı uygulanması gereken yabancı hukukun uygulanmasına engel olduktan sonra uyumsuzluğun *lex fori*’ye göre çözümlenmesini sağlamaktadır.

B. DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLAR (MÜDAHALECI KURALLAR)

Doğrudan uygulanan kurallar veya diğer adıyla müdahaleci kurallar Kıta-Avrupası milletlerarası özel hukuk doktrininin geliştirdiği bir yaklaşım olarak yabancılık unsuru taşıyan ilişkilerde *lex causae* ne olursa olsun forum devletindeki bazı maddi normların devlet menfaatinin gereği doğrudan uygulanmasını temin etmektedir. Bu çeşit kurallar kendi uygulama alanını belirlemekte ve iç hukuk kuralı olarak hizmet ettiği menfaat milletlerarası ilişkilerde de varlığını sürdürmektedir. Burada forum devletinin korunmasını istediği menfaat o kadar güçlüdür ki ilişkiye uygulanacak hukuk yabancı bir hukuk bile olsa forum devleti kendi hukuk kuralını o ilişkiye uygulamaktadır. Maddi hükmün uygulanması kanunlar ihtilafı kurallarındaki bağlama noktasından bağımsız olarak o

18 İngilizce metin için bkz. <www.gesetze-im-internet.de> accessed 10 July 2022.

19 İngilizce metin için bkz. <<https://socioedip.files.wordpress.com>> accessed 10 July 2022.

20 İngilizce metin için bkz. <fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776/en> accessed 13 March 2022.

21 Yabancı hukukun somut olaydaki borçları zamanaşımına tâbi tutmaması Türk kamu düzenine aykırı görüldüğünde, uygulanacak hukuk o yabancı hukuk sistemindeki genel zamanaşımı kurallarına göre belirlenebilir. Ancak kadın erkek eşitliğine ya da insan haklarına aykırılık nedeniyle Türk kamu düzenine aykırı görülen yabancı hukuk sisteminde uygulanabilecek başka bir hüküm olmadığı için, uyumsuzluk Türk hukukuna göre karara bağlanacaktır.

hükümün temel siyasasına dayanmaktadır. Bu itibarla doğrudan uygulanan kural (müdahaleci kural) kendi uygulama alanını belirlemektedir²².

Doğrudan uygulanan kurallar herhangi bir emredici kuraldan farklı olarak toplumun yaşamsal menfaatlerini korumaktadır. Zira devletler korumak istediği iktisadi, sosyal veya siyasi alandaki vazgeçilmez siyasalarını ve menfaatlerini özel hukuk ilişkilerinde de bu kurallar aracılığıyla uygulamaktadır. Bu bağlamda yabancı hukukun uygulanması forum devletinin menfaatlerine zarar verecek ve korumak istediği siyasanın başarısızlığına yol açacaktır²³.

Dolayısıyla doğrudan uygulanan kurallar veya müdahaleci kurallar yaklaşımı milletlerarası özel hukukta *lex fori*'nin uygulama alanını göstermektedir. Forum devletinin bazı maddi normları, yabancılık unsuru taşıyan ilişkilerde esasa uygulanacak hukuk yabancı bir hukuk bile olsa, uygulanacaktır. Bu kuralların varlığı ve uygulama imkânı hem uluslararası düzenlemelerde²⁴ hem de milletlerarası özel hukuk mevzuatlarında kabul edilmiştir²⁵.

MÖHUK m. 6 da Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının, kapsamına giren hallerde uygulanacağını genel bir kural ile hüküm altına almıştır²⁶. Buna göre MÖHUK'un ilgili bağlama kuralları hangi yabancı hukuku işaret ederse etsin, Türk maddi hukukunda doğrudan uygulanan kural ya da müdahaleci kural olarak nitelendirilen her maddi norm doğrudan uygulanacaktır.

Doğrudan uygulanan ya da müdahaleci kurallar kanunlar ihtilafı sisteminde soyut bağlama kurallarının işaret ettiği hukukun her durumda uygulanmayacağını gösteren önemli bir örnektir. Devletin siyasi, iktisadi ve toplumsal menfaat ve siyasasını ortaya koyan maddi kurallar milletlerarası özel hukukta da öncelikli olarak işlev görmek ve bağlama kuralları aracılığıyla belirlenen yabancı hukuk, bu kuralların uygulanmasını bertaraf edememektedir.

Devletin siyasal, iktisadi ve sosyal yapısını korumak için çıkarılan kurallar, bu niteliğin tespiti halinde forum devletinde doğrudan uygulanacak ve herhangi bir bağlama noktasına ihtiyaç duymayacaktır.

22 J. G Sauveplanne, 'New Trends in the Doctrine of Private International Law and Their Impact on Court Practice' (1982) 175 Recueil des cours 9, 34-35.

23 Hatice Özdemir Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2001) 9-12; Hatice Özdemir Kocasakal, 'Doğrudan Uygulanan Kurallar' iç Feriha Bilge Tanrıbilir ve Gülce Gümüşlü Tunçağıl (edr), 10. Yılında MÖHUK Sempozyumu (Adalet 2018) 51 vd.

24 İlk kez 1978 tarihli Acentelere Uygulanacak Hukuka Dair Lahey Sözleşmesi m. 16'da müdahaleci kurallar düzenlenmiştir. Ancak bu Sözleşme 1992 yılına kadar yürürlüğe girmediği için (Symeonides (n 8) 166) müdahaleci kuralların ilk kez 1980 tarihli Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Roma Konvansiyonu (eu-lex.europa.eu) m. 7(2) ile uygulama alanına girdiği kabul edilmektedir. Konvansiyon Roma I Tüzüğü ([2008] OJ L177/6, 4.07.2008) haline dönüştürüldüğünde, m. 9(2) *lex fori*'deki müdahaleci kuralların her durumda uygulanacağını belirlemiştir. Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Roma II Tüzüğü ([2007] OJ L199/40, 31.07.2007) m. 16 da aynı şekilde *lex fori*'deki müdahaleci kuralların esasa uygulanacak hukuk ne olursa olsun uygulanacağını vurgulamıştır. AB Miras Tüzüğü ([2012] OJ L201/107, 27.07.2012) m. 30 da forum devletinin müdahaleci kurallarının her durumda uygulanacağını kabul etmiştir.

25 Symeonides yaptığı incelemede son 50 yıl içinde 35 milletlerarası özel hukuk mevzuatının forum devletinin müdahaleci kurallarının öncelikle uygulanacağına ilişkin açık hüküm getirdiğini tespit etmiştir ((n 8) 167).

26 Bu maddede geçen "yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda" ifadesinin madde metninden çıkarılması yönünde bkz. Özdemir Kocasakal, 'Makale' (n 23) 66.

Dolayısıyla *lex fori*'deki müdahaleci veya doğrudan uygulanan kuralların yabancılık unsuru taşıyan ilişkiye uygulanmasını sağlayan unsur hâkimin bu kuralı doğrudan uygulanan ya da müdahaleci kural olarak nitelendirmesidir.

C. ATIF (RENVOI)

Forum devletinin kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının da uygulanması atıf (renvoi) olarak nitelendirilmekte ve milletlerarası özel hukukta forum devletinin kendi hukukunu uygulama aracı olarak işlev görmektedir. En ünlü örneği 1878 yılında verilen Forgo kararıdır ve bu kararla Fransız mahkemesi miras meselesinde Fransız kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan Bavyera hukukunun konuya ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak murisin ikametgâhı olan Fransız hukukuna göre mirasın Fransız hazinesine kalmasını sağlamıştır²⁷. Dolayısıyla Fransız mahkemesi atıf teorisi ile esasa uygulanacak hukuk olan Bavyera hukukunun, murisin civar hısımlarını mirasçı kabul eden maddi hükümlerini bertaraf ederek, Bavyera hukukunun forum devletine yaptığı iade atfı esas almış ve uzak akrabaları mirasçı saymayan Fransız hukukuna göre Fransız hazinesinin mirasa sahip olmasını mümkün kılmıştır.

Teorik olarak atıf pek çok tartışmayı beraberinde getirmektedir²⁸. Her ülkenin tercihi farklılık arz etmektedir. İade atıf forum devletine yapılan atfı ifade ederken; devam eden atıf yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının üçüncü bir ülkeyi işaret etmesidir. Bu üçüncü ülkenin maddi kurallarının uygulanması yönündeki açık kurallar atfın bu noktada kesilmesini mümkün kılmaktadır.

Türk hukuk uygulaması atıf yönünden zengin olmasa da kanun koyucu eski MÖHUK'ta²⁹ atfı genel hüküm olarak ve konu sınırlaması olmadan bütün meseleler için kabul etmiştir (m. 2(3)). 5718 sayılı yeni MÖHUK m. 2(3) ise atfa sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda izin vermiştir. Atıf sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin meselelerde uygulanacağı için aynı haklar, miras, borçlar hukuku vb. ilişkilerde atıf gündeme gelmeyecektir. Bu noktada atfın en önemli uygulama alanı olan miras meselelerinde MÖHUK'un iade atfı dahi kabul etmemesi dikkat çekicidir.

İsviçre MÖHK m. 14(1) atfı hem iade atıf hem de devam eden atıf olarak ancak kanunda açıkça belirtilen durumlar için öngörmüştür. Ancak şahsi statüye ve aile hukukuna ilişkin meselelerde İsviçre hukukuna yapılan iade atıf mutlaka kabul edilecektir (m. 14(2)). Dolayısıyla atıf genel bir kural olarak bütün meselelerde değil, ancak kanunda özel olarak belirtilen hallerde dikkate alınacaktır. Buna karşılık kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda İsviçre hukukuna yapılan atıf mutlak olarak kabul edilerek bu alanlarda İsviçre hukukunun uygulanmasına atıf teorisi ile imkân tanınmıştır. Kişi hukuku ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralları üçüncü bir ülkeyi işaret ettiğinde, bu üçüncü ülke hukuku mutlak olarak dikkate

27 Kararla ilgili bkz. Süheyla Balkar Bozkurt, 'Uluslararası Özel Hukukta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulanması ve Değerlendirilmesi' (2014) (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, C. 2) 795, 800-801; Bogdan (n 2) 157.

28 Atıf ve çeşitleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Balkar Bozkurt (n 27) 795 vd.

29 RG 22.05.1982/17701.

alınmayacak; ancak özel bir hükümle atfı kabul edilmişse, o üçüncü ülke hukuku uygulama imkânı bulacaktır. Dolayısıyla MÖHUK'tan farklı bir yaklaşım esas alınmıştır. MÖHUK kişi ve aile hukuku uyuşmazlıklarında hem iade hem de devam eden atfı genel olarak kabul etmektedir.

Atfı teorisi ile forum devletinin kendi hukukunu uygulaması, *lex fori*'nin yabancı hukuka karşı önceliği düşüncesine dayanmamaktadır. Daha ziyade teorik düşünceler sonucu ortaya çıkan kavramın kanunda hüküm olmasa bile kullanım alanının özellikle miras gibi belirli meselelerle sınırlı olduğu ileri sürülmüştür³⁰. Atfın en çok kabul edilebileceği alan olan miras uyuşmazlıklarında MÖHUK'un atfı reddetmesine dikkat çekilmelidir. Türkiye'de bulunan taşınmazlar için miras meselelerinde Türk hukukunu esas alan MÖHUK, taşınır tereke ve yurt dışındaki taşınmazlar için murisin milli hukuku kuralını getirmiştir (m. 20(1)). Miras hukuku, kişi veya aile hukuku kapsamına girmediği için atfı kabul edilmeyecek ve son yerleşim yeri Türkiye olan bir yabancıнын milli hukuku mirasa uygulanacak hukuk olarak onun yerleşim yerine atfı yapsa bile Türk hâkimi bu iade atfı kabul ederek Türk hukukunu uygulayamayacaktır. Oysa bu alanda atfın kabulü Türkiye'de yerleşik murisin hem taşınır hem de taşınmaz terekesinin Türk hukukuna tâbi olmasını sağlayarak mirasta birlik prensibine hizmet ettiği gibi milletlerarası karar ahenginin korunmasını da sağlamış olacaktır. Dolayısıyla MÖHUK miras alanında iade atfı kabul etmeyerek Türk hâkiminin Türkiye'de yerleşik yabancı murisin taşınır terekesi ile ilgili miras meselelerinde Türk hukukunun uygulanmasına imkân tanımamıştır.

D. YABANCI HUKUKUN TESPİT EDİLEMESİ

Yabancı hukuku vakia olarak gören ülkeler yabancı hukukun uygulanmasını tarafların talebine bağlamakta, dolayısıyla böyle bir talepte bulunmayan tarafların yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkları da *lex fori*'ye göre karara bağlanmaktadır³¹.

Yabancı hukukun hâkim tarafından re'sen uygulandığı ülkelerde ise³² kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı yabancı hukukun içeriğinin tespit edilememesi halinde, uyuşmazlığa *lex fori* uygulanmaktadır³³.

İsviçre MÖHK m. 16(2)'de “*yabancı hukukun içeriğinin tespit edilemediği hallerde İsviçre hukuku uygulanır*” şeklinde ifade edilen prensip MÖHUK m. 2(3)'te “*yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi halinde, Türk hukuku uygulanır*” olarak hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla Türk hâkimi yabancı hukukun içeriğini tespit edemediğinde uyuşmazlığa Türk hukukunu uygulayacaktır. MÖHUK *lex fori*'nin uygulanması için yabancı hukukun

30 Requejo Isidro (n 1) 9.

31 Anglo-Sakson hukuk sistemi hâkimin kanunlar ihtilafı kurallarını re'sen uygulamasına izin vermemekte; taraflardan birinin talebini gerekli görmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Can Yöney, *Yabancı Hukukun Uygulanması* (Oniki Levha 2018) 28 vd.

32 Ayrıntılı bilgi için bkz. Yöney (n 31) 26 vd.

33 Yabancı hukukun içeriğinin tespit edilememesi halinde genel kabul *lex fori*'nin uygulanmasıdır. Aynı veya benzer bir hukuk sistemine sahip üçüncü ülke hukukunun uygulanması veya uyuşmazlıkla bağlantılı başka bir hukukun uygulanması da savunulmuştur. Bkz. Bogdan (n 2) 130.

hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesini öngörerek, yabancı hukukun içerik tespitinde en azından teorik olarak mahkemeye daha fazla çaba harcama yükümlülüğü yüklemiş olmaktadır.

Sonuç olarak yabancı hukukun tespitinde taraflar veya mahkemenin çabası ne olursa olsun olaya uygulanacak yabancı hukukun hükümlerinin tespit edilemediği her durumda *lex fori* uygulanacaktır.

E. FORUM DEVLETİNİN UYGULANACAK HUKUK OLARAK LEX FORİ'Yİ ESAS ALMASI

1. KAPSAMA ALANI GENİŞLETİLMİŞ MADDİ HÜKÜMLER

Forum devletindeki maddi bir kuralın yabancılık unsuru taşıyan ilişkilere de uygulanması tek taraflılık yöntemiyle maddi kuralların kanunlar ihtilafı kuralına dönüşmesini ifade etmektedir. Burada forum devletinin maddi hukuk kuralı iç hukuk ilişkilerinin ötesinde milletlerarası özel hukuk kapsamına giren uyuşmazlıklarda da uygulanır hale gelmektedir. Bu kurallar doğrudan uygulanan kurallardan farklıdır ve geleneksel kanunlar ihtilafı sistemindeki tek taraflı kanunlar ihtilafı kuralları ile aynı nitelikte değildir. “Kapsama alanı genişletilmiş maddi hükümler” olarak ifade ettiğimiz bu kurallar iç hukuk kurallarıdır ancak uygulama alanını yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için genişletmiştir³⁴. Dolayısıyla bu kurallar kanunlar ihtilafı kurallarını devreden çıkarmaktadır. Zira kural, kapsama alanına giren yabancılık unsuru taşıyan ilişkilere de uygulandığı için bu alanda hangi hukuk uygulanacaktır sorusuna doğrudan cevap vermektedir.

Doğrudan uygulanan kurallar da maddi hukuk normudur ancak bu kurallar devletin siyasi, iktisadi ve toplumsal yapısını korumakta ve bu alandaki devlet menfaati ve siyasasına hizmet ettikleri için o ülkenin kamu düzeni anlayışını yansıtmaktadır. Bu kurallar bir bağlama kuralı ihtiva etmezler ve nitelikleri gereği yabancılık unsuru taşıyan ilişkilerde de doğrudan uygulanırlar.

Kapsama alanı genişletilmiş maddi hükümler ise bir bağlama noktası ile kapsama alanını milletlerarası özel hukuk ilişkilerine de genişletmiş olan maddi kurallardır ve uygulanmaları için kamu düzeni açısından bir inceleme zorunluluğu yoktur. Kuralın açıkça kaleme alınmış şekli hangi uyuşmazlıkları kapsadığını açıklamaktadır³⁵.

Kapsama alanı genişletilmiş maddi hükümler çoğunlukla kanunlar ihtilafı ile ilgili düzenlemeleri olmayan ABD eyaletlerinde bulunmaktadır³⁶. Örneğin Nevada hukuku sigorta sözleşmeleriyle ilgili olarak kanunun eyalette oturan bütün poliçe hamili sigortalananlar için uygulanacağını belirtmektedir.

34 Symeonides bu kuralların (localized statutes) tek taraflı kanunlar ihtilafı kurallarından farklı olmadığını ileri sürmektedir ((n 8) 173). Vischer tek taraflılık yöntemi ile tek taraflı kanunlar ihtilafı kurallarının aynı olmadığını savunmaktadır ((n 5) 36-37)). Biz de aynı kanaati paylaşıyoruz. Metodolojik olarak tek taraflılık yöntemiyle tek taraflı bağlama kuralları birbirinden farklıdır. Tek taraflılık yönteminde bir maddi hukuk kuralı uygulama alanını yabancılık unsuru taşıyan ilişkiler için genişletmektedir. Oysa tek taraflı kanunlar ihtilafı kuralı hangi durumda *lex fori*'nin esas alınacağını belirten kanunlar ihtilafı kurallarıdır.

35 Symeonides (n 8) 173.

36 ibid 174.

Aynı şekilde iş sözleşmeleri veya franchise, distribütörlük ve ticari acentelik sözleşmeleriyle ilgili kanunlar da kendi kapsama alanını milletlerarası unsurlu sözleşmeler için genişletmişlerdir³⁷.

Türk hukukunda da az olmakla birlikte bu nitelikte kurallar bulunmaktadır. Örneğin Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 195(1)(b) hükmü bu nitelikte bir kuraldır. Madde hâkim şirket ve bağlı şirket tanımları getirdikten sonra, bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye’de ise TTK’daki şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirtmektedir. Dolayısıyla hâkim şirket veya bağlı şirketten birinin merkezi Türkiye’de ise TTK m. 195-205 hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda hangi hukuk uygulanacak sorusu sorulmayacak ve konuya ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları araştırılmayacaktır. TTK’daki maddi hükümler kapsama alanını milletlerarası unsurlu uyumsuzluklar için genişletmiştir. Buna göre hâkim şirket merkezi Türkiye’de ancak bağlı şirket merkezi yurt dışında ise veya tersi, hâkim şirket merkezi yurt dışında ve bağlı şirket merkezi Türkiye’de ise, şirketler topluluğuna ilişkin meseleler TTK’daki ilgili hükümlere tâbi olacaktır.

Forum devletindeki bu nitelikteki kurallar özel hüküm olarak soyut kanunlar ihtilafı kurallarına nazaran öncelik arz etmektedir.

2. TEK TARAFLI KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARI

Tek taraflı kanunlar ihtilafı kuralları hangi durumda *lex fori*’nin uygulanacağını gösteren kurallardır. Bu kurallar bir bağlama noktası içermekte ve bu bağlama noktası forum devletini işaret etmektedir. Bu itibarla uygulanacak hukukun hangi durumlarda *lex fori* olacağı baştan bellidir.

MÖHUK m. 10(2) yabancının milli hukukuna göre vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi mümkün olmayan hallerde, bu kişinin mutlak meskeni Türkiye’de ise Türk hukukuna göre vesayet veya kısıtlılık kararı verilebilir veya kaldırılabilir hükmünü getirmiştir. Kişinin zorunlu olarak Türkiye’de bulunduğu hallerde de Türk hukuku uygulanır.

Aynı şekilde MÖHUK m. 11 c.2 gereği milli hukukuna göre hakkında gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilemeyen kişinin mallarının Türkiye’de bulunması veya eşinin veya mirasçılardan birinin Türk vatandaşı olması halinde, Türk hukukuna göre gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilir.

Görüldüğü üzere vesayet, kısıtlılık ya da gaiplik veya ölmüş sayılma kararları doğrudan *lex fori*’ye bağlanmamıştır. Bu noktada uygulanacak hukuk çok taraflı kanunlar ihtilafı kuralı olan ilgilinin milli hukukudur. Ancak milli hukukuna göre karar verilemeyen durumlarda Türkiye ile bağlantının güçlü olduğu hallerde tek taraflı bağlama kuralı aracılığıyla Türk hukukunun uygulanması kabul edilmiştir. Bir başka ifadeyle *lex fori* ancak ilgilinin milli hukukuna göre bir çözümün olmadığı ve ilişkinin Türkiye ile sıkı bağlantısının bulunduğu halde benimsenmiştir.

MÖHUK m. 9(4)’te getirilen tek taraflı bağlama kuralı tüzel kişilerin ya da kişi veya mal topluluklarının statülerindeki idare merkezi ile fiili idare merkezinin farklı ülkede olması halinde sadece fiili idare

37 Bkz. ibid 176 ff.

merkezi Türkiye’de olduğunda *lex fori*’nin esas alınabileceğini vurgulamaktadır. Fiili idare merkezi hukukunun statüdeki idare merkezi hukukuna önceliği genel olarak kabul edilmemiş ancak *lex fori* Türk hukuku lehine tek taraflı bağlama kuralı getirilmiştir.

MÖHUK m. 20(1) son cümle Türkiye’de bulunan taşınmazlarla ilgili miras meselelerine Türk hukukunun uygulanacağını kabul etmiştir. Yabancı ülkede bulunan taşınmazlarla ilgili miras meselelerinde taşınmazın bulunduğu yer hukukunu esas almayan MÖHUK, terekeyi bir bütün halinde murisin milli hukukuna tâbi tutmuş ancak Türkiye’de bulunan taşınmazlar için tek taraflı kanunlar ihtilafı kuralı getirerek *lex fori*’yi esas almıştır.

Rekabetin engellenmesine uygulanacak hukuku belirleyen MÖHUK m. 38(2) hükmü yabancı hukukun uygulanmasına izin vermekle birlikte Türk hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazlasına hükmedilemeyeceğini öngörmektedir. Bu bağlamda Türk hukukunda saptanacak tazminatın üst sınır olarak belirlenmesi de tek taraflı bir kanunlar ihtilafı kuralıdır.

Görüldüğü üzere MÖHUK’ta az sayıda da olsa tek taraflı kanunlar ihtilafı kuralı ile Türk hukukunun uygulanması kabul edilmiştir. Bu kuralların nedeni ilişkinin Türk hukuku ile olan bağının güçlü olmasıdır³⁸. Ancak pek çok yabancı mevzuatta kanun koyucu uygulanacak hukuku *lex fori* esasına göre belirlerken asıl neden ilişkinin forum devletiyle olan çok yakın ve güçlü bağlantısı ya da zorunluluklar değil, *lex fori*’yi uygulama konusundaki tercihidir.

3. KANUN KOYUCUNUN LEX FORİ’Yİ ÖZELLİKLE TERCİHİ

Milletlerarası özel hukukta bazı konularda uygulanacak hukukun *lex fori* esasına göre belirlenmesi bir tercihin sonucudur. Bir başka ifadeyle forum devleti bazı hallerde yabancı hukuku uygulamamayı ve uyuşmazlığı kendi hukukuna göre çözümlemeyi daha uygun görmektedir. MÖHUK’ta yer almayan bu bakış açısıyla evlenme, boşanma, nafaka gibi aile hukuku ilişkileri *lex fori*’ye tâbi tutulmaktadır. Özellikle eşcinsel evlilikleri kabul eden devletler taraflardan biri kendi vatandaşı ise veya o ülkede mutlak meskene sahipse taraflardan birinin milli hukuku eşcinsel evlilikleri yasaklasa bile evliliğe *lex fori*’yi uygulamaktadır³⁹. İsveç hukuku da İsveç’te yapılan eşcinsel evlilikleri İsveç hukukuna tâbi tutmaktadır. Kendi milli hukukuna göre evlenme ehliyeti olmayan yabancılar İsveç’te evlenebilecektir⁴⁰ ve bu durumda *lex fori*’nin uygulanması politik bir tercihi ifade etmektedir.

38 İsveçre hukukundan alınan MÖHUK m. 38(2)’de Türk hukukundaki tazminat miktarının üst sınır olarak kabulünün gerekçesi ilişkinin Türkiye ile ilişkisinin güçlü olması değil, politik bir tercihtir.

39 Symeonides (n 8) 152-153. Hollanda hukuku Hollanda’da gerçekleştirilecek kayıtlı birlikteliklerde taraf ehliyetine Hollanda hukukunu uygulamaktadır. Bunun için tarafların Hollanda ile bir bağının olması zorunlu değildir. (ibid 152).

40 Bogdan (n 2) 207. İngiliz hukuku evlenmenin maddi geçerliliği için tarafların yerleşim yeri hukukunu uygulamakla birlikte, İngiltere’de gerçekleşen evliliklerde tarafların yerleşim yeri hukukuna göre evlenme ehliyetine sahip olmaları yeterli olmamakta ayrıca İngiliz hukukuna göre de ehil olmaları aranmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. C.M.V Clarkson, ‘Marriage in England: Favouring the Lex Fori’ (1990) 10(1) Legal Studies 80, 88 ff.

ABD’de boşanmaya uygulanacak hukuk mahkemenin yetkisine binaen *lex fori* olmaktadır⁴¹. Aynı şekilde Japonya, Kuzey Kore, Güney Kore ve Polonya’da eşlerden biri vatandaş veya o devlette mutat meskene sahipse boşanmaya *lex fori* uygulanmaktadır⁴².

Kıta-Avrupası hukuk sisteminin önemli bir temsilcisi olan İsviçre de bazı konularda açıkça *lex fori* tercihinde bulunmuştur. MÖHUK’un bu yaklaşımı benimsemediğine dikkat çekmek isteriz.

İsviçre MÖHK m. 34’e göre hak ehliyeti İsviçre hukukuna tâbidir. İsviçre’de ikamet eden bir kimsenin ismine İsviçre hukuku uygulanır (m. 37(1)). İsim değişikliği sebepleri ve sonuçları İsviçre hukukuna tâbidir (m. 38(2)). Ölmüş sayılma kararları ve sonuçlarına İsviçre hukuku uygulanır (m. 41(3)). Evlenmenin iptali İsviçre hukukuna tâbidir (m. 45a(2)). Boşanma ve ayrılığa İsviçre hukuku uygulanır (m. 61). İsviçre’de gerçekleşen evlat edinme koşullarına İsviçre hukuku uygulanır (m. 77(1)). Son ikametgâhı İsviçre’de olan bir kişinin terekesine İsviçre hukuku uygulanır (m. 90(1)). İmalatçının sorumluluğuna uygulanan yabancı hukuktaki tazminat miktarı İsviçre hukukundaki tazminat miktarını aşamaz (m. 135(2)). Rekabetin engellenmesine uygulanan yabancı hukuktaki tazminat miktarı İsviçre hukukundaki tazminat miktarını aşamaz (m. 137(2)).

Görüldüğü üzere İsviçre düzenlemesi İsviçre ile yakın bağlantılı ilişkilerde tek taraflı bağlama kuralıyla İsviçre hukukunu esas aldığı gibi, İsviçre mahkemelerinin yetkili olduğu bazı meselelerde taraflarla ilgili bir bağlama noktası belirleme yerine doğrudan İsviçre hukukunun uygulanmasını öngörmüştür. Burada İsviçre kanun koyucusu açıkça bir tercihte bulunmakta ve İsviçre mahkemelerinin yetkili olduğu boşanma ve ayrılık, evlat edinme, miras gibi meselelerde İsviçre hukukunun uygulanmasını kabul etmektedir.

İsviçre hukukunda yabancı hukukun uygulanmasından kaynaklanacak ilave masraflardan kaçınmak için yapılan *lex fori* tercihi⁴³ bazı Kıta-Avrupası ülkeleri ve ABD eyaletlerinde de yapılmaktadır⁴⁴.

Çocukların korunmasına ilişkin uluslararası düzenlemelerde de *lex fori* etkisini görmek mümkündür. Bu düzenlemeler yetkili mahkemelerin neler olduğunu belirledikten sonra bu makamların kendi hukukuna göre karar vermesini esas almıştır. Böylelikle yabancı hukukun tespiti için zaman ve para kaybı olmadan çocuğun korunması için gereken tedbirler alınacaktır. Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi⁴⁵ çocuğun mutat meskeni olan âkit devletin adli veya idari makamlarını çocuğun kişiliğinin veya mallarının korunmasına yönelik tedbirler alması için yetkili kılmış (m. 5(1)), uygulanacak hukuk olarak da yetkili makamların kendi hukuklarını (*lex fori*) uygulamalarını kabul etmiştir (m. 15(1)). Çocuğun kişiliğinin ya da mallarının korunmasının

41 Symeonides (n 8) 154. İngiltere’de de boşanmaya uygulanacak hukuk taraflar İngiltere’de ikamet ediyorsa İngiliz hukuku olmaktadır. Bkz. Webb (n 15) 823 ff. Aynı şekilde mahkemenin yetkisine binaen ayrılık, evlilik haklarının tazmini, nafaka gibi konular da *lex fori* İngiliz hukukuna tâbidir (ibid 834).

42 Symeonides (n 8) 155.

43 Requejo Isidro (n 1) 6.

44 Bkz. Symeonides (n 8) 156.

45 RG 22.05.2016/29719.

gerektirdiği ölçüde istisnai olarak somut bağlantısı olan diğer devlet hukuku da uygulanabilir veya dikkate alınabilir (m. 15(2))⁴⁶.

Görüldüğü üzere milletlerarası unsurlu ilişkilerde forum ülkesinde yetkili mahkeme tesisi halinde bu mahkemenin kendi hukukunu uygulaması, mahkemenin yetkisi-uygulanacak hukuk paralelliği ile tercih edilmektedir⁴⁷. Özellikle aile hukuku, miras hukuku gibi meselelerde bu paralellik daha fazla önem arz etmekte ve yetkili olan mahkeme kendi hukukunu uygulayarak zaman ve para tasarrufu sağlamaktadır. Zira yabancı hukukun içeriğinin tespiti bazı zorlukları beraberinde getirmekte ve kesinlikle önemli bir zaman kaybına yol açmaktadır⁴⁸. Bu itibarla İsviçre düzenlemesi İsviçre mahkemelerinin yetkili olduğu kişisel statü, aile hukuku ve miras ile ilgili meselelerde *lex fori*'yi esas almaktan kaçınmamıştır.

SONUÇ

Yabancılık unsuru taşıyan ilişkilerde *lex fori*'nin mutlak olarak uygulanması hakkaniyete aykırı olduğu için çeşitli yöntemlerle uygulanacak hukuk tespit edilmektedir. Günümüzde *lex fori* usul hukuku meselelerinde temel prensip olarak kabul edilmekte ancak kanunlar ihtilafı meselelerinde hangi hukuk uygulanacak sorusunun doğrudan cevabını oluşturmamaktadır. Ancak bu durum hiçbir şekilde kanunlar ihtilafı alanında *lex fori*'nin yeri ya da önemi olmadığı anlamına gelmemektedir.

Klasik kanunlar ihtilafı sisteminde de milletlerarası özel hukuk yöntemleri çeşitli durumlarda uygulanacak hukukun *lex fori*'ye göre belirlenmesini sağlamaktadır. Forum devletin kamu düzenine aykırı yabancı hukukun uygulanmasının engellenmesi ve *lex fori*'ye göre karar verilmesi; forum devletindeki devletin siyasi, iktisadi ve sosyal yapısını korumak için çıkarılan, kamu hukuku karakterli olup özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanan maddi hukuk kurallarının kabulü; iade atfın benimsenmesi ile *lex fori*'nin uygulanması; yetkili yabancı hukukun içeriğinin tespit edilememesi halinde uyuşmazlığın *lex fori*'ye göre çözümü *lex fori*'nin etkisini göstermektedir.

Ayrıca forum devletin tek taraflılık yöntemiyle ya da tek taraflı kanunlar ihtilafı kurallarıyla kendi hukukunu uygulaması kanunlar ihtilafı metodolojisine aykırılık teşkil etmemektedir. Tek taraflılık yöntemi tümüyle terk edilmiş değildir ve Kıta-Avrupası sisteminde de hâkim yöntem olmamakla

46 Sözleşmeyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9. Bası, Beta 2021) 186 vd.

47 Mahkemenin yetkisine ilişkin Brüksel Konvansiyonu ile sözleşmelere uygulanacak hukuku belirleyen Roma Konvansiyonu arasındaki paralellik için bkz. Lando (n 2) 361 ff.

48 Yabancı hukukun içeriğinin tespiti ile ilgili sorunlar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Erkan, 'Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Yabancı Hukukun Tatbiki: Olan vs Olması Gereken' iç Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak ve Cansu Kaya (edr), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu Eskişehir 21-22 Nisan 2016* (Yetkin 2016) 543. Türkiye'de gerçekleştirilen evlenmelerde yabancıların milli hukuklarındaki evlenme engellerine ek olarak Türk hukukundaki şartların da aranması Türk hukukundaki evlenme engellerinin doğrudan uygulanan kural olmasından değil, Evlenme Yönetmeliğinde bu şartların yer almasından kaynaklanmaktadır. Bu itibarla MÖHUK ile uygulama arasında farklılık oluşmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Feriha Bilge Tanrıbilir, 'Yabancıların Türk Yetkili Makamları Önünde Evlenmesi ve Kamu Düzenine Aykırılık Meselesi' iç Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak ve Cansu Kaya (edr), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu Eskişehir 21-22 Nisan 2016* (Yetkin 2016) 473 vd.

birlikte varlığını sürdürmektedir. Bu yöntemde forum devleti kendi maddi kurallarının hangi durumda milletlerarası özel hukuk ilişkilerinde de uygulanacağını belirlemektedir. Maddi norm bir bağlama kuralı ile uygulama alanını genişletmektedir. TTK m. 195(1)(b) bu nitelikte bir kuraldır ve *lex fori*'nin uygulama alanını göstermektedir.

Diğer yandan forum devletiyle sıkı bağlantının olduğu veya *lex fori* uygulamasının zorunluluk olduğu hallerde tek taraflı kanunlar ihtilafı kurallarıyla *lex fori*'nin uygulanması sağlanmaktadır. Ancak vurgulanmalıdır ki günümüz milletlerarası özel mevzuatlarında bazı alanlarda *lex fori*'nin uygulanması politik bir tercih olarak kendini göstermektedir. Dolayısıyla *lex fori*'nin şovenist bir kural olduğu, uygulanacak hukuku belirlemede esas alınmaması gerektiği görüşü gücünü kaybetmiştir⁴⁹. Özellikle yetkili mahkemenin tesisi ile forum devletinin kendi hukukunu uygulaması, yabancı hukukun tespitindeki güçlükleri (zaman ve para kaybı) bertaraf ederek taraf menfaatlerine de hizmet edecektir. İlişki forum devletiyle geçici değil, esaslı bir bağlantı tesis ettiğinde forum devletinin kendi hukukunu öncelemesi milletlerarası özel hukuk uygulamalarında benimsenmektedir. Özellikle aile hukuku ilişkilerinde mahkemelerin milletlerarası yetkisinin tesisi ile forum devleti uyuşmazlığı kendi hukukuna göre çözümlemektedir.

İsviçre MÖHK bu açıdan incelemeye değerdir. Kişinin hukuku, aile ve miras hukukunda İsviçre mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin olduğu durumlarda, esasa uygulanacak hukuk olarak İsviçre hukuku tercih edilmiştir. Dolayısıyla İsviçre mahkemelerinin yetkisini tesis eden kıstaslar İsviçre Hukukunun uygulanmasının da gerekçesini oluşturmaktadır. Bu durum Türk hukukundan esaslı bir şekilde farklılık arz etmektedir. Boşanma ve ayrılık sebeplerine, evliliğin iptaline, evlat edinme şartlarına, son ikametgâhı İsviçre'de olan yabancının terekesine İsviçre hukuku uygulanmaktadır. Boşanma ve ayrılık davalarında davalı eşin yerleşim yerinin İsviçre olması veya İsviçre'de en az bir yıldır oturmak veya İsviçre vatandaşı olmak kaydıyla davacının yerleşim yerinin İsviçre olması mahkemenin milletlerarası yetkisi için yeterlidir (m. 59). Evliliğin iptalinde ise eşlerden birinin yerleşim yerinin İsviçre'de olması ya da evliliğin İsviçre'de yapılması halinde İsviçre mahkemeleri yetkili olmaktadır (m. 45a). Evlat edinme halinde ise evlat edinen ya da edinenlerin yerleşim yerinin İsviçre olması halinde İsviçre mahkemeleri ve idari makamları yetkili kabul edilmiştir (m. 75). Görüldüğü üzere taraflardan birinin yerleşim yerinin İsviçre olması mahkemenin yetkisini tesis ederken, uygulanacak hukukun İsviçre olmasını da temin etmektedir. Bir başka ifadeyle belirli konularda yetkili İsviçre mahkemesi doğrudan kendi hukukunu uygulamaktadır.

MÖHUK'taki yaklaşım tümüyle farklıdır. Tek taraflı bağlama kurallarının istisnai olarak yer aldığı MÖHUK'ta boşanma, evlenmenin butlanı, evlat edinme ve miras (Türkiye'de bulunan taşınmazlar hariç) tarafların milli hukuklarına bağlanmıştır. Türk mahkemelerinin yetkisinin yerleşim yerine bağlı olduğu hatırlanırsa, Türkiye'de yerleşim yeri olanların veya boşanmada olduğu gibi davadan önce son altı aydır birlikte Türkiye'de oturanların (TMK m. 168) açtıkları davalarda ilgilerin milli

49 Bu satırların yazarı kanunlar ihtilafı metodolojisinde *lex fori*'nin temel kural olduğu görüşünü savunmamaktadır. *Lex fori* istisnai olmanın ötesinde uygulanacak hukuku belirlemede esas alınacak bir bağlama kuralı olabilmektedir. *Lex fori*'nin istisna değil temel kural olduğu yönündeki görüş için bkz. Ehrenzweig (n 4); Albert A Ehrenzweig, 'The Lex Fori in the Conflict of Laws – Exception or Rule' (1959) 32(1) Rocky Mountain Law Review 13.

hukuku uygulanacaktır. Kanaatimizce aile hukuku, miras gibi meselelerde Türk mahkemelerinin yabancılar açısından da yetkili olduğu durumlarda *lex fori*'nin esas alınması daha doğru olacaktır. Zira bu meseleler kamu düzeni müdahalesinin en fazla olduğu alanlardır. Bu itibarla önce yabancı hukuku araştırmak ve yabancı hukukun Türk kamu düzenine aykırı olması halinde o hukuktan vazgeçerek Türk hukukunu uygulamak yerine, doğrudan Türk hukukunun uygulanmasını kabul etmek daha pratik bir çözüm olacaktır. Türkiye'de yaşayan yabancıların Türkiye'de açtıkları boşanma davasında Türk hukukunu talep etmeleri, iddia ve savunmalarını Türk hukukuna göre yapmaları da MÖHUK m. 2(1) karşısında önemli olmayacaktır. Hâkim kanunlar ihtilafı kurallarını ve ona göre yetkili yabancı hukuku re'sen uygulamak mecburiyetindedir. Bu itibarla Türk mahkemeleri önündeki kişi hukuku, aile ve miras hukuku ile ilgili meselelerde İsviçre gibi *lex fori*'nin esas alınması yerinde olacak; yabancı hukukun araştırılması için para ve zaman kaybı olmadan uyuşmazlıklar Türk hukukuna göre karara bağlanacaktır.

KAYNAKÇA

- Balkar Bozkurt S, 'Uluslararası Özel Hukukta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulanması ve Değerlendirilmesi' (2014) (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, C. 2) 795-862.
- Bogdan M, 'Private International Law as Component of the Law of Forum' (2011) 348 *Recueil des cours* 9-252.
- Clarkson CMV, 'Marriage in England: Favouring the Lex Fori' (1990) 10(1) *Legal Studies* 80-91.
- Ehrenzweig AA, 'The Lex Fori in the Conflict of Laws – Exception or Rule' (1959) 32(1) *Rocky Mountain Law Review* 13-19.
- Ehrenzweig AA, 'The Lex Fori-Basic Rule in the Conflict of Laws' (1960) 58(5) *Michigan Law Review* 637-688.
- Erkan M, 'Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Yabancı Hukukun Tatbiki: Olan vs Olması Gereken' iç Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak ve Cansu Kaya (edr), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu Eskişehir 21-22 Nisan 2016* (Yetkin 2016) 543-555.
- Francq S, 'Unilateralism' in Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari and Petro de Miguel Asensio (eds), *Encyclopedia of Private International Law* (Edward Elgar Publishing 2017) 1780-1791.
- Juenger FK, 'General Course on Private International Law (1983)' (1985) 193 *Recueil des cours* 123-388.
- Lando O, 'Lex Fori in Foro Proprio' (1995) 2(4) *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 359-375.
- Requejo Isidro M, 'Lex Fori (Lex Fori in Proprio Foro)' in Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari and Petro de Miguel Asensio (eds), *Encyclopedia of Private International Law* (Edward Elgar Publishing 2017) 1105-1113 <<http://hdl.handle.net/11858/00-001M-0000-002E-9722-C>> accessed 13 July 2022.
- Mills A, *Confluence of Private International Law and International Law* (Cambridge University Press 2009).
- Özdemir Kocasakal H, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2001).
- Özdemir Kocasakal H, 'Doğrudan Uygulanan Kurallar' iç Feriha Bilge Tanrıbilir ve Gülce Gümüşlü Tunçağıl (edr), *10. Yılında MÖHUK Sempozyumu* (Adalet 2018) 48-82.
- Parra-Aranguren G, 'General Course of Private International Law: Selected Problems' (1988) 210 *Recueil des cours* 9-223.
- Sauveplanne JG, 'New Trends in the Doctrine of Private International Law and Their Impact on Court Practice' (1982) 175 *Recueil des cours* 9-98.

- Symeonides S, 'Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism' (2017) 384 Recueil des cours 9-385.
- Şanlı C, Esen E ve Ataman Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9. Bası, Beta 2021).
- Tanrıbilir FB, 'Yabancıların Türk Yetkili Makamları Önünde Evlenmesi ve Kamu Düzenine Aykırılık Meselesi' iç Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak ve Cansu Kaya (edr), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu Eskişehir 21-22 Nisan 2016* (Yetkin 2016) 457-475.
- Vischer F, 'General Course on Private International Law' (1992) 232 Recueil des cours 9-256.
- Webb PRH, 'Thoughts on the Place of English Law as Lex Fori in English Private International Law' (1961) 10(4) International and Comparative Law Quarterly 818-845.
- Yöney C, *Yabancı Hukukun Uygulanması* (Oniki Levha 2018).

Limited Ortaklıklarda Opsiyon Haklarının Hukuki Niteliği

(Legal Qualification of Option Rights in Limited Liability Companies)

Murat Yusuf Akın^{*} , Rifat Cankat^{**} 

ÖZ

Opsiyon hakları ya da tercih edilen diğer ismiyle opsiyonlar, alacaklıya, (1) karşı tarafın irade beyanına ihtiyaç duymaksızın sözleşme akdedebilme ya da mevcut sözleşmeyi değiştirebilme imkânı veren veya (2) borçluya sözleşme akdetme ya da mevcut bir sözleşmeyi değiştirme borcu yükleyen haklardır. Bu amaçla opsiyon hakları, esas sermaye paylarının devrine ilişkin olarak limited ortaklık şirket sözleşmelerinde de öngörülmektedir. Böylesi durumlarda, opsiyon haklarının korporatif niteliğine karşılık gelen korporatif borç grubunun hangisi olduğunun incelenmesi gerekir. Bize göre, İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde olduğu üzere, opsiyon hakları limited ortaklıklar hukuku açısından yan edim yükümlülüğü niteliğindedir.

Anahtar Kelimeler: Limited Ortaklık, Esas Sermaye Payının Devri, Opsiyon, Opsiyon Hakkı, Yan Edim Yükümlülüğü.

ABSTRACT

Option rights, or preferably options, are the rights that (1) provide its demander the right to form / change a contract without needing the declaration of will from other parties, or (2) encumber the obligor with an obligation to form a contract with the demander. The same essential purpose being followed, option rights can be stipulated in the articles of associations of LLCs regarding the transfer of the capital contributions. In such cases, it should be examined, in which class of the corporative obligations, an option right reflects its corporative nature. In our opinion, option rights shall be regarded as obligations of further material contribution, as it is in Swiss and German law systems.

Keywords: The Limited Liability Company, Transfer of The Capital Contributions, Option, Option Right, Obligation of Further Material Contribution.

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0002-0194-9571.

** Dr. Öğretim Üyesi, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Bilişim Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, rifatcankat@klu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8413-780X.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Murat Yusuf Akın

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

Geliş Tarihi/Received: 26.08.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 09.12.2022

I. HUKUKİ SORUN

6102 s. Türk Ticaret Kanununun 577/1-b maddesiyle, ortaklara veya şirkete, esas sermaye payları ile ilgili olarak önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım hakları tanınması mümkün kılınmış ve aynı zamanda bu haklara korporatif düzende bağlayıcılık tanınmıştır.

Opsiyon hakları başlığı altında kümeleyebileceğimiz, maddede sayılan bu hakların tüm ortakları ve ortaklık organlarını bağlayacak olması, bu hakların muhataplar nezdinde ortaksal birer borç özelliği taşıdığı anlamına gelir¹. Bu durum sermaye koyma borcundan başka bir borcun ortaklara ortağı oldukları limited ortaklıkça yüklendiğini gösterir².

Opsiyon haklarının ortaksal birer borç olduğu kabul edildiğinde, bir sonraki aşamada opsiyon haklarının hangi borç tipine dâhil oldukları tespit edilmelidir. Limited ortaklıklarda ortağın borçları, esas sermaye payı borcunu ödeme yükümlülüğü, sadakat borcu, yan edim yükümlülüğü ve ek ödeme yükümlülüğü şeklinde sınıflandırılır³. Korporatif nitelik taşıyan opsiyon haklarının, hakkın borçlusunu olan ortak açısından bu borç tiplerinden birine dâhil olması beklenir. Aşağıda açıklanacağı üzere, İsviçre hukukunda opsiyon haklarının yan edim yükümlülüğü niteliğinde olduğu kabul edilir⁴. Bu sonuca Türk hukuku açısından gerçekten ulaşıp ulaşılamayacağı, bu çalışmada cevap aranan hukuki sorundur. Zira Türk kanun koyucusu mehz kanundan bazı noktalarda ayrılmıştır. Bu çerçevede öncelikle opsiyon hakları ve yan edim yükümlülükleri genel hatlarıyla incelenecek, özellikle bu borç tipinin öngörülme şartları ele alınacaktır. Devamında opsiyon haklarının farklı hukuk sistemlerindeki borç niteliği ortaya konulacak ve Türk hukuku yönünden görüşümüz ifade edilecektir.

1 Sandro Germann, *Die personalistische AG und GmbH* (Dike 2015) 335, N. 803.

2 Bu sebeple limited ortaklıklarda, anonim ortaklıklardaki tek borç ilkesinin geçerli olmadığı kabul edilir, bkz. Murat Alışkan, *Limited Şirket Tarihçe Niteliği* (Legal 2013) 114; Arthur Meier-Hayoz et Peter Forstmoser, *Droit suisse des sociétés* (Stämpfli 2015) 722, N. 70.

3 Meier-Hayoz et Forstmoser (n 2) 722 vd.

4 Meier-Hayoz et Forstmoser (n 2) 723, N. 72; Peter Böckli, 'Présentation générale' in Peter Böckli, Roland Ruedin, Andreas von Planta et Nicola Duc (eds), *Le nouveau droit de la Société à responsabilité limitée* (CEDIDAC 2006) 14; Lukas Handschin und Christof Truniger, *Die neue GmbH* (2. Auflage, Schulthess 2006) 37, N. 26; Christian J. Meier-Schatz, 'Die GmbH und die Private AG' in Peter Forstmoser, Lukas Handschin und Christian Meier-Schatz (eds), *Die GmbH und ihre Reform – Perspektiven aus der Praxis* (Schulthess 2000) 123; Carl Baudenbacher, Alexander Göbel und Philipp Speitler, 'Art. 772' in Rolf Watter und Hans-Ueli Vogt (eds), *Basler Kommentar Obligationenrecht II* (4. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2012) N. 36a; Hans Rudolf Trüb, 'Art. 776a' in Marc Amstutz et al. (eds), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (2. Auflage, Schulthess 2012) N. 6; Fernand Chappuis et Michel Jaccard, 'Art. 776a' in Pierre Tercier, Marc Amstutz et Rita Trigo Trindade (eds), *Commentaire Romand – Code des Obligations II* (Helbing Lichtenhahn 2008) N. 7; Reto Berthel, *Das neue GmbH-Recht, die Änderungen von Bestimmungen weiterer Rechtserlasse und die Übergangsbestimmungen aus notarieller und registerrechtlicher Sicht* (Petz 2008) 16; Manfred Küng und Raphaël Camp, *GmbH-Recht: Kommentar* (Orell Füssli 2006) 85, Art. 776a, N. 2; Mirja Ciesiolka, *Die schweizerische GmbH – Das neue Recht* (Handelskammer Deutschland – Schweiz 2008) 67; Fernand Chappuis, *Le nouveau droit de la Sàrl* (Helbing Lichtenhahn 2008) 31; Martin F. Nussbaum, Reto Sanwald und Markus Scheidegger, *Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht* (Cosmos 2007) 20.

II. OPSİYON HAKLARI

A. NİSPİ HAK NİTELİĞİ

Limited ortaklık şirket sözleşmelerinde yer alan opsiyon haklarının korporatif nitelikte olduğunu, tüm ortaklara ve keza ortaklığa karşı ileri sürülebileceğini belirttik. Opsiyon haklarının temel özellikleri bu nitelemenin önemini artırır. Bu özelliklerin ilki, opsiyonların nispi hak niteliğidir.

Nispi haklar, belirli bir kişiye veya sınırlı bir grup hâlindeki belirli kişilere karşı ileri sürülebilen haklardır⁵. Herkese karşı ileri sürülemeyecek olmaları, bu hakları mutlak haklardan ayıran temel özelliktir⁶. Bununla beraber opsiyon hakları şirket sözleşmesinde korporatif şekilde yer alabildiğinden, alelade birer nispi hak olarak görülemezler. Alelade nispi hakların gücünü aşan, adeta tapuya şerh verilmiş haklar gibi⁷ kuvvetlendirilmiş bir nitelikleri vardır. Kanaatimizce burada eşyaya bağlı hak⁸ benzeri bir nitelik taşıyan opsiyon haklarından bahsetmek gerekir⁹. Bu özellikle anlatılmak istenen ise opsiyon haklarının kişiye değil, statüye (diğer bir deyimle esas sözleşmeye) bağlı olduğudur. Yani pay sahibi değişse bile hak değişmeyecek, olduğu gibi kalacak¹⁰ ve opsiyon hakkı tüm paydaşlara karşı ileri sürülebilmeye devam edecektir.

B. YENİLİK DOĞURAN HAK – ALACAK HAKKI AYRIMI

Opsiyon haklarından bahsettiğimizde, sui generis bir sözleşme ile tanınan¹¹ ve sözleşme özgürlüğü prensibinin hakimiyeti altında olan haklar anlaşılır. Bu haklardan temel beklentimiz, ileride vücut bulacak bir hukuki işleme yönelik olarak önceden bazı yetkiler tanımlarındır.

Nispi hakların en sık karşılaşılan örnekleri alacak hakları ile yenilik doğuran haklardır¹². Opsiyon haklarının büyük bir kısmını yenilik doğuran hakların oluşturduğu kabul edilir¹³. Yenilik doğuran

- 5 M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk – Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar* (15. Baskı, Vedat 2008) 139.
- 6 Oğuzman ve Barlas (n 5) 138; Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm* (2. Baskı, Vedat 2008) 238.
- 7 Gül Okutan Nilsson, *Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri* (Çağa Hukuk Vakfı 2004) 235. Etkisi kuvvetlendirilmiş nispi haklar aynı hak niteliği taşımazlar, fakat bu hakların etki alanı hakka konu malvarlığı unsurunun sonraki maliklerini de kapsar şekilde genişletilmiştir, Oğuzman ve Barlas (n 5) 140; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (15. Baskı, Filiz 2012) 253.
- 8 Keza opsiyon haklarının bir türünü oluşturduğunu savunduğumuz yan edim yükümlülüklerinin hakka bağlı borç niteliği taşıdığı öğretilde ifade edilir, bkz. Osman Karaköse, *Limited Şirketlerde Yan Edim Yükümlülükleri* (Seçkin 2022) 58.
- 9 Bir tür eşyaya bağlı borç nitelemesi için bkz. Hediye Bahar Sayın, 'Limited Şirketlerde Yan Edim Yükümlülüğünün Hukuki Niteliği, Hizmet Ettigi Amaç ve Konusu' (2019) 23(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 25, 32.
- 10 Serozan (n 6) 243.
- 11 Matthias Casper, *Der Optionsvertrag*, (Mohr Siebeck 2005) 48.
- 12 Oğuzman ve Barlas (n 5) 139.
- 13 Philip Roger Baumann, 'Der Optionsschein auf Namenaktien Dritter' (Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde, Die hohe juristische Fakultät der Universität Basel, 1988) 12; Christof Helbling, *Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen in der Schweiz* (2. Auflage, Schulthess 2003) 153; Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin 2005) 162. 1920'ler ve devamında yenilik doğuran haklar doktrini yerleşmeden önce opsiyon haklarının niteliği tartışmalıydı ve öğretilde bu kurumu anlatmak için uzun süreli icap; icap sözleşmesi; ön sözleşme görüşlerinden yararlanılmaktaydı,

haklar, Buz tarafından şöyle tanımlanır¹⁴: “Tek taraflı bir hukuki işlem ile bir hukuki ilişkiyi kurmak, içeriğini değiştirmek veya sona erdirmek suretiyle başka bir şahsın hukuk alanında değişiklik meydana getirebilme yetkisi veren haklar”.

Yenilik doğuran haklar geniş bir hak grubunu kapsar ve her bir grubun sahip olduğu özellikler değişebilir. Bununla birlikte, yenilik doğuran hakların bazı ortak temel özellikleri vardır. Öncelikle, bu hakların kullanımı kural olarak şarta bağlanamaz¹⁵. Fakat bu kabulün arkasında muhatabı koruma düşüncesi bulunduğu¹⁶, bu düşünceyle çatışmadığı oranda yenilik doğuran hakların şarta bağlanmasına izin verilir. Hakkın kullanımının geçerli bir şekilde şarta bağlanabilmesi, özellikle şartın gerçekleşmesinin muhatabın iradesine bağlandığı hâllerde söz konusu olur. Bu duruma örnek olarak, muhatabın temerrüde düşmesinin geciktirici şart olarak tanınması verilir¹⁷.

Yenilik doğuran hakların diğer bir özelliği, zamanaşımına uğramaması; ancak sürenin sonunda hakkın düşecek olmasıdır¹⁸. Burada hatırlatmak gerekir ki, hak düşürücü süre yenilik doğuran hakkın kullanımına ilişkindir; bir kez hak kullanıldıktan ve yeni bir hukuki işlem (çoğu ihtimalde sözleşme) meydana getirildikten sonra artık zamanaşımı söz konusu olur¹⁹.

Kural olarak, yenilik doğuran haklar kullanılmakla sona ererler. Tanıdıkları yetki tek seferliktir²⁰. Bağımsız bir hukuki işlemin kurulmasına hizmet ederler; beyanın karşı tarafa varması ile bu etki gerçekleşir ve neticeten yenilik doğuran hak ortadan kalkar. Bu durumun önemli bir sonucu, yenilik doğuran hakların kullanıldıktan sonra geri alınamamasıdır²¹, 22. Tüm bu sebep – sonuç ilişkisine rağmen opsiyon hakkını doğuran opsiyon sözleşmesi ile hakkın kullanılmasının sonucu olan sözleşmenin bağımsız hukuki işlemler olduğu unutulmamalıdır²³.

Bu noktada sorulması gereken, tüm opsiyonların yenilik doğuran hak niteliği taşıyıp taşımadığıdır. Opsiyon hakkı TTK’da tanımlanmış değildir. Kanun bu kavramın içerdiği haklardan bazılarını sınırlı olmayan şekilde saymakla yetinir. Bu noktada opsiyon haklarının nispi niteliği hatırlanmalıdır. Ne opsiyon hakları ne de bunların kullanılmasıyla meydana getirilen alacak hakları sınırlı sayı ilkesine

bunlar hakkında bilgi için bkz. İsmail Kırca, *Hukukî Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2000) 187 vd.; Casper (n 11) 35 vd.

14 Buz (n 13) 57.

15 Oğuzman ve Barlas (n 5) 145. Dikkat etmek gerekir ki, burada şarta bağlanan, hakkın doğması değil, hakkın kullanılmasıdır. Yani, hak sahibinin hukuki işleme etki edecek beyanının aynı zamanda bir şart içermesi ve bu etkinin şart ile gerçekleşmesi durumudur.

16 Buz (n 13) 259.

17 Oğuzman ve Barlas (n 5) 145; Buz (n 13) 259.

18 Oğuzman ve Barlas (n 5) 145.

19 Buz (n 13) 265, 397.

20 Oğuzman ve Barlas (n 5) 146; Buz (n 13) 395.

21 Oğuzman ve Barlas (n 5) 146; Helbling (n 13) 160; Buz (n 13) 257. Buz, geri alınamama özelliğinin temel sebebinin, muhatabın korunması olduğu görüşündedir. Opsiyon hakları için açıkça bu yönde İsmail Esin, ‘Pay Alım ve Satım Opsiyonları ve Hükümleri’, *Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan* (On İki Levha 2017) 303.

22 Geri alınamama kuralının bir dogma olarak kabulünün doğru olmadığı, bu kuralın istisnaları bulunduğu hususunda Buz (n 13) 443 vd.

23 Casper (n 11) 48.

tabidir. Hem kanunî düzenlemenin yokluğu hem sınırlı sayı ilkesinin geçerli olmasını gerektiren herhangi bir sebebin bulunmaması, opsiyon haklarının çerçevesinin genişletilebileceğini gösterir. Zira tüm bu haklar nispi nitelikte olduğundan, üçüncü kişilere karşı hak sahibine sağladıkları olanaklar da benzerdir²⁴.

Gerçekten, tek taraflı irade beyanı ile bir borçlar hukuku sözleşmesine etki edilebilmesi son derece nitelikli bir imkân olsa da aynı amaçlara başka haklar ile de ulaşılabileceğini düşünmek gerekir. Sözleşme özgürlüğü prensibi aynı zamanda müzakere imkânı yaratır. Keza bir kimsenin yenilik doğuran hakkın muhatabı olmak istememesi, ancak alelade bir alacak hakkının borçlusu olmayı kabul etmesi olasıdır.

Hakkın kullanılmasıyla yaratılan hukuki durumu ve sonuçları incelediğimizde, yine yenilik doğuran haklara tam bağlılığın gerekli olmadığı anlaşılır. Yenilik doğuran hakların kullanılması ile sözleşme kurulur; diğer opsiyon haklarında ise öncelikle iradelerin uyumu aranır. Muhatabın hareketsiz kaldığı ihtimalde eğer bir yenilik doğuran hak söz konusu ise, öncelikle aynen ifa davası açmak ve bu yönde bir hüküm almak gerekecektir. Zira hakkın konusu çoğu hâlde ilamlı icra yoluna başvurmayı zorunlu kılar²⁵. Eğer bir alacak hakkı söz konusu ise, sözleşmenin kurulmasını sağlayacak irade beyanının eksikliği mahkeme yardımıyla tamamlanacak²⁶ ve geçerli bir sözleşme meydana getirildikten sonra ifayı talep etmek gerekecektir. Akabinde yine ilamlı icra yoluna başvurulur. Her iki ihtimalde de dava açılması ve ilamlı icra takibine konu edilebilecek nitelikte karar alınması gerektiğinden, pratikte iki hak grubu da hak sahibine benzer imkânlar sağlar. Bu sebeple, alacak hakkı niteliğindeki hakları opsiyon haklarının kapsamından dışlamayı cebri icra imkânlarını öne sürerek desteklemek de kanaatimizce mümkün değildir.

Anılan nedenlerle opsiyonların sadece yenilik doğurucu niteliktekilerden ibaret olmadığı, alacak hakkı niteliğinde opsiyonların da bulunabileceği kabul edilmelidir. Bize göre opsiyon hakları, (1) hak sahibine tek taraflı irade beyanı ile sözleşmesel düzlemde etki edebilme yetkisi veren haklar ile (2) hakkın muhatabına sözleşme kurma iradesi taşıyan beyanlarda bulunma borcu yükleyen haklar bütünüdür. Aşağıda opsiyon haklarının türleri bu ayırım gözetilerek açıklanacaktır.

C. TTK M. 577/1-B UYARINCA KAPSAM

Limited şirket ortakları kendi aralarında akdedecekleri sözleşmelerde farklı tipte opsiyonlara yer verebilir. Ortakların kendi aralarında akdettikleri ve borçlar hukuku sözleşmesi niteliğindeki işlemlerde opsiyon hakkının konusu taraflarca serbest şekilde tespit edilir. Şirket sözleşmesinde öngörülecek opsiyon haklarının hangileri olduğu ise TTK m. 577/1-b'de belirtilmiştir.

24 Ünal Tekinalp, 'Anonim Ortaklık Payının Alım, Önalım, Geriyealım ve Benzer Haklara Konu Olması Sorunu', *Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu I. Tebliğler* (Fakülteler Matbaası 1978) 306.

25 Gül Okutan Nilsson ve Oğuz Atalay, 'Anonim Ortaklık Payscaleleri Sözleşmelerinde Öngörülen Pay Alım ve Satım Opsiyonlarının Hukuki Niteliği ve Cebri İcrası' iç Ömer Teoman (ed), *Hüseyin Ülgen'e Armağan Birinci Cilt* (Vedat 2007) 416.

26 Bu davada ilk aşamada hâkimin kararı irade beyanının yerine geçecek ve asıl sözleşmeyi kuracaktır (M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (13. Baskı, Vedat 2015) 189 vd., N. 591).

Mezkûr hüküm şöyledir: “Ortaklara veya şirkete, esas sermaye payları ile ilgili olarak önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım hakları tanınması.” Söz konusu bent düzenlenmesinde birtakım haklar sayılmış, ancak bu hakların içeriği ile ilgili bilgi verilmemiştir. Bu durum iki temel tartışmayı doğurmaktadır. İlk tartışma önerilmeye muhatap olma hakkının anlamı üzerinedir. İkinci tartışmaysa maddedeki sayımın sınırlı olup olmadığı eksenindedir.

1. Önerilmeye Muhatap Olma Hakkının İçeriğinin Belirlenmesi

TTK m. 577/1-b’de geçen önerilmeye muhatap olma hakkından TTK m. 466’da da bahsedilir. İsviçre hukukuna bakıldığında, TTK m. 577/1-b hükmüne karşılık gelenin OR Art. 776a/I-2; TTK m. 466 hükmünün mehzazının ise OR Art. 653c olduğu anlaşılır. Şarta bağlı sermaye artırımında pay sahiplerinin korunması amacıyla getirilen bu hükümde, çıkarılacak borçlanma araçlarının öncelikle pay sahiplerine önerilecek olması pay sahiplerinin bir hakkı olarak kabul edilmiş ve bu hakka önerilmeye muhatap olma hakkı denilmiştir²⁷.

Her iki maddedeki ifade tercihleri öğretide eleştiriyle karşılaşır. Örneğin Pulaşlı, TTK m. 466’daki “önerilmeye muhatap olma hakkı” yerine “değiştirme ve alım hakkı içeren borçlanma araçlarını öncelikle alma hakkı” kavramını önerir²⁸. Şartlı sermaye artırımına ilişkin TTK m. 466/2’de önerilmeye muhatap olma hakkından bahsedilmiş ise de hükmün karşılığı olan OR Art. 653/II Almanca metinde Vorwegzeichnungsrecht kavramını kullanır²⁹. Söz konusu fıkranın Fransızca metninde “Bu hak...” şeklinde çeviri tercih edilmişse de 3. fıkradan anlaşıldığı üzere kullanılan Fransızca karşılık droit de souscrire préalablement olmuştur. TTK m. 577/1-b hükmündeki önerilmeye muhatap olma hakkı kavramı ise Almanca metinde Vorhandrecht, Fransızca metinde droit de préférence şeklindedir.

Yukarıda ifade edilen kavramları keskin çeviriler ile ayırmak mümkün değildir; zira tüm kavramlarda belli bir hakkın öncelikle bazı kişilere sunulması, belli bir gruba öncelik tanınması olgusu vardır. Ancak bu yakınlığa rağmen mehzaz kanunda farklı kavramlar tercih edilmiştir.

Kanaatimizce aynı yolun Türk Ticaret Kanununda da izlenmesi ve TTK m. 577/1-b ile m. 466 metinlerinde farklı kavramların tercih edilmesi isabetli olurdu. Tekinalp, 1978 tarihli makalesinde Vorhand kelimesini öncelik olarak çevirmiştir³⁰. Yakın tarihli eserlerde ve yargı kararlarında da

27 Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı* (3. Baskı, Vedat 2015) 406; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi* (4. Baskı, Adalet 2022) 2529.

28 Pulaşlı (n 27) 2530; 3071, dn. 63a. Burada yazar TTK m. 577’deki önerilmeye muhatap olma hakkının, devirden önce diğer ortaklara önerme olarak anlaşılması gerektiğini belirtir.

29 Kanaatimizce bu ifadenin daha yerinde tercümesi “öncelikle taahhüt etme hakkı” olacaktır. Zira bu bağlamda Almanca “zeichnen” fiili “taahhüt etmek” anlamında kullanılmaktadır. “Vorweg” ifadesi ise “diğerlerinden önce” anlamındadır. İsviçre kanun koyucusunun bu ifadeden muradı pay sahibine diğer herkesten önce ilgili “taahhütte” bulunma hakkının verilmesidir.

30 Tekinalp (n 24) 349.

öncelik hakkı tabirine rastlanır³¹. Bunun dışında öncelikle alım hakkı³², satın almada öncelikli olma hakkı³³ ve satın almada öncelik hakkı³⁴ gibi farklı çeviriler de yapılır.

Bize göre önerilmeye muhatap olma hakkı şartlı sermaye artırımına ilişkindir. TTK m. 577/1-b'de ifade edilmek istenen ise farklı bir haktır. Burada doktrini takiben 'öncelik hakkı' tabirinin kullanılabilceği görüşündeyiz. Her hâlükârda TTK m. 577/1-b nezdinde yapılacak ifade değişikliği ile sorunun çözüme kavuşturulması isabetli olacaktır.

2. Kanuni Düzenlemenin Tahdidi Olup Olmadığı

Tartışılması gereken ikinci husus, TTK m. 577/1-b'deki sayımın tahdidi olup olmadığıdır. TTK m. 577'nin gerekçesinde "İşte 577'nci madde bu kayıtları sınırlı sayıda (numerus clausus) göstermektedir." denilir. Bu ifadeye dayanan öğreti maddede sayılan kayıtların sınırlı sayıda gösterildiğini savunur³⁵. Bize göre bu ifade, TTK m. 577'deki 14 bentte sayılan düzenleme konularını ilgilendirir. Buna göre maddeyi oluşturan 14 bent sınırlı sayıdadır ve on beşinci bir hak türünün eklenmesi mümkün değildir. Daha doğru bir ifadeyle, on beşinci bir hak türünün şirket sözleşmesinde öngörülmek suretiyle ortaksal niteliğe kavuşturulması mümkün değildir. Fakat bu başlık altındaki tartışma, yeni bir hak türünü korporatif düzene taşımayı hedeflemez. Daha ziyade hâlihazırda hükmün (b) bendinde sayılmış olan opsiyon haklarının kapsamını tespit ve buna dönük yorum faaliyetinin sınırlarıyla ilgilenir. Anılan nedenle gerekçedeki ifadenin bu tartışmaya etki etmediği görüşündeyiz.

Bununla beraber, en dar yorumun kabulü hâlinde dahi TTK m. 577/1-b'deki sayım uygulamada karşılaşılan birçok opsiyon düzenlemesini yine de kapsar. Drag-along gibi doğrudan metinde sayılmayan bazı opsiyonlar niteliği itibarıyla kapsama dâhildir. Zira öğretide bu hak, üçüncü kişi lehine şarta bağlı alım hakkı olarak sınıflandırılır³⁶. Alacak hakkı niteliğindeki öncelik hakkının birçok alt görünümünün bulunması da bu görüşümüzün diğer bir gerekçesidir.

Bununla beraber satım hakkı TTK m. 577/1-b'de sayılmamıştır. Bu nedenle tartışma önemini korur. Satım hakkı, bir kimseye sahip olduğu hakları tek taraflı irade beyanıyla kurduğu sözleşme uyarınca devretme imkânı verir. Maddede sayılan haklar ile aynı sonuca tamamen zıt bir başlangıç noktasından ulaşan satım hakkı, madde lafzında yer alan haklardan birinin kapsamında görülemez. Bu nedenle sayımın tahdidi olup olmadığını tartışmak gerekir.

31 Yargıtay 11 HD, E 1994/7138 K 1995/1522, 23.02.1995. Kararın metni için bkz. Erdoğan Moroğlu, 'Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği' iç Nami Barlas, Abuzer Kendigelen ve Suat Sarı, *M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan* (Beta 2000) 527; Sinan H. Yüksel, 'Paysahipleri Sözleşmeleri' (Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi 2003) 131, dn. 355; Okutan Nilsson (n 7) 210 vd.

32 Moroğlu, 'Anonim Ortaklık Anasözleşmesi' (n 31) 525.

33 Murat Yusuf Akın, *Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler* (1. Basıdan Tıpkı Bası, Vedat 2014) 215.

34 Ali Murat Sevi, *Anonim Ortaklıkta Payın Devri* (3. Baskı, Seçkin 2014) 60.

35 Pulaşlı (n 27) 3072.

36 Peter Forstmoser und Marcel Küchler, *Aktionärbindungsverträge* (Schulthess 2015) 412. *Tag along* ve satım hakkı arasındaki ilişki bakımından aynı yönde Damian Fischer, *Änderungen im Vertragsparteienbestand von Aktionärbindungsverträgen* (Dike 2009) 99.

Limited ortaklıklarda opsiyon hakları esas sermaye payının devrine yarar. Korporatif opsiyon haklarının aynı zamanda mevcut ortaklık yapısının korunmasına veya şirketin başka şirketlerin hâkimiyeti altına girmesinin engellenmesine hizmet etmesi aranır. Satım hakları da bu amaçlara hizmet edebilir. Zira satım hakkının muhatabı aynı şirketteki başka bir ortak ya da ortaklığın kendisi ise şirketin ortak(lık) yapısı aynı kalacaktır. Buna ek olarak, satım hakkı hem hak sahibine şirketten çıkma hakkını hem de şirkete yeni ortak girmesine engel olma ve bu şekilde yabancılaşmayı önleme fırsatını aynı anda sunabilir. Serbest piyasada hiçbir alıcının bulunmadığı ve esas sermaye paylarını satmanın herhangi bir sebepten gereklilik arz ettiği durumlarda satım hakkı özellikle faydalıdır³⁷.

Satım hakkı ile diğer opsiyonlar arasındaki benzerlik yöntemde de kendini gösterir. Hakkın konusu, esas sermaye payının devridir. Bu nedenle opsiyonlar arasında ayırım yapmayı gerektirecek herhangi bir menfaatin bulunmadığı, satım hakkının da alım hakkı gibi ortaksal nitelik taşıyabileceği ve TTK m. 577/1-b'deki sayımın sınırlı olmadığı görüşüdeyiz.

D. TÜRLERİ

Yukarıda yer alan açıklamalar ışığında, limited ortaklıklarda korporatif nitelik taşıyabilen çeşitli opsiyon türleri söz konusu olacaktır. Bunlar ismen (1) öncelik hakkı, (2) alım hakkı, (3) önalım hakkı ve (4) satım hakkı şeklinde sıralanabilir. Fakat her bir opsiyonun alt türleri de mevcuttur. Aşağıda sırasıyla bu haklar ve alt ayrımları incelenecektir.

1. Öncelik hakkı (Vorhandrecht)

Öncelik hakkı, hakkın muhatabına, daha doğrusu borçlusuna, sahip olduğu payları öncelik hakkı sahibine teklif etme borcu yükler³⁸. Bu teklif hukuki anlamda bazen öneri, bazen ise öneriye davet

37 Belirtmek gerekir ki, böylesi durumlarda alıcı ortağın dezavantajlı bir durumla karşı karşıya kalma riski vardır. Zira alıcı bulunamıyor olması şirket işlerinin kötü gidişle vb. tercih edilmeyen sebeple ilgili olabilir. Buna ek olarak şirket değerindeki ciddi artışlar sebebiyle alıcıların gerekli likiditeyi sağlayamaması da ihtimal dâhilindedir, bkz. Peter Böckli, 'Aktionärbindungsverträge mit eingebauten Vorkaufs – oder Kaufsrechten und Übernahmepflichten' in Jean Nicolas Druet, *Rechtsfragen um die Aktionärbindungsverträge* (Schulthess 1998) 67. Bu sebeple satım hakkının kullanımının hak sahibinin iradesi dışında, alıcının taşıdığı ekonomik riskleri de dikkate alan bazı şartlara bağlanması ve gerekli ölçüde sınırlandırılması önerilir, bu yönde Françoise Martin, *Sociétés anonymes de famille* (2ème édition, Schulthess 2013) 258 vd. İsviçre uygulamasında bir veya birden fazla geciktirici şartın öngörüldüğü yönünde Olivier Bloch, *Les conventions d'actionnaires et le droit de la société anonyme* (Schulthess 2006) 302.

38 Tamer Bozkurt, *Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlanması (Bağlam) – Die Vinkulierung –* (On İki Levha 2016) 256; Hans Caspar von der Crone, *Aktienrecht* (Stämpfli 2014) 695; Theodor Lang, *Die Durchsetzung des Aktionärbindungsvertrags* (Schulthess 2003) 34; Viviane Premand, *Les sociétés de famille dans les formes de la société anonyme et à responsabilité limitée* (Schulthess 2010) 75, N. 285; Madeleine Simonek, Thomas Gächter und Karin Müller, *Unternehmensrecht I: Gründung und Aufbau, Sanierung und Liquidation* (2. Auflage, Schulthess 2013) 186, N. 68; Sercan Uçar, *Anonim Şirket Paylarının Devrinde Önalım ve Öncelik Hakları* (On İki Levha 2017) 50; Forstmoser und Küchler (n 36) 395; Akın (n 33) 215; Okutan Nilsson (n 7) 210; Okutan Nilsson ve Atalay (n 25) 410; Nussbaum, Sanwald und Scheidegger (n 4) Art. 776a, N. 5; Yüksel (n 31) 131; Berthel (n 4) 16, N. 83; Thomas Herzog, *Kauf und Verkauf von KMU in der Schweiz* (Dike 2013) 78; Martin (n 37) 256; Ruedi Bürgi, *Möglichkeiten des statutarischen Minderheitenschutzes in der personalistischen AG* (Schulthess 1987) 31; Markus Steinmann, *Präventive Abwehrmaßnahmen zur Verhinderung unfreundlicher Übernahmen mit Mitteln des Aktienrechtes* (Rüegger 1989) 109; Monika Hintz-Bühler,

niteliğindedir. Bazen ise her iki nitelikten de yoksun şekilde, kendisine sonuç bağlanan bir tür bilgilendirme görevi görür.

Öncelik hakkı yenilik doğuran hak değildir; bir tür alacak hakkıdır³⁹. Alacak hakları içerisinde hangi türe gireceği söz konusu öncelik hakkının unsurları incelenerek tespit edilmelidir. Zira öncelik hakları duruma göre yapma borcuna karşılık gelebileceği gibi, bazı ihtimallerde yapmama borcuna da karşılık gelebilir⁴⁰. Ancak her hâlükârda mevcut olan, iki tarafın da irade beyanında bulunmasına gerek duyulmasıdır. Bu yönüyle öncelik hakları, diğer opsiyon haklarına göre daha zayıf kalır⁴¹. Fakat aynı özellik nedeniyle, şirket sözleşmesinde devre ilişkin tüm esaslı unsurların belirlenmiş olmasına gerek yoktur. Bedel gibi bazı unsurlar tarafların irade beyanlarına bırakılabilir.

Öncelik hakları sınıflandırılırken iki ayrı özellik dikkate alınır. Kapsama göre yapılan ayrım da sınırsız ve sınırlı opsiyonlardan bahsedilir. Bu ayrımın temelinde yatan unsur, opsiyon hakkı vasıtası ile kurulan sözleşmedeki karşı edimdir. Satış fiyatının belirlenme yöntemi opsiyon şartında ya da sözleşmesinde miktar olarak belirlenmemiş ise söz konusu hakkın sınırsız (unlimitiert) opsiyon hakkı olduğu kabul edilir. Sınırlı (limitiert) opsiyon haklarında ise satış fiyatını düzenleyen hükümlere opsiyon hakkını kuran işlemde yer verilir ve böylece üçüncü kişiyi ilgilendiren gelişmelerden bağımsız şekilde karşı edim belirlenir⁴². Sınırlı opsiyon hakları da kendi içinde mutlak ve nispi olmak suretiyle ikiye ayrılır. Mutlak sınırlı haklarda, satış fiyatı ya rakamsal olarak belirlenmiştir ya da rakamı doğrudan belirlemeye imkân tanıyan bir ifade vardır. Nispi sınırlı haklarda ise yeterli belirlenme sağlanmış olmakla birlikte, esasen rakama değil, formüle yer verilir⁴³. Hukuki işlemin akdi için gerekli yeterliliği sağlayan formül uyarınca opsiyon hakkının kullanımı akabinde hesap yapılacak ve satış fiyatı ortaya çıkacaktır.

Diğer ayrım ise öncelik hakkının içeriğini ilgilendirir. Buna göre borçlu bazen öneride, bazen kabulde, bazen bu derece hukuki etkisi bulunmayan bir teklifte bulunur.

Öneride öncelik hakkında, paylarını satmak isteyen ortak, sahip olduğu esas sermaye paylarını öncelikle hak sahibine önermelidir. Bu teklif TBK m. 3 anlamında öneri niteliği taşır ve hak sahibinin kabul beyanında bulunması ile devir sözleşmesi kurulur⁴⁴. Diğer ihtimalde hak sahibi

Aktionärbindungsverträge (Stämpfli 2001) 89.

39 Moroğlu, 'Anonim Ortaklık Anasözleşmesi' (n 31) 522; Forstmoser und Küchler (n 36) 395; Bürgi (n 38) 31. Karş. hakkın yenilik doğurucu şekilde de kurgulanabileceği yönünde Uçar (n 38) 51.

40 Forstmoser und Küchler (n 36) 395.

41 Bu zayıflığın giderilmesi için öncelik hakkının alım hakkı ile desteklenmesi önerilir. Bu öneriye göre, öncelik hakkına ilişkin düzenlemelere riayet edilmemiş olması, alım hakkının geciktirici şartı olarak kurgulanmakta ve öncelik hakkının ihlâl edildiği durumlarda adeta bir ceza hükmü gibi alım hakkından faydalanılmaktadır; bu öneri için bkz. von der Crone (n 38) 695.

42 Akın (n 33) 215; Forstmoser und Küchler (n 36) 377, 396; Lang (n 38) 33. Önalım ve alım hakları için aynı yönde Martin (n 37) 253; Steinmann (n 38) 107; Manfred Küng und Isabel Hauser, *GmbH: Gründung und Führung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (Helbing Lichtenhahn 2005) 23, N. 85; Simonek, Gächter und Müller (n 38) 185, N. 67; Bloch (n 37) 299; Hintz-Bühler (n 38) 89.

43 Forstmoser und Küchler (n 36) 378.

44 Bozkurt (n 38) 257; Okutan Nilsson (n 7) 212; Yüksel (n 31) 133 vd.; Forstmoser und Küchler (n 36) 396; Esin (n 21) 291; Bloch (n 37) 300; Sevi (n 34) 61; Uçar (n 38) 54.

kabul beyanında bulunmayı reddeder. Bu durumda borçlu, üçüncü kişiler ile serbestçe sözleşme akdedebilecektir⁴⁵. Ancak hak sahibi kabul beyanında bulunmamış olsa bile borçlu, esas sermaye paylarını öncelik hakkı sahibine yaptığı öneridekinden daha kötü şartlarla, bu bağlamda örneğin daha düşük fiyatla satamayacaktır⁴⁶. Aksinin kabulü teklifte öncelik hakkını anlamsızlaştıracağından, bu özellik hakkın doğasından kaynaklanır. Gerçekten aksi ihtimalde borçlu, gerçek değer çok üstünde öneride bulunmak suretiyle borcunu yerine getirebilecek ve kabul beyanının yokluğunda gerçek değere ya da daha az bedele paylarını serbestçe devredebilecektir. Bu sebeple ilgili düzenleme bu yasaklamaya açıkça yer vermemiş olsa bile, öngörülen hakkın öncelik hakkı olduğu söylenebildiği ölçüde aynı sonuca ulaşılmalı ve borçlunun teklifteki şartlardan daha kötü şartlarla sözleşme akdedemeyeceği kabul edilmelidir.

Açıklanan sistemde sınırı çizen, öneriye konu sözleşme şartlarıdır. Yukarıdaki sistem bir kere işletildikten sonra, eğer payların üçüncü kişiye daha kötü şartlarla devredilebilmesi isteniyorsa bu sefer tekrar bir öneride bulunulmalı ve opsiyon hakkı sahibine tekrar irade beyanı açıklamasında bulunma hakkı tanınmalıdır. Öncelik hakkından beklenen fayda ancak bu şekilde sağlanabilir. Opsiyon hakkı sahibinin teklifi kabul etmeyip karşı teklifte bulunması hâlinde dahi aynı kural izlenmelidir. Örneğin, 100 birimlik öneriye karşılık opsiyon hakkı sahibince 60 birim önerilmiş, fakat şimdi 80 birim karşılığında payların devri düşünülüyorsa, opsiyon hakkını tekrar işletmek gerekir. Opsiyon hakkı sahibinin, 60 birimden daha aleyhe şartları asla kabul etmeyeceği veya teklif ne olursa olsun hakkını kullanmayacağı yönündeki ve benzer içerikteki irade açıklamaları ise somut olaya göre yorumlanmalıdır. Bu yöndeki açıklamalara opsiyon hakkını tekrar işletmeyi gereksiz kıldığı ölçüde sonuç bağlanmalıdır. Buna karşılık, üçüncü kişi ile akdedilecek sözleşme daha iyi şartlar, misal olarak daha yüksek bir satış bedeli içeriyorsa kabul beyanının yokluğunda opsiyon hakkı borçlusu serbestçe işlem yapabilecektir.

Kabulde öncelik hakkında ise hakkın borçlusunun iki temel borcu bulunur. İlk borca göre, esas sermaye payını devretmek isteyen opsiyon hakkı borçlusu bu niyetinden hak sahibini haberdar etmekle yükümlüdür. Bu haberin ertesinde hak sahibi öneride bulunduğu takdirde bu öneriye karşılık gelen kabul beyanında bulunmak ise, kabulde öncelik hakkından doğan ikinci borçtur⁴⁷. Burada sırasıyla muhatabın öneriye daveti, hak sahibinin icabı ve yine muhatabın kabul beyanı söz konusudur. Muhatabın kabul beyanı TBK m. 3 anlamındadır ve devir sözleşmesini kurar.

Üçüncü olarak bazen borçlunun beyanı ne öneri özelliği taşır ne de kabul etkisi gösterir. Bu durumda opsiyon hakkı borçlusu sadece basit bir teklifte bulunmakla yükümlüdür. Teklife yönelik olarak borçlu, hak sahibini devre ilişkin niyetinden haberdar etmek ve ona öneride bulunma fırsatı tanımak borcu altındadır⁴⁸. Hak sahibi bu teklif karşısında öneride bulunduğu takdirde dahi opsiyon hakkı borçlusu serbestliğini korur, onu öneriyi kabul etmeye zorlayan herhangi bir borç yoktur.

45 Forstmoser und Küchler (n 36) 396; Hintz-Bühler (n 38) 90; Bloch (n 37) 300; Uçar (n 38) 54.

46 Okutan Nilsson (n 7) 212.

47 Akın (n 33) 215; Simonek, Gächter und Müller (n 38) 186, N. 68; Okutan Nilsson (n 7) 212; Bozkurt (n 38) 257 vd.; Bloch (n 37) 301; Martin (n 37) 257; Uçar (n 38) 55. Bu hakka İngilizce terminolojide “*right of first refusal*” denilmektedir.

48 Forstmoser und Küchler (n 36) 396; Akın (n 33) 215; Okutan Nilsson (n 7) 211; Hintz-Bühler (n 38) 90; Bloch (n 37) 301; Martin (n 37) 257; Bozkurt (n 38) 256. Bu hakka İngilizce terminolojide “*right of first offer*” denilmektedir.

Teklifte öncelik hakkının temel etkisi, üçüncü kişilerle sözleşme akdedileceği vakit kendini gösterir. Zira borçlu, hak sahibinin önerisini reddettiği takdirde, artık aynı ya da daha kötü şartlar altında esas sermaye paylarını devredemeyecektir⁴⁹. Buna karşılık eğer üçüncü kişi hak sahibinin önerisinden daha iyi bir öneri sunarsa borçlu ortak bu öneriyi kabulde serbesttir. Opsiyon hakkına konu esas sermaye payları hak sahibinin önerdiğinden daha iyi şartlarla devredilecekse teklifte öncelik hakkı devre engel olmaz⁵⁰.

2. Alım Hakkı (Kaufrecht)

Alım hakkı, bir yenilik doğuran haktır. Limited ortaklıklarda bu hak, opsiyon hakkı sahibine belirli bazı esas sermaye paylarını tek taraflı irade beyanında bulunarak devralma imkânı veren hak olarak tanımlanabilir⁵¹. Alım hakkının yukarıda açıkladığımız öncelik hakkından farkı, tek taraflı irade beyanı ile devir sözleşmesinin kurulabilmesidir. Alım hakkı, muhatabın devre yönelik niyetini ve bununla bağlantılı olarak üçüncü bir kişinin varlığını aramadığından, sadece sınırlı kapsamda öngörülebilir; diğer bir ifadeyle esaslı unsurların opsiyon şartında kararlaştırılması gerekir. Bunun yanında alım hakkının hem öncelik hakkından hem de aşağıda inceleyeceğimiz önalım hakkından ayrılan tarafı, muhatabın esas sermaye paylarını satma niyeti olmasa bile kullanılmak suretiyle sonuç doğurmasıdır⁵².

Her ne kadar alım hakkının şarta bağlanması yönünde zorunluluk bulunmasa da⁵³ somut olayda genellikle hakkın bir şarta bağlandığı görülür. Bu, esasen menfaatler dengesinden kaynaklanır. Hukuki işlemin taraflarınca serbestçe belirlenmiş herhangi bir olay şart olarak seçilebilir, meğerki söz konusu şart muhatabın üçüncü kişiyle akdedeceği devir sözleşmesi olsun; zira bu ihtimalde hakkın alım hakkı değil, önalım hakkı olduğunu kabul etmek gerekir⁵⁴.

Alım hakkının uygulamada call option ve drag-along isimleriyle anılan iki türü bulunur. Esasen call option terimi yukarıda açıklanan özellikleriyle alım hakkını karşılar. Drag-along söz konusu olduğunda ise esas sermaye paylarını satmak ve aynı zamanda bu satıştan mümkün olduğunca fazla kâr elde etmek isteyen bir hak sahibi ortak vardır. İşte bu hak sahibi ortağın, kendi bulduğu üçüncü kişi ile satış sözleşmesi akdetmeye diğer ortakları (opsiyon hakkının muhatapları) zorlayabilmesi

49 Simonek, Gächter und Müller (n 38) 186, N. 68; Okutan Nilsson (n 7) 211; Hintz-Bühler (n 38) 90. Ayrıca bkz. Uçar (n 38) 53, yazar bu hakkı teklifte öncelik hakkı olarak niteler.

50 Forstmoser und Küchler (n 36) 397; Okutan Nilsson (n 7) 211; Esin (n 21) 292; Sevi (n 34) 61 vd.

51 Akın (n 33) 214; Okutan Nilsson (n 7) 225; Sevi (n 34) 58; Forstmoser und Küchler (n 36) 401; Berthel (n 4) 16, N. 85; Nussbaum, Sanwald und Scheidegger (n 4) Art. 776a, N. 5; Küng und Hauser (n 42) N. 86; Lang (n 38) 35; Herzog (n 38) 78; Premand (n 38) 75, N. 283; Simonek, Gächter und Müller (n 38) 185, N. 66; Baumann (n 13) 12; Esin (n 21) 279; Bürgi (n 38) 30; Steinmann (n 38) 109; Kırca (n 13) 37; Bozkurt (n 38) 260; Okutan Nilsson ve Atalay (n 25) 412; Hintz-Bühler (n 38) 88; Martin (n 37) 254; Bloch (n 37) 299.

52 Forstmoser und Küchler (n 36) 401.

53 Lang (n 38) 35; Forstmoser und Küchler (n 36) 402. Tanımda şart unsuruna yer veren Baumann (n 13) 12.

54 Forstmoser und Küchler (n 36) 402. Bu duruma bağlı olarak, önalım hakkının şartlı alım hakkı olduğu da söylenir (Bozkurt (n 38) 260).

hakkı, birlikte satmaya / satışa zorlama hakkı, çekme hakkı, sürüklenme hakkı, katma hakkı ya da drag-along olarak anılır⁵⁵.

Drag-along üçüncü kişi yararına olup⁵⁶ ilgili opsiyon klozu üçüncü kişi lehine sözleşme niteliğindedir. Zira her ne kadar hak sahibi esas sermaye paylarını daha yüksek fiyata satmak suretiyle ekonomik menfaat elde etmişse de hakkın kullanımı ile sözleşme ilişkisine üçüncü kişinin karşısında muhatap ortaklar da taraf olur. Bu nedenle sürüklenme hakkının kullanılması ile kurulan devir sözleşmesinin devralanı olan üçüncü kişi, opsiyon ilişkisinde lehtar konumundadır. İrade beyanı açıklamasının ortak tarafından yapıldığı düşünülürse burada üçüncü kişi yararına eksik sözleşmeden bahsetmek gerekir.

3. Geri Alım Hakkı (Rückkaufsrecht)

Geri alım hakkı TTK'nın limited ortaklıklara ilişkin hükümlerine alt komisyon tarafından eklenmiştir. Bir yenilik doğuran hak olan geri alım hakkı, hak sahibine, daha önceden devrettiği esas sermaye paylarını iade alma hakkı verir⁵⁷. Burada da hak sahibi tek taraflı bir irade beyanı ile pay devri sözleşmesini akdetmeyi başaracak; yalnız mezkûr sözleşmenin konusu her hâlükârda daha önceden devrettiği esas sermaye payları olacaktır. Bu yönüyle geri alım hakkı, temelinde belli bir grup esas sermaye payını konu alan, özellikli bir alım hakkıdır.

4. Önalım Hakkı (Vorkaufsrecht)

Limited ortaklıklar bakımından önalım hakkı, esas sermaye paylarının üçüncü kişiye satılması ya da başka bir şekilde devredilmesi hâlinde, hak sahibine esas sermaye paylarının mülkiyetinin kendisine devredilmesini talep etme hakkı veren, yenilik doğuran hak olarak tanımlanabilir⁵⁸.

Önalım hakları iki alt türe ayrılır. Bunlar, adi önalım hakkı ve nitelikli önalım hakkıdır. Adi önalım hakkı, hak sahibi ile hakkın muhatabı arasında akdedilecek olan sözleşmedeki satış fiyatının muhatap

55 Will Fischer, Helke Drenckhan, Michael Gwelessiani und Fabiana Theus Simoni, *Handbuch Schweizer Aktienrecht* (Helbing Lichtenhahn 2014) 190; Gülşah Yılmaz, *Pay Sahipleri Sözleşmesinden Doğan Birlikte Satma Hakkı ve Birlikte Satışa Zorlama Hakkı (Tag Along & Drag Along Rights)* (On İki Levha 2018) 9; Forstmoser und Küchler (n 36) 411; Esin (n 21) 289; Okutan Nilsson (n 7) 227; Yüksel (n 31) 145; Sevi (n 34) 62 vd. Hakkın muhatabı için bu durum, 'birlikte satma yükümlülüğü' (Mitverkaufspflicht) olarak nitelendirilebilir, bkz. Forstmoser und Küchler (n 36) 411; Martin (n 37) 254.

56 Yılmaz (n 55) 139. Esin, tag-along (hisselerini satan kişinin peşine takılıp onunla birlikte hisselerini satma hakkı) için üçüncü kişi yararına sözleşme nitelemesini reddetmiş; ancak drag-along için herhangi bir açıklamada bulunmamıştır (Esin (n 21) 288 vd.).

57 Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (10. Baskı, Beta 2014) 252; Küng und Hauser (n 42) 23, N. 87; Forstmoser und Küchler (n 36) 406; Steinmann (n 38) 109; Yüksel (n 31) 142 vd.; Sevi (n 34) 58.

58 Forstmoser und Küchler (n 36) 375; Akın (n 33) 215; Okutan Nilsson (n 7) 214; Küng und Hauser (n 42) 23, N. 84; Sevi (n 34) 58; Martin (n 37) 255; Herzog (n 38) 78; Lang (n 38) 34; Premand (n 38) 75, N. 284; Simonek, Gächter und Müller (n 38) 185, N. 67; von der Crone (n 38) 695; Steinmann (n 38) 106; Bozkurt (n 38) 259 vd.; Yüksel (n 31) 138; Bloch (n 37) 300; Fischer (n 36) 62; Okutan Nilsson ve Atalay (n 25) 410 vd. Bu hakka İngilizce terminolojide "right of pre-emption" denilmektedir.

ile üçüncü kişi arasında daha önceden akdedilen satış sözleşmesi dikkate alınarak belirlendiği haklardır⁵⁹. Buna göre devreden ortak esas sermaye paylarını üçüncü kişiye hangi fiyattan devredecek idi ise opsiyon hakkı sahibi de payları aynı fiyattan satın alır. Bu açıklamadan anlaşıldığı üzere adi önalım hakları, sınırsız opsiyon haklarıdır. Nitelikli önalım hakları ise birer sınırlı opsiyon hakkıdır⁶⁰. Buna göre nitelikli (vasıflı-mevsuf) önalım haklarında satış fiyatına ilişkin özellikler ilgili hukuki işlemde belirtilir⁶¹.

Her iki tür önalım hakkı da geciktirici şarta bağlıdır⁶². Söz konusu şart, önalım hakkının kullanılmasına imkân tanıyan olayın (Vorkaufsfall⁶³) gerçekleşmesidir. Bu olay kural olarak muhatabın üçüncü kişiyle bir satış sözleşmesi akdetmesidir. Fakat opsiyon klotunda, hangi hâllerde önalım hakkının kullanılabilceği de kararlaştırılabilir⁶⁴. Örnek olarak, satış sözleşmesi kurmaya yönelik öneride bulunulmuş olması hakkın kullanılması için yeterli addedilebilir⁶⁵.

Kuraldan herhangi bir ayrılma olmadığı takdirde önalım hakkı, esas sermaye paylarının satılması ya da ekonomik bakımdan satışa eş değerde işlemlerin yapılması hâlinde kullanılabilir⁶⁶. Ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemlere örnek olarak, mal değişim sözleşmeleri gösterilebilir⁶⁷.

Öğretide öne çıkan bir tartışma, taşınmaz satışlarında önalım hakkını düzenleyen hükümlerin ortaklıklar hukukunda kıyasen uygulanmasının mümkün olup olmadığıdır. Okutan Nilsson, hem önalım hakkının kullanılabilceği durumların (Vorkaufsfall) tespitinde hem de önalım hakkı sahibine tanınan sürelerin belirlenmesinde taşınmaz satışına ilişkin hükümleri dikkate alır⁶⁸. Aynı şekilde Forstmoser / Küchler öncelikle satış sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceğini belirtmekte⁶⁹; daha sonra önalım hakkının kullanılabilceği durumları tespit ederken OR Art. 216c/I hükmünden⁷⁰, hakkın geçerli olduğu süreye ilişkin değerlendirmelerinde ise OR Art. 216c

59 Tekinalp (n 24) 348; Yüksel (n 31) 138; Uçar (n 38) 45.

60 Okutan Nilsson (n 7) 218, dn. 338 vd.; Fischer (n 36) 63.

61 Yüksel (n 31) 138; Tekinalp (n 24) 347; Uçar (n 38) 45.

62 Lang (n 38) 34; Okutan Nilsson (n 7) 217.

63 *Vorkaufsfall* teriminin Türk hukukunda “önalım olayı” olarak adlandırılabilceği yönünde bkz. Okutan Nilsson (n 7) 217. İsviçre Borçlar Kanununun Fransızca metninde bu kavram *cas de préemption* olarak anılır.

64 Böckli, ‘Aktionärbindungsverträge’ (n 37) 55; Martin (n 37) 255; Forstmoser und Küchler (n 36) 388. Bu noktada haklar arasındaki esnek sınıra dikkat etmek gerekir; çünkü, üçüncü kişi ile akdedilen satış sözleşmesiyle alakası bulunmayan olayların şart olarak öngörülmesi, söz konusu düzenlemenin önalım hakkı değil; artık doğumu şarta bağlanmış bir alım hakkı olduğu anlamına gelecektir. Aynı yönde, Forstmoser und Küchler (n 36) 388, dn. 61.

65 Okutan Nilsson (n 7) 217.

66 TBK m. 240 hükmünde geçen bu ifade, OR Art. 216c hükmünde de aynı şekilde yer alır: *sowie bei jedem andern Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt / ainsi qu'à l'occasion de tout autre acte juridique équivalent économiquement à une vente*; Forstmoser und Küchler (n 36) 387.

67 Küng und Hauser (n 42) 23, N. 84. Taşınmaz satış bakımından yapılan incelemelerde ekonomik bakımdan eşdeğer işlemlerin neler olabileceği hususu tartışılmış ve satışa son derece yakın olan mal değişiminin bile bu kapsamda kabul edilemeyeceği ileri sürülmüştür. Bu tartışmalar için bkz. Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt – I* (Vedat Kitapçılık 2012) 161 vd.

68 Okutan Nilsson (n 7) 219, 223.

69 Forstmoser und Küchler (n 36) 376.

70 ibid 387; Fischer (n 36) 63; aksi yönde Bloch (n 37) 313.

hükümünden⁷¹ istifade etmektedir. Yüksel ise Türk Medeni Kanununun 1. maddesinin çizdiği sınırlar içinde, somut olaydaki menfaatler dengesi gözetilerek kıyasen uygulamanın mümkün olduğu görüşündedir⁷². Yazarlar gibi biz de sözleşmesel önalım hakkına ilişkin TBK m. 240 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği düşüncesindeyiz. Hatta aradaki benzerlikler ve hususiyetler dikkate alınmak suretiyle tüm opsiyon hakları için bu hükümlerden kıyasen yararlanılması düşünülmelidir.

5. Satım Hakkı (Verkaufsrecht)

Bazen limited şirket ortakları şirketi mümkün olan en kısa sürede terk etmek, bu nedenle de sahip oldukları esas sermaye paylarını hızlıca elden çıkarmak isteyebilirler. İşte böyle durumlarda satım hakkından yararlanılır. Satım hakkı sahibi ortak, tek taraflı irade beyanında bulunarak devir sözleşmesi akdedebilir ve alım hakkının muhatabını devre konu payları satın almaya zorlayabilir⁷³.

İşleyiş olarak satım hakkı alım hakkına son derece benzerdir; hatta bu iki hakkın denk oldukları bile söylenir⁷⁴. Farklılık hak sahibinin elindeki yetkinin yönüyle alakalıdır. Alım hakkında hak sahibi devralan konumunda iken satım hakkında hak sahibi devredendir ve sahip olduğu payların muhatap tarafından devralınmasını ister.

Satım hakkının da alım hakkı gibi iki türünden bahsedilir. Keza nasıl ki call option ile alım hakkı ifade edilmekteyse, put option da satım hakkına uygulamada verilen ad olarak karşımıza çıkar⁷⁵. Diğer tür olan tag-along ya da diğer adıyla take-me-along⁷⁶ klotları ise birlikte satma hakkı⁷⁷ ya da katılma hakkı⁷⁸ gibi terimlerle açıklanır. Hangi tabir tercih edilirse edilsin ortada bir “satın almaya zorlama” vardır⁷⁹. Bu hakkın kullanılabilmesi için, herhangi bir ortağın, esas sermaye paylarını devretmeye yönelik olarak üçüncü bir kişiyle anlaşması ya da anlaşma görüşmelerinde bulunması gerekir. Bu aşamanın ardından hak sahipleri eklenme haklarını kullanacak ve sahip oldukları payların aynı şartlar altında üçüncü kişi tarafından satın alınmasını sağlayacaklardır⁸⁰. Burada katılma hakkı

71 Hintz-Bühler (n 38) 100; Martin (n 37) 256; Forstmoser und Küchler (n 36) 390; bu madde bakımından aynı yönde Bloch (n 37) 313.

72 Yüksel (n 31) 141.

73 Forstmoser und Küchler (n 36) 409; Martin (n 37) 258; Okutan Nilsson (n 7) 225; Sevi (n 34) 60; Berthel (n 4) 16, N. 84; Nussbaum, Sanwald und Scheidegger (n 4) 20, Art. 776a, N. 5; Bloch (n 37) 302; Lang (n 38) 36; Kırca (n 13) 37; Esin (n 21) 286; Bozkurt (n 38) 260.

74 Forstmoser und Küchler (n 36) 409; Esin (n 21) 286.

75 Christophe Sarasin, ‘Die möglichen Rechtsformen des Familienunternehmens im Hinblick auf die Nachfolgeregelung’, *Die nächste Generation im Familienunternehmen* (Universität St. Gallen 2002) 11; Yüksel (n 31) 143; Lang (n 38) 36; Forstmoser und Küchler (n 36) 409; Okutan Nilsson (n 7) 225; Kırca (n 13) 37; Okutan Nilsson ve Atalay (n 25) 412; Germann (n 1) 704, Nr. 1640.

76 Forstmoser und Küchler (n 36) 411.

77 Sevi (n 34) 62; Esin (n 21) 287; Yılmaz (n 55) 7.

78 Okutan Nilsson (n 7) 227; Yüksel (n 31) 145.

79 Fischer, Drenckhan, Gwelessiani und Theus Simoni (n 54) 190; Martin (n 37) 254; Sevi (n 34) 62.

80 Forstmoser und Küchler (n 36) 411; Okutan Nilsson (n 7) 227.

adeta bir “ya hep – ya hiç” durumu yaratır. Üçüncü kişinin bu noktadan sonra herhangi bir paya malik olabilmesi, kendisine önerilen payları topyekûn satın almasına bağlıdır⁸¹.

E. HAKKIN KULLANIMI VE SONUÇLARI

Esas sermaye paylarının devrinde borçlandırıcı işlem – tasarruf işlemi ayrımı Kanunda açıkça düzenlenmiştir. TTK m. 595 ilk fıkrasında “esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemler yazılı şekilde yapılır ve imzaları noterce onanır.” diyerek, bu ayrıma dikkat çeker.

Opsiyon hakkının kullanılması ile meydana gelen sözleşme, hak sahibi ve muhatap arasında bir borç ilişkisi doğurur. Bu sözleşme uyarınca muhatap, sahip olduğu esas sermaye paylarını hak sahibine devretmekle yükümlüdür. Bu sözleşme borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Esas sermaye paylarının devrinin taahhüt edilmesine hizmet eder; ancak tek başına payların devrini sağlamaz. Bu sözleşmeden sonra taraflarca bir de tasarruf işlemi niteliğindeki devir işleminin yapılması gerekir⁸².

Opsiyon hakkının kullanılması ile borç sözleşmesi kendiliğinden kurulduğuna göre⁸³, TTK m. 595/1 hükmünde yazılı bulunan şekil şartının tartışılması gerekir. Zira bu hüküm uyarınca hem borçlandırıcı işlemin hem de tasarruf işleminin yazılı şekilde yapılması ve imzaların noterce onaylanması gerekir. Halbuki opsiyon hakkı hiçbir şekle bağlı olmaksızın kullanılabilir; hâliyle imza atılmasına da ihtiyaç duyulmaz.

Öğretide devir vaadi işlemi yapılması gerekmediği, şirket sözleşmesinin şeklinin yeterli olduğu savunulur⁸⁴. Gerçekten opsiyon haklarının özellikleri ve bu hakların yaratması beklenen sonuçlar gözetildiğinde, hükümdeki şekil şartlarını içeren ayrı bir devir vaadi sözleşmesi yapılmasına gerek yoktur. Fakat borçlandırıcı işlem niteliğindeki devir sözleşmesi opsiyon hakkının kullanılmasıyla kurulduktan sonra dahi tasarruf işleminin yapılması ve esas sermaye paylarının mülkiyetinin hak sahibine devredilmesi gerekir.

Tasarruf işlemini gerçekleştirmek adına taraflar, devre yönelik iradelerini açıkça ifade ettikleri yazılı bir sözleşme akdetmeli ve bu sözleşmedeki imzaları TTK m. 595/1 uyarınca noterce onaylanmalıdır. Tasarruf işleminde bir sonraki aşama ise devir sözleşmesinin limited ortaklığın onayına sunulmasıdır. Devir bu onayla geçerli olur (TTK m. 595/2).

81 Karş. payların tümü yerine belli bir oranının satın alınabileceği görüşünde Yılmaz (n 55) 8 vd.

82 Ertan Demirkapı, *Limited Ortaklıkta Payın Devri* (Güncel Hukuk 2008) 76. Uygulamada bu iki hukuki işlemin genellikle tek bir sözleşme içinde gerçekleştirildiği yönünde Reto Bügler, ‘Der GmbH-Anteil: Insbesondere dessen Erwerb, Übertragung und Verlust (de lege lata et ferenda)’ (Dissertation, Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich, 2004) 85. Türk hukukunda TTK öncesinde var olan tartışma hakkında bilgi için ayrıca Şükrü Yıldız, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku* (Arıkan 2007) 138.

83 Öncelik hakkında ise, yenilik doğuran opsiyon haklarından farklı olarak, borçlandırıcı işlem niteliğindeki bu sözleşmenin kurulabilmesi için her iki tarafın irade açıklamasına ihtiyaç duyulur. Böylece borçlandırıcı işlemin kurulması da bazı hâllerde davaya konu olur. Bu durumda mahkemeden, borçlu ortağın yerine geçmek suretiyle eksik olan irade beyanını tamamlaması ve devir sözleşmesini kurması talep edilir.

84 Demirkapı (n 82) 107.

Bir kere devre onay verildikten ve esas sermaye payları el değiştirdikten sonra devrin pay defterine kaydı gerekir. Pay defterine yapılan kayıt, açıklayıcı niteliktedir⁸⁵. Keza esas sermaye payının devrinde diğer bir açıklayıcı aşama, devrin ticaret siciline tescildir. Tescile ek olarak, genel kurulun devre onay veren kararları ayrıca Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde de ilan edilir.

Opsiyon hakkının kullanımı ile başlayan süreçte, hak sahibinden başka bir kişinin ya da organın iradesine ihtiyaç duyulan her aşamada, bu iradenin yokluğu ilgili borçların ifa edilememesi sonucunu doğurur. Bu nedenle, örneğin, opsiyon hakkı kullanılmış ve borçlandırıcı işlem niteliğindeki devir sözleşmesi kurulmuş olduğu hâlde karşı taraf noterde imza tasdiki yapılacak devir sözleşmesini akdetmeye yanaşmıyorsa payın devrini sağlamak için bir eda / ifa davası açmak gerekir⁸⁶.

Verilen örnekte, sözleşmenin kurulduğunu ispatla mükellef olan davacı, mahkemeden ifanın sağlanmasını; yani, tasarruf işlemi olan devir sözleşmesinin tekemmülünü talep eder. Bu durumda mahkeme vereceği karar ile işleme katılmayan (davalı) tarafın iradesini tamamlayacak ve devir işlemini gerçekleştirecektir. Karar verildikten ve devir sözleşmesi tekemmül ettikten sonraki aşamada ise ortaklığa başvuruda bulunulacak ve söz konusu devre onay verilmesi istenecektir. Gerekirse bu istem de davaya konu edilebilir. Tüm bu hâllerde mahkeme kararları ilgili gerçek ya da tüzel kişinin irade beyanının yerine geçeceği ve bu vesileyle esas sermaye paylarının devri gerçekleşeceği için, kural olarak bu kararların ayrıca icrasına gerek duyulmayacaktır⁸⁷.

III. YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Yan edim yükümlülükleri ile ortaklardan sermaye koyma borcu dışında kalan ve verme borcu kadar yapma ve yapmama borcu niteliği de taşıyabilen bazı edimler talep edilir⁸⁸. Bu talepler esasen limited

85 Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (14. Baskı, Vedat 2019) N. 1665a; Ersin Çamoğlu, *Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri* (Vedat 2020) 41, N. 61; Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku* (5. Baskı, Seçkin 2022) 700; Yıldız (n82) 135; Pulaşlı (n 27) 3098; Küng und Camp (n 4) 180, Art. 790, N. 4; Nussbaum, Sanwald und Scheidegger (n 4) 94, N. 14. Yargıtay da TTK döneminde verdiği bir kararında, bu görüşü destekleyen ilk derece mahkemesi kararını onamıştır: “Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, 6102 sayılı TTK’nın 595. maddesinde limited şirketlerde pay devrinin yazılı şekilde yapıpı noter tarafından onaylanması ve devre ortaklar genel kurulunca da onay verilmesi şartına bağlandığı, taraflar arasındaki pay devrinin noterde yapıldığı, şirket iki ortaklı olup ortaklar hisse devri konusunda anlaşmış olduğundan noter evrakının ortaklar genel kurul kararı olarak kabulü gerekeceği, **bu maddede 6762 sayılı TTK’nın 520. maddesinden farklı olarak pay defterine kayıt şartının aranmadığı**, davalı tarafın devir işleminden vazgeçtiğine ilişkin noter evrakına eşdeğer bir belge sunmadığı, tespit hükmünün infazı suretiyle tescil işlemi yerine getirilebileceğinden tescil talebinin yerinde görülmediği gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne, davacının davalı şirkette pay sahibi olmadığının tespitine karar verilmiştir. (...) ONANMASINA (...)” Karar için bkz. Yargıtay 11 HD, E 2014/14676 K 2015/409, 15.01.2015 (Kaynak: Lexpera, Erişim Tarihi 05.12.2022)

86 Anonim ortaklık paylarını ilgilendiren bir davada, sözleşmesel opsiyon hakkı kullanılmasına rağmen payların devredilmemesi üzerine aynen ifa talepli dava açılmış ve payların mahkeme kararıyla devri talep edilmiştir. İlk derece mahkemesi tarafından bu talep doğrultusunda karar verilmiştir. Karar bu yönüyle Yargıtay tarafından onanmıştır, bu karar için bkz. Yargıtay 11 HD, E 2016/10558 K 2018/4166, 31.05.2018 (Kaynak: Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi 15/08/2022)

87 Okutan Nilsson ve Atalay (n 25) 417 vd.

88 Nussbaum, Sanwald und Scheidegger (n 4) 124, N. 12; Chappuis (n 4) 42, N. 194; Rino Siffert, Marc Pascal Fischer und Martin Petrin, *Stämpflis Handkommentar SHK: GmbH – Recht* (Stämpfli 2008) 150, N. 6; Küng und Camp (n 4) Art. 796, N. 2. Karş. Bu edimlerin aynı edimler olması gerektiği yönünde Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 85) N. 1704a.

ortaklıkların kişiselleştirilmiş sermaye şirketi özelliğini ortaya koyar⁸⁹. Opsiyon hakları da pay sahiplerine aynı şekilde payını opsiyon hakkı sahibine satma ya da satış sözleşmesinin kurulmasına yönelik irade açıklamasında bulunma ve bu sebeple aslında payını üçüncü bir kişiye satmama borcu yüklemektedir. Ancak bu benzerlik tek başına opsiyon haklarını yan edim yükümlülüğü olarak niteleyebilmek için yeterli olmaz. Ayrıca, yan edim yükümlülüğünün öngörülmesine ilişkin şartların ve bu yükümlülüklerin taşıdığı hukuki niteliğin de opsiyon hakları için geçerli olması beklenir. Bu kısımda sırasıyla bu hususlara yer verilecektir.

A. ÖNGÖRÜLME ŞARTLARI

Yan edim yükümlülüklerinin şirket sözleşmesinde geçerli şekilde öngörülmesi, bu düzenlemelerin TTK m. 606'daki (OR Art. 796) şartlara uygun olmasına bağlıdır⁹⁰. Türk hukuku açısından bu şartlar, şirketin işletme konusunun gerçekleşmesine hizmet edebilecek olma ile şirket sözleşmesinde açık ve tam olarak belirlenmemiştir. Elbette ki yan edim yükümlülüğüne ilişkin bu düzenlemelerin de TBK m. 27'de sayılanlar gibi genel geçerlilik şartlarını taşıması gerekir⁹¹.

1. Şirketin İşletme Konusunun Gerçekleşmesine Hizmet Edebilecek Olması

TTK m. 606/1'e göre "şirket sözleşmesiyle, şirketin işletme konusunun gerçekleşmesine hizmet edebilecek yan edim yükümlülükleri öngörülebilir". Hükmün gerekçesinde işletme konusunun gerçekleşmesine hizmetten ne anlaşılması gerektiğine dönük açıklamalar bulunur. Bu açıklamalara göre yan edim yükümlülükleri, şirketin konusunu gerçekleştirmesine, ortaklarının bileşiminin korunmasına ve şirketin başka şirketlerin hâkimiyeti altına girmemesine hizmet eder.

Hem mezkûr hüküm hem de hükmün gerekçesi incelendiğinde, ikisi arasında lafzi bir farklılık görülür. Bu sebeple ilk soru, TTK m. 606/1 hükmünün gerçekten de gerekçede yazılı olan işlevleri kapsayacak kadar geniş bir düzenleme imkânı tanıyıp tanımadığıdır.

TTK m. 606/1'in kaynağı OR Art. 796/II hükmünde yan edim yükümlülüklerinin işletme konusuna hizmet etmesi ya da ortaklığın bağımsızlığının veya ortakların bileşiminin korunmasını amaçlaması gerektiği açıkça ifade edilmiştir⁹². Şu durumda Türk Ticaret Kanunundaki hükmün gerekçesi

89 Alışkan (n 2) 217; Pulaşlı (n 27) 3202; Yıldız (n82) 191; Şener (n 85) 712 vd.; Peter Forstmoser, 'Der Vorentwurf für eine Reform des Rechts der GmbH – eine Übersicht' in Peter Forstmoser, Lukas Handschin und Christian Meier-Schatz (eds), *Die GmbH und ihre Reform – Perspektiven aus der Praxis* (Schulthess 2000) 13; Peter Forstmoser, Patrik R. Peyer und Bertrand Schott, *Das neue Recht der GmbH* (Dike 2006) 33, N. 52; Handschin und Truniger (n 4) N. 26; Germann (n 1) 335, N. 803; Berthel (n 4) 4, N. 10; Karaköse (n 8) 71. Bu kişiselleştirmenin aynı zamanda ortakların şahsi özelliklerinin öne çıkması anlamına geldiği yönünde Herbert Wohlmann, 'Reform der GmbH: Grundfragen – Organisation – Mitgliedschaft' in Peter Forstmoser, Lukas Handschin und Christian Meier-Schatz (eds), *Die GmbH und ihre Reform – Perspektiven aus der Praxis* (Schulthess 2000) 38.

90 Frank Schenker, 'Art. 776a' in Rolf Watter und Hans-Ueli Vogt (eds), *Basler Kommentar Obligationenrecht II* (4. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2012) N. 5; Trüeb (n 4) N. 6.

91 Nussbaum, Sanwald und Scheidegger (n 4) 124, N. 13.

92 Siffert, Fischer und Petrin (n 88) 26, N. 4; 150, N. 5; Nussbaum, Sanwald und Scheidegger (n 4) 124, N. 11. Sayılan sebeplerin sınırlı sayıda olduğu yönünde bkz. Meier-Hayoz et Forstmoser (n 2) 722, N. 71; Germann (n 1) 340, N. 817.

mehaz hükmü yansıtır. Kanaatimizce hükmün mehaz doğrultusunda yorumlanması gerekir⁹³. Zira ilk olarak, işletme konusunun gerçekleşmesine hizmet etmek, sınırları yorum yoluyla çizilecek bir kavramdır. Burada geniş bir yorumun benimsenmesi, işletme konusunun sadece şirket tarafından fiilen gerçekleştirilen faaliyetlerle sınırlı olarak anlaşılamayacağı düşüncesiyle de uyumludur. Anılan kapsamda, kavramın ortaklığın bağımsızlığı ile şirket ortaklarının bileşiminin korunması hedeflerini de içerdiği, zira bu faktörlerin de işletmenin konusuna ulaşmak için gerekli olduğu ileri sürülebilir.

İkinci olarak, mehaza uygun yorum aynı zamanda bir gereklilik de arz eder. Zira Türk kanun koyucusu TTK m. 573'te İsviçre hukukuna benzer şekilde birtakım borçlar düzenlemiştir. Kişisel özellikler içeren limited şirketlerde dahi ortaksal bir borcun öngörülmesi ancak kanun buna izin vermişse mümkündür. Şu tahlilde 573. maddesi ile izni vermiş olan TTK'nın kendi içinde bir bütünlük arz etmesi ve bunun için, düzenlediği borç türlerinden birinin opsiyon haklarını kapsaması beklenir. Açıklanan nedenlerle, özellikle de geniş yoruma izin veren madde hükmü ile Kanunun dâhilinde bütünlüğü sağlama ihtiyacı sonucunda kanaatimiz, TTK m. 606 hükmünün OR Art. 796/II gibi ortaklığın ekonomik bağımsızlığını ve ortaklarının bileşimini korumayı hedefleyen düzenlemeleri de kapsadığı şeklindedir. Binaenaleyh, opsiyon hakları amaç yönünden birer yan edim yükümlülüğü olabilecektir.

2. Şirket Sözleşmesinde Açık ve Tam Olarak Belirlenmesi

TTK m. 606/2 uyarınca yan edim yükümlülüklerinin geçerli şekilde öngörülmesi, bu yükümlülüklerin şirket sözleşmesinde açık ve belirgin şekilde yazılmış olmasına bağlıdır. Aynı hükmün son cümlesine göre ise ayrıntıyı gerektiren konular genel kurul düzenlemesine bırakılabilir⁹⁴. Bu sayede ayrıntıların şirket sözleşmesi ile birlikte tescil ve ilan edilmesinin istenmeyen sonuçları önlenmiş olur⁹⁵.

İsviçre hukuku öğretisinde, fiyatın hesaplanmasının genel kurulca çıkarılacak bir yönergede (règlement) düzenlenebileceği ifade edilir⁹⁶. TTK m. 616/2-d ise genel kurulun devredilemez yetkileri arasında, yan edim yükümlülükleri hakkında iç yönerge çıkarılmasını sayar. Bu nedenle Türk hukukunda yan edim yükümlülüklerine ilişkin ayrıntıların bu iç yönergede düzenlenmesi gerekir.

Hükmün Almancası: "Sie können nur Nebenleistungspflichten vorsehen, die dem Zweck der Gesellschaft, der Erhaltung ihrer Selbständigkeit oder der Wahrung der Zusammensetzung des Kreises der Gesellschafter dienen." Fransızcası: "Ils ne peuvent prévoir que des obligations de fournir des prestations accessoires qui servent le but de la société ou qui visent à assurer le maintien de son indépendance ou le maintien de la composition du cercle des associés."

93 Aynı görüşte Bahar Sayın (n 9) 45, 55. Aksi görüşte Karaköse (n 8) 91. Yazar, ortakların çevresinin korunması ve şirketin hâkimiyet altına girmesinin önlenmesi şeklindeki amaçların bağlam hükümleri vasıtasıyla gerçekleştirilebileceğini ifade eder.

94 René W. Isenschmid, 'Das neue GmbH-Recht aus der Sicht des Praktikers / Statutarische Gestaltungsmöglichkeiten' in Glauenz G. Zindel, Patrik R. Peyer und Bertrand Schott (eds), *Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser* (Schulthess & Dike 2008) 239; Nussbaum, Sanwald und Scheidegger (n 4) 124, N. 14; Çamoğlu (n 85) 112, N. 212; Pulaşlı (n 27) 3202; Küng und Camp (n 4) 203, Art. 796, N. 6.

95 Siffert, Fischer und Petrin (n 88) 151, N. 9; Chappuis et Jaccard (n 4) Art. 776a, dn. 9; Chappuis (n 4) 42, N. 192.

96 Chappuis et Jaccard (n 4) Art. 776a, dn. 9.

Hangi konuların şirket sözleşmesinde öngörülmesi gerektiği Kanunda açıklanmış değildir. Bize göre şirket sözleşmesinde belirtilmesi gereken hususlar borcun doğumu için açık bir şekilde düzenlenmesi gereken objektif ve sübjektif esaslı unsurlardır⁹⁷. Azınlık ortakların korunması hedefi bunu gerektirir. Bu kapsamda hesaplama yönteminin esasları da şirket sözleşmesine yazılmalıdır. Dışarıda bırakılanlar ancak teknik bilgiler olabilir⁹⁸.

B. HUKUKİ NİTELİĞİ

Yan edim yükümlülükleri (Nebenleistungen – prestations accessoires), ortakların ikincil borçlarındandır⁹⁹. Esas sermaye payına bağlı olarak öngörülürler¹⁰⁰. Bu sebeple yan edim yükümlülükleri, esas sermaye payının devriyle birlikte devralan kişiye geçer¹⁰¹. Aynı gerekçeyle uygulamada yan edim yükümlüsü olan ortakların isimleri şirket sözleşmesinde geçmemekte; buna karşılık yükümlülüğü taşıyan esas sermaye paylarının belirtilmesi yoluna gidilmektedir¹⁰².

Yan edim yükümlülükleri esas sermaye paylarının tümü üzerinde öngörülebilir. Aynı şekilde bu hakların bazı paylarla sınırlı olarak öngörülmesi de mümkündür. Yine bir esas sermaye payının birden fazla yan edimle yükümlenmiş olması da mümkündür¹⁰³. Yan edimle yükümlenen paya birden fazla kişinin birlikte sahip olduğu hâllerde, tüm ortakların bu borçtan müteselsilen sorumlu oldukları kabul edilir¹⁰⁴.

C. SONRADAN ÖNGÖRÜLME VE KAPSAMININ GENİŞLETİLMESİ HÂLİNDE YETERSAYI

TTK m. 607 (OR Art. 797) uyarınca “şirket sözleşmesini değiştirip, ek ya da yan edim yükümlülükleri öngören veya mevcut yükümlülükleri artıran genel kurul kararları, ancak ilgili tüm ortakların onayıyla alınabilir”. Bu hüküm uyarınca onay vermesi gereken ilgili ortaklar, yan edim yükümlülüğünün borçlusu olanlardır¹⁰⁵, yoksa burada her koşulda ortakların tamamının oybirliği aranmamıştır¹⁰⁶.

97 Aynı yönde bkz. Siffert, Fischer und Petrin (n 88) 26, N. 5; Nussbaum, Sanwald und Scheidegger (n 4) 124, N. 15. Çamoğlu bu unsurları, ifa zamanı, miktarı, kalitesi, ödenecek bedelin tespiti yönetimi gibi temel koşullar olarak açıklar, Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 85) N. 1704b.

98 Chappuis et Jaccard (n 4) Art. 796, N. 8-9.

99 Pulaşlı (n 27) 3202.

100 Şener (n 85) 713; Karaköse (n 8) 58; Bahar Sayın (n 9) 35; Chappuis (n 4) 43, N. 196.

101 Germann (n 1) 339, N. 815; Yıldız (n82) 192; Şener (n 85) 713.

102 Nussbaum, Sanwald und Scheidegger (n 4) 123.

103 Siffert, Fischer und Petrin (n 88) 149, N. 3; Küng und Camp (n 4) 203, Art. 796, N. 3.

104 Nussbaum, Sanwald und Scheidegger (n 4) 123, N. 8.

105 Hülya Coştan, ‘Limited Şirkette Genel Kurul Nisapları’ 2015 1(1) YBÜ Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 65, 70; Siffert, Fischer und Petrin (n 88) 153, N. 3; Pulaşlı (n 27) 3203; Küng und Camp (n 4) 205, art. 798, N. 3; Karaköse (n 8) 74.

106 Karş. TTK m. 607 uyarınca ancak tüm ortakların onayıyla genel kurul kararı alınabileceği yönünde Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 85) N. 1731f. Öte yandan Çamoğlu, limited ortaklıklara ilişkin eserinde şirket sözleşmesinin değiştirilmesi yoluyla yan edim yükümlülüğü öngörülmesi için *tüm ilgili ortakların oybirliği* ile genel kurul kararı almasını savunur, bkz. Çamoğlu (n 85) 111, N. 210. Yazar ek ödeme yükümlülüklerine ilişkin açıklamalarında ise ilgili olma durumunu sorumluluk üstlenme şeklinde açıklar, bkz. Çamoğlu (n 85) 110, 206.

Öğretide ilgili kararın kişiseliliği gözetilerek, ortağın yan edim yükümlülüğü öngörülmesine veya mevcut yükümlülüğün kapsamının genişletilmesine dair şirket sözleşmesi değişikliği kararına karşı ret oyu kullanması hâlinde dahi şirket sözleşmesinin değişeceği, sadece ret oyu veren ortağın yeni yan edim yükümlülüğü altına girmeyeceği savunulur¹⁰⁷.

Yetersayı hafifletilemeyecekse de ağırlaştırılıp ağırlaştırılamayacağı tartışılabilir. Chappuis / Jaccard bunun mümkün olduğunu, oybirliğinin ya da ilgili ortakların oybirliğine ek olarak geriye kalan ortakların çoğunluğunun aranabileceğini belirtmekte; ancak bu yöndeki düzenlemelerin pratik öneminin sınırlı olduğunu ifade etmektedir¹⁰⁸.

IV. OPSİYON HAKLARININ YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ NİTELİĞİ

Yukarıda İsviçre hukuk sistemi ekseninde yaptığımız ve mümkün oldukça opsiyon haklarını temele koyan, yan edim yükümlülüğünün şartlarına ve niteliğine ilişkin açıklamalar da göstermektedir ki, İsviçre hukuk sisteminde opsiyon haklarının yan edim yükümlülüklerinin özel bir türü olduğu genel kabul gören bir kanaattir.

Alman limited ortaklıklar hukukunda, konu İsviçre doktrininde olduğu kadar geniş şekilde yer bulmamakla birlikte, payın devredilebilirliğini sınırlayan bir yöntem olarak kabul edilen ve bizim opsiyon hakkı adı altında gruplamayı tercih ettiğimiz hakların, birer yan edim yükümlülüğü oldukları yine de açıkça ifade edilmiştir¹⁰⁹. Söz konusu hukuk sisteminde ayrıca ilgili hükmün (GmbHG § 3 II) lafzının bu yoruma engel olup olmadığı tartışılmaktadır.

Sorun Türk hukukunda da mevcuttur ve opsiyon hakkının alacaklısı olabilecek kişilerin niteliğini ilgilendirir. Buna göre TTK m. 577 uyarınca opsiyon hakları şirkete veya ortaklara tanınabilmektedir. İşte buradaki, hakkın “ortaklara” tanınabilecek olması imkânının işbu kurumun yan edim yükümlülüğü olarak kabulüne engel olup olmadığının tartışılması gerekir. Zira yan edim yükümlülüğünün sadece ve sadece şirkete karşı ifa edilebileceğinin kabul edilmesi bizi bu çıkarsamaya gitmek zorunda bırakabilir.

İfade edildiği üzere aynı sorun Alman hukukunda da kendini göstermiştir; lakin bu hukuk sistemi dâhilinde sorun açık kanun hükmünden kaynaklanır. Buna göre Alman Limited Ortaklıklar Kanunu (GmbHG) m. 3/II’de diğer (ortaksal) borçların şirkete karşı (andere Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft) tanınabileceği ifade edilmiştir. Doktrinde bu hükmün ortaklar arasındaki borç ilişkilerini de kapsayacak şekilde geniş olarak ele alınmasının doğru olacağı; zira ortaklık sıfatının

¹⁰⁷ Germann (n 1) 339, N. 812.

¹⁰⁸ Chappuis et Jaccard (n 4) Art. 797, N. 3.

¹⁰⁹ Cornelia Topf, *Das Vorkaufsrecht an GmbH-Anteilen* (Nomos 2005) 30; Marcus Lutter und Peter Hommelhoff, *GmbH-Gesetz: Kommentar* (13. Auflage, O. Schmidt 1991) 32, N. 38; Hartmut Wicke, *Beck’sche Kompakt-Kommentare, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)* (3. Auflage, C.H. Beck 2016) § 3, N. 22; Holger Altmeyden und Günter H. Roth, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (8., neubearbeitete Auflage, C.H. Beck 2015) § 3, N. 36; Adolf Baumbach und Alfred Hueck, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (21. Auflage, C.H. Beck 2017) § 3, N. 41.

ortaklar arasında, karşılıklı hak ve borçlar içeren bir hukuki ilişkiye doğrudan vücut verdiği ifade edilir. Opsiyon haklarına ek olarak, ortakların birbirlerine karşı borçlandıkları sadakat yükümlülüğünün bu genişlemeden istifade ettiği örnek gösterilir¹¹⁰.

Kanaatimizce, Türk hukuku açısından benzer bir kabul mümkün ve hatta daha doğrudur. Limited ortaklıkların, 6102 s. Türk Ticaret Kanunu ile tasarlanan yapısında kişiselleştirilmiş sermaye şirketi olarak öngörüldüğü ve ortakların belki de bir sermaye şirketinden beklenmeyecek ölçüde öne çıktığı dikkate alındığında, ortakların kendi aralarında ortaklık hak ve borçlar öngörmesi kurgulanan yapıyla uyumludur. Keza bu ortaklık borçlarının yan edim yükümlülüğü olarak kabul edilmesinin karşısında ne lafzi ne de ratio legis kaynaklı bir engel vardır. Yine, opsiyon haklarının ortaklar lehine ve ortaklık anlamında tanınabileceğinin ifade edildiği (TTK m. 577/1-b, 587/1-j) de unutulmamalıdır. Bu durumda, Kanunun tanıdığı imkânın yine Kanun dâhilindeki türlerden biri içinde ve mevcut sistemle uyumlu şekilde sınıflandırılması makul ve hukuka uygundur.

Nihayet, lafız bakımından mehz kanundan ayrılan TTK hükmünün kapsamı daraltmadığı yukarıda açıklanmıştır. Gerçekten TTK m. 606 uyarınca şirket ortaklarının bileşiminin korunmasını amaçlayan yan edim yükümlülükleri öngörülebilir. Bu ve yukarıda izah edilen tüm sebeplerle, opsiyon hakları birer yan edim yükümlülüğü olarak sınıflandırılır.

V. SONUÇ

Opsiyon hakları hem yenilik doğuran hakları hem de alacak haklarını içerir. Bu durum, tüm opsiyon haklarını kapsayan ortak özelliklerin ortaya konulmasını zorlaştırmakta ve iki alt grubun yeri geldikçe ayrı ayrı incelenmesini zorunlu kılmaktadır. Bu ikilik tüm opsiyon haklarının aynı amaçlara özgülendiği gerçeğini unutturmamalıdır. Zira garanti, riskin azaltılması ve finansman fonksiyonu, hakkın niteliği ne olursa olsun, tüm opsiyon haklarında karşımıza çıkan varlık sebepleridir. Bunun gibi, ifa etmeme hâlinde izlenecek yöntemin de temelde tüm opsiyon hakları için aynı olması farklı hukuki nitelikteki opsiyon haklarının diğer bir benzerliğidir.

Bu çalışmada limited ortaklıkların şirket sözleşmelerinde yer alan opsiyon hakları incelenmiştir. TTK m. 577/1-b bu hakları açıkça belirtmiş ve korporatif düzende tanımlı olsa da opsiyon haklarının hangi ortaklık borca karşılık geldiği sorusu yanıtlanmamıştır. Mehz düzenlemeyi de dikkate alarak ulaştığımız sonuç, opsiyon haklarının birer yan edim yükümlülüğü olduğu ve bu borç tipine ilişkin şartlara riayet etmesi gerektiği olmuştur. Bu yorum, Türk Ticaret Kanunundaki ilgili 606. maddeyi gerekçeye ve mehz kanuna uygun bir şekilde geniş okumayı gerektirmekteyse de kanaatimizce hükmün barındırdığı ratio legis de bu geniş yorumu destekler.

Her ne kadar limited ortaklıklarda opsiyon haklarının ortaklık bir nitelik taşımasının mümkün olduğu TTK tarafından açıkça ifade edilmişse de ortaklık etkinin ve bunun ötesinde geçerli bir şekilde öngörmenin borçlar hukuku ile ortaklık hukukundan kaynaklanan şartlarına yine de riayet etmek gerekir. Aksi takdirde geçersiz bir hükümle ya da sadece irade açıklamasında bulunmuş

¹¹⁰ Topf (n 109) 30.

olan kimselerle sınırlı etkiye sahip bir hakla karşı karşıya kalınabilir. Burada dikkat edilmesi gereken, opsiyon hakkının tarafların isteklerine cevap verebilen bir hukuki metinde ve ihtiyaçları karşılayacak içerikte düzenlenmiş olmasıdır. Bir kez geçerli şekilde ortaksal opsiyon hakkı öngörüldüğünde, sıra bu hakkın kullanılması ile istenen sonucun elde edilmesine gelecektir. Bu noktada olağan işleyiş, hakkın kullanıldığını beyan eden iradenin muhataba ulaştırılması ve pay devir sözleşmesinin kurulması şeklindedir; ancak söz konusu hak yenilik doğuran opsiyon hakkı niteliği taşııyorsa sözleşme kurulmadan önce ayrıca muhatabın irade açıklamasında bulunması gerekebilir. Her iki ihtimalde de kurulan sözleşme borçlandırıcı işlem niteliğinde olup devre konu esas sermaye paylarının sahibine söz konusu payları devretme borcu yükleyecektir. Duruma göre karşı edimin ifası borcu da gündeme gelir.

Taraflar arasında tasarruf işlemi niteliğindeki pay devir sözleşmesinin akdedilmesi sonrasında, askıda olan işleme geçerlilik kazandırmak adına kural olarak genel kurulun işleme onay vermesi aranır. Bu onayın akabinde açıklayıcı nitelik taşıyan pay defterine kayıt, ticaret siciline tescil ve TTSG'de ilan prosedürlerinin de gerçekleştirilmesiyle opsiyon hakkından beklenen menfaat elde edilmiş ve süreç sona ermiş olur. Bununla beraber, bu paragrafta sayılan aşamalardan herhangi birinde işleme katılması beklenen kişinin bu işlemde imtina etmesi hâlinde dava yoluna gidilmesi gerekecektir. Mahkeme kararı kural olarak eksik olan irade beyanını tamamlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Akın MY, *Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler* (1. Basıdan Tıpkı Bası, Vedat 2014).
- Alışkan M, *Limited Şirket Tarihçe Niteliği* (Legal 2013).
- Altmeppen H und Roth GH, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (8., neubearbeitete Auflage, C.H. Beck 2015).
- Bahar Sayın H, 'Limited Şirketlerde Yan Edim Yükümlülüğünün Hukuki Niteliği, Hizmet Ettiği Amaç ve Konusu' (2019) 23(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 25-59.
- Baudenbacher C, Göbel A und Speitler P, 'Art. 772' in Watter R und Vogt HU (eds), *Basler Kommentar Obligationenrecht II* (4. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2012).
- Baumann PR, 'Der Optionsschein auf Namenaktien Dritter' (Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde, Die hohe juristische Fakultät der Universität Basel, 1988).
- Baumbach A und Hueck A, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (21. Auflage, C.H. Beck 2017).
- Berthel R, *Das neue GmbH-Recht, die Änderungen von Bestimmungen weiterer Rechtserlasse und die Übergangsbestimmungen aus notarieller und registerrechtlicher Sicht* (Petz 2008).
- Bloch O, *Les conventions d'actionnaires et le droit de la société anonyme* (Schulthess 2006).
- Bozkurt T, *Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam) – Die Vinkulierung –* (On İki Levha 2016).
- Böckli P, 'Présentation générale' in Böckli P, Ruedin R, von Planta A et Duc N (eds), *Le nouveau droit de la Société à responsabilité limitée* (CEDIDAC 2006).
- Böckli P, 'Aktionärbindungsverträge mit eingebauten Vorkaufs – oder Kaufsrechten und Übernahmepflichten' in Druey JN (ed), *Rechtsfragen um die Aktionärbindungsverträge* (Schulthess 1998).
- Buz V, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin 2005).

- Bügler R, 'Der GmbH-Anteil: Insbesondere dessen Erwerb, Übertragung und Verlust (de lege lata et ferenda)' (Dissertation, Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich, 2004).
- Bürgi R, *Möglichkeiten des statutarischen Minderheitenschutzes in der personalistischen AG* (Schulthess 1987).
- Casper M, *Der Optionsvertrag*, (Mohr Siebeck 2005).
- Chappuis F, *Le nouveau droit de la Sàrl* (Helbing Lichtenhahn 2008).
- Chappuis F et Jaccard M, 'Art. 776a' in Tercier P, Amstutz M et Trigo Trindade R (eds), *Commentaire Romand – Code des Obligations II* (Helbing Lichtenhahn 2008).
- Ciesiolka M, *Die schweizerische GmbH – Das neue Recht* (Handelskammer Deutschland – Schweiz 2008).
- Çamoğlu E, *Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri* (Vedat 2020).
- Çoştan H, 'Limited Şirkette Genel Kurul Nisapları' 2015 1(1) YBÜ Ticaret ve Fikrî Mülkiyet Hukuku Dergisi 65-74.
- Demirkapı E, *Limited Ortaklıkta Payın Devri* (Güncel Hukuk 2008).
- Esin İ, 'Pay Alım ve Satım Opsiyonları ve Hükümleri', *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan* (On İki Levha 2017) 275-307.
- Fischer D, *Änderungen im Vertragsparteienbestand von Aktionärbindungs-verträgen* (Dike 2009).
- Fischer W, Drenckhan H, Gwelessiani M und Theus Simoni F, *Handbuch Schweizer Aktienrecht* (Helbing Lichtenhahn 2014).
- Forstmoser P, 'Der Vorentwurf für eine Reform des Rechts der GmbH – eine Übersicht' in Forstmoser P, Handschin L und Meier-Schatz C (eds), *Die GmbH und ihre Reform – Perspektiven aus der Praxis* (Schulthess 2000) 1-34.
- Forstmoser P und Küchler M, *Aktionärbindungsverträge* (Schulthess 2015).
- Forstmoser P, Peyer PR und Schott B, *Das neue Recht der GmbH* (Dike 2006).
- Germann S, *Die personalistische AG und GmbH* (Dike 2015).
- Gümüş MA, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt – I* (Vedat Kitapçılık 2012).
- Handschin L und Truniger C, *Die neue GmbH* (2. Auflage, Schulthess 2006).
- Helbing C, *Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen in der Schweiz* (2. Auflage, Schulthess 2003).
- Herzog T, *Kauf und Verkauf von KMU in der Schweiz* (Dike 2013).
- Hintz-Bühler M, *Aktionärbindungsverträge* (Stämpfli 2001).
- Isenschmid RW, 'Das neue GmbH-Recht aus der Sicht des Praktikers / Statutarische Gestaltungsmöglichkeiten' in Zindel GG, Peyer PR und Schott B (eds), *Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser* (Schulthess & Dike 2008) 227-247.
- Karaköse O, *Limited Şirketlerde Yan Edim Yükümlülükleri* (Seçkin 2022).
- Kırca İ, *Hukukî Yöniyle Borsa Opsiyon İşlemleri* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2000).
- Küng M und Camp R, *GmbH-Recht: Kommentar* (Orell Füssli 2006).
- Küng M und Hauser I, *GmbH: Gründung und Führung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (Helbing Lichtenhahn 2005).
- Lang T, *Die Durchsetzung des Aktionärbindungsvertrags* (Schulthess 2003).
- Lutter M und Hommelhoff P, *GmbH-Gesetz: Kommentar* (13. Auflage, O. Schmidt 1991).
- Martin F, *Sociétés anonymes de famille* (2ème édition, Schulthess 2013).
- Meier-Hayoz A et Forstmoser P, *Droit suisse des sociétés* (Stämpfli 2015).
- Meier-Schatz CJ, 'Die GmbH und die Private AG' in Forstmoser P, Handschin L und Meier-Schatz C (eds), *Die GmbH und ihre Reform – Perspektiven aus der Praxis* (Schulthess 2000) 111-138.

- Moroğlu E, *Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı* (3. Baskı, Vedat 2015).
- Moroğlu E, 'Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği' iç Barlas N, Kendigelen A ve Sarı S (eds), *M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan* (Beta 2000) 515-529.
- Nussbaum MF, Sanwald R und Scheidegger M, *Kurzkomentar zum neuen GmbH-Recht* (Cosmos 2007).
- Oğuzman MK ve Barlas N, *Medenî Hukuk – Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar* (15. Baskı, Vedat 2008).
- Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku* (15. Baskı, Filiz 2012).
- Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (13. Baskı, Vedat 2015).
- Okutan Nilsson G, *Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri*, (Çağa Hukuk Vakfı 2004).
- Okutan Nilsson G ve Atalay O, 'Anonim Ortaklık Paysahipleri Sözleşmelerinde Öngörülen Pay Alım ve Satım Opsiyonlarının Hukuki Niteliği ve Cebri İcrası' iç Teoman Ö (ed), *Hüseyin Ülgen'e Armağan Birinci Cilt* (Vedat 2007) 409-432.
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku II* (14. Bası, Vedat 2019).
- Premand V, *Les sociétés de famille dans les formes de la société anonyme et à responsabilité limitée* (Schulthess 2010).
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi* (4. Baskı, Adalet 2022).
- Sarasin C, 'Die möglichen Rechtsformen des Familienunternehmens im Hinblick auf die Nachfolgeregelung, Die nächste Generation im Familienunternehmen (Universität St. Gallen 2002).
- Schenker F, 'Art. 776a' in Watter R und Vogt HU (eds), *Basler Kommentar Obligationenrecht II* (4. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2012).
- Serozan R, *Medeni Hukuk Genel Bölüm* (2. Baskı, Vedat 2008).
- Sevi AM, *Anonim Ortaklık Payın Devri* (3. Baskı, Seçkin 2014).
- Siffert R, Fischer MP und Petrin M, *Stämpflis Handkommentar SHK: GmbH – Recht* (Stämpfli 2008).
- Simonek M, Gächter T und Müller K, *Unternehmensrecht I: Gründung und Aufbau, Sanierung und Liquidation* (2. Auflage, Schulthess 2013).
- Steinmann M, *Präventive Abwehrmaßnahmen zur Verhinderung unfreundlicher Übernahmen mit Mitteln des Aktienrechtes* (Rüegger 1989).
- Şener OH, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku* (5. Baskı, Seçkin 2022).
- Tekinalp Ü, 'Anonim Ortaklık Payının Alım, Önalım, Geriyealım ve Benzer Haklara Konu Olması Sorunu', *Medenî Kanun 50. Yıl Sempozyumu I. Tebliğler* (Fakülteler Matbaası 1978) 345-357.
- Topf C, *Das Vorkaufsrecht an GmbH-Anteilen* (Nomos 2005).
- Trüeb HR, 'Art. 776a' in Amstutz M et al. (eds), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (2. Auflage, Schulthess 2012).
- Uçar S, *Anonim Şirket Paylarının Devrinde Önalım ve Öncelik Hakları* (On İki Levha 2017).
- Von der Crone HC, *Aktienrecht* (Stämpfli 2014).
- Wicke H, *Beck'sche Kompakt-Kommentare, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkten Haftung (GmbHG)* (3. Auflage, C.H. Beck 2016).
- Wohlmann H, 'Reform der GmbH: Grundfragen – Organisation – Mitgliedschaft' in Forstmoser P, Handschin L und Meier-Schatz C (eds), *Die GmbH und ihre Reform – Perspektiven aus der Praxis* (Schulthess 2000).
- Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (10. Baskı, Beta 2014).
- Yıldız Ş, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku* (Arıkan 2007).
- Yılmaz G, *Pay Sahipleri Sözleşmesinden Doğan Birlikte Satma Hakkı ve Birlikte Satışa Zorlama Hakkı (Tag Along & Drag Along Rights)* (On İki Levha 2018).
- Yüksel SH, 'Paysahipleri Sözleşmeleri' (Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi 2003).

Erken Yaşta Evlilikle Mücadele Kapsamında Ergin Olmayanlarla Evliliğin Bir Süresiz Geçersizlik (Mutlak Butlan) Sebebi Olarak Düzenlendiği İsviçre Medeni Kanunu'nun Revizyonuna Yönelik Ön-Tasarı

A Measure for the Fight Against Early Marriage: Preliminary Draft Law on the Revision of Swiss Civil Code Stipulating Marriage with Minors as an Invalidity Ground Not Subject to a Time Limit (Absolute Invalidity)

Fulya Erlüle* 

ÖZ

Yoksulluk, eğitimsizlik, aile içi şiddet, toplumsal cinsiyet eşitsizliği gibi nedenlere bağlı olarak önceleri sadece az gelişmiş ülkelere özgü bir sorun olarak algılanan erken yaşta evlilikler, başta Türkiye olmak üzere Avrupa ülkelerine doğru gerçekleşen zorunlu göç ve iltica akını nedeniyle gelişmiş ülkelerin de mücadele etmek zorunda kaldıkları en önemli hukuki sorunlardan biri haline gelmiştir.

İsviçre'de, diğer pek çok Avrupa ülkesinden önce 19 Aralık 2008 tarihli Yetişkinlerin Korunması, Kişilik Hakları ve Çocuk Haklarına İlişkin Federal Kanunla, Medeni Kanunu'muzun 124/2. maddesine karşılık gelen, mehz İsviçre Medeni Kanunu'nun m. 94/2. fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. İsviçre'de bu değişikliği 1 Temmuz 2013 tarihinde yürürlüğe giren, Zorla Evliliklere Karşı Tedbirler Hakkında Federal Kanun izlemiştir. Yapılan bu değişiklik ile İMK m. 105 hükmüne zorla evlilik (İMK m. 105/bent 5) ve ergin olmayanlarla yapılan evlilik (105/bent 6) şeklinde iki yeni geçersizlik sebebi eklenmiştir. Ancak İMK m. 105/bent 6'da düzenlenmiş olan ergin olmayanlarla yapılan evliliğe ilişkin geçersizlik sebebinin ergin olmadan önce evlenen eşin 18 yaşın tamamlanmasına kadar ileri sürülebiliyor olması, şayet bu mümkün olmazsa, ergin olmadan önce yapılan bu evliliğin kanun gereği kendiliğinden geçerli hale gelmesi, kanun koyucunun ergin olmayanlarla yapılan evlilikleri engelleme çabalarını sonuçsuz bırakmıştır. Bunun üzerine İsviçre Medeni Kanunu m. 105/bent 6 hükmünde ve hükümle bağlantılı İMK'nun diğer maddelerinde değişiklik öngören, 30 Temmuz 2021 tarihli İsviçre Medeni Kanunu Revizyonu (Ergin Olmayanlarla Yapılan Evliliklere Karşı Tedbirler) başlıklı ön tasarı hazırlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Erken Yaşta Evlilik, Zorla Evlilik, Evlenme Yaşı, Evlenmenin Geçersizliği, Evlenmenin Butlanı, Mutlak Butlan, İsviçre Medeni Kanunu Revizyonu, Ön-Tasarı

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-5683-6523.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Fulya Erlüle

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

Geliş Tarihi/Received: 01.09.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 03.12.2022

ABSTRACT

Early marriages were once a problem perceived to be exclusive to less developed countries because of poverty, lack of education, domestic violence, and gender inequality. Due to forced immigrant and refugee influx to European countries, particularly Turkey, it has become one of the most important legal problems developed countries also have to deal with.

Swiss Civil Code Art. 94/2, corresponding to Turkish Civil Code Art. 124/2, was abolished by the Federal Law on the Protection of Adults, Personality Rights, and Children's Rights dated 19 December 2008. Then, the Federal Law on Measures for the Fight against Forced Marriages came into force on 1 July 2013 followed. Hereby, two new grounds for the invalidity of marriage, namely forced marriage (Swiss Civil Code Art. 105 sub-paragraph 5) and marriage with minors (Swiss Civil Code Art. 105 sub-paragraph 6) were introduced. Yet, invalidity for marriage with minors can only be alleged until the minor spouse turns 18, and if not alleged until then, the marriage becomes valid by itself. The fact that validity could be alleged only for a definite period of time failed the efforts to prevent marriages with minors. Then, the preliminary draft law titled Swiss Civil Code Revision (Measures Against Marriages with Minors) dated 30 July 2021 was prepared, which provides for amendments to Swiss Civil Code Art. 105 sub-paragraph 6 and other related articles.

Keywords: Early Marriage, Forced Marriage, Marriage Age, Invalidity of Marriage, Absolute Invalidity, Swiss Civil Code Revision, Preliminary Draft

GİRİŞ

Erken yaşta evlilik, küresel ölçekte karşımıza çıkan en önemli toplumsal ve hukuki sorunların başında gelmektedir. Çocuk haklarının açık bir şekilde ihlali olan bu sorun, aynı zamanda çocuğun insan haklarına yönelik ihlaller arasında yer almaktadır. Erken yaşta evlilik, erkek çocuklar¹ açısından da önemli bir sorun olmakla birlikte, erken yaşta evliliğe maruz kalanların² ve bu evliliklerin sonuçlarından daha yoğun ve olumsuz biçimde etkilenenlerin kız çocuklar³ olması nedeniyle erken yaşta evlilik, daha çok kız çocukları ve kadınlar açısından ele alınmakta, bu yönüyle kadın haklarına

- 1 Erken yaşta evlilik, daha çok kız çocukları açısından gündeme gelse de erkek çocuklar açısından da önemli bir sorundur. UNICEF, 115 milyon erkeğin çocuk yaşta evlendiğini ve bu erkeklerin evlendiklerinde 15 yaşından küçük olduğunu belirtmektedir. UNICEF (*Unicef*, 06 June 2019) < <https://www.unicef.org/press-releases/115-million-boys-and-men-around-world-married-children-unicef#:~:text=NEW%20YORK%2C%207%20June%202019,before%20the%20age%20of%2015.>> accessed 20.07.2022; Bkz Ayşe Banu Ergöçmen, Faruk Keskin ve İlnur Yüksel Kaptanoğlu, *Türkiye'de Çocuk Yaşta Erken ve Zorla Evlilikler: 1993-2018 Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırmaları Veri Analizi Raporu*, (Nüans 2020) 14. UNFPA ve Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü ortaklığıyla hazırlanan söz konusu rapor, Türkiye'de çocuk yaşta evliliklerin güncel durumunu analiz etmek amacıyla yürütülmüş nicel verilere dayalı bir çalışmadır. Çalışmada Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırmaları serisinin son 25 yıla ait betimsel veri analizleri yer almaktadır. Bkz ibid 7.
- 2 Cinsiyete göre evlilik oranlarına ilişkin olarak yapılmış olan bir çalışmada kız çocuklarının % 94 oranında erkek çocuklara göre daha fazla erken yaşta evlendirildikleri ortaya konmuştur. Asiye Çelebi, Duygu Vefikuluçay Yılmaz ve Tuba Güner Emül, 'Evrensel Bir Kadın Sorunu "Erken Yaş Evlilikler"' Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi (2020) 46 Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi 83, 84.
- 3 Erken yaşta evlilikler, hem kız hem de erkek çocuklar bakımından çok riskli olmakla birlikte, kız çocukları erken hamilelik te dahil olmak üzere, cinsel sağlık ve üreme sağlığı açısından daha büyük risk altındadır. ibid, 84; Mustafa Talip Şener ve Büşra Baydemir Kılınç, 'Medeni Kanun Kapsamında Erken Evlilik Yapan Olguların Sosyodemografik Özellikleri: Tek Merkez Çalışması', Adli Tıp Bülteni (2019) 24 (3) 165, 167.

yönelik bir ihlal oluşturmaktadır⁴. Kadınların eğitim ve iş yaşamına katılım hakkı, cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakları ve şiddetsiz yaşama hakkı gibi sahip oldukları birçok hakkı kullanmalarını engelleyen erken yaşta evlilikler, toplumsal cinsiyet eşitsizliğini⁵ de pekiştirmektedir.

Evrensel bir sorun olan erken yaşta evlilik, eşlerden en az birinin 18 yaşından küçük olduğu hallerde iki kişinin, resmi ya da gayri resmi şekilde evlilik bağıyla birleşmesi anlamına gelir⁶. Öğretide 18 yaşından önce erken yaşta yapılan evlilikleri ifade etmek üzere, “erken evlilik”⁷, “erken yaşta evlilikler”⁸, “küçük yaşta evlenme”⁹ kavramları kullanıldığı gibi; “çocuk yaşta evlilik”¹⁰, “çocuk evliliği”¹¹, “çocuk gelinler”¹² ifadelerine de yer verilmektedir¹³.

Erken yaşta evlilik ve zorla evlilik kavramları zaman zaman birbirlerinin yerine kullanılsa da içerikleri farklıdır. Zorla evlilik eşlerden birinin ya da her iki eşin serbest ve özgür iradesi olmaksızın evlenmesini ifade eder¹⁴. Zorla evliliğe ilişkin tanımlara baktığımızda, tarafların yaşlarına vurgu yapılmadan tam ve özgür iradelerine ve rızalarına vurgu yapıldığını görürüz. Erken yaşta evliliğe ilişkin tanımlarda ise tarafların yaşlarının dikkate alındığı bir nitelendirme mevcuttur. Dolayısıyla zorla evlilik hem çocukların hem de yetişkinlerin maruz kalabilecekleri bir olgu iken, erken yaşta evlilik mağdurları her zaman çocuklar, çoğunlukla da kız çocuklarıdır.

Belirtelim ki hem erken yaşta evlilik hem de zorla evlilik, toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin bir türü olarak, tüm dünyada kadınların ve kız çocuklarının güçlenmesinin ve toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanmasının önünde bir engel olarak karşımıza çıkan, özellikle kız çocukların eğitimini, sağlığını, sosyal, fiziksel, psikolojik ve kültürel gelişimlerini engelleyen, özgürlüklerini kısıtlayan kız çocuklarının yaşam hakkını tehdit eden bu nedenle de mücadele edilmesi ve ortadan kaldırılması gereken bir sorundur. Nitekim gelişmiş ülkelerde erken yaşta ve zorla evlilik çocuğun yüksek menfaatlerinin korunmadığının bir göstergesi olarak kabul edilmekte ve bir ayrımcılık biçimi ve halk

4 Ergöçmen, Keskin ve Yüksel Kaptanoğlu (n 1) 11; İlknur Yüksel Kaptanoğlu ve Hilal Arslan, *Çocuk Yaşta, Erken ve Zorla Evliliklerde Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Haritalama ve İzleme Çalışması* (Elma Teknik 2021) 5.

5 Rukiye Akkaya Kia, ‘Hukukun Kadına Bakışı: Ergen Ve Eşit Olmama Hali’ (2009) 13(1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 87 vd.

6 Çelebi, Vefikuluçay Yılmaz ve Güner Emül (n 2) 85; Ayşe Havutçu, ‘Mukayeseli Hukuktaki Gelişmeler Işığında Türk Medeni Kanunu Açısından Zorla Evlenme Probleminin Değerlendirmesi’ (2013) 8 Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi (Özel Sayı) 1341, 1350.

7 Havutçu (n 6) 1350; Şener ve Baydemir Kılınç (n 3) 165.

8 Çelebi, Vefikuluçay Yılmaz ve Güner Emül (n 2) 86 vd.

9 Dilşad Keskin, ‘Küçük Yaşta Evlenmenin Müeyyidesi’ (2011) 15(4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 65 vd.

10 Ayşe Elif Ulu Karataş, ‘Geçici Koruma Altındaki Suriye Vatandaşlarının Çocuk Yaşta Evliliklerinin Mukayeseli Hukuka ve Türk Hukukuna Göre Geçerliliği’ (2020) 78(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 21, 25 vd; Yüksel Kaptanoğlu ve Arslan (n 4) 5 vd.

11 Havutçu (n 6) 1350.

12 *Hukuki Boyutuyla Çocuk Gelinler Uluslararası Konferansı (Bildiriler)* (İzmir Ekonomi Üniversitesi 2012) 1-145.

13 Ayrıca bkz Aslıhan Doğan Köroğlu, ‘En Az Gelişmiş ve Gelişmekte Olan Ülkelerde Erken Yaşta Evliliklerle Mücadele ve Türkiye Uygulamaları’ (Uzmanlık Tezi Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Kadın Statüsü Genel Müdürlüğü 2014) 4 .

14 Havutçu (n 6) 1350.

sağlığı sorunu, uluslararası alanda kabul gören bir suç olmanın yanı sıra sürdürülebilir kalkınmanın engeli ve toplumsal cinsiyet temelli şiddet biçimlerinden biri olarak tanımlanmaktadır¹⁵.

Dünya genelinde 20-24 yaş grubundaki genç kadınların %21'i, 18 yaşını tamamlamadan evlenmekte ya da evli gibi birlikte yaşamaktadır. Bu oran, sayısal olarak yaklaşık 650 milyon kadına karşılık gelmekte, maalesef her yıl 12 milyon kız çocuğu 18 yaşını tamamlamadan evlenmektedir. Erken yaşta evliliklerin sıklığı toplumların yaşam biçimlerine, ülkelerin sosyo-kültürel düzeylerine göre değişmekte, erken yaşta evliliklere gelişmekte olan ülkelerde gelişmiş ülkelere göre daha çok rastlanmakta, Türkiye erken yaşta evliliklerde 202 ülke içinde 87. sırada yer almaktadır¹⁶.

UNICEF'in güncel istatistiklerine göre, son 10 yıl içinde 25 milyon kız çocuğunun 18 yaşından önce evlenmesi engellenmiştir. Bununla birlikte UNICEF, bu alanda yapılan çalışmalara hız verilmez ise 2030 yılına kadar 120 milyon kadının bu sayıya ekleneceğine dikkat çekmektedir (UNICEF, 2020)¹⁷. UNICEF'in 2017 yılına ait verilerine göre, Türkiye'de 20-24 yaş arası genç kadın nüfusunda, 18 yaş altı evlilik veya evlilik dışı yaşam birlikteliği oranı % 15, 15 yaş altı yaşam birlikteliği oranı ise %1 olarak tespit edilmiştir¹⁸.

Türkiye'de 18 yaş altı evliliklerin çoğunluğu ve asgari evlenme yaşı olan 16 yaş altı birlikteliklerin büyük bir kısmı resmi evlilik olarak gerçekleşmediği için resmi kayıt altına alınamamakta, dolayısıyla UNICEF verilerindeki bu oranlar gerçek durumu yansıtmamaktadır. Ancak bu verilere göre dahi, Türkiye, diğer Avrupa devletlerine nazaran, erken yaşta evlilik oranı en yüksek ülkedir.

Gelişmiş ülkelerde erken yaşta ve zorla evlilik, temel bir insan hakkı ihlali ve kız çocuklarına yönelik şiddet olarak değerlendirilmekte, mevcut yasalarda revizyonlar aracılığıyla bu tür evliliklerin engellenmesine yönelik çok sayıda düzenleme yapılmasına rağmen, zorla ve erken yaşta evlilikler toplumsal bir sorun olarak tüm dünyada varlığını sürdürmeye devam etmektedir¹⁹. Erken yaşta ve zorla evlilik ülkemizde de, evlilik yaşı, zorla evlilikler, çocuk evlilikleri, çocuklara yönelik istismar, çocuklar ile evlenenlere yönelik af ile ilgili kamuoyunda süregelen tartışmaların etkisiyle insan hakları, kadın hakları, çocuk haklarının yanı sıra evlenme yaşının düzenlendiği Medeni Hukuk bakımından da gündemdeki yerini korumaktadır.

I. ERKEN YAŞTA EVLİLİKLERİN NEDENLERİ

Yoksulluk, ailelerin eğitim düzeyinin düşüklüğü, aile içinde şiddet olgusunun, geleneksel değer yargılarının daha baskın olduğu ataerkil toplumların kadınlara ve kız çocuklarına verdikleri değer, cinsiyetçi bakış açısı nedeniyle toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin varlığı, erken yaşta evliliklerin nedenleri arasında ilk sıralarda yer almaktadır²⁰.

15 Ergöçmen, Keskin ve Yüksel Kaptanoğlu (n 1) 11.

16 Yüksel Kaptanoğlu ve Arslan (n 4) 16.

17 ibid 16.

18 Ergöçmen, Keskin ve Yüksel Kaptanoğlu (n 1) 11.

19 Yüksel Kaptanoğlu ve Arslan (n 4) 16.

20 Çelebi, Vefikuluçay Yılmaz ve Güner Emül (n 2) 86.

Kıtlıklar, doğal afetler, siyasi karışıklıklar, zorunlu ya da istemli göçler ve benzeri olguların aile ve toplumun yapısında, gelecek beklentisinde belirsizliğe yol açması da kız çocukların erken evlendirilmesine neden olabilmektedir²¹. Erken yaşta evliliklerin yapıldığı ailelerde, kız çocukları ekonomik bir yük olarak görülmekte, hane halkı refah düzeyi ile kız çocuklarının erken yaşta evlendirilmesi arasında ters orantı bulunmaktadır²². Kız çocukları, savaşlar ve siyasi karışıklıklar sonrası görülen tecavüz olaylarından korumak amacıyla da erken yaşta evlendirilebilmektedir. Sosyolojik açıdan değerlendirildiğinde, erken yaşta evlilik tek başına ele alınması gereken bir sorun olarak değil; yoksulluk, ataerkillik, eğitimsizlik gibi kökeni toplumsal üretim ve değişim ilişkilerinde bulunan sorunlar bütününe kaçınılmaz bir sonucu olarak değerlendirilmekte, geçmişte olduğu gibi günümüzde de birçok toplumda kültürel olarak üretilmekte ve süregelmektedir²³.

Kız çocuklarının ve kadınların hayatlarının şekillenmesinde çok önemli bir rol oynayan erken yaşta evliliklerin nedenleri ve sonuçlarına odaklanan çalışmaların sayısı özellikle son on yılda belirgin şekilde artmıştır. UNICEF başta olmak üzere Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu (UNFPA), Birleşmiş Milletler Kadın Birimi (UN WOMEN), Uluslararası Göç Örgütü (IOM), Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (UNHCR) ve Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) gibi Birleşmiş Milletler kuruluşları erken yaşta ve zorla evliliklere ilişkin projeler geliştirirken, Türkiye’de kamu kurumları, uluslararası kuruluşlar, üniversiteler, sivil toplum örgütleri ve araştırma şirketleri de alana ilişkin çalışmalarını sürdürmekte, 2000-2019 yıllarına ilişkin alan yazın taraması verileri, ÇEZE ile ilgili yayın sayılarının son iki yıla yoğunlaştığını göstermektedir.

II. İSVİÇRE HUKUKUNDA ZORLA VE ERKEN YAŞTA EVLİLİKLE MÜCADELE KAPSAMINDA YAPILAN BAŞLICA YASAL DÜZENLEME VE DEĞİŞİKLİKLER

Erken yaşta evlilikle mücadele ve erken yaşta evlenen küçüklerin korunması uzun yıllardan bu yana tüm Avrupa ülkelerinde olduğu gibi, İsviçre’de de kanun koyucunun başlıca amaçlarından birini oluşturmuş, İsviçre Federal Konseyi erken yaşta evlilikleri engelleme stratejisini zorla evliliklerin önüne geçme mücadelesiyle birlikte yürütmüştür. Federal Konsey bu kapsamda zorla evlilik ve erken yaşta evlilikle mücadele stratejileri geliştirmiş ve sorunun çözümüne yönelik yasal düzenlemelerde bulunmuştur. Federal Konsey bunun yanı sıra zorla evliliklerin ve erken yaşta evlilikler hakkında toplumun bilgilendirilmesinde, konunun bilimsel olarak araştırılmasında ve kamuoyunda erken ve zorla evliliklerle mücadeleye ilişkin farkındalık yaratılmasında önemli bir rol üstlenmiştir²⁴.

Nitekim İsviçre Medeni Kanunu’nda, erken yaşta evliliklerle mücadele amacıyla önce 1 Ocak 2013’te yürürlüğe giren, 19 Aralık 2008 tarihli Yetişkinlerin Korunması, Kişilik Hakları ve Çocuk Haklarına

21 Doğan Köroğlu (n 13) 14 vd.

22 Türkiye genelinde, en düşük refah düzeyindeki hanelerde yaşayan kadınların % 41, 8’i erken yaşta evlenirken, en yüksek refah düzeyindeki hanelerde yaşayan kadınların ise % 14, 1’i erken yaşta evlenmiştir. Çelebi, Vefikuluçay Yılmaz ve Güner Emül (n 2) 89.

23 ibid 85.

24 Evaluation der Bestimmungen im Zivilgesetzbuch zu Zwangsheiraten und Minderjährigenheiraten, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 16.3897 Arslan “Evaluation des Zivilgesetzbuches vom 15.Juni 2012 (Zwangsheiraten), 3.

İlişkin Federal Kanunla (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht*)²⁵, 18 yaşından küçüklerin yasal temsilcilerinin izniyle evlenmelerini mümkün kılan, olağanüstü evlenme yaşına ilişkin İMK m. 94/2 hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. İsviçre Medeni Kanunu'nun m. 94/1 hükmüne göre ise evlenebilmek için 18 yaşın tamamlanmış olması ve ayırt etme gücüne sahip olmak gereklidir. İMK m. 94 hükmünde yapılan bu değişikliği takiben, 15 Haziran 2012 tarihli Zorla Evliliklere Karşı Tedbirler Hakkında Federal Kanun (*Bundesgesetz über Massnahmen gegen Zwangsheiraten*)²⁶ kabul edilmiş ve Kanun 1 Temmuz 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

1 Temmuz 2013 tarihinde yürürlüğe giren Zorla Evliliklere Karşı Tedbirler Hakkında Federal Kanunla hem zorla evliliklerin hem de erken yaşta evliliklerin önüne geçilmesi amacıyla İsviçre Medeni Kanunu'na birisi zorla evliliğe ilişkin İMK m. 105/bent 5, diğeri de ergin olmayanlarla yapılan evliliğe ilişkin İMK m. 105/bent 6 olmak üzere iki süresiz geçersizlik (mutlak butlan) sebebi ilave edilmiştir²⁷. İsviçre Medeni Kanunu'nun 105. maddesinde, evlenmenin geçersizliği sebepleri, süreli (nisbi butlan) – süresiz (mutlak butlan) sebepleri şeklinde, sınırlı olarak düzenlemiş, mevcut evlilik, ayırt etme gücünden sürekli yoksunluk ve yasak derecede hısımlık şeklindeki süresiz mutlak butlan sebeplerine, 1 Ocak 2008'de yürürlüğe giren 16 Aralık 2005 tarihli Kanun ile muvazaalı evlilik de eklemiştir.

Belirtelim ki Zorla Evliliklere Karşı Tedbirler Hakkında Federal Kanunla İsviçre Medeni Kanunu'nda evlenme akdinin yapılmasından önce, evlenme hazırlıklarına ilişkin süreç ve başvuru aşamasına yönelik olarak ta İMK'da 99/f.1, bent 3'te değişiklik yapılmıştır²⁸. İMK m. 99/f.1, bent 3'e eklenen cümle ile evlenme başvurusunu almaya yetkili evlendirme memurlarına (nüfus memurlarına), evlenme başvurusunun nişanlının özgür iradesine uymadığını açıkça ortaya koyan bir durumun var olup olmadığını inceleme ödevi yüklenerek zorla evlilikler, evlenme hazırlıkları aşamasında engellenmeye çalışılmıştır²⁹. Ancak başvuru aşamasında nişanlı ya da nişanlılar evlenmeye zorlanmış olsalar bile genelde sessiz kaldıkları için zorla evliliğin tespiti çoğu zaman mümkün olmamakta ve zorla evlilik olgusu evlenme akdinin yapılmasından bir süre sonra ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle başta önlenemeyen zorla evliliğin evlenme akdinin yapılmasından sonra geçersiz kılınabilmesi için İMK'da zorla evliliğin, bir süresiz geçersizlik (mutlak butlan) sebebi olarak düzenlenmesi tercih edilmiştir³⁰.

İsviçre Medeni Kanunu'na 1 Temmuz 2013 tarihinde yürürlüğe giren Zorla Evliliklere Karşı Tedbirler Hakkında Federal Kanunla eklenen İMK m. 105/bent 5'te, “*eşlerden birinin serbest, özgür irade ile evlenmemiş olması*” yani zorla evlilik, zorla evlenen eşin yaşından bağımsız olarak bir süresiz geçersizlik (mutlak butlan) sebebi olarak düzenlenmiştir³¹.

25 AS 2011 725, BBl 2006 7001.

26 AS 2013 1035, BBl 2011 2185.

27 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 6.

28 Daha fazla bilgi için bkz Havutçu (n 6) 1367-1368.

29 Havutçu (n 6) 1368; Evaluation der Bestimmungen im Zivilgesetzbuch zu Zwangsheiraten und Minderjährigenheiraten, 7.

30 Ayrıntılı bilgi için bkz Havutçu (n 6) 1368-1372.

31 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf

İsviçre Medeni Kanunu'na Zorla Evliliklere Karşı Tedbirler Hakkında Federal Kanunla eklenen diğer geçersizlik sebebi ise ergin olmayanlar ile yapılan evliliğe ilişkin İMK m. 105/bent 6 hükmüdür. İMK m. 105/bent 6' da *"ergin olmayan eşin üstün menfaati evliliğin devamını gerektirmedikçe, eşlerden birinin ergin olmaması"* (18 yaşından küçük olması) yeni bir süresiz geçersizlik (mutlak butlan) sebebi olarak düzenlenmiştir³². Ancak, zorla evliliğe ilişkin İMK m. 105/bent 5'ten farklı olarak, İMK m. 105/bent 6 hükmüne göre, ergin olmamanın geçersizliğe yol açması için bu geçersizlik sebebinin, 18 yaşın doldurulmasından önce dava yolu ile ileri sürülmüş olması gerekir. İMK m. 105/bent 6 hükmüne göre, ergin olmamanın evliliğin geçersizliğine neden olmadığı bir diğer durum ise hükümde açıkça ifade edildiği üzere evliliğin devamının 18 yaşından küçük olan eşin üstün menfaatine olmasıdır³³.

1 Temmuz 2013 tarihinde yürürlüğe giren Zorla Evliliklere Karşı Tedbirler Hakkında Federal Kanunla, (Bundesgesetz über Massnahmen gegen Zwangsheiraten), İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB) yanı sıra, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (IPRG) İsviçre Yabancılar ve Entegrasyon Kanunu (AIG) İsviçre İltica Kanunu (AsylG) aynı cinsten kişiler arasında tescil edilmiş yaşam ortaklığını düzenleyen 18 Haziran 2004 tarihli Kanun ve İsviçre Ceza Kanunu'nda da erken yaşta ve zorla evliliklerin önlenmesine yönelik önemli değişiklikler yapılmış, bir kişiyi evlenmeye ve tescil edilmiş yaşam ortaklığı kurmaya zorlamak ya da teşebbüs etmek İsviçre Ceza Kanunu'nda ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir³⁴.

Zorla Evliliklere Karşı Tedbirler Hakkında Federal Kanunla 16 Aralık 2005 tarihli Yabancılar Kanunu m.45'da yapılan değişiklik ile yetkili makamlar, İMK m.105/bent 5 ve bent 6 anlamında bir geçersizlik sebebinin mevcut olup olmadığını araştırmakla yükümlü kılınmış, eşlerden birinin zorla evlendirildiği ya da ergin olmadığının tespiti halinde, incelemeyi yapan yetkili bu durumu İMK. m. 106 gereği ilgili makamlara bildirmekle yükümlü kılınarak³⁵, yabancılar arasında 18 yaşından küçüklerin yaptığı evliliklerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır³⁶.

Yine Zorla Evliliklere Karşı Tedbirler Hakkında Federal Kanunla İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda da (IPRG) iki önemli değişiklik yapılmıştır.

Değişikliklerden ilki, IPRG m. 44 hükmünde evlenmeye uygulanacak hukuka ilişkin olarak gerçekleşmiş, her iki tarafın da yabancı olduğu hallerde, İsviçre'de gerçekleştirilen evliliklerin ehliyet ve şartlarına, tarafların her birinin milli hukukunun uygulanacağına ilişkin IPRG m. 44/2 hükmü yürürlükten kaldırılarak, IPRG m. 44 hükmünde İsviçre'de gerçekleştirilen evliliklerin İsviçre hukukuna tabi olduğu ifade edilmiştir. Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, İsviçre Medeni

vom 30. Juni 2021, 6.

32 İsviçre Medeni Kanunu'nun Fransızca metninde maddenin kenar başlığında "mutlak sebepler" Almanca metninde ise "süresiz geçersizlik" ifadesine yer verilmiştir.

33 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 8.

34 Havutçu (n 6) 1367; Uslu Karataş (n 10) 33; Evaluation der Bestimmungen im Zivilgesetzbuch zu Zwangsheiraten und Minderjährigenheiraten, 3, 5.

35 Evaluation der Bestimmungen im Zivilgesetzbuch zu Zwangsheiraten und Minderjährigenheiraten, 7.

36 Havutçu (n 6) 1372; Uslu Karataş (n 10) 32-34.

Kanunu'na göre evlenebilmek için 18 yaşın tamamlanmış olması ve ayırt etme gücüne sahip olmak gerekir (İMK m. 94/1 ve İMK m. 16). IPRG m. 44 hükmünde yapılan bu değişikliklerle, tarafların yabancı olduğu hallerde dahi, İsviçre'de yapılan zorla ve erken yaşta evlilikler hem evlenme ehliyeti hem de şartları bakımından İsviçre hukukuna tabi kılınarak, İMK m. 105/bent 5-bent 6 gereğince süresiz geçersizlik (mutlak butlan) sebebi sayılmıştır³⁷.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda (IPRG) yapılan ikinci değişiklik ise IPRG m. 45a hükmünde gerçekleşmiş, IPRG m. 45a'da yapılan değişiklik sonucunda, İsviçre dışında yabancı bir ülkede ergin olmayanlarla yapılan evliliklerin geçersizliği davalarında İsviçre mahkemelerince İsviçre hukukunun (*lex fori*) uygulanacağı hüküm altına alınarak, yabancı bir ülkede, ergin olmayanlarla yapılan evliliklerin de mutlak butlanla batıl olmasını sağlamıştır³⁸.

III. İSVİÇRE MEDENİ KANUNU REVİZYONU (ERGİN OLMAYANLARLA YAPILAN EVLİLİKLERE KARŞI TEDBİRLER) BAŞLIKLİ ÖN TASARI

A. İSVİÇRE MEDENİ KANUNU REVİZYONU (ERGİN OLMAYANLARLA YAPILAN EVLİLİKLERE KARŞI TEDBİRLER) BAŞLIKLİ ÖN TASARI'NIN HAZIRLANMA SÜRECİ

İsviçre kanun koyucusunun zorla evlilik ve ergin olmayanlarla yapılan erken yaşta evlilikleri önleme çabalarına rağmen, bu evliliklerin önemli bir kısmının resmi olarak gerçekleşmemesi ve ilgili makamlara da bildirilmemesi nedeniyle zorla ve erken yaşta yapılan evliliklerin beklendiği düzeyde engellenmesi mümkün olmamıştır³⁹. Zorla evliliklerle ve ergin olmayanlarla yapılan evliliklerle mücadele kapsamında Yeşiller Partisi Meclis Üyesi Sibel Arslan tarafından 16. 12 2016 tarihinde 16.3987 sayı ile Federal Kanunun gözden geçirilmesi talebini içeren bir teklif Federal Meclise sunulmuştur⁴⁰. Bunun üzerine Federal Meclis, Federal Konseyi 1 Temmuz 2013'te yürürlüğe giren 15 Haziran 2012 tarihli Zorla Evliliklere Karşı Tedbirler Hakkında Federal Kanunun yeterliliğini değerlendirmek ve bir rapor hazırlamak üzere görevlendirmiştir⁴¹.

Federal Konsey (Hükümet), 29 Ocak 2020 tarihli oturumda, "Medeni Kanundaki Zorla Evlilikler Ve Ergin Olmayanlarla Yapılan Evlilikler İle İlgili Hükümlerin Değerlendirilmesi" başlıklı raporu sunmuştur. Söz konusu rapora göre, İsviçre'de 2013-2017 yılları arasında ergin olmayanlarla 226 evliliğin gerçekleştiği, aynı dönemde 145 zorla evliliğin yapıldığı tahmin edilmektedir⁴². Ancak bu

37 Ulusu Karataş (n 10) 33.

38 Ulusu Karataş (n 10) 34.

39 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 4-5.

40 Evaluation der Bestimmungen im Zivilgesetzbuch zu Zwangsheiraten und Minderjährigenheiraten, 3; Medienrohstoff, Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten-Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zur Revision des Zivilgesetzbuchs, 1.

41 Evaluation der Bestimmungen im Zivilgesetzbuch zu Zwangsheiraten und Minderjährigenheiraten, 7.

42 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 9; ayrıca bkz Evaluation der Bestimmungen im Zivilgesetzbuch zu Zwangsheiraten und Minderjährigenheiraten, 7.

süre zarfında, İMK m. 105/bent 5'te düzenlenen zorla evliliklerin geçersizliğine ilişkin iki, İMK m. 105/bent 6'da hüküm altına alınmış olan ergin olmadan (18 yaşın tamamlanmasından önce) yapılan evliliklerin geçersizliğine ilişkin ise on adet dava açılmıştır⁴³. 2016 yılında ergin olmayanlarla yapılan evlilikler belirgin bir şekilde artmış, bu artış eğilimi daha sonraki yıllarda da devam etmiştir. İsviçre Zorla Evlenmenin Önlenmesi Kurumunun 2020 verilerine göre İsviçre'de 361 adet zorla evlilik yapılmıştır. Yapılan bu zorla evliliklerin 133'ünde taraflardan en azından birisi 18 yaşın altında olup, ergin olmadan evlenmiştir⁴⁴.

Federal Konsey (Hükümet), “Medeni Kanundaki Zorla Evlilikler Ve Ergin Olmayanlarla Yapılan Evlilikler İle İlgili Hükümlerin Değerlendirilmesi” konulu raporu sunduğu 29 Ocak 2020 tarihli oturumda ergin olmayanlarla yapılan evliliklere ilişkin bir eylem planı belirlemiş; zorla evlilikler ve ergin olmayanlarla yapılan evlilikler ile ilgili hükümleri değerlendiren raporu, İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılması öngörülen revizyona ilişkin fikirlerini almak üzere Kantonların, Siyasi Partilerin, STK'ların, Meslek Birliklerinin görüşlerine sunmuştur⁴⁵. “Medeni Kanundaki Zorla Evlilikler Ve Ergin Olmayanlarla Yapılan Evlilikler İle İlgili Hükümlerin Değerlendirilmesi” konulu raporun görüşmeye açılması süreci 29 Ekim 2021 tarihinde sona ermiştir. Bunun üzerine Federal Konsey (Hükümet), 30 Temmuz 2021 tarihinde İsviçre Medeni Kanunu Revizyonu (Ergin Olmayanlarla Yapılan Evliliklere Karşı Tedbirler) başlıklı ön tasarımı hazırlamıştır⁴⁶.

B. İSVİÇRE MEDENİ KANUNU REVİZYONU (ERGİN OLMAYANLARLA YAPILAN EVLİLİKLERE KARŞI TEDBİRLER) BAŞLIKLİ ÖN TASARI'NIN GÜNDEME GELME NEDENLERİ

1 Temmuz 2013'te yürürlüğe giren Zorla Evliliklere Karşı Tedbirler Hakkında Federal Kanunla, İsviçre Medeni Kanunu'nda ve diğer kanunlarda yapılan değişikliklere rağmen, zorla ve ergin olmadan (18 yaşın altında) yapılan evliliklerin istenilen düzeyde engellenememesi ve uygulamada yaşanan sorunlar; İsviçre Medeni Kanunu'nun zorla evlilikler ve ergin olmayanlarla yapılan evliliklere ilişkin hükümlerinin yeniden gözden geçirilerek revize edilmesi sürecini başlatmıştır⁴⁷. Federal Konsey, 15 Haziran 2012 tarihli Zorla Evliliklere Karşı Tedbirlere Dair Federal Kanunun yeterliliğinin sorgulandığı 29 Ocak 2020 tarihli “Medeni Kanundaki Zorla Evlilikler Ve Ergin Olmayanlarla Yapılan Evlilikler İle İlgili Hükümlerin Değerlendirilmesi” başlıklı raporunda İMK m. 105/bent 5 ve bent 6 hükümlerini mercek altına almıştır.

43 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 9.

44 Evaluation der Bestimmungen im Zivilgesetzbuch zu Zwangsheiraten und Minderjährigenheiraten, 10-11.

45 Evaluation der Bestimmungen im Zivilgesetzbuch zu Zwangsheiraten und Minderjährigenheiraten, 5.

46 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 1-39.

47 Daha fazla bilgi için bkz Evaluation der Bestimmungen im Zivilgesetzbuch zu Zwangsheiraten und Minderjährigenheiraten 1-39.

29 Ocak 2020 tarihli raporda Federal Konsey, İsviçre Medeni Kanunu'nun m. 105/bent 5 hükmünde bir süresiz geçersizlik (mutlak butlan) sebebi olarak düzenlenmiş olan “*eşlerden birinin serbest, özgür irade ile evlenmemiş olması*” yani zorla evliliğe ilişkin İMK m. 105/bent 5'e yönelik bazı eleştirilere rağmen, hükümde bir değişikliğe gidilmesine gerek olmadığı, toplumun zorla yapılan evliliklerin neden olduğu sorunlar hakkında bilgilendirilmesi ve zorla evliliklere ilişkin olarak kamuoyunda farkındalık yaratılmasının yeterli olacağı ifade edilmiştir⁴⁸. 29 Ocak 2020 tarihli raporda belirtildiği üzere, İMK m. 105/bent 5 hükmü, eşlerin serbest ve özgür iradesi ile yapılmamış tüm evlilikler bakımından zorla evlenen eşin ya da eşlerin yaşından bağımsız olarak bir süresiz geçersizlik (mutlak butlan) sebebi oluşturmaktadır⁴⁹. Evliliğin yapılmasında zorlama olgusunun belirlenebildiği her durumda bu tür evlilikler, zorla evlendirilen eşler evliliğin devamında bir sakınca görmeseler bile geçersizdir. Nitekim İsviçre Medeni Kanunu'nun 105/bent 5 hükmünün yürürlüğe girmesinden önce Federal Konsey tarafından önerilmiş olan, somut olayın özelliklerine göre ve belli koşullar altında zorla evliliklerin geçerli hale gelmesine ilişkin öneriler 105/bent 5 hükmünün ilişkin Federal Meclis görüşmeleri sırasında reddedilmiştir⁵⁰. Federal Meclis, zorla evlendirilen eşin kendi rızasıyla bu evliliği devam ettirmek istemesini, baskı ve tehdit altında evlendirilmiş olan tarafın daha çok baskı altında kalmasına neden olabileceği gerekçesiyle reddetmiş ve Federal Hükümetin bu önerisini kabul etmemiştir. Bu nedenle süresiz geçersizlikle (mutlak butlanla) batıl olan zorla evliliklerin hiçbir sebeple geçerli olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Zorla evliliklerden söz edildiğinde, evlenmek zorunda bırakılan tarafların çoğu zaman bu evliliklere, en yakınları olan aile bireylerinin veya yakın aile çevresinin baskıları nedeniyle boyun eğdikleri görülmektedir. Bu durum, zorla evlenen eşlerin, en yakınları olan anne babalarıyla ve diğer aile bireyleri ile olan ilişkilerini sorgulamalarına ve anne, baba ya da yakın aile bireylerine karşı duymuş oldukları vefa borcu nedeniyle zorla evliliğin geçersizliğini ileri sürüp sürmeme konusunda tereddüt etmelerine neden olmakta, dolayısıyla zorla evlendirilen eşlerin harekete geçmelerini engellemektedir. Zorla evlendirilmiş olan eşin, insiyatif alamaması, içinde bulunduğu baskıcı aile ortamı nedeniyle yetkili kişi veya birimlerle birlikte hareket edememesi nedeniyle yetkili kurumlar da evliliğin zorla gerçekleştiğinden haberdar olmamakta ve gerekli tedbirleri almaları çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Bu nedenle zorla evlilikler bakımından uygulamada karşılaşılan en büyük sorun, evliliğin zorla gerçekleştiğinin ispatında yaşanmaktadır⁵¹. Zira taraflardan birinin ya da her ikisinin evliliğe ilişkin özgür iradesinin varlığından söz edilemeyen bu tür evliliklerin önemli bir çoğunluğu zorla evlendirilen eş ya da eşlerin ailelerinin yoğun baskıları sonucunda gerçekleşmektedir⁵². Öte

48 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 11; Medienrohstoff, Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten-Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zur Revision des Zivilgesetzbuchs, 1.

49 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 6.

50 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 11.

51 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 11-12.

52 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 11.

yandan zorla evliliklere genellikle, İsviçre'ye yabancı ülkelerden gelen göçmen statüsündeki genç kadınlar maruz kalmakta ve zorla evliliklerin çoğu, aynı zamanda ergin olmayanlarla yapılan evlilik de oluşturmaktadır. Bu nedenle Zorla Evliliklere Karşı Tedbirler Hakkında Federal Kanunla, ergin olmayanlarla yapılan evlilikleri engellemeye yönelik önemli tedbirler getirilmiştir. Zorla evliliğin aynı zamanda ergin olmayanlarla yapılan evlilik olarak nitelendirildiği hallerde zorla evlenme olgusunun ispatına kıyasen, bu evliliğin ergin olmadan yapıldığının ispat edilmesi çok daha kolaydır. Bu olasılıkta, evliliğin yasal evlenme yaşı olan 18 yaşın tamamlanmasından önce yapıldığının ispatlanması tek başına yeterlidir, ayrıca zorla evliliğin bir geçersizlik sebebi olarak düzenlendiği İMK m. 105/bent 5'te olduğu gibi, zorlanma olgusunun ispat edilmesine gerek yoktur⁵³. Nitekim İsviçre'de uygulamada ergin olmayanlarla yapılan evliliğin bir geçersizlik sebebi olarak düzenlendiği MK m. 105/bent 6 hükmüne daha çok başvurulmaktadır⁵⁴.

Bununla birlikte önemle belirtelim ki ne Federal Meclis, ne de Federal Konsey, yasallaşma sürecinde ergin olmayanlarla yapılan tüm evliliklerin aynı zamanda zorla evlilik olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde ileri sürülen görüşler olmasına rağmen bu görüşleri benimsememiş ve bu yönde yapılan önerileri açık bir tavırla reddetmiştir⁵⁵.

Federal Konseyin belirttiğine göre, evlenen taraflardan en az birinin 18 yaşından küçük olması tek başına bu evliliğin zorla gerçekleştirildiği anlamına gelmez. Zira zorla evlilikten, taraflardan her ikisinin ya da sadece birinin serbest ve özgür iradesi bulunmaksızın evliliğin gerçekleştiği hallerde bahsedilmektedir. Nitekim, ön tasarıya ilişkin gerekçeli raporun eklerinde de işaret edildiği üzere, eskiden olduğu gibi günümüzde de bazı Avrupa ülkelerinde istisnai (olağanüstü) evlenme yaşı 16 olarak kabul edilmektedir⁵⁶. Bu nedenle, her ergin olmayanla evlilik zorunlu olarak ve her durumda bu evliliğin, aynı zamanda eşlerin serbest ve özgür iradelerine dayanmadığı anlamına gelmemektedir. Aynı şekilde yapılan bazı zorla evliliklerde, evlenme akdinin tarafları, 18 yaşından büyük oldukları için bu evlilik, aynı zamanda ergin olmayanlarla yapılan bir evlilik olarak nitelendirilemez. Anılan gerekçelerle Federal Konsey, 29 Ocak 2020 tarihli raporunda İsviçre Medeni Kanunu'nun m. 105/bent 5'te bir süresiz geçersizlik (mutlak butlan) sebebi olarak düzenlenmiş olan "*eşlerden birinin serbest, özgür irade ile evlenmemiş olması*" yani zorla evliliğe ilişkin İMK m. 105/bent 5 hükmünde bir değişikliğe gidilmesine gerek olmadığı sonucuna ulaşmıştır⁵⁷.

Buna karşılık Federal Konsey, 29 Ocak 2020 tarihli raporunda "*ergin olmayan eşin üstün menfaati evliliğin devamını gerektirmedikçe, eşlerden birinin ergin olmaması* (18 yaşından küçük olması) nın yani 18 yaşın tamamlanmasından önce ergin olmadan yapılan evliliğin bir süresiz geçersizlik (mutlak

53 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 9.

54 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 9.

55 Evaluation der Bestimmungen im Zivilgesetzbuch zu Zwangsheiraten und Minderjährigenheiraten, 17.

56 Avusturya, İspanya, Belçika, Fransa ve İtalya'da evlenme yaşı 18, istisnai evlenme yaşı ise 16 olarak kabul edilmiştir. Bkz. Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 39.

57 Evaluation der Bestimmungen im Zivilgesetzbuch zu Zwangsheiraten und Minderjährigenheiraten, 16-17.

butlan) sebebi olarak düzenlenmiş olduğu İsviçre Medeni Kanunu'nun m. 105/bent 6'da hükmünde değişiklik yapılması gerektiği kanaatine ulaşmıştır⁵⁸.

29 Ocak 2020 tarihli raporda belirtildiği üzere, İsviçre Medeni Kanunu'nda evlenme yaşı 18 olarak belirlenmiş, istisnai evlenme yaşını düzenleyen İMK m. 94/2 hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. Bu nedenle İsviçre'de 18 yaşın tamamlanmasından önce evlenmek mümkün değildir. Ancak taraflardan birisinin ya da her ikisinin 18 yaşın altında olduğu bir evlilik İsviçre dışında yabancı bir ülkede yapılmış ise 18 yaşın altında olan küçüklerin yaptığı bu evliliğin geçersizliğe yol açması için geçersizliğin, İMK m. 105/bent 6 hükmüne göre, 18 yaşın doldurulmasından önce dava yolu ile ileri sürülmüş olması gerekir⁵⁹. İMK m. 105/bent 6'ya göre, evlenmenin geçersizliği henüz dava yolu ile ileri sürülmeden önce 18 yaşından küçük olan eş 18 yaşını tamamlamış olursa, 18 yaşın tamamlanmasından önce yapılan evlilik kendiliğinden geçerli hale gelmektedir⁶⁰. Ergin olmadan (18 yaşını tamamlamadan) önce yapılan bu evlilik, aynı zamanda bir zorla evlilik (İMK m. 105/bent 5) oluşturmadığı sürece İMK'da bu evliliğin geçersizliğini ileri sürmeye yönelik başka bir imkân da öngörülmüş değildir.

İsviçre Medeni Kanunu'nun 105. maddesinde, sınırlı olarak düzenlemiş olan süresiz geçersizlik (mutlak butlan) sebeplerine ilişkin dava açma hakkı, İMK m. 106/1'de hüküm altına alınmıştır.

Buna göre, "Dava, eşlerin yerleşim yeri yetkili kanton makamı tarafından resen açılır, bunun dışında menfaati olan herkes dava açabilir. Federal Devlet ve Kanton Makamları, görevleriyle bağdaştığı ölçüde, görevlerini yaptıkları sırasında bir geçersizlik sebebinin bulunduğunu öğrendiklerinde bunu dava açmaya yetkili makamlara bildirirler."⁶¹.

Ön-tasarıya ilişkin gerekçeli raporda belirtildiği üzere, uygulamada İMK m. 105'te düzenlenmiş olan süresiz geçersizlik sebeplerinin İMK m. 106 gereğince dava yolu ile ileri sürülmesi pek çok durumda üç aşamada gerçekleşmektedir⁶².

Federal Devlet veya Kantonlar, bir geçersizlik sebebinin varlığını çoğu zaman Nüfus Dairelerinden öğrenmekte ve durumu dava açmaya yetkili makamlara bildirmektedir (İMK m. 106/1, cümle 2).

Kantonlar tarafından dava açmakla yetkili kılınmış makamlar, İMK m. 105 kapsamına giren bir süresiz geçersizlik sebebinin varlığını, örneğin ergin olmadan önce evliliğin yapıldığını öğrendikleri takdirde, yetkili mahkemede re'sen bu evliliğin butlanını dava ederler.

İsviçre'de Kantonlar, İMK m. 106 gereğince süresiz geçersizlik (butlan davası) açma hususunda farklı makamları yetkilendirmişlerdir. Mevcut durumda 6 Kantonda Federal Savcılık makamı, 16

58 Evaluation der Bestimmungen im Zivilgesetzbuch zu Zwangsheiraten und Minderjährigenheiraten, 22.

59 Evaluation der Bestimmungen im Zivilgesetzbuch zu Zwangsheiraten und Minderjährigenheiraten, 17 vd.

60 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 8.

61 Havutçu (n 6) 1374 .

62 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 10.

Kantonda idari bir birim, 4 Kantonda ise Belediyeler, ergin olmadan önce, 18 yaşın altında yapılmış olan evliliklerin geçersiz kılınabilmesi için re'sen butlan davası açmak üzere yetkilendirilmişlerdir.

Son aşamada ise yetkili hukuk mahkemesi, söz konusu evliliğin İMK m. 105 kapsamına giren süresiz geçersizlik (mutlak butlan) sebebiyle batıl olup olmadığına karar verir⁶³.

İMK m. 106/1, cümle 1'de ifade edildiği üzere, dava açmakta menfaati bulunan herkes ve pek tabii ergin olmadan önce evlenmiş olan 18 yaşından küçük olan eş, evliliğin butlanını dava edebilirler.

Görüldüğü üzere, İMK m. 106 hükmü geniş bir yelpazede; ergin olmadan önce evlenen eşe, evliliğin geçersizliğini ileri sürmede menfaati bulunan herkese ve yetkili makamlara evliliğin geçersizliğini dava yolu ile ileri sürme imkânı tanımıştır. Ancak yukarıda belirtildiği üzere, İMK m. 105/bent 6 hükmüne göre evliliğin geçersizliğine karar verilebilmesi için geçersizliğin, ilgili taraf ya da yetkili makamlar tarafından, ergin olmadan evlenen eşin, 18 yaşını tamamlamasından önce dava yolu ile ileri sürülmüş olması gerekir. Şayet 18 yaşından küçük olan eş, henüz butlan davası açılmadan önce 18 yaşını tamamlamış olursa, ergin olmadan önce yapılan evlilik kendiliğinden geçerli hale gelmektedir⁶⁴.

Federal Konseye göre, bu durumda evliliğin geçersizliğinin 18 yaşını tamamlanmasından önce ileri sürülebilmesi için hem ergin olmadan önce evlenmiş olan eşe hem de yetkililere çok kısa bir zaman dilimi kalmaktadır⁶⁵. Kanun koyucunun amacına uygun olarak, ergin olmadan önce evlenmiş ve çoğu zaman bu evliliği aile üyelerinin baskıları sonucunda yapmış olan eşe, evliliğin geçersizliğini ileri sürmesi için gerekli olan adımları atabileceği uzunlukta bir süre tanımak gerekir⁶⁶. Aynı şekilde Kantonlar tarafından İMK m. 106 gereğince dava açmakla yetkili kılınmış makamlar bakımından da aynı durum söz konusudur. Federal Konseye göre ergin olmadan önce evlenmiş olan tarafa, ergin olma yaşı olan 18 yaşına ulaştıktan sonra da, bu evliliğin geçersizliğini ileri sürebileceği uzunlukta bir süre tanımak gerekir⁶⁷. Buna göre, ergin olmadan önce yapılan evlilik, kendiliğinden 18 yaşın tamamlanması üzerine değil; 18 yaşın tamamlanmasının üzerinden belli bir süre geçtikten sonra geçerli hale gelmelidir. Federal Konseye göre ergin olmadan yapılan evliliklerin geçersizliğini ileri sürmek üzere yetkili kılınmış makamlar bakımından da aynı şekilde, bu tür evliliklerin geçersizliğini ileri sürebilecekleri uzunlukta bir süreye ihtiyaç vardır⁶⁸.

63 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 10.

64 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 12.

65 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 14-16; aynı yönde Evaluation der Bestimmungen im Zivilgesetzbuch zu Zwangsheiraten und Minderjährigenheiraten, 24-25.

66 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 12.

67 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 12.

68 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 12.

Öte yandan Federal Konseye göre, ergin olmadan önce yapılan evliliğin, geçersizliğinin dava yolu ileri sürülebilmesi için ergin olmadan önce evlenen eşin 18 yaşını tamamlamamış olması gerekli olmakla birlikte, geçersizliğin ileri sürülebilmesi bakımından hangi anın dikkate alınması gerektiği hususunda İMK m. 105/bent 6 hükmünde bir açıklık bulunmamaktadır. İMK m. 105/bent 6 hükmüne göre, ergin olmayanlarla yapılan evliliğin geçersizliğe yol açması için geçersizliğin, ergin olmadan evlenen eşin 18 yaşını doldurmasından önce dava yoluyla ileri sürülmüş olması gerekir, aksi halde bu evlilik 18 yaşın tamamlanmasıyla birlikte kanun gereği kendiliğinden geçerli hale gelmektedir⁶⁹. Öğretide İMK m. 105/bent 6'da düzenlenmiş olan geçersizlik sebebinin ileri sürülebilmesi için butlan davasının değil, mahkeme tarafından butlan kararının verildiği tarihin dikkate alınması gerektiği yönünde bir yaklaşım mevcuttur⁷⁰. Federal Konseye göre, İMK m. 105/bent 6 hükmü bakımından 18 yaşın hangi anda tamamlanmış olması gerektiğine ilişkin bu belirsizlik hukuk güvenliğinin sağlanmasının bir gereği olarak giderilmelidir⁷¹.

İMK m. 105/bent 6 hükmünde düzenlenmiş olan bu süresiz geçersizlik (mutlak butlan) sebebine ilişkin ana kurala, kanun tarafından getirilmiş olan tek istisna, evliliğin devamının 18 yaşından küçük olan eşin üstün menfaatine olması halidir. Buna göre, ergin olmadan (18 yaşını tamamlamadan) önce yapılmış olan bu evlilik, kural olarak geçersiz olmakla birlikte istisnai olarak, evliliğin devamında 18 yaşından küçük olan eşin üstün menfaati var ise evlilik geçerli olarak kabul edilir. Federal Konseye göre, İMK m. 105/bent 6 hükmünün yürürlüğe girmesinden bu yana tartışma konusu olan “menfaat değerlendirilmesi” nin Ergin Olmayanlarla Yapılan Evliliklere Karşı Tedbirler başlıklı ön tasarı ile yeniden gündeme gelmesi ve tartışılacak olması önemli bir fırsattır⁷². Nitekim bu kapsamda elde edilen istatistiki verilere bakıldığında, İsviçre dışında yabancı bir ülkede, ergin olmayanlarla yapılmış evliliklerin büyük bir çoğunluğu hakkında mahkemelerin, bu evliliklerin geçerli olduğu yönünde karar verdikleri görülmektedir. 2013-2017 yılları arasında ergin olmayanlarla yapılan 226 evlilikten sadece 12'sinin İMK m. 105/bent 6 gereğince dava yolu ile geçersizliği ileri sürülmüş ve bunlardan sadece 2 si hakkında süresiz geçersizlik (mutlak butlan) kararı verilmiştir⁷³.

C. İSVİÇRE MEDENİ KANUNU REVİZYONU (ERGİN OLMAYANLARLA YAPILAN EVLİLİKLERE KARŞI TEDBİRLER) BAŞLIKLİ ÖN TASARI'NIN GETİRDİKLERİ

İsviçre Medeni Kanunu m. 105/bent 6 hükmünün yukarıda açıklanan nedenlerle, kanun koyucunun ergin olmayanlarla yapılan evlilikleri engelleme amacını gerçekleştirilmede yetersiz kalması üzerine

69 Bkz Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 16.

70 Evaluation der Bestimmungen im Zivilgesetzbuch zu Zwangsheiraten und Minderjährigenheiraten, 18.

71 Evaluation der Bestimmungen im Zivilgesetzbuch zu Zwangsheiraten und Minderjährigenheiraten, 18.

72 Daha fazla bilgi için bkz Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 17-19 ve Evaluation der Bestimmungen im Zivilgesetzbuch zu Zwangsheiraten und Minderjährigenheiraten, 22.

73 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 9 ; Evaluation der Bestimmungen im Zivilgesetzbuch zu Zwangsheiraten und Minderjährigenheiraten, 10.

Federal Konsey (Hükümet), 30 Temmuz 2021 tarihinde İsviçre Medeni Kanunu Revizyonu (Ergin Olmayanlarla Yapılan Evliliklere Karşı Tedbirler) başlıklı ön tasarımı hazırlamıştır.

Daha önce ifade etmiş olduğumuz üzere, İsviçre Medeni Kanunu'nun 105. maddesinde, süresiz geçersizlik (mutlak butlan) sebepleri, 6 bent halinde sınırlı sayıda düzenlenmiş, 105. maddenin kenar başlığının Almanca metninde süresiz geçersizlik (unbefristete Ungültigkeit), Fransızca metninde ise "mutlak sebepler" (Causes absolues) kavramına yer verilmiştir.

Yürürlükte bulunan İsviçre Medeni Kanunu'nun 105. maddesinin 6. bendinde bir süresiz geçersizlik (mutlak butlan) sebebi olarak, düzenlenmiş olan ergin olmayanlarla yapılan evliliğe ilişkin geçersizlik sebebi, Ön Tasarının 105a hükmünde ayrı bir madde olarak düzenlenmiştir (Art. 105a VE-ZGB)⁷⁴.

Ön tasarıya ilişkin gerekçeli rapora göre, yürürlükte bulunan İMK m.105'in kenar başlığında yokluk (Nichtigkeit) ifadesi yerine süresiz geçersizlik (Unbefristete Ungültigkeit) ifadesine yer verilmiş olması, 105. maddede yer alan sebeplerden herhangi birine dayanarak mevcut evliliğin geçersizliğinin, mutlaka dava yolu ile ileri sürülmesi gerektiğini ortaya koymaktadır⁷⁵.

Ergin olmayanlarla yapılan evliliğin geçersizliğine yönelik dava 18 yaşını tamamlamadan önce evlenmiş olan eşin yanı sıra, evliliğin butlanını ileri sürmede menfaati olan herkes tarafından açılabileceği gibi; butlan davası açmak üzere yetkili kılınmış makamlar tarafından re'sen ve kural olarak, her zaman açılabilir. Ancak yürürlükte olan İMK m. 105/bent 6'da ergin olmayanlarla yapılan evliliğin geçersizliğe yol açması için geçersizliğin, ergin olmadan evlenen eşin 18 yaşını doldurmasından önce; Ön Tasarının 105a maddesinin 3. fıkrasında ise ergin olmadan evlenen eşin 25 yaşını doldurmasından önce ileri sürülmesi gerekir, aksi halde ergin olmadan önce yapılan evlilik kanun gereği, kendiliğinden geçerli hale gelmektedir⁷⁶. İMK. m. 105 hükmünün kenar başlığında süresiz geçersizlik ifadesine yer verilmiş olmasına rağmen, ergin olmayanlarla yapılan evliliğin geçersizliğinin, her zaman ileri sürülmesi hem mevcut İMK m. 105/bent 6'hükmü, hem de Ön Tasarının 105a maddesinin 3. fıkrası gereğince mümkün olmamakta, belli bir yaşın tamamlanmasıyla birlikte ergin olmayanlarla yapılan evliliğin kanun gereği, kendiliğinden geçerli hale gelmesi imkanı esasen her iki hükmü, süre yönünden sınırlamaktadır⁷⁷. Görüldüğü üzere, yürürlükte olan İMK m. 105. maddesinin kenar başlığının Almanca metninde yer alan süresiz geçersizlik (unbefristete Ungültigkeit) kavramı, hükmün içeriğini tam anlamıyla karşılamamaktadır.

Bu nedenle, İMK m. 105 maddesinin başlığı, Ön Tasarıda "B. Re'sen (Görev Gereği) Geçersizlik I. Genel Hükümler" şeklinde değiştirilmiş ve yapılan bu değişiklik bakımından İsviçre Medeni

74 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 14, 27; Medienrohstoff, Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten-Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zur Revision des Zivilgesetzbuchs, 2.

75 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 27.

76 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 27.

77 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 27.

Kanunu'nun süresiz geçersizlikte dava açma hakkını düzenleyen, 106'ncı maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesi dikkate alınmıştır⁷⁸. İMK m. 106/1, c.1 göre, “*Dava, eşlerin yerleşim yeri yetkili kanton makamı tarafından resen açılır, bunun dışında menfaati olan herkes dava açabilir (...).*” şeklindedir, belirtelim ki yürürlükte olan İsviçre Medeni Kanun’un 105. maddesinin başlığının, “B. Re’sen (Görev Gereği) Geçersizlik I. Genel Hükümler” şeklinde değiştirilmiş olması, dava açmakta menfaati olan kişilerin ve bu bağlamda eşin dava açma hakkını ortadan kaldırmamaktadır⁷⁹.

Ön Tasarıda, yürürlükte olan İsviçre Medeni Kanunu’nun 105. maddesinin 6. bendinde düzenlenmiş olan ergin olmayanlarla yapılan evliliğe ilişkin geçersizlik sebebi, Ön Tasarının 105a hükmünde, ayrı bir madde olarak 3 fıkra halinde düzenlenmiştir (Art. 105a VE-ZGB)⁸⁰.

Buna göre Ön Tasarının 105a maddesinin 1. fıkrasında, evliliğin yapıldığı sırada eşlerden birisinin ergin olmaması (18 yaşın altında) olması halinde, bu evlilik mahkeme tarafından geçersiz kılınır denilmek suretiyle evliliğin geçersizliğine ancak hakim tarafından ve eşlerin evlilik akdinin kurulduğu andaki yaşlarının 18 yaşın altında olması halinde karar verilebileceği ifade edilmiştir⁸¹.

Ön Tasarının 105a maddesinin 2. fıkrasının 1. ve 2. bentlerinde, ergin olmadan önce (18 yaşın tamamlanmasından önce) yapılan evliliklerin geçersiz olduğuna ilişkin kurala, getirilmiş istisnalara yer verilmiştir. İstisnalardan ilkinde göre, ergin olmadan önce yapıldığı için kural olarak geçersiz olan evliliğin devamı 18 yaşından küçük olan eşin üstün menfaatine ise evlilik geçerli olarak kabul edilmektedir. Ön Tasarının gerekçesine göre, evliliğin geçersizliğinin hukuk mahkemesinde ileri sürülmesinden, mahkeme huzurunda görülmesine ve kararın verildiği ana kadar ergin olmadan önce evlenen eş, 18 yaşını tamamlamadıysa ve evliliğin devamı 18 yaşından küçük olan eşin üstün menfaatine ise ergin olmadan önce yapılan bu evlilik geçerli olarak kabul edilecektir⁸².

Ön Tasarıya ilişkin gerekçede belirtildiği üzere, ergin olmadan önce yapılan evliliğin sürdürülmesinin 18 yaşından küçük olan eşin üstün menfaatine olup olmadığı, tıpkı yürürlükteki hukukta olduğu gibi her somut olayın özelliği çerçevesinde, ergin olmayanlarla yapılan evliliklerin ve aynı şekilde zorla evliliklerin engellenmesine yönelik kamu yararı ile ergin olmadan önce evlenen eşin menfaati göz önünde bulundurulmak suretiyle değerlendirilecektir (Art. 105a VE-ZGB)⁸³. Her somut olayın özelliğine göre yapılacak olan menfaat değerlendirilmesinde, ergin olmadan evlenen küçüğün yaşı, olgunluk derecesi ve evlenen eşler arasındaki yaş farkı dikkate alınacaktır. Bu çerçevede yapılacak

78 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 27-28.

79 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 27.

80 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 14, 27.

81 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 28.

82 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 28.

83 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 29.

olan değerlendirmenin yanı sıra, yapılacak olan genel değerlendirme kapsamında hamilelik ve müşterek çocuklara sahip olunması gibi hususlar da dikkate alınacaktır. Ancak önemle belirtelim ki, söz konusu durumlardan herhangi birinin varlığı tek başına, geçersiz olan bu evliliğin sürdürülmesi, başka bir deyişle kural olarak geçersiz olması gereken bu evliliğin geçerli olarak kabul edilebilmesi için yeterli değildir⁸⁴. Nitekim, aynı doğrultuda Avrupa Konseyi 2023 Kararında da net bir şekilde hamileliğin, ergin olmadan önce, erken yaşta yapılan ve bu nedenle de geçersiz olan evlilikleri genel olarak geçerli hale getiren bir olgu olarak kabul edilmemesi gerektiği ifade edilmiştir⁸⁵.

Öte yandan 18 yaşın tamamlanmasından önce yapılan ve kural olarak geçersiz olan bir evliliğin, geçerli olarak kabul edilebilmesi için ergin olmadan önce evlenen eşin, bu evliliği kendi özgür iradesiyle sürdürmek istemesi yetkili mahkeme tarafından yapılacak olan değerlendirme bakımından son derece önemli ve belirleyicidir. Ergin olmadan önce yapılan evliliğin geçerliliği hakkında karar verecek olan hakim, 18 yaşını tamamlamadan önce evlenen eşin evliliğin sürdürülmesine yönelik iradesini, hiç kimsenin baskısı altında kalmadan, serbestçe ve özgür bir şekilde açıklamış olup olmadığını büyük bir titizlikle araştırmalı ve genellikle 18 yaşını tamamlamadan önce aile baskısı altında yapılan bu tür evliliklerin sürdürülmesinde de her iki eşin aile bireylerinin baskılarının devam edebileceğini göz önünde bulundurmalıdır⁸⁶.

Bu nedenle Ön Tasarıya ilişkin gerekçede, ergin olmadan önce yapılan evliliğin sürdürülmesinin 18 yaşından küçük olan eşin üstün menfaatine olup olmadığını, sadece yetkili mahkemenin değerlendirebileceği önemle ifade edilmiş ve Kantonlar tarafından butlan davası açmakla yetkili kılınmış olan Savcılık makamı, idari birimler ya da Belediyelerin (İMK m. 106), ergin olmayanlarla yapılan bir evliliğin varlığını öğrenmeleri halinde, sadece yetkili mahkemede re'sen bu evliliğin butlanını dava edebilecekleri ve hiçbir şekilde evliliğin geçerliliğine ilişkin bir değerlendirmede bulunamayacakları bir kez daha vurgulanmıştır⁸⁷. Ön Tasarının gerekçesine göre, ailelerin ve yakın çevrenin baskısı altında ergin olmayanlarla yapılan bu tür evliliklerin geçerliliğine ilişkin en doğru kararı, gerekli tecrübeye sahip hakimler, tarafları usulüne uygun bir şekilde ve ayrı ayrı dinleyerek vereceklerdir⁸⁸.

Ön Tasarı ile ayrı bir hükümde düzenlenmiş olan İMK m. 105a hükmünde, 18 yaşın tamamlanmasından önce yapılan evliliklerin geçersiz olduğuna ilişkin ana kurala, 105a maddesinde ikinci fıkrasında iki istisnanın getirildiğini söylemiştik. Buna göre şayet, ergin olmadan önce evlenen eş, evliliğin geçersizliğine ilişkin kararın verilmesinden önce 18 yaşını doldurarak ergin olursa, artık bu olasılıkta Ön Tasarının 105a maddesinin 2. fıkrasının 2. bendinde yer alan ikinci istisnanın uygulanması söz

84 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 29.

85 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 29.

86 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 29.

87 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 30.

88 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 30.

konusu olacaktır. Ön Tasarının getirdiği ikinci istisnaya göre 18 yaşını doldurarak ergin olan eş, özgür iradesiyle 18 yaşını tamamlamadan önce yapmış olduğu bu evliliği sürdürmek istediğini beyan ederse, 18 yaşın tamamlanmasından önce yapılan evlilik geçerli olarak kabul edilecektir⁸⁹.

Ön Tasarının 105a maddesinin 2. fıkrasının 2. bendinde düzenlenmiş olan bu ikinci istisnada, evliliğin geçersizliğine ilişkin kararın verilmesinden önce, 18 yaşını tamamlayarak ergin olan ve kural olarak geçersiz olan bu evliliği sürdürmek istediğini beyan eden eş bakımından, İMK m. 105a/2 bent 1' den farklı olarak, evliliğin sürdürülmesinin ergin olmadan önce evlenen eşin menfaatine olup olmadığı değil; onun bu evliliğin sürdürülmesine yönelik iradesinin, serbestçe ve özgür bir şekilde, hiç kimsenin baskısı altında kalmadan açıklanmış olup olmadığı değerlendirilecektir⁹⁰. Ön Tasarıya ilişkin gerekçede, İsviçre Medeni Kanunu'na göre, 18 yaşını tamamlayarak evlenme yaşına ulaşmış ve ayırt etme gücüne sahip olan herkes (İMK m. 94/1) evlenebileceği için ikinci istisna bakımından "Kişinin Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı"nın bir gereği olarak, evliliği sürdürmek istediğini beyan eden eşin, iradesinin evliliğin geçerliliği bakımından belirleyici olduğu, bu nedenle onun iradesinin titizlikle değerlendirilmesi gerektiği önemle ifade edilmiştir⁹¹.

Ön Tasarıya ilişkin gerekçede belirtildiği üzere, ergin olmayanlarla yapılan evliliğin tarafları olan eşlerden her ikisi de evliliğin yapıldığı sırada 18 yaşın altında olup, evliliğin geçersizliğine ilişkin kararın verilmesinden önce 18 yaşını tamamlamış ancak henüz 25 yaşını doldurmamışlar ise evliliğin geçerliliği bakımından her iki eşin iradesi belirleyici olacaktır⁹². Eşlerin her ikisi de bu evliliği sürdürmek istediklerini özgür iradeleriyle beyan ederlerse Ön Tasarı m. 105a/2 bent 2'de düzenlenmiş olan ikinci istisna uygulama alanı bulacak, mahkeme tarafından yapılan detaylı değerlendirme sonucunda evlilik geçerli kılınabilecektir. Ancak eşlerden birisi, aksi yönde bir irade beyanında bulunursa yetkili mahkeme tarafından evliliğin geçersizliğine karar verilecektir⁹³.

Yukarıda etraflıca açıklamış olduğumuz üzere, yürürlükte bulunan İMK m. 105/bent 6 hükmüne göre, ergin olmadan önce yapılan bir evlilik İMK m. 105/bent 6'ya göre geçersiz olmakla birlikte, bu geçersizliğin, ergin olmadan önce evlenen eşin, 18 yaşını tamamlamasından önce ileri sürülmüş olması gerekir, aksi halde söz konusu evlilik kanun gereği kendiliğinden geçerli hale gelmektedir.

İsviçre Medeni Kanunu'nun 105/bent 6 hükmünde yapılması öngörülen revizyona ilişkin görüşlerinin sorulması üzerine, Kantonlar, Siyasi Partiler, STK'lar ve Meslek Birlikleri, İMK m. 106 hükmünde, evliliğin geçersizliğini dava yolu ile ileri sürme hakkına sahip olan kişilerin ve yetkili makamların,

89 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 30.

90 Medienrohstoff, Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten-Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zur Revision des Zivildgesetzbuchs, 2.

91 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 30.

92 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 30; Medienrohstoff, Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten-Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zur Revision des Zivildgesetzbuchs, 2.

93 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 30.

bu haklarını ergin olmadan evlenen eş 18 yaşın tamamlamadan önce çok kısa bir süre içerisinde ileri sürmek zorunda olmalarını, aksi halde evliliğin kendiliğinden geçerli hale gelecek olmasını haklı olarak eleştirmişler, yapılacak olan revizyonda kanun koyucunun erken yaşta evliliklerle mücadele amacına uygun bir yaşın, dolayısıyla ilgililerin ve yetkili makamların dava açmalarına imkan verecek uzunlukta bir sürenin belirlenmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Nitekim, Ön Tasarının 105a maddesinin 3. fıkrasında, Federal Konsey 29 Ocak 2020 tarihli raporu da dikkate alarak⁹⁴, ergin olmayanlarla yapılan evliliklere ilişkin geçersizlik sebebinin, ergin olmadan evlenen eşin 25 yaşını doldurmasından önce ileri sürülmüş olması gerektiğini ifade ederek süreyi yedi yıl daha uzatmıştır. Buna göre geçersizliğin, ergin olmadan (18 yaşını tamamlamadan) önce evlenen eşin 25 yaşını doldurmasından önce dava yolu ile ileri sürülmüş olması, başka bir deyişle davanın açıldığı tarihte ergin olmadan önce evlenen eşin, 25 yaşını tamamlamamış olması gerekir. Şayet evlenme yaşı olan 18 yaşını tamamlamadan önce evlenen eş, bu geçersizlik sebebine ilişkin dava açılmadan önce 25 yaşını tamamlamış olursa, söz konusu evlilik kendiliğinden geçerli hale gelmektedir. Ancak Ön Tasarıya ilişkin gerekçede belirtildiği üzere, 25 yaşın tamamlanmış olması nedeniyle m. 105a/3'e göre, geçerli hale gelen ergin olmayanlarla yapılan evlilik, aynı zamanda bir zorla evlilik te oluşturuyorsa, İMK m. 105/bent 5 hükmüne göre her zaman bu evliliğin geçersizliği ileri sürülebilir⁹⁵.

Ön Tasarıda, tasarının 105. maddesinde “B. Re’sen (Görev Gereği) Geçersizlik I. Genel Hükümler” başlığı altında 5 bent halinde düzenlenmiş olan evliliğin geçersizliği sebepleri ile Ön Tasarının 105a maddesinde ayrı bir geçersizlik sebebi olarak düzenlenmiş olan “II. Ergin Olmayanlarla Evlilik” başlığı altında 3 fıkradan oluşan geçersizlik sebebine ilişkin dava açma hakkının düzenlendiği İMK’nun 106. maddenin 3. fıkrasında da değişiklik yapılarak, evlenmenin (Re’sen-Görev Gereği) geçersizliğine yönelik davanın her zaman açılabilceği, ancak evliliğin yapıldığı sırada eşlerden birinin ergin olmamasına ilişkin geçersizlik sebebine (m.105a) dayanılması halinde davanın, ergin olmadan önce evlenen eşin 25 yaşını tamamlamasından önce açılması gerektiği ifade edilmiştir (Art. 106VE-ZGB)⁹⁶.

Öngörülen revizyon kapsamında, yürürlükte olan İMK m. 105 B. de süreli geçersizlik (nisbi butlan) başlığı altında düzenlenmiş olan geçersizlik sebeplerinin kenar başlığı, Ön Tasarının 107. maddesinde “C. Talep Üzerine Geçersizlik I. Nedenler” şeklinde değiştirilmiştir (Art. 107 VE-ZGB)⁹⁷. Böylece, yürürlükte olan İMK 105 A. da süresiz geçersizlik (mutlak butlan) başlığı altında düzenlenmiş olan ancak Ön Tasarının 105. maddesinde “B. Re’sen (Görev Gereği) Geçersizlik I. Genel Hükümler” şeklinde değiştirilmiş olan 105. maddenin kenar başlığı ile paralellik sağlanmıştır (Art. 105VE-ZGB)⁹⁸.

94 Evaluation der Bestimmungen im Zivilgesetzbuch zu Zwangsheiraten und Minderjährigenheiraten, 24-26.

95 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 31.

96 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 31.

97 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 31.

98 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 31.

Ön Tasarıda, tasarının 107. maddesinde “C. Talep Üzerine Geçersizlik I. Nedenler” başlığı altında düzenlenmiş olan geçersizlik sebeplerine ilişkin dava açma hakkının düzenlendiği İMK’nun “II. Dava” başlıklı 108. maddenin 1. fıkrasında da değişiklik öngörülmektedir⁹⁹. Hatırlatalım ki 1 Temmuz 2013’te yürürlüğe giren 15 Haziran 2012 tarihli Zorla Evliliklere Karşı Tedbirler Hakkında Federal Kanunla zorla evliliğin yeni bir süresiz geçersizlik (mutlak butlan) sebebi olarak kabul edilmesi üzerine, İsviçre Medeni Kanunu’nun 107. maddesinin 4. bendinde bir süresiz geçersizlik (nisbi butlan) sebebi olarak düzenlenmiş olan tehdide ilişkin düzenleme yürürlükten kaldırılmıştı. Bu nedenle İMK m. 108/1 yer alan “...veya tehdidin ortadan kalktığı” ifadesi metinden çıkarılmıştır¹⁰⁰.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Yoksulluk, eğitimsizlik, aile içi şiddet, toplumsal cinsiyet eşitsizliği gibi nedenlere bağlı olarak önceleri sadece az gelişmiş ülkelere özgü bir sorun olarak algılanan erken yaşta evlilikler, Suriye’de yaşanan iç savaş nedeniyle başta Türkiye olmak üzere Avrupa ülkelerine doğru gerçekleşen zorunlu göç ve iltica akını nedeniyle gelişmiş ülkelerin de mücadele etmek zorunda kaldıkları en önemli sosyolojik ve hukuki sorunlardan biri haline gelmiştir.

Yukarıda etraflıca açıklandığı üzere İsviçre’de, diğer pek çok Avrupa ülkesinden önce 19 Aralık 2008 tarihli Yetişkinlerin Korunması, Kişilik Hakları ve Çocuk Haklarına İlişkin Federal Kanunla, Medeni Kanunu’muzun olağanüstü evlenme yaşının düzenlediği 124/2. maddesine karşılık gelen, mehz İsviçre Medeni Kanunu’nun m. 94/2. fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. İsviçre’de bu değişikliği 1 Temmuz 2013 tarihinde yürürlüğe giren, Zorla Evliliklere Karşı Tedbirler Hakkında Federal Kanun izlemiş ve süresiz geçersizlik (mutlak butlan) sebeplerinin dört bent halinde düzenlendiği İMK m. 105 hükmüne zorla evlilik ve ergin olmayanlarla yapılan evlilik şeklinde iki yeni geçersizlik sebebi eklenmiştir. Ancak istisnai evlenme yaşının düzenlendiği İMK m. 94/2 hükmü yürürlükte kaldırılmış olmasına rağmen, İsviçre’ye göçmen statüsünde gelen ve geldikleri ülkede ergin olmadan önce evlenenlerin yapmış oldukları evlilikler nedeniyle yapılan bu değişiklikler yeterli olmamıştır. Özellikle, İMK m. 105/bent 6’da düzenlenmiş olan ergin olmayanlarla yapılan evliliğe ilişkin geçersizlik sebebinin 18 yaşın tamamlanmasına kadar ileri sürülebiliyor olması, şayet bu mümkün olmazsa, ergin olmadan önce yapılan bu evliliğin kanun gereği kendiliğinden geçerli hale gelmesi bu alanda yürütülen mücadeleyi önemli ölçüde zayıflatmıştır. Bu nedenle İsviçre Medeni Kanunu m. 105/bent 6 hükmünde ve hükümle bağlantılı İMK’nun diğer maddelerinde değişiklik öngören, 30 Temmuz 2021 tarihli İsviçre Medeni Kanunu Revizyonu (Ergin Olmayanlarla Yapılan Evliliklere Karşı Tedbirler) başlıklı ön tasarı hazırlanmıştır.

Erken yaşta evliliklerle mücadele kapsamında İsviçre hukukunda bu gelişmeler yaşanırken, diğer Avrupa ülkelerine oranla en fazla iltica talebini kabul eden Almanyada erken yaşta evlilikleri engellemek üzere 17 Temmuz 2017 tarihli Çocuk Evlilikleri İle Mücadele Kanunu (Gesetz zur

99 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 31-32.

100 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 31.

Bekämpfung von Kinderehen)¹⁰¹ kabul edilmiştir. 22 Temmuz 2017’de yürürlüğe giren kanunla, Alman Medeni Kanunu (BGB), Alman Kanunlar İhtilafı Kurallarının düzenlendiği kanun (EGBGB), Alman İltica Kanunu ve Alman Yabancılar Kanunu gibi kanunlarda değişiklikler yapılmıştır¹⁰².

17 Temmuz 2017 tarihli Çocuk Evlilikleri İle Mücadele Kanunu ile Alman Medeni Kanunu’nun evlenme yaşının düzenlendiği 1303’üncü maddesi değiştirilerek, 1303. maddenin 1. cümlesinde evlenebilmek için erginlik yaşına ulaşılmış olması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. (BGB § 1303). 22 Temmuz 2017 tarihinde yürürlüğe giren bu değişiklikle, 16 yaşını tamamlayanların, ergin biriyle evlenmesine hakim kararıyla imkan veren Alman Medeni Kanunu’nun 1303. maddesinin 2. fıkrası yürürlükten kaldırılmış ve Alman Medeni Kanunu’nda evlenme yaşı istisnasız 18 olarak kabul edilmiştir¹⁰³. Bu değişikliğin bir sonucu olarak Alman Medeni Kanunu’nda 16 yaşın tamamlanmasından önce yapılan evlilikler yok hükmünde kabul edilirken (BGB § 1303 cümle 2); 18 yaşını tamamlamadan önce yapılan evlilikler ise AMK m. 314’te iptal edilebilirlik sebebi olarak düzenlenmiştir (BGB § 1314/1 bent 1). Alman Medeni Kanunu m. 1314/1 bent 1’de, evlilik, AMK m. 1303 cümle 1’e aykırı olarak evlenmenin yapıldığı sırada 16 yaşını tamamlamamış birisiyle yapılmış olursa bu evliliğin iptal edileceği ifade edilmiş, AMK m. 1315/1’de ise AMK m. 1314/1 bent 1’in istisnalarına yer verilmiştir. Buna göre, ergin olmadan (18 yaşını tamamlamadan) önce evlenen eş, ergin olduktan sonra bu evliliği sürdürmek istediğini açıklarsa ya da içinde bulunulan olağanüstü koşullar, evliliğin iptal edilmesi halinde, ergin olmadan önce evlenen eş bakımından istisnai olarak evliliğin sürdürülmesini gerekli kılacak kadar ağır sonuçlara yol açacaksa evliliğin iptali söz konusu olmayacaktır.

Alman Medeni Kanunu’nda yapılan bu değişikliklere paralel olarak, 17 Temmuz 2017 tarihli Çocuk Evlilikleri İle Mücadele Kanunu ile Alman Kanunlar İhtilafı Kurallarının düzenlendiği kanunda da (EGBGB)¹⁰⁴ değişiklik yapılarak, Almanya dışında yabancı bir ülkede, 16 yaşını doldurmadan önce yapılan ve yabancı hukuka tabi evlenmelerde doğrudan Alman Medeni Kanunu’nun uygulanacağı ve yapılan bu evliliğin yok hükmünde sayılacağı ve yine eşlerden birinin 16 yaşını tamamladığı fakat 18 yaşını tamamlamadığı hallerde de BGB § 1315/1’de düzenlenen istisnalar saklı kalmak kaydıyla doğrudan Alman Medeni Kanunu’nun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır (EGBGB m. 13/3)¹⁰⁵. Alman hukukunda, EGBGB m. 13/3 hükmüne Çocuk Evlilikleri İle Mücadele Kanunu ile getirilen ve Almanya dışında yabancı bir ülkede yapılan 16 yaş altı evlilikler bakımından kamu düzenine aykırılık değerlendirilmesine gidilmeksizin doğrudan Alman hukukunun uygulanarak bu tür evliliklerin yok hükmünde sayılması tartışmalara yol açmış ve EGBGB m. 13/3 düzenlemesi Alman Federal Mahkemesinin kararına konu olmuştur¹⁰⁶.

101 Bundesgesetzblatt Jahrgang 2017 Teil I, Nr. 48.

102 Daha fazla bilgi için bkz Ulusu Karataş (n 10) 36.

103 Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 738).

104 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 21 September 1994 (BGBl. I S 2494)

105 Ulusu Karataş (n 10) 37.

106 BGH 14.11.2018-XIIIZB 292/16. Daha fazla bilgi için bkz Ulusu Karataş (n 10) 38-40.

Alman Medeni Kanunu'nda erken yaşta evliliklerin engellenmesine yönelik yapılan bu değişiklikler Avusturya hukuk çevresi ve kamuoyunu da etkilemiş, normal evlenme yaşının 18 istisnai evlenme yaşının 16 olarak düzenlendiği Evlilik Kanunu'nun 1. maddesi (§ 1 EheG)¹⁰⁷ tartışılmaya başlanmıştır. Siyasi partilerden Yeni Avusturya ve Liberal Forum partisi, Avusturya'da erginlik yaşına ulaşmamış genç kadınların ailelerinin baskıları nedeniyle erken yaşta evlendirildiklerine dikkat çekerek, erken yaşta evlilikleri engellemek amacıyla Almanya'da yıllar önce evlenme yaşı istisnasız 18 yaşına yükseltilmiş olmasına rağmen Avusturya'da, 16 yaşını tamamlayanların istisnai olarak yasal temsilcilerinin izniyle evlenmelerine imkan tanıyan Evlilik Kanunu'nun 1. maddesinin değiştirilerek, Avusturya'da da evlenme yaşının istisnasız 18 yaşının tamamlanması şeklinde düzenlenmesini istemektedirler¹⁰⁸. Aynı şekilde Avusturya Federal Gençlik Temsilciliği de kadın politikasına ilişkin deklarasyonunda, Avusturya'da erken yaşta ve zorla evliliklerin önlenebilmesi için evlenme yaşını istisnasız 18 yaşına yükselten bir reform yapılmasının zorunlu olduğunu ifade etmiştir¹⁰⁹.

Ülkemizde özellikle 2000'li yıllardan bu yana bir sorun alanı olarak kabul edilen erken yaşta evlilikler, toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin sonuçlarından biri olarak geçmişte olduğu gibi günümüzde de varlığını sürdürmektedir. İstatistiki verilere göre, Türkiye'de evlenme yaşı yıllar içinde bir miktar yükselme eğilimi göstermişse de, Suriye iç savaşının neden olduğu zorunlu göçün de etkisiyle yeniden yükselişe geçmiştir.

Erginlik yaşının 18 olarak düzenlendiği (TMK m. 11) hukukumuzda, evlenme yaşı Medeni Kanunu'muzun 124. maddesinin 1. fıkrasında kadın ve erkek için 17 yaşın doldurulması olarak belirlenmiş; 124. maddenin 2. fıkrasında ise olağanüstü evlenme yaşı düzenlenmiştir. TMK m. 124/2'ye göre, *"Ancak, hakim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak bulundukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir."* denilmek suretiyle belli koşullar dahilinde 16 yaşını doldurmuş olanların da hakim kararıyla evlenmesine imkan tanınmıştır. Kanun koyucunun TMK m. 124 hükmünde erginlik yaşı olan 18 yaşından (TMK m.11) ayrılarak, henüz ergin olmayanların 18 yaşından önce 17 yaşında ve hatta olağanüstü hallerde 16 yaşında evlenmesine izin vermiş olması aşağıda görüleceği üzere başta Anayasa olmak üzere, Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerle uyumlu değildir.

Erken yaşta evliliklerle mücadele kapsamında ele alınması gereken uluslararası metinler arasında ilk sırada BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin gelmektedir. Türkiye tarafından 14 Eylül 1990 tarihinde imzalanmış ve 9 Aralık 1994 tarihinde onaylanmış¹¹⁰ olan Çocuk Hakları Sözleşmesinin 1. maddesinde, sözleşmenin amaçları açısından çocuğa uygulanabilecek kanun uyarınca daha erken yaşta ergin kılınma durumu hariç; on sekiz yaşına kadar her insan çocuk olarak sayılır denilmiştir.

107 En son 01.07.2018'de değişikliğe uğrayan Evlilik Kanunu (EheG).

108 <https://www.bundesregierung.de> accessed 22.08.2022

109 <https://www.parlament.gv.at> accessed 22.08.2022

110 Çocuk Hakları Sözleşmesi, Türkiye tarafından 14.09.1990 tarihinde imzalanmış, 09.12.1994 tarihinde 4058 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş ve Bakanlar Kurulu tarafından 23.12.1994 tarihinde 94/6423 sayılı kararla onaylanarak 27.01.1995 gün ve 22184 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye Çocuk Hakları Sözleşmesinin 17, 29 ve 30. madde hükümlerine 1982 Anayasası ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Antlaşması çerçevesinde çekince koymuştur.

Bilindiği üzere, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi uluslararası hukuk açısından çocuklara yönelik tutum ve davranışlara ilişkin evrensel ölçü ve ilkeleri düzenleyen ve bağlayıcı güce sahip hukuksal bir metindir. BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin çocukluk yaşı için önerdiği ölçüt 18 yaş olarak belirlenmiştir. Uluslararası metinlerin hemen hepsinde BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin çocukluğa ilişkin yaş ölçütüne atıfta bulunularak çocukluk yaşı 18 olarak tanımlanmıştır.

Uluslararası metinlere baktığımızda 18 olarak belirlenmiş olan çocukluk yaşı ölçütünden farklı olarak, metinlerin pek çoğunda evlenme yaşına ilişkin bir ölçüte yer verilmediğini görürüz¹¹¹. Konu ile ilgili ilk sözleşme olan ve 1964 yılında yürürlüğe giren Evliliğe Rıza Gösterilmesi, Asgari Evlenme Yaşı ve Evliliğin Tesciline Dair Sözleşmenin 2. maddesinde taraf Devletler asgari evlenme yaşının belirlenmesi konusunda teşvik edilmektedir¹¹². Benzer şekilde Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi de (CEDAW), evlenme yaşına ilişkin bir ölçüt önermemektedir¹¹³. Bununla birlikte, evlenme yaşının asgari 18 olması 1993 yılında Dünya İnsan Hakları Konferansı'nın sonuçlarının yer aldığı Viyana Bildirgesi ve Eylem Planı ile bundan bir yıl sonra yayınlanan CEDAW 21 sayılı Genel Tavsiye Kararı'nda belirtilmiştir¹¹⁴. Pekin Eylem Planı'nda da asgari evlenme yaşının belirlenmesi ve evlenme yaşının düşük olduğu ülkelerde yükseltilmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır¹¹⁵.

Çocukluk yaşı için 18 yaşını ölçüt olarak kabul eden BM Çocuk Hakları Sözleşmesinde de asgari evlenme yaşına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun nedeni hiç şüphesiz çocuklar ile evlilik kurumunun bağdaştırılamamasıdır. Nitekim BM Çocuk Hakları Komitesi'nin 4 No.lu Genel Yorumunda Komite; erken yaştaki evliliklerin ve gebeliklerin, HIV/AIDS dahil olmak üzere cinsel ve üreme sağlığıyla ilgili sorunlara yol açan önemli etkenler olmasından ötürü kaygılı olduğunu ifade etmiştir. BM Çocuk Hakları Komitesi, taraf devletlerin bazılarında evlenme yaşının çok düşük olmasının erken yaşta evlendirilen kız çocukların sağlıklarını tehdit etmeye devam etmesini ve eğitim hayatlarını çocuk yaşta sona erdirmesini de endişe ile karşılamaktadır. BM Çocuk Hakları Komitesine göre, bazı taraf devletlerde erken yaşta evlenmiş çocukların, 18 yaşın altında olsalar bile yetişkin sayılmaları nedeniyle BM Çocuk Hakları Sözleşmesinde düzenlenmiş olan özel koruma önlemlerinden yoksun kalmaları da kaygı vericidir. Bu nedenle Komite, taraf devletlerin mevcut yasal düzenlemelerini ve uygulamalarını gözden geçirmelerini, gerektiğinde evlenme yaşının yasal temsilcinin rızası olsun olmasın, hem erkekler hem de kadınlar için 18'e çıkarılmasını tavsiye etmiştir. Nitekim Avrupa Konseyi Zorla Evlilik ve Çocuk Evlilikler konusunda 1723 sayılı Tavsiye Kararı'nda asgari evlenme yaşının belirlenmesi gerektiği vurgulanmış, Avrupa Konseyi Zorla Evlilikler ve Çocuk Evlilikler konusunda 1468 sayılı Önergede de asgari evlenme yaşı 18 olarak belirtilmiştir¹¹⁶.

111 Uluslararası sözleşme ve metinlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Doğan Köroğlu (n 13) 14 vd; . s. (n 120) Hamamcıoğlu, ' s. y4) 20-36.mesleki bir amaç taşıyamamalı. Karma amaçta da tüketici işemi sayılmaz.me faaliyeti dah Yüksel Kaptanoğlu ve Arslan (n 4) 20-36.. s. (n 120) Hamamcıoğlu, ' s. y4) 20-36.mesleki bir amaç taşıyamamalı. Karma amaçta da tüketici işemi sayılmaz.me faaliyeti dah

112 Doğan Köroğlu (n 13) 14 vd.

113 ibid 32-33.

114 ibid 33; Yüksel Kaptanoğlu ve Arslan (n 4) 26-27.

115 Yüksel Kaptanoğlu ve Arslan (n 4) 36.

116 ibid 31, 41.

Yukarıda ifade etmiş olduğumuz üzere, erken yaşta evlilik temel bir insan ve çocuk hakkı ihlali olmasının yanı sıra kız çocuklarına yönelik şiddet olarak da kabul edilmektedir. Yapılan birçok çalışma erken yaşta ve zorla yapılan evliliklerin erkek şiddetini, özellikle fiziksel ve cinsel şiddeti arttırdığını göstermektedir¹¹⁷. Tarafı olduğumuz Çocukların Cinsel Suiistimale ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinde taraf devletlerin çocuklara karşı her türlü istismar ve sömürüyü engellemek üzere gerekli tedbirleri almak zorunda oldukları ifade edilmiştir. Nitekim Anayasamızın 41. maddesinde “...Devlet her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.” denilmek suretiyle, çocukların her türlü istismar ve şiddete karşı korunmasına yönelik tedbirler, Devletin yerine getirmesi gereken bir yükümlülük olarak Anayasa tarafından teminat altına alınmıştır.

Öte yandan Avrupa Konseyinin 2005 ve 2018 tarihli kararlarında erken yaşta evlilikler, bir zorla evlilik türü olarak nitelendirilmiş ve Konsey üyesi devletlerin iç hukuk mevzuatlarında, asgari evlenme yaşını kadın ve erkek için 18 yaşına yükseltmeleri ve yabancı ülkelerde yapılan erken yaşta evlilikleri tanımalarını engelleyen değişiklikler yapmaları tavsiye edilmiştir¹¹⁸. Ancak inceleme konumuz olan 30 Temmuz 2021 tarihli İsviçre Medeni Kanunu Revizyonu (Ergin Olmayanlarla Yapılan Evliliklere Karşı Tedbirler) başlıklı Ön Tasarıya ilişkin gerekçeli raporda, Federal Konsey bazı Avrupa ülkelerinin mevzuatlarında¹¹⁹ istisnai (olağanüstü) evlenme yaşına yer verildiğine dikkat çekerek; her erken yaşta evliliğin mutlaka ve her durumda, eşlerin serbest ve özgür iradeleri bulunmaksızın gerçekleşen zorla evlilik olmadığı görüşünü benimsemiştir.

Görüldüğü üzere, 18 yaşın tamamlanmasından önce yapılan erken yaşta evlilik, bir zorla evlilik türü olarak nitelendirilmiş olsun ya da olmasın insan hakları, kadın hakları ve çocuk hakları ile ilgili pek çok milletlerarası sözleşmenin kapsamına girmekte ve bir ihlal sebebi oluşturmaktadır. Medeni Kanunu'muzun 124. maddesinin 1. fıkrasında henüz ergin olmayan 17 yaşını doldurmuş olanların yasal temsilcilerinin izniyle, aynı hükmün 2. fıkrasında olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebebin varlığı halinde 16 yaşını doldurmuş olanların hakim kararıyla evlenmesine imkan verilmiş olması hem Anayasa'nın 41. maddesine hem de tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere aykırıdır. Bu nedenle hukukumuz bakımından da yapılacak bir revizyon kapsamında 17 olan evlenme yaşı yabancı hukuklarda olduğu gibi erginlik yaşı olan 18 yaşına yükseltilmeli, olağanüstü evlenme yaşı olarak nitelendirilen ve 16 yaşını dolduranların belli koşullar altında evlenmesine imkan veren TMK m. 124/2 hükmü yürürlükten kaldırılmalı ve ergin olmayanlarla yapılan evlilik bir mutlak butlan sebebi olarak düzenlenmelidir. Nitekim Türk hukuk öğretisinde TMK m. 124 hükmü haklı olarak eleştirilmekte ve TMK m. 124/2 hükmünün yürürlükten kaldırılması gerektiği ileri sürülmektedir¹²⁰.

117 Çelebi, Vefikuluçay Yılmaz ve Güner Emül (n 2) 86.

118 Ulusu Karataş (n 10) 31.

119 Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere Avrupa ülkelerinden, Avusturya, İspanya, Belçika, Fransa ve İtalya'da evlenme yaşı 18, istisnai evlenme yaşı ise 16 olarak kabul edilmiştir. Bkz Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 39.

120 Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, 'Yürürlükten Kaldırılması Gereken Bir Hüküm Olarak Olağanüstü Durumlarda ve Pek Önemli Bir Sebeple Evlenmeye İzin Verilmesi (TMK m. 124/II)' (2021) 12(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 85, 96 vd; Meral Sungurtekin Özkan, 'Erken Yaşta Evliliklerin Önlenmesi Konusunda Yargının Üstlenebileceği Rol' (2013) 8 Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi (Özel Sayı) 2177, 2182 vd.

Bu görüşte olan yazarlara göre, hüküm yürürlükten kaldırılınca kadar TMK m. 124/2’de aranan 16 yaşın doldurulmuş olması koşulunu ve olağanüstü durumlar ve pek önemli bir sebebin varlığını değerlendirmek durumunda olan hakim, ancak çok istisnai hallerde evlenmeye izin vermeli ve olağanüstü hal ve pek önemli bir sebebin başlıca örneği olarak gösterilen kadının hamile kalmış olmasını evlenmeye izin verilmesi için tek başına yeterli görmemelidir¹²¹. Aynı şekilde olağanüstü hal ve pek önemli bir sebebe örnek olarak gösterilen nişanlı kadının öksüz, bakımsız ve yoksul olması gibi olgular da 16 yaşında evliliğe izin verilmesi için bir gerekçe oluşturmamalıdır¹²². Zira sosyal hukuk devleti ilkesinin (AY m. 2) bir gereği olarak Devlet, korunmaya ve sosyal yardıma muhtaç bireyleri destekleyici ekonomik önlemleri almalı (AY m. 65) ve asli görevlerinden biri olan sosyal adaleti sağlamalıdır. Hatırlatalım ki Avrupa Konseyi 2023 Kararında hamileliğin, 18 yaşından önce yapılan ve bu nedenle de geçersiz olan evlilikleri genel olarak geçerli hale getiren bir olgu olarak kabul edilmemesi gerektiğini belirtmiştir¹²³.

Son olarak ifade edelim ki , TMK 124/2 hükmü yürürlükten kaldırılabileceği gibi öğretide haklı olarak belirtildiği üzere hükmün Anayasa’ya aykırılığı da ileri sürülebilir¹²⁴. Nitekim TMK m. 124/2 hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuşsa da, 22.6.2016 tarih ve 2016/126 E., 2016/119 K., sayılı kararında Anayasa Mahkemesi somut olay bakımından TMK m. 124/2 hükmünün uygulanma olanağı olmadığı için Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle davayı reddetmiştir.

KAYNAKÇA

- Akkaya Kia R, ‘Hukukun Kadına Bakışı: Ergen Ve Eşit Olmama Hali’ (2009) 13(1-2) Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 87-102.
- Çelebi A, Vefikuluçay Yılmaz D ve Güner Emül T, ‘Evrensel Bir Kadın Sorunu “Erken Yaş Evlilikler” (2020) 46 Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi 83-95.
- Doğan Köroğlu A, ‘En Az Gelişmiş ve Gelişmekte Olan Ülkelerde Erken Yaşta Evliliklerle Mücadele ve Türkiye Uygulamaları’ (Uzmanlık Tezi Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Kadın Statüsü Genel Müdürlüğü 2014).
- Ergöçmen AB, Keskin F ve Yüksel Kaptanoğlu İ, *Türkiye’de Çocuk Yaşta Erken ve Zorla Evlilikler: 1993-2018 Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırmaları Veri Analizi Raporu* (Nüans 2020).
- Evaluation der Bestimmungen im Zivilgesetzbuch zu Zwangsheiraten und Minderjährigenheiraten, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 16.3897 Arslan “Evaluation des Zivilgesetzbuches vom 15.Juni 2012 (Zwangsheiraten)”.
- Havutçu A, ‘Mukayeseli Hukuktaki Gelişmeler Işığında Türk Medeni Kanunu Açısından Zorla Evlenme Probleminin Değerlendirmesi’ (2013) 8 Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi (Özel Sayı) 1341-1382.
- Hukuki Boyutuyla Çocuk Gelinler Uluslararası Konferansı (Bildiriler)* (İzmir Ekonomi Üniversitesi 2012) 1-145.
- Keskin D, ‘Küçük Yaşta Evlenmenin Müeyyidesi’ (2011) 15(4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 65-83.

121 Vardar Hamamcıoğlu (n 120) 90.

122 Sungurtekin Özkan (n 120) 2188.

123 Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021, 29.

124 Vardar Hamamcıoğlu (n 120) 97.

- Revision des Zivilgesetzbuches (Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten) Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 30. Juni 2021.
- Sungurtekin Özkan M, 'Erken Yaşta Evliliklerin Önlenmesi Konusunda Yargının Üstlenebileceği Rol' (2013) 8 Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi (Özel Sayı) 2177-2189.
- Şener MT ve Baydemir Kılınç B, 'Medeni Kanun Kapsamında Erken Evlilik Yapan Olguların Sosyodemografik Özellikleri: Tek Merkez Çalışması' (2019) 24 (3) Adli Tıp Bülteni 165-170.
- Ulus Karataş AE, 'Geçici Koruma Altındaki Suriye Vatandaşlarının Çocuk Yaşta Evliliklerinin Mukayeseli Hukuka ve Türk Hukukuna Göre Geçerliliği' (2020) 78(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 21-81.
- Vardar Hamamcıoğlu G, 'Yürürlükten Kaldırılması Gereken Bir Hüküm Olarak Olağanüstü Durumlarda ve Pek Önemli Bir Sebeple Evlenmeye İzin Verilmesi (TMK m. 124/II)' (2021) 12(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 85-99.
- Yüksel Kaptanoğlu İ ve Arslan H, *Çocuk Yaşta, Erken ve Zorla Evliliklerde Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Haritalama ve İzleme Çalışması* (Elma Teknik 2021).

Ürün Kira Sözleşmesinde Kiracının Kullanma ve İşletme Yükümlülüğü*

The Lessee's Obligation to Use and Operate In Product Lease Agreements

İpek Sağlam**^{ID}, H. Sena Akkışla***^{ID}

ÖZ

Bu çalışmada ürün kira sözleşmesinde kiracının bir edim yükümlülüğü olan işletme yükümlülüğü ele alınmıştır. Ürün kiralamasında kiracının işletme yükümlülüğü ve hukuki niteliği incelenmiştir. İşletme yükümlülüğünün ticari işletme kirası bakımından uygulamaya yansıyan sorunları incelenmiştir. Kiralananın işletilmesi yükümlülüğü Türk Borçlar Kanunu m.364 ile düzenlenmiştir. Ürün kiralama temelde bir kira sözleşmesi olmasına rağmen kiraya veren kiralananın kullanım, yararlanma haklarını ve semerelerin devşirilmesi hakkını kiracıya devretmektedir. Kiracı, kiralananı amacına uygun biçimde işletmek ile yükümlüdür. Bu yükümlülük özellikle ürün kiralamalarının bir türü olan ticari işletme kirası bakımından büyük önem taşımaktadır. Kiraya veren, kiralananın kullanımına, yararlanılmasına ve semerelerin devşirilmesine kira sözleşmesi süresi boyunca uzak kalmaktadır. Kiracı kira süresi boyunca kiralananın işletilmesi yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Ancak bu edim yükümlülüğü yerine getirilirken kiralananın özgülediği amaca uygunluk, iyi bir işletme ve iyi muhafaza edilme şartlarına uygun davranılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Ürün Kira Sözleşmesi, Kullanma ve İşletme Yükümlülüğü, Ticari İşletme Kira Sözleşmesi, Edim Yükümlülüğü.

ABSTRACT

The lessee's obligation to operate, which is a performance obligation under the product lease agreement, is explored in this paper. The lessee's obligation to operate in product leasing and its legal nature have been examined. The problems of the obligation to operate in terms of the commercial enterprise leases is examined. Article 364 of the Turkish Code of Obligations governs the obligation to operate the leased property. Although product leasing is basically a lease agreement, the lessor transfers the right of use and utilization of the leased property and the right to collect the fruits to the lessee. The lessee is required to use the leased property for its intended purpose. This obligation is of great importance, especially in terms of commercial enterprise lease, which is a type of product lease. The lessor stays away from the use, utilization, and harvesting of the leased property during the term of the lease agreement. For the period of the lease, the lessee must fulfil its commitment to operate the leased property. However, while fulfilling this performance obligation, the conditions of suitability for the purpose for which the leased is assigned, a good operation a good preservation must be observed. method.

Keywords: Product Lease Agreement, Obligation to Use and Operate, Commercial Enterprise Lease Agreement, Performance Obligation.

* Bu çalışma "Kira İlişkisinde Doğan Yan Edim Yükümlülükleri ve İhlalinin Sonuçları" isimli doktora tezinden üretilmiştir.

** Prof. Dr., Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-3745-9347.

*** Doktora öğrencisi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, senaakkisla@marun.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0478-5904.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: İpek Sağlam

E-posta/E-mail: ipek.saglam@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 27.08.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 30.11.2022

GİRİŞ

Ürün kirası (hasılat kirası) 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile düzenleme altına alınmış bir kira sözleşmesi çeşididir. 818 sayılı Borçlar Kanunu içerisinde hasılat kirası olarak BK m.270 ile devam hükümleri düzenlenmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile bu önceki hükümler revize edilerek TBK m.357 ve devam hükümleri düzenlenmiştir. Temelinde bir kira sözleşmesi olması taraflarının kiraya veren ve kiracı olması ve bir kira bedeli karşısında bir kira konusunun bulunması ürün kirası için de geçerlidir. Ancak ürün kirasının kendine has özellikleri bulunmaktadır. Bu kendine has özelliklerden biri sözleşme taraflarının yükümlülükleri incelendiğinde ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada ürün kirası kiracısının kiralananın kullanılması ve işletilmesi yükümlülüğü ele alınmıştır. Türk Borçlar Kanunu m.364 düzenlemesi ile karşımıza çıkan kiralananın kullanılması ve işletilmesi yükümlülüğünün hukuki niteliği karşılaştırmalı hukuk göz önüne alınarak incelenecek ve bu yükümlülüğün ihlal edilmesinin sonuçlarına değinilecektir.

Kira sözleşmesi süresi boyunca kiraya veren, kiralananı kullandırma borcu altındadır. Ürün kirası sözleşmesi ise kiraya veren yalnızca kullanma hakkını değil bununla beraber yararlanma ve ürünlerin toplanması (semelerin devşirilmesi) hakkını da devretmektedir. Ürün kirası sözleşmesi kiracısının da bu sözleşmede bazı edim yükümlülükleri bulunmaktadır; kira bedelini ödemek, yan giderlere katlanmak, kiralananı işletmek, bakım yükümlülüğünü yerine getirmek gibi. Bu yükümlülükler içerisinde kiralananın işletilmesi, ürün kirasının kendisine özgü bir niteliğidir. Bu özellik kiracı statüsüne bazı önemli özellikler yüklemektedir. Kiracı, ürün kirası ile kullanım ve yararlanma amaçlarını gerçekleştirmenin yanında semelerin devşirilmesini, kiralananın işletilmesiyle bir kazanç elde etmeyi de amaçlamaktadır. Kiralananın kullanılması ve yararlanılması basit haliyle kira sözleşmesinin temelini oluşturmaktadır. Ancak kiracı, semere getiren bir kiralananadan daha fazlasını elde edebilecektir. Bu durumda ise semelerin toplanması, işlenmesi veya kiralananın işletilmesi ile elde edilen bir kazanç mümkündür. Dolayısıyla kiracının ürün kiralamasını yapmasındaki amaç yalnızca kullanmak ve yararlanmak değildir. Semelerden yararlanmak, onları toplamak ve işletilmesini sağlamak ürün kirasının kiracısına diğer kira sözleşmelerindeki kiracılık statüsünden farklı bir gözle bakmayı gerektirir. Ürün kirasının kiracısı tıpkı kiralananın sahibi gibi hareket edecektir. Kiracı, işletme yükümlülüğü sonucunda kiralananadan kazanç elde etmeyi sağlayacaktır bunun aksinde kiralanan (özellikle bir ticari işletme kirası olması durumunda) zarar edebilir.

Bu çalışmada kiracının işletme yükümlülüğünün Türk Borçlar Kanunu m.364 düzenlemesi, İsviçre Borçlar Kanunu m.275 ve Alman Medeni Kanunu m.581 ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir. İşletme yükümlülüğünün önemi ve kapsamı, ürün kirası içerisindeki yeri ve önemi bakımından incelenmesi gereklidir. Bu yükümlülük, ürün kirasını diğer kira sözleşmelerinden ayıran bir konu olması dolayısıyla incelenmesi gereken meselelerdendir. Kiralananın işletilmesi yükümlülüğü, bu yükümlülüğün hukuki niteliği, ticari işletme kiralaması bakımından işletme yükümlülüğünün önemi, ticari işletme kiralaması ile ürün kiralaması arasındaki farklılıklar, işletme yükümlülüğünün ihlal edilmesi ve bunun sonuçları bu çalışmada ele alınacak başlıca konulardır.

I. ÜRÜN KIRASI SÖZLEŞMESİ

A. GENEL OLARAK

Ürün kirası sözleşmesi TBK m.357 ile düzenlenmiştir. Ürün kirası anlamına gelecek şekilde 818 sayılı Borçlar Kanununda “*hasılat kirası*” veya “*işletme kirası*” terimleri de tercih edilmektedir¹. Ürün kirası sözleşmesi, yasal düzenlemeye göre “kiraya verenin kiracıya ürün veren bir malın veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bir bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşme” şeklinde tanımlanmıştır.

Ürün kirası sözleşmesinin unsurlarından birincisi ürün veren bir kiralananın mevcut olmasıdır. Kiralananın bir hak veya bir eşya olması mümkündür ancak her ikisinin de ürün getirme kabiliyetinin bulunması şarttır². Ürünün niteliği doğal olabileceği gibi (tarım ürünleri, doğal taşlar, organik ürünler vs.) hukuki bir ürün de (kira bedeli, faiz, intifa, sükna, üst hakkı vs.) olabilir³. İkinci unsur ise sözleşme ile kullanma, yararlanma ve ürünlerin toplanması (semerelelerin devşirilmesi) haklarının belirli bir süreliğine kiracıya devredilmesidir⁴. Üçüncü bir unsur ise bir kira bedelinin belirlenmiş olunmasıdır⁵. Kira bedeli, kira sözleşmesinin asli bir unsurdur yani taraflar ya bir

- 1 Cansel Erol, ‘Türk Hukukunda Hasılat Kirası’, (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 1953) 7; Fikret Eren ve Veysel Başpınar, *Toprak Hukuku* (Savaş 2017) 207; Hüseyin Altaş, *Hasılat ve Şirket Kirası* (BK M.270-298), (Yetkin 2009) 73; Serim Azra Arkan, *Hasılat Kirasında Tarafların Hak ve Borçları*, (Beşir 2010) 2; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, (Filiz 2008) 2 vd.; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler*, (Beta 2021) 374.; Aydın Zevkiler ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Filiz 2016) 163; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (Yetkin 2017) 428. Halit Aker, *Ticari İşletme Kirası*, (Yetkin 2012) 21. Ürün kirası teriminin işletme kirası olarak anılmasının bir nedeni olarak ürün kira sözleşmesinin konusunun bir ticari, sınai ya da zirai işletmelerin olması dolayısıyladır. Ekonomik hayatın bir getirisi olarak bir otel, restoran, fırın, atölye gibi işletmelerin kira sözleşmesine konu olması mümkündür ve bu kiralara ürün kira sözleşmesi kümesi içerisinde yer alır.
- 2 Erol (n 1) 5; Eren (n 1) 431; Eren ve Başpınar (n 1) 178; İpek Sağlam, “Türk Borçlar Kanunun Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı”, *Prof.Dr. M.İlhan Ulusana Armağan C 2* (Seçkin 2016) 461; İpek Sağlam, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler”, *Prof.Dr.Mustafa Dural’a Armağan*, (Filiz 2013) 1015; Altaş (n 1) 48.
- 3 “Ürün kirasına konu olan kiralananın taşınır eşya, taşınmaz eşya, maden ocağı, kum ocağı, hayvan avlama, bağ ve bahçe yapma, çayır, otlak olarak kiralaması olabilir, bunun yanında ticari işletme, zirai işletme sınai işletme şeklinde de olabilmektedir”. Erol (n.1) 5; Eren ve Başpınar (n 1) 178; Eren (n 2) 431; Sağlam, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler” (n 2) 1015; Sağlam, “Türk Borçlar Kanunun Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı” (n 2) 461; Altaş (n 1) 48; Yavuz, Acar, ve Özen (n 1) 626.
- 4 Kiraya verenin devir borcu bir asli edim yükümlülüğüdür. Tarafların karşılıklı edim yükümlülüklerini ifa edebilmesi bakımından kiraya verenin kiralananı devir etme kiracının da karşı edim olarak kira bedelini ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Kiraya veren, kiralananın kullanma, yararlanma ve semerelelerin devşirilmesi haklarını kiracıya devreder. Bu bakımdan devir içerisinde kiralananın kullanım, yararlanma ve semere devşirmesine yarayan eşyaları da devretmelidir, ticari işletme ise ruhsat ve araç kirası ise plaka devrinin de yapılması gereklidir. Eren ve Başpınar (n 1) 179; Eren (n 2) 432; Altaş (n 1) 48; Erol (n 1) 7; Sağlam, “Türk Borçlar Kanunun Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı” (n 2) 416 vd..
- 5 Peter Higi, Wilhelm Schöenberger, ve Peter Jaggi, ‘Die Miete’ iç *Ehemals Kommentar zum Schweizerischen.../ Das Obligationrecht/ Die einzelnen Vertragsverhältnisse Artikel 184-418/ Die Miete* (Editör Peter Gauch ve Jörg Schmid) (Schulthess 2000) Art.275 N.50; Bernd Dahringer “Der Pachtvertrag” içinde *Management in der Hotellerie und Gastronomie* (De Gruyter 2021) 577, <https://doi.org/https://doi.org/10.1515/978.311.0684506>; Ottmar Fleischer, “Kapitel 13. Miet-und Pachtverträge” içinde *Die Immobilie im Zivil-und Steuerrecht* (Verlag Dr. Otto Schmidt 2014), 847–80; Maja Blumer, *Schweizerisches Privatrecht, Gebrauchüberlassungs – verträge (Miete, Pacht)*, (Helbing Lichtenhahn 2012) 103; Eren (n 1) 432; Altaş (n 1) 78; Tandoğan (n 1) 14; Zevkiler ve Gökyayla (n 1) 170; Serim Arkan (n 1) 91. Ürün

bedel belirlemiş olmaları ya da belirlenebilecek bir kira bedelinin olması şartı sağlanmalıdır. Kira bedeli olarak tercihen para ve parasal bir değeri olan kıymetli evrak şeklinde belirlenebilir ancak katılmalı ürün kira sözleşmesi yapılmış olması halinde ürünün belirli bir oranının kararlaştırılması şeklinde de belirlenebilir⁶. Son unsur ise tarafların anlaşması, iradelerinin uyuşmasıdır⁷. Ürün kira sözleşmesinde taraflar herhangi bir şekle bağlı olmaksızın sözleşme yapabilirler⁸.

Ürün kirası sözleşmesi tam iki tarafa tam borç yükleyen, sürekli borç doğuran bir niteliğe sahip, karşılıklı (*synallagmatique*) ve rızai bir sözleşmedir⁹. Sözleşmenin taraflarını, kiraya veren ile kiracı oluşturur. Kiraya veren, kiralananın kullanım, yararlanma ve ürünlerin toplanması hakkını karşı tarafa devreder ve kiracı ise bunun karşılığı olarak kira bedelini ödemekle yükümlüdür. Ürün kirası sözleşmesi konusunun bir eşya olması halinde bunun taşınır ya da taşınmaz olması fark etmez, ürün verebilme kabiliyetinin olması yeterlidir, nitekim tarafların iradeleri bu hususla uyuşmuş olsun¹⁰. Kiralananın ürün verebilme kabiliyeti bulunmasının şart olması, ürün kira sözleşmesini diğer kira sözleşmelerinden ayıran bir unsurdur. Ürün kirası sözleşmesinin konusu ürün getiren nitelikte bir mal ya da hak olmalıdır¹¹. Aksi durumda ürün kira sözleşmesi mevcut değildir. Ürün kira sözleşmesi

kirası sözleşmesi temelinde bir kira sözleşmesidir ve içerisinde aynı özellikleri barındırır. Bunun bir sonucu olarak ürün kirası sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Kiracının karşı edim niteliğinde bir asli edim yükümü olan kira bedeli ödeme yükümlülüğü vardır. Kiralananın kira süresi boyunca kullanımı, yararlanılması ve semerelerin devşirilmesi dolayısıyla bir kira bedeli ödenir. Bu miktar çoğunlukla para niteliğindedir. Ancak kira bedeli olarak taraflar kira bedelinin belli bir oranı olarak da kararlaştırabilirler. Buna ürüne katılmalı kira sözleşmesi (ortakçılık, yarıcılık) denilmektedir. Taraflar sözleşme içerisinde oranı açıkça belirlemeli ve bunun üzerinde anlaşmış olmalıdırlar. Türk Hukuku uygulamasında bu tip ürün kirası sözleşmesi yaygın olarak yapılmaktadır. Eren ve Başpınar (n 1) 240-241.

- 6 Erol (n 1) 7; Serim Arkan (n 1) 91; Altaş (n 1) 48 vd.; Şeyhmus Darcan “Ürün Kirası Sözleşmesi”, (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2020) 24 vd.; Murat İnceoğlu Kira Hukuku C.1 (On İki Levha 2014) 245 vd.; Kutluhan Erkan “Ürün Kirasının Unsurları, Adi Kira ile Ayrım ve Ürün Kirasına Uygulanacak Hükümler”, (*Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sayı 2 2013)173; Sağlam, “Türk Borçlar Kanunun Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı” (n 2) 461 vd.; Sağlam, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler” (n 2) 1015 vd..
- 7 Ürün kira sözleşmesi her sözleşmede olması gereken unsur olan tarafların iradelerinin uyuşması ve sözleşme taraflarının fiil ehliyetine sahip olması gereklidir. Sözleşme niteliği gereği tam iki tarafa borç yüklediği için tarafların fiil ehliyetinin tam olması gereklidir. Ayırt etme gücüne sahip olan küçük veya kısıtlılar ise bu sözleşmeyi yasal temsilcileri aracılığı ile yapabilirler. Bilge Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları, (Turhan 2019) 656. Mustafa Dural ve Suat Sarı, Türk Özel Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri (Filiz 2011) 64 vd..Ayrıca ürün kira sözleşmesi rızai bir sözleşme niteliğinde olduğu için sözleşme taraflarının birbirini ile uyuşması gereklidir. Ayrıca sözleşmenin kurulması için kiralananın teslim şartı bulunmamaktadır.
- 8 Ürün kira sözleşmesinin herhangi bir şekle tabi olmamasına karşın kira konusunun bir taşınmaz olması durumunda ve ürün kira sözleşmesinin tapu siciline kaydı yapılacak ise yazılı bir anlaşma yapılması gereklidir. Bu yazılı şekil geçerlilik şekli değil şerh için aranan bir gerekliliktir.
- 9 Tandoğan (n 1) 11; Mustafa Alper Gümüş, “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi”, (Vedat 2012) 312; Altaş (n 1) 75; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 314.
- 10 ibid 4.
- 11 Eren (n 2) 428; Serim Arkan (n 1) 2; Altaş (n 1) 51; Erol (n 1) 7; Fleischer (n 5) 847; Blumer (n 5) 104; Dahringer (n 5) 570.Aker (n 1) 25. Ürün kira sözleşmesi semere getiren hak ve malları konu edinmesiyle beraber eğer konu bir işletme ise bu işletmenin iş ilişkilerinin de devredilmesi söz konusudur. Hatta kiracının özellikle kar elde etme amacı bulunduğu için bu ilişkilerin devredilmesi ve müşteri çevresinin kaybedilmemesi bakımından ekonomik bir öneme sahiptir. Ticari işletmeler bakımından yine ticaret unvanı, ticari işletmenin şöhreti ve donanımlarının tamamı ürün kira sözleşmesi ile devredilmeye konu olacaktır. Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationrecht, Besonderer Teil (Stämpfli 2010) 253; Eugen Bucher, Obligationenrecht Besonderer Teil. 3, (Schulthess 1988) 187.

kiracıya kişisel bir alacak hakkı tanımaktadır¹². Kiralananın taşınmaz olması kiracıya bir aynı hak sağlamaz¹³. Ürün kirası sözleşmesini genel kira sözleşmesinden ayırt eden diğer unsurlar ise sözleşmenin konusu, taraflara sağlanan hak ve üstlendikleri yükümlülüklerin çeşitleri, kira bedelinin içeriğidir¹⁴.

Ürün kirası sözleşmesi genel kira sözleşmesinden ayrılan unsurlara sahip olmasına rağmen esasında bir kira sözleşmesidir. Bunun bir göstergesi de Türk Borçlar Kanunu m.358 düzenlemesidir. Buna göre ürün kirası sözleşmesi içerisinde düzenlenmiş bulunan hususlar özel nitelikli düzenlemelerdir, bu düzenlemeler içerisinde bulunmayan kira hukuku ilişkisine genel kira sözleşmesi hükümleri uygulanır. Ürün kira sözleşmesi kendi içinde alt çeşitlere ayrılır. Ürün kira sözleşmesi kapsamında ürüne katılmalı kira sözleşmesi, ticari işletme kirası sözleşmesi, tarımsal ürün kirası sözleşmesi¹⁵, hayvan kirası, gemi ve trenlerde bulunan lokanta kira sözleşmesi, işletilme amacı taşıyan araç kirası sözleşmesi bulunmaktadır. Bu çeşitlilik ekonomi politikaları ve değişen ihtiyaçlar sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Günümüzde pek çok şirket pek çok girişimci ve yatırımcı bir hakkın ya da malın mülkiyetine sahip olmanın yükümlülüklerine katlanmaktan kaçınarak sermayelerini daha kısa vadede ve daha küçük miktarda bir çaba harcayarak arttırmak istemektedirler. Pratik ve daha ekonomik olan bu sözleşmenin çeşitli biçimleri ihtiyaçlara göre şekillenmiştir.

B. ÜRÜN KIRASI SÖZLEŞMESİNİN AMACI VE ÖNEMİ

Ürün kira sözleşmesi, temelinde bir kira sözleşmesi olmasına karşın kendine özgü yapısı nedeniyle ayrı değerlendirilir. Genel kira sözleşmesi bir malın kullanımını amaçlar, konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmesi ise yine barınma ya da iş kurma amacıyla bir kullanımı amaçlar oysa ürün kirası esas olarak amacı ürün (semere) elde etmek ve bunların toplanmasını (devşirilmesini) sağlayarak bir kazanç elde edilmesidir¹⁶. Taraflar ürün verme kabiliyetli kiralananın üzerinden kazanç elde edeceklerdir ve

12 Sağlam, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler” (n 2) 1015 vd.; Sağlam, “Türk Borçlar Kanunun Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı” (n 2) 461 vd.; Serim Arkan (n 1) 2; Altaş, (n 1) 208; Erol (n 1) 4; Zevkliler ve Gökyayla (n 1) 191; Eren (n 2, 429; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 376; Dahringer (n 5) 570; Fleischer (n 5) 847; Blumer (n 5) 105. Aker, (n 1), 256 vd..

13 Erol (n 1) 24; Eren (n 2) 429; Serim Arkan (n 1) 22; Altaş (n 1) 73; Zevkliler ve Gökyayla (n 1) 191; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 375; Dahringer (n 5) 570; Fleischer (n 5) 847; Blumer (n 5) 105; Higi, Schönenberger, ve Jaggi (n 5) Art.275 N.41. Aker (n 1) 245.

14 Ürün kirası sözleşmesinde konu olan kiralanan ürün getirme özelliği taşıyan fikri hak, intifa hakkı gibi haklar veya taşınır bir eşya, bir arazi, ticari işletme olabilir. Özellikle hakların bir kira sözleşmesine konu edilmesi o sözleşmenin ürün kirası olduğunu gösterir Erol (n 1) 24; Altaş (n 1) 74. Yine ürün kirası sözleşmesinde kiralananın ticari işletme olması durumunda bunun işletilmesine yardımcı olan araçların da kiracıya devredilmesi gereklidir. “Hasılat kirasından söz edilebilmesi için hasılat getiren bir taşınır ya da taşınmaz mal, ticari işletme ya da hakkın kira ilişkisinin konusunu oluşturması, burasının demirbaşları ve işletme ruhsatı ile birlikte kiraya verilmesi gerekir. İşletme ruhsatı kiracı adına ise akit adi kira sözleşmesidir” Yargıtay 6 HD E 2009/5978 K 2009/6086, 23.06.2009 yargitay.gov.tr Erişim T.11.02.2022 Honsell (n 11) 253; Bucher (n 11) 187.

15 İsviçre Borçlar Kanunu haricinde İsviçre Tarımsal Ürün Kira Kanunu bulunmaktadır. Tarımsal işletmelere uygulanan özel bir kanundur. Stunder-BSK OR Vorbem zum 8.Titel Art.275, N.1-N.3

16 Peter Higi, Art. 275-304 OR. Die Pacht Band V/2b – Das Obligationenrecht, (Schulthess 2000) Art.275; Honsell (11) 253; Dahringer (n 5) 571 vd.; Fleischer (n 5) N.25; Blumer (n 5) 106; Sağlam “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler” (n 2) 1015 vd..

kiracı kiralananın kâr elde etmeyi amaçlar. Bu sebeple de risk altına girmektedir. Kiraya veren bir işletme sahibi, mülkiyet sahibi veya kira sözleşmesi yapmakla yetkili bir kişidir nitekim kiracı ise bir girişimci veya yatırımcı niteliğini taşımaktadır. Özellikle kiracı bu sözleşmeyi yaparak sermayesini genişletmeyi amaçlar ve kullanım yolu ile elindeki ürünü çoğaltmayı hedefler.

Geçmişten bugüne özellikle ekonomik menfaat gruplarının değişimi ürün kirası sözleşmesinde taraf dengeleri bakımından ürün kira sözleşmesinin önemini arttırmıştır. Artık kâr elde etmek isteyen işletmeciler ve şirketler bir hakkın ya da malın sahibi olmanın hem zahmetli hem büyük harcamalar içermesi hem de pratik olmaması sebebi ile farklı sözleşmeler yapmak zorunda kalmaktadırlar. Bu durum özellikle genç şirket gruplarının ya da küçük sermaye sahiplerinin yanında büyük ve köklü şirketlerin, girişimcilerin de tercih ettiği bir sözleşmedir. Yasal çalışmalar bakımından da İsviçre – Türk Hukuku bu ekonomik menfaatleri korumak adına ürün kira sözleşmesini düzenlemiş ve tarımsal kiralama, sınai kiralama konularını özel olarak ele almıştır. Bu hukuk anlayışı yolu ile kanun koyucu kiralananı ve kiracıyı korumayı amaçlamış, ekonomik dünyada varlıklarının sürdürülebilmesine imkân tanımıştır¹⁷. Alman Hukuku bakımından ise ürün kirası sözleşmesi öncelikle kiralananın varlığının korunmasını amaç edinmiştir. Gerek kamu gerek özel düzenlemeler ile kiralananın varlığının ve değerlerinin korunmasını, daha sonra ise sözleşme menfaatlerinin ayakta tutulmasını amaç edinmiştir¹⁸. Esasen kira sözleşmesinde kiracı bir malın mülkiyetini edinemeyecek bir ekonomik güçte veya şartlar gereği o hak ya da mala sahip olmayan kişi olarak değerlendirilmiş ve kiraya veren ise mülkiyet sahibi ve kiracıya göre de ekonomik gücü yüksek olarak değerlendirilmiştir¹⁹.

C. ÜRÜN KIRASI SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Ürün kirası sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir ve taraflar karşılıklı bazı yükümlülükler altına girerler. Kiraya verenin yükümlülükleri TBK m.360'da düzenlendiği şekliyle öncelikle kiralananın sözleşme süresi boyunca sözleşmenin amacına uygun olarak kullanım, yararlanma ve ürünlerin toplanması/işlenmesine elverişli durumuyla kiracıya teslim etmektir ve kira süresi boyunca bu

17 Hagenguth .H, “Zum neuen Landpachtrecht”, Journal of Agricultural Economics/Agrarwirtschaft, 1, sayı 18 (1952) 234; B. Anspruchsgrundlagen , “Kapitel 5 Miete/Betriebskosten” (Verlag Dr. Otto Schmidt), <https://doi.org/https://doi.org/10.1515/978.311.2351963-048>, 125; Patrick Strub, Mietrecht: Was Mieter in der Schweiz über ihre Rechte und Pflichten wissen müssen (Beobachter 2018) 24; Otto Rabe, Die volkswirtschaftliche bedeutung der pacht (H. Beyer & Söhne in Langensalza 1890) 91.

18 Christian Lütke Handjery ve Jens Haarstrich, Landpachtrecht: Landwirtschaftliches Pachtrecht des BGB und Landpachtverkehrsgesetz (Beck C.H. 2022) 35; Menno Aden, “2. Kapitel. Vertragstypen des BGB-Bereitstellungsverträge”, (Oldenbourg Wissenschaftsverlag 2018) 258, <https://doi.org/https://doi.org/10.1515/978.348.6814620-014>; Rudolf Lange, Hans Wulff, ve Christian Lütke Handjery, Landpachtrecht: landwirtschaftliches Pachtrecht des BGB und Landpachtverkehrsgesetz, Kommentar (Beck 1997) 97.

19 Rabe (n 17) 91; Hagenguth (n 17) 234; Hubert Becker, Landpachtrecht: BGB-Vertragsrecht, Landpachtverkehrsgesetz (HLBS 2017) 336; Benno Stunder ve Eduard Hofer, Das landwirtschaftliche Pachtrecht – Kommentar zum Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht vom 4. Oktober 1985 (Brugg 2014) N.67.Giuliani Gianluca, “Landwirtschaftlicher Bodenmarkt und landwirtschaftliche Bodenpolitik in der Schweiz” (2002) 10, <https://doi.org/https://doi.org/10.3929/ethz-a-004483608>.

durumu muhafaza etmektir. Bu kiraya verenin asli edim yükümlülüğüdür²⁰. Kiraya veren bu elverişlilik durumunu korumak amacıyla gerekli bakım ve tamir işlemlerini yapmalıdır, nitekim bu onun ayıba karşı tekeffül borcunun kapsamındadır. Ayrıca kiraya verenin zapt sorumluluğu gereği üçüncü kişilerin müdahalesini engellemeli ve kiracının sözleşmeden doğan şahsi hakkını koruması gereklidir²¹. Kiraya veren, kiralananın kullanımı, işletilmesi ve ürünlerin toplanmasına yarayan araç ve gereçlerin de kiracıya temin edilmesini sağlar²². TBK m.361 düzenlemesi uyarınca kiraya veren esaslı onarımları yaparak kiralananın kullanımı, yararlanılması ve ürünlerin toplanmasını hem kira sözleşmesi süresince hem de sonrasında elverişli kalabilmesini sağlamayı hedefler²³. Esaslı onarım, kira bedeli karşılığında kiralananın değerini korumaya yardımcı olan tamirat ve bakım işlemleridir²⁴.

Ürün kirası sözleşmesinin kiracı tarafının asıl yükümlülüğü ise kira bedelini ödemektir. TBK m.362 düzenlemesi doğrultusunda kira bedeli ve yan giderleri kiracı ödeyecektir²⁵. Ürün kirası sözleşmesi içinde taraflar bir kira bedeli belirlemek zorundadır ve bu değer üzerinden belirlenen bedelin kiracı tarafından kiraya verene ödenmesi gereklidir²⁶. Kiracı; kiralananın özgülendiği amaca

20 Eren (n 2) 436; Higi (n 16) Art.278 N.8.

21 Kiraya veren, kiralananı elinde bulundurması dolayısıyla kiralananın kiracı tarafından ve kira süresi boyunca kullanılmasına, yararlanılmasına ve semerelerin devşirilmesine elverişli bir ortamı sağlamalı, bu elverişli ortam için gerekli araçları temin etmeli ya da masraflarına katlanmalı ve kiracının erişimini engelleyebilecek üçüncü kişilerin etkilerini uzak tutmalıdır. Aksi durumda kiracı sözleşmeden beklediği edim menfaatine ulaşamayacaktır. Honsell (n 11) 255. Bu yükümlülükle bağlantılı olan bir yükümlülük ise kiraya verenin gerekli elverişlilik durumunu koruyamamasından dolayı ayıplardan da sorumluluğu bulunmaktadır. Örneğini kiralananın hukuki olarak ürün kira sözleşmesine uygun olarak kullanılamayacak bir durumunun bilinmesine karşın ürün kira sözleşmesine konu edinmesi halinde doğan durumdan kiraya veren sorumlu olacaktır.

22 Erol (n 1) 57; Altaş (n 1) 101; Eren (n 2) 437; Serim Arkan (n 1) 36.

23 Esaslı onarımın asıl amacı kiralananın sözleşme amacına uygun kullanılabilmesi, yararlanılabilmesi ve semerelerin devşirilmesini sağlamaktır. Çünkü kullanımla birlikte kiralanan asla ilk halinde olmayacaktır ve bazı eskimeler, yıpranmalar veya teknolojik olarak eskime meydana gelecektir. Bu durumda kiralananın özellikle semere elde edilmek amacıyla zamanla özelliğini kaybetmesi olasıdır ve kiraya verenin bu durumu önlemek için bakım ve onarımları yapması gereklidir. Örneğin bir zeytinlik ve ürünlerin işlenmesi için esaslı onarımlarının yapılması, işletmede yer alan makinaların tamirata ve diğer ayıpların giderilmesi sayesinde bu kiralanan uzun süreli olarak verimli ve kullanıma elverişli kalacaktır. Elbette bu hususta kiracı, kira süresince karşılaştığı ayıpları ve esaslı onarım gereksinimlerini kiraya verene bildirmekle yükümlüdür. Hâlihazırda kiracı tarafından kullanılan ve işletilen kiralananın durumunu kiraya veren bilemez dolayısıyla kiracı gerekli bildirimleri yapmak zorundadır. Serim Arkan (n 1) 22; Erol (n 1) 25; Altaş (n 1) 73; Higi (n 16) Art. 275 N.7; Dahringer (n 5) 572.

24 Eren (n 2) 438; Erol (n 1) 6; Serim Arkan (n 1) 43; Altaş (n 1) 73; Gülay Öztürk, Teoride ve Uygulamada Hasılat Kirası, (Seçkin 2010) 145. Fleischer (n 5) 848; Dahringer (n 5) 572.

25 Yasal düzenleme tıpkı diğer kira sözleşmeleri gibi tarafların bir kira bedeli konusunda anlaşmış olmalarını arar ve bu kiracının asli edim yükümlülüğüdür. Aynı düzenleme içerisinde konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesi düzenlemesindeki gibi yan gider yükümlülüklerinin kiracının sorumluluğunda olduğu görülmektedir. Yan gider yükümlülüğü, yan edim yükümlülüğü olarak kiracının sorumluluğunda düzenlenmiştir ve sonuçları bakımından da vadesi gelmiş yan gider yükümlülüğünün ödenmemesi durumunda kiraya veren yazılı bir önel verecektir (en az 60 gün). Bunun yerine getirilmemesi durumunda fesih hakkı mevcuttur. TBK m.362/II düzenlemesi ise kira bedeli veya yan giderlerin ödenmemesi durumuna ilişkindir.

26 Kira bedeli, parasal bir edimdir. Taraflar ürünün belli bir oranını kira bedeli olarak belirleyebilirler bu halde katılmalı ürün kirası mevcuttur. Kira bedelinin para olarak kararlaştırılması halinde ödemenin peşin olarak yapılabileceği gibi bedelin niteliğine göre uygun olarak belli aralıklarda da yapılabilmektedir. Ürün kira sözleşmesinde işletme sermayesi önemli bir yere sahip olması bakımından taraflar tercihen dönemsel olarak kira bedelinin ödenmesini kararlaştırabilirler. Eren (n 2) 441; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 345; Serim Arkan (n 1) 237; Erol (n 1) 7; Öztürk (n 24) 145; Altaş (n 1) 56; Sağlam "Türk Borçlar Kanunun Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı" (n 2) 464; Abdülhamit

uygun biçimde işletmeli/yönetmeli ve bunu yaparken kiralananı iyi muhafaza etmelidir²⁷. TBK m.365 kiracının bakım borcunu düzenlemiştir. Buna göre kiracı, kiralananı hali hazırda dolaysız zilyedi konumundadır ve kullanımında, yararlanmasında ve ürünlerin toplanmasında gerekli bakım borcunu yerine getirmelidir. Bakım borcunun kapsamı, kiraya veren gibi esaslı onarımları yapmak değildir, kiralananın durumuna uygun olan özeni göstermek, küçük tamiratları yapmak, basit nitelikteki bozuk araç ve gereçleri yenilemek ve genel temizlik işlerini yapmaktır²⁸. Kiralananda bulunan ya da oluşan ayıpları kiraya verene bildirmekle yükümlüdür. Bununla birlikte kiracı, alt kira ve kullanım hakkını devir yasağına tabidir²⁹. TBK m.366 yasal düzenlemesinde alt kira yasağı kiracı için getirilmiştir. Alt kira yasağı düzenlemiş olmasına karşın taraflar sözleşme hükmü ile aksini düzenleyebilir ve kiracı alt kira sözleşmesinden dolayı sorumlu olur³⁰. Tarafların bu yükümlülüklerine kısaca yer verdikten sonra çalışma konumuz olan kiracının kullanma ve işletme yükümlülüğü detaylı biçimde incelenecektir.

II. KIRACININ KULLANMA VE İŞLETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Ürün kira sözleşmesinin en önemli özelliklerinden birisi kiracının bu sözleşme ile kiralananı kullanma ve işletme hakkına sahip olmasıdır. Bu hak ayrıca kiracının bir yükümlülüğüdür. Bu özellik ürün kira sözleşmesini diğer kira sözleşmelerinden ayırt eden unsurlardan birisidir³¹. Bu özellik

Yılmaz “Ürün Kirası Sözleşmesinde Kiracının Temerrüdü”, *Cevdet Yavuz’a Armağan*, (2012) 3061.

- 27 TBK m.364/I yasal düzenlemesine göre “kiracı, kiralananı özgülediği amaca uygun ve iyi bir biçimde işletmekle, özellikle ürünü vermeye elverişli bir durumda bulundurmakla yükümlüdür”.
- 28 Kiraya verenin esaslı onarım yükümlülüğü ile kiracının bakım yükümlülüğü birbirine karıştırılmamalıdır. Kiracının bakım yükümlülüğü kiralananın kullanımı dolayısıyla oluşan kirlenme, paslanma veya bakım gerektiren diğer durumları kapsar. Kiracı kira süresi boyunca kiralananı teslim aldığı formunda muhafaza etmek durumundadır, eksiklikler ve kullanıma bağlı bozulmalar bu bakımdan giderilmelidir. Küçük onarımlar ve basit temizlik ile giderilebilecek işlemler kiracının yükümlülüğündedir. Kiralananın özünde bir değişiklik veya formunda yapılacak bir tamirat esaslı onarım kapsamında değerlendirilir ve kiraya verene bildirilmelidir. Tarafların bu kendilerine özgü olan yükümlülüklerinin amacı kiralananı korumak ve değer kaybını önlemektir ancak kiracının bakım yükümlülüğünün bir özelliği aktif olarak kullanılan ve semereleri devşirilen kiralananın özelliklerinin teslim alındığı andaki gibi muhafaza etmesini sağlamaktır. Dahringer (n 5) 573; Higi (n 16) Art. 275 N.9; Fleischer (n 5) 848; Serim Arkan (n 1) 37. Kiracının bakım yükümlülüğü kapsamında kiralananın kullanımı, yararlanılması ve semerelerin toplanması bakımından kullanılan araç ve gereçler de mevcuttur. Örneğin; tarımsal işletmenin kira sözleşmesine konu olması durumunda bu işletme için kullanılan araçların (traktör, biçerdöver vs.) bakımlarının yapılması, motor bakımı, benzin konulması gibi işlemlerin de yapılması gereklidir. Kiracı aktif olarak kullanan olması dolayısıyla yükümlüdür. Eren (n 2) 443; Eren ve Başpınar (n 1) 89.
- 29 Alt kira yasağı kapsamında olan sözleşme de yine bir ürün kirası sözleşmesinin yapılmasıdır. Alt kira sözleşmesinin niteliği gereği kiracı, kiralananı kullanma, yararlanma haklarını kısmen veya tamamen bir başka kişiye devretme unsuru içerir, oysa ürün kira sözleşmesi bu unsuru içerisinde barındırmayan bir sözleşmedir. Ürün kirası sözleşmesinde kiracı bazı riskleri ve menfaatleri üstlendiği için bunu alt kira sözleşmesi ile bir başka kiracıya devredilmesi mümkün değildir. Bunun aksi ancak tarafların anlaşmaları ve kiraya verenin yazılı rızası ile mümkündür. Nalan Kahveci, Alt Kira ve Kiranın Devri (Günsel Hukuk 2005) 97; Coşkun Akyol, “Türk Borçlar Kanununa Göre Alt Kira Sözleşmesinde Tarafların Yükümlülükleri” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi 2016) 20 vd.; Ayşe Bengü Sevinç, “Alt Kira ve Kiranın Devri” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2010) 30 vd.; Haluk Nomer, Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, (Beta 2017) 112; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, (Yetkin 2021) 143; İncoğlu (n 6) C.1 512.
- 30 Kahveci (n 29) 97; Sevinç (n 29) 30 vd.; Akyol (n 29) 20; İncoğlu (n 6) C.1 512; Zevkililer ve Gökyayla (n 1) 189; Higi (n 5) Art.291 N.21; Dahringer (n 5) 574; Blumer (n 5) 107.
- 31 Honsell (n 11) 253; Tandoğan (n 1) 7; Altaş (n 1) 79. Yargıtay 11 HD E 2020/5861 K 2021/4110, 27.04.2021 Corpus İçtihat Arama 07.02.2022

Türk Borçlar Kanunu m.360 ve m.364 düzenlemesinin birlikte değerlendirilmesi ile daha belirgin olmaktadır. TBK m.360'a göre kiraya verenin kullanıma, işletilmeye hazır bulundurma ve bu durumu sözleşme süresi boyunca koruması yükümü ile TBK m.364'e göre de kiracının, kiralananı kullanma ve işletme yükümlülüğü birbirini tamamlayan parçaları oluşturmaktadır.

Kiracının kullanma ve işletme borcu TBK m. 364' de şu şekilde düzenlenmiştir: “*Kiracı kiralananı özgülediği amaca uygun ve iyi bir biçimde işletmekle, özellikle ürün vermeye elverişli bir durumda bulundurmakla yükümlüdür.(1) Kiracı, kiraya verenin izni olmaksızın, kiralananın işletme usulünü, kira süresinin bitiminden sonra etkisi görülebilecek biçimde değiştiremez.(2)*”. İşletme yükümlülüğü iki taraflı bir özelliğe sahiptir³². Kiraya veren sahip olduğu bir hakkın ya da malın kullanılmasının yanında işletilmesini kiraya verene devretmekle yükümlüdür bununla beraber kiralananın işletilmeye elverişliliğini sözleşme süresi boyunca muhafaza etmelidir³³. Bunun karşılığında kiracı da kiralananı sözleşme süresi boyunca işletilmekle yükümlü olur ve kiralananın işletilmesi için gerekli şartları sağlamalı ve korumalıdır. Nitekim sözleşme sona erdiğinde kiralananı iade edecektir.

İşletme³⁴ yükümlülüğü; ticari, sınai veya zirai ticarethanelerin çalıştırılması ve bu çalıştırma sürecinde kâr elde edilmesi anlamındadır. İşletme, bir mal ya da hakkın kullanılması, çalıştırılması,

32 “Süreli kiranın konusu taksi durağı olarak işletilmek üzere kullanımı davacıya bırakılan barakadır. Bu niteliği itibarıyla kira bir işletmeye ilişkin bulunduğundan, mahiyeti itibarıyla düzenlemesi Borçlar Kanununun 270.vd maddelerinde yapılan hasılat kirasıdır.” Yargıtay 14 HD E 2010/10635 K 2010/11802, 01.11.2010 Ahmet Cemal Ruhi ve Canan Ruhi, Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Hukuku, (Seçkin 2016) 1531. İpek Sağlam, “Ticari İşletmelerin Ürün Kirası Sözleşmelerine Konu Teşkil Etmesi ve Bunun Benzer Hukuki İlişkiler İle Karşılaştırılması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19, sayı 1 (2009) 146. Hermann Becker, *Berner Kommentar* (Verlag Stampfli & Cie 1945) 336; Higi (n 16) Art. 275 N.7; Fleischer (n 5) 848. Erol (n 1) 7; Tandoğan (n 1) 699; Altaş (n 1) 79; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 645. “Alacaklı tarafından sözleşmenin hasılat kirası niteliğinde olduğu kabul edilerek borçluya gönderilen ödeme emrinde 60 günlük ödeme süresi tanındığı görülmektedir. Hasılat kirasını adi kiradan ayıran husus, özellikle işletme yükümlülüğüdür. Hasılat getiren bir şey adi kiraya da verilebilir. Ancak, taşınmaz teçhizat ve mefruşatı ile birlikte ve işletme ruhsatı da devredilerek kiraya verilmiş, ; ayrıca da, kira bedeli, kiralananın semere ve hasılatının da bir kısmını oluşturmuş ise; sözü edilen unsurları taşıyan kira sözleşmesinin hasılat kirası olduğunun kabulü gerekir”, Yargıtay 6 HD E 2005/7573 K 2005/9472, 17.10.2005, Öztürk (n 25) 133.

33 Higi (n 16) Art. 275 N.8; Frank Oppenlander, *Die Unternehmenspacht, insbesondere das Verhältnis von Pächter und Verpächter bei der Verpachtung eines Unternehmens* (1974) 25; Dahringer (n 5) 574; Sağlam, “Ticari İşletmelerin Ürün Kirası Sözleşmelerine Konu Teşkil Etmesi ve Bunun Benzer Hukuki İlişkiler İle Karşılaştırılması” (n 32, 146. Erol (n 1) 8; Zeynep Arslan, “Ürün Kirası Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kiralananın İadesi” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Şehir Üniversitesi 2015) 28. “Taraflar arasındaki ilişkinin hasılat kirasına konu teşkil edebilmesi için kiralananın niteliği itibarıyla ürün getiren veya ticari bir işletmeye konu olması ve işletme hakkı ile birlikte kiraya verilmiş olması gerekir.” Yargıtay 6 HD E 2010/8719 K 2010/12486, 11.11.2010, Ruhi ve Ruhi (n 32) 1528.

34 İşletme kavramı ticari işletme kiralamalarında kullanılmaktadır. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 11. maddesinin birinci fıkrası uyarınca “*Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınıra aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir*”. Bir ticari işletmenin kira sözleşmesine konu edilmesi halinde kiraya veren, kira bedeli karşılığında kullanma, yararlanma, işletmenin yönetiminin devri ile ticari işletmenin sahip olduğu müşteri çevresi, araçları, işletme tasarruflarını kiracıya devreder. Kiracı ile devralmış olduğu ticari işletmeyi kendi adına ve hesabına işletmekle/yönetmekle yükümlüdür. Hukuk terimi olarak işletme kavramının pek çok anlamı vardır ancak borçlar hukuku-ticaret hukuku kapsamındaki anlamı, girişimci sıfatına sahip olan kişinin bir kazanç elde etmek, ekonomik menfaat elde etmek amacıyla emeğini ve sermayesini bir araya getirmesidir. Türk Ticaret Kanunu bakımından işletme daha özel nitelikli olarak düzenlenmiş bir yapıdır. Ticari işletme, ekonomik değer taşıyan bir kurum olarak kabul edilir. Ürün kira sözleşmesinde kiralananın çeşitlerinden birisini oluşturan işletmeler, ticari anlamda faaliyet gösteren, sürekliliği olan ve bir kazanç sağlanarak varlığını koruyabilen yapılardır. Ürün kira sözleşmesi bir işletmenin kısmen ya da tamamen kiralınmasını konu alabilir. Dolayısıyla kiracı hem taşınmazı hem

başka organizasyonlarda kullanılarak bir kazanç elde edilmesidir³⁵. Ürün kira sözleşmesinde kiralananın işletilmesi, kiralanan mal veya hakkın kullanımı ve kapsamındaki araçların çalıştırılması anlamındadır. Ürün kira sözleşmesinde kiracının kiralananı kullanma ve işletme yükümlülüğü hem bir hak hem de bir borç niteliği taşır³⁶. Kiralananı işletme kiracının yalnız sözleşmeden doğan bir hakkı değil aynı zamanda bir edim yükümlülüğüdür³⁷. Kiracı hem kullanım ve ürün elde etmek hem de kiralananı bir kazanç sağlamak için bu sözleşmeyi yapmaktadır.

İsviçre Borçlar Kanunu m.275 ile ürün kirası sözleşmesini düzenlemiştir. Bu düzenlemenin yanında özel olarak yalnızca tarımsal taşınmaz kirasını konu alan ürün kira sözleşmesi yasal düzenlemesi de mevcuttur³⁸. Federal Tarımsal Kiralama Yasası m.21a kiralananın işletilme yükümlülüğünü düzenlemiştir³⁹. Bu yasal düzenlemeye göre kiracı, kiralananı dikkatli bir şekilde işlemeli ve toprağın sürdürülebilir şekilde verimliliği sağlamakla yükümlüdür. İsviçre Hukuku bakımından ürün kirası sözleşmesi hükümleri ve tarımsal kiralama sözleşmesi hükümleri esas olarak kiralananın niteliğinin ve ürün verme kabiliyetinin korunmasını amaçlar. Kanun koyucu tarihsel süreçte ülkenin tarımsal geçim kaynaklarını korumak amacıyla ve bu alanların sürekliliğinin korunarak verimli tutulmasını amaçlayan girişimcileri denetleyebilmek için getirmiş olduğu kurallara kamu yararı ilkesini de

de onun sahip olduğu hakları, araçları ve eklentilere sahip olur. Dolayısıyla kiracı hem bu araçlara sahip olur ve kazanç sağlar hem de bu işletmeyi devam ettirme ve yönetme yükümlülüğü sağlar. Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2012) 26 vd.; Mehmet Bahtiyar, Ticari İşletme Hukuku, (Beta 2013) 17 vd.; Altaş (n 2) 142; Öztürk (n 24) 78; İpek Sağlam, “Ticari İşletmeye İlişkin Ürün Kirası Sözleşmesinin Kurulması ve İşletme Unsurları Üzerindeki Etkisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 19, sayı 1 (2013) 167; Sağlam, “Ticari İşletmelerin Ürün Kirası Sözleşmelerine Konu Teşkil Etmesi ve Bunun Benzer Hukuki İlişkiler İle Karşılaştırılması” (n 32) 133.

35 Eren (n 2) 443; Erol (n 1) 18; Altaş (n 1) 82; Higi (n 16) Art.283 N.9; Fleischer (n 5) 848; Dahringer (n 5) 575. Sağlam, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler”, (n 2) 1015; Sağlam, “Ticari İşletmelerin Ürün Kirası Sözleşmelerine Konu Teşkil Etmesi ve Bunun Benzer Hukuki İlişkiler İle Karşılaştırılması” (n 32) 133. Aker (n 1) 353 vd..

36 Nihal Ural Çınar, Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Sonuçları (On İki Levha 2014) 15.

37 Fleischer (n 5) 849; Dahringer (n 5) 125.

38 İsviçre Hukukunda ürün kira sözleşmesi bir genel hükümler olarak İsviçre Borçlar Kanunu ile düzenlenmiş buna ek olarak tarımsal arazilerin ürün kira sözleşmesine konu edilmesi durumunda Federal Tarımsal Kiralama Kanunu (*Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht (LPG)*) ile düzenlenmiştir. Tarım arazilerinin kiralanmasına ilişkin hükümler, eklentileri, Alp dağları üzerinde (kamusal bir arazi olmalarına rağmen yasal düzenlemesi mevcut) bulunan ve yasal olarak yetkililer tarafından kiralalanabilir arazilerin, sahaların, ormanlık alanların ve meraların kiralınması ile bunların kullanım hakları bu özel yasa ile belirlenmiştir. Bu Kanun kapsamını m.21 ve 21a ile belirlemiştir. Buna göre 15 dekar altında bulunan üzüm bağları, 25 dekar altında yapısız araziler ve tarım arazileri ile inşaat bölgesi içerisinde bulunan tarım arazileri bu yasa kapsamı dışındadır. LPG tarımsal kiralama sözleşmesi ile bir ticarethane (işletme) veya tarımsal arazinin kiracıya tarımsal kullanım ve işletilmesini konu alır. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1986/926_926_926/de Erişim Tarihi:14.02.2022

39 221.213.2 Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht (LPG), 1 Ocak 2014, Erişim: https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/1986/926_926_926/20140101/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-1986-926_926_926.201.40101-de-pdf-a.pdf ; Higi (n 16) Art.275 N.9; Theo Guhl vd., Das Schweizerische Obligationenrecht (Schulthess Juristische Medien 2000) 403; Claire Huguenin, Obligationenrecht (Schulthess 2014) s.82; Stunder ve Hofer (n 19) Art.275 N.3.Caspar Baader, Leo Müller, ve Joseph Schuler, Agro Recht. Ein Ratgeber für die Landwirtschaft zu allgemeinen und bäuerlichen Rechtsfragen, Lindau/Schweiz, (Agridea 2011) Art.275 9 vd.; Mairo Cebulla, Die Pacht nichtsächlicher Gegenstände – Rechtspacht und Pacht besonderer Gegenstände im Wirtschaftsleben, Reprint 20 (De Gruyter 1999) 87 vd., <https://doi.org/https://doi.org/10.1515/978.311.0895766>. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1986/926_926_926/de Erişim Tarihi:14.02.2022

ekleyerek düzenleme yapmıştır. Bilindiği gibi İsviçre de Türkiye gibi tarımsal arazilere sahip ve bunların işletilmesi ile ekonomisine katkı yaratan bir ülkedir. Getirilen kurallar bu ekonomik katkının devamlılığını korumak amacına hizmet eder. Ayrıca her iki yasal düzenleme de kiracının hem kullanma ve işletme yükümlülüğünü korumaktadır hem de bunun bir hak olduğunu dikkate alır. Bu yönü ile kiracıyı da korumaktadır⁴⁰.

Alman Hukuku bağlamında ürün kira sözleşmesinin düzenlemesi ise İsviçre-Türk Hukukundan farklıdır. Alman Medeni Kanunu (*Bürgerliches Gesetzbuch*) §581-584 hükümleri arasında genel ürün kira sözleşmesi hükümlerini ve yine Alman Medeni Kanunu (BGB) §585-597 arasında da tarımsal kira sözleşmesi hükümlerini düzenlenmiştir⁴¹. Alman Medeni Kanunu bu hükümlerin yanında özel nitelikli ürün kirası sözleşmesi çeşitlerine ilişkin yasal düzenlemeler ile tarımsal taşınmaz kirası, hayvan kirası, bağ ve butik bahçe kirasına⁴² ve ticari işletme kirasına yönelik düzenlemeler yapmıştır⁴³. Bu ürün kirası sözleşmesinin çeşitlerinin ayrı ve özel olarak düzenlenmesinin nedeni hem bu düzenlemelerde kendine özgü bazı şart ve koşulların bulunması hem de kamusal bir nitelik taşımasıdır. Nitekim kiracının kullanma ve işletme yükümlülüğü de buna uygun olarak düzenlenmiştir. Alman Hukuku işletilme yükümlülüğünde her şeyden önce kiralanan arazinin ya da işletmenin mülkiyetinin varlığının korunmasını ve bunun muhafaza edilerek ikinci planda tarafların sözleşme menfaatlerini koruması mantığına dayanır⁴⁴. Alman Medeni Kanunu m.586

40 OR Art.276a ; LPG Art.11 vd.; Stunder ve Hofer (n 19) Art.276a N.3.; Baader, Müller, ve Schuler (n 39) 11 vd.; Friedrich Klein-Blenkers, Das Recht der Unternehmenspacht (Nomos 2008) 328 <https://doi.org/doi.org/10.5771/978.384.5211008>.

41 Stunder ve Hofer (n 19) N.28; Manuel Müller, Die privatrechtlichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die landwirtschaftliche Pacht (1987) 35; Becker, Landpachtrecht (20) 23; Lange, Wulff, ve Lüdtk Handjery (n 18) 97 ; Lüdtk ve Haarstrich (n 18, 786. <https://dejure.org/gesetze/BGB/581.html> Erişim Tarihi:14.02.2022;

42 Hobi bahçesi olarak kullanılan ve kiralamaya elverişli alanlardır. Bu alanlar bir binanın ya da büyük bir arazinin içerisinde bulunan, içerisinde bahçecilik faaliyetleri için uygun araçları barındıran ve kiralamaya elverişli demirbaşlara sahiptir. Çocukların sosyal aktivitelerini geliştirmek, turizm sektörünü canlandırmak veya yalnızca hobi bahçesi kullanımı amacıyla kira sözleşmesine konu edilebilir. Özellikle Almanya ve İsviçre topraklarında bulunan kamusal ya da özel mülklerin, saray bahçelerinin bu ürün kirasına konu olması yaygındır. Hobi bahçesi kirası, bir kira bedeli olarak daha küçük rakamlara ve daha kısa sürelerle sahip olabilir. Ayrıca hobi bahçesi kiralama asıl mülkten ayrı olarak kira sözleşmesi konusu olabilir. Ancak bu bazı şartlara bağlıdır. Öncelikle asıl mülkün sahibinden izin alınması gereklidir ve ayrıca bu alanlar kamusal bir nitelik taşıyor ise gerekli denetimlerin ve kamusal yükümlülüklerin yerine getirilmesi şarttır. “Miet – und Pachtchutz.” no. s10, 1929, pp. 914-920. <https://doi.org/10.1515/juru.1929.1929.s10.914>, Cebulla (n 39) 96; Fleischer (n 5) 849; Lüdtk ve Haarstrich (n 18) 786; Hagenguth (n 17) 235.

43 Alman Hukuku ürün kira sözleşme çeşitlerinin özel şekilleri: küçük bağ ve bahçelerin ürün kira sözleşme hükümleri Bundeskleingartengesetz (*BKleingG*), tarımsal kira sözleşmelerini düzenleyen Landpachtverkehrsgesetz (*LPachtVG*), av hayvanlarının ürün kira sözleşmesine konu edildiği düzenleme Bundesjagdgesetz, balık avcılığının ürün kira sözleşmesini konu eden düzenleme Landesfischereigesetze ve şirket ve ticari işletmelerin kiralınmasını konu edinen Aktiengesetz (AktG) olarak düzenlenmiştir. Bu özel yasal düzenlemeler İsviçre – Türk Hukuk anlayışı ürün kira sözleşmesi yapısından farklı niteliğe sahiptir. Bu özel yasalar esas olarak mülkiyet kavramının sınırlandırılması ve işletme usullerinin düzenlenmesini konu alır.

44 Ticari meyve sebze yetiştirme alanları için tahsis edilen araziler ve sosyal tesislerinin kiralınmasında Federal Tahsis Yasası kapsamındadır. Kiracı tahsisli bahçe için ödediği kira bedeline ve özellikle toprak iyileştirmeleri, yollar, çitler ve park yerleri için yapacağı harcamalara, tahsis edilen bahçıvanlar tarafından sağlanan hizmetlere katlanmakla yükümlüdür. Kiracının bu yükümlülüğü aslı edim yükümlülüğü kümesine aittir. Bundeskleingartengesetz (BKleingG) <https://www.gesetze-im-internet.de/bkleingg/BJNR002100983.html> Erişim:11.02.2022 Bu aşamada şunun belirtilmesinde fayda bulunur Türk Hukuk düzenlemesinden farklı olarak Alman Hukuku kapsamında ormanlar, vahşi hayvanlar ve araziler ürün kira sözleşmesine konu edilebilen taşınmazlardır. Bu hukuk anlayışı farklılığı sebebiyle kısaca belirtilmesi gereken durum orman arazilerinin işletilmesi amacıyla kira sözleşmesine konu edilebileceği, nehir ve göllerdeki balıkların

düzenlemesinde kiracının kullanma ve işletme yükümlülüğü düzenlenmiştir⁴⁵. Buna göre kiracı, kiralananın niteliğine uygun bir kullanma ve işletme yükümlülüğüne katlanacaktır⁴⁶. Bu düzenleme tarımsal arazi ve bu arazilere hizmet eden işletmelerin (*Wirtschaftsgebäuden*) kiralınması kapsamındadır. Örneğin, at çiftlikleri, balık çiftlikleri, sera alanları, gıda üretimi için kullanılan bahçeler ile büyükbaş ve küçükbaş hayvancılık işletmeleri ve bunların bulundukları arazilerin kiralınması tarımsal kiralama sözleşmesi (*Landpachtvertrags*) kapsamındadır. Alman Hukuk sistemi içinde ürün kirası sözleşmesi genel olarak tarımsal araziler için uygulanmasının yanı sıra geniş orman arazileri ve işletmelerinde de uygulanmaktadır ancak bunlar daha çok kamusal nitelikli düzenlemelere konu olmaktadır. Türk Hukuku açısından durum böyle değildir. Türk Hukuku ile Alman Hukukunun kesiştiği ürün kirası sözleşmesi örnekleri daha çok tarımsal kiralama ve ticari işletmelerin kiralınması alanlarında görülmektedir.

İsviçre – Türk Hukuku ve Alman Hukuku bakımından ortak kabul edilen bir durum kiralananın verimliliğini koruması, işletmenin sürdürülebilirliğinin devamı ve tarafların sözleşme menfaatlerine erişimleri için işletilmenin gerekliliğidir. Bu zorunlu bir kural olmasa da ürün kirasına konu olan kiralananın işletilmesi ve ürün elde edilmesi kiracının edim menfaati içerisinde yer alan bir motivasyondur. Örneğin: kira sözleşmesinin konusunu bir ticari işletme oluşturuyor ise bu işletmenin müşteri çevresini koruyabilmesi için faaliyetleri devam etmelidir. Ayrıca işletme ruhsatının alınması, müşteri kitlesinin muhafaza edilmesi ya da ciroya bağlanmış kira bedeli ödemelerinin yapılması için işletme yükümlülüğünün yerine getirilmesi gereklidir. Ürün kirası sözleşmesi, kiracı için, ürünlerin toplanması ve kiralananın işletilmesi ile kiracının kullanma, yararlanma yanında kazanç elde etmesi amacını taşır.

avlanmasında ya da benzer şekilde vahşi doğada avcılık faaliyetleri amacıyla belirli bölgelerin kira sözleşmesine konu edilebileceğidir. Ancak Türk Hukuku bakımından böyle bir konu kira sözleşmesine dâhil edilememektedir. Türk hukuku bakımından ürün kira sözleşmesinin konusunu tarımsal araziler, sinai işletmeler ve semere verme niteliğine sahip olan diğer hak ve mallar oluşturmaktadır. Kamusal düzenlemelere tabi olan hak ve malların Türk Borçlar Kanunu için kira sözleşmesi konusu olamazlar.

45 Alman Hukuku ürün kira sözleşmesi ve çeşitleri bakımından yapmış olduğu düzenlemelerde kiracının kullanım ve işletme yükümlülüğünün hem kendi edim menfaatini hem de kiraya verenin edim menfaatini kapsamına vurgu yapmıştır. Bununla birlikte uygulama ve doktrinde işletme yükümlülüğünün tek başına edim menfaatine hizmet etmediğini bu yükümlülüğün kiralananın iyi muhafaza edilmesi ve ürün verme niteliğinin sürdürülebilirliğinin de buna ek bir yükümlülük ile sağlanacağını savunmaktadır. Haklı olarak taraflar edim menfaatlerini sağlamak adına kiralananın işletilirken iyi muhafaza edilmesi ve ürün verme niteliğinin devamlılığının korunması gereklidir. Bu ürün kira sözleşmesinde birinci yükümlülükler içerisinde. Özellikle ürün kira sözleşmesinin konusu belirli bir müşteri çevresine sahip, marka değerine sahip ve işletilmemesi durumunda sürdürülebilirliğini kaybediyor ise kiracının işletme yükümlülüğünü ihlal etmesi hem tarafların edim menfaatine zarar verecek hem de işletmenin yeniden işlevselliğini kazanması uzun vadede başka zararlara sebep olacaktır. Erol (n 1) 69; Altaş (n 1) 133 ; Serim Arkan (n 1) 89; Oppenlander (n 33) 167; Donato Del Duca, “Serviceverträge und Nebenkosten unter besonderer Berücksichtigung von Serviceverträgen für Aufzüge”, ZH 1, sayı 15 (2016) 2; Werner Hinz, “Betriebskosten bei mangelhafter Mietsache – Teil 1: Mangelbedingter Wasserverlust”, Zeitschrift für Miet und Raumrecht 71, sayı 8 (2018) 645, <https://doi.org/https://doi.org/10.1515/zmr-2018-710801>.

46 Baader, Müller, ve Schuler (n 39) N.14; Müller, Die privatrechtlichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die landwirtschaftliche Pacht; Becker, Landpachtrecht (n 32) 147; Lange, Wulff, ve Lüdtke Handjery (n 18) 98; Lüdtke Handjery ve Haarstrich (n 18) 112.

Ürün kira sözleşmesinde kiracı işletme yükümlülüğü dolayısıyla bir girişimci niteliğine sahip olur. Genel kira sözleşmesinden farklı olarak kiracı ürün kira sözleşmesinde aktif bir rol üstlenmektedir⁴⁷. Örneğin: bir at çiftliğinin kiralınması durumunda kiracı, hem çiftliğin üzerinde bulunan çiftlik evini kullanabilecek, burada hayvanları besleme ve bakımını yapabilecek, çiftlikte bulunan ahır ve benzeri tesisleri kullanabilecek hem de burayı işleterek bir kâr elde edecektir. Kiracı elindeki kiralananı ne kadar iyi bir yatırım yaparsa elde edeceği kazanç o kadar artacaktır. Ancak bu kiralamanın risklerini de üstlenmiş olacaktır. Sonuçta kiracı yalnızca kiralananı kullanmakla değil aynı zamanda onun yönetimiyle de alakalıdır ve bu amaçla sermayesini arttırmak için aktif biçimde yükümlülüğünü yerine getirecektir. İşletme yükümlülüğü hem tarafların statülerinin gereği hem genel kira sözleşmelerinden ayrılmasında hem de tarafların sözleşme menfaatlerini sağlaması bakımından önemlidir. Kiracı bu sözleşme de yalnızca kullanım değil beraberinde belki de sermayesini getirmiş olduğu bu sözleşmede onu arttırmayı ve piyasada bir değer yaratmayı hedefler. Kiraya veren ise sahibi olduğu hak ya da malın belirli bir süre kullanılmasını ve işletilmesini bir başkasına devrederek onun değerinin korunması yanında bir kira bedeli de elde etmeyi amaçlar.

İşletme yükümlülüğünün hukuki niteliğinin tespit edilmesi önemlidir. İşletme yükümlülüğünün hukuki niteliği konusunda farklı değerlendirmeler yapılmıştır. Burada tespit edilmesi gereken bir husus bunun hangi yükümlülüğün karşılığı olduğudur. İşletme yükümlülüğü, kiraya verenin teslim borcu karşılığında kiracının sahip olduğu hem hak hem de yükümlülüğüdür. Kiralananın kira süresince kiracının kullanımında ve yönetiminde olacağı TBK m.357 kapsamından anlaşılmaktadır ve yine kiraya veren kiralananı teslim ederek dolaylı zilyet durumuna düşer. Kiracı bunun karşılığı olarak kiralananın kullanımı, ürünlerinin toplanmasını ve bu kapsamda yönetimini sağlamalıdır. Nitekim kiracının amacı kiralananı pasif olarak kullanmak değildir, bu kiralananın ürünlerinden bir kazanç elde etmektir.

Özellikle ürün kira sözleşmesi çeşitlerinden olan ticari işletmelerin kiralınması halinde bu ticarethanenin yönetimi ve ürünlerinin toplanması kiracıya devredilmiştir. Kiralananın ayakta kalabilmesi, kiracının kazanç elde edebilmesi ve üstlendiği riskleri azaltması bakımından bu yükümlülüğünün kiraya verenin teslim etme yükümlülüğünün karşılığı olduğu söylenebilir⁴⁸. İşletme yükümlülüğü kiralananın ekonomik olarak yararlanmayı amaçlar bu yüzden işletme sorumluluğu önemlidir. Ekonomik hayatta var olabilmek, kiralananın piyasa değerinin korunmasını sağlamak ve ürünlerin kazanca dönüştürülmesi kiracının bu sözleşmeyi yapmasındaki motivasyonu oluşturur.

Kullanım ve işletme yükümlülüğü, ürün kirası sözleşmesinin en önemli unsurdur. Ürün kirası sözleşmesi temelinde kullandırmayı amaçlayan bir sözleşmedir ancak kiracı ürün verebilme kabiliyeti olan bir kiralananı kazanç elde etmek ve ürünlerinden yararlanmak amacı ile hareket eder. Bu amaçla üstlendiği yükümlülüklerden biri de kiralananı işletmektir. Kiracı semerelerin devşirilmesi

47 Sağlam, “Ticari İşletmelerin Ürün Kirası Sözleşmelerine Konu Teşkil Etmesi ve Bunun Benzer Hukuki İlişkiler İle Karşılaştırılması” (n 32) 134 vd.; Sağlam, “Ticari İşletmeye İlişkin Ürün Kirası Sözleşmesinin Kurulması ve İşletme Unsurları Üzerindeki Etkisi” (n 34) 133; Lüdtke Handjery ve Haastricht, Landpachtrecht: Landwirtschaftliches Pachtrecht des BGB und Landpachtverkehrsgesetz; Klein-Blenkers (n 40) 36; Oppenlander (n 33) 68; Higi (n 16) Art.280 N.8.

48 Altaş (n 1) 78; Öztürk (n 24) 62; Erol (n 1) 26 ; Sağlam “Ticari İşletmelerin Ürün Kirası Sözleşmelerine Konu Teşkil Etmesi ve Bunun Benzer Hukuki İlişkiler İle Karşılaştırılması” (n 32) 147; Aker (n 1) 428.

bakımından kiralananı kullanmak ve işletmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün dâhil olduğu alan her şeyden önce sözleşmeden doğan birincil yükümlülükleridir. Birincil yükümlülükler içerisinde edim ve diğer davranış (özen) yükümlülüklerini barındıran, sözleşmeye karakteristik özelliklerini veren yükümlülüklerdir⁴⁹. Sözleşmeye özelliğini veren ve tarafların o sözleşmeyi yapmalarında olmazsa olmaz nitelik olan taşıyan yükümlülükler birincil yükümlülük içerisindeki edim yükümlülükleridir. Edim yükümlülükleri, tarafların edim menfaatlerine hizmet ederler⁵⁰. Tarafların o sözleşmeyi yapmalarındaki asıl amacı taşıyan yükümlülükler edim yükümlülüklerini oluşturur⁵¹. Bu bakımdan işletme yükümlülüğünün de bu alan içerisinde değerlendirilmesi söz konusudur. Edim yükümlülüğü kendi içinde asli edim yükü ve yan edim yükümü olarak ayrılmaktadır⁵². Bununla birlikte birincil yükümlülüklerin içerisinde diğer davranış yükümlülükleri (özen yükümlülüğü, yan yükümlülük) bulunur⁵³. Diğer davranış yükümlülüğü amacı bakımından bir edim menfaati taşımaz yalnızca edim menfaatinin yerine gelmesinde yardımcı ya da onu koruyucu amaç taşır⁵⁴. Diğer davranış yükümlülükleri, edim yükümlülüklerine hukuki olarak bağımlıdır ve tek başlarına bir anlam ifade etmezler. Diğer davranış yükümlülükleri kendi içinde ikiye ayrılmaktadır: koruyucu diğer davranış yükümlülükleri ile yardımcı diğer davranış yükümlülükleri. Bunların işlevi yalnızca tarafların

- 49 Franziska Ritter, *Vertragliche Nebenpflichten beim Vertragsmanagement*, (Peter Lang GmbH 2016) 15; Susanne Hahnen, *Obliegenheiten und Nebenpflichten*, (Mohr Siebeck, 2010) 56, <https://doi.org/http://d-nb.info/988158922>; I. Regelungsgehalt, “§ 535 Inhalt und Hauptpflichten des Mietvertrags”, içinde *Mietrecht* (Verlag Dr. Otto Schmidt 2020) 78, <https://doi.org/https://doi.org/10.9785/978.350.4386733-005>; Dieter Medicus ve Stephan Lorenz, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, (C.H. Beck 2021) 132; Stephan Lorenz ve Thomas Riehm, “Lehrbuch zum neuen Schuldrecht” (C.H. Beck 2002) 191; Reiner Schulze ve Hans Schulte Nölke, *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts* (Mohr Siebeck GmbH & Co. KG 2001) 35; Wolfgang Fikentscher ve Andreas Heinemann, *Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil* (CH Beck, 2017) 153; Özge Erbek Odabaşı, “Borç İlişkisinde Doğan Yan Yükümlülerin Edim Yükümlüleriyle Karşılaştırılması”, *İzmir Barosu Dergisi*, C.85, sayı 3 (2020) 420; Eren (n 1) 22; Abdülkerim Yıldırım, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Adalet 2017) 32; Gümüş (n 29) 44; Necip Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukukuna Giriş*, *Hukuki İşlem, Sözleşme C.1* (Filiz 2017) 33.
- 50 Regelungsgehalt (n 49) 78; Peter Higi, *Zürcher Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht (Leihe-Darlehen 2003)* 350; Andreas Von Tuhr ve Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, (Schulthess Polygraphischer 1984) 35; Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts Band I, Allgemeiner Teil*, (C.H. Beck Verlag 1987) 42; Necip Kocayusufpaşaoğlu vd. (n 49) 33; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Vedat 2018) 23; Eren (n 1) 65; Osman Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I*, (Legal 2015) 14. Gümüş (n 29) 45; Odabaşı (n 49) 62.
- 51 Higi, *Zürcher Kommentar* (n 50) 325; Guhl vd. (n 39) 135; Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, (Stämpfli 2017) 95. Huguenin (n 39) 89; Kocayusufpaşaoğlu vd. (n 49) 20; Eren (1) 141; Gümüş (n 29) 54; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz 2017) 56; Yıldırım (n 49) 72. Yargıtay HGK E 2015/2872 K 2019/545, 09.05.2019 yargıtay.gov.tr Erişim Tarihi 02.02.2022
- 52 Eren *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* 141vd.; Gümüş (n 30) 54; Kocayusufpaşaoğlu vd. (n 49) 15; Higi *Zürcher Kommentar* (n 50) 325; Larenz (n 50) 45; Rolf Schmidt, *Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldverhältnisse, Leistungsstörungenrecht, Verbraucherschutzrecht* (Neuaufgabe 2016) 26; Frank Weiler, *Schuldrecht Allgemeiner Teil* (Nomos 2014); Medicus ve Lorenz (n 49) 31.
- 53 Bu çalışma altında terim karmaşasının yaşanmaması adına diğer davranış yükümlülükleri kullanılması tercih edilmiştir. Doktrinde özen yükümlülüğü ya da yan yükümlülük olarak da isimlendirilen diğer davranış yükümlülükleri, esas olarak tarafların hareketleri ve eylemlerinin koruyucu ya da yardımcı bir nitelik taşıması bakımından diğer davranış yükümlülüğü olarak kabul edilir.
- 54 Hahnen (n 49) 57; Frank Bauer, *Anspruch auf Erfüllung vertraglicher Nebenpflichten?*, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2013 63; Medicus ve Lorenz (n 49) 132; Hans Möller, *Lehrbuch des Schuldrechts* (1950) 56; Claus W Canaris ve Manfred Wolf, ‘Schuldrechtsmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002’ iç *Karlsruher Forum 2002 – Schuldrechtsmodernisierung Mit Vorträgen von Claus-Wilhelm Canaris und Manfred Wolf* (Editör Egon Lorenz) (VWV GmbH 2017) 28; Yıldırım (n 50) 72 ; Gümüş (n 29) 54 Eren (n 1) 435; Kocayusufpaşaoğlu vd. (n 49) 21.

edim yükümlülüklerini yerine getirirken yardımcı olmak ya da koruyucu nitelikteki davranışlarda bulunmaktadır.

Kiraya verenin, kiralananı kiracının kullanımına, yararlanmasına ve ürünlerinin toplanmasına uygun olarak teslim etmesi ve kira süresi boyunca bu durumu muhafaza etmesi TBK m.360'da edim yükümlülüğü olarak düzenlenmiştir⁵⁵. Kiracı, bunun karşılığı olarak TBK m.364 uyarınca kiralananı kullanır ve onu işletir. Bu hem bir hak hem de bir borç olarak kiracının tasarrufundadır. Kiracının işletme yükümlülüğü ile ilgili doktrinde üç farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre, kiracının işletme yükümlülüğünün hukuki niteliği asli edim yükümüdür⁵⁶. Buna gerekçe olarak TBK m.306 düzenlemesi ile TBK m.364 düzenlemesinin birlikte değerlendirilmesi ve kiraya verenin teslim yükümlülüğünün bir asli edim yükümlülüğü olması ile kiracının kullanım ve işletme yükümlülüğünün karşı edimi niteliğinde olması gösterilir⁵⁷. Kiralananın kullanımı ve işletilmesi yükümlülüğü hukuki niteliği itibarıyla ürün kirasına karakteristik bir özellik yükler⁵⁸. Ticari işletme kirası bakımından kullanma ve işletme yükümlülüğünün hukuki niteliğinin anlaşılmasında daha belirgin bir bağlantı kurulur⁵⁹. Ticari işletme kirasında kiracı, kazanç elde etmek amacı taşır ve dolayısıyla buna ulaşmak için bir girişimci ya da bir tacir gibi hareket ederek asli edim menfaatine ulaşmak ister. Eğer böyle bir amacı olmasaydı ürün kira sözleşmesi yapmaz, kiralananın risklerini üstlenmez ve genel kira sözleşmesini yaparak pasif kiracı statüsünde kalırdı. Ancak bir işletmenin yönetimi ve bunun kâr edebilmesini sağlamak ve kazanç elde etmek isteyen kiracı ürün kirası sözleşmesi ile kiralananı işletmekle yükümlüdür.

Kiralananın kullanılması ve işletilmesi, hem hak hem borç olarak kabul edildiği için taraflar açısından asli edim amacını taşır⁶⁰. Kiraya veren, kiralananı devrederken yalnızca taşınmazı değil bununla beraber kiralananın bir parçası olan maddi ve manevi araçların devrini de gerçekleştirir. Örnek olarak işletme ruhsatı, müşteri portföyü, içerisindeki hayvan ve bitkiler, marka değeri, teknolojik alt yapısı gibi unsurları sayılabilir. Bunların devredilmesi ile kiracı hem kiralananın kullanımında için hem de ürünlerin elde edilmesinde bir yönetim yetkisinin sahibi olmuştur. Dolayısıyla işletmeyi gerçekleştirmekle sorumlu kabul edilir. Taraflar arasındaki sözleşmenin varoluş sebebi her iki

55 Darcan (n 6) 39.

56 Becker, Berner Kommentar (n 19) 335; Aker (n 1) 352 vd.; Klein-Blenkers (n 40) 239; Altaş (n 1) 115; Serim Arkan (n 1) 85; Erol (n 1) 95; Higi (n 16) Art.275 N.110; Oppenlander (n 33) 286; Blumer (n 5) 87.

57 Aker (n 1) 353; Serim Arkan (n 1) 85; Altaş (n 1) 82; Murat İnceoğlu, Kira Hukuku C.2 (On İki Levha 2014) 52; Sağlam, "Ticari İşletmeye İlişkin Ürün Kirası Sözleşmesinin Kurulması ve İşletme Unsurları Üzerindeki Etkisi" (n 34) 133 ; Higi (n 16) 155; Fleischer (n 5) 849; Dahringer (n 5) 576.

58 Aker (n 1) 353; Serim Arkan (n 1) 85; Öztürk (n 24) 195; Altaş (n 1) 79; Sağlam, "Ticari İşletmelerin Ürün Kirası Sözleşmelerine Konu Teşkil Etmesi ve Bunun Benzer Hukuki İlişkiler İle Karşılaştırılması" (n 32) 147; Sağlam, "Ticari İşletmeye İlişkin Ürün Kirası Sözleşmesinin Kurulması ve İşletme Unsurları Üzerindeki Etkisi", (n 34) 167.

59 Sağlam, "Ticari İşletmeye İlişkin Ürün Kirası Sözleşmesinin Kurulması ve İşletme Unsurları Üzerindeki Etkisi" (n 34) 169; Sağlam, "Ticari İşletmelerin Ürün Kirası Sözleşmelerine Konu Teşkil Etmesi ve Bunun Benzer Hukuki İlişkiler İle Karşılaştırılması" (n 32) 147; Aker (n 1) 353; Bahtiyar (n 34) 121; Lothar Stobel, Die Unternehmenspacht Im Deutschen, Französischen und Italienischen Recht, (1972) 60; Klein-Blenkers (n 40) 240; Anspruchsgrundlagen (n 17) 276. Yargıtay 22 HD E 2017/21364 K 2019/7435, 03.04.2019 yargıtay.gov.tr Erişim Tarihi 02.02.2022

60 Aker (n 1) 318; Serim Arkan (n 1) 43; Abdülkadir Arpacı, Kira Hukuku ve Uygulaması (Temel 2002) 168; Eren ve Başpınar (n 1) 216; Gümüş (n 9) 105. Yargıtay HGK E 2013/13-66 K 2013/1417, 02.10.2013, (Erişim: kazancı.com.tr – 12.02.2022)

tarafın da kazanç elde etmek istemesidir, yani taraflardan her ikisi de aktif katılımcı bir statüdedir. Kiracının bu asli edim yükümlülüğünü yerine getirmemesi hali hem sözleşmenin varlığını tehlikeye atmaktadır hem de tarafların ve kiralananın zarara uğramasına neden olur. Kiralananın müşteri çevresini kaybetmesi, uzun vadeli olarak ürünlerinin verimsizleşmesi ya da kaybolması durumunda meydana gelecek zararlardan kiracı sorumludur. TBK m.372 düzenlemesi ile kiracının geri verme anında oluşan zararlardan sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla kiracının kullanma ve işletme yükümlülüğünün asli edim yükümlülüğü olduğu çünkü kiracının asli edim menfaatinin kazanç elde etmek ve kiralananın yönetim işlerini yapmak olduğu kabul edilir⁶¹.

İşletme yükümlülüğünün hukuki niteliğine yönelik olarak bir diğer görüş onun yan edim yükümlülüğü olduğunu ileri sürer⁶². Buna göre kiracının işletme yükümlülüğü mutlak bir kural olmamalıdır⁶³. Çünkü eğer kiraya veren veya kiralanan zarar görmeyecek ise kiracı bu yükümlülüğe mecbur kalmamalıdır. Bu görüşe göre taraflar ürüne katılmalı kira sözleşmesi için anlaşmışlarsa kiralananın işletilmemesi sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilir⁶⁴. Ürüne katılmalı kira sözleşmesinde kira bedeli, elde edilen ürün üzerinden bir pay/oranın belirlenmesi ve kiraya verene ödenmesi olduğu için bu sözleşmenin asli edim yükümlülüğüdür. Kiracı bu yükümlülüğü yerine getirmek ve sözleşmeye aykırılık oluşturmamak için kiralananı işletmek zorundadır. Kiralananın işletilmesi bu görüş uyarınca asli bir edim değildir, hukuki niteliği bakımından yan edim yükümlülüğü olarak kabul edilir⁶⁵.

Ürün kirası sözleşmesi temelinde bir kira sözleşmesi olduğu için tarafların bir malın kullanılması hususunda asli edim menfaatleri bulunmaktadır. Kiralananın yönetilmesi ve beraberindeki araçların

61 Erol (n 1) 193; Serim Arkan (n 1) 87; Higi (n 16) Art.275 N.6; Fleischer (n 5) 849. Yargıtay 6 HD E 2010/5140 K 2010/6524, 01.06.2010; “Kiracı, adi kirada kiralananı kullanmak hakkına sahiptir. Hasılat kirasında ise kullanmanın yanında kiralananı işletmek ve ondan semere almak yetkisi vardır. Adi kiradan farklı olarak kullanmak ve işletme yetkisi kiracı için aynı zamanda onun borcudur. Bu konudaki BK. m. 278 f. 1 hükmü “kiracı kiralananı tahsis olunduğu dairede iyi bir surette işletmeye bilhassa hasıllata kabiliyetli bir halde bulundurmaya mecburdur” şeklindedir. Görülüyor ki kiracının işletme hakkı kanunda daha ziyade bir mükellefiyet olarak belirtilmiştir. Çünkü işletme borcu ifa edilmezse kiracı belki yalnız semere elde edemez. Fakat işletme bir iktisadi ve hukuki bütünlük olarak bu vasfını devam ettirmezse kiralayanın uğrayacağı zarar kiracınınkinden çok daha fazladır. Özellikle hasıllattan bir miktarın kira bedeli olarak ödenmesi modeliyle kiraya verilen şirketlerde (işletmelerde) şirketin (işletmenin) faaliyetleri ve elde ettiği gelir ya da emtia kiralayanı da kira gelirleri açısından yakından ilgilendirir. Bu nedenle kiralayan şirket faaliyetlerinin (işletmenin) kiracı tarafından doğru ve maksimum gelir getirecek nitelikte yapıp yapılmadığıyla yakından ilgili ve onu kontrol etme hakkına sahiptir. Bütün bunlardan anlaşılacağı üzere şirket (işlet) kiralalarında hasılat kiracısı “basiretli bir tacir” gibi davranmalı işletmenin verim kabiliyetine zarar vermeyecek için bütün gayreti göstermelidir. Kuşkusuz kiracının kiralananı iyi bir surette işletme, bilhassa hasıllata kabiliyetli bir halde bulundurma borcunu ihlal etmesi sözleşmeye aykırılık teşkil eder.” Yargıtay 14 HD E 2010/10574 K 2010/12098, 04.11.2010, Ruhi ve Ruhi, (n 32), 1530.

62 Arpacı (n 60) 175; Strobel (n 59), 27.

63 ibid 175.

64 Arpacı (n 60) 175. Strobel (n 59) 27; Becker Berner Kommentar (n 19) 336; Serim Arkan (n 1) 86; Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sermet 1977) 740.

65 Ürüne katılmalı kira sözleşmesinde kiracının kira bedelini kiralananı işletme yoluyla ürün ile yerine getirmemesi durumunda oluşan borca aykırılığın zararı ciroya katılım ile kararlaştırılabilir. “Bu zarar kiralanan işyerinden tespit edilemiyorsa, bu durumda aynı özelliklere sahip benzer işletmelerin gelir-gider durumlarının vergi dairesi, esnaf odası, ticaret odası ve benzeri resmi kurumlardan araştırılıp, benzer işyerlerinin muhtemel cirosu, kâr oranı, işletme giderlerinin ciroya oranına dair ayrıntılı bilgiler toplandıktan sonra birlikteliği marifeti ile bu veriler değerlendirilerek muhtemel aylık kârı tespit edilmeli...” Yargıtay 3 HD E 2017/1621 K 2017/2598, 7.3.2017 kazancı. com, Erişim Tarihi: 18.02.2022, Darcan, (n 6), 41.

kullanılması ise bu uğurda ikinci planda kalan bir edim menfaati içermektedir. Bu bakımdan kiracının zarar verme olasılığı olmadığı hallerde kiralananın işletilmesi zorunlu bir unsur olarak değerlendirilmemelidir⁶⁶. Bu görüşün belirgin örneği cevher sahibi olan kiralananları konu edinen kira sözleşmeleridir. Maden, taş ocağı, kömür ocağı işletmelerinin kiralınması ya da petrol yataklarının bulunduğu arazilerin kiralınmasına karşın işletilmemesi ve ürünlerin bu süre boyunca yerinde kalması halinde yalnızca muhafaza edilmiş olacak ve bir zarar olmadığı kabul edilir⁶⁷. Bu görüşe bir eleştiri olarak denilebilir ki işletilmemesi ürünlerin azalmamasını ve muhafaza edilmesini sağlayabilir fakat işletmenin ekonomik değerini, müşteri çevresini ve o dönem için elde edeceği kazancı mahrum bırakacaktır. Esasen kiracı ürünleri yalnızca muhafaza etmekle yükümlü değildir, bu ürünleri işletmelidir. Ürün kirası sözleşmesinin yapılma amacının gerçekleşebilmesi için bazı rizikoların alınması gereklidir. Kiracı işletme yükümlülüğünü yerine getirirken doğan zararlardan sorumlu olacaktır, bunlardan kaçınmak için işletmeme yoluna başvurmamalıdır. Ancak kira süresince kullanımdan dolayı kiralanda eksilme ve yıpranmalar olursa bu kiracının sorumluluğunda değildir⁶⁸. Kiraya veren bu sözleşmeyi yapmakla kiralananın maddi bir değer elde etmektedir buna karşın olarak da kiralananın zarara uğraması riskine katlanır⁶⁹. Kiracının işletim yükümlülüğünün sonucunda kiralananın verimliliğinin azalması ya da zarar görmesi haline kömür ocağı, maden işletmeleri veya taş ocaklarının işletilmesinin konu edilmesi örneği üzerinden bir değerlendirme yapılırsa burada işletilmeme sonucunda kiralananın bir parçasının eksilmesi dolayısıyla da işletme yükümlülüğünün bir asli edim değil yan edim yükümlülüğü olduğu ileri sürülmektedir⁷⁰. Bu görüşe göre kiralananın kullanım ve işletilmesi yükümlülüğü kiracıya mutlak bir borç olarak kabul ettirilmemelidir çünkü taş ocağı, kömür ocağı, maden ocağı gibi işletmelerin işletilmeden kira süresi boyunca kiracı da kalması durumunda kiralanan bir zarar görmeyecektir ve kiraya verenin de mülkiyetinde bulunan kiralanan teslim edildiği haliyle iade edilecektir⁷¹. Kiralananın yönetilmesi ve işletilmesi bu riskler bakımından asıl edim menfaatini oluşturmaması kiralananın kullanılmak üzere sözleşme yapılması görüşün bir diğer değerlendirmesidir. Buna karşın ürün kira sözleşmesi yapısı gereği taraflarının ekonomik kaygılarla yaptığı ve piyasa değerinin korunması gerekli olan kiralananın konu edildiği bir sözleşmedir⁷².

66 Manfred Rehninder, Der Kantinenpachtvertrag im Blickfeld der Rechtstatsachenforschung, 1972, <https://doi.org/https://doi.org/10.1515/978.311.2316382>, 78; Cebulla (n 39) 87; Strobel (n 59) 65; Del Duca (n 45) 3; Oppenlander (n 33) 56.

67 Becker, Berner Kommentar (n 19) 336; Strobel (n 59) 65; Arpacı (n 60) 175; Serim Arkan (n 1) 193; Tunçomağ (n 64) 15.

68 Becker, Berner Kommentar (n 19) 336; Tunçomağ (n 64) 740; Arpacı (n 60) 175; Serim Arkan (n 1) 86. Strobel (n 59) 27.

69 Strobel (n 59) 27; Arpacı (n 60) 175 vd.; Becker, Berner Kommentar (n 19) 336. Serim Arkan (n 1) 86. Oysa bu görüşün belli kira konusu üzerinden değerlendirme yapması geniş bakıldığında bazı sorunları gündeme getirmektedir. Bir cevhere sahip bulunan işletmenin işletilmesi ve semere elde edilmesinin yanında bu işletmenin ticari değeri, markası, müşteri çevresi ve ekonomik hayatta varoluş yer bakımından zararlara neden olacaktır. Yine kiracının ürün kira sözleşmesine konu etmiş olduğu bu işletmeleri işleterek semere elde etmek istemesi, kar elde etmek istemesi onun bu sözleşme için temel motivasyonunu oluşturmaktadır. Kiracı diğer kira sözleşmelerini yapmak yerine ürün kira sözleşmesini yaparak aslında bir girişimci olmayı hedefler ve bu amaçla kar elde etmek istemektedir. Bunu kira bedelini ödemiş olduğu kiralananın işletilmesi ve semerelerinin devşirilmesi ile sağlayacaktır.

70 Strobel (n 59) 28; Arpacı (n 60) 175 vd.; Becker, Berner Kommentar (n 19) 336. Serim Arkan (n 1) 86.

71 Strobel (n 59) 29; Arpacı (n 60) 175 vd.; Becker, Berner Kommentar (n 19) 336. Serim Arkan (n 1) 86.

72 Aker (n 1) 427; Altaş (n 1) 113; Klein-Blenkers (n 42) 65; Anspruchsg Grundlagen (n 17) 86; Strobel (n 59) 28; Rehninder (n 66) 77; Cebulla (n 39) 45; Stunder ve Hofer (n 19) 65; Fleischer (n 5) 849.

Kiralananın işletilmesi yükümlülüğünün hukuki niteliğine ilişkin olan bir diğer görüş ise; diğer davranış yükümlülüğü (özen yükümlülüğü) olduğudur⁷³. Bu son yıllarda oluşmuş bir değerlendirmedir. Gerekçe olarak ise TBK m.364 düzenlemesinde yer alan ama uygun ve iyi işletilme şartları dâhilinde bir işletme yükümlülüğünün gerçekleştirilmesi ileri sürülmüştür⁷⁴. Kiracı her kullanım sözleşmesinde aranan şart olarak kullanım yükümlülüğünü özenli biçimde yapmalıdır. Nitekim bu genel kira sözleşmesi bakımından da ayrıca düzenlenmiştir. Ancak ürün kirası sözleşmesinde kiralananın kullanımı ve işletilmesinde özenli olmanın ayrıca bir önemi bulunmaktadır. Nitekim kiracı bu sözleşme ile aktif bir yetkilendirmeye sahip olmuştur ve bundan dolayı göstereceği özen basit olarak değerlendirilemez.

Kiracının işletme yükümlülüğünün ürün kira sözleşmesinde onun karakteristik bir özelliği olduğunu savunan ve bu yükümlülüğü asli edim olarak değerlendiren görüşe⁷⁵ karşı aksi bir görüş bulunmaktadır. Buna göre bu unsurun tek başına ürün kira sözleşmesini tanımlamada yeterli olmadığını savunan görüş işletme yükümlülüğünün, iyi muhafaza etme yükümü ile birlikte değerlendirilmesinin daha doğru olacağını kabul eder⁷⁶. İyi muhafaza yükümü, kiracının TBK m.364 düzenlemesi ile işletme yükümlülüğünün önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Çünkü kiralananın iyi muhafaza edilmemesi halinde kiralanan ürün verme verimliliğini ya da ürünlerini kaybedecektir. Bu durumda kiralananın yeniden ürün kirası sözleşmesine konu olması mümkün olmayabilir ve uzun vadeli olarak kiraya veren zarara uğrayacaktır. Dolayısıyla genel kira sözleşmesindeki özenden

73 Kiracının kullanma ve işletme yükümlülüğünün hukuki niteliğini diğer davranış yükümlülüğü kapsamında kabul eden görüşün temelinde kiracının özen yükümlülüğünün bulunduğu ileri sürülmektedir. Kiracının işletme yükümlülüğünün zorunlu bir kural olmamasının bir sebebi olarak kiralananın bu işletilmemesinden dolayı zarar görmüyor olması ileri sürülmektedir. Darcan, (n 6), 49. Bu görüş değerlendirildiğinde öncelikle diğer özen yükümlülüğü, birincil yükümlülükler kapsamında diğer davranış yükümlülükleri olarak kabul edilir. Yan yüküm, özen yükümü ve diğer davranış yükümü olarak doktrinde farklı isimlere sahiptir ancak bu çalışma içinde karışıklık olmaması adına diğer davranış yükümlülüğü olarak kullanılacaktır. Diğer davranış yükümlülüğü içerisinde edim menfaati bulunmaz. Niteliği gereği koruyucu ve yardımcı yükümlülükleri konu edinir ve edim yükümlülüklerine bağımlıdır, tek başına talep ve dava edilemez. TBK m.364 düzenlemesi işletme yükümlülüğünü kiracının ya da kiraya verenin diğer davranış yükümlülüğü olarak düzenlenmemiştir. Doğrudan içinde bir edim menfaati barındırarak işletme, semere elde edilmesi ve risk unsurlarının sorumluluğuna katlanması gerekmektedir. Ürün kirası sözleşmesinin kiracısının edim menfaati ise kiralananı kullanmak, yararlanmak ve semelerini devşirmektir. Bu amaçlarla sözleşmeyi yapmaktadır, dolayısıyla kiracının amacı kiralananın ürün elde etmek ve işletme hakkını kullanmaktır. Dolayısıyla kullanma ve işletme yükümlülüğü diğer davranış yükümlülüğü olarak değerlendirilmemelidir.

74 Kiralananın kullanım ve işletilmesi yükümlülüğünü düzenleyen TBK m.364 düzenlemesi ile TBK m.372/2 düzenlemesinin beraber değerlendirilmesi sonucu ortaya çıkmış olan bu görüşe göre: kiralananın işletilmesinin onu muhafaza etmek ve özen göstermek kapsamında olduğu, böylece kiralananın değerinin korunması sağlanmıştır. Kiracı asli edim olarak kira bedelini öder ve bunun karşılığında kiralananı kullanma ve işletme yükümlülüğü kiracının yalnızca kendi menfaatini değil aynı zamanda kiralananın da değerini koruma menfaatini barındırır. Bu sebeple kiracı kira bedeli karşılığında elde ettiği kullanım ve işletme hakkına sahip olduğu kiralananın verimliliğinin ve değerinin korunmasını sağlamalıdır. Bu durumdan dolayı işletme yükümlülüğü bir diğer davranış yükümlülüğü olarak değerlendirilmelidir. Darcan, (n 6), 418 vd.

75 Ruhi ve Ruhi, (n 32), 1528; Öztürk, (n 24), 133; Ayşe Şahin, “Hasılat Kirası Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsurları Ve Tabi Olduğu Yasa Hükmüleri”, Prof.Dr Hüseyin Hatemi’ye Armağan 2, sayı Armağan (2009), s.1416.

76 Sağlam, “Ticari İşletmelerin Ürün Kirası Sözleşmelerine Konu Teşkil Etmesi ve Bunun Benzer Hukuki İlişkiler İle Karşılaştırılması”, (n 32), 148 vd..

daha büyük bir ağırlığa sahiptir. Bu görüşe göre TBK m.364 hukuki niteliği gereği diğer davranış yükümlülüğü olarak kabul edilmeli ve kiracının özenli davranışta bulunmasına hizmet etmelidir⁷⁷.

D. KIRALANANIN İŞLETİLMESİ YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN ŞARTLARI

Kiracının kullanma ve işletme yükümlülüğünü düzenleyen TBK m.364 kapsamında işletme ve kullanmaya ilişkin iki unsur bulunmaktadır. Bunun bir nedeni kiracının sözleşmeye uygun davranması; diğer nedeni ise TBK m.372 doğrultusunda geri verilmesi esnasında kiralananın durumunun değerlendirilmesidir. Kiracı hem sözleşme süresi boyunca hem de kiralananı iade ederken kiralananın durumunu iyi biçimde muhafaza etmiş olmalı hem de ürün verme kabiliyetini korumuş olmalıdır⁷⁸. TBK m.364 düzenlemesi ile kiracının işletme yükümlülüğünün belirli unsurlar çerçevesinde gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. Bunlar kiralananın “*özümlendiği amaca uygun*” ve “*iyi bir şekilde*” işletilmesidir. Ayrıca kiralanan iade edilirken kiralananın yönetimi, işletme yöntemi, araçları ve kiralananın formu olağan biçiminde muhafaza edilmiş olmalıdır. Kanun koyucunun belirlediği bu unsurların amacı kiracının kendi mülkiyetinde olmayan bir kiralananın özünün geçici bir süre içerisinde bozulmasını önlemek ve işletme yükümlülüğü yerine getirilirken kiraya verenin de mülkiyetinde bulunan kiralananın korunmasını sağlamaktır. Nitekim kiraya veren dolaylı zilyedi olduğu kiralananı koruyabilecek durumda değildir; bu sebeple kanun, kiralananın dolaysız zilyedi olan kiracının işletme yükümlülüğünü ifa ederken belirli şartlara uygun davranmasını öngörür.

1. Kiralananın Özümlendiği Amaca Uygunluk

Özümlenen amaca uygun olarak kiralananın kullanılması; kiraya verenin sözleşmede kiracıya tahsis ettiği amaç doğrultusunda kullanımıdır⁷⁹. Ürün kirası bakımından bu kullanıma ek olarak

77 Darcan, (n 6), 65; Erkan, (n 6), 98; Arslan, (n 33), 23. Ruhi ve Ruhi, (n 32), 1115.

78 TBK m.334 yasal düzenlemesinde genel kira sözleşmesi için getirilen kiralananın iadesi hususu düzenlenmiştir. Bu madde ile kiracı, kiralananı sözleşme süresi bitiminde iade edeceği zaman kiralananın olağan kullanımından dolayı gerçekleşen yıpranma ve eksimelerden sorumlu olmamaktadır. Hayatın olağan akışı içerisinde bir malın kullanılması dolayısıyla olağan bazı aşınma, eskime ve yıpranmaların olacağı açıktır. Bu eksiklik ve bozukluklar kiracının kullanım hakkını gerçekleştirirken yaşanabilecek olası sonuçlardandır ve kiraya veren kira sözleşmesini yaparken bu ihtimalleri göz önünde bulundurmakta ve kabul etmektedir. Buna karşın ürün kira sözleşmesinde özellikle kiralananın semere vermesi özelliğinin olması, kiracının teslim zamanındaki yükümlülüğünü ağırlaştırıcı niteliktedir. Çünkü semere veren bir malın kullanılmasının yanında işletilmesi ve işletme usullerinin doğru biçimde yapılması ve bunun bir süreklilik içinde olması kiralananın belirli bir süre değil uzun vadede korunmasını gerektirmektedir. Genel kira sözleşmesi bakımından TBK m.334 düzenlemesine aykırı davranan bir kiracı oluşan zararları tazmin etmekle yükümlü tutulmuştur. Oysa ürün kira sözleşmesinde kiralananın verimliliğinin azaltılması/yok edilmesi ya da işletme usulünün değiştirilerek semerelerin tamamen kaybedilmesine ve kiralananın niteliğinin yok olmasına yol açılması gibi durumlarda kiracının uzun vadeli olarak ve belki geri dönüşü bulunmayacak biçimde kiralananı zararlı olduğu kabul edilmelidir. Erol (n 1) 93; Serim Arkan (n 1) 85; Altaş (n 1) 113; Arslan (n 33) 42; Yılmaz (n 26) 3073.

79 Klein-Blenkers (n 40) 65; Altaş (n 1) 113; Arslan (n 33) 70; Stunder ve Hofer (n 19) 95. Nevran Suiçmez, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kiracının ve Kiraya Veren Yükümlülükleri”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaşa Armağan 19, sayı Özel 2017) 1607. Neşe Özkanoglu, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Kiraya Veren Tarafından Sona Erdirilmesi”, (Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi 2019) 42. Cramer Claus, “Horror Infernal-Die Wartung von Rauchwarnmeldern im Mietrecht” (Zeitschrift für Miet-und Raumrecht C.69, S.7 2016) 505. Möller Cosima, “Die Rechtsstellung des Mieters

kiralananın niteliğinin değiştirilmeden ve kiralananın işletilmesi yükümlülüğünün yerine getirilirken kiralananın yapısına, çalışma usulüne aykırılık olmadan işletme yükümlülüğü kabul edilir⁸⁰. Özgülenen amaca uygun biçimde muhafaza etme unsuru konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesi için de geçerlidir. Konut sıfatı ve yapısı ile kiralanan yalnızca bu amaca uygun kullanılır ve bu formu ile muhafaza edilir, bir depoya ya da ticarethaneye dönüştürülerek kullanılamaz. Bir işyeri statüsü ile kiralanan taşınmaz da aynı şekliyle ve amaçla kullanılmalıdır, konaklama yeri ya da depo olarak kullanılamaz. Bu unsur kullanma ve işletme yükümlülüğü bakımından daha önemlidir. Çünkü ürün kira sözleşmesinde tesislerin, arazilerin veya taşocağı gibi madenlerin ve özellikle ticari işletmelerin amaçları bellidir. Bunlar ekonomik değerlere sahiptir ve bunların özgüledikleri amaçlar dışında kullanımları sözleşmeye aykırılık teşkil etmesi yanında, kiralananın niteliğinin bozulmasına da yol açar. Kısacası kiralananın ürün verme kabiliyeti ortadan kalkarsa ya da azalırsa taraflar edim menfaatlerini de kaybederler. Örneğin: Türkiye'nin Çukurova bölgesinde pamuk ekimi ve üretimi yapılmak amacıyla içerisinde fabrikaların, makinaların ve arazilerin kiralananı halinde kiracı burada patates, buğday ya da gül ekimi ve üretimi yapamaz, benzer şekilde tesislerin ve araçların kullanımı pamuk işlenmesine özgü olduğu için bunun dışında tekstil ürünü işleyemez. Aksi takdirde bu hem kiralananın özüne uygun olmayan bir kullanım oluşturur hem de kiralananın işletilme usulleri bakımından borca aykırılık teşkil eder⁸¹. Türk Borçlar Kanunu m.364/I kiracının kullanma ve işletme yükümlülüğünde bu unsuru düzenlemiştir. Buna göre kiracı; kullanma, yararlanma ve ürünlerin toplanması için gerçekleştireceği yönetim işleri bakımından kiralananın özgülediği amaca uygun kullanma borcuna katlanacaktır⁸².

Kiracı, kira süresince kiralananın özgülediği amaca uygun kullanılması için gerekli tedbirleri alır, araçları temin eder, bakım ve onarımlarını yapar ve ilgili teknolojik yenilikleri de yerine getirir⁸³. Bu kiralananın kullanım elverişliliğini de kolaylaştırmakla beraber özgülenen amacın yerine getirilmesi ile herhangi bir zararın doğması önlenmiş olur, muhtemel riskler azaltılır. Örneğin: bir taş kömürü ocağı işletilmesinde kiracı gerekli madenin çıkartılması aşamasında madenin giriş ve çıkış yollarını güçlendirmeli, patlama ya da işlemler sonucu oluşabilecek çökmelere karşı maden içindeki cevher ocaklarının sağlamlığını arttırmalıdır.

Özgülenen amaca uygunluk unsuru, aslında kiralananın uygun bir disiplin içerisinde yönetilmesini ve gerekli araçların teminini de gerektirir⁸⁴. Özgülenen amaca uygun işletme usulü, ekonomik anlamda

in Rom und Karlsruhe" (Archiv für die civilistische Praxis 197.H. 6, 1997) 537 vd.; Babel Mathias, "Nutzungsrechte, Rechnungsabgrenzungsposten, schwebende Geschäfte ein "magisches Dreieck der Bilanzierung" (Steuerbelastung Steuerwirkung Deutscher Universitätsverlag Wiesbaden 2007) 12 vd..

80 Klein-Blenkers (n 40) 65; Altaş (n 1) 113; Arslan (n 33) 70; Stunder ve Hofer (n 19) 95. Suiçmez (n 79) s.1607.Özkanoglu (n 79) 42. Cramer (n 79) 505. Möller (n 79) 537. Babel (n 79) 30.

81 Tamer İnal, Borca Aykırılık ve Sonuçları, (Papatya 2015) 343; Tunçomağ (n 64) 144.

82 Becker, Berner Kommentar (n 19) 336; Higi (n 16) Art. 277 N.2; Fleischer (n 5) 849; Serim Arkan (n 1) 86; Altaş (n 1) 78.

83 Eren ve Başpınar (n 1) 221; Eren (n 2) 464; Altaş (n 3) 210; Hinz (n 45) 646; Klein-Blenkers (n 40) 89; Strobel (n 59) 29. "İşletme kiralalarında hasılat kiracısı "basiretli bir tacir" gibi davranmalı işletmenin verim kabiliyetine zarar vermemek için bütün gayreti göstermelidir. Kuşkusuz kiracının kiralananı iyi bir surette işletme, bilhassa hasılat kabiliyetli bir halde bulundurma borcunu ihlal etmesi sözleşmeye aykırılık teşkil eder." Yargıtay 14 HD E 2010/10574 K 2010/12098, 04.11.2010 Ruhi ve Ruhi (n 32) 1529.

84 Altaş (n 1) 113; Şahin (n 75) 125; Arslan (n 33) 116; Stunder ve Hofer (n 19) 137; Müller (n 41) 95.

önemli bir disiplin ölçütüdür ve ticari değerleri korumak, ürünlerin devamlılığını koruyabilmek amacıyla yönetimin aksatılmaması, işletmenin niteliğine uygun biçimde takibinin yapılması ve belirlenen amaca uygun biçimde davranılması gereklidir. Örneğin: yarış atlarının barındığı çiftlik ve tesisin arazisi ile birlikte kullanılmak ve işletilmek amacı ile kiralanması söz konusu olduğunda, bu işletmenin özünde yarış atlarının günlük bakım ve beslenmelerinin yapılması, antrenmanlarının takibinin yapılması, işletme içerisindeki atların ve çiftliğin geri kalanının sağlık ve temizlik hizmetlerinin rutin biçimde işletilmesi, hem ekonomik bir değer olarak kiralananın sürekliliğini sağlamak amacını taşır; hem de kiracının kiralananı kiralama amacına uygun olarak kullanma ve işletmesi sonucunda semerelerin devşirilmesi ve kâr elde edilmesini sağlar.

Kiralananın özgülendiği amaca uygun kullanılmaması ve işletilmemesi uygulamada yargı kararlarına konu olmuştur⁸⁵. Kiracı, kullanma ve işletme yükümlülüğünü yerine getirirken özgülünen amaca uygun hareket etmemesinden dolayı oluşan zararlardan sorumlu tutulur. TBK m.372/II'ye göre “*kiracı kiralananda oluşan değer kayıplarını tazmin etmelidir*”. Yargıtay kararlarına konu olan bir olayda, bir petrol ofisi işletmesinin ürün kirası sözleşmesine konu olmasına karşın kiracının işletme usulü bakımından kiralananın özgülendiği amaca uygun hareket etmemesi borca aykırılık hali biçiminde ele alınmıştır⁸⁶. Bunun sonucunda kiralananın ürün verme niteliği büyük ölçüde kaybolmuştur. Kiracının kiralananı belirlenen yöntemler dışında işletmesi, yönetim mekanizmalarının aktif çalışmaması ve gerekli kontrollerin yapılmaması sonucu oluşan zararlar ve göze alınan risklerin gerçekleşmesi durumunda sözleşmeye aykırılık meydana gelir.

2. Kiralananın İyi İşletilmesi

Kiralananın kullanılması ve işletilmesi yükümlülüğü kapsamında “*iyi bir biçimde işletme*” şartı bulunmaktadır. Bu şart işletme yükümlülüğün bir gereği olarak kiracının özenli davranışını sembolize eder. Kiracı işletme yükümlülüğünü yerine getirirken bu şekilde davranmalıdır. Bunun genel kira düzenlemeleri içerisinde özenli kullanım borcuna karşılık geldiği kabul edilmelidir ancak ürün kira sözleşmesinde işletme yükümlülüğünün bir parçası olması dolayısıyla yerine getirilmesi yalın bir özenli davranmaktan çok daha kapsamlı ve önemli olarak ele alınacaktır. Kiralananın ve ürünlerinin korunması gerekir, kiracı sözleşme boyunca işletme yükümlülüğünü yerine getirirken bir zarara yol açmamalıdır. Kiralananın ürün verebilme kabiliyeti sonuna dek mevcut olmalıdır. Bunun yanında TBK m.316 için özenli kullanım, bir diğer davranış yükümü şeklinde düzenlenmiştir oysa TBK m.364 içerisindeki “*iyi bir biçimde işletme*” yükümü işletme yükümünün yerine getirilmesi de bir şart olarak düzenlenmiştir.

85 Öztürk (n 24) 137. Yargıtay 3 HD E 2019/364 K 2019/6745, 17.09.2019 yargitay.gov.tr 17.02.2022; “*Kiracı, ya muaccel olan kira parasını ödemedi temerrüde düşmüştür* (BK. m.288) veya kiralananı tam bir özenle ve tahsis amacına uygun kullanmamaktadır (BK. m.289).” Yargıtay 14 HD E 2009/11379 K 2010/619, 26.01.2010; Yargıtay 10 HD E 2015/19229 K 2017/6480, 09.10.2017 Corpus İçtihat Arama 18.02.2022

86 Yargıtay 6 HD E 1988/1566 K 1988/6163, 18.04.1988, (Erişim: kazanci.com – 13.02.2022); Yargıtay 14 HD E 2010/9168 K 2010/10791, 18.10.2010; Yargıtay 3 HD E 2019/2519 K 2019/10687, 26.12.2019 Corpus İçtihat Arama 17.02.2022

İsviçre Borçlar Kanunu m.283 düzenlemesinde bu şart “*iyi yönetim/işletme*” (*sorgfältig bewirtschaften*) olarak düzenlenmiştir⁸⁷. Bu şartın amacı çiftliklerin, tarım arazilerinin varlığının korunması ve sürdürülebilirliğinin sağlanmasıdır. Kanun koyucunun işlenebilir toprakları korumak ve ekonomik bir değer taşıyan çiftlik ve buna benzer yapıların mülkiyetinin korunmasının yanında bu alanların kiralınması ile varlıklarının son bulmaması adına getirmiş oldukları bir şarttır⁸⁸. Bu koşul sermayesi az olan fakat yetenekli ve girişimci ruha sahip bir kiracının ürün kira sözleşmesi ile kiraladığı olduğu tarım işletmelerini ya da arazileri iyi yöneterek bağımsız olarak geliştirip kar elde etmeleri amacını taşımaktadır. Buna ek olarak iyi yönetim günümüzde de kiralananın işletme/yönetim kültürünü ve gelişimini iletirmektedir, bir kiralananın varlığını ve sürekliliğini koruyarak uzun süreler boyunca değişik kiracıların ellerinde varlığını devam ettirmektedir⁸⁹. Alman Medeni Kanun m.586 ise “*düzenli yönetim/işletme*” (*ordnungsmäßigen Bewirtschaftung*) kavramının kullanımını tercih etmiştir⁹⁰. Bir tesis ya da ticarethane ya da zirai alanın kiralınması bakım, özen ve düzenlilik içeren yönetim sistemine dayandırılır. Kiracının aldığı risklerin sorumluluğunun bilincinde olması düzenli yönetim şartını karşılamaktadır⁹¹.

Kiralananın işletilmesinin doğru ve iyi bir biçimde gerçekleştirilmesinin önemli olduğu bir nokta ise kiralananın niteliğidir. Kiracı, kiralananın mevcut varlıklarını yani müşteri çevresi, marka değeri, sahip olduğu teknoloji ve patentleri ile makineleri, araçları ve diğer unsurlarını muhafaza etmelidir. Bunlar kira sözleşmesi ile kendisine teslim edilmiş olan kiralananın parçalarını oluşturur. Yine bu parçalar da kiracının muhafaza etmesi gerekli olan parçalardır ve yönetim süresince varlıkları korunmalıdır. Kiracı kiralananı iyi işletme riskini üstlenmektedir ve iyi bir biçimde işletme eyleminin gerçekleştirilmesini sağlamalıdır. Ayrıca ürün kirası sözleşmesinde kiracı aktif bir rol oynamaktadır ve kira süresi içinde riskleri azaltmak kazançları arttırmak için eyleme geçecektir⁹². Bu eylemler iki biçimde olur: kiralananın cevherinin korunması ve kiralanda yenilik ve değişiklik yapılmasıdır.

87 Stunder ve Hofer (n 19) Art.283 N.1; Higi (n 16) Art.283 N.2; Guhl vd. (n 39) 405; Huguenin (n 39) 83. Serim Arkan (n 1) 89.

88 Rabe (n 17) 45; Hagenguth (n 17) 236. Gianluca (n 19) 12; Sonja Imoberdorf “Wie die Hilfe zum Bauer kommt” (2014) 36.

89 Rabe (n 17) 45; Hagenguth (n 17) 236; Imoberdorf (n 88) 32; Gianluca (n 19) 36.

90 Lütke Hanjery ve Haarstrich (n 18) Art.586 N.1; Lange, Wulff, ve Lütke Handjery (n 18) 98; Fikentscher ve Heinemann (n 49) 112; Strobel (n 59) Art.586 N.2; Klein-Blenkers (n 40) 311; Serim Arkan (n 1) 89. “*Borçlar Kanununun hasılat kirasına ilişkin hükümlerine göre, hasılat kirasında kiralayanın, birlikte kiralananmış menkul şeyler varsa bunlar dahi dâhil olduğu halde kiralananı sözleşmenin öngördüğü şekilde kullanma ve işletmeye elverişli durumda teslim etmekle yükümlüdür.*” Yargıtay 13 HD E 2011/6416 K 2011/9205, 13.07.2011 Corpus İçtihat Bankası 05.02.2022

91 Klaus Lützenkirchen ve Dickersbach Marc, Mietrecht, Kommentar zum Mietrecht (Verlag Dr. Otto Schmidt 2021) 25, <https://doi.org/https://doi.org/10.9785/ovs.978.350.4380359>; Serim Arkan (n 1) 80; Aker (n 1) 425. Lange, Wulff, ve Lütke Handjery (n 18) 93; Stunder ve Hofer (n 19) 18; Gianluca (n 19) 36; Strobel (n 59) 36. Yargıtay 6 HD E 2011/8621 K 2011/10000, 29.09.2011 Corpus İçtihat Bankası 05.02.2022

92 Genel kira sözleşme ve diğer kira sözleşmelerinin kiracı tarafı yükümlülükleri bakımından daha pasif konumdadırlar. Kiralananı kullanırken olumsuz eylemlerden kaçınmakla yükümlüdürler ve kullanımlarının niteliğinin olağan olması halinde kiralanan bir zarara uğramazken ürün kira sözleşmesinin konusu bakımından kiracı aktif bir yükümlülük içerisindedir. Burada kiracı yalnızca olumsuz eylemlerden kaçınamaz aynı zamanda olumlu biçimde davranarak kiralananın değer kaybetmesini de önlemelidir. Yükümlülüklerini yerine getirirken kiralananın zarar göreceği her türlü eylemi engellemeli ve özellikle bu uğurda işletme yükümlülüğünü iyi biçimde yerine getirmelidir. Sağlam, “Ticari İşletmelerin Ürün Kirası Sözleşmelerine Konu Teşkil Etmesi ve Bunun Benzer Hukuki İlişkiler İle Karşılaştırılması” (n 32) 149; Aker (n 1) 428; Sağlam “Ticari İşletmeye İlişkin Ürün Kirası Sözleşmesinin Kurulması ve İşletme Unsurları

a. Kiralananın İşletilmesi Süresi Boyunca Cevherinin Korunması

Ürün kirası sözleşmesine konu olan hak ve malların hepsinin ürün verebilme kabiliyetlerinin mevcut olması gereklidir. Bazı kiralananlar ise bir cevhere sahiptir. Bunlar maden ocakları, taş ocakları, petrol kuyuları gibi belirli bir süre içerisinde oluşmuş bulunan ve zamanla tükenebilecek nitelikte yerlerdir. Cevher, kiralananın özünü oluşturan maddedir ve bunun kaybolması o kiralananın da hukuki niteliğinde değişime yol açar⁹³. Örneğin: taş kömürü ocağının zamanla maden ürünü verebilme niteliğini kaybetmesi halinde burası artık kömür ocağı olarak kiralanamaz, ancak satış sözleşmesine konu olabilir.

Kiralananın özünün korunması özellikle ürün kira sözleşmesi bakımından önemlidir. Kiracının edim menfaatine ulaşabilmesi için bu öz korumalıdır. Kiralananın işletilmesi süresi boyunca dolaysız zilyet olan kiracı bu yetkinin kendisine sağladığı olanaklardan faydalanırken aynı zamanda bunun muhafazası için de elindeki araçları kullanır⁹⁴. Özellikle ticari işletme kiralamalarında kiralananın ticari değerinin korunması için de kiracı elindeki sermaye ve cevheri yönetirken iyi muhafaza etmelidir. Kiracı gerek kira sözleşmesi içerisinde gerekse daha sonra (dürüstlük kuralı gereği) kiralananın semere verme niteliğini kötü yönetim ya da olumsuz başka etkiler ile azaltmamakla yükümlüdür. Örneğin: bir maden işletmesinin kiralınması durumunda kiracı bu maden işletmesinin yönetimini kötüleştirir, kiralananın özünü (cevherini) kalıcı olarak kaybetmesine yol açar ise temerrüde düşmüş kabul edilir. Kiracı bundan doğan zararları karşılamakla sorumlu olacaktır.

Ürün kirası sözleşmesi konusunun özünün korunması pratik hayat için önemlidir ve kiralananın değeri yalnızca sözleşme hükümleri bakımından değil finansal sektör için de önemlidir⁹⁵. Ekonomik bir değeri olan ve işletilebilen bir kiralananın cevherinin kaybı hem taraflara hem de ülke ekonomisine zarar verecektir. Özellikle günümüzde şirketlerin ve girişimcilerin doğal kaynak alanlarına rağbet ettiği ve ülkelerin ekonomilerine belirli oranlarda katkı sağlayan bu cevher alanlarının korunması o toplumun da menfaatinedir. Günümüzde altın yataklarının, kömür madenlerinin ya da doğalgaz havzalarının korunması önemlidir. Ancak bu alanlar iyi ve mantıklı bir yönetimle daha kazançlı sermaye alanlarına dönüştürülebilir. Bu hem tarafların hem de ülkenin ve şirketlerin finansal

Üzerindeki Etkisi” (n 34) 183. Örneğin, bir maden işletmesinin kira sözleşmesine konu edilmesi durumunda kiracı bu işletmenin iyi yapılması ile yükümlüdür. Çünkü hem madenin semere verme niteliği kaybetmemesi, hem de uzun vadede kiralananın korunması kiralananın teslim edileceği zamana kadar korunmasını sağlamak ile yükümlüdür. İşletme yükümlülüğünün iyi biçimde yerine getirilmesi için kiracı maden işletmesinin gerekli bakımını yaptırmak, koruyucu önlemleri almak, makine teçhizatını en uygun teknoloji ile kullanmak ve işletmenin işletim usulünün düzenli takibini yapmak zorundadır. Bu davranışlar kiracının, ürün kirası sözleşmesi kiracısı olma statüsünün bir gereğidir. Kiracı aktif olarak rol oynadığı, risklerini üstlendiği bir sözleşme yapmıştır. Yargıtay 10 HD E 2015/19228 K 2017/6485, 09.10.2017 Corpus İçtihat Arama 25.02.2022

93 Gümüş (n 9) 174; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 240; Roger Weber, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I (Basel-Genf-München: Helbing&Lichtenhahn, 2015) 243. Yılmaz (n 26) 3072.

94 Erol (n 1) 94; Altaş (n 1) 113; Serim Arkan (n 1) 85; Tandoğan (n 1) 141 vd.; Zevkililer ve Gökyayla (n 1) 191 vd. Yargıtay 13 HD E 2009/11379 K 2010/619, 26/01/2010 Corpus İçtihat Bankası 22.02.2022

95 Sağlam “Ticari İşletmeye İlişkin Ürün Kirası Sözleşmesinin Kurulması ve İşletme Unsurları Üzerindeki Etkisi” (n 34) 181; Sağlam “Ticari İşletmelerin Ürün Kirası Sözleşmelerine Konu Teşkil Etmesi ve Bunun Benzer Hukuki İlişkiler İle Karşılaştırılması” (n 32) 150 vd.; Burak Özen, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, (Vedat 2008) 14 vd.; Klein-Blenkers (n 40) 107; Gianluca (n 19) 21; Hagenguth (n 17) 236; Rosemarie Kay vd., “Unternehmensnachfolgen in Deutschland 2018 bis 2022” (Institut für Mittelstandsforschung, sayı 18 2018) 36, <http://hdl.handle.net/10419/175370>.

sektördeki yerlerini olumlu anlamda etkileyecektir. Buna ek olarak bu doğal kaynakların ve bir cevhere sahip olan kiralananların zamanla tükenebilir kaynaklar olması bunların yönetiminin iyi yapılmasını, basiretli davranılmasını ve piyasa değerinin korunmasını daha da önemli kılmaktadır.

b. Kiralananın İşletilmesi Süresi Boyunca Kiralananda Yapılan Değişiklik ve Yenilikler

Türk Borçlar Kanunu m.320-321 ile genel kira sözleşmesi hükümleri içerisinde yenilik ve değişiklik yapılması düzenlenmiştir. Kiralananın değerinin korunması amacıyla yapılanlar yenilik, onun değerinin arttırılmasına yönelik eylemler ise değişiklik olarak kabul edilmektedir⁹⁶. Yenilik ve değişiklik kiracı tarafından yapılıyor ise kiraya verenin iznine bağlanmıştır⁹⁷. Kira süresi boyunca kiralanda bazı yenilik ve değişiklikler yapmak zaruri olabilir. Kiracı kiralanda yenilik ve değişiklik yaptığı zaman kiralananın özü değişmektedir. Örneğin: kiralanan yapının içindeki duvarların kırılarak odaların birleştirilmesi, zemin parkelerinin değişimi, içerisinde demirbaş olan eşyaların değiştirilmesi, balkon veya verandanın kapatılması ya da bahçe düzenlemesinin değiştirilerek çim alanın asfalt ile kaplanması. Kiracının bazı eylem ve davranışları ise kiralananın özünü etkilemez bu değişiklik ve yeniliklere örnek olarak; elektrik kablolarının düzenlenmesi, duvar boyasının yenilenmesi, demirbaş eşyalarının teknolojik araçlar eklenerek geliştirilmesi ya da dış cepheye güvenlik kamerası vs. takılması, çit çekilmesi verilebilir⁹⁸.

Kiracı mevcut durumu iyileştirmek için ya da kazancının arttırmak amacıyla kiralanda bazı yenilik ve değişiklikleri onun özüne zarar vermeden gerçekleştirebilir⁹⁹. Buna karşın kiralananın özünü etkileyecek nitelikteki yenilik ve değişiklikler için kiraya verenin onayını alması gereklidir. TBK m.364/II düzenlemesinde kiraya verenin izninin alınması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Kiralananın özünün ve kiraya verenin menfaatinin korunması için kiracı fiziki, yapısal ya da işletme usullerinde yenilik ve değişiklikleri yalnızca kendi tasarrufu ile gerçekleştiremez. Aksi halde oluşan zararlardan dolayı sorumlu olacaktır. Yapılması planlanan yenilik ve değişiklikler için kiraya verenin izninin alınmasında herhangi bir şekil belirlenmemiştir. İsviçre Hukuku için bu izin yazılı alınmalıdır şeklinde düzenleme yapmıştır¹⁰⁰.

96 İlker Öztaş, Kiralananda Yenilik ve Değişiklik Yapılması (Yetkin 2016) 28; Altaş (n 1) 83; Darcan (n 6) 81; Sağlam “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler” (n 2) 1018; İnceoğlu (n 6) C.1, 146 vd.; Erkan (n 6) 174; Gümüş (n 9) 85 vd..

97 Kiralananın yenilik ve değişikliğe uğraması kavramsal bakımdan belirgin bir sınırlamaya tabi tutulamaz. Kimi zaman kiralanda yapılacak bir yenilik onun aynı zamanda değişikliğine yol açması dolayısıyla belirgin bir ayırım yapılmasını mümkün kılmaz. Richard Permann, Mietrecht Kommentar mit Einschlagigen Bundesrechtlichen und Kantonalen Vorschriften (2007) Art.260 N.2; Higi (n 50) Art.260 N.13. Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 240 vd.

98 Yargıtay 6 HD E 2014/3243 K 2014/13973, 16.12.2014; Yargıtay 6 HD E 2014/6153 K 2014/9790, 16/09/2014, (Erişim: corpus.com.tr 10.06.2022); Yargıtay 3 HD E 2021/3570 K 2021/6656 , 16.06.2021; Yargıtay 3 HD E 2019/5313 K 2020/708 , 04.02.2020 (Erişim Yargıtay.gov.tr)

99 Higi (n 50) Art.260 N.12; Gümüş (n 9) 174; İnceoğlu (n 6) C.1 156; Öztaş (n 96) 146 vd. ; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Yetkin 2020) 258.

100 OR Art. 260 – 260a; İsviçre Borçlar Kanunu düzenlemesinde yenilikler ve değişiklikler için kiracı kiraya verenden yazılı muvafakatini almalıdır. Yazılı onay verilmemiş ise kiracı, kira süresi sonunda kiralananı eski halinde iade etmelidir. Bir zarar doğmuş ise bu zararı tazmin etmelidir. Yazılı onay olmadan yapılan değişiklik ve yenilikler sözleşmeye aykırılık oluşturur. Fleischer (n 5) 850; Higi (n 8) Art. 275 N.8; Şahin (n 78) 123 vd..

İşletme yükümlülüğüne katlanan kiracı, işletilme usulünü, kiralananın varlıklarını geliştirmek, iyileştirmek ve kazancını arttırmak yönünde kullanacaktır. Bu hem basiretli bir iş insanı olarak davranmasını hem de elindeki sermayenin artırılmasını sağlar. Ancak olağan durum haricinde yönetim metotlarında değişiklik ya da yenilik yapılması kazancın azalması rizikosuna yol açabilir. Bu durumun önlenmesi için kiraya verenden izin almalı ve bu yönde olumlu değişiklik ve yenilikler yaparak yeni işletme usulü uygulamalıdır. Çünkü kiralanda uzun vadeli olarak etkili olacak ve kiralananın ürün verme kabiliyetini etkileyecek işletme usullerini kiracı tek başına belirleyemez veya değiştiremez. Bu hem kiraya verenin mülkiyet hakkını korumak hem de kiralananın niteliğini ve değerini korunmak amacıyla yapılmalıdır¹⁰¹.

Kiracı ürün kira sözleşmesinde kiralananın kazanç elde etmek ve onu daha verimli yapmak amacıyla bazı yenilik ve değişiklikler yapabilir. Örneğin: kiralananı teknolojik gelişmelere uyumlu kılmak için yeni sürüm programları yüklemek, ek güvenlik donanımları eklemek, çiftlik hayvanları ve bitkileri için hijyen tedbirleri almak ve modern ekonomik politikaları geliştirmek gibi. Ancak bu yenilik ve değişikliklerden kiralananın özünü ya da işletme usulünü değiştirmeye yönelik olanlar için kiraya verenden izin alınması şarttır. Kiralananın özünün değiştirilmeden muhafaza edilmesi ve işletme yöntemlerinin kiraya verenin belirlediği formlara göre yönetilmesi asıl unsur olmakla birlikte ekonomik hayatın dengelerine uyum göstermek ve kazanç elde etmeyi arttırabilmek adına kiralananın özü korunarak geliştirmeler yapılabilir¹⁰². Bu uğurda alınan riskler kiracının sorumluluğundadır. Bu noktada kiracı basiretli iş insanı gibi hareket etmeli ve üstlendiği sorumlulukların sonucuna katlanmalıdır¹⁰³.

III. KİRALANANIN İŞLETİLMESİ YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİNİN SONUÇLARI

Kiralananın kullanılma ve işletilme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, geciktirilmesi hallerine bağlanan sonuç bu yükümlülüğün hukuki niteliği ile bağlantılı sonuçlara yol açar. Daha önce de ele aldığımız şekliyle işletme yükümlülüğünün asli edim yükümlülüğü olarak kabul edilmesi ve bu haliyle kiracının temerrüde düşmesi durumu bu başlık altında ele alacağımız bir konudur. Ürün kirası sözleşmesinin yalnızca kiralananın kullanılması amacıyla yapılmadığı bunun yanında ürün verme kabiliyeti olan kiralananın kullanılması ve işletilmesi gerektiği açıktır¹⁰⁴. Bu durum yalnızca tarafların yapmış oldukları sözleşme gereği değil kiralananın niteliği dolayısıyla TMK m.2 dürüstlük kuralının da bir gereğidir. Kiracının işletme borcunu yerine getirmemesi kiralananın ürünlerinin işlenmemesi, tesislerinin yönetilmemesi dolayısıyla oluşan zararlara yol açabilir. Ayrıca

101 Dahringer (n 5) 576; Stunder ve Hofer (n 19) 22; Gianluca (n 19) 24; Klein-Blenkers (n 40) 107; Anspruchsgrundlagen (n 17) 85; Altaş (n 1) 85 vd.; Öztaş (n 96) 141; Öztürk (n 24) 146; Serim Arkan (n 1) 457.

102 Altaş (n 1) 210; Eren ve Başpınar (n 1) 221.

103 Bahtiyar (n 34) 45; Serim Arkan (n 1) 36 vd.; Aker (n 1) 458; Sağlam "Ticari İşletmelerin Ürün Kirası Sözleşmelerine Konu Teşkil Etmesi ve Bunun Benzer Hukuki İlişkiler İle Karşılaştırılması" (n 32) 156 vd..

104 Altaş (n 1) 73 vd.; Erol (n 1) 31; Serim Arkan (n 1) 85; Zevkliler ve Gökyayla (n 1) 191. Bir sözleşmenin karakteristik özelliğini taşıyan yükümlülükler onun asli edim yükümlülükleridir. Asli edim yükümlülüğü tarafların asıl amacını oluşturmaktadır ve diğer sözleşmelerden ayrılmasını sağlamaktadır. Kiralananın işletilmesi yükümlülüğü de bir asli edim yükümlülüğü olarak kabul edilir Higi (n 50) 267; Peter Gauch vd. (n 7) 356; Wolfgang Wiegand "OR Basler Kommentar zum Obligationenrecht I" (2011) 125 vd.; Kocayusufpaşaoğlu vd. (n 49) 25 vd..

kiralananın işletilmemesi onun ürün verebilme kabiliyetini sona erdirir veya tehlikeye düşürür ise kiracı bundan sorumludur¹⁰⁵. Kiracının işletme yükümlülüğünü yerine getirmemesi ya da bunu kira süresi içerisinde geciktirmesi durumunda, kiralananın cevherine zarar verme veya kiralananın iadesi zamanında kiraya verenin menfaatine halel getirme ve nihayetinde temerrüde düşme sonucu gerçekleşecektir¹⁰⁶.

Kiralananın kullanılması ve işletilmesi yükümlülüğünün özgülendiği amaca uygun ve iyi gerçekleştirilmemesinin sonuçları TBK m.364 de düzenlenmemiştir. Bu durumda borçlunun temerrüdünün sonuçları için TBK m.358 düzenlemesi ile genel kira hükümlerine başvurulur. Öncelikle sözleşmenin ürün kirası sözleşmesi olması dolayısıyla kiraya verenin edim menfaatinin kiralanan iade edildiği zamanda iyi muhafaza edilme ve işletilip ürün verebilme özelliğine hala sahip olmasında yattığı kabul edilir¹⁰⁷. Kiralanan, kira süresi boyunca iyi işletilmemiş olmaktan dolayı cevherini önemli ölçüde kaybetmiş olabilir, kiralananın semerelerinin kalitesi düşmüş olabilir veya işletme usulü değiştirilmesi sebebiyle zarar oluşmuş olabilir. Bu ihlal halinde sözleşmeye uygulanacak hükümlerin neler olduğunun tespiti önemlidir. Çünkü kiraya veren kira bedelini eksiksiz alıyor olsa bile, kiralananın işletilmemesi dolayısıyla kiralanan uzun vadeli olarak işlevselliğini kaybetme riskiyle karşılaşır ya da kiralananın özüne bu işletmeme dolayısıyla zarar verilecek olursa, kiraya veren işletmenin gereğine uygun yürütülmesi için bir süre vermelidir. Bu edimin yerine getirilmesi için¹⁰⁸ verilen bu süre sonunda yine de işletme yükümlülüğü ihlal ediliyorsa sözleşme feshedilmelidir¹⁰⁹.

105 Erol (n 1) 94; Altaş (n 1) 86; Serim Arkan (n 1) 85. “...kiraya veren sözleşme süresince kiralananın kullanmaya elverişli halde bulunması için gerekli önlemleri almak durumundadır. Kiralananın sözleşme amacına uygun kullanılamayacak olması ya da kiralananın yararlanmanın önemli surette azalması halinde, kiracı kira sözleşmesini feshedebileceği gibi, kira bedelinde uygun bir indirim yapılmasını da isteyebilir.” Yargıtay 6 HD E 2014/8704 K 2014/12604, 18.11.2014, Corpus İçtihat Bankası 22.02.2022

106 Aker (n 1) 83 vd.; İnceoğlu (n 57) C.2, 126 vd.; Arslan (n 33) 85 vd.; Yılmaz (n 26) 3064; Ayşe Havutçu, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi 1995) 13 vd.; Altaş (n 1) 313 vd.; Serim Arkan (n 1) 85; Erol (n 1) 91 vd..

107 Ürün kirası sözleşmesinde hem tarafların edim menfaatlerine hizmet için hem de kiralananın değerinin korunması için işletme yükümlülüğünün yerine getirilmesi sözleşmenin asli unsurlarından birisidir. Kiraya veren, kira sözleşmesi süresi boyunca kullanmadığı ve işletemediği kiralananın işletilmemesi dolayısıyla uğrayacağı zarara karşın borçluyu temerrüde düşürebilme hakkına sahip olmalıdır. Özen (n 95) 14; Altaş (n 1) 80; Serim Arkan (n 1) 22; Erol (n 1) 39; Ahmet Türkmen “Kiracı tarafından kiralananın yenilik ve değişiklik yapılması (TBK m. 321)” (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 62, sayı 1 2013) 219; Tandoğan (n 1) 141; Zevkliler ve Gökyayla (n 1) 191; Yılmaz (n 26) 3074; Ercan Akyiğit, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira Sözleşmesi, (Seçkin 2012) 336. Aksi görüşe göre ise ürün kirası sözleşmesinin asli edim yükümlülüklerinin yerine getirilmesi geciktiriliyor ise temerrüt tazminatı ödenir. Buna ek olarak kiraya veren sözleşmeyi sona erdirebilir. İşletme yükümlülüğünün geciktirilmesi bir yan edim yükümlülüğü olarak kabul edilmedi durumunda borcun müspet ihlali günleme gelecektir. Bu halde yine kiracının tazminat ödeme borcu bulunur ancak borçlunun temerrüde düşmesi gündeme gelmeyecektir. Rona Serozan, “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku” (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası LVIII., sayı 1–2 2000) 243-244.

108 Bir edim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda menfaati olan taraf işin uygunluğuna göre karşı tarafa yerine getirme için bir süre tayin edebilir. Türk Borçlar Kanunu m.124 borçluya süre verilmesi gerekmeyen halleri düzenlemiştir. Ancak bu genel hüküm düzenlemesinin ürün kiralama sözleşmesinde hem kiralananın niteliği hem de işletme yükümlülüğünün kapsamı bakımından uygun bir süre verilmesine gerek görmeyebilir. Ancak çoğu ürün kira sözleşmesi içerisinde kiralananın işletilmesi uzun vadeye yayılmış ve süreklilik isteyen bir yükümlülük olduğu için TBK m.368 düzenlemesine göre en az altı aylık bir süre verilmesi uygun olacaktır.

109 Erol (n 1) 40; Altaş (n 1) 82; Serim Arkan (n 1) 85; Tandoğan (n 1) 141; “Ürün kirası sözleşmesinde, kiracının işletme yükümlülüğü mutlak anlamda kabul edilen bir edim yükümlülüğüdür ve bunu yerine getirmeyen kiracı borçlunun temerrüdüne düşecektir. Kiracıya yüklenebilecek bir işletme yükümlülüğü yoksa ortada ürün kirasının varlığından söz

Ürüne katılmalı kiralama sözleşmelerinde kiracının işletme yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumu da bu çalışmada ele alınmalıdır. Ürüne katılmalı kira sözleşmelerinde işletme borcunun yerine getirilmemesi, kira bedeli ve yan giderleri doğrudan etkilemektedir. Bu tip ürün kirası sözleşmesinde kiracı temerrüde düşünce kiraya verenin seçimlik haklarını kullanması mümkündür. Bununla birlikte kiraya veren kiracının borcunu yerine getirmesi için uygun bir süre veriyse TBK m.362/II düzenlemesi uygulama bulur¹¹⁰. Buna göre “*kiracı, kiralananın tesliminden sonra vadesi gelmiş kira bedelini veya yan giderleri ödemezse kiraya veren, kiracıya yazılı olarak en az altmış günlük bir önel verir. Bu süre içerisinde ödenmemesi durumunda sözleşmeyi feshedeceğini bildirebilir.*”

Borçlunun işletme yükümlülüğünün ihlal edilmesinin sonucu olarak bir görüşe göre TBK m.316 düzenlemesinin uygulanması gerekir¹¹¹. Buna göre “*kiraya veren, borca aykırılık sebebiyle konut ve çatılı işyeri kira sözleşmeleri için 30 gün süre verilerek bir irtarda bulunur ancak diğer kira sözleşmelerinde süre verilmeksizin fesih hakkını kullanabilecektir.*” Ancak TBK m.316 düzenlemesi konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesi hükümlerine uygulanan bir yasal düzenlemedir ve ürün kirası sözleşmesinde işletme yükümlülüğünün ihlali için tam kapsamıyla uygulanabilir değildir¹¹². TBK m.316 düzenlemesi ancak işletme yükümlülüğünün şartlarının gerçekleştirilmemesi durumunda gündeme gelebilecek bir diğer davranış yükümlülüğünün ihlali halinde uygulama alanı bulmalıdır¹¹³. Kiracının işletme yükümlülüğünü düzenleyen TBK m.364 düzenlemesinde borçlunun temerrüde düşmesi halinde kiraya veren sözleşmenin feshedilmesi hakkını kullanmalıdır¹¹⁴. Nitekim İsviçre Hukukundaki düzenleme bakımından da Federal Tarımsal Kiralama Yasası m.22b ile kiracının kullanma ve işletme yükümlülüğünü ihlali durumu düzenleme altına almıştır. Bu yasal düzenlemeye göre kiracı işletme

edilemez.” Şahin (n 77) 1423. Türkmen (n 107) 129; Yılmaz (n 26) 3074.

110 Erol (n 1) 106; Altaş (n 1) 205; Serim Arkan (n 1) 112; “Ürüne katılmalı kira sözleşmesinde, kiracının işletme borcunu yerine getirmemesi kira bedelini ve yan giderleri ödeyemeyeceğine karine oluşturmaktadır. Dolayısıyla ürüne katılmalı kira sözleşmesinde kiraya verenin, kira bedeli ve yan giderleri muaccel olduğu durumda süre verilmeksizin TBK m.123 ve TBK m.362 gereği sözleşmeyi feshedebilmesi gerekir” Yılmaz (n 26) 3074. aksi görüş için bkz. Aker (n 1) 382.

111 Bu görüşe göre TBK m.316 düzenlemesi kıyasen ürün kirası sözleşmesine uygulanmalıdır. Çünkü olağanüstü feshi düzenleyen TBK m.369 düzenlemesinin kapsamı işlem temelinin çökmesine neden olan önemli bir sebebin varlığıdır. Oysa irade veya kusur sebebiyle oluşan borca aykırı eylemlerin sonuçları için TBK m.316 düzenlemesi uygulama alanı bulmaktadır. Arslan, (n 33), 225; Darcan, (n 6), 188. Yargıtay 6 HD E 2016/8493 K 2016/6719, 16.11.2016, (Erişim: kazancı.com – Erişim Tarihi:21.02.2022)

112 TBK m.316 düzenlemesinin ürün kira sözleşmesine uygulanması halinde süresiz fesih hakkının kiraya verene tanınması, işletme kirası sözleşmesi bakımından sözleşmenin hukuki niteliğine ve sözleşme yapısına aykırı olacaktır. Bu sebeple konut ve çatılı işyeri kira sözleşmeleri için düzenlenen madde ürün kira sözleşmesi için uygulama alanı bulmamalıdır. Çünkü ürün kirası sözleşmesi içerisinde işletme kiralananı ve semere veren kiralananı yönelik hizmetler ve iş ilişkileri mevcuttur, bu niteliklerin tasfiye edilmesi için farklı bir usul uygulanmalıdır. Yavuz, Acar ve Özen (n 2) 711; Aker (n 2) 368. Yargıtay 6 HD E 2013/6657 K 2013/10632, 18/06/2013, Corpus İçtihat Bankası 11.02/2022

113 “Türk Borçlar Kanunu’nun 316.maddesi hükmü uyarınca kiracı kiralananı sözleşmeye uygun olarak özenle kullanmak ve kiralananın bulunduğu taşınmazda oturan kişiler ile komşulara gerekli saygıyı göstermekle yükümlüdür. Kiracının bu yükümlülüğe aykırı davranması durumunda sözleşmeye aykırılık nedeniyle tahliyesine karar verilebilmesi için kiraya verenin konut ve çatılı işyeri kirasında kiracıya en az otuz gün süre vererek aykırılığın giderilmesini, aksi takdirde sözleşmeyi feshedeceğini yazılı olarak bildirmesi ve tanınan bu süre içerisinde de akde aykırılığın giderilmemiş olması gerekir. Diğer kira ilişkilerinde ise, kiraya veren, kiracıya önceden bir irtarda bulunmaksızın, yazılı bir bildirimle sözleşmeyi hemen feshedebilir” Yargıtay 6 HD E 2015/8992 K 2016/308, 25.01.2016, Corpus İçtihat Bankası 11.02.2022

114 Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 712; Aker (n 1) 83; Darcan (n 6) 369.

yükümlülüğünü yerine getirmez ise (m.22b/a) bildirim yapılması ve altı ay sonunda sözleşmenin yazılı olarak feshedilmesi mümkün olacaktır¹¹⁵.

İşletme yükümlülüğünü düzenleyen TBK m.364 düzenlemesinde kiracı iki biçimde zarar verebilir. Bunlardan birincisi daha önce ele aldığımız borçlunun temerrüdünü de oluşturan asli edim menfaatine zarar veren kiralananın işletme borcunu yerine getirmemesidir. İkincisi ise diğer davranış yükümlülüğü olarak kiralananın işletilirken özgülendiği amaca uygun olmayan ya da iyi biçimde olmayan nitelikte yönetilmesidir. TBK m.364 düzenlemesinin bu diğer davranış yükümlülüğünü oluşturan kısmının yerine getirilmemesi durumunda kıyasen genel kira sözleşmesi düzenlemeleri içerisindeki TBK m.316 yani özenle kullanım yükümlülüğünün ihlal edilmesi uygulanmalıdır¹¹⁶. Kısaca TBK m.364'ün ihlal halleri iki alan içerisinde ele alınırsa, ilki doğrudan işletme yükümlülüğünün yapılmaması ya da asli edim yükümlülüğünün geciktirilmesi biçiminde ihlalidir ve bu durumda borçlunun temerrüdü hükümleri uygulama bulur. İkincisi ise kiracının diğer davranış yükümlülüklerinin ihlal etmesidir ve bu ihlal hallerinde TBK m.316/II maddesi uygulanır¹¹⁷. Bu düzenleme nispi emredici niteliktedir ve kiracı lehine olması dolayısıyla kiracının durumunu ağırlaştıramaz¹¹⁸. Ancak TBK m.316/II düzenlemesinin uygulanması bakımından sınırlı bir alan vardır¹¹⁹. Bu alan kiracının diğer davranış yükümlülüğü bakımından uygulama alanı bulur ancak işletme yükümlülüğünün ihlal edilmesi bakımından TBK m.316 yeterli çözüm getirmemektedir.

Kiracının TBK m.364 düzenlemesi içerisindeki diğer davranış yükümlülüğünün ihlali sonucunda TBK m.316/II değil TBK m.369 maddesi ile önemli sebeple sözleşmenin feshedilmesi gerekli olduğunu savunan bir görüş bulunmaktadır¹²⁰. TBK m.369 düzenlemesinin uygulanması halinde kiracıya ihtar yapılmadan altı aylık bildirim süresine uygun biçimde davranılarak sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı mevcuttur¹²¹. Bu özel bir fesih yöntemidir. Kiracının, kira sözleşmesinde kiralananı işletmemesi asli edim yükümlülüğü olması sebebiyle taraflar edim menfaatini taşımakla birlikte, kiralananın niteliğine uygun bir kullanımı teşkil etmektedir dolayısıyla işletme yükümlülüğüne

115 Stunder ve Hofer (n 19) 37; Dahringer (n 5) 576; Blumer (n 5) 89.

116 TBK m.316/I düzenlemesine göre, “Kiracı, kiralananı sözleşmeye uygun olarak özenle kullanmak ve kiralananın bulunduğu taşınmazda oturan kişiler ile komşulara gerekli saygıyı göstermekle yükümlüdür.” Görüleceği gibi bu düzenlemede kiracının özenli kullanımı ile ilgili bir düzenleme bulunmaktadır. Konumuz itibarıyla ele alınan kullanma ve işletme yükümlülüğünün, uygun kullanımı ve iyi işletilmesi TBK m.316 düzenlemesi ile beraber ele alınırsa kiralananın iyi işletilmemesi, kullanma yükümlülüğünün özenli yapılmaması bakımından uygulama alanı bulacaktır. Arslan (n 33) 162. İncoğlu (n 6) C.1 218.

117 TBK m.316/II düzenlemesine göre ise “Kiracının bu yükümlülüğe aykırı davranması durumunda kiraya veren, konut ve çatılı işyeri kirasında, en az otuz gün süre vererek, aykırılığın giderilmesi, aksi takdirde sözleşmeyi feshedeceği konusunda yazılı bir ihtarla bulunur. Diğer kira ilişkilerinde ise, kiraya veren, kiracıya önceden bir ihtarla bulunmaksızın, yazılı bir bildirim ile sözleşmeyi hemen feshedebilir.”

118 Gümüş (n 9) 301; “Özenle kullanma borcunun hafifletilmesi ya da kira sözleşmesinin feshinin şartlarının ağırlaştırılması mümkün iken; ihtar çekme veya süre verme yükümlülüğünün kaldırılması ya da özenle kullanma yükümlülüğünün kapsamının kiracı açısından hakkaniyete aykırı olacak şekilde genişletilmesi mümkün değildir.” İncoğlu (n 6) C.1 361.

119 İncoğlu (n 6) C.1 367; Murat Doğan, “6098 Sayılı TBK’na Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümleri Değerlendirilmesi” (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, sayı Özel Sayı, Prof.Dr.Cevdet Yavuz’a Armağan 2011) 501; Nihat Yavuz, Kira Sözleşmesinin Feshi, Bedelin Belirlenmesi, Alacağı ve Tazminat Davaları (Adalet 2013) 214. Yargıtay 6 HD E 2012/12744 K 2012/14746, 14.11.2012

120 Aker (n 1) 369; Serim Arkan (n 1) 118; Altaş (n 1) 78; Erol (n 1) 106.

121 Higi (n 16) Art.295 N.9; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 704; Aker (n 1) 368.

aykırı davranılması kira ilişkisini çekilmez bir duruma dönüştürebilir. Kiralanan, kira süresi boyunca işletilmeden muhafaza edilmesi durumunda hem kiracının edim menfaati tehlikeye girer, hem de kiralananın işletilmemesi sebebiyle kiracı temerrüde düşer ve sonuçta kiraya veren sözleşmeyi önemli sebeple feshedilebilir.

E. KİRALANANIN İŞLETİLMESİ KAPSAMINDA KİRALANANDA YAPILAN YENİLİK VE DEĞİŞİKLİKLERİN SONUÇLARI

İşletme yükümlülüğü yerine getirilirken kiraya verenin izni olmaksızın işletme usulü değiştirilemez ve kiralanda iade sonrasında etkisi görülebilecek yenilik ve değişiklik yapılamaz. Bu TBK m.364/II düzenlemesi kiracının yükümlülüğüdür. Kiracı, kiralananın özünü ve işletme usulünü sözleşme süresi boyunca iyi biçimde muhafaza etmelidir. Bu hem dürüstlük kuralı gereği hem de sözleşmeden kaynaklan bir yükümlülüktür. Kiraya verenin izninin alınmasını gerektiren durumlar esasen kiralananın cevherini korumak amacını taşır. Kiralanan uzun vade içerisinde kiraya verenin tasarrufu altında olacağından dolayı onun korunması esastır. Kiracının bu yükümlülüğü de onun asli edim menfaatinin korunmasına ve yerine getirilmesine yardımcı nitelikte olduğu için diğer davranış yükümlülüğü kapsamındadır¹²². Kiracı özenli davranmak ve gerekli araçların kullanımını zamanında yapmak zorundadır. Örneğin: bir at çiftliğinde kullanılan temizlik araçlarının değiştirilmemesi, çiftlikte bulunan ahır odalarının kırılıp birleştirilmemesi ve taşıyıcı kolonlara zarar verilmemesi gereklidir. Bunlar bu ticari işletmenin özüne yönelik yenilik ve değişikliklerdir. Dolayısıyla kiraya verenin izni gereklidir. Ancak çitlerin yenilenmesi, güvenlik sistemi kurulumu ve döşenmesi, ahırın temizlik saatlerinin değiştirilmesi ya da çiftliğin boyanması onun özü ile ilgili bir yenilik ve değişiklik oluşturmaz.

İşletme yükümlülüğü yerine getirilirken kiraya verenin izni olmaksızın kiralanda yenilik ve değişiklik yapılması borca aykırılık oluşturur¹²³. Çünkü TBK m.334 düzenlemesi doğrultusunda kiracının iade borcu kiralananın teslim alındığı haliyle gerçekleştirmesi gereklidir aksi durumda sözleşmeye uygun kullanım borcunun ihlal edildiği kabul edilir. Yine işletme yükümlülüğü yerine getirilirken izin alınmaksızın yapılan yenilik ve değişiklik yalnızca kiralananı yıpratması halinde borca aykırılık oluşturacaktır¹²⁴. Buna göre kiralanda yapılan yenilik ve değişiklik, kiraya verenin

122 Ürün kira sözleşmesi konusu olan bir at çiftliğinin kiralınması durumunda kiracı bu çiftliğin üçüncü kişilere karşı korunmasını sağlamalıdır. Bunun için güvenlik sistemi kurabilir, güvenlik sistemi kurulu ise bakımını yaptırabilir, atların beslenmesi için gerekli olan gıdaların denetiminin yapılması, çiftlikte tamirati gerekli olan ve tamirati yapılmaz ise daha fazla zarara neden olacak işleri yaptırmalıdır. Bu eylemler kiracının diğer davranış yükümlülüğünün kapsamındadır. Kiracı edim yükümlülüğünü ifa ederken bunun iyi biçimde muhafaza edilmesi ve niteliğine uygun yapılması adına gerekli yenilik ve değişiklikleri yapabilir. İncoğlu (n 6) C.1 373; Yavuz (n 119) 213; Serim Arkan (n 1) 116; Tandoğan (n 1) 150.

123 Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri 511; Tandoğan (n 1) 144.Higi, (n 50) Art.260a N.27; Haluk Burcuoğlu, Yargıtay Kararları Işığında 6570 sayılı Yasa'ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi (Filiz 1993) 174.

124 Tekinay vd. (n 50) 23.Burcuoğlu (n 123) 181; Doğan (n 119) 253.Türkmen (n 107) 234. Higi (n 50) Art.260a N.27.

izni olmaksızın yapılmış olsa bile, kiralananı daha iyi ve daha gelişmiş bir niteliğe çıkarmış ise borca aykırılık olarak kabul edilmemelidir¹²⁵.

Kiracı ürün kirası ile aktif bir rol üstlendiği için kazanç elde edebilme ya da kazancını arttırmak için işletme yükümlülüğünü şartlarına uygun olarak yerine getirir¹²⁶. Kiralananın işletilme süresi boyunca içindeki araçların, makinaların, teknik cihazların ve donanımların ve hayvan ile bitkilerin korunması, ürün verebilme kabiliyetlerinin sürdürülebilirliği sağlanmalı ve cevherler iyi muhafaza edilmelidir¹²⁷. Bu ekonomik hayatın içinde var olabilmek adına gelişmeler karşısında öngörülebilir riskler ortadan kaldırılmalıdır. Kiracı işletmenin değerini koruyabilmek adına yenilik ve değişiklikler yapabilir ancak bunlar işletme usulü ve kiralananın özünü riske atacak ise kiraya verenin izninin alınması gereklidir. Kiracının kullanım ve işletme yükümlülüğünü yerine getirirken meydana gelen olağan yıpranmalar ve eksilmeler borca aykırılık teşkil etmez¹²⁸.

Kiralanda kiraya verenin izni olmaksızın yapılan yenilik ve değişikliklerin yaptırımı bakımından TBK m.316/II düzenlemesi değerlendirilir ve TBK m.358 hükmü gereğince ürün kira sözleşmesinde hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulama alanı bulur. Buna göre eğer sözleşme konut veya çatılı işyeri kirası olsaydı kiraya veren otuz günlük bir bildirim süresi sonunda borca aykırılığın giderilmesini isteyebilecekti ürün kirası sözleşmesinde süre verilmeksizin yazılı bir bildirim ile sözleşme hemen feshedilebilmektedir¹²⁹. Kiraya veren sözleşmeyi feshetmeden önce ihtarname gönderebilir. Bu ihtarnamenin niteliği kiralananın zarar görmesini önleyicidir ve ihtarname kiracının uyarılması amacını taşır. Ancak bu ihtarname gönderilmesi zamanı kiracının yenilik ve değişiklik yapmasından önce öğrenilmesi şartına bağlıdır¹³⁰. Benzer biçimde kiraya veren yenilik ve değişikliğin yapılması süresinde öğrenmiş ise bunun durdurulması için bir ihtarname gönderebilir, yapılanların eski haline getirilmesini kiracıdan talep edebilir ve bir zarar doğmuş ise bunların karşılanmasını isteyebilir¹³¹. Yargıtay kararları da işletme yükümlülüğünün yerine getirilmesi süresi boyunca kiraya verenin izni olmaksızın yapılan yenilik ve değişikliklerin fesih sebebi olduğunu kabul eder¹³².

125 Burcuoğlu (n 123) 181; Türkmen (n 107) 235; Doğan (n 119) 253; Gülşah Sinem Aydın, Kira Sözleşmesini Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi (TBK m.327-333) (On İki Levha 2013) 234 vd.. Ayrıca kiraya verenin izni olmadan yapılan yenilik ve değişiklik nedeniyle kiralanda bir değer artışı meydana gelmişse, kiracı bundan dolayı herhangi bir hak talep edemez. Buna karşılık yapılan yenilik ve değişiklik nedeniyle, kiralanda bir değer azalması meydana gelmişse, kiracı bunu tazmin etmek zorundadır Higi (n 50) Art.260a N.40; Rolf H. Weber, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97 – 109, 2000, Art.260 N.1; Türkmen (n 107) 236.

126 Gümüş (n 9) 158; İnceoğlu (n 6) C.1 371; Aker (n 1) 353; Aydoğdu ve Kahveci (n 123) 512.Serim Arkan (n 1) 117.

127 Aker (n 1) 353; İnceoğlu (n 57) C.2 379; Aydoğdu ve Kahveci (n 123) 512; Arslan (n 33) 164.

128 İnceoğlu (n 6) C.1 379; Gümüş (n 9) 156; Aker (n 1) 353; Aydoğdu ve Kahveci (n 123) 512.

129 Yavuz (n 119) 125 vd. ; Yılmaz (n 26) 3074; Türkmen (n 107) 78 vd.; Öztaş (n 96) 45 vd.; Sağlam, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler” (n 2) 1021 vd..

130 Higi (n 50) Art.260a N.30; Permann (n 97) Art.260a N.4; Türkmen (n 107) 235; Öztaş (n 96) 38 vd..

131 Öztaş (n 96) 35 vd.; Türkmen (n 107) 235; Higi (n 50) Art.260a N.30 ; Eren (n 2) 445 vd.; Darcan (n 6) 131 vd.; İnceoğlu (n 57) C.2 372 vd..

132 Yargıtay 6 HD E 2009/5761 K 2009/9432, 05.11.2009; Yargıtay HGK, E. 1961/6-120, K. 1961/85, 20.12.1961. (kazancı. com 22.02.2022)

SONUÇ

Ürün kirası sözleşmesi geçmişten günümüze değeri artan sözleşme tiplerindendir. Güncel araştırmalara bakılacak olursa ekonomik açıdan sermaye artırımını sağlamak ve bunu daha küçük miktarlarla başlatarak gerçekleştirmek noktasında bu sözleşme önemlidir. Bugün pek çok şirket ve girişimci herhangi bir mal ya da hakkın mülkiyetinin getirdiği ağır masraflardan kaçınmak amacıyla ürün kirası sözleşmesi yapmaktadır. Böylece kiralanan mal veya hakların belirli bir süre kullanımını ve işletilmesini sağlayarak ekonomik menfaatlerini gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır. Özellikle son on yıllık süreçte finansal sektörde yaşanan dalgalanmalar ve krizler bunların yanında teknolojik ilerlemeler ve son yıllarda yaşanan ekonomik dengelerin değişmesi şirket ve girişimcileri daha kısa ve daha az sermaye ile daha çok kazanç elde etmeye itmiştir. Ürün kirası sözleşmesi hem bireysel kazançlara hizmet etmekte hem de işletilebilecek alanların sürdürülebilirliğinin korunması bakımından ülke ekonomisine hizmet etmektedir.

Ürün kirası sözleşmesinin karakteristik unsurlarından biri kiralananın işletilmesidir. İşletme hem bir hak hem de bir yükümlülük olarak kiracıya devredilmektedir. Ayırt edici bir yükümlülük olan işletme, kiralananın kira süresi boyunca yönetim işlerinin yapılmasını, ürünlerin toplanmasını ve taraflara kazanç getirmesini kapsar. Hukuki niteliği bakımından tartışmalı olan TBK m.364 düzenlemesi, kiracının kullanma ve işletme yükümlülüğünü hüküm altına almıştır. Tarafların sözleşmeyi yapmalarındaki asıl amacı taşıması bakımından işletme yükümlülüğü asli bir edim yükümlülüğü olarak kabul edilir. Asli edim yükümlülüğü sözleşmeye karakteristik unsurunu vermektedir ve edim menfaatinin taşımaktadır. Kiracı bu yükümlülüğü üstlenmesinin karşılığında kazanç elde edecek ve finansal olarak sermayesini arttıracaktır.

Kiracının kullanma ve işletme yükümlülüğünün bir asli edim yükümlülüğü olmasının sonucu olarak kiracının bunu ihlal etmesi halinde, kiraya verenin bazı talep ve dava hakları bulunmaktadır. Asli edim yükümlülüğü sözleşmenin olmazsa olmaz unsurunu taşımaktadır ve taraflar bu amaçları gerçekleştirmek için çeşitli yükümlülüklerle katlanırlar. Ancak bunun ihlal edilmesi borca aykırılık anlamına gelir. Çünkü kiraya veren, kiralananı ve ürünlerini işletilmesi amacıyla da kiracıya devretmiştir. Kiracının bunu işletmemesi hem işletmenin devamlılığının kaybolması, hem ürünlerin zarar görmesi hem de kiraya verenin mülkiyetindeki bir mal ya da hakkın uzun vadeli olarak zarar altında kalması anlamına gelir. Kiracı işletme yükümlülüğünü yerine getirmez ise, TBK m.369 düzenlemesinden önce genel düzenleme içerisinde bulunan borçlunun temerrüdü hükümleri uygulanmalıdır. Bu halde TBK m.368 düzenlemesindeki bildirim süresine bağlı olarak kiraya veren önce borcun yerine getirilmesini ve bu yapılmaz ise sözleşmenin feshini gerçekleştirmelidir. Ancak kiralananın niteliği gereği ve son seçenek olarak TBK m.369 uygulanmalıdır. Buna göre asli edim yükümlülüğünü yerine getirmemiş ve temerrüde düşmüş olan kiracının sözleşmesi önemli sebebin varlığı gerekçesiyle kiraya veren tarafından feshedilir.

Bu çalışma ile vurgulanmaya çalışılan bir diğer nokta ise kiralananın kullanılması ve işletilmesi süresince zorunlu olan şartlara uyulmasıdır. Kiracı işletme yükümlülüğünü yerine getirirken kiralananı özgülendiği amaca uygun kullanılmalı ve iyi biçimde işletmelidir. Bu şartlar altında

kiralananın iyi muhafaza edilmesi amacına hizmet eder. Bu çalışmada işletme yükümlülüğünün şartlarını oluşturan unsurların aslında kiracının özenli davranması ile paralel olduğu ve birincil yükümlülükler içerisindeki diğer davranış yükümlülükleri içinde yer aldığı ele alınmıştır. Kiracının kiralananı iyi muhafaza etme borcunun diğer davranış yükümlülüğü olarak TBK m.364 ve m.316 yasal düzenlemeleri ile birlikte değerlendirilmesi gereklidir. Bu yükümlülüğün amacı işletilme yükümlülüğünün yerine getirilmesine yardımcı olmak ve onun korunmasını sağlamaktır. Çünkü bilindiği gibi diğer davranış yükümlülüğü içinde bir edim menfaati barındırmaz, bundan dolayı edim yükümlülüğüne bağımlı bir yapıdadır. Diğer davranış yükümlülüğünün amacı edim yükümlülüğünün yerine getirilmesine yardım etmek ve onun korunmasını sağlamaktır. Diğer davranış yükümlülüğünün ihlal edilmesine ilişkin ayrıca bir yaptırım bulunmaz. Diğer davranış yükümlülüklerinin ihlal edilmesinin yaptırımları edim yükümlülüklerinin talep ve dava edilmesiyle birlikte gerçekleşir. Kiracı kiralananın özgülendiği amaca uygun hareket etmemesinin veya iyi işletilmemesinin sorumluluğunu üstlenmektedir. Eğer bunlardan doğan bir zarar varsa bunun tazmin edilmesini sağlar. Ayrıca önceki BK m.256 düzenlemesinin revizyonu sonucu TBK m.316 düzenlemesi ikinci fıkrasında özenle kullanımın ihlal edilmesinin yaptırımını düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre kiraya verenin son çare olarak fesih hakkını kullanabileceği kabul edilir.

KAYNAKÇA

- Acar F, *Kira Hukuku Şerhi (TBK m.299-321)* (Beta 2015).
- Aden M, '2. Kapitel. Vertragstypen des BGB-Bereitungsverträge' in BGB – Leicht: Einführung in das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches (Oldenbourg Wissenschaftsverlag 2018) 258–272. <https://doi.org/https://doi.org/10.1515/978.348.6814620-014>.
- Aker H, *Ticari İşletme Kirası* (Yetkin 2012).
- Akyiğit E, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi* (Seçkin 2012).
- Akyol C, 'Türk Borçlar Kanununa Göre Alt Kira Sözleşmesinde Tarafların Yükümlülükleri' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi 2016).
- Altaş H, *Hasılat ve Şirket Kirası (BK M.270-298)* (Yetkin 2009).
- Anspruchsgrundlagen B, 'Kapitel 5 Miete/Betriebskosten' in Das Mietrechtsgesetz (Verlag Dr. Otto Schmidt 1963) <https://doi.org/10.1515/978.311.2351963-048>.
- Antalya OG, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I* (Legal 2015).
- Aral F ve Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Yetkin 2020).
- Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2012).
- Arkan SA, *Hasılat Kirasında Tarafların Hak ve Borçları* (Beşir 2010).
- Arpacı A, *Kira Hukuku ve Uygulaması* (Temel 2002).
- Arslan Z, 'Ürün Kirası Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kiralananın İadesi' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Şehir Üniversitesi 2015).
- Aydın GS, *Kira Sözleşmesini Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi (TBK m.327-333)* (On İki Levha 2013).
- Aydoğdu M ve Kahveci N, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Adalet 2014).
- Baader C, Müller L ve Schuler J, *Agro Recht. Ein Ratgeber für die Landwirtschaft zu allgemeinen und bäuerlichen Rechtsfragen* (Agridea 2011).
- Bahtiyar M, *Ticari İşletme Hukuku* (Beta 2013).

- Bauer F, *Anspruch auf Erfüllung vertraglicher Nebenpflichten?* (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG 2013).
- Becker H, *Berner Kommentar* (Verlag Stampfli & Cie 1945).
- Becker H, *Landpachtrecht: BGB-Vertragsrecht, Landpachtverkehrsgesetz* (HLBS 2017).
- Blumer M, *Schweizerisches Privatrecht, Gebrauchüberlassungs – verträge (Miete, Pacht)* (Helbing Lichtenhahn 2012).
- Bucher E, *Obligationenrecht Besonderer Teil. 3* (Schulthess 1988).
- Burcuoğlu H, *Yargıtay Kararları Işığında 6570 sayılı Yasa'ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi* (Filiz 1993).
- Canaris CW ve Wolf M, 'Schuldrechtsmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002' iç *Karlsruher Forum 2002 – Schuldrechtsmodernisierung Mit Vorträgen von Claus-Wilhelm Canaris und Manfred Wolf* (Editör Egon Lorenz) (VFW GmbH 2017).
- Cebulla M, *Die Pacht nichtsächlicher Gegenstände – Rechtspacht und Pacht besonderer Gegenstände im Wirtschaftsleben* (De Gruyter 1999) <https://doi.org/10.1515/978.311.0895766>.
- Dahringer B, 'Der Pachtvertrag' in *Management in der Hotellerie und Gastronomie* (De Gruyter 2021) <https://doi.org/10.1515/978.311.0684506>.
- Darcan Ş, 'Ürün Kirası Sözleşmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2020).
- Doğan M, '6098 Sayılı TBK'na Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümleri Değerlendirilmesi' (2011) (Özel Sayı) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof.Dr.Cevdet Yavuz'a Armağan) 501.
- Del Duca D, 'Serviceverträge und Nebenkosten unter besonderer Berücksichtigung von Serviceverträgen für Aufzüge' (2016) 1 (15) ZH 1–16.
- Dural M ve Sarı S, *Türk Özel Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri* (Filiz 2011).
- Erbek Odabaşı Ö, 'Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlülerin Edim Yükümleriyle Karşılaştırılması' (2020) 85 (3) İzmir Barosu Dergisi 61–155.
- Eren F ve Başpınar V, *Toprak Hukuku* (Savaş 2017).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin 2017).
- Eren, F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Yetkin 2017).
- Erkan K, 'Ürün Kirasının Unsurları, Adi Kira ile Ayrım ve Ürün Kirasına Uygulanacak Hükümler' (2013) 2 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 173–185.
- Erol C, *Türk Hukukunda Hasılat Kirası* (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 1953).
- Fikentscher W ve Heinemann A, *Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil* (2017).
- Fleischer O, 'Kapitel 13. Miet-und Pachtverträge' in *Die Immobilie im Zivil-und Steuerrecht* (Verlag Dr. Otto Schmidt 2014) 847–880.
- Gauch P, Walter R, Schluep J, Schmid H ve Emmenegger S, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (Schulthess 2008).
- Gianluca G, 'Landwirtschaftlicher Bodenmarkt und landwirtschaftliche Bodenpolitik in der Schweiz' (2002) / <https://doi.org/10.3929/ethz-a-004483608>.
- Guhl T, Koller A, Druey J ve Schnyer A, *Das Schweizerische Obligationenrecht* (Schulthess Juristische Medien 2000).
- Gümüş MA, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin 2021).
- Gümüş MA, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi* (Vedat 2012).
- Hagenguth H, 'Zum neuen Landpachtrecht' (1952) 1 (18) Journal of Agricultural Economics/Agrarwirtschaft 234–238.

- Hahnchen S, *Obliegenheiten und Nebenpflichten* (Mahr Siebeck 2010) <http://d-nb.info/988158922>.
- Havutçu A, *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini* (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi 1995).
- Higi P, Schönenberger W ve Jaggi P, 'Die Miete' iç *Ehemals Kommentar zum Schweizerischen.../ Das Obligationrecht/ Die einzelnen Vertragsverhältnisse Artikel 184-418/ Die Miete* (Editörler Peter Gauch ve Jörg Schmid) (Schulthess 2000).
- Higi P, Art. 275-304 OR. *Die Pacht Band V/2b – Das Obligationenrecht* (Schulthess 2000).
- Higi P, *Zürcher Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht* (Leihe-Darlehen 2003).
- Higi P, Bühlmann A ve Wildsen Christoph W, *Zürer Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, Art.253-274g (Miete)* (Schulthess 2019).
- Hinz W, 'Betriebskosten bei mangelhafter Mietsache – Teil 1: Mangelbedingter Wasserverlust' (2018) 71 (8) *Zeitschrift für Miet und Raumrecht* 645–654 <https://doi.org/10.1515/zmr-2018-710801>.
- Honsell H, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil* (Stämpfli 2010).
- Huguenin C, *Obligationenrecht* (Schulthess 2014).
- Imoberdorf S, "Wie die Hilfe zum Bauer kommt" Master of Science in Sozialer Arbeit der Fachhochschulen Bern, (St. Gallen und Zürich 2014).
- İnal T, *Borca Aykırılık ve Sonuçları* (Papatya 2009).
- İnceoğlu M, *Kira Hukuku C.1* (On İki Levha 2014).
- İnceoğlu M, *Kira Hukuku C.2* (On İki Levha 2014).
- Kahveci N, *Alt Kira ve Kiranın Devri* (Güncel Hukuk 2005).
- Kay R, Suprinovic O, Schlömer Laufen N ve Rauch A, 'Unternehmensnachfolgen in Deutschland 2018 bis 2022' (2018) 18 *Institut für Mittelstandsforschung* <http://hdl.handle.net/10419/175370>.
- Klein Blenkers F, *Das Recht der Unternehmenspacht* (Nomos 2008). <https://doi.org/doi.org/10.5771/978.384.5211008>.
- Kocayusufoğlu N, Hatemi H, Serozan R ve Arpacı A, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme C.1* (Filiz 2017).
- Koller A, *Schweizischer Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (Stämpfli 2017).
- Lange R, Wulff H ve Lüdtk Handjery C, *Landpachtrecht: landwirtschaftliches Pachtrecht des BGB und Landpachtverkehrsgesetz : Kommentar* (Beck 1997).
- Larenz K, *Lehrbuch des Schuldrechts Band I, Allgemeiner Teil* (C.H. Beck 1987).
- Lorenz S ve Riehm T, 'Lehrbuch zum neuen Schuldrecht' (CH Beck 2002).
- Lüdtk Handjery C ve Haarstrich J, *Landpachtrecht: Landwirtschaftliches Pachtrecht des BGB und Landpachtverkehrsgesetz* (Beck C.H. 2022).
- Lützenkirchen K ve Dickersbach M, *Mietrecht, Kommentar zum Mietrecht* (Verlag Dr. Otto Schmidt 2021) <https://doi.org/10.9785/ovs.978.350.4380359>.
- Medicus D ve Lorenz S, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil* (CH Beck 2021).
- Möller H, *Lehrbuch des Schuldrechts* (1950).
- Müller M, *Die privatrechtlichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die landwirtschaftliche Pacht* (1987).
- Nomer H, *Borçlar Kanunu, Genel Hükümler* (Beta 2017).
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Vedat 2018).
- Oppenlander F, *Die Unternehmenspacht, insbesondere das Verhältnis von Pächter und Verpächter bei der Verpachtung eines Unternehmens* (1974).

- Özen B, *Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı* (Vedat 2008).
- Özkanoglu N, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Kiraya Veren Tarafından Sona Erdirilmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi 2019).
- Öztan B, *Medeni Hukukun Temel Kavramları* (Turhan 2019).
- Öztaş İ, *Kiralananda Yenilik ve Değişiklik Yapılması* (Yetkin 2016).
- Öztürk G, *Teoride ve Uygulamada Hasılat Kirası* (Seçkin 2010).
- Permann R, *Mietrecht Kommentar mit Einschlagigen Bundesrechtlichen und Kantonalen Vorschriften* (2007).
- Rabe O, *Die volkswirtschaftliche bedeutung der pacht.* (H. Beyer & Söhne in Langensalza 1890).
- Regelungsgehalt I, '§ 535 Inhalt und Hauptpflichten des Mietvertrags' in den *Mietrecht*, 50–200 (Verlag Dr. Otto Schmidt 2020) <https://doi.org/10.9785/978.350.4386733-005>.
- Rehninder M, *Der Kantenpachtvertrag im Blickfeld der Rechtsstatsachenforschung* (1972). <https://doi.org/10.1515/978.311.2316382>.
- Ritter F, *Vertragliche Nebenpflichten beim Vertragsmanagement* (Peter Lang GmbH 2016).
- Ruhi AC ve Ruhi C, *Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Hukuku* (Seçkin 2016).
- Sağlam İ, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler' (2013) (*Prof.Dr.Mustafa DURALA Armağan*) 1015-1025.
- Sağlam İ, 'Ticari İşletmelerin Ürün Kirası Sözleşmelerine Konu Teşkil Etmesi ve Bunun Benzer Hukuki İlişkiler İle Karşılaştırılması' (2009) 19 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 131–163.
- Sağlam İ, 'Ticari İşletmeye İlişkin Ürün Kirası Sözleşmesinin Kurulması ve İşletme Unsurları Üzerindeki Etkisi' (2013) 19 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 167–202.
- Sağlam İ, 'Türk Borçlar Kanunun Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı' (2016) Cilt 2 (*Prof.Dr. M.İlhan ULUSAN'a Armağan*) 461–481.
- Şahin A, 'Hasılat Kirası Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsurları Ve Tabi Olduğu Yasa Hükümleri' (2009) 2 (*Prof.Dr. Hüseyin HATEMİ'ye Armağan*) 1395–1446.
- Schmidt R, *Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldverhältnisse, Leistungsstörungenrecht, Verbraucherschutzrecht* (Neuaufgabe 2016).
- Schulze R ve Schulte Nölke H, *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts* (Mohr Siebeck GmbH & Co. KG 2001).
- Serozan R, 'Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku' (2000) LVIII (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 231–248.
- Sevinç AB, 'Alt Kira ve Kiranın Devri' (Yüksek Lisans, İstanbul Üniversitesi 2010).
- Strobel L, *Die Unternehmenspacht Im Deutschen, Französischen Und Italienischen Recht* (1972).
- Strub P, *Mietrecht: Was Mieter in der Schweiz über ihre Rechte und Pflichten wissen müssen* (Beobachter 2018).
- Stunder B ve Hoffer E, *Das landwirtschaftliche Pachtrecht – Kommentar zum Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht vom 4. Oktober 1985* (Brugg 2014).
- Suiçmez N, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kiracının ve Kiraya Verenin Yükümlülükleri' (2017) 19 (özel sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (*Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan*) 1597–1622.
- Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Filiz 2008).
- Tekinay S, Akman S Burcuoğlu H ve Altop A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz 2017)
- Tunçomağ K, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Sermet 1977).
- Türkmen A, 'Kiracı Tarafından Kiralananda Yenilik ve Değişiklik Yapılması (TBK m. 321)' (2013) 62 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 219–252.

- Ural Çınar N, *Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Sonuçları* (On İki Levha 2014).
- Weber R, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I* (Helbing&Lichtenhahn 2015).
- Weber RH, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97 – 109* (2000).
- Weiler F, *Schuldrecht Allgemeiner Teil* (Nomos 2014).
- Wiegand W, *OR Basler Kommentar zum Obligationenrecht I* (2011).
- Von Tuhr A ve Peter H, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts* (Schulthess Polygraphischer 1984).
- Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler* (Beta 2021).
- Yavuz K, *Kira Sözleşmesinin Feshi, Bedelin Belirlenmesi, Alacağı ve Tazminat Davaları* (Adalet 2013).
- Yıldırım A, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Adalet 2017).
- Yılmaz A, 'Ürün Kirası Sözleşmesinde Kiracının Temerrüdü' (2012) (*Cevdet Yavuz'a Armağan*) 3061–3080.
- Zevkliler A ve Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Filiz 2016).

Theodor Kipp'in Çifte Etki (Doppelwirkung) Kuramı Işığında Geçersiz Sözleşmelerin Yenilik Doğuran Hakların Kullanılması Yoluyla Çözülüp Çözülemediği Sorunu Üzerine Değerlendirmeler

Assessments on the Problem Regarding Whether Void Contracts can be Solved by the Use of Formative Rights Within the Scope of Theodor Kipp's Double Effect (Doppelwirkung) Theory

Ahmet Türkmen* 

Öz

Theodor Kipp, bundan yüz yılı aşkın bir süre önce geçersiz bir sözleşmenin irade sakatlığı nedeniyle tekrar geçersiz hale getirilip getirilemeyeceği özelinde hukukta “çifte etki” (Doppelwirkung) kuramını ortaya atmıştır. Kipp'in bu kuramı kavram hukukçuluğundan menfaat hukukçuluğuna geçiş sürecinin önemli bir parçası olarak görülmektedir. Özünde hukukun pozitif bir bilim değil, normatif bir karakteri haiz olduğunu yansıtan bu kuram, yıllar sonra geçersiz bir sözleşmenin ifası sırasında meydana gelen aksaklık nedeniyle yenilik doğuran bir hakkın kullanılması yoluyla çözülüp çözülemediği bağlamında yeniden gündeme gelmiştir. Alman Federal Mahkemesi 2000'li yıllarda verdiği radar uyarı cihazlarının satışına ilişkin kararlarında bu hususa ilişkin benzer konularda farklı sonuçlara varmıştır.

Kipp bu kuramını 1911 yılında ortaya koyduktan sonra, öğretide özel hukuk alanında menfaat odaklı yeni kuramlar geliştirilmiştir. Bunlardan özellikle “esnek hükümsüzlük” yaptırımını veya bazı yazarların yorumuyla geçersizlik normlarının teleolojik redüksiyona tabi tutulması, Kipp'in çifte etki kuramı ışığında geçersiz bir sözleşmenin ifası sırasında meydana gelen bir aksaklık nedeniyle iptal, dönme, fesih, geri alma (cayma) gibi yenilik doğuran haklarla çözülüp çözülemediğini belirlemekte yol gösterici bir işleve sahiptir.

Anahtar Kelimeler: Theodor Kipp, Çifte Etki, Doppelwirkung, Esnek Hükümsüzlük (Esnek Geçersizlik), Yenilik Doğuran Hak

* Doç. Dr., Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0003-4288-6607.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Ahmet Türkmen

E-posta/E-mail: ahmetturkmen@klu.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 01.09.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 20.11.2022

ABSTRACT

More than a century ago, Theodor Kipp put forward the theory of “double effect” (Doppelwirkung) in law, in particular whether a void contract can be terminated due to defect in consent. This theory of Kipp is regarded as a significant part of the transition process from conceptualism to interest law. In essence, this theory, which reflects that law has a normative character rather than a positive science, has come to the fore again years later in the context of whether a void contract could be resolved through the use of a formative right due to the disruption that occurred during the performance of the contract. The German Federal Court reached different conclusions on similar issues in its decisions on the sale of radar warning devices in the 2000s.

After Kipp had put forward this theory in 1911, new interest-oriented theories were developed in the field of private law doctrine. Among these, especially the “flexible nullity” sanction or, in the comments of some authors, teleological reduction of nullity norms, within the scope of Kipp’s double effect theory, has a guiding function whether a void contract problem could be solved due to a malfunction during the performance based on formative rights such as cancellation, rescission, termination, withdrawal (revocation).

Keywords: Theodor Kipp, Double Effect, Flexible Nullity, Formative Right

GİRİŞ

Theodor Kipp, 1911 tarihli ünlü “*Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit*” adlı eserinde *hukukta çifte etki* kuramını ortaya atan ilk bilim insanı olmuştur. Kipp, bu çalışmasında geçersiz sözleşmelerin zarar görene daha fazla avantaj sağlayan başka bir geçersizlik sebebine dayanılarak da çözülebileceği iddiasını ortaya atmıştır. Yazar, oldukça tartışma yaratan bu çalışmasında kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi bir sözleşmenin hak sahibi tarafından iptal edilebileceğini ileri sürmüştür.

Kipp’in bu çalışmasında ortaya attığı kuram, Alman Federal Mahkemesinin 2000’li yıllarda vermiş olduğu kararlarla yeniden gündeme gelmiştir. Yalnız Federal Mahkemenin bu kararları, Kipp’in çalışmasında olduğu gibi geçersiz bir sözleşmenin başka bir geçersizlik sebebine dayalı olarak çözülmesi üzerine değil, ondan farklı olarak geçersiz bir sözleşmenin yenilik doğuran haklarla çözülüp çözülemeyeceği üzerinedir. Kuruluş aşamasındaki bir aksaklık nedeniyle geçersiz olan bir sözleşmenin sonradan ifası sırasında ortaya çıkan bir aksaklık nedeniyle çözülüp çözülemeyeceği sorusu yanıtı muhtaçtır. Gerçi klâsik öğretinin geçersiz sözleşmelerin *hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağı* esası kabul edildiğinde, bu soruya verilecek yanıt hiç şüphesiz olumsuz olacaktır. Lâkin son zamanlarda kavram hukukçuluğundan menfaat hukukçuluğuna geçiş süreciyle birlikte irade özerkliğini ve *favor negotii* yaklaşımı esas alan yeni öğretinin görüşleri çerçevesinde klâsik öğretinin bu olumsuz yanıtının yeniden değerlendirilmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır.

Bu çalışmada öncelikle Kipp’in çifte etki kuramı ve bu kuramını ortaya koyarken verdiği örnek aktarılmıştır. Daha sonra yeni öğretinin özellikle geçersizlik ve geçersiz sözleşmelerin tasfiyesi bağlamındaki görüşlerinin Kipp’in çifte etki kuramıyla ilişkisi üzerinde durulmuştur. En sonunda da çalışma konumuz olan geçersiz bir sözleşmenin yenilik doğuran haklarla çözülüp çözülemeyeceği

sorunu hakkında değerlendirmelerimize – *Alman Federal Mahkemesinin bu konuda vermiş olduğu kararlar da aktarılıp değerlendirilmek suretiyle* – yer verilmiştir.

I. THEODOR KIPP'İN ÇİFTE ETKİ (DOPPELWIRKUNG) KURAMI

Teoloji ve felsefe alanında kabul edilen *çifte etki kuramı*; genel olarak bir eylemin iyi ve kötü iki sonucu varsa, eylemle esas itibarıyla iyi sonucun meydana gelmesi amaçlanıyorsa, kötü sonuç bu eylemin bir yan etkisi olarak ortaya çıkıyorsa ve iyi sonuç kötü sonuca oranla makûl biçimde üstün geliyorsa kötü sonucun tolere edilip eyleme izin verilmesini kabul eden bir anlayışı ifade etmektedir¹. Alman hukukçu Theodor Kipp, 100 yılı aşkın bir süre önce ünlü “*Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit*” adlı makalesinde farklı disiplinlerde uygulama alanı bulan çifte etki kuramını hukukî işlemlerin geçersizlik yaptırım türlerinden olan kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik yaptırımlarının yarışabilirliği bağlamında özel hukuk alanında tartışmıştır². Kipp'in bu çalışması özel hukuk alanında önemli bir dönüm noktası olarak kabul edilmektedir³.

Kipp çalışmasında kesin hükümsüz bir hukukî işlemin irade sakatlığı nedeniyle iptal edilip edilemeyeceği sorunu üzerinde yoğunlaşmıştır. Yazarın çalışmasına konu olan örnekte⁴, sınırlı ehliyetli küçük (A)'dan hile yoluyla bir eşyayı devralan (B)'nin eşyayı bu hileden haberdar olan üçüncü bir kişi (Ü)'ye devretmesi halinde ve sonradan sınırlı ehliyetli küçük (A)'nın yasal temsilcisinin işleme icazet vermediğini beyan etmesi üzerine üçüncü kişi (Ü)'nün iktisabının korunup korunmayacağı meselesi üzerinde durulmaktadır. Yasal temsilcinin işleme icazet vermemesiyle birlikte sınırlı ehliyetli küçük (A) ile eşyayı ilk devralan kişi (B) arasında askıda hükümsüz olan sözleşme baştan itibaren geçersiz hale gelmektedir. Bu durumda eşyayı sonradan devralan üçüncü kişi (Ü) eşyayı devraldığı kişinin tasarruf yetkisindeki eksikliği bilmiyorsa, bizde TMK m. 988'de yer alan emin sıfatıyla zilyetten aynı hak iktisabının benzeri bir düzenlemesi olan § 932 BGB uyarınca mülkiyeti iktisap etmektedir. Alman § 142 II BGB hükmüne göre ise; bir hukukî işlemin iptale tabi olduğu bilen veya bilmesi gereken kişi, o hukukî işlem iptal edildiğinde, o hukukî işlemin kesin hükümsüz olduğunu bilen veya bilmesi gereken kişi gibi sayılmaktadır⁵. *Varsayım (fiksiyon)* niteliğindeki bu hüküm uyarınca, olayda adı geçen (Ü), eşyayı devraldığı (B)'nin eşyayı hile yoluyla devraldığını bildiği için, sonradan o hukukî işlemin (A)'nın yasal temsilcisi tarafından iptal edilmesi

- 1 Etik alanında çifte etki kuramı hakkında genel bilgi için bkz. Dietmar von der Pfordten, 'Moralisches Handeln und das Prinzip der Doppelwirkung', in: Kühler M. und Rüther M. (eds), *Handbuch Handlungstheorie* (J.B. Metzler 2016) 334-341 <https://doi.org/10.1007/978-3-476-05359-6_38> accessed 12 September 2022
- 2 Theodor Kipp, 'Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit' (1911) Festschrift für Ferdinand von Martitz, Verlag von Otto Liebmann 211 vd.
- 3 Markus Würdinger, 'Doppelwirkungen im Zivilrecht, Eine 100-jährige juristische Entdeckung' (2011) JuS 771 ve orada anılan yazarlar.
- 4 Kipp (n 2) 226 vd.
- 5 Belirtelim ki Türk-İsviçre Medenî-Borçlar Kanunlarında yer almayan ve Pandekt hukukunun Türk-İsviçre Medenî-Borçlar Kanunundaki düzenlemelerine nispeten daha kazuistik kanun yapma anlayışını yansıtan § 142 II BGB hükmünde düzenlenen aynı sonuca Türk-İsviçre hukukunda TMK m. 988 hükmünde bir örtülü boşluk olduğu kabul edilerek veya hakkın kötüye kullanılması yasağı (TMK m. 2/II) kuralı işletilerek varılabilir.

halinde kendisi iyiniyetli sayılamayacağından § 932 BGB uyarınca mülkiyeti kazanamayacak ve kendisine aynî istihkak talebi yöneltilebilecektir⁶. Sonuç olarak, Alman BGB hükümlerine göre kesin hükümsüz hukukî işlemin irade sakatlığı nedeniyle iptal edilmesine olanak tanınması halinde eşyanın (A)'ya iadesi sağlanabilirken, kesin hükümsüzlüğe ilişkin kuralların uygulanması halinde (A)'nın eşya üzerindeki aynî hakkı, (Ü)'nün iyiniyetli hak iktisabı nedeniyle sona erecektir.

Kipp'in çifte etki kuramını açıklamak için kullandığı bu örneğinde kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirliğin hukukî sonuçları taraf menfaatleri bakımından adeta *siyah* ile *beyaz* gibidir. Kesin hükümsüzlüğün hukukî sonuçları uygulandığında sınırlı ehliyetsiz taşınır eşyanın mülkiyetini kaybedecek, buna karşılık üçüncü kişi iyiniyetli ise aynı hakkı iktisap edecek; fakat *kesin hükümsüz bir hukukî işlemin de iptal edilebilir olduğu kabul edilirse* § 142 II BGB hükmündeki varsayım uyarınca üçüncü kişi mülkiyeti kazanamayacaktır. Kipp, böyle bir sonucun zarar gören sınırlı ehliyetsiz küçük bakımından adaletsiz kaçacağı düşüncesiyle kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi hukukî işlemlerin de irade sakatlığı nedeniyle iptal edilebilmesi gerektiği sonucuna varmıştır⁷.

Kipp'in *kesin hükümsüzlük – iptal edilebilirlik* bağlamında ortaya attığı çifte etki kuramı, sona ermiş bir hukukî ilişkinin tekrardan sonlandırılması, geçersiz hale getirilmesi olanağı veya çalışma konumuz ve aşağıda inceleyeceğimiz geçersiz bir hukukî işlemin iptal dışında başka bir yenilik doğuran bir hakkın kullanımıyla çözümlenip çözümlenmeyeceği tartışmalarını da beraberinde getirmiştir. Kipp, hukukî olaylara ve bunların hukukî sonuçlarına doğa bilimlerindeki, ölü bir kişinin yeniden öldürülmesinin imkânsızlığı örneğinde olduğu gibi mekanik yaklaşılamayacağını, bunlara doğa bilimlerindeki bakış açısıyla bakılamayacağını, hukukun normatif bir karakteri olduğunu ve taraf menfaatleri gerektirdiği takdirde sona ermiş bir hukukî ilişkinin de sonradan geçersiz hale getirilebileceğini ve hukuk düzeninin geçersizlik atfettiği hukukî işlemlerin de başka bir hukukî sebeple geçersiz hale getirilebileceğini ifade etmektedir⁸. Gerçekten de hukuk genel olarak, pozitif bilimlerde olduğu gibi

- 6 Stephan Lorenz, 'Grundsatz der Doppelwirkung und Verbraucherschutz bei der Vertragsanbahnung', in: Dammann, Jens/Grunsky, Wolfgang/Pfeiffer, Thomas (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Manfred Wolf*, (2011) 78.
- 7 Kipp'in oldukça tartışma yaratan bu kuramına başlangıçta ihtiyatla yaklaşılsa da 1930'lu yıllardan itibaren ibre onun görüşlerinin lehine dönmüştür. Bu konuda bkz. Manfred Herbert, '100 Jahre Doppelwirkungen im Recht' (2011) 10 JZ 505; Cristoph Schmelz, 'Die Lehre von der Doppelwirkung im Recht – eine rechtspraktikable Betrachtung' (2006) JA 21; Erik Hahn, 'Der Verbraucherwiderrufsrecht und die Kippsche Doppelwirkung im Recht' (2010) NJ 282; Würdinger (n 3) 770. Nitekim Kipp'in çifte etki kuramından etkilenen Alman Federal Mahkemesi de 1955 yılında vermiş olduğu ve Kipp'in çifte etki kuramına atıf yaptığı kararında şekle aykırı bir sözleşmenin irade sakatlığı nedeniyle iptal edilebileceği yönünde karar vermiştir (BGH, JZ 1955, 500, Schmelz (n 6) 21; Hahn (n 7) 282; Würdinger (n 3) 771, dn. 32'den naklen).
- 8 Kipp (n 2) 219, 223. Aynı yönde bkz. Bernd Oellers, 'Doppelwirkungen im Recht?' (1969) Archiv für die civilistische Praxis 169. Bd H. 1, 68; Vedat Buz, *Medenî Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin Yayınları 2005) 212-213; Lorenz (n 6) 77; Würdinger (n 3) 770; Schmelz (n 7) 21-22. Sona ermiş bir evliliğin mutlak butlanının ilgililer tarafından karar altına alınmasını talep etme imkânı (TMK m. 147/I) da bu duruma örnek verilebilir. Ayrıca nisbi butlan (TMK m. 159) veya boşanma davası (TMK m. 181/II) devam ederken eşlerden birinin ölmesi halinde mirasçılardan davaya devam etme olanağı yine bu anlayışın izlerini taşımaktadır. Lâkin bu son örneklerde mirasçıların davaya devam etme olanağı; zaten ölümle sona ermiş evliliğin nisbi butlan veya boşanma yoluyla tekrar sona erdirilmesini sağlamaz da, nisbi butlan davasında iyiniyetli olmamanın veya boşanma davasında kusurun varlığının tespit edilmesi suretiyle sağ kalan eşin yasal mirasçı olup olamayacağını belirlemeye yarar. Bunlardan başka doktrinde mutlak butlanla sakat bir evliliğin boşanma yoluyla da sona erdirilebileceği ve boşanma davasına bakan hâkimin mutlak butlanı re'sen dikkate alamayacağı ve boşanma davasını görmeye devam edeceği ifade edilmektedir (Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2021) 82; Y. 2. HD. 4.3.1980, 1724/1429, YKD 1980, C. VI, s. 1077). Bu arada belirtelim ki evliliğin iptal yoluyla sona erdirilmesi borçlar hukuku alanındaki kesin hükümsüzlükte

sebeup-sonuç ilişkisiyle değil, hukukî olay ve hukukî sonuçlarıyla tutarlılığı ve haklılığı her zaman tartışılabilir değer yargılarıyla iş görür ve bu yönüyle pozitif bilimlerden ayrılır⁹. Kipp'in hukukun normatif karakterini vurgulayan bu görüşleri kavram hukukçuluğundan menfaat hukukçuluğuna geçiş sürecinin de önemli bir parçası olarak görülmektedir¹⁰. Geçersiz sözleşmelerin yenilik doğuran haklarla çözülüp çözülemeyeceği sorunu da işte, Kipp'in menfaat hukukçuluğunun bir örneğini yansıtan çifte etki kuramı ve özel hukuktaki yeni yaklaşımlar çerçevesinde açıklığa kavuşturulabilir.

II. GEÇERSİZLİK VE GEÇERSİZ SÖZLEŞMELERİN TASFİYESİNDE “YENİ”¹¹ YAKLAŞIMLARIN KIPP’İN ÇİFTE ETKİ KURAMIYLA İLİŞKİSİ

A. GENEL OLARAK

Klasik öğretinin hukukî işlemlerin geçersizliği ve geçersiz sözleşmelerin tasfiyesine yönelik benimsediği rejim taraf menfaatlerini yeterince sağlamamaktadır. Bu amaçla irade özerkliğinin sınırlarının genişletilerek “*favor negotii*” yaklaşımla kuruluşunda aksaklık olan sözleşmeler dahi ayakta tutulmaya çalışılarak alışveriş piyasasına işlerlik kazandırma veya en azından onun önünde bir bariyer oluşturmama çabaları son zamanlarda ön plana çıkmıştır.

Gerek geçersiz sözleşmeyi ayakta tutma çabaları gerekse de geçersiz bir sözleşmenin tasfiyesindeki irade özerkliğini esas alan bu yeni yaklaşımlar, geçersiz sözleşmelerin yenilik doğuran haklarla çözülüp çözülemeyeceği soruna da ışık tutmaktadır. Çalışmamızın konusunu oluşturan bu sorunun çözümü, yeni öğretideki bu yeni yaklaşımlar bağlamında açıklığa kavuşturulabilir. Şöyle ki; geçersiz bir sözleşme, klasik geçersizlik öğretisinden farklı olarak belirli koşulların varlığı halinde *favor negotii* yaklaşımla ayakta tutulacak olursa, onun kuruluşunda aksaklık olmayan diğer sözleşmeler gibi yenilik doğuran haklarla çözülmesi mümkün olabilecektir¹². İkinci olarak ise, kuruluş aşamasındaki bir aksaklık nedeniyle geçersiz olan bir sözleşme ile kuruluşunda herhangi bir aksaklık olmayan sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkan bir aksaklık nedeniyle akamete uğraması halinde sözleşmenin tasfiyesine ortak hükümler uygulanacak olursa sözleşmenin kural olarak nasıl çözüldüğünün bir önemi de kalmayacaktır. Kipp'in geçersiz bir sözleşmenin menfaatler durumu gerektiriyorsa başka bir geçersizlik sebebine dayalı olarak geçersiz hale getirilmesine imkân tanıyan çifte etki kuramı da, geçersiz sözleşmelerin yenilik doğuran haklarla çözülüp çözülemeyeceği sorunu bağlamında ve bu yeni yaklaşımlar kapsamında yeniden değerlendirilmelidir.

olduğu gibi kendiliğinden sonuç doğurmayıp, mahkemenin yenilik doğurucu kararına bağlanmıştır.

9 Rona Serozan, *Medenî Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku* (Vedat Kitapçılık, 2017) 3; Herbert (n 7) 503-504.

10 Serozan, *Medenî* (n 9) 393. Bu arada belirtelim ki, Alman doktrininin menfaat hukukçuluğu yaklaşımıyla Kipp'in bu çifte etki kuramının, özünde kanun hükümlerinin teleolojik reduksiyonundan ibaret olduğunu ileri sürenlere de rastlanır (Oellers (n 8) 69 vd.; Würdinger (n 3) 770).

11 Burada kullandığımız “*yeni*” ibaresi, bu yaklaşımların klasik öğretilde savunulan görüşlere göre daha yakın tarihli olmasını ifade etmektedir. Yeni ibaresini tırnak içine almamızın sebebi ise, esasında bu yaklaşımların en azından tarihsel olarak pek de yeni olmayıp bazıların uzun yıllar öncesine dayanmasıdır.

12 Lâkin burada klasik geçersizlikten farklı olarak yenilik doğuran hak sahibinin sözleşmeyi çözüme yönünde karşı tarafa varması gerekli bir irade beyanı gerekecektir.

B. KLÂSİK VE YENİ ÖĞRETİYE GÖRE GEÇERSİZLİK VE BUNUN ÇİFTE ETKİ KURAMIYLA İLİŞKİSİ

Klâsik öğretilerde geçersizlik; yokluk, kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik ve noksanlık şeklinde sınıflandırılmaktadır. Bu geçersizlik türlerinden yokluk, kesin hükümsüzlük ve hukukî işlemin tamamlayıcı unsuru olan rıza verilmediğinde noksanlık hallerinde işlem baştan itibaren geçersiz sayılmaktadır. İptalde ise hukukî işlemin geçersizliği işlemin iptal edilmesinde bireysel çıkarı bulunan kişinin iptal iradesini ortaya koymasıyla tescil edilmekte ve işlem baştan itibaren geçersiz kabul edilmektedir¹³.

Klâsik öğretiye göre, sözleşmenin kuruluş aşamasında var olan bir sakatlık nedeniyle kesin hükümsüz olan bir hukukî işlem hiçbir hukukî sonuç doğurmaz¹⁴. Kesin hükümsüzlüğün sonuçları, işlemin geçersiz sayılmasında menfaati olan kişiler tarafından ileri sürülmeksizin *kendiliğinden* ortaya çıkar. Üstelik hâkim önüne gelen bir meselede işlemin kesin hükümsüz olup olmadığını *re'sen* gözetir¹⁵. Kesin hükümsüz bir hukukî işlemde dolaylı ifa talepleri de *itiraz* yoluyla her zaman püskürtülebilir. Kesin hükümsüzlük ilgili herkes tarafından herhangi bir zamanaşımı ve hak düşürücü süreye tabi olmaksızın *her zaman* ileri sürülebilir¹⁶. Kesin hükümsüzlüğün sonuç doğurabilmesi için ilgililer tarafından bir dava açılmasına da gerek yoktur; kesin hükümsüzlüğe ilişkin olarak olsa olsa onun varlığına yönelik bir *tespit* davası açılabilir¹⁷. Buna karşılık iptalde ise, hukukî işlemin iptal edilmesinde bireysel çıkarı olan kişi iptal hakkını kullanmadıkça hâkim, sözleşmeyi *re'sen* geçersiz kılamaz. Lâkin iptal hakkı, her zaman ileri sürülebilen geçersizlikten farklı olarak iradî olarak kullanıldığı ve karşı tarafın hukuk alanında tek taraflı etki yaratma kabiliyetini haiz olması nedeniyle genellikle hak düşürücü süreyle sınırlandırılır.

Klâsik öğretinin kamu düzenini öncelediği söylenebilecek ve kavramcı sayılabilecek bu yaklaşımına tepki olarak ortaya çıkan ve özünde menfaat hukukçuluğunun bir yansıması olarak kabul edilecek yeni geçersizlik öğretisine göre ise, kanunlardaki tüm kesin hükümsüzlük hallerine bu kavramcı bakış açısıyla yaklaşmak ve her birine aynı hukukî sonucu bağlamak doğru değildir¹⁸. Bu anlayışın bir tezahürü olarak yeni öğretilerde kendine özgü geçersizlik, esnek hükümsüzlük ve bu arada nisbî etkisizlik kavramları birer geçersizlik türü ortaya atılmıştır¹⁹. Bunlar arasında kendine özgü

13 M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt-1, (16. Baskı, Vedat Kitapçılık 2018) 179; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Yetkin Yayınları 2019) 387; Serozan, *Medenî* (n 9) 387.

14 Seyfullah Edis, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (5. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1993) 162; Oğuzman ve Öz (n 13) 176; Eren, *Borçlar Genel* (n 13) 378.

15 Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 1993) 375-376; Oğuzman ve Öz (n 13) 176; Eren, *Borçlar Genel* (n 13) 377; Edis (n 14) 162; Hatemi ve Gökyayla (n 16) 87.

16 Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 15) 375; Edis (n 14) 162; Oğuzman ve Öz (n 13) 176; Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (4. Baskı, Vedat Kitapçılık 2017) 85.

17 Eren, *Borçlar Genel* (n 13) 378.

18 Necip Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş – Hukukî İşlem-Sözleşme* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 2017) 589 vd.; Eren, *Borçlar Genel* (n 13) 375; Hüseyin Altaş, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi* (Yetkin Yayınları 1998) 143 vd.

19 Bu geçersizlik türleriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Pakize Ezgi Akbulut, *Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması* (Oniki Levha Yayınları 2016) 52 vd.

geçersizlik ve esnek hükümsüzlük yaptırımları, geçersiz sözleşmelerin yenilik doğuran hakların kullanımı vasıtasıyla çözülmesi bağlamında çalışmamız bakımından özel önem arz etmektedir.

Bunlardan *kendine özgü geçersizlik*; klâsik geçersizlik öğretisinden farklı olarak özellikle şekle aykırı sözleşmelerde şekle aykırılığı ilgili herkesin değil, yalnızca sözleşmenin taraflarının ileri sürebileceği, hâkim tarafından re'sen gözetilemeyeceği ve bunun da normun koruma amacıyla sınırlı olarak şekil kuralıyla korunmak istenen tarafça ileri sürülebileceği anlayışına dayanmaktadır²⁰.

Normun koruma amacından hareket eden bu görüşü şekle aykırılık dışında diğer kesin hükümsüzlük normlarına yaygınlaştıran *esnek hükümsüzlük* görüşü de, özünde klâsik öğretinin öngördüğü kesin hükümsüzlüğün katı sonuçlarını yumuşatmayı amaçlar²¹. Buna göre; her bir geçersizlik hükmüne aynı sonucu bağlamaktan ziyade hükmün anlam ve koruma amacından hareket edilmeli ve geçersizliği yalnızca hükmün koruma amacı kapsamındaki kişiler ileri sürebilmelidir²². Keza hâkim de geçersizliğe neden olan hukuk normunun anlam ve amacından hareketle geçersizliği, yalnızca korunmak istenen taraf lehine dikkate alabilmelidir²³. Bunun neticesinde geçersizliğin sonuçları, ihlâl edilen hükmün koruma amacının taraflardan birine veya kamu yararına ilişkin olup olmadığına göre değişkenlik gösterecektir²⁴. Doktrinde bazı yazarlar esnek hükümsüzlük kavramının kabul edilmesiyle varılan sonuca ulaşmak için yeni bir geçersizlik türü yaratılmasının yerinde ve gerekli olmadığına işaret ederler²⁵. Bu yazarlara göre esnek hükümsüzlük, hukukî işlemin geçersizliğini öngören mevcut normların amaca uygun sınırlandırılmasından başka bir şey değildir²⁶. Başka bir deyişle bu yazarlar kesin hükümsüzlüğe ilişkin normların yalnızca lafzıyla ve kavramsal olarak yorumlanmasının doğru olmadığını, bu hükümlerde örtülü bir boşluğun olduğu kabulüyle bu normların koruma amacına uygun düşecek şekilde sınırlandırılması gerektiğine işaret ederler. Bir başka görüşe göre ise, bu normlarda amaca uygun sınırlandırma yoluyla örtülü bir boşluğun kabulüne bile gerek yoktur. Zira böyle bir durumda geçersizliğe ilişkin normun, normun koruma amacını göz ardı edecek şekilde ileri sürülmesi ve normun motamot uygulanması hakkın kötüye kullanılması

20 Kocayusufpaşaoğlu (n 18) 324; Eren, Genel, s. 329; Altaş (n 18) 145; Akbulut (n 19) 60 vd.

21 Eren, Borçlar Genel (n 13) 378-379; Hatemi ve Gökyayla (n 16) 88; Antalya G, *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1 Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 181-183; Akbulut (n 19) 61 vd.

22 Esnek hükümsüzlük doktrinde *mutlak (sınırsız) esnek hükümsüzlük* ve *sınırlı esnek hükümsüzlük* olmak üzere ikili bir ayırım tabii tutulmaktadır. Bunlardan *mutlak esnek hükümsüzlük* görüşü, kanunda kesin hükümsüzlüğün tanımı yapılmadığından hukuka aykırılığı düzenleyen hükümlere aykırılıkta her zaman klâsik anlamda kesin hükümsüzlüğün uygulanmasının doğru olmadığına işaret eder. Bu görüşe göre hükmün anlam ve amacından hareket edilerek hükmün anlam ve amacından kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanması gerektiği sonucuna varılıyorsa bu yaptırım uygulanmalıdır. *Sınırlı esnek hükümsüzlük* görüşüne göre ise, TBK m. 27/I uyarınca bu fıkrada sayılan hallere aykırılık halinde kesin hükümsüzlük karine olarak kabul edilmeli, lâkin bu karinenin çürütülebildiği durumlarda kesin hükümsüzlüğün katı sonuçları esnetilebilmelidir. Bu görüşe göre klâsik anlamdaki kesin hükümsüzlüğün katı sonuçları somut olay bakımından hükmün amacına ters düşüyorsa, bu sonuçlar hükmün amacı gözetilmek suretiyle törpülenmeli ve hükmün amacıyla uyumlu olacak şekilde uygulanmalıdır (Kocayusufpaşaoğlu (n 18) 589-591).

23 Kocayusufpaşaoğlu (n 18) 589; Hatemi ve Gökyayla (n 16) 88; Antalya (n 21) 199; Akbulut (n 19) 61 vd.

24 Akbulut (n 19) 143 vd.

25 Hatemi ve Gökyayla (n 16) 88; Akbulut (n 19) 75-76.

26 Serozan, Medenî (n 9) 391; Akbulut (n 19) 76.

yasağına tabi olacaktır (TMK m. 2/II)²⁷. Son kertede gerekçesi ne olursa olsun tüm görüşler aynı amaca hizmet etmektedirler. Gerçekten de geçersizlik normları özünden ve bağlamından koparılıp salt kavramsal olarak ve lafzıyla yorumlanamazlar. Zira yalnızca geçersizlik normları değil, hukuk düzenindeki her bir normun bir konuluş amacı (*ratio legis'i*) vardır ve bunlar toplumsal ihtiyaçlar neticesinde ortaya çıkıp en nihayetinde toplumsal düzenin adaletli ve sağlıklı biçimde yürütmesine hizmet ederler. Bu arada esnek hükümsüzlük, yalnızca kavramsal olarak kabulü veya örtülü boşluğun doldurulması ya da hakkın kötüye kullanılması yasağı şeklinde değil, aynı zamanda kanun koyucunun son zamanlarda kendi düzenlemelerinde de – *genellikle sözleşmenin zayıf tarafını koruma amaçlı olarak* – kendini göstermektedir²⁸.

Her bir geçersizlik normunun bir amaca hizmet ettiği kabul edildiğinde, geçersizlik normlarının da bu amaçları doğrultusunda yorumlanması gerekir. Bu bağlamda, örneğin ayırt etme gücünden yoksun olan kişilerin hukuki işlemlerinin sonuç doğurmayacağına ilişkin TMK m. 15 hükmü ayırt etme gücünden yoksun olan kişileri korumayı amaçlar. Bu kişilerin korunmaya ihtiyacı olmayan bir durumda, örneğin ayırt etme gücünden yoksun kişiye karşılıksız bir kazandırmada bulunduğu, TMK m. 15 hükmü teleolojik bir redüksiyona tabi tutulmalı, karşılıksız kazandırmada bulunan kişi işlemin geçersizliğini ileri sürememelidir²⁹. Sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcilerinin rızası olmaksızın borç altına giremeyeceğini düzenleyen TMK m. 16/I c. 1 hükmü de sınırlı ehliyetsizlerin malvarlığını korumaya yönelik olarak onları koruma amacı taşır³⁰. Dolayısıyla bu kişilerin yapmış oldukları sözleşmelerde geçersizlik, yalnızca bu kişileri korumaya hizmet ettiği ölçüde dikkate alınabilir.

Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğunu düzenleyen TBK m. 27 hükmünde ise geçersizliğe neden olan olgular tek bir kalıp içinde değerlendirilemez³¹. Esasında TBK m. 27 hükmü ve hatta iptal edilebilirlik halleri dahil tüm geçersizlik normları özünde kamu düzenini korumayı ve kamu yararını sağlamayı amaçlar. Lâkin bu geçersizlik normlarında kamu düzenini koruma ve kamu yararını sağlama işlevi bazılarında doğrudan ve kuvvetli (kesin hükümsüzlük), bazılarında ise yalnızca normun koruma

27 Hatemi ve Gökyayla (n 16) 88-89.

28 Özellikle şekle tabi olan taksitle satış sözleşmesi (TKHK m. 17/III), tüketici kredisi sözleşmesi (TKHK m. 22/III), konut finansmanı sözleşmesi (TKHK m. 32/II), ön ödemeli konut satış sözleşmesi (TKHK m. 41/I), işyeri dışında kurulan sözleşmeler (TKHK m. 47/IV) gibi sözleşmelerde satıcı ve sağlayıcının şekle aykırılığı ileri süremeyeceği, bunu yalnızca tüketicinin ileri sürebileceğini düzenleyen hükümler ile geçersiz bir hizmet sözleşmesinin ileri etkili sona ereceğini düzenleyen TBK m. 394/III hükmü bunlara örnek verilebilir.

29 Serozan, Medenî (n 9) 160. Aksi yönde bkz. Y. HGK, E. 2002/1029, K. 2002/1-877, T. 27.11.2002 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay kararında kanun hükmünün açık olduğunu, kanunda örtülü bir boşluk olmadığını ifade ederek tam ehliyetsizlerin karşılıksız kazandırmanın lehdarı olduğu durumlarda da işlemin geçersiz olacağını savunmaktadır.

30 Kanun koyucu sınırlı ehliyetsizlerin böyle bir korunmaya ihtiyacı olmadığı karşılıksız kazandırmalarda kural olarak bu rızanın gerekli olmadığını düzenlemiştir (TMK m. 16/I c. 2, TBK m. 287 c. 1). Ancak belirtelim ki bu kuralın istisnası olarak yasal temsilciye *veto hakkı* tanınmıştır (TBK m. 287 c. 2).

31 Bunların parametresinin "*hukuk etiği*" olan eşanlamlı kavramlar olduğu ve çoğu zaman birbiriyle iç içe geçtiği yönünde bkz. Serozan, Medenî (n 9) 378. Benzer yönde bkz. Domenico Acocella, 'Nichtigkeitsbegriff und Konzept einer einheitlichen vertragsrechtlichen Rückabwicklung gescheiterter Verträge' (2003) 99 SJZ 494. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da kesin hükümsüzlük yaptırımının gün geçtikçe geçersizlik normunun amacına göre değerlendirildiği eğilimi göze çarpmaktadır (BGE 129 III 209 vd.; BGE 123 III 292 vd.).

kapsamındaki kişiyi korumak suretiyle dolaylı (esnek hükümsüzlük), bazılarında da yine dolaylı ve kendiliğinden sonuç doğurmaması bağlamında kesin hükümsüzlüğe nazaran daha zayıf bir yaptırım türü olarak iradî (iptal edilebilirlik) olarak sağlanır³². Bunlardan kamu düzenine ve ahlâka aykırılık nedeniyle hükümsüzlük, genel olarak ve doğrudan kamu düzenini korumayı ve kamu yararını sağlamayı hedefler. Bu tür sözleşmelerde doğrudan toplum yararına ilişkin kamu düzeninin veya genel ahlâkın ihlâl edilmesi durumunda kesin hükümsüzlük yaptırımının sonuçları esnetilemez ve bunlara kesin hükümsüzlüğün katı sonuçları uygulanır³³. Lâkin kimi zaman kamu düzeni ve ahlâka aykırılık, bireysel menfaati korumak suretiyle kamu düzenini ve kamu yararını dolaylı yoldan da sağlayabilir. Bu durumda klâsik anlamda geçersizliğin katı sonuçları bireysel menfaati ihlâl edilen kişi lehine esnetilebilir. Örneğin, evlenmeme taahhüdü içeren bir sözleşmede ahlâka aykırılık yaptırımı yalnızca bu taahhütte bulunan kişi lehine gözetilebilir. Verdiğimiz örnekte sözleşme, kamu düzeni ve genel ahlâka aykırılık yanında kişilik hakkına da aykırıdır³⁴. Kişilik hakkına aykırı sözleşmelerde ise geçersizlik yalnızca kişilik hakkı zedelenen kişiyi korumayı amaçlar ve bu nedenle geçersizlik de yalnızca kişilik hakkı ihlâl edilen kişi tarafından ileri sürülüp, hâkim de geçersizliği yalnızca onun lehine dikkate alabilir³⁵. Emredici hükümlere aykırı olan sözleşmelerde ise emredici hükmün amacı ve koruduğu menfaat gözetilerek esnek hükümsüzlüğün uygulanıp uygulanmayacağı, daha doğrusu ilgili hükmün teleolojik redüksiyona tabi tutulup tutulmayacağı hususunda bir sonuca varılmalıdır. Şayet ihlâl edilen hükümde kamu menfaati, bireysel menfaatin önünde geliyorsa kesin hükümsüzlüğün katı sonuçları sözleşmeye uygulanacak ve sözleşme hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Buna karşılık, emredici hüküm taraflardan yalnızca birini korumaya yönelik ise ve bireysel menfaat üzerinden dolaylı olarak kamu düzenini korumayı ve kamu yararını sağlamayı amaçlıyorsa kesin hükümsüzlüğün sonuçları yumuşatılabilecektir³⁶. Bir başka geçersizlik normu şekle aykırı sözleşmelerin hüküm ve sonuç doğurmayacağını düzenleyen TBK m. 12/II hükmü de bu bağlamda yorumlanmalıdır. Şekil kuralları, farklı işlevleri de olmakla beraber esas itibarıyla uyarma işleviyle birlikte borç altına giren kişileri korumayı hedeflediğinden her bir şekil kuralıyla getirilen normun koruma amacı gözetilmeli ve kesin hükümsüzlük yaptırımı iradesi şekille korunan kişiler lehine esnetilerek geçersizliği yalnızca bu kişiler ileri sürebilmeli ve hâkim de geçersizliği yalnızca bu kişiler lehine dikkate almalıdır³⁷.

Bu çıkarımlarımız doğrultusunda esnek hükümsüzlükle malûl bir sözleşmede hükümsüzlük yalnızca normun koruma amacı kapsamındaki kişi tarafından ileri sürülebilecek ve hâkim de hükümsüzlüğü sadece korunmak istenen taraf lehine gözetebilecektir. Bu yaklaşım, Kipp'in çifte etki kuramı bağlamında geçersiz sözleşmelerin yenilik doğuran haklarla çözülüp çözülemeyeceği sorununa da ışık tutacaktır. Zira ayrıntıları aşağıda açıklanacağı üzere, geçersizlik normunun koruma kapsamındaki kişi dilerse geçersizliğe dayanabilecek, dilerse de ve özellikle sözleşmeyi çözmesi kesin hükümsüzlüğün tasfiye sonucuna nazaran kendisine daha fazla avantaj sağlıyorsa, yani menfaati

32 Serozan, Medenî (n 9) 380, 387.

33 Akbulut (n 19) 257.

34 Eren, Borçlar Genel (n 13) 363; Serozan, Medenî (n 9) 378.

35 Kocayusufpaşaoğlu (n 18) 592; Eren, Borçlar Genel (n 13) 379; Antalya (n. 21) 201; Akbulut (n 19) 256-257.

36 Akbulut (n 19) 222.

37 Antalya (n. 21) 200; Altaş (n 18) 145; Akbulut (n 19) 304 vd.

gerektiriyorsa sözleşmeyi yenilik doğuran hakkını kullanmak suretiyle çözme yoluna gidebilecektir. Başka bir deyişle geçersizliği ileri sürme hakkı ile kanundaki koşulların varlığı halinde sözleşmeyi çözme hakkı birbiriyle yarışacak ve hâkim de geçersizliği yalnızca onun lehine gözetebilecektir.

C. KLÂSİK VE YENİ ÖĞRETİYE GÖRE GEÇERSİZ SÖZLEŞMELERİN TASFİYESİ VE BUNUN ÇİFTE ETKİ KURAMIYLA İLİŞKİSİ

Kuruluş aşamasındaki bir aksaklık nedeniyle geçersiz olan sözleşmelerin tasfiyesine ilişkin kanunlarda bir düzenleme yer almamaktadır. Klâsik öğretiyeye göre geçersiz sözleşmelerin tasfiyesinde edimlerin iadesi yönünden hukukî işlemin sebebe bağlı olup olmamasına göre ikili bir ayrıma gidilmektedir. Buna göre sebebe bağlı işlemlerde iade aynı bir taleple (taşınırlarda istihkak ve taşınmazlarda tapu sicilinin düzeltilmesi davası) ve iadenin kapsamı haksız zilyetlik hükümleri çerçevesinde, sebebe bağlı olmayan işlemlerde (soyutluk ilkesi) ise iade sebepsiz zenginleşmeye dayalı kişisel bir taleple ve iadenin kapsamı da sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde yapılmaktadır³⁸.

Son zamanlarda savunulan ve gittikçe daha fazla taraftar bulan görüşe göre ise sözleşmenin kuruluş aşamasında sakatlığa uğraması ile sonradan ifası sırasında akamete uğramasıyla ortaya çıkacak tasfiye ilişkisinde taraf menfaatleri bağlamında hiçbir fark bulunmamaktadır³⁹. Dolayısıyla bu her iki durumda da sözleşmenin tasfiyesi ortak bir rejime tabi olmalıdır. Lâkin bunların tasfiyesine ilişkin kanunda şimdilik bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla sorun, ortak tasfiye kuralları kabul edilinceye kadar tasfiyeye sözleşme hukuku kurallarını uygulamakla çözümlenmelidir⁴⁰. Menfaat hukukçuluğu anlayışının bir tezahürü olan ve yeni dönme (dönüşüm) kuramıyla da uyumlu bu görüşe göre; nasıl ki birbirleriyle iradî olarak sosyal temas içine girmiş kişilerin edim yükümünden bağımsız bir borç ilişkisine girdiği ve koruma/davranış yükümlerine aykırılığı nedeniyle uğradıkları zararların borca aykırılıktan kaynaklı olarak sözleşme hukuku kuralları çerçevesinde talep edilebileceği kabul ediliyorsa, geçersiz sözleşmelerde de edimlerin iadesi aynı gerekçeyle sözleşmeye dayandırılabilirmeli ve bunların iadesinde genel zamanaşımı süresi (TBK m. 146) uygulanmalıdır⁴¹. Esasında zarar gören açısından dezavantajlı sayılabilecek haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hükümlerinin yerine, birbirleriyle sosyal temas içine girmiş kişilerin karşı tarafa vermiş oldukları zararların sözleşme hukuku kuralları çerçevesinde giderilmesine yönelik yaklaşımın temelleri uzun

38 Kocayusufoğlu (n 18) 119-120; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 15) 376; Eren, Borçlar Genel (n 13) 378; Hatemi ve Gökyayla (n 16) 215 vd.

39 Rona Serozan, 'Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu ile Kapatma Eğilimi' Beta Yayınları, 2007 (Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan) 733 vd.; Vedat Buz, Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin 'Tasfiyesi' (2010) Rona Serozan'a Armağan 650 vd.; Tuba Akçura Karaman, 'Sona Ermiş veya Geçersiz Sözleşmelerde Tarafların İfa Etmiş Oldukları Edimlerin İadesi' (2018) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 308.

40 Acocella (n 31) 494-495; Serozan, Sözleşme (n 39) 728. Buz ise sözleşmenin kuruluşu ve sonrasında ifası sırasında ortaya çıkan aksaklıklara farklı tasfiye kurallarının uygulanmasını eleştirmekte, lâkin sözleşme hukuku kurallarının da özellikle iade borcunun imkânsızlaşması halinde sorunu tatminkâr bir biçimde çözmekten uzak olduğunu ve tasfiyenin ortak esaslara tabi olmasının gerektiğini ve bunun çözümünün de yalnızca *de lege feranda* değil, *de lege lata* içinde aranması gerektiğine işaret ederek pozitif hukuk içindeki çözüm önerilerini dile getirmiştir (Buz, Akamet (n 39) 650 vd.).

41 Serozan, Sözleşme (n 39) 740; Acocella (n 31) 495 vd.; Akçura Karaman (n 39) 308 vd.

bir geçmişe dayanmaktadır. *Jhering*'in 1861 tarihli eseriyle geliştirilen “*culpa in contrahendo*”, Alman İmparatorluk Mahkemeleri tarafından geliştirilen “*üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme*”, davranış (koruma) yükümleri ve buna bağlı “*edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi*”, 1921 tarihinde *Stoll* tarafından ortaya atılan “*yeni dönme (dönüşüm)*” ile 1941 yılında *Haupt* tarafından geliştirilen “*fiili sözleşme ilişkisi*” kuramları da hep sosyal temas olgusunu ön plana çıkaran ve dezavantajlı haksız fiil/sebepsiz zenginleşme hükümlerinden sözleşme hukukuna kaçış eğiliminin birer göstergesi olarak kabul edilebilirler⁴². Geçersiz sözleşmelerin tasfiyesinde sözleşme hukuku kurallarının uygulanması gerektiğini savunan yeni öğretinin bu yaklaşımı da bu kuramlarda benimsenen görüşlerin bir yansıması olarak görülebilir.

Gerçekten de kuruluşunda herhangi bir aksaklık bulunmayan bir sözleşmenin sonradan herhangi bir sebeple (borçlunun temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönme, ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme, satıcının zapttan sorumluluğu, bozucu şartın gerçekleşmesi, vb.) akamete uğraması halinde tasfiyeye sözleşme hukuku kurallarının uygulanacağı kabul edilebiliyorsa, birbirleriyle iradî olarak sosyal temasta bulunmuş kişilerin kuruluş aşamasındaki bir aksaklık nedeniyle geçersiz olan sözleşmelerin tasfiyesinde iadeye de – özellikle tarihsel süreç içinde geliştirilmiş yukarıda andığımız kuramlar da dikkate alındığında – sözleşme hukuku kurallarının uygulanmasının kabul edilmesinde bir tutarsızlık bulunmamaktadır⁴³. Nihayetinde sözleşme, ister kuruluş aşamasındaki isterse sözleşmenin ifası sırasında meydana gelen bir aksaklık nedeniyle akamete uğrasın, tasfiye sonucunda nihai hedef *status quo ante*'nin – tarafların borç ilişkisine girdiği andaki durumun – sağlanmasıdır⁴⁴. Bu nedenle *status quo ante*'ye ulaşılmasının yolunun da aynı rejime tabi olması gerekir⁴⁵.

Sonuç olarak, tasfiyede klâsik öğretinin *sebebe bağlılık-soyutluk* ilkeleri uygulandığında, geçersiz sözleşmelerin tasfiyesi sebebe bağlılık ilkesinin geçerli olduğu durumlarda aynı istihkak kurallarına, soyutluk ilkesi uygulandığında ise kişisel bir hak olan sebepsiz zenginleşme kurallarına göre yapılacaktır. Oysa geçersiz sözleşmelerin de yenilik doğuran haklarla çözülebileceği kabul edildiğinde tasfiyede sözleşme hukuku kuralları uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla klâsik öğretinin tasfiye kuralları ile geçersiz sözleşmenin yenilik doğuran haklarla çözülmesi halinde uygulanacak kuralların hukukî sonuçları birbirinden farklı olduğu için Kipp'in çifte etki kuramı sözleşmenin tasfiye sonucunu da doğrudan etkileyecektir.

Buna karşılık Kipp'in çifte etki kuramına göre herhangi bir sebeple geçersiz olan bir sözleşmenin zarar gören açısından daha avantajlı sayılabilecek başka bir geçersizlik sebebi ileri sürülerek tasfiyesi halinde, her iki geçersizlik sebebi yönünden de tasfiyede yeni öğretinin benimsediği sözleşme hukuku kuralları uygulandığında kuram en azından borçlar hukuku alanındaki sözleşmelerin *geçersizliği bağlamında* kanun özel bir imkân öngörmediği müddetçe pratik önemini yitirecektir. Keza aynı şekilde bir sözleşmenin kuruluş aşamasındaki bir aksaklık ile ifası sırasında meydana

42 Karş. Serozan, Sözleşme (n 39) 716 vd.; Acocella (n 31) 497; Akçura Karaman (n 39) 309 vd. Ayrıca bkz. BGE 129 III 328; BGE 130 III 510.

43 Serozan, Sözleşme (n 39) 733 vd.; Akçura Karaman (n 39) 308 vd.

44 Buz, Akamet (n 39) 649.

45 ibid 649-650.

gelen aksaklığa, – *örneğin sözleşmenin yenilik doğuran bir hakkın kullanılması suretiyle çözülmesi halinde*-, sözleşmenin tasfiyesi bağlamında aynı ortak esasların uygulanması halinde *maddi hukuk* bakımından Kipp'in çifte etki kuramı pratikte yeni bir fayda sağlamayacaktır. Lâkin yeni öğretinin tasfiye esaslarına göre sözleşmenin tasfiyesinde bunlar arasında kural olarak özel bir fark olmamakla birlikte, sözleşmenin taraflarına maddî veya usûlî menfaat sağlayan özel bir kanunî düzenleme olması halinde sözleşmenin hangi esaslara göre ve nasıl çözüleceği, hangi hukukî yollara başvurulabileceği farklılık arz edebilecektir⁴⁶.

III. GEÇERSİZ SÖZLEŞMELERİN YENİLİK DOĞURAN HAKLAR VASITASIYLA ÇÖZÜLÜP ÇÖZÜLEMEECEĞİ SORUNU

A. GENEL OLARAK

Kipp'in kesin hükümsüz bir sözleşmenin irade sakatlığı nedeniyle iptal edilip edilemeyeceği sorununu tartıştığı ve hukukta çifte etki kuramını ortaya koyduğu çalışması, Alman Federal Mahkemesinin aşağıda inceleyeceğimiz kararlarında da görüleceği üzere bu kez geçersiz sözleşmelerin yenilik doğuran hakların kullanımı vasıtasıyla çözülüp çözilemeyeceği sorunu bağlamında yıllar sonra adeta uykusundan uyandırılarak yeniden gündeme gelmiş ve Kipp'in çifte etki kuramı geçersiz hukukî işlemlerin sözleşmenin ifası sırasında meydana gelen bir aksaklık nedeniyle yenilik doğuran haklarla çözülmesi imkânına da yaygınlaştırılmaya başlanmıştır⁴⁷. Lâkin bu imkânın hangi geçersizlik hallerinde ve nasıl kullanılabileceği tartışmaları da beraberinde getirmiştir.

Aşağıda geçersiz bir sözleşmenin iptal, dönme, fesih, geri alma (cayma) gibi yenilik doğuran haklarla çözülüp çözilemeyeceği⁴⁸ ve geçersizlikle bunların yarışıp yarışamayacağı üzerinde durulacaktır.

46 Aşağıda inceleneceği üzere bazı tüketici sözleşmelerinde tüketiciye cayma hakkı tanıyan hükümler (ör. TKHK m. 18, 24, 48/IV, vd.), aşırı yararlanmada sömürülene aşırı oransızlığın giderilmesini isteme hakkı (TBK m. 28/I) ve satış sözleşmesinde malın ayıplı olması halinde ayıp nedeniyle alıcıya tanınan seçimlik haklar (TBK m. 227/I) bunlara örnek gösterilebilir. Bundan başka sözleşmenin geçersizliğini ispat etmenin güçlük teşkil ettiği durumlarda bunu ispat etmek yerine doğrudan sözleşmeyi yenilik doğuran hak vasıtasıyla çözmek hak sahibine usûlî bir avantaj da sağlayabilir (Karş. Schmelz (n 7) 22; Hahn (n 7) 282; Würdinger (n 3) 770).

47 Bu konuda ilk kararlardan biri irade sakatlığı nedeniyle iptale tabi bir sözleşmede iptal beyanından önce sözleşmeden dönme hakkını kullanan kişinin pişmanlık akçesi ödemekten kaçınmak için sonradan iptal hakkını kullanıp kullanamayacağına ilişkindir (NJW 1953, 424, OLG München, Oellers (n 8) 77'den naklen). Ayrıca bkz. Hahn (n 7) 281. Yazar, Kipp'in kuramının yalnızca geçersizlik halleri bakımından uygulanabileceğini, iptal hakkının kullanılmasıyla da sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olması sebebiyle geçersizliğin sonuçlarının ve tasfiyenin aynı kurallara tabi olduğunu ve geriye etkili olduğunu (ex tunc), buna karşılık iptal dışındaki sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkan aksaklık nedeniyle yenilik doğuran hakların kullanılması suretiyle, *örneğin* cayma hakkının kullanılarak sözleşmenin çözülmesi halinde ise sözleşmesel tasfiyenin söz konusu olması ve bunun ileri etkili sonuç doğurması (ex nunc) nedeniyle bunların Kipp'in çifte etki kuramıyla örtüşmediğini ve kuramdaki çözümün sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkan aksaklık nedeniyle sözleşmenin çözülmesi bağlamında kıyasa elverişli olmadığını iddia etmektedir (s. 283-284). Aynı yönde bkz. Mirko Möller, *Anm. zu BGH Urteil vom 25.11.2009 – VIII ZR 318/08*, (2010) NJW 612.

48 Bu arada belirtelim ki, sözleşmeyi çözmekle birlikte yenilik doğuran bir hak olan *uyarlama hakkının* kullanılıp kullanılmayacağı da aynı esaslara tabidir.

B. ALMAN FEDERAL MAHKEMESİNİN KONUYA YAKLAŞIMI – RADAR UYARI CİHAZI KARARLARI

Kipp'in yüz yılı aşkın bir süre önce ortaya attığı *hukukta çifte etki kuramı*, Alman Federal Mahkemesinin aşağıda inceleyeceğimiz iki farklı kararıyla yeniden gündeme gelmiştir. Kararlardan bir tanesi geçersiz bir sözleşmeden maldaki ayıp nedeniyle dönülüp dönülemeyeceği, diğeri ise geçersiz bir sözleşmede cayma hakkının kullanılıp kullanılamayacağıyla ilgilidir. Her iki kararın da konusunu alıcının satın aldığı radar uyarı cihazları oluşturmaktadır. Federal Mahkemenin birbirine benzeyen konulardaki kararları ilkesel olarak birbirinden farklı olup kanaatimizce aşağıda da açıklanacağı üzere çelişki arz etmektedir⁴⁹.

Alman Federal Mahkemesinin 2005 tarihli kararına⁵⁰ konu olan olayda alıcı, satın aldığı radar uyarı cihazının bazı polis radar noktalarında uyarı işlevini yerine getirmediğini ileri sürerek ayıp nedeniyle sözleşmeden dönerek satış bedelinin iadesini talep etmiştir. Yerel mahkeme alıcının istemini yerinde bularak satış bedelinin iadesine hükmetmiştir. İstinaf ve temyiz mahkemeleri ise aksi yönde karar vererek davanın reddine karar vermiştir. Temyiz mahkemesi kararında özetle, Alman Karayolları Trafik Tüzüğü uyarınca radar uyarı cihazlarının satışının yasaklandığını (§ 23 Abs. 2 StVO – Karş. KTK m. 51/V), sözleşmenin her iki tarafının da amacının ahlâka aykırı olduğunu ve ahlâka aykırılık bilinciyle hareket ettiğini, dolayısıyla sözleşmenin ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunu (§ 138 Abs. 1 BGB – Karş. TBK m. 27/I), sözleşmenin tasfiyesinin kural olarak geçerli olmayan sebebe dayalı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılması gerektiğini (§ 812 Abs. 1 BGB – Karş. TBK m. 77), ancak ahlâka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şeyin geri istenemeyeceğini (§ 817 BGB – Karş. TBK m. 81) belirterek davacının bedel iadesi istemini reddetmiştir. Sonuç itibarıyla Federal Mahkeme, ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz bir sözleşmeden maldaki ayıp nedeniyle dönülemeyeceğine ve geçersiz sözleşmenin tasfiyesinde bedelin § 817 BGB uyarınca iade yasağına tabi olduğuna (*nemo auditur proprium turpitudinem allegans*) hükmetmiştir.

Alman Federal Mahkemesinin 2009 tarihli kararına⁵¹ konu olan olayda ise tüketici sıfatını haiz davacı alıcı mesafeli satış sözleşmesiyle radar uyarı cihazı satın almıştır. Sipariş formunda radar uyarı cihazlarının yasak olduğu ve mahkemelerin bunların satışını ahlâka aykırı kabul ettiği hususunda bir bilgilendirme notu da yer almaktadır⁵². Alıcı, malın tesliminden on gün sonra, yani yasal süresi içinde sözleşmeden cayma hakkını kullandığını ilterek ödemiş olduğu bedelin iadesini talep etmiş, satıcının bedel iadesine yanaşmaması üzerine dava açmıştır.

49 Bu konudaki değerlendirmelerimiz için bkz. aşa. III C.

50 BGH, Urteil vom 23 Februar 2005 – VII ZR 129/04 – LG Oldenburg, AG Oldenburg, <https://openjur.de/u/52500.ppdf>, accessed 12 September 2022.

51 BGH, Urteil vom 23 November 2009 – VIII ZR 318/08 – LG Aurich, AG Leer, (<https://openjur.de/u/323305.ppdf>);(<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=LG%20Aurich&Datum=21.11.2008&Aktenzeichen=1%20S%20140/08>) accessed 12 September 2022.

52 Möller (N 47) 610.

Yerel mahkeme, 2005 tarihli Federal Mahkeme kararındakine benzer gerekçelerle – *satış sözleşmesinin ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz olduğu* (§ 138 Abs. 1 BGB) ve *sebepsiz zenginleşmede iade yasağı uyarınca* (§ 817 BGB) – alıcının bedel iadesi istemini reddetmiştir⁵³.

Buna karşılık istinaf mahkemesi, sözleşmenin ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunu kabul etmekle birlikte, satıcının § 817 BGB'de düzenlenen iade yasağına sığınmasının dürüstlük kuralına aykırı olacağını işaret ederek, § 242 BGB'de düzenlenen dürüstlük kuralının geçersiz sözleşmelerde de uygulama alanı bulacağını, sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesinin adaletsiz kaçabileceği istisnâ hallerde hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyabileceğini, tüketiciyi koruyan hükümlerin tam da bu istisna kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, sözleşmenin amacının ahlâka aykırı olmasının tüketiciyi koruyan hükümleri bertaraf etmeyeceğini, mesafeli sözleşmelerde tüketiciye cayma hakkı tanınmasının özünde sözleşmenin karşı tarafını görmeyen ve tanımayan ve satın aldığı malı fiziki olarak inceleme imkânı bulamayan tüketiciyi koruma amacının yattığını, ahlâka aykırı sözleşmelerde de tüketiciye sözleşmeyi çözme imkânının tanınması gerektiğini, bu hakkı tanımamanın dürüst satıcıların iade yasağı (§ 817 BGB) hükmü uyarınca malı iadeyle yükümlü olmayacak olan dürüst olmayan satıcılardan daha kötü bir duruma düşmesi anlamına geleceğini ve bu nedenle tüketicinin dürüstlük kuralı uyarınca tüketiciyi koruyan hükümlere başvurarak sözleşmeyi çözebileceğini belirterek bedelin iadesine karar vermiştir.

Temyiz mahkemesi de kararında özetle; sözleşmenin geçersizliğinin mesafeli sözleşmede cayma hakkının kullanılmasına engel teşkil etmediğini, mesafeli sözleşmelerde tüketiciye cayma hakkının tanınmasının özünde tüketicinin malı yerinde inceleme imkânının bulunmadığının yattığını, sözleşmenin hata ve hile gibi irade sakatlıkları nedeniyle iptal imkânının bulunduğu hallerde tüketicinin dilerse irade sakatlığı nedeniyle iptal hakkını (§ 142 BGB) kullanarak sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iade isteyebileceğini (§ 812ff. BGB) dilerse yasal süresi içinde cayma hakkını kullanabileceğini (§§ 312d, 355 BGB), tüketicinin bu yönde seçimlik hakkı bulunduğunu, sözleşmenin geçersiz olduğu hallerde de benzer şekilde tüketicinin bedel iadesi için dilerse geçersizliğe dayanabileceğini dilerse kendisi için daha işlevsel bir yol olan cayma hakkını kullanabileceğini, çifte etki kuramı – *Kipp'e atıf yapmaksızın*⁵⁴ – uyarınca geçersiz sözleşmelerin de iptal edilebileceği görüşünün Alman hukukunda uzun zamandır kabul gördüğünü, bu açıdan bakıldığında geçersiz bir sözleşmenin iptal edilmesiyle bunlarda cayma hakkının kullanılması arasında bir fark olmadığını ifade ederek tüketicinin cayma hakkını (eski⁵⁵§§ 312d, 355 BGB) kullanabileceğine, somut olayda cayma hakkının kullanılmasını bloke edebilecek alıcının hilesi gibi dürüstlük kuralından kaynaklı bir istisna da bulunmadığına işaret ederek radar uyarı cihazının bedelinin tüketiciye iadesine karar vermiştir. Alman Federal Mahkemesinin 2009 tarihli bu kararı, daha önce benzer olaylarda verdiği kararlardan farklılık arz etmesiyle içtihat değişikliğine gittiği şeklinde yorumlanmıştır⁵⁶.

53 AG Leer Urt. v. 28. 4. 2008 – 71 C 130/08, BeckRS 2009, 86552.

54 Herbert (n 7) 508.

55 Karar tarihinde yürürlükte olan eski § 312d BGB hükmü 13.6.2014 tarihinde yürürlüğe giren yasayla değiştirilmiştir (BGBl. I 2013 S. 3642). Maddenin eski metninde mesafeli sözleşmelerde cayma hakkı düzenlenmişti. Eski metin için bkz. <https://lexetius.com/BGB/312d,2>, accessed 12 September 2022

56 Xiao Zhang, 'Widerrufsrecht beim Fernabsatzgeschäft trotz Nichtigkeit des Vertrages' (2011) 1 StudZR 185.

Özetle Alman Federal Mahkemesi 2005 tarihli kararında ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz bir sözleşmede dönme hakkının kullanılamayacağına, 2009 tarihli kararında ise ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz bir sözleşmenin cayma hakkı kullanılmak suretiyle çözülebileceğine karar vererek ilkesel olarak birbirinin zıddı sayılabilecek kararlara imza atmıştır. Bu kararlardan hangisinin isabetli olduğu ve çalışmamızın da konusunu oluşturan geçersiz bir sözleşmenin yenilik doğuran hakkın kullanılması vasıtasıyla çözülüp çözülemeyeceği meselesini yukarıda sözünü ettiğimiz yeni öğretideki görüşler çerçevesinde aşağıda açıklamaya çalışacağız.

C. GÖRÜŞÜMÜZ

Bu konudaki görüşümüzü açıklamaya geçmeden önce belirtmek gerekir ki; ifa ile sağalmış – *düzelmiş* – sözleşmeler (ör. TBK m. 288/III c. 1), geçersizliği ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı halleri içeren sözleşmeler (TMK m. 2/II)⁵⁷ ve kanun tarafından özel olarak geçersizliği ileri sürmenin yasaklandığı sözleşmelerde (ör. TKHK m. 17/III, m. 22/III, m. 32/II, m. 41/I, m. 47/IV) hak sahibinin ilgili yenilik doğuran hakkını kullanmak suretiyle sözleşmeyi çözebileceğine şüphe bulunmamaktadır. Keza sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde geçersizlik ileri etkili (ex nunc) olacağından taraflardan birinin sözleşmeyi yenilik doğuran hakkını kullanmak veya geçersizliğini ileri sürmek suretiyle sona erdirmesi yönünden kural olarak bir fark bulunmamaktadır (TBK m. 394/III). Bu türden sürekli borç ilişkisi doğuran geçersiz sözleşmeler fesih yoluyla sona erdirilebilirler. İrade sakatlığı gibi hukukî işlemin belirli bir süre içinde iptal edilmeyip geçerlilik kazandığı (düzelebilir hükümsüzlük) ve tamamlayıcı olgunun noksanlığı nedeniyle askıda hükümsüz bir hukukî işlemin sonradan ilgili kişinin icazetiyle baştan itibaren geçerli sayıldığı hallerde de koşulları olduğu takdirde sözleşmenin yenilik doğuran haklarla çözülebilmesinde tereddüt bulunmamaktadır.

Bu türden ayrık durumlar dışında ise geçersiz bir sözleşmenin yenilik doğuran hakların kullanılması suretiyle çözülüp çözülemeyeceği sorunu Kipp'in çifte etki kuramı ile yeni öğretinin esnek hükümsüzlük yaklaşımı ışığında çözüme kavuşturulabilir. Geçersiz bir sözleşmenin ifası sırasında meydana gelen bir aksaklık nedeniyle çözülmeye elverişli olup olmadığına genel ve toptan bir yanıt verilemez⁵⁸. Zira bunun yanıtı, esnek hükümsüzlük öğretisine ilişkin esaslarda olduğu gibi geçersizlik normunun güttüğü amaca göre değişkenlik gösterir. Bu kapsamda şu tespitlere yer verilebilir. İlk olarak, Kipp'in çifte etki kuramında da öngörüldüğü üzere, kesin hükümsüz bir sözleşmenin zarar görene farklı veya özel bir menfaat sağladığı durumlarda hak sahibinin kanunun imkân verdiği başka bir yenilik doğuran hakkı kullanmak suretiyle sözleşmeyi çözüp çözemeyeceği, o sözleşmeyi geçersiz kılan normun güttüğü amacın tespit edilmesi suretiyle belirlenebilir⁵⁹. Şayet geçersizlik normu, doğrudan kamu menfaatini sağlamaya yönelik olmayıp, bireysel menfaati ön planda tutarak sözleşmenin taraflarından yalnızca birini korumayı amaçlıyorsa, sözleşmeyi de kanunun öngörmesi

57 Kabul edilen görüşe göre bu durumda geçersiz olan bir sözleşmenin sağlanması söz konusu olmayıp, TMK m. 2/II gereğince geçersizliğin etkisiz kalması nedeniyle işlem baştan itibaren geçerli olarak kurulmuş sayılmaktadır. (Kocayusufpaşaoğlu (n 18) 324-325; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 15) 109).

58 Lorenz (n 6) 89; Würdinger (n 3) 773.

59 Aynı yönde bkz. Lorenz (n 6) 86-87; Würdinger (n 3) 773.

halinde normun koruma amacı kapsamındaki taraf yenilik doğuran hakkını kullanmak suretiyle çözebilir⁶⁰. Daha doğrusu böyle bir durumda sözleşmenin geçersizliğini yalnızca geçersizlik normunun koruma amacı kapsamındaki kişi ileri sürebileceğinden ve hâkim de geçersizliği yalnızca onun lehine gözetebileceğinden o, dilerse sözleşmenin geçersizliğini ileri sürebilecek dilerse de ve menfaati gerektiriyor ise sözleşmeyi yenilik doğuran hakkını kullanmak suretiyle çözebilecektir. Bu çözüm tarzı yeni öğretinin kabul ettiği ve menfaat hukukçuluğunun bir yansıması olan *esnek hükümsüzlük* öğretisiyle de uyumludur. Bu bağlamda esnek hükümsüzlük öğretisinin de öngördüğü üzere, özellikle şekle aykırı sözleşmeler ile kişilik hakkına aykırı sözleşmelerde geçersizliğe yalnızca birinci durumda şekil kuralıyla korunmak istenen kişi, ikinci durumda ise kişilik hakkı ihlâl edilen kişi dayanabilecek, hâkim de geçersizliği yalnızca bu kişiler lehine gözetebilecektir. Başka bir deyişle geçersizliği ileri sürme hakkı ile yenilik doğuran hakla sözleşmeyi çözme hakkı birbiriyle yarışacaktır⁶¹. Bu durumda hak sahibi kendisine daha fazla maddî veya usûlî avantaj sağlayan hukukî sebebe dayanabilecektir⁶². Bu noktada ilave etmek gerekir ki; kanunun öngördüğü yenilik doğuran hakkını kullanmasına ilişkin koşullar oluştuğu takdirde hak sahibi, özellikle sözleşmenin geçersizliğinin ispatının güçlük arz edebileceği durumlarda bunu ispat etmesine gerek kalmaksızın doğrudan yenilik doğuran hakkını kullanarak sözleşmeyi çözüme yoluna gidebilecektir⁶³.

Görüşümüz aşağıda vereceğimiz örneklerle somutlaştırılabilir. 40 yaşındaki mahkeme kararıyla kısıtlanmış ayırt etme gücüne sahip alıcının yasal temsilcisinin rızası olmaksızın kendisine deneyimsizliği nedeniyle fahiş fiyattan taksitle meslekî amaçla⁶⁴ bir bilgisayar satılması halinde sözleşme farklı hukukî sebeplerle geçersizdir⁶⁵. *Birincisi*, taksitle satış sözleşmesinin asgarî olarak adi yazılı şekilde yapılacağını düzenleyen TBK m. 253/II uyarınca sözleşme şekle aykırılık nedeniyle

60 Benzer yönde bkz. Würdinger (n 3) 773.

61 *Buz* da bir hukukî işlemin hata ve hile sebebiyle iptalinin mümkün olduğu bir durumda hataya düşen kişinin sözleşmeyi hata nedeniyle iptalinden sonra hileyi öğrenmesi durumunda hata nedeniyle iptalde talep edilemeyen culpa in contrahendo kaynaklı bir tazminat istem hakkı sağlaması nedeniyle iptal edilmiş aynı sözleşmenin hak sahibinin ikinci kez iptalde menfaati bulunduğu için hile yoluyla da iptal edilebileceği görüşündedir. Yazara göre böyle bir durumda hak sahibi esaslı bir saik hatasına düşmüş sayılacağından ve ilk yenilik doğurucu beyanı iptal edileceğinden çifte etki kuramına da başvurulmasına gerek kalmamaktadır (Buz, Yenilik (n 8) 212-213. Karş. Zhang (n 56) 187-188). *Buz* ayrıca bu görüşüyle paralel olarak bir sözleşmenin birden fazla sebeple feshinin mümkün olduğu durumlarda bunların yarışacağını ve hatta bir hukukî sebebe dayalı fesih hakkı kullanıldıktan sonra bile yenilik doğuran hakların kullanılmasıyla tükenmesi ilkesine istisna olacak şekilde, farklı fesih sebeplerine farklı hukukî sonuçlar bağlandığı durumlarda hak sahibinin menfaati gerektiriyorsa başka bir hukukî sebebe dayalı olarak aynı sözleşmenin yeniden feshedilmesine imkân tanınması gerektiğine işaret etmektedir (Buz, Yenilik (n 8) 212). Benzer görüşte bkz. Schmelz (n 7) 22; Hahn (n 7) 283.

62 Karş. Serozan, Medenî (n 9) 393; Schmelz (n 7) 22.

63 Aynı yönde bkz. Schmelz (n 7) 22; Hahn (n 7) 282; Würdinger (n 3) 770.

64 Bilgisayarın meslekî amaçla satın alınması halinde hukukî işlem tüketici işlemi niteliğinde sayılmayacağından (TKHK m. 3/I b. l) TBK'nın taksitle satış sözleşmesi hükümleri (TBK m. 253 vd.) uygulama alanı bulacaktır. Tüketici işlemi niteliğinde olmayan taksitle satış sözleşmeleri hükümleri çalışma konumuza daha uygun düştiğünden tercihimizi bu yönde kullandığımızı belirtmek isteriz.

65 Bu arada belirtelim ki; bir hukukî işlemin birden fazla sebeple geçersiz olması halinde bunların yarışacağına şüphe bulunmamaktadır. Bu noktada zarar görenin maddî hukuk bakımından kendisine en avantajlı geçersizlik sebebine veya ispat bakımından en kolay ispat edileceği geçersizlik sebebine dayanması mümkündür (Kipp (n 2) 224; Schmelz (n 7) 22; Hahn (n 7) 282).

geçersizdir⁶⁶. *İkincisi*, yasal temsilcinin bu sözleşmeye en geç sözleşmenin kurulduğu anda yazılı rıza göstermesi gerektiğini düzenleyen TBK m. 254 uyarınca sözleşme kesin hükümsüzdür ve sonradan yasal temsilcinin icazetiyle de geçerli hale getirilemez⁶⁷. *Üçüncüsü*, sözleşme alıcının deneyimsizliğinden yararlanılarak yapıldığı için aşırı yararlanma nedeniyle iptal edilebilir niteliktedir (TBK m. 28). İlk iki durumda sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi iken, son durumda yenilik doğuran iptal hakkının kullanılması suretiyle sözleşmeyi geçersiz hale getirme imkânı tanınmıştır. Her üç geçersizlik normu da verdiğimiz örnekte alıcıyı korumaya yöneliktir. Verdiğimiz örnekte şayet kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulanacak olursa taraflar edimlerini, – 40 yaşındaki alıcı da bilgisayarı – iade etmek zorunda kalacaklardır. Buna karşılık, 40 yaşındaki kişi veya yasal temsilcisi bilgisayarı iade etmeyip kendinde tutmak isterse, onlar işlemin geçersizliğini ileri sürmek yerine TBK m. 28 uyarınca aşırı oransızlığın giderilmesini⁶⁸ talep ederek bu menfaatlerini karşılayabileceklerdir. Her üç geçersizlik normunun da alıcıyı korumaya hizmet ettiği düşünüldüğünde, kanımızca alıcıya veya yasal temsilcisine aşırı oransızlığın giderilmesini isteme hakkı tanınması gerekecektir. Buna karşılık, örneğin alıcının aşırı oransızlığın giderilmesini isteme hakkını kullanması için kanunun öngördüğü hak düşürücü süreyi kaçırmaması halinde ise (TBK m. 28/II)⁶⁹, alıcı kural olarak şekle aykırılık veya yasal temsilcinin rızasının eksikliği nedeniyle geçersizliği ileri sürebileceği gibi, hâkim de geçersizliği re'sen gözetebilecektir. Böylece alıcı bilgisayarı iade ederek ödemiş olduğu bedeli geri alabilecektir. Bu arada aynı örnekte kabul ettiğimiz görüş uyarınca alıcı, geçersizliği ileri sürmekle uğraşıp onu ispat etmek yerine sözleşmeyi çözenin daha basit bir yolu olan ve taksitle satış sözleşmesinde öngörülen özel bir imkân olan *geri alma hakkını* da – *yasal süresi içinde* – kullanabilecektir (TBK m. 255/I)⁷⁰.

Hâkimin geçersizliği re'sen gözetip gözetemeyeceği bağlamında bir örnek vermek gerekirse, kabul ettiğimiz esnek hükümsüzlük yaklaşımı uyarınca hâkim geçersizliği yalnızca geçersizlik normunun amacına uygun olarak normun koruma amacı kapsamındaki taraf lehine gözetebilecektir. Şayet hak sahibi, *örneğin şekle aykırılık nedeniyle geçersiz bir taksitle satış sözleşmesinde alıcı*, malı kendinde tutup ayıp nedeniyle ayıptan doğan seçimlik haklardan (TBK m. 227/I) bedelden indirim hakkını⁷¹

66 Söz konusu şekil kuralının alıcıyı korumak amacıyla getirildiği ve bunun bir esnek hükümsüzlük türü olduğu yönünde bkz. Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri* (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 298. Tüketici işlemi niteliğindeki taksitle satış sözleşmelerinde ise satıcı ve sağlayıcının şekle aykırılığı ileri süremeyeceği yönünde açık bir düzenleme yer almaktadır (TKHK m. 17/III).

67 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (6. Baskı, Yetkin Yayınları 2018) 243; Aydın Zevkliler ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (20. Baskı, Vedat Kitapçılık 2020) 94; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1. Cilt* (11. Baskı, Beta Yayıncılık 2022) 327; Aydoğdu ve Kahveci (n 66) 299.

68 Esasında işlemin tümünden iptal edilmeyip sömürülene aşırı oransızlığın giderilmesi hakkını tanıyan bu düzenleme de *favor negotii* ve menfaat hukukçuluğu yaklaşımının bir sonucudur. Bu konuda bkz. BGE 123 III 292 vd. Aşırı oransızlığın giderilmesini isteme hakkının kısmi iptal hakkı niteliğinde olduğu yönünde bkz. Eren, *Borçlar Genel* (n 13) 475; Hatemi ve Gökyayla (n 16) 106. Eksik geçerlilik türü olduğu yönünde bkz. Serozan, *Medeni* (n 9) 389.

69 TBK m. 28/II'ye göre zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilmektedir.

70 TBK m. 255/I hükmüne göre taksitle satış sözleşmesi, alıcı bakımından, taraflarca imzalanmış sözleşmenin bir nüshasının eline geçmesinden yedi gün sonra hüküm ve sonuçlarını doğurmakta ve alıcı, bu süre içinde irade açıklamasını geri aldığı satıcıya yazılı olarak bildirebilmektedir.

71 Bu arada belirtmek isteriz ki; aynı koşullarda alıcı seçimlik haklarından, yenilik doğuran bir hak olan bedelden indirim ve dönme hakkı yanında bir alacak hakkı niteliğinde olduğunu kabul ettiğimiz ücretsiz onarım ve değiştirme haklarını

kullanıyorsa, hâkim geçersizliğe karar veremeyecek, koşulları varsa bedelde indirimde hükmedecektir. Buna karşılık zarar gören teknik olarak herhangi bir yenilik doğuran hakkını kullanmayıp, örneğin malı geri verip bedel iadesi istiyorsa, hâkim TBK m. 60 uyarınca zarar görene en iyi giderim imkânını sağlayan hukukî sebebe göre karar vermelidir. Örneğin geçersiz satış bir sözleşmesinde alıcı, ayıplı mal için muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmeksizin bedel iadesi talebinde bulunmuşsa hâkim, sözleşmenin geçersizliğini re'sen gözeterek bedel iadesine hükmedebilecektir. Başka bir deyişle alıcının bedel iadesi talebi, – *muayene ve ihbar külfetleri yerine getirilmediği veya yerine getirildiği ispat edilemediğinden ayıplı mal nedeniyle sözleşmeden dönme imkânı kapalı olduğu için*–, kendisine bedeli iade imkânı tanıyan geçersizlik hukukî sebebine dayandırılabilir.

Bu açıklamalarımız doğrultusunda, Alman Federal Mahkemesinin radar uyarı cihazlarına ilişkin kararlarından ahlâka aykırı bir sözleşmenin dönme hakkının kullanılması suretiyle çözülemeyeceğine ilişkin 2005 tarihli olanına katıldığımızı, buna karşılık içtihat değişikliğine giderek ahlâka aykırı bir sözleşmenin cayma hakkı kullanılmak suretiyle çözülebileceğine yönelik 2009 tarihli kararına ise geçersizlik normunun amacını göz ardı ettiği için katılmadığımızı belirtmek isteriz⁷². Zira sözleşmenin her iki tarafının da ahlâka aykırılık bilinciyle hareket ettiği ve radar uyarı cihazı satışına ilişkin konusu ve amacı ahlâka aykırı sözleşme kesin hükümsüzdür. Radar uyarı cihazlarının satışına yönelik geçersizlik normunun amacı bu sözleşme taraflarının bireysel menfaatini değil, kamu menfaatini sağlamaya yöneliktir. Kamu menfaatine ve yararına aykırı olan bu sözleşmeye uygulanacak yaptırım, normun amacı dikkate alındığında taraflardan biri lehine esnetilemez⁷³. Bu bağlamda kamu menfaatine ilişkin ahlâka aykırı bir sözleşme, mesafeli sözleşmelerde cayma hakkı dahil olmak üzere herhangi başka bir yenilik doğuran hakla çözülemez. Dahası, geçersizlik yaptırımının sonucu olarak sözleşmenin tasfiyesinde de, her iki taraf da ahlâka aykırılık bilinciyle hareket ettiğinden sebepsiz zenginleşmede iade yasağı uygulama alanı bulur (§ 817 BGB – Karş. TBK m. 81⁷⁴).

SONUÇ

Klâsik öğretinin *geçersiz hukukî işlemlerin hiçbir hukukî sonuç doğurmayacağı* şeklindeki dogmatik yaklaşımı bugün için alışveriş/ticaret yaşamının ihtiyaçlarını tatminkâr bir şekilde karşılayamamakta, kimi zaman da taraf menfaatlerini sağlayamadığı için adaletsiz sonuçların doğmasına yol açabilmektedir. Buna karşı bir çözüm olarak özel hukuk alanında irade özerkliğini esas alan *favor negotii* yaklaşımın etkileri gün geçtikçe daha çok hissedilmektedir. Taraf menfaatlerini gözetmeyi

da kullanabilir (TBK m. 227/I).

72 Aynı yönde bkz. Würdinger (n 3) 773; Lorenz (n 6) 89. Karş. Zhang (n 56)191.

73 Aynı yönde karş. Lorenz (n 6) 87-88; Würdinger (n 3) 773. Son yazar da tüketiciye cayma hakkı tanıyan § 355 BGB hükmünün lafzî, sistematik ve amaçsal yorumunun ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz bu sözleşmede kendi ahlâka aykırı davranışı nedeniyle korunmaya layık olmayan tüketicinin cayma hakkını kullanmasına izin vermeyeceğini, şayet geçersizliğin sebebinin ahlâka aykırılık değil de, yasal temsilcinin rızasının noksanlığı olsaydı (§ 108 I BGB), o zaman sözleşmede cayma hakkı kullanılabileceğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Gerçi bu son durumda yasal temsilcinin cayma hakkını kullanması, onun sözleşmeye zımni icazet verdiği şeklinde de yorumlanmaya elverişlidir.

74 Yalnız Alman hukukundan farklı olarak Türk hukukunda hâkim hukuka veya ahlâka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şeyin Devlete mâl edilmesine karar verebilir (TBK m. 81 c. son)

ve somut olay adaletini sağlamaya yönelik bu hukukî yaklaşım borçlar hukukunun altın ilkesi *irade özerkliğinin* yasal sınırlar içinde olabildiğince genişletilmesi anlamına da gelmektedir.

İşte Theodor Kipp'in 1911 yılında geçersiz bir sözleşmenin başka bir hukukî sebebe dayanılarak tekrar geçersiz hale getirilebileceği tezini savunan çifte etki kuramı da *menfaat odaklı* bu yaklaşımın izlerini taşır. Geçersiz bir sözleşmenin ifası sırasındaki bir aksaklık nedeniyle; iptal, dönme, fesih, geri alma (cayma) gibi yenilik doğuran haklarla çözülüp çözülemeyeceği sorunu yine menfaat odaklı yaklaşımın izlerini taşıyan *esnek hükümsüzlük* öğretisinin uygulanması veya bazı yazarların yorumuyla geçersizlik normlarındaki yaptırımların *amaca uygun sınırlandırılması* yoluyla çözülebilir. Bu bağlamda kuruluşundaki bir aksaklık nedeniyle geçersiz bir sözleşmenin ifası sırasında yenilik doğuran bir hakkın kullanımı yoluyla çözülebileceğinin kabulü için geçersizlik normunun koruma amacına göre hareket edilmelidir. Geçersizlik yaptırımının hukukî işlemin yalnızca taraflarından birini korumayı amaçladığı tespit ediliyorsa, normla korunan kişi, dilerse geçersizliğe dayanabilecek dilerse sözleşmenin geçersizliğini hiç ileri sürmeyerek sözleşmeyi kanunun kendisine tanıdığı ilgili yenilik doğuran hakkını kullanarak çözebilecektir. Böylece zarar görene, geçersizliğe dayanması halinde belki kavuşamayacağı maddi veya usulî (özellikle ispat konusunda) bir menfaatini karşılama imkânı sağlanabilecektir.

Bu kapsamda özellikle şekle ve kişilik hakkına aykırı sözleşmelerde, yalnızca şekil kuralıyla korunmak istenen kişi veya kişilik hakkı ihlâl edilen kişi geçersizliğe dayanabileceğinden, aynı kişi dilerse ve menfaati gerektiriyorsa sözleşmeyi ilgili yenilik doğuran hakkını kullanarak çözebilecektir. Bunlar dışındaki diğer geçersizlik hallerinde ise ilgili geçersizlik normunun kamu menfaatini mi yoksa bireysel menfaati mi koruduğu tespit edilmeli ve geçersizlik normu ona göre esnetilerek bir çözüme varılmalıdır. Son olarak, soruna öğretici bir örnek teşkil etmesi ve gündeme getirmesi hasebiyle de Alman Federal Mahkemesinin ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz olan radar uyarı cihazlarının mesafeli satışında tüketicinin cayma hakkını kullanabileceğine ilişkin 2009 tarihli kararının – *geçersizlik normunun kamu menfaatine yönelik amacını göz ardı ettiği için* – yerinde olmadığı sonucuna vardığımızı da tekrar belirtmek isteriz.

KAYNAKÇA

- Acocella D, 'Nichtigkeitsebegriff und Konzept einer einheitlichen vertragsrechtlichen Rückabwicklung gescheiterter Verträge' (2003) 99 SJZ 494-497.
- Akbulut PE, *Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması* (Oniki Levha Yayınları 2016).
- Akçura Karaman T, 'Sona Ermiş veya Geçersiz Sözleşmelerde Tarafların İfa Etmiş Oldukları Edimlerin İadesi' (2018) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 285-333.
- Altaş H, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi* (Yetkin Yayınları 1998).
- Antalya G, *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1 Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019).
- Aydoğdu M ve Kahveci N, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri* (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2019).
- Buz V, 'Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin Tasfiyesi' (2010) Rona Serozan'a Armağan 611-662 (Akamet).

- Buz V, *Medenî Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin Yayınları 2005) (Yenilik).
- Dural M, Ögüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2021).
- Edis S, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (5. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1993).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Yetkin Yayınları 2019) (Borçlar Genel).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (6. Baskı, Yetkin Yayınları 2018) (Borçlar Özel).
- Hahn E, 'Der Verbraucherwiderrufsrecht und die Kippsche Doppelwirkung im Recht' (2010) NJ 281-284.
- Hatemi H ve Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (4. Baskı, Vedat Kitapçılık 2017).
- Herbert M, '100 Jahre Doppelwirkungen im Recht' (2011) 10 JZ 503-513.
- Kipp T, 'Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit' (1911) Festschrift für Ferdinand von Martitz, Verlag von Otto Liebmann, 211-233.
- Kocayusufoğlu N, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş – Hukuki İşlem-Sözleşme* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 2017).
- Lorenz S, 'Grundsatz der Doppelwirkung und Verbraucherschutz bei der Vertragsanbahnung', in: Dammann, Jens/Grunsky, Wolfgang/Pfeiffer, Thomas (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Manfred Wolf*, (2011) 77-89.
- Möller M, *Anm. zu BGH Urteil vom 25.11.2009 – VIII ZR 318/08*, (2010) NJW.
- Oellers B, 'Doppelwirkungen im Recht?' (1969) Archiv für die civilistische Praxis 169. Bd H. 1, 67-79.
- Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1*, (16. Baskı, Vedat Kitapçılık 2018).
- von der Pfordten D, 'Moralisches Handeln und das Prinzip der Doppelwirkung', in: Kühler M. und Rüther M. (eds), *Handbuch Handlungstheorie* (J.B. Metzler 2016) https://doi.org/10.1007/978-3-476-05359-6_38 accessed 12 September 2022, 334-341.
- Schmelz C, 'Die Lehre von der Doppelwirkung im Recht – eine rechtspraktikable Betrachtung' (2006) JA 21-22.
- Serozan R, 'Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu ile Kapatma Eğilimi' Beta Yayınları, 2007 (Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan) 715-741 (Sözleşme).
- Serozan R, *Medenî Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku* (Vedat Kitapçılık, 2017) (Medenî).
- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 1993).
- Würdinger M, 'Doppelwirkungen im Zivilrecht, Eine 100-jährige juristische Entdeckung' (2011) JuS 769-774.
- Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1. Cilt* (11. Baskı, Beta Yayıncılık 2022).
- Zevkliler A ve Gökyayla KE, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (20. Baskı, Vedat Kitapçılık 2020).
- Zhang X, 'Widerrufsrecht beim Fernabsatzgeschäft trotz Nichtigkeit des Vertrages' (2011) 1 StudZR 179-191.

Marka Hukukunda Barkod Kullanımı ve Barkoda Müdahaleden Kaynaklanan Tecavüz Halleri

Usage of Barcode in Trademark Law and Circumstances of Infringement Caused by Intervention in the Barcode

Remzi Tamer Pekdinçer* 

ÖZ

Markalı ürün üzerinde yer alan barkod ürünün hangi ticari işletme tarafından üretildiği, üretim tarihi, üretim bandındaki parti/seri numarası vb. birçok bilgiyi içermektedir. Bu bilgiler ürünün orijinal olup olmadığının tespit edilmesinde olduğu kadar, hatalı imalat halinde ürünün seri numarasının tespit edilerek geri çağırılması veya birebir aynı seriden çıkan ürüne ihtiyaç olduğunda üretim bandından çıkan numunelerin tespit edilmesi bakımından da gereklidir. Dolayısıyla markanın kaynak gösterme ve garanti işlevlerini yerine getirmesi için barkod içinde kayıtlı bilgilere ihtiyaç bulunmaktadır. Tüketicinin bu bilgilere ulaşmasını sağlayan barkoda müdahale edilmesi markanın garanti, kalite ve itibar fonksiyonlarına zarar verecektir. Bu nedenle, tüketicinin üründen markaya duyduğu güven doğrultusunda beklediği menfaati sağlamasına ve orijinalliğin ispatına yönelik durumlarda barkodun silinmesi, kazınması, değiştirilmesi, taklit ve sahte barkod kullanımı tükenme ilkesine getirilen değiştirme ve kötüleştirme yasağı kapsamında değerlendirilecek ve somut olayın şartlarına göre marka hakkına tecavüz ve/veya haksız rekabet teşkil edecektir.

Anahtar Kelimeler: Marka, Barkod, Markanın Fonksiyonları, Kaynak Gösterme İşlevi, Garanti İşlevi, Tükenme İlkesi, Değiştirme ve Kötüleştirme Yasağı, Haksız Rekabet.

ABSTRACT

The barcode, situated on branded products, comprises various information regarding the product, such as the producing company, the date of manufacture, the batch/serial code in the production line, etc. This knowledge is essential to determine whether the product is original or not, whether to recall the product in case of defective manufacturing, or to detect the samples which result from the production line when there is a requirement for a product from the exact same batch. Therefore, there is a necessity for recorded information in the barcode of the trademark in order to fulfill its badge of origin and warranty functions. Intervention in the barcode that enables consumers access to this knowledge would cause damage to the warranty, quality, and reputation functions of the trademark. Thus, deletion, abrasion, and alteration of the barcode or using imitation and counterfeit barcodes in cases that provide the expectation of the consumer's interest in the product in accordance with their trust in the trademark and proof of the originality of the product, it will be appraised within the scope of the prohibition of alteration and deterioration brought to the principle of exhaustion, and it will constitute infringement of trademark right and/or unfair competition according to the conditions of the particular case.

Keywords: Trademark, Barcode, Functions of the Trademark, a Badge of Origin, Guarantee Function, Principle of First Sale, Prohibition of Alteration and Deterioration, Unfair Competition.

* Dr. Öğretim Üyesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (E.), ORCID: 0000-0001-5610-5758.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Remzi Tamer Pekdinçer

E-posta/E-mail: tamerpekdicner@gmail.com

Geliş Tarihi/Received: 01.09.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 29.11.2022

GİRİŞ

Marka sahibi teşebbüsler ile tüketici arasında bir bağ olduğu dikkate alınarak markaların çeşitli fonksiyonları bulunduğu kabul edilmektedir¹. Bu fonksiyonlar; köken (kaynak) gösterme, ayırt etme, garanti, reklam ve itibar fonksiyonlarıdır².

Markalı ürün üzerinde yer alan barkod ürünün hangi ticari işletme tarafından üretildiği, üretim tarihi, üretim bandındaki parti/seri numarası vb. birçok bilgiyi içermektedir. Bu bilgiler ürünün orijinal olup olmadığının tespit edilmesinde olduğu kadar, hatalı imalat halinde ürünün seri numarasının tespit edilerek geri çağırılması veya birebir aynı seriden çıkan ürüne ihtiyaç olduğunda üretim bandından çıkan numunelerin tespit edilmesi bakımından da gereklidir. Dolayısıyla markanın kaynak gösterme ve garanti işlevlerini yerine getirmesi için barkod içinde kayıtlı bilgilere ihtiyaç bulunmaktadır.

Ancak bazı hallerde piyasaya ilk kez sunulan ürünler üzerindeki barkodun ürünün piyasada tedavülü sırasında taklit veya sahte barkod ile değiştirildiği, barkodun fiziken kazındığı veya silindiği, bazı ambalajlara barkod eklendiği görülmektedir. Çalışmamızın amacı, uygulamada karşılaşılan barkoda müdahale teşkil eden bu eylemlerin marka ve haksız rekabet hukuku açısından olası sonuçlarını incelemektir.

Bu çalışmamızda, öncelikle barkod sistemi, barkodun işlevleri, markanın fonksiyonları, markanın fonksiyonları ile barkodun işlevleri arasındaki bağlantı ortaya konulacaktır. Sonrasında, marka hakkına getirilen sınırlamalardan tükenme ilkesinin neyi ifade ettiği, tükenme ilkesinin istisnası olan markayı kötüleştirme ve değiştirme yasağı, söz konusu istisnanın amacı ve yasakların kapsamı açıklanacaktır. Son olarak barkod kullanımı veya barkoda müdahale edilmesi ile marka hakkına tecavüzün hangi şekillerde gerçekleşebileceğine değinilecektir.

I. BARKOD TANIMI

Barkod (“barcode”) kelimesi İngilizce çubuk veya çizgi anlamında kullanılan “bar” kelimesi ile şifre veya kod anlamında kullanılan “code” kelimelerinden türetilmiştir³.

Barkod / Çizgikod; çeşitli kalınlık, aralık ve sayıda çizginin bir araya getirilmesiyle oluşturulmuş, sayı veya harflerden oluşan, verinin bilgisayarlara doğru ve hızlı olarak aktarılmasını sağlayan teknolojiyi ifade eder⁴.

1 Esin Çamlıbel Taylan, *Marka Hakkının Kullanılması ile Paralel İthalatın Önlenmesi* (Seçkin 2001) 34.

2 Sabih Arkan, *Marka Hukuku* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 520 1997) 38.

3 Tureng sözlük, < <https://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/barcode> > , Erişim Tarihi 01.12.2022.

4 Beşeri Tıbbi Ürünler Barkod ve Karekod Uygulama Kılavuzu (T.C. Sağlık Bakanlığı, Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu) m. 4/c. Söz konusu Kılavuz, Beşeri Tıbbi Ürünler Barkod ve Karekod Uygulama Kılavuzu (T.C. Sağlık Bakanlığı, Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu) m. 4/c. Söz konusu Kılavuz, Beşeri Tıbbi Ürünlerin Ambalaj Bilgileri, Kullanma Talimatı ve Takibi Yönetmeliği, RG. 25.04.2017/30048, 20'inci maddesi gereğince hazırlanmıştır.<chromeextension://efaidnbmnnpbpcjpcglclefindmkaj/https://titck.gov.tr/storage/legislation/eYHHQ828.PDF> Erişim Tarihi 01.12.2022.

Barkod, bilgilerin çubuk ve çubuklar arası boşluklardan meydana gelen semboller ile (teknolojik olarak) kodlanarak, optik okuyucular aracılığıyla verilerin hatasız olarak sanal ortama aktarılması amacıyla kullanılmaktadır⁵.

Barkodlama sistemi 1970’li yıllarda perakende sektöründe, fiyatlandırma, stok tutma gibi olağan ticari işlemlerde kullanılmaya başlanmıştır⁶. Ancak ilk kullanımı 1950’li yıllarda trenyolu taşımacılığında hızlı sevkıyat amacıyla gerçekleştirilmiştir⁷.

Barkod sistemi kullanımı perakende sektöründe yaygındır. Özellikle insan sağlığının ön plana çıktığı ilaç, gıda, parfüm, kozmetik gibi bazı sektörlerde ise ihtiyaçtan ziyade bir zorunluluktur⁸.

Ticaret hayatında kullanılan 300’e yakın barkod çeşidi bulunmakta olup temelde 2 kategoriye ayrılmaktadır⁹. Lineer barkodlar tek satırdan oluşan tek boyutlu sayılar kümesi şeklindeki geleneksek barkodlardır¹⁰. İki boyutlu barkod sistemleri ise “2-D Matris Barkod” olarak bilinen kodlardır. Lineer barkodlara göre çok daha fazla miktarda veri depolayan iki boyutlu barkodların en yaygın bilinen çeşidi QR kod genelde perakende satışlarda, stok yönetimi için kullanılır¹¹.

- 5 Ayşe Çelik Taşkın, ‘Orta Ölçekli Belediyelerde Kullanılabilecek Karekod Barkod Destekli Doküman Yönetimi Sistemi’ (Yüksek Lisans Tezi, Trakya Üniversitesi 2012) 4; Akbey Elçi, ‘İş Ekipmanlarında Güvenlik Takibi İçin
- 6 Hüseyin Akçay, “Proses Sayısının Çok Olduğu Talaşlı İmalat Süreçlerinin Gruplandırılarak Barkodla Yönetilmesi” (Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi 2020) 45.
- 7 Elçi (n 6) 3; “Barkod sistemleri alanındaki ilk çalışmayı R&D isimli bir trenyolu şirketi gerçekleştirmiştir. Bu alandaki ilk çözüm ise Sylviana isimli bir kuruluştan gelmiştir. Sylviana firmasının ürettiği sistem bu günkü Optik Yöntemlerle Karakter Tanıma teknolojisidir. Daha sonra 1968’de Computer Identics Corporation firması bu sistemi geliştirmek için çalışmalarına başlamış ve hali hazırda kullanılan çizgilerin daha basit olması ve her türlü yüzeye basılabilmesi üzerinde durmuştur. Bu fikir günümüzde kullanılan modern barkod uygulamalarının temelini oluşturmuştur.”
- 8 Örnek vermek gerekirse, Vergi Usul Kanunu (“VUK”) mükerrer madde 257/6 uyarınca «Maliye Bakanlığı; vergi güvenliğini sağlamak amacıyla niteliklerini belirleyip onayladığı elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihazlar ve sistemleri kullanırmaya, bu cihaz ve sistemler vasıtasıyla bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin kullanılmasına ilişkin zorunluluk getirmeye, mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin verilmesinde» yetkilidir. Arı Kolonilerinin Kimliklendirilmesi ve Kayıt Altına Alınması Hakkında Yönetmelik, RG 22.04.2022/31817 uyarınca kolonilerin tanımlanmasında kullanılacak kovan plakalarının üzerinde lazer tekniği ile silinmez şekilde baskılı barkod/karekod bulunması zorunludur. Ayrıca, uygulamada, sürekli yayınlarda 2 basamaklı seri numarasını kullanmak, yayınları birbirlerinden ayırd edilmesi için kullanılmaktadır. Taşıma birimleri üzerinde yer alan GS1 lojistik etiketinde SSCC numarasının bulunması zorunludur. Bkz. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, GS1 Sistemi Tanımlama, Numaralandırma ve Barkod Standartları Uygulama Kılavuzu (GS1 TÜRKİYE), 2007, 42. < <http://www.gs1.tobb.org.tr/userfiles/files/Barkoduygulamakilavuzu.pdf> >, Erişim Tarihi 01.12.2022.
- 9 Akçay (n 6) 55 vd.
- 10 ibid 56; “Yaygın olarak kullanılan barkod türleri UPC/EAN, EAN-13, EAN-8, Code 39, Code 93, Code 128’dir. En çok kullanılanlar UPC ve EAN’dir. UPC barkod türleri Kanada ve Amerika’da, EAN-13 barkod ise Avrupa ve Türkiye’de kullanılmaktadır.”
- 11 Akçay, tek boyutlu ve iki boyutlu barkodlar arasındaki farkı şu şekilde izah etmektedir: “İki boyutlu matris barkodların lineer barkodları istifleyen kompleks kodlamalar olup lineer barkodlar 17 karaktere kadar kodlarken, 2 boyutlu barkodlar aynı alana 2000 karaktere kadar kopyalama yapabilmektedir. Tek boyutlu barkodlarda saklamak istenilen bilgilerin etiketlenmesi ve ürünle ilgili bilginin bilgisayar ortamına kaydedilmesi gerekir aksi halde barkod işe yaramaz. İki boyutlu kodlamada ise, bilginin kendisi kodlamanın içinde olup kodun içindeki bilgi, bilgisayar veya bilgi sistemi veri tabanına eklenmesine gerek olmadan taşınır. 2-B lazer veya CCD okuyucularla nerede olursa olsun kodlu bilgiyi okuyarak çözümler. En yaygın iki boyutlu kodlar; QR code, Data matrix code, Aztec code ve Pdf 417’dir.” (n 6) 59.

Barkod sisteminin faydaları, doğruluk, hız, maliyet ve kullanım kolaylığı şeklinde ifade edilmektedir¹². Buna göre¹³ barkod aracılığıyla işlenen verilere ve kesin bilgiye ulaşma imkanı bulunmaktadır. Bu sayede kullanıcı yanlışlıklarını ortadan kaldırmaktadır. Birbirine çok benzeyen ürünler ya da birbirine benzer kodlara sahip ürünlerin karışmasının önüne geçilmektedir. Barkod sistemi sayesinde hızlı veri girişinin yapılabilir. Böylelikle, ulaşılmak istenen veri, klasik yollarla toplanacak verinin çok üstünde bir hızla ve kesin olarak toplanabilmektedir. Ayrıca, ulaşılan net bilgilerin, elektronik ortamda çözümlenmesi ve işleme süreci çok hızlıdır. Netliğin artması ve verinin kodlanma sürecinin hızlı olması sayesinde insan kaynakları maliyeti aşağıya çekilmektedir. Barkod okuyucu cihazlar, tarayıcılar ve benzeri ürünlerin kullanımı, sanal ortama bağlanması ve işlenmesi oldukça kolaydır. Barkod sistemi ile kesin, detaylı, hızlı veriler toplanabilmektedir.

II. MARKANIN FONKSİYONLARI

Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlayan her türlü işaretlerdir (6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (“SMK”) m. 4).

Marka hukukunun sağladığı korumadan faydalanmak için markanın fonksiyonlarına uygun olarak kullanımı zorunludur. Aksi halde, marka hakkının varlığını ortadan kaldıran marka hakkının iptali, hükümsüzlüğü gibi yaptırımlar öngörülmektedir¹⁴. Markayı kullanma zorunluluğuna ilişkin SMK m. 9’un gerekçesinde kullanım ile kastedilenin, markanın “tescil edildiği amaç dahilinde, işlevine uygun, yani ticari hayatın içinde, markanın fonksiyonlarının yerine getirilmesi için” kullanımı olduğu ifade edilmektedir.

Markanın köken (kaynak) gösterme, ayırt etme, garanti, reklam ve itibar fonksiyonları bulunmakta olup her biri bağımsız olan bu işlevlerin ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁵.

Markanın fonksiyonları incelendiğinde, ilk olarak markanın kaynak gösterme işlevi ön plana çıkmıştır¹⁶. Kaynak gösterme, tüketicinin bir malın/hizmetin hangi işletmeye ait olduğunu belirleyebileceği, markanın işletme ile bağlantısına işaret eden işlevidir¹⁷. Günümüzde lisans ve franchise ile üretimin yaygınlaşması neticesinde markanın ticari işletmeleri ayırt etme fonksiyonuna ilişkin olan kaynak gösterme işlevinin eski önemini yitirdiğine yönelik görüşler ileri sürülmekte ise

12 Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, 2012/178 sayılı Yayın, 7.

13 ibid 7.

14 Osman Umut Karaca, *Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanmamanın Hukuki Sonuçları* (Lykeion Yayınları 2017) 25.

15 Hamdi Yasaman, Tolga Ayoğlu, Fülürya Yusufoglu Bilgin, Pınar Memiş Kartal, Sinan H. Yüksel ve Zeynep Yasaman, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi* (Seçkin Yayıncılık 2021) 54.

16 Arkan (n 3) 38.

17 Yann Basire, *Les Fonctions de la Marque, Essai Sur la Coherence du Regime Juridique d'un Signe Distinctif* (Lexis Nexis 2014) 59; Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku* (4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2018) 16.

de¹⁸ markanın menşeyini gösterme fonksiyonunun halen önemini koruduğu düşünülmektedir¹⁹. Zira, tüketici nezdinde malın hangi işletme tarafından üretildiğini markanın köken belirtme işlevi sayesinde somutlaşır²⁰ ve tüketici hakları yönünden ürün kalitesinden belirli bir işletmenin sorumluluğuna gidilebilmesi için kaynak gösterme işlevi halen büyük önem arz etmektedir²¹.

Günümüzde, aynı zamanda markanın tanımındaki unsurlardan biri olan “ayırt edicilik” işlevinin öne çıktığı görülmektedir. Nitekim madde gerekçesinde, marka olabilecek işaretlerin asli işlevi olan ayırt etme şartını da yerine getirmesi gerektiği ifade edilmektedir²².

Ayırt etme, marka işaretinin ilgili ürünü tanımlaması, marka sahibinin mal veya hizmetlerini, piyasadaki diğer mal veya hizmetlerden ayırmasını sağlar²³. Ayırt edicilik işlevi; bir işletmenin mal veya hizmetlerinin, rakip işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırmak ve kişiselleştirmeyi sağlamak amacıyla çift yönlü amaca hizmet eder²⁴. Marka sahibinin, mal veya hizmetini, markası ile diğerlerinden farklılaştırdığı, şahsileştirdiği, ona kimlik kazandırdığı ifade edilmektedir²⁵. Nitekim markasal kullanım için ürünün belli bir teşebbüsten kaynaklandığını ilgili tüketicinin belirleyebilmesi, bir başka deyişle işaretin ayırt edicilik kazanması gerekmektedir²⁶. SMK m. 5/1-b’de “Herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler”in marka olarak tescil edilemeyeceği

18 Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2012) 378; Hanife Dirikkan, *Tanınıp Markanın Korunması* (Seçkin Yayıncılık 2003) 13-14.

19 Arslan Kaya, *Marka Hukuku* (Arıkan Yayınları, 2006) 59. Nitekim, Yargıtay 11 HD, E 2017/4220 K 2019/1319, 19.2.2019 kararında; “SCHUMACHER ibaresinin ortak unsur olduğu, iki markada yer alan soyad olarak algılanacak sözcüklerinin aynı olması nedeniyle tüketicilerin her iki markanın da aynı kişiye veya aynı aileden olan kişilere ait olduğunu düşünceği, DOROTHEE ibaresinin markaları birbirinden tamamen farklılaştırmadığına ilişkin gerekçe uygun bulunarak .. markanın kullanılacağı sınıf malların ortalama tüketici nezdinde bıraktıkları izlenim itibarıyla ilişkilendirme ihtimalini de içerecek şekilde iltibas tehlikesine yol açacağı kabulü gerekirken Bölge Adliye Mahkemesi’nce yazılı gerekçe ile kararının iptaline karar verilmesi doğru görülmemiş kararının bu nedenle bozulması gerekmiştir.” denilmekle BAM kararı bozulmuştur. Yargıtay 11 HD, E 2020/1928 K 2021/4399, 25.5.2021 kararında ise; “Dava, markadan doğan hakkın ihlal edildiği iddiasıyla, tecavüzün tespiti, men’i ile maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Mahkemece, davalının “Photoshote” ibaresini etkinlik, aktivite olarak belirtmek suretiyle kullandığı, kesilen faturalar, yapılan açıklamalar gözönüne alındığında kullanımın aslında markasal olmadığı, bir faaliyeti ifade etmek için kullandığı, kaynak gösterme, garanti, tanıtım gibi bir fonksiyonu belirtmediği, gibi karıştırılma ihtimaline sebebiyet vermediği, dürüstlük kurallarına aykırılık göstermediği ve dolayısıyla davalı kullanımının davacının tescilli “Photoshote” markasına tecavüz teşkil etmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmişse de; davalının davacının “PHOTOSHOTE” ibareli markasını sahibi olduğu “www.adstation.com.tr” adlı internet sitesinde markanın köken gösterme fonksiyonuna zarar verecek, karışıklığa sebep olacak şekilde, aynı hizmetlerde kullandığı açıktır.” denilmekle köken gösterme fonksiyonuna değinilmiştir. Kaynak: Lex Pera İçtihat, Erişim Tarihi 01.12.2022.

20 Dirikkan (n 19) 13.

21 Kaya (n 20) 60. Yasaman ve Yusufoglu, ayırt etme fonksiyonunun kaynak gösterme fonksiyonunun bir parçası olup olmadığı veya yerine geçip geçmediğine ilişkin tartışmalara yönelik olarak kaynak gösterme ve ayırt etme işlevlerinin farklı işlev olduğunu ifade etmektedir, bkz. Yasaman ve Yusufoglu (n 16) 55. Basire (n 17) 58.

22 R. Tamer Pekdinçer, R. Eda Giray, Kadir Baş ve Gül Büyükkılıç, *Gerekçeli, Notlu ve İçtihatlı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ulusal Mevzuat – Uluslararası Mevzuat* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 11.

23 Basire (n 17) 58; Canan Küçükali, *Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi* (Seçkin Yayıncılık 2009) 128.

24 Ali Paslı, *Marka Hukukunda Ürün Benzerliği* (Vedat Kitapçılık 2018) 19.

25 Lerzan Yılmaz, *Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri* (Beta Basım 2008); Dilek İmirlioğlu, *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi* (Adalet Yayınevi 2017) 5-6.

26 Yasaman (n 16) 510; İlhami Güneş, *Marka Hukuku’nda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler* (2. Baskı, Seçkin Yayınevi 2015) 26.

öngörülmektedir. Markalar ayırt etme gücü oranında korunur. Bir işaret, ilgili mal veya hizmet sınıfındaki diğer markalara benzediği veya ilgili mal ve hizmeti tanımlamaya yaklaştıkça ayırt etme gücünü yitirecektir²⁷.

Garanti ve kalite fonksiyonu, markalı ürün veya hizmetin aynı işletmeye ait ve tecrübe ettiği kalitesinde olduğunu garanti eder. Böylelikle tüketici, daha önce satın aldığı ve kalitesine güvendiği mal veya hizmeti, markanın yarattığı garanti ve kalite algısına dayalı olarak tercih eder. Marka sahibine hukuken ürün veya hizmetlerinde kaliteyi bozmama yükümlülüğü getirilmemiştir²⁸. Ancak ekonomik açıdan markanın garanti fonksiyonunun önemi büyüktür. Tüketici markaya duyduğu güven nedeniyle aynı markalı diğer ürünlere de yönelir böylece pazarda güç sahibi olur. Markanın garanti fonksiyonu sebebiyle marka hakkı sahibine bazı yetkiler tanınmıştır. Her ne kadar piyasaya sürülen ürünler üzerinde marka hakkının tükendiği kural olarak kabul edilmekte ise de SMK m. 152/2 uyarınca marka hakkı sahibine tanınan markalı ürünlerin üçüncü kişiler tarafından kötüleştirilmesine engel olma hakkı markanın garanti işlevini koruyabilmek adına öngörülmüştür²⁹.

Son olarak, markanın reklam ve itibar işlevi, tüketicinin, marka aracılığıyla mal veya hizmeti tanınması, satın almaya başlaması ve marka ile müşteri çevresi arasında bu şekilde bağ oluşmasını sağlar³⁰. Mal veya hizmetlerin reklamı ve pazarlaması, marka üzerinden gerçekleştirilir ve bir süre sonra markanın kendisi reklam etkisi yaratır³¹. Markanın değeri de alıcıyı çekme gücüne ve sahip olduğu müşteri çevresine göre değerlendirilir³². Bu nedenle özellikle tanınmış markalara özel bir koruma sağlanmakta ve tanınmış markaların itibarından haksız olarak faydalanmaya çalışmak hem tescil engeli hem de tecavüz kapsamında değerlendirilmektedir³³.

III. BARKOD MARKA İLİŞKİSİ

Barkod sistemi, ürünün hangi işletmeye ait olduğuna yönelik markanın kaynak gösterme ve orijinal olup olmadığına yönelik garanti fonksiyonlarının hızlı ve kolaylıkla yerine getirilmesini sağlar. Aynı zamanda, barkod aracılığıyla oldukça düşük maliyetle kesin bilgilere ulaşılmaktadır.

Tescilli marka ile marka sahibi arasındaki ilişki, barkod ile işletme arasındaki ilişki ile benzerdir. Üretici kodu, ürün kodu ve diğer unsurların kombinasyonu ile oluşan dizinler, şirketi ve ürününü doğrudan tanımlamakta ve şirketle bağı ortaya koymaktadır. Barkodun işlevlerinden doğruluk, hız, kolaylık ve düşük maliyet, markanın fonksiyonlarını en etkin şekilde yerine getirmesi için eşsiz bir araçtır.

27 Yasaman ve Yusufoglu (n 16) 55.

28 Arkan (n 3) 38; Tekinalp (n 19) 378; Yasaman ve Yusufoglu (n 16) 56.

29 Arkan (n 3) 39; Kaya (n 20) 62; Yasaman ve Yusufoglu (n 16) 56; Çolak (n 18) 18.

30 Arkan (n 3) 39; Yasaman ve Yusufoglu (n 16) 57; Çolak (n 18) 17.

31 Kaya (n 20), 60-61.

32 Yasaman ve Yusufoglu (n 16) 57.

33 ibid 58; Gül Büyükkılıç, *Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırılmaya Karşı Korunması* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 408 vd.

Markalı ürün üzerinde yer alan barkod ürünün hangi ticari işletme tarafından üretildiği, üretim tarihi, son kullanma tarihi, üretim bandındaki parti/seri numarası vb. birçok bilgiyi içerebilmektedir. Bu bilgiler ürünün orijinal olup olmadığının tespit edilmesinde olduğu kadar, örneğin ilaç sektöründe hatalı imalat halinde ürünün seri numarasının tespit edilerek geri çağırılması veya birebir aynı seriden çıkan ürüne ihtiyaç olduğunda (örneğin boya üretiminde ton farkı ile karşılaşmamak adına) aynı üretim bandından çıkan numunelerin tespit edilmesi bakımından gereklidir. Dolayısıyla markanın kaynak gösterme ve garanti işlevlerinin yerine getirilmesi için barkod içinde kayıtlı bilgilere ihtiyaç bulunmaktadır.

Sahte ve taklit ürünlerin tespiti için hızlı, kolay, kesin ve en düşük maliyetli çözüm, barkod sistemini kullanmaktır. Gerek yerel düzeyde, gerekse uluslararası mal tedarikinde ortak barkod sistemi kullanılması fikri hakların korunması bakımından gelişmiş koruma sağlamaktadır.

Bazı ürünler bakımından barkod kullanımı bu nedenle zorunlu hale getirilmiştir. Örneğin, “Beşeri Tıbbi Ürünlerin Ambalaj Bilgileri, Kullanma Talimatı ve Takibi Yönetmeliği” (“Yönetmelik”)³⁴; ruhsatlı veya izinli beşeri tıbbi ürünlerin kişilerin sağlığı ve güvenliği açısından doğru kullanılmasını sağlamak amacıyla ambalaj bilgileri ve kullanma talimatında bulunması gereken bilgiler ile hatalı, sahte beşeri tıbbi ürünlere karşı daha etkin tedbirler alınması için dağıtım zincirinin takip ve kayıt altına alınması ve gerekli takip ve kayıt sistemlerinin kurulması hakkında usul ve esasları belirlenmesi amacıyla öngörülmüştür. Anılan Yönetmelik’te ilacın dış ambalajında bulunması zorunlu bilgiler arasında “karekod” yer almakta olup karekod; “Güvenlik özelliği olarak ürünün tekillleştirilmesini sağlayan datamatriks tipinde iki boyutlu kodu” ifade eder (m. 5/j). Beşeri tıbbi ürünlerin karekodları, ruhsat veya izin sahibi tarafından İlaç Takip Sistemine bildirilir. İlaç Takip Sistemi, bildirilen karekodun tekilliğini, standartlarını ve içeriğini kontrol ederek uygun olanları veri tabanına kaydeder, uygun olmayanları reddeder (Yönetmelik m. 15). Karekod Küresel Ticari Ürün Numarası, parti numarası, sıra numarası ve son kullanma tarihinden oluşur. Küresel Ticari Ürün Numarası ve sıra numarası ürünü benzersiz yapar. İlaç Takip Sistemi, aynı Küresel Ticari Ürün Numarası ve sıra numarasına sahip ürünün sisteme kaydedilmesine izin vermez (Yönetmelik m. 16/2). Bu noktada karekodun (barkodun) işlevi ürünün orijinal olup olmadığının tespitini sağlamak ve ilaç takip sistemi kurmaktır.

Yine, Avrupa Birliği’nde özellikle internetten satılan sahte ilaçların dolaşımının engellenmesi için öngörülen 2011/62/EU sayılı Sahte İlaçlar Direktifi’nin ilgili hükümleri uyarınca, reçeteli ilaçların dış ambalajının “benzersiz bir tanımlayıcı” anlamına gelen (‘UI’ unique identifier) ve bir “kurcalamaya karşı koruma cihazı” (‘ATD’ anti-tampering device) bulunması zorunluluğu getirildiği anlaşılmaktadır³⁵. UI’nin iki boyutlu bir barkod veya QR kodu olup her ilacın benzersiz bir şekilde

34 Beşeri Tıbbi Ürünler Barkod ve Karekod Uygulama Kılavuzu m. 4/c, <<https://titck.gov.tr/storage/legislation/eYHHQ828.PDF>> Erişim Tarihi 13 Eylül 2022.

35 Directive 2011/62/EU <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32011L0062&qid=166.040.7580693&from=EN>> and Delegated Regulation (EU) 2016/161 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0161&qid=166.040.7790274&from=EN>> supplementing Directive 2001/83/EC <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001L0083&qid=166.040.7708805&from=EN>> on the Community code relating to medicinal

tanımlanmasına izin veren benzersiz bir numarayı gizlediği, kodun, üreticinin kendisi tarafından oluşturulduğu ve sisteme bildirildiği, QR kodu taşıyan sahte ilaçların bu nedenle hemen tedarik zincirinde yer alanlar tarafından bu şekilde tanımlandığı ifade edilmektedir. Böylelikle sistem üzerinden basit bir sorgu ile ilacın sahte olup olmadığını hemen belirlenebilmektedir. Doğru QR kodu aslında orijinal imalatçı tarafından üretilmiş ve pazarlanmıştır. Bu, her eczanede bir kaç saniye içinde yapılabilen basit sistem doğrulamasıdır.

Dolayısıyla ilgili düzenleme uyarınca “benzersiz tanımlayıcı” olarak kabul edilen barkod, ürünün orijinal olup olmadığının belirlenmesi ve bu sayede markanın kaynak gösterme ve garanti işlevlerinin ifa edilmesi için eşsiz bir araç olarak kullanılmaktadır.

IV. BARKOD KULLANIMININ TÜKENME İLKESİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. TÜRK HUKUKUNDA TÜKENME İLKESİ (SMK M. 152)

Marka hakkı sahibi, kendisine tanınan mutlak nitelikteki tekel hakkı ile izni olmaksızın üçüncü kişiler tarafından markayı oluşturan işaretin kullanımına engel olma hakkını haizdir (SMK m. 7/2, m. 7/3). Ancak markalı ürünler piyasaya ilk sürüldükten sonra malların tedavülüne marka hakkına dayanarak müdahale etmek mümkün değildir. Zira, marka hakkı sahibine tanınan hukuki korumanın amacı, üçüncü kişiler tarafından markanın fonksiyonlarını etkisiz hale getirecek şekilde haksız olarak kullanılmasını önlemektir³⁶.

Markalı ürünler bir defa piyasaya sürüldükten sonra, serbest ticaret hayatında artık kamu menfaatleri ön plana çıkmakta³⁷ ve tacirlerin bağımsızlığının korunması ve tekellere de yol açılmaması için marka hakkı sahibi ile piyasa aktörleri arasındaki menfaatlerin dengelenmesi gerekmektedir³⁸. İşte bu nedenle, marka hakkı sahibi veya onun izniyle üçüncü kişiler tarafından markalı ürünlerin ilk kez piyasaya sunulmasından sonra, marka hakkı sahibinin marka hakkına dayanarak malların tedavülüne engel olamaması prensibi getirilmiştir. Tükenme ilkesi olarak ifade edilen bu hususa SMK m. 152/1’de yer verilmiştir. Hükmün gerekçesinde; markalı ürünlerin ilk kez piyasaya sürülmesinden sonra, piyasaya sunulan mallarla ilgili olarak hakkın tükeneyeceği kabul edilmiştir. Tükenme ilke, orijinal ürünlerin piyasada serbestçe tedavül etmesinin, markanın kaynak gösterme, garanti ve reklam fonksiyonlarına zarar vermeyeceği düşüncesine dayanır.

Hükme göre, marka hakkının tüketilmesinden söz edilebilmesi için ilk olarak, tescilli bir markanın tescil kapsamındaki mallar üzerine konularak piyasaya sunulmuş olması gerekir. Marka hakkı sahibinin hakkının tükenebilmesi için, hak sahibinin bu markalı mal üzerindeki zilyetliğinin her

products for human use have been in force since 9 February 2019. Bkz. *Bayer Intellectual Property GmbH v. kohlpharma GmbH* C-204/20 (Court of Justice of the European Union (“CJEU”), 2 April 2020), <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/> Erişim Tarihi 01.12.2022.

36 Yasaman ve Ayoğlu (n 16) 3143.

37 Çolak (n 18) 609.

38 Yasaman ve Ayoğlu (n 16) 3143-3144.

türlü devir yoluyla bir başkası tarafından elde edilmiş olması gerekmektedir. Satış, kiralama, leasing, trampa, mülkiyeti muhafaza kaydıyla yapılmış satış da piyasaya sunulma olarak kabul edilmektedir³⁹.

İkinci olarak, tescilli markayı taşıyan malların marka sahibi tarafından veya onun izni ile belirli bir coğrafi bölgede piyasaya sunulmuş olması gerekir. Piyasaların coğrafi sınırlarına göre, ulusal, uluslararası ve bölgesel tükenme şeklinde üç farklı tükenme kuralı bulunmaktadır⁴⁰.

Önceki düzenlemede bulunan “Türkiye’de” ibaresine SMK’da yer verilmeyerek uluslararası tükenme ilkesi tercih edilmiştir⁴¹. Yalnız markayı taşıyan malların marka sahibinin izniyle piyasaya sunulmasından söz edilebilmesi için, mutlaka marka sahibi ile üçüncü kişi arasında hukuki veya ekonomik anlamda bir bağımlılık ilişkisinin bulunması gerekmez⁴². Önemli olan hukuki sınırlar içerisinde markalı malın el değiştirmesidir. Zira, rıza dışı elden çıkarılmış markalı bir mal üzerindeki marka sahibinin hakkı tükenmiş olmayacaktır⁴³.

Marka hakkının tükenmesi ile kastedilen ilk satış sonrası markalı ürün üzerinde üçüncü kişilerce kullanılmasını önleme hakkının tükenmesidir⁴⁴, yoksa marka hakkı tükenmeye konu olmaz.

B. AVRUPA BİRLİĞİ MEVZUATINDA TÜKENME İLKESİ

Avrupa Birliği Kurucu Anlaşması m. 28 ile öngörülen malların serbest dolaşımı ilkesine istisna getiren 30. madde uyarınca fikri ve sınai mülkiyet haklarının korunması için, üye devletler, keyfi bir ayrımcılığa ve ticarete örtülü bir sınırlamaya yol açmadığı müddetçe, çeşitli tedbirler alabilirler. İşte, malların serbest dolaşımı ilkesi karşısında istisna tanınmasına yönelik anılan hükmün kapsamı, Avrupa Birliği Adalet Divanı (“ABAD”) tarafından içtihat hukuku ile geliştirilen hakkın özü kavramı ve tükenme ilkesi ile daraltılmıştır⁴⁵. Daha sonra 89/104 sayılı Yönerge ile tükenme ilkesi pozitif dayanağa kavuşmuştur. SMK m. 152’de öngörülen “Marka hakkının tüketilmesi” ilkesinin kaynağı ise 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi’nin⁴⁶ 15. maddesidir. Hüküm uyarınca “1. Marka, marka

39 ibid 3175.

40 İlhami Güneş, *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2020), 266.

41 Uluslararası tükenme, malların marka sahibi tarafından veya onun izniyle uluslararası pazarda herhangi bir yerde piyasaya sunulmasıyla, marka hakkının dünyanın herhangi bir yerinde tükenmiş olmasını, ulusal tükenme, marka sahibinin ulusal pazarda bir kez piyasaya sunulmakla tüm ulusal pazarda marka hakkının tükenmesini, bölgesel tükenme ise, marka hakkının ulusal pazar içinde örneğin serbest ticaret anlaşmaları ile uluslararası sözleşmelerle anlaşmaya taraf ülkeler arasında belirli bir bölgede tükenmesini ifade eder, Çamlıbel Taylan (n 2) 94-95.

42 Arkan (n 3) C. 2, 136.

43 Hamdi Pınar, ‘Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi’ (2000) *Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan* 855, 861 vd, Sabih Arkan, ‘Marka Hakkının Tüketilmesi’ (1998) *Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan* 197, 202 vd. Yüksek mahkemenin artık yerleşmiş nitelikte olduğu kabul edilecek görüşü de bu doğrultudadır; Yargıtay 11 HD, E 1998/7996 K 1999/2099, 12.03.1999; Yargıtay 11 HD, E 1999/2086 K 1999/4505, 26.05.1999; 11 HD, E 1999/3243 K 1999/5170, 14.06.1999; 11 HD, E 2000/7381 K 2000/8746, 09.11.2000 – Kararlar için bkz. Yasaman ve Ayoğlu (n 16) 3204 vd.

44 Kaya (n 20) 254-255; Ayoğlu (n 46) 13; Çolak (n 18) 610;

45 Tolga Ayoğlu, ‘Marka Hakkının Tüketilmesi’ (Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi 2001) 27 vd.; Çamlıbel Taylan (n 2) 87.

46 Pekdiğer, Giray, Baş ve Büyükkılıç (n 23) 898 vd. Üye Devletlerin Markalara İlişkin Mevzuatlarının Yakınlaştırılması Hakkında 16 Aralık 2016 Tarihli ve 2015/2436 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi “AB Marka Direktifi”

sahibine, kendisi tarafından veya onun izniyle markayla beraber piyasaya sürülen ürünlere ilişkin olarak markanın üçüncü kişiler tarafından kullanılmasını yasaklama hakkı vermez. 2. Birinci fıkra, marka sahibinin malların sonraki ticari amaçlı kullanımlarını engelleme konusunda haklı gerekçelere sahip olması halinde, özellikle de malların durumunun piyasaya sürüldükten sonra değiştirilmesi veya bozulması halinde uygulanmaz.”⁴⁷.

ABAD, markanın işlevleriyle ilgili olarak, marka hakkına kanuna aykırı müdahale edilmesini önlemek için “hakkın özü” kavramını geliştirmiş ve kararlarında somut olayın özelliklerine göre hakkın özü kavramını tanımlayarak hakkın özüne dahil olan ve dahil olmayan kullanım biçimlerini değerlendirmiş ve hakkın özüne dokunan ihlallerin koruma kapsamında olduğunu belirtmiştir⁴⁸.

ABAD, *Deutsche Grammophon* kararında, hakkın özü kavramını ilk kez kullanmış⁴⁹, *Centrapharm* kararında ise⁵⁰ hakkın özü kavramını markalı ürünlerin ilk defa piyasaya sürülmesi konusunda marka sahibine verilen garanti olarak tanımlamıştır. Böylelikle marka sahibinin tanınmışlığından ve itibarından haksız olarak faydalanmak için yasa dışı yollarla malı piyasaya sürmek isteyen rakiplere karşı koruma sağlanmıştır. *Hoffman La Roche* kararında, hakkın özü belirlenirken markanın kaynak gösterme ve garanti fonksiyonları temel işlevleri olarak dikkate alınmıştır⁵¹.

HAG II kararında⁵², aynı ürünün iki farklı şirket tarafından üretilmesi halinde, markanın garanti fonksiyonunu zedelememek için, her bir markanın korunduğu ülkeye yapılacak ithalatı önleme hakkı bulunduğu hükmedilmiştir⁵³. Kararda, hakkın özü marka sahibine tanınan mülkiyet hakkı olarak tanımlanmış, ürünü ilk defa piyasaya sürme ve yapılan yatırımların finansal anlamda geri dönüşünü elde etme bir başka deyişle ödüllendirme işlevi olduğundan söz edilmiştir⁵⁴.

Arsenal kararında⁵⁵, marka hakkı sahibine sağlanan korumanın kapsamının hak sahibinin esas çıkarlarını koruma amacıyla belirleneceği, bunun markanın temel fonksiyonlarını yerine getirebilmesi anlamında kullanıldığı, hakkın özü kavramının üçüncü kişilerin markanın temel fonksiyonlarına haksız müdahalesini önlemeye hizmet ettiği ifade edilmiştir⁵⁶.

olarak kısaltılacaktır.

47 ibid 907.

48 Pınar (n 44) 860 vd.; Ülgen Aslan Düzgün, *Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat* (Yetkin Yayınları 2010) 87 vd.

49 *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*. C-78/70 (CJEU, 8 June 1971), <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/> Erişim Tarihi 01.12.2022.

50 *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper v Winthrop BV*. C – 16/74 (CJEU, 31 October 1974), <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/> Erişim Tarihi 01.12.2022.

51 *Hoffman – La Roche v Centrafarm* C-102/77 (CJEU, 23 May 1978), <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/> Erişim Tarihi 01.12.2022. Çamlıbel Taylan (n 2) 88.

52 *SA CNL – SUCAL NV v HAG GF AG*. C-10/89 (CJEU, 17 October 1990), <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/> Erişim Tarihi 01.12.2022.

53 Ayoğlu (n 46) 34.

54 Aslan Düzgün (n 49) 91.

55 *Arsenal Football Club plc v Matthew Reed*, Case C-206/01, 12.11.2002, <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/> Erişim Tarihi 01.12.2022.

56 Aslan Düzgün (n 49) 92.

Yargıtay ilk kez 2001 tarihli bir kararında marka hakkının özüne değinmiş ancak kavramı ABAD’a göre farklı değerlendirmiştir⁵⁷.

C. TÜKENME İLKESİNİN İSTİSNASI

SMK’nın m. 152/2 fıkrası uyarınca tükenme ilkesinin istisnasına yer verilmiş ve marka hakkı sahibinin, ilk fıkra kapsamına giren ürünlerin *üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek* ticari amaçlı kullanılmasını önleme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir.

Malın değiştirilmesi ve kötüleştirilmesi halleri, marka hakkının tüketilmesinin istisnai halleri olarak örnekleyici şekilde belirtilmekte ve bunlar haricinde haklı bir sebebin bulunması halinde normun koruma amacına göre yorum yapılarak hakkın tükenmesi ilkesine istisna getirilebileceği düşünülmektedir⁵⁸.

Markalı ürünün değiştirilerek ve kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanılması halinde tükenme ilkesine dayanılmaz. Marka hakkı sahibinin önleme yetkisi tükenmeye rağmen marka hakkı sahibine geri döner.

Markanın ana fonksiyonları malın veya hizmetin diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayrılmasını sağlamaya yönelik kaynak gösterme fonksiyonu ile garanti fonksiyonudur. Bu iki fonksiyon uyarınca, tüketiciler nezdinde marka, bu markayı taşıyan malların, onların kalitesinden sorumlu tutulabilecek bir işletmenin kontrolünde üretildiğini ve kalitesinin değiştirilmemiş olduğunu garanti eder. Markanın kaynak gösterme, garanti ve kalite fonksiyonu, tükenme ilkesinin istisnasını oluşturan kötüleştirmeye engel olma hakkının gerekçesini oluşturur⁵⁹. Zira, malların piyasaya sunulmasından sonra değiştirilmesi ve kötüleştirilmesi halinde, tüketici nezdinde malın kalitesinden sorumlu olan ve orijinal niteliklerini taahhüt eden marka sahibine herhangi bir müdahale imkânı sağlanmamış olması normun koruma amacı ve hakkaniyet ile bağdaşmaz⁶⁰. Bu nedenle markalı ürünler üzerinde bir değişiklik veya kötüleştirme yapılması veya bu etkiyi doğuran bir başka haklı nedenin bulunması halinde, marka sahibi söz konusu malların kullanılmasına engel olma hakkını haiz olacaktır⁶¹.

57 Yargıtay 2 HD, E 2001/752 K 2001/3930, 03.04.2001. “Kural olarak, bir hak devredilmeyip, yalnızca kullanımı için başkasına koşullu veya koşulsuz izin verilmişse şartları oluştuğunda asıl hak sahibinin bu müsadeyi geri almak hak ve yetkisi de vardır. Zira, hakkın özü kendisine aittir. Nitekim, 556 sayılı KHK’nin konuya en yakın düzenlemesi olan lisans sözleşmesi de, her sözleşme gibi feshedilebilir. Ancak, fesih için haklı nedenlerin, verilecek uygun mehillerin ve gerektiğinde karşılanması icap eden zararların nazara alınacağı tabiidir. Bu bakımdan mahkemece gerekli araştırma ve uygun değerlendirme yapılmadan, sırf marka kullanma hakkının süresiz ve koşulsuz devredildiği, davalı şirketin önce kurulup unvanı kullandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi doğru bulunmamıştır.” Lex Pera İçtihat, Erişim Tarihi 01.12.2022

58 Direktif’te m. 15/2’de yer verilen “özellikle” ifadesine ve “haklı sebep” kavramına SMK’da yer verilmemiş olması, değiştirme ve kötüleştirme eylemlerinin sınırlı sayıda kabul edilip edilmediğinin açık olmaması nedeniyle eleştirilmektedir. Bkz. Arkan (n 44) 208; Adem Aslan, *Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi (Mukayeseli)* (Beta Basım, İstanbul, 2004) 189; Çolak (n 18) 628-629; Yasaman ve Ayoğlu (n 16) 3189.

59 Arkan (n 17) 38; Yasaman ve Ayoğlu (n 16) 3191; Aslan Düzgün (n 49) 125.

60 Yasaman ve Ayoğlu (n 16) 3191.

61 Markanın işlevlerini bozucu şekilde markalı ürünün değiştirilmesi veya kötüleştirilmesi

Esasen, markanın işlevlerine yüklenen anlam da zaman içinde değişebildiğinden burada esas kriter marka sahibinin markanın işlevlerini bozucu şekilde markalı ürünün değiştirilmesi veya kötüleştirilmesini önleme yetkisi olduğudur⁶².

Kötüleştirme ile kastedilen, ürünün bozulmasına yol açılması veya orijinal haline göre daha elverişsiz, daha kullanışsız, daha kalitesiz duruma getirilmesidir⁶³.

Değiştirme ise orijinal ürüne üçüncü kişilerin müdahalesini ifade eden bir kavramdır⁶⁴. Malın kalitesini iyileştiren değişiklikler yapılması da “değiştirme” kapsamında değerlendirilmektedir⁶⁵. Ancak ticari amaçlı olmayan değişiklikler SMK m. 152/2 kapsamı dışındadır⁶⁶.

Markalı ürünün reklam ve tanıtımlarının markaya veya markanın itibarına zarar verdiği hallerde de tükenme ilkesi uygulanmayacaktır⁶⁷. Alkol veya tütün ürünü ile sağlık ürününün birlikte ambalajlanması da bu kapsamda markanın itibarına zarar verebilecek mahiyettedir⁶⁸. Markanın ürünün üzerinden kaldırılması veya başka ürünlere yerleştirilmesi halinde SMK m. 152/2 kapsamında engellenebilir zira markanın kaynak gösterme ve reklam fonksiyonları zedelenmektedir⁶⁹.

Yargıtay kararlarında da tüketicinin malın kaynağı konusunda yanılgıya düşmesi veya marka itibarının zarar görmesine yol açılması halinde tükenme ilkesinin uygulanmayacağı ifade edilmektedir⁷⁰.

62 Arkan (n 44) 205; Aslan (n 59) 188.

63 Yasaman ve Ayoğlu (n 16) 3191 vd; Çolak (n 18) 629. Yargıtay 11 HD, E 2017/4617 K 2019/1562, 26.02.2019 kararında; davalının internet sitesi üzerinden satışa sunduğu dava konusu .. markalı kozmetik ürünlerin bazılarının tespit raporuna göre son kullanma tarihleri dolmuş olmaları nedeniyle “defolu” ibaresiyle satıldığı, böylece davalının son kullanma tarihleri geçmiş ve 556 sayılı KHK’nın .../... maddesi anlamında orijinal nitelikleri değişmiş, bozulmuş ve kötüleşmiş kozmetik ürünleri bu durumu bilerek satmak suretiyle davacının ... ibareli marka tescilinden kaynaklanan haklarını ihlal ettiği, dava konusu ürünlerin cilt sağlığı ile yakından ilgili türden kozmetik ürünler oluşu nedeniyle ihlalden dolayı davacı firmanın işletme imajının bu satışlar nedeniyle önemli derecede etkileneceği, satışın internet ortamında da yapılmış oluşu nedeniyle ihlalin yaygınlaştığı gerekçeleri ile marka haklarına tecavüzün önlenmesine ilişkin verilen hükmün onanmasına karar verilmiştir. Lex Pera İçtihat, Erişim Tarihi 01.12.2022.

64 Çolak (n 18) 629.

65 Arkan (n 17) 138. Marka sahibinin kot pantolonların kesilerek şort haline dönüştürülmesi ve renginin değiştirilmesine engel olma yetkisinin bulunduğu kabul edilirken, dolumun mutlaka marka sahibi tarafından yapılmasına dair bir uyarının bulunmaması aksine alıcılar tarafından kolayca dolum yaptırılacağı şeklinde açıklama barındıran yangın söndürme cihazının yeniden doldurulmasına engel olma hakkının bulunmadığı ifade edilmektedir, 139, dipnot 24.

66 Yasaman ve Ayoğlu (n 16) 3200; Çolak (n 18) 629; Aslan (n 59) 189.

67 *Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV v Evora BV C-337/95* (CJEU, 4 November 1997), <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/> Erişim Tarihi 01.12.2022.

68 Hayri Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması* (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2019) 91.

69 Hayrettin Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2015) 167; zira, marka sahibinin üretmediği mallar üzerinde markası yer almaktadır.

70 Yargıtay 11 HD, E 2014/6429 K 2014/12088, 25.6.2014; “**tüketicilerin veya müşterilerin malın geldiği kaynak konusunda yanılgıya uğradıklarına dair bir delil bulunmadığı**, 556 sayılı KHK’nın 13. maddesi uyarınca tescilli markayı taşıyan ürünler bir kez piyasa çıktıktan sonra, marka sahibinin, tescil kapsamındaki bu mallara ilişkin sonraki satışları marka tesciline dayanarak engelleme hakkı bulunmadığı, tescilli markayı taşıyan ürünlerin çok daha önce piyasa sürüldüklerinin belli olduğu, özgün ürünlerle ilgili olarak, marka hakkının tükendiği, internet ortamındaki satışların, tükenme kuralının kapsamı dışında tutulabilmesi için marka itibarının zarar görebileceği biçimde, taklit satışları, sunum biçimi açısından itibar zedeleyici hallerinin oluşmasının gerektiği, bu şekilde herhangi bir kanıtın bulunmadığı, somut mağaza satışlarına paralel olarak, internet ortamındaki mağazalarda da özgün ürünlerin satışa sunulmasının serbest rekabet hakkı kapsamında olduğu, ürünlerin daha ucuza satılmasının ise kendi başına marka ihlali anlamına gelmeyeceği, ayrıca sadece

“Ancak, aynı K.H.K.nin 13/2 maddesi uyarınca marka sahibi, malın piyasaya sunulmasından sonra, üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanılmasını önleme yetkisine sahiptir.”⁷¹

V. BARKODA MÜDAHALE NEDENİYLE MARKA HAKKINA TECAVÜZ

Yukarıda ifade edildiği üzere, markalı ürün üzerinde yer alan barkod ürünün hangi ticari işletme tarafından üretildiği, üretim tarihi, son kullanma tarihi, üretim bandındaki parti/seri numarası vb. birçok bilgiyi içerebilmektedir. Bu bilgiler ürünün orijinal olup olmadığının tespit edilmesinde olduğu kadar, örneğin ilaç sektöründe hatalı imalat halinde ürünün seri numarasının tespit edilerek geri çağırılması veya birebir aynı seriden çıkan ürüne ihtiyaç olduğunda (örneğin boya üretiminde ton farkı ile karşılaşmamak adına) aynı üretim bandından çıkan numunelerin saptanması bakımından da gereklidir. Dolayısıyla markanın kaynak gösterme ve garanti işlevlerinin yerine getirilmesi için barkod içinde kayıtlı bilgilere ihtiyaç bulunmaktadır.

Ancak bazı hallerde piyasaya ilk kez sunulan ürünler üzerindeki barkodun ürünün piyasada tedavülü sırasında taklit veya sahte barkod kullanılarak değiştirildiği, barkodun fiziken kazındığı veya silindiği, bazı ambalajlara barkod eklendiği görülmektedir. Bu başlık altında uygulamada karşılaşılan barkoda müdahale durumları incelenecek ve bu suretle işlenen marka hakkına tecavüz hallerine değinilecektir.

A. BARKODUN DEĞİŞTİRİLMESİ SURETİYLE MARKA HAKKINA TECAVÜZ

Markalı ürünler yasalara uygun olarak üçüncü kişilere devredilmiş olsa dahi, marka hakkı sahibinin, malın üçüncü kişilerce değiştirilerek ya da kötüleştirilerek yeniden ticarete konu edilmesini önleme hakkını haiz olduğu yukarıda belirtilmiştir. Bu durumda markanın fonksiyonlarını yerine getirmesine engel olacak şekilde ürünlerin veya üzerlerindeki markanın değiştirilmesi, kötüleştirilmesi marka hakkının ihlaline yol açacaktır.

marka sahibinin internetten satış yapabileceğini kabul etmenin, mal ve hizmetlerin serbest rekabet ortamında piyasaya sunumunun sağlanması ve arz/talep çerçevesinde gerçek fiyatlarının oluşmasının sağlanması şeklindeki serbest rekabet ve piyasa ilkelerine aykırı olacağı gerekçesi ile davanın reddine” dair verilen ilk derece mahkemesi kararının onanmasına karar verilmiştir. Lex Pera İçtihat, Erişim Tarihi 01.12.2022.

- 71 Bkz. Yargıtay 11 HD, E 2000/7381 K 2000/8746, 09.11.2000 sayılı kararı; karar için bkz. Hakan Karan ve Mehmet Kılıç; *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat* (Ankara 2004) 312-313; Aynı yönde Yargıtay 11 HD, E 1999/3243 K 1999/5170, 14.06.1999; Yargıtay 11 HD, E 1999/2086 K 1999/4505, 26.05.1999; Yargıtay 11 HD, E 1998/7997 K 1999/2098, 12.03.1999; Yargıtay 11 HD, E 2007/8735 K 2009/3615, 26.03.2009 Lex Pera İçtihat, Erişim Tarihi 01.12.2022. Yargıtay tek satıcılıktan doğan hakların (sözleşmenin tarafı olmayan) paralel ithalatçıya karşı haksız rekabet yoluyla korunamayacağını tükenme ve sözleşmenin nisbiliği ilkeleri ile açıklamaktadır. Bkz. Yargıtay 11 HD, E 2000/7381 K 2000/8746, 09.11.2000 sayılı kararı. Kanaatimizce, kural olarak paralel ithalatın kendisi, doğrudan ve tek başına haksız rekabete yol açmaz ancak somut olayın şartlarına göre, paralel ithalat yapılırken tek satıcının emeğinden haksız yere faydalanılması söz konusu ise bu durum haksız rekabet teşkil edebilecektir. Bkz. Yargıtay 11 HD, E 2017/2676 K 2018/479, 22.01.2018, dosya kapsamında verilen bilirkişi raporu ve kararın eleştirisi için bkz. R. Tamer Pekdinçer, *Haksız Rekabet ve Marka Hukukuna İlişkin Bilirkişi Raporları ve Mütalaalar-II* (Seçkin Yayıncılık 2019) 37 vd.

Bu kapsamda barkod genellikle ambalaj üzerinde yer aldığından, markalı ürünlerin ambalajlarının değiştirilip değiştirilemeyeceği üzerinde de durulması gerekmektedir.

Markanın kaynak gösterme ve garanti fonksiyonları gereğince, ürün üzerinde marka sahibine ilişkin bilgiler görülebilmelidir. Ayrıca günümüzde pek çok ürünün ambalajında ilgili mevzuata göre belirtilmesi zorunlu bilgilerin de bulunması gerekmektedir. İşte bu bilgiler, bazı ürünler bakımından yasal zorunluluk gereği, birçok durumda da sağladığı kolaylıklar nedeniyle teamülen barkod aracılığıyla taşınmaktadır.

Malın ambalajında yapılan değişiklikler, kural olarak mal ile ambalajı bir bütün kabul edildiği için marka hakkının ihlali sayılır⁷².

Ancak bazı durumlarda malın yeniden ambalajlanması gerekebilir ve özellikle paralel ithalata konu malların yeniden ambalajlanması bakımından konu özellik arz etmektedir. Örneğin, ambalajın Türkçeleştirilmesi, Türkçe kullanma kılavuzu / prospektüs eklenmesi, Türkiye'deki mevzuata uygun dozaja (gramaja) uygun olarak yeniden paketlenmesi gibi hususlar hak ihlali olarak kabul edilmeyecektir⁷³.

Paralel ithalat, orijinal bir ürünün, o ülkedeki distribütörü haricinde başka bir kişi/firma tarafından yurtdışından daha ucuza satılan bir ülkeden temin edilerek yasal olarak ithal edilmesi olarak adlandırılmaktadır⁷⁴. Bir başka deyişle, paralel ithalat marka sahibi veya onun izni ile piyasaya sunulan malların, marka sahibinin yeniden iznini almadan Türkiye'ye ithal edilmesidir⁷⁵. Yukarıda belirtildiği gibi markalı ürünlerin orijinal olması ve yasal yollardan ülkeye sokulması şartıyla, marka sahibi markalı ürünlerin dolaşımına engel olamayacaktır⁷⁶. Aksi takdirde, marka sahibinin ürünlerinin ticaretini her aşamada denetim altında tutması, serbest ticaret ve rekabetin sınırlandırılmasına yol açacak olup esasen hakkın tükenmesi kavramı ile malikin mülkiyet hakkı ve serbest rekabetin sağlanması arasında bir denge kurulmaya çalışılmaktadır⁷⁷.

72 Arkan (n 44) 206; Sevilay Uzunallı, *Marka Hukuku* (Adalet Yayınevi 2019), 118; Çağlar (n 70) 168; Çolak, (n 18) 620; Çamlıbel Taylan (n 2) 126.

73 Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 12.

74 Çolak (n 18) 615.

75 Aslan Düzgün (n 49) 197 vd.

76 Aslan, (n 59) 48; Fahrettin Kayhan, "Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi" (2001) 1 (1) FMR Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi 51, 53. Bkz. Yargıtay 11 HD, E 2000/7381 K 2000/8746, 09.11.2000 sayılı kararı; Yargıtay 11 HD, E 1999/3243 K 1999/5170, 14.06.1999; Yargıtay 11 HD, E 1999/2086 K 1999/4505, 26.5.1999; Yargıtay 11 HD, E 1998/7997 K 1999/2098, 12.03.1999; Yargıtay 11 HD, E 2007/8735 K 2009/3615, 26.03.2009, Lex Pera İçtihat, Erişim Tarihi 01.12.2022.

77 Zekerîya Arı, 'Marka Hakkının Tüketilmesi', (2007), XI, (1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 279, 279.

Paralel ithalatın olumlu tarafı, fiyat rekabetini sağlaması, tekelleşmeyi önlemesidir⁷⁸. Paralel ithalatın yasaklanması halinde, marka hakkı sahibi yerel dağıtım ağları üzerinden her ülkede farklı fiyatlar uygulayabilecektir⁷⁹.

Paralel ithalatın dezavantajları ise, marka sahibinin geniş koruma imkanından mahrum kalması, bu anlamda yaratıcı çaba gösterme ve yatırım yapma motivasyonu düşmesi, orijinal ürünler arasında saklanarak ülkeye taklit ve korsan ürün akışının kolaylaşması, tüketici açısından paketleme standartları düşmesi, ürünlerin ithal edilen ülkenin dilinde açıklama ve kullanma kılavuzu içermemesi, satış sonrası servis hizmetleri sağlanamaması, ülkelere göre farklı üretim yapıyorsa tüketici beklentilerinin karşılanmayabileceğidir⁸⁰. Yine, paralel ithalat, “bedavacılık” olarak da adlandırılan parazit rekabete yol açabilmektedir⁸¹.

Buna karşın, uluslararası tükenme ilkesinin kabulü ile paralel ithalata izin verilmesi halinde, orijinal mallara daha ucuza erişim imkânı sayesinde ucuzluk sağlanacak, malların sürümü artacak, orijinal ürünlerden daha fazla kişi faydalanacak ve serbest ticaret ortamı sağlanacaktır⁸². Bu nedenle malların serbestçe dolaşımı için bazı koşullarla paralel ithalata konu ürünlerin ambalajlarının değiştirilmesine izin verilmektedir⁸³.

Bu konuda ABAD’ın uygulaması aşağıda açıklanacağı üzere genel olarak paralel ithalata konu malların, paralel ithalatçının pazara girişi için yeniden ambalajlanmasının objektif olarak gerekli olduğu durumlarda ambalajın değiştirilmesinin belli kriterlere uygun olması koşuluyla marka sahibince engellenemeyeceği yönündedir⁸⁴.

ABAD⁸⁵, AB Marka Tüzüğü’nün tükenmeye ilişkin maddesini yorumlayarak yeniden ambalajlamaya ilişkin olarak;

78 Ayşe Saadet Arıkan, ‘Fikri-Sınai Mülkiyet Hakları ve Hakkın Tükenmesi’, iç Feyzan Hayal Şehirali Çelik (ed), 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2017) 641, 645.

79 Aslan (n 59) 55.

80 ibid 77.

81 Arıkan; “Paralel ithalatçı, yetkilendirilmiş üretici veya dağıtıcının, ürünü tanıtmak için yaptığı reklam ve tanıtım harcamalarından, hiçbir katkı sağlamadan yararlanan ve aynı zamanda onunla rekabet eden kişi konumundadır.”, (n 79) 646.

82 Aslan (n 59) 75 vd.

83 Çolak (n 18) 620.

84 Ambalaj değişikliği hakkında ABAD kararları hakkında detaylı değerlendirmeler için bkz. Yasaman ve Ayoğlu (n 16) 3196-3200; Çolak (n 18) 620-625; Düzgün (n 60) 135-141. ABAD kararında (*Hoffmann-La Roche & Co. AG v Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*. C-102/77 (CJEU, 23 May 1978), <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/> Erişim Tarihi 01.12.2022. Kararda ürünün sadece dış ambalajının değiştirilmesi, iç ambalajının değiştirilmemesi, iç ambalaja konulan markanın şeffaf bir materyal ile görünür kılınması, dış ambalajda üretici ve yeniden ambalajlama yapan ithalatçının adının belirtilmesi halinde ürünün orijinalliğine zarar verilmeyeceğine hükmedilmiştir. Bkz. Yasaman (n 16) 3196.

85 *Boehringer Ingelheim KG and Others v Swingward Ltd and Dowelhurst Ltd*. C-348/04 (CJEU, 26 April 2007). Ayrıca bkz. *Bristol-Myers Squibb and Others* C-427/93, C-429/93 and C-436/93 (CJEU, 11 July 1996), <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/> Erişim Tarihi 01.12.2022. Yeniden paketlemenin paralel ithalat üzerindeki etkisi hakkında ABAD kararları için bkz. Oytaç, Kutlu, *Son Uluslararası Değişikliklerle Mukayeseli Markalar Hukuku* (Beta Basım 1999) 37-38.

- Yeniden ambalajlamanın ithalat yapılan ülkede ilacı piyasaya sürmek için gerekli olması (aksi takdirde, üye ülkeler arasında pazarların suni olarak bölüneceği),
- Yeniden ambalajlanan ürünün orijinal durumunun korunması,
- Üreticinin ve ithal edenin yeni ambalaj üzerinden belirlenebilmesi,
- Marka sahibinin ve markanın itibarının ve kalite algısının korunması,
- Marka sahibine yeniden ambalajlama konusunda önceden bilgi verilmesi ve talep halinde numune gönderilmesi olarak ifade edilebilecek beş koşulun varlığı halinde değişikliğin marka hakkının ihlali sayılmayacağı sonucuna varmıştır⁸⁶.

Bu noktada, yeniden ambalajlama sırasında marka sahibinin ve imalat seri numarasının yer aldığı barkodun yeni ambalajda yer alıp almadığı hususunun tartışılması gerekmektedir. Zira, paralel ithalata konu edilen bir ürünün yeniden ambalajlanmasının, orijinal barkodun yok edilmesine yol açması halinde, marka, köken gösterme ve garanti işlevlerini yerine getiremeyecektir. Yukarıda belirtilen ABAD kararlarında kabul edilen şartlardan “üreticinin yeni ambalaj üzerinden belirlenebilmesi”, “markanın itibarının ve kalite algısının korunması” ve “marka sahibine bilgi verilmesi” koşullarının da esasen markanın anılan fonksiyonlarını yerine getirmesini sağlamaya yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

Markanın kaynak gösterme, garanti ve kalite fonksiyonunun gerçekleştirilmesi için özellikle bazı ürün gruplarında üretici kodu ve imalat seri numarasının özel bir önemi vardır. Ambalajın barkod üzerindeki bilgilere erişimi engelleyecek şekilde değiştirilmesi durumunda ürünün orijinal olup olmadığını tespit etmek, üründe bir imalat hatası veya satış sonrası destek ihtiyacı olması halinde tüketicinin muhataba ulaşmasını sağlamak veya üretici tarafından seri numarasına göre ürünün geri çağırılması imkânsız hale gelecektir.

Nitekim, *Bayer* kararında⁸⁷ da değinilen Sahte İlaçlar Direktifi ve ilgili mevzuat uyarınca, reçeteli ilaçların dış ambalajında “benzersiz bir tanımlayıcı” anlamına gelen barkod (“UI” unique identifier) ve bir “kurcalamaya karşı koruma cihazı” (“ATD” anti-tampering device) bulunması zorunluluğu getirildiği, UI’nin iki boyutlu bir barkod veya QR kodu olup her ilacın benzersiz bir şekilde tanımlanmasına izin veren eşsiz bir numarayı gizlediği, kodun, üreticinin kendisi tarafından oluşturulduğu ve sisteme bildirildiği, QR kodu taşıyan sahte ilaçların bu nedenle hemen tedarik zincirinde yer alanlar tarafından bu şekilde tespit edildiği ve paralel ithalatçı tarafından yeniden ambalajlama gerekli ise bu esnada ambalajın söz konusu güvenlik özelliklerinin “eşdeğer güvenlik özellikleriyle” değiştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

⁸⁶ Yasaman ve Ayoğlu (n 16) 3198; Çolak (n 18) 623.

⁸⁷ *Bayer Intellectual Property GmbH v. kohlpharma GmbH* C-204/20 (CJEU, 2 April 2020), https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/ Erişim Tarihi 01.12.2022.

B. İLAVE BARKOD YERLEŞTİRİLMESİ YOLUYLA MARKA HAKKINA TECAVÜZ

Bazı hallerde, orijinal barkoda herhangi bir müdahalede bulunulmaksızın, ambalaja ilave barkod yerleştirildiği görülmektedir. Bu başlık altında, benzersiz tanımlayıcıyı içeren ilave bir barkodun doğrudan ambalajın üzerine basılması, örneğin paralel ithalatçının ek bir dış etiket kullanarak orijinal dış ambalaja barkodun iliştiirmesi marka hakkına tecavüz teşkil eder mi sorusuna cevap aramak isteriz.

ABAD, Kosan Gas adına kayıtlı üç boyutlu marka olarak tescilli şişelere, müşterinin talebi üzerine, Viking Gas tarafından dolum yapılması ve buna ilişkin ek bir etiket yapıştırılarak şişenin kendisi tarafından yeniden doldurulduğunun belirtilmesine ilişkin bir olayda, müşterilerin kompozit şişeler üzerinde mülkiyet hakkını kazandıklarına ve bağımsız tacirler tarafından yeniden dolum yapılmasına Kosan Gas'ın marka hakkına dayanarak engel olamayacağına hükmetmiştir⁸⁸.

Yine, ABAD'ın *Junek / Lohmann* kararında⁸⁹, yeniden etiketleme sırasında marka sahibinin kendisine bilgi verilmediği ve örnek gönderilmediği gerekçesiyle marka hakkının ihlal edildiği iddiasına karşın, ithalatçının ürün ambalajını açmadan ve ürünün paketine zarar vermeden, yalnızca pakette yazı olmayan kısma etiket ekleyerek kendi şirketinin adı, adresi, telefon numarası, merkezi ilaç numara barkodunu içeren bir etiket yapıştırması karşısında, bu değişikliğin yeniden ambalajlama olmadığını ve ek etiket yapıştırmanın markanın köken belirtme fonksiyonuna zarar verilmediğine karar verilmiştir⁹⁰.

Türkiye'de gerçekleşen bir başka olayda ise, aynı şekilde davalı tarafça parfüm ambalajı üzerine ek bir barkod yapıştırılması karşısında marka sahibinin marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet iddiası ileri sürdüğü görülmektedir. Yapılan incelemede, davalı tarafından satılan ürünlerin üzerinde kullanılan barkodun birebir aynısının davacı tarafın ürünleri üzerinde de yer aldığı, her iki ürünün de aynı üretici tarafından üretildiğinin anlaşıldığı, böylelikle ürünlerin menşei ve garanti fonksiyonunu yerine getirmesi için üretici firmasının belirlenebilir olduğu anlaşılmaktadır⁹¹.

88 Yasaman ve Ayoğlu (n 16) 3194-3195. *Viking Gas A/S v Kosan Gas A/S* C-46/10 (CJEU, 14 July 2011), <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/> Erişim Tarihi 01.12.2022. Ancak, orijinal içme suyu damacaneleri ve LPG tüplerinin, farklı bir marka veya etiket kullanılmaksızın, üçüncü kişi tarafından doldurulmaları tükenme kapsamında olmayıp ihlal teşkil eder, Uzunallı (n 73) 118.

89 *Junek Europ-Vertrieb GmbH v Lohmann & Rauscher International GmbH & Co.* C642/16 (CJEU, 17 May 2018), <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/> Erişim Tarihi 01.12.2022.

90 Çolak (n 18) 624-625; Yasaman ve Ayoğlu (n 16) 3199.

91 Kartal Fikri ve Sinai Haklar Hukuk Mahkemesi 2009/120 E. Nolu dosyanın bilirkişi raporunda "Özetle davalı tarafından ithal edilen ürünlerin ambalajları mevzuata uygun mu sorusu değerlendirildiğinde; somut olayda parfümler üzerindeki EAN Barkod'unun yer aldığı, bu barkod üzerinde üretici ülke ve firma bilgilerinin yer aldığı, ayrıca yine ürün üzerinde ithalatçı şirket olan davalı ... A.Ş. ticaret unvanı ve adres bilgilerinin bulunduğu, bunun haricinde mevzuat gereğince ürün ambalajı üzerinde bulunması gereken kayıtların bulunduğu görülmüştür. Davalı tarafından ithalatın yasalara uygun olarak yapılıp yapılmadığı hususunun değerlendirilmesinde; davalı ithalatçı .. A.Ş. tarafından Kozmetik Ürünlerinin İthalatında Bildirim Esaslarını Düzenleyen Dış Ticarete Standardizasyon Tebliği'ne ve diğer ilgili mevzuata uygun olarak ürünlerin üretici bilgilerine ve ürünlerin yurtdışında alındığı distribütör bilgilerine ilişkin beyanların verildiği ve ithalatın mevzuata uygun olduğu anlaşılmıştır. Bunlar haricinde ithalat sırasında davacı tek satıcıya ilişkin bilgilerin verilmesi veya ürün üzerinde bulunması gerekmemektedir. Aksi durum ürünlerin davacı tek satıcı ... KOZMETİK A.Ş. tarafından yapıldığı izlenimi doğuracak, sorumluluğun bu şirkete yükletilmesine sebep olacak ve haksız rekabet oluşturacaktır. Sonuç

Bu noktada belirleyici kriter, sorumluya ulaşılmasının engellenmemesidir⁹². Markanın işlevlerini ifa etmesine engel olmayacak şekilde yapılan müdahaleler – somut olayın özelliklerine göre değerlendirmek koşulu ile – marka hakkının özüne zarar vermeyecektir. Dolayısıyla orijinal barkoda zarar verilmeksizin ilave barkod eklenmesinin marka hakkına tecavüz kapsamında değerlendirilmeyeceği kanaatindeyiz.

C. BARKODUN VE SERİ NUMARASININ (BATCH KODU) SİLİNMESİ – KAZINMASI

Bazı uyuşmazlıklarda, orijinal barkodun ambalaj üzerinden silindiği veya kazındığı görülmektedir. Bu durum ambalajın tamamıyla değiştirilmesinden veya ambalaj değiştirilmeksizin ilave barkod iliştirilmesinden farklı olarak orijinal ambalaj üzerinde marka sahibinin yerleştirdiği özgün barkoda yönelik bir müdahale şeklinde gerçekleşmektedir.

Chanel markalı ürünlerin paralel ithalatı sırasında ürünlerin dağıtımının kontrol edilmesi için üzerinde yer alan kontrol kodlarının kaldırılması, kullanım kılavuzunun bulunmaması, ürünlerin daha ucuza satılmasının haksız rekabet ve marka hakkı ihlali teşkil ettiği iddiasıyla açılan davada, İsviçre Federal Mahkemesi, ürün üzerindeki kodlarının kaldırılmasının bazı hallerde her zaman iyi niyete aykırı kabul edilmeyeceği, örneğin indirim mağazalarında müşterinin ürünün ambalajı veya sunumundan ziyade ürünün fiyatı ile ilgilendiğini ve kontrol kodlarının silinmesinin ağır ve özel bir şart olarak nitelendirilemeyeceğini ancak ürünün kalitesinin düşmesi veya üreticinin korunmaya değer bir çıkarının bulunması halinde kontrol kodunun kaldırılmasının iyi niyete aykırı bir davranış olarak kabul edileceğini belirtmiştir.⁹³

Örneğin, orijinal ürün şişeleri üzerindeki üretim seri / parti numaralarının şişeler üzerinden kazınmasının markanın kötüleştirilmesi kapsamında olup olmayacağı hakkında farklı yönde Yargıtay kararları bulunmaktadır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 24.11.2005 tarihli kararında; *“.. markasını taşıyan (1700) kasa likörün üretim kodlarının (barkot) sökülerek diğer davalıya sevk edilmeye çalışırken Mersin Gümrüğü'nde idarece el konulduğunu ileri sürerek, müvekkiline ait tescilli markayı taşıyan emtialar üzerindeki üretim kodlarının sökülmesinin marka hakkına tecavüz oluşturduğunun tespitini ve önlenmesini talep ve dava*

olarak; Davalı ...A.Ş. tarafından H.B... markalı ürünlerin mevzuata uygun şekilde ithal edildiği, davalı tarafından satışa sunulan ürünlerin ambalajlarının değiştirilmesi ve kötüleştirilmesi sonucunu doğuracak değişikliklerin bulunmadığı, zira ürün ambalajının mevzuata uygun şekilde muhafaza edildiğini, ürün ambalajında davalı ithalatçı Ş. ticaret unvanı ve adres bilgilerinin yer almasının yasal zorunluluk olduğu, yasalara uygun şekilde gerçekleştirilen ithalat ve satışın KHK 13. Maddesinde düzenlenen marka hakkının tükenmesi ilkesi gereğince davacılar tarafından engellenemeyeceği, bu nedenle marka sahibinin izni ile Türkiye'de daha önce piyasaya sunulmuş ürünün, davalı ... A.Ş. tarafından yasalara uygun şekilde ithal edilerek yine yasalara uygun şekilde satışının markaya tecavüz ve haksız rekabet oluşturmayaacağı sonuç ve kanaatine ulaşılmıştır”. Mahkemenin marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet iddiasının reddine ilişkin kararı Yargıtay 11 HD, E 2014/2009 K 2014/5568, 21.03.2014 tarafından onaylanmıştır. Lex Pera İçtihat, Erişim Tarihi 01.12.2022.

92 Çolak (n 18) 625.

93 Hamdi Yasaman, Ercüment Erdem, Ali Dural, Tolga Ayoğlu, Anlam Altay, Fülürya Yusufoglu, Sinan Yüksel, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, (Vedat Kitapçılık 2009), 163. Chanel kararı için bkz. ATF 122 III 469 gerekçe 10a.

etmiştir. Mahkemece, toplanan kanıtlara ve istinabe yolu ile yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucuna dayanılarak davacı ve davalı taraf likörlerinin ambalajlarının aynı olduğu, sadece orijinallerinde bulunan üretim kodlarının gümrükçe el konulan ürünlerden kazanarak çıkartıldığı, **böylece ürünün geri çağırılması gerektiğinde bulunduğu yerin saptanmasına engel olmak düşüncesiyle malın menşeyini gösterme ve kalitesini garanti etme fonksiyonunun ortadan kaldırılmasının amaçlandığı**, 556 sayılı KHK'nın 13. maddesinde **tescilli bir markayı taşıyan malın marka sahibi tarafından veya onun izniyle Türkiye'de piyasaya sunulması ile marka tescilinden doğan hakların tüketilmesine neden olsa da marka sahibine malın piyasaya sunulmasından sonra üçüncü kişilerce ürünün değiştirilmesi veya kötüleştirilmesini önleme yetkisi tanındığı**, davalılarca **şişelerin üzerindeki üretim kodları kazanarak davacının marka haklarına tecavüz edildiği**, diğer davalı ile ürünlerin ithalinde birlikte hareket eden davalı A..... Ltd. Şti'nin husumet itirazlarının yerinde olmadığı gerekçeleriyle davanın kabulüne karar verilmiştir.⁹⁴

Söz konusu kararda, Yargıtay, 556 sayılı KHK'nın piyasaya arz edilen malın üçüncü kişilerce değiştirilmesi veya kötüleştirilmesini önleme yetkisini marka sahibine tanıması karşısında, şişelerin üzerindeki üretim kodlarının (barkodun) davalılar tarafından kazanmasını eylemini malın değiştirme ve kötüleştirilmesi olarak tanımlayarak, davacının marka hakkının tecavüz edildiğine karar verilmiştir.

Ancak benzer bir olayda, 2018 tarihli bir Yargıtay kararında ise, paralel ithalat ile yurtdışından getirilmiş içki şişeleri üzerindeki seri kodların markanın imaj ve prestijine zarar verilmeyecek şekilde silinmesini değiştirme ve kötüleştirme kapsamında değerlendirilmemiştir.

Buna göre; “Dava, yasal yollardan piyasaya sürülmüş olan ve davalı tarafça paralel ithalat yoluyla yurda ithal edilmiş olan ve davacıya ait “...” markasını taşıyan orijinal viski şişeleri üzerindeki üretim seri/parti numaralarının şişeler üzerinde kaldırılması eyleminin 556 sayılı Marka KHK'nın 13. maddesi uyarınca markanın kötüleştirilmesi niteliğinde olup olmadığı hususuna ilişkindir. Herşeyden önce 556 KHK'nın 13. maddesi uyarınca, hukuka uygun şekilde piyasaya sürülen markalı mallar üzerinde marka sahibinin hakkı tükenmiş olup hak sahibi bu malların paralel ithalat yoluyla ülkeye sokulmasına engel olamayacaktır. **Her ne kadar marka sahibi, orijinal mallar üzerindeki markanın başkalarınca değiştirilmesi ve kötüleştirilmesine karşı çıkma hakkı bulunmakta ise de somut olayda olduğu gibi, davalı yanca orijinal malların hangi dağıtım zinciri aracılığıyla dağıtıldığının tespitini önlemek ve bu suretle fiyat avantajı sağlamak için orijinal üreticiler tarafından ürün üzerine yerleştirilen seri/parti numaralarının, ürünün dış görünümüne, imaj ve prestijine zarar vermeksizin kaldırılarak, ithalat sırasında kendilerince farklı ve yeni bir seri numarası yerleştirilmesi eyleminde hukuka aykırı bir haksız rekabet veya markanın kötülenmesi söz konusu olmadığından; Mahkemece bu nitelikteki mallar yönünden davanın reddine, ancak üç adet ürün şişesi üzerinde “seri/parti numarası şişenin arkasında yazılıdır” ibaresine rağmen şişe arkasında numara bulunmayan bu ürünler yönünden, tüketiciler nezdinde markayla ilgili kuşku uyandıracak ve olumlu imajını sarsacak olması nedeniyle bu eylemin 556 sayılı KHK'nın 13/2 maddesi uyarınca markanın**

94 Yargıtay 11 HD, E 2004/12166 K 2005/11433, 24.11.2005. Lex Pera İçtihat, Erişim Tarihi 01.12.2022.

kötüleştirilmesi niteliğinde görülerek davanın kabulüne dair yerel mahkeme kararı yerinde olup davacının temyiz itirazları yerinde değildir⁹⁵.

Yukarıda değinilen Yargıtay kararlarına ilişkin olarak doktrinde; “Ürün üzerinde yer verilen barkodun ürünün orijinal niteliğinin ve bütünlüğünün bir parçası olmayıp, ürünün dağıtım ağına mensup hangi dağıtıcı tarafından piyasaya verildiğini tespit etmeye yönelik bir araç olarak kullanıldığı hallerde, paralel ithalatçının ürünü nereden tedarik ettiğini gizlemek amacıyla ürünün orijinal niteliğini zedelemeyen ürün üzerindeki barkodu silmesi mazur görülebilecek bir davranıştır. Bu sebeple Yargıtay’ın 10.07.2018 tarihli kararında benimsediği çözümün daha doğru ve yerinde olduğu görüşündeyiz.” şeklinde görüşünü ifade etmiştir⁹⁶.

Kanaatimizce; orijinal mallara üretici tarafından konulan üretim bilgilerini, imalat seri numarasını içeren barkodların silinmesi markanın köken gösterme ve garanti işlevlerine zarar verebilecek mahiyettedir. Zira, tüketici üründen dolayı bir olumsuzluk ile karşılaştığında üretici bilgilerine kolaylıkla ulaşmalıdır. Günümüzde marka sahibi çeşitli ülkelerde imalat yaptırabilmektedir. Ürünün hangi ülkedeki fabrikada üretildiği dahi tüketici açısından satın alma kararı verilirken değerlendirilmektedir. İmalat numarası üreticinin saptadığı hatalı malları geri çağırma/toplatma için elindeki tek imkandır. İçki veya ilacın üretimi esnasında aynı seriye yanlışlıkla katılan bir madde nedeniyle olumsuz etki yaratması halinde markanın garanti, kalite ve itibarına zarar gelmemesi için derhal toplatılması gerekecektir. Yahut hammaddeden kaynaklanan nedenlerle her imalat birebir aynı olmayabilir. Bu noktada tüketici bazı hallerde aynı nüansı yakalamak için birebir aynı seriden çıkan ürünü bulmak isteyebilecektir.

Kaldı ki, ürün üzerindeki barkodun silinmesi / kazınması, tüketici nezdinde ürünün orijinal olup olmadığının sorgulamasına yol açabilecek mahiyette bir müdahaledir. Nitekim, Yargıtay’ın yukarıda anılan 2018 tarihli kararında da, **üç adet ürün şişesi üzerinde «seri/parti numarası şişenin arkasında yazılıdır» ibaresi bulunmasına rağmen şişe arkasında numara bulunmayan bu ürünler yönünden, tüketiciler nezdinde markayla ilgili kuşku uyandıracak ve olumlu imajını sarsacak olması nedeniyle kanaatimizce de isabetli olarak ihlal kararı verilmiştir⁹⁷.**

Gerek geleneksel yoldan (fiziki mağazadan) gerekse internetten satılan ürünlerin barkodları üzerinden stok tutulmakta, iptal / iade / değişim işlemleri yapılmaktadır. Yukarıda değinilen ABAD kararlarında, serbest ticaretin engellenmemesi için ilaç ambalajının değiştirilmesine marka hakkı sahibinin katlanması gereken durumlarda, üreticinin ismi ve parti numarasının silinmemesi, ürünün orijinalliğinin korunması şartlarını ihtiva etmektedir.

95 Yargıtay 11 HD, E 2016/11969 K 2018/5029, 10.07.2018. Lex Pera İçtihat, Erişim Tarihi 01.12.2022.

96 Yasaman ve Ayoğlu (n 16) 3193, dipnot 119.

97 Yargıtay 11 HD, E 2016/11969 K 2018/5029, 10.07.2018 “ancak üç adet ürün şişesi üzerinde “seri/parti numarası şişenin arkasında yazılıdır” ibaresine rağmen şişe arkasında numara bulunmayan bu ürünler yönünden, tüketiciler nezdinde markayla ilgili kuşku uyandıracak ve olumlu imajını sarsacak olması nedeniyle bu eylemin 556 sayılı KHK’nın 13/2 maddesi uyarınca markanın kötüleştirilmesi niteliğinde görülerek davanın kabulüne dair yerel mahkeme kararı yerinde olup davacının temyiz itirazları yerinde değildir” Lex Pera İçtihat, Erişim Tarihi 01.12.2022.

Bu noktada belirleyici kriter barkodun silinmesi ile markanın işlevlerinin zarar görüp görmediğinin belirlenmesidir. Markanın işlevlerini yerine getirmesine engel olacak şekilde yapılan müdahaleler karşısında marka hakkı sahibine SMK m. 152/2 uyarınca değişikliğe/kötüleştirmeye engel olma hakkı tanınması gerekmektedir.

D. SAHTE VEYA TAKLİT BARKOD NUMARASI KULLANILMASI YOLUYLA MARKA HAKKINA TECAVÜZ VE HAKSIZ REKABET

Yukarıda ambalajın değiştirilmesi başlığı altında detaylı olarak değinildiği üzere, barkodun değiştirilmesi markanın köken gösterme ve kalite işlevlerini yerine getirmesine engel olabilir. Aşağıda Yargıtay kararlarına konu olan uyuşmazlıklardan hareketle, yeniden paketlenme (ambalaj değişikliği) yapılmaksızın, doğrudan barkod üzerinde yapılan değişikliklerin etkisine değinilecektir. Burada mevcut barkodun silinerek ya da kazınarak yok edilmesi değil, sahte veya taklit barkod ile değiştirilmesi söz konusudur.

1. SAHTE BARKOD NUMARASI VERİLMESİ SURETİYLE HAKSIZ REKABET

Hali hazırda ülkemizde kullanılan barkod sistemi (GS1 Sistemi) merkezi Brüksel'de bulunan GS1 Organizasyonu tarafından yönetilmektedir. GS1 Organizasyonu GS1 Türkiye'ye 868 veya 869 önekini tahsis etmiştir, bir başka deyişle GS1 Türkiye üyelerine 868 veya 869 öneki ile başlayan firma önekleri vermektedir⁹⁸.

Yargıtay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta, Davacı vekili, müvekkilinin önceki müşterisi olan davalının, üreterek sattığı “ J. ” ibareli ürünlerinin birebir aynısını Çin'de “ Y. ” ibaresiyle ürettirerek Türkiye'de Türk malı olduğu izlenimi veren ‘869...’ ile başlayan barkod numarasıyla sattığını, buna ilişkin teknik bir zorunluluğun bulunmadığını, bu eyleminin ‘yanlış ve yanıltıcı bilgi vermek’ ve ‘iltibasa yol açmak’ nedeniyle haksız rekabet oluşturduğunu ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesi tarafından davanın reddine karar verilmesi karşısında Yargıtay, “*davacı tarafın davalının emtiaları üzerinde gerçeğe aykırı şekilde ‘Türk Malı’ kodunu kullandığı yönündeki iddiaları hiç irdelenmediği gibi, hükme esas alınan bilirkişi raporunda da bu yönüyle bir inceleme yapılmamış, taraf kanıtları değerlendirilmemiştir. O halde, davacı tarafın davalının emtialarında kullandığı kod ile ilgili iddiaları üzerinde durulup, taraf kanıtlarının değerlendirilmesi, gerektiğinde uzman bilirkişi kurulundan ek rapor alınması veya yeniden uzman bilirkişi kurulu oluşturulup inceleme yaptırılması, davalının bu eyleminin sektörde ve tüketici nezdinde etkileri üzerinde durulması, davacıya yansımalarının tartışılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken*” bu yönde inceleme yapılmaması nedeniyle hükmün bozulmasına karar vermiştir⁹⁹.

98 GS1 Türkiye, https://gs1.tobb.org.tr/icerik_goster.php?Id=26 (Erişim Tarihi 01.12.2022).

99 Yargıtay 11 HD, E 2008/7186 K 2008/11096, 13.10.2008, Yargıtay kararında “TTK'nun 56 ncı maddesinde haksız rekabet, ekonomik rekabetin objektif iyi niyet kurallarına aykırı her türlü suiistimali olarak tanımlanmıştır. TTK'nun 56 ncı maddesindeki tanım, geniş bir alanı kapsamaktadır. Kanun koyucu, anılan düzenlemelerle bir yandan rakiplerin ekonomik çıkarlarını korumak amacı taşıırken, diğer yandan da sağlıklı ve kurallara dayalı ekonomik yapının ortaya çıkması ve korunmasını hedeflemiştir. Anılan Kanunun 57 nci maddesinde de haksız rekabet halleri örnek olarak sayılmış,

Gerçekten de Çin malı olduğu halde Türk malı izlenimi yaratmak, böylelikle tüketiciyi aldatmak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (“TTK”) m. 54 vd uyarınca somut olayın özelliklerine göre dürüstlük kuralına aykırı satış yöntemlerinden sayılabilecektir.

Bu hususta ülkelerin barkod numaralarının sahte olarak kullanılması TTK m. 55/a-2 bendi kapsamında “*Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek*” fiili kapsamında değerlendirilebilecektir. Zira, bu bent kapsamında barkod üzerinden yapılan açıklama yanlış ve yanıltıcıdır¹⁰⁰. Yüzlerce seçenek arasında özellikle Türkiye’nin kodunun seçilmesi, tüketici nezdinde Çin malı ürünlere karşı oluşan olumsuz algıyı bertaraf etme amacının yanı sıra, Türkiye’de üretim yapılmadığı halde tüketiciyi aldatmaktadır.

Benzer şekilde, “520Barcode Hellas” ibareli bir marka tescil başvurusuna ilişkin AB Genel Mahkemesi kararında da¹⁰¹, “520” işaretinin, lojistik ve izlenebilirlik ürünleri tüketicisi ve alıcısı olan profesyonelleri, ekonomik operatörleri, özellikle de Yunan profesyonellerini GS1 sistemi ile bir bağlantı algılamaya yönlendirip yönlendirmediği tartışılmıştır. Zira, GS1 AISBL tarafından 520 ve 521 örnekleri Yunanistan için ayrılmıştır.

Yanlış ve yanıltıcı bir açıklamanın müşterileri aldatma ihtimali değerlendirilirken açıklamanın hitap ettiği kitledeki ortalama müşteri profili dikkate alınacaktır¹⁰². Bu noktada nihai tüketicinin barkod numaralarına bakması ve yorumlaması beklenmez iken, toptancı alıcıların özellikle ambalajsız ve etiketsiz ürünlerde ilk dikkat edeceği hususlardan biri barkodlar olabilir. Dolayısıyla aldatılma konusunda değerlendirme yapılırken müşterinin kim olduğu bu bağlamda önem arz edecektir.

bir sınırlama getirilmemiştir. Bu maddenin 3 ncü bendinde de kendi şahsi durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti veya ticari işleri hakkında yanlış veya yanıltıcı malumat vermenin haksız rekabet teşkil edeceği hükme bağlanmıştır. Somut olayda mahkemece yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, davacı tarafın davalının emtiaları üzerinde gerçeğe aykırı şekilde ‘Türk Malı’ kodunu kullandığı yönündeki iddiaları hiç irdelenmediği gibi, hükme esas alınan bilirkişi raporunda da bu yönüyle bir inceleme yapılmamış, taraf kanıtları değerlendirilmemiştir. O halde, davacı tarafın davalının emtialarında kullandığı kod ile ilgili iddiaları üzerinde durulup, taraf kanıtlarının değerlendirilmesi, gerektiğinde uzman bilirkişi kurulundan ek rapor alınması veya yeniden uzman bilirkişi kurulu oluşturulup inceleme yaptırılması, davalının bu eyleminin sektörde ve tüketici nezdinde etkileri üzerinde durulması, davacıya yansımalarının tartışılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekirken anılan husus gözden kaçırılarak yazılı şekilde onanmış olduğundan davacı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemiz’in 21.02.2008 tarih 2007/174 Esas-2008/1935 Karar sayılı onama kararın kaldırılarak hükmün bozulması gerekmiştir.” Lex Pera İçtihat, Erişim Tarihi 01.12.2022.

100 R. Tamer Pekdinçer, *Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri* (Adalet Yayıncılık 2020) 100 vd.

101 *Ellinikos Syndesmos Epicheiriseon gia ti Diacheirisi ton Diethnon Protypon GS1 v European Union Intellectual Property Office* T-453/16 (GCEU, 3 October 2017).

102 Pekdinçer (n 100) 103.

2. BARKODUN TAKLİDİ YOLUYLA MARKA HAKKINA TECAVÜZ

Numaralardan oluşan barkod, tek başına ayırt edici niteliği haiz değildir. AB Genel Mahkemesi'nin Barcode Hellas kararında¹⁰³ çeşitli numaralardan oluşan barkodun tek başına ayırt edici nitelikte olmadığı ve marka olarak tescil edilemeyeceği ifade edilmektedir. Ancak barkod okuma cihazı sonucunda ortaya çıkan işaret tescilli bir marka ile aynı veya benzer ise, tüketiciyi malın kaynağı konusunda yanıltmaktadır. Dolayısıyla, bir ürün üzerindeki barkodun aynen taklidi, markanın taklidi ile aynı sonucu doğurabilecektir.

Barkod üzerinden markalı ürüne ilişkin benzersiz bilgiler taklit edilmekte ve tüketici nezdinde karıştırılmaya yol açmaktadır. Barkodun taklidi, çoğunlukla ürünün bütünüyle aynen taklidi ile birlikte gündeme geleceği için marka hakkına tecavüz hem ürün üzerindeki markanın hem de barkodun taklidi suretiyle işlenmiş olacaktır.

Yargıtay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta, tescilli R.. H.. F. Scotch Whiskey markası ve barkodlarının aynısını taklit ederek, ürettiği viskilerin ambalaj, şişe ve kutularında kullanıldığı iddiasına yönelik yargılama sonunda ilk derece mahkemesi davanın kabulüne karar vermiştir.¹⁰⁴. Gerçekten de, davacı tarafca bir içki şişesinin aynen kopyalanması halinde şişenin ve içindeki içkinin orijinal olduğu izlenimini güçlendiren barkod ihlalin etkisini kuvvetlendirici bir etki yaratmaktadır.

E. YETKİSİZ BARKOD KULLANIMI YOLUYLA MARKA HAKKINA TECAVÜZ

Markalı ürünlerin bağımsız tacirler tarafından yeniden satışı sırasında tüketici nezdinde markalı ürünün yetkili satıcısı olduğu yönünde izlenim yaratmasını tükenme ilkesine istisna getirilebilecek haklı neden olarak kabul edilmektedir¹⁰⁵.

103 *Ellinikos Syndesmos Epicheiriseon gia ti Diacheirisi ton Diethnon Protypon GS1 v European Union Intellectual Property Office* T-453/16 (GCEU, 3 October 2017).

104 Yargıtay 11 HD, E 2010/13441 K 2012/4816, 28.03.2012; “Davacı vekili, davalının, müvekkilinin tanınmış ve tescilli ROYAL HORSE FINES SCOTCH WHISKEY markası ve barkodlarının aynısını taklit ederek, ürettiği viskilerin ambalaj, şişe ve kutularında kullandığını, davalının söz konusu taklit ürünleri Ürdünden getirerek, Türkiye üzerinden transit olarak Habur sınır kapısından Irak’a sevk edecekken şikayet üzerine yakalandığını, davalı eyleminin haksız rekabet ve marka hakkına tecavüz oluşturduğunu ileri sürerek, haksız rekabetin ve markaya tecavüzünün önlenmesini, şimdilik 1000 ABD doları karşılığında tazminatın davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, müvekkili şirketin Ürdün Amman Sanayi Odası’na kayıtlı olduğunu, Ürdün Devleti’nde “Royal Horse” markası ile üretim yaptığını, markanın Ürdünde tescilli olup, Ürdünde dağıtım ve yurt dışı ihracında hiçbir sorun bulunmadığını, öte yandan davacı markasının tescilli olmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, tüm dosya kapsamı ve benimsenen bilirkişi raporlarına göre, davalının eyleminin haksız rekabet oluşturduğu, ancak dava konusu ürünler Türkiye’de piyasaya sürülmediğinden davacı tarafın zararının oluşmadığı gerekçesi ile, davanın kısmen kabulüne, davalının davacı şirket adına tescilli markaya tecavüz suretiyle yaptığı haksız rekabetin önlenmesine, tazminat isteminin reddine karar verilmiştir”. Yargıtay kararı görev yönünden bozmuştur. Lex Pera İçtihat, Erişim Tarihi 01.12.2022.

105 Yargıtay 11 HD, E 2014/708 K 2014/9675, 26.05.2014 “davacı ile davalı arasında bayilik sözleşmesi bulunmaması nedeniyle davacıya ait tescilli TAÇ markasının davalı tarafından kullanımının haksız olduğu, davalının davacıya ait markalı ürünlerini satmasının dürüstçe kullanım veya marka hakkının tükenmesi kapsamında değerlendirilmeyeceği, davalının TAÇ logosunu kullanmasının davacıya ait markaya tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğu”; aynı yönde Yargıtay 11 HD, E 2014/15611 K 2015/789, 21.01.2015; aynı yönde “sitesinde markalarımız başlığı ile markanın yetkili satıcısı imajını vererek mallarının da satışa sunulması ve oradan da markanın kendi sitesine link verilmesi eylemlerinin davacı marka hakkına tecavüz oluşturduğunun tespiti” Yargıtay 11 HD, E 2015/6471 K 2016/888, 27.01.2016. Bkz.

Delil tespiti sırasında davacıya ait etiket ve barkodların yetkisiz kullanıldığının tespitinden doğan bir uyumsuzlukta, Yargıtay¹⁰⁶ ; «Davacı vekili, müvekkilinin ...markası ile süt ve süt ürünleri sattığını, davalı ile olan ticari ilişkilerinin sona ermesinden sonra davalının işyerinde mahkeme aracılığı ile yapılan tespit müvekkiline ait olmayan peynirlerin müvekkili markası altında satışa sunulduğunu, süt ürünleri reyonunda “...Tam Yağlı Beyaz Peynir” etiket ve barkotlarının tespit edildiğini, davalının eyleminin marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet yarattığını ileri sürerek, marka hakkına tecavüz ve haksız rekabetin men’ine, 100.000,00.-TL maddi, 100.000,00 TL manevi tazminatın faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davacı ile ticari ilişkisi sona ermesine rağmen gelecekte davacı ile çalışma düşüncesinde oldukları için az da olsa davacı ürünlerini sattıklarını, bu nedenle de reyondaki yazı ve terazideki kod numarasını değiştirmediklerini, talep edilen tazminatların fahiş olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporları ve tüm dosya kapsamına göre, davalının işyerinde yapılan tespit süt ürünleri reyonunda “...Tam Yağlı Beyaz Peynir” levhası ile satış yapıldığının tespit edildiği, davalı firma yetkilisinin tespit sırasında davacıdan peynir satın almadıklarını belirttiği, davalı işyerinde davacıya ait olmayan ürünlerin ...markası ile satıldığının tespit edilmesi nedeniyle davalının eyleminin haksız rekabet ve marka hakkına tecavüz teşkil ettiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, davalının haksız rekabet teşkil eden ve marka hakkına tecavüz niteliği taşıyan eylemlerden men’ine, 22.065,31 TL maddi, 10.000,00 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiştir.»

Somut olayda, davacı markasının aynen taklit edilmesinin yanı sıra ürün üzerindeki barkod da değiştirilmeyerek terazi üzerinde davacı markası ile satışa yol açıldığı tespit edilmiştir. Dolayısıyla barkod üzerinden yanlış kaynak gösterme söz konusudur.

SONUÇ

Marka sahibine tanınan mutlak korumanın amacı, marka fonksiyonlarının üçüncü kişiler tarafından haksız kullanım ve müdahaleler ile etkisizleştirilmesinin önlenmesidir. SMK m. 152 f. 2 hükmünün koruma amacı da buna paralel olarak, markanın kaynak gösterme ve garanti fonksiyonunun zedelenmemesidir.

Barkodun ürüne yerleştirilmesinin amacı, başta sahteciliği önlemek, ürünün orijinal olup olmadığını, üretim ve son kullanma tarihini, imalat seri numarasını tespit etmek, hızlı ve kolay iptal, iade, değişim işlemleri yapabilmek, hatalı imalata konu ürünün geri çağırabilmek ya da tüketicinin aynı seri imalattan çıkan ürüne ulaşabilmesini sağlamak vb. hususlardır.

Tüketicinin bu bilgilere ulaşmasını sağlayan barkodun silinmesi markanın garanti, kalite ve itibar fonksiyonlarına zarar verecektir. Bu nedenle, tüketicinin üründen markaya duyduğu güven doğrultusunda beklediği menfaati sağlamasına ve orijinalliğin ispatına yönelik durumlarda barkodun silinmesi, kazanması, değiştirilmesi, taklit ve sahte barkod kullanımı tükenme ilkesine getirilen değiştirme ve kötüleştirme yasağı kapsamında değerlendirilecek ve somut olayın şartlarına

Yasaman ve Ayoğlu (n 16) 3193-3194, dipnot 122.

106 Yargıtay 11 HD, E 2014/2009 K 2014/5568, 21.03.2014. Lex Pera İçtihat, Erişim Tarihi 01.12.2022.

göre marka hakkına tecavüz ve/veya haksız rekabet teşkil edecektir. Zira, markanın işlevlerini yerine getirmesine engel olacak şekilde yapılan müdahalelere karşı, marka hakkının tükenmesi savunması ileri sürülemez.

Yukarıda değinilen içtihatlarda da, örneğin paralel ithalata marka hakkı sahibinin katlanması gereken durumlarda, üreticinin ismi ve ürünün imalat parti numarasının silinmemesi, ürünün orijinalliğinin korunması şartlarını ihtiva etmektedir.

Bu noktada aslolan barkodun silinmesi ile markanın işlevlerinin zarar görüp görmediğinin belirlenmesidir. Ortaya çıkan sonuca göre, marka hakkı sahibi barkodun sökülmesinin markanın köken gösterme, garanti işlevlerine zarar verdiğini ileri sürerek değiştirilen / kötüleştirilen ürünlerin piyasadan toplatılmasını, satışın durdurulması vs. haklarını SMK m. 152/2'ye dayanarak talep edebilir.

KAYNAKÇA

- Akçay H, 'Proses Sayısının Çok Olduğu Talaşlı İmalat Süreçlerinin Gruplandırılarak Barkodla Yönetilmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi 2020).
- Arıkan AS, 'Fikri-Sınai Mülkiyet Hakları ve Hakkın Tükenmesi' iç Feyzan Hayal Şehirali Çelik (ed), 6769 Sayılı *Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2017) 641-669.
- Arkan S, *Marka Hukuku* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 520 1997).
- Arkan S, 'Marka Hakkının Tüketilmesi' (1998) *Prof. Dr. Ali BOZER'e Armağan* 197-208.
- Arı Z, 'Marka Hakkının Tüketilmesi' (2007) XI (1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 279 – 305.
- Aslan A, *Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi (Mukayeseli)* (Beta Basım 2004).
- Aslan Düzgün Ü, *Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat* (Yetkin Yayınları 2010).
- Ayoğlu T, 'Marka Hakkının Tüketilmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi 2001).
- Basire Y, *Les Fonctions de la Marque, Essai Sur la Coherence du Regime Juridique d'un Signe Distinctif* (Lexis Nexis 2014).
- Bozgeyik H, *Marka Hakkının Korunması* (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2019).
- Büyükkılıç G, *Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması* (On İki Levha 2019).
- Çağlar H, *Marka Hukuku Temel Esaslar* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2015).
- Çamlıbel Taylan E, *Marka Hakkının Kullanılması ile Paralel İthalatın Önlenmesi* (Seçkin Yayıncılık 2001).
- Çolak U, *Türk Marka Hukuku* (4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2018).
- Dirikcan H, *Tanınmış Markanın Korunması* (Seçkin Yayıncılık 2003).
- Elçi A, İş Ekipmanlarında Güvenlik Takibi İçin Bir Sistem Önerisi "Karekod Barkod Uygulama" (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi 2014).
- İmirlioğlu D, *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi* (Adalet Yayınevi 2017).
- Güneş İ, *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2020).
- Güneş İ, *Marka Hukuku'nda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler* (2. Baskı, Seçkin 2015).
- Karaca, OU, *Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanmamanın Hukuki Sonuçları* (Lykeion Yayınları 2017).
- Karan H ve Kılıç M, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat* (Turhan Yayınevi 2004).

- Kaya A, *Marka Hukuku* (Arıkan Yayınları 2006).
- Kayhan F, 'Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi' (2001) 1 (1) FMR Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi 51-72.
- Küçükali C, *Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi* (Seçkin Yayıncılık 2009).
- Oytaç K, *Son Uluslararası Değişikliklerle Mukayeseli Markalar Hukuku* (Beta Basım 1999).
- Paslı A, *Marka Hukukunda Ürün Benzerliği* (Vedat Kitapçılık 2018).
- Pekdinçer RT, Giray ER, Baş K ve Büyükkılıç, G, *Gerekçeli, Notlu ve İçtihatlı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ulusal Mevzuat – Uluslararası Mevzuat* (On İki Levha Yayıncılık 2021).
- Pekdinçer, RT, *Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri* (Adalet Yayıncılık 2020).
- Pekdinçer RT, *Haksız Rekabet ve Marka Hukukuna İlişkin Bilirkişi Raporları ve Mütalaalar-II* (Seçkin Yayıncılık 2019).
- Pınar H, 'Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi' (2000) *Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN'ın Anısına Armağan* 855-915.
- Suluk C, Karasu R ve Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019).
- Taşkın AÇ, 'Orta Ölçekli Belediyelerde Kullanılabilecek Karekod Barkod Destekli Doküman Yönetimi Sistemi' (Yüksek Lisans Tezi, Trakya Üniversitesi 2012).
- Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Bası, Vedat Kitapçılık 2012)
- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, *GS1 Sistemi Tanımlama, Numaralandırma ve Barkod Standartları Uygulama Kılavuzu* (2007).
- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, *2012/178 sayılı Yayın* (TOBB Yayınları 2012).
- Uzunallı S, *Marka Hukuku* (Adalet Yayınevi 2019).
- Yasaman H, Ayoğlu T, Yusufoglu Bilgin F, Memiş Kartal P, Yüksel SH, Yasaman Z, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi* (Seçkin Yayıncılık 2021).
- Yasaman H, Erdem E, Dural A, Ayoğlu T, Altay A, Yusufoglu F, Yüksel S, *İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri* (Vedat Kitapçılık 2009).
- Yılmaz L, *Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri* (Beta Basım 2008).

Program Formatları Arasında Önemli Ölçüde Benzerliğin Tespiti Yöntemleri ve Fikir/ İfade Ayrılığı Doktrini

Methods for the Determination of Substantial Similarity Between Program Formats and the Idea/Expression Dichotomy Doctrine

R. Eda Giray* 

ÖZ

Program format benzerliklerinden doğan uyuşmazlıkların tüm dünyada üst sıralarda olduğu görülmektedir. Yapımcıların yeterli yasal koruma elde edemedikleri yönündeki eleştirileri ile de formatların eser niteliği, formatların telif hukuku çerçevesinde koruma kapsamı ve iki format arasındaki benzerliğin tespiti noktasında farklı yöntem ve doktrinlerin oluşmasına sağlamıştır. İncelememiz format uyuşmazlıklarının ilk olarak 1930'larda ortaya çıktığı Amerikan ve İngiliz Hukuku özelinde, mahkeme ve doktrin görüşlerini Türk yargı kararları ile mukayese ederek, objektif kriterlerin ve yöntemlerin uygulanmasını önermeyi amaçlamaktadır. Zira incelememiz sırasındaki tespitimiz, yabancı mahkeme kararlarında format benzerliklerinde kullanılan Scènes À Faire doktrinin ve Merger doktrinin uygulanmadığı, formatların arasındaki önemli ölçüde benzerliğin tespiti noktasında objektif yöntemlere yer verilmediği şeklindedir.

Anahtar Kelimeler: Format, Televizyon Formatları, Fikir – İfade Ayrılığı, Dışsal Test, İçsel Test, Scènes À faire Doktrini, Merger Doktrini, Soyutlama, Filtreleme, Karşılaştırma, AFC

ABSTRACT

It can be seen that the disputes arising from similarities in program formats are at the top of the list all over the world. The criticism of the producers that they cannot obtain sufficient legal protection has led to the formation of different methods and doctrines in terms of the nature of formats as the scope of protection of the formats within the framework of copyright law and the determination of the similarity between the two formats. Our review aims to propose the application of objective criteria and methods by comparing with Turkish judicial decisions the opinions of courts and scholars, in particular in American and English Laws where format disputes first emerged in the 1930s. Our determination during our review is that the Scènes À Faire doctrine and the Merger doctrine, which are used in format similarities in foreign court decisions, are not applied, and that objective methods are not included in the determination of substantial similarity between formats.

Keywords: Format, Television Format, The Idea/Expression Dichotomy, Scènes À faire, Merger Doctrine, Abstraction, Filtration, Comparison, AFC, Extrinsic Test

* Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, ORCID: 0000-0001-5130-8281.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: R. Eda Giray

E-posta/E-mail: eda.giray@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 01.09.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 20.12.2022

I. KONUNUN TAKDİMİ VE SINIRLANDIRILMASI

Televizyon kanalları arasındaki rekabetin artması, tüketici tarafından beğeni toplayan programların benzerlerinin türemesine ve bu benzer içeriklerden doğan uyuşmazlıkların artmasına neden olmuştur. Yapımcıların yeterli yasal koruma elde edemedikleri yönündeki eleştirileri ile formatların eser niteliği, formatların telif hukuku çerçevesinde koruma kapsamı ve iki format arasındaki benzerliğin tespiti noktasında farklı yöntem ve doktrinler oluşmuştur. Çalışmamızda format uyuşmazlıklarının ilk olarak 1930'larda ortaya çıktığı Amerikan ve İngiliz Hukuku özelinde mahkeme kararları ve doktrin görüşleri incelenecektir. Tespitlerimiz Türk yargı kararları ile mukayese edilecektir. Amacımız, format uyuşmazlıkları özelinde standart ve sistematik yöntem önerilerinde bulunabilmektir.

Telif hukuku uyuşmazlıkları dikkate alındığında, televizyon format benzerliklerinden doğan uyuşmazlıklar tüm dünyada üst sıralarda olduğu görülmektedir. Hatta Türkiye açısından formatların korunması, dizi ihracatında dünyanın en çok ihracat yapan 5 ülkesinden biri haline gelmesiyle de ayrı bir boyut kazanmıştır. Gerçekten de sadece Türkiye açısından değil, tüm dünya açısından formatlar ticarete önemli bir kalem haline gelmiştir. Bu açıdan formatların fikirlerin pazarlanması, bir ülkenin kültürünün diğer ülkeye kısmen aktarılması olduğu da söylenebilir. Örneğin; televizyon formatlarının pazarlandığı MIPCOM (Marché International des Programmes de Communication, International Market of Communications Programmes)¹ fuarında her yıl yüzlerce program formatı gösterilmekte ve satışı gerçekleştirilmektedir. 1985 yılından itibaren her Ekim ayında 4 günlük bu fuar televizyon endüstrisinin yer almak istediği ve takip ettiği bir etkinlik haline gelmiştir. Etkinlik yeni program ve formatların uluslararası dağıtımını amaçladığı için yapımcı temsilcilerinin katıldığı en büyük etkinlik olma özelliğini taşımaktadır. Türkiye 2015 yılında bu etkinliğin onur konuğu olmuştur. Önemli diğer bir organizasyon ise 1963 yılından itibaren devam eden NATPE² (The National Association of Television Program Executives) fuarıdır.

Günümüz koşulları düşünüldüğünde basit bir televizyon formatı değil, mobil telefonlara uygun içerikten, 248-inç büyüklüğünde 8K ekrana uygun programlara kadar çok geniş bir yelpazede dizi, film, belgesel gibi yapımlar ile formatlar çeşitlenmektedir. Özellikle de streaming olarak ifade edilen ve bir yayının internet ortamında indirilerek izlenmesi anlamında kullanılan kavram ve bununla ilgili formatlar ayrı bir inceleme konusu olmayı hak etmektedir. Hatta sadece bu konuya özel NATPE Streaming olarak anılan ayrı bir etkinlik de bulunmaktadır³.

Bu kadar büyük bir endüstri, şüphesiz yanında özel olarak korunması gereken bir değeri de getirmektedir. Devredilebilen ve lisans verilebilen⁴ televizyon program formatlarının değeri düşünüldüğünde benzerlerinin türemesi de kaçınılmaz olmaktadır. Bu nedenle günümüzde bir

1 <<https://www.mipcom.com/en-gb/conferences-events/diversity-inclusion.html>> Erişim Tarihi 15.7.2022

2 <<https://www.natpe.com/about/>> Bunun dışında uluslararası başka fuarlar da bulunmaktadır. Örneğin Singapur'da ATF (Asia TV Forum& Market) <<https://www.asiatvforum.com/en-us.html>>; <[https:// www.discop.com / johannesburg#about-johannesburg](https://www.discop.com/johannesburg#about-johannesburg)> Erişim Tarihi 15.07.2022

3 <<https://www.natpe.com/category/press-releases/>> Erişim Tarihi 15.07.2022

4 Televizyon program format lisans hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ünsal Dönmez ve Bengi Sargin, 'Televizyon Program Format Lisans Sözleşmesi' (2021) 7(1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 69, 69 vd.

televizyon kanalındaki programın çok benzerinin diğer bir televizyon kanalda yayınlanması veya herhangi bir yapımcıya önceden sunulduğu iddia edilen formatın izinsiz çoğaltılmasını konu alan uyuşmazlıkların sayısı oldukça yüksektir. Buna rağmen mahkemeler tarafından format benzerliğinden doğan uyuşmazlığın çözümünde objektif yöntemler kullanılmadığı görülmektedir. Oysaki araştırmamızda format benzerliklerinin tespitinde dünyada farklı yöntemlerin ve doktrinlerin kullanılabileceği tespit edilmiştir.

Çalışmamızda televizyon program formatları kavramsal olarak incelendikten sonra Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu(FSEK) çerçevesinde eser niteliğine sahip olup olmadıkları⁵, söz konusu program formatlarının benzerliğin tespitinde yöntem ve yaklaşımlar, son olarak da Yüksek Mahkeme tarafından kullanılan kriterler incelenecektir.

II. PROGRAM FORMATLARI

Medya dünyasının terimi olan *format*⁶, mevzuatlarda yer almayan bir kavramdır. Bu nedenle de hangi mevzuat ve hükümler çerçevesinde tanımlanacağı ve hangi şartlarla korunması gerektiği konusunda tam bir fikir birliği bulunmamaktadır⁷. Televizyon formatının tanımına ilişkin uluslararası alanda da bir birlik bulunmamaktadır⁸. Shalley Lane *“her bir bölümü şekillendirip, değişen içeriğe bakılmaksızın izleyicinin TV programının dizisini kolayca algılamasını sağlayan karakteristik özelliklerinin tamamı”* olarak tanımlamıştır⁹. Jessica E. Bergman tarafından ise format, *“Akış içerisindeki ana karakterler ile*

5 Televizyon program formatlarının koruması telif hukuku dışında, haksız rekabet hükümleri ve Paris Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde de tartışılmakla birlikte çalışmamız telif hukuku çerçevesindedir.

6 Tuğçe Karabağ *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Televizyon Programları ve Özellikle Televizyon Program Formatları* (Seçkin 2012) 29; İlker Erdoğan ve Leyla Budak, *Anglo-Amerikan Eğlence Endüstrisinde Televizyon Program Formatları* (Kalkedon 2016) 25.

7 Mustafa Ateş, *Fikri Hukukta Eser Sahipliği* (Adalet, 2007) 28; Uğur Çolak, ‘Televizyon Program Formatlarının Korunması’ (2004) 4 (3) Ankara Barosu Fikir Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi 11, 23; Yalçın Tosun, *Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları* (XII Levha 2013) 173; Karabağ (n 6) 39,50; Mustafa Arıkan, *Fikri Mülkiyet Hukukunda Televizyon Program Formatlarının Korunması* (XII Levha 2012) 13; Savaş Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (XII Levha 2012) 62.

8 Albert Moran and Justin Malbon, *Understanding the Global TV Format*, (Intellect Books London, 2006) 19; Joppich, Brigitte, ‘Alternative Dispute Resolution under WIPO Rules for TV Format Protection Right Issues’ < <https://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/article.pdf> > accessed 13 July 2022; Chebet D. Koros ‘Protection of TV Formats: Legal vs Non-legal Approaches’ (2019) 10(7) Queen Mary Law Journal 7, 7; Mahkeme kararları arasında da tam bir birlik bulunmamaktadır. Opportunity Knock davasında (1988) mahkeme format için performans birliği aramıştır, dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Shelley Lane, ‘Format rights in television shows: Law and the legislative process’ (1992) 13(1), *Statute Law Review* 24, 25; Koros (n 8) 16; Fransız Mahkemesi televizyonda yayınlanan bir oyun formatını oyunun atmosferini ve felsefesini, gelişimini, atılan puanların sayımını, soruların içeriğini ve formülasyonlarını tanımlayan kesin kurallar olarak tanımlamıştır. Moran and Malbon (n 6) 20; Alman mahkemeleri ise daha detaylı bir tanım vererek formatı her bir bölümü şekillendiren, tüm karakteristik özelliklerin verildiği genel bir kalıp olarak tanımlamıştır. Jean K Chalaby, ‘The Making of an Entertainment Revolution: How the TV Format Trade Became a Global Industry’ (2011) 26 *European Journal of Communication* 293, 296; Alman mahkemelerinin bakış açısı için ayrıca bkz. Gunnar W.G. Karnell, ‘Copyright to Sequels – With Special Regard to Television Show Formats IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law’ < <http://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-IIC-B-2000-S-886-N-1> > accessed 07 Temmuz 2022.

9 Koros (n 8) 8; Farklı tanımlar için bkz. Louis A. Day ‘A Copyright Dilemma: The TV Format’ (1978) 22(2) *Journal of Broadcasting* 249, 250.

çizilen çerçevede sürdürülen ve bu çerçevenin sahne, tema, fikir veya bu dizide planlanan ana hikâye veya epizodik diziler ve ayırt edilebilir akış içerisindeki ana karakterlerde, detaylı kategorizasyon yapılmış ve etkileşim kurulmuş birtakım karakterler bakımından her bölüm tekrarlanmasının hedeflendiği bölümler birleşimidir. Ayrıca her bir bölüm için bir veya daha fazla hikâye önerisi içeriyor olabilmektedir.” şeklinde tanımlanmıştır¹⁰. Lisa Logan formatı, bir programda, tek bir bölümün değişken öğelerinin üretildiği değişmez öğeler kümesi olarak adlandırır¹¹. Başka bir tanımda ise format, televizyon şovlarının plan yapısı şeklinde ifade edilmiştir¹². Dolayısıyla formatlar okunmak için değil, üretilmek için oluşturulmuştur.

Program formatları, olay örgüsünü takip eden kurgusal dizilerin bölümleri gibi senaryolu programları ve farklı program türleri olan yemek şovları, flört şovları gibi senaryosuz programları da içermektedir. *Eğlence sektörü izleyiciye* belli periyodlarla yayınlanan, ayırt edilebilen, belirli bir olay örgüsüne sahip ve dramatik anları barındıran bir program yapısı sunar. Bu bağlamda oluşturulan yapı çerçevesinde yetenek gösterileri, bilgi yarışmalarında sorulan sorular gibi çeşitli unsurlar yer almaktadır. Dolayısıyla format kendine özgü bir yapı içerir. Karakter gelişimi, tema, olay örgüsü ve olay örgüsünü içeren karmaşık format yapısı, kâğıda dökülmüş genel bir fikirden fazlasıdır. Bu bağlamda içerik hafta-hafta veya belli periyodlarla değişmekle birlikte ana yapı aynı kalmaktadır.

Uygulamada çıkan uyumsuzluklar ve ihtiyaçlar her somut olaya göre değişmektedir. Bu nedenle çerçeve kriterler belirlenerek formatlar arasındaki uyumsuzlukları çözme noktasında yöntemler ortaya çıkmıştır. Konu kapsamlı olarak Türkiye ve dünyada haksız rekabet hükümleri, sınai mülkiyet hakları ve telif hukuku çerçevesinde tartışılmış olmakla birlikte, incelememiz telif hukuku kapsamında benzerlik yöntemleri ile sınırlı olacaktır.

Format bir televizyon programı değildir¹³. Hatta belli bir formata uygun olarak tespit edilen televizyon programlarının her bir bölümünün temel yapısı dışında, farklı olduğunu ve her bir bölümün kendi yapısı içerisinde ayrı bir fikri mülkiyet korumasından yararlandığını söylemek gerekir¹⁴. Belirtildiği gibi formatın oluşturulma amacı formata uygun programının üretilmesidir.

Format, televizyon programının nasıl yapılacağını tarif edildiği kısmen sabit bir yapıdır. İncelendiğinde uzun bir sürece yayıldığı, asli ve tali unsurlarının tespit edilmesinin oldukça zor olduğu görülmektedir¹⁵. Ayrıca program formatlarına ilişkin unsurların belirlenmesi, bu unsurların telif

10 Jessica E. Bergman ‘No More Format Disputes: Are Reality Television Formats The Proper Subject Of Federal Copyright Protection?’ (2011) 4(2) Journal Of Business, Entrepreneurship & The Law 244, 245; Aynı yönde; Day (n 9) 250.

11 Bir iskelet yapısı olarak ifade edilen formatın ana fikri: bir hikaye, bir dizi olay veya öğe, tanımlanmış karakterler, ad, özel set / sahneler, slogan veya diğer tekrarlanan öğelerdir. Lisa Logan, ‘The Emperor’s New Clothes? The Way Forward: TV Format Protection under Unfair Competition Law in the United States, United Kingdom and France: Part 1’ (2009) 20(2) Entertainment Law Review 37, 37.

12 Lane (n 8) 25.

13 Arıkan, eserinde televizyon programlarının ve program formatlarının karıştırmaya müsait kavramlar olduğuna dikkat çekmektedir. Arıkan (n 7)14 vd.; Bengi Sargın, *Yabancı Unsurlu Televizyon Program Formatlarının Korunması* (Yetkin 2020) 33.

14 Lane (n 8) 26.

15 Netalie E Gottlieb, ‘Free To Air? – Legal Protection For TV Program Formats’ (2011) 51(2) The Intellectual Property Law Review 211, 215; Aynı yönde Dönmez ve Sargın (n 1) 71 vd.

hukuku anlamından korunabileceği anlamına da gelmemektedir. Dolayısıyla öncelikle unsurların tespiti, akabinde bunlardan hangilerinin korunması gerektiği tespit edilmelidir.

Yukarıda yer verdiğimiz program format tanımları incelendiğinde; en önemli unsurun programın “*tekrarlanabilen*” karakteristik özelliklerinin tespiti ile mümkün olduğu görülmektedir. Programın tekrarlanabilen karakteristik özelliklerini somut uyumsuzlıklardan bağımsız sınırlı ve tam olarak belirtilmesi ise mümkün değildir. Ancak yine tanımlardan yola çıkarak; programın adı, sunucunun/oyuncuların veya katılımcıların konumu, stüdyo tasarımı, dekor, süre, sunucunun konumu, sahne tasarımı ve kameranın konumu, izleyicinin konumu, programın akışını, anahtar ifadeleri, yarışmacı veya katılımcıların konumu, sunucuların yerleşik deyimleri veya sunucuların sergilemesi gereken davranış modelleri gibi özellikler ön plana çıkmaktadır. Örneğin “Kim 500 Milyar İster?” isimli yarışma programında sunucunun program boyunca yarışmacıyla sohbet etmesi, yarışma sonuna kadar adeta bir yol gösterici ve yönlendirici gibi davranması ve onun daha fazla ödül kazanmasını ister bir yaklaşım sergilemesi, programın tüm dünyada sabit format özelliği olarak benimsenmektedir¹⁶.

Bunlar dışında yazılı format metninden, çok ayrıntılı bilgi içermesi beklenmemektedir. Uzun ve karmaşık cümleler seyirci gözünde “*formatın bir bütün olarak algılanmasını*” zorlaştıracığından¹⁷, kısa cümleler tercih edilmektedir. Bu nedenle format, senaryo kadar ayrıntılı bilgi içermemektedir¹⁸.

Ancak aşağıda incelenecek olan yargı kararlarından da anlaşılacağı üzere, ne kadar çok ayrıntı verilirse metnin hususiyet taşıyıp taşımadığı o kadar rahat tespit edilmektedir. Ayrıca yine programda kullanılacak teknik usullerin de asli unsurlar gibi program metninde yer alması beklenmektedir. Programdaki katılımcılar, sorulan sorular ve sonuçlar ise tali unsurları oluşturur. Bu unsurların tali unsurlar olarak nitelendirilmesinin nedeni ise, her bir bölümde yeniden değerlendiriliyor ve program içinde şekil alıyor olmasıdır.

Format ticareti neticesinde farklı ülkeler ve kanallardaki gösterimlerde asli unsurlara sadık kalınmaktadır. Bu nedenle format ticareti sırasında değiştirilemeyen unsurların asli unsurlar olduğu, ülkeden ülkeye değişiklik gösteren unsurların tali nitelikte olduğu da söylenebilir. Değişmeyen çerçeve formatı oluşturur; tali unsurlar ise döneme, yayınlanacağı ülkedeki gereksinimlere veya hedef kitleye göre değişebilir mahiyettedir. İçerik değişse de format seyircilerce tanınabiliyorsa, kaynak belirlenebiliyorsa çerçeve çizilmiş demektir.

Dolayısıyla herkes tarafından kabul gören tam bir tanımın oluşturulamamasının nedeni, formatı meydana getiren sektörün talepleri, gelişmeler ve hedef izleyicilerdeki değişikliklerdir. Her daim gelişen bir yapı için tek bir tanım vermek veya mevzuata bu tanıma eklemek, gelişimi ve değişimi engelleyecektir. Örneğin bazı yazarlar¹⁹ tarafından “program adının” formatın asli unsuru olarak

16 Ercan Balci, ‘Televizyon Program Formatları, Çarkıfelek ve Kim 500 Milyon İster’ Üzerine Bir İnceleme’ (2009) 12(2) Kültür ve İletişim Dergisi 47, 73.

17 Ziya Özgür ve Halim Esen, ‘TV Eğitim Programlarında Etkili ve Yaratıcı Senaryo Yazımı’ (Açık Öğretim Fakültesi Uygulamaları 22 Ekim 2019) <https://aof20.anadolu.edu.tr/bildiriler/Aydin_Ozgun.doc> Erişim Tarihi 8 Temmuz 2021

18 Sargın (n 13) 33 vd.; Arıkan (n 7) 23 vd.

19 Karabağ (n 6) 50, 52; Tosun (n 7) 173.

sayıldığı görülmektedir. Ancak kanaatimiz program adının formatın asli unsuru olmadığıdır. Hatta uygulamada program formatlarının satışında program adlarının değiştirildiği görülmektedir. Program adı, hedef kitlesinin yaklaşımları dikkate alınarak yapımcılar tarafından farklı farklı belirlenmektedir. Örneğin; Menşe-i ülkesinde “*Who Wants To be A Millionaire?*” olarak adlandırılan program, Türkiye’de önce “*Kim Beş Yüz Milyar İster?*” daha sonra da “*Kim milyoner olmak ister?*” şeklinde yayınlanmıştır²⁰.

Benzer şekilde formatlara ilişkin program adının kullanım hakkının bir kanalda, formatın ise başka bir kanalda kaldığı uyumsuzluklar da bulunmaktadır. “*Bu Tarz Benim*” ve “*İşte Benim Stilim*” yarışmalarının yayınlandığı iki kanal arasındaki program ismine ilişkin uyumsuzluk örnek gösterilebilir²¹.

Format, genellikle ses ve görüntü nakline yarayan araçlarla iletme uygun hale getirebilen yazılı bir metindir. Bu metnin uygun teknik kullanılarak “televizyon programı” haline gelmesi ile görsel medyadaki nihai ürün²² oluşmuştur. Ancak televizyon program formatı ve televizyon programları arasındaki teknik ayrımın, mahkeme kararlarında incelenmediği görülmektedir. Hatta sadece kâğıt üzerinde yer alan kurgu, televizyon endüstrisi için yeterince cazip olmadığından, formatlara uygun hazırlanan deneme çekimleri(demolar) de formatlara ilişkin kavram kargaşasını arttırmaktadır. Yine Yüksek Mahkemenin formatlara ilişkin uyumsuzluklarda formatlar arasındaki iltibasın objektif bir yöntemle değerlendirilmediği de gözlenmektedir. Ancak incelememizde bazı yöntem ve yaklaşımların format benzerliklerinin tespiti noktasında yardımcı olabileceği kanaati oluşmuştur.

A. FORMATLARIN ESER NİTELİĞİ VE FİKİR İFADE AYRILIĞI (THE İDEA/EXPRESSION DİCHOTOMY) DOKTRİNİ

1. Formatların Eser Niteliği

Yukarıda belirtildiği üzere mevzuat hükümleri arasında özel bir düzenlemeye sahip bulunmayan format, seyirci tarafından programın algılanış şeklidir. Format sayesinde, seyirci programın diğer bölümleri hakkında fikir sahibi olur, zira format akışı değişken değildir. Bu nedenle format aynı

20 Balcı (n 16) 71.

21 ‘...Bölge Adliye Mahkemesince, dava konusu ‘İŞTE BENİM STİLİM’ ibareli marka tescil başvurusu ile davacıya ait ‘BU TARZ BENİM’ ibareli markanın asıl ve ayırt edici unsurun ibarelerin bütününden oluştuğu, ortalama tüketici nezdinde, sunulan hizmetler de nazara alınarak yapılan karşılaştırmada işaretlerin iltibasa yol açmayacağı, bilirkişi raporunda, tarafların marka olarak kullanmak istediği ‘işte’ ve ‘bu’ ibareleri ile ‘stil’ ve ‘tarz’ ibarelerinin eş anlamlı olduğu gerekçesiyle markaların benzer bulunduğu sonucuna varılmışsa da, bu görüşe iştirak edilmediği, zira aksi gerekçenin kabulü halinde, özellikle taraf markalarının kullanılacağı anlaşılan televizyon yayıncılığı hizmetlerinde, birçok markanın kullanımı imkansız hale gelecek, benzer içerikli televizyon programlarında bir kişinin lehine tekelleşmeye yol açacağı, davalının televizyon yayınlarındaki kullanımının davacıya yaklaşmak iradesini gösterdiğine ilişkin tespitin de işbu davanın konusu olmadığı, yine davacı tarafça müvekkili ile dava dışı İç Yapımlar A.Ş. arasındaki ‘BU TARZ BENİM’ markasının kullanımı hakkındaki sözleşmenin anılan şirketçe haksız şekilde feshedildiği, hemen ardından davalı tarafça ‘BU TARZ BENİM’ ismiyle televizyon yayıncılığına başlandığı, bu konuda da taraflar arasındaki davanın sürdüğü bildirilmişse de, bu durumun anılan marka ile tamamen farklı bulunan işbu davanın konusu ‘İŞTE BENİM STİLİM’ ibareli marka tescil başvurusu için kötü niyet oluşturmayaacağı gerekçesi ile davalılar vekillerinin istinaf isteminin kabulüyle İlk Derece Mahkemesi’nin kararının kaldırılmasına, davanın reddine karar verilmiştir... ONANMASINA...’ Yargıtay 11 HD, E 2019/258, K 2019/7133, 13.11.2019 < <https://www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi 20 Haziran 2021.

22 Arıkan (n 7) 15; Sefa Er, ‘Televizyon Program Formatlarının ve Televizyon Programlarının Telif Hukuku Kapsamında Korunması’ (2019) 23(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 239, 255.

zamanda programların karakteristik özelliklerini oluşturur. Bu kapsamda program formatlarının fikri bir çabanın ürünü olduğuna, formatların hususiyet taşıyacak şekilde yazı veya görüntü olarak tespit edilmesi ile eser niteliğine kavuşacağına şüphe yoktur. Ancak hangi unsurlarının koruma kapsamında değerlendirileceğinin tespiti gereklidir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu(FSEK) 1/B “tanımlar” kenar başlığı altında eseri; “*sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri*” olarak tanımlanmaya çalışılmıştır ki, Hirsch²³ tarafından haklı olarak belirtildiği üzere her durumda eser kavramını karşılayacak bir tanım vermek oldukça güçtür. Hirsch tarafından 1948’lerde yapılan bu tespit günümüzde kendini ispat etmiş, eser türlerinin mevzuatta nasıl karşılık bulacağı ciddi bir problem olarak karşımıza çıkmıştır²⁴.

FSEK 1/B maddesinin metninden yola çıkarak eserin temel unsurlarının; kanundaki eser tiplerinden birine dahil olmak ve sahibinin hususiyetini taşımak olarak belirtmek mümkün ise de²⁵ bu iki temel unsur bir ürünün eser olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir. Fikri çaba sonucu ortaya çıkan ürün; hususiyet barındırarak, FSEK’te öngörülen eser türlerinden birine dâhil edilmek şartıyla sahibinin hususiyetini yansıtacak düzeyde *şekillenmek* zorundadır²⁶. “*Sahibinin hususiyetini yansıtacak düzeyde şekillenmiş olmak*” şartının Bern Sözleşmesi 2/2 de de “*maddi bir form içinde tespit edilmeleri*” şeklinde ifade bulunduğunu²⁷ belirtmek gerekmektedir. Aynı yönde Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS)²⁸ “*Fikir hakkının korunması, düşünceleri, yöntemleri, uygulama esaslarını yada matematik kavramları değil, düşüncelerin ifade biçimini kapsar.*” ifadesi de fikri ürünün “*şekillenmiş*” olma şartının karşılaması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Eserin “*sahibinin hususiyetini yansıtacak düzeyde şekillenmiş olması*” unsuru konumuz açısından özel bir öneme sahiptir. Zira formatın eser niteliğine sahip olabilmesi için *şekillenmesi* gereklidir. Eserin şekillenmesi; fikrin soyutluktan sıyrılarak amacına uygun algılanmasını sağlayan somutluğa ulaşmasıdır. Dolayısıyla eserin niteliğinin kazanılması için beklenen düzeyde “*algılanabilir*” olması gerekmektedir.

Konumuz açısından önemle üzerinde durulması gereken diğer bir unsur ise “*hususiyet*” kavramıdır. Bu kavram da özellikle formatlar açısından çok tartışılabilir bir kavramdır. Zira *hususiyet* ve *yenilik* kavramı, özellikle de sınai haklarla kıyaslandığında karıştırılmaya müsait iki kavramdır. Halbuki her hususiyet taşıyan eser yeni değildir, olmak zorunda da değildir²⁹. Formatlar açısından

23 Ernst E. Hirsch, *Fikri ve Sınai Haklar* (Ar 1948) 126.

24 FSEK’de belirtilen eser tiplerinden birinin kapsamına girmeyen bir fikri ürünün eser olarak kabul edilemeyeceği yönünde; Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Turhan Kitapevi 2008) 91; Ateş (n 7) 120-121. Şafak Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (Yetkin 1988) 29; Nuşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri* (Sevinç Matbaası 1981) 38 vd.

25 Ateş (n 7) 28,29.

26 Aynı yönde Çolak (n 7) 25; Bozbel (n 7) 33; İlhami Güneş, *Son Yasal Düzenlemelerle Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Seçkin 2008) 66; Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Bası, Vedat 2012) 97; Ateş (n 7) 58.

27 ‘*Bununla birlikte, maddi bir araç üzerine tespit edilmedikçe korunamayacak olan genel veya açıkça belirtilen herhangi bir kategorideki eserlerin tanımlanması, Birlik içindeki ülkelerin mevzuatı tarafından düzenlenecektir.*’ Bern Sözleşmesi 2/2.

28 Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS)

29 Hususiyet kavramı ile ilgili detaylı açıklama ve öğretideki görüşler için bkz. Cüneyt Bellican, ‘Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Açısından Hususiyet Kavramı’ (2008) 7(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 67, 80 vd.; Hayri Bozgeyik, ‘Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet’ (2009) 15(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 167, 175-176; Ateş

“hususiyet” değerlendirirken daha önce yapılmamış – görülmemiş bir metin aranmamaktadır. Ancak alışılmış ve sıradan bir metnin de hususiyet taşıması zorlaşacaktır. Bu nedenledir ki fikir ve sanat eserleri açısından “yenilik” eser türü açısından değil, eserdeki düşüncenin ifade ediliş şekli olarak değerlendirilmektedir³⁰. Formatların eser niteliği taşıması için fikirlerin bir eserde vücut bulması ve harcılaem niteliği aşarak eser sahibinin hususiyetini taşıması gerekmektedir. Formatlar açısından hususiyet genellikle; genel kurallarda, sunucunun sunma stili, sahneye gelişi, stratejiler, sahne dekoru, müziğin nerede kullanılacağı, stüdyodaki konukların programa katılımı-rollerde aranmaktadır³¹. Formattaki hususiyetin, televizyon programlarının her bölümünde değildir, bütününde olması yeterlidir. Zaten de bu kabul ile program formatları hem Türkiye’de hem de yurt dışında devredilebilmekte, lisans yolu ile farklı televizyon kanallarında kullanılabilmekte, format ticaretine konu olabilmektedir.

2. Fikir – İfade Ayrılığı (The Idea/Expression Dichotomy) Doktrini

Bu bağlamda fikir – ifade(The idea/expression dichotomy)³² ayrılığı da formatların koruma kapsamında olan kısımlarının tespiti açısından önemlidir. Fikirlerin telif hukuku korunmasından yararlanmadığı düşünüldüğünde; fikirlerin aynen veya esinlenme yoluyla alınabilmesinin mümkün olduğu, koruma kapsamının ise somut bir fikrin yazar tarafından hususiyet taşıyan şekilde ifade edilmesi halinde mümkün olduğu söylenebilecektir. Fikirden kasıt, şekillenmemiş soyut fikirlerdir³³.

Telif hukukunun temelini teşkil eden fikir-ifade ayrılığı, formatlar açısından kesin bir şekilde uygulanabilecek midir? Örneğin metne geçen, ancak ayrıntılı şekilde metinde yer almayan, ödül olarak bir yüksek lisans programı ücretinin ödendiği hukuk fakültesi öğrencileri arasında bilgi yarışması konulu format telif hukuku anlamında koruma hak edecek midir? *Matthew Bunker*³⁴,

(n 7) 74 vd.

30 ‘Röportaj; radyo ve TV habercisinin araştırma ve soruşturma sonucunda hazırlamış olduğu program, mülakattır. Bu nitelikteki bir program ve mülakat, muhabir ile görüşüne başvurulmuş davetli veya katılımcı arasında soru-cevap biçiminde gerçekleştirilmekte olup, çoğunlukla tartışma ve eleştiriyi kapsamaz. TV’de yayımlanan bir tartışma programında da, tartışmayı yöneten ve soru soran bir muhabir olmasına karşın, röportajdan farklı olarak, başka kişilerin de katıldığı, karşıt görüşlerin ileri sürüldüğü bir tartışma ve eleştiri ortamı mevcuttur. Böyle bir tartışma programına katılan davacının açıklama ve görüşlerinin ilim ve edebiyat eseri olarak korunabilmesi için gerekli ‘hususiyet’ unsurunun belirlenmesinde, açıklamalardaki bütünlük, anlatım tarzı, program ile uyumlu bir biçimde ve akıcı bir şekilde ifade edilmesi gibi sahibine özgü ve orijinallik, içeren hususların varlığı göz önüne alınmalıdır. Bu belirleme yapılırken hakim, HUMK’nun 275. maddesi uyarınca, uyumsuzluğun çözümü konusunda uzman bu bilirkişi veya işin niteliğine göre bilirkişi kurulunun özel ve teknik bilgisinden yararlanmak zorundadır.’ Bkz. Yargıtay 11. HD, E 2006/934 K 2007/4555 13.3.2007; Tekinalp (n 26)100 vd.; Ateş (n 7) 75; Bozbel (n 7) 36.

31 Karabağ (n 6) 53.

32 Day (n 9) 251; Koros (n 8) 7; Edward Samuels ‘The Idea-Expression Dichotomy in Copyright Law’ (1989) 56 The University of Tennessee Tennessee Law Review 325 ff.; *Mazer v. Stein* March 8, 1954 · Supreme Court of the United States · No. 228 347 U.S. 201, 98 L. Ed. 2d 630, 74 S. Ct. 460, 1954 U.S. LEXIS 2679, SCDB 1953-048 < <https://cite.case.law/us/347/201/#p217>> accessed 12 Temmuz 2022; *Baker v. Selden* Oct. 1879 · Supreme Court of the United States 101 U.S. 99, 25 L. Ed. 841, 1879 U.S. LEXIS 1888, SCDB 1879-074 < <https://cite.case.law/us/101/99/#p102>> accessed 13 Temmuz 2022.

33 Matthew Bunker, ‘Reality Bites: The Limits of Intellectual Property Protection for Reality Television Shows’ (2018) 26(1) UCLA Entertainment Law Review 1, 5.

34 Bunker (n 35) 6 ff.

bir fikrin koruma kapsamına alınmasının, üretilecek eserler bakımından bir kısıtlama getireceğini, dolayısıyla bu kadar geniş kapsamda bir korumanın doğru olmadığını savunmaktadır. Buna karşılık *Karnell*³⁵ fikir – ifade ayrılığının formatlar açısından keskin bir şekilde uygulanmasını eleştirmiş, fikirlerin korumasız bırakılmasının formatı oluşturan eser sahibinin korumasız kalmasına yol açtığını belirtmiştir. Yazara göre gördüğümüz kelimeler, davranışların temeli fikirlerdir. Formatların ilk defa oluşturulmaları ve yeni olmaları durumunda başarılarının arttığı sabitken, fikir-ifade ayrılığı doktrini ile koruma kapsamının daraltılmasının eleştirilmesi tabidir.

Fikirsiz bir ifadenin, ifadesiz bir fikrin olmayacağı düşünüldüğünde³⁶ formatlar açısından fikir/ ifade ayrılığı doktrini öğreti ve mahkemelerce bir tartışma konusu olmaya devam etmektedir. Zira fikirlerin her ifade ediliş şekli telif hukuku korumasından yararlanamamaktadır. *Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald'S Corp*³⁷ davasında da mahkeme tarafından ifade edildiği üzere, prensip olarak ifadelerin korunması gerekse de “ifade” “fikir” üzerinde yeni veya ek bir şey sağlamadığında *örtüşmektedir* ve bu örtüşme ifadeyi de korumasız bırakacaktır. Mahkeme burada ileride açıklayacağımız *Merger* doktrinini uygulamıştır. Fikir ve ifadenin örtüşmesi durumunda birebir kopyalama dışında format korumasız kalmaktadır. Bu nedenle aslında formatlar açısından telif koruması ifadenin fikirden ayrıldığı ölçüde artmaktadır. Davada Kroff tarafından oluşturulan çocuklar için fantastik dünya fikri korunmamaktadır. Korunan Kroff’un bu dünyanın ifade ediş şeklidir.

Fikir-ifade ayrılığı doktrini benzer içerikteki formatlar açısından farklı yaklaşımlar barındırmaktadır. Bunları sınırlayıcı yaklaşımlar olarak nitelendirmemiz de mümkündür. En önemlisi *Scènes À Faire*³⁸ doktrini olarak karşımıza çıkmaktadır. İkincisi *Merger* doktrini ve diğeri de *Derleme* doktrindir. İnceleyeceğimiz bu prensiplerin hepsi formatların eser niteliğinde olan ve korumadan faydalanan kısımlarının tespitinde yol gösterici olmaktadır.

a. *Scènes À Faire* Doktrini

Scènes À Faire bir formattaki fikirler dikkate alındığında doğal olarak akan sahneleri, durumları, olayları, yerleri, konuşmaları ve karakterleri ifade etmektedir³⁹. Format konusundan beklenen şekilde akan sahneler telif korumasından yararlanamamaktadır. Zira bir eserde yer almaları esere hususiyet kazandırmayacaktır. Örneğin bir seyahat programında, sunucunun şehirleri, ülkeleri gezmesi, buralarda yaşayan halk ile konuşması, yemeklerini tatması *Scènes À Faire* olarak adlandırılır. İki seyahat programında bu unsurların benzer olması doğaldır.

35 Karnell (n 8) 894 ff.

36 Yazar daha az telif hakkı koruması ile daha çok eserin oluşacağını, tüm ifadelerin korunmayacağını, tüm fikirlerin de korunmasız olmaması gerektiğini savunmaktadır. Richard H Jones, ‘The Myth of the Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law’ (1990) 10 Pace Law Review 551, 564-565.

37 *Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald'S Corp* Oct. 12, 1977 · United States Court of Appeals for the Ninth Circuit · Nos. 75-1203 and 75-1202 562 F.2d 1157 < <https://case-law.vlex.com/vid/sid-marty-krofft-television-893652062>> accessed 12 Temmuz 2022.

38 Yabancı kaynaklarda da *Scènes À Faire* ibaresi kullanılmakta olduğu için, çalışmamızda aynı terminolojiyi kullanmayı uygun bulduğumuz belirtilmelidir.

39 Bergman (n 10) 253.

*Metcalf v. Bochco*⁴⁰ davasında uyumsuzluk iki format arasında meydana gelmiştir. İki format da Los Angeles'ın fakir bir mahallesinde, daha çok siyah doktorların yer aldığı bir hastanede geçmektedir. Hastane içindeki ilişkiler aynı fikirler etrafından şekillenmiştir. Metcalf tarafından *dışsal testin* uygulanması gerektiği, formatlara temel teşkil eden fikrin aynı olduğu, Bochco tarafından yayınlanan formatın tecavüz oluşturduğu iddia edilmiştir. Gerçekten de dışsal test yerine formatı teşkil eden fikirler tek tek ele alındığında, somut olayda hastane ilişkileri, siyah doktorlar, fakir bir mahalle..., tüm bu fikirlerin bireysel koruma elde etmesi mümkün değildir. Bu nedenle Bochco tarafından savunma olarak fikirlerin korunmayacağı, ifadelerin telif korumasından yararlanacağı ve *Scènes À Faire* doktrinin uygulanmasını talep edilmiştir. Gerçekten de *Scènes À Faire* doktrini gereğince esere temel teşkil eden fikirler korunmayacağı gibi, bu fikirlerin doğal akışına yarayan ifadeler de koruma kapsamında değildir. Ancak mahkeme ilk olarak dışsal testi uygulamış ve formatların örüntüsünün aynı olduğunu tespit etmiştir. Benzerlikler o kadar fazladır ki mahkeme *Scènes À Faire* doktrinini uygulamamaya karar vermiştir.

*See v. Durang*⁴¹ davasında da davacının(See) mahkemenin *Scènes À Faire* doktrinini yanlış uyguladığı ve formatı korumasız bıraktığı yönündeki iddiaları kabul etmemiştir. Mahkeme söz konusu doktrinin sadece stok sahneler ya da korunamaz fikirlerden kaynaklanan zorunlu sahnelerin varlığında uyguladığını belirtmiştir. Mahkeme kararında davacının benzerlik iddiasında bulunduğu sahnelerinin çoğunun *Scènes À Faire* doktrinine göre koruma dışı olduğunu, geri kalanının ise benzer olmadığına karar vermiştir.

b. Merger Doktrini (Birleşme Prensipli)

Merger doktrini fikir-ifade ayrılığı doktrinine kısmen istisna getirmektedir. Fikir-ifade ayrılığı doktrini fikirlerin değil ancak ifade edilen şekillerinin korunmasını öngörmekteyken, *Merger* doktrini bir fikri ifade etmenin sınırlı sayıda yolu olduğunun tespit edilmesi durumunda ifadenin de korunmaması gerektiğini belirtmektedir. Fikir-ifade ayrılığı doktrini başlığımızın altında da açıklandığı⁴² üzere, burada fikir ve ifade birleşmiştir. Bu birleşme neticesinde korumadan faydalanamayacaktır. Bu şekilde fikri ilk ifade eden kişi de korumasız kalmakta, ilk olmasına rağmen kendisine tekel hakkı verilmemektedir. Hatta realite şovlarda fikirler ile ifadelerin birleştiği bu nedenle koruma kapsamının çok dar olduğu iddia edilmiştir⁴³. Zira realite şovlar hayatın içinden, insanların günlük hayatta karşılaşılabileceği konuları ve ifadeleri ele almaktadır.

40 *Metcalf v. Bochco* June 12, 2002 · United States Court of Appeals for the Ninth Circuit · Nos. 01-55811, 01-56249, 01-56250 294 F.3d 1069 < <https://cite.case.law/f3d/294/1069/> > accessed 18 Temmuz 2022.

41 *See v. Durang* July 22, 1983 · United States Court of Appeals for the Ninth Circuit · No. 82-6102 711 F.2d 141 < <https://cite.case.law/f2d/711/141/#p143> > accessed 13 Temmuz 2022; Dava, formatı John William SEE'e ait olan "Fear of Acting" ile Christopher DURANG tarafından yayınlanan "The Actor's Nightmare" isimli yayınlar arasındadır.

42 *Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald's Corp* Oct. 12, 1977 · United States Court of Appeals for the Ninth Circuit · Nos. 75-1203 and 75-1202 562 F.2d 1157 < <https://case-law.vlex.com/vid/sid-marty-krofft-television-893652062> > accessed 12 Temmuz 2022.

43 Kent R. Raygor and Edwin Komen 'Limitations On Copyright Protection For Format Ideas In Reality Television Programming' 97, 104 ff. <<http://www.medialaw.org/Template.cfm?Section= Home&Template=/MembersOnly.cfm&ContentID=7929.pdf> > accessed 22 June 2022.

c. Derleme Doktrini(Compilation)

Derlemelerin FSEK 1/B bendinde “özgün eser üzerindeki haklar saklı kalmak kaydıyla, ansiklopediler ve antolojiler gibi muhtevası seçme ve düzenlemelerden oluşan ve bir düşünce yaratıcılığı sonucu olan eser” olduğu belirtilmiştir. FSEK 6’da da “belli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde verilerin ve materyallerin seçilip derlenmesi sonucu ortaya çıkan ve bir araç ile okunabilir veya diğer biçimdeki veri tabanları” olarak ifade edilmiştir. Ancak bir format yapısının veya bir sinema eserlerinin derleme eser olarak nitelendirmeye uygun olup olmayacağı düzenlenmemiş ve Türk öğretisinde tartışılmamıştır. Ancak fikirlerin ve olayların belli bir özgünlük derecesine ulaşarak bir araya gelmesi neticesinde oluşturulan derlemelerin eser korumasından faydalanacağı söylenebilecektir.

Feist Publications Inc. v Rural Telephone Service Company Inc. davasında⁴⁴ konu ele alınmıştır. Mahkeme, bir derlemenin telif hakkı koruması potansiyelini kabul ederek, üç şartın karşılanması gerektiğini belirtmiştir. Bunlardan birincisi önceden var olan materyal, olgu veya verilerin toplanması ve birleştirilmesi; ikincisi bu malzemelerin seçimi, koordinasyonu veya düzenlenmesi ve sonuncusu ise hususiyet taşıyan bir yazarlık ve düzenleme ile oluşturulmasıdır. Ancak mahkeme aynı zamanda derlemenin temel bileşenlerinin farklı bir “seçim veya düzenleme” yapıldığı sürece rakipler tarafından kullanılmasının serbest olacağını da altını çizmiştir.

Formatlar dikkate alındığında ise Bergman⁴⁵ formatın bileşenlerinin derleme olarak nitelendirilmeye uygun olduğunu belirtmektedir. Zira yazara göre formatı oluşturan bileşenler, örneğin karakterler, yerler, konuşmalar belli bir biçimde düzenlendikleri, diğer bir deyişle derlendikleri durumda formatı oluşturmaktadır. Başka bir yapımcının aynı bileşenleri farklı bir biçimde derlemesi mümkündür, telif hakkı koruması ile sınırlandırılmaz.

B. PROGRAM FORMATLARININ ŞEKİLLENMESİ

Türk hukukunda program formatlarının FSEK kapsamında korunup korunmayacağını tespit ederken; hususiyet taşıyan fikri bir çabanın ürünü olduğunun tespitinden sonra üzerinde durulması gereken konu; ne zaman şekillenmiş olarak kabul edileceği ve hangi eser kategorisine dahil olduğudur.

Program formatlarının korunması için öncelikle soyutluktan kurtulması gerekmektedir. Bir fikrin soyutluktan kurtulması tamamlanması anlamına gelmemektedir⁴⁶. Geliştirilen programların TV formatları için mevcut olan koruma türlerini, henüz üretilmemiş programlar için mevcut olanlardan ayırmak gerekir⁴⁷. İşte bu noktada, formatın somutlaşmasının nihai ürün olan programın

44 *Feist Publications Inc. v Rural Telephone Service Company Inc* Feb. 19, 1992 · United States Court of Appeals for the Tenth Circuit · No. 90-3254 957 F.2d 765 < <https://cite.case.law/f2d/957/765/>> accessed 13 Temmuz 2022.

45 Bergman (n 10) 253.

46 ‘Kural olarak telif ücretine hak kazanılabilmesi için eserin tamamlanmış ve teslim edilmiş olması gerekir. Bazı hallerde, eser tamamlanmamış olsa bile şayet belli bir düzeye gelmiş ve sahibinin hususiyetini taşıyorsa, FSEK 1/B ve 5. Maddesi anlamında ‘eser’ olarak kabul edileceğinden; eser sahiplerinden olan yönetmek de telif ücretine hak kazanacaktır’ Yargıtay 11. HD, E 2005/354, K 2006/915, 03.02.2006, Levent Yavuz, Turkey Alica ve Fethi Merdivan, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu I (Seçkin 2013) 80.

47 Koros (n 8) 18.

uygulanmasını sağlayacak ayrıntıda olması, diğer bir deyişle okunduğunda kişinin zihninde bir program algısı yaratması gerekmektedir⁴⁸. Bir televizyon programı oluşturmak için yeterli olmayan bir format metni yeterince somutlaşmamıştır⁴⁹. Her ne kadar formatların yazılı bir hale gelmesinin tek başına *şekillenmesi/somutlaşması ve eser olarak değerlendirilmesi* için yeterli olmadığı görüşü⁵⁰ bulunsa da kanaatimiz yazılı hale gelmesi ve program hazırlanmasına uygun içeriğe sahip olması şartıyla *şekillenmiş/somutlaşmış* olduğunun kabul edilmesi gerektiği şeklindedir. Ancak bu ifademiz, “yazılı halde bulunan formatın eser sayılabilmesi için gerekli olan hususiyet şartını kendiliğinden taşıdığına kabul edildiği” şeklinde anlaşılmamalıdır. Şüphesiz açıklama sadece *şekillenme/somutlaşma* kavramına ilişkindir.

Format *şekillenmesi* ve sahibinin hususiyetini taşıması ile “eser” niteliğine sahip olacaktır. Ancak bu sefer de FSEK kapsamında hangi tür eser kapsamında değerlendireceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Program formatları FSEK kapsamında açıkça sayılmamıştır ancak uygun şekilde kabul⁵¹ ile iç hukukta geçerlilik elde eden Bern Sözleşmesi 2. Maddesinde “*ifade şekli ne olursa olsun edebiyat ve sanat alanındaki kitaplar, dergiler ve diğer yazılar*”ın eser kapsamında değerlendirilebileceği, devamında ise “*...gibi bütün ürünler*” diyerek geniş bir tanım yapıldığını unutmamak gerekmektedir. Tosun⁵², bizim de katıldığımız görüşünde formatları FSEK 2. Maddesindeki “*ilim ve edebiyat eserleri*” ifadesi kapsamında değerlendirildiğinde “*herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler*” kapsamına girdiğini – henüz program çekilmeden önceki hali – eser niteliğinde kabul etmekte ve formatların televizyon programı olarak tespitlerinin yapılmasının ardından FSEK 5. Maddesinde ifadesini bulan “*Sinema eserleri, her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri gibi, tespit edildiği materyale bakılmaksızın, elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisidir.*” kapsamında eser olarak nitelendirmektedir.

Çoğu uyumsuzlukta formatın, izinsiz olarak işlenmesi suretiyle televizyon programına dönüştürüldüğü görülmektedir. Formatın işlenmesi neticesinde oluşan televizyon programı FSEK 6 gereğince işleme eser, FSEK 5 gereğince sinema eseri niteliğindedir. Gerçekten de FSEK 6 gereğince “*ilim ve edebiyat eserlerinin filim haline sokulması veya filime alınmaya ve radyo ve televizyon ile yayıma müsait bir şekle sokulması*” işleme olarak belirlenmiştir. Ancak meydana getirilen televizyon programının FSEK 5 çerçevesinde “*tespit edildiği materyale bakılmaksızın, elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisi*” olması nedeniyle sinema eseri olarak nitelendirilmesi sabit olsa da işleme eser olarak nitelendirilmesi ve format sahibinin haklarının devreye girebilmesi için bağlantının tespit edilebiliyor olması gerekmektedir. İşte değerlendirme de bu noktada zorlaşmaktadır. Zira işleme hakkının ihlal edildiğini söyleyebilmek

48 Arıkan (n 7) 35; Karabağ (n 6) 45, 59

49 Arıkan (n 7) 38.

50 Yazar formatın yazılı hale gelmesi durumunda bile içeriğinin belirsiz olduğunu ifade etmiştir. Yazar formatları ‘iş yapma yöntemlerine’ benzetmekte ve eser olarak korunamayacağı kanaatini taşımaktadır. Çolak (n 7) 28.

51 Türkiye 07.07.1995 tarih ve 4117 sayılı ‘Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesinde Değişiklik Yapan ve 1979’da Tadil Edilen Paris Metnine Katılmamızın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun’ ile de Bern Sözleşmesi’nin en son haline taraf olmuştur (RG:12/07/1995 tarih ve 22341 sayılı).

52 Tosun (n 7) 187,188.

için, sinema eseri olarak kabul edilen televizyon programının, ilim ve edebiyat eseri olan formattan bağımsızlaşmaması, aradaki bağlantının kopmamış olması gerekmektedir. İşleme ile mevcut eser, başka bir biçime bürünmektedir.

Son olarak bazı uyumsuzluklarda televizyon programlarına temel teşkil edecek yazılı bir format metni bulunmamaktadır. Bunun yerine, belli periyodlarla hazırlanan bir dizi televizyon programından, format belirlenmekte ve belirlenen unsurların uyumsuzluğa konu olan diğer televizyon programında varlığı incelenmektedir. Bu durumda ise iki sinema eserinin birbirinden kopyalanıp kopyalanmadığı değerlendirilmektedir.

III. FORMATLAR ARASINDA ÖNEMLİ ÖLÇÜDE BENZERLİĞİN TESPİTİ

Yukarıda yer verilen açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, format odaklı uyumsuzlukları bu kadar tartışmalı kılan, telif hukukunda koruma kapsamını belirlemede dikkate alınan fikir-ifade (idea/ expression dichotomy) ayrılığı doktrininin formatlar açısından uygulanmasındaki zorluklardır. Doğrudan fikir ve düşüncelerden yararlanmanın serbest olduğunu, fikrin ifade ediliş şekline katılan hususiyetin izinsiz olarak alınmasının yasak olduğunu belirttiğimiz prensip, formatlar açısından her zaman geçerli değildir. Uyumsuzluk konusu televizyon program formatları olduğunda, fikir ve ifade arasındaki sınırın tespiti daha da belirsizleşmektedir. Zira *Merger* doktrinine göre fikrin ifade ediliş şekli sınırlı ise ifadelerin de hususiyet kazanması zorlaşmaktadır. Örneğin, bir program formatında “yarışmacıların bekar veya evli olması, kadın veya erkek olması” fikrinin format metnine yazılması, ifadeye dönüşmesi korumayı sağlamayacaktır. Bunun gibi bir flört programı, 9-11 yaş çocukların yer aldığı bir yemek programı, yeni evlenenlerin evlerinin gezildiği bir program, hukuk fakültesi öğrencileri arasındaki bir yarışma... bütün bu düşünceleri dikkate alarak herkes tarafından bir format oluşturulması mümkündür. Demek ki korunan, formattın temelinde yatan fikir, diğer bir deyişle konusu değildir. Tekinalp de aynı yönde, düşünce yapısının yansıtılmasının serbest kullanım olduğunu belirtmektedir⁵³. Böylelikle fikirlerin tekelleşmesi önlenmiş ve yaratıcılık teşvik edilmiş olmaktadır.

Formatlar açısından fikir ve ifadeler arasındaki ayrımın zor olduğunu, mahkemelerin hayatın olağan akışı içerisinde fikirlerin ifade ediliş şekillerindeki sınırı dikkate aldığını söylemek gerekmektedir. Bir *fikrin* ifade ediliş şekilleri sınırlı ise *ifade* de korunmayacaktır. Şüphesiz bu şekilde amaçlanan, daha çok materyalin kamuya ait olması ve daha fazla kişi tarafından şekillendirilmesine imkân sağlamaktır. Bu doktrinin, maddi değeri çok yüksek olan formatları kısmen korumasız hale getirmesi nedeniyle formatlar arasındaki benzerliğin tespiti noktasında farklı yöntem ve yaklaşımlar oluşmuştur.

Formatlara ilişkin hukuki ihtilaflar genellikle iki noktada toplanmaktadır. Bunlardan ilki, format metninin sahibinin izni olmadan işlenerek tespitinin yapılması, ses ve görüntü nakline yarayan bir vasıta ile yayınlanması, diğer bir deyişle FSEK 5 ve 6 kapsamında sinema eseri haline getirilmesidir. İkincisi ise formatın ses ve görüntü nakline yarayan bir vasıta ile işlenmesinin ardından, meydana

53 Tekinalp (n 26) 135.

gelen sinema eseri kategorisindeki eserin yine sahibinin izni olmadan kopyalanarak başka bir sinema eseri olarak umuma iletilmesidir. Birinci ihtimalde formatın izinsiz işlenmesinden (üretilmesinden) bahsetmek gerekmektedir. Bu eylemin FSEK 21 gereğince format üzerindeki eser sahibinin haklarını ihlal ettiği açıktır⁵⁴. Şüphesiz ki buradaki kriter asıl eserle işleme eser arasındaki bağlantının algılanabilir nitelikte olmasıdır⁵⁵. İkinci ihtimal ise daha sık yaşanan bir uyumsuzluk konusudur. Zira program formatı sahibinin izni ile sinema eseri haline getirilmesinin ardından, hedef kitle tarafından algılanabilir olması ve talep görmesi, formatın üçüncü kişilerce kopyalanması ihtimalini de arttırmaktadır. Çoğunlukla başka bir kanalda, başka bir isimde, başka sunucu ve katılımcılarla aynı/benzer formatta yayınlar yapılmaktadır. Bu gibi durumlarda yargı kararları açısından konuyu tartışmalı hale getiren; sinema eserleri üzerindeki birlikte hak sahipliği⁵⁶ nedeniyle daha fazla hak ihlalinin oluşuyor olmasıdır. Böylelikle bazı uyumsuzluklarda formatın tamamının değil de sunucuların sunum şekillinin, oyuncuların davranışlarının, müziklerin seçiliş şeklinin, yarışmacıların özel kıyafet veya makyajlarının, formata konu programın adının veya diğer yan unsurların taklit edildiği görülmektedir.

a. Formatlar Arasındaki Benzerliğin Tespiti – Önemli Ölçüde Benzerlik (Substantially Similarity) İlkesi

Formatlar arasındaki benzerliğin tespitinde farklı yöntemler kullanılmaktadır. Ancak hepsinin temelinde “*önemli ölçüde benzerlik (substantially similarity)*” ilkesi yatmaktadır. Farklılık kendini, önemli ölçüde benzerliğin hangi yöntem ile tespit edileceği noktasında göstermektedir⁵⁷.

*Berkic v. Crichton*⁵⁸ davasında bir televizyon formatının telif hakkı ihlaliyle ilgili bir tecavüz iddiasının lehine sonuçlanabilmesi için, eser sahibinin (davacının) iki **ögeyi ispat etmesi** gerektiği belirtilmiştir. Bunlardan ilki geçerli bir telif hakkına sahip olduğu, ikincisi ise eserin korunan unsurlarının 3. kişi tarafından kopyalandığıdır. Geçerli bir telif hakkının ispatı kısmen kolayken, eserin koruma kapsamındaki kısımlarının tespiti oldukça güçtür.

İhtilaf konusu olan formatlar arasında önemli benzerlik bulunup bulunmadığının tespiti noktasında farklı yöntemlerin kullanılması mümkündür. Zira “*önemli benzerlik*” ancak telif hukuku açısından korunacak kısımlar için geçerlidir ve uyumsuzluk incelenirken ihlal oluşturduğu iddia edilen yapıtta kullanılan ifadelerin, eser sahibinin fikirlerinin kötüye kullanılması niteliğinde olup olmadığının

54 Arıkan (n 7) 53; Çolak (n 7) 26; Karabağ, formatın televizyona uyarlanması neticesinde işleme eserden bahsedilemeyeceği, televizyon programlarının sadece dublaj veya alt yazı işlemi gördüklerinde işleme eser sayılacağı kanaatindedir. Karabağ (n 6) 48.

55 Gürsel Üstün, *Fikri Hukukta İşleme Eserler* (Besam 2001) 84 vd.

56 FSEK 1/B maddesi ‘Eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla komşu hak sahipleri ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarının sahip oldukları hakları’ bağlantılı haklar olarak tanımlamıştır. FSEK 80 eser sahibine komşu hakları ve hak sahipliğini düzenlemiştir. Yine sinema eserler açısından FSEK 8/3 ‘Sinema eserlerinde; yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı, eserin birlikte sahibidirler. Canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde, animatör de eserin birlikte sahipleri arasındadır.’ şeklindeki düzenleme birlikte eser sahipliğini düzenlemektedir.

57 Bergman (n 10) 247-248.

58 Davada davacı Berkic “Reincarnation” isimli eserinin 54 sayfalık formatının, Crichton tarafından “Coma” isimli filmde kopyalandığını iddia etmektedir. *Berkic v. Crichton* March 11, 1985 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit · No. 84-5733 761 F.2d 1289 (1985) < <https://cite.case.law/f2d/761/1289/#p1293> > accessed 13 Temmuz 2022.

da tespit edilmesi gerekmektedir. Mahkemelerin, eser sahibinin korunamayan fikirler üzerine oluşturduğu hususiyet taşıyan ifadelerinin, aynen olmasa da kötüye kullanılıp kullanılmadığını ayırt etmesi oldukça zordur.

Mahkemeler tarafından ikili bir analiz yapılarak, öncelikle eser sahibi(davacı) tarafından formata hususiyet katan ve eser olarak nitelendirmesini sağlayan “kurucu(oluşturucu) unsurların” tespit edilmesi gerekmektedir. Böylelikle ihlal oluşturduğu iddia edilen yapıta ait formatta, davacının koruma talep ettiği kurucu(oluşturucu) unsurların, korunmayan fikirler olarak mı işlendiği yoksa kurucu(oluşturucu) unsur olarak mı işlendiğini incelenebilecektir. Diğer bir deyişle kopya olduğu iddia edilen formattaki kurucu(oluşturucu) unsurların, benzer olmakla birlikte, orijinal format sahibinin temelde yatan ve koruma kapsamı dışında olan fikirleri olarak işlev görüp görmediği önemlidir. Her somut olayda farklılaşacak bu değerlendirme, incelememizde ifade ettiğimiz üzere birbiri ile uyumlu kararların ortaya çıkmasını engellemektedir.

Önemli ölçüde benzerlik olup olmadığının tespitinde iki temel test kullanılmaktadır. Bunlardan ilki dışsal test(extrinsic test), diğeri ise içsel testtir(intrinsic test). Aşağıda belirtilen “soyutlama(abstraction)” yöntemi, “parçalara ayırma(disseksiyon) veya filtreleme(the dissection or filtration)” yöntemi, “örüntü yöntemi (the pattern test)” ve “bütünsel bakış ve his (the total concept and feel test)” yöntemi bu iki ana metot üzerine kurulmuştur.

Dışsal test, olay örgüsü, temalar, diyalog, ruh hali, ayar, boşluk, karakterler ve olaylar dizisi arasındaki anlaşılabilir benzerliklere odaklanan objektif bir testtir. İçsel test ise sıradan, makul bir seyircinin ihlal oluşturduğu iddia edilen formatı ve hak iddia eden formatı nasıl algılandığına odaklanan öznel bir testtir. İçsel test aynı zamanda fikirlerin ifade ediliş şekillerini de değerlendirmektedir. İncelediğimiz *Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald’s Corp*⁵⁹ davasında, sonrasında Berkic v. Crichton⁶⁰ davasında ve sonraki kararlarda da belirtilen ilkeler uygulanmaya devam etmiştir⁶¹.

1. Soyutlama Yöntemi⁶²:

Soyutlama yöntemi, eserde yer alan genel fikri bir tarafa, bu genel fikre ilişkin ifadeleri diğer tarafa ayırmaktadır. Eserde korunabilecek ifadeler belirlendikten sonra, bu ifadeler arasında “önemli ölçüde” benzerlik olup olmadığı tespit edilebilecektir. Ayrıca yöntem, fikirlerin ne zaman ve ne şekilde ifadeye dönüştüğünü de analiz etmeyi kolaylaştırmaktadır. Böylelikle formatta korunan ifadelerin önemli bir kısmının alınmış olması durumunda ihlal gerçekleşmiştir.

59 *Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald’s Corp* Oct. 12, 1977 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit · Nos. 75-1203 and 75-1202 562 F.2d 1157 < <https://cite.case.law/f2d/562/1157/#p1162>> accessed 12 Temmuz 2022.

60 *Berkic v. Crichton* March 11, 1985 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit · No. 84-5733 761 F.2d 1289 (1985) <https://cite.case.law/f2d/761/1289/#p1293> accessed 13 Temmuz 2022.

61 *Litchfield v. Spielberg* July 6, 1984 · United States Court of Appeals for the Ninth Circuit · No. 83-6045 736 F.2d 1352 <https://cite.case.law/f2d/736/1352/#p1356> accessed 12 Temmuz 2022.

62 Bergman (n 10) 249.

Soyutlama yöntemi ilk olarak fikir – ifade ayrılığın da dikkate alındığı 1930 tarihli *Nichols v. Universal Pictures Corp*⁶³ davasında ele alınmıştır. Davacı “Abie’s Irish Rose” isimli oyun yazarı olarak, Universal Pictures tarafından yayınlanan “The Cohens and The Kellys” isimli oyunun tecavüz oluşturduğunu iddia etmektedir. “Abie’s Irish Rose” isimli oyunun konusu Yahudi bir ailenin kızının İrlandalı bir adamla evlenmesi üzerine kuruluyken, The Cohens and The Kellys isimli oyun da Yahudi ve İrlandalı iki aileyi benzer ilişkiler ekseninde konu almaktadır. Mahkeme Yahudi ve İrlandalı aileler arasındaki ilişkilerin konu alınmasının serbest olduğuna, ifadelerin karşılaştırılmasında ise önemli ölçüde benzerliğin bulunmadığına karar vermiş ve davayı reddetmiştir.

*Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald’s Corp*⁶⁴ davasında Sid and Marty Krofft’un gerçekleştirdiği ağaçların hareket ettiği, kitapların konuştuğu fantastik bir bölgede (Living Island) yaşayan Jimmy adlı bir çocuğun konu alındığı bir program McDonald’s tarafından kopyalandığı iddia edilmiştir. Gerçekten de McDonald’s fantastik bir dünyanın yer aldığı McDonaldland isimli programı yayına sokmuştur. Mahkeme soyutlama testini uygulamış; soyutlama testinin aynı zamanda dışsal bir test olduğunu, duygulara dayanmadığını, fikir-ifade ayrılığını benimsediğini belirtmiştir. Mahkeme fantastik bir dünyada geçen bir çocuk programı fikrinin korunup korunmayacağını tartışmıştır. Akabinde korunanın bir çocuk programı için fantastik dünya fikri olmadığı, bu dünyanın ifade ediliş şekli olduğu ve somut olayda McDonalds’ın Krofft programına erişimi⁶⁵ konusunda da şüphe bulunmadığını ifade ederek tecavüze karar vermiştir.

2. Parçalara Ayırma(Disseksiyon) veya Filtreleme Yöntemi:

Disseksiyon⁶⁶ medikal bir terimdir. Parçalara ayırarak inceleme anlamında kullanılmaktadır. Bu yöntem telif hukukunda da kabul görmüştür⁶⁷. Mahkeme öncelikle eserde korunmayan unsurlar(fikirler) ile korunan unsurları(ifadeleri) parçalara ayırarak belirlemekte ve böylelikle korunan unsurları filtrelemektedir. Filtreleme neticesinde de elde kalan korunan unsurlar üzerinden bir değerlendirme yapılmasını öngörmektedir. İhlal oluşturduğu iddia edilen eser ile önemli ölçüde benzerlik analizi bu gerçek değerler üzerinden gerçekleştirilmektedir. Böylelikle telif hakkı içeren unsurların doğru karşılaştırması yapılabilir.

63 *Nichols v. Universal Pictures Corp* Nov. 10, 1930 · United States Court of Appeals for the Second Circuit · No. 4 45 F.2d 119 < <https://cite.case.law/f2d/45/119/>> accessed 12 Temmuz 2022.

64 *Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald’s Corp* Oct. 12, 1977 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit · Nos. 75-1203 and 75-1202 562 F.2d 1157 < <https://cite.case.law/f2d/562/1157/#p1162>> accessed 12 Temmuz 2022.

65 Somut olayda Krofft, yaptığı anlaşma ile McDonald hamburgerlerini de içine alarak yeni bir program oluşturma fikrini McDonalds’a götürmüş ve taraflar kısa süreli bir anlaşma sağlamışlar, akabinde Krofft sözleşmeyi feshetmiştir. Oct. 12, 1977 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit · Nos. 75-1203 and 75-1202 562 F.2d 1157 < <https://cite.case.law/f2d/562/1157/#p1162>> accessed 11 Temmuz 2022.

66 <<https://tr.wikipedia.org/wiki/Disseksiyon#:~:text=Disseksiyon%2C%20anatomizasyon%20veya%20kesay%C4%B1r%3B%20herhangi,amac%C4%B1yla%20yap%C4%B1lan%20yard%C4%B1mc%C4%B1%20bir%20i%C5%9Flemdir.>>

67 Bergman (n 10) 249.

Görüldüğü üzere filtreleme yöntemi ile soyutlama yöntemi, neredeyse aynı basamakları aşarak değerlendirme yapmaktadır. Ancak aralarındaki küçük farklılık; soyutlama yöntemi hem koruma talep eden hem de ihlal oluşturduğu iddia edilen format üzerinde gerçekleşmekteyken, filtreleme yöntemi koruma talep eden format üzerinde gerçekleşmekte ve daha sonra filtrelenen unsurların ihlal oluşturup oluşturmadığı tartışılan formattaki benzerlikleri incelenmektedir.

3. Örüntü Yöntemi(Patern)

Örüntü yöntemi mahkemenin hem eser sahibi hem de ihlal oluşturduğu iddia edilen formatta belirli bir kalıp oluşturan ifadeleri listelemektedir. Yukarıda belirttiğimiz iki yöntemden farklı bir metot izlemektedir. Bu listelemede neticesinde; eserin düzeni, olaylar dizisi, karakterlerin etkileşimi, diğer bir deyişle formatın örüntüsü belirlenmektedir. İki format aynı anda değerlendirmeye alınmakta, formatların aynı örüntüde ilerleyip ilerlemediği incelenmektedir. Bu yöntem diğerlerine nazaran koruma kapsamını genişletmektedir.

Ancak kanaatimiz sadece bu yöntemin neticesine göre ihlal olduğunun belirlenmesi mümkün değildir. *Scènes À Faire* doktrini unutulmamalıdır. Zira olayların doğal akışı nedeniyle meydana gelen örüntü benzerlikleri telif korumasından faydalanamayacaktır. Bu nedenle örüntü yönteminin soyutlama ve filtreleme yöntemiyle birlikte kullanılması gerekmektedir.

*Metrcraft v Bochco*⁶⁸, davasında formatların akışı aynıdır. Her iki formatta da ağırlıklı olarak siyah doktorlar ile Los Angeles'taki ilçe hastanelerinde kurulmuş, yoksulluk, ırk ilişkileri ve kentsel yanıklık konuları ele alınmıştır. Her ikisinde de ana karakterler, hastanelerle aynı mahallede büyümüş genç, siyah cerrahlardır. Mahkeme yargılama sırasında önemli ölçüde benzerliğin tespiti için dışsal test ve içsel test yöntemlerini⁶⁹ kullanmıştır.

4. Bütünsel Bakış ve His Yöntemi(Genel İntiba)⁷⁰

Bütünsel bakış ve his yöntemi ise örüntü yöntemine benzerliği ile dikkat çekmektedir. Bu yöntemde mahkemeler ifadeler ile korumasız fikirleri ayırmamaktadır. Bunun yerine, mahkeme formatları bütünsel bakış açısı ile değerlendirir ve formatların uyandırdığı algıyı karşılaştırır. Dolayısıyla bu test içsel bir testtir. Koruma talep eden format ve ihlal oluşturduğu iddia edilen formata ilişkin genel hissin – hem ifade unsurları hem de korunamayan fikirler de dahil olmak üzere – ne kadar benzediğinin ortaya konulmasına çalışılmaktadır. Bu nedendir ki bu değerlendirme öznel bir yaklaşımla yapılmaktadır.

68 *Metrcraft v Bochco* United States Court of Appeals for the Ninth Circuit · Nos. 01-55811, 01-56249, 01-56250 294 F.3d 1069 (2002) <. <https://cite.case.law/f3d/294/1069/>> accessed 18 Temmuz 2022.

69 “We employ a two-part analysis — an extrinsic test and an intrinsic test — to determine whether two works are substantially similar.” United States Court of Appeals for the Ninth Circuit · Nos. 01-55811, 01-56249, 01-56250 294 F.3d 1069 (1994) <<https://cite.case.law/f3d/294/1069/>> accessed 18 Temmuz 2022.

70 Total concept and feel test; Bergman (n 10) 249.

Hatta bu değerlendirme sistemindeki öznel yaklaşım eleştirilmiştir. Bizim de katıldığımız üzere, bir çalışmanın bütün konseptine duygusal bir koruma getirmenin, telif hukuku ilkelerine aykırı olduğu ve benzerliğin çağrıştırmaya olgusuna indirgenmesinin hatalı sonuçlara götüreceği belirtilmiştir⁷¹.

Yukarıda açıklanan yöntemlerden her biri *tek başına* koruma sağlanacak unsurları belirlemede ve formatlar arasındaki önemli ölçüde benzerliğin değerlendirmesinde yetersiz kalmaktadır. Soyutlama ve filtreleme yöntemi daha objektif kriterler ortaya koyarak; iki formattaki konu, tema, diyalog, olaylar dizisi, karakterler arasındaki benzerliklere odaklanılarak değerlendirme yapılmasına olanak sağlamaktadır⁷². Örüntü ve bütünsel bakış yöntemi ise formatların konseptini, birbirine olan çağrışımı, formatlardaki algıyı ön plana alarak daha subjektif bir yöntem ile analiz gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla her yöntem, format ihlalini konu alan uyumsuzluklarda farklı sonuçların oluşmasına neden olmaktadır.

Bu nedenledir ki ideal olan, üçlü test olan soyutlama, filtreleme, karşılaştırma (Abstraction-Filtration-Comparison(AFC)) yöntemini öncelikle uygulamak olmalıdır. Ancak bunlardan sonra somut olaya göre örüntü ve bütünsel bakış yöntemi devreye girmelidir. *Interactive Network, Inc. v. NTN Communications, Inc.*⁷³ davasında, ki bazı kaynaklarda⁷⁴ *Sheehan v. MTV Networks* davası olarak anılmaktadır, davacı Sheehan MTV yetkililerine sözlü sunumlar yapmış, yazılı kurallardan oluşan formatı, programda kullanılacak aksesuarların ve diğer detayların yer aldığı şematik çizimleri vermiş ve üç ay sonra davalı MTV, davacının formatına çok benzeyen kendi programını başlatmıştır. Mahkeme, MTV, davacıların yaklaşımından önce hiçbir zaman bir yarışma programı hazırlamamış veya yayınlamamış olmasını, MTV yetkilileri ile toplantılar gerçekleştirmesini ve daha önce hiçbir yarışma programında kullanılmamış olan bir lazer silahı kullanımını da dikkate alarak değerlendirme yapmıştır.

*CBS Broadcasting Inc v. ABC Inc*⁷⁵ arasındaki “Survivor” ve “I’m a Celebrity Get Me Out of Here” programlarına ilişkin uyumsuzlukta *CBS Broadcasting Inc* tarafından bütünsel yaklaşım ve his testinin uygulanması gerektiğini savunmasına karşın, mahkeme soyutlama, filtreleme ve karşılaştırma yöntemi sonrası bütünsel yaklaşım ve his testini incelemiş; benzerliklerin korunma kapsamında olmadığını, Survivor programının ciddi bir program hissiyatı verdiğine, oysa ki I’m a Celebrity Get Me Out of Here isimli programın mizah programı olduğunu belirtmiştir.

IV. YÜKSEK MAHKEMENİN YAKLAŞIMI

Türk mahkeme kararları incelendiğinde formatlara ilişkin uyumsuzlukların çözümünün yerleşmiş bir yöntem ve doktrin dahilinde gerçekleştiğini söylemek mümkün değildir. Yüksek Mahkeme her ne

71 Benzerliğin tarafların ruh haline özgülmesi hatalı sonuçların ortaya çıkmasına neden olacaktır.

72 Bunker (n 35) 7.

73 *Interactive Network, Inc. v. NTN Communications, Inc.* United States District Court for the Northern District of California · No. C-93-20432-RMW (PVT) 875 F. Supp. 1398 (1992) < <https://cite.case.law/f-supp/875/1398/> > accessed 12 Temmuz 2022.

74 Raygor and Komen (n 43) 104; Bergman (n 10) 248 ff.

75 *CBS Broadcasting Inc v. ABC Inc* United States District Court for the Southern District of Florida · No. 98-2651-CIV276 F. Supp. 2d 1237 (2003) < <https://cite.case.law/f-supp-2d/276/1237/> > accessed 12 Temmuz 2022.

kadar 05.04.2005 tarihli kararında formatların eser niteliğinin kökleşmiş içtihatlarla kabul edildiğini belirtmiş olsa da aslında bahsi geçen koruma formatının televizyon programı haline getirmesinden sonraki aşamayı kastetmektedir. Söz konusu kararda⁷⁶, formatların eser niteliğinde olduğunu, dairenin kökleşmiş içtihadının bu yönde olduğunu şu ifadelerle belirtmiştir “5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 4630 sayılı yasa ile değişik 5 nci maddesine göre “Sinema eserleri, her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri gibi, tespit edildiği materyale bakılmaksızın, elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisidir.” denilmek suretiyle, görüntülü eserlerden hangi tür programların eser sayılacağı hususuna da açıklık getirilmiş olup, bu tür programlar normatif ve tahdidi olarak sınırlandırılmamıştır. Buna göre, program yayın formatlarının da anılan yasa kapsamında eser sayılması ve korunmasının gerektiği kabul edilmelidir. Nitekim Dairemizce verilen 2000/6049-8439 ve 2004/1281-10333 sayılı ilamlarda da program formatları, anılan yasa kapsamında değerlendirilmiştir.” diyerek hem formatı sinema eserlerinin altında kabul etmiş, hem de kararlarının bu yönde istikrar kazandığının altını çizmiştir. Yargıtay’ın 31.10.2000 tarihli kararında birçok hususu tartışmış olmakla birlikte, konumuz açısından önemli olarak; dava konusu ad ve formattaki TV yapımının FSEK 5. Maddesi gereğince eser sayılmasıdır⁷⁷. Yine Yargıtay 20.09.2011 tarihli kararının, “Dart Show” isimli programın eser niteliğine sahip olduğunu ve FSEK kapsamında korunması gerektiğini, formatın davalı tarafından izinsiz olarak kullanıldığına karar vermiştir. Yargıtay bu kararında ilk derece mahkemesinin kararını tazminat miktarının hangi para cinsinden ödenmesi gerektiği konusu netleştirmede gerekçesi ile bozmuştur⁷⁸. Belirtilen kararların hiçbirinde Yargıtay, formatlar arasındaki belli bir analiz yöntemi benimseyerek incelememiştir.

Yargıtay “Who Wants to Be a Millionaire (Kim Milyoner Olmak İster)” isimli program formatının eser niteliğinde olduğu ve “Milyoner Veto” isimli programın ufak değişiklikler taşıdığı, aynı ya da çok benzer şekillerde kullanıldığı, bu sebeple dava konusu programın işleme, umuma iletim mali hakların ihlal edildiği kanaatine ulaşmıştır⁷⁹.

İlk derece mahkemesi tarafından “televizyon program formatlarının yazılı bir metin halinde ve sabit olarak tekrarlanabilir şekilde tespit edilmesi, özgün olması ve buna bağlı olarak hususiyet taşıması koşullarıyla FSEK’nın 2. maddesi anlamında bir ilim ve edebiyat eseri sayılabileceği, somut olayda davacı tarafından metin haline getirilerek oluşturulmuş yazılı bir format belgesinin bulunmadığı, dolayısıyla davacının televizyon program formatına dayalı olarak eser sahipliği iddiasıyla talepte bulunamayacağı...davacının dayandığı unsurların bir kısmının, haber bültenlerinde jenerik olarak ve yaygın şekilde kullanılan, özgün olmayan anonim unsurlar niteliğinde olup, bir kısmı ise programı hazırlayan ve sunan kişilerin kişisel çaba ve özelliklerinden kaynaklandığı, “Habere Hoş Geldiniz”, “Haber Merkezinden İyi Akşamlar” gibi söz dizilerinin televizyon haber kanallarında sıkça kullanıldığı, bu ibareler üzerinde davacının hak iddia etmesinin mümkün olmadığı, ayrıca davacının “Haberin Merkezi” ibaresi üzerinde hak sahibi olduğunu ve bu sloganının kendisi tarafından ilk kez yaratılıp

76 Yargıtay 11 HD, E 2004/6612 K 2005/3278, 5.4.2005 <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2022.

77 Yargıtay 11 HD, E 2000/6049 K 2000/8439 31.10.2000, Yavuz, Alica ve Merdivan (n 46) 153.

78 Yargıtay 11 HD, E 2009/11339 K 2011/10555, 20.09.2011 <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2022.

79 Yargıtay 11 HD, E 2011/12280 K 2013/12047, 10.06.2013 <hukukturk.com> Erişim Tarihi 25 Haziran 2022.

kullanılmaya başlandığını ispat edemediği...” şeklindeki karar Yargıtay tarafından onanmıştır⁸⁰. Görüldüğü üzere kararda, fikirlerin sınırlı ifade şekline koruma verilmemiştir.

Yargıtay 28.06.2013 tarihli karara konu olayda “*Ah Şu Kadınlar Ah Şu Erkekler/Ateşle Barut*” isimli kadın erkek ilişkileri üzerine bilimsel anlayış ve gülmeceyi birleştirerek, çözüm önerilerinin de sunulduğu televizyon programının formatının eser niteliğinde olduğu ve davalı tarafından eser hakları ihlal edilerek “*Ademler ve Havvalar*” isimli programın oluşturulduğu iddia edilmiştir. İlk derece mahkemesi tarafından davacıya ait program formatının eser koşullarını taşıdığı ve FSEK’nın 8’inci maddesi kapsamında korunmasının gerektiği, davalı kurumca davacı tarafından üretilen formattan izinsiz olarak serbest yararlanma ölçülerinin ötesinde benzerlikler taşıyan Ademler ve Havvalar adlı programın üretilmesi ve yayınlanması suretiyle davacının haklarının ihlal edildiğine karar verilmesine karşın Yargıtay tarafından “...FSEK hükümleriyle eser sahibine sağlanan fikri hak koruması fikrin bizzatı kendisine dair olmayıp onun ifade ediliş biçimine ilişkindir. (Dairemizin 03.12.2007 tarih ve 12890/14256 sayılı ve 23.06.2008 tarih ve 6510/8309 sayılı kararları) Öte yandan, sözü edilen fikri hak koruması hangi biçimde açıklandığına bakılmaksızın fikir, usul, yöntem, işletme metodu, kavram, prensip, buluş ve keşifleri de kapsamaz. Mahkemece yukarıda yazılı gerekçe ile davacının dayandığı TV program formatının, sahibinin hususiyetini taşıyan ilim ve edebiyat eseri olduğu kanaatine varılmışsa da, yukarıda yapılan açıklamalardan 11. HD., E. 2011/12577 K. 2013/13823 T. 28.06.2013 Sayfa 2/3 da anlaşılabileceği üzere karara dayanak bilirkişi raporları davacıya ait program formatının eser niteliğinde olup olmadığına ilişkin yeterli açıklamaları içermekten uzaktır. ...davacının dayandığı TV formatında yer alan ve program yayını ve akışına ilişkin olduğu ifade edilen detaylı açıklamaların esasen bir yöntem, iş yapma metodu veya benzeri bir usule ilişkin açıklama mahiyetinde olup olmadığı ya da bu açıklamalar da dahil olmak üzere anılan TV program formatı metninin bir bütün halinde FSEK 1/B-(a) ve 2/2 maddeleri anlamında sahibinin hususiyetini taşıyan bir ilim ve edebiyat eseri olup olmadığı hususlarında, içlerinde TV program yapımcılığı alanında uzman bir bilirkişinin de bulunduğu yeni bir bilirkişi heyetinden görüş alınarak hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş” ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur⁸¹. Yargıtay serbest yararlanma ölçüleri üzerinde durmuştur. İhlal oluşturduğu iddia edilen formatta davacı eserinin ne kadarının alındığı, benzerlik taşıyan kesimin serbestçe yararlanılacak fikirler ve bunların yine koruma kapsamı dışında bulunan ifade şekilleri olup olmadığının tespitini gerekli görmüştür. Açık bir şekilde belirtilmese de aslında Yüksek Mahkeme fikir-ifade ayrılığı doktrininin yararlanmış, soyutlama testini ve Scènes À Faire doktrinine yaklaşan bir yöntem uygulamıştır.

15.05.2015 tarihli kararında Yargıtay “... yazılı program formatlarının FSEK md. 8/III uyarınca “senaryo” olarak korunabilecekleri, fakat davacı tarafından dosyaya metinlerin bu nitelikte olmadıkları, zira anılan metinlerde tarif edilen programa ilişkin detaylı bir program akışına ve onu benzer programlardan ayıracak karakteristik sabit unsurlara yer verilmediği, söz konusu metinlerde zaten aynı tür yarışmaların tamamında teknik açıdan var olması gereken ve hususiyet taşımayan sabit

80 Yargıtay 11 HD, E 2011/8810 K 2013/11841, 06.06.2013 <hukukturk.com> Erişim Tarihi 25 Haziran 2022.

81 Yargıtay 11 HD, E 2011/12577 K 2013/13823, 28.06.2013 <https://www.lexpera.com.tr/> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2022.

program unsurlarının açıklandığı, program çekimlerinde kullanılabilecek bir planlama içermediği, tam ve düzenli bir program formatı olmayıp, herkesçe bilinen bir genel yarışma formatının “altın günü” temasıyla çekilmesine ilişkin ham fikirlerden ibaret bulunduğu, bu metinlerin “e.” niteliğinde olmadıkları, yapımı ve yayını davalılarca gerçekleştirilen “A. G.” isimli TV Yarışma Programı ile davacı tarafından dosyaya sunulan metinlerde tarif edilen program arasında hususiyet taşıyan herhangi bir program unsuru açısından bir benzerlik bulunmadığı, ham fikirler için “kopyalamadan söz edilemeyeceği, bu tür fikirlerin TTK md. 55/1 bent (c) anlamında “iş ürünü” olarak da kabul edilemeyecekleri, davalı eyleminin haksız rekabet de oluşturmadığı gerekçesiyle, davanın reddine” dair ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır⁸². 2015 tarihli bu kararda, artık Yargıtay fikir – ifade ayrılığına dikkat çekmiş, fikirlerin ve sıradan ham ifadelerin, her formatta bulunan sabit program unsurlarının hususiyet taşımadığını belirtmiştir. Dikkat edilmesi gereken diğer nokta da Yargıtay’ın yazılı formatı senaryo ile kıyaslamasıdır. Ancak format senaryo kadar ayrıntı taşımak zorunda değildir. Buna karşı olayda davacı formatı, program çekimlerinde kullanılabilecek bir planlama da içermektedir. Bu durum da formatın algılanabilir şekilde somutlaşmasını ve hususiyet kazanmasını engellemiştir.

Yargıtay 22.12.2015 tarihli diğer bir kararında “Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, davalının isimli programı ihbar olunan firma ile yaptığı sözleşme uyarınca yayınladığı, programın orijinal isminin ... olduğu, **aynı görseller, jenerik, müzik ve yayın akışının kullanıldığı, sadece genel kültür soruları yerine habere dayalı soruların sorulduğu, davacının ürününün hususiyet içermediği, benzerlerinden ayırt edilmesini sağlayacak özgün unsurları bulunmadığı, haber içerikli soru sorma formatının bir kişinin tekeline bırakılamayacağı**” gerekçesiyle, davanın reddine ilişkin ilk derece mahkemesi kararını onamıştır⁸³. Gerçekten de soru sorma fikri ve soru sormaya ilişkin ifadeler haber içerikli bir format için koruma elde edemeyecektir.

Yargıtay 29.03.2016 tarihli kararında “Mahkemece, asıl dava yönünden Dairemizin bozma ilamına uyularak, iddia, savunma ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, 249 sayfalık format metninde televizyon yarışma programının **baştan sona bütün detaylarıyla tüm akışının belirlendiği, çerçevesinin çizildiği, program sırasında yarışmacının ve sunucunun oturacağı yerden, reklam arası verirken kullanacağı sözcüğe, kamera ışıklarından çekim tekniklerine, seyirci, sunucu ve oyuncuların konumundan soru sayısı ve ödüllere, sunucunun ne şekilde davranacağından, internet ve ...bağlantılarına, soruların ekranda görüntüleme biçiminden kullanılan renklere kadar tüm ayrıntılar öngörülerek anlatıldığı, davacının dayandığı televizyon program formatına ilişkin 249 sayfalık metnin, ... 2. maddesi anlamında bir ilim ve edebiyat eseri olduğu, davacı şirketin eser sahipliğinden kaynaklanan tüm mali haklara sahip bulunduğu kabul edilebileceği, manevi hakların ise davacıya ait olmadığı, dava konusu program formatında tüm ayrıntılarıyla anlatılan bir takım unsurların davalı tarafından başlangıçta ... adıyla, daha sonra ise... adıyla yayınlanan yarışma programında birebir ya da çok büyük benzerlik yoluyla kullanıldığı, gerek davacıya ait program formatındaki açıklamalar ve tanımlamalar, gerekse bu formatın uygulanmasını gösterir program görüntülerindeki sunucunun oturduğu platform, yarışma ya da yarışmacıların bulunduğu yer, programın...adıyla yayınlanan ilk bölümlerinde kullanılan**

82 Yargıtay 11 HD, E 2015/443 K 2015/7009, 15.05.2015 <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2022.

83 Yargıtay 11 HD, E 2015/1179 K 2015/13762, 22.12.2015 <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2022.

ışıklandırmadaki mavi renk hakimiyeti gibi unsurlar bakımından dava konusu yarışma programı ile büyük benzerlikler ve ayniyet olduğu, tüm bunlara ilave olarak davalı taraf program sunucusundan kaynaklandığını iddia etse de, yarışmacılar cevap verdikten sonra program sunucusunun... diye soracağı hususu dahi formatın 235, 236, 237, 238. sayfalarında olduğu gibi format metninde ayrıntılı olarak yer aldığından yarışma programının en çok dikkat çeken bölümlerinden birisi olan bu bölümde dahi ayniyet bulunduğu, yapılan küçük önemsiz değişikliklerin, eser sahipliğinden kaynaklanan mali hakların ihlal edilmesi durumunu ortadan kaldırmadığı, dava konusu yarışma programının, davacının...’te yazılı işleme, çoğaltma, yayma, umuma iletim, temsil gibi mali haklara sahip bulunduğu, televizyon program formatından yararlanılarak meydana getirilmesi nedeniyle davacının televizyon program formatına bağlı eser sahipliğinden kaynaklanan işleme ve umuma iletim mali haklarını davalılarca ihlal edildiği...” önündeki ilk derece mahkemesi kararını onamıştır⁸⁴.

Yargıtay 09.05.2016 tarihli kararında davacının “...müvekkilinin “.....” isimli programın özgün formatını, bölümlerini, akış planını ve dekorlarını hazırlayıp VTR ve demo çekimlerini yaparak yayına hazır hale getirdiğini.... davalının çekiminin sahne, dekor, çekim planı, logolar, alt yazılar, renkler, grafikler gibi tüm şekli unsur ve detaylara ilişkin müvekkili tarafından oluşturulan demo çekiminin birebir taklidinden ibaret olduğunu ileri...” sürmesine rağmen, “ayrıntılı açıklamalar içermeyen program formatının sahibinin hususiyetini taşımadığı, bu itibarla FSEK kapsamında eser korumasından yararlanamayacağı” gerekçesi ile programın eser niteliğine sahip olmadığına dair ilk derece mahkemesinin kararını bu yönden kısmen onamıştır⁸⁵.

Her ne kadar davacı tarafından “formatın 20.09.2010 tarihinde notere onaylatıldığını, ...’nın ilk aşamasının Türkiye’de haftanın, ayın ve yılın kısa filmcilerini belirleyen bir TV programı oluşturmak olup kısa film çeken amatör ve profesyonel herkesin www.....com adlı siteye çektiği kısa filmleri yükleyerek izlenme oranlarına göre derece kazanarak haftanın kısa filmcisi olacağını, sonrasında ayın birinci, ikinci ve üçüncü kısa filmcisi seçilerek bu kişilere ödül verileceğini, aynı formatta ünlü bir yönetmen, senarist ve oyuncudan oluşan jürinin olacağını, oluşturulan internet sitesinde program hakkında ayrıntılı bilgi verildiğini, Kısa Film Dünyası’nın eser niteliğinde bulunduğunu” iddia edilmiş olsa da Yargıtay tarafından “davacının dayandığı program taslağının özgün olmadığı, herkesçe bilinen, kullanılan unsurlar taşıdığı, davacının dayandığı program taslağı ile davaya konu programın formatlarındaki belirleyici unsurların birbirinden farklı olduğu, davacının çalışması ile davalının programı arasındaki benzerliklerin davaya konu programın özelliğinden ve işin mahiyetinden kaynaklandığı, daha önceki tarihlerde benzer nitelikte yapımların gerçekleştirildiği, çeşitli yarışmacıların kısa filmlerinin gösterimi ve tanıtımı ile bir jüri tarafından değerlendirme yapılmasından oluşan bir televizyon yarışma programının

84 Yargıtay 11. HD, E 2015/7276 K 2016/3447, 29.03.2016 < <https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 22 Haziran 2022.

85 ‘...ayrıntılı açıklamalar içermeyen program formatının sahibinin hususiyetini taşımadığı, bu itibarla FSEK kapsamında eser korumasından yararlanamayacağı, ancak haksız rekabet hükümlerinin uygulanabileceği, dosyadaki belgeler ve tanık beyanları değerlendirildiğinde dava konusu TV programının meydana getirilmesi sürecinde davacının emeği, çabası ve katkısının bulunduğu, formatın oluşturulma sürecinde davacı ile davalı S.. A..’ın birlikte hareket ettikleri, anılan tarafların TV programı hazırlama ve pazarlama hususunda anlaşmaları, bu hukuki ilişkinin şekli şarta bağlı bulunmayan, tarafların ortaklık kurma amacıyla gerekli unsurların birleşmesi hususunda anlaşmasını yeterli kabul edildiği adi ortaklık niteliği arzettiği, davalı Sera’nın bu ortaklık ilişkisi sona ermeden diğer davalılara sözleşme ile pazarladığı, bu eylemin haksız rekabet oluşturduğu,...’ Yargıtay. 11 HD, E 2015/10650 K 2016/5199, 09.05.2016 < <https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 22 Haziran 2022.

“...” değil, “...” niteliğinde olduğu, soyut düşüncelerin telif hukuku kapsamında korunamayacağı ve soyut düşüncelerin eser sahipliğini ortaya çıkarmayacağı, özgün olmayan bu tür soyut tasarımların herkesçe farklı şekilde, farklı bir anlatım biçimi ile ifade edilebileceği, davalı tarafın davaya konu programının da bu soyut düşüncenin farklı bir biçimde anlatımı niteliğinde olduğu, davalı tarafın dayandığı soyut düşüncenin özgün olmayıp, iltibasın da söz konusu olmadığı, davacı tarafın eser sahipliği iddiası yerinde olmadığı gibi haksız rekabet de bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine” ilişkin ilk derece mahkemesinin kararı onanmıştır⁸⁶.

Yargıtay 12.03.2018 tarihli kararında ilk derece mahkemesinin “davacının “Bir Yönetmen Doğuyor” adlı televizyon program formatının hususiyet ve özgünlük kriterini taşımaması sebebiyle eser niteliğinde olmadığı, davalı yanın televizyon programının davacı formatından esinlenerek oluşturulduğu, ancak **esinlenmenin iktibas serbestisini aşmadığı**, içeriğinin örtüşmediği, formattaki yarışma başvuru koşullarının, yarışmacının seçiminin, jürinin işlevinin, program içeriği olarak kısa film üretim sürecinin ve süresinin, kısa film üretiminde ... süreci ve film bütçesinin, puanlama/sms kullanımının, eleme sisteminin ve ödülün davacı formatından farklı olması sebebiyle davalı programının davacı programına tecavüz oluşturmadığı gerekçesiyle davanın reddine” dair verdiği kararı onanmıştır⁸⁷.

10.06.2019 tarihli kararından davacıya ait 2001 yılında notere tasdik ettirilmiş “Eldeki Kuş mu? Teldeki Kuş mu?” isimli yarışma program formatını oluşturulduğunu ve davalının “Cevap Soruda” programının taklit olduğunu iddia etmiş olmasına karşın; ilk derece mahkemesi kararında “...davacı tarafa ait yarışma programı formatının FSEK kapsamında eser niteliğinde olmadığı, taraflara ait yarışma programı formatlarının birebir aynı olmadığı, yalnızca yarışmanın üzerine kurgulandığı esas fikir olan, cevabın soru metninin içinde gizli olması fikri bakımından benzeştiği...” gerekçesi ile davayı reddetmiştir. Bu karara uygun olarak Bölge Adliye Mahkemesinin “...mahkemenin vakıa ve hukuki değerlendirmesinde usul ve esas yönünden yasaya aykırılık bulunmadığı, **tarafların dava konusu yarışma programı formatlarının her ikisinin de eser niteliğini taşımadığı...** davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine” karar vermiş, Yargıtay tarafından karar onanmıştır⁸⁸.

Yargıtay’ın hem 12.03.2018 hem de 10.06.2019 tarihli kararında ayrıntıları ile formatın unsurlarını incelediği, program formatı temelinde yatan fikrin benzeşmesinden bağımsız olarak yarışma başvuru koşulları, yarışmacının seçimi, jürinin işlevi, program içeriği olarak kısa film üretim süreci ve süresi, kısa film üretiminde ... süreci ve film bütçesi, puanlama/sms kullanımı, eleme sistemi ve ödül bakımında formatların benzemediğine karar vermiştir.

29.06.2020 tarihli kararında Yargıtay “Bu Tarz Benim” isimli televizyon programına ilişkin ilk derece ve Bölge Adliye Mahkemesinin “davaya konu formatın son derece basit ve dünyanın bir çok yerinde uzun yıllardır yapılagelen genel nitelikte bir format olduğunun 4 bilirkişi raporu ile sübuta erdiği, 5846 Sayılı FSEK hükümleriyle eser sahibine sağlanan fikri hak korumasının fikrin bizatihi kendisine dair olmayıp onun ifade ediliş biçimine ilişkin olduğu, davacının noter tespitinin yapılan yargılama

86 Yargıtay 11 HD, E 2015/2356 K 2016/577, 21.1.2016 < <https://www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi 22 Haziran 2022.

87 Yargıtay 11 HD, E 2016/8864 K 2018/1893, 12.03.2018 < <https://www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi 22 Haziran 2022

88 Yargıtay 11 HD, E 2018/2799 K 2019/4180, 10.06.2019 < <https://www.lexpera.com.tr/> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2022.

sonucunda FSEK 1/B-(a) ve 2/2 maddeleri anlamında sahibinin hususiyetini taşımayan alalade bir tespit olduğu, noter tespitinin başlığının “Bu Benim Tarzım” şeklinde genel ibare içeren isim içermesinin de davacıya bir hak tesis edemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine ilişkin verdiği kararı onamıştır⁸⁹.

16.9.2021 tarihli kararında⁹⁰ Yargıtay kararında ilk derece mahkemesi davacının dava konusu “VE ZAMAN DURDU” ve “HEY TAKSİ” programlarının senaryosu üzerinde FSEK 10. md. kapsamında dava dışı ... ile birlikte eser sahibi olduğu, davacının FSEK 15. maddesi uyarınca adının belirlenmesi ile ilgili manevi hakkının ihlali sebebi ile manevi tazminata hak kazanacağı, davalı TRT iyiniyetli olsa da bu iktisabının korunamayacağından davalıların birlikte sorumlu oldukları gerekçeleri ile davacı ... tarafından davalılar aleyhine açılan davanın kısmen kabulü karar verilmiştir. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesince uyulan bozma ilamına göre, davacının, davalı şirket yetkilisi ... ile birlikte hazırlanan “VE ZAMAN DURDU” adlı televizyon programı ile “HEY TAKSİ” adlı televizyon programı üzerinde yapımcı sıfatıyla FSEK 80. madde uyarınca bağlantılı hak sahibi olduğu, FSEK 80. madde de “Eser sahiplerinin hakları ile bağlantılı hak sahibi olanlar da eser sahipleri gibi Tecavüzün Ref’i, Tecavüzün Men’i ve Tazminat Davası haklarından faydalanırlar hükmünün” düzenlendiği, bağlantılı hak sahiplerinin eser sahipleri (FSEK 15/1) ve icracı sanatçılar (FSEK 80/1-A) gibi “adın belirtilmesi” manevi hakkını kullanabileceklerine dair yasal düzenleme bulunmadığından, davacının manevi tazminat ve manevi hak ihlali sebebiyle hükmün ilanı talebinin yerinde olmadığı kanaatiyle, davacı vekilinin istinaf talebinin kısmen kabulüne, kısmen reddine, davalı TRT kurumunun istinaf isteminin kabulüne, davalı GPR şirketinin istinaf isteminin HMK 353/1-b-2 maddesi gereğince kısmen kabulüne, kısmen reddine, mahkeme kararının kaldırılmasına, davacı vekilinin istinaf talebinin kısmen kabulüne, kısmen reddine, davalı TRT kurumunun istinaf isteminin kabulüne, davalı GPR İletişim şirketinin istinaf isteminin, HMK’nın 353/1-b-2 maddesi gereğince kısmen kabulüne, kısmen reddine, davalı TRT hakkında açılmış bulunan davanın husumetten reddine karar verilmiştir. Yargıtay tarafından karar onanmıştır.

16.02.2021 tarihli Yargıtay kararında davacının karar düzeltme talebi reddedilmiştir⁹¹. Karar konu olayda, davacı tarafından hazırlandığı iddia edilen ‘Suçlu Kim’ adlı programın adının ‘İpucu Kriminal’ olarak TRT’de yayınlandığını iddia edilmiştir. Mahkeme programların birbirinin devamı olduğuna karar vermiştir. Yargıtay ilk derece mahkemesinin kararının ücretinin tespiti noktasında bozmuştur⁹².

V. SONUÇ

Yüksek Mahkeme kararları incelendiğinde program formatlarına ilişkin herhangi bir tanım verilmediği görülmektedir. Bununla birlikte eser niteliğinin bulunduğu kabul edilen program formatlarının yazılı metin olarak şekillenmiş olması ihtimalinde neredeyse senaryoya ulaşan ayrıntıya sahip olmasının arandığı söylenebilir. Yazılı metin içerisinde yer alan bilgilerin, alışılmışın dışında daha önce yapılmamış bir programa ilişkin olması gerekmekte olup; genel geçer ifadelerin ve

89 Yargıtay 11 HD, E 2019/5193 K 2020/3304, 29.6.2020 < <https://www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi 22 Haziran 2022.

90 Yargıtay 11 HD, E 2019/5423 K 2021/5532, 16.9.2021 < <https://www.lexpera.com.tr/> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2022.

91 Yargıtay 11 HD, E 2019/2881 K 2021/1304, 16.02.2021 < <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi 25 Temmuz 2022.

92 Yargıtay 11 HD, E 2017/5008 K 2019/2123, 13.03.2019 < legalbank.com Erişim Tarihi 25 Temmuz 2022.

herkes tarafından öngörülebilir düzenlemelerin eser niteliğine kavuşması mümkün değildir. Kararlar göstermektedir ki Yargıtay, program formatlarının eser olarak kabul edilebilmesi için hususiyet dışında özgün olmasını da aramaktadır. Bu ise program formatları açısından her zaman mümkün değildir. Zira medya endüstrisi hayattan esinlenir ve program formatının “çocuklara ilişkin olması”, “yemek programı olması”, “soru cevap şeklinde kurgulanması” tek başına formattaki özgünlüğe engel olmamalıdır. Şüphesiz sadece bu ana temalardaki benzerlikler de uyumsuzluk konusu formatların birbirine benzer olduğu anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla kanaatimiz program formatlarının Yüksek Mahkeme kararlarında belirtildiği kadar özgün olması gerekmediği, hususiyetin ifade edilmesinde kendisini bulabileceği şeklindedir.

Bununla birlikte Yüksek Mahkeme tarafından format benzerliklerinin tespitinde yukarıda belirttiğimiz *Scènes À Faire* doktrini ve *Merger* doktrini de uygulanmamaktadır. Ancak kararlarda fikir – ifade ayrılığı doktrini uygulanmaktadır. Format uyumsuzluklarında fikir-ifade ayrılığı doktrinin dikkate alınarak önemli ölçüde benzerliğin tespiti noktasında yabancı mahkeme kararlarında uygulanan soyutlama – filtreleme ve karşılaştırma yöntemi veya bütünsel bakış ve his yöntemi de kararlarda yer almamaktadır. Bu nedenle kanaatimiz kararların hukuki objektiflik ve gerekçelendirilmesi noktasında eksik kaldığı şeklindedir.

Çalışmamız neticesindeki tespitimiz, format uyumsuzluklarının önemli ölçüde benzerliğin tespiti noktasında dışsal ve içsel testlere odaklanarak çözümlenebileceği yönündedir. Önemli ölçüde benzerliğin tespitinde fikir-ifade ayrılığı doktrinin formatlar açısından *Scènes À Faire* doktrini ve *Merger* doktrini ile sınırlandırıldığı unutulmadan, üçlü yöntem olan somutlama – filtreler – karşılaştırma(AFC) yöntemini uygulayarak adil ve objektif bir çözüme ulaşılabilecektir. Somut olaya göre, son aşama olan karşılaştırma yöntemi sırasında bütünsel bakış ve his yöntemi de özellikle kötüniyetin tespiti noktasında uygulanmalıdır.

KAYNAKÇA

- Arıkan M, *Fikri Mülkiyet Hukukunda Televizyon Program Formatlarının Korunması* (XII Levha 2012).
- Ateş M, *Fikri Hukukta Eser Sahipliği* (Adalet, 2007).
- Ayiter N, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri* (Sevinç Matbaası 1981).
- Balcı E, ‘Televizyon Program Formatları, Çarkıfelek ve Kim 500 Milyon İster’ Üzerine Bir İnceleme’ (2009) 12(2) *Kültür ve İletişim Dergisi* 47 – 78.
- Bellican C, ‘Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Açısından Hususiyet Kavramı’ (2008) 7(1) *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 67-90.
- Bergman JE ‘No More Format Disputes: Are Reality Television Formats The Proper Subject Of Federal Copyright Protection?’ (2011) 4(2) *Journal Of Business, Entrepreneurship & The Law* 244-267.
- Brigitte J, ‘Alternative Dispute Resolution under WIPO Rules for TV Format Protection Right Issues’ < <https://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/article.pdf> > accessed 13 July 2022.
- Bozbel S, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (XII Levha 2012).
- Bozgeyik H, ‘Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet’ (2009) 15(3) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 167-222.
- Bunker M, ‘Reality Bites: The Limits of Intellectual Property Protection for Reality Television Shows’ (2018) 26(1) *UCLA Entertainment Law Review* 1-18.

- Chalaby J, 'The Making of an Entertainment Revolution: How the TV Format Trade Became a Global Industry' (2011) 26 *European Journal of Communication* 293-
- Çolak U, 'Televizyon Program Formatlarının Korunması' (2004) 4 (3) *Ankara Barosu Fikir Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi* 11-34.
- Day LA 'A Copyright Dilemma: The TV Format' (1978) 22(2) *Journal of Broadcasting* 249 – 258.
- Dönmez Ü ve Sargın B, 'Televizyon Program Format Lisans Sözleşmesi' (2021) 7(1) *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 69 – 96.
- Er S, 'Televizyon Program Formatlarının ve Televizyon Programlarının Telif Hukuku Kapsamında Korunması' (2019) 23(3) *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 239-261.
- Erdoğan İ ve Budak L, *Anglo-Amerikan Eğlence Endüstrisinde Televizyon Program Formatları* (Kalkedon 2016).
- Erel Ş, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (Yetkin 1988).
- Gottlieb NE, 'Free To Air? – Legal Protection For TV Program Formats' (2011) 51(2) *The Intellectual Property Law Review* 211 – 270.
- Güneş İ, *Son Yasal Düzenlemelerle Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Seçkin 2008).
- Hirsch EE, *Fikri ve Sınai Haklar* (Ar 1948).
- Jones RH, 'The Myth of the Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law' (1990) 10 *Pace Law Review* 551 – 580.
- Karabağ T, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Televizyon Programları ve Özellikle Televizyon Program Formatları* (Seçkin 2012).
- Karnell GWG, 'Copyright to Sequels – With Special Regard to Television Show Formats IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law' < <http://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-IIC-B-2000-S-886-N-1> > accessed 07 Temmuz 2022.
- Koros C, 'Protection of TV Formats: Legal vs Non-legal Approaches' (2019) 10(7) *Queen Mary Law Journal* 7-25..
- Lane S, 'Format rights in television shows: Law and the legislative process' (1992) 13(1), *Statute Law Review* 24 – 49.
- Logan L, 'The Emperor's New Clothes? The Way Forward: TV Format Protection under Unfair Competition Law in the United States, United Kingdom and France: Part 1' (2009) 20(2) *Entertainment Law Review* 37 – 45.
- Moran A and Malbon J, *Understanding the Global TV Format*, (Intellect Books London, 2006).
- Özgür Z ve Esen H, 'TV Eğitim Programlarında Etkili ve Yaratıcı Senaryo Yazımı' (Açık Öğretim Fakültesi Uygulamaları 22 Ekim 2019) <https://aof20.anadolu.edu.tr/bildiriler/Aydin_Ozgur.doc> Erişim Tarihi 8 Temmuz 2021
- Öztan F, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Turhan Kitapevi 2008).
- Raygor KR and Komen E, 'Limitations On Copyright Protection For Format Ideas In Reality Television Programming' 97-121 <<http://www.medialaw.org/Template.cfm?Section=Home&Template=/MembersOnly.cfm&ContentID=7929.pdf> > accessed 22 June 2022.
- Samuels E 'The Idea-Expression Dichotomy in Copyright Law' (1989) 56 *The University of Tennessee Tennessee Law Review* 325 – 463.
- Sargın B, *Yabancı Unsurlu Televizyon Program Formatlarının Korunması* (Yetkin 2020).
- Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Bası, Vedat 2012).
- Tosun Y, *Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları* (XII Levha 2013).
- Üstün G, *Fikri Hukukta İşleme Eserler* (Besam 2001).
- Yavuz L, Alıca T ve Merdivan F, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu* (Seçkin 2013).

Veritabanları

<<https://www.mipcom.com/en-gb/conferences-events/diversity-inclusion.html>>

<<https://www.natpe.com/about/> >

<<https://www.asiatvforum.com/en-us.html>>

<<https://www.discop.com/johannesburg#about-johannesburg>>

<<https://www.natpe.com/category/press-releases/>>

< <https://cite.case.law>>

< <https://case-law.vlex.com>>

< <https://www.kazanci.com.tr/>>

<<https://www.lexpera.com.tr/>>

<<https://legalbank.net/> >

<<https://www.hukukturk.com/>>

<<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>

Normatif Zararın Bir Çeşidi Olarak Ev İşlerini Yürüten Eşin Zararı

Housewife Damage as a Type of Normative Damage

Hakkı Mert Doğu* 

ÖZ

Alman Hukuku'nda etkili olan normatif zarar, malvarlığında herhangi bir azalma söz konusu olmasa bile zararın karşılanması öngören bir kuramdır. Bu açıdan zararın tazmininde dikkate alınan fark teorisinden ayrılmaktadır.

Normatif zararın bir çeşidini ev işlerini yürüten eşin zararı oluşturmaktadır. Ev işlerini yürüten eş, vücut bütünlüğünün ihlali sonucunu doğuran bir fiille karşı karşıya kalıp da ev işlerini göremez hâle gelirse ve çalışma gücünü kaybederse tazminata hak kazanabilmektedir. Ev işlerini yürüten eşin zararı, geleneksel anlamda bir zarar değildir, çünkü tazminata hak kazanan kişi, malvarlığı değerlerinde herhangi bir kayıp yaşamamıştır.

Alman Hukuku'nun aksine İsviçre Hukuku'nda ev işlerini yürüten eşin zararının tazmin edilmesi konusunda tam bir görüş birliği bulunmamakta ve fakat çoğunlukta olan görüş, zararın tazmin edilmesi noktasında birleşmektedir. Türk Hukuku'nda doktrinde belirtilen birkaç görüş dışında ev işlerini yürüten eşin zararı üzerinde pek durulmamıştır. Normatif zarar kapsamında ev işlerini yürüten eşin uğradığı zarara ilişkin olarak Türk Yargı uygulamasında da çok fazla karara rastlamak mümkün değildir. Özellikle yeni tarihli kararların varlığı oldukça azdır.

Anahtar Kelimeler: Zarar, Normatif Zarar, Fark Teorisi, Eşin Zararı, Vücut Bütünlüğünün İhlali

ABSTRACT

Normative damage is a theory in effect in German Law that provides compensation for the damage even if there is no decrease in the assets. In this respect, it differs from the theory of difference, which is considered in compensation for damage.

One type of normative damage is housewife damage. If the housewife who carries out the housework is faced with an act that results in a violation of her bodily integrity and becomes unable to do her housework and loses his ability to work, she may be entitled to compensation. Housewife damage is not a loss in the traditional sense, because the person entitled to compensation has not suffered any loss of property value.

Contrary to German Law, in Swiss Law, there is no consensus on the compensation of the loss of the housewife damage, but the majority opinion agrees on the compensation of the damage. In Turkish Law, except for a few opinions stated in the doctrine, the housewife damage has not been emphasized much. It is not possible to come across many decisions in the judicial practice in Turkish Law regarding the damage suffered by the housewife within the scope of the normative damage. In particular, the number of recent decisions is very low.

Keywords: Damage, Normative Damage, The Theory of Differentiation, Housewife Damage, The Infringement of Body Integrity

* Dr. Öğr. Üyesi, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0003-4695-9623.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Hakkı Mert Doğu

E-posta/E-mail: mert.dogu@karatay.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 25.08.2022

Kabul Tarihi/Accepted:

16.11.2022

GİRİŞ

Ev işlerini yürüten eşin zararı, normatif zararın bir çeşidi olarak özellikle Alman ve İsviçre Hukuk sistemlerinde kabul edilmiştir. Türk Hukuku'nda ise konuya ilişkin az sayıda görüş ileri sürülmüş; bir başka ifadeyle çokça üzerinde durulmamıştır. Ev işlerini yürüten eşin zararı, zarar hesabında hâkim teori olan fark teorisi dikkate alındığında aslında reddedilmelidir. Çünkü fark teorisinde ortaya çıkan zararın tazmin edilebilmesi için zarar görenin malvarlığında bir azalmanın olması gerekir. Ev işlerini yürüten eşin zararında ise eşin malvarlığında bir azalma söz konusu olmasa da yine de uğranılan zarar karşılanmaktadır. Alman, İsviçre ve Türk Hukuk sistemlerinde söz konusu zararın karşılanması, farklı gerekçelere dayandırılarak açıklanmaktadır.

Çalışmada ev işlerini yürüten eşin zararı üzerinde durulmaktadır. Bu kapsamda ilk önce normatif zarar kavramı ele alınmıştır. Normatif zarar tanımı, hukuk sistemlerinin normatif zarara karşı olan yaklaşımları ile normatif zarar olarak kabul edilebilecek örnekler belirtilmektedir. Ardından ev işlerini yürüten eşin zararı incelenmiştir. Konuya ilişkin genel bilgilerden sonra bu zararın oluşabilmesindeki şartlar ile ispat ve tazmin usulü hakkında bilgiler – yargı kararları da dikkate alınarak – verilmiştir. Ayrıca ev işlerini yürüten eşin zararına ilişkin Türk Yargı kararlarından örnekler de sunularak meselenin daha net anlaşılabilmesi ve uygulamadaki görünümünün ortaya koyulması sağlanmıştır.

I. NORMATİF ZARAR KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

Zarar, kişinin malvarlığı ya da şahıs varlığı değerlerinde iradesi dışında meydana gelen azalmadır¹. Zararın olduğu yerde tazminat gündeme gelmektedir². Tazminat ödeme yükümlülüğü zararın azaltılmasına hizmet etmektedir. Özellikle maddi zarar ile maddi zararın tazmininde fark teorisinin dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir. Fark teorisinde zarar, zarar verici olay gerçekleşmeseydi malvarlığının alacağı değer ile zarar verici olayın gerçekleşmesinden sonra malvarlığının içinde bulunduğu durum arasındaki farktır³.

Normatif zarar (*normative Schaden*), kişinin malvarlığında bir eksilme meydana gelmemiş olsa bile bazı hususların zarar kalemi olarak değerlendirilmesi ve zarar kalemine eklenmesiyle ortaya

- 1 Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts I. Band: Allgemeiner Teil* (14. Aufl. C.H. Beck 1987) 426; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (27. bası Yetkin 2022) 599; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Cilt II* (16. bası Vedat 2021) 42.
- 2 Erwin Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht* (2. Aufl Carl Heymanns 1996) 497 vd.
- 3 Max Keller ve Sonja Gabi-Bolliger, *Das Schweizerische Schuldrecht-Band II: Haftpflichtrecht* (Helbing & Lichtenhahn 1985) 8; Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, (2. Bası Vedat 2010) 64; Haluk N. Nomer, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi* (Beta 1996) 8; Mehmet Serkan Ergüne, *Olumsuz Zarar* (Beta 2008) 14 vd.; Fatma Tülay Karakaş, 'Bedensel Bütünlüğü İhlâl Edilen Ev Kadınının Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Tazmin Talebi' (2006) 55(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 143, 145; Ramazan Korkmaz, 'Haksız İhtiyatı Tedbirden Kaynaklanan Tazminat Davasının Normatif Zarar Teorisi Bağlamında Değerlendirilmesi' (2019) 21(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 805, 819; Eren (n. 1) 601-602.

çıkılmaktadır⁴. Normatif zarar, kavram olarak bilinmekle birlikte Walter Selb sayesinde Alman Hukuku'nda tartışmaya açılmıştır⁵. Selb, zararı natüralist bir bakış açısıyla özgürleştirme ve sorumluluk normları açısından daha kullanışlı hale getirme, başka bir ifadeyle onu daha normatif olarak anlama amacını gütmüştür⁶.

Normatif zararda malvarlığında bir eksilme olmasa bile zararın karşılanması gerekmektedir. Bu açıdan normatif zarar, fark teorisinden ayrılmaktadır. Nitekim normatif zarar kavramının savunucularına göre fark teorisi, zararın hesaplanmasının çeşitli olası yollarından yalnızca biri olmalıdır⁷. Normatif zarar, tazminat hukuku ve geleneksel zarar kavramı açısından sorumluluğun genişlemesine yol açmaktadır⁸.

Zarara ilişkin her kavram, hukuk sistemi tarafından şekillendirildiği; dolayısıyla normatif olduğu ve hukuki bir değer yargısı ile değerlendirildiği için, aslında *normatif* zarar içerikten yoksundur ve işlevsizliği nedeniyle terk edilmesi gerekir⁹. Normatif zarar kavramı, daha dar anlamda – yani geleneksel fark teorisinden ayrılarak – bir ikamenin kabul edildiği veya reddedildiği belirli bireysel problemler için kolektif bir terim olarak anlaşıldığında daha önemli hale gelir¹⁰. Bir başka ifadeyle normatif zararın kapsamı, zararın tespiti ile içeriğinin belirlenmesinde yapılacak hukuki bir değerlendirmeye mümkün olur¹¹. Ancak bu sınırlı anlayışla bile normatif zarar, heterojen bir yapıya sahip olan ve belirli bir paydaya indirgenemeyen geleneksel zarar kavramından sapmaları içerir¹².

4 Claire Huguenin, *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil* (3. Aufl. Schulthess 2019) Rn. 1876 572; Ahmet Kut, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht-Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen* iç Andreas Furrer ve Anton K. Schnyder (hrsg) (Kommentierung zu Art. 1-40g OR) (3. Aufl. Schulthess 2016) Art. 41 OR Rn. 24 284; A. Dilşad Keskin, *Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat* (Yetkin 2016) 55; Kumru Kılıçoğlu, *Yansıma Yoluyla Zarar* (Turhan 2012) 15; Korkmaz (n. 3) 821; Nomer (n. 3) 16. Normatif zarar kavramının yanlış anlaşıldığı çünkü klasik anlamda zarar kavramının da normatif bir yapıya sahip olduğu yönünde bkz., Thomas Probst, 'Der Ersatz "immateriellen Schadens" im schweizeri-schen Haftpflicht – und Strassenverkehrsrecht' *Strassenverkehrsrechts-Tagung* (Stämpfli 2010) 28.

5 Walter Fellmann ve Andre Kottman, *Schweizerisches Haftpflichtrecht-Band I* (Stämpfli 2012) Rn. 96, 40; Elif Aydın Özdemir, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini* (2. baskı Adalet 2017) 39.

6 Vito Roberto, *Schadensrecht* (Helbing & Lichtenhahn 1997) 38.

7 *ibid* Rn. 97 39.

8 Selâhattin S. Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilâ Altop, *Borçlar Hukuku-Cilt I/2* (5. bası Fakülteler Matbaası 1985) 736-737; Bilgehan Çetiner, Andreas Furrer ve Markus Müller-Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha 2021) Rn. 825 313; Deutsch (n.2) Rn. 784 499.

9 Vito Roberto, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (Schulthess 2002) Rn. 620 181; Joachim, Ströfer, *Schadensersatz und Kommerzialisierung* (Duncker & Humblot 1982) 54-55.

10 *ibid* Rn. 620 181.

11 Murat Topuz, 'Türk Hukukunda Normatif Zararın Tazmininin Somut Bir Düzenlemesi Olarak TKHK Çerçevesinde Boşa Harcanan Tatil Zamanı İçin Talep Edilen Tazminat' iç Hakan Tokbaş ve Fehmi Üçşık (edr), *5. Tüketici Hukuku Kongresi-Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları* (Bilge 2016) 297.

12 Roberto 'Schadensrecht' (n. 6) 39.

B. MUKAYESELİ HUKUK AÇISINDAN NORMATİF ZARAR

1. ALMAN HUKUKU'NDA NORMATİF ZARAR

Alman Hukuku'nda normatif zarar kavramına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmektedir. Doktrinde bazı yazarlar normatif zararı, tabii zararın tam karşısı olarak kabul etmektedir. Tabii zarar, bir kimsenin hukuki değerlerinin ihlal edilmesi neticesinde uğradığı kayıplar olarak ifade edilebilir¹³. Normatif zararı savunanlar tabii zarar anlayışının hukuksal değerlendirmeler ile birlikte düzeltilmesi gerektiğini belirtmektedirler¹⁴.

Doktrinde ilk kez normatif zarar kavramını ortaya atan Neuer¹⁵, fark teorisinin hiç uygulanmadığı veya yürütülmediği ya da en azından uygulanmasının çok zor olduğu birkaç durumdan bahsederek zarar kavramının belirlenmesinde hukuki değerlendirmeye ihtiyaç duyulduğunu ve malvarlığında bir azalma bulunmasa bile bu hukuki değerlendirmeyle birlikte tazmini gerekli zararların varlığından söz edilebileceğini söylemektedir. Bu değerlendirmenin neticesinde malvarlığı unsuru olarak kabul edilmeyen bazı durumlar, iktisadi hayattaki önemleri dikkate alınmak suretiyle bir malvarlığı değeri şeklinde kabul edilmeye başlanmıştır.

Normatif zararın, tabii zararın tam karşısında durduğunu savunan doktrindeki bir görüş¹⁶, tabii zararın birçok soruya cevap veremediğini belirtmekle birlikte tabii zarar kavramının sorumluluk alanına ilişkin bir sınırlamanın tespiti ve denkleştirme amacından hareketle getirildiğini ortaya koymaktadır. Bununla birlikte kanun koyucu bir zarar tanımı vermediğinden dolayı normatif zarar kabul edilebilir. Zira hukuk düzenince belirli şartların varlığı halinde tazmin edilmesi gereken zarar, çoğu zaman somut olaydaki gerçek zararı ve buna bağlı olarak tazminini karşılamamaktadır.

Konuya ilişkin bir başka değerlendirmeye göre¹⁷ tabii görüşü savunanlar, zararı kanunun öngördüğü doğal bir kavram olarak değerlendirmekte ve kanunun, söz konusu zararı biri ya da birilerine yükleme görevine sahip olduklarını belirtmektedir. Bu görüş savunucuları normativistlerin zararı yasal olarak oluşturulmuş bir kavram şeklinde değerlendirdiklerini belirterek; başlangıç itibarıyla haklı olduklarını söylemektedir¹⁸. Çünkü ilk bakışta kanuni bir hüküm olmadan zararın ortaya çıkması mümkün olmaz. Ancak taraf menfaatleri dikkate alındığında fiil ile sonuç arasındaki ilişkinin değerlendirilmesinde hükme uygun hareket edilmemesi, öncelikle hukuka aykırılık kapsamında değerlendirilecektir. Bu durum özellikle zarar ile illiyet bağına hafifletir ve doğal bir hâle getirir.

Normatif zararın, malvarlığının pasifini arttıran bir fiille karşı karşıya kalınmasına rağmen denkleştirmeye tabi tutulmadığı durumlarda, düzeltici bir etkisinden bahsetmek de mümkün

13 Ergüne (n. 3) 18.

14 Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. bası Turhan 2022) 399.

15 Robert Neuner, 'Interesse und Vermögensschaden' (1931) 133(3) Archiv für die civilistische Praxis 277, 278 vd.

16 Larenz (n. 1) 426-427.

17 Wolfgang Fikentscher ve Andreas, Heinemann, *Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil* (11. Aufl. De Gruyter 2017) Rn. 584 358.

18 Fikentscher ve Heinemann (n.17) Rn. 584 358.

olmaktadır¹⁹. Nitekim ev işlerini yürüten eşin zararı buna örnek gösterilebilir. Şöyle ki ev işlerini yürütemeyen eş, bir üçüncü kişiden yardım almış olsa bile, bundan bağımsız olarak bir zararın varlığı gündeme gelecektir²⁰.

Konuya ilişkin bir başka görüşe göre fark teorisi, özellikle zararın sorumluluğunun bir üçüncü kişi tarafından yüklenildiği durumlarda (örneğin sosyal yardım ödemeleri ya da ev işlerini yürüten eşin zarar görmesi durumunda ev işlerinin yapılması için bir yardımcı tutulması) yetersiz kalabilmektedir²¹. Ancak bunlar nihai anlamda bir zararın giderimi olarak kabul edilemez. Söz konusu görüş, normatif zarar kavramının gereksiz olduğunu belirtmekte; maddi zarar ile manevi zararın bu denli birleştirilmesinin tehlikeli sonuçlar doğurabileceğini ifade etmektedirler²². Ayrıca normatif zararlar birlikte zarar hukukuna önleme ve ceza görüşlerinin gizlice sokulmaya çalışıldığını ileri sürmektedirler²³.

Alman Hukuku'nda normatif zararın kabul edilmesi yönünde görüşlerin var olması, manevi zararların tazminine ilişkin BGB § 253'teki sınırlanmanın aşılmasını sağlamak amacıyla²⁴. BGB § 253/1'e göre manevi tazminat ancak kanunda öngörülen hâllerde nakden tazmin edilebilir. Bu açıdan manevi tazminata ilişkin kanunla getirilmiş olan sınırlandırmalar²⁵, normatif zarar kavramıyla birlikte aşmaya çalışılmış; zarar görenin zararlarının karşılanabilmesi imkânı doğmuştur. Bununla birlikte normatif zarar, BGB § 651n maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen paket tur sözleşmelerinde kendisini göstermektedir. Buna göre bir paket tur sözleşmesinde paket turun aksamı veya önemli ölçüde zarar görmesi halinde, tüketici ayrıca boşa geçen tatil zamanı için uygun parasal tazminat talep edebilir. Bu düzenlemeden hareketle boşa geçen tatil zamanı için bir tazminat ödenmesi kabul edilmektedir. Benzer düzenleme 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 51. maddesinin sekizinci fıkrasının son cümlesinde de vardır. Tüketici yapmış olduğu paket tur sözleşmesi kapsamında boşa harcanan tatil zamanı için bir tazminata hak kazanabilmektedir²⁶. Görüldüğü üzere ilgili düzenlemelerde kişi, malvarlığında bir eksilme olmamasına rağmen zararının karşılanmasını isteyebilmektedir²⁷.

19 Aydın Özdemir (n. 5) 40.

20 Roberto (n. 9) Rn. 626 183.

21 Josef Esser ve Eike Schmidt, *Schuldrecht-Band I: Allgemeiner Teil Teilband 2*, (C.F. Müller 1976), 136-137. Ayrıca bkz., Roberto 'Schadensrecht' (n. 6) 38.

22 Esser ve Schmidt (n. 21) 143-144.

23 ibid 143-144.

24 Keskin (n. 4) 56; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n. 8) 737 dn. 3; Ergüne (n. 3) 16 dn. 29.

25 Halûk Burcuoğlu, 'Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde Nesnenin Kullanım Olanağından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması' (1984) 2(2) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 163, 163.

26 Aydın Zevkililer, 'Paket Tur Sözleşmeleri ve Normatif Zarar' (2016) İlhan Uluşan'a Armağan-Cilt III 799, 805; Deutsch (n. 2) 500 vd.

27 Murat Topuz, *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi* (2. bası Seçkin 2020) 56-57; Turan Şahin, 'Paket Tur Sözleşmesinin Sona Ermesi' (2022) 13(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 66, 74.

Alman Hukuku'nda kullanma imkânının kaybı dolayısıyla yararlanma zararları, iş göremezlik halinde, ücreti ödenmesine devam edilmesine rağmen doğan zararlar, ev işlerini yürüten eşin zararı ile bakım zararları, normatif zararın çeşitleri olarak kabul edilmektedir²⁸.

2. TÜRK-İSVİÇRE HUKUKU'NDA NORMATİF ZARAR

Türk-İsviçre Hukuku'nda normatif zarar teorisi azınlıkta kalmakta ve pek taraftar bulamamaktadır²⁹. Türk Hukuku'nda bu tür zararların, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 24. maddesi, Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 49. ve 58. maddelerine dayanılarak tazmin edilebileceği belirtilmektedir³⁰. Doktrinde normatif zarar açısından farklı değerlendirmelerin yapıldığı görülmektedir.

Doktrindeki bir görüşe³¹ göre Türk-İsviçre Hukuku'nda normatif zarar reddedilerek, tabii zarar kavramı kabul edilmelidir. Alman Hukuku'nda bir şeyin ticari değerinin azalması ya da şeyin kullanıma imkânından yoksun kalınması mameleki bir değer ve kayıp sayılmakta; dolayısıyla da malvarlığı içerisinde değerlendirilmektedir³². Ancak söz konusu durumlar Türk-İsviçre Hukuku'nda maddi zarar kalemleri olarak kabul edilir. Benzer şekilde boşa harcanan tatil zamanı, Alman Hukuku'nda normatif zarar teorisi kapsamında ifade edilebilmektedir. Türk-İsviçre Hukuku'nda ise söz konusu durum, manevi zarar ve manevi tazminatı gündeme getirmektedir³³.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre³⁴ normatif zarar teorisi, zarar kavramını oldukça genişletmektedir. Buna göre normatif zarar, zarar miktarından indirilmesi gerekli kimi yararları sosyal bir değer yargısıyla mahsup dışı tutmakla zararın giderilmesi kapsamını genişletici bir etki doğurmaktadır. Normatif zararda, aslında manevi zarar olarak kabul edilebilecek bazı durumlar metalaştırılarak ve bununla bağlantılı şekilde manevi tazminata ilişkin yasal sınırlamaların çevresinden dolanılarak tazmin edilmesi elverişli hale getirilmektedir.

Doktrindeki bir başka görüşe göre³⁵ normatif zarar kavramının daha iyi anlaşılabilmesi için örnekler üzerinden bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Normatif zarar açısından karşılaşılabilecek ilk örnek eşyaların sürüm değerlerinin, eşyanın maddi varlığından bağımsız olarak kabul edilmesinde kendisini göstermektedir. Türk-İsviçre Hukuku'nda hasara uğramış olan bir eşyanın maddi değerinden bağımsız olarak sürüm değerinin azalmasının giderilmesi zaten kabul edilmekte ve bu maddi zarar kalemi olarak değerlendirilmektedir³⁶. Bu açıdan ilgili durumda normatif zarar kavramının yeni bir katkısından söz edilemez. Normatif zarar bakımından değerlendirilen bir diğer durum eşyanın kullanım olanağından yoksun kalınması meselesidir. Burada kullanım olanağı,

28 Nomer (n. 3) 17 vd.; Huguenin (n. 4) Rn. 1876 572; Zevkliler (n. 26) 808; Kılıçoğlu (n. 4) 15; Ergüne (n. 3) 16 dn. 29.

29 Korkmaz (n. 3) 822; Oğuzman ve Öz (n. 1) 45.

30 Kılıçoğlu (n. 14) 400.

31 Eren (n. 1) 602;

32 Larenz (n. 1) 473, 489-490.

33 Oğuzman ve Öz (n. 1) 46; Eren (n. 1) 603.

34 Korkmaz (n. 3) 821.

35 Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n. 8) 549 vd.

36 ibid 550.

eşyanın maddi değerinden bağımsız olarak kabul edilmektedir. Ancak söz konusu örnekte normatif zarar kavramı, maddi-manevi zarar ayrımını ortadan kaldırmaktadır ve aslında kullanım olanağının yitirilmesi tek başına bir zarar olmayıp zarara neden olabilecek ihtimallerden birisi olarak kabul edilmelidir³⁷. Normatif zarar kapsamında bir de tatil süresinden ve boş zamandan mahrum kalma durumunun değerlendirmeye alınması gerekir. Görüşe göre³⁸ tatil süresinin bağımsız olarak bir malvarlığı değeri ve buna bağlı olarak kaybının bir zarar şeklinde ifade edilmesi, çalışma gücünü azaltma ve bu azalmaya bağlı gelir kaybı olmadıkça giderim olarak kabul edilmemelidir. Bütün bunlardan hareketle normatif zarar kavramının, zararın giderilmesini genişlettiği, bazı boşluk ve eksiklikler içerdiğinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Konuya ilişkin bir başka görüşe³⁹ göre Alman Hukuku'nda ileri sürülen görüşler, Türk Hukuku ile bağdaşmaz. Türk Borçlar Hukuku anlamında malvarlığı veya şahıs varlığı zararları ortaya çıktığında bu zararların tazmini için maddi veya manevi tazminat gündeme gelmektedir. Nitekim malvarlığında bir eksilme olduğunda maddi tazminat; kişinin duyduğu elem, acı, ızdırabın giderilmesi için de manevi tazminat söz konusudur. Bu açıdan özellikle maddi zararda malın veya hakkın maddi değeri dışında bir de kullanma değerinden bahsedilemez. Bu görüşe göre normatif zarar, olması gereken hukuk bakımından değerlendirmeye tabi tutulabilir. Bir şeyi veya hakkı kullanma imkânından yoksun olunması, tek başına bir tazminata konu olabilecek zarar kalemi olarak değerlendirilmemelidir.

Doktrindeki bir diğer görüş normatif zarar kavramıyla ulaşılmak istenen amaca, geleneksel maddi zarar anlayışı (fark teorisi) ile birlikte manevi tazminatla ulaşılabileceği; bunun dışında bu manevi haz ve rahatlık verici olanaklardan yoksunluğa ayrıca maddi tazminat tanımının tazminata cezalandırıcı nitelik kazandırmaktan başka bir işlevi olmayacağı ifade edilmektedir⁴⁰.

Normatif zarara ilişkin bir başka görüş ise⁴¹, “*kişilik ihlalden ve zarardan soyut tazminatlar*” ifadesini kullanarak, ortaya bir zarar çıkmasa da kişilerin belirli yoksunluklara katlanmaları neticesinde bunların tazmininin kabul edilmeye başlandığını belirtmektedir. Burada parayla ölçülmesine alışılmamış özveri ve gönül rahatlığı yoksunluklarının normatif bir değer yargısıyla maddi zarar sayılması söz konusu olmaktadır⁴². Ayrıca ilgili durumların manevi zarar olarak da kabul edilmesi mümkündür. Bir başka ifadeyle söz konusu kayıpların hem maddi zarar hem de manevi zararlar irtibatı bulunmaktadır⁴³.

Doktrinde bir başka görüş normatif zarar kavramının, zararın piyasa değerine sahip menfaat kaybı olarak kabul edildiğini; ancak bazı değerlerin piyasası olmadığını ve bu sebepten de normatif zararın somut adaleti sağlamaya yetmeyeceğini ifade etmektedir⁴⁴. Ayrıca normatif zararın, *kullanım değeri*

37 ibid 552-533.

38 ibid 558.

39 Nomer (n. 3) 22 vd.

40 Aydın Özdemir (n. 5) 46.

41 Rona Serozan, ‘Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım’ *Halûk Tandoğan’ın Hâtırasına Armağan* (Banka ve Ticaret 1990) 72. “Soyut zarar” ifadesi için ayrıca bkz., Probst (n. 4) 28.

42 ibid 73.

43 ibid 73.

44 Erdem Büyüksağış, *Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı* (Vedat 2007) 299 vd.

yaratma kapasitesinin kullanımı sonucu üretilen çıktıları da dikkate aldığı ve malvarlığında eksilme meydana getiren bazı kayıpların tazmin edilmesi hususunda zarar kalemlerinden sayılmasına olanak sağladığı belirtilmektedir.

Doktrindeki bir diğer görüşe⁴⁵ göre ise Türk Hukuku açısından, TKHK'deki paket tur sözleşmelerine ilişkin düzenleme dikkate alındığında normatif zarar teorisinin kabul edilemeyeceğine ilişkin görüşlerin tekrar değerlendirilmesi gerekmektedir. Benzer şekilde bir görüşe⁴⁶ göre de normatif zarar göz ardı edilmemeli ancak bu zarar çeşidine biraz da olsa tereddütte yaklaşılmalıdır. Nitekim kullanım değer kaybının, zarara eklenerek tazminata hükmedilmesi keyfiliğe sebep olabileceği gibi tazminatın zararı aşamayacağı kuralının da dolanılması sonucunu doğurabilecektir.

Normatif zarara ilişkin bir başka görüş⁴⁷, normatif zarar kapsamına dahil edilen zararların maddi zarar olarak kabul edilebileceği ve Türk Hukuku bakımından kural olarak normatif zarar kavramına ihtiyaç olmadığı ancak normatif zarar kavramından faydalanılarak özellikle kullanılmamadan doğan zararın sınırlı olarak, gizli bir manevi tazminat talebine yer vermeyecek şekilde tazmin edilmesinin kabulü gerekeceği belirtilmektedir.

II. EV İŞLERİNİ YÜRÜTEN EŞİN ZARARI

A. GENEL OLARAK

Ev işlerini yürüten eşin zararı (*Haushaltschaden*), eşin zarar verici bir olay sonucunda öldürülmesi veya yaralanması ile karakterize edilebilir ve eş, hiç ya da olağan ölçüde ev işlerini yerine getiremez⁴⁸. Bu sebepten dolayı dışarıdan bir kişinin yardımına ihtiyaç duyulmakta ve evin işlerinin yürütülmesi için dışarıdan gelen kişiye bir ödeme yapılması gerekmektedir. Burada bir zarardan söz edilebilir, çünkü dışarıdan gelen üçüncü kişiye ödenecek bir bedel ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, İsviçre Federal Mahkemesi, üçüncü bir kişinin yardım için işe alınmaması ve bunun sonucunda ek masraf yapılmaması durumunda da zararının tazmin edilmesi gerektiğini kabul etmektedir⁴⁹. Özellikle ev halkının diğer üyeleri ev işlerini kısmen veya tamamen devralırsa ya da zarar gören eş, evin işlerini hâlâ yürütüyor olmakla birlikte ev halkının ev işlerindeki çabası, ev işlerini yürüten eşten

45 Topuz, 'Boşa Harcanan Tatil Zamanı' (n. 11) 293.

46 M. Turgut Öz, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi* (Kazancı 1989) 292 dn. 102.

47 O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 2* (2. baskı Seçkin 2019) 154.

48 Rainer Wey and Andreas Furrer, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht-Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen* iç Andreas Furrer and Anton K. Schnyder (hrsg) (Kommentierung zu Art. 97-109 OR) (3. Aufl. Schulthess 2016) Art. 97-98 OR Rn. 85 579; David Weidmann ve Urs Kröppli, 'Haushaltführungsschaden im Spannungsfeld zwischen Medizin und Jurisprudenz' (2011) (1) Medinfo 60, 61; Pınar Altınok Ormanci, *Zararı Azaltma Külfeti* (On İki Levha 2016) 189; Huguenin (n. 4) Rn. 1877 572; Keskin (n. 4) 58.

49 Roland Brehm, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Bd. VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband., 1. Unterteilband. Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen* (Art. 41-61) OR (4. Aufl. Stämpfli 2013), Art. 45, Rn. 162a, 406; Ulrich Magnus, *Schaden und Ersatz* (J.C.B Mohr 1987) 241; Peter Gauch ve Walter R. Schluep, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil-Band II* (6. Aufl. Schulthess 1995) Rn. 2639a 106; Roberto (n. 9) Rn. 730 211 Kılıçoğlu (n. 14) 400.

daha fazlaysa tazminat talebi gündeme gelir⁵⁰. Bir başka ifadeyle ev işlerinin, ev halkı tarafından yürütülebildiği gerekçesiyle tazminat talebi reddedilemez⁵¹.

Ev işlerini yürüten eşin zararı, geleneksel anlamda bir zarar değildir, çünkü tazminata hak kazanan kişinin malvarlığı değerlerinde herhangi bir kayıp olmamıştır. Tazminat hakkı, zarar gören taraf veya yakınları için daha fazla çalışmaya ya da evde kaliteli bir yaşamın devamı kaybına yol açıp açmadığına bakılmaksızın geçerli olmaktadır⁵². Bu talebin özelliği, bir malvarlığı kaybı olmaksızın gündeme gelmesidir ki iş gücünün bozulması yeterlidir; belirli ekonomik etkilerin varlığı aranmaz⁵³. Sorumlu taraf, spesifik olarak hesaplanamayan ancak soyut olarak meydana gelen normatif zarardan sorumludur. Bu noktada ev işlerini yürüten eşin ölümü neticesinde destekten yoksun kalma tazminatını almaya hak kazananların durumunu birbirinden ayırmak gerekir. Nitekim ev işlerini yürüten eşin destek sayılması, en azından ücret karşılığı bir hizmetçi ya da yardımcıya verilecek olan paranın verilmemesi durumunda, başka ihtiyaçlar için kullanılabilmesi imkânı açısından kendisini göstermektedir⁵⁴.

Ev işlerini yürüten eşin zararında normatif zarar meselesi gündeme gelmektedir⁵⁵. Söz konusu zarar, ev içindeki çalışma gücünün kaybindan kaynaklanan ekonomik değer kaybı ile ilgilidir ki bu durum, fark teorisinin etkisini kırmaktadır⁵⁶. Her eşin aile için yaptığı katkılar, ister nakdi isterse ev işlerinin yürütülmesi şeklinde olsun, eşit değerde kabul görmelidir⁵⁷. Bu açıdan ev işlerini yürüten eşin zarar görmesi durumunda bu zararın tazmin edilmesi mantıklı bir zemine oturmaktadır⁵⁸.

50 İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında gerçekleşen trafik kazası neticesinde davacının ev işlerini görmesinin %50 oranında azaldığını ve ortada buna bağlı olarak bir zararın mevcut olduğunu belirtmektedir. Bkz., BGE 132 III 321, www.bger.ch, 12.08.2022. Ayrıca bkz., Alfred Keller, *Haftpflicht im Privatrecht-Band I* (6. Aufl. Stämpfli 2002) 66; Weidmann ve Kröpfl (n. 48) 61; Wey ve Furrer (n. 48) Rn. 85 579; Gauch ve Schlupe (n. 49) Rn. 2639a 106.

51 Heinrich Honsell, Bernhard Isenring ve Martin A. Kessler, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (5. Aufl. Schulthess 2013) Rn. 79 111; Roberto 'Schadensrecht' (n. 6) 212.

52 Nomer (n. 3) 28; Honsell, Isenring ve Kessler (n. 51) Rn. 79 111; Çetiner, Furrer ve Müller-Chen (n. 8) Rn. 829 315; Altınok Ormancı (n. 48) 189.

"... Bedensel zarara uğrayan kimse, çalışma gücünü sürekli veya geçici olarak yitirmesinden ve ileride edineceği kazançtan yoksun kalmasından doğan zarar ile bütün giderlerini isteyebilir. (BK.m.46/1) Çalışamamaktan kaynaklanan zarar ise geçici iş göremezlik sebebiyle olabileceği gibi; sürekli iş göremezlik biçiminde de olabilir. Geçici iş göremezlik zararı, zararı görenin yaptığı iş ve gelir durumu itibarıyla iyileşme süresinde elde edemediği kazançtan ibarettir. Sürekli iş göremezlik zararı ise beden gücü kaybına uğrayan kişinin, zarar görmeden önce yapmakta olduğu iş için daha fazla bir güç (efor) harcaması sebebiyle doğan zarardır. Davacı herhangi bir iş yapmasa dahi, meydana gelen beden gücü kaybı sebebiyle günlük işlerini gerçekleştirmesi sırasında daha fazla güç harcamaya açığıdır. Mahkemenin gerekçesi olaya uygun düşmemiştir. Şu durumda, davacının yaralanması sebebiyle beden gücü kaybı (azalması) olup olmadığının ve derecesinin ... Kurumu'ndan rapor alınmak suretiyle saptanması; mevcut olduğu takdirde, asgari ücret üzerinden gelir sağlayabileceği benimsenerek iş göremezlik zararının belirlenmesi ve yaralanma ile ilgili alınacak ayrıntılı rapora göre manevi tazminatın takdir edilmesi gerekir..." Yargıtay 4 HD, E 2012/8598 K 2013/7796, 25.4.2013.

53 Weidmann ve Kröpfl (n. 48) 61; Fellmann ve Kottmann (n. 5) Rn 211, 81; Altınok Ormancı (n. 48) 189.

54 K. Emre Gökyayla, *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı* (Seçkin 2004) 122.

55 Roberto (n. 9) Rn. 626 183; Kılıçoğlu (n.14) 400.

56 Fellmann ve Kottmann (n. 5) Rn 211, 81; Heinz Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (3. Aufl. Schulthess 2003) 42.

57 BGE 114 II 26, www.bger.ch, 12.08.2022. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında ev işlerini yürüten eşin katkısının da dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Bir kararında "...Davalı kadının ev işlerini görmesi ve çocuklara bakmasının, katkı miktarının belirlenmesinde dikkate alınması gerekirken (TMK. md. 196/2) hükme esas alınan bilirkişi raporunda bu hususun göz önüne alınmaması da uygun olmamıştır..." ifadelerini kullanmıştır. Yargıtay 2 HD, E 2009/19174 K 2010/14156, 13.7.2010.

58 Huguenin (n. 4) Rn. 1878 573; Roberto (n. 9) Rn. 626 183; Deutsch (n.2) Rn. 786 501; Karakaş (n. 3) 148; Keller (n. 50)

Alman Hukuku'nda ev işlerini yürüten eşin zararını Federal Mahkeme kabul etmektedir. Eşin yaptığı işlerin piyasada bir karşılığı olduğu düşüncesi bu zararın kabulünde etkili olmuştur⁵⁹. Ayrıca söz konusu zararı aile hukuku temeline dayandırarak, kadın-erkek arasındaki eşitlikten hareket etmektedirler⁶⁰. İsviçre Hukuku'nda da ev işlerini yürüten eşin zararı, ev işlerinin yapılması için ikame bir iş gücünün istihdam edilip edilmediğine bakılmaksızın kabul edilmiştir⁶¹. Ayrıca İsviçre'de, çalışmayan eş için ayrı bir zarar talebinin de var olması gerektiği savunulmaktadır⁶². Türk Hukuku'nda ise konuya ilişkin farklı görüşler ileri sürülmekle birlikte bu görüşler oldukça sınırlı sayıdadır. Doktrindeki bir görüş⁶³ göre zarar gören eş, ek bir masrafta bulunmamışsa, malvarlığında eksilme bulunmayacağı için zarara uğradığından söz etmek mümkün olmaz. Kanaatimizce normatif zarar kavramı açısından ilgili görüş değerlendirildiğinde, zaten ev işlerinin görülemez hale gelmesi tazminat için yeterli kabul edileceğinden ayrıca malvarlığında bir eksilmenin olup olmadığına bakmak gerekmez. Doktrindeki bir başka görüş ise ev işlerini yürüten eşin bu sayede hizmetçi tutmaktan kocasını kurtarmak suretiyle bütçeye katkıda bulunduğu ancak zarar görmesiyle birlikte ev işlerini yapamayacağı için katkıdan mahrum kalınacağını belirterek burada kazanç mahrumiyeti olduğunu kabul etmektedir⁶⁴.

B. ŞARTLARI

1. VÜCUT BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLAL EDİLMESİ

Ev işlerini yürüten eşin zararının karşılanması açısından ilk şart, eşin vücut bütünlüğünün ihlal edilmiş olmasıdır. Vücut bütünlüğünün ihlali, kişinin bedensel veya ruhsal bütünlüğüne yönelik fiziki veya psikolojik her türlü müdahaleyi ifade etmektedir⁶⁵. Bedensel bütünlüğe yönelik zarar dendiğinde daha çok kişinin fiziki yapı ve görünümünde gerçekleşen zararlar anlaşılmaktadır. Yaralama, kırılma, bazı yetilerin kaybedilmesi vb.'lerine ilişkin örneklerin bu kapsamda verilmesi mümkündür⁶⁶. Ruhsal bütünlüğe yönelik zararda ise kişinin bedeninde bir değişiklik olmayıp burada kişinin iradesi, duygusu, zekâsı vb.'leri değişiklik göstermektedir⁶⁷.

76. Ayrıca bkz., Bruno von Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht-Allgemeiner Teil* (Schulthess 1964) 272.

59 Peter Gottwald, *Schadenszurechnung und Schadensschätzung-Zur Ermessen des Richters im Schadensrecht und im Schadensatzprozess* (C.H. Beck 1979) 153; Karakaş (n. 3) 148; Keskin (n. 4) 58.

60 Magnus (n. 49) 241-242; Karakaş (n. 3) 148.

61 Gauch ve Schluep (n. 49) Rn. 2639a 106; Karakaş (n.3) 148.

62 Roberto 'Schadensrecht' (n. 6) 39.

63 Nomer (n. 3) 29.

64 Oğuzman ve Öz (n. 1) 101.

65 Karl Oftinger, *Schweizerisches Haftpflichtrecht I* (2. Aufl. Polygraphischer Verlag AG 1958) 171; Emil W. Stark, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht Skriptum* (Schulthess 1982) Rn. 54 14; Fulya Erlüle, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat* (2. bası Seçkin 2015) 126; Çelik Ahmet Çelik, *Bedensel Zararlar* (2. bası Seçkin 2021) 4; Süleyman Topcuoğlu, *Bedensel Zararlar Bağlamında Ekonomik Geleceğin Sarsılmasından Doğan Zararların Tazmini* (Seçkin 2022) 25.

66 Erlüle (n. 65) 129.

67 ibid 131.

Ev işlerini yürüten eşin zararı, vücut bütünlüğüne yönelik bedensel ya da ruhsal müdahalelerden kaynaklanabilir. Özellikle vücut bütünlüğünün ihlal edilmesiyle birlikte eşin çalışma gücünü kısmen kaybetmesi ya da tamamen yitirmesi durumunda, bedensel bütünlüğe yönelik bir zarardan bahsedilir. Örneğin eşin bir trafik kazası neticesinde çalışma gücünün azalması ve ev işlerini yeterince görememesi durumunda, normatif zarar kalemi olarak bu zararın tazmin edilmesi istenir. Bununla birlikte kanaatimizce ruhsal bütünlüğe yönelik zararların varlığı halinde de eşin zararı karşılanmalıdır. Psikolojik olarak kendisini rahat ve huzurlu hissetmeyen eşin çalışma motivasyonu düşmekte, tam anlamıyla her şeyden vaz geçmişlik sendromu ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan eşin ev işlerini yürütmesi çok mümkün olmaz ve genel itibarıyla vücut bütünlüğüne yönelik bir ihlal söz konusu olduğundan zararının tazmin edilmesi gerekir.

Vücut bütünlüğünün ihlali neticesinde istenebilecek zararlar, TBK'nin 54. maddesinde sayılmaktadır. Buna göre tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar bu kapsamda değerlendirilmektedir. Ev işlerini yürüten eşin zararının karşılanması açısından özellikle çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar dikkate alınmaktadır.

2. EV İŞLERİNİ YÜRÜTEN EŞİN ÇALIŞMA GÜCÜNÜ KAYBETMESİ

Ev işlerini yürüten eşin zararının tazmin edilmesi bakımından aranan ikinci şart, eşin çalışma gücünü kısmen veya tamamen kaybetmesidir. Çalışma gücünün kısmen veya tamamen kaybedilmesinde, zarar verici bir fiil neticesinde bu fiilden olumsuz şekilde etkilenen kişinin, çalışamaması, işlerini görememesi söz konusudur⁶⁸.

Alman Hukuku'nda çalışma gücü, hâkim görüşe göre bir malvarlığı değeri olarak kabul edilmekte; çalışma gücünün kaybı neticesinde ortaya çıkan zararın somut olarak bir kazanç kaybına sebebiyet verip vermediği ya da gelecekte verip vermeyeceğine göre hesap yapılmaktadır⁶⁹. Alman Hukuku'na benzer şekilde İsviçre Hukuku'nda da çalışma gücünün kaybı, malvarlığı değeri arasında değerlendirilmektedir. Avusturya, Fransız ve Anglo-Amerikan hukuklarında da eşin çalışma gücünü kaybetmesi her zaman maddi zarar olarak nitelendirilmese de çalışma gücünün kaybı parayla tazmin edilebilecek bir değer olarak kabul edilmektedir⁷⁰. Çalışma gücünün kısmen veya tamamen kaybı, Türk Hukuku'na göre TBK'nin 54. maddesindeki düzenlemeden hareketle bedensel zarar kalemlerinde biri olarak ifade edilmekte ve maddi zararlar arasında sayılmaktadır.

Ev işlerini yürüten eşin çalışma gücünü kaybetmesinde, malvarlığına ilişkin doğrudan bir azalma söz konusu olmayıp burada geleceğe yönelik olarak bir azalma durumunun gerçekleşeceği söylenebilir. Kanaatimizce eşin, ev işlerinin yürütülmesi noktasında emeğini istediği gibi yansıtamaması ya da

68 Ayşenur Şahin, 'Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar ve Tazmini' (2011) 15(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 123, 133; Oftinger (n. 65) 172; Kılıçoğlu (n. 14) 58.

69 Karakaş (n. 3) 146.

70 Roberto 'Schadensrecht' (n. 6) 212-213.

gelecekte de en azından belirli bir süre yansıtamayacak olması şeklinde bu zararın ortaya çıkması gündeme gelir.

3. EV İŞLERİNİN YÜRÜTÜLEMESİ

Zararın doğması için bir diğer şart, ev işlerinin zarar gören eş tarafından yürütülememesidir. Bu durumda eşin, uğradığı zarar nedeniyle vücut bütünlüğü ihlal edilmiş ve çalışma gücü kısmen veya tamamen ortadan kalkmıştır. Hâl böyle olunca eşin ev işlerini yürütmesi mümkün değildir.

Ev işleri dendiğinde evin günlük işleri akla gelmelidir. Bu açıdan evin temizliği, yemek yapımı, evin alışverişinin sağlanması, çocuğun bakımı vb.'leri bu kapsamda değerlendirilebilir⁷¹. Zarar gören eşin bu ve benzeri işleri yapamaması durumunda zarar ortaya çıkmaktadır. Burada hemen şunu söylemek gerekir ki ev işlerini yürüten eşin zararında ve bu zararın tazmininden bahsedilebilmesi için zarar verici olay ortaya çıkmadan önce eşin, gerçek anlamda ev işlerini görüyor olması aranır. Ayrıca planlanmış ve ileride yapılacak olan ev işleri bakımından da bu zararın karşılanması gerektiği görüşü vardır⁷².

Ev işlerinin yürütülememesi kapsamında değerlendirilmesi gereken bir diğer durum çalışan kişiler bakımından kendisini göstermektedir. Bir işte çalışan eşin, çalıştığı işte geçirdiği süreyle orantılı olarak ev işlerini görme süresi de değişmektedir. Eşin zarar görmesi durumunda işe gidemediğinden kaynaklanan ücret kaybı ile buna ek olarak normatif zarar şeklinde iki farklı zarar çıkabilmektedir⁷³. Ev işlerini yürüten eşin zarardan önce evi ne ölçüde kendi başına idare ettiğine bakmak gerekir. Çalışma hayatı ne derece yoğunsa, ev işlerini görmesi de o derece azalmaktadır⁷⁴. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında⁷⁵ çalışmayanların, çalışanlara göre ev işlerine daha fazla zaman harcayabildiklerini; çalışma hayatının, ev işlerini görme oranını azalttığını belirtmiştir.

C. ZARARIN İSPATI VE TAZMİNİ

İsviçre Hukuku'nda, İsviçre İşgücü İstatistiği ev işlerini yürüten eşin zararının hesaplanmasında temel teşkil etmektedir. Yaralanma nedeniyle evini idare edemeyen herkes talepte bulunma hakkına sahiptir. Soyut hesaplama yönteminin kabul edilebilirliği, yalnızca sayısal değerlere atıfta bulunmanın yeterli olduğu anlamına gelmez. Bunun yerine, yaralanan eşin, ev içinde hangi faaliyetleri (hangi ev işlerini) gerçekleştirdiği ve sayısal değerlerin de o evin işlerine ait olduğu özel olarak kanıtlanmalıdır⁷⁶.

71 Weidmann ve Kröpfl (n. 48) 61.

72 Karakaş (n. 3) 149 dn. 19.

73 Brehm (n. 49) Art. 46, Rn. 113, s. 480.

74 ibid Art. 46, Rn. 114, s. 481.

75 BGE 132 III 321, www.bger.ch, 28.10.2022.

76 Honsell, Isenring ve Kessler (n. 51) Rn. 79a 112.

Ev işlerini yürüten eşin zararının hesaplanmasında üç parametre dikkate alınmaktadır⁷⁷. Tazmin edilecek zarar, işe alınan bir yardımcının göstereceği çaba ile ölçülmelidir. Hesaplama iki aşamada gerçekleştirilir: İlk adımda, ev işleri için gereken saatlik emek belirlenir. Daha sonra, bir ev hizmeti için olağan piyasa (saatlik) ücreti (tüketici fiyatları endeksi değil, nominal ücret endeksi) bu çabayla çarpılmalıdır⁷⁸. Örneğin günlük 400 TL'ye yapılan ev işleri için on gün boyunca bir yardımcı tutulmuşsa, toplamda 4000 TL'lik bir miktar ortaya çıkacak ve bu da zarar olarak gösterilebilecektir. Bu tahmini gider hesaplanırken en azından ev hizmetinde bulunan kişi için yapılan somut harcamalar yol gösterici olabilir⁷⁹. Kanaatimizce yardımcı kişi ile anlaşmak kaydıyla buraya yardımcının yeme-içme ile ulaşım masrafları da dahil edilebilir. Şayet yeme-içme ve ulaşım masrafları ayrıca verilecekse, bunlar da zarar kalemine eklenmelidir.

Yargıtay bu zararı, “güç kaybı tazminatı” adı altında asgari ücret üzerinden hesaplamaktadır. Yargıtay bir kararında⁸⁰ “...Destegin bir işi ve kazancı yoksa, bedensel varlığıyla “yardım ve hizmet” ederek destek olacağı; yaşlı kişilerin de emeklilik günlerinde “yardım ve hizmet” ederek yakınlarına destek sağlayacakları kabul olunarak, bu kişilerin desteğinden yoksun kalanların tazminatı yasal asgari ücretler üzerinden hesaplanmalıdır. Aynı biçimde ev kadınlarının ev hizmetlerinden yoksunlukta da hesap unsuru yasal asgari ücretler olmalıdır. Somut olayda davacıların desteğinin kaza tarihinde herhangi bir işte çalışmadığı, ev hanımı olduğu dosya kapsamı ile sabittir. Mahkemece hükme esas alınan aktüer raporunda desteğin ev hanımı olduğu ve asgari ücret düzeyinde gelir elde edeceği kabul edilerek hesaplama yapılması yerindedir.” ifadelerine yer vermek suretiyle asgari ücret üzerinden zararın hesaplanması gerektiğini açıkça belirtmiştir.

D. TÜRK YARGI UYGULAMASINDA EV İŞLERİNİ YÜRÜTEN EŞİN ZARARI

Türk yargısında aslında normatif zarar olarak kabul edilen tek zarar, ev işlerini yürüten eşin zararıdır⁸¹. Hâl böyle olmakla birlikte yine de ev işlerini yürüten eşin, vücut bütünlüğünün ihlâl edilmesi durumunda uğradığı zarar üzerinde Türk Hukuku'nda çok durulmamıştır ve yargı kararlarına da pek rastlanılmamaktadır. Kanaatimizce bunun sebebi, normatif zararın uygulamada tam anlamıyla bilinmiyor ve zarar ile zarar tazmini açısından tercih edilmiyor olmasından kaynaklanmaktadır.

Yargıtay'ın konuya ilişkin eski tarihli bazı kararları söz konusudur. Bunlardan bir tanesi Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından 1979 tarihinde verilen karardır⁸². Kararda, ilk derece mahkemesi tarafından reddedilen ancak Yargıtayca bu yönde bozulan ev işlerini yürüten eşin zararı söz konusudur. “Davacının temyizine gelince, sair itirazları yerinde değilse de, davacı çalışmadığı günler için istediği maddi tazminat yönünden, kendisinin sosyal durumuna ev işlerindeki beceri derecesine ve ev işlerine yükümlü bulunduğu aile efradı sayısına göre bilirkşi marifetiyle bu işlerin bir başkası

77 Weidmann ve Kröpfl (n. 48) 62.

78 Huguenin (n. 4) Rn. 1879 573; Fellmann ve Kottmann (n. 5) Rn. 213 82.

79 Roberto (n. 9) Rn. 732 212.

80 Yargıtay 17 HD, E 2016/18089 K 2018/5186, 17.5.2018.

81 Çetiner, Furrer ve Müller-Chen (n. 8) Rn. 829 315.

82 Yargıtay 11 HD, E 1978/5550 K 1979/93, 18.1.1979.

tarafından yapılması halinde ne gibi bir ücret ödemek zorunda kalacağı tespit olunarak hasıl olacak sonuca göre hüküm tesisi gerekir...” ifadelerine yer verilmek suretiyle bu zararın karşılanması gerektiği vurgulanmaktadır.

Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin yakın tarihli sayılabilecek bir kararında⁸³ ise, “...Sorumluluğu doğuran olayın, zarar görenin vücut bütünlüğünü ihlâl etmesi hali BK m. 46/1’de özel olarak hükme bağlanmıştır. Bu hüküm gereğince “Cismani bir zarara düşen kimse külliye veya kısmen çalışmaya muktedir olamamasından ve ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten tevellüt eden zarar ve ziyanını ve bütün masraflarını isteyebilir”. Bu hüküm gereğince, vücut bütünlüğünün ihlâli halinde mağdurun malvarlığında meydana gelmesi muhtemel olan azalmanın ve dolayısıyla maddî zararın türleri; masraflar, çalışma gücünün kısmen veya tamamen kaybindan doğan zararlar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar şeklinde düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu’nun 46. maddesinde belirtilen “bütün masraflar” deyiimi çok geniş kapsamlıdır. Bu giderlere zarara uğrayanın katlanmak zorunda kaldığı bütün giderler dahildir. Bu bakımdan zarara uğrayanın işlerini görememesi nedeniyle tutmak zorunda kaldığı yardımcı ya da hastabakıcı için ödemek zorunda kaldığı giderleri de isteyebilir. Ayrıca tedavi için yapılan ulaşım giderlerinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir.

Davacı tarafından bakıcı masrafı olarak 10.436,67 TL talep edilmiştir. Çanakkale Devlet Hastanesi Raporunda davacının yumuşak doku lezyonu nedeni ile hayatı tehlikesinin olmadığı, hayati fonksiyonlarının 3. derecede etkilendiği, iyileşme süresinin 16 ay süreceği, ayağındaki kırığın iyileştiği belirtilmiş mahkemeye, davacının iyileşme süresinin 16 ay olduğu, bu süre zarfında davacının kendi işlerini göremediği, kendisine tanık olarak beyanı alınan ablası K2 tarafından ücret karşılığı bakıldığı, davacı tarafından hem bakıcı ücreti hem işgücü kaybı için tazminat talep edilmiş ise de davacının ev hanımı olduğu, kaza nedeniyle mahrum kaldığı bir gelirinin bulunmadığı, hem bakıcı parası hem de iş görmezlik zararı ödenmesi halinde davacının sebepsiz zenginleşmesine sebep olunacağı gerekçesi ile geçici iş görmezlik tazminatına karar verilmiş, bakıcı giderine ilişkin talebin reddine karar verilmiştir. Mahkemeye önce (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacının çalışma gücü kaybı oranının belirlenmesi, daha sonra 818 sayılı BK’nın 42. maddesi gereğince olayın özelliği değerlendirilmek suretiyle bakıcı gideri talebine ilişkin gerekirse yeniden bilirkişi raporu almak sureti ile karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir...” ifadelerine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere ilk derece mahkemesi, ev işlerini yürüten eşin zararını kabul etmemiş ancak Yargıtay, bakıcı giderlerinin hesaplanması gerektiğini belirterek kararı bozmuş ve aslında ev işlerini yürüten eşin zararının olduğunu kabul etmiştir. Ancak bu karar özelinde şunu belirtmek gerekir ki somut olay açısından zarara uğrayanın işlerini görememesi nedeniyle “tutmak zorunda kaldığı” bakıcı için ödemek zorunda kaldığı giderlerin istenebileceği öngörülmektedir. Ancak kanaatimizce – normatif zararın da özelliği düşünüldüğünde – bakıcı tutulmamış olsa da zararın karşılanması mümkün olmalıdır.

Normatif zarar kapsamında bir başka kararda⁸⁴ “... Yargıtay’ın yerleşik uygulaması gereğince; kişinin vücut bütünlüğünün ihlâli nedeniyle ortaya çıkan beden gücü kayıplarının, gelirinde veya

83 Yargıtay 17 HD, E 2015/19374 K 2018/10010, 01.11.2018.

84 Yargıtay 3 HD, E 2016/6772 K 2017/10511, 20.6.2017.

malvarlığında bir azalma meydana gelmesi dahi tazminatı gerektirdiği kabul edilmekte ve bu husus güç kaybı tazminatı olarak ifade edilmektedir. Bu durum, ilk bakışta sorumluluk hukukundaki zarar kavramına aykırı gibi görünse de burada vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin aynı işi zarardan önceki durumu ve diğer kişilere göre daha fazla güç sarf ederek yaptığı gerçeğinden hareket edilmekte ve zararı, fazladan sarf edilen bu gücün oluşturduğu kabul edilmektedir. Bunun gibi, çalışma yaşına gelmemiş küçükler yönünden de bedensel zarar sonucu oluşan maluliyet nedeni ile evde ya da dışarıda aileye yardımcı olma, eğitim alma, yeme, içme vb. tüm yaşamsal faaliyetlerin sürdürülmesinde emsallerine göre sarfetmesi gereken fazla çaba veya güç (efor) bir ekonomik değer olarak görülmeli ve bu nedenle bir zarar oluştuğunun kabulü gerekmektedir.

Buna göre, mahkemece; davacı Anıl'ın sürekli çalışma gücünü yitirdiği 16.05.2005 tarihi ile öldüğü 04.06.2008 tarihi arasında zarara uğradığı kabul edilerek, asgari ücret üzerinden uğradığı güç kaybı tazminatının hesaplanması ve hüküm altına alınması gerekirken, yanılığlı değerlendirme ile istemin tümünden reddi doğru görülmemiştir...” ifadeleri kullanılmıştır. Burada da malvarlığında bir azalma söz konusu olmasa bile zararın karşılanması gerektiği bir kez daha hatırlatılmış; sarf edilen çaba ve gücün, bir ekonomik değer olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

SONUÇ

Normatif zararda, fark teorisinden farklı olarak malvarlığında herhangi bir azalma söz konusu olmasa bile bazı hususlar zarar kalemi olarak kabul edilmekte ve tazmin edilmesi gündeme gelmektedir. Özellikle Alman Hukuku'nda etkili olan normatif zarar, değişik şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bunlardan bir tanesi de ev işlerini yürüten eşin zararıdır.

Ev işlerini yürüten eşin zararında, bir olay neticesinde eşin ev işlerini hiç ya da en azından olağan ölçülerde gerçekleştirmesi mümkün olmadığından dolayı ortaya çıkan zararın karşılanması söz konusudur. Ev işlerinin eş tarafından yürütülememesi ve bu işlerin ev halkı ya da üçüncü kişiler tarafından yapılacak olması zararı doğurmaktadır. Ev işlerini yürüten eşin zararından bahsedilebilmesi için eşin vücut bütünlüğünün ihlâl edilmesi, ev işlerini yürüten eşin çalışma gücünü kaybetmesi ve ev işlerinin yürütülememesi gerekir. Burada özellikle eşin vücut bütünlüğünün ihlali açısından ruhsal bütünlüğe yönelik zararların da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Türk Hukuku bakımından durum değerlendirildiğinde ev işlerini yürüten eşin zararının, normatif zarar kavramı çerçevesinde karşılanması hedefine, (şartları da varsa) manevi tazminat yoluyla ulaşılması mümkündür. BGB § 253'ün aksine Türk Hukuku'nda manevi zararın tazmin edilmesinde herhangi bir sınırlandırma da bulunmamaktadır. Ayrıca durumun normatif zarar kapsamında değerlendirilmesi, zarar kapsamını oldukça genişletmektedir. Türk yargısındaki duruma bakıldığında ise aslında normatif zarar olarak kabul edilen tek zarar, ev işlerini yürüten eşin zararıdır. Kararlarda doğrudan doğruya normatif zarar kavramı geçmese de çaba ve efor kaybının, bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

KAYNAKÇA

- Altınok Ormancı P, *Zararı Azaltma Kulfeti* (On İki Levha 2016).
- Antalya OG, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 2* (2. baskı Seçkin 2019).
- Aydın Özdemir E, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini* (2. baskı Seçkin 2017).
- Brehm R, *Berner Kommentar, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Bd. VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband., 1. Unterteilband. Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen* (Art. 41-61) OR (4. Aufl. Stämpfli 2013).
- Burcuoğlu H, 'Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde nesnenin Kullanım Olanağından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması' (1984) 2(2) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 163-173.
- Büyüksağış E, *Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı* (Vedat 2007).
- Çelik ÇA, *Bedensel Zararlar* (2. bası Seçkin 2021).
- Çetiner B, Furrer A ve Müller-Chen M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha 2021).
- Deutsch E, *Allgemeines Haftungsrecht* (2. Aufl Carl Heymanns 1996).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (27. bası Yetkin 2022).
- Ergüne MS, *Olumsuz Zarar* (Beta 2008).
- Erlüle F, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat* (2. bası Seçkin 2015).
- Esser J ve Schmidt E, *Schuldrecht-Band I: Allgemeiner Teil Teilband 2*, (C.F. Müller 1976).
- Fellmann W ve Kottman A, *Schweizerisches Haftpflichtrecht-Band I* (Stämpfli 2012).
- Fikentscher W ve Heinemann A, *Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil* (11. Aufl. De Gruyter 2017).
- Gauch P ve Schluep WR, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil-Band II* (6. Aufl. Schulthess 1995).
- Gottwald P, *Schadenzurechnung und Schadensschätzung-Zur Ermessen des Richters im Schadensrecht und im Schadensersatzprozess* (C.H. Beck 1979).
- Gökyayla KE, *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı* (Seçkin 2004).
- Honsell H, Isenring B ve Kessler MA, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (5. Aufl Schulthess 2013).
- Huguenin C, *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil* (3. Aufl. Schulthess 2019).
- Karakaş FT, 'Bedensel Bütünlüğü İhlâl Edilen Ev Kadınının Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Tazmin Talebi' (2006) 55(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 143-156.
- Keller A, *Haftpflicht im Privatrecht-Band I* (6. Aufl. Stämpfli 2002).
- Keller M ve Gabi-Bolliger S, *Das Schweizerische Schuldrecht-Band II: Haftpflichtrecht* (Helbing & Lichtenhahn 1985).
- Keskin AD, *Objektif Manevî Zarar Teorisi Açısından Manevî Tazminat* (Yetkin 2016).
- Kılıçoğlu AM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. bası Turhan 2022).
- Kılıçoğlu K, *Yansımaya Yoluyula Zarar* (Turhan 2012).
- Korkmaz R, 'Haksız İhtiyatî Tedbirden Kaynaklanan Tazminat Davasının Normatif Zarar Teorisi Bağlamında Değerlendirilmesi' (2019) 21(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 805-841.
- Kut A, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht-Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen* iç Andreas Furrer ve Anton K. Schnyder (hrsg) (Kommentierung zu Art. 1-40g OR) (3. Aufl. Schulthess 2016).
- Larenz K, *Lehrbuch des Schuldrechts I. Band: Allgemeiner Teil* (14. Aufl. C.H. Beck 1987).
- Magnus U, *Schaden und Ersatz* (J.C.B Mohr 1987).
- Neuner R, 'Interesse und Vermögensschaden' (1931) 133(3) Archiv für die civilistische Praxis 277-314.
- Nomer HN, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (Beta 1996).

- Oftinger K, *Schweizerisches Haftpflichtrecht I* (2. Aufl. Polygraphischer Verlag AG 1958).
- Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Cilt II* (16. bası Vedat 2021).
- Öz MT, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi* (Kazancı 1989).
- Probst T, 'Der Ersatz "immateriellen Schadens" im schweizerischen Haftpflicht – und Strassenverkehrsrecht' *Strassenverkehrsrechts-Tagung* (Stämpfli 2010) 1-58.
- Rey H, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (3. Aufl. Schulthess 2003).
- Roberto V, *Schadensrecht* (Helbing & Lichtenhahn 1997).
- Roberto V, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (Schulthess 2002).
- Serozan R, 'Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım' *Halûk Tandoğan'ın Hâtırasına Armağan* (Banka ve Ticaret 1990) 67-101.
- Stark EW, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht Skriptum* (Schulthess 1982).
- Ströfer J, *Schadensersatz und Kommerzialisierung* (Duncker & Humblot 1982).
- Şahin T, 'Paket Tur Sözleşmesinin Sona Ermesi' (2022) 13(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 66-78.
- Şahin A, 'Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar ve Tazmini' (2011) 15(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 123-165.
- Tandoğan H, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, (2. Bası Vedat 2010).
- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Borçlar Hukuku-Cilt I/2* (5. bası Fakülteler Matbaası 1985).
- Topcuoğlu S, *Bedensel Zararlar Bağlamında Ekonomik Geleceğin Sarsılmasından Doğan Zararların Tazmini* (Seçkin 2022).
- Topuz M, 'Türk Hukukunda Normatif Zararın Tazmininin Somut Bir Düzenlemesi Olarak TKHK Çerçevesinde Boşa Harcanan Tatil Zamanı İçin Talep Edilen Tazminat' iç Hakan Tokbaş ve Fehmi Üçışık (edr), 5. *Tüketici Hukuku Kongresi-Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları* (Bilge 2016).
- Topuz M, *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi* (2. bası Seçkin 2020).
- von Büren B, *Schweizerisches Obligationenrecht-Allgemeiner Teil* (Schulthess 1964).
- Weidmann D ve Kröpfl U, 'Haushaltführungsschaden im Spannungsfeld zwischen Medizin und Jurisprudenz' (2011) (1) Medinfo 60-71.
- Wey R ve Furrer A, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht-Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen* iç Andreas Furrer ve Anton K. Schnyder (hrsg) (Kommentierung zu Art. 97-109 OR) (3. Aufl. Schulthess 2016)
- Zevkliler A, 'Paket Tur Sözleşmeleri ve Normatif Zarar' (2016) İlhan Ulusan'a Armağan-Cilt III 799-819.

Yargıtay Kararı İncelemesi – Ticari İlişki Olmadan Alınan Çekin Kambyo Senedi Vasfı ve Bu Hususun İcra Mahkemesinde İncelenmesi

Decision of the Court of Cassation – The Validity of the Cheque in the Absence of a Commercial Relationship and its Examination Before the Enforcement Court

Ömer Faruk Saçar* , Merve Uysal** 

ÖZ

Kambyo senetlerine özgü takiplerde, takip konusu kambyo senedinin kambyo vasfı niteliğini etkileyebilecek iddiaların şikâyet (İİK m. 16, İİK m. 170a) veya borca itiraz (İİK m. 169a) yolu ile ileri sürülüp sürülemeyeceği hususu, takibin tarafları için önem arz eder. Zira, belirtilen bu hukuki yollara bağlanan hukuki sonuçlar birbirinden farklıdır ve kanunda icra mahkemesinin inceleme yetkisi ile iddiaların dayanağı vakıaların ispatına yönelik farklı düzenlemeler mevcuttur. İnceleme konusu kararda Yargıtay'ın taraflar arasında ticari ilişki olmamasına ilişkin İİK m. 170a hükmünün uygulanmasına yönelik içtihadı değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmeyi takiben borca itiraz sebeplerinin ileri sürülmesine yönelik kanuni ispat kurallarına değinilmiştir. Takip alacaklısının ceza mahkemesinin duruşma tutanaklarında yer alan beyanlarının, çalışmamızda varılan hukuki nitelendirmenin öngördüğü kanuni ispat şartlarını sağlayıp sağlamadığı ise çalışmamızın son bölümünde açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: İcra Hukuku, Kambyo Senetlerine Mahsus Takip, Özel Şikâyet Sebepleri, Borca İtiraz, İcra Mahkemesinin İnceleme Yetkisi

ABSTRACT

The determination of whether the claims arising from the legal validity of the bill of exchanges are subject to complaint (Art. 16, 170a Enforcement and Bankruptcy Law) or objection (Art. 169a Enforcement and Bankruptcy Law) has significant importance for the parties. Thus, the legal consequences of these legal procedures as well as the provisions on the ex-officio examination of the enforcement court and the legal requirements for the proof of claims differ from each other. In this work, the decision of the Cassation Court regarding the application of Art. 170a of the Enforcement and Bankruptcy Law in the absence of a commercial relationship between the parties is examined. Following this assessment, the legal requirements regarding proof of grounds for objection to debt according to Art. 169a of the Enforcement and Bankruptcy Law are explained. The explanation of whether the statements of the creditor, registered in the records of the criminal court, shall fulfill the legal requirements for proof belongs to the last part of the study.

Keywords: Enforcement Law, Enforcement Procedures Arising from the Bill of Exchanges, Special Complaint Reasons, Objection, The Examination Authority of the Enforcement Court

* Ar. Gör. Dr., Marmara Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, faruk.sacar@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4631-4809.

** Öğr. Gör. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-6487-2903.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Merve Uysal

E-posta/E-mail: merve.uysal@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 01.09.2022

Kabul Tarihi/Accepted:

08.11.2022

1. İNCELEME KONUSU KARAR

Çalışmamızın inceleme konusunu Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin, 10.3.2020 tarihinde vermiş olduğu 2019/4768 Esas no'lu ve 2020/2474 Karar no'lu aşağıda belirtilen kararı oluşturmaktadır:

Yukarıda tarih ve numarası yazılı Bölge Adliye Mahkemesince verilen kararın müddeti içinde temyizden tetkiki borçlu tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hâkimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklı tarafından çeke dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla başlatılan takibe karşı, borçlunun icra mahkemesine yaptığı itirazında, sair itirazları ile birlikte, takibe konu çeki bedelsiz ve zorla imzaladığını, gasp ve tehdit baskısı ile çeki imzaladığını Küçükçekmece C.Başsavcılığına suç duyurusunda bulunduğunu belirterek takibin iptalini talep ettiği, mahkemece istemin reddine karar verildiği , borçlu tarafından istinaf yoluna başvurulması üzerine, Bölge Adliye Mahkemesince istinaf başvurusunun esastan reddine karar verildiği görülmektedir.

6102 Sayılı TTK m.780/1-b ve 781/1 maddeleri gereğince, çekin kayıtsız ve şartsız muayyen bir bedeli ödeme vaadi unsurunu içermesi ve illetten mücerret olması gerekir.

... 15. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2018/630 Esas sayılı dosyasının 24.01.2019 tarihli 1. celsesinde alacaklı ...'ın "...müşteki (...) yanımızda iki adet 1.200.000 TL'lik çeki keşide ederek bana verdi...Benim müşteki ile hiç bir ticari ilişkim olmamıştır, olaydan önce kendisini tanıımıyordum, çekleri benim adıma düzenlettirmemin nedeni, çekleri kendim teslim almaya gitmem ve telefon ile kardeşimi arayarak kendim teslim aldığım için adıma yazdırmanın daha doğru olacağını..." şeklinde beyanda bulunduğu görülmüştür.

TTK'nun 780/1. maddesinin (b) bendinde çekin kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin ödenmesi için havaleyi içermesi gerektiği, 781. maddesinde de bu unsuru içermeyen bir senedin çek sayılmayacağı hükme bağlanmıştır. Alacaklının çekin lehtarı, borçlunun çekin keşidecisi olduğu görülmüş, alacaklının ceza dosyasındaki beyanında açıkça borçlu ile aralarında hiçbir ticari ilişki olmadığını, borçluyu tanımadığını ikrar ettiği göz önünde bulundurulduğunda bu durumda çek kayıtsız ve şartsız bir ödeme vaadini içermediğinden kambiyo vasfı taşımayan bu belge nedeniyle borçlu hakkında kambiyo senetlerine özgü yolla takip yapılması mümkün değildir.

O halde, ilk derece mahkemesince, istemin kabulü ile İİK'nun 170/a-2.maddesi gereğince takibin iptaline karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile istemin reddi yönünde hüküm tesisi ve kararın istinaf edilmesi üzerine Bölge Adliye Mahkemesince başvurunun esastan reddine karar verilmesi, isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir

SONUÇ : Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile, ... Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesi'nin 14.11.2018 tarih ve 2018/918 E.-2018/2110 K. sayılı kararının yukarıda yazılı nedenlerle, 5311 sayılı Kanun ile değişik İİK'nun 364/2. maddesi göndermesiyle uygulanması gereken 6100 sayılı HMK'nin 373/1. maddeleri uyarınca KALDIRILMASINA ve ... 5. İcra Hukuk Mahkemesinin 22.12.2017 tarih ve

2017/849 E.-2017/991 K. sayılı kararının BOZULMASINA, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine, kararın bir örneğinin de Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, 10/03/2020 gününde oy birliğiyle karar verildi¹.

II. MERCİ KARARLARI

A. İCRA MAHKEMESİ KARARI

5. İcra Hukuk Mahkemesi, borçlunun çeke dayalı kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla başlatılan takibe karşı icra mahkemesinde yaptığı itirazda, borçlunun takibe konu çeki, bedelsiz ve zorla, gasp ve tehdit baskısı ile imzaladığını ve bu hususta Küçükçekmece Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunduğu iddiasına yönelik olarak takibin iptal edilmesi talebini reddetmiştir.

B. BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ KARARI

Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesi'nin 14.11.2018 tarih ve 2018/918 E.-2018/2110 K. sayılı kararı şu şekildedir²:

“...Gereği düşünüldü:

Davalı vekili dava dilekçesinde: müvekkilinin gasp ve tehdit baskısı ile imzaladığı protokol ve çekler nedeniyle Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunduklarını, takip alacaklısının alacaklı sıfatının bulunmadığını, yetkili hamil olmadığını belirterek takibin iptali ile tazminatına karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili: davanın reddine ve takibin tedbiren durdurulması nedeniyle tazminata karar verilmesini talep etmiştir.

İlk derece mahkemesi: kambiyo senedinde mahfuz hakkın, senet ile beraber doğduğu, senetten önce olmadığı, ceza soruşturmasında şüpheli olarak verilen ifadenin borcun bulunmadığına ilişkin olmadığı, mücerret borç ikrarını olan kambiyo senedine ilişkin asıl borç ilişkisinin ne olduğuna dair ikrar niteliğinde olduğu, buna göre icra mahkemesinde asıl borç ilişkisinden kaynaklanan defilelerin İİK'nın 68 inci maddesi kapsamında kalan belgeler ile ispatlayarak ileri sürülebileceği, ancak buna ilişkin bir ispatın da gerçekleştirilemediği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Davacı vekili istinaf dilekçesinde; dava dilekçesindeki nedenleri ileri sürerek ihtiyati tedbir kararına itirazı incelemek ve tedbirin kaldırılması ya da devamı hususunda karar verilmek üzere açılan duruşmada mahkemece nihai karar verildiğini belirterek ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasını talep etmiştir.

1 Yargıtay 12 HD, E 2019/4768 K 2020/2474, 10.3.2020 (Lexpera).

2 23. Bölge Adliye Mahkemesi 918/2110, 14.11.2018 (Karar yayınlanmamıştır)

Alacaklı tarafından borçlu aleyhinde çeke dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibine başlandığı, takibe dayanarak çekin keşidecisinin davacı ..., lehtarın olduğu görülmüştür.

Borçlu, senedin cebir ve tehdit yoluyla elde edildiğini, alacaklarının Cumhuriyet Savcılığınca şüpheli sıfatıyla alınan ifadesinde, davacıyı tanımadığını, aralarında ticari ilişki bulunmadığını, çekte yetkili hamil olmadığını ikrar ettiğini iddia etmiş olup borçlu tarafından yapılan bu itiraz, borca itiraz niteliğindedir. Bu itirazın incelenmesi İİK'nun 169/a maddesinde özel olarak düzenlendiğinden bu madde gereğince borçlu, borcun bulunmadığını veya itfa yahut imhal edildiğini resmi veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile kanıtlamalıdır.

6102 sayılı TTK'nın 780/1-b maddesi gereğince, çek illetten mücerret olup, senet metninden ayrıca ve açıkça anlaşılmadıkça doğumuna sebep olan ilişkiden bağımsız olarak takip konusu edilebilir.

Somut olayda; alacaklının şüpheli sıfatıyla Cumhuriyet Savcılığında verdiği ifadesinde, borçlunun takibe konu çek nedeniyle kendisine borcunun olmadığına dair açık bir ikrarın bulunmadığı, çekin illetten mücerret olması nedeniyle takip konusu edilebileceği, borca itiraz eden borçlunun, iddiasını İİK'nun 169/a maddesinde öngörülen bir belgeyle kanıtlayamadığı anlaşıldığından davanın reddine dair ilk derece mahkemesi kararı isabetlidir.

Davacı vekili tedbir kararının değerlendirilmesi için tayin edilen celse de nihai karar verilmesinin usule aykırı olduğunu iddia etmiştir. Her ne kadar mahkemece duruşma gününü tensiben tayin edildikten sonra ihtiyati tedbir kararına itirazın değerlendirilmesi için ara kararla belirlenen duruşmada esas hakkında karar verilmiş ise de davacı vekilinin duruşmada hazır olduğu, beyan ve delillerin sunduğu anlaşıldığından belirtilen usulü eksiklik sonuca etkili görülmemiştir.

İstinaf sebepleri ve kamu düzeni ile sınırlı incelemeye göre, ilk derece mahkemesinin davanın reddine ilişkin kararı sonucu itibarıyla usul ve yasaya uygun görüldüğünden davacı borçlunun istinaf isteminin esastan reddine karar vermek gerekmiştir.”

C. YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ KARARI

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, borçlunun temyiz itirazlarını dikkate alıp kararı bozmuştur. Bozma kararında, şu gerekçelere yer verilmiştir:

- Alacaklının borçluyu tanımadığını ikrar ettiği ve çekin lehtarı olan alacaklı ile çekin keşidecisi olan borçlu arasında hiçbir ticari ilişki olmadığı göz önünde bulundurularak itiraz konu çekin, kayıtsız ve şartsız muayyen bir bedeli ödeme vaadi unsurunu içermediğine ve bu nedenle kambiyo senedi vasfını taşımadığına,
- Kambiyo senedi vasfını taşımayan itiraz konusu çek nedeniyle borçlu hakkında kambiyo senetlerine özgü yolla takip yapılmasının mümkün olmadığına ve

- İlk derece mahkemesince, İcra İflas Kanunu³ (İİK) m. 170a/2 uyarınca takibin iptali talebine karar verilmesi gerektiğine ve bu nedenle Bölge Adliye Mahkemesi'nce başvurunun esaslan reddine karar verilmesinin isabetsiz olduğuna ve bozmayı gerektirdiğine karar verilmiştir.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin belirttiği bu gerekçelerin açıklanması amacıyla, çalışmamızda öncelikle kararda belirtilen sebeplerin uyumsuzluk konusu çekin kambiyo senedi vasfını etkileyip etkileyemeyeceği üzerinde durulacaktır. Zira, borçlunun itirazının kambiyo senedi vasfına ilişkin olduğunun tespiti halinde hâkim, İİK m. 170a/2 uyarınca bu hususu re'sen şikâyet sebebi olarak inceleyebilecektir. Bu çerçevede kararda belirtilen “ taraflar arasında ticari ilişki olmamasının” ve “çekin zorla, gasp ve tehdit altında imzalanmasının” çekin kambiyo vasfına etki edecek bir def'i olup olmadığı değerlendirilmesi zaruridir.

Son olarak, kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takibe karşı konulması halinde, ileri sürülen sebeplerin borca itiraz veya şikâyet sebebi olarak nitelendirilmesine bağlı olarak İİK'de düzenlenen borca itiraz ve özel şikâyet sebeplerinin hangi kanuni şartlarda mümkün olabileceği incelenecektir. Böylece, inceleme konusu kararda bu kanuni şartların var olup olmadığı tespit edilebilecektir. Borca itiraz ve şikâyet incelemelerinin şartları ve hukuki sonuçları bakımından farklılıkları da çalışmamızın bu bölümünde vurgulanacaktır. Son olarak, İİK'de borca itiraz ve şikâyet sebeplerinin ispatının gösterdiği özellikler üzerinde durulacaktır.

III. KARARIN GEREKÇELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. KARARDA BELİRTİLEN SEBEPLERİN ÇEKİN KAMBYO VASFINA ETKİSİ

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, kararında, “...alacaklının ceza dosyasındaki beyanında açıkça borçlu ile aralarında hiçbir ticari ilişki olmadığını, borçluyu tanımadığını ikrar ettiği göz önünde bulundurulduğunda bu durumda çek kayıtsız ve şartsız bir ödeme vaadini içermediğinden...” ifadelerini kullanarak çekin kayıtsız şartsız olma unsurunu taraflar arasındaki ticari ilişkinin varlığına bağlamıştır. Şu durumda öncelikle bir çekin “kayıtsız şartsız ödeme vaadi” içermesinin ne anlama geldiği ve hangi durumlarda ödeme vaaadinin “kayıtsız şartsız” olarak kabul edilemeyeceği üzerinde durulmalıdır.

Türk Ticaret Kanunu⁴ (TTK) m. 780'de çekin unsurları düzenlenmiştir. TTK m. 781'e göre çek üzerinde TTK m. 780'de ifade edilen unsurların yer almaması halinde söz konusu senet, “çek” vasfını yitirir; ancak TTK m. 780'de sayılan unsurlardan bazılarının olmaması halinde tamamlayıcı hükümler (TTK m. 781/2-3 ve 4) çerçevesinde senet, çek vasfını koruyabilecektir.

TTK m. 780/f.1-b.2'de, çekin “kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin ödenmesi için havaleyi” içermesi, çekin zorunlu unsuru olarak belirtilmiştir.⁵ Çekteki havaleyi gösteren irade açıklaması, “ödeyiniz”

3 İcra ve İflas Kanunu, Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 09.06.1932, RG. 19.06.1932/2128.

4 Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG. 14.02.2011/27846.

5 Seza Reisoğlu, *Çek Hukuku* (2011) 60; Abuzer Kendigelen, *Çek Hukuku* (6. Bası, On İki Levha 2021) 97; Reha Poroy ve Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları* (24. Bası, Vedat 2021) 315.

kelimesi ile ifade edilir ve bu, muhatap bankaya karşı bir talimat içerir.⁶ Bunun yanında belirli bir bedelin ödenmesine ilişkin havalenin *kayıtsız şartsız* bir meblağı içermesi zorunludur.⁷ Çekin üzerinde çekin ödenmesine ilişkin bir şart öngörülmesi halinde, çek geçersiz olur.⁸ Çekin herhangi bir şarta tabi olmaması, ödemenin hızlı gerçekleşmesi amacına hizmet ederek çekin tedavül kabiliyetini güvence altına alır⁹. Örneğin, “*hisse devrinin teminatıdır*”, “*...ile imzalanan sözleşmenin teminatıdır*”, “*eseri ... tarihinde tamamlayamamam hâlinde ödeyeceğim*”, “*inşaat bitiminde ödenecektir*” şeklinde çekin üzerinde yer alan kayıtlar, ödemenin şarta bağlı yapıldığını gösterir¹⁰ ve bu kayıtlar, çekin “*kayıtsız şartsız*” olma unsurunu ortadan kaldırır. Bu halde söz konusu belge çek değil, senet olarak nitelendirilir.¹¹ Başka bir deyişle, çek metni üzerinde bir bedelin ödenmesi bir şarta bağlanmamışsa, ilgili çekin kayıtsız şartsız olma unsuru sağlanmış olur. Çekin keşidecisi ile lehtar aralarında ayrı bir sözleşme ile çekin ödenmesi hususunda bir şart öngörmeleri halinde dahi bu husus çek üzerinde yer almadığı için, çekin kayıtsız şart olma unsuru etkilenmez. Sonuç olarak, çekin üzerinde ödemeyi şarta bağlayan bir beyan bulunmuyorsa, çekin kayıtsız şartsız bir ödeme emri içerdiği kabul edilmelidir. Açıklanan bu nedenlerle inceleme konusu kararda belirtilen “*taaraflar arasında ticari ilişki olmaması*” hususunun, çekin kayıtsız şartsız olmasına etki eden bir husus olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu yönünle Yargıtay’ın yapmış olduğu tespitin isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

Kararda gerekçe yapılmamakla birlikte çekin tehdit ve gasp yoluna alındığı iddia edilmiştir. Çekin gasp ve tehdit altında imzalanması, çekin kambiyo vasfına yönelik bir def’i midir? Çeke karşı ileri sürülebilecek bu savunmanın çekin kambiyo vasfına yönelik olup olmadığını değerlendirmek için çeke karşı ileri sürülebilecek def’ilere de değinmek gerekir. TTK m. 825’te emre yazılı senetlere karşı

6 Kendigelen (n 7) 97.

7 idib 97; Reisoğlu (n 7) 60; Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (22. Bası, Turhan 2018) 227.

8 Kendigelen (n 7) 68; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve N. Fusun Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, (12. Bası, Vedat 2019) 271; Ersin Çamoğlu, ‘Kambiyo Senetlerinde Borçlunun Def’ileri (Savunmaları)’ (2019) 35(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 5, 25.

9 Kendigelen (n 7) 68.

10 Mevcı Ergün, *Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları* (Yetkin 1989) 93, 94; “...Senet üzerinde asıl borç ilişkisine atıf yapan ve ödemeyi şarta bağlayan kayıtlar olması durumunda mücerretlik vasfı ortadan kalkacağından böyle bir senede dayanılarak kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takip yapılamaz. Örneğin “*hisse devrinin teminatıdır*”, “*... ile imzalanan sözleşmenin teminatıdır*”, “*eseri ... tarihinde tamamlayamamam hâlinde ödeyeceğim*”, “*inşaat bitiminde ödenecektir*” şeklindeki kayıtlar. Bononun teminat senedi olduğu senet metninden anlaşılan bu gibi hâllerde bono kayıtsız (koşulsuz) borç vaadi içermediği için hükümsüzdür ve bu hükümsüzlük; düzenleyen tarafından, lehtara veya ciranta konumunda olan hamile karşı da ileri sürülebilir...” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2017/357 K 2021/824, 22.6.2021 (Lexpera); “...Takip dayanağı senedin ön yüzünde; “F.Ç.(T.)’nın Marmaris’teki evde bulunan hissesine karşı bulunan senettir” ibarelerinin yazılı olduğu anlaşılmaktadır. Senet ön yüzünde yazılı bulunan bu ibare nedeniyle TTK 688/2. maddesinde belirtilen kayıtsız şartsız ödeme vaadi içermemekte ve bu nedenle kambiyo senedi vasfını taşımamakta olup, alacağın tahsil edilip edilmeyeceği yargılamayı gerektirir...” Yargıtay 12 HD, E 2008/9496 K 2008/12005, 10.6.2008 (Lexpera); “...Somut olayda, takip konusu senedin arka yüzünde, “İş bu senet teminat senedir. İşbu senet 27.11.2019 tarihinde Antalya ili, Serik İlçesi 1406 parselde bulunan gayrimenkul satışına istinaden tanzim edilmiştir” ibarelerinin bulunduğu dolayısıyla senedin hangi ilişkinin teminatı olduğunu da açıklayacak şekilde teminat olarak verildiği.(...) senedin, Türk Ticaret Kanunu’nun 776/1-b maddesinde belirtilen “*kayıtsız şartsız muayyen bir bedeli ödeme vaadi*” unsurunu taşımadığı dolayısıyla kambiyo senedi vasfına haiz olmadığı anlaşılmaktadır...” Yargıtay 12 HD, E 2021/3820 K 2021/7599, 16.9.2021 (Lexpera).

11 Çamoğlu (n 10) 25.

ileri sürülebilecek “borçlunun def’ileri”, medeni hukuktaki “itiraz”ları da kapsayacak nitelikte¹², senet metninden anlaşılacak defiler, senetteki beyanın hükümsüzlüğüne ilişkin def’iler¹³ ve şahsi def’iler olarak üçlü bir ayrıma tabi tutulmuştur.¹⁴ Aslında kıymetli evrak hukuku doktrinindeki bu temel sınıflandırmanın hukuki sonuçları, def’ilerin ait oldukları gruba göre senedi devralan üçüncü kişilere karşı ileri sürülüp sürülemeyeceğinin belirlenmesinde kendisini gösterir. Bu nedenle çalışmamızda bu sınıflandırma çerçevesinde senedin tehdit altında zorla imzalatılmasına ilişkin def’inin, sadece çekin kambiyo senedi vasfına ilişkin olup olmayacağı hususunun açıklanması ile yetinilecektir.

Senet metninden anlaşılacak def’iler, senedin ön ve arka yüzü ile eklerinin incelenmesi sonucunda anlaşılabilen def’ilerdir.¹⁵ Kambiyo senetlerine ilişkin kanunda öngörülen unsurlar ile çelişen kayıtların senet metninde yer alması veya öngörülen unsurların bulunmaması senedin kambiyo vasfına ortadan kaldıracıdır.¹⁶ Örneğin, vadeye göre zamanaşımına ilişkin def’inin ileri sürülmesi, vadenin gelmemiş olması veya ciro zincirinde kopukluk senet metninden anlaşılabilen hususlardandır.¹⁷ Ancak senet metninden anlaşılabilen her türlü def’inin, senedin kambiyo vasfını etkileyecek nitelikte olmadığı da hatırlatılmalıdır. Bu açıklamalar çerçevesinde karara konu kambiyo ilişkisinde çekin gasp ve tehdit altında zorla imzalatılmasının senet metninden anlaşılabilen bir husus olmadığı açıktır.

Senetteki beyanın hükümsüzlüğüne ilişkin def’iler ise senet metninden anlaşılammakla birlikte, senetteki beyanı hükümsüz kılar.¹⁸ Ehliyetsizlik, yetkisiz temsil, imzanın zorla atırılması, imza sahtekarlığı, senedin hükümsüzlüğüne ilişkin def’ilere örnek olarak verilebilir.¹⁹ Bu nitelikte def’iler, senedin hükümsüzlüğüne ilişkin değil, beyanın hükümsüzlüğüne ilişkindir.²⁰ Diğer bir deyişle, senedin zorla imzalatırıldığına ilişkin savunma, senedin kambiyo vasfına etki edebilecek bir def’i değildir.²¹

12 Örneğin, keşideci borçlunun fiil ehliyetinin olmadığı savunması, TTK m. 825 anlamında bir def’i; medeni hukuk anlamında ise bir itirazdır. İbrahim Arslan, ‘Kambiyo Senetlerinde Geçersizlik Def’ileri’ (2008) 16 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11, 12; Lerzan Yılmaz, *Kambiyo Senetlerinde (Çek – Bono – Poliçe’de) Def’iler* (2. Bası, Aristo 2017) 137; Öztan (n 9) 45; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 10) 72; Çamoğlu (n 10) 6; Bu hususun önemi, def’ilerin davada ileri sürülmesi bakımından kendini gösterir. Zira dosyadan anlaşılan itirazlar, hâkim tarafından re’sen dikkate alınır.

13 TTK m. 825’te “senedin geçersizliğine ilişkin def’iler” şeklinde ifade etmiştir. Ancak bu def’iler senedin tümüyle geçerliliğini etkileyen def’iler değildir. Bu kapsamdaki def’iler sadece senet vermekle taahhüt altında giren kişinin taahhüdünün geçersizliğine yol açar bakınız Öztan (n 9) 46; Nitekim Yılmaz, bu def’i grubunu “senetteki beyanın geçersizliğine ilişkin def’iler” şeklinde ifade etmiştir, bakınız Yılmaz (n 14) 199, 200.

14 Gülay Balıkcı, ‘Yargıtay Kararı İncelemesi: Kambiyo Senetlerinde Korkutma Def’i ve Cebir’ (2022) 13 (49) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 219, 233; Öztan (n 9) 46; Türk hukukunda diğer sınıflandırmalar için ayrıca bakınız Yılmaz (n 14) 315 vd.

15 Yılmaz (n 14) 179; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 10) 72; Arslan (n 14) 16.

16 Yılmaz (n 14) 180, 181; Arslan (n 14) 16.

17 Çamoğlu (n 10) 10.

18 Yılmaz (n 14) 200; Öztan (n 9) 46; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 10) 73.

19 Yılmaz (n 14) 214; Öztan (n 9) 46; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 10) 74; Çamoğlu (n 10) 12.

20 Yılmaz (n 14) 393; Öztan (n 9) 46.

21 Senedin tümünü veya senet üzerindeki kambiyo işlemlerinin geçerliliğine etkilemeyeceğine ilişkin bakınız Çamoğlu (n 10) 12; Taraflar arasında kambiyo senedinin ihdas edilmesini veya ciranta açısından kambiyo senedinin devrini gerektirecek bir sözleşmenin bulunmaması rağmen ortada hukuken ve şeklen geçerli bir kambiyo senedi bulunmaktadır, bakınız Arslan (n 14) 22.

“Şahsi def’iler ise, emre yazılı senetlerdeki borç taahhüdünün objektif mevcudiyetine dokunmadan, borçlunun belli bir alacaklı ile arasındaki hukuki münasebetten doğar.”²² Şahsi def’iler, diğer def’iler (senet metninden anlaşılabilecek def’iler ve senedin hükümsüzlüğüne ilişkin def’iler) dışında, borçlunun borcu ifadan kaçınmasına imkân sağlar.²³ Bu tür def’iler, taraflar arasındaki temel borç ilişkisinden ya da anlaşmaya aykırılıktan kaynaklanabilir.²⁴ Şahsi def’ilere örnek olarak senedin kumar gibi hukuken geçerli olmayan bir borç için düzenlenmesi, taraflar arasındaki sözleşmenin geçersiz olması, borcun ifasının imkânsız olması, senet metninde yer almamasına rağmen tarafların aralarında senedin teminat senedi olduğunun kararlaştırması²⁵ gibi haller gösterilebilir.²⁶ Görüldüğü üzere şahsi def’iler, kambiyo ilişkisinden bağımsız, taraflar arasındaki ilişkiden kaynaklanması sebebiyle senedin kambiyo vasfını etkileyebilecek nitelikte savunmalar olarak kabul edilemez. Bu nedenle taraflar arasında ticari ilişki olmaması, çeke karşı ileri sürülebilecek bir şahsi def’i olarak nitelendirilebilir. Bu savunma, çekin kambiyo vasfına yönelik bir husus değildir.

Sonuç olarak, çekin keşide edilmesinin irade sakatlığına dayandığına ilişkin def’i, örneğin çekin cebir veya tehditle imzalanması veya taraflar arasında ticari ilişki olmaması, senedin kambiyo vasfı ile doğrudan ilgili değildir. Ancak bunlar senetteki beyanın hükümsüzlüğüne ilişkin def’i veya şahsi def’i olarak nitelendirilebilir. Çekin kanunda aranan tüm zorunlu unsurlara sahip olması halinde senedin dayandığı hukuki ilişkinin var olmaması, çekin kayıtsız şartsız olma niteliğini, diğer bir ifadeyle senedin kambiyo vasfını, etkilemez.²⁷ Diğer yandan, çekin tehditle imzalatılması, her halde senetteki beyanın hükümsüzlüğüne ilişkin def’i grubuna dahildir. TTK m. 780’de öngörülen unsurlar ile çelişen kayıtların senet üzerinde yer alması veya öngörülen unsurların hiç bulunmaması ya da anlaşılamaması, senedin “çek” vasfını ortadan kaldırır.²⁸ Örneğin, düzenleme yerinin tam olarak anlaşılamayan bir kısaltma ile yapılmış olması halinde, zorunlu unsurlardan birinin yokluğu sebebiyle senet çek vasfını kazanamayacaktır. Olaydaki verilere bakıldığında, söz konusu senetteki unsurlara yönelik herhangi bir eksiklik söz konusu olmadığı görülmektedir. Bu nedenle Yargıtay’ın taraflar arasında ticari ilişkinin olmaması sebebiyle çekin kayıtsız şartsız olmayacağına yönelik tespitinin hatalı olduğu kanaatindeyiz.

B. KAMBYO SENETLERİNE ÖZGÜ HACİZ YOLUYLA TAKİBE KARŞI KONULMASI VE KARARDA BELİRTİLEN SEBEPLERİN BU BAĞLAMDA DEĞERLENDİRİLMESİ

İİK’da çeke karşı ileri sürülebilecek def’ilerin kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte ileri sürülmesi ve bu def’ilerin niteliği hususları, TTK’den farklı şekilde düzenlenmiştir. Bir kambiyo

22 Yılmaz (n 14) 217; Öztan (n 9) 47.

23 Yılmaz (n 14) 218.

24 Yılmaz (n 14) 218-220; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 10) 75; Poroy ve Tekinalp (n 7) 101.

25 Yılmaz (n 14) 479.

26 Yılmaz (n 14) 221 vd; Çamoğlu (n 10) 26, 27.

27 Senet üzerinde yer almayan somut teminat kaydının, taraflar arasındaki anlaşma gereği teminat amaçlı olarak verildiğinin tespit edilmesinin senetteki kayıtsız şartsız olma unsurunu etkileyeceğine ve senedin kambiyo vasfına halel getirmeyeceğine ilişkin bakınız Ayşe Odman Boztosun, ‘Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı’ (2007) 1 (53) Legal Hukuk Dergisi 1487, 1489.

28 Yılmaz (n 14) 180, 181; Arslan (n 14) 16.

senedine dayanılarak kambiyo senetlerine özgü ilamsız takip yapıldığında borçlu, bu takibe karşı kural olarak üç tür savunma ile karşı koyabilir. İlk olarak kambiyo senedi borçlusu, borca itiraz ederek “borcun olmadığını, itfa edildiğini ve imhal edildiğini” ileri sürebilir (İİK m. 169/a). İkinci olarak borçlu, senedin üzerindeki imzanın kendisine ait olmadığını ileri sürebilir (İİK m. 170). Son olarak borçlu, icra organlarının işlemlerine karşı şartları varsa genel şikâyet sebeplerine (İİK m. 16) veya kambiyo senetlerine mahsus takip yoluna özgü özel şikâyet sebeplerine (İİK m. 170a) dayanarak şikâyet yoluna başvurabilir.

İnceleme konusu kararda Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, itiraz sebebi olarak belirtilen taraflar arasında ticari ilişkinin olmaması ve çekin zorla imzalatıldığı hususlarının çekin kambiyo senedi vasfını etkilediğine kanaat getirmiş ve İİK m. 170a/2 hükmü uyarınca senedin kambiyo senedi vasfı olup olmadığını re’sen şikâyet sebebi olarak incelemiştir.

İİK m. 170a/2 hükmü, icra mahkemesine kambiyo senedi vasfını etkileyen bir hususu, borçlu bu hususu şikâyet sebebi olarak açıkça ileri sürmese dahi, re’sen şikâyet sebebi olarak inceleme yetkisi vermiştir. Bu düzenleme, sadece iki hal için özgülenmiştir. Bu yetki, sadece senedin kambiyo senedi vasfı taşımadığı veya alacaklının takip hakkına sahip olup olmadığının tartışmalı olduğu hallerde kullanılmalıdır. Hâkim, çekin kambiyo senedi vasfına sahip olmadığına kanaat getirirse, takibi iptal etmelidir. Hatırlatılmalıdır ki, borca itiraz halinde icra mahkemesinin takibi iptal etme yetkisi bulunmaz. İcra mahkemesi, itirazın kabulü halinde dahi İİK m. 169a/4 uyarınca, ancak takip daha önce geçici olarak durdurulmamışsa, takibin kesin olarak durdurulmasına karar verilebilir.

Kambiyo senetlerine özgü takipte, borca itiraz ve şikâyet sebepleri ve bunların hukuki sonuçları birbirinden farklıdır ve her bir somut olaya göre değerlendirilmelidir. Bu nedenle takibe karşı ileri sürülen savunma sebebinin niteliğinin belirlenmesi önem arz eder. Şikâyet incelemesi sonunda borçlunun şikâyeti İİK m. 170a’ya göre iptale tabiyken, borçlunun borca itiraz sebebinin haklı bulunması halinde takibin, ancak takip daha önce geçici olarak durdurulmuşsa, durdurulmasına karar verilebilecektir. Alacaklı yönünden bu farkın pratik açıdan önemi, son halde takibe devam edebilmek için alacaklının elindeki tek hukuki imkânın, genel hükümlere göre dava açmaktan ve lehine bir karar verilmesinden ibaret olmasıdır. Dava açılması halinde alacaklının aleyhine hükmolunan tazminatın tahsili, İİK m. 169/a-4 uyarınca dava sonuna kadar ertelenir.²⁹ Alacaklının genel mahkemede dava açmaması halinde ise takibin iptali, icra mahkemesinin itirazın kabulüne ilişkin kararın kesinleşmesi anında gerçekleşir.

Borca itiraz ile şikâyet sebepleri hakkında verilecek kararın bir diğer etkisi ise, takibin iptalinin meydana getirdiği sonuç bakımından kendini gösterir. İcra müdürü, borçluya ödeme emri göndermeden önce senedin kambiyo senedi vasfına veya alacaklının kambiyo hukukuna göre takip hakkına sahip olup olmadığını incelemelidir. İcra müdürü bu hususlarda eksiklik olduğunu tespit ederse, takip talebini reddetmelidir. İİK m. 170a’da belirtilen sebeplerden biri şikâyete konu edilirse,

29 Örneğin, “...Öte yandan takip dayanağı bonoların kambiyo senedi vasfında olmamaları nedeniyle takibin iptali İİK’nun 170a maddesi kapsamında şikâyetler ve anılan maddede tazminat düzenlenmediğinden, alacaklı aleyhine tazminata hükmedilmesi isabetsiz olup kararın bu nedenle bozulması gerekir...” Yargıtay 12 HD, E 2013/8108 K 2013/17491, 7.5.2013 (Lexpera).

şikâyetin konusu esas itibariyle takip talebinin kabulü işlemidir. İİK m. 168’de icra memurunun senedin kambyo senedi olduğunu ve vadesinin geldiğini tespit etmesi halinde, borçluya ödeme emri göndermesi gerektiği ifade edilmiştir. Ancak ödeme emrinin gönderilmesi işleminden önce icra memuru takip talebini kabul etmelidir. Takip talebinin kabul edilmesi de ayrı bir icra işlemidir³⁰. Takip talebinin kabulü işlemi ile ödeme emrinin gönderilmesi birbiriyle bağlantılı, ancak birbirinden farklı iki takip işlemidir.³¹ Takip talebinin kanuna uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi halinde, icra memurunun kanuna aykırı olan ilk işlemi, takip talebinin kabulüdür. Şikâyet başvurusu icra mahkemesince kabul edilirse, takibin iptaliyle sonuçlanacak da olsa kanuna aykırı olan işlem, takip talebinin kabulü işlemidir. İşlemin iptaliyle birlikte takip talebi ve sonuçları, sanki hiç var olmamış gibi geçmişe etkili olarak baştan ortadan kalkar.³² Örneğin, takip talebinin verilmesi ile zamanaşımı kesilir; ancak takip talebinin kabul işleminin iptal edilmesiyle zamanaşımı işlemeye devam eder. Oysa, kambyo takibine karşı ileri sürülen sebep borca itiraz olarak değerlendirilip takibin durdurulmasına karar verilmiş olması halinde takip, derdest olmaya devam edecek ve takip talebi verilmesinin meydana getirdiği sonuçlar korunmuş olacaktır.

Takibe karşı ileri sürülen savunma sebebinin borca itiraz veya şikâyet sebebi olarak nitelendirilmesinin bir başka sonucu ise borca itirazın kabulü halinde, borçlunun talebi üzerine kötü niyetli ve ağır kusuru bulunan alacaklı aleyhine takip konusu alacağın yüzde yirmisinden az olmamak üzere tazminata hükmedilmesidir (İİK m. 169a/6). Borca itiraz üzerine takip geçici olarak durdurulmuş ve borca itirazın reddine karar verilmişse, alacaklının talebi üzerine borçlu, yine tazminata mahkûm edilir. (İİK m. 169a/6). Oysa kambyo senetlerine özgü takibe karşı şikâyet incelemesi sonunda şikâyetin haklı bulunması halinde sadece takibin iptaline karar verilir. Alacaklının veya borçlunun tazminata hükmedilmesi söz konusu değildir. Sonuç olarak, İİK m. 170a sonucunda takibin iptal edilmesinin, takibin geçici veya kesin olarak durdurulmasına nazaran alacaklı yönünden daha ağır sonuçları olacağı açıktır. Bu nedenle, takibe karşı ileri sürülen sebeplerin borca itiraz mı yoksa şikâyet sebebi mi olduğunun tespiti oldukça önem arz eder.

Takip alacaklısı ile borçlusu arasındaki menfaat dengesinin, inceleme konusu kararda olduğu gibi alacaklı lehine bozulması ancak borçlunun şikâyet yoluna başvurusu halinde dilekçesinde şikâyet sebebi olarak belirttiği hususların icra mahkemesi tarafından re’sen dikkate alınabilmesinin hukuken mümkün olması ile meşru kılınabilir. Fakat İİK’da bu yöndeki tek düzenleme olan İİK m. 170a/2 hükmünde, şikâyet başvurusunda borçlunun belirttiği şikâyet sebebinin borca itiraz olarak nitelendirileceği yönünde bir hükme rastlanmamaktadır. Yargıtay’ın bu husustaki görüşü açıktır³³: “Yasal sürede borca itiraz nedeni olarak ileri sürülmeyen hususlar senet metninden anlaşılanlar dışında yargılama sırasında ileri sürülemeyeceği gibi mahkemeye de kendiliğinden dikkate alınamaz”.

30 Ozan Tok, ‘İcra İşleminin Yapısı ve Hukuki Rejimi’ (2021) 9 (1), Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 57, 60.

31 idib 60.

32 idib 60.

33 Yargıtay 12 HD, E 2013/35792 K 2014/2582, 30.1.2014 (Lexpera).

İnceleme konusu kararda şikâyet sebebi olarak kabul edilen bu hususların, şikâyet sebebi veya borca itiraz sebebi teşkil edip etmeyeceği³⁴, icra mahkemesinin borca itiraz halinde borçlu tarafından ileri sürülmesi dahi, re'sen şikâyet sebeplerini inceleyip inceleyemeyeceği aşağıda ayrı başlıklar altında incelenecektir.

1. KAMBIYO SENETLERİNE ÖZGÜ HACİZ YOLUYLA TAKİPTE ŞİKÂYET

Borçlu, kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte genel şikâyet sebeplerinin (İİK m. 16) yanında, İİK'da öngörülen bu takibe özgü özel şikâyet sebeplerini de öne sürebilir. Bu sebepler şunlardır: Senedin kambiyo vasfına sahip olmadığı (İİK m. 170a/2), alacaklının kambiyo hukukuna göre takip hakkının olmadığı (İİK m. 170a/2), senedin vadesinin gelmediği (İİK m. 168/1) ve takip talebinin kanuni unsurları taşınamaması (m. 167/2, 58).

Senedin kambiyo vasfına sahip olmadığına ve alacaklının kambiyo hukukuna göre takip hakkının olmadığına ilişkin şikâyet sebepleri beş günlük süreye tabidir (İİK m. 170a/1 ve m. 168 f.1 b.3). Senedin vadesinin gelmediği ve takip talebinin kanuni unsurları taşınamamasına ilişkin sebeplere ilişkin şikâyet süresi ise yedi gündür. Örneğin, senedin aslının veya çeklerde kısmi ödeme halinde çekin onaylı örneğinin, icra dairesine verilmemesi özel şikâyet sebebi olarak nitelendirilemez. Bu nedenle bu husus, yedi günlük genel şikâyet süresi içerisinde ileri sürülmelidir.

İcra müdürüne, kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte diğer takip yollarına nazaran daha geniş bir inceleme yetkisinin verilmiş olması, icra müdürünün bu yetkisini kullanmaması veya yanlış kullanması halinde bu hususun şikâyet incelemesine tabi olmasını zorunlu kılar. İcra müdürü, takip talebi ile sunulan senedin kambiyo senedi vasfını taşımadığını görürse İİK m. 168 uyarınca borçluya ödeme emri göndermemelidir. Diğer bir ifadeyle, icra müdürü takip talebine konu senedin, TTK'de belirtilen unsurlara haiz bir kambiyo senedi olduğunun tespitini kendisi yapmalıdır. Ancak önemle hatırlatılmalıdır ki, kambiyo senetlerine özgü takiplerde icra müdürüne tanınan inceleme yetkisi, ancak senet metninden anlaşılan hususlarla sınırlı olarak ve şeklen bir inceleme kapsamı ile sınırlı kalmalıdır.³⁵ İcra müdürü, hem senedi elinde bulunduran alacaklının yetkili hamil olup olmadığı hususunda, hem de aleyhine takip yoluna başvurulmuş kişi veya kişilerin kambiyo senedinde borçlu olarak görünüp görünmediği konusunu, bu husus senet metninden anlaşılabilirse, inceleyebilecektir.³⁶

34 Uygulama ve öğretide karışıklığa mahal verilmemesi amacıyla İİK m. 168'deki itiraz ve şikâyet nedenlerinin ayrı ayrı gösterilmesi yerine sadece bu hususun düzenlenmiş olmasının yeterli ve kanun sistematigi açısından daha faydalı olacağı yönündeki görüşü hakkında bakınız A. Tahir Ögütçü ve Mehmet Altın, *Ticari Senetler (Poliçe, Bono, Çek) ve Özel Takip Yolları* (Ulucan Matbaası 1980) 328.

35 Efe Direnisa, 'İcra Müdürünün Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz veya İflâs Yoluyla Takibin Şartlarına İlişkin Yapması Gereken İncelemenin Kapsamı ve Sınırları' (2022) 4 (1) Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117, 147; İcra müdürünün, senedin kambiyo vasfına sahip olup olmadığına ilişkin incelemesinin sınırlı olmasının sebebi, icra müdürlerinin yeterli ihtisasa sahip olmamasında kaynaklanmaktadır, bakınız Direnisa (n 37) 135.

36 Direnisa (n 37) 144 vd.; İcra müdürünün inceleme yetkisine olarak doktrinde *Helvacı*, icra müdürünün inceleme yetkisinin sınırlarının sadece TTK m. 671 ve 672 (bono), TTK m. 776 ve 777 (poliçe) ile TTK m. 780 ve 781 (çek) hükümleri ile sınırlı kalması gerektiğini ifade etmiştir, bakınız Mehmet Helvacı, 'Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları' (2013) 72 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 165, 165-167; İsviçre hukukunda da icra müdürünün

İcra mahkemesinin çekin kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin ödenmesine dair bir havaleyi içerip içermediğine yönelik inceleme yetkisinin ise, icra müdürünün ödeme emri göndermeden önce yapacağı incelemenin aksine, sadece şekli bir incelemeden ibaret olmayacağı açıktır. Başka bir deyişle icra müdürünün inceleme yetkisi, sadece senetle metninden anlaşılan def’iler ile takip hukukuna ilişkin yukarıda belirtilen sebeplerle sınırlı iken, icra mahkemesinin inceleme yetkisi, şahsi def’ileri ve senedin hükümsüzlüğüne ilişkin def’ileri de kapsar. Ayrıca, tarafların temel ilişkisinden kaynaklanan şahsi def’ilerinin bir kısmının genel mahkemelerde dava açılarak öne sürülmesinin, şahsi def’ini ileri süren borçluya maddi anlamda kesin hüküm teşkil etme imkânı vereceği de hatırlatılmalıdır.

İnceleme konusu kararda Temyiz Mahkemesi, taraflar arasında ticari ilişkinin olmaması ve çekin zorla imzalanması sebebiyle çekin kayıtsız şartsız bir havaleyi içermediğini ve dolayısıyla senedin kambiyo vasfına haiz olmadığını belirtmiştir. Yukarıda da açıkladığımız üzere, çek metninde ödeme vaadi bir şarta bağlanmamışsa, çekin kayıtsız şartsız bir ödeme vaadi içerdiği kabul edilmelidir. Taraflar arasında ticari bir ilişkinin olmaması ise çekteki ödemenin şarta bağlandığı sonucunu doğurmaz. Taraflar arasında ticari ilişkinin olmaması bir şahsi def’i, senedin zorla imzalatırılması ise senedin hükümsüzlüğünden kaynaklanan bir def’i nitelendirilebilir. Yukarıda açıklandığı üzere bu hususlar, senedin kambiyo vasfını etkilemez ve bu nedenle şikâyet incelemesine konu edilemez. Bu husus ancak çekin kambiyo senedi vasfına etki edebilecek nitelikte olduğu kabul edilebilirse, şikâyet incelemesine konu olabilir.³⁷ Hatta bu halde icra mahkemesi borçlu bu hususu, borca itiraz şeklinde ileri sürecek olsa dahi İİK m. 170a/2 uyarınca kendiliğinden dikkate alınmalıdır³⁸, çünkü icra mahkemesi, takip konusu senedin kambiyo senedi olup olmadığı konusunun incelenmesinde borçlunun yaptığı itiraz sebepleri ile bağlı değildir.³⁹

Benzer şekilde taraflar arasında ticari ilişkinin olmamasına yönelik savunma da çekin kambiyo vasfını etkilememektedir. Bu husus, ancak borca itiraz sebebi olarak ileri sürülebilir. Doktrinde de senedin cebir ve tehdit yoluyla ileri sürülmesi halinde borçlu tarafından yapılan bu itirazın İİK m. 169’a dayanarak borca itiraz olarak nitelendirileceği belirtilmiştir.⁴⁰

Bu açıklamalar ışığında, çekin kambiyo senedi vasfının etkileneceği söylenemeyeceğinden inceleme konusu uyuşmazlıkta İİK m. 170a/2 hükmünün kanuni şartlarının bulunmadığı açıktır. Bu nedenle, Yargıtay’ın İİK m. 170a/2 hükmünü uygulayarak çekin kambiyo senedi vasfı olmadığına yönelik

senedin niteliği bakımından yapacağı incelemenin, sadece “basit ve yüzeysel” bir incelemeden ibaret olacağı kabul edilmektedir, bakınız Direnisa (n 34) 135. İsviçre hukukunda kambiyo senetlerine mahsus iflas yoluyla takipte inceleme yükümlülüğüne ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bakınız Direnisa (n 37) 120 vd.

37 Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes, *İcra ve İflas Hukuku* (7. Bası, On İki Levha 2020) 273; Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi* (Yetkin 2016) 915; Bu husus, 1954 yılında dahi Belgesay tarafından benzer şekilde ifade edilmiştir: *Bir senedin poliçe, çek veya emre muharrer senet mahiyetinde olup olmadığını icra memuru takdir eder. Onun kararına karşı ancak mercie şikâyet edilebilir. Fakat, bu mahiyette bir senedin ihtiva ettiği alacağın esasen var olup olmadığını, poliçe hukukuna göre istenip istenmeyeceğini takdir mahkemenin yetkisindedir.* Mustafa Reşit Belgesay, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, 2.Cilt, (4. Bası, M. Sıralar Matbaası 1954) 339.

38 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2017/333 K 2019/416, 9.4.2019 (Lexpera); İsmail Ercan, *Uygulamacılar İçin İcra İflas Hukuku El Kitabı*, (9. Bası, Seçkin) 875; Helvacı (n 38) 165, 167.

39 Yılmaz (n 39) 919.

40 Ercan (n 40) 809.

inceleme yapmasının kanuna aykırı olduğu kanaatindeyiz. Farklı bir sonuca varılabilmesi İİK m. 170a/2 hükmünün uygulanmasına dair bir kanuni dayanağın tespiti halinde mümkün olabilir.

İİK m. 170a, icra mahkemesinin re'sen inceleme yetkisine ilişkin düzenlenen bir istisna hükmü içermektedir. Bu istisna uyarınca, borçlu imza inkarını geri almış veya borcu kısmen veya tamamen kabul etmiş ise, icra mahkemesi borçlunun ileri sürmediği bu hususları re'sen inceleyemeyecek; bu halde borçlu senedin kambiyo senedi olmadığı yönündeki iddiasını ancak şikâyet yoluyla ileri sürebilecektir.

İnceleme konusu kararda borçlu, takip konusu senedi zorla imzalandığını ifade etmiştir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi ise kararında, borçlunun senedi imzalamış olmasının, İİK m. 170a/3'de öngörülen alacaklının "borcu kısmen veya tamamen kabul etmesi" olarak kabul edilip edilemeyeceğine dair bir açıklamada bulunmamıştır.⁴¹ Yargıtay'ın İİK m. 170a/3 hükmünün uygulanmasına yönelik diğer kararları incelendiğinde, ilk derece mahkemesi tarafından özellikle borçlunun borcu kabul veya ödediği yönündeki beyanları mevcut olduğunda, İİK m. 170a/3 hükmünün uygulanma koşullarının somut olayda oluşup oluşmadığını incelemesi gerektiğine karar verildiği görülmektedir.⁴² Kanaatimizce inceleme konusu kararda Yargıtay, borçlunun borcu kabul veya ödediği yönünde bir beyanı bulunmadığından İİK m. 170a/3 hükmünün uygulanma koşullarının oluşup oluşmadığını değerlendirmemiş ve bu hususu kararının gerekçesinde de belirtmemiştir. Ancak bu husus dışında yukarıda açıklanan sebeplerle tekrar hatırlatılmalıdır ki, Yargıtay'ın inceleme konusu kararda taraflar arasında ticari bir ilişki olmamasını bir şikâyet sebebi olarak görüp İİK m. 170a/2 hükmünü uygulaması isabetli değildir.

41 Yargıtay 12 Hukuk Dairesi, istikrarlı olarak borçlunun senedi zorla imzalamış olması ve bu nedenle senedin kambiyo senedi vasfı taşıyıp taşımadığı hususunun değerlendirilmesine kısmi ödeme halinde gerek olmadığı, zira bu durumda senedin kambiyo senedi olmadığı gerekçesiyle takibin iptal edilemeyeceğini içtihat etmiştir. Yargıtay 12 HD, E 2011/5957 K 2011/21980, 15.11.2011; Yargıtay 12 HD, E 2014/17695 K 2014/23194, 2.10.2014; Yargıtay 12 HD, E 2010/10113 K 2010/22880, 11.10.2010, (Kazancı).

42 "...Oysa, borçlu vekilinin şikâyet dilekçesinde ve mahkemenin incelemesi sırasında borcu kabul ve ödediği yönündeki beyanları karşısında İİK'nun 170a/son fıkrası hükmünün uygulanma koşullarının oluşup oluşmadığı incelenmeden yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir." Yargıtay 12 HD, E 2006/8338 K 2006/10900, 23.5.2006 (Lexpera); "...Borçlunun şikâyet dilekçesi içeriğinden "bu senedin parası ..'e (kendisinden sonra gelen ciranta borçlulardan birine) ödendi" şeklinde iddiası da bulunduğundan artık senedin kambiyo vasfında olmadığı yönündeki itirazı dinlenmez." Yargıtay 12 HD, E 2010/10113 K 2010/22880, 11.10.2010 (Lexpera); "...05.12.2005 tarihli duruşmasında borçlunun imzasını kabul ettiği iddia edildiğinden İİK'nun 170a-son fıkrası gereğince anılan iddia değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bononun teminata verildiği hususu mahkemece kendiliğinden gözetilerek İİK'nun 170a maddesi gereğince takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir..." Yargıtay 12 HD, E 2006/4815 K 2006/7001, 4.4.2006 (Lexpera); "...Somut olayda borçlu, takibe konu bononun "15.000 TL" bedelli iken tahrifatla "115.000 TL" ye dönüştürüldüğünü ileri sürmüştür. Alacaklının keşideciye ödememe protestosu çekmediği anlaşılmış ise de, borçlu takibe konu bonoda yazılı miktarı kısmen kabul ettiğinden İİK'nun 170a-son fıkrası uyarınca aynı maddenin 2. fıkrası hükmü uygulanamaz..." Yargıtay 12 HD, E 2014/10333 K 2014/12832, 30.4.2014 (Lexpera); "...Borçlu ..'ün, temyiz dilekçesinde ve dosya içerisine sunulan bilgi ve belgelerden senet bedelinin kendisi tarafından ödendiğini beyan ettiği anlaşılmakla, her ne kadar takip dayanağı senedin kambiyo vasfı bulunmasa da, yukarıda anılan yasal düzenleme gereğince borçlunun kambiyo şikâyeti dinlenemez." Yargıtay 12 HD, E 2016/19398 K 2017/11584, 28.9.2017 (Lexpera).

2. KAMBYO SENETLERİNE ÖZGÜ TAKİPTE BORCA İTİRAZ

Kambyo senetlerine özgü haciz yolu ile takip prosedürü içerisinde kendisine ödeme emri gönderilen borçlu, İİK m. 170 uyarınca ödeme emrinin kendisine tebliğinden itibaren beş gün içerisinde imzaya itiraz edebileceği gibi, aynı süre içerisinde İİK m. 169 ve 169a uyarınca borca da itiraz edebilir.

Öğretideki hâkim görüş, imzaya itiraz dışında kalan, maddi hukuk veya takip hukukundan kaynaklanması fark etmeksizin tüm itirazların borca itiraz olarak nitelendirilmesi gerektiği yönündedir.⁴³ İİK m. 169, İİK m. 168/5'e atıf yapmak suretiyle "borcun olmadığı veya borcun itfa edildiği veya mehil verildiği veya alacağın zamanaşımına uğradığı veya yetki itirazını" borca itiraz sebepleri arasında açıkça saymıştır. Görüldüğü gibi borca itiraz sebepleri, istisnai haller dışında maddi hukuka dayanmaktadır. Uygulamada en sık görülen borca itiraz sebepleri şu şekilde sıralanabilir: Takibe konu kambyo senedinin gerçek bir borç için değil, teminat senedi olarak verilmesi⁴⁴, aynı senet için başlatılan ilk kambyo senetlerine özgü takipten açıkça feragat edilmemesine rağmen yeni bir kambyo senetlerine özgü takip yapılması⁴⁵, tüzel kişiler adına düzenlenen kambyo senetlerindeki imzanın avalist olarak değil, şirket temsilcisi sıfatıyla atılması⁴⁶, senetteki yazılarda sahtecilik (tahrifat) yapıldığı⁴⁷, mirasın reddi nedeniyle borçlu olunmadığı (İİK m. 168/5), çekin ileri tarihli düzenlendiği⁴⁸, takipte istenen işlemiş faiz tutarı ve oranı ile işleyecek faiz oranının fazla belirtilmesi (İİK m. 168), ticari vekilin yetkisiz olması⁴⁹ (TBK m. 551). Bu kapsamda taraflar arasında ticari ilişki olmamasının şahsi bir def'i olup borca itiraz sebebi olarak ileri sürülmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

İİK m. 169/a-1 uyarınca borca itiraz, ancak üç sebebe dayandırılabilir. Borçlu, borçlu olmadığını, borcun itfa edildiğini veya borcun imhal edildiğini ileri sürebilir. Buna ilaveten, aynı fıkra da borçlunun, bu itirazlarını ancak imzası ikrar edilmiş bir belge ile ispat edebileceği açıkça hükme bağlanmıştır. İnceleme konusu kararda borçlu, icra mahkemesine "*takibe konu çeki bedelsiz ve zorla imzaladığımı, gasp ve tehdit baskısı ile çeki imzaladığımı*" ileri sürmüştür. Bu husus bir şikâyet sebebi değildir, çünkü bu sebebin senet metni üzerinden anlaşılması olanaksızdır. Çekin zorla imzalatılması, borca itiraz kapsamında borçlunun borçlu olmadığına yönelik bir itirazı olarak nitelendirilmelidir.⁵⁰ Borçlunun borçlu olmadığına yönelik itirazı, ancak resmi veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile yapılabilir. İcra

43 Yılmaz (n 39) 886; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes (n 39) 266; Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku Cilt 2* (3. Bası, Evrim Dağıtım 1990) 1702; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku* (3. Bası, Yetkin 2020) 136; Ögütçü ve Altın (n 36) 328.

44 Doktrin ve Yargıtay içtihatları uyarınca takip konusu senedin metninden teminat senedi olduğunu anlaşıyorsa, bu husus, şikâyet sebebidir, bakınız Hukuk Genel Kurulu, 12-357/824, 22.6.2021; Ercan (n 40) 810; Senedin teminat senedi olduğu senet metninden açıkça anlaşılamıyorsa, bu hususun öne sürülmesinin borca itiraz niteliği taşıdığı belirtilmektedir.

45 Yargıtay 12 HD, E 2019/6203 K 2020/4075, 8.6.2020 (Ercan (n 40) 820).

46 Ercan (n 40) 821 vd.

47 İbid. 824 vd.

48 Yargıtay 12 HD, E 2015/20944 K 2015/30721, 7.12.2015 (Lexpera); Yargıtay 12 HD, E 2014/2651 K 2014/6188, 5.3.2014, bakınız Ercan (n 40) 829; Yargıtay kararlarının aksine çekin ileri tarihli düzenlendiğine karşı şikâyet yoluna başvurulması gerektiğine ilişkin bakınız İbrahim Aşık, Yakup Oruç, Ozan Tok ve Ömer Faruk Saçar, *İcra ve İflas Hukuku* (Seçkin 2022) 355.

49 Yargıtay 12 HD, E 2021/4226 K 2021/5680, 31.5.2021 (Lexpera).

50 Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukuku Cilt 2* (5. Bası, Adalet 2013) 1052.

mahkemesinin borca itiraz incelemesinde yetkisi sınırlıdır ve incelemeyi sadece resmi veya imzası ikrar edilmiş belgeler ile yapılabilir. Çekin zorla imzalatıldığı iddiası ise borca itiraz olmakla birlikte sınırlı inceleme yetkisine sahip icra mahkemesi tarafından incelenemez.⁵¹

C. KARARDA BELİRTİLEN SEBEPLERİN İSPATI

İnceleme konusu uyuşmazlıkta borçlu, iddialarını çekin kambyo senedi vasfı olmadığı, çekin gasp ve tehdit altında imzalandığı ve alacaklı ile aralarında ticari bir ilişki bulunmadığı vakıalarına dayandırmıştır. İnceleme konusu kararın gerekçesinde ise Yargıtay, öncelikle alacaklı ile borçlu arasında ticari bir ilişki olup olmadığını incelenmiştir. Bu kapsamda, alacaklının ceza mahkemesi tutanaklarına geçen şu sözleri kararın gerekçesinde alacaklının borçluyu tanımadığında dair ikrarı olarak nitelendirilmiştir:

“... 15. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2018/630 Esas sayılı dosyasının 24.01.2019 tarihli 1. celsesinde alacaklı ...’ın “...müşteki (...) yanımızda iki adet 1.200.000 TL’lik çeki keşide ederek bana verdi...Benim müşteki ile hiç bir ticari ilişkim olmamıştır, olaydan önce kendisini tanıımıyordum, çekleri benim adıma düzenlettirmemin nedeni, çekleri kendim teslim almaya gitmem ve telefon ile kardeşimi arayarak kendim teslim aldığım için adıma yazdırmanın daha doğru olacağını...” şeklinde beyanda bulunduğuna görülmüştür.

“...alacaklının ceza dosyasındaki beyanında açıkça borçlu ile aralarında hiçbir ticari ilişki olmadığını, borçluyu tanımadığını ikrar ettiği göz önünde bulundurulduğunda bu durumda çek kayıtsız ve şartsız bir ödeme vaadini içermediğinden kambyo vasfı taşımayan bu belge nedeniyle borçlu hakkında kambyo senetlerine özgü yolla takip yapılması mümkün değildir.”

İİK m. 169a hükmüne göre kambyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takipte borca itiraz eden borçlu, borcun olmadığını, itfa veya imhal edildiğini resmî veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile ispatlamalıdır. Buna rağmen, öğretide bazı istisnai hallerde borçlunun elinde resmi veya imzası alacaklı tarafından ikrar edilmiş bir belge olmasa dahi belirtilen bu ispat kuralına bağlı olmaksızın iddiasını ispat edebileceğini kabul edilmektedir.⁵² Örneğin borçlu, ödeme emrine itiraz ederken dilekçesinde bir sebep bildirmese dahi borca itiraz etmiş sayılır.⁵³ Ancak bu durumda icra mahkemesi, ancak kambyo senedi metninden anlaşılan itiraz sebeplerini dikkate alabilir.⁵⁴ Özetle bu halde borçlu,

51 Muşul (n 52) 1052; Ercan (n 40) 809; “...borçlunun itirazı, takip konusu senetlerin zorla alındığına yönelik olup, takip konusu senedin teminatı verildiği yönünde bir itirazın süresi içinde borçlu tarafından ileri sürülmediği ve bu hususun İİK’nun 170a maddesi kapsamında mahkemece re’sen dikkate alınamayacağı gibi, senedin zorla alındığı iddiası da yargılamayı gerektirdiğinden dar yetkili icra mahkemesince incelenemez.” Yargıtay 12 HD, E 2015/25257 K 2016/4128, 16.2.2016 (Lexpera); “...10.000,00-YTL bedelli bonodaki imzanın tehdide dayalı olarak atıldığını beyan etmiştir. Borçlu L. S.’un anılan bononun cebir ve tehditle imzalatıldığına ilişkin iddiaları genel mahkemede yargılamayı gerektiren bir husus olup dar yetkili icra tetkik merciinde incelenemez...” Yargıtay 12 HD, E 2008/7079 2008/9601, 6.5.2008 (Lexpera).

52 Örneğin, borcun itfa edildiğine ilişkin iddia, senedin yırtıldığı vakıasına dayanıyorsa, bu durumda borcun itfa edildiği başka delillerle de ispat edilebilecektir, Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes (n 39) 272.

53 Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 45) 136; Kuru (n 45) 1703.

54 Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 45) 137; Kuru (n 45) 1703; Aynı yönde bakınız Yargıtay 12 HD, E 2017/9229 K2018/1301,

borca itiraz dilekçesinde belirtmediği yeni savunma sebeplerini mahkemeye getiremeyecektir. İcra mahkemesine yapılan itiraz, HMK anlamında bir dava olarak kabul edilmediğinden⁵⁵ borçlunun, iddia ve savunmasının genişletilmesi veya değiştirilmesi ya da ıslah gibi imkanlardan da yararlanamayacağı da hatırlatılmalıdır.⁵⁶

Taraflar arasında ticari ilişki olmamasına dair incelemesinde Yargıtay, kambiyo senetlerine özgü özel şikâyet sebeplerini düzenleyen İİK m. 170a/2 hükmü gereğince çekin kambiyo senedi vastı olup olmadığını re'sen incelemiştir. Borca itiraz incelemesinin aksine özel şikâyet sebepleri ve incelenmesini düzenleyen İİK m. 170a/2 hükmü, özel bir ispat kuralı öngörmemiştir. Başka bir deyişle, borçlu elinde resmi veya imzası alacaklı tarafından ikrar edilmiş bir belge olmasa dahi şikâyet yoluna başvurulabilir ve iddiasını diğer delillerle ispat edebilir. Yargıtay 12. HD, 4.11.2010 yılında verdiği bir kararda alacaklının ceza mahkemesinde senedin kendisine ait olmadığına dair beyanını, inceleme konusu kararda olduğu gibi, ikrar olarak nitelendirmiştir.⁵⁷

Yukarıda belirttiğimiz üzere, inceleme konusu kararda çekin lehtarının borcu olmadığı yönündeki itirazı, ancak borca itiraz olarak ve İİK m. 169a hükmü uyarınca resmî veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile ispatlanabilir. Bu nedenle, Yargıtay'ın İİK m. 170a hükmünün uygulamaksızın kambiyo senedi borçlusunun itirazını, kambiyo senedi vastına ilişkin görmeyip bir borca itiraz sebebi olarak nitelendirdiği faraziyesinde borçlunun itirazının, ancak resmi veya imzası ikrar edilmiş bir belgenin varlığı halinde mahkeme tarafından dikkate alınabileceği kabul edilmelidir. İnceleme konusu kararda Yargıtay, kanaatini alacaklının ceza mahkemesi duruşmasındaki ifadelerine dayandırmıştır. Bu kapsamda, ceza mahkemesi duruşma tutanaklarının, hukuk mahkemesi önünde resmi belge veya imzası ikrar edilmiş bir belge olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği değerlendirilmelidir.

Duruşma tutanakları, kural olarak taraflarca imzalanmadığı için duruşma tutanağının “imzası ikrar edilmiş bir belge” olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Hukuk yargılamasında, duruşma tutanağının hükmü etkileyen deliller ile ilgili hususları veya hükmün yerine geçen işlemleri içermesi halinde, HMK m. 154/3-ç hükmü uyarınca tutanağın ilgili kişiye okunması ve ilgili kişi tarafından imzalanması gerekmektedir.⁵⁸ Bu kapsamda bir tarafın ikrarı, ikrarda bulunana okunmak, imzası alınmak ve duruşma tutanaklarında yer alması şartıyla geçerli kabul edilebilir. Yargıtay, aksi takdirde bu işlemin geçerli olmayacağını vurgulamıştır:

14.2.2018; Yargıtay 12 HD, E 2016/15476 K 2017/7350, 8.5.2017; Yargıtay 12 HD, E 2013/22284 K 2013/31002, 1.10.2013; Yargıtay 12 HD, E 2013/15814 K 2013/23730, 24.6.2013; Yargıtay 12 HD, E 2012/21288 K 2012/37801, 13.12.2012; Yargıtay 12 HD, E 2012/12443 K 2012/31033, 31.10.2012; (Lexpera). Alacaklının borçlunun itirazı üzerine icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını değil, genel mahkemelerde itirazın iptali davası açması halinde ise alacaklı, borçlunun itiraz ederken göstermiş olduğu sebepleri ile bağlı olmaz, bakınız Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 45) 137.

55 Yılmaz, (n 39) 888; Yargıtay 12 HD, E 2017/ 9229 K 2018/1301, 14.2.2018 (Lexpera).

56 Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 45) 138.

57 Yargıtay 12 HD, E 2010/13283 K 2010/25947, 4.11.2010 (Kazancı); aynı yönde bakınız Yargıtay 12 HD, E 2013/15229 K 2013/23972, 25.06.2013 (Kazancı).

58 Muhammet Özkes, ‘Ş 13: Tahkikat’, iç Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (edr), Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku (On İki Levha 2021) 1366.

“HUMK.nun 151/son maddesinde, (zabıtnamenin iki tarafın ikrar, sulh ve feragata ilişkin kısımları bunların huzurunda okunarak kendilerine imza ettirilir) hükmü yer almıştır. Olayda olduğu gibi, ikrarı kapsayan bir beyanın, ikrar eden davalıya okunduktan sonra imza ettirilmesi ve bu hususun tutanağa açıkça yazılması gerekir. Yasanın bu hükmü, yapılan işlemin geçerli tutulması şartıdır. İkrar gibi davacı isteminin kabulünü kapsayan ve davanın sonucuna etkili bulunan bir beyanın, bu biçimde uygulamaya konulmasında zorunluluk bulunduğu açıktır. Bu nedenle, tutanağa yazılan beyan, o beyanı yapan davalı önünde açıkça teker teker okunarak, onun irade ve maksadını tam anlamı ile yansıtır yansıtmadığı bu suretle belirtildikten sonra, tutanak imza ettirilmelidir.”⁵⁹

Ceza yargılamasında ise duruşma tutanakları, CMK m.219 uyarınca sadece mahkeme başkanı veya hâkim ile zabıt kâtibi tarafından imzalanır.⁶⁰ Ayrıca CMK m. 222 uyarınca duruşma tutanaklarına karşı yalnız sahtecilik iddiası yönetilebilir.⁶¹ Bu kapsamda Yargıtay, ceza mahkemesindeki duruşma tutanaklarını, “sahteciliği ispat edilmedikçe geçerli resmi evrak niteliğinde” değerlendirmektedir.⁶² HMK’nın aksine CMK’da duruşma tutanaklarının ilgili tarafça imzalanması yönünde kanuni bir hüküm bulunmamaktadır. Bu husustaki beyanda bulunan kişinin tutanağı okumasına ve imzalamasına dair tek hüküm olan CMK m. 147/i-4, ifade ve sorgu tutanakları ile ilgilidir. Duruşma tutanaklarını düzenleyen CMK m. 219 vd. hükümlerinde ise, duruşma tutanağının sadece mahkeme başkanı veya hâkim ile zabıt kâtibi tarafından imzalanacağı belirtilmiştir.⁶³ Bu nedenle, inceleme konusu uyuşmazlıkta alacaklının beyanlarını içeren ceza mahkemesi duruşma tutanağının, alacaklının (beyanda bulunanın) imzasını içermemesi nedeniyle İİK m. 169a anlamında “imzası ikrar edilmiş bir belge” olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Duruşma tutanaklarının resmi senetlerin ispat gücüne sahip olduğu ise Yargıtay içtihatları ve öğreti tarafından kabul edilmekte (HMK m. 204, 208 vd., TMK m. 7) ve mahkemede tutulan tüm kayıt ve tutanaklara, resmi senetlere ilişkin ispat hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir.⁶⁴ Resmî belgeler, “kanunda veya ilgili düzenlemede öngörülen şekil ve usule uygun, kamu görevlisi tarafından görevi gereği düzenlenmiş belgeler” olarak tanımlanmaktadır.⁶⁵ Duruşma tutanaklarının

59 Aynı yönde bakınız “...Bu beyanın yapıldığı 02.02.2011 duruşma tarihinde yürürlükte bulunan 1086 Sayılı HUMK’nın 151/son maddesinde iki tarafın ikrar, sulh ve feragatine taalluk eden kısımların huzurunda okunarak imza ettirileceği hükmü mevcuttur. Davalı yanın söz konusu beyanı mahkemenin de kabulünde olduğu gibi maddi vakıanın ikrarı niteliğinde olup, huzurda okunarak davalı vekiline imza ettirilmediği ve davalı vekili de kabul etmediğinden bu beyanın fatura konusu işlerin davacı tarafından yapıp teslim edildiğinin ikrarı mahiyetinde olduğunun kabulü mümkün değildir...” Yargıtay 15 HD, E 2013/2451 K 2014/2075, 26.3.2014 (Lexpera).

60 Yargıtay, hâkimin imzası bulunmayan duruşma tutanağının ise belgelendirme değeri taşımadığı görüşündedir. Hâkimin imzasının eksik olması hali için bakınız Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E 1996/140 K 1996/148, 25.06.1996. Zabıt katibinin imzasının eksik olması hali için bakınız Yargıtay 6 CD, E 2012/3654 K 2014/13099, 24.6.2014 (Kazancı).

61 Hukuk yargılamasında da HMK m. 155/1’e göre duruşma tutanakları hâkim ve zabıt kâtibi tarafından derhal imzalanacaktır. Ayrıca, HMK m. 156’ya göre ön inceleme, tahkikat ve yargılama işlemleri ancak tutanak ile ispatlanabilir.

62 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E 2006/6-296 K 2007/267, 4.12.2007; Yargıtay 6 CD, 8428/8482, 18.12.1979, (Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (14. Bası, Seçkin, 2021) 583, dipnot 745’de anılan karar).

63 Bu farklılık, hazırlık soruşturması aşamasında geçerli olan yazılılık ilkesinin gereğidir. Hazırlık soruşturması aşamasında hazırlanan tutanaklar, ilgililer tarafından imzalanmalıdır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E 2004/124 K 2004/155, 29.6.2004.

64 Özkes (n 60) 1366; Evren Koç, *Medeni Usul Hukukunda Belge Kavramı* (Sümer 2021) 37.

65 Gökhan Taneri, ‘Bölge Adliye Mahkemelerinde Duruşma Tutanaklarında İmza Eksikliği Nedeniyle Dosyaların İadesinin

da bu kapsamda resmî belge olarak değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Bu nedenle, inceleme konusu uyuşmazlıkta, borçlunun her ne kadar İİK m. 169a anlamında “imzası ikrar edilmiş bir belgeye” sahip olmasa da “resmî bir belge” ye sahip olduğu kabul edilebilecektir.

Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatlarına göre, TBK m. 74 uyarınca hukuk hâkimi, kural olarak, ceza mahkemesinin kesinleşmiş kararları karşısında bağımsızdır; fakat HGK tarafından hukuk hakiminin, TBK m. 74’de açıkça öngörülen hususlar dışında⁶⁶ ceza mahkemesinin tespit etmiş olduğu maddi olay ve olgular ile bağlı olacağı, istikrarlı olarak tekrar edilmektedir.⁶⁷ Önemle belirtmek gerekir ki, ceza yargılamasına konu bir vakianın hukuk hakimini bağlaması için, ceza mahkemesinin bu hususu açıkça tespit etmiş olması gerekmektedir. Yargıtay, isabetli olarak bir maddi olayın varlığı ve yokluğu konusunda ceza yargılamasında kesinleşmiş bir kabul olması gerektiğini açıkça belirtmektedir.⁶⁸ Bu çerçevede hukuk hakimini bağlayacak husus, “ceza mahkemesinde saptanacak maddi olayın yargısal bir kararla saptanmış olması gerçeğidir.”⁶⁹ Ancak bu şekilde, yargıya olan güven sağlanabilir.⁷⁰

İnceleme konusu kararda borçlunun alacaklıyı tanımadığı yönündeki tespit, bir maddi olgu olarak nitelendirilebilir. Ancak, atfı yapılan ifadelerden alacaklının duruşma tutanağına geçen beyanlarının içeriğinin, ceza mahkemesi kararında belirtilip belirtilmediği anlaşılamamaktadır. Hukuk hakiminin, ceza mahkemesi duruşma tutanağına geçirilen beyanlar ile bağlı olacağının kabulü, ancak ceza mahkemesinin bu beyanlar doğrultusunda borçlunun alacaklıyı tanımadığı olgusunun varlığına kanaat getirmesi halinde kabul edilmelidir. Buna rağmen Yargıtay’ın duruşma tutanaklarının resmî belge niteliğinde sayılmasından cihetle, bu tutanakların aksi ispat edilinceye kadar geçerli olduğuna ve bu nedenle bir tarafın ceza mahkemesi duruşma tutanağına geçirilen sözlerinin kendisinin söylediğinin sabit olduğuna hükmettiği görülmektedir.⁷¹

Kanaatimizce bu husus, resmi senetlerin ispat gücü ile ilgili değil, ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesini bağlayıcılığı kapsamında daha geniş bir bakış açısıyla değerlendirilmelidir. Duruşma tutanaklarının beyan eden kişi tarafından imzalanmadığı gözetildiğinde olması gereken hukuk açısından borçlunun duruşma tutanağında geçen ifadelerinin, ancak ceza mahkemesinin bu beyanlara dayanarak maddi olguyu tespit etmesi halinde, hukuk mahkemesi önündeki bir davada

Makul Sürede Yargılanma Hakkına Etkisi’ (2021) 16 (184) Terazi Hukuk Dergisi 2396, 2398; Koç (n 66) 35.

66 Ceza mahkemesince verilen beraat kararı, kusur ve derecesi, zarar tutarı, temyiz gücü ve yükletilme yeterliği, illiyet gibi esas hukuk hakimini bağlamaz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2019/14-737 K 2020/1021, 9.12.2020; Yargıtay 11 HD, E 2020/4761 2020/6028, 24.12.2020.

67 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2019/14-737 K 2020/1021, 9.12.2020; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2012/19-873 K 2013/433, 03.04.2013 (Kazancı); Kemal Gözler, “Res Judicata’nın Türkçesi Üzerine”, (2007) 56 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 45-61.

68 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 9-681/1526, 30.11.2021; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2017/22-484 2021/493, 15.04.2021; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2017/4-1332 K 2021/973, 7.7.2021; Yargıtay 11 HD, E 2020/5919 K 2021/5980, 13.10.2021; Yargıtay 3 HD, E 2020/8476 K 2021/2955, 18.03.2021 (Kazancı).

69 Yargıtay 10 HD, E 2012/13023 K 2013/8144, 16.4.2013 (Lexpera).

70 Yargıtay 10 HD, E 2012/13023 K 2013/8144, 16.4.2013 (Lexpera).

71 “...Duruşma tutanakları resmî belge niteliğinde olup, HUMK.nun 295 /1 maddesi gereğince sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil teşkil eder. Resmî belgenin doğru olmadığını ileri süren kişinin bunu ispat etmesi gerekir. Ceza Mahkemesi duruşma tutanağına geçirilen sözleri davalının söylediği sabittir...” Yargıtay 4 HD, E 2001/1674 K 2001/5322, 21.05.2001 (Kazancı).

dikkate alınmasının uygun olacağı kanaatindeyiz. Her ne kadar duruşma tutanakları “resmî belge” olarak ispat gücüne sahip olsalar da bağımsız başka bir ceza davasında borçlunun duruşmada belirttiği ancak ceza mahkemesinin tespit etmediği bir hususu hukuk hakiminin ikrar olarak nitelendirmesi, yargılama hukukunun niteliği ile bağdaşmaz.⁷² İnceleme konusu kararın gerekçesinde ise, sadece alacaklının ceza mahkemesine ait duruşma tutanağındaki beyanlarına yer verilmiş olup ceza mahkemesi hakiminin bu hususu tespit edip etmediği belirtilmemiştir. Ceza yargılamasında alacaklının diğer sözlerine nazaran borçluyu tanımadığına dair ikrarı, davanın diğer delilleri ve hâkimde uyandırdığı kanaatler çerçevesinde ilgili ceza davası açısından daha az önem teşkil edebilir. Ceza hâkimi, alacaklının sözlerinin bir kısmını inandırıcı bulmayabilir ve gerekçesinde belirterek alacaklının beyanlarının bir kısmını bu nedenle incelemesi dışında bırakabilir. Hukuk hakiminin, ceza hakiminin inandırıcı veya tespit edilmesine gerek olmadığı bir husus hakkında, duruşma tutanağının içeriği ile bağlı olacağının kabulü kanaatimizce mümkün olmamalıdır.

GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Çalışmamızda, inceleme konusu Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin kararının gerekçeleri, öncelikle kararda belirtilen sebeplerin çekin kambiyo senedi vasfına etkisi bağlamında incelenmiştir. Bu inceleme yapılırken, kıymetli evrak hukuku öğretisindeki temel görüş ve sınıflandırmalar dikkate alınmıştır. Çalışmamızda vardığımız sonuç neticesinde taraflar arasında ticari bir ilişki olmamasının senet metninden anlaşılmadığı müddetçe çekin zorunlu unsurlarından olan “kayıtsız şartsız ödeme vaadi” unsurunu etkileyemeyeceği yukarıda açıklanmıştır. Çekin gasp ve tehdit altında imzalanmasının da senetteki beyanın hükümsüzlüğüne ilişkin bir def’i olarak kabul edileceği ve çekin kambiyo senedi vasfını etkilemeyeceği açıktır.

Çalışmada varılan bu ön tespit neticesinde çalışmamızın ikinci bölümünde, taraflar arasında ticari ilişki olmaması ve çekin zorla imzalatırılması hususlarının borca itiraz sebebi olarak mı, yoksa şikâyet sebebi olarak mı incelenmesi gerektiği incelenmiştir. Bu bölümde, İİK kapsamında kambiyo senetlerine mahsus takiplerde şikâyet incelemesine konu olabilecek sebeplerin, konusu senet metninden anlaşılabilen def’ilerden sadece kambiyo vasfına etki edebilecek hususlara ilişkin def’iler olabileceği tespit edilmiştir. Taraflar arasında ticari ilişki olmaması ve çekin tehdit altında imzalatılmasının çekin kambiyo senedi vasfını etkilemediği dikkate alındığında, İİK’na göre bu hususların şikâyet sebebi olarak değerlendirilemeyeceği açıktır. Bu hususlar, İİK m. 169 uyarınca ancak borca itiraz sebebi olarak ileri sürülebilir. Borca itiraz ve şikâyet incelemeleri, her ne kadar aynı mahkemede inceleniyor olsalar da farklı yargılama kurallarına tabidir ve alacaklı ve borçlu açısından bu prosedürlere farklı hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Bu açıdan hukuki nitelendirilmenin doğru

72 Örneğin, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 5.12.2016 tarihinde verdiği bir kararda, kararın gerekçesinde gerekli gördüğümüz açıklamayı şu şekilde ifade etmiştir: “Davalı hakkında, davacının şikâyeti üzerine açılan ceza davasında davaya konu 115.000,00 TL bedelli kambiyo senedinin geçerli olmadığına dair 02/10/2012 tarihli Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2012/167 Esas 2012/669 Karar sayılı davalının mahkumiyete dair Yargıtay 5. Ceza Dairesinin onanma ilamının bulunmakta olduğu tespit edilmiştir.” Yargıtay 19 HD, E 2015/18186 K 2016/15448, 5.12.2016 (Lexpera).

bir şekilde yapılmaması, sadece kanuna aykırılık teşkil etmeyecek; aynı zamanda İİK’da öngörülen borçlu ile alacaklı arasındaki menfaat dengesini de bozacaktır⁷³.

Çalışmamızın son bölümünde, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi tarafından İİK’na göre yapılan hukuki nitelendirme dikkate alınmaksızın, taraflar arasında ticari ilişki olmamasına ve çekin gasp ve tehdit altında imzalanmasına dair iddialara ilişkin vakıaların ispatı incelenmiştir. Bu inceleme öncelikle, senedin zorla imzalatma fiilinin TCK⁷⁴ m. 148/2’ye göre senedin yağması suçu teşkil edebileceği gözetilerek ceza mahkemesinin tespitlerinin hukuk hakimini ne ölçüde sınırlayabileceğine yönelik olarak yapılmıştır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, taraflardan birinin veya dinlenen bir tanığın duruşma tutanaklarında belirtilen, ancak ceza hakiminin bu beyana dayanarak tespit etmemiş olduğu bir maddi olguyu, sadece duruşma tutanaklarında belirtildiği için resmi senetlere özgü ispat kuvveti ile donatmak ve bu nedenle bu hususu ispat edilmiş kabul etmek İİK ve TTK ile bağdaşmayacağı gibi, hukukun temel ilkelerine de aykırılık teşkil eder. Çalışmamızın son bölümünde belirttiğimiz hukuk hakiminin ceza hakiminin tespit etmiş olduğu sadece maddi olgular ile bağlı olacağını vurguladığı Yargıtay içtihatları da bu görüşümüzü destekler niteliktedir.

Senedin gasp ve tehdit altında imzalandığı hususu ise Yargıtay 12. Hukuk Dairesi tarafından incelenmemiş ve kararın gerekçesinde de bu hususa hiç değinilmemiştir. Kanaatimizce bu halde mahkemenin, kararının gerekçesinde alacaklının ceza mahkemesindeki duruşma tutanağında geçen beyanları ile yetinmesi isabetli değildir. Zira, ceza mahkemesinin kararlarında bu yönde bir tespitin bulunmaması halinde senedin tehdit altında imzalandığı vakiasının ispatına ilişkin özel düzenleme olan İİK m. 169a hükmünün dikkate alınması gerekir.

KAYNAKÇA

- Arslan İ, ‘Kambiyo Senetlerinde Geçersizlik Def’ileri’ (2008) 16(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11-28.
- Aşık İ, Oruç Y, Tok O ve Saçar Ö F, *İcra ve İflas Hukuku* (Seçkin 2022).
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *İcra ve İflas Hukuku* (3. Bası, Yetkin 2020).
- Balıkçı G, ‘Yargıtay Kararı İncelemesi: Kambiyo Senetlerinde Korkutma Def’i ve Cebir’ (2022) (1) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 219-244.
- Belgesay M R, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi 2.Cilt* (4. Bası, M. Sıralar Matbaası 1954).
- Çamoğlu E, ‘Kambiyo Senetlerinde Borçlunun Def’ileri (Savunmaları)’ (2019) (3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 5-35.
- Direnisa E, ‘İcra Müdürünün Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz veya İflâs Yoluyla Takibin Şartlarına İlişkin Yapması Gereken İncelemenin Kapsamı ve Sınırları’ (2022) 4 (1) Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117-164.
- Ercan E, *Uygulamacılar İçin İcra İflas Hukuku El Kitabı* (9. Bası, Seçkin 2022).

73 Örneğin, “...Öte yandan takip dayanağı bonoların kambiyo senedi vasfında olmamaları nedeniyle takibin iptali İİK. nun 170a maddesi kapsamında şikayettir ve anılan maddede tazminat düzenlenmediğinden, alacaklı aleyhine tazminata hükmedilmesi isabetsiz olup kararın bu nedenle bozulması gerekir...” Yargıtay 12 HD, E 2013/8108 2013/17491, 7.5.2013 (Lexpera).

74 Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG. 12.10.2004/25611.

- Ergün M, *Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları* (Yetkin 1989).
- Gözler K, 'Res Judicata'nın Türkçesi Üzerine' (2007) 56 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 45-61.
- Helvacı M, 'Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları' (2013) 72 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 165-191.
- Kendigelen A, *Çek Hukuku* (6. Bası, On İki Levha 2021).
- Koç E, *Medeni Usul Hukukunda Belge Kavramı* (Sümer Kitapevi 2021).
- Kuru B, *İcra ve İflas Hukuku Cilt 2* (3. Bası, Evrim Dağıtım 1990).
- Muşul T, *İcra ve İflas Hukuku Cilt 2* (5. Bası, Adalet 2013).
- Odman Boztosun A, 'Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı' (2007) 1(53) Legal Hukuk Dergisi 1487-1499.
- Öğütçü A T ve Altın M, *Ticari Senetler (Poliçe, Bono, Çek) ve Özel Takip Yolları* (Ulucan Matbaası 1980).
- Özbek V Ö, Doğan K, ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (14. Bası, Seçkin, 2021).
- Öztan F, *Kıymetli Evrak Hukuku* (22. Bası, Turhan 2018).
- Pekcanitez H, Atalay O, Sungurtekin Özkan M ve Özekes M, *İcra ve İflas Hukuku* (7. Bası, On İki Levha 2020).
- Pekcanitez H, Özekes M, Akkan M ve Taş Korkmaz H (edr), *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* (On İki Levha 2021).
- Poroy R ve Tekinalp Ü, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları* (24. Bası, Vedat 2021).
- Reisoğlu S, *Çek Hukuku* (2011).
- Taneri G, 'Bölge Adliye Mahkemelerinde Duruşma Tutanaklarında İmza Eksikliği Nedeniyle Dosyaların İadesinin Makul Sürede Yargılanma Hakkına Etkisi' (2021) 16 (184) Terazi Hukuk Dergisi 2396-2411.
- Tok O, 'İcra İşleminin Yapısı ve Hukuki Rejimi' (2021) 9 (1), Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 57-85.
- Ülgen H, Helvacı M, Kaya A ve Nomer Ertan N F, *Kıymetli Evrak Hukuku* (12. Bası, Vedat 2019).
- Yılmaz E, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi* (Yetkin 2016).
- Yılmaz L, *Kambiyo Senetlerinde (Çek – Bono – Poliçe'de) Def'iler* (2. Bası , Aristo 2017).

Cezalandırıcı Tazminat Kavramına İngiliz Hukuku Odaklı Bir Bakış

Punitive Damages from an English Law Perspective

Işıl Yelkenci* 

ÖZ

Sözleşmeyi ihlal eden veya haksız fiilde bulunan kişinin tazminat sorumluluğu, tazminat hukukunun temel ilkesi doğrultusunda karşı tarafın uğramış olduğu zararlarla sınırlıdır. Karşı tarafın uğramış olduğu zararı aşan bir tazminata hükmedilmesi, “ceza” niteliği taşır ve bu anlamda özel hukuka yabancı olarak nitelendirilir. Temel ilke bu olmakla birlikte, bazı hukuk sistemleri istisna niteliği taşıyan bazı durumlarda cezalandırıcı tazminata hükmedilmesine olanak tanımaktadır. Zararı aşan tazminat kavramını belirli bir bakış açısıyla incelemeyi amaçlayan bu çalışma da cezalandırıcı tazminat kavramının İngiliz hukukundaki tarihsel gelişimine ve güncel durumuna odaklanmaktadır. Bu çerçevede zararı aşan miktarda tazminata hükmedilmesinin, İngiliz hukukunun tarihsel gelişimi içerisinde haksız fiil alanında tazminatın belirlenmesine ilişkin ilkelerin esnekliğine dayalı olarak kendiliğinden ortaya çıkmış bir olgu olduğu gösterilmiştir. En nihayetinde cezalandırıcı tazminat, modern İngiliz haksız fiil hukukunda kayda değer bir yer edinmiştir. Fakat cezalandırıcı tazminatın bu geniş uygulama alanı, Lordlar Kamarasının cezalandırıcı tazminata başvurulup başvurulamayacağına ilişkin olarak bir kategori testi öngören kararıyla daraltılmış bulunmaktadır. Öte yandan İngiliz hukukunda sözleşme ihlali neticesinde cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin mümkün olmadığı yönündeki genel kabul, özellikle son dönemde öğretinin tartıştığı konulardan biri hâline gelmiştir.

Anahtar Kelimeler: Cezalandırıcı Tazminat, İngiliz Hukuku, İngiliz Hukuku Tarihi, Kategori Testi, Sözleşme İhlaline Bağlı Cezalandırıcı Tazminat.

ABSTRACT

Defendant, having breached a contract or inflicted a tort, is liable to compensate the loss suffered by the other party. Any award of damages exceeding loss is qualified as “penalty” and hence assessed to be outside the realm of private law. Still, certain legal systems allow for punitive damages under some exceptional conditions. This study focuses on the historical roots and current state of punitive damages in English law. Historically, an award of damages exceeding loss is rooted in the flexibility of the law of damages in the field of torts. Punitive damages ultimately turned out to hold a significant place in modern tort law. Yet, the House of Lords narrowed down its field of application in torts via category test. On the other hand, the widely held view that punitive damages are not allowed under contract law has become disputed.

Keywords: Punitive Damages, English Law, English Legal History, Category Test, Punitive Damages for Breach of Contract.

* Arş. Gör. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0001-8458-0820.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Işıl Yelkenci

E-posta/E-mail: isil.yelkenci@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 01.09.2022

Kabul Tarihi/Accepted:

21.11.2022

GİRİŞ

Bir sözleşmeyi ihlal ederek yahut haksız bir fiilde bulunarak karşı tarafa zarar veren kişi, modern özel hukuk sistemlerinin tümünde kural olarak bu zararı tazmin etmekle sorumlu tutulur. Tazminat hukukunun temel ilkesi doğrultusunda bu tazminat sorumluluğu, karşı tarafın uğramış olduğu zararla sınırlı olacaktır. Başka bir deyişle karşı tarafın uğramış olduğu zarar, sözleşmeyi ihlal eden yahut haksız fiilde bulunan tarafın tazminat sorumluluğunun üst sınırını oluşturur. Karşı tarafın uğramış olduğu zararı aşan bir tazminata hükmedilmesi, “ceza” niteliği taşır ve bu anlamda özel hukuka yabancı olarak nitelendirilir. Temel ilke bu olmakla birlikte, bazı hukuk sistemleri istisna niteliği taşıyan bazı durumlarda zararı aşan tazminata hükmedilmesine olanak tanımaktadır. Bu tazminat türü, karşı tarafın uğramış olduğu zararı telafi etme maksadını aştığı ve genellikle sözleşmeyi ihlal eden yahut haksız fiilde bulunan tarafın cezalandırılması maksadını taşıdığı için “cezalandırıcı tazminat”¹ olarak anılır. Bununla birlikte bu tazminatın amacı ve işlevi salt sözleşmeyi ihlal eden yahut haksız fiilde bulunan tarafı cezalandırmaktan ibaret değildir. Cezalandırıcı tazminat vasıtasıyla tazminat yükümlüsünü cezalandırmanın yanı sıra; örneğin, tazminat yükümlüsü ile diğer kişiler benzer bir davranışta bulunmaktan caydırılır ve tazminat yükümlüsünün davranışının mahkeme yahut jüri tarafından kınandığı ortaya koyulmuş olur.

Esasen cezalandırıcı tazminat kavramının geçmişini, M.Ö. 1800'lere kadar dayandırmak mümkündür. Antik hukukta² ve hukuk sistemimize yapmış olduğu etki bakımından ayrı bir önem taşıyan Roma

- 1 Zararı aşan tazminat, İngilizce öğretilerde ve mahkeme kararlarında yaygın olarak *punitive damages* olarak anılmaktadır. Bununla birlikte, İngiliz hukukunda zararı aşan tazminatı ifade etmek üzere genellikle *exemplary damages* (ibret tazminatı) ifadesi kullanılmaktadır. Ayrıca özellikle eski tarihli mahkeme kararlarında ve kaynaklarda *multiple damages* (misliyle tazminat) ve *vindictive damages* (intikam tazminatı) terimlerinin de kullanıldığına rastlamak mümkündür. Bu çalışmada, zararı aşan tazminatı genel olarak ifade etmek üzere *punitive damages* teriminin Türkçe karşılığı olan “cezalandırıcı tazminat” ifadesi kullanılmıştır. Çalışma özel olarak İngiliz hukukuna odaklanıyor olmasına ve İngiliz hukukunda *exemplary damages* teriminin kullanılmasına rağmen ibret tazminatı yerine cezalandırıcı tazminat ifadesinin tercih edilmesinin nedeni, Türkçe öğretilerde zararı aşan tazminatın yaygın olarak cezalandırıcı tazminat olarak anılmasıdır. Bu yönde bkz. Mehmet İstemi, ‘Sözleşmenin Cüretkârane İhlali ve Cezalandırıcı Tazminat’ iç Süleyman Başterzi (ed) *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan Cilt-III* (Beta 2011) 2692-2693; Selin Özden Merhacı, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages)* (Yetkin 2013) 74-75; Başak Başoğlu, ‘Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi’ (2016) 15(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan) 617, 618 dn 1; M. Tarık Güleriyüz ve Ayça Zorluoğlu Yılmaz, ‘Cezalandırıcı Tazminatın [Punitive Damages] Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi’ (2019) 31(141) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 325, 328 dn 1). Esasen Kıta Avrupası hukuk sistemleri, zararı aşan bir tutarı “tazminat” olarak kavramsallaştırmayı reddetmektedir. Bu sebepten olsa gerek, *punitive damages* kavramını medeni ceza olarak Türkçeleştiren çalışmalar da bulunmaktadır; bkz. İbrahim Gül, *ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza* (Yetkin 2015). Cezalandırıcı tazminatın zararın miktarından bağımsız olsa bile zararın varlığına bağlı olması nedeniyle “tazminat” olarak nitelendirilebileceği yönünde bkz. Ece Baş Süzel, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme – Menfaat Devri Yaptırımı* (On İki Levha 2015) 170.
- 2 Bu dönemde Hammurabi Kanunlarında, cezalandırıcı tazminatın bir görünümü olan misliyle tazminat örneklerine yer verilmiştir (Melvin M. Belli, Sr, ‘Punitive Damages: Their History, Their Use and Their Worth in Present-Day Society’ (1980) 49(1) UMKC Law Review 1, 2; Michael Rustad and Thomas Koenig, ‘The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers’ (1993) 42(4) The American University Law Review 1269, 1285; Linda L. Schlueter and Kenneth R. Redden, *Punitive Damages Volume 1* (4th edn, Lexis 2000) § 1.1; Jason Taliadoros, ‘The Roots of Punitive Damages at Common Law: A Longer History’, (2016) 64(2) Cleveland State Law Review 251, 278; Christian Lenz, *Amerikanische Punitive Damages vor dem schweizer Richter* (Schultess 1992) 13; Özden Merhacı (n 1) 78). Bu kanunların sekizinci bölümü uyarınca, bir öküz, koyun, eşek, domuz veya keçiyi tapınaktan yahut saraydan çalan

hukukunda³ erken dönem cezalandırıcı tazminat örnekleri sıkça karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu erken örneklerle rağmen, modern hukuk sistemlerinin gelişimi cezalandırıcı tazminatın özel hukuktaki yerini marjinalleştirmiştir. Özel hukuk ile ceza hukuku arasındaki ayrımın keskinleşmesi neticesinde, tazminat hukukunun merkez kavramı “telafi etme” hâline gelmiştir. Böylelikle ceza

kişi hayvanın otuz mislini; özgür kişiden çalan kişi ise hayvanın on mislini tazminat olarak vermelidir (Albert Kocourek and John H. Wigmore, *Sources Of Ancient And Primitive Law* (Little, Brown, and Company 1915) 391). Aynı şekilde İncil’de yer verilen Yahudi Kanunlarında misliyle tazminat öngören düzenlemeler mevcuttur (Belli Sr (n 2) 2; Schlueter and Redden (n 2) § 1.1; Taliadoros (n 2) 278; David L. Walther and Thomas A. Plein, ‘Punitive Damages: A Critical Analysis: Kink v. Combs’, (1965) 49(2) Marquette Law Review 369, 369. Detaylı bilgi için bkz. Elliot Klayman and Seth Klayman, ‘Punitive Damages: Toward Torah-Based Reform’ (2001) 23(1) Cardozo Law Review 221, 228 ff). Örneğin bir öküzü veya koyunu çalıp öldüren yahut satan kişi, bu durumu her bir öküz için beş öküz ve her bir koyun için dört koyun ile telafi etmelidir; eğer öküz veya koyun çalanın elinde canlı bulunursa iki mislini vermelidir (İncil, Exodus 22:1, 4). Benzer tazminat düzenlemelerine Hitit hukukunda, Hint Manu Kanunlarında, antik Yunan hukukunda, Mısır Ptolemaios hukukunda da rastlanmaktadır (Schlueter and Redden (n 2) § 1.1; Taliadoros (n 2) 278-279).

- 3 Hukuk sistemimize yapmış olduğu etki bakımından ayrı bir önem taşıyan Roma hukukunda da cezalandırıcı tazminat örnekleri bulmak mümkündür (Belli Sr (n 2) 2; Schlueter and Redden (n 2) § 1.2; Rustad and Koenig (n 2) 1285; Taliadoros (n 2) 279; Özden Merhacı (n 1) 78-79. Roma hukukunda cezalandırıcı tazminat örneği bulunmadığı yönünde kanaatimizce isabetsiz değerlendirmeler için bkz. Walther and Plein (n 2) 370; James B. Sales, ‘The Emergence of Punitive Damages in Product Liability Actions: A Further Assault on the Citadel’ (1983) 14(2) St. Mary’s Law Journal 351, 353. Konunun tartışmalı olduğu yönünde değerlendirmeler için bkz. Lenz (n 2) 13). Öncelikle Roma hukukunun haksız fiillerden sorumluluk alanında pek çok misliyle tazminat düzenlemesi bulundurduğunu belirtmek gerekmektedir. Örneğin hırsız suçüstü yakalanmamışsa çalınan eşyanın değerinin iki katını (*actio furti nec manifesti*); suçüstü yakalanmışsa çalınan eşyanın değerinin dört katını (*actio furti manifesti*) eşyanın sahibine ödemelidir (Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Juta & Co Ltd, 1992) 932 ve 936; Max Kaser, Rolf Knütel and Sebastian Lohsse, *Römisches Privatrecht* (21st edn, Beck 2017) §51 para 3 ve 5). Bu düzenlemeler, özel hukukta cezalandırma düşüncesinin varlığını ortaya koymak bakımından başlı başına yeterlidir. Ancak bu hukuk sisteminde cezalandırma düşüncesinin özel hukuk bağlamındaki yeri, yalnızca misliyle tazminata indirgenemeyecek sağlam bir temele dayanmaktadır. Roma haksız fiil hukukunun kökeninde, zarar görenin zarar verenden intikam alma hakkı yatmaktadır (Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law* (Oxford University Press 1962) 207; H.F. Jolowicz and Barry Nicholas, *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (3rd edn Cambridge University Press 1972) 172; Zimmermann (n 3) 914). İntikam alma hakkı, zaman içerisinde bir miktar paranın ödenmesini talep etme hakkına doğru evrilmiştir. Şöyle ki, Roma tarihinin ilk devirlerinde bir başkasının haksız eylemi neticesinde zarara uğrayan kişi, zarar veren kişinin bedeni üzerinde intikam hakkına dayalı bir hâkimiyete sahipti. Bu hâkimiyetin hak sahibine, zarar veren kişiyi öldürme yetkisi tanımakta olduğu kabul edilmekteydi. Ancak bu son derece sert yaklaşımın yerine zaman içerisinde kısas esası benimsendi. Buna göre zarar gören, kendi uğramış olduğu zarar ile aynı mahiyette olacak ve yine kendi uğramış olduğu zararı aşmayacak şekilde karşı tarafa zarar verebilmekteydi. Zamanla kısas esası da yerini diyet esasına bıraktı. Zarar veren kişi yahut yakınları tarafından diyet ödenmesi karşılığında, zarar gören bizzat intikam almaktan alıkonuluyordu (Zimmermann (n 3) 914; Kaser, Knütel and Lohsse (n 3) §32 para 4-7). Önceleri tarafların kendi aralarında müzakere ettikleri diyet bedellerinin daha sonra siyasi otorite tarafından belirli hâle getirilmesi neticesinde, her bir haksız fiil için *poena* olarak adlandırılan diyet tarifeleri ortaya çıkmış oldu (Zimmermann (n 3) 914; Kaser, Knütel and Lohsse (n 3) §50 para 3). Görüldüğü üzere haksız fiil yaptırımı olan bir miktar paranın ödenmesi yükümlülüğü, intikam alma hakkının ikamesi olarak doğmuştur. Bu anlamda Roma hukukunda haksız fiil yaptırımının, öncelikle cezalandırıcı bir karakter taşıdığı; telafi amacının ikinci planda kaldığı söylenebilir (Kaser, Knütel and Lohsse, §50 para 3). Erken dönem *poena* örnekleri XII Levha Kanunlarında mevcuttur; misalen özgür bir kişinin kemiğini kıran kişi 300 As, bir kölenin kemiğini kıran kişi ise 150 As ödemelidir. XII Levha Kanunları, VIII, 3: “*Manu fustive si os fregit libero CCC, si servo CL poenam subito*”. *Poena*’nın bu örnekteki gibi sabit bir miktar para olarak belirlenmiş olması mümkündür; ancak özellikle mala verilen zararlar bakımından *poena* miktarı ilgili malın değeri referans alınarak bu değerin iki, üç hatta dört katı biçiminde belirlenmiştir. Zamanla *poena* sisteminde iyice yerleşmiş; öyle ki mağdurun intikam hakkının bir uzantısından ziyade *actiones poenales* vasıtasıyla ileri sürülen bir özel hukuk cezası hâline gelmiştir (Zimmermann (n 3) 914-915). Roma hukukunda tazminatın cezalandırıcı fonksiyonuna ilişkin detaylı bir çalışma için bkz. Talya Şans Uçaryılmaz ve Haluk Emiroğlu, ‘Roma Hukukunda Haksız Fiil ve Suç İlişkisi Işığında Tazminatın Cezalandırıcı Fonksiyonu’ (2020) 69(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 835.

kavramı özel hukuktan dışlanmış; cezalandırıcı tazminat hem Anglo-Amerikan hem Kıta Avrupası hukuk çevresinde istisnai nitelikte görülmüştür.

Kıta Avrupası hukuk çevresinde yetişmiş olan hukukçular arasında, Anglo-Amerikan hukuk çevresinde cezalandırıcı tazminata çok yaygın olarak başvurulduğu yönünde bir ön yargı mevcuttur. Bu durum, yüksek miktarda cezalandırıcı tazminata hükmedilen dikkat çekici bazı Amerikan davalarının medyada geniş yer bulmasından kaynaklanmıştır⁴. Ancak Anglo-Amerikan hukuk çevresine ilişkin edinilmiş olan bu ön yargı, gerçeği yansıtmamaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Anglo-Amerikan hukuk çevresinin parçasını teşkil eden hukuk sistemlerinin her biri birbirinden farklı ve bağımsızdır⁵. Diğer pek çok hukuki kavramdaki gibi, bu kavram hakkında da Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinin tamamında uygulanan genel kuralların mevcut olduğunu söylemek mümkün

4 Bu konuda akla gelen ilk örnek, sıcak kahve davası olarak da anılan 1994 tarihli *Liebeck v McDonald's* davasıdır (*Liebeck v McDonald's Restaurants PTS Inc* No. CV-93-02419, 1995 WL 360309 (N.M. Dist. Aug. 18, 1994)). Bu ünlü dava medyaya önemli detaylarından yoksun ve hatta kısmen yanlış olarak yansımış; böylelikle cezalandırıcı tazminat hakkında hem Amerikan hem de uluslararası kamuoyu nezdinde yanlış bir itiba oluşmasına sebep olmuştur. Kamuoyunda bilindiği kadarıyla olay, satın aldığı kahveyi üstüne döken bir kadının yanık sebebiyle açtığı dava neticesinde milyonlarca dolar tazminata hak kazanmasından ibarettir. Oysa dava, bu sınırlı bilginin ortaya koyduğundan çok daha vahim bir olayı konu almaktadır; ayrıca davacı da çok daha düşük miktarda bir ödemeyi kabul ederek davalı ile uzlaşmıştır. Gerçekte 79 yaşındaki Stella Liebeck, kapalı bardaktaki kahvenin kapağını açmaya çalışırken kahveyi kucagina dökmüş ve pelvik bölgesinde tüm deri tabakalarını kemiğe kadar etkileyen üçüncü derece yanıklar oluşmuştur. Bu yaralanma neticesinde sekiz gün hastanede tedavi görmüş, deri yaması operasyonu geçirmiş, ardından iki yıllık bir süre boyunca da iş göremez durumda kalmıştır. McDonald's, yaşlı kadının tedavi masraflarını ödemeyi reddetmiştir. Ardından açılan davada, fast food zincirinin kahveyi uzun süredir üçüncü derece yanığa yol açabilecek şekilde aşırı sıcak olarak 82-88 °C aralığında servis ettiği; nitekim 1982-1992 tarihleri arasında aşırı sıcak kahve sebebiyle 700'ü aşkın yanık şikâyeti aldığı; ancak bu sayıyı istatistiksel olarak anlamlı bulmayarak kahvenin servis edildiği sıcaklıkta herhangi bir değişiklik yapmayı reddettiği anlaşılmıştır. Bunun üzerine jüri, Liebeck'e 160.000 USD telafi edici ve 2.700.000 USD cezalandırıcı olmak üzere toplam 2.860.000 USD tazminat ödenmesine karar vermiştir. Cezalandırıcı tazminatın miktarı, McDonald's tarafından iki gün içerisinde satılan kahveden elde edilen kâra eşit olacak şekilde hesaplanmıştır. Ancak hâkim bu miktarın aşırı olduğu gerekçesiyle jüri kararına müdahale etmiş; 160.000 USD telafi edici ve 480.000 USD cezalandırıcı olmak üzere toplam 640.000 USD tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Görüldüğü üzere mahkemenin hükmettiği cezalandırıcı tazminat, telafi edici tazminatın üç katından ibarettir. Karar neticesinde hem davacı hem davalı istinafa başvurmuş; ancak taraflar istinaf öncesinde gizli tuttukları bir miktar üzerinde anlaşarak uzlaşmışlardır. Tarafların sonuç olarak üzerinde anlaştıkları toplam miktarın 600.000 USD'den az olduğu belirtilmektedir. Davanın detayları hakkında bkz. Kevin G. Cain, 'And Now, the Rest of the Story: The McDonald's Coffee Lawsuit', (2007) 11(1) *Journal of Consumer & Commercial Law* 14. Kararın ABD haksız fiil hukukunda hâkim olan haksız fiil teorileri ışığında gerçekleştirilmiş Türkçe incelemesi için bkz. Gizem Arslan Demir, 'Haksız Fiil Hukukuna Yönelik Muhtelif Yaklaşımların Liebeck v McDonald's Davası Kapsamında İncelenmesi' iç Başak Baysal (ed) *Sorumluluk Hukuku Seminerler Makaleler 2017* (On İki Levha 2017) 66 vd. Bu davanın medya tarafından bağlamından kopararak manipülatif bir biçimde ele alındığına ilişkin kısa bir video için bkz. The New York Times, Retro Report: Scalded by Coffee, Then News Media, <<https://www.nytimes.com/video/us/100.000.002507537/scalded-by-coffee-then-news-media.html>> accessed 31 August 2022. Ayrıca ABD'de haksız fiil reformu konusunda yürütülen lobi faaliyetlerini eleştiren bir gözle ele alan ve bu çerçevede *Liebeck v McDonald's* davasını da inceleyen *Hot Coffee* isimli bir belgesel de mevcuttur.

5 Dünya nüfusunun yaklaşık üçte birinin, Anglo-Amerikan hukuk çevresine dahil edilebilecek hukuk sistemlerinin yürürlükte olduğu ülkelerde yaşamakta olduğu belirtilmektedir. Bu hukuk sistemlerinin tümünün kökeni, İngiliz hukukuna dayanır. Zamanının en büyük kolonyal gücü olan Britanya İmparatorluğu, Kuzey Amerika, Avustralya, Afrika ve Güneydoğu Asya'daki kolonilere yayılırken hukuk sistemini de beraberinde götürmüştür; Konrad Zweigert and Hein Kötz (translated by Tony Weir), *Introduction to Comparative Law* (3rd edn Oxford University Press 1998) 219. Ancak zaman içerisinde hem İngiliz hukukunun kendisinde hem de bu devletlerin hukuklarında meydana gelen değişiklikler neticesinde her biri birbirinden bağımsız ve farklı Anglo-Amerikan hukuk sistemleri ortaya çıkmıştır. Örneğin ABD'deki hukuk İngiliz hukuku temelli olsa bile, günümüzde bu iki hukuk sisteminde neredeyse taban tabana zıt bazı uygulamalar mevcuttur.

değildir. Anglo-Amerikan hukuk çevresinin önemli parçalarını teşkil eden ABD, Kanada, İrlanda, Avustralya ve Yeni Zelanda'daki cezalandırıcı tazminata ilişkin kurallar İngiliz hukukundan hareketle ortaya çıkmış olsa bile, günümüzde İngiliz hukukuna kıyasla ciddi farklılıklar arz etmektedir⁶. Diğer yandan bu kendine özgü yaklaşımlar değerlendirildiğinde cezalandırıcı tazminatın, ön yargının aksine, Anglo-Amerikan hukuk sistemlerindeki tazminat işleyişinin merkez kavramı olmaktan son derece uzak olduğu görülecektir. Belirli durumlarda cezalandırıcı tazminata hükmedilmesine olanak tanınsa bile, kavramın yerindeliği hâlâ son derece tartışmalıdır⁷. Cezalandırıcı tazminat özel hukuk çerçevesinde istisnai olarak başvurulacak bir hukuki çaredir ve bu durum pek çok yargı kararında sıklıkla vurgulanmaktadır⁸. Bu istisnai nitelikteki hukuki çarenin uygulama alanı büyük ölçüde haksız fiil ile sınırlandırılmıştır. Sözleşme hukuku bağlamında cezalandırıcı tazminata başvurmak kural olarak mümkün değildir⁹. Haksız fiiller alanında da cezalandırıcı tazminatın uygulama alanını ve miktarını kısıtlayan çok sayıda kural mevcuttur.

Cezalandırıcı tazminat kavramını belirli bir bakış açısıyla incelemeyi amaçlayan bu çalışma, İngiliz hukukuna odaklanmaktadır. Zira Anglo-Amerikan hukuk çevresinin parçasını teşkil eden her bir hukuk sistemi farklı ve bağımsız olmakla birlikte, İngiliz hukuk sistemi bu hukuk çevresinde özel bir öneme sahiptir. İlk olarak, günümüzde farklılaşmış olan bu hukuk sistemlerinin tümü köken olarak İngiliz hukukuna dayanmaktadır. Britanya İmparatorluğu, kolonizasyon sürecinde Kuzey Amerika, Avustralya, Afrika ve Güneydoğu Asya'ya yayılırken İngiliz hukuk sistemini de beraberinde götürmüştür. İngiliz hukukunun bu topraklardaki etkisinin düzeyi, pek çok faktöre ve özellikle ilgili kolonide kendi hukuk sistemi olan yerleşik bir siyasi düzenin bulunup bulunmamasına göre farklılık göstermiş; ama her hâlikârda ciddi bir belirleyici olmuştur. Bu hukuk sistemlerini Anglo-Amerikan hukuk çevresinin bir parçası kılan, aynı kökene, yani İngiliz hukukuna dayanmalarındır. İkincisi günümüzde bu hukuk sistemlerinin çoğu tamamen bağımsız bir yapı olma özelliği kazanmış ve İngiliz hukuk sistemi ile olan organik bağlarını koparmış olsa dahi, İngiliz hukuku önemli bir etki kaynağı

6 Bu konuda karşılaştırmalı bir inceleme için bkz. John Y. Gotanda, 'Punitive Damages: A Comparative Analysis' (2004) (42)2 Columbia Journal of Transnational Law 391, 398 ff.

7 Örneğin İngiltere ve Galler Hukuk Komisyonu (*Law Commission for England and Wales*), cezalandırıcı tazminatın özel hukuk kapsamında başvurulabilecek hukuki çareler arasından çıkarılıp çıkarılmamasına ilişkin olarak 1990'lı yıllarda bir tartışma yürütmüştür. Bu süreçte Komisyon, konuya ilişkin görüşlerin bildirilmesi için bir davette bulunmuş; ancak görüşlerin hepsinin birbirinden farklı olması ve belirli ana hatlar doğrultusunda bir araya getirilememesi sebebiyle süreç yönetilememiştir. Bunun üzerine içinde üç muhtemel reform önerisi içeren ek bir davette bulunulması gerekmiştir (Bkz. Sir Henry Brooke, 'A Brief Introduction: The Origins of Punitive Damages' in Hermut Koziol and Vanessa Wilcox (eds) *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Springer 2009) para 4). Komisyonun "Ağırlaştırılmış, Cezalandırıcı ve İade Edici Tazminatlar" başlıklı raporu, modern İngiliz hukukunda cezalandırıcı tazminatın yerini ortaya koyan önemli çalışmalardan biri olup; çalışmamız kapsamında da yeri geldikçe incelenecektir. Rapor için bkz. Law Commission for England and Wales, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages* (Law Com No 247, 16 December 1997).

8 Örneğin bir İngiliz kararı olan *Rookes v Barnard* uyarınca, tazminatın amacı mağdurun zararını tazmin etmekten ibarettir; cezalandırıcı tazminat, cezalandırma ve caydırma amacına yönelmek suretiyle özel hukuk ve ceza hukuku arasındaki ayrımı bulanıklaştıran bir anomalidir (*Rookes v Barnard* [1964] AC 1129 (HL), 1221). Keza ABD'de New Hampshire eyaletinde verilmiş bir karar olan *Fay v Parker*, cezalandırıcı tazminatı korkunç bir sapma olarak nitelendirmekte ve hukukun ahengini bozan çirkin ve sağlıksız bir şişkinlik olarak tarif etmektedir (*Fay v Parker* (1872) 53 NH 342, 382).

9 Bu konuda kısa bir genel değerlendirme için bkz. İstemi (n 1) 2698-2700.

olmaya devam etmektedir. Özellikle Kanada gibi bazı hukuk sistemlerindeki mahkeme kararlarında İngiliz hukukuna yapılan hem olumlu hem olumsuz pek çok atfa rastlamak hâlâ mümkündür.

Cezalandırıcı tazminat kavramının İngiliz hukukundaki tarihsel gelişimini ve güncel durumunu sunan bu çalışma, üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde cezalandırıcı tazminat kavramının İngiliz hukukundaki tarihsel gelişimi ele alınacaktır. Bu tarihsel gelişim, cezalandırıcı tazminatın haksız fiil hukuku alanında nasıl filizlendiğini açıklayacak; bu itibarla sözleşme hukuku alanında kısır kalmasının sebeplerini de dolaylı olarak ortaya koyacaktır (I). İkinci bölümde, cezalandırıcı tazminatın modern İngiliz hukukundaki uygulama alanı bazı önemli mahkeme kararları ışığında incelenecektir. Bu çerçevede haksız fiil hukukuna yoğunlaşılacaktır (II). Zira İngiliz hukukunda geleneksel olarak cezalandırıcı tazminatın yalnızca haksız fiilleri temel alan davalarda söz konusu olabileceği; sözleşme ihlaline dayalı olarak böyle bir tazminata hükmedilmesinin mümkün olmadığı anlayışı hâkimdir. Bununla birlikte bu durum, son dönemde bazı gelişmeler neticesinde tartışmaya açık hâle gelmiştir. Nitekim üçüncü ve son bölümde İngiliz sözleşme hukuku ile cezalandırıcı tazminat arasındaki ilişkiye dair güncel bazı gelişmelere değinilecektir (III).

I. CEZALANDIRICI TAZMİNAT KAVRAMININ İNGİLİZ HUKUKUNDAKİ TARİHSEL GELİŞİMİ

Cezalandırıcı tazminatın tarihsel olarak nasıl geliştiğinin ve kavramlaştığının incelenmesi, modern hukuktaki yerinin daha iyi anlaşılabilmesini sağlayacaktır¹⁰. Bu bağlamda tazminatın belirlenmesine ilişkin ilkelerin zaman içerisinde nasıl geliştiğinin ve değiştiğinin incelenmesi gerekmektedir. Zira zararı aşan miktarda tazminata hükmedilmesi, İngiliz hukukunun tarihsel gelişimi içerisinde tazminatın belirlenmesine ilişkin ilkelerin esnekliğine dayalı olarak kendiliğinden ortaya çıkmış bir olgudur (A). En nihayetinde cezalandırıcı tazminatın hukuki bir kavram olarak mahkeme kararlarına yansımaları, 1763 yılında gerçekleşmiştir (B). Aşağıda bu süreç açıklanmaya çalışılacak;

10 İngiliz hukuk tarihi, inceleme kolaylığı sağlaması açısından dört döneme ayrılabilir (Bu ayırım için bkz. René David and John E. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law* (3rd edn Steven 1985) 309-310). Birinci dönem, 1066 yılındaki Norman istilasının öncesidir. Bu dönemde yürürlükte olan yerel teamüllere dayalı hukuk, Anglosakson hukuku olarak anılmaktadır. Bu itibarla, kimi kaynaklarda Anglo-Amerikan hukuk çevresi olarak gruplandırılabilir hukuk sistemlerini ifade etmek üzere kullanılan Anglosakson hukuk sistemleri ifadesinin son derece isabetsiz olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Zira 1066 öncesi Anglosakson hukukunun günümüz Anglo-Amerikan hukuk sistemleri ile olan bağlantısı yok denecek kadar zayıftır. İkinci dönem, 1066 yılındaki Norman istilası ile 1485 yılları arasında kapsamaktadır. Krallık mahkemelerinin içtihatları vasıtasıyla ortaya çıkan *common law*, güçlenen merkezi güce paralel olarak bu dönemde doğmuş ve gelişmiştir. Üçüncü dönem Tudor hanedanının tahta çıktığı 1485 ile 1832 arasında kapsamaktadır. Bu döneme, Krallık mahkemelerinin geliştirdiği *common law*'un yanında onu tamamlayıcı olarak ortaya çıkan *equity law* damgasını vurmuştur. Son dönem ise, çeşitli hukuk reformlarının gerçekleşmeye başladığı 1832'den günümüze kadar uzanan dönemdir. Bu dönemde hukuk sistemine ilişkin kapsamlı reformlar yapılarak İngiliz hukuk sistemi günümüzdeki görünümüne kavuşturulmuştur. Ayrıca kanunların ağırlığı artmaya başlamış ve böylelikle parlamento ile hükümetin hukuk üzerindeki etkisi artmıştır. Modern İngiliz hukuku, aslı olarak bu dönemi konu almaktadır. Bu dönemlere ilişkin kısa ancak doyurucu bir inceleme için bkz. David/Brierley (n 10) 310 ff. İngiliz hukuk tarihi hakkındaki önde gelen eserler için bkz. Sir Frederick Pollock and Frederic William Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I Volume II* (2nd edn Liberty Fund 2010); J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History* (4th edn Butterworths Lexis Nexis 2002); Theodore F. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law* (5th edn Butterworth 1956).

ancak kavramın tarihsel gelişimine dair başkaca yorumların yapılmasının da mümkün olduğu hatırlatılacaktır (C).

A. TAZMİNATIN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN İLKELERİN ESNEKLİĞİNDEN DOĞAN BİR OLGU OLARAK CEZALANDIRICI TAZMİNAT

Esasen İngiliz hukukunda uzun süre boyunca tazminatın belirlenmesine ilişkin herhangi bir ilke mevcut değildi. Zira erken dönem *common law* davalarına konu olan uyuşmazlıklar salt eşyanın aynına ve eşya üzerindeki hâkimiyete ilişkin olduğu için dava neticesinde eşyanın iadesine yönelik kararlar veriliyor; herhangi bir tazminatın belirlenmesine gerek olmuyordu¹¹. Ancak on üçüncü yüzyılın başında *trespass*¹² kavramının *common law*'da gelişmesi ile birlikte, zararın tazminine hükmedilen kararlar yaygınlaştı ve tazminatın belirlenmesi de önem kazandı¹³. Bu dönemde İngiliz hukukunda jüriye atfedilen değer sebebiyle, tazminatı belirleme yetkisinin jüriye ait olduğu kabul edildi¹⁴. Bununla birlikte jürilerin belirlediği tazminat miktarları kimi zaman aşırı yahut çok yetersiz oluyor; bu durum da jüri kararlarının çeşitli hukuki kurumlar vasıtasıyla denetlenmesini zorunlu kılıyordu. İşte İngiliz tazminat hukukunun birkaç yüzyıllık gelişimi, jürinin tazminatı belirlemek konusundaki yetkisinin sınırlarına ve bu çerçevede verilen kararların denetlenme usullerine yoğunlaşan mahkeme kararları vasıtasıyla cereyan etti¹⁵.

Erken dönem İngiliz hukukunda uzun bir süre boyunca hatalı jüri kararlarına karşı başvurulabilecek yegâne yöntem, *writ of attain* idi¹⁶. Bu çerçevede jürinin kararını, yirmi dört kişiden oluşan büyük jüri inceliyordu¹⁷.

Bu dönem itibarıyla jüri henüz günümüzdeki rolünü üstlenmemişti; bizzat bilgi sahibi olmadığı bir konuda kendisine sunulan delilleri tarafsız olarak değerlendirme vasfına sahip değildi. Bunun yerine jüri, uyuşmazlık konusu olay hakkında bizzat bilgi sahibi olan veya bilgi edinebilecek kişilerden

11 George T. Washington, 'Damages in Contract at Common Law', (1931) 47(3) Law Quarterly Review 345, 345; Timothy J Sullivan, 'Punitive Damages in the Law of Contract: The Reality and the Illusion of Legal Change' (1977) 61(2) Minnesota Law Review 207, 208; Belli Sr (n 2) 3.

12 *Trespass*, haksız bir eylemde bulunmak suretiyle üçüncü bir kişinin şahsına yahut arazi ve taşınır mallarına zarar veren kişilere karşı açılan ve bu zararın tazminini amaçlayan bir davaydı. Görüldüğü üzere bu dava, kökeni itibarıyla haksız fiile ilişkindir; ancak zaman içerisinde *writ of debt* gibi davalar sözleşme hukuku alanındaki uyuşmazlıkları çözmekte yetersiz kaldığı için, sözleşme hukukunda da kullanılmıştır.

13 Washington (n 11) 345; Sullivan (n 11) 208-209. Bununla birlikte bu dönemden evvel de nadir olsa bile tazminata hükmedilen kimi durumlar bulunmaktaydı. Bu konuda bkz. Washington (n 11) 345.

14 Washington (n 11) 346; Belli Sr (n 2) 3; Sullivan (n 11) 209. Ancak bazı davalarda mahkeme bizzat kendisi tazminatı belirlemekteydi; bu konuda bkz. Washington (n 11) 351-353. İngiliz hukukunda tazminat davalarının büyük çoğunluğu on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısına kadar jüri huzurunda görülmekteydi. Bu tarihten sonra jürinin bu davalardaki görevi aşama aşama tasfiye edildi. Günümüzde tazminat davalarının jüri huzurunda görülmesi imkânı belirli dava türleri ve durumlar ile sınırlıdır. Bu konuda bkz. James Edelman, *McGregor on Damages* (20th edn, Sweet & Maxwell 2018) para 46-002.

15 Washington (n 11) 346; Sullivan (n 11) 210. Benzer ancak kısmen isabetsiz bulduğumuz açıklamalar için bkz. Özden Merhacı (n 1) 79-80.

16 Plucknett (n 10) 131; Sullivan (n 11) 210.

17 Washington (n 11) 346; Sullivan, fn 18; Taliadoros (n 2) 259; Edelman, *McGregor on Damages* (n 14) para 46-003 fn 13.

oluşturuluyor; bu kişiler konuya ilişkin bildiklerine dair tanıklık yaparak kendi bilgileri dahilinde bir karara (*verdictum*)¹⁸ varıyordu¹⁹. Nitekim büyük jürinin *attaint* çerçevesinde yaptığı inceleme de jüri üyelerinin herhangi bir usulsüzlüğe karışarak yemin altındayken yalan söyleyip söylemediklerine ilişkindi²⁰. Büyük jüri, jürinin kararının hatalı olduğu kanaatine varırsa yalnızca karar ortadan kaldırılmıyor; aynı zamanda jüri üyeleri ağır cezalara çarptırılıyordu²¹.

On üçüncü yüzyılın sonlarında, tazminatın hatalı belirlendiği iddiasıyla *attaint*'e başvuru olanağı kabul edilmisti²². Ancak, bu hukuki kurumun mahiyeti tazminat hukuku konusunda içtihat geliştirmeye uygun değildi. Büyük jüri, *ad hoc* olarak bir araya geldiği ve daimî görev yapmadığı için, bu oluşumun kararlarının tazminat hukuku konusunda tutarlı bir kurallar bütünü yaratması da mümkün değildi²³. Öte yandan on beşinci yüzyıl içerisinde kurum önemini kaybetmeye başladı; on altıncı yüzyıla gelindiğinde *writ of attaint* artık kullanılmaz hâle gelmişti²⁴.

On beşinci yüzyılda *writ of attaint*'in önemini yitirmesine paralel olarak, jürilerin belirlemiş olduğu tazminat miktarlarının denetlenmesi konusunda mahkemelere talepler sunulmaya başlandı. Bu çerçevede mahkemeler jüri kararlarının denetlenmesi konusunda sahip oldukları yetkiyi, tazminatın belirlenmesine ilişkin kararlarda da kullanmaya başladı. Ancak bu imtiyaz, oldukça sınırlı bir çerçevede kullanılıyordu; mahkemeler yalnızca uğranan zararın mahiyeti konusunda *conusans* sahibi oldukları durumda jüri kararlarına müdahale ediyorlardı²⁵. Bu dönemde *conusans* kavramı, zararın mahiyeti konusundaki bilginin kesinliği (*certainty of information*) olarak yorumlanıyordu; başka bir deyişle mahkemelerin jüri kararına müdahale etmesi için hâkimin uğranan zararın mahiyeti konusunda kesin bilgi sahibi olması gerekiyordu²⁶.

Yukarıda da belirtildiği üzere, jüri dava konusu olay hakkında bizzat bilgi sahibi olan kişilerden oluşmaktaydı; buna karşılık hâkimin bilgisi mahkeme salonunda gördükleriyle sınırlıydı. Dolayısıyla hâkimin zararın mahiyeti konusundaki bilgisi jüriye kıyasla genellikle çok daha azdı. Bu sebeple, mahkemeler *conusans* kavramını yorumlarken temkinli davranıyor ve müdahalelerini oldukça

18 *Verdictum* kelimesi, Latince'de "gerçek" anlamına gelir. Bu isimlendirme, jürinin kararı vasıtasıyla gerçeği ortaya koyduğu düşüncesine dayanır. Nitekim günümüzde jüri kararları, maddi vakıalara ilişkin uyuşmazlık konusu hususları çözüme kavuşturmakta ve *verdict* olarak anılmaktadır.

19 Taliadoros (n 2) 259.

20 Plucknett (n 10) 131; Baker (n 10) 137; Taliadoros (n 2) 259.

21 Jürinin hatalı karar verdiği sonucuna varılması, aynı zamanda yalan beyanda bulunduğu anlamına geliyordu. Bu çerçevede jüri üyeleri hapse atılıyor, mallarına el konuluyor, evleri yıkılıyor, ormanları kesiliyor, çayırıları sökülüyor, kendileri hukuk nazarımda haysiyetsiz ilan ediliyordu; Plucknett (n 10) 131; Sullivan (n 11) 210 fn 24; Belli Sr (n 2) 3. Bununla birlikte tazminatın belirlenmesine ilişkin bir *attaint* söz konusu olduğu vakit, davanın cezai niteliği önemini kaybediyordu. Aleyhine tazminata hükmedilen kişi nezdinde fiili bir zarar oluşmasına neden olunmadığı müddetçe, jüri üyeleri cezalandırılmıyordu; Washington (n 11) 349.

22 Washington (n 11) 348. Tazminatın hatalı belirlenmesine ilişkin olarak *writ of attaint*'e başvuru olanağının tam olarak hangi tarihte kabul edildiğine ilişkin tartışmalar için bkz. Washington (n 11) 347-348.

23 Washington (n 11) 349; Sullivan (n 11) 210.

24 Washington (n 11) 350; Baker (n 10) 136; Sullivan (n 11) 211; Taliadoros (n 2) 260. Bununla birlikte *writ of attaint* kurumu resmi anlamda 1825 yılında ortadan kalkmıştır; Taliadoros (n 2) 260; Baker (n 10) 136.

25 Washington (n 11) 354.

26 Washington (n 11) 355; Sullivan (n 11) 211.

sınırlı tutuyordu²⁷. Bu tutum, on yedinci yüzyıla kadar artan bir muhafazakarlıkla devam etti²⁸. Öyle ki günümüzde haksız fiil çatısı altında değerlendirilebilecek çoğu davada jürinin tazminata ilişkin kararlarına müdahale talepleri reddediliyordu²⁹. Zira zarara sebebiyet veren durumu jüri üyeleri bizzat gözlemlemiş, hâkim ise görmemişken; hâkimin zararı jüri üyelerinden daha doğru takdir etmesi için herhangi bir gerekçenin bulunmadığı düşünülüyordu. Örneğin taraflardan birinin diğerini ağaçlarını kesmiş olması sebebiyle dava ettiği olayda hâkim, jüri üyelerinin aksine araziye hiç görmemişti. Bu sebeple zararın miktarını jüriden daha doğru takdir edeceğini söylemek mümkün değildi. Buna karşılık istisnai bazı haksız fiil örneklerinde hâkim zararın mahiyetini mahkeme salonunda bizzat gözlemleyebildiği için, jürinin tazminat konusundaki kararlarına müdahale edebiliyordu. Örneğin bir kişinin bir başkasının bedenine kasten zarar verecek şekilde müdahalesini konu alan bir *battery* davasında, hâkimin vücut bütünlüğüne müdahale edilen kişiyi mahkeme salonunda gözlemleyebilmesi mümkündü. Bu çerçevede hâkim zararın mahiyeti konusunda kesin bilgi sahibi olduğu için jürinin karar verdiği tazminat miktarını değiştirebilirdi³⁰. Diğer yandan sözleşmeye ilişkin davalarda haksız fiil çatısı altındaki davaların aksine mahkeme tazminat kararlarına müdahale edebiliyordu. Şöyle ki, *writ of debt* çerçevesinde sözleşmeden kaynaklanan bir borcun ifasının talep edildiği davalarda zararın mahiyeti konusunda mahkeme nezdinde kesin bilginin bulunduğu kabul ediliyordu³¹.

On yedinci yüzyılın başına gelindiğinde *attaint*'in artık hiç kullanılmıyor olması ve mahkemelerin jüri kararlarına müdahale konusunda kendilerini son derece sınırlı olarak yetkili görmeleri, İngiliz hukukunda sadece tazminat konusuna özgü olmayan geniş kapsamlı bir sorun doğurmuştu³². Jüri kararlarının denetlenmesi konusunda basit ve etkili bir yöntem ihtiyacı vardı. İngiliz hukukunun o dönemki ikili yapısı çerçevesinde hakkaniyete yönelik çözümler üreten *equity law*³³, bu sorunu

27 Washington (n 11) 355; Sullivan (n 11) 211.

28 Washington (n 11) 356.

29 Washington (n 11) 356; Sullivan (n 11) 211. Örnek kararlar için bkz. Washington (n 11) 356 fn 15.

30 Washington (n 11) 355.

31 Washington (n 11) 356; Sullivan (n 11) 211. Örnek kararlar için bkz. Washington (n 11) 356 fn 14.

32 Washington (n 11) 358; Sullivan (n 11) 211.

33 İngiliz hukuku, on beşinci yüzyıldan itibaren *common law* ve *equity law*'dan müteşekkil ikili bir hukuk düzeni görünümü sergilemiştir. *Common law*, İngiliz hukukunun çekirdeğini oluşturmuş; *equity law* ise bu çekirdekteki kuralların hakkaniyete uygun bir şekilde uygulanabilmesi için tamamlayıcı rol üstlenmiştir. *Common law*, 1066 yılındaki Norman istilasının ardından güçlenmeye başlayan merkezi yönetime paralel olarak faaliyete geçen krallık mahkemeleri *Court of King's Bench*, *Court of Common Pleas* ve *Exchequer* eliyle gelişen hukuktur. O dönemde hâlâ yerel teamüllere dayalı olarak faaliyet göstermekte olan yerel mahkemelerden farklı olarak krallık mahkemeleri, içtihatları vasıtasıyla tüm krallık bakımından "ortak olan hukuku" ortaya koymuştur (Krallık mahkemelerinin yapısı ve tarihsel gelişimi hakkında bkz. Baker (n 10) 37 ff). Ancak şekilci bir düşünce yapısının hâkim olduğu *common law* sisteminin, adaleti sağlamak bakımından tek başına yeterli olmadığı zaman içerisinde anlaşılmıştır. Her şeyden önce, bu yapı tıpkı Roma hukukundaki gibi bir davalar sistemi olarak kurgulanmıştır. Bir kişinin dava hakkının olabilmesi için iddia ve talebinin önceden tanımlanmış olan *writ*'lerden birinin kapsamına girmesi ve *writ*'in ilgili merciden belirli bir bedel ödemek suretiyle temin edilmesi gerekmektedir (*Writ* sistemi hakkında bkz. Baker (n 10) 53 ff). Diğer yandan ispat kurallarının sertliği ve jüri yargılamasının belirsizlikleri de sistemin işleyiş bakımından bazı sıkıntılar doğurmuştur. Ayrıca zaman ilerleyip içtihat hukukunun ürettiği kurallar belirgin hâle geldikçe muhafazakâr bir tutum benimsenmiştir. Hâkimler mevcut kurallara sıkı sıkıya bağlı kalmış ve ferdi davalara ilişkin istisnalar yaratmaktan kaçınmıştır. *Common law*'un bu açmazları, *Court of Chancery* eliyle gelişen *equity law* vasıtasıyla çözülmüştür. *Court of Chancery*'nin temel düsturu hakkaniyettir. Böylelikle şekilcilikten uzak, krallık mahkemelerine kıyasla daha ucuz ve hızlı bir hukuki mekanizma

aşmak üzere yeniden yargılama kurumunu gündeme getirdi³⁴. *Chancellor*, jürinin adil olmayan bir karar verdiği ve mahkemenin de buna dayanarak uyuşmazlık konusu olayı karara bağladığı davalara ilişkin olarak yeniden yargılamaya hükmetmeye başladı. İkili yapının diğer kanadını teşkil eden *common law* çerçevesinde işleyen mahkemeler de bu yönelimden etkilenince yeniden yargılama kararları arttı³⁵. Yeniden yargılama kurumunun, on beşinci yüzyılda jüri kararlarının denetlenmesi konusunda geliştirilen tavrıdan önemli bir farkı bulunmaktaydı. Kendisine başvurulmuş üst mahkeme, önceki dönemden farklı olarak tazminat miktarına doğrudan müdahale ederek yeni bir tazminata hükmetmemekte; yalnızca yeniden yargılama yapılması yoluyla yeni bir tazminat miktarının belirlenmesini emretmekte ve dolaylı bir müdahalede bulunmaktaydı³⁶. Bu çerçevede yeniden yargılama kararı verilen hâllerden biri de tazminatın belirlenmesine ilişkin hatalardır; 1655 yılındaki *Wood v Gunston*³⁷ kararıyla salt tazminatın belirlenmesi konusundaki bir hataya dayalı olarak ilk defa yeniden yargılamaya hükmedildi³⁸.

Başlangıçta mahkemeler jüri görevini kötüye kullanmadığı (*misconduct*) müddetçe bu içtihadı takip etmek ve yeniden yargılama kararı vermek konusunda isteksizdi³⁹. Bu isteksizlik zaman içerisinde kırıldı, ancak bu defa da iki ayrı krallık mahkemesi olan *Court of King's Bench* ile *Court of Common Pleas* arasında bazı uygulama farklılıkları doğdu⁴⁰. Nihayet on sekizinci yüzyıl sonuna gelindiğinde, mahkemeler hangi hâllerde jürinin tazminatı yanlış belirlemiş olmasından hareketle yeniden yargılama yapılacağı konusunda temel olarak uzlaşmıştı⁴¹. Bu çerçevede yapılan inceleme, eski dönemde jüri kararlarının denetimi konusunda ortaya çıkan haksız fiil ve sözleşme ayrımını koruyor; hatta daha da derinleştiriyordu.

devreye sokulmuştur (Baker (n 10) 102). Bu durum karşısında iki yapı arasında başlayan rekabet, uzun vadede *common law*'un gelişimine de ivme kazandırmıştır (Baker (n 10) 105). İngiliz hukukunun bu ikili yapısı, bu mahkemelerin tümünü *Supreme Court of Judicature* çatısı altında toplayan *Judicature Acts* vasıtasıyla en azından görünüşte ortadan kaldırmıştır. Ancak sistem içerisinde *common law* ve *equity law*'un bağımsız karakterlerini korudukları belirtilmektedir (*Court of Chancery ve Equity* hakkında bkz. Baker (n 10) 97 ff). *Common law* ve *equity* ayrımına ilişkin olarak Türkçe açıklamalar için bkz. Arzu Oğuz, *Karşılaştırmalı Hukuk* (2. Bası, Yetkin 2020) 269-273.

34 On altıncı yüzyılda jüri kararlarının denetimi konusunda mevcut olan usuller hakkında bkz. Baker (n 10) 72-74.

35 Washington (n 11) 358; Sullivan (n 11) 212; Taliadoros (n 2) 261. Bu konuda farklı mahkemelerin benimsediği farklı tutumlar için bkz. Taliadoros (n 2) 261 ff. Aslında *writ of attain'ten* yeniden yargılamaya uzanan yol, jüri kavramının İngiliz hukukundaki gelişiminin doğal bir sonucudur. İlk dönemde jürinin işlevi uyuşmazlık konusu olaya ilişkin tanıklık yapmak iken, yanlış karara varılması jürinin yalan söylediği sonucuna varılmasını gerektiriyordu. Oysa jürinin işlevi tanıklıktan ziyade mahkemeye sunulan delilleri değerlendirme üzerinde yoğunlaşmaya başladıkça, *attaint* temelsiz kalmış oldu. Bu kişilerin yanlış karara varmaları durumunda cezalandırılmalarını gerektiren herhangi bir durum yoktu. Nitekim yeniden yargılamanın yerleşik hâle gelmesi ile birlikte, İngiliz hukukunda jürinin kendi bilgisi dahilinde karara varacağına ilişkin kuralın son kalıntıları da ortadan kalkmış oldu; Washington (n 11) 859-860.

36 Edelman, *McGregor on Damages* (n 14) para 46-003. İngiliz hukukundaki güncel durum hakkında bkz. Edelman, *McGregor on Damages* (n 14) para 46-004 and 46-005.

37 *Wood v Gunston* (1655) Style 466, 82 ER 867.

38 Washington (n 11) 362; Sullivan (n 11) 212. *Taliadoros*, bu kararın tartışılabilir mahiyetine dikkat çekmektedir; zira bazı kaynaklarda yeniden yargılama sebebinin tazminatın belirlenmesi konusundaki hata değil, jürinin taraflı davranışı olduğu belirtilmektedir; örneğin bkz. Edelman, *McGregor on Damages* (n 14) para 46-017 (*Taliadoros* (n 2) 261).

39 Washington (n 11) 363.

40 Bu mahkemeler arasındaki uygulama farklılığı, *Court King's Bench*'in vermiş olduğu *Chambers v Robinson* ((1726) 2 Stra 691, 93 ER 787) ile *Court of Common Pleas*'in vermiş olduğu *Beardmore v Carrington* ((1764) 2 Wils 244, 95 ER 790) kararları karşılaştırılarak gözlemlenebilir.

41 Washington (n 11) 364.

Şöyle ki eski dönemde jüri kararlarının denetimi konusunda esas alınan *zararın mahiyeti konusundaki bilginin kesinliği* (*certainty of information*) kriteri, *zarar miktarının kesinliği* (*certainty of damages*) kriterine evrildi⁴². Washington'ın fikrine göre, zararın mahiyeti konusundaki bilgi yerine zarar miktarına odaklanmak sözleşme ile haksız fiil arasında genel bir kategorik ayırım yapılması sonucunu doğurdu⁴³. Davacının sözleşmeden kaynaklanan bir borcun ifa edilmemesi gerekçesiyle açtığı davada zararın miktarı kesin olarak hesaplanabiliyordu. Buna karşılık haksız fiil davalarında tazmini talep edilebilen zararın kesin olarak hesaplanabilmesi genellikle mümkün değildi. Bu sebeple, sözleşmeye ilişkin davalarda yeniden yargılamaya kolaylıkla hükmedilirken; haksız fiile ilişkin davalarda yeniden yargılamaya hükmedilebilmesi tazminat miktarının aşırı olduğunun ilk bakışta anlaşıldığı sınırlı hâllerde söz konusu oluyordu. Eski dönemde haksız fiil davalarının en azından bir kısmında jüri kararlarına kolaylıkla müdahale edilirken, artık haksız fiil davalarında yeniden yargılamaya hükmedilmesi talebi kategorik olarak zorlaşmıştı⁴⁴. Bu genelleştirme neticesinde neredeyse tüm haksız fiiller aynı potada eritiliyordu; ağaç kesilmesi ve başkasına kasten zarar verecek şekilde temasta bulunulması örnekleri üzerinden yukarıda açıklanan ayırım anlamını yitirdi⁴⁵. Eski dönemde bir kişinin başkasına kasten saldırarak bacağının kesilmesine sebep olmasını konu alan davada jüri kararına müdahale edip etmemeyi değerlendiren mahkeme, *zararın mahiyeti konusundaki bilginin kesinliğine* (yani zararın bir bacağın eksikliğinden kaynaklandığı konusundaki bilginin kesin olup olmadığına) odaklanıyordu. Hâkimin bacağı kesilen kişiyi mahkeme salonunda görmesi ve bacağın eksikliğini gözlemleyerek zararın mahiyeti konusunda kesin bilgiye sahip olduğu gerekçesiyle jüri kararına müdahale etmesi mümkündü. Oysa mahkeme kriter olarak *zarar miktarının kesinliğini* benimsediğinde, bir bacağın eksikliğine biçilebilecek değer ne olduğuna odaklanıyordu. Bu değer en azından maddi tazminata tekabül etmeyen kısmının tam olarak hesaplanabilmesi mümkün olmadığı için de çoğu zaman yeniden yargılamaya hükmedilmiyordu⁴⁶. Sözleşme ile haksız fiillere yönelik bu yaklaşım farkı, 1774 tarihli bir karardaki şu ifadelerde kristalize olmuştu: “*Haksız fiil ile ilgili konularda sözleşmeye ilişkin olarak uygulanan kuralın aynısı uygulanmaz. Sözleşmede tazminatın miktarı genellikle bir hesap meselesinden ibarettir ve hükmedilen tazminatın doğru veya yanlış olduğunun ortaya koyulması mümkündür. Ancak haksız fiillerde jüriye daha fazla özgürlük tanınmıştır ve yeniden yargılamaya hükmedilebilmesi için tazminatın aşırı ve şok edici olması gerekir.*”⁴⁷

İngiliz hukuk tarihinin gelişiminden anlaşıldığı kadarıyla haksız fiil temeline dayalı davalarda zararın kesin olarak hesaplanamamasının sebebi, bu tür davalarda sözleşmeye dayalı davaların aksine maddi olmayan zararın da rol oynamasından ileri gelmektedir. Maddi olmayan zarar kavramı

42 Washington (n 11) 364.

43 Washington (n 11) 364.

44 *Court of Common Pleas* tarafından kullanılan kriter, tazminat miktarının insanın yüzünün kızarmasına sebep olacak kadar şok edici ve aşırı olmasıydı. *Court of King's Bench* ise her davada takdir yetkisini kullanıyordu. Bkz. Washington (n 11) 364; Taliadoros (n 2) 262.

45 Sullivan (n 11) 211.

46 Çeşitli haksız fiil örnekleri için bkz. *Lord Townsend v Hughes* (1676) 2 Mod 150, 86 ER 994; *Gilbert v Burtenshaw* (1774) 1 Cowp 230, 98 ER 1059; *Wilford v Berkeley* (1758) 1 Burr 690, 97 ER 472; *Redshaw v Brook* (1769) 2 Wils 405, 95 ER 887 (1769); *Hewlett v Cruchley* (1813) 5 Taunt 277, 128 ER 696.

47 *Sharpe v Brice* (1774) 2 Black W 942, 96 ER 557.

(*non-pecuniary loss*), geleneksel olarak haksız fiil hukuku bağlamında gelişmiş; sözleşme hukukunda tazmin edilebilir nitelik kazanması çok daha sonraki dönemlerde sınırlı olarak söz konusu olmuştur. Öyle ki İngiliz tazminat hukukunun en önemli eserlerinden birinde belirtildiği üzere günümüzde dahi, maddi olmayan zararın tazmini haksız fiil açısından kuralken; sözleşme açısından istisnadır⁴⁸. Nitekim cezalandırıcı tazminatın gelişmekte olduğu bu dönemde, haksız fiile maruz kalan kişinin uğradığı zararı tazmin edebilmek bakımından maddi zararın yanı sıra maddi olmayan zarar kalemleri de dikkate alınmaktaydı⁴⁹. Maddi olmayan zarar kalemlerine kesin bir parasal değer atfedebilmenin imkânsızlığı sebebiyle mahkeme, jürinin bu konudaki takdirine bir alan bırakıyordu. Jüri aşırıya kaçarak bu alanın sınırlarını aşmadıkça, jürinin kararına müdahale sonucunu doğuracak bir yeniden yargılamaya hükmetmiyordu. Oysa sözleşmeye dayalı davalarda hükmedilen tazminat, maddi zarar kalemlerinden ibaretti ve bu kalemlerin kesin bir parasal değer olarak karşılığı bulunduğu için jüriye böyle bir hareket alanı bırakılmamaktaydı⁵⁰. Bu anlamda cezalandırıcı tazminatın, maddi olmayan tazminat kalemleri ile aynı kökten türediğini söylemek kanaatimizce mümkündür.

Cezalandırıcı tazminat, bu tarihsel altyapıya dayanarak sistem içerisinde kendisine yer bulmuştur. Haksız fiil davalarında tazminatı belirlerken çok daha geniş bir takdir yetkisine sahip olan jüri, kimi zaman maddi zarar toplamını oldukça aşacak tazminatlara hükmetmiştir. Bu gibi tazminatların maddi zararı aşan kısmının içerisinde “mağdurun uğramış olduğu maddi olmayan zararı telafi etme düşüncesi” ve “faili cezalandırma düşüncesi” iç içe geçmiştir. Zira maddi olmayan zararların tazmini bakımından telafi ile cezalandırma unsurlarını birbirinden ayırt etmek imkânsız olmasa bile son derece zordur⁵¹. Nitekim mahkeme de maddi olmayan zarar kalemlerine kesin bir parasal değer biçmek mümkün olmadığı için, bu iki düşüncüyü birbirinden ayırt edememiş ve miktar aşırı olmadıkça bu tazminat kararlarına herhangi bir müdahalede bulunmamıştır. Böylelikle sistem içerisinde yerleşen faili cezalandırma düşüncesi, bir noktadan sonra bağımsız olarak cezalandırıcı tazminat adı altında kavramlaştırılmıştır. Sözleşmeye ilişkin davalarda ise kesin bir parasal değer biçilebilen maddi zararı

48 Edelman, *McGregor on Damages* (n 14) para 3-001. Günümüzde İngiliz hukukunda sözleşme ve haksız fiil hukukunda maddi olmayan zararın tazminine ilişkin olarak bkz. Edelman, *McGregor on Damages* (n 14) para 3-001 ff.

49 Maddi olmayan tazminat kalemlerinin başında gelen acı ve ızdırap tazminatı (*pain and suffering*), on sekizinci yüzyılın son dönemine kadar mahkeme kararlarında veya hukuk literatüründe açıkça kavramlaştırılarak incelenen bir tazminat kalemi değildi (Jeffrey O’Connell and Theodore M. Bailey, ‘The History of Payment in Pain and Suffering’ (1972) (1) University of Illinois Law Forum 83, 87). 1773 tarihli *Scott v Shepherd* kararı ((1773) 3 Wils 403, 95 ER 1124), acı ve ızdırap tazminatının ayrı bir tazminat kalemi olarak kavramlaştırıldığı ilk karardır. Ancak açıkça kavramlaştırılmamakla birlikte, İngiliz hukukunda maddi olmayan zararın tazmini, kökleri 1066 öncesindeki Anglosakson hukukuna kadar dayanan bir gelenektir (O’Connell and Bailey (n 49) 87-88). Jüri haksız fiil davalarında tazminata hükmederken mağdurun maruz kalmış olduğu acı ve ızdırabı dikkate almaktaydı (O’Connell and Bailey (n 49) 90).

50 Bu ayrım, günümüzde tazminat kararlarının denetlenmesi konusunda benimsenen tavrda etkisini hâlâ sürdürmektedir. *Praed v Graham* kararında ((1889) 24 QBD 53) belirlenmiş olan kıstas uyarınca günümüzde bir tazminat kararına müdahale edilmesi için, belirlenmiş olan tazminat miktarının “herhangi on iki kişinin somut olayın tüm koşullarını dikkate almak suretiyle makul olarak belirlemesinin mümkün olmayacağı kadar aşırı olması” gerekmektedir. Bu muğlak kıstasın uygulanması, tazminat miktarının daha esnek olarak belirlendiği davalar ile tazminat miktarının daha sabit olarak belirlendiği davalar arasında farklılık gösterir. Tazminat miktarının daha esnek belirlendiği çoğu haksız fiil davası bakımından karara müdahale, tazminat miktarının daha sabit belirlendiği çoğu sözleşme davasına kıyasla kolaydır; bkz. Edelman, *McGregor on Damages* (n 14) para 46-019. Bu yaklaşım farkının detaylı değerlendirmesi için jürilerin belirlediği tazminat bakımından bkz. Edelman, *McGregor on Damages* (n 14) para 46-019 ff; mahkemenin belirlediği tazminat bakımından bkz. Edelman, *McGregor on Damages* (n 14) para 46-030 ff.

51 Zimmermann (n 3) 1094 fn 317.

aşan tazminata kolaylıkla müdahale edildiği için, cezalandırıcı tazminat uygulaması kendisine yer edinememiştir. Bu tarihsel gelişimin bir tesadüfü olarak cezalandırıcı tazminat haksız fiil hukukunda yerleşik hâle gelmiş; sözleşme hukukundan ise dışlanmıştır⁵².

Görüldüğü üzere İngiliz hukukundaki cezalandırıcı tazminat, hukuk tarihindeki gelişmelerin bir sonucu olup; üzerinde düşünülmüş sistemli bir çalışmanın ortaya koyduğu bir ürün değildir⁵³. Öyle ki, esasen uzun bir süre boyunca jüri kararlarına dayalı olarak zararı aşan tazminat miktarlarına hükmedilmiş; ancak cezalandırıcı tazminat adı altında özel bir sınıflandırmaya veya gerekçelendirmeye tâbi tutulmamıştır⁵⁴.

B. CEZALANDIRICI TAZMİNATIN BİR KAVRAM OLARAK MAHKEME KARARLARINDA YER ALMASI

Cezalandırıcı tazminatın ibret tazminatı (*exemplary damages*) adı altında özel olarak açıkça kavramlaştırıldığı ilk kararlar olarak, 1763 tarihli *Wilkes v Wood*⁵⁵ ve *Huckle v Money*⁵⁶ kararları anılmaktadır⁵⁷.

Bu uyuşmazlıkların her ikisinin de temelinde anonim olarak yayımlanan muhalif *The North Briton* gazetesinin Kral III. George yönetimini oldukça sert sözlerle eleştirdiği 45. sayısı yatmaktadır. O dönemde bakanlık yapmakta olan Lord Halifax, belirtilen sayının yayımlanmasının akabinde gazetenin yazarları, matbaacıları ve yayımcılarının yakalanmasına yönelik genel bir emir çıkarmıştır. Bu genel emir, ismen belirtilen herhangi bir kişiye yönelik olarak herhangi bir suç isnadında bulunmamaktadır.

İşte *Wilkes v Wood* davasının konusu da bu hukuka aykırı emre istinaden gazetenin yayımcısı olan politikacı ve gazeteci Wilkes'in evinin aranması ve evindeki dolapların kilitlerinin kırılarak evraklarına el konulmasıdır. Wilkes, söz konusu işlemlere nezaret etmek üzere Lord Halifax tarafından görevlendirilen Wood'a karşı tazminat talebiyle *trespass* davası açmıştır. Jüri, davacı Wilkes lehine karar vermiş ve davacıya 1000 £ ödenmesine karar vermiştir. Baş Yargıç Lord Pratt,

52 Sullivan (n 11) 218.

53 Sullivan (n 11) 214.

54 *Oldham*, bu çerçevede 1676 tarihli bir kararı (*Lord Townsend v Hughes* (1676) 2 Mod 150, 86 ER 994) örnek göstermektedir. Karara konu olan olay, davalının davacıya değersiz bir adam olduğunu ve hukuk ile mantığa aykırı davrandığını söylemek suretiyle davacıyı itibarsızlaştırmış olmasıdır. Yargılama neticesinde jüri davalının tazminat olarak 4.000 £ ödemesine karar vermiş; bunun üzerine davalı bu tazminatın aşırı olduğu iddiasıyla mahkemeden yeniden yargılamaya hükmetmesini talep etmiştir. Mahkeme oy çokluğuyla bu talebi reddetmiş; davacının haysiyetine ancak jürinin değer biçebileceğini ve dolayısıyla maruz kaldığı zararın miktarını ancak jürinin belirleyebileceğini belirtmiştir. Yargıç Atkyns ise tazminatın orantısız olduğu gerekçesiyle çoğunluk kararına muhalif kalmıştır. Kararı değerlendiren *Oldham*, jürinin tazminat miktarını belirlerken cezalandırma amacıyla hareket ettiği; mahkemenin de bunun farkında olmasına rağmen kararı kaldırmayarak zararı aşan bir tazminata hükmettiği tespitinde bulunmuştur (James Oldham, *Trial by Jury: The Seventh Amendment and Anglo-American Special Juries* (New York University Press 2006) 68).

55 *Wilkes v Wood* (1763) Lofft 1, 98 ER 489.

56 *Huckle v Money* (1763) 2 Wils 205, 95 ER 768.

57 *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129 (HL), 1221-1222; Taliadoros (n 2) 257; Schlueter and Redden (n 2) §1.3(A); Edelman, *McGregor on Damages* (n 14) para 11-002; Özden Merhacı (n 1) 81; Güleriyüz ve Zorluoğlu Yılmaz (n 1) 330-331.

bu 1000 £ tutarındaki tazminatı bir ibret tazminatı olarak nitelendirmiş ve şu ifadelerle yerinde bulmuştur: “*Jürinin uğranan zararı aşan miktarda bir tazminat ödenmesine karar vermek konusunda yetkili olduğu görüşündeyim. Tazminat yalnızca zarar gören kişinin zararının tazmin edilmesini değil, suçlunun cezalandırılmasını ve gelecekte böyle bir davranışta bulunulmasının caydırılmasını amaçlar; aynı zamanda jürinin bu davranışa ilişkin nefretini ifade eder.*”⁵⁸

Diğer yandan *Huckle v Money* davasının konusu, aynı emre istinaden gazetenin matbaacısı olduğu düşünülen Huckle’in yaklaşık altı saat süreyle alıkonulmasıdır. Huckle’in tazminat talebiyle açtığı davada jüri, davacı Huckle lehine karar vermiş ve davacıya 300 £ ödenmesine karar vermiştir. Bunun üzerine davalı taraf, jürinin belirlediği tazminatın aşırı olduğu iddiasıyla mahkemeden jüri kararının kaldırılmasını talep etmiştir. Alıkonulan matbaa çalışanının haftalık kazancının bir gine (yaklaşık 1 £) olduğunu; üstelik alıkonulduğu sürede kendisine biftek ve bira ikram edilerek çok nazik davranıldığını, dolayısıyla davacının hiç zarara uğramadığını yahut çok az zarara uğradığını ileri sürmüştür. Baş Yargıç Lord Pratt de davacının uğradığı zararın çok az olduğunu kabul etmiş; jüri tazminatı belirlerken yalnızca uğranan zararı göz önüne almış olsaydı 20 £ tutarında bir tazminatın dahi yeterli olabileceğini belirtmiştir.⁵⁹ Ancak devamında jürinin tazminatı belirlerken zarar miktarı dışındaki başka unsurları da dikkate aldığını şu sözlerle vurgulamıştır: “*Jüri nazarında davacının uğramış olduğu zararın azlığı yahut toplumdaki yeri ve konumunun önemsizliğinden ziyade, bu kişinin özgürlüğüne yapılan müdahale belirleyici olmuştur. Jüri, tebaa üzerindeki yetkisini keyfi olarak kullanan, Magna Charta’yı ihlal eden ve dava konusu genel emrin yasal olduğu konusunda ısrar ederek krallıktaki özgürlüğü yok etme teşebbüsünde bulunan bir Magistrate ve bu emrin hukuka uygun olduğu iddiasını zorba ve sert bir tutumla desteklemeye çabalayan King’s Counsel ve Solicitor of Treasury ile muhatap olmuştur*”⁶⁰. Jüriye yargılama sırasında çarpıcı gelenler bunlardır ve bu noktada ibret tazminatına karar vermekte haklı olduklarını düşünmekteyim. Bir kişinin evine herhangi bir isim içermeyen bir emri gerekçe göstererek kanıt tedarik etmek maksadıyla girmek, İspanyol Engizisyonunda bile söz konusu olmaz; hiçbir İngiliz böyle bir hukukun boyunduruğu altında bir saat bile yaşamak istemez; bu durum, tebaanın özgürlüğüne karşı yapılmış son derece pervasız bir kamusal saldırıdır.”⁶¹ Sonuç olarak, zararın miktarı yerine zarar verici davranışın mahiyetini ön plana çıkarmak suretiyle jüri kararının kaldırılması talebi reddedilmiştir.

Wilkes ile Huckle, açmış oldukları davalarda hak kazandıkları tazminatlar ile hem temel hak ve özgürlük mücadelesi hem de tazminat hukuku tarihine önemli katkıda bulunmuşlardır. Bu kararlarda örneği görüldüğü üzere İngiliz mahkemeleri, cezalandırıcı tazminat kurumunu güç ve servetin kötüye kullanımını cezalandırmak ve caydırmak üzere kullanmışlardır⁶². Nitekim bazı yazarlar *common law* geleneğinde cezalandırıcı tazminat kavramının doğuşu ve yükselişini, kudretli olana karşı bireyin

58 *Wilkes v Wood* (1763) Lofft 1, 98 ER 489, 498-499.

59 *Huckle v Money* (1763) 2 Wils 205, 95 ER 768, 768-769.

60 Kararda bahsi geçen *Magistrate*, *King’s Counsel* ile *Solicitor of Treasury*, kral yahut hükümet ile ilişkili olup söz konusu emrin hukuka aykırı olmadığı konusunda davalı lehine savunma yapan üst düzey hukukçulardır.

61 *Huckle v Money* (1763) 2 Wils 205, 95 ER 768, 769.

62 Rustad and Koenig (n 2) 1289-1290.

haklarını korumak konusunda yürütülen mücadelenin bir parçası olarak değerlendirmektedir⁶³. Yine aynı tarihlerde verilen *Benson v Frederick*⁶⁴ kararında bu durumun başka bir örneği gözlemlenebilir. Karara konu olan olayda Albay Frederick, bir binbaşının asker Benson'a kendisinden habersiz izin vermesine sinirlenmiş ve kararda belirtildiğine göre "haklı bir sebebi olmaksızın, hınç ve intikam duygusuyla hareket ederek" Benson'ın çıplak şekilde kırbaçlanmasını emretmiştir. Jüri, davalının davacıya 150 £ tazminat ödemesine karar vermiş; davalı ise bu miktarın aşırı olduğu iddiasıyla mahkemeden yeniden yargılamaya hükmetmesini talep etmiştir. Mahkeme, jürinin belirlediği tazminatin Benson'ın uğradığı zarardan fazla olduğunu kabul etmiş; ancak davalının keyfi olarak hareket etmek suretiyle davacıya zarar verdiğini ve belirlenen tazminatı ödeyebilecek durumda olduğunu belirterek talebi reddetmiştir.

C. CEZALANDIRICI TAZMİNATIN TARİHSEL GELİŞİMİNE İLİŞKİN BAŞKA BİR YORUM MÜMKÜN MÜ?

Cezalandırıcı tazminat kavramının tarihsel gelişimine ilişkin olarak yukarıda yapılan açıklama, konu hakkındaki bazı fikirlerin birbirlerini destekleyecek şekilde değerlendirilmesi neticesinde kaleme alınmıştır. Bununla birlikte, özellikle kavramın 1763 tarihinden önceki gelişimine dair başkaca görüşler de mevcuttur⁶⁵. Bu konuda geliştirilmiş görüşlerin, neredeyse bin yıl gibi uzun bir zamana yayılan bir süreci farklı anlamlar çıkarılmaya müsait olan mahkeme kararları ışığında yorumlamaya çalıştığı düşünülürse bu çeşitlilik son derece olağandır. Örneğin cezalandırıcı tazminatin tarihi konusunda detaylı bir çalışma yapmış olan *Taliadoros*, bu kavramın tarihinin doğrusal olarak anlaşılmasının mümkün olmadığını belirtmekte ve farklı dönemlerdeki gelişmelerin rastlantısal olarak cezalandırıcı tazminat örneklerini doğurduğunu savunmaktadır. *Taliadoros* bu bağlamda üç önemli tarihsel nokta olarak kabul ettiği 1763 tarihli *Wilkes v Wood* ve *Huckle v Money* kararlarını, misli tazminata hükmedilmesine olanak tanıyan on üçüncü yüzyıl İngiliz kanunlarını ve suçlara ilişkin Anglosakson tazminat sistemini incelemektedir. Sonuç olarak İngiliz hukukundaki cezalandırıcı tazminatin kökeninin Roma hukukundaki *iniuria* kavramına dayandığını savunmaktadır⁶⁶.

İngiliz hukuk tarihinde cezalandırma düşüncesine değinen pek çok çalışma, *Taliadoros* gibi on üçüncü yüzyıldaki kimi kanunları ön plana çıkarmaktadır. Bu bağlamda, söz konusu kanunlardan kısa da olsa bahsedilmesi yerinde olacaktır. Gerçekten de bu kanunlar, günümüzde özel hukuk çatısı altında değerlendirilecek kimi hukuki ilişkiler bakımından cezalandırma düşüncesinin içselleştirilmesine zemin hazırlamış; böylelikle cezalandırıcı tazminat kavramının zaman içerisinde gelişmesine katkıda bulunmuştur.

63 Rustad and Koenig (n 2) 1285.

64 *Benson v Frederick* (1766) 3 Burr 1845, 97 ER 1130.

65 Bu konuda bkz. Schlueter and Redden (n 2) §1.3(B), (C), (D), (E), (F), (G).

66 *Taliadoros* (n 2) 251 ff.

İngiliz hukuk tarihine ilişkin en klasik eserin yazarları *Pollock* ile *Maitland*, bu çerçevede üç kanun saymaktadır⁶⁷: 1235 tarihli Merton Kanunu (*Statute of Merton*)⁶⁸, 1275 tarihli Birinci Westminster Kanunu (*Statute of Westminster I*)⁶⁹ ve 1285 tarihli İkinci Westminster Kanunu (*Statute of Westminster II*)⁷⁰. Bu kanunların arasından en önemlisi, misliyle tazminata on farklı düzenlemede yer veren Birinci Westminster Kanunudur. Bu kanunda, dini kurumların arazi ve mallarına müdahalede bulunulması (bölüm 1), resmi görevlilerin görevlerini kötüye kullanması (bölüm 15, 19, 24, 26, 27, 30, 32), kiracının haksız olarak alıkonulan hayvanlarına zarar verilmesi (bölüm 17), baronların veya yardımcılarının kendi yetkilerini aşacak şekilde para toplaması (bölüm 35) durumlarına ilişkin olarak çeşitli misliyle tazminat düzenlemeleri mevcuttur⁷¹.

İlerleyen dönemde de benzer düzenlemeler içeren kanunlar mevcuttur. Örneğin 1689 tarihli bir kanun uyarınca, kirasını ödemeyen kişinin kira bedeline karşılık satılmak üzere alıkonulan mallarının alıkonulmaktan hukuka aykırı olarak kurtarılması durumunda zarar gören kişi zararının üç katı tazminata hak kazanacaktır⁷².

II. MODERN İNGİLİZ HAKSIZ FİİL HUKUKUNDA CEZALANDIRICI TAZMİNAT

Cezalandırıcı tazminat, *Wilkes v Wood* ve *Huckle v Money* kararlarından hareketle modern İngiliz haksız fiil hukukunda kayda değer bir yer edinmiştir⁷³. 1763 tarihli bu kararları takiben yaklaşık 200 yıl boyunca cezalandırıcı tazminat haksız fiillere ilişkin olarak geniş bir alanda uygulanmıştır. Bu dönemde verilen kararlar incelendiğinde, haksız olarak kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma (*false imprisonment*)⁷⁴, hukuka aykırı arama (*illegal search*)⁷⁵, bedene müdahale (*battery*)⁷⁶, baştan çıkarma (*seduction*)⁷⁷, itibarsızlaştırma (*defamation*)⁷⁸, araziye müdahale (*trespass to land*)⁷⁹, taşınır mallara müdahale (*trespass to goods*)⁸⁰ gibi pek çok haksız fiil bağlamında cezalandırıcı tazminatın uygulama alanı bulduğu görülecektir.

67 Pollock and Maitland (n 10) 522.

68 Kanun metni için bkz. Statute of Merton, 20 Hen 3 c 6 (*The Statutes of Realm Vol. 1* (Dawsons of Pall Mall 1963) 3).

69 Kanun metni için bkz. Statute of Westminster I 1275, 3 Edw 1 c 35, (*The Statutes of Realm Vol. 1*, (Dawsons of Pall Mall 1963) 26).

70 Kanun metni için bkz. Statute of Westminster II 1285, 13 Edw 1 c 35, (*The Statutes of Realm Vol. 1*, (Dawsons of Pall Mall 1963) 88).

71 Detaylı bir inceleme için bkz. Taliadoros (n 2) 274 ff.

72 Kanun metni için bkz. 2 W & M c 5, (*The Statutes of Realm Vol. 6*, (Dawsons of Pall Mall 1963) 169-170. Taliadoros (n 2) 264 dn. 81. Başka örnekler için bkz. Taliadoros (n 2) 264-265.

73 Edelman, *McGregor on Damages* (n 14) para 11-002; Ralph Cunnington, 'Should Punitive Damages Be Part of the Judicial Arsenal in Contract Cases?' (2006) 26(3) Legal Studies 369, 370.

74 *Huckle v Money* (1763) 2 Wils 205, 95 ER 768.

75 *Bruce v Rawlins* (1770) 3 Wils KB 61, 95 ER 934.

76 *Benson v Frederick* (1766) 3 Burr 1845, 97 ER 1130.

77 *Tullidge v Wade* (1769) 3 Wils KB 18, 95 ER 909.

78 *Rook v Fairrie*, [1941] 1 KB 507 (CA).

79 *Wilkes v Wood* (1763) Lofft 1, 98 ER 489; *Merest v Harvey* (1814) 5 Taunt 442, 128 ER 761.

80 *Owen and Smith v Reo Motors (Britain) Ltd.*, (1934) 151 LT 274 (CA).

Cezalandırıcı tazminatın bu geniş uygulama alanı, Lordlar Kamarasının cezalandırıcı tazminata başvurulup başvurulamayacağına ilişkin olarak bir kategori testi öngören kararıyla daraltılmış; yalnızca üç kategori dahilinde değerlendirilebilecek olaylara indirgenmiştir (A). İlerleyen yıllarda İstinaf Mahkemesi, cezalandırıcı tazminatın uygulama alanını daha da daraltmaya ve yalnızca belirli dava sebepleriyle sınırlamaya yönelik yeni bir girişimde bulunmuş; fakat bunda başarılı olamamıştır (B).

A. KATEGORİ TESTİ

Cezalandırıcı tazminatın İngiliz haksız fiil hukukunda geniş bir uygulama alanına sahip olduğu tablo, 1964 tarihli *Rookes v Barnard*⁸¹ kararıyla büyük ölçüde değişmiştir. Karar, cezalandırıcı tazminatın uygulama alanını oldukça sınırlandırmıştır⁸². Hatta bu hukuki çareye başvuru olanağını özellikle davalının kamu gücü kullanmadığı durumlar bakımından neredeyse ortadan kaldırmıştır. Kararın genelinden mahkemenin cezalandırıcı tazminata karşı çok daha sert bir tutum benimsemek istediği; ancak tarihsel kökleri sebebiyle kurumu tamamen ortadan kaldırmak mümkün olmadığı için, uygulama alanı sınırlamasıyla yetinmek zorunda kaldığı anlaşılmaktadır. Nitekim karar, bu kurumun İngiliz hukukunda sınırlandırılarak da olsa varlığını devam ettirmesini mantıktan ziyade İngiliz hukuku tarihine dayanarak açıklamaktadır⁸³.

Öncelikle bu kararın önemini vurgulamak açısından, o dönem itibarıyla bu tür uyuşmazlıkların görülebildiği en yüksek mahkeme olan Lordlar Kamarası (*House of Lords*) tarafından verilmiş olduğunun belirtilmesi yerinde olur⁸⁴. Nitekim Baş Yargıç Lord Devlin de bu duruma dikkat çekmiş ve cezalandırıcı tazminat konusundaki değerlendirmesine Lordlar Kamarasının önüne daha evvel cezalandırıcı tazminat konusunda herhangi bir uyuşmazlık gelmediğini belirterek başlamıştır. Karar, bu anlamda cezalandırıcı tazminat kavramının İngiliz hukukundaki kaderini belirlemiştir. Lord Devlin, tazminatın amacı telafi etmek iken cezalandırıcı tazminatın amacının cezalandırmak ve caydırmak olduğunu tespit etmiş; bu durumun özel hukuk ve ceza hukuku arasındaki ayrımı bulanıklaştırdığı değerlendirilmesinde bulunmuştur. Bu itibarla cezalandırıcı tazminatı bir “anomali” olarak nitelendirmiş ve İngiliz hukukundaki uygulama alanını tamamen kaldırmaya bile büyük ölçüde sınırlandırmıştır⁸⁵.

81 *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129 (HL).

82 Belli Sr (n 2) 4; Özden Merhacı (n 1) 82; Cunningham (n 73) 371; Andrew Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract* (3rd edn, Oxford University Press 2004) 410; Gotanda (n 6) 398-399; Andrew Tettenborn, ‘Punitive Damages – A View from England’ (2004) 41(4) San Diego Law Review 1551, 1553. Karara ilişkin Türkçe açıklamalar için bkz. Güleriyüz ve Zorluoğlu Yılmaz (n 1) 331-334.

83 Tettenborn (n 82) 1552.

84 Esasen Lordlar Kamarası, Birleşik Krallık parlamentosunu oluşturan iki yapıdan biridir. Bikameralist bir anayasal sisteme sahip olan Birleşik Krallık’ta parlamento, Avam Kamarası (*House of Commons*) ve Lordlar Kamarası (*House of Lords*) olmak üzere iki yapıdan müteşekkildir. Bununla birlikte Lordlar Kamarası, yasama organı olmasının yanı sıra uzun bir süre boyunca yargı organı olarak da faaliyet göstermiştir. Yargısal yetkilerinin en önemlisi, pek çok uyuşmazlık bakımından en yüksek mahkeme olmasından ileri gelir. Lordlar Kamarasının bu yargısal yetkileri 1 Ekim 2009 itibarıyla, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesine (*Supreme Court of the United Kingdom*) devredilmiştir.

85 *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129 (HL), 1221.

Karar uyarınca, dava konusu olayın ancak üç kategoriden birinin kapsamına girmesi durumunda cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi mümkündür. Bu durumda ayrıca kararda ortaya koyulan yol gösterici ilkelerin de dikkate alınması gerekmektedir. *Rookes v Barnard*'ın ortaya koymuş olduğu temel sınırlamalar ve özellikle kategori testi, günümüzde güncelliğini korumaktadır⁸⁶.

1. CEZALANDIRICI TAZMİNATA İZİN VERİLEN ÜÇ KATEGORİ

Cezalandırıcı tazminata hükmedilebilecek üç kategoriden ilki, kamu görevlilerinin zorba, keyfi veya anayasaya aykırı bir davranışta bulunmaları hâlidir⁸⁷. Bu kategori, cezalandırıcı tazminatın İngiliz hukuku tarihinde ilk olarak açıkça kendisini gösterdiği *Wilkes v Wood*, *Huckle v Money* ve *Benson v Frederick* gibi kararlara dayanmakta olup; bu anlamda İngiliz hukuku geleneğini yansıtmaktadır⁸⁸. Bir haksız fiilin bu kategori altında değerlendirilebilmesi için iki unsur taşıması gerekmektedir. İlk olarak, zorba, keyfi veya anayasaya aykırı bir davranış mevcut olmalıdır. Bu bağlamda zorbalık, keyfilik ve anayasaya aykırılığın tümünün kümülatif olarak aranmayacağı; yalnız anayasaya aykırılık sebebiyle cezalandırıcı tazminata hükmedilebileceği yönünde hüküm kuran *Holden v Chief Constable of Lancashire* kararında ortaya konulmuştur⁸⁹. Buna ek olarak, söz konusu davranışta bulunan davalının kamu çalışanı (*government servant*) olması aranmaktadır. *Broome v Cassell* kararı, kamu çalışanı kriterinin polis teşkilatı ve yerel yönetimi de kapsayacak şekilde geniş olarak yorumlanması gerektiğini belirtmek suretiyle bu konudaki şüpheleri ortadan kaldırmıştır⁹⁰.

Wilkes v Wood gibi klasik örneklerle rağmen, modern dönemde bu kategori kapsamında dikkate değer bir cezalandırıcı tazminat uygulaması görülmemiştir. Ancak 1980'lerde polis teşkilatının kamu gücünü kötüye kullandığı yönündeki endişelerin ve dolayısıyla eleştirilerin artmasına paralel olarak bu alandaki cezalandırıcı tazminat uygulaması yeniden canlılık kazanmıştır. Nitekim bu kategoriye ilişkin güncel örneklerin çoğu, polis teşkilatının eylemlerini konu almaktadır⁹¹.

İkinci olarak, davalının davacıya ödemek zorunda kalabileceği tazminattan daha fazla kâr elde edecek şekilde hesaplı bir biçimde hareket etmiş olduğu durumda zararı aşan bir tazminata hükmedilebilecektir⁹². Bu çerçevede cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için kâr amacıyla yürütülen bir faaliyet bağlamında haksız fiilde bulunulması yeterli değildir; daha detaylı bir inceleme

86 Edelman, *McGregor on Damages* (n 14) para 11-009; Vanessa Wilcox, 'Punitive Damages in England' in Hermut Koziol and Vanessa Wilcox (eds) *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Springer 2009) para 4.

87 *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129 (HL), 1226. Bu kategori hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Edelman, *McGregor on Damages* (n 14) para 11-017 ff; Wilcox (n 86) para 5 ff; Özden Merhacı (n 1) 98 vd.

88 Wilcox (n 86) para 5.

89 *Holden v Chief Constable of Lancashire*, [1987] QB 380 (CA).

90 *Broome v Cassell* [1972] AC 1027 (HL).

91 Burrows, *Remedies* (n 82) 412. Örnek kararlar için bkz. *White v Commissioner of Police of the Metropolis*, [1982] 1 WestlawUK 518; *George v Commissioner of Police of the Metropolis*, [1984] 1 WestlawUK 204; *Connor v Chief Constable of Cambridgeshire*, [1984] 1 WestlawUK 112; *Treadaway v Chief Constable of West Midlands*, [1994] 7 WestlawUK 361; *Thompson v Commissioner of Police of the Metropolis* [1998] QB 498 (CA).

92 *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129 (HL), 1226-1227. Bu kategori hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Edelman, *McGregor on Damages* (n 14) para 11-021 ff; Wilcox (n 86) para 11 ff; Özden Merhacı (n 1) 102 vd.

yapılacaktır. *Broome v Cassell* kararı, bu kategori çerçevesinde aranan unsurları daha net bir şekilde açıklamıştır. Karar uyarınca öncelikle haksız fiilde bulunan kişinin, eyleminin hukuka aykırı olduğunu bilerek yahut eylemin hukuka uygun olup olmadığı konusunu umursamaksızın hareket etmiş olması aranacaktır. Buna ek olarak kişi, eylemin maddi avantajlarının olası maddi kayıplara kıyasla ağır basması sebebiyle söz konusu eylemde bulunma kararını vermiş olmalıdır. Bu bağlamda genel bir kıyaslama yeterlidir; bilanço tablosunda bulunacak türden matematiksel hesaplamaların yapılmış olmasına gerek yoktur⁹³.

Bu kategori altında genellikle, gerekli koşulları taşıyan itibarsızlaştırma ve haksız tahliye davaları değerlendirilmektedir⁹⁴. Örneğin ünlü müzisyen Elton John'un kendisi hakkında yayımlanan yalan bir haber sebebiyle Mirror Group Newspapers Ltd.'ye karşı açtığı davada, itibarsızlaştırmaya dayalı olarak cezalandırıcı tazminata hükmedilmiştir. Haber, Elton John'un uyguladığı yeni diyet kapsamında bir partide yediklerini tükürürken görüldüğünü ve bu durumun bulimia ile ilişkili olduğunu iddia etmektedir. Dava sürecinde, haberin yazarının söz konusu partiye katılmadığı ve başka haber kaynaklarından edindiği bu bilginin teyit edilmesi konusunda herhangi bir girişimde bulunmadığı anlaşılmıştır. Gazetenin haberin doğru ya da yanlışlığını önemsemeksizin, haberin yayımlanması durumunda elde edilecek kazancın olası bir davada ödenecek tazminattan daha fazla olacağı düşüncesiyle hareket ettiği kanaatine varılmıştır. Netice olarak, haber sebebiyle Elton John'a cezalandırıcı tazminat ödenmesine hükmedilmiştir⁹⁵. Kiraya verenin kiracıyı haksız olarak tahliye etmesi sebebiyle cezalandırıcı tazminata hükmedilmesine örnek olarak *Drane v Evangelou* gösterilebilir. Dava konusu olayda, kanunun sağladığı koruma sebebiyle kiracıyı yasal yollarla tahliye edemeyen kiraya veren, kiracının olmadığı bir vakitte kilitleri kırmak suretiyle kiralananı girmiş; kiracının eşyalarını bahçeye taşıtmış ve kiracının tekrar kiralananı girmemesi için kapıları içeriden sürgülemiştir. Kiraya veren bununla da yetinmemiş; kiracının hukuki yollara başvurması üzerine verilen ve kiracının kiralananından istifade etme hakkına müdahale edilmemesini emreden mahkeme kararlarına uymamıştır. Bunun üzerine mahkeme, dava açan kiracı lehine cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir. Zira davalı kiraya veren eyleminin hukuka aykırı olduğunu bilmesine rağmen, ödeyeceği tazminatin elde edeceği menfaatten daha az olduğu düşüncesiyle hareket etmiştir⁹⁶.

Common law kaynaklı bu iki kategoriye ek olarak, kanunun açıkça izin verdiği durumlarda da cezalandırıcı tazminata başvurmak mümkündür⁹⁷.

Lord Devlin *Rookes v Barnard* kararını kaleme alırken kanunun cezalandırıcı tazminata açıkça izin verdiği durum olarak, *The Reserve and Auxiliary Forces (Protection of Civil Interests) Act 1951* adlı kanunu örnek göstermiştir⁹⁸. Silahlı kuvvetlerde görev yapmakta olan kişilerin korunmasını amaçlayan bu kanun, ilgili mahkemenin izni olmaksızın bu kişilere karşı özel hukuk kaynaklı

93 *Broome v Cassell* [1972] AC 1027 (HL).

94 Wilcox (n 86) para 11.

95 *John v MGN Ltd.*, [1997] QB 586 (CA).

96 *Drane v Evangelou* [1978] 1 WLR. 455 (CA).

97 *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129 (HL), 1227. Bu kategori hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Edelman, *McGregor on Damages* (n 14) para 11-030 ff; Wilcox (n 86) para 22 ff; Özden Merhacı (n 1) 105 vd.

98 *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129 (HL), 1162.

hakların icra yoluyla kullanılmasını sınırlamaktadır. Kanunun 13(2) bölümünde geçen açık ifade uyarınca, bu izni almaksızın böyle bir işleme girişerek karşı taraf nezdinde zarara yol açan kişiler aleyhine cezalandırıcı tazminata hükmedilebilir. Ancak kararı takip eden yıllarda, kanunda kullanılan cezalandırıcı tazminat (*exemplary damages*) ifadesine rağmen burada ağırlaştırılmış tazminat (*aggravated damages*) olarak değerlendirilmesi gereken bir tazminatın bulunduğu yönündeki görüş ağırlık kazanmıştır. Bu görüş, Lordlar Kamarası tarafından *Broome v Cassell* kararında dile getirilmiştir⁹⁹. Keza hükümetin tazminat hukukuna ilişkin revizyon önerilerini ortaya koyan bir raporda da bu kanunda geçen cezalandırıcı tazminat ifadesinin ağırlaştırılmış tazminat olarak düzeltilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁰.

Cezalandırıcı tazminata hükmedilmesine olanak tanıdığı iddia edilebilecek diğer kanunlar olan *Copyright, Designs and Patents Act 1988* ve *Patents Act 1977* çerçevesinde de benzer bir durum mevcuttur. 1988 tarihli kanun uyarınca telif hakkını ihlal eden ve 1977 tarihli kanun uyarınca biyoteknolojik buluşlara ilişkin olarak bilerek yanlış beyanda bulunan kişiler aleyhinde mahkeme uygun görürse ek tazminata (*additional damages*) hükmedebilecektir. Kanunda bu ek tazminatın niteliği konusunda herhangi bir ifade bulunmamakta; bu durum da ek tazminatın cezalandırıcı tazminat olarak anlaşılabilesine olanak tanımaktadır. Ancak *Chancery* mahkemesi 1988 tarihli kanuna ilişkin olarak önüne gelen uyuşmazlıkta, kanundaki ek tazminat ifadesinin cezalandırıcı tazminat olarak yorumlanamayacağını; buradaki ifade doğrultusunda ancak ağırlaştırılmış tazminat (*aggravated damages*) ve iade edici tazminata (*restitutionary damages*) hükmedilebileceğini belirtmiştir¹⁰¹. Aynı şekilde hükümet de bu kanunlarda geçen ek tazminat ifadelerinin ağırlaştırılmış tazminat ve iade edici tazminat olarak değiştirilmesini önerisinde bulunmuştur¹⁰².

Görüldüğü üzere *Rookes v Barnard* kararından bu yana yasa koyucunun iradesi cezalandırıcı tazminatın uygulama alanını genişletmemek ve hatta daraltmak yönünde gelişmiştir. Nitekim hükümet tazminat hukukuna ilişkin revizyon önerilerini ortaya koyan raporda, cezalandırıcı tazminatın özel hukuktaki uygulama alanını genişletme niyetlerinin olmadığını açıkça belirtmiştir¹⁰³. Öyle ki, günümüzde İngiliz hukukunda cezalandırıcı tazminata hükmedilmesini öngören herhangi bir kanun bulunmadığından konu tamamen *common law* alanında kalmıştır¹⁰⁴. Yine de teorik olarak Lord Devlin'in ortaya koymuş olduğu kategori testinin üçlü ayrımı güncelliğini sürdürmektedir.

99 *Broome v Cassell* [1972] AC 1027 (HL), 1133.

100 Department for Constitutional Affairs, *The Law on Damages* (Consultation Paper 9/07, 4 May 2007) para 199. Söz konusu rapor, İngiltere ve Galler Hukuk Komisyonunun 1990'lı yıllarda üzerinde çalıştığı ve aralarında "Ağırlaştırılmış, Cezalandırıcı ve İade Edici Tazminatlar" başlıklı raporun da bulunduğu bir dizi rapor konusunda hükümetin görüşlerini ortaya koymak ve konuyu tartışmaya açmak üzere kaleme alınmıştır.

101 *Nottinghamshire Healthcare NHS Trust v News Group Newspapers Ltd* [2002] EWHC 409 (Ch).

102 Department for Constitutional Affairs (n 100) para 208-211.

103 Department for Constitutional Affairs (n 100) para 198 and 209.

104 Wilcox (n 86) para 29; Department for Constitutional Affairs (n 100) para 199.

2. CEZALANDIRICI TAZMİNATA İLİŞKİN YOL GÖSTERİCİ İLKELER

Lord Devlin'e göre önündeki somut olayın bu üç kategoriden birine dahil olduğunu tespit eden mahkeme cezalandırıcı tazminata hükmetmek konusunda yine de aceleci davranmamalı; cezalandırıcı tazminatın istisnai niteliğini bazı genel ilkeler çerçevesinde dikkate almalıdır. Başka bir deyişle, cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi bakımından somut olayın koşullarının kategorilerden birinin başlığı altında değerlendirilmesi yeterli değildir.

İlk olarak, davacı cezalandırılabilir davranışın bizzat mağduru olmadığı müddetçe böyle bir tazminata hükmedilmesi mümkün değildir. Aksi takdirde cezalandırılmak istenen davranışa muhatap olmamış bir kişi, mantık çerçevesinde açıklanamayacak biçimde zenginleşmiş olur¹⁰⁵. Bu ilke günümüzde cezalandırıcı tazminata getirilen ek sınırlar arasında sayılmaktadır¹⁰⁶.

İkinci olarak, cezalandırıcı tazminat yalnızca *Wilkes v Wood* davasındaki gibi temel hak ve özgürlükler adına işleyen bir silah değildir; bu silahın tersine dönebileceği ve temel hak ve özgürlüklere müdahale sonucunu doğurabileceği unutulmamalıdır. Lord Devlin'in gözlemine göre, cezalandırıcı tazminata hükmedilen kimi kararlarda verilen ceza, söz konusu davranış suç teşkil etmiş olsa verilecek cezaya kıyasla daha fazladır. Üstelik bu davalarda davalı, ceza hukukuna göre yapılan yargılamalarda sanığın faydalandığı usuli korumalardan faydalanamamaktadır. Dolayısıyla cezalandırıcı tazminata hükmedecek olan mahkeme, önündeki uyuşmazlığın bağlamını dikkate almalı ve temel hak ve özgürlüklere müdahale etmeme konusunda özen göstermelidir¹⁰⁷.

Bu tespitle bağlantılı olarak, cezalandırıcı tazminata çifte cezalandırma yasağına aykırılık teşkil edecek şekilde hükmedilemez. Davalı hâlihazırda zaten başka bir şekilde cezalandırılmışsa, cezalandırıcı tazminata yer yoktur¹⁰⁸. Bu konuda zaman içerisinde ortaya çıkan genel ilke, başka kararlar vasıtasıyla netlik kazanmıştır. Dava konusu davranışın bir haksız fiil olarak aldatma (*deceit*) teşkil etmesinin yanı sıra ceza hukuku anlamında da suç oluşturduğu ve davalının bundan ötürü hapis cezasıyla cezalandırıldığı davada mahkeme, çifte cezalandırma yasağına aykırılık teşkil edeceği gerekçesiyle cezalandırıcı tazminata hükmetmekten imtina etmiştir¹⁰⁹.

Son olarak cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin uygun olduğu bir durum söz konusuysa mahkeme, tazminatı belirleyecek olan jüriye talimat verirken belirli hususları dikkatle vurgulamalıdır. Menfur davranışı sebebiyle davalıyı cezalandırmak, jürinin bu davranışı ne denli kınadığını ortaya koymak ve davalıyı bu davranışı tekrarlamamak konusunda caydırmak için telafi tazminatı olarak belirlenecek miktar yeterliyse, daha yüksek bir tazminata hükmedilmemelidir. Ancak ve ancak telafi tazminatı olarak belirlenecek miktarın bu belirtilen konularda yeterli olmayacağı durumda

105 *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129 (HL), 1227.

106 Gotanda (n 6) 402.

107 *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129 (HL), 1227.

108 Burrows, *Remedies* (n 82) 420; Gotanda (n 6) 402.

109 *Archer v Brown* [1985] QB 401 (CA).

cezalandırıcı tazminata hükmedilebileceği jüriye izah edilmelidir¹¹⁰. Bu “ancak ve ancak” yaklaşımı, cezalandırıcı tazminatın uygulama alanı konusunda önemli bir ek sınır teşkil etmektedir¹¹¹.

Cezalandırıcı tazminatın belirlenmesinde davalının davranışını ağırlaştıran veya hafifleten diğer tüm sebeplerin yanı sıra, telafi etmeye yönelik tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmayan tarafların maddi durumu unsurunun da göz önünde tutulması sağlanmalıdır¹¹².

3. KATEGORİ TESTİNİN TARTIŞMAYA AÇILMASI VE GÜNCELİĞİ

Cezalandırıcı tazminata başvuru olanağını davalının kamu gücü kullanmadığı durumlar bakımından neredeyse ortadan kaldıran *Rookes v Barnard*, İngiliz hukuku bakımından ciddi bir devrim niteliğindedir. Aslında Lord Devlin, kararı kaleme alırken cezalandırıcı tazminatın tarihsel köklerine vurgu yapmış ve bu tarihsel kökleri göz ardı etmek mümkün olmadığı için kurumun İngiliz hukukundaki varlığını sınırlı da olsa devam ettirmesini uygun bulmuştur. Ancak karar bu tarihsel vurguya rağmen, cezalandırıcı tazminatın uygulama alanını sınırlandırması itibarıyla İngiliz hukuku gelenekleriyle çatışmaktadır. Bu yenilikçi bakış açısı, muhafazakârlığıyla bilinen İngiliz hukuk çevresinde ciddi tartışmalara yol açmıştır.

Nitekim *Rookes v Barnard*’ın üzerinden henüz yedi yıl geçmişken İstinaf Mahkemesinin (*Court of Appeals*) vermiş olduğu *Broome v Cassell*¹¹³ kararı, kategori testinin yerindeliliğini tekrar gündeme getirmiştir. İstinaf Mahkemesine göre kategori testi, “mantıksız, keyfi ve kısıtlayıcı” nitelik taşımakta; ayrıca 200 yıllık *common law* geleneğini göz ardı etmektedir¹¹⁴. Kararda savunulan fikre göre ilk kategorinin yalnızca kamu görevlilerinin davranışlarına hasredilmiş olmasını mantık çerçevesinde açıklamak mümkün değildir; kamu gücü kullanmayan kişilerin de en az kamu görevlileri kadar zorba ve keyfi davranışlarda bulunması mümkündür. Diğer yandan ikinci kategorinin kâr-zarar hesabı üzerine kurulu bir fırsatçılık kavramına indirgenmesinin de mantıklı bir yanı bulunmamaktadır. Zira karşı tarafa her ne pahasına olursa olsun zarar vermek isteyen kötücül bir kişinin, karşı tarafa kendi çıkarı için zarar vermek isteyen bir kişiye kıyasla korunması için herhangi bir gerekçe yoktur¹¹⁵. İstinaf Mahkemesi tüm bu eleştirilerine rağmen, Lordlar Kamarasının alt derece mahkemesi olması sebebiyle *Rookes v Barnard*’daki kategori testi yaklaşımını *outrule* yoluyla doğrudan geçersiz kılamamıştır. Bunun yerine kararın *per incuriam* olduğunu iddia ederek kararın otoritesini ortadan kaldırma girişiminde bulunmuş; ilk derece mahkemelerine *Rookes v Barnard* kararını uygulamama tavsiyesi vermiştir¹¹⁶.

110 *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129 (HL), 1228.

111 Burrows, *Remedies* (n 82) 421; Gotanda (n 6) 402.

112 *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129 (HL), 1228.

113 *Broome v Cassell* [1971] 2 QB 354 (CA).

114 *Broome v Cassell* [1971] 2 QB 354 (CA), 356.

115 *Broome v Cassell* [1971] 2 QB 354 (CA), 381.

116 *Broome v Cassell* [1971] 2 QB 354 (CA), 355.

Bu noktada İstinaf Mahkemesi ile Lordlar Kamarası arasındaki çekişmenin daha net anlaşılabilmesi için İngiliz hukuk sisteminin temel işleyişine değinilmesi gerekmektedir. Emsal karar (*precedent*) ile bağlılık, içtihat hukuku niteliği taşıyan *common law* çerçevesinde sistemin omurgasını oluşturmaktadır. Sistemin temel özelliklerinden biri olarak, üst derece mahkemelerinin kararları alt derece mahkemeleri bakımından *stare decisis* teşkil eder ve alt derece mahkemeleri bu kararları takip etmek zorundadır¹¹⁷. Bunun sonucu olarak, İstinaf Mahkemesinin kendisine kıyasla üst derece mahkemesi olan Lordlar Kamarasının emsal kararında ortaya koyulmuş olan hukuk kuralını doğrudan geçersiz kılması (*overrule*) mümkün değildir. Nitekim İstinaf Mahkemesi de emsal kararlarla bağlılığın istisnasını teşkil eden *per incuriam* yolunu kullanmak suretiyle Lordlar Kamarasının kararını bertaraf etmeye çalışmıştır. Zira İstinaf Mahkemesinin Lordlar Kamarasının emsal kararını takip etme zorunluluğunun sınırlı istisnalarından biri, Lordlar Kamarasının kararının *per incuriam* olmasıdır. Bir kararın *per incuriam* olduğunun söylenebilmesi için mahkemenin, önündeki uyuşmazlığa ilişkin bir emsal kararın yahut kanunun farkında olmaksızın karar vermiş olması ve bu emsal karar yahut kanun konusunda bilgi sahibi olsaydı kesin olarak aksi yönde karar vereceğinin anlaşılması gerekmektedir¹¹⁸. İstinaf Mahkemesi de Lordlar Kamarasının *Rookes v Barnard* ile ilişkili iki eski kararını gözden kaçırdığını ve bu sebeple *per incuriam* olan karara uymaya gerek olmadığını hüküm altına almıştır¹¹⁹.

Lordlar Kamarası, İstinaf Mahkemesinin *Rookes v Barnard* kararının otoritesini zayıflatma girişimi karşısında sessiz kalmamıştır. Aynı olayın temyiz vasıtasıyla önüne gelmesini fırsat bilerek İstinaf Mahkemesinin kategori testine ilişkin eleştirilerini yanıtlamıştır¹²⁰. Karar öncelikle *Rookes v Barnard*'ın Lordlar Kamarasının önceki içtihadını gözden kaçırdığı ve *per incuriam* nitelik taşıdığı iddiasını reddetmiştir. Bunun akabinde mahkemeler arasındaki hiyerarşiye vurgu yapılmıştır. Lord Hailsham'ın ifadesiyle, “İstinaf Mahkemesinin ilk derece mahkemelerine Lordlar Kamarası kararlarını görmezden gelmeleri yönünde yersiz tavsiyeler vermek gibi bir imkânı yoktur. (...) Bu ülkede mevcut olan mahkemeler arasındaki hiyerarşik sistemde, İstinaf Mahkemesi de dahil olmak üzere her bir alt derece mahkemesinin kendisinden üstteki mahkemelerin kararlarına sadık bir şekilde bağlı kalması gerekmektedir.”¹²¹ Karar vesilesiyle, Lord Devlin'in getirmiş olduğu cezalandırıcı tazminat kategorilerine ilişkin daha detaylı açıklamalar yapılmış ve kategori testi yaklaşımı pekiştirilmiştir.

Günümüzde cezalandırıcı tazminatın uygulama alanını belirli kategorilerle sınırlandıran *Rookes v Barnard* yaklaşımı, İngiliz hukuku bakımından güncelliğini korumaktadır.

117 Rupert Cross and J. W. Harris, *Precedent in English Law* (4th edn, Clarendon 2004) 4-5; John Bell, ‘Sources of Law’ in Andrew Burrows (ed) *English Private Law* (2nd edn, Oxford University Press 2007) para 1.64; S. H. Bailey, J. P. L. Ching and N. W. Taylor, *Smith, Bailey and Gunn on the Modern English Legal System* (5th edn, Sweet & Maxwell 2007) para 7-001 ve 7-009.

118 Bell (n 117) para 1.83-1.84; Bailey, Ching and Taylor (n 117) para 7-017.

119 Söz konusu kararlar için bkz. *E Hulton & Co v Jones* [1910] AC 20 (HL); *Ley v Hamilton*, (1935) 153 LT 384 (HL).

120 *Broome v Cassell* [1972] AC 1027 (HL).

121 *Broome v Cassell* [1972] AC 1027 (HL), 1054.

B. DAVA SEBEBİ TESTİ

Cezalandırıcı tazminatın İngiliz hukukundaki uygulama alanının üç temel kategori ile sınırlı olacak şekilde daraltılmasından yaklaşık otuz yıl sonra, İstinaf Mahkemesi kuruma başvuru olanağını ek bir test vasıtasıyla daha da sınırlandırmak istemiştir¹²². İstinaf Mahkemesinin *AB v South West Water Services Ltd.*¹²³ kararı uyarınca, bir dava sebebine ilişkin olarak cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için aynı dava sebebine dayalı olarak 1964 tarihli *Rookes v Barnard* öncesinde cezalandırıcı tazminata hükmedilmiş olması gerekmektedir. Dava sebebi testi (*cause of action test*) olarak anılan bu yaklaşım çerçevesinde, *Rookes v Barnard* öncesinde cezalandırıcı tazminat yaptırımına konu olmamış bir haksız fiil türüne ilişkin olarak cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi mümkün değildir¹²⁴.

AB v South West Water Services kararının bizzat kendisi, bu yaklaşımın cezalandırıcı tazminatın uygulama alanını nasıl daha da daralttığını ortaya koymaktadır. Dava, içme suyu şebekesine 20 ton alüminyum sülfat karışması üzerine durumdan etkilenen kişilerin su dağıtım şirketine karşı ileri sürdükleri tazminat talebini konu almaktadır. Davacılar, davalının davranışının kamusal haklardan istifadeyi engelleme (*public nuisance*) ve ihmal (*negligence*) teşkil ettiği iddiasında bulunmuşlardır; başka bir deyişle somut olaydaki dava sebebi kamusal haklardan istifadeyi engelleme ve ihmaldir. İstinaf Mahkemesi, somut olayda dava sebebi testini uygulamış ve *Rookes v Barnard* öncesinde kamusal haklardan istifadeyi engellemeye yahut ihmale ilişkin olarak herhangi bir cezalandırıcı tazminata hükmedilip hükmedilmediğini araştırmıştır. Böyle bir cezalandırıcı tazminat hükmüne rastlamayan mahkeme, davacıların cezalandırıcı tazminat taleplerini reddetmiştir.

Bu testin işlevinin daha net anlaşılabilmesi için, İngiliz haksız fiil hukukunun genel yapısının kısaca açıklanması gerekmektedir. Bilindiği üzere Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde haksız fiil kavramı, şemsiye bir hukuk kuralı ile genelleştirilmiştir. Örneğin İsviçre-Türk hukukunda haksız fiil hukukunun yapı taşı şemsiye bir hukuk kuralı olan TBK m. 49 oluşturmaktadır. Hukuka aykırılık, zarar, nedensellik bağı ve kusur olmak üzere dört soyut unsur ile karakterize edilen haksız fiil kavramı, gerçekleşmesi muhtemel olumsuzlukları çatısı altında toplayan bir üst kavramdır¹²⁵. Buna karşılık İngiliz hukukunda TBK m. 49 benzeri bir şemsiye hukuk kuralı bulunmamaktadır. Kıta Avrupası hukuk geleneğinde alışkın olduğumuz aksine, gerçekleşmesi muhtemel olumsuzlukları çatısı altında toplayan üst bir kavram olarak genel ve soyut bir haksız fiil kavramı düzenlenmemiştir¹²⁶. Bunun yerine *writ*'lerden zaman içerisinde türemiş yetmiş aşkın haksız fiil türü, kazuistik bir anlayış

122 Burrows, *Remedies* (n 82) 417-418; Gotanda (n 6) 400-401; Cunningham (n 73) 371.

123 *AB v South West Water Services Ltd* [1993] QB 507 (CA).

124 İstinaf Mahkemesi bu yaklaşımını, Lordlar Kamarasının kategori testine ilişkin olarak *Broome v Cassell* kararında yapmış olduğu bazı değerlendirmelere dayanmaktadır. Örneğin Lord Diplock kararda, "*Rookes v Barnard* kararı, cezalandırıcı tazminat veya ağırlaştırıcı tazminatın uygulama alanını, daha önceden bu tür tazminatlara konu olmamış olan ihmal (*negligence*) veya aldatma (*deceit*) gibi haksız fiillere yayma amacı taşımamaktadır." ifadesini kullanmıştır (*Broome v Cassell* [1972] AC 1027 (HL), 1130-1131). Bu ifadelerden hareket ederek dava sebebi testini geliştiren İstinaf Mahkemesinin konuya ilişkin gerekçelendirmesi için bkz. *AB v South West Water Services Ltd.* [1993] QB 507 (CA), 519-521.

125 Zimmermann (n 3) 907.

126 Zimmermann (n 3) 907; Özden Merhacı (n 1) 47.

esasına göre gelişen sistemde kendisine yer bulmuştur. Bu haksız fiil türlerinin her biri farklı isimlerle anılmakta olup; her birinin sorumluluğu kurucu unsurları da diğerlerinden farklıdır¹²⁷. Örneğin bir başka kişinin bedenine onun arzu etmediği şekilde doğrudan müdahalede bulunmak *battery* kapsamında değerlendirilirken¹²⁸; bir başka kişinin hâkimiyeti altındaki araziye doğrudan müdahale *tresspass to land* kapsamında değerlendirilir¹²⁹.

Görüldüğü üzere İngiliz hukukunda her bir haksız fiil türü diğerinden bağımsız bir dava sebebi teşkil eder. *AB v South West Water Services* kararı ile getirilen dava sebebi testi uyarınca belirli haksız fiil türlerine istinaden cezalandırıcı tazminata başvurmak mümkünken, diğer haksız fiil türleri açısından bu hukuki imkânı başvuru yolu kapanmıştır. Şöyle ki, iftira ile kovuşturmayla sebep olma (*malicious prosecution*), haksız olarak kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma (*false imprisonment*), bedensel müdahale tehdidi (*assault*), bedensel müdahale (*battery*), itibarsızlaştırma (*defamation*), araziye müdahale (*tresspass to land*), taşınır mallara müdahale (*tresspass to goods*), araziden istifadeyi engelleme (*private nuisance*) ve taraf olmadığı ticari ilişkinin ihlaline neden olma (*tortious interference with business*) durumlarına ilişkin olarak 1964 öncesinde cezalandırıcı tazminata hükmedilmiş kararlar mevcuttur. Dolayısıyla bu durumlarda davacının cezalandırıcı tazminata başvuru imkânı *AB v South West Water Services* kararından sonra da baki kalmıştır¹³⁰. Buna karşılık örneğin ihmal (*negligence*), kamusal haklardan istifadeyi engelleme (*public nuisance*), aldatma (*deceit*), cinsiyet, ırk veya engel sebebiyle haksız ayrımcılık (*unlawful discrimination on the grounds of sex, race, disability*) durumlarına ilişkin olarak 1964'ten önce verilmiş bir cezalandırıcı tazminat kararı bulunmamaktadır. Bu haksız fiil türlerine ilişkin olarak cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi dava sebebi testi uyarınca mümkün değildir¹³¹.

Dava sebebi testi, cezalandırıcı tazminatın uygulama alanını herhangi bir ilkeye değil; bir takım yargısal rastlantılara dayalı olarak sınırlandırmaktadır. 1964 yılı öncesinde hasbelkader cezalandırıcı tazminata konu olmamış yahut olsa bile bu durum yayımlanan mahkeme kararları arasında kendisine yer bulmamış haksız fiillerin neticesinde zarar görenlerin böyle bir hukuki çareden yoksun bırakılmasının mantık çerçevesinde açıklanması mümkün değildir¹³². Adeta hukuku belirli bir zamanda dondurmaya çalışan bu karar, *common law*'un dinamik yapısını göz ardı etmiş olması itibarıyla sağlam bir temelden yoksundur. Nitekim karar hukuk çevrelerinde sert eleştirilerle karşılanmıştır. İngiltere ve Galler Hukuk Komisyonu, cezalandırıcı tazminata ilişkin revizyon önerilerini içeren raporunda *AB v South West Water Services* kararından sonra ortaya çıkan

127 James Edelman and John Davies, 'Torts and Equitable Wrongs' in Andrew Burrows (ed) *English Private Law* (2nd edn, Oxford University Press 2007) para 17.04-17.05.

128 Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis, *Markesinis and Deakin's Tort Law* (6th edn, Oxford University Press 2008) 454-455.

129 Deaken/Johnston/Markesinis (n 128) 495.

130 Law Commission for England and Wales (n 7) Part III, para 1.108; Burrows, *Remedies* (n 82) 418; Gotanda (n 6) 400.

131 Law Commission for England and Wales (n 7) Part III, para 1.109; Burrows, *Remedies* (n 82) 418; Gotanda (n 6) 400.

132 W. V. H. Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort* (16th edn, Sweet & Maxwell 2002) para 22.11. Aynı yönde bkz. Tettenborn (n 82) 1554-1555.

tablonun akla uygun olarak savunulmasının mümkün olmadığını belirtmiş ve dava sebebi testinin kaldırılmasını önermiştir¹³³.

Nitekim Lordlar Kamarası, 2002 tarihli *Kuddus v Chief Constable of Leicestershire*¹³⁴ kararıyla bu içtihadı geçersiz kılmış ve dava sebebi testini ortadan kaldırmıştır¹³⁵. Karara konu olan dava, bir polis memurunun davranışına ilişkindir ve dava sebebi olarak kamu görevlisinin gücünü kötüye kullanması haksız fiiline (*misfeasance in public office*) dayanmaktadır. Şöyle ki davacı, hırsızlık şikayetiyle polise başvurmuş ve bir polis memuru tarafından kendisine konunun araştırılacağı bilgisi verilmiş; ancak daha sonra polis memuru şikayetçinin imzasını taklit etmek suretiyle şikayeti geri çekmiş ve dosyayı kapatmıştır. Polis memurunun davranışının kategori testinin ilk başlığı olan “kamu görevlisinin zorba, keyfi veya anayasaya aykırı davranış” altında değerlendirileceği ve bu testi geçeceği açıktır. Ancak ilk derece mahkemesi ve İstinaf Mahkemesi, kategori testine ek olarak dava sebebi testini de uygulamıştır. Dava sebebi olan kamu görevlisinin gücünü kötüye kullanması haksız fiiline ilişkin olarak *Rookes v Barnard*’dan önce verilmiş bir cezalandırıcı tazminat hükmü bulunmamasını gerekçe göstererek, davacının tazminat talebini reddetmişlerdir. Temyiz neticesinde önüne gelen davada Lordlar Kamarası, dava sebebi testinin yerindeliliğini değerlendirmiş ve böyle bir teste İngiliz hukukunda yer olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Böylelikle *AB v South West Water Services* kararındaki dava sebebi testi *overrule* yoluyla geçersiz kılınmıştır. Karar cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinde dava sebebinin herhangi bir önemi olmadığını ortaya koymuştur; mühim olan dava edilen somut davranışın taşımakta olduğu özelliklerdir.

Hükümet de Lordlar Kamarasının atmış olduğu bu adımı, cezalandırıcı tazminatın uygulama alanına ilişkin mantıktan yoksun keyfi bir sınırlamayı ortadan kaldırıyor olması sebebiyle takdir etmiş ve desteklemiştir¹³⁶. Sonuç olarak, cezalandırıcı tazminata hükmedilebilecek dava sebeplerini sınırlandıran *AB v South West Water Services* yaklaşımı günümüzde güncelliğini yitirmiştir.

III. MODERN İNGİLİZ SÖZLEŞME HUKUKUNDA CEZALANDIRICI TAZMİNAT

İngiliz hukukunda cezalandırıcı tazminatın uygulama alanı haksız fiiller ile sınırlandırılmıştır. Sözleşme hukuku bağlamında cezalandırıcı tazminata başvurmak mümkün değildir (A). Mevcut içtihat durumu açısından genel tablo böyle olmakla birlikte, sözleşme ihlali neticesinde cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin mümkün olup olmadığı hususu özellikle son dönemde öğretinin tartıştığı konulardan biri hâline gelmiştir (B).

133 Law Commission for England and Wales (n 7) Part III, para 1.49 and 1.78.

134 *Kuddus v Chief Constable of Leicestershire* [2001] UKHL 29, [2002] 2 AC 122.

135 Edelman, *McGregor on Damages* (n 14) para 11-011; Burrows, *Remedies* (n 82) 418; Gotanda (n 6) 401; Tettenborn (n 82) 1555; Özden Merhacı (n 1) 110; Cunningham (n 73) 372.

136 Department for Constitutional Affairs (n 100) para 198.

A. MEVCUT İÇTİHAT DURUMU

İngiliz hukukunda geleneksel olarak cezalandırıcı tazminatın yalnızca haksız fiilleri temel alan davalarda söz konusu olabileceği; sözleşme ihlaline dayalı olarak böyle bir tazminata hükmedilmesinin mümkün olmadığı anlayışı hâkimdir¹³⁷. Bu çerçevede, hiçbir mahkeme kararında salt sözleşme ihlaline dayanmak suretiyle cezalandırıcı tazminata hükmedilmediği belirtilmektedir¹³⁸.

Nitekim bu gelenekten hareket eden Lordlar Kamarasının 1909 tarihli *Addis v Gramophone*¹³⁹ kararı, sözleşme ihlaline bağlı olarak başvurulabilecek hukuki çareler arasında cezalandırıcı tazminatın bulunmadığını açıkça ortaya koymuştur¹⁴⁰. Söz konusu karar, davalının iş yerinde müdür olarak çalışan ve maaşına ek olarak yapılan işler üzerinden komisyon alan davacının iş sözleşmesinin haksız olarak feshedilmesini konu almaktadır. Taraflar arasındaki iş sözleşmesinde altı aylık ihbar süresi düzenlenmiş olmasına rağmen davalı, işten çıkarma bildiriminde bulunur bulunmaz davacıyı müdürlük pozisyonundan almış ve geriye kalan süre boyunca başka bir pozisyonda çalıştırmaya başlamıştır. Bunun üzerine davacı, taraflar arasındaki sözleşmenin ihlal edildiği iddiasına dayanarak tazminat talebiyle dava açmıştır. Lordlar Kamarası, davacının ihbar süresi boyunca maaşının yanı sıra aynı pozisyonda çalışmaya devam etseydi hak kazanacağı komisyonu talep etmekte haklı olduğuna; ancak iş sözleşmesinin sert bir biçimde feshedilmiş olmasının başkaca ek bir tazminata hükmedilmesini gerektirmediğine karar vermiştir. Kararda söz konusu durum sözleşme ihlalinin bir görünümü olan iş sözleşmesinin haksız feshi olarak nitelendirilmiş ve Lord Collins'in muhalefetine rağmen sözleşme ihlali neticesinde cezalandırıcı tazminata hükmedilmesine olanak bulunmadığına oy çokluğuyla karar verilmiştir.

Muhalefet şerhini kaleme alan Lord Collins, *Lord Sondes v Fletcher*¹⁴¹ ve *Maw v Jones*¹⁴² kararlarını örnek göstermek suretiyle sözleşme ihlali durumunda zararı aşan tazminatlara hükmedilmesinin İngiliz hukuku geleneğinde mümkün olduğunu belirtmiş ve bu konuda jüriye bir takdir yetkisi tanınması gerektiğini savunmuştur¹⁴³. Ancak çoğunluğu oluşturan mahkemeleri üyeleri, belirtilen kararların sözleşme hukukunda cezalandırıcı tazminata hükmedilebileceği konusunda herhangi bir otorite teşkil etmediğini savunmuşlardır. Cezalandırıcı tazminata karşı en sert tutumu benimseyen Lord Atkinson kararını gerekçelendirirken sözleşme hukukundaki tazminatın genel esasları

137 Edelman, *McGregor on Damages* (n 14) para 11-016; Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *Anson's Law of Contract* (30th edn, Oxford University Press 2016) 564; Edwin Peel, *Treitel on the Law of Contract* (14th edn, Sweet & Maxwell 2015) para 20-019; Burrows, *Remedies* (n 82) 408; Gotanda (n 6) 398 ve 402; Ewan McKendrick, 'Breach of Contract, Restitution for Wrongs and Punishment' in Andrew Burrows and Edwin Peel (eds), *Commercial Remedies: Current Issues and Problems* (Oxford University Press 2003) 119; James Edelman, 'Exemplary Damages for Breach of Contract' (2001) 117(4) *Law Quarterly Review* 539, 542.

138 Andrew Burrows, 'Damages for Breach of Contract: A Developing Hierarchy?' (2003) 35 *Bracton Law Journal* 28, 43. Ancak bkz. *Addis v Gramophone* kararında Lord Collins'in muhalefet şerhi, [1909] AC 488 (HL), 497-501.

139 *Addis v Gramophone* [1909] AC 488 (HL).

140 Edelman, *McGregor on Damages* (n 14) para 11-016; Beatson, Burrows and Cartwright (n 137) 565; Burrows, *Remedies* (n 82) 408-409; Solène Rowan, 'Reflections on the Introduction of Punitive Damages for Breach of Contract' (2010) 30(3) *Oxford Journal of Legal Studies* 495, 497; McKendrick (n 137) 119.

141 *Lord Sondes v. Fletcher* [1822] 3 Bing 590.

142 *Maw v. Jones* [1890] 25 QBD 107.

143 *Addis v Gramophone* [1909] AC 488 (HL), 497-501.

üzerinde durmuştur. Buna göre sözleşmenin ihlali durumunda hükmedilecek tazminat kural olarak, alacaklıyı sözleşme ifa edilmiş olsaydı bulunacağı duruma getirmeyi amaçlar. Bu sebeple sözleşme hukukundaki tazminat ile borçlunun cezalandırılması arasında herhangi bir ilişki bulunmamaktadır; tazminatın amacı ve işlevi, alacaklının zararının telafi edilmesinden ibarettir. Lord Atkinson bu kuralın istisnalarına değinmiş ve başka bir istisnaya yer olmadığını ortaya koymuştur. Zira bu kurala sözleşme hukukunun tamamı bakımından genel bir istisna getirilmesi ticari ilişkilerde karışıklığa ve belirsizliğe; bazı durumlarla sınırlı olarak kısmi bir istisna getirilmesi ise adaletsizliklere ve anormalliklere yol açacaktır¹⁴⁴. Sonuç olarak, bir sözleşme ihlali aynı zamanda haksız fiil de teşkil ediyorsa davacının bu haksız fiile dayanmak suretiyle cezalandırıcı tazminat talep etmesi mümkündür; ancak davasını sözleşme ihlali esasına dayalı olarak açan davacı böyle bir imkândan yoksun kalacaktır¹⁴⁵. Karar neticesinde cezalandırıcı tazminat sözleşme hukukundan dışlanmıştır¹⁴⁶.

Nitekim yıllar içerisinde gelişen içtihat, salt sözleşme ihlaline dayalı olarak cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin mümkün olmadığını pek çok defa ortaya koymuştur¹⁴⁷. Borçlunun sözleşmeyi kasten ihlal ettiği durumlar dahi bu bakımdan herhangi bir istisna teşkil etmez.

Cezalandırıcı tazminatın uygulama alanının yalnızca haksız fiillerle sınırlandırılmasının ve salt sözleşme ihlali bakımından böyle bir yaptırımın kabul edilmemesinin uygulamada yarattığı sonuç, kiraya verenin kiracıyı tahliye etmek maksadıyla kiralananın kullanımına engel olduğu iki örneğin karşılaştırılması vasıtasıyla açıkça ortaya koyulabilir. *Lavender v Betts*¹⁴⁸ davasında kiraya veren, kira konusu apartman dairesinin kapılarını ve pencerelerini sökmek vasıtasıyla kiracının kullanımına engel olmuştur. Mahkeme bu müdahalenin sözleşmenin ihlalinin yanı sıra *trespass* yani bağımsız bir haksız fiil teşkil ettiği kanaatine varmış ve bu çerçevede cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir.

144 *Addis v Gramophone* [1909] AC 488 (HL), 495.

145 *Addis v Gramophone* [1909] AC 488 (HL), 496.

146 Bununla birlikte *Cunnington*, söz konusu kararın bu şekilde yorumlanmasına karşı çıkmış ve yaygın kabulün aksine kararın sözleşme ihlaline dayalı olarak cezalandırıcı tazminata hükmedilemeyeceği konusunda herhangi bir otorite teşkil etmediğini savunmuştur. Lordlar Kamarasının kararı, iş sözleşmesinin sert biçimde feshedilmiş olmasının başkaca ek bir tazminata hükmedilmesini gerektirmediğine ilişkindir. Lord James of Hereford'un ifadesiyle, "iş sözleşmesinin feshedilme biçimi nedeniyle zararın ağırlaşmış olması" (*aggravation of the injury in consequence of the manner of the dismissal*) ek bir tazminata hak vermez. İşçinin hak kazanamayacağı belirtilen bu "ek tazminat", yaygın kabul uyarınca cezalandırıcı tazminat olarak anlaşılmakta; bu sebeple de sözleşme ihlali durumunda cezalandırıcı tazminata hükmedilemeyeceği sonucuna varılmaktadır. Zira çoğunluk görüşüne katılan Lord Atkinson ve karara muhalif kalan Lord Collins konuyu cezalandırıcı tazminat bağlamında ele almıştır. Oysa *Cunnington*, burada bahsedilen ek tazminatın günümüzdeki ağırlaştırılmış tazminat (*aggravated damages*) başlığı altında değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Zira kararın verildiği 1909 tarihinde cezalandırıcı tazminat ile ağırlaştırılmış tazminat arasındaki ayrım net olarak oturmamış olup; mahkemeler yer yer bu terimleri yanlış olarak birbirlerinin yerine kullanabilmektedir. İki zarar türü arasındaki ayrım ancak 1964 yılındaki *Rookes v Barnard* kararı ile ortaya koyulmuştur. İşte *Cunnington* da buradan hareketle, bu kararın yalnızca iş sözleşmesinin feshedilme biçiminin ağırlaştırılmış tazminata hak kazandırmayacağı konusunda bir otorite teşkil ettiği görüşündedir. Bu görüşe göre, sözleşme ihlali durumunda cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin önünde *Addis v Gramophone*'a dayalı herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu görüş için bkz. *Cunnington* (n 73) 373-374. Aynı doğrultuda bkz. Edelman 'Exemplary Damages' (n 137) 542.

147 Örnek kararlar için bkz. *Perera v Vandiyar* [1953] 1 WLR 672 (CA); *Kenny v Preen* [1963] 1 QB 499 (CA); *Newcastle upon Tyne City Council v Allan* [2005] UKEAT 0845_04_1404, [2005] ICR 1170.

148 *Lavender v Betts*, [1942] 2 All ER 72 (KBD).

Buna karşılık *Perera v Vandiyar*¹⁴⁹ davasına konu olan olayda, kiraya veren kiralananın doğal gaz ve elektriğini kiralanan girmeksizin kendi hâkimiyetinde bulunan kilerdeki şalterleri kapatmak vasıtasıyla kesmiş; böylelikle kiracının kullanımına engel olmuştur. Mahkeme bu müdahalenin *trespass* olarak nitelendirilmesi mümkün olmadığı için olayda bağımsız bir haksız fiil bulunmuş ve cezalandırıcı tazminata hükmetmemiştir. Görüldüğü üzere haksız fiil ile sözleşme arasında yapılan bu ayırım, çok yakın mahiyetteki olaylarda birbirinden farklı sonuçlara varılmasını gerektirmiştir.

Esasında *Perera v Vandiyar*'ı karara bağlayan mahkeme de bu çelişkili durumun farkındadır. Kararda *Lavender v Betts*'teki kiraya veren ile *Perera v Vandiyar*'daki kiraya verenin dava konusu eylemlerinin amacının aynı olduğu kabul edilmiştir. Ancak mahkeme, buna rağmen farklı sonuçlara varılmış olmasının mantıklı olduğunu savunmaktadır. Mahkemeye göre *Lavender v Betts*'te cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin gerekçesi, kiraya verenin tahliye amacıyla hareket etmiş olması değil; kiracının hak sahibi olduğu taşınmaza *trespass* yoluyla müdahalede bulunmuş olmasıdır. Dolayısıyla kiraya veren kiracının hak sahibi olduğu taşınmaza *trespass* yoluyla müdahale etmediği sürece tahliye amacıyla hareket etse bile cezalandırıcı tazminat ödemeye mahkûm edilmemelidir¹⁵⁰.

Cezalandırıcı tazminatın sözleşme hukukundan dışlanması öncelikli sebebi, bu kavramın sözleşmesel sorumluluğun genel ilkeleri ile uyumlu olmamasıdır. Şöyle ki sözleşmeyi ihlal eden borçlunun sorumluluğu, tazminat ödemek suretiyle alacaklıyı sözleşme gereği gibi ifa edilmiş olsaydı bulunacağı duruma getirmektedir. Anglo-Amerikan hukuk geleneğini yansıtan ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinden de aşına olduğumuz bu ilke, henüz 1848 tarihli *Robinson v Harman* kararında şu sözlerle ifade edilmiştir: “*Common law*'da geçerli olan kural uyarınca sözleşmenin ihlal edilmesi neticesinde zarara uğrayan taraf, kendisini sözleşme ifa edilmiş olsaydı içinde bulunacağı duruma paranın elverdiği ölçüde getirecek miktarda tazminata hak kazanır.”¹⁵¹ Anlaşılabileceği üzere sözleşmeyi ihlal eden borçlunun sorumluluğu, alacaklının uğradığı zararı telafi etmekle sınırlıdır. Tazminatın alacaklının zararının telafi edilmesinden öte borçluyu sözleşmeyi ihlal ettiği için cezalandırma amacı bulunmamaktadır¹⁵². Dolayısıyla borçluyu alacaklının uğradığı zararı aşacak bir tazminat ödemekle sorumlu tutmak, sözleşmesel sorumluluğun genel ilkeleri ile bağdaşmayacaktır.

B. MEVCUT DURUMUN TARTIŞMAYA AÇILMASI

Genel tablo bu olmakla birlikte, sözleşme ihlali neticesinde cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin mümkün olup olmadığı hususu son dönemde tartışmaya açık hâle gelmiştir¹⁵³. Geleneksel duruş, uygulama açısından geçerliliğini korumaktadır. Ancak bu duruşun öğretideki tartışmalar vasıtasıyla

149 *Perera v Vandiyar*, [1953] 1 WLR 672 (CA).

150 *Perera v Vandiyar*, [1953] 1 WLR 672 (CA), 676.

151 *Robinson v Harman* (1848) 1 Ex Rep 850, 154 ER 363, 365. Aynı şekilde bkz. *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. Ltd. v Underground Electric Railways Co. of London Ltd.* [1912] AC 673 (HL), 689.

152 Bu tespitte bulunan örnek kararlar için bkz. *Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth* [1996] UKHL 8, [1996] AC 344, 365; *Co-operative Insurance Society v Argyll Stores (Holdings) Ltd* [1997] UKHL 17, [1998] AC 1, 15.

153 Edelman, *McGregor on Damages* (n 14) para 11-016; Burrows, *Remedies* (n 82) 409; Rowan (n 140) 498; McKendrick (n 137) 119. Bu konuyu Türk hukuku açısından yenilikçi bir bakış açısıyla inceleyen detaylı bir çalışma için bkz. İstemi (n 1).

en azından kısmen aşıldığı tespitinde bulunmak mümkündür. İngiliz hukuk öğretisinin önde gelen isimlerinden *Burrows*, konunun tartışmaya açılmasının sebebi olarak üç temel gelişme sıralamaktadır¹⁵⁴.

İlk gelişme, *Kuddus v Chief Constable of Leicestershire*¹⁵⁵ kararıyla dava sebebi testinin ortadan kaldırılmış olmasıdır¹⁵⁶. Yukarıda incelendiği üzere bu test uyarınca bir dava sebebine ilişkin olarak cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için, aynı dava sebebine dayalı olarak 1964 tarihli *Rookes v Barnard* öncesinde cezalandırıcı tazminata hükmedilmiş olması gerekmektedir. İsabetsizliği nedeniyle yoğun eleştiriye maruz kalan test, *Kuddus v Chief of Constable of Leicestershire* kararı ile ortadan kaldırılmıştır. Böylelikle cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinde dava sebebinin herhangi bir önemi olmadığı ortaya koyulmuş; dava edilen somut davranışın taşımakta olduğu özellikler ön plana çıkarılmıştır. Bu durum tüm haksız fiil türlerinin yanı sıra, sözleşme ihlalleri bakımından da cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin mümkün olabileceği yönünde bir tereddüt uyandırmıştır.

Esasen karar sözleşme ihlalinden bahsetmemektedir; ancak kararda yer alan bazı ifadeler bu konuya da temas edecek şekilde yorumlanmaya müsaittir. Nitekim genel kabul gören görüş, karar vasıtasıyla yalnızca haksız fiil türleri arasında yapılan ayırımın ortadan kaldırıldığını ve böylelikle herhangi bir haksız fiile ilişkin olarak cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin mümkün hâle geldiğini; ancak kararın cezalandırıcı tazminatın uygulama alanını haksız fiillerin ötesine yaymak gibi bir sonucu olmadığını savunmaktadır. Bazı yazarlara göre ise bu kararın sonucunun çok daha öteye uzandığı iddia edilebilir¹⁵⁷. Dava sebebi testi ortadan kaldırıldığına göre, sözleşme ihlali de dahil olmak üzere herhangi bir dava sebebine ilişkin olarak Lord Devlin'in tarif ettiği üç kategoriden birine girmesi kaydıyla cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi mümkündür.

Bu konuda ikinci gelişme, sözleşme hukukunun telafi edici tazminat dışındaki tazminat türlerine kapalı muhafazakâr yapısının *Attorney General v Blake*¹⁵⁸ kararı ile kırılmış olmasıdır¹⁵⁹. Lordlar Kamarası bu karar vasıtasıyla alacaklının sözleşme ihlali karşısında başvurabileceği hukuki çareler arasına, iade edici tazminatı (*restitutionary damages*) eklemiştir. Alacaklı iade edici tazminat ile borçlunun sözleşmeyi ihlal etmek suretiyle elde ettiği menfaatin kendisine devredilmesini talep edebilecektir¹⁶⁰. Bu açıdan söz konusu tazminat türü, alacaklının ihlal sebebiyle uğradığı zararı

154 *Burrows, Remedies* (n 82) 409-410; Rowan (n 140) 498-499.

155 *Kuddus v Chief Constable of Leicestershire* [2001] UKHL 29, [2002] 2 AC 122.

156 *Burrows, Remedies* (n 82) 410; Edelman 'Exemplary Damages' (n 137) 539; Rowan (n 140) 499; McKendrick (n 137) 119; Tettenborn (n 82) 1561-1562.

157 *Burrows, 'Damages for Breach of Contract'* (n 138) 43; McKendrick (n 137) 119-122; Edelman 'Exemplary Damages' (n 137) 544-545.

158 *Attorney General v Blake* [2000] UKHL 45, [2001] 1 AC 268.

159 *Burrows, Remedies* (n 82) 409; Edelman 'Exemplary Damages' (n 137) 539; Rowan (n 140) 498-499.

160 Edelman, *McGregor on Damages* (n 14) para 12-001; Andrew Burrows, 'Judicial Remedies' in Andrew Burrows (ed) *English Private Law* (2nd edn, Oxford University Press 2007) para 21.158. *Attorney General v Blake* kararı ile sözleşme hukuku bağlamında kendisine yer bulan bu hukuki çareyi ifade etmek üzere kullanılacak terimin seçilmesi konusunda iki ana sorun mevcuttur. 1) Öncelikle, bu hukuki çarenin tazminat (*damages*) olarak isimlendirilip isimlendirilemeyeceği konusunda İngiliz hukukçular arasında görüş birliği bulunmamaktadır. Dolayısıyla terimin orijinali net değildir. Bazı yazarlar *restitutionary damages* ifadesini tercih ederken, bazılarının bu ifadeyi kullanmaktan kaçındıkları ya da kullanmakla birlikte eleştirdikleri görülmüştür. Şöyle ki burada söz konusu olan hukuki çare, alacaklının uğramış olduğu

değil; borçlunun ihlal sayesinde elde ettiği menfaati esas alır. Sonuç olarak karar, alacaklı zarara uğramamış olsa bile tazminata hak kazanabilmesini mümkün kılmış ve telafi edici tazminatın sözleşme hukukundaki hegemonyasını yıkmıştır.

Attorney General v Blake kararı, alacaklının hiçbir zarara uğramamasına rağmen iade edici tazminata hükmedilen bir durumu örneklemesi açısından dikkate değerdir¹⁶¹. Karar, 1944-1961 yılları arasında İngiliz Gizli Servisinde istihbarat alanında çalışırken Sovyetler Birliği'ne bilgi sızdırdığı anlaşılan ve bunun üzerine 42 yıllık hapis cezasına çarptırılan; ancak 1966 yılında hapisshaneden kaçarak Moskova'ya yerleşen ünlü casus George Blake'i konu almaktadır. Blake, 1989 yılında İngiliz Gizli Servisindeki görevi vasıtasıyla edindiği bilgileri de içeren otobiyografik bir eser kaleme almış ve kitabın İngiltere'de yayımlanması konusunda bir yayımcı ile sözleşme akdetmiştir. Taraflar arasındaki sözleşme uyarınca yayımcı, Blake'e toplam 150.000 £ ödeme yapacaktır. Aslında kitapta kullanılan bilgiler kitabın yayımlandığı 1989 tarihi itibarıyla gizlilik niteliğini kaybetmiştir ve bu bilgilerin açıklanması kamu menfaati bakımından sakıncalı olmaktan çıkmıştır. Ancak yine de Baş Savcı (*Attorney General*), Blake'in kitaptan elde ettiği ve edeceği tüm gelirin tazminat olarak devlete

zararı telafi etme amacı taşımamaktadır. Bu bakımdan bir görüş, söz konusu hukuki çarenin dar ve teknik anlamda tazminat olmadığını belirtmiş ve terimdeki tazminat ifadesini eleştirmiştir. Zira dar ve teknik anlamda tazminat, yalnız alacaklının ihlal neticesinde uğradığı zararı dikkate alır; borçlunun bundan elde ettiği menfaati göz ardı eder. Terime bu bakımdan getirilen eleştiriler için bkz. Edelman, *McGregor on Damages* (n 14) para 12-003. Nitekim *Attorney General v Blake* kararında çoğunluk görüşünü kaleme alan Lord Nicholls da *restitutionary damages* terimini talihsiz olarak nitelendirmiş ve kullanmaktan kaçınmıştır. Bunun yerine kararda, haksız olarak elde edilen menfaatin devrine yönelik olarak başka bağlamlarda kullanılan *account of profits* terimi tercih edilmiştir (*Attorney General v Blake* [2000] UKHL 45, [2001] 1 AC 268, 284). Ancak İngiltere ve Galler Hukuk Komisyonu Raporu, tüm bu eleştirilere rağmen mevcut alternatif terimlerin yerine *restitutionary damages* kavramının kullanılmasını önermiştir (Law Commission for England and Wales (n 7) para 1.82-1.84). Zira bazı yazarların belirtmekte olduğu üzere, tazminat teriminin İngiliz hukukundaki anlamı "hukuka aykırı bir eylemde (*wrong*) bulunmanın parasal yaptırımı" olmaktan ibarettir ve tazminat ile telafi edicilik arasındaki bağ nominal tazminat ve cezalandırıcı tazminat gibi kurumlar vasıtasıyla zaten kırılmıştır (McKendrick (n 137) 99). Yukarıda değinildiği üzere çalışmamız, tazminat ifadesini dar ve teknik anlamıyla telafi edici tazminatı karşılayacak biçimde sınırlı olarak kullanmamakta ve cezalandırıcı tazminat gibi alacaklının zararını telafi etmeye yönelik olmayan hukuki çareleri de tazminat olarak isimlendirmektedir. Buna paralel olarak *Attorney General v Blake* kararı ile sözleşme hukuku bağlamında kendisine yer bulan hukuki çarenin de tazminat olarak isimlendirilmesinde bir beis görülmemiş ve *restitutionary damages* terimi tercih edilmiştir. 2) İkinci olarak, *restitutionary damages* teriminin Türkçe karşılığının seçilmesi güçlük arz etmektedir. Zira bu terimin motamot çevirisi iade edici tazminat anlamına gelmekte; "iade" ifadesi de terimin anlamına ilişkin olarak yanlış bir intiba uyandırmaktadır. Şöyle ki aslında bu tazminat, başlangıçta alacaklının malvarlığında sonradan borçlunun malvarlığına geçmiş bir malvarlığı değerinin geri verilmesini konu almamaktadır. Tazminatın konusu, borçlunun sözleşmeyi ihlal etmek suretiyle elde etmiş olduğu; yani aslında alacaklının malvarlığında hiçbir zaman bulunmamış olan bir malvarlığı değerinin alacaklıya devredilmesidir. Bu sebeple terimde geçen iade ifadesi bağlamından kopuk olarak düşünüldüğünde yanıltıcı olabilmektedir. Bu ifade, ancak İngiliz iade hukukunun (*law of restitution*) sebepsiz zenginleşmenin ötesine geçen geniş kapsamı düşünüldüğünde anlam kazanmaktadır. Şöyle ki İngiliz iade hukuku (*law of restitution*), üç temel ilkenin üzerine kurulmuştur: (a) Sebepsiz zenginleşmenin tersine çevrilmesi, (b) Haksız fiil veya sözleşme ihlali gibi hukuka aykırı bir eylemde (*wrong*) bulunan kişinin bu eyleminden menfaat elde etmesinin önlenmesi, (c) Saldırıda bulunulan mülkiyet hakkının korunması (Graham Virgo, *The Principles of the Law of Restitution* (3rd edn , Oxford University Press 2015) 8). Görüldüğü üzere, sözleşmeyi ihlal ederek bundan menfaat elde eden borçlunun bu menfaati alacaklıya devretmesi fikrini esas alan *restitutionary damages*, bu iade edici ilkelerin ikincisi kapsamında değerlendirilmektedir. Bu noktada terimin özünü Türkçede daha iyi karşılayabilecek olan "menfaat devredici tazminat" gibi bir ifade yerine; terimin İngiliz hukukundaki orijinal bağlamını daha iyi yansıtabilecek olan "iade edici tazminat" ifadesine öncelik verilmiştir.

161 Karar hakkında detaylı bir Türkçe inceleme için bkz. Baş Süzel (n 1) 185 vd.

ödenmesi suretiyle menfaatin devrini talep eden bir dava açmıştır¹⁶². Çeşitli aşamalardan geçen davanın özü, nihayetinde sözleşme ihlaline dayanmaktadır. Zira Blake, İngiliz Gizli Servisinde işe girerken bir gizlilik anlaşması imzalamış ve bu anlaşmada görevi vasıtasıyla öğrendiği hiçbir bilgiyi görevi sona erdikten sonra dahi ifşa etmemeyi taahhüt etmiştir.

Davanın özelliği, Blake'in bu kitap vasıtasıyla devleti herhangi bir zarara uğratmış olmaması; ancak kendisinin haksız davranışı sayesinde ciddi bir menfaat elde edecek olmasından ileri gelmektedir. Bu durumda davacının başvurabileceği klasik hukuki çare olan telafi edici tazminat, davacı herhangi bir zarara uğramadığı için anlamlı bir hukuki çare teşkil etmeyecektir. Blake aleyhine sembolik bir miktardan ibaret olan telafi edici tazminata hükmedilecek; buna karşılık bağlı olduğu sözleşmeyi ihlal etmek suretiyle elde ettiği 150.000 £ menfaat Blake'in yanına kâr kalacaktır. Nitekim mahkeme bu durumu uygun görmemiş; Blake aleyhine iade edici tazminata karar vermiştir. Kararda, uyuşmazlık konusu olayı adil bir çözüme bağlamak açısından klasik sözleşme ihlali yaptırımları olan tazminat, aynen ifa ve mahkeme emrinin yeterli olmadığı vurgulanmış ve aslında özel hukukta sınırlı bir alanda uygulama alanı bulan menfaat devri yaptırımı sözleşme ihlali alanında da iade edici tazminat kalıbı çerçevesinde kabul edilmiştir.

Karar yalnızca diğer hukuki çarelerin yeterli gelmediği istisnai durumlarda iade edici tazminata başvurulabileceğini belirtmiş; fakat iade edici tazminata hangi durumda hükmedilebileceği konusunda sabit kurallar getirmekten kaçınmıştır. Bunun yerine mahkemenin somut olayın koşullarını dikkate alması gerektiğini belirtmiştir. Bu kapsamda mahkeme, özellikle sözleşmenin konusunu, ihlal edilen sözleşme hükmünün amacını ve mahkemeden yardım talep edilen durumun koşullarını değerlendirecektir. Bu çerçevede, davacının davalının menfaat elde ettiği faaliyette bulunmasını engellemekte ve onu bu menfaatten yoksun bırakmakta haklı bir yararının bulunup bulunmadığı incelenmelidir¹⁶³. Nitekim mahkeme somut olayda, istihbarat servisinin diğer çalışanlarının benzer ihlallerde bulunmalarına yönelik finansal teşvik sağlanmaması ve tehlikeli operasyonlardaki istihbarat servisi çalışanları arasında mevcut güvenin baltalanmaması bakımından davacının böyle bir yararı olduğuna karar vermiştir¹⁶⁴. Sonuç olarak, Blake aleyhine iade edici tazminata hükmedilmiştir.

Görüldüğü üzere iade edici tazminat vasıtasıyla menfaat devri yaptırımının kabulü, telafi edici tazminatın sözleşme hukukundaki hegemonyasını yıkmıştır. Bu anlamda, alacaklının sözleşme ihlaline bağlı olarak başvurabileceği hukuki çarelerin salt telafi edici tazminattan ibaret olmadığı ortaya koyulmuştur. Böylelikle, sözleşme hukukunda cezalandırıcı tazminatın önündeki en büyük engellerden biri ortadan kalkmış olup; Lordlar Kamarasının gelecekte sözleşme hukukunda

162 Davanın açılmış olduğu tarih itibarıyla yayımcı, Blake'e 60.000 £ ödeme yapmış bulunmaktadır. Bu paranın tahsili mümkün olmadığı için; dava esasen henüz ödenmemiş olan 90.000 £ tutarına ilişkindir. Bkz. *Attorney General v Blake* [2000] UKHL 45, [2001] 1 AC 268, 284; McKendrick (n 137) 97.

163 *Attorney General v Blake* [2000] UKHL 45, [2001] 1 AC 268, 285. Bu konuda bir inceleme için bkz. McKendrick (n 137) 102 ff.

164 *Attorney General v Blake* [2000] UKHL 45, [2001] 1 AC 268, 287.

cezalandırıcı tazminata hükmedilmesine olanak tanıyan daha liberal kararlar vereceği yönündeki beklenti artmıştır¹⁶⁵.

Kanada hukukunda cezalandırıcı tazminatı sözleşme hukukundan dışlayan klasik *common law* yaklaşımının terk edilmesi ve yeni bir yaklaşım geliştirilmesi, sözleşme ihlali neticesinde cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin mümkün olup olmadığı konusundaki tartışmayı alevlendiren üçüncü gelişme olmuştur¹⁶⁶. Kanada hukuku çerçevesinde sözleşmeyi ihlal eden borçlunun, davranışı haksız fiil teşkil etmese dahi cezalandırıcı tazminat ödemekle sorumlu tutulması mümkündür¹⁶⁷. Kanada hukukunun *common law* geleneğine rağmen takındığı bu tavır, İngiliz hukuku ile olan sıkı bağlantısı sebebiyle oldukça şaşırtıcıdır¹⁶⁸.

Kanada, eski Britanya kolonilerinden oluşmakta olup; Québec'in özel durumu bir kenara bırakılacak olursa hukuk sisteminin kökeninde İngiliz hukuku yatmaktadır¹⁶⁹. Kanada'nın İngiliz hukuku ile olan yakın ve yoğun ilişkisi, bağımsızlaşma süreci doğrultusunda 1867 yılında Kanada Konfederasyonu'nun kurulmasından sonra dahi devam etmiştir¹⁷⁰. Pek çok kanun İngiliz benzerleri

165 Burrows, *Remedies* (n 82) 409; Edelman 'Exemplary Damages' (n 137) 543-544; Rowan (n 140) 498-499.

166 Burrows, *Remedies* (n 82) 410; Edelman 'Exemplary Damages' (n 137) 539; Rowan (n 140) 499; Tettenborn (n 82) 1562.

167 Kanada hukukunda cezalandırıcı tazminat kavramının uygulama alanının sözleşme hukukuna genişlemesi, içtihat hukukundaki uzun yıllara yayılan bir gelişimin sonucudur. Bu konudaki gelişimin başlangıç noktası olarak Kanada Yüksek Mahkemesinin 1989 tarihli *Vorvis v Insurance Corp. of British Columbia* ([1989] 1 SCR 1085 (1989 CarswellBC 76)) kararı kabul edilebilir. Kanada Yüksek Mahkemesi üyeleri, borçlunun sözleşmeyi ihlal ettiği durumlarda cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmadığı sonucuna oy birliğiyle ulaşmışlardır. Ancak bu yaptırıma hangi koşullarda başvurulabileceği ve somut olayın bu koşulları sağlayıp sağlamadığı hususunda fikir ayrılığı ortaya çıkmış; somut olayda bu yaptırımı haklı kılacak koşulların mevcut olmadığı sonucuna oy çokluğuyla ulaşılmıştır. Kanada Yüksek Mahkemesi'nin 2002 tarihli *Whiten v Pilot Insurance Co* (2002 SCC 18 (2002 CarswellOnt 537)) kararı, bu yolun vardığı noktayı ortaya koymaktadır. Mahkeme bu defa sözleşme ihlali durumunda cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin potansiyel olarak mevcut olduğunu belirtmekle yetinmemiş; dava konusu somut olaydaki ihlale ilişkin olarak hükmedilen 1.000.000 CAD gibi oldukça yüksek miktardaki cezalandırıcı tazminatı onamıştır. Böylelikle cezalandırıcı tazminatın saf sözleşme ihlali durumunda başvurulabilecek bir çare olup olmadığı konusundaki şüpheler, tamamen ortadan kalkmıştır. John Swan, 'Punitive Damages for Breach of Contract: A Remedy in Search of a Justification' (2004) 29(2) *Queen's Law Journal* 596, 597; Stéphane Beaulac, 'A Comparative Look at Punitive Damages in Canada', (2002) 17(2) *Supreme Court Law Review* 351, 369.

168 John D. McCamus, 'Prometheus Bound or Loose Cannon? Punitive Damages for Pure Breach of Contract in Canada' (2004) 41(4) *San Diego Law Review* 1491, 1493.

169 Bu bölümde Kanada hukukunun yalnız Anglo-Amerikan hukuk çevresine dahil kabul edilen kısmından bahsedilmekle birlikte; Kanada eyaletlerinden olan Québec'te belirli alanlarda Kıta Avrupası hukuk geleneği hâkimdir. Bu anlamda Kanada hukuku hem Anglo-Amerikan hem de Kıta Avrupası hukuk geleneğinden parçalar içermekte olan heterojen bir yapıdır. Québec hukuku hakkında genel olarak bkz. Sylvio Normand, 'An Introduction To Quebec Civil Law', in Aline Grenon and Louise Belanger-Hardy (eds), *Elements of Quebec Civil Law: A Comparison with the Common Law of Canada*, (Thomson Carswell 2008) 25 ff.

170 Kanada'nın her açıdan bağımsız ve egemen bir devlet olarak ortaya çıkması, uzun bir zamana yayılan pek çok gelişmenin sonucudur. Bu konudaki ilk önemli aşama, Birleşik Krallık Parlamentosunun *British North America Act* ile Nova Scotia, New Brunswick ve Kanada kolonilerini çatısı altında toplayan Kanada Konfederasyonu'nu otonom bir dominyon olarak 1867 yılında kabul etmiş olmasıdır. Bu gelişmenin yaşandığı 1 Temmuz tarihi, günümüzde Kanada'da bağımsızlık günü olarak kutlanmaktadır. Bununla birlikte bu tarih itibarıyla Kanada hâlâ bir dominyon olup; bağımsızlık sürecinin tamamlandığını iddia etmek doğru olmayacaktır. Birleşik Krallık Parlamentosu ancak 1931 tarihli *Statute of Westminster* ile Kanada'daki yasama yetkilerinden vazgeçmiştir. Süreç, Birleşik Krallık'ın 1982 tarihli *Canada Act* ile Kanada Anayasası üzerinde değişiklik yapma yetkisinden vazgeçmesiyle tamamlanmıştır. Günümüzde Kanada her açıdan bağımsız ve egemen bir devlettir. Diğer yandan Kanada, Uluslar Topluluğu bölgesi (*Commonwealth realm*) teşkil etmekte olup; Kral III. Charles Kanada Kralı unvanı ile anayasal monark olarak görevini sürdürmektedir.

örnek alınarak hazırlanmış, bu kanunların yorumlanmasında İngiliz mahkeme kararları sıkça başvurulan kaynaklar arasında yer almıştır. Ayrıca İngiltere'deki Danışma Meclisi Yargı Komitesi (*Judicial Committee of the Privy Council*)¹⁷¹, bu görev 1949 yılında Kanada Yüksek Mahkemesine (*Supreme Court of Canada*) devredilene kadar Kanada'nın nihai temyiz mercii olarak görev yapmıştır. Böylelikle İngiliz hukuku ile Kanada hukuku arasındaki organik bağlantı uzun bir süre varlığını devam ettirmiştir. Zaman içerisinde Kanada hukukunun gelişmesi ve zenginleşmesi neticesinde, mahkemeler Kanada kaynaklarına öncelik vermeye başlamış; ancak İngiliz hukuku ile olan tarihsel bağlantı nedeniyle İngiliz mahkeme kararlarına başvuru alışkanlığı varlığını sürmüştür. Günümüzde Kanada hukukunun kendine özgü nitelikleriyle bağımsız bir yapı olma özelliği kazandığı tartışmasızdır; ancak mahkeme kararlarında İngiliz mahkeme kararlarına yapılan pek çok atfa rastlamak hâlâ mümkündür.

Durum böyle iken sözleşme hukukunda başvurulabilecek hukuki çareler arasına cezalandırıcı tazminatın eklenmesi, Kanada hukukunun İngiliz hukuku kökenli *common law* geleneği ile ters düşme pahasına atmış olduğu bir adımdır. Bu adımın İngiliz hukuk çevresinde yarattığı yankı, İngiliz ve Kanada hukukları arasındaki etkileşimin çift yönlü olduğunu ortaya koymuştur. İngiltere'de hâlihazırda sürmekte olan tartışmada sözleşme ihlali neticesinde cezalandırıcı tazminata hükmedilebileceğinden yana tavır alanlar, Kanada yaklaşımından destek almıştır¹⁷². Keza McKendrick, bu yenilikçi yaklaşımın Avustralya ve İngiltere gibi hukuk sistemlerinin gelecekte evrileceği yönü etkileyebileceğini belirtmektedir¹⁷³.

SONUÇ

Zararı aşan miktarda tazminata hükmedilmesi, İngiliz hukukunun tarihsel gelişimi içerisinde tazminatın belirlenmesine ilişkin ilkelerin esnekliğine dayalı olarak kendiliğinden ortaya çıkmış bir olgudur. Haksız fiil davalarında tazminatı belirlerken geniş bir takdir yetkisine sahip olan jüri, kimi zaman maddi zarar toplamını oldukça aşacak tazminatlara hükmetmiştir. Bu gibi tazminatların maddi zararı aşan kısmının içerisinde “mağdurun uğramış olduğu maddi olmayan zararı telafi etme düşüncesi” ve “faili cezalandırma düşüncesi” iç içe geçmiş bulunmaktadır. Nitekim mahkeme de

171 1833 yılında kurulan *Judicial Committee of the Privy Council*, kurulduğu dönemde her tür dava bakımından Britanya İmparatorluğu'nun nihai temyiz mercii olarak görev yapmaktaydı. Bu anlamda mahkemenin *common law* üzerinde önemli bir yeknesaklaştırıcı etkisi olduğu kabul ediliyordu. Ancak zaman içerisinde Britanya İmparatorluğu'nun siyasi yapısında yaşanan çözümler, mahkemenin bu etkisini azaltmıştır. Aslında bağımsızlıklarını kazanan devletlerin önemli bir kısmı Birleşik Krallık ile olan bağıını Uluslar Topluluğu (*Commonwealth of Nations*) çatısı altında sürdürmüş ve mahkeme en azından başlangıçta pek çok Uluslar Topluluğu üyesi bağımsız devlet için nihai temyiz mercii olma görevini devam ettirmiştir. Fakat zaman içerisinde bu devletlerin önemli bir kısmı kendi yargı sistemlerini tamamen otonom hâle getirmiş ve bu mahkeme ile olan ilişkilerini sona erdirmiştir. Misalen Uluslar Topluluğu'nun önemli üyelerinden olan Kanada 1949'da, Hindistan 1950'de, Avustralya 1986'da, Yeni Zelanda 2004'te bu mahkemeye temyiz yolunu kapatmıştır. Yine de günümüzde hâlen mahkemeyi en üst temyiz mercii olarak kabul etmekte olan Uluslar Topluluğu üyesi devletler bulunmaktadır. Konu hakkında genel olarak bkz. Bailey, Ching and Taylor (n 117) para 2-075. Mahkemeye ilişkin Türkçe bir tanıtım için bkz. Serkan Yolcu, *İngiltere'de Kuvvetler Ayrılığı ve Yargı Bağımsızlığı Alanındaki Gelişmeler* (Seçkin 2011) 92-93.

172 Edelman 'Exemplary Damages' (n 137) 539 ff.

173 McKendrick (n 137) 121.

maddi olmayan zarar kalemlerine kesin bir parasal değer biçmek mümkün olmadığı için, bu iki düşünceyi birbirinden ayırt edememiş ve miktar aşırı olmadıkça bu tazminat kararlarına herhangi bir müdahalede bulunmamıştır. Böylelikle uzun bir süre boyunca jüri kararlarına dayalı olarak zararı aşan tazminat miktarlarına hükmedilmiş; en nihayetinde 1763 yılında cezalandırıcı tazminat ayrı hukuki bir kavram olarak mahkeme kararlarında özel bir sınıflandırmaya veya gerekçelendirmeye tâbi tutulmuştur. Bu tarihsel gelişme süreci, cezalandırıcı tazminatın neden haksız fiil hukuku alanında filizlendiğini ve sözleşme hukuku alanında kısır kaldığını açıklamaktadır.

Cezalandırıcı tazminat, modern İngiliz haksız fiil hukukunda uzun bir süre boyunca kayda değer bir yer tutmuştur. Ancak cezalandırıcı tazminatı, özel hukuk ve ceza hukuku arasındaki ayrımı bulanıklaştıran bir anomali olarak gören Lordlar Kamarası, kavramın uygulama alanını daraltmış; yalnızca üç kategori dahilinde değerlendirilebilecek olaylara indirgemıştır. Cezalandırıcı tazminata başvuru olanağını davalının kamu gücü kullanmadığı durumlar bakımından neredeyse ortadan kaldıran 1964 tarihli bu karar, İngiliz hukuku bakımından önemli bir değişiklik yaratmıştır.

Sonuç olarak cezalandırıcı tazminata başvuru olanağının, daha sınırlı olmakla birlikte bazı haksız fiiller bakımından korunmaya devam ettiği söylenebilir. Öte yandan sözleşme hukuku bağlamında cezalandırıcı tazminata başvurmak, İngiliz hukukunda geleneksel olarak hiçbir zaman mümkün olmamıştır. Ancak bazı gelişmeler, sözleşme ihlali neticesinde cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin yerinde olup olmayacağı konusunu tartışmalı hâle getirmiştir. Bu çerçevede özellikle sözleşme hukukunun telafi edici tazminat dışındaki tazminat türlerine kapalı muhafazakâr yapısının iade edici tazminat yoluyla kırılmış olması önemli bir gelişmedir. Keza Kanada hukukunda cezalandırıcı tazminatı sözleşme hukukundan dışlayan klasik yaklaşımın terk edilmesi, konunun *common law* geleneğinin diğer bir temsilcisi olan İngiliz hukuku bakımından da şüpheli hâle gelmesine neden olmuştur.

KAYNAKÇA

- Arslan Demir G, 'Haksız Fiil Hukukuna Yönelik Muhtelif Yaklaşımların Liebeck v. McDonald's Davası Kapsamında İncelenmesi' iç Başak Baysal (ed) *Sorumluluk Hukuku Seminerler Makaleler 2017* (On İki Levha 2017).
- Bailey S H, Ching J P L and Taylor N W, *Smith, Bailey and Gunn on the Modern English Legal System* (5th edn, Sweet & Maxwell 2007).
- Baker J H, *An Introduction to English Legal History* (4th edn Butterworths Lexis Nexis 2002).
- Baş Süzel E, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme – Menfaat Devri Yaptırımı* (On İki Levha 2015).
- Başoğlu B, 'Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi' (2016) 15(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan) 617-637.
- Beatson J, Burrows A and Cartwright J, *Anson's Law of Contract* (30th edn, Oxford University Press 2016).
- Beaulac S, 'A Comparative Look at Punitive Damages in Canada', (2002) 17(2) Supreme Court Law Review 351-373.
- Bell J, 'Sources of Law', in Andrew Burrows (ed) *English Private Law* (2nd edn, Oxford University Press 2007).

- Belli M M Sr, 'Punitive Damages: Their History, Their Use and Their Worth in Present-Day Society' (1980) 49(1) UMKC Law Review 1-23.
- Brooke H, 'A Brief Introduction: The Origins of Punitive Damages' in Hermut Koziol and Vanessa Wilcox (eds) *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Springer 2009).
- Burrows A, *Remedies for Torts and Breach of Contract* (3rd edn, Oxford University Press 2004).
- Burrows A, 'Damages for Breach of Contract: A Developing Hierarchy?' (2003) 35 Bracton Law Journal 28-44.
- Burrows A, 'Judicial Remedies' in Andrew Burrows (ed) *English Private Law* (2nd edn, Oxford University Press 2007).
- Cain K G, 'And Now, the Rest of the Story: The McDonald's Coffee Lawsuit', (2007) 11(1) Journal of Consumer & Commercial Law 14-19.
- Cross R and Harris J W, *Precedent in English Law* (4th edn, Clarendon 2004).
- Cunnington R, 'Should Punitive Damages Be Part of the Judicial Arsenal in Contract Cases?' (2006) 26(3) Legal Studies 369-393.
- David R and Brierley J E, *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law* (3rd edn Steven 1985).
- Deakin S, Johnston A and Markesinis B, *Markesinis and Deakin's Tort Law* (6th edn, Oxford University Press 2008).
- Department for Constitutional Affairs, *The Law on Damages* (Consultation Paper 9/07, 4 May 2007).
- Edelman J, *McGregor on Damages* (20th edn, Sweet & Maxwell 2018).
- Edelman J, 'Exemplary Damages for Breach of Contract' (2001) 117(4) Law Quarterly Review 539-545.
- Edelman J and Davies J, 'Torts and Equitable Wrongs' in Andrew Burrows (ed) *English Private Law* (2nd edn, Oxford University Press 2007).
- Gotanda J Y, 'Punitive Damages: A Comparative Analysis' (2004) (42)2 Columbia Journal of Transnational Law 391-444.
- Gül İ, *ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza* (Yetkin 2015).
- Gülyüz M T ve Zorluoğlu Yılmaz A, 'Cezalandırıcı Tazminatın [Punitive Damages] Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi' (2019) 31(141) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 325-362.
- İstemi M, 'Sözleşmenin Cüretkârane İhlali ve Cezalandırıcı Tazminat' iç Süleyman Başterzi (ed) *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan Cilt-III* (Beta 2011).
- Jolowicz H F and Nicholas B, *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (3rd edn Cambridge University Press 1972).
- Kaser M, Knütel R and Lohsse S, *Römisches Privatrecht* (21st edn, Beck 2017).
- Klayman E and Klayman S, 'Punitive Damages: Toward Torah-Based Reform' (2001) 23(1) Cardozo Law Review 221-252.
- Kocourek A and Wigmore J H, *Sources Of Ancient And Primitive Law* (Little, Brown, and Company 1915).
- Law Commission for England and Wales, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, (Law Com No 247, 16 December 1997)
- Lenz C, *Amerikanische Punitive Damages vor dem schweizer Richter* (Schultess 1992).
- McCamus J D, 'Prometheus Bound or Loose Cannon? Punitive Damages for Pure Breach of Contract in Canada' (2004) 41(4) San Diego Law Review 1491-1520.
- McKendrick E, 'Breach of Contract, Restitution for Wrongs and Punishment' in Andrew Burrows and Edwin Peel (eds), *Commercial Remedies: Current Issues and Problems* (Oxford University Press 2003).
- Nicholas B, *An Introduction to Roman Law* (Oxford University Press 1962).

- Normand S, 'An Introduction To Quebec Civil Law', in Aline Grenon and Louise Belanger-Hardy (eds), *Elements of Quebec Civil Law: A Comparison with the Common Law of Canada*, (Thomson Carswell 2008)
- O'Connell J and Bailey T M, 'The History of Payment in Pain and Suffering' (1972) (1) University of Illinois Law Forum 83-109.
- Oldham J, *Trial by Jury: The Seventh Amendment and Anglo-American Special Juries* (New York University Press 2006).
- Oğuz A, *Karşılaştırmalı Hukuk* (2. Bası, Yetkin 2020).
- Özden Merhacı S, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages)* (Yetkin 2013).
- Peel E, *Treitel on the Law of Contract* (14th edn, Sweet & Maxwell 2015).
- Plucknett T F T, *A Concise History of the Common Law* (5th edn, Butterworth 1956).
- Pollock F and Maitland F W, *The History of English Law Before the Time of Edward I Volume II* (2nd edn Liberty Fund 2010).
- Rogers W V H, *Winfield and Jolowicz on Tort* (16th edn, Sweet & Maxwell 2002).
- Rowan S, 'Reflections on the Introduction of Punitive Damages for Breach of Contract' (2010) 30(3) Oxford Journal of Legal Studies 495-517.
- Rustad M and Koenig T, 'The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers' (1993) 42(4) The American University Law Review 1269-1334.
- Sales J B, 'The Emergence of Punitive Damages in Product Liability Actions: A Further Assault on the Citadel' (1983) 14(2) St. Mary's Law Journal 351-404.
- Schlueter L L and Redden K R, *Punitive Damages Volume 1* (4th edn, Lexis 2000).
- Sullivan T J, 'Punitive Damages in the Law of Contract: The Reality and the Illusion of Legal Change' (1977) 61(2) Minnesota Law Review 207-252.
- Swan J, 'Punitive Damages for Breach of Contract: A Remedy in Search of a Justification' (2004) 29(2) Queen's Law Journal 596-646.
- Taliadoros J, 'The Roots of Punitive Damages at Common Law: A Longer History', (2016) 64(2) Cleveland State Law Review 251-302.
- Tettenborn A, 'Punitive Damages – A View from England' (2004) 41(4) San Diego Law Review 1551-1574.
- Uçayılmaz T Ş ve Emiroğlu H, 'Roma Hukukunda Haksız Fiil ve Suç İlişkisi Işığında Tazminatın Cezalandırıcı Fonksiyonu' (2020) 69(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 835-868.
- Virgo G, *The Principles of the Law of Restitution* (3rd edn , Oxford University Press 2015).
- Walther D L and Plein T A, 'Punitive Damages: A Critical Analysis: Kink v. Combs', (1965) 49(2) Marquette Law Review 369-386.
- Washington G T, 'Damages in Contract at Common Law', (1931) 47(3) Law Quarterly Review 345-379.
- Wilcox V, 'Punitive Damages in England' in Hermut Koziol and Vanessa Wilcox (eds) *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Springer 2009).
- Yolcu S, *İngiltere'de Kuvvetler Ayrılığı ve Yargı Bağımsızlığı Alanındaki Gelişmeler* (Seçkin 2011).
- Zimmermann R, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Juta & Co Ltd 1992).
- Zweigert K and Kötz H (translated by Weir T), *Introduction to Comparative Law* (3rd edn, Oxford University Press 1998).

Eser Sahibine Tanınan Mali Hakların Koruma Süreleri

Durations of Protection of Economic Rights Granted to the Author

Ozan Ali Yıldız* 

ÖZ

Bir fikir ve sanat eserini meydana getiren kişi, herhangi başka bir işlem yapmasına gerek olmaksızın, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 21-25. maddelerinde düzenlenen mali hakları iktisap eder. Kanunun eser sahibine tanıdığı mali haklar; işleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil hakkı ve umuma iletim hakkıdır. Kanun koyucu, eser sahibine bu mali hakları tanımış olmakla birlikte bu hakları süreyle sınırlamıştır. FSEK m. 27/1 ile benimsenen genel kural uyarınca, mali haklar, eser sahibi yaşadığı süreç ve onun ölümünden sonra yetmiş yıl boyunca korunur. Ancak eser sahibinin kimliğinin tespit edilememesi veya eser sahibinin bir tüzel kişi olması gibi durumlarda sürenin bu şekilde tespiti mümkün olmayacaktır. Bu gibi durumlarda, mali haklar, eserin aleniyet tarihinden itibaren yetmiş yıl süreyle korunur. Koruma süresinin tamamlanmasından sonra, eser kamuya mal olur ve isteyen herkes, eser sahibinden veya haleflerinden izin almaya gerek olmaksızın, eserden serbestçe yararlanabilir.

Anahtar Kelimeler: Mali Haklar, Koruma Süresi, Takma Ad, İşlenme Eser, Kamuya Mal Olma

ABSTRACT

The person who creates an intellectual and artistic work, without the need to take any other action, acquires the economic rights set forth in Article 21-25 of the Law on Intellectual and Artistic Works No. 5846 (Law). Economic rights granted by the Law to the author: Right of adaptation, right of reproduction, right of distribution, right of performance, and right of communication to the public. Although the legislator granted these economic rights to the author, it limited these rights for a period of time. In accordance with the rule adopted by Article 27/1 of the Law, economic rights are protected for the lifetime of the author and seventy years after his death. However, in cases where the identity of the author cannot be identified or the owner of the work is a legal person, it will not be possible to determine the duration in this way. In such cases, the duration of protection is calculated as seventy years following the date on which the work is made public. Once the duration of protection expires, the work becomes available to use for free and anyone can benefit from such work without the need for permission from the owner or his/her successors.

Keywords: Economic Rights, Duration of Protection, Pseudonym, Derivative Work, Public Domain

* Dr., Avukat (İstanbul Barosu), ORCID: 0000-0001-8010-6873.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Ozan Ali Yıldız

E-posta/E-mail: ozanali.yildiz@hotmail.com

Geliş Tarihi/Received: 01.09.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 11.11.2022

GİRİŞ

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu¹'nin (FSEK) 20 ila 25. maddelerinde eser sahibinin mali hakları düzenlenmiştir. Bunlar; işleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil hakkı ve umuma iletim hakkıdır. Eser sahibi, kendisine tanınan bu haklara dayanarak hem eserden ekonomik yarar sağlayabilir hem de başkalarının bu şekilde bir yarar elde etmesine engel olabilir. Bununla birlikte, eser sahibine tanınan bu haklar bir süreyle sınırlanmıştır. Bu çalışmada, mali haklara süre sınırlaması getiren FSEK m. 26-27 hükümlerini ele alınacaktır.

Çalışmada öncelikle, telif hukukunun dünyadaki tarihsel gelişimi içerisinde, mali hakların koruma süreleri belirlenirken kullanılan yöntemleri ortaya koyacağız. Akabinde, Türk hukukunda bu yöntemlerin hangi koşullarda uygulandığını kapsamlı bir şekilde inceleyeceğiz. Bu açıklamalardan sonra, koruma sürelerinin ne şekilde hesaplanacağını – farklı olasılıkları da gözeterek – açıklayacağız. Çalışmanın son bölümünde ise, koruma süresinin sona ermesinin sonuçlarına değineceğiz.

I. KORUMA SÜRELERİNİN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN YÖNTEMLER

Fikir ve sanat eserleri hukukunu düzenleyen kanunlar veya uluslararası sözleşmeler bir denge üzerine kuruludur. Bir yandan, eser sahibine, meydana getirdiği eserden yarar elde etmesini sağlayacak haklar tanınırken; diğer yandan, belli koşullar altında da olsa, toplumun bu eserden serbestçe yararlanmasının zemini oluşturulmaktadır. Eser sahibinin bireysel menfaati ile toplumun menfaati arasındaki dengeyi kuracak düzenlemelerden biri de mali hakların süreyle sınırlanmasıdır². Bu sayede, koruma süresi boyunca eser sahibi ve mirasçıları eserden yarar sağlayabilecek; süre dolduktan sonra ise eser toplumun serbest kullanımına sunulacaktır. Bu anlayışla, dünyanın pek çok ülkesinde mali haklar süreyle sınırlanmıştır³.

Konuya ilişkin eski ve yeni kanuni düzenlemelere ve uluslararası sözleşmelere bakıldığında, mali hakların koruma süresi belirlenirken iki farklı yöntemin kullanıldığı görülmektedir. Bunlardan daha eski tarihli olanı, mali hakların eser sahibinin yaşamı boyunca ve onun ölümünden sonra (*post mortem auctoris*) belirli bir süre korunmasıdır. Günümüzde hemen hemen bütün ülkelerde benimsenmiş olan bu yöntem ilk olarak Fransa'da uygulanmıştır. Fransız hukukunda, Fransız İhtilali'nin hemen sonrasında (1791 yılında) getirilen bir düzenlemeyle, mali hakların koruma süresi, eser sahibinin yaşamı boyunca ve ölümünden itibaren 5 yıl olarak belirlenmiştir⁴. Mali hakların eser sahibi hayattayken korunması onun bu eserden ekonomik bir menfaat sağlamasına yarar. Eser

1 Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Kanun Numarası: 5846, Kabul Tarihi: 5.12.1951, RG 13.12.1951/7981.

2 Xavier Linant de Bellefonds, *Droits d'Auteur et Droits Voisins* (2ème édition, Dalloz 2004) 183; Mireille Buydens, *L'Application des Droits de Propriété Intellectuelle* (OMPI 2014) 269; Nathalie Tissot, Daniel Kraus and Vincent Salvadé, *Propriété Intellectuelle* (Stämpfli 2019) 83.

3 Mali hakların süreyle sınırlı olduğu ülkelerde uygulanan süre sınırlamaları ve süre sınırlamasının bulunmadığı ülkeleri içeren tablo için bkz. Martine Corriveau, 'La Durée Générale de Protection du Droit d'Auteur: Une Histoire de Développement et de Mutation des Fondements de Principes' (2007) 19 (3) Les Cahiers de Propriété Intellectuelle 823, 848-849 ve 860-862.

4 Frédéric Pollaud-Dulian, *Le Droit d'Auteur* (2ème édition, Economica 2014) 448.

sahibinin ölümü sonrasında bu korumanın sürdürülmesinin amacı ise, eser sahibinin mirasçılara bu yönde bir imkan tanımaktır⁵.

Bu yöntemin uygulanması açısından önem arz eden noktalardan biri, mirasçılara tanınacak sürenin ne kadar uzun olacağıdır. Fransa örneği üzerinden devam edecek olursak, Fransız hukukunda bu süre ilk olarak 5 yıl olarak belirlenmiştir. Bu düzenleme kısa süre içinde iki değişikliğe uğramış ve eser sahibinin ölümünden sonra uygulanacak koruma süreleri 1793 yılında 10 yıla; 1810 yılında ise 20 yıla uzatılmıştır⁶. Ancak bu düzenlemelerin hangi kriterlere dayandığı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Sürelerin uzunluğu adeta el yordamıyla belirlenmiştir.

Telif hukukunun tarihi gelişimi içerisinde, bu konuda bir kriter geliştirilmiş ve eser sahibinin ölümünden sonra mirasçısı olacak iki neslin daha eserden ekonomik yarar sağlaması gerektiği kabul edilmiştir⁷. Elbette ki bir kimsenin alt soyu dışında da mirasçıları bulunabilir. Hatta mirasbırakanın bir alt soyunun bulunmaması da ihtimal dahilindedir. Ancak burada somut olayda ortaya çıkabilecek miras ilişkileri gözetilmeksizin fiktif bir durum üzerinden süre hesaplaması yapılmaktadır. Eser sahibinin mali haklarının alt soyuna ve ondan da kendi alt soyuna miras kalacağı düşünülerek bir süre tespit edilmeye çalışılmaktadır. Önceleri, eser sahibinin ölümü sonrasında her bir neslin eserden 25 yıl yararlanabileceği düşünülerek mali hakların eser sahibinin ölümünden sonra 50 yıl daha korunması uygun görülmüştür. Fransa, Belçika, İtalya ve hatta Türkiye dahil pek çok ülkede koruma süreleri buna uygun şekilde belirlenmiştir⁸. Ortalama yaşam süresinin uzaması sonrasında bu süreler yetersiz görülmüş ve pek çok ülkede – aynı prensip (iki neslin mali haklardan yararlanabilmesi) dikkate alınarak – bu süre 70 yıla çıkarılmıştır⁹.

Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi'nin (Bern Sözleşmesi) 1948 tarihli metninde, mali hakların, eser sahibi hayatta olduğu sürece ve ölümünden itibaren 50 yıl süreyle korunacağı kabul edilmiştir (m. 7). Sözleşmenin yürürlükteki metninde de bu hüküm varlığını sürdürmektedir. Ancak bu durum, sözleşmeye taraf olan ülkelerin daha uzun bir koruma süresi belirlemesine engel oluşturmaz. Zira Bern Sözleşmesi'nde belirlenen bu süre, bir "asgari süre" niteliğindedir¹⁰. Dolayısıyla sözleşmeye taraf ülkeler, bu süreden daha kısa olmamak kaydıyla, farklı uzunlukta bir süre sınırlaması öngörebilir.

Mali hakların koruma süresi belirlenirken kullanılan bir diğer yöntem ise, bu hakların eserin aleniyet tarihinden itibaren belirli bir süreyle sınırlanmasıdır. Eski ve yeni kanuni düzenlemelere bakıldığında, koruma sürelerinin tümüyle bu yönetime göre hesaplanmasının çok tercih edilmediği görülmektedir.

5 Linant de Bellefonds (n 2) 183; Pierre-Yves Gautier, *Propriété Littéraire et Artistique* (8ème édition, PUF 2012) 392; Christophe Caron, *Droit d'Auteur et Droits Voisins* (4ème Edition, LexisNexis 2015) 311.

6 Pollaud-Dulian (n 4) 448.

7 François Dessemontet, *Le Droit d'Auteur* (CEDIDAC 1999) 257; André Lucas, Agnès Lucas-Schloetter and Carine Bernault, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique* (5ème édition, LexisNexis 2017) 548; Caron (n 5) 311.

8 Bkz. Corriveau (n 3) 848-849.

9 Dominique Kaesmacher, *Les Droits Intellectuels* (2ème édition, Larcier 2013) 354; Lucas, Lucas-Schloetter and Bernault (n 7) 548-549; Pollaud-Dulian (n 4) 448.

10 Halil Arslanlı, *Fikri Hukuk Dersleri* (Sulhi Garan Matbaası 1954) 118; Şafak N. Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (3. Bası, Yetkin Yayınları 2009) 111.

Bunun aksi örneklerinden biri Amerika Birleşik Devletleri'dir. Amerika Birleşik Devletleri'nde, 1909 tarihli Telif Kanunu'nun (*The Copyright Act of 1909*) yürürlükte olduğu dönemde, eser üzerindeki mali hakların eserin aleniyet tarihinden itibaren 28 yıl korunacağı; bu sürenin eser sahibinin talebi halinde 28 yıl daha uzatılabileceği kabul edilmekteydi¹¹. Ancak bu yöntemin kullanılıyor olması, Amerikan telif hukuku uygulamasının dünyada hakim olan uygulamayla çelişmesine neden olmaktaydı. Bu sebeple, 1976 tarihli Telif Kanunu (*The Copyright Act of 1976*) ile, bu yöntem terk edilmiş ve Bern Sözleşmesi'yle uyum sağlamak adına *post mortem auctoris* koruma anlayışı benimsenmiştir¹².

Öte yandan, ulusal kanunların ve uluslararası sözleşmelerin koruma sürelerine ilişkin hükümlerine bakıldığında, sürenin eserin aleniyet tarihine referansla hesaplanması şeklindeki yöntemin tümüyle terk edilmediği görülecektir. Şöyle ki, mali hakların eser sahibinin yaşamı boyunca ve onun ölümünden sonra (*post mortem auctoris*) belirli bir süre korunması anlayışı, bugünün hakim anlayışı olmakla beraber bazı hallerde koruma süresinin eser sahibinin ölümüne referansla hesaplanması mümkün olmayabilir. Böyle durumlarda, koruma süreleri belirlenirken eserin aleniyet tarihinin referans alınması tercih edilmektedir. Başka bir deyişle, koruma sürelerinin aleniyet tarihine referansla belirlenmesi, genel bir yöntem olarak benimsenmese de genel kuralın işletilemediği hallerde kullanılacak yedek bir yöntem olarak kanuni düzenlemelerde yer almaktadır.

II. KORUMA SÜRESİNİN ESER SAHİBİNİN ÖLÜMÜNE REFERANSLA BELİRLENMESİ

A. ESERİN, ESER SAHİBİNİN ÖLÜMÜNDEN ÖNCE ALENİLEŞMESİ HALİNDE

1. GENEL OLARAK

Fikir ve sanat eserleri, genellikle, eser sahiplerinin hayatta olduğu dönemde alenileştirilmektedir. Eser sahibinin hayatta olduğu dönemde alenileşen eserler üzerindeki mali haklar, eser sahibi yaşadığı sürece ve onun ölümünden sonra da 70 yıl süreyle korunur (FSEK m. 27/1).

Kanunun ölüm olgusu ile aynı sonuçlara tabi tuttuğu ölüm karinesi açısından da bu hüküm uygulanacaktır¹³. Türk Medeni Kanunu¹⁴'nın (TMK) 31. maddesine göre, Bir kimse, ölümüne kesin gözüyle bakmayı gerektiren bir olay sonucunda kaybolmuşsa ve cesedine de ulaşamamışsa, bu kişi ölmüş sayılır. Buna ölüm karinesi denir. Böyle bir olay gerçekleştiğinde, kaybolan kişinin alt veya üst soyundan bir kişinin ya da kardeşlerinin, bunlar yoksa mirasçılarının başvurusu üzerine (5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu¹⁵ m. 32/2) ve o yerin en büyük mülki amirinin emriyle kütüğe ölü kaydı düşülür (TMK m. 44/1). Bu işlemin gerçekleştirilebilmesi için mahkeme kararına gerek yoktur¹⁶. Ölüm karinesinin geçerli olduğu durumlarda, kişi, olayın meydana geldiği anda ölmüş sayılır ve

11 Pascal Kamina, *Droit Anglo-Américain des Propriétés Intellectuelles* (LGDJ 2017) 228.

12 Kamina (n 11) 228.

13 Ahmet M. Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar* (7. Bası, Turhan Kitabevi 2021) 375.

14 Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 8.12.2001/24607.

15 Nüfus Hizmetleri Kanunu, Kanun Numarası: 5490, Kabul Tarihi: 25.4.2006, RG 29.4.2006/26153.

16 Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler* (8. Bası, Legal Yayıncılık 2017) 35.

ölüme bağlı bütün sonuçlar kendiliğinden gerçekleşir¹⁷. O halde, bir eser sahibinin ölümüne kesin gözüyle bakmayı gerektiren bir olay sonucunda kaybolması halinde, mali haklar, olayın gerçekleştiği (yani eser sahibinin ölmüş sayıldığı) tarih referans alınarak belirlenecektir.

Eser sahibinin gaipliğine karar verilmesi halinde de benzer bir durumla karşılaşılır. Bir kimse ölüm tehlikesi içinde kaybolmuşsa veya kendisinden uzun zamandır haber alınamıyorsa ve bu kişinin kuvvetle muhtemel öldüğü söylenebiliyorsa, hakları bu ölüme bağlı olanların – yargılama usulüne uygun şekilde-¹⁸ yapacakları başvuru üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir (TMK m. 32/1).

Gaiplik kararının sonuçları, ölüm karinesinin geçerli olduğu durumlara göre farklılık gösterir. Gaiplik kararı, ölümün kesin olarak gerçekleştiği anlamına gelmez; yalnızca, hakları bu ölüm olgusuna bağlı olanları, gaibin öldüğünü ispat yükünden kurtarır¹⁹. Ölüm olgusu kesin olarak gerçekleşmemiş olsa da – aksi ispat edilmediği sürece – gaibin ölümüne bağlı talepler sanki ölümü ispatlanmışçasına ileri sürülebilir. Gaipliğine karar verilen kişi bir eser sahibi ise, bu kararın eser üzerindeki koruma sürelerine de etki edeceği kanaatindeyiz.

Gaiplik kararı, geçmişe etkili bir karardır²⁰. Kişinin gaipliğine karar verilecek olursa, bu karar, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurur (TMK m. 35/2). O halde, mali haklara ilişkin koruma süreleri hesaplanırken de ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı güne referansla bir hesaplama yapılmalıdır.

Gaiplik kararı verildikten sonra ortaya çıkan yeni bulgular neticesinde eser sahibinin öldüğü tespit edilirse veya gaibin aslında hayatta olduğu anlaşılırsa, gaiplik kararı hükümsüz hale gelir²¹. Eser sahibinin öldüğü tespit edilirse, koruma süresi, ölüm tarihine referansla belirlenmelidir. Benzer şekilde, gaipliğine karar verilen eser sahibi daha sonra ortaya çıkarsa, koruma süresinin hesaplanmasında gaiplik kararı dikkate alınmaz; koruma süreleri, genel kural uyarınca hesaplanır.

Kanunda, gaiplik kararı istemeye hakkı olan kişiler sınırlayıcı şekilde sayılmayıp “hakları bu ölüme bağlı olanların” başvuru yapabileceği belirtilmekle yetinilmiştir (TMK m. 32/1). Eser sahibinin ölümü halinde mali hakları iktisap edecek olan mirasçıların haklarının bu karara bağlı olduğuna şüphe yoktur. Ancak mali hakların koruma süresinin eser sahibinin ölümüne referansla belirlendiği hallerde, mirasçılar dışında kalan üçüncü kişilerin de hakları bu ölüme bağlı sayılabilir. Şöyle ki, kendisinden 70 yıldır haber alınamayan bir eser sahibinin gaipliğine karar verilmesi halinde, mali hakların koruma süresi dolmuş olacağı için eser herkesin kullanımına açık hale gelecektir. Bu ihtimali gözetenek eseri serbestçe yayımlamak isteyen bir yayıncı, eser sahibinin gaipliğine karar verilmesini talep edebilmelidir.

17 Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Kişiler Hukuku* (18. Baskı, Filiz Kitabevi 2017) 27; Helvacı (n 16) 35.

18 Konuya ilişkin detaylı açıklama için ayrıca bkz. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku* (17. Bası, Filiz Kitabevi 2018) 31 vd.; Helvacı (n 16) 38 vd.; Dural ve Ögüz (n 17) 32 vd.

19 Dominique Manaï, ‘Art. 38 CC’ in Pascal Pichonnaz and Bénédict Foëx (eds), *Commentaire Romand:Code Civil I* (Helbing Lichtenhahn 2010) Art. 38 CC, n. 3; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 18) 33.

20 CR CC I-Manaï (n 19) Art. 38 CC, n. 4.

21 Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 18) 36.

2. ORTAK ESERLERDE SÜRENİN BELİRLENMESİ

Bir eser, tek bir kişi tarafından meydana getirilebileceği gibi birden çok kişinin yaratıcı katkısı ile de meydana getirilebilir. Bu durumda, ortak eser sahipliğinden söz edilir. FSEK’te ortak eser sahipliği halleri ikiye ayrılmıştır. FSEK m. 9’da “kısımlara ayrılması” mümkün olan ortak eserler; FSEK m. 10’da ise, “ayrılmaz bir bütün teşkil eden” ortak eserler düzenlenmektedir. Kanun koyucu, bu ayrımı yaparken eser sahiplerinin esere katkılarının birbirlerinden ayrılıp ayrılmıyor olmasını dikkate almıştır. Başka bir deyişle, eserin kısımlara bölünüp bölünemiyor olmasına göre bir ayırım yapılmaktadır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 9/1’e göre, birden fazla kişinin meydana getirdiği bir eser kısımlara ayrılabilir; her bir eser sahibi, kendi meydana getirdiği kısmın sahibi olur. Eserin kısımlara ayrılabilmesi veya bizim kullandığımız ifadeyle bölünebilmesi ile ifade edilmek istenen; eser sahiplerinin meydana getirdiği kısımlar birbirinden ayrıldığında dahi bu kısımların bağımsız bir eser niteliği taşıması²² ve eserin kalanından bağımsız olarak semerelendirilebiliyor²³ olmasıdır. Sözgelimi, bir müzik eserinin bestesi ve güftesi farklı kişilerce meydana getirilmiş ise, bu eser, bölünebilir ortak eser niteliği taşır²⁴.

Bölünebilir ortak eserlerde, eser sahiplerinin esere katkıları birbirinden ayrılabilirdiği ve bu kısımlar birbirlerinden ayrıldığında dahi eser niteliği taşıdığı için bunlar üzerindeki mali hakların koruma süreleri birbirinden bağımsızdır²⁵. Müzik eseri örneği üzerinden devam edecek olursak, eserin bestecisinin ölümü, yalnızca beste üzerindeki mali hakların koruma süresine etki eder. Bestecinin ölümü üzerinden 70 yıl geçmişse, bu beste kamuya mal olur. Ancak bu durum güfte üzerindeki mali haklara etki etmez. Beste kamuya mal olmuşsa bile güfte üzerindeki mali haklar korunmaya devam eder.

Buna karşılık, kısımlara bölünemeyecek nitelikteki ortak eserlerde, ortak eser sahiplerinin üzerinde hak sahibi olduğu bağımsız bölümler bulunmadığına göre, ortak eser sahipleri açısından ayrı ayrı koruma süreleri işletilemez. Bu durumu gözetken kanun koyucu, konuya ilişkin özel bir hüküm

22 Ceren Demirel, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 10. Maddesi Bağlamında Birden Fazla Eser Sahibi Tarafından Meydana Getirilen Eserler ve Eser Sahipleri Birliği* (Savaş Yayınevi 2017) 105; Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 74.

23 Nuşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri* (2. Bası, Sevinç Matbaası 1981), 99; Duygun Yarsuvat, *Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları* (2. Baskı, Güryay Matbaacılık 1984) 84-85; Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Turhan Kitabevi 2008) 269. Yargıtay konuya ilişkin bir kararında şu ifadeleri kullanmıştır: “...Birden fazla kişinin eser sahibi olması biri müşterek eser sahipliği ve diğeri iştirak halinde eser sahipliği olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkar. Eğer birden fazla kimselerin birlikte vücuda getirdikleri eserin kısımlara ayrılması mümkünse ve her kısım ayrı bir kimse tarafından meydana getirilmişse müşterek eser sahipliğinden söz edilebilir. Bunun şartlarını birden fazla kısımlardan meydana gelen bir fikir ve sanat eserinin varlığı, bu eserin her kısmının bağımsız bir varlığa sahip olması ve ayrı ayrı kimseler tarafından meydana getirilmesi şeklinde sıralayabilir. Bağımsız kısımlardan anlaşılması gereken husus her bölümün ayrı olarak maddi biçimde değerlendirilme imkanının mevcut olmasıdır...” Bkz. Yargıtay 4 HD, E 1987/9793 K 1988/3227, 29.3.1988 (Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: XIV, Sayı: 8, 1988, s. 1077-1081).

24 Alain Berenboom, *Le Nouveau Droit d'Auteur* (4ème édition, Larcier 2008) 210.

25 İlhan Öztrak, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar* (2. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi 1977) 65; Ayiter (n 23) 153; Dessementot (n 7) 263; Mustafa Ateş, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması* (Seçkin Yayıncılık 2003) 253-254; Öztan (n 23) 410.

getirmiş ve bu tür eserlerde 70 yıllık sürenin hayatta kalan son eser sahibinin ölümünden itibaren hesaplanacağını düzenlemiştir (FSEK m. 26/6, FSEK m. 27/1).

Bir görüşe göre, FSEK m. 26/6 ve FSEK m. 27/1 ile getirilen düzenleme bölünebilir ortak eserler açısından da uygulanmalı ve koruma süresi hayatta kalan son eser sahibinin ölümünden itibaren hesaplanmalıdır²⁶. Ancak kanaatimizce, bu hükümlerin getirdiği rejim bir zorunluluktan doğmaktadır ve bölünebilir ortak eserler açısından böyle bir zorunluluk söz konusu olmadığına göre bu hükümlerin bölünebilir ortak eserleri kapsayacak şekilde uygulanması isabetli olmaz.

B. ESERİN, ESER SAHİBİNİN ÖLÜMÜNDEN SONRA ALENİLEŞMESİ HALİNDE

Bazen bir eser, eser sahibinin uygun görmemesi veya böyle bir imkanın oluşmaması sebebiyle eser sahibinin hayatta olduğu dönemde alenileştirilememiş olabilir. Bu durum, söz konusu eser üzerindeki hakların korunmayacağı anlamına gelmez. Eser, eser sahibinin ölümünden sonra alenileşmişse bile eser üzerindeki mali haklar eser sahibinin ölüm tarihinden itibaren 70 yıl süreyle korunur (FSEK m. 27/2). Örneğin eser sahibinin ölümünden 20 yıl sonra alenileşen bir eser, eser sahibinin ölüm tarihinden itibaren hesaplanacak 70 yıllık sürenin sonuna kadar korunacaktır. Bu örnekte, mirasçılar, yaklaşık 50 yıl süreyle mali haklardan yararlanma imkanı elde etmiş olur.

Kural olarak, eser alenileşmediği sürece koruma süreleri işlemeye başlamaz (FSEK m. 26/3). Ancak eser, eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl geçmesine rağmen alenileştirilmemişse, bu tarihten sonra alenileştirilse bile FSEK m. 27/2’de belirtilen süre dolduğu için mali hakların artık korunmayacağı kabul edilmektedir²⁷. Bu sonucun, eser sahibi ve mirasçıları ile toplum arasında sağlanmaya çalışılan menfaatler dengesine uygun olmadığı kanaatindeyiz. Zira bu olasılıkta eser sahibi veya mirasçıları eserden herhangi bir yarar sağlayamadan eser kamuya mal edilmektedir. Ayrıca böyle bir sonuçla karşılaşmak istemeyecek mirasçıların eseri, başkasının adıyla yayımlamaya yeltenebilecekleri de göz ardı edilmemelidir²⁸. Bu sebeple, eser sahibinin ölümünden sonra alenileşen eserlerin koruma süresinin, eser sahibinin ölümüne değil; eserin aleniyet tarihine referansla belirlenmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

III. KORUMA SÜRESİNİN ESERİN ALENİYET TARİHİNE REFERANSLA BELİRLENMESİ

A. ESER SAHİBİNİN KİMLİĞİNİ GİZLEMESİ HALİNDE

Türk hukukunda, kural olarak, *post mortem auctoris* koruma kabul edilse de bazı hallerde koruma süresi bu şekilde hesaplanamayabilir. Bu hallerden biri, eserin anonim olarak veya eser sahibinin kimliğini gizleyen bir takma adla yayımlanmasıdır.

26 Bu yönde bkz. Cennet Alas Şekerbay, ‘Telif Haklarında Koruma Süreleri’ (2015) 11 (43) Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 55, 73.

27 Bkz. Arslanlı (n 10) 118; Ayiter (n 23) 152; Ateş (n 25) 262.

28 Arslanlı (n 10) 119.

Eser sahibi, eseri kendi adıyla, takma adla veya anonim olarak yayımlama konusunda karar verme hakkına sahiptir (FSEK m. 15/1). Bu hakla, eser sahibine, eseri ile arasındaki bağı gösterme (hakkın pozitif yönü) veya bu bağı gizleme (hakkın negatif yönü) yetkisi tanınmıştır²⁹. Eser sahibi, eseri ile arasındaki bağı iki şekilde gizleyebilir. Bunların ilki, eserin, eser sahibinin adı belirtilmeden yani anonim olarak yayımlanmasıdır. İkincisi ise, eser sahibinin gerçek kimliğini gizlemek amacıyla bir işaret veya takma ad kullanmasıdır.

Eser sahibinin eseri ile arasındaki bağı gizlemeyi tercih etmesi, eser üzerinde hak sahibi olmasına engel teşkil etmez³⁰. Eser sahibinin mali ve manevi hakları iktisap edebilmesi için eseri meydana getirmesi yeterli olup başkaca bir işleme ihtiyaç duyulmaz³¹. Ancak eserin anonim olarak veya eser sahibinin kimliğini gizleyen bir takma adla yayımlanması halinde, eser sahibinin hayatta olup olmadığı veya ölüm tarihi tespit edilemeyeceği için bu şekilde yayımlanan eserler üzerindeki mali hakların koruma süresi eser sahibinin ölümüne referansla belirlenemez. Bu sebeple de koruma süresi belirlenirken eserin aleniyet tarihi referans alınmaktadır³². FSEK m. 27/3'e göre, bu şekilde yayımlanan eserler üzerindeki mali haklar, eserin aleniyet tarihinden itibaren 70 yıl süreyle korunacaktır.

Eserin anonim olarak veya eser sahibinin kimliğini gizleyen bir takma adla yayımlanması nihai bir tercih olmak zorunda değildir. Eser sahibi dilerse bu tercihten vazgeçebilir³³. Bu durumda, mali haklara ilişkin koruma süresi genel kurala göre belirlenir. Yani 70 yıllık süre hesaplanırken eser sahibinin ölüm tarihi referans alınır (FSEK m. 27/3).

Eser sahibi eseri ile arasında bağı gizlemek istediği halde başkalarının bu bağı ifşa etmesi durumunda mali haklara ilişkin koruma süresinin bundan nasıl etkileneceği öğretide tartışmalıdır. *Erel*, eser sahibinin ölümü sonrası yakınlarına manevi hakları kullanma yetkisi tanıyan FSEK m. 19 hükmünün bu yetkiyi de kapsadığı kanaatindedir. Yazara göre, FSEK m. 19'da sayılan kişiler, ölümü sonrasında eser sahibinin gerçek kimliğini açıklayabilir ve bu durumda koruma süresi hesaplanırken genel kural uygulanarak eser sahibinin ölüm tarihi referans alınır³⁴. Öğretide daha çok taraftar bulan diğer bir görüşe göre ise, eser sahibi, eseri ile arasındaki bağı gizlemeyi tercih etmiş ve bu bağı ölümünden sonra da açıklanmasına rıza göstermemişse, eser sahibinin yakınları dahi bu bağı açıklayamaz. Bu görüşü savunan yazarlar, eser sahibi dışında herhangi bir kişinin bu bağı açıklaması halinde bu açıklamaya hukuki bir sonuç bağlanmaması ve mali hakların koruma süresi belirlenirken yine de aleniyet tarihinin referans alınması gerektiğini savunmaktadır³⁵.

29 Lucas, Lucas-Schloetter and Bernault (n 7) 508; Linant de Bellefonds (n 2) 239-241; Caron (n 5) 234.

30 Ozan Ali Yıldız, 'Eserin Takma Adla Yayımlanmasının Hukuki Sonuçları' iç Yener Ünver ve Özlem Yenerer Çakmut (edr), *Hukuk ve Sanat* (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 548; Ayiter (n 23) 104.

31 Ayiter (n 23) 90; Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Bası, Vedat Kitapçılık 2012) § 12, n. 13.

32 Lucas, Lucas-Schloetter and Bernault (n 7) 556; Pollaud-Dulian (n 4) 296; Nathalie Tissot, 'Art. 31 LDA' in Jacques de Werra and Philippe Gilliéron (eds), *Commentaire Romand: Propriété Intellectuelle* (Helbing Lichtenhahn 2013) Art. 31 LDA, n. 1; Salvadé (Tissot and Kraus) (n 2) 86; Öztan (n 23) 411-412.

33 Yıldız (n 30) 551.

34 Bkz. Erel (n 10) 111.

35 Bkz. Ayiter (n 23) 152-153; Ateş (n 25) 254; Levent Yavuz, Türkay Alica ve Fethi Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu* (Seçkin Yayıncılık 2013) 1181; Ayşenur Şahin, *Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması* (Vedat Kitapçılık 2010) 154-155.

Her iki görüş de bize göre hatalı olan bir ön kabule dayanmaktadır. Bu görüşleri savunan yazarlar, FSEK m. 27/3'teki düzenlemeyi adın belirtilmesi hakkının bir uzantısı olarak görmekte, bu hüküm üzerinden adın belirtilmesi hakkını korumayı amaçlamaktadır. Oysaki, anılan hükmün böyle bir işlevi bulunmamaktadır. Anonim olarak veya eser sahibinin kimliğini gizleyen bir takma adla yayımlanan eserlerde koruma süresinin aleniyet tarihine referansla hesaplanmasının sebebi eser sahibinin ölüm tarihinin tespit edilemiyor olmasıdır³⁶. Eser sahibinin gerçek kimliği şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkmışsa, koruma süresi, eser sahibinin ölüm tarihi referans alınarak hesaplanmalıdır³⁷. Bu bilgiye ne şekilde ulaşıldığı bu noktada önem arz etmez³⁸.

Son olarak, eser, bir takma adla yayımlanmış olmakla birlikte bu takma adın kime ait olduğu en başından itibaren biliniyor olabilir. Bu durumda koruma süresi genel kurala göre hesaplanır³⁹. Örneğin Fransız yazar Guillaume Apollinaire'in "G. A." takma adıyla yayımladığı "On Bir Bin Kırbaç" adlı eserini konu alan bir uyuşmazlıkta, mahkeme, yazarın gerçek kimliği şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşılabildiği için koruma süresini eserin aleniyet tarihini değil; yazarın ölüm tarihini referans alarak belirlemiştir⁴⁰.

B. ESER SAHİBİNİN BİR TÜZEL KİŞİ OLMASI HALİNDE

Post mortem auctoris korumanın bir diğer istisnası tüzel kişilerin eser sahipliğidir. FSEK m. 27/4'e göre, tüzel kişilerin eser sahibi olduğu hallerde koruma süresi eserin aleniyet tarihinden itibaren 70 yıldır.

FSEK'in ilk metninde, eser sahibinin bir tüzel kişi olması halinde koruma süresinin aleniyet tarihinden itibaren 20 yıl olacağı düzenlenmişti. Gerçek kişi eser sahipleri ile tüzel kişi eser sahiplerinin hakları arasında yaratılan bu farklılık öğretilde haklı olarak eleştirilmekteydi⁴¹. 4110 sayılı 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun⁴² ile yapılan değişiklik sonrası bu süre 70 yıla çıkarılmış (FSEK m. 27/4) ve bu farklılık ortadan kaldırılmıştır.

Alas Şekerbay, tüzel kişilerin eser sahibi olamayacaklarını, bu sebeple FSEK m. 27/4'te getirilen bu düzenlemenin hatalı olduğunu ve düzeltilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁴³. Ancak kanunun eser sahipliğine ilişkin hükümlerinin tarihi gelişimini dikkate almaksızın böyle bir sonuca varmanın

36 CR PI-Tissot (n 32) Art. 31 LDA, n. 1; Salvadé (Tissot and Kraus) (n 2) 86; Pollaud-Dulian (n 4) 296; Öztan (n 23) 411-412.

37 Yıldız (n 30) 555; CR PI-Tissot (n 32) Art. 31 LDA, n. 5; Kaesmacher (n 9) 354; Fernand de Visscher and Benoit Michaux, *Précis du Droit d'Auteur et des Droits Voisins* (Bruylant 2000) 164; Öztan (n 23) 412.

38 Denis Barrelet and Willi Egloff, *Le Nouveau Droit d'Auteur* (4ème édition, Stämpfli 2021) 238; Salvadé (Tissot and Kraus) (n 2) 86; Yıldız (n 30) 555.

39 Alain Strowel, 'Art. 170 CDE' in Fabienne Brison and Hendrik Vanhees (eds), *Le Droit d'Auteur Belge: Hommage à Jan Corbet* (4ème édition, Larcier 2018) 98; Öztan (n 23) 412; Yarsuvat (n 23) 154.

40 TGI Paris, 9 Juillet 1980 (Revue Internationale du Droit d'Auteur 1980, No. 106, s. 147).

41 Arslanlı (n 10) 120.

42 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun, Kanun Numarası: 4110, Kabul Tarihi: 7.6.1995, RG 12.6.1995/22311.

43 *Alas Şekerbay* (n 26) 68-69.

hatalı olacağı kanaatindeyiz. Bu konuda bir değerlendirmede bulunmadan önce tüzel kişilerin eser sahipliği hakkında kısa bir açıklama yapmak faydalı olacaktır.

Bir eserin meydana getirilmesi yaratıcı bir faaliyeti gerektirmektedir. Bunun yanında, eserin yaratım sürecinde yapılması gereken harcamalar sebebiyle belli bir finansal güce ve/veya bir organizasyon yapısına da ihtiyaç duyulabilir. Kimi zaman eseri meydana getiren kişiler, gerekli finansmanı veya organizasyonu kendileri sağlayamadıkları için bu noktada başka gerçek veya tüzel kişilerden destek almaktadır. Eserin meydana getirilmesi sürecindeki bu katkıların eser sahipliği statüsünün belirlenmesindeki rolü hukuk sistemlerine göre farklılık gösterir. Anglo-Amerikan sisteminin hakim olduğu ülkelerde, eserde yaratıcı katkısı olmamakla birlikte eserin yaratıcısına finansal veya organizasyonel destek sağlayan kişilerin (örn. film yapımcısı) de belli koşullar altında eser sahibi veya ortak eser sahibi olabileceği kabul edilmektedir⁴⁴. Bu sistemde, gerçek kişiler dışında tüzel kişiler de eser sahibi olabilir⁴⁵. Buna karşılık, Türkiye'nin de dahil olduğu Kıta Avrupası telif hukuku sisteminde, eser sahipliği statüsü, yaratıcı bir faaliyette bulunarak eseri meydana getiren kişiye tanınmıştır⁴⁶. Tüzel kişiler yaratıcı bir faaliyette bulunmayacağı⁴⁷ için de eser sahipliğinin gerçek kişilere özgü bir statü olduğu kabul edilmektedir⁴⁸.

Türk hukukunda, yürürlükteki hükümler bu yönde olmakla birlikte, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun ilk metninde eseri yarananlar dışında tüzel kişilere de eser sahibi olma hakkı tanınmaktaydı. FSEK (mülga) m. 8/2⁴⁹'ye göre, tüzel kişiler, çalışanlarının veya organlarını oluşturan gerçek kişilerin meydana getirdiği eserlerin sahibi sayılmaktaydı. FSEK (mülga) m. 8/3⁵⁰'e göre ise, yayımlayan, onun siparişi üzerine meydana getirilen eserlerin sahibi sayılmaktaydı. Yayımlayan

44 Kamina (n 11) 104-105; Gül Okutan Nilsson, "Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Tüzel Kişinin Eser Sahipliği Sorunu" iç Mehmet Murat İnceoğlu (ed), *Prof. Dr. Uğur Alacakaptan'a Armağan* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008) 480-484.

45 Lucas, Lucas-Schloetter and Bernault (n 7) 173; Barrelet and Egloff (n 38) 34.

46 Tekinalp (n 31) § 12, n. 1; Öztan (n 23) 233-234; Barrelet and Egloff (n 38) 34; Ivan Cherpillod, 'Art. 6 LDA' in Jacques de Werra and Philippe Gilliéron (eds), *Commentaire Romand: Propriété Intellectuelle* (Helbing Lichtenhahn 2013) Art. 6 LDA, n. 1-5; Caron (n 5) 165; Pollaud-Dulian (n 4) 281; De Visscher and Michaux (n 37) 34-35.

47 Yargıtay, kararlarında istikrarlı bir şekilde bu hususu vurgulamaktadır: "...davacı şirket tüzel kişilik olduğundan, esasen tüzel kişilerin eser sahibi olmaları da mümkün değildir. Çünkü, eser sahipliği yaratıcı bir faaliyet sonucu meydana getirilmekte olup, gerçek kişilerin fikri çabaları sonucu ortaya çıkan ürünlerin gerekli koşulları da taşıması halinde 5846 Sayılı FSEK hükümlerine göre eser olarak nitelendirilmesi söz konusu olabilecektir. Oysa, tüzel kişilerin bu anlamda bir yaratıcı faaliyette bulunmaları mümkün olamayacağından..." Bkz. Yargıtay 11 HD, E 2011/9385 K 2011/12386, 07.10.2011 (Lexpera); "...Tüzel kişilerin, gerçek kişiler gibi yaratıcı bir fikri çabalarının varlığından söz edilemeyeceğinden eser sahibi olmaları da mümkün değildir..." Bkz. Yargıtay 11 HD, E 2009/14531 K 2011/17084, 15.12.2011 (Lexpera); "...tüzel kişilerin yaratıcı faaliyetlerinden söz edilemeyeceğinden davacı cemiyetin eser sahibi olduğuna ilişkin hüküm kısmı isabetli olmayıp..." Bkz. Yargıtay 11 HD, E 2013/10940 K 2014/14049, 16.9.2014 (Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: XXX, Sayı: 4, 2014, s. 349-352).

48 Bkz. CR PI-Cherpillod (n 46) Art. 6 LDA, n. 5; Barrelet and Egloff (n 38) 34; Caron (n 5) 165; Pollaud-Dulian (n 4) 282; Tekinalp (n 31) § 12, n. 2; Erel (n 10) 87; Öztan (n 23) 234.

49 FSEK (mülga) m. 8/2: "Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken vücuda getirdikleri eserin sahipleri bunları çalıştıran veya tayin edenlerdir. Bu kaide tüzel kişilerin uzuvlarına da şamildir."

50 FSEK (mülga) m. 8/3: "Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça bir veya birden ziyade kimseler, yayımlayanın tayin ettiği plan dairesinde bir eser vücuda getirmişlerse bu eserin sahibi yayımlayandır."

bir tüzel kişi olabileceği için bu hüküm de tüzel kişilerin eser sahipliğine imkan tanımaktaydı⁵¹. Son olarak, FSEK (mülga) m. 8/4⁵² hükmü, sinema eserlerinin sahibinin yapımçı olduğunu düzenlemiş idi. Hükümde aksi şekilde düşünmeyi gerektirecek bir ifade kullanılmadığı için tüzel kişi yapımcıların da bu hüküm kapsamında eser sahibi olabileceği kabul edilmekteydi⁵³. 4110 Kanun ile bu maddede değişiklik yapılarak tüzel kişilerin eser sahibi olmasına imkan tanıyan hükümler yürürlükten kaldırılmıştır⁵⁴. Ancak yürürlükteki hükümlerin tüzel kişilerin eser sahipliğine imkan tanımıyor olması yukarıda zikredilen hükümlerin yürürlükte olduğu dönemde kazanılmış hakları ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla ilgili hükümlerin yürürlükte olduğu dönemde eser sahibi statüsünü kazanan tüzel kişilerin mali hakları FSEK kapsamında korunmaya devam eder. İşte FSEK m. 27/4 hükmünün işlevi, anılan kanun hükümlerinin yürürlükte olduğu dönemde meydana getirilen eserler üzerindeki mali hakların koruma süresini belirlemektir⁵⁵.

Tüzel kişilerde ölüm olgusu gerçekleşmeyeceği için *post mortem auctoris* korumanın uygulanmasına imkan bulunmaz. Tüzel kişiliğin sona ereceği tarih ile gerçek kişilerdeki ölüm olgusu arasında bir paralellik kurularak koruma süresinin tüzel kişiliğin sona ereceği tarihten başlatmak da isabetli bir çözüm olmaz. Zira gerçek kişilerde ortalama bir insan ömründen söz etmek mümkün olmakla birlikte tüzel kişiler varlığını çok uzun zaman sürdürebilir. Bu durum dikkate alınarak, sahibi bir tüzel kişi olan eserler üzerindeki mali hakların koruma süresinin eserin aleniyet tarihi dikkate alınarak belirlenmesi uygun görülmüştür⁵⁶.

Eserin alenileşmesinden sonra eser sahibi olan tüzel kişiliğin sona ermesi, mali haklara ilişkin korumayı ortadan kaldırmaz. Tüzel kişinin halefleri, koruma sürenin sonuna kadar mali hakları kullanabilir⁵⁷ ve üçüncü kişilerin bu hakları kullanmasına engel olabilir.

IV. KORUMA SÜRELERİNİN HESAPLANMASI

A. GENEL OLARAK

Kanunda, koruma süreleri düzenlenirken “...ölümünden itibaren 70 yıl devam eder.” (FSEK m. 27/1), “...koruma süresi ölüm tarihinden sonra 70 yıldır.” (FSEK m. 27/2), “...koruma süresi, aleniyet tarihinden sonra 70 yıldır.” (FSEK m. 27/3) şeklinde ifadeler kullanılmıştır. Ancak bu düzenlemeler FSEK m. 26/5 ve FSEK m. 26/6 hükümleriyle birlikte değerlendirildiğinde, sürelerin eser sahibinin

51 Okutan Nilsson (n 44) 485.

52 FSEK (mülga) m. 8/4: “Bir sinema eserinin sahibi onu imal ettirendir.”

53 Yalçın Tosun, *Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları* (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2013) 260 vd.; Okutan Nilsson (n 44) 485.

54 Değişiklik öncesindeki hükümlere ilişkin değerlendirme ve yapılan değişiklikle ilgili detaylı açıklama için bkz. Mustafa Reşit Belgesay, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi* (M. Sıralar Matbaası 1956) 34 vd.; Okutan Nilsson (n 44) 484 vd.; Tosun (n 53) 260 vd.

55 Okutan Nilsson (n 44) 486; Öztan (n 23) 414.

56 Linant de Bellefonds (n 2) 186; Caron (n 5) 314.

57 Öztrak (n 25) 66; Yarsuvat (n 23) 155.

ölüm tarihinden veya eserin aleniyet tarihinden itibaren başlamadığı, bunların birer referans noktası olduğu anlaşılmaktadır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 26/5'e göre, eserin aleniyet tarihine referansla belirlenen koruma süreleri, eserin alenileştiği seneyi takip eden senenin ilk gününden itibaren hesaplanır. O halde denebilir ki, bu şekilde belirlenen koruma süreleri açısından belirleyici olan husus eserin hangi yıl alenileştiğidir. Örneğin 9 Mart 2022, 13 Ekim 2022 ve 31 Aralık 2022 tarihlerinde eser sahibinin kimliği gizlenmek suretiyle alenileştirilen üç farklı eserin hepsi için koruma süresi, 1 Ocak 2023 tarihinden itibaren 70 yıl olarak hesaplanır. Buna göre, bu eserlerin hepsinin koruma süresi 31 Aralık 2092 tarihinde sona erecektir.

Eser sahibinin ölümüne referansla belirlenen koruma süreleri açısından da benzer bir hesaplama yöntemi söz konusudur. Bu şekilde hesaplanacak sürelerde, 70 yıllık koruma süresi, eser sahibinin öldüğü seneyi takip eden senenin ilk gününden itibaren hesaplanır (FSEK m. 26/6).

B. İŞLENME VE DERLEME ESERLERDE SÜRENİN HESAPLANMASI

İşlenme ve derleme eserler, kendilerinden önceki bir veya birden çok eserden istifade suretiyle meydana getirilen eserlerdir. Bir eserin başka bir dile çevrilmesi, sinemaya uyarlanması veya bir müzik eserinin sinema eserine senkronize edilmesi yoluyla ortaya konan eserler, birer işlenme eserdir. Derleme esere örnek olarak, farklı şairlerin yazmış olduğu İstanbul temalı şiirlerin bir antolojide toplanmasını gösterebiliriz.

Her ne kadar başka eserlerden yararlanılarak meydana getiriliyor olsalar da işlenme ve derleme faaliyeti neticesinde yeni bir eser meydana getirilmektedir. Dolayısıyla bu eserler üzerinde ayrıca bir eser sahipliği söz konusudur ve FSEK m. 8/2'de açıkça belirtildiği üzere bu eserlerin sahibi onları işleyen veya derleyendir. Örneğin bir romanın Türkçe'ye çevrilmesi halinde, bu Türkçe metnin eser sahibi onu çevirendir.

İşlenme ve derleme eserlere ilişkin koruma süreleri, bunları meydana getirmek için yararlanılan eserlerin koruma sürelerine tabi değildir (FSEK m. 26/2). 70 yıllık koruma süresinin eser sahibinin ölümüne referansla belirlendiği hallerde işlenme veya derleme eser sahibinin ölüm tarihi; eserin aleniyet tarihine referansla belirlendiği hallerde ise işlenme veya derleme eserin aleniyet tarihi dikkate alınır.

C. FORMA VEYA FASİKÜL HALİNDE YAYIMLANAN ESERLERDE SÜRENİN HESAPLANMASI

Kanun koyucu, kısımlar halinde yayımlanan eserlerin aleniyet tarihinin belirlenmesinde bir ölçüt belirlemiştir. Buna göre, forma veya fasikül halinde yayımlanan eserlerde, son forma veya fasikülün yayımlandığı tarihte eser alenileşmiş sayılacaktır (FSEK m. 26/4).

Forma; kitap basımında kullanılan bir kalıptır. Bir kitabın, tek tabaka kağıt üzerine basılan on altı sayfalık parçasına forma denir. Kitabın ayrı bir kapak içerisinde basılarak satışa sunulan ve bir veya birkaç formadan oluşan kısmına ise fasikül denir. Forma veya fasikül, esasen bir eserin parçasıdır. Kanun koyucu, bu eser parçalarının eserin bütününden bağımsız şekilde değerlendirilmeye uygun olmadığı peşin kabulüyle böyle bir düzenlemeye yer vermiştir⁵⁸. Gerçekten de forma veya fasikül, tek başına değerlendirildiğinde, eser sahibinin hususiyetini yansıtmıyor olabilir. Bu durumda, forma veya fasikül halinde satışa sunulan bir metin üzerinde ayrı bir koruma süresi işletilemez. Bu sebeple, bu şekilde yayımlanan eserlerin, son forma veya fasikülün yayımlandığı tarihte alenileşmiş sayılması isabetli olmuştur.

Buna karşılık, forma veya fasiküllerin eser sahibinin hususiyetini taşıyan birer eser parçası olması halinde farklı bir değerlendirme yapmak gerekeceği kanaatindeyiz. Kanaatimizce, FSEK m. 26/4'teki düzenleme, aksi ispat edilebilecek bir karine olarak görülmeli⁵⁹ ve forma veya fasiküllerin eser sahibinin hususiyetini taşıdığıнын, eserin bütününden bağımsız şekilde değerlendirilebileceğini ispatlanması halinde bu hüküm devre dışı bırakılmalıdır. Örneğin bir yazar, özgün nitelikteki on üç öyküden oluşacak bir öykü kitabında yer alacak her öyküyü bir fasikül halinde yayımlamış ve daha sonra bu öyküleri tek bir kitapta toplamışsa, bu öykülerin her biri yayımlandığı tarihte alenileşmiş sayılmalıdır.

Aynı hükümde, ciltler halinde yayımlanan eserler yönünden getirilen düzenleme de bu görüşü destekleyecektir. FSEK m. 26/4'e göre, bir eserin ciltler halinde yayımlanması halinde, her bir cilt yayımlandığı tarihte alenileşmiş sayılır ve koruma süresi buna göre hesaplanır. Ciltler halinde yayımlanan eserler ile forma veya fasikül halinde yayımlanan eserler arasında böyle bir ayırım yapılmasının sebebi, bir eserin ciltlerinin, eserin bütününden bağımsız olarak da değerlendirilebileceği düşüncesidir. Ancak ciltler halinde yayımlanan eserler ile forma veya fasikül halinde yayımlanan eserler arasındaki bu ayırımın yapay bir ayırım olduğu kanaatindeyiz. Kanaatimizce, esas belirleyici olan husus; forma, fasikül veya ciltlerin eser sahibinin hususiyetini taşıyıp taşımadığı ve dolayısıyla bağımsız bir eser olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği olmalıdır.

Benzer şekilde risaleler, süreli yayınlar (mevkute) veya yıllıklar açısından genel kuralın uygulanacağı ve bu eserlerin her biri yayımlandığı tarihte alenileşmiş sayılacağı düzenlenmiştir (FSEK m. 26/4). Esasen kanun koyucu bu hususu düzenlemese bile aynı sonuca varılabilirdi. Ancak forma veya fasikül yönünden getirilen düzenlemenin risaleler, süreli yayınlar veya yıllıklar açısından bir tereddüde neden olmaması amacıyla genel kuralın burada tekrar edildiği anlaşılmaktadır.

D. KANUN DEĞİŞİKLİKLERİNİN SÜRELERİN HESAPLANMASINA ETKİSİ

1995 yılında, 4110 sayılı Kanun ile, FSEK'in mali hakların koruma sürelerine ilişkin hükümleri değişikliğe uğramıştır. Kanunun ilk metninde 20 ila 50 yıl arasında değişen koruma süreleri belirlenmişken, 4110 sayılı Kanun ile bu süreler 70 yıla çıkarılmıştır. Bununla birlikte, getirilen

58 Öztan (n 23) 413.

59 Bu yönde bkz. Alas Şekerbay (n 26) 75.

geçiş hükmüyle (Ek Madde 2), yeni sürelerin yalnızca değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten⁶⁰ sonra alenileşen eserler açısından geçerli olacağı kabul edilmiştir. Böylece pürüzsüz bir geçiş dönemi öngörülmüştür. Ancak bu düzenleme şekli, farklı dönemlerde meydana getirilen eserler arasında bir eşitsizlik yaratmıştır. Ayrıca 4110 sayılı Kanun'dan önce alenileşen eserlerin eski sürelerle tabi tutulması sebebiyle, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerle uyum sağlanamamıştır. Bu gerekçelerle⁶¹, 4630 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun⁶² ile FSEK Ek Madde 2'de değişiklik yapılmış ve 4110 sayılı Kanun öncesi alenileşen eserler de dahil olmak üzere tüm fikir ve sanat eserleri açısından koruma sürelerinin mevcut kanun hükümlerine göre belirleneceği kabul edilmiştir.

4630 sayılı Kanun, 4110 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce alenileşen eserlerin koruma süresini fiilen uzatmıştır. Buna göre, 4630 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla koruma süresi devam etmekte olan eserler açısından bu süreler uzayacaktır. Örneğin FSEK (mülga) m. 27/1 gereği, 4110 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce ölen bir eser sahibinin eseri üzerindeki mali haklar onun ölümünden itibaren 50 yıl süreyle korunacaktı. 4110 sayılı Kanun ve 4630 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler sonrası, bu eser üzerindeki hakların koruma süresi 20 yıl uzatılmıştır.

Mali haklara ilişkin koruma sürelerini uzatmaya yönelik düzenlemelerin, koruma süresi dolmuş ve kamuya mal olmuş bir eser üzerindeki hakların canlandırıp canlandıramayacağı ise öğretide tartışmalıdır. *Erel'e* göre, koruma süresi dolmuş bir eser üzerindeki hakların canlandırılması mali hakların süreyle sınırlı olması anlayışı ile çelişir⁶³. *Tosun* ise, böyle bir uygulamanın "kanunların geçmişe etkili olma yasağını" ihlal edeceği ifade etmiştir⁶⁴. Ancak biz aksi görüşü savunmaktayız. Her ne kadar FSEK Ek Madde 2'de açık bir ifade kullanılmamışsa da hükmün yorumu ile bu sonuca ulaşılabileceği kanaatindeyiz.

60 4110 sayılı 12 Haziran 1995 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmış ve Kanunun 32. maddesi gereği yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

61 Bu husus 4630 sayılı Kanun'un gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: "...Koruma süreleri, eserlerin ortaya çıkmasıyla yani tespit edilmeleri ya da aleniyet kazanmalarıyla başlar. Koruma sürelerinin başlangıcının, 4110 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden sonra alenileşen eserlere uygulanması, 5.12.1951 tarihli ve 5846 sayılı Kanunda daha kısa koruma süresine tabi olan eserlerde örneğin sinema eserlerinde eşitsizlik yaratmaktadır.

Bu sebeple, sinema eserlerinin bazıları yaşam artı 70 yıllık koruma süresine tabi iken, bazı sinema eserleri de bu süreye göre oldukça kısa olan 20 yıllık koruma süresine tabi olmaktadır. Bu durum ülkemizin taraf olduğu Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesinin 7 nci ve 18 inci maddelerine aykırıdır.

Ayrıca, 4110 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 12.6.1995'ten önce yapılmış ve menşe ülkede daha fazla koruma süresine sahip sinema eserleri de mevcut ek 2 nci madde ile ülkemizde daha kısa süreli korunmaktadır. Bu husus, uluslararası düzeyde de, eleştirilere neden olmaktadır.

Ek 2 nci maddede yapılan düzenlemeyle, geçmişe dönük bir koruma sağlanarak, ulusal ve uluslararası eleştirilerin giderilmesi ve uluslararası mevzuata uyum sağlanması amaçlanmıştır.

Ayrıca, tüm eser kategorilerini kapsayan bu düzenleme ile eserler arasında koruma süreleri itibarıyla var olan eşitsizlik de giderilmiştir..."

62 Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun, Kanun Numarası: 4630, Kabul Tarihi: 21.2.2001, RG 3.3.2001/24335.

63 Erel (n 10) 118.

64 Tosun (n 53) 258.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Ek Madde 2'nin ikinci fıkrasında, yapılan değişiklik sonrası "koruma kapmasına alınan" eserlerin yasal kopyalarını elinde bulunduran kişilerin, 4630 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihi takip eden altı aylık sürenin sonuna kadar yazılı bir izne gerek kalmaksızın bu kopyaları satabileceği veya başka şekilde elden çıkarabileceği düzenlenmiştir. İlk anda, bu hüküm sayesinde, daha önce koruma kapsamında olmayan bazı ürünlerin bu kapsama alındığı zannedilebilir. Ancak 4110 sayılı Kanun veya 4630 sayılı Kanun ile yeni bir eser türü tanımlanmamış, eser türleri yönünden korumanın kapsamı genişletilmemiştir. Dolayısıyla "koruma kapmasına alınan eserler" ifadesiyle ile böyle bir genişlemenin kastedilmediği kanaatindeyiz. Bize göre, bu ifadeyle kastedilen, değişiklik öncesinde koruma süresi dolduğu için Kanunun koruma kapsamı dışında kalan eserlerin yeniden bu kapsama alındığıdır. Başka bir deyişle, bu hüküm, kamuya mal olmuş eserler üzerindeki mali hakların canlandırılmasını konu almaktadır.

Öte yandan, kamuya mal olmuş eserler üzerindeki mali hakların aniden canlanması, eserin kamuya mal olmasına güvenerek bu eserden yararlanmak üzere yatırım yapan üçüncü kişilerin bu yatırımlarını riske sokacaktır. Bir hukuk devletinde, açık bir kanun hükmüne dayanarak ekonomik bir yatırım yapan girişimcinin, öngörülemeyecek bir kanun değişikliği ile zarara uğratılması düşünülemez. Bu durumu gözeten kanun koyucu, kamuya mal olmuş eserin kopyalarını yasal olarak elinde bulunduran kişilere, bu kopyaları elden çıkarmaları için altı aylık bir süre tanımıştır (FSEK Ek m. 2/2).

V. KORUMA SÜRELERİNİN SONA ERMESİ

A. GENEL OLARAK

Mali haklara ilişkin koruma süresi dolduktan sonra eser kamuya mal olur⁶⁵. Bu andan itibaren, herkes, herhangi bir izin ve benzeri bir prosedüre ihtiyaç olmaksızın bu eserden ekonomik fayda sağlayabilir⁶⁶. Ancak FSEK m. 46 ve 47'de düzenlenen haller bu kuralın dışında tutulmuştur (FSEK m. 26/1).

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 46'ya göre; umumi kütüphane, müze veya benzeri kurumlarda saklı bulunan ve henüz alenileşmemiş eserler, mali haklara ilişkin koruma süresi dolduktan sonra serbest hale gelmeyecek bulundugu kuruma ait olur. Eser bir kamu kurum veya kuruluşu tarafından saklanmışsa, bu eserden yararlanmak isteyen kişilerden bir ücret talep edilebileceği de yine bu hükümde belirtilmiştir. Bu hükümle, toplumun eserden serbestçe yararlanabilmesine bir kısıtlama getirilmektedir. Ancak bu hükmün uygulanabilmesi için eser sahibinin, eseri çoğaltılmasını ve yayımını açıkça men etmemiş olması gerekir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 46 ile, toplumun koruma süresi dolmuş bir eserden yararlanma yetkisi ilgili kurum veya kuruluşlar lehine daraltılmaktadır. FSEK m. 47'de ise aksi bir düzenlemeye

65 Ayiter (n 23) 149-150; Kılıçoğlu (n 13) 372; Buydens (n 2) 270; Savaş Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2012) 228.

66 Tekinalp (n 31) § 14, n. 120; Öztan (n 23) 416.

yer verilmiştir. Bu hükme göre, bir eser hali hazırda korunmaktayken Cumhurbaşkanı kararıyla bu eser kamuya mal edilebilir. Böylece, eser sahibinin koruma süresi sonuna kadar tekeli yetkilere sahip olduğu bu eser üzerindeki haklar, Cumhurbaşkanı kararında belirtilen sınırlar çerçevesinde, herkesin kullanabileceği hale gelir.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, eser ister sürelerin dolmasıyla isterse Cumhurbaşkanı kararıyla kamuya mal olsun, her iki durumda da mali haklar kullanılırken eser sahibinin manevi haklarının ihlal edilmemesi gerekir. Sözelimi, bir yazarın ölümünün üstünden 70 yıl geçtikten sonra yazarın romanlarını yayımlamak serbesttir fakat yazara ait eserlerin bir başkasının adıyla yayımlanması adın belirtilmesi hakkının ihlaline neden olacağı için hukuka uygun değildir. Ayrıca mali hakların kullanımının serbest hale gelmesi, üçüncü kişilere, eser sahibinin itibarından paraziter şekilde yararlanma hakkı vermez⁶⁷.

B. SÜRENİN SONA ERMESİNİN ESERİ KONU ALAN SÖZLEŞMELERE ETKİSİ

Eser üzerindeki mali hakların koruma süresi dolmadan önce mali hakları konu alan devir veya lisans sözleşmeleri kurulmuş olabilir. Mali haklara ilişkin koruma süresinin sona ermesi ile bu sözleşmelerin de sona ereceği kabul edilmektedir⁶⁸.

Mali hakların sona ermesinden sonra ise, bu hakların devri ve lisans sözleşmesine konu edilmesi mümkün olmaz. Buna rağmen bir mali hak devir sözleşmesi veya lisans sözleşmesi kurulması halinde, sözde devreden veya sözde lisans veren, bu sözleşmelere konu mali hakların artık mevcut olmaması sebebiyle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 191 ve 193. maddeleri kapsamında sorumlu olur (FSEK m. 53/1).

SONUÇ

Türk hukukunda, dünyadaki hakim eğilimle uyumlu şekilde, mali haklara tanınan koruma süreyle sınırlandırılmış ve mali hakların, eser sahibi hayatta olduğu sürece ve ölümünden sonra 70 yıl süreyle korunacağı kabul edilmiştir. Eser sahibinin ölüm tarihinin tespit edilemediği hallerde ise, koruma süresi, eserin aleniyet tarihinden itibaren 70 yıl olarak belirlenmiştir.

Koruma süreleri yönünden kanunda benimsenen temel kuralların isabetli olduğunu kabul etmekle beraber bir noktada bu kurallara muhalefet etmekteyiz. FSEK m. 27/2'ye göre, eser, eser sahibinin ölümünden sonra alenileşmişse bile eser üzerindeki mali haklar eser sahibinin ölüm tarihinden itibaren 70 yıl süreyle korunur. Bunun isabetli bir düzenleme olmadığı kanaatindeyiz. Bize göre, bir eser eser sahibinin ölümünden sonra alenileşmişse, koruma süresinin eserin aleniyet tarihine referansla belirlenmesinin daha isabetli olacaktır. Bu sayede, eser sahibinin mirasçıları ile toplumun menfaatleri arasındaki dengenin daha doğru şekilde kurulmuş olacağı kanaatindeyiz.

⁶⁷ Gautier (n 5) 394.

⁶⁸ Ateş (n 25) 266; Bozbel (n 65) 229.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun koruma sürelerine ilişkin hükümleri 4110 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramış ve mali hakların koruma süreleri uzatılmıştır. Geçiş döneminde koruma sürelerinin ne şekilde uygulanacağı ise FSEK Ek Madde 2 hükmüyle düzenlenmiştir. Daha sonra bu geçiş hükmü 4630 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır. Çalışmada üzerinde durduğumuz noktalardan biri de bu değişikliklerin mali hakların koruma sürelerine ne şekilde etki ettiğidir. Bizim ulaştığımız sonuçlara göre, 4630 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibariyle koruma süresi devam etmekte olan eserler açısından bu süreler uzayacaktır. Bu tarih itibariyle koruma süreleri dolmuş olan eserler açısından ise koruma süreleri yeniden canlanacaktır. Ancak kamuya mal olmuş eserler üzerindeki mali hakların aniden canlanması, eserin kamuya mal olmasına güvenerek bu eserden yararlanmak üzere yatırım yapan üçüncü kişilerin bu yatırımlarını riske sokacağı için kanun koyucu, kamuya mal olmuş eserin kopyalarını yasal olarak elinde bulunduran kişilere, bu kopyaları elden çıkarmaları için altı aylık bir süre tanımıştır (FSEK Ek m. 2/2).

KAYNAKÇA

- Alas Şekerbay C, 'Telif Haklarında Koruma Süreleri' (2015) 11 (43) Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 55-91.
- Arsıslanlı H, *Fikri Hukuk Dersleri* (Sulhi Garan Matbaası 1954).
- Ateş M, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması* (Seçkin Yayıncılık 2003).
- Ayiter N, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri* (2. Bası, Sevinç Matbaası 1981).
- Barrelet D and Egloff W, *Le Nouveau Droit d'Auteur* (4ème édition, Stämpfli 2021).
- Belgesay MR, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi* (M. Sıralar Matbaası 1956).
- Berenboom A, *Le Nouveau Droit d'Auteur* (4ème édition, Larcier 2008).
- Bozbel S, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2012).
- Buydens M, *L'Application des Droits de Propriété Intellectuelle* (OMPI 2014).
- Caron C, *Droit d'Auteur et Droits Voisins* (4ème Edition, LexisNexis 2015).
- Cherpillod I, 'Art. 6 LDA' in Jacques de Werra and Philippe Giliéron (eds), *Commentaire Romand: Propriété Intellectuelle* (Helbing Lichtenhahn 2013) (Atıf Şekli: CR PI-Cherpillod, Art. 6 LDA).
- Corriveau M, 'La Durée Générale de Protection du Droit d'Auteur: Une Histoire de Développement et de Mutation des Fondements de Principes' (2007) 19 (3) Les Cahiers de Propriété Intellectuelle 823-862.
- De Visscher F and Michaux B, *Précis du Droit d'Auteur et des Droits Voisins* (Bruylant 2000).
- Demirel C, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 10. Maddesi Bağlamında Birden Fazla Eser Sahibi Tarafından Meydana Getirilen Eserler ve Eser Sahipleri Birliği* (Savaş Yayınevi 2017).
- Dessemontet F, *Le Droit d'Auteur* (CEDIDAC 1999).
- Dural M ve Ögüz T, *Kişiler Hukuku* (18. Baskı, Filiz Kitabevi 2017).
- Erel NŞ, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (3. Bası, Yetkin Yayınları 2009).
- Gautier P-Y, *Propriété Littéraire et Artistique* (8ème édition, PUF 2012).
- Helvacı S, *Gerçek Kişiler* (8. Bası, Legal Yayıncılık 2017).
- Kaesmacher D, *Les Droits Intellectuels* (2ème édition, Larcier 2013).
- Kamina P, *Droit Anglo-Américain des Propriétés Intellectuelles* (LGDJ 2017).
- Kılıçoğlu AM, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar* (7. Bası, Turhan Kitabevi 2021).
- Linant de Bellefonds X, *Droits d'Auteur et Droits Voisins* (2ème édition, Dalloz 2004).

- Lucas A, Lucas-Schloetter A and Bernault C, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique* (5ème édition, LexisNexis 2017).
- Manaï D, 'Art. 38 CC' in Pascal Pichonnaz and Bénédict Foëx (eds), *Commentaire Romand: Code Civil I* (Helbing Lichtenhahn 2010) (Atf Şekli: CR CC I-Manaï, Art. 38 CC).
- Oğuzman K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Kişiler Hukuku* (17. Bası, Filiz Kitabevi 2018).
- Okutan Nilsson G, 'Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Tüzel Kişinin Eser Sahipliği Sorunu' iç Mehmet Murat İnceoğlu (ed), *Prof. Dr. Uğur Alacakaptan'a Armağan* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008).
- Özcan F, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Turhan Kitabevi 2008).
- Öztrak İ, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar* (2. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi 1977).
- Pollaud-Dulian F, *Le Droit d'Auteur* (2ème édition, Economica 2014).
- Strowel A, 'Art. 170 CDE' in Fabienne Brison and Hendrik Vanhees (eds), *Le Droit d'Auteur Belge: Hommage à Jan Corbet* (4ème édition, Larcier 2018).
- Suluk C, Karasu R ve Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020).
- Şahin A, *Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması* (Vedat Kitapçılık 2010).
- Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Bası, Vedat Kitapçılık 2012).
- Tissot N, Kraus D and Salvadé V, *Propriété Intellectuelle* (Stämpfli 2019).
- Tissot N, 'Art. 31 LDA' in Jacques de Werra and Philippe Gilliéron (eds), *Commentaire Romand: Propriété Intellectuelle* (Helbing Lichtenhahn 2013) (Atf Şekli: CR PI-Tissot, Art. 31 LDA).
- Tosun Y, *Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları* (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2013).
- Yarsuvat D, *Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları* (2. Baskı, Güryay Matbaacılık 1984).
- Yavuz L, Alıca T ve Merdivan F, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu* (Seçkin Yayıncılık 2013).
- Yıldız OA, 'Eserin Takma Adla Yayımlanmasının Hukuki Sonuçları' iç Yener Ünver ve Özlem Yenerer Çakmut (edr), *Hukuk ve Sanat* (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).