



ANADOLU ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt: 9 - Sayı: 1 - Ocak 2023

Anadolu Üniversitesi Adına İmtiyaz Sahibi
Prof. Dr. Fuat ERDAL

Yayın Kurulu Başkanı
Prof. Dr. Recai DÖNMEZ

Baş Editör
Doç. Dr. Tolga AKKAYA

Editör
Prof. Dr. Gökhan GÜNEYSU
Dr. Öğr. Üyesi Olcay IŞIK

Editör Yardımcısı
Arş. Gör. Dr. Neyzen Fehmi DOLAR
Arş. Gör. Burak IŞIK
Arş. Gör. Gökçe VAROL KARAOSMANOĞLU

Dil Editörleri
Doç. Dr. Reşit KARAASLAN (Almanca)
Öğr. Gör. Dr. Halil DÜZENLİ (İngilizce)

İletişim Adresi
Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Yunusemre Kampüsü
Tepebaşı / ESKİŞEHİR
Tel: +90 (222) 335 05 80 - 2240
İletişim: andhd@anadolu.edu.tr
Elektronik Ağ: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/andhd>

Yayına Hazırlayan
Seçkin Yayıncılık A.Ş.
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13
Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30
Faks: 0312 435 24 72

Sayfa Tasarımı ve Mizanpaj
Emre KIZMAZ

Yayın Yeri | Yılı
Ankara | Ocak 2023

e-ISSN
2687-394X

AndHD, elektronik ortamda, çevrimiçi (online) olarak yayımlanan
hakemli bir hukuk dergisidir.

AndHD,    
veritabanlarında indekslenmektedir.

Dergiye yapılan atıflarda “AndHD” kısaltması kullanılmalıdır.
Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

Danışma Kurulu^(*)

- Prof. Dr. Ahmet Mithat KILIÇOĞLU (*Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (*Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ayşe Nur TÜTÜNCÜ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Bülent KENT (*Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Cihan OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ (*Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY (*Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Enver Murat ENGİN (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Erdal ONAR (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Güray ERDÖNMEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hamide ZAFER (*Doğuş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan ERMAN (*Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan Hüseyin BAYRAKLI (*Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan Nüvit GEREK (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. İsmail KAYAR (*Altınbaş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Kadir ARICI (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Levent AKIN (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mahmut Tuğrul ARAT (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniv., İktisadi ve İdari Bilimler F.*)
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN (*Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (*Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Murat ATALI (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mustafa ÇEKER (*Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN (*Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Naciye Günseli GELGEL (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Nevzat TOROSLU (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Osman DOĞRU (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Osman Berat GÜRZÜMAR (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Rukiye AKKAYA KİA (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK (*Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Selin Esen ARNWINE (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Sema Taşpınar AYYVAZ (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Sibel ÖZEL (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

^(*) Danışma Kurulunda yer alan akademisyenler alfabetik sırayla gösterilmektedir.

- Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*)
Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Vahit DOĞAN (*İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yasemin İŞIKTAÇ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yücel OĞURLU (*İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yüksel METİN (*Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ziya AKINCI (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

Yayın Kurulu^(*)

- Prof. Dr. İbrahim KAYA (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Recai DÖNMEZ (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mustafa AVCI (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*)
Prof. Dr. Enver BOZKURT (*Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR (*Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Uğur YİĞİT (*İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN (*Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

^(*) Yayın Kurulunda yer alan akademisyenler akademik unvan ve alfabetik sıraya göre gösterilmektedir.

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ("AndHD")

Amaç

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hukukun her alanında hazırlanan özgün ve bilimsel çalışmaların elektronik ortamda yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

Kapsam

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AndHD), yılda iki sayı olarak (Ocak ve Temmuz aylarında) elektronik ortamda yayımlanan, iki hakemli bir hukuk dergisidir. Dergide hukukun her alanından hakemli makale, çeviri, kitap incelemesi ve karar incelemelerine yer verilmektedir. Yazı dili Türkçe, İngilizce veya Almanca olabilir.

Etik İlkeler ve Yayın Politikası

Yayın etiğinde en iyi uygulamaları esas alan Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (*AndHD*), Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde, ancak bu ilkelerle sınırlı olmamak üzere, bilimsel etik kurallarına uygun yayım yapmayı hedefler.

Dergi editörünün, yazarların ve hakemlerin, görev ve sorumluluklarının bu çerçevede belirlendiği AndHD'de süreçler COPE'nin ilişkili akış şemaları esas alınarak yönetilir. Ayrıca, özellikle İngilizce yayımlanan bilimsel makaleler için, Avrupa Bilim Editörleri Birliği (*European Association of Science Editors - EASE*) tarafından belirlenen ilkelere uyulması tavsiye edilir.

Yazarlar

- Hukuk alanında ve özgün olması beklenen çalışmaların, atıf yapılan bölümleri hariç olmak üzere, herhangi bir bölümünün daha önce yayımlanmamış olması gerekir.
- Çalışmalarda, birden fazla yazar olması halinde, yazarların tümünün yazarlık ölçütlerine uyması ve her bir yazarın ilgili çalışmaya *kayda değer ölçüde* katkı sunmuş olması beklenir. Çok yazarlı çalışmalar için **Katkı Oranı Beyan Formunun** her bir yazar tarafından imzalanarak sisteme yüklenmesi gerekir. Her bir yazar tüm çalışmadan sorumludur.
- Çalışmanın hazırlanmasına katkı sunmuş, ancak çalışmada yazar olarak belirtilmeyen kişilerin isimlerine de yer verilmesi gerekirken, bu kişiler ilgili çalışmadan sorumlu tutulmazlar. Bu kişilerin çalışmaya katkıları, çalışmanın ilk sayfasında başlığa eklenecek bir yıldızlı dipnotla belirtilir.
- Çalışmada yararlanılan kaynakların tümüne, Yazım Kurallarında düzenlenen kurallara uygun ve doğru şekilde atıf yapılmalı ve kaynakçada yer verilmeli, çalışmada yararlanılmayan eserler Kaynakçada listelenmemelidir.
- Editörler Kurulu'nun gerekli gördüğü hallerde, çalışmalara ilişkin ham verilerin teslim edilmesi gerektiğinden, yazarlar, yayımlanan çalışmaya ilişkin verileri 5 yıl süreyle saklamakla yükümlüdür.

Hakemler

- Makaleleri tarafsız ve nesnel esaslara göre değerlendirmesi beklenen hakemlerin, yalnızca uzmanlık alanlarına ilişkin çalışmalarda hakemlik yapması beklenir. Hakemin ilgili çalışmanın değerlendirilmesi hususunda kendini yetkin görmemesi halinde hakemlik görevinden kaçınılmalıdır.
- Hakemlerin gizliliği esastır. Hakemlerin başka kişilerle ilgili çalışmalarını tartışması yasaktır. Ancak gerekli görülmesi halinde, editörün kararıyla, hakemin ilgili çalışmaya ilişkin yorumları, aynı çalışmanın diğer hakemleri ile paylaşılabilir.

- Görevi kabul eden hakemin çalışmaya ilişkin değerlendirmesini belirtilen süreler içinde editöre göndermesi, hakemlik görevini verilen süre içerisinde yerine getiremeyeceği kanaatine varması halinde, zaman kaybetmeden editörü bilgilendirmesi beklenir.
- Hakemler çıkar çatışması halinde hakemlik görevini reddetmeli, çıkar çatışmasının sonradan fark edilmesi halinde ise editörü bilgilendirmelidir.

Editörler

AndHD dergi editörleri OPE Dergi Editörleri için Etik Davranışlar ve En İyi Uygulamalar Kılavuzu ile COPE Dergi Editörleri için En İyi Uygulamalar Kılavuzu'nda yer alan ilkelerle bağlıdır. Bu çerçevede,

- AndHD'ye gönderilen çalışmalar, yazarların cinsiyetinden, etnik kökeninden, dini inancından ve benzeri şekilde ayrımcılığa sebebiyet verecek herhangi bir unsurdan bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem değerlendirmeleri sonucunda yayıma uygun bulunan çalışmaların, en yakın sayıdaki eserlerin çeşitliliği, önemi, güncelliği vb. gibi sebeplerle bir sonraki sayıda yayımlanmasına karar verilmesi mümkündür.
- Dergiye gönderilen çalışmanın; derginin amaç ve kapsamına ile yazım kurallarına ve yayın politikasına uyumu, özgünlüğü ve önemi yönünden yayıma uygun görülmemesi halinde hakeme gönderilmeden editör tarafından reddedilmesi mümkündür. Bu durumda, ret kararının sebebi açık şekilde yazar ile paylaşılır.
- Editörlerin, hakemleri bilgi ve uzmanlıklarına uygun çalışmalar için görevlendirmesi esastır. Atanan hakemle, değerlendirme sürecine ilişkin bilgi ve belgelerin paylaşılması editörün sorumluluğundadır.
- Derginin hakemleri için bir liste oluşturan editör, hakemlerin performansını da esas alarak bu listeyi güncellemekle yükümlüdür. Editör, görevini burada ve atıf yapılan metinlerde açıklanan ilke ve esaslara uygun olarak yerine getirmeyen hakemleri listeden çıkarır.
- Editör, çift taraflı hakemlik sisteminin gerekleri başta olmak üzere menfaat sahiplerinin, paylaşımı zorunlu olan bilgiler hariç olmak üzere, gizli bilgilerinin korunması için azami özeni gösterir.

Yazım Kuralları

Yazım Dili

Çalışmaların dili Türkçe, İngilizce veya Almanca olabilir.

Dosya Formatı

Çalışmalar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır.

İletişim Bilgileri

Çalışma dosyaları ile birlikte yazarın adına ve soyadına, unvanına, çalıştığı kuruma, ORCID numarasına, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler editöre ulaştırılmalıdır.

Ana başlık Öz ve Anahtar Kelimeler

Dergiye gönderilen makaleler Türkçe ve yabancı dilde (İngilizce veya Almanca) başlık, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan özet ile ilgili makaledeki konuyu tanımlayan en az beş anahtar kelimeyi içermelidir.

Sayfa Düzeni

Yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmalıdır.

- Kâğıt boyutu: A4
- Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm
- Metin: Times New Roman, 12 punto, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı

Yazının Türkçe ve altında yabancı dilde başlığı, ortaya hizalı biçimde en üstte kalın, 14 punto, tüm harfleri büyük şekilde yer almalıdır. Yazarın unvanı, adı ve soyadı yabancı dilde konu başlığının altında ve sağ tarafa yaslı biçimde yer almalıdır.

Yazarın (varsa) görev yaptığı kurum ve unvanı, e-posta adresi ve ORCID numarası ilk sayfada (yıldızlı) dipnot olarak belirtilmelidir.

Başlıklar

Bölüm başlıkları, "I, II, III, ..." olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, tüm harfler büyük yazılmalıdır.

Alt başlıklar, "A, B, C..." olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

Bundan sonraki başlıklar "1, 2, 3, ..." ve ardından gelenler "a, b, c..." "aa, bb, cc..." "aaa, bbb, ccc..." olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

(Örnek:

I. İKİ YANA YASLI BİÇİMDE, KALIN, 12 PUNTO, TÜM HARFLER BÜYÜK

A. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

1. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

a. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

aa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

aaa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük)

Kısaltmalar

Metin içerisindeki ilk kez kullanılan kelime, kısaltılmadan yazılmalı, parantez içinde kısaltması belirtilmelidir.

(Örnek: İlk kullanım için Türk Medeni Kanunu (TMK). İkinci kullanım için TMK)

Atıf Kuralları

Hazırlanan çalışmalarda atıflar dipnot usulüne göre yapılmalıdır. Metin içinde dipnot numaraları noktalama işaretlerinden önce kullanılmalıdır.

Metin içinde yer verilen yazar soyadları ilk harfi büyük ve italik olarak yazılır.

(Örnek: Eren,)

Dipnotlar

Dergiye gönderilen yazılarda kullanılan dipnotlar, sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı olmalıdır.

Bir yazarlı kitaplarda, yazarın soyadı ve adı, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numaraları ("s.") şeklinde yer almalıdır. Tek baskı olanlarda baskı sayısının belirtilmesine gerek bulunmamaktadır.

(Örnek: EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2018, s. 10.)

Makalelerde, yazarın soyadı ve adı, tırnak içinde makalenin başlığı, italik olarak yayımlandığı derginin adı, yılı, cilt ve sayı numaraları, sayfa numaraları ("s.") şeklinde yer almalıdır.

(Örnek: ARSEBÜK, A. Esat: "Türkiye'de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, Cilt 1, Sayı 1, s. 7.)

Birden fazla yazarlı kitap ve makalelerde, yazarların ad ve soyadlarının arasına "/" işareti koyulmalıdır.

(Örnek: AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 10)

Editörlü kitaplar ve sempozyum vb. yayınlarında, yazarın soyadı ve adı, tırnak içinde eser (bölüm) adı, (Ed.) kısaltması, editör veya çevirmenin soyadı ve adı, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numaraları ("s.") şeklinde yer almalıdır.

(Örnek: ROHE, Mathias: "Alman Hukukunda Hekimin Sorumluluğunun Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", (Ed.) ŞENOCAK, Kemal / ROHE Mathias / YARAYAN, Ali: *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İÜHF Yayınları, Malatya, 2014, s. 55.)

Yazarı belli olmayan resmi ya da özel yayınlar, raporlar vb. yayınlarda, yayımlayan, yayının adı, yayın tarihi, sayfa numarası ("s.") sırasıyla verilmelidir.

(Örnek: European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission): Guidelines on Political Party Regulation by OSCE/ODIHR and Venice Commission Adopted by the Venice Commission at its 84th Plenary Session (Venice, 15-16 October 2010), 2010, s. 13.)

Yüksek lisans ve doktora tezlerinde, yazarın soyadı ve adı, italik olarak tez başlığı, üniversite ve enstitü adı, şehir, yıl ve sayfa numarası belirtilmelidir.

(Örnek: MANAVGAT, ÇAĞLAR: *Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1988, 42.)

İlk kullanımdan sonraki dipnotlarda, sadece soyadları ile yazılmalıdır.

(Örnek: AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 10.)

Aynı yazarın birden fazla eseri kullanılacaksa bu eserlere yapılan ilk atıfların sonunda parantez içinde ve kaynakçada ilgili eserin kısaltması belirtilmeli ve tekrar eden atıflarda; yazarın soyadı, italik olarak eserin kısaltması ve sayfa numarası usulü izlenmelidir.

(Örnek: AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, *Başlangıç Hükümleri*, s. 10.)

Dipnotta birden fazla eser bulunması halinde aralarında ";" işareti kullanılmalıdır.

(Örnek: AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 10; ARSEBÜK, s. 13.)

Yargı kararlarına yapılacak atıflarda; mahkeme adı, dairesi, karar tarihi, esas ve karar numarası belirtilmelidir.

(Örnek:

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı:

AİHM, Başvuran, B. No: ..., T. ..., (varsa paragraf numarası) §

Anayasa Mahkemesi kararı:

AYM, T. 25.06.2020, E. 2020/16, K. 2020/33

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararı:

AYM, Başvuran, B. No: ..., T. ..., (varsa paragraf numarası) §

Uyuşmazlık Mahkemesi kararı:

UYM, T. 15.11.1999, E. 1999/24, K. 1999/31

Yargıtay kararı:

Yargıtay, 2. HD., T. 02.01.2015, E. 2012/01, K. 2015/03

Danıştay kararı:

Danıştay, 13. D., T. 08.07.2020, E. 2020/1825, K. 2020/1848

Bölge Adliye Mahkemesi kararı:

Ankara BAM, 1. HD., T. 02.10.2017, E. 2017/696, K. 2017/976

Bölge İdare Mahkemesi kararı:

Ankara BİM, 2. İDD., T. 27.04.2018, E. 2017/13600, K. 2018/998

Elektronik kaynaklarda URL ve erişim tarihi belirtilmelidir.

(Örnek: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/andhd> E.T.: 07.07.2019)

Mevzuata yapılacak atıflarda, ilgili mevzuatın yayımlandığı Resmî Gazete'nin tarih ve sayı bilgileri belirtilmelidir.

(Örnek: ... tarihli ve ... sayılı Resmî Gazete.)

Kaynakça

Kaynakça, yazarların soyadına göre alfabetik sırayla belirtilmelidir.

Dipnotlarda bir esere yapılan ilk gönderme ile eserin kaynakçada yer verilmiş biçimi aynı olmalıdır.

Kaynakçada yer verilen çalışma bir makale, bildiri, editörlü kitap bölümü vb. ise eser içerisindeki başlangıç ve bitiş sayfa numaraları yer almalıdır.

Örnek:

EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2018.

AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.

ARSEBÜK, A. Esat, “Türkiye’de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, Cilt 1, Sayı 1, s. 1-20.

ROHE, Mathias: “Alman Hukukunda Hekimin Sorumluluğunun Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, (Ed.) ŞENOCAK, Kemal / ROHE Mathias / YARAYAN, Ali: *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İÜHF Yayınları, Malatya, 2014, s. 55-70.

Değerlendirme Süreci

Yayın Etiği Bakımından Değerlendirme

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (*AndHD*), Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde, ancak bu ilkelerle sınırlı olmamak üzere, bilimsel etik kurallarına uygun yayım yapmayı hedefler. Bu doğrultuda, *AndHD*'ye gönderilen çalışmaların değerlendirme süreci derginin Etik İlkeleri ve Yayın Politikası çerçevesinde yürütülür. İlgili ilke ve kuralların ihlal edildiğinden şüphelenilmesi halinde COPE'nin ilişkili akış şemaları uygulanır.

Öninceleme ile Yazım ve Dil Denetimi

Dergide yayımlanması istenen çalışmalar başka yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olmalıdır. Çalışmanın dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.

Dergiye gönderilen çalışmaların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve basılmaya hazır olarak verildiği kabul edilir. Editör Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, bilimsel ölçütlere ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının bulunduğu saptanan yazılar hakeme gönderilmeksizin gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara iade edilir.

Tüm çalışmalar yayımlanmadan önce, tekrar, ilgili Yazım ve Dil Editörünün denetiminden geçer.

Hakem Değerlendirme Süreci

Değerlendirme süreci çift taraflı kör hakemlik yöntemiyle yürütülür. Editör Kurulu tarafından gerçekleştirilen ilk incelemeden geçen çalışmalar, yazar adı metinden çıkarılmış şekilde, iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemler ilgili çalışmanın aynen yayımlanmasını, düzeltilmesini yahut yayımlanmamasını önerir.

Yazar, verilen karardan en kısa zamanda ve kural olarak, e-posta ile haberdar edilir. Şayet her iki hakem raporu yazının yayımlanamayacağı yönündeyse yazı reddedilir ve yazar üçüncü bir hakem incelemesini talep edemez. Buna karşılık hakem raporlarından biri olumlu diğeri olumsuz ise çalışma üçüncü hakeme gönderilerek gelen rapor doğrultusunda işlem yapılır.

Düzeltilmiş veya tamamlanmış olan çalışmalar, Editör Kurulu gerek gördüğü takdirde, bir kez daha hakeme gönderilebilir. Tüm hakem raporları beş yıl boyunca saklanır.

Diğer Çalışmaların Değerlendirilmesi

Hakemli makaleler ve çeviriler dışındaki çalışmaların yayımlanması Editör Kurulunun kararına bağlıdır. Çevirilerin değerlendirmeye alınabilmesi için metin ile birlikte yazının kaynak dildeki özgün metni ve sahibinden (asıl yazar veya hak sahibi yayınevi) alınan çeviri izni de gönderilmelidir.

İntihal Politikası ve Benzerlik Raporu

İntihal Politikası

Hukuk alanında ve özgün olması beklenen çalışmaların, atıf yapılan bölümleri hariç olmak üzere, herhangi bir bölümünün daha önce yayımlanmamış olması gerekir. Çalışmada yararlanılan kaynakların tümüne, Yazım Kurallarında düzenlenen kurallara uygun ve doğru şekilde atıf yapılmalı ve kaynakçada yer verilmeli, çalışmada yararlanılmayan eserler Kaynakçada listelenmemelidir.

Dergiye gönderilen çalışmaların değerlendirilmesi sırasında intihalden şüphelenilmesi halinde COPE'nin ilişkili akış şemaları esas alınır.

Benzerlik Raporu

Tüm araştırma makaleleri **iThenticate** veya **Turnitin** üzerinden alınan benzerlik raporu ile birlikte gönderilmelidir. Dergide yayımlanması istenen araştırma makalesi için benzerlik raporu alınması mümkün değil ise ilgili çalışma gönderilmeden önce Editörlük ile iletişime geçilmesi önerilir.

AndHD'nin intihal politikası bağlamında belirli bir benzerlik oranı belirlenmemiş olup çalışmanın değerlendirme sürecine alınıp alınmayacağına, çalışmanın niteliği ve benzerlik raporunda tespit edilen benzerliklerin durumuna göre Editör Kurulu tarafından karar verilir.

Telif Politikası ve Yayın Lisansı

Yazarlar çalışmalarını AndHD'ye gönderirken Telif Hakkı Formunu imzalarlar. Bu form ile, AndHD'de yayımlanmak üzere gönderdikleri çalışmalarının,

- AndHD Etik İlkeler ve Yayın Politikası ile Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde hazırlandığını,
- Başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olduğunu,
- İlgili çalışma üzerindeki, işleme, çoğaltma, temsil, basım, yayım, dağıtım ve internet yoluyla iletim de dâhil olmak üzere her türlü umuma iletim ve mali haklarını Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisine devretmeyi kabul ve taahhüt ederler.

AndHD tarafından yayıma kabul edilen çalışmalar Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (**CC BY-NC 4.0**) lisansı ile yayımlanır. Bu lisansla kullanıcıların eser sahibine atıf vermek koşuluyla eseri sadece ticari olmayan amaçlar için kullanmalarına izin verilir.

Açık Erişim Politikası

AndHD tarafından yayımlanan içeriklerin tümü açık erişimlidir ve Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (**CC BY-NC 4.0**) ile lisanslıdır. Bu lisans, kullanıcıların eser sahibine atıf vermek koşuluyla eseri sadece ticari olmayan amaçlar için kullanmalarına izin verir.

Ücret Politikası

Dergide makale yayımı ve değerlendirme süreçlerinin yürütülmesi ücrete tabi değildir. Dergiye gönderilen ya da yayım için kabul edilen makaleler için gönderim ya da yayım ücreti alınmaz, hakemlik faaliyeti için ücret ödenmez. AndHD tarafından yayımlanan içeriklerin tümü okuyuculara ücretsiz olarak sunulur.

Sunuş

Değerli Okuyucular,

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin (AndHD) Ocak 2023 sayısı, 2020 yılından bu yana süreçlerimizin yürütüldüğü ve yayınların okuyuculara sunulduğu DergiPark sayfasında elektronik olarak yayınlamıştır. Okuyucularımızı, araştırmacılarımızı ve hakemlerimizi ilgilendiren güncel ve önemli bir gelişme, 2021 yılı Ocak ayısından itibaren AndHD'nin TRDizin'de taranmaya başlanmış olmasıdır. Muhtelif veri tabanı ve dizinlerde başvuru süreci devam eden AndHD'nin Editör Kurulu olarak daha önceki sayılarda olduğu gibi bundan sonra da Dergimize gönderilen çalışmaların kalitesinin ve niceliğinin artırılması, yayın süreçlerinin özenle yürütülmesi için azami çaba sarf edileceğini eklemek isteriz.

Bu sayıda kamu hukuku ve özel hukuk alanında kaleme alınan hakemli araştırma makalelerine, karar incelemelerine ve çevirilere yer verilmiştir.

Derginin araştırma makaleleri bölümünde, "Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A)", "Türkiye Futbol Federasyonu Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Hakkında Bazı Düşünceler", "1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde Yer Alan Nişanın Sona Ermesi ve Buna Bağlanan Sonuçlara İlişkin Hükümler Üzerine Bir Değerlendirme", "Hukukî Dinlenme Hakkı ve Çocuğun Katılma Hakkı Bağlamında Yargılamada Çocuğun Dinlenilmesi", "Med-Arb Yönteminin Getirdiği Olumsuzluklar ve Gizlilik Sorununa Yönelik Bazı Med-Arb Modelleri", "Savaş Suçları Bağlamında Otonom Silahlarda Hesap Verilebilirlik Sorunsalı", "Kamu Kurum ve Kuruluşları Zararına Dolandırıcılık Suçu (TCK m. 158/1-e)" ve "Mobil Oyunların Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması" başlıklı çalışmalar yer almaktadır.

Karar incelemesi bölümünde ise "HMK m. 353/1-a Uyarınca Verilen Kararların Kesinliği Meselesi" ile "Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka ICSID Hakem Heyeti Kararı İncelemesi" başlıklı çalışmalar bulunmaktadır.

Karar çevirisi bölümünde, "Eski Yunanistan Kralı ve Diğerleri v. Yunanistan Davası" başlıklı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının Türkçe çevirisine yer verilmiştir.

Dergimizin bu sayısının yayınlanmasında emeği geçen değerli yazarlara, hakemlere, yayın sürecine mizanpaj ve dizgi konusunda destek sağlayan Seçkin Yayınevine içten teşekkür eder, bu sayının hukuk öğretisi ve uygulaması için yararlı olmasını dileriz.

AndHD Editör Kurulu

İçindekiler

Araştırma Makaleleri

Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A)

The Crime of Publicly Spreading Misleading Information (TPC Art. 217/A)

Murat BALCI - Kerim ÇAKIR 1

Türkiye Futbol Federasyonu Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Hakkında Bazı Düşünceler

Considerations about the Turkish Football Federation Dispute Resolution Board Proceedings

Ersin ERDOĞAN - Selin YEŞİLDAL 19

1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde Yer Alan Nişanın Sona Ermesi ve Buna Bağlanan Sonuçlara İlişkin Hükümler Üzerine Bir Değerlendirme

An Evaluation on the Provisions Regarding the End of the Engagement and the Consequences in the Law of 1917 Family Declaration

Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN 39

Hukukî Dinlenilme Hakkı ve Çocuğun Katılma Hakkı Bağlamında Yargılamada Çocuğun Dinlenilmesi

Hearing of the Child in Proceedings in the Context of the Right to Be Heard and the Child's Right to Participate

İdil TUNCER KAZANCI 57

Med-Arb Yönteminin Getirdiği Olumsuzluklar ve Gizlilik Sorununa Yönelik Bazı Med-Arb Modelleri

Disadvantages of the Med-Arb Method and Some Med-Arb Models for the Confidentiality Issue

Betül CANATAN 81

Savaş Suçları Bağlamında Otonom Silahlarda Hesap Verilebilirlik Sorunsalı

The Problem of Accountability in Autonomous Weapons in the Context of War Crimes

Feriha Beyza ERYAVUZ 93

Kamu Kurum ve Kuruluşları Zararına Dolandırıcılık Suçu (TCK m. 158/1-e)

Fraud of Damage to Public Institutions and Organizations (TPC Art. 158/1-e)

Uğur ARSLAN 109

Mobil Oyunların Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması

Legal Protection of Mobile Games in Intellectual Property Law

Emin ÇELİK 139

Karar İncelemeleri

HMK m. 353/1-a Uyarınca Verilen Kararların Kesinliği Meselesi

The Issue of Conclusiveness of Judgment Given in accordance with Article 353/1-a of the Code of Civil Procedure

Onur TABAK 155

Asian Agricultural Products Ltd. v Sri Lanka ICSID Hakem Heyeti Kararı İncelemesi

Review of the Asian Agricultural Products Ltd. v Sri Lanka ICSID Arbitration Decision

Samet SARIKAYA 169

Çeviri

Eski Yunanistan Kralı ve Diğerleri v. Yunanistan Davası

Case of the Former King of Greece and Others v. Greece

Çev. Ditar KABASHI 181

Araştırma Makaleleri

Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A)^(*)



The Crime of Publicly Spreading Misleading Information (TPC Art. 217/A)

Murat BALCI  

Profesör Doktor

*Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı*

Kerim ÇAKIR^(**)  

Doktor Öğretim Üyesi

*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı*

Anahtar Kelimeler

*Dezenformasyon,
Gerçeğe Aykırı Bilgi,
Kamu Barışı,
İfade Hürriyeti,
Aleniyet.*

Öz

Dezenformasyonla mücadele kapsamında idari tedbirlerin yeterli ve caydırıcı olmaması son çare olarak ceza kanununa müracaat edilmesini gerekli kılmıştır. Bu kapsamda 13.10.2022 tarih ve 7418 sayılı Kanun'un 29'uncu maddesi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Özel Hükümler" başlıklı ikinci kitabının "Topluma Karşı Suçlar"ı düzenleyen üçüncü kısmının "Kamu Barışına Karşı Suçlar" başlıklı beşinci bölümünün 217/A maddesinde "Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma" başlığıyla müstakil bir suça yer verilmiştir. İhvas edilen suçla sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak amacıyla, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayma yaptırım altına alınmıştır.

Çalışmada, halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun objektif ve sübjektif unsurları değerlendirilerek, suç tipinin ifade hürriyeti ile kişilerin haber alma/verme hakkına getirdiği sınırlamalar mukayeseli hukuktaki düzenlemeler de dikkate alınarak izah edilecektir. Ayrıca düzenlemenin, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak karşımıza çıkan belirlilik ilkesini ihlal edip etmediği tartışmalarına da çalışmada yer verilecektir.

Keywords

*Disinformation,
Misleading Information,
Public Peace,
Freedom of Expression,
Publicity.*

Abstract

The lack of sufficient and deterrent administrative measures as part of fighting disinformation made essential to apply criminal law as a last-ditch effort. In relating to this, Article 29 of the legislation numbered 7418 and dated 13.10.2022 and Article 217/A of the fifth chapter titled "Crimes Against Public Place" of the third part of the second book titled "Special Provisions" of the Turkish Penal Code No. 5237 include a separate crime which is called as "publicly spreading the misleading information". The crime that is committed in order to create anxiety, fear and panic among the public and publicly and sufficiently spreading misleading information to the public about the internal and external security, public order and general health of the country which also disrupts the public peace has been sanctioned.

In this study, the objective and subjective elements of the crime of "publicly spreading the misleading information" will be evaluated and limitations of the freedom of expression and freedom of obtainment of information will be explained while considering the regulations in comparative law. In addition, the discussion of whether the principle of clarity and definiteness which the result of the principle of legality of crimes and punishments (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) is violated will also be included in this study.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.
Gönderim Tarihi: 09.12.2022, Kabul Tarihi: 22.01.2023.

^(**) Sorumlu Yazar.

GİRİŞ

Dezenformasyonla mücadele için idari tedbirler -özellikle 5651 sayılı *İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun* kapsamında içeriğe erişimin engellenmesi ve içeriğin yayından kaldırılması gibi önleyici/engelliyici nitelikteki tedbirler- güçlendirilse de kamu düzenini bozucu nitelikteki gerçeğe aykırı bilginin yayılması engellenememektedir. Bu sebeple 13.10.2022 tarihli ve 7418 sayılı “Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile son çare olarak Ceza Kanunu’na müracaat edilmiştir. 7418 sayılı Kanun’un 29’uncu maddesi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 217/A maddesine “Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma” başlığıyla müstakil bir suç eklenmiştir. 7418 sayılı Kanun’un gerekçesinde ifade edildiği üzere internetin sağladığı anonim ortam; yalan, yanlış veya manipülatif içeriklerin artmasına neden olmuştur. Bilhassa özel saiklerle oluşturulup organize bir biçimde yayılan içerikler veya bot hesaplar aracılığıyla yapılan paylaşımlar, internet ortamındaki dezenformasyonu hızlı bir biçimde artırmıştır.

TCK’nın 217/A maddesinde düzenlenen halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu, Kanun’un “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitabının “Topluma Karşı Suçlar”ı düzenleyen üçüncü kısmının “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlıklı beşinci bölümünde yer almaktadır. Madde; “(1) *Sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayan kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. (2) Fail, suçu gerçek kimliğini gizleyerek veya bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlemesi hâlinde, birinci fıkraya göre verilen ceza yarı oranında artırılır*” şeklindedir¹.

“Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma” suçunun ne şekilde düzenleneceğiyle ilgili Adalet Bakanlığının önerisinde ise “*Sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak amacıyla gerçeğe aykırı olduğunu bildiği bir bilgiyi alenen yayan kimse, fiilin kamu güvenliğini, kamu barışını veya kamu sağlığını bozmaya elverişli olması halinde, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır*” denilmektedir².

¹ Madde gerekçesinde; “*Düşünce ve kanaat (ifade) özgürlüğü, kamusal tartışma ve kanaat oluşumunu mümkün kılarak demokratik toplumun oluşmasına katkı sağlayan temel hakların başında yer almaktadır. İfade özgürlüğüünün temeli ve zemini, doktrinde “fikirler pazarı” olarak nitelendirilmektedir. Demokratik toplumun vazgeçilmezleri olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik; bireyin kendisini geliştirmesine, dolaşısıyla toplumun ilerlemesine yol açan en temel gerekliliklerdir. Bu gereklilikler ise ifade özgürlüğünün alt yapısını oluşturmaktadır. İfade özgürlüğü, haber ya da bilgiye ulaşma hakkı, kanaat sahibi olma hakkı ve kanaati açıklama hakkı üzere üç unsurdan oluşmakta ve bu alanları korumaktadır. Haber ya da bilgiye ulaşma hakkı; bireylerin iletişim araçlarını özgürce kullanabilmelerine, haber ve bilgi kaynaklarına kolayca erişebilmelerine ve fikirler pazarında yer alan farklı görüşler arasından diledikleri seçimi yapabilmelerine, böylece kendilerine ait (özgün) düşünce ve kanaatlerini oluşturabilmelerine imkân sağlamaktadır. Özünde, negatif statü haklarından olan ifade özgürlüğü, devletler için negatif yükümlülük getirmektedir. Bunun yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının ve Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları incelemelerinin etkisiyle temel hak ve özgürlüklerin günümüzde ulaştığı seviye, ifade özgürlüğü bakımından devletlerin pozitif yükümlülüklerini de ortaya koymaktadır. Gelişmekte olan bu pozitif yükümlülüğün, özgürlüklerin önünü açmak ve geliştirmek yönünde olacağına şüphe bulunmamaktadır. Teknolojik gelişmelerin ve internetin yaygınlaşmasına bağlı olarak ciddi rağbet gören dijital platformlar, daha çok “içerik” olarak nitelendirilebilecek bilgi veya haberlerin yayılma hızını öngörülemez biçimde artırmış ve bu içeriklerin zihin süzgecinden geçme, analiz etme ve değerlendirme süresini oldukça kısaltmıştır. Bu noktada, internetin sağladığı anonim ortam yalan, yanlış veya manipülatif içeriklerin artmasına neden olmuştur. Bilhassa, özel saiklerle oluşturulup organize bir biçimde yayılan içerikler veya bot hesaplar aracılığıyla yapılan paylaşımlar, internet ortamındaki dezenformasyonu hızlı bir biçimde artırmaktadır. Bu şekilde maksatlı bir biçimde oluşturulan uydurma içerikler, fikirler pazarındaki ürün güvenliğini olumsuz etkilemekte, bireylerin kanaat oluşumunu manipüle etmekte ve özgür düşünceyi ipotek altına alarak demokratik ortamın masumiyetini zedelemektedir. Sonuçta, kişilerin habere veya bilgiye erişimini kolaylaştırmaya yönelik mekanizmalar ve imkânlar geliştirilirken, haber veya bilginin güvenliği sağlanarak, özgür ve özgün fikirlerin demokratik ortamda çatışmasına ya da yarışmasına yönelik tedbirlerin alınması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Maddeyle, sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli olacak şekilde alenen yaymak suç olarak düzenlenmektedir. Fiilin, “kamu barışını bozmaya” elverişli olması aranarak, bu suçun somut tehlike suçu olduğu vurgulanmıştır. Bunun yanı sıra “dezenformasyon” olarak nitelendirilen bu fiillerin, kişilerin bireysel kanaatlerini açıklama veya haber verme haklarıyla karıştırılmaması için fiilin, halk arasında endişe, korku veya panik yaratma saikiyle gerçekleştirilmesi ilave bir unsur olarak aranmaktadır. Belirtmek gerekir ki, dezenformasyona konu içerik, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili doğrudan asılsız bir bilgi olabileceği gibi tahrif edilmiş bir bilgi de olabilecektir. Kamu barışına yönelik suçlar kapsamında ihdas edilen bu suçun, Bölümde yer alan diğer suçlardan daha farklı bir alanı düzenlediğinde şüphe bulunmamaktadır. Ayrıca suçun, failin gerçek kimliğini gizlemek suretiyle veya bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hali, cezada artırım sebebi olarak öngörülmektedir” denilmektedir.*

² Adalet Bakanlığının önerisinde amacın sadece “Sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak amacıyla” sınırlandırıldığı görülmektedir, fakat bazı durumlarda saikte ticari amaçların olabileceği de değerlendirilmektedir. Bkz. Dezenformasyonla Mücadele Kanun Teklifi Taslağı, s. 55. Konuyla ilgili Türkiye Cumhuriyeti İletişim Başkanlığı tarafından da TCK’nın 246/A maddesinde “Yalan haber yayma” başlığıyla düzenleme yapılması önerilmiştir. Öneri; “(1) *Kamu düzenini, kamu barışını veya kamu sağlığını bozmaya elverişli şekilde*

Kanun koyucu suçun oluşması bakımından sıkı şartlar öngörmüştür. Failin belli bir saikle hareket etmesi, aleniyet şartı ve ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili kamu barışını bozmaya elverişli hareketin aranması suçun oluşmasını ve failin cezalandırılmasını zorlaştırmaktadır. İnceleme konusu suç tipi, fiilin “kamu barışını bozmaya elverişli olması” durumunda cezalandırılabilmesi için, objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva etmektedir³.

Suç tipi “suçta ve cezada kanunilik ilkesi”yle ilgili tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Madde metni, özellikle belirlilik ilkesi ve kıyas yasağı yönünden sorunlu görünmektedir. Kanun koyucu suç hâline getirmek istediği fiilin unsurlarını mümkün olduğu kadar açık ve net olarak göstermek durumundadır. Hukuk devletinde “hukuki güvenlik ilkesi”nin bir sonucu olarak bireylerin kendilerini toplum içinde serbestçe ve hür bir biçimde ifade edebilmelerine imkân tanınmalıdır. Bu imkânı tanımak ve güvence altına alabilmek için ihdas edilen suçların suçta ve cezada kanunilik ilkesine, dolayısıyla da “belirlilik ilkesi”ne uygun olması gerekmektedir. Suçun tanımına bakıldığında fiilin suç oluşturup oluşturmadığının şüpheye yer vermeyecek belirlilikte olması aranır. Belirlilik ilkesi gözetilirse kıyasa yol açabilecek keyfi uygulamaların da önüne geçilmiş olur. Buradan hareketle aşağıda, halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçuyla ilgili gerçeğe aykırı bilginin ne anlama geldiği, ülkenin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini ve genel sağlığını etkileyen bir bilginin kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayılması fiilinin suça nasıl vücut vereceği ve düzenlemenin ifade hürriyeti bakımından sebebiyet verdiği tartışmalar ceza hukukuna ve suç politikasına hâkim olan ilkeler ışığında izah edilecektir.

I. GERÇEĞE AYKIRI BİLGİ KAVRAMI (DEZENFORMASYON)

Kötü niyetli kimseler tarafından kamu düzenini bozmak, siyasi, ekonomik, ticari konularda toplumu manipüle etmek amacıyla gerçeğe aykırı veya yanıltıcı bilgiler üretilmekte ve yayılmaktadır. Bu tür olaylarda tamamen gerçek dışı ve kurgusal bir olayın gerçekleşmiş gibi paylaşılması söz konusu olabileceği gibi gerçeğin abartılması veya eksik verilmesi suretiyle yanlış bir izlenim uyandırılması da mümkündür⁴.

Dezenformasyonla ilgili farklı tanımlar yapılmaktadır. Dezenformasyonun (*disinformation*) bilginin çarpıtılmasını ifade ettiği söylenebilir. Burada kişi gerçeği kasten çarpıtmaktadır. Mezenformasyon (*misinformation*) ise gerçek olmayan, hatalı bilgiye karşılık gelir. Görüldüğü üzere dezenformasyonda kast hem aldatma hem de yaymaya yönelikken mezenformasyonda kast yaymaya yöneliktir⁵. Dolayısıyla dezenformasyon zarar verme kastıyla yanlış bilgi paylaşma, mezenformasyon zarar verme kastı olmasa da yanlış bilgiyi kasten paylaşma anlamına gelmektedir⁶. Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve

seçme, ekleme ve çıkarma yoluyla bilgi ve belgeleri değiştiren veya tamamen gerçek dışı bir bilgi oluşturan, yayan veya nakleden kimse bir yıldan 5 yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza altıda biri oranında artırılır. (3) Haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz” şeklindedir. İletişim Başkanlığının önerisinin, suçun oluşumunu kolaylaştırması nedeniyle uygulamada geniş kitlelerin suç kapsamına girme riskini taşıdığı değerlendirilmektedir. Bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss340.pdf> (ET: 09.11.2022). Suç tipiyle ilgili önerilerde, haksızlığın kabahat olarak düzenlenmesi de tartışılmıştır. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 42/B maddesinde “Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma” başlığı ile düzenleme yapılması önerilmiştir. Öneri, “(1) Kamu düzenini, kamu barışını veya genel sağlığı bozmak amacıyla ve bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olacak şekilde gerçeğe aykırı olduğunu bildiği bir bilgiyi alenen yayan kimse, bin liradan onbin liraya kadar idari para cezası ile cezalandırılır. (2) Bu kabahat dolayısıyla idari para cezası vermeye mülki amir yetkilidir” şeklindedir. Kurumların çoğunluğu eylemin kabahat olarak düzenlenmesinin yetersiz kalacağı yönünde değerlendirme yapmıştır. Bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss340.pdf> (ET: 09.11.2022).

³ Objektif cezalandırılabilme şartı içeren suçlarla, kural olarak ceza sorumluluğunun alanının daraltılmak istendiği ifade edilir. Belirtelim ki objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlar kural olarak teşebbüse de elverişli değildir. Suç tüm unsurları ile gerçekleşmiş, buna karşın objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmemişse, teşebbüs söz konusu olmaz ve fail cezalandırılmaz. Bu durum da ceza sorumluluğunun alanının daraltıldığına işaret eder. İnceleme konusu suçun teşebbüse elverişli olmadığı konusunda ayrıca bkz. ÖZKEPİR, Ramazan / KOCAMAN, Salih Zeki / KART, Erkal Hilmi: *Sosyal Medya ve Basın Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 316.

⁴ KENT, Bülent: “Alman Hukukunda Sosyal Ağlarda Yalan Haber ile Mücadele”, (Ed.) KENT, Bülent / KULULAR İBRAHİM, Merve Ayşegül: *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 12.

⁵ KULULAR İBRAHİM, Merve Ayşegül: “Avustralya Hukukunda Yalan Haber”, (Ed.) KENT, Bülent / KULULAR İBRAHİM, Merve Ayşegül: *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 85.

⁶ KONTOĞLU, Sena: “Avrupa Birliği Hukukunda Dezenformasyonla Mücadele ve Öz Regülasyon Modeli”, (Ed.) KENT, Bülent / KULULAR İBRAHİM, Merve Ayşegül: *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 128.

Kültür Örgütü (*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*, UNESCO) de bu terimleri tanımlarken “dezenformasyon” ve “yanlış bilgi (misinformation)” arasında ayırım yapmaktadır: “Dezenformasyon, yanlış ve kasıtlı olarak bir kişiye, sosyal gruba, kuruluşa ya da ülkeye zarar vermek amacıyla oluşturulan bilgiyi; yanlış bilgi, yanlış olan ancak zarar verme niyetiyle oluşturulmayan bilgiyi ifade eder”⁷.

Konuyla ilgili Avrupa Komisyonu Raporu⁸; yasadışı içeriğin üretilmesi ve yayılması sebebiyle ortaya çıkan hakaret, nefret suçu gibi uyuşmazlıkları ve hiciv vb. kastla hareket edilmekle beraber yanıltıcı niteliği bulunmayan çarpıtma biçimlerini dezenformasyon kapsamı dışında tutmuştur⁹.

Dezenformasyonun tanımı konusunda fikir birliği yoksa da niteliği itibarıyla kamu düzenini tehdit ettiği ortadadır¹⁰. Düşüncemize göre ise dezenformasyon, gerçeğe aykırı olduğu bilinen bir bilginin bireye veya topluma (kamu barışına) zarar verme kastıyla paylaşılmasıdır.

Dezenformasyon, kamuya zarar verme veya çıkar elde etme kastıyla yanlış, gerçeğe aykırı ve yanıltıcı olarak üretilen, sunulan ve yayılan tüm bilgi türlerini kapsar¹¹. Yalan haber ifadesi ise tam olarak dezenformasyonu karşılamamaktadır. Dezenformasyon daha kapsamlı, tamamıyla yalan olmasa da gerçek ve yalan haber karışımı ve zarar verme kastıyla paylaşılan içerikleri ifade eder¹².

Yalan haber, çevrimiçi iletişim platformları üzerinden hızla yayılmakta ve etki alanı genişlemektedir. Bu da çevrimiçi iletişim araçlarıyla yayılan yalan haberlerin ne kadar tehlikeli ve korkutucu boyutlara ulaşabileceğini göstermektedir. Özellikle çevrimiçi iletişim platformlarının yalan haberle mücadele kapsamında yaptığı düzenlemeler, neyin yalan haber olduğuna nasıl karar verileceği sorusunu beraberinde getirmiştir. Çevrimiçi iletişim platformlarının özellikle erişim engeli, içerik kaldırma vb. uygulamalarıyla basın ve ifade hürriyetinin, müdahaleye çok açık hâle geldiği ileri sürülmektedir. Bu noktada da çevrimiçi iletişim platformlarının erişim engeli ve içerik kaldırma gibi konularda şeffaf olması gerektiği vurgulanmaktadır¹³.

II. GERÇEĞE AYKIRI BİLGİYİ YAYMA SUÇUYLA İLGİLİ MUKAYESELİ HUKUKTA DURUM

Son yıllarda yanlış bilgi aktarımı ve gerçeğe aykırı bilginin yayılmasıyla ilgili kamu barışını korumaya yönelik düzenlemelere mukayeseli hukukta da yer verilmiştir. Gerçeğe aykırı ve yalan haberlerin cezalandırılmasına ilişkin bu düzenlemeler birkaç başlıkta incelenebilir. Bunların ilkinde genel itibarıyla gerçeğe aykırı haber cezalandırmamakla beraber hakaret gibi suçların işlenmesini sağlayan ve bu suçların işlenmesi için araç olan yalan ve çarpıtılmış haberlerin cezalandırılması söz konusudur. Bu bakış açısında yalan haberin hiçbir zaman gerçek bir zarar doğurmadığı fikri baskındır ve kötü niyetin ispatının imkânsız olduğu düşünülmektedir. Buna karşın bazı ülke düzenlemelerinde zarar verici nitelik taşıyan ve kötü niyetle yapılan yalan haberin cezalandırıldığı görülür. Bu tür düzenleme-

⁷ “Disinformation: Information that is false and deliberately created to harm a person, social group, organisation or country. Misinformation: Information that is false but not created with the intention of causing harm. Mal-information: Information that is based on reality, used to inflict harm on a person, social group, organisation or country.”. Bkz. UNESCO: Journalism, ‘Fake News’ and Disinformation: A Handbook for Journalism Education and Training, 2018. bkz. <https://en.unesco.org/fightfakenews> (ET: 04.12.2022).

⁸ European Commission: A Multi-dimensional Approach to Disinformation-Report of the Independent High Level Group on Fake News and Online Disinformation, 2018 (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation>, ET: 07.11.2022).

⁹ TATAR, Samet: “Amerikan Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber”, (Ed.) KENT, Bülent / KULULAR İBRAHİM, Merve Ayşegül: *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 107.

¹⁰ TATAR, s. 107.

¹¹ “Disinformation includes ‘all forms of false, inaccurate, or misleading information designed, presented and promoted to intentionally cause public harm or for profit’”. Bkz. European Commission: A Multi-dimensional Approach to Disinformation-Report of the Independent High Level Group on Fake News and Online Disinformation, 2018, s. 10.

¹² KONTOĞLU, s. 128.

¹³ SÖYLER, Yasin: “Fransa’nın Seçim Manipülasyonlarıyla Hukuki Mücadelesi ve Türkiye İçin Öneriler”, (Ed.) KENT, Bülent / KULULAR İBRAHİM, Merve Ayşegül: *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 54.

lerde genellikle kamu barış ve düzenini bozan ya da bozabilecek nitelik taşıyan yalan haberlerin cezalandırılmasından bahsedilir. Son olarak kötü niyetin varlığını aramaksızın yalan haberin cezalandırıldığı düzenlemelere de rastlanmaktadır. Yalan haberin genel barışı ağır bir şekilde bozması hâlinde kötü niyetin var olup olmadığı incelenmeksizin suçun oluştuğu kabul edilmekte ve faile ceza verilmektedir¹⁴.

Bu kapsamda aşağıda gerçeğe aykırı olan bir bilginin veya haberin ceza kanunları ile yaptırım altına alındığı ülke düzenlemeleri hakkında bilgi verilecektir.

Singapur'da Ekim 2019'da "Çevrimiçi Gerçek Dışılık ve Manipülasyondan Koruma Yasası" (*Protection from Online Falsehoods and Manipulation Act, POFMA*) yürürlüğe girmiştir. POFMA'nın 4'üncü maddesi kamu yararına ilişkindir. Buna göre "Singapur'un veya Singapur'un herhangi bir bölümünün güvenliğine zarar verecek, kamu sağlığına, kamu güvenliğine, kamu huzuruna veya kamu maliyesine, Singapur'un diğer ülkelerle olan dostane ilişkilerine zarar verecek, bir seçimin veya bir referandumun sonucunu etkileyecek, farklı insan grupları arasında düşmanlık, nefret veya kötü niyet duygularını kışkırtacak, kamunun, Hükümetin, bir Devlet organının, bir Kurulun veya Hükümetin bir bölümünün, bir Devlet Organının veya bir devletin herhangi bir görevinin/işlevinin yerine getirilmesine veya herhangi bir yetkinin kullanılmasına olan güvenini azaltacak" eylemlerin kamu düzenini bozacağı ifade edilmektedir¹⁵. Kanun'un 7'nci maddesinde ise "yanlış bilgilerin yayılması"¹⁶ yaptırım altına alınmıştır¹⁷. Buna göre bir kişi, Singapur'un güvenliğine, kamu sağlığına, emniyetine veya huzuruna, diğer ülkelerle dostça ilişkisine zarar verebilecek veya "kötü niyet" duygularını kışkırtması muhtemel olan durumlarda, "tamamen veya kısmen yanlış veya yanıltıcı bir bilgiyi yayarsa 50.000 Singapur doları para cezasıyla ve/veya beş yıl hapis cezasıyla cezalandırılır¹⁸. Görüldüğü üzere madde metinlerinde dezenformasyonun bir güvenlik tehdidi olduğu belirtilmektedir¹⁹.

Almanya'da Sosyal Ağ Kanunu (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz, NetzDG*) yanlış ve yanıltıcı bilgi yayan kişilerin cezai kovuşturmayla tabi tutulmasına ilişkin hüküm içermemektedir²⁰. Bununla beraber bazı konularda erişim engeli uygulanabilmektedir. Ancak erişim engelleme kararlarının sosyal ağ işletmeleri tarafından veriliyor olması eleştirilmektedir. Bu uygulama her ne kadar mahkemelerin iş yükünü azaltıyor olsa da ifade hürriyetinin sınırlarının ve içeriklerin hukuka aykırılığının mahkemeler tarafından tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bir diğer eleştiri de Alman Sosyal Ağ Kanunu'nun 4'üncü maddesi uyarınca para cezası tehdidi altında bulunan sosyal ağ sağlayıcılarının, hukuka aykırılığa dair bir şüphe oluştuğunda içeriklerle ilgili yeterince inceleme yapmadan içeriği kaldırma kararı vermesidir²¹. Alman Sosyal Ağ Kanunu, Alman Ceza Kanunu'na atıf yaparak internette paylaşılan hangi içeriklerin "hukuka aykırı" olduğunu belirlemiştir²².

Fransız hukukunda, "yalan haber" kavramı kullanılmakta, "bilgi manipülasyonu" kavramı tercih edilmemektedir²³. Bir bilginin yalan haber kapsamında değerlendirilebilmesi için gerçeklikten yapay ve kasıtlı olarak saptırılmış bir olgunun bulunması ve bunun da açıkça anlaşılabilir olması gerekir.

¹⁴ DÖNMEZER, Sulhi / BAYRAKTAR, Köksal: *Basın Hukuku*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 331.

¹⁵ KAYNAR, Abdullah Ahmet: "Çevrim İçi Dezenformasyon ile Mücadelede Kazuistik Yöntem: Singapur Örneği", (Ed.) KENT, Bülent / KULULAR İBRAHİM, Merve Ayşegül: *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 177.

¹⁶ Article 7, entitled "Communication of false statements of fact in Singapore".

¹⁷ ASWAD, Evelyn Mary: "In a World of 'Fake News,' What's a Social Media Platform to Do?", *Utah Law Review*, 2020, Sayı 4, s. 1018.

¹⁸ ASWAD, s. 1018, 1019. Ayrıca bkz. Protection From Online Falsehoods and Manipulation Act 2019 (No. 18 of 2019) (<https://sso.agc.gov.sg/Acts-Supp/18-2019, ET: 11.11.2022>).

¹⁹ KAYNAR, s. 167.

²⁰ Venedik Komisyonu: Venedik Komisyonu ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü (DGI) Acil Ortak Görüşü Ceza Kanunu Değişiklik Tasarısı "Yanlış veya Yanıltıcı Bilgi" ile İlgili Hüküm Hakkında, Strazburg, 2022, s. 6, par. 15.

²¹ KENT, s. 15, 16.

²² KENT, s. 17, 18.

²³ SÖYLER, s. 49.

Fransa’da Bilgi Manipülasyonu ile Mücadele Kanunu’nda bu tür yalan haberlerin seçim güvenliğine zarar vermesi hâli yaptırıma bağlanmıştır. Kişileri yanıltma kastı barındırmayan paylaşımlar yalan haber kapsamında olmayıp yalan haberdeki gerçeklikten sapmanın seçim güvenliğinin tehlikeye düşmesi hâli, cezalandırma kapsamındadır²⁴. Fransa’da, çevrimiçi nefret söylemiyle mücadeleye karşı kabul edilen yasa tasarısında, yanlış ve yanıltıcı bilgi yayan kişilerin cezai kovuşturmasına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bununla beraber bilgi manipülasyonuna karşı yapılan düzenlemelere göre seçim kampanyaları sırasında “oyların şeffaflığını etkileyebilecek yanlış veya yanıltıcı iddiaların veya ifadelerin, çevrimiçi bir kamu iletişim hizmeti aracılığıyla kasıtlı, yapay veya otomatik bir şekilde büyük ölçekte yayılması” hâlinde, bunu durdurmak için acil bir prosedür kullanılabilir²⁵.

Kanada Ceza Kanunu’nun “Yanlış bilgi” başlıklı 372’nci maddesinde de yanlış bilgi verilmesiyle ilgili bir hükme yer verilmiştir. Madde, “Bir kimseyi korkutmak kastıyla yanlış olduğunu bildiği bir bilgiyi ileten veya bu bilgilerin mektup veya herhangi bir telekomünikasyon aracıyla iletilmesine neden olan herkes suç işlemiş olur” şeklindedir²⁶.

Birleşik Krallık Çevrimiçi Güvenlik Yasası’nda (*Online Safety Bill*) ise daha çok erişimin engellenmesi ve paylaşımların kaldırılmasıyla ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Yanlış bilgi ve dezenformasyonla mücadele yasanın amaçlarından biridir. Buna karşın yanlış ve yanıltıcı bilgi yayan kişilerin cezai kovuşturmayaya tabi tutulmasına ilişkin bir düzenleme söz konusu değildir²⁷.

Yunan Ceza Kanunu’nun 191’inci maddesinde de konuyla ilgili olarak “Her kim kamuya açık bir şekilde veya internet aracılığıyla vatandaşlarda endişe veya korku yaratabilecek veya ulusal ekonomiye, ülkenin savunma kapasitesine veya kamu sağlığına yönelik kamu güvenini sarsabilecek yalan haberleri yayar veya yayınlarsa, en az üç (3) ay hapis ve para cezası ile cezalandırılır. Fiilin basın ve yayın yoluyla ya da internet aracılığıyla işlenmesi halinde, fail en az altı (6) ay hapis ve para cezası ile cezalandırılır. Önceki fıkralarda belirtilen fiillerin işlendiği aracın gerçek sahibi veya yayımcısı hakkında da aynı cezaya hükmolunur” denilmektedir²⁸.

Birleşik Arap Emirlikleri Ceza Kanunu’nun 52’nci maddesinde ise “Sahte haber veya verileri veya resmi olarak açıklanan haberlere aykırı olan yanlış, kötü niyetli, yanıltıcı veya yanlış rapor veya söylentileri ifşa etmek, yayınlamak, yeniden yayınlamak, dağıtmak veya yeniden dolaşıma sokmak için bilgi ağını veya bir bilgi teknolojisi yöntemini kullanan veya kamuoyunu tahrik eden, kamu huzurunu bozan, halkı yıldırان veya kamu yararını, ülke ekonomisini, kamu düzenini veya kamu sağlığını zedeleyen kışkırtıcı tanıtım yapanlar bir yıldan az olmamak üzere hapis cezası ve yüz bin dirhemden az olmamak üzere para cezası ile cezalandırılır.” denilmektedir²⁹.

Uganda Ceza Kanunu’nun 50’nci maddesindeki düzenleme, “Kamuoyunda korku ve endişe uyandıracak veya kamu huzurunu bozacak herhangi bir yalan beyan, söylenti veya haber yayınlayan kişi, kabahat işlemiş olur. Sanık, yayımlanmadan önce, bu tür bir ifadenin, söylentinin veya raporun doğruluğunu tespit etmek için, kendisini makul bir şekilde inandıracak önlemleri aldığını ispat ederse cezalandırılmaz” şeklindedir³⁰.

²⁴ SÖYLER, s. 57.

²⁵ Venedik Komisyonu, s. 6-7, par. 16-17.

²⁶ Canada Criminal Code, bkz. <https://laws-lois.justice.gc.ca/pdf/c-46.pdf>, (ET: 09.11.2022).

²⁷ Venedik Komisyonu, s. 7-8, par. 18-19.

²⁸ Venedik Komisyonu, s. 10, par. 27.

²⁹ “The United Arab Emirates has enacted the federal decree law number 34 of 2021 concerning the fight against rumors and cybercrime. Article 52 ‘Spreading Rumors and Fake News’” bkz. <https://www.mondaq.com/social-media/1158366/spreading-false-information-on-social-media-and-it39s-penalties>, (ET: 11.11.2022).

³⁰ <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ug/ug008en.pdf>, (ET: 09.11.2022). Ayrıca bkz. GOLDBERG, David: “Responding to Fake News: Is There an Alternative to Law and Regulation”, *Southwestern Law Review*, 2018, Cilt 47, Sayı 2, s. 425.

III. HALKI YANILTICI BİLGİYİ ALENEN YAYMA SUÇUNUN OBJEKTİF UNSURLARI

A. Fiil

Sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayma suçunda önemli olan husus, gerçeğe aykırı bilginin belirli olmayan birçok kişi tarafından algılanabilir şekilde yayılmasıdır. Aleniyet sözlükte; “1. Bir şeyin zahir ve meydanda olması, gizli olmayıp göz önünde bulunması, 2. Her şeyin zahir hali, dış görünüşü” şeklinde tanımlanmıştır. Aleniyetle birlikte eylemin belirli olmayan birçok kişi tarafından algılanabilir olması sağlanır.

Aleniyetin sağlanması hususunda göze çarpan şey internet ağının genişliği ve bu ağ üzerinden iletişime geçmenin kolaylığıdır. Sosyal medya, özellikle yanlış ve yanıltıcı bilgilerin ve sahte haberlerin yayılması hususunda suistimale açık bir alan oluşturmaktadır³¹. Sosyal ağ kullanıcıları için en sorunlu noktalardan biri de gerçek ve sahte haberler arasında ayırım yapmaktır. Özellikle sahte haberlerin seçimleri yönlendirmek gibi olaylarda kullanılması, kullanıcılar için gerçek ve sahte haber ayırımı yapabilmenin önemini ortaya koymaktadır³². Bu açıdan devletlerin dezenformasyona karşı mücadelede dijital ve medya okuryazarlığı kampanyalarını teşvik etmesi önemlidir³³. Bu sebeple, örneğin, Amerika’da pek çok eyalette dijital medya okur-yazarlığının gelişmesi amacıyla zorunlu eğitimi düzenleyen kanunlar kabul edilmiştir³⁴. Ayrıca hükümet aktörlerinin yanlış ve yanıltıcı bilgiyi yayıp yaymadığı hususu da değerlendirilmelidir. Hükümete yönelik eleştirilerin yanlış ve yanıltıcı bilgi kapsamına alınıp sansürlenmesi söz konusu olmamalıdır³⁵.

Haberleşmenin ve iletişim araçlarının yaygınlaşmasıyla birlikte halkı korku, panik ve endişeye sevk edici yayın yapmanın kamu düzenini ihlal etme ve hatta devlete karşı isyan başlatma noktasında merkezi bir araç hâline geldiği ortadadır³⁶. Ülkenin iç ve dış güvenliği ile kamu düzenini bozacak nitelikte gerçeğe aykırı bilgiyi yayan kötü niyetli kimseler, interneti ve sosyal ağları deyim yerindeyse *silah(!)* olarak kullanmaktadır³⁷. Dolayısıyla her ne kadar aleniyeti suçun oluşmasını zorlaştırıcı bir şart olarak görmek mümkünse de gelişen iletişim araçlarının bu unsurun sağlanmasını kolaylaştırdığı ortadadır.

Suçun objektif unsurlarından olan fiille ilgili üzerinde durulması gereken hususlardan biri de madde başlığı ile içerik arasındaki uyumsuzluktur. Madde başlığında “halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma” ifadesine yer verilmişken madde metninde “gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayan” kimsenin cezalandırılacağı ifade edilmektedir³⁸. Belirtelim ki yanıltıcı bilgi ile gerçeğe aykırı bilgi aynı anlama gelmemektedir. Yanıltıcı nitelikteki bilgi gerçeğe aykırı bilgi olmayabilir. Örneğin terör saldırısı sonrası yakalanamamış olan faille ilgili sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle kamu barışını bozacak şekilde “failin hâlâ tehlikeli olduğu, failin bulunması muhtemel yerler, failin yeniden saldırma ihtimali” gibi ifadelerle yanıltıcı bilgiler verilebilir. Bu ihtimalde teröristin yakalanmadığı gerçek bir bilgidir fakat bununla ilgili verilen bilgiler yanıltıcı niteliktedir. Dolayısıyla bilginin gerçeğe aykırılığı ispat edilemediğinde yanıltıcı bilgiyi yayan kişi

³¹ SMITH, Robert / PERRY, Mark: “Fake News and the Convention on Cybercrime”, *Athens Journal of Law (AJL)*, 2021, Cilt 7, Sayı 3, s. 336.

³² SMITH / PERRY, s. 336.

³³ ASWAD, s. 1016.

³⁴ TATAR, s. 117.

³⁵ ASWAD, s. 1016.

³⁶ TSCHORR, Sophie: “Soziale Netzwerke als Akteure für ein „besseres“ Internet?”, *MMR*, 2021, Heft 3, s. 204.

³⁷ KATZER, Catarina: *Cybermobbing - Wenn das Internet zur Waffe wird*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2014, s. 3, 4.

³⁸ Şen’e göre, “madde başlığında var olan hatanın giderilerek başlığın “Gerçeğe aykırı bilgiyi alenen yayma” şeklinde düzenlenmesi gerekmektedir.” Bkz. ŞEN, Ersan: <https://www.hukukihaber.net/halki-yaniltici-bilgiyi-alenen-yayma-sucu-makale,10385.html> (ET: 06.11.2022).

cezalandırılmaz. Dezenformasyona konu içerik; ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili doğrudan asılsız bir bilgi olabileceği gibi tahrif edilmiş bir bilgi de olabilir. Terör saldırısı sonrası resmi makamların açıklamalarına itibar edilmemesi gerektiği ile ilgili açıklama yapıp ölü ve yaralı sayısının çok daha fazla olduğu ile ilgili yalan haber yapan kimse, gerçeğe aykırı bir bilgiyi alenen yaydığına 217/A maddesinde yer alan suçun oluştuğu söylenebilir.

Suçun konusuyla ilgili tartışmalı olan hususlardan biri de bilginin sadece “bir kısmının gerçeğe aykırı” olması hâlidir. Bu durumda da fiil; ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili kamu barışını bozmaya elverişli şekilde ise suç oluşacaktır³⁹.

İşaret edilmesi gereken bir diğer nokta da doğru olup olmadığı incelenmeksizin özellikle sosyal ağlar marifetiyle hızla paylaşılan ve kamuoyuna sunulan gerçeğe aykırı bilgilerin yayılması durumudur. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un 4’üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre içerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak hükmün devamında, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı sunuş biçiminden açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumlu olacağı belirtilmiştir. Kişi, bir *tweeti* tekrar paylaşarak (*retweet*) ya da beğenerek bu paylaşımında geçen ifadeleri benimsemeksizin arşivde tutmak ya da başkalarını olaydan haberdar etme maksadıyla hareket etmiş olabilir. Önemli olan paylaşımın sunuluş şeklidir. Fiilin suç teşkil edip etmediğini sunuş şeklini dikkate alarak değerlendirmek gerekir⁴⁰. Bu bağlamda sosyal ağlarda paylaşımında bulunulması, bir içeriğin sadece beğenilmesi ya da yeniden paylaşılması maddede aranan diğer şartların varlığı hâlinde yayma suçu içerisinde mütalaa edilecektir.

B. Fail ve Mağdur

Madde metninde halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayan *kimsenin* cezalandırılacağı ifade edildiğinden suçun faili herkes olabilir.

Suçun mağduru toplumu oluşturan herkeştir. Maddede belirtildiği üzere suçun mağdurunun halk olması diğer bir ifadeyle belli olmayan sayıdaki insan topluluğuna karşı suçun işlenmesi kamu barışını bozmaktadır. Aynı ülkede yaşayan ve o ülkenin yurttışı olan insan topluluğuna halk denir⁴¹. Halk, aynı ülkede ikamet eden, ortak menfaatleri bulunan büyük bir grup olarak da tanımlanabilir. Dini, mezhebi, etnik kökeni, tabiiyeti, bölgesi ne olursa olsun müşterek duygu, menfaat, ideoloji ve manevi değerlerin bir araya getirdiği veya aynı değerleri paylaşan insanlar grubu halkı teşkil eder⁴².

C. Konu

Failin cezalandırılabilmesi için halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma fiilinin kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde gerçekleşmesi gerekmektedir. Başlangıçta belirtelim ki bir ifadenin yanlış olduğunu ispat etmek, gerçeğin gerçekte ne olduğu hakkında hiçbir bilgi vermez, sadece ne olmadığı hakkında bilgi verir⁴³.

Yapılan düzenlemeyle ilgili tartışmalı olan hususların başında “gerçeğe aykırı bilgi” kavramından ne anlaşılması gerektiği gelmektedir. Bu kavramın ne anlama geldiğini hangi makam veya merci ne şekilde belirleyecektir? Gerçek veya gerçeğe aykırı bilginin tespitini, bilgiyi veren veya haberi yapan

³⁹ ÖZDAN, Selman: *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Açısından Yalan Haber*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 147.

⁴⁰ Basın İlan Kurumu: *Almanya, Avusturya ve İsviçre’de İnternet Yayıncılığı ve Sosyal Medyada İşlenen Suçlarda Ceza Sorumluluğu-Türk Hukuku ile Karşılaştırma, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Araştırma Projesi*, 2018, s. 24, 25.

⁴¹ <https://sozluk.gov.tr/> (ET: 02.11.2022).

⁴² GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa: *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 5. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 7323.

⁴³ TANI, Tommaso: “Legal Responsibility for False News”, *J. Int’l Media & Entertainment Law*, 2020, Cilt 8, Sayı 2, s. 249.

kimseden beklemek ifade ve basın hürriyetinin kullanılması bakımından doğru olmayacaktır⁴⁴. Suçun konusunu oluşturan “gerçeğe aykırı bilgi” kavramının göreceli olduğunu ve kişiden kişiye değişebileceğini ifade etmemiz gerekir. Yetkili makamların bir olay hakkında kamuoyunu bilgilendirmediği ya da bilgi vermekten imtina ettiği olaylarda ifade ve basın hürriyetinin baskılanması söz konusu olur⁴⁵. Bir bilginin gerçeğe aykırı olup olmadığı haberin veya bilginin verildiği anda tespit edilemiyorsa basın yayın organları kamuoyunu bilgilendirme konusunda tereddüt yaşar, bu da ifade ve basın hürriyetinin baskılandığına işaret eder.

Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçuyla ilgili üzerinde durulması gereken bir başka husus, gerçeğe aykırı bilginin tespit edilmesiyle ilgili adli makamların, alenen yayılan bilginin gerçekliğiyle ilgili kamu idaresinin yaptığı açıklamaları hükme esas alıp alamayacağıdır. Maddi gerçeğin araştırılması ilkesinden hareketle adli makamların sadece kamu idaresince yapılan açıklamalara itibar edip yayılan bilgi hakkında bir kanaate sahip olması ve bu beyanla hüküm kurması hukuka aykırı olacaktır. Belirtelim ki gerçeğe aykırı bir bilginin internet ortamından veya sosyal ağlardan kaldırılmasıyla ilgili inisiyatif adli makamların kararı olmaksızın sadece hizmet sağlayıcıların kararları ile kaldırmak hukuka aykırı olacağı gibi kamu idaresince bir bilgini gerçeğe aykırı olduğu yönündeki açıklamayı gerekçe gösterip hüküm tesis etmek de hukuka aykırıdır. Bilginin gerçeğe aykırılığı ile ilgili değerlendirmeyi kamu idaresine ve özelde siyasi iktidara bırakmak ifade hürriyetinin sınırlandırılması sonucunu doğuracaktır. Düşüncemize göre, gerçeğe her somut olayda yargı organları tarafından anlam yüklenmesi gerekir.

Suç tipinde belirtilen hareketin yönelik olduğu konunun, hareketten etkileniş derecesine ve şekline göre suçlar, tehlike ve zarar suçları olarak tasnif edilir. Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu tehlike suçudur. Tehlike suçlarında fiilin yöneldiği konunun objektif olarak zarara uğrama tehlikesi söz konusudur. Tehlike suçları da soyut ve somut tehlike suçları olarak ikili bir ayrıma tabi tutulur. Söz konusu ayrımdan hareketle halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun somut tehlike suçu olduğunu belirtmemiz gerekir. Fiilin *kamu barışını bozmaya elverişli olmasından* anlaşılması gereken, kişilerin barış esasına dayalı bir hukuk toplumunda yaşadıklarına dair duygunun zedelenmesi veya zedelenme ihtimalinin somut bir şekilde ortaya çıkmasıdır. Zira toplumsal düzenin maddi zararlara karşı korunması gerektiği gibi insanların psikolojik refahının da korunması gerekmektedir⁴⁶. Ayrıca kamu zararı; vatandaşlarının sağlığının, çevrenin veya güvenliğinin korunması gibi kamu mallarının yanı sıra demokratik siyasi ve politika oluşturma süreçlerine yönelik tehditleri içerir⁴⁷.

Suçun oluşması için gerçeğe aykırı bilginin kamu barışını bozması şart olmayıp kamu barışını bozmaya elverişli olması yeterlidir. Gerçeğe aykırı haberin kamu barışını bozmaya elverişliliği konusunda, adli makamların somut olay üzerinden değerlendirme yapması gerekmektedir. Gerçeğe aykırı haberin bir sokak kavgasına mı neden olduğu, halkın bir kesiminin diğer kesimine karşı kamu düzenini bozucu davranışlarda bulunmasına mı sebebiyet verdiği yoksa bu haber sonucu bir gösteri veya yürüyüşün mü gerçekleştirildiği adli makamların tespiti ile ortaya çıkacaktır⁴⁸.

İnceleme konumuz olan suç bakımından halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma şeklindeki hareket bu tehlikeleri oluşturmaya elverişli değilse yahut söz konusu tehlikeler ortaya çıkmamışsa ya da eylemin kişilerde endişe, korku veya panik yaratabilecek tarzda bulunmadığı anlaşılırsa somut tehlike doğma-

⁴⁴ Bilginin gerçek veya gerçeğe aykırı olduğu tartışmaları ile ilgili doktrinde “görünürde gerçeklik” ilkesinin uygulanması gerektiği konusunda bkz. ÖZKEPİR / KOCAMAN / KART, s. 35.

⁴⁵ ÖZDAN, s. 147.

⁴⁶ ZHANG, Tingting: “The Criminal Law Regulation of the Behavior of Fabricating and Deliberately Disseminating False Information of Epidemic”, *Ukrainian Policymaker*, 2020, Sayı 6, s. 106.

⁴⁷ European Commission: Tackling online disinformation: a European Approach, Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 2018, § 2.1. Ayrıca bkz. Venedik Komisyonu, s. 13, par. 40.

⁴⁸ ÖZKEPİR / KOCAMAN / KART, s. 316.

mış demektir. Tehlikenin varlığını hâkim her somut olayda ayrıca değerlendirmelidir. Örneğin Covid-19 salgını döneminde yanlış ve yanıltıcı bilgilerin yayılmasının kamu sağlığını ve insanların hayatını olumsuz etkileyip etkilemediğini adli makamlar takdir edecektir⁴⁹. Bununla beraber gerçek dışı tüm bilgilerin ciddi toplumsal sonuçlar doğurmayacağı ve bu nedenle cezai sorumluluğa neden olmayacağı da göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁰. Bu durum göstermektedir ki gerçeğe aykırı bir bilginin ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlıkla ilgisinin kurulması oldukça güçtür. Bilginin gerçeğe aykırı olduğu belirlense dahi bahse konu bilginin kamu barışını bozmaya elverişli olup olmadığı ayrı bir tartışma konusudur. Herhangi bir araştırma ve değerlendirme yapılmaksızın bilginin yanlış olduğu ortaya konulabiliyorsa bilginin kamu barışını bozucu niteliğinin olduğu söylenemez. Kamu barışını bozmaya elverişlilik ifadesinin net bir tanım taşımaması, soyut bir tehlikeye mi, rahatsız etme olasılığına mı, kamu barışına yönelik fiili ve yoğun bir zarar doğurması gereken somut bir riske mi işaret ettiğinin belirsiz olması eleştirilen bir husustur⁵¹.

Dönmezer / Bayraktar'a göre “somut ya da tam gerçeklik, haberin, yayındaki yazının, olayın oluş biçimine uygunluğunu belirtir. Görünürdeki gerçeklik ise, verilen habere konu içeriğin haberin verildiği sırada olayla ilgili duruma uygunluk anlamına gelmektedir. Yalan haber ve havadis, olmayanı olmuş veya olacak gibi göstermek veya olanı başka türlü kamuya aksettirmektir”⁵². Ayrıca ifade edelim ki gerçeğe aykırılık üç kategoride incelenebilir. Buna göre kimsenin inanmadığı ya da çok az kişinin inandığı yanlış bilgiler, bazılarının inandığı bazılarının inanmadığı yanlış bilgiler ve geniş çapta inanılan yanlış bilgilerden bahsetmek mümkündür⁵³. Gerçeğe aykırı bilginin yayılmasının suç teşkil edebilmesi için geniş çapta inanılır olması gerekir. Ayrıca gerçeğe aykırılık da ilk bakışta belirlenebilecek nitelik taşımamalıdır.

Bu açıklamalardan hareketle, gerçeğe aykırı bilginin tespitinde şu hususların göz önünde bulundurulması gerektiği söylenebilir: Kasıtlı olarak yayımlanan veya dağıtılan yanlış bildide; (a) materyal bir kişiyi karalamak için kullanılır, (b) gerçek kaynaklar taklit edilir, (c) içerik yanıltıcı ve aldatmaya veya zarar vermeye yöneliktir, (d) başlıklar veya görseller içeriği desteklemez, (e) orijinal içerik, yanlış bağlamsal bilgilerle paylaşılır, (f) gerçek bilgiler veya görüntüler aldatmak için manipüle edilir⁵⁴.

D. Nitelikli Unsurlar

1. Failin Suçu Gerçek Kimliğini Gizleyerek İşlemesi

İnceleme konumuz olan suçta cezayı artıran ilk nitelikli hâl, failin suçu gerçek kimliğini gizleyerek işlemesidir⁵⁵. Maddenin ikinci fıkrasında yer alan ve daha ağır cezayı gerektiren hâl olarak karşımıza çıkan “failin suçu gerçek kimliğini gizleyerek işlemesi” ifadesi, özellikle sosyal ağlarda anonim hesap kullananlar bakımından belirsizliğe neden olacaktır. Bilindiği üzere internette ve sosyal ağlarda

⁴⁹ ZHANG, s. 107.

⁵⁰ ZHANG, s. 107.

⁵¹ Venedik Komisyonu, s. 15, par. 50.

⁵² DÖNMEZER / BAYRAKTAR, s. 333. Ayrıca bkz. ÖZDAN, s. 146.

⁵³ TANI, s. 254.

⁵⁴ SMITH / PERRY, s. 346.

⁵⁵ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunu'nun Ek 4'üncü maddesinin 5'inci fıkrasında; “Türk Ceza Kanunu'nda yer alan; a) Çocukların cinsel istismarı (madde 103), b) Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma (madde 217/A), c) Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (madde 302), ç) Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316), d) Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337), suçlarına konu internet içeriklerini oluşturan veya yayan faillere ulaşmak için gerekli olan bilgiler soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında yargılamanın yürütüldüğü mahkeme tarafından talep edilmesi üzerine ilgili sosyal ağ sağlayıcının Türkiye'deki temsilcisi tarafından adli mercilere verilir. Bu bilgilerin talep eden Cumhuriyet Başsavcılığı veya mahkemeye verilmemesi durumunda, ilgili Cumhuriyet savcısı tarafından, yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcının internet trafiği bant genişliğinin yüzde doksan oranında daraltılması talebiyle Ankara Sulh Ceza Hâkimliğine başvurulabilir. İnternet trafiği bant genişliğinin daraltılması kararı verilmesi hâlinde, bu karar erişim sağlayıcılara bildirilmek üzere Kuruma gönderilir. Kararın gereği, bildirimden itibaren derhâl ve en geç dört saat içinde erişim sağlayıcıları tarafından yerine getirilir. Sosyal ağ sağlayıcının, bu fıkra kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmesi hâlinde yaptırımlar kaldırılır ve Kuruma bildirilir” denilmektedir.

anonim kalmarak etkileşim hâlinde olmak ve içerik paylaşmak mümkündür. Bu durum basının haber verme, kamuoyunun da haber alma hakkı bakımından önem arz eder. İnternet ortamında ve sosyal ağlarda yanlış ve yalan bilgiye oldukça sık rastlanması anonim hesap kullanan kişilerin kimliklerini gizleme kastı olmasa dahi cezalandırılmaları tehlikesini beraberinde getirecektir. Fail, gerçek kimliği belirli olmaksızın yanlış bilgiyi kamu barışını bozmaya elverişli şekilde yaydığına kimliği belirlenebilir durumda ise bu nitelikli hâlin uygulanmaması gerekir⁵⁶.

2. Suçun Örgüt Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmesi

Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâli, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâl olarak kabul edilmiştir. Bu gibi durumlarda, faile verilecek ceza yarı oranında artırılır. 5237 sayılı TCK'nın 220'nci maddesinde, suç işlemek amacıyla örgüt kurma veya yönetme, üye olma, örgütün veya amacının propagandasını yapma suçları düzenlenmiştir. Belirtilen ki suç işlemek için oluşturulmuş bir örgütün varlığı, toplum içerisinde karışıklığa ve endişeye sebep olacaktır. Bu sebeple kanun koyucu bir örgütün faaliyeti çerçevesinde bahse konu suçu işlemesi hâlini daha ağır ceza ile cezalandırmıştır.

İnceleme konusu olan suçun TCK'nın 220'nci maddesinin 8'inci fıkrasında yer alan suç tipi ile karıştırılmaması gerekir. Örgüt propagandası suçunun düzenlendiği fıkra, "*Örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır*" şeklindedir. Konu ile ilgili Yargıtay kararında⁵⁷, örgüt mensuplarının sosyal medya hesabında gerçekleştirdiği paylaşımların propaganda suçuna sebebiyet verebilmesi için terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek ya da övecek, bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek nitelikte olması şartından bahsedilmiştir. Örgüt propagandası suçunda örgütün eylemlerinin meşru gösterilmesinden, övülmesinden veya teşvik edilmesinden bahsedilirken yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunda yayılan içeriğin gerçeğe aykırılığına işaret edilmektedir. Yanıltıcı bilgi yayma suçunda yayılan içerik gerçeğe aykırı bir bilgidir oysa örgüt propagandası yapmak amacıyla yayılan içerik gerçeğe aykırı olsun olmasın, örgütün eylemlerini meşru gösterme, övme veya teşvik etme şeklindeki eylemlerdir ki içeriği de hukuka aykırı hâle bu eylemler getirir. Böylece suç tipiyle cezalandırılan da hukuka aykırı içerik olmuş olur ve 217/A maddesinde yer alan suç uygulama bulmaz.

3. Suçun Basın ve Yayın Yoluyla İşlenmesi

5237 sayılı TCK'nın "Ortak Hüküm" başlıklı 218'inci maddesinde "Kamu Barışına Karşı Suçlar" işlenen suçlara ilişkin ortak bir ağırlatıcı sebep yer almaktadır. Buna göre, "*Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır*".

Basının yalan haber yayınlamaması, haberlerin doğruluğunu araştırması meslek ilkeleri içinde vurgulanmaktadır⁵⁸. Gerek 1982 Anayasası'nın 26 ve 28'inci maddesi, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10'uncu maddesi gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları dikkate alındığında basın hürriyetinin sınırlarının "başkalarının şöhret ve haklarının korunması", "devletin ve toplumun korunması" ve "ahlakın korunması" olmak üzere üç genel kategori altında toplandığı söylenebilir⁵⁹.

⁵⁶ ŞEN, Ersan: <https://www.hukukihaber.net/halki-yaniltici-bilgiyi-alenen-yayma-sucu-makale,10385.html> (ET: 06.11.2022).

⁵⁷ Yargıtay, 3. CD, T. 15.12.2021, E. 4040, K. 10638.

⁵⁸ Basın Meslek İlkeleri'nin 6'ncı maddesi "*Soruşturulması gazetecilik olanakları içinde bulunan haberler, soruşturulmaksızın veya doğruluğuna emin olmaksızın yayımlanamaz.*" şeklindedir. Ayrıca bkz. DÖNMEZER / BAYRAKTAR, s. 334.

⁵⁹ YÜZER, Dilara: "Basın Yoluyla Haberlerin Verilişi ve Suçsuzluk Karinesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 15, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan Özel Sayısı, s. 1656, 1657.

Burada değinilmesi gereken husus 7418 sayılı Kanun ile 5187 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yapılan değışiklikle ve "internet haber sitelerinin" Basın Kanunu'nun kapsamına alınmasıdır. Böylece internet haber siteleri süreli yayın olarak kabul edilmiştir. İnternet haber sitesi, "internet ortamında, belirli aralıklarla haber veya yorum niteliğinde yazılı, görsel veya işitsel içeriklerin sunumunu yapmak üzere kurulan ve işletilen süreli yayını" ifade eder⁶⁰. Dolayısıyla internet haber siteleri kullanılarak söz konusu eylemin gerçekleştirilmesi hâlinde suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesinden bahsedilecektir.

Son olarak belirtelim ki bir hareketin sadece basın yoluyla işlenmesi hâlinde cezalandırılması söz konusuysa basın suçundan bahsedilir. Bu durumda hareket aleniyeti sağlayacak diğer araçlarla gerçekleştirilmiş olsa da basılmış eser yoluyla gerçekleştirilmediyse basın suçu kapsamında değerlendirilmeyecektir. Bunun dışında kalan ve basın yoluyla işlenmesi de mümkün olan suçlar söz konusu olduğunda ise "basın yoluyla işlenen suçlar"dan bahsedilecektir⁶¹.

IV. HALKI YANILTICI BİLGİYİ ALENEN YAYMA SUÇUNUN SÜBJEKTİF UNSURLARI

İnceleme konusu suç ancak kasten işlenebilir, suçun oluşabilmesi için failin halk arasında endişe, korku veya panik yaratma saikiyle hareket etmesi gerekir. Endişe, "üzüntü, endişe duyulan düşünce, tasa" anlamına gelir. Korku, "bir tehlike veya bir tehlike düşüncesi karşısında uyanan kaygı duygusudur". Panik ise "bir topluluğu kaplayan ani dehşet duygusu, büyük korku, ürkme" olarak ifade edilebilir.

İnceleme konumuz olan suça benzer şekilde, "Halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit" başlıklı 213'üncü maddenin gerekçesinde endişe, korku ve panik kelimelerinin halkta meydana gelecek telaş hâlinin değışik derecelerde olabileceğini ifade etmek amacıyla kullanıldığına işaret edilmiştir. Ayrıca suçun oluşması bakımından bu hâllerin fiilen gerçekleşmesinin aranmayacağı da belirtilmiştir⁶².

Yanlış ve yanıltıcı bilginin yayılmasında genellikle dikkat çekme isteği etkenlerden biri olarak görülmekle beraber kamu düzenini bozmak ve kendi çıkarları için toplumsal paniğe neden olmak da failin amaçlarından biri olarak gündeme gelebilir⁶³. Failin hareketinin gerçeğe aykırı bilgi yaymaya yönelik olması ve failin bunu halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle gerçekleştirmesi gerekir. Dolayısıyla, örneğin, gerçek ve sahte bilginin ayırımı olmayan ve hatta ayırt edilecek durumda olmayan biri, gerçeğe aykırı bilgiyi kontrol etmeden ama kasıtlı olarak yayarsa ve daha sonra bu bilginin gerçeğe aykırı olduğu ortaya çıkarsa -kastı yalnızca yayma eylemine yönelik olduğundan- bu kişinin eyleminin suç teşkil ettiğinden bahsedilmeyecektir⁶⁴. İfade etmeliyiz ki burada saiki belirlemek, ispat hukuku açısından sorunlara sebep olacaktır. Özellikle ortada bariz bir zararın da söz konusu olmadığı hâllerde saik ancak failin ifadesine binaen tespit edilebilecektir⁶⁵.

V. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

TCK'nın "Ortak Hüküm" başlıklı 218'inci maddesinde "Kamu Barışına Karşı Suçlar" işlenen suçlarla ilgili hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebine (TCK m. 26) yer verilmiştir. Buna göre haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.

⁶⁰ Bkz. Basın Kanunu m. 2/1-m.

⁶¹ DÖNMEZER / BAYRAKTAR, s. 423.

⁶² Suç politikası bakımından ceza kanununda "saik" unsuruna sınırlı bir biçimde yer verilmiştir. İnsan öldürme suçuyla ilgili TCK'nın 82'nci maddesinde, "kan gütmeye saikiyle insan öldürme", "töre saikiyle insan öldürme" filleriyle ilgili suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza öngörülmüştür.

⁶³ ZHANG, s. 106.

⁶⁴ ZHANG, s. 108.

⁶⁵ TANI, s. 253.

Bilindiği üzere ifade hürriyeti ve halkın gerçekleri öğrenme hakkı, demokratik toplumun omurgası bir diğer ifadeyle “olmazsa olmaz” koşuludur. Artan sosyal medya düzenlemeleri ve yalan haberlere ilişkin kanunlar uyarınca, sosyal medya hizmet sağlayıcılarının dezenformasyon ve yanlış bilgilendirmeye karşı mücadele çalışmalarında en çok etkilenen hak şüphesiz ifade hürriyetidir⁶⁶. İfade hürriyeti doğru, yanlış, rahatsız edici veya şaşırtıcı her tür fikri kapsar niteliktedir. Bununla beraber bazı durumlarda ifade hürriyetinin kısıtlanabileceği kabul edilmektedir. Ancak bu kısıtlamaların kanunilik, meşruiyet, gereklilik ve ölçülülük ilkelerine uygun şekilde gerçekleşmesi gerekir⁶⁷. Yanlış haberler veya nesnel olmayan bilgiler dahil olmak üzere, belirsiz ve muğlak fikirlere dayalı bilgilerin yayılmasına ilişkin genel yasakların, ifade hürriyeti kısıtlamaları konusunda uluslararası standartlarla bağdaşmadığı ifade edilir⁶⁸. İfade hürriyetinin sınırının yalnızca başkalarına zarar vermek olduğu veya sınırın belirlenmesinde kamu çıkarının önemli olduğu şeklinde farklı yaklaşımlar vardır. Bununla beraber kamu çıkarının sınır hususunda esas olarak benimsenmesi, bir zarar sonucu doğurmasa da ifade hürriyetinin engellenmesine neden olacağı için eleştirilmektedir⁶⁹. Yanlış ve yanıltıcı bilginin yayılması, ifade hürriyetiyle beraber yalnızca bilgi verme değil bilgi alma hürriyetini de etkilemektedir.

Toplum içerisinde yaşayan bireylerin çevresinde yaşanan gelişmelerden haberdar olması ve sahip olduğu bilgiyi paylaşması hayatın olağan akışında vazgeçilmezdir. Böylesi bir bilgi aktarımını da basın ve yayın kuruluşlarının sağlayacağı ortadadır. Medyanın toplum üzerindeki etkisi incelenirken, olayları aktarması hususunda gerçekleri yansıttığı, olduğu gibi yansıtmayıp çarpıttığı ve gerçeği yeniden inşa ettiği yönünde farklı görüşler vardır⁷⁰.

Basının, kamunun bilgilendirme ve haber alma hakkının sınırları içerisinde hareket etmesi gerekir. Eleştiri ve haber verme sınırlarını aşır bir fikre taraftar kazanmayı ve fertlerin tutumları üzerinde kontrol kurmayı hedefleyen propaganda faaliyetleri de fikirlerin açıklanması ve yayılması hürriyeti içerisinde mütalaa edilebilir. Buradaki sınırı şiddet kullanımına ortam hazırlanmaması ve şiddet kullanılmaması belirler⁷¹. Dolayısıyla gerçeğe aykırı bilgi içeren ifadeler kamu barışı için yakın bir şiddet eylemini tahrik edecek nitelikte ise ifade veya örgütlenme hürriyetinden bahsedilemez⁷².

İnternet ortamında ve sosyal ağlarda kişinin anonim kalarak ifade ve görüşlerini gerçek adı dışında bir adla yayması da ifade hürriyetinin bir sonucudur⁷³. Sosyal ağ kullanıcılarının gerçek isimlerini kullanmalarını beklemek ifade hürriyetinin sınırlandırılması anlamına gelecektir. Bununla beraber anonim kalmak veya müstear (takma) isim kullanmak, yüze karşı iletişim kurmaktan farklı olarak sosyal ve politik tartışmaları hızlandırıcı etkiye sahiptir⁷⁴. Ayrıca anonim kalma imkânı; halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak amacıyla gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yaymak isteyen kişiler tarafından kötüye kullanılabilir. Dolayısıyla anonim kalma hakkı kullanılarak ifade hürriyetinin sınırlarını aşacak şekilde suç teşkil eden davranışların ortaya çıkması hâlinde kamu otoritesi, kamu barışını bozucu nitelikteki fiillerle ilgili sosyal ağ hizmet sağlayıcılarından hesap sahibi kişilerin gerçek isimlerini talep etmelidir. Hizmet sağlayıcılar da suç teşkil eden fiillerle ilgili verileri muhafaza etmek ve belirli şartlar altında verilere ilişkin bilgileri adli

⁶⁶ ASWAD, s. 1013.

⁶⁷ KAYNAR, s. 161, 162.

⁶⁸ GOLDBERG, s. 424.

⁶⁹ TANI, s. 254.

⁷⁰ KARAKEHYA, Hakan: “Yazılı Haber Medyasında Suçun Temsili”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2013, Cilt 71, Sayı 1, s. 735.

⁷¹ BENEDEK, Wolfgang / KETTEMANN, Matthias C.: “İfade Özgürlüğü ve İnternet, Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi”, Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi Ortak Projesi, 2013, s. 45.

⁷² BALCI, Murat / ÇAKIR, Kerim: “Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Sosyal Medyada Örgütlenme Hürriyeti”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2022, Cilt 28, Sayı 1, s. 1343.

⁷³ Venedik Komisyonu, s. 20, par. 77.

⁷⁴ TSCHORR, s. 205.

makamlarla paylaşmak durumundadır⁷⁵. Venedik Komisyonu, anonimlik hakkının önemini ve başkalarının korunması gerekliliği söz konusu olduğunda kamu otoritelerinin anonim kişileri kimliklerini açıklamaya zorlayabileceğini vurgulayarak, failin suçu gerçek kimliğini gizleyerek işlemesi nitelikli hâlinin Sözleşme'nin 10'uncu maddesine aykırı olduğunu belirtmektedir⁷⁶.

İfade hürriyeti bağlamında “*trol*” olarak isimlendirilen hesaplardan da bahsedilmesi gerekmektedir. Kişinin sosyal ağlardaki etkinliğini artırmak için birden fazla anonim hesap kullanması ifade hürriyeti bağlamında korunmaz. İfade hürriyeti kişilerin görüşlerini açıklamasına imkân verir. Ancak kişinin olduğundan fazla görünerek görüşlerini açıklamaya çalışması ve inceleme konumuz olan suç özelinde halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayması ifade hürriyetinin kötüye kullanması anlamına gelecektir⁷⁷.

SONUÇ

Dezenformasyon, kasıtlı olarak kamuya zarar vermek veya kâr sağlamak amacıyla tasarlanan, sunulan ve tanıtılan her tür yanlış veya yanıltıcı bilgiyi içerir ve kamu bilgilendirme sistemlerinin zayıf olduğu, bağımsız araştırmacı gazeteciliğin kısıtlandığı yerlerde gelişir. Ciddi sonuçları olan karmaşık ve çok yönlü bir olgu olan dezenformasyon, kişileri bilgi arama, alma ve paylaşma veya fikir oluşturma imkanından yoksun bırakır. Dezenformasyonla mücadele için haberlerin şeffaflığını artırmak, medya ve bilgi okuryazarlığı konusunda kullanıcılara destek vermek, basını güçlendirmek ve haber medyasında çeşitliliği ve sürdürülebilirliği sağlamak için faaliyetlerde bulunmak gerekmektedir.

Doğru olmayan bilgilerin yayılması, gerçeklere dayalı kamu söylemini tehlikeye atar; siyasetin, yargının ve medyanın güvenilirliğini sorgulanır hâle getirir. Kamu çıkarlarını tehlikeye atacak ağırlıktaki hareketlere karşı hâlihazırda TCK'nın 213, 214, 215, 216 ve 217'nci maddelerinde düzenlemeler mevcut olsa da 217/A'da düzenlenen suç ile acil bir sosyal ihtiyacın karşılanmaya çalışıldığı görülmektedir. Ancak gerçeğe aykırı bir bilgiyi alenen yayma fiilini suç teşkil eder mahiyette düzenlemek oldukça zordur. Bu zorluk, ifade hürriyetinin korunmasından kaynaklanmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10'uncu maddesinde teminat altına alınan düşüncüyü açıklama hürriyetinin demokratik toplumlardaki önemini açık ve net bir biçimde ifade eder. Mahkemenin, *Handyside/İngiltere* kararında; “*demokratik toplumun başlıca temel taşlarından, kişinin ilerleyip gelişmesinin asal koşullarından birini teşkil eder. 2'nci fıkra hükmü saklı kalmak kaydıyla bu özgürlük sadece itibar gören veya zararsız yahut önemsiz sayılan haberler ya da fikirler bakımından değil, aynı zamanda devlet yahut halkın bir bölümü için aykırı, kural dışı, şaşırtıcı veya endişe verici cinsten olanlar için de geçerlidir. Demokratik toplumun vazgeçemeyeceği çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliğin gereği budur.*” denilmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki ifade hürriyeti gerçeğe aykırı bilginin alelade yayılmasını korumaz.

Gerçeğe aykırı bilgi ile yalan, yanlış ve bariz abartı arasındaki sınır da her zaman için net değildir. Bir bilginin gerçeğe aykırılığının denetlenmesi ve cezai yaptırımı, sansüre ve devletin kanaat denetimine tehlikeli bir biçimde yaklaşır ve bu nedenle dikkatli hareket edilmesi gerekir.

Ülkenin iç ve dış güvenliği ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilginin kamu barışını bozma ihtimali varsa gerçeğe aykırı bu bilgiyi kitlelere ulaştırma bakımından sosyal ağlara ve kullanıcılara birtakım sınırlamalar getirilebilir. İfade hürriyeti kapsamında değerlendirilen ve masum gibi görünen açıklamalar, esasında halkta endişe, korku veya paniğe sebebiyet verebilir. Bu kapsamda sosyal ağların “aleniyet” şartını sağladığını belirtmemiz gerekir. Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu ile hukuka aykırılık niteliği taşıyan beyanlar ifade hürriyeti kapsamında korunmazken sadece hukuki sorumluluk değil,

⁷⁵ Basın İlan Kurumu, s. 30.

⁷⁶ Venedik Komisyonu, s. 20, par. 77.

⁷⁷ Basın İlan Kurumu, s. 30.

TCK'nın 217'nci maddesi ile ceza hukuku sorumluluğu da ortaya çıkar. Düzenleme, suç politikasına hâkim olan ilkeler ve suçta ve cezada kanunilik ilkesi özelinde belirlilik prensibi yönüyle tartışmalara sebebiyet verse de kamu barışını koruma adına yerinde bir düzenleme olduğunu belirtmemiz gerekir.

Anayasal güvenceye sahip olan basın yayın organları halkı bilgilendirme ve aydınlatma konusunda belli bir duyarlılık ve hassasiyetle hareket etmelidir. Özellikle geleneksel basın yayın organlarının bir bilginin gerçeğe aykırı olup olmadığı konusunda araştırma yapmaksızın haber veya bilgi paylaşmaması gerekir. Yanlış ve yanıltıcı bilgi yayılmasına ilişkin düzenlemelerin, ifade hürriyetini ihlal ettiği ile ilgili eleştiriler olsa da yanlış ve yanıltıcı bilgiyi yayma fiilinin yaptırıma bağlanmasıyla ifade hürriyetinin değil, ifade hürriyetinin kötüye kullanılmasının engellenmeye çalışıldığını belirtmeliyiz. Dezenformasyon olarak nitelendirilen fiillerin kişilerin kanaatlerini açıklama, haber alma/verme haklarına sınırlama getirmemesi için suçun oluşmasının zorlaştırıldığını da söylememiz gerekir. Bu sebeple suçun manevi unsurunda failin sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle hareket etmesi aranmıştır.

Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun yaptırımı bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. Yaptırım bakımından dikkat çekici husus ise suç için sadece hapis cezasının öngörülmüş olmasıdır. TCK'da kamu barışına karşı suçlarda hapis cezasına seçenek olarak adli para cezasına da yer verildiği görülmektedir. Örneğin "Kanunlara uymamaya tahrik" başlıklı 217'nci maddede suç teşkil eden fiille ilgili failin altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Kanun koyucunun oluşmasını zor şartlara bağladığı suç (TCK m. 217/A) için sadece hapis cezası öngörmesi kamu barışını korumak amacıyla ortaya koyduğu iradenin bir sonucu olarak değerlendirilebilir. Son olarak belirtelim ki 7418 sayılı Kanun'un 30'uncu maddesi ile kanun koyucu istinaf kanun yolu sonrası temyiz kanun yolunda tesis edilen hükmün denetlenmesini mümkün kılmıştır. CMK'nın 286'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasının (a) bendine eklenen hükümlerle halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun uygulamasında Yargıtay içtihatlarıyla yeknesaklık sağlanmak istenmiştir.

Katkı Oranı Beyanı:

Çalışmaya Prof. Dr. Murat BALCI ve Dr. Öğ. Üyesi Kerim ÇAKIR eşit oranda katkı sağlamıştır.

KAYNAKÇA

- ASWAD, Evelyn Mary: "In a World of 'Fake News', What's a Social Media Platform to Do?", *Utah Law Review*, 2020, Sayı 4, s. 1009-1028.
- BALCI, Murat / ÇAKIR, Kerim: "Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Sosyal Medyada Örgütlenme Hürriyeti", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2022, Cilt 28, Sayı 1, s. 48-61.
- Basın İlan Kurumu: Almanya, Avusturya ve İsviçre'de İnternet Yayıncılığı ve Sosyal Medyada İşlenen Suçlarda Ceza Sorumluluğu-Türk Hukuku ile Karşılaştırma, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Araştırma Projesi, 2018.
- BENEDEK, Wolfgang / KETTEMANN, Matthias C.: "İfade Özgürlüğü ve İnternet, Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi", Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi Ortak Projesi, 2013.
- DÖNMEZER, Sulhi / BAYRAKTAR, Köksal: *Basın Hukuku*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- European Commission: Tackling online disinformation: a European Approach, Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 2018.
- European Commission: A Multi-dimensional Approach to Disinformation-Report of the Independent High Level Group on Fake News and Online Disinformation, 2018 (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation>, ET: 07.11.2022)
- GOLDBERG, David: "Responding to Fake News: Is There an Alternative to Law and Regulation", *Southwestern Law Review*, 2018, Cilt 47, Sayı 2, s. 417-448.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa: *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 5. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- KARAKEHYA, Hakan: "Yazılı Haber Medyasında Suçun Temsili", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2013, Cilt 71, Sayı 1, s. 731-744.
- KATZER, Catarina: *Cybermobbing - Wenn das Internet zur Waffe wird*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2014.
- KAYNAR, Abdullah Ahmet: "Çevrim İçi Dezenformasyon ile Mücadelede Kazuistik Yöntem: Singapur Örneği", (Ed.) KENT, Bülent / KULULAR İBRAHİM, Merve Ayşegül: *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 153-210.
- KENT, Bülent: "Alman Hukukunda Sosyal Ağlarda Yalan Haber ile Mücadele", (Ed.) KENT, Bülent / KULULAR İBRAHİM, Merve Ayşegül: *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 9-36.
- KONTOĞLU, Sena: "Avrupa Birliği Hukukunda Dezenformasyonla Mücadele ve Öz Regülasyon Modeli", (Ed.) KENT, Bülent / KULULAR İBRAHİM, Merve Ayşegül: *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 125-152.
- KULULAR İBRAHİM, Merve Ayşegül: "Avustralya Hukukunda Yalan Haber", (Ed.) KENT, Bülent / KULULAR İBRAHİM, Merve Ayşegül: *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 73-100.
- ÖZDAN, Selman: *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Açısından Yalan Haber*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- ÖZKEPİR, Ramazan / KOCAMAN, Salih Zeki / KART, Erkal Hilmi: *Sosyal Medya ve Basın Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- SMITH, Robert / PERRY, Mark: "Fake News and the Convention on Cybercrime", *Athens Journal of Law (AJL)*, 2021, Cilt 7, Sayı 3, s. 335-358.
- SÖYLER, Yasin: "Fransa'nın Seçim Manipülasyonlarıyla Hukuki Mücadelesi ve Türkiye İçin Öneriler", (Ed.) KENT, Bülent / KULULAR İBRAHİM, Merve Ayşegül: *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 37-72.
- TANI, Tommaso: "Legal Responsibility for False News", *J. Int'l Media & Entertainment Law*, 2020, Cilt 8, Sayı 2, s. 229-275.

- TATAR, Samet: “Amerikan Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber”, (Ed.) KENT, Bülent / KULULAR İBRAHİM, Merve Ayşegül: *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 101-124.
- TSCHORR, Sophie: “Soziale Netzwerke als Akteure für ein „besseres“ Internet?”, *MMR*, 2021, Heft 3, s. 204-208.
- Venedik Komisyonu: Venedik Komisyonu ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü (DGI) Acil Ortak Görüşü Ceza Kanunu Değişiklik Tasarısı “Yanlış veya Yanıltıcı Bilgi” ile İlgili Hüküm Hakkında, Strazburg, 2022.
- YÜZER, Dilara: “Basın Yoluyla Haberlerin Verilişi ve Suçsuzluk Karinesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 15, Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan Özel Sayısı, s. 1653-1694.
- ZHANG, Tingting: “The Criminal Law Regulation of the Behavior of Fabricating and Deliberately Disseminating False Information of Epidemic”, *Ukrainian Policymaker*, 2020, Sayı 6, s. 104-113.

Türkiye Futbol Federasyonu Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Hakkında Bazı Düşünceler^(*)



*Considerations about the Turkish Football Federation Dispute Resolution
Board Proceedings*

Ersin ERDOĞAN^()**



Doçent Doktor
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı

Selin YEŞİLDAL



Hâkim Adayı
Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı

Anahtar Kelimeler

*Türkiye Futbol Federasyonu Uyuşmazlık Çözüm Kurulu,
Tahkim,
Zorunlu Tahkim,
Futbola İlgili Sözleşmelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar,
İptal Davası.*

Keywords

*Turkish Football Federation Dispute Resolution Board,
Arbitration,
Mandatory Arbitration,
Disputes Arising from Football-Related Contracts,
Annulment of Arbitral Award.*

Öz

Bu çalışmada, Türkiye Futbol Federasyonu Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun yargılama yetkisine ilişkin dört husus 5894 sayılı “Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun”, Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü ve Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Talimatı kapsamında tartışılmıştır. Çalışmada ilk olarak Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun hukuki niteliği ve yargılama yetkisi belirlenmiş ve bu kapsamda kurulun yargılama sürecinde uygulayacağı usul kuralları hakkında bilgi verilmiştir. İkinci olarak Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun çözümlenmekle münhasıran yetkili kılındığı uyuşmazlıklar hakkında bilgi verilmiş ve kurulun münhasır yetkisinin kaynağı tartışılmıştır. Üçüncü olarak, Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun futbolla ilgili sözleşmelerden kaynaklanan yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda taraflarca hakem heyeti olarak yetkilendirilip yetkilendirilemeyeceği meselesine değinilmiştir. Son bölümde ise Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun ihtiyari tahkim kurulu sıfatıyla verdiği kararlara karşı tarafların doğrudan iptal davası açıp açamayacakları hususu tartışılmıştır.

Abstract

In this study, four issues related to the jurisdiction of the Dispute Resolution Board of the Turkish Football Federation were discussed within the scope of the “Law on the Establishment and Duties of the Turkish Football Federation” No. 5894, the Status of the Turkish Football Federation and the Instructions of the Dispute Resolution Board. In the study, firstly, the legal nature and jurisdiction of the Dispute Resolution Board have been determined and in this context, information have been given about the procedural rules to be applied by the board in the trial process. Secondly, information was given about the disputes that the Dispute Resolution Board has been exclusively authorized to resolve and the source of the exclusive authority of the board was discussed. Thirdly, the issue of whether the Dispute Resolution Board can be authorized by the parties as an arbitral tribunal in disputes with foreign elements arising from football-related contracts was touched upon. In the last section, the issue of whether the parties can file a direct annulment lawsuit against the decisions made by the Dispute Resolution Board as the discretionary arbitration board is discussed.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.
Gönderim Tarihi: 14.12.2022, Kabul Tarihi: 22.12.2022.

^(**) Sorumlu Yazar.

GİRİŞ

Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) Uyuşmazlık Çözüm Kurulu (UÇK), 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5'inci maddesinin birinci fıkrasında sayılan ilk derece hukuk kurullarındandır. 5894 sayılı Kanun'da UÇK'nın ilk derece hukuk kurulu olduğu belirtilmiş olmasına rağmen kurulun görev ve yetkilerine ilişkin düzenlemeler ile kurulun yargılama usul ve esasları bu Kanun'da açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, 5894 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinin dördüncü fıkrasının son cümlesi uyarınca kurulun çalışma usul ve esaslarının TFF Statüsü ve UÇK Talimatı ile düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. TFF Statüsü'nün 56'ncı maddesinin üçüncü fıkrasında ise UÇK'nın çalışma usul ve esaslarının Yönetim Kurulu tarafından hazırlanan Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Talimatı ile belirleneceği ifade edilmiştir.

İlk olarak ifade edilmesi gerekir ki UÇK'nın yargılama görev ve yetkisi kurulun oluşturulduğu günden bugüne birden fazla kez değişikliğe uğramıştır. UÇK, oluşturulduğu ilk dönemde futbolla ilgili sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda münhasıran yetkili bir kurul iken günümüzde UÇK'nın yetkisi, uyuşmazlığın konusu dikkate alınarak ihtiyari yetki ve münhasır yetki olmak üzere iki kategoride incelenmektedir. UÇK'nın ihtiyari yetkisinin kaynağını tarafların iradesi oluşturmakta iken TFF Statüsü ve UÇK Talimatı'nda yer alan düzenlemelerle UÇK'nın sportif cezalar ve yetiştirme tazminatından kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından münhasıran yetkili olduğu belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle sportif cezalar ve yetiştirme tazminatına ilişkin uyuşmazlıkların çözümlenebilmesi için taraflar devlet mahkemelerinde dava açamazlar, ihtiyari tahkime başvuramazlar veya aralarındaki uyuşmazlığı herhangi bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu ile çözümleremezler.

UÇK Talimatı'nın "Uygulanacak Usul Kuralları" başlıklı 15'inci maddesinde, "*Uyuşmazlık Çözüm Kurulu, yargılama sürecinde işbu talimatta geçen usul kuralları ile yargılamaya ilişkin diğer mevzuatın bu talimata aykırı olmayan hükümlerini uygular.*" düzenlemesi yer almaktadır. İlgili düzenleme kapsamında, UÇK'nın yargılama sürecinde UÇK Talimatı'nda yer alan usul kuralları yanında uygulanması gereken diğer usul kuralları açık bir şekilde belirtilmemiştir. Bu kapsamda, "yargılamaya ilişkin diğer mevzuat" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır. Bu ise UÇK'nın hukuki niteliğinin ve yargılama yetkisinin tespit edilmesini gerektirir.

Bu çalışmada, ilk olarak, yargılama yetkisi çok defa değişen UÇK'nın tarihi gelişimi ele alınmıştır. Akabinde, "yargılamaya ilişkin diğer mevzuat hükümleri" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin açıklamalara çalışmanın "Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun Hukuki Niteliği ve Yargılama Yetkisi" başlıklı ikinci bölümünde yer verilerek, çalışma içerisinde tekrara düşmekten kaçınılmış ve konu bütünlüğü sağlanmaya çalışılmıştır. Yine bu bölüm kapsamında, UÇK'nın yabancı unsur ihtiva eden uyuşmazlıklara ilişkin yetkilendirilip yetkilendirilemeyeceği meselesi üzerinde de durulmuştur. Çalışmanın son bölümünde değinilen bir diğer mesele ise UÇK'nın ihtiyari hakem heyeti olarak yetkilendirildiği uyuşmazlıklarda tarafların aralarında yapacakları bir sözleşme ile UÇK kararlarına karşı TFF Tahkim Kuruluna başvuru yapmaksızın doğrudan iptal davası açıp açamayacakları hususudur.

I. YARGILAMA YETKİSİ BAKIMINDAN UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM KURULUNUN TARİHİ GELİŞİMİ

Bu bölümde, Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun yargılama yetkisi incelenirken, hukuki düzenlemeler dikkate alınarak bir sınıflandırma yapılmıştır. Bu kapsamda, aşağıda UÇK'nın yetkisi Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ve TFF Statüsünde yapılan değişikliklerin yürürlük tarihleri dikkate alınarak dört döneme ayrılmıştır.

A. Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun Münhasıran Yetkili Olduğu İlk Dönem

“3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun”¹ döneminde Uyuşmazlık Çözüm Kurulu oluşturulmadan önce futbola ilişkin sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar TFF Yönetim Kurulu tarafından incelenip karara bağlanmaktaydı². Ayrıca, “*Kulüpler, futbolcular, teknik yönetici ve öğreticiler, hakemler, müsabaka görevlileri ile futbol alanında görevli diğer ilgililerin başvurularını karara bağlama*” görevi de 3813 sayılı Kanun’un 10’uncu maddesinin “1” bendi uyarınca Yönetim Kuruluna verilmişti. 3813 sayılı Kanun’un 14’üncü maddesine göre ise ilgililer “*Federasyon ile kulüpler; federasyon ile hakemler; federasyon ile teknik direktör ve antrenörler; kulüpler ile teknik direktörler ve antrenörler; kulüpler ile oyuncular; kulüpler ile kulüpler*” arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin TFF Yönetim Kurulunun verdiği kararlara karşı TFF Tahkim Kuruluna itiraz başvurusunda bulunabilmekteydi. Yine aynı madde uyarınca, itiraz üzerine Tahkim Kurulunun verdiği kararlar kesindi. Ancak *Fédération Internationale de Football Association* (FIFA), Yönetim Kurulunun futbol kulüplerinin temsilcilerinden teşekkül eden bir yapı olması nedeniyle uyuşmazlıkları çözümlene yetkisini haiz yapının *bağımsız* olmadığını dile getirerek bu durumun düzeltilmesini talep etmiştir³. Yargılama yetkisine sahip yapının hukukçulardan oluşmak yerine futbol kulüplerinin temsilcilerinden oluşması ve Yönetim Kurulunun bir icra organı olarak spor yargısında görevli ve yetkili olması hususu da bu dönemde ayrıca eleştirilmekteydi⁴. Nihayet, 04.12.2007 tarihinde “5719 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”⁵ 9’uncu maddesi ile *uluslararası kurallara uyum sağlamak amacıyla*⁶ Uyuşmazlık Çözüm Kurulu oluşturulmuştur. UÇK, 5719 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden yaklaşık beş ay sonra, 11.04.2008 tarihinde UÇK Talimatı’nın yürürlüğe girmesiyle görevini fiilen icra etmeye başlamıştır⁷.

5719 sayılı Kanun’un 9’uncu maddesiyle 3813 sayılı Kanun’a eklenen 12/A maddesine göre UÇK, kulüpler ile kulüpler, futbolcular, teknik direktörler, antrenörler, oyuncu temsilcileri, masörler ve müsabaka organizatörleri; oyuncu temsilcileri ile futbolcular, teknik direktörler, antrenörler, arasında her türlü sözleşmeden doğan veya futbolla ilgili olan uyuşmazlıkları, taraflarının başvurusu üzerine münhasıran yetkili olarak inceleyen ve bu uyuşmazlıklar hakkında karar veren bir kuruldu. İlgili madde uyarınca UÇK’nın münhasır yetkiye sahip olması tarafların bu uyuşmazlıklara ilişkin başka bir merciye başvurmalarına cevaz vermemekte onların devlet mahkemelerinde de dava açmalarını engellemekteydi⁸. Diğer bir ifadeyle, yukarıda belirtilen kişiler arasında kurulan sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümlenmesi için taraflar, kanun hükmüyle ilk derece yargı merci olarak yetkili kılınmış UÇK’ya başvurmak zorunda bırakıldığından UÇK bu dönemde zorunlu tahkim kurulu niteliğindeydi⁹.

¹ 03.07.1992 tarihli ve 21273 sayılı Resmî Gazete.

² EKŞİ, Nuray: *Spor Tahkim Hukuku*, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015 (*Spor Tahkim Hukuku*), s. 246; EKŞİ, Nuray: “Mahkeme Kararları Işığında TFF Uyuşmazlık Çözüm Kurulu’nun Futbol Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Yetkisi”, (Ed.) Çağlar, Tacar: *Türkiye Barolar Birliği Spor Hukuku Kurulu Av. Türker Arslan Armağanı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2021 (Uyuşmazlık Çözüm Kurulu), s. 322; ÜNLÜ, Taner: “Futbol Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümü”, *Av. Kısmet Erkiner Armağanı Spor Hukuku Yazıları*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014, s. 178.

³ EKŞİ, *Uyuşmazlık Çözüm Kurulu*, s. 322; EKŞİ, *Spor Tahkim Hukuku*, s. 247; ÜNLÜ, s. 177-178.

⁴ EKŞİ, *Spor Tahkim Hukuku*, s. 247; EKŞİ, *Uyuşmazlık Çözüm Kurulu*, s. 322; TÜRKKAN, Adnan: “Türkiye Futbol Federasyonu Hukuk Kurulları (Disiplin, Uyuşmazlık ve Tahkim Kurulları)”, (Ed.) Çağlar, Tacar: *Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu “Av. İsmail İnan” Armağanı*, Ankara Barosu Başkanlığı, Ankara, 2013, s. 773; ÜNLÜ, s. 178.

⁵ 04.12.2007 tarihli ve 26720 sayılı Resmî Gazete.

⁶ Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Milli Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu Raporu (1/452), 8. Maddenin Gerekçesi, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, (S. Sayısı: 64), s. 2 (<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss64.pdf>, ET: 31.10.2022).

⁷ EKŞİ, *Uyuşmazlık Çözüm Kurulu*, s. 323.

⁸ EKŞİ, *Spor Tahkim Hukuku*, s. 247; EKŞİ, *Uyuşmazlık Çözüm Kurulu*, s. 322-323.

⁹ EKŞİ, *Spor Tahkim Hukuku*, s. 247; EKŞİ, *Uyuşmazlık Çözüm Kurulu*, s. 322-323.

16.05.2009 tarihinde ise 5894 sayılı *Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun* 27230 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Ancak 5894 sayılı Kanun kapsamında UÇK’nın görev ve yetkisi ile oluşumu hususunda detaylı düzenlemelere yer verilmemiştir. Kanun’un 5’inci maddesinin birinci fıkrasında UÇK, ilk derece hukuk kurulları arasında ismen sayılmıştır. Bununla birlikte Kanun’un 5’inci maddesinin dördüncü fıkrasında “*İlk derece hukuk kurullarının görevleri, yetkileri, hakları ve üyelerinin sahip olmaları gereken nitelikler ile her bir kurulun usul kuralları TFF Statüsü ve ilgili talimatlarda düzenlenir.*” ifadesine yer verilmiştir. İlgili madde uyarınca UÇK’nın görev ve yetkisine ilişkin detaylı düzenlemeler TFF’nin iradesine diğer bir ifadeyle Genel Kurul tarafından yapılan TFF Statüsü’ne ve Yönetim Kurulu tarafından yapılan Talimatlar’a bırakılmıştır.

24.06.2009 tarihli ve 27268 sayılı Resmî Gazete’de “Çeşitli İlanlar” başlığı altında Türkiye Futbol Federasyonu Başkanlığı tarafından yayımlanan “Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü”nün UÇK’nın görev ve yetkilerini düzenleyen 56’ncı maddesi uyarınca, futbolla ilgili sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde UÇK’nın sahip olduğu münhasır yetki 5894 sayılı Kanun döneminde de devam etmiştir. Nitekim 24.06.2009 tarihinde yayımlanan TFF Statüsü’nün “Yürürlük” başlıklı 84’üncü maddesinde, ilgili Statü’nün “*3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’un yerini alacak kanunun kabul edilmesi halinde yürürlüğe*” gireceği belirtilmiştir. Bu doğrultuda 5894 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesiyle yürürlük kazanan TFF Statüsü’nün 56’ncı maddesi uyarınca UÇK’nın görev ve yetkisi belirlenmiştir. Öyle ki TFF Statüsü’nün 56’ncı maddesine göre UÇK, kulüpler; kulüpler ile futbolcular, teknik direktörler, antrenörler, futbolcu temsilcileri, sağlık personeli ve müsabaka organizatörleri, futbolcu temsilcileri ile futbolcular, teknik direktörler ve antrenörler arasında her türlü sözleşmeden doğan ve futbolla ilgili olan uyuşmazlıkları, taraflarının başvurusu üzerine *münhasıran yetkili olarak* inceler ve karara bağlar. Tahkim Kuruluna müracaat edilmeyen Uyuşmazlık Çözüm Kurulu kararları kesin ve nihaidir.

B. Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun Futbolla İlgili Sözleşmelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar Bakımından İhtiyari Yetkili Olduğu İlk Dönem

29.06.2011 tarihinde TFF Statüsü’nde yapılan değişiklikler, 21.07.2011 tarih ve 28001 sayılı Resmî Gazete’nin “Çeşitli İlanlar” bölümünde yayımlanmıştır. Bu değişiklikler kapsamında Statü’nün 56’ncı maddesi yeniden düzenlenerek futbolla ilgili sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar açısından UÇK’nın yetkisi ihtiyari hâle getirilmiştir. Bu doğrultuda, *kulüpler, futbolcular, teknik direktörler, antrenörler, futbolcu temsilcileri, sağlık personeli ve müsabaka organizatörlerinin* aralarındaki futbolla ilgili her türlü sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin UÇK’nın yetkisinin ihtiyari olduğu, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra tarafların yazılı olarak UÇK’nın yetkisini kabul etmeleri hâlinde UÇK’nın bu uyuşmazlığı karara bağlayabileceği, UÇK’nın ihtiyari hakem heyeti sıfatıyla verdiği kararlara karşı ise TFF Kanunu ve HUMK uyarınca yargı yoluna başvurulabileceği düzenlenmişti. Bununla birlikte, sportif cezalar ve yetiştirme tazminatından kaynaklanan uyuşmazlıklarda UÇK, TFF Statüsü ile münhasıran yetkili kılınarak bu uyuşmazlıklar açısından UÇK zorunlu tahkim kuruluna dönüştürülmüştü.

“Madde 56:

Uyuşmazlık Çözüm Kurulu’nun Görev ve Yetkileri

1. Kulüpler, futbolcular, teknik direktörler, antrenörler, futbolcu temsilcileri, sağlık personelleri ve müsabaka organizatörleri aralarındaki futbolla ilgili her türlü sözleşmeden doğan ihtilafların çözümü için Uyuşmazlık Çözüm Kurulu’nun yetkisini kabul edip etmemekte serbesttirler. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu’nun yetkili olabilmesi için tarafların ihtilafların ortaya çıkmasından sonra Kurulun yetkisini yazılı olarak kabul etmeleri şarttır.

2. Bununla birlikte sportif cezalarla, yetiştirme tazminatına ilişkin ihtilaflar münhasıran Uyuşmazlık Çözüm Kurulu önünde çözülür. Bu kararlara karşı ancak Tahkim Kurulu’na itiraz edilebilir.

3. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun ihtiyari hakem heyeti olarak verdiği kararlara karşı Türkiye Futbol Federasyonu'nun Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde yargı yoluna başvurulabilir.

4. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun çalışma usul ve esaslarına ilişkin hususlar Yönetim Kurulu tarafından hazırlanan talimat ile belirlenir.”

24.08.2011 tarihinde ise UÇK Talimatı yayımlanarak, TFF Statüsü'ne paralel olarak talimatın 2'nci maddesiyle, kulüpler, futbolcular, teknik direktörler, antrenörler, futbolcu temsilcileri, sağlık personeli ve müsabaka organizatörleri aralarında akdedilen futbolla ilgili her türlü sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde UÇK'nın yetkisinin ihtiyari olduğu¹⁰ ancak sportif cezalar ve yetiştirme tazminatına ilişkin uyuşmazlıklarda ise UÇK'nın münhasıran yetkili olduğu düzenlenmişti¹¹.

C. Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun Münhasıran Yetkili Olduğu İkinci Dönem

Yukarıda açıklandığı üzere, 25.06.2015 tarihli Genel Kurul Kararı ile TFF Statüsü'nün UÇK'yı düzenleyen hükümlerinde değişiklik yapılmadan önce, UÇK'nın ihtiyari ve zorunlu olmak üzere iki yetkisi mevcuttu¹². 25.06.2015 tarihinde ise TFF Statüsü'nün UÇK'yı düzenleyen hükümlerinde TFF Genel Kurul Kararı¹³ ile değişiklik yapılmış, değişiklikler Resmî Gazete'nin yayımlandığı 11.07.2015 tarihinde yürürlüğe girmişti. Değişiklikleri içeren UÇK Talimatı ise 01.08.2015 tarihinde yürürlüğe girmişti¹⁴. Statüde ve Talimat'ta yapılan değişiklikler sonucunda, futbolla ilgili sözleşmelerden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar bakımından tarafların iradelerine bakılmaksızın UÇK münhasıran yetkili kılınmış¹⁵ diğer bir ifadeyle UÇK futbolla ilgili sözleşmelerden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar açısından zorunlu tahkim kuruluna dönüşmüştü¹⁶. Buna göre, o dönem yürürlükte olan düzenlemeler uyarınca belirtilen kişiler arasında futbolla ilgili sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için taraflar devlet mahkemelerinde dava açma hakkına sahip olmadığı gibi¹⁷ ihtiyari tahkime de başvuramamaktaydı¹⁸. Ancak yine bu dönemde de UÇK'nın kararlarına karşı TFF Tahkim Kuruluna itiraz edilebiliyordu¹⁹.

“Madde 56

1 - Uyuşmazlık Çözüm Kurulu,

a) Kulüpler,

¹⁰ GÜRTEN, Kadir / BAŞTÜRK, Faruk: “Futbolda Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Yargı Mercii Sorunu”, (Ed.) ÇAĞLAR, Tacar: *Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu “Av. İsmail İnan” Armağanı*, Ankara Barosu Başkanlığı, Ankara, 2013, s. 407; EKŞİ, *Uyuşmazlık Çözüm Kurulu*, s. 324-325.

¹¹ GÜRTEN / BAŞTÜRK, s. 407.

¹² BİLGİNOĞLU, Nurettin Emre: *Futbol Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü*, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 45; EKŞİ, *Spor Tahkim Hukuku*, s. 143; EKŞİ, *Uyuşmazlık Çözüm Kurulu*, s. 320; ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: “Sözleşmesel Uyuşmazlıklarda TFF Tahkim Kurulu Kararlarına Karşı Yargı Yoluna Başvurulabileceğine Dair Yargıtay Kararları Üzerine” (Ed.) Çağlar, Tacar: *Türkiye Barolar Birliği Spor Hukuku Kurulu Av. Türker Arslan Armağanı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2021, s. 611-612.

¹³ 25.06.2015 tarihli Türkiye Futbol Federasyonu Olağan Seçimli Genel Kurulu'nda kabul edilen Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü'nde yapılan değişiklikler için bkz. 11.07.2015 tarihli ve 29413 sayılı Resmî Gazete (<https://www.resmigazete.gov.tr/ilanlar/eskiilanlar/2015/07/20150711-4.htm#%C3%A701>, ET: 27.10.2022).

¹⁴ EKŞİ, *Spor Tahkim Hukuku*, s. 143, 330; EKŞİ, *Uyuşmazlık Çözüm Kurulu*, s. 320, 329.

¹⁵ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 611-612.

¹⁶ EKŞİ, *Spor Tahkim Hukuku*, s. 143. 25.06.2015 tarihli Türkiye Futbol Federasyonu Olağan Seçimli Genel Kurulu'nda kabul edilen Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü'nde yapılan değişiklikler için bkz. 11.07.2015 tarihli ve 29413 sayılı Resmî Gazete (<https://www.resmigazete.gov.tr/ilanlar/eskiilanlar/2015/07/20150711-4.htm#%C3%A701>, ET: 27.10.2022).

¹⁷ EKŞİ, *Spor Tahkim Hukuku*, s. 334; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 612.

¹⁸ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 612.

¹⁹ EKŞİ, *Spor Tahkim Hukuku*, s. 251, 279, 271; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 612.

- b) Kulüpler ile futbolcular, profesyonel teknik adamlar, antrenörler, futbol menajerleri,
- c) Futbol menajerleri ile futbolcular, profesyonel teknik adamlar, antrenörler, arasında sözleşmeden doğan futbolla ilgili tüm uyuşmazlıkları, taraflarının başvurusu üzerine münhasıran görevli ve yetkili olarak inceler ve karara bağlar. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Hakem Heyeti tarafından verilen kararlar, Tahkim Kurulu'na itiraz edilmemesi ya da itiraz üzerine verilen Tahkim Kurulu kararı ile kesinleşir.

2 - Uyuşmazlıklar, tarafların seçeceği veya seçilmiş sayılacağı iki hakem ile Başkanlar Kurulu'ndan bir Başkan'dan oluşan Hakem Heyeti tarafından incelenip karara bağlanır. Hakem Heyeti, uyuşmazlıkta haklı olan tarafın varsa vekili için, resmi ücret tarifesine göre Asliye Mahkemelerinde takip edilen davalar için uygulanan maktu avukatlık ücreti kadar vekâlet ücretine hükmeder.

3 - Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun çalışma usul ve esaslarına ilişkin hususlar Yönetim Kurulu tarafından hazırlanan talimat ile belirlenir.”

D. Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun Futbolla İlgili Sözleşmelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar Bakımından İhtiyari Yetkili Olduğu İkinci Dönem

11.07.2015 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikler kapsamında TFF Statüsü'nün 56'ncı maddesinde düzenlenen UÇK'nın yargılama yetkisi, Anayasa Mahkemesinin kararından²⁰ sonra yeniden düzenlenmiştir. Karara konu başvuruda özetle, 5894 sayılı Kanun'un, “İlk derece hukuk kurulları kulüp lisansı ile ilgili kararlar almaya veya bu Kanun, TFF Statüsü, TFF'nin diğer talimat ve düzenlemeleri ile diğer yetkili TFF kurul ve organları tarafından alınacak kararlara ilişkin olarak çıkacak ihtilaflarda karar vermeye münhasıran yetkilidir.” şeklindeki 5'inci maddesinin ikinci fıkrasının, “Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) bünyesinde kurulan ilk derece hukuk kurullarını görev ve yetkileri kapsamında bulunan ihtilaflarda münhasıran yetkili kıldığı ancak Anayasa'nın 59. maddesine göre yalnızca spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı zorunlu tahkim yoluna gidilebileceği ifade edilmiştir. Başvuru kararında ayrıca, futbolla ilgili sözleşmelerden doğan alacak haklarına ilişkin uyuşmazlıkların Anayasa'nın 59. maddesi kapsamında olmadığı ve genel hükümlere göre adli yargı mercilerince incelenmesi gerektiği, Anayasa'nın 59. maddesinde yapılan değişiklik gerekçesinde de bu hususun açıkça ifade edildiği belirtilmiştir. Buna rağmen itiraz konusu kural ve bu kuralın ayrıntılarının düzenlendiği TFF Statüsü ile Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Talimatı'nda futbola ilişkin sözleşmelerden doğan alacak haklarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde yalnızca tahkime gidilebileceğinin öngörülmesi suretiyle söz konusu uyuşmazlıkların yargı denetimine kapatıldığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 9., 10., 11., 36., 59. ve 142. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür”²¹. Anayasa Mahkemesi ise iptal kararında, “İlk derece hukuk kurullarının münhasıran yetkili olduğunu belirten itiraz konusu kural ile bu kurullar tarafından verilen kararlara karşı yargı yoluna başvurulamayacağını düzenleyen (3) numaralı fıkranın ikinci cümlesi birlikte değerlendirildiğinde, ilk derece hukuk kurullarının, bakacağı ihtilaflarda başvurulabilecek tek yetkili merci olduğu ve anılan kurulların görev ve yetkisinde bulunan konularda tahkim dışında başka bir hukuki yola başvurulamayacağı”²² hususunu tespit ederek ve “Anayasa'nın 59. maddesinde spor federasyonlarının yalnızca spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı zorunlu tahkim yoluna başvurulabileceği ve tahkim kurulu kararlarına karşı yargı merciine başvurulamayacağı öngörülmesine rağmen, itiraz konusu kuralda böyle bir ayırım yapılmaksızın ilgili mevzuat ile TFF kurul ve organlarının kararlarına ilişkin olarak çıkacak tüm uyuşmazlıklar bakımından ilk derece hukuk kurullarının münhasıran karar vermekle yetkili kılınması ve ilk derece hukuk kurullarının kararlarına karşı

²⁰ AYM, T. 18.01.2018, E. 2017/136, K. 2018/7 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, ET: 30.08.2022).

²¹ AYM, T. 18.01.2018, E. 2017/136, K. 2018/7, s. 3, § 3.

²² AYM, T. 18.01.2018, E. 2017/136, K. 2018/7, s. 6, § 22.

yargı yoluna başvurulmasının engellenmesi, Anayasa'nın 59. maddesinde yer alan düzenlemeyle bağdaşmadığı gibi ilgililerin mahkemeye erişim hakkını ortadan kaldırmakta ve hak arama hürriyetinin özüne"²³ dokunduğunu vurgulayarak başvuruya konu maddenin Anayasa'nın 2, 13, 36 ve 59'uncu maddelerine aykırı olduğunu ifade etmiştir²⁴. Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi, 18.01.2018 tarihli kararıyla, 5894 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinin ikinci fıkrasını Anayasa'ya aykırı olması nedeniyle iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararı 02.03.2018 tarihinde 30348 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış, akabinde karara uygun olarak değişiklik yapılan UÇK Talimatı ise 02.03.2019 tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁵. Ancak TFF Statüsü'nde değişiklik UÇK Talimatı yayımlandıktan sonra, 16.06.2019 tarihli Genel Kurul kararıyla yapılmıştır. TFF Statüsü'nün 56'ncı maddesi şu şekildedir:

“Madde 56 Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun Görev ve Yetkileri

1. (01.06.2019 tarihli Genel Kurul kararı ile değişik) Uyuşmazlık Çözüm Kurulu, taraflarca yetkisinin kabul edilmesi halinde; kulüpler, futbolcular, teknik adamlar ve futbol menajerlerinin, aralarındaki futbolla ilgili her türlü sözleşmeden doğan ihtilafları inceler ve karara bağlar. Bununla birlikte sportif cezalarla, yetiştirme tazminatına ilişkin ihtilaflar münhasıran Uyuşmazlık Çözüm Kurulu önünde çözülür.

2. (01.06.2019 tarihli Genel Kurul kararı ile değişik) Kurul, uyuşmazlıkta haklı olan tarafın varsa vekili için, resmi ücret tarifesine göre Asliye Mahkemelerinde takip edilen davalar için uygulanan maktu avukatlık ücreti kadar vekâlet ücretine hükmeder.

3. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun çalışma usul ve esaslarına ilişkin hususlar Yönetim Kurulu tarafından hazırlanan talimat ile belirlenir.”

Daha sonra, TFF Yönetim Kurulunun 14.06.2019 tarihli ve 1 sayılı toplantısında kabul edilen 17.06.2019 tarihli UÇK Talimatı'nın yürürlüğe girmesiyle, 02.03.2019 tarihinde yürürlüğe giren UÇK Talimatı, yürürlükten kaldırılmıştır. İfade edilmesi gerekir ki bu çalışmanın devamında UÇK, 17.06.2019 yürürlük tarihli UÇK Talimatı²⁶ ve güncel TFF Statüsü²⁷ kapsamında incelenmektedir.

E. 5894 Sayılı Kanun, Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü ve 17.06.2019 Yürürlük Tarihli Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Talimatı Kapsamında Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun Oluşumu ve Yapısı

TFF Statüsü'nün 55'inci maddesinin birinci fıkrası ve UÇK Talimatı'nın 3'üncü maddesi uyarınca Uyuşmazlık Çözüm Kurulu, en az 10 yıllık mesleki tecrübeye sahip hukukçular arasından Yönetim Kurulu tarafından seçilecek bir başkan, altı asıl ve altı yedek üye olmak üzere toplam 13 üyeden oluşur, TFF'nin ilk derece hukuk kurullarından biridir. UÇK'nın görev süresi ise Yönetim Kurulunun görev süresinden bağımsız olarak dört yıldır²⁸. UÇK üyelerinin taşınması gereken diğer zorunlu koşullar ve üyelerin ataması yapılırken tercih sebebi niteliğinde olan kriterler UÇK Talimatı'nın 3'üncü maddesinde ayrıntılı olarak sayılmıştır. Ancak konu bütünlüğünden uzaklaşmamak adına burada bu ayrıntılara yer verilmemiştir.

²³ AYM, T. 18.01.2018, E. 2017/136, K. 2018/7, s. 6, § 23.

²⁴ AYM, T. 18.01.2018, E. 2017/136, K. 2018/7, s. 6, § 23.

²⁵ Türkiye Futbol Federasyonu Resmi İnternet Sitesi, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Kararında Değişiklik (<https://www.tff.org/default.aspx?pageID=687&ftxtID=30835>, ET: 20.09.2022).

²⁶ Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Talimatı (Yürürlük Tarihi: 17.06.2019, Son değişiklik Tarihi: 21.07.2022, <https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TALIMATLAR/UÇK-Talimatı.pdf>, ET: 20.09.2022).

²⁷ Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü (<https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TFF-KANUN-STATU/TFF-Statusu.pdf>, ET: 20.09.2022).

²⁸ TFF Statüsü m. 55/2, s. 31/46.

UÇK, kararlarını en az 5 üye ile toplanarak, toplantıda hazır bulunan üyelerin salt çoğunluğunun oyu ile almaktadır²⁹. Oyların eşit olması hâlinde ise başkanın oyu dikkate alınarak karar belirlenmektedir³⁰.

Kurul, tarafsız ve bağımsız olup üyeler görevleri süresince tarafsızlıklarını ve bağımsızlıklarını korumakla yükümlüdür³¹. Benzer şekilde, kurulun kararlarında ve görevinde bağımsız olduğu ayrıca UÇK Talimatı'nda da ifade edilmiştir³².

UÇK'nın çalışma esas ve usulleri UÇK Talimatı'nda düzenlenmiştir³³. UÇK Talimatı beş bölümden oluşmakta olup birinci bölümde “kurulun yargı yetkisi ve oluşumu”; ikinci bölümde “kurula başvuru usulü ve ilk inceleme”; üçüncü bölümde “kurulun çalışma usul ve esasları”; dördüncü bölümde “yargılama sürecine ilişkin kurallar”; beşinci bölümde ise “diğer hükümler” yer almaktadır. Diğer Hükümler başlıklı beşinci bölüm kapsamında ise “uygulanacak usul kuralları”, “uygulanacak maddi hukuk”, “süreler”, “ihtiyati tedbir”, “yargılama giderleri ve vekâlet ücreti”, “huzur hakkı” olmak üzere usule ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

II. UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM KURULUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE YARGILAMA YETKİSİ

A. Genel Olarak

UÇK'nın hukuki niteliğinin belirlenebilmesi için öncelikle UÇK'nın yargılama yetkisinin açıklanması gerekmektedir. Bu doğrultuda, TFF Statüsü'nün “Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun Görev ve Yetkileri” başlıklı 56'ncı maddesinin birinci fıkrası ve 17.06.2019 yürürlük tarihli UÇK Talimatı'nın “Kurulun Görev ve Yetkileri” başlıklı 2'nci maddesinin birinci fıkrası dikkate alındığında UÇK'nın ihtiyari yargılama yetkisi ve zorunlu yargılama yetkisi olarak iki farklı görev ve yetkisi bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

TFF Statüsü'nün 56'ncı maddesinin birinci fıkrasına göre UÇK, *tarafarca yetkisinin kabul edilmesi hâlinde* kulüpler, futbolcular, teknik adamlar ve futbol menajerlerinin, aralarındaki futbolla ilgili her türlü sözleşmeden doğan ihtilafları inceler ve karara bağlar. Bununla birlikte *sportif cezalarla, yetiştirme tazminatına ilişkin ihtilaflar münhasıran* UÇK önünde çözülür.

TFF Statüsü ile uyumlu olarak, 17.06.2019 yürürlük tarihli UÇK Talimatı'nın 2'nci maddesine göre, UÇK, *tarafarca görevinin kabul edilmesi hâlinde* kulüpler, futbolcular, teknik adamlar ve futbol menajerlerinin, aralarındaki futbolla ilgili her türlü sözleşmeden doğan ihtilafları inceler ve karara bağlar. Buna karşılık UÇK, *sportif cezalar ve yetiştirme tazminatına ilişkin ihtilaflarda münhasıran* görevlidir.

5894 sayılı Kanun'un, 5'inci maddesinin dokuzuncu fıkrasında, ilk derece hukuk kurullarının adil ve tarafsız şekilde, taraflar arasındaki eşitliği gözeterek ve hukuki dinlenilme hakkına riayet ederek *ilk derece tahkim yargılaması* yaptığı açıkça ifade edilmiştir. Buna göre, UÇK bir tahkim yargılaması gerçekleştirmektedir. Bunun yanında, gerçekleştirdiği faaliyetin niteliği de dikkate alındığında, önceden belirlenmiş usuller çerçevesinde, tarafların iddia ve savunmalarının, ispat araçları aracılığı ile bağımsız ve tarafsız üçüncü kişiler tarafından değerlendirilerek bağlayıcı karar verilmesi dolayısıyla, UÇK'nın faaliyetinin bir yargılama faaliyeti olduğu ve tahkim yolu olduğu değerlendirilebilirdi.

Tahkim, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği özel hukuktan kaynaklanan bir uyuşmazlığın tarafların iradeleri doğrultusunda devlet mahkemeleri yerine “hakem” adı verilen bir veya

²⁹ TFF Statüsü m. 55/5, s. 31/46; UÇK Talimatı m. 10/1, s. 5.

³⁰ TFF Statüsü m. 55/5, s. 31/46; UÇK Talimatı m. 10/1, s. 5.

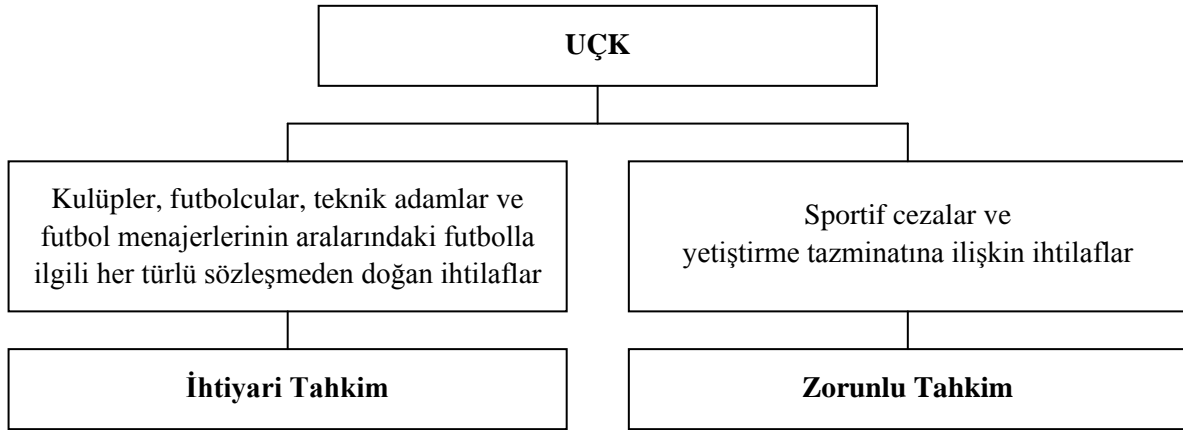
³¹ TFF Statüsü m. 55/4, s. 31/46.

³² UÇK Talimatı m. 11/1, s. 5; m. 3/6, s. 2.

³³ UÇK Talimatı m. 1.

birden fazla kişiden oluşan bir yapı tarafından bağlayıcı olarak çözümlenmesidir³⁴. Bir uyuşmazlığın tahkim aracılığıyla çözümlenebilmesi için o uyuşmazlığın tahkime elverişli bir uyuşmazlık olması ve *kural olarak* tarafların uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümleneceğine dair aralarında anlaşmış olmaları gerekmektedir³⁵. Buna karşılık, kanun koyucu bazı uyuşmazlıklar açısından bu uyuşmazlıkların tahkim ile çözümlenmesini zorunlu kılmıştır³⁶. Zorunlu olarak tahkime müracaatın öngörüldüğü uyuşmazlıklar açısından tarafların devlet mahkemelerinde dava açmaları mümkün değildir³⁷. Böyle bir durumda taraflar uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için özel kanunlarda öngörülmüş hakemlere/hakem kurullarına başvurmak zorundadır³⁸.

UÇK, futbolla ilgili sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar açısından tarafların onu yetkilendirmeleri koşuluyla yargılama yapabilen bir kurul olduğundan UÇK'nın bu yetkisi ihtiyari tahkim, UÇK ise ihtiyari hakem heyetidir. Sportif cezalar ve yetiştirme tazminatına ilişkin uyuşmazlıklar açısından ise UÇK münhasıran yetkili bir kurul olarak zorunlu tahkim niteliğindedir.



Bununla birlikte bu aşamada değinilmesi gereken bir diğer husus ise UÇK'nın kurumsal tahkim niteliğinde olup olmadığıdır. Tahkim faaliyeti, bir kurum/kuruluş tarafından o kurum/kuruluşun koyduğu kurallarla yönetiliyorsa bu durumda bu tahkim kurumsal tahkim olarak adlandırılmaktadır³⁹. *Ad hoc* tahkim ise idari işlemler de dâhil olmak üzere tahkim sürecinin başından sonuna kadar tarafların seçtiği hakem veya hakemler tarafından yönetildiği, somut uyuşmazlık kapsamında geçici süreliğine teşekkül eden, kurumsal tahkimin karşıtı bir yöntemdir⁴⁰. Kurumsal tahkim ve *ad hoc* tahkim ayrımı kapsamında UÇK'nın bir kurumsal tahkim yapılanması olduğu ifade edilebilir. Nitekim UÇK, 5894 sayılı Kanun kapsamında kurulmuş, çalışma usul ve esaslarının TFF Statüsü ve UÇK Talimatı'yla düzenlendiği, üyeleri TFF Yönetim Kurulu tarafından atanmış TFF bünyesinde yer alan yerleşik bir kuruldur. Bununla birlikte UÇK; Kurulun idari işlerini yürütmek, başvuruları kurula sunmakla görevli, kurul başkanına bağlı olarak çalışan TFF Yönetim Kurulu tarafından görevlendirilmiş yeterli sayıda koordinatörlüğe sahiptir⁴¹. Kurulun sekreterlik hizmetleri ise UÇK başkanının önerisi üzerine TFF Yönetim Kurulu tarafından belirlenmiş yeterli sayıda sekreter tarafından yerine getirilmektedir⁴². Ayrıca UÇK'nın çalışma usul ve esasları UÇK Talimatı kapsamında önceden belirlenmiş kurallar çerçevesinde

³⁴ ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: *Medeni Usul Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 731; ERDOĞAN, Ersin: *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 27.

³⁵ AKINCI, Ziya: *Milletlerarası Tahkim*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 5.

³⁶ ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 732.

³⁷ AKINCI, s. 5-6.

³⁸ AKINCI, s. 5-6.

³⁹ YILMAZ, Ejder: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi 4. Cilt*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 5387.

⁴⁰ YILMAZ, s. 5387-5388.

⁴¹ UÇK Talimatı m. 5/1-2, s. 2.

⁴² UÇK Talimatı m. 5/3, s. 3.

sinde yönetilmektedir. Diğer bir ifadeyle, UÇK'yı ihtiyari hakem heyeti olarak görevlendiren taraflar bu yargılamada UÇK Talimatı'nda yer alan çalışma usul ve esaslarını da önceden kabul etmiş sayılmaktadır.

B. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Yargılama Sürecinde Uygulanacak Usul Kuralları

UÇK Talimatı'nın "Uygulanacak Usul Kuralları" başlıklı 15'inci maddesinde, "*Uyuşmazlık Çözüm Kurulu, yargılama sürecinde işbu talimatta geçen usul kuralları ile yargılamaya ilişkin diğer mevzuatın bu talimata aykırı olmayan hükümlerini uygular.*" düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenleme uyarınca yargılamaya ilişkin mevzuat hükümlerinden ne anlaşılması gerektiğinin bu aşamada tartışılması gerekmektedir.

UÇK'nın niteliği gereğince bir tahkim kurulu olması nedeniyle UÇK'nın yargılama sürecinde, UÇK Talimatı'nda yer alan usul kuralları ile UÇK talimatına aykırı olmamak kaydıyla *tahkime ilişkin* Türk hukukunda yer alan mevzuat hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Ancak burada ikili bir ayırım yapılması gerekir. Bilindiği üzere, ihtiyari tahkim çeşitli ölçütlere göre ayırlara tabi tutulmaktadır. Bu ayırlardan birisi de milli tahkim-milletlerarası tahkim ayırımıdır⁴³. Milli, diğer bir ifadeyle iç tahkim, yabancılık unsuru ihtiva etmeyen ve tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıkların çözümlendiği tahkim iken milletlerarası tahkim, yabancılık unsuru ihtiva eden ve tahkim yerinin⁴⁴ Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar açısından uygulama alanı bulan tahkimdir⁴⁵. Başka bir ifadeyle, milli ve milletlerarası tahkim ayırımında, tahkim usulüne hangi kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği meselesinde tahkime konu uyuşmazlığın yabancılık unsuru içerip içermediği ve tahkim yeri önem arz etmektedir⁴⁶. Buna göre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 407'nci maddesi uyarınca HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun (MTK) tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulurken, MTK'nın 1'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yabancılık unsuru içeren ve tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklarda veya MTK'nın taraflarca yahut hakem/hakemler tarafından uygulanacağını kararlaştırıldığı uyuşmazlıklarda MTK uygulama alanı bulmaktadır⁴⁷. Buna göre UÇK'nın ihtiyari tahkim yetkisinin taraflarca kabul edildiği uyuşmazlıklar, yabancılık unsuru içermekte ve tahkim yeri Türkiye olarak belirlenmiş ise HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri, UÇK Talimatı'na aykırı olmamak koşuluyla, UÇK Talimatı'nda düzenlemeyen hususlarda uygulama alanı bulur.

C. Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun İhtiyari Tahkim Yolu Olarak Yetkisi

1. Yabancılık Unsuru İhtiva Etmeyen Uyuşmazlıklarda Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun İhtiyari Hakem Heyeti Olarak Görevlendirilmesi

UÇK, TFF Statüsü'nün 56'ncı maddesinin birinci fıkrası ve UÇK Talimatı'nın 2'nci maddesi uyarınca kulüpler, futbolcular, teknik adamlar ve futbol menajerlerinin aralarında imzaladıkları futbolla ilgili sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde ihtiyari hakem heyeti olarak yetkilendirilebilmektedir. Buna göre, UÇK'nın ihtiyari kurul görevini yerine getirebilmesi için,

- UÇK tarafından incelenecek ve hakkında karar verilecek olan uyuşmazlığın "*kulüpler, futbolcular, teknik adamlar ve futbol menajerleri*" arasında vuku bulması ve
- Futbolla ilgili bir sözleşmeden kaynaklanması gerekmektedir.

⁴³ YILMAZ, s. 5387.

⁴⁴ Bu konuda MTK m. 1/II hükmü için ayrıntılı tartışmalar hakkında bkz. ERDOĞAN, s. 46 vd.

⁴⁵ YILMAZ, s. 5388.

⁴⁶ BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol: *Medeni Usul Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 410.

⁴⁷ ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 732.

Ayrıca, UÇK'nın ihtiyari hakem heyeti olarak yetkilendirilebilmesi için UÇK'nın yetkisinin taraf-larca kabul edilmesi gerekir. Nitekim UÇK Talimatı'nın "Başvuru" başlıklı 6'ncı maddesinin "g" ben-dine göre, "Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun görevinin kabul edildiğini gösterir anlaşma" UÇK'ya başvuru sırasında teslim edilmesi gereken zorunlu unsurlar arasında sayılmıştır. UÇK Talimatı'nın 7'nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, zorunlu unsurları eksik olan dilekçe, UÇK Koordinatörlüğü tarafından eksiklerin tamamlanması için davacıya iade edilmekte, başvurunun yapılmamış sayılmama-sı için eksik olan zorunlu unsur veya unsurların yedi gün içinde tamamlanması gerekmektedir. Bu doğrultuda, zorunlu unsurlar kapsamında sayılan "Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun görevinin kabul edildiğini gösterir anlaşmanın" eksik olması hâlinde dilekçe başvurusuna iade edilecek olup söz konu-su eksikliğin yedi gün içerisinde tamamlanmaması hâlinde başvuru yapılmamış sayılır.

Tarafların ihtiyari olarak UÇK'yı yetkilendirebilmeleri için aralarında yazılı bir anlaşma yapmalar-ı gerekmektedir. Ancak UÇK Talimatı'nda bu anlaşmanın nasıl yapılacağına ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu doğrultuda, UÇK'nın görevlendirildiğine ilişkin anlaşmanın da HMK'nın 412'nci maddesine göre geçerli olup olmadığına değerlendirilmesi gerekmektedir. HMK'nın 412'nci maddesinde tahkim sözleşmesinin tanımı ve şeklen taşıması gereken özellikler detaylı bir şekilde ifade edilmiştir. İlgili madde uyarınca, tahkim sözleşmesi, taraflar arasında sözleşmeden veya sözleşme dışı bir ilişkiden doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlığın hakem veya hakem kurulunca çözümlenmesi-ne yönelik yapmış oldukları anlaşmadır⁴⁸. Tahkim sözleşmesi, ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilece-ği gibi taraflar arasında mevcut olan maddi hukuk sözleşmesi içerisinde bir şart olarak da yer alabilir⁴⁹. Bu doğrultuda, futbolla ilgili sözleşmenin tarafları bu sözleşmeyi imzalarken sözleşmeye, söz konusu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların UÇK tarafından çözümleneceğine ilişkin bir hüküm koyabi-lecekleri gibi taraflar sözleşme imzalandıktan veya uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra da ayrı bir sözleşme yaparak bu uyuşmazlığın UÇK tarafından çözümleneceğini kararlaştırabilir. Taraflar arasın-da yapılacak olan tahkim sözleşmesi HMK'nın 412'nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca yazılı şekle tabidir. Bununla birlikte, yazılı şekil şartından ne anlaşılması gerektiği ilgili maddede detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, tarafların yazılı şekil şartını yerine getirdiğinin kabul edilebilmesi için anlaşma taraflarca imzalanmış bir belgeye dayandırılabilir gibi tarafların arasında mevcut olan mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracıyla da kurulmuş olabilir. Ancak aynı maddede yer alan "dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir" düzenlemesinin UÇK'nın yargılaması açısından ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Kural olarak, "Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun görevinin ka-bul edildiğini gösterir anlaşma" UÇK'ya başvuru sırasında dilekçe ve eklerinde sunulması gereken zorunlu unsurlar arasında sayıldığından, başvuru dilekçesinde UÇK'nın görevli olduğuna ilişkin bir anlaşmanın varlığının iddia edilmesi ve bu iddiaya karşı davalı tarafın herhangi bir itirazının olmaması durumunda taraflar arasında bir tahkim sözleşmesinin varlığının kabul edilmesi mümkün olmayıp bu durumda bu eksikliğin yedi gün içerisinde tamamlanmaması hâlinde başvurunun yapılmamış sayılma-sına karar verilmesi gerekmektedir. Ancak UÇK Talimatı'nda yer alan "Geçici Madde 2" uyarınca, UÇK'nın önüne getirilen uyuşmazlık, 02.03.2019 tarihinden önce taraflar arasında imzalanan bir sözleşmeden doğmuş ve bu uyuşmazlık Kurulun önüne 02.03.2019 tarihinde ve bu tarihten sonra getiril-mişse bu durumda davalı taraf, dilekçenin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde UÇK'nın yetkisine itiraz etmemişse bu hâlde davalı tarafın da UÇK'nın ihtiyari yetkisini kabul ettiği varsayılarak UÇK yetkili hâle gelmektedir.

Dolayısıyla, tarafların arasında UÇK'nın uyuşmazlık bakımından yetkili kılındığına ilişkin bir anlaşma mevcut değilse, taraflar futbolla ilgili sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için devlet mahkemelerinde dava açabilecekleri gibi bu uyuşmazlığın hakem heyetince tahkim yargılama-sıyla da çözümlenmesini daha sonra akdedebilecekleri bir tahkim anlaşması ile de kararlaştırabilirler.

⁴⁸ BUDAK / KARAASLAN, s. 409.

⁴⁹ BUDAK / KARAASLAN, s. 412; YILMAZ, s. 5413.

2. Yabancılık Unsuru İhtiva Eden Uyuşmazlıklarda Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun Yetkisi

Öncelikle belirtmek gerekir ki, TFF Statüsü'nün "Hukuk Kurullarının Yetki Alanı" başlıklı 63'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında TFF Hukuk Kurullarının yetki alanı sınırlandırılmıştır. İlgili düzenleme uyarınca, TFF Hukuk Kurulları ulusal uyuşmazlıklar açısından yetkili iken, uluslararası uyuşmazlıklarda TFF Hukuk Kurullarının yetkisi mevcut olmayıp bu uyuşmazlıklar açısından FIFA yetkili kılınmıştır⁵⁰. Bu doğrultuda, yürürlükte olan bu düzenleme dikkate alındığında yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar açısından Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun yetkili kılınması mümkün değildir⁵¹. Bir diğer ifadeyle UÇK, yalnızca ulusal nitelikli uyuşmazlıklarda yetkili bir kuruldur⁵².

Mevcut hükümler kapsamında, uluslararası nitelik taşıyan uyuşmazlıkların UÇK tarafından çözülebilmesi mümkün görünmemektedir. Ancak yabancılık unsuru içeren ihtilafların çözümünde TFF Hukuk Kurulları'nın taraflarca yetkilendirilebileceğine ilişkin bir değişiklik yapılmasıyla, futbolla ilgili sözleşmelerden kaynaklanan ve yabancılık unsuru içeren bu uyuşmazlıkların UÇK tarafından çözümlenmesi mümkün olabilir⁵³. Nitekim FIFA'nın "Oyuncuların Statüsüne ve Transferine İlişkin Talimatı'nın (*Regulations on the Status and Transfer of Players*)"⁵⁴ 22'nci maddesinde yer alan düzenlemeler dikkate alındığında, tarafların hukuk mahkemelerine başvurma hakları saklı kalmakla birlikte, yabancılık unsuru içeren bir iş uyuşmazlığının dernek ve/veya toplu iş sözleşmesi çerçevesinde kurulmuş ulusal tahkim mahkemelerince çözümlenebilmesi; taraflar arasında bu uyuşmazlığın söz konusu ulusal tahkim mahkemesince çözümleneceğine ilişkin yazılı bir anlaşmanın var olması ve tahkim mahkemesinin bağımsız olması koşuluyla mümkün kabul edilmektedir⁵⁵. Aksi takdirde uyuşmazlığın çözümünde "FIFA Uyuşmazlık Çözüm Dairesi (*Dispute Resolution Chamber*)" yetkili olacaktır⁵⁶.

D. Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun Münhasır Yetkisi

1. Genel Olarak

Yukarıda değinildiği üzere, UÇK, sportif cezalar ve yetiştirme tazminatına ilişkin uyuşmazlıklar açısından münhasıran yetkili kılınmıştır. Diğer bir ifadeyle taraflar, sportif cezalar ve yetiştirme tazminatından kaynaklanan uyuşmazlıklar açısından yalnızca UÇK'ya başvurma hakkına sahip olup bu uyuşmazlıklara ilişkin devlet mahkemelerinde dava açamayacakları gibi ihtiyari tahkime de başvuramayacaklardır. UÇK söz konusu uyuşmazlıklar açısından ilk derece zorunlu tahkim kurulu niteliğindedir.

Konunun okuyucuya daha iyi aktarılabilmesi amacıyla bu aşamada sportif ceza ve yetiştirme tazminatı kavramlarından bahsedilmesi gerekir.

Sportif ceza, futbolcu ile kulübü arasında imzalanan profesyonel futbolcu sözleşmesinin koruma dönemleri içerisinde haksız olarak feshedilmesi neticesinde sözleşmenin diğer tarafının talebi üzerine UÇK tarafından futbolcuya veya kulübe uygulanan cezadır⁵⁷.

⁵⁰ TFF Statüsü m. 63/3, s. 36/46.

⁵¹ YILMAZ, Alper Çağrı: *FIFA ve CAS Kuralları Çerçevesinde Uluslararası Nitelikli Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinin Feshi*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 362, 371.

⁵² GÜNER, Cemil: "Yabancı Unsurlu Futbol Menajerliği Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları ve Uygulanacak Hukuk", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2019, Cilt 77, Sayı 1, s. 118.

⁵³ YILMAZ, Alper Çağrı, s. 370-371.

⁵⁴ FIFA, *Regulations on the Status and Transfer of Players*, July 2022 Edition (<https://digitalhub.fifa.com/m/cb37201b05fe8f7/original/Regulations-on-the-Status-and-Transfer-of-Players-July-2022-edition.pdf>, ET: 12.08.2022).

⁵⁵ FIFA, *Regulations on the Status and Transfer of Players*, July 2022 Edition m. 22/1-b-c, s. 36.

⁵⁶ FIFA, *Regulations on the Status and Transfer of Players*, July 2022 Edition m. 23/1, s. 37.

⁵⁷ BİLGİNOĞLU, s. 56-57; EKŞİ, *Spor Tahkim Hukuku*, s. 256; ERTAŞ, Şeref / PETEK, Hasan: *Spor Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 354-355; PETEK, Hasan: "Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinin Feshinde Sportif Cezalar", *İzmir Barosu Dergisi*, 2017, Cilt 82, Sayı 1, s. 237.

Sportif cezalar, 11.08.2016 yürürlük tarihli Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı⁵⁸ kapsamında düzenlenmiştir. Talimat'ın 30'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre, futbolcunun sözleşmeyi koruma dönemlerinde haklı bir nedene dayanmaksızın feshetmesi hâlinde futbolcu aleyhine sportif ceza uygulanabilmektedir⁵⁹. Koruma dönemi, "*pacta sunt servanda*" bir diğer ifadeyle "ahde vefa" ilkesinin somut bir görünüm biçimi olarak tanımlanabilir⁶⁰. Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı çerçevesinde, koruma dönemi, "*profesyonel futbolcunun 28 yaşından önce imzaladığı sözleşmelerin yürürlüğe girmesini takip eden üç yıllık veya üç sezonluk dönemi*" veya "*profesyonel futbolcunun 28 yaşından sonra imzaladığı sözleşmelerin yürürlüğe girmesini takip eden iki yıllık veya iki sezonluk dönemi*" kapsamaktadır⁶¹. Profesyonel futbolcu sözleşmesi koruma döneminden sonra feshedilmiş ise bu durumda sportif ceza uygulanmayacaktır⁶². Örneğin, Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı'nın 30'uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca futbolcuya verilen dört ay süreyle resmi müsabakalardan men cezası bir sportif cezadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, yetiştirme tazminatına ilişkin uyuşmazlıklar da münhasıran Uyuşmazlık Çözüm Kurulu tarafından karara bağlanmaktadır⁶³. Başka bir ifadeyle, UÇK, yetiştirme tazminatından kaynaklanan uyuşmazlıklar açısından da zorunlu tahkim kurulu niteliğindedir.

Yetiştirme tazminatına ilişkin düzenlemeler, Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı kapsamında yer almasına rağmen ilgili Talimatta bu kavramın tanımı açıkça yapılmamıştır. Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı'nın 16'ncı maddesi ve bu talimatın "Yetiştirme Tazminatının Hesaplanması ve Ödenmesi" başlıklı Ek 1'inden yararlanılarak yetiştirme tazminatının tanımı yapılabilir. Buna göre yetiştirme tazminatı, amatör futbolcunun profesyonelliğe geçişinde ve profesyonel statüsünü bozmadan futbolcunun 23 yaşını doldurana kadar yapacağı kulüp transferlerinde futbolcuyu 12-23 yaşları arasında eğiten ve yetiştiren kulüp veya kulüplere, futbolcu ile profesyonellik sözleşmesi imzalayan kulüp tarafından ödenen tazminat olarak tanımlanabilir⁶⁴. Başka bir ifadeyle, yetiştirme tazminatı, futbolcunun profesyonel ilk sözleşmesini imzalaması veya profesyonel statüde başka bir kulübe transfer olması hâlinde o futbolcuyu yetiştiren kulübe/kulüplere 12-23 yaşları arasında futbolcuyu yetiştirmesi nedeniyle ödenen ücrettir⁶⁵.

Sportif cezalar ve yetiştirme tazminatına ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde UÇK'nın münhasıran diğer bir ifadeyle zorunlu tahkim kurulu olarak görevli olması nedeniyle, taraflar bu uyuşmazlıklara ilişkin mahkemeye, ihtiyari tahkime veya diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuramazlar⁶⁶.

2. Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun Münhasır Yetkisinin Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü ve Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Talimatına Dayanması Sorunu

İhtiyari tahkime başvurulabilmesi için tarafların arasında uyuşmazlığın hakem heyetince çözümlenmesine yönelik bir anlaşmanın mevcut olması gerekirken⁶⁷ zorunlu tahkimde uyuşmazlığın hakem

⁵⁸ Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı (Yürürlük Tarihi: 11.08.2016, Son Değişiklik Tarihi: 05.08.2022, <https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TALIMATLAR/Profesyonel-Futbolcularin-Statüsü-ve-Transferleri-Talimatı.pdf>, ET: 22.09.2022).

⁵⁹ Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı m. 30/1, s. 16.

⁶⁰ BAŞTÜRK, Faruk: *Uluslararası Spor Federasyonlarında İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü: FIFA ve FIBA Örneği*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 148.

⁶¹ Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı m. 2/h, s. 3.

⁶² Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı m. 30/3, s. 17.

⁶³ TFF Statüsü m. 56/1, s. 31/46; UÇK Talimatı m. 2/2, s. 1.

⁶⁴ Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı m. 16, s. 9-10; Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı, Ek 1, s. 21-23.

⁶⁵ BİLGİNOĞLU, s. 59; EKŞİ, *Spor Tahkim Hukuku*, s. 264-267; ERTAŞ / PETEK, s. 373.

⁶⁶ EKŞİ, *Uyuşmazlık Çözüm Kurulu*, s. 321.

⁶⁷ ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema: *Medeni Usul Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 783, 784; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 739; EKŞİ, Nüray: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013 (Tahkim), s. 99; KURU, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt VI*, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001,

heyetince çözümleneceğine ilişkin taraflar arasında bir anlaşmanın var olması gerekmekte zira mecburiyet kanun hükümlerinden kaynaklanmaktadır⁶⁸. Örneğin, 5894 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin birinci fıkrası uyarınca TFF Tahkim Kurulu bağımsız ve tarafsız zorunlu tahkim merci niteliğini haizdir. Ancak UÇK'nın münhasır yetkisini incelediğimizde söz konusu yetkinin kanundan kaynaklanmadığı, diğer bir deyişle bu yetkinin TFF Genel Kurulu tarafından yapılan futbola ilişkin düzenlemeleri içeren TFF Statüsü⁶⁹ ve TFF Yönetim Kurulu tarafından hazırlanan Talimat'la⁷⁰ düzenlendiği görülmektedir.

UÇK'nın sportif cezalar ve yetiştirme tazminatına ilişkin uyuşmazlıklar açısından münhasıran yetkili olduğuna ilişkin düzenlemeler TFF tarafından yapılmış olup TFF'nin kanun koyucu olmadığı dikkate alındığında UÇK'nın ilk derece sıfatıyla zorunlu tahkim kurulu görevinin *kanuni* dayanağı bulunmamaktadır.

Yargı, devletin üç organından biridir⁷¹. Yargı kavramını ise *soyut hukuk kurallarının bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından yargısal usullere uygun olarak somut bir uyuşmazlığın çözümlenmesi amacıyla uygulanması faaliyeti* olarak tanımlayabiliriz⁷². Yargı, öğretiden tarafından şekli yargı ve maddi yargı olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir⁷³. Şekli/organik anlamda yargı, devlet tarafından kurulmuş mahkemeler tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin tümü iken maddi/işlevsel anlamda yargı uyuşmazlıkların çözümlenmesi amacıyla soyut hukuk kurallarının somut olaya uygulandığı faaliyetlerdir⁷⁴. Yargı yetkisi ise Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 9'uncu maddesine göre, "*Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır*". Mahkeme, adaletin dağıtılması için devlet tarafından kurulmuş olan muhakeme gerçekleştirilerek hüküm veren yerdir⁷⁵. Bununla birlikte, kanun koyucu bazı uyuşmazlıklar açısından devlet mahkemeleri yerine tarafların bu uyuşmazlıkları hakemler aracılığıyla çözümlenmesini kararlaştırmalarına cevaz verirken, bazı uyuşmazlıklar açısından tarafların devlet mahkemelerine başvurmalarını engelleyerek o uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için tarafları hakem sıfatını haiz olan belirli kişi ve mercilere başvurmaya zorlamaktadır⁷⁶. Zorunlu tahkimde taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının var olması aranmamakta zira tarafların bir uyuşmazlığın çözümünde zorunlu olarak tahkime başvurmalarının kaynağı özel kanun hükümlerinden kaynaklanmaktadır⁷⁷. Diğer bir ifadeyle, zorunlu tahkim ancak kanunla öngörülebilen mükün olan bir yargılama faaliyeti⁷⁸. 5894 sayılı Kanun, TFF Tahkim Kurulunu 6'ncı maddesinde düzenlemiş, bu maddenin birinci fıkrasıyla Tahkim Kuruluna ayrı bir statü kazandırmış ve Tahkim Kurulunun en üst hukuk kurulu olarak "*zorunlu tahkim merci*" olduğunu belirtmiştir. Buna göre, TFF'nin merkez teşkilatlarından biri olan "Hukuk Kurulları", 5894 sayılı kanun uyarınca İlk Derece Hukuk Kurulları ve Tahkim Kurulu olarak ikiye ayrılmaktadır. Görüldüğü üzere, TFF Tahkim Kurulunun zorunlu bir tahkim merci olduğu ve belirtilen uyuşmazlıklarda tarafların itiraz başvurusunda bulunmak için yalnızca TFF Tahkim Kurulu

s. 5938; NOMER, Ergin / EKŞİ, Nuray / ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: *Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt 1*, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 18; PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 584; TOPUZ, Gökçen: "Türkiye Futbol Federasyonu Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun Yargı Yetkisi Üzerine Düşünceler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, 2017, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan Özel Sayısı, s. 1915-1916.

⁶⁸ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ, s. 782; EKŞİ, *Spor Tahkim Hukuku*, s. 120, 139-140; EKŞİ, *Tahkim*, s. 15; KURU, s. 5876; TOPUZ, s. 1915-1916.

⁶⁹ 5894 sayılı Kanun m. 2/1-i.

⁷⁰ 5894 sayılı Kanun m. 2/1-j.

⁷¹ AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 97.

⁷² ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 28.

⁷³ AKKAN, Mine: *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt 1*, 15. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 78.

⁷⁴ ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 28-29.

⁷⁵ ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 29.

⁷⁶ ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 29.

⁷⁷ AKINCI, s. 5; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ, s. 782; EKŞİ, *Spor Tahkim Hukuku*, s. 120, 139-140; EKŞİ, *Tahkim*, s. 15; KURU, s. 5876.

⁷⁸ TOPUZ, s. 1917.

luna başvurabileceği kanuni dayanağa sahipken, 5894 sayılı Kanun'da UÇK'nın sportif cezalar ve yetiştirme tazminatından kaynaklanan uyuşmazlıklarda münhasıran yetkili olduğu diğer bir ifadeyle zorunlu tahkim kurulu olduğu düzenlenmemiştir.

Ayrıca ifade edilmesi gerekir ki sportif cezalar futbolla ilgili sözleşmelerden kaynaklanmaktadır. Öğretide de sportif cezaların, oyun kurallarının ihlal edilmesi nedeniyle verilen disiplin cezalarından farklı olduğu, zira sportif cezaların futbolcu ile kulübü arasında imzalanan sözleşmeden kaynaklandığı ifade edilmiştir⁷⁹. UÇK, sportif cezalar ve yetiştirme tazminatına ilişkin uyuşmazlıklar açısından sahip olduğu münhasır yetkisi kapsamında ilk derece zorunlu tahkim kurulu olarak görev yapmakta olup UÇK'nın vereceği kararlara karşı TFF Tahkim Kurulunca itiraz incelemesi yapılacaktır. UÇK'nın ilk derece zorunlu tahkim kurulu olarak yetkili olmasının TFF Statüsü ve Talimatları dışında bir dayanağı (kanunî) bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 9'uncu maddesinde yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı; Anayasa'nın 36'ncı maddesinde ise herkesin dava yoluyla hak arama hürriyetine sahip olduğu düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki adil yargılanmanın ön koşulu kişilerin yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir⁸⁰. Söz konusu hususlar dikkate alındığında UÇK'nın zorunlu tahkim kurulu yetkisi kanunla düzenlenmediğinden diğer bir ifadeyle kanun hükmünde olmayan TFF Statüsü ve UÇK Talimatı ile sportif cezalar ve yetiştirme tazminatından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde tarafların adli yargı mercilerine veya ihtiyari tahkime başvurma hakkının yasaklanması Anayasa'nın 36'ncı maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6'ncı maddesi ile güvence altına alınan hak arama hürriyetini ihlal etmektedir. Söz konusu uyuşmazlıklarda UÇK'nın münhasıran yetkili olduğunun kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

Bu noktada, Anayasa'nın 59'uncu maddesi açısından da düzenlemenin hatalı olduğu belirtilmelidir. Zira Anayasa'nın 59'uncu maddesinde, spor federasyonlarının *spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına* karşı zorunlu tahkim yoluna başvurulabileceği ve tahkim kurulu kararlarının kesin olduğu düzenlenmiştir. Oysa UÇK'nın münhasır yetkisinin düzenlendiği konular, spor faaliyetinin yönetimi ve disiplinine ilişkin olarak değerlendirilemez. Bu noktada, zorunlu tahkimin Anayasa hükmüne dayandığı da söylenemez.

III. UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM KURULUNUN İHTİYARİ TAHKİM KURULU OLARAK YETKİLENDİRİLDİĞİ UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN VERDİĞİ KARARLARA KARŞI TAHKİM KURULUNA İTİRAZ

UÇK talimatı hükümleri dikkate alındığında, UÇK'nın ihtiyari hakem heyeti sıfatıyla yetkilendirildiği uyuşmazlıklar açısından tarafların Tahkim Kuruluna başvurmaksızın, doğrudan HMK'nın 439'uncu maddesi uyarınca bu kararlara karşı iptal davası açması mümkün değildir. Zira UÇK Talimatı'nın 12'nci maddesinin ikinci fıkrasında, "*Uyuşmazlık Çözüm Kurulu tarafından verilen kararlar, Tahkim Kurulu'na itiraz edilmemesi ya da itiraz üzerine verilen Tahkim Kurulu kararı ile kesinleşir.*" düzenlemesine yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme uyarınca, UÇK'nın ihtiyari hakem heyeti olarak yetkilendirildiği uyuşmazlıklara ilişkin verdiği kararlara itiraz TFF Tahkim Kuruluna yapılır.

İhtiyari tahkim yolu olarak taraflarca UÇK'nın ihtiyari hakem heyeti olarak yetkilendirildiği uyuşmazlıklar açısından UÇK'nın tahkim kurulu olarak yetkilendirilmesi aynı zamanda UÇK Talimatı'nda yer alan kurulun çalışma usul ve esaslarının da kabul edildiği anlamına gelmektedir. Bu durumda, taraflar futbolla ilgili sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde UÇK'nın ihtiyari yetkisini kabul etmekle birlikte, UÇK'nın söz konusu uyuşmazlıklara ilişkin kararlarına karşı TFF Tahkim Kuruluna itiraz edileceğini de kabul etmektedir.

⁷⁹ PETEK, s. 241.

⁸⁰ AYM, T. 06.01.2011, E. 2010/61, K. 2011/7.

Burada HMK'nın "Yargılama Usulünün Belirlenmesi" başlıklı 424'üncü maddesi uyarınca tarafların yargılama sürecinde uygulanacak usul kurallarını belirleyebilmelerine ilişkin irade serbestinin UÇK'nın ihtiyari hakem heyeti olarak yetkilendirilmesi hâlinde uygulanıp uygulanamayacağı meselesine açıklık getirmek gerekir. HMK'nın 424'üncü maddesi uyarınca, taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama usulüne ilişkin kuralları, HMK'nın tahkime ilişkin emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla serbestçe kararlaştırabilme veya tahkim kurallarına yollama yaparak belirleme hakkına sahiptir. Ancak UÇK'nın yetkilendirildiği uyuşmazlıklar açısından HMK'nın tahkime ilişkin hükümlerinden önce UÇK Talimatı'nın dikkate alınması gerekir. Zira UÇK'nın yetkilendirildiği uyuşmazlıklarda, HMK'nın tahkime ilişkin hükümlerinin uygulanması daha önce de ifade edildiği üzere UÇK Talimatı'nın 15'inci maddesinin marifetiyle mümkündür. UÇK Talimatı'nın 15'inci maddesi uyarınca, *yargılama sürecinde talimatta geçen usul kuralları ile yargılamaya ilişkin diğer mevzuatın talimata aykırı olmayan hükümleri uygulama alanı bulacağından*, burada UÇK kararlarına karşı TFF Tahkim Kuruluna itiraz etmeksizin tarafların doğrudan hakem kararının iptali davasının açılabilmesini aralarında bir sözleşme ile kararlaştırması UÇK Talimatı'nın 12'nci maddesine aykırılık teşkil ettiğinden mümkün olmaz. Ancak UÇK Talimatı'nda, "*UÇK'nın futbolla ilgili sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin vereceği kararlara karşı taraflar TFF Tahkim Kurulu'na itiraz etmeksizin HMK'nın 439'uncü maddesi uyarınca iptal davası açabilir*" şeklinde bir düzenleme yapılması sonucunda taraflar UÇK kararlarına karşı doğrudan iptal davası açabilecektir. Öğretide de yer alan bir görüşe göre ise yapılacak sistemsel düzenlemelerle sözleşmesel uyuşmazlıklar açısından UÇK'nın kurumsal bir tahkim merkezine dönüştürülmesiyle birlikte UÇK kararlarına karşı Tahkim Kuruluna başvurulmaksızın doğrudan HMK'nın 439'uncü maddesi uyarınca iptal davasının açılması mümkün olacaktır⁸¹.

Mevcut düzenlemeler gereği, tarafların UÇK kararlarına karşı yalnızca Tahkim Kuruluna itiraz başvurusunda bulunmaları mümkün olup 5894 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin altıncı fıkrası uyarınca Tahkim Kurulunun itiraz başvurusu üzerine vereceği karar "*futbol faaliyetlerinin yönetimi ve disiplinine ilişkin*" değilse taraflar TFF Tahkim Kurulu kararlarına karşı 6100 sayılı HMK'nın 439'uncü maddesi uyarınca iptal davası açabilecektir. Bu takdirde ise adeta spor uyuşmazlıkları açısından dört dereceli bir yargılama gündeme gelmektedir ki bunun isabetli olmadığı belirtilmelidir.

SONUÇ

Bu çalışmada, UÇK'nın, TFF Statüsü ve UÇK Talimatı'ndan kaynaklanan yetkisi incelenerek, ilk olarak, UÇK'nın bir tahkim yargılaması gerçekleştirdiği sonucuna varılmıştır. UÇK, yapısı itibarıyla, kurumsal tahkim olup kurulun yargılama süreci UÇK Talimatı ile belirlenmiş çalışma usul ve esaslarına göre yönetilmektedir. Ancak yargılama usul ve esaslarına ilişkin tüm hususlar UÇK Talimatı ile düzenlenmemiştir ki böyle bir düzenlemenin yapılmasının da pratik açıdan bir önemi bulunmamaktadır. Bu itibarla, UÇK Talimatı'nda düzenlenmeyen hususlarda UÇK Talimatı'na aykırı olmamak kaydıyla HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

İkinci olarak, UÇK'nın futbolla ilgili sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde yetkili olabilmesi için UÇK'nın yetkisinin yazılı bir anlaşma ile belirlenmesi gerekmekte olup yazılı anlaşma tahkim sözleşmesi niteliğindedir. Bu nedenle UÇK Talimatı'nda bu anlaşmanın şekline ve içeriğine ilişkin detaylı bir düzenleme yer almadığından anlaşmanın HMK'nın 412'nci maddesine uygun olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, UÇK'nın yetkisinin kabul edildiğine ilişkin anlaşma diğer bir ifadeyle tahkim sözleşmesi, UÇK'ya başvuru sırasında teslim edilmesi gereken zorunlu bir belge olduğundan kural olarak davacı tarafın dilekçede bir tahkim anlaşmasının var olduğunu iddia etmesi ve bunun davalı tarafından itiraz edilmeksizin kabul edilmesiyle UÇK'nın yetkilendirildiğinden bahsedilemeyecektir. Diğer bir ifadeyle, UÇK'ya başvuru-

⁸¹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 631-632.

nun kabul edilebilmesi için UÇK'nın yetkilendirildiğine ilişkin anlaşmanın yargılama sürecinde değil başvuru esnasında sunulması zorunludur.

Üçüncü olarak, yabancı unsur ihtiva eden futbol sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar açısından UÇK'nın bu uyuşmazlıkları inceleme yetkisi TFF Statüsü'nde yer alan düzenlemeyle kapatıldığından, yabancı unsur ihtiva eden sözleşmenin taraflarının UÇK'yı hakem heyeti olarak yetkilendirebilmeleri mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle UÇK, uluslararası uyuşmazlıklarda ihtiyari hakem heyeti olarak görevlendirilemez.

Dördüncü olarak ise UÇK'nın sportif cezalar ve yetiştirme tazminatından kaynaklanan uyuşmazlıklarda münhasıran yetkili kılınmış olması UÇK'nın bu uyuşmazlıklar açısından zorunlu tahkim kurulu olduğunu göstermektedir. Zorunlu tahkim ancak kanunla öngörülebileceğinden, tarafların herhangi bir kanuni dayanağa sahip olmaksızın devlet mahkemelerine başvurmalarını engelleyen bu düzenleme tarafların hak arama özgürlüğünü ihlal etmekte olup Anayasa'nın 36'ncı maddesine aykırıdır. Bu nedenle, UÇK'nın münhasır yetkisinin bir an evvel kanuni dayanağa kavuşturulması gerekmekte olup kanun hükmünde olmayan TFF Statüsü ve UÇK Talimatı ile tarafların yargı mercilerine başvurmalarının engellenmemesi gerekir.

Son olarak ise UÇK'nın ihtiyari hakem heyeti olarak yetkilendirildiği uyuşmazlıklarda verdiği karara karşı mevcut düzenlemeler gereğince doğrudan iptal davası açılması mümkün değildir. Ancak UÇK Talimatı'nda yapılacak, “*UÇK'nın futbolla ilgili sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin vereceği kararlara karşı taraflar TFF Tahkim Kurulu'na itiraz etmeksizin HMK'nın 439'uncu maddesi uyarınca iptal davası açabilir*” şeklindeki bir düzenleme ile taraflara UÇK kararlarına karşı doğrudan iptal davası açma hakkı tanınabilir.

Katkı Oranı Beyanı:

Çalışmaya Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN ve Selin YEŞİLDAL eşit oranda katkı sağlamıştır.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya: *Milletlerarası Tahkim*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- AKKAN, Mine: *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt 1*, 15. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema: *Medeni Usul Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: *Medeni Usul Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- BAŞTÜRK, Faruk: *Uluslararası Spor Federasyonlarında İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü: FIFA ve FIBA Örneği*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- BİLGİNOĞLU, Nurettin Emre: *Futbol Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü*, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol: *Medeni Usul Hukuku*, Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- EKŞİ, Nuray: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013 (Tahkim).
- EKŞİ, Nuray: "Mahkeme Kararları Işığında TFF Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun Futbol Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Yetkisi", (Ed.) Çağlar, Tacar: *Türkiye Barolar Birliği Spor Hukuku Kurulu Av. Türker Arslan Armağanı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2021, s. 315-347 (Uyuşmazlık Çözüm Kurulu).
- EKŞİ, Nuray: *Spor Tahkim Hukuku*, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015 (Spor Tahkim Hukuku).
- ERDOĞAN, Ersin: *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ERTAŞ, Şeref / PETEK, Hasan: *Spor Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- GÜNER, Cemil: "Yabancı Unsurlu Futbol Menajerliği Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları ve Uygulanacak Hukuk", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2019, Cilt 77, Sayı 1, s. 103-151.
- GÜRTEN, Kadir / BAŞTÜRK, Faruk: "Futbolda Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Yargı Mercii Sorunu", (Ed.) Çağlar, Tacar: *Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu "Av. İsmail İnan" Armağanı*, Ankara Barosu Başkanlığı, Ankara, 2013, s. 399-424.
- KURU, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt VI*, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- NOMER, Ergin / EKŞİ, Nuray / ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: *Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt I*, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: "Sözleşmesel Uyuşmazlıklarda TFF Tahkim Kurulu Kararlarına Karşı Yargı Yoluna Başvurulabileceğine Dair Yargıtay Kararları Üzerine" (Ed.) Çağlar, Tacar: *Türkiye Barolar Birliği Spor Hukuku Kurulu Av. Türker Arslan Armağanı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2021, s. 601-634.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- PETEK, Hasan: "Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinin Feshinde Sportif Cezalar", *İzmir Barosu Dergisi*, 2017, Cilt 82, Sayı 1, s. 235-270.
- TOPUZ, Gökçen: "Türkiye Futbol Federasyonu Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun Yargı Yetkisi Üzerine Düşünceler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, 2017, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan Özel Sayısı, s. 1901-1926.
- TÜRKKAN, Adnan: "Türkiye Futbol Federasyonu Hukuk Kurulları (Disiplin, Uyuşmazlık ve Tahkim Kurulları)", (Ed.) ÇAĞLAR, Tacar: *Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu "Av. İsmail İnan" Armağanı*, Ankara Barosu Başkanlığı, Ankara, 2013, s. 753-788.
- ÜNLÜ, Taner: "Futbol Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümü", *Av. Kısmet Erkiner Armağanı Spor Hukuku Yazıları*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014, s. 177-185.

YILMAZ, Alper Çağrı: *FIFA ve CAS Kuralları Çerçevesinde Uluslararası Nitelikli Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinin Feshi*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.

YILMAZ, Ejder: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi 4. Cilt*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde Yer Alan Nişanın Sona Ermesi ve Buna Bağlanan Sonuçlara İlişkin Hükümler Üzerine Bir Değerlendirme^(*)



An Evaluation on the Provisions Regarding the End of the Engagement and the Consequences in the Law of 1917 Family Declaration

Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN



Doktor Öğretim Üyesi

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Nişanlanma,
Nikâh Akdi,
Nişanın Bozulması,
Mehir,
Tazminat.*

Öz

1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi gerek Osmanlı hukuku gerekse İslam hukuku bakımından önemli bir kanunlaştırma hareketidir. Osmanlı hukukunda 1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ilk kez nişanlanmayı bir kurum olarak hüküm altına alan yasal düzenleme olması dolayısıyla büyük önem taşımaktadır.

Kararname'de nişanlanmakla nikâh akdinin meydana gelmeyeceği ifade edilmektedir. Nişan, tarafların istediği zaman sonlandırabileceği bir hukuki ilişkidir. Bunun dışında nişanlılardan birinin ölümü hâlinde de nişanın kendiliğinden sona erdiği kabul edilmektedir. Nişanın bozulması durumunda tarafların birbirine vermiş olduğu hediyelerle, mehre mahsuben verilen şeylerin durumunun ne olacağı ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Kararname açıkça veya zımnen tazminat hakkı ile ilgili düzenleme yapmamıştır. Çünkü İslam hukukunda nişanlanma bir sözleşme olarak kabul edilmediğinden nişanın bozulması dolayısıyla tazminat istenmesi de uygun görülmemiştir.

Günümüz hukukuna bakıldığında nişanlanmaya ilişkin hükümlerin Kararname ile genel anlamda paralellik gösterdiği anlaşılmaktadır. Bu bakımdan da Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen nişanlanmanın sona ermesi sebeplerinin ve ortaya çıkan sonuçların genel bir karşılaştırma yapılarak bir tespitte bulunulması çalışma açısından önem taşımaktadır.

Keywords

*Engagement,
Marriage Contract,
Break of Engagement,
Mahr,
Compensation.*

Abstract

The 1917 Family Law Decree is an important codification movement in terms of both Ottoman law and Islamic law. In Ottoman law, the Family Law Decree of 1917 is of great importance as it is the first legal regulation that governs engagement as an institution.

It is stated in the decree that a marriage contract will not occur by getting engaged. Engagement is a legal relationship that the parties can terminate at any time. In addition, in the event of the death of one of the betrothed, it is accepted that the engagement ends automatically. There are regulations regarding the gifts given by the parties to each other and the status of the things given as a deduction for the mahr in case the engagement is broken. The decree did not explicitly or implicitly make any provision regarding the right to compensation. Because the engagement is not accepted as a contract in Islamic law, it was not considered appropriate to demand compensation due to the breaking of the engagement.

Looking at today's law, it is understood that the provisions on engagement are in general parallel with the Decree. In this respect, it is important for the study to draw a conclusion by making a general comparison of the reasons for the termination of the engagement regulated in the Turkish Civil Code and the results.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 04.01.2023, Kabul Tarihi: 22.01.2023.

GİRİŞ

Toplumun en küçük birimini oluşturan aile, her dönemde önem ve değerini koruyan bir kurumdur. Bu kurum da kişilerin bir evlilik birliğine dâhil olmaları ile ortaya çıkmaktadır. Evlilik birliğini kuracak olan kişilerin evlenmeden önce eşini tanıma ihtiyacı da nişanlanma olgusunu karşımıza çıkarmaktadır. Nişanlanmanın, evlenme niyetinde olan kişilerin birbirleriyle uyumlu olup olmadığının anlaşılması ve gerçekleşecek evlenmenin sağlam ve sarsılmaz bir zemine oturtulması bakımından önemi büyüktür. Dolayısıyla taraflara sağlıklı olarak gerçekleşmeyecek bir evlilik birliği içine girmeden, aradaki bağı sonlandırma fırsatı sunmaktadır.

Nişanlanmanın taşıdığı önem, İslam hukukunun evlenmeye attığı değer ve sözü edilen kurumun da bunun bir ön adımı olmasında kendini göstermektedir¹. Bu önemi dolayısıyla hukuk sistemlerinde nişanlanmaya ilişkin pek çok hüküm getirilmiş ve bu kurum düzenleme altına alınmıştır. Nitekim Osmanlı hukuku esas olmak üzere İslam hukuku bakımından önemli bir yasal düzenleme olan ve Osmanlı Devleti'nin son yıllarına rastlayan 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi de nişanlanmayı ilk kez ayrı bir başlık altında düzenlemiştir². Yapılan düzenlemede nişanlanmaya ilişkin hem doğrudan hem de dolaylı hükümler bulunmaktadır. Ayrıca Kararname'yle ilişkili olarak yayınlanan gerek mazbatalarda gerekse nizamnamelerde de nişanlanmaya ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Nişanlanma her ne kadar daha önce toplumda yaygın olan bir kurum olarak karşımıza çıksa da Kararname ile ilk kez yasal bir zemine kavuşturulmuştur. Kararname bu anlamda İslam hukukunda aslında uygulanagelen bir kurum olan nişanlanmayı, esaslarını çizerek düzenlemiştir. İslam hukukunda da evlenme akdi öncesi zorunlu olmasa da tarafların birbirini tanımak için geçirdiği ve evliliğe uygun olup olmadıklarını kendilerince tespit ettikleri nişanlılık dönemi bulunmaktadır ancak İslam hukukunda nişanlanma “hıtbe” kelimesiyle ifade edilmektedir. Her ne kadar Osmanlı hukukunda “hıtbe” kelimesi çok kullanılmayıp “namzet olmak” kavramı nişanlanma kurumunu karşılarsa da³ Kararname'de nişanlı kimseler için “hâtıb” ve “mahtûbe” kavramlarının kullanıldığı dikkat çekmektedir⁴.

Kararname'de nişanlanma başlığı altında, nişanlanmanın içeriği, nişanın bozulması hâlinde verilen hediyeelerin ne şekilde iade edileceğine ilişkin hükümler yer almaktadır. Fakat nişanın bozulması durumunda tarafların bir tazminat hakkına sahip olup olmayacağına ilişkin ne açık ne de örtülü bir kural bulunmaktadır. Bu konunun İslami içtihatlar yoluyla çözüme kavuşturulmasının tercih edildiği yönünde bir anlam ortaya çıkartmaktadır.

¹ CİN, Halil: *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Konya, 1988 (Evlenme), s. 41; DOĞANGÜZEL, Semra Betül: *Osmanlı Hukukunda Nişanlanma*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 66.

² YAKUT, Esra: *Osmanlı Devleti'nin Son Yıllarında Meşihat, Adliye Maarif ve Hilafet 1918-1922*, Kitap Yayınevi, İstanbul, 2020 (Meşihat), s. 67; BAYGIN, Cem: “Tanzimattan Günümüze Aile Hukukunun Gelişim Sürecine Kısa Bir Bakış”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 22, Sayı 3, s. 455; GÜNEŞ, Ahmet: “İslam Hukuku Açısından Nişanlanma”, *Dini Araştırmalar Dergisi*, 2007, Cilt 10, Sayı 29, s. 163; KILINÇ, Ahmet: “İslam Hukukunun Evrenselliği Bağlamında Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Malezya İslam Aile Hukuku Kanunu 1984'ün Mukayesesi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 14, Sayı 2 (İslam hukuku), s. 657; ACAR, İbrahim: “İslam Hukuku Açısından Nişanlanma”, *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2005, Sayı 23 (Nişanlanma), s. 73; YURTSEVEN, Yılmaz: “1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Osmanlı Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, Cilt 11, Sayı 1-2, s. 217-218; BOZKURT, Gülnihal: *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1996, s. 173; ÜNAL, Mehmet: “Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1977, Cilt 34, Sayı 1, s. 226; KÜÇÜKTİRYAKI, Ahmet Yasin: “Osmanlı Devletinde Tanzimat Sonrası Aile Hukuku Alanındaki Gelişmeler ve Hukuk-I Aile Kararnamesi”, *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 13, Sayı 26, s. 188; CİN, Evlenme, s. 294; DOĞANGÜZEL, s. 39. Bu hususta karşı görüş için bkz. AYDIN, Mehmet Akif: *Osmanlı Aile Hukuku*, 2. Baskı, Klasik Yayınları, İstanbul, 2018 (Osmanlı), s. 176.

³ SOLAK, İbrahim: *Konya BŞB*, Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya, 2016, s. 272, n. 113-3; DOĞANGÜZEL, s. 21; AYDIN, *Osmanlı*, s. 44.

⁴ CİN, Halil / AKYILMAZ, Gül: *Türk Hukuk Tarihi*, 4. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2011, s. 376; AYDIN, Mehmet Akif: *Türk Hukuk Tarihi*, 5. Baskı, Hars yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 283; KONAN, Belkis: “Konya 42 numaralı Şer'iyye Sicil Defterine Göre 18. Yüzyılın Başlarında Konya'da Aile Hukuku Davaları”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 4, Sayı 1 (Konya 42), s. 104; KAMA, Sezen: “Osmanlı Hukukunda Evlilik Akdi ve Söz Konusu Akdin 1869 Tarihli Tabiiyyet-I Osmaniyye Kanunnamesine Göre Osmanlı Tabiiyyetine Etkisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2013, Cilt 71, Sayı 1, s. 681.

Nişanlanma, evlenmeye zorlama hakkı vermemekte ve nikâh akdi yerine geçmemekte; ayrıca bu husus Kararname'de de açıkça vurgulanmaktadır⁵. O hâlde taraflar istedikleri zaman bu ilişkiyi ortadan kaldırmaktadırlar⁶.

Nişanlanmanın sona ermesi sebeplerinin ve özellikle nişanın bozulması hâlinde tarafların hak ve yükümlülüklerinin ne şekilde düzenlendiğinin etraflıca incelenmesi önem taşımaktadır. Çünkü nişanlanmanın hukuki niteliği, nişanın bozulması hâlinde nişanı bozan tarafın diğerine iade edeceği mehir ve hediyeler bakımından olmasa da tazminat istenip istenemeyeceği hususunun ortaya konulması açısından özellik göstermektedir⁷.

I. NİŞANLANMANIN SONA ERMESİ SEBEPLERİ

Nişanlanma, evlenme vaadi⁸ olmakla birlikte mutlaka evlilikle sonuçlanması gereken bir hukuki ilişki değildir. Dolayısıyla çeşitli sebeplerin varlığı hâlinde nişanın sona erdiğinden, bozulduğundan söz etmek mümkündür.

Nişanlanma tarafların iradesiyle sona erdirilebileceği gibi tarafların iradesi dışında gerçekleşen sebepler dolayısıyla da sona ermektedir. Kararname'de nişanlanmanın sona ermesi bakımından böyle bir sınıflandırma yapılmamış olsa da bir tasnif yapılması günümüz hukukuyla kıyaslanabilmesini kolaylaştıracaktır.

A. Tarafların İradesi Dışında Gerçekleşen Sebepler

1. Ölüm

Tarafların iradesi dışında ortaya çıkan ve nişanın sona ermesine yol açan sebeplerden biri ölümdür. Bu durumda nişanlanma kendiliğinden sona ermektedir⁹. Kararname taraflardan birinin ölümü hâlinde de verilen hediyelerin ve mehrin iade edileceğini hüküm altına almıştır.

2. Evlenme Engellerinin Mevcudiyeti

Nişanlanma evlenme amacıyla yapıldığı için evleviyetle evlenme engellerinin bulunmaması gerekir¹⁰. İslam hukukunda evlenme engelleri sürekli (mutlak, kesin) evlenme engelleri ve geçici evlenme engelleri olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹. Sürekli evlenme engelleri; kan hısımlığı, sıhri hısımlık ve süt hısımlığıdır. Nişanlanmadan sonra tarafların evlenmelerine kesin olarak engel olan bu sebeplerden biri ortaya çıkmışsa, nişanlanmanın sona ereceği kabul edilmektedir¹².

⁵ Kararname'nin birinci maddesinde "Nişanlanmakla veya vaat ile nikâh mün'akit olmaz" şeklinde hüküm bulunmaktadır. Bkz. AK-GÜNDÜZ, Ahmet: *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1985, s. 331; AYDIN, Osmanlı, s. 223; YAKUT, Meşihat, s. 67.

⁶ YAKUT, Esra: "Klasik Dönem Osmanlı Aile Hukukunda Kadının Konumu", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 1, Sayı 1 (Klasik Dönem), s. 2; SAK, İzzet: "Osmanlı Toplumunda Nâmzedin (Nişanın) Bozulması ve Sonuçları: Konya Örneği (18. Yüzyılın İlk Çeyreğine Ait Konya Şer'îye Sicillerine Göre)", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2006, Sayı 16, s. 496; KARAASLAN, Arzu: "Osmanlı Toplumunda Ailenin Teşekkülünde İlk Adım: Namzedlik", *Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi*, 2015, Cilt 5, Sayı 2, s. 191; ERTUÇ, Hüseyin: *İslam Hukuku Açısından Nişanlanma*, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 1999, s. 22; DİRİK, Mehmet: "İslam Hukuku Açısından Nişanı Bozma Tazminatı", *Mîzânü'l-Hak: İslami İlimler Dergisi*, 2021, Sayı 13, s. 109; KONAN, Belkis: "Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde Kadının Hukuki Durumu ile İlgili Düzenlemeler", (Ed.) GEDİKLİ, Fethi: *II. Türk Hukuk Tarihi İslam Hukuku Kongresi Bildirileri Cilt 1*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016 (Kadın), s. 330; HAS, Şükrü Selim: "Nişanın Bozulmasının Hükûkî ve Dini/Ahlakî Neticeleri", *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2006, Sayı 30, s. 116; AYDIN, Osmanlı, s. 44; GÜNEŞ, s. 175; ACAR, Nişanlanma, s. 90; KONAN, Konya 42, s. 104.

⁷ AYDIN, Osmanlı, s. 45 vd.; YAKUT, Meşihat, s. 67.

⁸ HAS, s. 114; DOĞANGÜZEL, s. 52; DİRİK, s. 109; YURTSEVEN, s. 223; ERTUÇ, s. 20.

⁹ KARAMAN Hayrettin: *Mukayeseli İslam Hukuku*, Cilt 1, Nesil Yayınları, İstanbul, 1991, s. 240; DOĞANGÜZEL, s. 122; ERTUÇ, s. 68; GÜNEŞ, s. 179; SAK, s. 496; YURTSEVEN, s. 224.

¹⁰ ERTUÇ, s. 30.

¹¹ PAÇACI, İbrahim: "Sosyal Hayattaki Değişim Sürecinde İslam Aile Hukuku (Evlenme ve Boşanma Örneği)", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2008, Sayı 11, s. 76; DAĞCI, Şamil: "İslam Aile Hukukunda Evlenme Engelleri-I (Sürekli Evlenme Engelleri)", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 1999, Cilt 39, Sayı 1, s. 195; ÇINAR, Hafize: *İslam Hukukunda ve Medeni Hukukta Evlilik Engelleri*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, s. 6; DOĞANGÜZEL, s. 96 vd.

¹² AKGÜÇ, Mehmet Fatih: *Evlilik Öncesi Sürecin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, Mardin Artuklu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Mardin, 2021, s. 21; ERTUÇ, s. 69; YURTSEVEN, s. 223; KARAMAN, s. 239; GÜNEŞ, s. 172.

B. Tarafların İradesiyle Ortaya Çıkan Sebepler

1. Evlenme

Nişanlanma evlenme vaadi olarak kabul edildiğinden, evlenme ile birlikte kendiliğinden sona ermektedir¹³. Kaldı ki nişanlanmanın taşıdığı amaç dolayısıyla evlenme ile sona ermesi nişanlı kişilerin arzu ettiği bir sonuçtur¹⁴.

Kararname ile aynı döneme denk gelmemekle birlikte, Osmanlı Devleti'ne ait bazı şer'iyye sicillerinde namzed, yani nişanlı olan kişilerin evlenme isteğini sicillere işlettiği görülmektedir. Bu kayıtlardan birinde Meryem adlı bir kadın, Hüseyin Tahir isimli bir erkeğin evlenme isteğini reddetmiş ve Şükrullah ile namzet olduklarını ve onunla evlenmek istediğini ifade etmiştir¹⁵.

Evlenme kayıtlarında sadece tarafların evlenmeye ilişkin talep ve beyanları yer aldığı için taraflar arasında bir nişanlılık sürecinin yaşanıp yaşanmadığı konusunda açıklık bulunmamaktadır¹⁶. Kaldı ki nişanlı kişilerin nişanlanmanın ardından evlenmelerine yönelik kayıtlara da sık rastlanılmamaktadır.

2. Taraflardan Birinin Nişanı Bozması

Nişanın bozulması hususunda İslam hukukçuları arasında farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bu farklılığın temelinde ise nişandan vazgeçmenin mekruh olup olmadığı yönündeki görüş ayrılıkları yer almaktadır¹⁷.

Nişanlanma her ne kadar evlenme vaadi olsa da her zaman nişanlılık ilişkisinin nikâh akdi ile sonlanmasından söz edilememektedir. Dolayısıyla nişan tarafların tek taraflı iradesiyle her ortadan kaldırılabilmektedir.

Nişanlanmanın sona erdirilmesinin haklı sebebe dayanıp dayanmaması nişanlılık ilişkisinin ortadan kalkması bakımından bir değer taşımamakta, sadece nişanlanmanın sona ermesine bağlanan sonuçlar üzerinde etkili olmaktadır¹⁸.

Nişanın bozulmasının taraflar açısından pek çok sebebi bulunmaktadır. En sık karşılaşılan ve şer'iyye sicillerinde de kayıt altına alınan nişanlılık sürelerinin uzaması, özellikle küçükken aileleri tarafından nişanlandırılan kızların buluş çağına erdikten sonra nişanlılarıyla evlenmek istememeleri en sık karşılaşılan sebeplerden biri olmuştur. Bunun dışındaki sebeplerden bazıları ise yine evlenmek için gerekli birtakım hazırlıkların yapılamayışının ya da aile kurduktan sonra refah içinde yaşanılmayacağına göstergesi olan maddi imkânsızlıklardır¹⁹.

Kararname'nin 2. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “Söz kesildikten sonra tarafeynden biri, nikahtan imtina veya vefat etse hatibin mehre mahsuben vermiş olduğu şeyler mevcut ise aynen ve telef olmuş ise bedelen istirdad olunabilir...”. Bu hüküm doğrultusunda Kararname'nin nişanlılık ilişkisini sonlandırma ve buna sonuçlar bağlama yolunu tercih ettiğini söylemek mümkündür.

¹³ DOĞANGÜZEL, s. 117; ERTUÇ, s. 69; GÜNEŞ, s. 170; AKGÜÇ, s. 23.

¹⁴ KÜÇÜK, Fatih: *İslam Hukukuna Hutbe (Kız İsteme) ve Nişanlılık Dönemi*, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan, 2018, s. 99; DOĞANGÜZEL, s. 117.

¹⁵ Bu kayıt için bkz. Diyarbakir Şer'iyye Sicilleri - Divan-ı Hümâyûn Sicilleri (<https://diyarbakirsicilleri.name.tr/?kategori=hukum&kelimegn=namzed&sayfa=0&secim=hkm&nerede=&trn=&tra>, ET: 18.10.2022).

¹⁶ DOĞANGÜZEL, s. 118.

¹⁷ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. SAVADAGO, Abdaourahamane: *İslam Aile Hukukunda Nişanlanma ve Evlilik Akdi Esnasında Ortaya Çıkan Çağdaş Problemler*, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2018, s. 27 vd.; ERTUÇ, s. 71.

¹⁸ ERTUÇ, s. 70; GÜNEŞ, s. 175; SAK, s. 496; ACAR, s. 90.

¹⁹ DOĞANGÜZEL, s. 119 vd.; SAK, s. 504 vd.; YURTSEVEN, s. 224.

II. NİŞANI BOZMANIN HUKUKİ SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Nişan, tarafların karşılıklı anlaşmasıyla bozulabileceği gibi taraflardan birinin tek taraflı iradesiyle de bozulabilir. Bunun sonucunda nişanlılık ilişkisini sonlandıran taraflar arasında bazı anlaşmazlıklar ortaya çıkmaktadır²⁰. Bu anlaşmazlıklar ödenen mehir ve verilen hediyeler ile tazminata ilişkindir²¹.

B. Mehrin Geri Verilmesi

Nişanın bozulması hâlinde tarafların anlaşmazlığa düştüğü hususlardan biri nikâhtan önce kısmen ya da tamamen ödenmiş olan mehrin ne şekilde iade edileceğidir²². Mehrin iade edilmesi bakımından Kararname ile getirilen düzenleme ve İslam hukuku uygulamasına değinmeden önce mehir kavramı ve mehrin kapsamı üzerinde durmak daha isabetli olacaktır.

1. Mehr Kavramı

Mehir, İslam hukukunda evlenirken erkek tarafından kadına verilmesi gereken para yahut maldir²³. Bu ifadeden anlaşılması gereken mehrin aslında kadının bir bedeli ya da ondan faydalanmanın karşılığı olmayıp aksine birlikte yaşam sürme iradesinin bir sembolü niteliğinde olduğudur²⁴.

Mehir kadına aittir ve mehri üzerinde dilediği gibi tasarruf etme yetkisine sahiptir²⁵. Bunun bir sonucu olarak da kadının rızası alınmaksızın kadından geri alınamaz veya bir başkasına devredilemez²⁶. Kararname, 89 ve 90. maddelerinde bu hususu düzenleyerek şu hükmü getirmiştir: “*Mehir menkuhenin hakkı olup onunla cihaz yapmaya zorlanamaz. Bir kızı tezviç veya teslim için ebeveyn veya akrabasının zevceden akça veya eşyayı saire almaları memnudur.*”.

Ödenecek mehir, belirli bir miktar para olabileceği gibi bazı eşyalar da olabilir. Nitekim taşınmaz ve taşınmaz mallar, hayvanlar, para veya ticari bir mal mehrin konusunu oluşturabilmektedir²⁷. Mehrin konusu genellikle tarafların anlaşmasıyla belirlenir²⁸. Kararname’de de bu husus “*Mehir ya mehr-i müsemmadır ki tarafeynin az veya çok tesmiye ettikleri maldır.*” şeklinde hüküm altına alınmıştır²⁹.

Mehrin miktarı için bir üst sınır öngörülmediği hususunda mezhepler arasında görüş birliği bulunmaktadır³⁰. Ancak bunun sınırını elbette tarafları zorlamayacak bir meblağın ödenmesi oluşturmaktadır³¹.

²⁰ DOĞANGÜZEL, s. 124; GÜNEŞ, s. 180; SAK, s. 496; DİRİK, s. 111; ERTUÇ, s. 70; AKGÜÇ, s. 23.

²¹ SAK, s. 496; GÜNEŞ, s. 180; DOĞANGÜZEL, s. 124; YURTSEVEN, s. 224 vd.; ACAR, s. 90; SAVADAGO, s. 27; AKGÜÇ, s. 23-24; YAKUT, *Klasik Dönem*, s. 2 vd.; AYDIN, *Osmanlı*, s. 46; KÜÇÜK, s. 102.

²² DOĞANGÜZEL, s. 131; AYDIN, *Osmanlı*, s. 46; GÜNEŞ, s. 180; SAK, s. 510; YAKUT, *Klasik Dönem*, s. 2 vd.; AKGÜÇ, s. 24; SAVADAGO, s. 29; ACAR, *Nişanlanma*, s. 91.

²³ AYDIN, Mehmet Akif: “Hukuk-ı Aile Kararnamesi”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt 18, İslam Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 1998 (Kararname), s. 389; KILINÇ, Ahmet / KILINÇ, Ayşe Nur: “Mehrin Türk Pozitif Hukuku Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliği”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 1, Sayı 10, s. 105; OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU, Saliha: “İslam Aile Hukukunda Kadının Mehir Hakkına Toplumun Bakış Açısı Üzerine Bir Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 17, Sayı 4, s. 227; CİN / AKYILMAZ, s. 405; DOĞANGÜZEL, s. 131; ERTUÇ, s. 73;

²⁴ ACAR, İbrahim: “Mehrin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2011, Sayı 17 (Mehir), s. 368; ERTUÇ, s. 73; KARAMAN, s. 282.

²⁵ CİN, Halil: “İslam Hukukunda Mehr”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1972, Cilt 29, Sayı 1 (Mehr), s. 235; DOĞANGÜZEL, s. 131; ERTUÇ, s. 73; OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 227; KILINÇ / KILINÇ, s. 105; ACAR, *Mehir*, s. 374; CİN / AKYILMAZ, s. 416. Osmanlı aile hukuku uygulamasında mehir kadın açısından önemli bir yer tuttuğu için, kadının mehir hakkının onun ölümü hâlinde mirasçılara geçeceği ve mirasçıların da borçlu koca aleyhine dava açabilecekleri kabul edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. CİN, *Mehir*, s. 237; AKYÜZ, s. 221.

²⁶ KARAMAN, s. 284-285; ERTUÇ, s. 73; DOĞANGÜZEL, s. 131; OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 228.

²⁷ AKYÜZ, Jülide: “Evlenme Sözleşmesinin Önemli Bir Ögesi Olan “Mehir” Hakkında Bazı Düşünceler”, *Tarih Araştırmaları Dergisi*, 2005, Cilt 24, Sayı 37, s. 215; CİN, *Mehir*, s. 204; KILINÇ / KILINÇ, s. 105; DOĞANGÜZEL, s. 132;

²⁸ DOĞANGÜZEL, s. 132; CİN / AKYILMAZ, s. 407.

²⁹ KILINÇ / KILINÇ, s. 107 (naklen); DOĞANGÜZEL, s. 132.

³⁰ CİN, *Mehir*, s. 206 OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 228; DOĞANGÜZEL, s. 133.

Kararname mehir miktarının tespiti bakımından ne alt ne de üst sınır öngörmüştür³². Kararname'nin mehir için bir alt sınır getirmemesine yönelik sert eleştiriler getirilmiştir³³. Tarafların her durumda mehir miktarı üzerinde anlaşmaları elbette mümkün değildir, böyle bir durumda da “misli mehir” adı verilen kadının babasının kadın akrabalarına verilen mehir miktarları göz önünde bulundurularak bir meblağ belirlenmektedir³⁴. Kararname 80. maddesinde bu konuyu düzenleyerek şu hükme yer vermiştir: “... *mehr-i misildir ki zevcenin babası tarafından ve olmadığı takdirde beldesi ahalisinden akran ve emsali kadınların mehidir.*” Bu düzenlemeye göre misli mehir belirlenirken kadının, baba tarafından mehre emsal teşkil eden akrabası olan bir kadın yoksa yabancı kadınlara verilen mehir esas alınacaktır³⁵.

Mehir kadına mutlaka evlilik akdi sırasında ödenmek zorunda olmayıp nişanlılık ilişkisi içindeyken yahut nikâh akdinden sonra da ödenebilmektedir³⁶. Mehir, genellikle iki taksit hâlinde kadına ödenir. İlk taksit evlilikten önce ya da evlilik akdi sırasında ödenen mehir-i muacceldir. İkinci taksit genellikle evlilik akdi sona erdiğinde erkek tarafından ödenir, buna da mehir-i müccel denir. Evlilik ölüm nedeni ile sona erdiyse kadın ölen eşinin terekesinden mehir-i müccelini talep etme hakkına sahiptir³⁷.

2. Mehrin İadesi

İslam hukukunda kadının mehre hak kazanacağı durumlar; tarafların cinsi münasebette bulunması (zifaf), halvet-i sahiha³⁸ ve eşlerden birisinin ölümüdür³⁹. Bu üç durumdan birinin gerçekleşmesi hâlinde kadın, mehrin tamamını almaya hak kazanmaktadır. Ancak evlilik kocanın kusuruyla ya da kocaya yüklenilebilen bir sebeple cinsi münasebet veya halvet-i sahihadan önce son bulursa kadın artık mehrin tamamına değil de yarısına hak kazanmaktadır⁴⁰. Kararname 83. maddesinde bu hususu şu şekilde düzenlemektedir: “*Akd-i sahihte mehir tesmiye edildiği takdirde ehad-ı tarafeynin vefatı veya içtima-i sahihten sonra talak vukuu ile mehir-i müsemma tamamen lazım gelir.*”⁴¹. Kadının kusuruyla halvet-i sahihadan ya da cinsi münasebetten önce evlilik sona ererse kadın artık mehre hak kazanamayacaktır⁴².

Mehrin *mehir-i muaccel* olarak nişanlanma esnasında ödenmesi bakımından herhangi bir sakınca bulunmamakla birlikte nişanın bozulması durumunda ödenen mehrin iadesi gerekmektedir⁴³. Nişanın kız ya da erkek tarafından bozulması bakımından bir farklılık bulunmamakta, dolayısıyla evlenme akdi gerçekleşmediği için kadın mehre hak kazanmamaktadır⁴⁴. Nişanlılık döneminde kadına ödenen mehir mevcutsa aynen, yok olmuş ya da elden çıkarılmışsa mehir bedelinin iade edilmesi gerekmekte-

³¹ CİN, *Mehr*, s. 206; DOĞANGÜZEL, s. 133; OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 228.

³² KILINÇ / KILINÇ, s. 106; DOĞANGÜZEL, s. 133. Kararname'nin alt ve üst sınır öngörmeyişinin temelinde, gerekçesinde de yer aldığı üzere, mehir miktarını tayin etme yetkisinin tamamen tarafların iradelerine bırakılmış olması ve Kararname'den önceki dönemde belirlenen alt sınırın hayat şartları karşısında artık bir değer taşımadığı düşüncesi yer almaktadır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. CİN, *Mehr*, s. 253; YAKUT, *Meşihat*, s. 72.

³³ KÜÇÜKTİRYAKI, Ahmet Yasin: *Sadreddin Efendi'nin Hukuk-ı Aile Kararnamesine İlişkin Görüşlerinin Değerlendirilmesi*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009, s. 59-60; YAKUT, *Meşihat*, s. 74.

³⁴ CİN, *Mehr*, s. 211; DOĞANGÜZEL, s. 134.

³⁵ KILINÇ / KILINÇ, s. 107; CİN, *Mehr*, s. 213; DOĞANGÜZEL, s. 134; ACAR, *Mehir*, s. 380.

³⁶ DOĞANGÜZEL, s. 134; CİN / AKYILMAZ, s. 408; KILINÇ / KILINÇ, s. 106; KARAMAN, s. 339; CİN, *Mehr*, s. 207 vd.

³⁷ KILINÇ / KILINÇ, s. 106; CİN, *Mehr*, s. 207; ACAR, *Mehir*, s. 379; DOĞANGÜZEL, s. 134.

³⁸ Halvet-i sahiha, eşlerin cinsi birliktelik gerçekleşmese bile kimselerin onları göremeyeceği ve birden gelemeyeceği kapalı sayılabilecek bir yerde belirli bir süre baş başa kalmalarını ifade etmektedir. Detaylı bilgi için bkz. CİN / AKYILMAZ, s. 409; DOĞANGÜZEL, s. 135; KILINÇ / KILINÇ, s. 105; ACAR, *Mehir*, s. 383.

³⁹ SAĞLAM, Hadi: “İslam Hukukunda Mehir Evlilik Sigortası mıdır?”, *Universal Journal of Theology*, 2016, Cilt 1, Sayı 1, s. 5; DOĞANGÜZEL, s. 135; KILINÇ / KILINÇ, s. 105; CİN, *Mehr*, s. 226; ACAR, *Mehir*, s. 382; CİN, *Evlenme*, s. 234-236.

⁴⁰ KILINÇ / KILINÇ, s. 105; DOĞANGÜZEL, s. 135; CİN, *Evlenme*, s. 237; ACAR, *Mehir*, s. 380.

⁴¹ Bkz. AYDIN, *Osmanlı*, s. 230.

⁴² CİN / AKYILMAZ, s. 420; ACAR, *Mehir*, s. 385; CİN, *Mehr*, s. 232; ERTUÇ, s. 75. Kadın, zifaftan önce hıyarul bulug yetkisini kullanırsa yine mehrin tamamını kaybeder. Detaylı bilgi için bkz. KILINÇ / KILINÇ, s. 106. “...Kardeş, amca vb. velilerin evlendirdiği kimseler ise ergenlik çağına geldiklerinde mahkemeye başvurarak bu evliliği feshettirme hakkına sahiptir. Bu hakka “bulug muhayyerliği” denmektedir.” Naklen AYDIN, *Osmanlı*, s. 57.

⁴³ DOĞANGÜZEL, s. 135; ERTUÇ, s. 74; GÜNEŞ, s. 180; CİN, *Evlenme*, s. 50.

⁴⁴ GÜNEŞ, s. 180; ERTUÇ, s. 74; SAVADAGO, s. 29.

dir⁴⁵. Bu husus Kararname'de şu şekilde ifade edilmiştir: “Söz kesildikten sonra taraflardan biri nikah-tan imtina veya vefat etse hatibin (nişanlı erkeğin) mehre mahsuben vermiş olduğu şeyler mevcut ise aynen ve telef olmuş ise bedelden istirdat olunabilir”. O hâlde nişanlı erkeğin ölmesi hâlinde de aynı hükümler geçerli olmaktadır⁴⁶.

C. Hediyelerin İadesi

Nişanlılık döneminde tarafların birbirlerine hediyeler vermesi, evlilik hazırlığı içinde olmaları ve bir aile kurma arzusu taşıdıkları için olağan bir uygulamadır⁴⁷. Nişan hediyesi olarak ziynet eşyaları, çeşitli kıyafetler, özel kumaşlar, çeyizlik eşyalar verilmiştir⁴⁸.

Evlenme akdinin gerçekleşeceği düşüncesiyle verilen bu hediyelerin, nişanın bozulması hâlinde akıbetinin ne olacağı hususunda taraflar arasında anlaşmazlıklar ortaya çıkmıştır⁴⁹. Hediyelerin iade edilip edilmeyeceği yahut edilecekse ne şekilde iade edileceği hususları mezhepler bakımından farklılık içermektedir⁵⁰.

Şafii mezhebine göre nişanın kim tarafından bozulduğunun bir önemi yoktur, dolayısıyla hediyeler mevcutsa aynen, bozulmuş yahut yok olmuşsa -yani mevcut değilse- mislen ya da bedel olarak geri alınır⁵¹.

Hanbeli mezhebi uyarınca hediyelerin iadesinde, hediyelerin mevcut olup olmamasına göre bir yol izlenir. Nişan ister kız ister erkek tarafından bozulsun hediyeler mevcutsa aynen, yok olmuşsa bedeliyle ya da mislen geri verilmesi gerekir⁵².

Maliki mezhebi hediyelerin iadesinde kendi içinde iki farklı görüşü barındırmaktadır. Bunlardan biri mezhebin asıl görüşüdür ki bu görüşe göre hediyeler hibe (bağışlama) hükmündedir ve geri alınamaz, dolayısıyla kimin nişanı bozulduğunun bir önemi yoktur. Diğer görüşe göre ise hediyelerin iadesinde nişanın erkek ya da kız tarafından bozulması önem taşır ve buna göre bir sonuca varılır. Nişanı bozan eğer erkek ise hediyeler mevcut olsun olmasın, verdiği hediyeleri geri alamaz. Ancak nişanı bozan kadın ise erkek verdiği hediyeleri ya aynen ya da mislen yahut bedeli ile geri alır⁵³. Belirtmek gerekir ki eğer hediyeler verilirken taraflar bir örf ya da tayin ettikleri bir şarta göre iadenin gerçekleşeceğini kararlaştırmışlarsa, bu doğrultuda hareket edilecek, yani hediyelerin iadesinde bu örf veya şart geçerli olacaktır⁵⁴.

Hediyelerin iadesi konusundan İslam hukukunda geçerli olan ve Kararname tarafından kabul edilen mezhep görüşü Hanefi mezhebi görüşleridir⁵⁵. Hanefi mezhebine göre, verilen hediyelerin nişanın bozulması esnasında mevcut olup olmamasına göre bir ayırım yapılır. Eğer hediyeler mevcut ise -yani bozulmamış ya da telef olmamışsa- iade yükümlülüğü bulunmaktadır⁵⁶. Hanefilerin hediyelerdeki gö-

⁴⁵ ERTUÇ, s. 75; GÜNEŞ, s. 180; DOĞANGÜNEŞ, s. 135; CİN, *Evlenme*, s. 50; AKGÜÇ, s. 24; SAVADAGO, s. 29.

⁴⁶ GÜNEŞ, s. 180; ERTUÇ, s. 75; DOĞANGÜZEL, s. 136.

⁴⁷ ERTUÇ, s. 75; DOĞANGÜZEL, s. 137; GÜNEŞ, s. 181; YURTSEVEN, s. 225; SAVADAGO, s. 32; AKGÜÇ, s. 25; AYDIN, *Osmanlı*, s. 46.

⁴⁸ DOĞANGÜZEL, s. 137; GÜNEŞ, s. 181.

⁴⁹ YURTSEVEN, s. 225; AKGÜÇ, s. 25; DOĞANGÜZEL, s. 138; GÜNEŞ, s. 181.

⁵⁰ AKGÜÇ, s. 27; ERTUÇ, s. 75; YURTSEVEN, s. 225; GÜNEŞ, s. 182; ACAR, *Nişanlanma*, s. 91; SAVADAGO, s. 32 vd.

⁵¹ SAVADAGO, s. 33; ACAR, *Nişanlanma*, s. 91; GÜNEŞ, s. 182; AKGÜÇ, s. 26; YURTSEVEN, s. 225; KARAMAN, s. 241; HAS, s. 120-121.

⁵² GÜNEŞ, s. 182; SAVADAGO, s. 32; ACAR, *Nişanlanma*, s. 91; AYDIN, *Osmanlı*, s. 46;

⁵³ ACAR, *Nişanlanma*, s. 91; SAVADAGO, s. 32-33; GÜNEŞ, s. 182; AKGÜÇ, s. 27; YURTSEVEN, s. 225; KARAMAN, s. 241; CİN, *Evlenme*, s. 51.

⁵⁴ AKGÜÇ, s. 27; ACAR, *Nişanlanma*, s. 91; SAVADAGO, s. 33.

⁵⁵ DOĞANGÜZEL, s. 138; ERTUÇ, s. 77. Hediyelerin iadesi konusunda Kararname'nin Şafii mezhebinin görüşünün benimsendiği yönündeki açıklamalar için bkz. YURTSEVEN, s. 225-226.

⁵⁶ BARDAKOĞLU, Ali: “Hediye”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt 17, İslam Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 1998, s. 154; YURTSEVEN, s. 225; DOĞANGÜZEL, s. 138 vd.; GÜNEŞ, s. 182; SAVADAGO, s. 32; ACAR, *Nişanlanma*, s. 91; AYDIN, *Osmanlı*, s. 46; CİN, *Evlenme*, s. 51; KARAMAN, s. 241.

rüşü ile hibe görüşü paraleldir: Hibeden dönülemeyen hâllerde nişanlılar hediyelerden de dönemez⁵⁷. Hediyelerin hibe hükümlerine tabi olması hususu, Kararname'nin 2. maddesinde şu şekilde ifade edilmektedir: "... hediye olarak tarafeynin yekdiğerine verdiği şeyler hakkında hibe ahkamı cereyan eder".

Nişanın bozulması hâlinde verilen hediyeler mevcutsa, yani telef olmamış yahut bozulmamışsa iade edilmeleri gerekmektedir. Bu açıdan herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Eğer tarafların birbirine vermiş olduğu hediyeler zayi olmuşsa, artık bunlar için hibe hükümleri geçerli olmaktadır⁵⁸. Hibe, "karşılık şart koşulmaksızın bir malın hayatta iken temliki" şeklinde tanımlanır⁵⁹. İslam hukuku bakımından hibenin hukuki sonuç doğurması için verilen şeyin kabul ve kabz edilmesi gerekmektedir⁶⁰. Kabz etmek ise ya malın teslim edilmesiyle ya da verilen mal bir taşınmaz ise onun boşaltılması yoluyla gerçekleşmektedir⁶¹. Hanefi mezhebine göre, dolayısıyla Kararname bakımından, hibeden rücu edilmesi yani dönülmesi mümkündür⁶². Hibede bulunan taraf, kabzdan önce herhangi bir rızaya gerek kalmaksızın doğrudan rücu edebilirken, kabzdan sonra ise ancak kendisine hibede bulunan kişinin rızasıyla ya da hâkim kararıyla hibeden dönme hakkına sahiptir⁶³. Hibeden rücu her ne kadar kabul edilmiş olsa da bazı sebeplerin bulunması hâlinde hibeden dönülemeyeceği kabul edilmektedir. Bunlar; bitişik olan artış, hediye verilen kişinin eş olması, ölüm, mahrem olan kalabalığın bulunması, hediye verilen kişinin mülkiyetinden çıkması, hibeye karşılık bir şeyin alınması durumlarıdır⁶⁴. O hâlde nişanlılar birbirine hediye vermiş ancak nişanın bozulması anında bunlar bozulmuş veya tüketilmişse artık tarafların bu hediyeleri iade yükümlülüğü olamayacaktır⁶⁵.

Bazen nişanlılığı sona erdiren taraflar hediyelerin iadesi talebinde bulunmadan, karşılıklı olarak hediyelerin ibrası yolunu seçmektedir⁶⁶. *Apaydın*'ın da ifade ettiği üzere, "fıkıh terimi olarak *ibrâ*, bir kimsenin başkasının zimmetinde veya nezdinde olan hakkından karşılıksız olarak vazgeçmesini ifade eden hukukî işlemin adıdır"⁶⁷. İbra ile her ne kadar benzer olsa da hediyelerin iadesinde taraflar sulh yolunu da seçmişlerdir⁶⁸. Sulh ise tarafların aralarındaki husumet ve uyuşmazlığı sona erdirmek için yaptıkları anlaşmayı ifade etmektedir⁶⁹. Hanefi mezhebi uyarınca ibra ile sulhu ayıran nokta, sulhun geçerliliği için bir sulh bedelinin öngörülmüş olmasıdır⁷⁰. Osmanlı kayıtlarında yine tarafların hediyelerin iadesini değil de aralarında bu hususta çıkacak uyuşmazlığın ortadan kaldırılması bakımından sulh oldukları bilgisine ulaşılmaktadır⁷¹.

⁵⁷ SAVADAGO, s. 32; ACAR, *Nişanlanma*, s. 91.

⁵⁸ CİN, Evlenme, s. 51; KARAMAN, s. 241; DOĞANGÜZEL, s. 139.

⁵⁹ Tanım için bkz. BARDAKOĞLU, Ali: "Hibe", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 1998, Cilt 17, İslam Araştırmaları Merkezi, İstanbul, s. 421.

⁶⁰ ŞENER, Abdülkadir: *İslam Hukukunda Hibe*, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1984, s. 38; DOĞANGÜZEL, s. 139.

⁶¹ ŞENER, s. 40.

⁶² SAVADAGO, s. 32; DOĞANGÜZEL, s. 140; ŞENER, s. 102; ACAR, *Nişanlanma*, s. 91; GÜNEŞ, s. 182; BARDAKOĞLU, s. 425.

⁶³ ŞENER, s. 402; DOĞANGÜZEL, s. 140.

⁶⁴ SAVADAGO, s. 32.

⁶⁵ ACAR, Evlenme, s. 91; DOĞANGÜZEL, s. 140; ŞENER, s. 102 vd.; GÜNEŞ, s. 182; BARDAKOĞLU, s. 154 vd.

⁶⁶ DOĞANGÜZEL, s. 141.

⁶⁷ APAYDIN, H. Yunus: "İbra", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt 21, İslam Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 2000, s. 263; ŞENER, s. 19. İslam hukukunda ibra tek taraflı da karşılıklı olarak da mümkündür. Her ne kadar Kararname dönemine rastlamasa da sicillere yansıyan pek çok kayıta, nişanlıların birbirini ibra ettiğine ilişkin bilgiler yer almaktadır. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. SAK, İzzet / ÇETİN, Cemal: *Konya Kadı Sicili 50 (1138-1139 / 1726-1727)*, Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya, 2014, s. 173-174.

⁶⁸ DOĞANGÜZEL, s. 143.

⁶⁹ ATAR, Fahrettin: "Sulh", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt 37, İslam Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 2009, s. 481.

⁷⁰ ATAR, s. 482.

⁷¹ Bu husustaki örnekler için bkz. KILINÇ, Ahmet: "Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihun: Osmanlı Arabuluculuğu", (Ed.) GEDİKLİ, Fethi: *II. Türk Hukuk Tarihi Bildirileri Cilt 2*, 2016 (Muslihun), s. 54-55.

Nişanın bozulmasıyla birlikte tarafların arasında hediyelerin iadesi meselesi ortaya çıkmış ve taraflar da bu konuda ya iade ya ibra yahut sulh olma yolunu tercih etmişlerdir.

Şeriye sicillerinde nişanın bozulması sonrasında verilen hediyelerin geri istenmesine ilişkin kayıtlar bulunmaktadır. Bu kayıtların çoğu her ne kadar Kararname dönemi öncesine rastlansa da yöneltilen taleplerin ve verilen kararların değerlendirilmesi açısından önemlidir. Örneğin bir kayıtta, erkek nişanlısı kadına aralarındaki nişanlılık ilişkisinin bir göstergesi olarak kumaşlar vermiş, nişan bozulunca da bunları geri istemiştir. Geri istenen kumaşların varlığı ise nişanlı kadın tarafından inkâr edilmiştir⁷².

D. Tazminat

1. Genel Olarak

İslam hukukunda tazminat, kişinin haksız fiilinin sonucu ortaya çıkan maddi veya manevi zararı ortadan kaldırmak amacıyla üstlendiği sorumluluk veya yaptığı ödeme olarak ifade edilmektedir⁷³. Tazminat kavramı yerine İslam hukukunda kullanılan terim “*daman*” olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁴. Mecelle'nin 416. maddesinde *daman*, “*Helak olan şey misli ise mislini, kıyemi ise kıymetini vermekten ibarettir.*” şeklinde tanımlanmaktadır⁷⁵.

Tazminattan bahsedebilmek için mutlaka ortada bir zararın bulunması gerekmektedir⁷⁶. İslam hukuku bakımından zarar, “*bir şahısta sonradan meydana gelen fiziki, psikolojik veya mali kayıp veya hasardır.*” şeklinde tanımlanmaktadır⁷⁷. Fıkıh bakımından zarar, haksız bir fiil ya da hakkın kötüye kullanılması ile ortaya çıkmaktadır ancak kişi kendi için meşru olan bir hakkı kullanırken aşırı bir zarara yol açmışsa bunun da giderilmesi gerektiği esası bulunmaktadır⁷⁸.

Nişanın bozulmasıyla taraflar arasında anlaşmazlığa konu olacak bir diğer husus da nişanı bozan tarafın diğer tarafa tazminat ödeyip ödemeyeceğidir. Elbette nişanın bozulması ile birlikte bazı manevi ve maddi zararların ortaya çıkması mümkündür. Bu zararların tazmin edilip edilemeyeceği bakımından klasik İslam hukukçuları ile modern İslam hukukçuları arasında yaklaşım farklılıkları bulunmaktadır⁷⁹.

İslam hukuku uyarınca nişanın sona erdirilmesinde tarafların haklı bir sebebe dayanmasına gerek yoktur; bu açıdan da nişanı bozan taraf için bir tazminat yükümlülüğü getirilmemiştir⁸⁰. Nişanı bozma sonucunda maddi veya manevi tazminatın düzenlenmemesinin temelinde, nişanlanmanın hukuken bir sözleşme (akit) olarak kabul edilmemesi, sadece bir evlenme vaadi olması yer almaktadır⁸¹. Ancak zamanla değişen ve gelişen toplum ve aile yapısının, nişanlılık ilişkilerine yansıdığı ve taraflarda bu ilişkinin sonlandırılması hâlinde maddi ve manevi pek çok yıkıntı yaratması, tazminat konusunun da modern İslam hukukçuları tarafından tartışılmasına ve bazı görüşlerin ileriye sürülmesine sebebiyet vermiştir.

⁷² Detaylı bilgi için bkz. ÖZPOLAT, Leyla: *1 Numaralı Konya Şer'îye Sicili (970-1019/1563-1610) (Değerlendirme ve Transkripsiyon)*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2016, s. 7. Diğer kayıtlar için bkz. DOĞRU, Halime: “XVI-XVII. Yüzyıllarda Şer'îye Sicilleri ve Kanunnamelere Göre Nişanlanma-Evlenme ve Boşanma”, *Anadolu Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, 1999, Cilt 1, Sayı 1, s. 44.

⁷³ DİRİK, s. 129.

⁷⁴ BENLİ, Abdullah: *İslam Hukukunda Manevi Tazminat*, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 1997, s. 64; DİRİK, s. 129.

⁷⁵ “... *damân*”, bu farklılıkları da içine alacak şekilde “kişinin zimmetinin ödenmesi gereken bir borçla yüklü olması” diye tanımlanabilir. Bu tanım hakkında için bkz. AKTAN, Hamza: “*Daman*”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt 8, İslam Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 1993, s. 450.

⁷⁶ DİRİK, s. 113.

⁷⁷ AYBAKAN, Bilal: “Zarar”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt 44, İslam Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 2013, s. 131.

⁷⁸ DALGIN, Nihat: “İslam Hukuku Açısından Boşanmanın Sonuçlarından Maddi Tazminat Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2005, Cilt 18, Sayı 18-19, s. 48; DİRİK, s. 114.

⁷⁹ DOĞANGÜZEL, s. 125; DİRİK, s. 113; SAVADAGO, s. 34; SAK, s. 496-497; CİN, *Evlenme*, s. 51; ERTUÇ, s. 87-88; GÜNEŞ, s. 185.

⁸⁰ CİN, *Evlenme*, s. 49. Nişanın bozulmasının haklı sebebe dayanıp dayanmaması gerekliliği hususunda mezheplerin farklı görüşleri bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. SAVADAGO, s. 27.

⁸¹ DİRİK, s. 117; DOĞANGÜZEL, s. 125; ERTUÇ, s. 86 vd.; GÜNEŞ, s. 185; CİN, *Evlenme*, s. 49-50; SAK, s. 497.

2. Tazminat Ödenmesini Uygun Bulmayan Görüş

Nişanın haklı bir sebebe dayanmaksızın bozulması hâlinde tazminat yükümlülüğünün doğmayacağı ileri sürenler, bu görüşlerini birtakım sebeplere dayandırmaktadır. Nişanlanmanın bir evlenme vaadi olduğu, dolayısıyla bir evlenme sözleşmesi olmadığı için taraflar açısından bir bağlayıcılığının bulunmadığı; bu bakımdan da tazminatın nişanlanmanın hukuki niteliğine aykırı düştüğü savunulmaktadır⁸².

Nişan taraflar için nasıl bir hak ise nişanı bozmak, ondan rücu etmek de bir haktır. Dolayısıyla kişiler sırf bu hakkı kullanmaları nedeniyle tazminatla yükümlü tutulamazlar⁸³. Kaldı ki nişanın bozulması yüzünden diğer taraf zarara uğramışsa, nişanlanırken nişanı sona erdirme hakkının caiz olduğunu bildikleri kabul edildiği için, bu tazminatı talep etmeleri uygun bulunmamaktadır⁸⁴.

Nişanlanmanın evlilik için bir ön adım niteliğinde olması ve evliliğe zorlama yetkisi vermemesi tazminat verilmesinin gerekmediği görüşünün gerekçelerinden birini oluşturmaktadır. Çünkü nişanın bozulması hâlinde tazminat kabul edilirse, bu durum nişanlıların sırf istemedikleri bir evlilik yapmasına yol açabilecek, onları evliliğe rızaları olmaksızın zorlayabilecektir. Bu durum nişanlanmanın bünyesine uygun düşmemektedir⁸⁵.

Nişanın bozulması hâlinde tazminat öngörülürse bu tazminata hükmedebilmek için hâkim tarafından nişanın bozulması sebeplerinin araştırılması ve değerlendirilmesi gerekecek, bu da tarafların birbirlerinden ya da ailelerinden sakladıkları bazı özel durumların ortaya çıkmasına, gizliliğin ihlal edilmesine yol açacaktır⁸⁶. Bunun sonucunda da aileler arasında birtakım anlaşmazlıklar ortaya çıkacaktır ki bu arzu edilen bir sonuç değildir.

3. Tazminat Ödenmesi Gerektiğini Savunan Görüş

Tazminat ödenmesini öngören görüş de kendi içinde sadece maddi zararın giderilmesi gerektiğini savunan ile hem maddi hem de manevi zararın giderilmesi gerektiğini ileri sürenler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Dolayısıyla nişanın haklı bir sebep olmaksızın bozulması hâlinde, nişanı bozan kişinin diğerine tazminat ödemesi gerektiği hususunda, zararın maddi ve manevi olması bakımından farklı görüşler bulunmaktadır.

Modern İslam hukukçularından özellikle *Muhammed Ebu Zehrah* ile *Mahmut Şeltut* maddi zararın mutlaka giderilmesi gerektiğini savunmaktadırlar⁸⁷. Bu hukukçulara göre nişanın bozulması sonucunda ortaya bir maddi zarar çıkmışsa bu zararın giderilmesi gerekmektedir. Bu görüşe göre zarar manevi ise tazminata hükmedilmesine gerek yoktur.

Bir diğer görüşe göre ise nişanı bozan taraf diğerinin zararını, bu zarar ister maddi ister manevi olsun, tazmin etmek zorundadır⁸⁸. Bu görüşün önemli savunucularından olan *Kahveci*'ye göre, haksız yere nişanı bozan tarafın karşı tarafa vermiş olduğu zararı tazmin etme yükümlülüğü içinde bulunması aslında İslam hukukunun amaçlarına uymaktadır⁸⁹. Ancak ortaya bir zarar çıkmamışsa ya da nişanı bozan taraf nişanı bozmada haklı sebeplere dayanmışsa artık bir tazminat yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir⁹⁰.

⁸² SAVADAGO, s. 37; DOĞANGÜZEL, s. 126.

⁸³ CİN, *Evlenme*, s. 50; ACAR, *Evlenme*, s. 93.

⁸⁴ ZEYDAN, Abdülkerim: *İslam Hukukuna Giriş*, Kaythan Yayınları, İstanbul, 2012, s. 78; SAVADAGO, s. 37 vd.; DOĞANGÜZEL, s. 126.

⁸⁵ KARAMAN, s. 241-242; SAVADAGO, s. 37; DOĞANGÜZEL, s. 126.

⁸⁶ SAVADAGO, s. 37; DOĞANGÜZEL, s. 127.

⁸⁷ YAMAN, Ahmet: *İslam Aile Hukuku*, İstanbul, 2018, s. 38; SAVADAGO, s. 35 vd.; DOĞANGÜZEL, s. 127; CİN / AKYILMAZ, s. 317; SAK, s. 497; ACAR, *Evlenme*, s. 93.

⁸⁸ SAVADAGO, s. 36; DİRİK, s. 116 vd.

⁸⁹ KAHVECİ, Nuri: *İslam Aile Hukuku*, Hikmetevi Yayınları, İstanbul, 2014 (İslam Aile), s. 64; DİRİK, s. 117; SAVADAGO, s. 36.

⁹⁰ KAHVECİ, Nuri: *İslam Hukuku Açısından Nişanlılık*, Hikmetevi Yayınları, İstanbul, 2021 (Nişanlılık), s. 193; SAVADAGO, s. 36; DİRİK, s. 117.

Tazminat ödenmesi gerekliliği, nişanın bozulmasına değil de ortaya çıkan zararın giderilmesine dayanmaktadır⁹¹. Bu zararın giderilmesi mecburiyetinin temelinde Mecelle'de yer alan “İslamda zarar verme ve zarara karşı zararlar karşılık verme yoktur” ifadesinden⁹² doğan “zarar izale edilir” düsturu yatmaktadır⁹³. İslam'da hakkın kötüye kullanılması ve başkasına zarar verme asla kabul edilmemektedir⁹⁴.

Tazminat yükümlülüğünün, ister zarar ortaya çıkmış olsun ister olmasın, her hâlükârda nişanı bozan taraf üzerinde doğacağını ileri sürenler de bulunmaktadır⁹⁵.

Hukuk-1 Aile Kararnamesi'nde nişanın bozulması hâlinde tazminat ödenip ödenmeyeceği hususu düzenlenmemekle birlikte, tazminatın talep edilemeyeceği yönünde açık bir hüküm de yer almamaktadır⁹⁶.

Kanaatimizce haklı bir sebebe dayanmaksızın nişanı bozan tarafın fiili haksız fiil olarak kabul edileceği için, bundan doğan hem maddi hem manevi zararın karşılanması, İslam hukukunun da temellerinden biri olan hakkaniyet ve adalet prensiplerine daha uygun düşmektedir.

III. KARARNAME HÜKÜMLERİNİN TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA DÜZENLENEN NİŞANLANMA KURUMU İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. Genel Olarak

Nişanlanma, dolayısıyla nişanlılık kurumu Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 118 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir. Kanun nişanlanmanın tanımına yer vermemekle birlikte nişanlanmanın evlenme vaadiyle gerçekleşeceğini hüküm altına almıştır. Nişanlanmanın evlenme vaadi olması, Kararname'deki düzenlemeyle birebir örtüşmektedir.

Nişanlanma, *Dural / Öğüz / Gümüş*'e göre⁹⁷ bir erkekle bir kadın arasındaki karşılıklı evlenme vadidir. *Akintürk / Ateş*'e göre⁹⁸ nişanlanma ileride birbirleriyle evlenmek isteyen ayrı cinsten iki kişinin bu yöndeki niyetlerini aralarında dile getirmeleri, birbirlerine karşı açıklamalarıdır. *Kılıçoğlu*'na göre⁹⁹ ise nişanlanma, ayırt etme gücü bulunan ve evlenme engeli olmayan iki kişinin karşılıklı ve birbirine uygun evlenme vaadinde bulunmasıdır. O hâlde nişanlanma ayrı cinsiyetteki iki kişinin karşılıklı olarak birbirine evlenme vaadinde bulunmasıdır.

Nişanlanma sonucunda tarafların içine girdiği hukuki ilişki “nişanlılık” olarak ifade edilmektedir¹⁰⁰. Nişanlılık ilişkisi nişanlanmayla kurulan ve evlenme ile son bulması beklenen bir ilişkidir ancak her zaman evlenme ile son bulmamaktadır¹⁰¹. Taraflardan birinin ölmesi ya da ölüme eş değer hâllerin ortaya çıkması durumunda yahut tarafların bu ilişkiyi sonlandırma konusunda anlaşmaları hâlinde ya da taraflardan birinin tek taraflı irade beyanıyla da nişanlılık ilişkisi sona erebilmektedir.

⁹¹ ERTUÇ, s. 91; SAVADAGO, s. 38; DOĞANGÜZEL, s. 127.

⁹² Bkz. Mecelle m. 19.

⁹³ ERTUÇ, s. 91; SAVADAGO, s. 38; DİRİK, s. 116; DOĞANGÜZEL, s. 128.

⁹⁴ DÖNDÜREN, Hamdi: *Delilleriyle İslam Hukuku Şahıs, Aile ve Çözümlü Miras*, Erkam Yayınları, İstanbul, 1993, s. 98; DİRİK, s. 116; KAHVECİ, *İslam Aile*, s. 64-65; DOĞANGÜZEL, s. 128.

⁹⁵ KARAMAN, s. 242; SAVADAGO, s. 35; DOĞANGÜZEL, s. 128; DİRİK, s. 118.

⁹⁶ CİN, *Evlenme*, s. 294; DOĞANGÜZEL, s. 129.

⁹⁷ DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 15.

⁹⁸ AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Aile Hukuku*, 24. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 23.

⁹⁹ KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Aile Hukuku*, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 10.

¹⁰⁰ ÖZTAN, Bilge: *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 24; ÖZEN ARSLAN, Damla: “Nişanlanmanın Sona Ermesi ve Sonuçları”, *Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 3, Sayı 1, s. 6; HATEMİ, Hüseyin: *Aile Hukuku*, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 7; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 23.

¹⁰¹ KILIÇOĞLU, s. 19 vd.; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 42; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 28; ÖZTAN, s. 71 vd.; ÖZEN ARSLAN, s. 6.

Kararname ile karşılaştırıldığında -her ne kadar Kararname’de nişanın sona ermesi bakımından bir sınıflandırılma yapılmamış olsa da- TMK bakımından kabul edilen sona erme hâlleriyle benzerlik taşıdığı görülmektedir¹⁰².

B. Nişanlanmanın Sona Erme Halleri

Nişanın sona ermesinin en doğal hâli elbette ki tarafların evlenmesidir zira nişanlanma bir evlenme vaadidir¹⁰³. Kaldı ki doktrinde evlenme ile nişanlılık ilişkisinin kendiliğinden ortadan kalktığı ileri sürülmektedir¹⁰⁴. Aile Hukuku Kararnamesi bakımından da evlilik, nişanlılık ilişkisini sona erdiren en doğal sebep olarak kabul edilmektedir.

Nişanlılığı sona erdiren hâllerden biri, nişanlılardan birinin ölmesidir. Bu, tarafların iradesi dışında ortaya çıkan bir sona erme hâlidir¹⁰⁵. Kararname’de de taraflardan birinin ölümü nişanı sona erdiren sebep olarak kabul edilmiştir. Nişanlılardan biri hakkında gaiplik kararı alınmışsa ya da ölüm karinesi söz konusu ise nişanlılığın kendiliğinden mi sona erdiği hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Baskın görüşe göre¹⁰⁶ ölüm karinesi veya gaiplik kararı ölümle eş değer kabul edileceğinden, nişanlanmanın tıpkı ölüme olduğu gibi kendiliğinden sona ermesi söz konusudur. Bir diğer görüş ise¹⁰⁷ gaiplik kararının varlığı nişanın kendiliğinden sona erdirmemekte, ayrıca sağ olan tarafın nişanın sona erdiği yönünde bir irade açıklamasında bulunması gerektiğini savunmaktadır.

Nişanın sona ermesi sebeplerinden biri de taraflardan birinin tek taraflı iradesiyle bu ilişkiye son vermesidir. Bu husus “nişanın bozulması” olarak ifade edilmektedir¹⁰⁸. Nişanlanma taraflara birbirlerini evlenmeye zorlama hakkı vermediği için her zaman sona erdirilmesi mümkün olan bir ilişkidir. Kararname’de de bu husus açıkça vurgulanmaktadır. Nişanın bozulmasının haklı bir sebebe dayanması bir zorunluluk değildir; dolayısıyla bir sebep göstermeye gerek olmaksızın taraflardan birinin tek taraflı iradesiyle her zaman sona erdirilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki nişanın haklı sebebe dayanması nişanın bozulmasının doğuracağı hüküm ve sonuçlar bakımından önem taşımaktadır¹⁰⁹. Kararname getirdiği hükümlerle nişanın bozulmasını kabul etmiş ve buna birtakım sonuçlar bağlamıştır.

Nişanın bozulmasının haklı bir sebebe dayanıp dayanmaması taraflar hakkında ortaya çıkacak sonuçlar bakımından önem taşımaktadır. Nişanın haksız yer bozulması hâlinde ortaya çıkacak sonuçlar TMK’da hüküm altına alınmakta iken, Kararname bu hususta herhangi bir hüküm içermemektedir.

C. Nişanın Bozulmasının Sonuçları

Nişanın bozulmasının sonucunda hediyelerin geri verilmesi ve tazminat istemi hususları karşımıza çıkmaktadır. Nişanlanmanın evlilik dışında herhangi bir sebeple ortadan kalkması hâlinde tarafların birbirlerine verdikleri hediyeleri geri isteme hakkı bulunmaktadır. Tazminat istemi ise sadece nişanın bozulması hâlinde söz konusu olan bir hukuki sonuçtur.

1. Hediyelerin Geri Verilmesi

Nişanlanma aile kurma yolunda atılan ilk adım olduğu için, taraflar bu ilişki nedeniyle birbirlerine hediyeler vermektedirler. Nişanlanmanın herhangi bir sebeple sona ermesi hâlinde bu hediyelerin akı-

¹⁰² Bkz. s. 4 vd.

¹⁰³ Doktrinde nişanlanmanın evlenme ile sona ermesi “amacın gerçekleşmesi ile son bulma” olarak da ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. ÖZTAN, s. 71; KILIÇOĞLU, s. 19; ÖZEN ARSLAN, s. 7.

¹⁰⁴ AKINTÜRK / ATEŞ, s. 43; ÖZTAN, s. 71; KILIÇOĞLU, s. 19.

¹⁰⁵ KILIÇOĞLU, s. 20; ÖZTAN, s. 72; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 43.

¹⁰⁶ KOÇ, Nevzat: *Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi*, DEÜ Rektörlük Matbaası, İzmir, 2002, s. 74; ÖZTAN, s. 72; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 29; HATEMİ, s. 21.

¹⁰⁷ KÖPRÜLÜ, Bülent / KANETİ, Selim: *Aile Hukuku*, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986, s. 56.

¹⁰⁸ KOÇ, s. 87; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 45.

¹⁰⁹ ÖZTAN, s. 76; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 45; KILIÇOĞLU, s. 20; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 30; ÖZEN ARSLAN, s. 11.

betinin ne olacağı TMK m. 112'de hüküm altına alınmıştır. Hüküm uyarınca nişanın evlenme dışındaki bir sebeple sona ermesi hâlinde nişanlıların birbirlerine ya da ana baba veya ana baba gibi davrananların nişanlılara verdikleri alışılmışın dışındaki hediyeler veren kişi tarafından geri istenebilmektedir¹¹⁰. Burada önemli olan nelerin hediye olarak kabul edildiği ve kabul edilen hediyelerin ise alışılmışın dışında hediye olması gerekliliğidir. Bir şeyin hediye olarak değerlendirilebilmesi için, nişanlanma amacıyla ve dolayısıyla bir nişanlının diğer nişanlıya verdiği ve ekonomik değeri olan bir kazandırma olması gerekmektedir¹¹¹. Dolayısıyla tarafların ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi için verdikleri şeyler hediye olarak kabul edilemeyecektir¹¹². Nişanlanma amacı verilen hediyelerin geri istenebilmesi için "alışılmışın dışında" olması gerekmektedir. Alışılmışın dışında bir hediye olup olmadığının tespiti ise hâkim tarafından somut olaya göre takdir edilecektir¹¹³.

TMK m. 122 uyarınca hediyelerin geri verilmesini isteme hakkı hem nişanlılara hem de nişanlının ana ve babası ile onlar gibi davranan kişilere de tanınmıştır. Sözü geçen kişiler elbette bu talep hakkına sadece nişanlılara verilen hediyeler bakımından sahiptirler; aksi hâlde TMK m. 122 uygulama alanı bulmayacak, sebepsiz zenginleşme hükümleri devreye girecektir¹¹⁴.

TMK m. 122/II uyarınca hediyeler aynen ya da mislen geri verilemiyorsa sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanacaktır. Bu hüküm uyarınca verilen hediye ister misli olsun ister olmasın talep edilen kişinin malvarlığında mevcut ise aynen geri verilecektir.

Kararname'de de verilen hediyelerin eğer mevcutsa geri verilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Eğer mevcut değilse ise hibe hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir.

2. Tazminat Talebi

Tazminat istemi sadece nişanın bozulması hâlinde ortaya çıkan bir sonuçtur; dolayısıyla diğer sebeplerle nişanın sona ermesi hâlinde tarafların tazminat isteminde bulunması söz konusu olmamaktadır.

Tazminat talebi ise maddi tazminat ve manevi tazminat olarak iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Maddi tazminat istemi TMK m. 120'de hüküm altına alınmaktadır. Bu hüküm uyarınca nişanlılardan biri nişanı haklı bir sebep olmaksızın bozmuşsa veya nişanın bozulmasına kendi kusuruyla sebep olmuşsa kusurlu olan taraf diğerine tazminat ödemekle yükümlüdür¹¹⁵. Nişanın bozulması üzerine açılacak olan bu tazminat davası, aile hukuku ilişkisinden kaynaklanan bir alacak davasıdır¹¹⁶. Maddi tazminatın kapsamında tarafların nişanlanma sebebiyle yaptığı masraflar ve katlandıkları fedakârlıklar yer almaktadır¹¹⁷. Maddi tazminat davası açılabilmesi için, taraflar arasında geçerli bir nişanlılık ilişkisinin bulunması, haklı bir sebebin bulunmaması veya nişanı diğer tarafın bozmasına kendisine karşı dava açılan nişanlının kendi kusurlu davranışıyla sebebiyet vermesi ve nişanın bozulması sonucunda ortaya bir zarar çıkmış olması gerekmektedir¹¹⁸. Maddi tazminat davası sonunda hükmedilecek miktar Kanun'da "uygun bir tazminat" olarak ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu miktarın belirlenmesinde hâkime takdir yetkisi tanınmaktadır¹¹⁹. Bu davayı açacak kimseler TMK m. 120'de "*kusursuz nişanlı, ana ve babası ile ana ve baba gibi davranan diğer kişiler*" olarak belirlenmiştir.

¹¹⁰ ÖZTAN, s. 80; KOÇ, s. 132; HATEMİ, s. 23; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 42; KILIÇOĞLU, s. 30; ÖZEN ARSLAN, s. 23.

¹¹¹ DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 42; ÖZEN ARSLAN, s. 23.

¹¹² ABİK, Yıldız: "Nişanlanma ve Nişanlılık", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, Cilt 54, Sayı 2, s. 103; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 43; ÖZTAN, s. 80.

¹¹³ DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 44; ÖZTAN, s. 83; ÖZEN ARSLAN, s. 24.

¹¹⁴ DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 45; ÖZTAN, s. 97.

¹¹⁵ GÜVENÇ, Ahenk Çiçek / TURAN, Gözde Canan / ERGÜN, Buğrahan: "Nişanın Bozulması Nedeni ile Maddi ve Manevi Tazminat", *Uluslararası Sosyal ve Beşeri Bilimler Araştırma Dergisi*, 2021, Cilt 8, Sayı 67, s. 725; ÖZTAN, s. 98; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 33; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 51; ÖZEN ARSLAN, s. 16.

¹¹⁶ Bu dava bir haksız fiil davası değildir. ÖZTAN, s. 98; ÖZEN ARSLAN, s. 16; GÜVENÇ / TURAN / ERGÜN, s. 725.

¹¹⁷ Bu kapsam sadece nişanlıların açacağı tazminat davası bakımından aranan bir kıstastır. ÖZTAN, s. 98.

¹¹⁸ KILIÇOĞLU, s. 22 vd.; ÖZTAN, s. 99 vd.; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 34 vd.; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 51; ÖZEN ARSLAN, s. 17; KOÇ, s. 82; GÜVENÇ / TURAN / ERGÜN, s. 726 vd.

¹¹⁹ AKINTÜRK / ATEŞ, s. 53; KOÇ, s. 105; ÖZTAN, s. 106.

Bir diğer tazminat talebi ise elbette manevi tazminattır. Manevi tazminat ise TMK m. 121’de hüküm altına alınmaktadır. Manevi tazminat davası tek başına açılabileceği gibi maddi tazminat davasıyla birlikte de açılabilir¹²⁰. Manevi tazminat talebi için 121. madde gereği kişilik hakkının zedelenmiş olması gerekmektedir; dolayısıyla sadece nişanın bozulmuş olması ve diğer tarafının kusurlu olması yeterli olmamaktadır¹²¹. Manevi tazminat isteminde bulunacak kişiler, maddi tazminattan farklı olarak sadece nişanlılardır¹²². Bu davanın açılabilmesi için arada geçerli bir nişanlılık ilişkisinin bulunması, nişanın bozulması, talepte bulunan tarafın kişilik hakkının saldırıya uğramış olması ve saldırı nedeniyle bir zarar doğmuş olması gerekir. Şartların varlığı hâlinde nişanı kusurlu olarak bozan taraf, diğer tarafa tazminat ödemekle yükümlü olmaktadır. Ödenecek olan tazminat miktarını hâkim takdir hakkını kullanarak tespit edecektir¹²³. Hâkim tazminat miktarının irat şeklinde veya taksitler hâlinde ödenmesine hükmedemez; belirli miktar paraya toptan hükmeder¹²⁴.

Tazminat talebi Kararname’de düzenlenmemiş; bunun temelinde ise İslam hukukunda nişanlanmanın bir sözleşme olarak kabul edilmemesi prensibi yer almaktadır¹²⁵. Dolayısıyla Kararname bu açıdan TMK uygulamasından ayrılmaktadır.

SONUÇ

Nişanlanma İslam hukukunda ve dolayısıyla Osmanlı hukukunda önemli bir yer tutmaktadır. Kadının ve erkeğin bir aile kurmasının temelini oluşturan evlilik akdinin bir ön aşaması olarak kabul edilen nişanlanma, 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile yasal bir güvenceye kavuşturulmuştur. Nişanlanma, Kararname’de evlenme vaadi olarak kabul edilmiş ve nişanlanmanın evlenmeye zorlama hakkı vermediği hüküm altına alınmıştır.

Nişanlanmanın evlenmeye zorlama hakkı vermemesinin doğal bir sonucu olarak da taraflar karşılıklı olarak ya da tek taraflı irade beyanıyla nişanlılık ilişkisini sonlandırma hakkına da sahip olmuşlardır.

Nişanlanmanın sona ermesi pek çok sebebe dayanmaktadır. Her ne kadar Kararname sona erme sebeplerini bir sınıflandırmaya tabi tutmamış olsa da modern hukuk sistemlerine bakılarak nişan ilişkisini sona erdiren sebepler farklı kategorilerde değerlendirmeye uygun görünmektedir. Nişanlanma tarafların iradesiyle sona erebileceği gibi tarafların iradesi dışında gelişen durumlar neticesinde de sona erebilmektedir.

Evlenme engellerinin ortaya çıkması, taraflardan birinin ölümü gibi sebepler nişanlıların kendi iradelerinin dışında ortaya çıkan ve bu ilişkinin sona ermesine yol açan sebepler olarak gösterilebilir. Kararname özellikle nişanlılardan birinin ölümü hâlinde nişan ilişkisinin sona ereceğini, hatta tarafların birbirine verdikleri hediyeler ile mehrin de iade edileceğini hüküm altına almaktadır.

Tarafların iradesine dayanan ve nişanlılık ilişkisini sona erdiren sebepler ise tarafların evlenmesi ve nişanın bozulması olarak karşımıza çıkmaktadır. Evlenme, nişanlanmanın doğal bir sona erme hâlini oluşturmaktadır. Zaten nişanlanma bir evlenme vaadi olduğuna göre tarafların nişanlanma ile güttüğü amaç evlenmek ve bir aile kurmaktır. Nişanın bozulması taraflardan birinin isteği üzerine nişanlılık ilişkisinin sonlandırılmasıdır. Her ne kadar nişanlanmanın tarafların iradesiyle ortadan kaldırılmaması

¹²⁰ ÖZTAN, s. 109; GÜVENÇ / TURAN / ERGÜN, s. 728.

¹²¹ ŞAHİN ŞENGÜL, Eda / ÇELT, Damla Özden: “Yargıtay Kararları Işığında Nişanın Bozulmasında Manevi Tazminat”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 12, Sayı 2, s. 525; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 54; ÖZTAN, s. 110; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 39; HATEMİ, s. 26 vd.; GÜVENÇ / TURAN / ERGÜN, s. 729.

¹²² ŞAHİN ŞENGÜL / ÇELT, s. 535; ÖZTAN, s. 115; GÜVENÇ / TURAN / ERGÜN, s. 730; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 56.

¹²³ Hâkim bu tespiti yaparken tarafların ekonomik ve sosyal durumlarını göz önünde bulundurmalıdır. ÖZTAN, s. 114; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 56; ŞAHİN ŞENGÜL / ÇELT, s. 535; GÜVENÇ / TURAN / ERGÜN, s. 729.

¹²⁴ ÖZTAN, s. 114; GÜVENÇ / TURAN / ERGÜN, s. 729.

¹²⁵ Detaylı bilgi için bkz. s. 19 vd.

gerektiği hususunda bazı görüşler olsa da Kararname taraflara nişanlılık ilişkisini sonlandırma hakkı tanımaktadır. Taraflara tanınan bu hak, elbette nişanlanmanın evlenmeye zorlama hakkı vermemesi hükmünün bir neticesidir.

Nişanın bozulması ile taraflar arasında birçok anlaşmazlık ortaya çıkmaktadır. Bu anlaşmazlıklar mehir, hediyeler ve tazminat bakımından kendini göstermektedir. Kararname nişanın bozulması hâlinde açıkça mehir ve hediyelerin ne şekilde iade edileceğini hüküm altına almakta, tazminata ilişkin ise bir hüküm içermemektedir.

Nişanın bozulması hâlinde mehirin ne şekilde iade edileceği önemli bir konudur. Kararname mehirin kadına ait olduğunu ve onun rızası olmadan kendisinden geri alınamayacağını düzenlemiştir. Kadına ödenecek mehir miktarının tespitinde tarafların anlaşmasının esas olduğunu belirten Kararname, miktar bakımından ne alt ne de üst sınır öngörmüştür.

Nişanın bozulmasının başka bir sonucu ise hediyelerin iadesidir. Hediyelerin iadesi hususunda mezhepler farklı sonuçlara varmış ancak Kararname hediyelerin iadesinde Hanefi mezhebinin görüşünü esas almıştır. Hediyelerin iadesinde önemli olan, nişanın bozulması esnasında o hediyelerin mevcut olup olmadığıdır. Nişanın bozulması hâlinde eğer hediyeler mevcut ise -yani bozulmamış ya da telef olmamışsa- hediye alan tarafın bu hediyeleri iade yükümlülüğü bulunmaktadır. Hediyelerin mevcut olmaması durumunda ise iade yükümlülüğü doğmayacak, Kararname'nin ilgili hükmü uyarınca zayı olan bu hediyeler hakkında hibe hükümleri geçerli olacaktır.

Nişanın bozulmasıyla birlikte ortaya çıkan sonuçlardan biri de nişanı bozan tarafın diğer tarafa tazminat ödeme yükümlülüğü altında olup olmadığı hususudur. Bu husus klasik İslam hukukçuları ve modern İslam hukukçuları tarafından farklı yorumlanmaktadır.

Hukuk-1 Aile Kararnamesi tazminat konusunu düzenlemese de bu yükümlülüğü yasaklayan bir hüküm de içermemektedir. Kanımızca Kararname ile bırakılan bu boşluk, nişanın haklı sebebe dayanmaksızın bozulması hâlinde, bu bir haksız fiil niteliğinde olduğundan, karşı tarafın bu sebeple uğramış olduğu gerek maddi gerekse manevi zararının karşılanması ile doldurulabilirdi. Kaldı ki bu sonuç, İslam hukukunun ruhuna daha uygun düşer niteliktedir.

Türk Medeni Kanunu'nda gerek nişanlanmanın bir evlenme vaadi olarak kabul edilmesi gerekse nişanlanmanın sona ermesinin hüküm ve sonuçlarına ilişkin hükümlerin Kararname ile paralel düzenlemeler içerdiğini söylemek mümkündür. Hatta Kararname'de yer alan ve İslam hukukunda esas olan mehir uygulamasının her ne kadar TMK'da düzenlenmemiş de olsa hâlâ uygulandığını ve uyuşmazlık konusunu yapıldığını ifade etmek mümkündür.

KAYNAKÇA

- ABİK, Yıldız: “Nişanlanma ve Nişanlılık”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, Cilt 54, Sayı 2, s. 65-152.
- ACAR, İbrahim: “İslam Hukuku Açısından Nişanlanma”, *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2005, Sayı 23, s. 71-93 (Nişanlanma).
- ACAR, İbrahim: “Mehrin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2011, Sayı 17, s. 367-388 (Mehir).
- AKGÜÇ, Mehmet Fatih: *Evlilik Öncesi Sürecin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, Mardin Artuklu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Mardin, 2021.
- AKGÜNDÜZ, Ahmet: *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1985.
- AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Aile Hukuku*, 24. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- AKTAN, Hamza: “Daman”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt 8, İslam Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 1993, s. 450-453.
- AKYÜZ, Jülide: “Evlence Sözleşmesinin Önemli Bir Ögesi Olan “Mehir” Hakkında Bazı Düşünceler”, *Tarih Araştırmaları Dergisi*, 2005, Cilt 24, Sayı 37, s. 213-230.
- APAYDIN, H. Yunus: “İbra”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt 21, İslam Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 2000, s. 263-266.
- ATAR, Fahrettin: “Sulh”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt 37, İslam Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 2009, s. 481-485.
- AYBAKAN, Bilal: “Zarar”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt 44, İslam Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 2013, s. 130-134.
- AYDIN, Mehmet Akif: “Hukuk-ı Aile Kararnamesi”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt 18, İslam Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 1998, s. 314-318 (Kararname).
- AYDIN, Mehmet Akif: *Osmanlı Aile Hukuku*, 2. Baskı, Klasik Yayınları, İstanbul, 2018 (Osmanlı).
- AYDIN, Mehmet Akif: *Türk Hukuk Tarihi*, 5. Baskı, Hars yayıncılık, İstanbul, 2005.
- BARDAKOĞLU, Ali: “Hediye”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt 17, İslam Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 1998, s. 151-155.
- BARDAKOĞLU, Ali: “Hibe”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 1998, Cilt 17, İslam Araştırmaları Merkezi, İstanbul, s. 421-426.
- BAYGIN, Cem: “Tanzimattan Günümüze Aile Hukukunun Gelişim Sürecine Kısa Bir Bakış”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 22, Sayı 3, s. 453-462.
- BENLİ, Abdullah: *İslam Hukukunda Manevi Tazminat*, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 1997.
- BOZKURT, Gülnihal: *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1996.
- CİN, Halil / AKYILMAZ, Gül: *Türk Hukuk Tarihi*, 4. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2011.
- CİN, Halil: “İslam Hukukunda Mehr”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1972, Cilt 29, Sayı 1, s. 199-254 (Mehr).
- CİN, Halil: *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Konya, 1988 (Evlenme).
- ÇINAR, Hafize: *İslam Hukukunda ve Medeni Hukukta Evlilik Engelleri*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008.
- DAĞCI, Şamil: “İslam Aile Hukukunda Evlenme Engelleri-I (Sürekli Evlenme Engelleri)”, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 1999, Cilt 39, Sayı 1, s. 175-238.

- DALGIN, Nihat: “İslam Hukuku Açısından Boşanmanın Sonuçlarından Maddi Tazminat Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2005, Cilt 18, Sayı 18-19, s. 35-69.
- DİRİK, Mehmet: “İslam Hukuku Açısından Nişanı Bozma Tazminatı”, *Mîzânü'l-Hak: İslami İlimler Dergisi*, 2021, Sayı 13, s. 107-137.
- DOĞANGÜZEL, Semra Betül: *Osmanlı Hukukunda Nişanlanma*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- DOĞRU, Halime: “XVI-XVII. Yüzyıllarda Şer’iye Sicilleri ve Kanunnamelere Göre Nişanlanma-Evlenme ve Boşanma”, *Anadolu Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, 1999, Cilt 1, Sayı 1, s. 39-54.
- DÖNDÜREN, Hamdi: *Delilleriyle İslam Hukuku Şahıs, Aile ve Çözümlü Miras*, Erkam Yayınları, İstanbul, 1993.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- ERTUÇ, Hüseyin: *İslam Hukuku Açısından Nişanlanma*, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 1999.
- GÜNEŞ, Ahmet: “İslam Hukuku Açısından Nişanlanma”, *Dini Araştırmalar Dergisi*, 2007, Cilt 10, Sayı 29, s. 161-188.
- GÜVENÇ, Ahenk Çiçek / TURAN, Gözde Canan / ERGÜN, Buğrahan: “Nişanın Bozulması Nedeni ile Maddi ve Manevi Tazminat”, *Uluslararası Sosyal ve Beşeri Bilimler Araştırma Dergisi*, 2021, Cilt 8, Sayı 67, s. 723-732.
- HAS, Şükrü Selim: “Nişanın Bozulmasının Hukûkî ve Dînî/Ahlakî Neticeleri”, *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2006, Sayı 30, s. 113-131.
- HATEMİ, Hüseyin: *Aile Hukuku*, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KAHVECİ, Nuri: *İslam Aile Hukuku*, Hikmetevi Yayınları, İstanbul, 2014 (İslam Aile).
- KAHVECİ, Nuri: *İslam Hukuku Açısından Nişanlılık*, Hikmetevi Yayınları, İstanbul, 2021 (Nişanlılık).
- KAMA, Sezen: “Osmanlı Hukukunda Evlilik Akdi ve Söz Konusu Akdin 1869 Tarihli Tabiiyyet-İ Osmaniyye Kanunnamesine Göre Osmanlı Tabiiyyetine Etkisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2013, Cilt 71, Sayı 1, s. 673-708.
- KARAASLAN, Arzu: “Osmanlı Toplumunda Ailenin Teşekkülünde İlk Adım: Namzedlik”, *Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi*, 2015, Cilt 5, Sayı 2, s. 186-199.
- KARAMAN Hayrettin: *Mukayeseli İslam Hukuku, Cilt I*, Nesil Yayınları, İstanbul, 1991.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Aile Hukuku*, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.
- KILINÇ, Ahmet / KILINÇ, Ayşe Nur: “Mehrin Türk Pozitif Hukuku Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliliği”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 1, Sayı 10, s. 103-118.
- KILINÇ, Ahmet: “İslam Hukukunun Evrenselliği Bağlamında Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Malezya İslam Aile Hukuku Kanunu 1984’ün Mukayesesi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 14, Sayı 2, s. 623-662 (İslam Hukuku).
- KILINÇ, Ahmet: “Osmanlı Devleti’nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihun: Osmanlı Arabuluculuğu”, (Ed.) GEDİKLİ, Fethi: *II. Türk Hukuk Tarihi Bildirileri Cilt 2*, 2016, s. 54-55 (Muslihun).
- KOÇ, Nevzat: *Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi*, DEÜ Rektörlük Matbaası, İzmir, 2002.
- KONAN, Belkıs: “Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nde Kadının Hukuki Durumu ile İlgili Düzenlemeler”, (Ed.) GEDİKLİ, Fethi: *II. Türk Hukuk Tarihi İslam Hukuku Kongresi Bildirileri Cilt 1*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 323-352 (Kadın).
- KONAN, Belkıs: “Konya 42 numaralı Şer’iyye Sicil Defterine Göre 18. Yüzyılın Başlarında Konya’da Aile Hukuku Davaları”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 4, Sayı 1, s. 103-122 (Konya 42).
- KÖPRÜLÜ, Bülent / KANETİ, Selim: *Aile Hukuku*, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986.

- KÜÇÜK, Fatih: *İslam Hukukuna Hutbe (Kız İsteme) ve Nişanlılık Dönemi*, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan, 2018.
- KÜÇÜKTİRYAKİ, Ahmet Yasin: “Osmanlı Devletinde Tanzimat Sonrası Aile Hukuku Alanındaki Gelişmeler ve Hukuk-I Aile Kararnamesi”, *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 13, Sayı 26, s. 177-201.
- KÜÇÜKTİRYAKİ, Ahmet Yasin: *Sadreddin Efendi'nin Hukuk-ı Aile Kararnamesine İlişkin Görüşlerinin Değerlendirilmesi*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009.
- OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU, Saliha: “İslam Aile Hukukunda Kadının Mehir Hakkına Toplumun Bakış Açısı Üzerine Bir Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 17, Sayı 4, s. 223-256.
- ÖZEN ARSLAN, Damla: “Nişanlanmanın Sona Ermesi ve Sonuçları”, *Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 3, Sayı 1, s. 1-28.
- ÖZPOLAT, Leyla: *1 Numaralı Konya Şer'îye Sicili (970-1019/1563-1610) (Değerlendirme ve Transkripsiyon)*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2016.
- ÖZTAN, Bilge: *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- PAÇACI, İbrahim: “Sosyal Hayattaki Değişim Sürecinde İslam Aile Hukuku (Evllenme ve Boşanma Örneği)”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2008, Sayı 11, s. 59- 92.
- SAĞLAM, Hadi: “İslam Hukukunda Mehir Evlilik Sigortası Mıdır?”, *Universal Journal of Theology*, 2016, Cilt 1, Sayı 1, s. 1-19.
- SAK, İzzet / ÇETİN, Cemal: *Konya Kadı Sicili 50 (1138-1139 / 1726-1727)*, Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya, 2014.
- SAK, İzzet: “Osmanlı Toplumunda Nâmzedin (Nişanın) Bozulması ve Sonuçları: Konya Örneği (18. Yüzyılın İlk Çeyreğine Âit Konya Şer'îye Sicillerine Göre)”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2006, Sayı 16, s. 493-523.
- SAVADAGO, Abdaourahamane: *İslam Aile Hukukunda Nişanlanma ve Evlilik Akdi Esnasında Ortaya Çıkan Çağdaş Problemler*, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2018.
- SOLAK, İbrahim: *Konya BŞB*, Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya, 2016.
- ŞAHİN ŞENGÜL, Eda / ÇELT, Damla Özden: “Yargıtay Kararları Işığında Nişanın Bozulmasında Manevi Tazminat”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 12, Sayı 2, s. 520-538.
- ŞENER, Abdülkadir: *İslam Hukukunda Hibe*, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1984.
- ÜNAL, Mehmet: “Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1977, Cilt 34, Sayı 1, s. 195-231.
- YAKUT, Esra: “Klasik Dönem Osmanlı Aile Hukukunda Kadının Konumu”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 1, Sayı 1, s. 1-23 (Klasik Dönem).
- YAKUT, Esra: *Osmanlı Devleti'nin Son Yıllarında Meşihat, Adliye Maarif ve Hilafet 1918-1922*, Kitap Yayınevi, İstanbul, 2020 (Meşihat).
- YAMAN, Ahmet: *İslam Aile Hukuku*, İstanbul, 2018.
- YURTSEVEN, Yılmaz: “1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Osmanlı Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, Cilt 11, Sayı 1-2, s. 199-250.
- ZEYDAN, Abdülkerim: *İslam Hukukuna Giriş*, Kayıhan Yayınları, İstanbul, 2012.



Hukukî Dinlenme Hakkı ve Çocuğun Katılma Hakkı Bağlamında Yargılamada Çocuğun Dinlenilmesi^(*)



*Hearing of the Child in Proceedings in the Context of the Right to Be Heard
and the Child's Right to Participate*

İdil TUNCER KAZANCI



Doktor Öğretim Üyesi

*Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı*

Anahtar Kelimeler

*Katılma Hakkı,
Hukukî Dinlenme
Hakkı,
Çocuk
Dava Ehliyeti,
Sınırlı Ehliyetsiz,
Çekişmeli Yargı,
Çekişmesiz Yargı,
Babalık Davası,
Velayet.*

Keywords

*The Child's Right to
Participate,
The Right to Be Heard,
Child,
Capacity to Sue,
Limited Capacity,
Contentious Jurisdiction,
Non-Contentious
Jurisdiction,
Paternity Suit,
Custody.*

Öz

Çocuğun katılma hakkı, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nde güvence altına alınmıştır. Çocuğun taraf ya da üçüncü kişi olarak hukuki durumunun etkilendiği yargılamalar hakkında bilgi edinmesi, görüşlerini ifade etmesi ve açıklamasına imkân verilmesi ve verilecek kararın olası sonuçları hakkında bilgilendirilmesi gerekir. Çocuğa ilişkin yargılamalarda hukuki dinlenme hakkı, çocuğun katılma hakkı biçimde tezahür eder. Katılım hakkının kullanılması bakımından çocuğun kendi görüşlerini oluşturma becerisine sahip olması aranır. Kendi görüşlerini oluşturma becerisi, ayırt etme gücüne kıyasla daha geniş kapsamlı bir kavramdır. Bu beceriye sahip olan çocuk katılma hakkını bizzat kullanabileceği gibi kanuni temsilcisi aracılığı ile de kullanabilir. Sınırlı ehliyetsiz olan ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun dava ehliyetine sahip olmaması, çocuğun katılma hakkını bizzat kullanamayacağı biçiminde de yorumlanamaz. Yargılamayı kanuni temsilcisi aracılığı ile takip eden çocuğun da yargılama hakkında görüşünü bildirmesi ve bu çerçevede dinlenmesi hem hukuki dinlenme hakkının hem de katılma hakkının bir gereğidir. Görüşlerini açıklama becerisine sahip olmayan çocuk ise katılma hakkını kanuni temsilcisi aracılığı ile kullanabilecektir. Çocuğun hem çekişmeli hem de çekişmesiz yargıda dinlenilmesi ve katılım hakkını kullanabilmesi mümkündür. Bu bağlamda her iki yargı türünün gösterdiği özellikle dikkate alınır. Resen harekete geçme ve resen araştırma ilkesinin uygulandığı yargılamalarda da çocuğun görüşünü ifade etmesine imkân verilmelidir.

Abstract

The right to participate of the child is guaranteed in the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on the Exercise of the Rights of the Child. The child, as a party or a third party, should be informed about the proceedings in which his/her legal status is affected, be given the opportunity to express his/her views and opinions, and be informed about the possible consequences of the decision to be rendered. The right to be heard in proceedings concerning the child is manifested in the form of the child's right to participate. In order to exercise the right to participate, the child must have the ability to form his/her own opinions. The ability to form his/her own opinions is a broader concept than the discernment. The child who has this ability can exercise his/her right to participate personally or through his/her legal representative. The fact that the child with limited capacity, who has the power of discernment, does not have the capacity to sue cannot be interpreted as that the child cannot exercise the right to participate in person. It is a requirement of both the right to be heard and the right to participate that the child who follows the proceedings through his/her legal representative expresses his/her opinion about the proceedings and is heard within this framework. The child who does not have the ability to express his/her views may exercise his/her right to participate through his/her legal representative. It is possible for the child to be heard and to exercise the right to participate in both contentious and non-contentious proceedings. In this context, the characteristics of both types of jurisdictions are taken into account. In proceedings where the principle of ex officio action and ex officio investigation prevails, the child should also be allowed to express his/her opinion.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 14.12.2022, Kabul Tarihi: 15.01.2023.

GİRİŞ

Hukukî dinlenilme hakkı, ergin kişiler gibi çocukların da usûlî temel hakkıdır. Hatta çocukların yargılamada dinlenilmesi, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (ÇHS) ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nde (ÇHKAS) ayrıca katılma hakkı olarak teminat altına alınmıştır. Bu kapsamda katılma hakkı kısaca çocuğu ilgilendiren her konuda, çocuğun bilgilendirilmesi, görüşünün alınması ve bu görüşün değerlendirilmesini ifade eder. Katılma hakkı, çocuğun günlük hayatında anne babasının kendisi ile ilgili olarak verdikleri kararlar kadar, kendisinin taraf olduğu ya da sonucundan etkileneceği bir yargılama bakımından da söz konusu olur. Yargılama sürecinde çocuğun katılma hakkı ise yargılama hukukunda karşımıza hukuki dinlenilme hakkı olarak çıkar. Çocuğun katılma hakkı ile hukuki dinlenilme hakkı çok yakın bir irtibat içindedir. Bununla birlikte çocuğun hukuki dinlenilme hakkı, katılma hakkının gösterdiği özellikler de dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Çalışmamızda çocuğun taraf ya da ilgili olduğu yargılamalarda dinlenilmesini, katılma ve hukuki dinlenilme hakkı kapsamında ele alacağımızdan, çocuğun tanık olarak dinlenmesi incelememizin kapsamı dışında kalmaktadır.

Çalışmamızda genel olarak hukuki dinlenilme hakkını açıkladıktan sonra, uluslararası sözleşmeler çerçevesinde çocuğun katılma hakkını ele alacağız. Çocuğun katılma hakkını nasıl kullanacağı, çocuğun kendi görüşlerini oluşturma becerisi ile doğrudan ilintilidir. Çocuğun kendi görüşlerini oluşturma becerisi ise çocuğun ayırt etme gücü esas alınarak fakat sadece ayırt etme gücü ile bağlı kalınmadan tespit edilmelidir. Çocuğun kural olarak yargılamada dava ehliyetine sahip olmaması, bununla birlikte kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ile kanunda öngörülen istisnai durumlarda dava ehliyetine sahip olduğunun kabul edilmesi, çocuğun yargılamadaki konumu bakımından önemlidir. Katılma hakkı, çocuğun dinlenilmesine yönelik olduğundan, çocuğun yargılamada kanuni temsilci tarafından temsil edildiği durumlarda bu hakkın ne şekilde tezahür edeceği, hukuki dinlenilme hakkının ise kim tarafından kullanılacağı önem kazanmaktadır. Biz de yargılamaya konu edilen hakkın niteliğini ve çocuğun ayırt etme gücünü esas alarak, çocuğun katılma hakkını ne şekilde kullanacağını inceleyeceğiz.

Çekişmeli yargıda hükümden etkilenecek üçüncü kişi olma ile çekişmesiz yargıdaki ilgili kavramlarının karışabilmesi tehlikesine binaen ve yargı çeşitlerinin gösterdiği farklılıkları da göz önüne alarak incelememizi çekişmeli-çekişmesiz yargı ayrımını esas alarak yapacak ve bazı örnekler üzerinden çocuğun dinlenilmesini de inceleyeceğiz. Bu çerçevede çocuğa ait subjektif hakkın tartışıldığı, taraflar arasında uyuşmazlığın bulunduğu çekişmeli yargıda öncelikle babalık davası örneğini ele alacağız. Çocuğun taraf olmamakla beraber dava neticesinde verilen hüküm nedeniyle hukuki -ve fiili- durumunun etkileneceği boşanma davası bakımından da değerlendirme yapacağız. Bu son örnekte, yani çocuğun taraf olmamakta dava neticesinden verilen hükümden etkileneceği ihtimalde çocuk, çekişmesiz yargıdaki ilgiliden farklı bir konumda bulunmaktadır. Zira çekişmesiz yargıda çocuk gerek başvuruyu yapan gerekse çekişmesiz yargı işiyle doğrudan ilgili olması sebebiyle teknik anlamıyla şekli ya da maddi ilgili sıfatına sahip olacaktır.

I. ÇOCUĞUN HUKUKÎ DİNLENİLME HAKKI

A. Genel Olarak Hukukî Dinlenilme Hakkı

Hukukî dinlenilme hakkı, Anayasamızın 36. maddesinde yer alan iddia ve savunma hakkının medeni usûl hukukundaki görünümü olup bu yönüyle bir usûlî temel hak niteliğindedir¹. Anayasamızın “Hak Arama Hürriyeti” başlıklı 36. maddesi uyarınca herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Anılan düzenleme hak arama hürriyeti yanında hukuki dinlenilme hakkının da dayanağını teşkil etmektedir. Zira anılan düzenleme, yargılamanın taraflarının iddia ve savunmalarını yargı merci önünde ileri

¹ PEKCANITEZ, Hakan: “Hukukî Dinlenilme Hakkı”, *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2000, s. 754.

sürebilme hakkını da bünyesinde barındırmaktadır². Hukukî dinlenilme hakkı, maddi gerçeğin ortaya çıkmasına da hizmet eder. Uyuşmazlık konusu maddi vakıaların tam ve doğru olarak tespit edilip aydınlatılması ancak tarafların usûlüne uygun biçimde açıklama yapmalarına ve delil ibraz etmelerine imkân verilmesi ile mümkün olabilir³. Yargılama ile ilgili kişilere karşılıklı tartışma ortamı yaratmak ve karara etki edebilmelerini sağlayacak bir yargılama ortamı sunmak aynı zamanda hukuk devletinin de bir gereğidir. Yani hukuki dinlenilme hakkı hukuk devleti ilkesinin de gerçekleşmesini sağlayan ve onun ayrılmaz parçası olan bir haktır⁴. Dolayısıyla hukuki dinlenilme hakkı, yargılamanın süjesi olarak yargılama ile hukuki durumu etkilenebilecek kişilerin yargılama hakkında bilgi sahibi olma, açıklamada bulunma, yargılamaya etki edebilme ve yargı mercilerinin de bu açıklamaları dikkate alıp değerlendirerek gerekçeli biçimde karar vermelerine imkân sağlayan bir usûlî temel hak ve yargılama ilkesidir⁵.

Hak arama hürriyeti, yargılamanın başından sonuçlanmasına kadar geçen süreç boyunca dikkate alınmalıdır. Hukukî dinlenilme hakkı, yargılama içinde ve yargılama devam ederken gözetilmesi gereken bir haktır. Bu durum, hukuki dinlenilme hakkının yargılama hakkında bilgi sahibi olma, açıklamada bulunarak yargılamaya etki edebilme ve yargı organlarının da bu açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesi şeklinde ortaya çıkan unsurlarından kaynaklanır⁶. Farklı bir ifade ile yargı organlarına başvuru ve bunun sonuçlandırılması hukuki koruma ile ilgili iken hukuki dinlenilme hakkı yargılama süresince yargı organının uyacağı kurullarla ilgilidir⁷. Bu çerçevede hukuki dinlenilme hakkının, tarafın hakkı olmaktan çok yargı organına düşen bir yükümlülükler demeti olduğu da doktrinde savunulmaktadır⁸.

Anayasamızın 36. maddesi adil yargılanma hakkına da değinmektedir. Kanuni, tarafsız, bağımsız mahkeme önünde yargılanma, makul sürede yargılanma, açık ve aleni yargılanma ve hakkaniyete uygun yargılanma, adil yargılanma hakkının unsurlarını oluşturur⁹. Hakkaniyete uygun yargılama ise doğası itibarıyla hukuki dinlenilme hakkını da bünyesinde barındırır¹⁰. Adil yargılanma hakkı, imkânlar ölçüsünde, uyuşmazlığın tarafları arasında fiili veya hukuki bir fark gözetmeksizin iddia ve savunmaların eşit ölçülerde ve karşılıklı olarak¹¹ yapıldığı dürüst bir yargılama olarak tanımlanabilir¹².

² ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003 (Hukuki Dinlenilme Hakkı), s. 30; ERDÖNMEZ, Güray: *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, (Ed.) PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 862; PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 199.

³ PEKCANITEZ, s. 755. Ayrıca bkz. HOFFMAN, David / LÜSCHER, Christian: *Le Code de Procédure Civile*, 2e Édition, 2015, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2015, s. 39.

⁴ TANRIVER, Süha: “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, Sayı 53 (Adil Yargılanma Hakkı), s. 205.

⁵ ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 31; BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol: *Medeni Usûl Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 76; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 199; AKTEPE ARTIK, Sezgin: *Medeni Usûl Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 365.

⁶ ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 51.

⁷ ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 52.

⁸ UMAR, Bilge: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 126-127; AKTEPE ARTIK, s. 365. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme çerçevesinde çocuğun hukuki dinlenilme hakkı, hakkın doğrudan uygulanması hususunda taraf devletlere açık ve kesin bir yükümlülük yükleyen sübjektif bir haktır. Bkz. CORBAZ, Matthieu: *Les Mineurs Non Accompagnés en Droit d'Asile, Étude du Droit Suisse à la Lumière du Droit International des Droits de l'Enfant*, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2019, § 411.

⁹ ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: *Medeni Usûl Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 145 vd.; KALABALIK, Halil: *İnsan Hakları Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 531 vd.; AKTEPE ARTIK, s. 171 vd.

¹⁰ TANRIVER, Süha: *Medeni Usûl Hukuku, Cilt I*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 420; BUDAK / KARAASLAN, s. 76; AKTEPE ARTIK, s. 363; TANRIVER, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 204.

¹¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzun gerekçesinde hukuki dinlenilme hakkının iddia ve savunma hakkına nazaran daha geniş olduğuna işaret edilmiştir: “Hukukî dinlenilme hakkı, Anayasanın 36 ncı maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. Zira, insan onurunun yargılamadaki zorunlu bir sonucu olarak, yargılama süreçlerinin, yargılamada şeklen yer almaları dışında, tam olarak bilgi sahibi olmaları, kendilerini ilgilendiren yargılama konusunda açıklama ve ispat haklarını tam ve eşit olarak kullanmaları ve yargı organlarının da bu açıklamaları dikkate alarak gereği gibi değerlendirme yapip karar vermesi gereklidir. Hukukî dinlenilme hakkı olarak maddede ifade edilen ve uluslararası metinlerde de yer bulan bu hak, çoğunlukla “iddia ve savunma hakkı” olarak bilinmektedir. Ancak, hukukî dinlenilme hakkı, iddia ve savunma hakkı kavramına göre daha geniş ve üst bir kavramdır.”

¹² KALABALIK, s. 529-530.

Bir yargılamada iddia ve savunmaların eşit ölçüde yapılması da yargılamanın taraflarının hukuki dinlenilme hakkının gözetilmesi ile mümkün olur. Hukukî dinlenilme hakkı bu yönüyle adil yargılanma hakkının en önemli unsurunu teşkil eder¹³.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesi de bir suç ile itham edilen herkesin, kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek ve savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak hakkına sahip olduğu düzenleyerek adil yargılanma hakkının bir ayağı olan hukuki dinlenilme hakkına vurgu yapmaktadır.

Hukukî dinlenilme hakkı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzun 27. maddesinde düzenlenmektedir. Anılan düzenleme uyarınca davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler. Hükümün ikinci fıkrasında ise hukuki dinlenilme hakkının yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunması, açıklama ve ispat hakkı ile mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesi ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini de içerdiği ifade edilmektedir. Bu düzenlemeden hareketle hukuki dinlenilme hakkının üç unsuru bulunduğu söylenebilir. Hukukî dinlenilme hakkı taraf bakımından bilgilendirme ve açıklama hakkını, mahkeme bakımından ise dikkate alma ve değerlendirme yükümlülüğünü bünyesinde barındırmaktadır¹⁴. Hukukî dinlenilme hakkının gereği gibi kullanılabilmesi ancak bu hakka sahip olanların yargılamanın başından sonuna kadar yargılamadan ve yargılamanın seyrinden haberdar olmasına bağlıdır¹⁵. İlgili kimselerin yargılama ile ilgili bilgi sahibi olması, mahkemenin yapacağı bildirimle mümkün olabileceği gibi bu kişilerin doğrudan bilgi sahibi olmaları da mümkündür¹⁶. Bu kapsamda hukuki dinlenilme hakkının süjesi olan kişinin, yargılamadan haberdar olmaması hükümün kurulması ve hukuki dinlenilme hakkının gerçekleşmesi bakımından önemli bir eksiklik¹⁷.

Hukukî dinlenilme hakkının ikinci unsuru olan açıklama hakkı ise hüküm verilmeden önce taraflara (veya ilgililere) iddia ve savunmalarını ileri sürebilme ve bunları ispata elverişli delillerini mahkemeye getirme fırsatının verilmesini ifade eder¹⁸. Açıklama hakkı bakımından önemli olan husus, taraflara bu hakkın yargılama sonucunda alınacak karara etki edebilecek şekilde tanınması gerektiğidir. Taraflardan her biri, diğer tarafın ileri sürdüğü vakıalar ile delilleri tartışabilmeli ve bu konuda irade belirtebilmeli, hükümün oluşmasına etki edebilmelidir¹⁹. Tarafların sadece yargılama hakkında bilgilendirilmesi ve fakat yargılamaya aktif katılma imkânı tanınmaması durumunda açıklama hakkının gerçekleştiğinden bahsedebilmek mümkün değildir²⁰. Açıklama hakkı sadece yargılamada yer alarak açıklama yapmayı değil, taraflardan birinin her açıklaması için diğer tarafa da açıklama hakkı verilmesini gerektirir²¹. Bununla birlikte hukuki dinlenilme hakkı taraf bakımından bir hak niteliğinde olduğundan tarafın mutlaka açıklama yapma ya da ileri sürülen iddia ya da savunmaya karşı koyma yükümlülüğü de bulunmamaktadır²².

¹³ PEKCANITEZ, s. 760. Benzer yönde bkz. RECHBERGER, Walter H.: "Avusturya Medeni Yargılamasında Adil Yargılanmaya İlişkin Yeni Sorunlar", (Çev.) YILDIRIM, M. Kamil: *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 63.

¹⁴ POSTACIOĞLU, İlhan E. / ALTAY Sümer: *Medeni Usûl Hukuku Dersleri*, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 169; GÖRGÜN, Şanal / BÖRÜ, Levent / KODAKOĞLU, Mehmet: *Medeni Usûl Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 355; BUDAK / KARAASLAN, s. 76.

¹⁵ ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 87; ERDÖNMEZ, *Pekcanitez Usûl*, s. 868; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 200.

¹⁶ TANRIVER, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 207; ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 86; BUDAK / KARAASLAN, s. 76-77

¹⁷ PEKCANITEZ, s. 770; ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 86. Ayrıca bkz. UMAR, s. 127-128.

¹⁸ ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 106 vd.; BUDAK / KARAASLAN, s. 77; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 200; ERDÖNMEZ, *Pekcanitez Usûl*, s. 874.

¹⁹ PEKCANITEZ, s. 775; TANRIVER, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 208; BUDAK / KARAASLAN, s. 77.

²⁰ BUDAK / KARAASLAN, s. 77.

²¹ ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 107; TANRIVER, s. 428.

²² TANRIVER, s. 429.

Hukukî dinlenilme hakkının üçüncü unsuru ise dikkate alınma hakkıdır. Hâkimin taraflarca getirilen dava malzemesini dikkate alması ve bunları değerlendirerek sonuca ulaşması gerekir. Bu şekilde taraflar yargılamaya etki etme şansına sahip olacaktır²³. Tarafların iddia ve savunmalarının tartışılmış, değerlendirmeye tabi tutulmuş ve varılan sonucun ne gerekçe ile kısmen ya da tamamen diğerine üstün tutulduğunun kararın gerekçe bölümünde açıklanmış olması gerekir. Mahkemenin yürüteceği bu değerlendirme faaliyeti aynı zamanda mahkeme bakımından bir yükümlülük teşkil eder²⁴.

B. Katılma Hakkı ve Hukukî Dinlenilme Hakkı Arasındaki İlişki

Çocuğun katılma hakkı, hukuki dinlenilme hakkına nazaran daha geniş bir alanda ortaya çıkmaktadır. Katılma hakkı sadece çocuğun taraf veya ilgili olduğu yargılama süreçlerinde değil, çocukla ilgili tüm idari ve yargısal süreçlerde çocuğun bilgilendirilmesi ve uygun düştüğü ölçüde çocuğun dinlenmesi biçiminde somutlaşır. Nitekim katılma hakkının genel çerçevesini çizen Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin²⁵ 12. maddesinde de bu husus düzenlenmiş, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatının, ulusal yasanın usûle ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacağı ifade edilmiştir²⁶. Katılım hakkı kapsamında hukuki dinlenilme hakkı ise esasen yargılama sürecinde çocuğun dinlenilmesini ifade etmekte, dolayısıyla katılma hakkının yargılamadaki görünümünü oluşturmaktadır.

25 Ocak 1996 tarihinde Strazburg'da imza altına alınan, 9 Haziran 1999 tarihinde Türkiye tarafından da imzalanıp 18 Ocak 2001 tarihinde 4620 sayılı Kanun'la²⁷ onaylanarak yürürlüğe giren Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (ÇHKAS) ise çocuğun haklarının gerçekleştirilmesi için usûle ilişkin tedbirlere yer vermiştir. Bu çerçevede ÇHKAS'nin 3. maddesi çocuğun²⁸ davalarda bilgilendirilme ve dava sırasında görüşünü ifade etme hakkını, 4. maddesi menfaat çatışması nedeniyle ebeveynlerinin onu temsil etme olanağından yoksun olması hâlinde çocuğun özel bir temsilci atanmasını isteme hakkını, 5. maddesi ise çocuğun görüşlerini ifade etmesi için yardım almayı talep hakkı ve kendi temsilcisini tayin hakkı gibi diğer usûlî haklarını düzenlemektedir. ÇHKAS m. 1 uyarınca çocukların yüksek çıkarları için haklarını geliştirmek, onlara usûle ilişkin haklar tanımak ve bu hakların, çocukların doğrudan ve diğer kişiler veya organlar tarafından bir adli merci önündeki, kendilerini ilgilendiren davalardan bilgilendirilmelerini ve bu davalara katılmalarına izin verilmesini teminen kullanılmasını kolaylaştırmak, anılan sözleşmenin amaçlarından biridir. ÇHKAS'nin kapsamı özellikle çocukların ikameti ve çocuklarla şahsi ilişki kurulması gibi velayet sorumluluklarına ilişkin davalar yanından bir adli merci önünde yürüyen çocukları ilgilendiren davalar olarak belirlenmiştir (ÇKHAS m. 1/III).

ÇHKAS bakımından katılım hakkına ve katılım hakkının kullanımına ilişkin bazı standartlar belirlendiğini söylemek mümkündür. Buna göre öncelikle çocukların kendilerini etkileyen tüm konular-

²³ BUDAK / KARAASLAN, s. 77; TANRIVER, s. 43; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 201; ERDÖNMEZ, *Pekcantez Usûl*, s. 879. Hukuki dinlenilme hakkının tarafların kendilerine etki edebilecek bir yargılamaya katılma hakkını da temin ettiği yönünde bkz. PC CPC-CHABLOZ Art. 53, § 2.

²⁴ PEKCANITEZ, s. 784-785; TANRIVER, s. 430; ÖZEKES, s. 248; ERDÖNMEZ, *Pekcantez Usûl*, s. 880.

²⁵ Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme 14 Eylül 1990 tarihinde imzalanmış, 9 Aralık 1994 tarih ve 4058 sayılı Kanun'la uygun bulunmuştur. Sözleşme'nin uygun bulunduğuna ilişkin Kanun, 27 Ocak 1995 tarih ve 22184 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

²⁶ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: "Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı", *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, II. Cilt*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 1220; ÖCAL APAYDIN, Bahar / HIŞİM, Selin: "Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı", (Ed.) MAKARACI BAŞAK, Aslı / ÖKTEM ÇEVİK, Seda / TEK, Gülen Sinem: *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 288.

²⁷ 01.02.2001 tarihli ve 24305 sayılı Resmî Gazete.

²⁸ Sözleşme'de yer verilen çocuk kavramı ÇKHS m. 1 uyarınca 18 yaşına ulaşmamış tüm çocukları kapsamaktadır. Çocuk, hukukumuzda hısımlık kavramı içinde ele alınmakta ve bir ana babadan türeyen evladı ifade etmektedir. Bunun yanında Türk Medeni Kanunu'nda çocuk hısımlık yanında, çocuğu yetiştikenden ayırt etmek amacıyla küçük anlamında da kullanılmaktadır. Doktrinde erginliğin on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlayacağını hükme bağlayan TMK m. 11 ile ÇHKAS'nin birinci maddesinin birbiri ile uyumlu olduğu ifade edilmektedir. Bkz. ÖCAL APAYDIN / HIŞİM, s. 286-287.

da dinlenilme, görüşlerini özgürce ifade etme hakkı ile ifade, düşünce, örgütlenme ve bilgiye erişim özgürlüğü hakları bulunmaktadır. Katılım, çocuğun üstün yararını desteklemeli ve her çocuğun kişisel gelişimini sağlamalıdır. Katılım hakkı, ayırım yapılmaksızın tüm çocuklara tanınan bir haktır²⁹.

Çocuğun hukuki dinlenilme hakkını ve dolayısıyla yargılama bakımından katılma hakkını bizzat kullanabilmesi, çocuğun yargılamayı ve konusunu tam olarak idrak edebilmesi, bu konuda fikir geliştirebilecek durumda olmasına bağlıdır. Bu çerçevede ülkemizin de taraf olduğu ÇHS m. 12 çocuğun kendi görüşlerini oluşturabilme yeteneğine vurgu yapmış, taraf devletlerin, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanıyacaklarını hükme bağlamıştır. ÇHS’de açıkça düzenlenen kendi görüşlerini oluşturabilme yeteneğine sahip çocuk kavramı, ÇHKAS m. 3’te düzenlemesini bulmaktadır. Anılan madde gereğince yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğa, bir adli mercide kendisini ilgilendiren davalarda, ilgili tüm bilgileri alma, kendisine danışma ve kendi görüşünü ifade etme, görüşlerinin uygulanmasının ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilme hakları verilir. Çocuk, bu haklardan bizzat yararlanmayı da talep edebilir. Özetle çocuğun katılma hakkını doğrudan kullanabilmesi, onun kendi fikirlerini oluşturabilme yeteneğine bağlıdır. Çocuk kendi fikrini oluşturabilecek zihinsel olgunlukta değilse çocuğun katılma hakkını bir temsilci, kurum yahut organ aracılığı ile de kullanabilmesi mümkündür³⁰. Bu kapsamda çocuğun katılma hakkının ÇHS bakımından kendisini ilgilendiren tüm konularda söz konusu olacağı söylenebilirken ÇHKAS, yargılama süreçlerinde çocuğun katılma hakkına ilişkindir. Hukukî dinlenilme hakkının yargılama içinde ve yargılama devam ederken kullanılan bir hak olduğu da dikkate alınırsa ÇHKAS, esasen, katılma hakkının bir usûlî temel hak olarak görünümü olan hukuki dinlenilme hakkını odağına almaktadır. Bununla birlikte katılma hakkının genel çerçevesinin ÇHS ile çizildiği de unutulmamalıdır.

Çocuğun katılım hakkı, ÇHS m. 12’de “*çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme*” hakkı olarak ifade edilmiştir. ÇHS ile çizilen bu geniş çerçeve, hukukumuzda gereği kadar yansıma bulmamıştır. Bu kapsamda hukukumuzda çocuğun kendisi ile ilgili her konuda bilgilendirilmesine ilişkin bir düzenleme yer almamakta, bu imkân Türk Medeni Kanunu hükümleri ile kendisine tanınmamaktadır. Velayetin kapsamına ilişkin Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 339 hükmü uyarınca, velayet hakkını kullanırken ana babaya çocuğu bilgilendirme görevinin yüklenmemiş olması, çocuğa sadece olgunluğu ölçüsünde hayatını düzenleme imkânı verilmesi de katılma hakkının iç hukukumuzda yetersiz düzenlenmiş olmasına örnek teşkil etmektedir³¹. Zira ÇHS, çocuğun sadece görüşünün alınmasını değil, çocukla ilgili her alandaki karar mekanizmasının işleyebilmesi için çocuğun konu ile ilgili olarak bilgilendirilmesinin sağlanması ve çocuğun (ya da çocukla yakından ilgili ve onun çıkarını koruyacak konumda olan bir temsilcinin) dinlenmesini öngörmektedir. ÇHS ve bu anlamda katılma hakkı, sadece yargılama süreçlerini değil, çocuk ile ilgili karar alınması gereken her durumda uygulama alanı bulmaktadır. Yargılama sürecinde çocuğun dinlenilmesi de katılma hakkının bir görünümüdür. Bununla birlikte katılma hakkı yargılamada, hukuki dinlenilme hakkı çerçevesinde ve çocuğun dinlenilmesi ve katılma hakkının yargılama hukukunda gösterdiği özellikler dikkate alınarak gerçekleştirilmelidir.

Çocuğun katılma hakkını kullanması bakımından çocuğun kendi görüşlerini oluşturma gücüne sahip olduğunun baştan kabul edilmesi, çocuğun ayrıca bu durumu ispat etmesinin kendisinden beklenmemesi gerektiği doktrinde ifade edilmektedir³². Yine de çocuğun ayırt etme gücüne ne zaman sahip olduğunun kabul edileceği, farklı bir ifade ile kendi görüşünü oluşturma gücüne sahip olduğunun be-

²⁹ ÖCAL APAYDIN / HIŞİM, s. 288-289.

³⁰ CORBAZ, § 419. Çocuk tarafından ifade edilen görüşün hâkim tarafından dikkate alınacağına ilişkin olarak bkz. OKTAY ÖZDEMİR, s. 1222.

³¹ OKTAY ÖZDEMİR, s. 1223. Benzer biçimde ÖCAL APAYDIN / HIŞİM, s. 306.

³² Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi 12. Genel Değerlendirme, 25 Mayıs-12 Haziran 2009, Cenevre, §20; CORBAZ, § 413; ÖCAL APAYDIN / HIŞİM, s. 291.

lirlenmesi bakımından en azından bir sınır çizilmelidir. Bu sınırın belirlenmesinde çocuğun yaşı önem taşımakla beraber, tek kriter olarak da kabul edilebilmesi mümkün değildir. Doktrinde klasik anlamda ayırt etme gücünden hareketle bir çözüme ulaşılmaya çalışılmışsa da bu yaklaşımın küçük yaşlardaki çocukları ÇHKAS'nin koruması dışında bırakacağı da ifade edilmiştir. Keza çocuğun katılma hakkının kullanılması için belli bir yaş sınırının belirlenmesi de ÇHKAS'nin ruhuna uygun değildir. Zira TMK m. 13'te yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan kişilerin ayırt etme gücüne de sahip olduğu hükme bağlanmıştır³³. Bu kapsamda örneğin iki yaşında bir çocuk, yaşının küçüklüğü nedeniyle akla uygun davranma yeteneğine ve buna bağlı olarak ayırt etme gücüne sahip olmayacaktır. Bununla birlikte iki yaşındaki bir çocuğun da kendisini ilgilendiren ya da taraf olduğu bir davada hukuki dinlenilme hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir³⁴. Çocuğun kendi görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olmadığı durumlarda hukuki dinlenilme hakkının temsilci veya çocuğu temsil eden bir kurum tarafından kullanılması mümkündür³⁵.

Her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirme yapılması³⁶, ÇHKAS'nin amacına daha uygun gözükmektedir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesinin de belirttiği üzere ayırt etme gücü ve yaş, çocuğun katılma hakkı bakımından bir sınırlama teşkil etmekten ziyade devletlerin çocuğun görüşlerini bağımsız biçimde oluşturma becerisini azami ölçüde değerlendirme yükümlülüğü şeklinde anlaşılmalıdır³⁷. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında altı yaşından önce çocuğun dinlenmemesi gerektiğine işaret etmiştir. Federal Mahkeme çocuğun dinlenilmesinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunun altını çizmiş, çocuğun ayırt etme gücüne sahip olduktan sonra bu hakkını bizzat kullanacağını ifade etmiştir. Bununla birlikte gerekli olduğu takdirde çocuğun altı yaşından önce dinlenmesi de mümkündür. Çocuk bu çerçevede katılma hakkını sadece taraf olduğu uyuşmazlıklarda değil, dolaylı da olsa sonucundan etkilendiği yargılamalarda da kullanılmalıdır. Velileri ise kendi ispat hakları çerçevesinde çocuğun görüşüne delil olarak başvurulmasını talep edebilir³⁸. Bu ihtimalde çocuğun dinlenilmesi, uyuşmazlığın çocuk ile ilgili olup olmamasına göre, çocuğun katılma ve hukuki dinlenilme hakkı çerçevesinde de gerçekleştirilebilir. Boşanma davası gibi uyuşmazlığın çocuk ile ilgili olduğu durumlarda çocuğun tanık olarak beyanına başvurulsa dahi, kanaatimizce katılma ve hukuki dinlenilme hakkının varlığının kabulü gerekir. Uyuşmazlığın çocuğu doğrudan ilgilendirmediği durumlarda çocuk tanık olarak sadece o konu hakkındaki bilgisini aktarmakla yetineceğinden çocuğun katılma hakkından ve buna bağlı olarak hukuki dinlenilme hakkından bahsedilmesi mümkün değildir³⁹.

Çocuğun hâkim tarafından bizzat dinlenmesinin, katılma hakkı bakımından zorunlu olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Yargıtayın çocuğun sadece uzman tarafından dinlenmesinin yeterli olmadığı, kararı verecek hâkimin de çocuğu bizzat dinlemesi gerektiği yönünde kararları bulunmaktadır⁴⁰. Nite-

³³ CORBAZ, § 413. Yaş sınırının her somut olayda hâkim tarafından takdir edileceği yönünde bkz. ALFIERI, Anna Claudia: *Enlèvement International d'Enfants: Une Perspective Suisse*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2016, s. 90.

³⁴ Çocuğun konu ile ilgili dinlenebilmesi ve görüşünü ifade edebilmesi için yaşı ve zihinsel gelişimi de dikkate alınarak içinde bulunduğu durumu gelişkisiz, istikrarlı olarak ifade edebilmesi ve olayları idrak edebilme yeteneğinin gelişmiş olması gerekir. Bkz. ATICI, Cansu: *Medeni Usûl Hukukunda Dava Ehliyeti*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 197.

³⁵ CORBAZ, § 419.

³⁶ Çocuğun idrak gücüne ve yeterli olgunluğa sahip olup olmadığının mahkeme tarafından, uzman yardımı da alınarak her somut olay özelinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. AKKAYA, Tolga: *Medeni Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 316.

³⁷ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi 12. Genel Değerlendirme, § 20. Hatta Komite taraf devletleri yaş sınır belirlememe konusunda uyarmıştır. Bkz. § 21.

³⁸ JdT 2006 I 83, özellikle 1.2.3. Ayrıca bkz. GAURON-CARLIN, Sabrina: "Les Procédures de Première Instance", (Ed.) REISER, Anne / GAURON-CARLIN, Sabrina: *La Procédure Matrimoniale, Regard Croisés des Praticiens sur la Matière - Tome 2*, Schulthess, Zürich, 2019, s. 169, 173.

³⁹ Tanığın, tanıklığı ile ilgili bir konuda yargılanmadığı sürece hukuki dinlenilme hakkının bulunmadığı yönünde bkz. ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 253.

⁴⁰ "Dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden kişisel ilişki konusunda uzman raporları alındığı ancak 04/04/2008 doğumlu idrak çağındaki çocuğun mahkeme huzurunda dinlenmediği anlaşılmıştır. Bu itibarla idrak çağındaki çocuğun kişisel ilişki konusundaki görüşünün alınması ve tüm delillerle birlikte değerlendirilerek sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken, bu hususta eksik incelemeyle hüküm

kim doktrinde çocuğun kararı verecek hâkim tarafından dinlenmesinin katılma hakkının bir gereği olduğu savunulmaktadır⁴¹. Çocuğun, uyuşmazlığı yakından bilen kararı verecek hâkim tarafından dinlenmesi, hâkimin çocuğun içinde bulunduğu duygu durumunu daha iyi sezmesi ve soracağı soruları buna göre şekillendirmesi açısından önemlidir. Kanaatimizce çocuğun, yargılamanın yapıldığı yerden başka bir yerde bulunması durumunda istinabe yoluyla dinlenmesi katılma hakkının tam olarak tezahür etmesini sağlamaz. Çocuğun SEGBİS ile dinlenilmesi, çocuğun katılma hakkının gerçekleştirilmesi bakımından daha uygun bir seçenek olarak karşımıza çıkmaktadır.

C. Hukukî Dinlenme Hakkının Süjesi Olarak Çocuk

Hukukî dinlenme hakkı, yargılamanın süjesi olan herkese aittir⁴². Tarafın karara etki edebilecek biçimde açıklama yapma ve dikkate alınma hakkını da barındıran hukukî dinlenme hakkı, bu yönüyle tarafı yargılamanın süjesi yapar. Bu bakımdan hukukî dinlenme hakkına riayet edilmesi mahkeme için bir yükümlülük iken taraf bakımından hukukî dinlenme hakkı bir hak niteliğindedir⁴³. Tarafının gerçek ya da tüzel kişi olması da hukukî dinlenme hakkının kullanılması bakımından önem taşımaz⁴⁴. Bununla birlikte hukukî dinlenme hakkının süjesi sadece davanın tarafları değildir. HMK m. 27 anlamında hukukî dinlenme hakkı müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri bakımından da öngörülmüştür⁴⁵. Fer'i müdahil de hukukî dinlenme hakkına sahip olmakla beraber iddia ve savunmalarını ancak yargılamaya katıldığı andan itibaren ileri sürebilir. Aksini kabul, yani fer'i müdahile yargılamaya katıldığı ana bakılmaksızın iddia ve savunmada bulunma imkânı verilmesi, karşı tarafı yargılamada zayıf konuma düşüreceğinden silahların eşitliği ilkesine de aykırılık teşkil edecektir⁴⁶. Bununla birlikte yargılamaya fer'i müdahil olarak katılması mümkün olmayan kişinin hukuki dinlenme hakkı da yoktur⁴⁷. HMK m. 27'de yer alan diğer ilgililer ifadesi ise yargılamanın tarafları ve fer'i müdahiller dışında kalan kişileri ifade etmektedir. Bu çerçevede çekişmesiz yargı işlerinde, talepte bulunanlar yanında maddi ilgililerin, yani çekişmesiz yargı işi nedeniyle menfaati etkilenen kişilerin, hukuki dinlenme hakları bulunmaktadır⁴⁸.

Hukukî dinlenme hakkının kullanılması, yargılama süjesinin kendi hakkı ile orantılı ve bağlantılı olarak gerçekleşmelidir⁴⁹. Yargılama neticesinde ortaya çıkacak sonucun da hukukun genel ilkelerine, yargı kararlarına ve mevzuata aykırı olmaması gereği, sürpriz karar yasağının bir sonucudur⁵⁰.

Hukukî dinlenme hakkı yargısal bir temel hak niteliğinde olduğundan, bu hakkın kullanılmasının dava ehliyeti ile bir ilgisi yoktur. Farklı bir ifade ile dava ehliyeti bulunmayan kişiler de hukuki din-

tesisi usûl ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” 2. HD, E. 2020/812, K. 2020/1921, T. 5.3.2020; “...mahkemeye yargılama boyunca alınan 02.06.2015 tarihli rapor ile davacı-davalı baba ile görüşülmeksizin tek taraflı alınan 02.06.2017 tarihli rapor arasında çelişki mevcut olduğu gibi, bu raporlar arasındaki çelişki giderilmeksizin sonradan alınan uzman raporu ve davacı-davalı babanın beraatiyle sonuçlanan ceza yargılamasına konu olan olayın hükme esas alındığı görülmektedir. Yargılama boyunca alınan her iki uzman raporu da bu halıyla hüküm tesisi için yeterli değildir. O halde idrak çağında olan 2010 doğumlu ...'nın da bizzat ya da istinabe yoluyla eğitim, kültür, yaşam olanakları bakımından nerede yaşamak istediği konusunda bilgilendirilerek, velayet hakkındaki tercihinin hakim tarafından kendisinden sorulması (Yargıtay HGK16.03.2012 tarih E. 2011/2-884-K. 2012/197 ile 22.01.2014 tarih E. 2013/2-2085-K. 2014/30) ve yeniden psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacı niteliğindeki uzmanlardan (4787 sayılı Kanun m.5) ortak çocukların hali hazırda yaşadıkları kurum ile anne ve baba yanındaki barınma ve yaşama koşullarını da değerlendirir içerikte sosyal inceleme raporu alınması ve tüm deliller birlikte değerlendirilip, ebeveynlerinden hangisi yanında kalmasının ya da ebeveynlerinden velayetlerinin kaldırılmasının çocukların üstün yararlarına bir başka deyişle menfaatlerine uygun olup olmayacağı tespit edilip, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile velayet yönünden yazılı şekilde karar verilmesi isabetli bulunmamıştır”. Bkz. Yargıtay 2. HD, T. 25.12.2018, E. 2018/5267, K. 2018/15359.

⁴¹ ÖCAL APAYDIN / HIŞIM, s. 310.

⁴² ERDÖNMEZ, *Pekcanitez Usûl*, s. 865.

⁴³ TANRIVER, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 205.

⁴⁴ TANRIVER, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 205; ÖZEKES, *Hukuki Dinlenme Hakkı*, s. 254; BUDAK / KARAASLAN, s. 76.

⁴⁵ TANRIVER, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 421, ERDÖNMEZ, *Pekcanitez Usûl*, s. 865.

⁴⁶ PEKCANITEZ, Hakan / MERİÇ, Nedim: *Medeni Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 265; ÖZEKES, *Hukuki Dinlenme Hakkı*, s. 261-262.

⁴⁷ PEKCANITEZ, s. 763.

⁴⁸ ERDÖNMEZ, *Pekcanitez Usûl*, s. 866; ÖZEKES, *Hukuki Dinlenme Hakkı*, s. 270.

⁴⁹ BUDAK / KARAASLAN, s. 76; GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 355.

⁵⁰ GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 356

nilme hakkının süjesini oluşturabilir. Bu çerçevede dava ehliyetine sahip olmayan çocuk da hukuki dinlenilme hakkına sahiptir. Hukukumuzda çocukluk, kişiliğin kazanılması ile başlayıp (TMK m. 28) erginliğin kazanılmasına kadar devam eder. Bu çerçevede TMK m. 11/I, erginliğin on sekiz yaşın doldurulması ile başlayacağını düzenlemektedir. Dolayısıyla TMK m. 11/II'de yer verilen ve evlenme ile kazanılan erginlik bir kenara bırakılacak olursa, çocukluk tam ve sağ doğum ile başlayıp kişinin on sekiz yaşını doldurmasına kadar devam eden bir süreci ifade etmektedir. Çocuk da sağ ve tam doğumundan erginliğini kazanmış olduğu zamana kadarki dönemde bulunan gerçek kişidir⁵¹. Bununla birlikte çocuğun yaşına ve ayırt etme gücünü kazanmış olup olmamasına göre ehliyet durumu değişmektedir. Farklı bir ifade ile ayırt etme gücüne sahip olan çocuk sınırlı ehliyetsiz kabul edilmekteyken ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk tam ehliyetsizdir⁵².

Çocuğun hukuki dinlenilme hakkını temsilcisi aracılığı ile mi yoksa doğrudan mı kullanacağı ise çocuğun taraf olduğu davanın temelini oluşturan hakka göre belirlenebilir. Farklı bir ifade ile çocuğun hukuki dinlenilme hakkını ne şekilde kullanacağı sorusu bakımından dava ehliyetinin tespiti ve uyumsuzluğun kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakka ilişkin olup olmadığı önem taşımaktadır. Dava ehliyeti bulunmayan kişi, davasını kanuni temsilcisi aracılığı ile açıp yürüteceğinden hukuki dinlenilme hakkı da kanuni temsilci nezdinde ortaya çıkar. Bununla birlikte mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların⁵³ kullanılmasında temsil söz konusu olmayacağından⁵⁴ hukuki dinlenilme hakkı da dava ehliyeti olmayan kişi tarafından kullanılır⁵⁵. Nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar da sınırlı ehliyetsiz tarafından kullanılacaksa da yasal temsilcinin izni ya da işleme katılması gerekmektedir⁵⁶. Bu çerçevede nispi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında kanuni temsilcinin hukuki dinlenilme hakkını kullanacağı söylenebilir.

II. YARGILAMADA ÇOCUĞUN DİNLENİLMESİ

A. Çocuğun Yargılamada Dinlenilmesine ve Katılma Hakkına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış

ÇHKAS ve ÇHS iç hukukumuzun bir parçası olmakla beraber iç hukukumuzda da yargılama sırasında⁵⁷ çocuğun dinlenilmesi için özel düzenlemelere rastlanmaktadır. Örneğin ceza yargılaması bakımından 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun⁵⁸ 15/II maddesinde çocuğun ifadesinin alınması veya

⁵¹ OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 21. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 84; ÖCAL APAYDIN / HIŞİM, s. 310.

⁵² OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 99.

⁵³ Mutlak/nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hak ayrımında söz konusu hak bakımından kanuni temsilcinin temsil yetkisinin kapsamı esas alınır. Mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar kanuni temsilcinin temsil alanına girmezken, nispi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar kanuni temsilci aracılığı ile kullanılır, CR CC I, WERRO/SCHIMIDLIN-Art. 19 CC, §32-33.

⁵⁴ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 94-95. Boşanma, evliliğin iptali, soybağının reddi ve evlat edinmeye rıza verme mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara örnek olarak gösterilebileceği yönünde bkz. OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 111.

⁵⁵ PEKCANITEZ, s. 762-763.

⁵⁶ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 94-95. Doktrinde aile hukuku kapsamında tam ehliyetsize karşı açılan davalarda, tam ehliyetsizin mutlaka yasal temsilci aracılığıyla temsil edilmesi gerektiği de ifade edilmektedir. Bu görüşe üstünlük verilmesi hâlinde, aile hukuku alanında tam ehliyetsize karşı açılan davalarda hukuki dinlenilme hakkı kanuni temsilci tarafından kullanılmalıdır. Bkz. OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 95; AKKAYA, s. 303. Benzer biçimde TOPAK, Süleyman: *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü*, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 199-200.

⁵⁷ Çocuğun katılma hakkı, yargılamada dinlenilmesi ile sınırlı değildir. Katılım hakkı, çocuğun kendisi hakkında karar alma süreçlerinin bir parçası olmayı ifade etmektedir. Dolayısıyla sadece yargılamada değil, çocuğu ilgilendiren her süreçte çocuğun görüşlerini serbestçe ifade etme hakkı bulunmaktadır (karş. ÇHS m. 12). Bkz. ÖCAL APAYDIN / HIŞİM, s. 291 vd. Çalışmamız kapsamında yargılamada çocuğun hukuki dinlenilme hakkı çerçevesinde katılma hakkını ele almaktayız. Şüphesiz yargılama dışında da çocuğun katılma hakkına yönelik düzenlemeler mevcuttur. Örneğin TMK m. 339/III düzenlemesi uyarınca ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanılır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar. Yine TMK m. 450/I uyarınca vesayet altındaki kişi görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahipse vasi önemli işlerde karar vermeden önce olanak ölçüsünde, onun görüşünü almakla yükümlüdür. Anılan düzenlemeler ışığında çocuğun katılma hakkının yargılama ile sınırlı olmaksızın kendisi ile ilgili tüm süreçleri kapsadığı sonucuna ulaşılabilir.

⁵⁸ 15.07.2005 tarihli ve 5395 sayılı Resmî Gazete.

çocuk hakkındaki diğer işlemler sırasında çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurulabileceği hükme bağlanmıştır. Aynı Kanun'un 22. maddesinde ise çocuğun velisinin, vasisinin, mahkemece görevlendirilmiş sosyal çalışma görevlisinin, çocuğun bakımını üstlenen ailenin ve kurumda bakılıyorsa kurumun temsilcisinin duruşmada hazır bulunabileceği; mahkeme veya hâkimin, çocuğun sorgusu veya çocuk hakkındaki diğer işlemler sırasında çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurulabileceği; duruşmalarda hazır bulunan çocuğun, yararı gerektirdiği takdirde duruşma salonundan çıkarılabileceği, sorgusu yapılmış çocuğun duruşmada hazır bulundurulmasına da gerek görülmebileceği düzenlenmiştir.

İsviçre hukukunda, aile hukukundan kaynaklanan davalar ile çocuğa ilişkin diğer davalarda uygulama alanı bulan İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (İsvHMK) 298. maddesine değinmekte fayda vardır. Anılan madde, yargılamada taraf ya da üçüncü kişi konumunda olan çocuğun dinlenmesi bakımından hâkime bir yükümlülük yüklemektedir⁵⁹. Yaşları uygun olmadığı yahut diğer gerektirici sebeplerle çatışmadığı müddetçe çocukların, mahkeme yahut onun tayin edeceği bir kişi tarafından usûlüne uygun biçimde dinleneceği hükme bağlanmıştır. Çocuğun dinlenmesi sırasında sadece hükmün kurulması için ihtiyaç duyulan bilgiler verilir, bu bilgiler veli ya da vasi ile de paylaşılır. Ayırt etme gücüne sahip olan çocuk, hukuki dinlenilme hakkının ihlali hâlinde, bu konuyu kanun yoluna başvuru gerekçesi yapabilir. Doktrinde İsvHMK m. 298'nin ÇHS m. 12'de yer alan çocuğun hukuki dinlenilme hakkının bir yansıması olduğuna vurgu yapılmıştır⁶⁰. Çocuğun yaşı ya da diğer gerektirici sebeplerle çocuğu dinlenmemesi durumunda çocuğun talebi üzerine hâkimin çocuğu dinlemesi gerekir⁶¹. Çocuğun kendini bilinçli bir şekilde ifade edebilmesi ve yargılamaya etki edebilmesi için duruşmanın başında çocuğa, uyuşmazlığa ilişkin olarak hangi hususların sorulacağını bildirilmesi gerekir. Bununla birlikte çocuğun beyanının tamamı değil sadece kendisine bildirilen ve karara etki edebilecek hususların duruşma tutanağında yer alacağı, çocuğun beyanlarının tamamının yazıya dökülmesinin gerekmediği de belirtilmelidir. Duruşmanın sonunda, sadece çocuğun taraflarla paylaşmayı kabul ettiği hususların tutanağa eklendiğinden emin olmak için duruşma kaydı çocukla ayrıntılı olarak tartışılmalıdır⁶².

Alman hukukunda da çocuğun bizzat dinlenmesine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Alman Aile Hukuku Meselelerine İlişkin Yargılama ve Çekişmesiz Yargılama Hakkında Kanun'un (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, FamFG) 159. maddesi uyarınca esas olan çocuğun yüz yüze dinlenmesi olmakla birlikte, bazı hâllerde çocuk bu şekilde dinlenilmeyebilir. FamFG m. 159/II'de çocuğun hangi hâllerde yüz yüze dinlenmesinden vazgeçileceği düzenlenirken Kanun'un genel hükümlere ilişkin birinci bölümüne atıf yapılmıştır. Bu kapsamda FamFG m. 9 uyarınca sözleşme yapma ehliyeti sınırlı olan kişiler (sınırlı ehliyetsizler), on dört yaşını doldurmuş olmaları ve kendilerini etkileyen işlemlerde medeni hukuk uyarınca tanınan bir hakkı ileri sürmeleri hâlinde dava ehliyetine sahiptir. Kanun'un, 9. maddede yer alan durumu bir istisna olarak düzenlediği gerçeği karşısında ve her iki madde bir arada değerlendirildiğinde, on dört yaşını doldurmuş olan çocuğun yargılamada hâkim tarafından bizzat dinlenmesi, Kanun'un ifadesiyle, çocuk ile yüz yüze duruşma yapılması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Yaş sınırı yanında çocuk ile yüz yüze duruşma yapılması; gerektirici sebeplerin varlığı, çocuğun açıkça tercihlerini ve arzularını bildirecek durumda olmaması, çocuğun tercihlerinin, ilişkilerinin veya arzularının karar açısından önem arz etmemesi veya davanın sadece çocuğun mal varlığıyla ilgili olması ve konunun türüne bağlı olarak yüz yüze duruşma yapılmasının gerekli olmaması hâllerinde zorunlu değildir⁶³.

⁵⁹ PC CPC-DIETSCHY-MARTENET Art. 298, § 3; GAURON-CARLIN, s. 168.

⁶⁰ PC CPC-DIETSCHY-MARTENET Art. 298, § 6.

⁶¹ PC CPC-DIETSCHY-MARTENET Art. 298, § 10.

⁶² PRADERVAND-KERNEN, Maryse: "La Position Juridique de l'Enfant dans la Procédure Civile, à l'Aune de Quelques Questions Particulières", *FamPra.ch*, 2016, s. 352.

⁶³ Bu konuda ayrıca bkz. ÖCAL APAYDIN / HIŞİM, s. 313 vd.

Hukukumuzda çocuğun dinlenme yaşı ile ilgili bu şekilde bir düzenleme yer almamaktadır. Hem ÇHS'nin 5, 12 ve 17. maddeleri hem de Türk Medeni Kanunu belli bir yaşı değil, çocuğun ayırt etme gücünü esas almaktadır. Bu kapsamda özellikle Yargıtayın çocuğun hukuki dinlenilme hakkına yaklaşımı ve bu hakkın kullanım sınırlarını ne şekilde çizdiğini çocuğun taraf ya da üçüncü kişi olduğu uyuşmazlıklar bakımından çekişmeli ve çekişmesiz yargı özelinde ayrı ayrı ele alacağız.

B. Çocuğun Dava Ehliyetinin Hukukî Dinlenilme ve Katılma Hakkı Bakımından Önemi

Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzun 51. maddesi dava ehliyetinin, medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirleneceğini düzenlemektedir. TMK m. 9 uyarınca ise ancak fiil ehliyetine sahip olan kimse kendi fiilleriyle hak edip borç altına girebileceğinden, fiil ehliyeti olan kişilerin davada usûl işlemleri yapabileceği kabul edilmektedir. Fiil ehliyetinin unsurları olan erginlik, ayırt etme gücü ve kısıtlı olmamak koşullarını sağlayan kişilerin dava ehliyeti de tamdır. Bu şartları tam olarak sağlamayan kişiler ise davayı kanuni temsilcileri vasıtası ile takip edebilirler (HMK m. 52)⁶⁴.

Çocuğun yargılama süreçlerine katılma hakkını düzenleyen ve yukarıda kısaca değindiğimiz ÇHKAS, katılma hakkının süjesi olarak kendi görüşlerini oluşturabilme yeteneğine sahip çocuğa işaret etmekte, çocuğun katılma hakkını bizzat ya da kanuni temsilcisi aracılığı ile kullanabileceğini düzenlemektedir. Bununla birlikte çocuğun kendi görüşlerini oluşturabilme yeteneğine sahip olmaması, çocuğun katılma hakkına (farklı bir ifade ile hukuki dinlenilme hakkına) sahip olmadığı anlamına da gelmez. Hukukumuz bakımından ayırt etme gücünden yoksunluk tam ehliyetsizlik hâline vücut verdiğinden (karş. TMK m. 10 ve 13), çocuğun dava ehliyeti ve buna bağlı olarak hukuki dinlenilme hakkı, ayırt etme gücüne bağlı olarak ele alınabilir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük tam ehliyetsiz kabul edileceğinden dava ehliyetine de sahip olmayacak, davayı kanuni temsilcisi aracılığı ile takip edecektir. Dolayısıyla hukuki dinlenilme hakkı da kanuni temsilci tarafından kullanılacaktır.

Hukukumuzda ayırt etme gücüne sahip olan küçüklerin ise bazı haklarını dava yoluyla bizzat kullanabilmelerine cevaz verilmektedir. Bu çerçevede ayırt etme gücüne sahip olan küçüklerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanabilmeleri mümkündür. Ayırt etme gücüne sahip olan küçük ehliyetsiz olmakla beraber bu ehliyetsizliği sınırlıdır⁶⁵. Nitekim küçüğün fiil ehliyeti bakımından TMK m. 16, ayırt etme gücüne vurgu yapmış, ayırt etme gücüne sahip olan küçüklerin yasal temsilcilerinin rızası olmadan kendi işlemleriyle borç altına giremeyeceğini hükme bağlamıştır. Dolayısıyla ayırt etme gücüne sahip olan küçük bakımından sınırlı bir dava ehliyetinin varlığından bahsedilebilir. Bu kapsamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar dışındaki hakları konu edinen davalarda küçüğün kanuni temsilcisi tarafından temsil edilmesi gerekmektedir (karş. TMK m. 16/I, son cümle).

Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından hakkın niteliğine göre bir ayırım yapılmış, küçüğün mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları temsilci aracılığı ile değil bizzat kullanacağı ifade edilmiştir. Nişanın bozulması ve boşanma gibi mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların dava yoluyla kullanılması söz konusu olduğunda, küçüğün kendisi dava ehliyetine sahip olacaktır⁶⁶. Nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların ise temsilci aracılığı ile kullanılması, kişinin saygınlığı ve sınırlı ehliyetsizin korunma ihtiyacı bakımından dava elverişli sonuçlar doğurur. Bu nişanlanma veya

⁶⁴ KURU, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt I*, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001 (C. I), s. 1027; KURU, Baki / AYDIN, Burak: *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 115; BUDAK / KARAASLAN, s. 108; PEKCANITEZ / TAŞ KORKMAZ, *Pekcanitez Usûl*, s. 668; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 151-152; YILMAZ, Ejder: “‘Çocuk Hakları’ Açısından: Çocuğun Davada Temsilinin ve Iradesinin Önemi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, Cilt 11, Prof. Dr. Bilge Umar' a Armağan Özel Sayısı (Çocuk Hakları), s. 827; ATICI, s. 143-144.

⁶⁵ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 99; ATICI, s. 189; ELGÜN TOĞRUL, Emel Şeyda: *Medeni Usûl Hukukunda Dava Ehliyeti*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 157.

⁶⁶ KURU, C. I, s. 1034; KURU / AYDIN, s. 115; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 265; TANRIVER, s. 549; ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: *Medeni Usûl Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 221; YILMAZ, *Çocuk Hakları*, s. 826; AKKAYA, s. 300-301; ELGÜN TOĞRUL, s. 161-162, 166; TOPAK, s. 197. Aile hukukuna ilişkin bir statü ile ilgili açılan davada davalı olarak savunma yapmanın da mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu yönünde bkz. OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 111

adın değiştirilmesi gibi nispi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların temsilci aralığı ile kullanılması mümkündür⁶⁷. Bununla birlikte nispi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak nitelendirilebilecek ad değişikliği davaları bakımından İsviçre doktrininde, küçüğün yeterli ayırt etme gücüne sahip olması durumunda yasal temsilcinin onun adına dava açamayacağı savunulmaktadır⁶⁸.

TMK m. 16/I uyarınca ayırt etme gücüne sahip olan küçük karşılıksız kazanmalarda da kanuni temsilcisinin rızasına ihtiyaç duymaksızın işlem yapabilir⁶⁹.

Küçüğün dava ehliyeti sadece kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından değil, genel olarak sorumluluğunu doğuran tüm hâller bakımından ele alınabilir. Bu çerçevede sorumluluğun kusura bağlı olarak doğduğu haksız fiil veya borca aykırılık hâllerinde küçüğün ayırt etme gücüne sahip olması onun aynı zamanda kusurlu davranma ihtimalini doğurur. Nitekim TMK m. 16/II, ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün haksız fiillerinden de sorumlu olduğunu düzenlemiştir. Kişinin bilinçli ve istemli bir davranışına bağlı olmayan, hukukun öngördüğü sonuçlar bakımından ayırt etme gücü fonksiyon göstermez. Murisin ölümü hâlinde mirasın kendiliğinden geçişi örneğinde olduğu gibi ilgili kişinin ayırt etme gücünden bağımsız olarak sonuçlarını doğuran bu durumlarda hukuki sonuç, söz konusu davranış veya olayın gerçekleşmesi ile kendiliğinden ortaya çıkar⁷⁰. Objektif sorumluluk hâllerinde de sorumluluk, sorumlu kişinin belli bir davranışına bağlı olmaksızın doğar. Dolayısıyla objektif sorumluluk hâllerinin doğmasında da ayırt etme gücünün bir işlevi bulunmaz⁷¹. Ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün de bu çerçevede objektif sorumluluk hâllerinden birine göre sorumlu tutulması ve bu çerçevede dava ehliyetine sahip olması mümkündür⁷².

Ayırt etme gücü haksız fiilin de bir unsuru olup ayırt etme gücü bulunmayanların kusur ehliyetleri bulunmamaktadır⁷³. Ayırt etme gücü bulunmayan bir kişi kusurlu davranamayacağından, bu kişi hakkında haksız fiil sorumluluğu da doğmaz. Dolayısıyla ergin olmasa dahi ayırt etme gücüne sahip olan bir kişi (sınırlı ehliyetsiz) haksız fiillerinden de sorumludur (TMK m. 16/II)⁷⁴. Doktrinde ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün tüm kusurlu davranışlarından ve bu çerçevede sözleşmeye aykırı davranışından da sorumlu olacağı savunulmaktadır⁷⁵. Ayırt etme gücüne sahip küçüklerin haksız fiillerinden sorumlu olduklarına ilişkin TMK m. 16/II düzenlemesi kapsamında doktrinde küçüklerin haksız fiil nedeniyle kendilerine karşı açılan davaları takip edebilecekleri yani bu davalar bakımından dava ehliyetine sahip oldukları görüşü ileri sürülmüştür⁷⁶.

Çocuğun yargılamada konumunun belirlenmesi, hukuki dinlenilme hakkının da kim tarafından kullanılacağı hususunda yol göstericidir. Bununla birlikte hukuki dinlenilme hakkının kime ait olduğu

⁶⁷ Aile hukukuna ilişkin bir statü ile ilgili açılan davada davalı olarak savunma yapmak da mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktr. Bkz. OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 111. Nispi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların temsilci aracılığı ile kullanılabilmesi için küçüğün ya da kısıtlının ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Bkz. CR CC I, WERRO/SCHIMIDLIN-Art. 19 CC, §36. Doktrinde kanunda açıklık bulunmayan hâllerde kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kanuni temsilci vasıtasıyla kullanılması gerektiği de savunulmaktadır. Bkz. ZEVKLİLER, Aydın / ACABEY, Beşir / GÖKYAYLA, K. Emre: *Medeni Hukuk (Giriş-Başlangıç Hükmeleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku)*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000, s. 327.

⁶⁸ CR CC I, THÉVENAZ-Art. 30 CC, §8.

⁶⁹ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 113.

⁷⁰ CR CC I, WERRO/SCHIMIDLIN -Art. 18 CC, §2-3.

⁷¹ CR CC I, WERRO/SCHIMIDLIN -Art. 19 CC, § 4.

⁷² OĞUZMAN /SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 116.

⁷³ OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükmeler, Cilt II*, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 64; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 96; SEROZAN, Rona: *Medeni Hukuk/Kişiler Hukuku*, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 431-432; KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: "Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2004, Cilt 53, Sayı 3, s. 3. Yazara göre kusur kavramı, ayırt etme gücünün varlığını kılmaktadır. Bkz. KOÇHİSARLIOĞLU, s. 8.

⁷⁴ SEROZAN, s. 451.

⁷⁵ SEROZAN, s. 452. Buna karşın *Koçhisarlioğlu*, davranışta bulunanın yaş küçüklüğünün onun ayırt etme gücüne etki ettiği, akla uygun davranma becerisini engellediği durumlarda, bu hususun hesaba katılarak kusur ehliyetinin var olmadığı sonucuna ulaşılması gerektiği kanaatindedir. Bkz. KOÇHİSARLIOĞLU, s. 8.

⁷⁶ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 265. Aksi yönde bkz. BUDAK / KARAASLAN, s. 109; ATICI, s. 193.

ile bu hakkın kim tarafından kullanılacağına farklı meseleler olduğu da unutulmamalıdır⁷⁷. Hukukî dinlenilme hakkı yargılamada bizzat yer alan çocuk ya da onun kanuni temsilcisi tarafından kullanılabilir. Çocuğun bizzat dava ehliyetini kullanabildiği durumlarda, hukuki dinlenilme hakkı da küçüğe aittir⁷⁸. Bununla birlikte kanaatimizce dava kanuni temsilci tarafından takip edilse yani uyuşmazlık kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakka ilişkin olmasa dahi çocuğu ilgilendiren bir konuda çocuğun dinlenmesi hem Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz hem de Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesi gereğidir. Farklı bir ifade ile dava konusunun kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olup olmadığına bakılmaksızın, çocuğu ilgilendiren her yargılamada çocuğun bizzat dinlenilmesi hem hukuki dinlenilme hakkının hem de katılma hakkının gereğidir. Çocuk bu durumda dava ehliyetine sahip olmasa da menfaat sahibi olarak hukuki dinlenilme ve katılma hakkının süjesini oluşturmalıdır⁷⁹. Bu kapsamda ayırt etme gücüne sahip olan bir çocuk, hukuki dinlenilme hakkını bizzat kendisi kullanabileceği gibi, bu hakkın çocuğun arzusuna göre kanuni temsilcisi aracılığıyla kullanılması da mümkündür. Ancak unutulmamalıdır ki hukuki dinlenilme hakkı esasen çocuğa ait olup kanuni temsilci bu hakkı çocuk adına kullanmaktadır. Bu nedenle kanuni temsilcinin bağımsız bir hukuki dinlenilme hakkı yoktur⁸⁰.

C. Yargılamada Çocuğun Dinlenilmesini Gerektiren Bazı Haller

1. Genel Olarak

Çocuğun yargılamada dinlenilmesi farklı şekillerde gerçekleşebilir. Çocuk, uyuşmazlığın tarafı olarak dinlenebileceği gibi tanık olarak da dinlenebilir. Çalışmamız çocuğun katılma hakkını odağında hukuki dinlenilme hakkını konu edindiğinden, sadece çocuğun hukuki dinlenilme hakkına sahip olduğu, taraf ve ilgili olarak yargılamada yer aldığı durumlar çekişmeli ve çekişmesiz yargı ayrımı esas alınarak incelenecektir.

Çekişmeli-çekişmesiz yargı ayrımını esas alarak inceleme yapmamızın sebebi, bu iki yargı türünde çocuğun yargılamadaki konumunun ve uyuşmazlık konusu hak ile çocuğun ilişkisinin farklı olmasıdır. Farklı bir ifade ile çocuk çekişmeli yargıda sübjektif hak sahibi ve taraf iken, sübjektif hakkın söz konusu olmadığı ya da kimi zaman bir uyuşmazlığın bulunmadığı çekişmesiz yargıda maddi ya da şekli ilgili konumundadır. Boşanma davası örneğinde olduğu gibi kimi zaman çekişmeli yargıda da verilecek hükümden çocuğun etkilenmesi mümkün olmakla birlikte, bu ihtimalde çocuk çekişmesiz yargıdaki "ilgili"den farklı bir konumda bulunur. Biz de çocuğun yargılamadaki konumu ve yargı çeşitlerinin arz ettiği farklılıkları da göz önüne alarak incelememizi çekişmeli-çekişmesiz yargı ayrımını esas alarak yapacağız.

Tarafın dinlenmesine ilişkin olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz temel olarak iki düzenlemeyi içermektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzun 144. maddesi ile isticvaba ilişkin HMK m. 170 vd. düzenlemeleri yargılamada tarafın dinlenmesi hususunda uygulama alanı bulan düzenlemelerdir. İsticvaba ilişkin HMK m. 170 düzenlemesi, özellikle isticvaba davet ve isticvabın sonuçları itibarıyla⁸¹, tarafın dinlenmesine ilişkin HMK m. 144'ten ayrılır. İsticvap, ikrar elde etme amacına yönelik olması ve ikrarın da vakiayı uyuşmazlık konusu olmaktan çıkarması nedeniyle ayrıca bir önem arz etmektedir. Bu önemi nedeniyle çocuğun dinlenmesini özellikle isticvap bakımından ele almak gerekir.

İsticvabın amacı bilgi ve kanaat oluşturmaktır. Hâkim tarafları isticvap yoluyla dinleyerek uyuşmazlık hakkında bilgi, kanaat edinmeye ve mümkünse ikrar elde etmeye çalışır. Yani isticvabın tek

⁷⁷ ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 292.

⁷⁸ Maddi hakkın kullanımına izin verildiği müddetçe, o hakka ilişkin hukuki dinlenilme hakkının da bizzat dava ehliyeti bulunmayan kişi tarafından kullanılacağı yönünde bkz. ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 292; PEKCANITEZ, s. 762; ELGÜN TOĞRUL, s. 162.

⁷⁹ Nitekim İsviçre doktrininde, boşanma davası bakımından, çocuğun taraf olmamakla beraber boşanmanın sonuçlarından doğrudan etkilenmesi nedeniyle yarı-taraf gibi değerlendirilerek dinlenmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. GAURON-CARLIN, s. 170.

⁸⁰ ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 294.

⁸¹ KURU / AYDIN, s. 234 vd.

amacı ikrar elde etmek değildir⁸². Nitekim isticvap neticesinde ikrar elde edilemese dahi edinilen bilgileri hâkim serbestçe takdir eder. İsticvap neticesinde ikrar elde etme imkânı bulunduğundan, isticvabın ikrarın işlevsiz olduğu resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda uygulanmayacağı savunulmaktadır⁸³. Bu bakımdan çocuğun isticvap edilmesi, çocuğun taraf ya da üçüncü kişi olduğu uyuşmazlığın resen araştırma ilkesine tabi olmayan bir davada mümkün olabilir. Bununla birlikte kanaatimizce resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda da çocuğun beyanının, hâkim tarafından kanaatini kuvvetlendirmek için kullanılabilmesi mümkün olmalıdır⁸⁴.

İsticvap olunacak kişilere ilişkin HMK m. 170, ergin olmayan veya kısıtlı bir kimse adına yapılmış bir işleme ilişkin olarak, o kişinin kanuni temsilcisinin isticvap edileceğini hükme bağladıktan sonra bu kişilere bizzat dava hakkı tanınan hâllerde, ergin olmayan ya da kısıtlı kimsenin dinleneceğini hükme bağlamıştır. Dolayısıyla kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin davalarda çocuğun kendisi isticvap edilebilir.

İsticvabın hukuki dinlenilme hakkı ve hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile ilişkisi yadsınmaz. Zira isticvap yoluyla uyuşmazlığın aydınlatılması yanında, tarafa kendisini uyuşmazlık hakkında ifade etme imkânı da verilmektedir. Bununla birlikte katılma hakkı, isticvabı da içine alan daha geniş bir kavramı ifade eder. Zira katılma hakkı, çocuğun ilişkili olduğu uyuşmazlıkla ilgili kendini ifade edebilmesi, görüşlerini açıklayabilmesinin yanında o uyuşmazlık ile ilgili bilgi sahibi olmasını da bünyesinde barındırır (ÇHKAS m. 3/a). Yine katılma hakkının amacı, uyuşmazlık hakkında hâkimin edineceği kanaati güçlendirme ya da bir kanaat oluşmasına yardımcı olmak da değildir.

Çocuğun isticvabının katılım hakkına aykırı olmaması, isticvabın sonuçları hakkında çocuğa açık ve net bir bilgilendirme yapılmasına bağlıdır. Zira ÇHKAS, çocuğun görüşlerinin uygulanmasının ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilmesi gerektiğine vurgu yapmaktadır. İsticvabın yargılamaya etkisi de dikkate alındığında kanaatimizce HMK m. 171'de yer alan isticvaba davete ilişkin düzenleme, çocuğun katılım hakkını kullanması bakımından yeterli görülmemelidir. Hâkim isticvap öncesi çocuğa isticvabın olası sonuçları konusunda ayrıca açıklama yapmalıdır.

2. Çekişmeli Yargıda Çocuğun Dinlenmesi

Çekişmeli yargıda çocuğun katılma hakkını kullanması ve bu kapsamda hukuki dinlenilme hakkı, çocuğun taraf ya da üçüncü kişi olduğu uyuşmazlıklar bakımından ayrı ayrı incelenebilir. Çocuğun yargılamada taraf sıfatına sahip olması, dava ehliyetini de doğrudan kullanabileceği anlamına gelmez. Bununla birlikte çocuğun doğrudan kullanabileceği, özellikle kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda, çocuk yargılamayı tek başına açıp yürütebileceğinden hem taraf sıfatına hem de dava ehliyetine sahip olacaktır.

Çocuk yargılamada taraf olmamakla beraber yargılamanın sonuçları doğrudan çocuğun menfaatine etki edecek nitelikte olabilir. Bu çerçevede çocuğun taraf olduğu babalık davası ile çocuğun üçüncü kişi konumunda olduğu anne-babanın boşanma davası bakımından çocuğun hukuki dinlenilme ve katılım hakkını ele alacağız.

⁸² ÖZEKES, *Pekcanitez Usûl*, s. 1374; TERCAN, Erdal: *Medenî Usûl Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması)*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2001, s. 331; PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 308. Yılmaz, isticvabın yargılamanın amacı olan maddi gerçeği bulma ve adalete varma bakımından işletilmesi gereken bir kurum olduğu kanaatindedir. Bkz. YILMAZ, *Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt III*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (C. III), s. 3331.

⁸³ KURU / AYDIN, s. 234; TANRIVER, s. 790; YILMAZ, *C. III*, s. 3349. Aksi yönde bkz. TERCAN, s. 103-331; ÖZEKES, *Pekcanitez Usûl*, s. 1383. Yazara göre taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda da isticvap hâkimin kullanabileceği bir imkândır. Takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu hâllerde de isticvap neticesinde elde edilen bilgiyi hâkimin kanaatini güçlendirmek ve çelişkileri gidermek için kullanması mümkündür. Bkz. ÖZEKES, *Pekcanitez Usûl*, s. 1375. Karş. PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 308. Bu yönde bkz. Yargıtay, HGK, T. 04.04.2018, E. 2017/437, K. 2018/669.

⁸⁴ *Tercan* da isticvabın hâkimde kanaat oluşturma fonksiyonuna vurgu yaparak, durumu (uyuşmazlığı) aydınlatacak derecede akıllı olan küçük ve kısıtlının isticvabına engel bulunmadığı kanaatindedir. Bkz. TERCAN, s. 152.

a. Babalık Davası

Babalık davası TMK m. 301-304 arasında düzenlenmektedir. TMK m. 301 hükmü, çocuk ile baba arasındaki soybağının mahkemece belirlenmesini ana ve çocuğun isteyebileceğini düzenlemektedir. Bu çerçevede babalık davasının davacıları anne ile çocuk, davalısı ise baba olduğu iddia edilen erkek ve onun mirasçılardır⁸⁵. Babalık davası açma hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, sınırlı ehliyetsiz olan çocuğun da davayı kendisinin açıp takip etmesi mümkündür⁸⁶. HMK m. 74 uyarınca vekil, hangileri hakkında yetki verildiği açıklanmadıkça kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açamaz ve takip edemez. Kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hâl olarak babalık davası da bu kapsamda ele alınmaktadır. Babalık davası da ancak özel yetki içeren bir vekâletname ile açılabilir⁸⁷. Yani kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olan babalık davası açma hakkı çocuk tarafından vekil aracılığı ile kullanılacak olsa dahi vekilin vekâletnamesinde babalık davası açıp takip edebileceğine ilişkin özel yetki bulunması gerekir. Çocuğun ayırt etme gücüne sahip olmadığı hâllerde ise babalık davası çocuğun yasal temsilcisi tarafından açılacaktır⁸⁸.

Soybağına ilişkin bir dava olan babalık davası bakımından TMK m. 284 hükmü uygulama alanı bulur. Anılan düzenleme uyarınca babalık davasında hâkim maddi olguları resen araştırır ve delilleri serbestçe takdir eder⁸⁹. Hâkim, resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda tarafların talepleri ile bağlı olmadığı gibi tarafların ileri sürdükleri vakıalar ve delillerle de bağlı değildir⁹⁰. Babalık davasında resen araştırma ilkesinin yürümesi, bu yargılamada hukuki dinlenilme hakkının göz ardı edileceği anlamına gelmez. Farklı bir ifade ile hukuki dinlenilme hakkı resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda da uygulama alanı bulacağı gibi resen araştırma ilkesinin de tamamlanması ve tam olarak tezahür etmesine yardımcı olur⁹¹. Resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hukuki dinlenilme hakkı -hâkim, tarafların getirdiği dava malzemesi ile yetinmeyip kendisi de araştırma yaptığından- öncelikle dikkate alınmalıdır. Resen araştırma ilkesi, taraflardan habersiz, onların iddia ve savunmaları ile talepleri dikkate alınmadan yargılama yapılacağı ve karar verileceği anlamına gelmez. Hâkimin gerek kendi araştırmasını gerekse tarafların yargılamaya getirdiği dava malzemesini değerlendirerek yargılamayı yürütmesi gerekir. Tarafların da hâkimin resen araştırarak bulduğu ve yargılamaya dâhil ettiği hususlar hakkında bilgi edinmesi ve bu hususlara ilişkin görüşünü açıklayabilmesi gerekir. Aksini kabul, yani tarafa bu konularda bilgi edinme ve açıklama yapma hakkı verilmemesi, hukuki dinlenilme hakkı ile bağdaşmaz⁹².

Babalık davasında çocuğun hukuki dinlenilme hakkına sahip olacağı kuşkusuzdur. Her ne kadar resen araştırma ilkesine tabi olsa da babalık davası neticesinde çocuğun hukuki durumu değişeceğinden, çocuğun yargılama ile ilgili bilgi sahibi olması, karara etki edebilmesi gerekir. Babalık davası kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, çocuğun ayırt etme gücüne sahip olduğu durumlarda⁹³,

⁸⁵ DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 306; KILIÇOĞLU Ahmet: *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 551; EĞİLMEZGİL, Sena Gözde: "Babalık Davası", *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi*, 2020, Cilt 3, Sayı 1, s. 153 vd.

⁸⁶ EĞİLMEZGİL, s. 155.

⁸⁷ "Ayrıca açıkça yetki verilmemiş ise vekil, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açamaz ve takip edemez (HMK m. 74). TMK'nin 301. Maddesine göre, evlilik haricinde doğan çocukla baba arasındaki soybağı hakim hükmüyle kurulabilir. Bunu sağlayan dava ise babalık davasıdır. Babalık davası, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımı niteliğindedir. Somut olayda dava Cumhuriyet savcısına ve Hazineye ihbar edilmemiştir. Babalık davasının Cumhuriyet savcısına ve Hazineye ihbarı zorunlu bulunduğu halde (TMK.md. 301/son) hazineye ve Cumhuriyet savcısına dava ihbar olunmadan, davacı vekilinden babalık davasını açabilmesi için özel yetki içeren vekaletname alınmadan yargılamaya devamla işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm kurulması usûl ve yasaya aykırıdır. Açıklanan nedenle kararın münhasıran bu sebeple bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir". Bkz. Yargıtay, 2. HD, T. 03.11.2021, E. 2021/5941, K. 2021/8069. Bu konuda ayrıca bkz. AKKAYA, s. 307 vd.

⁸⁸ DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 306-307.

⁸⁹ KURU / AYDIN, s. 224; ERDÖNMEZ, *Pekcanitez Usûl*, s. 806; TAHİROĞLU, Fatih: *Medeni Usûl Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 40; EĞİLMEZGİL, s. 163.

⁹⁰ ERDÖNMEZ, *Pekcanitez Usûl*, s. 805-806; TAHİROĞLU, s. 34.

⁹¹ PEKCANITEZ, s. 758; ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 68

⁹² ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 70.

⁹³ KURU, C. I, s. 1039.

hukuki dinlenme hakkı çocuk tarafından bizzat kullanılabilir. Çocuk kendisini vekille temsil ettiriyorsa hukuki dinlenme hakkına bağlamında bilgilenme ve açıklama hakkına ilişkin işlemlerin de avukata yönelik olarak yapılması gerekir. Davanın avukat aracılığı ile takip edilmesi iradi temsilin bir görünümü olduğundan, bilgilenme ve açıklama hakkına ilişkin işlemlerin avukat yerine asile yönelik olarak yürütülmesi, iradi temsilin amacı ile bağdaşmadığı gibi hukuki dinlenme hakkına da uygun olmaz⁹⁴. Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğün kanuni temsilcisi de bir avukat aracılığı ile yargılamayı takip etmek isteyebilir. Bu ihtimalde de hukuki dinlenme hakkının kullanılması için yapılacak işlemlerin iradi temsilci-avukat esas alınarak yapılması gerekir. Ancak önceden de belirttiğimiz üzere sadece iradi temsilcinin ya da sadece kanuni temsilcinin hukuki dinlenme hakkından faydalanması, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesine aykırı olur. Zira anılan madde gereği taraf devletlere çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatının sağlanması yükümlülüğü yüklenmiştir. Keza Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin üçüncü maddesinde yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğa, bir adli merci önündeki, kendisini ilgilendiren davalarda ilgili tüm bilgileri alma, kendisine danışılma ve kendi görüşünü ifade etme, görüşlerinin uygulanmasının ve her tür kararın olası sonuçları hakkında bilgilendirilme hakları tanınmalıdır. Dolayısıyla çocuk ister iradi isterse kanuni temsilci aracılığı ile temsil edilsin çocuğa katılma hakkı tanınmalı, yargılama ile ilgili görüşünü ifade etmesine imkân verilmelidir. Çocuğun katılma hakkını HMK m. 144 aracılığı ile kullanabilmesi mümkündür. Hâkimin dinlemek üzere çocuğu davet etmesi durumunda, çocuğa sorulacak hususlar hakkında ayrıntılı bilgi vermesi, çocuğun dinlenmesi neticesinde ortaya çıkabilecek sonuçlar hakkında açıklama yapması gerekir.

b. Çocuğun Üçüncü Kişi Konumunda Olduğu Anne-Babanın Boşanma Davası

Türk Medeni Kanunu'nun 336. maddesi uyarınca evlilik birliğinin devamı sırasında velayeti anne ve baba beraber kullanırlar. Evlilik birliğinin boşanma yolu ile sona ermesi veya mahkemece ayrılığa karar verilmesi hâlinde ise mahkeme, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler (TMK m. 182).

TMK m. 182'de çocuğun görüşünün alınmasına ilişkin bir düzenleme yer almasa da TMK m. 339/III'te ana babanın önemli konularda olabildiğince çocuğun düşüncesini göz önünde tutacaklarına ilişkin düzenleme ile birlikte değerlendirme yapıldığında, hâkimin de çocuğu dinleyerek velayete ilişkin değerlendirmesinde çocuğu dinlemesi gerektiği doktrinde haklı olarak ifade edilmektedir⁹⁵. ÇHKAS'nin iç hukukta boşanma davalarında doğrudan uygulanması zorunluluğu da göz önüne alındığında⁹⁶ hâkimin velayet konusunda çocuğu dinlemesi, katılma hakkı ve hukuki dinlenme hakkının da gereğidir⁹⁷.

Her ne kadar çocuk boşanma davasının tarafı değilse de boşanma davası neticesinde velayete ilişkin olarak verilecek olan hüküm, çocuğun hukuki ve fiili durumunu yakından ilgilendirmektedir. Dolayısıyla ÇHS ve ÇHKAS hükümleri uyarınca çocuğun boşanma sürecinde bilgilendirilmesi, görüşlerini paylaşması ve görüşlerinin dikkate alınması, katılma hakkının bir gereğidir. Bunun yanında HMK m. 27'nin yargılamanın diğer ilgililerinin de hukuki dinlenme hakkına sahip olduğu yönündeki düzenlemesi, boşanma davasının sonuçlarından doğrudan etkilenecek olan çocuğun da kanaatimizce ilgili olarak kabul edilmesi ve hukuki dinlenme hakkının süjesi olmasını gerektirir. Farklı bir ifade ile ÇHS ve ÇHKAS çerçevesinde zaten katılma hakkına sahip olan çocuk, iç hukukumuz bakımından HMK m. 27 gereği hukuki dinlenme hakkına da sahiptir⁹⁸.

⁹⁴ ÖZEKES, *Hukuki Dinlenme Hakkı*, s. 296.

⁹⁵ OKTAY ÖZDEMİR, s. 1228. Benzer biçimde AKKAYA, s. 315.

⁹⁶ OKTAY ÖZDEMİR, s. 1221; AKKAYA, s. 314

⁹⁷ Çocuğun mahkeme tarafından dinlenmesinin, çocuk açısından kişiliğine bağlı bir hak, mahkeme açısından ise dava aydınlatılması kapsamında bir yükümlülük olduğu yönünde bkz. AKKAYA, s. 316.

⁹⁸ AKKAYA, s. 320.

Yargıtayın da ayırt etme gücüne sahip küçüğün mahkemede dinlenilmesi gerektiği yönündeki uygulaması dikkat çekmektedir. Özellikle eşlerin birden fazla çocuğu bulunduğundan Yargıtayın kardeşlerin ayrılmasını ilkesini de gözettiği, hâkimin bu çerçevede çocuğu bizzat dinleyeceği ve görüşünü alacağına hükmettiği görülebilir. Hatta çocuğun bizzat dinlenmemesi eksik inceleme olarak değerlendirilerek bozma sebebi kabul edilmiştir⁹⁹. Çocuğun hangi yaşta görüşlerinin alınabileceği de Yargıtayın bir kararına konu olmuş, Mahkeme 14 yaşında bir çocuğun görüşlerini açıklama, düşüncelerini bildirme olgunluğuna eriştiğini kabul etmiştir¹⁰⁰.

Yargıtay'ın, özellikle boşanma kararı ile birlikte velayete ilişkin de hüküm kurulması durumunda, çocuğun dinlenilmesinin uluslararası sözleşmeler gereği bir zorunluluk olduğunu kabul ettiği söylenebilir. Çocuk, boşanma davasında taraf olmamakla birlikte, velayetin anne veya babadan birine verilecek olması nedeniyle menfaati etkilenen kişi konumundadır. Dolayısıyla çocuğun bu kapsamda hukuki dinlenilme hakkını bizzat kullanması gerekir. Her ne kadar Yargıtay on yaş üzeri çocukların velayet hakkı ile ilgili olarak görüş bildirebileceklerini içtihat etmekteyse de daha küçük yaştaki ayırt etme gücüne sahip çocuğun dinlenebilmesinin de ilgili uzmanların vereceği karar ve hâkimin takdir hakkı çerçevesinde mümkün olduğu doktrinde savunulmaktadır¹⁰¹.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan ya da idrak yaşına gelmemiş bir çocuğun dinlenilmesi ise temsil kayyımı aracılığı ile yapılmalıdır. Doktrinde özellikle velayete ilişkin davalarda ayırt etme gücü bulunmayan çocuğun menfaatinin korunması amacıyla çocuğa bir temsil kayyımı atanması gerektiği savunulmuş¹⁰², çocuğun yargılamada görüşlerini bildirmesinin de temsil kayyımı aracılığı ile gerçekleştirilmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır¹⁰³.

Velayetin boşanma davasından ayrı olarak kaldırılması, velayetin eşlerden birinden alınarak diğere verilmesi ve kaldırılan velayetin geri verilmesi ise HMK m. 382/II-b-13 düzenlemesi uyarınca çekişmesiz yargı işidir. Bu konuyu aşağıda çekişmesiz yargıda çocuğun dinlenilmesine ilişkin açıklamalarımız kapsamında inceleyeceğiz.

⁹⁹ “Velayeti davacı babaya verilen ortak çocuk 2002 doğumlu ‘...’nın idrak çağında olduğu anlaşılmaktadır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi, Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin 3 ve 6. maddeleri gereğince, idrak çağındaki küçüğün ebeveynlerinden hangisinin yanında kalmak istediği konusunda hakim tarafından bizzat dinlenilerek görüşünün alınması, kardeşlerin ayrılmasını ilkesi de gözetilmek suretiyle tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasil olacak sonuca göre ortak çocuk ‘...’nın velayetinin düzenlenmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay, 2. HD, T. 22.06.2017, E. 2017/2060, K. 2017/7969. Aynı yönde “Velayeti babaya verilen 11.10.2004 doğumlu ... idrak çağında olduğu anlaşılmaktadır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi, Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin 3 ve 6. maddeleri gereğince, idrak çağındaki küçüklerin ebeveynlerinden hangisinin yanında kalmak istediği konusunda hakim tarafından bizzat dinlenilerek görüşünün alınması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasil olacak sonuca göre velayetin düzenlenmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir”. Bkz. Yargıtay, 2. HD, T. 22.12.2016, E. 2015/21429, K. 2016/16338. Ayrıca bkz. ÖCAL APAYDIN / HIŞİM, s. 309-310; TAŞATAN, Caner: “Velayetin Değiştirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2022, Cilt 28, Sayı 1, s. 394; AK-ÇAAL, Mehmet: “Velayetin Değiştirilmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 13, Sayı 1, s. 200

¹⁰⁰ Yargıtay, 2. HD, T. 10.04.2003, E. 2003/4021, K. 2003/5262. Bir diğer kararında Yargıtay, 12 ve 15 yaşındaki iki çocuğun velayetlerinin annelerine verilmesi konusunda uzmanlar tarafından çocukların dinlenmesi üzerine verilen rapora üstünlük tanımış ve velayete ilişkin kararın bu rapor esas alınarak verilmesi gerektiğine karar vermiştir: “Davacı, 31.12.2008 tarihinde kesinleşen boşanma kararı ile velayetleri davalıya bırakılan müşterek çocuklar Seda ve Efe’an’ın velayetlerinin kendisine verilmesi istemiyle dava açmış, mahkemece davanın reddine dair hüküm Dairemizin 26.12.2011 tarih ve 2011/12442 esas, 2011/23520 karar sayılı kararı ile onanmıştır. Müşterek çocuklardan Seda 1997 doğumlu, Efe’kan ise 2000 doğumlu olup, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usûllerine Dair Kanununun 5. maddesi uyarınca velayete ilişkin alınan uzman raporundan da anlaşıldığı üzere küçükler velayetlerinin annelerine verilmesini istemişler ve bilirkşi de küçüklerin velayetlerinin annelerine verilmeleri yönünde görüş bildirmiştir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12., Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri de dikkate alınarak küçüklerin velayetlerinin annelerine verilmesi gerekirken, bu yöndeki talebin reddi doğru görülmemiştir. Ne var ki ilk inceleme sırasında bu husus gözden kaçırılmış olduğundan yukarıda açıklanan sebeplerle karar düzeltme talebinin kabulüne, Dairemizin 26.12.2011 tarih ve 2011/12442 esas, 2011/23520 karar sayılı onama kararının kaldırılmasına, hükmün açıklanan sebeplerle bozulmasına karar vermek gerekmiştir”. Bkz. Yargıtay, 2. HD, T. 05.04.2012, E. 2012/5038, K. 2012/8555. Kanaatimizce uzman aracılığıyla çocuğun dinlenmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde yer alan çocuğun dinlenilmesine ilişkin temel ilkelere uygun değildir. Çocuğun, kararı verecek olan hâkim tarafından bizzat dinlenmesi gerekir.

¹⁰¹ OKTAY ÖZDEMİR, s. 1234.

¹⁰² TAŞATAN, s. 391. Benzer biçimde HOFFMAN / LÜSCHER, s. 76.

¹⁰³ TAŞATAN, s. 394.

3. Çekişmesiz Yargıda

a. İlgili Kavramı ve Hukukî Dinlenme Hakkı

Tıpkı çekişmeli yargıda olduğu gibi, çekişmesiz yargıda da hukuki dinlenme hakkına riayet edilmesi gerekir. Çekişmeli yargıdaki taraf kavramı, çekişmesiz yargıda yerini ilgili kavramına bırakır. Çekişmesiz yargı bakımından ilgili ise maddi anlamda ilgili ve şekli anlamda ilgili olmak üzere iki grupta incelenir. Şekli anlamda ilgili çekişmesiz yargı işinde talepte bulunan ve bu süreçte usûlî işlemler yapan kişidir. Şekli anlamda ilgilinin her zaman maddi anlamda da ilgili olması gerekmez. Maddi anlamda ilgili ise çekişmesiz yargı işi sonucunda verilecek karardan hukuki durumu etkilenecek olan kişidir. Bu çerçevede maddi anlamda ilgilinin mutlaka çekişmesiz yargı işinde talepte bulunan olması da gerekmez. Hukukumuz bakımından çekişmesiz yargıda esasen maddi anlamda ilgili kavramı kabul edilmektedir¹⁰⁴. Tıpkı çekişmeli yargıda dava ehliyetinde olduğu gibi çekişmesiz yargıda da talepte bulunanın iş ehliyetinin bulunması gerekir¹⁰⁵.

FamFG m. 7, çekişmesiz yargı işlerinde, hakları yargılamadan doğrudan etkilenecek kişiler ile resen ya da bu Kanun veya başka bir kanuna dayanılarak başvuruya dahil edilecek kişilerin ilgili olarak yargılamada yer alacaklarını düzenlemektedir. Doktrinde bu düzenlemenin şekli ilgili kavramına yaklaştığı savunulmaktadır. Anılan düzenlemenin ikinci ve üçüncü fıkralarında davet edilme usûlüne göre ilgililer sınıflandırılmış, ilgilinin davetinin zorunlu olduğu durumlarda mecburi ilgili, zorunlu olmadığı durumlarda ise ihtiyari ilgilinin söz konusu olacağı düzenlenmiştir. Mecburi ilgili kavramına, kanun gereği yargılamaya davet edilmiş olmasına bakılmaksızın maddi anlamda ilgililer da dâhildir. Farklı bir ifade ile maddi anlamda ilgili, kanun gereği ortaya çıkabileceği gibi, çekişmesiz yargı işi sonunda hukuki durumu etkilenecek olanlar da maddi ilgili olarak yargılamaya katılacaklardır¹⁰⁶.

Çekişmesiz yargı işinde ilgilinin doğru tespit edilmesi, hukuki dinlenme hakkının da etkin kullanılmasında fonksiyon gösterir. Çekişmesiz yargı işinde kimlerin ilgili olduklarının tespit edilmesi, bu kişilerin yargılamaya zamanında katılıp menfaatlerini koruyabilmeleri bakımından da önem taşır¹⁰⁷. Karardan etkilenecek üçüncü kişilere yargılamaya katılma ve karara karşı hukuki yollara başvurma imkânı vermek hak arama hürriyetinin¹⁰⁸ ve buna bağlı olarak hukuki dinlenme hakkının bir gereğidir. Bu çerçevede hem yargılamaya katılan şekli anlamda ilgililerin hem de yargılamaya katılmadığı için şekli anlamda ilgili sıfatını almamış maddi anlamda ilgililerin hukuki dinlenme hakkı bulunmaktadır¹⁰⁹. Her ne kadar fer'i müdahale ve ihbarı kurumunun çekişmesiz yargıda uygulanması mümkün gözükmesede de¹¹⁰ hâkimin resen araştırma ilkesi gereği yargılamada yer almamış maddi ilgilileri de davet ederek dinlemesi gerektiği kanaatindeyiz¹¹¹.

Çocuğun dinlenilmesini gerektiren çekişmesiz yargı işleri, talep üzerine başlayabileceği gibi, velayetin kaldırılmasında olduğu gibi hâkim tarafından resen harekete geçmek suretiyle de başlatılabilir¹¹². Hâkimin resen harekete geçtiği hâllerde şekli anlamda ilgili çoğu zaman mevcut değildir. Zira

¹⁰⁴ ÖZEKES, *Hukuki Dinlenme Hakkı*, s. 268-269; ARAS, Aslı: *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 127-128.

¹⁰⁵ ARAS, s. 130.

¹⁰⁶ ARAS, s. 126.

¹⁰⁷ ARAS, s. 125.

¹⁰⁸ BUDAK, Ali Cem: *Medeni Usûl Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 111; ARAS, s. 134.

¹⁰⁹ ARAS, s. 136.

¹¹⁰ Fer'i müdahalenin çekişmesiz yargıya uygun olmadığı yönünde bkz. PEKCANITEZ / MERİÇ, s. 407; UMAR, s. 244; TANRIVER, s. 565. Çekişmesiz yargıya katılımın ne şekilde gerçekleşeceği yönünde Kanun'da bir açıklık bulunmadığından fer'i müdahaleyle ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceği yönünde bkz. BUDAK, s. 115 vd.

¹¹¹ PEKCANITEZ / MERİÇ, s. 407.

¹¹² KURU, Baki: *Medeni Usûl Hukuku El Kitabı Cilt II*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 1830; AKİL, Cenk: "Vesayete İlişkin Olanlar Dışında Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Çekişmesiz Yargı İşleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 62, Sayı 4, s. 945-946; ÇELİK, Cemil: "Velayetin Kaldırılması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, Cilt 54, Sayı 1, s. 281.

hâkim herhangi bir başvuru yapılmaksızın çekişmesiz yargı işini başlatmıştır. Bununla birlikte resen takip edilen çekişmesiz yargı işlerinde maddi ilgili kavramı daha net gözlemlenir. Örneğin hâkimin resen harekete geçtiği velayetin kaldırılmasında anne, baba ve çocuk çekişmesiz yargı işinin maddi ilgilisi konumundadır¹¹³.

İster talep üzerine isterse hâkim tarafından resen başlatılmış olsun, çekişmesiz yargı işlerinde ilgililerin hukukî dinlenilme hakkı vardır. Bununla birlikte maddi anlamda ilgililerin hukukî dinlenilme hakkını kullanmalarını sağlamak ancak onların yargılamaya şekli anlamda ilgili olarak da katılmalarına bağlıdır¹¹⁴.

b. Çocuğun İlgili Olduğu Çekişmesiz Yargı İşleri Bakımından Değerlendirme

Çocuğun çekişmesiz yargı işinde dinlenmesi, çocuğun bizzat talep sahibi olduğu hâllerde sözü olabileceği gibi, çocuğun talep sahibi olmamakla beraber karardan etkileneceği durumlarda ortaya çıkabilir.

Çocuğun talep sahibi olarak karşımıza çıkacağı bir hâl olarak ergin kılınma TMK m. 12¹¹⁵ (HMK m. 382/II-a-1) düzenlenmektedir. Anılan madde uyarınca on beş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir. Çocuğun ergin kılınma yönündeki talebini mahkemeye yöneltmesi ile çocuk çekişmesiz yargıda şekli ilgili olur. Bunun yanında ergin kılınma ile ilgili çocuğun beyanının da alınması gerekmesi nedeniyle çocuk aynı zamanda maddi ilgili sıfatını da kazanır. TMK m. 12 velinin rızasını da aradığından çocuğun velisinin de maddi ilgili olarak yargılamada dinlenmesi gerekir¹¹⁶. Çocuğun ergin kılınma talebi hakkında dinlenmesi, şekli anlamda ilgili olması ve talebin doğrudan onun hukukî durumuna ilişkin olması yanında katılma hakkının da gereğidir.

Velayetin kaldırılması veya velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi ve kaldırılan velayetin geri verilmesi de HMK m. 382/II-b-13'te çekişmesiz yargı işi olarak sayılmıştır. Çocuğun korunması kamusal bir nitelik arz ettiğinden, velayetin kaldırılması talebini çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişiminin tehlikede olduğunu gören herkesin talep edebileceği doktrinde savunulmuştur¹¹⁷. Yargıtay da bir kararında bu hususa işaret etmiş, velayetin kaldırılmasını veya çocuğun korunmasını gerektiren durumların mevcut olması hâlinde, hâkim istek üzerine veya resen gerekli tedbirleri almak zorunda olduğundan, velayetin kaldırılmasını isteme hakkının sırf ana ve babaya tanınan haklardan olmadığını, üçüncü kişilerin de bu yönde dava açma hakkına sahip olduklarını ifade etmiştir¹¹⁸. Velayetin kaldırılması talebini anne ya da babanın yapması hâlinde, kanaatimizce çocuk maddi ilgili olur. Çocuğun maddi ilgili olması sebebiyle yargılamada görüşünün alınması gerekmektedir¹¹⁹. Velayetin kaldırılmasına hâkimin resen karar vermesi de mümkündür¹²⁰. Bu ihtimalde velayetin kaldırılması, resen harekete

¹¹³ ARAS, s. 129.

¹¹⁴ ARAS, s. 74.

¹¹⁵ 01.01.1996 tarihinde yürürlüğe giren 07.10.1994 tarihli Kanun ile ergin kılınmaya ilişkin İsvMK m. 15 düzenlemesi yürürlükten kaldırılmıştır. Maddenin yürürlükte olduğu dönemde verilen bir Federal Mahkeme kararında, ergin kılınmaya ilişkin başvuru veli tarafından yapılmış, küçük de yargılamada dinlenmiştir. Bkz. SJ 1971, s. 128. Aynı yönde SJ 1969 s. 219

¹¹⁶ “Dosya içinde mevcut Adli Tıp Kurumu Şube Müdürlüğünün 19.09.2012 gün 2012/23084 sayılı raporunda, Ü. S. 'in fizik ve ruhsal yapısı itibari ile 1996 doğumlu, nüfus kaydına uygun gelişimli, halen 15 yaşını bitirmiş 16 yaşı içerisinde bulunan, bedensel, ruhsal bir hastalık bulgu veya belirtisi görülmediği, zeka geriliği belirtisine rastlanmadığı, psikolojik gelişiminin yaşı ile uyumlu olduğunun bildirildiği, velisi anne ve babanın duruşmada alınan imzalı beyanları ile kazai rüşt kararı verilmesine izin verdiklerini bildirmeleri karşısında küçük Ü. S. 'in da bu konudaki isteği zapta geçirilmek suretiyle, isteğinin olumlu olması durumunda davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile reddi doğru görülmemiştir”. Bkz. Yargıtay, 18. HD, T. 21.02.2013, E. 2012/13948, K. 2013/2247. Doktrinde Kuru, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olan evlenmeye izin talebiyle görülen çekişmesiz yargı işinde çocuğun dava ehliyetine sahip olduğunu ifade etmektedir. Bkz. KURU, C. I, s. 1039-1040. Bu durumda çocuk hem maddi hem de şekli ilgili olarak hukukî dinlenilme hakkını bizzat kullanabilecektir.

¹¹⁷ ÇELİK, s. 281.

¹¹⁸ Yargıtay, 2. HD, T. 03.05.2000, E 2000/5501, K. 2000/ 5771.

¹¹⁹ Velayete ilişkin taleplerde, resen araştırma ilkesi gereğince hâkimin tarafların ya da idrak çağındaki çocuğun talebi olmaksızın kendiliğinden de çocuğu dinleyebileceği yönünde bkz. AKKAYA, s. 316.

¹²⁰ ÇELİK, s. 281.

geçilen bir çekişmesiz yargı işidir. Dolayısıyla hâkimin resen harekete geçtiği velayetin kaldırılmasında ana ve baba ile çocuk maddi ilgili durumundadır¹²¹. Her iki ihtimalde de yargılamada çocuğun dinlenilmesi, çocuğun katılma hakkını kullanabilmesi bakımından önem taşımaktadır¹²². Çocuğa temsil kayyımı atanmış olması durumunda dahi, hâkimin çocuğu bizzat dinlemesi katılma hakkının bir gereği olarak değerlendirilmelidir.

SONUÇ

Hukukî dinlenilme hakkı, yargılama ile hukuki durumu etkilenebilecek kişilerin kendi hakları ile bağlantılı biçimde yargılama hakkında bilgi alma ve açıklama imkânına sahip olması, mahkemenin de tarafın yaptığı bu açıklamaları dikkate alma ve değerlendirme yükümlülüğüne ilişkindir. Hukukî dinlenilme hakkının özellikle bilgi alma ve açıklama unsurları, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ile Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’de tanımlamasını bulan katılma hakkı ile birçok noktada örtüşür. Katılma hakkı en genel tanımıyla çocukların kendilerini etkileyen tüm konularda dinlenilme, görüşlerini özgürce ifade etme hakkı ile ifade, düşünce, örgütlenme ve bilgiye erişim özgürlüğü hakkını ifade eder. Katılma hakkı ile usûlî bir temel hak olan hukuki dinlenilme hakkının örtüştüğü nokta, çocuğun taraf veya hukuki durumu etkilenen üçüncü kişi konumunda olduğu yargılamalardır. Farklı bir ifade ile hukuki dinlenilme hakkı, çocuğa ilişkin yargılamalarda katılım hakkı olarak ortaya çıkar.

Çocuğun katılma hakkı bakımından hem ÇHKAS hem de ÇHS’de çocuğun kendi görüşlerini oluşturma becerisine vurgu yapılmaktadır. Çocuğun kendi görüşlerini oluşturma becerisine sahip olması, çocuğun katılma hakkını bizzat kullanabilmesine imkân verir. Farklı bir ifade ile çocuk kendi görüşlerini oluşturma becerisine sahip olmasa dahi katılma ve hukuki dinlenilme haklarına sahiptir. Kendi görüşlerini oluşturma becerisine sahip olan çocuk bakımından ortaya çıkan fark, çocuğun doğrudan görüşlerini ifade edebilme imkânına sahip olmasıdır. Bununla birlikte kendi görüşlerini oluşturma becerisine sahip olan çocuk dilerse katılım hakkını kanuni temsilcisi aracılığı ile de kullanabilir. Çocuğun hangi yaşta kendi görüşlerini ifade etme becerisine sahip olacağı bakımından ise somut olay bakımından değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Sınırlı ehliyetsizlerin doğrudan açamayacakları davalar dışında kalan davalarda kanuni temsilci ile temsil edilmesi gerekir. Hukukî dinlenilme hakkının da bu durumda kanuni temsilci nezdinde doğacağı ifade edilmektedir. Kanaatimizce kanuni temsilci aracılığı ile takip edilen bir dava söz konusu olsa dahi hâkimin ayırt etme gücüne ve kendi görüşlerini oluşturma becerisine sahip olan çocuğu bizzat dinlemesi katılma hakkının gereğidir. Dolayısıyla kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakka ilişkin olsun olmasın, çocuğun menfaatini ilgilendiren, çocuğun kanuni temsilci aracılığıyla takip ettiği davalarda dahi katılma hakkı mevcuttur. Burada çocuğun kendi görüşlerini oluşturma becerisine sahip olması, çocuğun bu hakkı bizzat mı yoksa kanuni temsilcisi aracılığıyla mı kullanacağı noktasında ayırt edici olur.

Katılma hakkının çocuğun üstün menfaatini korumaya yönelik bir hak olması, çocuğun yargılamada dinlenilmesinin daha titiz biçimde gerçekleştirilmesini gerektirir. Örneğin çocuğun isticvabında, sadece isticvap davetiyesi ile yetinilmemeli, çocuğa isticvap öncesinde de isticvabın sonuçları hakkında bilgi verilmelidir. Çocuğun istinabe yolu ile dinlenilmesinden de mümkün olduğunca kaçınılmalı, kararı verecek hâkimin çocuğu SEGBİS yoluyla dinlemesi tercih edilmelidir. Çocuğun dinlenilmesinden önce çocuğun konu ile ilgili detaylı biçimde bilgilendirilmesi gerekmektedir.

¹²¹ ARAS, s. 129.

¹²² “Velayetin kaldırılmasına ilişkin davada, 25.1.1996 tarihli Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. maddesi gereğince küçüğün de dinlenilmesi gerekir.” Yargıtay 2. HD, T. 06.03.2003, E. 2003/1779, K. 2003/2976; “velayetin kaldırılması istenen küçük A.1998 doğumlu olup halen davalı annesinin yanında öğrenim görmektedir. Çocuk, duruşmada dinlenmiş; annesinin yanında İstanbul’da kalmak istediğini açıklamıştır. Anayasa, yasalar ve çocuklarla ilgili tüm uluslararası sözleşmelerde “çocuğun üstün yararının” korunması gereği önemle vurgulanmıştır. Durumun değişmesi halinde çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerin yeni koşullara uyandırılması gerekir. Velayetin kaldırılmasını gerektiren sebep ortadan kalkmışsa hakim resen dahi velayeti geri verebilir. (TMK.m.351)”. Bkz. Yargıtay, 2. HD, T. 13.03.2006 E. 2006/534, K. 2006/3240.

Resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ve çekişmesiz yargı işlerinde de çocuğun karara etki edebilmesi bakımından katılım hakkının gözetilmesi gerekir. Benzer biçimde hâkimin resen harekete geçtiği ya da çocuğun şekli anlamda maddi ilgili olmadığı çekişmesiz yargı işlerinde de ilgililerin hukuki dinlenme hakkı korunacağından çocuğun, hukuki durumunun etkileneceği de göz önüne alınarak, dinlenilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- (Ed.) PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya: *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Yazar, Pekcanitez Usûl, s...).
- AKÇAAL, Mehmet: “Velayetin Değiştirilmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 13, Sayı 1, s. 190-205.
- AKİL, Cenk: “Vesayete İlişkin Olanlar Dışında Türk Medeni Kanunu’nda Yer Alan Çekişmesiz Yargı İşleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 62, Sayı 4, s. 923-970.
- AKKAYA, Tolga: *Medeni Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- AKTEPE ARTIK, Sezin: *Medeni Usûl Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- ALFIERI, Anna Claudia: *Enlèvement International d’Enfants: Une Perspective Suisse*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2016.
- ARAS, Aslı: *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: *Medeni Usûl Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: *Medeni Usûl Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ATICI, Cansu: *Medeni Usûl Hukukunda Dava Ehliyeti*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol: *Medeni Usûl Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- BUDAK, Ali Cem: *Medeni Usûl Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000.
- CHABLOZ, Isabelle: “Art. 59-60, 150-153, 155-158 (avec Corinne Copt), Art. 6, 40-46, 52-58, 62-65, 154, 159”, (Ed.) CHABLOZ, Isabelle/DIETSCHY-MARTENET, Patricia/ HEINZMANN, Michel: *Petit Commentaire CPC*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2021, s. 270-287. (PC CPC-CHABLOZ, Art..., §..)
- CORBAZ, Matthieu: *Les Mineurs Non Accompagnés en Droit d’Asile, Étude du Droit Suisse à la Lumière du Droit International des Droits de l’Enfant*, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2019.
- ÇELİK, Cemil: “Velayetin Kaldırılması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, Cilt 54, Sayı 1, s. 255-309.
- DIETSCHY-MARTENET, Patricia: “Art. 7, 9-13, 17-18, 20-22, 26-27, 31, 33-39, 83, 113-116, 295-304, 307a”, (Ed.) CHABLOZ, Isabelle / DIETSCHY-MARTENET, Patricia. / HEINZMANN, Michel: *Petit Commentaire CPC*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2021, s. 1137-1369. (PC CPC- DIETSCHY-MARTENET, Art..., §..)
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- EĞİLMEZGİL, Sena Gözde: “Babalık Davası”, *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi*, 2020, Cilt 3, Sayı 1, s. 136-175.
- ELGÜN TOĞRUL, Emel Şeyda: *Medeni Usûl Hukukunda Dava Ehliyeti*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- GAURON-CARLIN, Sabrina: “Les Procédures de Première Instance”, (Ed.) REISER, Anne / GAURON-CARLIN, Sabrina: *La Procédure Matrimoniale, Regard Croisés des Praticiens sur la Matière - Tome 2*, Schulthess, Zürich, 2019, s. 159-180.
- GÖRGÜN, Şanal / BÖRÜ, Levent / KODAKOĞLU, Mehmet: *Medeni Usûl Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- HOFFMAN, David / LÜSCHER, Christian: *Le Code de Procédure Civile*, 2e Édition, 2015, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2015.
- KALABALIK, Halil: *İnsan Hakları Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- KILIÇOĞLU Ahmet: *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: “Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2004, Cilt 53, Sayı 3, s. 1-17.
- KURU, Baki / AYDIN, Burak: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- KURU, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt I*, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001 (C. I).
- KURU, Baki: *Medeni Usûl Hukuku El Kitabı Cilt II*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II*, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY Özdemir, Saibe: *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 21. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: “Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı”, *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, II. Cilt*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 1219-1242.
- ÖCAL APAYDIN, Bahar / HIŞİM, Selin: “Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı”, (Ed.) MAKARACI BAŞAK, Aslı / ÖKTEM ÇEVİK, Seda / TEK, Gülen Sinem: *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 285-323.
- ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003 (Hukukî Dinlenilme Hakkı).
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- PEKCANITEZ, Hakan / MERİÇ, Nedim: *Medeni Usûl Hukukunda Fer’i Müdahale*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- PEKCANITEZ, Hakan: “Hukukî Dinlenilme Hakkı”, *Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2000, s. 753-791.
- POSTACIOĞLU, İlhan E. / ALTAY Sümer: *Medeni Usûl Hukuku Dersleri*, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- PRADERVAND-KERNEN, Maryse: “La Position Juridique de l’Enfant dans la Procédure Civile, à l’Aune de Quelques Questions Particulières”, *FamPra.ch*, 2016, s. 338-368.
- RECHBERGER, Walter H.: “Avusturya Medeni Yargılamasında Adil Yargılanmaya İlişkin Yeni Sorunlar”, (Çev.) YILDIRIM, M. Kamil: *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 61-74.
- SEROZAN, Rona: *Medeni Hukuk/Kişiler Hukuku*, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- TAHİROĞLU, Fatih: *Medeni Usûl Hukukunda Re’sen Araştırma İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- TANRIVER, Süha: “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, Sayı 53, s. 191-215 (Adil Yargılanma Hakkı).
- TANRIVER, Süha: *Medeni Usûl Hukuku, Cilt I*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- TAŞATAN, Caner: “Velayetin Değiştirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2022, Cilt 28, Sayı 1, s. 387-406.
- TERCAN, Erdal: *Medeni Usûl Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması)*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2001.
- THÉVENAZ, Alain: “Art. 29-30 CC”, *Commentaire Romand Code Civile*, (Ed.) PICHONNAZ, Pascal / FOËX, Bénédicte: *Commentaire Romand Code Civile, Art. 1-359 CC*, Helbing Lichtenhahn, Bale, 2010, s. 314-332. (CR CC I, THÉVENAZ, Art...§...)
- TOPAK, Süleyman: *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü*, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- UMAR, Bilge: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

- WERRO, Franz / SCHIMIDLIN, Irène: “Art. 1, 16-19 CC”, (Ed.) PICHONNAZ, Pascal / FOËX, Bénédict: *Commentaire Romand Code Civile, Art. 1-359 CC*, Helbing Lichtenhahn, Bale, 2010, s. 192-210. (CR CC I, WERRO/SCHIMIDLIN, Art...§...)
- YILMAZ, Ejder: “‘Çocuk Hakları’ Açısından: Çocuğun Davada Temsilinin ve İradesinin Önemi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, Cilt 11, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan Özel Sayısı, s. 819-841 (Çocuk Hakları).
- YILMAZ, Ejder: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt III*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (C. III).
- ZEVKLİLER, Aydın / ACABEY, Beşir / GÖKYAYLA, K. Emre: *Medeni Hukuk (Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku)*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000.

Med-Arb Yönteminin Getirdiği Olumsuzluklar ve Gizlilik Sorununa Yönelik Bazı Med-Arb Modelleri^(*)



Disadvantages of the Med-Arb Method and Some Med-Arb Models for the Confidentiality Issue

Betül CANATAN



Araştırma Görevlisi

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Med-Arb,
Arbuluculuk-Tahkim,
Gizlilik Sorunu,
Med-Arb Modelleri,
Alternatif Uyuşmazlık
Çözümü.*

Öz

Küreselleşmenin gelişimiyle artan ilişkiler neticesinde ortaya farklı uyuşmazlıklar çıkar. Bu uyuşmazlıkların çözümü için de farklı uyuşmazlık çözüm yöntemleri geliştirilir. Bu amaçla geliştirilmiş bir yöntem de Med-Arb yöntemidir. Bu yöntemde arbuluculuk ve tahkim usûlleri karma hâle getirilerek her iki yöntemin de iyi yanları kullanılmak istenir. Med-Arb yönteminde uyuşmazlığın çözümü için öncelikle bir arbuluculuk süreci geçirilir. Uyuşmazlığın çözülememesi durumunda bir tahkim yargılaması gündeme gelir. Sürecin hızlı ve ekonomik olması açısından Med-Arb yönteminde ağırlıklı olarak arbulucu ve hakem aynı kişi olarak seçilir. Ancak bu durumda arbuluculuk aşamasında ortaya çıkartılan ancak tahkim yargılamasında kullanılması istenmeyen bilgiler bakımından bir gizlilik sorunu ortaya çıkar. Nitekim hakemin bilgisi dahilinde olan hususları dikkate almadan karar verebilmesi zordur. Med-Arb yöntemindeki bu gizlilik sorununun çözülebilmesi için doktrinde farklı usûller önerilmektedir. Bu usûller farklı Med-Arb modelleri olarak ele alınır. Çünkü bu farklı modellerde de esas olarak uyuşmazlığın çözümü için önce arbuluculuğa, sürecin olumsuz sonuçlanması durumunda tahkim yargılamasına başvurulur. Bu çalışmada Med-Arb yöntemi kısaca tanıtılacak, akabinde bahsedilen gizlilik sorunu ve çözüm önerileri üzerinde durulacaktır.

Keywords

*Med-Arb,
Mediation-Arbitration,
Confidentiality Issue,
Med-Arb Models,
Alternative Dispute
Resolution.*

Abstract

As a result of increasing relations with the development of globalization, different conflicts arise. Different dispute resolution methods are being developed for the resolution of these disputes. One of the methods developed for this purpose is the Med-Arb method. In this method, it is desired to use the good sides of both methods by combining mediation and arbitration procedures. In the Med-Arb method, a mediation process is first passed to resolve the dispute. If the dispute cannot be resolved, an arbitration proceeding will be brought to the agenda. In the Med-Arb method, the mediator and the arbitrator are mainly selected as the same person in order to make the process fast and economical. However, in this case, a confidentiality problem will arise in terms of information that is revealed during the mediation phase but is not intended to be used in arbitration. As a matter of fact, it will be very difficult for the arbitrator to make a decision without considering the issues within his knowledge. In order to solve this privacy problem in the Med-Arb, different methods are suggested in the doctrine. These methods are considered as different Med-Arb models. Because in these different models, mediation is primarily used for the resolution of the dispute, and in case of a negative outcome of the process, arbitration is resorted to. In this study, Med-Arb method will be introduced briefly, then the mentioned privacy problem and solution proposals will be emphasized.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 14.12.2022, Kabul Tarihi: 19.01.2023.

I. MED-ARB

A. Kavram ve Özellikleri

İnsanların birbiriyle olan etkileşiminin artması farklı uyuşmazlık türlerini de beraberinde getirmiştir. Bu farklı uyuşmazlıklar için de yine farklı çözüm yolları üretilmek istenmiştir. Nitekim devlet yargısı, uyuşmazlık çözümünden beklenen serilik ve ekonomikliği sağlamakta yetersiz kalabilir. Aranılan alternatif yollarda farklı uyuşmazlık çözüm yöntemleri bir araya getirilerek yeni yöntemler elde edilmektedir¹. Yapılan bir araştırmada katılımcılara alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının daha etkili hâle nasıl getirilebileceği sorusu yöneltilmiş ve hükme dayalı olmayan yöntemlerle hükme dayalı yöntemlerin bir araya getirilmesi cevabı çoğunluk kazanmıştır². Benzer yönde 2018 yılında Londra Queen Mary Üniversitesi tarafından gerçekleştirilen bir ankette, son yıllarda tahkim ile farklı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının beraber kullanılmasında büyük bir artış görüldüğü tespit edilmiştir³. Uygulamadaki şirket avukatları da tahkim yargılamasının yanında sıklıkla arabuluculuğu tercih ederek farklı uyuşmazlık çözüm yöntemlerini birleştirmektedir⁴. Bunun bir sonucu olarak uluslararası sözleşmelerde arabuluculuk yöntemi, uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması amacıyla öngörülen basamaklı yöntemlerin bir aşaması hâline gelmiştir⁵. Med-Arb yöntemi de farklı uyuşmazlık çözüm yöntemleri olan arabuluculuk ve tahkimi bir araya getiren bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir⁶.

Med-Arb ifadesi, arabuluculuk ifadesinin İngilizce'deki karşılığını ifade eden *mediation* ve tahkim ifadesinin İngilizce'deki karşılığı ifade eden *arbitration* kelimelerinin birleşimi olarak ortaya çıkan *mediation-arbitration* ifadesinin kısaltılmasıyla elde edilmiştir. Med-Arb yöntemi arabuluculuk ve tahkim yollarını bir araya getiren ve son dönemlerde kullanım sıklığı artan bir yöntemdir⁷. Med-Arb yöntemi, tahkimin esaslarından olan kesinliği ve arabuluculuğun esaslarından olan tarafların sürece katılımı unsurlarını bir araya getirir⁸.

Med-Arb yönteminde taraflar, uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvurur, arabuluculuk faaliyetleri neticesinde uyuşmazlık çözümlenmezse aynı uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna gidilir⁹. Arabulucu ve hakem taraf iradesine bağlı olarak aynı kişi olabileceği gibi farklı kişilerden de seçilebilir¹⁰. Ancak belirtilmelidir ki Med-Arb, uluslararası alanda arabulucu ile hakemin aynı kişi olarak seçildiği bir yöntem olarak kabul edilir¹¹.

Med-Arb yönteminde, tahkim yargılamasından elde edilen kesinlik ve arabuluculuk sürecinin sağladığı esnekliğin bir araya getirilmesiyle taraflarca her iki uyuşmazlık çözüm yönteminin de en iyi yanlarının kullanılabilmesi amaçlanır¹². Başka bir ifade ile Med-Arb yönteminin uygulanmasıyla ara-

¹ ŞAHİN CEYLAN, Şule: *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 308.

² STIPANOWICH, Thomas J: "Arbitration, Mediation and Mixed Modes: Seeking Workable Solutions and Common Ground on Med-Arb, Arb-Med and Settlement-Oriented Activities by Arbitrators", *Harvard Negotiation Law Review*, 2021, Cilt 26, Sayı 265, s. 271.

³ STIPANOWICH, s. 271.

⁴ STIPANOWICH, s. 271.

⁵ STIPANOWICH, s. 271.

⁶ PAPPAS, Brian A.: "Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution", *Harvard Negotiation Law Review*, 2015, Cilt 20, Sayı 1, s. 159.

⁷ BLANKEY, Kristen M.: "Keeping a Secret From Yourself? Confidentiality When Same Neutral Serves Both as Mediator and as Arbitrator in the Same Case", *Baylor Law Review*, 2011, Cilt 63, Sayı 1, s. 319.

⁸ BLANKEY, s. 319-320.

⁹ EKMEKÇİ, Ömer / ÖZEKES, Muhammet / ATALI, Murat: *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 14.

¹⁰ BLANKEY, s. 320.

¹¹ DEMİR GÖKKAYA, Cemile: "Arabuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2019, Cilt 77, Sayı 2, s. 580.

¹² PAPPAS, s. 159.

buluculuğun dostane yönü ve tahkim yargılaması sonucunda ortaya çıkan kararın taraflar bakımından bağlayıcı olması hususları birleştirilerek uyuşmazlığın esnek ve etkili bir yolla çözümlenmesi benimsenir¹³. Özellikle uzun zamandır devam eden ya da uzun vadeli olması amaçlanan iş ilişkilerinde, uyuşmazlıkların işin aksamasına sebebiyet vermeden çözüme kavuşabilmesi için ılımlı bir yöntemden daha katı bir yönetime geçen basamaklı çözüm yöntemleri tercih edilir¹⁴.

Med-Arb yönteminde uyuşmazlık arabuluculuk aşamasında çözümlenemez ve tahkim yargılaması başlarsa hakemler taraf iradelerini dikkate almadan bir karar verir. Bu nedenle taraflar kendi iradelerinin daha ön planda olduğu arabuluculuk yöntemiyle çözüm üretmeye daha yatkın olur¹⁵. ABD ve Hindistan'da da benzer görüş kabul edilmektedir¹⁶.

B. Med-Arb Yönteminin Niteliği

Med-Arb yönteminin niteliği konusunda farklı görüşler bulunur. Bir görüşe göre Med-Arb yönteminde olduğu gibi tahkimle sona eren çok basamaklı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde, sürece uygulanacak kurallar bakımında tahkime ilişkin düzenlemelere bakılır¹⁷. Zira mevcut bir tahkim sözleşmesi vardır ve tahkim yargılamasının belli bir süreçten sonra gerçekleşecek olması, tahkim sözleşmesinin varlığını etkilemez¹⁸. Bir başka ifadeyle tahkim yargılaması öncesinde farklı uyuşmazlık çözüm yollarının tüketilmesini öngören usûli düzenlemeler varsa dahi, ortada bir tahkim sözleşmesi bulunur¹⁹. Farklı bir görüşe göre ihtiyaç duyulan hâllerde Med-Arb yöntemine, arabuluculuk yönteminin tabi olduğu kurallar uygulanmalıdır²⁰. Çünkü Med-Arb, arabuluculuk yönteminin harmanlanmasıyla elde edilen bir yöntemdir²¹. Benzer yöndeki bir başka görüşte Med-Arb yöntemi gibi karma çözüm yollarında, çözüm yolunun temelinde yine arabuluculuk bulunduğu, buna bağlı olarak Med-Arb yönteminin arabuluculuğun bir çeşidi olduğu belirtilir²². Bunların yanında Med-Arb yönteminin kendi başına, doğal olarak ayrı bir süreç olduğunu söyleyen bir görüş de mevcuttur²³.

II. MED-ARB YÖNTEMİNİN SAKINCALARI VE GİZLİLİK SORUNU

A. Med-Arb Yönteminin Sakıncaları

Med-Arb yönteminin barındırdığı birtakım sorunlar vardır. Bahsedilen sakıncalardan birisi arabulucu ve hakemin aynı kişi olması durumunda bu kişinin taraflar üzerinde güç uygulamasıdır²⁴. Bilindiği üzere arabulucu, görüşmelerin tıkanması durumunda aktif bir role bürünerek taraflarla fikir paylaşımında bulunabilir²⁵. Bu anlamda arabulucu-hakem, arabuluculuk sürecinde uyuşmazlığın çözümü için ileri sürdüğü ancak tarafların açıkça razı olmadıkları bir çözümü, tahkim aşamasında hakem kararı

¹³ DEMİRKOL, Berk / AKÜZÜM, Ural: *Türkiye'de Med-Arb Yapısı, Mevzuatı & Uygulaması*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 4.

¹⁴ EKŞİ, Nuray: *Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları*, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 1.

¹⁵ ÖZBEK, Mustafa Serdar: "Arbuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arbuluculuk Tahkim", *Yargıtay Dergisi*, 2017, Cilt 43, Sayı 1, s. 22.

¹⁶ DEMİR GÖKKAYA, s. 580.

¹⁷ BORN, Gary B.: *International Commercial Arbitration Volume I*, Kluwer Law International, Hollanda, 2014, s. 279.

¹⁸ BORN, s. 279.

¹⁹ EKŞİ, s. 27.

²⁰ BLANKEY, s. 323.

²¹ BLANKEY, s. 323.

²² ÖZBEK, s. 15.

²³ BARTEL, Barry C.: "Med-Arb as a Distinct Method of Dispute Resolution: History, Analysis, And Potential", *Willamette Law Review*, 1991, Cilt 27, Sayı 3, s. 663.

²⁴ DEMİR GÖKYAYLA, s. 594.

²⁵ DEMİR GÖKYAYLA, s. 595.

olarak verebilir²⁶. Taraflar bu durumun neden olduğu baskıyla, istemedikleri yönde sonuç doğuran bir hakem kararındansa razı gelmedikleri bir arabuluculuk anlaşma belgesini tercih edebilirler.

Med-Arb yönteminin sebep olabileceği sorunlardan biri de arabuluculuk ve tahkim yöntemlerinin zamanlaması bakımından gündeme gelir²⁷. Hakemler, tahkim yargılamasını belirlenen tahkim süresi içinde tamamlamak zorundadır ve sürenin bitiminden sonra yapılacak işlemler de batıl olur²⁸. Tahkimin başlama-sından hakemlerin karar vermesine kadar geçen süre tahkim süresidir ve bu süre hakemlerin karar verme yetkilerini de sınırlar²⁹. Bu sürenin ne zaman başlayıp biteceğine dair taraflarca özel bir düzenleme öngörü-lebilir ancak bu şekilde bir belirleme yapılmamışsa Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)³⁰ m. 427 uygu-lama alanı bulur. İlgili düzenlemeye göre “*Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, bir hakemin görev yapacağı davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemin görev yapacağı davalarda ise hakem kurulunun ilk toplan-tı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde, hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir*”. Paralel bir düzenleme de Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)³¹ m. 10/B hükmünde yer almaktadı-r. Elbette tarafların tahkim süresi için daha uzun ya da daha kısa bir zaman dilimi belirlemeleri mümkündür³². Aynı şekilde sürenin kesin olarak belirlenmesi ve uzatılmaması da taraf iradeleriyle belirlenebilir³³. Fakat süreyi belirsiz hâle getirecek düzenlemeler yapılamaz³⁴. Süresinde karar verilmemesi ise HMK m. 439/2-c ve MTK m. 15/A-1c düzenlemeleri gereğince iptal sebebidir. Aksine bir düzenleme yapılmamışsa HMK m. 427/I ve MTK m. 10/B hükümleri uyarınca tahkim süresi hakemin seçilmesiyle başlar. Arabulucu ile hakemin aynı kişi olarak seçildiği Med-Arb yönteminde henüz arabuluculuk aşamasındayken hakem seçilmiş olur. Kanunun lafzından hareketle tahkim yargılamasına ilişkin sürenin bu seçimden itibaren başla-yacağı kabulünde arabuluculuk sürecinin aceleyle getirilmesi ya da tahkim aşamasına geçildiğinde sürenin az kalmış olması nedeniyle titiz bir yargılama yapılmaması söz konusu olabilir. Belirtilen sebeplerle Med-Arb sözleşmelerinde tahkim süresine ilişkin kuralların detaylı şekilde hazırlanması gerekir³⁵.

Arabulucu ve hakemin aynı kişi olduğu Med-Arb yönteminde öngörülen bir başka risk ise uyuşmaz-lığın bir an önce sonlandırılması amacıyla tahkim aşamasına geçilmek istenmesi ve buna bağlı olarak arabuluculuk sürecinde gereken özenin gösterilmemesidir³⁶. Arabulucu-hakem, kendisinin karar vereceği ve kontrolün kendisinde olduğu tahkim yargılamasına geçmekte acele davranarak arabuluculuk sürecinin gereken şekilde yürütülmemesine sebep olabilir. Aynı şekilde arabulucu ve hakem farklı kişiler olsa dahi arabuluculuğu takiben bir tahkim yargılamasının varlığını bilen arabulucu, buna güvenerek dosyayı elin-den çıkarmakta aceleci davranabilir. Ancak Med-Arb yönteminden beklenen faydalardan biri de uyuş-mazlığın tahkim yargılamasına gerek kalmadan arabuluculuk aşamasında çözüme kavuşturulmasıdır.

Med-Arb yönteminde tarafsız üçüncü kişi haricinde tarafların sebep olabileceği sorunlar da vardır. Arabulucunun, aynı uyuşmazlıkta hakem olarak da görev yapacağını bilen taraflar, arabulucu-hakemin gözünde kendilerini haklı ve karşı tarafı kötü göstermek için çabalyor olabilirler³⁷. Bu amaçla da ara-bulucu-hakemin yanılmasına ve tarafsızlığının etkilenmesine sebebiyet verecek şekilde gerçeklerin abartılarak gösterilmesi gibi yöntemlere başvurabilirler³⁸.

²⁶ DEMİR GÖKYAYLA, s. 594.

²⁷ MASON, Paul E: “The Arbitrator as Mediator, and Mediator as Arbitrator”, *Journal of International Arbitration*, 2018, Cilt 28, Sayı 6, s. 544.

²⁸ AKINCI, Ziya: *Milletlerarası Tahkim*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 288, s. 293.

²⁹ YAZICI, Çiğdem: “Tahkim Süresi”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2021, Cilt 19, Sayı 220, s. 1680.

³⁰ 12.01.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

³¹ 21.06.2001 tarihli ve 24453 sayılı Resmî Gazete.

³² YAZICI, s. 1697.

³³ YAZICI, s. 1698.

³⁴ AKINCI, s. 292. Aynı görüşte YAZICI, s. 1696.

³⁵ MASON, s. 544.

³⁶ DEMİR GÖKYAYLA, s. 594.

³⁷ ÖZBEK, s. 30.

³⁸ ÖZBEK, s. 30.

B. Gizlilik Sorunu

Arbuluculuğa hâkim olan ilkelerin tasnifinde gizlilik, iradilik, tarafsızlık/bağımsızlık ve taraf egemenliğinin hâkim olması olmak üzere dördü bir ayrıma gidilir³⁹. Bunlar arasında gizliliğin arbuluculuk yöntemi için temel taş olduğu ifade edilir⁴⁰. Gizlilik hususu 22.06.2022 tarihli ve 28331 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu’nun 4. maddesi kapsamında “*Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arbulucu, arbuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar.*” ifadeleriyle düzenleme altındadır.

Gizlilik hususu arbuluculuk ve tahkim için ortak bir unsurdur⁴¹. Fakat mahkemelerin yardımı, hakem kararlarının iptali ya da tanınması gibi hususlarda tahkim yargısı açısından gizliliğin mutlak olmadığı kabul edilir⁴². Bununla birlikte arbuluculukta da tarafların rıza göstermesi, arbuluculuk anlaşmasının icrası ve sır saklama yükümlülüğünün istisnası olan suç ya da kabahat oluşturan eylemler bakımından gizlilik ilkesinin bertaraf edildiği hâller bulunur⁴³.

Med-Arb yöntemi her ne kadar arbuluculuk ve tahkim yöntemlerinin olumlu taraflarını kendinde toplasa da farklı usûllerin birleştirilmesinden kaynaklanan birtakım sorunları da içinde barındırır. Med-Arb yönteminde, amaçlanan faydalara ulaşılması, arbulucu ve hakemin aynı kişi olmasıyla sıkı bir ilişki içindedir. Ancak Med-Arb yöntemindeki en büyük sakıncalardan biri de yine arbulucu ve hakemin aynı kişi olmasından kaynaklanır. Bu sorun arbuluculuk sürecinde ortaya çıkan bilgilerin, tarafların rızası olmaksızın, tahkim yargılamasında kullanılabilecek olmasıdır⁴⁴. Arbuluculuk aşamasında ortaya çıkan ancak taraflarca tahkim yargılamasına dahil edilmeyen bilgilerin hakem kararına esas teşkil etmesi kararın geçerliliğini tehlikeye sokar. Öyle ki Ohio Temyiz Mahkemesi⁴⁵, çözümü için Med-Arb yönteminin tercih edildiği bir uyuşmazlıkta verilen hakem kararını, kararın arbuluculuk sürecindeki gizlilik teşkil eden görüşmelere dayanması gerekçesiyle bozmuştur⁴⁶.

Arbuluculuk aşamasında kullanılacak gizli belgelerin tahkim yargılamasında karara esasa alınacağı çekincesiyle, aslen çözüme katkısı olabilecek hususların arbuluculuk aşamasında gündeme getirilmemesi söz konusu olabilir⁴⁷. Öyle ki Med-Arb yönteminde arbulucunun hakem olarak hareket edeceğini bilen taraflar, arbuluculuk aşamasında zayıflıkları hakkında bilgi vermekten çekinebilecekleri gibi kendileri aleyhlerine olabilecek bilgileri de saklayabilirler⁴⁸. Buradaki endişenin temelinde tahkim yargılaması sırasında, arbuluculuk aşamasında gündeme gelen bilgi ve belgelere hâkim olan hakemin, bu bilgileri göz ardı ederek karar veremeyecek olması yatmaktadır.

C. Med-Arb Yöntemindeki Gizliliğe İlişkin Sorunların Giderilmesi İçin Öngörülen Farklı Modeller

Arbulucu ve hakemin aynı kişi olduğu Med-Arb yönteminde gündeme gelen gizlilik sorununun çözümü için farklı modeller ileri sürülmüştür. Bu modellerde uyuşmazlığın çözümü için önce arbuluculuk akabinde tahkim yönteminin uygulanması temelinden şaşmadan, süreçler ve tarafsız üçüncü kişiler üzerinde değişikliklere gidilir.

³⁹ YAZICI TIKTIK, Çiğdem: *Arbuluculukta Gizliliğin Korunması*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 34-47.

⁴⁰ YAZICI TIKTIK, s. 33.

⁴¹ YAZICI TIKTIK, s. 94.

⁴² YAZICI TIKTIK, s. 94.

⁴³ YAZICI TIKTIK, s. 58-67.

⁴⁴ BLANKEY, s. 321.

⁴⁵ No. S-02-017, 2003 WL 21419175 (Ohio Ct. App. 2003).

⁴⁶ BLANKEY, s. 346.

⁴⁷ DEMİR GÖKYAYLA, s. 595.

⁴⁸ PAPPAS, s. 172.

Med-Arb yöntemindeki gizlilik sorununun farklı modeller kullanılmadan çözülmesi için ileri sürülen bir görüşe göre arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan ve gizlilik arz eden bilgi ve belgelerin tahkim aşamasında nasıl ele alınacağı hususu taraflarca hazırlanacak Med-Arb sözleşmesinde detaylı şekilde düzenlenmelidir⁴⁹. Yine ilgili soruna çözüm olarak ileri sürülen bir görüşte arabuluculuk sürecinde arabulucu ile tarafların özel görüşmeler yapmasının önüne geçilmesi savunulmuştur⁵⁰. Fakat bu durumda, arabuluculuk sürecindeki özel görüşmelerin uyuşmazlığın çözümüne sağladığı katkılardan da vazgeçilmiş olunacaktır⁵¹. Ayrıca gizlilik konusundaki tek endişe arabulucu ile gerçekleştirilen özel görüşmeler değildir. Tüm tarafların katılımıyla gerçekleştirilen arabuluculuk görüşmeleri esnasında ortaya çıkan bilgilerin tahkim yargılamasında kullanılmasından da endişe edilir. Bu sebeplerle ileri sürülen çözüm önerileri, sorunu ortadan kaldırmaz.

1. Arabulucu ve Hakemin Aynı Kişi Olduğu Med-Arb Modeli (*Same Neutral Med-Arb*)

Yukarıda da ifade edildiği üzere Med-Arb yöntemi ile asıl kastedilen arabulucu ve hakemin aynı kişi olması durumudur. Aslen bu durum da bir Med-Arb modeli teşkil etmektedir ve temel model olarak da isimlendirilir⁵². Arabulucu ve hakemin aynı kişi olduğu Med-Arb modelinin zaman ve masraf problemlerini en aza indirdiği hususunda bir görüş birliği vardır⁵³. Ayrıca Kuzey Amerika’da yapılan bir araştırmada arabulucu ve hakemin aynı kişi olduğu Med-Arb yönteminde daha başarılı bir arabuluculuk süreci geçirildiği tespit edilmiştir⁵⁴. Ancak yukarıda bahsedilen Med-Arb yönteminin sorunlu yönlerinin büyük bir çoğunluğunun temelinde arabulucu ve hakemin aynı kişi olması yatar. Nitekim gizlilik sorunu da esas olarak bu modelde karşımıza çıkar. Bu modelde tahkim yargısında hangi bilgi ve belgelerin kullanılıp kullanılmayacağı hususu Med-Arb sözleşmesinde taraflarca açık ve net şekilde belirlenerek gizliliğin korunması sağlanabilir.

Tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için önce arabuluculuk akabinde tahkime gitmeyi kabul etmeleri hâlinde, arabulucu ve hakemin aynı kişi olabilmesi, tarafların açık rızasına bağlıdır. Arabuluculuk Etik Kuralları m. 4/6 hükmü uyarınca “*Ancak, taraflar açık ve yazılı onayları ile birlikte talep ederlerse, açılan tahkim yargılamasında hakemlik yapabilir*”. Açık ve yazılı onay şartı, ISTAC tarafından yayımlanan Med-Arb Kuralları’nın 5. maddesinde “*Arabuluculuk-tahkim veya arabuluculuk süreçlerinde arabulucu olarak görev yapan kişi, tarafların açık ve yazılı onayı olmaksızın, aynı uyuşmazlık hakkındaki tahkim yargılamasında hakem olarak görev yapamaz.*” ifadesiyle, İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezinin (ITOTAM) yayınladığı Med-Arb Kuralları’nın 9. maddesinde “*Taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise, arabulucu, hakem olarak atanamaz.*” şeklinde düzenleme altına alınmıştır. Aynı husus UNCITRAL’in yayınladığı Arabuluculuk Kuralları’nın 12. maddesinde “*Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, arabulucu, arabuluculuğun konusu veya konusu olan uyuşmazlıklarda ve aynı veya ilgili bir sözleşmeden veya hukuki ilişkiden doğan uyuşmazlıklarda hakemlik yapamaz.*” şeklinde düzenlenmiştir⁵⁵.

2. Arabulucu ve Hakemin Farklı Kişi Olduğu Med-Arb Modeli (*Med-Arb Diff*)

Bu modelde gizliliğin korunabilmesi için arabulucu ve hakem farklı kişilerden seçilir. Aynı şekilde arabulucunun tarafsızlığından şüphe duyulması yahut arabulucunun tarafların kabul etmedikleri bir

⁴⁹ BLANKEY, s. 338.

⁵⁰ BLANKEY, s. 335.

⁵¹ BLANKEY, s. 335.

⁵² ÖZBEK, s. 60.

⁵³ DEMİR GÖKYAYLA, s. 593; PAPPAS, s. 159; ÖZBEK, s. 21; TELFORD, Megan Elizabeth: “Med-Arb: A Viable Dispute Resolution Alternative”, *IRC Press Current Issues Series*, 2000, s. 2; SUSSMAN, Edna: “Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process”, *NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer*, 2009, Cilt 2, Sayı 1, s. 73.

⁵⁴ DEMİR GÖKYAYLA, s. 593.

⁵⁵ Düzenleme için bkz. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/22-01369_mediation_rules_ebook_1.pdf (ET: 14.12.2022). Maddenin İngilizce aslı şu şekildedir: “*Unless otherwise agreed by the parties, the mediator shall not act as an arbitrator in respect of the dispute that was or is the subject of the mediation and of a dispute that has arisen from the same or a related contract or legal relationship.*”.

çözüm üzerinde ısrarcı olması durumları için de hakemin farklı bir kişi olarak seçilmesi ilgili sorunları bertaraf eder⁵⁶. Ancak belirtildiği üzere arabulucu ve hakemin farklı kişilerden seçilmesi Med-Arb yönteminden beklenen serilik ve ekonomikliğin önüne geçer. Arabulucu ve hakemin farklı kişilerden seçilecek olması, tarafsız üçüncü kişi için iki kez arayışa girileceğinden zaman kaybına yol açar⁵⁷. Ayrıca tahkim yargılaması başladığında hakem uyuşmazlık hakkında hâlihazırda bilgi sahibi olamaz. Taraflar arabuluculuk aşamasında da gerçekleştirilen süreçleri baştan yaşayarak uyuşmazlığı tarafsız üçüncü bir kişiye tekrar anlatmak zorunda kalırlar. Bunun önüne geçilmesi için arabuluculuk aşamasında çözüme kavuşturulan uyuşmazlıklar bakımından meydana getirilen anlaşmanın arabulucu tarafından hakeme iletilmesi öngörülmektedir⁵⁸. Hakem ise anlaşmaya varılan hususları hakem kararının bir parçası hâline getirecek, çözülemeyen uyuşmazlıklar bakımından tahkim yargılamasını sürdürecektir⁵⁹.

Bu model, hakemin açık arabuluculuk görüşmelerine izleyici olarak katılmasına da imkân sağlar⁶⁰. Ancak arabulucu ve hakemin farklı kişilerden seçilmiş olması zaman ve masraf bakımından taraflara farklı yükler getirir. Bunun yanında “*Med-Arb Diff*” modeli, tahkim aşamasına geçildikten sonra arabuluculuk sürecinin yeniden başlatılmasına izin vermemesi yönünden de eleştirilere maruz kalmaktadır⁶¹. Nitekim klasik Med-Arb yönteminde taraflar, süregelen bir tahkim yargılamasında uyuşmazlığın çözümü için yeniden bir arabuluculuk süreci başlatılabilir.

3. Takım Halinde Yürütülen Med-Arb Modeli (*Co-Med-Arb*)

Co-Med-Arb modelinde, arabulucu ve hakem farklı kişilerden seçilir. Ancak *Med-Arb Diff* modelinde de belirtildiği üzere bu durumun barındırdığı farklı sakıncalar bulunmaktadır. *Co-Med-Arb* yöntemiyle bu sakıncalar bertaraf edilmeye çalışılır. Bunun için de arabulucu ile hakemin uyuşmazlık çözümü için takım hâlinde hareket etmeleri esastır. Bu model, arabulucu ve hakemin farklı kişiler olması durumunda da Med-Arb yönteminden beklenen seriliğin sağlanabilmesi için Harvard Müzakere Projesi kapsamında geliştirilmiştir⁶². *Co-Med-Arb* modeli, arabulucu ile hakemin farklı kişiler olması sayesinde Med-Arb sürecini bölünebilir hâle getirir ve arabuluculuk aşamasındaki mahremiyetin tahkim aşamasında korunabilmesini sağlar⁶³. Takım hâlinde yürütülen Med-Arb modelinde çözüm sürecinin başında taraflar bir bilgilendirme sunumu yapar ve bu sunumda arabulucu ve hakem aynı anda bulunur⁶⁴. Bu sayede hem arabulucu hem de hakem uyuşmazlık hakkında genel bilgiye sahip olur. Ancak takip eden süreçte hakem yalnızca gizlilik arz etmeyen görüşmelerde hazır olabilirken arabulucu hem gizlilik arz eden hem de gizlilik arz etmeyen görüşmelerde yer alabilir⁶⁵. Bu sayede uyuşmazlık, arabuluculuk aşamasında çözüme kavuşturulamasa dahi tahkim aşamasında hakem dosya hakkında gerekli bilgileri haiz olur ve yargılamanın seriliği aksamaz. Taraflar uyuşmazlık konusunda hakemi yeniden bilgilendirmek zorunda kalmaz. Bunun yanında gizlilik konusunda ileri sürülen endişeler de bertaraf edilmiş olur. Bu model, gizliliğin korunması ve Med-Arb yönteminden beklenen seriliğin sağlanması bakımından uygundur. Ancak yine arabulucu ve hakemin farklı kişilerden seçilecek olması tarafların zaman kaybına ve masrafların artmasına sebep olur.

⁵⁶ ÖZBEK, s. 61.

⁵⁷ BLANKEY, s. 326.

⁵⁸ FTİKA, Afrodite: *Med/Arb Models*, International Hellenic University School of Economics and Business Administration LL.M. In Transnational and European Commercial Law and Alternative Dispute Resolution, 2013, s. 31.

⁵⁹ FTİKA, s. 31.

⁶⁰ FTİKA, s. 31.

⁶¹ ÖZBEK, s. 61.

⁶² ELLIOT, David C.: “Med/arb: Fraught with Danger or Ripe with Opportunity?”, *Alberta Law Review*, 1995, Cilt 35, Sayı 1, s. 178.

⁶³ ELLIOTT, s. 178.

⁶⁴ ÖZBEK, s. 73.

⁶⁵ ELLIOTT, s. 178.

4. Tavsiye Edici Med-Arb Modeli (*Med-Arb Diff-Recommendation*)

“Tavsiye edici Med-Arb” modelinde arabulucu ve hakem farklı kişilerden seçilir⁶⁶. Kaliforniya’da uygulanmakta olan modelde, tahkim aşamasına geçilmesi durumunda arabulucu, hakeme uyumsuzluk çözümü hakkında tavsiyelerde bulunur⁶⁷. Elbette bu tavsiyeler verilirken arabuluculuk sürecinde gün yüzüne çıkan ancak tahkim yargılaması bakımından gizlilik arz eden hususlardan bahsedilmemesi gerekir. Her ne kadar hakem bu tavsiyelere uymak zorunda olmasa da bu tavsiyelerin dinlendiği yönündeki tecrübeler sabittir⁶⁸. Elbette bu husus hakemin arabulucunun tavsiyeleri üzerine karar vereceği anlamına gelmez. Arabulucunun uyumsuzluk konusunu ve tarafların bu uyumsuzluğa yaklaşımını dikkate alarak nasıl bir kararın tarafları daha memnun edeceği konusunda vereceği tavsiyeler, hakem bakımından bağlayıcılık arz etmez. Hakem arabulucunun verdiği tavsiyeler sayesinde daha verimli bir yargılama gerçekleştirebilir. Ancak bu model hakem için ayrıca zaman kaybına yol açacağı ve masrafları artıracığı için eleştirilir⁶⁹. Bunun yanında hakemin arabulucunun tavsiyelerine uymaması durumunda, arabulucu ve hakemin farklı kişiler olmasının doğuracağı olumsuzluklar burada da karşımıza çıkar.

5. Paralel Arabuluculuk Modeli (*Mediation Windows in Arbitration*)

“Paralel arabuluculuk (*the mediation window*)” modelinde devam eden tahkim yargılamasına arabuluculuk görüşmeleri de devreye sokularak bir Med-Arb yöntemi meydana getirilir⁷⁰. Bir başka ifadeyle iki süreç de beraber yürütülür. Burada da yine arabulucu ve hakem farklı kişilerdir⁷¹. Bu modele, Amerika Tahkim Birliği tarafından yayınlanan Ticari Tahkim Kuralları ve Arabuluculuk Usûlü’nde yer verilmiştir. Kurallar’ın 9. maddesine göre parasal olarak belli bir miktarı geçen tahkim yargılamalarında tarafların talebiyle veya hakemlerce resen verilecek bir kararla tahkim ile eş zamanlı olarak gerçekleştirilecek bir arabuluculuk süreci başlatılır⁷². Bu modelle, tahkimde tarafların rızasına dayalı ve dostane bir çözüme ulaşılamayacağına dair eleştiriler de cevaplanmış olur⁷³.

Tahkim yargılaması içerisinde gerçekleştirilecek bir arabuluculuk süreci, tarafları iş birliğine ve yapıcı çözümler üretmeye teşvik eder⁷⁴. Bunun yanında tarafların kendi çıkarları yanında karşı tarafın çıkarlarını da gözetmesini ve geleceğe yönelik ilişkileri değerlendirmelerini gerektirir⁷⁵. Bu model sayesinde tahkimin tamamen üçüncü kişi kanaatine bağlı bir usûl olduğu eleştirileri de bertaraf edilmiş olur⁷⁶. Bu modelin barındırdığı olumsuzluk tek başına arabuluculuk yönteminin kullanılması durumunda elde edilebilecek zaman ve masraf tasarrufundan mahrum kalınacak olmasıdır⁷⁷. Taraflar, arabuluculuk sürecini tahkimin zorunlu bir unsuru olarak görerek arabuluculuğun karakteristik özelliklerinden faydalanamayabilirler⁷⁸. Ayrıca arabulucunun rolünün, hakemlerin vermesi muhtemel bir karar üzerinden uzlaşma sağlamaya çalışan bir uzlaştırmacıyla karıştırılması da bu modelin barındırdığı muhtemel riskler arasındadır⁷⁹.

⁶⁶ LANDRY, Sherry: “Med-Arb: Mediation with a Bite and an Effective ADR Model”, *Defense Counsel Journal*, 1996, Cilt 63, Sayı 2, s. 267.

⁶⁷ LANDRY, s. 267.

⁶⁸ ALFINI, James J. / BARKAI, John / BUSH, Robert B. / HERMANN, Michele / JONATHAN, Hyman / KOVACH, Kimberlee / LIEBMAN, Carol B. / PRESS, Sharon / RISKIN, Leonard: “What Happens When Mediation is Institutionalized?: To the Parties, Practitioners, and Host Institutions”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 1994, Sayı 9, s. 311.

⁶⁹ LANDRY, s. 267

⁷⁰ ÖZBEK, s. 62.

⁷¹ ÖZBEK, s. 62.

⁷² Kuralların tamamı için bkz. https://www.adr.org/sites/default/files/CommercialRules_Web-Final.pdf (ET: 02.01.2023).

⁷³ ÖZBEK, s. 62

⁷⁴ DENDORFER, Renate / LACK, Jeremy: “The Interaction Between Arbitration and Mediation: Vision v Reality”, *Dispute Resolution International*, 2007, Cilt 1, Sayı 1, s. 89.

⁷⁵ DENDORFER / LACK, s. 89.

⁷⁶ ÖZBEK, s. 62.

⁷⁷ EIDENMÜLLER, Horst: “Hybride ADR-Verfahren bei internationalen Wirtschaftskonflikten”, *Recht der internationalen Wirtschaft (RIW)* 2002, 1-11’den naklen DENDORFER / LACK, s. 90.

⁷⁸ EIDENMÜLLER’den naklen DENDORFER / LACK, s. 90.

⁷⁹ EIDENMÜLLER’den naklen DENDORFER / LACK, s. 90.

6. Arabuluculuk ve Nihai Teklif Tahkimi (MEDALOA)

“Arabuluculuk ve nihai teklif tahkimi” usulünde arabulucu ve hakem aynı ya da farklı kişilerden seçilebilir. MEDALOA (*Mediation and Last Offer Arbitration*) olarak kısaltılan bu model ağırlıklı olarak spor uyuşmazlıklarının çözümünde kullanılır⁸⁰. Bu Med-Arb modelinde, arabuluculuk aşamasında çözüme ulaşılamaması durumunda taraflar birer son teklif ileri sürer ve hakem de bu tekliflerden birini hakem kararı olarak açıklar⁸¹. Hakem, tarafların tekliflerini değiştiremez⁸². Hakem, ilgili kararı neden seçtiğinin gerekçesini kararında belirtebilir ancak bu durumun zaman bakımından doğuracağı sonuçlara da dikkat edilmesi gerekir⁸³. MEDALOA modelinde taraflar tarafsız üçüncü kişinin uyuşmazlık hakkında karar verme ve takdir yetkisini ortadan kaldıracak ölçüde sınırlar⁸⁴.

MEDALOA modelinin bir görünüşü de “gece beysbolu tahkimi” adıyla karşımıza çıkar⁸⁵. Bu şekilde yürütülen MEDALOA modelinde taraflar tekliflerini kapalı zarflarla hakeme sunarlar ve hakem teklifleri görmeden bir karar verir⁸⁶. Akabinde teklifler incelenir ve hakem kararına en yakın olan teklif hakem kararı olarak ilan edilir⁸⁷. Ancak bu usulde hangi teklifin hakem kararına daha yakın olduğunun tespitindeki subjektiflikler birtakım sorunlara sebep olabilir⁸⁸.

Bu Med-Arb modeli, tarafların kendi tekliflerinin kabul edilmesi amacıyla daha makul teklifler ileri sürülmesini sağlar⁸⁹. Bunun yanında taraflar, karşı tarafın teklifinin kabul edilebilme ihtimalini göz önüne alarak arabuluculuk aşamasında daha ılımlı ve yapıcı davranacaktır. Çünkü gergin geçen bir süreç, tekliflerin karşı tarafa zarar vermek üzere kurulmasına sebebiyet verebilir. MEDALOA yönteminin sağladığı faydalardan biri de elde edilecek hakem kararının taraflar bakımından beklenmedik hükümler içermeyecek olmasıdır⁹⁰. Bir başka ifadeyle taraflar için bir öngörülebilirlik sağlar.

MEDALOA modelinin, özellikle seriliğin önem arz ettiği uyuşmazlıkların çözümünde ideal bir yöntem olduğu ifade edilmektedir⁹¹. Nitekim tahkim yargılaması için zaman harcanmayacak, tarafların sunduğu tekliflerden biri direkt olarak hakem kararı olarak belirlenecektir. Ancak uyuşmazlığın çözümü için süre bakımından bir çekince olmayan hâllerde, tarafların tekliflerini mümkün olan en iyi hâle getirmek için harcayacakları zaman sebebiyle sürecin manipüle edilmesi riski doğacaktır⁹².

7. Bağlayıcı Olmayan Med-Arb Modeli (*Non-Binding Med-Arb*)

Med-Arb yönteminin beraberinde getirdiği olumsuzlukların bertaraf edilmesi için ileri sürülen modellerden birisi de “bağlayıcı olmayan Med-Arb” modelidir. Arabuluculuk aşamasının olumsuz sonuçlanması durumunda arabulucu-hakem değil ancak “danışman-hakem” konumuna geçer⁹³. Danışman hakem tarafından verilecek istişari kararlar, taraflar bakımından bağlayıcılık teşkil etmez⁹⁴. Tarafların bu istişari karardan memnun olmaması ve bağlayıcı bir karar elde etmek istemeleri durumunda farklı bir üçüncü kişi hakem olarak seçilerek tahkim yargılaması başlatılır⁹⁵.

⁸⁰ DENDORFER / LACK, s. 92

⁸¹ LANDRY, s. 268

⁸² ÖZBEK, s. 65

⁸³ DENDORFER / LACK, s. 93.

⁸⁴ DENDORFER / LACK, s. 92.

⁸⁵ DENDORFER / LACK, s. 92.

⁸⁶ DENDORFER / LACK, s. 92.

⁸⁷ DENDORFER / LACK, s. 92.

⁸⁸ DENDORFER / LACK, s. 93.

⁸⁹ LANDRY, s. 268

⁹⁰ ÖZBEK, s. 68.

⁹¹ DENDORFER / LACK, s. 93.

⁹² DENDORFER / LACK, s. 93.

⁹³ ÖZBEK, s. 65.

⁹⁴ ÖZBEK, s. 65.

⁹⁵ ÖZBEK, s. 65.

Bu model, danışman-hakem tarafından verilen istişari karar, yargılama yapacak hakem tarafından verilecek nihai karar için bir öngörü sağlayacağı için savunulmaktadır⁹⁶. Ancak açık şekilde anlaşılabilirliği üzere tarafların bağlayıcı bir tahkim yargılaması talep etmeleri durumunda farklı bir tarafsız üçüncü kişi seçimi ve yapılacak tahkim yargılaması Med-Arb yönteminden beklenen faydaların elde edilmesini engeller⁹⁷.

Bağlayıcı olmayan Med-Arb modelinde taraflar arabulucunun danışman-hakem sıfatıyla bağlayıcı bir karar veremeyeceğine güvenerek arabuluculuk aşamasında daha rahat davranabilir⁹⁸. Taraflar, danışman hakem tarafından verilen karar sayesinde ortaya çıkabilecek hakem kararı hakkında fikir sahibi olabilirler. Bu muhtemel hakem kararından memnun olmayan taraflar, uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemiyle nihayete erdirmeye daha yatkın olacaktır⁹⁹.

8. Gölge Arabuluculuk Modeli (*Shadow Mediation*)

Bir başka Med-Arb modeli olan “gölge arabuluculuk (*shadow mediation*)”, özellikle karmaşık ve çok taraflı uyuşmazlıkların çözümü için öngörülmüş bir modeldir¹⁰⁰. Gölge arabuluculuk modelinde eş zamanlı ancak tamamen bağımsız şekilde ilerletilen arabuluculuk ve tahkim süreçlerinden bahsedildiği için arabulucu ve hakemin farklı kişiler olması gerekir¹⁰¹. Arabulucunun tahkim sürecinden ve hake-min arabuluculuk görüşmelerinden haberdar olmaması ve süreçlere müdahalede bulunamamaları esastır¹⁰². Buradaki önemli bir nokta arabulucunun tahkim yargılamalarına izleyici olarak katılabilmesi ve tahkim yargılamasında ileri sürülen farklı talepler doğrultusunda arabuluculuk görüşmelerinde taraflar arasındaki iletişimi kolaylaştırabilecek olmasıdır¹⁰³. Benzer şekilde hakem veya hakem heyeti de tahkim yargılamasındaki inceleme sürecinde gereksiz zaman ve para harcanmasına sebep olacak hususlarda arabulucunun yardımını isteyebilir¹⁰⁴. Bu model, arabulucu ile hakemin aynı kişi olmasının barındırdığı olumsuzlukları ortadan kaldırılmış olsa da mali açıdan taraflara farklı sorumluluklar yükleyecektir.

SONUÇ

Gerçek ve tüzel kişiler, aralarında ortaya çıkan uyuşmazlıklar için farklı çözüm yöntemleri kullanırlar. Uyuşmazlık konularının karmaşıklaşması ve çoğalması farklı çözüm yöntemi arayışlarını da beraberinde getirmiştir. Bu kapsamda hâlihazırda var olan çözüm yöntemleri bir araya getirilerek kullanılmaya başlanmıştır. Med-Arb yöntemi de arabuluculuk ve tahkim yöntemlerinin aşamalı olarak kullanılmasını öngören bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bu yöntem sayesinde uyuşmazlıklar kısa sürede, taraf iradesi göz ardı edilmeden ve bağlayıcı şekilde nihayete erdirilir. Ancak Med-Arb yöntemi de kusursuz değildir ve birtakım sorunlar barındırır. Belirtilen faydaların sağlanabilmesi için arabulucu ve hakemin aynı kişi olması gerekir. Zira bu sayede arabuluculuk aşamasında çözüme ulaşılamaması hâlinde başlayacak tahkim yargılamasında hakem taraflar ve uyuşmazlık hakkında bilgi sahibi olacaktır. Fakat bu durum Med-Arb yönteminin asli sorunlarından birini de beraberinde getirir. Arabuluculuk yönteminde gizlilik esastır. Taraflar bu süreçte ortaya çıkartılan bilgi ve belgelerin daha sonra aleyhlerine kullanılmayacağı bilinciyle daha samimi ve özgür hareket eder. Bu da sürecin olumlu sonuçlanması üzerindeki en büyük etkenlerden biridir. Ancak Med-Arb yönteminde arabulucu ve ha-

⁹⁶ ÖZBEK, s. 65.

⁹⁷ ÖZBEK, s. 66.

⁹⁸ ÖZBEK, s. 66.

⁹⁹ ÖZBEK, s. 66.

¹⁰⁰ DENDORFER / LACK, s. 91.

¹⁰¹ DENDORFER / LACK, s. 91.

¹⁰² DENDORFER / LACK, s. 91.

¹⁰³ DENDORFER / LACK, s. 91.

¹⁰⁴ ÖZBEK, s. 74.

kemin aynı kişi olması durumunda gizlilik arz eden hususlar hakkında arabuluculuk sürecinde bilgi sahibi olan tarafsız üçüncü kişi, yürüteceği tahkim yargılamasında objektifliğini koruyamayabilir. Bu durum gerek hakem kararının geçerliliği gerekse arabuluculuk sürecinin verimliliği bakımından pek çok olumsuzluk yaratır. Taraflar tahkim yargılamasında kullanılmasını istemedikleri bilgileri arabuluculuk aşamasında da gizli tutabilir. Dosyada yer almayan bir bilgiye dayanılarak verilen hakem kararının da iptali gündeme gelebilir. Belirtmek gerekir ki tarafsız üçüncü kişinin hem arabulucu hem de hakem olarak hakkaniyetli şekilde görev yapabilmesi de mümkündür. Tarafların hem arabulucu hem de hakem olarak tamamen güven duydukları üçüncü bir kişi bulunabilirse Med-Arb yöntemiyle amaçlanan tüm faydalar elde edilmiş olur.

Bahsedilen gizlilik sorununun bertaraf edilmesi için farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin temelinde arabulucu ve hakemin farklı kişilerden seçilmesi yer almaktadır. Ancak bir uyuşmazlık için iki farklı tarafsız üçüncü kişi seçilmesi hem zaman hem de masraf olarak farklı yükümlülükleri beraberinde getirir. Zira tahkim yargılamasına geçilmesi durumunda hakem, taraflar ve uyuşmazlık hakkında hâlihazırda bilgi sahibi olmaz. Bir başka ifadeyle uyuşmazlığa ve taraflara aşına olmayacaktır. Arabuluculuk sürecinde uyuşmazlığın belirlenmesi ve çözümü için hâlihazırda uğraşmış, bunun için emek harcamış olan taraflar, tüm bu süreci baştan tecrübe etmek zorunda kalacaktır. Bu da Med-Arb yönteminin tercih edilmesiyle amaçlanan hususlarla ilgili çelişki yaratır. Hem Med-Arb yönteminden beklenen faydalardan maksimum düzeyde yararlanılması hem de ilgili sorunların ortadan kaldırılması için ileri sürülen görüşlerde ağırlıklı olarak arabulucu ve hakem farklı kişilerden seçilmekle birlikte hakem arabuluculuk sürecinde kısmen de olsa dâhil edilmektedir. Bu sayede uyuşmazlığın çözümü için tahkim yargılamasına başvurulması durumunda hakem, yargılamayı daha hızlı ve taraf beklentilerini daha iyi idrak edebilmiş şekilde yürütür. Bununla birlikte arabuluculuk aşamasında gizlilik arz eden hususlardan da haberdar olunmadığı için verilecek hakem kararı bu bilgilerden bağımsız şekilde verilir. Ancak arabuluculuk ve hakemlik görevleri için farklı tarafsız üçüncü kişi belirlenmesinin kendi içinde barındırdığı sorunlar bulunur.

Nihai olarak bakıldığında Med-Arb yöntemi uyuşmazlıkların dostane ve kesin bir şekilde sonuçlandırılmasına hizmet eder. Tamamen taraf iradesinde bağlı olarak yürütülebilecek bu süreç, her ne kadar farklı sorunlar içerse de güven duyulan tarafsız bir üçüncü kişi ve nitelikli şekilde hazırlanan bir Med-Arb sözleşmesiyle ilgili sorunların bertaraf edilmesi mümkündür. Med-Arb, özellikle uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklar ile iş ve ilişkilerin aksamamasını istemeyen taraflarca tercih edilebilecek bir yöntemdir. Çözüm süreci sonucunda elde edilecek belgenin, bir özel hukuk sözleşmesi olan arabuluculuk anlaşma tutanağı değil, bir hakem kararı olması da tanıma ve tenfiz açısından pek çok kolaylığı beraberinde getirir.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya: *Milletlerarası Tahkim*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- ALFINI, James J. / BARKAI, John / BUSH, Robert B. / HERMANN, Michele / JONATHAN, Hyman / KOVACH, Kimberlee / LIEBMAN, Carol B. / PRESS, Sharon / RISKIN, Leonard: "What Happens When Mediation is Institutionalized?: To the Parties, Practitioners, and Host Institutions", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 1994, Sayı 9, s. 307-332.
- BARTEL, Barry C.: "Med-Arb as a Distinct Method of Dispute Resolution: History, Analysis, And Potential", *Willamette Law Review*, 1991, Cilt 27, Sayı 3, s. 661-692.
- BLANKEY, Kristen M.: "Keeping a Secret From Yourself? Confidentiality When Same Neutral Serves Both as Mediator and as Arbitrator in the Same Case", *Baylor Law Review*, 2011, Cilt 63, Sayı 1, s. 317-367.
- BORN, Gary B.: *International Commercial Arbitration Volume I*, Kluwer Law International, Hollanda, 2014.
- DEMİR GÖKKAYA, Cemile: "Arabuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2019, Cilt 77, Sayı 2, s. 575-616.
- DEMİRKOL, Berk / AKÜZÜM, Ural: *Türkiye'de Med-Arb Yapısı, Mevzuatı & Uygulaması*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- DENDORFER, Renate / LACK, Jeremy: "The Interaction Between Arbitration and Mediation: Vision v Reality", *Dispute Resolution International*, 2007, Cilt 1, Sayı 1, s. 73-98.
- EKMEKÇİ, Ömer / ÖZEKES, Muhammet / ATALI, Murat: *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.
- EKŞİ, Nuray: *Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları*, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015.
- ELLIOT, David C.: "Med/arb: Fraught with Danger or Ripe with Opportunity?", *Alberta Law Review*, 1995, Cilt 35, Sayı 1, s. 163-179.
- FTIKA, Afrodite: *Med/Arb Models*, International Hellenic University School of Economics and Business Administration LL.M. In Transnational and European Commercial Law and Alternative Dispute Resolution, 2013.
- LANDRY, Sherry: "Med-Arb: Mediation with a Bite and an Effective ADR Model", *Defense Counsel Journal*, 1996, Cilt 63, Sayı 2, s. 263-269.
- MASON, Paul E.: "The Arbitrator as Mediator, and Mediator as Arbitrator", *Journal of International Arbitration*, 2018, Cilt 28, Sayı 6, s. 541-551.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: "Arabuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk Tahkim", *Yargıtay Dergisi*, 2017, Cilt 43, Sayı 1, s. 15-106.
- PAPPAS, Brian A.: "Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution", *Harvard Negotiation Law Review*, 2015, Cilt 20, Sayı 1, s. 157-204.
- STIPANOWICH, Thomas J.: "Arbitration, Mediation and Mixed Modes: Seeking Workable Solutions and Common Ground on Med-Arb, Arb-Med and Settlement-Oriented Activities by Arbitrators", *Harvard Negotiation Law Review*, 2021, Cilt 26, Sayı 265, s. 265-370.
- SUSSMAN, Edna: "Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process", *NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer*, 2009, Cilt 2, Sayı 1, s. 71-74.
- ŞAHİN CEYLAN, Şule: *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009.
- TELFORD, Megan Elizabeth: "Med-Arb: A Viable Dispute Resolution Alternative", *IRC Press Current Issues Series*, 2000, s. 1-17.
- YAZICI TIKTIK, Çiğdem: *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013.
- YAZICI, Çiğdem: "Tahkim Süresi", *Legal Hukuk Dergisi*, 2021, Cilt 19, Sayı 220, s. 1677-1746.

Savaş Suçları Bağlamında Otonom Silahlarda Hesap Verilebilirlik Sorunsalı^(*)



The Problem of Accountability in Autonomous Weapons in the Context of War Crimes

Feriha Beyza ERYAVUZ



Araştırma Görevlisi

Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Milletlerarası Genel Hukuk Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Savaş Suçları,
Otonom Silahlar,
Silahlı Çatışma,
Devlet Sorumluluğu,
Bireysel Cezai Sorumluluk.*

Keywords

*War Crimes,
Autonomous Weapons,
Armed Conflict,
State Responsibility,
Individual Criminal
Responsibility.*

Öz

Günümüzde insanların savaşlarda kullandığı silahlara ilişkin teknolojik gelişmelerin hukuki düzenlemeler çerçevesinde meydana getirdiği belirsizlikler artmaktadır. Bu çalışmada, bütün bu gelişmelerden yola çıkarak otonom araçların faaliyetlerinden dolayı doğabilecek sorumluluk rejimine ilişkin tartışmalar, savaş suçları bağlamında ve iki ayrı sorumluluk rejimi kapsamında ele alınacaktır. Bu çalışma kapsamında tam otonom araçlarının bizatihi sorumluluğundan ziyade onların faaliyetlerinden doğan muhtemel ihlallerden kimlerin sorumlu olabileceği tartışılacaktır. Devletlerin iç düzenlemeleri kapsamında sorumlu olabilecek kişiler farklılık gösterebilir ancak uluslararası hukuk bünyesinde sorumluluk belli şekillerde doğabilmektedir. Bu kapsamda devlet sorumluluğu ve bireysel cezai sorumluluk kendine özgü rejimlere tabidir. Bu çalışmanın amacı, uluslararası hukukun devlet sorumluluğuna ve bireysel cezai sorumluluğa ilişkin hükümlerini silahlı çatışmalar sırasında otonom araçlar tarafından işlenen ihlaller bağlamında tartışmaktır.

Abstract

Nowadays, it is becoming more difficult to predict how weapons will be used in battles within the confines of existing laws due to technical advancements. Based on all of these advancements, this paper will analyze two different responsibility regimes and the context of war crimes when discussing the responsibility regime that might result from autonomous weapon activity. Within the scope of this study, it will be discussed who may be responsible for possible violations arising from their activities rather than the responsibility of their fully autonomous vehicles themselves. Under international law, liability may arise in specific ways, regardless of who may be liable under a state's domestic norms. In this context, state responsibility and individual criminal liability are subject to their own unique regimes. The purpose of this study is to discuss the provisions of international law on state responsibility and individual criminal liability in the context of violations committed by autonomous vehicles during armed conflicts.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 08.09.2022, Kabul Tarihi: 24.12.2022.

GİRİŞ

Geçmişten beri insanlığı meşgul eden en büyük sorunlardan biri savaştır. İnsanlığı tehdit eden bu savaş durumu, günümüzde otonom silahların gelişmesi ile farklı bir boyuta taşınmıştır. Devletler savaşlarda avantaj sağlamak için farklı tip silahlara yönelirken savaşta insanların oynadığı roller de değişmektedir. Nitekim günümüzde kırktan fazla devlet robotik silah üretmektedir¹. Hedef seçimi, ateşleme vb. kritik işlevleri tam otonom bir şekilde yerine getirebilen silah sistemlerinin geliştirilmesi ve kullanımının etik ve yasal sonuçları son zamanlarda oldukça tartışmalı bir hâle gelmiştir. Bu tartışmaların uluslararası hukuk sisteminde önemli sonuçları olmuştur. Otonom silahların savaşlarda kullanımının uluslararası hukuku normları kapsamında getirdiği tartışmalar, birçok alanı etkilemekle birlikte en fazla sorun yaratan hususlardan biri de sorumluluğun atfedilmesidir. Nitekim otonom silahlar tarafından gerçekleştirilen eylemlerden kimin ne şekilde sorumlu olabileceği uluslararası suçlar bağlamında belirsizlik yaratabilmektedir. Bu çalışma kapsamında öncelikle uluslararası suçlar ve özellikle savaş suçları ele alınacak, ardından devlet sorumluluğu ve bireysel sorumluluk bağlamında otonom silahların faaliyetlerinden dolayı sorumluluğun kime ne şekilde atfedileceği tartışılacaktır.

I. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN YARGI YETKİSİNE GİREN SUÇLARA GENEL BİR BAKIŞ

A. Genel Hatları ile Uluslararası Suçlar

Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (Roma Statüsü) m. 5'te Uluslararası Ceza Mahkemesinin (UCM) yargı yetkisine giren suçlar düzenlenmiştir: Roma Statüsü'ne göre mahkemenin yargı yetkisine giren suçlar şu şekildedir: (a) soykırım suçu, (b) insanlığa karşı suçlar, (c) savaş suçları, (d) saldırı suçu. Bu kapsamda madde 25/2'ye göre "*Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suç işleyen kişi, bu tüzüğe uygun olarak cezalandırılmaktan şahsen sorumludur ve suç nedeniyle cezalandırılabilir*".

UCM'nin yargı yetkisi Roma Statüsü'nün yürürlüğe girdikten sonraki suçları² ve sadece Sözleşme'ye taraf olan devletlerin toprakları (*territorial jurisdiction*) ve kişileri (*personal jurisdiction*) üzerinde işlenen suçları kapsamaktadır³. Özetle, Roma Statüsü altında düzenlen dört uluslararası suçun Mahkeme tarafından yargılanabilmesi için Sözleşme'ye taraf bir devletin topraklarında veya sözleşmeye taraf bir devletin vatan-daşı tarafından işlenmiş olması gerekmektedir. Bunun yanında, belirli hâllerde Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyine (BMGK) Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletlerin ülkelerinde işlenen suçları UCM'ye havale etme yetkisi verilmiştir⁴. Bu düzenleme kapsamında, örneğin, BMGK 1593 (2005)⁵ ve 1970 (2011)⁶ sayılı kararlarla Darfur, Sudan ve Libya'daki süreci UCM'ye havale etmiştir. BMGK bu yetkiyi kullanarak Roma Statüsü'nün bu gibi olaylara uygulanmasını sağlamaktadır⁷.

Roma Statüsü kapsamında yer alan dört suçun her birinin kendi içinde belli maddi ve manevi unsurları vardır⁸. Bu çalışma kapsamında Roma Statüsü'nde belirtilen suç tiplerinden sadece biri, savaş suçları, ele alınacaktır.

¹ LIPTÁK, Béla: *Can we control robots?* (<https://www.controlglobal.com/articles/2019/can-we-control-robots/>, ET: 21.03.2022).

² Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi (BMGK): Rome Statute of the International Criminal Court, 17 Haziran 1998 (<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>, ET: 12.01.2023) (Roma Statüsü), m. 11/2.

³ Roma Statüsü m. 12/2.

⁴ Roma Statüsü m. 13(b): "*Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin VII. bölümüne uygun olarak hareket eden BM Güvenlik Konseyi tarafından Mahkeme savcısına başvurulmuş bir veya birden fazla suçun işlenmiş görüldüğü durum...*".

⁵ Bkz. BMGK, Resolution No. S/RES/1593, 31 Mart 2005 (<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/N0529273.pdf>, ET: 22.04.22).

⁶ BMGK, Resolution No. S/RES/1970, 26 Şubat 2011 (https://www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/pdf_2011_02/20110927_110226-UNSCR-1970.pdf, ET: 22.04.22).

⁷ Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM), *Situation in Darfur, Sudan, Prosecutor / Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, 6 Haziran 2010, Karar No. ICC-02/05-01/09, § 86.

⁸ Daha fazla bilgi için bkz. UCM: Elements of Crimes, 2011 (<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>, ET: 12.01.2023) (UCM Elements of Crimes).

B. Savaş Suçları

Roma Statüsü'nün 8. maddesinde⁹ geniş kapsamlı bir düzenlemeye konu olan savaş suçları, silahlı çatışma durumunda insancıl hukuk kurallarına veya belirli örf ve âdet hukuku kurallarına riayet edilmemesi durumunda ortaya çıkmaktadır¹⁰. Savaş suçlarının kapsamına ilişkin olarak dar ve geniş şekilde iki yaklaşım vardır. Geniş bir şekilde ele alındığında savaş sırasında veya silahlı çatışmada işlenen tüm suç eylemlerini kapsadığı kabul edilmekle birlikte dar bir şekilde yorumlandığında Uluslararası İnsancıl Hukuk (UİH) ihlallerini kapsadığı savunulmaktadır¹¹. Bu kapsamda, UİH'un temel düzenlemelerini 1907 tarihli Lahey Düzenlemeleri ve 1949 tarihli Cenevre Konvansiyonları ve Ek Protokolleri oluşturmaktadır ancak bunlarla sınırlı değildir¹².

UİH, silahlı çatışmaların başlangıcından itibaren genel bir ateşkes sağlanana kadar veya bir iç çatışma durumunda barışçıl bir çözüm bulunana kadar uygulanmaya devam eder¹³. Bu kapsamda, ihlalin *ius in bello* (savaş başladıktan sonra, savaş süreci boyunca uygulanan kurallar) kapsamında gerçekleşmesi aranır¹⁴. Savaş suçlarının gündeme gelebilmesi için belli bir sınıra¹⁵ ulaşan silahlı çatışma düzeyinin varlığı gerekir¹⁶. Bu durumda, özellikle küçük çaplı çatışmalar, mesela protesto sırasında yaşanan arbedeler vb. hâllerde, savaş suçlarından söz edilmeyecektir. Roma Statüsü'nün 8. maddesi, savaş suçları konusunda bir formül vermemekle birlikte kapsamlı bir fiil listesi düzenlemektedir. Ancak burada belirtmek gerekir ki Roma Statüsü, taraf devletlerin, uluslararası örf ve âdet hukukuna uygun olduğu sürece, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar sırasında işlenen belirli fiilleri iç hukuklarında bir savaş suçu olarak düzenlenmesini engellenemez¹⁷. Savaş sırasında işlenen bir fiilin savaş suçu teşkil etmesi için failin çatışmalarda doğrudan yer almayan sivil nüfusa bir saldırı yöneltmesi gerekir¹⁸. Buna ek olarak sivil halka yönelen bu saldırı kasıtlı bir şekilde gerçekleştirilmelidir¹⁹.

Konu ile alakalı diğer bir önemli bir tartışma ise otonom silahların üretimi genellikle silahlı çatışma başlamadan önce gerçekleşmesidir. Bu durum, sorumluluğun atfına ilişkin yeni sorunlar yaratmaktadır. Örneğin barış zamanında, daha sonradan savaş sürecinde kullanılmak için tasarlanmış bir otonom silah geliştiren bir mühendis, söz konusu otonom silahın savaş suçu işlemesi durumunda sorumlu tutulabilir mi? Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi (EYCM), *Tadic* davasında, “*Uluslararası silahlı çatışmaların zamansal kapsamına ilişkin olarak, dört Cenevre Konvansiyonunun her biri, uygulamalarının savaşın durdurulmasının ötesine geçebileceğini ima eden bir dil içermektedir.*” şeklinde bir açıklama yapmıştır²⁰. Her ne kadar Mahkeme, sözleşmelerin silahlı çatışmadan önce olan olaylara uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin kesin bir fikir sunmasa da kapsamın belirlenmesinde ve az

⁹ Roma Statüsü m. 14. Ayrıca bkz. BMGK: Eski Yugoslavya Uluslararası Mahkemesi Statüsü, 2009, (https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf, ET: 22.03.2022), m. 2 ve 3.

¹⁰ AMBOS, Kai: *Treatise on International Criminal Law, Volume 2: The Crimes and Sentencing*, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 117.

¹¹ AMBOS, s. 117.

¹² Bkz. <https://www.onlinelibrary.iihl.org/ihl-treaties/> (ET: 19.12.22).

¹³ KOLB, Robert / HYDE, Richard: *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Hart Publishing, Oxford-Portland Ore, 2008, s. 15.

¹⁴ MELZER, Nils: *International Humanitarian Law a Comprehensive Introduction*, IHL Handbook, International Committee of the Red Cross (ICRC), Cenevre, 2016, s. 276. x

¹⁵ UAD, *Nikaragua* kararında, belirli eylemleri silahlı saldırı kapsamında değerlendirmek için “ölçek ve etkiler” diye belirttiği bir kriteri kullanmıştır. Bkz. UAD, *Nikaragua'da ve Nikaragua Aleyhindeki Askeri ve Milletler Faaliyetlere İlişkin Dava, Nikaragua / Amerika Birleşik Devletleri*, Mahkeme Kararı, 27 Haziran 1986, § 195.

¹⁶ Eski Yugoslavya Uluslararası Mahkemesi EYUM, *Tadic, Prosecutor / Dusko Tadic*, Temyiz kararı, Karar No. IT-94-1-A, 15 Haziran 1999 (<https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>, ET: 22.03.22); Roma Statüsü m. 8.

¹⁷ Eski Yugoslavya Uluslararası Mahkemesi EYUM, *Tadic, Prosecutor / Dusko Tadic*, Temyiz kararı, Karar No. IT-94-1-A, 15 Haziran 1999 (<https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>, ET: 22.03.22), s. 120.

¹⁸ UCM Elements of Crimes m. 8 (2)(e)(i), Element 1 ve 2.

¹⁹ UCM Elements of Crimes m. 8 (2)(e)(i), Element 3.

²⁰ EYUM, *Tadic, Prosecutor / Tadic*, İstinaf Kararı, Karar No. IT-94-1-I, *Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 Ekim 1995, § 67.

önce belirtilen sorunun ele alınmasında yol göstermektedir. Diğer yandan burada savaş durumunun ortadan kalkmasından sonra belli kuralların devamlılığı karara bağlanmıştır ve savaş öncesine ilişkin bir bilgi yoktur. Bu durumda savaş başlamadan önce üretici veya sağlayıcı rolü üstlenen kişilerin statüsü savaş suçları altında incelenemeyecektir.

II. OTONOMİ KAVRAMI VE İNSAN KONTROLÜ

Otonomi, “bilgisayar araçlarının, insan operatörlerden doğrudan girdi olmadan ve insan kontrolü olmadan kendi davranışları hakkında ‘karar vermelerini’ gerektiren görevleri bağımsız olarak yerine getirme işlevsel kapasitesi” olarak tanımlanmaktadır²¹. Yani otonom sistemler aslında bir nevi kendi kendilerine karar verebilecekleri işlevsel kapasiteye sahip araçlardır.

Otonom silah kavramı ABD Direktifinde şu şekilde tanımlanmıştır: “Bir kez etkinleştirildiğinde, bir insan operatörün müdahalesine gerek kalmadan hedefleri seçip ateşleyebilen silah sistemi...”²². Buna benzer şekilde Birleşik Krallık Direktifi’nde otonom sistemlere yönelik başka bir tanım getirilmiştir: “İnsan gözetimine ve kontrolüne bağlı olmaksızın, bir dizi alternatif arasından tek bir eylem planına karar verme yeteneğine sahiptir”²³.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta, otonom silahlar ile yarı otonom silahlar arasındaki ayrımıdır²⁴. Bu iki kavram arasındaki ayrım çok net olmamakla birlikte, yarı-otonom silahların önceden belli bir otonom faaliyet ile programlanmış olsalar dahi belli bir hedefe yönelik saldırılarının insan operatörüne bağlı olduğu kabul edilmektedir²⁵. Bu kapsamda aslında yarı otonom araçlarda belli bir yere kadar insan kontrolü görülmekle birlikte tam otonom sistemler hangi eylemi gerçekleştireceğine tamamen kendi başına karar vermektedir.

Diğer bir otonom silah sistemi de denetimli otonom silahlardır. Bu silahlar otomatik moda geçirdikten sonra kendi başlarına görevlerini yerine getirmekle birlikte eylemleri boyunca sürekli insan denetimi altında tutulmaktadır²⁶. Otonomi aslında robotlarda bir zekâ göstergesi olarak kabul edilmektedir. Nitekim Avrupa Parlamentosu’nun 2016 yılında yayınladığı Robotlar Üzerine Medeni Hukuk Kuralları Hakkında Bildirge’de zeki robotların özelliklerinden biri olarak şu maddeye değinilmiştir: “... sensörleri aracılığıyla ve/veya çevresiyle veri alışverişinde bulunarak otonom özellik kazanı; verileri işler ve analiz eder”²⁷. Günümüzde otomasyon teknolojileri, savaş zamanlarında potansiyel hedefleri bulma, ateşlemeyi zamanlama, izleme ve öncelik verme vb. farklı görevler için kullanılabilirlerdir²⁸.

Tam otonominin nasıl sağlanacağı belirgin değildir. Ancak kanımızca 2013 BM Genel Kurul Kararında belirtilen ölümcül otonom silah tanımı bu kapsamda yol gösterici olabilir: “etkinleştirildikten sonra, bir insan operatörün müdahalesi olmadan hedefleri seçebilen ve bunlara müdahale edebilen

²¹ YEUNG, Karen: “A Study of the Implications of Advanced Digital Technologies (Including AI Systems) for the Concept of Responsibility within a Human Rights Framework”, *Committee of experts on human rights dimensions of automated data processing and different forms of artificial intelligence*, 2018 (<https://ssrn.com/abstract=3286027>, ET: 22.03.2022), s. 14.

²² United States (US) Department of Defense Directive, Part 2, No: 3000.09, 21 Kasım 2012, Değişiklik 1, 05.08.2017 (https://irp.fas.org/doddir/dod/d3000_09.pdf, ET: 22.03.2022) (US-Directive).

²³ United Kingdom (UK) Ministry of Defence: The UK Approach to Unmanned Aircraft Systems, Joint Doctrine Note 2/11, 2011 (<https://www.law.upenn.edu/live/files/3890-uk-ministry-of-defense-joint-doctrine-note-211-the>, ET: 22.03.2022), § 205.

²⁴ Bu ayrıma benzer şekilde, otonom silah sistemleri ile otomatik silahlar arasında da ayrım yapılmaktadır, bkz. GÜNEYSU, Gökhan: *Otonom Silah Sistemleri: Bir Uluslararası Hukuk İncelemesi*, Nisan Yayınları, Eskişehir, 2022, s. 27-30.

²⁵ Daha fazla bilgi için bkz. CARON, Jean-François: “Defining Semi-autonomous, Automated and Autonomous Weapon Systems in Order to Understand their Ethical Challenges”, *Digital War*, 2020, Sayı 1, s. 173.

²⁶ SCHARRE, Paul: *İnsansız Ordular, Katil Robotlar, Otonom Silahlar ve Makine Savaşları*, (Çev.) ÇETİNALP, Kutsi Aybars, 2. Baskı, Kronik Yayınları, İstanbul, 2021, s. 75.

²⁷ The European Parliament’s Legal Affairs Committee: *European Civil Law Rules Inrobotics*, 2016 ([https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU\(2016\)571379_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU(2016)571379_EN.pdf), ET: 23.03.2022), s. 8.

²⁸ SCHARRE, s. 76.

*robotik silah sistemleridir*²⁹. Bu tanımdan da yola çıkarak tam otonominin temel unsurunun gerek hedef belirlemede gerek kuvvet kullanmada otonom bir karar verme becerisi olduğu söylenebilir.

Ele alınması gereken diğer bir husus genel olarak “insan kontrolü” kavramından ne anlamamız gerektiğidir. Yani herhangi bir teknolojik sistem aslında insanlar tarafından nasıl kontrol edilmektedir? Bir makineyi kontrol etmenin teknolojik boyutta ne anlama geldiğinin incelenmesi yerinde olacaktır. Silahlarla bağlantılı bilgisayar sistemleri, silahın nasıl kullanıldığı konusunda önemli bir rol oynamaktadır³⁰. Bu sebeple bilgisayar üzerindeki kontrolün, herhangi bir otonom silah üzerindeki kontrolü belirlemede önemli bir rol oynadığı söylenebilir. Nitekim, aşağıda da ele alacağımız üzere, tam otonom silahların faaliyetlerinden dolayı gerek devlet sorumluluğunun gerek bireysel sorumluluğun belirlenmesinde tam otonom silah üzerindeki herhangi bir denetim etkili olmaktadır. İnsanlar makineleri farklı yöntemlerle genelde programlama yoluyla kontrol edebilmektedir ve genel olarak makineler insanların kendilerinden yapmalarını istedikleri şeyi yapmaya programlanmaktadır³¹. Ancak son zamanlarda yaşanan makine öğrenmesi gibi gelişmeler kontrolü belirlemeyi zorlaştırmaktadır. Buna ek olarak farklı çeşitlerde tasarlanan tam otonom silah sistemlerinin kontrol edilme şekli de değişebilmektedir³².

Aşağıda değinileceği üzere devletin sorumluluğu ve bireysel sorumluluk bağlamında farklı değerlendirmeler söz konusudur. Ancak özellikle sorumluluğun atfedilmesinin kolaylaştırılması amacıyla savaş sürecinde makineler üzerinde “anamlı insan kontrolü”³³ adı verilen bir kontrol şeklinin sağlanması gerektiği savunulmaktadır³⁴. Bu kavram daha çok kuvvet kullanma kararının verilmesinde anlamlı bir insan kontrolünün varlığının gerekliliği iddiasından doğmuştur³⁵. Anamlı insan kontrolünün kapsamı ve nasıl sağlanacağı konusu tartışmalıdır³⁶. Herhangi bir çatışma durumunda kuvvet kullanmaya karar vermenin ciddi sonuçları vardır. Tam otonom sistemlerin karar verme noktasında insan sisteminden farklılaşan -örneğin hız ve analiz kabiliyeti gibi noktaları vardır. Bu sebeple kuvvet kullanma noktasındaki değerlendirme yapma yükümlülüğünün, isabetli şekilde, bir insan tarafından üstlenilmesi gerektiği savunulmaktadır³⁷.

III. HESAP VERİLEBİLİRLİK SORUNU

Ulusal düzeyde gerçekleşen tartışmalar³⁸ gibi uluslararası düzenlemeler kapsamında da tam otonom silahlarda sorumluluğun atfedilmesi bir problem teşkil etmektedir. Uluslararası hukukta hesap

²⁹ BM Genel Kurulu: Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Christof Heyns, A/HRC/23/47, 2013 (<https://digitallibrary.un.org/record/705553>, ET: 12.01.2023), s. 7-8.

³⁰ SCHULLER, Alan L.: “At the Crossroads of Control: The Intersection of Artificial Intelligence in Autonomous Weapon Systems with International Humanitarian Law”, *Harvard National Security Journal*, 2017, Cilt 8, Sayı 1, s. 391.

³¹ İnsan ve otonom silah etkileşimine ilişkin olarak *Human Rights Watch* tarafından üçlü bir ayırım yapılmıştır: “*Human-in-the-loop*” insan karar alıcılar bütün operasyon sürecinde etkin rol oynamaktadır. “*Human-on-the-loop*” söz konusu olduğunda otonom silah her ne kadar saldırı kararını kendi başına alabilse de her zaman insan denetimi altında bulunmaktadır. “*Human-out-of-the-loop*” sisteminde insan kontrolü tamamen denklemden çıkarılmıştır. Bkz. GÜNEYSU, s. 30-33.

³² Mesela ABD yapımı *Aegis* adlı silahın merkezinde radar ve silahların davranışını yöneten bir komuta karar bilgisayarı bulunmaktadır. Bkz. SCHARRE, s. 218.

³³ Bkz. BM: Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects, No: CCW/GGE.1/2017/CRP.1, 2017 ([https://docs-library.unoda.org/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_-_Meeting_of_High_Contracting_Parties_\(2017\)/2017_CCW_GGE.1_2017_CRP.1_Advanced_%2Bcorrected.pdf](https://docs-library.unoda.org/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_-_Meeting_of_High_Contracting_Parties_(2017)/2017_CCW_GGE.1_2017_CRP.1_Advanced_%2Bcorrected.pdf), ET: 21.12.2022), s. 7.

³⁴ VAN DEN HOVEN, Jeroen / DE SIO, Filippo Santoni: “*Meaningful Human Control over Autonomous Systems: A Philosophical Account*”, *Frontiers in Robotics and AI*, 2018, Cilt 5, s. 2-3.

³⁵ Daha fazla bilgi için bkz. ROFF, Heather M.: “*Meaningful Human Control, Artificial Intelligence and Lethal Autonomous Weapons*”, *Briefing paper prepared for the Informal Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems, UN Convention on Certain Conventional Weapons*, 2016, s. 1-2.

³⁶ Daha fazla bilgi için bkz. CROTOF Rebecca: “*A Meaningful Floor for ‘Meaningful Human Control’*” *Temple Int’l & Comp. L.J.*, 2016, Cilt 30, s. 56-57.

³⁷ SCHULLER, s. 388.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için mesela bkz. AKKURT, Sinan Sami: “*Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk*”, *Uyumsuzluk Mahkemesi Dergisi*, 2019, Sayı 13, s. 47-51.

verebilirlik farklı şekillerde olabilir: doğrudan³⁹ ve komuta sorumluluğu⁴⁰ şeklinde ortaya çıkabilecek olan bireysel cezai sorumluluk veya devlet sorumluluğu. Tam otonom silahların faaliyetlerinden kaynaklanan bir sorumluluk uluslararası hukukun farklı disiplinlerinde yer alan kuralları ihlal edebilir: UİH ve uluslararası insan hakları hukuku ihlallerinden devletin sorumluluğu, uluslararası ceza hukuku vb.⁴¹.

Bir tam otonom silah tarafından gerçekleştirilen ihlallerde sorumluluğun atfedilebileceği birçok olası aktör vardır. Yazılım programcıları, donanım üreticileri ve satıcıları, siyasi liderler, askeri komutanlar ve onların astları gibi tam otonom silah sistemlerinin geliştirilmesi ve konuşlandırılmasında görev alan kişiler, UİH veya uluslararası insan hakları hukuku ihlallerinden sorumlu tutulabilir⁴². Ancak uluslararası hukuk bağlamında UİH kurallarının asıl muhatabı askeri faaliyetlerin planlayıcıları veya icracılarıdır⁴³. Bu kapsamda, kimin hangi durumda sorumlu tutulacağına ilişkin tartışmalar gündeme gelmektedir. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki eğer ihlale yarı otonom bir sistem sebebiyet vermemişse kimin bu ihalden dolayı hesap vereceğini kestirmek nispeten kolaydır. Mesela uzaktan etkileşimli bir sistem söz konusu ise işlemi yönlendiren kişi sorumlu tutulabilir⁴⁴. Tam otonom sistemlerde ise kişiler, sadece yapay zekâyı programlamakta ve belirli genel komutlar girmektedirler. Girilen komutlar yasadışı bir unsur içermese bile bu komutların her zaman belirli bir sonuca yol açmama ihtimali olduğu için sorumluluğun doğması gündeme gelebilir. Bu durumda sonucun öngörülebilir olup olmaması önem taşımaktadır⁴⁵. Nitekim Uluslararası Kızılhaç Komitesi, (*International Committee of the Red Cross- ICRC*.) davranışları öngörülemeyen ve açıklanamayan otonom silah sistemlerinin UİH kapsamında ayırım gözetemeyeceğini ve bu sebeple UİH uygun bir silah olmayacağını savunmaktadır⁴⁶. Bu durum tam otonom silahlardan dolayı sorumlu olan kişileri belirlemeyi zorlaştırmaktadır. Nitekim bu aslında otonom silahlarda hesap verilebilirliği zorlaştıran en büyük sorunlardan birini de gün yüzüne çıkarmaktadır: tahmin edilemezlik. Otonom silah sistemlerinin karmaşıklığı, onları kullanan kişilerin işlevlerini kolayca anlayamamalarına yol açmaktadır⁴⁷. Bunlar insanlar tarafından belirlenen hedeflere ve prosedürlere uymalarına rağmen geçmiş hatalardan ders alarak farklı davranmalarına olanak veren makine öğrenimi yetenekleri sayesinde bir yere kadar bağımsız bir hareket alanına sahiptir⁴⁸. Bu sebeple doktrinde, bir operatörün “*robotun karmaşık programlamasını anlaması gerekmeyişi, ancak sonucu, yani robotun neyi yapıp neyi yapamayacağını anlaması gerektiği*” savunulmaktadır⁴⁹. Uluslararası düzeyde yapılan belli çalışmalara göre otonom sistemlerin davranışlarını gerçek dünyada test etmek şu anda nerdeyse imkânsız bir durumdadır. Bu durumun genel sonucu ise otonom sistemlerin faaliyetlerinin öngörülmesinin oldukça zorlaşmasıdır⁵⁰. Öngörülebilirliğin zorlaşması hesap verilebilirliğin tespitinin ciddi ölçüde zorlaştırdığı için otonom silahların savaş alanında kullanımı tavsiye

³⁹ FORD, Christopher M.: “Autonomous Weapons and International Law”, *South Carolina Law Review*, 2017, Cilt 69, Sayı 2, s. 462.

⁴⁰ Roma Statüsü m. 8(2).

⁴¹ The International Committee of the Red Cross (ICRC): Expert Meeting, “*Autonomous Weapon Systems Technical, Military, Legal and Humanitarian Aspects*”, 2014 (Expert Meeting) s. 8.

⁴² Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights: Autonomous Weapon Systems under International Law, Academy Briefing No. 8, 2014 (Academy Briefing), s. 21.

⁴³ GÜNEYSU, s. 12.

⁴⁴ FORD, s. 466.

⁴⁵ DUNLAP, Charles J.: “Accountability and Autonomous Weapons: much a do about nothing?”, *Temple International & Comparative Law Journal*, 2016, Cilt 30, s. 71-72.

⁴⁶ ICRC: ICRC Position on Autonomous Weapon Systems, ICRC Position and Background Paper, 2021 (<https://www.icrc.org/en/document/icrc-position-autonomous-weapon-systems>, ET: 22.12.2022), s. 7.

⁴⁷ HEYNS, s. 15.

⁴⁸ AMOROSO, Daniele: “Jus in bello and jus ad bellum arguments against autonomy in weapons systems: A re-appraisal”, *Questions of International Law (QIL)*, 2017, Cilt 43, s. 18.

⁴⁹ SASSÓLI, Marco: “Autonomous Weapons and International Humanitarian Law: Advantages, Open Technical Questions and Legal Issues to be Clarified”, *International Law Studies*, 2014, Cilt 90, s. 324.

⁵⁰ US, Air Force Chief Scientist: “Technology Horizons: A Vision for Air Force Science & Technology” *Rapor, 2010-2030*, Eylül 2011 (https://www.airuniversity.af.edu/Portals/10/AUPress/Books/B_0126_TECHNOLOGYHORIZONS.pdf, ET: 22.03.22), s. 105.

edilmemektedir⁵¹. Bununla birlikte bilgisayarlara belirsizliğe nasıl yanıt verecekleri dikkatli bir şekilde öğretilirse, teorik olarak, bilgisayarların UİH uyumluluğunu makul bir kesinlikle tahmin edilebileceği savunulmaktadır⁵². Buna karşılık, yukarıda da ifade edildiği gibi, otonom silahlar da dâhil olmak üzere, ölümcül etkiye sahip tüm silahların “*anlamlı bir kontrole*” tabi olması gerektiği de ileri sürülmektedir⁵³. Bu sebeple, aslında tam otonom silah sistemleri reddedilmektedir.

Örneğin Birleşik Krallık’ın İnsansız Uçak Sistemlerine Yaklaşımı Hakkındaki Ortak Doktrin Notu 2/11’e göre bir askeri operasyondan doğan sonuçların yasal sorumluluğu, “*söz konusu sonucun meydana gelmesi için son komutu veren kişiye aittir*”⁵⁴. Uluslararası hukukun düzeni altında, otonom silahların faaliyetleri üç tip sorumluluğun doğmasına yol açabilir: bir veya daha fazla devlet sorumluluğu, bireysel cezai sorumluluk veya her ikisi. İlerleyen bölümlerde bu muhtemel sorumluluk durumları ele alınacaktır.

A. Devletlerin Sorumluluğu Bağlamında

Uluslararası Hukuk Komisyonunun Uluslararası Haksız Fiillerden Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeleri’nde (Taslak Maddeler) sorumluluk şu şekilde düzenlenmiştir: “*Bir devletin uluslararası bakımdan her haksız fiili, o devletin sorumluluğunu doğurur*”⁵⁵. Bu düzenlemeler uluslararası hukukta genel olarak örf adet hukuku olarak kabul edilmektedir⁵⁶ ve bu sebeple tüm devletleri bağlamaktadır. Benzer şekilde aynı düzenlemenin ikinci maddesinde devletlerin uluslararası olarak sorumluluğunun doğabilmesi için “uluslararası bir yükümlülüğün ihlali” ve “söz konusu fiilin devlete atfedilebilmesi” olmak üzere iki şartı birlikte aramıştır⁵⁷. Bu kapsamda, ilk şartı ele alırken belli uluslararası hukuk normlarının ihlalinin bahsetmek gerekmektedir. Burada UİH veya uluslararası insan hakları hukuku ihlalleri de dâhil olmak üzere, devletin uluslararası yükümlülüklerinin herhangi birinin ihlal edilmesi sorumluluğun doğmasına sebep olabilir. Uluslararası Kızılhaç Komitesi’nin (UKK) UİH kapsamında yayınladığı örf ve âdet kurallarına ilişkin çalışmanın 139. maddesi kapsamında her devlet, UİH kurallarına saygı göstermeli; silahlı kuvvetleri ve fiilen onun talimatlarına göre veya onun yönlendirmesi veya kontrolü altında hareket eden diğer kişi veya grupların da saygı göstermesini sağlamalıdır⁵⁸.

İkinci şart ise söz konusu uluslararası hukuk ihlalinin devlete atfedilebilir olup olmadığıdır. Uluslararası hukukta devlet sorumluluğu belirlenirken en çok tartışılan husus atfedilebilirlik sorunudur. Bu kapsamda Taslak Maddeler’in 4 ve 11. maddeleri arasında uluslararası haksız fiilin devlete atfedilebilmesi için aranan belli durumlar düzenlenmiştir. Uluslararası hukuka göre yasama, yürütme, yargı veya diğer sorumlulukları yerine getiren herhangi bir devlet organının eylemi, o devletin eylemi olarak kabul edilir⁵⁹.

Burada değinilmesi gereken diğer bir durum ise Taslak Maddeler’de düzenlenen sorumluluğu ortadan kaldıran hâllerdir. Bu hâller şu şekilde sıralanabilir: rıza (m. 20), meşru müdafaa (m. 21), karşı

⁵¹ Bkz. Academy Briefing, s. 26; HEYNS, s. 15.

⁵² SCHULLER, s. 410.

⁵³ Article 36: Killer Robots: UK Government Policy on Fully Autonomous Weapons, United Kingdom, 2013 (https://article36.org/wp-content/uploads/2013/04/Policy_Paper1.pdf ET: 22.03.2022), s. 3.

⁵⁴ United Kingdom (UK) Ministry of Defence: The UK Approach to Unmanned Aircraft Systems, Joint Doctrine Note 2/11, 2011 (<https://www.law.upenn.edu/live/files/3890-uk-ministry-of-defense-joint-doctrine-note-211-the>, ET: 22.03.2022), § 510.

⁵⁵ Uluslararası Hukuk Komisyonu, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, No. 10 (A/56/10), 2001 (Taslak Maddeler).

⁵⁶ UAD, *Nikaragua’da ve Nikaragua Aleyhindeki Askeri ve Militer Faaliyetlere İlişkin Dava, Nikaragua / Amerika Birleşik Devletleri*, Mahkeme Kararı, 27 Haziran 1986, § 398.

⁵⁷ Taslak Maddeler m. 2.

⁵⁸ ICRC: Customary IHL Databas, Volume II, Chapter 40, Section A, m. 139 (https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule139, ET: 31.08.2022).

⁵⁹ Taslak Maddeler m. 4.

önlemler (m. 22), mücbir sebep (m. 23), tehlike hâli (m. 24) ve zorunluluk hâli (m. 25). Bütün bu hâller bakımından ortak olan nokta bir *jus cogens* kuralın ihlali hâlinde bu Maddeler'in uygulanamayacağıdır⁶⁰. Benzer şekilde belirtmek gerekir ki bu hâller söz konusu fiil neticesinde ortaya çıkan zararın talep edilmesini engellemez⁶¹. Devletlerin silahlı bir robotun “öngörülemeyen kararı” için uluslararası sorumluluktan kurtulmak için mücbir sebep (*force majeure*) iddiasında bulunabileceği öne sürülmüştür⁶². Mücbir sebep, Taslak Maddeler'in 23. maddesinde düzenlenmiştir⁶³.

Mücbir sebebin devletin ihmali veya kusuru ile ortaya çıkması⁶⁴ veya devletin bu tür bir zarar riskini bilinçli olarak kabul etmesi durumunda, zararı mazur gösteremeyeceği genel olarak kabul edilmektedir⁶⁵. Ne var ki otonom silahların faaliyetlerinden dolayı devletlerin mücbir sebep iddialarına dayanarak sorumluluklarını hiçbir şekilde ortadan kaldıramayacakları söylenemez. Nitekim otonom silah üzerinde beklenmedik bir arıza da söz konusu olabilir ve söz konusu suça sebep olan haksız fiil bu arızadan meydana gelebilir. Ancak söz konusu zarar, bir robotik silah sisteminin kendisinden beklenmese de o sistemin tasarımına özgü yetenekler ve sınırlamalar göz önüne alındığında makul olarak öngörülebilir ise mücbir sebebe dayandırılmaz⁶⁶.

Ele alınması gereken diğer bir nokta ise belli bir ihlalden doğan zararı tazmin sorumluluğudur. Nitekim insanların belli bir ihlalin birine atfedilmesini istemesinin sebeplerinden en önemlisi söz konusu zarar için birinin hesap vermesini istenmesidir. Dâimi Uluslararası Adalet Divanı (DUAD), *Chorzow Factory Davası*'nda devletlerin haksız fiillerinden doğan zararı tazmin yükümlülüğünü uluslararası hukukun genel bir ilkesi olduğunu belirtmiştir:

*“Bir taahhüdün ihlalinin uygun bir biçimde tazmin etme yükümlülüğü içermesi uluslararası hukukun genel bir ilkesidir. Dolayısıyla tazminat, bir sözleşmenin uygulanmamasının kaçınılmaz bir tamamlayıcısıdır ve bunun sözleşmenin kendisinde ayrıyeten belirtilmesine gerek yoktur”*⁶⁷.

Benzer şekilde, Taslak Maddeler'in 31. maddesinde tazmin yükümlülüğü şu şekilde ele alınmıştır: *“1. Sorumlu devlet uluslararası haksız fiil ile neden olunan bütün zararı onarmak zorundadır. 2. Zarar, devletin uluslararası haksız fiilinin sonucu olan maddî ve manevî bütün zararı kapsar.”*. Uluslararası hukuk altında tazminat, genel olarak bir devlet tarafından diğer bir devlete ödenmekle birlikte bireylerin de devletten belli hâllerde tazminat talep edebileceği kabul edilmektedir⁶⁸. Bu kapsamda eğer otonom bir silahın sebep olduğu herhangi bir zarar devlete atfedilebiliyorsa söz konusu devlet, diğer devletlerin veya bireylerin bu haksız fiilden doğan zararlarını karşılamakla yükümlüdür.

B. Özel Kişilerin Faaliyetlerinden Doğan Devlet Sorumluluğu Bağlamında Değerlendirme

Belirli hâllerde sivil silahlı güçler üzerinde devletin belirgin bir etkinliğinin olduğu kabul edilirse özel kişilerin faaliyetlerinden dolayı da devletin sorumluluğuna gidilebilir⁶⁹. Nitekim Taslak Madde-

⁶⁰ Taslak Maddeler m. 26.

⁶¹ Taslak Maddeler m. 26(2)(b).

⁶² European Union (EU): Directorate-General for External Policies of the Union Directorate B Policy Department MELZER, Nils: “Directorate-general for External Policies of the Union, Directorate Policy Department, Human Rights Implications of the Usage of Drones and Unmanned Robots in Warfare”, (Ed.) Pia VANNESTE, 2013, s. 39.

⁶³ Taslak Maddeler m. 23.

⁶⁴ Taslak Maddeler m. 23, UHK, Taslak Maddeler Commentary, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Cilt 2 (Commentary), § 3.

⁶⁵ Taslak Maddeler m. 23; Commentary § 10.

⁶⁶ Taslak Maddeler m. 23; Commentary § 9.

⁶⁷ Daimî Uluslararası Adalet Divanı: Case Concerning the Factory at Chorzow (Germany v. Poland), 26 Haziran 1927, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A-No. 9, Collection of Judgments, A.W. Sijthoff's Publishing Company, 1927, s. 21.

⁶⁸ Taslak Maddeler m. 23; Commentary.

⁶⁹ Daha fazla bilgi için bkz. UAD, *Nikaragua'da ve Nikaragua Aleyhindeki Askeri ve Militer Faaliyetlere İlişkin Dava, Nikaragua / Amerika Birleşik Devletleri*, Mahkeme kararı, 27 Haziran 1986; Eski Yugoslavya Uluslararası Mahkemesi (EYUM), *Tadic, Prosecutor / Dusko Tadic*, Temyiz Kararı, Karar No. IT-94-1-A, 15 Haziran 1999 (<https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>, ET: 22.03.22).

ler’de şu şekilde bir düzenleme yer almaktadır: “Bir kişinin ya da bir grup kişinin davranışı, şayet bu kişi ya da grup bu davranışı yaparken, devletin talimatları, emri ya da denetimi altında ise, uluslararası hukuka göre devletin fiili olarak kabul edilir⁷⁰.” Söz konusu düzenlemeden yola çıkarak 1986 yılında Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Nikaragua Davası’nda “etkin kontrol (*effective control*)” testini geliştirmiştir. Mahkeme bu durumu, kararında şu şekilde açıklamaktadır:

“Mahkeme’nin bu noktada belirlemesi gereken şey, kontraların Birleşik Devletler hükümetiyle ilişkisinin, bir yanda bağımlılık, diğer yanda kontrol ilişkisi olup olmadığıdır ki, yasal olarak kontraları Birleşik Devletler Hükümetinin bir organı ile veya bu Hükümet adına hareket eden organlarla eşitlemesinin doğru olup olmayacağıdır... Yine de, Amerika Birleşik Devletleri tarafından onlara sağlanan ağır sübvansiyonlara ve diğer desteklere rağmen, Amerika Birleşik Devletleri’nin, kontralara kendi adına hareket ediyormuş gibi davrandığını haklı çıkaracak şekilde tüm alanlarda fiilen böyle bir kontrol derecesi uyguladığına dair açık bir kanıt yoktur.”⁷¹.

Netice olarak, mahkeme yaptığı değerlendirmede ABD’nin sağladığı yardımları ve desteği sorumluluğun atfedilebilmesi için yeterli görmemiştir. Benzer şekilde EYCM, *Tadic* Davası’nda efektif kontrol testinden biraz daha geniş bir teste değinmiştir: “genel kontrol (*overall control*)” testi. Kararın ilgili kısmı aşağıdaki gibidir:

“... Bir askeri veya paramiliter grubun eylemlerini bir Devlete atfetmek için, Devletin grup üzerinde genel bir kontrole sahip olduğunun kanıtlanması gerekir, sadece grubu donatmak ve finanse ederek değil ama aynı zamanda askeri faaliyetinin genel planlamasına koordine ederek veya yardım ederek... Ancak o zaman Devlet, grubun herhangi bir suistimalinden uluslararası olarak sorumlu tutulabilir. Bununla birlikte, Devletin ayrıca, grubun başkanına veya üyelerine, uluslararası hukuka aykırı belirli eylemlerin yapılması için talimatlar vermesi de gerekli değildir”⁷².

“Genel kontrol testi”nin, Taslak Maddeler’in 8. maddesinde belirlenen üç standardın ötesine geçtiği için, devlet sorumluluğunun kapsamını genişlettiği kabul edilmektedir⁷³ ve bu sebeple uluslararası hukuk doktrininde eleştirilere konu olmuştur.

Peki, yukarıda verilen bilgiler ışığında otonom silahların faaliyetlerinden dolayı sorumluluk nasıl atfedilebilir? Öncelikle belirtmek gerekir ki Taslak Maddeler’in 8. maddesinde kontrol, emir ve talimat kriterleri altında devletin sorumlu olabileceği düzenlenmiştir. Buradan yola çıkarak otonom silahlar nezdinde de bir çıkarım yapılabilir: Bir devletin emri, kontrolü ve talimatları altında olan otonom silahların faaliyetlerinden dolayı devlet sorumlu tutulabilir. Ancak bu durumu kanıtlamak her zaman kolay olmamaktadır. Nitekim bu otonom silahın dâhil olduğu faaliyet bir özel kişi tarafından kontrol ediliyor olabilir. Bu durumda devletin sorumluluğuna nasıl gidilebileceğini belirlemek nispeten zordur. Nitekim *Nicaragua* ve *Tadic* davalarında mahkemeler, özel kişilerce gerçekleştirilen faaliyetlerin devlete atfedilebilmesi için önemli emareler aramaktadır. Bu durumda örneğin devletin sadece finansal destek vermesi yeterli olmayacaktır.

Özel kişilerin faaliyetlerinden devletin sorumluluğunun doğabileceği diğer bir hâl devletin söz konusu ihlalin gerçekleşmesinde ihmalinin bulunduğu hâllerdir⁷⁴. Nitekim Taslak Maddeler’in 2. maddesine devletin aktif bir fiili yanında ihmali hâlinde de sorumlu tutulabileceği hüküm altında alınmış-

⁷⁰ Taslak Maddeler m. 8.

⁷¹ UAD, *Nicaragua’da ve Nikaragua Aleyhindeki Askeri ve Militer Faaliyetlere İlişkin Dava, Nikaragua / Amerika Birleşik Devletleri*, Mahkeme Kararı, 27 Haziran 1986, § 105-107.

⁷² EYUM, *Tadic, Prosecutor / Dusko Tadic*, Temyiz Kararı, Karar No. IT-94-1-A, 15 Haziran 1999 (<https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>, ET: 22.03.22), § 131.

⁷³ CASSESE, Antonio: “The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia”, *European Journal of International Law*, 2017, Cilt 18, Sayı 4, s. 651.

⁷⁴ Bkz. UAD, *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, United States of America / Iran*, Mahkeme Kararı, 24 Mayıs 1980, s. 31-32.

tır⁷⁵. Devletin ihmalinden kaynaklanan sorumluluğunun belirlenmesinde önemli bir kavram ortaya çıkmaktadır: özen yükümlülüğü (*due regard*) ilkesi⁷⁶. Bu ilke gereği devletler riskin farkında olmalı ve diğer devletlerin zarar görmesini önlemek için önlem almaya özen göstermelidir⁷⁷. UAD söz konusu ilkeyi yaptığı değerlendirmede, devletlerin “topraklarının diğer devletlerin haklarına aykırı eylemler için kullanılmasına kasten izin vermeme⁷⁸” yükümlülüğü altında olduğu şeklinde yorumlamıştır. Bu durumda, sonuç olarak devletler kendi toprakları içinde faaliyet gösteren özel kişilerin otonom silah sistemlerine ilişkin faaliyetlerin başka devletlere zarar vermediğini gözetme yükümlülüğü altındadır.

Özel kişilerin faaliyetleri sonucu devletin sorumluluğunun doğabileceği diğer bir durum Taslak Maddeler’in 9. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde kapsamında devlet otoritelerinin yokluğunda veya temerrüdünde, önceden yetkilendirilmeden belli bir devlet otoritesi kullanan özel kişilerin faaliyetlerinden dolayı devletin sorumlu olabileceği düzenleme altına alınmıştır⁷⁹. Bu düzenlemede yol çıkarak şu şekilde bir değerlendirmede bulunulabilir: Otonom silah sistemlerin ihalelerinden sorumlu olan özel kişiler bir devlet otoritesinin yokluğunda belli bir devlet otoritesi kullanarak bu ihlali gerçekleştirmişse ihlal, söz konusu devlete Taslak Maddeler kapsamında atfedilebilir.

C. Bireysel Cezai Sorumluluk Bağlamında

Uluslararası hukuk sistemi altında kişiler, uluslararası ceza hukuku kapsamında işledikleri savaş suçlarından hukuken sorumludur⁸⁰. Bu sorumluluk bir savaş suçunun işlenmesine teşebbüs etmek, yardım etmek, planlamak vb. farklı tip fiillerden doğabilir⁸¹. Roma Statüsü’nün 28. maddesinde belli statüye sahip kişilerin sorumlulukları düzenleme altına alınmıştır. Maddenin ilk fıkrasında askeri komutanların sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme yer almaktadır:

“Bir askeri komutan veya askeri komutan gibi, etkin bir şekilde faaliyette bulunan bir şahıs, kendi fiili yönetimi ve denetimi altındaki silahlı kuvvetlerin, bunlar üzerinde yeterli kontrol sağlayamaması sonucunda, Mahkeme’nin yargı yetkisine giren suçları işlemesi halinde ve:

(a) askeri komutan veya şahsın silahlı kuvvetlerin bu tür suçları işlemekte veya işlemek üzere oldukları konusunda hal ve şartlara göre bilgisi olması gerektiği veya bilgisi olduğu hallerde;

(b) askeri komutan veya şahsın suçun işlenmesini önlemek veya durdurmak için gerekli ve makul önlemleri almaması veya soruşturma ve yargılama için olayı ilgili makamlarına iletmemesi hallerinde cezai sorumluluk taşır.”.

Burada komutanların astlarının fiillerinden doğan muhtemel sorumluluğunun düzenlendiğini görüyoruz. Bu madde kapsamında bir kişinin sorumlu olabilmesi için aranan şartları şu şekilde sıralayabiliriz: (a) Söz konusu suçun mahkemenin yargı yetkisi içinde olması ve yargı yetkisine dâhil olan kişilerce işlenmiş olması gerekir; söz konusu şahıs, (b) ya bir askeri komutan olmalı ya da askeri komutan gibi hareket etmelidir; (c) suçu işleyen kuvvetler üzerinde etkin komuta ve kontrole sahip olmalıdır; (d) astlarının soykırım suçunu işlediğini veya işlemek üzere olduğunu biliyor ya da o sırada koşullar nedeniyle bilmesi bekleniyor olmalıdır; (e) suçu işlemelerine neden olan astlar üzerinde gerektiği gibi kontrol uygulamamış olmalıdır ve (f) yetkisi dâhilinde gerekli ve makul önlemleri almamış olmalıdır⁸².

⁷⁵ Benzer şekilde bkz. Taslak Maddeler m. 39.

⁷⁶ Bkz. Taslak Maddeler m. 2; Commentary, § 3.

⁷⁷ BARNIDGE, Robert P.: “The Due Diligence Principle Under International Law”, *International Community Law Review*, 2006, Cilt 8, s. 118.

⁷⁸ UAD, *Corfu Channel, United Kingdom of Great Britain & Northern Ireland / Albania*, Mahkeme Kararı, 9 Nisan 1949, s. 22.

⁷⁹ Taslak Maddeler m. 9; Commentary, s. 49. Devletin yokluğu veya temerrüdü Taslak Maddeler’de şu şekilde yorumlanmıştır: “*Hem devlet aygıtının tamamen çökmesi durumunu hem de resmi makamların belirli bir şekilde görevlerini yerine getirmediği durumları kapsar...*”.

⁸⁰ Roma Statüsü m. 8.

⁸¹ Örneğin bkz. Roma Statüsü m. 25.

⁸² UCM, *Prosecutor / Jean-Pierre Bemba Gombo*, Karar No. ICC-01/05-01/08-3343, Statü’nün 74. Maddesine Göre Karar, 21 Mart 2016, § 170.

Bu kapsamda komuta, özellikle silahlı kuvvetler üzerinde emir verme ve itaati (otoriteyi) zorlama gücü veya hakkı olarak tanımlanır. Kontrol ise komutanın askeri veya sivil hiyerarşideki işlevinin bir sonucu olarak astları üzerinde yetkiye sahip olduğu resmi ve fiili konum olarak açıklanmaktadır⁸³. Bu bilgiler dikkate alındığında, komutan sıfatını haiz kişilerin sorumluluğunun UCM sistemi altında belli şartlar ile sınırlandırıldığını söyleyebiliriz. Nitekim madde özellikle komutanın söz konusu suçların işlenmekte olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği hâllerde sorumluluğunun doğacağını belirtmiştir.

Bunun yanında Roma Statüsü'nün 28. maddesinin 2. fıkrasında komutan sıfatını haiz olmayan “üstlere” ilişkin de bir düzenleme yer almaktadır:

“[birinci] paragrafta tanımlanmayan üst-ast ilişkileri çerçevesinde bir üst, kendi etkin kontrol ve yetkisi altındaki astlarının işledikleri ve Mahkemenin yargı yetkisine giren suçlardan dolayı ve astlarını gerektiği gibi kontrol edemediği durumların sonucu olarak:

(a) astlarının böyle bir suç işledikleri veya işlemek üzere oldukları yolundaki açık bilgileri bildiği veya bilerek görmezden geldiği hallerde;

(b) kendi etkin sorumluluğu ve denetimi altında olan faaliyetlerle ilgili suçlarda; ve

(c) suçun işlenmesini önlemek veya durdurmak için gerekli ve makul önlemleri almaması veya soruşturma ve yargılama için olayı ilgili makamlarına iletmemesi hallerinde, cezai sorumluluk taşır”.

Bu bağlamda, uluslararası ceza hukuku sisteminde komutanlar ve üstler, onların altında emirlerini takip eden kişilerin fiillerinden sorumlu tutulmuşlardır⁸⁴. Ayrıca bu kişiler, astlarının bu tür suçları işlemek üzere olduklarını veya işlemekte olduklarını biliyorlarsa veya bilmeleri bekleniyorsa ve görevlerinde gerekli ve makul tüm adımları atmadılarsa astları tarafından işlenen savaş suçlarından cezai açıdan sorumlu tutulabilirler⁸⁵. Madde 28(1)(ii) ve madde 28(2)(iii) uyarınca komutan (üst) tarafından yerine getirilmesi gereken üç görev vardır: suçun işlenmesini önleme, baskı altına alma ve konuyu soruşturma ve kovuşturma için yetkili makamlara sunma.

Özellikle komutan ve diğer üstler arasında yapılan ayrıma dikkat etmek önemlidir. Askeri komutan “bilgisi olması gerektiği veya bilgisi olduğu hâllerde” sorumlu tutulurken askeri komutan niteliğini haiz olmayan üstler “açık bilgileri bildiği veya bilerek görmezden geldiği hâllerde” sorumlu tutulmuştur. Bu durumda komutanın sorumluluğunun daha katı olduğu söylenebilir. Madde metni kapsamında suçun işlendiğinin bilinmesi, ilgili suçların işlendiğinin veya işlenmek üzere olduğunun farkındalığı olarak tanımlanabilir⁸⁶ ve bu tür bilgiler varsayılamayacağı kabul edilmektedir⁸⁷. Bu durum, otonom silahlar için de düşünülebilir. Bir silahlı çatışma sırasında eğer bu otonom silahlar ile komutan arasında bir astlık-üstlük ilişkisi kurulabiliyorsa komutan, söz konusu otonom silahın bir suç işlemekte olduğunu biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa onun fiillerinden sorumlu olabilir⁸⁸ ancak bu görüş eleştirilmiştir⁸⁹. Nitekim komutanın astının gerçekleştirdiği fiilleri bilmesi veya bilebilecek durumda olması gerekirken, daha önce belirttiğimiz gibi, bir otonom silah öngörülemez eylemlerde bulunabilir⁹⁰ veya otonom silahın insandan çok daha hızlı tepki verebilmesi, komutanın kontrolünü büyük ölçüde zorlaştırabilir⁹¹.

⁸³ UCM, *Prosecutor / Jean-Pierre Bemba Gombo*, Karar No. ICC-01/05-01/08-3343, Statü'nün 74. Maddesine Göre Karar, 21 Mart 2016, § 180.

⁸⁴ Roma Statüsü m. 25(3).

⁸⁵ Roma Statüsü m. 28.

⁸⁶ The Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor / Taylor*, Trial Chamber II, Karar No. SCSL-03-01-T, 18 Mayıs 2012, § 497.

⁸⁷ UCM, *Prosecutor / Jean-Pierre Bemba Gombo*, Karar No. ICC-01/05-01/08-3343, Statü'nün 74. Maddesine Göre Karar, 21 Mart 2016, § 430.

⁸⁸ HEYNS, s. 15.

⁸⁹ Daha fazla bilgi için bkz. YEUNG, s. 47.

⁹⁰ Bkz. JAIN, Neha: “Autonomous Weapons Systems: New Frameworks for Individual Responsibility”, (Ed.) BHUTA, Nehal / BECK, Susanne / GEIß, Robin / LIU, Hin-Yan / KREB, Claus: *Autonomous Weapons Systems: Law, Ethics, Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, s. 313.

⁹¹ Bkz. CROTOF, Rebecca: “A Meaningful Floor for ‘Meaningful Human Control’”, *Temple Int’l & Comp. L.J.*, 2016, Cilt 30, Sayı 1, s. 1878-1879.

Savaş suçu teşkil eden bir fiili gerçekleştiren otonom bir silahı kullanan kişilerin cezai olarak sorumlu tutulabileceği kabul edilmekle⁹² birlikte bu sürece dâhil olmuş programcıların veya üreticilerin de sorumluluğu gündeme gelebilir⁹³. Ancak bu durum uluslararası ceza hukuku sisteminde belli zorluklarla karşılaşmaktadır. Nitekim Roma Statüsü, bir kişinin savaş suçlarından sorumlu tutulabilmesi için maddi unsurların yanında manevi unsurlar (*mens rea*) da aramaktadır. Statü’de failin fiilin sonuçlarının farkında olması⁹⁴ ve bu fiili işlemeye niyetinin olması aranmaktadır⁹⁵. Bu değerlendirme, bir tam otonom silahın sorumluluğuna gitmenin de zorluğuna dikkat çekmektedir.

Bununla birlikte doktrinde *mens rea* standardın biraz düşürülmesi ve “anlaşılmaz pervasızlık” adı verilen durumun kabul edilmesi yönünde bir öneri yapılmıştır. Bu kapsamda fail, “*davranışının riskli olduğunu bildiği ancak riskin belirli nedenlerini fark etmediği veya bilinçli olarak göz ardı ettiği*” durumlarda pervasız hareket etmiş kabul edilecek ve sorumlu olacaktır⁹⁶. Ne var ki bu görüş genel olarak eleştirilmektedir çünkü mevcut uluslararası ceza sistemine oldukça ters düşmektedir⁹⁷.

Son olarak belirtmek gerekir ki Roma Statüsü’nün 75(2) maddesi söz konusu suçtan zarar gören mağdurlar için belli bir tazminata hükmedilebileceğini düzenlemektedir⁹⁸. Bu durum otonom silahlar tarafından verilen zararlar için de söz konusu olacaktır ve mağdurlar söz konusu faillerden zararlarının giderilmesini isteyebilecektir. Elbette, devletler kendi iç düzenlemelerinde bunun usulünün ne şekilde olacağına karar verebilir⁹⁹.

Yukarıdaki bilgiler dikkate alındığında, uluslararası ceza hukuku sistemi kapsamında belirli kişilerin sorumluluğunun esas alındığını ve bunların sorumluluğu için de belli koşulların arandığını görmekteyiz. Bu durumda robotların faaliyetlerinden dolayı bireysel cezai sorumluluğun doğabilmesi için robotların faaliyetlerinin bir emir komuta zinciri altında bu kişilere atfedilebilmesi gerektiğini söyleyebiliriz. Bunun sonucunda sorumlu bulunan kişiler Roma Statüsü kapsamında sorumlu tutulabilir. Ancak bunun için otonom silahın gerçekleştirdiği ihlalin Roma Statüsü altında düzenlenen suçlardan birinin kapsamına girmesi gerekir.

SONUÇ

Yaşanan teknolojik gelişmeler otonom sistemler nezdinde farklılıklara yol açtığı için gelişmelerin muhtemel sonuçlarının tahmin edilmesi zor olabilmektedir. Bu sebeple günümüzde silahlı çatışmalarda kullanılan silahlarda belli bir yere kadar insan kontrolünün var olması yerinde olacaktır. Bu kontrolün genel bir sonucu olarak da sorumluluğun atfedilebilmesi nispeten daha kolay olacaktır.

Savaş suçlarından bireysel cezai sorumluluğu tartışırken Roma Statüsü’nün hükümleri kapsamı bir değerlendirme yapılması gerekir. Uluslararası hukuk bağlamında savaş suçları, yukarıda da belirtildiği üzere, silahlı çatışmaların başladığı zamandan itibaren gerçekleşen ihlaller açısından tartışılabilir. Bu da silahlı çatışma süreci öncesi söz konusu ihlallere herhangi bir şekilde dâhil olan kişilerin sorumluluğunun doğmasını zorlaştırmaktadır. Silahlı çatışma sırasında ise Roma Statüsü’nde belirtilen failer sorumlu tutulabilecektir. Bu kapsamda öncelikle komuta sorumluluğu ve üstün sorumluluğu gündeme gelebilir. Sorumlu kişinin belirlenmesinde özellikle robot üzerindeki kontrol dikkate alınmakla birlikte söz konusu kontrol, robotun yapısı ve özellikleri dikkate alınarak farklılık gösterebilmektedir.

⁹² Daha fazla bilgi için bkz. AMOROSO, s. 21.

⁹³ SASSÓLI, s. 324.

⁹⁴ UCM Elements of Crimes m. 8(2)(b)(i), 8(2)(b)(ii).

⁹⁵ Roma Statüsü m. 30(2)(a).

⁹⁶ CROOTOF, s. 317.

⁹⁷ AMOROSO, s. 21.

⁹⁸ Roma Statüsü m. 75(2).

⁹⁹ Daha fazla bilgi için bkz. YEUNG, s. 22.

Devlet sorumluluğunun doğabilmesi için ise daha geniş kapsamlı bir değerlendirme yapılabilir. Nitekim UİH'un hükümleri dışında başka uluslararası ihlaller de gündeme gelebilir ve insan hakları kuralları veya uluslararası hukukun genel nitelikli normları devreye girebilir. Bu durumda otonom silahların uluslararası hukuk bağlamında gerçekleştirdiği ihlaller Taslak Maddeler'in ilgili hükümleri uyarınca devlete atfedilebildiği hâllerde devletin sorumluluğu gündeme gelecektir.

KAYNAKÇA

- AKKURT, Sinan Sami: “Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2019, Sayı 13, s. 39-59.
- AMBOS, Kai: *Treatise on International Criminal Law, Volume 2: The Crimes and Sentencing*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- AMOROSO, Daniele: “Jus in bello and jus ad bellum arguments against autonomy in weapons systems: A reappraisal”, *Questions of International Law (QIL)*, 2017, Cilt 43, s. 5-31.
- Article 36: *Killer Robots: UK Government Policy on Fully Autonomous Weapons*, United Kingdom, 2013 (https://article36.org/wp-content/uploads/2013/04/Policy_Paper1.pdf, ET: 22.03.2022).
- The European Parliament’s Legal Affairs Committee: *European Civil Law Rules Inrobotics*, 2016 ([https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU\(2016\)571379_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU(2016)571379_EN.pdf), ET: 23.03.2022).
- BARNIDGE, Robert P.: “The Due Diligence Principle Under International Law”, *International Community Law Review*, 2006, Cilt 8, s. 81-121.
- BM Genel Kurulu: Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Christof Heyns, A/HRC/23/47, 2013 (<https://digitallibrary.un.org/record/705553>, ET: 12.01.2023).
- BM: Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects, No: CCW/GGE.1/2017/CRP.1, 2017 ([https://docs-library.unoda.org/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_-_Meeting_of_High_Contracting_Parties_\(2017\)/2017_CCW_GGE.1_2017_CRP.1_Advanced_%2Bcorrected.pdf](https://docs-library.unoda.org/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_-_Meeting_of_High_Contracting_Parties_(2017)/2017_CCW_GGE.1_2017_CRP.1_Advanced_%2Bcorrected.pdf), ET: 21.12.2022).
- BMGK: Eski Yugoslavya Uluslararası Mahkemesi Statüsü, 2009 (https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf, ET: 22.03.2022).
- BMGK: Resolution No. S/RES/1970, 2011 (https://www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/pdf_2011_02/20110927_110226-UNSCR-1970.pdf, ET: 22.04.2022).
- BMGK: Resolution No. S/RES/1593, 31 Mart 2005 (<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/N0529273.pdf>, ET: 22.04.2022).
- BMGK: Rome Statute of the International Criminal Court (Roma Statüsü), 17 Haziran 1998 (<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>, ET: 12.01.2023).
- CARON, Jean-François: “Defining Semi-autonomous, Automated and Autonomous Weapon Systems in Order to Understand their Ethical Challenges”, *Digital War*, 2020, Sayı 1, s. 173-177.
- CASSESE, Antonio: “The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia”, *European Journal of International Law*, 2017, Cilt 18, Sayı 4, s. 649-668.
- CROOTOFF, Rebecca: “A Meaningful Floor for ‘Meaningful Human Control’”, *Temple Int’l & Comp. L.J.*, 2016, Cilt 30, Sayı 1, s. 53-62.
- Daimî Uluslararası Adalet Divanı: Case Concerning the Factory at Chorzow (Germany v. Poland), 26 Haziran 1927, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A-No. 9, Collection of Judgments, A.W. Sijthoff’s Publishing Company, 1927.
- DUNLAP, Charles J.: “Accountability and Autonomous Weapons: much a do about nothing?”, *Temple International & Comparative Law Journal*, 2016, Cilt 30, s. 63-76.
- European Union (EU): Directorate-General for External Policies of the Union Directorate B Policy Department MELZER, Nils: “Directorate-general for External Policies of the Union, Directorate Policy Department, Human Rights Implications of the Usage of Drones and Unmanned Robots in Warfare”, (Ed.) Pia VAN-NESTE, 2013.
- FORD, Christopher M.: “Autonomous Weapons and International Law”, *South Carolina Law Review*, 2017, Cilt 69, Sayı 2, s. 413-477.

- Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights: *Autonomous Weapon Systems under International Law*, Academy Briefing No. 8, 2014.
- GÜNEYSU, Gökhan: *Otonom Silah Sistemleri: Bir Uluslararası Hukuk İncelemesi*, Nisan Yayınları, Eskişehir, 2022.
- ICRC: Customary IHL Databas, Volume II, Chapter 40, Section A, m. 139 (https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule139, ET: 31.08.2022).
- ICRC: ICRC Position on Autonomous Weapon Systems, ICRC Position and Background Paper, 2021 (<https://www.icrc.org/en/document/icrc-position-autonomous-weapon-systems>, ET: 22.12.2022).
- JAIN, Neha: “Autonomous Weapons Systems: New Frameworks for Individual Responsibility”, (Ed.) BHUTA, Nehal / BECK, Susanne / GEIß, Robin / LIU, Hin-Yan / KREß, Claus: *Autonomous Weapons Systems: Law, Ethics, Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, s. 303-324.
- KOLB, Robert / HYDE, Richard: *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Hart Publishing, Oxford-Portland Ore, 2008.
- LIPTÁK, Béla: *Can we control robots?* (<https://www.controlglobal.com/articles/2019/can-we-control-robots/>, ET: 21.03.2022).
- MELZER, Nils: *International Humanitarian Law a Comprehensive Introduction*, IHL Handbook, International Committee of the Red Cross (ICRC), Cenevre, 2016.
- ROFF, Heather M.: “Meaningful Human Control, Artificial Intelligence and Lethal Autonomous Weapons”, *Briefing paper prepared for the Informal Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems, UN Convention on Certain Conventional Weapons*, 2016, s. 1-6.
- SASSÓLI, Marco: “Autonomous Weapons and International Humanitarian Law: Advantages, Open Technical Questions and Legal Issues to be Clarified”, *International Law Studies*, 2014, Cilt 90, s. 308-338.
- SCHARRE, Paul: *İnsansız Ordular, Katil Robotlar, Otonom Silahlar ve Makine Savaşları*, (Çev.) ÇETİNALP, Kutsi Aybars, 2. Baskı, Kronik Yayınları, İstanbul, 2021.
- SCHULLER, Alan L.: “At the Crossroads of Control: The Intersection of Artificial Intelligence in Autonomous Weapon Systems with International Humanitarian Law”, *Harvard National Security Journal*, 2017, Cilt 8, Sayı 1, s. 379-425.
- The International Committee of the Red Cross (ICRC): Expert Meeting, “*Autonomous Weapon Systems Technical, Military, Legal and Humanitarian Aspects*”, 2014.
- United Kingdom (UK) Ministry of Defence: *The UK Approach to Unmanned Aircraft Systems*, Joint Doctrine Note 2/11, 2011 (<https://www.law.upenn.edu/live/files/3890-uk-ministry-of-defense-joint-doctrine-note-211-the>, ET: 22.03.2022).
- UCM: *Elements of Crimes*, 2011 (<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>, ET: 12.01.2023).
- Uluslararası Hukuk Komisyonu, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, No. 10 (A/56/10), 2001 (Taslak Maddeler).
- United States (US) Department of Defense Directive, Part 2, No: 3000.09, 21 Kasım 2012, Değişiklik 1, 05.08.2017 (https://irp.fas.org/doddir/dod/d3000_09.pdf, ET: 22.03.2022).
- VAN DEN HOVEN, Jeroen / DE SIO, Filippo Santoni: “*Meaningful Human Control Over Autonomous Systems: A Philosophical Account*”, *Frontiers in Robotics and AI*, 2018, Cilt 5, s. 1-14.
- YEUNG, Karen: “A Study of the Implications of Advanced Digital Technologies (Including AI Systems) for the Concept of Responsibility within a Human Rights Framework”, Committee of Experts on Human Rights Dimensions of Automated Data Processing and Different Forms of Artificial Intelligence, 2018 (<https://ssrn.com/abstract=3286027>, ET: 22.03.2022).



Kamu Kurum ve Kuruluşları Zararına Dolandırıcılık Suçu (TCK m. 158/1-e)^(*)



Fraud of Damage to Public Institutions and Organizations (TPC Art. 158/1-e)

Uğur ARSLAN



Avukat, Doktor
Ankara Barosu

Anahtar Kelimeler

*Kamu Kurumları,
Kamu Kuruluşları,
Aldatma,
Hile,
Dolandırıcılık Suçu.*

Öz

2019 yılı sonunda ortaya çıkan ve tüm dünyayı etkisi altına alan Covid-19 salgını sadece birçok insanın ölümüne değil, aynı zamanda dünya ekonomisinde olumsuzluklara neden olmuştur. Salgın nedeniyle üretimde ve lojistikte yaşanan aksamalar fabrikaların üretime ara vermesine, arz sıkıntısına ve fiyat artışlarına neden olmuştur. Uzmanlara göre küresel enflasyonun beklenenden daha uzun süre yüksek seyretmesi birçok ülkede resesyon ihtimalini artırmaktadır. İktisadi darboğazlar, enflasyon ve resesyon gibi süreçler işsizliğin artmasına bununla beraber de suç oranlarının yükselmesine yol açmaktadır. Hırsızlık, yağma ve dolandırıcılık gibi suçlar da özellikle böyle dönemlerde artışa geçmektedir. Nitekim 2021 yılı itibarıyla bu üç suç Türkiye’de en fazla işlenen suçlar olarak istatistiklerde yerlerini almıştır. Kamu kurumları zararına dolandırıcılık suçu mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 504/4 maddesinde meri TCK’da ise madde 158/1-e’de düzenlenmiştir. Kamu hazinesinin korunmasının hedeflendiği bu suç bakımından suçun konusu ve suçun oluşması için aranan diğer şartlar basit dolandırıcılık suçu ile aynı olup tartışmaların hilenin niteliği ve içtima konusunda yoğunlaştığı görülmektedir.

Keywords

*Public Institutions,
Public Establishments,
Deception,
Lie,
Fraud Crime.*

Abstract

The Covid-19 epidemic, which emerged at the end of 2019 and affected the whole world, caused not only the death of many people, but also negativities in the world economy. The disruptions in production and logistics due to the epidemic affected the public and private sectors, and the interruption of production by the factories caused supply shortages and price increases. According to experts, global inflation remains high for longer than expected, increasing the likelihood of recession in many countries. Processes such as economic bottlenecks, inflation, and recession lead to an increase in unemployment and an increase in crime rates. Crimes such as theft, looting and fraud increase especially in such periods. As a matter of fact, as of 2021, these three crimes took their places in the statistics as the most committed crimes in Türkiye. The crime of fraud to the detriment of public institutions is regulated in article 504/4 of the Turkish Penal Code (TPC) numbered 765, and in article 158/1-e of the Turkish Penal Code. The subject of the crime aimed at protecting the public treasury and the other conditions sought for the perfection of the crime are the same as for the simple fraud crime. In terms of this crime, it is seen that the discussions especially focus on the nature of cheating and aggregation.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 07.11.2022, Kabul Tarihi: 26.01.2023.

GİRİŞ

Günümüzde kamu kurum ve kuruluşları zararına dolandırıcılık suçu olarak nitelendirilebilecek çok çeşitli fiillerin meydana geldiği; üstelik bu suçun ihaleye ve edimin ifasına fesat karıştırma, vergi kaçakçılığı ve belgede sahtecilik gibi birçok suçla iç içe geçtiği/içtima ettiği görülmektedir. Sosyal Güvenlik Kurumundan (SGK) engelli maaşı almak için sahte sağlık raporu almak, sahte engelli raporu ile özel tüketim vergisi (ÖTV) olmadan araç almak, sahte reçete düzenlemek suretiyle SGK'yı zarara uğratmak, kamu ihalelerinde ihale konusu malın değerini gerçek değerinden yüksek göstermek suretiyle kamu idaresini zarara uğratmak, işveren prim desteği almak için SGK'lı çalışan göstermek gibi eylemler bu kabildendir. Kanun koyucu bu gibi suçların önüne geçebilmek ve kamu hazinesini korumak için kamu kurum ve kuruluşları zararına işlenen dolandırıcılık suçunu, basit dolandırıcılık suçunun nitelikli hâli olarak, Türk Ceza Kanunu'nda¹ (TCK) düzenlenmiştir.

Öğretide dolandırıcılık suçu ile ilgili hayli geniş bir literatürün varlığı malumdur. Öte yandan salt kamu kurum ve kuruluşları zararına dolandırıcılık suçunu ele alan makale, tez veyahut çalışmaya rastlanılmaması bu makalenin yazılması konusunda belirleyici etkenlerden biri olmuştur. Bu çalışma yapılırken (hile unsuru ve içtima gibi) tartışmaların yoğunlaştığı noktalara, mevzuattaki çelişkili veyahut eksik görülen hususlara, öğreti ve uygulama arasındaki farklılıklara (konu ile ilgili güncel içtihatlarla da yer verilerek) değinilmiş ve bu şekilde konunun daha iyi anlaşılması, belirsiz noktaların aydınlatılması ve ortaya koyulması hedeflenmiştir.

I. DOLANDIRICILIK SUÇU

TCK'nın "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı 2. kısmının "Malvarlığına Karşı Suçlar" başlıklı 9. bölümünde yer alan dolandırıcılık suçu, "*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak*" şeklinde tanımlanmıştır. Suçun basit hâli TCK m. 157'de, nitelikli hâli TCK m. 158'de, daha az cezayı gerektiren hâli ise TCK m. 159'da düzenlenmiştir.

TCK'daki malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında bulunan dolandırıcılık suçunun esasını failin hilesi oluşturmaktadır. Fail kurnazlığı, plan yapma, tasarlama ve ikna kabiliyeti ile mağdurun tecrübesizliğinden, dikkatsizliğinden faydalanarak haksız menfaat elde etmektedir. Bu suçta fail, hileli hareketlerle mağduru hakikatten uzaklaştırarak kendi isteği doğrultusunda yönlendirmekte ve malvarlığı üzerinde mağdurun tasarruflarını sağlamaktadır. Failin hileli davranışlarıyla yalnızca mağdurun veya suçtan zarar görenin malvarlığı zarar görmemekte bunların iradeleri de sakatlanmaktadır. Bu husus madde gerekçesinde "... *aldatıcı nitelik taşıyan hareketlerle, kişiler arasındaki ilişkilerde var olması gereken iyi niyet ve güven ihlal edilmektedir. Bu suretle kişinin irade serbestisinin etkilenmekte ve irade özgürlüğü ihlâl edilmektedir.*" ifadeleriyle açıklanmıştır².

II. NİTELİKLİ HÂL: KAMU KURUM VE KURULUŞLARI ZARARINA DOLANDIRICILIK SUÇU (TCK m. 158/1-e)

A. Kamu Kurum ve Kuruluşları Terimi

1. Genel Olarak

Bu çalışmanın konusu oluşturan suçun yer aldığı TCK'nın 158. maddesinin 1-e fıkrasındaki "*kamu kurum ve kuruluşları*" ibaresinden ne anlaşılması gerektiği net bir biçimde ortaya koyulması iktiza etmektedir. Türkiye Radyo Televizyon Kurumu (TRT), SGK ve üniversiteler gibi yapılardan oluşan kamu kurumlarının ne olduğu konusunda bir belirsizlik yoktur. Belirsizlik, kamu idarelerinin de mad-

¹ 12.10.2004 tarihli ve 25611 sayılı Resmî Gazete.

² ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Cilt 1*, 20. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017 (2017), s. 374.

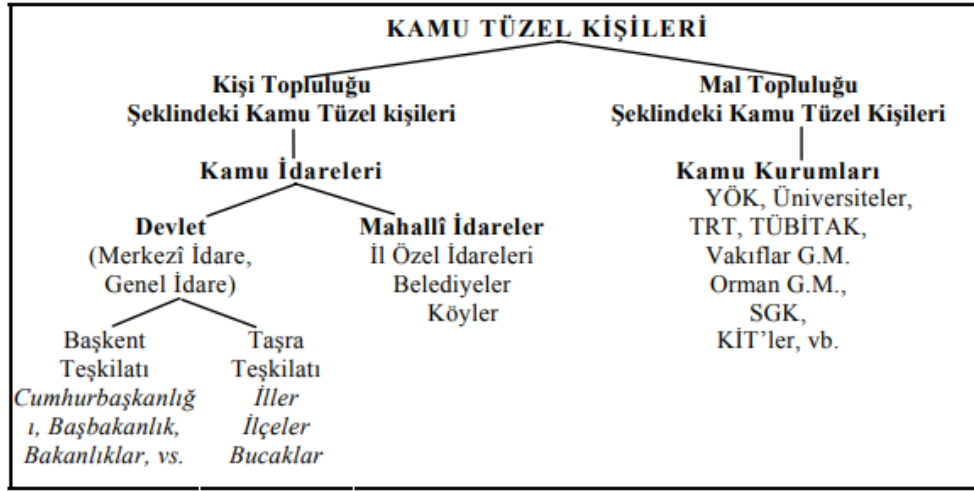
de kapsamında olup olmadığı ve kamu kuruluşları teriminden tam olarak ne anlaşılması gerektiği noktasında toplanmaktadır. Bu başlık altında bahse konu soru işaretlerine cevap bulunmaya çalışılacaktır.

2. Kamu Kurumları ve Kamu İdareleri

Kamu kurumları, bir kamu idaresi tarafından kurulan ve kamu idaresinin vesayetine tabi, özerk ve muayyen uzmanlık alanlarında faaliyet gösteren kamu tüzel kişilikleri olarak tanımlanmıştır³. Bir diğer tanıma göre ise kamu kurumu, muayyen bir ya da birkaç kamu hizmetini ya da faaliyetini icra etmekle görevli, tüzel kişiliği haiz idare teşkilatıdır⁴. Kamu tüzel kişiliğini haiz olmak ve idarî ve malî açıdan özerklik kamu kurumu olmanın tipik özelliği olduğu ifade edilmiştir⁵.

Kamu kurumları mal topluluğu biçiminde organize edilmişlerdir⁶. Kamu kurumları kanunla ya da kanunun açıkça verdiği yetkiye istinaden idari işlemlerle kurulup düzenlenirler. Bunlar, belirli ve özel faaliyette bulunurlar (özellik ve özgüleme). Başka bir söyleyişle, kamu idarelerinden farklı olarak, kamu kurumlarının faaliyet konusu belirli bir kamu hizmeti ya da faaliyetidir⁷. Bunların neveleri ve nicelikleri Anayasa ile sınırlandırılmamış olduğundan idare bu konuda geniş bir takdir yetkisiyle hareket edebilir⁸.

Öğretide kamu kurumları, idari, sosyal, bilimsel ve iktisadi kamu kurumları başlıkları altında incelenmektedir. Orman Genel Müdürlüğü (OGM) ve Karayolları Genel Müdürlüğü (KGM) idari kamu kurumlarına, Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü (ÇAYKUR), Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. (BOTAS) ve Makine Kimya Endüstrisi Kurumu (MKE) iktisadi kamu kurumlarına, SGK sosyal kamu kurumlarına ve Türkiye Bilimler Akademisi (TÜBA) ise bilimsel kamu kurumlarına örnek olarak verilebilir⁹.



Tablo 1: Kamu idareleri ve kamu kurumları¹⁰

³ GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: *İdare Hukuku Dersleri*, 23. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2021, s. 208.

⁴ ONAR, S. Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt II, 3. Baskı, İstanbul Tercüme ve Neşriyat Bürosu, İstanbul, 1966, s. 1002.

⁵ GÖZLER, Kemal: "5018 ve 6085 Sayılı Kanunlarda Bazı İdare Hukuku Terimlerinin Yanlış Kullanımı Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt 60, Sayı 4, s. 847.

⁶ GÖZLER / KAPLAN, s. 207.

⁷ ONAR, s. 1004-1005.

⁸ AĞAR, Serkan: "Kamu Kurumları (Hizmet Yerinden Yönetim Kuruluşları) Teorisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, Sayı 65, s. 292.

⁹ GÖZLER / KAPLAN, s. 233 vd.

¹⁰ GÖZLER, s. 843.

Kamu kurumlarının hangileri olduğu 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu I, II, III ve IV sayılı cetvellerde sıralanmıştır. Anılan cetvellerde genel ve özel bütçeli idareler ile düzenleyici ve denetleyici kurumlar ve sosyal güvenlik kurumlarının yer aldığı görülmektedir. Genel bütçeli idareler devlet tüzel kişiliğine dâhil olan ve 5018 sayılı Kanun ekli (I) sayılı cetvelde gösterilen TBMM ve yüksek mahkemeler dışında yer alan kurumlardır. Söz gelimi, bakanlıklar, Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK), Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği, Diyanet İşleri Başkanlığı (DİB) bu kabildendir. Özel bütçeye tabi olan idareler ise muayyen bir kamu hizmetinin ifası için kurulan, bütçesi olan, özel kanunları olan ve 5018 sayılı Kanun'a ekli (II) sayılı cetvelde gösterilen kurumlardır. Yükseköğretim Kurulu (YÖK), Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM), Savunma Sanayi Başkanlığı (SSB), KGM, OGM, Maden Tetkik Arama Genel Müdürlüğü (MTA) ve Türk Standartları Enstitüsü (TSE) gibi idareler bunlara örnek olarak gösterilebilir. Radyo Televizyon Üst Kurulu (RTÜK), Enerji Piyasası Denetleme Kurumu (EPDK), Kamu İhale Kurumu (KİK), Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) ise 5018 sayılı Kanun'a ekli (III) sayılı listede gösterilen düzenleyici ve denetleyici kurumlardır. SGK ve Türkiye İş Kurumu ise (IV) sayılı cetvelde yer almaktadır. Bunlar dışında, İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi (İSKİ), İstanbul Elektrik Tramvay ve Tünel İşletmeleri Genel Müdürlüğü (İETT) ve Ankara Elektrik, Havagazı ve Otobüs İşletme Müessesesi Genel Müdürlüğü (EGO) gibi belediye şirketleri, ÇAYKUR gibi Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve Güneydoğu Anadolu Projesi (GAP) İdaresi gibi bölgesel yapılar da kamu kurumu statüsünde olduğundan¹¹ bunlar da TCK m. 158/1-e kapsamında değerlendirilebilir¹².

Kamu idareleri gerçek kişilerin belli bir amaç doğrultusunda bir araya gelmesiyle oluşturdukları topluluklardır. Bunlar *numerus clausus* ilkesine tabi olup Anayasa'da ve mevzuatta sınırlı sayıda düzenlenmişlerdir¹³. Kamu idareleri “devlet” ve “mahallî idareler” başlıkları altında tasniflenmektedir¹⁴. Başkent teşkilatında yer alan bakanlıklar, taşra teşkilatındaki bucaklar, mahalli idareler başlığı altındaki belediyeler kamu idarelerine örnek olarak verilebilir¹⁵.

Gerek öğretide gerekse de Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere belediyeler, bakanlıklar ve bakanlıkların il teşkilatları gibi yapıların oluşturduğu kamu idarelerine karşı işlenen dolandırıcılık suçlarının TCK m. 158/1-e kapsamında olduğuna kuşku yoktur. Mesela failin tarım il müdürlüğüne karşı irtikap ettiği dolandırıcılık filli bu kabildendir¹⁶.

¹¹ GÖZLER / KAPLAN, s. 215.

¹² MALKOÇ, İsmail: *Açıklamalı - İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, 3. Baskı, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2008, s. 1410-1411. “Matbaa sahibi olan sanık ... ile temiz dışı sanık ...'un Mersin Büyükşehir Belediyesi'ne ait otobüs biletlerini sahte olarak basıp sanık ...'a verdikleri, adı geçen sanık tarafından da satmaları amacıyla diğer temiz dışı sanıklar ...'e dağıtıldığı, yapılan fiziki ve teknik takip sırasında kolluk görevlilerinin sanıklar ... ve ...'den satın aldıkları biletlerin sahte çıktığı, ayrıca sanıklar ..., ..., ...'ten sahte biletler ele geçirildiğinin iddia edildiği somut olayda, dosya kapsamında toplanan delillere göre; sanıkların üzerlerine atılı suçu işlediklerinin sabit olduğuna ilişkin mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yargıtay, 15. CD, T. 18.02.2021, E. 2020/10575, K. 2021/1625.

¹³ DURAN, Lütfi: *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982, s. 55

¹⁴ GÖZLER, s. 839.

¹⁵ Öğretideki “kamu kurumları” ve “kamu idareleri” biçiminde yapılan ayrımla 5018 sayılı Kanun'un ekli cetvellerinde yapılan tasnifin örtüşmediği görülmektedir. Söz gelimi, mahalli idarelerin genel yönetim içinde gösterilmesi, kamu tüzel kişiliğini haiz özerk bütçeli bir kamu kurumu olan SGK'nın, 5018 sayılı Kanun'a ekli (IV) sayılı cetvelde genel yönetim kapsamındaki “kamu idaresi” olarak gösterilmesi ve aynı yanlışlığın Kanun'un 3/a maddesinde mahalli idareler açısından da yapılması, benzer biçimde, 5018 sayılı Kanun'a ekli I sayılı cetvelde kendilerine has bir tüzel kişiliği olmayan ve devlet tüzel kişiliği içinde yer alan merkezî idarenin parçaları olan TBMM, Cumhurbaşkanlığı, bakanlıklar, Anayasa Mahkemesi, Emniyet Genel Müdürlüğü (EGM), DİB gibi yapıların (kamu idaresinin parçaları veya birimleri olduğu hâlde) “merkezî yönetim kapsamında kamu idaresi” olarak gösterilmesi yine II ve III sayılı cetvellerdeki [Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü (TODAİE), TÜBA, KGM, OGM, üniversiteler, SPK, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) gibi] kamu kurumlarının “kamu idaresi” olarak gösterilmesi öğretide eleştiri konusu olmuştur. Bkz. GÖZLER, s. 846-847.

¹⁶ “Sanığın, tapuda kayıtlı arazisi üzerinde pamuk ekimi yapmadığı halde destekleme priminden faydalanmak amacıyla bu primin alınmasına yarar ilgili belgeleri hazırladığı, gerçek dışı beyanda bulunduğu, alınan bilirkişi raporlarına göre, ilgili alanda gösterilen parsellerde pamuk bitkisinin ekilmediğinin tespit edildiği, bu şekilde sanığın pamuk ekmediği halde 8.274.00 TL pamuk desteklemesi alarak üzerine atılı kamu kurum ve kuruluşlarının zararına dolandırıcılık suçunu işlediği iddia edilen olayda; sanık savunması, tanıklar beyanı, bilirkişi raporları, banka belgeleri, tutanaklar, tapu kayıtları, suça konu başvuru ve ilgili belgeler ile dosya kapsamından, sanığın üzerine atılı suçun işlendiğine dair yeterli delil bulunmadığına yönelik mahkemece verilen beraat hükmünde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yargıtay, 15. CD, T. 14.01.2021, E. 2017/29217, K. 2021/258.

2. Kamu Kuruluşları

Gerek Anayasa gerekse de kanunlar düzleminde, meri mevzuatımızda “*kamu kurum ve kuruluşları*” ifadesinin yer aldığı birçok hüküm mevcuttur. Söz gelimi Anayasa’nın haberleşme hürriyetinin düzenlendiği 22. maddesinde, “Partilere girme ve partilerden ayrılma başlıklı” 68. maddesinde, “Milletvekili seçilme yeterliliği” başlıklı 76. maddesinde, “Devlet Denetleme Kurulu” başlıklı 108. maddesinde, “Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları” başlıklı 135. maddesinde “*kamu kurum ve kuruluşları*” ibaresi kullanılmaktadır¹⁷. Keza 3836 sayılı Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Birbirlerine Olan Borçlarının Tahkimi Hakkında Kanun, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu, 5393 sayılı Belediye Kanunu, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu ve 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu gibi düzenlemelerde de bahse konu kalıplaşmış ifadenin kullanıldığı görülmektedir. Yeni tarihli sayılabilecek 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nde de söz konusu ifade yer almış, 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nde hiyerarşik olarak bakanlıkların altında örgütlenmiş yapılar “kuruluş” olarak adlandırılmıştır.

Bir düşünceye göre hukukumuzda dört çeşit kamu kuruluşu vardır. Bunlar, “bakanlık bağlı kuruluşları”, “bakanlık ilgili kuruluşları”, “kamu iktisadî kuruluşları” ve “meslek kuruluşları” olarak sayılmıştır¹⁸. Barolar, tabip odaları, ticaret ve sanayi odaları gibi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları (meslek örgütleri) Anayasa’nın 135. maddesinde, kamu iktisadi kuruluşları 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de düzenlenmiştir. Bağlı ve ilgili kuruluşlar ise yukarıda ismi geçen 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nde ve her bakanlığın kendi mevzuatında düzenlenmiştir. OGM Tarım ve Orman Bakanlığının bağlı kuruluşuna Et ve Süt Kurumu Genel Müdürlüğü de aynı bakanlığın ilgili kuruluşuna örnek olarak gösterilebilir.

Kamu kuruluşları kurulma şekilleri bakımından kanunların verdiği özel yetkiye dayanarak kamu tüzel kişileri tarafından kurulsalar da kendileri ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip olabilir. Bu nedenle mezkûr kuruluşlar kamu kurumu olarak değerlendirilmektedir¹⁹. Buna karşın ayrı birer tüzel kişiliği olmayan kuruluşlar da söz konusu olabilir. Meslek örgütleri kamu tüzel kişiliğini haiz iken, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nde “Kurum ve Kuruluşlar” başlığı altında gösterilen Devlet Arşivleri Başkanlığı, Devlet Denetleme Kurulu, DİB, İletişim Başkanlığı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği, Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı, Strateji ve Bütçe Başkanlığının tüzel kişiliklerinin olmadıkları görülmektedir. Öğretide bu yapılar kamu idaresinin parçaları veya birimleri olarak tanımlanmaktadır²⁰.

Kamu kuruluşları çoğunlukla kamu hukukuna tabi olmakla birlikte özel hukuk hükümlerine tabi olarak da faaliyet gösterebilirler. Kamu hukuku kurallarına tabi olup hizmetten yararlananlarla aralarındaki ilişki bakımından -abonelik sözleşmesi gibi- özel hukuka tabi olan kimi yapılar da kamu kuruluşu olarak adlandırılabilir. Söz gelimi, İSKİ ve ASKİ gibi belediye şirketleri bu kabildendir.

“Kuruluş” terimi bakımından üzerinde uzlaşa sağlanmış bir tanımın bulunmadığı görülmektedir. Nitekim kamu kuruluşlarının fonksiyonlarına, idari teşkilattaki yerlerine, yapılarına ve statülerine ilişkin literatürdeki açıklamaların tatmin edici olduğunu söylemek zordur. Bürokraside olduğu gibi öğretilerde de mezkûr terimin kalıp hâlinde “kamu kurum ve kuruluşları” olarak kullanıldığı görülmektedir. TDK Güncel Türkçe Sözlük’te kuruluş sözcüğü, “*Topluma hizmet, üretim, tüketim vb. amaç ve görevlerle kurulan her şey, tesis*” şeklinde tanımlanırken kurum, “*Evlilik, aile, ortaklık, mülkiyet gibi köklü*

¹⁷ 1961 Anayasası’nda “*kamu kurum ve kuruluşları*” ibaresi yoktur.

¹⁸ GÖZLER, s. 868; GÜNDAY, Metin: *İdare Hukuku*, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017, s. 566 vd. 6085 sayılı Sayıştay Kanunu’nun 2. maddesinin (i) bendine göre kuruluşlar “kamu idaresi” başlığı altında tariflenmiştir: “*Kamu idaresi: Kamu veya özel hukuk hükümlerine tabi olup olmadığına bakılmaksızın Sayıştay denetimine tabi tüm idare, kuruluş, müessese, birlik, işletme, bağlı ortaklık ve şirketleri...*”. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nda üniversite, “*Bilimsel özerkliğe ve kamu tüzelkişiliğine sahip yüksek düzeyde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapan; fakülte, enstitü, yüksekokul ve benzeri kuruluş ve birimlerden oluşan bir yükseköğretim kurumudur.*” şeklinde tanımlanmış, kuruluş terimi üniversitelere bağlı ve altında yer alan birimler için kullanılmıştır. Aynı Kanun’un 6. maddesinde Yükseköğretim Kurulu ise “üst kuruluş” olarak tanımlanmıştır.

¹⁹ GÖZLER / KAPLAN, s. 236.

²⁰ GÖZLER, s. 846-847.

bir yapıyı içeren, genellikle devletle ilişkisi olan yapı veya birlik, müessese” olarak tanımlanmıştır²¹. Türk Hukuk Lügati’ne göre ise kuruluş, “iktisadi devlet teşekküllerine ait bir kanuna göre ticari sifata sahip bir tüzel kişi tarafından, özel hukuk hükümlerine tabi olarak idare edilen, kendilerine bağlı olmak ve tüzel kişiliği bulunmak üzere kurulan, sınırlı sorumlu teşebbüslerdir”²². Bu tanımda kamu kuruluşları kavramının, iktisadi devlet teşekkülleri çatısı altında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren ÇAYKUR ve BOTAŞ gibi ticari teşebbüslerle sınırlandırıldığı görülmektedir.

Özay’a göre “kuruluş” veya diğer ismiyle “hukuksal varlık” terimin herhangi bir tanımı yoktur²³. Bir başka düşünceye göre ise kamu kuruluşu kavramı kamu kurumları kavramının da üstünde bir üst başlık olup kamu tüzel kişiliği olmayan yapıları da ihtiva etmektedir. Diğer bir deyişle kamu kuruluşu kavramı genellikle kamusal usuller kullanmak suretiyle idari faaliyette bulunan idari teşkilattaki tüm yapıları ifade etmek için kullanılır²⁴. Bir diğer tanıma göre kamu kuruluşu, öğretilerdeki klasik idari teşkilat sınıflandırmasının dışında, kamu kurumlarının veya devlet tüzel kişiliğine dâhil idarelerin yürüttüğü kamu hizmetlerini yerine getirmek üzere kurulmuş alt kuruluşlardır. Bu tanıma göre bir üniversitenin çatısı altında faaliyet gösteren fakülteler veya yüksekokullar gibi ayrı kamu tüzel kişiliği olmayan ancak bir kamu tüzel kişisine bağlı olarak faaliyet gösteren alt birimler kamu kuruluşu olarak tarif edilebilir²⁵.

Kanaatimizce “kamu kurum ve kuruluşları” şeklindeki kullanım geçmişten kaynaklanan bir alışkanlıktır. Bu kullanım biçimi ile aslında kamu kurumları, kamu idareleri, bağlı kuruluşlar, ilgili kuruluşlar, kamu iktisadi kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile devlet teşkilatı içinde yer alan icra müdürlüğü, emniyet müdürlüğü, trafik tescil büro Amirliği ve nüfus müdürlüğü gibi kamu kurumları ve kamu idarelerinin altında örgütlenmiş tüzel kişiliği olmayan yapılar ve diğer birimler kastedilmektedir²⁶. Yerinden yönetim kuruluşlarının bir kısmı kamu kurumu bir kısmı da kamu idaresi çatısı altında örgütlendiğinden bunlar kamu kurum ve kuruluşları ifadesinin kapsamına girmemektedirler. Nitekim öğretilerde de bunlar “kamu kurumları” başlığı altında değerlendirilmektedir²⁷.

Bu çalışma kapsamında incelenen Yargıtay kararlarında kamu kuruluşu terimi ile ne kastedildiğine ilişkin bir açıklamaya rastlanılmamakla birlikte, kimi kararlarda bir kamu kurumuna *bağlı* veya bir kamu kurumu ile *ilgili* olan yapının “kuruluş” olarak nitelendirildiği görülmektedir²⁸.

²¹ TDK Güncel Türkçe Sözlük (<https://sozluk.gov.tr/>, ET: 03.01.2023).

²² Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügati*, Maarif Matbaası, Ankara, 1944, s. 253.

²³ ÖZAY, İlhan: *Günüşiğinde Yönetim*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 130-131.

²⁴ ULUSOY, Ali D.: *Türk İdare Hukuku Cilt 1*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 50.

²⁵ İSBİR, Kevser Begüm: *Kamu Tüzel Kişiliği*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2017, s. 556.

²⁶ “Suç tarihinde Vakıflar Genel Müdürlüğü...Vakıflar Bölge Müdürlüğü İntifa ve Sosyal Hizmetler Şube Müdürlüğünde özürü ve yetimlere maaş bağlanması ile ilgili bölümde memur olarak çalışan, ancak bağlanan aylıklar üzerinde muhafaza, denetim sarf ve tasarruf yetkisi bulunmayan sanığın 2006 yılından itibaren, katılanlar ... ve ... ile şikayetçi, ..., ... ve ... 'a ait bankomat kartlarını bu kişilere yönelik olarak sergilediği hileli davranışlarla elde ettiği ve söz konusu bankomat kartlarını kart sahiplerinin rızası olmaksızın kullandığı, yine kendilerine maaş bağlanan kişilerin maaşlarının kesilmesini gerektirici durumların ortaya çıkmasına rağmen hak sahipleri tarafından yapılan ödemelerin sonlandırılmasına yönelik talepleri işleme koymadığı ve bu durumdaki kişilerden aldığı bankomat kartlarını yine bu kişilerden öğrendiği şifreleri girmek suretiyle kullandığı, bu şekilde kesilmesi gerektiği halde yatmaya devam eden paraları bankamatikler aracılığı ile çekmeye devam ettiği, son olarak ... Vakıflar Bölge Müdürlüğü tarafından kendilerine maaş bağlanan kişilerle ilgili olarak tutulan listeye hak sahipleri dışında kendi yakını olan kişilere ait hesap numaralarını yazmak suretiyle bu kişiler adına yatırılması gereken paraların hak sahibi dışındaki kişilerin hesaplarına yatırılmasını sağladığı, sanığın bu eylemleri ile 9.983,76 TL kurum parası, 14.921,91 TL’de hak sahiplerine ödenmesi gereken para olmak üzere toplamda 24.915,67 TL parayı uhdesine geçirdiği tüm dosya kapsamından anlaşıldığından, zincirleme olarak nitelikli dolandırıcılık ve banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçlarının oluştuğuna yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yargıtay, 23. CD, T. 27.10.2016, E. 2016/11713, K. 2016/9128.

²⁷ GÖZLER, s. 868.

²⁸ “Sanıkların Muş ili Bulanık İlçesi idari sınırları içerisinde yer alan ... Şantiyesinde değişik zaman ve tarihlerde görev yaptıkları, gerçekte faturalarda adı geçen firmalarda ya da lokantalarda yemek yiyip bir bedel ödememelerine rağmen, yemek bedeli namı altında harcırah alabilmek için temin ettikleri sahte faturaları çalıştıkları yer şantiye sorumlusuna vermek sureti ile her ay sonunda Genel Müdürlüğün Ankara’daki merkezine ulaştırdıkları ya da bu yere posta ile gönderdikleri, ilgili aya ait ücret ödemelerinin de çalışan personelin banka hesaplarına yatırılmak sureti ile gerçekleştirildiği, katılan kurumca başlatılan idari soruşturma kapsamında maaş hesaplarına harcırah yatmış sanıklardan alınan paraların hesaplanarak faizi ile birlikte iadesinin talep edildiği, sanıkların büyük çoğunluğunun bu çağrıya uyarak aldıkları harcırah bedelini iade ettikleri, haksız yarar sağladıkları Türkiye Elektromekanik Sanayi Genel Müdürlüğünün 13/11/1975 gün 7/10907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile ana sözleşme ile kurulmuş 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri hakkında kanun hükmünde kararnameye tabi Türkiye Cumhuriyeti Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına bağlı bir kamu kuruluşu olması nedeniyle kamu kurum ve kuruluşlarının zararına dolandırıcılık ve özel belgede sahtecilik suçunu işledikleri iddia olunan somut olayda...” Yar-

Son tahlilde, TCK m. 158/1-e'deki “*kamu kurum ve kuruluşları*” ifadesinden anlaşılması gereken kamu kurumları ve kamu idarelerinden başka bir şey değildir. Suçun oluşması bakımından suçtan zarar gören kamu tüzel kişinin kişi topluluğu veya mal topluluğu olarak organize edilmiş olmasının bir önemi yoktur.

Yukarıda meslek örgütlerinin aslında birer kamu kurumu olduğu ifade edilmişti fakat bu örgütlerin malları kamusal mal olmadığından²⁹ meslek örgütleri, bunların ortaklığı ile kurulmuş şirketler, meslek örgütlerinin oluşturduğu birlikler ve meslek örgütlerinin altında faaliyet icra eden vakıflar TCK m. 158/1-e'de yer alan suçun kapsamında değildir. Kanun koyucu madde lafzında sarih olarak bu yapıların isimlerine yer vermeyerek bunlara karşı işlenen suçları kapsama almadığını, üstü kapalı olarak, belirtmiştir. Nitekim kamu kurum ve kuruluşlarının araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun düzenlendiği 158. maddenin (d) fıkrasında kamu kurum ve kuruluşları dışında “*kamu meslek kuruluşları*”, “*siyasi parti, vakıf veya dernek tüzel kişilikleri*” açık olarak sayılmıştır. Keza “Edimin ifasına fesat karıştırma” başlıklı TCK m. 236'da “*kamu kurum veya kuruluşları*” ibaresinden sonra kapsamına aldığı yapıları tek tek sayılmıştır³⁰.

Türk Medeni Kanunu ve 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu ile kurulan ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 4. maddesine göre özel hukuk tüzel kişisi olan sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları bu suçun kapsamı dışındadır³¹. İstisnai bir durum olarak Türk Kızılay Derneği, Engelliler Derneği ve Türk Hava Kurumu gibi vergi muafiyeti tanınmış kamu yararına çalışan dernekler bu suçun suçtan zarar göreni olabilir. Zira 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 27/son maddesi, “*Kamu yararına çalışan derneklerin mallarına karşı suç işleyenler Devlet malına karşı suç*

gıtay, 15. CD, T. 17.11.2020, E. 2018/9196, K. 2020/11532; “...Kısa adı KOSGEB olan Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığının, 3624 sayılı Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanun ile kurulduğu, adı geçen Kanununun 1. maddesinde, KOSGEB'in Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile ilgili bir Kamu Kuruluşu olduğunun belirtildiği, söz konusu Başkanlığın kamusal faaliyet yürüttüğü ve görevlilerinin kamu görevlisi oldukları cihetle...” Yargıtay, 5. CD, T. 10.09.2018, E. 2018/6700, K. 2020/5495; “Suça sürüklenen çocuğun, suç tarihi itibarı ile ... Lisesi öğrencisi olduğu, İstanbul Büyükşehir Belediyesi'ne başvurarak, öğrenci olması nedeniyle öğrenci kartı verildiği, olay tarihinde saat 14:37 ile 16:56 saatleri arasında Edirnekapı İstasyonunda Edirnekapı -Sultançiftliği Metro hattında ve yine aynı istasyonda Bağcılar-Kabataş tramvay hattında seyahat etmek isteyen ve seyahat kartı bulunmayan vatandaşlara öğrenci kartını kullandığı ve karşılığında ücret aldığı, bu işlemi Kabataş Bağcılar tramvay hattında 17 defa yaptığı, böylece kamu kuruluşu olan katılamı 60.75 TL zarara uğrattığı, bu surette nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediği iddia olunan somut olayda, ...” Yargıtay, 15. CD, T. 23.05.2019, E. 2018/2906, K. 2019/6258; “Şarkikaraağaç Sulama Birliğinin tüzel kişiliğe sahip bir kamu kuruluşu olduğu, birlikte görev yapan sanığın suç tarihinde yürürlükte bulunan 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanununun 3/j maddeleri kapsamında değerlendirilmeleri gerektiği...” Yargıtay, 5. CD, T. 30.06.2014, E. 2013/2865, K. 2014/7203. Yüksek Mahkeme'nin kimi kararlarında özensiz davrandığı, “kamu kurumu”, “kamu kuruluşu” terimleri ile aynı suçtan zarar gören yapıyı kastettiği görülmektedir: “Sanığın, 2006 yılında ... isimli şahsa yapmış olduğu bal satışı sonrasında almış olduğu sahte müstahsil makbuzunu kullanarak ... İl Tarım Müdürlüğü'nden 2.700 TL haksız destekleme primine hak kazandığı ve bu miktarın kendisine nakit olarak ödendiği, böylece kurumu yanılgıya düşürüp kendine menfaat temin etmek suretiyle kamu kuruluşunun zararına dolandırıcılık suçunu işlediği iddia edilen olayda...” Yargıtay, 15. CD, T. 20.11.2013, E. 2012/7364, K. 2013/17974.

²⁹ GÖZLER / KAPLAN, s. 246.

³⁰ “(1) Kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır... Söz konusu suç, kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırmak suretiyle işlenebilir. Bu bakımdan söz konusu suçun uygulama alanı sadece kamu kurum veya kuruluşlarına karşı girişilen taahhütlerin yerine getirilmesiyle sınırlı tutulmuştur.” Yargıtay, CGK, T. 16.06.2020, E. 2016/1114, K. 2020/288.

³¹ “Kırıkkale Valiliği Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfında sözleşmeli personel olarak çalışan ve vakfın müdürünün görevde olmadığı zamanlarda vekaleten müdürlük görevini de yürüten sanığın, vakıfça yardım yapılmasına karar verilen mağdurlara ait ödeme talimatı bilgisini içeren belgelerin paraların yatırıldığı banka hesabının bulunduğu Kırıkkale Vakıfbank Şubesi'ne ibraz edilecek nüshasına kendi adı olan “...’a ödeyiniz” şeklinde el yazısı ile yazıp imzasını atıp bu parafın üzerine vakfın mührünü bastuktan sonra ayrı ayrı belgelerle ve farklı zamanlarda bankadan toplam 5.350,00TL yardım parasını çektiği bu suretle kamu kurum ve kuruluşlarının zararına dolandırıcılık ve nitelikli resmi belgede sahtecilik suçlarını işlediği iddia edilen olayda; sanığın savunması, katılanlar ve mağdurlar beyanları, banka yazuları, belgeleri ile dosya kapsamından 5263 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanun ile 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu uyarınca il ve ilçelerde kurulan sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının mütevelli heyetlerinin teşkili 3294 Sayılı Yasanın 7. maddesinde, gelirleri 8. maddesinde, muafiyetler ise 9. maddesinde düzenlenmiş olup, vakfın niteliği, malları ve paraları hakkında özel bir hüküm bulunmadığı gibi anılan yasanın son maddesinde de vakfın Medeni Kanundaki hükümlere göre tescil edileceğinin belirtilmesi karşısında kamu gücü ayrıcalıkları bulunmadığından vakıflara ilişkin mevzuatın uygulanması gerektiği ve adı geçen vakıfların kamu kurumu ve kuruluşu olarak kabul edilemeyeceğinden belgelerinin de resmi sayılmayacağından sanığın eylemlerinin özel belgede sahtecilik ve banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle nitelikli dolandırıcılık suçlarını oluşturduğuna yönelik mahkemece verilen mahkumiyet hükümleri ve uygulamalarında bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yargıtay, 15. CD, T. 27.02.2019, E. 2018/8115, K. 2019/1429.

işlemiş gibi cezalandırılır.” hükmünü amir olup bu hüküm söz konusu dernek ve vakıflara karşı işlenen dolandırıcılık suçunu nitelikli hâle getirmektedir³².

B. Korunan Hukuki Değer

Dolandırıcılık suçu Kanun’da “Malvarlığına Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu suçlarda kanun koyucu malvarlığının korunmasını hedeflemiştir³³. Kamu kurum ve kuruluşlarının malları devlet hazinesinin bir parçası olduğu için TCK m. 158/1-e’de yer alan bu suçla korunan hukuki değer kamusal hazinesi olduğu söylenebilir³⁴.

C. Suçun Unsurları

1. Suçun Maddi Unsurları

a. Fail

Fail herhangi bir kişi olabilir. Madde metninde fail için herhangi bir ayırt edici husus bulunmamaktadır. Nitekim kamu kurum ve kuruluşları zararına dolandırıcılık suçunun failinin yabancı veya Türk vatandaşı herhangi bir kimse olabileceği, özgü suçun söz konusu olmadığı madde metnindeki “kendisine veya başkasına yarar sağlayan” ibaresinden anlaşılmaktadır³⁵.

Suçun oluşması için hileyi gerçekleştiren fail ile haksız menfaat temin eden kişinin aynı olmasına gerek yoktur³⁶.

b. Mağdur

Kamu kurum ve kuruluşları zararına dolandırıcılık suçunun mağduru failin hilesi ile aldatılan gerçek kişi veya kişiler iken mezkûr fiil sonucu malvarlığı zarara uğrayan kişi veya kişiler ise suçtan zarar gören konumundadır³⁷. Kamu kurum ve kuruluşları tüzel kişilikler olduklarından hileli davranışların muhatabı, çoğunlukla, kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan kamu personelidir. Başka bir söyleyişle, kural olarak, dolandırıcılık suçunun mağduru failin kullandığı hileli hareketler sonucunda aldatılan gerçek kişi olan kamu personelidir³⁸. Gerçekten de bütün suçlarda mağdur ancak gerçek kişi veya kişiler olabileceğinden kamu kurumları ve kamu idareleri bu suç bakımından ancak suçtan zarar gören statüsündedir³⁹. Nitekim Yargıtayın müstakar içtihatlarında ve öğretide ağırlıklı olarak dolandırıcılık

³² Mülga 765 sayılı TCK’nın ilk hâlinde bu cürmün “resmî daire yahut menafîi ammeye hadim bir müessesesi hayriyenin zararına” işlenmesi nitelikli hâl olarak kabul edilmişken, 21.11.1990 tarihli 3679 sayılı Kanun’la madde metninde değişiklik yapılarak anılan ibare “Kamu kurum ve kuruluşlarının veya kamu yararına çalışan hayır kurumlarının zararına olarak” şeklinde değiştirilmiştir. Bkz. GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat: *Türk Ceza Kanunu Açıklaması*, 3. Baskı, Gürsoy Matbaacılık, Ankara, 1976, s. 586. Konsolide metin için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-ceza-kanunu-765> (ET: 29.09.2022).

³³ KREY/HELLMANN, BT/II & 11 no. 336, TRÖNDLE/FISCHER, &263 no. 1b ve ARZT/WEBER LH 3, no. 390’dan aktaran TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Rıfat Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 866; KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 806.

³⁴ “Hangi kurum ve kuruluşların kamusal nitelik taşıdığı, o kurumun kadro bakımından bağlı olduğu durumu düzenleyen mevzuata göre belirlenir. Bu nitelikli hâlin oluşması için, eylemin kamu kurum ve kuruluşlarının mal varlığına zarar vermek amacıyla işlenmesi gerekir. Zarar vermek, kamu kurum ve kuruluşlarından hakkı olmayan bir parayı almak ya da bir borcu geri vermemek şeklinde olabilir. Bu suçun zarar göreni kamu kurum ve kuruluşunun tüzel kişiliğidir. Kamu kurum ve kuruluşlarının zarar görmesi söz konusu değilse bu suç oluşmayacaktır.” Yargıtay, 15. CD, T. 11.11.2015, E. 2013/16905, K. 2015/31194.

³⁵ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 806; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 867.

³⁶ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 806.

³⁷ BİLEN, Mesut: *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2012, s. 76; TOROSLU, Nevzat: *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 180; DURSUN, Hasan: *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2016, s. 51.

³⁸ Kanaatimizce özel eczanelere sahte reçete ibraz edilmek suretiyle SGK’nın dolandırılması gibi kimi dolandırıcılık suçlarında eczanede görev yapan eczacı, kalfa vs. gibi kişiler failin hilesine maruz kalarak aldatılmış olsalar da bu kişiler kamu malı üzerinde tasarrufta bulunmaya yetkili olmadıklarından bu suçun mağduru olamazlar.

³⁹ “...Sanık hakkında zimmet suçundan kamu davası açıldığı, 3628 sayılı Yasa’nın 17 ve 18. maddelerine göre ilgili kamu kurum veya kuruluşlarının bu suçun zarar göreni oldukları, bu itibarla CMK’nin 234/1-b maddesi gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve öteki haklarını kullanabilmesi için İçişleri Bakanlığının dava ve duruşmalardan haberdar edilmesi gerektiği, diğer yandan aynı Kanun’un 260/1. maddesine göre kamu davasından haberdar edilmemiş bulunup da katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş olanların kanun yollarına başvurma haklarının bulunduğu gözetilerek hükmün bildirilmesinin gerektiği...” Yargıtay, 5. CD, T. 27.12.2021, E. 2018/6890, K 2021/7271.

suçunun unsuru olan hile fiili ancak bir insana karşı gerçekleşebileceğinden tüzel kişilerin bu suçun mağduru değil, zarar göreni olabileceği ifade edilmektedir⁴⁰.

Dolandırıcılık suçunun oluşumunda failin hile yaptığı kişi ile malvarlığında zarar meydana gelen kişinin aynı olması zorunlu değildir⁴¹. Nitekim bu husus madde metninde “*bir kimseyi aldatıp onun veya başkasının zararına olarak*” şeklinde ifade edilmektedir. Bu bakımdan hileye maruz kalan kişi ile malvarlığında zarar meydana gelen kişi arasında farklılık olduğunda hileye uğrayanın mağdur, malvarlığında zarar meydana gelenin ise suçtan zarar gören olduğunu kabul etmenin uygun olacağı ifade edilmiştir⁴². Hile yapılan kişi ile malvarlığı zarara uğrayan kişinin aynı olmadığı böyle durumlarda mağdurun hile yapılan kişi değil, malvarlığı azalan kişi olduğunu savunan görüşler de vardır⁴³.

Somut olayda aldatılan kişi ile zarara uğrayan kişi farklı ise mağdurun kamusal mal üzerinde tasarrufta bulunma yetkisini haiz olması gerekir⁴⁴. Aksi hâlde hırsızlık veya güveni kötüye kullanma suçları gündeme gelecektir⁴⁵. Başka bir söyleyişle kamu kurum ve kuruluşları zararına dolandırıcılık suçunun oluşması için mağdurun kamu kurum ve kuruluşu çalışanı olması veya kurum malı üzerinde tasarrufta bulunma yetkisinin bulunması elzemdir⁴⁶.

c. Suçun Konusu

Dolandırıcılık suçunun konusu malvarlığına ilişkin herhangi bir değerdir. Suçun konusu taşınır, taşınmaz, alacak hakkı veyahut bir hizmetin ifası olabilir. Öğretide hâkim olan görüş ekonomik değeri olmayan şeylerin suçun konusunu oluşturmayacağı yönündedir⁴⁷.

Bu nitelikli hâlin mevcudiyeti için suçun konusu malın kamu malı olması iktiza eder. Kamu malı kamu yararına tahsis edilmiş, kamu kurum ve kuruluşlarının kendi görev ve hizmetlerini yerine getirebilmeleri için kullandıkları taşınır ve taşınmaz mallardır⁴⁸. Bir malın kamu malı sayılabilmesi için devletin, mahalli idarelerin veya kamu kurumlarının mülkiyetinde bulunması ve bu malın kamu yararına tahsis edilmiş olması gerekir⁴⁹.

Yargıtaya göre suçun konusu devletin karşılamakla mükellef olduğu bir şey ise, kamu zararı oluşmadığından, bu suç oluşmaz⁵⁰.

⁴⁰ ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAĞSIZ, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 692; ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 24; ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022 (2022), s. 223; BİLEN, s. 80; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 806.

⁴¹ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 806; YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa: *Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 4604; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 692; GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat: “Dolandırıcılık Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2008, Cilt 14, Sayı 1-2, s. 13.

⁴² KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 807.

⁴³ HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 401; MAURRACH / SCHRODER / MAIWALD, BT I, &41 1, no. 20'den aktaran TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 870.

⁴⁴ CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / YENERER ÇAKMUT, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 506; TOROSLU, s. 186.

⁴⁵ AYDIN, Devrim: “Dolandırıcılık Suçu”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 11, Sayı 2, s. 656; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 867.

⁴⁶ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 470.

⁴⁷ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 870; SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 444; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 651. Karşı yönde bkz. YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 4606. Aksi yönde bkz. EKER KAZANCI, Behiye / ZEYREK, İlker: “TCK’da Dolandırıcılık Suçu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 21, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan Özel Sayısı, s. 519.

⁴⁸ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut: *İdare Hukuku Cilt 1*, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 932.

⁴⁹ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: *Yönetim Hukuku*, 34. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 264.

⁵⁰ “Sanıkların, bir şekilde temin ettikleri ele geçirilemeyen yeşil kartları kullanarak tedavi olup doktor tarafından yazılan ilaçları aldıkları, böylece sanık ...'in 37,03 TL ve sanık ...'in oğlu olan Yiğit için ise 36,15 TL eczane gideri oluşmasına sebep olarak katılan kurumu zarara uğrattıkları, bu suretle sanıkların nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediklerinin iddia edildiği olayda; sanık savunmaları, katılan beyanları, katılan kurumdaki ve Aydın Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü'nden gelen cevabi yazılar ile tüm dosya kapsamına göre; sanıkların suç tarihinde hiçbir sosyal güvencelerinin olmadığını tespit edilmesinin karşısında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Sağlık Bakanlığı'nin

d. Fiil, Netice ve İlliyet Bağı

Dolandırıcılık suçunun maddi unsurunun hareket kısmı kanuni tarifte, “*hileli davranışlarla bir kimseyi aldatma*”; netice kısmı, “*onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak*” şeklinde tanımlanmıştır. Suçun oluşması için fail, kendisine veya başkasına maddi/ekonomik menfaat sağlamak için bilerek ve isteyerek hile yapmalı, hile başkasının malvarlığında zarara neden olmalı, zarar ile fiil arasında da illiyet bağı bulunmalı ve bu fiil sonucunda failin kendisi veya bir başkası yarar sağlamalıdır. Zararın ekonomik bir karşılığı olmalıdır. Zararın maddi karşılığının olup olmadığı nesnel kıstaslar baz alınarak belirlenmelidir⁵¹.

Çok hareketli bir suç özelliği taşıyan bu suçun meydana gelmesi için failin hilesi sonucu mağdurun normal şartlara yapmayacağı bir hareketi yapmış olması ve bunun sonucunda da mağdurun/suçtan zarar görenin malvarlığında bir azalma meydana gelmiş olması gerekmektedir⁵².

Dolandırıcılık suçunun kanuni tarifinde suçu oluşturan filler (hileli davranışlar) için herhangi bir özelleştirme yapılmamıştır. Dolayısıyla serbest hareketli bir suçun söz konusu olduğu söylenebilir⁵³. Hileli davranışlar icrai, ihmali veyahut susma şeklinde ortaya çıkabilir. Hareketin mağdurun tasarrufta bulunmasına yönelik olması, elverişli olması ve asgari yoğunluğa ulaşması iktiza eder. Ayrıca suçun oluşması için neticenin (maddi yarar) gerçekleşmesi gerekir. Başka bir söyleyişle, salt fiilin icra edilmesinden ayrı olarak kanuni tarifte belirtilen neticenin (yarar sağlamak) meydana gelmesi gerekir. Menfaatin ne şekilde sağlandığının önemi yoktur.

Yukarıda ifade edildiği üzere, kamu kurumları ve kamu idareleri zararına dolandırıcılık suçu neticeli bir suçtur. Netice ile failin suç teşkil eden eylemi (hile) arasında illiyet bağının varlığı suçun oluşması için olmazsa olmaz koşuldur. İlliyet bağının mücbir sebep, üçüncü kişinin veya zarar görenin ağır kusuru gibi nedenlerle kesilmemiş olması gerekir. Zarar mağdurun kendisi ile ilgili bir nedenden kaynaklı ise dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır. Nitekim failin sürece etki eden bir hareketi (öngelen davranış) yoksa muhatabın mevcut hatasından yararlanması bir başka söyleyişle sessiz kalması hile teşkil etmez⁵⁴. Kişinin banka hesabına yanlışlıkla yatırılan parayı çekip kullanması böyledir. Mağduru bilgilendirmek hususunda failin garantör sıfatından ya da sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğü varsa ancak bu ihtimalde sorumluluğu gündeme gelebilir⁵⁵.

11.05.2000 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği, 2008/13 sayılı Başbakanlık Genelgesi, 3816 Sayılı Ödeme Gücü Olmayan Vatandaşların Tedavi Giderlerinin Yeşil Kart Verilerek Devlet Tarafından Karşılanması Hakkında Kanun’un 2. maddesi, 2022, 5510 ve 3816 sayılı Kanun’un 11/2. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, sanıklara atılı suçun yasal unsurlarının oluşmadığı anlaşılmakla, mahkeme tarafından verilen beraat hükümlerinde bir isabetsizlik görülmemiştir” Yargıtay, 15. CD, T. 30.05.2019, E. 2018/4087, K. 2019/6670; “...Sanık ...’un, kendisi ve aile fertlerine ait toplamda 10 adet yeşil kart sağlık çizdancını ilaç kaydı yaptırmak için ... İl Sağlık Müdürlüğü Yeşil Kart Bürosuna götürdüğü, yapılan incelemede sağlık karnelerinin 2. ve 3. bölümündeki 10/03/2007 ve 10/03/2008 tarihli vizelerin sahte olduğunun tespit edildiği, sanık ...’un savunmasında, sağlık karnelerini... Devlet Hastanesi bahçesinde diğer sanık ...’a verdiğini, vize işlemlerini yaptığını, bir yıl sonra tekrar sanık ...’la irtibata geçerek vize süresini bir yıl daha uzattığını beyan ettiği, sanık ... ve ailesi tarafından sahte vizeli yeşil kartlar kullanılarak toplamda 1.119,98TL ilaç gideri ve 3.437,81TL hasta muayene gideri nedeniyle kamu zararına neden olduğunun iddia edildiği somut olayda, sanık ...’un ekonomik durumunun sağlık yardımına ve devlet güvencesine ihtiyacı olduğunun anlaşılması karşısında sosyal devlet ilkesi nedeniyle sanığın sağlık giderlerinin devlet tarafından karşılanacağı dolayısıyla sanığa verilen sağlık hizmetinin her halükarda bedelsiz olarak verilmesi gerektiğinden kamu zararından bahsedilmeyeceği, ayrıca yapılan sahteciliğin de faydasız sahtecilik olarak değerlendirileceği anlaşıldığından, yasal unsurları oluşmayan suçlardan sanıkların beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine hükmedilmesi...” Yargıtay, 15. CD, T. 20.06.2019, E. 2018/1423, K. 2019/6957.

⁵¹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 871.

⁵² ÖZGENÇ, 2017, s. 372; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 808.

⁵³ Bağlı hareketli suç olduğu yönünde bkz. HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 406; BİLEN, s. 86; AYDIN, s. 660.

⁵⁴ BAŞBÜYÜK, İsa: *Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2019, s. 91. Aksi yönde bkz. ÖZGENÇ, İzzet: *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002 (2002), s. 23; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 807.

⁵⁵ “Sanığın babası olan ..., Sosyal Güvenlik Kurumu’dan emekli aylığı almakta iken 30/08/2003 tarihinde vefat etmesine rağmen, sanığın babasının banka hesabına yatan emekli maaşını 01/09/2003-28/02/2006 tarihleri arasında çekmeye devam ederek kurumu toplam 17.655 TL zarar uğrattığı, sanığın suçlamadan kurtulmaya yönelik soyut savunmaları, banka hesap hareketleri, teftiş raporları, müteveffa adına yatan emekli maaşının bir kısmının sanığın borçlu olduğu icra takip dosyasına kesinti yapılarak yatırılmış olması ile emekli maaşından yapılan diğer para çekimleri işlemlerinin sanığın oturduğu semtte yapılmış olması karşısında, sanık hakkında nitelikli dolandırıcılık suçundan verilen mahkumiyet hükmünde her hangi bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yargıtay, 15. CD, T. 13.02.2018, E. 2015/2809, K. 2018/913.

Dolandırıcılık suçu ile ilgili literatürde yazarların suçun maddi unsurlarını farklı farklı tasnifleyerek bu suçu ele aldıkları görülmektedir. Sözgelimi bir kısım yazar, “*hileli davranışlarla mağdurun aldatılmış olması, aldatılan veya başkasının zarar görmesi, failin kendisine veya bir başkasına yarar sağlaması*”⁵⁶, bazı yazarlar “*hileli davranış, aldatma, mağdurun veya bir başkasının zararına olarak failin kendisine veya bir başkasına yarar sağlaması*”⁵⁷, bazıları “*hileli davranış, muhatabın aldatılması, aldatılan kişinin malvarlığında tasarrufta bulunması, zarar ve yarar meydana gelmesi*”⁵⁸, diğer bir kısım yazar “*hileli davranış, aldatma, failin haksız yarar elde etmesi*”⁵⁹, bazı yazarlar sadece “*hileli davranışlarla bir kimseyi aldatma ve mağdurun veya başkasının zararına olarak kendisine veya başkasına bir yarar sağlanmış olması*”⁶⁰, bazıları ise “*hile ve hilenin aldatmaya elverişli olması*”⁶¹ şeklinde suçun maddi unsurlarını ele almıştır. Bu çalışmada ise “*hileli davranış, hileli davranışlarla mağdurun aldatılmış olması, zararın oluşması ve failin haksız yarar sağlaması*” şeklinde yapılan tasnif esas alınmıştır.

aa. Hileli Davranış

Dolandırıcılık suçunun çekirdeğini oluşturan hile⁶², kendisine hile yapılanı/muhatabı objektif olarak hataya düşüren ve onun tasavvurunu üzerinde etki meydana getiren her nevi davranış olarak tanımlanmaktadır⁶³. Bir başka tanıma göre hile, “*özel ve nesnel koşulları sömürerek ve iknaya özgü söz ve jestlerle gerçeği peçeleyerek edilgen öznenin yargılama gücünü etkileyen ve onda yanlış kanı uyandıran diyalektik ve entelektüel bir aldatma hareketi*”dir⁶⁴. TDK Sözlüğündeki tanıma göre hile, “*Birini aldatmak, yanıltmak için yapılan düzen, dolap, oyun, ayak oyunu, alavere dalavere, desise, entrika*” eylemlerine verilen isimdir⁶⁵.

Madde metninde hile ile ilgili bir açıklama yoktur. Hilenin belli bir ağırlığa ulaşması aranmamıştır⁶⁶. Öğretide hilenin mevcut olmayan bir vakayı mevcutmuş gibi göstermek ya da mevcut bir vakayı hiç meydana gelmemiş gibi göstermek, üçüncü bir ihtimal olarak da mevcut bir olaya yeni unsurlar ekleyerek olduğundan farklı göstermek şeklinde meydan gelebileceği belirtilmiştir⁶⁷. Hile, olmayanı olmuş gösterme; olanı ise başka unsurlar ekleyerek olduğundan farklı gösterme şeklinde ortaya çıkar⁶⁸. Başka bir deyişle hile, gerçek bir olaya yeni ve esaslı bir unsur ilave etmek veya bir olaya dair esaslı unsurlardan birini/birkaçını gizlemek/değiştirmek suretiyle yapılabilir⁶⁹.

Hile muhakkak olarak muayyen bir vaka ile ilgili olmalıdır⁷⁰. Tarımsal destek için ekilmeyen arazileri ekilmiş gibi gösterme, sahte reçete ile eczaneye ilaç almak için başvurma, aile yardımı almak için sahte belge ile çalışan eşini ev hanımı olarak gösterme, sahte sağlık raporu ile kamudan maddi destek/kredi alma gibi eylemler bu kabildendir.

⁵⁶ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 408.

⁵⁷ PARLAR, Ali: *Dolandırıcılık Suçları*, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s. 21.

⁵⁸ S/S-CRAMET ve PERON (27), &263, kn. 5'ten aktaran KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 807.

⁵⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 867.

⁶⁰ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 693.

⁶¹ MERAN, Necati: *Dolandırıcılık Sahtecilik Güveni Kötüye Kullanma*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 89.

⁶² SELÇUK, Sami: *Dolandırıcılık*, Yasa Yayınları, İstanbul, 1982 (1982), s. 89.

⁶³ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 647; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 452.

⁶⁴ SELÇUK, s. 114.

⁶⁵ TDK Güncel Türkçe Sözlük (<https://sozluk.gov.tr/>, ET: 17.09.2022).

⁶⁶ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 872.

⁶⁷ ÖZGENÇ, 2002, s. 19.

⁶⁸ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 693.

⁶⁹ MAURRACH / SCHRODER / MAIWALD, BT I, (7), &41 kn. 35'ten aktaran KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 809.

⁷⁰ S/S-CRAMET, PERON (27), &263, kn. 8 ve TRÖNDLE / FISCHER, (54), &kn. 6'dan aktaran KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 808.

Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere hile iki ayrı şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki failin aktif eylemleri ile muhatabını aldatması, ikincisi ise failin mağdurun hatasından istifade etmesi şeklindedir. Yalnız burada failin susması ile örtülü hile teriminin birbirilerinden ayırt edilmesi iktiza etmektedir. Gerçekten de örtülü hilede failin davranışları dış dünyada beyan anlamı taşır ve bu davranışlar haksız menfaat sağlamak için muhatabın iradesini sakatlamaya matuftur⁷¹. Söz gelimi, ödeme niyeti olmadığı hâlde muhatabında ödeme yapacağı algısı oluşturarak akaryakıt istasyonundan yakıt alıp ödeme yapmadan istasyondan uzaklaşan veyahut ücretini ödeyeceği algısı yaratarak, restoranda yemek yiyip ödeme yapmadan restoranı terk eden failin durumu böyledir⁷².

aaa. Hilenin Aldatmaya Elverişli Olması (İğfal Kabiliyeti)

Madde metninde sadece hileden söz edilmesi ve fakat hilenin niteliği ve niceliği hakkında herhangi bir açıklamaya yer verilmemiş olması öğretide tartışmalara yol açmıştır. Bir kısım yazar hileyi oluşturan hareketin kandırabilecek nitelikte olup olmadığını önemli olmadığı kanısındadır. Zira madde metninde böyle bir belirleme bulunmamaktadır⁷³. Bir kısım yazar ise -basit bir yalan olsa bile mağdurun subjektif durumu nedeniyle hile mağduru aldatmış ve onu malvarlığında tasarrufta bulunmaya itmişse dolandırıcılık suçunun unsurlarının gerçekleştiği inancındadır⁷⁴. Üstelik failin mağdura karşı doğruyu söylemek konusunda bir mükellefiyeti varsa bu suç evleviyetle oluşmaktadır⁷⁵. Aklen zayıf ve saf kimseleri de cezai koruma altına almak gerektiğini kabul eden bu nedenle de hileli davranışlar mağduru aldatmış ise failin cezalandırılmasını savunan bu bakımdan da subjektif ölçütleri dik-kate alan bir diğer düşünceye göre, objektif olarak aldatici niteliğe sahip olmamakla birlikte, muhatap yine de aldanmışsa dolandırıcılık suçu vardır ve muhatabı hataya düşürmüş olan hileli hareket tipe uygun olup hilenin yoğunluğuna/elverişliliğine ilişkin başka bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç yoktur. Somut olayda mağdurun hataya düştüğünün tespiti yeterli olup hileli hareketin ayrıca başkalarını da aldatabilecek nitelikte olup olmadığını araştırılması gereksizdir⁷⁶. Dikkatsiz ve özensiz kişilerin hukukun koruyucu şemsiyesinden faydalanmaması gerektiği görüşünü savunan kimi yazarlar hilenin objektif olarak aldatmaya elverişli olması gerektiğini, bunun tespiti için ise nesnel kıstaslar ve müşterek hayat tecrübelerinden faydalanılmasını savunmuşlardır⁷⁷. Öğretide ağırlıkta olan ve Yargıtayın da benimsediği görüş ise failin aldatici yeteneğinin (iğfal kabiliyeti) somut olay ve muhatabın özellikleri çerçevesinde ele alınması gerektiği yönündedir⁷⁸. Bu görüşü benimseyen kimi yazarlar hilenin sınırlarını yorumla genişletmenin uygun olmadığını, bu bakımdan basit ve karşı konulabilir nitelikteki yalanların muhatabı hataya düşürmüş olsa bile, TCK m. 157'deki hile unsuru içerisinde değerlendirilmeyeceğini, hilenin belli bir yoğunluğa ulaşmasının icap ettiğini ileri sürmüşlerdir⁷⁹.

Yargıtay kamu kurum ve kuruluşları zararına dolandırıcılık suçu ilgili vermiş olduğu güncel bazı kararlarında kamu kurumlarının kendilerine sunulan bilgi ve belgeleri elleri altındaki imkânlardan

⁷¹ BAŞBÜYÜK, s. 68.

⁷² AYDIN, s. 664. Öğretide kimi yazarlar bahse konu eylemlerde failin ödeme gücü olduğu konusunda aktif ve etkin davranışları olmaması nedeniyle dolandırıcılık suçu oluşmadığı düşüncesindedirler. Bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 901, 902; SELÇUK, Sami: *Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar*, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1986, s. 39-40.

⁷³ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 872; MAVİŞ, Volkan: "Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 6, Sayı 3, s. 610. Karşı yönde bkz. KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 812; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, s. 649; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 455; ARSLAN, Çetin / AZİZAĞAOĞLU, Bahattin: *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Asil Yayınları, Ankara, 2004, s. 684; DÖNMEZER, Sulhi: "Dolandırıcılık Cürmü", *İBM*, 1943, Sayı 9, 1943, s. 552; SOYASLAN, s. 330. Bu yazarlara göre, kanun koyucu basit yalanı cezalandırdığı hâllerde bunu sarîh olarak göstermiştir. Aksi durumun kabulü, dolandırıcılık suçunun sınırlarını olabildiğine genişletecek ve bununla ilgili TCK hükümlerinin ihdas amacından sapacaktır. Belli bir ağırlığa/seviyeye ulaşmamış söz ve davranışların cezalandırılması ekonomik ve ticari hayatı olumsuz etkileyecektir.

⁷⁴ ÖZGENÇ, 2002, s. 25-26; AYDIN, s. 662-663.

⁷⁵ ÖNDER, Ayhan: *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 375.

⁷⁶ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 872; TOROSLU, s. 184; MAVİŞ, s. 610; BİLEN, s. 117.

⁷⁷ HAFIZOĞULLARI, Zeki: "Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları", *Zabunoğlu Armağanı*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2011, s. 411

⁷⁸ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 471; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, s. 716; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 811.

⁷⁹ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5071, 5072; MERAN, s. 94.

yararlanmayarak kontrol etmemeleri hâlinde, failin eyleminden maddi zarar görmüş olsalar bile, dolandırıcılıktan söz edilemeyeceğini belirtmiştir⁸⁰. Ayrıca Yargıtayın işgal kabiliyeti yanında somut olayın özelliklerini de dikkate aldığı (olaysal değerlendirme) ve suç oluşturan fiil hakkında elverişlilik denetimi yaptığı da görülmektedir⁸¹.

bbb. Yalanın “Hileli Davranış” Teşkil Edip Etmediği Sorunu

Öğretide dolandırıcılık suçu kapsamında yalanın hile sayılması hususuna ilişkin üç ayrı düşüncenin öne çıktığı görülmektedir. İlk görüşe göre sahneye koyuş bulunmadığı müddetçe salt yalan hile değildir⁸². İkinci düşünceye göre kimse hukuken gerçeği söylemeye mecbur olmadığı için sadece failin doğru söyleme mükellefiyeti bulunduğu durumlarda yalan hile olarak kabul edilebilir⁸³. Son görüş ise salt yalanın hile olduğu yönündedir⁸⁴. Yargıtay ise salt yalanın hile olarak kabul edilemeyeceğini, anılan fiilin belli bir ağırlığa sahip olması, hilenin kolay anlaşılması, mağduru etkilemesi, hilenin mağduru denetim olanağını ortadan kaldırması gerektiği, yalanın doğruluğunu kabul ettirebilecek ve böylece muhatabın inceleme eğilimini etkisiz bırakabilecek güçte olması ve gerektiğinde yalana bir takım dış hareketlerin eklenmiş bulunması şeklindeki müstakar içtihatlarını sürdürmektedir⁸⁵. İlk ba-

⁸⁰ “...Sosyal Güvenlik kurumundan yetim aylığı alan annesinin maaşını daha evvel aldığı vekaletnameye binaen bankadan çekmekte olan sanığın, annesinin ölümünün ardından hesaba yatan maaşı almaya devam etmesi şeklinde gelişen olayda, hak sahibinin ölümünün Karşıyaka Devlet Hastanesince nüfus idaresine ölümün ertesi günü bildirilmiş olması ve ölümün, katılan kurumca bilinebileceği, basit bir denetim ile anlaşılabilirdiği olayda, sanığın bu durumu gizlemeye ve maaşı almaya devam etmeye yönelik kuruma karşı aldatıcı herhangi bir eyleminin bulunmaması karşısında, sanığın unsurları itibarı ile oluşmayan suçtan beraatine karar verilmesi...” Yargıtay, 15. CD, T. 06.04.2015, E. 2015/4311, K. 2015/23025; “Sanıkların, ... Eğitim ve Araştırma Hastanesinden sağlık kurulu raporu aldıkları, rapor üzerinde engel oranı, ağır özür durumu, teşhis ve çalışamayacağı iş alanları bölümlerinde engelli bakım maaşı almayı sağlayacak şekilde tahrifat yaptıkları, bu belgenin noter onaylı suretini çıkartıp katılan kurumdan engelli bakım maaşı olarak kamu kurumuna zararına menfaat temin ettikleri iddia edilen somut olayda; suça konu belgede tahrifat yapılan kısımları, bilgisayar çıktısı olan belgenin tümüne aykırı şekilde eğiş olduğu ve yakın yerlerinde bu eğime paralel belge üzerine yapılan tahrifatın fotokopi gölgelerinin bulunduğu, sahteliğin ilgili yerlerce ilk bakışta kolayca anlaşılabilirdiği ve bu hâliyle işgal kabiliyeti taşımadığı ayrıca katılan kurumun denetim imkanının ortadan kaldırılmadığı, nitekim durumun da bu araştırma ve denetim neticesinde ortaya çıktığı dikkate alınarak sanıkların unsurları oluşmayan nitelikli dolandırıcılık suçundan beraatleri yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine hükmedilmesi Kanuna aykırı olup...” Yargıtay, 15. CD, T. 25.02.2020, E. 2017/14533, K. 2020/2766.

⁸¹ KORKMAZ, Fulya: *Dolandırıcılık Suçu*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020, s. 57. “Hile nitelikli bir yalandır. Yalan belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olma, sergileniş açısından mağduru denetleme olanağını ortadan kaldırmalıdır. Kullanılan hile ile mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanılgıya sonucu kandırıcı davranışlarla yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır. Hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılan hilenin şekli, kullanılması gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır. O halde hileli davranışın aldatacak nitelikte olması gerekir. Basit bir yalan hileli hareket olarak kabul edilemez. Olaysal olarak değerlendirme, hileli hareketin ne olduğu, mağdur üzerindeki etkisi, kandırabilecek bir hareket olup olmadığı, mağduru iyi niyeti ve güven duygularının suistimal edilip edilmediği araştırılmalıdır.” Yargıtay, 11. CD, T. 05.06.2006, E. 2006/144, K. 2006/5115. Ayrıca bkz. Yargıtay, CGK, T. 19.01.2016, E. 2014/15-722, K. 2016/20; Yargıtay, 15. CD, T. 26.11.2015, E. 2013/17885, K. 2015/31459.

⁸² DÖNMEZER, Sulhi: *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 16. Baskı, Beta, İstanbul, 2001 (2001), s. 451; AYDIN, s. 661; SELÇUK, 1982, s. 110, 111.

⁸³ DÖNMEZER, 2001, s. 454.

⁸⁴ ÖNDER, s. 369.

⁸⁵ “...5237 sayılı TCK’nın 157. maddesinde yalnızca hileli davranıştan söz edilmiş olmasına göre, her türlü hileli davranışın dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmayacağına belirlenmesi gerekmektedir.

Kanun koyucu anılan maddede hilenin tanımını yapmayarak suçun maddi konusunun hareket kısmını oluşturan hileli davranışların nelerden ibaret olduğunu belirtmemiş, bilinçli olarak bu hususu öğreti ve uygulamaya bırakmıştır. Hile, Türk Dili Kurumu sözlüğünde; ‘Birini aldatmak, yanıltmak için yapılan düzen, dolap, oyun, desise, şeklinde, uygulamadaki yerleşmiş kabule göre ise; ‘Hile nitelikli yalandır. Yalan belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağduru denetleme olanağını ortadan kaldırmalıdır. Kullanılan hile ile mağdur yanılgıya düşürülmeli ve yanıltma sonucu kandırıcı davranışlarla yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır. Hileli davranışın aldatacak nitelikte olması gerekir. Basit bir yalan hileli hareket olarak kabul edilemez.’ biçiminde tanımlanmıştır. Öğretide de hile ile ilgili olarak; ‘Olaylara ilişkin yalan açıklamaların ve sarf edilen sözlerin doğruluğunu kuvvetlendirecek ve böylece muhatabın inceleme eğilimini etkileyebilecek yoğunluk ve güçte olması ve bu bakımdan gerektiğinde bir takım dış hareketler ekleyerek veya böylece var olan halden ve koşullardan yararlanarak, almayacağı bir kararı bir kimseye verdirmek suretiyle onu aldatması, bu suretle başkasının zihin, fikir ve eylemlerinde bir hata meydana getirmesidir...’ Hile, oyun, aldatma, düzen demektir. Objektif olarak hataya düşürücü ve başkasının tasavvuru üzerinde etki doğurucu her davranış hiledir. ...biçiminde tanımları yer verilmiştir. Yerleşmiş uygulamalar ve öğretideki baskın görüşlere göre ortaya konulan ilkeler göz önünde bulundurulduğunda; hile, maddi olmayan yollarla karşısındaki bota, hataya düşüren, düzen, dolap, oyun, entrika ve bunun gibi her türlü eylem olarak kabul edilebilir. Bu eylemler bir gösteriş biçiminde olabileceği gibi, gizli davranışlar olarak da ortaya çıkabilir. Gösterişte, fail sahip bulunmadığı imkânlarla ve sifata sahip olduğunu bildirmekte, gizli davranışta ise kendi durum veya sıfatını gizlemektedir. Ancak sadece yalan söylemek, dolandırıcılık suçunun hile unsuru olarak gerçekleşmesi bakımından yeterli değildir. Kanun koyucu yalanı belirli dış hareketler altında yapıldığı ve kamu düzenini bozacak nitelikte bulunduğu hallerde cezalandırmaktadır. Böyle olunca hukuki işlemlerde, sözleşmelerde bir kişi mücerret yalde söyleyerek diğerini aldatmış bulunuyorsa bu basit şekildeki aldatma, dolandırıcı-

kışta kolaylıkla fark edilebilen basit yalanı hile olarak kabul etmeyen ve nitelikli yalan arayan Yargıtaya göre yalanın ağır, yoğun olması, ustaca sergilenmesi, mağdurun denetleme olanağını (doğru olup olmadığını kurumun kontrolüne/teyidine bağlı olan talepler) ortadan kaldırması gerekmektedir. Failin hilesi basit yalan seviyesinde ise bu yalan mağdurun denetim görevini ve olanağını ortadan kaldırmamışsa suçun unsurları oluşmaz⁸⁶. Buna karşın Yüksek Mahkemenin kaba yalanı hile olarak kabul etmiş olduğu kararlara da rastlanılmaktadır⁸⁷.

Kanaatimizce kamu kurum ve kuruluşları zararına dolandırıcılık suçunun mağdurunun kamu personeli olduğu, bu personelin çoğu kez çeşitli sınav ve elemelerden geçerek buldukları göreve geldikleri, bu personelin büyük oranda yüksek öğrenim gördüğü, mesleki eğitimden geçirildikleri ve bu şekilde kamu tüzel kişiliğini temsile yetkili oldukları ve ayrıca bu personelin bir iş/işlemin yapılması için kendisine teslim edilen bilgi ve belgeleri (otomasyon ve bilgi sistemleri, kolluk kuvvetleri gibi) bazı araçlarla rahatlıkla teyit edebilmesi gibi hususlar hep birlikte düşünüldüğünde basit yalan için öğretide ileri sürülen “her olay kendi özellikleri içinde değerlendirilmeli, bu değerlendirmede olayın özellikleri, failin eylemi, failin evveliyatı, mağdurun eğitim durumu kişisel özellikleri, yaşadığı/yetiştirdiği çevre gibi birçok faktör nazara alınarak karar verilmelidir.” düşüncelerinin TCK m. 158/1-e’de yer alan suç için geçerli olmadığı değerlendirilmektedir. Bir başka söyleyişle kamu kurum ve kuruluşları zararına dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için somut olayda basit yalanı aşan belli bir ağırlığa ulaşmış failin (nitelikli yalan) söz konusu olması iktiza etmektedir.

cılık suçunun oluşumuna yetmeyecektir. Yapılan yalan açıklamaların dolandırıcılık suçunun hileli davranış unsurunu oluşturabilmesi için, bu açıklamaların doğruluğunu kabul ettirebilecek, böylece muhatabın inceleme eğilimini etkisiz bırakabilecek yoğunluk ve güçte olması ve gerektiğinde yalana bir takım dış hareketlerin eklenmiş bulunması gerekir. Failin davranışlarının hileli olup olmadığının belirlenmesi noktasında öğretide şu görüşlere de yer verilmiştir: ‘Hangi hareketin aldatmaya elverişli olduğu somut olaya göre ve mağdurun içinde bulunduğu duruma göre belirlenmelidir. Bu konuda önceden bir kriter oluşturmak olanaklı değildir.’ ... ‘Hileli davranışın anlamı birtakım sahte, suni hareketler ile gerçeğin çarpıtılması, gizlenmesi ve saklanmasıdır.’ ... ‘Hilenin, mağduru hataya sürükleyecek nitelikte olması yeterlidir; ortalama bir insanı hataya sürükleyecek nitelikte olması aranmaz. Bu nedenle, davranışın hile teşkil edip etmediği muhataba ve olaya göre değerlendirilmelidir.’ ... ‘Esasen, hangi davranışların hileli olup olmadığı konusunda genel bir kural koymak oldukça zor olmakla birlikte, bu konuda olaysal olarak değerlendirme yapılmalı, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmak suretiyle sonuca ulaşılmalıdır.’” Yargıtay, CGK, 17.09.2019, E. 2018/536, K. 2019/538; “...Somut olayda, sanığın tanzim ettiği sahte polis kimliğinin aldatıcılık özelliği bulunmadığı ve karşı tarafın denetim imkânının elinden alınmadığı, bu şekilde otobüs şoförünün yaptığı denetim ile belgenin sahteliğini tespit ederek sanığın haksız menfaat temin etmesini engellediği, böylelikle, sanığın denetim imkânını ortadan kaldıracak mahiyette hileli bir eyleminin bulunmadığı anlaşıldığından, suçun kanuni unsurlarının oluşmadığı ve sanığın beraatine hükmedilmesi gerektiği gözetilmeksizin, yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması yasaya aykırıdır” Yargıtay, 15. CD, T. 06.11.2018, E. 2016/3622, K. 2018/7662; “...Sanığın, katılan adına kayıtlı ... İlçesi ... Köyü 105 parsel (eski 1158 parsel) sayılı taşınmazını 01.01.2010-31.12.2015 tarihleri arasında kiraladığını gösterir suça konu sahte ortaklık sözleşmesini kullanarak destek primi almak için 2010 yılında ... Odası Başkanlığı’na müraacaat ettiği, bu sahte belgeye istinaden 576.TL dane mısır fark ödemesi desteklemesi ve 67,5.TL mazot gübre desteklemesi primi ödemek suretiyle kurum zararına sebebiyet verdiği, bu surette sanığın nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediği iddia ve kabul olunan somut olayda, doğrudan gelir desteği alınan taşınmazın daha öncesinden sanık tarafından katılanın annesi ve taşınmazın önceki maliki olan olan tanık Gülten’den kiralatılmış olması, bu hususun tanık tarafından doğrulanmış olması, kovuşturma aşamasında alınan 06.11.2015 tarihli bilirkişi raporunda 21.08.2010 tarihinde kaydedilmiş olan mevcut görüntülerin kesin karar vermek için yeterli olmadığından beyan edilmiş olması, ayrıca İlçe Tarım Müdürlüğü’nün sanık tarafından doldurulan formdaki bilgilerin doğruluğunu araştırma, yerinde tespit etme ve sonucuna göre prim desteğinden kişiyi faydalandırma veya faydalandırmama görevlerinin bulunup, sanığın İlçe Tarım Müdürlüğü’nün denetleme olanağını ortadan kaldırarak hileli herhangi bir davranışının bulunmadığı hususları birlikte değerlendirildiğinde sanığın suç işleme kastıyla hareket ettiğine dair delil elde edilemediği, bu nedenle nitelikli dolandırıcılık suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı anlaşılmakla, sanık hakkında atılı suçtan beraati yerine mahkûmiyetine hükmedilmesi...” Yargıtay, 11. CD, T. 25.11.2021, E. 2021/25254, K. 2021/10822. Ayrıca bkz. Yargıtay, CGK, T. 02.04.2013, E. 2012/6-1556, K. 2013/109; Yargıtay, 15. CD, T. 02.04.2013, E. 2012/22187, K. 2013/1878.

⁸⁶ “Somut olayda; sanık ...’nın, Kozan İlçesi ... Köyü ve ... numaralı parselde bahçesinin bulunduğu, 2004-2009 yılları arasında, bu yıllar da dâhil olmak üzere, her yıl 54 ve 97 parselde buğday ve mısır ektiğini beyan ederek arazi bilgileri formu düzenlediği ve muhtar ve aza-ya onaylattığı ve hazineden hububat destekleme ödemesi aldığı, Kozan İlçe Tarıma bağlı ekipçe 12/01/2009 tarihli tespit tutanağına göre şüphelinin kullandığı ... Köyü ... numaralı parselde 8-9 yaşlarında narenciye ekili olduğu, gerisinin tarla olduğu, 97 numaralı parselde 60-70 yaşlarında narenciye ekili olduğunun tespit edildiği, sanığın savunmasında suçlamayı kabul etmediği, ancak; kurum zararını giderdiği, arazi bilgileri formunun sunulduğu İlçe Tarım Müdürlüğü’nün bu formdaki bilgilerin doğruluğunu araştırma, yerinde tespit etme ve sonucuna göre hareket etme, başka bir deyişle kendi tespitlerine göre prim desteğinden faydalandırma veya faydalandırmama yetkilerinin bulunduğu, katılan kamu kurumunun bu araştırma yükümlülüğünün bulunması sebebiyle yapılacak araştırma sonucunda sanığın beyan ettiği bir kısım parsellerde gerçekte desteğe tabii ürünün yetiştirilmediğinin ortaya çıkarılması mümkün olduğuna göre, sanığın sunduğu arazi bilgileri formunun aldatma yeteneğinin bulunmadığı,” Yargıtay, 15. CD, T. 22.01.2014, E. 2012/14700, K. 2014/832.

⁸⁷ “Sanık adına ... Şubesinde 250 TL havale geldiği, sanığın bu havaleyi almak için ...şubesine müraacaat ettiği ve 250 TL’yi aldığı, daha sonra Pt çalışanının ... adına ...’dan da 660 TL havale geldiğini gördüğü ve sanığa başka bir yerden havale gelip gelmeyeceğini sorması üzerine sanığın geleceğini beyan ederek ve isim benzerliğinden istifade edip yalan beyanda bulunarak parayı aldığı iddia edildiği olayda; sanığın eyleminin dolandırıcılık suçunu oluşturduğuna ilişkin mahkemenin kabulünde isabetsizlik görülmemiştir.” Yargıtay, 15. CD, T. 13.10.2016, E. 2016/1683, K. 2016/7651.

ccc. Susmanın “Hileli Davranış” Teşkil Edip Etmediği Sorunu

Kamu kurum ve kuruluşları zararına dolandırıcılık suçu ihmal yoluyla da irtikâp olunabilir⁸⁸. Nitekim öğretide dolandırıcılık suçunun beyan suçu olmadığı ve dolayısıyla hilenin mutlaka sarih veya zımnî bir beyanla ortaya konmasının gerekmediği ifade edilmiştir⁸⁹. TCK m. 157'nin gerekçesinde de ihmalen bu suçun irtikâp olunabileceği belirtilmiştir⁹⁰. Söz konusu ihmali davranışın icrai davranışa eş değer olması suçun teşekkülü için elzemdir. Öte yandan TCK'da sadece kasten öldürme, kasten yaralama ve işkence suçlarının ihmali hareketle işlenebileceğine açıkça yer verildiği için TCK m. 157'nin gerekçesindeki açıklama, öğretideki tartışmaları sonlandırmaya yetmemiştir. Öğretide hâkim olan düşünce, failin karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğü varsa bu yükümlülüğü yerinde getirmediği takdirde hile unsurunun gerçekleşeceğini yönünde iken⁹¹, susmayı hiçbir şekilde hile olarak kabul etmeyen yazarlara göre konuşma yükümlülüğü altında bulunan birinin susması dolandırıcılık suçunu oluşturabilirse de -ihmalî hareketin hangi koşullarda icrai harekete eş değer sayılacağına ilişkin herhangi bir kanuni düzenleme olmadığından- bu durumdaki kişiyi cezalandırmak kanunilik ilkesi ile bağdaşmayacaktır⁹².

Yukarıda da ifade edildiği üzere, susmanın hile kabul edilip edilmeyeceği tartışmalı olup bu hususta failin kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan aydınlatma yükümlülüğü (dürüstlük kuralı) olup olmadığına ve failin susmasının mağduru hataya düşürme/mevcut hatasını sürdürme bakımından elverişli olup olmadığına bakmak gerektiği ifade edilmiştir⁹³. Katılmadığımız bir düşünceye göre bazı durumlarda failin susması hile olarak kabul edilebilir. Susma veyahut doğru bilgiyi vermektan imtina etme gibi ihmali davranıştan failin sorumlu tutulabilmesi için muhatabını/mağduru bilgilendirmek konusunda failin yükümlülüğünün bulunması, bunun içinse kişinin muayyen bir davranışta bulunmak konusunda kanundan, hukuki ilişkiden veya sözleşmeden kaynaklanan bir mükellefiyetinin olması icap eder⁹⁴. Susma hile olarak kabul edilecekse bunun manevî unsur, konu, netice ve illiyet bağı yani suçun unsurları bakımından dolandırıcılık suçunun tipikliğine uygun olması elzemdir⁹⁵.

Kanaatimizce konuşma yükümlülüğü altında bulunan birinin susmasının dolandırıcılık suçunu oluşturacağı düşünülse de bu durumdaki kişiyi cezalandırmak kanunilik ilkesi ile bağdaşmaz. Zira kanuni tarifte ihmali hareketin hangi koşullarda icrai harekete eş değer sayılacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur. İhmalen irtikâp olunabilecek suçlar TCK'da tek tek sayılmıştır. Bunlar; kasten öldürme, kasten yaralama ve işkence suçlarıdır. Kanunilik ilkesine aykırı olacak biçimde ihmalen işlenebilecek suçların sayısının genişletilmesi kabul edilemez. Nitekim Yargıtay yeniden evlenip durumunu yetkili mercilere bildirmeyen ve bu şekilde dul aylığı almaya devam eden failin eylemini dolandırıcılık olarak kabul etmemiştir. Yüksek Mahkemeye göre failin susması hileli davranış teşkil etmemektedir⁹⁶. Benzer biçimde, Sosyal Güvenlik Kurumundan yetim maaşı alabilmek için muvazaalı boşanma

⁸⁸ SOYASLAN, s. 443; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 882; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 814. Aksi yönde bkz. KORKMAZ, s. 112.

⁸⁹ MERAN, s. 89. Karşı yönde bkz. ÖZGENÇ, 2002, s. 23; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 814.

⁹⁰ “...hile icrai bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da yani ihmali davranışla da gerçekleştirilebilir. Ancak, bu durumda kişinin hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğü olması gerekir. Hataya düşen kişi ile hukuki ilişkide bulunulan durumlarda böyle bir yükümlülük vardır. Ayrıca muhatabın belli bir husustaki hatası karşısında kişinin ihmali davranışının örneğin susmasının bir beyan, açıklama değerini taşıması gerekir.” Yargıtay, 23. CD, T. 16.04.2015, E. 2015/1470, K. 2015/702.

⁹¹ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 474; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 814; AKBULUT, s. 283; ÖZGENÇ, 2002, s. 23-24; PEDRAZZI, Cesare: *Inganno Ed Errore Nei Delitti Contro Il Patrimonio*, Giuffrè Editore, Milano, 1955, s. 202'den aktaran KORKMAZ, s. 51; AYDIN, s. 662.

⁹² TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 879; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 713; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5075; BİLEN, s. 131; KORKMAZ, s. 53; DÖNMEZER, 2001, s. 454; MANTOVANI, *Delitti Contro Il Patrimonio*, s. 207'den aktaran KORKMAZ, s. 51.

⁹³ BAŞBÜYÜK, s. 93.

⁹⁴ “...kişinin hataya düşen tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün olması gerekir. Hataya düşen kişi ile hukuki ilişkide bulunulan durumlarda böyle bir yükümlülük vardır”. Bkz. ÖZGENÇ, 2017, s. 372.

⁹⁵ BAŞBÜYÜK, s. 93.

⁹⁶ “Kendisi de katılan kurumdun emekli aylığı alan sanığın ... Belediyesinden emekli olan eşi O.'ın 08.04.1995 tarihinde ölmesi üzerine katılan kuruma yaptığı müracaatı sonucunda 01.06.1995 tarihinden itibaren eşinden dolayı dul aylığı almaya başlaması, sanığın

sonrası eski eşiyle birlikte yaşayanların durumu da bu kabildendir⁹⁷. Yargıtayın, ailesinin sosyal güvencesinden yararlanmak için eşinden resmî olarak boşanmış olmasına rağmen birlikte yaşamaya devam eden kişinin fiilinin nitelikli dolandırıcılık suçu oluşturduğuna dair eski görüşünden, bu nevi fiillerin Kanun'da suç olarak tanımlanmadığı gibi gerekçelerle, döndüğü görülmektedir⁹⁸. Öğretide bahse konu olayların kanuna karşı hile olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde de görüşler mevcuttur⁹⁹.

bb. Hileli Davranışlarla Mağdurun Aldatılmış Olması

Suçun oluşması için failin yaptığı hile/desiselerle mağduru aldatmış olması elzemdir. Hilenin aldatıcılık karakteri kişilerin irade özgürlüğünü etkilemekte mağdur/mağdurların iradesi körelmekte ve bu suretle maddi dünyadaki hakikatle mağdurun zihnindeki örüntü birbirleriyle uyuşmamaktadır. Ezcümle, fail yapmış olduğu hile ile mağdurun iradesini sakatlamaktadır¹⁰⁰.

Mağdurun hataya düşürülmesi, mağdurda mevcut olan hatayı kuvvetlendirmek veyahut mağdurun hatasını fırsat bilmek ve ona doğru bilgiyi vermemek şeklinde gerçekleşebilir¹⁰¹. Somut olayda fail mağdurun hatasından faydalanmışsa ve mağdurun aldanmasına failin ilave bir katkısı yoksa dolandırıcılık suçundan bahsetmek doğru olmaz¹⁰². Başka bir söyleyişle, fail herhangi bir hile veya desiseye başvurmadan salt mağdurun içinde olduğu hatadan istifa etmişse dolandırıcılık suçu söz konusu değildir¹⁰³. Gerçekten de bu nevi vakalar bakımından öğretideki ağırlıklı görüş, TCK m 157'deki "aldatmak" ifadesinin mağdurun hatasını devam ettirecek şekilde failin eylemlerini kapsadığı, salt mağdurun hatasından faydalanmanın bu suçu oluşturmayacağı yönündedir¹⁰⁴. Benzer biçimde, mukayeseli

31.10.1997 tarihinde yeniden resmen evlenmesine karşın evlendiğini katılan kuruma bildirmeyerek bu tarihten sonra da ölen sigortalı eşinden dolayı aylık almaya devam etmesi, aylığının başlatılan idari soruşturma sırasında 31.03.2006 tarihinde kesilerek kendisine yersiz olarak ödenen 23.299,35 Liranın geri istenmesi şeklinde gerçekleşen olayda, kanuni düzenlemelere uygun olarak ölen eşinden dolayı bağlanan dul aylığını almakta olan sanığın yeniden resmen evlenmesine karşın, nüfus kayıtlarına resmî olarak işlenen bu hususu katılan kuruma bildirmeyerek aylık almaya devam etmesi eylemi hileli davranış olarak kabul edilemeyeceğinden dolandırıcılık suçunun unsurları oluşmamıştır." Yargıtay, CGK, T. 03.12.2013, E. 2013/15-510, K. 2013/579. Yüksek Mahkeme'nin aksi yönde verdiği kararlar da bulunduğu benzer olaylarda yeknesak bir tutum takındığını söylemek zordur: "Sanığın, kendisi ile birlikte yaşayan ve katılan kurumdan emekli maaşı alan kayınvalidesi Nazife'nin maaşını çekebilmek için 21/12/1992 tarihinde noterden vekaletname aldığı, Nazife'nin 1993 yılı Ekim ayında ölmesine rağmen, bu ölüm olayının Nüfus Müdürlüğü'ne ve diğer resmi mercilere bildirilmemesi nedeni ile emekli maaşının banka hesabına yatırılmaya devam edildiği, sanığında suç tarihine kadar, bu ölüm olayını bildirmeyerek, toplam 75.911,57 TL emekli maaşını çektiği, sanığın bu surette hileli eylemlerle haksız menfaat temin ettiği, sanığın ikrar içeren savunması, tıbbi beyanları, fethi kabir tutanağı, Adli Tıp Kurumu raporu ve tüm dosya kapsamından anlaşıldığından, sanık hakkında nitelikli dolandırıcılık suçundan verilen mahkumiyet hükmünde her hangi bir isabetsizlik görülmemiştir." Yargıtay, 15. CD, T. 06.11.2018, E. 2016/3044, K. 2018/7677.

⁹⁷ 5510 sayılı Kanun m. 56/2: "Eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir. Bu kişilere ödenmiş olan tutarlar, 96 ncı madde hükümlerine göre geri alınır."

⁹⁸ "Sanıkların resmî nikahlı olarak evliken, sanık ...'nin vefat eden babasından kalan sigorta maaşını alabilmek için 11/07/2002 tarihinde muvazaalı olarak boşandıkları, 23/05/2011 de yapılan kolluk araştırmasında aynı evde birlikte yaşamaya devam ettiklerinin tespit edildiği, bu suretle SGK'dan maaş almak suretiyle haksız menfaat temin ederek kamu kurum ve kuruluşlarına zararına dolandırıcılık suçlarını işledikleri iddia edilen olayda; dosya kapsamından, sanıkların mahkeme tarafından geçerli bir kararla boşanmasından sonra eşlerin bir arada yaşamasını engelleyen, birlikte yaşamının suç olduğuna dair kanuni düzenlemenin bulunmaması karşısında eşlerin bir arada yaşamasının boşanmanın maaş almak amacıyla yapıldığının ve hileli davranışın kanıtı olamayacağı, nitekim 5510 sayılı Kanun'un 56. maddesinde bu durumu tespit edilen kimselerin gelir ve aylığının kesileceği ve ödenmiş tutarın geri alınacağı belirtilmiştir." Yargıtay, 15. CD, T. 19.06.2019, E. 2018/3911, K. 2019/6893. Buna karşın, Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) kamudan sübvansone almak için yapılan dolandırıcılık suçunu düzenleyen 264. maddesinde kamudan destek almak için kişinin eksik beyanda bulunması, önemli konular hakkında susması suç olarak kabul edilmiştir. Failin aktif hile hareketinin bulunmadığı bu hallerde dolandırıcılık suçundan failin sorumlu tutulmaması için gönüllü ve ciddi bir biçimde sübvansiyonun verilmesini engellemeye çalışmış olması aranmaktadır. YENİSEY, Feridun / PLAGEMANN, Gottfried: *Alman Ceza Kanunu (StGB)*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 380-382.

⁹⁹ Bu düşünceye göre fail/failler, 5510 sayılı Kanun, m. 34/1-b, (3)'de yer alan "ölen sigortalının, yaşları ne olursa olsun evli olmayan, evli olmakla beraber sonradan boşanan veya dul kalan kızlarına..." aylık bağlanacağı hükmünden istifade edebilmek adına bir yasal statüden başka bir statüye geçmektedirler. Fail/faillerin maddi bir olayı gerçekmiş gibi göstermeye yönelik herhangi bir davranışları yoktur ve muhataptan maddi bir olayı gizlemeye yönelik hareketleri söz konusu değildir. Kaldı ki fail/faillerin hareketleri kamu idaresine karşı olmayıp tüm hukuk düzenine karşıdır. Bkz. BAŞBÜYÜK, s. 42. Karşı yönde bkz. BİLEN, s. 219.

¹⁰⁰ PARLAR, s. 22.

¹⁰¹ S/S-CRAMET / PERON (27), &263, kn. 18'den aktaran KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 811.

¹⁰² CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 499; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, s. 716; KORKMAZ, s. 54.

¹⁰³ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 879.

¹⁰⁴ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, s. 716; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 499; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 811; BİLEN, s. 144, 145.

hukukta dolandırıcılık suçu bakımından “*var olan hatadan yararlanma*” şeklinde kanunlarda açıkça düzenlemeye yer verildiği, böyle bir unsura yer vermeyen TCK m. 157 hükmü ile mağdurun hatasından yararlanma şeklindeki eylemin dolandırıcılık suçu olarak cezalandırılmanın mümkün olmayacağı ileri sürülmüştür¹⁰⁵. Eşi çalıştığı hâlde çalıştığı kurumdan aile yardımı ödeneği alan kişinin durumu buna örnek olarak verilebilir. Somut olayda kişi, eşinin çalıştığını kurumuna beyan etmesine rağmen tahakkuk memuru bu beyanı gözden kaçırmış ve her ay kişiye aile yardımı tahakkuk ettirmiştir. Keza Yargıtay da failin hileli davranışlarının olmadığı somut olayda suçun unsurlarının oluşmadığı kanaatinde¹⁰⁶. Yargıtaya göre vefat eden yakınlarının yaşlılık veya emeklilik aylıklarının bankadan alınmaya devam edilmesi durumunda salt ölüm hadisesinin gizlenmesi hile olarak değerlendirilmeyecek, failin banka personelini aldatmaya matuf ilave davranışlarının varlığı aranacaktır¹⁰⁷.

Bir düşünceye göre mağdurun kontrol yükümlülüğünün olması veyahut kurumsal araştırma olanaklarına sahip olması karşısında failin hileli hareketi denetim olanağını ortadan kaldırmasa bile bu suç oluşur. Çünkü failin hareketi ile mağdur hataya düşmüş ve kurumun malvarlığını azaltan bir tasarrufta bulunmuştur. Hatanın kaynağı kontrolün hiç yapılmaması/eksik yapılması değil, failin hileli hareketidir¹⁰⁸.

Mağdurun salt bilgisizliği hata olarak değerlendirilmez. Başka bir ifade ile mağdurun hatası somut bir duruma ilişkin olmalıdır. Belediyeye ait feribotta biletsiz olarak seyahat eden yolcudan haberdar olmayan görevlinin durumu buna örnek olarak verilebilir. Somut olayda biletsiz yolcunun görevliye karşı hileli bir davranışı söz konusu olmadığından görevlinin biletsiz yolcudan haberdar olmaması TCK m. 157 anlamında “hata” olarak kabul edilemez¹⁰⁹.

Aldatılan kişi/mağdur fail tarafından öne sürülen olguları gerçek sanarak hareket etmelidir. Ayrıca mağdurun davranışı ile failin suç teşkil eden hareketleri arasında illiyet bağının varlığı şarttır¹¹⁰.

cc. Zararın Meydana Gelmesi ve Failin Haksız Menfaat Sağlaması

Menfaati/yararı fail bizzat elde edebileceği gibi bir üçüncü kişi de elde etmiş olabilir. TCK m. 158/1-e’de zararın haksız olması gerektiği hususu bulunmamakla beraber, öğretilerde bu suçun oluşumu için failin/üçüncü kişinin iktisap ettiği menfaatin haksız olmasının şart olduğu ifade edilmiştir¹¹¹.

¹⁰⁵ TOROSLU, s. 180.

¹⁰⁶ “...Sanığın, *Burhaniye Ceza İnfaz Kurumunda 27/09/2002 -15/11/2011 tarihleri arasında doktor olarak görev yaptığı sürede kurumuna eşinin çalışmadığını beyan ederek toplam 7.688,78 TL aile yardımı ve ayrıca görevden ayrılırken düzenlenen sürekli görev yolluğu bordrosunda eşini de beyan etmesi nedeniyle toplam 378,50 TL aldığı, SGK’dan yapılan araştırmada sanığın eşinin 2421 gün sigortalı olarak çalıştığına dair sigortalı çalışma kaydı bulunduğu tespit edildiği, bu suretle sanığın üzerine atılı kamu kurum ve kuruluşlarının zararına dolandırıcılık suçunu işlediği iddia edilen olayda; sanik savunması, katılan kurum belgeleri, tanıklar beyanları, tutanaklar ile dosya kapsamından, sanığın göreve başladığında eşinin bu tarihte çalışmadığından verdiği beyannamenin bu yönde olduğu, eşinin daha sonra dönem dönem çalıştığı, sigorta primlerinin yatırıldığı, eşinin işe başladığında yeniden beyanname vermediği, ancak eş, çocuk, çalışma hususlarının basit bir araştırma ile tespit edilebileceği, sanığın hileli davranışının olmadığı, sanığın beyanname vermesi ve bildirimde bulunmasının görev yaptığı kurumun denetleme yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığı gerekçesiyle sanığın üzerine atılı eylemin suç olarak tanımlanmadığına yönelik mahkemece verilen beraat hükmünde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yargıtay, 15. CD, T. 21.04.2021, E. 2017/34667, K. 2021/4671.*

¹⁰⁷ Yargıtay, 11. CD, T. 24.06.2010, E, K. 16131/7284; “Somut olayda; Fikir ve eylem birliği içinde hareket eden sanıklardan Hüseyin’in, gerçekte 10/11/2007 tarihinde vefat etmiş olan annesi Name’nin (1936 doğumlu) ölümünü resmi mercilere bildirmeyip, adli emanete alınan imza yerine geçen mührünü de kullanarak Ziraat Bankası Kumlu şubesi görevlilerine (Name’nin sağlığında yapılan benzer uygulamaların verdiği rahatlıktan yararlanarak) “...yaşlı, gözleri görmeyen, yürüyemeyen annem arabada oturuyor...” deyip, karısı-sanık Nurcan’ı kıyafet değişiklikleriyle “annesi gibi gösterip” ödeme makbuzlarına (06/12/2007 ve 05/03/2008 tarihli) mühür ve parmak izi basılmasını sağlayıp toplamda 1.485 TL dul-yetim maaşlarını alarak haksız yarar sağlamaları eylemlerinin “Nitelikli dolandırıcılık” suçunu oluşturduğunu takdir eden mahkemenin kabul ve uygulamasında ... bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yargıtay, 15. CD, T. 05.02.2015, E. 2013/7631, K. 2015/4688.

¹⁰⁸ BAŞBÜYÜK, s. 200.

¹⁰⁹ TRONDLE / FISCHER, StGB, § 263, Kn: 34’ten aktaran BAŞBÜYÜK, s. 181.

¹¹⁰ WESSEL / HETTINGER, BT/II&13, no 508’den aktaran TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 755.

¹¹¹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 892; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 512; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 408. Haklı bir yararın iktisapı ile de dolandırıcılık suçunun oluşacağı ve fakat “alacağı tahsil amacıyla dolandırıcılık” (TCK m. 159) hükümlerinin gündeme geleceği yönünde bkz. AYDIN, s. 669.

Kamu kurum ve kuruluşları zararına dolandırıcılık suçu kanuni tarifte zarar suçu olarak formüle edilmiştir. Zarar mutlaka bir malvarlığına (emval/mamelek) ilişkin olmalıdır. Kârdan yoksun kalma da zarar olarak kabul edilir. Yine zilyetlik de malvarlığına ilişkin haklar kapsamında kabul görmektedir¹¹². Zarar muayyen olmalıdır. Zararın az ya da çok olması bu suçun oluşumu bakımından önemsizdir¹¹³.

Suç tamamlandıktan sonra, failin zararı tazmin etmesi hâlinde suçun varlığı devam etmekle birlikte TCK m. 168'deki etkin pişmanlık hükümleri gündeme gelebilir. Yine Yargıtay, önceden doğmuş olan bir borçtan dolayı failin hile ve desiseler yapması biçiminde gerçekleşen olayda, menfaat evvelinden alındığı için, suçun unsurlarının oluşmadığına karar vermiştir¹¹⁴.

Sadece haksız bir yararın temini bu suçu oluşturmaz. Muhatabın veyahut hileye maruz kalanın ya da üçüncü bir kişinin malvarlığında zararın meydana gelmesi gerekir¹¹⁵. Yargıtay ve bir kısım yazarlara göre somut olayda mağdurun zarara uğramasına karşın fail herhangi bir mal varlığı elde edememişse de suçun unsurları gerçekleşmiştir¹¹⁶. Yine Yargıtaya göre suçun konusu, sağlık hizmetleri gibi devletin karşılamakla mükellef olduğu bir şey olduğu durumlarda, kamu zararı oluşmadığından, bu suç oluşmaz¹¹⁷.

Basit dolandırıcılık suçunda zararın mağdura ya da bir başkasına ait olması önemsiz olsa da¹¹⁸ kamu kurum ve kuruluşları zararına dolandırıcılık suçunda zararın muhakkak kamu kurumu veya kamu idaresine ait olması icap eder. Söz gelimi kamu görevlisi fail yabancı dil sınavında kendisi yerine başkasını sınava sokmuş, bu hile neticesinde maaşına her ay yabancı dil tazminatı yatmışsa, zarar husule geldiği için, kamu kurum kuruluşları ve zararına dolandırıcılık suçunun unsurları oluşacaktır. Yine başka birini sınava sokarak almış olduğu yabancı dil puanı ile üniversitede lisans üstü eğitime başlayan veya bu puanla akademik kadro veya unvan alan failin eylemi, resmî belgede sahtecilik gibi suçlara vücut verse de kamu kurum ve kuruluşları zararına dolandırıcılık suçunun unsurlarının oluşup oluşmadığı somut olayda herhangi bir kamu zararının meydana gelip gelmemesine bağlıdır. Sahte diploma ile üniversitenin doçent kadrosuna atanan ya da sahte lisans diploması ile bir devlet hastanesinde tıp doktoru olarak çalışıp maaş, akademik teşvik, ders ücreti, döner sermaye ödemesi vs. alan failerin durumu bu kabildendir¹¹⁹.

Yukarıda da belirtildiği üzere hile ile mağdurun hataya düşmesi ve hata ile mağdurun tasarrufu arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Mağdur failin hareketi olmasa da yine de malvarlığında azalmaya

¹¹² TRONDLE / FISCHER, & 263 no. 27a'dan aktaran TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 893.

¹¹³ AYDIN, s. 668.

¹¹⁴ Yargıtay, CGK, T. 12.10.2004, E. 2004/11-150, K. 2004/192.

¹¹⁵ "...İnşaatlarda çalışan sanığın 18.06.2007 günü çalışırken elini yaralaması üzerine kardeşi H. Ç.. 'a ait ve Diyardin Kaymakamlığı tarafından düzenlenen 02.03.2005 tarihli Yeşilkart ile 9. F. Acil Servisine başvurduğu, kendisini H. Ç.. olarak tanıttığı ve tedavi olduğu, aynı gün hastane doktorunca düzenlenen adli bildirim raporunun polis tarafından kendisine teslimi sırasında sağlık Karnesindeki fotoğraf ile üzerinde bulunan nüfus cüzdanındaki fotoğrafların birbirine benzemediğinin anlaşılması üzerine ortaya çıkan olayda, Yaralının tedavisi ile ilgili olarak acil sağlık hizmet bedellerinin alınmayacağı ve bu nedenle herhangi bir zararın söz konusu olmayacağı anlaşılmalı, sanığa yüklenen dolandırıcılık suçunun unsurları bakımından oluşmadığı nazara alınarak beraatine karar verilmesi gerekmektedir yazılı şekilde mahkumiyetine hükmedilmesi, Bozmayı gerektirmiştir..." Yargıtay, 15. CD, T. 17.12.2014, E. 2013/5199, K. 2014/21477.

¹¹⁶ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 465. Yargıtay, CGK, T. 17.03.1998, E. 6, K. 29-99.

¹¹⁷ Öğretide bu tip vakalarda zorunluluk hâlinin de gündeme gelebileceği ileri sürülmüştür. Bkz. AYDIN, s. 669.

¹¹⁸ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, s. 697.

¹¹⁹ "Sanığın, ... Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Matematik bölümü öğrencisi iken, 10/03/2009 tarihinde fakülte ile ilişkisinin kesildiği halde, adı geçen üniversiteden verilmiş gibi sahte geçici mezuniyet belgesi düzenleyip ya da düzenleterek, bu mezuniyet belgesini kullanmak suretiyle İzmir ili Konak ilçesinde bulunan ... İlköğretim Okulu'nda 03/03/2011-23/05/2011 tarihleri arasında ücretli öğretmen olarak görev yaptığı, sanığa bu dönemde toplam 1.806,22 TL ücret ödendiği anlaşılmalı; eylemin TCK'nun 158/1-e maddesinde düzenlenen kamu kurum ve kuruluşlarının zararına dolandırıcılık suçunu oluşturduğunu takdir eden mahkemenin kabul ve uygulamasında bir isabetsizlik görülmemiştir." Yargıtay, 15. CD, T. 15.05.2019, E. 2017/4062, K. 2019/5582; "Esasında ortaokul mezunu olan sanığın, dini eğitim aldığı, eğitim durumu uygun olmadığı için memuriyete atanmadığı, açık kimliği tespit edilemeyen Adem isimli kişinin yardımıyla temin ettiği ... Fakültesi İlahiyat ön lisans sahte diplomasını kullanarak imam hatiplik için müracaatta bulunduğu, .../... Köyü cami imam hatibi olarak atandığı ve 2011 yılı şubat ayından 2011 yılı aralık ayına kadar görev yaptığı, kendisi için maaş ve emekli kesenekleri olmak üzere toplam 24.307,17 TL'nin ödendiği anlaşıldığından kamu kurumuna karşı dolandırıcılık suçunun oluştuğuna yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir." Yargıtay, 23. CD, T. 13.06.2016, E. 2015/8954, K. 2016/7626.

yol açan hareketi gerçekleştirecekti denilebilirse herhangi bir illiyet bağından söz edilemez. Bir düşünceye göre mağdurun, failin hareketi olmasa yine malvarlığında azalmaya yol açan hareketi gerçekleştirecek olması nedensellik bağıını ortadan kaldırmaz. Bu argüman bir faraziye olup böyle bir faraziye ne hileli hareketi ne de mağdurun hatasını ortadan kaldırır¹²⁰.

2. Manevi Unsur

Kamu kurumları ve kamu idareleri zararına dolandırıcılık suçunun manevi unsuru genel kasttır. Failin, irtikâp ettiği filin hile teşkil ettiğini ve bunun aldatıcı nitelikte olması gerektiğini bilmesi iktiza eder. Yine failin hileli davranışı sebebiyle kendisi veya bir başka üçüncü kişinin malvarlığında haksız bir artma meydana gelmesine mukabil, kamu kurum ve kuruluşunun malvarlığında azalma meydana geleceğini bilmesi ve istemesi icap eder. Nitekim bu hususlara gerekçede de yer verildiği görülmektedir¹²¹.

Failin kastının hile, hile sonucu zarar oluşması, kamu malının hukuka aykırı olarak temin edilmesi ve suçun konusunun kamuya ait malvarlığı olması gibi suçun bütün unsurlarını kapsaması gerekir. Ayrıca failin hile yaptığı ve aldattığı kişinin kamu personeli olduğunu ve bu personelin kamu malı üzerinde tasarruf yetkisi bulunduğunu bilmesi icap etmektedir. Aksi durumda *tipiklik hatası* söz konusu olacaktır. Tipiklik hatası failin suçun maddi unsurlarında, nitelikli hâllerinde veya hukuka uygunluk hâllerinde hataya düşmesidir. Fail TCK'nın 30. maddesinin birinci fıkrası uyarınca bu hatasından yaralanacak ve fakat şartları oluşmuşsa suçun basit hâlden sorumlu tutulacaktır¹²².

Bu suç olası kastla da işlenebilir¹²³. Sonradan ortaya çıkan kast bu suça vücut vermez¹²⁴.

D. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Fail işlemeyi kastettiği suçu elverişi hareketlerle doğrudan doğruya ika etmeye başlayıp da elinde olmayan nedenlerle suçu tamamlayamaz ise teşebbüs hükümleri gündeme gelecektir (TCK m. 35). Fakat failin bu aşamaya kadar yaptığı fiiller başka bir suça neden olursa sadece bunlardan sorumludur. Failin sahte reçete ile eczaneye başvurması ve fakat reçetede ilaçların o an eczanede bulunmaması nedeniyle eczane çalışanının ilaçları depodan sipariş edip failden daha sonra gelmesini istediği olayda dolandırıcılık suçunun akim kalması böyledir. Öte yandan failin teşebbüsten sorumlu tutulamayacağı durumlar da söz konusu olabilir. Bunlar, failin suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçmesi veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasına veya neticenin gerçekleşmesine engel olmasıdır.

TCK m. 158/1-e'deki suçun oluşması için failin fiilinin kesin ve somut bir zarara neden olması arandığından, neticeli suçun söz konusu olduğu yukarıda ifade edilmişti. Dolayısıyla bu suçta hareketten ayrı olarak neticenin varlığı arandığından netice ile birlikte suçun meydana geleceği söylenebilir. Failin elverişli hareketlerine rağmen haksız menfaat elde edilmediği sürece suç teşebbüs aşamasında kalmış olur. Failin hileli hareketler ile mağduru aldatmasına rağmen zarar meydana gelmemesi bu kabildendir.

¹²⁰ WESSELS / HILLENKAMP, BT, § 13, Kn: 523'ten aktaran BAŞBÜYÜK, s. 193.

¹²¹ "Dolandırıcılık suçu, kasten işlenebilen bir suçtur. Burada söz konusu olan kast, dolandırıcılık suçunun maddi unsurlarının hepsinin fail tarafından bilinmesini ifade etmektedir. Bir başka ifadeyle, fail gerçekleştirdiği davranışların hile teşkil ettiğini, başka birini aldatıcı nitelikte olduğunu bilmelidir. Ayrıca, fail, bu hileli davranışlar sonucunda bunların etkisiyle, hileye maruz kalan kişinin veya başkasının malvarlığında bir eksilme meydana geldiğini, zarar gördüğünü ve buna karşılık, kendisinin veya sair bir kişinin malvarlığında bir artma meydana geldiğini bilmelidir." ÖZGENÇ, 2017, s. 372.

¹²² DURSUN, s. 302.

¹²³ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 817.

¹²⁴ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 410.

Failin irtikâp ettiği eylem/eylemlerin hazırlık hareketi mi olduğu icra hareketi mi olduğunun tespiti subjektif teori, maddi objektif teori ile Frank formülü esas alınarak sonuca gidilmelidir¹²⁵. Yani failin hareketi şüpheye yer bırakmayacak şekilde kastı gösterir mahiyette ise veya fail suçun kanuni tanımındaki fiili/fiilleri doğrudan doğruya icraya başlamışsa veya failin hareketleri kastedilen suçla yakınlığı/bağlantısı olan hareketler ise veya failin eylemi suçun konusunu tehlikeye atıyorsa bütün bunlar hazırlık değil, icra hareketidir.

Yukarıdaki açıklamalar kapsamında, tipiklikte yer alan hareketler ve bunlarla yakın bağlantısı olan hareketlerin veya failin kastını gösteren hareketlerin veya suçun konusunu tehlikeye düşüren hareketlerin varlığı hâlinde failin teşebbüs aşamasında olduğu söylenebilir¹²⁶. Failin hile teşkil eden davranışlara başladığı an icra hareketlerin başlangıcı olarak kabul edilir ve teşebbüs mümkün hâle gelir. Hilenin objektif olarak aldatma kabiliyetinin olmaması ve mağdurun da aldanmamış olması durumunda işlenemez suçtan¹²⁷, hile objektif olarak aldatmak kabiliyetini haiz olduğu hâlde mağdur

¹²⁵ TOZMAN, Önder: *Suçta Teşebbüs*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 99-105.

¹²⁶ Yargıtay muayene olmak için dışarıda bekleyen polis memurunun sahte reçete düzenlendiğinin muayene odasında yapılan konuşmaları hastane koridorunda uyarık müdahale ettiği somut olayda suçun teşebbüs aşamasına ulaşmadığı şeklinde değerlendirme yapmıştır: "...Sanık ...'in Zonguldak Devlet Hastanesinde göz doktoru olarak görev yaptığı, temyiz dışı sanık ...'in de ... Optik isimli gözlük mağazasını çalıştırdığı, sanık ...'in, temyiz dışı sanıklar..., ve onların yakınlarını muayene etmediği halde ... Optik çalışanları tarafından getirilen kimliklere istinaden toplam 14 adet sahte reçeteye düzenlediği ve bu reçetelerin katılan kuruma fatura edilmesi ile 829,51 TL bedelin katılan kurumdan tahsil edildiği, 15/06/2011 tarihinde de ... Optik çalışanı temyiz dışı sanık ...'in, sanıklar ..., ...'dan temin ettiği kimlik fotokopileri ile Zonguldak Devlet Hastanesi hasta kayıt bürosunda tıbbi sekreter olarak çalışan sanık ...'ya müracaat edip bu kişileri hastane kayıtlarına işlettiği, daha sonra da sanık ...'in çalıştığı göz polikliniğine giderek bu kişilerin adına reçete düzenlenmesini istediği, sanık ...'in de yanında sekreter olarak çalışan sanık ...'in yardımı ile reçete düzenlediği esnada sanık ...'a "kızım bizi hapse mi attıracağsın" demesi üzerine dışarıda bekleyen ve bu sözü duyan polis memuru ...'in sahte reçete düzenlendiğini farkedip içeri girerek müdahale ettiği iddia edilen somut olayda, dosya kapsamında toplanan delillere göre mahkemenin, sanık ...'in üzerine atılı resmi belgede sahtecilik suçunu işlediğinin sabit olduğuna ilişkin kabul ve uygulaması ile, bahse konu reçetelerin düzenlenmesi aşamasında nitelikli dolandırıcılık suçunun icrai hareketlerinin başlamadığı, bu hâliyle sanıkların üzerine atılı nitelikli dolandırıcılık suçuna teşebbüsün yasal unsurlarının oluşmadığına, ayrıca sanıklar ... ve ...'in, suç işleme kastıyla hareket ettiklerine ve diğer sanığın eylemine iştirak ettiklerine dair mahkumiyetlerine yeterli, her türlü şüpheden uzak, somut delil bulunmadığına ilişkin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir..." Yargıtay, 15. CD, T. 01.04.2021, E. 2017/33718, K. 2021/3884. Buna karşın failin sahte reçete ile başvurduğu eczanede ilaçların o anda eczanede hazır bulunmadığı için failin ilaçları alamadığı somut olayda eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmiştir: "...Sanığın, sigortalı hak sahiplerine ait TC kimlik numarası ve doktorlara ait daha önce düzenlenmiş reçete ve raporlardaki bilgileri kullanarak oluşturduğu sahte reçete ve raporlarla koah ve astım tedavisinde kullanılan ilaçları serbest eczanelerden temin ettiği, bu kapsamda, Süreyyapaşa Göğüs Hastalıkları ve Göğüs Cerrahi Eğitim ve Araştırma Hastanesinde doktor olan ...'in kaşesini sahte olarak yaptırıp, ... isimli kişi adına düzenlenmiş sahte sağlık raporu ve ... isimli kişi adına düzenlenmiş sahte reçetelerle müşteki ... tarafından işletilen ... Eczanesinden, katılan ... tarafından işletilen ... Eczanesinden, katılan ... tarafından işletilen ... eczanesinden ve katılan ... tarafından işletilen ... Eczanesinden, sahte belgelerde yazılı ilaçları aldığı; müşteki ... tarafından işletilen eczaneye giderek sahte reçete ve sağlık raporuna dayanarak ilaç almak istediği, müştekinin, ilaçların hazırda bulunmadığını, bir buçuk saat sonra temin edebileceğini beyan etmesi üzerine eczaneden ayrıldığı, müştekinin reçetede ismi yazılı doktoru araması üzerine sahteciliğin ortaya çıktığı ve ilaçları almaya gittiğinde kolluk kuvvetlerine yakalandığı olaylarda; dosya arasında bulunan ... inceleme raporundan ve müştekiler ile katılanların beyanlarından, sahte reçeteler sebebiyle ... tarafından eczanelere ödeme yapılmadığının, kurumun bir zararının bulunmadığının, sanığın, kamu kurumuna ait sahte reçeteleri ve raporları kullanmak suretiyle eczacılara zarara uğrattığının anlaşılması karşısında; sanığın müşteki ... ile katılanlar ..., ... ve ...'a karşı eylemleri nedeniyle dört kez, TCK'nin 158/1-d maddesinde düzenlenen "kamu kurum ve kuruluşlarının araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık" suçundan; müşteki ...'a karşı eylemi nedeniyle ise teşebbüs aşamasında kalan kamu kurum ve kuruluşlarının araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçundan cezalandırılması gerekirken..." Yargıtay, 11. CD, T. 22.12.2020, E. 2020/2229, K. 2020/7549. Yüksek mahkeme failin, kamu kurumuna ait davetiyeleri satma amacıyla elinde bulundurduğu olayda, failin bu davetiyeleri birine sattığı ya da satma amacıyla herhangi bir kişi ile muhatap olduğu veya girişimde bulunduğu ilişkin delil elde edilemediği, söz konusu davetiyelerin sadece elde bulundurulmasının hazırlık hareketi niteliğinde olduğu yönünde karar vermiştir: "...Sarıyer PTT görevlisi ...'in, Sarıyer ...Caddesi civarında PTT görevlisi kıyafeti giymiş halde gezen sanığı gördüğü, hal ve tavırlarından şüphelendiği sanığa, nerede çalıştığını sorduğu, sanığın, Sarıyer PTT'sinde çalıştığını söylediği, tamğin da, bu bölümde çalışıyor olması nedeniyle sanığın yalan söylediğini anladığı ve durumu Sarıyer PTT Müdürü'ne telefonla bildirdiği ve sanığı izlemeye başladığı, katılan müdürün, PTT Başmüdürlüğü'ne telefon ederek sanığın PTT görevlisi olup olmadığını sorduğu, görevli olmadığını öğrendikten sonra durumu güvenlik güçlerine bildirdiği, sanığın elinde, PTT'nin yıllık düzenlediği sünnet şöleni için hazırlanan eski tarihli davetiyelerin bulunduğu, böylece sanığın, kamu kurumuna ait davetiyeleri satma amacıyla elinde bulundurmak suretiyle nitelikli dolandırıcılığa teşebbüs suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda, sanığın, bu davetiyeleri birine sattığı ya da satma amacıyla herhangi bir kişi ile muhatap olduğu veya girişimde bulunduğu ilişkin delil elde edilemediği, söz konusu davetiyelerin sadece elde bulundurulmasının hazırlık hareketi niteliğinde olduğu, suçun icra aşamasına geçilmemesi nedeniyle, nitelikli dolandırıcılığa teşebbüs suçunun yasal unsurlarının oluşmadığının anlaşılması karşısında, bu gerekçelere dayanan mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik bulunmamıştır." Yargıtay, 15. CD, T. 20.10.2014, E. 2013/4851, K. 2014/16703.

¹²⁷ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 504; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 919. Yargıtayın hilenin aldatma kabiliyetinin bulunmadığı vakalarda suçun unsurlarının oluşmadığı yönünde karar verdiği görülmektedir: "...Sanığın katılan ... A.Ş.'nin... şubesine 15/09/2011 tarihli maaş bordrosu konulu belge ile kredi başvurusu yaptığı ancak yapılan incelemede söz konusu belgenin sahte olduğunun katılan bankanın çalışanı tarafından tespit edilmesi nedeniyle sanık hakkında resmî belgede sahtecilik ve nitelikli dolandırıcılık suçlarını işlediği iddia olunan olayda; sanık hakkında üzerine atılı resmî belgede sahtecilik ve nitelikli dolandırıcılık suçları bakımından suça konu belgenin aldatma kabiliyetinin olmaması ayrıca katılan banka çalışanının belgenin sahte olduğunu anlaması nedeniyle kredi girişi yapmayarak polise haber vermiş olması hep birlikte değerlendirilerek mahkemece suçların yasal unsurlarının oluşmaması nedeniyle verilen beraat hükümlerinde bir isabetsizlik görülmemiştir..." Yargıtay, 15. CD, T. 21.11.2016, E. 2014/8599, K. 2016/8784.

aldanmamışsa teşebbüs hükümlerinden bahsedilebilir¹²⁸. Söz konusu fiilin neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı ise *ex ante* yani fiilin meydana geldiği koşullar dikkate alınarak değerlendirilir¹²⁹.

2. İştirak

Kamu kurumları ve kamu idareleri zararına dolandırıcılık suçu bakımından iştirakin her hâli mümkündür. Suçun kanuni tanımında yer alan fiilleri (hile, aldatma, menfaat sağlama, zarar meydana gelmesi) birlikte gerçekleştirenler *müşterek fail* olarak değerlendirilecektir¹³⁰. Bunun için anılan kişilerde birlikte suç işleme iradesinin varlığı ve her bir kişinin tipik fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kurmuş olması aranacaktır (TCK m. 37/1). Öte yandan fiil üzerinde hâkimiyet kurmayıp bu suçun işlenmesine yardım edenler *yardım eden* sıfatıyla sorumludur (TCK m. 39). Öte yandan, TCK m. 158/1-e’de tanımlı suçun işlenmesinde bir başkasını vasıta olarak kullanan kişinin *dolaylı fail* olarak sorumluluğu gündeme gelecektir (TCK m. 37/2).

3. İçtima

TCK m. 157 ve 158’de özel bir içtima hâli düzenlenmemiştir. Dolayısıyla içtima hususları bakımında genel hükümler tatbik olunacaktır. TCK’nın suçların içtimaı ile ilgili genel kuralı, “*Kaç tane fiil varsa o kadar suç; kaç tane suç varsa o kadar da ceza vardır.*” biçimindedir¹³¹. İka ettiği fiil ile birden ziyade suçun oluşumuna sebebiyet veren fail anılan suçlardan en ağır cezayı iktiza eden suçtan sorumludur (TCK m. 44). Burada önemli olan husus, failin eyleminin tek olması ve mezkûr eylemin Kanun’un birden ziyade maddesini ihlal etmesidir. Bileşik suç, zincirleme suç, aynı neviden fikrî içtima ve farklı neviden fikrî içtima ise gerçek içtima kuralının istisnalarını oluşturmaktadır¹³².

İçtima başlığı altında birbirleriyle ilişkisi olan ve hatta iç içe geçen kamu kurum kuruluşları zararına dolandırıcılık, resmî belgede sahtecilik, edimin ifasına fesat karıştırma ve ihaleye fesat karıştırma suçlarının ele alınması iktiza etmektedir. Edimin ifasına ve ihaleye fesat karıştırma suçları ile dolandırıcılık suçunun unsurları arasında hile bulunduğu ve bu suçların mağdurlarının da aynı (kamu) olduğu için bahse konu suçların tatbikinde bazı karışıklıkların yaşandığı görülmekte, mesela bu suçlar arasında içtima hükümleri uygulanabilir mi, uygulanırsa gerçek içtima mı yoksa görünüşte içtima mı tatbik olunmalıdır gibi sorular sık sık gündeme gelebilmektedir.

(Hileli hareketlerle) ihaleye (TCK m. 235/2-a) ve edimin ifasına fesat karıştırma (TCK m. 236) suçları bakımından öğretide bir kısım yazar, bu suçların oluştuğu hâllerde dolandırıcılık suçunun oluşmayacağı ifade etmiştir. Çünkü ihaleye ve edimin ifasına fesat karıştırma suçunu işlemek için yapılan hile, hile unsuru içerisinde eridiğinden, ayrı bir dolandırıcılık suçunu oluşturmaz¹³³. Bir diğer görüşe göre somut olayda ihaleye ve edimin ifasına fesat karıştırma suçlarının unsurları ile dolandırıcılık suçunun unsurları da oluşmakta ise de tek fiille birden fazla farklı suçun gerçekleşmesi hâli olan TCK m. 44’te tanımlı “*farklı nev’iden fikri içtima*” hükümlerinin tatbiki icap etmektedir¹³⁴. Bir diğer

¹²⁸ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 920; AYDIN, s. 663.

¹²⁹ ÖZGENÇ, 2022, s. 480.

¹³⁰ “Sanık ...’nin, başka suçlardan hakkında yakalama kararı çıkartılması üzerine evine gelen kolluk ekiplerine direnip hakaret ettiği, yakalandığında akrabası olan diğer sanık ... Kınaşlı’nın nüfus cüzdanını ibraz ettiği ancak yapılan araştırmada gerçek kimliğine ulaşıldığında sanığın, diğer sanık ... Kınaşlı’nın nüfus cüzdanını alıp kendi fotoğrafını yapıştırarak ... Hastanesinde tedavi olup sonucunda 1.236,31 TL zarara sebebiyet verdiği şeklinde gerçekleşen sanık ...’nin eyleminin dolandırıcılık, görevi yaptırılmak için direnme ve hakaret suçlarını, sanık ... Kınaşlı’nın eyleminin sanık ...’nin dolandırıcılık suçuna iştirak kapsamında olduğuna dair mahkemenin kabülünde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yargıtay, 15. CD, T. 18.09.2018, E. 2015/7853, K. 2018/5696.

¹³¹ ÖZGENÇ, 2022, s. 554.

¹³² ÖZGENÇ, 2022, s. 614.

¹³³ AKBULUT, Berrin: “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2009, Cilt 4, Sayı 10, s. 69; ÖZGENÇ, İzzet: *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013 (2013), s. 44; GÜLEL, İlhan: “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Cilt 9, Sayı 33, s. 776.

¹³⁴ KILIÇ, Ahmet: *Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu*, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2017, s. 120.

düşünce ise bu suçlar arasında görünüşte içtima¹³⁵ hükümlerinin uygulanmasının isabetli olduğunu belirtmektedir¹³⁶.

Kamu kurumları ve kamu idareleri zararına dolandırıcılık suçunun konusu (malvarlığı) ve suçla korunan hukuki değer (kamu hazinesi) ile ihaleye ve edimin ifasının fesat karıştırma suçlarının hem konuları (ihale/edim) hem de bu suçlarla korunan hukuki değerler (kamu güveni, serbest rekabet ortamı) farklı olduğu için bu suçlar arasında geçitli suç ilişkisi olduğuna dair görüşlere¹³⁷ katılmak mümkün değildir.

Yukarıda da belirtildiği gibi somut olayda failin tek bir hareketi ile birden ziyade ve farklı suçun meydana gelmesi durumuyla karşılaşılabılır (farklı neviden fikri içtima). Bu duruma fail, en ağır ceza-yı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır (TCK m. 44). Sözgelimi failin hileye başvurarak teklif edilen malları şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu hâlde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakması olayında fail dolandırıcılık suçu ile birlikte ihaleye fesat karıştırma suçunu da işlemiş olmaktadır. Somut olayda fail (haksız menfaat elde etmek için) hileye başvurmuş, bu hile ile muhatabını aldatmış ve sonucunda da bir kamu zararı oluşmasına neden olmuştur. Yukarıda da izah ettiğimiz üzere, dolandırıcılık suçu ile ihaleye fesat karıştırma suçu arasında geçitli suç söz konusu olmadığından, farklı neviden içtima hükümleri uygulanacak ve failin dolandırıcılık suçundan cezalandırılması iktiza edecektir¹³⁸. Buna karşın Yargıtay aynı görüşte değildir. Yüksek Mahkeme'ye göre ihaleye fesat karıştırma veyahut edimin ifasına fesat karıştırma suçlarının maddi unsurunun hareket kısmındaki *teslim ve kabul* eylemlerinin bir bütün içinde dolandırıcılık suçunu değil bahse konu suçları oluşturduğu düşüncesindedir¹³⁹. Yargıtayın bozmaya konu olan kararında yerel mahkeme, yanlış bir değerlendirme ile gerçek içtima hükümlerini uygulayarak faillere edimin ifasına fesat karıştırma suçundan ve nitelikli dolandırıcılık suçundan ayrı ayrı ceza vermiştir. Kanaatimizece yerel mahkeme kararı hatalı olduğu kadar Yüksek Mahkeme kararı da isabetsiz ve zorlama bir karardır (idare-i maslahat)¹⁴⁰. Çünkü bu tip vakalarda fikri içtima hükümleri uygulanırsa fail/failler çoğu kez nitelikli dolandı-

¹³⁵ Bazı durumlarda faili birden fazla suç işlemesine rağmen tek bir suç tipinden cezalandırılması gerekir. Bu ahvalde failin mahkûmiyeti tek bir suçtan gerçekleşir ve görünüşte içtima ismi verilen kural gündeme gelir. HEINRICH, Bernd: *Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt II*, (Ed.) ÜNVER, Yener, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 399. Görünüşte içtima, özel norm-genel norm ilişkisi; bir normun diğeri tarafından tüketilmesi ve yardımcı normun sonralığı ilkesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Öğretide “müterakkî suç” da denilen “geçitli suç”, failin bir suçu işlemek için aynı hukukî değeri koruyan daha hafif bir suçtan geçmek mecburiyetinde olduğu hâllerde söz konusu olur. EREM, Faruk: *Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, Ajans Matbaacılık, Ankara, 1968, s. 374. Geçitli suçlar cezalandırılmayan önceki eylemlerin kapsamında farz edilirler ve görünüşte içtimanın bir türünü oluştururlar. İÇEL, Kayıhan: “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2008, Cilt 7, Sayı 14, s. 46. Öğretide geçitli suçun mevcudiyeti için bazı şartların varlığı aranmıştır. Bunlar; ihlal edilen normların aynı hukukî değeri korumaları, başlangıçtan itibaren failin kastının ağırlaşan neticeye yönelmesi, bir suçun işlenmesi için mutlaka daha hafif bir suçun irtikâp edilmesi mecburiyeti, önceki suçla sonraki suçun fail ve mağdurlarının aynı olması, ağırlaşan netice ile failin hareketi arasındaki illiyet bağı, DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2019, s. 649-650.

¹³⁶ ARSLAN, Çetin / TÖNGÜR, Ali Rıza: Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2013, Sayı 14, s. 246; KAPLAN, Mahmut: “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2013, Cilt 71, Sayı 1, s. 726.

¹³⁷ KILIÇ, s. 120.

¹³⁸ Karşı yönde ÖZGENÇ, 2013, s. 44; SUCUOĞLU, Arif Naci: *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s. 299. Yazar ihaleye fesat karıştırma suçunda gerçekleştirilen hile hareketi ile dolandırıcılık suçunun oluşmadığı düşüncesindedir. Yazarın aynı paragraf içinde kendisiyle çeliştiği görülmektedir. Yazar bir taraftan her iki suçun aynı hukukî değeri korumadığından bahisle özel norm genel norm ilişkisi olmadığını vurgularken öte taraftan ihaleye fesat karıştırma suçunun daha spesifik bir düzenleme olduğunu savunmuştur.

¹³⁹ “...Somut olayda; sanıklardan İ... G... İnşaat Nakliye Taahhüt Limited Şirketinin sahibi olduğu, sanıklar H... ve İ... şoför, V... muhasebe elemanı olarak şirkette çalıştıkları, sanık İ... G...'ün Kars DHMİ Müdürlüğü tarafından açılan akaryakıt ihalesini kazanarak bu kuruma miktarı ve evsafı sözleşmede belirtilen türdeki yakıtı teslim etmeyi kabul ve taahhüt ettiği, yakıtları teslim ederken birbirinin benzeri olan ve numune alımı için özel bölme oluşturulmuş bu bölme dışındaki bölümde ise düşük evsafı, ülkeye kaçak yollardan sokulmuş petrol ürünü olduğu, bu şekilde kuruma niteliği düşük ve kaçak mal teslim edildiği, bu eylemleri gerçekleştirirken gerçeğe aykırı özel belge düzenledikleri anlaşılan olayda, sanıkların eylemlerinin ihale şartnamesine aykırı olarak niteliksiz yakıt teslim fiillerinin bir bütün hâlinde edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturacağı düşünülmeyen ayrıca yazılı şekilde nitelikli dolandırıcılık suçundan hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir... (Bu kararda özel belgede sahtecilik suçundan sanıklara verilen mahkûmiyet hükümleri onanmıştır.” Yargıtay, 15. CD, T. 02.07.2012, E. 2012/6454, K. 2012/40354. Ayrıca bkz. Yargıtay, 5. CD, T. 29.03.2016, E. 2014/1950, K. 2016/3129; Yargıtay, 5. CD, T. 04.10.2016, E. 2014/4483, K. 2016/8146.

¹⁴⁰ Yargıtay müstakar içtihatlarına göre; edimin ifasına fesat karıştırma suçunu düzenleyen TCK m. 236/2 “a” ve “b” bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlileri; “c”, “d” ve “e” bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlileri faildir. Bu durumda anılan suçları ancak özel faillik niteliği taşıyan kimseler işleyebilir. Bu suça iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceklerdir. Somut olayda fail/failler kamu görevlisi ise edimin ifasına fesat karıştırma suçu söz konusu olur ve diğer failler ise azmettiren veya yardım eden statüsünde sorumludurlar:

rıcılık suçundan mahkûm olacak ve ihaleye ve edimin ifasına fesat karıştırma suçlarından sorumlu tutulmayacaklardır. Bu durumda ise bahse konu iki suçun varlığı tartışılır hâle gelecektir. Kanımızca burada sorun kanun koyucunun kanun yapma tekniğindedir. İhaleye ve edimin ifasına fesat karıştırma suçlarının ceza miktarlarının dolandırıcılık suçuna göre az olarak belirlenmesi uygulamada bu tip sorunlara yol açmaktadır. Hâlbuki dolandırıcılık suçuna göre daha karmaşık -ve kanımızca haksızlık içeriği daha fazla- olan bu nevi suçların cezasının nitelikli dolandırıcılık suçuna göre daha ağır olarak belirlenmesi gerekirdi.

TCK m. 212'nin amir hükmü mucibince suç konusu sahte belgelerle kamu kurumları ve kamu idarelerine karşı dolandırıcılık suçu işlendiyse fail hem nitelikli dolandırıcılık hem de sahtecilik suçlarından cezalandırılacaktır.

TCK m. 206'da düzenlenen "*Bir resmî belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*" hükmü bu çalışmanın konusu olan suçta da gündeme gelebilir. Bu durumda fail hakkında dolandırıcılıkla beraber resmî belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyan suçunun da oluştuğu kabul edilmektedir¹⁴¹.

Fail, kamu kurum ve kuruluşları zararına dolandırıcılık suçunu irtikap etmek için bilişim sistemine yetkisiz olarak erişip orada bulunan birtakım belgeleri siler veya belgelerde yer alan bilgileri değiştirirse TCK m. 158/1-e ile birlikte TCK m. 158/1-f (bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle) gündeme gelecektir. Bu durumda hâkim, anılan bentlerden birini seçecek ve TCK m. 61/1 uyarınca temel cezayı tayin ederken alt sınırdan uzaklaşacaktır. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir¹⁴². Buna karşın, kanaatimizce hatalı olarak, Yüksek Mahkemenin gerçek içtima hükümleri mucibince faili hem TCK m. 244 hükümlerinden hem de TCK m. 158/1-e'den sorumlu tutmuş olduğu kararları da mevcuttur¹⁴³.

"...Sanıkların hizmet alımı ihalesine ilişkin sözleşmenin imzalanmasına müteakip başlayan edimin ifası sürecindeki eyleminin 5237 sayılı TCK'nin 236/2-e maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, bahse konu maddede edimin ifasına fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasa'nın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığından, her ne kadar bir kısım öğretilerde özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın 'a' ve 'b' bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlileri, 'c', 'd' ve 'e' bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlileri suçun faili olabileceğinden, söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, bu suça iştirak eden diğer kişilerin ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri, dava konusu somut olayda ise asli fail olabilecek kamu görevlileri hakkında açılan kamu davası bulunmaması karşısında, faili olmayan suça şerikliğinin mümkün olmamasına bağlı olarak sanıkların yüklenen suçtan cezalandırılması mümkün bulunmadığından..." Yargıtay, 5. CD, T. 11.11.2021, E. 2018/812, K. 2021/5549.

¹⁴¹ Yargıtay, 4. CD, T. 06.07.2009, E. 2009/16865, K. 2009/13334.

¹⁴² "Sanığın, herhangi bir hukuki statüsü olmaksızınLisesi Müdürlüğüne haricen kendisine verilen aylık karşılığı çalıştığı, okul müdürü ... tarafından 02.02.2007 tarihli yazı ile tüm personelin maaş, ek ders, yolluk ve sağlık ödeneklerinin işlemlerinin yapılması ile görevlendirildiği, ...Lisesi'ne ait personel maaşları ve diğer özlük haklarıyla ilgili işlemlerin İlçe Milli Eğitim Müdürlüğüne yapıp Mal Müdürlüğünde kontrol edildikten sonra, Mal Müdürlüğü tarafından düzenlenen her personelin banka hesabına aktarılacak tutarları gösteren birleştirilmiş banka listelerinin sanık tarafından okula getirilip banka formatına dönüştürülerek bu formatın e-mail yoluyla ilgili banka şubesine sanık tarafından gönderildiği ve bu şekilde ilgili kamu görevlilerinin maaş ve diğer ödeneklerinin banka hesaplarına aktarılmasının sağlandığı, sanığın birleştirilmiş banka listelerinde adı bulunup maaş tahakkuk ettirilen ücretsiz izine ayrılmış veya emekli olan öğretmenlerin isimlerini e-mail formatına dönüştürdüğü listede silip listeye kendi ismini ekleyip birleştirilmiş listede bulunan öğretmen maaşlarında ve ek ders ücretlerinde bazı rakamları değiştirip bu rakamların kendi hesabına havalesini sağlayarak 34.146,28 TL'yi uhdesinde tutmak suretiyle mal edinmekten ibaret eyleminin, 5237 sayılı TCK'nin 158/1-e-f maddesinde düzenlenen bilişim sistemleri kullanılmak suretiyle ve kamu kurumu zararına dolandırıcılık suçlarını oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması," Yargıtay, 15. CD, T. 13.03.2018, E. 2017/28701, K. 2018/1693.

¹⁴³ "Suç tarihinde Sosyal Güvenlik Kurumu Kadıköy Sigorta Müdürlüğünde tahsilat servisinde memur olarak görevli olan sanığın sisteme girebilmesi için kendisine verilen KADUYS 1 şifresini ve aynı bilgisayarda bulunan 17 DR ve 17 DL terminallerini kullanmak suretiyle aynı odada birlikte çalıştığı veznedarların mükelleflerden nakit olarak tahsil ettiği kurum ve gerçek şahıslara ait ödemeleri mal edindiği, yaptığı işin ortaya çıkmasını engellemek amacıyla bilgisayar ortamında tahsilat fişlerini iptal ettiği, yerine geçmek üzere posta yoluyla tahsil edilmiş gibi belgeler düzenlediği, tahsilat fişlerinin asıllarını ise yok ettiği kabul edilen somut olayda; sanığın, mükelleflerden para tahsil yetkisinin bulunmaması nedeniyle görevi sebebiyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu bir paradan bahsedilemeyeceğinin anlaşılması karşısında, zimmetsiz suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı gözetilerek eyleminin bir suç işleme kararının icrası kapsamında zincirleme olarak kamu kurumu zararına nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturduğu ve TCK'nin 158/1-e-son, 43. maddeleri uyarınca cezalandırılması gerektiği, bilgisayarda gerçekleştirdiği işlemlere ilişkin olarak, kurumun işletim sisteminde verilerde gerçeğe uygun olmayacak şekilde değişiklikler yapması karşısında, ayrıca TCK'nin 244/2. maddesinde düzenlenen suça ilişkin değerlendirme de yapılarak karar verilmesi gerekirken, suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması..." Yargıtay, 5. CD, T. 24.10.2019, E. 2015/5441, K. 2019/10144.

Örgüt çatısı altında bu suçun işlenmiş olması durumunda TCK m. 220 veya TCK m. 314 gündeme gelebilir.

Somut olayda fail, bir kamu kurumu veya kamu idaresini araç olarak kullanarak başka bir kamu kurumu ya da idaresi zararına dolandırıcılık suçunu irtikâp ederse TCK'nın 158/1. maddesinin (d) ve (e) bentlerinde yer alan nitelikli hâller birlikte oluşacağından hâkim, anılan bentlerden birini seçecek ve TCK m. 61/1 uyarınca temel cezayı tayin ederken alt sınırdan uzaklaşacaktır.

Somut olayda suçun konusu mal faile yasal olarak teslim olunduysa, bu şey failin görevi gereği uhdesinde olan mal ise ve bu mal varlığı üzerinde failin koruma ve gözetim yükümlülüğü varsa dolandırıcılık değil görevi kötüye kullanma¹⁴⁴ veya zimmet suçu oluşacaktır¹⁴⁵.

Fail/failler aynı suç işleme kararı kapsamında ve farklı zaman dilimlerinde kamu kurumları ve kamu idareleri zararına dolandırıcılık suçunu aynı mağdur/suçtan zarar gören aleyhine irtikâp ederlerse zincirleme suç hükümleri gündeme gelecektir¹⁴⁶.

E. Kovuşturma ve Yetkili Mahkeme

TCK'da veyahut başka bir düzenlemede özel soruşturma ve/veya kovuşturma şartı öngörülmemiştir. Dolayısıyla bu suçla ilgili yapılacak olan soruşturma veya kovuşturma şikâyete, izne ve uzlaşmaya tabi değildir. Fail bir alacağını tahsil amacıyla bu suçu irtikâp etmişse bu suçun takibi şikâyete ve uzlaşmaya tabidir.

¹⁴⁴ “Sanık ... hakkında nitelikli dolandırıcılık ve resmi belgede sahtecilik suçlarından verilen mahkûmiyet kararlarına ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesinde; Kaçak akaryakıtın yakalandığı yerin jandarma bölgesi olması, sanık ... ve beraberindeki jandarma görevlilerinin akaryakıtın yakalanması olayına fiili olarak iştirak etmiş olmaları ve muhbir sanık ...'in bilahare sanık ... tarafından ödenmiş olması karşısında, sanık ...'un eylemlerinin küll hâlinde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu anlaşılmakla, sanığın TCK'nın 257/1. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçundan mahkûmiyeti yerine suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi, Kanuna aykırı olup...” Yargıtay, 15. CD, T. 11.07.2018, E. 2017/32275, K. 2018/5215.

¹⁴⁵ “...Suç tarihlerinde sanıklardan ...'in ...İlköğretim, diğer sanık ...'un ise ... ve Özel İdare İlköğretim okullarının mutemedi olarak görev yaptıkları, sanıkların 2004-2008 yılları arasında okul personeline ait maaş, ek ders ve aile yardımı ödemelerinde mal müdürlüğünden onaylanan banka listelerindeki ödenecek miktarlardan farklı olarak personelin hesabına yatırılacak paranın daha az, kendilerinin hesabına yatacak paranın ise daha fazla olduğu toplam miktarı değişmeyen sahte ödeme listeleri hazırlayıp dikkatsizlikleri sonucu okul müdürlerine de imzalatılarak bankalara bildirdikleri, bu şekilde sahte olarak oluşturdukları ödeme listelerinde personel maaşlarından usulsüz kesintiler yaparak, izinli ve raporlu öğretmenlere ek ders ücreti tahakkuk ettirdikleri gibi bazı öğretmenlere ise fazla ek ders ücreti tahakkuk ettirerek ve yine bazı öğretmenlere fazladan aile yardımı tahakkuk ettirip tüm bu kesinti ve fazlalık kısımları kendilerinin hesaplarına aktarılmasını sağlamak şeklinde sübut bulan ve okul müdürünün maaş bordroları ile banka listelerini karşılaştırması sonucu ortaya çıkarılan olayın mahkemece de bu şekilde kabul edilmesi karşısında, suça konu fazladan tahakkuk ettirilen ek ders ve aile yardımı paralarının sanıklara görevleri nedeniyle teslim edilmesi söz konusu olmadığı gibi bu paraların sanıklara görevlerinin normal fonksiyonu gereği de verilmediği, bunlar üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüklerinin bulunmadığı, yasal tevdi unsurunun gerçekleşmemesi nedeniyle bu eylemler yönünden zimmet suçunun oluşmayacağı, düzenledikleri sahte belgelerle bankadan kendi hesaplarına ek ders ve aile yardımı şeklinde fazla para ödenmesini sağlamaları şeklinde sabit olan fiüllerinin zincirleme biçimde kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği ve kamu kurumu zararına nitelikli dolandırıcılık suçlarını oluşturacağı ancak sahtecilikten açılan bir dava olmadığı keza sanıkların sahte olarak oluşturdukları ödeme listelerinde personel maaşlarından usulsüz kesintiler yaparak bu kesintileri kendi hesaplarına aktarılmasını sağlamak şeklindeki eylemlerinin ise sanıkların mutemet olarak bordro ve liste düzenlemeye yetkili olmaları, suça konu maaş ödemelerine ilişkin paranın görevleri gereği zilyetliğinin kendilerine devredilmiş bulunması ve kurumdaki farklı bordroların karşılaştırılması, bordroların iç toplamlarının alınması veya bordrolarla kurumdaki banka kayıtlarının karşılaştırılmasıyla eylemin kolayca ortaya çıkabileceği, salt bordroların farklı olarak düzenlenmesinin zimmet eylemini nitelikli hale getirmeyeceği nazara alındığında eylemlerin zincirleme biçimde basit zimmet suçunu oluşturacağı gözetilmeden sanıkların tüm eylemlerinin basit zimmet suçu oluşturduğunun kabulüyle yazılı şekilde hükümler kurulması...” Yargıtay, 5. CD, T. 13.03.2017, E. 2013/17140, K. 2017/864.

¹⁴⁶ “...Sanıkların, fikir ve eylem birliği içinde hareket etmek suretiyle, S.B. Dışkapı Yıldırım Beyazıt E.A.H. Tıbbi Onkoloji Kliniği Doktoru olan ... isimli iç hastalıkları uzmanının yazı, kaşe ve imzasını taklit etmek suretiyle düzenledikleri sahte reçeteleri 14/01/2013 - 06/02/2013 tarihleri arasında farklı eczanelerden ilaç almak suretiyle kullandıkları, sahte reçetelerin aynı doktor adına tanzimi ve suç tarihleri nazara alındığında tek bir suç işleme iradesi kapsamında eylemlerini gerçekleştirdikleri anlaşılmakla; sanıklardan ... ve ... yönünden belirlenecek temel cezanın TCK'nın 43. maddesi gereğince artırılması yerine her bir eylem yönünden ayrı ayrı mahkûmiyet hükmü kurulması suretiyle fazla ceza tayini; sanıklardan ... yönünden, 05/02/2013 tarihinde ... Eczanesi'nden ... isimli hasta adına düzenlenmiş sahte reçete ile ilaç almaya yönelik inceleme konu eylemi ile 06/02/2013 tarihinde ... Eczanesi'nden ... isimli hasta adına düzenlenmiş sahte reçete ile ilaç almaya yönelik eylemi nedeniyle Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2019/120 E. sayılı dosyasına kayden görülen davaya konu eylemi nazara alınmak suretiyle, TCK'nın 43. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına karar yerinde tartışılması yerine eksik inceleme ile yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması Kanuna aykırı olup, sanık ...” Yargıtay, 15. CD, T. 11.01.202, E. 2019/5277, K. 2021/75; “Somut olayda; sanığın 02.10.2001 tarihinde vefat eden ve katılan bankadan emekli maaşı alan annesi ...'in ölümünden sonra 01.11.2001-01.11.2005 tarihleri arasında maaş hesabına yatırılan toplam 18.214.13 TL'nin 17.990TL'lik kısmını çektiği; bu para çekme işini 01.11.2001-03.08.2005 tarihleri arasında katılan bankaya ait ATM cihazlarından, 24.11.2005 tarihinde ise bankaya bizzat müracaat ederek gerçekleştirdiği, sanığın eyleminin bir bütün hâlinde kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak zincirleme şekilde nitelikli dolandırıcılık suçu olduğu anlaşılmakla, mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yargıtay, 15. CD, T. 13.10.2015, E. 2015/13408, K. 2015/29910.

Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)¹⁴⁷ m. 12 ve 5235 sayılı Kanun¹⁴⁸ m. 10-12 mucibince nitelikli dolandırıcılık suçunda görevli ve yetkili mahkeme suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesidir¹⁴⁹.

Bu suç ile tüzel kişi menfaatine yarar sağlanmışsa ilgili tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri tatbik edilir (TCK m. 169). Ancak tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirinin söz konusu olabilmesi için tüzel kişinin iradesini oluşturan organların bu suç kapsamında failin hile ile başka bir kimseyi aldatarak kendisine haksız bir yarar sağladığını/sağlayacağını bilmesi ve istemesi iktiza etmektedir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere kamu kurumları ve kamu idareleri zararına dolandırıcılık suçu neticeli suç biçiminde formüle edildiğinden bu suç haksız menfaatin elde edilmesiyle oluşur. Başka bir söyleyişle haksız menfaatin elde edildiği yer aynı zamanda suçun işlendiği yer olarak tespit edilecek, yetkili mahkeme de buna göre belirlenecektir. Bu bakımdan elverişli hareketlerin gerçekleştiği yerler, yetki bakımından önemli olmasa da suçun teşebbüs aşamasında kalması hâlinde son icra hareketinin yapıldığı yer yetkili mahkeme olarak belirlenecektir. Somut olayda mesafe suçu söz konusu ise yani hilenin gerçekleştiği yer ile menfaatin temin edildiği yer farklı ise yetkili mahkemenin belirlenmesi haksız menfaatin temin edildiği yer esas alınır¹⁵⁰. Hilenin gerçekleştiği veya menfaatin temin edildiği yerlerden herhangi birisi yabancı bir ülke ise TCK m. 8 hükümleri uygulanır.

Yarar ile zarar arasında zamansal bir fark varsa yani yarar zamansal olarak zarardan önce meydana gelmişse yetkili mahkeme yararın sağlandığı yer mahkemesi olacaktır¹⁵¹.

Zincirleme suçun söz konusu olduğu durumlarda yetkili mahkeme son suçun işlendiği yer mahkemesi olacaktır (CMK m. 12/2).

Somut olayda kamu kurumları ve kamu idareleri zararına dolandırıcılık suçu söz konusu ise CMK m. 135 kapsamında iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ve CMK m. 140 kapsamında ise teknik araçlarla izleme koruma tedbirine başvurulabilir.

F. Etkin Pişmanlık

Kanun koyucu; malvarlığına karşı işlenen suçlarda onarıcı adalet anlayışının hayata geçmesi, mağdurun zararının tazmininin sağlanması, failleri caydırmak ve topluma kazandırmak gerekçeleri ile TCK'nın 168. maddesinde pişmanlık hükümlerine yer vermiştir¹⁵². Öncelikle failin etkin pişmanlıktan faydalanabilmesi için ortada tamamlanmış bir suç olmalıdır. Ayrıca kovuşturma başlamadan önce veyahut kovuşturma başlamışsa hükümden evvel, failin pişmanlık gösterip zararı

¹⁴⁷ 17.12.2004 tarih ve 25672 sayılı Resmî Gazete.

¹⁴⁸ Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun (07.10.2004 tarih ve 25606 sayılı Resmî Gazete).

¹⁴⁹ "TCK'nın 158/1-e maddesinde düzenlenen ve yargılama görevi Ağır Ceza Mahkemesine ait olan kamu kurumu zararına dolandırıcılık suçunu oluşturabileceği de gözetilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken..." şeklinde belirtildiği üzere, sanıklara yüklenen eylemlerin 5237 sayılı Kanun'un 158/1-e maddesinde düzenlenen nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturabileceği, bu eylemi yargılama görevinin de 5235 sayılı Kanun'un 12. maddesi gereğince ağır ceza mahkemesine ait olacağı" Yargıtay, 5. CD, T. 02.12.2021, E. 2021/5653, K. 2021/6123.

¹⁵⁰ "Benzer bir olay sebebiyle Yargıtay 15. Ceza Dairesinin 04/11/2019 tarihli ve 2019/6236 esas, 2019/10639 karar sayılı ilamında '...dolandırıcılık suçunun, iradesi fesada uğratılan kişinin yatırmış olduğu paranın fail tarafından çekildiği anda tamamlanacak olması nedeniyle suç yerinin de menfaatin temin edileceği yer olacağından hareketle...' şeklinde belirtildiği üzere, suçun işlendiği yerin paranın çekildiği yer olacağı nazara alındığında, somut soruşturma dosyasına konu olayda, müşteki tarafından yatırılan paranın Battıkent/Ankara adresinde bulunan PTT ATM'den çekildiği, bu halde haksız menfaatin temin edildiği yerin Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının yargı çevresinde kaldığı gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir." Yargıtay, 15. CD, T. 08.03.2021, E. 2021/1952, K. 2021/2512.

¹⁵¹ Yargıtay, 23. CD, T. 14.05.2015, E. 2015/17818, K. 2015/1624.

¹⁵² TCK m. 168: "Dolandırıcılık suçu tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir. Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir."

karşılıklı olması iktiza eder. Bu durumda fail/faillere verilecek olan ceza yarıya kadar indirilecektir¹⁵³.

Son olarak belirtelim ki somut olayda iştirak hâlinde irtikâp olunmuş suç söz konusu ise tazmin borcunu kimin ifa edeceğinin ortaya konulması etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması bakımından elzemdir. Şeriklerin hepsi tazmin borçlarını ifa ederlerse etkin pişmanlık hükümlerinden tamamı istifade edebilir. Aksi durumda yani faillerden bir veya birkaçı mağdurun zararını tazmin yoluna giderse tazmin borcu yükümlülüğünü ifa etmeyen diğer ortakların etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmeleri, diğer şeriklerin tazmin borcunun ifasına rıza göstermeleri veya en azından söz konusu suçtan pişmanlık duyduklarını gösteren davranışları ortaya koymalarına bağlıdır¹⁵⁴.

G. Daha Az Cezayı Gerektiren Hal

TCK'nın 159. maddesinde dolandırıcılık suçu için daha az cezayı gerektiren hâllere yer verilmiştir. Buna göre fail anılan suçu bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla irtikâp ederse (şikâyet üzerine) temel cezaya oranla daha az hapis ve adli para cezası ile yargılanacaktır. Kanun koyucuyu böyle bir düzenlemeye iten asıl nedenin alacağını tahsil amacıyla hileye başvuran failin eylemiyle ortaya çıkan suçun, temel cezaya kıyasla, daha az haksızlık içeriyor oluşu gösterilmiştir¹⁵⁵. Bazı yazarlara göre Kanun'da hukuki ilişki olarak sözleşmesel ilişkiden bahsedilmektedir¹⁵⁶. Hukuki ilişki geçerli bir sözleşmeye dayanmalıdır¹⁵⁷. Diğer taraftan madde metninde "tahsil" kavramına da yer verildiği için alacağın sadece nakit belirli bir miktar bir para olması icap eder¹⁵⁸. Bir kısım yazara göre ise TCK m. 159'un tatbiki bakımından haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkisi de sözleşmesel ilişkidir. Dolayısıyla haksız fiilden kaynaklanan alacağını tahsil etmek amacıyla dolandırıcılık suçunu işleyen fail daha az cezayı gerektiren hâl kapsamında değerlendirilebilir¹⁵⁹.

SONUÇ

Dolandırıcılık suçunun nitelikli hâli olarak ihdas olunan kamu kurum ve kuruluşları zararına dolandırıcılık suçu ile ilgili olarak bu çalışmada ulaşılan bazı tespitler şu şekildedir: Öncelikle maddede "kamu kurum ve kuruluşları" ibaresinin kullanılması isabetli olmamıştır. Zira öğretilerde kamu hukuku tüzel kişiliğinin "kamu idareleri" ve "kamu kurumları" şeklinde ikili bir ayrımla incelendiği ve sınıflandırıldığı, "kamu kuruluşları" şeklinde bir tasniflemenin bulunmadığı görülmektedir. Kamu kuruluşları ifadesi ile kastedilen yapılar kamu kurumları, kamu idareleri ile kamu kurumları ve kamu idarelerinin altında örgütlenmiş bağlı kuruluşlar, ilgili kuruluşlar, kamu iktisadi kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve diğer birimlerdir. Bu gerekçelerle mezkûr ifadenin "kamu kurumları ve kamu idareleri" şeklinde formüle edilmesinin daha isabetli olacağı değerlendirilmiştir¹⁶⁰.

¹⁵³ "5237 sayılı TCK'nın 158. maddesinin 1. fıkrasının (e), (f), (j), (k) ve (l) bentlerinde belirtilen nitelikli hallerde suçtan elde edilen haksız menfaat belli ise; TCK'nın 52. madde hükmü de gözetilmek sureti ile haksız menfaatin iki katından az olmayacak şekilde temel adli para cezası aynı Kanun'un 61. maddesi uyarınca gün olarak belirlenerek artırım ve indirimler gün üzerinden yapıldıktan sonra, ortaya çıkacak sonuç gün sayısı ile bir gün karşılığı 52/2 madde hükmü gereğince 20-100 TL arasında takdir edilecek miktarın çarpılması neticesinde sonuç adli para cezasının belirlenmesi gerekirken doğrudan elde edilen haksız menfaatin iki katı esas alınarak artırım ve indirimler bu miktar üzerinden yapılmak suretiyle fazla ceza tayini, Yasaya aykırıdır..." Yargıtay, 11. CD, T. 29.11.2021, E. 2021/35235, K. 2021/11052.

¹⁵⁴ "İştirak hâlinde işlenmiş suçlarda fail, yardım eden veya azmettiren suç ortaklarından birinin mağdurun zararını tamamen gidermesi hâlinde, artık giderilmesi gereken bir zarar bulunmadığından zararı gidermeyen diğer suç ortakları yönünden etkin pişmanlık müessesesinin uygulanması için iade ve tazmin şartı aranmayacak ise de, TCK'nın 168. maddesi tazminden çok pişmanlık esasına dayandığından zararı gidermeyen diğer suç ortaklarının en azından pişmanlıklarını ya da iade ve tazmine rıza gösterdiklerini ortaya koyacak söz veya davranışlarda bulunmaları gerekmektedir." Yargıtay, CGK, T. 13.06.2017, E. 2017/6-654, K. 2017/333.

¹⁵⁵ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 829.

¹⁵⁶ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN s. 417; BİLEN, s. 247.

¹⁵⁷ BİLEN, s. 247.

¹⁵⁸ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 417.

¹⁵⁹ BİLEN, s. 249.

¹⁶⁰ Nitekim İtalyan Ceza Kanunu'nun "Kamu fonlarını elde etmek için ağırlaştırılmış dolandırıcılık" başlıklı 640. maddesinde sadece "kamu kurumları" ibaresinin kullanıldığı görülmektedir. Bkz. İtalya Resmî Gazetesi (<https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codicePenale>, ET: 29.09.2022).

Diğer bir tespit ise hilenin niteliği ile ilgilidir. Öğretide birçok yazar, hile ile ilgili baştan bir belirlenme yapmanın doğru olmayacağı, her olayın kendi içinde değerlendirilmesi gerektiği, bu bağlamda kandırıcı nitelikte olmayan basit bir yalanın bile hile sayılabileceğini belirtmektedir. Kanımızca, kural olarak, kamu kurum ve kuruluşları zararına dolandırıcılık suçunun söz konusu olabilmesi için nitelikli yalan şarttır. Zira bu suçun mağduru, çoğu kez, kamu personelidir. Personeli istihdam eden kamu kurumu ise suçtan zarar gören statüsündedir. Kamu personeli birçok eğitim, eleme ve sınav gibi aşamalardan geçerek kamu görevine atanmakta ve meslek içi eğitime tabi tutulmaktadır. Dolayısıyla kamu personeli olan kişinin failin basit yalanı ile karşılaştığında bunu ayırt edebilecek bilince sahip olduğunu söylemek yanlış olmaz. Ayrıca kamu personeli kendisine yapılan hileyi elindeki (bilgi ve otomasyon sistemleri, kolluk kuvvetleri gibi) kamu gücü ile kontrol etme/doğrulama imkânına da sahiptir.

Bu suçla ilgili en tartışmalı konulardan birisi de failin susmasının hile teşkil edip etmediği sorudur. Öğreti bu konuda uzlaşmış değildir. Nitekim bizim de görüşlerine katıldığımız, susmayı hile olarak kabul etmeyen yazarlar; failin susmasının onun kastının daha az yoğun olduğunu gösterdiği, icrai hareketteki failin haksızlık içeriğinin ihmali harekette olmadığı, öte yandan TCK'da ihmalle ika edilebilecek suçların sarih olarak belirlendiği, dolandırıcılık suçuna ilişkin kanun koyucunun böyle bir özelleştirmeye gitmediği, buna rağmen ihmalen bu suçun irtikâp edilebileceğini savunmanın kanunilik ilkesine aykırı olduğu, madde metninde yer alan “davranışlar” ibaresi ile ihmali hareketin, başka bir söyleyişle, susmanın da kastedildiği sonucuna varmanın kıyasa yol açacak derecede genişletici bir yorum olacağı hususlarını savunmaktadırlar. Öğretide hâkim olan düşünce ise failin karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğü varsa ve bu yükümlülüğü yerinde getirmiyorsa hile unsurunun gerçekleşeceği yönündedir. Nitekim bu husus gerekçede de net olarak açıklanmıştır. Kanaatimiz konuya ilişkin tartışmalara hitam verebilmek amacıyla susmanın hangi durumda hileli davranış sayılacağına maddeye açık bir şekilde ilave yapılarak çözüme kavuşturulmasının uygun olacağı yönündedir.

İçtima hükümlerinin uygulanması bakımından edimin ifasına ve ihaleye fesat karıştırma suçları ile dolandırıcılık suçunun ortak unsuru olan hile uygulamada bazı karışıklıklarına yol açmaktadır. Bu sorunu aşmak için öğretide farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bunlar, geçitli suç ve farklı neviden fikri içtima olarak sayılabilir. Dolandırıcılık suçunun konusu ve suçla korunan hukuki değer ile ihaleye ve edimin ifasın fesat karıştırma suçlarının hem konuları hem de bu suçlarla korunan hukuki değerleri farklı olduğu için bu suçlar arasında geçitli suç ilişkisi olduğuna dair görüşlere katılmak mümkün değildir. Yargıtay ise bu suçlar arasında içtima olduğu düşüncesinde değildir. Yargıtaya göre ihaleye ve edimin ifasına fesat karıştırma suçunu irtikâp için yapılan hile, hile unsuru içinde eridiğinden, bu eylem ayrı bir dolandırıcılık suçunu oluşturmaz. Kanaatimizce failin tek bir fiille birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet vermesi durumu söz konusu ise failin en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılması iktiza eder (TCK m. 44).

KAYNAKÇA

- AĞAR, Serkan: “Kamu Kurumları (Hizmet Yerinden Yönetim Kuruluşları) Teorisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, Sayı 65, s. 277-310.
- AKBULUT, Berrin: “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2009, Cilt 4, Sayı 10, s. 41-72.
- ARSLAN, Çetin / AZİZAĞAOĞLU, Bahattin: *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Asil Yayınları, Ankara, 2004.
- ARSLAN, Çetin / TÖNGÜR, Ali Rıza: Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2013, Sayı 14, s. 229-251.
- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- AYDIN, Devrim: “Dolandırıcılık Suçu”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 11, Sayı 2, s. 649-705
- BAŞBÜYÜK, İsa: *Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2019.
- BİLEN, Mesut: *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2012.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / YENERER ÇAKMUT, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2019.
- DÖNMEZER, Sulhi: *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 16. Baskı, Beta, İstanbul, 2001 (2001).
- DÖNMEZER, Sulhi: “Dolandırıcılık Cürmü”, *İBM*, 1943, Sayı 9, 1943, s. 546-565.
- DURAN, Lütfi: *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982.
- DURŞUN, Hasan: *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2016.
- EKER KAZANCI, Behiye / ZEYREK, İlker: “TCK’da Dolandırıcılık Suçu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 21, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan Özel Sayısı, s. 517-583.
- EREM, Faruk: *Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, Ajans Matbaacılık, Ankara, 1968.
- GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat: “Dolandırıcılık Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2008, Cilt 14, Sayı 1-2, s. 1-55.
- GÖZLER, Kemal: “5018 ve 6085 Sayılı Kanunlarda Bazı İdare Hukuku Terimlerinin Yanlış Kullanımı Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt 60, Sayı 4, s. 837-919.
- GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: *İdare Hukuku Dersleri*, 23. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2021.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: *Yönetim Hukuku*, 34. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut: *İdare Hukuku Cilt 1*, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat: *Türk Ceza Kanunu Açıklaması*, 3. Baskı, Gürsoy Matbaacılık, Ankara, 1976.
- GÜLEL, İlhan: “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Cilt 9, Sayı 33, s. 753- 783.
- GÜNDAY, Metin: *İdare Hukuku*, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki: “Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları”, *Zabunoğlu Armağanı*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2011, s. 405-440.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016.
- HEINRICH, Bernd: *Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt II*, (Ed.) ÜNVER, Yener, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2015.
- İÇEL, Kayıhan: “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2008, Cilt 7, Sayı 14, s. 35-49.

- İSBİR, Kevser Begüm: *Kamu Tüzel Kişiliği*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2017.
- KAPLAN, Mahmut: “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2013, Cilt 71, Sayı 1, s. 709-730.
- KILIÇ, Ahmet: *Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu*, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2017.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- KORKMAZ, Fulya: *Dolandırıcılık Suçu*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020.
- MALKOÇ, İsmail: *Açıklamalı - İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, 3. Baskı, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2008.
- MAVIŞ, Volkan: “Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 6, Sayı 3, s. 597-626.
- MERAN, Necati: *Dolandırıcılık Sahtecilik Güveni Kötüye Kullanma*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- ONAR, S. Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt II, 3. Baskı, İstanbul Tercüme ve Neşriyat Bürosu, İstanbul, 1966.
- ÖNDER, Ayhan: *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.
- ÖZAY, İlhan: *Günüşiğinde Yönetim*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022 (2022).
- ÖZGENÇ, İzzet: *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013 (2013).
- ÖZGENÇ, İzzet: *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002 (2002).
- ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı*, Cilt 1, 20. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017 (2017).
- PARLAR, Ali: *Dolandırıcılık Suçları*, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015.
- SELÇUK, Sami: *Dolandırıcılık*, Yasa Yayınları, İstanbul, 1982 (1982).
- SELÇUK, Sami: *Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar*, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1986.
- SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- SUCUOĞLU, Arif Naci: *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Rifat Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- TOROSLU, Nevzat: *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- TOZMAN, Önder: *Suçta Teşebbüs*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügati*, Maarif Matbaası, Ankara, 1944.
- ULUSOY, Ali D.: *Türk İdare Hukuku Cilt 1*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa: *Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- YENİSEY, Feridun / PLAGEMANN, Gottfried: *Alman Ceza Kanunu (StGB)*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

**Mobil Oyunların Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması^(*)***Legal Protection of Mobile Games in Intellectual Property Law***Emin ÇELİK**

Yüksek Lisans Öğrencisi

İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Eser,
Eser Türleri,
Fikri Mülkiyet,
Mobil Oyunlar,
Video Oyunları.*

Öz

1990'lı yılların başında cep telefonlarının ve bu telefonlarda oynanmak üzere geliştirilen mobil oyunların üretilmesiyle beraber mobil oyun çağı başlamıştır. Daha sonra akıllı telefonların geliştirilmesiyle beraber sektör ciddi bir değişim yaşamıştır. Mobil oyun pazarının ekonomik olarak da çok büyük bir pazar hâline gelmesi, doğal olarak, çeşitli hukuki uyumsuzlukları da beraberinde getirmiştir. Hukuk düzeninin görece yeni karşılaştığı bir kavram olması hasebiyle mobil oyunlara ilişkin hukuki korumanın ne şekilde ve hangi kapsamda yapılabileceğine dair bir belirsizlik bulunmaktadır. Ayrıca mobil oyunların fikri mülkiyet hukukunun pek çok alanını ilgilendirmesi de meseleyi daha da karmaşık bir hâle getirmektedir. Bu çalışmada mobil oyun kavramı incelenecek, daha sonra fikri mülkiyet hukuku çerçevesinde korumanın hangi kapsamda yapılacağı tartışılacaktır.

Keywords

*Work,
Types of Works,
Intellectual Property,
Mobile Games,
Video Games.*

Abstract

In the early 1990s, the mobile gaming era began with the production of cell phones and mobile games developed to be played on these phones. Later, with the development of smartphones, the sector experienced a serious change. The fact that the mobile gaming market has grown very large economically has naturally led to various legal disputes. Since it is a relatively new concept for the legal system, there is an uncertainty regarding the manner and scope of legal protection for mobile games. Also, mobile games concern many spheres of intellectual property law and that makes this issue even more complicated. In this study, firstly very notion of mobile games will be examined, and then the scope of legal protection of mobile games under intellectual property law will be discussed.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 13.12.2022, Kabul Tarihi: 14.01.2023.

GİRİŞ

Oyunların binlerce yıllık bir geçmişi olmasına karşın 1960'lı yıllardan itibaren oyun konsollarının ve kişisel kullanıma özgülenmiş bilgisayarların üretilmesiyle video oyunlarının ilk örnekleri verilmeye başlanmıştır. Daha sonra 1990'lı yıllarda cep telefonlarının 2000'li yıllarda da bir işletim sistemine sahip akıllı telefon ve tabletlerin ortaya çıkmasıyla mobil oyunlar video oyunlarının en önemli türlerinden biri hâline gelmiştir. 2022 yılında mobil oyun pazarı; dünyada 152 milyar dolar, Türkiye'de ise yaklaşık 700 milyon dolarlık bir hasılatla ulaşmıştır¹. Ulaşmış olduğu bu ekonomik büyüklükle beraber mobil oyun sektörü, bilgisayar oyunlarını dahi geride bırakarak video oyunu türleri arasındaki en yüksek ekonomik değere ulaşan oyun türü olmuştur². Mobil oyunların geliştirilmesinin bilgisayar oyunlarına göre daha kolay olması ve cep telefonlarında oynanabilmesi bu oyunları daha da ulaşılabilir kılmaktadır. Dünyada milyarlarca akıllı telefon kullanıcısının olması ve indirilme sayısı bir milyarın üzerinde olan mobil oyunlar sektörünün büyüklüğü ve potansiyeli hakkında ipucu vermektedir. Ayrıca mobil oyunların geliştirilmesinin bilgisayar oyunlarına nazaran daha kolay olması özellikle gelişmekte olan ülkelerde çeşitli girişimlerin (*startup*) ortaya çıkmasını kolaylaştırmaktadır³. Sözgelimi, yerli mobil oyun şirketi Peak Games, 1,8 milyar dolara satılarak Türkiye'nin ilk *unicorn* girişimi⁴ olmuştur⁵.

Mobil oyunların geliştirilmesinin kolaylığı, ulaşılabilir olması ve yüksek ekonomik değeri, doğal olarak çeşitli hukuki uyumsuzlukları da beraberinde getirmektedir. Bu bakımdan mobil oyunların hukuki olarak ne şekilde ve hangi kapsamda korunacağını belirlemek elzemdir. Hukuk düzeninin görece yeni sayılabilecek bir konusu olması hasebiyle mobil oyunlara ilişkin akademik çalışma ve yargı kararlarının azlığı bu konuda bir muğlaklık olmasına sebebiyet vermiştir. Bu konuda bir katkı sağlamayı hedefleyen bu çalışmada meselenin fikri mülkiyet hukuku boyutu üzerinde durulacaktır. Zira bir fikri ürün olarak mobil oyunlar ve mobil oyunu oluşturan asli unsurlar, temel ve en etkin korumalarını fikri mülkiyet hukuku enstrümanlarıyla bilhassa Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) kapsamında eser korumasıyla bulacaktır. Mobil oyunların ne şekilde ve kapsamda korunabileceğine ilişkin tartışmanın eser türlerinden patentlere, markalardan ticari sırlara kadar fikri mülkiyet hukukunun pek çok ana başlığına temas edeceği kuşkusuzdur.

Bu çalışmada öncelikle video oyunlar genelinde mobil oyunların gelişim süreci ve mobil oyunların niteliği incelenecek, ardından da mobil oyunlara ilişkin çeşitli fikri mülkiyet hukuku korumaları tartışılacaktır. Mobil oyunlara nazaran daha köklü bir geçmişi olması hasebiyle video oyunlar bakımından daha geniş bir doktrin ve içtihat hukuku oluşmuş olup bu çalışmada sıklıkla bu kaynaklara da atıf yapılacaktır.

I. MOBİL OYUN KAVRAMINA GİRİŞ

Mobil oyun kavramına giriş yapmadan önce mobil oyunların üst kümesi olan video oyun kavramı⁶ üzerinde durmak gerekir. Video oyunlar; bilgisayar, telefon veya oyun konsolu gibi bir araçla oynanan, görsel nitelikleri olan ve oyuncuyla arasında interaktif bir ilişkinin söz konusu olduğu oyunlara verilen

¹ Mobile Games - Worldwide: *Statista Market Forecast* (<https://www.statista.com/outlook/dmo/digital-media/video-games/mobile-games/worldwide>, ET: 21.11.2022).

² Straits Research, Mobile Gaming Market Value, Share, Report to 2030 (<https://straitresearch.com/report/mobile-gaming-market>, ET: 21.11.2022).

³ Bilgisayar oyunları daha yüksek *know-how* gerektirmesi ve sektörün hem hukuki olarak hem ekonomik olarak gelişmiş ülkelerde kümelmiş büyük şirketlerin tekelinde olmasıyla mobil oyunlardan ayrılmaktadır.

⁴ *Unicorn*, 1 milyar dolar ve üzeri değerlemeye ulaşan şirketlere verilen isimdir. *Unicorn* kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. HIRST, Scott / KASTIEL, Kobi: "Corporate Governance by Index Exclusion", *Boston University Law Review*, 2019, Sayı 99, s. 1269-1270.

⁵ BBC, Peak Games: 1,8 Milyar Dolara ABD'li Zynga'ya Satılan Türk Oyun Şirketi Hakkında Bilinenler (<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-52884384>, ET: 21.11.2022).

⁶ Video oyun yerine bilgisayar oyunu kavramı da sıklıkla kullanılmaktadır. Ancak video oyunlarının kapsamının bilgisayar oyunlarının çok daha ötesine geçmesi ve mobil oyunların artan popülaritesi dikkate alındığında kavramın video oyunu olarak tanımlanması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim bu çalışmada atıf verilecek Türkçe kaynaklara bakıldığında doktrinde de ağırlıklı olarak video oyun kavramının kullanıldığı görülmektedir.

genel isimdir⁷. Video oyunların alt kümesi olan mobil oyunlar ise cep telefonları, tabletler, cep bilgisayarları ve el konsolları gibi taşınabilen elektronik cihazlar için üretilmiş oyunlar olup geliştirilmesinin nispeten daha kolay olması ve potansiyel oyuncu sayısı ile en önemli video oyun türlerinden biridir⁸. 1990'lı yılların başında *Nintendo*'nun *Game Boy* isimli oyun konsolunu, daha sonra da *Nokia*'nın bir klasik hâline gelen oyunu *Snake*'i piyasaya sürmesiyle mobil oyunlar gündelik hayatımızın bir parçası olmuştur⁹. 2000'li yıllarla beraber işletim sistemi tabanlı akıllı telefonların ve tabletlerin ortaya çıkması bu gelişmiş cihazlara uygun olarak daha komplike mobil oyunların üretilmesine zemin hazırlamıştır.

Bilgisayar oyunlarının aksine mobil oyunlar, genellikle mobil uygulama mağazalarından ücretsiz bir şekilde indirilebilmektedir. Mobil oyun üreticileri, gelir elde etmek için oyunun içine çeşitli reklamlar koymakta ve aynı zamanda oyunda ilerlemek için gerekli olan çeşitli unsurları (*items*) oyun içi satın alma yoluyla satmaktadır¹⁰. İlk defa 2014'te *Candy Crush*, *Clash of Clans* gibi oyunlar 1 milyar dolardan fazla gelir elde etmeleriyle mobil oyun sektörünün bugünkü konumuna ulaşmasında öncü rol oynamışlardır¹¹. O günden bu yana, akıllı telefonların daha fazla insan tarafından kullanılması ve amatör mobil oyun üreticilerinin sayısının artması mobil oyunları daha da ulaşılabilir kılmış ve sektörü bugünkü büyüklüğüne ulaştırmıştır. Giderek daha da gelişmiş mobil oyunların çıkması ve daha fazla insanın akıllı telefon kullanmaya başladığı göz önüne alınırsa sektörün potansiyeli daha iyi anlaşılacaktır.

A. Mobil Oyunların Unsurları

Mobil oyunların ilkel örneklerinden olan *Snake*, *Tetris* gibi oyunlarda oyunun unsurları basit görsellerden ibaretken günümüzde daha karmaşık bir niteliği haiz mobil oyunlar karşımıza çıkmaktadır. Güncel mobil oyunlar bakımından temelde üç alt başlık altında oyunu oluşturan tüm unsurları saymak mümkündür. Bu üç alt başlık görsel unsurlar, işitsel unsurlar ve yazılımsal unsurlar olarak sayılabilir¹². Görsel unsurlar, oyunun içinde geçtiği ve bize fotografik öğelerle yansıtılan çevre, oyun karakterleri, oyundaki nesnelere ve sembollere gibi gözle algılanabilen unsurlardır¹³. İşitsel unsurlara oyunda kullanılan müzikler, ortam sesleri gibi örnekler verilebilir¹⁴. Yazılımsal unsurlar nesne ve kaynak kodları başta olmak üzere oyunun geliştirilmesinde kullanılan çeşitli kodlardır. Yazılımsal unsurlar sayesinde oyun bilgisayar programlarına yakınsamaktadır¹⁵. Ayrıca yazılımsal unsurlar görsel ve işitsel unsurlarla etkileşime girip oyuna interaktif niteliğini vermeleri bakımından önemlidir. İnteraktiflik, bir oyunda oyuncuların serbestçe seçimler yapabilmesine ve oyunun yapılan bu seçimler doğrultusunda şekillenmesine olanak vermesi bakımından oyunlar için olmazsa olmaz bir özelliktir¹⁶. Zira oyunları görsel ve işitsel unsurları olmasına rağmen bir müzik eserinden veya bir sinema eserinden temelde ayıran özellik oyuncuların seçimlerine imkân veren çok ihtimalli interaktif nitelikteki kurgusudur.

⁷ BOYD, Gregory / GREENSPAN, David / PUREWAL, Jas: "Video Games and IP: A Global Perspective", *WIPO Magazine*, 2014, s. 6; CRAWFORD, Chris: *The Art of Computer Game Design*, Osborne/McGraw-Hill, New York, 1984, s. 3-4.

⁸ BOYD / GREENSPAN / PUREWAL, s. 6. *Techopedia.com* tarafından hazırlanan tanım için bkz. <https://www.techopedia.com/definition/24261/mobile-games> (ET: 22.11.2022).

⁹ BRYCE, Jo / RUTTER, Jason: *Understanding Digital Games*, Sage Publications, London, 2006, s. 31-32.

¹⁰ DEAN, Drew: "Hitting Reset: Devising a New Video Game Copyright Regime", *University of Pennsylvania Law Review*, 2016, Cilt 164, Sayı 5, s. 1244.

¹¹ Venturebeat, *Super Evil Megacorp Boss Looks to Mobile Gaming's History for Lessons on the Industry's Future* (<https://venturebeat.com/games/super-evil-megacorp-boss-looks-to-mobile-gamings-history-for-lessons-on-the-industrys-future/>, ET: 25.11.2022).

¹² ABRAMS, Stan / RAMOS, Andy / LOPEZ, Laura: "The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches", *WIPO Magazine*, 2013, s. 8.

¹³ KAYA, Muhammed Arif: *Video Oyunlarının Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Korunması*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, s. 9-10.

¹⁴ ABRAMS / RAMOS / LOPEZ, s. 8; KAYA, s. 12-13.

¹⁵ KAYA, s. 13-14; YILMAZ, Güney: *FSEK Bakımından Video Oyunların Eser Niteliği*, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2020, s. 30-34.

¹⁶ CRAWFORD, s. 43-44; STAMATOUDI, Irini: "Are sophisticated multimedia works comparable to video games?", *Journal of the Copyright Society of the USA*, 2001, Cilt 48, Sayı 3 (2001), s. 471.

B. Mobil Oyunların Eser Türünün Belirlenmesinde Oyundaki Unsurların Rolü

Video oyunlar ve bir video oyun türü olarak mobil oyunlar henüz FSEK’te düzenlenmiş değildir. Dolayısıyla bir bütün olarak hangi eser kategorisi altında inceleneceğine dair bir tartışmadan önce mobil oyunun eser olarak kabul edilebilecek parçalarını tespit etmek gerekir. Bu bakımdan mobil oyunların yukarıda sayılan üç temel unsuru da FSEK’teki eser türleri bağlamında incelenebilir. Görsel unsurlar bakımından bunların güzel sanat eseri veya sinema eseri olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tartışılabilirken aynı zamanda işitsel unsurların müzik eseri olarak ve yazılımsal unsurların da bilgisayar programı olarak kabul edilip edilmeyeceği üzerinde tartışmak gerekir. Bunun dışında mobil oyunun bir bütün olarak eser sayılıp sayılmayacağı, sayılacaksa hangi eser türü altında sayılacağı da yine bu unsurlardan hareketle cevaplanabilecek sorulardır. Sözelimi yazılımsal unsurları ağır basan strateji oyunlarının bilgisayar programı olarak¹⁷, görsel-işitsel unsurları ağır basan macera oyunlarının sinema eseri olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği üzerine tartışmak gerekir. Ayrıca tüm bu unsurların belli bir dengede olduğu oyunlara dair literatüre yeni girmiş bir kavram olan multi-medya kavramı üzerinden bazı değerlendirmelerde bulunulacaktır.

II. MOBİL OYUNLARIN ESER OLARAK KORUNMASI

A. Eser Kavramı

Bir fikri yaratım olan mobil oyunların fikri mülkiyet hukuku kapsamında korunacağı kuşkusuzdur ancak bu korumanın nasıl ve hangi kapsamda yapılacağı üzerinde durmak gerekmektedir¹⁸. Bu noktada, mobil oyunların eser niteliği, Kanun’da sayılı eser türlerinden hangisi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gibi hususlar incelenmeye muhtaçtır. FSEK m. 1/B’de eser; sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri olarak tanımlanmıştır. Bir fikir ürününün FSEK kapsamında eser sayılıp korunması için üç temel şart aranmaktadır¹⁹:

- (i) Şekli Şart: Bir fikri ürünün FSEK’te sayılan eser kategorilerinden (ilim ve edebiyat eseri, musiki eseri, güzel sanat eseri ve sinema eseri) birine dâhil olması gerekir. Burada eser kategorileri sınırlı sayıda sayılmışken bu kategorilerin alt kümeleri bakımından örnekleyici sayım söz konusudur²⁰.
- (ii) Objektif Şart: Bir fikri ürünün eser sayılabilmesi için objektif olarak algılanabilir nitelikte olması fikrin bir şekil altında ortaya konması gerekmektedir. Zira fikri mülkiyet hukukunun evrensel bir ilkesi olarak fikir değil o fikrin ifade edilmiş biçimi (*idea/expression dichotomy*) korunur. Nitekim World Intellectual Property Organisation (WIPO) tarafından yayımlanan Bern Konvansiyonu Rehberinde de bu husus vurgulanmış ve fikirlerin tek başına korunmayacağı belirtilmiştir²¹.

¹⁷ Burada aynı zamanda patent korumasının da olup olmayacağı tartışılabilir. Kodlar direkt olarak patentlenemese de mobil uygulamalarla ilgili yayımlanmış bir WIPO rehberinde kodlar aracılığıyla çalıştırılan buluşlar bakımından patent korumasının söz konusu olabileceğine değinilmiştir. Ancak bir mobil oyunu buluş olarak kabul etmek mümkün değildir. Zira buluş, teknik anlamda bir problemin çözümüdür. Bu bakımdan mobil oyunlara ilişkin korumada Sınai Mülkiyet Kanunu’ndan ziyade daha çok FSEK korumasından yararlanabileceğimiz kanaatindeyiz. Nitekim çalışmanın ilerleyen bölümlerinde mobil oyunlara ilişkin öngörülen korumalar da bu minvalde olacaktır. Mobil uygulamalar ve patent ilişkisi hakkında detaylı bilgi için bkz. MOERLAND, Anke / SHEMTOV, Noam: “Intellectual Property Toolbox for Mobile Applications Developers”, *WIPO Magazine*, 2013, s. 16 vd.

¹⁸ Mobil oyunların isimleri gerekli şartların sağlandığı durumda bir marka olarak korunabilir. Ancak marka korumasının eserin unsurlarına ilişkin olmayıp yalnızca eserin adıyla ilgili olması karşısında mobil oyunların isminin marka olarak korunmasının efektif bir çözüm olmayacağı kanaatindeyiz. Eser isimlerinin marka olarak korunmasına dair bkz. TEKİNALP, Ünal: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 112.

¹⁹ SULUK, Cahit / KARASU, Rauf / NAL, Temel: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 38-43; TEKİNALP, s. 103-104.

²⁰ Eser türleri bakımından *numerus clausus* ilkesi geçerliken eser türlerinin alt kümeleri bakımından örnekleyici sayım söz konusudur. Bunun sonucu olarak teknolojik ve kültürel gelişmelerle beraber mobil oyun gibi yeni bir eser türü ortaya çıktığında sayılan dört temel eser kategorisinden biri altında değerlendirmemiz mümkün olacaktır. Eser türlerinde *numerus clausus* ilkesi ve tür içinde saymaya dair bkz. TEKİNALP, s. 114 vd.

²¹ WIPO: Guide to the Berne Convention, WIPO Publication, 1978, s. 12.

(iii) **Subjektif Şart:** Fikri ürün sahibinin hususiyetini taşımalıdır. Hususiyet, fikri ürünün korunmasının temel şartlarından biri olup aynı zamanda hususiyet derecesi (*threshold of originality/schöpfungshöhe*) korumanın kapsamını da belirlemektedir. Hususiyetin nasıl tanımlanacağı doktrinde tartışmalı²² olsa da eserde yazarın bir imzası olması, küçük de olsa kişisel bir yaratımının²³ olması gerektiği söylenebilir.

Mobil oyunlar bakımından bu üç temel şarta binaen bir değerlendirme yapılmalıdır. Bir fikri ürün olarak mobil oyunlarda küçük de olsa kişisel katkının olması durumunda hususiyetin varlığından söz edilebilir. Dolayısıyla subjektif şart sağlanmış olur. Oyunun üreticisinin zihninden çıkıp somut bir hâle gelmesi ve oyuncuların indirmesi için mobil mağazalara yüklenmesiyle beraber objektif şart da sağlanacaktır. Burada problem şekli şartla ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Oyunların FSEK’te veya fikri mülkiyet hukukunun iskeletini oluşturan Bern Konvansiyonu ve TRIPS gibi uluslararası anlaşmalarda bir eser türü altında belirlenmemesi oyunların hukuki statüsünü muğlak bir hâle getirmektedir.

B. Mobil Oyunlar için Uygun Eser Kategorisi Sorunu

Yukarıda değinildiği üzere mobil oyunların objektif ve subjektif şartı sağladığına dair bir şüphe bulunmamaktadır. Ancak farklı unsurlarıyla farklı eser türlerine yakınsayan mobil oyunlar bakımından şekli şart incelemesi yapılması elzemdir. Mobil oyunların yazılımsal tarafı bakımından FSEK’te ilim ve edebiyat eserleri başlığı altında incelenen bilgisayar programları, oyunların bir anlamda hareketli görüntü dizisi olması karşısında ise sinema eserleri akla gelecektir. Yargıtay da bir kararında bilgisayar oyunlarının sahip oldukları görsel ve işitsel unsurlar sebebiyle sinema eserine, bilgisayar programı içermeleri sebebiyle de bilgisayar programına benzeyen özellikleri olmasından hareketle bilgisayar oyunlarının karma nitelikli olduğunu belirtmiştir²⁴. Son olarak mobil oyunların karma niteliği göz önünde bulundurulursa literatüre yeni girmiş multimedya eser kavramı üzerinde de durmak gerekir. Mobil oyunların eser türlerinden hangisi içinde kabul edilmesi gerektiğine yönelik bir tartışma bu saydığımız eser türleriyle mobil oyunlar arasındaki ilişkiyi incelememizi zorunlu kılmaktadır.

1. Mobil Oyunların İlim ve Edebiyat Eseri Olarak Değerlendirilmesi

FSEK m. 2’de düzenlenen yazılı veya sözlü dille ifade edilen eserler ilim ve edebiyat eserleridir. İlim ve edebiyat eserleri bilgisayar programlarından²⁵ edebi eserlere çok geniş bir skaladaki fikri ürünleri kapsar²⁶. Bilgisayar programları, FSEK m. 1/b’de “*Bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesini ve bu emir dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmaları*” şeklinde tanımlanmıştır.

Mobil oyunlar bakımından bu oyunların interaktifliğini sağlayan unsur olması ve bütün oyunların temelinde bulunmasından hareketle mobil oyunların bilgisayar programı olarak korunup korunmayacağı

²² SULUK / KARASU / NAL, s. 40 vd.

²³ Alman doktrininde bunu ifade etmek için *kleine Münze* (küçük madeni para) tabiri kullanılmaktadır. Buna göre bir fikri ürünün eser olarak korunabilmesi için edebi veya sanatsal olarak çok büyük bir değer taşıması gerekmez. Yazarın ufak da olsa kişisel bir katkısı yeterlidir. Kavram hakkında detaylı bilgi için bkz. LOEWENHEIM, Ulrich: “Der Schutz der kleinen Münze im Urheberrecht”, *Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1987, s. 761-762.

²⁴ Yargıtay, CGK, T. 19.06.2018, E. 2017/642, K. 2018/295.

²⁵ Teknolojinin hızlı gelişmesinin bir sonucu olarak bilgisayar programlarının kapsamı sürekli genişlemekte ve yeni program tipleri ortaya çıkmaktadır. Bundan ötürü bilgisayar programlarına ilişkin net bir tanım yapmak tanımın zaman içerisinde demode bir hâle gelmesi riskini beraberinde taşır. Dolayısıyla bilgisayar programlarının bu sürekli genişleyen kapsamı karşısında mobil oyunların da bilgisayar programı olarak korunup korunmayacağına yönelik tartışmak gerekir. Bilgisayar programlarıyla alakalı detaylı bilgi için bkz. AKSU, Mustafa: *Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, s. 43 vd.

²⁶ Mobil oyunlardaki senaryo unsuru bakımından senaryonun edebi eser olup olmadığı şeklinde bir soru sorulabilir. Ancak mobil oyunlardaki senaryonun genellikle oyuncuya verilen direktiflerle sınırlı kalması karşısında bir hususiyetten söz edilemeyeceği kanaatindeyiz. Bazı mobil oyunlar bakımından senaryo unsuru tıpkı çeşitli bilgisayar oyunlarında olduğu gibi komplike bir hâlde olabilir. Ancak bu ihtimalde bile senaryo diğer mobil oyun unsurları gibi asli bir unsur değildir. Dolayısıyla bu çalışmada ilim ve edebiyat eseri genelinde yalnızca bilgisayar programları incelenecektir.

tartışılabilir²⁷. Nitekim konuyla ilgili verilmiş bir Yargıtay kararında da oyunların yazılım tabanlı olmaları gerçeğine vurgu yapılarak korumanın bilgisayar programlarına dair hükümler çerçevesinde olacağına hükmedilmiştir²⁸. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığı zaman da video oyunlarına ilişkin olarak verilen ilk kararlarda bu oyunların bilgisayar programı olarak kabul edilmesi gerektiği vurgulanmıştır²⁹.

Kanaatimizce, mobil oyunların yazılımsal unsurları bakımından bilgisayar programlarına ilişkin koruma mümkün olsa da mobil oyunların bir bütün olarak bilgisayar programı sayılmasına imkân bulunmamaktadır. Zira bu şekilde bir koruma söz konusu olduğu zaman mobil oyunun en az yazılımsal unsur kadar önemli olan görsel ve işitsel unsurlarının koruma kapsamı dışında kalması riski doğmaktadır. Ayrıca mobil oyunlar ile bilgisayar programlarının yapısal olarak birbirinden çok farklı olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Bir mobil oyunda çeşitli unsurlar bir araya gelerek interaktif bir fikri ürün oluşturmakta bununla oyunu oynayan kişilerin eğlenmesi amaçlanmaktadır. Ancak bilgisayar programları genellikle teknik bir amaca ulaşmak için meydana getirilen fikri ürünlerdir³⁰. Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanının bilgisayar oyunları ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında da bu hususa değinilmiş ve bilgisayar oyunlarının bilgisayar programlarına indirgenemeyeceği vurgulanmıştır³¹. Biz de karara katılmaktayız. Bilgisayar programları, oyunların doğru bir şekilde işlemesi için gerekli ana unsurlardan biridir ancak bir oyun yazılımsal unsurların çok ötesinde görsel ve işitsel unsurları da olan karma nitelikte bir fikri üründür. Ancak unutulmaması gerekir ki bir oyunu oyun yapan temelde interaktif niteliğindedir ve bu interaktif nitelik de bilgisayar programları aracılığıyla sağlanır. Bu husus, son tahlilde mobil oyunların eser türünü belirlerken göz önünde bulundurduğumuz ana kriterlerden biri olması hasebiyle önem taşımaktadır.

2. Mobil Oyunların Sinema Eseri Olarak Değerlendirilmesi

FSEK m. 5'te 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 dizisi*” olarak tanımlanmıştır. Hükmün lafzından, kanunun sinema eserlerini sinema filmlerinden ibaret görmediği sonucu çıkarılabilir. Mobil oyunların da tıpkı sinema eserleri gibi hareketli görüntü dizisinden oluştuğu, bu görüntülerin arka arkaya gelmesiyle bir sanal gerçeklik ortamı yaratıldığı göz önüne alınırsa mobil oyunlarla sinema eserleri ile arasında çeşitli benzerlikler bulunduğu savunulabilir. Sinema eserlerinde olmayan ancak mobil oyunların temelinde bulunan yazılımsal unsurlar da mobil oyunların sinema eserlerinden farklılaştığı kısımdır. Bu benzerlik ve farklılıklardan ötürü mobil oyunların sinema eseri olarak korunup korunmayacağı üzerinde tartışmak gerekir³².

Kanaatimizce mobil oyunların sinema eseri olarak kabul edilebilecek bazı unsurları bakımından sinema eseri koruması gündeme gelebilecekse de bir bütün olarak sinema eseri korumasından bahsedilemez. Bilgisayar programı olarak kabul edildiğinde nasıl ki görsel ve işitsel unsurlar dışarda kalıyorsa sinema eseri olarak kabul edildiğinde de yazılımsal unsurlar dışarda kalacaktır. Ayrıca sinema eserlerinde eser sahiplerinin belirtildiği FSEK m. 8/3'te de sinema eserlerinde eser sahipleri yönetmen, özgün

²⁷ KARİMOV, Elnur: “Bilgisayar (Video) Oyunlarının Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Korunmasında Uygun Eser Kategorisi Sorunu”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2021, Cilt 7, Sayı 1, s. 98-100; KATKO, Peter / MAIER, Tobias: “Computerspiele - die Filmwerke des 21. Jahrhunderts?”, *Multimedia Und Recht*, 2009, s. 306-308; KAYA, s. 66-70; STAMATOUDI, 2001, s. 479-481; STEIN, Julian: “The Legal Nature of Video Games - Adapting Copyright Law to Multimedia”, *Press Start*, 2015, Cilt 2, Sayı 1, s. 45-46; YILMAZ, s. 77-80.

²⁸ Yargıtay, CGK, T. 19.06.2018, E. 2017/642, K. 2018/295.

²⁹ United States Court of Appeals, Second Circuit, *Stern Electronics v Harold Kaufman*, 20.01.1982; US Court of Appeals for the Fourth Circuit, *M. Kramer Manufacturing v Hugh Andrews*, 06.02.1986.

³⁰ KARİMOV, s. 98-99.

³¹ European Court of Justice Fourth Chamber, *Nintendo Co. Ltd and Others v. PC Box Srl and 9Net Srl*, 23.01.2014.

³² BAL, Yakup: “Mobil Oyunların Fikri Mülkiyet Hukuku Kapsamında Eser Olarak Korunması”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 82-83; KARİMOV, s. 102-103; KAYA, s. 76-83; STAMATOUDI, 2001, s. 467-468; WANDTKE, Artur-Axel / BULLINGER, Winfried: *Praxiskommentar Urheberrecht*, C.H.BECK, München, 2022, § 2 Rn. 129, 130.

müzik bestecisi, senaryo ve diyalog yazarı olarak belirtilmiştir. Mobil oyunların üretim süreci bakımından burada sayılan meslek grupları her zaman olmayabilir. Ancak bir mobil oyunun üretim sürecinde her zaman bir yazılımcı olacaktır. Oyunları benzeri fikri ürünlerden ayıran en temel özellik olan interaktiflik, temelde oyunun doğru bir şekilde çalışması ve ilerlemesini sağlayan yazılımlar tarafından sağlanmaktadır. Hülasa mobil oyunları sinema eseri olarak kabul etmek yazılımsal unsurundan ötürü bilgisayar programına yakınsayan mobil oyunlar bakımından isabetli olmayacaktır. Ancak burada da mobil oyundaki hareketli görüntü dizisi ve oyun karakterleri gibi bazı unsurların varlığı gözden kaçırılmamalı ve bunların da gerekli şartları sağladıkları durumda ne şekilde korunacağı belirlenmelidir.

3. Mobil Oyunların Multimedya Eser Olarak Korunması

Kelime anlamı olarak çoklu medya demek olan multimedya, farklı eser türlerinin dijital bir ortamda bir araya getirildiği³³ ve kullanıcıların multimedya eserin temelindeki yazılımlar sayesinde multimedya ile interaktif bir ilişki içerisine girebildikleri bir eser türü olarak son yıllarda karşımıza çıkmıştır³⁴. Multimedya eserlere örnek olarak interaktif televizyon programları, müzelerdeki interaktif rehberler, e-satış sitelerindeki ürün katalogları, video oyunları örnek olarak gösterilebilir³⁵.

Her ne kadar multimedya eser FSEK'te düzenlenmemiş de olsa multimedya eserin video oyunları kapsayıcı bir tanımı olması multimedya esere ilişkin bir dizi tartışmayı beraberinde getirmiştir. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere oyunlar hem sinematik hem de yazılımsal unsurları barındırması hasebiyle karma bir niteliktedir. Multimedya eserlerin karma tipteki eserlere verilen genel isim olması karşısında oyunların multimedya eserler başlığı altında incelenip incelenemeyeceği meselesi doktrinde tartışılmıştır³⁶.

Her ne kadar doktrinsel olarak böyle bir tartışma mevcut olsa da FSEK'te eser türlerinin sınırlı sayıda sayılması ilkesi karşısında yeni bir eser türü icat edip mobil oyunları da o eser türü altında değerlendirmenin isabetli olmayacağı bunun ancak kanun koyucu tarafından yapılabileceği kanaatindeyiz. Ancak oyun sektörünün sinema sektöründen bile büyük bir hâle geldiği günümüz koşullarında multimedya eser kategorisini kanuna eklemek karma nitelikteki oyunlar bakımından gereklidir. Zira video oyunları ne tam olarak bilgisayar programlarına benzemektedir ne de sinema eseri olarak kabul edilebilir.

İçinde bulunduğumuz şartlarda pozitif hukuku göz önüne aldığımızda mobil oyunlardaki çeşitli unsurların farklı eser türleri kapsamında korunmasının mümkün olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu bakımdan gerekli şartları sağlama durumunda oyunun yazılımı bilgisayar programı olarak korunabilecekken oyundaki karakter güzel sanat eseri olarak oyunun müzikleri de musiki eseri olarak korunabilecektir. Bunun dışında mobil oyunların bir bütün olarak korunup korunmayacağına ilişkin bir tartışmada bilgisayar programları ve sinema eserleri akla gelen iki türdür ancak oyunlar bu ikisinin sentezi bir niteliktedir. Bu bakımdan multimedya eser türünün Kanun'a eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

III. MOBİL OYUNLARIN KORUNMASINA İLİŞKİN KARŞILAŞILABİLECEK BAZI HUKUKİ PROBLEMLER

Mobil oyunların görece yeni bir tür olması, niteliği gereği bağımsız, profesyonel olmayan geliştiricilerin de mobil oyun üretmesi gibi hususlar sebebiyle bu oyunların hukuki korunmasında bazı problemlerle karşılaşılabilen ve bu problemlerle karşılaşanlar da nasıl bir çözüm yolu izlemeleri gerek-

³³ Farklı eser türleri, dergilerden sinema filmlerine pek çok klasik eserde de bir araya getirilebilmektedir. Ancak multimedya'daki bir araya getirme çoğu zaman bir yazılım vasıtasıyla olmakta ve bunların ayrılması ya mümkün olmamakta, mümkün olsa bile gerekli görülmemektedir. Konuyla ilgili olarak bkz. STAMATOUDI, 2001, s. 469.

³⁴ STAMATOUDI, Irini: *Multimedia Products as Copyright Works*, University of Leicester, Leicester, 1999 (1999), s. 23-24; TEKİNALP, s. 132.

³⁵ STAMATOUDI, 1999, s. 20.

³⁶ LEUPOLD, Andres / WIEBE, Andreas / GLOSSNER, Silke: *IT-Recht*, C.H.BECK, München, 2021, s. 261; STAMATOUDI, 2001, s. 471; STEIN, s. 53-54; TEKİNALP, s. 131-132.

tiğini bilememektedir. Ayrıca mobil oyunlar hakkında yazılmış çalışma sayısının azlığı ve kanun koyucuların henüz pozitif hukuk bağlamında gerekli düzenlemeleri yapmamış olması hasebiyle muğlaklık söz konusudur. Çalışmanın bu son kısmında, mobil oyunların hukuki korunmasına dair karşılaşılmaması muhtemel bazı hukuki problemler ve bu problemler karşısında getirilebilecek çözümlere yer verilecektir. Bu çözümlerin hem oyun üreticileri bakımından hem de hukuk doktrini bakımından faydalı olabileceği kanaatindeyiz. Bu konuyla ilgili problemler oyunların piyasaya sürülmesinden önce veya sonra ortaya çıkabilir. Oyunların piyasaya sürülmesinden önce ve sonra çıkması muhtemel problemlerin niteliği bunları ayrı ayrı değerlendirmemizi zorunlu kılmaktadır.

A. Oyunların Piyasaya Sürülmesinden Önce Karşılaşılabilecek Problemler

Bir fikri ürünün eser sahibinin rızasıyla onun kişisel çevresinden çıkararak umuma arz edilmesiyle eser alenileşmiş sayılır³⁷. Ancak alenileşmiş bir eserden mali olarak yararlanmak mümkün olacağı için alenileşme fikri mülkiyet hukuku bakımından önemli bir eşiği ifade eder³⁸. Mobil oyunların alenileştiği ancak henüz piyasaya sunulmadığı dönem bakımından karşılaşılmaması muhtemel temel problem, mobil oyunun fikri mülkiyet hukuku korumasından yararlanması mümkün olmayan parçaları özellikle fikirler bakımından söz konusu olabilir. Yukarıda değinildiği üzere fikri mülkiyet hukukunda fikir değil fikrin ifade edilmiş biçimi yani ortaya konan fikri ürün korunur³⁹. Bu ilke bağımsız üreticilerin ciddi rol oynadığı mobil oyunlar bakımından incelenmelidir. Oyunların geliştirilme süreci ciddi anlamda zaman ve emek isteyen uzun bir süreçtir. Bu süreç devam ederken oyun üreticileri büyük şirketlere oyunlarını satmak isteyebilirler. Oyunların satım sürecinde müzakere aşaması devam ederken oyunla ilgili bazı fikirlerin ve teknik bilgilerin karşı tarafla paylaşılması durumunda bunların gizliliği mobil oyun üreticileri bakımından önemlidir. Burada bu unsurlar bakımından bunların ticari sır olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu gündeme gelebilir. Rekabet Kurumu tarafından 2010 yılında yayımlanan Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ'de⁴⁰ ticari sır, teşebbüslerin faaliyet alanları ile ilgili olan ve gizli tutma iradesine sahip oldukları, yalnızca belirli ve kısıtlı bir kesim tarafından bilinen ve elde edilebilen, başta rakipleri olmak üzere üçüncü kişilere ve kamuya açıklanması hâlinde ilgili teşebbüsün ciddi zarar görme ihtimali bulunan her türlü bilgi ve belge olarak tanımlanmıştır. *Coca Cola*'nın formülü bunun klasik örneği olarak gösterilebilir. Ancak tersine mühendisliğin mümkün olduğu alanlar bakımından ticari sır koruması çoğu zaman işe yaramamaktadır. Zira tersine mühendislik çalışmalarıyla gizli kalması gereken bilgi kolaylıkla açığa çıkabilmektedir⁴¹. Mobil oyunlar da kodlarının çözülmesiyle tersine mühendislik⁴² yapılabilecek bir alandır. Dolayısıyla ticari sır korumasının mobil oyunlar bakımından işlevsel olmayacağı kanaatindeyiz.

Bu noktada her ne kadar fikri mülkiyet hukukunun imkânları kısıtlıysa da hukukun diğer enstrümanları gündeme gelebilecektir. Örneğin gizlilik sözleşmesi (*non-disclosure agreement*) bu aşama için yerinde bir hukuki enstrüman olabilir. Uluslararası Ticaret Odasının 2006'da bu sözleşmeyle ilgili yayımladığı kılavuz metninde gizlilik sözleşmesi, yapılan işin niteliği gereği gizli kalması gereken teknik veya ticari bilgilerin bu bilgileri edinen tarafça paylaşılmaması amacıyla yapılan bir sözleşme olarak tanımlanmıştır⁴³. Mobil oyunlara ilişkin bazı fikir ve bilgilerin objektif şartı sağlamadığı için

³⁷ ATEŞ, Mustafa: "Fikir ve Sanat Eserlerinin Kamuya Sunulması: Alenilememiş, ve Yayımlanmamış, Eserler Fikri Hukuka Göre Korunamaz mı?", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2005, Cilt 3, Sayı 23, s. 227-228.

³⁸ Eserin alenileşmeden önceki dönemde korunması ancak kişiliğin korunması hükümleri çerçevesinde mümkündür. Konuyla ilgili olarak bkz. ATEŞ, s. 228.

³⁹ TEKİNALP, s. 108-109; WIPO: Guide to the Berne Convention, WIPO Publication, 1978, s. 12.

⁴⁰ 18 Nisan 2010 tarihli ve 27556 sayılı Resmî Gazete.

⁴¹ SURBLYTE, Gintare: "Enhancing Trips: Trade Secrets and Reverse Engineering", (Ed.) ULLRICH, Hanns / HILTY, Reto M. / LAMPING, Matthias / DREXL, Josef: *Trips Plus 20 From Trade to Market Principles*, Max Planck Institute for Innovation and Competition, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2016, s. 725-728.

⁴² Tersine mühendislik, bir ürünün üretim aşamalarını son üründen geriye doğru takip ederek ürünün üretim aşamalarını ve burada kullanılan teknikleri açık etme faaliyetidir. Kavram hakkında detaylı bilgi için bkz. SURBLYTE, s. 727 vd.

⁴³ International Chamber of Commerce: ICC Model Confidentiality Agreement, *ICC Model Confidentiality Clause*, 2006, s. 15.

fikri mülkiyet hukuku koruması kapsamına girmeyeceği bu aşama bakımından taraflar arasında gizlilik sözleşmesi akdedilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Özellikle bağımsız ve amatör mobil oyun üreticilerinin sayısının bu kadar fazla olduğu günümüz şartlarında böyle bir çözüm olası hak ihlallerinde bu kişilerin işini kolaylaştıracaktır.

B. Oyunların Piyasaya Sürülmesinden Sonra Karşılaşılabilecek Problemler

Piyasaya sürülmesinden sonra mobil oyunlar bakımından karşımıza çıkması muhtemel iki temel problem bu oyunların klonlanması ve oyun karakterlerinin eser sahibinin izni olmadan kullanılmasıdır.

1. Mobil Oyunların Klonlanması

Oyun klonlama, başarılı olmuş bir oyunun ticari başarısından haksız çıkar elde etmek isteyen başka kimselerin bu oyunun muhtelif özelliklerini kopyalamak suretiyle tamamen aynı olmasa da çok benzeri bir oyunu üretmesidir⁴⁴. Klonlama daha çok mobil oyun pazarında gerçekleşmektedir. Zira mobil oyunlar, bilgisayar oyunlarına nazaran daha hızlı tüketilmekte ve yapısı itibarıyla çoğu zaman kopyalanması, klonlanması da daha kolay olan oyun tipleridir⁴⁵. Çok fazla sayıda ve çeşitte oyunun olduğu mobil marketlerde sürekli bir sirkülasyon olmakta, bunun doğal sonucu olarak da klon oyunlar gözden kaçabilmektedir. Ayrıca mobil mağazalarda tüketicilerin beğenisine sunulan bazı popüler oyunlar ücretlidir. Klonlama yapan kimseler de bu oyunların ücretsiz klonunu yapmakta ve bu şekilde haksız kazanç elde etmektedirler. Buna örnek olarak meşhur *Flappy Bird* oyunu verilebilir. Bu oyunun yaratıcısı *Dong Nguyen* oyununu mobil marketlerden kaldırdıktan sonra her gün altmışın üzerinde klon oyun ilgili marketlere yüklenilmiştir⁴⁶.

Bir oyunun klon oyun olup olmadığını tespit etmek için fikri mülkiyet hukukunun evrensel prensiplerinden biri olan bulunması zorunlu olan sahneler (*scènes à faire*) ilkesine bakılabilir. Özellikle fikri hak ihlali iddiasının söz konusu olduğu davalar incelenirken kopyalanan şeyin genel bir tema mı olduğu yoksa eser sahibinin hususi bir yaratımı mı olduğu tespitinde bu ilkeden yararlanılmaktadır. Bu ilkeye göre eserde bulunması doğal ve bir bakıma zorunlu olan unsurlar bir kişiye özgülenemeyeceği için korunmaz⁴⁷. Sözgelimi bir casusluk romanında çok iyi yetiştirilmiş ajan figürü, bir aksiyon filminde dünyayı yok etmeye çalışan gizli örgüt gibi motifler farklı yazarlar tarafından kullanılabileninden fikri mülkiyet hukuku koruması kapsamı dışındadır. Aksi durumda böylesine temel motiflerin tek bir yazara özgülenmesi söz konusu olurdu ki bu da fikri mülkiyet hukukunun eser sahibinin hakları ile kamu yararı arasında gözetmeye çalıştığı ince dengeye ve yaratıcılığa ket vururdu.

Burada *scènes à faire* ilkesini ilk defa video oyunları bakımından uygulamasıyla ABD hukukunda emsal teşkil eden *Data East v Epyx* davası üzerinde durulabilir⁴⁸. Karate oyunu üreten *Data East* şirketi bir yıl sonra *Epyx* şirketinin de benzer motifleri ve karate teknikleri olan bir karate oyununu piyasaya sürmesiyle ilgili şirketin fikri hak ihlali yaptığı ileri sürmüştür. Her ne kadar ilk derece mahkemesi bu şikâyeti yerinde bulsa da üst derece mahkemesi kararı bozmuştur. Üst derece mahkemesi *scènes à faire* ilkesine vurgu yapmış ve bu tip dövüş oyunlarında benzer motiflerin olmasının doğal olduğunu ve herkes tarafından kullanılabilir bu tip motiflerin başkaları tarafından kullanılmasının fikri hak ihlali oluşturmayacağına hükmetmiştir⁴⁹.

⁴⁴ CASILLAS, Brian: "Attack of the Clones: Copyright Protection for Video Game Developers", *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, 2014, Cilt 33, Sayı 2, s. 138-139.

⁴⁵ CASILLAS, s. 143.

⁴⁶ Forbes, *Over Sixty 'Flappy Bird' Clones Hit Apple's App Store Every Single Day* (<https://www.forbes.com/sites/insertcoin/2014/03/06/over-sixty-flappy-bird-clones-hitapples-app-store-every-single-day/?sh=2c9dfa9468f5>, ET: 06.12.2022).

⁴⁷ DEAN, s. 1256.

⁴⁸ United States Court of Appeals Ninth Circuit, *Data East USA, Inc. v. Epyx, Inc.*, 862 F.2d 204, 30.11.1988.

⁴⁹ Karar metni için bkz. <https://casetext.com/case/data-east-usa-inc-v-epyx-inc> (ET: 06.12.2022).

Biz de mahkemenin bu şekildeki değerlendirmesine katılmaktayız. Mobil oyunlar bakımından yapılan bir incelemede de ihlal iddiasında bulunan tarafın oyunu ile davalının oyunu karşılaştırılmalı ve aradaki benzerliğin klasik unsurların ötesinde bir benzerlik olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu şekilde bir incelemeyle bir oyunun klon oyun olup olmadığı kolaylıkla tespit edilebilecektir.

Mobil oyun pazarının dinamik yapısı dikkate alındığında bu konuda en işlevsel çözümün mobil mağazaların uygulamaya koyabileceği bir filtreleme mekanizması olacağı kanaatindeyiz. Nasıl ki *spam* içerikli paylaşım yapanlar bakımından sosyal medya hesaplarının kapatılması söz konusuysa klon oyun üreticilerinin de mobil mağazalardaki hesapları kapatılabilir. Ancak bu şekilde mobil oyun pazarındaki giderek artan klonlama faaliyetlerinin önü alınabilir ve eser sahibinin hakları korunmuş olur.

2. Mobil Oyun Karakterlerinin Kullanılması

Mobil oyunlar bakımından karşımıza çıkması muhtemel bir diğer problem mobil oyun karakterlerinin eser sahibinin izni olmaksızın başkaları tarafından kullanılmasıdır. Özellikle belli bir başarıya ulaşmış oyunların karakterleri, adeta sinema filmi yıldızları gibi, içinde buldukları eseri aşan bir üne kavuşabilmektedir. Karakterlerin eserden bağımsız bir yaşam döngüsüne sahip olması, başka eserlerde kullanımı ve bir hayran kitlesi oluşturabilmesi, karakterleri eserin diğer bileşenlerinden ayırmaktadır⁵⁰. Nitekim oyun karakterlerinin filmlerinin ve dizilerinin yapılması günümüz kültür hayatının önemli trendlerinden biri hâline gelmiştir⁵¹. Mobil oyunların böylesine önemli bir parçası olması karşısında karakterlerin durumu incelenmelidir. Bu noktada kurgusal karakterlerin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara çalışmanın bu kısmında kısaca yer vermek gerektiği kanaatindeyiz.

Kurgusal karakter, bir fikri üründe karşımıza çıkan kimsedir⁵². Bu bir insan olabileceği gibi bir yaratık, hayvan veya araç⁵³ da olabilir. Bir kurgusal karakterin ismi, fiziksel görünümü ve kişilik özellikleri olmak üzere üç temel özelliği vardır⁵⁴. Bu üç özelliğin derecesine göre ilgili karakterin hususiyeti belirlenir ve bu hususiyetin yüksekliği nispetinde karakter eserden bağımsız bir korumadan faydalanır. Kurgusal karakterler temelde görsel ve edebi karakterler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁵⁵. Görsel karakterler, video oyunlarından sinema filmlerine görsel niteliği ön planda olan çeşitli fikri ürünlerdeki karakterlere verilen genel isimken, edebi karakterler roman, hikâye gibi edebi ürünlerdeki karakterlerdir. Mobil oyunlardaki karakterler görsel karakter olarak nitelendirileceği için görsel karakterlerin ayrıca incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Önceden tanımlanmış bir çizgiye, şekle ve renge sahip olan karakterler görsel karakter olarak adlandırılır⁵⁶. Bir zamanlar “saçma resimler” olarak nitelendirilen ve korumaya değer bulunmayan⁵⁷ görsel karakterler, zaman içerisinde özellikle sinemanın, çizgi roman sektörünün ve bilgisayar oyunlarının gelişmesiyle ekonomik değeri yüksek fikri ürünler hâline gelmiş, bu da mahkemelerin görsel karakter-

⁵⁰ RASKIN, Kenneth: “Copyright Protection for Fictional Characters”, *Performing Arts Review*, 1971, Cilt 2, Sayı 3, s. 587-588.

⁵¹ AP NEWS, *Is it finally game on for video game adaptations?* (<https://apnews.com/article/entertainment-lifestyle-movies-video-games-games-9998f9527695354ac23c40a53429e4fd>, ET: 06.12.2022).

⁵² KURTZ, Leslie: “The Independent Legal Lives of Fictional Characters”, *Wisconsin Law Review*, 1986, Cilt 3, s. 430.

⁵³ Sözelimi, *Batman*'in aracı *Batmobile* bir kişi tarafından *Batman* karakterinin mali haklarını elinde bulunduran *DC Comics*'in izin olmaksızın üretilip satılmıştır. Açılan dava sonucunda mahkeme, *Batman*'in aracının da karakter olarak nitelendirilebileceğini tespit etmiş, eser sahibinin mali haklarının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mobil oyunlardaki benzer nitelikteki araçlar bakımından da aynı değerlendirmeyi yapmanın mümkün olduğu kanaatindeyiz. Karar metni için bkz. *DC Comics v. Towle* - 802 F.3d 1012 (9th Cir. 2015) (<https://casetext.com/case/comics-v-towle-2>, ET: 07.12.2022).

⁵⁴ FELDMAN, David: “Finding a Home for Fictional Characters: A Proposal for Change in Copyright Protection”, *California Law Review*, 1990, Cilt 78, Sayı 3, s. 690; RASKIN, s. 589.

⁵⁵ FELDMAN, s. 712; KURTZ, s. 445-451.

⁵⁶ HELFAND, Michael Todd: “When Mickey Mouse Is as Strong as Superman: The Convergence of Intellectual Property Laws to Protect Fictional Literary and Pictorial Characters”, *Stanford Law Review*, 1992, Cilt 44, Sayı 3, s. 624.

⁵⁷ US Court of Appeals for the Second Circuit - 191 F.2d 594 (2d Cir. 1951). Kararın ilgili kısmının orijinali şu şekildedir: “*In the case of these silly pictures nobody cares who is the producer*”.

lere olan bakış açısını olumlu yönde değiştirmiştir⁵⁸. Nitekim günümüzde de karşılaştırmalı hukuktaki mahkeme kararları incelendiğinde görsel karakterlere edebi karakterlere nazaran daha geniş bir koruma sağlandığı görülmektedir⁵⁹. Bu bakımdan görsel karakterler arasında en önemlilerden biri olarak değerlendirilebilecek mobil oyun karakterlerinin de duruma göre mobil oyundan bağımsız korunabileceği savunulabilir.

Mobil oyun karakterlerinin kimi zaman mobil oyundan bağımsız korunabileceği tespitini yaptıktan sonra incelememiz gereken diğer bir husus hangi mobil oyun karakterlerinin böylesine bir korumadan yararlanabileceği hangi mobil oyun karakterlerinin yararlanamayacağıdır. Karakterlere ilişkin Amerikan hukukunda geliştirilmiş hukuki testler bu konuda bize yardımcı olabilir⁶⁰.

Amerikan hukukundaki *Nichols v Universal* davası kurgusal karakterlerin korunabileceği tezinin ilk defa ileri sürülmesiyle emsal niteliktedir⁶¹. Bu kararda ayrıca ayırt edici tasvir testi (*distinct delineation test*) ortaya atılmıştır⁶². Ayırt edici tasvir testi, bir karakterin herhangi bir metinde karşımıza çıkabilecek alelade bir tip olmasının ötesinde eser sahibinin hususiyetini yansıtan⁶³ ve belli bir ayırt ediciliğe ulaşan bir karakter olması durumunda eserden bağımsız korunabileceğini öngörmektedir⁶⁴. Bu test bakımından bir ihlalin söz konusu olup olmadığının tespiti iki aşamalı bir incelemeyle yapılır⁶⁵:

- (i) İhlale uğrayan karakter fikri mülkiyet hukuku korumasından yararlanacak ölçüde bir ayırt ediciliğe, hususiyete sahip olmalıdır.
- (ii) İhlale yol açtığı iddia edilen karakter de orijinal karaktere ihlal oluşturacak seviyede benzer olmalıdır.

Bu iki aşamalı incelemeden sonra duruma göre eser sahibinin haklarının ihlal edildiğini söylemek mümkün olacaktır. Bu testin mobil oyun karakterlerinden doğabilecek hukuki uyumsuzluklar bakımından da yol gösterici olabileceği kanaatindeyiz. Özellikle mobil oyun pazarının dinamik yapısı ve yüksek ekonomik değeri de göz önünde bulundurulduğunda muhtemel hak ihlali davaları bakımından uygulanması bu kadar kolay bir test işlevsel olacaktır. Ancak burada unutulmaması gereken husus, her mobil oyun karakterinin eserden bağımsız korunamayacağı yalnızca belli bir hususiyet derecesine ulaşmış, ayırt edici nitelik kazanmış karakterlerin korunacağıdır. Böyle bir ihlal söz konusu olduğunda eser sahibi FSEK m. 68-72 arasında düzenlenmiş olan hukuk ve ceza davalarına başvurabilecektir.

SONUÇ

Mobil oyunların özellikle 2000’li yıllarda hızlı bir şekilde hayatımıza girmesi ve ekonomik olarak çok değerli fikri ürünler hâline gelmesi çeşitli hukuki uyumsuzlukları beraberinde getirmiş ve mobil oyunlara ilişkin korumanın ne şekilde ve hangi kapsamda yapılacağı tartışılmaya başlanmıştır. Mobil oyunların görsel unsurlar bakımından sinema eserleri, yazılımsal unsurlar bakımından bilgisayar programlarına benzemesi karşısında mobil oyunların karma nitelikte olduğu savunulabilir. Karma nitelik-

⁵⁸ HELFAND, s. 624-625.

⁵⁹ FELDMAN, s. 690; ZECEVIC, Jasmina: “Distinctly Delineated Fictional Characters That Constitute the Story Being Told: Who are They and Do They Deserve Independent Copyright Protection?”, *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, 2006, Cilt 8, Sayı 2, s. 368-369.

⁶⁰ ABD hukukunda kurgusal karakterlere ilişkin ayırt edici tasvir testi ve anlatılan hikâye testi geliştirilmiştir. Karakterin hikâyeye bir anlamda özdeş olması anlamına gelen anlatılan hikâye testi (*story being told*) daha çok edebi karakterler için kullanıldığı için bu çalışmada incelenmeyecektir. Bu test hakkında detaylı bilgi için bkz. FELDMAN, s. 694 vd.; HELFAND, s. 633 vd.; KURTZ, s. 454 vd.

⁶¹ FELDMAN, s. 691; HELFAND, s. 632.

⁶² *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930).

⁶³ Tıpkı hususiyet derecesinin yüksekliğinin koruma kapsamını belirlemesi gibi bu kararda da karakter ne kadar geliştirildiyse korumanın da o nispette yüksek olacağı vurgulanmıştır. Kararın ilgili kısmının orijinali şu şekilde kaleme alınmıştır: “*It follows that the less developed the characters, the less they can be copyrighted; that is the penalty an author must bear for marking them too indistinctly*”.

⁶⁴ ZECEVIC, s. 370.

⁶⁵ FELDMAN, s. 691-695.

teki eserler bakımından doktrinde son yıllarda karşımıza çıkan multimedya eser koruması, mobil oyunlar bakımından en kapsamlı korumayı sağlayacaktır. Ancak FSEK’te multimedya eserlerin sayılmaması karşısında kanun koyucunun bu türü kanuna eklemesi gerekmektedir. O tarihe kadar mobil oyunun çeşitli unsurları farklı eser türleri korumasından faydalanacaktır.

Mobil oyunlarla ilgili karşımıza çıkabilecek çeşitli hukuki problemler bulunmaktadır. Bu problemler nitelikleri gereği oyunların piyasaya sürülmesinden önce veya sonra çıkabilir. Piyasaya sürülmesinden önce çıkabilecek sorunlar bakımından hukukun diğer alanlarındaki bazı korumalar işimize yarayacakken piyasaya sürüldükten sonra da çeşitli fikri mülkiyet hukuku korumaları mobil oyunların hukuki olarak korunmasında karşımıza çıkacaktır.

Mobil oyunların bilgisayar oyunlarına nazaran daha kolay üretilebilmesi ve tüketilebilmesi aynı zamanda amatör üreticilerin de bu sektörde pay sahibi olabilmelerine zemin hazırlamıştır. Bu bakımdan mobil oyun mağazalarına da çok iş düşmektedir.

Mobil oyunların hukuk düzeninin nispeten yeni karşılaştığı bir fikri ürün olması karşısında gerek Türk hukukunda gerekse de uluslararası hukukta mobil oyunlardan kaynaklanan hukuki uyumsuzlukların nasıl çözümleneceğine yönelik belirsizlik hâkimdir. Bu bakımdan daha fazla akademik çalışmanın ve kodifikasyon faaliyetinin yapılması elzemdir.

KAYNAKÇA

- ABRAMS, Stan / RAMOS, Andy / LOPEZ, Laura: "The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches", *WIPO Magazine*, 2013, s. 7-96.
- AKSU, Mustafa: *Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.
- ATEŞ, Mustafa: "Fikir ve Sanat Eserlerinin Kamuya Sunulması: Alenilememiş, ve Yayımlanmamış, Eserler Fikri Hukuka Göre Korunamaz mı?", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2005, Cilt 3, Sayı 23, s. 227-253.
- BAL, Yakup: "Mobil Oyunların Fikri Mülkiyet Hukuku Kapsamında Eser Olarak Korunması", *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 73-89.
- BOYD, Gregory / GREENSPAN, David / PUREWAL, Jas: "Video Games and IP: A Global Perspective", *WIPO Magazine*, 2014, s. 1-7.
- BRYCE, Jo / RUTTER, Jason: *Understanding Digital Games*, Sage Publications, London, 2006.
- CASILLAS, Brian: "Attack of the Clones: Copyright Protection for Video Game Developers", *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, 2014, Cilt 33, Sayı 2, s. 137-170.
- CRAWFORD, Chris: *The Art of Computer Game Design*, Osborne/McGraw-Hill, New York, 1984.
- DEAN, Drew: "Hitting Reset: Devising a New Video Game Copyright Regime", *University of Pennsylvania Law Review*, 2016, Cilt 164, Sayı 5, s. 1239-1280.
- FELDMAN, David: "Finding a Home for Fictional Characters: A Proposal for Change in Copyright Protection", *California Law Review*, 1990, Cilt 78, Sayı 3, s. 687-720.
- HELFAND, Michael Todd: "When Mickey Mouse Is as Strong as Superman: The Convergence of Intellectual Property Laws to Protect Fictional Literary and Pictorial Characters", *Stanford Law Review*, 1992, Cilt 44, Sayı 3, s. 623-670.
- HIRST, Scott / KASTIEL, Kobi: "Corporate Governance by Index Exclusion", *Boston University Law Review*, 2019, Sayı 99, s. 1229-1278.
- KARİMOV, Elnur: "Bilgisayar (Video) Oyunlarının Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Korunmasında Uygun Eser Kategorisi Sorunu", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2021, Cilt 7, Sayı 1, s. 93-110.
- KATKO, Peter / MAIER, Tobias: "Computerspiele - die Filmwerke des 21. Jahrhunderts?", *Multimedia und Recht*, 2009, s. 306-311.
- KAYA, Muhammed Arif: *Video Oyunlarının Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Korunması*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018.
- KURTZ, Leslie: "The Independent Legal Lives of Fictional Characters", *Wisconsin Law Review*, 1986, Cilt 3, s. 429-526.
- LEUPOLD, Andres / WIEBE, Andreas / GLOSSNER, Silke: *IT-Recht*, C.H.BECK, München, 2021.
- LOEWENHEIM, Ulrich: "Der Schutz der kleinen Münze im Urheberrecht", *Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1987, s. 761-770.
- MOERLAND, Anke / SHEMTOV, Noam: "Intellectual Property Toolbox for Mobile Applications Developers", *WIPO Magazine*, 2013, s. 9-97.
- RASKIN, Kenneth: "Copyright Protection for Fictional Characters", *Performing Arts Review*, 1971, Cilt 2, Sayı 3, s. 587-620.
- STAMATOUDI, Irini: "Are sophisticated multimedia works comparable to video games?", *Journal of the Copyright Society of the USA*, 2001, Cilt 48, Sayı 3, s. 467-490 (2001).
- STAMATOUDI, Irini: *Multimedia Products as Copyright Works*, University of Leicester, Leicester, 1999 (1999).
- STEIN, Julian: "The Legal Nature of Video Games - Adapting Copyright Law to Multimedia", *Press Start*, 2015, Cilt 2, Sayı 1, s. 44-55.

- SULUK, Cahit / KARASU, Rauf / NAL, Temel: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- SURBLYTE, Gintare: “Enhancing Trips: Trade Secrets and Reverse Engineering”, (Ed.) ULLRICH, Hanns / HILTY, Reto M. / LAMPING, Matthias / DREXL, Josef: *Trips Plus 20 From Trade to Market Principles*, Max Planck Institute for Innovation and Competition, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2016, s. 725-760.
- TEKİNALP, Ünal: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- WANDTKE, Artur-Axel / BULLINGER, Winfried: *Praxiskommentar Urheberrecht*, C.H.BECK, München, 2022.
- WIPO: Guide to the Berne Convention, WIPO Publication, 1978.
- YILMAZ, Güney: *FSEK Bakımından Video Oyunların Eser Niteliği*, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2020.
- ZECEVIC, Jasmina: “Distinctly Delineated Fictional Characters That Constitute the Story Being Told: Who are They and Do They Deserve Independent Copyright Protection?”, *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, 2006, Cilt 8, Sayı 2, s. 365-397.

Karar İncelemeleri

HMK m. 353/1-a Uyarınca Verilen Kararların Kesinliği Meselesi^(*)



The Issue of Conclusiveness of Judgment Given in accordance with Article 353/1-a of the Code of Civil Procedure

Onur TABAK



Araştırma Görevlisi

*Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı*

Anahtar Kelimeler

*Bölge Adliye Mahkemesi,
Temyiz,
Gönderme Kararı,
Kesin Karar,
Kararın Kaldırılması.*

Öz

Bölge adliye mahkemesince verilen ilk derece mahkemesi kararının kaldırılıp gönderilmesi kararının kesin olduğu Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 353/1-a'da düzenlenmektedir. 7251 sayılı Kanun ile "Temyiz Edilemeyen Kararlar" başlıklı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 362'ye, gönderme kararlarının temyizi kabil olmadığı yönünde (g) bendi eklenmiştir. Çalışmamıza konu kararda Yargıtay, Kanun'da sayılan gönderme kararı verilebilecek durumlar mevcut değilken verilen gönderme kararının kesin olmadığını belirterek davanın esasını incelemiş ve bozma kararı vermiştir. Yargıtayın çeşitli gerekçeler ile benzer sonuca ulaştığı başka kararları da mevcuttur. Çalışmamızda HMK m. 353/1-a uyarınca verilen kararın temyizi kabil olup olmadığı ve gönderme kararındaki tespitlerin bağlayıcı olup olmadığı 7251 sayılı Kanun öncesi ve sonrası durum göz önüne alınarak değerlendirilmeye çalışılmıştır. Ayrıca inceleme konusu kararda Yargıtay tarafından davanın esasına ilişkin tespitlerde bulunulması hususu da değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Keywords

*Regional Court of Justice,
Appeal,
Referral Judgment,
Conclusive Judgement,
Repeal Judgment.*

Abstract

In Article 353/1-a of the Code of Civil Procedure, it is regulated that the judgment of the court of appeal that the decision of the court of first instance to be repealed and referred is conclusive. Article 362 of the Code of Civil Procedure, entitled "Unappealable Judgment" with Law No. 7251, has been added to the subparagraph (g) stating that judgments that are referred are not subject to cassation. In the decision that is the subject of our study, the Court of Cassation stated that the referral judgment was not conclusive when there were no situations in which a referral judgment could be made and examined the merits of the case and decided to reverse it. There are also judgments of the Court of Cassation that reached similar conclusions for various reasons. This study tries to evaluate whether the judgment made in accordance with article 353/1-a of the Code of Civil Procedure is appealable and whether the determinations in the referral judgment are binding, considering the situations before and after the Law No. 7251. In addition, in the judgment subject to review, the issue of examining the merits of the case by the Court of Cassation has also been tried to be evaluated.

^(*) Karar İncelemesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 10.12.2022, Kabul Tarihi: 19.01.2023.

GİRİŞ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 353/1-a'ya göre bölge adliye mahkemesi, gönderme kararını kesin olarak verir. 28.07.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7251 sayılı Kanun'un¹ 39. maddesi ile "Temyiz Edilemeyen Kararlar" başlıklı HMK m. 362 hükmüne eklenen (g) bendine göre, HMK m. 353/1-a uyarınca verilen kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulamaz. Ancak Yargıtay bazı kararlarında² HMK m. 353/1-a'ya göre gönderme sebebi teşkil etmeyen bir durumda bölge adliye mahkemesince gönderme kararı verilmesi halinde bu kararın kesin olmadığını belirterek temyiz incelemesi gerçekleştirmektedir. Yargıtayın bu yöndeki kararları incelendiğinde çeşitli gerekçeler³ ile temyiz incelemesinin yapıldığı görülmektedir. Doktrinde de Kanun'da belirlenen şartlar mevcut olmadan verilen gönderme kararının kesin olmayıp temyizi kabil olduğu⁴, HMK m. 353/1-a-6'da gönderme kararı verilebilmesi için öngörülen "önemli" ölçütü bakımından bölge adliye mahkemesinin takdir yetkisi olduğu ve bu yetkinin temyiz denetimine tabi olduğu yönünde görüşler mevcuttur⁵. Bu bakımdan HMK m. 353/1-a hükmüne dayanılarak verilen kararın temyizi kabil olup olmadığı Yargıtay kararları ve doktrindeki görüşler dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Ayrıca Kanun'da yer alan gönderme kararının kesinliği ifadesinin anlamı karara karşı temyiz kanun yoluna gidilip gidilemeyeceğinin yanı sıra diğer yönlerden de değerlendirilmelidir. Buna göre gönderme kararında belirtilen hususların hangi kapsamda ilk derece mahkemesini bağlayacağı ele alınmalıdır. Ayrıca gönderme kararında belirtilen hususların ilk derece yargılaması sonrasında yeniden istinaf kanun yoluna ve ardından temyiz kanun yoluna başvurulması üzerine bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay bakımından da bağlayıcı olup olmadığı incelenmelidir.

Yargıtay, inceleme konumuz olan kararında⁶ Kanun'da belirtilen sebepler mevcut değilken verilen gönderme kararının kesin olmadığını belirtmekle kalmayıp davanın esasına ilişkin tespitlerde de bulunmuştur. Bu kararda, bölge adliye mahkemesi HMK m. 353/1-a-6 hükmüne dayanarak gönderme kararı vermiştir. 7251 sayılı Kanun'la HMK m. 353/1-a-6 hükmü de değişikliğe uğramıştır. Bu çalışmada, olaydaki gerekçeler ile bölge adliye mahkemesinin HMK m. 353/1-a-6 dayanarak karar vermesi hususu, 7251 sayılı Kanun öncesi ve sonrası dönem dikkate alınarak değerlendirilmeye çalışılmıştır. Aynı şekilde HMK m. 353/1-a'daki kesinlik ifadesi de 7251 sayılı Kanun öncesi ve sonrası bakımından incelenmeye çalışılmıştır.

I. KARARIN ÖZETİ

Dava, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu içeren vasiyetnamelerin iptali davasıdır. Davacı, Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 510'a göre mirasçılıktan çıkarma sebepleri mevcut değilken muris babası tarafından düzenleme şeklindeki vasiyetnameler ile kendisinin mirasçılıktan çıkarıldığını ileri sürerek vasiyetnamelerin iptali davasını ikame etmiştir. Davalı, olayda mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin mevcut olduğunu ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi, mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin sübut bulduğu kanaatine vararak davanın reddine karar vermiş ve bu karar davacı tarafından istinaf kanun yoluna taşınmıştır. Bölge adliye mahkemesi, olayda mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin sübut bulmadığını bu nedenle ilk derece mahkemesi kararının hatalı olduğunu; TMK m. 512/III'e göre mirasçılıktan çıkarmaya yönelik ölüme bağlı tasarrufun murisin tasarruf nisabı oranında

¹ 28.07.2020 tarihli ve 31199 sayılı Resmî Gazete.

² Örneğin Yargıtay, 2. HD, T. 10.04.2019, E. 2017/2514, K. 2019/4461 (www.kazanci.com.tr, ET: 15.11.2022); Yargıtay, 3. HD, T. 11.04.2019, E. 2019/1375, K. 2019/3293 (www.kazanci.com.tr, ET: 15.11.2022). Ayrıca bkz. başlık IV-B.

³ Bu durumun açık kanun hükmüne aykırı olduğu gerekçesi için bkz. Yargıtay, 5. HD, T. 23.10.2018, E. 2018/9471, K. 2019/17022 (www.lexpera.com.tr, ET: 15.11.2022). Bu durumda usûlî anlamda gönderme kararı olmadığı yönünde gerekçesi için bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 08.01.2020, E. 2019/4890, K. 2020/172 (www.lexpera.com.tr, ET: 15.11.2022). Ayrıca bkz. başlık IV-B.

⁴ Bkz. YARDIMCI, Taner Emre: "İstinaf Mahkemesi Hukuk Dairelerinin İspat Faaliyetine Dair Bazı Güncel Kararlarının Değerlendirilmesi", (Ed.) BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol: *İlamat Torbası*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 89, dn. 10.

⁵ BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol: *Medenî Usul Hukuku*, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022 (2022), s. 438.

⁶ Yargıtay, 3. HD, T. 26.01.2021, E. 2019/5571, K. 2021/471 (www.kazanci.com.tr, ET: 10.11.2022).

yerine getirilerek davaya TMK m. 560 uyarınca tenkis davası olarak devam edilmesi gerektiğini belirterek HMK m. 353/1-a-6 uyarınca dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir. Bu karara karşı davalı temyiz kanun yoluna başvurmuş ve bu başvuru üzerine bölge adliye mahkemesi tarafından verilen kararın HMK m. 353/1-a uyarınca kesin olduğundan bahisle HMK m. 366 atfı gereği uygulanan HMK m. 346/1'e göre temyiz dilekçesinin reddine karar verilmiştir. Bu ret kararı üzerine davalı, HMK m. 346/2 hükmüne göre temyiz dilekçesinin reddine karşı temyiz kanun yoluna başvurmuştur. Başvuru üzerine Yargıtay, HMK m. 346 ve HMK m. 366 hükümlerinin yerindelik denetimi yapma yetkisi verdiğini, HMK m. 353/1-a-6'ya göre gönderme kararı verilebilmesinin sebepleri bulunmadan gönderme kararı verildiğini ve bu nedenle verilen kararın kesinliğinden bahsedilemeyeceğini belirterek olayın esasını incelemiş ve mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin olayda sübut bulunduğunu değerlendirerek kararın bozulmasına karar vermiştir.

II. MERCİ KARARLARI

A. Bölge Adliye Mahkemesi Kararı

Bölge adliye mahkemesi, olayda mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin sübut bulmadığını ve mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun murisin tasarruf nisabı oranında yerine getirilmesi gerektiğini belirtmiştir. İlk derece mahkemesince bilirkişi raporu alınarak murisin terekesinin tespit edilmesi ve yargılamaya tenkis davası olarak devam edilerek hüküm kurulması gerektiğinden bahisle, HMK m. 353/1-a-6'ya göre kararın kaldırılarak kararın, kararı veren ilk derece mahkemesine gönderilmesine kesin olarak karar vermiştir.

B. Yargıtay Kararı

Yargıtay, temyiz dilekçesinin reddi kararının temyiz edilmesi üzerine HMK m. 366'daki atıf nedeniyle HMK m. 346/2'nin olayda tatbik edileceğini, HMK m. 346/2'nin Kanun'daki ifadeyle Yargıtaya yerindelik denetimi yapabilme yetkisi verdiğini belirtmiştir. Yargıtay, yerindelik denetiminin gönderme kararının verilebilmesi için Kanun'da belirtilen sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenmesi ile mümkün olacağını ifade etmiştir. Yargıtaya göre, bölge adliye mahkemesince verilen gönderme kararı esasa ilişkin olmadığından inceleme sırasında dikkate alınamayacağını ileri sürülmesi mümkün değildir. Yargıtay, HMK m. 353/1-a-6'daki sebepler arasında eksik delil toplanması ya da eksik inceleme yapılmasının bulunmadığını; bu hallerde gönderme kararı verilebileceği şeklindeki yorumun "adli yargıda" yalnızca Yargıtaya tanınan bozma yetkisine eşdeğer bir yetkinin bölge adliye mahkemesine tanınmış sonucu doğuracağını ve bunun kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Ayrıca Yargıtay, bölge adliye mahkemesinin hüküm mahkemesi niteliğine dikkat çekerek, bu neviden eksikliklerin mahkemece ikmal edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay, olayda Kanun'daki sebepler mevcut değilken verilen gönderme kararının kesin olmadığını belirterek, temyiz dilekçesinin reddine dair kararın kaldırılmasına karar vermiş ve davayı esas yönünden incelemiştir. Davanın esas yönünden incelenmesinde ise, olayda mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin sübut bulunduğunu belirterek bölge adliye mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir.

III. HUKUKİ SORUN VE PROBLEMİN TAKDİMİ

Bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay tarafından verilen kararlar değerlendirildiğinde tartışılması gereken problemler şu şekilde tespit edilmiştir:

1. HMK m. 353/1-a'da gönderme kararının kesin olduğu belirtilmiştir. 28.07.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7251 sayılı Kanun'un 39. maddesi ile eklenen HMK m. 362/1-g bendine göre, HMK m. 353/1-a uyarınca verilen kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulamaz. Ayrıca 7251 sayılı Kanun ile bölge adliye mahkemesinin olaydaki kararına dayanak HMK m. 353/1-a-6 hükmü değiştirilmiştir. İnceleme konusu olaydaki bölge adliye mahkemesi kararı, 7251 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmeden

önce verilmiştir⁷. Bölge adliye mahkemesince ileri sürülen gerekçeler ile HMK m. 353/1-a-6'ya dayalı olarak karar verilip verilemeyeceği hususu ile HMK m. 353/1-a'ya göre verilen kararın kesinlik niteliği 7251 sayılı Kanun öncesi ve sonrası durum dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

2. HMK m. 346'daki düzenlemenin Yargıtaya gönderme kararı verilebilmesinin sebeplerinin gerçekleşip gerçekleşmediğini denetleme yetkisi verip vermediği incelenmelidir. Ayrıca davanın esasına ilişkin karar vermeyen bölge adliye mahkemesi kararına karşı Yargıtayın esasa ilişkin inceleme yapip yapamayacağı da değerlendirilmelidir.

IV. DEĞERLENDİRME

A. Bölge Adliye Mahkemesince HMK m. 353/1-a-6 Uyarınca Verilen Gönderme Kararı

7251 sayılı Kanun değişikliğinden önceki düzenlemede gönderme kararı verilmesi gereken durum HMK m. 353/1-a-6'da "mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbirini toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması" şeklinde ifade edilmişti. 7251 sayılı Kanun değişikliğinden sonra mezkûr alt bent, "mahkemece, uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması" halini almıştır⁸. Yapılan düzenleme ile mezkûr alt bentteki gönderme sebebinin öncekine nazaran genişlediği hususunda tereddüt bulunmamaktadır⁹. Zira yapılan düzenleme ile "hiçbir" ifadesi "önemli" olarak değiştirilmiş ve madde metnine "talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması" hali eklenmiştir.

7251 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce de hiçbir delilin toplanmaması veya hiç değerlendirilmemesi ifadesinin istinaf kanun yolunun amacı ve işlevi bağlamında değerlendirilmesi gerektiği ve ilk derece yargılamasında tahkikatın çok yetersiz yapılmış olması halinde de "hiçbir" ifadesinin lafzıyla bağlı kalmadan gönderme kararı verilebileceği, bu anlamda hükmün geniş yorumlanacağı yönünde görüş mevcuttu¹⁰. Değişiklik öncesi dönemdeki bazı bölge adliye mahkemesi kararlarında da HMK m. 353/1-a-6 hükmünün geniş yorumlandığı görülmekteydi¹¹. Bu dönemde doktrinde, Kanun'un hiçlik ifadesini

⁷ İstanbul BAM, 36. HD, T. 28.03.2019, E. 2017/2890, K. 2019/674 (www.lexpera.com.tr, ET: 10.11.2022).

⁸ Getirilen yeni düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığı hakkında Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. AYM, T. 16.12.2021, E. 2020/101, K. 2021/95 (www.kazanci.com.tr, ET: 15.11.2022).

⁹ Nitekim 7251 sayılı Kanun'dan sonra, delillerin hiç toplanmamış ya da değerlendirilmemiş olması halinde evleviyetle gönderme kararı verileceği yönünde bkz. AKİL, Cenk: "22.07.2020 Kabul Tarihli ve 7251 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile İstinafa İlişkin Olarak Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2021, Sayı 45 (Değerlendirme), s. 426. Ayrıca delillerin hiç toplanmaması veya değerlendirilmemesinin bazı bölge adliye mahkemelerince geniş yorumlandığı ve hükmün 7251 sayılı Kanun'unla ilmi ve kazai içtihatlardaki bu gelişmeye uygun olarak değiştirildiği yönünde bkz. BUDAK / KARAASLAN, 2022, s. 437.

¹⁰ YILMAZ, Ejder: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 3*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 3271; BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol: *Medeni Usul Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 356-357; BOZTAŞ, Nevzat: "İlk Derece Mahkemesi Kararlarının Eksik Tahkikat veya Gerekçesizlik Nedeniyle İstinaf Mahkemesince Kaldırılması Meselesi", *Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, 2017, Cilt 13, Sayı 37, s. 445-446; KARABEL, E. Gökçe: "Bölge Adliye Mahkemesi'nin Temyize Tabi Kararları", *Legal Hukuk Dergisi*, 2018, Cilt 16, Sayı 190, s. 4638; ATAY COŞKUN: Ayşegül: "İstinaf Yargılaması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018, Sayı 135, s. 282-283; KURTOĞLU, Tülin: *Özel Hukukta İstinaf Denetimi ve Yargılaması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 153-154; GÖZÜTOK, Zeki: *Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz Uygulama Rehberi*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 118; ERMENEK, İbrahim: *İstinaf Kanun Yolu ve Bölge Adliye Mahkemesinin İnceleme Sınırlarının Kapsamı* (https://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/haberler/%C4%B0istinaf%20Kanun%20Yolu%20ve%20B%3B6lge%20Adliye%20Mahkemesinin%20C4%B0nceleme%20S%20C4%B1n%20C4%B1n%20C4%B1n%20Kapsam%20C4%B1.pdf, ET: 01.12.2022). Ayrıca HMK m. 353/1-a'daki sayılı hallerin tahdidi olmadığı yönündeki görüş için bkz. AKKAYA, Tolga: "İstinaf İncelemesi Sonunda İlk Derece Kararının Kaldırılması ve Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi", *MİHBİR 15. Toplantı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İstinaf*, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2018 (Gönderme Kararı), s. 140; BUDAK / KARAASLAN, 2022, s. 430.

¹¹ Nitekim bkz. "6100 Sayılı HMK'nin 353/1-a-6. maddesinde, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbirini toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması hususu davanın esasını incelenmeden kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmadan kesin olarak karar verilen hallerden sayılmıştır. Tarafların davada ileri sürdükleri iddia ve savunmalarının bir kısmının hiçbir şekilde değerlendirilmemiş olması halinde HMK'nin 353/1-a-6 maddesi kapsamında değerlendirilmelidir." İstanbul BAM, 13. HD, T. 30.04.2020, E. 2018/1833, K. 2020/511 (www.kazanci.com.tr, ET: 15.11.2022). "Somut uyuşmazlıkta, ilk derece mahkemesince tarafların itirazını karşılar şekilde terditli (seçenekli) ek rapor alınıp, taraflara tebliğ edilip, beyanda bulunma hakkı/ fırsatı tanınarak sonucuna göre işlem yapılması ge-

kullandığı ve bu nedenle geniş yorumlanmasının mümkün olmadığı yönünde aksi görüş¹² de mevcuttu. Yargıtay kararları da bu doğrultuydu. Yargıtay bir kararında¹³, “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 353. maddesinde, bölge adliye mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderme sebepleri tadadi olarak değil tahdidi olarak sayılmıştır. Kanun’da sayılan geri gönderme sebepleri arasında ‘Delillerin eksik toplanması’ bulunmamaktadır maddede ‘delillerin hiçbirinin toplanmaması ve gösterilen delillerin hiç değerlendirilmemesi’ vardır.*” ifadesi ile hükmün geniş yorumlanmaması gerektiğine dikkat çekmiştir. Yargıtay, bölge adliye mahkemesinin HMK m. 353/1-a-6’ya dayanarak verdiği kararlara karşı yapılan temyiz kanun yolu başvurusu üzerine bu yönde değerlendirme yapmıştır¹⁴.

7251 sayılı Kanun değişikliği öncesinde; bölge adliye mahkemesinin asıl işlevinin denetim olduğu, çok yetersiz tahkikat yapılmış olması halinde ilk derece mahkemesinin işini bölge adliye mahkemesine bırakmış olacağı, bu durumda gerçek anlamda tahkikatı ilk derece mahkemesinin değil bölge adliye mahkemesinin yapmış olacağı gerekçeleriyle hükmün geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmişti¹⁵. Bu dönemde hükmün geniş yorumlanması görüşü kabul edilse bile bu görüşün gerekçesi dikkate alındığında, ilk derece mahkemesinin hatalı değerlendirme yapmış olması tek başına gönderme kararı verilebilmesini sağlamaz¹⁶. Çalışmamıza konu Yargıtay kararında incelenen bölge adliye mahkemesi kararında, ilk derece mahkemesince delillerin hiçbirinin değil bir kısmının dahi toplanmadığı ya da değerlendirilmediği yönünde bir husus belirtilmemiştir. Bölge adliye mahkemesinin bu yönde bir gerekçesi söz konusu değildir. Bölge adliye mahkemesi HMK m. 353/1-a-6 hükmüne dayanarak karar vermesine rağmen neden mezkûr hükme dayanarak karar verdiğini belirtmemiştir. Aksine karardan, ilk derece mahkemesinin birtakım delilleri topladığı ve değerlendirdiği ancak bu değerlendirmesinin hatalı bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu yönüyle bölge adliye mahkemesi HMK m. 353/1-a-6’da

rekirken denetlemeye imkan vermeyecek ve tarafların beyanda/ itirazda bulunma hakkını kısıtlar şekilde resen hesaplama yapıp karar verilmesi hatalı olmuştur. 6100 Sayılı Kanun’un sistematigi ve üç dereceli yargılamanın gereği olarak ayrıca Bölge Adliye Mahkemesinde islah işlemi yapılamayacağı da gözetilerek, öncelikle ilk derece yargılamanın yöntemince yerine getirilmesi ardından istinaf incelemesi yapılması için, diğer istinaf nedenleri ve davanın esasını incelenmeksizin kararın kaldırılmasına, dosyanın mahkemesine gönderilmesine karar vermek gerekmektedir.” Sakarya BAM, 9. HD, T. 04.03.2020, E. 2019/1467, K. 2020/356 (www.kazanci.com.tr, ET: 15.11.2022). “*Bilirkişi raporunda yanlış emsal seçiminden kaynaklı esaslı hata olduğu, bu hali ile, emsal seçimi ve bu emsale ilişkin yasanın aradığı araştırmaya yönelik delil toplanması aşamasının tekrarlanması gerektiği, mevcut hali ile bilirkişi raporunun Kamulaştırma Kanununda değer belirlemeye esas alınan konularda yeterli şartları taşımadığı, hükmüne esas alınmayacağı görülmekle, HMK’nın 353/1-a-6. maddesi gereğince, yerel mahkeme kararının kaldırılarak, davanın yeniden görülmesi amacıyla dosyanın mahkemesine gönderilmesi gerektiğine dair aşağıdaki şekilde hüküm tesis edilmiştir.”* İzmir BAM, 5. HD, T. 19.03.2020, E. 2019/1494, K. 2020/433 (www.kazanci.com.tr, ET: 15.11.2022).

¹² AKKAYA, Tolga: *Medeni Usul Hukukunda İstinaf*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 328; AKKAYA, *Gönderme Kararı*, s. 150-151; ÇİFTÇİ, Murat Özgür: *Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 440-441; ÖZEKES, Muhammet: “Kanun Yolları”, (Ed.) PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya: *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku Cilt III*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Kanun Yolları), s. 2259; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis: “İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilebilecek Kararlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018, Sayı 134, s. 336; AKİL, Cenk: “Bir İstinaf Sebebi Olarak HMK m. 353/1-a-6 Üzerine Değerlendirme”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2019, Sayı 38, s. 13-14; KARAASLAN, Varol: “HMK m. 353/1-a Üzerine Bir İnceleme”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 22, Sayı 37, s. 234; PEKCANITEZ, Hakan: “Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, Sayı 144, s. 407, 414.

¹³ Yargıtay, 8. HD, T. 05.11.2019, E. 2018/9619, K. 2019/9848 (www.lexpera.com.tr, ET: 15.11.2022). Benzer yönde bkz. “*6100 Sayılı HMK’nın 353. maddesinde bölge adliye mahkemelerince duruşma yapılmadan verilecek kararlar sayılmış olup, 353/1-a-6. maddesinde ilk derece mahkemesince, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbirini toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması halinde, esasa ilişkin inceleme yapılmaksızın kararın kaldırılmasına kesin olarak karar verileceği düzenlenmiştir. Anılan bu düzenleme ile bölge adliye mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderme sebepleri, buna bağlı olarak bu yönde ve kesin nitelikli bir karar verilebilmesinin koşulları sayılmış olup öngörülen sebepler arasında, mahkemece belirtildiğinin aksine, ‘delillerin eksik toplanmasına’ yahut ‘inceleme yetersizliğine’ yer verilmemiştir”* Yargıtay, 11. HD, T. 24.06.2019, E. 2018/3166, K. 2019/4784 (www.kazanci.com.tr, ET: 15.11.2022). Aynı yönde diğer kararlar için bkz. Yargıtay, 5. HD, T. 07.03.2019, E. 2018/8161, K. 2019/4068 (www.kazanci.com.tr, ET: 21.11.2022); Yargıtay, 11. HD, T. 03.10.2019, E. 2019/2290, K. 2019/6162 (www.kazanci.com.tr, ET: 21.11.2022); Yargıtay, 20. HD, T. 18.02.2020, E. 2019/4456, K. 2020/832 (www.kazanci.com.tr, ET: 21.11.2022).

¹⁴ HMK m. 353/1-a uyarınca verilen kararların kesinliği meselesi aşağıda ayrı bir başlık altında incelendiği için burada Yargıtayın hükmün geniş yorumlanmayacağına dair görüşüne dikkat çekilmekle yetinilmiştir. Bkz. aşağı başlık IV-B.

¹⁵ YILMAZ, s. 3271; BOZTAŞ, s. 446; ERMENEK, s. 10. Ayrıca maddedeki “hiçbir” koşulunun olağan bir durum olmayıp çok istisnaen söz konusu olabileceğinden amaçsal yorumla hükmün geniş yorumlanması gerektiği gerekçesi için bkz. KURTOĞLU, s. 154.

¹⁶ İlk derece mahkemesinin maddi hukuka ilişkin hatalarında HMK m. 353/1-a-6’nın uygulanamayacağı yönünde bkz. BOZTAŞ, Nevzat: *Türk Medeni Usul Hukukunda İstinaf*, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2020 (İstinaf), s. 172. İlk derece mahkemesinin davanın esası bakımından hata yapması halinde gönderme kararı verilmeyip bölge adliye mahkemesince bizzat düzeltilmesi gerektiği yönünde bkz. AKKAYA, s. 324.

belirtilen delillerin hiçbirinin toplanmaması ya da değerlendirilmemesi durumu mevcut olmadan mezkûr hükme dayanarak gönderme kararı vermiştir. Doktrinde kanun değişikliği öncesindeki dönemde, HMK m. 353/1-a-6 hükmünün bazı bölge adliye mahkemelerince gönderme kararı verilebilmesi için genel bir hüküm gibi değerlendirildiği ifade edilmiştir¹⁷. Bölge adliye mahkemesinin bu kararı da esasen bu yönde bir değerlendirmedir. Ayrıca HMK m. 353/1-a'da göre bölge adliye mahkemesinin gönderme kararını, esas¹⁸ incelemeyi vermesi gerektiği düzenlenmiştir. Ancak gönderme kararı verilmesi için aranan delillerin toplanması ya da değerlendirilmesindeki “önemli” ifadesi¹⁹ bölge adliye mahkemesinin esasa ilişkin bir inceleme yapmasını gerektirir²⁰. Ancak belirtmek gerekir ki bu esasa ilişkin inceleme yalnız HMK m. 353/1-a-6 bakımından gönderme kararının koşullarının varlığına yönelik olarak yapılmalıdır. Önemli görülen eksikliğe dikkat çekilip ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılarak gönderilmesi kararı vermekle yetinilmelidir²¹. Ancak inceleme konumuz olan bölge adliye mahkemesi kararında, maddi vakıalar bölge adliye mahkemesince değerlendirilmiş ve bunların mirasçılıktan çıkarma sebepleri kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Bölge adliye mahkemesi bu değerlendirme sonrası davaya tenkis davası olarak devam edilip²² sonuçlandırılması için kararı kaldırarak ilk derece mahkemesine göndermiştir. Bölge adliye mahkemesi davanın esasına ilişkin bir inceleme yapmış ve davanın esasına ilişkin tespitlerde bulunmuştur. Bölge adliye mahkemesinin kararı bu yönden de yerinde değildir. Zira bölge adliye mahkemesi gönderme kararında esasa ilişkin belirlemeler yapmıştır. 7251 sayılı Kanun ile değiştirilen hükme göre gönderme kararı verilebilmesi için²³, i) “*uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış olması*”, ii) “*uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin değerlendirilmemiş olması*”, iii) “*talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması*” gerekir. Olayda önemli delillerin toplanması ya da önemli delillerin değerlendirilmesi hususunda eksiklikten bahsedilmemekte bölge adliye mahkemesince ilk derece mahkemesinin esasa ilişkin değerlendirmesi hatalı bulunmaktadır. Bu bakımdan 7251 sayılı Kanun ile değişen hükme göre de bu şekilde karar verilmesi doğru olmayacaktır. Zira ilk derece mahkemesinin esasa ilişkin hatalı değerlendirme yapması HMK m. 353/1-a-6 kapsamında gönderme kararı verilebilecek bir hal değildir²⁴.

B. HMK m. 353/1-a-6'ya Göre Verilen Kararın Kesinliği Meselesi

HMK m. 353/1-a'ya göre mezkûr bent uyarınca kesin olarak karar verileceği düzenlenmektedir. Kesinlik ifadesini üç yönden değerlendireceğiz: (i) ilk derece mahkemesinin bölge adliye mahkemesi kararına direnebilmesi yönünden, (ii) kararın kesin hüküm teşkil etmesi yönünden ve (iii) karara karşı temyizi kanun yoluna gidilip gidilemeyeceği yönünden.

¹⁷ BUDAK / KARAASLAN, 2022, s. 438.

¹⁸ Esastan kasit istinaf başvurusunun esas¹⁸ değil davanın esasıdır. Bkz. AKKAYA, s. 316; ÖZEKES, Muhammet: “İstinaf İncelemesi Sonunda Verilecek Kararlar”, *MİHBİR 15. Toplantı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İstinaf*, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2018, s. 99.

¹⁹ Buradaki önemli ifadesinin nasıl anlaşılması gerektiği yönünde bkz. ÖZEKES, Muhammet / BORAN GÜNEYSU, Nilüfer: *Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 100-101; AKİL, *Değerlendirme*, s. 426-427.

²⁰ Benzer yönde değerlendirme için bkz. ERCEVAHİR, Mine: “İstinaf Yeni Bir Temyiz Mahkemesi Midir?”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 26, Sayı 1, s. 398, 404.

²¹ Bkz. AKKAYA, s. 333; BOZTAŞ, *İstinaf*, s. 173-174.

²² Mirasçılıktan çıkarma nedeninin geçerli veya yeterli olmaması halinde bu durumun tenkis davasına konu edilmesi gerekir. Bkz. SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkay: *Miras Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 389; İNAN, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref / ALBAŞ, Hakan: *Miras Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 274. Bölge adliye mahkemesi, davacının yasal dayanak olarak TMK m. 512'yi göstermiş olmasını tenkis talebinin varlığının kabulü için yeterli olduğunu belirtmiştir. Açık bir şekilde vasiyetnamenin iptalinin istendiği bir davada tenkis talebi ileri sürülmemiş olmasına rağmen hukuki sebeplerde Kanun maddesinin zikredilmiş olması talebin varlığını anlamına gelmez. Bu yöndeki bir yorum HMK m. 26'da düzenlenen taleple bağlılık ilkesine aykırılık teşkil eder. Ayrıca davacının talebinden vasıf olarak farklı ancak talebe kıyasla davalıyı daha az yükümlü kılan hallerin talepten daha az şekilde nitelendirilemeyeceği yönünde bkz. DURAN, Osman: *Medenî Usul Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 218 vd.

²³ Bu sebeplere göre dikkate alınacak ölçütler bakımından değerlendirme için bkz. ÖZEKES / BORAN GÜNEYSU, s. 89 vd.

²⁴ BOZTAŞ, *İstinaf*, s. 172; AKKAYA, s. 324.

Bölge adliye mahkemesince verilen gönderme kararına karşı ilk derece mahkemesi direnme kararı veremez²⁵. Esasen bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması yönündeki kararı ile ilk derece mahkemesi kararı iptal edilir ve kararın varlığı ortadan kalkar²⁶. Oysa temyiz kanun yolunda incelenen kararın iptal edilerek varlığının ortadan kalkması, Yargıtay tarafından verilen bozma kararı ile değil, ilk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesince bozmaya uyma kararı verilmesi ile ortaya çıkar²⁷. Doktrinde kaldırma kararıyla birlikte bu karara kadar geçerli olan ilk derece mahkemesi kararının bertaraf edildiği ve kaldırma kararının usûl hukukunda sonuç doğuran inşai nitelikte karar olduğu ifade edilmiştir²⁸. Bu yönüyle bölge adliye mahkemesinin kararın kaldırılması yönündeki kararı üzerine ilk derece mahkemesinin direnme kararı verebilmesi mevcut hukuk sistemimizde mümkün değildir²⁹. İlk derece mahkemesi gönderme kararına göre işlem yapmak mecburiyetindedir³⁰. Gönderme kararında bölge adliye mahkemesince delillerin nasıl değerlendirileceğine ilişkin belirlemeler yer almış ise, ilk derece mahkemesi bu belirlemeler ile bağlı olmaz³¹. Bu bakımdan bölge adliye mahkemesi, HMK m. 353/1-a'ya göre yapmaması gerekirken gönderme kararında davanın esası hakkında da tespitlerde bulunmuş ise, ilk derece mahkemesi bu tespitler ile bağlı olmaz³². İstinaf mahkemesinin hatalı olarak yalnız davanın esasına ilişkin belirlemeler ile HMK m. 353/1-a-6'ya dayanarak gönderme kararı vermesi halinde dahi ilk derece mahkemesinin bölge adliye mahkemesinin bu belirlemeleri ile bağlı olması söz konusu değildir³³. Dolayısıyla olayda dosya ilk derece mahkemesine dönseydi, ilk derece mahkemesi bölge adliye mahkemesinin davanın esası hakkındaki tespitleriyle bağlı olmayacak mirasçılık çıkarma sebeplerinin sübut bulduğu yönündeki kanaatini devam ettirerek karar verebilecekti.

Kesinlik ifadesinin inceleyeceğimiz ikinci yönü, bölge adliye mahkemesince gönderme kararı verildikten sonra bu kararın yalnız ilk derece mahkemesini değil kararı veren bölge adliye mahkemesini ve Yargıtayı bağlayıp bağlamayacağı hususudur. Yani gönderme kararından sonra ilk derece mahkemesince yeniden hüküm kurulması sonrasında istinaf kanun yolunda ve sonrasında temyiz kanun yolunda bölge adliye mahkemesi ve Yargıtayın gönderme kararındaki hususlar ile bağlı olup olmaması meselesidir.

Bir görüşe göre gönderme kararı teknik ve şekli anlamda kesinlik teşkil etmez, zira mezkûr madde uyarınca dava şartlarına aykırılık bir gönderme sebebi teşkil etmekte ancak dava şartları bozma sebepleri arasında da (HMK m. 371/1-b) bulunmakta ve bozma sebeplerinde HMK m. 353/1-a hükmü istisna ola-

²⁵ KARSLI, Abdurrahim: *Medeni Muhakeme Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 793; ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: *Medeni Usul Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 641; AKKAYA, s. 333; AKKAYA, *Gönderme Kararı*, s. 174; ÖZTEK, Selçuk: *Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 385; ÖZEKES, *Kanun Yolları*, s. 2273; YILMAZ, Ejder: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 4*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (2021), s. 4962; KURTOĞLU, s. 188; BOZTAŞ, *İstinaf*, s. 121-122; BOZTAŞ, s. 439; ÇİFTÇİ, s. 648; GÖZÜTOK, s. 102. HMK m. 353/1-a-6'ya göre verilen kararın ilk derece mahkemesini bağlayıcı olarak düzenlenmiş olmasının Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. AYM, T. 28.03.2018, E. 2017/120, K. 2018/33.

²⁶ Bkz. BORAN GÜNEYSU, Nilüfer: *Medeni Usul Hukukunda Karar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 181 dn. 695; ÖZEKES, *Kanun Yolları*, s. 2270.

²⁷ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 321; ÇİFTÇİ, s. 646. Ancak bozma kararı verilmesi halinde derece mahkemesinin kararının, bozma kararında kalan hüküm ve sonuçlarının ortadan kalktığı yönündeki görüş için bkz. TOK, Ozan: *Fransız ve Türk Medeni Yargılama Hukuklarında Temyiz Mahkemesinin Yapısı ve İşlevi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2021, s. 322-324. Bozma kararı ile alt derece mahkemesi kararının geçersiz hale geldiği yönünde bkz. BÜYÜK, Elif Irmak: *Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 84.

²⁸ BÜYÜK, s. 84.

²⁹ İstinaf mahkemesinin kararı ile ilk derece mahkemesi kararı kaldırıldığı için ilk derece mahkemesinin uyma ya da direnme kararı veremeyeceği yönünde bkz. ÇİFTÇİ, s. 648.

³⁰ AKKAYA, s. 333; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 642; KURTOĞLU, s. 188.

³¹ AKKAYA, s. 333.

³² KURTOĞLU, s. 188.

³³ Zira HMK m. 353/1-a'nın kanuni kapsamında açıkça bölge adliye mahkemesinin esasa ilişkin belirleme yapamayacağı belirtildiğinden, bölge adliye mahkemesinin yetkisini aşarak gerekçede davanın esasına ilişkin belirlemede bulunması ilk derece mahkemesini bağlamaz. İlk derece mahkemesi, bu belirlemelerin HMK m. 353/1-a çerçevesinde gönderme kararının kapsamına dahil olup olmadığını ve bu bakımdan kendisi bakımından bağlayıcı olmadığını değerlendirebilir.

rak belirtilmemektedir³⁴. Benzer bir görüşe göre istinaf kanun yoluna ilişkin hükümlerin, temyiz incelemesini kısıtlaması söz konusu olmaz³⁵. Başka bir görüşe göre esas hüküm bakımından temyiz kanun yolu açıksa gönderme kararı dar ve teknik anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Zira bu karar ile uyumsuzluk sona ermemekte gönderme kararı sonrası ilk derece mahkemesinin verdiği karar üzerine süreç devam etmektedir³⁶. Diğer bir görüşe göre ise, görev, yetki ve davaların birleştirilmesi ile ayrılması kararı yönünden HMK m. 353/1-a uyarınca karar verilmiş ise bu karar Yargıtayı bağlar ancak diğer gönderme sebepleri Yargıtayı bağlamaz³⁷. Başka bir görüşe göre bölge adliye mahkemesince tartışarak reddedilen yahut gözden kaçırılan hususlar hariç olmak üzere gönderme kararında belirtilen hususlar kararın objektif kapsamı ile sınırlı olarak maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder³⁸. Diğer bir görüşe göre HMK m. 353/1-a-3 uyarınca verilen karar kesin olduğundan Yargıtayca incelenmesi söz konusu değildir. Ancak HMK m. 371/1-b'ye göre aksi de savunulabilir, bu husus Yargıtay uygulaması ile şekillenecektir³⁹. Ayrıca doktrinde HMK m. 353/1-a'ya göre verilen karar davanın esasına ilişkin olmadığından şekli ve maddi anlamda kesinleşme kavramından bahsedilemeyeceği de belirtilmiştir⁴⁰. Kanaatimizce HMK m. 353/1-a hükmünü HMK m. 371 hükmü ile beraber değerlendirmek gerekir. HMK m. 371'de bozma sebepleri düzenlenmiştir. Örneğin dava şartlarına aykırılık, HMK m. 371/1-b'de bozma sebebi olarak yer almaktadır. HMK m. 353/1-a'da da dava şartlarına aykırılık halinde bölge adliye mahkemesince gönderme kararı verileceği düzenlenmektedir. Dava şartlarına aykırılık nedeniyle verilen gönderme kararı sonrası, ilk derece mahkemesi kararına karşı istinaf kanun yoluna ve sonrasında temyiz kanun yoluna başvurulursa, gönderme kararındaki dava şartlarına ilişkin hususlar Yargıtay bakımından bağlayıcı değildir. Zira dava şartlarına aykırılık, Yargıtay incelemesi bakımından HMK m. 371'de bozma sebebi olarak düzenlendiğinden bu hususun Yargıtay tarafından da ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca gönderme kararı, bazı önemli usûlî sakatlıkların bölge adliye mahkemesince değil ilk derece mahkemesince giderilmesinin sağlanması⁴¹ ve bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesinin rolünü üstlenmesinin önüne geçilmesi amacıyla⁴² düzenlenmiştir. Bu yönüyle gönderme kararının amacı da göz önüne alındığında, gönderme kararındaki hususların Yargıtay incelemesini kısıtladığını kabul etmek yerinde değildir. Ancak gönderme kararı sonrası ilk derece mahkemesince verilen hükmün istinaf edilmesi üzerine bölge adliye mahkemesi ilk gönderme kararındaki hususlar ile bağlıdır⁴³.

Kesinlik kavramının üçüncü yönü ise gönderme kararı üzerine temyiz kanun yoluna başvuru meselesidir. 7251 sayılı Kanun ile temyiz edilemeyen kararlar başlıklı HMK m. 362/1-g'ye "353 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında verilen kararlar" şeklinde bent eklenmiştir. Kanun değişikliğinin gerekçesinde eklenen bendin amacının HMK m. 353 ile uyumun sağlanarak Kanun'un bütünlüğünün korunması olduğu belirtilmiştir⁴⁴. Nitekim doktrinde de bu bent ile HMK m. 353/1-a

³⁴ AKKAYA, s. 331; AKKAYA, *Gönderme Kararı*, s. 172.

³⁵ BULUT, Uğur: *Medenî Usûl Hukukunda Temyiz İncelemesinin Kapsamı ve Sınırları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 280-281.

³⁶ ASLAN, Ali Çetin: *Medenî Usûl Hukukunda Görev*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 611. Ayrıca temyiz aşamasında Yargıtay tarafından ilk derece mahkemesinin görevinin incelenip incelenmeyeceği yönündeki görüşü için bkz. ASLAN, s. 360-631.

³⁷ GÖZÜTOK, s. 102. Yazar'ın bu görüşü 7251 sayılı Kanun öncesine aittir. Bu dönemde HMK m. 362/1-g hükmü yoktu. Yazar, davaların birleştirilmesi ve ayrılması kararlarının temyiz edilemeyeceğini belirttiğinden (GÖZÜTOK, s. 249-250), verilen gönderme kararı sonrası bu hususun Yargıtay tarafından incelenmeyeceğini ileri sürmüştür bkz. GÖZÜTOK, s. 116. Benzer şekilde görev ve yetki hususundaki yaklaşımı için bkz. GÖZÜTOK, s. 105, 109. Diğer durumlarda gönderme kararı verilmişse gönderme kararındaki hususun HMK m. 371 gereği Yargıtayı bağlamayacağı şeklindeki görüşü için bkz. GÖZÜTOK, s. 111.

³⁸ TOK, s. 192. Yazar'a göre dava şartlarına ilişkin gönderme kararı verilmiş ise bu husus yeniden Yargıtay aşamasında incelenemez. Bkz. TOK, s. 264.

³⁹ ALBAYRAK, Adem: *Hukukta İstinaf Uygulaması*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 273-274. Yazar'a göre davaların ayrılması hususunda (HMK m. 353/1-a-5) gönderme kararı verilmiş ise bu karar Kanun gereği kesin olduğundan temyiz incelemesi esnasında Yargıtay tarafından davaların birleştirilmesi gerektiğinden bahisle bozma kararı verilemez. Bkz. ALBAYRAK, s. 275.

⁴⁰ İYİLİKLİ, Ahmet Cahit: *Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 673. Nitekim bu kararın davanın esasına ilişkin olmadığı için hüküm olarak ifade edilemeyeceği yönünde bkz. BORAN GÜNEYSU, s. 183.

⁴¹ ÇİFTÇİ, s. 243; AKKAYA, s. 324-327.

⁴² ÖZEKES / BORAN GÜNEYSU, s. 29.

⁴³ GÖZÜTOK, s. 102; ÖZTEK, s. 385 dn. 55; AKKAYA, *Gönderme Kararı*, s. 174.

⁴⁴ <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss216.pdf>, s. 21 (ET: 08.10.2022).

uyarınca verilen kararlara karşı temyiz kanun yolunun kapalı olduğu hususunun tasrih edildiği belirtilmiştir⁴⁵. Ayrıca doktrinde bu yönde bir düzenlemeye ihtiyaç olmadığı HMK m. 353/1-a gereği bu kararların kesinliğinden zaten temyizi kabil olmadığını anlaşıldığı ifade edilmiştir⁴⁶. Nitekim Kanun değişikliği öncesinde HMK m. 353/1-a'ya göre verilen kararlara karşı temyiz kanun yolunun kapalı olduğu kabul edilmekteydi⁴⁷. Yargıtay da HMK m. 353/1-a uyarınca verilen kararlara karşı temyiz kanun yolunun kapalı olduğu yönünde kararlar vermekteydi⁴⁸. Ancak bazı Yargıtay kararlarında; HMK m. 353/1-a'ya göre verilen kararların mezkûr maddede sayılan gönderme kararı verilebilmesi için öngörülen sebepler mevcut değilken verildiğinde, HMK m. 353/1-a'nın kapsamında olmayıp temyizi kabil olduğu belirtilmiştir⁴⁹. Yargıtay bazı kararlarında Kanun'daki sebepler gerçekleşmeden verilen gönderme kararını HMK m. 369'a dayanarak incelemiş ve bu durumun kanunun açık hükmüne aykırılık oluşturduğunu belirterek bozma karar vermiştir⁵⁰. Yargıtay bazı kararlarında ise; eksik delil toplanması veya eksik inceleme yapılması gönderme kararı verilmesinin kabulünün adli yargıda yalnızca Yargıtaya tanınan bozma yetkisine eşdeğer bir yetkinin bölge adliye mahkemesine tanınması anlamına geleceğini, bu hallerde usûlî anlamda bir gönderme kararının bulunmadığını belirterek, HMK m. 353/1-a-6'ya dayanarak gönderme kararı veren bölge adliye mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir⁵¹. Diğer bazı Yargıtay kararlarında ise inceleme konumuzu teşkil eden karardaki

⁴⁵ ÖZTEK, Selçuk / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / KALE, Serdar: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2020, Sayı 149, s. 146. Aynı doğrultuda HMK m. 362/1-g'nin HMK m. 353/1-a'nın teyidi olduğu yönünde bkz. YILMAZ, 2021, 5028. HMK m. 362/1-g'nin, HMK m. 353/1-a'ya açıklık getirdiği yönünde bkz. BUDAK / KARAASLAN, 2022, s. 446.

⁴⁶ TANRIVER, Süha: *Medenî Usûl Hukuku Cilt II*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 84. HMK m. 353/1-a'daki "kesin olarak karar verir" ifadesinden de benzer sonuç çıktığı yönünde bkz. ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: *Medenî Usûl Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 643. Ayrıca kesin olarak ifadesinin kararın temyizi kabil olmaması yanında farklı ve yanlış yorumlanmasına da neden olabileceği yönündeki görüş için bkz. BULUT, s. 163 dn. 50.

⁴⁷ KURU, 2016, s. 689 dn. 133, 691; ÖZEKES, *Kanun Yolları*, s. 2273; YILMAZ, s. 3272; KARABEL, s. 4638; KURTOĞLU, s. 187; ALBAYRAK, s. 152; GÖZÜTOK, s. 102. 7251 sayılı Kanun'dan sonra gönderme kararına karşı temyiz kanun yolunun kapalı olduğu yönünde bkz. YILMAZ, 2021, s. 4962; KARSLI, s. 793; ÖZTEK, s. 383; BOZTAŞ, *İstinaf*, s. 121.

⁴⁸ "Bilindiği üzere; 6100 Sayılı HMK'nın 353/1-a-6 maddesinde '(1) Ön inceleme sonunda dosyada eksiklik bulunmadığı anlaşılırsa; a) Aşağıdaki durumlarda bölge adliye mahkemesi, esaslı incelemeden kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmadan kesin olarak karar verir' aynı maddenin 6. bendinde 'Mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbirini toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması.' halinde Bölge Adliye Mahkemesince verilen kararlar kesin olarak verildiğinden temyize tabi değildir." Yargıtay, 14. HD, T. 23.10.2018, E. 2018/4387, K. 2018/7069 (www.kazanci.com.tr, ET: 01.12.2022). "...ilk derece mahkemesi kararının HMK 353/1-a/6. maddesi kapsamında kaldırılmasına ve yeniden bir karar verilme üzere ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmiş, verilen bu karara karşı temyiz yoluna gidilebileceği kararda belirtilmiştir. Az yukarıda açıklandığı üzere verilen bu karar kesin olup, bu karara karşı temyiz yoluna gidilemeyecektir. Kararda hataen temyiz yolunun açık olarak gösterilmesi de sonucu değiştirmeyecektir." Yargıtay, 15. HD, T. 15.01.2019, E. 2018/1855, K. 2019/149 (www.kazanci.com.tr, ET: 01.12.2022). Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay, 15. HD, T. 17.10.2017, E. 2017/2023, K. 2017/3470 (www.kazanci.com.tr, ET: 01.12.2022); Yargıtay, 14. HD, T. 21.01.2019, E. 2018/5310, K. 2019/800 (www.kazanci.com.tr, ET: 01.12.2022); Yargıtay, 14. HD, T. 26.02.2019, E. 2018/5523, K. 2019/1685 (www.kazanci.com.tr, ET: 01.12.2022).

⁴⁹ "Bölge Adliye Mahkemesince, gerekçesiz hüküm kurulduğu, davadan feragat eden davacılar bulunduğu halde bu hususta hüküm kurulmadığı ve eksik inceleme sebepleri ile İlk Derece Mahkemesi kararının kaldırılmasına dosyanın İlk Derece Mahkemesine gönderilmesine HMK 353/1-a maddesi uyarınca karar verilmiş ise de, sayılan eksiklikler 353/1-a maddesinde belirtilen hususlar kapsamında değerlendirilemeyeceğinden bölge adliye mahkemesinin verdiği karar kesin nitelikte olmayıp temyizi kabil nihai karar olduğundan..." Yargıtay, 8. HD, T. 25.11.2019, E. 2019/5642, K. 2019/10446 (www.kazanci.com.tr, ET: 05.12.2022). "...dosya kapsamına bakıldığında, ilk derece mahkemesince tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbirini toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verildiğinden bahsedilememektedir. Bu itibarla, eldeki dosyada bölge adliye mahkemesince verilen kararın HMK'nın 353/1-a-6. madde kapsamında olmayıp temyizi kabil bulunduğu anlaşılmakla..." Yargıtay, 3. HD, T. 02.05.2019, E. 2019/1447, K. 2019/4033 (www.kazanci.com.tr, ET: 05.12.2022). Benzer yönde bkz. Yargıtay, 2. HD, T. 10.04.2019, E. 2017/2514, K. 2019/4461 4033 (www.kazanci.com.tr, ET: 15.11.2022); Yargıtay, 3. HD, T. 11.04.2019, E. 2019/1375, K. 2019/3293 (www.kazanci.com.tr, ET: 15.11.2022).

⁵⁰ "Taraflarca gösterilen ve ilk derece mahkemesince toplanan deliller davanın esası hakkında hüküm kurmaya yeterli olduğundan Bölge Adliye Mahkemesince Hukuk Muhakemeleri Kanununun 353/1-a-6 maddesi uyarınca eksik hususların ikmali için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine dair kesin verilen kararın HMK'nın 369. maddesinde belirtilen 'Kanunun açık hükmüne aykırılık' teşkil ettiği, bu itibarla bölge adliye mahkemesince verilen kararın temyizinin mümkün olduğu sonucuna varıldığından..." Yargıtay, 5. HD, T. 12.12.2019, E. 2018/5889, K. 2019/20453 (www.lexpera.com.tr, ET: 05.12.2022). Aynı yönde bkz. Yargıtay, 5. HD, T. 23.10.2018, E. 2018/9471, K. 2019/17022 (www.lexpera.com.tr, ET: 15.11.2022); Yargıtay, 5. HD, T. 26.06.2020, E. 2019/7805, K. 2020/6427 (www.lexpera.com.tr, ET: 05.12.2022).

⁵¹ "HMK'nın 353/1-a-6 maddesinin, eksik delil toplanması veya delilin eksik incelenmesi halinde ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak dosyanın esas hakkında inceleme yapılmaksızın mahalline iadesini mümkün kıldığı şeklinde yorumlanmasında halinde, HMK'nın 371/1-ç bendine göre karara etki eden yargılama eksikliğinin bulunduğu durumlarda adli yargı teşkilatı içinde sadece Yargıtay'a tanınan eksik inceleme ve değerlendirmeye dayalı bozma yetkisine eşdeğer bir yetkinin bölge adliye mahkemesine de tanındığı sonucuna varılacaktır

gibi yine eksik inceleme yapılması veya eksik delil toplanması halinde gönderme kararının verilebileceği şeklindeki yorumun medeni yargıda yalnızca Yargıtaya tanınan bozma yetkisine benzer bir yetkinin bölge adliye mahkemesine tanınması anlamına geldiğini ve bunun kabul edilemeyeceğini, HMK m. 366 atfıyla uygulanan HMK m. 346 hükmünün kararın kesinliğini değerlendirme bakımından Yargıtaya yerindelik denetimi yetkisi verdiğini ve Kanun'daki objektif koşullar olmadan verilen gönderme kararının usûlî anlamda bir gönderme kararı olmayacağını belirtilerek HMK m. 353/1-a-6'ya dayanılarak verilen bölge adliye mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmiştir⁵².

Doktrinde de HMK m. 353/1-a-6'daki "önemli" ifadesi yönünden bölge adliye mahkemesinin takdir yetkisi olduğunu ve bu takdir yetkisinin HMK m. 366 ve 346 uyarınca Yargıtay denetimine tabi olduğu belirtilmiştir⁵³. Doktrindeki diğer bir görüşe göre, Kanun'daki kesinlik ifadesi kararın temyizi kabil olmadığını ifade etse de Yargıtayın Kanun'un lafzıyla bağlı kalmadan gönderme kararı verilebilmesi için, Kanun'daki sebeplerin varlığını denetlemesi doğrudur. Zira aksi halde bu husus denetim dışı kaldığından açıkça Kanun'da sayılmayan bir sebep, bölge adliye mahkemesince gönderme sebebi olarak kabul edilmiş olacaktır⁵⁴. Doktrindeki başka bir görüşe göre ise, bölge adliye mahkemesince kararın kesin olduğu belirtilmiş olsa da Kanun'da belirtilen sebepler mevcut değilken verilen gönderme kararı kesin olmadığından bu karara karşı temyiz kanun yolu açıktır⁵⁵. Kanun'daki sebepler mevcut değilken verilen gönderme kararının HMK m. 369'daki kanunun açık hükmüne aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle verilen bir bozma kararını değerlendiren diğer bir görüşe göre gönderme kararı kesin olduğundan temyizi kabil olmayıp temyizi kabil olmayan kararlar için HMK m. 369'un uygulanabilmesi mümkün değildir⁵⁶. Doktrinde benzer yönde bir görüşe göre Yargıtayın gönderme kararını temyiz incelemesine tabi tutması Kanun'daki kesinlik ifadesi karşısında hatalı olup 7251 sayılı Kanun'la eklenen HMK m. 362/1-g hükmü bu yöndeki kararlar dikkate alınarak kararın temyizi kabil olmadığını bir kez daha hatırlatılması ihtiyacından kaynaklanmıştır⁵⁷. 7251 sayılı Kanun'dan sonra da Yargıtay bazı kararlarında inceleme konumuz olan karardaki gerekçeler ile Kanun'daki şartları bulunmadan verilen gönderme kararlarını bozmuştur⁵⁸. Nihayetinde konu Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun önüne gelmiş ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu HMK m. 353/1-a uyarınca verilen kararın kesin olduğunu, HMK m. 362/1-g'de bu hususun vurgulandığını belirterek bu yönde verilen bozma kararı üzerine dinleme kararı veren bölge adliye mahkemesi kararını yerinde görmüştür⁵⁹.

ki, herhalde, bu sonuca katılmak mümkün değildir ... Bu nedenle, her ne kadar kararın mahiyeti bu şekilde takdim edilmişse de, bölge adliye mahkemesince verilen kararın usulî anlamda bir geri gönderme kararı niteliğinde bulunmadığı açıktır." Yargıtay, 11. HD, T. 03.10.2019, E. 2019/2290, K. 2019/6162 (www.kazanci.com.tr, ET: 05.12.2022). Aynı yönde bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 08.01.2020, E. 2019/4890, K. 2020/172 (www.lexpera.com.tr, ET: 15.12.2022).

⁵² Bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 10.06.2020, E. 2019/5067, K. 2020/2780 (www.kazanci.com.tr, ET: 05.12.2022); Yargıtay, 11. HD, T. 03.03.2020, E. 2019/4252, K. 2020/2311 (www.kazanci.com.tr, ET: 05.12.2022).

⁵³ BUDAK / KARAASLAN, 2022, s. 438.

⁵⁴ KARAASLAN, Varol: "Kanun Yolları Sistemine Eleştirel Bir Bakış", *Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 2019, Cilt 15, Sayı 43 (Kanun Yolları), s. 454.

⁵⁵ YARDIMCI, s. 89, dn. 10.

⁵⁶ KARABEL, E. Gökçe: "Kesin Olarak Verilen İstinaf Kararı Temyiz Edilebilir Mi?", (Ed.) BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol: *İlamat Torbastı*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 70-71.

⁵⁷ ÖZTEK, s. 389.

⁵⁸ Yargıtay, 11. HD, T. 08.02.2021, E. 2021/614, K. 2021/948 (www.kazanci.com.tr, ET: 07.12.2022); Yargıtay, 3. HD, T. 23.12.2021, E. 2021/8033, K. 2021/13481 (www.karararama.yargitay.gov.tr, ET: 07.12.2022); Yargıtay, 4. HD, T. 31.05.2021, E. 2021/9661 K. 2021/2036 (www.kazanci.com.tr, ET: 07.12.2022). Nitekim inceleme konumuzu teşkil eden Yargıtay kararı da 7251 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra verilmiş olup kararda 7251 sayılı Kanun'la eklenen HMK m. 362/1-g'den bahsedilmemiştir.

⁵⁹ "...madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere HMK'nın 353/1-a maddesinde 6 bent hâlinde sayılan hâllerde istinaf mahkemesinin verdiği esasî incelemeden ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması ve dosyanın ilgili ilk derece mahkemesine gönderilmesi kararları kesin olduğundan temyiz edilemez. 27. Öte yandan 7251 sayılı Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 362. maddesine eklenen (g) bendine göre "353 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında verilen kararlar" hakkında temyiz yoluna başvurulamayacağı açıkça hüküm altına alınmış olup, hükmün gerekçesinde de; 353. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında giren durumlarda bölge adliye mahkemesinin duruşma yapmadan kesin olarak karar vereceği, fıkraya eklenen yeni (g) bendiyle, 353. madde hükmü ile uyum sağlanarak Kanunun bütünlüğünün korunması amaçlandığı ifade edilerek 353. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında verilen kararların kesin nitelikte olduğu vurgulanmıştır. 28. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında; HMK'nın 353/1-a maddesi gereğince kesin karardan bahsedilebilmesi için bölge adliye mahkemesinin için esasına girmemesi gerektiği, somut olayda bölge adliye mahkemesince işin esasına girilerek tartışma yapıldığı, bu nedenle bölge adliye mahkemesi kararının kesin nitelikte olmadığı

Kanaatimizce gönderme kararına temyiz kanun yoluna başvurularak gönderme kararı verilebilmesi için Kanun'daki sebeplerin varlığının denetlenmesi mümkün değildir. Nitekim bu kararlar HMK m. 353/1-a gereği kesin olduğu için temyiz kanun yoluna tabi değildir. HMK m. 362/1-g'de de bu husus yeniden tekrar edilmiştir. Yargıtayın Kanun'daki gönderme kararı verilebileceği sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediğini denetleyebilmesi için öncelikle bu kararın temyizi kabil bir karar olması gerekir. Oysa HMK m. 346 Yargıtaya bu şekilde bir yetki vermez. Buradaki yetki, verilen kararın kesin olup olmamasının denetlenmesi ile sınırlıdır. Yoksa verilen kararın yerinde olup olmadığının, Kanun'daki gönderme kararı verilmesi için gerekli sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilebilmesi yönünden değildir. Kaldı ki bu yaklaşım ve yorum şekli kabul edildiği taktirde temyizi kabil olmayan tüm kararlara karşı temyiz kanun yolunun açık olduğu sonucuna varılabilir. Yukarıda verilen kararlar incelendiğinde de Yargıtayın gönderme kararının şartlarını denetlemek için çeşitli hükümlere ve gerekçelere dayandığı görülmektedir. Bu bakımdan Yargıtayın sonuç odaklı bir yaklaşım sergilediği söylenebilir. HMK m. 353/1-a'ya dayanılarak verilen kararların temyiz edilememesinin geçici olduğu zira gönderme kararı sonrası ilk derece mahkemesi hükmünün istinaf ve sonrasında temyiz kanun yoluna tabi olduğu, geçici olarak temyiz kanun yolunun kapatılmasının bu yönden sakınca teşkil etmediği belirtilmiştir⁶⁰. Karara karşı temyiz kanun yolu kapalı olduğundan, kanun yararına temyiz bakımından da bir değerlendirme yapmak gerekir. 7035 sayılı Kanun ile HMK m. 363 hükmü değiştirilerek bölge adliye mahkemeleri bakımından, bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kesin kararlar ile bölge adliye mahkemesinin ilk derece sıfatıyla verdiği ve temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen kararları aleyhine kanun yararına temyize başvurulabileceği düzenlenmiştir. Gönderme kararının ise bölge adliye mahkemesin tarafından ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilmesi söz konusu değildir. Bu nedenle kanun yararına temyize konu edilememesi gerekir. 7035 sayılı Kanun öncesinde ise HMK m. 363 hükmünde, bölge adliye mahkemelerinin kesin olarak verdiği kararlar aleyhine de kanun yararına temyize başvurulabileceği düzenlenmekteydi. Kanun yararına temyiz, kararın hukuki sonuçlarını ortadan kaldırmasa da (HMK m. 363/2), hatalı içtihatların önlenmesi ve bölge adliye mahkemeleri arasındaki içtihat farklılarının önlenmesi bakımından kanun yararına temyiz yolu yararlı olacağından kanun değişikliğinin yerinde olmadığı ifade edilmiştir⁶¹.

Yargıtay, inceleme konumuz olan kararda Kanun'daki sebepler bulunmadan verilen gönderme kararının kesin olmayıp temyizi kabil olduğunun kabulünden sonra davanın esasına ilişkin incelemede de bulunmuştur. Bu karara göre temyiz denetimi gönderme kararının verilebilmesi için Kanun'daki sebeplerin mevcut olup olmadığı ile sınırlı değildir. Zira böyle olsaydı gönderme kararının hatalı olduğu belirtilerek bozma kararı verilmekle yetinilmesi gerekirdi. Ancak Yargıtay olayda davanın esasına ilişkin tespitlerde de bulunmuş ve bu tespitler doğrultusunda hüküm verilmesi gerektiğini belirterek bozma kararı vermiştir. Kanaatimizce olayda her ne kadar bölge mahkemesince HMK m. 353/1-a-6'ya dayanarak gönderme kararı verilmesi ve gönderme kararında esasa ilişkin tespitlerde bulunulması hatalı olsa da davanın esası hakkında bölge adliye mahkemesi kararının varlığından söz edilemez. Bölge adliye mahkemesinin gönderme kararındaki davanın esası hakkındaki tespitlerin esas hakkında bir karar gibi değerlendirilerek temyiz incelenmesi gerçekleştirilmesi doğru değildir.

görüüü ileri sürülmüş ise de bu görüş, Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir. 29. Hâl böyle olunca bölge adliye mahkemelerinin HMK'nın 353. Maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamına giren kararları kesin nitelikte olduğundan ... Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesince verilen direnme kararı yerindedir. 30. O hâlde, direnme uygun olup usul ve yasaya uygun direnme kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir." Yargıtay, HGK, T. 27.09.2022, E. 2020/238, 2022/1161 K (www.karararama.yargitay.gov.tr, ET: 07.12.2022).

⁶⁰ AKKAYA, s. 245; KARSLI, s. 793. Kararın kesinliğinin, gönderme kararı üzerine ilk derece mahkemesince verilen karara karşı kanun yolunun kapalı olarak anlaşılması mümkün olmadığı yönünde bkz. AKKAN, Mine: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353/1-a-3 Hükmü Kapsamında Verilen Bölge Adliye Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi", *Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 2019, Cilt 15, Sayı 44, s. 804. Gönderme kararının kesin olarak verilmesinin yerindelığının tartışma konusu olabileceği hususunda bkz. KARAASLAN, *Kanun Yolları*, s. 454.

⁶¹ BUDAK / KARAASLAN, 2022, s. 465. Benzer yönde bkz. ÖZTEK, s. 586-589.

SONUÇ

HMK m. 353/1-a'da mezkûr fıkra uyarınca verilen kararın kesin olduğu belirtilmiştir. Kesinliğin üç yönü söz konusudur. Kesinliğin bir yönü ilk derece mahkemesinin gönderme kararı ile bağlı olmasıdır. HMK m. 353/1-a uyarınca verilen kararlar dosyanın gönderildiği ilk derece mahkemesini bağlar. Direnme kararı verilebilmesi mümkün değildir. Bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına yönelik kararı ilk derece mahkemesi kararının iptali anlamına gelir. İlk derece mahkemesi gönderme kararına göre işlem yapmak durumundadır. HMK m. 353/1-a'ya göre bölge adliye mahkemesinin gönderme kararında davanın esasına yönelik bir belirleme yapmaması gerekir. Ancak buna rağmen bölge adliye mahkemesi davanın esasına ilişkin belirlemelerde bulunmuş ise, ilk derece mahkemesi bu belirlemeler ile bağlı değildir. İlk derece mahkemesi, HMK m. 353/1-a'nın kapsamı dahilinde bölge adliye mahkemesince işaret edilen eksikliklerin tamamlanması yönünden gönderme kararı ile bağlıdır.

Kesinliğin ikinci yönü, gönderme kararı sonrası ilk derece mahkemesince verilen nihai karara karşı kanun yoluna başvurulması üzerine bölge adliye mahkemesi ve Yargıtayın gönderme kararındaki hususlar ile bağlı olup olmayacağıdır. HMK m. 353/1-a hükmünü, HMK m. 371 hükmü ile birlikte değerlendirmek gerekir. Bölge adliye mahkemesince gönderme kararında belirtilen hususlar temyiz incelemesi aşamasında Yargıtayı bağlamaz. Ancak ilk derece mahkemesinin nihai kararından sonra yeniden istinaf kanun yoluna başvurulması üzerine bölge adliye mahkemesinin ilk gönderme kararında belirttiği hususlar kendisini bağlar.

Kesinliğin üçüncü yönü ise gönderme kararının temyiz edilememesidir. Buna göre gönderme kararlarına karşı temyiz kanun yoluna başvurulamaz. Verilen kararın yerinde olup olmadığının denetlenebilmesi için kararın temyizi kabil bir karar olması gerekir. Ancak ne var ki bölge adliye mahkemesince verilen gönderme kararları temyizi kabil kararlardan değildir. Yargıtayın HMK m. 346 uyarınca yapabileceği denetim verilen kararın temyizi kabil olup olmadığı ile sınırlıdır. HMK m. 346'daki düzenleme bölge adliye mahkemesince verilen kararın doğru olup olmadığı, kararın verilebilmesi için Kanun'daki sebeplerin bulunup bulunmadığını denetleme yetkisi vermez. 7251 sayılı Kanun'la "Temyiz Edilemeyen Kararlar" başlıklı HMK m. 362/1 maddesine (g) bendi eklenerek HMK m. 353/1-a uyarınca verilen kararların temyizi kabil olmadığı açıkça belirtilmiştir.

İnceleme konumuz olan kararda Yargıtay, Kanun'daki sebepler mevcut değilken verilen gönderme kararının kesin olmadığını belirtmesinin yanında davanın esasını da inceleyerek esas hakkında tespitler yapmıştır. Kanaatimizce gönderme kararı verilmesi ve gönderme kararında esasa ilişkin tespitlerde bulunması hatalı olsa da bu kararın esasa ilişkin bir karar olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Yargıtay, bölge adliye mahkemesinin inceleme veya değerlendirme eksikliğine dayanarak gönderme kararı verebileceği yönündeki kabulün bozma kararı verme yetkisine eşdeğer bir yetkinin tanınması anlamında geleceğini ve bunun kabul edilemeyeceği belirtmiştir. Yargıtayın bu tespiti yerinde olmakla beraber bu husus Kanun gereği temyizi kabil olmayan gönderme kararının temyiz incelemesine konu edilerek verilen gönderme kararının doğru olup olmadığının denetlenebilmesine gerekçe olamaz.

KAYNAKÇA

- AKİL, Cenk: “22.07.2020 Kabul Tarihli ve 7251 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile İstinafa İlişkin Olarak Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2021, Sayı 45, s. 417-436 (Değerlendirme).
- AKİL, Cenk: “Bir İstinaf Sebebi Olarak HMK m. 353/1-a-6 Üzerine Değerlendirme”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2019, Sayı 38, s. 1-17.
- AKKAN, Mine: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 353/1-a-3 Hükmü Kapsamında Verilen Bölge Adliye Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 2019, Cilt 15, Sayı 44, s. 763-812.
- AKKAYA, Tolga: “İstinaf İncelemesi Sonunda İlk Derece Kararının Kaldırılması ve Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi”, *MİHBİR 15. Toplantı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İstinaf*, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2018, s. 115-181 (Gönderme Kararı).
- AKKAYA, Tolga: *Medeni Usul Hukukunda İstinaf*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- ALBAYRAK, Adem: *Hukukta İstinaf Uygulaması*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: *Medenî Usul Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ASLAN, Ali Çetin: *Medenî Usûl Hukukunda Görev*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: *Medenî Usûl Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- ATAY COŞKUN: Ayşegül, “İstinaf Yargılaması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018, Sayı 135, s. 261-308.
- BORAN GÜNEYSU, Nilüfer: *Medenî Usûl Hukukunda Karar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- BOZTAŞ, Nevzat: “İlk Derece Mahkemesi Kararlarının Eksik Tahkikat veya Gereksizlik Nedeniyle İstinaf Mahkemesince Kaldırılması Meselesi”, *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, 2017, Cilt 13, Sayı 37, s. 423-456.
- BOZTAŞ, Nevzat: *Türk Medeni Usul Hukukunda İstinaf*, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2020 (İstinaf).
- BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol: *Medenî Usul Hukuku*, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022 (2022).
- BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol: *Medenî Usul Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- BULUT, Uğur: *Medenî Usûl Hukukunda Temyiz İncelemesinin Kapsamı ve Sınırları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- BÜYÜK, Elif Irmak: *Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ÇİFTÇİ, Murat Özgür: *Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- DURAN, Osman: *Medenî Usûl Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ERCEVAHİR, Mine: “İstinaf Yeni Bir Temyiz Mahkemesi Midir?”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 26, Sayı 1, s. 367-412.
- ERMENEK, İbrahim: İstinaf Kanun Yolu ve Bölge Adliye Mahkemesinin İnceleme Sınırlarının Kapsamı (<https://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/haberler/%C4%B0stinaf%20Kanun%20Yolu%20ve%20B%3%20B6lge%20Adliye%20Mahkemesinin%20%C4%B0nceleme%20S%C4%B1n%C4%B1rlar%C4%B1n%C4%B1n%20Kapsam%C4%B1.pdf>, ET: 01.12.2022).
- GÖZÜTOK, Zeki: *Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz Uygulama Rehberi*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- İNAN, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref / ALBAŞ, Hakan: *Miras Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- İYİLİKLİ, Ahmet Cahit: *Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

- KARAASLAN, Varol: “HMK m. 353/1-a Üzerine Bir İnceleme”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 22, Sayı 37, s. 219-239.
- KARAASLAN, Varol: “Kanun Yolları Sistemine Eleştirel Bir Bakış”, *Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 2019, Cilt 15, Sayı 43, s. 441-466 (Kanun Yolları).
- KARABEL, E. Gökçe: “Bölge Adliye Mahkemesi’nin Temyize Tabi Kararları”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2018, Cilt 16, Sayı 190, s. 4613-4678.
- KARABEL, E. Gökçe: “Kesin Olarak Verilen İstinaf Kararı Temyiz Edilebilir Mi?”, (Ed.) BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol: *İlamat Torbası*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 57-81.
- KARSLI, Abdurrahim: *Medeni Muhakeme Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- KURTOĞLU, Tülin: *Özel Hukukta İstinaf Denetimi ve Yargılaması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- ÖZEKES, Muhammet / BORAN GÜNEYSU, Nilüfer: *Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ÖZEKES, Muhammet: “İstinaf İncelemesi Sonunda Verilecek Kararlar”, *MİHBİR 15. Toplantı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İstinaf*, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2018, s. 85-112.
- ÖZEKES, Muhammet: “Kanun Yolları”, (Ed.) PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya: *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt III*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Kanun Yolları).
- ÖZTEK, Selçuk / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / KALE, Serdar: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi’ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2020, Sayı 149, s. 77-152.
- ÖZTEK, Selçuk: *Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- PEKCANITEZ, Hakan: “Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, Sayı 144, s. 383-419.
- SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkey: *Miras Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- TANRIVER, Süha: *Medenî Usûl Hukuku Cilt II*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis: “İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilebilecek Kararlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018, Sayı 134, s. 313-354.
- TOK, Ozan: *Fransız ve Türk Medeni Yargılama Hukuklarında Temyiz Mahkemesinin Yapısı ve İşlevi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2021.
- YARDIMCI, Taner Emre: “İstinaf Mahkemesi Hukuk Dairelerinin İspat Faaliyetine Dair Bazı Güncel Kararlarının Değerlendirilmesi”, (Ed.) BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol: *İlamat Torbası*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 83-114.
- YILMAZ, Ejder: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 3*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- YILMAZ, Ejder: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 4*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (2021).

Asian Agricultural Products Ltd. v Sri Lanka ICSID Hakem Heyeti Kararı İncelemesi^(*)



Review of the Asian Agricultural Products Ltd. v Sri Lanka ICSID Arbitration Decision

Samet SARIKAYA



Avukat

Eskişehir Barosu

Anahtar Kelimeler

*Milletlerarası Yatırım Tahkimi,
ICSID Konvansiyonu,
Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmeleri,
Tam Koruma ve Güvenlik İlkesi,
Yatırım Uyuşmazlıkları.*

Keywords

*International Investment Arbitration,
ICSID Convention,
Investment Incentive and Protection Agreements,
Full Protection and Security Principle,
Investment Disputes.*

Öz

Yatırım tahkimi, son yıllarda önemi artan bir yatırım uyuşmazlığı çözümü yöntemidir. Yatırım tahkimiyle yabancı yatırımcılar ile ev sahibi devletler arasında oluşan anlaşmazlıkların hızlı ve tarafsız bir biçimde çözülmesi amaçlanmaktadır. Çalışmamızda Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezinde (ICSID) çözümlendirilen ve yatırım tahkimi açısından önemli bir dava incelenmiştir. Bu dava kimi yazarlar tarafından “dönüm noktası” olarak adlandırılmaktadır. Çalışmamızda ilk olarak çalışmaya konu olan *Asian Agricultural Products Ltd.* ve Sri Lanka arasında gerçekleşen uyuşmazlığa neden olan tarihsel gelişim süreci incelenmiştir. Ardından hakem heyetine başvuran *Asian Agricultural Products*'in taleplerine yer verilmiştir. Bu taleplere ilişkin hakem heyetinin vermiş olduğu karara değinilmiş ve bu kararlar ilgili açıklamalar yapılmıştır. Son olarak muhalif görüşe ve dayanağına yer verilmiştir.

Abstract

Investment arbitration is an investment dispute resolution method that has become more important in recent years. Investment arbitration is aimed to resolve disputes between foreign investors and host states quickly and impartially. In our study, an important case in terms of investment arbitration, which was resolved before the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID), has been examined. This case is referred to as the “turning point” by some authors. In our study, first of all, *Asian Agricultural Products Ltd.*, which is the subject of the study the historical development process that caused the conflict between Sri Lanka and Sri Lanka was examined. Then, the requests of *Asian Agricultural Products Company*, which applied to the arbitration committee, were included. The decision of the arbitral tribunal regarding these demands was mentioned and explanations were made regarding this decision. Finally, the dissenting opinion and its basis are given.

^(*) Karar İncelemesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 03.10.2022, Kabul Tarihi: 04.01.2023.

GİRİŞ

Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) 1966 yılında devletler ve uluslararası yatırımcılar arasındaki hukuki uyuşmazlıkların çözümü için kurulmuş, uluslararası yatırımı teşvik etmeye yardımcı olan bir tahkim kurumudur¹. ICSID, 14 Kasım 1966'da yürürlüğe giren Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme'nin² ilk maddesiyle kurulmuştur³. Sözleşme'nin hazırlanması, Dünya Bankası bünyesinde yer alan Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankasının yöneticilerinin faaliyetleri çerçevesinde gerçekleşmiştir⁴. ICSID tahkiminin amacı, sözleşmeye taraf olan devletlerin, yabancı yatırımcılarla aralarında gerçekleştirecekleri ticari antlaşmalarda dostça davranışlar sergilenmesi ve uyuşmazlıkların barışçıl biçimde çözümlenmesidir⁵. Bu sayede taraf devletlere daha fazla yabancı yatırımı çekilebilecektir. Bunun yanı sıra ev sahibi devletler, kendilerini diplomatik talepler karşısında koruma altına almış olacaklardır. Yabancı yatırımcılar ise yabancı yatırım kararları için güvenlik önlemi sağlayan⁶ bir yargılama sistemine erişim hakkına sahip olacaktır. Ayrıca bu heyet, özgün ve uluslararasıdır. Bu da ICSID'in diğer tahkim heyetlerine göre tercih edilirliliğini arttıran bir durum olacaktır. ICSID, kurulmasının ardından, ilk yıllarında uyuşmazlık çözümünde nadiren kullanılmıştır. Zaman geçtikçe imzacı devlet sayısı ve çözülen uyuşmazlık sayısı artmıştır. Türkiye, ICSID Konvansiyonu'na 27.05.1988 tarihinde ve 3460 sayılı Kanun ile taraf olmuştur⁷. Günümüzde 163 imzacı ve taraf devlet listelenmektedir⁸.

Günümüzde yatırım uyuşmazlıkları nedeniyle tahkime başvuru imkânını, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında tahkim şartı içeren bir sözleşmenin yanı sıra ev sahibi devlet ile yatırımcının tâbi olduğu devlet arasındaki Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması sağlamaktadır. *Figanmeşe*'nin görüşüne göre ICSID Konvansiyonu'nun oluşturulma aşaması incelendiğinde, Konvansiyon'un ev sahibi devlet ile yatırımcının kendisi arasında akdedilecek tahkim şartları çerçevesinde yürütülecek tahkim yargılamaları için düzenlenmiş olduğu görülecektir⁹. Günümüzdeki bu uygulamanın temeli *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Sri Lanka Davası*'nda atılmıştır. Ev sahibi devlet ile yatırımcının tâbi olduğu devlet arasında akdedilmiş bir Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması'nın, yatırımcıya ICSID tahkimine başvurma yolunu açması, bu davada verilen karar ile sağlanmıştır.

Kabul edilen bu durum yatırımcılara büyük kolaylıklar sağlamaktadır. Ev sahibi devlet ile yatırımcının vatandaşlığının bulunduğu devletin Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması akdetmesi, yatırımcının ICSID'e başvuru yapabileceği anlamına gelecektir. Burada yatırımcıları koruyan bir yorum daha mevcuttur. Bu yoruma göre ikili yatırım anlaşmalarının iki devlet arası yapılmasından ötürü, bu devletlerin onayı olsa da devletlerden birinin vatandaşlığındaki yatırımcının onayı eksiktir. Yani yatırımcı bu sözleşmenin doğrudan doğruya tarafı olmayacaktır. "*İkili yatırım anlaşmasının akdedilmesiyle, yalnızca devletin tahkim anlaşması yapılması yönündeki icabı bulunur ve yatı-*

¹ <https://icsid.worldbank.org/About/ICSID> (ET: 04.05.2022).

² <https://arbitrationcenter.org/mevzuat/icsid-sozlesmesi/> (ET: 05.12.2022).

³ TEKÇE, Evren: *Dünyada ve Türkiye'de Uluslararası Ticari Tahkim*, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2020, s. 23; AKSAR, Yusuf: *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 249; KÖKSAL, Tunay: *Uluslararası Ticaret Hukuku*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 37.

⁴ DAYINLARLI, Kemal: *Milletlerarası Tahkim Rehberi*, 1. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2014, s. 118; ERDOĞAN, Feyiz: *Uluslararası Hukuk ve Tahkim*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 171.

⁵ NOMER, Ergin / EKŞİ, Nuray / GELGEL, G. Öztekin: *Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt I*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 132.

⁶ ICSID, Dünya Bankası bünyesinde bir kuruluş olduğu için yaptırım bakımından en güçlü heyetlerden birisi olma özelliği taşımaktadır.

⁷ 02.06.1988 tarihli ve 19830 sayılı Resmî Gazete.

⁸ <https://icsid.worldbank.org/about/memberstates/database-of-member-states> (ET: 04.05.2022).

⁹ ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: "Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2012, Cilt 31, Sayı 1, s. 106.

rımcı bu icabı kabul etmelidir”¹⁰. “Bu doğrultuda ICSID’e başvuran yatırımcı, ihtilaf bakımından yazılı onayını başvuru ile birlikte sunmuş sayılmalıdır”¹¹. AAPL v. Sri Lanka Davası’ndan itibaren kabul edilen bu görüş yakın zamanlarda da uygulamada yer almaktadır. Örneğin 2002 tarihli *PSEG v. Türkiye Davası* da Türkiye’yle ABD arasında akdedilmiş olan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması’na dayandırılmıştır.

AAPL v. Sri Lanka Davası’nda verilen karar ile ev sahibi devlet ile yatırımcının tâbi olduğu devlet arasında akdedilmiş iki taraflı (veya çok taraflı) yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına ilişkin anlaşmada yer alan tahkim şartlarının, yatırımcıların ICSID tahkimine başvurabilmelerini mümkün kıldığı kabul edilmiştir: “Günümüzde artık ev sahibi devletin yatırımcının tâbi olduğu devlet ile akdetmiş olduğu Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmasında yer alan tahkim şartı, ev sahibi devletin yatırımcıya yaptığı bir icap, yatırımcının tahkime başvurması ise, icabın kabulü olarak yorumlanmaktadır”¹².

I. OLAYLARIN GELİŞİMİ

AAPL v. Sri Lanka davasında, davacı AAPL’dir. Şirket, Britanya Hong Kongu -dolayısıyla Birleşik Krallık- merkezli bir şirkettir. AAPL, Sri Lanka’da yer alan, bir kamu şirketi olan ve %48,2 hissesine sahip olduğu¹³ *Serendib Seafoods Ltd.* ile ortak olarak karides ihracatı yapmaktadır. Bu doğrultuda *Serendib*, 1986 yılında Doğu Sri Lanka’da yer alan bir karides işletmesi kurmuştur. Ancak aynı bölge, bu tarihlerde Tamil Eelam Kurtuluş Kaplanları isimli, Tamil etnik grubunun yaşadığı bölgenin bağımsız olması amacıyla mücadele eden ve ayrılıkçı faaliyetler sergileyen örgütün isyan hareketine sahne olmuştur¹⁴. Sri Lanka Devleti ise bölgede, Tamil Kaplanları’na karşı mücadelesini yoğunlaştırmıştır. Gerçekleşen silahlı mücadelenin neticesinde Serendib’e ait işletmeler ve araziler yıkıma uğramıştır. Yıkıma asıl sebebiyet veren ise büyük oranda Sri Lanka hükümetinin eylemleri olmuştur¹⁵.

Arazilerin ve işletmelerin yıkıma uğramasının ardından AAPL şirketi, Birleşik Krallık ve Sri Lanka arasında 13.02.1980 tarihinde akdedilmiş olan iki taraflı yatırım antlaşmasına (*Sri Lanka-United Kingdom BIT 1980*¹⁶) dayanarak ICSID’e başvurmuştur.

Başvuru sonucunda verilen karar, uluslararası yatırım tahkimi ve ICSID açısından dönüm noktasında bir karar olma özelliğini taşır¹⁷. Tarihte ilk defa, yatırımcı şirketin tâbi olduğu devlet ile ev sahibi devlet arasında akdedilmiş iki taraflı (veya çok taraflı) yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmasında (*bilateral investment treaty*, BIT)¹⁸ kabul edilen tahkim şartlarının, yatırımcıların tahki-

¹⁰ KUĞUOĞLU, Dilşad / DEMİRKOL, Elit Meviza: “ICSID Tahkiminde Onay (Rıza)”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Cilt 9, Sayı 43, s. 530.

¹¹ KUĞUOĞLU / DEMİRKOL, s. 530.

¹² ATAMAN FİGANMEŞE, s. 107.

¹³ EL-KOSHERI, Ahmed Sadek / GOLDMAN, Berthold / ASANTE, Samuel: “Case Summary Asian Agricultural Products Ltd v Sri Lanka”, *British Institute of International and Comparative Law*, 2008, (https://www.biicl.org/files/3937_1990_aapl_v_sri_lanka.pdf, ET: 29.12.2022), s. 2.

¹⁴ KORKMAZ, Hüseyin: “Sri Lanka’da Ulus İnşası ve Ayrılıkçı Tamil Hareketinin Anatomisi: Tamil Eelam Kurtuluş Kaplanları Örneği”, *Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Dergisi*, 2014, Cilt 5, Sayı 1, s. 93-94.

¹⁵ ZENGİNKUZUCU, Dikran Migirdiç: *Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)’nin Kuruluşu ve İşlevi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012, s. 175.

¹⁶ Bkz. <https://edit.wti.org/document/show/6e5f7e0c-dd30-421d-80ba-77b721b2ff40> (ET: 08.12.2022).

¹⁷ ATAMAN FİGANMEŞE, s. 105.

¹⁸ Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarının tanımı, Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığının internet sitesinde şu şekilde yapılmıştır: “Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması (YKTK) Anlaşmaları, yabancı bir ülkede yatırım yapan yatırımcılar için büyük önem taşıyan; yatırımcıya ev sahibi ülke tarafından uygulanacak muamelelerin sınırlarının belirlenmesi, yatırım yapılan ülkelerdeki temel hak ve menfaatlerin uluslararası hukuk temelinde korunması, kar transferlerinin güvence altına alınması, ev sahibi devletçe yapılması muhtemel kamulaştırma işlemlerinin şartlarının belirlenmesi ve uyumsuzluk halinde uluslararası tahkime başvurulması gibi “olmazsa olmaz” hükümler içeren temel nitelikteki anlaşmalardır”. Bkz. <https://www.ticaret.gov.tr/hizmet-ticareti/yurtdisi-yatirimlar/yatirimlarin-karsilikli-tesviki-ve-korunmasi-yktk-anlasmalari> (ET: 03.06.2022).

me başvurmasını olanaklı kılabileceği kabul edilmiştir¹⁹. Kararda Tahkim Heyeti, uygulanacak hukuk bakımından, birincil kaynak olarak Sri Lanka-Birleşik Krallık Yatırım Antlaşması'nın hükümlerinin, tamamlayıcı kaynak olarak ise Sri Lanka yerel mevzuatının kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Uyuşmazlık özelinde ise AAPL şirketi yapmış olduğu başvuruda, Birleşik Krallık ve Sri Lanka'nın akdetmiş oldukları Antlaşma'nın 2. maddesinde yer alan, tam koruma ve güvenlik ilkesine yönelik hükmün ihlal edildiğini iddia ederek davalı devletin güvenlik zafiyetinde bulunduğunu ileri sürmüştür. Buradaki en önemli nokta, AAPL şirketinin, doğrudan Sri Lanka Devleti'yle yapılmış olan karşılıklı herhangi antlaşmaya göre değil, Birleşik Krallık ve Sri Lanka arasında mevcut olan Antlaşma'ya göre başvurusunu yapmasıdır. Ayrıca başvuru 8.067.368 Amerikan dolarından az olmamak kaydıyla tazminata hükmedilmesini talep etmiştir²⁰.

Diğer yandan Sri Lanka ise bölgede güvenliği yeniden tesis etmek amacıyla egemen haklarına dayanarak operasyon düzenlediğini, askeri gerekliliklerin mevcut olduğunu, söz konusu bölgenin özellikleri dikkate alındığında yatırımcının böyle bir riski bilerek yatırımını yaptığını ileri sürmüştür.

II. KARARDA YER ALAN GÖRÜŞLER

ARB 87/3 sayısını alan uyuşmazlığa ilişkin nihai karar 27 Haziran 1990 tarihinde verilmiştir. Heyet vermiş olduğu kararda tam koruma ve güvenlik ilkesi ile gelecekteki muhtemel kazancın kaybıyla ilgili olarak değerlendirmeler yapmıştır.

A. Tam Koruma ve Güvenlik İlkesi Çerçevesinde Yapılan Değerlendirme

1. Genel Olarak

Tam koruma ve güvenlik ilkesi, adil ve eşit davranma yükümlülüğü kapsamındaki temel davranış ilkeleri arasında yer almaktadır²¹. Bu ilkeye göre ev sahibi devlet, yabancı yatırımcı veya yatırımlara karşı gerçekleştirilebilecek olumsuz etkilere karşı önlem almakla yükümlüdür²². Ayrıca bu ilke, iki taraflı ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında düzenlenen, hakkaniyetli ve adil muamele ile beraber düzenlenen bir standarttır²³. Bu ilkeye Türkiye'nin de taraf olduğu birçok iki taraflı yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması antlaşmasında rastlamak mümkündür²⁴.

¹⁹ JHON, S. Taylor: "The Creation of Investor-State Arbitration", (Ed.) SCHULTZ, Thomas / ORTINO, Federico: *The Oxford Handbook of International Arbitration*, 1. Baskı, Oxford University Press, Croydon, 2020, s. 792; ERKAN, Mustafa: *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 108; AKROFI, D. Asiedu: "ICSID Arbitral Decision", *The American Journal of International Law*, 1992, Cilt 86, Sayı 2, s. 371; ATAMAN FİGANMEŞE, s. 106-107.

²⁰ ICSID, *AAPL v. Sri Lanka*, T. 27.06.1990, Dava No. ARB/87/3, par. 9.2 (<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/87/3>, ET: 12.12.2022).

²¹ PARTALCI, Rümeyza: "Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmalarında Düzenlenen 'Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğü'", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2016, Cilt 36, Sayı 2, s. 137. Adil ve eşit davranma yükümlülüğüne ilk olarak Havana Şartı'nın (1948 *Havana Charter for an International Trade Organisation*) 11. maddesinin 2. fıkrasında yer verilmektedir. Bunun ardından bölgesel anlamda, 1948 Bogota Ekonomik Antlaşması'nın (*Economic Agreement of Bogotá*) 22. maddesinde bu yükümlülüğe rastlamak mümkündür. 1959 yılında, Yurtdışı Yatırımlarına İlişkin Antlaşma Tasarısı'nın (*Draft Convention on Investments Abroad*) da ilk maddesinde "Taraflardan her biri, her zaman, diğer tarafların yatırımlarına ve yatırımcılarına adil ve eşit muamele gösterecektir" denilmek suretiyle adil ve eşit davranma yükümlülüğü dile getirilir. 12 Ekim 1967 tarihli Yabancı Yatırımın Korunmasına İlişkin Antlaşma Tasarısı'nda da (*Draft Convention on the Protection of Foreign Property*) ilk maddenin (a) fıkrasında adil ve eşit davranma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Sonraki tarihlerde de yatırım hukukuyla ilişkili pek çok antlaşmada adil ve eşit davranma yükümlülüğüne rastlamak mümkündür. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD): "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", 2004 (<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/675702255435.pdf?expires=1672288342&id=id&accname=oid014567&checksum=8F7E48CDD22B7D4C19F7AB00CE89A6B4>, ET: 29.12.2022), s. 3-25.

²² YILMAZ, A. Çağrı: *Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 209-210.

²³ KARAOĞLU, Ali Osman: *Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 167.

²⁴ Örneğin, "Türkiye Cumhuriyeti ile Libya Arap Halk Sosyalist Büyük Cemahiriyesi Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşması" m. 2 (14.04.2011 tarihli ve 27905 sayılı Resmî Gazete), "Türkiye Cumhuriyeti ve Hırvatistan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Yönelik Antlaşma" m. 2 (07.05.2013 tarihli ve 28640 sayılı Resmî Gazete), Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kosova Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma" m. 3 (12.07.2015 tarihli ve 29414 sayılı Resmî Gazete).

Tam koruma ve güvenlik standardının en önemli örneği NAFTA'nın²⁵ 1105/1. maddesidir²⁶. Madde metnine göre “her akit taraf, diğer tarafın yatırımcılarına ve yatırımlarına, adil ve hakkaniyetli muamele ile tam koruma ve güvenlik dahil olmak üzere, uluslararası hukukun sağladığı muameleyi göstermekle yükümlüdür”. Benzer bir şekilde, tahkim heyetinde çözülen *Noble Ventures v. Romanya* davasında Heyet, tam koruma ve güvenlik ilkesini düzenleyen maddenin, uluslararası teamül hukukunda bulunan yabancıların hukukten korunmasına ilişkin en düşük standardın ifadesi olduğunu belirtmiştir²⁷.

Eski dönemlerdeki yatırım tahkimi hukukunda yabancı şirketin, ev sahibi devlette yer alan bölgelerinin işgal edilmesi veya protesto edilmesi gibi eylemlerden, ev sahibi devlet tarafından korunması anlamına gelmekteydi. Günümüzde ise bu ilke fiziki olarak korumanın yanı sıra, ev sahibi devlet tarafından, yabancı şirketin yatırımlarının hukuksal olarak korunması anlamına gelmektedir²⁸.

Tam koruma ve güvenlik ilkesi devlet güçlerinin dâhil olduğu silahlı şiddet durumlarında da gündeme gelmektedir. Tam koruma ve güvenlik ilkesi uyarınca ev sahibi devlet, yabancı yatırımları ve yatırımcıyı, fiziki ve silahlı her türlü saldırıya karşı korumakla yükümlüdür²⁹. Bu doğrultuda ev sahibi devlet, mücbir sebep veya zaruret hâli gibi hukuka uygunluk nedenleri olmadıkça gerekli özeni göstermek durumundadır.

2. Tam Koruma ve Güvenlik İlkesinin Karardaki Yansıması

AAPL şirketi yapmış olduğu başvuruda, Birleşik Krallık ve Sri Lanka'nın akdetmiş oldukları Antlaşma'nın 2. maddesinde bulunan, tam koruma ve güvenlik ilkesine (*full protection and security*, FPS) yönelik hükmün³⁰ taraf devletçe ihlal edildiğini iddia etmiştir³¹.

Heyet, yapmış olduğu incelemede, tam koruma ve güvenlik ilkesini nezdinde, geçmişte uygulanan ve konuyla ilgili dar bir bakış açısı sunan öğretiyi yerine özen yükümlülüğünü (*due diligence*) de dahil etmiştir³². Buna göre Sri Lanka hükümetinin yıkım ve öldürme konusundaki riskleri en aza indirme çabaları yetersiz kalmıştır. Davalının eylemsizliği ve ihmali davranışları özen yükümlülüğünü ihlal etmiştir³³.

Olayda, operasyon yapılan bölgede yer alan çiftliğin sorumlusu, Sri Lanka güvenlik güçlerine arama esnasında her türlü yardımın yapılacağını belirterek iş birliği içerisinde davranışlar sergileyeceklerini ifade etmiştir³⁴. Buna rağmen, hükümet tarafından adli arama yapılmamıştır. Birliklerce doğrudan silahlı saldırıya geçilmiş ve AAPL'ye ait çiftliğe zarar verilmiştir. Heyete göre yatırımcının “ulusal olağanüstü hâl, isyan veya ayaklanma” gibi olaylar sonucunda zarara uğradığı tüm olası durumlarda, “iade, tazminat

²⁵ NAFTA (*North American Free Trade Agreement*), Amerika Birleşik Devletleri, Kanada ve Meksika arasında 1 Ocak 1994 tarihinde yürürlüğe giren serbest ticaret antlaşmasıdır. ÇAL, Sedat: *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 94-95; ERKAN, s. 105.

²⁶ SWEET, Alec Stone / GRISEL, Florian: *The Evolution of International Arbitration*, 1. Baskı, Oxford University Press, Croydon, 2017, s. 204.

²⁷ ICSID, *Noble Ventures Inc. v. Romania*, T. 12.11.2005, Dava No. ARB/01/11, par. 164.

²⁸ GÜRSU, Abdullah: *Uluslararası Yatırım Hukukunda Adil ve Hakkaniyetli Muamele İlkesi*, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Malatya, 2018, s. 30-31.

²⁹ KARAOĞLU, s. 169.

³⁰ Madde metnine göre: “Taraflardan herhangi birinin vatandaşlarının veya şirketlerinin yatırımları her zaman adil ve hakkaniyete uygun muamele görecektir ve diğer Tarafın, topraklarında tam koruma ve güvenlikten yararlanacaktır. Taraflardan hiçbiri, diğer Tarafın vatandaşlarının veya şirketlerinin kendi topraklarındaki yatırımlarının yönetimine, sürdürülmesine, kullanımına, kullanımına veya elden çıkarılmasına makul olmayan veya ayrımcı önlemlerle hiçbir şekilde zarar vermeyecektir. Her bir Taraf, diğer Tarafın vatandaşlarının veya şirketlerinin yatırımları ile ilgili olarak yerine getirmeyi taahhüt etmiş olduğu herhangi bir yükümlülüğü yerine getirecektir.”. Madde metninde tam koruma ve güvenlik ilkesi açıkça düzenlenmiştir. Heyet de burada yer alan düzenlemeden yola çıkarak tam koruma ve güvenlik ilkesi çerçevesinde bir değerlendirme yapmıştır.

³¹ ICSID, *AAPL v. Sri Lanka*, T. 27.06.1990, Dava No. ARB/87/3, par. 7.

³² ICSID, *AAPL v. Sri Lanka*, T. 27.06.1990, Dava No. ARB/87/3, par. 66.

³³ AKROFI, s. 374.

³⁴ ICSID, *AAPL v. Sri Lanka*, T. 27.06.1990, Dava No. ARB/87/3, par. 79.

veya başka yere yerleştirme” gibi çözümlerin uygulanması gerekmektedir³⁵. Ayrıca Birleşik Krallık ve Sri Lanka’nın akdetmiş oldukları Antlaşma’nın 4. maddesinin ilk fıkrası uyarınca atıf (*renvoi*) kuralı³⁶ uygulanmıştır. Buna göre m. 2 (2)’de yer alan tam koruma ve güvenlik ilkesinin, ev sahibi devlet tarafından gerçekleştirilemediği kanıtlandığında, ev sahibi devletin sorumluluğu tesis edilmiş ve genel uluslararası hukukun, kural ve standartlarına uygun olarak tazminat ödenmesi gerekmiştir³⁷.

3. Değerlendirmelerimiz

Heyet, özen yükümlülüğü çerçevesinde bir değerlendirmede bulunmuştur. Sri Lanka hükümetinin bölgede operasyon yapmaya yetkili olduğu kabul edilmiş ancak gerekli önlemlerin alınmadığı belirtilmiştir. Yapılan operasyon sonucunda büyük bir yıkım gerçekleşmiş ve şirket zarara uğramıştır. Bu da tam koruma ve güvenlik ilkesi çerçevesinde yer alan özen yükümlülüğünün ihlal edilmesine sebebiyet vermiştir. Kanaatimize göre bu değerlendirme yerindedir. Heyetin, tam koruma ve güvenlik ilkesinin ihlaline yönelik, özen yükümlülüğünü de dâhil ederek yorum yapması, kararın verildiği döneme göre yenilikçi bir bakış açısı olarak kabul edilebilir.

B. Gelecekteki Muhtemel Kazancın Kaybıyla İlgili Yapılan Değerlendirme

1. Genel Olarak

Gelecekte gerçekleşecek muhtemel kazanç kaybının tazmini, tazminat (sorumluluk) hukuku bakımından önemli bir yere sahiptir. Muhtemel kazanç kaybı, kârdan mahrum kalınması sonucunda ortaya çıkan zararı ifade eder³⁸. Uygulamada, gerçek kişilerin bu tazminatı talep edebilmesinin yanı sıra AAPL gibi tüzel kişiler de kazanç kaybı tazminatı talep edilmektedir.

2. Gelecekteki Muhtemel Kazancın Kaybının Karardaki Yansıması

AAPL, Heyete yapmış olduğu başvurusunda gelecekteki muhtemel kazancının Sri Lanka Devleti’nin faaliyetleri sonucunda gerçekleşen yıkımdan dolayı kaybedildiğini ifade etmiştir. Bu doğrultuda ileriye dönük olarak kâr kaybının tazmini talep etmiştir. Söz konusu iddiada, gerçekleştirilen haksız eylem sonucu üretim tesisleri yıkılan ve üretim gücü eksiltelen AAPL, parasal değer üretme işlevini durdurmasından dolayı, gelecekteki muhtemel kazancın kaybedildiğini belirtmiştir. Davacı şirket, gelecekteki muhtemel kazancın kaybının yanı sıra, fiziksel ve mali varlıklar için de tazminat talep etmiştir. Bu doğrultuda talep edilen toplam miktar 5.703.667 Amerikan dolarıdır³⁹. Davalı ise zarar gören mahsullerin değerlerinin belirlenmesinin, uluslararası hukuk uyarınca uygun bir hasar değerlendirmesine dâhil edilemeyecek kadar spekülâtif ve belirsiz olduğunu savunmuştur⁴⁰.

Heyet, gelecekte var olacak olan gelir getirici faaliyetlerin, başvuru şirket tarafından tam olarak gösterilememesi nedeniyle ileriye dönük kâr kaybının tazmini talebini reddetmiştir⁴¹. Verilen hükme göre gelecekteki kazançlarla ilgili iyi niyete dayalı yürüyen bir ilişki bulunmak zorundadır⁴². Bu duruma ek olarak gelecekteki kârlılık söz konusu olmalıdır⁴³. Heyete göre olayda, iki durum da yer almamaktadır. Bundan dolayı ileriye dönük kâr kaybının tazmini talebi reddedilmiştir.

³⁵ ICSID, *AAPL v. Sri Lanka*, T. 27.06.1990, Dava No. ARB/87/3, par. 66.

³⁶ Atıf, kanunlar ihtilafı kurallarının işleyişinde, işlem veya ihtilaf bakımından yabancı hukukun yetkili kılınmasıdır. Bkz. ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 53-54.

³⁷ AKROFI, s. 374.

³⁸ YARAR, İbrahim / YARAR, Hilal / YERLİKAYA, Kübra: *Tüm Yönleriyle Tazminat Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 771.

³⁹ AKROFI, s. 375.

⁴⁰ AKROFI, s. 375.

⁴¹ ZENGİNKUZUCU, s. 175.

⁴² ICSID, *AAPL v. Sri Lanka*, T. 27.06.1990, Dava No. ARB/87/3, par. 102.

⁴³ ICSID, *AAPL v. Sri Lanka*, T. 27.06.1990, Dava No. ARB/87/3, par. 102. Heyet, zararları değerlendirme yöntemiyle ilgili olarak, 1987’nin başında geçerli olan koşullar altında AAPL’nin gelecekteki kârlılık düzeyini değerlendirmek için indirgenmiş nakit akımı ana-

3. Değerlendirmelerimiz

Tazminat hukuku bakımından gelecekteki muhtemel kazancın kaybı, ispat edilmesi güç bir konudur. Kararda da ifade edildiği üzere, ileriye dönük kâr kaybının tazmini için gelecekteki kârlılığın varlığının aranması, kanaatimizce yerinde bir gerekliliktir. Bunun yanı sıra iyi niyete dayalı yürüyen bir ilişki bulunması şartı da olayın gerçekleştiği tarih bakımından var olması gereken şartlardan birisidir. AAPL, henüz yeni denilebilecek kadar yakın bir geçmişte yatırımlarına başlamıştır. Bundan dolayı şirket ve hükümet arasındaki ilişkinin yürüyüp yürümeyeceği, yatırımların sonuç verip vermeyeceği kesin değildir. Bu sebeple Heyetin ileri sürdüğü ikinci şart da kanaatimize göre yerindedir.

III. MUHALİF GÖRÜŞ (*DISSENTING OPINION*)

Heyetin kararında iki olumlu oya karşın bir karşı oy bulunmaktadır. Karşı oy, Hakem (*Arbitrator*) *Samuel K.B. Asante* tarafından verilmiş ve gerekçelendirilmiştir. Hakemin görüşüne göre AAPL'nin Sri Lanka'daki yatırımları için tam koruma ve güvenlikle ilgili olarak Sri Lanka'ya katı veya mutlak sorumluluk yüklenemeyecektir⁴⁴. Sri Lanka ve Birleşik Krallık arasında yapılan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması, yabancıların mülkünü veya yatırımlarını herhangi bir kayıp veya hasara karşı garanti etmeyecektir⁴⁵. Ayrıca Sri Lanka yetkililerinin karşı karşıya kalmış oldukları durum, ciddi bir ulusal acil durum (*the grave national emergency*) olma özelliğini taşımaktadır⁴⁶.

Esas olarak muhalif görüş beş temele dayanmaktadır. Bunlardan ilki Sri Lanka hükümetinin vermiş olduğu zararın kasten gerçekleşmediğidir. İkincisi hükümetin egemenliğini kaybetme riskinin bulunduğu bölgede gerçekleştirmiş olduğu operasyonun zorlayıcı olduğu ve buradaki yöntemleri hükümet takdirine bağlı olması gerektiğidir. Üçüncü olarak durum herhangi bir sivil itaatsizlik eylemi sonucu gerçekleşmemiş, iyi silahlanmış (*well-armed*) birliklerle hükümet arasında gerçekleştirilen çatışmalar neticesinde gerçekleşmiştir. Gerçekleştirilen operasyonlar yalnızca çiftliklere yönelik değil, bütün Manmunai bölgesine yönelik gerçekleştirilen devasa boyutta bir operasyondur. Dördüncü olarak çiftliklere yönelik gerçekleştirilen operasyonda, çiftlik çevresine yerleştirilmiş olan mayınlar ve çiftlikten gelen ateş sonucunda Sri Lanka birlikleri hayatını kaybetmiştir. Buradan da anlaşılmaktadır ki ev sahibi devletin bağımsızlığı söz konusudur ve hükümet gerekli tüm güvenlik ve askeri önlemleri almak zorundadır. Son olarak, AAPL'nin iddiası olan ve Sri Lanka'nın eylemleri sonucundaki kayıplardan doğrudan sorumlu olması nedensellik bağına aykırıdır. Üçüncü tarafların bulunmuş olduğu yasadışı eylemler sonucunda Sri Lanka hükümeti meşru bir operasyon gerçekleştirmiştir. Operasyon öncesi dönemde ise AAPL, bölgedeki isyancı harekete rağmen yatırımını gerçekleştirmiştir.

Muhalif görüşün temellendirdiği argümanlar genel olarak, AAPL şirketinin yatırımlarını bölgenin istikrarsızlığını bilerek yapması, Sri Lanka'nın operasyonları devletin varlık mücadelesi verdiği bir noktada ve doğrudan çiftliklere yönelik var olmayan bir kastla gerçekleşmesidir. Bundan dolayı Sri Lanka'nın eylemleri, tam koruma ve güvenlik ilkesinin ihlali olarak yorumlanamayacaktır.

SONUÇ

Sri Lanka Devleti'nin bölgedeki ayrılıkçı gruplara karşı gerçekleştirmiş olduğu silahlı mücadele ICSID tahkimi açısından bir teamülün doğmasına neden olmuştur. Bu dava sonrasında yatırımcılar, ev sahibi devlet ile vatandaşlıklarının buldukları devlet arasında gerçekleştirilen sözleşmede yer alan

lizi yönteminin kullanılması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. AKROFI, s. 375. İndirgenmiş nakit akımı analizi yöntemi, şirket değerlendirme yöntemlerinden birisi olup şirketin değerlendirme yapılan tarih itibarıyla piyasa değerinin tespitini amaçlamaktadır.

⁴⁴ ICSID, *AAPL v. Sri Lanka*, T. 27.06.1990, Dava No. ARB/87/3, Muhalif Görüş par. 1 (<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/87/3, ET: 03.06.2022>).

⁴⁵ ICSID, *AAPL v. Sri Lanka*, T. 27.06.1990, Dava No. ARB/87/3, Muhalif Görüş par. 4.

⁴⁶ ICSID, *AAPL v. Sri Lanka*, T. 27.06.1990, Dava No. ARB/87/3, Muhalif Görüş par. 5.

tahkim şartlarına dayanmaya başlamışlardır. Bu durum günümüzde de pek çok uyuşmazlığın ICSID tahkim heyetinin önüne getirilebilmesinin önünü açmıştır.

Heyet, ICSID Konvansiyonu kapsamında, Birleşik Krallık ile Sri Lanka arasındaki ikili yatırım anlaşmasının uygulanması gerektiği sonucuna varırken bizce de yerinde bir değerlendirme yapmıştır. Çünkü taraflar da bu hukuk seçimini kabul etmiştir. Ayrıca uyuşmazlık öncesinde ICSID Sözleşmesi'nin 42. maddesi uyarınca hukuk seçiminin yapılmamış olması, uyuşmazlık çıktıktan sonra uygulanacak hukuk konusunda bir anlaşmanın yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Gerçekten de 42. madde, anlaşmazlık ortaya çıktıktan sonra bile bir hukuk seçimini kapsayacak şekilde geniş bir biçimde yorumlanabilir⁴⁷.

Diğer yandan AAPL v. Sri Lanka Davası özelinde, heyet tam koruma ve güvenlik ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Sri Lanka hükümeti gerçekleştirmiş olduğu operasyonlarda göstermesi gereken minimum standartta yer alan özen yükümlülüğünü göstermediğini kabul etmiştir. AAPL'nin gelecekteki muhtemel kazancının kaybedilmesinden dolayı tazminat isteği ise reddedilmiştir. Heyetin bu konudaki gerekçesi ise en az iki üç yıl süreli iş bağlantısının mevcut olması gerekliliğinin olay özelinde bulunmaması olmuştur.

Heyet, Sri Lanka'nın AAPL'ye -%10 adi kanuni faizle beraber- 460.000 Amerikan doları tazminat ödemesi gerektiğine hükmetmiştir. Heyetin mahkeme masraflarına ilişkin hükmü ise AAPL'nin masrafların %40'ını Sri Lanka'nın ise %60'ını ödemesi doğrultusunda olmuştur. Heyet kararını, Başkan *Ahmed Sadek El-Kosheri* ve Hakem *Berthold Golman* tarafından verilen üçte iki oyçokluğu ile vermiştir.

Sonuç olarak kanaatimize göre, talep edilen ve hükmedilen tazminat arasındaki yüksek derecedeki farkın temel sebebi, geleceğe yönelik beklenen kazanç talebinin reddedilmesidir. Birçok davada da bu durumun gözlemlendiğini belirtmekle birlikte, olay özelinde değerlendirme yapmak gerekirse, Heyetin bu tutumu yerindedir. Henüz yeni faaliyete başlamış bir şirketin gelecekte kazanç sağlayacağına garantisiz bulunmamakla birlikte, ev sahibi devletle olan ilişkisinin de devam edeceğine dair kesin bir durum bulunmamaktadır. Karşı görüş bakımından ise her ne kadar Sri Lanka'nın bölgedeki operasyonları hukuka uygunluk teşkil etse de bu durumun yıkıma sebebiyet vermesi özen yükümlülüğünün ihlali olarak kabul edilmelidir. Bundan dolayı Heyet kararını doğru bularak karşı görüşte yer alan ifadelere katılmamaktayız.

⁴⁷ Madde 42(1): “Heyet, anlaşmazlığa taraflarca üzerinde anlaşılacak hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir. Anlaşma sağlanamaması halinde Heyet anlaşmazlığa taraf olan Akit ülkenin, hukukunun (Kanunların çalışması halinde uygulanacak kurallar da dahil olmak üzere) ve Uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarını uygulayacaktır”.

KAYNAKÇA

- AKROFI, D. Asiedu: “ICSID Arbitral Decision”, *The American Journal of International Law*, 1992, Cilt 86, Sayı 2, s. 371-376.
- AKSAR, Yusuf: *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: “Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2012, Cilt 31, Sayı 1, s. 91-157.
- ÇAL, Sedat: *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- DAYINLARLI, Kemal: *Milletlerarası Tahkim Rehberi*, 1. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2014.
- EL-KOSHERI, Ahmed Sadek / GOLDMAN, Berthold / ASANTE, Samuel: “Case Summary Asian Agricultural Products Ltd v Sri Lanka”, *British Institute of International and Comparative Law*, 2008, (https://www.biicl.org/files/3937_1990_aapl_v_sri_lanka.pdf, ET: 29.12.2022), s. 1-8.
- ERDOĞAN, Feyiz: *Uluslararası Hukuk ve Tahkim*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- ERKAN, Mustafa: *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- GÜRSU, Abdullah: *Uluslararası Yatırım Hukukunda Adil ve Hakkaniyetli Muamele İlkesi*, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Malatya, 2018.
- JHON, S. Taylor: “The Creation of Investor-State Arbitration”, (Ed.) SCHULTZ, Thomas / ORTINO, Federico: *The Oxford Handbook of International Arbitration*, 1. Baskı, Oxford University Press, Croydon, 2020, s. 792-814.
- KARAOĞLU, Ali Osman: *Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- KORKMAZ, Hüseyin: “Sri Lanka’da Ulus İnşası ve Ayrılıkçı Tamil Hareketinin Anatomisi: Tamil Eelam Kuruluş Kaplanları Örneği”, *Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Dergisi*, 2014, Cilt 5, Sayı 1, s. 87-100.
- KÖKSAL, Tunay: *Uluslararası Ticaret Hukuku*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- KUĞUOĞLU, Dilşad / DEMİRKOL, Elit Meviza: “ICSID Tahkiminde Onay (Rıza)”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Cilt 9, Sayı 43, s. 515-536.
- NOMER, Ergin / EKŞİ, Nuray / GELGEL, G. Öztekin: *Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt I*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD): “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, 2004 (<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/675702255435.pdf?expires=1672288342&id=id&accname=oid014567&checksum=8F7E48CDD22B7D4C19F7AB00CE89A6B4>, ET: 29.12.2022).
- PARTALCI, Rümeyza: “Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmalarında Düzenlenen ‘Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğü’”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2016, Cilt 36, Sayı 2, s. 131-162.
- SWEET, Alec Stone / GRISEL, Florian: *The Evolution of International Arbitration*, 1. Baskı, Oxford University Press, Croydon, 2017.
- ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- TEKÇE, Evren: *Dünyada ve Türkiye’de Uluslararası Ticari Tahkim*, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2020.
- YARAR, İbrahim / YARAR, Hilal / YERLİKAYA, Kübra: *Tüm Yönleriyle Tazminat Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- YILMAZ, A. Çağrı: *Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- ZENGİNKUZUCU, Dikran Migirdiç: *Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)’nin Kuruluşu ve İşlevi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012.

Çeviri

Eski Yunanistan Kralı ve Diğerleri v. Yunanistan Davası^(*)



Case of the Former King of Greece and Others v. Greece

Çev. Ditar KABASHI



Doktor Öğretim Görevlisi

College Heimerer, Kosova Cumhuriyeti

Anahtar Kelimeler

Eski Yunan Kralı Davası,
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi,
Mülkiyet Hakkı,
Tazminat,
Orantılılık.

Öz

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde (AİHM) 25701/94 başvuru numarasıyla görülen Eski Yunanistan Kralı ve Diğerleri v. Yunanistan Davası 23 Kasım 2000’de Büyük Dairenin kararı ile neticelenmiştir. Bu metin bahsi geçen kararın İngilizce metninden yapılan çevirisidir. Eski Yunanistan Kralı Davası Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne (AİHS) Ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesi ile garanti altına alınmış olan mülkiyet hakkının ihlal edip edilmediğinin denetlendiği davalardan biridir. Davanın temelinde, eski Yunanistan Kralı ve ailesinin sekiz üyesinin, Yunanistan aleyhine Mahkemeye yapmış oldukları başvuru bulunmaktadır. Başvuranlar, 1994 yılında Yunanistan Meclisi tarafından kabul edilip yürürlüğe girmiş olan bir kanunla, kendilerine ait taşınır ve taşınmaz bazı mallarının herhangi bir tazminat verilmeksizin kamulaştırılmasına ve Yunan Devleti’nin mülkü sayılmasına karşı çıkarak AİHS’de düzenlenen haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Davayı inceleyen Mahkeme, başvuranların alınan mülklerine mukabil olarak Yunan Devletince telafi edici tazminat sağlanması yönünde meşru bir beklentiye sahip olduklarını vurgularken Yunan makamlarının neden başvuranların mülklerini almak için herhangi bir tazminat vermediğine dair ikna edici bir açıklama getiremediğini ifade etmiştir. Dolayısıyla başvuruçuların malları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma hakkına müdahale edildiğine, başvuruçuların mülklerinden mahrum bırakılmasıyla zarar gördüğüne ve mülkiyetin korunması ile kamu yararı arasındaki adil dengenin kurulamadığına kanaat getiren Mahkeme, AİHS’e ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Keywords

The Case of the Former King of Greece,
European Convention on Human Rights,
Right to Property,
Compensation,
Proportionality.

Abstract

The Case of the Former King of Greece and Others v. Greece before the European Court of Human Rights (Application No. 25701/94) was finalized by the Grand Chamber judgment delivered on the 23rd of November 2000. The presented manuscript is a translation of the judgment from the English text. The Case of the Former King of Greece is one of those cases in which the Court reviews whether the property right guaranteed by Article 1 of Protocol No. 1 of the European Convention on Human Rights (ECHR) have been violated. The case is based on the application made to the Court against Greece by the former King of Greece and eight members of his family. The applicants alleged that their rights under the ECHR had been violated by the expropriation of some of their movable and immovable properties without any compensation and the recognition of them as the property of the Greek State, by a law passed by the Greek Parliament and entered into force in 1994. The Court, examining the case, emphasized that the applicants had a legitimate expectation of compensation by the Greek Government in return for their property taken, while stating that the Government had failed to provide a convincing explanation as to why the Greek authorities had not given any compensation for taking the applicants’ property. Therefore, the applicants’ right to dispose of their property was interfered with and the applicants were injured by the deprivation of their property, and that a fair balance between the protection of property and the public interest could not be established. Finally, the Court concluded that there had been a violation of Article 1 of Protocol No. 1 of the ECHR.

^(*) Çeviri.
 Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 06.06.2022, Kabul Tarihi: 06.10.2022.

Eski Yunanistan Kralı ve Diğerleri v. Yunanistan davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Daire oturumu aşağıdaki hâkimlerden oluşmaktadır:

Bay L. WILDHABER, *Başkan*,

Bayan E. Palm,

Bay J.-P. COSTA,

Bay L. FERRARI BRAVO,

Bay GAUKUR JÖRUNDSSON,

Bay L. CAFLISCH,

Bay I. CABRAL BARRETO,

Bay W. FUHRMANN,

Bay B. ZUPANČIČ,

Bayan N. VAJIĆ,

Bay J. HEDIGAN,

Bay M. PELLONPÄÄ,

Bayan M. TSATSA-NIKOLOVSKA,

Bay T. PANŞİR, Bay E. LEVITS, Bay K. TRAJA,

Bay G. KOUMANTOS, *ad hoc* yargıç,

Ve Yazı İşleri Müdürü Bayan M. DE BOER BUQUICCHIO'nun katılımıyla,

17 Haziran ve 25 Ekim 2000 tarihlerinde kapalı oturumdaki müzakereler sonucunda, anılan tarihlerde aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Dava, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'ne ("Sözleşme") ek 11 No.lu Protokol yürürlüğe girmeden önceki [*Yazı İşleri Müdürlüğü'nün Notu*. 11 No.lu Protokol 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir.] usul gereğince 30 Ekim 1999 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ("Komisyon") tarafından Mahkeme'ye gönderildi (11 No.lu Protokol'ün 5. maddesi, § 4 ve Sözleşme'nin eski 47. ve 48. maddeleri).
2. Davanın temelinde, eski Yunanistan Kralı ve ailesinin sekiz üyesinin, Sözleşme'nin 25. maddesi kapsamında, 21 Ekim 1994 tarihinde Yunanistan aleyhine Mahkemeye yapmış oldukları 25701/94 No.lu başvuru bulunmaktadır. Başvuranlar, Yunanistan Meclisi tarafından 16 Nisan 1994'te kabul edilen 2215/1994 sayılı ve 11 Mayıs 1994 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Kanun'un, Sözleşme'deki haklarını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Başvuranlar, Londra'daki avukatlar Messrs Nathene & Co. tarafından temsil edilmişlerdir. Yunan Hükümeti ise Devlet Hukuk Müşavirliği Başkanı Bay L. Papidas ve halefi Bay E. Volanis tarafından temsil edilmiştir.
3. Komisyon, 21 Nisan 1998 tarihinde eski Yunanistan Kralı, kız kardeşi Prensese Irene ve teyzesi Prensese Ekaterini'nin ("başvuranlar") başvurusunun kısmen kabul edilebilir olduğunu ilan etmiştir. 21 Ekim 1999 tarihli raporunda (Sözleşme'nin 31. maddesi gereğince) [*Yazı İşleri Müdürlüğü'nün Notu*. Rapor Yazı İşleri'nde temin edilebilir], 1. No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğine, ayrıca AİHS'in 14. maddesinin, 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesiyle bağlantılı olarak, ihlal edilip edilmediğinin incelenmesine gerek kalmadığına oybirliğiyle karar vermiştir.

4. 6 Aralık 1999 tarihli Büyük Daire toplantısında davaya Büyük Daire tarafından bakılmasına karar verilmiştir (Mahkeme İç Tüzüğü'nün 100. maddesinin 1. fıkrası). Yunanistan adına seçilmiş olan davanın Komisyondaki incelemesinde yer alan Hâkim Bay C.L. Rozakis, Büyük Dairenin oturumundan çekilmiştir (İç Tüzük'ün 28. kuralı). Hükümet, buna göre Bay G. Koumantos'u *ad hoc* hâkim olarak görevlendirmiştir (Sözleşme'nin 27. maddesi, 2. paragraf ve İç Tüzük'ün 29. kuralı, 1. paragrafi).
5. Başvuranlar ve Hükümet taraflarının her ikisi de beyanlarını sunmuşlardır.
6. Duruşma, 14 Haziran 2000'de Strazburg'daki İnsan Hakları Binası'nda aleni olarak gerçekleşmiştir. Mahkeme önünde hazır bulunanlar:

(a) *Yunan Hükümeti adına*

Bay P. GEORGAKOPOUS, Başdanışman, Devlet Hukuk Müşaviri, *Temsilci Delegatesi*

Bay M. APESSOS, Danışman

Bayan K. GRIGORIOU, Danışman

Bay D. PANNICK QC, Dava vekili

Bayan D. ROSE, Dava vekili

Prof. D. TSATOS,

Prof. N. ALIVIZATOS, Avukat

Bay Ch. PAMPOUKIS, Yrd. Doç.

Bay G. KATROUGALOS, *dikiyoros* (avukat),

Bay E. KASTANAS, Özel Hukuk Müşavirliğinin Üyesi, Dışişleri Bakanlığı

Bay P. LIAKOURAS, Özel Danışman, Dışişleri Bakanlığı Özel Müşaviri

(b) *Başvuranlar adına*

Lord LESTER OF HERNE HILL QC,

Bay J. BRAVOS,

Bayan M. CARSS-FRISK,

Bayan N. ARNAOUTIS,

Prof. A. GEORGIADES,

Bayan A. GEORGIADES, *Danışman*.

Mahkeme, Lord Lester of Herne Hill, Bay Pannick, Profesör Tsatsos ve Alivizatos tarafından öne sürülen iddiaları dinlemiştir.

OLGULAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

7. 1864 yılında Danimarka Kralı IX. Christian'ın oğlu I. George'un kral seçilip tahta çıkmasıyla Yunanistan'da demokratik monarşi kurulmuştur. Yunanistan'ın eski Kralı Constantinos (birinci başvuran), Yunanistan'ın eski Kralı I. George'un doğrudan alt soyu konumundadır.

1964 yılında, 24 yaşındayken babası Kral I. Paul'un halefi olarak Yunanistan'ın tahtına geçmiştir.

A. Başvuranların Mülkleri ve Mülkiyet Hakları

8. Başvuranlar, Yunanistan'daki aşağıda verilen mülkleriyle ilgili olarak mülkiyet haklarını ileri sürmüşlerdir.

1. Tatoi Arazisi

9. Yunanistan'ın eski Kralı, 41.990.000 m²'lik bir arazinin ve Tatoi'deki bir binanın maliki olduğunu iddia etmiştir. Bu mülk, Kral I. George döneminde (ilk başvuranın babasının dedesi) parça parça aralıksız arazi alımları yoluyla elde edilmiştir.

- 15 Mayıs 1872 tarihli ve 24101 sayılı senetle Kral I. George, Scarlatos Soutzos'dan Liopessi-Mahonia arazisini ve Soustzos'un eşinden bitişik Tatoi arazisini, toplam 300.000 drahmiye (GRD) satın almıştır.
- 17 Şubat 1877 tarihli ve 599 sayılı Kanun gereğince Yunan Devleti, yaklaşık 15,567,000 m²'lik Bafi diye bilinen ormanın mülkiyetini tam ve mutlak olarak Kral I. George'a devretmiştir. Başvuranlar, Yunan hükümetinin Bafi Ormanı'nı Kral I. George'a bağışlama niyetini ifade etmesine rağmen Kral'ın bu araziye bağış suretiyle iktisap etmek istemediğini, bunun yerine hükümetçe belirlenen fiyata satın almakta ısrar ettiğini ispatlayan belgeler ibraz etmişlerdir. Böylece uzlaşmaya varılarak Bafi Ormanı'nın Kral I. George'a ("bağışlanma" yerine) bedel karşılığı "verildiği" ifade edilmiştir. Kral da karşılığında Ulusal Bankaya faiziyle 60.000 GRD yatırmıştır.

Yukarıda adı geçen mülkün yaklaşık 1.000.000 m²'lik kısmı sonradan Tatoi bitişliğinde yerel maliklere ait olan eşit büyüklükteki bir arazi ile takas edilmiş, takas edilen araziler arasındaki değer farkının tazmini için Kral I. George tarafından maliklere 3.000 GRD ödenmiştir.

- 4 Nisan 1891 tarihli ve 55489 sayılı tapu sicil kaydı ile Kral I. George, Andreas Syngros'tan Tatoi arazisine bitişik olan Kiourka arazisinin bir parçasını, 110.000 GRD'ye satın almıştır.
 - 20 Ekim 1878 tarihli ve 328 sayılı sertifika ile Marathonas ipotek tescil memuru, Keramydi arazisinin Kral I. George'a ait olduğunu ve ona tahtın selefleri olan Ioannis Malakindi Dimitrios Vassilios ve Panagis Dionyssiotis, George Kyriazis, George Sardelis ve Stamata Sykaminioti tarafından devredildiğini tasdik etmiştir. Bu kişiler araziye 1844'ten 1878'e kadar parça parça yapılan alımlarla iktisap etmişlerdir.
10. 24 Temmuz 1904 tarihli yazılı vasiyetnamesi ile Kral I. George, Helenlerin egemen kralının daimî ikametgâhı olarak kullanılmak üzere Tatoi arazisi üzerinde aile lehine irtifak hakkı tesis etmiştir (*familia-fideicommiss*). Bununla birlikte o gün yürürlükte olan Bizans-Roma hukukuna göre irtifak hakkı yalnızca dört halefiyet boyunca sürmektedir, bu da söz konusu irtifak hakkının dördüncü halefte sona erdiği anlamına gelmektedir.
11. 5 Mart 1913 tarihinde Kral I. George'un ölmesinin ardından Tatoi, onun varisi Kral I. Constantinos'un mülkiyetine geçmiş, I. Constantinos'un 1917'de tahttan azledilmesiyle de ikinci oğlu Kral Alexander'e ait olmuştur. 1920 yılında Kral Alexander'ın ölümünden sonra Tatoi tekrar bu arada tahta dönmüş olan Kral I. Constantinos'un mülkiyetine geçmiştir. Eylül 1922'de Kral I. Constantinos'un tahttan feragat etmesinden sonra Tatoi, büyük oğlu veliaht Prens II. George'a geçmiştir.
12. Bundan sonra monarşinin kaldırılması ve dördüncü Kurucu Meclisin 25 Mart 1924 tarihli Kararı'yla cumhuriyetin ilan edilmesinin ardından Yunan Devleti 14 ve 20 Ağustos 1924 tarihli ve 2312 sayılı Kanun'la Tatoi arazisi kamulaştırılmış, Bafi arazisi ise tazminat ödenmeksizin *ipso jure* devlete geçmiştir.
13. Kral II. George'un tahta geri dönmesinin ardından, 22 Ocak 1936 tarihli Olağanüstü Hal Kanunu, Tatoi'nin tam mülkiyet ve zilyetliğini, bu arada topraksız mültecilere tahsis edilmiş olan Bafi-Keramydi arazisi (3.785.000 m²'lik bir alan) hariç olmak üzere, Kral'a geri vermiştir. Bu Kanun'a

ilişkin açıklayıcı rapor, *inter alia*, olaydaki kamulaştırmanın, miktarı mahkemelerce belirlenecek olan tazminatın daima zorunlu kamulaştırmadan önce malike ödenmesini öngören 1911 Anayasası'nın 11. maddesini ihlal ettiğini belirtmiştir.

14. 1 Nisan 1947 tarihinde Kral II. George'un ölmesinin ardından kardeşi Paul tahta geçmiştir. 5 ve 11 Ekim 1947 tarihli ve 1136 sayılı Meclis Kararı şöyle demektedir: “Son Kral II. George'a, geri verilmiş olan Tatoi arazisi, tahta geçişinden itibaren Majesteleri Kral Paul'un kayıtsız, ücretsiz ve münhasır mülkiyeti olmuştur.”. 6 Mart 1964 tarihinde Kral Paul'un ölmesinin ardından söz konusu mülk, babasının 8 Aralık 1959 tarihli el yazılı vasiyetnamesi gereğince oğlu ve varisi II. Constantinos'a (birinci başvuran) geçmiştir.

2. Polydendri Arazisi

15. Eski Kral ve Prenses Irene, her biri Polydendri'deki 33.600.000 m²'lik arazinin 101.5/288'lik kısmına sahip olduklarını ve Prenses Ekateri'nin de bu arazinin 36/288'ine sahip olduğunu iddia etmişlerdir. Bu alan, aşağıdaki devir zinciriyle oluşmuştur.

- Larissa'da bir malik olan Hasan Efendi Leondaritis, Polydendri diye bilinen taşınmazı 38939/1906 sayılı senetle toplam 397.500 GRD'ye Veliht Prens I. Constantinos'a satıp devretmiştir. I. Constantinos'un ölümünün ardından taşınmaz, kanuni mirasçılara şu şekilde intikal etmiştir: Eşi Sophia'ya 2/8 *ab indivisio* ve çocukları II. George, Paul, Helen, Irene, Ekaterini (üçüncü başvuran) ve önceden ölmüş olan oğlu Alexander'in kızı Alexandra'ya 1/8 *ab indivisio*.
- Yukarıdaki (Ekaterini hariç) müşterek mirasçı ve müşterek malikler, 18 Şubat 1924 tarihli ve 79847 sayılı ve 24 Mart 1924 tarihli ve 80452 sayılı senetlerle, taşınmazın *ab indivisio* 7/8'ini toplam 4.585.000 GRD'ye ticaret gemisi kaptanı Athanassios Galeos'a satıp devretmişlerdir. Prenses Ekaterini'nin 1/8 *ab indivisio* payı ile ilgili olarak, ilk önce 650.000 GRD'lik bir fiyat üzerinde anlaşılmış ve arazinin devri için gerekli formalitelerin tamamlanmasına kadar arazi yeni malike kiralanmıştır.
- Athanassios Galeos ve diğerleri 20 Mart 1925 tarihli ve 4289 sayılı senetle “Orman Şirketi”ni (Ανώνυμος Δασική Εταιρεία) kurmuşlar; Athanassios Galeos, sahip olduğu arazinin *ab indivisio* 7/8'ini bu Şirket'e devretmiştir. Şirket, genel kurulunun 12 Mayıs 1938 tarihli Kararı ile feshedilmiştir. Tasfiye memurları 7 Ekim 1939 tarihli ve 22408 sayılı senetle taşınmazın *ab indivisio* 7/8'ini Veliht Prens Paul'a 4.000.000 GRD'ye satıp devretmiştir; satış bedeli, eşi Prenses Frederica'nın çeyizindeki fonlarla ödenmiştir. Paul'un ölümünden sonra Polydendri'deki payının 14/32'si dul eşi-ne ve 14/96'lık kısımları da çocukları Sophia, Constantinos (birinci başvuran) ve Irene'ye (ikinci başvuran) geçmiştir. 1968 yılında Prenses Sophia mirası reddetmiş, onun taşınmazdaki payı diğer mirasçıların paylarına orantılı olarak eklenmiştir. 6 Aralık 1981 tarihinde Kraliçe Frederica'nın ölümünün ardından, vasiyetname bırakmadığından, Polydendri'deki *ab indivisio* 49/96'lık payı çocuklarına eşit paylarla intikal etmiş, böylece her çocuk onun payının 49/288'ini almıştır.

3. Korfu Adası'ndaki Mon Repos Arazisi

16. Bu arazinin hak sahibi olan Korfu Vilayet Meclisi'nin 1 Haziran 1864 tarihli ve 278 sayılı kararı ile Meclis, Kral I. George'a, İyonya adalarının Yunanistan'a katılmasındaki katkıları dolayısıyla, “Aghios Pandeimon of Garitza” adıyla bilinen yerde bulunan, bir zamanlar İngiliz Yüksek Şura sulh yargıcının yaşadığı evi -çevresindeki alanla birlikte- hediye etmiştir. O zamandan kalan kayıtlar, bağışlanan taşınmazın alanını, tam yerini veya sınırlarını belirtmemektedir. Bu bağış, daha sonra 7870/1887 sayılı senetle açıkça kabul edilmiştir.
17. 1870 ve 1912 yılları arasında Kral I. George, çiftliğin çevresinde veya içinde yer alan, üçüncü şahıslara ait büyüklü küçüklü belli toprak parçalarını ardı sıra satın almak suretiyle yukarıdaki mülkü genişletmiştir. II. George tarafından yapılan iki alımın ardından Mon Repos, yaklaşık 238,000 m²'lik son büyüklüğüne ulaşmıştır.

18. Kral I. George'un ölümünün ardından Mon Repos, Kral George'nin 24 Temmuz 1904 tarihli el yazılı vasiyetnamesi gereğince Prens Andreas'a geçmiştir.
19. 1922 yılındaki devrimin ardından 1767/1923 sayılı Karar'la, Mon Repos, egemen Kralın yazlık ikametgâhı olarak kullanılmak üzere, Devlet lehine kamulaştırılmıştır. 1931 yılında idarece Prens Andreas'ın tahliyesi emredilmiştir. Böylece adli kovuşturma başlatılmış ve 57/1934 sayılı kararlar Korfı Temyiz Mahkemesi (Εφετείο) Prens Andreas'ı mülkiyetin yasal maliki olarak tanıyıp taşınmazın kendisine geri verilmesini emretmiştir. "Taçlı demokrasi"nin geri gelmesinin ardından 514/1937 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu, Mon Repos'un tam mülkiyet ve zilyetliğinin Prens Andreas'a verilip devredildiğini açıkça öngörmüştür.
20. 11909/1937 sayılı senetle Prens Andreas, hayatı boyunca yıllık 400.000 GRD'lik irat karşılığında Mon Repos'u Kral II. George'a satmıştır. Kral II. George, 1 Nisan 1947'de ölmüştür. Müşterek mirasçılar, Mon Repos'un tam mülkiyetini iktisap eden Kral George'un kardeşi Kral Paul'a kendi paylarını bağışlamışlardır (3650/1957, 3816/1957 ve 5438/1959 sayılı senetler). Kral Paul'un ölümünün ardından ve el yazılı vasiyetnamesi uyarınca Mon Repos dul eşi Frederica'ya (intifa hakkı olarak) ve birinci başvuran olan oğluna (çıplak mülkiyet olarak) intikal etmiştir. Kraliçe Frederica'nın 6 Aralık 1981 tarihindeki ölümüyle intifa hakkı sona ermiş, birinci başvuran Mon Repos'un tam mülkiyetini kazanmıştır.
21. Yaklaşık 5 Ağustos 1994 tarihinde, 2215/1994 sayılı Kanun'un kabulüyle (aşağıda paragraf 41'e bakınız) Mon Repos ikametgâhına zorla girilmiştir. İkametgâh bugün itibarıyla Korfı Belediyesi'nin işgali altındadır.

B. Askeri Diktatörlük Döneminde (Nisan 1967-Temmuz 1974) ve Demokrasinin Yeniden Tesis Edilmesinin Ardından Mülkiyetin Durumu

22. 21 Nisan 1967 tarihinde Yunanistan'da askeri darbe gerçekleşmiştir. Eski Kral, Roma'ya gittiği 13 Aralık 1967'ye kadar ülkede kalmıştır.
23. 15 Kasım 1968 tarihinde iktidara gelen askeri rejim, yeni bir Anayasa yapmış (önceki 1952 tarihliydi), 1973 yılında Kral'ın görevine son verildiğinde bu Anayasa'da değişiklikler yapmıştır (bkz. Paragraf 25). 1968 Anayasası'nın 21. maddesine göre (1973 yılında değiştirildiği gibi), mülkiyet hakkı garanti altındadır ve kamu menfaatinin sağlanmasının haricinde ve sivil mahkemelerce tazminat miktarını belirlenip ödenmesi haricinde hiç kimse, mülkiyet hakkından yoksun bırakılmaz. Bununla birlikte aynı Anayasa'nın 134. maddesinin 3. paragrafı, eski Kral ve kraliyet ailesinin taşınır ve taşınmaz mülklerine el konulmasına ilişkin özel bir yasama kararının hazırlanmasını öngörmüştür.
24. 21 Nisan 1967 ve 31 Mayıs 1973 tarihleri arasında, her ne kadar Kral'ın kendisi sürgünde ise de askeri dikta, "taçlı demokrasiyi" muhafaza ediyordu.
25. 1 Haziran 1973 tarihinde askeri rejim, "taçlı demokrasiyi" ortadan kaldırarak eski Kral ve mirasçılarının görevinden alıp cumhurbaşkanlığı parlamenter cumhuriyet kurmuştur.
26. 1973 yılının Ekim ayında askeri diktatörlük, 1968 Anayasası'nın 134. maddesinin 3. paragrafı uyarınca (1973 yılında değiştirildiği gibi) 225/1973 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Resmî Gazete'de (4 Ekim 1973) yayını tarihinden itibaren eski Kral ve kraliyet ailesinin taşınır ve taşınmaz mallarına el koymuş ve zilyetlik haklarını Yunan Devleti'ne devretmiştir. Dava konusu üç mülkiyetin, özellikle müsadere edildiği belirtilmiştir.
27. Yukarıdaki Kararname, el konulan taşınmazlara karşılık kraliyet ailesinin üyeleri arasında dağıtılmak üzere 120.000.000 GRD'lik bir tazminatı öngörmüş ve bu miktar, kraliyet ailesi adına bir banka hesabına yatırılmıştır. Eski Kral'ın payı 94.000.000 GRD olup Prenses Irene'nin payı 12.000.000 GRD'dir. Ayrıca bu tazminatın 31 Aralık 1975'e kadar bankadan talep edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak bugüne kadar bankaya iletilen bir talep olmamıştır.

28. 24 Temmuz 1974 tarihinde Yunanistan’da askeri diktatörlüğün yerini Karamanlis’in önderliğinde sivil bir hükümet almıştır.
29. 1 Ağustos 1974 tarihli Kararname (1974 tarihli ilk Anayasal Nitelikteki Kanun) ile hükümet, hükümetin şekli ile ilgili hükümler (1. madde) hariç olmak üzere, 1952 Anayasası’nı tekrar yürürlüğe koymuştur.
30. Bu Kanun’un 10. maddesinde, Millet Meclisi yeniden toplanıncaya kadar yasama yetkisinin Bakanlar Kurulunca kanun hükmünde kararnameler yoluyla kullanılması öngörülmüştür. İlgili Kanun’un 10. maddesinin 2. paragrafı, söz konusu kanun hükmünde kararnamelerin, 21 Nisan 1967’den sonra Anayasal işlemlerde ortaya çıkan herhangi sorun üzerinde geriye dönük etkisi olacağını öngörmüştür. 15. maddesi ise askeri diktatörlük rejim dönemindeki 1968 Anayasası (değişiklikleri ile birlikte), tüm Anayasa veya anayasal nitelikli işlemlerin yürürlükten kaldırılmasını öngörmüştür.
31. 1974 Anayasası’nın 1. ve 10. maddeleri gereğince 72/1974 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile hükümet, yeni rejimin şekli nihayetinde belirlenene kadar eski kral ve kraliyet ailesinin mülklerini yönetmek üzere yedi kişiden oluşan bir yönetim komitesi kurmuştur.
32. Yukarıdaki Kanun Hükmünde Kararname, üç bakanlık kararı ile uygulanmıştır.
 - (i) 1 Ekim 1974 tarihli ve 18448/1509 sayılı kararı ile eski Kral ve kraliyet ailesinin arazilerini yönetmek ve işletmek üzere yedi kişiden oluşan komite kurulmuştur.
 - (ii) 24 Ekim 1974 tarihli ve 21987 sayılı Karar’la “el konulan kraliyet ailesinin [mülklerinin] Devlet’ten komiteye devredilmesinin” 31 Aralık 1974 tarihine kadar gerçekleştirilmesi öngörülmüştür.
 - (iii) 23 Aralık 1974 tarihli ve 25616 sayılı Karar’la, kraliyet ailesinin mülklerinin komite tarafından yönetiminin, sahiplerine veya onlar tarafından tayin edilen bir kişiye teslim edilinceye kadar devam etmesi öngörülmüştür.
33. 1974 ile 1979 yılları arasında Yunanistan’daki eski kral ve kraliyet ailesinin bütün taşınır ve taşınmaz malları, eski Kral ve kraliyet ailesinin adına komite tarafından yönetilmekte ve işletilmekteydi. 1979 yılında taşınır mallar onlara teslim edilmiştir.
34. 17 Kasım 1974 tarihinde Milli Meclis seçimleri yapılmış ve bundan sonra Meclis tekrar toplanmıştır. 8 Aralık 1974 tarihinde parlamenter bir cumhuriyet lehine sonuçlanan bir referandum düzenlenmiştir. 18 Ocak 1975 tarihli D18 Kararı’yla Milli Meclis, *inter alia*, Yunanistan’daki demokrasinin asla hukuken kaldırılmadığını ve 21 Nisan 1967 devrimci darbesi ile, 23 Temmuz 1974 tarihine kadar halkın iktidar ve egemenliğini gasp etmeyi amaçlayan bir darbe teşkil ettiğini beyan etmiştir.
35. 11 Haziran 1975 tarihinde Milli Meclis, mevcut Anayasa’yı yürürlüğe koymuştur.
36. 1981 yılında Papandreu’nun liderliğindeki PASOK (*Panhellenic Socialist Party*), Yunanistan’da iktidara seçilmiştir. Ocak 1984’ten itibaren eski Kral ile mülklerine ilişkin görüşmeler yapılmıştır. 1988 yılına gelindiğinde, hükümet ile eski Kral arasında kraliyet ailesinin mülklerinin akıbeti ve vergi yükümlülüklerine ilişkin bir prensip anlaşmasına varılmıştı. Ancak bu anlaşma uygulanmamıştır.

C. 1992 Anlaşması

37. 1990 yılında, muhafazakâr “Yeni Demokrasi Partisi” iktidara gelmiştir.
38. 1992 yılında, eski Kral ve Yunan Devleti arasında aşağıdaki hususlarda bir anlaşmaya varılmıştır.

- (i) Eski Kral, Tatoi'deki ormanın 200.030 m²'lik bir kısmını toplamda 460.000.000 GRD karşılığında Yunan Devleti'ne devretmiştir.
 - (ii) Eski Kral, Tatoi'deki ormanın 401.541,75 m²'lik bir kısmını kamu yararına hizmet veren Evrensel Hipokrat Tıp Vakfı ve Araştırma Merkezi adında bir vakfa bağışlamıştır.
 - (iii) Tatoi Ulusal Ormanı Vakfı adında kamu yararına bir vakıf kurulmuş ve eski Kral Tatoi'deki ormanın 37.426.000 m²'lik kısmını bu vakfa bağışlamıştır.
 - (iv) Eski Kral, kraliyet ailesi ve Yunan Devleti, diğer tüm yasal haklarından feragat etmiş ve kraliyet ailesinin vergi yükümlülükleri ile ilgili askıdaki tüm yasal işlemleri durdurulmuştur.
 - (v) Eski Kral ve kraliyet ailesi, faizler ve fazla vergiler ile veraset vergisi, gelir vergisi ve sermaye vergileriyle ilgili olarak Yunan Devleti'ne toplamda 817,677,937 GRD ödemeyi kabul etmiştir. Eski Kral tarafından yapılacak ödeme, anlaşmaya göre eski Kral'a ödenmesi gereken meblağdan mahsup edilecektir.
39. Anlaşma, 3 Haziran 1992 tarihli 10573/1992 sayılı noter belgesi ile kayıt altına alınmıştır. 28 Eylül 1992 tarihinde, Yunan Meclisinin Bilimsel Çalışmalar Departmanı (διεύθυνση Επιστημονικών Μελετών) yukarıda bahsedilen noterlik işlemini tasdik eden bir kanun taslağı üzerine rapor düzenlemiştir. Rapor, *inter alia*, 225/1973 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 72/1974 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yürürlükten kaldırıldığını ve mülkiyetin bu sayede "eski mülkiyet durumuna" geri döndüğünü belirtmiştir. Akabinde anlaşma, 2086/1992 sayılı Kanun'a dâhil edilmiş ve kanun hükmü haline gelmiştir.

D. 1992 Anlaşması'nın Hükümsüz Kılınması - 2215/1994 Sayılı Kanun

40. 1993 yılı yazında, eski Kral ve ailesi Yunanistan'ı ziyaret etmiştir.
41. 1993 sonbahar seçimlerinden sonra Bay Papandreou liderliği altındaki hükümet, Yunanistan'da iktidara geri getirilmiştir. Yeni hükümet, "anayasal meşruiyeti ve tarihi hafızayı" yeniden tesis etmek ve "1974 Referandumunu ile açıklandığı gibi [o zamanın Maliye Bakanının 1 Nisan 1994 tarihli beyanı.] Yunan halkının demokratik hassasiyetini tatmin etmek" için, eski kraliyet ailesinin mülkiyeti ile ilgili konularla ilgilenme niyetlerini beyan etmiştir. Nihayetinde 16 Nisan 1994'te Meclis'te kabul edilen 2215/1994 sayılı Kanun, 11 Mayıs 1994'te yürürlüğe girmiştir. Kanun "Yunanistan'ın Görevden Alınmış Kraliyet Ailesinin Kamulaştırılmış Mülkleri ile İlgili Sorunların Çözülmesi" başlığını taşımakta ve aşağıdaki hususları içermektedir.
- (i) 2086/1992 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış ve 10573/1992 sayılı noter belgesi ile kayıt altına alınan anlaşma iptal edilmiştir. Bunlara göre gerçekleştirilmiş bütün eylemler geçersizdir ve hiçbir yasal etkisi yoktur (Bölüm 1). Geçersiz olduğu ve hiçbir yasal etkisi olmadığı beyan edilen eylemler, Tatoi'de Evrensel Hipokrat Tıp Derneği ve Araştırma Merkezine ve Tatoi Ulusal Ormanı Vakfı'na bağışı da kapsamaktadır [*Not*: 8 Aralık 1997 tarihinde, Tatoi Vakfı Ulusal Ormanı Sözleşme'nin eski 25. maddesi kapsamında İnsan Hakları Avrupa Komisyonuna başvuruda bulunmuştur. Başvuru 4 Şubat 1998 tarihinde (39654/98 sayı ile) kayda geçirilmiştir. 1 Kasım 1998 tarihinde, 11 No.lu Protokol'ün 5. maddesi § 2 uyarınca başvuru, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından incelenmeye başlanmıştır].
 - (ii) Yunan Devleti; eski Kral, Prenses Irene ve Prenses Ekaterini'nin taşınır ve taşınmaz mülkiyetinin sahibi haline gelmiştir. 225/1973 tarihli Kanun Hükmünde Kararname'nin yürürlükte kaldığı olduğu varsayılmıştır (Bölüm 2).
 - (iii) Korfu Adası üzerindeki Mon Repos taşınmazının tapusu, Korfu Belediyesine devredilmiştir (Bölüm 4(2)).

- (iv) Önceden hesaplanmış vergiler silinmiştir. Veraset ve diğer vergiler, ek vergiler ve cezalar ile ilgili idari mahkemeler ve Yüksek İdari Mahkeme'deki (Συμβούλιο της Επικρατείας) tüm yargılamalar durdurulmuştur. Vergiler hususunda eski Kral ve kraliyet ailesinin diğer mensupları tarafından ödenen tutarlar Yunan Devleti'nden geri istenebilir ancak Devlet, kraliyet ailesinden Devlet'in herhangi bir alacağı kapsamında bu geri isteme talebine itiraz edebilir (Bölüm 5(1)).
- (v) Kraliyet ailesinin mülkiyeti ile ilgili tüm anlaşmalar, kira anlaşmaları hariç olmak üzere, geçersiz olarak beyan edilecektir. Kraliyet ailesine ait toprakların kiralamalarına sanki kiracılar ve Yunan Devleti arasında akdedilmiş gibi devam edilecektir (Bölüm 5(2)).
- (vi) "Kral" ya da başka bir kraliyet sıfatını kullanarak, "eski" ya da "önceki" öneki ile birleştirilmiş olsa bile, Yunan mahkemesi huzurunda eski Kral ya da kraliyet ailesinin diğer mensupları tarafından açılan tüm davalar geçersiz kabul edilecektir (Bölüm 6(4)).
- (vii) Eski Kral'ın ve kraliyet ailesinin Yunan vatandaşlığının devam edebilmesi için ön koşullar getirilmiştir ve Yunan pasaportlarının muhafaza edilmesi için:
- Eski Kral ve kraliyet ailesinin 1975 Anayasası'na koşulsuz saygı duyduğu ve Yunan Cumhuriyeti'ni kabul edip tanıdığı anlamında Atina'nın Doğum Evlendirme ve Ölüm Sicil Memurluğuna (ληξιαρχείο) bir beyanname verilecektir,
 - Eski Kral ve kraliyet ailesinin herhangi bir eskiden bulunmuş görev ya da resmi bir unvan sahipliği ile ilgili her türlü talepten koşulsuz feragat ettiği anlamında başka bir beyanname Sicil Memurluğuna verilecektir,
 - Eski Kral ve kraliyet ailesi mensupları, bir ad ve soyadı altında Belediye'nin Vatandaşlık Sicili'ne (μητρώα αρρένων ή δημοτολόγια) kaydedilecektir,
- (viii) Bu mevzuatın aksine herhangi bir mevzuat hükmü otomatik olarak iptal edilecektir (Bölüm 6(5)).

E. Yunan Mahkemelerindeki İşlemler

42. Başvuranlar, kendi arazileri ile ilgili olarak Yunan mahkemelerinde çeşitli işlemlerde bulunmuşlardır.
43. Başvuranlar aynı zamanda 2215/1994 sayılı Kanun'un anayasallığını da sorgulamıştır. Temyiz Mahkemesi (Αρειος Πάγος) ve Yüksek İdari Mahkemenin çelişen iki hükmünün ardından, dava Özel Yüksek Mahkemeye (Ανώτατο Ειδικό Δικαστήριο) sevk edilmiştir.

25 Haziran 1997 tarihli Özel Yüksek Mahkeme Hükmü

44. Mahkeme ilk olarak başvuruların bir soyadı kullanmaksızın mahkeme huzurunda yasal işlemde bulunmaya yetkili olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme, "eski Kral" ibaresinin Anayasa tarafından yasaklanan bir soyluluk unvanı olarak değil, daha önceden bahsedilmiş sebeplerden dolayı bir soyadı olmayan bu davacının kimliğini tanımlamak için kullanıldığı kararını vermiştir. Diğer unsurlar gibi, aslında yukarıdaki kişinin kimliğini tanımlayabilecek tarihi bir gerçeğe yapılan gönderme ile ilgilidir ki böylece bu kişi yargısal korunmadan yararlanabilir.
45. Kraliyet mülkiyeti sorununa ilişkin olarak mahkeme, "siyasi bir soru başlatmaktan kaynaklanmış" olduğunu, "başvuranların mülkiyet haklarının hükümet türü ile bağlantılı olduğunu" ve "kraliyet ailesinin egemenliği sırasında, Kral'a ve kraliyet ailesine ait olan mülkiyete özel mülkiyet kategorisi gibi davranıldığını" vurgulamıştır. Mahkeme, *inter alia*, aşağıdakileri de kaydetmiştir:

"Anayasa'nın 1. maddesi ile 10. maddeye dayanılarak yayınlanmış 72/1974 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve Birinci Anayasal Kanun hükümleri uyarınca, oylandığı... siyasi ve anayasal konjonktür çerçevesinde tarihsel açıdan yorumlayan rejim türü tespit edilirken, aynı zamanda kraliyet mülkiyeti konusu da çözüme kavuşturulmaktadır. Diğer bir deyişle referandum, bu mülki-

yetin verasetini geri döndürülemez bir şekilde Devlet'e vermektedir, böylece kanun gereği mülkiyetin eski Kral'a geri dönüşü Anayasa'ya aykırı olmaktadır. Bu sebeple, eski kraliyet mülkiyetinin görevden alınmış hükümdara ve eski kraliyet ailesinin mensuplarına ait olmaya devam edeceğini belirten 2086/1992 sayılı Kanun Bölüm 1, Anayasa'yı ihlal etmektedir."

46. Sonuç olarak Özel Yüksek Mahkeme, dörde on üç oy ile 2215/1994 sayılı Kanun'un anayasal olduğu kararını vermiştir. Anayasa'ya göre Özel Yüksek Mahkeme hükümleri tüm Yunan mahkemeleri üzerinde nihai ve bağlayıcıdır (Madde 100 § 4).

II. İLGİLİ İÇ HUKUK

47. 1975 Anayasası'nın ilgili maddeleri aşağıdaki gibidir:

Madde 4

- "1. Tüm Yunanlar kanun önünde eşittir.*
2. Yunan erkek ve kadınlar eşit haklara ve eşit yükümlülüklerle sahiptir."

Madde 17

"1. Mülkiyet Devlet tarafından korunmaktadır ancak, buradan elde edilen haklar kamu yararının aksine kullanılamaz.

2. Hiç kimse, kanunda belirlenen hallerde ve şekillerde kamu yararı usulüne uygun olarak kanıtlanmadıkça ve daima kamulaştırılan mülkün tazminatının geçici belirlenmesine dair mahkemede duruşma anındaki değerine tekabül eden tam tazminatı ödenmedikçe mülkiyetten mahrum edilemez. Nihai bedelin talep edildiği durumlarda, bu talebin mahkemeye yöneltildiği zamanın değeri esas alınır."

...

4. Tüm durumlarda kamulaştırma bedeli hukuk mahkemeleri tarafından tespit edilecektir. Yasanın öngördüğü biçimde taşınmaz bedeli, mahkemenin takdiri üzerine, bu bedeli elde etmesi için ona eş değer bir garanti sunmaya mecbur olan hak sahibinin, davet edilip dinlenmesinden sonra, mahkeme tarafından geçici olarak da tespit edilebilir."

48. Yunanistan'da mülkiyet hakkı çeşitleri sınırlı sayıdadır (*numerus clausus*). Bir kişinin sahip olabileceği aynı haklar; mülkiyet, irtifak, rehin ve ipotektir (Medeni Kanun'un 973. maddesi).
49. Medeni Kanun'un 999-1141 maddeleri, mülkiyet ve müşterek mülkiyet kurumları ile ilgilidir. Hiç kimseye ait olmayan şeylerin kullanılmasıyla, önceki sahibinden ya da hatta sahiplik hakkı olmayan kişi tarafından devredilmesiyle, kanun gereği, hüküm etkisiyle ve kamu kurumlarının eylemleriyle olmak üzere mülkiyet çeşitli yollarla edinilebilir. Taşınmazların mülkiyetinin devri, yasal mülkiyet sahibi ile devralan arasında mülkiyetin yasalara uygun bir sebepten dolayı devredildiği bir anlaşmanın, noter tarafından onaylanması ve taşınmazın bulunduğu bölgede tapu siciline tescil edilmesi ile mümkündür (1033. madde).

HUKUK

I. 1. NO.LU PROTOKOL'ÜN 1. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

50. Başvuranlar, 2215/1994 sayılı Kanun'la mülkiyet haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedirler. 1 No.lu Protokol'ün, 1. maddesine dayanmışlardır:

"Her gerçek ya da tüzel kişi, barışçıl bir şekilde mülklerinden yararlanma ile yetkilidir. Kamu yararı olması ve kanun gereği ya da uluslararası hukukun genel ilkeleri ile sağlanan koşullara tabi olmak dışında, hiç kimse mülklerinden mahrum bırakılamaz.

Ancak yukarıdaki hükümler, hiçbir şekilde bir Devlet'in genel yarara göre mülkiyetin kullanımını kontrol etmek ve vergilerin ya da diğer katkıların ya da cezaların ödemesini garanti etmek için gerekli gördüğü bu kanunları uygulama hakkına zarar vermeyecektir."

Bu hüküm, üç farklı kuralı içermektedir. İlk paragrafın ilk cümlesinde ifade edilen ve genel bir yapıya sahip ilk kural mülkiyetten barışçıl faydalanma ilkesini öne sürmektedir. Aynı paragrafın ikinci cümlesinde yer alan ikinci kural ise mülk mahrumiyeti düzenlemekte ve çeşitli koşullara tabi kılmaktadır. İkinci paragraftaki üçüncü kural, taraf ülkelerin, diğerlerinin arasında, genel yarara göre mülkiyet kullanımını kontrol etme ile yetkili olduğunu kabul eder. Bu kurallar, birbirleri ile bağlantılıdır: Mülkiyetten barışçıl faydalanma hakkı ile bu hakka müdahaleyi öngören durumlara ilişkin olan ikinci ve üçüncü kurallar birinci kuralda ortaya konulan genel ilke ışığında yorumlanacaktır.

A. 1 No.lu Protokol'ün 1. Maddesi Anlamında "Mülkiyet" Olup Olmadığı

1. Mahkeme Huzurundaki Savunmalar

51. Hükümet savunmasının başlıca dayanağı, dava konusu arazilerin Devlet Başkanlığı kurumuyla bağlantılı olması sebebiyle 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi ile korunan "mülkiyet" kapsamına girmediğidir.

Genel olarak tüm Avrupa'daki ortak özelliğin hükümdarların kamusal ve özel mülkiyetleri arasında keskin bir farkın olduğu kaydedilmektedir. Kamusal mülkler, Devlet'e aittir ve Devlet Başkanının görevlerinin ifasında kullanılmaları için krala tahsis edilmiştir. Hükümet, özel imtiyazlar ve dokunulmazlıklar altına tutulan bu mülklerin 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi altında korunan mülkiyet kavramı içerisine girmediğini ileri sürmüştür. Diğer taraftan Avrupa hükümdarlarının özel mülkiyetine sıradan vatandaşların mülkiyetinden farklı bir şekilde davranılmamıştır. Gerçek şahıslar arasındaki tüm işlemlere uygulandığı gibi iç medeni hukukun olağan kurallarına göre edilmiş, kullanılmış ve devredilmiştir. Hükümete göre bu özel zilyetliklerin 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi altında korunduğunu varsaymak makuldür.

52. Görülen davada Hükümet, Yunan Kraliyeti'nin iddia edilen "kraliyet mülkiyetinin" yasal statüsünün en önemli özelliğinin her zaman *nevi şahsına münhasır* ve yarı kamusal bir karaktere sahip olması olduğunu ileri sürmüştür. Bu çeşitli gerçekler ile ispat edilmiştir. İlk olarak dava konusu üç arazi, eski kraliyet ailesi tarafından Yunan Medeni Kanunu'nun genel hükümlerine göre değil, görevleri kapsamında gerçekleştirilen tahsis dolayısıyla edinilmiştir. Bu mülkiyetlerin önemli bir kısmı, kraliyet kurumuna duyulan saygının bir işareti olarak Yunan Devleti tarafından eski Yunan krallarına bağışlanmıştır. İkinci olarak tahtta gerçekleşen değişiklikler dolayısıyla Veraset Kanunu'nun genel kuralları uygulanmamıştır. Tam aksine sıradan halefiyet düzenini önlemek ve ilgili anlaşmazlıkları çözmek için her zaman özel bir kanun çıkartılmıştır. Üçüncü olarak itiraz edilen mülkiyetler, veraset vergisinden muafiyet dâhil olmak üzere, tam vergi muafiyetinden faydalanmıştır. 1913 yılından 1964 yılına kadar Yunan tahtına dört halefin her birine veraset vergisi uygulanmış olsaydı, ilgili vergi yükü itiraz edilen mülklerin mevcut piyasa değerini aşardı. Dördüncü olarak, söz konusu mülkiyet usule ilişkin sebeplerle (örneğin özel süre sınırları, borçların tahsilatı için devlet imtiyazlarının verilmesi, geçici cebri icra yasağı) aynı zamanda önemli devlet imtiyazlarından da faydalanılması amacıyla (davaların zamanaşımına uğramaması, gaspın açıkça yasaklanması, izinsiz girişin suç sayılması vb.) devlet mülkiyeti kapsamına alınmamıştır. Bu nedenle itiraz olunan arazilerin her biri nasıl elde edilirse edilsin anayasal olarak korunan ormanları, tarihi ve arkeolojik alanları içeren araziler hükümdarların kamu statüsüne yüklenen imtiyazlardan dolayı tamamen zarar görmeden kalmış hatta bunlara ilaveler yapılmıştır. Daha önce hiçbir sıradan Yunan vatandaşı bu araziye yasal olarak elde etmede ve devretmede başarılı olamamıştır.

53. Yukarıdakilerin ışığında Hükümet, dava konusu arazilere kraliyet ailesinin şahsen sahip olmadığını; sonuç olarak, 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesine korunan "mülkiyet" kapsamına girmediğini iddia etmiştir.

54. Başvuranlar, Hükümet'in dava konusu arazilerin hiçbir zaman kraliyet ailesine ait olmadığına dair yeni ve ilginç argümanının, tarihi herhangi bir gerçek veya Yunan hukuku açısından, hiçbir şekilde açık bir temelini bulunmadığını ifade etmişlerdir. Başvuranlar, Sözleşme kurumları huzurunda yapılan işlemler sırasında hariç olmak üzere, bu savunmanın hiçbir Yunan hükümeti tarafından ileri sürülmediğinin altını çizmiştir. Gerçek şu ki Kraliyet ailesinin üyelerinin özel mülkiyete sahip olduğu gerçeği, birinci başvuranın atası I. George'un 1863'te kral seçildiğinde kurulan "taçlı demokrasi" olarak adlandırılan dönem boyunca Yunan makamları tarafından devamlı olarak tanınmıştır. Cumhuriyete geçiş sonrasında da bu mülkiyet tanınmaya devam etmiştir. Böylesi bir özel mülkiyet, Kral'ın anayasal statüsünden dolayı kraliyet ailesinin kullanımına sunulan herhangi bir mülkiyetten farklı olarak kabul edilmiştir, örneğin kraliyet ailesinin asla özel mülkiyeti olmayan ve olmamış Atina'daki Kraliyet Sarayı. Başvuranlar, mülkiyetleri konusunda tarihte sağlanmış bazı imtiyazların kraliyet ailesinin özel mülkiyet statüsü ile hiçbir ilgisi olmadığını ileri sürmüşlerdir. Her hâlükârda, Devlet zilyetliğinde oldukları önceki elli yıl boyunca mülklerin bakım ödemelerinin Devlet tarafından yapılmadığı göz ardı edilmektedir. Başvuranlar, vergi muafiyetine konusunda, Mahkemeyi, Kral'ın devlet başkanı sıfatıyla resmi görevlerini yerine getirirken yaptığı çok önemli masrafların tamamını ödediğini akılda tutmaya davet etmişlerdir. Kral, 1949 yılına kadar devlet başkanı sıfatıyla kendisine tahsis edilen sarayların tüm bakım ve işletme masraflarını ödemek zorunda kalmıştır.
55. Başvuranlar, kraliyet ailesinin özel mülkiyete sahip olduğu gerçeğinin 21 Nisan 1967 ile 24 Temmuz 1974 tarihleri arasında anayasal olmayan askeri diktatörlük dönemi boyunca bile açıkça tanındığını da öne sürmüştür. 1968 Anayasası'nda, eski Kral ve ailesinin taşınır ve taşınmaz mülkiyetini kamulaştırmak ya da el koymak için yetkilendirilecek kendine has bir yasama önlemi öngören bir hükme yer verilmiştir (Madde 134 § 3). Akabinde Kraliyet ailesinin mülkiyetine el koymak için diktatörlük tarafından bir kanun hükmünde kararname (225/1973 sayılı) yayınlanmıştır. Kraliyet mülkiyeti her zaman Devlet'e ait olmuş olsaydı bu önlemlere başvurulmazdı. Diktatörlüğün yıkılmasının ardından 1974 tarihli Kanun Hükmünde Kararname, diktatörlük tarafından el koyulmuş mülkiyetin kraliyet ailesine ait olduğunu kabul etmiştir ve malvarlığı kraliyet ailesi adına özel bir komite tarafından yönetilmiştir. Taşınır mülkiyeti, 1979 yılında kraliyet ailesine devredilmiştir. Taşınır ve taşınmaz mülkiyetin devrini yöneten protokoller ilgili hükümet kurumları ve özel komite tarafından usulüne uygun olarak imzalanmıştır. Mülkiyetin statüsü, cumhurbaşkanlığı parlamenter cumhuriyetin kurulması ile sonuçlanan 8 Aralık 1974 tarihli referandumu sonucundan asla etkilenmemiştir. Kraliyet ailesinin mülkiyetinin statüsü o referandumda konu olmamıştır. Mülkiyetin statüsü 1975 Anayasası'nın kanunlaştırılmasından da etkilenmemiştir. Eğer etkilenseydi Devlet, 1979 yılında mülkiyetin kraliyet ailesine ait olduğunu kabul ederek taşınır mülkiyetini kraliyet ailesine iade etmeyecekti.
56. Ayrıca başvuranlar, 1974 yılından 1996 yılına kadar, yani 1994 Kanunu'nun çıkarılmasından sonra bile, vergi beyannamesi verdiklerini ve söz konusu mülkiyet konusunda vergi ödediklerinin altını çizmiştir. Arazi vergisinin malik dışında herhangi biri tarafından nasıl ödenebileceğini ya da hükümetin bu esasa dayanmadıkça, böyle bir verginin ödemesini nasıl hakkıyla ve iyi niyetle talep ettiğini ve kabul ettiğini anlayamamışlardır.
57. Ayrıca 1992'de eski Kral ve Yunan Devleti arasında, Tatoi arazisinin büyük bir bölümünün eski Kral tarafından Yunan Devleti'ne devredildiği ve kamu yararına iki vakfa bağışlandığı bir anlaşma yapılmış ve bu anlaşma 2086/1992 sayılı Kanun'la tasdik edilmiştir. Bu anlaşma, söz konusu mülkiyetin sahibi olduğu temeline dayalı olarak akdedilmiştir; aksi taktirde hiçbir amaca hizmet etmeyecekti. İlgili mülkiyetin kraliyet ailesine ait olduğu durumu, başlangıcında "*Yunanistan'ın görevden alınan kraliyet ailesinin kamulaştırılmış mülkiyeti ile ilgili sorunların çözülmesi*" ifadesinin yer aldığı 2215/1994 sayılı Kanun ile kabul edilmiştir (vurgu başvuranlar tarafından eklenmiştir). Dahası başvuranlar, 1994 Kanunu'nun, kraliyet ailesinin mülkiyetine el koyan askeri diktatörlük tarafından kanunlaştırılan 225/1973 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'den de açıkça

bahsettiğinin altını çizmiştir. O Kararname’de yapılan gönderme, Hükümet’in, kraliyet ailesinin asla hiçbir özel mülkiyete sahip olmadığına dair savı ile tamamen tutarsızdır; mülkiyet zaten devlete ait olsaydı, hükümet tarafından önceki kamulaştırmadan bahsetmeye gerek olmayacaktı.

58. Başvuranlar, eski Kralın anayasal rolü ve özel mülkiyetinin durumu arasında herhangi bir bağlantı kurmak için Yunan hukukunda hiçbir dayanak olmadığı sonucuna varmıştır. Yunan Medeni Kanunu’nda, bahsi geçen şekilde özel bir mülkiyet çeşidi yer almamaktadır. Yunan Medeni Kanunu’nun 973. maddesi, Yunan hukukunda yer alan mülkiyet çeşitlerinden bahsetmektedir. Bunlar; mülkiyet, irtifak hakları, rehin ve ipotektir. Yarı kamusal mülkiyet kategorisi mevcut değildir (bkz. yukarıda paragraf 48).
59. Komisyon, 2215/1994 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce söz konusu mülkiyetin başvuranlara ait olduğunu düşünmektedir.

2. Mahkemenin Değerlendirmesi

60. Mahkeme, 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesinin birinci bölümdeki “mülkiyet” kavramının iç hukukta resmi bir sınıflandırmadan bağımsız olan özerk bir anlama sahip olduğuna işaret eder (bkz. *Be-yeler v. Italy* [GC], no. 33202/96, § 100, ECHR 2000-I). İncelenmesi gereken husus, bir bütün olarak düşünüldüğü zaman, dava şartlarının başvuranlara 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesi ile korunan önemli bir menfaati içerip içermediğidir. Mahkeme, görüş oluştururken aşağıdaki hukuki ve maddi konuların değerlendirilmesinin gerekli olduğunu ifade etmektedir.
61. İlk olarak Mahkeme, en azında ima yoluyla, kraliyet ailesi mensuplarının Yunanistan’da hiçbir şekilde hiçbir özel mülkiyete sahip olmadığını ileri süren Hükümet ile aynı kanaatte değildir.

En azından kraliyet mülkiyetinin bir kısmının başvuranların atası tarafından satın alındığını ve özel fonları dışında bedelinin ödendiğini kaydeder. Dahası, birçok durumda, asıl tapusuna bakılmaksızın kraliyet mülkiyeti, kraliyet ailesi mensupları arasında ve bazı durumlarda kraliyet ailesinin mensupları ve üçüncü kişiler arasında Yunan Medeni Kanunu gerekliliklerine göre *sağlar arası* ya da *ölüme bağlı* olarak devredilmiştir.

62. Ayrıca Mahkeme, 2215/1994 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce, Yunan Devleti’nin çeşitli durumlarda kraliyet ailesinin mensuplarına -ve özellikle başvuran kişilere- söz konusu arazilerin malikleri olarak muamele ettiği hakikatini özellikle hesaba katmaktadır. Mahkeme örnek olarak aşağıdaki vakaları gösterebilir.

- 1924 yılında monarşinin kaldırılmasının ardından kamulaştırılan Tatoi arazisi 1936 yılında Kral’ın tahta dönüşünün ardından geri verilmiştir (bkz. yukarıdaki paragraf 12-13).
- 1923 yılında gerçekleşen cebri kamulaştırmanın ardından 514/1937 sayılı Olağanüstü Kanun ile Mon Repos’un tam zilyetlik ve mülkiyet halinde Prens Andreas’a devredilmesi açıkça öngörülmüştür (bkz. yukarıdaki paragraf 19).
- Başvuran kişilerin 1974 yılından 1996 yılına kadar vergi beyannameleri doldurduğu ve mülkiyetleri ile ilgili vergi ödediği tartışmasızdır (bkz. yukarıda paragraf 36, 38, 41 ve 56).
- 1992 yılında eski Kral ve Yunan Devleti arasında bağlayıcı bir anlaşma akdedilmiştir. Bu anlaşma ile Tatoi arazisinin 200.030 m²’lik kısmı ilk başvuran tarafından Yunan Devleti’ne satılmış ve arazinin kalan büyük bir kısmı ise kamu yararına çalışan iki vakfa bağışlanmıştır. 28 Eylül 1992 tarihinde, Yunan Meclisinin Bilimsel Çalışmalar Departmanı (διδύθησση Επιστημονικών Μελετών), yukarıda bahsedilen noterlik işlemi tasdik eden bir kanun taslağı üzerine rapor düzenlemiştir. Rapor, *inter alia*, 225/1973 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 72/1974 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yürürlükten kaldırıldığını ve mülkiyetin bu sayede “eski mülkiyet durumuna” geri döndüğünü belirtmiştir (bkz. yukarıda paragraf 38-39).

63. Mahkeme de Komisyon gibi tüm bu eylemlerin ancak başvuranların ve atalarının söz konusu mülkiyetin sahipleri olduğu temeline dayanarak yürütülmüş olabileceği görüşündedir çünkü eğer itiraza konu araziler kraliyet ailesine ait olmasaydı ya da zaten Yunan Devleti tarafından sahip oldukları sonucu ile 1973 yılında yasal olarak kamulaştırılmış olsalardı, bahsedilen eylemler hiçbir amaca hizmet etmemiş olacaktı.
64. Son olarak, Hükümet'in vergi muafiyeti gibi kraliyet mülkiyetine uygulanan özel kurallara atıfta bulunmasına ilişkin olarak Mahkeme, bu tür kuralların mülkiyetin temelde özel olan karakterini neden *per se* dışlaması gerektiğini anlayamamaktadır. Devlet Başkanlarının özel mülkiyetleri de dâhil olmak üzere vergi muafiyetinden yararlanması bilinmeyen yeni bir şey değildir. Benzer şekilde, Hükümet kraliyet mülkiyetine devlet mülkiyeti gibi davranıldığını ya da bu şekilde görüldüğünü gösteren, devlet mülkiyet kaydı ya da sözde kraliyet bütçesi gibi herhangi bir belgeyi sunamamıştır.
65. Yukarıdaki veriler ışığında Mahkeme, Hükümet'in ilgili mülkiyetlere yönelik yaklaşımında bir çelişki olduğunu fark etmiştir. Neticede Mahkeme, kraliyet mülkiyetinin birçok yolla özel bir statüden faydalandığını kabul etmesine rağmen, Yunan Devleti'nin kendi başına defalarca buna özel mülkiyet gibi davranması ve statüsünü yöneten genel kuralların oluşturulmamış olmasının Mahkemenin mülkiyetin eski kraliyet ailesine asla ait olmadığı anlamında *sui generis* ve yarı kamusal bir karaktere sahip olduğuna dair sonuca varmasını önlemektedir.
66. Bu nedenle Mahkeme, mülkiyet hakkının kraliyet ailesi mensubu sıfatından ziyade özel kişiler olarak başvuranlara ait olduğu fikrindedir. Buna göre itiraza konu arazilere ilişkin 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi bağlamında "mülkiyet" hakkı bulunması bakımından davada uygulanabilir olduğu kanaatindedir.

B. Başvuranların Mülkiyet Envanteri

67. Mahkeme artık başvuranların mülklerinin ne olduğunu tespit etmek zorundadır.

1. Tatoi Arazisi (Yaklaşık Toplamda 41.000.000 m²'lik Yüzölçümüne Sahip)

68. Hükümet, mülkün üçte birinden fazlasının yani Bafi Ormanı'nın 1877 yılında Meclis kararı ile Kral I. George'a (ilk başvuranın büyük büyük babası) bağışlandığını savunmuştur. Açıkça görülmüyor ki bu bağışın sebebi devralanın kraliyet fonksiyonudur. 1924'te monarşinin kaldırılmasından sonra Bafi topraklarının devlete tazminatsız ve *ipso jure* devredilmesinin nedeni buydu. Dahası bu arazinin 3.785.000 m²'lik kısmı 1925 yılında evsiz mültecilere bağışlanmıştır; bu alan 1935 yılında monarşinin geri getirilmesinden sonra kraliyet ailesine asla geri verilmemiştir.

Ayrıca Hükümet, 1992 yılında ilk başvuranın Tatoi arazisinin %90'undan fazlasını kâr amacı gütmeyen bir vakfa bağışladığını ifade etmiştir (Tatoi Ulusal Ormanı Vakfı). Akabinde Vakıf, Komisyon'a bir başvuruda bulunmuştur, başvuru şu an Mahkeme huzurunda sırada beklemektedir (39654/98 no.lu başvuru). 2215/1994 sayılı Kanun'un 1992 Anlaşması'nı yürürlükten kaldırdığı ve 1994 Kanun'un çıkarıldığı esnada, başvuranların Tatoi arazisinin %10'undan daha azı üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğu doğrudur.

69. Başvuranlar, Bafi Ormanı'nın Kral I. George'a bağışlanmadığını, kendisi tarafından satın alındığını ileri sürmüştür. Bu bağlamda başvuranlar, Yunan Hükümeti'nin Bafi Ormanı'nı Kral I. George'a bağışlama niyetine rağmen Kral'ın, bu araziye bağış yoluyla edinmek istemediğini ancak Hükümet tarafından belirlenecek sabit bir fiyatla satın almakta ısrar ettiğini gösteren Komisyon raporuna dayanmışlardır. Bu durumda bir anlaşmaya varılmıştır. Bu sayede Bafi Ormanı'nın Kral I. George'a ("bağışlanmaktan" ziyade) "verildiği" ifade edilmiştir. Karşılığında Kral, Ulusal Bankaya faizi ile 60.000 drahmi (GRD) yatırmıştır.

70. Mahkeme, Tatoi'nin bir kısmının aslında özel mülkiyeti olarak Kral I.George tarafından satın alındığını kaydeder. Daha sonra Kral I. George tarafından Bafi Ormanı olarak bilinen bir arazinin Yunan Devleti'nden satın alınmasıyla mülkiyetine eklenmiştir (bkz. yukarıda paragraf 9). Taraflarca ihtilafli olan bu arazilerin iktisap şekline bakılmaksızın, mülkiyet durumları aşağıdaki gibi belirlenmiştir: 1924 yılında Bafi Ormanı dâhil olmak üzere Tatoi, hiçbir tazminat ödemesi yapılmaksızın Yunan Devleti tarafından cebren kamulaştırılmıştır. 1936 yılında, monarşinin geri getirilmesinin ardından bir Kanun, Tatoi'nin mülkiyetini Kral I. George'a geri vermiştir. Bu geri verme durumu, o arada evsiz mültecilere tahsis edilen 3.785.000 m²'lik bir alan dışında Bafi arazisini de kapsamıştır. Bu nedenle Mahkeme, başvuruların atalarına asla geri verilmemiş bu alan hariç olmak üzere, Tatoi arazisinin 1994 yılında kamulaştırılmasına kadar geçen sürede başvuruların mülkiyetinin bir parçasını teşkil ettiği fikrindedir.
71. Ayrıca Mahkeme, 1994 Kanunu çıkarıldığı zaman, başvuruların Tatoi'nin %10'undan daha azı üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğunu savunan Hükümet ile aynı fikirde değildir. 1992 yılında arazinin büyük bir kısmının birinci başvuran tarafından kamu yararına çalışan iki vakfa bağışlandığı ve 200.030 m²'lik bir alanın Yunan Devleti'ne satıldığı doğrudur. Ancak 2215/1994 sayılı Kanun, 1992 Anlaşması'nı yürürlükten kaldırmış ve bu anlaşmaya göre yapılan tüm işlerin geçersiz olduğunu ve hiçbir yasal etkiye sahip olmadığını beyan etmiştir (bkz. yukarıdaki paragraf 41). 1992 Anlaşması'nın daha sonraki bir kanun ile yürürlükten kaldırılmış olmasına rağmen yasal sonuçlarının hala geçerli olduğunu ve dikkate alınması gerektiğini önermek sadece çelişkili değil, aynı zamanda *lex posterior derogat anteriori* (Sonraki kanun önceki kanunu ilga eder.) ilkesine de aykırıdır.
72. Yukarıdaki maddeyi göz önüne alarak Mahkeme, 2215/1994 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce, 1924 yılında kamulaştırılmış ve evsiz mültecilere tahsis edilmiş 3.785.000 m²'lik bir alan hariç olmak üzere, Tatoi arazisinin ilk başvurularına ait olduğu kanaatindedir.

2. Polydendri Arazisi (Toplamda Yaklaşık 33.600.000 m²'lik Yüzölçümüne Sahip)

73. Mahkeme, Hükümet'in, Polydendri arazisinin Tatoi ve Mon Repos taşınmazlarınınla karşılaştırılabilecek nitelikte herhangi bir açıdan özel bir statüsünün olduğunu iddia etmediğini not eder. Başvurucuların bu mülke ilişkin sunduğu senetlerin doğru olmadığını ileri sürmek için hiçbir delil yoktur (bkz. yukarıda paragraf 15). Bu nedenle Mahkeme, 2215/1994 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce Polydendri arazisinin üç başvurucuya ait olduğunu düşünmektedir.

3. Mon Repos Arazisi (Toplam 238.000 m²'lik Yüzölçümüne Sahip)

74. Hükümet, bu taşınmazın kullanımının Kral I. George'a devletin başı sıfatına istinaden verilmiş olduğunu, tek *causa traditionis*'in onun kraliyet görevi olduğunu belirtmiştir. Eski kraliyet ailesinin bu bağışlar dolayısıyla Mon Repos üzerinde mülkiyet hakkı elde etmiş olduğu varsayılsa bile taşınmazın hem 1864 hem de 1937'deki devri, yalnızca devralanların görevlerine devam etmeleri şeklindeki örtülü ama anlaşılır şarta bağlı olarak geçerlidir.

Ayrıca Hükümet, Yunan hukukunun 9 Eylül 1915 itibarıyla Devlet arazilerinin mülkiyetinin zamanaşımı yoluyla kazanılmasını açıkça yasakladığından, başvurucuların Mon Repos üzerinde zamanaşımı yoluyla mülkiyet hakkı elde edememiş olduklarını iddia etmiştir.

75. Başvurucular bu arazinin hiçbir zaman Yunan Devleti'ne ait olmadığı iddiasında ısrar etmişlerdir. Arazi, İyonya Adaları'nın Yunanistan'a katılmasındaki katkıları dolayısıyla Kral I. George'a 1864'te Korfu Adası Belediye Meclisi tarafından bağışlanmıştır. Bu bağış 7870/1887 sayılı senetle açıkça tanınmıştır. Bu arazi özel hukuka tabi mülkiyetine önce Kral I. George ve daha sonra Kral II. George tarafından dâhil edilmiştir.
76. Mahkeme, Mon Repos üzerindeki asıl hakkın, Korfu Adası Kent Meclisinin Kral I. George'a taşınmazın ilk kısmını oluşturan hususun, kullanımını devrettiği bir bağış olduğunu kabul etmektedir. Bununla

birlikte Mahkeme, Yunan medeni hukukunun olağan hükümlerine göre mülkiyet hakkının önceki malikten devir yoluyla olduğu gibi çeşitli yollarla kazanılabileceğini ve başışın da şüphesiz mülkiyet hakkının devri ve kazanılmasının geçerli yollarından biri olduğunu belirtmektedir. Dahası Mahkeme, Hükümet'in Mon Repos'un böylesi nedenlerle Devletin başı sıfatıyla Kral I. George'a devredildiği tek örnek olduğu iddiasını kanıtlamadığı kanaatindedir. Üstelik Mahkeme, sonradan üçüncü kişilere ait toprakların peş peşe satın alınarak arazinin genişletildiğini ve Devlet'in ilgili sözleşmelere müdahil olduğunun görülmediğini belirtmektedir. 1937'de bir Yasa, taşınmazın tam mülkiyeti ile zilyetliğini Prens Andreas'a devretmiştir. Bir dizi devrin ardından ilk başvuru babasının el yazılı vasiyetnamesi gereğince (bkz. yukarıda paragraf 20) Mon Repos'un tam mülkiyetini kazanmıştır.

77. Yukarıdakileri göz önüne alarak Mahkeme, 2215/1994 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce Mon Repos arazisinin ilk başvurucaya ait olduğuna kanaat getirmektedir.

C. 1 No.lu Protokol'ün 1. Maddesine Uygunluk

1. Mülkiyet Hakkına Bir Müdahale Olup Olmadığı

78. 2215/1994 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce söz konusu mülkün başvurucaya ait olduğunu kabul ettikten sonra Mahkeme, Komisyon ile hemfikir olarak, 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ilk bendinin ikinci cümlesi anlamında malından “yoksun bırakma” teşkil edecek şekilde, başvurucağın malları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma hakkına 1994'te müdahale edildiğini düşünmektedir.

Bu nedenle Mahkeme, şikâyet konusu müdahalenin bu hüküm kapsamında meşrulaştırılabilirliğini incelemelidir.

2. Müdahalenin “Yasal Dayanağının” Olup Olmadığı

79. Mahkeme, 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ilk ve en önemli gereğinin malı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma hakkına kamu idaresi tarafından yapılacak her müdahalenin yasal olması zorunluluğu olduğunu tekrar etmektedir: Birinci bendin ikinci cümlesi maldan yoksun bırakmaya yalnızca “yasada öngörülen koşullara bağlı olarak” izin vermekte, ikinci bent de devletlerin “yasa” çıkarmak suretiyle mülkün kullanımını düzenleme hakkına sahip olduğunu kabul etmektedir. Dahası demokratik toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğü, Sözleşme'nin tüm maddelerine içkindir (bkz. 25 Haziran 1996 tarihli Amuur v. France Kararı, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III, pp. 850-51, § 50).
80. Hükümet hem 225/1973 sayılı Meclis Kararı'nın hem de 2215/1994 sayılı Kanun'un, uygun biçimde erişilebilir ve yeterli kesinlikte olduğundan, 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi anlamında “yasa” olduğunu beyan etmiştir. İlki yeniden demokrasiye geçişten sonra yürürlükte kalmaya devam etmiş, ikincisi açık ve demokratik bir müzakereden sonra Meclis'te oylanmıştır. Bu kanunların ikisi de inkâr edilemeyecek şekilde özel niteliktedir. Bununla birlikte davanın koşulları kendine özgüdür: Yeni cumhuriyetlerin herhangi birinde yalnız tek bir eski kraliyet ailesi vardır. Böyle bir aile herhangi başka bir aile ile karşılaştırılabilir bir durumda değildir. Bunların mallarına ilişkin mevzuat doğası gereği yalnızca bu aileye ilişkin olacak, yine de bu durum mevzuatı meşruiyetinden yoksun bırakamayacaktır.
81. Başvurucağın, 2215/1994 sayılı Kanun'un, başvurucağın geriye dönük olarak mallarından yoksun bırakılmalarına imkân veren bir anlam ihtiva etmekle birlikte, yalnızca keyfî, cezalandırıcı ve ayrımcı olmasından değil, ayrıca mülkiyete son vermenin kamu yararına ve tam bir tazminat ödemesi karşılığında olmasını gerektiren Yunan Anayasası'nın 17. maddesini de ihlal ettiğinden bir “kanun”un temel gereğini yerine getirmediğini iddia etmişlerdir. 225/1973 sayılı Meclis Kararı'na ilişkin olarak ise başvurucağın, bunun her halükârda mülklerinin 1994'te alınmasıyla tamamen ilgisiz olan, askerî diktatörlükçe keyfî bir el koyma işlemi teşkil ettiğini beyan etmişlerdir.

82. Komisyon gibi Mahkeme de 2215/1994 sayılı Kanun'un şikâyet konusu müdahalenin tek hukuksal dayanağını oluşturduğu kanaatindedir. Mahkeme, müdahalenin dayandığı yasanın Anayasa'nın ilgili hükümleri de dâhil olmak üzere Sözleşmecî Devlet'in iç hukukuna uygun olması gerektiğini kaydetmektedir. Mevcut davada başvuruçuların bu Kanun'un Anayasa'ya uygunluğunu ulusal mahkemeler ile Sözleşme Organları nezdinde sorgulamış olmaları ile karşı çıktıkları hükümlerin Anayasa'ya aykırı olması dolayısıyla, şikâyet ettikleri mülkiyet yoksunluğu için geçerli bir hukuki dayanak sağlamadığı doğrudur. Bununla birlikte başvuruçuların 2215/1994 sayılı Kanun'un Anayasa'ya aykırılığına ilişkin şikâyetleri, Özel Yüksek Mahkeme tarafından 25 Haziran 1997 tarihli kararda incelenip reddedilmiştir (bkz. yukarıda paragraf 46). Mahkeme, iç hukukun yorumu ve uygulanması ile Anayasa'ya uygunluk sorunları üzerine karar vermenin öncelikle ulusal makamların, özellikle de mahkemelerin yetkisinde olmasına saygı göstermektedir. Özel Yüksek Mahkemenin kararını dikkate alarak Mahkeme, 2215/1994 sayılı Kanun'un Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmaktadır. Özetle mülkiyetten yoksun bırakmanın 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesince öngörülen yasal dayanağı bulunmaktadır.

3. Müdahalenin “Kamu Yararına” Olup Olmadığı

83. Bir sonraki adımda Mahkeme, mülkiyetten yoksun bırakmanın 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamındaki ikinci kurala uygun olarak “kamu yararına” meşru bir amaç güdüp gütmeyeceğini belirlemelidir.
84. Hükümet, Devlet'in uyuşmazlık konusu üç arazide bulunan ormanlarla, arkeolojik alanların korunmasındaki meşru yararına ek olarak, 1994 Kanunu'nun ülkenin anayasal statüsünün cumhuriyet olarak korunmasındaki büyük kamu yararı ile de bağlantılı olduğunu beyan etmiştir. Lağvedilen tüm Avrupa monarşilerinde, Portekiz Kralı II. Manuel'in özel mülkiyeti istisna olmak üzere, eski monarkların veya imparatorların tamamının özel mülklerinin tazminat ödenmeden veya tam tazminat ödenmeden şu veya bu şekilde kamulaştırıldığı tarih göstermektedir. Dahası başvuruçuların yakındığı Kanun'un ancak 1994'te çıkarılmış olmasının sebebi de karmaşık hukuki ve siyasal sorunların çözümünün uzun zamana yayılmasıdır.
85. Başvuruçular mülklerinin alınmasının ekonomik veya sosyal nitelikte hiçbir ulusal programın parçası olmadığını ve 1994 Kanunu'nun kendisinin de buna neden ihtiyaç olduğunu açıklamadığını iddia etmişlerdir. Özellikle mülklerinin alınmasının ardında söz konusu üç arazide bulunan ormanları ve arkeolojik alanları koruma ihtiyacının bulunduğu iddiasına ilişkin olarak başvuruçular, ilgili orman ve arkeolojik alanların kraliyet ailesinin zilyetliğinde bulunduğu yıllar boyunca bunların gözetilme biçimine dair hiçbir şikâyet olmadığını savunmuşlardır. Hükümet'in bu tezi başvuruçuların gözünde hiçbir güvenilirliğe sahip değildir. Ayrıca Hükümet'in eski monarkın özel mülkünün alınmasıyla kamu yararına nasıl hizmet edilmiş olduğunu açıklayamadığını da düşünmektedirler. Eski bir monark ile ailesinin özel mülkü, adı üstünde onun eski rolü olan devlet başkanlığı ile bağlantılı olmadığı gibi anayasal olarak monarşiden cumhuriyete geçişle de hiçbir şekilde bağlantılı değildir. Üstelik her halükârda bu geçiş 1975'te, 2215/1994 sayılı Kanun'un kabulünden neredeyse yirmi yıl önce gerçekleşmiştir. Başvuruçular eski Kral'ın hiçbir şekilde tehlike arz etmediğini, Helen Cumhuriyeti'ni çeşitli vesilelerle resmî olarak açıklamış olduğunu da vurgulamışlardır. Dahası 1994 Kanunu'nun kabul edildiği tarihte başvuruçular ile Yunan Devleti arasında başvuruçuların mülkü veya başka meseleler hakkında hiçbir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Tüm bunlara istinaden başvuruçular, Hükümet'in mülklerinin alınması için güvenilir veya yeterli bir gerekçe sunmadığını, müdahalenin kamu yararına hizmet etme yönündeki samimi bir arzudan ziyade siyasal ve kişisel antipatiden kaynaklandığını düşünmektedirler.

86. Komisyon, Yunan Devleti'nin eski kraliyet ailesinin mülküyle ilgili sorunların çözümü yönünde siyasal bir ihtiyacın mevcudiyetine olan inancının açıkça mantıksız olarak nitelenemeyeceğine kanaat etmiştir.

87. Mahkeme, ulusal makamların kendi toplumu ile toplumun ihtiyaçları hakkında doğrudan bilgi sahibi olduğundan, neyin “kamu yararına” olduğunu takdir etmede kural olarak uluslararası yargıca göre daha iyi konumda olduğu görüşündedir. Bu yüzden Sözleşme ile kurulan koruma sistemi kapsamında, mülkiyetten yoksun bırakma önlemlerini gerektiren kamusal sorunların mevcudiyetine ilişkin ilk değerlendirmeyi yapmak ulusal makamların işidir. Burada, Sözleşme güvencelerinin ulaştığı diğer alanlarda olduğu gibi, ulusal makamlar duruma göre belli bir takdir yetkisinden yararlanırlar.

Üstelik “kamu yararı” kavramı geniş bir içeriğe sahiptir. Özellikle mülkü kamulaştıran yasalar çıkarma kararı; siyasi, ekonomik ve sosyal meselelerin bir bütün olarak değerlendirilmesini içerecektir. Sosyal ve ekonomik politikaların uygulanmasında yasamanın sahip olduğu takdir yetkisinin geniş olması gerektiğini normal karşılayan Mahkeme, makul temelden açıkça yoksun olmadıkça neyin “kamu yararına” olduğuna dair yasamanın değerlendirmesine saygı duyacaktır (bkz. 21 Şubat 1986 tarihli James and Others v. the United Kingdom kararı, Series A no.98, p.32, § 46). Aynısı monarşiden cumhuriyete geçiş gibi bir ülkenin anayasal sistemindeki böylesi ciddi değişiklikler için de evleviyetle değilse bile zorunlu olarak geçerlidir.

88. Mahkeme, Hükümet’in ormanların ve arkeolojik alanların korunması ihtiyacına ilişkin iddiasını destekleyecek delil olmadığını kaydetmektedir. Diğer taraftan, cumhuriyet statüsü bakımından sınırlı gördüğü bir meseleyi çözümlenin Yunan Devleti için gerekli olduğuna da şüphe etmemektedir. Monarşiden cumhuriyete anayasal geçişin 1975’te, uyuşmazlık konusu Kanun’un kabulünden neredeyse yirmi yıl önce gerçekleşmiş olması, önlemlerin nedenlerine ilişkin bazı şüpheler uyanıdırabilirse de bu durum, 2215/1994 sayılı Kanun’un genel amacının “kamu yararı” olmadığı sonucuna ulaştırmak için yeterli kabul edilemeyecektir.

4. Müdahalenin Orantılılığı

89. Mülklerin kullanılmasına yönelik barışçıl bir müdahalede toplumun genel menfaatleri ile bireyin temel haklarının korunması değerleri arasında adil bir denge sağlanmalıdır (diğer benzeri davalar arasından bkz. the Sporrang and Lönnroth v. İsveç 23 Eylül 1982 tarihli Karar, Series A no. 52, s. 26, § 69). Bu denge sağlama konusundaki endişe 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesine yansımıştır. Buna göre ilgili maddenin ikinci cümlesi birinci cümlede yer alan genel ilke ışığında okunacaktır. Özellikle kullanılan araçlar vasıtasıyla bir kişinin mülkiyetinden mahrum olması sonucunu doğuran herhangi bir tedbir ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmalıdır (bkz. the Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belçika 20 Kasım 1995 tarihli Karar, Series A no. 332, s. 23, § 38).

İlgili mevzuat uyarınca öngörülen tazminat şartları, itiraz edilen tedbirin gerekli adil dengeye uygun olup olmadığı ve özellikle başvurulara orantısız bir yük getirip getirmediğinin değerlendirilmesinde önem kazanmaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, mülkiyetin makul değeriyle ilişkili olarak bir bedel ödenmeden mülkiyetin alınmasının normalde orantısız bir müdahale oluşturacağını ve toplam tazminat eksikliğinin ancak istisnai durumlarda 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesi kapsamında meşru olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir (bkz. the Holy Monasteries v. Yunanistan, 9 Aralık 1994 tarihli Karar, Series A no. 301-A, s. 35, § 71).

90. Mevcut durumda, 2215/1994 sayılı Kanun’da tazminata ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Söz konusu müdahalenin hukuki gerekliliği yerine getirdiği ve keyfi olmadığı göz önüne alındığında, tazminat eksikliği, başvuranın mülkiyet haklarına el konulmasını tek başına haksız kılmaz (aksi görüş için bkz. the Papamichalopoulos and Others v. Yunanistan (Article 50) 31 Ekim 1995 tarihli karar, Series A no. 330-B, ss. 59-60, § 36). Bu nedenle incelenmesi gereken husus, başvuranların hukuka uygun bir kamulaştırma sebebiyle orantısız ve aşırı bir yüke katlanmak zorunda bırakılmadıklarıdır.

91. Hükümet, adil dengenin ve orantılılığın değerlendirilmesinde AİHM'in Sözleşmecî Devlet için geniş bir takdir hakkına izin vermesi gerektiğini belirtmiştir. Bunun nedeni 1. No.lu Protokol'ün 1. maddesinde bir "zorunluluk" halinden bahsedilmemesi ve bu konuda karar alınırken dikkate alınan siyasi, ekonomik ve sosyal meselelerin bir demokratik toplumdan bir başka demokratik topluma değişkenlik gösterebileceği değerlendirmesidir. Burada, eski kraliyet ailesinin kraliyet statüsüne dayanan sebeplerden dolayı ilgili mülklerin sahibi olduğu göz önüne alındığında takdir yetkisi özellikle geniş değerlendirilmelidir. Demokratik meclis, anayasal çözümün bir gereği olarak, eski kraliyet ailesinin, kraliyet görevlerinden dolayı edindikleri hakkında tazminat talep etme hakkını (bırakınız tam tazminini) reddetme imkânına sahiptir. Başka bir deyişle, mülkün edinildiği ve kullanıldığı yollar, geçmişte eski kraliyet ailesine tanınan imtiyazlar, kraliyet mülkleri için vergi muafiyeti ve masrafların ödenmesi Yunan Devleti tarafından ödenmesi gibi istisnai durumlar herhangi bir tazminat ödememeyi haklı kılmaktadır.
92. Hükümet, 1974'ten itibaren eski kraliyet ailesinin Yunan Devleti'ne borçlu olduğu tüm vergilerin silinmesini sağlayarak dolaylı olarak tazminat meselesini her hâlükârda kapsadığına dikkat çekmiştir. Bu şekilde eski kraliyet ailesi önemli vergi borçlarının ödenmesinden kurtarılmıştır. Dahası 1994 Kanunu ile korunan 225/1973 sayılı Kararname 120.000.000 GRD maddi tazminat öngörmektedir. Bu miktar başvuruların erişimine açık halde tutulmasına rağmen tahtta kalma arzusuyla ilişkili olduğundan şüphe edilmeyecek politik gerekçeler nedeniyle başvurular tarafından hiçbir zaman tahsil edilmemiştir.
93. Son olarak Hükümet itiraz konusu arazilerin ticari değerinin önemli ölçüde düştüğünü iddia etmiştir. Hem Tatoi hem de Polydendri orman arazisi olduğundan özel korunan bir statüye sahipti. Buna göre bu arazilerin statüleri değiştirilemezdi ve araziler daima orman olarak kalacaktı. Yine bu araziler daha küçük parçalara bölünemez ve kullanımı devletin denetimi altındadır. Sonuç olarak bu mülklere alıcı ilgisi yoktu ve gerçek ticari değerleri önemsizdi. Dahası koruma ve işletmenin yüksek maliyeti ve kullanım üzerindeki kısıtlamalar bu arazilerin gerçek piyasa değerlerini düşürmektedir. Bu arazilerin arkeolojik alanlar içermeleri nedeniyle özel şahısların arazileri kullanması engellendiğinden ticari değerleri daha da düşmüştür. Bu bağlamda Hükümet, geniş bir arkeolojik alan olan ve eski Phaecianların başkenti olduğuna inanılan Paleopolis'in Mon Repos'ta olduğunu vurgulamıştır. Bu nedenle Kültür Bakanlığı arazinin 23 hektarını koruma altına almıştır.
94. Başvuranlar, mülklerinin tazminat ödenmesine ilişkin hiçbir tespit yapılmaksızın ellerinden alınmasının tamamen orantısızlık teşkil ettiğini belirtmişlerdir. Bir kişinin mülkiyetini hangi yolla edinmiş olmasının, ona el konulurken bedel ödenmesini gerekli kılan orantılılık ilkesi ile hukuki ve mantıki olarak alakası bulunmamaktadır. Bir mülkiyetin hediye veya miras yoluyla elde edilmesi, o mülkün sahibi için hiçbir değeri olmadığı anlamına gelmeyeceğinden, bedelsiz el konulamaz. Orantılılık ilkesi, mülkiyetin nasıl edinildiğine bakılmaksızın, sahibinin kaybettiği mülk için tazminat ödenmesini gerekli kılmaktadır.
95. Dahası, devletin başı sıfatıyla önceden eski Kral ve ailesine tanınan ayrıcalıklar ve vergi muafiyetinin, keyfi bir şekilde özel mülkiyetlerine el konulması bakımından orantılılık ilkesi ile irtibatı bulunmamaktadır. Tanınan imtiyaz ve vergi muafiyetleri daha ziyade başvuruların ataları için geçerli olsa da başvurular bakımından 1974'ten beri herhangi bir vergi ayrıcalığı da söz konusu değildir. Her halükârda dava konusu olay, borçlu ile alacaklı arasındaki bir mesele değildir ki karşılıklı iddialarla alacaklının talebini azaltmak ya da ortadan kaldırmak için mahsuplaşma içine girilebilir. Hükümet, Yunan Anayasası ve Sözleşme kapsamında başvuruların mülklerinin bedeli karşılığında tazminat ödemekle yükümlüdür. Ortak veya karşılıklı birbirlerine ileri sürebilecekleri borç bulunmamaktadır.
96. Son olarak başvurular, Hükümet'in tartışmalı arazilerin çok az ticari değeri olduğuna dair iddialarına itiraz etmişlerdir.

97. Komisyon 2215/1994 sayılı Karar ile 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi uyarınca menfaatler arasında adil bir denge kurulmadığı sonucuna varmıştır.
98. Mahkeme, Hükümet'in Yunan makamlarının neden başvuranların mülklerini almak için herhangi bir tazminat vermediğine dair ikna edici bir açıklama getiremediğini düşünmektedir. Mahkeme, özel durumların tazminat ödenmemesini meşru kılabilmesine ilişkin iyi niyetli kabulü anlıyor olsa bile, Yunan Hükümeti'nin bu değerlendirmeyi objektif bir şekilde temellendiremediği kanaatinde.

Öncelikle Mahkeme, kamulaştırılan mülklerin en azından bir kısmının başvuranların seleflerince satın alındığını ve onların özel malvarlığından ödendiğini belirtmektedir. Ayrıca son olarak 1973'te mülk kamulaştırıldığında tazminat öngörülmüştü. Bu nedenle Mahkeme, başvuranların el konulan mülklerine karşılık olarak Yunan Meclisince tazmin sağlanması yönünde meşru bir beklentiye sahip olduklarını düşünmektedir.

Dahası Hükümet'in tazminat sorununu dolaylı olarak karşıladığını iddia ettiği 225/1973 sayılı Yasama Kararı mevcut davayla ilgili değildir. 2215/1994 sayılı Kanun başvuranların şikâyetlerinin tek yasal dayanağıdır. Ayrıca Hükümetin tazmin bakımından ileri sürdüğü dolaylı ödeme de bu bakımdan karşılık olarak kabul edilemez. Bu çerçevede Mahkeme, başvuranların söz konusu kamulaştırma bağlamında tarafların birbirlerine karşı karşılıklı veya ortak borçların mahsuplaşması şeklinde kabul edilemeyeceğine ilişkin iddialarına katılmaktadır. Geçmişte kraliyet ailesine tanınan ayrıcalıklar ya da vergi muafiyetleri ve eski kraliyet ailesi tarafından borçlanılan tüm vergilerin silinmesi orantılılıkla doğrudan ilgili değildir. Ancak başvuranlara yönelik uygulanan bu ayrıcalıklar, Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca belirlenecek adil bir tazminata yönelik değerlendirmede dikkate alınabilir.

99. Dolayısıyla Mahkeme, başvuranların mülklerinden mahrum bırakılmasına rağmen herhangi bir tazminatın ödenmemesi nedeniyle, mülkiyetin korunması ile kamu yararı arasındaki adil dengenin başvuranların aleyhine bozulduğu görüşündedir.

Buna göre 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlali söz konusudur.

II. SÖZLEŞME'NİN 14. MADDESİNİN 1 NO.LU PROTOKOL'ÜN 1. MADDESİYLE BİRLİKTE İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

100. Başvuranlar, AİHS'in 14. maddesine aykırı olarak 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi altında korunan mülkiyet haklarının kullanılmasında ayrımcılığın mağduru olduklarından şikâyetçidirler. Sözleşme'nin 14. maddesi şöyledir:

“Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma; cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.”

101. Başvuranlar 2215/1994 sayılı Kanun'un belirli bir aileye yönelik benzersiz bir önlem olduğunu iddia etmişlerdir. Yasa'nın neden kanunlaştığına dair bir açıklama bulunmamasıyla birlikte bunun kraliyet ailesinin üyeleri olmaları nedeniyle başvuranlara yönelik kişisel ve siyasi antipatiden doğduğu açıktır. Başvuranlar, Yunan makamlarınca ortaya konulan muamelenin objektif ve makul gerekçelerden yoksun olarak kindar ve cezalandırıcı dürtülere dayandığını iddia etmişlerdir.

102. Hükümet 2215/1994 sayılı Kanun'un sadece eski kraliyet ailesine yönlendirilmiş olmasını, monarşinin ortadan kaldırılması ve demokrasinin yeniden tesis edilmesi aşamalarında bu ayrıcalık menfaatlerden istifade eden başka benzer kişilerin olmamasına dayandırmıştır.

103. Başvuranların mülkiyet hakkından barışçıl bir şekilde yararlanılmasına ilişkin tespit edilen ihlal nedeniyle (bkz. yukarıdaki 99. Paragraf) Mahkeme de Komisyon gibi ayrıca 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi ile bağlantılı şekilde 14. maddenin ihlali hakkında karar vermeyi gerekli görmemektedir.

III. SÖZLEŞME’NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

104. Sözleşme’nin 41. maddesi şöyledir:

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili yüksek sözleşme tarafın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmine hükmeder.”

105. Başvuranlar, 2215/1994 sayılı Kanun’un iptal edilmesini ve dava konusu arazilerin iade edilmesini, manevi zarar ve diğer gider ve masrafların ödenmesini talep etmişlerdir. Taşınmazların iade edilmemesi durumunda, ilgili gayrimenkul değerlerinin bugünkü rayiç bedelinden düşük bir tazminata hükmedilmesinin hukuki bir gerekçe taşımadığını da iddia etmişlerdir.

Başvuranlar, özellikle taşınmaz malları için 165.562.391.740 GRD, kişisel taşınır malları (mobilya, resim, kitap vb.) için 3.416.330 sterlin (GBP) talep etmişlerdir. Ayrıca manevi tazminat olarak 100.000 GBP talep ettilerse de bu miktarın Eylül 1999’da Atina’daki depremedelere bağışlanacağını belirtmişlerdir. Son olarak başvuranlar, ulusal mahkemelerde ve AİHM sürecindeki masrafları için 644.502,42 GBP talep etmişlerdir.

106. Hükümet, AİHM’in 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmesi halinde, tarafların adil tazminat konusunda daha fazla değerlendirme yapabilmesi için imkân tanınması gerektiğini iddia etmiştir.

107. Mahkeme, 41. maddenin uygulanması çerçevesindeki başvuruya ilişkin karar vermek için hazır olmadığı kanaatindedir. Buna göre bu husus saklıdır ve takip eden süreç, Hükümet ile başvuranlar arasında ulaşılabilecek her türlü anlaşmaya istinaden belirlenecektir (Mahkeme İç Tüzüğü’nün 75§1 Kuralı).

BU GEREKÇELERE DAYANARAK, MAHKEME,

1. 15’e karşı 2 oyla 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesinin ihlal edildiğine;
2. Oybirliğiyle, 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesiyle bağlantılı olarak AİHS’in 14. maddesi uyarınca başvuranların şikâyetlerinin incelenmesinin gerekli olmadığına;
3. Oybirliğiyle, 41. maddenin uygulanması meselesinin karara hazır olmadığına karar verir. Buna göre,
 - (a) İlgili uyuşmazlığı *saklı tutar*;
 - (b) Hükümeti ve başvuranları önümüzdeki altı ay içinde konuyla ilgili yazılı görüşlerini sunmaya ve özellikle Mahkemeye ulaşabilecekleri her türlü anlaşmayı bildirmeye *davet eder*;
 - (c) Mahkeme diğer işlemleri *saklı tutar* ve Daire Başkanı’na gerekli olduğu takdirde kullanılmak üzere konuyla ilgili *yetki verir*.

İngilizce ve Fransızca olarak hazırlanmış ve 23 Kasım 2000’de Strazburg’da bulunan İnsan Hakları Binası’nda kamuya açık bir oturumda sunulmuştur.

Maud DE BOER - BUQUICCHIO
Yazı İşleri Müdür Yardımcısı

Luzius WILDHABER
Başkan

Sözleşme’nin 45. maddesinin 2. paragrafı ve Mahkeme İç Tüzüğü’nün 74. maddesinin 2. paragrafı uyarınca Sn. Koumantos’un ve ona katılan Sn. Zupančić’in kısmi karşı görüşleri bu karara eklenmiştir.

L.W.

M.B.

YARGIÇ ZUPANÇI'İN KATILIMIYLA YARGIÇ KOUMANTOS'UN KISMİ KARŞI GÖRÜŞÜ

(Çeviri)

1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin tespitin aleyhine oy kullandım. 1. maddede gerçek veya tüzel kişilere ait özel mülkiyetleri korumayı amaçlamaktadır. Bu madde, söz konusu mülkiyetin bir kısmı özel hukuk kapsamında bazı özelliklere sahip olsa bile kamu görevleriyle bağlantılı olarak belirli kişilere verilen mülkiyetlere uygulanamaz. Bu gibi durumlarda mülkiyet, 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin uygulanmasını engelleyen kısmen kamusal ve kısmen özel olan *sui generis* bir rejime tabidir.

Bu, tüm farklı kısımların mülkiyetinin farklı şekilde elde edilmiş olmasına rağmen aşağıdaki nedenlerden ötürü eski Yunan kraliyet ailesinin mülklerine ilişkin olarak da geçerlidir: (a) Mülkiyetin büyük bir çoğunluğu devlet tarafından ya da Anayasa kapsamında kurulmayan ve kurulması mümkün olmayan diğer kamu kurumları tarafından kraliyet gücünü kullanmıyor olsaydı verilmeyecek hediyelerden oluşmaktadır; (b) bu mülkler her zaman miras, vergilendirme (miras, devir ve 1974 yılına kadar gelir vergisi), usule ve esasa ilişkin ayrıcalıklar (mülk iddiası için herhangi bir zamanaşımının olmaması, başkaları tarafından zilyetlik yoluyla edinimin yasak olması, mülkiyeti ihlal durumunda cezai yaptırımlar uygulanması), bakım masrafları ve orada çalışmakta olan personel ücretleri gibi hususlarda özel bir rejime tabidir; (c) siyasi koşullar elverişli olduğunda, kraliyet ailesinin bu mülkler üzerindeki hakları özel kanunlar tarafından düzenlenirdi ki bu haklar yalnızca “olağan” medeni hukuk tarafından düzenlenseydi gereksiz olurdu; (d) 72/1974 No.lu Yasama Kararnamesi (diktatörlüğün çöküşünden ve demokrasinin yeniden kurulmasından sonra) “hükümet biçiminin nihai olarak tespitine kadar”, kraliyet mallarının özel idaresini öngörmüştür, dolayısıyla bu mülklerin kaderini hükümet biçimiyle (cumhuriyet veya monarşi) açıkça ilişkilendirmektedir.

Eski kraliyet ailesinin mülklerine ilişkin olarak aşağıdaki gerçekler dikkate alınmalıdır: (a) Korfu'daki Mon Repos taşınmazı, başlangıçta “kullanımı” için Kral'ın emrine verilmiştir; (b) 1904 yılında Kral I. George tarafından hazırlanan vasiyetname Tatoi'nin mülkiyetini “Helenlerin Kralı'nın daimi ikametgâhı” olarak kullanılması koşuluna bağlamaktadır; (c) 1917'de Kral Konstantin, oğlu Kral I. Alexander lehine tahttan inmiş, oğlu babası hayattayken “olağan” Medeni Kanun'da tanımlanan eş mirasçılardan varlığına rağmen Tatoi taşınmazına sahip olmuştur; (d) 1920'de I. Alexander'ın ölümünden ve I. Konstantin'in tahtı geri almasından sonra Tatoi taşınmazı, I. Alexander'ın mirasçılara değil ve bir kez daha Konstantin'e geçmiştir; (e) I. Konstantin'in ölümünden sonra, Tatoi arazisi Kral'ın diğer mirasçılara değil, tahtın halefi olan ilk oğluna geçmiştir.

Dahası Tatoi mülkü, (a) bağışta bulunulan vakıf tarafından Mahkemece incelenen bir başka başvurunun konusu olmasından ve (b) başvurunun kendisinin başvurunun söz konusu mülkle ilgili olmadığını açıkça beyan etmesi (bkz. başvuruların 12 Nisan 2000 tarihli savunma metni, dipnot 16) nedenleriyle mevcut başvurunun kapsamı dışında kalmalıdır.